

シンポジウム報告書

民事裁判における情報・証拠収集方法の確立に向けて

日時：2018年9月4日（火）午後5時45分～午後8時

場所：弁護士会館17階1701会議室

主催：日本弁護士連合会

※本報告書は、シンポジウムにおける報告者及び各パネリストの発言内容をまとめたものであり、当連合会の公式な見解ではありません。

目 次

第 1 部 シンポジウム報告

[基調報告] 津田 顕一郎（東京弁護士会）・・・1

[分野別報告]

第 1 弁護士会照会 石黒 清子（東京弁護士会）・・・4

第 2 当事者照会及び提訴前照会 永石 一恵（東京弁護士会）・・・7

第 3 調査嘱託・文書送付嘱託, 提訴前証拠収集処分
山岸 泰洋（東京弁護士会）・・・10

第 4 文書提出命令 中嶋 弘（大阪弁護士会）・・・13

第 2 部 パネルディスカッション・・・・・・・・・・・・・17

添付資料

- 1 シンポジウム報告資料
- 2 別冊資料・大阪弁護士会研修資料

「民事裁判における情報・証拠収集方法の確立に向けて」

[基調報告]

津田 顕一郎（東京弁護士会）

[分野別報告]

第1 弁護士会照会

石黒 清子（東京弁護士会）

第2 当事者照会及び提訴前照会

永石 一恵（東京弁護士会）

第3 調査嘱託・文書送付嘱託、提訴前証拠収集処分

山岸 泰洋（東京弁護士会）

第4 文書提出命令

中嶋 弘（大阪弁護士会）

第1部 報告

[基調報告]

津田 顕一郎（東京弁護士会）

1 本シンポジウムの目的について

裁判における事案解明力を高めるためには、提出されるべき証拠がすべて提出される必要があります。証拠収集方法が公平且つ充実したものであることが、裁判の事案解明力を高め、ひいては裁判を利用する国民の納得と満足につながります。

民事訴訟法（以下「民訴法」という。）の平成8年改正、平成15年改正により、新たに証拠収集処分の各制度が新設されましたが、これらの新制度は、十分に活用されているとは言い難い状況です。

現行民訴法の施行20周年を迎えた現在において、拡充の方向で改正されてきた証拠収集制度が、期待された機能を果たしているのか、事案解明力を高めるものとなっているのか、その現状と問題点を明らかにするとともに、将来に向けた実務的な検討と提案を行うことが、今回のシンポジウムの目的です。

2 民訴法改正、証拠収集方法の現状と問題点

平成8年と15年の民訴法改正により、

- ・文書提出義務の一般義務化
- ・当事者照会
- ・訴え提起前の照会
- ・訴え提起前の証拠収集の処分

という大きく分けて4つの証拠収集に向けた改正が行われました。

平成8年改正は、証拠収集手続のほかに争点整理手続の導入が主要な改正点としてありましたが、これらは「アメとムチ」ないし「車の両輪」であると言われていました。

すなわち、証拠収集手段というアメが拡充されたことによって、相手方が隠そうとしても情報を早期に入手することができるようになり、早期に事案全体を見通せるようになる、だから早期の争点および証拠整理というムチも受け入れられるのだ、と言われていました。しかし、現在、早期の争点整理は機能しているものの、肝心の新設された証拠収集手続が機能不全に陥っているため、重大な弊害が生じています。

当事者間で情報や証拠の共有ができておらず、証拠の偏在が解消されていないのに、裁判所からは早期の争点及び証拠整理を求められるという悪循環に陥っている例が生じています。

3 日弁連の取組

日弁連は、証拠収集手続を改善するため、弁護士会照会や文書提出命令、当事者照会に関する改正提言を行い、最高裁とも協議を行ってきましたが、多くの検討課題が示されており、実現には至っていません。法改正には高いハードルがあることは言うまでもありません。

4 さらなる証拠収集方法の拡充に向けて

証拠収集手続を拡充するためには、どのような方策が求められるか。これを日弁連の民事司法改革総合推進本部「証拠開示制度の充実」部会で議論してきました。本日報告及び問題提起をしたい点は次の2点です。

- ① 現行民訴法の理念に照らせば、当事者には「真実発見に向けた協力義務」が認められるのではないか、ということです。

高橋宏志中央大学教授の言葉を借りれば、平成8年改正によって、「事実面において相手方が事実にはアクセスできない、証拠を持っていない、それで結果としてこっちが勝つということはよくない」という理念への転換がありました。この理念の下では、当事者は「真実発見協力義務」、すなわち「少なくとも相手方からの申出や要請があればそれに応じなければならない」という信義則上の義務を負うと解されるのでしょうか。このような「協力義務」を観念することには、(i) 弁論主義との関係（弁論主義及び証明責任の考え方では、証明責任を負う者を勝訴させるような資料を相手方が提供すべき義務はないのではないか?）、(ii) 自由心証主義との関係（協力

義務違反の効果として一方当事者の主張を事実と認める効果を付与する場合、自由心証主義に違反しないか)、などの点についてさらに検討する必要があるかもしれません。

なお、別のレベルの問題として、弁護士倫理との関係も問題になり得ます。弁護士倫理上の真実義務は、真実を積極的に主張しなければならないという積極的な義務ではなく、真実に反することを知りながら、ことさらに自己の主張を展開して証拠を提出したり、あるいは相手方の主張を争って反証を提出したりすることは許されないという消極的な義務を意味するとされています。しかし、上記民訴法の理念や協力義務はそれに修正を迫っているのではないかと思います。弁護士倫理と民訴法上の協力義務の関係についても、議論を深めていく必要があるのかもしれません。

② 証拠調べの方法から証拠収集方法へ

当事者照会や訴え提起前の証拠収集処分等は、平成8年改正法の施行から20年経過した今も利用が進んでおらず、実務においては、現行民訴法の施行前から存在した文書提出命令や文書送付嘱託の申立て等が証拠収集手段として用いられています。

しかし、文書提出命令の申立ては、民訴法上、証拠収集方法としてではなく証拠の申出方法として位置付けられているため、争点の明確になっていない段階では決定がなされないことが多いですし、裁判所は証拠調べの必要性(民訴法181条1項)を厳しく審査する傾向があり、それが文書提出命令申立を通じた証拠収集を阻んでいることは否めません。

しかし、文書提出命令申立が証拠収集という「機能」を果たしているという現在の実務、早期の争点及び証拠の整理の必要性ひいては迅速な裁判の実現、そして文書提出命令に代替し得るような証拠収集手続が用意されていないことから、とくに文書提出命令の決定は争点整理の序盤でもなされるべきですし、また、その文書提出命令に関する「証拠調べの必要性」は、事案の性質(特に証拠偏在の状況や証拠を保持する相手方の対応状況)によっては、より柔軟に認められるべきではないかと考えます。

証拠収集方法の拡充は、一朝一夕で解決に至る問題ではなく、今後も立法や運用改善の努力が続けられるべきです。しかし施行から20年が経過したいまも法改正などが実現しないのは、逆に現行制度の積極的な利用が乏しく立法事実が集まらないからでもあります。改善のためには、現行制度の幅広い活用と、問題点の指摘が、立法事実の集積という意味でも不可欠です。本シンポジウムがその契機になることを願っています。

[分野別報告]

第1 弁護士会照会 石黒清子（東京弁護士会）

日弁連の弁護士会照会制度委員会の委員でもある私から、弁護士会照会制度の現状と課題について報告させていただきます。

1 弁護士会照会制度の概要

弁護士会照会は、弁護士が受任事件について証拠を収集し、事実を調査する等、職務活動を円滑に遂行処理できるよう、弁護士法の一部改正により議員立法で創設された弁護士法上の制度です。

弁護士が基本的人権の擁護と社会正義の実現を使命としていることに鑑み、受任事件の当事者の立場から真実の発見と公正な判断の実現に寄与するという公共的な利益のために設けられたものです。

2 弁護士会照会制度の運用状況

現在の弁護士会照会制度の利用件数は、昨年1年間で21万0862件、平成18年には7万0427件だった利用件数が、この11年間で約13万件増えています。この数字は、同制度がいかに弁護士の職務遂行、さらには司法制度の適正な運営のため重要な役割を果たしているかを示すものといえます。

にもかかわらず、これまで、証拠収集方法の確立に向けた議論がなされるとき、弁護士会照会はいつも蚊帳の外にあり、議論は民事訴訟法上の制度だけに集中してしまっていました。

弁護士会照会の人気の秘密がどこにあり、現状がどうなっているのか、課題は何かを知らずして、他の証拠収集方法について議論をしても、弁護士業務の遂行という点では決して実効的であるとは思えません。

ですから、本シンポジウムにおいても、まずは弁護士会照会制度の現状と課題について知っておいていただきたいのです。

3 弁護士会照会制度の特徴

詳細はレジュメを参照いただくとして、ここでは、弁護士会照会がこれだけ利用されている理由ともいえる、他の民事上の証拠収集方法との相違点についてまず述べたいと思います。

第1に、弁護士会照会は、裁判外の手続であるため、照会申出の際、提訴の必要もなければ、提訴前の証拠収集処分のように期限内に提訴しなければいけないというプレッシャーにさらされることもありません。

提訴の前に、情報を収集し、事実確認をする手段としても使うことができるので、濫訴も防止できます。

その結果、「裁判沙汰」を好まない国民感情にも合致した証拠収集方法だといえます。

第2に、弁護士会照会は、訴訟や交渉の相手方の氏名や住所がわからない場合に、それらを特定するためにも利用が可能です。

第3に、弁護士会照会は、提訴前の証拠収集処分のような予告通知は不要であるため、相手方に知られずに調査を行うことが可能です。それゆえ、証拠収集の動きを察知した相手方からの指示等により、照会先が証拠を処分ないしは隠蔽してしまう危険性は少ないといえます。また、訴訟係属中であっても、相手方に知られずに裁判外で照会先に報告を求め、その内容を確認した上で、証拠として提出するかどうかを決めることができます。

第4に、弁護士会照会発出の可否は、紛争当事者の代理人という立場で、証拠や事実確認のための資料収集をしている弁護士自身が審査します。そのため、裁判上の証拠収集手続では、裁判所が採用しなかったケースでも、弁護士会照会の場合には、異なる判断がなされ、発出が認められることもあります。

また、不当に報告が拒否された場合には、照会をした各弁護士会が照会先に苦情を申し立てたり、再照会をするなどして、回答を得る努力を懸命にしてくれます。日弁連においても、全国の弁護士会から拒否事例等を収集して拒否理由の分析を行い、不当な報告拒否事例については、照会先と懇談会を実施して改善に努めています。裁判所が行う手続では、このようなフォローは決して期待できませんから、そういう点でも、弁護士にとっては大変心強い制度だといえます。

第5に、弁護士会照会は、弁護士会が照会先から報告を受けて、照会申出弁護士に通知するという形式をとることから、報告内容に改ざんや誤解等が生じるおそれがなく、照会申出弁護士自身が直接照会先から得た報告内容をまとめて証拠として使用するよりも信用性が高いといえます。

4 報告拒否事例の実態

このように広く利用されている弁護士会照会制度ですが、照会先が報告をしてこない、あるいは無視するというケースも少なくありません。実際、平成27年の報告拒否率は約5%でした。高い数字ではないようにみえますが、各弁護士会の受付窓口では、拒否される可能性の高い照会先については、弁護士に情報を提供し、注意喚起を

行っているため、弁護士が自主規制し、そもそも照会申出を行わないという実態があります。それゆえ、潜在的な拒否事例も含めると、不当な報告拒否事例はやはり少ないとはいえません。

5 照会先の報告義務

今では、弁護士会照会を受けた照会先には、報告をなすべき公法上の義務があり、照会先において、報告を拒絶する正当な理由がある場合に限り、その全部又は一部の報告を拒絶することが許されるにすぎないというのが一般的な解釈となっています。平成28年、最高裁もこれを認めました。

そして、同判決の補足意見では、報告拒絶が正当であるか否かの判断は、個別具体的な事案において、各照会事項につき、照会を求める側の利益と秘密を守られる側の利益を比較考量し、前者の側がまさると認められるか否かによってなされることになると述べています(最判平28・10・18判例集等未掲載の岡部喜代子裁判官の補足意見)。

6 弁護士会照会制度改正の必要性

弁護士会照会の現状は、今述べてきたとおりですが、照会先に法律上の報告義務があるとはいえ、照会に応じなくても、弁護士会にはそれを強制する方法はなく、照会先は報告を拒否したからといって不利益な扱いを受けることはありません。

他方、照会先は、誤って報告すれば、プライバシー等、他人の権利を侵害したとして損害賠償責任を問われかねません。

そのため、他人の紛争に巻き込まれたくないという事勿れ主義ともあいまって、リスクを犯してまで、判断の難しい比較衡量をするよりも、とりあえず報告を拒否してしまった方が無難であると考えてしまうところに不当な回答拒否の温床があると思われます。

しかし、これを放置してしまえば、弁護士会照会制度の立法趣旨は没却され、真実の発見や公正な判断の実現、ひいては司法に対する国民の信頼をも損なうことになりかねません。弁護士会照会の実効性を確保できるような制度にするための法改正が求められる理由はここにあります。

そこで、日弁連では、平成14年「司法制度改革における証拠収集手続の拡充のための弁護士法第23条の2の改正に関する意見書」を公表し、プライバシー等に配慮しつつ、弁護士会照会制度の実効性を確保することを目的とした同条の改正案を提案しました。平成20年に一部見直しがなされた同改正案の内容は、日弁連のウェブサイトで確認ください。

7 課題

こうして始まった弁護士会照会制度の改正運動ですが、現在は停滞してしまってい

ます。これは、一般国民には馴染みが薄い弁護士会照会制度の改正だけでは、国民ひいては政治家を動かすことは難しく、日弁連の中でも機運が盛り上がらないところに原因があります。

したがって、弁護士会照会制度を広く民事訴訟法や刑事訴訟法等も視野に入れた証拠収集方法としてとらえ直し、それらの実効性を高めるための方策の一つとして位置づけることで、この問題を政治的に取り上げやすくするとともに、弁護士会照会制度が議員立法により制定されたという歴史的経緯を踏まえ、議員に働きかける等、今後もしも引き続き、地道な運動を続けていく必要があります。

また、民事執行法上の財産開示制度の改正等、新たな証拠収集方法が論議されている今、証拠や事実確認のための資料の収集方法が拡大することはおおいに意味のあることですが、弁護士会照会には、他の証拠収集方法とは異なる弁護士会照会ならではの存在意義がありますので、新たな証拠収集方法の創設等によって、今、現に活用されている弁護士会照会制度の利用が不可能ないしは難しくなってしまうことのないよう注意が必要です。

第2 当事者照会及び提訴前照会 永石 一恵（東京弁護士会）

1 制度の概要

当事者照会（民訴法163条）とは、当事者が、一定の除外事由を除いて、訴訟係属中に、主張又は立証の準備のために必要な事項について、相当な期間を定めて、相手方に対して書面で回答するよう、書面で照会できるとする手続です。

当事者照会制度は、相手方から事件についての情報を入手する必要がある場合に、当事者が裁判所を通さず自主的に情報収集することにより、早期の争点及び証拠の整理を行い、これにより充実した迅速な審理を行うことができることを期待して、平成8年（1996年）の民事訴訟法改正の目玉の一つとして制定されました。

また、早期の証拠収集手続を拡充するため、平成15年（2003年）の民事訴訟法改正では、提訴前照会（民訴法132条の2、3）が新設され、これにより訴え提起前の段階から当事者が相手方に照会することができるようになりました。

2 制度の現状

このように活用を期待された当事者照会及び提訴前照会ですが、残念ながらいずれの制度も十分に活用されないまま今日に至っています。その主な理由として、

- ① 相手方から情報を得たいときは、裁判官を通じた求釈明（民訴法149）により相手方の回答を得られるので、当事者照会を利用するまでもないこと、
- ② また、明文上、相手方の回答が義務付けられておらず、相手方が回答拒否しても何

らの制裁もないため、相手方の回答を期待できず、実効性に欠けること、これに加えて、提訴前照会については、

- ③ 提訴前に相手方から情報を引き出すことになり、当事者照会 비해、プライバシー侵害や営業秘密の漏えいの程度が大きくなるおそれがあることから、濫用防止のため、①提訴予告通知の提出、②予告通知から4ヵ月以内の期間制限、③主張又は立証の準備のため必要であることが明らかという明白性の要件の追加、④例外事由の拡大など、当事者照会より要件が厳格に定められているため使いづらい、といった点が指摘されています。提訴前照会の要件の厳格性については今後の法改正での検討に譲ることとし、最初の2点について検討を加えたいと思います。

3 当事者照会に求釈明と異なる存在意義があるか

当事者照会より求釈明のほうが利用しやすいとされる理由として、

- ① 当事者照会制度の制定以前は、相手方から情報を収集する手段として求釈明が利用されており、当事者照会よりも使い慣れていたこと、
② 裁判官への求釈明は通常、準備書面上でされるため、相手方は裁判官の目が気になり、準備書面で回答せざるを得ない、という事実上の強制力が働き有用であったこと、等があげられます。

しかし、求釈明は、裁判長が、訴訟関係を明瞭にするために、事実上又は法律上の事項に関し、必要に応じて裁量的に行使されるものですが、裁判官にとっては判決をするのに必要な限度で訴訟関係が明瞭になれば十分であり、それを超えて判断に直接必要のない事情についてまで釈明権を行使するものではないため、当事者にとって主張又は立証のために必要な事項という当事者照会の対象事項と、釈明事項とは一致しません。

また、裁判官が訴訟の早期の段階で釈明権を積極的に行使することは、弁論主義との関係で問題もあるため、ある程度当事者の主張立証が進むのを待って行使されることとなります。そのため、訴訟の早期の段階で主張や立証のために必要な事項について確認したい場合に、求釈明だけでは不十分であるといえます。

このように、当事者照会は、求釈明の足りない部分を補う制度にとどまらず、裁判所の関与のない当事者間での柔軟な情報収集手段として積極的な意義を有する制度であり、求釈明とは異なる存在意義が十分にあるといえます。

4 回答義務及び制裁の必要性について

次に、回答義務や制裁については、現行法では明文化されていないため、今後、法改正により、回答義務を明文化し、また、裁判所の関与を一定程度認め、照会后一定期間経過後に裁判所から相手方に対し回答を促し、これに回答しない場合には回答するよう命令を出す、命令違反については真実擬制や過料などの制裁を科すなどしないと、利用を促進できないという意見もあります。平成24年の日弁連の民訴法改正要綱試案もこ

れに近い形で出されています。

しかし、当事者照会は、その制度化の根底において、両当事者の攻撃防御についての実質的公平を図り、できるだけ真実に近い事実認定がされ、それに基づいて裁判所に判断してもらうための手段としての役割が求められています。民事訴訟法上、双方当事人には事案解明義務や真実義務といった訴訟法上の信義則上の義務がありますが、当事者照会の役割からすれば、回答義務も訴訟法上の義務と解すべきです。

回答義務を明文化するかどうか、さらに制裁規定を置くかどうかはこの先検討が必要なところですが、少なくとも訴訟代理人となった弁護士は、回答義務があることを前提に当事者照会を利用していくべきであると考えます。

5 現行法の下での活用の工夫

実際に当事者照会を活用している弁護士からは、

- 主張立証に直接関係しない事項でも、当該事件の関連事項について広く回答を得られる可能性がある、
- 裁判所を通さない手続であるため、例えば期日間に回答期限を設けて質問することにより、早期に回答を得られる、
- 当事者照会は情報収集の一手段にすぎず、回答拒否されても、その後に求釈明や送付嘱託、文書提出命令、尋問などの手続において回答を得られる可能性はあるので、積極的に利用すべきである、
- 回答拒否の場合は、拒否理由が書かれた書面を証拠として提出し、裁判官の目にさらすことによって、相手方に心理的な圧力をかけることができる、

などといったメリットも挙げられています。

当事者照会、提訴前照会ともに、明文上「主張又は立証を準備するために必要な事項について」という「必要性」の要件が求められていますが、この要件は、事実の存否の判断のために当該証拠方法の取調べが必要か、という証拠調べの必要性の要件ではなく、当事者が主張又は立証の準備のために必要か、という情報収集の要件であり、収集した情報に基づいてどのような主張立証を行うかは、その後の当事者の判断に委ねられるため、関連性が乏しいものでない限り広く照会できる点で非常に有用です。

また、利用が進まない理由の一つとして、相手方から誠実な回答を得られなかったということも挙げられていますが、回答拒否の理由の中には、照会事項が当該事件と関連性の薄い事項であったり、回答を求める姿勢が相手方に受け入れられなかったという事情もあるものと思われます。

そこで、当事者照会を有利に活用するために心掛けることとして、

- ① 照会事項は回答しやすい具体的な質問形式にする、
- ② 当該事件と関連性の薄い事項について安易に照会しない、
- ③ 相手方を刺激しない表現を用いる、

- ④ 事前又は事後に当事者照会を利用する旨を準備書面で陳述する、
 - ⑤ 回答が得られなかった場合には、その旨を準備書面で指摘する、
- といった工夫をすることも必要であると考えます。

6 まとめ

当事者照会及び提訴前照会は、今後、より利用しやすくするための法改正の検討がなされると思いますが、現行法の下でも制度の位置付けや要件を理解すれば有効な活用を十分に期待できるといえます。多くの弁護士が当事者照会及び提訴前照会の利用実績を蓄積することにより、制度が活性化することを期待したいと思います。

第3 調査嘱託・文書送付嘱託, 提訴前証拠収集処分 山岸 泰洋 (東京弁護士会)

1 調査嘱託・文書送付嘱託

(1) 総説

通説的見解によれば、調査嘱託は簡易かつ特殊な証拠調手続とされ、文書送付嘱託は書証申出のための準備行為とされます。もともと、裁判所の名において嘱託先に対し証拠ないし情報の開示を求める制度であり、強力かつ迅速な開示が期待できることから、実際上は証拠収集手段としての重要な機能を有するといえます。

このように証拠収集手段として見ますと、いずれにおいても、証拠調べとしての必要性の要件（裁判所が申立てに応じるか否か）と、嘱託先の応諾義務（嘱託先が嘱託に応じるか否か）が、実務上特に問題となります。

(2) 必要性要件について

前述のとおり、調査嘱託・文書送付嘱託は、民訴法上の位置付けとしては証拠調べそのもの又はこれに準じるものですので、同法179条以下の規律に服します。従って、調査嘱託及び文書送付嘱託のいずれにおいても、証拠調べの必要性（同法181条1項）が要件となります。

他方、調査嘱託・文書送付嘱託はいずれも、証拠収集手段としての機能を有します。証拠開示制度が必ずしも充実していない日本の民訴法下において、特に証拠偏在型の事件の場合、その意義は大きいです。この点において、当然ながら、調査嘱託・文書送付嘱託の申立てをする側の訴訟当事者（以下「申立当事者」という）としては、できる限り訴訟の早期の段階において、かつ、なるべく緩やかに、嘱託がなされることを希望することになります。

そこで、証拠収集機能を重視する立場からは、必要性の要件の緩和を模索することになります。

まず、現行民訴法下での解釈・運用による緩和ですが、伝統的には証拠収集と証拠調べは峻別され、証拠調べについては必要性の要件が課されるところ、調査嘱託・文書送付嘱託については実質的には証拠収集手段としての側面が強いことから、必ずしも伝統的な証拠調べの枠にとらわれず、必要性の要件を柔軟に解釈する余地があるとも考えられます。

次に、民訴法の改正による緩和としては、たとえば、調査嘱託・文書送付嘱託を伝統的な証拠調べの枠組みから解放し、「証拠調べの必要性」ではなく「争点との関連性」をもって要件とすることが考えられます。

もっとも、後に述べるとおり、調査嘱託・文書送付嘱託に係る応諾義務について、裁判所の審査により必要性が認められて採用されていることが重要な正当化根拠とされていることからしますと、必要性の要件の緩和とのバランスについては慎重な検討を要します。

(3) 応諾義務について

通説的見解によれば、裁判所が調査嘱託・文書送付嘱託を行った場合、嘱託先はこれに応じるべき一般公法上の義務があり、正当な理由がない限り拒否することはできないとされている（ただし、私人に対する文書送付嘱託については争いがある）。その正当化根拠は、裁判所の審査により必要性が認められて採用されていることに求められると思われます。

もっとも、かかる一般公法上の義務の違反について直接の制裁規定はなく、その意味で強制力は伴いません。

ところが、近年、個人情報保護の社会的要請の高まり、特に平成17年の個人情報保護法制の施行を受けて、裁判所の調査嘱託・文書送付嘱託に対し、嘱託先がこれを拒絶する回答を行う事例が増加しています。嘱託先のかかる対応が、調査嘱託・文書送付嘱託の証拠収集機能を阻害し、ひいては訴訟の適正かつ迅速な審理に支障を来すことは、いうまでもありません。

これに対し、裁判所も、最高裁が通達を出したり、現場レベルで嘱託書に説明文書を同封したりしていますが、あまり奏功していないようです。

このような状況において、調査嘱託及び文書送付嘱託の事実上のユーザーである弁護士の不満は根強いです。

大阪弁護士会が行った会員向けアンケートでは、法改正による解決策として、①応諾義務の明文化、②違反に対する制裁（強制力）の導入、③調査嘱託について文書提出命令に相当する（仮称）「調査命令」の制度の新設などの提言がなされました。

また、実務の運用による解決策としては、④裁判所が嘱託先に対し積極的に応諾を働きかけることが提言されたほか、⑤立証趣旨の記載や嘱託先との事前調整を充実させることによって任意の応諾を得やすくする取組の事例が紹介されています。

このほか、⑥裁判所と嘱託先の間の事実上のコミュニケーションにより、正当な拒絶理由の存否を明らかにし、あるいは応諾した場合に懸念される個人情報保護上の問題点等を整理・検討し、必要があれば閲覧制限（対第三者）や秘密保持命令（対当事者）などの措置をとる、という実務運用が考えられます。⑦法改正によりこれらを法定の手続とすることもありえましょう。

(4) 若干の検討

以上のとおり、証拠収集機能に着目しますと、実務上、証拠調べとしての必要性の要件についてはこれを緩和する要請が、嘱託先の応諾義務についてはこれを強化する要請が、それぞれあります。そして、その実現のために、立法（法改正）又は解釈・運用の変更に係る提案等も、ある程度なされているところです。

そこで、必要性要件の緩和と応諾義務の強化の組合せを類型ごとに整理したのが、本日の資料の59頁の表です。

まず、そもそも第三者に応諾義務を課すことの最大の正当化根拠は、裁判所が必要性を認めていることにあることからしますと、一方で必要性要件を緩和して裁判所によるスクリーニングを後退させつつ、他方で応諾義務を強化する【D】の路線を採用することは、現実的に難しいように思われます。

これに対して、【C】は、必要性要件について裁判所のスクリーニング機能は維持されていますが、さらに、応諾義務の強化の程度によっては、たとえば違反に対する制裁を導入して強制力を持たせる（前記②）ということになれば、文書提出命令との均衡上も、嘱託先に対する相当の手續保障が必要となりましょう。また、調査・文書送付によりプライバシー等の権利に制約を受けるおそれのある第三者（たとえば銀行口座取引履歴を対象とする調査嘱託における当該口座名義人）の保護の観点からは、嘱託先がある程度その利益を代弁するほか、裁判所が後見的機能を発揮し、より慎重な採否の審理を行わなければならないということになりましょう。そうなりますと、調査嘱託・文書送付嘱託の審理はかなり重たくなり、事実上、文書提出命令のそれに関わりなく近づいていくことになります。制度間の役割分担として必ずしも据わりはよくありません。

そうすると、全くの私見ですが、目指すべき制度設計としては、調査嘱託・文書送付嘱託については【B】の緩やかな証拠収集手段として割り切る一方、法改正により文書提出命令制度を改善し、かつ「調査命令」（仮称）の制度を新設することで、勧告型（調査嘱託・文書送付嘱託）と強制型（調査命令・文書提出命令）に役割分担を整理するのが妥当であるように思われます。

また、これを基本としつつ、従前認められてきた応諾義務の内容（正当な理由がない限り拒絶できない一般公法上の義務）を法改正により明文化すること、運用によって裁判所・申立当事者・嘱託先のコミュニケーションを充実させ応諾の幅を広げるこ

とは、これと矛盾しません。

2 提訴前証拠収集処分

(1) 制度の課題

提訴前照会及び証拠収集の処分は、現在ほとんど利用されていません。その理由は次の点にあるように思われます。

まず、立法当初には裁判所を中心として活用方法などの周知が試みられていたものの、その後実際に利用する立場の弁護士から有効な活用報告などはなされず、本制度の周知が下火となり、制度自体は知っていてもあえて活用しようとは思わなくなっています。

次に、制度自体についても、提訴前証拠収集処分については、理念として濫用論が前面に出過ぎていて、濫用防止のため要件が厳格に設定されすぎていることが指摘されています。

さらに、特に意見陳述嘱託や現況調査については、これらに要する費用は、訴訟提起後に申立人が勝訴しても訴訟費用とはされず、申立人が負担しなければなりません。この趣旨は、証拠の収集は、本来証拠を提出する者の責任において行うべきものであるからだとされていますが、訴訟提起後との不均衡は否めません。

また、提訴前の段階では当事者間に訴訟法律関係が成立していませんので、不可避免的に非制裁型スキームになりませんが、利害対立が顕在化する証拠等収集の場面では非制裁型スキームは効果的に機能しないため、当事者に利用のインセンティブが感じられない」との指摘もあります。

(2) 改善策

また、そもそも提訴前の証拠開示の意義は、提訴後の審理の迅速化・充実化のみにあるのではなく、濫訴や無駄な提訴の抑止、和解の促進と適正化といった側面もあるとされます。そうした観点も取り入れ、広義の ADR 促進的な機能を前面に出した制度に改変するという考え方も提示されています。

第4 文書提出命令

中嶋 弘（大阪弁護士会）

1 はじめに

文書提出命令に関する実務上の課題と考えるものをお話しします。

まずレジメの2頁には統計資料を紹介しました。その趣旨は、文書提出命令があまり用いられていないということです。時間の関係で、ここは、以下に報告する問題点があるために、あまり用いられていないということだけ申し上げます。

そこで実務では、どのような問題があるかを報告します。

2 文書の特定

まず資料68頁の(3)文書の特定という項目をご覧ください。

文書の特定に著しい困難があるときは、特定手続が定められています。民事訴訟法222条1項です。しかし、相手方が応じない場合の効果が法律上規定されておらず、裁判所も、同条2項の特定手続を開始してくれない、あるいは開始したのかどうか不明確なまま手続が進行するということが多いと思います。

それでも文書の所持者が他の文書と区別することができる程度の特定ができれば、特定性が認められるとされる場合もあります。たとえば、「申立人の知識、経験、資産、意向などの属性が記載された稟議書ないし稟議書に付属する文書」とか、「申立人と相手方との間で、平成〇年〇月〇日に締結した通貨及び金利交換取引契約及び同年〇月〇日に締結したフラット予約取引に関してされたやりとりの主体、日時、場所、内容が記載された文書」といった概括的な特定でも十分とされている例が多いようです。

そこで問題は、文書の所持者が他の文書と区別することができる程度の特定すらできない場合、つまり相手方がどのような文書を持っているか、申立人側が把握していない場合に、どうやって相手方が所持している文書の識別事項を明らかにさせるかが問題となります。

3 文書の所持

次に資料68頁の(4)の文書の所持について申しあげます。

文書の所持は申立人が立証しなければなりません、文書の作成・保存が何らかの規定で相手方に義務付けられている場合は、相手方が作成・保存していない事情を明らかにしない限り所持は認められます。

しかし、そのような規定が存在しない場合には、通常作成しているであろうと思われる文書であっても、申立人が立証することは困難です。実際に私が体験した事例を3頁最終段落以下で紹介させていただきました。この事例は、証券会社が顧客に仕組債を販売したのですが、販売後、代金支払前に、顧客が「だまされた」と思って支払をストップしたという事案です。証券会社は、まず顧客財産に対して仮差押えをし、その上で代金請求訴訟を提起しました。第一事件というのが代金請求事件です。第二事件というのが先に行った仮差押えが違法であるとして、顧客が提起した損害賠償請求訴訟です。

第1事件では、顧客は抗弁として説明義務違反による損害賠償請求権や錯誤無効などを主張しました。それらを立証するためには、販売担当者がどのような説明をしたかが重要ですから、業務日誌の文書提出命令をすると予告して、業務日誌の所持を弁論準備の場で確認しました。ところが相手方代理人は「文書が存在するか否かは答えない」と応答されました。裁判所は、「相手方が答えない以上は、申立人は自分で文書の所持を

立証してください。立証できなければ却下します」という対応でしたので、結局申立は断念しました。

幸い第1事件では錯誤無効が認められて顧客が勝訴したので、勝訴判決確定後に、第2事件を顧客が提起しました。第2事件は、第1事件に先立って行われていた仮差押えが違法であるとして損害賠償を求めた事件です。すると、証券会社は、業務日誌を乙号証として提出しました。

この事例を紹介すると、多くの弁護士からは「それはひどいね」という感想をいただきますが、存在するものを存在しないと嘘を言ったわけではないので、訴訟における信義や品位の問題であって、違法とまではいえないようにも思われます。むしろ、相手方証券会社が「業務日誌の存在を言わないでください」と希望しているのに、代理人が「所持しています」と応答すれば、依頼者との関係で問題が生じるので、代理人としてはやむを得ないとも思われます。

このように、文書の所持を立証する資料を持たない場合には相手方に正直に述べてもらうしかないという状況で、実態解明を適切に進めるために、どうすればよいかが問題となります。

4 文書提出義務

資料69頁の(5)では文書提出義務について書きましたが、ここでは「開示不利益性」の判断方法について報告します。220条4号ニによって、文書提出義務が除外される要件は5頁ウに書きました。そこでいう開示不利益性は、他の除外事由においても問題になります。

5頁下から2つめの段落で書いた平成12年の最高裁決定は、開示不利益性を文書の具体的内容に照らして、開示することによって所持者に看過しがたい不利益が生じるか否かを具体的に判断する必要があるとしています。平成11年最高裁決定は、そのような具体的判断はせずに自己利用文書にあたるとしています。つまり、団体の自由な意思形成を阻害するおそれがあるとされる場合には、開示不利益性は抽象的でもよいとされていると思われます。

しかし、そもそも団体の自由な意思形成過程の文書をそれほど手厚く保護する必要があるのか、例えば稟議書であっても、貸出稟議書は原則として開示不利益性が認められやすいとしても、その他の稟議書については当然に開示不利益性が認められるわけではないから、個別事案に即して具体的不利益があるか否かを吟味すべきではないか、さらには、特殊な文書を除いては、訴訟における争点、取調べの必要性和総合的に考慮して、具体的な不利益性を認定する必要があるとする余地があるのではないかと私は思います。

このような実務的な工夫をしたと思われる事例が、6頁に紹介している神戸地裁の決定です。この決定は、文書の記載事項に基づいて開示することによる不利益性を具体的に認定する必要があるとは判断しませんでした。当該事案が、MBO（マネージング・

バイアウト：経営陣が発行済み株式を買い取る。）の過程における役員の違法行為が問題とされた事例であり、MBOでは株主と経営陣の間の利益相反関係にあるためMBOが適正に行われたか否かの検証が必要となり、そのためMBOの手続過程における意見を含めた資料等が検証資料とされることの必要性を認めて、自由な意見交換などに制約を与えることも一定程度受忍されなければならないとし、当該事案の事情（MBOが頓挫したこと、3年以上経過したことなど）を考慮して、「特段の事情」があると認め、文書提出義務の例外としなかったものです。

5 必要性の要件

最後に最も問題なのが、資料72頁の（6）必要性です。

文書提出命令は書証の取調べのひとつの方法であり、取調べの必要性が要件となりますが、必要性判断は受訴裁判所の専権であるとして抗告の対象とならないとされており、抗告によって争うことができないとされています。

そのため裁判所としては、必要性なしを理由に却下する動機付けが働きます。別紙は、必要性なしとして却下された事例です。同種の文書について同種の事案で、必要性が認められて文書提出が命じられた事例もあるのですが、このような判断をする裁判所もあるという例として理解ください。そこでは要証事実を直接に証明する文書でなければならないとか、不可欠な証拠であることが重要であることを強調した判断があるようです。

第1の事例の①は金融商品販売にかかる取引開始基準です。危険性の高い金融商品を販売する場合は、各社取引開始基準を設け、これを充たす顧客にしか勧誘してはならないとの内規を持っています。ところがこの基準に反したかどうかは、勧誘が違法かどうか（適合性原則違反かどうか）とは関係がないということです。つまり、開始基準を満たしても適合性原則違反になることもあれば、開始基準を無視した勧誘をしても適合性原則には反しない場合もある、適合性原則の判断には取引開始基準は使わないということです。それはそうでしょうが、商品を販売する業者が、「こういう顧客にしか販売してはいけません」と取り決めたルールが適合性原則違反と無関係のはずがなく、重要な間接事実となるはずです。

このような必要性を認めない事例もあります。これをどのように乗り越えるかが重要な課題となっています。

第2部 パネルディスカッション

コメンテーター	畑 瑞穂（東京大学大学院法学政治学研究科教授）
	門口 正人（弁護士・元名古屋高裁長官）
コーディネーター	後藤 裕（弁護士・福岡県弁護士会）
各報告者	津田顕一郎（前掲）
	石黒 清子（前掲）
	永石 一恵（前掲）
	山岸 泰洋（前掲）
	中嶋 弘（前掲）

（後藤） それでは、シンポジウムに入りたいと思います。

私からコメンテーターのご紹介をさせていただきます。まず、畑瑞穂先生です。東京大学大学院法学政治学研究科教授でいらっしゃいます。畑先生には、今年3月29日に日弁連が民事訴訟法学会の協賛を得て主催しました「民事訴訟法施行20周年シンポジウム」にもパネリストとしてご出席をいただいております。本日のシンポジウムでは、その際に検討できなかった証拠に関する問題について検討する場としたいと思っておりますので、よろしくお願いします。

もうお一人、門口正人元名古屋高裁長官でいらっしゃいます。ご紹介するまでもないと思いますが、民事の裁判官として、長年のご経験をお持ちでございます。現在は、弁護士でいらっしゃいます。ご経験に基づくご意見をお願いしたいと思っております。よろしくお願いします。

（民事訴訟法における真実発見の意味）

（後藤） それでは、最初の問題です。総論のところでも少し取り上げた問題ですが、ちょっと大上段の議論をさせてください。民事訴訟法における真実発見ということについて、話を伺いたいと思います。畑先生への質問になります。民事訴訟法を改正されて10年経った時点でのジュリストの民事訴訟法施行10年を記念した特集号（ジュリスト1317号2006年8月1・15日号）の中の山本和彦教授が「証拠法の新たな動向」という論文で、「可及的に真実に近い事実認定に基づく判決が下されるべきである」と書かれています。これは論文での一つのフレーズなのですが、このような考え方は、今の民事訴訟におけるスタンダードな考え方と理解してよろしいのでしょうか。

(畑) 畑でございます。よろしくお願いいたします。以下、このシンポジウムを通じてそうなのですが、言うまでもなく学界というところは、意見を統一するというところではございませんし、何が通説で何が多数説、何が少数説かというのなかなか判断が難しい面がございます。したがって、以下、私が述べますことは、私個人の意見、あるいは私個人の印象だということでございます。

今のお話、山本和彦さんの論文を引かれたお話であります。大きな方向性としては、比較的多くの研究者にも共有されているのではないかと思います。ただ、真実発見ということについては、若干留保も必要になるかと思えます。これも当たり前のことだと思いますが、一般の民事訴訟、弁論主義でございますから、真実の発見が目指されるというのは、もちろん当事者間で争いがある場合だということでございますし、それから、当事者が適切な訴訟活動を行った場合にということが前提になるということも当然ではないかと思えます。

それからまた真実発見ということを強調する、あるいは強調しすぎるということについては、若干異論も、学者としては違和感を持つ人もいるかもしれません。そういう方は、真実発見そのものというよりは、例えば当事者間の実質的な対等を確保するという観点を強調されることもあります。

ただ、いずれにしても当事者が適切な訴訟活動を行った場合に、必要な資料ができるだけそろい、それに基づいて判断がされるということが望ましいのではないかという意味では、学界でもかなり多くの方は、そういう感覚を持っているのではないかと考えております。

(後藤) ありがとうございます。そうすると、次の質問ということになるのですけれども、証拠の偏在という問題を前提とすると、裁判における先ほどの留保付きの真実の発見のために、相手方当事者に証拠の提出について、一定の義務を負わせることになるという考え方が出てくると思うのですが、そうするとこのような考え方が弁論主義、あるいは証明責任との関係で、問題が出てくるという議論があると思っておりますが、その点についてはどのようにお考えでしょうか。

(畑) 今のご質問、証拠の偏在を前提にということだったのですが、問題としては証拠、あるいは情報が偏在している場合に限らない問題だろうとは思っております。

弁論主義や証明責任との関係ということについては、先ほどのご報告の中にも出てきていたと思いますけれども、直接弁論主義とか、証明責任に抵触するということではないだろうとは思っております。弁論主義を通説的に、裁判所と当事者サイドの役割分担の問題だと捉えるといたしますと、当事者にどういう義務が課されるかということとは、一応別問題ということになるかと思えます。

それから証明責任というもの、これも通説的といっていると思いますが、最終的に事実の存否でありますとか、あるいは法律要件の充足の有無、これを判断できないというときにどうするかという問題だと捉えるとすれば、これもそこに至るまでの資料の集め方、あ

るいは誰にどういう義務を課すかということとは、一応別問題だということになるかと思えます。

ただ、弁論主義という言葉も多義的なところがございまして、なかなか簡単には言えないところもございまして。弁論主義との関係を問題にするというのは、おそらくテクニカルな意味では弁論主義の三つの原則があるなどと言われたりいたしますが、それらと抵触するというよりは、おそらくその背後にある考え方、つまり私的な領域にむやみに裁判所なりの踏み込むべきではない、干渉すべきではないという感覚があり、それとの関係が問題にされているとも思われます。

それは、それでもっともな面もあるわけでありまして、言うまでもないわけですが、相手方当事者に義務を課すとしても、もちろん一定の合理的なものである必要はあると考えております。

(後藤) その点を門口先生にもお尋ねしたいのですけれども、裁判官の中では、畑先生が通説的とおっしゃった民事訴訟における真実発見と弁論主義、証明責任との関係について、抵触しないという考えが裁判官の中でどの程度共通になっているのかのどうか、その辺についてご経験からお願いします。

(門口) 門口でございます。よろしく申し上げます。今のご質問、問いの立て方にもよるのかもわかりませんが、結論から申し上げますと、畑先生もご指摘のとおり、裁判所も弁論主義の理念については共有していると思います。

ただ、裁判実務家の立場から、理念的なお話をしばらく横に置いて申し上げますと、裁判官が裁判において何を考えているかと申しますと、当事者双方に納得される裁判を目指しているということ、その場合に、結論だけでなしに、プロセスにおいても納得を得られる裁判を目指しているということが言えるかと思えます。

弁論主義、あるいは証明責任も、私的紛争を解決するためのツールとして用意されていて、それが適切に機能しない場合には、それを修正する作業が必要となり、例えば、ご案内のとおり、立証責任の転換とか、事実上の推定、さらには証明度や解明度の軽減とか、あるいは表明説明などを使って、そして実践的には、釈明などの後見的な作業によって不都合な部分を修正していくということが行われているかと思えます。

このような意味において、過去に言われていた民事訴訟スポーツ観というとらえ方は、どの裁判官も考えていないと思います。

(後藤) その点を石黒さんに質問します。石黒さんは最近まで司法研修所の民事弁護教官をされているので、司法修習生には、この点をどのように教えているかということで、お話をお願いします。

(石黒) 研修所では、弁護士倫理の問題として取り扱っています。ご存じのように弁護士法1条によって、弁護士は人権の擁護と社会的正義の実現、これを使命としていることから、弁護士職務基本規程の中にこれに基づく規定を種々設けております。

その中で、弁護士は真実を尊重し、信義に従い、誠実かつ公正に職務を行わなければな

らないということや、良心に従い、依頼者の正当な利益の実現に努めなければならない、といったことをうたっています。

ここで信義に従いというのは、ご存じのとおり信義則に従うということであり、信義則というのは、「社会共同生活の一員として、互いに相手の信頼を裏切らないように、誠意をもって行動すること」だと解されていますが、弁護士の職務との関係でいうならば裁判所や依頼者のみならず、相手方の代理人、ひいては相手方本人との関係においても、信義則が適用されるということになるのだらうと思われます。

そうだとすると、真実発見のため相手方からなされた当事者照会などに依頼者が応じないと言ってきた場合、相手方はこれによって、正当な権利の行使の機会を奪われるというおそれがありますから、弁護士としては、依頼者を説得し、その了解を得て照会に応じる必要があるのではないかと。そんなことを修習生には考えてもらっています。

（後藤） 先ほどご紹介しました今年の3月に行われた民事訴訟法20周年シンポジウムでは、高橋宏志教授からご講演をいただいております。その中で、教授はこういうことをお話になっています。「情報を共有した上で、弁護士が技倆を競う。相手方が情報や証拠を知らないことを奇貨として勝つことはよくない。」ということです。このことを高橋教授は、強調されておられました。

それで、畑先生へのご質問になるのですが、高橋教授のお話は平成8年の改正法を前提としてのお話だと伺ったのですが、8年改正法はそのような思想の転換に踏み切ったと考えてもよろしいのでしょうか。

（畑） もともと旧法でどうだったかということについては、そう簡単には言えないということがあるようにも思います。

つまり、旧法のもとで先ほどの表現を使えば、相手方が情報や証拠を知らないことを奇貨として勝つことがよいことだと、それが旧法の考え方かという、そうではないという考え方も存在し、例えば文書提出義務の範囲を拡張的に解釈しようというような学説であったり、あるいは裁判例なども存在したところであります。

したがって、平成8年の改正でまるっきり変わったというわけでも必ずしもないようなと思いますが、確かに現行法のほうが情報や証拠の偏在によって結論が出てしまうということがよくないという方向に傾いていると言いやすくなったということはあるかとは思いますが。

（後藤） その点について、実務はどうだったのかということ、門口先生へお尋ねしたいと思います。裁判所として、「情報を共有した上で弁護士が技倆を争う。相手方が情報や証拠を知らないことを奇貨として勝つことはよくない」というような意識というのは、裁判官の中でおありなのかどうか。

（門口） 裁判官が一番に考えることといえば、公平・公正な裁判ということです。その場合に、当事者の権利の実現と同時に相手方当事者の利益を守る権利、その両方を確保することを常々考えていると言えます。

そういう意味において、勝つべき者が勝つことを目指し、あるいは証拠がない故に負けるということとはできるだけないようにするというのが、裁判官の立場だと思います。

先ほどのご質問の冒頭の高橋先生の説につきましては、確かに当事者照会という規定ができたときには、私どもの意識として民訴の公法的立場、あるいは規範というものから一歩出たという気はいたしました。つまり、当事者間における規範を規定したということが、民訴法で初めてであるという意味では、画期的な部分もあったのかもしれませんが、それを民訴法全体の思想を変えるに至ったかどうかという点ではいかがか、私などにはよくわかりません。

裁判実務家としては、いろいろなことを理念でもって裁断するということは、避けるべきだと思っていますので、当事者照会、こういう規定ができたんだというぐらいにとどまっていると思います。

（後藤） 次に、門口先生に、先生から見て弁護士にそういう意識があるのかということをお聞きします。お聞きするのが怖いのですが、お答えいただけますか。

（門口） 弁護士の方にとっては、先ほどの石黒先生のお話にもありましたが、事案解明義務あるいは真実究明義務と、他方に、依頼者との関係における弁護士の役割とがあって、双方がせめぎ合う場合があると思うんです。

これを理念化して、常に事案解明義務、さらに訴訟追行の場面で信義則上の義務を負うというのは、簡単には言い切れない部分があると思います。ただ、弁護士は、プロフェッショナルとしての廉潔性というものは常になければいけないと思っていますので、信義誠実の原則に基づいた訴訟活動を求められることも多くあるのではないのかという気はいたします。

（民事裁判における情報・証拠収集）

（後藤） 次に移りたいと思います。今回のシンポジウムのテーマなのですが、「民事裁判における情報・証拠収集方法」と謳っております。畑先生は、先ほどの民事訴訟法施行10年を記念したジュリスト1317号に「訴え提起前の情報収集・交換の拡充と審理の充実等」というテーマで、論文を書かれていらっしゃると思います。そこで、畑先生に質問したいのですが、この情報収集というテーマを使われたのは、どのような点に着目されたのかという点と、それから情報という言葉と証拠収集という言葉との使い分けについて、ご説明をお願いします。

（畑） これは、それほど深い意味があるということではありません。ごく単純に、当事者にとって必要な情報というのは、本来の意味での証拠には限らないのではないのかという、その程度のことでございます。

もともと証拠は有体物であるのに対して情報は証拠その他の媒体上にあるということもあると思うのですが、例えばもし訴訟になったとしても、背景事情にとどまるような事柄

ということがあるかと思います。これなどは、要件事実的にどうということではありませんから、まして証拠ということではないだろうと思います。

それから、あるいは証人、あるいは証人候補者にどうやったら連絡がつくかとか、連絡先のようなこと。これもそれ自体が訴訟における事実認定、訴訟になった場合の事実認定に用いられるかという、そうでもないだろうという意味で、厳密に言えば証拠に限らない情報というのが必要になってくるということは、いろいろあるのではないかと考えたという、その程度のことでございます。

（後藤） その程度のことと言われて、次の質問がしにくいのですけれども、実は先程の論文の中で、畑先生は「民事訴訟の審理自体が情報の収集・交換過程そのものである」と書かれているのです。すみません、同じお答えになるかもしれませんが、その点もよろしくをお願いします。

（畑） これも同様に、それほど深い意味はないということですが、当然ながら、訴訟になれば、訴状、答弁書、準備書面などを交換するということですので、そこでは、ある意味では情報の交換が行われていると見るができますし、あるいは今日も話題になっているような様々な仕組みで情報が新たに集められるということもあるわけでありませう。その程度の趣旨だということでございます。

（後藤） それでは、今日のシンポジウムの本論に入ります。先ほど基調報告に続いていくつかの個別の報告をしていただきました。そこで報告のあった各制度は、一定の要件の下でそれを申し立てた者について、一定の権利を認めるという構造になっています。

ここでの一定の要件ということがまさに問題になるわけですが、例えば、文書提出命令の場合は、裁判所が証拠調べを行う際に必要かどうかを判断するという意味での「必要性」（民訴法181条1項）と言われております。ただ、この点は、今までの各報告にありますように、個別の制度について、その「必要性」と言われているものの中身がある程度違うのではないかという視点で、各報告はされていたと考えております。この場合は相手方の義務というものをどのように考えるかということについても、相当に違ってくると思いますけれども、そういう観点から次の議論を進めていきたいと思っております。

（文書提出命令）

（後藤） 最初に、文書提出命令を取り上げます。中嶋さんには、最後にご報告いただいたので皆さんの記憶も鮮明だと思いますが、文書提出命令を申立てる際に、「必要性」が大きな問題となるという点を、簡単にご説明下さい。

（中嶋） 先ほど申し上げたとおり、必要性で却下されてしまうことが多い、そして必要性なしとの理由で却下されたら抗告でも争えないという点が最も問題だと思います。実務では、例えば先ほどのような、勧誘が問題になる、金融商品の販売の違法性を追及するよ

うな事件で、やり取りそのものが録音されているのに、その録音の数が多いというだけで、それを取調べしてもらえない、全部必要あるんですかと言われることがある。こんなのが実態なんですね。そういうところから、必要性があまりに厳しすぎるのではないかと問題意識を持っております。

（後藤）重ねて、中嶋さんに質問なのですが、相手方に対する文書提出命令の場合の申立ての時期、あるいは求釈明との関係とか、その点、利用方法、申立ての時期とかについては、工夫されていることがありますか。

（中嶋）私はできるだけ早く文書提出命令の申立てをすることにしています。その理由は、実際に却下されて、とても恥ずかしい経験をしたからです。その事案は、銀行との間で金利スワップ取引契約をした顧客が原告となって、被告である銀行に対して、金利スワップ取引の勧誘に適合性原則違反や説明義務違反などがあったとして損害賠償を求めた事案でした。そして、適合性に関する審査書類の提出を求めました。差戻前の一審の地裁決定のときには、申立てを争点整理の終わりごろにしたんですね。このときの考え方としては、証拠調べの方法なんだから、本当に証拠調べが必要かどうか、被告がどのように争うかとか、他の証拠が出てくるかどうかとか、いろいろなことを見て、これはどうしても必要だと確信を持ったので、最後の最後になって文書提出命令の申立てをしました。これに対して、差戻前の地裁が何と言ったかという、主張骨子整理案が確定し、立証計画を検討する段階に至り、人証申請がなされ、陳述書の提出もなされた後に文書提出命令が申し立てされたことから「やや遅きに失する申立てであったことは否定できない」とし、「他に、上記立証対象事実を認定するに資する証拠方法も存在し、主張骨子整理案を作成し、争点整理手続終結間際になるまでの間において、申立人が本件申立を行わなかったという本件基本事件の審理経過に照らすと、本件文書2（適合性審査書類）について証拠調べの必要性がないとまではいえないとしても、必ずしも高いものではない」として、必要性は否定しなかったのですけれど、自己利用文書として文書提出義務の方を認めず、却下したんですね。

ところが、高裁でそれが変更されて、適合性審査書類のうち、顧客の経験、知識、資産、能力、意向等が記載された部分については提出義務があるとされ、ただ必要性について審理させるために差し戻されました。すると、差戻後の地裁決定では、被告（相手方）が原告（申立人）の属性を記載した他の文書を提出していること、尋問が予定されていること、陳述書が提出されていること、商品性について専門家の意見書が提出されていることから、これらを踏まえて判断すれば足りるとして、必要性がないと今度は判断されました。一体どういう判断をされたのか、決定を読んでもわからないのですけれど、こんな経験があるので、これからあとは、私はとにかく早ければ早いほどいいということで、申立てを早くしております。

（後藤）今からの話は、いわゆる文書提出命令が認められることが判例上もほぼ認められているケースを前提にして、お尋ねしたいと思います。門口先生にお尋ねします。そう

いうケースについても、弁護士には裁判所に申立てをすぐに判断してもらえないというような不満があるようです。この申立て時期との関係ですけれども、相手方に対する文書提出命令の場合ですが、文書提出命令が申し立てられた場合の裁判官の対応、それがどういうものなのか。その際に裁判官として、どのような要素を考慮されるのかについて、お話をいただきたいと思います。

（門口） 文書提出命令の取扱いについて、ご不満があることは、現役のときからお伺いしていました。裁判所の立場から、証拠調べに通有することから申しますと、裁判におけるリソースなり時間が限られて、その制約の中で裁判全体をマネジメントしなければならないこと、次に、相手方当事者の利益と証拠資料を保有する第三者らの利益といった双方の利益を考える必要があること、そして、無駄なこと無縁なことはしないという趣旨から必要性和関連性が要求されることがあると思います。迅速な裁判の確保は、裁判所だけの目標にとどまらず、当事者の利益にも関わるわけですから、裁判の遂行に当たって時間の配分を常に考えておかなければならないと思っています。

このことを前提に申しますと、証拠調べあるいは証拠収集について、いくつかの仕組みが用意され、緩やかなものから重いものまで、大雑把に言えば、順に、当事者照会、調査嘱託、文書送付嘱託、そして文書提出命令まであるわけですが、最も重いものでは、強権を発揮して、いわばよそ様のところにずかずか入って行って、物件を取り上げるということになります。このような重装備な証拠調べの方法は、他にいい方法があるのであれば後回しにしたいというのが、裁判官の偽らざる心境であろうかと思っています。

やや迂遠なことを申し上げましたが、文書提出命令についていえば、重い判断を強いられる面があり、しかも必要性が裁判のステージによって違ってきますから、早い段階において必要性を判断することがためらわれることもありますし、心証形成に応じて必要性も変わってきますので、文書提出命令の判断が遅くなることもあるといえます。その場合に、当然のことですが、邪な気持ちで、あるいは安易な判断で必要性によって採否を決めることがあってはならないと思います。

先ほど中嶋先生から病理的な事例のご指摘がありましたが、そのような好ましくない状況を避けるためには、やはり運用において工夫しなければいけないと思います。裁判所側からみますと、一つは、当事者の意見をよく聞くこと、どのような必要性があるのか、今の時点で取り調べなければいけないのかどうかよく聞くことが必要です。次に大事なものは、裁判所として考えを示すこと、考えを示さないでうやむやにしているから、不満がたまる、これは当たり前だと思います。三つ目は、判断納期で、いつ判断するのかを当事者に明らかにしなければいけません。このような運用を心掛けて、当事者間と裁判所とのギャップを埋めるように努めるべきではないかと考えます。

（後藤） 文書提出命令が相手方当事者に対する場合と、第三者に対する場合では、裁判官としてどういうところが違うのかというあたりについて、ご説明いただけますか。

（門口） やはりずかずかとよそ様のうちに入り込むという意味での程度の差、対抗利益

の違いがあると思っています。

訴訟関係者においては、双方が必要なり、その他証拠調べの状況なりについて、共有できるものがありますが、第三者の場合にはそのような共通の利益なり状況がない、さらには、抗告権も封じられていることを考えれば、おのずから裁判所が判断する上で慎重さというのは違ってくるのではないかという気がします。

（後藤） 文書提出命令の当否について、個人的には、あまり争点整理の場で議論されないという不満があるように思っています。つまり、裁判官から、何となくだめでしょう、という雰囲気が出されるだけで、争点整理が推移しているのではないかということです。どういことを申し上げているかというと、今、我々は、争点整理の段階で、口頭での議論を活発にしましょうということを言っているところでして、裁判所に対しても、訴訟の進行状況に応じて、重要な場面では、最終的な心証ではなく、その段階での暫定的な心証を積極的に開示して欲しい、と話をしているのですけれども、どうも文書提出命令のあたりについては、その点が争点整理の場で、必ずしも十分に議論されていないのではないかという気がするのですが、それについてはいかがでしょう。

（門口） 証拠の関係にとどまらず、心証をできるだけ開示すべきであると考えます。これは時代の求めるものとして、透明性、あるいは説明責任があるとおおり、最終の説明責任は判決でしょうが、その都度その都度の決断の場面においても、できる限り心証あるいは考えるところを提示すべきと考えています。

ただいまのご質問については、先ほど運用の三つのことを申し上げましたが、考えを示さないままで次のステップに行きますということでは、当事者は不安があり、また不満も溜まると思います。争点整理の場面のお話が出ましたが、よく言われているプロセスカードの例のように、弁護士のみならず当事者本人に対しても、裁判がどのように進んでいて、あとどれぐらいすれば、あるいは何をすれば終わりを迎えるというようなことが見えなければ、わかりやすい裁判は、実現できないと思っています。

その意味においても、適宜に、その都度その都度の状況を示すべきだと思いますし、争点整理の早い段階で文提の申し出があった場合に、ほかに軽装備の方法による証拠調べ方法があるのではないかと、時間とリソースの制約のもとにおけるマネジメント上、後ほど判断するというのであれば、そのことを率直に示すべきであると思っています。

（後藤） 中嶋さん、今のところで何かあればお願いします。

（中嶋） 門口先生がおっしゃったことは、私も本当にありがたいというか、そうあってほしいと思います。たとえば必要性なしとして却下された事案ですが、仕組債販売にかかる損害賠償請求事件において、①早期償還条項付デジタルクーポン・ノックイン型日経平均リンク債の取引開始基準、②仕組債に関する社内教育用資料の提出を求めた事案があります。裁判所の決定では、①について、当該文書について適合性原則違反を立証しようとするものであるところ、適合性原則違反は商品性を踏まえつつ、申立人の投資経験、知識、投資意向、財産状態など個別具体的な事情を総合考慮して判断されるべきものであり、形

式的に相手方内部の取引開始基準を満たしているか否かで判断されるものではないとして必要性なしとし却下しました。この点については先ほどの報告で述べたとおりです。ここでは②について追加して申し上げます。②について、相手方に説明義務違反があったか否かは相手方従業員が申立人に対し、本件仕組債についてどのような説明をしたのかという個別具体的な事情によって判断されるべきものであり、そのためには、説明にあたった相手方従業員、説明を受けるべき申立人の人証調べや相手方から申立人に交付された説明資料等によるのが直截であって、これらによるべきであり、相手方においてどのような社内教育が行われているかが説明義務違反を基礎付ける一つの間接事実であることは否定しないものの、これによる立証、要証事実の推認となると相当に迂遠で、推認力にも限界があると思われるとして必要性を認めなかったのですが、結論はよくないのですが、決定の書き方としてはいい決定だと思うんです。

なぜいい決定かということ、なぜ却下されたかというのがよくわかるようにコンパクトに書いていращやるからです。私は結論には反対ですけれども、この決定をお書きになった裁判官はいいなと思っています。

つまり、社内教育資料を出してくれと申立人が求めたのに対して、裁判所は、社内教育資料などを出すよりももっと直接的なものがあるでしょうと。社内教育資料などというのは関係ないことはないけれども、一つの間接事実であることは否定しないものの迂遠だと書いておられるわけですね。

迂遠なのはわかっているんですよ。では何が迂遠ではない証拠なんですかということ、その人すなわち勧誘した人に聞くしかないんですよ。こういう事案では。問題は、その人に聞いて、ではうまく効果的に事実が出てきますかということです。効果的に事実を出すためには尋問を上手くやらなければいけない。尋問を上手くやるためには、資料がいるわけで、社内教育資料を手元に持って尋問をするのと、丸腰で尋問するのでは違うのではないですかというのが、原告（申立人）代理人の考え方なんです。

だから、必要性があるだろうと私は考えるのですけれども、裁判所は「聞いたらいいいじゃないですか」という考え方をされるところが違いだと思うので、そこを何とか埋めていかなければいけないなと思います。

（門口） ただいまのご指摘は、ごもっともという気がいたします。裁判所は、要証事実と証拠との距離の関係で、距離の遠いものを後回しにする傾向があると思います。したがって、当事者においては、この時点で、この証拠がなければ、これこれの訴訟活動ができないことを強く主張していただくしかないのではないかと思います。

ただ、理念的に申すことは簡単ですが、裁判所側で反省すべきことも多くあるのは間違いありません。たとえば、平成26年の日弁連司法シンポで厳しく指摘されていることですが、和解を例に上手な裁判官はうまくまとめるが、熱意のない裁判官はさっさと打ち切るというようなこと、それから、平成21年の施行10年の座談会の日弁連アンケートでも、裁判官は主張整理だけに熱心であるけれど、紛争をどう解決するかというものについ

では、関心がないということ、このようなことを拝見しますと、裁判官は、もっと大らかに裁判を進めていってもいいのではないかという気もします。裁判官にも期待したいところですが、当事者側からも、裁判所に働きかけをしていただいて、協働によってほんの少しでも前に進むように願っています。

（調査嘱託・文書送付嘱託）

（後藤） それでは、文書送付嘱託，調査嘱託に移りたいと思います。山岸さんへの質問になります。裁判所は，訴え提起の段階から，必要な文書送付嘱託の申立てをするように求めているわけですが，要件についても比較的簡単に認めてくれていると思いますが，それについての運用については，どのようにお考えですか。

（山岸） 比較的簡単というところの意味合いにもよるかと思うのですが，私の個人的な実務経験からすると，かなり濫用的，あるいは濫用的と言わないまでも，必要性に疑問のある，やや過剰ではないかと思われる文書送付嘱託，調査嘱託を受ける側になることが多くて，その場合は必要性についてかなり激しく争って，結果として却下，あるいは取下げの懲遷を勝ち取ったということもそれなりにございます。

そういう意味で，必要性の要件がフリーパスということは，全くないんだと思うのですが，ただ，文書提出命令などと比べると，やはり比較的簡単というのは，実際にそういうふうなことをおっしゃる裁判官にも接したこともありますし，私自身見てもそのように感じる場所があります。

（後藤） 門口先生へお聞きします。文書送付嘱託や調査嘱託における必要性の判断基準は，比較的低いと言われているようですが，裁判官としてもそういう感覚なのでしょうか。

（門口） 必要性という点では，先ほど申し上げましたが，あらゆる証拠調べにおいて同じであると理念的には言えると思いますが，いわば強権力の発動に比べれば，文書送付嘱託や調査嘱託は，嘱託という字義どおり，依頼するということですから，おのずから緩やかというか，やさしい運用になることはあると思います。ほかにも，文書の提出義務の存在が要件とされていないとか，証拠の採否につき独立の不服申し立てがされないといった理由があると思います。

それともう一つは，たとえば調査嘱託を例にとれば，やはり嘱託を受けた側においてある程度明確な対応が期待されるというか，あるいは主観を交えたり，虚偽の報告をされるおそれが少ないと予想されるケースが実際には多いものですから，やや緩やかに認められるのではないかと思いますね。

何よりも，システム自体が軽装備であるということが裁判所の頭の中にあって，文書提出命令のような構えた判断をすることがないということでしょうか。

（後藤） 続けて門口先生にお尋ねしますが，そうすると，嘱託先からの回答拒否ということに対する裁判所の対応ということは，どうなるかという点について，ご経験か

らお願いします。

（門口） 嘱託について、最近の裁判所の考え方は、おそらく官公署のみならず、私人に対しても、嘱託義務があるという方向に進んでいると思います。

したがって、嘱託するからにはできる限り応じていただきたいということで、嘱託段階からある程度の工夫はしているのではないのでしょうか。拒否されることが見込まれるという場合には、申立人に目的なり必要性をお聞きして、それを相手方に伝える、あるいは趣旨を別紙として加えておくというようなことをしていると思います。

それでも拒絶された場合は、重ねて本来の趣旨や必要性を伝えるなどして、応じていただきたいという努力はしているのではないかと思います。

先ほどのご報告にもありましたように、個人情報との関係でまだまだ誤解があるようなときですから、きめ細かな働きかけを書記官を通じてしているのではないかと想像しております。

（後藤） 今のような文書送付嘱託の利用方法を前提として、畑先生にお尋ねしたいのですが、文書送付嘱託の現在の利用方法、これは制度の捉え方という問題になると思いますが、これについて、コメントをいただけますでしょうか。

（畑） 実は、この嘱託系、何とか嘱託というものについては、正直に申し上げると、私を含め学界でも十分に研究されていない、ということになるかと思います。

したがって、コメントもしづらいというところがあるのですが、今までのお話にありますように、ある種、任意ベースのソフトな制度であるがゆえに、柔軟に活用されるということ、それ自体は感覚的に理解できることがありますし、ある種の証拠手続の運用に関する裁判所の裁量の範囲内の問題ということになるのではないかとはいえます。

（弁護士会照会）

（後藤） 弁護士会照会に移りたいと思います。石黒さんへの質問です。先ほどもお話もありましたように、弁護士法23条の2の第2項（「弁護士会は、（中略）公務所又は公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めることができる。」）があります。これは要件論なのですが、弁護士会は、必要性を要件としているように読めるわけです。この判断をどのようにやっているかということについて説明をお願いします。

（石黒） 弁護士会照会は、各弁護士会の権限ということになっておりますので、審査に関することは各弁護士会の規則、あるいは細則に委ねられています。ただ、大差はありませんので、私が所属する東京弁護士会の審査基準をもとにお話をさせていただきます。

弁護士会照会では、照会を求める趣旨が理解できる程度の照会理由、これを照会申出弁護士に照会申出書に記載するよう求めています。そして、東弁では、照会事項が個人の高度な秘密事項に関わるときという場合を特に取り上げて、第1に、当該秘密の性質や法的保護の必要性の程度、第2に、当該個人と係争当事者との関係、第3に、報告を求める

事項の争点としての重要性の程度、第4に、他の方法によって容易に同様な情報が得られるか否か、こういった項目を明示した上で、これらを総合的に考慮して、照会申出の必要性及び相当性を判断すると審査基準細則で定めています。

審査の現場では、これが一般的な審査基準としても機能しているかと思います。例えば、照会を求めている情報が、センシティブな情報であればあるほど、高い必要性や、争点としての重要性というものが要求されてくる。そして、それがないと相当ではないと、判断がされているのではないかなと思います。

こういった必要性、相当性が結果として、先ほどご報告で申し上げたような報告義務の存否、すなわち報告を求める正当理由の有無を決する比較較量の際の判断要素にもなっているのではないかなと考えています。

（当事者照会・提訴前照会）

（後藤）当事者照会、提訴前照会に移ります。実はこのシンポジウム企画の段階では、われわれ担当者では、今回取り上げております弁護士会照会、当事者照会、提訴前照会、調査嘱託、文書送付嘱託、そして文書提出命令までの各制度について、「証拠調べの手段」という観点ではなくて、「情報収集手段」という観点から検討してはどうかと考えて議論をしておりました。そうすると、文書提出命令や文書送付嘱託における裁判所にとっての証拠調べの必要性のように、民訴法181条1項とは別の観点から要件を考えることができるのではないかなという、そういう発想です。

実際に、実務の運用から見ると、文書送付嘱託や調査嘱託については、裁判所からも可能な限り早い段階で、つまり訴訟の早期の段階で申立てを行うように言われているところではありますし、文書提出命令につきましても、先ほど中嶋さんから説明がありましたように、早期に申し立てられるというケースもあります。

そうすると、さらにこれらの申立て自体は、いずれも照会に対する回答から得られた際の文書などといったものから情報を得て、それを新たに構成して、その後の主張や組立を行いたいという趣旨で行われている、と考えているわけです。そうすると民訴法181条1項が前提としている裁判所の事実認定の必要のために必要かどうか、という観点からは違った構成が考えられるということでございます。

実際に提訴前照会や当事者照会は、民訴法上も証拠調べ手続とはなっていません。要件から言うと、「主張または立証を準備するために必要とされるために必要」（提訴前照会について132条の2第1項柱書、当事者照会について163条柱書）となっておりますので、同じ「必要性と」という言葉でも別のことが考えられるのではないかなという発想です。先ほどの畑先生の情報の交換という言葉を用わせていただくと、提訴前照会や当事者照会を、当事者あるいは当事者となるべき者との間での情報の交換を定めた規定と考えるということです。そして、この場合での「必要性」という用語との違いをアピールするため

には、「関連性」という用語で置き換えられるのではないかということを考えたいということです。これが当事者照会と提訴前照会に関する永石さんと私の報告であったわけです。

長々とお話ししましたが、そういうことを前提に畑先生にお尋ねしたいのですが、まず、当事者照会や提訴前照会の民事訴訟法上の位置付けについてのお話をお願いしたいと思います。

(畑) この点は、私が特に説明ということでもないように思います。今、後藤先生のお話にもありましたように、これは主張または立証を準備するための必要性ということで、事実認定のために必要というのとは違うというのは、条文の文言上もそうになっているということだと思います。

(後藤) イメージ的に言うと、どういうふうに違うかということについて、もう少しご説明いただけますでしょうか。

(畑) これは、最初のほうで出てきた情報という言葉と証拠という言葉の違いという問題と重なるのではないかと思います。

イメージとしては、まさに性質が異なると言いましょか、一般的には、当事者が情報収集等の準備をした上で争点・証拠の整理を行い、残った争点について必要な証拠調べを行う、という意味では、必要な情報のほうが広いという感じかもしれませんが、証拠と情報はもともと別ものですし、裁判所としての事実認定には証拠が必要ではあっても、当事者としてはもともと知っている情報なので収集するまでもない、というようなこともありそうで、単純な包含関係にあるわけでもないのかもしれないと、そういう感じであります。

(後藤) 多分、具体的な例でないと先生も説明しにくいと思いますので、次は、当事者照会に関する立法提言の関係で少しお尋ねをしたいと思います。畑先生に続けてのご質問です。

日弁連では、当事者照会の利用が低調であるということから、その積極的な利用を目的として、裁判所の関与を認めるという方向で考えてはどうかと提言しています。一つは、要件具備の判断についての裁判所の関与、それから制裁についての提案もしているのですが、けれど、まず、最初のほうの裁判所の関与という方向性については、どのようにお考えか、教えていただきたいと思います。

(畑) 裁判所が関与するかどうかということと制裁ということと一緒に議論してよいと思いますが、現状は、ある意味、若干中途半端な制度になっていて、一応回答義務はあると、除外事由に当たらない限り回答義務はあると物の本に書かれているわけですが、しかし、何かしら制裁が用意されているわけではないという状況にありまして、これは、今までのお話にも出てきておりますが、どうも中途半端なところがあり、弁護士さん、代理人の立場としても、これに応じる義務がありますよと、クライアントに説明をすべしという話、そういうこともよく書かれておりますが、しかしクライアントとして、そんなものは出たくはないと、特に制裁はないのでしょうと言われてしまうと。そういうことがあり得るという仕組みになっていて、弁護士さん、代理人としてもやや困る状況になっている

のではないかと思います。

そこで、裁判所が適切に判断しづらいのではないかという話があることは承知しておりますが、何かしら裁判所が関与する、場合によっては制裁もということは、方向性としては十分あり得るのではないかと考えております。

（後藤） 門口先生にもその点をお尋ねしたいと思います。これは当事者照会や提訴前照会の位置付けの問題かと思います。これらの制度は、裁判外での当事者双方の折衝による情報の交換、争点の整理という観点が前提としているとは思いますが、日弁連が提案しています裁判所の関与を認めるという方向についてどのようにお考えでしょうか。

（門口） 結論から申し上げますと、裁判所の関与について賛成することはためらわれません。当事者照会の目指すものは裁判所の釈明で賄える部分があるということを置いて、せっかくこういう制度、いわば自主的な証拠収集というシステムをつくったのですから、弁護士さんが率先して、この制度を育てていただきたいという気がします。

裁判所に関与させることによって、失うものも当然あるかと思うんですね。たとえば、裁判所が判断することになりますと、公正公平の担保として、それなりの要件を課さなければなりませんし、実効性を担保するために、制裁を伴うとなれば、重装備にならざるを得ません。それでは、判断が重くなり機動性にも欠けることになります。裁判所の関与を期待せずに、ぜひ弁護士間で良質のプラクティスをつくりあげていただきたい。そして成熟したプロフェッショナル活動の証を示していただきたいという気がします。

（提訴前証拠収集処分）

（後藤） 提訴前証拠収集処分に移りたいと思います。門口先生にお尋ねします。

提訴前証拠収集処分は、当然裁判所に対して申し立てることになります。この場合の要件は、二つあると言われております（民訴法132条の4第1項）。一つは、立証に必要なことが明らかな証拠となるべきものであること（明白性）。二つ目は、自ら収集することが困難であること（困難性）です。これらが要件だと言われておりますけれども、これらの要件の具備について、裁判所が判断することになりますが、裁判所としてこれらの判断をするということについて、どのようなイメージなのかを少しお話いただけますか。

（門口） 提訴前証拠収集処分は、提訴前ということで当事者の地位が不安定な段階にもかかわらず、訴訟関係にあると同様の地位を与えるということですから、おのずから要件も厳しくならざるを得ないのだらうと思います。

その場合に、ご指摘の要件を判断し得るかどうかという点では、当事者の申立ての工夫によって裁判所とコミュニケーションを図っていけば、裁判所の経験あるいは知見によって、判断は可能になってくるという気がします。

何よりも、この運用にあたっては、アメリカ型のディスカバリーのときに懸念されていた三つの事項は、やはり考えておかなければいけないと思うんですね。一つは、当たり前

のことで、自ら調査努力を全くしないで、相手方に負担を強いることになりかねないということ。これは、弁護士の倫理、あるいは信義則からいってあってはならないと思います。次に、トライアルまでの時間稼ぎ、さらには和解を強要するという懸念。かつては、株主代表訴訟において、そのようなことが懸念されることがありました。三つ目は、申すまでもなく、濫用のおそれ。これは、もちろん本人も権利を持っていますから、制度の趣旨が理解されないままに濫用されるおそれもあり、弁護士においても、これを多用することによって、弁護士費用の高騰という事態を招くこともあり得る。そういうことを考えた上で、どうしてもこれを使わなければいけないかという点は、謙虚に判断していくべきではないかという気がします。

（後藤） 実際は、文書送付嘱託等しか認められていないということなのですが、やはりどうしても判断が典型的にならざるを得ないというようなことがあるのでしょうか。

（門口） 実情については不案内ですが、先ほどの趣旨から想像しますと、どうしても硬い判断になるのでしょうか。

（まとめ）

（後藤） そろそろ最後のまとめに入りたいと思います。このシンポジウムのテーマは、各制度についての必要性について、いくつか議論をしたい、あるいは少し見方を変えて見たいという観点からやっております。

制度ですので、制度間の関係とか、それぞれのすみ分けの問題があるかと考えております。この辺の基本的な考え方について、畑先生にそれぞれの制度間のバランスも含めて、お話を伺いたいと思います。

（畑） このあたりになってきますと、なかなか私としても十分考えがまとまっていないところでもあります。ただ、確かに今までの話にも出てきておりますように、それぞれの制度というのはバラバラに存在しているわけではなくて、全体として存在しているわけですので、全体のバランスとか、制度間の役割分担のようなことは、考える必要があるだろうというふうには思っております。

それとの関係で言いますと、今日取り上げられているいくつかの制度について、そもそも何が問題かというあたりについても、多少整理しておく必要があるだろうと思います。

つまり、一つには、訴訟の場で最終的に判断をするというときに必要な資料が得られるのか、揃えられる制度が整っているのかどうかという問題があらうかと思います。今日議論されたところと言えば、文書提出義務の範囲の問題であつたり、あるいは必要性の判断というもの、それに関わると思いますが、そのあたりはまさに最終的に必要な資料、適切な資料が得られるかどうかという、まさに深刻な問題であらうかと思います。

それと共に、今日議論された制度等においては、それをある程度前倒ししてすることはできないか。先ほど議論になった提訴前のシステムの類ですが、これはそれ自体によって、

まさに最終的に必要な資料が揃えることができるかどうかという問題というよりは、それを前倒しすることによって、例えば争点とか証拠の整理を円滑にできないかとか、そういうことが問題となっているように思います。

前者の問題、文書提出義務の範囲等の問題ですが、これはまさに適正な裁判ということと、一方において、文書であれば文書所持者の秘密の保護といったことが、まさに緊張関係に立つという局面であろうかと思えます。

これに対して、後者の問題、前倒しができないかといった類の問題については、これも重要な問題ではあるわけですが、もう少し全体として、うまい制度が組めないかどうかという問題ではないかと思っております。

全体的な印象を言えば、提訴前の制度というのは、なかなか難しいところがあるだろうと思っております。平成15年の改正というものに私も若干関わったのですが、あのときもいろいろな議論の末に、現在のような制度になり、それでは使われないのではないのかという懸念もあったわけですが、現にあまり使われていないというところがあります。

制度が実務でどのぐらい使われるかどうかというのは、ある種の流行りのようなものがあるのではないかともお見受けするわけで、今後使われていくこともあるいはあるのかもしれないかもしれませんが、なかなか原理的にというのでしょうか、難しいところはある。これは避けられないところがあるように思います。弁護士会照会などもそうなのですが、どうしても訴訟提訴前、あるいは訴訟外の制度というのは、なかなか強力なものを設けるというのが難しいという面があります。

今日もお話に出たと思いますが、とりわけ照会先、嘱託先が本当に応じる義務があるのかどうかということを自ら判断しなければいけないということになりやすいわけでありまして、判断を誤って情報を出してしまうと、それはそれで責任は問われるという可能性もあるわけでありまして。

そういうことだとすると、なかなか出さないからと言って制裁を科すという制度というのは、なかなか難しいところがあります。かといって、提訴前、あるいは訴訟外の制度において、義務が本当にあるのかどうかということをきっちり判断するという制度を設けるということになると、それはそれで前倒しのための制度としては、やや重すぎるのではないかという話にもなるわけでありまして。

したがって、提訴前、訴訟外の制度については、なかなかよい考えが浮かばず、そうするとある程度謙抑的に考えていかざるを得ない面があるのではないかと思っているところでもあります。全体像というようなお話はできていないと思うのですが、さしあたりはこの程度であります。

(後藤) いよいよ最後になりました。門口先生、感想というのも変な言い方ですが、よろしく願います。

(門口) ありがとうございます。感想を申し上げる前に、今回のテーマに関して一言付け加えさせていただきます。

先ほど、証拠調べの必要性について、硬い意見を述べましたが、裁判官の思考の中では、公平性を大事にするという思いが強くあって、同じ事項については同じ判断あるいは同じ取扱いをするということがあります。それと共に、ネガティブな事情や病理の現象に当たりますと、あるいはそのようなことが予想されますと、どうしてもそのような事態は避けたいと考える傾向があります。たとえば、書証の必要性についていえば、ひところは書証がドサッと出て、とりあえず採用しておくという取扱いがされることがあって、特に控訴審からみますと、どうしてこのような書証が必要なのだろうか、なんと無駄な時間と労力を浪費したものかと思うことが多々ありました。そのような場合に、弁護士さんの立場として、ベストエビデンスを目指して選別していただきたい、裁判所としても、安易に証拠調べを進めることは避けたいと思ったものです。そういう意味でも、必要性は、証拠調べに通有する要にあるということをお思い出した次第です。

さて、最後になりましたが、感想を申しますと、まず、このような機会を与えていただいて、大変勉強になりました。このような機会をお受けしていますのは、また、いただいたいろいろな座談会とかの企画にも出させていただいていますのは、できるだけ裁判所あるいは裁判の见えない部分、その一つに心証の形成や判断に至る過程がありますが、これを表に現すことが、裁判を身近にし、わかりやすい裁判、あるいは頼りがいのある裁判を目指すためにも必要であるとお考えるからです。その意味でも、今日は私にとっても非常にいい機会だったとおもっております。

最後にお願ひで恐縮ですが、やはり弁護士の皆さんには、ぜひプロフェッショナルとして、現行のツールを最大限利用していただいて、そのためには、現行法の枠内でできるだけ工夫をしていただいて良いプラクティスを築いていただきたい。そして、それをぜひ若い弁護士さん伝承していただきたいと感じています。

そして、それを実現するために、裁判所といろいろな場面を通じて、コミュニケーションを図っていただきたいと、最後にお願ひしたいと思います。

(後藤) では、畑先生お願ひします。

(畑) 私のほうは、情報提供を忘れていたことがございました。今日議論してきたような問題というのは、学会的に言えば、事案解明義務といった言葉を使つて、これはかなり前から、平成8年改正があったからということではなくて、かなり前から議論されてきたところでもあります。

それとの関係で、今日出てこなかった話としては、例えば、証明責任を負わない相手方に主張や立証を要求するという考え方も、その中で議論されております。これもご存じのとおりだろうと思いますが、最高裁でも伊方原発訴訟判決というもので判例の理解は分かりますが、非常に情報、証拠が偏っている場合には、相手方に主張、立証を促すという考え方が示されたことがございます。

それから、もう一つだけ、訴訟法的な、あるいは弁護士法的な手段とは別に、実体法上情報を求める権利を認めるという行き方も存在するところでもあります。日本ではあまりそ

ういう明文規定は多くないのですが、例えば、しばらく前に認められたインターネット上の発信者情報開示でしたでしょうか、そういう形で、個別的に問題を解決していくというやり方もあり得るということを補っておきたいと思います。

関連する仕組みの全体像という意味では、これらも視野に入れて考えることになるということです。

（後藤） 私からも一つ追加させて下さい。資料29頁（29／81）にも記載しているのですが、平成8年改正後、訴えを提起する側は、その請求内容を具体的に定立しなければならないとされ（規則53条1項）、被告側も、それに対応した答弁書、準備書面を作成しなければならない（規則79条から82条）とされています。つまり、原告被告の双方とも、具体化した主張を構築する必要（主張の具体的定立義務）があり、また、裁判におけるその適正と迅速という二つの要請に応えることは、裁判制度を利用しようとする者の義務であり、この義務は、裁判所に対する関係とともに相手方に対する義務であると考えられます。そして、争点整理段階では主張と証拠を結合させて提出しなければなりませんし、審理の充実とそのための証拠収集手段の拡充が図られようとしているものと思います。今日のシンポジウムでも最初に議論された「相手が情報を欠くということを奇貨として勝訴することは妥当ではない」という訴訟観の下では、主張について具体的定立義務を負う当事者からの相手方に対する協力要請の一つである必要な資料や情報の提供要請に対し、要請を受けた者が合理的な理由も無くこれを拒絶することは訴訟上の信義則に反すると考えられます。その点を十分に意識していただきたいということです。

むろん、自らは何もすることなく相手に求めることを許すとするものではありませんから、その辺りの感覚を皆さんがお持ちになる必要があると思いますが、この点を最後に追加させていただきました。

それでは、これにてシンポジウムを終わりにしたいと思います。どうもありがとうございました。（了）

シンポジウム

民事裁判における情報・ 証拠収集方法の確立に向けて

◇開催日 2018年9月4日（火）午後5時45分～午後8時

◇会場 弁護士会館17階1701会議室

コメンテーター

畑 瑞 穂（東京大学大学院法学政治学研究科教授）

門 口 正 人（弁護士・元名古屋高等裁判所長官）

コーディネーター 後 藤 裕（民事司法改革総合推進本部・福岡県弁護士会）

開会挨拶 安 井 規 雄（日本弁護士連合会副会長・東京弁護士会）

● 基 調 報 告

報告者 津 田 顕一郎（民事司法改革総合推進本部・東京弁護士会）

● 分 野 別 報 告

①「弁護士会照会」

報告者 石 黒 清 子（民事司法改革総合推進本部／東京弁護士会）

②「当事者照会、提訴前照会」

報告者 永 石 一 恵（民事司法改革総合推進本部／東京弁護士会）

③「調査囑託・文書送付囑託、提訴前証拠収集処分」

報告者 山 岸 泰 洋（民事司法改革総合推進本部／東京弁護士会）

④「文書提出命令」

報告者 中 嶋 弘（民事司法改革総合推進本部／大阪弁護士会）

閉会挨拶 小 林 元 治（民事司法改革総合推進本部本部長代行・東京弁護士会）

主催 日本弁護士連合会

目次

基調報告（津田顕一郎） p. 1/81
-------------	---------------

分野別報告

①「弁護士会照会」（石黒清子） p. 10/81
（資料）弁護士会照会制度統計（『弁護士白書2017年版』より） p. 25/81

②「当事者照会と提訴前照会」（後藤裕・永石一恵） p. 27/81
--------------------------	----------------

③「調査嘱託・文書送付嘱託，提訴前証拠収集処分」（大坪和敏・山岸泰洋） p. 53/81
-------------------------------------	----------------

④「文書提出命令」	
・「文書提出命令の現状と課題」（中嶋弘） p. 66/81
（別紙）「文書提出命令申立が、必要性なしとして却下された事例」 p. 75/81
・「知的財産関係訴訟における書類提出命令の実態と近時の改正」（川田篤） p. 78/81

基調報告

津田 顕一郎（東京弁護士会）

- 第1 本シンポジウムの目的
- 第2 民事訴訟法改正と証拠収集方法の拡充
- 第3 証拠収集方法の現状と問題点
- 第4 日弁連等による改正提案
- 第5 証拠収集方法のさらなる拡充に向けて

第1 本シンポジウムの目的

裁判の事案解明力を高めるためには、提出されるべき証拠がすべて提出される必要がある。また、証拠が偏在する当事者間においては、証拠を有しない当事者に証拠収集の手段を保障する必要がある。証拠収集方法が公平且つ充実したものであることが、裁判の事案解明力を高め、ひいては裁判を利用する国民の納得と満足につながる。

民事訴訟法の平成8年改正（新法制定）により、文書提出命令の提出義務の拡大が図られるとともに、当事者照会制度が導入された。さらに平成15年改正により、訴えの提起前における照会、及び訴えの提起前における証拠収集の処分の各制度が新設された。しかし、これら証拠収集方法の拡充を目指した新制度は、十分に活用されているとは言い難い。

他方、平成15年に個人情報保護法が施行されて以降、個人情報保護の考え方が社会に浸透し、従来に増して強制力のない手段による証拠収集が困難になり、法令に基づく各種照会に対する不当な回答拒否事例も増えている。

平成8年に誕生した現行民事訴訟法の施行20周年を迎えた現在において、拡充の方向で改正されてきた証拠収集制度が、期待された機能を果たしているのか、事案解明力を高めるものとなっているのか、その現状と問題点を明らかにするとともに、証拠収集の拡充のための運用上、法律制度上の課題等について、将来に向けた実務的な検討と提案を行うため、今回のシンポジウムを開催するものである。

第2 民事訴訟法改正と証拠収集方法の拡充

1 平成8年の民訴法改正（平成10年1月施行）

平成8年に誕生した現行民訴法は、「民事訴訟に関する手続を社会の要請にかなった適切なものとするとともに、民事訴訟を国民に利用しやすく、分かりやすいものとし、もって適正かつ迅速な裁判の実現を図る」ことを目的

として制定された¹。

改正の主要点としては、争点および証拠の整理手続の整備，及び，証拠収集手続の拡充などがあった²。証拠収集手続の拡充に係る具体的な改正は以下の2点である。

①文書提出義務の一般義務化（民訴法220条以下）

②当事者照会制度の新設（民訴法163条）

特に当事者照会制度の新設は、一方当事者からの照会に対して他方当事者が回答する信義則上の義務（民訴法2条）を課し、その有利・不利を問わず情報の共有を促すものであった。高橋宏志教授は、この民訴法改正を機に、「相手方が情報を欠くことを奇貨として勝訴するのは妥当でない（公正・公平でない）という思想，ものの考え方への転換」があったと評している³⁴。

また、平成8年改正と同時に民事訴訟規則も整備され（53条，79条ないし82条），相手方の主張する事実を否認する場合にはその理由を記載しなければならないこととされた（民訴規則79条3項）。

2 平成15年の民訴法一部改正（平成16年4月施行）

平成13年6月に公表された司法制度改革審議会の最終意見書は、民事訴訟事件の審理期間を概ね半減することを目指し、計画審理の推進とさらなる

¹ 法務省民事局参事官室編『一問一答 新民事訴訟法』（商事法務研究会，平成8年）5頁。

² 平成8年改正時の議論においては、争点整理手続の導入と証拠収集手続の拡充は「アメとムチ」ないし「車の両輪」であると言われていた（「民事訴訟の迅速化に関するシンポジウム（上）」判タ1366号14頁〔山浦善樹発言〕）。すなわち証拠収集手段が拡充されたことによって相手方の情報も早期に入手することができ、早期に事案全体を見通せるようになる（以上が「アメ」），だから早期の争点整理（「ムチ」）も可能となるのだと言われていた。

³ 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）〔第2版増補版〕』（有斐閣，平成26年）70頁。高橋教授は平成30年2月19日開催の大阪弁護士会によるシンポジウム（民事訴訟法施行20年を迎えて～争点整理等における現状と課題，あるべき姿）においても、「平成8年の新民事訴訟法の大きな歴史的な一歩は、事実関係について両当事者が共通に平等にアクセスできるとする点にあります。当事者照会制度や証拠収集手続の拡充など、共通に事実を把握した上で法律家としての技量を競うことになりました。事実面において相手方が事実アクセスできない，証拠を持っていない，それで結果としてこっちが勝つということはよくないのだということは現行民事訴訟法上は明確に示されている」と発言している（判タ1447号23頁）。

⁴ 東京高決平成10年10月5日判タ988号288頁は、貸出稟議書の文書提出義務が争点となった事案において、「民事訴訟法二条の趣旨に照らせば、本来、少なくとも当事者たる所持人は、このような文書を自発的積極的に提出すべきものであり、これを拒む者についてその提出義務を（ママ）認めないことは、わが国の法律社会としての成熟を阻害することになる。」と判示し、一般義務化された文書提出義務の趣旨を敷衍している。

証拠収集方法の拡充を求めた⁵。これを受けて平成15年の民訴法一部改正では、証拠収集方法の拡充を目的として以下の制度が新設された。

③訴えの提起前における照会（民訴法132条の2，132条の3）

④訴えの提起前における証拠収集の処分（民訴法132条の4）

また、平成15年の民訴法一部改正とあわせて、「裁判の迅速化に関する法律」が平成15年7月9日に成立し、同月16日に公布・施行された。

第3 証拠収集方法の現状と問題点

1 当事者照会、訴え提起前における照会及び証拠収集の処分

平成8年と平成15年の改正により設けられた当事者照会や訴え提起前の照会及び証拠収集の処分ではあるが、実務上、その利用は低調である。

その理由については様々に論じられている。

訴訟係属中の当事者照会については、求釈明により代替できること、回答拒絶に対する制裁がないことなどが指摘されている。訴え提起前の照会については上記2点に加え、提訴予告通知によって関係がより敵対的になって和解等が難しくなることなどが指摘されている。さらに訴え提起前の証拠収集の処分については、提訴予告通知の負担のほか、証拠としての明白な必要性や証拠収集の困難性が求められるなど要件が厳しいこと、制度自体が周知されていないことが指摘されている⁶。

このほか、当事者間の証拠開示が進まない理由として、弁護士倫理上の真実義務と、民訴法上の証拠収集手続との関係が理論的に確立していないことも挙げられている⁷。

2 弁護士会照会

当事者照会など民訴法上の証拠収集手続の利用が低調である一方、近時ますます利用されているのが弁護士法23条の2に基づく弁護士会照会である。

弁護士会照会は、提訴とは無関係に利用できることや、相手方に知られることなく情報収集をすることができる（密行性）ことから、証拠収集手段と

⁵ <https://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/index.html>。平成15年改正も、平成8年改正と同様に、証拠収集手続の拡充（アメ）によって両当事者が十分な証拠や情報を共有した上で訴訟進行について見通しを持っていることを前提として、計画審理による裁判迅速化（ムチ）を図る趣旨であったといえる。

⁶ 小林秀之・群馬弁護士会編『証拠収集の現状と民事訴訟の未来』（悠々社、平成29年）59頁以下のパネルディスカッション参照。

⁷ 加藤新太郎編著『民事事実認定と立証活動 第I巻』（判例タイムズ、平成21年）299～300頁〔馬橋隆紀発言〕。

しての利便性が高い。愛知県弁護士会が弁護士会照会の照会先を相手取り報告義務の確認を求めた訴訟⁸は現在上告審に係属しており、仮にかかる報告義務が最高裁でも認められれば、より幅広い回答が期待できるようになる。

もっとも、回答拒絶に対する制裁がないことは当事者照会等と同じであり、実効性確保に向けた当事者（照会申出弁護士）及び弁護士会による努力は欠かせない。

3 文書送付嘱託，調査嘱託

裁判所による文書送付嘱託（民訴法226条），調査嘱託（同法186条）についても，提訴後の証拠収集手段として広く活用されている。

調査嘱託においては，裁判所は内外の官公署や取引所などの団体に対して調査を嘱託することができ，嘱託先はそれに応じて回答すべき公法上の義務を負うものと解されている⁹。他方，文書送付嘱託は書証申出の一方法として規定されているが，現在の実務においては書証の申出そのものではなくその準備行為と考えられており，嘱託を受けた者はそれに応じるべき公法上の義務を負うものと解される¹⁰。

ただし，調査嘱託，文書送付嘱託のいずれについても，回答拒絶に対する制裁がないことから，正当な理由なく回答を拒絶された場合の対応が問われている¹¹。立法論としては，現在の調査嘱託に加えて，より厳格な手続を課して回答拒絶に対する制裁を伴う「調査命令」を設けることも提案されている¹²。

⁸ 名古屋高判平成29年6月30日判時2349号56頁（愛知県弁護士会が日本郵便株式会社を相手取り提起した訴訟）は，転居届の有無及び届出年月日並びに転居届記載の新住所（居所）について，弁護士会照会に対する報告義務があることを確認する旨を言い渡した（上告，上告受理申立て）。

⁹ 門口正人編『民事証拠法大系（5）』（青林書院，平成17年）147頁。

¹⁰ 学説上は，文書送付嘱託を受けた者が官公署又は公務員である場合には嘱託に応ずべき義務を負う一方，私人である場合はその義務はないと論じられてきた。しかし，民訴法の法文からは嘱託先の属性によって応諾義務の有無を論じ分ける理由は見出せないし，数次の民事訴訟法改正によって証拠収集方法の拡充が行われてきたことからすると，私人についても文書送付嘱託に応じるべき公法上の義務があるというべきである（小島浩＝小野寺健太＝城阪由貴「個人情報保護法制と文書送付嘱託」判タ1218号（平成18年）24頁と同旨）。

¹¹ 文書送付嘱託を拒絶し得る場合（正当な理由がある場合）を具体的に検討した論考として，近藤昌昭＝足立拓人「裁判所から文書送付の嘱託を受けた文書所持者がその嘱託に応ずべき義務について」判タ1218号（平成18年）31頁。

¹² 座談会「現代における裁判所の情報収集や裁判のための証拠等収集の在り方をめぐる問題」（論究ジュリスト2018年／春号（25号））140頁〔菱田雄郷発言〕。

4 文書提出命令

文書提出命令については、平成8年改正による文書提出義務の一般義務化及びその後の判例の積み重ねにより、一定の証拠開示機能を果たしている。

しかし、現在の文書提出命令申立ては（いわゆる証拠収集方法ではなく）証拠の申出方法の一つとして位置付けられており（民訴法219条）、証拠調べの必要性（民訴法181条1項）を裁判所に厳しく審査されるため、「必要性なし」という理由で却下されることも多い¹³。

文書提出命令申立ての証拠収集方法としての機能を正面から認めた上で、証拠調べの必要性をより柔軟に認める方向性が求められている。

第4 日弁連等による改正提案

1 弁護士会照会についての改正提言

日弁連は、平成20年2月29日付けで、「司法制度改革における証拠収集方法拡充のための弁護士法第23条の2の改正に関する意見書」を公表した¹⁴。

その概要は、①照会先からの報告内容の目的外使用を禁止する、②照会申出について所属弁護士会が審査権限を有することを明確にする、③照会先の報告義務を明文化し、報告しない場合には「正当な事由」の疎明義務を負わせる、④照会先が報告しない場合に弁護士会が日弁連に審査を求めることができ、日弁連が「正当な事由」がないと判断したときには日弁連が照会先に報告を勧告することができるようにする、というものであった。

2 文書提出命令及び当事者照会等についての改正提言

日弁連は、平成24年2月16日付けで、「文書提出命令及び当事者照会制度改正に関する民事訴訟法改正要綱試案」を公表した¹⁵。

まず、文書提出命令に関する改正提言の概要は、①除外事由の存在の立証責任が文書の所持者にあることを明確にする、②利用文書及び法律関係文書を義務の対象文書から除外する、③自己利用文書を除外事由から削除する、④刑事関係文書を除外事由から削除する、⑤個人の私生活上の重大な秘密が記載された文書を新たな除外事由とする、⑥弁護士等と依頼者の間の協議又は交信にかかる事項を証言拒絶権の対象とした上で、その事項が記載された文書を新たな除外事由とする、というものであった。

¹³ 「民事訴訟の迅速化に関するシンポジウム（下）」判タ1366号17頁〔三木浩一発言〕。

¹⁴ <https://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2008/080229.html>

¹⁵ https://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2012/120216_4.html

また、上記要項試案では、文書提出命令等における文書所持者の利益を損なうことを避けることなどを目的として、特許法の制度を参考にした「秘密保持命令制度」の導入もあわせて提言された。これは、いわゆる営業秘密や個人の私生活上の重大な秘密が準備書面又は証拠に含まれる場合に、当事者又は文書の所持者の申立てにより、当該秘密を訴訟追行の目的以外の目的で使用したり第三者に開示したりしてはならない旨を命じることができる、という内容であった。

さらに、当事者照会に関する提言の概要は、①相手方の回答義務を明記し、回答拒絶の場合にはその理由を書面により通知する義務を負わせること、②正当な理由なく回答拒絶された場合などには、照会当事者の申し出により、裁判所が相手方に回答を促すことができるようにすること、③裁判所の促しにかかわらず相手方が回答に応じない場合には、裁判所は相当と認めるときに決定により回答を命じることができ、この命令に従わない場合には過料制裁を科すことができるようにする、というものであった。

3 日弁連と最高裁との間の協議の経過

日弁連は最高裁との間で、平成26年10月以降7回にわたり上記改正提言の内容について協議を行ったが、最高裁側からは多くの検討課題が示された¹⁶。たとえば、当事者間でのやり取りを前提とする当事者照会について裁判所が関与することの是非や、決定を出す場合の具体的要件について、さらに検討を要するという見解が示された。

4 研究者、実務家からの改正提案

そのほか、民訴法研究者や実務家により、「早期開示制度」¹⁷等の改正提案もなされている（三木浩一＝山本和彦編『民事訴訟法の改正課題』（有斐閣、平成24年））。

第5 証拠収集方法のさらなる拡充に向けて

1 現行民訴法の理念と真実発見協力義務

現行民訴法は、当事者照会制度を設けたことなどによって、（高橋教授の言葉を借りれば）「事実面において相手方が事実にはアクセスできない、証拠を持っていない、それで結果としてこっちが勝つということとはよくない」と

¹⁶ 日弁連と最高裁との間の協議経過について、日下部真治「証拠収集の充実・強化に向けて」（小林秀之・群馬弁護士会編『証拠収集の現状と民事訴訟の未来』（悠々社、2017年）131頁以下）参照。

¹⁷ 争点整理の早期の段階で、訴訟に関連する文書にかかる情報を相手方に提供する義務。文書目録を作成する方法が提案されている。

いう思想ないし理念を持つに至った。当事者に争いのある事項についての判断が真実に則した適正なものであることは、裁判に対する基本的な要請の一つであり、現行民訴法の理念はかかる要請を推し進めるものである。山本和彦教授は、現行民訴法のかかる理念の下では、当事者は「真実発見協力義務」、すなわち「少なくとも相手方からの申出や要請があればそれに応じなければならない」という義務を負うと解している¹⁸。

また、前記のとおり平成8年改正及び平成15年改正は、争点整理手続などによって裁判の迅速化を図るものであったが、一方当事者が正当な理由もなく情報や証拠開示に協力しなければ、情報・証拠の共有化は進まず、早期の争点整理など実現し得ない（これを当事者の視点からみれば、相手方が情報・証拠開示に応じないことによって迅速な訴訟審理を受ける期待を害される結果となる。）。

そうすると、現行民訴法の下では、一方当事者による情報・証拠収集に対して相手方には協力する義務があり、たとえば「証明責任を負わないこと」や、「自分にとって不利な情報であること」のみを理由とする協力拒否は信義則（民訴法2条）上許されないと考えられる¹⁹。

民事訴訟の代理人としては、現行民訴法の理念と、迅速で充実した審理を実現するためには早期の段階における証拠の共有化が必要であることを再認識し、それに則った訴訟活動が求められるのではないだろうか。

なお、弁護士職務基本規程5条は、弁護士は「真実を尊重」する、すなわち真実義務を負うと規定している。ここでいう真実義務の内容は、真実を積極的に主張しなければならないという積極的な義務ではなく、真実に反することを知りながら、ことさらに自己の主張を展開して証拠を提出したり、あるいは相手方の主張を争って反証を提出したりすることは許されないという消極的な義務を意味すると解されている（日弁連弁護士倫理委員会『解説 弁護士職務基本規程 第3版』（日弁連，平成29年）11頁。同規程75

¹⁸ 山本和彦「新民事訴訟法と真実の発見」，東京弁護士会民事訴訟問題等特別委員会編著『当事者照会の理論と実務』（青林書院，平成12年）145頁以下。

¹⁹ 当事者照会は証明責任を負わない当事者に対しても回答義務を課しているし、そもそも証明責任は要件事実が最終的に証明できなかった場合において一方当事者が負担する危険ないし不利益のことであり、「証明責任を負わないこと」は情報・証拠収集の場面における相手方への協力義務を免除する理由にはならない。

シンポジウム「民事裁判の審理における基本原則の再検討」における越山和広報告（民事訴訟雑誌57号（平成23年）118頁）は、「迅速で充実した訴訟審理を受けることについて当事者双方は平等に正当な期待を有している，したがって，その期待を裏切るような相手方の行為は信義則上認められず，信義則上そのような期待を害さない義務がある」と論じる。濱崎録「民事訴訟における情報の収集と相手方の協力義務」民事訴訟雑誌63号（平成29年）243頁以下も概ね同旨。

条参照)。しかし、民訴法上の当事者照会制度及び上記１の「真実発見協力義務」は、証拠開示の要請には依頼者の有利・不利を問わず応じるべきという内容を含んでいる点で、弁護士倫理上の「真実義務」の解釈に修正を迫るものではないだろうか²⁰。民訴法と弁護士倫理の関係についても、今後さらに議論を深める必要がある。

２ 証拠調べの方法から証拠収集方法へ

旧民訴法は、当事者に対して証拠収集の方法を明示的には保障していなかった。平成８年及び平成１５年の改正で新設された当事者照会や訴え提起前の証拠収集の処分等は、当事者による証拠収集方法を不十分ながらも制度化するものであった。しかし、前記のとおり、施行から２０年経過したいまも当事者照会等の利用は進んでおらず、実務においては、改正前から存在した文書提出命令（民訴法２１９条）や文書送付嘱託（同２２６条）の申立て等が証拠収集手段としてひろく用いられている状況にある。

しかし、文書提出命令や文書送付嘱託の申立ては、民訴法上、証拠収集方法としてではなく証拠の申出方法（証拠調べの方法）として位置付けられているため²¹、争点が明確になっていない段階で申立てをしても、（特に文書提出命令申立てについては）早期の決定を得られないことも多い。また、裁判所は特に文書提出命令申立に際して、証拠調べの必要性（民訴法１８１条１項）を厳しく審査する傾向があり²²、それが文書提出命令申立を通じた証拠収集を阻んでいることは否めない。

文書提出命令申立が証拠収集という「機能」を果たしているという現在の実務、早期の争点整理（迅速な裁判）の必要性、及び文書提出命令申立を代替し得るような証拠収集手続が用意されていないことに鑑み、文書提出命令申立に係る証拠調べの必要性は、事案の性質（証拠偏在の程度）や審理の進捗状況に応じて、より柔軟に認められるべきである。

²⁰ このほか、真実発見のために当事者に一定の義務ないし責任を課す制度が弁論主義に反しないかという点も問題になり得るが、山本和彦教授は、「弁論主義は実体法上の私的自治（処分権）に由来しており、当事者にとって有利な（処分可能な）事実・証拠について、その事実・証拠の提出を支配し、それらを処分する自由に関するものであるので、本来不利な事実の扱いについてはその対象とするものではない」として、かかる制度が弁論主義に反することはないと結論付けている。前掲注１８の山本和彦「新民事訴訟法と真実の発見」１３５頁。

²¹ 前掲「民事訴訟の迅速化に関するシンポジウム（上）」判タ１３６６号１５頁の山浦善樹発言、同１７頁の三木浩一発言。

²² 前掲「民事訴訟の迅速化に関するシンポジウム（上）」判タ１３６６号１５頁では、証拠調べの必要性が、実務上、「必要・不可欠」という程に高度の必要性が求められる傾向があると指摘されている〔山浦善樹発言〕。

【参考文献】

(出版時系列順, 本文引用のものを含む)

法務省民事局参事官室編『一問一答 新民事訴訟法』(商事法務研究会, 平成8年)

小林秀之編著『[新版] Q&A 平成16年4月1日施行 民事訴訟法の要点—計画審理の推進と証拠収集方法の拡充など—』(新日本法規出版, 平成16年)

加藤新太郎編著『民事事実認定と立証活動 第I巻』(判例タイムズ, 平成21年)の「第4章 証拠・データ収集の方法と事実認定」

三木浩一・山本和彦編『ジュリスト増刊 民事訴訟法の改正課題』(有斐閣, 平成24年)

小林秀之・群馬弁護士会編『証拠収集の現状と民事訴訟の未来』(悠々社, 平成29年)

「特集 次の世代の民事訴訟法に向かって」論究ジュリスト24号(有斐閣, 平成30年)

以上

第1 弁護士会照会とは？

弁護士会照会は、弁護士が受任事件について証拠を収集し、事実を調査する等、職務活動を円滑に遂行処理できるよう、昭和26年に弁護士法の一部改正（議員立法）により創設された法律上の制度である。

1 根拠規定

弁護士法23条の2には、次のように規定されている。

1項 「弁護士は、受任している事件について、所属弁護士会に対し、公務所又は公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めることを申し出ることができる。申出があった場合において、当該弁護士会は、その申出が適当でないと認めるときは、これを拒絶することができる。」

2項 「弁護士会は、前項の規定による申出に基き、公務所又は公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めることができる。」

2 制度趣旨

前記のとおり、弁護士会照会は、照会申出弁護士の受任事件を前提としていることから、弁護士の依頼者や弁護士自身の利益のための制度であるという誤解を受けやすいが、決してそうではない。それらは結果として得られることがありうる効果にすぎず、あくまでも、弁護士会照会は、弁護士が基本的人権の擁護と社会正義の実現を使命としている（弁護士法1条）ことに鑑み、受任事件の当事者の立場から真実の発見と公正な判断の実現に寄与するという公共的な利益のために設けられたものである。

第2 弁護士会照会制度の運用状況

1 利用件数

弁護士会照会制度は、現在（平成29年の1年間）、全国の弁護士会で年間約21万0862件利用されている。平成18年には7万0427件であった利用件数が、この11年間で約13万件の増となっている。この数字は、同制度がいかに弁護士の職務遂行、さらには司法制度の適正な運営のため重要な役割を果たしているかを示すものといえよう。

2 報告拒否事例の実態

弁護士にこれほど利用されている弁護士会照会制度であるが、実際には、照会先から報告がこない、あるいは無視されるという事例も少なくない。典型的な報告拒否事例としては、国税局や税務署に

対する特定人の収入や課税所得等に関する照会，金融機関に対する特定人の預金の有無・残高・取引履歴の照会等である。これらの事項の中には，調査嘱託の申立て（民訴１８６条）等によれば報告が得られるものもなくはないが，国税局や税務署等は，関係者が同意した調査嘱託に対しても通常報告を拒否している。

3 報告拒否の背景

弁護士会において必要性及び相当性を審査した上で発出される照会であっても，裁判においては，照会先も独自に照会の必要性和相当性の判断を適正に行ったかどうか問われる。それゆえ，誤って報告したことによりプライバシー等の他人の権利を侵害すれば，損害賠償責任を負わされる可能性がある。他方，報告を拒否しても制度上，履行を強制する規定も制裁規定も存在しない。そのため，安易な報告拒否も少なくないというのが実状である。

現在（平成２７年）の拒否率は約５％，数字の上では決して高くはないのかもしれない。

しかし，弁護士会照会制度の利用には費用（弁護士会によって異なるが，東京弁護士会，第一東京弁護士会及び第二東京弁護士会では消費税別で手数料７０００円＋往復の郵便代）がかかるため，各弁護士会の受付窓口では，これまでの経験を踏まえ，拒否されることが明らかな照会先，あるいは拒否される可能性の高い照会先については，会員である弁護士に情報を提供し，注意喚起を行っている。その結果，このような照会先に対しては，弁護士が自主規制し，そもそも照会申出を行っていないという実態がある。これらの多くは，弁護士会が照会先に対し，不当な報告拒否であるとして苦情を申し入れても，改善されていないケースである。

それゆえ，統計的な数字に表れない潜在的な拒否事例も含めると，弁護士会照会制度の存在意義を没却してしまうような不当な報告拒否事例はやはり少ないとはいえない。

4 報告拒否事例に対する対応

弁護士会照会制度において照会権限を有しているのは各弁護士会であって日弁連ではない。そのため，不当な報告拒否についても，各弁護士会がそれぞれの会内規定に基づき苦情を申し入れる等して対応している。

しかし，それでは効率的とはいえないし，自ずと限界もある。それゆえ，各弁護士会に対する指導，連絡，監督事務等を担う日弁連においても，独立の委員会を組織し，弁護士会照会制度全国担当者連絡協議会を年に一回開催，あるいは各弁護士会の審査担当者で構成されるメーリングリストを運用して意見交換を行うとともに，全国の弁護士会から拒否事例等を収集して運用実態を把握し，拒否理由の分析を行い，全国規模で典型的に認められる不当な報告拒否事

例については、照会先と懇談会を実施して、照会制度の趣旨、運用実態及び双方が抱える問題意識等について相互理解を深め、不当な報告拒否を減らすよう日々務めている。

こうした各弁護士会や日弁連による地道な努力の甲斐あって、最近では、銀行等金融機関も、債務名義に基づく執行のための口座照会に応じるようになってきている。弁護士会照会制度の利用が、過去10年間に10万件以上増加しているのも、こうした努力の成果といえよう。

第3 弁護士会照会制度の概要

1 照会手続の流れ

照会権限は各弁護士会にあるとされていることから、照会申出手続は、各弁護士会ごとに定められている規則等に遵うことになるが、一般的な手続の流れは、およそ次のとおりである。

照会申出は、弁護士が受任事件に関して照会先と照会事項を特定し、照会を求める理由とともにこれらを記載した照会申出書を所属弁護士会に提出して行う。

弁護士会は、当該照会申出の適否（照会の必要性及び相当性等）を審査し、適当であると認めた場合には、公務所又は公私の団体に照会事項について報告を求める。

照会を受けた公務所又は公私の団体は、改めて独自に当該照会の適否（照会の必要性及び相当性等）を検討し、適当と認めた場合に、弁護士会に対し照会事項にかかる報告を行う。

報告を受けた弁護士会は、照会申出弁護士に同報告内容を通知する。

照会申出弁護士は、弁護士会を通じて取得した報告の内容を検討し、必要と認めるときは、照会を求めた目的の範囲内で、これを書証として提出し、自己の主張事実の立証あるいは相手方主張事実の反証のための立証活動等に用いることになる。

2 照会権限をもつ弁護士会の審査体制

弁護士会照会を受けた照会先が報告を行えば、それによって、第三者のプライバシー等の利益が侵害され、照会先の利害にも重大な影響を及ぼす可能性がある。それゆえ、弁護士会照会では、制度の適正な運用を図るため、照会権限を個々の弁護士ではなく、当該弁護士の所属する各弁護士会に委ね、各弁護士会がその必要性和相当性について慎重に審査を行った上で、各弁護士会の会長名で照会を発出する仕組みになっている。

審査体制は、各弁護士会ごとに異なっているが、照会の必要性及び相当性を慎重に判断するため、現在では、いずれの弁護士会においても、弁護士会照会の審査は、当該弁護士会所属の弁護士によって

行われている。かつては、主に副会長等、各弁護士会の役員が行っていたが、近年では、審査基準の統一化や承継等を目的として弁護士会照会の審査を専門に担当する弁護士で組織された「調査室」や「審査室」を設けている（あるいは、設ける準備をしている）弁護士会が大多数である。

また、日弁連では、各弁護士会の審査担当者を集めて年に1回全国担当者連絡協議会を実施したり、全国の弁護士会の審査担当者で構成されるメーリングリストを運営することにより、情報の共有化を図るとともに、担当者が審査をする際の疑問点や問題点について随時、意見交換を行い、各弁護士会における審査体制の強化と審査基準の統一化に務めている。

3 弁護士会照会制度の特徴

(1) 受任事件の存在が前提

弁護士が弁護士会照会制度を利用するためには、受任事件が存在しなければならない（弁護士法23条の1第1項）。示談交渉や法律相談処理のためでもよいが、具体的な事件の受任を前提としない単なる調査のみを行う照会は許されていない（ex. 東京弁護士会照会申出審査基準細則4条3項）。また、訴えの提起、調停の申立て、民事保全の申立て等、裁判上の紛争解決手続利用の前後も問われることはない。

さらに、刑事事件であっても、捜査段階であると起訴後であるとを問わず利用が可能であり、刑事告訴事件でもよいとされている。

(2) 照会先は公私の団体

照会先は、公務所又は公私の団体であり、法人格の有無や規模の大小は問題とならない。個人は除外されるが、個人であっても、法律事務所、税理士事務所、個人経営の飲食店等、一つの組織体として社会的機能を営むと認められるものは照会先に含まれるとされている（ex. 東京弁護士会照会申出審査基準細則3条等）。

(3) 照会を求める理由

照会申出書には、照会を求める理由（争点、要証事実、照会を求める事項と要証事実との関連その他照会の必要性を判断するために必要な事項）を記載しなければならない（ex. 東京弁護士会照会手続申出規則3条等）。これは、照会に応じる必要性を照会先に理解してもらうとともに、照会を求める側の利益と秘密等を守られる側の利益を照会先が比較衡量するのに必要な情報を提供するためである。

後記のとおり、平成17年4月に「個人情報保護に関する法律」（以下「個人情報保護法」という。）が全面施行されて以来、守秘義務やプライバシーの保護等に過剰に反応し、報告に躊躇する照会先も存在することから、そうした照会先の不安を払拭しうるような記載が求められる。

(4) 照会事項

弁護士会照会は、専ら照会先が手持資料から即座に報告することができる事項にかかる照会を予定したものである。そのため、意見や判断を求めるような照会は許されておらず、照会先が手持資料から即答困難な鑑定や検証に代わる照会は許されていない（ex. 東京弁護士会照会申出審査基準細則 5 条 2 項，3 項）。

また、文書送付嘱託（民訴 2 2 6 条）のように、照会先が所持する文書の写しそのものの送付を求めることもできない。ただし、照会先が、報告に代えて、文書の写し等を送付してくることもあるので、報告に代えて、文書の写しを送付することを促す照会は認められている。

(5) 報告の目的外利用の禁止

弁護士会照会により得られた報告内容を、当該照会申出の目的以外に利用することは禁じられている（ex. 東京弁護士会照会手続申出規則 9 条等）。そのため、別事件に使用したり、流用したりしてはならない。

弁護士には法律上守秘義務があるが、受任事件の依頼者にはない。それゆえ、弁護士会照会により得られた報告書を、安易に依頼者に交付してしまうと、以後、当該報告書が一人歩きし、照会申出の目的以外に利用されてしまう危険性は捨てきれない。

特に、報告書を検討した結果、予定していた立証等には利用できない内容だったという場合には、そもそも依頼者にその報告内容をそのまま伝える必要があるのか、伝えなければいけないのかという点も問題となる。

いずれにせよ、報告書を裁判における書証として利用したような場合を除き、依頼者に報告書をそのまま交付したり、報告内容をそのまま知らせることには慎重でなければならない。

第 4 照会先の報告義務

1 報告義務の存在

弁護士会から照会を受けた照会先は、照会を行った弁護士会に対して報告をなすべき公法上の義務があり、照会先において、報告を拒絶する正当な理由がある場合に限り、その全部又は一部の報告を拒絶することが許されるにすぎない（最判平 28・10・18 判例集等未掲載。その他弁護士会に対する報告義務を認めた裁判例として、①岐阜地判昭 46・12・20 判時 664 号 75 頁，②京都地判昭 50・9・25 判時 819 号 69 頁，判タ 333 号 276 頁，③大阪高判昭 51・12・21 下民 27 卷・9～12 号 809 頁，判時 839 号 55 頁（②の控訴審判決），④東京高判平 22・9・29 判タ 1356 号 227 頁，⑤大阪高判平 19・1・30 判時 1962 号 78 頁，⑥広島高岡山支判平 12・5・25 判時 1726 号 116 頁等）。

2 報告義務存否の判断基準

報告拒絶が正当であるか否かの判断は、個別具体的な事案において、各照会事項につき、照会を求める側の利益と秘密を守られる側の利益を比較考量し、前者の側がまさると認められるか否かによってなされることになる（最判平 28・10・18 判例集等未掲載の岡部喜代子裁判官の補足意見）。

ここで検討されるべき照会を求める側の利益とは、本制度の趣旨からみて、照会に基づく報告によって得られる公共的利益（真実の発見と公正な判断への寄与）であり、秘密を守られる側の利益とは、守秘義務等によって守られるべきプライバシー等の利益である。

したがって、照会申出の審査を行う弁護士会や、照会を受けた照会先では、それぞれ、かかる利益の比較衡量を行い、照会の必要性及び相当性を判断することになる。それゆえ、弁護士が所属弁護士会に照会申出をする場合には、照会発出可否の審査を行う弁護士会や照会に基づき報告を求められた照会先が、それぞれ前記事由を比較考量した上で報告をなすべき照会であると安心して判断できるような情報提供を、照会を求める理由として明示しておく必要がある。

弁護士会が、照会申出の必要性及び相当性を総合的に判断する際の考慮要素としているのは、通常、次のような事項である（ex. 東京弁護士会照会申出審査基準細則 7 条等）。

- ① 当該秘密の性質と法的保護の必要性の程度
- ② 当該当事者（当該秘密を守られる側）と係争当事者との関係
- ③ 報告を求める事項（照会事項）の争点としての重要性の程度
- ④ 他の方法によって容易に同様な情報が得られるか否か

他方、当該判断に必要とされる範囲を超えて情報提供をしすぎてしまうと、照会申出ないしは照会自体が、かえってプライバシー等を侵害することになってしまう危険もあるので注意が必要である。

3 守秘義務との関係

よくみかける報告拒否理由の一つが公務員等に課せられた「守秘義務」の存在である。守秘義務を定めている法令は、国家公務員法 100 条第 1 項、地方公務員法 34 条第 1 項、所得税法 243 条、法人税法 163 条、相続税法 72 条、地方税法 22 条等、数多い。

しかし、このように明文で規定された守秘義務といえども、一切の例外が認められないわけではなく、守秘義務があるというだけでは弁護士会照会に対する報告拒否の正当理由には該当しない。

これは、最高裁が、昭和 56 年 4 月 14 日、守秘義務の対象事項である前科等にかかる弁護士会照会が問題となった事件の判決において、「前科等の有無が訴訟等の重要な争点となっていて、・・・照会して回答を得るのでなければ他に立証方法がないような場合には、・・・弁護士法 23 条の 2 に基づく照会に応じて報告すること

も許されないわけのものではない」と判示していることから明らかである。

また、弁護士会照会制度に基づく照会があった場合に、地方公務員が地方公務員法 34 条又は地方税法 22 条の規定にかかわらず、これらに規定する秘密に該当する事柄を報告することができるか否かを巡る「弁護士法第 23 条の 2 に基づく照会に関する質問主意書」に対する内閣総理大臣の答弁書においても、「秘密に該当する事項を開示することが正当視されるような特段の事由が認められない限り、秘密を漏らした者は・・・刑罰の対象となることから、照会に応じて当該事項を報告することは許されない」、「個別の事案において、秘密に該当する事項を開示することが正当視されるような特段の事由が認められるか否かを・・・判断するためには、弁護士会の照会の中で、照会に応じた報告を受けることによって得られる公共的な利益の内容がそれぞれの事例に即して具体的に明らかにされていることが必要であると考える」と述べられている（弁護士法 23 条の 2 に基づく照会に関する質問に対する内閣総理大臣の平成 13 年 4 月 6 日付答弁書〈内閣衆質 151 第 33 号〉）。そして、この答弁書では不十分であるとして衆議院法務委員会で行われた弁護士でもある佐々木秀典衆議院議員からの質問に対し、内閣法制局第一部長も、「地方公務員法第 34 条等に規定する秘密に該当する事項についてこれを開示することが正当視されるような特段の事由が認められる場合にまで弁護士会からの照会に対し回答することが許されない、という趣旨ではない」と明確に答弁しており（同年 5 月 18 日衆議院法務委員会での内閣法制局第一部長阪田雅裕氏の答弁）、守秘義務を負っていても、例外的に照会に応じて報告することが許される場合があることを認めている。

したがって、たとえ刑事罰という制裁の下、守秘義務が課されている事項について報告を求められた場合であっても、個別の事案毎に、守秘義務によって守られるべき利益と照会に基づく報告を受けることによって得られる公共的な利益とを比較衡量し、その結果、後者の方が勝るときは、照会先は報告をすべき義務を負う。そして、報告をすべき義務があると認められる場合において、照会を受けた照会先が、守秘義務の課されている事項について報告をしたとしても、違法性は阻却される。すなわち、守秘義務等が法定されていても、弁護士会照会制度に基づく照会に応じて報告することは例外的に許されており、この例外に当たるかどうかは、報告を拒否できる正当な理由があるか否かにかかっているところ、この正当理由の有無は前記比較衡量を行うことによって決せられることになる。このような比較衡量は、結局のところ、照会先が報告義務の有無を判断する場合一般に求められているものと変わりはない。

4 個人情報保護法等との関係

前記のとおり、弁護士会照会を受けた照会先には報告義務があるとはいっても、弁護士会照会制度には報告義務違反に対する制裁規定は存在せず、報告義務を強制する方法も用意されていない。むしろ、平成15年5月に公布され、平成17年4月に全面施行された個人情報保護法では、本人の同意を得ない利用目的外での個人情報の取扱い（同法16条）や第三者への個人情報の提供（同法23条）を禁止している。そのため、照会先が、個人情報の保護に過剰に反応し、判断を誤って損害賠償責任を負わされるリスクを恐れるあまりに、同法に基づき、安易に報告を拒否してしまうという不当な報告拒否事例も少なくない。

こうした現象は、弁護士会照会にとどまらず、人の生命、身体又は財産の保護のために個人情報が必要とされる等の場合にまで提供が拒否される等、社会問題化した。

そこで、内閣府国民生活局は、かかる「過剰反応」防止のための取り組みを行い、その中で、弁護士会照会は、同法が禁止した利用目的外での個人情報の取扱いや第三者への個人情報の提供の例外として許容される場合を定めた同法23条第1項1号の「法令に基づく場合」の中に含まれることを明確に示した（平成18年2月付け「個人情報保護関係省庁連絡会議説明資料」3，4頁）。

個人情報保護法の適用がない地方自治体、国の行政機関及び独立行政法人の保有する個人情報に関しても、個人情報保護法と同様、弁護士会照会は、保有個人情報の目的外利用や第三者提供を認める例外に該当するとされている（行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律8条1項、各自治体の個人情報保護条例、内閣府国民生活局企画課個人情報保護推進室「個人情報保護法に関するよくある疑問と回答」、法務省・総務省・経済産業省等作成の「個人情報保護に関するガイドライン」等）。

このように、個人情報保護法等に基づき保護の対象となる個人情報であっても、弁護士会照会制度に基づく照会に対して報告することは例外的に認められている。したがって、弁護士会照会を受けた照会先は、同法に該当することを理由として直ちに報告を拒絶することは許されず、報告を拒否できる正当な理由があるか否か、すなわち報告義務が免除されるかどうかは、やはり前記利益の比較衡量を行うことによって決せられることになる。

5 不当な報告拒否を争う方法

前記のとおり、弁護士会から照会を受けた照会先には、報告をなすべき公法上の義務があるとはいっても、報告を拒絶する正当な理由がある場合には、その全部又は一部の報告を拒絶することが可能である。しかし、照会先と弁護士会とでこの正当な理由の有無につ

いて判断が分かれたときは問題となる。

このような場合、照会権限をもつ弁護士会は、照会先に対し、不当な報告拒否であるとして苦情を申し入れたり、再照会をするなどして、諦めずに粘り強く交渉を続けているが、それでも、照会先との間で決着が付かない場合、最終的には裁判で別途、その当否を争う方法がなければ、制度の実効性は担保されないことになってしまう。

この点、平成28年10月18日、最高裁は、「弁護士会が23条照会の権限を付与されているのは飽くまで制度の適正な運用を図るためにすぎないのであって、23条照会に対する報告を受けることについて弁護士会が法律上保護される利益を有するものとは解されない。したがって、23条照会に対する報告を拒絶する行為が、23条照会をした弁護士会の法律上保護される利益を侵害するものとして当該弁護士会に対する不法行為を構成することはないというべきである。」と判示して、弁護士会が、報告拒絶の当否を争い、照会先に対し、不当な報告拒絶であることを理由に不法行為に基づき損害賠償を求めることはできないとした。

とはいえ、本判決も、「正当な理由のない報告義務違反により不法行為上保護される利益が侵害されれば不法行為が成立することもあり得るところである」と判示（最判平28.10.18判例集等未掲載の岡部喜代子裁判官の補足意見）している。これをみると、本判決は、弁護士会に対する不法行為の成立を否定しただけで、回答を拒否した照会先の損害賠償責任を一切否定したものではないと解されることから、照会申出弁護士もしくはその依頼者本人に対する不法行為成立の余地はまだ残されているようにも思える。

また、本判決は、被上告人の予備的請求である報告義務確認請求についてはさらに審理を尽くさせる必要があるとして、事件を原審に差し戻した。差し戻し審では、照会先の報告義務の存在を確認したため、今後、正当理由有無の当否は、報告義務確認請求という形で争われることになりそうだが、現在、同事件はまだ最高裁に係属中であることから、その判断がまたれるところである。

第5 他の民事訴訟法上の証拠収集方法等との相違

1 他の民事訴訟法上の証拠収集方法等

(1) 提訴前の証拠収集方法

①②ともに、訴えの提起を予告する通知（予告通知）を書面とした場合に、当該予告通知をした日から4月以内に限り可能。

① 提訴前当事者照会（民事訴訟法132条の2，3）

② 提訴前証拠収集処分（民事訴訟法132条の4）

文書送付嘱託，調査嘱託，専門家の意見陳述，執行官の現況調査

(2) 提訴後の証拠収集方法

いずれも提訴が必要。

④については、法定の要件が厳格。

① 当事者照会（民事訴訟法 163 条）

② 調査嘱託（民事訴訟法 186 条）

③ 文書送付嘱託（民事訴訟法 226 条）

④ 文書提出命令（民事訴訟法 221 条）等

(3) 証拠保全（民事訴訟法 234 条）

保全の必要性が厳格。

(4) 財産開示制度（民事執行法 196 条以下）

債務名義を有する債権者が、裁判所において、債務者に財産の開示を求める制度。

無視した場合の制裁として、30 万円までの過料を規定（同法 206 条）。

2 弁護士会照会制度が他の証拠収集方法と異なる点

(1) 提訴とは無関係に利用できること

弁護士会照会は、裁判外の手続であり、提訴するかどうかとは関係なく利用することができる。それゆえ、照会申出をするに当たり、提訴の必要もなければ、提訴前の証拠収集処分のように期限内に提訴しなければいけないというプレッシャーにさらされることもない。

また、提訴等の前に、提訴の可否や交渉の方針、見通し等を検討するための資料や情報を収集したり、事実確認をする手段としても使うことができる他、示談交渉、民事調停、家事調停、その他 ADR 等を前提とした調査においても利用が可能であることから、濫訴防止にもつながる。

そして、以上の点から、「裁判沙汰」にしたくないという国民感情にも合致した証拠収集方法ということができる。

(2) 紛争当事者の氏名や住所等の特定のためにも利用が可能であること

弁護士会照会は、訴訟や交渉の相手方の氏名や住所がわからない場合にも利用が可能な制度である。それゆえ、訴訟提起あるいは交渉開始に当たり、まず相手方の氏名や住所等を特定するための資料収集や事実確認の手段として有効に活用することができる。

(3) 相手方に知られずに調査を行うことができること（密行性）

弁護士会照会は、提訴前の証拠収集処分のような予告通知は不要であるため、相手方に知られずに調査を行うことが可能である。それゆえ、証拠収集の動きを察知した相手方からの指示等により、照会先が証拠を処分しないしは隠蔽してしまう危険性も少ない。

また、訴訟係属中であっても、相手方に知られずに裁判外で報告

を求め、その内容を確認した上で、証拠として提出するかどうかを決めることができるというメリットもある。

ただし、照会を受けた照会先が相手方に、当該照会の事実について連絡をしてしまう可能性はあるので、相手方に知られたくない場合には、照会申出の際、予め申出書にその旨、明示しておく必要があるだろう。

- (4) 照会権限が弁護士会にあるため、採否について裁判所とは異なる判断を期待できること

照会権限、すなわち照会を発出するか否かの審査権限は、弁護士会にある。それゆえ、常日頃から紛争当事者の代理人という立場で、証拠や事実確認のための資料収集に努力を重ねてきた弁護士自身が、照会発出の当否について審査を担当することになる。その結果、裁判上の証拠収集手続では、裁判所が採用しなかったケースでも、弁護士会照会の場合には、異なる判断がなされ、発出が認められることもある。

また、裁判所とは異なり、不当に報告が拒否された場合には、弁護士会が照会先に苦情を申し立てたり、再照会をするなどして、回答を得る努力をしてくれるという点で、弁護士にとっては大変心強い制度である。

- (5) 弁護士会が照会を行うことにより報告に信用性が認められること

前記のとおり、弁護士会照会を受けた照会先は、弁護士会に報告を行い、弁護士会は照会申出人である弁護士に照会先から受理した報告を通知する。そして、照会申出弁護士は、必要と認めるときは、照会申出書記載の目的の範囲内で、これを立証活動等に用いることになる。

このように、弁護士会照会は、弁護士会が照会先から報告を受けて、照会申出弁護士に通知するという形式をとることから、改ざん等のおそれがなく、照会申出弁護士自身が直接照会先から得た報告内容をまとめて証拠として使用するよりも信用性が高くなる。

第6 弁護士会照会制度改正の必要性

1 不当な報告拒否がなされる理由

照会先が、守秘義務、プライバシー及び個人情報保護等の名の下、不当な報告拒否をしてくるのは、次のような理由によると思われる。

判例上は、弁護士会照会を受けた照会先には法律上の報告義務があるとされてはいるものの、法文上は、「必要な事項の報告を求めることができる」（弁護士法23条の2第2項）としか定められていない。そのため、仮に照会に応じなくても、弁護士会にはそれを強制する方法はなく、照会先は報告を拒否したからといって不利益な扱いを受けることもない。

それゆえ、第三者の紛争に巻き込まれたくないという事勿れ主義と相まって、照会先は、判断を誤れば損害賠償請求を受けるかもしれないというリスクを犯してまで、判断の難しい比較衡量をするよりも、とりあえず報告を拒否してしまった方が無難であると考えてしまうのである。

2 改正の必要性

弁護士会照会は、弁護士が民事事件等の当事者の代理人並びに刑事事件の被疑者及び被告人の弁護人としてその職務を遂行する過程において、当事者の立場から、速やかに情報や証拠を収集し、事実を明らかにしていくことで、濫訴を防止し、民事裁判や刑事裁判の審理を充実、迅速化させ、ひいては、真実の発見と公正な判断の実現に寄与するという公共的な利益のために設けられた制度である。

それゆえ、不当な回答拒否を放置してしまえば、弁護士会照会制度の立法趣旨は没却され、同制度は形骸化し、弁護士（会）の事実調査や証拠収集にとどまらず、真実の発見や公正な判断の実現、ひいては司法に対する国民の信頼をも損なうことになりかねない。

しかし、前記のとおり、裁判で争う道がまだ残されているとしても、裁判には時間も費用もかかり、紛争解決のための証拠収集方法として現実的ではない。裁判を利用することなく、弁護士会照会の実効性を確保できるような制度にするための法改正が求められる理由はここにある。

3 改正案の概要

日弁連は、平成14年11月22日、「司法制度改革における証拠収集手続の拡充のための弁護士法第23条の2の改正に関する意見書」を公表し、プライバシー等に配慮しつつ、弁護士会照会制度の実効性を確保することを目的とした同条の改正案を提案した。

同改正案の内容は、およそ次のとおりである。

弁護士会照会によって第三者のプライバシーや個人情報等が害されることがないように、弁護士からの照会申出の可否を審査するのは弁護士会であることを条文に明記するとともに、照会申出弁護士は、弁護士会照会によって受けた報告内容を、当該報告を求めた目的以外に使用してはならないという目的外使用禁止規定を新設する。

また、「弁護士会は、・・・必要な事項の報告を求めることができる」とされていたにすぎない従来の規定に加え、弁護士会照会を受けた照会先は、「弁護士会に、必要な事項を報告しなければならない」と定めた上で、「報告しないことに正当な事由がある場合はそれを疎明してこれを拒絶することができる」とする。

そして、照会先が「報告を拒絶した場合あるいは報告をしなかった場合」、弁護士会は、「日本弁護士連合会に対し、・・・報告の拒

絶あるいは報告をしないことについての正当な事由の有無について、審査を求めることができる」ものとし、この審査請求を受けた日弁連は、弁護士会及び照会先双方から事情説明を受けた上で、個別事案毎に比較衡量を行い、適切かつ迅速に審査・判定し、「報告の拒絶あるいは報告をしないことに正当な事由がないと判断したときは、・・・必要な事項の報告をすべきことを勧告することができる」との規定を新設をしている。

4 当該改正案立案の背景

弁護士会照会制度の実効性を確保するには、照会先が弁護士会照会を受けて報告をした場合には一切の責任を免れるといった趣旨の免責規定や不当な報告拒否に対する制裁措置を設けた方がより効果的であろう。

しかし、各弁護士会の審査を経ただけの照会にこのように強い効力まで認めてよいのかといった疑問や、現在、弁護士会照会制度と同様の文言（「報告することができる」）により報告義務を定めた法令が他に数百も存在しているところ、その全てについて同様の改正要求が噴出する可能性があることが指摘されたこと等から、これらの問題解決のためにかえって改正作業が遅れてしまうといった事態は避けるべきだとの意見を踏まえ、まずは前記改正案の範囲で弁護士会照会制度の機能を拡充、強化し、同制度を実効性あらしめることにしたものである。

5 改正運動の現状

平成14年11月22日付け日弁連理事会の決議を経て、弁護士会照会制度の改正運動は始まった。その後、平成20年2月29日付け日弁連理事会において、平成14年11月22日付け日弁連理事会決議について一部見直しを行ったが、以来、現在に至るもなお、具体的な改正作業に向けた立法活動には至っておらず、むしろ改正運動は停滞してしまっているというのが実状である。

その主たる理由としては、一般国民には馴染みが薄い弁護士会照会制度の改正だけでは、国民ひいては政治家を動かすことは難しく、それゆえに日弁連の中においても機運がなかなか盛り上がらないところにあると思われる。なぜなら、弁護士会照会制度の直接的な利用者は、紛争当事者から事件を受任した弁護士だけであるため、ともすれば、弁護士自身や依頼者の利益のための制度にすぎないとの誤解を受けやすく、また、紛争とは無関係に生活している国民の関心や理解を得ることが難しいからである。

6 今後の改正運動

前記のような改正運動停滞の実状を踏まえると、今後改正運動を進めていくには、弁護士が受任事件の当事者の立場から真実の発見と公正な判断の実現に寄与するという公共的な利益のために設けら

れた弁護士会照会制度の立法趣旨と、同制度を規定した弁護士法の条文改正が必要とされる理由を弁護士各人が自覚し、各弁護士会及び個々の弁護士が主体的にこれを広く一般市民に知らせ、その理解を求める努力を積み重ねていくことが不可欠である。

同時に、弁護士会照会制度を広く民事訴訟法や刑事訴訟法等も視野に入れた証拠収集方法としてとらえ直し、それらの実効性を高めるための方策の一つとして弁護士法23条の2の改正問題を位置づけることで、この問題を政治的に取り上げやすくするとともに、弁護士会照会制度が議員立法により制定されたという歴史的経緯を踏まえ、今後も引き続き、各議員に対し、地道に積極的な働きかけをしていく予定である。

第7 課題

弁護士法により、弁護士会照会制度という証拠収集方法を与えられた弁護士会としては、照会先や一般市民に信頼される制度運用を図るため、同制度の運用状況に関心を払い、同制度が適正に利用されるよう、照会申出及びその審査の手法並びに審査基準等について日々研鑽に努める必要がある。同時に、不当な報告拒否事例については、同制度が形骸化してしまうことがないように、照会先に改善を求める努力も弁護士会は怠ってはならない。

また、財産開示制度の改正等、新たな証拠収集方法が論議されている今、証拠や事実確認のための資料の収集方法が拡大することはおおいに意味のあることではあるが、前記のとおり、弁護士会照会には、他の証拠収集方法とは異なる弁護士会照会ならではの存在意義がある。それゆえ、新たな証拠収集方法の創設等によって、今、現に活用されている弁護士会照会制度の利用が不可能ないしは難しくなってしまうようでは本末転倒である。

紛争の当事者の立場から、真実の発見と公正な判断の実現に寄与することで、これまで日本の司法を支えてきたともいえる弁護士会照会制度を、今後も守り、かつ育てていくことが弁護士及び弁護士会の責務であると考えます。

以上

【文献等紹介】

「弁護士会照会ハンドブック」（きんざい、2018年6月）佐藤三郎
外2名編著

「弁護士会照会制度〔第5版〕—CD-ROM付」（商事法務、2016年2月）東京弁護士会調査室

「弁護士法第23条の2 照会の手引（六訂版）」（第一東京弁護士会，
2016年1月）第一東京弁護士会 業務改革委員会第8部会

「弁護士法23条の2に基づく照会の手引 2015」（大阪弁護士協
同組合，2015年7月）大阪弁護士会

「事件類型別 弁護士会照会」（日本評論社，2014年9月）愛知県
弁護士会

「弁護士白書 2017年版」（日本弁護士連合会，2017年12月）
日本弁護士連合会

「弁護士会から照会を受けた皆さまへ」

https://www.nichibenren.or.jp/activity/improvement/shokai/qa_b.html

第 7 章

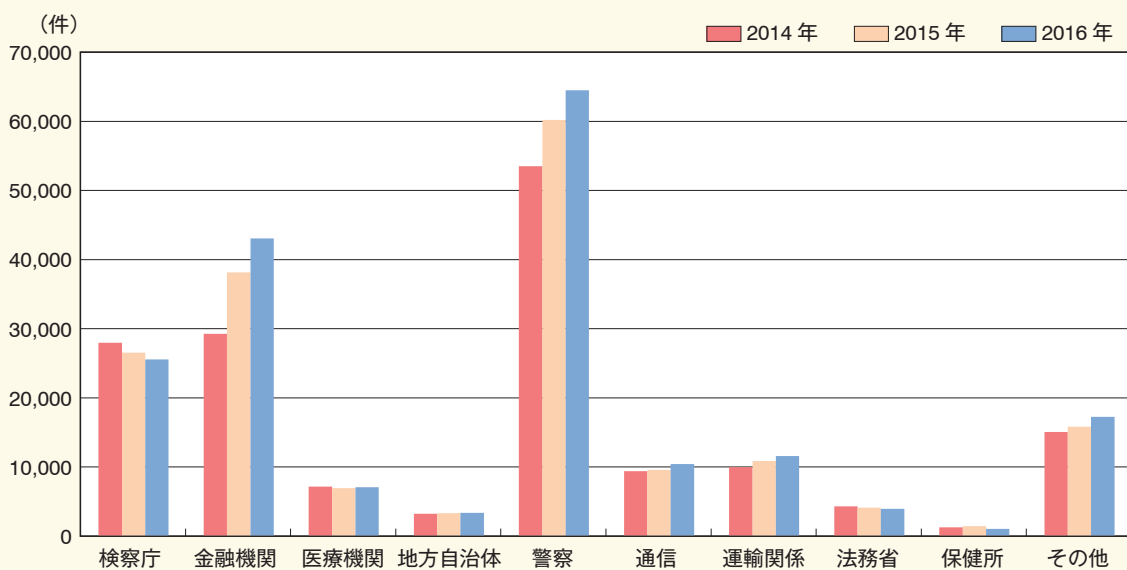
その他の活動

第 1 節 弁護士会照会制度

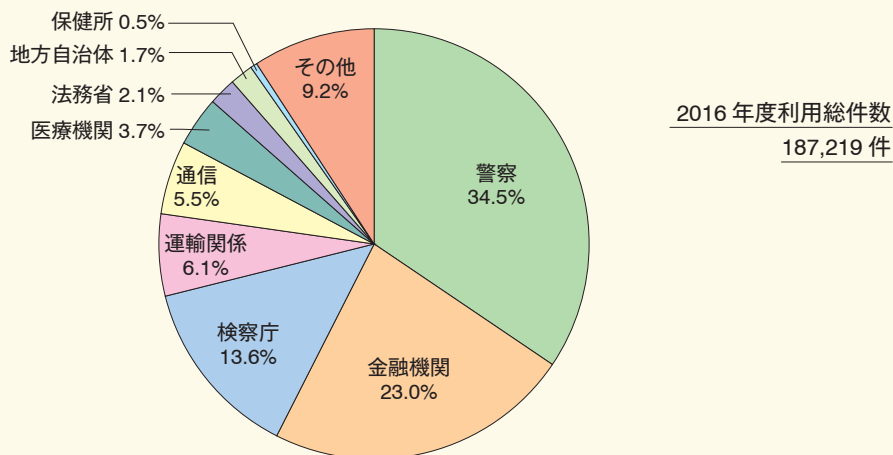
弁護士法第 23 条の 2 は、弁護士は受任している事件について、所属弁護士会を通じて、公務所又は公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めることができる旨を定める。弁護士は、これに基づき事実調査をし、資料を収集することなどができる。

2016 年に全国の弁護士会が行った総件数は、18 万 7,219 件であった（次頁参照）。次のグラフは、照会先ごとの件数を年別にまとめたものである。照会先としては、警察、金融機関、検察庁への照会件数が多い。

資料3-7-1-1 照会先別の弁護士会照会制度利用件数の推移



資料3-7-1-2 照会先の内訳（2016 年）



- 【注】 1. 「通信」とは、電話会社、プロバイダなどである。
 2. 「金融機関」には、「保険会社」「証券会社」を含む（次頁も同じ）。
 3. 「その他」には、「消防庁・消防署」「厚労省・労働基準監督署・職業安定所」「農業協同組合」「郵便局」「電力・ガス・水道」などが含まれる（次頁も同じ）。
 4. 暦年（各年の 1 月 1 日から 12 月 31 日）を基準とする。

資料3-7-1-3 弁護士会照会制度利用件数－弁護士会別・照会先別－（2016年1月～12月）

（単位：件）

		検察庁	金融機関	医療機関	地方自治体	警察	通信	運輸関係	法務省	保健所	その他	2016年 合 計	2014～2016年 合 計
北海道弁連	札幌	459	1,353	346	81	1,013	275	334	62	20	593	4,536	11,696
	函館	34	45	13	10	20	13	28	3	2	23	191	604
	旭川	49	137	12	12	102	33	60	5	0	64	474	1,433
	釧路	31	167	36	11	20	5	35	6	0	68	379	1,303
東北弁連	仙台	333	1,328	186	92	645	212	203	62	57	434	3,552	9,868
	福島県	271	261	69	90	1,019	88	134	21	1	218	2,172	6,149
	山形県	155	379	28	38	136	39	77	12	0	114	978	2,711
	岩手	59	83	25	17	81	29	18	15	11	70	408	1,212
	秋田	57	69	5	6	27	17	25	8	1	39	254	808
	青森県	155	167	32	21	72	47	38	14	2	70	618	1,906
関東弁連	東京	3,375	4,210	901	372	7,073	2,002	1,252	668	61	1,819	21,733	61,351
	第一東京	529	886	216	139	1,015	523	316	262	400	1,465	5,751	15,741
	第二東京	1,730	3,395	487	189	3,085	938	627	285	19	956	11,711	30,745
	神奈川県	1,063	958	279	130	1,140	390	520	140	20	651	5,291	14,822
	埼玉	678	854	243	62	1,490	409	331	86	29	418	4,600	13,415
	千葉県	648	734	171	105	2,653	203	294	97	7	305	5,217	13,716
	茨城県	306	315	63	30	842	74	125	33	1	207	1,996	5,716
	栃木県	426	745	87	38	712	102	149	36	1	230	2,526	7,477
	群馬	543	533	66	60	995	189	177	57	0	232	2,852	9,671
	静岡県	1,026	380	99	69	175	113	212	65	16	301	2,456	6,759
	山梨県	211	133	12	14	43	15	32	14	0	41	515	1,440
	長野県	180	183	23	21	111	96	122	21	7	125	889	2,621
	新潟県	196	234	78	44	151	106	77	35	3	166	1,090	3,053
中部弁連	愛知県	2,481	4,208	769	164	7,730	990	1,375	329	21	1,589	19,656	59,422
	三重	358	565	143	35	689	65	162	25	1	198	2,241	6,040
	岐阜県	218	141	60	23	595	60	81	26	3	101	1,308	4,045
	福井	136	153	33	9	151	29	52	8	1	104	676	1,821
	金沢	144	540	49	32	677	56	91	31	15	125	1,760	4,168
	富山県	118	351	61	19	202	36	58	17	4	129	995	3,091
近畿弁連	大阪	3,911	5,336	635	397	12,139	1,305	1,648	739	71	1,863	28,044	79,128
	京都	360	989	314	95	1,697	280	384	73	15	486	4,693	13,383
	兵庫県	299	1,131	225	128	2,709	227	336	126	13	456	5,650	14,580
	奈良	77	142	14	15	191	42	65	7	3	102	658	2,370
	滋賀	45	309	33	26	363	53	74	18	2	103	1,026	2,881
	和歌山	49	315	91	32	666	56	151	23	0	173	1,556	4,208
中国地方弁連	広島	738	783	99	29	1,526	176	206	54	22	307	3,940	10,993
	山口県	311	368	69	40	644	36	84	38	0	149	1,739	5,289
	岡山	573	2,017	226	72	1,112	154	348	50	3	337	4,892	14,146
	鳥取県	63	183	22	31	177	30	38	13	0	101	658	1,803
	島根県	52	104	23	11	62	21	4	5	1	55	338	938
四国弁連	香川県	426	617	62	35	978	39	118	18	7	209	2,509	6,316
	徳島	189	258	38	17	623	21	39	8	2	105	1,300	3,918
	高知	128	212	42	18	230	24	42	4	0	87	787	2,057
	愛媛	311	391	50	19	443	18	89	8	0	124	1,453	3,766
九弁連	福岡県	731	2,049	84	121	6,033	325	476	144	61	735	10,759	27,551
	佐賀県	161	270	38	20	283	44	63	10	1	109	999	2,725
	長崎県	167	1,907	29	15	412	39	40	10	4	85	2,708	6,720
	大分県	174	436	77	21	351	33	72	11	2	102	1,279	3,422
	熊本県	180	685	86	41	580	66	66	16	0	257	1,977	5,393
	鹿児島県	293	412	81	73	267	133	73	16	29	159	1,536	4,464
	宮崎県	320	243	70	51	341	25	43	10	0	129	1,232	3,502
	沖縄	4	385	6	19	37	34	48	22	0	106	661	1,689
合 計		25,531	43,049	7,006	3,259	64,528	10,335	11,512	3,866	939	17,194	187,219	524,046

当事者照会と提訴前照会

後 藤 裕（福岡県弁護士会）
永 石 一 恵（東京弁護士会）

〔目次〕

- 第1 初めに
- 第2 両制度の位置づけと共通する論点
 - 1 民事訴訟法上の権利・義務の位置づけ
 - 2 当事者照会と提訴前照会の関係
 - 3 情報収集手段としての当事者照会と提訴前照会
- 第3 当事者照会
 - 1 照会事項（要件論）
 - 2 当事者照会の利用状況
 - 3 当事者照会の利用が考えられる訴訟類型
 - 4 日弁連の改正提案
 - 5 民事訴訟法改正研究会案
 - 6 求釈明との関係
 - 7 裁判所が関与するスキーム
- 第4 提訴前照会（訴え提起前における照会）
 - 1 意義
 - 2 提訴前照会の要件
- 第5 まとめと提訴前照会と当事者照会の活用方法について（私見）
 - 1 提訴前照会と当事者照会制度（情報収集手段性）
 - 2 提訴前照会、当事者照会の積極的利用について（私見）

第1 初めに

1996年（平成8年）の民事訴訟法改正により、①当事者照会制度（163条）が設けられた。この制度は、米国証拠開示制度の一つの質問書インタロガトリを参考に新設されたものであり、当事者が、訴訟係属中に主張又は立証準備のために必要な事項について、相当な期間を定めて、相手方に対して書面で回答するように書面で照会できるとする手続であり、特に証拠偏在型訴訟における当事者の自主的な訴訟活動を担保するための制度としての活用が期待されたものである。当事者照会制度の新設は、争点・証拠整理、集中証拠調べの整備と共に、平成8年改正の大きな目玉とされたものであった。

その後2001年（平成13年）6月に発表された司法改革制度改革審議会意見書は、「当事者が早期に証拠を収集するための制度」の検討・導入に

ついで、「訴えの提起前の時期を含め当事者が早期に証拠を収集するための手段を拡充すべきである。そのため、ドイツ法上の独立証拠調べ、相手方に提訴を予告する通知をした場合に一定の証拠収集方法を利用できるようにする制度を含め、新たな方策を検討し、導入すべきである。その際、証拠の所持者の側の権利の確保や濫用に伴う弊害のおそれにも配慮する必要がある。」としており、これを受けて、民事訴訟法の2001年（平成15年）改正により、訴え提起前の証拠収集の処分制度（132条の2）の一つとして、②訴え提起前における照会制度（以下「提訴前照会」という。）が新設された。

このように、紛争の当事者と目される者の間で、提訴前と提訴後のそれぞれにおける相手方に対する照会制度が設けられたが、司法改革制度改革審議会意見書にも「証拠の所持者の側の権利の確保や濫用に伴う弊害のおそれにも配慮する必要がある」と書かれているように、①、②の利用方法、許容される範囲などが様々に議論されてきた。この報告も、これまでの議論を踏まえたうえで、その活用に関する一つのアプローチを示したいと考えるものである。基本的な捉え方としては、提訴前照会と当事者照会を、相手方に対する同一線上にある照会制度として理解するとともに、この二つの照会制度が、弁護士会照会と同様に、直接の証拠収集手段というだけでなく証拠収集に至るための情報収集手段であるということを意識しているものである。

なお、日弁連は、2012年（平成24年）2月16日、当事者照会に関して民事訴訟法改正要綱試案（「文書提出明命令及び当事者照会に関する民事訴訟法改正要綱試案」）を発表しており、同年11月には研究者による改正提案（民事訴訟法改正研究会（代表三木浩一））も発表されている（研究会案は、ジュリスト増刊「民事訴訟法の改正課題」（2012年12月）で発表されている。）。

第2 両制度の位置づけと共通する論点

1 民事訴訟法上の権利・義務の位置づけ

(1) 権利・義務性

両制度とも、照会することが相当な事項について、提訴後であれば相手方当事者、提訴前であれば訴えを提起しようとする者に対し、民事訴訟法上の権利として直接照会することを認めるものである。このことは、照会対象者の相手方に対して民事訴訟法上の回答義務を課することになるが、そうすると、そのような照会者の権利と相手方の義務の発生をどのように説明するかという問題が生じる。

(2) 弁論主義・主張・立証責任（証明責任）との関係

平成8年の当事者照会の立法化の際には、弁論主義の下での主張・立証責任分配の原則との関係で、当事者が主張・立証責任を負わない事実についても回答義務を負うことに問題はないかが検討された。

この点は、弁論主義や主張・立証責任をどのように理解するかに係わるが、弁論主義を、裁判所における判断の基礎となる事実や証拠の提出にかかる権能と責任を当事者とするものと捉えたと、ここでの問題は弁論主義の働く場面ではない。また、主張・立証責任分配の原則との関係では、これを証明責任という側面から、当該事実の存否が証明されていない場合における裁判所の判断基準であると理解すると、照会に対する回答義務が問題となるのは、証明責任が問題となる裁判所による最終的な事実の存否の判断より前の段階であって、前段階での判断の前提となる資料の収集を容易にする方策の策定は、証明責任（主張・立証責任の分配の原則）とは別個に考えられる問題であるから、主張・立証責任を負わない当事者に照会への回答義務がないということにはならないと考えている。

(3) 信義則

相手方に回答義務が生じる根拠として、事案解明義務、真実義務、信義誠実義務（2条）や、実体法上の請求権に対応する義務といったことがあげられている。これらについては、それぞれの立場からの主張があるが、一方の相手方に対する信義則上の義務を根拠とする点では概ね一致している。

信義則の内容については、訴訟観の違いにより違いが生じている。当事者照会は、従前、証拠偏在型訴訟において、両当事者の攻撃防御についての実質的な公平を図るためのものであり、証拠偏在型訴訟であることがその前提となっていたと思われる。

しかしながら、最初に指摘されるべきなのは、当事者照会が民事訴訟における真実発見のための手段であるという点である。民事裁判は、可及的に真実に近い事実認定がされること、そして、裁判所の判断には、そのような可及的に真実に近いと考えられる事実認定に基づく判断であることが求められる。真実発見の可能性を高めるための手段として、民事訴訟法が、手続的弱者すなわち証拠収集能力の劣る立場の者に対する手続上の保護手段を手当てすることは、訴訟上の真実発見の可能性を高める道を開くものであるという視点から、当事者照会を考えるというものである。

平成8年改正後、訴えを提起する側は、その請求内容を具体的に定立しなければならないとされており（規則53条1項 答弁書、準備書面等については規則79条から82条）、具体化した主張を構築するために必要な資料を収集する必要がある。これは、裁判におけるその適正と迅速という目的の存在を前提として、裁判制度を利用しようとする者の義務であり、裁判所に

対する義務であるとともに相手方に対する義務である。このような資料収集の必要性は、証拠偏在型事件に限らず全ての事件において求められている。また、平成8年改正により、証拠の伴わない主張が双方から飛び交ういわゆる空中戦をやめ、当事者は主張と証拠を結合して提出すべきであるとされ、主張や証拠方法の随時提出主義から適時提出主義へ移行した（156条）。争点整理手続、集中証拠調手続を設けて争点中心主義の審理を行い、裁判の適正と迅速のために審理の充実と証拠収集手段の拡充を図ろうとしたものである。そこでは、相手方が情報を欠くということを奇貨として勝訴することは妥当ではないという訴訟観の転換があったと考えられており、転換された訴訟観の下では、上記の主張の具体的定立義務を負う当事者からの相手方に対する協力要請の一つである必要な資料や情報の提供要請に対して、要請を受けた者が合理的な理由も無くこれを拒絶することは、訴訟上の信義則に反すると評価されることになる（なお、一方当事者の回答拒絶が、裁判所に対する関係でも信義則違反となるかについては、当事者照会や提訴前照会の制度設計に、裁判所の係わり方をどのように規定するかによって異なってくると考えられる。）。そこで検討されるべきことは、当事者照会や提訴前照会に対する回答拒絶に合理的理由があるとされるのはどのような場合かということになる。

2 当事者照会と提訴前照会の関係

当事者照会と提訴前照会の両者の関係については、提訴前照会が当事者照会を訴え提起前に前倒しされたものとされている。そして、提訴予告通知がされた段階で訴訟係属に準じた関係（あるいは潜在的な訴訟係属関係）が生じるとして、提訴前照会に対する相手方の応答義務が肯定されるとする。

ただ、この説明からは、訴えが提起されて当事者となった者の訴訟法上の権利（当事者照会）がそのままの要件で提訴前の者にも認められるとするわけにはいかないとされ、また、その説明だけで、提訴前照会の要件と効果が一義的に定められるわけではなく、説明としてもあいまいであるとの指摘がある。

この点については、当事者照会と提訴前照会がいずれも同一線上に存在するものとして、それぞれの制度の違いに応じた要件の設定を行うという制度設計上の問題であり、準訴訟係属や潜在的な訴訟係属という説明に特段の意味があるというものではないと考えられる。

さらに、提訴の前後という点での違いはあるものの、当事者照会の必要性が高いのは訴訟の早い段階であり、具体的な請求内容を定立するために相手方手持ちの資料や情報の提供を求めることが必要なのは、その中でも特に早い時期であるから、当事者照会と提訴前照会とでそれほど時期を異にしないと考える

れ、それぞれの照会の実効性を高めるという観点からは、相互間での各要件についても余り大きな違いを設けることはできないのではないかと考える。

3 情報収集手段としての当事者照会と提訴前照会

(1) 民事訴訟法上の位置づけ

当事者照会と提訴前照会のいずれも、紛争の当事者間におけるそれぞれの主張及び立証のための自主的な情報の交換を行うことを手続法的に制度化したものと考えられ、主張の整理と証拠の収集の局面での裁判所の負担を軽減するという意義を持つ。

提訴前照会は、第1編「総則」第6章「訴えの提起前における証拠収集の処分等」の一つとして規定されており、当事者照会は、第2編「第一審の訴訟手続」第3章「口頭弁論及び準備」に置かれている。提訴前照会は、民事訴訟の審理を充実させ、迅速かつ計画的に進行させるためには、訴え提起前の段階で、当事者が訴訟の追行に必要な情報や証拠を取得しており、その後の訴訟の進行について見通しを有していることが望ましく、そのための手段としての利用が期待されたものであるのに対し、当事者照会は、事件が提訴され、提訴後の第一審手続における争点整理段階での当事者の主張を実質化するための制度であって、当事者双方が、この制度を利用して、それぞれの持つ情報と相手方の持つ情報を交換しながら、相互の主張を組み立て、証拠を整理していく手段として考えられており、提訴前照会と共通するものとして理解されている。

(2) 情報の収集

弁護士は、事件を受任する際に、依頼者からの情報に基づき必要な証拠を収集して、それらの証拠から得られた情報によって主張を構成する。得られた情報には、弁護士会照会により第三者から得られるものもあれば、相手方から得られる場合もある。弁護士は、そのような情報の交換の過程で得られた情報に基づいてさらに証拠を収集し、その内容を分析して新たな主張を構成するという過程を経ることになる。つまり、最初に主張があってそれに見合う証拠を探す、というのではなく、情報からそれが法律的に意味の有る主張を構成するかを考えながら、必要な証拠を集め、収集が難しい証拠については、収集手段に関する情報を集めるとともに、集められた証拠から得られた情報を整理して新たな主張を組み立てるという作業を繰り返すものである。ここでは、情報から証拠へ、証拠から情報へ、そして、それらを総合して新たな主張へという、サイクルが構成されているのである。

このサイクルは、訴え提起後も続いており、被告から積極的否認がされた場合は、その主張内容（情報）を検討することになり、抗弁が出された場合

は、抗弁の内容やそれを基礎づける事実や証拠方法が新たな情報の一つと考えられ、そのような情報を前提に、抗弁について積極的否認を行うのか、それともそれを認めた上で別の事実を再抗弁として提出するのか、という点を検討することになる。

提訴前や提訴後の早期の段階では、事案の解決に必要な関連性のある情報の交換過程の充実が不可欠であり、情報の交換に資する制度の充実が、その後の適正で充実した争点整理につながる。そのための制度として提訴前照会と当事者照会が重要な地位を占めることになる。

(3) 裁判所の関与

提訴前照会では、提訴前であることから裁判所の関与は考えにくいですが、当事者照会では、裁判所の関与しない制度設計が当然である訳ではない。

現行の当事者照会は、当事者間での利用（双方の協議により争点整理の実質化が図れば良い）という点を重視したものである。一つには当事者照会を手続的に重いものとしなないという政策的な配慮があり、裁判所が加わると、裁判所が中立性を自ら侵しているとみられる可能性が生じるという懸念があるとともに、裁判所の係わり方が難しく、中途半端な関与は当事者に対する関係でも難しい問題を生じる可能性があるという点が考慮されたものである。

裁判所が係わらないことによるプラス面として、①裁判所が関与すると要件の充足の点で当事者照会が認められない場合が増えるのを防げる、②裁判所が相手方に意見を聴くなど時間がかかる（制度が重くなる）のを防げる、③訴訟戦略上の問題（訴訟への準備の程度が分かってしまい、裁判所に予断を与える危険がある）を避ける、といった点が考えられ、マイナス面として、①照会拒否者に対する制裁スキームが組み込めない、②要件の具備に当事者間で争いが生じた場合にその判断を行う者がいない、といった点がある。このうちマイナス面の①、②が、制度設計上の大きな問題となる点である。

第3 当事者照会

1 照会事項（要件論）

(1) 「主張又は立証を準備するために必要な事項」

次の(a)から(c)に該当する事項と考えられている。

- (a) 照会者が主張立証責任を負担する主要事実及びこれを基礎づける間接事実について主張立証を準備するために必要な事項
- (b) 相手方（被照会者）が主張立証責任を負う事実の不存在を示す事実について主張立証を準備するために必要な事項
- (c) 上記(a)、(b)の各事実についての証拠の証明力に関する事実（補助事実）

に関する事項

(2) 「必要性」の要件

ここでの「必要」は、証拠調べの際に検討される事実の真否の判断のために当該証拠方法の取調べが必要かという「証拠調べの必要性」の問題ではなく、当事者がそれぞれの主張又は立証の準備を行うために「必要」な事項についての情報開示の問題である。その情報に基づいて、実際にどのような主張や立証を行うかは、あくまでその後の当事者の判断に委ねられている。

当事者照会が有益なのは、訴訟の早い段階での利用の場合であるが、その際に「主張又は立証を準備するため」の「必要性」を、当事者照会の積極的要件とすることは当事者照会の活用範囲を狭めてしまうことになる。当事者照会の訴訟の早期での利用を前提とすると、訴状や答弁書などの訴訟の早期に提出される書面に記載される事実関係を立証するため（あるいはそれと両立しない事実の不存在を示すために）通常必要と考えられる事項に関する「情報」を求めるものであれば「必要」性は満たされており、「関連性」がないと判断される場合は除かれる、といった程度で足りると考える（裁判の迅速な解決という点から、不必要な事項の当事者照会を認められないが、訴訟の初期の段階では、比較的簡単な事件で一方から主張の他に書証も十分に出されている場合を除くと不必要という判断も容易ではないように思う。）。

(1)の(a)、(b)、(c)の各事項との間で関連性が乏しい事項は、主張立証を準備するために必要な事項とはいえないので照会できない。ただし、(c)の補助事実に関する事項については、関連性の程度の判断によって活用の範囲が相当に異なってくる。書証の作成者の照会は認められるが、作成過程の照会—どのような手続きにより作成され、誰が実質的に決済するのかなど—はどの程度であれば関連性があると言えるかは判断が分かれる可能性がある。

(3) 主張していない事項についての照会の可否

主張立証を準備するために必要な事項であれば、照会時点では主張していないものに関する事項であっても照会は可能である（規則84条2項⑤は、照会事項とともにその「必要性」を記載しなければならないとしており、ここでは、その段階では主張していない主張の内容を記載する必要がある。なお、ここでの「必要性」についても、関連性が認められる場合であることを前提に「不必要とは言えない」といった程度のもので足りると考える。

(4) 相手方手持ち文書の交付を求めることができるか

当事者照会は、照会事項について書面による回答を求める制度であるが、書証となり得る書面については文書提出義務（220条）に定められており、相手方手持ち文書については、相手方の自発的な提出や文書提出命令

によるべきであって当事者照会で相手手持ち文書の交付を求めることはできない（相手方は、文書（写し）そのものを交付する義務を負わない。）。ただし、相手方が、回答方法として、手持ち文書の写しを示した上で回答することは有益な場合が多く、弁護士会照会、調査嘱託でも回答に代えて写しの交付を求めるのが実務的である（日弁連の当事者照会に関する改正要綱試案では、照会対象となる事項についての「情報」の提供とされていたものを、①「文書の表示及び趣旨」についての照会ができるとして、照会対象の内容を明確にし、文書についても、一定の除外事由に当たる場合を除き、②相手方の所持する文書の写しの送付を求めることができる、という提案をしている。）。

- (5) 証人となる可能性のある者（労災事件での目撃者、消費者詐欺事件での会社従業員などの第三者）について、相手方に対し、その者の相手方への報告の具体的内容を照会の対象とできるか。

詳細な報告内容は、人証調べの際に当該証人に尋ねるべき事項であり、相手方に回答を求めるべきではないと考えられている（否定説）。これは「証人に対しては法廷で証人として尋問せよ」という考え方によるものと思われるが、平成8年改正により、必要な証人かどうかを先に吟味して必要な者のみに対して集中証拠調べを実施すること、その際に証人の陳述書の事前提出が不可欠であるとする考えとは必ずしも適合しない（照会の対象は、証言ではなく情報であるから、証人となるべき者の示した情報について照会事項としても問題は無いように思われる。法廷での尋問が必要な証人かどうかを調べるためにも、その報告（供述）内容を当事者照会の対象として良いのではないかと思われるところであり、相手方にその内容を照会し、(4)に基づき当該文書の写しの交付を求める方が争点整理のためという趣旨に合致する。）。

- (6) 回答義務の除外事由

- (a)①具体的又は個別的でない照会（163条1号）

抽象的照会や包括的照会は、回答すべき事項が不明確だからである。

- ②相手方を侮辱し、又は困惑させる照会（2号）

- ③既にした照会と重複する照会（3号）

- ④意見を求める照会（4号）

主張・立証準備のために必要な事実の照会という点で外れる。ただし、労災事故等の場合で、事故発生後の時点での相手方の判断内容（当時の意見ということも考えられるが、照会時での意見を求めるものではないから問題とはならない）とそのような判断の根拠となった事実（当時認識していた具体的な事実とそれらを前提に判断をした経験則や知見などの内容）

の照会は可能である。

⑤相手方が回答するために不相当な費用又は時間を要する照会（５号）

相手方がそれほどの負担も無く照会に応じることができる内容に限定される（双方の公平、濫用の防止の観点からである。当事者照会は立証責任の有無とは関係しないとしても、相手方に情報の提供を求める際には一定の限界があることが示されている。）。

⑥１９６条又は１９７条（証言拒絶権）の規定により証言を拒絶することができる事項と同様の事項についての照会（６号）

刑事訴追、職務上知りえた秘密、技術又は職業の秘密に関する事項、公務員の職務上の秘密（文書提出義務も免除されている事項）

(b) 提訴前照会の除外事由（１３２条の２①項２号）との比較

提訴前照会では、①相手方又は第三者の私生活についての秘密（プライバシー）、②相手方又は第三者の営業秘密、に関する事項が除外事由とされているが、①、②とも当事者照会での除外事由とはされていない。①私生活上の秘密（プライバシー）、②営業秘密は、本来証言拒否事由ではない（利益衡量でも、裁判での真実発見が優先するという判断がされている。）が、提訴前照会は、提訴後の主張・立証準備ではないので、①、②を相手方や第三者保護の見地から除外事由に加えたものであり、その点で、当事者照会とは異なっている。

なお、日弁連の改正要綱試案では、当事者照会について、プライバシー保護の観点から「個人の私生活上の重大な秘密が記載された文書」を、「当該個人社会生活を営むのに著しい支障を生じるおそれのある」という条件の下で、被照会者の文書の写し交付義務が除外される場合としている（文書提出命令では、①、②について、秘密保持命令とセットすることで提出命令の対象とすることが考えられるが、裁判所が関与しない当事者照会では、裁判所による秘密保持命令とのセットによることは考えられない。）。

2 当事者照会の利用状況

日弁連会員向けのアンケート結果では、当事者照会を利用したことがあるとする会員は少なく（半数以上利用したことが無いとし、立法当時は利用したことがあるが、その後は利用していないという会員が多い。）、利用は低調である。その理由についての個別の意見はつぎのとおりであり、これらは、会員にほぼ共通の評価であると考えられる。

①求釈明で足りる。当事者照会を利用しなくても、当事者または裁判所から提出を促すことで相手方から任意の提出を期待できる事案が多かった（必要性を感じない。相手方が積極的に書証の提出を拒否するような事案

を扱ったことがない）、②誠実な回答を期待できない、③制裁がない。

これに対し、当事者照会を利用している会員では、それなりに効果があったという意見も出されている。

3 当事者照会の利用が考えられる訴訟類型

次のように、(1)不法行為類型、(2)契約類型でも複雑な内容の契約（建築請負、委任など）、請求の特定が難しい雇用、(3)相続関係や身分関係訴訟での利用が考えられる。

(1) 不法行為類型

積極的利用が考えられる。公害、薬害、労災、交通災害、製造物責任等では、当該事故の発生の状況やその原因に関する基本的事実が被告側の支配内にあると考えられる。立証責任の有無とは無関係に利用できると解されているから、相手方に対して照会することに問題はない。

①（公害－公共施設の設置差止請求）、当該設置計画の概要、設備の性能、排出物及びその排出量、想定されている環境への影響など、②（薬害）薬の製造承認申請時に行った安全確認試験の内容、その際の副作用のデータ、当該薬の回収後の処理状況、③（労災）事故の具体的状況、目撃者、関係設備・機材、労働安全衛生法による是正勧告の有無と内容、刑事処分状況、④（製造物責任）当該商品の構造、設計内容、同種事故報告の存在とその具体的な内容など

(2) 契約関係類型

契約関係にあることから、情報の偏在は多くはないと考えられるが、①建築や複雑な機械設計・製造などでは、製品（建物・機械など）の詳細な設計内容や製造過程、製造されたものの材質の状況やその強度検査の内容などは照会の対象となる。②雇用では、勤務内容を明らかにする文書などが雇用主側に偏在しており、被用者には、給与計算の方法、懲戒手続などは分からないので、これらの内容が照会対象となる（給与規程などの文書の写しの送付が認められれば問題は解決する。）。

(3) 相続関係や身分関係訴訟

被相続人の生存中に相続人の一人が被相続人の財産を勝手に払い出したというパターンの不法行為訴訟、遺留分請求訴訟（地裁事件）、離婚訴訟で相手方が第三者名義口座にお金を隠しているという主張がされる訴訟類型では当事者照会の活用が考えられる（ただ、この種の当事者照会は、相手方に直接、自白を求める結果になったり、第三者名義での預金の場合は拒否されたときの対応策が見つけられない。また、ある程度特定したうえでの照会が不可欠なので、その辺りに工夫が必要である。）

4 日弁連の改正提案（改正要綱試案－２０１２年２月１６日）

(1) 提言の趣旨(目的)

当事者照会制度の利用が低調であることから、その積極的活用を図ることを目的に提言されたものである。

(2) 内容

(a) 照会対象の明確化－相手方が所持する文書の表示及び文書の趣旨が照会対象事項に含まれることを明記する。

(b) 文書の写しの送付－照会に際し、文書提出命令での文書提出義務の対象から除外される文書及び写しの送付に不相当な費用又は時間を要する文書を除き、相手方が所持する文書の写しの送付を求めることができるとする（写し交付義務の新設）

なお、「個人の私生活上の重大な秘密が記載された文書」を「その提出により当該個人が社会生活を営むのに著しい支障を生じるおそれがある場合」という条件の下に、文書提出義務の対象から除外している。このため、同文書については、写しの交付義務がない。

(c) 相手方の回答義務の明確化と拒否する場合の拒否理由の書面での明示及びその書面送付義務の明確化

(d) 「正当な理由」のない回答拒否や回答がされない場合、当事者の申立てにより、裁判所が相手方に回答を「促す」ことができるようにする。

(e) (d)での「裁判所による促し」にもかかわらず、相手方が回答に応じない場合は、紹介当事者の申立てにより、裁判所は「相当と認めるとき」に決定により相手方に回答などを命じることができる（命令）。

(f) (e)の命令に相手方が従わない場合、申立当事者の申立てにより、裁判所は決定のより相手方に過料の制裁を科すことができる（決定なので、即時抗告の対象となる。）。

(3) 特徴

当事者照会の利用を高めるために、照会対象の明確化と相手方の拒否の場合の拒否理由の明示義務を課す。裁判所の関与を一定程度の範囲で認め、回答を促したり、命じたり、それでも従わない場合は過料を科すという形で認めており、裁判所が要件充足についての判断に係わることを認める方向に踏み出している。

5 民事訴訟法改正研究会案

(1) 改正の趣旨(目的)

民事訴訟に関連する事実や証拠に関わる情報が当事者間で共有されるこ

とにより、当事者主導の実効的な争点整理の実現を図る

(2) 改正内容

- ① 当事者は、訴訟の継続中、相手方に対し、相当の期間を定めて、書面で回答するよう、書面で照会をすることができる。
- ② 相手方当事者は、照会を受けたときは、速やかに回答を行なわなければならない。回答の全部又は一部を拒絶する場合には、回答を拒絶する旨及びその理由を書面で通知しなければならない（回答義務の明記）。ただし、その照会が次の各号のいずれかに該当するときは、相手方は回答を拒絶することができる（回答拒絶事由は163条1号から6号の場合に、㊦訴訟との関連が明らかに認められない場合、㊧相手方の私生活上の重大な秘密についての照会の場合の二つを加えている。）。
- ③ 回答の全部または一部について拒絶がされたときは、照会を行った当事者または相手方当事者は、裁判所に対し、回答拒絶について回答拒絶事由があるかどうかを裁定することを求めることができる。

加えて、回答義務に違反した相手方当事者に対する制裁を設ける。

(3) 特徴

研究会案は、当事者照会の民事訴訟法上の権利性を明示し、これに対応して、照会を受けた当事者の速やかな回答の義務の存在、回答拒否の場合の拒否理由の相手方への通知を求めている。要件では、訴訟との「関連性がない」場合を回答拒絶事由とし、必要性を要件としていない。これは、当事者照会を、証拠収集手続きの前段の情報の収集交換手続と位置付けるという理解に基づくものであると思われる。また、私生活上の重大な秘密を回答拒絶事由として認めるのは、日弁連の改正要綱試案と同様である。

6 求釈明との関係

(1) 求釈明を利用することで当事者照会の目的が達成できる

当事者照会を利用しない理由の一つとして、求釈明を利用するので必要性を感じないということが挙げられている。

(2) 裁判所の釈明権行使（149条）

裁判所は、訴訟関係を明瞭にするため、事実上及び法律上の事項に関し、当事者に対し問いを發し立証を促すことができる（裁判所は、当事者間の公平に配慮しつつ、事実関係について真実を發見し、法の適用に際して正義が実現されるよう事実や証拠の提出を促すことができる（他の主張や証拠関係から合理的に予測される主張や証拠の提出を促す－積極的釈明）。

裁判所は、当該事件での判断（判決）に必要と考える範囲で、事実関係について問いを發し、証拠の提出を促すものであって、その対象は、当事者照

会の対象事項である「当事者の主張又は立証を準備するために必要な事項」とは一致しない（「当事者の主張又は立証を準備するために必要な事項」は、裁判所の釈明権行使の対象と異なる。）。

ただ、訴訟の初期段階では、裁判所も事実関係をほとんど理解できておらず、どういう方向に訴訟が進行するのかわからないので、求釈明事項と「当事者の主張又は立証を準備するために必要な事項との重なる部分が多い」というものにとどまる（裁判所は、当事者の関心のあるところがどこなのかを知ることによって争点の所在を知ることができ、それに対する相手方の反応を知ることによって、相手方の関心の対象を知ることができ、それを前提に、有意義な争点整理を進めることができるという利益が、求釈明を申し立てた当事者と一致する。）。

当事者照会と求釈明とでは、本来の性質も対象も異なっており、それぞれ別個の活用が考えられなければならない。

7 裁判所が関与するスキーム

(1) 裁判所が関与するスキームの必要性

当事者照会の利用が低調な理由として、①通常事件では必要性を感じない、②裁判所の釈明権行使で足りる、③裁判所の関与や制裁がないため効果的でない、といった点が挙げられている。中でも、要件の具備の判断や、理由の無い照会拒絶への制裁がない点が大きな問題とされており、それらについて裁判所の関与が望まれている。当事者照会では、訴えが提起されたことで、既に裁判所が関与していることから、他の機関が関与するシステムは考えにくく、手続きを重くしない、裁判所の中立性を保つという点も、裁判所に関与させないかではなく、関与の程度を工夫するという方向で解決を図ることが適切と考えられるからである。

(2) 要件の具備の判断（判断基準の明確さ）

中心は、回答拒絶義務の除外事由の判断基準は何かという点である。研究会案は「裁判との関連が明らかに認められない照会」を除外事由の柱とし、広く「関連性が無いとは言えない」場合は回答拒否できないという程度のしほりを提案している（規則84条2項⑤の「必要性」の記載は、明らかに必要性のない場合を抑制する趣旨と理解する）。裁判所が「関連性が無いとは言えない」という要件で判断できるかの点は、当事者の主張が、答弁書やその後の双方の準備書面の内容や提出された証拠に応じて変わってくる可能性があることから、訴訟の早期の段階で、裁判所がどの程度の資料で関連性の有無を判断できるかは難しいものの、当事者照会がされた時点での資料を前提に「関連性が無いとは言えない」といった程度の判断は可能であろう。

訴訟が中期に入り、双方の主張が定まってきた時点での当事者照会では関連性が強く求められる（裁判所への求釈明が普通的手段となろう。）。

(3) 手続きを重くしない（回答拒否事由の存否の判断方法）

当事者照会を拒否された当事者から裁判所への裁定の申立ての形を取る。当事者照会は、相互の情報交換という目的を持つので、相手方当事者の理解と協力が必要であるので、求められている情報の内容が双方に明確でなければならない。裁判所が要件具備を判断する際には、相手方当事者の意見を聞く必要があるが、それを聞く場をどうするのかについては工夫が必要である。書面で意見を求めると訴訟の進行が遅れる結果となる場合があるので、書面による手続きを要しないなどの手当てが必要である。

(4) 制裁

裁判所による制裁について、研究会案では要件の検討が無く、当事者に申立権がない構成であり、裁判所による裁量的制裁のイメージであって日弁連案とはこの点で異なる。

(5) 裁判所による関与の方法

（研究会案は(a)＋裁量的制裁、日弁連案は(a)＋(b)＋(c)＋(d)）

(a) 裁判所による回答拒否事由の存否についての裁定

(b) 裁判所から相手方への回答の促し

(c) 裁判所による回答命令（申立権者の命令申立と相手方の審尋が前提）

(d) (c)の命令に従わない場合の制裁（過料）

第4 提訴前照会（訴え提起前における照会）

1 意義

2001年（平成13年）6月の司法制度改革審議会意見書が、民事裁判の充実・迅速化のために「訴えの提起前の時期を含め当事者が早期に証拠を収集するための手段を拡充すべきである」と提言し、そのための具体的な方策として「①ドイツ法上の独立証拠調べの他に、②『相手方に提訴を予告する通知をした場合に一定の証拠収集方法を利用できるようにする制度』を含め、新たな方策を検討し、導入すべきである」としたことから、検討がすすめられたものである。新しい制度は、証拠調べそれ自体よりも提訴に際しての十分な証拠収集を保障するという点に重点があること、同意見書が「証拠の所持者の側の権利の確保や濫用に伴う弊害のおそれにも配慮する必要がある」とするように、濫用に対する歯止めとして、新しい制度は提訴を前提とする何らかの手続きの中に組み込まれる必要があるという判断から、(a)提訴予告通知を前提に、(b)提訴前照会と(c)証拠収集処分の利用ができるという構成を取るようになったものである。提訴前照会は、

提訴前の段階での相手方に対する情報の収集手段を制度化したものであって、提訴後の当事者照会を提訴前に前倒ししたものと考えられており、照会を受けた者に対し、照会に応じて回答する義務を民事訴訟法上の義務として負わせたものである。

2003年（平成15年）1月に要綱案が示され、同年7月に民事訴訟法132条の2以下が新設された。2001年6月の司法制度審議会意見書の発表からほぼ2年で新制度が立法化された。立法化の際には、濫用防止の観点からの議論がされ、(a)予告通知にできるだけ具体的記載を求める、(b)予告通知の有効期間を限定する、(c)提訴前照会の回答拒絶事由を当事照会と比べて拡大する、(d)証拠収集処分についても強制的な内容を含むものを排除するといった点が濫用防止への対応策として設けられた。

2 提訴前照会の要件

- (1) 訴えを提起しようとする者が、訴えの被告となるべき者に対し、①提訴予告通知を書面で行った場合に、②予告通知から4ヶ月以内に、③訴えを提起した場合の主張又は立証を準備するために必要であることが明らかな事項について、④相当の期間を定めて、⑤書面により照会する。
- (2) 提訴予告通知書の送付

提訴予告通知は、訴え提起の蓋然性が高く、合わせて予告通知者の真摯性が示されることから、提訴予告通知がされたことをもって準訴訟係属の状態が生じたとの評価が可能となること、利用者にこの要件を課すことにより提訴前照会の濫用防止も図ることができるとして制度設計された。

必要的記載事項は、提起しようとする訴えにかかる①「請求の要旨」と②「紛争の要点」である（132条の2第3項）。

訴状には、請求の趣旨及び請求の原因の他に、請求を理由づける事実を具体的に記載し、かつ、立証を要する事由ごとに、当該事実に関連する事実で重要なもの及び証拠を記載しなければならない（規則53条1項）。提訴前照会は、このような訴状に記載すべき事実関係や証拠についての情報や証拠に関する照会であるから、相手方も、その前提となる提訴前予告通知に訴状に記載されるべき程度の具体的な内容の記載を求めることはできない。他方、照会である以上、回答すべき相手方に対しても、ある程度具体的な事実を記載しない限り回答自体が不可能となるから「紛争の要点」はある程度具体的でなければならない（規則52条の2第3項）。結局、相手方が、将来の訴訟における請求の趣旨が予測できる程度であれば足りると考えられることになる（特定の事実関係を前提とする損害賠償請求であることが分かれば足り、請求額までの明示は不要である。請求の類型（不

動産についての争いで、確認訴訟か引渡請求訴訟か登記請求訴訟か）は明らかにする必要があるとされている。ただし、その後の実際の提訴時と請求の類型が異なったとしても、そのことで提訴前照会が無効と判断されるわけではない。ここでの問題は、提訴前照会の前提となる提訴予告通知書の記載内容としてどの程度の内容が必要かという点の検討であって、規則52条の2第3項の「具体的に記載しなければならない」という規定は訓示規定と解されている。）。

「紛争の要点」の具体的な記載が提訴予告通知の必要的記載事項とされる趣旨は「請求の要旨」の具体的な記載が必要的記載事項とされているのと全く同一である。紛争の要点の方が、具体的な紛争の態様（事実関係）を記載する（簡易裁判所への訴えの提起に際しては「請求の原因」に代えて「紛争の要点」を明らかにすれば足りる（272条）とされている）という理解である。）。

(3) 訴えを提起した場合の「主張又は立証を準備するために必要であることが明らかな」事項

提訴前照会での「訴えを提起した場合の主張又は立証を準備するために必要であることが（明らかな）事項」は、当事者照会における「主張又は立証を準備するために必要な事項」（163条）と同じ趣旨である。

提訴前の照会であることから、この要件は、照会時において、将来の提訴時には照会事項が提訴時の主張又は立証を準備するために必要である予測される事項であることを求めている。ただ、訴状や答弁書などが提出され、それらには請求を理由づける事実が具体的に記載されており、当該事実に関連する事実で重要なもの及び証拠が記載されていることを前提とする当事者照会と、それらの前提を欠く提訴前照会とは、判断の基準が相当に異ならざるを得ない。結局、提訴前照会における「訴えを提起した場合の主張又は立証を準備するための必要性」は、ある程度広く解することになる。

そのような理解を前提とすると、次に、提訴前照会では、当事者照会と異なり「明らか」という文言を入れた点をどう考えるかが問題となる。この要件は、準備の必要性の幅を広く解することにより、照会を受けた相手方の負担は大きくならざるを得ないが、他方、提訴前の段階ということで、申立ての濫用という危険も増大しており、相手方の負担も考慮せざるを得ないことから、必要性が「明らか」な場合に限定したというものである。この点は、提訴前照会の場合は、訴訟係属に準じる関係であることから、訴訟係属後の当事者照会の場合と同一に考えるのはためらわれるという価値判断も根拠の一つとなっている。この結果、照会の必要性は肯定できても、それが明らかなでないという理由での回答拒否が相当かどうか、が問題となる。

(4) 提訴予告通知の有効期間（4ヶ月）

予告通知者が提訴前照会をすることが出来る期間を予告通知が相手方に到着した時点から4ヶ月間とした（被予告通知者からの提訴前照会（132条の3第1項）、裁判所に対する提訴前の証拠収集処分（132条の4第1項、2項）も同一の期間に行わなければならない。）。期間制限は、提訴予告通知を行ったとしても提訴が義務付けられるわけではないから、予告通知後いつまでも提訴前照会ができることは、相手方の地位を不安定とすることで期間制限を設けたものである（4ヶ月以内に提訴前照会がされれば回答義務は4ヶ月経過後も消滅しない）。

4ヶ月の期間が相当かについては、提訴予告を行い、続けて回答期間を定めて（回答期間は、提訴前で相手に準備が無いことが前提なので、当事者照会の場合よりも長い期間を定める必要がある。）提訴前照会を行ったとしても、相手方からの回答に時間がかかる場合が多く、回答の内容も不十分でさらに照会を行う必要がある場合がある（照会事項が、相手方の回答により変化することは通常予測されることであり、少なくとも提訴前照会と回答が双方の間で2往復することを前提とすべきであろう。そうすると、これだけで3ヶ月程度の期間を要すると思われる。）。さらに、照会の結果に基づいて、提訴前の証拠収集処分の申立てを行う場合があることを考えると、4ヶ月間では短く、少なくとも6ヶ月程度に伸長すべきではないかと思われる。

(5) 回答義務の除外事由

(a) 当事者照会での除外事由（163条各号、132条の2第1項①）

(b) プライバシー（132条の2第1項②）

①相手方又は第三者の私生活についての秘密に関する事項についての照会であって、②回答することにより、その相手方または第三者が社会生活を営むのに支障を生じるおそれのあるもの

当事者照会と異なり、一定の条件の下でプライバシーの保護を図っているのは、提訴後とは異なり、回答義務の根拠が希薄であって濫用の可能性も高いことを根拠としている（ここでは、判断に際して、プライバシーと他の利益との利益衡量も求められていない。）。

①、②の要件は、訴訟記録に関する秘密保護のための閲覧等の制限決定の要件（92条1項①）である「私生活についての重大な秘密」「社会生活を営むのに著しい支障」よりは緩やかである。第三者の私生活上の秘密も対象となっている（閲覧制限では、当事者以外の者の秘密やその者に社会生活を営む上での支障は考慮されていない。）。

(c) 営業秘密（132条の2第1項③号）

相手方又は第三者の営業秘密に関する事項についての照会

営業秘密とは、「秘密に管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないもの」をいう（不正競争防止法2条6項）。秘密保護のための閲覧等の制限決定の要件（92条1項②号）で、営業秘密は不正競争防止法2条6項によると規定されており、提訴前照会の場合も、これと同様に理解されている。

営業秘密の保護も、当事者照会では除外事由にあげられておらず、当事者照会の場合よりも濫用の可能性があることから、照会回答義務の除外事由として認められたものである。

(6) 小括

提訴前照会は、立法に向けた検討の期間が短い中、当事者照会と同様の照会制度としたことから、根拠を準訴訟係属の状態にあるものとし、照会の要件について、司法制度審議会意見書が、制度の提案とともに濫用の危険を指摘していたため、濫用防止の観点からの要件設定となっている。

回答義務の、①プライバシー、②営業秘密の2点の除外事由の拡大はともかく、主張又は立証を準備するために必要であることが「明らか」という明白性の要件は、相当に厳しい要件となっている。提訴前に将来の主張又は立証を準備するための必要性を予測し、それも満たしていると判断することは容易ではない（被照会者は、照会者がどのような情報や証拠を持っているかわからない段階で、回答内容が必要性を満たすかどうかの判断は容易ではない。このため、明白性という要件を加えたものであるが、それでは、被照会者は、多くの場合について、必要性があったとしても明白性を欠くとは言えないと判断すると思われる（被照会者から相談を受けた弁護士が、明白性の要件を欠く判断するケースは多いと思われる。）、この照会が利用されないという結果となっているものと思われる。この他、提訴前照会での要件具備について、争いになった場合にその当否を判断する者が制度上存在しない点も問題となる（この点は、提訴前照会を手続的に重い制度としないという観点からも検討されるべきものである。）。

第5 まとめと提訴前照会と当事者照会の活用方法について（私見）

1 提訴前照会と当事者照会制度（情報収集手段性）

(1) 情報収集手段性

提訴前照会、当事者照会の両制度は、証拠そのものの取得を目的とする照会制度でもあるが、むしろ、証拠やその前提となる主張の内容を具体的なものとするための情報へのアクセス手段という位置づけになっている。この位置づけからすると、その要件である「主張又は立証を準備するために必要な事項」については、裁判所が考える証拠調べの際の証拠としての「必要性」

と異なり、主張や立証を準備するために必要な事項について「関連性」と解されるべきであって、判断の方法としては、そのような関連性が認められない場合は除かれるというやり方となる（この点は、研究会案が示す「訴訟との関連性が明らかに認められない照会」は照会の除外事由に当たるとして除かれるという判断基準と同様である。）。

(2) 利用時期

- (a) いずれも「主張又は立証を準備するために必要な事項」に関連するものであって、主張の整理の段階で必要となる事項に関するものである。

このため、提訴前照会は、まさに提訴前であり、当事者照会も、提訴後間もない訴訟の早期における利用を前提としている。現行の民事訴訟法では、当事者照会も、当事者での情報の交換とそれによる共有化を前提とする主張や立証の準備のための作業という位置づけから、裁判所が関与しない仕組みが考えられているが、訴訟の早期の段階では、裁判所が訴状や答弁書、初期に提出される準備書面や基本的書証から取得する情報は、当事者の保有する情報に質的にも量的にも追いついていないのであり、この場合に、裁判所が釈明権を行使するより、当事者照会の活用により、当事者間での情報の交換が積極的に図られるとともに、その結果が裁判所に提出されれば、それで足り、かつ望ましいと考えられるからである（裁判所も、この段階では、釈明すべき内容が定まらない場合が多い。）。

- (b) そうすると、当事者照会は、基本的に、訴訟の早期の段階での活用が考えられるべきものである。つまり、当事者照会は、訴訟の早期の段階で、裁判所が当該事件の解決に向けての十分な情報を得ていない段階で、当事者間で行われるべきものである。そして、現行の民事訴訟法では認められていないが、その段階での当事者照会の要件である「主張又は立証を準備するために必要な事項」（関連性）について判断することができるという法改正が行われれば、そういう判断は必ずしも難しいものとはならないであろう。

- (c) その後、訴訟が進行して争点の具体的な内容が定まっていく段階からは、争点整理の場で、裁判所を交えての三者間で、争点となる主要事実や重要な間接事実についての考え方の違いや証拠の評価などについての口頭での議論を通じて争点を整理していくべきである。その場合は、裁判外の手段である当事者照会よりも、当事者から裁判所に対して求釈明を申立て、裁判所は相手方当事者の意見も聞きながら、争点の構成を考えつつ、その当否を判断する方が合理的であると思われる。

この点は、争点整理手続をどのように理解するかにより温度差が生じるものであるが、私見は、弁論準備期日などの争点整理手続は、裁判所が主宰す

るものであるが、そこでの内容については、当事者双方と裁判所の三者において、口頭での議論などを活用して、それぞれの主張や提出された証拠方法などを十分に検討することで、重要な間接事実を含む争点と証拠の整理が行われ、それらについての共通認識が形成される場であると理解している（双方の理解や認識の齟齬がどの点に生じているのかが明らかにされる場合も、それらの相違についての共通認識が形成されていると考えている。）。そのような段階での裁判所の釈明権の行使は、多くの場合が裁判所の暫定的心証開示を前提としてその暫定的心証との関係で釈明が必要とされる場合であると考えられるのであり、その段階では、当事者照会と求釈明とでその内容が異なるとは考えにくいのではないかと考えている。このため、迂遠な当事者照会に寄らず求釈明を申立て、その当否を裁判所及び双方当事者で検討することが望ましいと考えるものである（充実した口頭議論が行われる争点整理手続の場では、一方当事者から相手方に対する口頭での照会は、裁判所に対する関係でもその釈明権の行使を求めているものと考えられるものであり、相手方が争点との関連性の有無などの点を理由として照会に応じない場合に、改めて裁判所に対する求釈明の申立てを行うという構造にあると考えられる。）。

(3) 早期開示制度（研究会での提案事項）

双方当事者は、訴状、答弁書、準備書面に、請求を理由付ける事実を具体的に記載し、かつ立証を要する事由ごとに、当該事実に関連する事実で重要なもの及び証拠を記載しなければならない（規則 53 条、79 条ないし 82 条）。これは、訴訟の早期における双方当事者に対し、主張と証拠の自主開示を求める規定であって、証拠については、ディスクローチャーの観点からの規定と解することができるが、それが守られない場合のサンクションの定めはない。

そこで、当事者に訴訟の早期の段階での情報開示義務がある旨を定め、その具体的な開示方法として文書目録の交付義務があること、裁判所がその交付期限を定めることができること、それが履行されなかった場合の制裁制度を定めるとするのが、研究会からの提案であった。この提案は、争点整理の早期の段階で、訴訟に関連する文書についての情報が当事者間で共有されることを目的として、一方当事者に、その所持する文書に係る情報を相手方当事者に提供するという訴訟法上の義務を負わせるというものであり、目録の提出が無い場合は、制裁として、後日当該文書を書証として提出することを認めない、文書目録に記載されていないことを理由とする真実擬制といったことを認めようとする提案である。情報自体は文書の形で保管されるのが通常であるから、その目録の作成と相手方への交付と

いう形での情報開示義務の履行という仕組みは、目録作成に要する時間的事務処理コストがどの程度のものとするかなどの検討すべき点は存在するが、目録に記載されていない文書の後日の証拠提出を認めないなどの具体的な制裁を課しやすい点などを考えると、考慮には値しよう。

(4) 制裁論

- (a) 日弁連の当事者照会についての改正要綱試案は、裁判所による①促し、②相手方への審尋、③相手方への回答命令、④20万円以下の過料、という形で最終的な制裁を提案している。不服申立て手段を整備した上で、過料の制裁を課するという内容であるが、当事者照会における照会の要件具備の判断などについて、裁判所が関与するというシステムに対しては、そのような判断を裁判所の義務とすると、要件具備の判断を行わなければならないなど、当事者照会が重い制度となってしまう、という意見も強く主張されている。
- (b) 制裁には、日弁連案のようなかなり重い制度とするものもあるが、もう少し軽い制裁の仕組みを考える、あるいは直接的なものではなく間接的なものを考えるなどと色々な考え方が示されている。日弁連案は、最終的な手段としては過料の制裁を取り入れているが、その前の段階では、①促し、②審尋、③回答命令といった段階を踏んだうえで、最終的な解決方法としての刑事罰を入れているものであって、その前の段階での解決されることを前提とするものである。制裁論は、結局のところ、当事者照会がその目的とする訴訟の初期の段階で、双方間での情報の交換が十分に行われ、その結果に基づき、適正迅速な争点整理が行われることを目的とするものであるから、そのような目的達成のために有効な手段があればそれで足りるものである。そのような見地からは、当事者照会への回答拒否をもって、照会事項の存否についての真実擬制は出来ないものの、訴訟費用の負担の点での検討（迅速な裁判の進行が妨げられた点を考慮した費用負担割合とする）や、照会事項の除外事由の判断に際して、照会者に秘密保持命令を課すことや、裁判上の訴訟進行に関する合意として、秘密保持条項を定めて照会者にそれを守らせるというようなことは考えられる。

なお、裁判所に要件具備の判断をさせるという点については、その点での裁判所の負担は増えるものの、当事者照会が訴訟の早期の段階での問題であって、当事者相互間での情報の交換という観点から、訴訟との関連性が認められない場合は除くといった程度であれば、それほど負担にはならないものと思われる（訴訟の早期の時点で、当事者から求釈明が申し立てられた場合、裁判所は、同様の判断をしなければならないと思われる。）。

(5) 第三者に関する情報

当事者照会、提訴前照会のいずれも情報収集手段であるという立場に立った際に、当該情報に第三者に関するものが含まれている場合にどのように考えるかが問題となる。ここでの問題は、被照会者が照会に応じて開示した情報の中に第三者に関する情報が含まれている場合には、当該第三者から、照会に応じたことで、例えば当該第三者の私生活上の秘密（プライバシー）に関する情報が照会事項の除外事由に当たるにもかかわらず照会者に不法に開示されたとして損害賠償義務を負う危険があるという問題である（この点は、弁護士会照会の場合も問題となる。）。

当事者照会や提訴前照会の場合は、裁判所の関与のない軽い制度として作られてきたこともあるが、当該第三者が開示の当否自体を争う手段がなく、被照会者が開示請求に応じるか否かの判断をしなければならない（ただし132条の2第2項）。ここでは、当該情報の訴訟での必要性や重大性といった価値と第三者に生じる具体的不利益との間での利益衡量といった難しい判断は求められておらず、照会応諾義務の除外事由に該当するかという判断である。当事者照会は、提訴後であるから、照会を受けた当事者の一方が照会事項に応じて回答することは、当事者の自主的な判断に委ねられている訴訟活動につながるものとして問題はないものと思われる。この点は、裁判所からの釈明に応じる場合と同様であって、裁判所の釈明に対して、第三者の私生活上の秘密が含まれることを理由に回答を拒否することは出来ないであろうし、釈明に応じて回答した場合に、それが第三者から問題とされることは少ないと思われる。提訴前照会の場合は、応諾義務の除外事由に該当するかの判断は被照会者に委ねられているが、「第三者の私生活に関する事項で、回答することにより、当該第三者が社会生活を営むのに支障を生じるおそれのあるもの」（132条の2第1項2号）という緩やかな判断基準を前提とすると、それほど難しい判断を求められるものではないと思われる。

6 提訴前照会、当事者照会の積極的利用について（私見）

- (1) 提訴前照会、当事者照会は、いずれも積極的に利用されているとはいえず、その効果の点でも満足できないところがある。ただ、相手方の保有する情報を早期に収集する上での貴重な手段であることを理解し、実際に利用する立場での活用方法を探ることは可能であると思われる。いくつかの点で私見を述べる。
- (2) 提訴予告通知、提訴前照会、提訴前証拠収集処分、当事者照会の一体的有機的な利用

提訴前照会は「主張又は立証を準備するために必要であることが明らか事項」というように要件がかなり限定的である。また、提訴予告通知後4

ヶ月という期間的な制限もある。このため、これらの一体的有機的な利用を考えることが不可欠となる。

(a) 提訴予告通知の活用

提訴予告通知には、請求の要旨及び紛争の要件を記載すれば足りるので、それを記載する。なお、この場合、紛争事実の特定と請求したい内容について訴訟類型を含めて記載すれば足り、その後の訴えの際には提訴予告通知に記載した内容との間に相違があっても問題とならないことから、ある程度大胆な記載は可能である。提訴前照会を4ヶ月間の間に相手方と2往復の書面の交換で行うとすると（最初の照会に対する回答ではさらに照会したい事項が増える可能性がある。）、提訴予告通知と提訴前照会と兼ねた書面を送付する必要がある。

提訴前照会に対する回答には、回答拒否が多いのが実態だが、関係者が多く複雑な事件では、被告が違うという旨の回答がされる可能性はあり、その場合は、被告を誤るという危険が避けられたことになって提訴前照会にそれなりの効果があったと考えられる。

また、提訴予告通知を行えば、提訴前照会に対する回答が無くとも、第三者に対する提訴前証拠収集処分（132条の4）の申立ては可能である。この場合「自ら収集することが困難である」という要件が加わっているが、文書送付嘱託や調査嘱託は可能である。これらの提訴前証拠収集処分については、「当該予告通知に係る訴えが提起された場合の立証に必要であることが明らかな証拠となるべきもの」という要件（132条の4第1項柱書）が規定されており、証拠収集処分申立書には、予告通知に係る「請求の趣旨及び紛争の要点」と「予告通知に係る訴えが提起された場合に立証されるべき事実及びこれと申立てに係る処分により得られる証拠となるべきものとの関係」の記載が必要とされている（規則52条の5第2項3、4号。）。提訴前証拠収集処分の申立てを受けた裁判所は、訴え提起後という将来の事柄を前提に、そこでの証拠としての（明らかな）必要性を判断するということになる。このため、提訴予告通知書面や証拠収集処分申立書の「請求の趣旨及び紛争の要点」の記載から判明する訴訟類型において、争点整理手続を経なくとも、通常、典型的、定型的に必要な証拠を意味すると解されている。

問題は、「申立人がこれを自ら収集することが困難であると認められるとき」（132条の4第1項柱書）という「自己収集の困難性」の要件である。この点は疎明事項とされており（規則52条の5第6項）、疎明としてどの程度のものを求められるかという問題であるが、嘱託先とされる者が、任意の照会に応じない意思が明白である場合などが考えられ、実際には文書送付

嘱託先や調査嘱託先が弁護士会照会に応じない意思を示している場合などが考えられる（当該事案について弁護士会照会を先行させなければならないという運用であってはならないと考える。例えば、別事件での同じ照会先に対する弁護士照会に対する拒否事例の存在などで足りると思われる）。

(b) 当事者照会と求釈明の申立ての併用

当事者照会は、求釈明の申立てと併用することで利用できる場面がある（回答を拒否されたら、その理由を争点整理の場で相手方に質問し、裁判所がその点に興味を持ってくれば、その点を期日外で求釈明を申立てることになる。釈明事項とその理由をどの程度記載するかを検討することになるが、当事者照会は、訴訟の早期で利用されることを前提とすると、訴状や答弁書などの訴訟の早期に提出された書面に示される事実関係を立証するため（あるいはそれと両立しない事実の不存在を示すために）通常必要と考えられる事項に関する情報を求めるものであれば足り、関連性がないと判断される場合は除かれる、といった程度の判断基準で対応すれば足りると考える（訴訟の初期段階であるから、迅速性の要求も強く働かない）。そうすると、裁判所は、当事者照会を求めて相手から拒否された当事者から、そういう状況が、弁論準備期日などで明らかにされた場合は、拒否した当事者に対し照会に応じるよう説得する、という運用が可能となると思われる（裁判所として、相手方に対して、求釈明の申立てがされれば、裁判所が釈明することになる可能性が高いことを伝えるという運用は可能であろう。）。

(c) 積極的な利用が考えられる事件

証拠偏在型の事件で、関係する重要書証が類型的に想定できる事件での利用は考えられる（最終的に、弁論準備期日で当該書証の提出を求めるとともに、その作成状況についての情報を得ることを目的とする。当該書証に関して、相手方の陳述書の作成とその際の記載内容に具体的かつ詳細な注文を付けることも考えられる（間接的には陳述録取書化を図ることができる。））。

(d) 利用方法

- ① 照明責任の有無とは無関係に利用できるもので、その点からの利用を考える。自白を求める照会も可能である（否定説の積極的な根拠は無いように思う。具体的な事実の照会の内容が、結果的にその事実についての相手方の自白を求めるのと同じことになる場合がある。）。
- ② 照会事項は具体的かつ個別的であれば足りるので、事実関係のみを照会するという方法で質問を重ねることができる。この点では、相手方当事者の本人尋問の前倒しという観点からの利用は考えられる（後日の人証調期日でもう一度尋問することは可能であるし、陳述録取書を相手方代理人経

由で取得するという理解も可能である。照会者側の手の内を明かすことにもなるが、それはやむを得ないと考えるべきであろう。）。

例えば、時間外給与の請求事件では、照会事項の作成が煩雑となるが、⑦就業規則や給与規程の存在及び労基署への届出の有無、⑧時間外手当を請求している時期での規定の変更の有無とその内容、⑨従業員の時間外勤務の記帳方法、電磁的記録方法の採用の有無、⑩その保管方法等を個別に照会するといった細かな照会事項を工夫することは可能である。

- ③ 照会者側が依頼者から聞いただけで裏付けとなる証拠がなく全く思い違いをしている可能性がある場合にその危険を避けることが出来る。イエス、ノーで答えられる照会も可能なので、こちらの一方的な思い込みの可能性のある点を照会することで、無駄な訴訟が避けられる場合もある。
- ④ 当事者照会では、求釈明よりも細かな具体的な点での回答を同時に数多く求めることができる（尋問事項程度に詳しいことも照会することができる。要は答えやすいように具体的な質問をすればよい。）。取調べのように争点についてどんどん質問を重ねていくというような照会は拒否される可能性があるが、疑問点を除外するための照会には応じてくれる可能性が高い（主張や立証の構成に際して無駄な構成を考える必要が無くなる。）。)
- ⑤ 1回の当事者照会ですべてが分かるということは考えられない。当事者照会では、求釈明よりも細かな具体的な点での回答を同時に数多く求めることができる（尋問事項程度に詳しいことも照会することができる。要は答えやすいように具体的な質問とする必要がある。）。)

(3) 裁判所に対する関係

裁判所は、提訴前照会や当事者照会が訴訟の場における争点整理を適切かつ迅速に進めるための重要なツールであって、裁判所にとっても有用であることの認識を深める必要がある。裁判所は、特に訴訟の初期の段階では、争点整理手続と並行して、当事者照会が行われているかについても注意を払うことが必要であり、かつそのことは有益であると認識すべきである（代理人としても、裁判所にその点をアピールしておくことが有益である。）。)

当事者照会は、当事者間での訴訟法上の信義則を根拠とするものであるが、訴訟法上の信義則の根底にある民事訴訟における真実義務は、裁判所に対する関係でも問題となるものである。裁判所は、平成8年民事訴訟法改正以後は、可及的に真実が示されることが裁判の国民からの信頼を高めることになるという意識を持たなければならない。民事裁判において、可及的に真実が示されることが担保するためには、裁判所がみずから行う争点整理と並行して行われる当事者照会の進行とその結果について重大な関心を持たなければならない。そして、当事者照会がこのような新しい意識の下に設けら

れた制度であることを前提とすると、当事者照会の回答が拒否されて、当該事項について求釈明が申し立てられた場合、裁判所は、その当否について適切かつ迅速に判断する必要があると考える。

（文献紹介）

研究会新民事訴訟法（ジュリスト増刊1999, 11）（竹下他）166頁

証拠法の新たな動向（山本和彦 ジュリスト1317号「特集・新しい時代の民事訴訟法」2006. 8）85頁

訴え提起前の情報収集・交換の拡充と審理の充実（畑瑞穂 同上）70頁

民事訴訟法の争点（山浦善樹2009. 3）142頁

日弁連改正要綱試案（2012, 2）

民事訴訟法の改正課題（ジュリスト増刊2012, 12）（三木＝山本）99頁

特集「次の世代の民事訴訟法に向かって」（論究ジュリスト24号2018年冬号）

調査嘱託・文書送付嘱託、提訴前証拠収集処分

大坪和敏（東京弁護士会）

山岸泰洋（東京弁護士会）

[目次]

- 第1 調査嘱託・文書送付嘱託〔山岸執筆〕
 - 1 総説
 - 2 必要性要件について
 - 3 応諾義務について
 - 4 若干の検討
- 第2 提訴前証拠収集処分〔大坪執筆、山岸編集〕
 - 1 制度の概要
 - 2 提訴予告通知制度
 - 3 提訴前の予告通知者・被予告通知者照会
 - 4 提訴前の証拠収集処分
 - 5 制度の課題
 - 6 補足

第1 調査嘱託・文書送付嘱託

1 総説

- (1) 調査嘱託とは、裁判所が必要な調査を官庁若しくは公署、外国の官庁若しくは公署又は学校、商工会議所、取引所その他の団体に嘱託することである（民訴法 186 条）。

通説的見解によれば、民訴法第二編第四章第二節以下に定められた証拠調べ手続とは別の、簡易かつ特殊な証拠調手続とされる。このことの論理的帰結として、嘱託先からの回答が裁判所に到達し、裁判所が期日においてこれを「顕出」して当事者に意見陳述の機会を与えれば、当事者の援用がなくても証拠となる（最判昭和 45 年 3 月 26 日民集 24 卷 3 号 165 頁）。

嘱託先は団体（法人格のないものを含む）に限られ、個人は含まれない。調査対象は、報告者の主観が混入されるおそれのない客観的事実であって、手元の資料で容易かつ一義的に回答できるものに限られる。条文上は裁判所の職権による嘱託が原則であるが、弁論主義との整合性から当事者の申立権も認められており、実際上はむしろ当事者の申立てによる嘱託がほとんどであり、本稿の記述も基本

的にこれを想定したものである¹。

関連する制度として、釈明処分としての調査嘱託（民訴法 151 条 1 項 6 号）があり、上記の簡易かつ特殊な証拠調べとしての調査嘱託の規定が準用されているが、本稿では特に取り上げない。

- (2) 文書送付嘱託とは、当事者の申立てにより、裁判所が文書の所持者に対しその文書の送付を嘱託することである（民訴法 226 条本文）。

通説的見解によれば、書証申出のための準備行為とされる。すなわち、嘱託に応じた所持者から裁判所に文書が送付されただけでは証拠とならず、裁判所が期日において当事者に対しこれを「提示」するのを受け、当事者がこれを謄写した上で書証の申出をしてはじめて証拠となるというのが、実務上の取扱いである。

嘱託先には限定はないが、「文書の所持者」として具体的に特定されなければならない。嘱託対象となる文書については、できる限り「文書の表示」や「文書の趣旨」によって特定されることが望ましいが、これが困難である場合は、文書提出命令との均衡からも、文書の所持者において識別可能な程度に特定されていれば足りるとされる（民訴法 221 条 1 項 1 号及び 2 号、222 条 1 項前段参照）²。

- (3) このように、調査嘱託及び文書送付嘱託は、ともに証拠調べそのもの又はこれに準じるものであるが、裁判所の名において嘱託先に対し証拠ないし情報の開示を求める制度であり、強力かつ迅速な開示が期待できることから、実際上は証拠（ないし情報）収集手段としての重要な機能を有するといえる³。

このように証拠収集手段として調査嘱託及び文書送付嘱託を見ると、いずれにおいても、証拠調べとしての必要性の要件（裁判所が申立てに応じるか否か）と、嘱託先の応諾義務（嘱託先が嘱託に応じるか否か）が、実務上特に問題となる。

2 必要性要件について

- (1) 前記のとおり、通説的見解によれば、調査嘱託は簡易かつ特殊な証拠調手続とされ、文書送付嘱託は書証申出のための準備行為とされる。いずれも、民訴法上の位置づけとしては証拠調べそのもの又はこれに準じるものであり、同法 179 条以下の規律に服する。したがって、調査嘱託及び文書送付嘱託のいずれにおいても、証拠調べの必要性（同法 181 条 1 項）が要件となる。

他方、調査嘱託及び文書送付嘱託はいずれも、証拠収集手段、あるいは、紛争の前提となる事実関係を確定し、争点整理を円滑に進めるための情報収集手段と

¹ 門口ほか編『民事証拠法大系第 5 巻』134 頁以下。

² 門口ほか編『民事証拠法大系第 4 巻』74 頁以下。

³ 新堂『民事訴訟法』は、調査嘱託及び文書送付嘱託を証拠収集の一項目として整理する。

しての機能を有する。証拠開示制度が必ずしも充実していない日本の民訴法下において、特に証拠偏在型の事件の場合、その意義は大きい。この点において、当然ながら、調査嘱託又は文書送付嘱託の申立てをする側の訴訟当事者（以下「申立当事者」という）としては、できる限り訴訟の早期の段階において、かつ、なるべく緩やかに、嘱託がなされることを希望することになるだろう。

しかしながら、現在の通説に基づく裁判所実務にあつては、上記のとおり調査嘱託及び文書送付嘱託は証拠調べ又はこれに準じるものである以上、当該事件の争点との関係で証明すべき事実（立証趣旨）を特定し、証拠調べの必要性を明らかにする必要がある（民訴法 180 条 1 項、181 条 1 項、民訴規則 99 条 1 項）。ここにおいて、証拠調べの必要性の要件をめぐり、裁判所と申立当事者の間には一定の認識ギャップの存在が横たわることとなる。

- (2) この点について、東京地方裁判所、東京弁護士会、第一東京弁護士会及び第二東京弁護士会の四者間で開催された、平成 29 年度「民事訴訟の運営に関する懇談会」では、必要性の要件をめぐる裁判所と申立当事者の間の認識ギャップが浮き彫りになる一方、期日における口頭議論等のコミュニケーションの充実により、その認識ギャップはある程度解消可能であることについては、出席者の間で概ね異論なく、繰り返し指摘された。関連して、争点整理の局面（進行段階）に応じて、必要性の判断は異なりうるとの指摘もあった。

なお、同懇談会においてはあまり議論されなかったようだが、必要性の要件をめぐる認識ギャップは、申立当事者と相手方当事者の間にもしばしば生じる。相手方当事者としては、自己のプライバシーや営業秘密等の開示につながりうる調査嘱託や文書送付嘱託について、必要性の要件を厳格に捉えてこれを争うことに強い動機があり、単に自己に不利な証拠の収集を妨げる目的であるとは限らない⁴。このような場合においても、期日における口頭議論等のコミュニケーションの充実により認識ギャップが解消され、相手方当事者が保有する資料であれば調査嘱託・文書送付嘱託を実施するまでもなく任意の開示に至ることも、ある程度期待しうるところである。

- (3) 以上のとおり、必要性の要件をめぐる裁判所と申立当事者、あるいは申立当事者と相手方当事者の間の認識ギャップについては、期日における口頭議論等のコミュニケーションの充実によりある程度解消しうるところであるが、これはいわば、

⁴ 古い資料であり、また、調査嘱託・文書送付嘱託に限定されたものではないが、平成 13 年の最高裁判所の調査によれば、訴訟における文書（書証）の提出拒否事例においては、「プライバシー・守秘義務等」、目的外利用への懸念など「原告・被告間の不信等」、「内部文書」、「公共機関の守秘義務」といった理由が多くを占める。民事法情報 183 号 58 頁。

必要性の要件そのものは不動のまま、同要件を満たしているか否かについて関係者が相互に説得を試み、共通認識を形成する営みに過ぎない。これに対し、調査嘱託・文書送付嘱託の証拠・情報収集機能を重視する立場からは、さらに進んで、必要性の要件そのものを緩和することが考えられる。

まず、現行民訴法下での解釈・運用による緩和であるが、伝統的には証拠収集と証拠調べは峻別され、証拠調べについては必要性の要件が課されるところ、調査嘱託・文書送付嘱託については実質的には証拠収集手段としての側面が強いことから⁵、必ずしも伝統的な証拠調べの枠にとらわれず、必要性の要件を柔軟に解釈する余地もあるように思われる。この点、平成 8 年民訴法改正によって確立した争点整理と集中証拠調べの分離の原則との関係でも、事実関係や論点が錯綜する事案においては、事案の解明や争点整理を進めるために有益な証拠調べは前倒しで早期に実施することも許され、もって実質的に訴訟の早い段階での証拠開示が進むことが期待できるとの指摘がある⁶。

次に、民訴法の改正による緩和としては、たとえば、調査嘱託・文書送付嘱託を伝統的な証拠調べの枠組みから解放し、「証拠調べの必要性」ではなく「争点との関連性」をもって要件とすることが考えられる。

もっとも、後記のとおり、調査嘱託・文書送付嘱託に係る応諾義務について、裁判所の審査により必要性が認められて採用されていることが重要な正当化根拠とされていることからすると、必要性の要件の緩和とのバランスについては慎重な検討を要する。

3 応諾義務について

- (1) 調査嘱託は、民訴法 186 条の文言上、裁判所の権限として定められるに留まり、嘱託先の応諾義務については明文の規定がない。通説的見解によれば、外国については別論、内国の官公署その他の団体に関しては、国法上、裁判所の嘱託先に対する権限として認めている以上、これに応じるべき一般公法上の義務があり、正当な理由がない限り拒否することはできないとされている。そして、ここでの正当な理由とは、たとえば「公務員の職務上知ることのできた秘密（国家公務員法 100 条 1 項）に該当する」といった抽象的なものでは足りず、それを開示することにより公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるといった具体的事由が必要になるというべきである（民訴法 191 条 2 項、220 条 1 項 4 号ロ参照）⁷。

文書送付嘱託（民訴法 226 条）も、少なくとも嘱託先が官公署である場合にっ

⁵ 前掲注 3。

⁶ 小林秀之ほか編『証拠収集の現状と民事訴訟の未来』169 頁〔後藤充隆執筆〕。

⁷ 門口ほか編『民事証拠法大径第 5 巻』147 頁。

いては基本的に同様で、嘱託先はこれに応じるべき一般公法上の義務があり、正当な理由がない限り拒否することはできないとするのが通説である⁸。

もっとも、調査嘱託及び文書送付嘱託のいずれについても、かかる一般公法上の義務の違反について直接の制裁規定はなく、その意味で強制力は伴わない。

- (2) 近年、個人情報保護の社会的要請の高まり、特に平成 17 年の個人情報保護法制の施行を受けて、裁判所の調査嘱託・文書送付嘱託に対し、嘱託先がこれを拒絶する回答を行う事例が増加している。その多くは、概要、調査嘱託や文書送付嘱託が「法令に基づく開示要求ではない」との前提に立ち、当該個人情報に係る本人の同意がない限り応諾できないなどとするものである（個人情報保護法 23 条 1 項参照）。嘱託先のかかる対応が、調査嘱託・文書送付嘱託の証拠収集機能を阻害し、ひいては訴訟の適正かつ迅速な審理に支障を来すことは、いうまでもない。

これに対し、最高裁判所は、平成 18 年 7 月 4 日付通達において、調査嘱託及び文書送付嘱託が法令に基づくものであり、正当な理由がない限りこれを拒絶したり、本人の同意を開示の条件としたりすることはできない旨、見解を示した⁹。また、現場の地方裁判所レベルでも、調査嘱託・文書送付嘱託を実施するに際し、同様の見解を示すとともに、嘱託に応諾しても個人情報保護法制に違反するものではない旨説明した文書を嘱託書に同封し、嘱託先に送付している例がある¹⁰。もっとも、いずれもあまり奏功していないようである。

- (3) このような状況において、調査嘱託及び文書送付嘱託の事実上のユーザーである弁護士の不満は根強い。

大阪弁護士会が平成 30 年 7 月 18 日開催の研修会「民事裁判における証拠収集の充実のために」に先立って行った会員向けアンケートによれば、調査嘱託及び文書送付嘱託のいずれについても、個人情報保護を理由とした開示拒絶事例が数多く見られる。その上で、回答者からは、法改正による解決策として、①応諾義務の明文化、②違反に対する制裁（強制力）の導入、③調査嘱託について文書提出命令に相当する「調査命令」（仮称）の制度の新設などの提言がなされた。

また、実務の運用による解決策としては、同アンケートにおいて、④裁判所が嘱託先に対し積極的に応諾を働きかけることが提言されたほか、同研修会の講義（講師：阿多博文弁護士）において、⑤立証趣旨の記載や嘱託先との事前調整を

⁸ これに対し、嘱託先が私人である場合については争いがある。近藤ほか「裁判所から文書送付嘱託を受けた文書所持者がその嘱託に応ずべき義務について」判タ 1218 号 31 頁が詳しい。ほか、門口ほか編『民事証拠法大系第 4 巻』79 頁、判タ 1218 号 31 頁参照。

⁹ http://www.courts.go.jp/vcms_lf/20533001.pdf

¹⁰ たとえば東京地裁につき判タ 1267 号 5 頁、名古屋地裁につき自正 2009 年 11 月号 161 頁参照。

充実させることによって任意の応諾を得やすくする取組みの事例が紹介されている。

- (4) 調査嘱託・文書送付嘱託と個人情報保護の要請等の相克の背景には、そもそも応諾義務の性質が「一般公法上の義務」などという抽象的なものであり、正当な拒絶理由の存否を嘱託先が自ら判断しなければならないという問題構造がある。この点、文書提出命令が、制度上、命令の名宛人となる文書所持者に対する手続保障を内包し、審理の上で発令されれば文書提出義務は具体化され、文書所持者はこれに従う以外の選択肢がありえないことと、全く趣を異にする。

そこで、調査嘱託・文書送付嘱託については、裁判所が証拠調べの必要性を認めてこれを採用していること、嘱託先は正当な理由がない限り応諾義務があることを前提とした上で、⑥裁判所と嘱託先の間の事実上のコミュニケーションにより、正当な拒絶理由の存否を明らかにし、あるいは応諾した場合に懸念される個人情報保護上の問題点等を整理・検討し、必要があれば閲覧制限（対第三者）や秘密保持命令（対当事者）などの措置をとる、という実務運用が考えられる。⑦法改正によりこれらを法定の手続とすることもありえよう¹¹。

かかる手続を経ることにより、嘱託先を含む訴訟関係者の間において応諾義務の範囲がある程度具体化され、嘱託先としても応諾と拒絶それぞれによる法的リスクの評価が容易となるのではないか。もっとも、特に文書送付嘱託については、上記手続があまりに重くなると、限りなく文書提出命令に近接していくことになり、制度間役割分担の観点からは慎重な検討を要するところである。

4 若干の検討

- (1) 以上のとおり、証拠（情報）収集手段としての調査嘱託・文書送付嘱託の機能に着目すると、実務上、証拠調べとしての必要性の要件（裁判所が申立てに応じるか否か）と嘱託先の応諾義務（嘱託先が嘱託に応じるか否か）が問題となり、前者についてはこれを緩和する要請が、そして後者についてはこれを強化する要請が、それぞれある。そして、その実現のために、立法（法改正）又は解釈・運用の変更に関する提案等も、ある程度なされているところである。

ここで注意すべきは、調査嘱託・文書送付嘱託の嘱託先、及び当該調査・文書送付によりプライバシー等の権利に制約を受けるおそれのある第三者（たとえば銀行口座取引履歴を対象とする調査嘱託における当該口座名義人。以下「法益主体」という。）をいかに保護するかである。（法益主体が相手方当事者である場合

¹¹ 前掲近藤ほか「裁判所から文書送付嘱託を受けた文書所持者がその嘱託に応ずべき義務について」判タ 1218 号 31 頁、座談会「現代における裁判所の情報収集や裁判のための証拠等収集の在り方をめぐる問題」論及ジュリスト 25 号 124 頁に概ね依拠した。

を除き）嘱託先及び法益主体のいずれも、訴訟手続上、当該調査嘱託・文書送付嘱託について争う機会を保障されていないからである。嘱託先と法益主体が同一であることもあるが、異なることもあり、そうなると問題は一層複雑である。

- (2) 必要性要件の緩和と応諾義務の強化の組合せを類型ごとに整理したのが次表である。

		必要性要件	
		現状	緩和 ¹²
応諾義務	現状	【A：現状維持】	【B：緩やかな証拠収集手段】
	強化 ¹³	【C：文書提出命令の亜種？】 ・必要性要件によるスクリーニングは現状どおり。 ・強化の程度により、嘱託先及び法益主体の保護につき要検討。	【D：文書提出命令の変種？】 ・必要性要件によるスクリーニングは後退。 ・嘱託先及び法益主体の保護につき、Cより高度の必要性。

まず、そもそも第三者に応諾義務を課すことの最大の正当化根拠は、裁判所が必要性を認めていることにあることからすると、一方で必要性要件を緩和して裁判所によるスクリーニングを後退させつつ、他方で応諾義務を強化する【D】の路線を採用することは、現実的に難しいように思われる。

これに対して、【C】は、必要性要件について裁判所のスクリーニング機能は維持されているが、さらに、応諾義務の強化の程度によっては、たとえば違反に対する制裁を導入して強制力を持たせる（前記②）ということになれば、文書提出命令との均衡上も、嘱託先に対する相当の手続保障が必要となろう。また、法益主体の保護の観点からは、嘱託先がある程度その利益を代弁するほか、裁判所が後見的機能を発揮し、より慎重な採否の審理を行わなければならないということになる¹⁴。そうなると、調査嘱託・文書送付嘱託の審理はかなり重たくなり、事実上、文書提出命令のそれに限りなく近づいていくことになる（前記⑥⑦参照）。制度間の役割分担として必ずしも据わりはよくない。

¹² 解釈・運用による緩和のほか、法改正により要件を「証拠調べの必要性」から「争点との関連性」に改めることなどが考えられる。本稿「第1」「2」「(3)」参照。

¹³ 強化の程度についてはさまざまな制度設計がありうる。本稿「第1」「3」「(3)」及び「(4)」記載の①～⑦参照。

¹⁴ 法益主体にも手続保障を与える、あるいは嘱託先が調査嘱託・文書送付嘱託に応諾して情報開示をした場合でも法益主体からの責任追及を免れないとする、といった仕組みも考えられるが、現実的であるとは思われない。

(3) そうすると、全くの私見であるが、目指すべき制度設計としては、調査嘱託・文書送付嘱託については【B】の緩やかな証拠収集手段として割り切る一方、法改正により文書提出命令制度を改善し¹⁵、かつ「調査命令」（仮称）の制度を新設することで（前記③）、勧告型（調査嘱託・文書送付嘱託）と強制型（調査命令・文書提出命令）に役割分担を整理するのが妥当であるように思われる。

また、上記を基本としつつ、従前認められてきた応諾義務の内容（正当な理由がない限り拒絶できない一般公法上の義務）を法改正により明文化すること（前記①）、運用によって裁判所・申立当事者・嘱託先のコミュニケーションを充実させ応諾の幅を広げること（前記④～⑥）は、これと矛盾しない。

第2 提訴前証拠収集処分

1 制度の概要

提訴予告通知制度を利用することにより、訴え提起前に、相手方への照会及び裁判所に対して訴え提起前の証拠収集処分を申し立てることができる（民訴法 132 条の 2 ～同条の 9）。訴訟手続の計画的進行を図り、民事訴訟の充実・迅速化を実現するため、訴えの提起前における証拠収集等の手続を拡充するものである¹⁶。

2 提訴予告通知制度

(1) 提訴予告通知の概要

提訴予告通知は、「訴えを提起しようとする者が訴えの被告となるべき者に対し訴えの提起を予告する通知」である（民訴法 132 条の 2 第 1 項）。

提訴予告通知を発することにより提訴前の照会及び証拠収集の処分を利用することが可能となる（民訴法 132 条の 2、同条の 4）¹⁷。予告通知に対して返答した

¹⁵ たとえば日弁連「文書提出命令及び当事者照会制度改正に関する民事訴訟法改正要綱試案」（平成 24 年 2 月 16 日付）参照。

¹⁶ 小野瀬厚・武智克典編著『一問一答平成 15 年改正民事訴訟法』（商事法務 2004）28 頁、小野瀬厚・畑瑞穂・武智克典「民事訴訟法等の一部を改正する法律の概要(2)」N B L 769 号（2003）49 頁）。

¹⁷ 提訴の予告通知の制度は、イギリスにおけるプロトコールを参考として考案されたものである。提訴予告通知がされることによって訴え提起の蓋然性が高いことが示されるので当事者に照会に応ずべき訴訟法上の義務を課することが可能となること、手続の濫用を防止するために必要であること、予告通知に基づく当事者間の交渉を通じて事案の概要や紛争の要点が明らかにされることで証拠収集処分申立ての要件を裁判所が審査するための情報が適用される可能性が確保できることなどを理由とする。

改正要綱中間試案補足説明によれば、予告通知によって訴訟係属に準じた状態（準訴訟係属）が生じるという理由もあげられている（伊藤眞『民事訴訟法〔第 5 版〕』320 頁、兼子一原著『条解民事訴訟法〔第 2 版〕』683 頁〔上原敏夫〕。なお新堂幸司『新民事訴訟法〔第

相手方も同様である（民訴法 132 条の 3、同条の 4）。

(2) 提訴予告通知の方法

提訴予告通知書には、提起しようとする訴えに係る請求の要旨及び紛争の要点を具体的に記載しなければならない（民訴法 132 条の 2 第 3 項、民訴規 52 条の 2 第 2 項）。紛争の要点の記載内容が不明確であったり、主張自体失当なものは、後述する証拠収集処分の要件を欠くことになる（その他の記載事項は民訴規則 52 条の 2。規則上はできる限り、訴えの提起の予定時期を明らかにしなければならない（民訴規 52 条の 2 第 3 項））。

(3) 被予告通知者の対応

予告通知を受けた者（被予告通知者）が、提訴前の照会及び証拠収集の処分を利用するためには、予告通知書に記載された請求の要旨及び紛争の要点に対する答弁の要旨を記載した書面で返答をする（民訴法 132 条の 3。予告通知に対する返答書の記載事項は民訴規 52 条の 3）。

3 提訴前の予告通知者・被予告通知者照会

(1) 照会制度の意義

提訴予告通知者及び被予告通知者は、予告通知をした日（被予告通知者は受領した日）から 4 か月以内に限り、相手方に対して、訴訟の主張または立証を準備するために必要であることが明らかな事項について、相当の期間を定めて、書面で回答するよう、書面で照会をすることができる（民訴法 132 条の 2、132 条の 3。以下「提訴前照会」という。）。訴え提起後の当事者照会（民訴法 163 条）に相当する。

5 版』381 頁は民訴法 2 条に基づく信義誠実義務とこれに対応する照会権を想定できるとする。河野正憲『民事訴訟法』132 頁も同旨か。）。しかし、準訴訟係属という説明にはレトリック以上の意味はない。予告知は単なる私人間の文書の交付にすぎず、予告知がなされても訴訟係属に準ずる状態が生じたとは到底いえないので、ミスリーディングである（三木浩一『民事訴訟における手続運営の理論』（有斐閣）27 頁。松本・上野『民事訴訟法〔第 5 版〕』197 頁も否定的）。当事者に訴訟法上の義務を課することが正当化されるのは、訴訟係属によって裁判所が手続主宰者として登場し、当事者の権利や利益を保証して手続の正当性を担保するからにはほかならない。これに対し、予告通知においては、手続の正当性を担保する手続主宰者は登場しない。このように、訴訟係属の本質的要素が何らなくともかわらず、これを準訴訟係属と呼ぶことは、不相応な義務や負担を正当化する解釈の根拠とされる危険があって不適切である（以上、賀集唱ほか編『基本法コンメンタール民事訴訟法 1 〔第 3 版追補版〕』（日本評論社）326 頁〔三木浩一〕）。

(2) 提訴前照会の利用場面

提訴前照会は、訴訟における求釈明事項に限らず、たとえば相手方の専門的地位、知識が紛争の原因となっている事件において、相手方の知識や認識、制度の一般論などを照会するなど、相手方から広く情報を得たい場合に有益である。

(3) 照会が認められない場合

当事者照会が許されない場合（民訴法 163 条各号）には提訴前照会も認められないなど、照会内容については制限がある（民訴法 132 条の 2 第 1 項但書、同条の 3 第 1 項後段）。この制限にあたらない場合には、照会の相手方は、回答義務を負うと解されている¹⁸。したがって、照会を受けた相手方としては、照会事項に対して回答を行うか、民訴法 132 条の 2 第 1 項但書の各号に該当するので回答しない旨を返答しなければならない¹⁹。

(4) 照会の方法

提訴前照会は、提訴予告通知と同じ書面でもすることも認められると解される。照会書として必要な記載事項は、民訴規則 52 条の 4 第 2 項に規定されている。回答書の記載事項は、民訴規則 52 条の 4 第 3 項に規定。

4 提訴前の証拠収集処分

(1) 提訴全証拠収集処分の内容

提訴予告通知者及び返答をした被予告通知者は、「予告通知に係る訴えが提起された場合の立証に必要であることが明らかな証拠となるべきもの」について、予告通知がされた日から 4 か月の不変期間内に、次の証拠収集処分を申し立てることができる（民訴法 132 条の 4 第 1 項、2 項）²⁰。

- ① 文書の送付嘱託（文書の所持者にその文書の送付を嘱託すること）
- ② 調査嘱託（必要な調査を官庁若しくは公署、外国の官庁若しくは公署又は学校、商工会議所、取引所その他の団体に嘱託すること）
- ③ 専門家の意見陳述の嘱託（専門的な知識経験を有する者にその専門的な知識経験に基づく意見の陳述を嘱託すること）²¹

¹⁸ 伊藤 320 頁、中野ほか大学双書 288 頁、コンメⅡ（日本評論社）587 頁。

¹⁹ 正当な理由なく回答を拒絶したことが、裁判官の心証に不利な方向に働く間接事実として考慮されることがありうる。前掲一問一答 38 頁）

²⁰ それぞれの活用例については、前掲基本法コンメ 1・334 頁に、前掲注 1) の各文献及び青山善充ほか「民事訴訟法改正と民事裁判の充実・迅速化（上）」ジュリ 1257 号（2003）46 頁の記載が、まとめられている。

²¹ ドイツの独立証拠調べにヒントを得たものであり、簡易な鑑定というべきものである。もっともドイツでは独立証拠調べをすると提訴後に鑑定申立をすることができなくなるが、日本の専門家の意見陳述は、提訴後の鑑定申立てを否定しない点で大きく異なる。鑑定代

- ④ 執行官による現況調査（執行官に対し、物の形状、占有関係その他の現況について調査を命ずること）²²

(2) 提訴前の証拠収集処分の要件

提訴前の証拠収集処分は、①「訴えが提起された場合に立証に必要であることが明らかな証拠」となるものについて、②「申立人が自ら収集することが困難であると認められるとき」に利用することができる。ただし、③「その収集に要すべき時間又は嘱託を受けるべき者の負担が不相当なものとなることその他の事情により、相当でないと認めるとき」は利用できない。

②「申立人が自ら収集することが困難であると認められるとき」とは、証拠の性質上、申立人が自ら単独で収集することが困難なものをいうと考えられている。東京地裁では、弁護士会照会によることが可能なものについては「自ら収集することが困難」とはいえないとしている²³。

(3) 申立ての手続

申立書の記載事項は、民訴規則 52 条の 5 に規定されている（添付書類として民訴規則 52 条の 6）。裁判所は、申立書を審査して必要に応じて裁判官面接がなされることもあるようである。その後、相手方からの意見聴取（民訴法 132 条の 4 第 1 項）を経て、申立ての要件を具備していると判断され、かつ必要があると認められる場合には、嘱託先その他参考人に対する意見聴取が行われる。

得られた証拠となるべき文書、調査結果の報告等は、記録の謄写等をして、訴訟手続において別途書証として提出することになる²⁴。

替物にならないように設計されている（以上高橋宏志・重点講義下〔第 2 版〕75 頁）。鑑定に代えて、第三者から情報を得るための新たな証拠収集の方法を設けることとしたもの（青山ほか「民事訴訟法改正と民事裁判の充実・促進化（上）」ジュリ 1257 号 62 頁、条解 680 頁〔上原〕）

²² フランスのコンスタにヒントを得たものであり、検証代替物として、役に立つであろうとされる（高橋・重点講義下〔第 2 版〕75 頁）。ただし、執行官は調査対象の不動産に立ち入ることができないし、第三者に協力義務はなく、被告通知者の不協力に対する制裁もない。

²³ 「改正民事訴訟法五〇〇日の歩み(1)」判時 1910 号（2006）11 頁。大阪地裁も同様である（「大阪地方裁判所における専門委員制度等の運用の実際」判タ 1910 号（2005）126 頁）。

²⁴ 専門家の意見陳述や執行官の現況調査書を証拠方法とするためには、その作成手続で当事者双方の立会いや意見表明の機会が保証され、証拠調べとしての実質を備えていることが必要であるとする見解がある（佐上義和「証拠収集方法の拡充」民事訴訟法の争点 179 頁）。

5 制度の課題

提訴前照会及び証拠収集の処分は、現在ほとんど利用されていない²⁵。

その理由は次の点にあるように思われる²⁶。立法当初には裁判所を中心として活用方法などの周知が試みられていたものの、その後実際に利用する立場の弁護士から有効な活用報告などはなされず、本制度の周知が下火となり、制度自体は知っていてもあえて活用しようとは思わなくなっている。制度自体についても、積極的に活用したくなる設計となっていないと感じられる。具体的には、提訴前証拠収集処分については、理念として濫用論が前面に出過ぎていて、濫用防止のため要件が厳格に設定されすぎていることがあげられる。厳格な要件のもとに、実際の裁判所の運用も厳格な審査が行われる結果、申立てが認められるまでには無用な手間を要する結果となっている²⁷。

さらに、特に意見陳述嘱託（3号）や現況調査（4号）については、これらに要する費用は、訴訟提起後に申立人が勝訴しても訴訟費用とはされず、申立人が負担しなければならない（民訴法 132 条の 9）。この趣旨は証拠の収集は、本来証拠を提出する者の責任において行うべきものであるからというのであるが²⁸、訴訟提起後の不均衡は否めない。

²⁵ 立法当初の状況として、東京地裁につき前掲判時 1910 号 7 頁、大阪地裁につき前掲判タ 1190 号 121 頁、平成 20 年の東京地裁の状況につき、加藤新太郎編『民事事実認定と立証活動第 1 巻』〔判例タイムズ社 2009〕258 頁）

²⁶ 民事訴訟法の争点（北秀昭）155 頁（①提訴前照会については、予告通知・照会後から訴え提起までの予告通知者・被告通知者間の関係を適切に規律する明確な行為規範がないうえ、その関係を制御する裁判所の関与もないこと、②被照会者の確かな行為規範であるべき回答義務についても、その懈怠が裁判官の心証に与える影響は弱く、他方、照会者の他目的利用等の濫用的照会を防止する有効な制度的担保がないこと、③証拠収集処分については、利用者の立場からみて、濫用防止の要請に基づく申立要件上の対象に関する制約がやや厳格に過ぎ、それが提訴後の証拠収集手続を提訴前に前倒しした制度の意義と有用性を薄れさせていると推察されること、④提訴予告通知制度は、訴えの提起を前提としてその制度目的を提訴後の審理の充実や人訴化に特化したことにより、提訴前の和解も視野に入れた当事者のニーズに必ずしも適合しない性格を有している一方、提訴前の証拠収集手続利用の結果を提訴後の審理に実効的かつ機能的に連携させる制度設計ともなっていないこと等）、加藤・前掲『民事事実認定と立証活動 1』259 頁以下（①4 か月と期間がタイトに設定され、秘密裏に行うことができない、②要件の点で弁護士にとって使い勝手が悪い、③提訴後の手続で十分対応が可能）。提訴前の証拠収集の処分が機能していないことを指摘し、申立要件の緩和などを説くものとして、春日偉知郎「独立証拠手続の最前線」『河野正憲先生古稀祝賀・民事手続法の比較法的・歴史的研究』（2014）68 頁。

²⁷ 「現時点では、その濫用的な申立てをおそれて厳格な要件解釈をするよりは、むしろ要件解釈を、その制度趣旨を損なわない限度で、できる限り緩やかにすることによって制度の活用を図る方がよいのではないか」との意見もある（前掲『民事事実認定と立証活動 1』262 頁〔村田渉〕）。

²⁸ 前掲一問一答 46 頁。

6 補足

提訴前の証拠等収集手続が利用されていない理由は、「提訴前の段階では当事者間に訴訟法律関係が成立していないので、不可避免的に非制裁型スキームにならざるをえないと思われるところ、利害対立が顕在化する証拠等収集の場面では非制裁型スキームは効果的に機能しないため、当事者に利用のインセンティブが感じられないところにあると思われる。」²⁹。

「わが国の提訴前情報証拠収集制度は、訴え提起後における迅速かつ充実した審理のみを目的として制度設計がされた。そのため、提訴前照会では裁判所の関与は皆無であるし、提訴前証拠収集処分でも裁判所の関与は弱く、ともに実効性を確保するための仕組みも、和解に関する規律もない。また、提訴前証拠収集処分の要件として、訴えが提起された場合の立証に必要とされる証拠であることが明らかなものでなければならないという、きわめて厳格な縛りが課せられているが、これも本制度が訴え提起後のみを想定した制度であることに由来する。改正要綱中間試案に対する意見では、ADR による解決を促進する機能に期待する声や、無用な訴えの提起を抑制する制度としてとらえる意見がみられたし、法制審議会においても同旨の発言があったが、こうした意見は立法に何ら反映されなかった。しかし、本来、訴えの提起前に情報や証拠を収集する制度の機能は、①濫訴および無駄な訴えの抑止、②和解の促進と適正化、③審理の迅速と充実など多岐にわたるべきものであって、③のみを目的とする立法は不自然かつ不合理である。また、実務のニーズや紛争解決の実態にも即応していない。結局、現場におけるユーザーの目からみて、中途半端な制度となったことは否めない。将来の立法論としては全体的に裁判所の関与を強化するとともに、提訴前照会制度は提訴後の当事者照会に吸収させて実効性のある制度にし、提訴前証拠収集処分制度は広義の ADR 機能を有する制度に改変することが考えられる。」³⁰。

以 上

²⁹ 三木浩一『民事訴訟における手続運営の理論』（有斐閣、2013）28 頁。

³⁰ 基本法コンメンタール 1・25 頁〔三木浩一〕

文書提出命令の現状と課題

中嶋 弘 (大阪弁護士会)

1. 本報告の目的

文書提出命令は、平成 8 年民事訴訟法改正（平成 10 年施行）により、文書提出義務が一般義務化され、その後の最高裁決定により、従来から比べれば相手方手持ち証拠により立証する可能性が広がったと評価できる。しかしながら、民事訴訟の実務において、なお証拠収集による事案解明の点では十分に機能しているとは言い難い。そこで現行文書提出命令制度の現状と課題について明らかにしようとするものである。

※文書提出命令の現行規定

（文書提出義務）

第二百二十条 次に掲げる場合には、文書の所持者は、その提出を拒むことができない。

- 一 当事者が訴訟において引用した文書を自ら所持するとき。
- 二 挙証者が文書の所持者に対しその引渡し又は閲覧を求めることができるとき。
- 三 文書が挙証者の利益のために作成され、又は挙証者と文書の所持者との間の法律関係について作成されたとき。
- 四 前三号に掲げる場合のほか、文書が次に掲げるもののいずれにも該当しないとき。
- イ 文書の所持者又は文書の所持者と第九十六条各号に掲げる関係を有する者についての同条に規定する事項が記載されている文書
- ロ 公務員の職務上の秘密に関する文書でその提出により公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるもの
- ハ 第九十七条第一項第二号に規定する事実又は同項第三号に規定する事項で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書
- ニ 専ら文書の所持者の利用に供するための文書（国又は地方公共団体が所持する文書にあっては、公務員が組織的に用いるものを除く。）
- ホ 刑事事件に係る訴訟に関する書類若しくは少年の保護事件の記録又はこれらの事件において押収されている文書

（文書提出命令の申立て）

第二百二十一条 文書提出命令の申立ては、次に掲げる事項を明らかにしてしなければならない。

- 一 文書の表示
- 二 文書の趣旨
- 三 文書の所持者
- 四 証明すべき事実
- 五 文書の提出義務の原因

2 前条第四号に掲げる場合であることを文書の提出義務の原因とする文書提出命令の申立ては、書証の申出を文書提出命令の申立てによってする必要がある場合でなければ、することができない。

(以下略)

2. 文書提出命令の現状

(1) 文書提出命令の申立及び発令状況についての網羅的で十分な資料は存在しないが、裁判所において必要に応じて調査されたことがある。

(2) 日本全国の裁判所における文書提出命令申立件数

平成17年4304件

平成18年3945件

平成19年4310件

平成20年4131件

平成21年3951件

平成22年4286件

平成23年3890件

平成24年3569件

平成25年3065件

平成26年2824件

(最高裁事務総局「裁判の迅速化に係る検証に関する報告書(第6回)」より。ただし民事事件に関するもの。)

(3) 東京地方裁判所における申立件数と結果

平成18年は申立件数380件、終了264件、未済116件

終了264件中、決定53件、基本事件終了124件、撤回87件

決定53件中、認容約20件、却下約30件

(「民事事実認定と立証活動 第1巻」282頁(須藤典明裁判官の報告))

(4) 大阪高等裁判所における文書提出命令に関する抗告事件の件数と審理期間

新受件数は平均30件足らず

平均審理期間は平成26年(48日)、平成27年(65日)、平成28年(78日)

(平成28年大阪弁護士会との司法事務協議における同裁判所の回答)

3. 文書提出命令の実務上の問題点

(1) 利用状況

文書提出命令の件数は、民事訴訟全体の件数に比較すると極めて少ない。平成18年東京地裁のワ号事件新受件数は30,140件であるから、単純に計算するとわずか1.26%の事件でしか文書提出命令がなされていないことになる。

(2) 利用されにくい原因

申立件数が減少している理由として考えられるのは次のとおりである。積極的に評価できる理由としては①平成11年最高裁決定等によって認容される要件が明確化されたため

無用な申立が減ったこと、②裁判所に促されるなどして任意に提出されることが増えたことなどの積極的要因が挙げられるが、他方、課題と結びつくと思われる理由としては③文書の所持の有無、文書の表題や記載内容が反対当事者にはわからないため申立することができないこと、④近時は文書提出命令の申立に対して必要性なしという争い方が増え、裁判所も必要性なしとして却下する例が多くなっているため申し立てるべき側が最初から断念するか申立をしても却下され抗告できずに終了している場合が多いと推測されること、⑤申立代理人の負担が大きい割には得るものが少ないことなどが挙げられる。

（３）文書の特定

文書提出命令は、民事訴訟の一方当事者が所持しない文書等（以下単に「文書」という）を相手方当事者又は第三者に対して、裁判所に提出するよう命ずるものであるから、申立人は文書の具体的記載内容や表題等を認識していないことが多く、文書の特定（文書の表示と文書の趣旨によって行う）に困難を伴う場合がある。

これに対しては現行法上、文書の表示と文書の趣旨を明らかにすることが著しく困難であるときは、申立段階においては、文書の所持者がその申立にかかる文書を識別することができる事項を明らかにすれば足り（222条1項）、裁判所に対して文書所持者に対して当該文書の表示と趣旨を明らかにすることを求めるよう申し出なければならないとされ、裁判所は文書提出命令の申立に理由がないことが明らかな場合を除き、文書の所持者にこれらを明らかにすることを求めることができるとされている（同条2項）。

上記特定手続については、文書の所持者が裁判所から文書の特定に必要な事項の開示を求められても応じない場合の手続と効果が規定されていないため、実際には実務において利用されることは少ない。また実務上は、前記識別事項のみによって特定されていることを前提に文書提出命令が発令されている場合が多い。（最高裁平成13年2月22日決定参照）

問題は、識別事項によって特定することが困難な場合である。特に証拠偏在型訴訟の場合は、相手方がどのような文書を所持しているか反対当事者は知り得ない場合が多い。このような場合に、識別事項を明らかにさせる、さらには所持の有無（次項）について明らかにさせることが課題となる。

（４）文書の所持

文書の所持は申立人が立証しなければならないが、法令や自主規制で文書作成保存義務が規定されている場合でなければ、当該文書の所持を明らかにすることは難しい。

たとえば実際に経験した事例では、証券会社が顧客に対して販売した証券の売買代金請求権を訴訟物として同請求訴訟を提起した件において、業務日誌の提出が問題となった。多くの証券会社は業務日誌を作成しており、かつ、被告（顧客）の抗弁事由（説明義務違反等であり、外務員と顧客のやりとり内容がその内容をなす）が争点となる同種事案においては当該文書が証拠として提出されていることが多いから、被告（顧客）が、文書提出命令を申し立てる前提として、文書所持者である原告（証券会社）に文書（業務日誌）の所持の有無を明らかにするよう求めたところ「文書が存在するか否かも答えない」との対

応をされた事案がある。当該事件では、当該証券会社は最後まで業務日誌を提出しなかった（これを「第 1 事件」という）。

ところが、その後、同一当事者間の別事件（第 2 事件という。その概要は次のとおりである。第 1 事件の証券会社が、第 1 事件の訴訟物である売買代金請求権を被保全債権として、顧客に対して仮差押えをしていたところ、上記第 1 事件で証券会社の売買代金請求権が存在しないことが確定したから、証券会社が行った仮差押えが違法であることを理由として顧客が証券会社に対して損害賠償請求した事案）では、証券会社側から業務日誌が証拠提出された（ちなみに、この第 2 事件でも顧客側が勝訴した）。このように、同一紛争における同一人間（証券会社担当者と顧客の間）のやりとりが争点となる 2 つの訴訟において、文書所持者である証券会社は、自らが原告となっている売買代金請求事件では、被告（顧客）が抗弁事由の立証に必要であるとし文書提出命令を申し立てると述べて業務日誌の有無を明らかにするよう求めたのに、文書の所持についての回答すら拒絶したのに対し、第 1 事件で敗訴が確定した後に顧客から提起された第 2 事件では業務日誌を自ら証拠提出した。このような対応は訴訟上の信義則に反すると言えないか。仮に第 1 事件で業務日誌が提出されなかったために顧客が（一部であれ）敗訴するようなことがあれば、そのような結論は許容できないのではないか。

（5）文書提出義務

ア 公務秘密文書（220条4号ロ）

公務秘密性と公務遂行阻害性を充たす場合に、文書提出義務の対象外とされるところ、最高裁平成17年10月14日決定（判時1914号84頁〔労基署の災害調査復命書〕）は、公務秘密性について「公務員が職務上知り得た非公知の事項であって、実質的にもそれを秘密として保護するに値すると認められるものをいう」とした。

公務遂行阻害性については、『その提出により公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがある』とは、単に文書の性格から公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずる抽象的なおそれがあることが認められるだけでは足りず、その文書の記載内容からみてそのおそれの存在することが具体的に認められることが必要」とした。ただし行政の意思形成過程に関する情報については、これを開示することによる公務遂行上の著しい支障を簡単に認めた。この点については、最高裁平成25年4月19日決定（判時2194号13頁〔全国消費実態調査の調査票情報〕）が、調査票情報が提出されると全国消費実態調査に係る統計業務遂行に著しい支障が生ずるおそれがあることを具体的記載内容に基づいて具体的に認定し、文書提出義務の除外事由にあたることを認めたことと対照的である。

行政の意思形成過程に関する情報であることから、当然に文書提出義務の除外事由にあたるということが妥当といえるかが問題となる。（後述ウとも関連する。）

イ 職業・技術秘密文書（２２０条４号ハ、１９７条１項３号該当）

最高裁平成１９年８月２３日決定（判タ１２５２号１６３頁〔介護サービス事業に係るサービス種類別利用チェックリスト〕）は、除外事由にあたるためには、技術又は職業の秘密に該当するだけではなく、保護に値する秘密と言えることが必要であり、保護に値する秘密と言えるか否かの判断にあたっては、取り調べの必要性和秘密保護の必要性の比較衡量によるとしている。

そして、その際、開示されることによる所持者の不利益性が考慮されている。最高裁平成２０年１１月２５日決定（判時２０２７号１４頁〔自己査定資料〕）も同様であるが、具体的事情の下では顧客が既に倒産状態であり開示による影響は軽微であるのに対して、証拠価値は高いとして提出義務を認めた。

ウ 自己利用文書（２２０条４号ニ）

最高裁平成１１年１１月１２日決定（判時１６９５号４９頁〔金融機関の貸出稟議書〕）は、①内部文書性と②開示不利益性と③特段の事情の不存在が認められる場合に、文書提出義務の除外事由となることを認めた。

内部文書性については、法令等で作成が義務づけられていないからといって内部文書性が認められるわけではないとされている。当該文書が所管官庁の検査資料としての利用が予定されているか否かという作成目的から判断されることがある。

開示不利益性については、（ａ）団体の自由な意思形成を阻害するおそれがある場合に除外事由とすることに合理性があるか。（ｂ）団体の自由な意思形成を阻害するおそれがある場合に、具体的記載内容に基づいて具体的不利益を認定することなく不利益性を認める判例の立場は妥当か、が問題となる。

最高裁平成１８年２月１７日決定（判時１９３０号９６頁〔銀行の社内通達文書〕）は、開示によるプライバシー侵害もなく、銀行の自由な意思形成が阻害されるおそれもないとされた。

最高裁平成１２年３月１０日判決（前掲、〔電話機器の回路図・信号流れ図〕）は、自己利用文書として文書提出義務を免れるには、文書の具体的内容に照らして、開示によって所持者の側に看過しがたい不利益が生じるおそれがあるかどうかについて具体的に判断する必要があるとした。

ところが、前記平成１１年決定では、具体的不利益性は認定せずに自己利用文書該当性を認めた。大阪高裁平成２１年５月１５日決定（判タ１３４３号５４頁〔適合性審査書類〕）も同様である。団体の自由な意思形成を阻害するおそれがあるとされる場合は、具体的不利益性を認定せずに、開示不利益性が認められる傾向にあるが、団体の自由な意思形成阻害のおそれが問題となる文書について、安易に開示不利益性を認めるのではなく、取調の必要性、具体的記載事項に照らして具体的不利益があるか否かとの相関関係で不利益性を判断すべきではないか。

特段の事情については、文書作成者が破綻し、破綻した文書作成者の資産を買い取った企業が所持している事案に関する最高裁平成13年12月7日決定（判時1771号86頁〔貸出稟議書〕）において、初めて認められた。

また、神戸地裁平成24年5月8日決定（金融商事判例1395号40頁〔シャルレ株主代表訴訟〕）では、役員らによる非公式ミーティングにおける資料草案や配付資料（買付者側の提案内容、協議事項、会社の検討状況などが記載されていた）やMBOの株価算定や買付者側との交渉等が記載されたメールその他多岐にわたる文書に対する、民事訴訟法220条4号ハ（職業の秘密文書）にあたるか否かの検討に際しては、開示することによる不利益性を文書の記載事項に即して具体的に不利益性の有無を判断した上、職業の秘密文書にあたらないとした。ところが、内部通報書面については記載内容を考慮した形跡はあるものの具体的な不利益性は認定しないまま職業の秘密文書に該当すると判断した。さらに、同じ文書群について、民事訴訟法220条4号ニ（自己利用文書）にあたるか否かの検討に際しては、具体的記載内容を考慮した形跡があるものの、開示による具体的不利益性は認定せず、単に「これらが開示されると、一般的には、相手方におけるMBOの遂行が阻害されるおそれがあり、また、相手方内部における自由な意見表明に支障を来し、相手方の自由な意思形成が阻害されるおそれがあるといえる。」として「本件内部文書は、いずれも、類型的には、その開示により所持者である相手方に看過し難い不利益が生ずるおそれがある文書であると言い得るものである。」とした。ただし、その上で、「特段の事情」の有無を判断し、MBOは手続の透明性・合理性を確保する必要があること、そのためには将来、当該MBOが適正になされたか否かの検証を行うことができる態勢が必要であり、当該MBOの手続過程における意見を含めた資料等が将来の検証の資料とされることが求められる。もっとも、その結果として当該MBOの手続過程における意見が開示され、自由な意見交換や意見表明等に心理的な制約が生ずることとなるが、このような制約は、MBOの上記特質に照らして一定程度受忍されなければならないというべきである。」とした上、基本事件の性質が、MBOの適正性が訴訟手続において検証されることが求められている訴訟であること、当該検証において必要な文書であること、当該MBOは頓挫したこと、被告らによるMBOに対する不適切な介入が調査報告書により指摘され公表されていること、被告役員や役員ミーティング資料を作成した執行役が退任したこと、本件MBOが頓挫してから3年を経過したことから、同様のMBOが行われる可能性があるとは考えがたいから、当時の意見や内部での協議事項が開示されても今後、相手方における会議の円滑な運営が妨げられたり、買付者との交渉において不利な立場に置かれたり、買付者側との関係が悪化するなど本件MBO又はそれと同様のMBOに関して懸念する事態が生じる虞があるとは考えられず、また、今後、開示をおそれて自由な協議や意見表明が妨げられる雰囲気や傾向を醸成させるとも考えがたい、として看過しがたい不利益が生ずるおそれがないと認められる特段の事情があるとした。（つまり以後別のMBOにおいてその適正性が問題になったら意思形成過程が開示されるかもしれないという萎縮的效果は

やむを得ないと判断して開示を認めた。)

※インカメラ手続は4号文書にのみ適用される(223条6項)から、4号文書に当たるか否か以外の判断にインカメラ手続を用いることはできないが、4号文書にあたるか否かについてはインカメラ手続を用いることが予定されているといえないか。そうだとすれば、開示による不利益性の判断にあたってはインカメラ手続すら不要であることが明らかな場合を除きインカメラ手続によって具体的記載内容を踏まえて不利益性があるか否かを判断すべきではないか。(貸出稟議書についての最高裁決定は、具体的記載内容を見るまでもなく明らかである事例に対する判断であると位置づける。)

(6) 必要性

ア 近時、最高裁決定により、文書提出義務が拡大されてきたことから、文書の所持者側が提出義務を争う主戦場は必要性に移っている。そして裁判所も必要性なしとして却下すれば抗告審に係属することがないため、必要性なしとして却下することが多い。別紙「文書提出命令申立が、必要性なしとして却下された事例」ご参照。

イ 実際に経験した事案では、裁判長が「主張立証責任は被告にあるから原告からの文書提出命令の申立は必要性がない」と述べて、取調べの必要性和立証責任を混同した例がある。また「他に証拠が書証と陳述書が出ているから、それ以上は必要性がない」と発言し、あたかも不可欠性が必要であるかのような見解を述べた裁判官がある。

しかしながら、取調べの必要性は立証責任とは関係がなく、具体的事案において、争点にかかる事実を認定する上で必要性があれば取調べの必要性は認められる。同様に、証すべき事実が、主要事実ではなく間接事実である場合や証拠評価に関わる場合であっても、争点との関係で重要であれば、取調べの必要性は認められる。

取調べの必要性は不可欠性まで要求するものではないから、他の証拠が存在する場合であっても、当該証拠によって事実認定に影響を与える可能性があれば取調べの必要性は認められる。この点、取調べの必要性は、刑事関係書類においては、刑事訴訟法47条但書により、これを公にするか否かについては、文書保管者の裁量が認められ、裁量権の逸脱又は濫用と認められる場合に提出義務が認められるとされ、裁量権の範囲の逸脱又は濫用が認められるか否かは、取調べの必要性の有無程度、開示されることによる弊害発生のおそれの有無等の諸般の事情に照らして判断される(最高裁平成16年5月25日決定(判時1868号56頁))。そのため取調べの必要性として「不可欠性」まで必要であるとされることがある(仙台地裁平成24年2月3日決定(判例秘書))。

しかし、このような文書でなければ、一般には不可欠性まで必要ではない。たとえば福岡高裁平成7年3月9日決定(判タ833号269頁)は、個々の違法主張と個々の伝票の記載事項との関係を問わずに「証拠調べの必要性がないとは言えず」として証券取引の全期間を通じての注文伝票全部の提出を命じている。

ウ 抗告の対象となるか

最高裁平成12年3月10日決定（判時1708号115頁〔取次店契約書〕）は、取調の必要がないことを理由とする却下決定に対して即時抗告を認めない。

しかし、文書提出義務の有無について判断する際に秘密保護の必要性や開示不利益性と証拠の取調の必要性とを比較衡量する類型（職業の秘密文書や刑事関係文書など）においては、抗告が認められる可能性があるとはいえないか。具体的には、従来、証拠の採否は受訴裁判所の専権であるから、文書提出命令における取調の必要性は抗告の理由とならないとされてきたが、これを前提にすると、例えば、原審において取調べの必要性が認められ、かつ、文書提出義務について証拠としての重要性との比較衡量によって認められたのに対して、所持者から即時抗告がなされた場合、抗告審は取調の必要性があるとの判断については変更することができず、つまり取調の必要性は認めるほかないことになり、かつ、文書提出義務の判断においても証拠としての重要性については原審と同様の判断をするほかないことになるとすると、抗告審の判断は文書提出義務の一部（比較衡量される要素のうち取調の必要性を除く要素）についてしか判断できないことになりかねないが、そのような結論が妥当か。

エ インカメラ手続導入（立法論）の可能性

現行法下でも、両当事者の同意のもとで必要性判断のためにインカメラ手続を行うという運用をするべき旨提言されたことがあった（なお後述の知的財産事件における法改正参照）。

しかし、そのような提言は、証拠の必要性を認めて実態解明を促進しようという趣旨よりは、インカメラによって裁判官だけが文書の記載を見て、事実認定に影響を与えないと判断した場合は却下して訴訟を促進することに力点があったように思われる。

そもそも文書の所持者は記載内容を知っているのに、申し立てる側は記載内容を知らないものであるから、上記のような運用は不公平である。

したがって、多くの場合、文書提出義務を申し立てる側とすれば、（後述のような知的財産事件におけるような立法がなされない限り）現行民事訴訟法上、取調の必要性は文書の性質に基づいて判断されるべきであると考えられるべきではないか。文書の性質上記載されているはずの事項が記載されていない場合があり、そのような場合に記載がないからといって必要性なしとして却下することは許されず、文書の性質から必要性が認められる場合にはインカメラ手続をとるべきではない。記載がないこと自体が立証上重要である場合が多いからである。そして、具体的記載内容が（何らかの事情により）明らかになった場合に、当該具体的記載内容に基づいて判断すれば、取調の必要性が認められる場合には、例外的に具体的記載内容に基づいて必要性を認める判断をすることができると解すべきではないか。

オ 文書等の取調のための手続であること

申立の時期について、時機に後れていなければ時期に制限はないはずだが、申立が遅いことを理由に必要性がないとした地裁決定がある。別紙「文書提出命令申立が、必要性な

しとして却下された事例」の第2参照。

これは文書提出命令を証拠収集方法として機能させることを前提としているといえないか。証拠保全が証拠収集手続として機能していることと同様に、ディスカバリ制度の存在しない我が国において、文書提出命令に証拠収集手段としての機能をもたせることは実務感覚に合致しているのではないか。

(別紙) 「文書提出命令申立が、必要性なしとして却下された事例」

1 仕組債販売にかかる損害賠償請求事件における文書提出命令

(提出を求めた文書)

①早期償還条項付デジタルクーポン・ノックイン型日経平均リンク債の販売における取引開始基準

②仕組債に関する社内教育用資料

(却下された理由)

①適合性原則違反を立証しようとするものであるところ、適合性原則違反は商品性を踏まえつつ、申立人の投資経験、知識、投資意向、財産状態など個別具体的な事情を総合考慮して判断されるべきものであり、形式的に相手方内部の取引開始基準を満たしているか否かで判断されるものではない。よって本件仕組債の商品性及び適合性原則違反があったことを立証するために、本件文書 1 を取り調べる必要があるとは認められない。

②相手方に説明義務違反があったか否かは、相手方従業員が申立人に対し、本件仕組債についてどのような説明をしたのかという個別具体的な事情によって判断されるべきものであり、そのためには、説明にあたった相手方従業員、説明を受けるべき申立人の人証調べや相手方から申立人に交付された説明資料等によるのが直截であって、これらによるべきであり、相手方においてどのような社内教育が行われているかが説明義務違反を基礎づける一つの間接事実であることは否定しないものの、これによる立証、要証事実の推認となると相当に迂遠で、推認力にも限界があると思われる。よって、相手方に説明義務違反があったことを立証するために本件文書 2 を取り調べる必要があるとは認められない。

(申立人が必要と考えた理由など)

①適合性原則違反は、最高裁平成 17 年 7 月 14 日判決によると、証券会社の担当者が顧客の意向と実情に反して明らかに過大な危険を伴う取引を積極的に勧誘するなど、適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘をしてこれを行わせたときは、当該行為は不法行為となるとし、その際考慮すべき要素と考慮方法としては、具体的な商品特性や顧客の投資経験、証券取引の知識、投資意向、財産状態「等」を総合的に考慮すべきであるとされているから、適合性原則違反の有無の判断に用いるべき要素は「商品性」「申立人の投資経験、知識、投資意向、財産状態」に限られない。勧誘全体をとりまく一切の事情を総合考

慮すべきなのであって、実際にも証券会社従業員が顧客の投資経験や投資意向を確認する書類の作成を怠ったまま勧誘したとの内規違反を重要な要素として適合性原則違反の認定に用いた先例もある（大阪高裁平成 20 年 6 月 3 日判決。なお社内規則に反しないよう、投信の乗換えを 3 ヶ月以内とならないように作為的に調整していたことを過当取引の理由とした大阪地裁平成 18 年 4 月 26 日判決参照）。

商品性を最もよく知る者は販売者である。その販売者が、リスクを伴う金融商品に適合する投資家の範囲を、自ら事前に定めたのが取引開始基準であるから、これに反した勧誘をしたとすれば、それはみずから適合すると考える顧客以外に販売したことを示すもの到他ならないから、適合性原則違反の重要な間接事実である。

適合性原則違反の有無についての判断は、金融商品取引の素人である裁判所には容易になしえないから、専門家である証券会社や銀行が自ら定めた取引開始基準は適合性原則違反の重要な一要素となり得る。

仮に取引開始基準に違反しておきながら、訴訟において適合性原則に違反していないと主張していることが判明すれば、それは後付けの理由によるものであって主張の信用性は一定程度失われる。

また文書所持者が適合性審査を適切に行っていないこと（たとえば金利スワップ取引であれば、企業特性とヘッジニーズを考慮していない、すなわち建築業者と学校法人に同じように金利固定化スワップを推奨するという合理性に疑問を持たざるを得ない勧誘をしていることなど）を証することができるから、適合性原則違反の間接事実になるとともに、業者の過失の立証において重要である。

②デリバティブやこれを内包する仕組債は、その仕組みが複雑で、リスク特性を容易に理解しにくい性質の金融商品である。実際に尋問をしても、販売担当者が商品性を理解していないことはしばしば経験するところである。人は自ら理解していないことを他人に理解させることはできないから、勧誘者が当該商品の仕組みとリスク特性を理解していたか否かは、説明義務違反の有無を認定する上で極めて重要である。

金融商品販売業者は、販売に携わる従業員に対して、集团的に研修や教育を施して、商品特性や販売方針を理解させ、営業活動にあたらせる。販売担当従業員の商品知識は、社内教育で得たものがほとんどである。したがって、社内教育において十分な情報提供と研修がなされていなければ、実際に勧誘した従業員が理解していなかった可能性が高く、しかも会社としてそのような不備のある説明で足りると考えていたことに他ならない。そうすると、当該従業員は当該顧客に対して誤った説明ないし不十分な説明をしたことを裏付ける重要な間接事実となることは明らかである。

2 金利スワップ損害賠償請求事件における事例

（提出を求めた文書）

適合性に関する審査書類のうち、顧客の経験、知識、資産、能力、意向等が記載された部分

（却下された理由）

差し戻し前の地裁決定は、主張骨子整理案が確定し、立証計画を検討する段階に至り、人証申請がなされ、陳述書の提出もなされた後に文書提出命令が申立されたことから、「やや遅きに失する申立てであったことは否定できない。」とし、「他に、上記立証対象事実を認定するに資する証拠方法も存在し、主張骨子整理案を作成し、争点整理手続終結間際になるまでの間において、申立人が本件申立を行わなかったという本件基本事件の審理経過に照らすと、本件文書 2（適合性審査書類）について証拠調べの必要性がないとまではいえないとしても、必ずしも高いものではない。」として必要性は否定しなかったものの、自己利用文書として提出義務の例外にあたると認めて文書提出命令を却下した。

ところが高裁において、適合性審査書類のうち、上記「提出を求めた文書」欄記載の部分については提出義務の対象となるとされて差し戻されたため、地裁において再び取調の必要性が判断されたが、差し戻し後の地裁では、被告（銀行）が原告の属性を記載した他の文書を提出していること、尋問が予定されていること、陳述書が提出されていること、商品性について専門家の意見書が提出されていることから、これらを踏まえて判断すれば足りるとし、取調の必要性がないとした。

（申立人が必要と考えた理由）

相手方が任意に提出した文書は簡易な記載に留まるから不十分である（知識、能力、意向については何ら記載がない）。

本件でも、申立人は建築関連の業者であり、金利固定化スワップによるヘッジニーズは小さいのに、銀行が顧客属性（ヘッジニーズ）を無視して推奨したと主張していたのであるから、相手方が申立人の属性をどのように調査し把握したかを判断するには上記文書が必要である。

知的財産関係訴訟における書類提出命令の実態と近時の改正

川 田 篤（東京弁護士会）

要 旨：知的財産法には、民事訴訟法の文書提出命令と酷似した制度として、書類提出命令の制度がおかれている。ただし、民事訴訟法の文書提出命令にない特別の規定があり、インカメラ手続において相手方当事者にも書類の開示をすることができる点や、秘密保持命令の制度もおかれている点などに特色がある。しかし、証拠の必要性がないことを理由として申立てが却下される事例も多くある実態は、民事訴訟法の文書提出命令と共通している。近時、平成30年の不正競争防止法等改正法により、証拠の必要性の判断にインカメラ手続を活用することができるとする特別の規定が設けられた。これらの特別の規定を備えた知的財産法の書類提出命令の今後の運用が、民事訴訟法の文書提出命令にも与える影響が注目される。

1 書類提出命令（特許法105条など）の概要

知的財産法には、民事訴訟法の文書提出命令と類似した制度として、書類提出命令の制度がおかれている（特許法105条など）¹。そして、①侵害行為について立証するため必要な書類、又は、②侵害行為による損害の計算をするため必要な書類との2類型について、書類の提出を命ずることができる（特許法105条1項）。

ただし、書類の所持者において、「正当な理由」（例えば、営業秘密に関することなどが記載されていること）があるときは、書類の提出を命ずることができないとされる（特許法105条1項ただし書）。

裁判所は、この「正当な理由」があるかどうかを判断するために、書類の所持者にその提示をさせることができる（いわゆるインカメラ手続）（特許法105条2項1文）。このインカメラ手続において、当事者又はその代理人にも書類を開示することができる（特許法105条3項）。なお、相手方当事者

¹ ほかに、不正競争防止法7条及び著作権法114条の3。なお、実用新案法41条、意匠法41条及び商標法39条は、特許法105条を準用している。以下、特許法の条文のみを引用する。

などに書類を開示するときは、秘密保持命令（特許法 105 条の 4 以下）がされることが前提となろう²。

2 書類提出命令の運用の実態に対する批判

書類提出命令に係る近時の運用の実態としては、②の損害の計算をするため必要な書類の提出を命ずることは、比較的、頻繁に見られるが、①の侵害行為について立証するため必要な書類については、書類提出命令がされることはまれであり、ほとんどが必要性（民事訴訟法 181 条）の判断において申立てが却下されている³。

3 証拠の必要性の判断に基づいて書類提出命令の申立てを却下することについての問題点の指摘

証拠の必要性の判断に基づいて、①の侵害行為について立証するため必要な書類についての書類提出命令の申立ては、却下される事例がほとんどである実態については、批判もされていた。例えば、一般財団法人知的財産研究所「知財訴訟における諸問題に関する法制度面からの調査研究報告書」（平成 28 年）は、特許法 105 条 1 項について、

「損害の計算をするための必要性又は侵害行為について立証するための必要性の要件（…）が高いハードルとなっている」（同報告書 22 頁）

と指摘する。

そこで、産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会は、「我が国の知財紛争処理システムの機能強化に向けて」（平成 29 年）と題する報告において、

² 「平成 28 年度裁判所と日弁連知的財産センターとの意見交換会」民事法研究会編『知的財産紛争の最前線』別冊 L & T 3 号（平成 29 年）22 頁左欄の岡田判事の発言を参照されたい。

³ これらの実態については、高石秀樹「特許法 105 条 1 項の運用状況—『必要性』・『正当な理由』を中心として—」日本弁理士会中央知的財産研究所編『別冊パテント第 19 号知的財産権訴訟における証拠』（日本弁理士会、平成 30 年）に詳しい。

「書類提出命令・検証物提示命令の制度に関し、書類・検証物の提出の必要性の有無についての判断のために、裁判所がインカメラ手続により当該書類・検証物を見ることを可能にする制度を導入する。本制度の導入により、裁判所が書類・検証物提出の必要性を申立書の主張のみから判断しづらい場合に、当事者に書類・検証物をいったん提示させ、インカメラ手続で実際に書類・検証物を見て必要性を判断できるようになる。」(同報告書 3 頁 2 9 行から 4 頁 3 行まで)

とし、必要性の判断にもインカメラ手続を活用すべきことが提示された。

4 不正競争防止法等の一部を改正する法律（平成 3 0 年法律第 3 3 号）

産業構造審議会の報告を受けて、不正競争防止法等の一部を改正する法律案が平成 3 0 年の通常国会に提出され、同年 5 月 2 7 日に可決成立し、同年 5 月 3 0 日に「平成 3 0 年法律第 3 3 号」として公布された。

同改正法は、いわゆるインカメラ手続（特許法 1 0 5 条 2 項）について、
「裁判所は、前項本文の申立てに係る書類が同項本文の書類に該当するかどうか…の判断をするため必要があると認めるときは、書類の所持者にその提示をさせることができる。」(下線部が改正により追加された部分)と規定した。

ここでいう、「前項本文の申立てに係る書類」とは、①侵害行為について立証するため必要な書類、又は、②損害の計算をするため必要な書類をいう。これらの書類に該当するかどうかの判断をするために、言い換えれば、これらの書類の証拠としての必要性の判断をするために、申立てに係る書類を提示させることができることとされた。

なお、インカメラ手続における証拠の必要性の判断において、当事者の同意を得て、専門委員にも書類を開示することができることも併せて規定した（同改正後の特許法 1 0 5 条 4 項）。

5 今回の法改正の評価

今回の法改正により、証拠の必要性を判断するためにインカメラ手続をすることができることが明示された。

しかし、実態としては、同改正よりも少し前にインカメラ手続を経た上で、証拠の取調べの必要性を判断した事例がある⁴。

また、専門委員への書類の開示も当事者の同意を要件としている。これまでも、当事者の同意があれば、インカメラ手続の運用として専門委員に書類を開示することは可能であったかもしれない。

したがって、今回の法改正は、既に実務において採用されていた運用を確認的に規定したものともいえる。

今回の法改正後も、書類提出命令において、証拠の必要性が厳しく判断される可能性はあるので、実態は変わらないとの見方もある。

ただし、今回の法改正により明示の規定がおかれたことにより、今後、運用として、インカメラ手続がより積極的に活用される可能性もある。その際、相手方当事者又はその代理人にも（秘密保持命令を前提としつつも）書類が開示がされるような運用になれば、当事者の納得という意味において、これまでよりも改善された運用になるかもしれない。

民事訴訟法の文書提出命令の制度にない特別の規定を有する知的財産法の書類提出命令の制度における今後の運用が、民事訴訟法の文書提出命令の制度に与える今後の影響が注目される。

以 上

⁴ 知財高判平成28年3月28日（平成27年（ネ）第10029号）判タ1428号53頁〔アクセス権限を通信網の少なくとも1つの移動局に設定する方法，移動局，移動局として構成された通信網の作動方法，および，通信システム事件〕。なお、同事件において、裁判所は、証拠の必要性がないとして、書類提出命令の申立てを却下した。

シンポジウム

「民事裁判における情報・証拠収集方法の確立に向けて」

参考資料

○大阪弁護士会・証拠収集に関する会員向研修会「民事裁判における証拠収集の充実のために」配布資料（２０１８年７月１８日）

証拠収集に関する会員向研修会

民事裁判における証拠収集の充実のために

日時：2018年(平成30年)7月18日(水) 午後6時～午後8時

会場：大阪弁護士会館2階201・202会議室

司会：後岡 美帆(民事司法改革検討・実現PT 委員)

進 行 次 第

1. 開会挨拶

藤川 義人(大阪弁護士会 副会長)

2. 講義

(1)「証拠収集アンケートの結果から」

高村 至(民事司法改革検討・実現PT 委員)

(2)「送付嘱託・調査嘱託」

阿多 博文(民事司法改革検討・実現PT 副座長)

(3)「当事者照会」

増田 勝久(民事司法改革検討・実現PT 副座長)

(4)「文書提出命令」

名取 伸浩(民事司法改革検討・実現PT 委員)

3. 閉会挨拶

福原 哲晃(民事司法改革検討・実現PT 座長)

配 布 資 料

資料 番号	資 料 名	頁
1	[高村 至委員レジュメ] 証拠収集アンケート回答結果	1～5
2	[阿多博文副座長レジュメ] 文書送付嘱託・調査嘱託(提訴前・提訴後)	6～15
3	[増田勝久副座長レジュメ] 当事者照会	16～18
4	[名取 伸浩委員レジュメ] 文書提出命令制度について	19～22
5	書籍「文書提出命令申立の手引」(大阪弁護士協同組合発行・大阪弁護士会民事司法改革検討・実現PT編集) チラシ	23～24

第1 文書送付嘱託(民事訴訟法226条, 132条の4)

1 文書所持者が文書送付嘱託に応じなかった事例がありますか。

(「ある」と答えた場合)

(1) 所持者は誰ですか。	(2) 文書は何ですか。	(3) 相手が嘱託に応じなかった理由は何ですか。
病院	診療録	個人情報
税理士	会計帳簿	守秘義務(ただし、裁判所の要請により、最終的には応じた)
相手方の勤務先	賞金台帳	紛失した
銀行	取引履歴	個人情報
病院	カルテ	事件の争点に関係がない
警察署	物件事故報告書	個人情報
第三者(会社)	示談書	口外禁止条項
警察署・検察庁	実況見分調書等、供述調書	捜査中
労働基準監督署・労働局・私立病院	労災関係記録・医療記録	患者・遺族が反対したため
破産管財人	計算書類・付属明細書・会計帳簿・銀行取引明細書	守秘義務
老人ホーム	外出記録及び訪問者記録	内部文書性・守秘義務

2 現行制度について、何かご意見があればお書き下さい。

民訴法上、明確に、個人情報保護法の適用外であることを明記して欲しい。ただし、訴訟記録の公開性からくるプライバシー保護の観点の観点からすれば嘱託先による閲覧制限の申立て制度を作れば良いのではないかな。

実効的なペナルティを設けて欲しい。

相手方が応じなかった場合、裁判所は当事者任せにしてしまう傾向にあると思われる。裁判所が必要性を認めたうえでの訴訟上の手続なので裁判所も積極的に相手方に働きかけるべきである。

税務署、警察、検察などの公的機関が所有している書類を提出しないというのは、制度の根幹を揺るがすもので、非常に問題である。公的機関については、回答義務を認めて、提出しないことについて一定のペナルティを設けるべきである。

不当な回答拒否がなされた場合、その対応方法としては、文書提出命令をする以外にないと思われるが、提訴前の証拠収集処分の場合その方法がなく、証拠がないまま推測で本訴提起をせざるを得ない。

第2 調査嘱託(民事訴訟法186条、132条の4)

1 調査嘱託の相手方(嘱託先)が嘱託に応じなかった事例がありますか。

(「ある」と答えた場合)

(1)嘱託先はどこですか。	(2)調査事項は何ですか。	(3)嘱託に応じなかった理由は何ですか。
地方公共団体	相手方の介護保険の認定状況	相手方が取得可能だから
警察署	警察署が交通事故現場において、当事者から聴取した初期供述	特に理由なし
携帯電話会社	電話番号から割り出せる利用者	不存在
金融機関	離婚訴訟の相手方名義の口座の有無、残高、取引履歴	相手方が同意しなかったから
金融機関	取引履歴の開示	保存期間経過
金融機関	預金口座の存在および残高	預金者の承諾が得られないため
民間企業	元職員の退職金	不明

2 現行制度について、何かご意見があればお書き下さい。

民訴法上、明確に、個人情報保護法の適用外であることを明記して欲しい。ただし、訴訟記録の公開性からくるプライバシー保護の観点をいうのであれば嘱託先による閲覧制限の申立て制度を作れば良いのではないか。

被告本人訴訟でその本人が出頭しないため、裁判所が調査嘱託をしてくれでも金融機関が一律に回答拒否では制度が意味を持たない。

口座名義人の同意がなければ回答できない運用は誤りではないか。

保存期間を経過していても、回答しうる事項はありうるはずであるのに、保存期間を言い訳にして、古い履歴がでてこないために困ることがある。

強制力が必要と思う。

文書提出命令のような制度(調査命令?)が必要。これにより、調査嘱託の回答拒絶の場合に、より強制力のある情報収集が可能となる。

第3 当事者照会(民事訴訟法163条, 132条の2)

1 当事者照会を行ったことはありますか。	
(「ある」と答えた場合)	
当事者照会によって成果が得られた経験がある場合、その成果の具体的な内容について、教えてください。	
被相続人の銀行取引履歴・契約状況・カルテ等	
予想通りの無回答に近い回答ではあったが、当方の問題意識を独立した書面で提出し、かつ、その回答を得ることで目立たせることができ、裁判所にアピールすることができた。	
文書の作成が複数人による場合、どの部分を誰が書いたのか特定させて、筆跡鑑定にかけた。	
相手方の既存障害の情報が得られた。争点が絞られた。	
過去の契約資料の写しの提供。	
相手方が求釈明に応じなかったため、当事者照会を求めたが、一部は応じ一部は応じなかった。	
通常の求釈明と大差は無かったと思われる。	
主債務者の弁済状況、債権の回収状況。	
被相続人の預金口座からの現金出金の行方について紹介したところ、被相続人と交流のあった第三者から「贈与を受けた」旨の回答を得た。	
2 現在の当事者照会制度ないしその運用について、改善すべき点があると考えますか。あるとすればどんな点ですか。	
回答の義務化・文書提出命令と同じ不利益付与・個人に対する照会を可能とする改正	
当事者照会と求釈明をうまく組み合わせ、早期に問題意識を明らかにしているにもかかわらずこれに対応しない当事者に対する制裁(時機後れ却下等)ができるようにすべきである。	
ペナルティが無い点・求釈明で代用できるので必要性に乏しい点	
回答しないことについて、一定のペナルティーを課すべき。	
当事者照会があった場合には、できる限り応じるべしとの努力義務を法律で課す。	
求釈明と余り変わりはない。しつこく説明や資料を求めて一部開示されたのみ。更に文書提出命令を求め一部開示、抗告審で更に一部開示された。	

3 当事者照会を利用しない方の場合、その理由について、教えてください。
回答してくれる気がしない
求釈明の申立てで足りている。文書の提出などを相手方に求める場合は、文書提出命令の申立てを行い、任意に応じてくれれば取り下げるなどしている。
当事者照会をすべき事案(当事者照会で回答を得られる見込みのある事案)を取り扱ったことがない。
求釈明により対応している。
一度利用したが、まともに応えてもらえなかったもので、それ以来利用していない。求釈明のほうが効果的のように思い、求釈明でやっている。
利点が見えない。

第4 自由記載

今回は、アンケート項目数を限定するために文書提出命令に関する質問は省略しています。しかし文書提出命令を含め、証拠収集に関してのご経験・ご意見などを自由にご記載下さい。
文書提出命令申立については、必要性なしで却下されることが多い。しかし、文書提出命令における却下の理由が「必要性なし」の場合でも、抗告できるように法改正すべきではないか。
民事においても実体的真実発見要請が「法の支配」の確立には必須である。したがって証拠収集手続を充実させることが必要。
裁判所が介入する証拠収集手続はもっと積極的に活用されるべきである。当事者による証拠収集の原則が重要である事はもちろんであるが、例えば23条照会と調査嘱託では（そのこと自体の是非はともかく）、調査嘱託の方が早く、安く、照会先も応じやすいこと等、裁判所が入ることで迅速な手続きに資する。それであれば、裁判所を通じた証拠収集が補充的であるという発想は、ある程度柔軟に解すべきではないか。
文書提出命令の範囲は拡大すべき。真実に少しでも近い判決がなされるために。
最近、証拠保全を実施したが裁判所にあまり踏み込んでもらえなかった。刑事事件での捜査権に近い権限を裁判所に与えてもらいたい。
証拠収集方法は、強制執行対象財産の調査も含めて、大いに拡充してもらいたい。
行政事件に関するものであるが、行政事件訴訟法23条の2・情報公開法に基づく情報収集についても検討してほしい。
23条照会については、もっと実効性ある制度にならないかと思っています。
捜査機関は不起訴になった事件についても被疑者の調書の開示に民事事件においても応じられたい。
原告の賠償請求の根拠となる資料提示について文書提出命令を申立てていたが、最終前に必要性なしとして却下された。そのうえで請求を棄却された案件があった。控訴審ではその点は受け入れられ、正式に申立は採用された。認容棄却以前の課題として、こういう訴訟指揮をする裁判所があるのだと非常に驚かされた。
クレジット契約における契約関係書類、クレジット会社と販売店の加盟店契約に関する書類等の開示を求め、文書提出命令の申立、その抗告審の決定でようやく一部が開示された。当事者照会から約2年経過。
文書送付嘱託で回答されなかった場合に、文書提出命令を行ったら、回答がなされた事例があった。過料であっても、一定の強制力になるので、文書送付嘱託などについても、定めるべき。
当方の求釈明に一切応じなかった相手方も、文書提出命令に従うことが度々あったので、相手方の手元にあるはずの文書については、積極的に提出命令を申し立てるようにしている。
文書提出命令申立を行うと、裁判所が当事者を説得し提出させることがあるので、実際に命令が出た経験はない。訴訟提起前の証拠収集については23条照会を利用しているが、応じないケースもある。もっと権限強化をしてほしい。ただ、23条照会であっても、有力な証拠が集まることもある。
書類の送付が拒否がされたので、別途、文書提出命令の申立をやり、それにより文書の提出を得ることができた。送付嘱託に対する不当な送付拒否の場合、文書提出命令を申し立てるというのが、一つの対応方法であると思う。

証拠収集に関する会員向研修会

「民事裁判における証拠収集の充実のために」 ② 文書送付嘱託・調査嘱託（提訴前・提訴後）

第1 初めに

1 裁判所のする「嘱託」

＊ 民事訴訟法に規定のある「嘱託」 31か所

(1) 意義

- ① 裁判事務の処理に関し、裁判所が官公署や私的施設に、一定の行為を要求すること。
- ② 強制を伴わない要求であって、受託者がこれに応じる義務があるか否かは個々の規定による。

(2) 類型

- ① 他の裁判所への嘱託
裁判所の共助（裁法79条） 和解の勧誘（89条）、証拠調べ（185条）等
- ② 外国の裁判所等への嘱託 送達（108条）、証拠調べ（184条、規103条）
外国の裁判所その他の管轄官庁または駐在の外交使節に嘱託
- ③ その他裁判所のする嘱託
官公署または団体 調査嘱託、鑑定嘱託（218条）、文書送付嘱託等

2 調査嘱託と文書送付嘱託

(1) 証拠

(証拠方法)		(証拠調べ)	(証拠資料)
人証（人的証拠）	証人	①証人尋問	証言内容
	当事者本人	②当事者尋問	供述内容
	鑑定人	③鑑定	鑑定意見
物証（物的証拠）	検証物	④検証	検証結果
	文書	⑤書証	記載内容
		⑥調査嘱託	事実又は経験則

(2) 証拠調べ

証拠の申出	特定の証拠方法の取調べを要求する申立て
人証の申出 書証の申出	当事者が所持する文書の申出
	当事者が所持しない文書の申出 申立てによる
	所持者に対する文書提出命令の申立て
	所持者に対する文書送付嘱託の申立て

第2 調査嘱託（186条）

裁判所は、必要な調査を官庁若しくは公署、外国の官庁若しくは公署又は学校、商工会議所、取引所その他の団体に嘱託することができる。

1 意義

（1）通説・実務

5つの証拠調べ手続（①証人尋問、②当事者尋問、③鑑定、④検証、⑤書証）とは別の、簡易・迅速な特殊な証拠調べ手続。

（2）少数説

証拠調べの準備行為としての証拠方法の獲得の一つに過ぎない。

⇒ 証拠調べとしての独立性を否定。

2 特徴（通説・実務を前提）

（1）5つの証拠調べとは別の証拠調べ手続であること。

① 事実の報告を求める ⇒ 証人尋問に接近

② 専門的知識・経験則に係わる報告を求める ⇒ 鑑定に近接。

（2）簡易・迅速であること。

① 調査嘱託によって得られた回答書等の調査の結果を証拠とするには、裁判所が口頭弁論において「顕出」して当事者に意見陳述の機会を与えれば足る（当事者の援用を必要としない）（最一判昭和45年3月26日民集24巻3号165頁）。

② 実質的根拠：報告者（嘱託先）の公正、報告作成過程における確実性が期待できる。

⇒ 書面の形式的証拠力を問題とすることなく、その結果をそのまま証拠資料に。

③ 調査嘱託の対象

（ア）報告者の主観が混入されるおそれのない、（イ）客観的な事項であって、（ウ）手許の資料で容易に回答できるモノ。

（3）職権による調査嘱託

① 根拠：条文の文言、沿革。

② 実情 弁論主義の関係から、当事者にも申立権が認められ、職権での調査嘱託は、むしろ、補充的・例外的なものと位置付。

3 類似の制度 釈明処分としての調査嘱託（151条1項6号）

裁判所は、訴訟関係を明瞭にするため、次に掲げる処分をすることができる。

①～⑤ 略

⑥ 調査を嘱託すること。

2 前項に規定する検証、鑑定及び調査の嘱託については、証拠調べに関する規定を準用する。

① 釈明処分：裁判所が訴訟関係を明瞭にするために、行うことができる処分。

⇒ 証拠を採取するための証拠調べとは目的が異なる。

- ✓ 裁判所が職権を発動して行う。
- ✓ 独立して不服申立てができない。

② 釈明処分的位置付け。釈明権（149条）との関係

- ✓ 審理の充実と促進は当事者の責務であり、釈明処分は釈明権の補充的手段。

③ 嘱託手続、嘱託事項 151条2項が186条を準用。

⇒ 訴訟関係の調査嘱託の手続、嘱託事項は186条に準じる。

4 申立てによる調査嘱託

(1) 証拠の申出

① 意義

- ✓ 裁判所に対し、特定の証拠方法の取調べを要求する申立て。
- ✓ 証拠調べは当事者の申出に基づいて開始される（弁論主義・第3原則）。

② 申出の方法

- ✓ 証明すべき事実と特定の証拠方法及び両者の関係（立証趣旨）を具体的に明示することが必要（180条1項、規99条1項）。

(2) 調査嘱託の申出

① 証拠の申出の一般原則に従って、(ア) 証明すべき事実を具体的に明示し、(イ) 嘱託先及び(ウ) 嘱託事項を明らかにして行うことになる。

- ✓ 証拠の申出も攻撃防御方法の提出であり、書面で準備しなければならない（161条2項）。準備書面とは別に、「調査嘱託申出書」「調査嘱託の申出」を提出することが多い。

- ✓ 実務では、弁護士会の23条照会のひな型等を参照して嘱託事項が記載されていることもある。

② 裁判所に提出するほか、相手方に直送する（規99条2項、83条）。

(3) 相手方の陳述の機会

① 双方審尋主義の観点から、相手方に陳述の機会が保障される（161条2項2号、規88条1項参照）。

- ✓ 相手方に直送されれば、その時点で陳述の機会が与えられたものと考えられる。

② 相手方の陳述は、嘱託が法律上許されないものであることのほか、関連性がない、時期に遅れた申出なども含まれる。

(4) 採否の裁判（証拠決定）

① 採否の裁判は、特にその様式は定められていない。

- ✓ 採否の裁判は、相当と認める方法によって、当事者に告知する（119条）。
- ✓ 調査嘱託を行う旨の裁判所の決定があったときは、裁判所書記官は、証人等目録の「採否の裁判」欄に記載する。

- ② 嘱託を受けた団体が回答した場合には、裁判所に費用を請求できる（民事費用法 20 条）。この請求に備え、概算額を当事者に予納させる必要があるとされる（同 11 条）。

✓ 実務上は、この請求がされることは殆ど無い or 実例も少ないとされている。

（5）嘱託手続

- ① 裁判所書記官は、嘱託事項を具体的に明示した調査嘱託書を作成して、嘱託先に嘱託する（規 31 条 2 項）。

✓ 嘱託に当たって、返送費用として相当額の郵便切手を添付する。

✓ 書記官が同封する連絡書面には、「この嘱託は、個人情報保護法等の「法令に基づく場合」に該当し、あらかじめ本人の同意を得る必要はありません。」との趣旨の文言が含まれている例が多い。

- ② 嘱託先は「官庁若しくは公署、外国の官庁若しくは公署又は学校、商工会議所、取引所その他の団体」である。

✓ 団体としての実態があれば、その権利能力は問わない。

✓ 個人（例えば、事業者、法律事務所）への嘱託を認められない。

✓ 嘱託を受けた団体は、一般公法上の調査応答義務があると解されている。

- ③ 嘱託事項は、公正さを疑われることのない客観的な事項であり、手続保障上問題ないものに限定される。

✓ 実務上、調査嘱託書には嘱託事項のみを記載し、立証趣旨等は記載されない。

東京高判平成 24 年 10 月 24 日（判タ 1391 号 241 頁）

「調査嘱託を受けた者が、回答を求められた事項について回答すべき義務があるにもかかわらず、故意又は過失により当該義務に違反して回答しないため、調査嘱託の職権発動を求めた訴訟当事者の権利又は利益を違法に侵害して財産的損害を被らせたと評価できる場合には、不法行為が成立する場合もあると解するのが相当である」と判示しつつも、控訴人作成の調査嘱託書には調査嘱託事項のみが記載されている事案について、「これを受け取った被控訴人としては、本件調査嘱託の目的が判明しない以上、秘密保持等のために回答を拒否したとしてもやむを得ないと考えられる」として、控訴人の損害賠償請求を否定している。

✓ 最近では、両当事者の同意のうえ、嘱託先の下承も得て、より事案の具体的内容に踏み込んだ嘱託事項の例も紹介されている。

（6）調査の嘱託に対する拒絶

「18.7.4 最高裁判所事務総局総務局第一課文書総合調整係から各府省等行政機関等個人情報保護法担当官宛の裁判所における個人情報保護に関する問題事例について（依頼）」

裁判所における個人情報保護に関する問題事例について

- 裁判所が官庁・その他の団体に対して行う、民事訴訟法 186 条や家事審判規則 8

条に基づく調査嘱託、民事訴訟法226条に基づく送付嘱託、刑事訴訟法279条や医療観察法24条3項に基づく照会、家庭裁判所調査官が行う家事審判規則7条の2に基づく事実の調査等については、「法令に基づく場合」として、あらかじめ本人の同意を得なくても、個人情報を第三者に提供できるとされているが、本人の同意なしには提供できないと誤解し、本人の同意を求められたり、嘱託に対して回答を拒否される事例が見られる。具体的には、家事審判規則が法令に含まれないという誤解や、調査嘱託等は強制力がないことから、「法令に基づく場合」に該当しないという誤解が多く見られる。

家事審判規則も最高裁判所規則として、法律に準ずるものであり、行政機関個人情報保護法8条1項及び独立行政法人等個人情報保護法9条1項の「法令」に含まれると解されている。また、裁判所の調査嘱託等は法令上の具体的な根拠に基づくものであり、「法令に基づく場合」に該当すると考えられる。

- 「個人情報であるので」、「個人情報保護の観点から」といった理由で、本人の同意や嘱託の目的・必要性についての書面の提出を求められる事例、本人の同意が必要な理由を示さず、本人の同意がないとして回答を拒否される事例が多く見られるようになっている。

裁判所から官公署に対する調査嘱託・送付嘱託については、嘱託に応じるべき一般公法上の義務があると解されており、行政機関等個人情報保護法上も「法令に基づく場合」に該当すると解されることから、本人の同意や嘱託の目的・必要性についての書面の提出は必要ないと考えられる。なお、通常、調査嘱託等を行うにあたっては、書面により法令の根拠を示して行うこととしている。その他の法令等に基づき、本人の同意や嘱託の目的・必要性についての書面の提出が必要であるという場合は、具体的な法令等の根拠を示していただきたい。

(7) 回答書到着後の措置

① 裁判所への報告等

- ✓ 裁判所書記官は、回答書を受領した場合、証人等目録の「備考」欄に、到着した旨及びその日付を記載。
- ✓ 裁判官に回答書を示してその旨を報告し、申出当事者にもその旨を連絡。
- ✓ 回答書は、訴訟記録の第2分類の「嘱託回答書」群に編てつ。

② 口頭弁論への顕出

- ✓ 裁判所は、口頭弁論期日または弁論準備期日に「顕出」させることが必要（最判昭和45年3月26日民集24巻3号165頁）。
- ✓ 当事者は書証として援用すること必要としない。
- ✓ 回答書の内容がそのまま、証拠資料となる。

第3 文書送付嘱託（民訴法226条）

第226条 書証の申出は、第219条の規定にかかわらず、文書の所有者にその文書の送付を嘱託することを申し立ててすることができる。ただし、当事者が法令により文書の正本又は謄本の交付を求めることができる場合は、この限りでない。

1 意義

（1）当事者が所持しない文書についての書証申出の一つ。

- ① 当事者が裁判所に対し、裁判所から文書の所有者に申立てに係る文書を裁判所に送付するよう嘱託をすることを要求するもの。
 - ✓ 証拠調べが必要な文書を挙証者以外の第三者が所持する場合の証拠の申出方法。
 - ✓ 文書提出命令の申立て（219条）と送付嘱託の申立ての2つ。
 - ✓ 裁判所を通じた嘱託であれば、文書の所有者が任意の提出に応じる可能性がある限り、制裁を伴う文書提出命令を利用する必要性は乏しい。
 - ✓ 嘱託の相手方は限定がない。
- ② 戸籍のように、当事者が法令により文書の正本又は謄本の交付を求めることができる場合は、その対象から除かれる（226条但書）。

（2）記録の提示

- ① 受訴裁判所が属する（国法上の）裁判所（本庁及びその支部間も含まれる）に保管中の訴訟記録を書証申出すること。
- ② 判例（大判昭和7年4月19日民集11巻671頁）が簡易な訴訟記録の入手方法として認め、以後実務に定着している。
 - ✓ 自庁内の記録であるから、「送付」の必要はないが、実質的には同様の効果をもたらす。⇨記録の取寄せともいう。
- ③ 別の国法上の裁判所が保管する訴訟記録を書証申出するときは、送付嘱託による。

2 申立手続

（1）証拠の申出

- ① 文書送付嘱託申立書には、（ア）送付を嘱託する「文書の表示」、（イ）「文書の趣旨」、（ウ）「文書の所有者」、（エ）「証明すべき事実」を記載する（221条1項参照）。
 - ✓ 証拠の申出も書面で準備しなければならないから（161条2項）、準備書面とは別に、「文書送付嘱託申立書」「調査嘱託の申立て」を提出することが多い。
 - ✓ （ア）の「文書の表示」は、標題、日付、作成者等によって当該文書を他と識別できるように特定する。文書提出命令の申立てと同様、特定性は緩和される。
 - ✓ （イ）「文書の趣旨」は、記載事項の概略要点を意味する。
 - ✓ 証拠の申出の一般原則（180条1項）の関係では、（ア）「文書の表示」と（ウ）「文書の所有者」で、証拠方法を特定し、（イ）「文書の趣旨」で、証拠としての必要性の判断資料を提供する（（イ）「文書の趣旨」は特定性にも関係する）。

② (ウ)「文書の所持者」は、現実に所持する者のほか、社会通念上文書に対して事実的支配を有する者も含まれる。

✓ (ウ)「文書の所持者」が特定されない限り、申立ては不適法となる。他方、所持者と名指しされた者が嘱託の対象とされた文書を現に所持することを証明する必要はない。

⇒ 申立人が所持者と信じる者を所持者として申し足れば足りる。

③ (エ)「証明すべき事実」とは、申立てに係る文書がどの事実主張に関するものであるかを示すことにほかならない。

✓ 証明すべき事実を特定することに支障が生じるとは考えられない。

✓ 申立てに係る文書がどの主張事実の証明に関するものか不明であれば、裁判所は、証拠決定において却下することになる(181条1項)。

④ 証拠申出は、期日前もすることができるから(180条2項)、重要な文書の送付嘱託は、第1回口頭弁論期日前にしておくべき。

(2) 相手方の陳述の機会

① 相手方に陳述の機会が保障される(161条2項2号、規88条1項参照)。

② 相手方の陳述は、嘱託が法律上許されないものであることのほか、関連性がない、時期に遅れた申出なども含まれる。

✓ 不採用を求める陳述があったときは、「備考」欄に要旨を記載する。

(3) 採否の裁判(証拠決定)

① 採否の裁判は、特にその様式は定められていない。

✓ 採否の裁判は、相当と認める方法によって、当事者に告知する(119条)。

✓ 調査嘱託を行う旨の裁判所の決定があったときは、裁判所書記官は、証人等目録の「採否の裁判」欄に記載する。

(4) 嘱託手続

① 申出を採用する旨の裁判があったとき、裁判所書記官は、嘱託書を作成して、文書の所持者に対し、その送付を嘱託する(規31条2項)。

✓ 嘱託書には、所持者において文書を特定できる程度に文書の表示をする。

✓ 嘱託をしたときは、その旨及び日付を証人等目録の「備考」欄に記載する。

② 裁判所書記官は、当事者の準備期間を考慮して、予定される次回期日の相当期間前までに文書が裁判所に到着するように配慮すべきである。

(5) 文書到着後の措置

① 裁判所への報告及び当事者への連絡

裁判所書記官は、証人等目録の「備考」欄に到着した旨及びその日付を記載し、裁判所に到着文書を提出して報告するとともに、申出当事者に対し、文書が到着した旨を連絡する。

② 申出当事者は、送付に係る文書を謄写し、証拠として援用するために、書証番号を

付した上で改めて次回期日に裁判所保管の文書を提出する方法により書証申出をすることになる。

③ 嘱託に係る文書が写しで提出され返還不要であることも多い。

✓ 嘱託先が裁判所に文書を送付するときは、原本または認証のある謄本でなければならないのが原則（規143条1項）。

✓ 実務では、裁判記録の送付等を除いて、写し（認証のない謄本）の送付を事実上原則とする運用がされている（原本が送付されると民事保管物としての受入事務や払出し・返還の事務も生じる）。

✓ 実務では、嘱託先からの送付文書を謄写等の目的で貸し出すこともある。

(6) 嘱託に要する費用（送料以外）について

① 実務上は、嘱託先から費用請求の可否の連絡があった場合、申立代理人に連絡をした上で、申立代理人が嘱託先との間で事実上対応していることも多い。

(7) 文書送付嘱託に関するモデル書式

東京地裁民事部プラクティス委員会

「文書送付嘱託関係のモデル書式」（判例タイムズ1267号5頁）。

モデル書式には申立書も含まれている。

第4 訴え提起前の証拠収集の処分（132条の4第1項1号2号）

（訴えの提起前における証拠収集の処分）

第132条の4 裁判所は、予告通知者又は前条第1項の返答をした被告通知者の申立てにより、当該予告通知に係る訴えが提起された場合の立証に必要であることが明らかな証拠となるべきものについて、申立人がこれを自ら収集することが困難であると認められるときは、その予告通知又は返答の相手方（以下この章において単に「相手方」という。）の意見を聴いて、訴えの提起前に、その収集に係る次に掲げる処分をすることができる。ただし、その収集に要すべき時間又は嘱託を受けるべき者の負担が不相当なものとなることその他の事情により、相当でないと認めるときは、この限りでない。

① 文書（第231一条に規定する物件を含む。以下この章において同じ。）の所持者にその文書の送付を嘱託すること。

② 必要な調査を官庁若しくは公署、外国の官庁若しくは公署又は学校、商工会議所、取引所その他の団体（次条第一項第二号において「官公署等」という。）に嘱託すること。

③, ④ 略

2～4 略

（証拠収集の処分の管轄裁判所等）

第132条の5 次の各号に掲げる処分の申立ては、それぞれ当該各号に定める地を管轄する地方裁判所にしなければならない。（3号、4号略）

一 前条第1項第1号の	申立人若しくは相手方の普通裁判籍の所在地又は文書を所持
-------------	-----------------------------

処分の申立て	する者の居所
二 前条第1項第2号の処分の申立て	申立人若しくは相手方の普通裁判籍の所在地又は調査の嘱託を受けるべき官公署等の所在地

2 第16条第1項、第21条及び第22条の規定は、前条第1項の処分の申立てに係る事件について準用する。

(証拠収集の処分の手続等)

第132条の6 裁判所は、第132条の4第1項第1号から第3号までの処分をする場合には、嘱託を受けた者が文書の送付、調査結果の報告又は意見の陳述をすべき期間を定めなければならない。

2 第132条の4第1項第2号の嘱託若しくは同項第4号の命令に係る調査結果の報告又は同項第3号の嘱託に係る意見の陳述は、書面でしなければならない。

3 裁判所は、第132条の4第1項の処分に基いて文書の送付、調査結果の報告又は意見の陳述がされたときは、申立人及び相手方にその旨を通知しなければならない。

4 裁判所は、次条の定める手続による申立人及び相手方の利用に供するため、前項に規定する通知を発した日から1月間、送付に係る文書又は調査結果の報告若しくは意見の陳述に係る書面を保管しなければならない。

5 第180条第1項の規定は第132条の4第1項の処分について、第184条第1項の規定は第132条の4第1項第1号から第3号までの処分について、第213条の規定は同号の処分について準用する。

(不服申立ての不許)

第132条の8 第132条の4第1項の処分の申立てについての裁判に対しては、不服を申し立てることができない。

1 趣旨

(1) 当事者による主体的な争点整理のための前提条件を整備

- ① 民事訴訟の審理の充実および促進のためには、当事者が訴えの提起前に必要な情報や証拠の収集が容易にできることが重要。
 - ② 訴えの提起前に当事者同士が交渉をもつことは、紛争の自主的な解決を促進し、不要な訴訟提起を防止することも期待できる。
- ⇒ 証拠収集処分であって、証拠調べ手続ではない。

2 内容

(1) 当事者照会制度の拡大と証拠収集処分の創設

- ① 当事者照会制度(163条)を訴え提起前の時点にも使えるように拡大。
- ② 4つの証拠収集処分
 - (ア) 文書の送付嘱託、(イ) 調査の嘱託、(ウ) 専門家に対する意見聴取の嘱託、(エ) 執行官に対する現況調査命令を創設(132条の4)。

3 提訴前証拠収集処分の要件

(1) 申立て

- ① 予告通知者又は返答をした被予告通知者による申立て。
- ② 申立人は、立証事項を特定することが必要（132条の6第5項による180条1項の準用）。

(2) 裁判所の処分

- ① 裁判所は、(ア) 提訴後立証に必要であることが明らかなこと、(イ) 申立人が自ら収集することが困難であると認められることを満たす場合に限って処分することができる（132条の4第1項）。

4 収集結果の利用

(1) 特徴

- ① 提訴前証拠収集の結果は、送付嘱託文書、調査嘱託の結果報告も書面で提出される（132条の6第2項）。
- ② 文書送付嘱託の回答文書は、写しの提出を許容する（民規52条の7第2項）

（証拠収集の処分の手続等・法第132条の6）

第52条の7

1 略

2 法第132条の4（訴えの提起前における証拠収集の処分）第1項第1号に規定する文書の送付は、原本、正本又は認証のある謄本のほか、裁判所が嘱託を受けるべき者の負担その他の事情を考慮して相当と認めるときは、写しであることができる。

(2) 趣旨

提訴後の送付嘱託とは異なり、証拠収集処分の申立ては、書証の申出行為それ自体ではないので、所持者の負担の少ない写しの提出も許容する趣旨。

(3) 利用方法

申立人及び相手方は、提訴前証拠収集処分の事件記録の閲覧等を請求して証拠収集結果を利用（132条の7第1項）。

- ① 提訴前証拠収集の事件記録は、提訴後も当然には訴訟記録にはならない。
- ② 証拠収集処分の結果を、謄写して、それらの写しを提訴後書証として利用できる。
- ③ （送付された文書の原本につき、証拠調べを必要とするときは、提訴後改めて送付嘱託等の手続を申し立てることになる。）

② 文書送付嘱託・調査嘱託（提訴前・提訴後）講演のポイント

- 5 ■ 調査嘱託（186条）
- ✓ 調査嘱託は、5つの証拠調べ手続（①証人尋問，②当事者尋問，③鑑定，④検証，⑤書証）とは別の，簡易・迅速な特殊な証拠調べ手続。
 - ✓ 釈明処分の中の調査嘱託は，訴訟資料を対象。調査嘱託は，証拠資料を対象。
なお，釈明処分が釈明権の補充手段であるから，殆ど使われないことがない。
- 10 ✓ 申立てによる調査嘱託も証拠の申出の手順による。
①要証事実，②嘱託の必要性，③嘱託先，④嘱託事項を「調査嘱託の申出」に。
証拠の申出 ⇄ 相手方の陳述 ⇄ 採否の裁判 ⇄ 嘱託手続 ⇄ 回答到着。
⇄ 口頭弁論への顕出。
∴ 報告者（嘱託先）の公正，報告作成過程における確実性が期待できる。
- 15 ⇄ 書面の形式的証拠力を問題とすることなく，回答内容をそのまま証拠資料に。
- ✓ 回答拒絶対応
①裁判所書記官からの連絡文書，②書記官から拒絶の連絡の場合の対応，③代理人による事前調整
 - ✓ 嘱託費用
- 20 ■ 文書送付嘱託（226条）
- ✓ 当事者が所持しない文書についての書証の申出の一つ。
 - ✓ 記録の提示・記録の取寄せは，受訴裁判所の属する裁判所の訴訟記録の書証申出。
 - ✓ 証拠の申出手続
- 25 文書送付嘱託申立書には，①送付を嘱託する「文書の表示」，②「文書の趣旨」，③「文書の所持者」，④「証明すべき事実」を記載。更に，⑤「嘱託の必要性」。
証拠の申出。⇄ 相手方の陳述 ⇄ 採否の裁判 ⇄ 嘱託手続 ⇄ 文書到着。
- ✓ 証拠申出は期日前でもできる（180条2項）。重要なものは，第1回期日前に。
 - ✓ 文書到着後の措置
- 30 ① 原則は，嘱託先は，原本または認証のある謄本を送付（規143条1項）。
実務では，裁判記録の送付等を除いて，写し（認証のない謄本）の送付が原則。
- ② 裁判所書記官は，申出当事者に連絡。
- ③ 当事者は謄写をして，次回期日に証拠番号を付し証拠説明書とともに書証申出。
送付文書が「写し」あれば，証拠も「写し」
- 35 ④ 実務では，嘱託先からの送付文書を謄写等の目的で貸し出すこともある。
- ✓ 嘱託費用
- 訴え提起前の証拠収集の処分（132条の4第1項1号2号）
- ✓ 証拠収集と証拠調べは異なる。
- 40 ✓ 申立て ⇄ 相手方の意見聴取 ⇄ 証拠収集処分（期間設定も）⇄ 結果の利用は書証の申出。

当事者照会

2018.7.18

増 田 勝 久

I 当事者照会の意義

一方当事者が相手方に対し、主張または立証を準備するために必要な事項について、書面での回答を求める制度

平成8年改正における主要な眼目の一つであった証拠収集手段の拡充の一環として、アメリカの discovery 手続の初期段階で行われる interrogatory を参考に導入(民訴 163)

立法当時の情勢から、争点整理の充実のための情報獲得手段としての性格を強調されたことにより、第2章に位置づけられている

司法改革意見書を受けた平成15年改正で訴え提起前に拡張(民訴 132 の 2, 132 の 3)

II 当事者照会の要件

1 訴え提起後の当事者照会(民訴 163)

- ① 訴訟の係属中であること
- ② 主張または立証を準備するために必要な事項であること(関連性)

この場合の主張立証の対象は、当該訴訟において主張立証を予定している事実であれば足り、主張責任の有無に関係なく、主要事実である必要もない

- ③ 以下の除外事由がないこと
 - (ア) 具体的または個別的でない照会
 - (イ) 相手方を侮辱し、または困惑させる照会
 - (ウ) すでにした照会と重複する照会
 - (エ) 意見を求める照会
 - (オ) 相手方が回答するために不相当な費用または時間を要する照会
 - (カ) 証言拒絶事由と同様の事由がある事項に関する照会

2 訴え提起前の当事者照会(民訴 132 の 2, 132 の 3)

- ① 書面による訴えの提起を予告する通知(提訴予告通知)がなされてから4ヶ月以内であること
- ② 訴えを提起した場合、または訴えを提起された場合の主張または立証を準備するために必要であることが明らかな事項であること
- ③ 以下の除外事由がないこと

(7) 上記1③に該当する照会

(4) 相手方又は第三者の私生活についての秘密に関する事項についての照会であって、これに回答することにより、その相手方又は第三者が社会生活を営むのに支障を生ずるおそれがあるもの

(5) 相手方又は第三者の営業秘密に関する事項についての照会

III 当事者照会の手続

相手方当事者(提訴前の場合は被告となるべき者または予告通知者)に対し、相当の回答期間を定めて書面(FAX可)で照会する(記載事項を含め提訴後につき民訴規84, 提訴前につき同52の4)

IV 当事者照会の効力

被照会者は訴訟法上の回答義務を負う

第三者に対する情報が含まれていても、個人情報保護法の適用を主張できない(個人情報16③一)

回答拒絶や虚偽回答の制裁規定はないが、弁論の全趣旨(民訴247)として考慮される法廷に顕出する場合には、書証として提出する

V 当事者照会(訴え提起後)の現状

2006 日弁連アンケート

利用したことがある 28.5%

役に立った 67.5%

2014 日弁連司法シンポジウムアンケート

利用している 11.8%

有効だった 75.3%

VI 求釈明との異同

① 求釈明は、裁判所の職権発動を促すもの

→ 職権を発動して釈明をするか否かは裁判所の裁量

② 釈明は、裁判所から見て訴訟関係を明瞭にすることが目的(民訴149)、当事者照会
は、当事者から見て必要な情報を取得することが目的

→ 求釈明の成否は当該争点等に対するその時点での裁判所の考え方に左右される
主張立証責任を負う者に対し、主要事実に関してなされることが多い

③ 立証準備に要する事項は、一般的には釈明の範囲外

← 立証は当事者の責任で行うもの

④ 当事者照会の事実上の効果は、回答の有無、回答の相当性を踏まえたその後の当事

者の主張立証の評価に依存する

- ⑤ いずれも時機に遅れた攻撃防御方法の却下の判断に関わる

求釈明に裁判所が応じて釈明した場合は民訴 157②, 当事者照会は同 157①

VII 当事者照会の利用例

- ① 不動産売買代金を振り込んだ金融機関名, 支店名, 口座名義
争点は不動産の所有者
- ② カルテ記載の既往症の発生時期, 原因
争点は事故と現在の症状との因果関係
- ③ 相手方が第三者に対してした特定の照会に対する回答の有無, その内容
相手方が第三者に特定の事項を照会したと裁判所で述べたが, その回答を提出しなかった
- ④ 当事者と前事業者との間の法律関係, 事業譲渡等事業承継の原因となった契約書の
存否, 事業承継があったとすればその日, 債務の処理に関する約定の内容
当事者が前事業者の債務を承継しない理由の照会

VIII 当事者照会の展望

当事者主導の争点整理, ひいては民事訴訟全般の構造にかかわるもの

当事者と弁護士との関係の変化の中で

IT化の中での当事者照会

文書提出命令制度について

平成30年7月18日

弁護士 名取伸浩

1 文書提出命令制度の実情

文書提出命令申立件数

	H20	H21	H22	H23	H24	H25	H26	H27	H28
民事事件に関するもの	4,131	3,951	4,286	3,890	3,569	3,065	2,824	2,825	2,568
行政事件に関するもの	120	120	141	182	131	171	130	152	159
合計	4,251	4,071	4,427	4,072	3,700	3,236	2,954	2,977	2,727

(裁判の迅速化に係る検証に関する報告書(第7回)資料編・資料5(表8)より)

- ・過払金訴訟を除く第一審の新受件数は、年間9～10万件。
→文書提出命令の申立が行われる事件は約2.7～3%
- ・大阪高裁管内での通常訴訟の事件数は年間約2万件に対し、文書提出命令の決定に対する抗告件数は年間約30件(0.15%)。
- ・文書提出命令制度の利用が多いとはいえない状況である原因
文書提出命令の必要がない → 求釈明に応じて任意に開示されている。
文書提出命令の必要があるが利用されない → 制度が使いにくい。
制度の利用を思いつかない。

2 類型別の決定例

(1) 融資関係訴訟

ア 貸出稟議書

【最決 H11. 11. 12】

貸出稟議書が自己利用文書(民訴法220条4号ニ)に該当するとした。

【最決 H13. 12. 7】

破綻した信用組合が作成した貸出稟議書及びその付属書類について、「特段の事情」があるとして自己利用文書該当性を否定し、文書提出を命じた。

→貸出稟議書だからといって常に自己利用文書該当性が肯定されるわけではない。

イ 自己査定資料

【最決 H19. 11. 30】

自己査定資料(金融監督庁の「検査マニュアル」に沿って、融資先に対して有する債権の資産査定を行う前提となる債務者区分を行うために作成された資料)について、自己利用文書(民訴法220条4号ニ)に該当しないと判示。

その理由は、監督官庁による検査において資産査定の正確性を裏付ける資料として必要とされていることから、金融機関以外の者による利用が予定されているため内部文書性が認めら

れないため。

(2) 過払い訴訟

最高裁 H17. 7. 19 判決により、貸金業者は、取引履歴等について信義則上の開示義務を負うとされた。

そのため、文書提出命令申立事件では、取引履歴等が民訴法 220 条 3 項後段（法律関係文書）に該当することを前提として、既に廃棄されているとの主張や廃棄された部分の真実擬制が争点とされている。

【東京高決 H22. 12. 15】

10 年経過した部分の取引履歴の廃棄が民訴法 224 条 2 項（「当事者が相手方の使用を妨げる目的で提出の義務がある文書を滅失させ、その他これを使用することができないようにしたとき」）にあたるかが問題となった事案。

過払金返還訴訟で取引履歴の開示が命じられており当該訴訟が年々増加しつつあること等から、貸金業者に信義則上の保存義務が存在したとして、廃棄行為はこれに違反するため、民訴法 224 条 2 項に該当すると判断。

(3) 労働関係訴訟

使用者側に証拠が偏在していることが多いため、賃金請求や解雇無効が争われる訴訟において、使用者が所持する文書について文書提出命令の申し立てが行われている。

- ・履歴台帳（大阪地決 H11. 10. 14）
- ・人事考課記録である職員考課表（大阪地決 H10. 12. 24）
- ・賃金台帳、労働者名簿、資格歴票（大阪高決 H17. 4. 12）
- ・労働災害調査復命書（最決 H17. 10. 14）
- ・同僚のタイムカード（大阪高決 H25. 7. 18）
- ・大学におけるハラスメント調査委員会の調査報告書、ハラスメント対策委員会の議事録（H25. 12. 19）

(4) 交通事故訴訟

交通事故訴訟では、弁護士法 23 条の 2 に基づく照会や文書送付嘱託、調査嘱託等の証拠収集方法も一般的に用いられているため、文書提出命令制度を利用することは少ないかもしれない。

- ・保険会社の社外調査機関作成の調査報告書（福岡地決 H18. 6. 30）
- ・交通事故態様図のもとになった警察官作成の手書きメモ（岡山地決 H22. 3. 8）

(5) 商事関係訴訟

株主代表訴訟において、株主が取締役への責任追及を行うにあたって、会社が所持する文書

や、会社の不祥事に関して行政機関が所持する文書の開示を求める事案。

- ・内部調査報告書（東京高決 H16. 6. 8）
- ・公正取引委員会に提出された供述調書、報告書等（大阪地決 H24. 6. 15）
- ・取締役会議事録（東京地決 H24. 6. 15）

(6) 消費者訴訟

主に金融商品の取引に関して消費者が事業者損害賠償請求する事案において、事業者の義務違反（適合性原則違反、説明義務違反など）を立証するために、稟議書、社内通達、内部規則、営業日誌等について文書提出命令申立が行われている。

- ・金融商品販売ルールを記載した文書（東京地決 H23. 9. 5）
- ・金融商品の勧誘・販売に関する社内規則（名古屋地決 H23. 10. 24）
- ・財務局の発した業務改善命令に基づき証券会社が提出する改善報告書作成のための調査結果をまとめた文書、調査票（東京高決 H26. 8. 8）

(7) 行政訴訟

国家賠償請求訴訟、取消訴訟、住民訴訟等において文書提出命令の申立が行われている。対象となる文書は事案によってさまざまである。

(8) 医療訴訟

医療過誤訴訟において、患者の容態、死因、死亡に至る経緯などを記録した書面について文書提出命令の申立が行われている。

- ・救急搬送時の救急救命活動の結果を記録した書面（東京地決 H16. 9. 16）
- ・司法解剖の鑑定書や図面の控え（東京地決 H17. 6. 14、東京地決 H22. 5. 13）
- ・私立大学病院の医療事故調査委員会による調査報告書の報告提言部分（事情聴取部分の提出は認められず）（東京高決 H15. 7. 15）

(9) 相続関係訴訟

家事審判に関する事件について、文書提出命令の諸規定が適用されるかについて従来は争いがあったが、家事事件手続法制定後は、民訴法 220 条以下の規定が準用されることが明記されている（同法 64 条 1 項）。

※ 申告書等閲覧サービスの利用

- ・信用金庫の取引履歴（最決 H19. 12. 11）
- ・市民病院の診療録、看護記録等（大阪高決 H12. 9. 20）

3 問題点

- ・決定に対して即時抗告があると訴訟記録一式が高裁へ移動する → 審理がストップ
抗告が受理されてから決定までの期間は平均 60 日程度（平成 28 年土司法事務協議会・協議

結果（要旨）。

- ・裁判所が決定を出したがない傾向にある（取り下げを促す、判決書で判断を記載など）
- ・文書の特定が不十分で審理がかみ合わない
 - 文書の特定のための手続（民訴法 222 条 2 項）
- ・文書の取り調べの必要性が認められずに却下された場合は即時抗告の対象とならない。
 - 証拠調べの必要性についての十分な主張が必要

4 参考書籍

「文書提出命令申立の手引」（大阪弁護士協同組合）

「文書提出命令の理論と実務（第 2 版）」（民事法研究会）

以上

平成30年7月吉日

組合員各位

文書提出命令の裁判例を類型別に整理した画期的手引き書！！

「文書提出命令申立の手引」

大阪弁護士協同組合

平成29年11月に、大阪弁護士会民事司法改革検討・実現プロジェクトチームの編集による『文書提出命令申立の手引』を発行いたしました。

文書提出命令は、文書の所持者がこれに従わない場合の制裁規定が定められ、所持者の意思に反してでも裁判所がその提出を求める制度です。文書送付嘱託など、他の裁判上の証拠収集活動が、任意の提出を求めるに過ぎないことからすると、文書提出命令を活用することで広く証拠収集をすることが可能であり、より良い訴訟活動につながります。

しかし、最高裁事務総局の「裁判の迅速化に係る検証に関する報告書（第6回）」によりますと、平成26年の通常民事事件件数9万7000件に対して、文書提出命令の申立件数は2954件と、わずか3%の申立しかされていないのが実状です。その要因として、証拠の任意提出が増えたということもあるでしょうが、他方で、文書提出命令が十分に活用されていないことも理由の一つであると思います。

そこで、本書を多くの弁護士が文書提出命令をこれまで以上に活用していただくための手引き書として発行いたします。本書は、事件類型毎に過去の裁判で提出義務が争われた文書について、裁判所の決定例を踏まえ、その要件やポイントが分かりやすく解説されていますので、文書提出命令を検討するにあたってとても参考になるものと思います。

下記の特別価格にて有料頒布しておりますので、本申込書をご持参のうえ、協同組合事務局にてご購入ください。

記

書籍名 「文書提出命令申立の手引」

A4判 104頁

編集 大阪弁護士会民事司法改革検討・実現プロジェクトチーム

発行 大阪弁護士協同組合

主な内容（詳細目次は裏面をご参照ください）

組合員特別頒布価格：税込756円（定価：税込1,080円）

以上

-----〈事前に切り取って下さい〉-----

購入申込書

書籍名「文書提出命令申立の手引」

申込部数 部 × 756円 = 円

本書の内容

第1章 総論

第2章 訴訟類型別の文書提出命令申立

第1 融資関係訴訟

第2 過払い訴訟

第3 労働関係訴訟

第4 交通事故訴訟

第5 商事関係訴訟

第6 消費者訴訟

第7 行政訴訟

第8 医療訴訟

第9 税務訴訟

第10 相続関係訴訟

第11 製造物責任に関する訴訟

第12 環境関係訴訟

第13 刑事関係訴訟

第3章 書式

