証拠収集手続の拡充等を中心とした
民事訴訟法制の見直しのための研究会
（第２１回）

日時　令和６年１月３１日（水）１８：１５～
場所　公益社団法人商事法務研究会会議室
＊オンライン併用にて開催

○座長　定刻を過ぎておりますので、本日の研究会を始めたいと思います。本日もご多忙の中、ご出席いただきまして誠にありがとうございます。

それでは、本日も前回に引き続きまして、これまでのご議論とヒアリングなどを踏まえた、いわば2読目の議論を行っていきたいと思います。

それでは、まず配付資料について、ご説明をお願いいたします。

○法務省　本日の配付資料は資料 21 となっております。こちらの資料では、これまでのご議論及びヒアリングの結果等を踏まえて、文書提出命令に関する議論を取り上げております。資料の詳細については、各項目のご議論の際に順次ご説明をさせていただきたいと思います。資料の説明は以上です。

○座長　資料全体についてのご説明を頂きました。それでは、内容的な話に入っていきたいと思いますが、資料21の1ページ以下、第1、文書提出命令における文書提出義務の除外事由から入っていきたいと思います。それでは、この部分についてのご説明をお願いいたします。

○法務省　資料 21 では、第 1 として文書提出命令における文書提出義務の除外事由について取り上げており、第 2 として文書の特定のための手続について取り上げております。このうち、1 ページ以下、第 1 の「文書提出命令における文書提出義務の除外事由」ですが、こちらは文書提出命令における文書提出義務に関して、いわゆる「自己利用文書」を除外事由として規定している民事訴訟法第 220 条第 4 号ニについて、これを改めることの要否及びその内容について取り上げております。

1 ページの 1、「従前の議論及びヒアリングの結果の概要等」では、本研究会におけるこれまでのご議論やヒアリングの結果について、簡単にまとめております。その上で、2 の「自己利用文書を除外事由とする規定を改めることについての検討」においては、これまでのご議論やヒアリングの結果を踏まえた若干の検討について記載しておりまして、(1)の「前提」においては、自己利用文書に関する一般的な説明を記載しており、(2)の「自己利用文書一般について提出義務を課すこと」においては、自己利用文書について提出義務を負わせないことにより保護される利益との関係で、その保護の必要性を支える立法事実があるかどうかという観点や、他の利益との関係で保護される必要性があるかという観点などについて取り上げております。

(3)「自己利用文書に代わる新たな除外事由の規定を設けること」においては、自己利用文書を除外事由とする規定に代替する規定を検討することについて、(4)「秘密保護のための規定を設けること」では、閲覧等の制限などの秘密保護のための規定を設けることを検討することについて、それぞれ取り上げております。(5)「その他」では、これまで研究会等でご紹介いただきました日弁連会員一般向けアンケートの結果について、本研究会の議論を記載しております。説明は以上です。

○座長　ありがとうございます。それでは、ただいまご説明いただいた第 1 の部分について、どなたからでも、どの点からでもご意見等をお出しいただければと思います。いかが

でしょうか。
○委員　日弁連といたしましては、自己利用文書を除外事由から削除するという提言をしております。理由については、端的に申し上げますと、資料の 2 ページから 3 ページにかけて、平成 11 年最決の基準が記載をされておりますが、その中の資料 2 ページの下から 4 行目の②の「団体の自由な意思形成が阻害され」るという基準が、かなり抽象的な基準になっているということを問題視しております。
　ただ、自己利用文書を除外事由から削除して、それでおしまいということではなく、資料の 5 ページでも取り上げていただいておりますが、(3)のアの部分で、まず個人については「個人のプライバシーを保護する規定を設ける」という提言をしております。ここでは、例えばと書いていただいておりますように、「個人の私生活上の重大な秘密」かどうかという基準を持ってきております。団体については、このアの第 3 段落の②の所ですが、「企業の秘密が記載されている文書」ということで、これは現行法の民事訴訟法第 220 条第 4 号ハの職業の秘密で手当てできるであろうと考えているところです。
○委員　いただいた資料において非常に丁寧に論点整理がされているので、これ以上何を発言したらいいのか迷うところもあるのですが、申し上げます。今、委員がおっしゃった点ですが、私もだいぶ前に、平成 8 年改正から長い年月がたって、その間に企業の透明性確保やコンプライアンス遵守という考え方が経済社会において非常に深化されてきたことを踏まえて、当初考えられてきた自己利用文書という除外事由は再考する必要があるのではないかということを申し上げた記憶があるところです。
　平成 11 年決定は、貸出稟議書に関して結論ありきのような形で、規範を立てている割には具体的に当てはめをしていない部分があったわけですが、その後の判例の展開の中では、実質的な不利益性をかなり丁寧に判断している部分もあってそれなりに評価できると思うのですけれども、判例が立てた規範についてもやはりルールとして不明確すぎるから、もっと明確なルールにしたほうがいいという趣旨で、自己利用文書は除外理由から排除するということになるのでしょうか。
　また、除外事由としないことに代替するものとしてプライバシー保護といったような規定を設けても、やはりそこでは実質的な利益衡量を行わざるを得ないということになると思いますので、ルールとしての不明確性という点はそれほど変わらないのではないかという感じもしないでもないのですが。その辺りの点について、皆さんにご意見を頂きたいと思います。よろしくお願いします。
○座長　ありがとうございます。ご意見というか、問題提起のような面があったかと思いますが、いかがですか。
○委員　私にも問われていると思いますから、私のほうから、委員の問いにお答えしたいと思います。まず、自由な意思形成過程という基準ですが、確かに裁判例の集積はしているかと思います。ただ、この文言自体が持つ曖昧さというのは否めないところでして、一体どういうところを満たしていけば自由な意思形成過程が阻害されるのかということにつ

いては、どうしても明瞭性に欠けると考えております。

他方で、代わりに持ってくる秘密という概念なのですが、個人のほうは私生活上の重大な秘密、企業・団体については職業の秘密ということで、その「秘密」という中身についてはもちろん異なるものの、同じく「秘密」を保護するという意味では平仄が合っていて、統一的な表現が取れていると考えています。

確かに、委員がご指摘の部分というのは、例えば比較衡量が入ってくるのではないかというようなことで、単純明解にはいかないということは承知はしておるのですが、どこまでいってもそこは避けて通れないところかと思います。むしろ、文言上の明確性というところに理由があるのではないかと考えているところです。

○委員　ありがとうございます。私も、団体の内部的な意思形成過程という言葉の意味が何なのかということが十分詰められないまま、判例ルールが設定されているところがあり、そこがよく分からないなという似たような感触は持っております。

○委員　日弁連の意見に付け加えるとしますと、個人の意見にわたるところがありますが、看過し難い不利益と団体の自由な意思形成過程の阻害のおそれというのが、ニアリーイコールというか、同じものとして扱われているところがあります。そのときに、自由という言葉はマジックワードであって割と広くとらえられる傾向にあるところです。そこで本来看過し難い不利益のレベルというのはかなり狭いはずなのですが、自由という文言があるために受け止めが広くなるというのもあろうかというように思うところです。

もう１つ、組織の会議にしても調査にしても、開示が後からなされると思うと発言が萎縮してしまうということがあるとは思うのですが、それも本来程度問題だと思います。そこで、程度問題に線を引き類型的に該当性を裁判所が判断するにしても、所持者のほうからは、自己利用文書にあたるということを大きめに主張するようなことがあり得て、提出を求める利用者としては使いづらいというように思います。

それから、看過し難い不利益の中に、第三者への調査ができなくなる、第三者が調査に協力しづらくなるということが言われることがあると思うのですが、これも程度問題で、やはり真実発見との比較衡量の中で出てくるのだとすると、看過し難い不利益といっても、やはり狭いものに考えざるを得ない場面があるのだろうと思います。

できれば、自己利用文書全体を除外事由から外して、１つ１つの反対利益の中で考えていくほうがいいのではないかと思っています。

○座長　ありがとうございます。団体の意思形成の自由みたいな話は、要は稟議書について出てきた言葉だと思うのですが、弁護士会のご提案のご趣旨としては、もうそれは保護されないということなのか、それとも職業の秘密だということなのか、あるいはもっとケースバイケースみたいなことなのか、その辺りはどういうイメージをお持ちでしょうか。

○委員　補足させていただきます。稟議書の内容によるのではないかと思っているところでして、例えば職業の秘密に該当するかどうかが争われた平成 20 年 11 月 25 日の最決では、銀行の取引先に対する分析評価情報が職業の秘密に当たるのかどうかということが争

われた事案でして、これは職業の秘密に当たるという判断がされております。

稟議書といってもいろいろな内容があると思いますが、取引先の分析評価情報などを含むような稟議書の場合は、正に職業の秘密として除外事由に当たるのではないかと考えているところです。

○座長　場合によるということですね。ありがとうございます。そのほか、いかがでしょうか。

○委員　なかなか難しい問題で、いろいろな文書が現れ得るので、どのようなものを念頭に置けばいいのかがすごく難しいと思っています。特に、普段は実務にあまり携わっていないところで考えていくとなかなか難しくて、例えば資料の 5 ページの終わりぐらいから 6 ページにかけて、日弁連の方々がおっしゃっているような自己利用文書の規定を削除して、個人のプライバシーに置き換えるということで、現在、自己利用文書であれば文書提出義務を免れるけれども、技術・職業の秘密とはいえないというようなもので、所持者に不利益が生ずるものが本当にないのかという辺りがよく分からないので、判断がつきかねるというか、難しいところだと思っているのです。これは、私の個人的な思いなのですが。

日弁連の弁護士さんたちは、企業や所持者側でも事件に携わることがあると思うのですが、やはり弁護士さんの目から見て、そういうもので保護されるべきものはもうないと。要するに技術や職業の秘密、あとは個人のプライバシーで、つまり企業のものが特に問題になりそうな感じがするのですが、それで、不利益というものは、真実発見との関係でいくと後退してもいいという、そこまでの判断をされているのか、それとも、そういう文書はあまりないのだと言われているのか、その辺り、何か実感のようなものがあれば教えていただきたいと思いました。以上です。

○座長　ありがとうございます。弁護士の先生方へのご質問だと思いますが。

○委員　今のご質問は、若干実務感覚みたいなところで回答せざるを得ないのですが、私は企業側の代理人をすることが多いので、企業が何でも出せばいいとは全く思っていないのですけれども、よりよい民事訴訟の証拠収集のあり方を考えたときに、自己利用文書については、先ほど申し上げた平成 11 年最決の持つ基準の曖昧さということがあり、実務家としてどうしても謙抑的になるというか、あるいは萎縮的効果があるというか、そういうことはなかなか免れにくいのかとは思います。

職業の秘密という概念にどこまでのものが入るのかというのは、実はこれはやってみないと分からない部分もあります。というのは、今は自己利用文書がありますので、ヒアリングでもありましたが、ほとんどの受ける側の企業は自己利用文書の該当性だけを判断して、職業の秘密に該当するかどうかというのは、ほぼ検討していないというようなお答えもありました。それは、正直なところだろうと思っています。そこで、正に職業の秘密で本来保護されるかどうかというのが問われていくのだろうと思っているところです。

そんなのはやってみないと分からないような話だということを言われそうなのですが、ただ、基準の明瞭性や、先ほど来出ている、よく分からない概念を用いて進むよりはいい

のではないかと考えているところです。
○委員　ありがとうございます。仮に技術又は職業の秘密でカバーしていこうとすると、実質的な衡量がその概念の中に結構入ってきて、営業秘密という言葉も別の法律などでありますが、そういう所にも影響し得るところなので、あまり拡張するようなことはしないほうがいいのかというところもあります。そこでカバーするとなると、まだ無理な解釈が出てくるようなところもあって、そこは悩ましいなという、これは感想です。
　それから今、萎縮的効果ということをおっしゃったのですが、資料の 7 ページぐらいからアンケートが挙がっていまして、日弁連のアンケートで、文書提出命令申立てを使っていない人のほうが結構多いということがあるのですが、やはり萎縮的効果というのは実際にあるものなのでしょうか。今のは質問です。
○座長　萎縮的効果と言われているのは、文書提出命令を用いることについてのというご趣旨ですよね。要は、申し立ててもどうせ駄目だからということがあるのかというお尋ねになりますか。
○委員　はい、そういう質問です。
○委員　直接のお答えにはならないのですが、8 ページです。除外事由該当性を慎重に判断して申し立てているはずなのにもかかわらず、20％弱が却下ということです。職業の秘密よりはやはり自己利用文書についての判例のほうが多いですし、公務秘密文書よりも圧倒的に自己利用文書の判例のほうが多いことを考え合わせますと、萎縮的というのには少し言葉は難しいところがあるのですが、やはり何らかの影響というのはあるのではと思われます。
○委員　ありがとうございました。結構です。
○座長　ありがとうございます。そのほか、いかがでしょうか。
○委員　必ずしも弁護士会の意見ではないのですが、このような意見があります。現行法になったときに、第 4 号に自己利用文書が入り、なおかつ、判例が積み重なってきていると。これを今、外すかどうかという議論をしているわけですが、さらなる改正時にどちらに立法事実の挙証責任があるかどうかは別ですけれども、仮に開示のほうを原則とするならば、開示によって被る不利益をむしろきちんと考えるのも 1 つのやり方であるという意見はあります。
　そのときに、自己利用文書を外してみて何が起きるか分からないので不安だというのは逆の立場でして、むしろ出す原則にもかかわらず出さないことの 1 つ 1 つの理由を、団体の自由な意思形成過程の保護というようなマジックワードではなくて考えていくとどうなるのかということが大事ではないか。そのときに、日弁連の意見は、プライバシーと職業の秘密、それらを出さない理由として具体的に考えている。そのほかに何かがあるのであれば、それを入れる。自己利用文書という建付けではなくて、別の方策で除外事由を入れるほうがいいのではないかと思っております。
○委員　先ほども言われていましたが、大変難しい問題で、確たる方向性がないというか、

正解がある問題かというと、違うという感じがしております。

今回、ヒアリングをしたわけなのですが、1～2 ページにまとめていただいているように、概ねお聞きした企業の方々は慎重な意見を述べていただいたところではあると、ただ、それはある意味当然のことで、これまで自己利用文書という形で一定の範囲の文書が開示を免れていたということに、何らか利益を感じていたのだということは分かっているのです。ただ、他方でこの種の文書は出てこないということによって、真実の発見が十分になされていないのではないかという疑念は多分にあるわけで、困りますと言われたからといって、では改正できないということには必ずしもならないのだろうと思います。

また、2 ページの冒頭に書かれている「深刻な影響がある」とか「濫用的な利用の懸念もある」といったことも指摘されていて、抽象的にはそうなのだろうという感じもしますし、円滑な企業活動を著しく阻害するというのもそうなのですが、実際どの程度本当に困るかというのは、これもまたよく分からない面があり、困る困ると言われているわけですが、どの程度具体的に困るのか、どの程度の深刻な影響なのかというようなことは、今回のヒアリングだけではなかなか分からないということだと思います。

現在の自己利用文書の規定の理論的な基礎というのはよく分からないですが、証言義務、証人義務との対比でいうと、1 ページの冒頭に書かれているような深刻な影響というのは、何で文書の場合にはこれに値することにされて、関係者を証人として尋問する場合には証言拒絶権が仮にないということだとすると、理論的にはどうも説明が難しいところがあるかなという感じもいたします。

ただ、何というか、この自己利用文書の除外事由というのが果たしている機能というか、ある特定の不利益について職業の秘密等の場合ほどには具体的に示されない場合でも、保護の対象にするという、ある程度抽象的な不利益が認められれば保護の対象にするという機能を、自己利用文書というものが果たしているように思われますが、その機能が有意義なのかどうかということの判断は、なかなか一義的には難しい。

そういったものの保護に関して、先ほど来、日弁連のご提案についての先生方の説明で不明確というお話が出ているのですが、不明確さそのものというよりは、不明確であることの結果として、かなり広い範囲の文書が除外されているということに問題を見出されているのかという感じがいたしまして、不明確が問題なのであれば対応としては明確化ということになるのかもしれませんが、明確化は判例の積み重ねによって相当程度進んでいる面もあって、ただしその結果が例えば銀行の貸出稟議書であれば、カテゴリカルに自己利用文書性が肯定されるということではないかとすると、それが広すぎると。ですので、一部その保護をやめるべきである、提出義務の範囲を拡大すべきだというご主張なのかと思うのですが、それが政策的に妥当であるということをどのように論証すればいいのかが、私自身はよく分からないところでして、廃止すべきだ、あるいは維持すべきだというような明解な意見を申し上げにくいところだと感じております。

ただ、先ほどのお話にもあったかもしれませんが、かなり抽象的な不利益で保護が認め

られているということが、やや保護しすぎな場合があるのではないかという問題関心が仮にある得るとすると、自己利用文書そのものを削除してしまうというのも１つの解決ではあり得るのかもしれませんが、例えば看過し難い不利益性要件についての主張、立証のあり方というか、その辺りに若干手を加えると申しますか、自己利用文書概念は維持した上で、その認定のあり方について検討するという方向は、あるいはあり得るのかという感じもいたします。大変まとまりがなくて恐縮ですが、差し当たり以上です。

○委員　あまり考えがうまくまとまっていないのですが、この自己利用文書の除外事由を外して、今後は技術又は職業の秘密で判断したり、プライバシーを別途除外事由として入れるのであれば、この点についてはさほど問題ないと思われるのですが、企業や団体の持っている文書でこれまでの技術又は職業の秘密の枠組みで、提出を免れるものがどれぐらいあるのか、まだ具体的なイメージが湧いていないので、ある程度具体例があると、要保護性があるかどうか個別に判断しやすいのかなと思います。

今は技術又は職業の秘密というのは、秘密であること、つまりそれ自体に価値があって、公開されるとそれ自体の価値が下落して、企業活動が困難になるという要件があるので、それなりに適用される範囲は限られるのですが、仮にこの自己利用文書の除外事由を外した代わりに、運用でこの技術又は職業の秘密の要件が緩くなっていくとなると、当初に意図した目的が達成できなくなっていく可能性もあるので、そこの兼ね合いをどう考えたらいいのかが問題になってくると思います。

それから、個別に全部を検討したわけではないのですが、たとえば自己利用文書の除外事由を外したとしても、恐らく今でも、金融機関の持っている文章は、ほとんど自己利用文書に該当することはなくなっているので、職業の秘密のほうで判断していくのでよいと思われます。

あとは、議員などが行う調査研究報告書についても、自己利用文書性が問題となった判例がありますが、これも、例えば第三者にインタビューした結果などの部分は職業の秘密で今後も保護されていくと思います。恐らく純粋な議事録、稟議書もそうなのですが、団体内部で作成された議事録のようなものは、従来の職業の秘密の枠組みでは該当しにくいのではないかと思います。もちろん、公開されると企業にとっては不利益があるかもしれませんが、秘密とは言い難いものを開示することになることが適当であるかを考えていくことになると思っています。この問題は、先ほど委員がおっしゃったように、企業側の意識も変わってきて、内部の意思形成過程を記録した議事録のようなものもなるべく開示するのが望ましいという流れがあるのであれば、この類の文書が公開されることになったとしてもやむを得ないと思っているところです。まだ、類型的に詰めて考えられていないのですが、差し当たりこのように考えております。

○委員　真実解明のため、立証に必要な証拠は提出されるべきだという点については、争いはなく、誰も否定しないのだろうと思うのですが、ではその場合、今のお話の中にもいろいろと出てきたように、自己利用文書を除外事由から外すと、ほかの除外規定との兼ね

合いも含めて、除外すべきなのに漏れてしまうものがあるのかと言ったときに、具体例が示せないのであれば、抽象的なリスクだけを理由に、自己利用文書が一律除外事由になっている点が非常に問題であり、そういう理由で証拠が出てこない中で判決が下されることに対して、国民一般から裁判に対する信頼というものが得られるのかというところが問題なのかなと思っているところです。

同時に、一定の不利益がある場合には除外事由にすべきだという点についても、もちろん争いはないところだと思うので、その場合に、今言ったような抽象的な自己利用文書という理由だけで一律除外にしてしまって果たしていいのだろうかというのが、日弁連での一番大きな疑問なのだと思います。むしろ逆に、自己利用文書については除外事由から外してしまった上で、ほかの具体的な理由により除外する必要があるのか否か、そこをむしろ検討していくべきだと、そういう積極的な見解や意見も中にはあります。先ほど言われたように、立証責任との兼ね合いの中で、自己利用文書だとの理由で除外されてしまったときに、「いや、必要性がある」ということを立証することはなかなか難しいところですが、自己利用文書が除外事由ではなくなった場合に、「だけど、こういう点で不利益があるのです」ということをそれを出したくない側が言うことは、言いやすいのではないでしょうか。そうすると、立証もしやすくなり、それほど審理に時間もかからないのではないかと思います。私もまだ結論が出ているわけではないのですが、そんなイメージを持ちました。

○委員　資料では全然挙がってこなかったので、もう研究会としては打ち捨てられたのかもしれないのですが、先ほど少し出ましたけれども、証人の場合は証言拒絶権、拒絶権者が立証責任を負うのに対して、文書提出命令の場合は、どちらがやるのかは解釈論次第だという話のようですが、文書提出命令についても、所持者のほうがこの除外事由をきちんと立証すべきなのだという議論は扱わなくていいのかどうかを、最後少し確認させていただければ有り難いなというのが１つです。

それから、もし、証人に協力を求めるのが司法への協力義務の１つだということがあって、文書提出命令も司法への協力義務の１つなのだという、同じような発想なのだとすれば、恐らくはここに何らかの守られるべき不利益性がない限りは、司法への協力をお願いしたいのではないかという形になるような気がします。その場合、職業の秘密に当たらないのだけれども、抽象的に何らかの保護を与えなければいけないのですという部分が仮にあるのだとすると、それが看過し難い不利益にどうして当たるのかという立証を、除外事由を主張する側に求めてもいいのではないかという感覚が少しあります。現状でも、立証責任があるかないかにかかわらず、除外事由は、除外事由を持っている側が一生懸命に主張・立証はしているのですということなのかもしれませんが、だったとしたら、平仄は証言拒絶権と同じように合わせたほうがいいのではないかという感じは少ししましたので、あらかじめ打ち捨てられた議論かもしれませんが、再確認させていただきました。

○座長　ありがとうございます。先ほども少し言及があったようにも思いますが、拒絶事

由、除外事由の主張・立証責任について、これも確かに前から議論があるところです。今、委員がおっしゃったことは、その問題と、それから看過し難い不利益の中身の解釈ということもあるように思います。両面にわたるご指摘を頂いたかと思います。

ほかはいかがでしょうか。弁護士会のご提言は、個人のプライバシーのほうは、証言拒絶権と共に規定を整備するというご趣旨ですか。それとも、それとは別に。文書のみの除外事由というご提言だったのかどうか。

○委員　意見書としては、特に触れてないと思います。

○座長　なるほど。

○委員　過程でそういう議論が出たかどうかについては、関わってないので、存じ上げなくて申し訳ありません。確認しないと。

○座長　それから、個人のプライバシーで保護するという場合、例えば今まで日記というのがよく例として挙げられてきていて、それこそカテゴリカルに自己利用文書というふうに、国会の審議でも挙がってたかと思うのですが、これもやはりケースバイケースになるというご趣旨なのか、それ自体が保護されるというご趣旨なのか、あるいはそこはオープンというご趣旨なのか。

○委員　その点については、比較衡量を許す、つまりそれは可能ということです。

○座長　場合によるということですね。ありがとうございます。

○委員　ちょっと補足をしますと、私生活上の秘密一般を除外事由にしているわけではなくて、提言の中では、「重大な秘密で、かつ、それが開示されると社会生活を営むのに著しい支障を生ずるおそれがある」という要件を提示しておりまして、これは、民事訴訟記録閲覧の制限や人事訴訟の本人尋問の公開停止辺りを参考にして考えているところです。

○委員　委員のご意見ですが、日弁連も従前より、立証責任については、除外事由を主張する側にあるというような提言をしておりますので、これについても取りまとめのときには何らかの形で触れていただきたいと思っております。

○委員　先生方がおっしゃったことにあまり付け加えることはないのですが、方向性としては幾つかあると思っていまして、非常に思い切って、出すべきものは出すのだと考えれば、自己利用文書の保護というのをやめてしまった上で、どうしても保護が必要なものは何かを改めて考えていくというのは１つの考え方だろうと思います。そこまで現状変更を強く意識せずにというような考えでいったときにどうあるべきかというのは難しいところが残るかと思いますが、除外事由の内容だけでなく証明責任の分配を含めて調整を図るというのは、確かに１つの方向かなという気がしています。

1 点気になったのは、提出によりに生じる不利益を明らかにしてその不利益を主張・立証させるということは、現在の立て付けとの関係で、必ずしも除外事由を狭める方向に働くわけではないのではないかという点です。つまり作成目的が専ら内部の者の利用に供する目的であって、かつ、開示によって看過し難い不利益が生じるおそれがない、というのが現在の判例法上の基本的な要件だとすると、それに対して、開示による不利益だけを抽

出して、その深刻さを主張・立証できれば除外されるということになると、当初の作成目的そのものはあまり関係がなくなってくる可能性もあり、そのことがいいことなのかどうかは少し考える余地があるように思います。現状では、仮に提出すると都合が悪くても、当初からこれはしかるべきときには世に出るものだというふうに認定されれば、出させるということが少なくとも理論上は可能な枠組みなのですが、不利益だけに注目することになると、出されると、私のほうに非常に重大な問題が生じるということが強く言えれば、出るときは世に出るものだということが当初あったかどうか関係なく保護されるという可能性も出てくるかもしれません。もちろん、この辺は秘密の実質秘性とか、そういったところの解釈でカバーできる部分もたくさんあるので、具体的に出入りがそれほどあるかという問題はあるかと思うのですが、不利益だけに着目するということだけで大丈夫かということも少し考えなければいけないかなと思いました。

○委員　研究者の先生方に教えていただきたいのですが、職業の秘密では比較衡量がある。一方、この自己利用文書の場合には、看過し難い不利益で、特段の事情でひっくり返していると。このときに、比較衡量は実質的に看過し難い不利益の中に入っているのかもしれませんが、明瞭には補充性や相当性ということは入っていません。これらが入っていないことが、今までの議論の中でどのような位置付けになるのか。枠組みを一度壊したときに、自己利用文書を類型化している今の判例法理の方向がいいと評価されるのか。それとも、そうでないのか。看過し難い不利益を狭めれば、特段の事情がなくてもいいし、看過し難い不利益が大きければ、特段の事情を広げなくてはいけないというところまでは分かるのですが、今の枠組みは、これにほかの要素、看過し難い不利益の実質的な大小であったり、補充性や相当性であったりということが乗ってこない枠組みのような気がするのですが、これについてはどのように考えたらいいのか。この辺りを、どなたか先生方、教えていただければと思います。

○委員　よろしいでしょうか。一個人の意見なのですが。昔から、伊藤眞先生とかは、証言拒絶権でもある職業の秘密などについては、これは絶対的な保護が必要なのだから、比較衡量という判例はおかしいと。他方、自己利用文書のような評価概念で、それより幅の広いものをカバーするというときには、これは真実発見との間で比較衡量というのは当然あるべきだと。こういうような議論をされて、そういう議論もあるということですが、判例は、むしろその逆で、職業の秘密については比較衡量だと言っていて、自己利用文書に関しては、ものにもよるかと思うのですが、基本的にはカテゴリカルに決めるという考え方を取っていると思います。

もし、先ほど来の議論とも関わるのですが、専ら看過し難い不利益、開示したときの具体的不利益に着目するという方向性で考えますと、やはりそこに記載されている情報内容はどの程度秘密性があるとか、開示されたときに不利益を及ぼすのかという具体的な話になってきまして、その程度には大小があるでしょうし、他方で証拠としての重要性等も程度があるでしょうから、その両者を比較衡量して決すべきだという方向は十分あり得ると

いう気がします。

ただ、他方で、自己利用文書というものを保護するという規律の性質として、やはり一定の意見のものについて、事前に予測可能な形で抽象的に保護しておくと。そのことを通じて、例えばその種の文書はきちんと作成・保管されるように、社会をつくっていくと。こういうようなことを重視しているのだという発想に立つと、これは類型的に初めから分かっていなければならないんですね。日頃からそういう文書をきちんと作って、例えば稟議書に書くべきことはちゃんと書いておくとか、そういうプラクティスが促進されないで、いざとなったら出さなければいけないかもしれないということだと、結局はちゃんとやってもらえないのではないかという話になるとすると、自己利用文書の場合にはあまり比較衡量には馴染まないという考え方もあり得る。

結局、自己利用文書を保護する趣旨というものが、どういうもので、それと職業の秘密等との関係をどう理解するのかということによって、比較衡量に馴染むものかどうかというところが変わってくるということなのかなという感じがしています。

○委員　今のお話の中でつまみ食いをするようで申し訳ありません。作成等が法令に基づくものというのは、そもそも内部文書性に欠けるとなっていると思います。法令に基づくものが何故そうかと言うと、そのような作成等のプラクティスを公に進めるものということで決まっているからだとしますと、法令に基づかないものについては、作成等のプラクティスを民訴法の場所で広げるようにしたほうがよいと思っていいのかどうかということが、気になりました。

○座長　すみません、今のご趣旨は。

○委員　つまり、文書を管理のために作って残すというプラクティスが世の中的に必要なものについては、法令で作成等の義務があり、従ってそれらは自己利用文書ではない扱いになっているのだろうと思います。そうしますと、文書を作成・保管しなくてはいけない、ちゃんと記録に残さないとガバナンスとしてよくないですよということがある場合、それは、民訴法のここの場面でカテゴリーか何かで保護して援助・助長するべきことなのか、それとも法令に基づくということで、1つ1つの実体法で、行政法的に保存義務を定めることに委ねるほうがいいのか。そのような疑問が出ました。

それから、作成等をしたほうがよいもののうち法令に基づくものについては民訴法上は出さなくてはいけないことになりますが、一方、作成等をしたほうがよいが法令に基づかないものの一定程度は民訴法上出さなくてよいことになるのがよいか。そういうようなことを考えました。

○座長　ありがとうございます。法令に基づくものと基づかないもので、そこをどう評価するかという問題がある。一般的に言えば、そういうご指摘かと思います。

○委員　委員の問題意識への直接のお答えになるかどうかは分からないのですが、問題意識を伺っていて思ったことが2点あります。1つは、絶対的な保護というのは、特に文書の文脈で考えたときには、つまり何があってもこの文書は出さなくていいという、少なく

とも強制捜査とかが入らなければ出さなくていいという、そういう文書のカテゴリーを許容するというか、そういうものを作っていいという環境を民事訴訟法が事実上用意してきたのではないかということです。

このことをどう評価するのかという問題で、これは密談とか商談とか、あるいはブレインストーミングなどの段階で、メモを作ったりするということに対してどういう評価をするかで、そういうものを残してしまって、何かあったときには必要があれば出させられるのだということになれば、そういうものは作らないか、若しくはその都度廃棄することを徹底しろという話で、それはやろうと思えば不可能な話ではないと思うのですが、ビジネスをやっている者の感覚からすれば、不便な面はそれはそれとしてあるかなという疑問もありうるかと思います。さて前回どういう話をしたか思い出しましょうというときに、見返す何かが残っていたほうが有り難いという場面があることは想像できますが、しかし、それを文書として残してしまったからには、訴訟になったら開示させられるリスクはあるのですよという、そういうことを徹底していくという方向をいいものとするかどうかというのが１つの別れ目になりそうで、これはビジネスプラクティス全般に関わるような話であり、それはそれとして重要な問題かなと思います。

もう１つは、相対的あるいは相関関係で判断するというときに、現状の受け皿としては証拠としての必要性という枠組みになっていて、こちらはこちらで、一般的な意味では、比較的鷹揚に使われていると言いますか、文書提出でそういうことはあまりないかもしれませんが、証人尋問の場合にはその人の供述が本当に重要かどうか、それによって判断が変わるかどうかはともかくとして、一応お話を聞きましょうかというようなことで証拠決定がされるということは、実務経験がございませんので正確なことは言えませんけれど、とりあえずは必要性を認めて話を聞きましょうというスタンスが、実務をされている方々のお話などをうかがっている限り、従来は強いのかなという気がしております。

それで、仮に同じような枠組みでものを考えると、保護が絶対的ではないとなったら、何となくそこまでクルーシャルな証拠だという確信がなくても出ていってしまう、必要性を認められてしまうという、そういうふうに扱われていくのではないかとユーザー側には認識されるということもあるのではないかなと思います。相関的に判断することを認めようということになった場合に、単に証拠としての重要性と弊害を比較衡量しなさいというふうにポーンと投げればうまくいくのかということも、また少し考えなくてはいけないのではないかと思いました。以上です。

○座長　ありがとうございます。裁判実務一般というのはなかなか少し難しいところがあり、裁判所の方もコメントしづらいかなと思いますが、それはともかく、そのほかいかがでしょうか。

判例上の比較衡量ということについては、私は何となくの印象ですが、そんなに全面的な比較衡量というほどのオープンなものでもなくて、割と例外的な場合に比較衡量、関係する企業が潰れたとか、そういうときに出てきているという印象ではあるので、職業の秘

密のほうもそんなに全面的な比較衡量を行っているという印象でもないのです。他方で、自己利用文書のほうも特段の事情で関係する企業が潰れたみたいな話が出てきているので、大まかに言って、自己利用文書のほうが非常に固い枠組みかというと、私個人はそうでもないような気もしています。ただ、それは判例の枠組みの理解なので、いろいろあるのかもしれません。ほかにいかがでしょうか。

○委員　今の点で、比較衡量するかどうかで１つ重要なのは予測可能性の観点ということなので、やはり職業の秘密については、基本的に判例はそのように正面切って言っていると。自己利用文書については、必ずしもそうではないというところは、現在、判例を理解する上では重要なポイントではあるかという気は私自身はしています。ただ、自己利用文書も、特段の事情等では調整もあるというのはご指摘のとおりかと思います。

○委員　今のことにも関連するのですが、やはり予測可能性がないとなると心配になるので、今までのお話の中にも出てきたように、もう文書を残さない、作らないということが起こり得るのかなと思います。実際、私の経験でも、私企業ですが、個人情報保護法に基づく個人情報の開示請求が認められるようになってから、個人情報の開示請求を受けて、その内部記録を出さなければいけなくなる、出されてしまうかもしれないということを心配し、なるべく記録に残さないということにしてしまったところがあります。それが果たしていいことなのかどうか、後でいろいろな問題を検証するといったことを考えたときには、少し問題なのではないかというイメージは持っています。

○座長　ありがとうございます。そのほか、よろしいですか。直ちに結論が出るということではもちろんないと思いますが。よろしければ、第 1、文書提出義務の除外事由の話は、ひとまずここまでとさせていただきます。

（休憩）

○座長　再開します。第 2、「文書の特定のための手続」に入ります。まず、資料のご説明からお願いいたします。

○法務省　9ページ以下の第 2、「文書の特定のための手続」では、民事訴訟法第 222 条の文書の特定のための手続について規律を改めるたるの要否及びその内容について取り上げております。

1 の「本研究会における従前の議論の概要等」では、本研究会における従前の議論について記載しております。2 の「文書の特定のための手続を見直すことについての検討」では、この手続を見直すことの必要性について、3 の「文書の特定のための手続を見直す内容についての検討」では、見直しを検討することが考えられる事項として手続の要件や制裁について取り上げております。簡単ですが、説明は以上となります。

○座長　ありがとうございます。それでは、文書の特定のための手続について、どの点からでも、どなたからでもご意見を頂ければと思います。いかがでしょうか。

○委員　弁護士の中で、この文書特定のための手続というのはあまり使われていないというのがまず実情としてあります。その理由の１つとしては、要件として「著しく困難であ

ること」というのが課せられているというのがあるのではないかと考えております。「著しく」という修飾語があるために、慎重な対応にならざるを得ないということがあると考えておりまして、著しいという加重的な要件を削除するということを提言しております。
○委員　これを利用していないのは、恐らく文書の所持者が敵対的な人のときだけの問題で、そうでない場合は事前にネゴすることで特定され、割と出てきているのではないかと、実際に自分がやっていて思うのです。ただ、敵対的な関係にある、要するに当事者と何らかの関係があるような人がその文書の所持者であるような場合は、確かにこういう規定が必要であることも間違いないと思うので、利用数が少ないから不要だということではないと思います。
○委員　先ほどの委員のご説明に対しての若干の質問なのですが、本日頂いた資料の 10 ページの第 2 段落で、「著しく困難とあること」の内容について、文提の申立人がその文書の作成に何ら関与していない場合や、作成の経緯を知る機会がないような場合を意味するという説明がされていまして、これらに該当する場合というのは、相当程度あるのではないかという感じもするのですが、先ほど言われたこの要件が狭すぎるので使われないというのは、作成に何ら関与していないとか作成の経緯を知る機会がない場合には当たらないことが多いという趣旨なのでしょうか。
○委員　必ずしも、そういうことではないのかなとは思っています。
○委員　実際には、その作成に関与していないので、具体的な文書の趣旨は分からないとか、あるいはその経緯を知る機会がないというような場合は相当あるのだけれども、しかし、それが「著しく困難である」には該当しないのではないかと考えて、利用がためらわれるということなのでしょうか。
○委員　正直申し上げて本当に利用例が少ないものですから、そのように言えるのかもわからない。
○委員　どの程度であれば利用できるのかというのがよく分からない。
○委員　よく分からないというのが実情だと思います。
○委員　この説明を見る限りは、それなりに該当する場合はあり得るかなという感じがしまして、それであれば、実効性があるのであれば使ってみるということも十分考えられるのかと思います。そうなると、要件というよりは、これを使った場合の効果をどう考えるのかというところが重要なのかなという感じもしたのです。
○座長　今ので一段落でいいですか。あるいは、効果のほうについて、弁護士会のほうでお考えのところがあればと思います。そこについてのご提案はありましたでしょうか。
○委員　日弁連としては、文書の特定のための情報を明らかにすることを求めるにとどめているところを、文書提出命令を命じることができると改正することを提言しているところです。
○法務省　第 222 条第 2 項を強化して、その命令に答えなかったら、次は文書提出命令にいくという提言ですね。

○委員　そうです。
○委員　その前の、なぜ使われないのかという話との関係では、今回の資料の 9 ページの下のほうの 2 の所にもあるように、そこまで厳格な文書の特定まで求められていないから、第 222 条第 1 項を使わなくても、第 221 条 1 項 1 号 2 号の文書の表示と文書の趣旨を割と包括的に書いておけば、文書提出義務の有無についての土俵には乗れていたのではないかという見方もあり得るように思います。そういう意味で、第 222 条が定めている「明らかにすることが著しく困難であるとき」という要件が原因でこの第 222 条が使われていないのかという問題があると思うのです。
　そうすると、第 221 条 1 項 1 号 2 号の文書の表示や文書の趣旨を明らかにすることが非常に難しくて、文書の提出命令の申立てができないというケースが実際にどのぐらいあるのかという辺りがすごく気になるところでありまして、この辺りについての実情を、本日は質問しかできていないのですけれども、その辺の実情がもし分かればと思います。要するに、ここが特定できないから、第 221 条 1 項 1 号、2 号が書けないし、かつ第 222 条第 1 項の要件も満たさないから申立てができないのですという、そういう話が何かあれば、立法事実が分かりやすいように思うのです。その辺りについて、弁護士の先生方に教えていただければと思います。
○座長　お尋ねということかと思いますが、もしお答えいただけることがありましたらお願いいたします。
○委員　資料の 9 ページの 2 の第 2 段落というのは、委員がご指摘のように、厳格な文書の特定までできていない申立てでも特定が認められているという実情というのは、ある程度あるのかなとは思います。ただ、それが本来のあるべき姿なのかという気もしています。もしかすると、文書の特定のための手続が使いにくいがために、実務上そういう工夫として、これぐらいで特定したことで進めるというふうになっていることも考えられるのかなとは思いました。
○委員　そういう意味で、あるべき論としては、第 221 条第 1 項 1 号、2 号はもっと厳格に考えた上で、第 222 条第 1 項の要件を緩めて、そちらの手続をまず経てから、ちゃんと特定させるべきではないかという、そういうご意見が弁護士会のご意見であるというふうに伺ってよろしいですか。
○委員　日弁連の意見を越えるのか、脇に置くのかは別ですけれども、個人としては、実務上そのような扱いがなされているということ自体を民訴法が受け止めてもいいのではないかと思います。つまり、そもそもの文書提出命令の申立てのときの文書の表示や文書の趣旨の記載は概括的であっても識別可能であればよいというほうに寄せるような、そのような改正の方向性もあるのかなという気がしております。そのような建付けの不都合、すなわち、恐らくそれでは所持者のほうにいろいろな負担がくるのだろうというところは、それはそのとおりだと思いますが、1 つの考え方としては、そういうこともあるのかと思っております。

もう一つ、その流れで文書特定手続の制裁のところなのですが、本日の資料の 10 ページ目の一番下です。求めに応じない場合には、文書が特定されたものとみなして、識別可能なグループに含まれる全ての文書につき文書提出命令を発することができるものという意見に私は賛成でして、日弁連の意見も、文書の表示・趣旨を明らかにしないままで提出命令を発することができることを明確化することを提言するという内容で、それは先ほどご紹介いただいたとおりです。

それから、本日の資料の 11 ページですが、真実擬制をどのように考えるかという問題になると思われるということが書かれております。これは、必要的に真実擬制をするというものではないということがあり、それからそもそも識別可能性があるのであれば、証拠としての必要性であったり、除外事由があることであったりを、所持者のほうで主張・立証して文書提出命令の対象から外していくようにすることもできるので、文書提出命令が出た後それを出さないことが真実擬制に至るということはおかしくはないようにも思います。この 2 つの理由で、提出命令が出されたあと応じない場合の真実擬制の定めをおいてもよろしいのではないかと思います。

○座長　ありがとうございます。ほかにはいかがでしょうか。

○委員　先ほど委員からご指摘のあった 9 ページの記述との関係でも、私自身も第 222 条の効果をより強めていこうという方向から考えると、10 ページにあるような規律はひとつありうるのかなという気がしていますが、実際には、9 ページである程度概括的、包括的な申立てで特定が認められているのだとすると、それによって、一定程度、実は 10 ページの最後にあるような規律が、実現されているのが現状であると、こういう評価になるのかなという感じもします。それが、第 222 条というルートを経ることで、そういった帰結に到達するほうがよいという整理ももちろんあり得るのかなという気もしますが、喫緊の課題かどうかという点からすると、やや 2 ページのような実態がある程度あるとすると、すべきではないという評価は確かになという気もするのです。

○委員　今の議論との関連ですが、第 1 読会で、今回の 9 ページの意見に近いことを私は言った記憶があるので、この場で少し補足したいと思います。

そのときの議論では、常に概括的な特定でいいというわけではなくて、やはり文書の性質上概括的な特定しかできないような場合があるのではないか。では、概括的な特定しかできない文書とは具体的にどういう文書なのかというところで議論が止まってしまったように記憶しています。

それから、裁判所が概括的な特定でもいいと言っている場合には、申立人の側でなすべきこととしては、もうそこまでしかできないのであって、それ以上はどうしようもないですねと裁判所が判断されて、その結果として、申立人側はやるべきことをやったのだから、あとは所持者側でちゃんと対応するべきであると命令するという事案解明義務の考え方がかなり明確に適用されている局面だろうと思うのです。そういう意味では、この規定自体は直接適用されることはほとんどないのかもしれないけれども、その趣旨、精神は活かさ

れているというのが実情なのかなと思うのです。ただ、問題なのは、どのようなタイプの文書の場合に特定性を緩めていいのか、どのような場面で特定性を緩めていいのかというところの議論がうまく詰められずに止まっているから、議論が進まないのかなという感想を持っています。

○座長　ありがとうございます。もう少し具体的な例で議論したほうがよいというご意見でもあるかと思いますが、いかがでしょうか。

○委員　現状分析としては特に加えることはあまりなさそうだという気はしていますが、今日の前半にありましたように、自己利用文書を取っ払うという可能性もあるということになってくると、その相手方となる申立当事者から、そのような文書の存在というものは知らないけれども、しかし何か書いてあるというものが社内のどこかにあるはずだとしてもおかしくないという現象を考えるということが、リアリティをより持ってくる可能性があるかと思いました。そういう文書については、表示や趣旨というよりは、その内容面から特定をして、あるかないのかというふうに聞くということをすることになっていく可能性がないではない。こういう問いかけを肯定的に評価するのであれば、これに対して、そういうものは作らないことになっていますとか、こういう情報を記録することになっているのでそういうものであれば一応ありますというような情報については、もう少し自然と開示されるということになるのがいいのではないかとも思います。

一方で現状を前提に考えますと、作成の義務や習慣があるようなものを想定すれば、法律上こういう文書を作れということになっているのだから、こういう文書はあるだろうとか、こういう契約をしたのだから、そういう契約書が残っているだろうとか、そういう端緒があるものについては、第 222 条があって初めて救われるというケースはそんなには考えにくいのかなと。先ほどのように、今までよりももう少し掘る深さを深めるというふうに考えるのだとすれば、その特定の仕方も今までのようにはいかない場合のことを考えていく必要が相対的に高まっていくのかなということはありますが、あまりそこを想定しないのであれば、喫緊の課題とまでは言いにくいのではないかという分析に共感するという、そういう主張です。

○座長　ありがとうございます。ほかにはいかがでしょうか。9 ページにもあるように、また、議論されてきたように、どの程度特定すればよいかという問題と関係があり、私も、どういう場合にどういう文書がという話ができるほうが分かりやすいかなとという印象はあります。この場で、直ちにこういう例がという議論をするのは難しいかとも思いますが。

○委員　この手続ができる前、文書嘱託をやったときのケースを紹介します。打ち合わせる相手、照会先は検察庁だったのですが、依頼者の親が行方不明になったのですが、自宅には血痕等が残っていて、殺人事件として被疑者が逮捕された。しかし、起訴できるまでも証拠がなくて、一旦釈放したら、その間に被疑者が自殺してしまった。それで、被疑者死亡のまま不起訴で刑事事件は終了し、そのまま刑事記録は非開示となった。

その方の自宅は借地上の建物だったため、地主さんは、本人でない人から地代は受け取

れないと言って、息子が払おうとした地代の受取りを拒否した。それゆえ、地代不払いで借地権が解除されてしまうと、これは大変だということになり、何とかならないかという相談を受けて、危難失踪を理由に失踪宣告を受けようということになりました。

しかし、遺体が見付からないので、本人が死んでいるかどうかも分からない。それで検察庁が保管している捜査をしていたときの記録の中に、本人が間違なく死んでいるであろうということがわかる資料があるのではないかと考えた。遺体なき殺人事件としてなんとか起訴された案件が、過去にもあったらしく、何件かのうち1件は有罪になっているという話もあったので、捜査記録をみてみたいということになったのです。だから、検察から、どういう記録がほしいのかと言われた時に、どういう記録なのかは分からないけれども、、この方が死亡しているということが分かる記録、そういうものを出してほしいのだという話をしました。

その結果、検察庁から、血痕等、いろいろな捜査記録がいっぱい提出され、、裁判所が危難失踪を認めてくれたという事案でした。

このように、どういう記録がそこに残っているのかが全く分からない事件というのもあるわけです。なので、今言ったように、こういうことを立証したいという目的を告げ、だから、そういうことが書いてある記録を出してほしいといった言い方で、どういう記録があるかと尋ねたら、リストみたいな感じのものが出てきて、それをもとに文書を取り寄せました。非常にイレギュラーな話ですみません。

○座長　ありがとうございます。今のは、文書送付嘱託の話ですか。

○委員　文書送付嘱託の前提としてやりました。この規定はもちろんなかったですが、文書提出命令でいく前に、検察庁も協力をしてくれるということだったのです。ただ、文書が特定できないということで、事前に協議しました。

○座長　ありがとうございます。第222条の話に持ってくれば、所持者が非協力な場合で、こういうのはどうなるかという問題になるかと思います。今のようなのは、内容的に関係のある文書みたいなのだとどうなのですかね。第221条の要件を満たすすのか満たさないのか。いかがでしょうか。

○委員　今、大変興味深い例を伺ったので、それに関してです。ご説明いただいた事案では、検察のほうがそれなりに協力してくれてということだったわけですが、仮にそうではないというような場合で、文書提出命令申立てをするという形で考えたときには、今ご紹介いただいた例だと、証明すべき事実としては、検察が確かに死亡したと判断した事実みたいな、そういうことになるのですかね。

○委員　ええ。

○委員　文書としては、そういう判断をした、裁判所もそういう判断をするような根拠になり得る文書という形だと、ちょっと特定はできていないような感じがするのですけれども、どういうふうにするのですかね。判断の過程で作成した文書であって、その判断の根拠になったものという感じなのでしょうか。

○委員　ええ。
○委員　何を根拠として判断したかは、検察自身は分かるはずなので、一応識別はできるのではないかと。手間は結構かかるかもしれないのですけれども。
○委員　手間はすごいかかるのだそうです。だから、所持者にとっては、結構な負担になる可能性はどんな事案にもあり得るとは思います。
○委員　こういう話で何が大事かといったら、文書管理ポリシーみたいなものはせめて教えてくれるかどうかというところが大事かと思いました。確かに、その情報だけだと、こっちのアーカイブの中からどれを引っ張ってきたらいいのか、分かるか分からないかという問題、これは確かに重要なのですけど、そもそもそのアーカイブがどのように整理されているかということを教えてくれさえすれば、そういう形なのであれば、これとこれが関係するはずだ、というようなコミュニケーションが成り立ちやすいということではないかと思いまして、それに資するような形が望ましいかと思いました。実際にサンクションを及ぼすようなことを考えるときも、こういうふうに情報・文書が整理保存されているのだから、これが残っていないのは仕方ない、こういうものがないのは仕方ないのだと言われるときと、単純にそんなものはない、知らないと言われたときでは、実際に、例えば 224 条のような「できる規定」によるサンクションを課すということを考えたときに、やはりその辺の経緯みたいなものも重要になってくるのかなと思いまし。222 条のところでその問題を扱うのが正しいかどうかというのはよく分からないのですが、あなたの所のデータがどう整理されていて、どういうものなら残っているのかという、それをどうにか聞き出すというか、その方法が重要で、その方法として何がいいかということを考えなければいけないのではないかと思いました。
○法務省　今の委員のご発言との関係で、今のようなところはある種プラクティスでやるというようなことが想定されるのかもしれないですが、どちらかというと、法律上何らかの規定を設けるべきであるというようなところまでの趣旨を含んでいるのですか。
○委員　直接というよりは、間接的にそういう方向に動くような書き方があれば、法律の定め方でも一定の手助けができるのではないかというイメージをしておりました。例えば、良いアイデアかどうか分かりませんけれども、情報が足りないと所持者が主張する場合にはなぜそれだけでは識別できないのか理由を述べさせるとか、こういう形に限りませんけれども、コミュニケーションを促すような書きぶりというものが目指すというのが一つ考えられるかと思います。
○法務省　文書が特定できているかできていないかということが争われた事案はあまり多くなくて、むしろ文書を持っているか持っていないかのところのほうが辛辣な争いがあるものと承知しております。
　先ほどの、どういうものを持っているかとか、どういうふうな形で保存しているのかみたいなところの話というのは、むしろ文書の存否の話と結び付いて、実務的にはひょっとしたら重要なことなのかということも考えたのですが、実際に弁護士の先生方から何かご

示唆いただけるようなことがあれば、お聞かせいただければと思います。
○座長　私も、文書の存在、不存在ということと関係があるなと思って委員のお話を伺っていました。何かコメントいただけることがあればお願いいたします。
○委員　自分自身で文書の有無について争ったり争われたりというような経験はないのですが、確かにそういう話を聞いたことがあります。そのときに、水掛け論になるというのは、やはり文書が特定されていないということもあるのだろうなと思いまして、そういう意味でも法整備をすると、より一層そういうところがクリアになるという気がいたしました。
○法務省　先ほどの委員のお話だと、企業側の立場になることが多いということで、文書提出命令の申立てを受ける側といったときに、これだと文書が特定できていないというふうに争うのか、それともこういうような概括的なことを書かれたら何を言っているのか分からないから、そんな文書はありませんというような形で争うのか、その辺りで何か実務的な感覚でも結構なのですが、ありますでしょうか。それとも、持っていないという形で争うことというのはほとんどないのでしょうか。
○委員　自分の経験ではないのですけれども、やはり概括的すぎると、それは実際持っていないという返事にならざるを得ないというのはありますし、もしかすると出したくないような性質のものだったら、これは当てはまらないからないと答えていいよねという判断はあり得るかなとは思います。本当に当たっているのであれば、ないとは言わないと思うので。
○委員　特段、建設的な意見はないのですけれども、今のお話というのは、特定はできるけれども、その特定が良い特定なのかどうかという話とも関連しますよね。例えば、あることが知りたくて、これが書いてある文書ということにすれば、それは一応特定はされるのだと思うのです。書いてあるか書いていないかということで。ただ、本当は、それ自体は書いていないけれども、それを知る手がかりになる別のことが書いてある、こういう文書があるから、知っていればそれを出せと言うのだろうなということはあるのだけれども、そういう文書があるということが分からないで、これというふうに言っていて、それはそれに当たるのはないと言って出てこない。そういったことが、実際にはかなり立証の過程で、挙証者の側に困難を生じている場合というのがあるのかもしれないなという感想を抱きました。では、どうしたらいいかというのは、今すぐ答えはないのですが。
○座長　現行法だと、そういう場合に、建前的には当事者照会で聞くことはできるのですかね。今はあまり使っていないし、実効性もないと言われていますけれども。
○委員　今、座長からご示唆いただいたとおりで、委員も手かがりということをおっしゃっていました。おそらく、相手方から任意で資料を出してもらえるのであればまずこれを求めて、そこに書いてある情報を手掛かりにして別の資料を求めるということを繰り返していくのだろうとは思います。ただ、それが現行法で強制できるかどうかというと、つまり証拠としての必要性のところで現行の証拠収集手続に乗ってくるかというと、乗るよう

なものもあれば乗らないものもある。

そこで現行法上は、情報を取得する手続としての当事者照会でお互いにやるというようなことになるのだと思います。

もう１つの制度としては、課題にさせていただきたい日弁連提言の早期開示命令制度があります。これによると、争点との関わりでどのぐらい手前でやることが建設的かという問題はあるにしても、文書の保存ポリシー、作成ポリシー辺りは大事な手がかりとなる文書になってくると感じました。なお、弁護士会で１度検討したものに、ヴォーンインデックス、文書の目録の早期の提出の話もあるにはありました。しかしないときに作成してもらうことの手間というのは大変だということでそれ以上進んでいません。

○委員　先ほどのところで、弁護士会意見書を見つけたので、証言拒絶権との関係のところを読ませていただきます。弁護士等以外の者、例えば依頼者自身について同様の、要するに証言拒絶権は認められるか、また、そういう内容を記載した文書を所持している場合に、文書提出義務除外事由となるかは必ずしも明らかではない。だから、そのような場合にも証言拒絶権が認められ、文書提出義務除外事由ともなることを明文化すべく、弁護士などの法的助言を得ることを目的とした弁護士等と依頼者との間の協議又は交信に係る事項であって秘密として保持されているものという感じで、新たに証言拒絶権として認めるとともに、同内容を記載した文書を提出義務の除外事由として明記すると提言する。このような範囲では、ちょっと記載があったということです。

○座長　今のは、弁護士・クライアント間のやり取りの話ですか。

○委員　はい、やり取りの話ということに限定してですけれども、一応意見書に載っていましたのでご報告いたします。

○委員　本日は、そこまで議論がいきませんでしたが、7 ページに秘密保護のための規定の論点が載っていますので、これは引き続き検討をお願いしたいところです。日弁連のほうもその提言をしています。

○座長　除外事由を狭めることとの関係ですね。

○委員　はい。

○座長　ご意見として承知いたしました。よろしければ、本日の議論はここまでとさせていただきます。