

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26回)

日時 令和6年7月4日(木) 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 それでは定刻になりましたので、本日の研究会を開会いたします。

本日は配付資料 26 に基づいて、文書提出命令についてご議論いただければと思います。まず、資料全体についての説明をお願いいたします。

○法務省 資料 26 について説明いたします。資料 26 では、資料 21 に引き続き、文書提出命令について取り上げております。その第 1 においては、まず文書提出義務の除外事由として、民訴法第 220 条第 4 号ニの自己利用文書を文書提出義務の除外事由とする規定を削除し、新たな除外事由を設けることについて取り上げております。続いて、文書提出義務の存否が争われた場合の立証責任についても取り上げております。また、第 2 においては、文書の特定のための手続について取り上げております。資料の詳細については、各項目におけるご議論の際に順次説明をさせていただきます。配付資料全体の概要についての説明は以上です。

○座長 ありがとうございます。それでは、具体的な内容に入っていきます。まず、資料の 1 ページの第 1 の 1、文書提出義務の除外事由のうち、専ら文書の所持者の利用に供するための文書について取り上げます。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 まず「第 1 文書提出義務の除外事由」の「1 専ら文書の所持者の利用に供するための文書」については、これまで本研究会において何度もご議論をいただいているところですが、この本文では、自己利用文書を文書提出義務の除外事由とする規定を削除し、個人のプライバシーを保護するための除外事由等の新たな除外事由を設けることについて取り上げております。

資料の 1 ページ、「1 従前の議論等」の部分では、この点についての本研究会でのこれまでのご議論を簡単に記載しております。その上で、資料の 2 ページの 2 以下では、これまでのご議論を踏まえ、引き続き検討が必要と思われる事項等について整理をしております。具体的には、2 の不利益性の要件のところでは、自己利用文書を文書提出義務の除外事由とする規定を削除し、新たな除外事由を設けることとした場合に、文書の所持者等の関係者が文書の提出、あるいは開示によって被る不利益の性質、内容等に照らして、引き続き文書の提出を拒めるべきであると考えられるものに関し、民訴法第 220 条第 4 号ハの定める除外事由との関係で、適切な判断がされるのかどうか、それから、この点も踏まえて、新たな除外事由をどのようなものとすべきか、さらには、文書が提出された場合の不利益を軽減する観点から、秘密保護に関する規律を併せて検討すること等について取り上げております。

さらに、このような見直しをした場合には、現行法上の自己利用文書の要件である外部非開示性は除外事由の要件とはされないということとも思われますので、8 ページ以下の 3 の部分については、外部非開示性の要件を別途取り上げており、この点に関わる問題提起をさせていただいております。

この外部非開示性の部分については、この資料においてどのような形で記載すべきか苦

慮した部分もあったのですが、その点についてはご議論の中で適宜補足したいと思います。
資料の説明は以上です。

○座長 ありがとうございます。それでは、今ご説明いただいた部分について、いつものようにどの点からでも、どなたからでも、ご意見、ご議論をいただければと思います。いかがでしょうか。どなたか口火を切っていただくとありがたいのですが。

○委員 口火を切るようなことは何も考えられていないのですが、それは、これが大変難しい問題であると感じているからです。資料は、すごくよく作っていただいている、条文を変えるにしても問題点はあるし、逆に変えないと不十分だという議論があることもよく分かるし、しかし変えるとなると何を書くかが難しい問題で、それぞれ変えた場合に何か落ちる事項があったときに問題が生じないのかといった辺りも詳しく書かれていて、勉強になりましたとまず申し上げたかったです。ただ、それだと発言になりませんので、少し申し上げます。

後ろのほうになってしまうのですが、個人のプライバシーを保護するための除外事由による保護というのが6ページぐらいからあって、プライバシーを保護するという観点からの規定にした場合にどういう問題があるのかというと、所持者のプライバシーと所持者以外の方のプライバシーを分けて考えなければいけないということが、ここでよく分かって、先ほど勉強になったということの1つなのです。

しかし、6ページの終わりから7ページの辺りに書いてある、例えば労働者の賃金の状況などというのは、当事者以外の多人数の労働者の賃金などが明らかにならなければいけないところなのですが、そういう場合に名前を隠せばいいという話があるということが書かれています。それとともに、7ページのプライバシーを保護するという話に関して、プライバシーの主体について何らかの意見を聞く手続きを設ける必要があるのではないということも書かれています。ただ、実際を考えると、そんな多くの人数の意見を聞くようなことは恐らくできない話なので、これはそういう必要が本当にあるのでしたら、もうこういう規定にはできないという話になってしまうように思うのです。

そういう人のプライバシーみたいなものを所持者がうまく代表できるのかという問題もあって、所持者が代表できることを一応前提にして考えるしかないと思いますので、そのときに所持者が代表できるとして名前の所を隠せばプライバシーが保護されますと裁判所が判断して、そこを隠してであれば出せと決定するという手続になっていくと思います。今の辺りの所を読んで、個人のプライバシーを保護するためという除外事由にする場合には、手続としては所持者がその人のプライバシーも含めて代表するしかないと思いました。その辺りは、今までの判例などとの関係でも、秘密の主体との関係などが判断の中で出てくるわけなのですが、手続には基本的に所持者が出てくるだけなので、所持者が代表するしかない。そうすると、それを前提にそれでもいいのかという議論をしなければいけないように思ったということです。まとまりがなくて申し訳ありませんが、取りあえず最初の発言だけさせていただきます。

○委員 今、委員が最後に指摘された問題、所持者以外の者、主体に関する情報が記載をされているということを、どう手続上受け止めるかという問題は、非常に重要な問題だと思うのです。ただ、その問題はそれ自体としては現行法のもとでも既に存在している問題で、何かプライバシーに関する新規律を設けたから初めて生じるということではありませんので、仮に自己利用文書に関する規律を現在のまま維持するにしても、そこに書かれているのが他人のプライバシーであるというような場合に、手続的に現在のままでよいのかどうかといったようなことは、検討課題になり得ると思います。

ですので、その問題はありますけれども、プライバシーを保護するための新たな除外事由、ないしは拒絶権のようなものを設けるかというのは、それとは一応別の問題として検討はすることはできるのかとは思いますが。

その上で、私も後ろのほうの話からになるのですが、外部非開示性とか内部文書性の要件との関係をどう考えるかという問題に関しては、これは1つには例えばプライバシーを保護するための規律を設ける場合に、証言拒絶権としても設けるということなのか、それとも文書に限った規律として設けるということなのかということにも関わる規律かなと思います。端的に、ある事柄について、それが訴訟において明らかになるというか、開示されると、非常な不利益がその人に生ずるというような情報の内容に着目した除外事由だということになりますと、これは証言の場合でも本質的には同じなのではないかということになりそうなので、証言であれば文書の作成目的といったようなことは事柄の性質上問題になりませんので、そういうものだという整理をするということになるのだと思うのですが、文書の場合に限った規律だということだとすると、なぜ文書の場合にはその点が保護されるのかということになります。その関係では、文書という媒体の特性に着目することになり、その一環として作成目的というものが問題となり得るということはあるのかという感じがいたします。ですので、その辺りも考慮しながら考える必要があるのかとは、この点については思ったところです。

それで、本丸というか、自己利用文書の従来判例で申しますと、意思形成過程に関する部分については、まず規定をなくして、精々、技術、職業の秘密の規律に委ねることがよいのかどうかという問題については、これは非常に難しく悩んでいるところです。私自身は、従前から申し上げているかとも思いますが、一応抽象的、あるいは何と申しますか、存置するという考え方もおよそあり得ないわけではないと考えています。そうすると、あとは立法事実の問題と申しましょうか、これが存置されていることによってどういう不都合というか、問題が現に生じているのかという辺りについて、やはり具体的に検討する必要があるという感じがするのです。現時点では、これはやはり削除すべきであるという主張が十分に裏付けられている、現行民訴法制定時に行った立法判断というのは、やはり誤っていたというだけの材料があるかということ、そこがやや私自身は心許ないというか、是非削除すべきであるといえるような根拠がそういうレベルであるのかということ、やや疑わしいような感じもしているところです。

かつ、少し違う角度の話になるのですが、プライバシーについては別途保護するという提案がされているのですが、従来この自己利用文書の関係で、最もしばしば争われてきたところは、やはり団体内部の意思形成過程という問題で、日記帳のようなものというのはそこまで問題視されてきたか、争われてきたかというのと、あまり出せという人もそんなにはいなかったということなのかという感じもします。この規律が最も機能を果たしてきた分野というのが、団体の意思形成過程ということになると思うのですが、そこで果たされてきた機能をどう評価するのかということが非常に重要で、それは是非、いつも弁護士の先生方に投げてしまうことになるのですが、ご教示頂けると有り難いところです。双方の立場で代理等訴訟活動されてきている中で、やはり訴訟における真実発見というものが、この規定があることによって損なわれている事案が多いというようなことなのか、そういった辺りをもう少し具体的に明らかにできるといいのかという気がしています。結論的には、現状では削除すべしとなかなか主張しにくいと私は感じています。

関連して、しかし第1の2の所の立証責任に関してですが、これについてはやはり除外事由を主張する所持者の側で、これを立証すべきであると考えことは十分にあり得ると思っております。一応、従来証人、証言拒絶権の場合とは違いもあるということ是被言われてきたという説明も資料の中では頂いてきているようには思いますが、それも十分な理由になっているのかということについては、これは疑問の余地があったと思っております。こちらは改正というか、規定上何か所持者の側に立証責任を課するような規律を明らかにするということは、もう少し積極的に考えられていいのかと私自身は考えています。差し当たり以上です。

○座長 ありがとうございます。最後の除外事由の証明責任の話は、後でということに一応なっておりますが。そのほか、いかがでしょうか。

○委員 今の委員の弁護士会へのご質問について、事例をご紹介します。主に消費者被害の関係なのですが、1つの事例として、先物事件などで損をした後、外務員から更に資金投入して損を取り戻しましょうと勧誘をされて、投資可能資金枠の増額の申請書を差し入れさせられたという事案において、先物会社側が審査の上で承認をした稟議書が、自己利用文書として問題になったという事例です。

もう1つ事例を紹介いたしますと、信販会社の与信審査の稟議書に関するもので、20歳ぐらいのアルバイト生活をしている若い女性に月々1万円ぐらいの副収入が入るということをし向け、そのためにはクレジットを150万とか200万円組む必要があるのだということをするようなエステ業者がいて、そこにクレジット会社が関与して、そのようなアルバイト生活の若い女性に150～200万の与信をしたということについての稟議書類が問題になったという事例があるということです。

○委員 貴重な事例のご紹介をいただいて、ありがとうございます。今2つ挙げていただいたのですが、1つ目の事例では稟議書によって立証しようとしていた事実はどういう事実で、それが稟議書が出てこないことによって立証できずに、例えば消費者の被害が回

復できなかったということになるのですよね。

○委員 そうですね。

○委員 その場合に、稟議書に何が書かれていて、具体的には何を立証しようとしていたのでしょうか。

○委員 適切な与信判断、あるいは投資判断をしていたのかということかと思うのです。

○委員 適切な投資判断をしていたのか。

○委員 先ほどの先物事例の事例ですと、その顧客にそれだけの枠の拡大をすることが適切だったのかという問題で、適合性原則の判断に関わる問題でしょうか。

○委員 それについて、適切でなかったというように主張がされていて、その先物会社は適切だったと言っているということなのですか。

○委員 そういう争いなのだと思います。

○委員 どう適切だったか、あるいは適切でなかったとすれば、どこが適切でなかったのかというと、それはちょっと実体法の問題なのかもしれませんが、損を更に取り戻そうというような勧誘がされて、それに基づいてその額を更に増やすということがあったと主張されているけれども、そういう勧誘をしたという事実がまずは争われているわけですか。

○委員 そこまでの細かな争点の話は聞いていないですが、恐らくはその顧客の収入や属性などに照らして、そういう枠の拡大が適合性原則からして逸脱しているかという争点かと思います。

○委員 どうもありがとうございます。具体的にどういう形で立証が難しく、それが何といたのでしょうか、あるべき効力、判断を歪めたのかというところが具体的にいえるという感じがします。今頂いたような事例の手掛かりにはなるのかもしれないですが。差し当たりは以上です。

○委員 私もあまりきちんとした準備ができてなくて申し訳ないのですが、お話を伺っていて、外部非開示性というか、世に出るべきものなのかどうかというものが一時的な要件が第一段階としてあるかどうかということが、何かもう少し暗黙にというか、インプリシットに提出義務の判断に影響を与えているのか、いないのかという辺りが少し気になってきたという気がしております。

確かに、不利益性要件というものが現在の解釈でも付いているのですが、稟議書の判例なども、稟議書というのは世に出ることが予定されていなくて、そしてそのタイプの文書にはこういうことも記載することが予定されているものなので、これは大変な不利益がありますねというような論法で、その稟議書にどういうことが書いてあるかということ、もちろんインカメラをする、しないという問題があるにはあるのですが、具体的にここにはこういうことが書いてあるから、あるいは書いてあるだろうからということから、必ずしも発想していないようなところがあるのではないかという気もしております。

そのように、ある程度抽象度の高い文書の性質のようなものをまず措定して、それに基本的にはどういうことが書かれるだろうかを想定していく思考方法と、名前や目的といっ

たことはさておき、実際そこには何が書いてあって、それを開くとどんなえらいことになるのかということだけ考えれば足りるのだという思考方法は、やはりかなり違うと思うのです。現在の判例法理というか、運用、実務がどのぐらい個別の文書の記載にフォーカスするようになっているのか、それともある種の類型的な文書の評価がやはり重要で、その意味では、その種の文書が問題となる1件目の判例のときに、ある程度は勝負がつくというようなものなのかということが、なおよくわからないというか、もしかすると人によって理解が異なるのかもしれない。

先ほど委員が挙げていただいた例というのも、最初に稟議書というのはこういうものだという判例が出てしまったので、もうそれに沿って稟議書と言われたらどうしようもないというところがあるようにも思えます。しかし、判例法理として挙げられる基準そのものは、看過し難い不利益があるかどうかというのを、個別の稟議書ごとに見ることができない枠組みではないような気もする。外部非開示性というものを要件の一つに置いたことの必然的な帰結なのかどうかは分かりませんが、その審査のアティチュードというものをどう設定するかが重要な分かれ目をなす可能性があって、それを条文の書き方によってコントロール可能なのかということもよく分からないのですが、そこが難しい。類型的なアプローチが一概におかしいというわけでもないとも思うのですが、結果的にはこの自己利用文書という文言が何となくそういう解釈、アプローチによって処理される方向にいったとかもしれないということはどう評価するかということが、再構築を考えるときにはやはり課題になりそうに思います。全くもってどうしたらいいということではない感想で申し訳ありませんが、その辺りが気になるということをお願いしました。

○委員 今の委員のお話との関係なのですが、こういう話は弁護士さんなり裁判官の方なりがされたほうがいい話だと思うものの、取りあえず私の理解を申しますと、判例の対象は金融機関の貸出稟議書で、稟議書にもいろいろあると思いますが、それはともかくとして、提出義務の除外事由について、類型や属性だけで決めているというわけではないのか、むしろそれだけで決めるべきではないと、制度的にはそうなっていると理解しています。

これは、インカメラの手続がありますから、中身を全部見られるわけですね。ですから、インカメラの手続で裁判官は中身を見て、それでそれが外部非開示性が本当にあるのかと、それから不利益性があるのかということをしきりと調べた上で判断をしなければいけないという制度になっていると思うのです。そういう意味では、当然そういう手段があるということは、必要があると認めるときはという規定になっていますが、少なくとも建前としては中身を見てきちんと判断しなければいけないとなっていて、私の知る限りではそういう中身を見て判断をしている文書提出命令申立ての認容決定も却下決定もあると理解しております。ですから、この辺りは正に実務家の皆様から頂いたほうがいいのかとも思いますので、取りあえず最初にそう思いましたということをお願いしておきます。

○座長 ありがとうございます。今の点について、何か補足いただけることがありました

ら、お願いいたします。

○委員 今の委員のご発言で、そのように動いたほうがいいというようには思いますが、一方でそうでないという意見も聞きまして、やはり所持者から類型にあたるという主張があったときに、どうしてもそのほうに有利な仕組みになっているというような意見を聞きます。このことについて、4号の立証責任が変わった後どうなのかということはさておき、今の4号ニではやはり利益衡量はしにくい。外部非開示性の要件をクリアすると、あとはそれに引きずられて判断がなされるような仕組みのような気がしています。

今、委員がインカメラのことをおっしゃったのですが、委員がおっしゃったようにインカメラで必要性に応じて、これは委員がおっしゃいましたが、文書を1つ1つ中身についてチェックしていき、開示が不可なところは黒塗りにするという仕組みがとればよいのですが、自己利用文書という類型的な現在の仕組みではなかなか使いづらいというような意見も目にするところです。できれば、このタイプの文書は職業秘密のほうに入れられるものは入れていく方向がよろしいのではないかと、これはたびたび申し上げていますが、そういう意見です。

補足いたしますと、この後もう少し話題になると思うのですが、外部非開示性のある文書を1つの類型として特段とり上げることが形式としてよいのかどうかということが、やはりあるのだらうと思っています。大事にしなくてはいけない秘密の類型については、職業秘密のほうで手当するように何らかすればよいというのが、今のところの私の意見です。

○委員 ありがとうございます。まずお礼だけなのですが、ありがとうございました。今の委員のご意見でも、結論として自己利用文書は削ったほうがいいというお話は伺えるのですが、やはり委員がおっしゃったように、具体的にこう困っていて、これをなくせばこういうものが出てくるので、こういうものが立証に役に立つのですということがもう少し実務家の先生から具体的に教えていただければ、研究者としては議論がしやすいと。このままいくと、委員がおっしゃっていたように、立法事実がはっきりしませんねという話になってしまうと思いますので、その辺りの具体的な話をもう少し伺えればと、なお感じております。

○座長 ありがとうございます。先ほど、委員からは2つ例を挙げていただいたのですが、もっとあるとより良いというお話かと思います。

○委員 先ほど委員がおっしゃったように、あと三木先生の研究会でもそうだったと思うのですが、これまで個人と団体と両方含めて自己利用文書で保護されていたものを、プライバシー、あるいは職業の秘密として保護するだけにしたとしても、保護が必要な情報はある程度保護されるので問題はないのではないかという発想があったように思うのですが、実際に判例などで問題となることは少ないにしても、日記のようなものが本当にプライバシーの範疇で保護されるのか、そこから漏れてくるものが出てくるのではないかという懸念もあります。とくにこれまでの稟議書の例のように団体内部の意思決定の自由として保護されてきたものが、職業の秘密という定義に当てはめることができるのかとなると、必

ずしもそうではないのではないかと思います。このように漏れてきてしまうものが出てくるので、個人的には自己利用文書でこれまで保護されてきたもの、しかも保護に値すると思われていたものをプライバシー、職業の秘密の範疇でカバーし切れるかどうかは、少し疑問に感じています。

その一方で、貸出稟議書についての最初の判例である最判平成 11 年 11 月 12 日もそうであったと思うのですが、稟議書が証拠として出てこなくて、実際の本案訴訟で立証に困るというようなことがあったのであれば、今の枠組みのように自己利用文書を除外事由として残しつつ、立法論としては証拠の必要性などとの比較衡量を許容していく形で作っていくとことも考えられるのではないかと考えております。

これまでであれば、当該事件に特有な事情については不利益性要件の中で検討することはできたとしても、自己利用文書に当たると、原則としては一律に開示義務を免れることになっていましたし、営業秘密の類のものと団体内部の意思形成の自由と比較してみたときに、前者は比較衡量の結果は開示される可能性があって、後者は比較衡量の対象にならず絶対的に保護されるというのはバランスを欠くのではないかと思います。それなら比較衡量を認める形で、自己利用文書を除外事由として残していく方向性もあるのではないかと考えているところです。取りあえず以上です。

○委員 委員のおっしゃったことに関係しそうなこととして申し上げますと、内部の意思形成過程をおおよそ保護しないという形でドラスティックにやると、起こることは恐らく稟議書のようなものは紙でやっている限りは意思決定が出来次第シュレッダーにかけるといことで、清書されたディシジョンだけが文書化されて残るといことになっていくのではないかということです。それはそれで 1 つの姿だと思うのですが。こう変えると今まで出てこなかった稟議書が出てくることになって良さそうだ、と言ってしまうのは、少しナイーブな予測かという気がします。

一方で、デジタル化されたビジネスで考えると、テキストログのようなものは消そうと思ってもなかなか消えないということがあります。ただ、そうすると、それはもうありませんと言われたときに、いやいや、そんなはずはないと、ハードディスクでもサーバーでも検証させろという方向に今度は話が向いていく可能性もあって、そういう話にまで踏み込んでそういうことがどこまでできるかというようなことを考えていくと、どうしてもある程度の利益衡量というか、必要性との関係で、どこまで広く網をかけるかという問題が出てくることになろうかと思います。一方では、デジタルデータということになると、余計なものも含まれているとしても、重要なものも含まれている可能性があるのであれば、少なくとも 1 回はスクリーニングをさせろというような話になっていくとなると、そこで内部的意思形成過程に関する保護がなく、証拠として一定の必要性がある限りは全部出すのが原則ですという道具立てだけでは、少し対応し切れない可能性も出てくるのではないかと、少なくとも、必要なものが含まれている可能性はあるのかもしれないけれども、事案に応じてやりすぎにならない程度に探索範囲を止める何がしかの考え方、プロポーショナ

リティーのような考え方が、何らかの形では必要になってくるのではないかという気はします。

○座長 ありがとうございます。今の話は、ではアメリカではどうなっているのかという話でもあるのですかね。

○委員 そうですね、アメリカでは大量のデータを扱う、いわゆる e-discovery の時代になってきたからこそ、比較衡量というか、プロポーションリティー、比例原則のようなものがより一般的な考え方になってきたという面があるかと思います。やろうと思えばいくらでもできてしまうというところに、磁場というか問題意識が変わったという面があるのかと思います。

○委員 やはり、自己利用文書が除外事由に当たるという場合と、今言われた意思形成過程の自由の除外とでは、その範囲の差にかなりずれがあると思っています。一旦、自己利用文書については除外事由から外した場合、意思形成過程における自由というものが、開示によって害されることがいかにあるのかという点が、私としてはすごく疑問に思っているところです。確実に意思形成過程の自由を守ることが必要な場合もあるという気もするのですが、日弁連ではそういう点も含めて、自己利用文書については除外事由から外すことによって、意思形成過程の自由についても一切例外にしないという立場で意見書を出しています。もし、それについても除外事由として考えていくということであるとするならば、やはり必要性との比較衡量で判断していく以外にはないし、またそれで十分というか、その範囲に限るべきではないかと思います。そうでないと、立証責任の問題も出てくるのかもしれないのですが、自己利用文書を除外してしまうと、その一言で、すごく広範囲の文書が出てこない方向に針が振れてしまうような気がするので、そういうことも考慮すべきではないかと思っています。

○座長 ありがとうございます。少し前の委員のご発言や、今の委員のご発言というのは、少し前の話題に戻って言えば、やはりある程度類型的な判断がされているという認識ですよ。

○委員 はい。文書を出さないように頑張るほうの道具が大きすぎるというように思われること、それから、裁判所が委員がおっしゃったような対応を全部されているかということの疑問があること、この2つが、実務的には恐らく類型的な判断といわれる内容に結びつくのだらうと思います。

○座長 ありがとうございます。

○委員 何度も申し訳ありません。そういう意味で、委員の先ほどのお話というのは、ある種全件インカメラをするというのが1つの理想として表れていたような気がするのですが。一般的には、そういうことになっているのか、あるいは現在それが望ましいと考えられているのかというのは、ちょっとよく分からないという気もします。

見なかったことにすることへの信頼というのはあったとしても、見るべきでないものは見ないほうが望ましいという判断をしている方も、一定数はいらっしゃるのではないかと

いう気もしますので、見ないで判断できるなら見ないで判断できるほうが望ましいということがあると、どうしても一定の類型化というか、この種のものであればこういうことが書かれているであろうというような経験則で判断するのは、致し方ないようになるかと。そういう意味で、その辺りのどういうものを理想とするか、しているのかというのも、少しすり合わせというか、すれ違いがないかというのは、気を付ける必要があるかと思いました。

○委員 今の話ですが、やはり典型的に保護すべきものがあるかどうかということと、インカメラを使うべきかどうかというのは連動しているということで、あまり典型的に考えるのではなくて、正に当該文書に何が記載されているかに着目しようということになれば、当然インカメラということになるわけです。

先ほど来指摘のある比較衡量ということになりますと、これもどちらかといえば、やはり個別の文書を出すときに、どの程度具体的な不利益が生じるのかということとの関係での比較衡量ということに、恐らくなるのかと思われます。そうすると、インカメラに親和的ということになるのかという気がいたします。

他方、インカメラは先ほど委員が言われたように、手続としてある種透明性を欠くし、攻撃防御という観点からすると、どうしても難点があるということで、その運用は慎重にやるべきだという主張も根強くされてきたところだと思います。ですので、全件やればいいという話ではないということでもあると思います。それは、どの場面で使うにしても、その問題は付きまとうので、必要最小限ということとはどの場面で使うにしてもそうなのですが。しかし、それに先立って典型的に保護すべきものがあるのかどうかということが、まず問題なのかと思います。

現在は、やや保護しすぎなのではないかということのも分かるような気もするのですが、実際にそうなのかどうかは私自身はよく分からないといえれば分からないところで、難しいですね。

私の先ほどの発言で、少なくとも立証責任については考え直してもいいのではないかと申し上げたのですが、典型的であるにしても、この類型は本件文書が含まれるあるタイプの文書があって、その文書に含まれるがゆえに、それは保護されるべきだというときに、その擁護性を正にその類型のものが1つでも出されることになれば、こういう看過し難い利益が現に生ずるのであるという形で立証をしてもらおうということになると、そのハードルはそんなに低くもないのかという感じも、それは最終的には裁判所が判断することなので、どうか分からないと思うのですが。そこまで簡単ではないのかという気もしており、ですからそういう方向も1つにあるかという気もしています。

他方で、もうそのような典型的なものはやめて、個別的な比較衡量で内容も見て、具体的な記載内容で考えましょうという方向は、方向であり得ると。それは、もう自己利用文書のような典型的な規律というのはやめるという話になるのですが、そこまでいって大丈夫なのかというのが、私は若干心配な気がするということです。

○委員 ちょっと別の話ですがよろしいでしょうか。

○座長 お願いします。

○委員 自己利用文書を外して職業秘密、あるいは私生活上の秘密で保護するということに仮にしたときでも、後で出てきますが、秘密保持命令でカバーするということを考えています。相手方当事者、あるいは相手方代理人に対する開示で、しかもほかで使えない。内部文書性が仮にあるとしてもクリアできて外部非開示性の要件はなくてもよいのではないかと。そうすると、看過し難い不利益性はまた別の要件でいけそうな気がしますので、そういうことも弁護士会では話しています。

○委員 今の委員が心配だというのは、例えば金融機関などの稟議書が世の中の目にさらされてしまうということで、銀行の業務に差し障りが出るのではないかとのご心配だとすると、正に今委員もおっしゃいましたが、秘密保持命令制度と一緒に立法化することで、その心配はなくなると思いました。

○委員 そうかもしれないという気もするのですが、結局先ほど委員が言われた点に重なりますが、本当に個別にこれは出したらまずいだろうと、その事件の裁判官に認めてもらえない限りは出さなければいけないというものであるという前提になったときには、そういう文書は残さないといった対応を招くということが、巡り巡っていいことなのかどうかというようなことが、この自己利用文書との関係では問題になるということです。

やはり秘密保持命令というものがあるので、それであればそんなに気にしなくても、きちんとこれまでどおり文書は残しておきましょうということになるのであれば、それは有効なのかという気はします。そういう見通しを持てるのかどうかは、秘密保持命令制度がどの程度魅力的というか、有益だと、所持をする側で感じるかということに掛かっているのかと思われます。

今までいろいろな所でその種の議論をしてきた際には、秘密保持命令が入っても、あまり当てにならないというか。ただ、それは稟議書で当たり障りのないものを書いてあるものまで含めてということではないかもしれないので、そこにどういう見通しを持つかが1つ論点なのだと思います。

○座長 ありがとうございます。秘密保持命令を仮に作るとしても、実効性という問題は当然出てくるということかとは思いますが。

○委員 その点は、どう作り込むかにもよるのかもしれないのですが、作った法律に違反することを前提に議論するというのも、ややどうなのかという気もしております。通常の人、きちんと守るのではないのでしょうか。特に弁護士が付いているような案件で、弁護士が積極的に違反するとはとても思えないですが。

○座長 はい。

○委員 今の点、秘密保持命令が前提になるときは、比較衡量も開示の方向に行くというのは、あり得る話だと思います。判断が微妙なときには、秘密保持命令を出すということ、を利益衡量の要素の中に取り込むという使い方ができるように思います。

○座長 はい。比較衡量をする制度にし、かつ秘密保持命令を作った場合という話ですね。

○委員 比較衡量という方向も、1 つあり得るアプローチなのかと思うのですが。似たような話なのかもしれないのですが、もしかすると比較衡量という体裁ではなくて、何らかの除外事由の除外事由というか、一般的には自己利用文書は保護されるのだけれども、これこれこういう場合にはその限りでないという証拠の必要性が特に高くとか、何かそういったことになるのかもしれませんが、もしかしたら何かそういう例外が作れないかというアプローチもあり得るのかという感じもいたします。

○委員 今、委員が言われたのは、比較衡量の要素のようなものを明文化するというような感じですか。

○委員 比較衡量というものを、どういう形で表現するかというのがよく分からないところはあるのですが、比較衡量の要素を特定して、これらの要素を考慮して相当と認める場合というような形にしてしまうと、かなり裁量の幅が大きくなると。実際の家事事件等では、そういうものはいくらでもあるわけなのですが、文書提出義務との関係でそれが最も適切なかどうかということが、1 つはあるかもしれないという気もしています。一応、ルール of the 体裁を取るということもあるかということですが。

○委員 広げた上で狭めるような形ですか。

○委員 広いのは広いけれども、穴を開ける所を作ることですかね。うまくそれが切り出せるかどうかということはあるのですが。

○委員 一応原則にしてそういうものを入れるかということなのですが、現在の自己利用文書のようなものを保護しておいて、特に必要があるときみたいなものを、もう少し具体的に書いて穴を開けるか、廃止した上で意思形成過程に影響があるなどのことによって、不相当に過大な負担があるときみたいな形で、逆側の例外を書くか。考えようはあると思うのですが、書いたものをうまく運用できるかどうかはまた別かもしれません。

○委員 それは、何か立証責任の問題にも大きく絡んできそうですね。

○座長 そうですね。現状でも自己利用文書には、特段の事情というのは、もともと付いてはいるのですが。

そのほか、いかがですか。よろしければ、一旦休憩を入れます。

(休憩)

○座長 それでは皆様お戻りかと思しますので、再開したいと思います。続きまして、既に話題に出ておりますが、第1の2、資料10ページ以下ですが、文書提出命令の除外事由の立証責任、証明責任の箇所に入っていきたいと思えます。それでは、この箇所についてご説明をお願いいたします。

○法務省 ご説明いたします。第1の文書提出命令の除外事由のうち、「2 文書提出義務が争われる場合の立証責任」については、これまで本研究会においてご指摘いただきました文書提出義務に関する立証責任について取り上げるものです。

資料の10ページの「1 従前の議論等」は、本研究会において、この点に関してご指摘

いただいた意見等について簡単に記載しております。もっともこの論点につきましては、これまで本研究会の主なテーマとしては必ずしも取り上げてこなかったことでもありますので、資料の10ページ以下の「2 若干の検討」では、この論点に関する基本的な考え方、議論等を整理して記載するにとどめております。

現時点で、見直しについてどのような方向性があるのかということまで提示できておりませんが、この記載を踏まえたご議論をお願いしたいと思います。資料の説明は以上になります。

○座長 ありがとうございます。既に若干のご御意見は頂いているところですが、引き続き、今の部分についてご意見、ご議論を頂ければと思います。

○委員 この点は実務上も文書の内容をちゃんと分かっている当事者側に除外事由の存在の立証を求めるという運用が、実際はなされていると思っておりまして、そのことを明文化するというのが、より望ましい運用になるのではないかと考えております。

○委員 質問にもなっていないかもしれませんが、事実上は、主として立証をどちらにお願いするかという問題はあるし、それが条文の規定ぶりに左右されているということはあると思います。ただ、そもそもこの種の話に厳密な意味での証明責任を観念しているのかというのが、ちょっとよく分からないところがあります。厳密にこういうものについてノンリケットがあり得て、そして、そういう場合にどうするという構造を前提にして実務が動いているのかということについて確信がなく、証明責任を動かすような改正がいいかどうかというような問いの立て方をすること自体がいいのかどうかということが、そもそもはっきりしないかなという気がしたのですが。いかがでしょうか。

○座長 厳密な意味でのノンリケットがあり得るかみたいなことは、実務をしておられる際にお考えではないのではないかと思います。むしろ、理論の問題かもしれませんが、どうですかね。

○委員 基本的には規範的要件とかの話になっているのではないかと思います。外部非開示性を基礎付ける事実とか、その看過しがたい不利益の発生のおそれを基礎付ける事実とか、そういったものについて一応それを、これは実体法の要件ではないですが、ある意味主要事実のように考えて、それについては一応ノンリケットとなる必要はないというふうに考えるのか、あるいは一般条項についてはいろいろ議論がありますよね。山本和彦先生とか、様々な事情の証明度に応じて総合衡量の対象にすればよいのではないかとか、いろいろあるので、その辺りの議論に関わってくるのではないかとはい思うのですが。それにもよるのだと思いますけれども。その外部非開示性という評価を根拠付ける事実とか、不利益性を根拠付ける事実とか、そういう形で一応考えて、立証責任を観念するということはあるのではないですか。

○委員 立証責任に類するものが何かしらはあるとは、私も何となくは思っているのですが、他方で、今おっしゃられた評価を根拠づけるような情報というのを、当事者が提出しないといけない、あるいは提出したものに限ることになっているのかどうかとか、そうい

うことも考えていくと、必ずしも当然にそういう扱いをされているのだろうか、という気もしなくもありません。文書を提出させることによる弊害というものも、別に当事者がこういう弊害があるという主張をしたものだけが参照されるというものでもないような気がします。そうだとすると結局分からなかったらどうするのかというときの基準というかやり方はもちろんあるのかなという気はするのですが、一般的な立証責任についてと同じ頭の動かし方で、この問題を扱ってしまっているのかなというのは、ちょっと、こういう選択肢が、あるいは資料の書き方なんかでも、立証責任がどうだからこれを逆転させるのがいいのではないかというようなことを、別に言わなくても、もう少しソフトに議論できるような気もするのですが。中身として反対とか、賛成とかということではないのですが、何かアイデアの幅を狭めていないか、という気がするのですが。

○委員 ソフトに何を議論するのですか。

○委員 例えば今現在も、必ずしも厳密に立証責任から申立て側にあるという話と理解する必要もないのかなという気もしてしまっていて、そのことを明確にするというだけなら、何か立証責任に関する何かを変えるのだという、問いの立て方になっていなくてもいいのかなという気がするということもあります。また逆に、本当に立証責任を変えるという提案をするのだとしたら非常にインパクトが大きいと思いますが、本当にインパクトの大きい言い方をしないと説明できないことをやろうとしているのかということのを少し考える余地はあるのではないかと、もしそういう説明が可能なら、そういうスタンスで考えていく方が合意形成につながりやすいのではないかと、といったようなことでしょうか。

○法務省 そういう意味では、先ほど委員がおっしゃっていたみたいに、申立人側ではなく、除外事由を主張する側がこれをちゃんとと言わないといけないのですよということを条文上明確にするということに、どのぐらいの意味があるかというような問題の立て方をさせていただいて、やはり、そのほうがより必要な文書が出やすくなるという方向なのであれば、そういう規律を目指すということはあると思います。

○委員 こういうことを議論すること自体は健全なことだと思っているのですが、何かこれは立証責任の問題なのかと言うと、どうなのだろうという気はどうしてもします。

○委員 立証責任のような話ではあると思って、資料も読んでましたし、これまでの会の議論にも臨んでいたわけですが、委員がおっしゃることというのは、なるほどと思うところもあって、厳密な意味で条文の定め方から、本案の問題とか主要事実の立証責任の問題と同様に考えると正面から言うと、何となくちょっと違う感じがするなと思うところもあります。

そうすると、端的には、条文をどう変えるかという話をする事になって、今の文言だと、4号が、次に掲げるもののいずれにも該当しないときという、そういう条文になっているので、立証責任めいたものが申立人のほうにあるという考え方だろうと思うのですが、ではどういうふうに変えるのかという話に端的にしまって、そうすると、今まで立証責任になぞらえていたものが、実際に所持者の方に動くのか、そういう効果を持つのかと

いう議論になると思います。

そうすると、1号、2号、3号というのが意味があるのかという話がこの資料の中でも出てきますが、それとの関係が問題にはなりますが、「次に掲げる場合を除き、文書の所有者は申立てがあった文書の提出を拒絶することはできない」というような条文にしまして、イロハニホにあるようなものが除外事由として出てきて、さらに、原則型として1、2、3号にあるようなものが出さなければいけないものの例示みたいなもので出てくるのかなとかという気もします。そういう条文にすることについてどう考えるかという議論をしたほうがよい、委員のお話を伺っていると、そういう気もしたのです。

○委員 日弁連が提言している条文案を改めてご紹介させていただきますと、従来の4号の所を、「前項の場合のほか、文書の所持者は、文書が次に掲げるもののいずれかに該当する場合を除き、その提出を拒むことができない」という文言を提案しているのです。

○委員 途中から参加したので、議論を理解できているかどうか分かりませんが、先ほど委員がおっしゃられたことは私も賛成で、結局、平成8年に220条を作ったときの、この条文の組み立て方が様々な問題を引き起こしている元凶だろうということは確かだと思うのです。1号から3号までは、積極的にこういうことに該当する場合は提出義務があると定めています。それを維持した上で、いわば旅館の本館を維持したままその上に新館を載せるような条文のつくり方をしてしまっているために、全体として1号から3号までの文書と4号文書との関係性というのがうまく説明できなくなっているところがあるので、今回の検討をきっかけに、この条文の全体像を組み換えるというのはあり得る考え方だろうなと思っています。

今問題となっている証明責任との関係ですが、確かに条文からすると、いずれにも該当しないときとなっていますので、自己利用文書だということが相手方から主張されてきたら、いやそうではなくて、例えば実質的不利益性が全く認められないということを申立人のほうが、あたかも論証しなければいけないような形になっています。しかし、普通に考えたときに、例えば不利益性が生じないというような「ないことの」論証を積極的に求めるということ自体が、証明責任の一般原則から見て非常に異例な考え方だろうと思いますし、最高裁の決定（最決平成11・11・12）も、開示によって所持者の側に「看過し難い不利益が生じるおそれがあると認められる場合には、特段の事由がない限り、自己利用文書に当たると介すのが相当である」という言い方をしているのですが、これと、この条文から考えられる証明責任の分配とが本当に整合しているのかどうかがよくわかりません。言い換えれば、自己利用文書該当性は当事者双方がそれぞれに有利な事情を出し合ってそれを総合考慮することで決せられる評価概念ではないかと思うのですが。。その意味でも、220条全体の条文の組み立て方を見直すということをそろそろやってもいいのかなと思っています。

○委員 ご質問というか、どなたに向けてか分かりませんが、裁判所が除外事由の判断において利益衡量をする際、証拠の必要性をその判断要素に含めて行う場合、ここで言う

立証責任のような議論というのは、どういうふうな流れになっていきそうでしょうか。

○座長 利益衡量するという場合に。

○委員 申立人の側に有利な事実はどう位置付けられるのか。

○座長 利益衡量ということになると、正に何というか、総合衡量型の要件のような話に近いのですかね。

○委員 181 条の証拠の必要性と、221 条の文書提出命令の必要性と、職業の秘密のときの比較衡量の要素となる必要性とがあると思います。自己利用文書の話プロパーとは別に、利益衡量の手法についても一度考えなくてはいけないのではないかという、そういう質問でございます。

○座長 ありがとうございます。そのほか、いかがですか。

○委員 極端に言えば、どちらが原則か例外か分からないけど、相当と認めるときでなければ拒否できないか、相当と認めるときでなければ提出を求めることはできないと書いて、相当かどうかについては、その衡量要素の話は例示みたいなものをたくさん書くみたいな考え方というか、発想もあり得るような気がしたのですが。衡量要素を書くという。

○委員 その前にというか、それをして良いのであれば、もう少し議論自体広がっていくような気がいたします。情報公開法にたくさん除外事由の例示があると思うのですが、あのようなタイプの規定振りが民訴法ができるのであれば、もう少し自由な発想になると思うのですが。

○座長 そういう発想はあるかもしれないけどという。

○委員 衡量要素を書くということも 1 つの立法技術なのかなということを感じておりまして、委員のご発言に対しての感想です。

○座長 今、おっしゃったのは、そういう 1 条だけを置くという可能性でしょうか。

○委員 可能性というか、1 つの極論はそういうものになり、そういうことがあっても全くおかしいということではないのかなと。具体的にそうしたほうが良いという意味では必ずしもありません。

○座長 理論上は、あり得るかもしれないですね。その場合は、証言拒絶権もそうするのですかね。

○委員 理論上という意味では、証言拒絶権や文書提出拒絶権が、実体権という言い方が良いか分かりませんが、直接的な意味での人の権利義務を書いているということなのか、呼び方が難しいですが、それとは異なる話をしているのかの仕分けみたいなものが本当はあるのだと思いますが。

○座長 公法上の義務と言っていますよね。

○委員 拒絶権は刑罰に。

○座長 証言拒絶には、一応刑罰あるのか。理論上はあったような気がしますね。

○委員 文書提出義務違反には刑罰は今ない。

○座長 そのほかよろしいですか。

○委員 委員がおっしゃったのは、結局、細かな除外事由を書かずに、特許法みたいにしてしまうということですか。

○委員 そういうことも考えられそうだけれども、どこかに限界があるのだろうか、あるとしたらどういうものかというようなことを、頭の中で考えているのがそのまま漏れているだけなのですか。

○委員 そのような方法も考えられなくはないであろうという感じで伺っていたのですが、その一方で、特許法が正当な理由とのみ規定している文書提出義務の除外事由については、実際には本案と比較衡量して判断することになっているので、きめ細かさという点では、今の民事訴訟法の規定の仕方を維持するほうがいいと思いますが、方向性として特許法のように規律することも全く難しいというわけではないとも思います。

○座長 今回、そうするというのはあまり現実的には考えにくいという感じもしますが。そのほかよろしいですか、この辺りは。

○委員 文書提出命令の対象となる文書に、第三者の秘密が含まれている場合については、別途検討が必要かどうかという問題提起だけで終わっているのですが、これについてもご意見をお伺いしたいと思います。

なぜなら、例えば、第三者委員会的なものにおける調査報告書や、その前段階で提出されるいろいろなヒアリングや内部メモとか、そういったものが対象となった場合には問題になってくるのではないかと思ったからです。第三者の秘密がそこに書かれているかどうかということは、文書の所持者にしか分からないので、立証責任は、文書所持者のほうにないと、誰もその点を問題にしてくれないという話になってしまうのではないかという気がしています。文書所持者のほうで責任を負うことでいいのかもしれないのですが、その辺を含めて、私自身も整理ができていないので、ご意見を伺えたらと思います。

○座長 ご趣旨としては、第三者に関してもいろいろなことが書かれているような文書についての立証責任の話でしょうか。

○委員 それとも関連してということです。翻って考えてみると、除外事由に当てはまるかどうかということにも関連しているかもしれません。

私がイメージしていたのは、学校でのいじめ問題等の調査です。会社でハラスメントがあったら、調査対象となる相手も大人なのだから、ちゃんと判断して調査に応じているから、その回答内容が表に出てしまったとしても構わないと一応言えそうですが、学校のいじめ問題では、早期実態把握が現場では求められているので、調査対象者が子どもの場合、親権者がいない所でも事情聴取をできてしまっており、どの子がどういうことを言ったのかということが、メモとして記録されていることも少なくないため、そういった資料の提出を求められたときに、子どもだからこそ、深く考えることもなく口に出してしまったことまで、表に出てしまうということになると、どうなのかなというイメージがあり気になっています。

例えば、損害賠償請求を受けた加害者側の親Aにしてみれば、訴訟の中で、うちの子が

そんな加害行為をしたということを一体誰が目撃し、そのように言っているのか、といったことは当然聞いて確認したいわけです。そうすると、実際の報告書には、匿名性を持って書かれている場合が多いと思いますが、それでは困る、誰が言ったのか聞きたいみたいな要望が出てきたときに、どうなのかなということです。実際、そういうケースが事案としてあるのか私には分からないのですが、問題になってくるのではないのかなという気はしています。

○座長 どうなのですかね。

○委員 冒頭に委員が言われた問題があるのですよね。基本的には、文書を所持している人が、ある種その文書の処分権みたいなものが第一次的に持っていて、これを出しちゃうと言ったら、それは出てくるわけなのですよ。ということ、まずどういうふうを考えるのかということがあって、他方、当然ながら、そこに書かれている第三者の真意や内容とかを出すのはまずいのではないかと、いうふうに所持者は考えて、それはその第三者の不利益になるという理由で、拒絶しようとするということはある程度、そのときに、その点の攻撃防御ということで、審理になって、もっぱら所持者に委ねておけばよいのか、それとも、問題となっている第三者に手続関与権というか、手続に関与をさせる必要はあるのかどうかというのが問題ということになってくるのですよね。

何か文書提出命令手続において補助参加の規定が、適用があるのかとか、そういったこととも関わってくるのかなと思うのですが、提出されることに利害が出る人が、自分でこう関わりたいと思ったときに、何らかその道があるのかなのかという話と、その人は必ずしも積極的に思っていないときに、何らか巻き込んでいくということが、一定の場合には必要なのかどうかとか、そういう。

○座長 というような手続問題とともに、実質としても、今のような例が自己利用文書みたいなものなのか、職業の秘密みたいなものなのか、というような問題もあるのでしょうか。

○委員 そうですね。さらに、すごく特殊な不利益という意味で言いますと、例えば、子どもの福祉のようなものもあるのかなという気もします。そういう不利益も、事案によっては出てくるのかもしれませんが。そうだとすると、先ほどから言われている「漏れのないように」ということをイメージしておく必要はないのかといったことが、私としては気になりました。

○座長 具体的な場合によるのでしょうか、場合によっては守秘義務を伴って聞き取っているというような気もするのですけれど、どうなのですかね。外でしゃべりますよと言って聞き取りはしないのでしょうか。

○委員 先ほど言っていた絶対に外部には出しませんからと。

○座長 と言うのでしょうか。

○委員 そう言って聞き取っていただければいいのですけれど、そこまではやっていないと思うのですよね。

○座長 そこまではやっていないかもしれないということですか。

○委員 今の場合は、契約上の守秘義務でどうなるのでしょうか。

弁護士がやっているのではなくて、法人が学校の教員、教育委員会の人などから聞き取り調査をしていて、外に出さないよと言っていると。守秘義務の所だけでは縛れないということにならないか。

○委員 現行法が前提とする状況というのは、出さない前提で話を聞いたということで、取りあえず、非開示性の所は通過をして、看過し難い不利益というのが、今後調査が全然できなくなるじゃないかみたいところで、認められるかどうかという話になるのではないかと思います。それを実体的に除外事由を取り払ったときにどうなるかという問題と、取り払わないにしても、括弧付きの立証責任が所持者の側に移ったときに、これまでだったら、これは自己利用文書ですから言えば、差し当たり向こうが強い反論をしてこなければ、出さずに済んでいたものが、なぜそれを出してはいけないのかということをしちゃんと説明する責任を負うことになりそうで、それをきちんとやってくれるという保証はあるのかどうかという問題かだと思います。確かに問題だと思いますが、調査嘱託とか他の場面でもある問題ではあるようにも思います。

○委員 鍵括弧付きの立証責任をどうするかという問題が、先ほど弁護士の先生から言われているように、従来の取扱いを反映するということなのか。何か実質を大きく変えるということなのかということも必ずしも理解は統一されていないような感じもします。そこにも関わるのかなと思うのですが、従来と同じだということであれば、従来で言っていたのを前提として、自己利用文書に当たるとか、当たらないとかという判断はするべきではないかということだとは思いますが。ただ、先ほどの子どもの福祉みたいな問題が関わってきますと、これは私的自治に委ねておけばいいみたいな話でもない。正に子の利益を公権的に配慮してあげなければいけないという側面が出てくるので、更に一段階、第三者一般の利益の問題にプラスして、難しい問題をはらんでくるような感じがしますけど。

○座長 ありがとうございます。よろしければ、先に進みたいと思います。資料 12 ページ以下の文書の特定のための手続に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 ご説明します。「第 2 文書の特定のための手続」、12 ページ以下ですが、こちらではこれまでこの研究会においてご議論を頂きました民訴法第 222 条の定める文書の特定のための手続の規律を改めることの要否及びその内容について、取り上げています。

この論点に関しましては、本研究会の第 21 回会議において、かなりご議論いただいたところであり、資料の 12 ページ以下の「1 従前の議論等」では、そこでいただいたご意見等を中心に整理をさせていただいています。そして、そのご意見等を踏まえ、資料の 13 ページ以下の「2 若干の検討」において、文書特定手続の要件及び効果に関する規律について、これを改めることの要否等を検討することについて取り上げています。資料の説明は以上です。

○座長 ありがとうございます。それでは、この第2の文書の特定のための手続について、ご議論を頂ければと思います。

○委員 すみません、どなたも発言されないの、何か言わなくてはいけないかなと思ったのですが、結局これも前から申し上げていることでもありますし、いろいろと議論がされていることでもあるのですが、この特定の手続で今どういうふうに困っているから、何かこれを変えればいいことがあるのかというのが、先ほどの最初の話などにも関係するのですが、よく分からないというところがどうしてもあります。文書提出義務の範囲に入るかどうかの判断の対象ですし、改正するための立法事実がよく分からないなというところがあります。今でも実際、そこそこの特定らしきもので、あとは義務の判断にいくのではないのでしょうか。前と同じような質問に結局なっているのかもしれませんが、やはり立法事実について、もう少し何か教えていただければというところがあります。ですから、感想と質問のようなものです。

○座長 ありがとうございます。ご質問でもあったかと思いますが、何かありますでしょうか。ここはなかなか難しい感じもしますが。

○委員 その当時と情報が増えていませんが、この14ページに書かれているとおりと認識しています。概括的な特定で発令されているのも事実であって、委員がおっしゃるのはこれでよろしいではないかということなのかもしれませんが、そうでない裁判官の場合には発令されないわけです。全ての裁判官がやっていただけるのであれば別ですが、そうでないようにも思いますので、できればこの概括的な特定で最終的に命令が出るというところまで、きっちりと制度化されていたほうがよろしいのではないかと考えています。立法事実として、それでよろしいと個人的には思います。

○委員 今でも一応、識別することができる事項を明らかにすれば足りるという条文もあって、それ以上にどこまでの条文にすればいいのかなというのも含めて、立法事実との関係で具体的に分かればと思ったということで、お答えについてはお礼を申し上げます。

○委員 概括的な特定で概括的に文書提出命令が出るというときには、その場合には提出されるのでしょうか。

○委員 実際に出ているのですか。

○委員 出てますね。

○委員 確かなことは言えませんが、出ているのではないのでしょうか。

○委員 命令すれば出てきそうなケースで、提出命令を出しているから出てくるといような話と、どうせ出さないとは思いますが、これはもう224条や225条を適用するための前提として、とりあえず出すのだという話は、またちょっとニュアンスが違うような気がしました。結局、提出命令がされれば出てくるといような事案というのは、結局、何か関係者の頭の中で実際にはかなりの程度の特定制がされているということなのかなという気もしまして、概括性とか、抽象度というものも、そういうレベルのもののときにそういう運用がされているということなのではないでしょうか。

○委員 直接のお答えになっておらず、かつこの分野の話ではないのですが、早期開示命令と当事者照会で、当事者の間での協議の話がありました。文書の保存ポリシーの話も以前あったかと思います。今日も書かれています、やはりそういった協議をして、なるべく共通認識を持った上で、その上で裁判官の判断があるというのはあり得るべき姿だと思っています。文書特定手続が証拠提出という後ろのほうに法制化されている以上、難しいのかもしれませんが、ここでも、前の段階と同じように協議を行っていくというのは、日弁連の意見の連続的な話だと思っています。

○委員 よろしいでしょうか。既に申し上げていることの繰り返しみたいで、あまり新たに付け加えることはないのですが、私自身は効果に関してはこの資料の 14 ページの中ほどに書かれているような方法で、その答えてくれないという場合であっても、識別可能だという範囲で文書提出命令を発することはできるということを、明文で明確に書くということは十分に考えられるかなと思います。なくてもある程度、解決されているということはもちろんあるのかもしれないのですが、そうであれば、なおさらそれは明確化してもよろしいのではないかと思います。そのようなことが明確化されることによって、実際にはこの特定を求めるやり取りの中で、所持者の側で適宜、情報を出して、あまり困らない範囲できちんと特定がされるということ、そういったプロセスを促進するということも、より期待できるという面もあるのかなと思いますので、これはあり得る提案ではないかと思っています。以上です。

○委員 すみません、今、委員のお考えは、特定はしていないけれども、概括的なものでも、特定はしていないけれども、制裁としてその概括的なものを出すように命じればいいではないかというお話だと思います。それを正面から認めるというのは、1 つの立法論としてあるように思うのですが、そうするとほとんどもう最初から概括的なものでもいいと言っているような感じもして、そもそも今、221 条があって、文書を識別する事項を特定しなくてはいけないとなっていることとの整合性を取る理屈が必要になって、それは所持者が明らかにしなかったことへの制裁だという理屈で、これは制裁によって特定が不要になったという理屈である、現在の資料もそうになっていますが、そういう理屈だと理解してよろしいですか。これは委員への質問です。

○委員 制裁という位置付けもできるかなというふうには思います。ただまあ、何なのですかね。本来、より特定されていたほうが文書所持者の側の負担というのは軽いわけです。ですから、それが可能な場合にはそれをさせるということで、しかしそれが著しく困難であるという事情があって、ただ一応、識別可能のところまでは特定がされているというときに、一旦、その所持者の側により特定する、より特定が可能なようにするという機会を与えた上で、その機会を活用しない所持者については、その活用しないという事情をも考慮した上で、より広い範囲での文書提出義務を課すということも、正当化できる場合があるのではないかと。こういう基本的には発想です。

○委員 分かりました。ありがとうございます。それを前提にもう少し考えてみたいと思

います。

○委員 今、委員が想定されている識別可能というのは、誰にとって識別可能なのですか。

○委員 所持者。

○委員 所持者にとって識別可能であると裁判所が判断するという。

○委員 裁判所が判断すると。

○委員 こういうことを強く言っていくと、そういう文書は当然あるはずだろうというようなものについて、識別できません、何かよく分かりませんみたいなことを言っていたら、そのまま文書提出命令が出て、本当はそういう文書がなかったとしても、224 条で、あったものとして扱われる可能性があるというような世界に、少しずつ近付いていくような節があるのではないかという気がします。そんな文書はないというふうに明確に答えたら、特定への協力をしないということに対する制裁として提出命令をして、出さなかったら 224 条だということにはならないけれども、特定には協力できませんというスタンスだとそういうことにもなり得るというようなことになりうるのだとすると、協力の程度みたいなものと、その制裁、サンクションのバランスをどう見るかという問題も出てくるのではないのでしょうか。ないと言っている場合も特定に協力しないのとあまり変わらないじゃないかという考え方がありうるのとすると、究極的には、ない文書があるということにしてしまうというようなことにつながっていくのではないか。もちろん、現時点で 224 条をそこまで強く読むことは一般的ではないと思いますが。

○委員 所持者が、その識別可能な範囲に該当する文書はないと主張しているという前提ですか。あるかないかは一応、理論的には別問題なのではないかと思いますが、そういう文書はないと言っているときに、しかし、あるというふうな心証形成がされて、あるのになんと言っているだけだろうと思われれば、それは発令されるでしょうし、それは特定がどの程度であっても同じような問題はあるのではないかと思います。確かに広ければ、よりある可能性が高まるという関係はもしかするとあるのかもしれませんが、しかし、ないものはないですね。それはないだろうなということになれば、それは発令もそもそもされないだろうし。

○委員 そうなのですが、識別できるだろうという、その判断で提出命令が出て、しかしそれでは識別できませんでした。あるいはその命令されたほうの識別の基準からいったら、これしかありませんでしたというときに、どうなっていくのかというようなことは、ちょっと気になります。

○委員 ですから、一律に発令しなければならないという規律は難しいと思いますが、これは事案解明義務に対する制裁のようなことと少し似た話なのではないかと思いますが、申立人のほうは一定の手掛かりというか、特定をある程度までやっていて、その相手方所持者のわけですから、持っているのであればより特定が可能である。ただ、その識別が不可能だったなどということを言っている場合に、その主張がどの程度、説得力があるかというようなことを勘案して、それはないということであれば、発令することはできる。

そういう話になってくるかと思います。現在、ある程度、概括的でも発令されていることがあるというの、結局は発令しても無理がないような場合というのは実際にあるので、そういう判断がされて、厳密に言えば特定が十分かというところが疑問があるけれども、より緩やか特定で発令されているということになるのではないですかね。

○委員 何と言うのでしょうか。委員は、何だかんだ特定は客観的に見れば識別もできるし、特定もできるというタイプの事案を念頭に置いていらっしゃるような気がしているのですが、そもそもその識別可能かどうかみたいなことについて、争いが起きるなどということ考えたときに、どこまでのことを認めることになるのかということが、ちょっと明らかではないところがあり、もしかすると、やろうと思えばかなり強いことができるようなことを言っているような気もしております。それはそれで1つの考え方だとは思いますが、究極は、あるかどうかにかかわらず、特定してしまえば、特定というか識別可能な基準を立ててしまえば、ないはずないだろうとして発令でき、サンクションも課せる。でも、ないはずないだろうという心証で出せるというのは、現在でもそうだとすることなのですかね。

○座長 あるという心証が必要なのでしょうかね。

○委員 ないはずはないだろうという意味での、ないと言っているもあるという心証があれば、そう言われれば、そういうことなのかもしれないとも思いましたので、ちょっと考えてみたいと思います。

○座長 概括的でいいと言ってしまうと、ちょっとエラーが生じやすくなるということですかね。

○委員 すみません、文書があるかないかの話ではないのですが、先ほども少し話があったかもしれないのですが、この議論は、発令できるかどうかという問題の前に、当然、文書提出義務があるかどうかを裁判所が判断するわけですから、特定というのは文書提出義務を判断するための土俵に乗せるための要件ですよ。ですから、ある文書について、文書提出義務の判断を裁判所がするときに、概括的な内容の特定というか表示でも、文書提出義務があるかどうかは判断できるようにしますという、そういう形での制裁であればそういう制裁になるということで、一応、特定がされたことを前提に、あるいは特定と同視できるものであることを前提に、その特定ないし特定と同視できる文書について、文書提出義務があるかどうかを223条で判断するという手続だと思うのです。ですから、資料として、発令できるようにすると一足飛びに書いてしまうと、ちょっと不正確な感じがします。ここでは、発令をするかどうかの判断ができるかどうかの話をすべきなのではないかと思ったのですが、どうでしょうか。

○委員 それは中身としては、そういうことではないでしょうか。義務がなくても発令はできるという規律を作るという話ではないと思います。

○委員 そうですよ。ですから、その場合に特定の目的の手続として、そういう判断ができるという場をある程度概括的なものでも、制裁として設けるという話であるという整

理をすべきだと。そういう概括的なものでも、特定できる、特定されたものとみなして、文提義務が判断できるという法律の立付けにしていいかどうかを考えなくてはならないという気がします。それを直ちに否定する趣旨で言っているわけではないのですが、問題の所在としてはそういうことかなと思ったのです。

○座長 ありがとうございます。先ほどの話とも恐らく関係があって、除外事由を所持者が言わなくてはならないみたいなことと言えば、概括的でも提出義務は判断しやすくなるのでしょうか。

○委員 よろしいでしょうか。今、委員が言われたように、その文書提出義務の判断のあり方と併せて考えるということは、必要だというふうに思います。

簡単なのは、その概括的というか、識別可能な範囲に含まれているものは、全て提出義務があると判断できる場合と、全て提出義務がないと判断できる場合ですよね。問題は、そのうち一部については提出義務があるけれども、一部については提出義務がないかもしれないというようなことが、概括的であるとあり得るということになっていると思いますので、そういう場合があり得るのか、あり得るとすると、その場合についてどう考えるのかというようなことは整理が必要なのかなという気がします。

あと、制裁かどうかということころは、あまりよく考えてなかったのですが、審理の現状に基づく判決のような規律は全然違うのですが、あれも何か裁判に熟したことになるのか、それとも制裁で熟してないけれども、やってしまうという話なのかということ、いろいろ議論が錯綜しているところがあって、なかなかどっちとも割り切れないところがあるという、そういうことにこちらもしやるとすれば、何か似たような割り切れなさを抱えることにはなるのかなという感じも、これは単なる感想なのですが。

○座長 ありがとうございます。現行法が既に、これこれのことを明らかにすることを求めることができるとなっているのですが、先ほどの話で概括的でも発令できるということ、では発令しなくてもいいという場合もあることになるのか。そうすると、では、何が発令する場合としない場合を分けるのかというようなことも、気にはなりますが。

○委員 よろしいでしょうか。今のはご指摘のとおりで、そこは問題なのですが、私自身は常にすることではなくて、しなくてもよいということで、その要件というか、何を考慮して、それを分けるのかということは検討すべき課題だと思いますが、特定がどの程度、さらに特定することは所持者の側において、どの程度容易なのかということは、まず1つあるかだと思います。ほかにもあるかもしれません。

○委員 蒸し返してしまうとよくないと思いますが、あることの括弧付きの立証責任は申立側に必ずあるということは、動かないということなのではないでしょうか。これは。

○座長 誰が答えるところか分かりませんが。

○委員 制裁ということが、あり得るという話になると、それすら前提なのかどうか、ちょっと分からないと言えば分からないと言いますか。

○委員 それはそうなのですが。

○委員 「ない」と答えてしまうのが一番強力な防御になる、ということにならないかということをし少し心配していて、特定も何もそんなもの何もありませんというふうに言うと、まずあるということを示さなくてはいけないという世界になるけれども、何となくある一定程度協力をすると、最終的に制裁的な意味を含んだ概括的な提出命令が出かねないということにならないか。もちろんないと言っても信じてもらえない場合はあるだろうということなのですが、そこは立証責任が動かないのだとすると、あることの証明は何らかの形でできなくてはならない。

○委員 それはそうですね。

○委員 ただ制裁という立付けだったら、別にあるはずだけれども、存在しないものを出せと言って、出せなかったらサンクションを課すということは、論理的にはありうる立付けだと思います。

○委員 それこそ、しかし何か。

○委員 流石にそれは強すぎるのではないかという気はするのですが、他方で、一番悪い人は、一言「何もありません」とだけ言うのではないかという気もしなくもないので。

○委員 ここでいう制裁というのは、文書の特定の部分までの制裁であって、文書提出命令の話は先ほど委員がおっしゃったように、次の話だとすると、そこで不存在がどうかいうのも文書の特定とは異なる、区切りの先の話なののでしょうか。

○委員 提出義務があるかという問題は改めて出てきて、そのときに、存在するということがどういう意味でどの程度必要と考えるか、考えられているかということは、何をもって特定といえるかとは別に問題になるのだと思います。

○委員 文書特定の手続は前段の話なので、仮に存在すれば、特定はこの程度でいいよという部分までだとして、除外事由の有無や文書の存在、必要性の有無は後段の文書提出命令手続そのものの問題で、そこに区切りがあるということは考えられないですか。

○委員 いろいろ考えられると思いますが、そもそも比例原則みたいなことからいったときに、中途半端に協力すると一番まずいことになるみたいにならないかという不安をちょっと感じたというだけで、結果的にすごくおかしい、と言いたいわけではないのですが。

○委員 カテゴリーをもって概括的な特定をしました。そして、そのカテゴリーには1つの文書しか実際にはないといったときには、文書提出命令があればそれを出せば尽きるのではないのでしょうか。

○委員 それは当然そうですね。

○委員 それで言うと、極端に100か0かではないような気はします。ないものはないので1つしかありませんよという回答の選択肢も出てくる。

○委員 全部出したと信じてもらえるかどうかという問題も。

○委員 それは後段の文書提出命令の問題、つまり先ほどの文書の存在の立証の責任の問題で。

○委員 明らかにほかにもあるはずなのに、1通しか出てこないというときに、あるとい

うふうな心証が形成できるのであれば、あるものについて提出命令が発せられたのに、提出を拒絶したということで、その制裁の話に入っていくということにはなると思います。前提として、やはり、あるということは認められないと、ないのに出せとは言えないのではないか。

○委員 ないものを出せとは言えないという前提が、制裁という考え方が早期に入ってくると、制裁だけ課すためにとりあえずなくても出せという選択肢が出てくるのではないかというところが、やはり気になるというか、そういう可能性のあるところに踏み入っていないことに自信がないというか、というところがあるのですが。

○委員 委員がおっしゃっている制裁というのは、証明妨害の話でしょうか。

○委員 でも、特定に協力しないというのも広い意味では証明妨害ですよ。ですから。

○委員 それは文書としては特定していることになるという意味の制裁というふうに私は思っています。先ほど委員がおっしゃったのは、特定がなされていなくても文書提出命令を発すると続けて書かれているけれども、ほかの要件はもう1回、別に判断するんだよということが書かれていませんというご紹介だったと思うので、それはそうだと思っています。文書提出命令のほかの要件はまた別途、この制裁とは別に判断するというふうに私は理解しております。

○委員 制裁というと、やはりよくないのですかね。要は文書提出命令を発令するために、文書がどの程度特定されているべきなのかという問題があって、それについては原則として221条でしたか、1項各号に定める事項を明示することによって特定するというものになっているわけですが、その文提義務について比較衡量という話がありましたように、特定の程度についても、ある程度、比較衡量というものはあり得るのではないかと。少なくともおよそ識別不能な場合に特定できるとは言わないにしても、一応、識別が可能であるというところまで特定されているときに、それで直ちに発令をするのか、それともより厳密な特定がされないといけないのかと、こういうものは段階があって、その判断をするに当たって、この特定のための手続を介在させ、これにおける相手方の対応も考慮して、特定の程度を緩和することもあり得るというふうに考えたときには、その論理からないものを出せというところまで言えるという帰結は、直ちには出てこない気がするのですが。

○委員 結論的には出てくる必要はないだろうと私も思っているのですが、ただ、何か原則を制裁として動かすという発想が入っていると、そこまではいかないことについての歯止めがどこにあるのかは説明が必要になってくるのではないかという気もしてくるというのが、個人的にはスッキリしないところです。これは制裁ではなくて、およそ特定に関するルールと言え、それに尽きるのかもしれませんが。

○委員 あれですか、より緩やかな特定で発令されてしまうということは、所持者にとっては不利益ですよ。そういう不利益はすべからず制裁の意味合いを帯びることになり、制裁を少しでも認めれば、それはひいてはないものを出せということにつながっていくので、このような規律は認められない。こういう論法になるのですか。

○委員　そういうことが言いたいわけではないのですが、そういう道と地続きのところに、あまりその気がないのに足を突っ込むことにならないかということを心配をしているというのが一面です。他面で私はあながちそういう道がおよそ現実的ではないとも、それほど思っていないくて、今すぐそうなるべきと思っているわけでもないのですが、そういうポテンシャルがあるかもしれない考え方なのだとすると、それを意識しないまま出してしまうと予想外のインパクトが生じてしまわないかというのを気にしています。

○座長　もし、ないのに出せと言われることが、まずいというだけの話であれば、それはそういう立法をするわけではありませんというふうに、それは恐らく多くの人が賛成するでしょうから、その限度では皆でそうですと言えればいいのでしょうか。何かそれ以外のご心配もあるような気もするけれども、ちょっとまた考えてみたいと思います。

最後に、前回の研究会において、公示送達の実務のようなことについて、裁判所に対するご質問がありました。もしご提供いただけるような情報があればということだったのですが、もし何かお分かりでしたらお願いいたします。

○最高裁　前回、委員から公示送達の件数及び交付送達までの期間に関する統計がないかというご質問を頂きました。内部で調査をしたのですが、大変申し訳ないのですが、これらの統計数字については内部では取得していませんでしたので、ご提供することは難しいということでお答えさせていただきます。

○座長　今のところは把握しておられるデータは見当たらなかったということのようですが、よろしいですか。

それでは、本日の研究会はここまでとさせていただきます。どうもありがとうございます。