

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	
資料	12

争点整理の中盤以降の段階における規律の検討
(文書提出命令、文書特定手続について)

5 第1 文書提出命令について

- 1 「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」(法第220条第4号ニ)を文書提出義務の除外事由とする規律を見直す必要性について、どのように考えるか。

(注) 法第220条に定められた他の規律を見直す必要性についても、必要に応じ、併せて検討するものとする。

(説明)

1 第9回会議における議論の概要

- (1) 第9回会議では、文書提出命令に関しては既に多くの研究がされ、法第220条第4号ニ(自己利用文書)を削除することのほか、同条第1号(引用文書)や同条第2号(権利文書)を削除することなどの考え方も提案されており、そこで示された問題意識も併せて検討することが考えられるとの意見があった。

この点については、まずは、現行法の下で、どのような類型の事件においてどのような文書が提出されておらず、その原因がどこにあるのかを、具体例を持ち出しながら議論することが必要ではないかとの意見もあった。

- (2) また、同条第4号ホ(刑事関係文書)を除外文書とする規律につき、判例上、同条第3号(法律関係文書)に該当する場合の例外が認められているものの、既に公訴時効が完成して捜査記録も廃棄されているため捜査や公判への現実的な支障を考慮する必要がなく、被害者の遺族からの申立てであって関係者のプライバシー等の侵害を懸念する必要もほとんどない場合まで、形式的に同条第4号ホに掲げる文書に該当するという理由だけで文書提出命令の対象外とされる結果を招きかねないことに鑑みると、今後、同号ニのみならず、同号ホの対象となる文書の範囲を狭める方向で規律を見直すことが望ましい(最決令和2年3月24日集民263号135頁宇賀補足意見参照)との意見があった。

この点については、証言拒絶権との対比の観点でいえば、同号ニと同号ホ

がその範囲からはみ出しているとの指摘もあった。

- (3) このほか、争点整理の早期の段階で文書の開示をめぐる様々なやりとりがあつて、最後に文書提出命令の申立てについての判断がされるのであれば、事実認定をより適正なものとする観点から、文書提出命令における証拠調べの必要性の要件を法律上緩和してもよいのではないかとの意見も出された。

5

これに対しては、証拠調べの必要性という証拠調べ一般に共通する要件（法第181条第1項）を、文書提出命令についてのみ法律上緩和する根拠は乏しいのではないかとの指摘があつた。

(参考) 日弁連会員一般向けアンケートの結果 (参考資料2より)

1 文書提出命令【88頁】

- (1) 「Q35 文書提出命令の申立てをしたことがありますか。」との質問に対し、「申立てをしたことは一度もない」と回答した者が約65% (731名中471名)
- (2) 「Q36 【Q35で『a 申し立てたことがある』と回答した方にお聴きします】申立ての結果、どのようになったか、以下の選択肢からお選びください (複数回答可) 。」との質問に対し、
- ① 「申立てが却下された」と回答した者が約30% (260名中72名) であり、そのうち、「Q38 【Q36で『b 申立てが却下された』と回答した方にお聴きします】文書提出命令の申立てが却下されるまでの時間又は却下の時期及び却下の理由は、おおむねどのようなものでしたか。該当するものを組み合わせてご回答ください (複数回答可) 。」との質問に対し、「証拠調べの必要性 (民訴法181条1項) がない」と回答した者が約75% (72名中55名)
- ② 「申立てを取り下げた」と回答した者が約45% (260名中115名) であり、そのうち、「Q39 【Q36で『c 申立てを取り下げた』と回答した方にお聴きします】文書提出命令の申立てを取り下げるまでの時間、取下げの理由は、おおむねどのようなものでしたか (複数回答可) 。」との質問に対し、「裁判所に促されて、相手方が申立てに係る文書を任意提出した」と回答した者が約75% (115名中84名)、「相手方は申立てに係る文書を任意提出しなかったが、裁判所に示唆されて」と回答した者が約25% (115名中28名)
- (3) 「Q40 【Q35で『a 申し立てたことがある』と回答した方にお聴きします】現行法上、この制度について問題であると感じたことがあれば、以

下の選択肢から当てはまるものすべてをお選びください（複数回答可）。」との質問に対し、

- ・ 「証拠調べの必要性の要件が認められにくい」と回答した者が約35%（260名中92名）
- ・ 「文書提出義務の要件が厳しくて利用しにくい」と回答した者が約25%（260名中62名）であり、そのうち、「Q41 【Q40で『a 文書提出義務の要件が厳しくて利用しにくい』と回答した方にお聴きします】どの要件で問題がありましたか。「問題となった要件」は、以下の選択肢a～jからお選びください（複数回答可）。」との質問に対し、「自己利用文書（4号ニ）」と回答した者が約55%（62名中35名）、「利益文書」と回答した者が約45%（62名中28名）

2 若干の検討

(1) 制度の趣旨

ア 文書提出義務の一般義務化

5 平成8年改正により、法第220条第4号の文書提出義務の規律が追加され、文書提出義務は一般義務化、すなわち、当事者と文書との間の特別の関係の有無を問わず、同号に規定する除外文書を除き、訴訟に協力する国民一般の義務として、文書の所持者は提出義務を負うものとされた。

10 その趣旨は、①相手方や第三者の手中にある証拠へのアクセスを向上させ、争点についての審理を充実させること、②証拠が一方当事者に偏在している事件において、当事者の実質的対等を確保することにある。

15 同号による文書提出義務があることについての客観的な証明責任は、文書提出命令の申立人にあるが、除外文書のいずれかに該当することを基礎づける事実については、文書の所持者が事実上の立証の負担を負うとされることが多い。

イ 自己利用文書の除外

平成8年改正では、「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」（以下「自己利用文書」という。）を法第220条第4号による提出義務の対象文書から除外する規律が設けられた。

20 その理由は、①およそ外部のものに開示することを予定していない文書について、民事訴訟に対する国民の協力義務として一般的に提出義務を負うものとする、個人及び団体は、裁判所から提出を命じられる事態を常に想定して文書を作成しなければならなくなり、その自由な活動が妨げら

れるおそれがあると考えられること、②証人として証言する場合には、口頭で、尋問を受けた事項についてだけ証言をすればよいのに対し、文書そのものを提出する場合には、その内容のみならず、記載に用いた筆記具、用紙、記載の方法、態様等がそのまま訴訟関係人や訴訟記録の閲覧者の知るところとなり、たとえ証言を拒むことができる事項が記載されている文書ではなくても、文書の所持者は、著しい不利益を受けるおそれがあると考えられることにあると解説されている。

そして、この除外文書に該当するかどうかは、文書の記載内容や、それが作成され、現在の所持者が所持するに至った経緯・理由等の事情を総合考慮して、それが専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の関係のない者に見せることが予定されていない文書かどうかによって決まることになるといわれる。

ウ 平成16年改正における取扱い

その後の平成16年改正に結実した法制審議会民事・人事訴訟法部会(及びその名称変更後の民事訴訟・民事執行法部会)における調査審議では、民事訴訟法の見直しの一環として、自己利用文書の範囲についても検討がされたが、平成11年最高裁決定(最決平成11年11月12日民集53巻8号1787頁)後の具体的な運用状況をなお見守りつつ、必要に応じて検討を行うことが相当であると考えられたことから、改正を行わないこととされた。

この調査審議では、①自己利用文書の範囲については、平成8年改正法の施行直後から、特に金融機関の貸出稟議書に関して意見が分かれている状況であったが、平成11年最高裁決定が自己利用文書の意義を明らかにするとともに、一定の貸出稟議書は、特段の事情がない限り自己利用文書に当たると判示したことから、今後は、これを前提として、「特段の事情」の有無に関する事例が蓄積されていくものと考えられること、②自己利用文書の範囲は、個人が作成する文書を含め、広範なものであり、これを改める場合には、どのような影響が生ずるのかについて慎重に検討する必要があることが考慮された。

(2) 自己利用文書に関する裁判例

ア 自己利用文書の要件の特徴

法第220条第4号は五つの除外事由を規定しているが、そのうち文書の記載内容ではなく、文書の類型的な性質を主たる要件とするものは、同号ロ、ニ、ホの三つであり、同号ロ(公務秘密文書)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が生ずるおそれがある」ことという実質的な要件を付加している。また、同号ホ（刑事関係文書）については、刑事訴訟法、刑事確定訴訟記録法、刑事手続付随措置法等によって、その開示の要件や方法等について別途独自の規律が設けられており、他と同列に扱うことができない。

そうすると、法の文言として、文書の記載内容についての実質的な要件を設けていないのは、自己利用文書を定めた同号ニだけであるといえる。

イ 平成11年最高裁決定

平成11年最高裁決定は、自己利用文書の該当要件として、①文書の作成目的、記載内容、これを現在の所持者が所持するに至るまでの経緯、その他の事情から判断して、専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていないこと（外部非開示性）、②開示されると個人のプライバシーが侵害されたり、個人ないし団体の自由な意思形成が阻害されたりするなど、開示によって所持者の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがあること（不利益性）、③自己利用文書の該当性を否定する特段の事情がないこと（特段の事情の不存在）という三つを示し、これらを全て満たす場合には、自己利用文書に該当するものとして文書提出義務から除外されるものと判示した。

ウ その後の三要件の運用

平成11年最高裁決定で示された要件のその後の運用の在り方については、次のような指摘がある。

まず、②の不利益性の要件については、本来は外部非開示性とは別個の実質的かつ個別的な要件であるはずなのに、具体的な事案への当てはめの場面では、それと混同して適用されたり、形式的かつ類型的な運用がされたりしており、平成11年最高裁決定が不利益性の要件を定立した意義が失われるとして、疑問を呈する意見がある（もともと、こうした運用は、平成11年最高裁決定自体が、両要件への該当性の判断を一括して行っている点において、既に見られたとも指摘されている。）。

その後の平成18年最高裁決定（最決平成18年2月17日民集60巻2号496頁）は、銀行の社内通達文書に関する事案において、不利益性の要件の具体的な内容が、団体内部における自由な意思形成の阻害と個人のプライバシーの侵害であることを例示した。そして、外部非開示性の要件を文書の作成目的や外形的な類型から直ちに肯定したのに対し、不利益性の要件につき、（文書の具体的な内容それ自体をインカメラ手続等で具

体的に検討しないまでも) 当該文書が所持者の意思形成に与える影響や営業秘密等の記載の有無等にわたって踏み込んで検討し、初めて正面からその存在を否定したものとの指摘がある。

次に、③の特段の事情の不存在の要件については、これを積極的に認定して自己利用文書の該当性を否定した判例として、平成13年最高裁決定(最決平成13年12月7日民集55巻7号1411頁をいう。以下第1において同じ。)がある。もっとも、平成13年最高裁決定で考慮された事情は、②の不利益性の要件として処理することができ、あえて「特段の事情」を持ち出す必要はなかったとの評価もあり得るところであり、その後の判例の傾向等を合わせ考えると、③の特段の事情の不存在の要件については、独立の要件としての意義は希薄であるとの指摘がある。

(参考) 本文に掲げたもののほか、例えば、次のような裁判例が存在する。

① 最決平成17年11月10日民集59巻9号2503頁

市議会会派に政務調査費の返還を求めることを市長に求める住民訴訟において、市議会会派の有する政務調査研究報告書について提出命令が申し立てられた事案で、「本件要綱の定めによれば、調査研究報告書は、政務調査費によって費用を支弁して行った調査研究に関して、議員がその所属する会派に対する報告のため、調査研究の内容及び経費の内訳を記載して作成し、当該会派に提出するものである。そして、本件条例及びその委任を受けた本件要綱の定めは、調査研究報告書をもって、調査研究を行った議員から所属会派の代表者に提出すべきものとするにとどめ、これを議長に提出させたり、市長に送付したりすることは予定していない。この趣旨は、議会において独立性を有する団体として自主的に活動すべき会派の性質及び役割を前提として、調査研究報告書の各会派内部における活用と政務調査費の適正な使用についての各会派の自律とを促すとともに、調査研究報告書には会派及び議員の活動の根幹にかかわる調査研究の内容が記載されるものであることに照らし、議員の調査研究に対する執行機関等からの干渉を防止するというところにあるものと解される。」などとして外部非開示性を肯定し、さらに、「調査研究報告書が開示された場合には、所持者である会派及びそれに所属する議員の調査研究が執行機関、他の会派等の干渉等によって阻害されるおそれがあるものというべきである。加えて、調査研究に協力するなどした第三者の氏名、意見等が調査研究報告書に記載されている場合には、これが開示されると、調査研究への協力が得られにくくなって以後の調査研究に支障が生ずるばかりか、その第三者のプライバシーが侵害されるなどのおそれもあるものというべきであ

る。」として、不利益性も肯定した。

② 最高裁平成26年10月29日集民248号15頁

政務調査費の支出に係る1万円以下の支出に係る領収書その他の証拠書類等について提出命令が申し立てられた事案で、「平成21年条例改正後の本件条例の定めは、1万円を超える支出に係る領収書の写し等につき議長への提出を義務付けており、1万円以下の支出に係る領収書の写し等についてまでこれを義務付けてはいないが」、「1万円以下の支出に係る領収書その他の証拠書類等につき」「領収書の写し等の作成や管理等に係る議員や議長等の事務の負担に配慮する趣旨に出たものと解するのが相当である。また、本件条例の委任を受けた本件規程においては、政務調査費の支出につき、その金額の多寡にかかわらず、議員に対して領収書その他の証拠書類等の整理保管及び保存が義務付けられているところ、以上のような平成21年条例改正の趣旨に鑑みると、同改正後の本件条例の下では、上記領収書その他の証拠書類等は、議長において本件条例に基づく調査を行う際に必要に応じて支出の金額の多寡にかかわらず直接確認することが予定されているものと解すべきである。」として、外部非開示性を否定した。

③ 最高裁平成19年11月30日民集61巻8号3186頁

金融機関が債務者区分を行うために作成する資料について提出命令が申し立てられた事案で、「相手方は、法令により資産査定が義務付けられているところ、本件文書は、相手方が、融資先である〇〇について、前記検査マニュアルに沿って、同社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し、事後的検証に備える目的もあって保存した資料であり、このことからすると、本件文書は、前記資産査定のために必要な資料であり、監督官庁による資産査定に関する前記検査において、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ものであるから、相手方自身による利用にとどまらず、相手方以外の者による利用が予定されているものということが出来る。」として、外部非開示性を否定した。

④ 最決平成23年10月11日集民238号35頁

日弁連の懲戒処分に関する争いを本案とする訴訟において、弁護士会の綱紀委員会における議事録及び議案書について提出命令が申し立てられた事案において、「本件議事録のうち審議の内容である「重要な発言の要旨」に当たる部分は、相手方の綱紀委員会内部における意思形成過程に関する情報が記載されているものであり、その記載内容に照らして、これが開示されると、綱紀委員会における自由な意見の表明に支障を来し、その自由な意思形成が阻害されるおそれがあることは明らかである。綱紀委員会の審議の内容と密接な関連を有する本件議案書に

についても、これと別異に解すべき理由はない。」として、不利益性を肯定した。

(3) 団体内部の意思形成の自由の要保護性

ア 団体の意思形成の自由を自己利用文書除外の保護法益として認める根拠としては、憲法第19条によって保障される内心の自由や、同条及び第21条によって保障される沈黙の自由が、自然人のみならず団体にも保障されるべきことが指摘される。

それによれば、自然人であれ団体であれ、その意思形成過程で作成された文書が提出義務の対象とされると、そうした文書の作成・保管について萎縮効果が生じ、適正な組織の運営を妨げられ、又は、結果的に団体の意思形成過程の自由が侵害されるという。

イ 他方で、団体内部の自由な意思形成の利益が問題となるのは、背後に営業秘密が存在する場合がほとんどであって、営業秘密に裏打ちされていない場合は、団体内部の自由な意思形成の利益に特別な保護を与える必要はないとの考え方もある。

この考え方は、次のような点を根拠とする。すなわち、①開示されれば企業の正当な業務遂行に支障を来すような情報は、証言義務における証言拒絶権の対象事項と同様に、法第220条第4号ハ(技術・職業秘密文書)の範囲内で十分保護されること、②平成17年最高裁決定(最決平成17年10月14日民集59巻8号2265頁)が、法第220条第4号ロ(公務秘密文書)の要件である「公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれ」につき、「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である」と判示し、具体的な危険を要するとの準則を定立していることとの対比で、「団体の自由な意思形成」の阻害については抽象的な危険で足りるとすることには疑問があること、③文書提出命令の特則を定める特許法第105条第1項は、文書の所持者が提出義務を免れるためには、提出を拒むことについて「正当な理由」があることを立証しなければならないと解されること等に照らし、団体の意思形成過程で作成される文書の開示により当該団体の自由な意思形成が阻害されるとする論理が合理性を有するのか疑問であることを挙げる。

ウ この考え方に対しては、団体内部の自由な意思形成の過程を記載した文

書につき、「技術又は職業の秘密」や「公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれ」との要件で適切に対応できるのか、例えば、我が国のように、ボトムアップ型意思形成方法を採用している団体が多い社会では、団体内部のコミュニケーションコストが耐え難い程度に上がることになるといった指摘や、事故調査に関する第三者委員会の報告書等においては、関係者や第三者の忌憚のない意見や批判が含まれており、これが明らかになってしまうと自由な意思形成が阻害されるとの指摘がされていることを踏まえ、意思形成過程の保護は別個に考えるなど、慎重な検討が必要であるとの指摘もある。

10 (4) 文書を証言より広く保護する根拠

ア 自己利用文書概念は、証言拒絶権に対応する除外事由に加えて、専ら文書提出義務のみに関わる除外事由として規定されたものである。

これを合理的に説明するためには、保護法益の問題とは別に、証言の場合には保護されない事項について、なぜ文書の場合には保護されるのかという点が明らかにされる必要があるとの指摘がある。

15 イ この点に関しては、自己利用文書概念の正当化根拠を、情報内容そのものではなく、文書という情報媒体の特性に求めることとすれば、団体の意思形成に係る情報を内容とする文書が専ら所持者の利用に供する目的で作成されたような場合には、保護を与えて差し支えないとする考え方が

20 この考え方は、証言は、尋問者の尋問に応じて、認識の内容を個別的に口頭で表現するのに対し、文書は、認識の内容を既に文字によって纏めた人の精神活動の記録や組織の運営や維持にとって必要な情報を包括的に提出するものであるため、提出命令の対象が取り調べる必要がある範囲に限定されとしても（法第223条第1項後段）、文書の所持者の精神生活や組織運営に対する影響は、証言の場合よりも大きいと考えられることを根拠とする。

30 そして、この考え方によれば、その保護は、真実発見という民事訴訟の目的を犠牲にしても、なお保護しなければならないとする絶対的なものではなく、証拠としての不可欠性や係争利益の性質との利益衡量によって、当該訴訟の適正な解決の要請が文書の所持者の保護の必要性を上回ると判断されるときには、情報の開示を強制しても差し支えないとされる。

ウ これに対し、文書の提出の包括性や精神活動の所産としての価値に保護の根拠を求める見解に疑問を呈しつつ、真実に即した裁判の実現という利

益を考慮しても、①当該事項について表現形態選択の利益を保護すべきと考えられる場合か、②文書所持者に文書化の利益の独占を認めるべきである場合には、提出義務の免除が正当化されることになるとの考え方もある。

この考え方によれば、①たとえ意思形成過程の記録文書であっても、組織内においては他者への開示が予定されたものであるから、情報内容とは独自の表現形態選択の利益を理由とする提出義務の免除は、原則として認められないとされ、②文書化の利益の独占という理由によって提出義務の免除が正当化されるためには、当該文書について提出義務を課した場合に、文書の作成・保管に対して重大な影響(萎縮効果)を生ずる可能性があり、かつ、文書化の利益の独占を認め、そうした影響を排除することによって文書の作成・保管を促進することについて、何らかの公益的な価値が認められることが必要であるとされる。

そして、この考え方は、自己利用文書の内容は、その性質上、原則として、当該個別文書の具体的な記載内容よりもむしろ、文書の類型に着目した判断がされるべきであり、ただ、当該訴訟の特別な事情に応じて例外的な取扱いを認める余地を留保しておくべきこととなると指摘する。

エ なお、この点に関連し、自己利用文書の内容を事案との関係で広狭が変動し得るものと理解するかについては、平成11年最高裁決定にいう「特段の事情」は、争点判断のための不可欠性や代替証拠の有無を包含できるものでなければならないとする考え方や、証拠としての重要性や代替証拠の有無は、文書提出義務の範囲の問題ではなく、証拠調べの必要性(法第181条第1項)又は文書提出命令の補充性(法第221条第2項)において判断されるべきものであるとの考え方も見られる。

(5) 小括

以上の議論や指摘等を踏まえると、自己利用文書を文書提出義務の除外事由とする規律を見直す必要性については、平成11年最高裁決定が示した三要件の具体的な運用を踏まえつつ、例えば、次のような観点から検討を進めることが考えられる。

* 現行法下で自己利用文書に該当すると考えられる文書のうち、新たに文書提出義務の対象とすべきもの、引き続き文書提出義務の対象とすべきでないものとして、どのような種類のものがあるか。

* 「技術又は職業の秘密」の保護の範囲等を踏まえ、団体の意思形成過程で作成された文書の保護の在り方につき、どのように考えるか。

2 文書特定手続（法第222条）の規律を見直す必要性について、どのように考えるか。

（説明）

1 第9回会議における議論の概要

5 第9回会議においては、文書特定手続の制度の実効性を真に向上させることは難しいところもあるが、現在の条文の文言については、要件・効果ともに様々な議論を生んでいることから、規律として改善の余地があるのではないかとの意見があった。

（参考）日弁連会員一般向けアンケートの結果（参考資料2より）

2 文書特定手続【91頁】

(1) 「Q42 文書特定手続（民訴法222条）を利用しようとした、又は利用したことがありますか。」との質問に対し、「ない」と回答した者が約99%（731名中721名）

(2) 「Q45 【Q42で『b ない』と回答した方にお聴きします】その内容を、以下からお選びください（複数回答可）。」との質問に対し、

① 「文書の特定が必要となる文書提出命令制度自体をあまり利用しないから」と回答した者が約40%（721名中289名）

② 「文書特定手続の制度を詳しく知らないから」と回答した者が約30%（721名中217名）

③ 「文書の表示又は文書の趣旨がある程度概括的でも、実務上は文書提出命令が発令されるから」と回答した者が約7%（721名中51名）

10

2 若干の検討

(1) 文書の特定と文書特定手続

ア 文書の特定

15 法第221条第1項は、文書提出命令の申立ては、「文書の表示」（同項第1号。文書の種別、作成名義者、作成日付、標題等のこと。）及び「文書の趣旨」（同項第2号。文書に記載されている内容の概略又は要点のこと。）を明らかにしてしなければならない旨を規定している。

イ 文書特定手続

20 文書提出命令の申立てにおいては、相手方又は第三者の所持する文書の提出を求めるものであるという性質上、申立人は、特定の要証事実に関する文書で一定のカテゴリーに属するものが存在し、それを相手方又は第三

者が所持していることは推測することができるものの、文書の表示や趣旨を具体的に知ることはできない場合が少なくない。そして、裁判所からの要請があれば、文書の所持者が文書の特定に協力することを期待することができるような場合にまで、常に文書の所持者を証人として尋問し、文書を特定した上でなければ文書提出命令の申立てをすることができないとすることは、訴訟経済に反し、文書の所持者に対しても余計な負担を強いることとなる。そこで、証人尋問に代わる簡易な手段として設けられたのが文書特定手続である。

文書提出命令の申立人は、文書特定手続を利用する場合には、文書の表示又は趣旨に代えて、文書の所持者がその申立てに係る文書を「識別することができる事項」を明らかにする必要がある(法第222条第1項前段)。「識別することができる事項」とは、文書の所持者において、その事項が明らかにされていれば、不相当な時間や労力を要しないで、当該申立てに係る文書又はそれを含む文書グループを他の文書又は他の文書グループから区別することができるような事項を意味する。

そして、他人の所持する文書の特定には、大なり小なり困難を伴うことであることを踏まえ、文書提出命令の申立人が自らは立証のための努力を払わずに文書特定手続を利用することを防ぐため、文書の特定が「著しく困難であるとき」に限って、文書特定手続を利用することができることとされている。具体的には、例えば、文書提出命令の申立人が、申立てに係る文書の作成に何ら関与していないなど、作成の経緯を知る機会がないような場合や、申立てに係る文書の記載内容である事象経過の圏外にあるような場合をいうと考えられている。

文書特定手続を利用する場合であっても、文書提出命令を発令する段階では、文書が特定されていることが必要であり、文書の所持者が裁判所による文書特定情報の開示の求めに従わない場合について、特別の制裁は設けられていない。

(2) 文書特定手続における不開示の効果

ア 裁判所が法第222条第2項の規定により文書の所持者に文書特定情報の開示を求めたにもかかわらず、所持者が合理的な理由なく当該情報の開示を拒否した場合の法的効果については、次の三つの考え方がある。

① 文書特定手続は本来制裁を予定していない制度であるから、文書の所持者が情報を開示しなかった場合において、申立人が最終的に文書を特定することができないのであれば、裁判所は、文書提出命令の申立てを

却下すべきであるとの考え方

② 文書の所持者が情報を開示しなかった段階で、裁判所は、もう一度当該申立て及び当該事案の内容を総合的に検討し、当初の申立てにおいて既に文書の特定が十分にされていたという再評価を加えることも許され、

③ 文書提出命令の申立人が文書特定手続を申し出るための要件として、所持者がその申立てに係る文書を識別することができる事項を明らかにすることが要求されており、所持者の保護としてはこれで十分であって、もともと特定要件は満たされているため、裁判所は、所持者が情報の開示を拒むと拒まざるとを問わず、当然に文書提出命令を発令することができるとの考え方

イ ②及び③の考え方によれば、文書の所持者が情報の開示を拒んだようなときであっても、裁判所は、直ちに文書提出命令を発令する余地があることとなる。

もつとも、②の考え方については、文書特定手続の存在意義を積極的に評価するものであるが、そもそも裁判所は文書の特定が不十分であると判断したからこそ文書特定手続を実施したはずであるため、そこでいう再評価がフィクションにすぎないことになってしまうとの指摘がある。

また、③の考え方については、これを理論的に突き詰めると、文書特定手続の不要論に近いところまでたどり着くこととなり、裁判所が文書の特定について確信を持たず、文書提出命令の発令を留保しつつ文書特定手続を実施するような場合に限って、文書特定手続の存在意義が認められるにすぎないとの指摘がある。

(3) 文書特定手続の利用が低調である理由

実務上、文書特定手続が利用されることは極めて少ないが、その理由としては、手続の申出の要件が、「識別することができる事項」の明示という高いものであること、文書の所持者の合理性を欠く非協力に対して何ら制裁を設けなかったことが指摘されている。

また、文書特定手続を利用せずとも、文書提出命令の手続の中で、文書が任意に提出されたり、任意に提出されなくても当事者間のやりとりや裁判所の釈明によって文書の特定が図られたりする場合も多いとみられるとの指摘もある。

(4) 概括的な特定の可否

ア 文書の特定に関する裁判例とその評価

平成13年最高裁決定（最決平成13年2月22日判時1742号89頁をいう。以下第2において同じ。）は、文書の表示及び趣旨（法第221条第1項第1号及び第2号）として、会計監査及び中間監査に際して作成した財務諸表の監査証明に関する省令6条に基づく監査調書と記載して文書提出命令を申し立てるとともに、これが対象文書の特定を欠く場合に備えて、予備的に文書特定手続の申出をした事案において、財務諸表等の監査証明に関する省令によれば、証券取引法の規定による監査証明を行った公認会計士又は監査法人は、監査又は中間監査（以下「監査等」という。）の終了後遅滞なく、当該監査等に係る記録又は資料を当該監査等に係る監査調書として整理し、これをその事務所に備え置くべきものとされているのであるから、特定の会計監査に関する監査調書との記載をもって提出を求める文書の表示及び趣旨に欠けるところはなく、個々の文書の表示及び趣旨が明示されていないとしても、文書提出命令の申立ての対象文書の特定として不足するところはないと解するのが相当である旨判示した。

この平成13年最高裁決定については、上記判示を文字どおり受け止めて、所持者において識別が可能な程度の概括的な特定があれば足りるとの見解を採用したとの評価ができる一方、監査調書を整理して事務所に備え置く義務があると判示した部分の含意を重視して、監査調書のように法令上文書の範囲が明確になる場合に限っては例外的に個別の特定がある場合と同視し得るとの趣旨を述べたものにすぎないとの評価も可能である。

イ 概括的な特定と文書の特定の機能との関係

文書の表示及び趣旨の機能としては、①所持者にどの文書の提出が求められているのかを認識させること、②「文書の提出義務の原因」（法第221条第1項第5号）と相俟って提出義務の存否の判断を可能ならしめること、③「証明すべき事実」（同項第4号）と相俟って証拠としての必要性の判断を可能ならしめること、④「文書の記載に関する相手方の主張を真実と認める」（法第224条第1項及び第2項）際の資料となることが挙げられる。

所持者において識別が可能な程度の概括的な特定があれば、特定性の要件を充たすという見解を支持する立場からは、上記のうち④の機能との関係が特に問題となると考えられるが、文書の表示及び趣旨の記載は、もともと法第224条の適用を予定して要求されているわけではなく、当事者が文書提出命令に従わないときでも、裁判所は文書に関する相手方の主張を必ず真実と認めなければならないものでもないもので、不提出の場合の効

果は別個に考えれば足り、文書の特定の機能に障害は生じないとの考え方もある。

(5) 小括

5 以上の議論や指摘等を踏まえると、文書特定手続の規律を見直す必要性については、文書の特定に関する規律の在り方も踏まえつつ、例えば、次のような観点から検討を進めることが考えられる。

10 * 文書提出命令を申し立てようとする者が、（文書の所持・不所持の立証ではなく）文書の特定の困難性を理由に、申立てを断念したり、申立てをしても認められなかったりする文書としては、どのような種類のものがあるか。

15 * 文書提出命令の申立人が、文書の所持者において識別が可能な程度の概括的な特定をすることができるような場合を念頭に、文書の表示及び趣旨の明示義務の規定（法第221条第1項第1号及び第2号）並びに真実擬制の規定（法第224条）を適切に適用することができるようにする観点から、文書特定手続を見直す必要があるか。

* 文書提出命令の申立人が、文書の所持者において識別が可能な程度の概括的な特定をすることができないような場合を念頭に、文書特定手続の実効性を向上させる必要があるか。