

第 2 章

侵害行為の立証の容易化のための方策 (第 3 論点)

第2章 各国の証拠収集手続と秘密保護（アメリカ・イングランド・ドイツ・フランス・ベルギー）（第3論点）

まとめ

1 はじめに

本章は、アメリカ、イングランド、ドイツ及びフランスの証拠収集手続と裁判公開の制限を含む秘密保護並びにベルギーの秘密保護について、調査結果をまとめたものである。

証拠収集手続については2つの考えがあり、自己に有利であるか不利であるかに関わらず、手持ち文書を相手方に開示・閲覧させなければ適正な裁判はできないとする英米法系の国々と、何人も自己に不利益な証拠を与える義務を課されないとする大陸法系の国々とは、発想が基本的に異なるが、いずれの国も各種の修正を経て、歩み寄りが見られる。

一方、裁判公開を含む秘密保護については、各国とも、裁判公開を重要な原則の一つと位置づけながらも、非公開を例外として認めており、また、証拠開示・口頭弁論等で知り得た秘密情報については、漏洩等を禁止するための手段を設けている。

以上要するに、証拠収集手続は、伝統的に英米法系の国がより多くの手続を設けているが、審理の過程等で得られた秘密については、各国とも非公開審理を含めて相当程度の保護を図っている。

2 証拠収集手続

（1）アメリカ

アメリカの証拠収集手続は、攻撃防御のために援用の可能性がある一定の情報を相手方の請求等を要せず直ちに開示する当然開示（ディスクロージャー）と、それを取捨選択し実際に情報へのアクセスを求める請求開示（ディスカバリー）に大別される。

当然開示には、早期に争点を絞り込むための「初期開示」、トライアルにおける不意打ちを回避するための「トライアル前開示」等がある。請求開示には、相手方当事者又は第三者を公証人立会いの上で尋問し、その証言を録取する「証言録取」、相手方に対して書面で質問をする「質問書」、自らの攻撃防御に関連し、相手方が占有若しくは管理している文書の提出等を求め相

手方の支配下にある不動産内にある物を調査するため立入許可を求める「文書・有体物提出要求、立入許可請求書」、当事者に対して、身体又は精神検査に服させる「身体及び精神検査」などがある。

(2) イングランド

イングランドの証拠収集手続は、第1に当事者の相手方当事者に対する情報提供の請求や裁判所に対する情報提供命令の申立てをする「更なる情報提供」の制度がある。第2に、自己や相手方の主張に有利な影響を与えるか不利な影響を与えるか問わず当事者には開示義務があるため、個々の文書をリストで特定し、閲覧及び謄写を請求できる制度がある。その他、証言録取や証人に対する文書提出命令、さらには、裁判所の広汎な処分権限のもとで関連する財産の検証許可等の制度（インジャンクション）がある。

(3) ドイツ

ドイツの証拠収集手続には、文書提出命令、独立的証拠調べ、実体法上の情報請求権がある。まず、文書の所持者が当該文書を引用した場合又は私法上文書の提出や引渡を行う義務が定められている場合には文書提出義務が生じるため、裁判所は、立証事実の重要性、文書提出義務の疎明、文書の所持などを考慮して文書提出命令を発令する。次に、相手方当事者が同意した場合又は証拠の利用が困難になる場合には、訴訟手続の係属中又は訴訟手続外で、証拠保全による検証・証人尋問・鑑定を行うことができる。また、訴訟未係属の場合でも、独立的証拠調べとして、当事者の一方が物の態様等の確定に法的利益を有するときは、鑑定人による書面の鑑定を行うことができる。さらに、実体法上の請求権は民法典・商法典などの中で個別に規定されている。また、信義則に基づく請求権、損害賠償請求権を行使する前提として相手方に必要な情報を請求や計算を請求する準備的情報請求権も認められている。情報請求権者は、義務者に対して、必要かつ可能な範囲で報告を求めることができ、義務者が応じない場合には、情報請求権のみを根拠に、訴えを提起し、執行が可能である。実体法上の請求権の一例として、特許法には、特許権者が侵害者に対して、第三者に関する情報を求めうることが規定されている。

(4) フランス

フランスの証拠収集手続としては、文書提出命令、鑑定レフェレ、侵害物件の差押えが挙げられる。文書提出命令は、一方当事者による申立て、裁判官による決定及び法的障害の不存在を要件として発せられ、これに従わない場合には、間接強制等を行うことができる。鑑定レフェレは、訴え

提起前に、証拠保全のために鑑定を行うものである。侵害物件の差押えは、侵害物や方法を確認して記載すること、侵害物を現実に差し押さえること、文書やそのコピーを差し押さえることを可能とする制度である。

2 秘密保護

(1) アメリカ

アメリカの秘密保護については、まず、開示手続（当然開示・請求開示）における情報拡散の防止として、秘匿特権のほか保護命令がある。営業秘密に関して要求される保護命令は、証言録取の場に同席できる者を限定し、又は、裁判所に提出された文書の閲覧を禁止するなどして情報の開示を得る者の範囲を限定し、かつ、情報の開示を受けた者に守秘義務を課すというものが多く、保護命令に違反した場合には、制裁金、公金、訴えの却下など様々な制裁がある。次に、トライアル公開による情報拡散の防止として、公衆又は当事者に対する公開の制限がある。公衆に対する公開の制限には、一般に政府のやむにやまれぬ利益が必要であるとされているが、営業秘密の保護は、やむにやまれぬ利益に当たると解されおり、必要な限度で非公開とすることも認められている。その他、訴訟記録閲覧・謄写による情報拡散の防止の規定もある。

(2) イングランド

イングランドの秘密保護については、まず、トライアル前に得た情報の拡散防止として、相手方当事者から「更なる情報提供」により得られた情報について、裁判所は当該訴訟でしか用いないよう指示を出すことができる。開示を受ける人的範囲を限定し、開示を受けた者に守秘義務を課すという方法で、営業秘密の保護が図られている。次に、審尋期日公開による情報拡散の防止としては、営業秘密が問題になる事件について判例上非公開審理が認められている。その他、裁判所に提出された文書の閲覧・謄写による情報拡散の防止規定もある。

(3) ドイツ

ドイツにおいては、裁判公開の原則は、重要な原則でありながらも憲法上の原則ではなく、法律により制限できる。裁判所構成法では、営業上の秘密、生産上の秘密、発明の秘密などが問題となる場合に、非公開審理を行うことが認められている。裁判所は、公開を排除した場合には、在廷者に対し、審理や事案に関する公的書類から知りうる事実について秘密を保持する義務（秘密保持

義務)を課し得、義務違反には刑事罰がある。

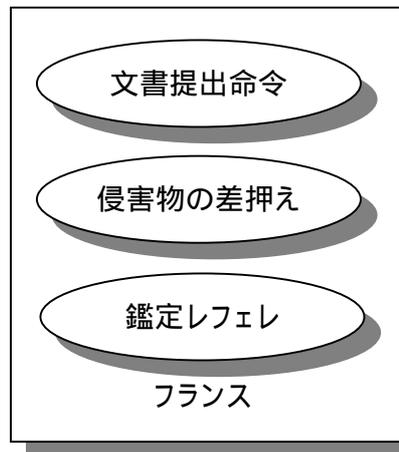
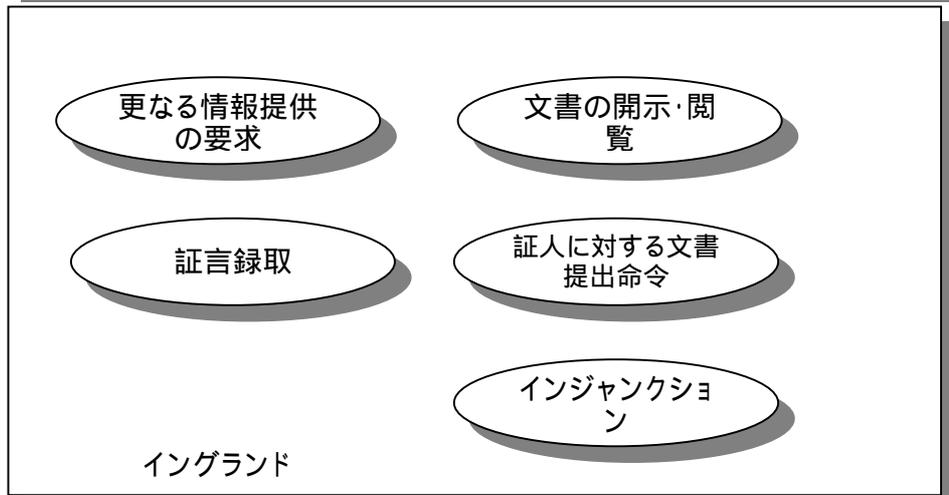
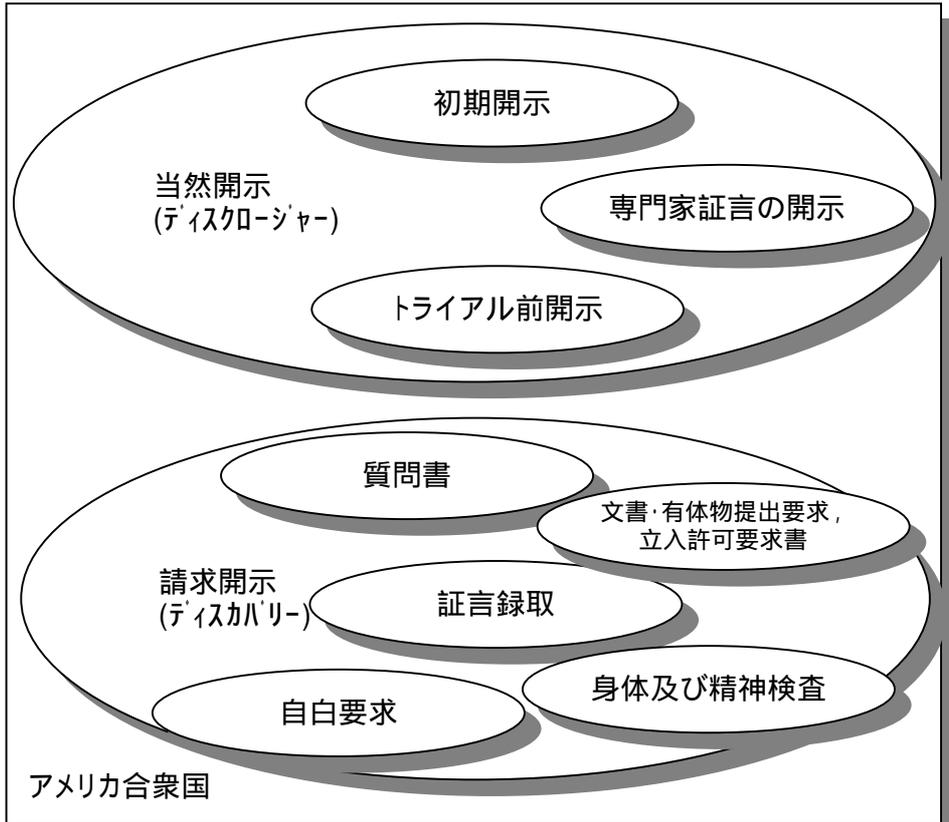
(4) フランス

フランスにおいては、裁判公開の原則は法の基本的原則であるため、その制限は、政令ではなく法律による必要がある。弁論や証拠調べは、原則として公開の行われが、非訟事件、訴訟事件のうち法律に特別の定めがある場合には、非公開で審理される。さらに、裁判官は、私生活の秘密(広く職業上の秘密や営業秘密も含まれると解されている。)を害する場合等には決定によって、非公開で審理することが許されている(なお、証拠調べは書証や鑑定によることが多いため、非公開での運用が多いようである。)

(5) ベルギー

ベルギーでは憲法上、審理を公開すべきこと、公の秩序や善良の風俗を害する場合には、決定で非公開審理をすることを命ずることが可能であることが定められている。もっとも、法律上、各種の例外が定められており、また、欧州人権条約に基づいて、非公開とした裁判例も知られている。

諸外国における証拠収集制度



諸外国における証拠収集手続の概要 (アメリカ)

開示方法	当然開示		請求開示		請求開示			
	初期開示	専門家証言の当然開示	トライアル前開示	証言録取	質問書	文書提出及び土地立入り	身体及び精神検査	自白要求
開示の目的	開示が必要であることが明らかな情報については、当然に開示させることで効率的な情報交換を促し、事件の迅速な処理を進めることを目的	専門家証人の身元・専門家証人が特に専門的証言を行うために確保され又は雇用に用いられている場合若しくはその当事者の被用者としての義務が専門的証言を提供することである場合に、予定される証言、それを基礎付ける理由及びデータ、証人の資格及び報酬	トライアルにおける不意打ちを回避することを目的	証言録取	質問書	文書提出及び土地立入り	身体及び精神検査	自白要求
開示の対象・内容	<ul style="list-style-type: none"> 自らの攻撃防御を支えるために援用するかもしれない情報を有している可能性のある個人の身元 攻撃防御を支えるために援用する可能性のある文書の所在地 自ら請求する損害額の計算式及びその基礎となる資料 	<ul style="list-style-type: none"> 証人として呼び出す可能性のある者 その証言録取書が証拠として提出される可能性のある者の身元と録取書の関連部分のコピー 提出される可能性のある文書 	証言録取とは、相手方当事者、または、両当事者の攻撃防御方法に関する情報を行うことと認められている可能性のある第三者を、公認している。但し、証人立会いの下で、宣誓させた上で尋問し、その証言を記録するというものであり、全当事者が行なう証言録取が10回を超えない段階では、裁判所の許可または相手方の同意なしで行うことができる。	<ul style="list-style-type: none"> 相手方当事者からの情報収集としては、相手方に対しては、相手方に対する質問interrogatoryを行うことも認められている。但し、相手方の同意なしで書面による質問interrogatoryを行うことも認められている。但し、相手方の同意なしで行うことは認められていない。 証言録取とは、相手方当事者、または、両当事者の攻撃防御方法に関する情報を行うことと認められている可能性のある第三者を、公認している。但し、証人立会いの下で、宣誓させた上で尋問し、その証言を記録するというものであり、全当事者が行なう証言録取が10回を超えない段階では、裁判所の許可または相手方の同意なしで行うことができる。 	<ul style="list-style-type: none"> 相手方当事者に対して、自らの攻撃または防御に関する文書が占有ないし管理している文書の提出及び閲覧・コピーの許可を求める要求書を送付することができる。 要求書において、対象となる文書を合理的な詳しさで特定することが要求される。ただし、個々の文書を特定する必要はなく、カテゴリーによって特定すれば足りる。 	<ul style="list-style-type: none"> 土地立入り: 当事者は、相手方に対して、相手方の占有、管理または支配下にある有体物に関する閲覧、コピー、試験、または、サンプル抽出を求める要求書を送達することもできる。また、相手方の支配下にある不動産内に存在する物を調査するため、立入り許可を求める要求書を送達することもできる。 文書提出: 当事者は、相手方当事者に対して、自らの攻撃または防御に関する文書が占有ないし管理している文書の提出及び閲覧・コピーの許可を求める要求書を送付することができる。 要求書において、対象となる文書を合理的な詳しさで特定することが要求される。ただし、個々の文書を特定する必要はなく、カテゴリーによって特定すれば足りる。 	<ul style="list-style-type: none"> 当事者又はその保護の下、若しくは法的な支配を含む)精神または身体状態が争点となった場合、訴訟係属中の裁判所は、申立てによって、当事者に対して、相応しい資格またはは免許を有する検査人による身体または精神検査に服すること、または、彼の保護下または法的支配下にある者を検査のため提供するを命じることができ、 	<ul style="list-style-type: none"> 当事者は、相手方に対する限度で、事実の主張、意見、事実に対する法の適用、文書の真正性に關して、自白を要求する文書を送達することができ、相手方は、要求書を送達から30日以内に書面によって回答しない限り、自白したものと看做される。異議を述べた場合は、その理由を述べなければならない。回答を行なう場合には、個々の事項を否認し、否認も自白もできない場合は、その理由を詳細に述べなければならない。ただし、合理的な調査を行い、それにも関わらず、自白または否認するに足る情報を得られない場合は、合理的な理由を提出し、それが得られない場合でない限り、情報不足を理由とすることはできない。
開示の時期	原則として両当事者間の開示に関する協議から14日以内。	トライアル前90日まで。ただし、相手方当事者が提出する証拠に反駁する目的のみで提出される場合は相手方による開示から30日以内。	トライアル前30日前まで	証言録取は、当事者は自ら口頭で行なうことも、書面による質問書を用意し、公証人が、当事者に代わって証言者に対して質問を行うという形で行うこともできる。	質問書を送付してから30日以内に回答書を送付。	相手方は、30日以内に書面によって応答しなければならない。要求に応じない場合、対象を特定して異議の理由を記載しなければならない。		

開示方法	当然開示		請求開示		請求開示							
	初期開示	専門家証言の当然開示	トライアル前開示	証言録取	質問書	文書提出及び土地立入り						
開示方法	<p>以上の開示を十分な理由なく行なわなかった場合、懈怠当事者は、開示されなかった情報ないし証人を本案または中間の申立に関するトライアルまたは審尋において用いることができなくなる上、不開示によって生じた費用の支払、彼に不利な事実の擬制、一定の請求原因ないし抗弁についての攻撃防御の禁止、一定の事実を証拠として提出することの禁止、訴訟の全部または1部の却下、開示がなされるまでの手続中止、懈怠の通知との制裁のうち1つまたは複数の制裁が課され得る。</p>	<p>証言者が第三者である場合： A 証言者が証言録取の場に現れたものの、質問に十分答えない場合、当事者は、裁判所に対して応答命令を申し立てることができる。そこで証言拒絶の理由（例えば秘密権）が認められなければ、応答命令が発令され、その際、原則として弁護士報酬を含む申立費用は、証言者の負担となる（申立てが却下された場合はその逆である）。この命令に対する不遵守は、裁判所侮辱と看做される可能性があるが、その場合、制裁金または拘禁の制裁が課されることになる。 B 証言者が十分な理由なく証言録取の場に現れない場合、証言者に対して裁判所から発行された召喚状が送達され、これを無視すれば、この不出頭は、裁判所侮辱と看做される可能性があるが、その場合、制裁金、拘禁、または拘禁の制裁が課されることになる。 証言者が当事者である場合： A 証言者が証言録取の場に現れたものの、質問に答えない場合、証言録取を求めた当事者は裁判所に対して応答命令を求めることができる。応答拒否に十分な理由が認められなければ、応答命令が発令される。証言者がこの命令に従わなかった場合、裁判所は、証言者たる当事者に対して命令不遵守によって生じた費用を負担させた上で、彼に不利な事実を擬制する。一定の請求原因ないし抗弁について攻撃防御を禁止する。一定の事実の証拠として提出を禁止する。一定の事実の証拠または1部の却下、開示がなされるまでの手続中止、懈怠の通知との制裁のうち1つまたは複数の制裁が課され得る。</p>	<p>証言者が第三者である場合： A 証言者が証言録取の場に現れたものの、質問に十分答えない場合、当事者は、裁判所に対して応答命令を申し立てることができる。そこで証言拒絶の理由（例えば秘密権）が認められなければ、応答命令が発令され、その際、原則として弁護士報酬を含む申立費用は、証言者の負担となる（申立てが却下された場合はその逆である）。この命令に対する不遵守は、裁判所侮辱と看做される可能性があるが、その場合、制裁金または拘禁の制裁が課されることになる。 B 証言者が十分な理由なく証言録取の場に現れない場合、証言者に対して裁判所から発行された召喚状が送達され、これを無視すれば、この不出頭は、裁判所侮辱と看做される可能性があるが、その場合、制裁金、拘禁、または拘禁の制裁が課されることになる。 証言者が当事者である場合： A 証言者が証言録取の場に現れたものの、質問に答えない場合、証言録取を求めた当事者は裁判所に対して応答命令を求めることができる。応答拒否に十分な理由が認められなければ、応答命令が発令される。証言者がこの命令に従わなかった場合、裁判所は、証言者たる当事者に対して命令不遵守によって生じた費用を負担させた上で、彼に不利な事実を擬制する。一定の請求原因ないし抗弁について攻撃防御を禁止する。一定の事実の証拠として提出を禁止する。一定の事実の証拠または1部の却下、開示がなされるまでの手続中止、懈怠の通知との制裁のうち1つまたは複数の制裁が課され得る。</p>	<p>相手方が応答したものの、要求に対して異議を述べた場合、要求当事者は、裁判所に対して提出命令を申立てることができる。提出命令が出されたにも関わらず、相手方がそれに従わない場合の制裁は、左の A と同じ。 当事者が応答自体を付されなかった場合は、左の B と同じ。</p>	<p>回答書が送付されてきたが、質問に対する十分な回答が無かった場合、左の A と同じ。 回答書自体が送付されなかった場合は、左の B と同じ。</p>	<p>相手方がこの命令に従わなかった場合、裁判所は、不遵守によって生じた費用を負担させた上で、彼に不利な事実を擬制する。一定の請求原因ないし抗弁について攻撃防御を禁止する。一定の事実の証拠として提出を禁止する。一定の事実の証拠または1部の却下、開示がなされるまでの手続中止、懈怠の通知との制裁のうち1つまたは複数の制裁が課され得る。</p>	<p>相手方が事実主張または文書の真正について自白せず、自白を要求した当事者の側が、当該事実主張が真実であること、または、文書の真正について証明に成功した場合は、自白要求当事者は、相手方に対し、弁護士報酬を含め、合理的な費用の支払を命ずることができる。裁判所は、自白要求が異議の対象となること、求められた自白が重要でないこと、自白しなかった当事者が、そう信じる合理的な理由を有すること、その他の合理的な理由が存することのいずれかを確信しない限り、以上の命令を出さなければならぬ。</p>	<p>当事者がこの命令に従わなかった場合、裁判所は、不遵守によって生じた費用を負担させた上で、彼に不利な事実を擬制する。一定の請求原因ないし抗弁について攻撃防御を禁止する。一定の事実の証拠として提出を禁止する。一定の事実の証拠または1部の却下、開示がなされるまでの手続中止、懈怠の通知との制裁のうち1つまたは複数の制裁が課され得る。</p>	<p>当事者がこの命令に従わなかった場合、裁判所は、不遵守によって生じた費用を負担させた上で、彼に不利な事実を擬制する。一定の請求原因ないし抗弁について攻撃防御を禁止する。一定の事実の証拠として提出を禁止する。一定の事実の証拠または1部の却下、開示がなされるまでの手続中止、懈怠の通知との制裁のうち1つまたは複数の制裁が課され得る。</p>	<p>当事者がこの命令に従わなかった場合、裁判所は、不遵守によって生じた費用を負担させた上で、彼に不利な事実を擬制する。一定の請求原因ないし抗弁について攻撃防御を禁止する。一定の事実の証拠として提出を禁止する。一定の事実の証拠または1部の却下、開示がなされるまでの手続中止、懈怠の通知との制裁のうち1つまたは複数の制裁が課され得る。</p>	<p>当事者がこの命令に従わなかった場合、裁判所は、不遵守によって生じた費用を負担させた上で、彼に不利な事実を擬制する。一定の請求原因ないし抗弁について攻撃防御を禁止する。一定の事実の証拠として提出を禁止する。一定の事実の証拠または1部の却下、開示がなされるまでの手続中止、懈怠の通知との制裁のうち1つまたは複数の制裁が課され得る。</p>	<p>当事者がこの命令に従わなかった場合、裁判所は、不遵守によって生じた費用を負担させた上で、彼に不利な事実を擬制する。一定の請求原因ないし抗弁について攻撃防御を禁止する。一定の事実の証拠として提出を禁止する。一定の事実の証拠または1部の却下、開示がなされるまでの手続中止、懈怠の通知との制裁のうち1つまたは複数の制裁が課され得る。</p>

諸外国における証拠収集手続の概要（ドイツ）

	ドイツ	実体法上の情報請求権
提出の範囲	<p>文書提出命令 文書の所持者が当該文書を引用した場合（引用文書） 私法上、拳証者に対して文書の提出や引渡を行う義務が定められている場合</p>	<p>特許法140b条：第三者に関する情報を請求できる。情報義務の対象は、使用製品の出所と販売ルート。具体的には、前者には、製造者、製品の納入業者と前所有者の名前と住所が、後者には、（私人ではない）顧客や注文者の名前と住所、及び製造量、供給量、保管量、注文量が含まれる。ただし、売上額、原価価格、利益については本条の対象とはならない。</p>
行使方法	<p>裁判所は、立証事実の重要性、文書提出義務の疎明の有無、文書の所持などを考慮して、申立ての理由があると判断すれば提出命令を発令する。ここで、文書の所持については、相手当事者が文書の所持を自白したか又は、相手当事者が陳述をしない場合には、所持があるものとして提出命令を発令することができるが、文書の所持について相手方が争った場合には、裁判所は相手方を尋問しなければならぬ。そして、尋問の結果、相手方が文書を所持するという心証を得た場合に、提出命令を発令することになる。提出命令が発令された場合、相手方は当該文書を当事者ではなく、裁判所に提出しなければならぬ。</p>	<p>実体法上の情報請求権を有する者は、義務者に對して、必要かつ可能な範囲で報告を求めることができる。 義務者が義務を履行しない場合には、情報請求権のみを根拠に訴えの提起、執行等をすることができ。また、階級訴訟という制度も用意されている。 一段階訴訟とは、主たる請求権の存在、範囲、対象などに関する情報が被告側にあるために、主たる請求の特定が欠けて訴えが却下されることを防止するため、計算書や財産目録等の提出を求め訴え（情報請求訴訟）、あるいは宣誓にかつ、段階を求め訴えと、給付請求とを併合し、かつ、段階的に審理、一部判決を行うことにより、情報請求訴訟の結果を利用して主たる請求権の特定を事後的に可能にする制度である。個別に請求を行うのではなく、訴訟経済に配慮して同一の手続の中で段階的審理を可能にしており、訴えの客観的な併合の特殊類型である。 実体法上の情報請求権を行使する際、以下のような形で営業秘密の保護が図られている。準備的情報請求権は、信義則上の制限として、情報の必要性と秘密保持の利益を比較衡量して、前者の利益が上回る場合にのみ行使が認められる。また、営業秘密の保護のために公認会計士を用いる方法が、古くから認められてきた。</p>
不提出の効果	<p>相手方が文書提出命令に従わない場合でも、提出を強制することはできないが、文書を提出しない場合には訴訟法上の制裁が用意されている。すなわち、拳証者が提出した謄本を真正なもののみならずことに加え、謄本が提出されない場合は、文書の性質や内容に関する拳証者の主張を立証されたものとみなすことができる。</p>	<p>従前の実体上の情報請求権とは異なり、損害賠償請求権の存在、特に故意過失を不要とするともに、明白な法的侵害の場合には仮処分を行うことも認められている。</p>
独立の証拠調べ	<p>従来から、相手当事者が同意した場合、証拠方法の利用が困難になる場合には証拠保全として検証、証人尋問、鑑定などを行うことが認められていたが、1990年の司法簡素化法によって、訴訟係属前に、証拠保全の目的がない場合でも法的利益があれば、ある者の容態又はある物の状態若しくは価格、人的損害、物的損害又は物についての瑕疵の原因、人的損害、物的損害又は物についての瑕疵の除去に要した費用の確定について、書面による鑑定を命ずることが認められるようになった。法的利益は、訴訟の回避に役立つ可能性があれば肯定される。独立の証拠調べの結果に基づいて和解が成立した場合には、和解調書に基づいて執行することができるが、独立の証拠調べの結果を本案訴訟の中で、受訴裁判所における証拠調べの結果として扱うこともできる。訴訟が係属していない場合には、一定期間内に訴えを提起するように命じなければならず、これに違反した場合は費用負担を命ぜられる。 独立の証拠調べは、紛争の早期の段階で事実関係を明確にして和解を促進させ、裁判所の負担を軽減することを目的として、英米法のプリトリアル・ディスカバリーをも参考にしながら導入された制度であるが、実際には証拠開示を強制する効果はなく、利用できる方法も、書面による鑑定に限定されているため、その射程は狭い。</p>	<p>実体法上の請求権は、民法典や商法典の中で個別に規定されている。さらに、判例や学説では、個別規定が存在しない場合であっても、信義則に基づき請求権が認められている。 さらに判例や慣習法では、特許法に基づく損害賠償請求権などを行使する前提として、相手方に必要な情報や計算を求められることも認められている。</p>

諸外国における証拠収集手続の概要(フランス)

	フランス	文書提出命令
提出の範囲	鑑定レフェレ	<p>文書提出義務が発生する要件は、一方当事者による申立て、裁判官による決定、法的障害の不存在が必要である。</p>
行使方法	<p>訴訟係属前であっても、レフェレの方式に従い、証拠保全のために証拠調べを行うことができる。この方法によって鑑定を行うことを鑑定レフェレと呼ぶ。鑑定レフェレにより、紛争の初期段階において事案を解明し、当事者間の和解を促進することが可能となる。</p> <p>一般にレフェレを命じるためには、緊急性が存在することが必要であるが、鑑定レフェレの場合には、この要件は不要である。しかしながら、訴訟係属前に紛争解決に資すると思われる事実の証拠を保全する、あるいは事実を立証する正当な理由が存在することが必要である。レフェレ裁判官は、立証を要する事実の確からしさを、鑑定レフェレが紛争解決に影響を及ぼす可能性などを考慮して、正当な理由の存否を判断しなければならぬ。</p> <p>ここで、鑑定によって必然的に企業秘密を開示する結果になる場合に正当な理由が認められるかについて、大審裁判所長や控訴院長らは、一方当事者の要求があると、相手方当事者を召喚し、対審の弁論で審理を行った後に、即座にあるいは数日後に命令を発令する。レフェレは仮の決定であるため、本審裁判官を拘束しない。</p>	<p>一方当事者の申立て 特別な規定がある場合を除くと、裁判官は職権で文書の提出を命ずることはできない。申立てには特定の形式は要求されず、したがって口頭で申し立てることも可能であるが、判例においては、文書を特定して申し立てなければならぬという要件が付加されている。</p> <p>裁判官による決定 裁判官は、申立てに理由があるか判断しなければならぬ。具体的には、文書の必要性、立証事実との関連性、文書の存在、紛争解決への有益性の他にも、当事者の解意を補う目的に基つかないか、代替手段が存在しないか、訴訟遅延の目的に基つかないかなどを考慮することになる。</p> <p>法的障害の不存在 第三者に対して命令を発令するためには、法的障害が存在しないことが必要である。新民事訴訟法典には、「法的障害」の定義が示されていないため、裁判官が裁量に基づいて判断することとなる。「法的障害」の意味をあまりに広く解釈すると、文書提出命令を発令できる場合が限定されてしまうため、実際には、職業上の秘密、私生活の保護のために必要な場合、不可抗力により文書が存在しない場合などに限られている。</p> <p>規定上は、相手方当事者は法的障害の存在を理由に提出を拒むことはできない。また、NCPIC11条2項も、相手方当事者が法的障害を理由に提出を拒むことを否定している。これは、相手方当事者には、文書を提出して紛争を解決するという利益があるため、紛争解決に必要な文書の提出を妨げるような法的障害は存在しないという考えに基づくようである。判例の趨勢は立法に忠実に、当事者については正当な障害を理由として提出を拒むことを否定している。</p>
不提出の効果	<p>相手方は差押手続に協力する義務がある。相手方が協力を拒んだ場合には、執行吏はこれを無視することもできるし、公安・秩序維持係官に協力を要請することもできる。裁判例では、差押手続への協力を拒んだ場合には、有責性の推定を肯定するものもある。</p>	<p>提出命令は仮に執行することができるが、これに従わない場合には、間接強制をすることができる。加えて、当事者が提出命令に従わない場合に、悪意の徴表として、自白の成立や証明責任の転換というような訴訟法上の制裁を課すことができるかは問題である。この点について立法者が規定を置いてはいないことは、かかる推定を行うこと自体を禁じる趣旨ではないという考え方もあるが、立法者は意図的にこのような推定を行うことを禁じたと見るのであれば、文書提出命令に従わなかったことから不利な結論を引き出すことは困難であろう。</p>
侵害物件の差押え	<p>特許権者などは、侵害物の所在地である大審裁判所に、正当な権利者であることの証拠、侵害者、差押えの対象物などを明示して差押えを申し立てることができる。</p> <p>申請者は、申請時に執行吏や専門家を選択することができる。裁判所長は、申出に基づいて、執行吏や場合によっては、作業の補助者として、弁理士や特許技術者、写真家、錠前屋、会計士などの専門家を任命する。執行吏は、侵害の立証に必要な情報を収集することが可能である。具体的には、侵害物や方法を確認して記載すること、侵害物を現実に差し押えることや、文書やそのコピーを差し押えることができる。</p> <p>執行吏が行った確認調査は、公正証書偽造の申立ての手続きによって、確認が誤りであったという立証がなされるまでは真正なものとして扱われ、高い証明力を有する。立証に必要な文書であれば、営業秘密など、私人の秘密を含む秘密文書であってもこれを差し押さえ等することが可能である。そのため、業務において、秘密の漏洩を防止するため、レフェレ裁判官に申し出て、様々な措置を命じてもらうことが多い。例えば、執行吏が秘密文書を封印して自ら保管する方法や、本審裁判所が侵害の事実を判断するまで書記課が文書を保存する方法がよく用いられる。</p>	<p>本審訴訟の継続前に、侵害物や方法を確認して記載すること、侵害物を現実に差し押えること、文書やそのコピーを差し押えることを可能とする制度である。</p>

諸外国における秘密保持手続の概要（アメリカ）

アメリカ

開示手続における秘密保護	秘匿特権	<p>秘匿特権とは、明確なルールによって秘匿特権の範囲が定められたものであり、事案毎の利益衡量無しに、開示の対象から除外され、トリアルにおける証拠ともならない。事案毎の利益衡量に晒されるならば、コミュニケーション促進という秘匿特権の機能が減殺してしまうからである。もっとも、そのため、秘匿特権は、憲法上認められた自己負罪拒否の特権、及びコモンローにおいて認められた、弁護士と依頼者、医師と患者、聖職者と信者の間のコミュニケーションなど、極めて限定された場面でしか認められない、ということにもなる。</p> <p>営業秘密自体については、以上のような絶対的な秘匿特権の対象になるとは考えられていない。もっとも、他の一般の情報のように、claimまたはdefenseとの関連性のみで直ちに、開示が認められるというわけでもなく、営業秘密であることが認定されれば、開示を要求する側は、開示の必要性を示さなければならぬと解されている。営業秘密に関する開示の可否は、開示を求めた場合における開示者にとっての不利益と、開示を認めなかった場合における開示を求めめる者の不利益との事案毎の比較衡量によって決定されるのだが、この衡量過程は、開示者にとっての不利益を緩和するためにいかなる措置を採り得るかによって影響される。この保護措置、すなわち保護命令に関する定めを置くのが保護命令である。</p>
秘密保護	保護命令	<p>営業秘密については、保護命令によって、公開による損害を最小限に食い止めることが認められている。保護命令の内容は事案に応じて柔軟に決定することができる。営業秘密に関して要求される保護命令は、多くの場合、証言録取の場に居合わせる者が限定することができる。または、裁判所にファイルされる文書を全て閲覧禁止とするなどして情報の開示を得る者の範囲を限定し、かつ、情報の開示を受けた者に守秘義務を課すというものである。</p> <p>保護命令違反に対する制裁は、裁判所が裁量的に決定できる。第三者の違反に対しては、制裁金や拘禁しかなく、原告の違反については、訴えの却下や、指示評決、訴答の却下など様々なものが考えられる。</p> <p>保護命令ないし保護命令申立却下決定に対する独立の上訴が認められるか否かは、事案毎に決するほか無い。</p>
トリアルにおける秘密保護	一般公開の制限	<p>連邦民事訴訟規則は民事トリアルの原則的公開を要求しているが、これは例外を許さないものではないと理解されている。但し、判例は、トリアルへの公衆のアクセスは、修正1条によって憲法的に保証されると解している。この判例は刑事裁判に関するものではあるが、民事事件についても妥当すると解されており、非公開にできる場合は限定的に解される傾向にある。</p> <p>公開原則を破るための規準について、判例は、やむにやまれぬ政府の利益を守るために非公開が必要であること、その利益保護のために必要な限度に非公開の範囲を限定することが要求されると述べている。但し、「政府の」という文言は、「当該利益を保護するのが政府の政策上望ましい」という程度の意味である。判決も、被害者の身体的精神的苦痛の緩和という私人の利益に注目している。その意味で、アメリカの連邦裁判所においては、私人の営業秘密の保護の利益も、十分に公開原則を破る理由となり得ると考えられている、と言うことができる。</p>
当事者公開の制限	当事者公開の制限	<p>連邦証拠規則は、当事者はトリアルから排除されないと規定するが、裁判例においては当事者の民事トリアル出席を制限することは不可能ではないと解されている。しかし、それは裁判所の裁量で認められるものではなく、あくまで例外的な状況に限られる。当事者に守秘義務を課するという手段も残されているためか、営業秘密が関わるといっただけで当事者のトリアル出席を制限することを認めた裁判例は確認できなかった。</p>
記録閲覧制限	記録閲覧制限	<p>公衆は特に理由を述べることなく、訴訟記録の閲覧及びコピーを求めるコモンロー上の権利を有する。但し、この権利は絶対ではなく、裁判所は、私的な嫌がらせ、公の場での中傷などの不適当な目的で行使されるのを阻止する権限を有するし、当事者の競争上の地位を守るために閲覧、コピーを制限することもできるというのが判例である。トリアル記録については、トリアルの公開と同様、公開の強い推定が働くため、非公開を求めると十分な理由を証明しなければならぬ、というのが裁判例の趨勢である。それに対して、トリアルで用いられなかったプリントアウト記録については、公開の推定があるか否かについて争いがある。この争いは、具体的には、不開示の保護命令をかけた文書について第三者が保護命令の修正を求めた場合、修正を求める側と保護命令の維持を求める側のいずれが証明責任を負うかという形で現れるが、修正を求める側にその理由を証明する負担を課すという裁判例と、保護命令の維持を求める側に理由を証明する負担を課す、という裁判例が存在する。</p>

諸外国における秘密保持手続の概要 (イングランド)

イングランド	
開示手続における秘密保護	<p>更なる情報提供の要求及び情報提供命令に基づき、相手方から得た情報について、裁判所は、相手方が自発的に当該情報を提供したか否かに関わらず、当該訴訟でしか用いないように指示を出すことができる。</p> <p>秘密特権を与えることは、秘密の対象となっている情報の訴訟における重要性との比較衡量無しで情報の不開示を認めるということを意味する。したがって、秘密特権の対象となる情報は極めて限定されており、以下の4類型についてしか認められない。すなわち、自己または配偶者を刑事訴追に晒す可能性のある情報に対する秘密特権、法的助言者と依頼者との間のコミュニケーションに対する秘密特権、トライアルで証拠にならないという宣言に基づく秘密特権、報道機関の取材源である。営業上の秘密に該当するだけでは秘密特権を与えられないのももちろん、プライバシーに関する情報であっても秘密特権は与えられない。但し、の原則は、現在、制定法によって相当緩和されている。</p> <p>営業秘密であるというだけで当然に不開示の権利を与えられる訳ではない。もっとも、裁判例においては、営業秘密も可能な限り保護しようという傾向が見られ、開示を受ける人的範囲を制限し、開示を受けた者に、守秘義務を課すという方法は、しばしば用いられている。守秘義務は、当該訴訟終了後も、裁判所が設定した期間継続し、設けられた制限に違反した場合、裁判所侮辱の制裁が課される可能性がある。</p> <p>不開示をめぐる争いに関する審理は両当事者に通知した上で公開の審尋期日において行なうのが原則であるが、後述する本案審理と同様、非公開とすることもできるし、更には審尋期日を開かないという選択も可能である。また、必要があれば、裁判所は、まず裁判所限りの文書を開覧するため、当該文書の提出を求めることができる。</p>
トライアルにおける秘密保護	<p>イングランドにおいて、トライアルを含む審尋期日は原則として公開審理に付される。公開を原則とする理由は、判例において、裁判官は女王の名において、全共同体のために裁判を行なっている。一般の構成員以上に、裁判が行なわれることを自ら見る権限を与えられている者はいないと説明されている。そのため、例外も、狭く限定された範囲でしか認められず、裁判所の裁量や当事者の合意によって非公開にできないものではない、というのが判例であり、新規則においても非公開が認められるのは以下の場合に限定される。公開によって審尋の対象が破壊される場合、国家安全保障に関する事項が含まれている場合、(個人の財務事項に関する情報を含む)秘密情報が含まれており、公開が当該秘密を失わせる場合、非公開審理が、子または親の利益を守るために必要である場合、通知無しで為される申立に関する審尋であり、公開審理を行なうことが、被申立人に対して不正となる場合、信託財産の管理または被相続人の財産管理に関する非争訟的事項が含まれている場合、または、裁判所が司法の利益の観点から、必要と考える場合、である。営業秘密が問題となる場合は、のカテゴリーに含まれるというのが判例である。</p> <p>営業秘密へのアクセスを拒否するため、一方当事者の審尋期日への出席を制限し、弁護士の出席のみを許可するというような例は確認できなかった。ただ、営業秘密の保護に必要な限度で、当事者が手続過程で得た情報の第三者への公表を禁じる命令を出し、それに違反した場合、裁判所侮辱の制裁を課すということは認められている。</p> <p>また、公衆へ非公開とすることは、当事者間における秘密保護においても、重要な意味を有する。開示された文書は当該訴訟においてしか利用できないというのがイングランドにおける原則であるが、当該文書が公開の審尋期日で裁判所によって、または、裁判所に対して読み上げられた場合には、秘密性が失われる結果、開示情報の利用制限を解かれてしまうからである。審尋期日を非公開とすることは、当事者間における文書の利用制限を維持するために有効である。</p>
記録閲覧制限	<p>当事者は、所定の費用を支払い、かつ、コピー請求書をファイルすることで、裁判所の記録にファイルされた文書の複写を得ることができる。常に裁判所にファイルされるのは、訴状、請求明細、答弁書、中間的な争いに対して出される裁判所の命令、その申立書、判決、及び、命令ないし判決を出すため証拠として用いた文書である。開示された文書のリストや開示当事者から得た文書のコピーは当然には裁判所にファイルされない。</p> <p>訴外の第三者も、訴状、及び、公開法廷で出された判決については、所定の費用を払うことで閲覧及びコピーを請求できる。但し、その他の文書については当然に閲覧・コピーの権限を持つわけではない。閲覧・コピーを行なうには、裁判所の許可が必要であり、許可を出すか否かは、第三者にとっての必要性と、秘密保護の必要性とを比較衡量した上で裁判所が裁量によって判断する。</p>

諸外国における秘密保持手続の概要 (ドイツ)

ドイツ

裁判公開の原則	<p>今日の基本法の中には、裁判の公開原則については触れられておらず、もはや憲法上の原則ではなくなっているということができる。また、裁判の公開原則をも定めている欧州人権保護条約は、1952年8月7日の法によって批准され、国内法的効力を有しているが、憲法と同等の地位に置かれては過ぎない。そのため、法律によってこの原則を制限することには問題がない。</p> <p>もっとも、裁判の公開原則は、憲法上の原則ではないものの、訴訟法の中心的な原則であるなどと説明されることから分かるように、重要な原則と位置づけられているため、安易に制限を加えることは認められない。そのため、裁判の公開原則とその制限については裁判所構成法の169条以下に、詳細な規定が置かれている。</p>
一般公開の制限	<p>受訴裁判所の審理及び、判決や決定の言渡しは原則として公開される。「審理」とは、受訴裁判所や単独裁判官の前で行われる口頭弁論と証拠調べのことである。証拠調べは裁判所の中で行われるから外で行われるかは関係がない。裁判官の合議、受託、受命裁判官の前における手続、決定手続、督促手続、和解手続、執行手続、仲裁手続、破産手続、当事者が合意して行う書面手続には適用されない。また、裁判の公開原則は、当事者の利益のみに係る原則ではないため、書面手続の場合を除き、当事者は裁判の公開の利益を放棄することはできない。この原則は、通常裁判所の手続はもちろん、それ以外の裁判所の手続にも適用されるが、懲戒手続には適用されない。</p> <p>ただし、一定の場合には審理の公開は制限される。従来から、公序良俗が害される恐れがある場合には例外的に非公開審理が認められてきたが、その後、徐々に例外事項が拡大され、現在では、以下の場合に例外が認められている。</p> <p>まず、家事事件の審理は、原則として当然に非公開である。また、被疑者の精神病院等への収容手続、訴訟参加人などの個人的な生活領域内の事項が問題となる場合、国家の安全、公序良俗が害される場合、証人などの生命、身体、自由が害される場合、重要な営業、生産、発明、租税上の秘密が対象となる場合、16歳以下の未成年を尋問する場合においては、裁判所は、裁量に基づいて公開を排除することができる。</p>
当事者公開の制限	<p>当事者が競業者である場合などにおいては、相手方当事者への秘密の漏洩が重大な損害をもたらす可能性がある。ところが、ドイツ民事訴訟法においては、憲法上の法的審問請求権の発現として、当事者公開原則が重視されているため、両当事者は、法廷警察権に基づいて立会いを否定される場合などを除き、原則として非公開審理にも立ち会うことができる。そこで、相手方当事者に対して(場合によっては裁判所に対しても)、証拠調べの具体的内容など、秘密を開示しないで行われる審理、すなわち秘密手続の可否が問題となる。この点、連邦通常裁判所は、鑑定人による秘密手続の適法性を否定した。他方で、連邦労働裁判所は、組合員の確認のために公証人を利用した秘密手続の適法性を肯定している。</p>
秘密保持命令	<p>裁判所は、国家の安全への危険や、参加者の私生活、営業秘密、生産上の秘密等、私的秘を理由に公開を排除した場合において、在廷者に対し、審理や事案に関する公的書類から知りうる事実について秘密を保持する義務(秘密保持義務)を課すことができる。</p> <p>この義務は、裁判所の決定により発生する。裁判所は、あらゆる利益を考慮して裁量に基づいて、義務を課すか否かを判断する。この判断を行うにあたって弁論は不要であるし、決定自体は口頭弁論内で行われ、調書に記されるが、理由を付記する必要はない。</p> <p>秘密保持義務を負う主体は、非公開審理に出席した全ての者であり、この中には当事者や訴訟代理人、裁判官自身も含まれる。ただし、秘密の主体は含まれない。</p> <p>義務の対象は、弁論や書類(非公開の弁論に関する書類)から分かる事実(手続の経過全体)である。裁判官は、対象を具体的に示さなければならない。事実が公開判決で知られた場合や、訴訟とは無関係に当該事実を知っていた場合などにおいては、義務は生じない。</p> <p>決定の効果として、秘密保持義務が課された者は、審理に欠席した者に対して、秘密の対象となる事実を報告することはできなくなる。もっとも、審理に立ち会った訴訟代理人が、立ち会わなかった当事者に対して報告を行うことは禁じられないが、この場合、報告を受けた当事者も秘密保持義務を負うことになる。</p> <p>この義務に違反した場合、刑法353d条によると、一年以内の自由刑、又は科料が課される。処罰は通常の刑事手続に沿って行われる。秘密保持義務を課す決定に対しては、当該決定に關係する人はすべて抗告をすることができる。秘密保持の効果は、上訴裁判所や命令によって決定が取り消されない限り持続する。</p>
訴訟記録閲覧	<p>訴訟記録については、当事者は無条件にこれを閲覧することが可能であるが、第三者は、当事者が同意した場合か、あるいは、法的利益を疎明して裁判所長による閲覧許可を得た場合に限ってこれを閲覧することができる。</p>

諸外国における秘密保持手続の概要（フランス）

裁判公開の原則	フランス
一般公開の制限	<p>今日の第五共和憲法においては、裁判の公開を定める規定は存在していない。しかしながら、コンセイユ・データの判決によって、裁判の公開原則は、多くの憲法改正を経た結果、法の一般原則となつてゐるため、その制限はデクレではなく、ロワによって行われなければならないと示された。その結果、公開原則とその制限について定めた規定が附加され、新民事訴訟法典の中にも、いくつかの規定が置かれてゐる。なお、民事訴訟法の法源として、一般には条約の適用に争ひはあるものの、1950年の人権条約6-1条は、これを批准したフランスの裁判所には当然に適用されると解されてゐる。</p> <p>弁論や証拠調べは原則として公開の手続で行われる。この原則は、全ての司法裁判所に適用される。これは、裁判の明晰さと適正さを保証するための原則であり、訴訟当事者の私益を越えて、裁判を受けるすべての者の利益に関係する原則である。しかしながら、以下の場合においては、例外的に、非公開の評議部において審理をすることが認められる。</p> <p>第一に、非訟事件は評議部で審理される。</p> <p>第二に、争訟事件のうち、法律に定めがある場合には例外的に評議部で審理が行われる。具体的には、親子関係事件、離婚事件、親権に関する事件などである。また、新民事訴訟法典の中でも、当事者の本人出頭の場合には評議部で尋問を行うことが認められている。</p> <p>第三に、裁判官は、私生活の秘密を害する場、両当事者が求めた場合、両当事者が求めた場合、裁判の平穏を乱す混乱が起る場合には、決定によって評議部での審理を命ずることができる。は、私生活の保護を謳つた民法9条の精神の現れである。 によって保護される対象については、裁判例は広く解する傾向があり、例えば、会社経営者の秘密、すなわち営業秘密なども保護の対象となると解されてゐる。 については、前述のように、裁判の公開原則は、訴訟当事者のみの利益に属する原則ではないため、当事者の合意のみで放棄することはできないという批判も少なくない。しかしながら、両当事者の合意には裁判官に対する強制力はないため、あまり問題視しない論者もある。</p> <p>判決は、争訟事件については公開で、非訟事件は非公開で言い渡される。争訟事件については、評議部で審理が行われた場合であっても、原則として判決は公開される。以上の場合については、争訟事件は非公開である。ただし、公開原則違反は職権では考慮されず、当事者は、特別な事情がない限り、弁論が終結するまでに主張しなければならずない。実際には、435条の事項については、裁判長に大幅な権限が認められている以上、無効を認めることは困難である。もっとも、裁判長が弁論の途中で修正すれば瑕疵は治癒される。</p>
当事者公開の制限	<p>フランスの民事訴訟においては、対審の原則（防衛権の保護）が重視されている。そのため、評議部での審理においてもこの原則が適用され、当事者の立会いは排除されない。対審の原則は、専門家による証拠調べの場面にも妥当するため、例えば鑑定手続においては、原則として、両当事者やその代理人を呼び出したり、鑑定意見の基礎資料等を両当事者に開示したり、当事者に意見を述べる機会を与えたりすることが必要となる。しかも、この原則に違反した鑑定意見は無効となる。</p> <p>しかしながら、鑑定手続においても、公認会計士が帳簿等を閲覧する場合など、当事者の顧客の秘密や企業秘密が関係する場合においては、例外的に当事者の立会いが否定される。裁判例においても、鑑定作業への立会いを否定した上で、鑑定人が、事後的に当事者の顧客の秘密や企業秘密が関係する場合においても、確認結果を当事者らに通知して、作業内容について議論する機会を与えなければならないとされる。また、当事者の防衛権をより保護するためにも、各当事者が専門家を選任して手続に立ちあわせ、専門家には秘密を口外しない義務を負わせる方法も提唱されている。鑑定人は、情報保有者の尋問など、鑑定に必要な調査を行うことが可能である。この手続は裁判官の面前による証拠調べではないため、一般公開する必要はない。</p>
訴訟記録閲覧	<p>公開された判決については、当事者はもちろん、第三者も謄写を求める権利を有する。記録の閲覧に関しては、非訟事件では、第三者が正当な利益を証明して裁判官の許可を得た場合に認められている。これは、非訟事件に利害関係を有する第三者を保護するための制度であり、記録の一般公開を認めたものではない。したがって、それ以外の争訟事件では、原則として当事者とその代理人に対してのみ、訴訟記録の閲覧、謄写が認められているようである。</p>

アメリカにおける情報収集と秘密保護

1 情報収集

(1) 沿革¹

連邦裁判所における情報収集である開示手続は、いわゆるスポーティングセオリー²から脱却し、十分な情報に基づいたトライアルによって真実を発見するという訴訟制度を採用すべし、という思想に基づいて、1938年の連邦民事訴訟規則の制定の際に導入されたものである。もちろん、それ以前にも各州及び連邦衡平規則は、一定の開示方法を備えていたわけであるが、この1938年規則は当時のいずれの法域で採用されていた開示手続以上に広範な開示を認めたと言う点で画期的な意義を有する。もっとも、それでも、当初は統一的内容を持っていたわけではなく、従来見られた様々な情報収集手段の集合体でしかなかった。そのため、当時の開示手続には、根拠が見出し難い不整合が散見されることになる。第1の不整合は、開示の範囲についてである。証言録取そのものは、訴訟の主題に関係する限り広く認めるという態度を取っておきながら、文書の開示については、訴訟に含まれる事項の証拠資料を含むものに限定されていたのである³。この不整合は1946年に連邦民事訴訟規則26条(以下、連邦民事訴訟規則については条文番号のみを記す)を開示の一般規定とする改正が行われた際に一定程度解消された⁴。もっとも、その後も、文書提出命令についてのみ十分な理由を示す申立が要求されるなど不整合が存在し、開示の範囲の統一は1970年に初めて達成されることになる。

第2の不整合は、保護命令の適用範囲についてである。当初の規則における保護命令は証言録取についてのみ適用可能であるかのような外観を有していた。しかし、その基礎となる考え方、すなわち、開示の対象者を不当な負担から保護すべし、という考え方は、開示の方法如何で変わるものではない。そこで、

¹ 開示手続に関する連邦民訴規則の変遷については、See, Richard L. Marcus, *Discovery Containment Redux*, 39 B.C. L. Rev. 747 (1998). なお、連邦民事訴訟規則に開示手続が導入された過程の詳細については、See, Stephen N. Subrin *FISHING EXPEDITIONS ALLOWED: THE HISTORICAL BACKGROUND OF THE 1938 FEDERAL DISCOVERY RULES*, 39 B.C. L. Rev. 691 (1998). Richard L. Marcus, *Discovery Containment Redux*, 39 B.C. L. Rev. 747 (1998)

² 訴訟を両当事者の弁護士間のスポーツと見て、相手を首尾よく出し抜いた方を勝たせることを容認する考え方。このような考え方の下では、相手方に対して自らの情報を隠しつつ、相手方が準備し得ない段階で当該情報を提出するというような戦略による勝訴も十分認められていた。See, 1-1 Moore's Federal Practice - Civil § 1.21.

³ 質問書についても、裁判例では証言録取以上の制限を課す(例えば、重要な事実に限定する)ものが存在していた。

⁴ 1946年改正は、そのほかに、証拠能力の不存在は開示拒否事由にならないことを明示する、

1970年には、保護命令に関する規定は、開示手続の総論規定である26条に移されることになった。

ところが、開示手続の体系化が一応の完成を見るとともに、開示手続の負の部分、すなわち、濫用の危険と訴訟の高コスト化が改めて意識され始められるようになった⁵。そこで1970年代後半には、開示手続のコストを削減するための議論が始まった。

当初から開示の範囲の縮小、開示の量的制限、弁護士及び当事者の責任の強化⁶、裁判官による事件管理は議論の対象となっていたが、1980年改正では、両当事者間の事前協議を実効化するため、裁判所の介入を求めるということしか実現しなかった。

ただ、これに対しては不十分であるという批判が強く、1983年改正では、早速更なる開示手続の制限が実現することになった。26条(a)(1)の「回数は原則無制限」という文言を削除し、それに合わせ、(b)(1)で裁判官の不必要な開示を規制する権限を強調し（これは保護命令発令実務にも影響を与え得る改正である）、(g)で開示に当事者の署名を要求することで、当事者の側の濫用を慎む責任をも強調した。

1993年最大の改正点は、相手方の要求無しに情報を開示する当然開示制度の導入である。形式的な要求無しで情報を開示させることで、開示手続全体を効率化させることを狙いとするものである。既に一定の区域では実験的に試みられており（トライアル前開示は多くの区域で既に試みられていたし、初期開示を試みる区域も存在した）、成果を挙げていたものである。但し、この時期には、まだ全国的なコンセンサスが存在しなかったため、ローカル・ルールによる適用

⁵ 開示手続濫用の危険そのものは、連邦民事訴訟規則改正前から盛んに議論されている。See, STEPHEN N. SUBRIN, FISHING EXPEDITIONS ALLOWED: THE HISTORICAL BACKGROUND OF THE 1938 FEDERAL DISCOVERY RULES, 39 B.C. L. Rev 691 (1998)

⁶ これは1983年に11条の改正として一定の成果を挙げた。オリジナルの11条は訴答の署名における濫用に対して訴答の却下と懲戒処分という制裁を用意していたが、これは十分に機能しなかった。オリジナルの11条は、訴答が十分な理由に基づくことを要求していたが、これは、全く理由が無い場合にしか制裁は課されないで解されたし、制裁を課すには、「故意による」違反が要求されたため、11条の制裁を申立てる者は殆ど存在しなかったのである。そこで、1983年改正は、主観的要件を排除し、客観的要件（法と事実について合理的調査をすること）を打ち立てることと、制裁としての不要な費用を、濫用者に課するという規定を設けた。

1993年改正は、83年改正の行為義務を更に広げるとともに、過度な制裁を制限し、申立を減少させることを目的とするものである。第1に、事後的に維持できないことが判明した主張を撤回しないことに制裁を課し、逆に撤回することに対して制裁を課さないことにした。

除外も認められていた⁷。

2000年においては、まず統一ルールの必要性が確認された。区域毎に異なるルールを採用し、実験することを1993年は認めたのであるが、区域毎の対応に多大なるコストが生じることが明らかとなったためである。

その上で、初期開示の範囲は、開示当事者が自己の攻撃または防御を支えるために用いる可能性のある情報（に関する情報）に限られることになり、自己に不利な情報を自発的に開示する必要は無いとされるようになった。これは、以前の広範な初期開示は弁護士の依頼者への忠実義務と衝突し、このようなルールが妥当するならば、弁護士は依頼者から十分な情報を引出すことができない、という批判が根強かったためである。もっとも、この改正は、批判論が圧倒的な支持を得た結果というよりは、統一ルールを作成するためには、最小限の規定に止めざるを得なかったという理由に基づく。弁護士の忠実義務を絶対視することの当否については、尚議論があるところである。

更に、1970年代から議論の対象となっている請求開示の範囲制限がついに実現した。従前、訴訟主題に関する情報が請求開示の対象となっていたが、これを全当事者のclaimまたはdefenseに関する情報に限定し、それ以上の情報の開示を求める場合には十分な理由を示した上で裁判所の命令を得なければならないとしたのである。もちろん、その差がどこにあるのかは個別の事件毎に判断する他ないが、裁判所には、開示の範囲を制限する権限があり、当事者には、新たなclaimまたはdefenseを探すために開示手続を利用する権利はないということを示す意義は十分にある、と解されている⁸⁹。

(2) 当然開示 disclosure (26条(a))

当事者は、相手方からの請求を待たず、一定の情報を直ちに開示しなければならない。これを当然開示と呼ぶが、それは更に、初期開示(26条(a)(1))とトライアル前開示(26条(a)(3))とに分類される。両者は以下のように整理することができる。

⁷ その他にも、各開示方法について、原則的な回数制限が設け、裁判官の、開示を制限する裁量を拡張、申立を減少させるため、開示に関する申立（例えば保護命令申立）の前に、誠実協議を行なう義務を付加、26(f)自体は当事者間の協議に限定し、裁判所を交えた協議は16条で統一的に扱うことにするなどの改正が為されている。

⁸ 192 F.R.D.340,388(2000).

⁹ 但し、これに対しては、11条(b)(3)が、「更なる調査またはディスカバリーに関する合理的な機会を得た後に、支持する証拠を取得する可能性のある」主張の提出を認めている以上、当事者は広範な主張を行なって、結局のところ改正の狙いは潜脱される、という評価もある。主張過程を寛大に規律しながら、開示手続を厳格にしても無意味だ、というのである。See, Thomas D. Rowe, Jr, A Square Peg in a Round Hole?, 69 Tenn. L. Rev. 13,20-21(2001).

前者は、開示が必要であることが明らかな情報については、形式的な請求開示手続を待たず、当然に開示させることで効率的な情報交換を促し、事件の迅速な処理を進めることを目的とするものであり、その結果、早期の段階で行なうことが要求される¹⁰。開示の対象となるのは、自らの攻撃防御を支えるために援用するかもしれない情報を有している可能性のある個人の身元、攻撃防御を支えるために援用する可能性のある文書の所在地¹¹(コピーを交付することもできる)、自ら請求する損害額の計算式及びその基礎となる資料である。「援用」はトライアルにおいて為されるものに限られず、トライアル前に、例えば証言録取の際に、証人に見せるために用いる文書も開示の対象になる。また、この初期開示は、合理的に利用可能な情報に基づいて為さなければならず、事件についての調査未了、または、相手方の不開示または開示不十分を理由として、開示を免除されることはない。

後者は、トライアルにおける不意打ちを回避することを目的とし、その結果、トライアル前 30 日より以前に為されることが要求される(もっとも通常は 16 条の日程会議において、協議の上定められるであろうから、これは全く定めが無い場合にのみ適用されるということになる)。開示の対象となるのは、証人として呼び出す可能性のある者、その証言録取書が証拠として提出される可能性のある者の身元と録取書の関連部分のコピー、及び、提出される可能性のある文書である。但し、弾劾目的でのみ用いる証拠については、開示しなくてよい。開示する際には、確実に提出する証拠と、トライアルの経過によっては提出する可能性のある証拠を分けなければならない。

なお、当事者自身、専門家証人を呼び出す場合には、準備の必要性が高いことに鑑み、その身元を開示することが要求され、また、当該専門家証人が、特に専門的証言を行なうために確保され、または、雇用されている場合、もしくは、その、当事者の被用者としての義務が専門的証言を提供することである場合には、予定される証言、それを基礎付ける理由及びデータ、証人の資格、及び、報酬についてトライアル前 90 日より以前に報告書を相手方に交付することも義務付けられている(26 条(a)(2))¹²。但し、相手方当事者が提出する証

¹⁰ 原則として 26 条(f)で要求される両当事者間の開示に関する協議から 14 日以内に行なわなければならない。この開示に関する協議は、日程協議会が開催される場合は、その 21 日前に、日程協議会が開かれない場合も、日程命令の 21 日前に開催しなければならないが、日程命令自体は、被告が裁判所に現れてから 90 日以内、または、訴状送達から 120 日以内に出すことが要求されている。

¹¹ リスト作成までは要求されないが、相手方当事者が閲覧すべきか否かが判断できる程度の記述は必要となる。

¹² この追加的な要求は、1993 年改正で付加されたものである。そこには、従前、専門家証人に対する反対尋問の準備は、事前に相手方に質問書を送付することで行なわれてきたが、

拠に反駁する目的でのみ提出される場合は、相手方による開示から 30 日以内に開示すればよい。もっとも、これらも通常は日程会議で決められる事柄である。

以上の開示を十分な理由無く行なわなかった場合、懈怠当事者は、開示されなかった情報ないし証人を本案または中間の申立に関するトライアルまたは審尋において用いることができなくなる上、不開示によって生じた費用の支払、彼に不利な事実の擬制、一定の請求原因ないし抗弁についての攻撃防御の禁止、一定の事実を証拠として提出することの禁止、訴答の全部または 1 部の却下、開示が為されるまでの手続中止、訴えの全部または 1 部却下、欠席判決、陪審に対する開示懈怠の通知という制裁の 1 つまたは複数が課され得る (37 条 (c) (1))¹³。

(3) 請求開示 discovery

初期開示終了後、当事者は、初期開示で明らかにされ、または、自ら調査した情報源の中から取捨選択して、実際に情報へのアクセスを求める段階に入る。これが請求開示である。

(a) 総論

請求開示の対象となるのは、全ての当事者の請求 claim または防御 defense に関する情報である (26 (b)(1))。但し、そのような情報であれば無制限に請求開示を求めることができるわけではない。当該情報が秘匿特権の対象となる場合には開示の対象から除外されるし (26 (b)(1))¹⁴、そうでなくても、求められる請求開示が不合理に重複的であるか、または、よりより安価な情報源から獲得可能である場合、請求開示を求める当事者が、訴訟における請求開示によって、求められる情報を得る十分な機会を有するに至らない場合、請求開示による便益が、その費用を下回る場合には、裁判所によって、請求開示の回数が制限される (26 (b)(2))。

(b) 各論

この質問所に対する応答は極めて概括的であり、準備にはさして役立たなかった、という事情がある。なお、この追加的要求が課されるのは、専門家証言を提供するために雇用された者、または、その被用者としての義務が専門家証言の提供を含む者に限定される。そうではない者、例えば被害者を治療した医師などは、以上の要求を充たさずともトライアルで証言できる。

¹³ 37(b)(2)(D)は準用されていないので、裁判所侮辱の制裁は課されない。

¹⁴ 開示を拒否する場合、いかなる根拠に基づいて拒否するか、拒否の対象である文書またはコミュニケーションの性質を、他の当事者がその当否を判断できる程度に明らかにしなければならぬ (26 (b)(5))。これを怠ると、37 (b)(2) の制裁が課され、または秘匿特権の放棄と看做される可能性がある。

請求開示によって情報へアクセスする方法として民事訴訟規則は以下のものを用意している。

(i) 証言録取 deposition (27-32)

証言録取とは、相手方当事者、または、両当事者の攻撃防御方法に関する情報を持っている可能性のある第三者を、公証人立会いの下で、宣誓させた上で尋問し、その証言を記録するというものであり、全当事者が行なう証言録取が10回を超えない段階では、裁判所の許可または相手方の同意無しで行うことができる(30(a)(2)(A), 31(a)(2)(A))。

証言録取は、当事者は自ら口頭で行なうことも(30)、書面による質問書を用意し、公証人が、当事者に代わって証言者に対して質問を行うという形で行うこともできる(31)。

証言者が、証言録取に応じない場合の制裁は、証言者が第三者か当事者かによって異なる。

証言者が第三者である場合：証言者が証言録取の場に現れたものの、質問に十分答えない場合、当事者は、裁判所に対して応答命令を申立てることができる(37(a)(2)(B))。そこで証言拒絶の理由(例えば秘匿特権)が認められなければ、応答命令が発令され、その際、原則として弁護士報酬を含む申立費用は、証言者の負担となる(申立が却下された場合はその逆である)。この命令に対する不遵守は、裁判所侮辱と看做される可能性があり(37(b)(1))、その場合、制裁金または拘禁の制裁が課されることになる。

証言者が十分な理由無く証言録取の場に現れない場合、証言者に対して裁判所から発行された召喚状が送達されていれば、この不出頭は、裁判所侮辱と看做される可能性があり(45(e))、その場合には、制裁金ないし拘禁の制裁が課される。

証言者が当事者である場合：証言者が証言録取の場に現れたものの、質問に答えない場合、証言録取を求めた当事者は裁判所に対して応答命令を求めることができる。応答拒否に十分な理由が認められなければ、応答命令が発令される。証言者がこの命令に従わなかった場合、裁判所は、証言者たる当事者に対して命令不遵守によって生じた費用を負担させた上で、彼に不利な事実を擬制する、一定の請求原因ないし抗弁について攻撃防御を禁止する、一定の事実の証拠としての提出を禁止する、訴答の全部または1部を却下する、開示が為されるまで手続を中止する、訴えの全部または1部を却下する、欠席判決を出す、命令不遵守を裁判所侮辱と看做す、という制裁の内1つないし複数を課することができる(37(b)(2))。

証言者が、十分な理由無く証言録取の場に現れない場合、裁判所は直ちに、

不出頭によって生じた費用を証言者に負担させた上、以上 ないし の制裁のうち、1 つないし複数を課することができる (37 (d))。

(ii) 質問書 (33)

相手方当事者からの情報収集としては、相手方に対して書面による質問 interrogatory を行うことも認められている (33)。但し、裁判所の許可や相手方の同意無しで為しうる質問は各当事者 25 個に限定されており、それ以上の質問を行う場合には、裁判所の許可が必要となる。

質問書を送達された当事者は、合理的な調査を行いつつ、30 日以内に、回答書を送付しなければならない。

回答書が送付されてきたが、質問に対する十分な回答が無かった場合の制裁については、証言者たる当事者が証言録取の場に現れたものの十分に証言しなかった場合と、回答書自体送付されなかった場合は、証言者たる当事者が証言録取の場に現れなかった場合と同様の取扱いとなる (37 (b), (d))。

(iii) 文書・有体物提出要求書、立入許可要求書 (34)

当事者は、相手方当事者に対して、自らの攻撃または防御に関係し、かつ、相手方が占有ないし管理している文書¹⁵の提出及び閲覧・コピーの許可を求める要求書を送付することができる (34 (a))。

要求書においては、対象となる文書を合理的な詳しさを特定することが要求される。但し個々の文書を特定する必要はなく、カテゴリーによって特定すればよい (34 (b))。

相手方は、この要求書に対し 30 日以内に書面によって応答しなければならず、要求に応じない場合、対象を特定して異議の理由を記載しなければならない。

相手方が応答したものの、要求に対して異議を述べた場合、要求当事者は、裁判所に対して提出命令を申立てることができる (37 (a)(2))。提出命令が出されたにも関わらず、相手方がそれに従わない場合の制裁は、当事者自身が証言録取に対する応答命令に従わなかった場合と同様である (37 (b))。

相手方当事者が、応答自体を為さなかった場合の制裁も、証言録取の場に現れなかった場合と同様である (37 (d))。

第三者の有する文書の提出を求める場合は、裁判所に発行された召喚状を第三者に送達する必要がある。第三者が正当な理由無しに求めに応じなかった場合は、裁判所侮辱と看做される可能性がある (45 (e))。

¹⁵ ここでいう文書は、書面、図画、グラフ、チャート、写真、レコード盤、及び、そこから情報を獲得し、必要であれば応答者によって、検知器を通して合理的に利用可能な形態に転換できる他のデータ編集物を含む広い概念である。

当事者は、相手方に対して、相手方の占有、管理または支配下にある有体物に関する閲覧、コピー、試験、または、サンプル抽出を求める要求書を送達することもできる。また、相手方の支配下にある不動産内に存在する物を調査するため、立入り許可を求める要求書を送達することもできる（34）。

この要求に相手方が従わない場合の制裁は、文書提出要求の場合に準じる。

(iv) 身体及び精神検査（35）

当事者または、その保護下、若しくは法的な支配下にある者の（血液型を含む）精神または身体状態が争点となった場合、訴訟係属中の裁判所は、申立によって、当事者に対して、相応しい資格または免許を有する検査人による身体または精神検査に服すること、または、彼の保護下または法的支配下にある者を検査のため提供することを命じることができる。但し、この命令は、十分な理由が証明された場合にのみ出すことができる（35（a））。

当事者がこの命令に従わなかった場合、裁判所は、不遵守によって生じた費用を負担させた上で、彼に不利な事実を擬制する、一定の請求原因ないし抗弁について攻撃防御を禁止する、一定の事実の証拠としての提出を禁止する、訴答の全部または1部を却下する、開示が為されるまで手続を中止する、訴えの全部または1部を却下する、欠席判決を出すという制裁の内1つないし複数を課すことができる（裁判所侮辱と看做すことはできない）。また、当事者自身ではなく、彼の保護下にある者を検査に供することが命じられており、当事者にその者を検査に供することができなかったことが示された場合は、費用負担以外の制裁を課すことはできない（37（b）（2）（E））。

(v) 自白要求（36）

当事者は、相手方に対し、請求開示の対象となる限度で、事実の主張、意見、事実に対する法の適用、文書の真正に関して、自白を要求する文書を送達することができる。

相手方は、要求書送達から30日以内に書面によって回答ないし異議を述べない限り、自白したものと看做される。異議を述べる場合は、その理由を述べなければならない。回答を行なう場合には、個々の事項を否認し、否認も自白もできない場合は、その理由を詳細に述べなければならない。ただし、合理的な調査を行い、それにも関わらず、自白または否認するに足る情報が得られない場合でない限り、情報不足を理由とすることはできない。

異議に理由があるか否か、または回答が十分であるか否かが争われる場合、自白を要求した当事者は、裁判所に申立を行なうことができる。裁判所は、異議に理由があると認めない限り、回答送達命令を発する。裁判所は、回答が不

十分であると認定した場合、自白されたものと看做すことも、修正回答の送達を命じることもできる。

自白が為された場合、裁判所が撤回または修正を認めない限り、その事項は確定する。撤回または修正は、それによって本案に関する主張が改善され、相手方が、撤回または修正によって自らの主張を維持するに際し不利益を受けることを証明できない場合に許される。

相手方が事実主張または文書の真正について自白せず、自白を要求した当事者の側が、当該事実主張が真実であること、または、文書の真正について証明に成功した場合、自白要求当事者は、相手方に対し、弁護士報酬を含め、合理的な費用の支払を命じる命令を裁判所に求めることができる。裁判所は、自白要求が異議の対象となること、求められた自白が重要でないこと、自白しなかった当事者が、そう信じる合理的な理由を有すること、その他の合理的な理由が存することのいずれかを確信しない限り、以上の命令を出さなければならない。

2 秘密保護

(1) 開示手続における情報拡散の防止

(a) 秘匿特権

秘匿特権とは、明確なルールによって秘匿特権の範囲が定められたものであり、事案毎の利益衡量無しに、開示の対象から除外され、トライアルにおける証拠ともならない。事案毎の利益衡量に晒されるならば、コミュニケーション促進という秘匿特権の機能が減殺されてしまうからである¹⁶。もっとも、そのため、秘匿特権は、憲法上認められた自己負罪拒否の特権、及びコモンローにおいて認められた、弁護士と依頼者、医師と患者、聖職者と信者の間のコミュニケーションなど、極めて限定された場面でしか認められない、ということにもなる。

但し、我が国の弁護士と依頼者との間のコミュニケーションが、弁護士と依頼者との間のコミュニケーションと同様、秘匿特権の対象となるか否かについては、議論がある。

この問題を解くためには、まず、アメリカ合衆国と日本、いずれの規律が適用されるかという抵触法上の議論を行なう必要があるが、この点については、当該特許代理人と依頼者との間のコミュニケーションが、合衆国内における特許の獲得に関わっている場合は、連邦法上の秘匿特権に関する規律が、合衆国以外の国における特許の獲得に関わっているに止まる場合は、当該国の秘匿特

¹⁶ Jaffee v. Redmond, 518 U.S. 1

権に関する規律が適用される，という基準で処理する裁判例が多数である¹⁷。

以上の基準によって，日本法が適用されることとなった場合は，日本民事訴訟法 220 条 4 号八および 197 条 1 項 2 号によって弁理士と依頼者との間のコミュニケーションは，秘匿特権を享受することもできることになる可能性が高い¹⁸。

では，連邦法が適用される場合はいかなる帰結が生じるだろうか。弁護士依頼者間の秘匿特権については，以下のような基準がしばしば用いられる。すなわち，秘匿特権は，(1) 秘匿情報の主体が既に依頼者であるか，依頼者になるうとしており，(2) 依頼者とコミュニケーションを行なった者が，(a) 裁判所の bar の構成員であるか，または，その部下であり，かつ，(b) このコミュニケーションに関して lawyer として行動した場合であり，(3) 当該コミュニケーションが，(a) 依頼者から，(b) 部外者が居合わせない場所で，(c) 主として (i) 法に関する意見，または (ii) 法的サービス，または (iii) 法的手続における助力を確保する目的で弁護士に知らされた事実に関わり，犯罪または不法行為を行なう目的で弁護士に知らされた事実に関わらない場合であり，かつ，(4) 当該秘匿特権が主張され，依頼者によって放棄されていない場合に限り，適用される，という基準である¹⁹。

アメリカの特許弁護士 patent attorney に関しては，当初，彼と依頼者との間で，特許申請の際に交わされるコミュニケーションは技術にしか関わらず，法的議論には関わらない，として秘匿特権を否定されることもあったが²⁰，連邦巡

¹⁷ Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc., 397 F. Supp. 1146, 1169-70 (D.S.C. 1975), In re Ampicillin Antitrust Litigation, 81 F.R.D. 377,391 (D.D.C. 1978), Chubb Integrated Sys. v. National Bank, 103 F.R.D. 52 (D.D.C. 1984), Willemijn Houdstermaatschaap BV v. Apollo Computer, Inc., 707 F. Supp.1429,1444-45 (D.Del. 1989), Golden Trade v. Lee Apparel Co., 143 F.R.D. 514,520 (S.D.N.Y. 1992), Novamont North America, Inc. v. Warner-Lambert Co., 1992 U.S. Dist. LEXIS 6622, 1992 WL 114507*2 (S.D.N.Y. 1992), VLT Corp. v. Unitrode Corp., 194 F.R.D. 8,20 (D.Mass. 2000), SmithKline Beecham Corp. v. Apotex Corp., 2000 U.S. Dist. LEXIS 13607 (N.D. Ill. Sept. 12, 2000), McCook Metals L.L.C. v. Alcoa, Inc., 192 F.R.D. 242, 256 (N.D. Ill. 2000), Johnson Matthey, Inc. v. Research Corp., 2002 U.S. Dist. LEXIS 13560 (S.D.N.Y. 2002), Mendenhall v. Barber-Greene Co., 531 F. Supp. 951 (N.D. Ill. 1982)も結論としてはこのアプローチを採用している。

¹⁸ VLT Corp. v. Unitrode Corp., 194 F.R.D. 8,17-18 (D.Mass. 2000)ではそのような判断が下されている。

¹⁹ United States v. United Shoe Machinery Corp., 89 F. Supp. 357,358-359 (D.Mass. 1950)。

²⁰ Jack Winter, Inc. v. Koratron Co., 50 F.R.D. 225(N.D.Cal. 1970)。

回控訴裁判所は、内容が技術に関するものであっても、法的な助言を得る目的であれば、秘匿特権の成立を妨げないとした²¹。

それに対し、弁護士資格を有さない特許代理人 patent agent については、秘匿特権を認めないという判例が多数である²²。

外国の patent agent については、Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc., 397 F. Supp. 1146, 1170(D.S.C 1975)が、アメリカの patent agent に、秘匿特権は認められないということを前提とし、そうである以上、イングランド、および、フランスの patent agent の秘匿特権も、アメリカでの特許申請に係るコミュニケーションに関する限り、認められないと判示している²³。また、Status Time Corp. v. Sharp Electronics Corp., 95 F.R.D. 27 (S.D.N.Y. 1982)においては、イングランド、西ドイツ、スイスの patent agent について、attorney at law でないという理由で秘匿特権の成立が否定されている。[Chubb Integrated Systems, Ltd. v. National Bank](#), 103 F.R.D. 52, 65 (D.D.C. 1984)においても、イングランドの patent agent について、bar の構成員でもないし、アメリカの Patent Office に登録もしていない、という理由で、秘匿特権が否定され

²¹ In re Spalding Sports Worldwide, Inc., 203 F.3d 800,806(Fed. Cir. 2000).

²² United States v. United Shoe Machinery Corp., 89 F. Supp. 357,360 (D.Mass. 1950) は、被告は、自社の特許科において従業員が行なったコミュニケーションについて秘匿特権を主張したが、その構成員の内 8 人は、patent agent であって、どの裁判所の bar に所属していないし、他の構成員は他の法域における bar の構成員ではあるが、この地では lawyer として行動しているとは看做せないとして、秘匿特権を否定した。

Benckiser G. m. b. H. v. Hygrade Food Products Corp., 253 F. Supp. 999, 1001-1002 (D.N.J.1966)も、patent agent はどこの bar にも属していない以上、秘匿特権は発生しないとしている。[Rayette-Faberge, Inc. v. John Oster Manufacturing Co.](#), 47 F.R.D. 524, 526(E.D.Wis.1969) ,Hercules, Inc. v. Exxon Corp., 434 F. Supp. 136,146-147(D.Del. 1977) も同旨。

但し、[Vernitron Medical Products, Inc. v. Baxter Laboratories, Inc.](#), 186 U.S.P.Q. 324 (D.N.J.1975)は、patent attorney と patent agent との同質性を理由として、patent agent と依頼者との間のコミュニケーションの秘匿特権対象性を肯定し、In re Ampicillin Antitrust Litigation, 81 F.R.D. 377,391 (D.D.C. 1978) は、連邦の Patent Office に登録してある限り、アメリカの patent agent と依頼者との間のコミュニケーションも秘匿特権の対象になるとしている。

²³ 同様の判示をする裁判例としては以下のものがある。[Burroughs Wellcome Co. v. Barr Laboratories, Inc.](#), 143 F.R.D. 611, 616 (E.D.N.C. 1992) (オーストラリア、オーストラリア、カナダ、デンマーク、アイルランド、イタリア、西ドイツ、フィンランド、ハンガリー、イスラエル、韓国、ニュージーランド、イングランド、フィリピン、日本の patent agent と依頼者間で秘匿特権が認められるか否かは、当該外国法で決定するとしたもの)。 [McCook Metals L.L.C. v. Alcoa, Inc.](#), 192 F.R.D. 242, 256 (N.D. Ill. 2000) (イングランド、フランス、カナダ、日本、ドイツの patent agent と依頼者との間の、特許申請に関するコミュニケーションが問題となり、フランス、ドイツの patent agent については、それぞれフランス法、ドイツ法を適用し、秘匿特権を認めた)。

ている。

それに対し、秘匿特権を認めたらしき裁判例もあるが²⁴、事案の詳細は明らかでない。連邦法が適用される場合に、我が国の弁理士と依頼者との間のコミュニケーションについて秘匿特権が認められるか否か、認められるとして、いかなる範囲で認められるのか、は未だ明らかではない、というべきであろう。

ところで、営業秘密そのものについては、以上のような絶対的な秘匿特権の対象になるとは考えられていない²⁵。もっとも、他の一般の情報のように、claim または defense との関連性のみで直ちに、開示が認められるというわけでもなく、営業秘密であることが認定されれば²⁶、開示を要求する側は、開示の必要性を示さなければならない、と解されている²⁷。

以上のように、営業秘密に関する開示の許否は、開示を認めた場合における開示する者にとっての不利益と、開示を認めなかった場合における開示を求める者の不利益との事案毎の比較衡量によって決定されるのだが、この衡量過程は、開示者にとっての不利益を緩和するためにいかなる措置を採り得るかによって影響される²⁸。この保護措置、すなわち保護命令に関する定めを置くのが

²⁴ [Jack Winter Inc. v. Koratron Company, Inc., 54 F.R.D. 44, 46\(N.D. Cal. 1971\)](#). In re Yarn Processing Patent Litigation, 1973 U.S. Dist. LEXIS 14372 (S.D.F. 1973) は、イギリスの patent agent と依頼者とのコミュニケーションについて秘匿特権を認めている。

²⁵ Covey Oil Co. v. Continental Oil Co., 340 F.2d 993,999 (1965)

²⁶ 営業秘密は、以下のように広い定義が与えられるのが通常である。「ある者の事業に用いられ、彼に対して、それを知らない競業者の優位に立つ機会を与える、公式、意匠、考案、または情報の編集物」(Ruckelshaus v. Monsanto Co., 467 U.S. 986, 1001, 104 S. Ct. 2862, 2872, 81 L. Ed. 2d 815 (1984))。「その開示または使用によって経済的価値を受けることができる他人から、実際に、または、潜在的に、彼らに対して、一般的に知られず、適切な方法によって直ちに獲得可能できないようにしながら、独立の経済的価値を得ることを可能にし、かつ、そのような環境下において、秘密を維持するための合理的な努力の対象となる、公式、意匠、編集物、プログラム、考案、方法、技術、製造過程を含む情報」(Uniform Trade Secrets Act §1(4), 14 U.L.A. 438 (1985))。

²⁷ Covey Oil Co. v. Continental Oil Co., 340 F.2d 993,999 (10th Cir. 1965), Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc., 397 F. Supp. 1146, 1185(D.S.C. 1975)。このように、営業秘密については、開示を求める当事者は、より厳格な要件を課されることになるため、営業秘密は、条件付秘匿特権 qualified privilege の対象である、と表現されることもある。

²⁸ Covey 判決では、開示によって開示者が被る競争上の不利益と、相手方が防御を準備するための必要性、不開示によってもたらされる審理の遅延、真実の解明に対する一般の利益とを、トライアル裁判所の健全な裁量によって衡量する、との一般論が述べられた上で、開示の対象となる文書は、弁護士および、独立の公認会計士にのみ提供され、封印されるという措置の下で、開示の対象になる以上、開示義務は免れない、とされている。

ところで、1974年の連邦証拠規則起草過程においては、営業秘密に関して以下のような条文を挿入することまで、最高裁は認めた。

「508条 営業秘密

営業秘密の主体は、それに対する秘匿特権の承認が、詐欺の隠蔽、または、その他の点

26条(c)である。

(b) 保護命令(26条(c)(7))

営業秘密については、保護命令によって、公開による損害を最小限に食い止めることが認められている(26条(c)(7))。

保護命令の内容は事案に応じて柔軟に決定することができる。営業秘密に関して要求される保護命令は、多くの場合、証言録取の場に居合わせることができる者を限定し、または、裁判所にファイルされる文書を全て閲覧禁止とするなどして情報の開示を得る者の範囲を限定し、かつ、情報の開示を受けた者に守秘義務を課すというものである²⁹。

このような保護命令を得るための手続は以下の通りである³⁰。まず、開示を求められる者から、保護命令を受けるための十分な理由があることを示さなければならない。この要件は厳格であり、保護命令が無い場合に不利益が生じることを示す特定の事実を証明しなければならず³¹、推定的な事実では足りないと言われる³²。

この証明が為されると、開示を求める側が、保護が要求される情報は訴訟に関連し、必要であることを証明することになる³³。これが為されなければ、開示

で不公正な裁判を導かない限り、当該営業秘密の開示を拒否し、かつ、他の者が当該営業秘密を開示することを妨げる秘匿特権を有し、この秘匿特権は、彼自身または、彼の代理人若しくは被用者が主張し得る。開示を指示する場合、裁判所は、秘匿特権の主体、当事者、および、正義の推進が要求するであろう保護措置を講じなければならない。」

この条文の挿入は連邦議会によって拒否されたが、この条文は、依然として実務のガイドラインとしての意味を失っていない、と評価されている。See, Daniel J. Capra, 'Advisory Committee Notes to the Federal Rules of Evidence That May Require Clarification,' 5-7, 31 (Federal Judicial Center 1998).

²⁹ この守秘義務は、保護命令の内容如何によっては、訴訟終了後も継続する。Poliquin v. Garden Way, Inc., 154 F.R.D. 29(D. Me. 1994)では、和解で事件が終了する際、裁判所が訴訟で開示された文書その他の情報を秘密にすることを求める保護命令を出したところ、原告がその命令に違反して、自らの代理人に情報を開示したという事例であるが、裁判所は改めて、原告に対して文書の破毀を命じ、命令の履行が無い場合は適切な制裁を課す、と判断した。

³⁰ Arthur Miller, CONFIDENTIALITY, PROTECTIVE ORDERS, AND PUBLIC ACCESS TO THE COURTS., 105 Harv. L. Rev. 427 (7th Cir. 1991).

³¹ Bucher v. Richardson Hosp. Auth., 160 F.R.D. 88, 92 (N.D. Tex. 1994), D.C. Circuit Federal Election Comm'n v. Gopac, Inc., 897 F. Supp. 615, 617 (D.D.C. 1995), Federal Election Comm'n v. Gopac, Inc., 897 F. Supp. 615, 617 (D.D.C. 1995).

³² Circuit Glenmede Trust Co. v. Thompson, 56 F.3d 476, 483 (3d Cir. 1995), Brittain v. Stroh Brewery Co., 136 F.R.D. 408, 415 (M.D.N.C. 1991).

³³ Centurion Industries, Inc. v. Warren Steurer & Associates, 665 F.2d 323, 325-326(10th Cir. 1981), Circuit Four Star Capital Corp. v. Nynex Corp., 183 F.R.D. 91, 110 (S.D.N.Y. 1997).

は否定される。証明が為されれば、利益衡量の段階に入る。多くの場合は、開示の必要が、不利益を上回ると判断される。

この利益衡量は、可能な保護命令の存在も考慮に入れて行なわれる。いかなる保護命令が望ましいかは、裁判所が裁量によって決定する。例えば、開示を求める当事者の社内弁護士にまで情報を開示するか、社外弁護士に限定するか、を決定するのである。

利益衡量において、当事者の利益が考慮に入れられるのは当然である。例えば、当事者の社内弁護士に開示を許すか否かが問題となった場合、開示を許さない場合、開示を求めた当事者の訴訟の準備がどの程度阻害されるか、と開示を許した場合、開示当事者がどの程度不利益を受けるかを衡量するのである³⁴。しかし、訴外の第三者、例えば、同じ被告に対して訴え提起を考える者や報道機関の情報収集の利益をどこまで考慮に入れるべきか否かについては争われている³⁵。

ところで、当事者間で、開示手続によって得られた文書は全て封印し、第三者には公開しないという合意が為され、それに基づいて保護命令が申立てられることがある（特に大量の文書を必要とする複雑訴訟で頻繁に用いられる）。この場合、「十分な理由」の証明無しで保護命令を発令するか否かについては争いがある。

開示を求める当事者が保護命令に同意している限り、「十分な理由」要件を審理する必要は無い、とする裁判例³⁶がある一方で、同意があっても「十分な理由」要件を審理する必要はある、とする裁判例も存在する³⁷。

但し、後者の立場を採用する裁判例においても、個々の文書について「十分な理由」の証明を要求せず、全体として合理的な理由が示されていればよく³⁸、保護命令に対して異議申立が為された場合に、改めて保護命令を求める側に「十

³⁴ *Volvo Penta of the Ams., Inc. v. Brunswick Corp.*, 187 F.R.D. 240 (E.D.Va. 1999) は、この利益衡量を行なう際、当該社内弁護士が、開示を求める当事者の競争戦略に関する意思決定に参加するか否かが重要なファクターだとしている。

³⁵ 公共の安全や健康に関連する情報であるか否か、情報の共有が訴訟の効率化に資するか否か（例えば、同様の訴えを提起しようとしている者との情報共有）を考慮要素に据える裁判例は存在する。See, *Glenmede Trust Co. v. Thompson*, 56 F.3d 476, 483 (3d Cir. 1995), *Pansy v. Borough of Stroudsburg*, 23 F.3d 772, 787 (3d Cir. 1994). 特に、効率化のための情報共有を、裁判所の監視下で認めるべき、という論者は多い。See, *infra*, Marcus at 41-43. それに対し、報道機関の情報収集それ自体が考慮要素になるかは明らかではない。

³⁶ *McCarty v Bankers Ins. Co.* 195 F.R.D.33 (N.D. Fla. 1998)

³⁷ *Jepson, Inc. v. Makita Elec. Works*, 30 F.3d 854, 858-859 (7th Cir. 1994), *Makar-Wellbon v Sony Elecs., Inc.* 187 F.R.D. 576 (E.D.Wis. 1999) *Citizens First Nat'l Bank v. Cincinnati Ins. Co.*, 178 F.3d 943, 945 (7th Cir. 1999).

³⁸ *Cipollone v. Liggett Group Inc.*, 785 F.2d 1108, 1122 (3d Cir. 1986), *Makar-Wellbon v Sony Elecs., Inc.* 187 F.R.D. 576 (E.D.Wis. 1999).

分な理由」を証明させる，という扱いである扱いを採用する裁判例³⁹と，当初から個々の文書について「十分な理由」の証明を要求する裁判例⁴⁰とが存在する。

「十分な理由」を証明するため，保護命令を求める者は，保護命令の対象となる情報を裁判所に提出し，非公開審理に供することができる。なお，裁判例の中には，「相手方弁護士が出席する非公開審理に」提出することができる，と明示するものもある⁴¹。

保護命令違反に対する制裁は，裁判所が裁量的に決定できる（但しそれが 37 条（b）に基づくものなのか，裁判所の本質的権限に基づくものなのかについては争われている⁴²）。第三者の違反に対しては，制裁金や拘禁しかないが，原告の違反については，訴えの却下や，指示評決，訴答の却下など様々なものが考えられる。

最後に，保護命令ないし保護命令申立却下決定に対する上訴について説明する。連邦裁判所においては，同一事件について複数の上訴が為されることによって，審理が分断されることを避けるため，中間的な裁判については個別の上訴を認めず，終局判決に限り上訴を認めるというのが原則である（28 U.S.C. § 1291）。もっとも，本案とは独立の重要な争点に関する終局的な判断であり，本案の終局判決後の上訴では効果的な審理ができない，という要件が充たされる場合，中間的な裁判についても独立の上訴は許されるというのが判例であり⁴³，終局判決後の上訴では効果的な審理ができない，とは，直ちに上訴を認めなければ，権利が失われるか，回復し難い損害が生じる場合である，と解されている^{44,45}。

以上の基準に照らすと，保護命令ないし保護命令申立却下決定に対する独立の上訴が認められるか否かは，事案毎に決するほか無いということになる。実際にも，秘匿特権が認められる可能性のある情報についての開示命令は上訴の

³⁹ Chi. Tribune Co. v. Bridgestone/Firestone, Inc., 263 F.3d 1304,1308 (11th Cir. 2001) .

⁴⁰ Taffinger v. Bethlehem Steel Corp., 2001 U.S. Dist. LEXIS 17051,3-4 (E.D.Pa. 1999).

⁴¹ Brittain v. Stroh Brewery Co., 136 F.R.D. 408,412-413 (M.D.N.C. 1991. In re Halkin, 598 F.2d 176,194 (U.S.App.D.C.1979) では，適切な場面であれば，対審手続の利点を利用するため，相手方弁護士を出席させた上でインカメラ手続を行なうことができる，とされている。

⁴² Poliquin v. Garden Way, 154 F.R.D. 29,31 (D.Me. 1994) は 37 条を明示的に援用するが，Lipscher v. LRP Publications, Inc., 266 F.3d 1305,1323 (11th 2001) は，37 条の適用を否定する。

⁴³ United States v. Hollywood Motor Car Co., 458 U.S. 263,265 (1982) .

⁴⁴ Coleman v. Sherwood Medical Industries, 746 F.2d 445,446,(8th Cir. 1984).

⁴⁵ 但し，このように厳格なのは連邦における裁判だけであり，開示手続に関する決定は，事後的に効力が覆ると，トライアルの適法性まで揺らいでしまうという理由で，多くの州は上訴対象性を認めているようである。参照，ジェフリー・ハザード・ミケーレ・タルッフォ『アメリカ民事訴訟法入門』207-209。

対象となる，という裁判例がある一方で⁴⁶，製造物責任訴訟において，被告が開示する営業秘密を，同被告に対して同様の訴え提起している弁護士へ開示することを認め，その他の者への開示は認めないという保護命令に対して，被告が上訴したところ，回復し難い損害が生じるとは認められないとして，独立の上訴対象性を否定した裁判例も存在する⁴⁷。

保護命令発令ないし却下決定に対する上級審の判断を求めるルートとしては，上訴 appeal という形の他に，上級審が下級審に対して特定の行動を命じる文書である特別令状の発給を求めるというルートもある（28 U.S.C. § 1651）。しかし，このルートは下級審が司法の権限を逸脱したといえるような例外的状況でなければ用いることができない，と解されており⁴⁸，上訴対象性が認められないような場合に特別令状の発給を得られる場合があるのか否かは明らかではない。

（２）トライアル公開による情報拡散の防止

（a）公衆に対する公開

連邦民事訴訟規則 77 条（b）は民事トライアルの原則的公開を要求しているが，これは例外を許さないものではない，と理解されている⁴⁹。

但し，判例は，トライアルへの公衆のアクセスは，修正 1 条によって憲法的に保証されていると解している⁵⁰。この判例は刑事裁判に関するものではあるが，民事事件についても妥当すると解されており⁵¹，非公開にできる場合は限定的に解される傾向にある。

判例がトライアルの公開を憲法上の要請と捉える理由は以下の通りである。トライアルの公開は憲法に明記されていないが，表現・報道の自由を保障する修正 1 条は，政府機能についてコミュニケーションする自由の保障と共通の目的を有しており，この自由を保障するため，修正 1 条はトライアル公開も要求している，と読むことができる。そして，歴史的にも，刑事裁判は公開とされており，当事者の誤った行動や偏見に基づく裁判の抑止，公衆の怒りの緩和な

⁴⁶ *Montgomery County v MicroVote Corp.* 175 F3d 296,300(3d Cir. 1999).

⁴⁷ *Sedlock v. Bic Corp.*, 926 F.2d 757,758-759 (8th Cir. 1991). なお，同裁判例は，開示命令に不服があれば，あえてそれに従わず，裁判所侮辱手続を待つこともでき，そこでの命令は明らかに上訴可能である，とも述べる。

⁴⁸ *Gulfstream Aerospace Corp. v Mayacamas Corp.*,485 U.S.271,289(1988).

⁴⁹ 証言録取の場に第三者が出席することを許すか否かは，録取当事者の裁量である。

⁵⁰ *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia* 448 U.S. 555,576(1980).

⁵¹ *Stewart* 判事の補足意見は民事と刑事を区別しておらず，下級審裁判例や学説においても，以上 4 つの理由は民事事件のトライアルにも全て当てはまると主張されている（*Brown & Williamson Tobacco Corp. v. FTC*, 710 F.2d 1165, 1178-1179 (6th Cir. 1983), Comment, *The First Amendment Right of Access to Civil Trials After Globe Newspaper Co. v. Superior Court*, 51 U. Chi. L. Rev. 286,294-298(1984).

どの機能が期待されている。

以上は Burger, White, Stevens 各判事の意見であるが, Brennan 判事と Marshal 判事は, 手続権尊重, 裁判の平等, 司法権の濫用の抑止, 陪審の事実認定の正確性増加を公衆に保障することで, 裁判の公開は, 合衆国において構造的な重要性を認められている, という点も付け加えている。

公開原則を破るための規準について, 判例は, やむにやまれぬ政府の利益を守るために非公開が必要であることと, その利益保護のために必要な限度に非公開の範囲を限定することが要求される, と述べている⁵²。但し, 「政府の」という文言は, 「当該利益を保護するのが政府の政策上望ましい」という程度の意味である⁵³。Globe 判決自身, 被害者の身体的精神的苦痛の緩和という私人の利益に注目している⁵⁴。

その意味で, アメリカの連邦裁判所においては, 私人の営業秘密の保護の利益も, 十分に公開原則を破る理由となり得る, と考えられている, と言うことができよう。Richmond 判決における Stewart 判事の補足意見も, 営業秘密が問題となる場合は, 少なくともトライアルの 1 部を非公開とすることもあり得ると述べており⁵⁵, 下級審においても, 営業秘密が関係する訴訟について, トライアルから公衆を排除することが認められた例が存在する。例えば Standard & Poor's Corp. v. Commodity Exchange, Inc., 541 F. Supp. 1273 (S.D.N.Y. 1982)

⁵² Globe Newspaper Co. v. Superior Court, 457 U.S. 596,606 (1982)。これは, レイプ事件について未成年の被害者が証言する際の強制的非公開を定めた州法に基づいてトライアルを非公開としたところ, 公開を求める新聞社が異議を申立てたという事案である。最高裁は, この州法の趣旨は, 未成年被害者のトラウマや彼女に対する嫌がらせを抑止することと, 証言の奨励にあると見たうえで, 前者はやむにやまれぬ利益であるが, 事案に依存するものであるから, 常に非公開とすることまでは正当化できず, 後者は経験的に確かめられていないし, 証言のみ非公開としても実効性は疑わしい, また, 実効的であったとしても, 被害者の証言を奨励可能な事件は他にも無数に存在することを考慮すれば, 憲法上の要請を覆すだけの利益とは看做しえない, と判断した。

⁵³ アメリカにおいて, 私益上の理由で足りるか, 公益上の理由まで援用しなければならないか, という問題設定を確認することはできなかった。

⁵⁴ Press-Enterprise Co. v. Superior Court of California, 464 U.S. 501 (1984) 及び Press-Enterprise Co. v. Superior Court, 478 U.S. 1 (1986) は, 未成年者の強姦殺人事件における陪審員の予備尋問手続について, プレスがいると, 公正なトライアルを保障するために必要な誠実さで陪審員が応答することができなくなり, 陪審員のプライバシーが侵害される可能性もある, という理由で非公開を命じたところ, ある報道機関が異議を申立てたという事案である。最高裁は, 予備尋問手続も憲法上公開が要請されること, この公開要請を覆すためには, それを凌駕する利益が必要であることを確認した上で, 公開によって, 公平でない陪審員を排除するという機能が損なわれるならば, 被告人の適正手続を受ける利益が損なわれるとし, この利益を守るために必要な限度では公開が排除されることもあり得ると判示した。ここでも, 被告人の個人的な利益が比較の対象になっているのである。

⁵⁵ Richmond at 600.

は、原告が営業秘密に関する事実を証明するに際し、非公開審理とし、被告及びその代理人にも守秘義務を課すよう裁判所に申立て、裁判所もそれを認めたところ、傍聴していた新聞社が異議を申立てたという事案であるが、この新聞社の申立は否定されているのである⁵⁶。

(b) 当事者に対する公開

連邦証拠規則 615 条は、当事者はトライアルから排除されない、と規定するが、裁判例においては当事者の民事トライアル出席を制限することは不可能ではないと解されている。しかし、それは裁判所の裁量で認められるものではなく、あくまで例外的な状況に限られる⁵⁷。当事者に守秘義務を課するという手段も残されているためか、営業秘密が関わるというだけで当事者のトライアル出席を制限することを認めた裁判例は確認できなかった。

(3) 訴訟記録閲覧・コピーによる情報拡散の防止

公衆は特に理由を述べることなく、訴訟記録の閲覧及びコピーを求めるコメント上の権利を有する⁵⁸。但し、この権利は絶対ではなく、裁判所は、私的な嫌がらせ、公の場での中傷などの不適当な目的で行使されるのを阻止する権限を有するし、当事者の競争上の地位を守るために閲覧、コピーを制限することもできるというのが判例である⁵⁹。

ただ、閲覧・コピーの制限がどの程度認められるのか、についてはプリトライアル記録とトライアル記録とで若干の差異がある。

トライアル記録については、トライアルの公開と同様、公開の強い推定が働くため、非公開を求める側が十分な理由を証明しなければならない、というの

⁵⁶ なお、多くの州で採用されている、Uniform Trade Secret Act の 5 条は次のような規定を設けている。本法の下での訴訟において、裁判所は、開示手続に関して保護命令を与え、非公開で審尋を行い、訴訟記録を封印し、かつ、訴訟に参加した全ての者に対して、裁判所の許可無しで、主張される保護命令を開示しないよう命じることを含む、合理的な措置によって、主張される営業秘密の秘密性を守らなければならない。

⁵⁷ *Helmski v. Ayerst Laboratories, Div. of American Home Products ...*, 766 F.2d 208 は、麻酔薬によって障害を受けた未成年者とその両親による制約会社に対する製造物責任訴訟である。そこでは、原告たる未成年者をトライアルから排斥したことの当否が争われたが、修正 5 条の適正手続条項は、本人がトライアルに居合わせる絶対的権利を保障しているわけではなく、代理人によって代理されていれば、適正手続を受ける権利を十分保護し得る場合はありうる、とされている。もっとも、本人のトライアル出廷権が剥奪されるのは、極めて例外的な場合である。

⁵⁸ *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589,597 (1978) .

⁵⁹ *Ibid.*,598.但し、訴訟記録へのアクセス権が修正 1 条の権利か否かについての争いは残っている。

が裁判例の趨勢である⁶⁰。

それに対して、トライアルで用いられなかったプリトライアル記録については、公開の推定があるか否かについて争いがある。この争いは、具体的には、不開示の保護命令をかけられた文書について第三者が保護命令の修正を求めた場合、修正を求める側と保護命令の維持を求める側のいずれが証明責任を負うかという形で現れるが、修正を求める側にその理由を証明する負担を課するという裁判例と⁶¹、保護命令の維持を求める側に理由を証明する負担を課す、という裁判例が存在する⁶²。

もっとも、開示手続において取得した文書の裁判所へのファイリングを原則として禁じた 2000 年民事訴訟規則改正は、公開の推定を働かせない裁判例に有利に働くであろうと予測されている⁶³。

⁶⁰ 例えば、*In re Continental Illinois Sec. Litigation*, 732 F.2d 1302 (7th Cir. 1984) (公開トライアルで用いられた証拠については、例外的な状況でない限り、アクセスを制限できない、とした事例)、*Wilson v. American Motors Corp.*, 759 F.2d 1568 (11th Cir. 1985) (トライアルで和解が成立したケースで、トライアルで用いられた資料を非公開とするためにはやむにやまれぬ利益が無ければならない、とした事例)。包括的な分析については、Ronald May, *Recent Development: Access to Civil Court Records: A Common Law Approach*, 39 *Vand. L. Rev.* 1465 (1986)を参照。

⁶¹ *Public Citizen v. Liggett Group, Inc.*, 858 F.2d 775, 791 (1st Cir. 1988), cert. denied, 488 U.S. 1030 (1989) *Circuit In re Agent Orange Prod. Liab. Litig.*, 104 F.R.D. 559, 570 (E.D.N.Y. 1985), *aff'd on other grounds*, 821 F.2d 139 (2d Cir. 1987), *Westchester Radiological Ass'n v. Blue Cross/Blue Shield of Greater New York, Inc.*, 138 F.R.D. 33, 36-38 (S.D.N.Y. 1991).

⁶² *United States v. Corbitt*, 879 F.2d 224, 228 (7th Cir. 1989), *Phillips v. GMC*, 289 F.3d 1117, 1123-1124 (9th Cir. 2002) .

⁶³ *Moore's Federal Practice - Civil* § 26.106. もっとも、ファイルしないという慣行自体は、相当以前から始まっていたようである。See, Richard Marcus, *MYTH AND REALITY IN PROTECTIVE ORDER LITIGATION*, 69 *Cornell L. Rev.* 1 (1983) at 13.

イングランドにおける情報収集と秘密保護

1 情報収集の手段

(1) 沿革

ディスカバリー及び質問書の起源は、衡平法上、必要に応じて出される開示命令である。当初は、普通法事件においても、衡平法裁判所に対して必要が生じる毎に、相手方からの情報開示命令の申立をする必要があったが、その後は普通法裁判所自身も、この衡平法上の権限を行使できるようになった¹。もっとも、アドホックに出される命令であったという沿革は現在も維持されており、イングランドにおける開示制度は、アメリカ程整理されてない。民事訴訟規則制定によって、相当整理されたとはいえ、各情報収集制度は、今なお互いに重複する部分を多く残している、という点に注意を要する。

(2) 更なる情報提供の要求²

当事者は、自らの主張を準備するため、または、相手方の主張を理解するため、対象事項を特定した書面を相手方に送達して、相手方当事者からの情報提供を求めることができる（民事訴訟規則 18 に対する通達（以下 PD18））。

相手方当事者から回答が無い場合、要求当事者は、裁判所に対して情報提供命令を申立てることができる。また、相手方から拒絶回答があり、その理由に同意し得ない場合も、要求当事者は裁判所に対して、情報提供命令を申立てることができる（民事訴訟規則 18.1（以下、民事訴訟規則については番号のみ記す））。

以上の命令を発令するにあたって、裁判所は、命令不遵守の場合の制裁を同時に定めることができる（3.1（3））。制裁としては、主張の却下、手続の中止、訴えの却下に加え、裁判所侮辱による制裁金や拘禁もあり得る。

(3) 文書³の開示・閲覧・コピー

(a) 当事者からの開示

自己に有利であるか不利であるかに関わらず、手持ちの文書を相手方に開示し、閲覧させなければ適正な裁判はできない、というのがコモンロー諸国の考えであり⁴、現在のイングランドでもこの考え方に変更はない。

但し、開示手続の進行を当事者に委ねる、という伝統は新規則において変更

¹ John O'Hare and Robert N Hill, Civil Litigation(8th edition 1997 FT Law & Tax)385.

² 旧規則の further and better particulars と interrogatories を統合したものである。

³ 文書とは、紙媒体だけでなく、情報が記録されている全ての媒体を含む概念である(31.4)。

⁴ Lord Woolf, Access to Justice (Interim Report) (1995), Ch.21

を受けた(31.5)⁵。新規則における開示は、自動的にではなく、裁判所の命令によって開始されることとなったのである。これは、開示手続を効率的に進めるためである。

(i) 開示の範囲

裁判所は、開示の範囲を事案に応じて変動させることができ(31.5(2),31.12)、当事者も合意によって開示の範囲を制限することも可能である(31.5(3))。但し、原則的な開示範囲は旧規則とほぼ同様である。以下、説明する。

原則的な開示の対象となるのは、自ら援用しようとする文書、自己の主張に不利な影響を与える文書、相手方の主張に不利な影響を及ぼす文書、相手方の主張に有利な影響を及ぼす文書、及び、通達 practice directions よって指示された文書である。争点に関係するというだけでは開示の対象とならない(31.6)⁶。また、以上の文書であっても、現在または過去において開示者の支配下にな
ない文書は開示の対象にならない。支配下にあるとは、物理的占有状態だけでなく、占有を求める権利を有する場合、及び、閲覧またはコピーの権利を有する場合も含まれる(31.8)。

当事者は、以上の文書の所在を調査する合理的義務を負う。単なる所在不明によって開示の範囲から除外されることはない。もっとも、調査に不合理な費用がかかることを主張、立証して、開示を免れることはできる(31.7)。また、開示が公益を害する場合には、不開示を許可する命令を求めることができる(31.19)⁷。

開示義務が認められる文書については、個々の文書を特定したリストを作成し、相手方に送達する。その際、閲覧拒否権の主張が予定される文書と、既に自らの支配下にな
ない文書を特定し、後者についてはその後の事情も記載しなけ

⁵ Ibid., Ch. 21.

⁶ 開示の範囲に関するアメリカ連邦法との違いは大きくないように見えるが、他の規律と組み合わせると、アメリカ連邦法との違いは広がる、という評価がある。Geoffrey C. Hazard, Jr, From Whom No Secrets Are Hid, 76 Tex. L. Rev. 1665,1679(1998)は、イングランドの訴答過程では、事実を特定することが強く要求されているから、開示義務に関する文言の類似性にも関わらず、開示義務の範囲はアメリカより狭くなる、と説く(イングランドの訴答については、民事訴訟規則 16 を参照)。また、Stephan N. Subrin, Discovery in Global Perspective: Are we Nuts?, 52 Depaul L. Rev. 299,304-305(2002)は、イングランドにおいては、訴え提起前に、詳細なプロトコルの交換が義務付けられているため、訴え提起後には、既に詳細な資料が揃っている、という点を指摘する(訴訟前のプロトコルについては、Practice Direction-Protocols (http://www.lcd.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/protocol.htm) 参照)。

⁷ この申立は、いかなる者にも送達されないし、閲覧にも供されない(31.19(2))。申立の当否を判断するため、裁判所は、文書を提出させ、説明のため、当事者または第三者を呼び出すことができる(31.19(6))。

ればならない(31.10)。

(ii) 閲覧・コピー

開示を受けた当事者は開示された文書については原則として閲覧を請求でき(31.3(1))、開示を受けた当事者が費用を負担するのであれば、開示当事者に対して以上の文書のコピー送付を請求することもできる(31.15)⁸。更に、開示リストに挙げられていない文書であっても、主張、陳述書、証言概略書、宣誓供述書、専門家の報告書において言及された文書であれば、閲覧及びコピーを請求できる(31.14)。但し、閲覧の対象となる文書が開示した当事者の支配下にはない場合、開示当事者が同文書について閲覧拒否権を持っている場合、または、同文書が、開示当事者自ら援用した文書でなく、かつ、閲覧を許すことが事件の争点に比べ不相当な場合には、閲覧を請求することができない(31.3)。閲覧拒否権については、後述する。

その他の文書について閲覧ないしコピーを求めるのであれば、裁判所の命令を申立てる必要がある(31.12)。

(iii) 制裁

当事者が理由無く開示を行わず、または、閲覧請求を拒否した場合については、次のような制裁が用意されている。当該文書を援用できない(31.21)。

当該文書によって支えられている主張が却下される(3.4)。訴え自体が却下される(3.1)。トライアル無しで判決が出される(3.5)。裁判所侮辱の手續が開始され、制裁金または拘禁の制裁が課される(31.23)。

(iv) 手續開始前の開示

手續開始前でも裁判所に対して開示命令を申立てることができる(31.16)。但し、申立においては以下の要件を証明しなければならない。申立人と被申立人とを当事者とする手續が開始される可能性があること、求められている開示の範囲が、手續開始後における原則的な開示の範囲に含まれること、公正な処理、訴訟手續を経ない紛争処理の促進、費用の節約という観点から、手續開始前の開示が望ましいこと。

(b) 第三者からの開示

⁸ なお、専門家の報告書において引用されている文書で、まだ開示されていないものについては、裁判所に対して閲覧命令を申立て、閲覧命令が出された場合にのみ、閲覧が認められる(31.14(2))。

当事者は、裁判所に、第三者に対する開示命令を申立てることができる(31.17)⁹。但し、申立の際には 当該文書が申立人の主張に有利な影響を及ぼすか、相手方当事者の 1 人の主張に対して不利な影響を及ぼす可能性があること¹⁰、当該文書が事件の公正な処理、または、費用の節約に不可欠であること、を証明しなければならない。

命令を受けた被申立人は、命令において特定された範囲の文書のリストを申立人に送達し、被申立人の支配下に無い文書及び閲覧拒否権を有する文書を特定しなければならない。また、命令においては、既に被申立人の支配下でない文書のその後の事情を説明させること、開示及び閲覧の時と場所を特定することもできる。

以上の命令に対する違反は裁判所侮辱を構成し、制裁金ないし拘禁の制裁が課され得る(最高法院規則 52, カウンティコート規則 29)。

(4) 証言録取

審尋期日以前に、裁判官、裁判所の検査人、または裁判所が指名した者の前で相手方当事者または第三者を対象とする証人尋問を行うというものである(34.8)。但し、証言録取を行なうには、裁判所の命令が必要であり、その際には、審尋期日において証言することが不便であることの証明が要求される。そのため、アメリカ法のように情報収集のための手段として用いられることは多くないようである。

(5) 証人に対する文書提出命令

証人申請の際、当事者は、証人に対して文書を提出させるため、審尋期日またはその他の日に出廷することを命じる召喚状の発行を求めることができる(34.2,34.3)。文書のリストを開示させることはできない点、出廷まで求める点で第三者に対する開示請求とは異なる。

この命令に対する違反は裁判所侮辱を構成し、制裁金ないし拘禁の制裁が課され得る(最高法院規則 52, カウンティコート規則 29)。

(5) injunction

裁判所は、判例上、制定法上、injunction の権限を広範に有しており、新規

⁹ かつては、人身障害ないし死傷事件に限られていたが、1998 年からは事件類型に関わり無く、第三者からの文書開示が得られるようになった。

¹⁰ 「可能性がある」ことの意味については、「非現実的でない」以上の蓋然性は必要だが、「無い蓋然性よりある蓋然性の方が高い」という程ではない、とした裁判例が存在する(Three Rivers District Council and others v Bank of England (No 4), EWCA Civ 1182, 4 All ER 881 (2002))

則もそのうちの主要なものを列挙している（限定列挙ではない）。中でも情報収集という観点から重要なのは次の類型である（25.1）。関連する財産¹¹の検証許可，関連する財産からのサンプル抽出許可，関連財産上での実験許可，以上の目的を達成するため，当事者所有の土地または建物への立入り許可，関連する財産の所在に関する情報提供，証拠保全のための，一方当事者に対する他方当事者敷地への立入り許可（民事訴訟法7条），訴訟開始前における文書開示または財産検証許可（最高法院法33条，カウンティコート法53条），第三者に対する文書開示または財産検証許可（最高法院法34条，カウンティコート法54条）。

以上の命令を出すか否かは裁判所が，発令した場合における被申立人の不便と，発令しなかった場合における申立人の不便を比較衡量しながら裁量で決定する，というのが原則である（American Cyanamid v Ethicon[1975] AC 396）¹²。

しかし，（いわゆる Anton Piller Order，新規則では Search Order と呼ばれている）については，極めて強力なため，例外的な状況でなければ発令できない。具体的には，被告が不誠実であり，証拠の提出ないし保全を求める何らかの手段の通知を受けたら，それを妨害する蓋然性が高い場合であること，原告が勝訴する蓋然性が極めて高いこと，被告の活動に対する過度の干渉にならないこと，が証明されなければ，発令できないとされている（The Civil Court Practice 2002, 410）。

以上の要件審査においては，の場合を除き，十分な理由（例えば証拠隠滅の恐れや）が証明されれば，相手方へ申立を通知せずに発令することもできる（25.3）。

命令に対する違反は，裁判所侮辱を構成し，制裁金ないし拘禁の制裁が課され得る。なお，命令によって相手方に損害が生じた場合，その賠償は申立人が行なう。

2 秘密保護

¹¹ 関連する財産とは，請求の対象たる財産，または，それについて，請求に関する問題が生じる可能性のある財産のことである（25.1（2））

¹² 具体的には，次のような判断過程を踏む（O'hare supra note 1, 285-286）。本案において勝訴する見込みがあるのを前提として，まず 損害賠償が原告にとって適切な救済であり，かつ，被告に資力があるか否かを検討する。これが肯定されれば，injunction は認められない。否定されれば，injunction が不当だった場合，被告に金銭賠償を行なうことが，被告にとって適切な救済であり，かつ，原告に資力があるか否かを検討する。これが肯定されれば，injunction は認められる。もっとも，が否定されても，本案における勝訴の見込みや，社会経済的考慮によって，なお injunction が認められることがある。

(1) トライアル前に得た情報の拡散防止

(a) 相手方から得た情報の使用

民事訴訟規則 18 及び PD18 に基づいて相手方当事者から得た情報について、裁判所は、相手方が自発的に当該情報を提供したか否かに関わらず、当該訴訟でしか用いないよう指示を出すことができる(18.2)。

(b) 文書の閲覧制限

(i) 秘匿特権

秘匿特権を与えることは、秘密の対象となっている情報の訴訟における重要性との比較衡量無しで情報の不開示を認めるということを意味する。したがって、秘匿特権の対象となる情報は極めて限定されており、伝統的には、以下の4類型についてしか認められない、とされる。すなわち、自己または配偶者を刑事訴追に晒す可能性のある情報に対する秘匿特権、法的助言者と依頼者との間のコミュニケーションに対する秘匿特権、トライアルで証拠にならないという宣言に基づく秘匿特権、報道機関の取材源である。営業上の秘密に該当するというだけでは秘匿特権を与えられないのはもちろん、プライバシーに関する情報であっても秘匿特権は与えられない。

但し、の原則は、現在、制定法によって相当緩和されている。すなわち、著作権、意匠および特許法 280 条によって、依頼者と特許代理人との間のコミュニケーションについても、秘匿特権については、依頼者とソリシタとの間のコミュニケーションと同様の扱いが為されるとされているからである¹³。

(ii) 営業秘密の保護

制限的開示命令

¹³ 著作権、意匠および特許法 280 条

(1)本節は、いかなる発明、意匠、技術的情報、商標またはサーヴィスマークの保護に関する全ての事項、または、不当表示に関するについてのコミュニケーションに適用される。

(2) (a) 本人と特許代理人間のコミュニケーション、または、(b)本人が、彼の特許代理人に説明する目的で調査している情報を獲得する目的で、または、そのような情報の要求に対して応答する目的で為されたコミュニケーションは、イングランド、ウェールズ、または北アイルランドにおいて、本人とソリシタとの間のコミュニケーションと同様に、または、本人が、彼のソリシタに対して説明する目的で調査している情報を獲得する目的で、または、そのような情報の要求に対して応答する目的で為されたコミュニケーションと同様に、法的手続きにおける開示義務を免除される。

(3)第2項の特許代理人は、以下の者を意味する。

(a) 登録された特許代理人または、欧州リストに掲載された者

(b) 特許代理人事務所、または、欧州特許代理人としての事業を行う企業と自らを呼称するパートナーシップ、または

(c) 特許代理人または欧州特許代理人の事業を行う会社と自称する権限を有する会社

もっとも、営業秘密というだけで当然に不開示の権利を与えられるわけではない、という点には変わりはない。ただ、裁判例においては、営業秘密も可能な限り保護しようという傾向が見られる。

そのリーディング・ケースは Warner-Lambert v Glaxo Laboratories Limited [1975] RPC 354 である。特許権侵害訴訟において、被告は、原告を含む第三者に開示しない、という条件で原告のバリスタ、ソリシタ、弁理士、専門家へ文書を開示したが、原告は、無条件の開示または、原告の代表取締役、アメリカの支店長、アメリカの特許弁理士、社内専門家への開示命令を求めて申立を行ったという事例であるが、控訴院は、不必要な情報開示ないし情報使用のリスクは回避しなければならず、開示を求める側は、適切な営業秘密の保護と両立する限度で完全な開示を受けるという一般論を述べた上で、原告の代表取締役にのみ開示を拡張する命令を出した。

このように、開示を受ける人的範囲を制限し、開示を受けた者に、守秘義務を課すという方法は、しばしば用いられ（開示を受け得る者は confidentiality club と呼ばれる）、守秘義務は、当該訴訟が終了した後も、裁判所が設定した期間継続する¹⁴。守秘義務に違反した場合、裁判所侮辱の制裁が課される可能性がある。

開示に関する争い

営業秘密の開示を巡る争いは、開示の可否そのものよりも、開示を受ける条件、特に、誰に開示するかを巡って生じることが多い。その中には、当事者本人が開示を受けるべきか否かが争われる場合と第三者が開示を受けるべきか否かが争われる場合とが含まれる。

前者の問題については、Warner-Lambert 自身が判示している。代理人が得た情報は依頼者たる当事者も共有するのが通常であり、それを覆すには強い根拠が必要となるとの一般論を展開した後、営業秘密を潜在的な競争相手から守るため依頼者への不開示が必要であり、また、相手方当事者自身は結局のところ、技術的な情報を自ら分析・評価する能力を持たず、専門的知識を有する助言者の助言をそのまま受け入れざるを得ない場合には、例外として相手方当事者への不開示が認められるとしている。近時、相手方当事者への不開示は例外であるという理由で、不開示を求める側に証明責任が課す裁判例が出ている（Dyson Limited v Hoover Limited [2002] IPD 25.5(7)）。もちろん、当事者が開示する場合であっても、守秘義務を課すことはできる。

他方、後者の問題については、証明責任を若干修正するのが裁判例であり、

¹⁴ 訴訟終了後にまで継続する義務を課す権限が裁判所に認められることは、Scott v Scott において判示されている。

その例としては、Roussel Uclaf v ICI [1990] RPC 45 が挙げられる。侵害訴訟において、ICI は、Roussel を含む第三者に開示しないという条件で、侵害を主張されている製品の製造方法の要約を、Roussel のバリスタ、ソリシタ及び科学者 B に開示した。しかし、B は実験を行なう時間が無いとして、自分の代わりにフランスで実験を行なわせるため、Z を開示対象者に加えるよう推薦し、Roussel もそれを認めた。しかし、ICI は同意しなかった。フランスで行なわれると情報漏えいのリスクが大きくなるという理由である。そこで、Roussel は Z に対する開示命令を申立てた。

第 1 審も控訴院もこの申立を却下した。被告を更なるリスクに晒す可能性があることは否定できず、原告は、Z しか候補がいないことも、緊急であることも示していない、という理由である。つまり、ここでは開示を求める側が、第三者に開示する必要性を証明しなければならない、とされているのである。この判断は、開示を求める側が、第三者へ開示する必要性（例えば、開示を求める側は社内に法律知識を有する技術者を備えていないなどの事情）を証明し、開示者の側が、当該第三者へ開示すべきでない事情（例えば、当該第三者は、開示で得た情報を、既に係属中の特許申請に利用し、製品開発に利用し、または、公表する可能性があるという事情¹⁵）を証明するとした Chiron Corporation and Others v Organon Teknika Limited and Others; Chiron Corporation and Others v Murex Diagnostics Limited and Another Chancery Division [1992] (Transcript: Marten Walsh Cherer) にも示されている。

開示を巡る争いに関する審理は両当事者に通知した上で公開の審尋期日において行なうのが原則であるが、後述する本案審理と同様、非公開とすることもできるし、更には審尋期日を開かないという選択も可能である（23.8）。

また、必要があれば、裁判所は、まず裁判所限りで問題の文書を読覧するため、当該文書の提出を求めることができる（31.19（6））。ただし、よく用いられるのは、営業秘密に関してではなく、秘匿特権や国家機密が問題になる場合¹⁶である（営業秘密が問題になる多くの場合は、開示を求める側の代理人には文書が開示されている）。

上訴

の記述からも分かる通り、終局判決以外の事件管理に関する裁判に対する上訴も当然には否定されない。ただし、その際には、当該争点が上訴費用をか

¹⁵ Intel Corporation v (1) VIA Technologies Inc (2) Elitegroup Computer Systems (UK) Limited [2002] IPD 25.10(8).

¹⁶ Science Research Council v Nasse, BL Cars Ltd (formerly Leyland Cars) v Vyas, HOUSE OF LORDS, [1980] AC 1028.

けるだけの重要性を持つか否か、事件の重要性が、上訴によるトライアル期日の延期等の手続的な帰結を上回るか否か、トライアル時またはその後処理の方がより便利か否かを考慮しなければならないとされる。したがって、開示の範囲に解する決定が常に独立した上訴の対象になるか否かは事案による、といわざるを得ない。

(2) 審尋期日公開による情報拡散の防止

(a) 公衆への公開

イングランドにおいて、トライアルを含む審尋期日は原則として公開審理に付される(39.2(1))。公開を原則とする理由は、判例において次のように説明されている。「裁判官は女王の名において、全共同体のために裁判を行なっている。一般の構成員以上に、裁判が行なわれることを自ら見る権限を与えられている者はいない(R. v. Chief Registrar of Friendly Societies, Ex parte New Cross Building Society[1924] 1 K.B.256,259)そのため、例外もは、狭く限定された範囲でしか認められず、裁判所の裁量や当事者の合意によって非公開にできるものではない、とされており(Scott v Scott (1913) A.C.417)、新規則においても非公開が認められるのは以下の場合に限定される(39.2(3))。

公開によって審尋の目的が損なわれる場合、国家安全保障に関する事項が含まれている場合、(個人の財務事項に関する情報を含む)秘密情報が含まれており、公開が当該秘密を失わせる場合、非公開審理が、子または親の利益を守るために必要である場合、通知無しで為される申立に関する審尋であり、公開審理を行なうことが、被申立人に対して不公正となる場合、信託財産の管理または被相続人の財産管理に関する非争訟的事項が含まれている場合、または、裁判所が司法の利益の観点から、必要と考える場合、以上である。

営業秘密が問題となる場合は、の категорияに含まれるというのが判例である。以下、該当箇所を引用しておこう。「当事者の権利は、秘密の維持と密接に関わっている。それを、法に基づく裁判における手続の報告という理由で、世間に暴露することは、当事者が、裁判所の下で求める保護そのものを破壊するであろう。公開で司法手続を受ける権利が、裁判所によって司法上、財産的価値を有し、維持されるべきと判断される可能性のある秘密を侵害し得ないということは、長い間疑われてこなかった(Scott v Scott at 437-438)¹⁷」。

¹⁷ 公開によって損なわれる利益が私益であっても、非公開とするに十分な理由となるか、公益の侵害まで主張立証しないと十分でないか、についてイングランドでどのように考えられているかは明らかではない。もっとも、具体的な事例を見てみると、私益といえども、裁判上保護すべき私益が公開によって保護しえなくなるのであれば、公開を制限する十分

(b) 当事者間での公開

営業秘密へのアクセスを拒否するため、一方当事者の審尋期日への出席を制限し、弁護士の出席のみを許可するというような例は確認できなかった。

ただ、営業秘密の保護に必要な限度で、当事者が手続過程で得た情報の第三者への公表を禁じる命令を出し、それに違反した場合、裁判所侮辱の制裁を課すということは認められている (Scott v Scott at 437-439,446)。

また、公衆へ非公開とすることは、当事者間における秘密保護においても重要な意味を有する。開示された文書は当該訴訟においてしか利用できないというのがイングランドにおける原則であるが、当該文書が公開の審尋期日で裁判所によって、または、裁判所に対して読上げられた場合には、秘密性が失われる結果、開示情報の利用制限を解かれてしまうからである (31.22)¹⁸。審尋期日を非公開とすることは、当事者間における文書の利用制限を維持するために有効である。

(3) 裁判所にファイルされた文書閲覧による情報拡散の防止

当事者は、所定の費用を支払い、かつ、コピー請求書をファイルすることで、裁判所の記録にファイルされた文書の複写を得ることができる (5.4 (1))。

常に裁判所にファイルされるのは、訴状 claim form、請求明細 particulars of claim、答弁書 defence、中間的な争いに対して出される裁判所の命令 order、その申立書 application notice、判決 judgment、及び、命令ないし判決を出すため証拠として用いた文書である。開示された文書のリストや開示当事者から得た文書のコピーは当然には裁判所にファイルされない。

訴外の第三者も、訴状、及び、公開法廷で出された判決については、所定の費用を払うことで閲覧及びコピーを請求できる (5.4 (2))。但し、その他の文書については当然に閲覧・コピーの権限を持つわけではない。閲覧・コピーを行なうには、裁判所の許可が必要であり、許可を出すか否かは、第三者にとっての必要性と、秘密保護の必要性とを比較衡量した上で裁判所が裁量によって判断する¹⁹。

な理由になる、と考えられていると推測される。

¹⁸ そして、この利用制限の解除は、裁判官が事前に同文書を読んでおり、公開法廷で読上げられなくても、当該文書が援用された時点で解除されると解されている (SmithKline Beecham v Connaught [1999] 4 All ER 498)。

¹⁹ もっとも、陳述書に関しては、トライアルの間は、当事者や証人以外の第三者に対しても閲覧に供することとされている (32.13)。但し、これは、トライアルが公開されることを前提とするものであり、トライアルが非公開の場合は、この限りではないものと思われる (明示的な根拠条文ないし裁判例は見出せず)。また、トライアルが公開される場合も、

裁判所は、司法の利益、公共の利益、医学的な記載の性質、個人の経済状態に関する情報を含む秘密情報の性質、子または親の利益を守る必要性を理由として、陳述書の1部ないし全部につき閲覧を不許可とする指示を出すことができる(32.13(2)(3))。

ドイツにおける情報収集と秘密保護

一、情報収集制度

ドイツの民事訴訟は、相手方に対して情報を提供する義務はないという原則（*nemo contra se edere tenetur*）を出発点としており、英米法のディスカバリに相当する証拠開示手続は用意されていないため、訴訟法上の情報収集制度は必ずしも十分なものではない。しかしながら、訴訟上の制度の不備は、実体法上の情報請求権を発達させることによって補われている。また、今日では、この原則を見直し、一般的に訴訟法上相手方に情報を提供する義務（事案解明義務）があると説く論者も現れている。

以下では、民事訴訟上用意されている制度、具体的には文書提出命令の制度を紹介し、その中で実体法上の請求権が有する意義を確認した上で、実体法上の請求権の内容と行使方法、そして、訴訟法上の一般的な事案解明義務に関する議論を紹介する。

1、文書提出命令

拳証者が立証に必要な文書を有しない場合に、裁判所は、相手方当事者や第三者に対しても文書の提出を命ずることができる。このうち、相手方当事者に対する提出命令手続については、ZPO142条¹とZPO421条から427条²に規定

¹ ・ZPO142条1項

裁判所は、系図、地図、設計図その他の図面で当事者の一方が引用しかつその手中にある証書を提出すべき旨を命じることができる。

² ・ZPO421条

文書が、拳証者の主張によると相手方当事者の手中にあるとされる場合には、証拠の申出は、相手方当事者に文書の提出を命じる旨の申立てをなすことによりこれをなす。

・ZPO422条

相手方当事者は、拳証者が民法の規定に基づいて文書の引渡し又は提出を求めることができる場合には、文書の提出を義務付けられる。

・ZPO423条

相手方当事者は、自ら自己の手中にある文書を訴訟において立証のために引用した場合には、それが準備書面において引用されたに過ぎない場合であっても、その文書の提出を義務付けられる。

・ZPO424条

申立には、以下の事項を記載するものとする。

1、文書の表示

2、文書によって証明されるべき事実の表示

3、文書の内容についてのできるだけ完全な表示

4、文書が相手方当事者の占有に属している旨の主張のよりどころとなる事実についての指摘

5、文書提出義務を生じさせる原因の表示。その原因は、これを疎明しなければならない。

が用意されている。なお、商法典の 258 条以下にも、文書提出命令の特則が置かれているが³、以下では、ZPO の規律を中心に紹介する。

(1) 手続の開始

当事者は、立証に必要な文書を相手方が所持していると判断した場合には、書証の申立ての一環として、文書提出命令の発令を申し立てることができる（ZPO421 条）。ただし、地図、設計図などの図面については、当事者が引用かつ所持している場合には、職権で提出命令を発令することもできる（ZPO142 条）。

(2) 文書提出義務

文書提出義務は一般的な義務ではなく、文書の所持者が当該文書を引用した場合と（ZPO423 条、142 条、引用文書）、私法上、拳証者に対して文書の提出や引渡を行う義務が定められている場合（ZPO422 条）に限られる。後者の実体法上の請求権については後に詳述するが、例えば、判例においては、BGB810 条に基づいて、患者が医師に対してカルテの提出を求めることなどが認められ

・ ZPO425 条

裁判所は、文書によって証明されるべき事実が重要であると認める場合であり、かつ申立てに理由ありと認めるときは、相手方当事者が文書が自らの手中にあることを自白する場合又は相手方当事者が申立てについて陳述しないときには、文書の提出を命じる。

・ ZPO426 条

文書が相手方当事者の占有に属することについて相手方当事者が争う場合には、文書の所在について相手方当事者を尋問しなければならない。尋問期日の呼出状において、文書の所在を入念に探すべき旨が相手方当事者に対して指示されなければならない。その他第 449 条ないし 454 条の規定を準用する。裁判所が文書が相手方当事者の占有に属する旨の心象を得た場合には、裁判所はその提出を命じる。

・ ZPO427 条

相手方当事者が文書提出命令に従わない場合、又は裁判所が、426 条の場合において相手方当事者が文書の所在を入念に探さなかったとの心証を得た場合には、拳証者によって提出された謄本は、これを真正なものともみなすことができる。文書の謄本が提出されない場合には、文書の性質及び内容に関する拳証者の主張を証明されたものと認めることができる。

³ ・ HGB258 条

、訴訟中、裁判所は申立てに基づいて又は職権で当事者の商業帳簿の提出を命ずることができる。

、相手方の文書提出義務に関する民事訴訟法の規定はそのまま適用される。

・ HGB259 条

訴訟で商業帳簿を提出するときは、争点に関する部分に限り、両当事者の立会いの下で閲覧しなければならない。適当な場合は抜粋書類を作成しなければならない。帳簿のその他の内容は、その帳簿が正規に記帳されていることを検査するために必要な限り、裁判所に提示しなければならない。

ている⁴。

ただし、これらの義務は、訴訟法上の制限を受けると考えられている。例えば、文書の特定をまったく行わないままの申立て、すなわち模索的証明は禁じられる⁵。また、証言拒絶権に係る規定を類推適用することの可否、具体的には職業上秘密守秘義務を負う場合（ZPO383 条 1 項 6 号）や、技術又は職業上の秘密に係る場合（ZPO383 条 4 号）⁶に提出義務を免除することの可否については争いがある。類推適用を肯定して、かかる場合の提出義務を免除する見解もあるが⁷、他方で、第三者の秘密は訴訟上絶対的に保護すべきであるが、当事者の秘密保護の利益は訴訟上制限を受けるとして、類推適用を否定する見解もある⁸。

(3) 文書提出命令の発令手続

裁判所は、立証事実の重要性、文書提出義務の疎明の有無（ZPO424 条 5 号参照）、文書の所持などを考慮して、申立てに理由があると判断すれば提出命令を発令する（ZPO425 条）。ここで、文書の所持については、相手方当事者が文書の所持を自白したか又は、相手方当事者が陳述をしない場合には、所持があるものとして提出命令を発令することができるが、文書の所持について相手方が争った場合には、裁判所は相手方を尋問しなければならない（ZPO426 条）。そして、尋問の結果、相手方が文書を所持するという心証を得た場合に、提出命令を発令することになる。

提出命令が発令された場合、相手方は当該文書を当事者ではなく、裁判所に提出しなければならない。

(4) 不提出の効果

相手方が文書提出命令に従わない場合でも、提出を強制することはできないが、

⁴ ・ BGB810 条

他人の文書を閲覧する法的利益がある者は、以下の場合、所持者に閲覧の許可を求めることができる。文書が自己の利益のために作成され、又は文書に自己と他者の法的関係について記されている場合、又は文書に自己と他者あるいは両者と共通の仲介者との間で行われた法律行為（Verhandlung über ein Rechtsgechaft）が記載されている場合。

⁵ Düss VersR80-270, Baumbach/Lauterbach/Alberts/Hartmann, ZPO(59Auf.), §421 Rn.1

⁶ ZPO383 条 1 項 6 号「その官職上、身分上、又は職業上当該秘密を打ち明けられ、その事実の性質上又は法律の規定上、守秘すべきことが命じられるときには、…証言を拒むことができる。」

ZPO384 条 3 号「証人が、技術上又は職業上の秘密を開示することなしには答弁することができないと認められる問題について…証言を拒むことができる。」

⁷ Musielak, ZPO(3Auf.), §423 Rn.1

⁸ Rolf Stürner, Die gewerbliche Geheimsphäre im Zivilprozeß, JZ1985, S.450

文書を提出しない場合には訴訟法上の制裁が用意されている。すなわち、拳証者が提出した謄本を真正なものとみなすことに加え、謄本が提出されない場合は、文書の性質や内容に関する拳証者の主張を立証されたものとみなすことができる（ZPO427条）。

2、独立的証拠調べ

従来から、相手方当事者が同意した場合、証拠方法の利用が困難になる場合には証拠保全として検証、証人尋問、鑑定などを行うことが認められていたが（ZPO485条1項）、1990年の司法簡素化法によって、訴訟係属前に、証拠保全の目的がない場合でも法的利益があれば、ある者の容態又はある物の状態若しくは価格、人的損害、物的損害又は物についての瑕疵の原因、人的損害、物的損害又は物についての瑕疵の除去に要した費用の確定について、書面による鑑定を命ずることが認められるようになった（ZPO485条2項）。これを独立的証拠調べという。法的利益は、訴訟の回避に役立つ可能性があれば肯定される。独立的証拠調べの結果に基づいて和解が成立した場合には、和解調書に基づいて執行することができるが（ZPO794条1項）、独立的証拠調べの結果を本案訴訟の中で、受訴裁判所における証拠調べの結果として扱うこともできる（ZPO493条）。訴訟が係属していない場合には、一定期間内に訴えを提起するように命じなければならない、これに違反した場合は費用負担を命ぜられる（ZPO494a条）。

独立的証拠調べは、紛争の早期の段階で事実関係を明確にして和解を促進させ、裁判所の負担を軽減することを目的として、英米法のプリトライアル・ディスカバリをも参考にしながら導入された制度であるが⁹、実際には証拠開示を強制する効果はなく、利用できる方法も、書面による鑑定に限定されているため、その射程は広くない。

3、実体法上の情報請求権

(1) 内容

実体法上の情報請求権は、先に紹介したように、文書提出命令を発令する要件のひとつとなっている。

この請求権は、委託契約などの契約関係や法律関係のある当事者間で、情報や文書の提出を求める権利であり、民法典¹⁰や商法典¹¹の中で個別に規定されてい

⁹ Entwurf eines Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz, BT-Drucks, 1988, 11/3621

¹⁰ 民法上の規定の例としては以下のものが挙げられる。収支管理について説明する義務を負う者による計算書や証明書を提出する義務（BGB259条）。物の本質（Inbegriff von Gegenstand）について報告する義務を負う物による在庫リストの提出（BGB260条1項）。

る。

さらに、判例や学説では、個別規定が存在しない場合であっても、信義則（BGB242条）に基づく請求権も認められている。すなわち、契約関係又は法律関係のある当事者間において、権利者が、権利の存在や範囲に関する情報や請求に必要な情報を、許容される方法で入手することができず、そのことにつき権利者に帰責性がなく、義務者が容易に入手できる場合には、情報請求権が認められる¹²。

さらに、判例や慣習法では、情報請求権を定めた BGB259 条などの類推適用、又は信義則に基づき、特許法 139 条に基づく損害賠償請求権などを行行使する前提として、相手方に必要な情報や計算を求めることが認められている（準備的情報請求権）¹³。また、判例では、信義則に基づいて、損害賠償請求の前提としてのみならず、第三者に対する差止請求など妨害除去の準備のために独立して情報を請求することも認められている。準備的情報請求権は、主たる請求権である損害賠償請求権が存在することを前提とするため、権利侵害、すなわち違法性や故意過失や、損害の存在が確からしい（wahrscheinlich）ことが必要となる¹⁴。

（２）行使方法

実体法上の情報請求権を有する者は、義務者に対して、必要かつ可能な範囲で報告を求めることができる。情報提供に必要な費用は義務者が負担する¹⁵。入手した情報は文書の形で裁判所に提出することも可能である。

義務者が義務を履行しない場合には、情報請求権のみを根拠に訴えの提起、執行等を行うことができる。もっとも、実際には、損害賠償請求権などの別の請求権を行行使するのに必要な情報を引き出すために、情報請求権を行行使する必要が生ずる場合が多いため、ZPO254 条では、段階訴訟（Stufenklage）という制

受託者の委託者に対する経過報告義務と終了後の説明義務（BGB666 条、667 条、675 条）、事務管理者による同様の義務（BGB681 条）、業務執行社員者らの義務（BGB713 条、740 条 2 項）、旧債権者による新債権者への訴求に必要な文書や情報の提供義務（BGB402 条）、売主の買主に対する購入物の法的関係に関する説明義務と必要な文書の提出義務（BGB444 条）、親権終了後の財産引渡しと説明義務（BGB1698 条）、後見人の事務終了後の財産引渡しと説明義務（BGB1890 条）など。

¹¹ 委託販売業者の委託者に対する説明義務（HGB384 条 2 項）など。

¹² BGH81-21,24,BGHZ95-274-279 等, Helmut Köhler, Der Schadenersatz-, Bereicherungs- und Auskunftsanspruch im Wettbewerbsrecht, NJW1992-1477, 1480f.

¹³ RGZ108-1,7

¹⁴ Rudlof Busse, Patentgesetz, 5Auf.,§140b, Rainer Schulte, Patentgesetz mit EPÜ, 6Auf, §139

¹⁵ Köhler,前掲(注 12),S.1480f.

度が用意されている¹⁶。

段階訴訟とは、主たる請求権の存在、範囲、対象などに関する情報が被告側にあるために、主たる請求の特定が欠けて訴えが却下されることを防止するために、計算書や財産目録等の提出を求める訴え（情報請求訴訟）あるいは宣誓に代わる保証を求める訴え¹⁷と、給付請求とを併合し、かつ、段階的に審理、一部判決を行うことにより、情報請求訴訟の結果を利用して主たる請求権の特定を事後的に可能にする制度である。個別に請求を行うのではなく、訴訟経済に配慮して同一の手続の中での段階的審理を可能にしており¹⁸、訴えの客観的な併合の特殊類型である。

（３）営業秘密の保護

実体法上の情報請求権を行使する際、以下のような形で営業秘密の保護が図られている。

例えば、判例上認められている準備的情報請求権は、信義則上の制限として、情報の必要性和秘密保持の利益を比較衡量して、前者の利益が上回る場合にのみ行使が認められる¹⁹。

また、営業秘密の保護のために公認会計士を用いる方法が、古くから認められてきた（Wirtschaftsprüfervorbehalt）。すなわち、競業関係にある当事者間で、計算書類等の開示を請求する場合に、計算書類の中に記載されている顧客や納入業者の名前や住所が相手方に知られないようにするため、情報提供義務者が自己の費用で会計士を選任し、これらの事項については相手方ではなく、会計士に報告する。会計士はこれらの事項につき守秘義務を負い、情報請求権者が、計算書類の中に特定の顧客の名前や住所が含まれていたか具体的に質問した場合にのみ回答することができる。

ただし、この制度は、顧客や納入業者の名前と住所が相手方当事者に開示されないようにするための制度であり、加えて提出された計算書の検査を会計士に行わせることまでは認められない。また、情報請求権の当然の制約として、開示によって侵害者が被る不利益が、被害者の情報入手の利益を上回ることが必要である。また、第三者に対して差止請求をする必要がある場合にはこの制度

¹⁶ ZPO254 条

計算書作成若しくは財産目録提出又は宣誓に代わる保証を為すことを求める訴えと、被告がその原因たる法律関係によって債務を負っているものの引渡しを求める訴えとを併合するときは、原告の請求している給付を特定する記載は、計算結果の通知、財産目録の提出、又は宣誓に代わる保証の交付が為されるまでこれを留保することができる

¹⁷ BGB259 条 2 項、260 条 2 項、2000 条、2028 条、2057 条など

¹⁸ Baumbach/Lauterbach/Alberts/Hartmann, ZPO, §254

¹⁹ BGH GRUR1982-723, 1989-411, Schulte, PatG, §139, Busse, PatG, §140b

を利用することは認められない²⁰。

その他にも、商法 87c 条 4 項を類推適用して、鑑定人や公認会計士などに、相手方から提供された情報の完全性、正確さを調査させる方法も提唱されている²¹。

(4) 特許法 140b 条²²の特則

ここで、1990 年に、知的財産保護の強化及び海賊版の撲滅のための法律によって導入された、特許法 140b 条に基づく情報請求権について、若干の補足を加えることにする。

この規定は、従来の情報請求権を補う趣旨で導入された。前述のように、従来から特許法 139 条の損害賠償請求権を行使する前提としての情報請求権が認められてきたが、この方法によって入手することのできる情報は、主たる請求に必要な情報に限られ、背後の第三者、すなわち侵害品の黒幕 (Hintermänner) に関する情報を得ることはできなかった。特許法 140b 条は、従来請求権とは異なり、第三者に関する情報を入手することを認め、損害賠償請求権の存在、とくに故意過失を不要とするとともに、明白な法的侵害の場合には仮処分を行うことも認めている (140b 条 3 項)。

情報義務の対象は、使用製品の出所と販売ルート (140b 条 1 項) である。具体的には、前者には、製造者、製品の納入業者と前所有者の名前と住所が、後者には、(私人ではない) 顧客や注文者の名前と住所 (140b 条 2 項) 及び製造量、供給量、保管量、注引量が含まれる。ただし、売上額、原価価格、利益については本条の対象とはなっていない。

通常は、侵害者が第三者の秘密を保持する利益は、被侵害者の利益より後退する。とくに侵害が継続する可能性がある場合は、侵害者の利益は保護されない。他方で、本条では故意過失が要件とはなっていないが、「相当性」が必要とされており、この判断の際に侵害者の利益も考慮される。例えば、将来侵害が

²⁰ Schulte, PatG, §139, Busse, PatG, §140b

²¹ Stürner, 前掲(注 8), S.461, Köhler, 前掲(注 12), S.1481

²² 特許法 140b 条

、9 から 13 条に反して特許発明を利用する者に対しては、侵害を被る者は、使用製品の出所と販売方法に関する情報を直ちに提供するように求めることができる。ただし、個別事例において相当性を欠く場合はこの限りでない。

、1 項によって情報提供の義務を負う者は、製造者、製品の納入業者と前所有者、顧客や注文者の名前と住所、製造、供給、保管量、注引量について報告しなければならない。

、明白な法的侵害の場合は、民事訴訟法の規定に基づく仮処分の方法で、情報提供義務を命ずることができる。

、略

、情報を求めるその他の請求権は妨げられない。

続けられる可能性がない場合には、侵害者の利益を保護すべきであり、相当性が欠けるとして、請求は認められない。また、被侵害者が当該情報を入手する必要性がない場合、情報提供により自己又は第三者が刑罰に処される可能性がある場合にも侵害者の利益が優先され、情報請求は認められない。

秘密保護のために、一般的な情報請求権で認められている、会計士の利用が認められないのは、第三者情報を入手するという制度の趣旨からは当然である。

本条は、損害賠償請求の準備のための制度ではなく、妨害を予防するための制度である。損害賠償請求の準備のための情報請求は、本条ではなく、従来から認められてきた一般的な情報請求権として行使することが可能である（140b条5項）。この情報請求権に基づいて、本条が対象とはしていない、特許侵害による売上額や原価価格、利益額、私人の顧客の名前などを求めることができる。この場合の営業秘密の保護は、情報の必要性和秘密保持の利益を比較考量して判断する²³。その要件や、営業秘密の保護の方法は前記のとおりである²⁴。

4、訴訟法上の情報提供義務

以上から、ドイツでは、訴訟法上の情報開示手続が不十分であるものの、実体法上の情報請求権の範囲を拡大することによって、これを補ってきたことが確認された。

しかしながら、学説では、訴訟法上の一般的な義務として情報提供義務（事案解明義務）を肯定する論者もある。すなわち、ZPO138条1項2項を類推適用して、あるいは当事者の証拠調べへの協力義務から、当事者は法的に重要かつ具体化されている主張の解明に協力する義務を負うことを導き出し、証明責任を負わない当事者がかかる義務を履行しないことに責めがある場合には、自由心証主義の枠内で、証明責任を負う当事者の主張が証明されたとみなすことができるという見解である²⁵。

これに対して通説は、民事訴訟法が私的自治の原則を尊重して弁論主義を採用していることや、客観的証明責任の分配原則を尊重して、訴訟法上の一般的な情報請求権を認めることには否定的である²⁶。しかしながら、通説の論者も、

²³ BGH GRUR1982-723, 1989-411

²⁴ 以上につき、Peter Mes, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, 1997, §140b, Schulte, PatG, §140b, Busse, PatG, §140b 参照。

²⁵ 例えば、Stürner, Die Aufklärungspflicht im Zivilprozeß, 1976 が挙げられる。その他にも、このような主張をする論者としては Peters, Stadler などがある（Musielak, ZPO, §138 参照）。

²⁶ 例えば、Arens, Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß, ZZP96,1 や Leibold (Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR(15Auf.), S.679) が挙げられる。その他にも、Lüke, Gottwald なども同様の見解である（Musielak, ZPO, §138, Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, S.679 参照）。

今日において、「相手方に証拠を提出する義務はない」という原則がそのまま承認できるとは考えていない²⁷。すなわち、実体法上の情報請求権の範囲を拡大したり、証明責任の分配を個別に見直したり、証明妨害法理²⁸などの法理を発達させることによって、個別具体的に右原則に修正を加えることに対しては、肯定的な姿勢を示している。

二、裁判の公開原則

1、 裁判の公開原則の法的位置付け

ドイツでは、普通訴訟法手続の時代には、秘密手続が行われていたが、19世紀初頭に、公開主義を原則とするフランス民事訴訟法が制定されてからは、公開手続の導入が積極的に検討されるようになった。その結果、1850年のプロイセン憲法 93 条において²⁹、公序良俗が害される場合と法律に定めがある場合を除き、審理を公開する旨が定められた³⁰。

しかしながら、その後制定された憲法においても、また、今日の基本法の中においても、裁判の公開原則については触れられておらず、この原則はもはや憲法上の原則ではなくなっているといえる³¹。また、裁判の公開原則をも定めている欧州人権保護条約は、1952年8月7日の法によって批准され（BGBl. S.685）国内法的効力を有しているが、憲法と同等の地位にあるのではなく、連邦法と同じ地位に置かれているに過ぎない³²。

そのため、法律によってこの原則を制限することには問題がない。もっとも、裁判の公開原則は、憲法上の原則ではないものの、訴訟法の中心的な原則³³、あ

²⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR,S.679

²⁸ 立証責任を負わない当事者が故意に証拠方法を破棄した場合に、拳証者の信頼できる主張を判決の基礎とすることを認める、又は証明責任を転換させるとする法理

²⁹ ・プロイセン憲法 93 条

「、民事裁判所及び刑事裁判所における審理は公開である。ただし、公開することにより、秩序又は善良の風俗が脅かされる場合には、裁判所が公に言い渡す決定によって、これを公開しないこととすることができる。

、その他の場合には、公開は法律によってのみ制限されうる。」

この憲法が明治憲法の模範となったことは有名であるが、この規定自体は、ベルギーの1831年憲法 96 条 1 項を参考にしたものである（鈴木重勝「わが国における裁判公開原則の成立過程 民事訴訟における公開制限を中心に」早稲田法学 57 巻 3 号（1982 年）83 頁以下）。

³⁰ ドイツにおいて裁判公開原則が定立するまでの歴史的経緯については、Fogen, Der Kampf um Gerichtsoffentlichkeit, 1974 参照。

³¹ BVerfG15-307

³² Kissel, GVG, 3Auf.,§169 Rn.4

³³ Baumbach/Lauterbach/Alberts/Hartmann, ZPO, 59Auf., Übers, §169 Rn.2

るいは法治国家の原則であるなどと説明されることから分かるように³⁴、重要な原則として位置付けられているため、安易に制限を加えることは認められない。そのため、裁判の公開原則とその制限については裁判所構成法（Gerichtsverfassungsgesetz、GVG）の169条以下に、詳細な規定が置かれている³⁵。以下では、GVGに定められた公開原則とその例外について説明する。

³⁴ Kissel, GVG, §169 Rn.4

³⁵ ・GVG169条

受訴裁判所における審理は、判決及び決定の言渡しを含め、これを公開する。裁判内容の公演、公表を目的とするテープ録音、テレビ、ラジオ放送や、録音、撮影は不適法である。

・GVG170条

家事事件の審理は公開しない。これは、23b条1項2文13号の事項、23b条1項2文5、6、9号事項には、他の家事事件と共に審理されない限り、適用されない。

・GVG171a条

被疑者を精神病院や教育施設に収容することを目的とする審理は、刑を伴う場合もそれ以外の場合も、公判（Hauptverhandlung）の全部又は一部について公開を排除することができる。

・GVG171b条

、訴訟参加人、証人、又は違法行為による被害者の個人的な生活領域内の事項が問題となり、公開での議論がこれらの保護すべき利益を害し、公開の議論の利益が勝らない場合には、公開を排除することができる。ただし、生活領域が問題となる人が、弁論で公開排除に対して異議を述べた場合は別である。

、1項1文の条件が備わり、生活領域が問題となる人が排除を申し立てた場合には、公開は排除される。

、1項2項による決定は取り消すことができない。

・GVG172条

裁判所は、以下の場合に審理の全部又は一部について公開を排除することができる。

1、国家の安全、公序良俗が害されるおそれがある場合。

1a、証人やその他の人の生命、身体、自由が害されるおそれがある場合。

2、重要な営業上、生産上、発明上または租税上の秘密が問題となり、審理を公開することで、それ（公開の利益）を超えて保護すべき利益が害されうる場合。

3、証人や鑑定人によって許可なく公開することで刑罰を受ける可能性のある、私的秘密が対象となる場合。

4、16歳以下の少年が尋問される場合。

・GVG173条

、判決の言い渡しは常に公開で行われる。

、171b、172条の要件が具備される場合は、裁判所による特別の決定で、判決理由の全部又は一部の言渡しについて公開を排除することができる。

・GVG174条

、公開の排除については、参加人の1人が申し立てた場合や裁判所が適当と認める場合に、非公開の法廷で審理する。公開排除の決定は、公開で言い渡さなければならない。ただし、公開での言渡しが法廷内の秩序を著しく乱すおそれある場合は、非公開で言い渡すことができる。171b条、172条、173条の場合には、いかなる理由で公開を排除するか明かにしなければならない。

、国家の安全への危険を理由に公開が排除される場合には、出版社、ラジオ放送局、テレビ局は、審理や、事実に関係する公的書類の内容について公開してはならない。

1、裁判の公開原則とその適用領域

受訴裁判所の審理及び、判決や決定の言渡しは原則として公開される（GVG169条、173条1項）。

「審理」とは、受訴裁判所や単独裁判官の前で行われる口頭弁論（ZPO128条1項）と証拠調べのことである。証拠調べは裁判所の中で行われるか外で行われるかは関係がない。裁判官の合議、受託、受命裁判官の前における手続、決定手続、督促手続、和解手続、執行手続、仲裁手続、破産手続、当事者が合意して行う書面手続（ZPO128条2項）には適用されない³⁶。また、裁判の公開原則は、当事者の利益のみに係る原則ではないため、書面手続の場合を除き、当事者は裁判の公開の利益を放棄することはできない³⁷。

この原則は、通常裁判所の手続はもちろん、それ以外の裁判所の手続にも適用されるが、懲戒手続には適用されない³⁸。

公開原則違反は絶対的上告理由であり、当事者がこの利益を放棄した場合においても瑕疵は治癒されない。ただし、裁判所が公開法廷で弁論をやり直した場合には瑕疵が治癒される³⁹。

なお、訴訟記録については、当事者は無条件にこれを閲覧することが可能であるが、第三者は、当事者が同意した場合か、あるいは、法的利益を疎明して裁判所長による閲覧許可を得た場合に限りこれを閲覧することができる（ZPO299条）。

2、例外

、国家の安全への危険や、171b条、172条2号及び3号に示された理由によって公開を排除する場合には、裁判所は、在廷者に対して、審理から又は事案に関する公的書類から知った事実について、秘密を保持すべき義務を課することができる。この決定は調書に記載しなければならない。この決定は取り消すことができる。抗告は停止の効力をもたない。

・GVG175条

、未成年者や裁判所の威信にふさわしくない者に対しては、公開審理への立会いを拒むことができる。

、裁判所は非公開審理に少数の人の立ち入りを認めることができる。刑事事件では被害者の立ち入りを認めなければならない。参加人の意見聴取は不要である。

、公開の排除は、受訴裁判所の審理において、公務を遂行する司法役人が出席することを排除しない。

³⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR,S.S.119 ff.,

Baumbach/Lauterbach/Alberts/Hartmann, ZPO,§169 GVG Rn.1, Zoller, ZPO,§ 169GVG Rn.9, Kissel, GVG,§169 Rn.9~11

³⁷ Kissel, GVG,§169 Rn.58

³⁸ Kissel, GVG,§ 169 Rn.6

³⁹ Kissel, GVG, §169, Rn. 55, Zöller, ZPO,§ 169GVG Rn.11

ただし、一定の場合には審理の公開は制限される。従来から、公序良俗が害される恐れがある場合には例外的に非公開審理が認められてきたが、その後、徐々に例外事項が拡大され⁴⁰、現在では、以下の場合に例外が認められている。

まず、家事事件の審理は、原則として当然に審理は非公開とされる（GVG170条）。また、被疑者の精神病院等への収容手続（GVG171a条）訴訟参加人などの個人的な生活領域内の事項が問題となる場合（GVG171b条）国家の安全、公序良俗が害される場合（GVG172条1号）証人などの生命、身体、自由が害される場合（GVG172条1a号）重要な営業、生産、発明、租税上の秘密が問題となる場合（GVG172条2号）私的秘​​密が対象となる場合（GVG172条3号）16歳以下の未成年を尋問する場合（GVG172条4号）においては、裁判所は、裁量に基づいて公開を排除することができる。

このうち、GVG171b条、172条各号が問題となる場合においては、判決理由の全部又は一部について、非公開で言渡すことも認められている（GVG173条2項）。

3、GVG172条2号について

GVG172条2号では、営業上の秘密、生産上の秘密、発明の秘密などが問題となる場合において、非公開審理を行うことを認めている。本号は、個人の秘密を保護することを目的とする点において、171b条、172条3号と立法趣旨を共通にする。

秘密とは、わずかの人のみを知り、保護する利益がある事実を指す⁴¹。営業上の秘密の意義については、UWG17条、19条、20a条などが参考になるが、具体的には、会計、市場戦略、販売、顧客リスト、貸借対照表、製造データ、販売計画、資金調達能力、機構、調達先などがこれに当たる。なお、生産上の秘密には、商品の生産、加工方法などが含まれる⁴²。発明の秘密とは、特許や実用新案では保護されない秘密を指す⁴³。

これらの秘密は、「重大な」ものでなければならない。すなわち、秘密が、秘密保持主体の競争能力、営業成果などにとって大きな意味を有することが必要である。

さらに、公開によって、それを超えて保護すべき利益が害される危険があることが必要である。危険があれば足り、利益が害される確実性までは不要である⁴⁴。

⁴⁰ 営業秘密を理由とする公開排除は1932年に導入された（RGL.1932 S.121）

⁴¹ Zoller, ZPO, §172GVG Rn.8

⁴² Baumbach/Lauterbach/Alberts/Hartmann, ZPO, §172, Kissel, GVG, §172 Rn.38-40

⁴³ Kissel, GVG, §172 Rn.42, Zoller, ZPO, §172GVG Rn.9

⁴⁴ Kissel, ZPO, §172GVG Rn.38-40

4、公開排除の判断について

公開審理の排除は、当事者や参加人の申立てに基づいて、あるいは裁判所が職権で判断する（GVG174条1項）。

公開の排除を認める決定を下すためには、あらかじめ審理をすることが必要である。この審理は非公開で行われる（GVG174条1項）。裁判所は、裁判を公開することによって保護すべき利益が害されないかを考慮して、公開の可否、非公開にする部分や期間などを判断する⁴⁵。この審理においては、すべての参加者、すなわち、当事者、代理人、訴訟参加人、証人、鑑定人、秘密保持者などに意見陳述の機会が与えられる。要件の証明に関しては、厳格な証明までは要求されず、自由な証明で足りる⁴⁶。

決定は原則として公開法廷で示さなければならない。しかも、GVG171b条、172条、173条を根拠に公開を排除する場合は、その理由を明示しなければならない（GVG174条1項）。

公開を排除する決定に対しては、独立して上訴をすることは認められず、本案判決に対する上訴の中で、公開原則違反を主張しなければならない。公開排除を否定する決定の場合も同様である。この点、後者の場合には、秘密保護の利益を重視して抗告を認めるべきであるという見解もあるが、手続が遅延するなどという理由で批判されている⁴⁷。もっとも、GVG172条の各号該当性については裁判官に広範な裁量が認められているため、上訴で取り消される可能性は低い⁴⁸。

5、非公開審理手続

非公開審理においては、裁判所は裁量に基づいて、若干数の人の立ち入りを認めることができる（GVG175条2項）⁴⁹。ただし、当事者公開原則（ZPO357条）により、当事者、補助参加人、当事者の専門助言者、訴訟代理人は原則として審理に立ち会うことができる⁵⁰。

裁判所が、弁論の一部を非公開とすると決定した場合においては、当該期間が終了すれば、特に決定を要することなく、公開審理が開始される。弁論全体が非公開と判断された場合においては、判決告知の段階で当然に非公開審理が終了する。

⁴⁵ Baumbach/Lauterbach/Alberts/Hartmann, ZPO, §174 GVG Rn.2, Kissel, GVG, §174

⁴⁶ Kissel, GVG, §174 Rn.3,6

⁴⁷ Kissel, GVG, §174 Rn.18,19

⁴⁸ Zoller, ZPO, §172 GVG Rn.15

⁴⁹ 例えば、報道関係者、当事者の家族などは立ち入りを認められることが多い。

⁵⁰ Musielak, ZPO, §357 Rn.1

6、秘密保持命令

裁判所は、国家の安全への危険や、参加者の私的生活（171b条）営業秘密、生産上の秘密等（GVG172条2号）私的秘秘（GVG172条3号）を理由に公開を排除した場合において、在廷者に対し、審理や事案に関する公的書類から知りうる事実について秘密を保持する義務（秘密保持義務）を課することができる（GVG174条3項）。

この義務は、裁判所の決定により発生する。裁判所は、あらゆる利益を考慮して裁量に基づいて、義務を課するか否か判断する。この判断を行うにあたって弁論は不要であるし、決定自体は口頭弁論内で行われ、調書に記されるが、理由を付記する必要はない⁵¹。

秘密保持義務を負う主体は、非公開審理に出席した全ての者であり、この中には当事者や訴訟代理人、裁判官自身も含まれるが⁵²、秘密の主体は含まれない。

義務の対象は、弁論や書類（非公開の弁論に関する書類）から知ることのできる事実（手続の経過全体）である。裁判官は、対象を具体的に示さなければならない。事実が公開判決で知られた場合や、訴訟とは無関係に当該事実を知っていた場合には、義務は生じない⁵³。

決定の効果として、秘密保持義務が課された者は、審理に欠席した者に対して、秘密の対象となる事実を報告することはできなくなる。もっとも、審理に立ち会った訴訟代理人が、立ち会わなかった当事者に対して報告を行うことは禁じられないが、この場合、報告を受けた当事者も秘密保持義務を負うことになる⁵⁴。

この義務に違反した場合、刑法 353d 条によると、1年以内の自由刑、又は科料が課される⁵⁵。処罰は通常の刑事手続に沿って行われる。

秘密保持義務を課す決定に対しては、当該決定に関する人はすべて抗告をすることができる。

また、秘密保持の効果は、上訴裁判所や命令を発した裁判所自身によって決定が取り消されない限り持続する⁵⁶。

⁵¹ Kissel, GVG, §174 Rn.29

⁵² Zoller, ZPO, §174 GVG Rn.15

⁵³ Kissel, GVG, §174 Rn.24

⁵⁴ Baumbach/Lauterbach/Alberts/Hartmann, ZPO, §174 GVG Rn.4

⁵⁵ StPO 353d 条 2 項

以下の場合、1年までの自由刑又は科料が課される。…非公開の審理又は事件に関する公の資料によって知ることとなった事実で、裁判所によって法律に基づいて課された黙秘義務に反する事実を権限なく公開した場合。

7、秘密手続に関する裁判例と学説

訴訟当事者の秘密は、非公開審理と秘密保持命令によって、少なくとも第三者に対する開示からは保護されているといえることができる。ところで、当事者が競業者である場合などにおいては、相手方当事者への秘密の漏洩が重大な損害をもたらす可能性がある。ところが、ドイツ民事訴訟法においては、憲法上の法的審問請求権（GG103条1項）の発現として、当事者公開原則が重視されているため（ZPO357条）、両当事者は、法廷警察権に基づいて立会いを否定される場合などを除き（GVG175条1項、177条）、原則として非公開審理にも立ち会うことができる。もちろん、非公開審理に立ち会った当事者に対しては、秘密保持義務が課されるが、当事者が私的に秘密を利用すること自体は禁じられないため、非公開審理と秘密保持命令のみでは、相手方当事者に対する関係では十分に秘密を保護することができない。

そこで、相手方当事者に対して、場合によっては裁判所に対しても、証拠調べの具体的内容など、秘密を開示しないで行われる審理手続、すなわち秘密手続（Geheimsverfahren）の可否が問題となる。

（1）裁判例

従来から、控訴審レベルでは、鑑定人を利用した秘密手続、すなわち鑑定人に企業秘密に関連する事実を調査させて、その結果を相手方当事者に開示することなく鑑定意見を判決の基礎とする方法の適法性が肯定されてきた⁵⁷。

しかしながら、連邦通常裁判所は、BGH1991年11月21日判決⁵⁸において、鑑定人による秘密手続、ここでは被告の収益計算書の閲覧を鑑定人に委ね、その内容を原告や裁判所に開示せずに判決で利用したことの適法性を否定した。その理由は、第1に、鑑定意見の本質的な部分が原告に開示されていないため、原告の法的審問請求権（GG103条1項）を害する、第2に、裁判所に対して鑑定意見の本質的な部分が開示されていないため、裁判所は鑑定意見の正当性を

⁵⁶ Kissel, GVG, §174 Rn.30

⁵⁷ 例えば、1984年のニュルンベルク高等裁判所の決定が挙げられる（BB1984-1252）。これは、コンピュータープログラムのコピーを不正に入手して利用した被告に対する著作権侵害訴訟である。原告は企業秘密を理由にプログラムの著作権としての保護価値について明らかにしなかったため、裁判所は職権で鑑定を行い、鑑定人に事実の確認を行わせると共に、企業秘密の部分については被告に開示することなく利用した結果、原告のプログラムには保護価値があるとして原告の請求を認めた。被告が異議を申立てたが、鑑定人は最高の知識と良心を持って鑑定を行う義務があること、被告が口頭説明を求めなかったことを理由に、訴訟法違反も法的審問権違反も存在しないとした。

⁵⁸ NJW1992-1817 広告紙の編集者である原告が日刊紙の発行者である被告に対して、カルテル法違反を理由に、無料抗告の日刊紙への差込みの禁止と損害賠償を請求した事例である。

検討することができないため、自由心証主義（ZPO286 条）の原則にも違反するというものであった。

他方で、連邦労働裁判所は、BAG1992 年 3 月 25 日決定⁵⁹において、公証人を利用した秘密手続、すなわちある組合員が被告企業の従業員であるかを、被告に開示することなく公証人に確認させた手続の適法性を肯定している。その理由としては、第 1 に、裁判所は公証人に証拠調べを委ねたのではなく、書証の方法で宣誓に基づく証明という間接的証拠方法を評価したのであるから、直接主義には違反しないこと、第 2 に、労働組合員の労働法上の権利を保障するためには間接的な証明で満足することができるし、満足しなければならないこと、第 3 に当事者には決定に対して意見を表明する機会が与えられており、また法的審問請求権は特定の証拠方法を求める権利ではないので、本件の手続はこの原則にも違反しないことが挙げられている。

このように、介在した第三者が鑑定人であるか、公証人であるかという違いはあるものの、BGH と BGA とでは、秘密手続の適法性に関する評価が分かれている⁶⁰。

（２）学説

学説においても、秘密手続の適法性については見解が分かれている。

簡単に紹介すると、解釈論としても、また立法論としても、この適法性を否定する見解は、当事者公開主義の原則は、秘密保護の利益よりも重視すべき原則であり、当事者によって放棄することのできない原則であることを根拠として挙げている⁶¹。

⁵⁹ NJW1993-612 これは、労働組合が使用者に対して集会のために工場への立ち入りを求めたところ、労働組合が被告企業の代表権を有しているか、すなわち労働組合の組合員が工場に就業しているかが問題となった事例である。原告が組合員の氏名を明示して証人として申請することを拒んだため、ニュルンベルク高等労働裁判所は、公証人に組合員が被告企業の従業員であるかを確認させ、当該公証人が調査結果を事実証明書として裁判所に提出した。被告が手続の違法性を理由に抗告したところ、BAG は抗告を棄却した。この決定に対しては、連邦憲法裁判所に上告がなされたが、不受理決定が下されている（NJW1994-2347）。

⁶⁰ その原因として Zeuner は、以下の要素を掲げる。第一に、証拠方法の違いが挙げられる。公証人の場合、陳述内容自体が証拠資料であり、不開示の陳述部分は証拠資料とはならないが、鑑定の場合は不開示でも証拠資料となる。第二に、公証人の場合は、直接主義を放棄する必要があることに加え、使用者の労働組合が代理しているため法的審問請求権にも違反しないといえる。（Albrecht Zeuner, Gedanken zum Spannungsverhältnis zwischen Offenheit zivilgerichtlicher rechts- und wahrheitsfindung und geheimhaltungsinteressen in der Beziehung der Beteiligten, Festschrift für Hans Friedhelm Gaulm, 1997, S.845）

⁶¹ Wolfgang Kurschner, Parteioffenheit vor Geheimnisschutz im Zivilprozess,

これに対して、秘密手続の適法性を肯定する見解は、法的審問請求権といえども無条件に保護されるのではなく、適切な法的保護のために、具体的には訴訟当事者の営業秘密を保護する必要がある場合には制限を受けると説明する。ただし、当事者の法的審問請求権を保護する代替策として、当事者の代理人を手続に立ちあわせて代理人に秘密保持義務を課す方法や、裁判官自身が当事者の代理人的な立場で監督する方法を提唱する論者もある。しかしながら、前者の方法については、代理人が当事者に秘密を開示しないという保証がないこと、後者の方法については当事者の防御権が十分に保護されるのか疑念が残らざるをえないことから、裁判所が選任した代理人を立ちあわせ、当事者に秘密を漏洩しない義務を課す方法を提唱する論者が多いようである⁶²。

NJW1992-1804, Lachmann, Unternehmensgeheimnisse im Zivilrechtsstreit, dargestellt am Beispiel des EDV-Prozesses, NJW1987-2206

⁶² Musielak, ZPO, §357 Rn.4, Zeuner, 前掲(注 60), S.845

フランス及びベルギーにおける情報収集と秘密保護

、フランス

一、 司法制度

フランスの裁判所は、コンセイユ・デタを頂点とする行政裁判所 (juridiction administrative) と司法裁判所 (juridiction judiciaire) の二系列に分かれ、後者はさらに刑事裁判所と民事裁判所とに分かれる。民事裁判所は、さらに、原則としてすべての事件に管轄権を有する普通法裁判所 (tribunaux du droit commun) と、法によって特に認められた事件のみを扱う例外裁判所 (tribunaux d'exception) とに分かれる。前者には、日本の地方裁判所に該当する大審裁判所 (tribunal de grande instance) が、後者には、訴額の小さい事件を扱う小審裁判所 (tribunal d'instance)、商事裁判所、労働裁判所、農地賃貸借同数裁判所、社会保障委員会が含まれる。いずれの裁判所であっても控訴は控訴院 (Cour d'appel) に対してなされる。さらに、最高裁判所として、法律審である破毀院 (Cour de cassation) が置かれている。

二、民事訴訟制度

1、新民事訴訟法典 (Nouveau Code du Procédure civile, NCPC)

フランスでは、1806年に近代的な民事訴訟法典 (以下では「旧民事訴訟法」とする。)が制定され、その後、時代の要請に応じて個別に改正が行われてきた。とくに、1958年の第五共和制憲法によって、民事手続に関する規定はロワ (法律) ではなく、デクレ (政令) が定める事項とされてからは、法典の全面的な改定が急速に進められた。1971年以降には、4つの主要なデクレが作成され、これらの規定と従来の民事訴訟法典の規定を整理、統合して、その結果、1975年12月5日のデクレ1123号により、新民事訴訟法典が編成され、1976年1月1日から施行されている¹。

2、大審裁判所における第一審手続の流れ

まずは、大審裁判所での手続を簡単に紹介する。訴訟は、原告が請求の目的、原因を記載した召喚状を裁判所に提出して、かつ被告を召喚することによって開始する。裁判長が、申立書などの内容から、直ちに本案について判決できると判断した場合には、弁護士と協議して、事前手続を省略し、直ちに弁論に付すことができるが (短期回路)、それ以外の場合においては、準備手続裁判官

¹ 山口俊夫『概説フランス法上』(東京大学出版会、1998年)274頁

(juge de mise en état)による事前手続に付されて、主張事実や証拠の整理が行われる(長期回路)²。

事前手続が熟した場合や一方の弁護士が期限を遵守しない場合には、事前手続は終結し、受訴裁判所による弁論に付される。その後提出された申立書や証拠は受理されない(NCPC783条)。裁判長は、場合によっては準備手続裁判官又はその他の裁判官(報告裁判官)に対して、請求の目的、当事者の攻撃防御方法の記載、事件の背景にある事実問題、法律問題について報告(rapport)を求めることができる。弁論においては、原告と被告によって申立内容が口頭で陳述される(NCPC440条)。弁論は多くの場合一回で終結するが、必要があれば受訴裁判所は証拠調べを命じることができ、この場合は準備手続裁判官が証拠調べを監督する。

口頭弁論終結後に裁判官は合議を行い、判決を宣告する。ただし、最近では、単独裁判官が受訴裁判所兼準備裁判官として事件を処理する場合も少なくない(NCPC801条以下)。

欠席判決の場合は、当該裁判機関に故障の申立てをすることができるが、それ以外の場合は控訴院に対して控訴をすることができる。

3、証拠調べ

大審裁判所では、このように事前手続において証拠調べの多くが行われているが、弁論の中で証拠調べを行うことも可能である。以下では証拠調べの一般原則について紹介する。

証拠調べは、当事者の申立てによりまたは職権で行うことができる(NCPC10条、143条)。ただし、当事者の懈怠を補う目的で証拠調べを命ずることはできず(NCPC146条)。また必要不可欠な証拠調べのみを行わなければならない(NCPC147条)。裁判所は証拠調べを監督する義務を負い(NCPC153条、155条)。他方で、当事者は証拠調べに立ち会う権利を有する(NCPC160条等)。

新民事訴訟法典に定められている証拠調べの方法は、裁判所による検証(NCPC170条以下)、当事者の本人出頭(NCPC184条以下)、第三者の陳述(供述書、証人尋問)(NCPC199条以下)、専門家による証拠調べ(確認、診断、鑑定)(NCPC232条以下)、書証(NCPC287条以下)、裁判上の宣誓(NCPC317

² 準備手続裁判官の具体的な役割は、訴訟の進行、特に申立書の交換、書類の伝達を監督すること(NCPC763条)、証拠調べを施行、監督すること(NCPC771条、777条、778条)、攻撃防御方法の提出、事実上、法律上の問題に関する説明を弁護士に求めることや(765条)、当事者の聴聞によって(NCPC767条)、事案を解明すること、書証の伝達や取得、提出に必要な措置(文書提出命令など)を講ずること(770条)、手続の分離、併合(766条)、和解の確認(768条)、訴訟費用の裁判(772条)など、付随的な争訟に関する裁判を行うことである。

条以下)である。もっとも、実際に行われるのは書証や鑑定が多い。書証が多い理由としては、民法典などの中で、立証手段を証書に限定する規定が置かれていることが影響していると考えられるが、かかる規定が用意されていない場合においても、まずは文書を調べ、それでも事案が解明できない場合に限り、他の証拠調べが行われているようである。したがって、証人尋問や当事者尋問が行われることはほとんどない。また、専門家の社会的な地位の高さや、専門的な問題は専門家に委ねる方が望ましいという風潮が影響してか、新民事訴訟法典においてその役割が限定されたにも関わらず、依然として鑑定が行われることが多い。

4、フランス民事訴訟法の特徴

その他、フランス民事訴訟法の特徴的な点としては、以下のような点が挙げられる。

まず、当事者主義を基調としながらも(例=NCPC4条の処分権主義)、職権主義的な色彩も強い。これは、職権による証拠調べが広く認められていること、準備手続裁判官などの権限が強化されていることに現れている。

また、対審の原則(un principe du contradiction)が重視されていることも特徴的である。すなわち、当事者は審問、召還を受けることなく裁判を受けることはなく(NCPC14条)また、当事者は主張を基礎付ける事実や文書については相手方に伝えなければならない(NCPC15条)³、対審を遵守した資料のみ裁判の基礎とすることができる(NCPC16条)。この一般原則は様々な場面で現れる。例えば、当事者が立証に必要な文書を裁判所に提出する場合、あわせて他の当事者に対しても、その内容を伝達(communication)しなければならないとされているのも(NCPC132条)この原則の一つの現れである。

最後に、レフェレ(急速審理)手続についても簡単に紹介しておく。これは、緊急の場合や被保全権利の存在が明白な場合に、両当事者の弁論を経てなされる仮の裁判である(NCPC484条以下)。緊急性がなくても、紛争解決に必要な証拠の保全、証明を行う「正当な理由」があれば、訴訟係属前にレフェレの方式で、あるいは一方当事者のみを審尋する「申請に基づく命令」の方式によって、鑑定などの証拠調べを行うことも可能である(NCPC145条)。この点につ

³ NCPC14条

いかなる当事者も審問されず、又は召還されることなくして裁判されることはない。

NCPC15条

当事者は、各々がその防御を準備できるように、その申立てを基礎付ける証拠の資料及び援用する法律上の防御方法を適時に相互に知らせなければならない。

NCPC16条

裁判官は、あらゆる場合において、対審の原則を遵守させなければならない。

いては後に紹介する。

二、証拠収集手続

相手方又は第三者が有している証拠を入手する方法としては、新民事訴訟法典では文書提出命令が、さらに、知的財産法典においては侵害物の差押え手続が用意されている。また、早期に事案を解明する方法として鑑定レフェレの制度も利用されている。

1、 文書提出命令

(1) 根拠

前述のように、フランスの民事訴訟においては、書証が優先されているため、自己に有利な文書を証拠として提出することが重要な意味を有する。原則としては、各当事者が、主張事実の立証のために必要と思われる手持ちの文書、あるいは入手した文書を任意に裁判所に提出することが必要である。しかしながら、新民事訴訟法典では、当事者が必要な文書を所持していない場合に、第三者や相手方に対して提出を強制することが許容されている（文書提出命令）。

旧民事訴訟法では、第三者や相手方に対して文書の提出を強制することには否定的であった⁴。これは、「何人も自己に不利益な証拠を与える義務を課されない(Nemo constratus edere tenetur)」という原則が重視されていたことに加え、とくに第三者については当該訴訟に利害関係を有しないため、提出強制を根拠付けることはより困難であった⁵。

ところが、1972年7月5日のロワ12条によって付加された民法(C.civ.)10条において⁶、良き司法(une bonne justice)を実現するために、国民が真実発

⁴ 例えば、第三者に対する提出命令は、公証人が保管する文書について、裁判所の許可を得てその謄本をとる閲覧申請(compulsoire)手続や(旧民事訴訟法846条以下)、1962年8月24日の法律で認められた、税務署が所持する文書の提出命令などに限られていた。相手方当事者に対する提出命令についても、商業帳簿に関する商法14条から17条など、個別の規定が用意されていたに過ぎなかった。ところが、19世紀の裁判例の中には、より一般的に、裁判所が真実解明のために文書提出命令を発令することを認めるものもあった(Cass. Req., 17 juin 1879 :DP1880, 1, p.427)。また、学説においても、共通文書などについて提出義務が肯定されていった。他方で、営業秘密、職業上の秘密、信書の秘密を害する恐れがある場合などにおいては、提出を拒むことができるという解釈も現れた。

⁵ Gérard Couchez, Procédure Civile, 10ed., Sirey, 1999, S.246~, Loïc Cadet, Droit Judiciaire Privé, p.486

⁶ ・民法10条

、何人も真実解明のために司法に協力する義務を負う。

、法的に求められているにも関わらず、正当な理由(motif légitime)なくこの義務に従わない者に対しては、この義務の履行を強制することができ、場合によっては間接強制、

見のために司法に協力する義務を負うこと、正当な理由 (motif légitime) なくこの義務に違反したのに対しては、履行を強制することができることが明示された⁷。同様に、1971年9月9日のデクレによる新民事訴訟法典 (NCPC) 11条⁸においても、当事者が証拠調べに協力する義務を負うこと、これに違反したことをもって判決で不利に斟酌することができること、当事者や第三者 (ただし、第三者については正当な障害が存在しないことが必要である。) に対して、証拠の提出を強制することができることが規定されたため⁹、「何人も自己に不利益な証拠を与える義務を課されない」という原則が放棄されたと評価されている¹⁰。

以上の規定をより具体化した形で、NCPC138条から142条において、文書提出命令の手続が規定されている¹¹。具体的には、第三者に対する命令については、

民事罰、損害賠償を求めることができる。

⁷ 民法7条と8条が全てのフランス人に対して市民権を付与したのに応じて、民法9条 (私生活の尊重) と10条がその特権に一定の制限を加えている。10条は良き司法 (une bonne justice) を実現するための規定である。(Marie-Anne Frison-Roche, *Incidents de procédure*, J.Cl.Pr.Civ. Fasc620, p.3)

⁸ ・NCPC11条

、当事者は証拠調べに協力する義務がある。裁判官は懈怠又は拒絶からすべての結論を引き出すこともできる。

、当事者が証拠の資料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。

⁹ 時間的にはNCPCの方が先に成立しているが、当事者に司法への協力を強制することは、デクレではなく口ワの権限であるため、民法10条によってNCPC11条や138条が正当化されると説明される (Roche, 前掲(注7), p.3)。

¹⁰ Roche, 前掲(注7), p.3 英米法のディスカバリ制度とも調和的になったと言える。

¹¹ ・NCPC138条

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また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。

・NCPC139条

、前条の要求は、方式によらず行われる。

、裁判官は、その要求が理由あると認める場合には、自己の定める条件及び保証の下で、必要ある場合には間接強制をもって、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。

・NCPC140条

裁判官の裁判は、仮に執行することができる。必要ある場合には、原本に基づいて執行することができる。

・NCPC141条

異議のある場合、又は何らかの正当な障害事由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、その裁判を取り消しまたは変更す

138 条から 141 条に規定され、相手方当事者に対する命令については、142 条において、138 条、139 条が準用されている。このように、第三者に対する提出命令の規定の一部が、相手方に対する提出命令にも準用されているため、比較するためにも、第三者に対する命令も含めて以下で紹介する。

なお、文書提出命令に関する規定は、新民事訴訟法典の大系の中では、証拠調べに関する章の前に置かれ、証拠調べ手続としては位置付けられていない。

(2) 要件

文書提出義務が発生する要件は、一方当事者による申立て (NCPC138 条、139 条 2 項)、裁判官による決定 (NCPC139 条 2 項)、法的障害 (empeachment legitime) の不存在である。以下、順に説明する。

一方当事者の申立て

特別な規定がある場合を除くと¹²、裁判官は職権で文書の提出を命ずることはできない。これは、職権主義的な手続を防ぐことを目的としているのであるが¹³、一般には職権証拠調べが認められていること (NCPC10 条) とは相容れないが、文書提出命令は証拠調べではないため、とくには問題視されていない¹⁴。申立てには特定の形式は要求されず (NCPC139 条 2 項)、したがって口頭で申し立てることも可能であるが、判例においては、文書を特定して申し立てなければならないという要件が付加されている¹⁵。

裁判官による決定

裁判官は、申立てに理由があるか判断しなければならない。具体的には、文書

ることができる。第三者は、その言渡しから 15 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。

・NCPC142 条

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 138 条及び 139 条の規定に従って行われる。

¹² 職権で提出命令を発令することを認める規定としては、商法典 15 条 (商業帳簿の提出)、17 条 3 項、職権で発令できるが当事者の意に反してはならないとする規定としては、NCPC844 条 (全ての目的のための召還に基づく手続)、862 条 (商事裁判所)、882 条 (農事賃貸借同数裁判所)、940 条 (控訴院手続のうち強制的代理によらない手続) がある。

¹³ Serge Guinchard, Production forcée des pieces, Rep.Daloz.Pro.Civ., 2ed, p.2 これに対して、刑事手続では職権での提出命令が可能である。

¹⁴ もっとも、実際には当事者が第三者の手中に有益な資料を見出すことが少なくないし、裁判官は、当事者に申立てを示唆することも可能であるため、それほど不都合はないと考えられる。

¹⁵ 判例は抽象的な申立に対しては否定的な姿勢を示している (Civ. 2e, 15 mars 1979, Bull. Civ. 2, no 88, p.62, RTD civ. 1979.665, obs. Perrot)。Guinchard, (前掲注 13), p.3~

の必要性、立証事実との関連性、文書の存在¹⁶、紛争解決への有益性 (*utilité de la mesure demandée*)¹⁷の他にも、当事者の懈怠を補う目的に基づかないか¹⁸、代替手段が存在しないか¹⁹、訴訟遅延の目的に基づかないかなどを考慮することになる。

法的障害の不存在

第三者に対して命令を発令するためには、法的障害が存在しないことが必要である (NCPC11 条 2 項、141 条)。新民事訴訟法典には、「法的障害」の定義が示されていないため、裁判官が裁量に基づいて判断することとなる。

しかしながら、「法的障害」の意味をあまりに広く解釈すると、文書提出命令を発令できる場合が限定されてしまうため、実際には、職業上の秘密 (*secret professionnel*)、私生活の保護 (*la vise du privé*) のために必要な場合、不可抗力により文書が存在しない場合²⁰などに限られている。職業上の秘密を負う主体には、医師²¹、弁護士、銀行の経営、監査に携わる人、証券取引委員会の構成員、公認会計士、会計監査役などが含まれる (C.pén.378 条参照)。しかしながら、職業上の秘密は判例や立法では制限される傾向にある²²。他方で、私生活の秘密には、事業の秘密 (*secret des affaires*)、すなわち営業秘密や、内心の秘密 (信書など) が含まれる²³。もっとも、他者の利益や権利の保護のために必要な場合には保護されない²⁴。

通常は、第三者が法的障害の存在に気づくのは、命令の発令後であることに配慮して、第三者には、決定から 2 週間以内に、決定の修正や却下を求める異議

¹⁶ Couchez, *Production forcée de pieces*, J.Cl.Pro.Civ., Fasc.623, p.4~

¹⁷ 文書提出命令の発令に消極的であった 19 世紀の判例においては、文書が紛争解決にとって不可欠であることが要求されていたが (Guinchard, 前掲(注 13),p.3~) 今日では、文書の不可欠さまでは要求されない (Gérard Couchez, *Procédure civile*, Dalloz, 1998, p.300, Couchez, 前掲(注 16), p.6)

¹⁸ NCPC146 条 2 項参照。Couchez, 前掲(注 16), p.6, Guinchard, 前掲(注 13), p.3~

¹⁹ Couchez, 前掲(注 17), p.300, Couchez, 前掲(注 16),p.6, Guinchard, 前掲(注 13), p.3~

²⁰ 保険会社や警察などが、保管期間を過ぎた文書を破棄した場合などである (Couchez, 前掲(注 17), p.301, Couchez, 前掲(注 16), p.5~, Gunchard, 前掲(注 13), p.3~Jean Vincent/Serge Guinchard, *Procédure Civile*, p.741,)

²¹ ただし、保険会社は医師の秘密を理由に裁判官に対する文書の提出を拒むことはできない (Roche, 前掲(注 7), p.9, Cass. 1re civ., 31 mai 1988, Bull. Civ. 1, no 168)

²² Roche, 前掲(注 7),p.3~ 職業上の秘密を理由に提出を拒むことを否定する規定としては、民法 259-3 条、1962 年 8 月 4 日のロワ 3 条 (租税行政庁)、租税手続法 L140 条 (税務官) などがある。しかしながら、商業帳簿については職業上の秘密を理由に拒むことが広く認められている (商法典 L.123-23 条)

²³ Couchez, 前掲(注 17), p.301, Couchez, 前掲(注 16), p.5~, Vincent/Guinchard, 前掲(注 20), p.741

²⁴ Couchez, 前掲(注 16), p.5

を提出することが認められている（NCPC141条）。ただし、第三者は異議の理由を示さなければならない²⁵。

ところで、NCPC142条は141条を準用していないため、規定上は、相手方当事者は法的障害の存在を理由に提出を拒むことはできない。また、NCPC11条2項も、相手方当事者が法的障害を理由に提出を拒むことを否定している。準用が排除されたのは、相手方当事者には、文書を提出して紛争を解決するという利益があるため、紛争解決に必要な文書の提出を妨げるような法的障害は存在しえないという考えに基づくようである。当事者に生じうる障害としては、原本の提出が困難である場合や、立証に無関係な私的事実が文書に記載されている場合が想定されるが、前者の場合はコピーを提出すれば足りるし、後者の場合も私的事実については要約して提出することによって対処することが可能であると考えられている。判例の趨勢は立法に忠実に、当事者については正当な障害を理由として提出を拒むことを否定している。しかしながら、国民の司法協力義務を定めた民法10条2項は、訴訟当事者であるか、第三者であるかを問わず、誰に対しても、正当な理由がある場合にはかかる義務を免除しているため、当事者に対しても、第三者の場合と同様に例外を認めることができるという見解もある。この見解によると裁判所は裁量に基づいて提出命令の発令を判断することができるのであるから、その中で重要な職業上の秘密が含まれていないか考慮することができる²⁶。

（3）提出命令の発令

文書提出命令を発令することができるのは、受訴裁判所の裁判官に限られない。準備手続段階においては、準備手続裁判官（NCPC770条）、商事報告裁判官（NCPC862条）なども発令することができる。また、実務では、本案訴訟の係属前に、大審裁判所長は、レフェレの方式によって発令することも認められている（NCPC145条²⁷）。

文書提出命令は、自然人のみならず、私法上の法人、公法人に対しても発令

²⁵ Couchez, 前掲(注16), p.5~

²⁶ Couchez, 前掲(注16), p.6, Gunchard, 前掲(注13), p.4, S.Guinchard, Droit pratique de la procédure civile, Dalloz, 2002, p.729~

²⁷ NCPC145条

全ての訴訟に先立って、紛争解決の基礎となるであろう事実の証拠を保全し証明を行う正当な理由が存する場合には、法律上認められる証拠調べは、全ての利害関係人の要求により、申請に基づいて又はレフェレの方式によってこれを命じることができる。

本条は、レフェレの方式による証拠調べをみとめる規定であり、証拠調べではない文書提出命令には本来適用されないはずであるが、実務では拡大解釈する傾向にある（Guinchard, 前掲(注26), p.52）。

することができる²⁸。

(4) 効果

提出命令は仮に執行することができ (NCPC140 条) これに従わない場合には、間接強制をすることができる (NCPC139 条 2 項)。加えて、当事者が提出命令に従わない場合に、悪意 (mauvaise fois) の兆表 (un indice) として、自白 (aveu) の成立や証明責任の転換というような訴訟法上の制裁を課することができるかは問題である。この点について立法者が規定を置いてはいないことは、かかる推定を行うこと自体を禁じる趣旨ではないという考え方もあろうが、立法者は意図的にこのような推定を行うことを禁じたと見るのであれば、文書提出命令に従わなかったことから不利な結論を引き出すことは困難である²⁹。協力を拒んだことから不利な結論を導き出すことを許容する 11 条 2 項は証拠調べに関する規定であるので直接の根拠とならないこと、またかかる推定を許容する明示の規定が他にあることを考慮しても、かかる制裁を課することは否定される³⁰。

2、 鑑定レフェレ

訴訟係属前であっても、レフェレの方式に従い、証拠保全のために証拠調べを行うことができる (NCPC145 条)。この方法によって鑑定を行うことを鑑定レフェレと呼ぶ。鑑定レフェレにより、紛争の初期段階において事案を解明し、当事者間の和解を促進することが可能となる。

(1) 要件

一般にレフェレを命じるためには、緊急性が存在することが必要であるが (NCPC808 条) 鑑定レフェレの場合には、この要件は不要である。しかしながら、訴訟係属前に紛争解決に資すると思われる事実の証拠を保全する、あるいは事実を立証する正当な理由 (un motif légitime) が存在することが必要である。レフェレ裁判官は、立証を要する事実の確からしさ、鑑定レフェレが紛争解決に影響を及ぼす可能性などを考慮して、正当な理由の存否を判断しなければならない³¹。

²⁸ Couchez, 前掲(注 17), S.297~, Couchez, 前掲(注 16), p.4 公人の提出義務について Cass. 21 juillet 1987, Bull.civ. 1, no 248

²⁹ Catherine Marraud, Le droit a la preuve, la production forcée des preuves en justice, J.C.P. 1973-1-D.2572,

³⁰ Cadiet, 前掲(注 5), p.486 s., Guinchard, 前掲(注 26), p.729

³¹ Genin-Méric, Mesures d'instruction executées par un technicien, J.Cl.Pro.Civ., Fasc.660,p.8, Michel Olivier, Mesures d'instruction confiées à un technicien, Rep.pr.civ.(1990), p.12s.

ここで、鑑定によって必然的に企業秘密を開示する結果になる場合に正当な理由が認められるかについては、裁判例が分かれている。1984年3月14日の破毀院判決は、鑑定の結果、必然的に相手方の製造の秘密を申請者に開示する場合には、正当な理由が存在しないとしてレフェレの申請を却下した控訴院判決を支持したが³²、1995年11月14日の破毀院判決は、会社の会計士が鑑定人に対して職業上の秘密を理由に協力を拒むことはできないとしており、企業秘密を開示する結果となる場合でも、正当な理由の存在を肯定している³³。

(2) 手続

大審裁判所長や控訴院長らは、一方当事者の要求があると、相手方当事者を召喚し、対審の弁論で審理を行った後に、即座にあるいは数日後に命令を発令する(NCPC484条)。レフェレは仮の決定であるため、本案裁判官を拘束しない(NCPC488条)

3、 侵害物件の差押え (Saisie-contrefaçon)

知的財産法典のL.615-5条³⁴、R.615-1~4条においては、特許権の侵害事実を立証するために、本案訴訟の係属前に、侵害物の調査、確認(constation)を行ったり、侵害物そのものや、侵害物やその方法について記した文書を差し押さえたりすることが認められている。これは、あくまでも立証のための手段(une mesure probatoire)であり、レフェレの方式による侵害行為差止めの仮処分を認めるL.615-3条の場合とは異なる。この制度は、18世紀のデクレですでに、

³² Civ.2e, 14 mars 1984, Bull.1984 , No 49 不正競争の事実を確認するために鑑定レフェレを申し立てた事例。

³³ Com. 14 novembre 1995, Bull.1995 , No263 急激な株価下落で損害を被った株主が、会社の会計士による説明義務違反を追及する前提として、義務履行の有無を確認するために鑑定レフェレを申し立てた事例。

³⁴ L.615-5条

、特許請求権の所有者、実用証(特許性を有する発明を短期間保護する工業所有権証書)請求権の所有者、又は特許権や実用証の所有者は、自らが被害者であると主張する侵害物をあらゆる方法で立証することができる。

、その上、侵害物と思われる物の所在地の大審裁判所の所長は、執行吏(Huissier)に、専門家の補助を得て、侵害物の現実の差押(saisie réelle)と共に、あるいはそれとは別に、侵害物と思われる物や方法を詳細な目録に記すよう命令することができる。命令は仮に執行することができる。この執行は申立人の供託に依存させることができる。同じ命令で、裁判所長は執行吏に、侵害物の出所や原料(constistance) 範囲について有益な確認(constation)を行う権限を与えることができる。

、同じ権利は、排他的権利の譲受人にも認められる・・・。

、2週間以内に申立人が裁判所に訴えを提起しなければ、差押は当然に無効である。別途損害賠償請求を行うことはできる。

保全手続のひとつとして認められていたが、実務では次第に立証の準備のためにも利用されるようになっていったため、1844年7月5日の口ワ47、48条、1968年の口ワ56条で規定され、1990年、92年に修正が施されて現在に至っている。

知的財産法典にはその他にも、L.623-27条(植物の生産方法)、L.521-1条(意匠)、L.716-7条(商標)、L.332-1(著作権)、L.332-4条(ソフト・ウェア)において、同様の制度が用意されている。このうち、後三者は立証以外の目的でも利用することができる点で異なっている。いずれにしてもこの制度は、実務では積極的に用いられているようである³⁵。

(1) 手続

差押え手続は以下のように行われる。まず、特許権者などは、侵害物の所在地である大審裁判所に、正当な権利者であることの証拠、侵害者、差押えの対象物などを明示して差押えを申し立てることができる。裁判所長は、法律で定められた形式、要件を備えた申請がなされれば、これを拒むことはできない。申請に基づく手続であるため、相手方を審尋することなく命令が発令される(R.615-1条)。

申請者は、申請時に執行吏や専門家を選択することが可能である。裁判所長は、申出に基づいて、執行吏(Huissier)³⁶と、場合によっては、作業の補助者として、弁理士や特許技術者、写真家、錠前屋、会計士などの専門家を任命する。ただし、多くの場合においては、申請者の被用者である専門家は立会いが否定されている。専門家は、執行吏の作業を補助するのみであり、執行吏に代わって作業を行うことはできない。

執行吏は、侵害の立証に必要な情報を収集することが可能である。具体的には、侵害物や方法を確認(constation)して記載すること(La saisie descriptive)、侵害物を現実に差し押えること(La saisie réelle)や、文書やそのコピーを差し押さえること(La saisie des documents)ができる。この場合、対象物は侵害者の下に留まり、自由に使用することができる。この場合、見本(サンプル

³⁵ 統計は入手できなかったが、「イギリス、ドイツ及びフランスにおける司法制度の現状」司研53巻1号(1999年)256頁以下などで、実例が紹介されている。

³⁶ 執行吏(huissier de justice)の職務は、裁判上又は裁判外の書類の送達、判決や公正証書などの強制執行、裁判所内の任務の執行が古典的なものであったが、実務と1945年のオルドナンスにより、裁判所の命令または個人の依頼による、事実の「公正証明」(constat)の作成も認められるようになった。これは、裁判所の命令によっても私人の命令によっても行われ、将来の訴訟に備えることを目的として行われるが、裁判所にとっても事実の証明としての価値を有する。(山口・前掲(注1)・293頁、山本和彦「フランス司法見聞録(4) 執行士」判時1437号(1993年)10、11頁(同『フランスの司法』所収))。

ル)を申請者が代金を支払うのと引き換えに差し押さえることが多い。

相手方は差押手続に協力する義務がある(C.Civ.10条、NCPC11条参照)。相手方が協力を拒んだ場合には、執行吏はこれを無視することもできるし、公安・秩序維持係官(un agent de la force publique)に協力を要請することもできる。裁判例では、差押手続への協力を拒んだ場合には、有責性の推定を肯定するものもある³⁷。

執行吏が行った確認調書は、公正証書偽造の申立て(inscription de faux)(NCPC306条以下)の手続きによって、確認が誤りであったという立証がなされるまでは真正なものとして扱われ、高い証明力を有する³⁸。

(2) 秘密の保護

原則として、立証に必要な文書であれば、営業秘密など、私人の秘密を含む秘密文書であってもこれを差し押えたりすることができる。したがって、侵害者が秘密文書であると主張するのみでは差押えを回避することはできない。しかしながら、このことは、営業秘密のスパイ行為の手段として用いられる可能性があるという批判を招いている。

そのため、実務においては、秘密の漏洩を防止するために、レフェレ裁判官に申し出て、様々な措置を命じてもらうことが多い(NCPC497条)。例えば、執行吏が秘密文書を封印して自ら保管する方法や、本案裁判所が侵害の事実を判断するまで書記課がその文書を保存するという方法がよく用いられる。この場合、執行吏は秘密文書の内容を申請者に開示することはできない。また、専門家に対して、秘密を遵守するという条件の下で、封印された文書を閲覧し、立証に必要な文書であるか、申請者に開示すべきでない秘密が含まれているかなどを選別するように命じることもある。専門家による閲覧手続には、申請者自身は立ち会うことはできないが、申請者の代理人は、秘密を遵守するという条件の下で、手続に立ち会うことができる。

(3) 濫用の防止

この手続は、権利者による侵害行為の立証を容易化することを目的とした制度であるが、前述のようにスパイ目的で濫用される危険性もある。それを防止するためにも、裁判所長は、申立人に対して、差押に必要な費用の供託を命ず

³⁷ Paris, 10 juin 1982, *Dossiers Brevets* 1982. .5.

³⁸ これは、執行吏の質が高いこと、歴史的にも高い社会的信頼を得てきたことに基づく。そのため、執行吏の認定は、反対証拠が提出されるまでは証明力を有しているが、当事者による反証が行われることは稀であり、裁判においてそのまま援用されることが多く、事実上、裁判官による検証を代行する側面を有している(「フランスにおける民事訴訟の運営」

ることが規定上認められている。

また、権利者は、差押時から 2 週間以内に本案訴訟（侵害訴訟）を提起するか否かを判断しなければならない。訴えを提起して訴訟が係属しなければ、現物の差押えは無効となる。1990 年の口頭以前は、現物の差押えも記述も共に無効となったが、立法者は意図的にのみ無効とすることにしたため、

の記述の部分は無効とならない。この点について批判は少なくないが、実務は規定通りに動いているようである。差押が無効となっても、本案訴訟の係属には影響がないが、他の方法で侵害を立証しなければならなくなる。この手続が濫用された場合、すなわち、秘密取得の目的のみで行われた場合や、申請者が自己の権利範囲を誤解していた場合などにおいて、申請者は損害賠償責任を負う可能性もある（C.Civ.1382 条）。ただし、裁判例において濫用が認定されることはほとんどないようである³⁹。

三、裁判の公開原則

1、裁判の公開原則の法的位置づけ

裁判の公開原則は、1789 年のフランス革命の成果のひとつであり、その後いくつかの憲法典の中で規定が置かれていた。例えば、1795 年（共和暦 3 年）憲法 208 条においては、民事刑事を問わず、裁判所の審理が公開であるとされ、1814 年の憲章 64 条においては刑事事件に限り、1848 年の第二共和制憲法 81 条においては、民事刑事を問わず、裁判所の審理を公開することに加えて、公の秩序や善良な風俗を害する場合には、判決で非公開審理を命ずることが認められていた⁴⁰。

同様に、旧民事訴訟法 87 条においても、口頭弁論を公開すること、法律に特別の定めがある場合や、公開が醜聞や重大な不都合をもたらす場合には、非公開の評議部で審理を行うことが認められていた。しかも、非公開審理が濫用されることを防止するために、非公開審理をする場合には、控訴院付の検事や司法大臣に報告することが義務付けられていた⁴¹。

司法研究報告書 44 巻 1 号（1993 年）110 頁、山本・前掲(注 36)・13 頁）。

³⁹ 以上に付き、Droit et Pratique de voies d'exécution, Dalloz, 1999, p.883~, Jean-Pierre Stenger, Saisie-contrefaçon, J.Cl. Brevets, Fasc.4630, Code de la propriété intellectuelle, 2002, Litec, Code de la propriété intellectuelle, 2002, Dalloz の解説参照。

⁴⁰ 以上の規定については、埴浩『フランス憲法関係史料選』埴浩著作集 14（信山社、1995 年）参照。

⁴¹ 87 条「口頭弁論は、法律で非公開を定める場合を除き、公開する。しかしながら、裁判所は公開の議論が、醜聞や重大な不都合をもたらす場合には、評議部（huis clos）で行うよう命ずることができる。ただし、この場合、裁判所は評議してその結果を控訴院付検事長に説明しなければならない。控訴院に係属する場合は、司法大臣に対して行う。」

今日の第五共和制憲法においては、裁判の公開を定める規定は存在していない。しかしながら、コンセイユ・デタの判決によって、裁判の公開原則は、多くの憲法改正を経た結果、法の一般原則（un principe général du droit）となっているため、その制限はデクレではなく、ロワによって行われなければならないと示された⁴²。その結果、公開原則とその制限について定めた 1972 年 7 月 5 日のロワ第 72-626 号第 11 条が、1975 年 7 月 9 日のロワ第 75-596 号によって付加され⁴³、新民事訴訟法典の中にも、いくつかの規定が置かれている⁴⁴。

なお、民事訴訟法の法源として、一般には条約の適用に争いはあるものの、1950 年の人権保護条約 6-1 条（本報告書末尾参照）は、これを批准したフランスの裁判所には当然に適用されると解されている⁴⁵。

公開の例外事由としては、養子縁組、後見、検事の懲戒などが挙げられる（Carré, *Lois de la Procédure civile et commerciale*, 1880, Paris）。

⁴² Conseil d'Etat, 4 octobre 1974, *Gaz.Pal.*1975, D.2528, Nr.4, Note Amson したがって、裁判所長に評議部での審理を決定する権利を認めた 1972 年 7 月 20 日のデクレは無効である。

⁴³ ロワで定められた以上、435 条の無効は、争訟事件で争うことはできない（Natalie Fricero, *Audience et Débat*, *J.Cl.Pro.Civ.Fasc.*501, p.5~）

⁴⁴ ・ 22 条

弁論（débats）は公開とする。ただし、法律が評議部で行われることを要求し又それを許容する場合を除く。

・ 164 条

裁判所の前で施行される証拠調べは、本案の弁論に適用される規則に従い、公開の法定又は評議部で行われる。

・ 433 条

、口頭弁論は、法律が評議部で行われる旨を要求している場合を除き、公開とする。

、公開に関する第一審での定めは、他に規定されている場合を除き、控訴事件においても遵守されなければならない。

・ 434 条

非訟事件においては、請求は評議部で審理される。

・ 435 条

裁判官は、公開が私生活の秘密の害を与える場合、全ての当事者がそれを要求する場合、すべての当事者がそれを要求する場合、又は裁判の平穩を乱すような混乱が生じる場合には、口頭弁論が評議部で行われ又は続行されることを決定することができる。

・ 436 条

評議部では、口頭弁論は公衆の傍聴なくして行われる。

・ 437 条

、口頭弁論が公開の法廷で行われているときに、その弁論が評議部で行われなければならないこと、又はその逆のことが、判明し又は主張された場合は、裁判長が直ちに決定を行い、またはそれについて附帯的な争いは無視される。

、弁論期日が適式に行われた場合には、それ以前の過程を理由として、いかなる無効も後に職権にてもこれを宣告することはできない。

⁴⁵ Couchez, 前掲(注 17), p.5

2、公開手続とその例外

弁論や証拠調べは原則として公開の手続で行われる（NCPC22条、164条）。この原則は、全ての司法裁判所に適用される（NCPC749条）。これは、裁判の明晰さと適正さを保証するための原則であり、訴訟当事者の私益を越えて、裁判を受けるすべての者の利益に関係する原則である⁴⁶。

しかしながら、以下の場合においては、例外的に、非公開の評議部（la chambre du conseil）⁴⁷において審理をすることが認められる（NCPC436条）。

第一に、非訟事件（matière gracieuse）は評議部で審理される（NCPC434条、25条）。

第二に、訴訟事件（matière contentieuse）のうち、法律に定めがある場合には例外的に評議部で審理が行われる（NCPC433条）。具体的には、親子関係事件（NCPC1149条）離婚事件（C.civ.248条）親権に関する事件（C.civ.371-4条、373-3条2項、NCPC1180条）などである。また、新民事訴訟法典の中でも、当事者の本人出頭の場合には評議部で尋問を行うことが認められている（NCPC188条）。

第三に、裁判官は、私生活の秘密を害する場合、両当事者が求めた場合、裁判の平穩を乱す混乱が起こる場合には、決定によって評議部での審理を命ずることができる（NCPC435条）。旧民事訴訟法87条では、⁴⁸ についてのみ例外が認められていたため、新民事訴訟法典では、裁判官により広い権限が認められたといえる⁴⁹。は、私生活の保護を謳った民法9条の精神の現れである⁴⁹。によって保護される対象については、裁判例は広く解する傾向があり、職業上の秘密もこれに含まれるし、また、会社経営者の秘密、すなわち営業秘密なども保護の対象となると解されている⁵⁰。については、前述のように、裁判の公開原則は、訴訟当事者のみの利益に属する原則ではないため、当事者の合意のみで放棄することはできないという批判も少なくない⁵¹。しかしながら、両当事者の合意には裁判官に対する拘束力はないため、あまり問題視しない論者もある⁵²。

⁴⁶ Vincent/Guinchard, 前掲(注 20), p.471~

⁴⁷ 評議部とは、本来は裁判官が評議のために戻る弁論室の隣の部屋を指したが（Couchez, 前掲(注 17), p.25）今日ではこの部屋で行われる裁判所（jurisdiction）の特別形態をも指す（Yvon Desdevises Chambre du Conseil, Rap.Dalloz.Pro.Civ, p.1）。

⁴⁸ Fricero, 前掲(注 43), p.5~

⁴⁹ Desdevises, 前掲(注 47), p.3

⁵⁰ 会社の債務について経営者責任を追及する訴訟において、経営者の秘密や個人的利益を保護するために評議部の審理を行った例がある（Fricero, 前掲(注 43), p.5~, Guinchard, 前掲(注 26), p.499, CA Paris, 26 janv. 1996 : Juris-Date no020158）。

⁵¹ Couchez, 前掲(注 17), p.25, Desdevises, 前掲(注 47), p.3

⁵² 欧州裁判所も 6-1 条の保護を放棄することを認めている（Fricero, 前掲(注 43), p.5~,

以上の場合、評議部で行われた議論の内容について、メディアがこれを再現することは禁じられるが⁵³、審理に立ち会ったそれ以外の者が審理内容を第三者に公開することを禁ずる規定は存在しないようである。

判決は、争訟事件については公開で、非訟事件は非公開で言い渡される（NCPC451条）。訴訟事件については、評議部で審理が行われた場合であっても、判決は原則として公開される⁵⁴。

以上の公開原則に違反してなされた判決は無効である。ただし、公開原則違反は職権では顧慮されず、当事者は、特別な事情がない限り、弁論が終結するまでに主張しなければならない⁵⁵（NCPC435条、446条⁵⁶）。そのため、実際に判決が無効となる場合は少なく、また、435条の事項については、裁判長に大幅な権限が認められている以上、無効を認めることは困難である⁵⁷。また、裁判長が弁論の途中で修正すれば瑕疵は治癒される（NCPC437条2項）。

公開された判決については、当事者はもちろん、第三者も謄写を求める権利を有する（1972年7月5日の口ワ第72-626号11-3条）。記録の閲覧に関しては、非訟事件では、第三者が正当な利益を証明して裁判官の許可を得た場合に認められている（NCPC29条⁵⁸）。これは、非訟事件に利害関係を有する第三者を保護するための制度であり、記録の一般公開を認めたものではない。したがって、それ以外の争訟事件では、原則として当事者とその代理人に対してのみ、

Jean-Claude Soyer, Michel de Salvia, *Le recours individuel supranational*, p.112,)

⁵³ Cadiet, 前掲(注5), p.518s.

⁵⁴ 争訟事件で公開される例としては、親子関係事件（NCPC1149条2項）養子縁組の取消（NCPC1177条）放棄（NCPC1161条）などが、非訟事件で非公開の例としては認知（NCPC1149、1151条）などが挙げられる。しかしながら、争訟事件でも親権に関する事件（NCPC1180条）後見（NCPC1189条）は評議部で言い渡され、非訟事件でも嫡出については（NCPC1167条、1174条）公開で言い渡される。

⁵⁵ この規律は欧州人権保護条約に反しない（Fricero, 前掲(注43), p.5~, Cass. 2e civ., 17 mai 1993 : D.1993, inf. Rap. P.145)

⁵⁶ NCPC446条

、第432条2項、433条、434条、435条及び444条2項によって規定されていることが遵守されなければ、無効となる。

、ただし、これらの規定の不遵守が弁論終結前に主張されなかった場合には、それを理由とするいかなる無効も後に主張することができない。無効は、職権でこれを顧慮することはできない。

⁵⁷ Couchez, 前掲(注5), p.205~, Cadiet, 前掲(注5), p.518s.

⁵⁸ NCPC29条

「第三者は、正当な利益を持つことを証するときは、裁判官の許可により、事件の一件記録を調べ、かつその写しを交付してもらうことができる。」

ただし、職業上の秘密や私的秘を暴く目的で閲覧することは認められない（Daloz, 2002参照）。

訴訟記録の閲覧、謄写が認められているようである⁵⁹。

3、当事者の立会い

前述のように、フランスの民事訴訟においては、対審の原則（防御権の保護）が重視されている。そのため、評議部での審理においてもこの原則が適用され、当事者の立会いは排除されない⁶⁰。

対審の原則は、専門家による証拠調べの場面にも妥当するため、例えば鑑定手続においては、原則として、両当事者やその代理人を呼び出したり、鑑定意見の基礎資料等を両当事者に開示したり、当事者に意見を述べる機会を与えたりすることが必要となる。しかも、この原則に違反した鑑定意見は無効となる。

しかしながら、鑑定手続においても、公認会計士が帳簿等を閲覧する場合など、当事者の顧客の秘密や企業秘密が関係する場合においては、例外的に当事者の立会いが否定される⁶¹。裁判例においても、鑑定作業への立会いを否定した上で、鑑定人が、事後的に当事者が議論できる程度に情報を開示することによって、対審の原則との調和が図られると示されている⁶²。学説においても、かかる場合には、当事者や代理人の立会いは不要であるが、対審の原則を保護するためにも、確認結果を当事者らに通知して、作業内容について議論する機会を与えなければならないとされる。また、当事者の防御権をより保護するためにも、各当事者が専門家を選任して手続に立ちあわせ、専門家には秘密を口外しない義務を負わせる方法も提唱されている（NCPC247条）⁶³。

鑑定人は、情報保有者の尋問など、鑑定に必要な調査を行うことが可能である。この手続は裁判官の面前による証拠調べ（NCPC164条）ではないため、一般公開する必要はない。

⁵⁹ この点に関する規定は見つからなかったため、野山宏「フランス共和国における民事訴訟の実情について（下）」曹時45巻2号（1993年）71頁を参照した。

⁶⁰ Fricero, (前掲注43), p.5~

⁶¹ Régime Genin-Méric, Mesure d'instruction exécutées par un technicien, J.Cl.pr.civ.Fasc662, 1995, p.14, Tony Moussa, dictionnaire juridique expertise matières civile et pénale (2éd, 1988 Dalloz), p.74~, J.-P.Rousse, Le respect du principe du contradictoire dans le déroulement des operation d'expertise, Gaz.Pal.1978.2.doct.627, Olivier,前掲(注31), p.30

⁶² Cass. 17 avril 1974, Bull. Civ. 1974, 3, No150

「鑑定人は対審原則を遵守しなければならないので、当事者の防御権を保護するためにも、利用した全ての要素を当事者に開示しなければならない。ただし、一方当事者の所在地で計算書類を閲覧して、相手方にその文書を知らせなくても、鑑定人がその文書をもはや所持せず、鑑定報告書に添付した書類から対審の議論が可能であれば、咎められることはない。」

⁶³ Pierre Feuillet,/Félix Thorin, Guide pratique de L'expertise judiciaire, Litec, 1991, p.53 専門家は、事業の秘密を保護するためにも、被用者よりは自由業者の方が望ましい。

、ベルギー

一、裁判の公開に関する規定

ベルギーでは、1831年2月7日の憲法96条において、審理を公開すること、公の秩序や善良の風俗を害する場合には、決定で非公開審理を命ずることが可能であることが、97条において判決の言渡しを公開することが定められた。これは、裁判の公開原則を採用した当時のフランス憲法、具体的には1814年憲章64条の影響を受けて定められた規定である。

その後、1950年の欧州人権保護条約は1955年5月13日の口ワで、1966年の市民的及び政治的権利に関する国際規約は1981年5月15日の口ワで承認されている。1994年2月17日に改正された憲法148条、149条においても、従来の憲法と同じ文言が維持されている⁶⁴。

同様に、裁判法 (Code judiciaire) 757条において、法律に定めがある場合を除き、口頭弁論、報告、判決を公開することが定められている⁶⁵。

ただし、これらの規定は、原則として司法裁判所に適用され、懲戒裁判所の手続には特別の規定がない限り適用されない(裁判法418条)⁶⁶。なお、破毀院は、憲法上の解釈としても懲戒手続には公開原則が適用されないという立場を長年採用してきたが、欧州人権裁判所が懲戒裁判所も含めた全ての裁判所に公開原則が適用されるという立場を採用したことを受けて、個別法で修正が加えられている。例えば、1985年3月29日に公布された口ワでは、医師会や薬剤師会の評議会における懲戒手続の公開原則が定められている⁶⁷。

秘密を口外した場合には責任を負う。

⁶⁴ ・148条

、裁判所の審理 (audience) はこれを公開する。ただし、公開が公の秩序又は善良の風俗を害するときはこの限りではない。この場合には、裁判所は判決をもってその旨を宣言する。

、政治的犯罪や出版に関する事件については、非公開は裁判官の全員一致でなければ宣告できない。

・149条

全ての判決には理由を付す。判決は公開法廷で宣告される。

⁶⁵ ・757条

法律で例外が規定された場合を除き、口頭弁論 (plaidoyers) 、報告 (rapports) 、判決 (jugements) は公開する。

⁶⁶ Cass. b., 1er décembre 1977 et concl. du ministère public, Pas., 1978, 2, 362, Cass. 27 novembre 1985, P.1986 384 司法官の懲戒手続である。

⁶⁷ Albert Fettweis, Manuel de Procédure civile, 2ed, 1987, p.7, Loi relative à la publicité des procédures disciplinaires devant les conseils d'appel de l'Ordre des

また、裁判法 757 条は、受託裁判官、受命裁判官の面前の手續には適用されない⁶⁸。証拠調手續は、期日 (audience) に行われる場合には適用されるが、それ以外の場合、例えば事前手續で行われる場合には適用されない⁶⁹。

二、法律に基づく例外

このように、憲法では法律の留保は付されていないが、裁判法 757 条では、法律の規定がある場合には、評議部で非公開審理をすることが認められている。

例えば、民事、商事事件に関しては、再婚期間の短縮 (民法 228 条) 自然児の扶養料請求 (民法 340 条以下) 養子縁組 (民法 350 条 3 項、351 条、353 条 3 項 5 項、367 条 3 項 4 項) 強制和議 (和議法 6~8、31 条) 離婚 (裁判法 1260 条) 破産手續 (商法第 3 章 534 条) 禁治産宣告 (裁判所法 1249 条) 未成年期の延期 (民法 487 条) 婚姻への異議 (民法 152 条) 精神薄弱者の保護 (1990 年 7 月 22 日の口ワ 30 条 3 項) 夫婦財産制に関する事件 (民法 1395 条) 後見 (民法 1 章 10 項 2~5 条) 申請に基づく手続き (裁判法 1028 条、1029 条) などは、評議部で審理することとされている⁷⁰。非公開審理が認められる事件類型はフランス法の非訟事件と類似しているが、訴訟事件が公開で、非訟事件が非公開であるという分類はなされていないようである。

なお、非公開審理が行われる場合であっても、判決の読み上げは公開法廷でなされる⁷¹。

また、両当事者は評議部における非公開審理に立ち会う権利を有する⁷²。

三、憲法または条約に基づく例外

憲法 148 条によると、裁判所は公序良俗が害される場合においては、非公開審理を行うことができる。公序良俗該当性の判断は、裁判所の裁量に委ねられるが⁷³、裁判法の立法者によると、この「公序良俗」という概念は柔軟に解することができると考えられていたようである⁷⁴。

他方で、欧州人権保護条約 6-1 条や、市民的及び政治的権利に関する国際規約 14 条 (本報告書末尾参照) では、公序良俗が害される場合以外にも、未成年者

médecins et de l'Ordre des pharmaciens

⁶⁸ Fritz Norden, Handbuch der Rechtsverfolgung in Belgien, 1916, S.130

⁶⁹ Fettweis, 前掲(注 67), p.7

⁷⁰ Les Codes Belges 参照。

⁷¹ Robert Schnell, The Belgian Constitution, commentary, 1974

⁷² Cass. 6 mars 1972, Pas. p.622

⁷³ Cass., 3 octobre 1984, Pas.1985 171, Cass., 7 septembre 1959, Pas.1960 18 例え、性的犯罪の被害者を尋問する場合などにおいて、公序良俗を害するおそれがあるとして非公開審理が認められている。

⁷⁴ Projet de loi instituant le Code Judiciaire, 1964, p.157

の保護や、私生活の秘密の保護のために必要な場合、司法の利益が害される場合などにおいて、非公開審理を行うことが認められている。これらの条約はベルギーでも批准され、国内的な効力を有する。

営業秘密が関係する場合において非公開審理をすることを認める法律が存在しない以上、営業秘密を憲法上の「公序」として位置づけるか、あるいは条約上の「私生活の秘密」に含まれるとして、条約の要件を直接適用することができれば、非公開審理をすることが可能となると考えられるが、この点について直接に論じた裁判例や学説は見当たらない⁷⁵。また、非公開審理について論ずる裁判例の多くは、懲戒裁判所の手続に係るものであるが、それ以外にも、私生活の秘密の保護や職業上の秘密を理由として非公開審理をすることの可否を扱う裁判例もある。この中には、憲法上の「公序」の意味や条約の要件の直接適用について言及するものもあるため、参考までに紹介する。

まず、私生活の秘密の保護に係る裁判例としては、破毀院 1968 年 10 月 2 日判決⁷⁶が挙げられる。これは、未成年者の保護や私生活の秘密の保護は、公序良俗を害する場合には含まれないとして非公開審理の申立てを却下した控訴審決定に対して、破毀申立てをしたところ、破毀院はこれを棄却しながらも、以下のような一般論を述べている。「裁判官は、…人権保護条約 6 条 1 項の適用によって、訴訟において当事者の私生活を保護するために、報道陣や公衆に対して、訴訟の全体であると一部であろうと、評議部への立ち入りを禁ずる条項を結びつけるか、評価すべきである。この規定は当事者の秘密は保護しているが家族の秘密は保護しない。…」この表現からは、破毀院は、人権保護条約 6-1 条の要件をそのまま適用して非公開審理の可否を判断することを許容しているようにも読むことができよう。

ここで、憲法上の公序良俗が害される場合以外であっても、条約の要件をそのまま適用して非公開審理をすることが可能であるかは問題となろう。この点、右裁判例と同様に、条約上の要件のひとつでもある「司法の利益を害することとなる特別な状況」が肯定されることを理由に、非公開審理を肯定する裁判例も存在するし⁷⁷、学説においても見解の対立こそあるが、条約の要件に該当すれ

⁷⁵ 林道晴「ベルギーの民事訴訟 審理の公開を中心として」曹時 46 巻 11 号(1994 年)49 頁によると、ブリュッセル商事裁判所で、企業秘密を理由に、レフェレ発令のための口頭弁論手続を非公開で行った実例があるようだが、審理を非公開とした理由は不明である。

⁷⁶ Cass. b., 2 octobre 1967, Pas. 1968, 1, 150 事案は明らかではないが、刑事事件の控訴審において、当事者や被害者や当事者の家族の利益を理由に非公開審理の申立てをしたところ、「本件では」未成年者の利益や私生活が害される可能性があることは、公序良俗を害する場合には含まれないという理由でこれを却下した。破毀申立ても棄却されている。

⁷⁷ Cour d'assises du Brabant, 9 février 1993, Journal des Procès, No233, p.29, C.E.D.H., 29 octobre 1991, Rev. trim. Dr h., 1992. 389

「裁判の公開の価値を考慮しても、裁判所は、控訴院が完全な裁判権を持っているという

ば、公序良俗該当性を判断することなく、非公開審理をすることが可能であると解する論者もある⁷⁸。

これに対して、一部の立法の中には、条約の要件などを憲法上の「公序」に読み込もうとする姿勢も見られる。例えば、条約の趣旨を尊重するために、1992年11月19日の口ワで導入された裁判法465条2項3項は、告訴された弁護士や登録を要請する者が評議部を望まない限り、弁護士職団評議会の審理を公開すると規定している。しかしながら、未成年の利益や、懲戒の対象となっている弁護士や登録や再登録を要請する者の私生活を保護する要請がある場合には、公序良俗のために非公開審理を命ずることができると規定する。この規定からは、立法者が、私生活の保護を公序良俗の一部と考えているものと想像される。

また、職業上の秘密を理由として非公開審理を認めた裁判例としては、破毀院1988年12月23日判決⁷⁹があげられる。これは、医師会の評議会で、患者の名前を記した文書を被告が提出したところ、評議会が、医者秘密の保護は公序に該当するとして評議部審理を命じたことの適法性が問題となった事例である。破毀院は、公開審理をすることによって、第三者に職業秘密が知られ、これが害される場合は、条約と法の一般原則に反するとして控訴院の判断を支持している。破毀院は、人権保護条約の規定を引き合いに出しているが、実際には、憲法上の「公序」概念を広く解することにより、医師の職業秘密を「公序」に読み込んだ上で、非公開審理を命じているようである。

このように、条約の要件をそのまま適用して非公開審理を行うことを肯定する裁判例、学説も少なくなく、また、憲法上の「公序」を広く解し、これらの要件を「公序」に読みこんで非公開審理を行う可能性を示唆する立法や裁判例もあるといえよう。

<参考・関連条約(山本草二『国際条約集』(有斐閣)参照)>

・ 欧州人権保護条約6条1項(1950年11月4日)

すべての者は、その民事上の権利及び義務の決定又は刑事上の罪の決定のため、法律で設置された独立のかつ公平な裁判所による妥当な機関内の公正な公開審

仮定の下でも、6条が事件の性質と無関係に常に公開裁判を保障していると判断することはできない。公開は裁判所の信頼を保護する方法であると共に、合理的な期間内の判決を求める権利と事件の迅速な処理の必要性が、公開審理が第一審の議論後の必要性に対応するかを判断するために重要な配慮である。かかる議論が第一審でなされていれば、二審でなされなくても、手続の特殊性により正当化されうる」(Georges de Leval, *Institutions Judiciaires*, 2ed, 1993, p.270, no.159 参照)

⁷⁸ Leval, 前掲(注77), p.270, no.159

⁷⁹ Cass. 23 decembre 1988, Pas.1989 p.469

理を受ける権利を有する。判決は公開で言い渡される。ただし、報道機関及び公衆に対しては、民主的社会における道徳、公の秩序若しくは国の安全のため、少年の利益若しくは当事者の私生活の保護のため必要な場合において又はその公開が司法の利益を害することとなる特別な状況において裁判所が真に必要ながあると認める限度で、裁判の全部又は一部を公開しないことができる。

・ 市民的及び政治的権利に関する国際規約 14 条 (1966 年 12 月 16 日)

すべての者は、裁判所の前に平等とする。すべての者は、その刑事上の罪の決定又は民事上の権利及び義務の争いについての決定のため、法律で設置された、権限のある、独立の、かつ公平な裁判所による公正な公開審理を受ける権利を有する。報道機関及び公衆に対しては、民主的社会における道徳、公の秩序若しくは国の安全を理由として、当事者の私生活の利益のため必要な場合において又はその公開が司法の利益を害することとなる特別な状況において裁判所が真に必要ながあると認める限度で、裁判の全部又は一部を公開しないことができる。もっとも、刑事訴訟又は他の訴訟において言い渡される判決は、少年の利益のために必要がある場合又は当該手続が夫婦間の争い若しくは児童の後見に関するものである場合を除くほか、公開する。