

# 民事証拠収集の拡充

——中韓の動向を踏まえて——

Enhancement of Evidence Collection in Civil Procedure:

A Comparative Study of China, Korea and Japan

小 林 学\*

## 序

本稿は、2015年10月24日において、韓国・清州市の忠北大學校で開催された東北アジア民事訴訟法学会「第8回国際シンポジウム」における筆者の報告<sup>1)</sup>をもとに、当日の議論を踏まえて加筆したものである。

## はじめに

審理の充実に照準を定めても、どの程度迅速で経済的な手続運営を行い、いかに適正で公平な解決を実現するか、そして、それらのバランスをどう図るかは、折節の社会実態を踏まえた理論的かつ政策的判断に基づく各国の制度設計にかかわる。

審理充実の有力な手段とされる証拠収集についてこれをみると、日本、中国、そして、韓国の各制度設計に応じたコントラストが描き出され、そ

---

\* 嘱託研究所員・桐蔭横浜大学大学院法務研究科教授

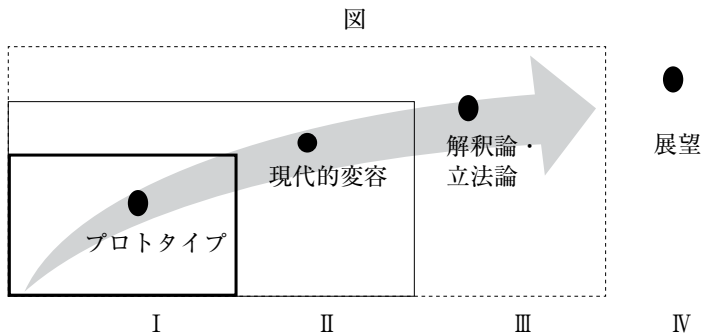
1) 小林学「日本民事訴訟法における証拠収集」『第8回東北 ASIA 民事訴訟法国際學術大會（報告集）』41頁以下。

れはまた、今後の証拠収集のあり方をデザインするうえできわめて有意義である。

ところで、弁論主義を原則とする日本の民事訴訟法において、証拠は当事者が自ら収集し、裁判所へ提出するのが本則とされる。しかし、加速度的に複雑・高度化の進む現代社会においては、証拠の偏在化現象や情報格差の拡大などに伴い、証拠の収集を各当事者に任せるだけでなく、裁判所の役割を拡大するなどの変容がみられる。近時の民事訴訟法改正の少なからぬ部分は、そのような流れに沿うものである。

そこで、以下では、そうした証拠収集拡充策について、まず、そのような時代につれ変遷を重ねる日本社会に応答してきた民事訴訟法の沿革を辿り、起点となる証拠収集手段のプロトタイプを確認したうえで（以下、Ⅰ）、現行法下での現代的変容（以下、Ⅱ）、そして、法の枠を超えて展開される解釈論や立法論にも目を向け（以下、Ⅲ）、それら三重奏と中韓との比較法的考察を織り交ぜながら、今後を展望する手がかりを求めたい（以下、Ⅳ）（下記図参照）。

なお、「証拠収集」は、その後に続く証拠調べ、そして、事実認定を目標として行われることから、本稿では、証拠の収集・提出（申出）だけでなく、必要に応じて証明の領域も視野に入れる。



出所：筆者作成

## I 証拠収集拡充のプロトタイプ

### 1. 基本的スタンスとそのゆらぎ——職権主義と当事者主義の狭間で——

わが国初の近代民事訴訟法は、1890年に成立公布された民事訴訟法（明治23年法律29号）（以下、旧々法という）であり、これは当時最新のドイツ民事訴訟法典（1877年）を翻訳的に継受したものであった<sup>2)</sup>。そこでは、弁論主義によって職権証拠調べは原則として許されず、僅かに当事者尋問が職権によっても認められるにすぎなかった<sup>3)</sup>。

旧々法は、当時の日本の状況に適合的ではなく、精密にすぎるなどの批判が施行当初から寄せられていた。そこで、検討の末、1926年に第一編から第五編までを全面的に改正した旧民事訴訟法（大正15年法律61号）（以下、旧法という）が成立した。この大正の大改正は、煩雑で遅延の原因とされた欠席判決や証書訴訟を廃止するとともに、職権進行主義を徹底し、裁判所が必要と認めれば職権で証拠調べを実施する旨の規定を置く（旧法261条<sup>4)</sup>）などして、職権主義の強化を進め、手続の簡易化と迅速化を狙

---

2) 兼子一『民事法研究 第2巻』（酒井書店、1954年）1頁以下参照。なお、ドイツ法継受の過程を詳細に分析した貴重な研究成果として、鈴木正弘『近代民事訴訟法史・日本』（有斐閣、2004年）および同『近代民事訴訟法史・日本2』（有斐閣、2006年）がある。

3) 門口正人編集代表『民事証拠法大系 第1巻』（青林書院、2007年）11頁〔笠井正俊〕は、鑑定や検証についても、ドイツ法の影響を受けて職権証拠調べは可能であるとの見解の存在を示唆する。

4) 同条は「裁判所ハ当事者ノ申出タル証拠ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ其ノ他必要アリト認ムルトキハ職権ヲ以テ証拠調ヲ為スコトヲ得」と規定しており、これにより職権証拠調べは一般的に可能とされた。もっとも、当時の判例および学説の多くは、基本原則としての弁論主義を前提としつつ、職権による証拠調べを補充的なものと位置付けていた。笠井正俊「弁論主義の意義」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』（有斐閣、2002年）385頁など参照。

ったものであった<sup>5)</sup>。

当時の日本社会における情報・流通の未発達な状態における証拠収集活動に伴う困難の程度は、母国ドイツの比ではないことは想像に難くなく、さらにその格差は法律家層の厚さの違いによって一層増幅される。大正大改正の職権化傾向は、ドイツ仕立ての民事訴訟法が日本社会の実態に適合してゆく第一歩であり、民事訴訟法と司法制度やそれを取り巻く社会状況との相関性を示すものとしても興味深い<sup>6)</sup>。

その約20年後の1948年にGHQによる戦後改正の一環として行われた民事訴訟法の改正（昭和23年法律149号）により、上記の職権証拠調べの規定は削除された。これについては、当事者対抗主義（adversary system）を基盤とするアメリカ民事訴訟の影響はもとより、当時の日本社会の民主化推進、とりわけ、社会的インフラとしての司法制度の諸整備<sup>7)</sup>と歩調を合わせて行われたことにも目を向けてよいであろう。

その結果、職権証拠調べの規定は、当事者尋問（旧法336条）や調査囑託（旧法262条）などに個別に置かれることになった。また、裁判官が適宜職権により尋問するという運用がなされていた証人尋問については、GHQの強い関与の下に立案された刑事訴訟法（昭和23年法律131号）に合わせて、交互尋問制が導入された（旧法294条、295条）。

---

5) 染野義信「わが国民民事訴訟制度における転回点」中田淳一先生還暦記念『民事訴訟の理論・上巻』（有斐閣、1969年）1頁以下、園尾隆司『民事訴訟・執行・破産の近現代史』（弘文堂、2009年）263頁など。

6) 大正大改正の職権化傾向について、大方の評価は、江戸時代および明治初期の訴訟手続への復帰とするが（園尾・前掲注5）286頁など）、民事訴訟法がその置かれた社会のインフラに合わせて変容を遂げるプロセスであるという側面もあるのではなかろうか。

7) たとえば、1949年に弁護士自治を認めた新たな弁護士法が制定され（昭和24年法律205号）、日本弁護士連合会が誕生したことは、人的インフラの整備であるといえよう。

## 2. 出発点となる証拠収集拡充のプロトタイプ

かくして、証拠の収集・提出は、弁論主義の下で各当事者に委ねられ、そして、証明は、証明すべき事実を特定したうえで、証明責任を負う当事者のみが行えば足りるのが本来である。しかし、証拠へのアクセスをめぐる当事者に障害や看過し難い格差がある場合にまで、そうした自力救済的姿勢を貫くのであれば、実質的には公平な手続が保障されたとはいえず、判決内容の正当性が問われようし、また、違法収集証拠を誘発するに等しい点で手続的正義にも反しよう。

そこで、旧法下において、そうした問題を克服するための証拠収集拡充策として、(1)裁判所が例外的に職権によって証拠調べをすること、および、(2)当事者が証拠収集するに際してこれをサポートすることという2つの仕組みからなるプロトタイプが形成された。それらを以下、順に眺めるが、条文数は、とくに言及しない限り、現行民事訴訟法のものである。

### (1) 職権証拠調べを機軸とする証拠収集拡充策

弁論主義において、職権証拠調べは例外として個別的に認められるにすぎないのに対して、職権探知主義の妥当領域では一般的に許容される。そうすると、通常民事訴訟においても職権探知主義が妥当するのは、公益に関する訴訟上の事項であり、具体的には、公益性の強い訴訟要件、すなわち、裁判権、専属管轄(14条)、裁判官および裁判所書記官の除斥原因(23条2項、27条)、当事者の実在、当事者能力などをいい、その存否について職権調査が行われ、判断資料の収集について職権証拠調べがなされると解されている<sup>8)</sup>。そうすると、公益性の強いこれらの訴訟要件を除いて、

---

8) 門口編代・前掲注3) 45頁〔笠井〕など。これに対して、人事訴訟や行政事件訴訟には職権探知主義が妥当する(人事訴訟法20条、行訴事件訴訟法24条・38条・41条・43条)。人事訴訟は、法体系の基底にある身分関係を扱うこと、行政事件訴訟は、公権力の行使との関係において提起され、いずれも広く第三者の利害にかかわり、判決効が及ぶことから、事実関係を探知し、その判断に必要な証拠を収集する職責を裁判所にも認めるのが望ましいと考えられることによる。

弁論主義が妥当することになるが、そこでも事案解明による審理の充実を目指し、裁判所がその中立性に反しない限りで、個別に職権証拠調べを行う場合が以下のように例外的に許容されている。

(a) 職権による当事者尋問

当事者尋問は、証人尋問と同じく人証であり、その手続は基本的に証人尋問の規定が準用されるが（210条）、当事者の申立てのみならず、職権によっても行うことができる点は異なる（207条1項）。

なお、かつて当事者尋問は、他の証拠から心証が得られない場合に実施することができるとしていたが（旧法336条<sup>9)</sup>、事件に通じた重要な証拠方法である当事者本人の尋問をまず行うことで、紛争の実態を早期に把握して充実した審理の実現に至る場合も少なくないことから、現行法はこの補充性原則を廃止した<sup>10)</sup>。証拠収集拡充路線に沿う改正であるといえよう。もっとも、証人尋問との関係では、裁判所が当事者の意見を聴いたうえで当事者尋問を先行する場合を除き、証人尋問の先行実施を原則とした（207条2項）。

複雑化、専門化、あるいは、多様化する訴訟事件ごとに柔軟かつ適格的な対応を可能にすべく、裁判所の裁量的判断を重視する一方で<sup>11)</sup>、当事者の意見による歯止めが設けられた。とりわけ、職権による当事者尋問は、

---

9) 当事者尋問の補充性が認められていたのは、事件について直接の利害関係を有する当事者から公正な供述を期待することが困難であることや、当事者に制裁をもって供述を強制するのは酷であることによる。兼子一＝松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解民事訴訟法』（弘文堂、1986年）[以下、条解という] 1091頁〔松浦〕、小島武司『民事訴訟法』（有斐閣、2013年）[以下、小島という] 511頁など。

10) 中野貞一郎「当事者尋問の補充性」判タ506号14頁、中野貞一郎「当事者尋問の補充性（補説）」判タ685号25頁、吉井直昭「当事者本人の供述の役割」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座2巻』（日本評論社、1981年）110頁以下、河野正憲「当事者の尋問」新堂幸司ほか編『講座民事訴訟5巻』（弘文堂、1983年）310頁など参照。

11) 福永有利「証人尋問と当事者尋問の改革」竹下守夫編集代表『講座・新民事訴訟法2巻』（弘文堂、1991年）232頁以下。

それだけで心証を形成してしまい、他の一切の証拠を無視するといった濫用のおそれは皆無とはいえない<sup>12)</sup>。

(b) 調査嘱託

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または学校、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（186条）。これは、証拠資料の簡易かつ特殊な収集手段であり、事実の報告は証人または書証に、知識の報告は鑑定に、それぞれ代替するものである<sup>13)</sup>。嘱託を受けた団体は、回答義務を負い、契約などに基づく守秘義務が当然に回答義務を否定する根拠となるわけではない<sup>14)</sup>。

調査嘱託は、当事者の申立てまたは職権によって行われるが、やはり職権による濫用への懸念から<sup>15)</sup>、たとえば、調査嘱託の結果については裁判所が口頭弁論に顕出して、当事者に意見を陳述する機会を与えることによって証拠資料となると解されている<sup>16)</sup>。

12) 小室直人ほか編『基本コンメンタール新民事訴訟法2巻〔第2版〕』（日本評論社、2003年）193頁〔鈴木重勝〕。なお、同書同頁によると、実務上、裁判所は、職権によるのではなく、当事者に申立てをさせて当事者尋問を行うことが多いという。

13) なお、調査嘱託は、証拠調べの方法ではなく、釈明処分としてなされることもある（151条1項6号）。この場合、報告書の内容は、弁論の全趣旨（247条）として斟酌されるが、証拠調べとしての嘱託の場合と同様に、口頭弁論への顕出を要すると解されている。秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅳ』（日本評論社、2010年）129頁、伊藤眞『民事訴訟法〔第4版補訂版〕』（有斐閣、2014年）〔以下、伊藤という〕368頁注275)など。

14) 大阪高判平成19年1月30日判時1962号78頁、東京地判平成21年6月19日判時2058号75頁、東京高判平成24年10月24日判時2168号65頁など。

15) 調査嘱託は当事者の申立てによるのが原則であり（菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅱ』（日本評論社、1989年）〔以下、全訂Ⅱという〕428頁）、職権による場合には実質的に職権証人尋問を認めたのと同じ結果とならないよう慎重さが求められるとの指摘がある（谷口安平＝福永有利 編『注釈民事訴訟法（6）』（有斐閣、1995年）〔以下、注釈民訴(6)という〕172頁〔矢吹徹雄〕）。

16) 最判昭和45年3月26日民集24巻3号165頁、伊藤368頁注275)、門口編代・前掲注3) 35頁〔笠井〕など通説。

(c) 鑑定嘱託

裁判所は、必要があると認めるときは、官庁若しくは公署、外国の官庁若しくは公署または相当の設備を有する法人に鑑定を嘱託することができる(218条1項)。これは、上掲(b)調査嘱託の一種であり<sup>17)</sup>、職権によってすることができる。すなわち、裁判長が鑑定事項を明示した鑑定嘱託書を作成し、これを官公署または法人に送達する。ここでも、職権への警戒から、職権で嘱託した旨を当事者に告知して、その忌避権行使の機会を保障すべきであるなどの主張がなされている<sup>18)</sup>。

(d) 検証の際の鑑定

裁判所または受命裁判官若しくは受託裁判官は、検証をするにあたり、必要があると認めるときは、鑑定を命ずることができる(233条)。これは、裁判官が直接検証物に接しても事実判断することができない場合(これを検証障害という)に検証の目的を達成するために専門家を鑑定人として立ち会わせる手続である。たとえば、病人の臨床観察に医師を鑑定人としたり、コンピュータ・ソフトの検証に専門家を鑑定人としたりする場合である<sup>19)</sup>。裁判所が、当事者の申出に基づく検証を実施するにあたり必要な限度で実施されることから、職権で行うことが可能であると解されている<sup>20)</sup>。

(e) 公文書の真否の照会

裁判所は、公文書の成立の真否について疑いがあるとき、職権で当該官

---

17) 調査の内容が特別な知識・経験を必要とし、性質上鑑定に該当するときは、鑑定嘱託となる。もっとも、そのような場合でも、実務上は調査嘱託による例もあるという。斎藤秀夫編『注解民事訴訟法(8)〔第2版〕』(第一法規, 1993年)〔以下、注解(8)という〕83頁〔斎藤=松山恒昭=西村宏一〕。

18) 条解1036頁〔松浦〕。その他、鑑定嘱託は費用が高額化するおそれがあるので、実務上は当事者に申立てをさせる方が相当であろうとの指摘がある(全訂Ⅱ586頁。同旨、注釈民訴(2)476頁〔井上繁規〕, 注解(8)86頁〔斎藤=松山西村〕, 門口編代・前掲注3) 35頁〔笠井〕など)。

19) 条解2版1279頁〔松浦馨=加藤新太郎〕。

20) 門口編代・前掲注3) 35頁〔笠井〕, 条解2版1279頁〔松浦=加藤〕など



庁または公署に照会をすることができる（228条3項）。裁判所としては、当事者に公文書の成立の真正について立証するよう促すことも考えられるが、照会先が公的機関でもあるので、裁判所に照会の職権を付与して、簡易迅速な調査を実現しようとしたのである<sup>21)</sup>。

(f) 職権による証拠保全

裁判所は、あらかじめ証拠調べをしておかなければ、その証拠を使用することが困難となる事情があると認めるときは、訴え提起の前後を問わず、証拠調べ期日前に証拠調べをして、その結果を確保しておくことができる（234条）。この証拠保全は、当事者の申立てによるほか、裁判所が職権で行うこともできる（237条）。

その沿革を辿ると、大正の大改正により、相手方の承諾があれば証拠保全を可能とする規定（旧々法371条）が濫用への懸念から廃止されるとともに、前述した職権証拠調べの一般化（旧法261条）に平仄を合せる形で職権によっても証拠保全を実施することが認められた（旧法347条）。その後、一般的職権証拠調べの規定（旧法261条）が削除され、現行法に至る。なお、こうした経緯に基づいて、職権による証拠保全が許されるのは、本案の訴訟手続において職権で証拠調べが許される範囲に限定されると解されている<sup>22)</sup>。

(2) 当事者による証拠収集をサポートする仕組み

弁論主義の下では証拠の収集・提出は各当事者に委ねられるが、しか

21) 全訂Ⅱ646頁，注釈民訴(7)156頁〔太田勝造〕，門口編代・前掲注3) 36頁〔笠井〕など。

22) 具体的には、①前掲の当事者尋問，調査囑託，鑑定囑託，検証の際の鑑定，公文書の真否の照会など，個別に職権証拠調べが認められている証拠調べの保全を申し立てる場合，②裁判権，専属管轄，当事者の实在，当事者能力，訴訟能力，代理権など職権探知主義により審理すべき事項のために証拠保全を申し立てる場合，そして，③人事訴訟，非訟事件手続，行政訴訟など職権探知主義または職権証拠調べが一般的に妥当する訴訟手続等において証拠保全を申し立てる場合などである。全訂Ⅱ728頁，注釈民訴(5)314頁〔春日偉知郎〕，条解2版1293頁〔松浦馨＝加藤新太郎〕など。

し、それは証拠へのアクセスおよびその入手可能性の点において当事者間に看過し難い格差のある場合には正当化は困難となり、むしろ弁論主義の実質化の観点から、当事者自身の証拠収集を特別にサポートする仕組みが要請されることになる。以下、代表的なものを眺めることにしたい。

(g) 弁護士会照会

訴訟代理人の弁護士による特別なサポートとして、弁護士会照会制度がある。弁護士は、受任事件について証拠や資料を収集し、事実を調査するなど、その職務活動を円滑に行うために、所属弁護士会に対して、公務所また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認められる（弁護士法23条の2）。

これは、民事訴訟法上の制度ではないが、旧民事訴訟法時代の1951年（昭和26年）に弁護士法の改正により立法化された。第二次世界大戦後、弁護士は、全面改正された弁護士法（昭和24年法律205号）により、法曹として司法アクセスの一翼を担うことが期待され、弁護士会照会はそれに応えるツールとして追加された。民事訴訟との関係では、当事者の代理人である弁護士に情報収集の特権を付与して証拠収集手段の拡充を企図したのである。

もっとも、本人訴訟や弁護士以外の代理の場合に弁護士会照会は利用できない反面、弁護士会照会はそもそも訴訟を前提としておらず、また、提訴前に照会することも可能である。なお、実務上、提訴に必要な情報の収集のための照会はよくなされているという<sup>23)</sup>。

(h) 文書提出命令および文書送付嘱託

現代社会においてその構造的偏在が著しい物証については、当事者間の実質的平等を確保すべく、当事者が裁判所を通じて証拠の収集・提出を行う特別な手段が認められている。

まず、書証では、裁判所を活用したサポートとして文書提出命令がある。これによると、相手方または第三者の所持する文書について提出義務

23) 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）  
[以下、高橋下という] 86頁参照。

が認められる場合に、当事者は、その所持者に対して提出を命じるよう裁判所に申し立てることができる(219条, 旧311条)。旧法は、①引用文書、②引渡・閲覧請求権ある文書、③利益文書・法律関係文書についてのみ、提出義務を限定的に認めていたが(旧312条1号2号3号)、後述のように現行法はこれを一般義務とした(220条)。

また、提出義務の有無とは無関係に、当事者は、裁判所を通じて文書の所持者に対して、裁判所へ任意に提出するよう依頼することもできる(226条本文)。所持者には囑託に応じる義務はない<sup>24)</sup>。なお、法令によって当事者に文書の正本または謄本の交付請求権が認められる場合には、それによれば足りることから、送付囑託は許されない(226条但書)。

#### (i) 検証受忍義務・検証物提示義務

つぎに、検証についても、上記(h)と同様の裁判所を活用したサポートが存在する<sup>25)</sup>。検証の申出者自身はその目的物を所持していない場合には、所持者に対する検証物の提示命令の申立てまたは検証物送付囑託を申し立てることができる(232条1項・219条・226条)。所持者が相手方ではなく、第三者の場合には、正当な理由のない限り、提出義務を負う(232条2項)。検証物提示義務および検証受忍義務(合わせて「検証協力義務」ともいう)は、旧法時代より、証人義務に準じて、日本の裁判権に服する者の一般的義務であると解するのが通説である<sup>26)</sup>。裁判所は、検証の必要があると認めるときは、決定をもって所持者に対する検証物提示命令または検証受忍命令を発する(232条1項・223条1項)。

24) もっとも、官公署または公務員は公法上の共助義務の一環として囑託に応じる義務が認められる。なお、旧々法は送付囑託の相手方を官公署または公務員に限定していたが、旧法以降はそのような限定はない。ちなみに、ドイツの現行民訴法も、送付囑託の相手方を官公署または公務員に限定している(ZPO432条)。高橋下147頁注152およびそこに掲載の諸文献を参照。

25) 旧法下の検証手続について、鈴木信幸・山田忠克『裁判所書記官実務研究報告書14巻1号』民事検証の手続と調書(法曹会、1976年)を参照。

26) 条解2版1275頁〔松浦・加藤〕とそこに掲載の諸文献を参照。

(j) 証拠保全

最後に、時間的偏在なし制約から当事者を救済する証拠保全（234条）も、証拠収集をサポートする特別の仕組みとして機能する。証拠保全は、当事者の申立てによるほか、職権によっても実施し得ることはすでにみた（237条）。

証拠保全の事由としては、証人等の老齢、重病、離国、文書の滅失、保存期間の経過、証拠物の現状変更などがある。さらに、証拠の毀滅や改ざんが含まれるかについては、これを肯定する見解が大勢を占めつつある<sup>27)</sup>。

こうした証拠保全の運用拡大の動きは、証拠保全の機能拡張傾向を反映したものである。証拠保全の機能としては、その名の通りの本来の証拠保全機能（将来実施されるべき証拠の使用を保全する働き）に加えて、実務上、濫訴防止機能、和解促進機能、争点整理促進機能、本案審理円滑化機能が指摘されており<sup>28)</sup>、さらに、証拠開示機能を肯定する学説<sup>29)</sup>の影響も

27) 改ざんのおそれに関しては、証拠保全の申立てにあたり、保全事由を具体的に疎明する必要があるか否かをめぐって争いがあり、所持者の人格、前歴などの具体的事実については、具体的な疎明を要しないとして、緩やかに証拠保全を許す裁判例（広島地決昭61・11・21判時1224号76頁など）のほか、学説上、具体的事実の疎明を求める見解（高見進「証拠保全の機能」講座民訴⑥331頁、条解1102頁〔松浦馨〕、条解2版1285頁〔松浦馨＝加藤新太郎〕、注釈民訴(7)298頁〔春日偉知郎〕、加藤新太郎＝齊木教朗「診療録の証拠保全」裁判実務大系17巻（青林書院、1990年）478頁など）、証拠がその保存に関心をもたない者の排他的支配領域内にあることが示されれば、証拠保全の事由を支えるだけの合理的基礎が存するとし、実務の傾向を是認する見解（小島武司「証拠保全の再構成」自正29巻4号（1978年）34頁、小島547頁、新堂幸司「訴え提起前におけるカルテの閲覧・謄写について」判タ382号（1979年）10頁など）がある。これは、証拠保全の証拠開示機能をどの程度重視するかという論者の姿勢と密接に関わる。

28) 条解2版1282頁〔松浦＝加藤〕。なお、本案審理円滑化機能とは、証拠保全により証拠の改ざんの有無といった困難な争点が消失することにより、本案審理が円滑に進行することをいう。

29) 霜島「アメリカ合衆国の開示手続—わが国の研究の現状・意義・方法—」法

あり、実務は証拠保全に証拠開示機能を認める立場に接近しつつあるという<sup>30)</sup>。

## II 現行民事訴訟法下における証拠収集手段の現代的変容

現行の民事訴訟法（平成8年法律109号）（以下、現行法という）が制定された1996年は、大正大改正の70年後であり、その間のアップ・トゥ・デートは常に課題とされてきたが、とりわけ、1990年頃より、民事訴訟は使いにくく、時間と費用がかかりすぎるといふ国民各層からの批判が起こり、「訴訟離れ」と呼ばれる現象も指摘されるとともに、裁判所や弁護士界の間においても国民の司法に対する信頼の失墜に対する危機感が高まり、ついには2度目の大改正に至ったのである。

その主眼の1つとして、審理の充実・促進が掲げられ、早期に争点・証拠整理を実施して立証対象を明確にしたうえで、効率的な集中証拠調べ（182条）を目指すものとされた。そこで、訴訟の準備を十分に進め、証拠の構造的偏在の下で当事者間の実質的平等を回復すべく、当事者が早い段階から関連する情報や証拠といった資料にアクセスし、必要な資料を収集獲得し得るよう支援する仕組み作りが必要とされ、争点・証拠の整理手続の整備とともに証拠収集手段のさらなる拡充が行われた。それらは、従前の証拠収集拡充策が当事者間の対立関係を等閑視するのと異なり、当事者間にコミュニケーションの糸口を探ることで、情報の共有や協調的関係の構築、そして、審理の充実を期待するのであり、新たなパラダイムへ踏み出すものであった<sup>31)</sup>。

---

學志林79巻4号（1982年）5頁、小林秀之『民事裁判の審理』（有斐閣、1987年）239頁、小島武司『民事訴訟の基礎法理』（有斐閣、1988年）85頁など。

30) 加藤 = 齋木・前掲注27) 480頁、条解2版1282頁〔松浦 = 加藤〕。

31) こうしたパラダイムについては、拙稿「複合対話型審理モデル—民事訴訟における協調的対話と競争的対論—」桐蔭法学19巻2号（2013年）47頁など参照。

そこで、以下では、前述した旧法下で形成されたプロトタイプの現代的変容として、現行法とその後の一部改正に分けて整理する。

## 1. 現行法制定によって強化ないし新設された制度

### (1) 文書収集手続の拡充

書証については、現行法の制定により、従来の証拠収集手段が強化された。まず、旧法下の文書提出義務は、前述のように限定的であったが（旧312条1号2号3号）、私人間の法律関係の複雑高度化に応じて情報が媒体上に固定化された文書の証拠方法としての重要性が増すとともに、その構造的偏在の問題を背景として、文書提出義務の範囲を拡大する裁判例等が目立つようになったことを受けて、現行法は、限定義務であった旧法312条に制限列挙されていた1号乃至3号の後に、「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」という提出義務を免れる除外事由を示した4号を加えることで、私文書の提出義務を一般義務化した（220条）。

さらに、文書特定の困難性を救済するための手続の新設（222条）、文書提出拒絶事由に関するインカメラ手続の導入（223条6項）、文書提出命令違反に対する制裁の強化（224条、225条）などが行われ、当事者の私文書へのアクセス、収集、そして、提出をサポートする仕組みをさらに充実させたのである。

公文書については、1996年改正時には行政情報公開制度との整合性をめぐる議論がまとまらず、立法化は見送られていたが、2001年の改正（民事訴訟法の一部を改正する法律〔平成13年法律96号〕）により、公務秘密文書等を除く公務文書についても一般義務化が実現されるに伴い（220条4号口）<sup>32)</sup>、関連諸規定も整備されるとともに（223条3項以下）、刑事関係

---

32) 2001年の公文書提出命令制度を導入した際に、刑事事件記録・少年事件記録およびこれらの事件において押収されている書類が一律提出除外とされたことに批判が集中したため、施行後3年を目途として再検討することとされていたが、2004年の改正では見送られ、その後、議論はあるものの（秋山幹男「民事

書類について提出義務を除外する旨の規定も設けられた（220条4号ホ）。

こうした一般義務化は、エヴィデンス重視のトレンドと相俟って、証拠収集のサポート・システムを構築する社会的基盤の形成に寄与しよう。除外事由を整理縮小して一層の一般義務化を進めようとする後述の改正提案は、そうした基盤形成の動きに連なるものともいえよう。

## （2）当事者照会

現行法は、事件に関する情報等を、裁判所を介さずに当事者間で自主的に直接やり取りする当事者照会制度を新設した。これによると、訴訟係属中、当事者は、相手方に対して、主張・立証の準備に必要な事項について、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認められる（163条）。

これはアメリカ法の開示手続（discovery）における質問書（interrogatories）を参考にしたものである。その狙いは、当事者間のコミュニケーション回路を開いて情報収集に活用することで、争点の整理・圧縮による和解促進や集中審理の実現に資するところにある。すなわち、現行法は、本条により開示手続を限定的ながらも導入するほか、①当事者がそれぞれ主要事実だけではなく間接事実をも明らかにし、争点整理に具体的基礎を与えること（民事訴訟規則53条・80条）、②証拠方法に関係する整理を徹底し、確かな立証計画を立てること（民訴法147条の2、147条の3）、③文書に関係する限り、証人尋問などの証拠調べに先立っての取り調べを可能にしていること（弁論準備手続に関しては、170条2項を参照）など、集中審理の実現に向けた諸制度の整備を企図したものである<sup>33)</sup>。

---

訴訟における公務文書の文書提出命令制度」青柳幸一編『融合する法律学【下巻】』（信山社、2006年）463頁、478-481頁など）、2015年の現時点に至るまで公文書提出命令制度の見直しはなされていない。

33) 井上治典「当事者照会制度の本質とその活用」講座新民訴1巻267頁以下〔同『民事手続の実践と理論』（信山社、2003年）45頁以下所収〕、笠井正俊「当事者照会の可能性」谷口安平先生古稀祝賀『現代民事司法の諸相』（成文堂、2005年）221頁など。

もっとも、集中審理を徹底するための実際的装置としては、不十分な面は否めず、たとえば、当事者照会に関しては、不当な回答拒絶をしてはならないが、制裁による強制は予定されておらず<sup>34)</sup>、回答が得られない場合には、裁判所の釈明権行使などを求めるほかない。かくして、当事者照会はあまり利用されないまま<sup>35)</sup>、現在に至っている。

こうしたプラクティスの転換には、関係者の創意ある工夫や努力とともに、さらなる立法措置が待たれるところであり、後述する提訴前の照会はその一例である。

## 2. 現行法の2003年改正により導入された制度

現行民事訴訟法が施行された1998年以降、審理期間短縮の傾向がみられ<sup>36)</sup>、訴訟迅速化の取り組みは成果をあげていたものの、さらなる審理の

---

34) 制裁規定を置かなかったのは、同じく制裁を予定していない裁判所からの嘱託(186条、226条)や捜査機関からの照会(刑訴197条2項)との均衡を図ったことに加え、制裁措置の発動をめぐって訴訟が遅延することを危惧したことによる(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、1996年)[以下、一問一答という]166頁など)。なお、回答拒絶が裁判官の心証に影響を及ぼしたり、当事者に課される信義誠実訴訟追行義務(2条)に違反したり、また、代理人弁護士の弁護士倫理違反の問題(弁護士職務基本規程5条・74条・76条)を生じさせ得ることはある。竹田真一郎「当事者照会③—照会をうけた側の代理人として」三宅省三ほか編集代表『新民事訴訟法大系 第二巻』(青林書院、1997年)188頁参照。

35) 当事者照会の利用が低調である原因として、弁護士側から、①回答拒絶や不誠実回答の諦めが先に立つこと、②自分の証拠を効果的に収集整理することが弁護士の技と考えること、③質問の仕方が分からないこと、④弁護士が期日準備に追われて多忙であること、が指摘されている。山浦善樹「当事者照会等の活用の問題点と改善のために必要な条件」上谷清・加藤新太郎編『新民事訴訟法施行三年の総括と将来の展望』(西神田編集室、2002年)57-59頁。

36) たとえば、第一審民事訴訟事件全体の平均審理期間をみると、1996年-10.2月(21.3月)、1997年-10.0月(20.8月)、1998年-9.3月(20.8月)、1999年-9.2月(20.5月)、2000年-8.8月(19.7月)、2001年-8.5月(19.2月)である(カッコ内は人証調べを行った事件についてのデータ)。小林秀之編著『Q & A 平成16年



充実と迅速が求められ、2001年6月に公表された司法制度改革審議会意見書では、審理期間をおおむね半減することが目標とされ、民事裁判の充実・迅速化の一環として証拠収集手続の拡充が掲げられた<sup>37)</sup>。

これを受けて現行法の改正が行われたが（平成15年法律108号）、証拠収集手続の拡充として、訴え提起前における証拠収集処分等が設けられた。これは、訴えの提起を予告する通知（これを「予告通知」という）を書面とした者とこれに対して書面で返答した者が、予告通知後4カ月以内に限り、提訴し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事項についての照会（132条の2、132条の3）、および、一定の証拠収集処分の申立てをすることができる（132条の4以下）というものである。後者の一定の証拠収集処分とは、①文書の送付嘱託、②調査の嘱託、③専門家に対する意見陳述の嘱託、そして、④執行官に対する現況調査の4種類であるが、これらのうち、①および②は、それまでも存在した証拠調べの方法を提訴前にも実施できるものとしたのに対し、③および④は、ドイツ法上の独立証拠調べをモデルとした「提訴前の鑑定」の導入が見送られたことから、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手段を設けることにしたものであるという<sup>38)</sup>。当事者が提訴前において必要な証拠や情報の収集を行うことで、和解するか提訴に踏み切るかの決断に資するだけでなく、提訴後の手続を計画的に進行させ、ひいては民事裁判の充実・迅速化を実現することがその狙いである<sup>39)</sup>。

---

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手続の拡充など—（新日本法規、2004年）113頁参照。

37) 司法制度改革意見書は、「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」として、ドイツ法の独立証拠調べや提訴予告通知の制度にも言及した。

38) 青山善充ほか「〈特別座談会〉民事訴訟法改正と民事裁判の充実・促進化(上)」ジュリスト1257号（2003年）62頁、条解2版680頁〔上原敏夫〕など。

39) 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年）28頁、畑瑞穂「訴え提起前の情報収集・交換の拡充と審理の充実等」ジュリスト1317号（2006年）76頁など。

### III 法の枠を超えた証拠収集拡充——解釈論・立法論——

#### 1. 解釈論による証拠収集拡充

証拠収集の場面では、前述した証拠保全の証拠開示機能を肯定する解釈論のほか、補助参加の利益の有無を判断する際に証拠収集といった側面にも目を向けるべきであるとの見解がみられる<sup>40)</sup>。この考え方を訴訟参加制度全体に敷衍したり、さらには法令上の訴訟代理人や補佐人も証拠収集のサポーターとして再構成することも検討に値しよう。

証拠提出の場面で代表的な解釈論として、模索的証明<sup>41)</sup>がある。証拠の申出は、証明責任を負う当事者が証明すべき事実を特定して行うのが本来であるが（180条）、その当事者が要証事実を十分に知りえない場合に、そのような特定に困難を来す。そこで、そうした場合に抽象的な立証事項を掲げる証拠申出を例外的に許す理論が模索的証明である。これにより証拠調べによって具体的な主張・立証資料を入手することが可能となる。なお、模索的証明についての評価は分かれている<sup>42)</sup>。

---

40) たとえば、所在不明の夫を被告とした公示送達により進行中の保証債務請求訴訟において、夫を勝訴させるために妻がした補助参加の申立につき、名古屋高決昭43・9・30高民21巻4号460頁は、夫婦協力扶助義務を根拠として参加の利益を認めたが、この見解によると、妻の参加による証拠ないし情報の収集の拡充や紛争解決の実効性などに鑑みて、参加の利益を肯定することになる（高橋下442頁参照）。

41) 模索的証明論は、ドイツにおいて、とりわけ身分関係訴訟で問題とされた。たとえば、認知請求訴訟の被告（男性）が具体的な手掛かりのないままに誰が相手であると特定できないにもかかわらず、原告の母親は被告以外の多数の男性と関係を持っていたとの主張（いわゆる多数関係者の抗弁）をして、その立証のために原告の母親の証人尋問を求めるケースが増えた。そうした事態に対し、ドイツの判例は、当該領域での模索的証明を不合法であるとする。

42) 裁判例も学説も分かれる（肯定的な裁判例として、大阪高決昭和53年3月6日高民31巻1号38頁、高松高決昭和50年7月17日行集26巻7号893頁、東京高判昭和54年10月18日判時942号17頁などがあり、否定的な裁判例として、東京

証明の領域において証拠収集拡充機能を導き出そうとする解釈論としては、証明度の議論もあるが、ここでは事案説明義務を取り上げる。本来、証明責任を負わない当事者は、相手方の本証が成功しそうな場合に限りに、反証をすれば足りる。しかし、社会生活関係の高度化・複雑化・専門化に応じ、証明責任を負う相手方にとって、その具体的事実関係の主張・立証が困難である事案が増加する。その結果、当事者間の公平や事実認定の適正は、看過し難いレベルに至る。そこで、ドイツでの議論を参考にして、証明責任を負わない当事者に証拠の提出をさせるための理論である事案説明義務という考え方が提唱されている<sup>43)</sup>。事案説明義務が発現するのは、具体的事実の主張、証明妨害、そして、訴訟前の証拠収集の各

---

高決昭和47年5月22日高民集25巻3号209頁などがある)。畑瑞穂「模索的証明・事案説明義務論」鈴木(正)古稀607頁、条解2版1043頁〔松浦=加藤〕、佐上善和「民事訴訟における模索的証明について—その不合法根拠の検討—」末川博先生追悼論集『法と権利3』民商法雑誌78巻臨時増刊号(3)(1978年)200頁、上田徹一郎「不法行為訴訟と証拠法の展開」法セ増刊・不法行為法(1985年)275頁以下、高橋下91頁、竹下守夫「模索的証明と文書提出命令違反の効果」吉川大二郎博士追悼論集『手続法の理論と実践【下巻】』(法律文化社、1981年)163頁以下など参照。

- 43) この考え方は、つぎの4つの要件を充足した場合に証明責任を負わない相手方に事案説明義務が発生し、相手方がこれを果たさないと、証明責任を負う当事者の主張事実を真実であると擬制することができるというものである。その要件とは、①事実の証明を求める当事者が相手方に対して自らの権利主張に合理的基礎があることを示す手掛かりを示すこと、②この者が客観的に事実の証明を行うことのできない状況にあること、③②について非難可能性がないこと、④相手方が当該事実を容易に説明できる立場にあること、の4つである。春日偉知郎「証拠収集および提出過程における当事者行為の規律」民訴28号(1982年)60頁以下〔同『民事証拠法研究』(有斐閣、1991年)233頁所収〕。その他、小林秀之「民事訴訟における訴訟資料・証拠資料の収集(4・完)」法協97巻11号(1980年)15頁以下、上田徹一郎「当事者の訴訟上の地位—当事者平等原則の展開」講座民訴③18頁、注釈民訴③〔伊藤眞〕、松本博之『民事訴訟における事案の説明』(日本加除出版、2015年)57頁以下なども参照。

局面であるという<sup>44)</sup>。事案解明義務についても、その評価は分かれている<sup>45)</sup>。

## 2. 立法論による証拠収集手段の拡充

法改正の速度が高まるなかで、さらなる証拠収集手段の強化に向けた立法論も提唱されている。たとえば、英米法のディスカヴァリ（discovery）やディスクロージャー（disclosure）に倣った「早期開示制度」やデポジション（deposition）を参考にした「証言録取制度」の導入が提案されている。前者は、争点整理の早期の段階で、当事者に対して訴訟に関連する文書に係る情報のすべてを、その目録を交付するなどして相手方に開示することを義務付け、違反に対する制裁を設けるというものである。後者は、一方当事者の申立てがあり、相手方がこれに同意した場合に、事件に関する事実を知るとされる者から当事者間において証言を録取すること

---

44) 高橋上510頁。

45) 最高裁判所は、「原子炉設置許可処分取消訴訟においては、裁判所の審理、判断は、原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議判断を基にしてされた被告行政庁の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべき」であって、「被告行政庁がした右判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該原子炉施設の安全審査に関する資料をすべて被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認される」と判示しており（最判平4・10・29民集46巻7号1174頁）、これは事案解明義務を認めた判決であると評価されている（竹下守夫「伊方原発訴訟最高裁判決と事案解明義務」木川統一郎博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進【中巻】』（判例タイムズ社、1994年）1頁など）。学説の状況は、小島387頁およびそこに掲載の諸文献を参照。なお、事案解明義務の問題点としては、主張・証明責任との区別が曖昧であり、当事者が裁判所に対する単なる情報提供者の地位に墮しその主体的地位を失いかねないなどの指摘がある（小林秀之『新証拠【第2版】』（弘文堂、2003年）140頁）。

を裁判所が許可するというもので、当事者が選任する公証人が証言録取者として立会い、録取について生じた紛議を裁定するという。

そのほかにも、回答義務違反に対する制裁による当事者照会制度の実効化、文書提出命令制度の改善、文書送付嘱託の応諾義務の明文化など、従来の証拠収集手段をさらに強化する方向での提言がなされている。他方、そのカウンターバランスとして個人のプライバシーや事業者の営業秘密との調整を慎重に行うべく、先行的に特許法等の分野で個別的に立法化されている秘密保持命令を民事訴訟法上の一般的制度として、訴訟代理人等を含む訴訟当事者に対して秘密保持命令を受けた者以外の者に対する秘密の開示を禁止する制度を導入すべき旨の主張もなされている<sup>46)</sup>。

#### IV 証拠収集拡充策の展望——中韓の動向を踏まえて——

##### 1. 証拠収集拡充策の方向性と中韓との比較

以上の証拠収集拡充策を拡充のしくみからカテゴライズすると、①職権化（個別的職権証拠調べ）、②当事者による裁判所の活用（文書提出義務など）、③時間的制約の克服（証拠保全、提訴前の証拠収集処分等）、④当事者間の協働関係の構築（当事者照会、事案説明義務など）、⑤代理人・参加人による支援（弁護士会照会など）、⑥証明負担の軽減（模索的証明など）があげられる。また、秘密保持命令にみられる特別法上の限定的なツールから一般法上の汎用的なシステムへという流れもある。

こうした拡充のしくみを中国や韓国のそれと照合してみると、まず、中

---

46) 代表的なものとして、三木浩一・山本和彦編『民事訴訟法の改正課題』（有斐閣、2012年）、日本弁護士連合会の「民事司法改革グランドデザイン（2013年10月22日）」（[http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/publication/booklet/data/grand\\_design131022.pdf](http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/publication/booklet/data/grand_design131022.pdf)）9頁などがある。ちなみに、東北アジア民事訴訟法学会「第8回国際シンポジウム」での三木浩一教授の報告（「日本民事訴訟法における証拠収集制度の改正課題」『第8回東北ASIA民事訴訟法国際學術大會（報告集）』89頁以下）は、そうした立法論的課題に焦点を合わせたものであった。

国では、中国民事訴訟法64条が、当事者は自らの主張する事実について証拠を提出する責任があるとするとともに（同1項）、当事者および訴訟代理人が客観的な原因により自ら収集できない証拠または裁判所が事件の審理に必要と認める証拠については職権による収集を認める（同2項）<sup>47)</sup>。すなわち、職権証拠調べが一般的に許容されている点でわが国とは異なり、①職権化の方向での展開が見込まれる。もっとも、中国側からの報告<sup>48)</sup>では、近時の社会変化に伴う証拠収集制度における当事者主義への転換の兆しも指摘されており、今後の動向が注目される。

つぎに、韓国では、起点となる証拠収集のプロトタイプが日本のそれに酷似するほか、当事者主義の基盤のうえにさまざまな工夫を模索する点においてもわが国の状況と変わらない。そうしたなか、韓国側報告<sup>49)</sup>における興味深い点として、2002年の韓国民事訴訟法の全面改正の際に、調査嘱託の対象を個人にまで広げたこと、準備手続を先行させる手続構造を原則とすることで集中審理の実現を企図したが、結局、2008年改正で弁論準備手続をもとの任意手続に戻したこと<sup>50)</sup>、そして、立法論として韓国型ディスカヴァリが提案されていること<sup>51)</sup>などがあげられる。

---

47) 2015年民訴司法解釈によると、国家秘密、商業秘密、個人のプライバシーに関する証拠などが客観的原因で自ら収集できない証拠（同94条）、および、人事事件や民事公益事件などにおいて裁判所が必要と認める証拠（同96条）とされる。

48) 陳剛・華東政法大学教授の報告「中国民事証拠収集制度の現状と問題」『第8回東北 ASIA 民事訴訟法国際學術大會（報告集）』17頁以下。

49) 朴趾源・韓国国会図書館法律資料調査官の報告「証拠収集手続と証拠調べ手続の区別に関する一試論」『第8回東北 ASIA 民事訴訟法国際學術大會（報告集）』125頁以下。

50) 筆者は、弁論準備手続先行型モデルが挫折した理由について質問したところ、報告者の朴調査官からの回答は、理想と現実の乖離が著しく、実務に定着しなかったことが原因であるというものであった。

51) 韓国型ディスカヴァリは、大法院の事実審充実化司法制度改善委員会の提案によるという。

## 2. 証拠収集拡充策の課題と展望

欧米諸国との比較により、証拠収集手段の不備が意識され、とりわけアメリカ法をモデルとした立法論がみられる点は日韓に共通する。

ところで、わが国における各証拠収集制度の利用状況は、総じて、旧法時代から存在した制度が順調であるのに対し、現行法下で新設された制度には不振が目立つ<sup>52)</sup>。かかるコントラストを前に、法律家の行動様式が未だに計画審理や集中証拠調べを支えるに至っていないのではないかとの疑念が湧く。現に弁護士の間では、提訴前の照会や証拠収集処分について、その「必要を感じない」、あるいは、「提訴前に手間暇をかけるより訴訟を提起した方が早い」などの意見があるといい<sup>53)</sup>、また、最高裁判所の「裁判の迅速化に係る検証に関する検討会」では、「依頼者が、提訴前においては、手持ちの証拠を開示して争点整理や真相究明を行うよりも、紛争の早期解決に向けた交渉を行うことを優先させるという背景事情もある。また、弁護士の実務慣行としても、提訴前に相手方との交渉のなかで争点整理や証拠開示を行うことは少ない」といった意見も報告されている<sup>54)</sup>。

これは、集中審理を目指して行われた韓国の準備手続の先行化と共通の課題であり、そこでの挫折が示すように一朝一夕に変わらない法律実務家、とりわけ、弁護士の行動様式の変化が帰趨を握ることになろう。敵対的な当事者間における強行的な証拠獲得から④両当事者の協働による証拠収集へというパラダイムシフトは、当事者間の対立関係を閑却して裁判所に天の声を期待するという業務スタイルの弁護士にとってはなかなかの難

52) たとえば、提訴前の証拠収集処分の申立件数は、320件（2005年）、144件（2006年）、120件（2007年）、108件（2008年）、89件（2009年）、78件（2010年）、66件（2011年）、87件（2012年）であり（最高裁判所事務総局『裁判の迅速化に係る検証に関する報告書（概況編）』[2013年] 282頁）、その後（2013年、2014年）もほぼ横這いであるという（増田勝久「訴え提起前の証拠収集制度」法律時報87巻8号（2015年）19頁）。

53) 増田・前掲注52) 19-20頁。

54) 最高裁判所事務総局編『裁判の迅速化に係る検証に関する報告書（施策編）』[2013年] 27頁。

事に違いない。

提訴前の照会および証拠収集処分の利用が伸びないその他の要因としては、一方で、裁判所の関与の度合いが低く<sup>55)</sup>、その実効性に疑問がないわけではない<sup>56)</sup>のに対し、他方で、重い要件<sup>57)</sup>が定められており、結局、効果と負担とのインバランスが指摘されている<sup>58)</sup>。そこに、裁判所の面前でないと動きが鈍るという弁護士の計算を読み取ることも許されようか。また、手続法上の情報・資料収集手段が拡充されるとともに、実体法上の情報請求権等も整備された結果<sup>59)</sup>、法体系全体としてみると必ずしも整合的であるとはいえず<sup>60)</sup>、そのことが特定の制度に利用が集中する一因である

---

55) 裁判所は、照会では関与せず、証拠収集処分では囑託等の方法で情報・資料の提供を求めるにすぎず、証拠調べを行うわけではない。

56) 照会の相手方には回答義務はなく、証拠収集処分には強制力がない。いずれも提訴前であることから、拒絶の事実等が一切心証に反映されず、それらの実効性は一層乏しいものとならざるを得ない。

57) 照会および証拠収集処分のいずれも、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対して行われるところ、そもそも提訴前の相手方の明確な反論のない時点で、事実を認識・確定するために行うのであるから、明白な必要性を疎明するのは容易ではない。

58) 増田・前掲注52) 21頁。

59) 実体法上の情報請求権としては、たとえば、委任者の報告請求権（民法645条）や株主の帳簿閲覧請求権（会社法433条）などがあり、これらを通常訴訟での行使のほか、満足的仮処分の方法によることや、証拠保全の開示的運用を支えるものとしても援用されている。そのうえ、近時は、プロバイダ責任制限法（特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律 [平成13年法律137号]）による発信者情報開示請求権（同法4条）の新設や判例による貸金業者の債務者に対する取引履歴開示義務の肯定（最判平17・7・19民集59巻6号1783頁）などの動向も注目される。たとえば、貸金業者は実務上も債務者からの取引履歴開示請求に応じるようになり、提訴前の文書送付囑託（民訴法132条の4第1項1号）によることは、原則として補充性の要件を欠き、認められないことになる。

60) さらに、2003年の個人情報保護に関する法律（平成15年法律57号）の制定によって、個人情報保護意識が高揚し、一般義務とされた文書提出義務だけでなく、回答義務のない提訴前の照会や提訴後の当事者照会の場合、あるいは、



のかもしれない。

情報爆発時代における情報や資料（とりわけ電子情報）の氾濫のなかでその収集が却って困難になることも少なくなく、さらに、社会的に高揚した個人情報保護の意識が資料収集にとって障害となる場面も散見される。そうしたなか、証拠収集拡充策をさらに推進することができなければ、ハッキングなどの違法収集を奨励するに等しく、さもなければ、判決であれ、和解であれ、証拠に重きを置かない利益衡量的解決に甘んじるほかない<sup>61)</sup>。

そこで、実体法上の情報請求権の拡充や裁判所を活用した収集手段に期待して、一層の法整備を促進することが一方で望まれるものの、他方で、それにも増して、弁護士が自ら情報収集や証拠獲得に力を発揮する環境を整備することも重要となろう。たとえば、弁護士間の協調的交渉やADRの選択が常態化することなどが考えられるが、要するに、それは弁護士の職域拡大、そして、弁護士層の厚みの問題でもある。本人訴訟が可能であるとしても、訴訟内外におけるフロントランナーとして社会を先導する役割が弁護士には期待される。中韓両国が法曹規模の拡大路線にあることも偶然ではない。

これからの証拠収集拡充策にとっては、社会の実態、とりわけ、法曹の規模や行動様式<sup>62)</sup>とも連動した総合的な司法アクセスの問題として検討する視点が不可欠となろう。

---

文書送付嘱託や弁護士会照会の場合においても、個人のプライバシー保護等を理由として回答等を拒絶する例が増加しているとの指摘もある（最高裁判所事務総局・前掲注54）28頁）。

- 61) 青色LEDの発明者でノーベル物理学賞受賞者の中村修二氏は、日米両国の訴訟経験に基づいて、日本では、証拠収集手段が不十分であり、結局、利益衡量的判決がまかり通っていると批判する（同「〈講演〉日米双方での裁判を経験して」LIBRA12巻6号（2012年）2頁以下参照）。
- 62) 法曹養成への期待が小さくないことにつき、拙稿「対話型調停による司法再考—複合的重層パラダイム—」桐蔭法科大学院紀要4号（2015年）3頁以下参照。