

訴訟等準備文書に関する提案

委員 石黒清子

委員 濱口博史

委員 渡辺 徹

日弁連は、民事訴訟法（平成8年法律第109号。以下「法」という。）の改正提言として、既に2012年（平成24年）2月16日付け「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」（以下「日弁連要綱試案」という。）を公表している。その内容を踏まえて、法を以下のとおり改正することを提案する。

第1 提案の趣旨

1 文書提出義務（法220条1項4号）関係

文書提出義務の除外事由として、提起前の訴えに係る訴訟等に備えるため又は提起後の訴えに係る訴訟等の追行のため作成された文書を追加する。

（注）

※上記文書の作成主体の限定の要否・範囲については、別途検討を要する。

※文書提出義務の除外事由に該当する記載内容を作成主体の意見の部分に限定するか、事実の部分も含めるかは、別途検討を要する。

※特に、上記文書の作成主体又は文書提出義務の除外事由に該当する記載内容について一定の幅を認める場合、文書提出義務の除外を絶対的に認めるか、利益衡量等の別段の考慮により相対的に認めるかの区別の要否・方法については、別途検討を要する（但し、いずれにせよ、弁護士が作成主体である場合の、その意見の部分については、文書提出義務の除外を絶対的に認める。）。

2 証言拒絶権（法197条1項）関係

証人が証言を拒むことができる場合として、前項の文書の内容について尋問を受ける場合を追加する。

第2 提案の理由

1 日弁連要綱試案

日弁連要綱試案では、文書提出義務について、現行法上文書提出義務の除外事由として

認められている「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」(法220条4号二)を削除することなどを提言し、他方で、証言拒絶権に、「弁護士等(弁護士(外国法事務弁護士を含む。)、弁理士、弁護士及び公証人をいう。以下同じ。))の法的助言を得ることを目的とした弁護士等と依頼者の間の協議又は交信にかかる事項であって、秘密として保持されているものについて尋問を受ける場合」を新たに規定し、併せて、同事項が記載されている文書を、文書提出義務の除外事由に加えることが提言されている¹。すなわち、日弁連要綱試案におけるこれらの提言は、真実発見の強化の観点から、民事訴訟における情報・証拠へのアクセスを格段に高めるようにする一方、適正手続の保障(ひいてはそれによる訴訟の充実)の観点から、依頼者が弁護士に知る限りの事実を開示して法的助言を求めることに支障がないよう、また、弁護士の側も依頼者に腹藏なく助言ができるよう、依頼者・弁護士間の通信秘密の保護を民事訴訟法上明確化することを目指したものである。

依頼者・弁護士間の秘密のコミュニケーションを訴訟における証言や開示強制の例外とする制度は、英米法においては、1600年代から続く、依頼者弁護士秘匿特権(Attorney Client Privilege あるいは Legal Professional Privilege)といわれるものに相当する。英米法、特に米国法において発展したこれと類似の法理として、ワークプロダクトの法理があるが、これについては、日弁連要綱試案では検討に値するとされていた²。

本提案においては、日弁連要綱試案が目指した、情報・証拠へのアクセスを高めて真実発見を強化するという目的を踏まえ、そこでの提言に追加するものとして、適正手続を一層保障することを目指して、ワークプロダクトの法理を参考にしつつ、訴訟等の準備のために作成された一定の文書(以下「訴訟等準備文書」という。)を文書提出義務の除外事由及び証言拒絶権の対象とすることを提案する。

2 ワークプロダクトの法理とその日本における評価

日弁連要綱試案で提言された、法律専門家である弁護士にはすべてを話して、適切な法的助言を受けるべきという防御権に由来する「依頼者・弁護士間の通信秘密」は、広い意味では、司法における適正手続の保障を意図するものである。

ワークプロダクトの法理は、上記の「依頼者・弁護士間の通信秘密」とは切り口が異なるものの、司法における適正手続の保障を意図する点では共通する。すなわち、当事者が対等な手続においては、自ら集めた情報に基づいて自らの立証活動を行うべきであって、相手方の主張や立証の準備へのただ乗りを許すことは当事者間の公平性に反する。また、当事者がかような準備の成果の開示を強制され、相手方によるアクセスが可能となるのであれば、当事者の必要な準備活動に支障が生じる。そうなれば、双方当事者が対等な立場

¹ これを敷衍した本日付けの別の提案(「依頼者と弁護士間の通信秘密制度の確立に関する提案」)も参照(本文で日弁連要綱試案に言及されるときも同じ。)

² 日弁連要綱試案脚注21。

で互いに最善と思う方法で主張立証を尽くすことによって、公平な第三者が事実を認定し権利義務の有無を判定するという司法作用の機能を害することとなる。そのような考慮から、ワークプロダクトの法理は、訴訟等を予期して又はその準備のために行われた第三者からの聴取内容の供述やそれに基づいて作成された書類の提出を、訴訟等における開示強制の対象から除外している³。

我が国の民事訴訟法では、条文上及び実務上、ワークプロダクトの法理は認められていない⁴。しかし、法220条4号ニの自己利用文書に関連し、外部への開示を強制すべきでない文書の類型として、我が国でもワークプロダクトの法理を肯定すべきであるとする説もあり⁵、また、保険会社の保険管理人が設置した弁護士及び公認会計士を委員とする調査委員会の調査報告書について、「黙秘すべきもの」（法197条1項2号）に当たらず文書提出命令が認められたという事案⁶について、ワークプロダクトの法理があれば、命令の対象とならなかった可能性も指摘されている⁷。

³ 本提案は、英米法におけるワークプロダクトの法理をそのまま日本法に輸入することを提案するものではなく、その趣旨が適正手続の保障という通用性を持つ理念に基づくことに鑑み、同法理を参考に、日本法における新たな制度の導入を提案するものである。そのため、ワークプロダクトの法理自体について詳論する必要性はないとも考えられるが、参照価値があることから、以下に簡単にまとめる。

ワークプロダクトの法理において対象となるワークプロダクトとされるものは、書類だけに限らず、また、代理人弁護士が作成したものだけに限られない。訴訟を予期して当事者が作成した文書もその対象となるし、口頭で話される内容で書面化されていないものもその対象となる。

英米法において、弁護士が作成した文書で、ワークプロダクトの法理のみにによって保護されるのは、訴訟準備のため、または訴訟を予期してなされる、依頼者以外の者からの事情聴取の内容や聴取書、それらをもとに、法的意見を述べる意見書等である。

依頼者と弁護士の通信秘密の保護とワークプロダクトの法理の違いを明確にするとともに、ワークプロダクトの法理に基づき、これを証拠収集手続であるディスカバリの対象の例外と捉えた最初の判例ともいえる1947年のヒックマン対テラー事件（Hickman v. Taylor 329 U.S. 495）において、米国連邦最高裁は、何らかの請求に対して、訴訟の準備のため、弁護士が、証人から聴取をして得られた意見書、陳述書や精神的な印象（mental impression）は、依頼者と弁護士の通信秘密ではなく、これを理由としてディスカバリの対象外であるとはできないが、弁護士の準備の過程における一定の相手方からの不干渉については、司法手続のシステムを正常に機能させる上での必須事項であり、これに踏み込む側が、裁判所命令や召喚状により、提出を命じることを正当化するための相当な理由を示す負担を負うべきであるとし、また、第三者証人が話したことに関する記憶を、弁護士に証言または書面による報告をさせることは、弁護士の専門性を貶めることにつながるとして、ワークプロダクトの法理を打ち出した。

この事件以後、米国では、個々の事件で、この司法が固有に持つ完全性や廉潔性を上回る正当な理由（①実質的な必要性和②代替証拠を得るのに過度の困難を伴うこと）がある場合には、例外として弁護士の成果物であってもディスカバリでの提出を認める裁判所の判断が下されてきた。

ただ、事実関係の調査結果（Ordinary Work Product）と異なり、ヒックマン対テラー事件判決がいう、弁護士の法的理論や戦略（Opinion Work Product）は、司法の有する完全性や廉潔性を保つのに必須のものとの考えから、ほぼ絶対的な保護が必要だとされている。

その後、米国では、この法理の範囲が拡張され、弁護士が法廷活動に専念できるよう、弁護士以外の者による調査記録等も、事実関係にかかわる、すなわち Ordinary Work Product と考えられるようになり、現在では、米国連邦証拠法や連邦民事訴訟規則等における明文のルールとしても定着している（Federal Rules of Evidence Rule 502, Federal Rule of Civil Procedure Rule 26 (b) (3)等）。

⁴ 東京地判平成25年1月31日訟月60巻3号546頁及び同判決の控訴審判決である東京高判平成25年9月12日訟月60巻3号613頁（参考収録）。

⁵ 高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 下〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2014年）177頁以下。ここでは、訴訟準備活動秘匿法理の根拠は、根本は訴訟の充実にあると指摘されている。

⁶ 最決平成16年11月26日民集58巻8号2393頁。

⁷ 中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義〔第3版〕』（有斐閣、2018年）366頁脚注38。

3 本提案の意図

(1) 実務上存在する訴訟等準備文書の例

日本においても、訴訟に備えて、弁護士が、依頼者やそれ以外の者から事情を聴き取り、その聴き取った内容をその後の分析等のために記録することは日常的に行われている。また、訴えを提起する前に、弁護士が、法律意見書を作成し、訴訟上の有利な点、不利な点を依頼者に伝えることもある。さらに、既に係属している訴訟について、訴訟代理人が様々な文書を作成することは当然であるが、訴訟代理人となっていない弁護士が、依頼者から求められ、セカンド・オピニオンとして、法律意見書を作成することもある。

また、会社等の組織において不祥事が起こった際に、将来提起される可能性のある訴えを念頭に、刑事訴追や行政調査にいかに対応すべきか、不祥事に関与した者に対し損害賠償等を請求すべきか等を判断するため、組織から委任を受けた弁護士が、関係者から事情聴取をして、法的分析を行い、その結果を報告書や意見書として組織に提供すること、様々な事案で行われている。

このように、訴訟等の準備のために、様々な状況において様々な文書が弁護士により作成されている。

(2) 訴訟等準備文書の秘匿措置の必要性

上記のような訴訟等準備文書の開示等を義務付けることは、上述のとおり、かえって訴訟の充実を妨げ、適正手続の保障に悖る可能性をはらむことになるため、以下に述べるとおり、一定の要件を満たした訴訟等準備文書は、文書提出義務の除外事由とすべきである。また、証人尋問に関しては、依頼者との通信や、依頼者のために第三者である証人から聴取した事項については、弁護士には証言拒絶権があるが（法１９７条１項２号）、他方、依頼者や第三者証人には、いずれも証言拒絶権がなく、これらの者に訴訟等準備文書に記載された内容について証言拒絶権を認める意義がある。

なお、訴訟等準備文書及びその内容は、依頼者・弁護士間の通信秘密にかかるものは、現行法上、弁護士等の証言拒絶権（法１９７条１項２号）及び同証言拒絶権の対象事実が記載された文書についての文書提出義務からの除外（法２２０条４号ハ）によって、開示等を拒絶できる場合がある⁸。しかしながら、まず、弁護士等の証言拒絶権及び同証言拒絶権の対象事実が記載された文書の提出義務からの除外では、依頼者と弁護士の間

⁸ 弁護士が依頼者から話を聴いて書き留めたものの多くは、日弁連要綱試案が提言する依頼者・弁護士間の通信秘密の保護の制度の下では、同制度の対象として保護される。そのような弁護士による聴取書は、依頼者が話す内容をただそのまま書き取ったというのではなく、依頼者の依頼事項に沿って、弁護士が、一定の主張を組み立てるために、確認すべき事実を検討し、法的知識と実務の経験等を駆使して、質問事項を考え、その応答に対してさらに検討を加えてさらなる質問をし、依頼者が語る事実の中から法的に重要なものを抽出して作成されている。したがって、依頼者との交信内容を書き留めたものは、それが訴訟等の準備のため作成されている場合には、依頼者との通信内容の記録であるとともに、訴訟等準備文書ともなる。

の通信に該当しないものはカバーされず、このことは日弁連要綱試案に基づく依頼者・弁護士間の通信秘密の保護の明確化が実現しても同様である。他方、訴訟等準備文書の秘匿措置は、訴訟等の準備のために作成された文書であることが前提であり、依頼者・弁護士間の通信のすべてをカバーするものではない。換言すれば、訴訟等準備文書の秘匿と依頼者・弁護士間の通信秘密の保護は、共に司法における適正手続の保障を意図するものとして、相互補完的關係にあるものである⁹。

また、訴訟等準備文書のうち、依頼者・弁護士間の通信秘密にかからないものも、自己利用文書についての文書提出義務からの除外（法220条4号ニ）によって開示等を拒絶できる場合が多いと考えられる。しかしながら、日弁連要綱試案では、上述のとおり、真実発見の強化の観点から、自己利用文書を文書提出義務の除外事由から削除することを求めており、これが実現すれば、少なくとも依頼者・弁護士間の通信秘密の保護でカバーされないものについて、別途の手当てが必要となる¹⁰。

4 訴訟等準備文書の要件等

以下においては、本提案にかかる訴訟等準備文書の要件等を、文書提出義務の除外事由と証言拒絶権に共通の事項、前者に固有の事項、後者に固有の事項の順に説明する。

(1) 共通事項

① 「訴訟等」

当事者が対等の民事訴訟手続事件において、真実発見の強化の観点から情報・証拠へのアクセスを高めつつ、一方当事者の準備の成果に相手方がただ乗りできないようにすることで適正手続を保障することが本提案の趣旨であるから、訴訟等の準備として文書が作成されることが第一の要件となる。

ここでいう訴訟等とは、証言や文書の提出が求められている民事訴訟に限らず、対審構造をもつ法的紛争解決手続をすべて含む。すなわち、民事、刑事、行政の各訴訟類型のほか、対審構造となる家事事件や非訟事件も含まれ、さらに、仲裁その他の裁判外紛争解決方法も含まれる¹¹。

⁹ ある文書が訴訟等準備文書にも依頼者・弁護士間の通信秘密にも該当する場合、いずれの事由の観点からも開示等を拒絶し得ることとなる。その場合、依頼者・弁護士間の通信秘密について絶対的保護が認められるのであれば、訴訟等準備文書についての保護の程度の如何によらず、当該文書は絶対的に保護されることとなる。

¹⁰ 本提案は、日弁連要綱試案における提言を踏まえてされているものであり、特に、日弁連要綱試案が提言する、自己利用文書の文書提出義務の除外事由からの削除が実現した場合には、本提案の必要性が大いに高まると考えられる。もっとも、本提案における訴訟等準備文書の文書提出義務の除外事由への追加とその内容についての証言拒絶権への追加は、それらが真実発見を不当に妨げない限り、自己利用文書の扱いの如何に関わらず妥当性を持つものである。

¹¹ 他方、行政庁での審判手続のうち、いわゆる査定系審判の手続は、当事者系審判の手続と異なり、対審構造をもたない。しかし、そうした査定系審判の手続の結果に対する不服申立てが対審構造をもつ法的紛争解決手続による場合、同審判の手続のために作成される文書は、同時に、不服申立て後の対審構造をもつ法的紛争解決手続のために作成されるものでもあると評価されるため、本提案にいう訴訟等準備文書に該当し得ると考えられる。

② 作成目的

訴訟等準備文書に該当するための文書の作成目的については、訴訟を例にすれば、訴え提起前であれば訴訟に備えるため、訴え提起後であれば当該訴訟の迫行のため、文書が作成される必要がある。

訴え提起前に関しては、文書が作成される時点において、将来の訴え提起の可能性が、そこでの主な請求の内容とともに、具体的に認識されていること、及び文書作成の主目的¹²がその訴訟に備えるためであることが必要と考えられる。

訴え提起後に関しては、当該訴訟において提出するために作成される主張書面や証拠としての報告書等が、当該訴訟の迫行のためという目的を満たすことは当然である（これらの文書が実際に訴訟において提出されれば、その文書については秘匿措置の問題は生じないが、提出に至らなかった草案や、結果的に訴訟において提出されなかった廃案については、秘匿措置の問題が生じ得る。）。その他にも、当該訴訟において、いかなる攻撃防御方法を提出すべきか、審理途中で和解すべきか、判決につき上訴すべきかといった点について、訴訟代理人ではない弁護士が依頼者からの要請でセカンド・オピニオンとしての法律意見書を作成するような場合にも、当該訴訟の迫行のためという目的を満たすと考えられる。

③ 作成主体

作成主体の限定の要否・範囲については、以下のとおり、検討を要する。

訴訟等に備えるため又はその迫行のために文書を作成する者の中心となるのは弁護士であるが、秘匿措置の対象となる訴訟等準備文書の作成主体を弁護士だけに限るべきか、それ以外の者（例えば、訴訟を予期した当事者、当事者が法人の場合にはその代表者、それらの指示を受けた被用者等）も含めるべきかが問題となる。

この点、必ずしもすべての訴訟等において弁護士が代理人となるわけではなく、本人や法人代表者等も、訴訟等に備えて又はその迫行のために、第三者から事情を聴取したり、法的検討をしたりすることは相当数あり、これらについて相手方のただ乗りを避けるという観点からは、弁護士以外の者も作成主体に含めるべきとも考えられる。

しかし、弁護士以外の者の作成文書については、日常生活や通常業務の一環で作成された文書との区別がつきにくく、特に「訴訟等に備えるため」に作成されたという作成目的の要件が満たされているかどうかの判断に困難を来し、これが広く解されると、真実発見への大きな妨げになる可能性がある。そうした悪影響を防ぐため、作成主体は、訴訟等に向けた活動をその職務とする法律専門家である弁護士に限るべきとも考えられる。

¹² 米国の判例には、他の目的があっても、訴訟準備が主目的であることを求めるものと、目的の一つであればよいとするものがある。

なお、仮に作成主体を弁護士に限るとの考えに拠ったとしても、法律専門家は弁護士に限られず、外国法事務弁護士、弁理士、公証人等も含まれ、こうした者も作成主体に含めるべきかどうかは別途の考慮を要する。こうした者と弁護士との相違は、弁護士があらゆる法的紛争解決手続において代理人となることができるのに対し、弁護士以外の法律専門家は、代理人となることができる手続が限定され、又はそのような手続がない点にある。こうした弁護士以外の法律専門家も作成主体に含めた場合、本来その者が法的助言や代理人としての活動ができない訴訟等についての準備文書が秘匿措置の対象となり、合理的な理由なく真実発見を阻害する可能性があることも考慮する必要がある。

④ 「文書」

訴訟等準備文書に該当するためには、作成者である弁護士の思考や認識が文書の形式になっている必要がある。ここでいう文書は、必ずしも紙媒体である必要はなく、電子的に作成された文書（文書データ）を含む。

⑤ 文書提出義務の除外事由に該当する記載内容及び効果

文書提出義務の除外事由に該当する記載内容及び効果については、以下のとおり、検討を要する。

日弁連要綱試案で提案されている依頼者・弁護士間の通信秘密については、依頼者の防御権に由来していることから、その保護は絶対的とされるべきと考えられる。

他方、本提案における訴訟等準備文書については、相手方にただ乗りを許さないという公平性及び当事者が支障なく訴訟準備を進めることができるという司法作用の機能の確保という適正手続の保障がその保護の理由である。したがって、訴訟等準備文書として秘匿措置が認められる記載内容に何らかの制限を課すべきかどうか、また、秘匿措置の対象と認められる内容の記載についても、どの程度の秘匿措置を認めるべきかは、真実発見の要請と適正手続の保障の要請の相関関係において判断すべきである。特に、真実発見の要請は、民事訴訟における情報・証拠収集制度がどの程度強力なものかに大きく依存することを踏まえる必要がある。

そこで、弁護士が作成する法律意見書を念頭におくと、その内容は、抽象的には、依頼者や第三者から聴取した事情や受領した資料に基づく事実に関する部分と、その事実を法的分析を加えた意見に関する部分に分けることができる。このうち、前者は、まさに事実に関するが故に、その秘匿は真実発見の要請に沿うものとはいえない。特に、米国のような広範なディスカバリ制度、特にデポジションや当該制度を担保する強力な司法妨害に対する制裁の制度を持たない我が国の民事訴訟制度の下では、事実については、相手方が弁護士に依頼して調査・確認したものであれ、法廷に顕出させるべき必要性は、相対的に高いと考えられる。他方、後者は、弁護士がその法的知識

及び能力を駆使して分析した事実に対する法的評価であるから、これが秘匿されても真実発見の要請を損なうものではなく、むしろこれが相手方に開示等されることは、当事者間の公平性に反する度合いが極めて強く、また、当事者による訴訟準備を著しく困難にするおそれがある。こうした点に鑑み、訴訟等準備文書として秘匿措置の対象となるのは、弁護士が訴訟等の準備のために作成した文書のうち、その意見が記載されている部分に限ることが考えられる。その場合には、そのような意見部分の開示等が真実発見に寄与する度合いの低さと適正手続を阻害する度合いの高さに鑑み、その秘匿措置の効果は絶対的なもの、すなわち、利益衡量等の別段の考慮によって例外的に開示等されることのないものとするのが妥当である。

他方、弁護士が作成した文書において、意見の部分とそれ以外の部分を明確に区別することは困難な場合が多く、個別的な判断を要する。こうした意見の部分と事実の部分の区別の困難さに鑑み、また、弁護士が訴訟等の準備のために作成した文書はそもそも真実発見の観点からは二次的な資料に過ぎないとの評価に基づき、事実の部分も秘匿措置の対象に含める考え方もあり得る。また、その場合、事実の部分も意見の部分と同様に絶対的保護の対象とするか、あるいは利益衡量等による例外的な開示等を認める相対的保護の対象とするか、いずれの考え方もあり得る。前者の場合は、意見の部分と事実の部分の区別が不要になるため、実務運用上の安定性が望めるが、後者の場合は、依然として両者の区別が必要となる。また、後者の場合、事実の部分について例外的に開示等が必要となる要件を設定する必要がある、その設定によっては、例えば、他に事実認定の材料がないような極めて例外的な場合にのみ開示等が必要になるようにも、逆に、争点となっている事実に関係する限りは広く開示等が必要になるようにもすることが可能であろう¹³。

なお、上記は弁護士が作成する法律意見書を念頭に、文書提出義務の除外事由に該当する記載内容及び効果を検討したものであるが、訴訟等準備文書の作成主体として

¹³ 米国においても、事実関係に関するワークプロダクトについては、その秘匿を凌駕する他の利益があり、これらの書類や証言を求める者がその利益を立証した場合には、翻ってその提出を認めるべきとされている。この場合には、ワークプロダクトの例外を認めるのに、利益考量が必要になり、最終的には裁判所の判断が必要となる。

上述のヒックマン対テラー事件でも問題になった点であるが、個人が原告で企業被告に対して請求を行うような事件類型においては、被告がマンパワーその他、調査能力で圧倒し、早期に弁護士によって事実関係を確認した上で、これに対し、訴訟等準備文書の秘匿措置を受けようとするとの意見や、事実に関する記載についても訴訟等準備文書の秘匿措置を及ぼすことで、利益考量が必要となり、かえってその保護範囲を曖昧なものにするとの意見がある。これに対しては、事実に関するものか、意見かは、簡単に分別出来るものではなく、結局裁判所の判断を必要とするという意味では変わらないとの意見もある。また、かような調査が、原因究明や再発防止を目的としてなされるものであれば、調査結果が相手方に開示されることがその目的に与える悪影響を考慮すべきとも考えられる（三木浩一・山本和彦編「民事訴訟法の改正課題」ジュリスト増刊では、最高裁の自己利用文書の例外の判例準則における「不利益性」については、調査目的の阻害もあるとして、具体的な場面で検討すべき問題となることをあげ（121頁～122頁）、かような分析をした判例として最決平成17年11月10日民集59巻9号2503頁を例示している（117頁）。なお、同書における文書出義務についての提案（114頁）は、自己利用文書の削除の点では日弁連要綱試案と結論を一にする。）。

弁護士以外の者も含める場合、文書提出義務の除外事由に該当する記載内容及び効果をどのように考えるべきは、更なる検討を要する。例えば、弁護士が作成した訴訟等準備文書につき、意見の部分も事実の部分も絶対的保護の対象となると考えた場合でも、弁護士以外の者が作成した訴訟等準備文書については、意見の部分も事実の部分も相対的保護の対象となると考えることで、真実発見の要請と適正手続の保障の要請のバランスを図るといった扱いが考えられる。

(2) 文書提出義務の除外事由に固有の事項

本提案は、訴訟等準備文書を、現行民事訴訟法でいう 220 条 4 号に新たな除外事由として加えることを提案するものである。そのため、訴訟等準備文書についても、法 220 条 1 号ないし 3 号に該当しない場合には、法 220 条 4 号が示す一般的提出義務が認められる文書のカテゴリーに分類されることとなり、これについての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（法 221 条 2 項）。

また、訴訟等準備文書について文書提出命令の申立てがあった場合、当該文書が秘匿措置の対象となるかどうかについて、裁判所の審理を要することは大いにあり得る。その審理の過程で申立当事者が当該文書を目にすると、秘匿措置の対象とする意味が失われるおそれがあることから、その審理においてはインカメラ手続（法 223 条 6 項）の利用を可能とすべきである。

(3) 証言拒絶権に固有の事項

本提案は、訴訟等準備文書を文書提出義務の除外事由に加えることで、当事者間の公平性と司法作用の機能を確保して適正手続の保障の要請に応えるものであるが、同時に、真実発見の要請にも配慮するものである。

そのような観点から、訴訟等準備文書に関しては、その内容を証言することが義務付けられるべきではないが、当事者が弁護士に依頼して自らに不利な事情をことさら訴訟等準備文書に記載させることで、当該事実について証言拒絶が認められるような状況を作出することは認められてはならない。

そこで、訴訟等準備文書に関する証言拒絶権は、当該文書の記載内容それ自体を問う質問（すなわち、「その文書には〇〇についてどのように記載されていきましたか」といった質問）がなされた場合にのみ認められるものであり、当該文書と離れてなされた質問に対して、訴訟等準備文書に記載されている内容であることを理由に証言拒絶することは認められない。

以上