

Title	「民事訴訟手続に関する検討事項」についての意見(二)
Sub Title	Comments on "The Points to be Reviewed in the Japanese Civil Procedure" (2)
Author	宗田, 親彦(Soda, Chikahiko) 三上, 威彦(Mikami, Takehiko) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1993
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.66, No.3 (1993. 3) ,p.91- 122
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19930328-0091">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19930328-0091</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

「民事訴訟手続に関する検討事項」についての意見(二)

民事訴訟法研究会

「民事訴訟手続に関する検討事項」についての意見(2)

第一 裁判所

一 管轄

二 裁判所職員の除訴、忌避及び回避

第二 当事者

一 当事者適格

二 共同訴訟及び訴訟参加

三 訴訟代理人及び輔佐人

四 その他

第三 訴え

第四 口頭弁論及びその準備

一 訴状等の記載事項等

二 釈明等

三 争点及び証拠の整理手続……………(以上二号)

四 攻撃防禦方法の提出時期

五 弁論の準備におけるOA機器の利用

第五 証拠

一 証拠収集手続

二 証人尋問

三 鑑定

四 書証

五 検証

六 当事者尋問

七 新証拠の証拠調べ

八 証拠保全

九 その他……………(以上本号)

第六 訴訟手続に関するその他の事項

一 期日及び期間

二 送達

三 訴訟手続の中断及び中止

第七 裁判、判決の確定及び執行停止

第八 和解並びに請求の放棄及び認諾

一 和解手続

二 和解並びに請求の放棄及び認諾の効力

第九 訴訟費用

第一〇 大規模訴訟の審理

第一一 簡易裁判所の訴訟手続に関する特則

第二二 少額事件の訴訟手続……………（以上四号）

第三 上訴

一 控訴

二 上告

三 上訴制限

四 抗告

五 その他

第一四 再審

第一五 督促手続

第一六 国際民事訴訟

一 国際裁判管轄

二 国際的訴訟競合

三 外国判決の承認及び執行

四 その他

第一七 その他  
一 手形訴訟及び小切手訴訟に関する特則

二 司法委員

三 裁判所による専門的情報等の収集

四 調停

五 人事訴訟において判決の効力を受ける第三者の救済

方法

六 その他……………（以上五号・完）

第四 口頭弁論及びその準備（続き）

四 攻撃防禦方法の提出時期

1 攻撃防禦方法の提出時期について、改正すべき点があるか。

〈結論〉

改正すべき点がある。

〈理由〉

審理を集中し、訴訟の迅速な進行を図るために、一定の時期までに主張、証拠の提出がなされるように改正する必要がある。訴訟は、当事者双方および裁判所の協力で迅速にするのが本来的な姿であり、いたずらに裁判所の側からする強権的な制約的規定の新設は避けなければならず、攻撃防禦方法の提出時期について規定を設ける場合でも最低限にする必要がある。

2 例えば、次のような考え方があがるが、どうか。

(一) 裁定期限制度

(1) 裁判長は、答弁書の提出又は一定の事項に関する攻撃防禦方法の提出期限を裁定することができるものとし、その裁定があった場合には、当事者は、その裁定期限までに答弁書、準備書面若しくは書証を提出し、又は証人等の申出をしなければならぬものとするとの考え方

(2) (1)の考え方を採る場合における裁定期限経過の攻撃防禦方法の提出の可否について、

ア 特別な制限は加えない(時機に後れた攻撃防禦方法の却下に関する一般的規定の適用による。)ものとするとの考え方

イ 期限経過後は、訴訟の完結を遅滞させない場合又は当事者が裁定に係る攻撃防禦方法を期限までに提出すること及び期限の伸長を事前に求めることができなかったことについてやむを得ない事由があることを疎明した場合を除き、その攻撃防禦方法を提出することができないものとするとの考え方

〈結論〉

右(1)の裁判長の裁定期限制度は、第一審、第二審とも設ける必要がある。しかし第一審と第二審でその効果を区別する必要

がある。

〈理由〉

訴訟は相手方の争い方如何によって主張、立証が変化する性質を有すること、当事者の事実調査、および証拠収集に限界があり、さらに現在の弁護士証拠収集権限に強制力が伴わないこと等から、裁定期限経過後は現行民法第一三九条の規定の有効な運用で充分対処しうる。そこで第一審については右(2)、アを妥当とする。

これに対して第二審では右(2)、イを妥当とする。第一審での訴訟活動を経ているので第二審では攻撃防禦方法の提出の制限を設け、かつ失権効を付与することによって、第一審集中審理方式が定着しよう。条文の位置は、(2)、イの条文を第二審の箇所個別に設けるをもって足りる。

(二) 書証の提出時期

(1) ある証人等の取り調べにおいてその証人等に示す予定の書証は、弾劾証拠として使用するものを除き、その証人等の取り調べを開始する時よりも相当期間前に提出しなければならない(その時点以後に提出された書証は、その時点までに提出できなかったことについてやむを得ない事由がある場合を除き、その証人等に示すことができない)ものとするとの考え方

(2) 書証は、弾劾証拠として使用する場合その他一定の場合を除き、訴訟が証人等の取調べの段階に入る以前に提出しなければならないものとするとの考え方

〈結論〉

(1)に賛成する。

〈理由〉

証人等に示す予定の書証を証人等取調べ開始前に提出することは、相手方の尋問の準備のために必要不可欠のものである。

実務でみられる証人等取調期日（しかも自己側の証人等取調期日）に新たな証拠を提出して審理を逆転させるという方法はフェアではなく避けるべきであるので(1)に賛成する。しかし弾劾証拠やこの提出期間後の提出であっても審理を遅滞させないものは例外とすべきである。また証人等の取調べにより明らかになった間接事実のための新たな書証の提出と取調べも手続を遅滞させない限り認めてよい。

(2)は、その証人等取調べ期日前でなく、取調べの段階に入る以前に全ての書証の提出を要求することは不可能を強いるものである。これにより訴訟を促進させるつもりであろうが、逆に裁判所及び当事者を慎重にさせ、いつまでも証拠調べに入らないことになって訴訟は遅延することになる。実現可能な現実的な改正をするべきである。

(三) 適時提出主義

当事者は、手続を遅滞させることがないよう、攻撃防禦方法を適時に提出しなければならない(第一三七条に規定する随時提出主義を適時提出主義に改め、適時に提出しなかった攻撃防禦方法は、適時に提出しなかったことについて重大な過失があり、かつ、その提出を認めることが訴訟の完結を遅延させるものと認められるときは、却下することができる。)ものとするとの考え方

〈結論〉

訴訟の促進をはかるために無制限な随時提出主義を適時提出主義に改めることに賛成する。

〈理由〉

適時提出主義にするときでも現行法の第一三七条と第一三九条を併せた規定にすることを限度とし、それ以上に失権の効果を付与すべきでない。現行法の第一三九条を実務において有効に運用することによっても同様の実は挙げられる。

五 弁論の準備におけるOA機器の利用

1 弁論の準備におけるOA機器の利用について、改正すべき点があるか。

〈結論〉

OA機器の導入に賛成する。但し、非公式および補助的な利用に限るべきである。

〈理由〉

OA機器の導入に賛成するが、弁論の準備に用いられたものが弁論に上程される時には書面化されかつ保存可能なものでなければならぬ。OA機器の利用は、人間の五感で体得できるものに限るから利用できるものはFAX、ビデオテープ、録音テープなどであろうが、フロッピーディスクやビデオディスクそのものは妥当ではない。かつ、これらも証人などの申請書、期日請書等に限定されよう。これらに対して非公式な連絡にはOA機器一般を大いに活用すべきである。裁判所のOA機器の利用には、証拠に用いることや保存及び当事者の意思の確認の点で問題があるので、補助的な利用にとどめるべきである。

2 例えば、当事者等が遠隔地にいるときは、争点等の整理のための手続（口頭弁論を除く。）の期日において、その当事者等と電話（訴訟関係人が同時に通話することのできる電話会議システム等を用いる。）及びファクシミリを利用して争点等の整理を行なうことができるものとするとの考え方があるか、どうか。

〈結論〉

補助的に利用することに賛成する。

〈理由〉

争点などの整理のための期日の新設の可否については賛否の議論があるから、これの当否は別の項目（第四、三）に譲り、ここでは電話会議システムやファクシミリの利用を裁判手続に導入する点のみを検討すると、証拠に用いることがある点と保存および当事者の意思の確認の点で問題が残るために、口頭弁論、準備手続、争点整理手続、和解手続などについて、補助的な道具としては大いに利用してよいが、正規の意思伝達手段としては認めないことが妥当である。

六 弁論の制限、分離及び併合

1 弁論の制限、分離及び併合（第一三二条）について、改正すべき点があるか。

2 例えば、当事者を異にする事件を併合する決定に対しては、当事者に即時抗告権を認めるものとするとの考え方があるか、どうか。

〈結論〉

1 については、改正すべき点がある。2 については、裁判所のする弁論の制限、分離及び併合について、裁判所は「当事者の意見をきいた上で」行なうことにすること、また、これらに

ついで当事者に即時抗告権を認めることが妥当である。さらに併合については当事者を同一にする場合と異なる場合の双方について、当事者に不利益証拠の使用および訴訟手続の遅延を理由にした即時抗告権も認めることが妥当である。

〈理 由〉

訴訟手続の進行は、裁判所の判断だけによってなされるべきでなく、当事者の意見をきいて進めるべきである。反対当事者には異議の途を開いておく必要がある。とくに併合審理については不利益証拠の使用と遅延を理由とする異議を認めることとし、これらの異議は即時抗告が相当である。

七 秘密保護の手続

1 プライバシー、営業秘密（不正競争防止法第一条第三項に規定する営業秘密をいう。以下同じ。）等の秘密が訴訟審理を介して漏洩することを防止しつつ、充実した審理を行なうために、改正すべき点があるか。

2 例えば、次のような考え方が、どうか。

- (一) 憲法第八二条の定める裁判公開の原則の下において秘密を保護するために訴訟審理を非公開とすることができる場合を法律で明確にするものとするの考え方が
- (二) 秘密を保護するために訴訟審理を非公開とする場合において、更に必要があると認めるときは、裁判所は、

当事者及び証人その他の関係人に対し、その期日において知った秘密の保持を命ずることができるとするとともに、違反に対する刑事罰を含む制裁規定を設けるものとするの考え方

(二) 訴訟記録の閲覧・謄写に関し、秘密を保護するために必要があると認めるときは、裁判所は、その必要性の程度に応じ、①閲覧・謄写の請求をすることができる者を当事者に限ること、②閲覧・謄写をする者に対し、それによって知った秘密の保持を命ずることができるとするとともに、秘密保持の命令の違反に対する刑事罰を含む制裁規定を設けるものとするの考え方

〈結 論〉

1 については、秘密保護の手続について改正すべき点がある。2については、(一)は賛成する。(二)にも賛成する。(三)①は反対する。同②は賛成する。

〈理 由〉

営業秘密等（以下秘密という。）の漏洩を防止するために(一)訴訟審理を非公開とすることができる場合を法律で定めることがよい。この場合に当事者双方が公開を望むものは公開でよい。(二)当事者、証人その他関係者に非公開期日で知った秘密保持の義務を命ずることが妥当であるが、違反の制裁は刑法の秘密漏

洩罪のそれと同一とすることが妥当である。(三)①は当事者に限るの制限的すぎる。当事者(一方でよい)の申立によって閲覧および謄写を制限することができるようにし、その場合に閲覧および謄写は当事者及び利害関係を疎明した利害関係人に限るとすることが妥当である。②は、(一)と同様である。

## 八 不熱心な訴訟追行への対策

1 不熱心な訴訟追行を防止するために、改正すべき点があるか。

2 例えば、次のような考え方があがるが、どうか。

(一) 当事者双方が不熱心である場合の対策

(1) 訴え取下げの擬制

ア 当事者双方が口頭弁論期日に欠席し、又は弁論をしないで退廷した場合における訴え取下げの擬制(第二三八条)の効果を生じさせるための期間を短縮する(例えば、一月とする。)ものとするの考え方

イ 当事者双方が口頭弁論期日に欠席し、又は弁論をしないで退廷することを一定回数(例えば、同一審級において連続して三回)以上繰り返し返した場合には、訴え(上訴審においては上訴)を取り下げたものとみなすものとするの考え方

(2) 審理の現状に基づく判決

裁判所は、当事者双方が口頭弁論期日に欠席し、又は弁論をしないで退廷した場合において、相当と認めるときは、審理の現状に基づいて判決をすることができるとするの考え方

### 〈結論〉

1 については、改正すべき点がある。2 については、(一)、(1)、ア、イの双方について賛成する。(2)については反対する。

### 〈理由〉

2、(一)、(1)、ア、イに賛成するが、ただし、アの取り下げの擬制の効果を生じさせるための期間を一ヶ月とするのは現代においては短きに失するので、これを二ヶ月とするのが妥当である。イについては当事者の申立がなく職権のみによって次回期日を指定したときは一回でも取下げの擬制をしてよいという見解もあった。(2)については、審理の現状に基づく判決というのは、実務家は審理を尽くして判断をしたいという傾向を有していることを無視したものであり妥当ではない。これについては最高裁昭和四三年判決もあり、判決をするのに熟したと判断できるものは判決をしてよいと史料するので、立法化することは妥当でない。

(二) 当事者の一方が不熱心である場合の対策



(1) 審理の現状に基づく判決

裁判所は、当事者の一方が口頭弁論期日に欠席し、相手方が審理の現状に基づく判決の申立てをした場合において、相当と認めるときは、審理の現状に基づいて判決をするものとするの考え方

(2) 欠席判決

当事者の一方が口頭弁論期日に欠席した場合に、出席した当事者の主張のみに基づいて欠席した当事者に不利な判決をするものとするの考え方

〈結論〉

(1)については、反対する。(2)については賛成する。

〈理由〉

実務では判決はよほどの例外（第一回期日）を除いては審理を尽くしてから判断するべきであるという意識が定着しており、審理の現状に基づく判決は望ましくない。最高裁昭和四三年判決もあり運用に委ねるのが妥当であって立法化には適しない。(2)については、原則として賛成であるが、この判決ができるのは「終結するまでの間にその申し立てがある場合もしくは承諾のある場合」に限るべきである。大正一五年改正の旧法における欠席判決の制度は無限定な故障（異議）の申立を許した点で妥当でなく、この点を改めたとしても前記の審理を尽くして判断すべきであるという観点から欠席判決の導入は望ましくない。

迅速な証拠調べを進めて結審するべきである。

九 調書及び記録

1 調書の作成、記載の省略及び引用

(一) 調書の作成、記載の省略及び引用について、改正すべき点があるか。

(二) 例えば、次のような考え方があるが、どうか。

(1) 裁判所書記官は、裁判長の許可があったときは、証人、鑑定人若しくは当事者本人の陳述又は検証の結果（以下「証人の陳述等」という。）を録音テープ又はビデオテープ（以下「録音テープ等」という。）に記録し、調書にその旨を記載することにより証人の陳述等の記載に代えることができるが、訴訟が確定的に終了するまでに当事者の申出があった場合又は上訴裁判所の求めがあった場合には、証人の陳述等の内容を録音テープ等に基づき調書に記載するものとするの考え方

(2) 裁判所書記官は、訴訟が裁判によらないで完結する場合には、裁判長の許可を得て、証人の陳述等の記載を省略することができるものとする（第一四四条ただし書の「当事者が訴訟ノ完結シタルコトヲ知リタル日ヨリ一週間ヲ経過スル迄ニ其ノ記載ヲ為ス

ベキ旨ノ申出ヲ為シタル場合ヲ除クノ外」を削除する。との考え方

〈結論〉

(一)については改正すべき点がある。(二)、(1)、(2)については反対である。

〈理由〉

現行法では、録音テープ等を調書に添付することはできるが(第一四五条)、これを逆にはできない。訴訟手続きにおける当事者の主体性を確保する必要があり、裁判所の便宜だけからする措置は差し控えられなければならないから「当事者の申出がある場合」には調書に記載しないことができるとし、その場合でも当事者の申出があった場合及び上級裁判所の求めがあったときは調書を作成しなければならないとするのが妥当である。

2 訴訟記録のOA化

(一) 事務のOA化に対応することができるようにするため、訴訟記録に関する規定について、改正すべき点があるか。

(二) 例えば、次のような考え方があるが、どうか。

(1) 準備書面、証拠申出書等一定の書面は、ファクシミリを利用して裁判所に提出することができるもの

とし、ファクシミリにより右の文書が送信された場合には、受信文書を原本として記録に編てつするものとするとの考え方

(2) 録音テープ等の証拠調べを検証の方法で行った場合、検証の結果をビデオテープに録音した場合等においては、調書には右録音テープ等を引用し、訴訟記録に添付して調書の一部とすることができ、これを法文上明確にするとともに、調書に引用された録音テープ等について謄本の交付申請があった場合には、その複製を交付すれば足りるものとするとの考え方

〈結論〉

(一)について改正すべき点がある。(二)、(1)については、補助的なものに限って賛成する。(2)については、「当事者の申出」を必要とし、また当事者と上級裁判所の調書作成の申出があるときは調書を作成すべきである。

〈理由〉

訴訟記録は後日証拠として用いる点から人間の五感で体得でき保存可能なものでなければならず、かつ当事者の意思が確認できなければならない。そこで(二)、(1)についてはOA機器の利用には賛成するが、現状では補助的なものに限らざるを得ない。それゆえ準備書面や証拠申出書などについてFAXを利用して

もよいがそれは準備のための非公式なものとして活用すべきである。但し、裁判所がOA機器を導入したからといって市民にその活用を強制してはならない。(2)については、録音テープ等の利用は補助的にすべきであるが、その利用の途も開く必要があるので、「当事者の申出があった場合」に限り調査に録音テープ等を引用して調査の一部分とすることができるとしてよい。ただし、その場合でもさらに当事者の申出があるかもしれないと上級裁判所の求めのある場合は調査を作成しなければならないとするのが妥当である。

3 その他

(一) その他調査又は記録について、改正すべき点があるか。

(二) 例えば、調査の記載の法廷での読み聞かせ等を要しないものとする(第一四六条第一項を削除する。)との考え方があがるが、どうか。

〈結論〉

(一)については改正すべき点がある。(二)については口頭弁論調書については読み聞かせをしないことに賛成するが、それ以外の調査については反対する。

〈理由〉

口頭弁論調書は、実務は現在も読み聞かせをしていないから

省略をしてよいが、閲覧は省略できない。その他の調書は現状よりもさらに簡略化することはむずかしい。証言調書や検証調書については、当事者の申出のあった場合以外は、読み聞かせを省略できない。閲覧はその場合でも省略できない。閲覧を禁ずると当事者の法廷での権利の基礎を奪う危険を生じるためである。

一〇 その他

その他口頭弁論及びその準備について、改正すべき点があるか。

〈結論〉

改正すべき点がある。

〈理由〉

「和解兼弁論」については、現行実務では本来の法廷でなく、裁判官室もしくは和解・準備室で行うが、「和解兼弁論」期日を設定することで期日間が短くて済み、ラウンドテーブル方式が有効であるのでこの期日の活用を検討すべきである。そこで非公開の手續の根拠と限界を検討すべきであるが、非公開にも限度があり、公開を維持すべき主たる弁論期日を残す必要がある。

(以上につき宗田親彦)

第五 証 拠

一 証拠収集手続

1 証拠収集手続について、改正すべき点があるか。

〈結 論〉

改正すべき点がある。

〈理 由〉

現代社会では、専門家集団・行政機関・公私の法人などの下に事件の勝敗を決する有力な証拠が集中し、しかも一般国民はこれに容易にアクセスできないといういわゆる証拠の偏在の問題が生じている。これに対処するため、一部では文書提出命令や証拠保全の弾力的運用が議論・実施されているが、解釈の限界との関係で多くの問題が指摘されている。また、今時の改正では紛争の迅速な解決のために早期の段階での争点整理手続が検討されているが、争点を効果的に整理するためには関連証拠と照らしあわせることがどうしても必要である。こうした現実をふまえ、証拠収集手続の整備・拡充は強く望まれるところである。従って、検討事項に掲げられた提案の各項目のみならず、改正について幅広い検討を加える必要がある。

2 例えば、次のような考え方があがるが、どうか。

(一) 文書提出命令

(1) 文書提出義務

ア 文書の所持者は、①引用文書（第三二二条第一号）及び拳証者が引渡し又は閲覧を請求することができる文書（同条第二号）等について提出義務を負うものとするほか、②その他の文書についても、証言の拒絶事由（第二八〇条及び第二八一一条）と同様の事由がある場合等一定の拒絶事由がある場合を除き、提出義務を負うものとするとの考え方

イ 文書提出義務の列举主義は維持しつつ、第三二二条第一号から第三号までの文書に加え、拳証者と所持者との間の法律関係と密接な関係を有する事項を記載した文書についても提出義務を負うものとする等提出義務を負う文書の範囲を第三二二条第三号の文書との関連で拡張するものとするとの考え方

〈結 論〉

アに賛成である。

〈理 由〉

第三二二条の文書提出義務については、その範囲が実務の要求に比して狭いために、「利益文書」や「法律関係文書」の概念を拡張する解釈が一部の学説・裁判例により行われている。し

かし、このような解釈は利益・法律関係の概念を曖昧にするきらいがあり、結果的に現行法の建て前である制限列举主義に反する結果となりかねない。従って、あらためて文書提出義務の範囲を立法的に整備することが望ましい。ところで、イの考え方は現行の制限列举主義の延長線上にあるのに対し、アの考え方は文書提出義務を原則的に一般義務化する方向にある。両者を比較した場合、イの考え方は文書提出義務の範囲に一定の絞りをかけている点で一見すると妥当であるように見える。しかし、実際には、「密接な関係を有する事項」といった不確定な概念を取り込むことにより一般義務化への歯止めはないも同然であり、拒絶事由にあたる場合が明文で法定されていないことではかえって法的安定性を害するおそれがある。むしろ、アの考え方のように文書提出義務を正面から一般義務化し、そのかわりに拒絶事由を明確に規定する立法の方が妥当である。拒絶事由については、証言拒絶事由を参考にするほか、特に広義の営業秘密の保護について慎重に留意する必要がある。

(2) 文書提出義務の存否の審理手続

文書提出義務の存否の審理において、プライバシー、営業秘密等にかかわる文書であるかどうか等を判断することとする場合に、秘密が漏洩しないようにしながら右の点について資料を得るため、  
ア 裁判所は、所持人に当該文書を提出させ、当事者の

立ち会いなく、これを閲読することができるものとするとの考え方

イ アの考え方を採る場合において、受訴裁判所がアの措置を採ることにつき当事者に異議があるときは、受訴裁判所を構成する裁判官以外の裁判官によって構成される裁判所が秘密にすることに正当な利益がある文書であるかどうか等について判断するものとするとの考え方

ウ 裁判所は、弁護士、公認会計士、弁理士その他の専門的知識を有する者で、事件につき利害関係がないものを検査人(仮称)に選任することができ、検査人は、所持人に当該文書を開示させて閲読した上、当該文書が秘密にすることに正当な利益があるものかどうか等について裁判所に報告する(検査人は、文書を閲読したことにより知った秘密を漏らしてはならず、漏らしたときには刑事罰を含む制裁を受ける。また、当事者は、秘密を害さない限度において、検査人の報告内容を知ることができる。)ものとするとの考え方

〈結論〉

ア、イ、ウのすべてにつき賛成である。

〈理由〉

アについて。秘密保持の要請が特に強い文書については、秘

密性の判断の過程自体から秘密が漏洩するおそれが生じるとい  
うジレンマがあるために、証拠として法廷に顕出させることが  
困難であった。提案は、このジレンマを解消するためにインカ  
メラ方式により秘密性の判断をすることを認めようというもの  
であり妥当である。争いを呼ぶのは当事者の立ち会いを排除し  
ている点であろう。しかし、文書提出拒絶事由があるかどうか  
に關してのみの審理について当事者の立ち会いを認めなくても  
必ずしも手続保障を侵害したことにはならないと解され、真実  
発見の要請との妥協として許容できる範囲内での手続権の讓歩  
と思われる。双方の弁護士に限って立ち会いを認めるとい  
う案も考えられようが、本人訴訟の場合とのバランスを欠くこと  
から疑問である。以上により、アについて基本的に賛成する。

イについて。文書提出拒絶事由の審理において、結果的に提  
出拒絶が認められる可能性のある文書について裁判所が事実上  
心証を得るおそれがあることは補足説明の指摘のとおりである  
から、イのような手段が整備されていることが望ましい。

ウについて。少なくとも営業秘密に關しては、現在では秘密  
保持の必要性の程度を素人が判断することが困難であるものが  
生じていると解されることから、専門家の助力を仰ぐ手段をお  
いておくことが望ましい。ただし、裁判所が唯一の審理・判断  
機関であることを制度的に担保するために、検査人を選任する  
かどうかは裁判所の裁量的判断に委ねるものとし、また裁判所  
は必ずしも検査人の意見に拘束されないことを明文で規定して

おくべきである。

(3) 文書の一部等の提出命令

文書の一部にプライバシー、営業秘密等にかかわる記  
載が含まれていて、当該文書の原本を提出することによ  
り所持者又は第三者に回復し難い損害が生ずるおそれ  
がある等の理由により、提出を命ずることができない部分  
のある文書については、当該部分を除いた部分又はその  
写しの提出を命ずることができるとするとの考え方

〈結論〉

賛成である。

〈理由〉

文書の一部の提出については、文書の意味内容は多くの場合  
文脈に依存するため、一部のみの提出によって文書本来の意  
と異なった受け取り方をされるおそれが指摘されている。しか  
し、文脈を損なわない形で文書の一部のみを提出することは多  
くの場合に可能であり、そのことが裁判所及び相手方に容易に  
理解できるように文書についてまで一部提出の道を閉ざすべ  
きではない。

(4) 文書提出命令に付随する秘密保護措置

文書の提出を無条件で命ずると、プライバシー、営業

秘密等の秘密にかかわる情報が漏洩するおそれがある場合において、秘密を保護しつつ当該文書の提出を命ずることができるようにするため、裁判所は、当該文書の提出を命ずる場合には、同時に、申立人及びその訴訟代理人に対し、提出を受ける文書の閲覧により知ることとなる秘密の保持を命ずるとともに、証人尋問その他の証拠調べ期日において当該文書を提示する場合には、証人その他の関係者に対して秘密の保持を命じた上で非公開で実施することを決定すること等ができるものとする（秘密保持命令の違反に対しては刑事罰を含む制裁を受ける。）との考え方

〈結論〉

賛成である。

〈理由〉

ある文書の取調べが事件の解決にとって不可欠であり、しかも秘密の保持が強く要求される場合には、このような手段がどうしても必要となる。この提案で議論を呼ぶと考えられるのは、刑事罰による制裁をおくことの当否であろう。刑事罰の新たな設置について常に慎重でなければならぬことは言うまでもない。しかし、秘密の中には重大な主観的または金銭的価値につながるものがあり、これらの秘密の保護については経済的なサクションのみでは十分に担保できないおそれがある。従って、

刑事罰の設置に関しても検討に値する。ただし、研究会内部での検討の際には、刑事罰の設置に反対し過料にとどめるべき旨の意見があったことを付記する。

(5) 当事者が提出命令に従わない場合の効果(第三二六条)

当事者が提出命令に従わない場合に、

ア 裁判所は、提出を命じられた文書に関する申立人の主張だけでなく、相当と認めるときは、申立人が主張する要証事実を真実とみなすこともできるものとするとの考え方

イ 申立人は、文書提出命令に基づき、間接強制その他の強制処分を求めることができるものとするとの考え方

〈結論〉

アに賛成であり、イに反対である。

〈理由〉

文書提出命令が申立てられる場合には文書の具体的な内容そのものを申立人が知ることができない場合も多く、そのような場合は要証事実を真実とみなすことができれば実効性を期し得ない。イの間接強制は、真実擬制に比して迂遠であり余計な費用や手間もかかる。アとイの両方の手段をもとに設置することも考えられるが、アのような形で真実擬制が立法化され

れば現行法下での問題はおおむね解決し、併せて間接強制手段を置く意味に乏しい。

(6) 当事者による文書の使用妨害（第三一七条）

ア 使用妨害の要件について、法令上一定期間の保存義務が定められている文書をその保存期間内に当事者が毀滅する等した場合には、使用を妨げる目的があったものと推定するものとするとの考え方

イ 使用妨害の効果について、裁判所は、文書に関する申立人の主張だけでなく、相当と認めるときは、申立人が主張する要証事実を真実とみなすこともできるものとするとの考え方

〈結論〉

ア、イともに賛成である。

〈理由〉

法令上保存義務が定められている文書を保存期間内に当事者が毀滅した場合について、当該文書の使用を妨げる意思があったものと推定することは合理的である。法令上の保存義務の種類を問わず全てについて推定を及ぼしてよいかという問題については、法律上は特に保存義務の種類を区別せず解釈に委ねるべきであると考ええる。真実擬制をすることがどうかにつき裁判所の裁量の余地を認める以上、保存義務の種類の問題も自由心証の

範囲内の問題として処理すれば足りるからである。このような文書が最初から作成されていなかった場合については、保存期間内に毀滅した場合と同様に使用を妨げる目的があったものと推定してよいという意見と、そのような推定は不合理であるという意見の両論があった。イについては検討事項の(5)と同じ理由である。

(7) 第三者が提出命令に従わない場合の効果

第三者が提出命令に従わない場合に、

ア 提出命令に従わない第三者に対する過料の制裁（第三一八条）について、過料の金額を引き上げるものとするとの考え方

イ 申立人は、文書提出命令に基づき、間接強制その他の強制処分を求めることができるものとするとの考え方

〈結論〉

アに反対であり、イに賛成である。

〈理由〉

第三者に対する提出命令については間接強制に一本化するべきである。過料は、実際には一種の間接強制効果を狙っているものと考えられるし、刑事罰でないとはいえ一種の制裁である過料を第三者に対して科することは望ましくない。もっとも、



間接強制についても第三者の財産権やプライバシーに重大な影響を与えるので、事件の解決に不可欠と裁判所が認める場合に限る旨を明文で規定しておくべきである。

（一） 文書に関する情報の開示制度

（1） 裁判所は、申立てにより又は職権で、当事者に対し、期限を定めて、書証として提出する予定の文書（彈劾証拠として使用する予定のものを除く）の名称、作成者等を記載した文書目録（仮称）を相手方に交付するとともに、裁判所に提出するよう命ずることができるものとするとの考え方

（2） 裁判所は、（1）の命令を発することができるほか、申立てにより、文書提出命令を求める前提として必要があることその他一定の要件があると認める場合に、当事者に対し、書証として提出する予定がない文書であっても、一定の範囲のものについては、その名称、作成者等を記載した文書目録（仮称）を相手方に交付するとともに、裁判所に提出するよう命ずるものとするとの考え方

〈結論〉

（1）、（2）ともに条件付賛成である。

〈理由〉

双方の当事者が手持ちの文書について、その存在と種類に関する情報の開示を早期に求めることができることは、証拠の遍在の是正や争点の整理に有益である。しかし、証拠の提出は訴訟の進行段階と密接な関係にあるからあらかじめこのような目録を提出することは困難を強いることになり、当事者の余計な負担増大や訴訟遅延を招くおそれなしとしない。従って、命令違反に対して何らかのサンクションを設けることには反対である。

（二） 検証物提示命令（第三三五条）

（1） 検証物提示義務

検証物提示義務が公法上の一般的義務であることを法文上明確にするとともに、証言の拒絶事由（第二八〇条及び第二八一条）と同様の事由がある場合等一定の場合には、検証物の提示を拒絶することができるものとするとの考え方

（2） 検証物提示義務の存否の審理手続等

① 検証物提示義務の存否の審理手続、② 検証物提示命令に付随する秘密保護措置、③ 当事者が提示命令に従わない場合の効果、④ 当事者による検証物の使用妨害及び⑤ 第三者が提示命令に従わない場合の効果についても、文書提出命令における同様の措置を講ずるものとする（前記（一）及び（4）から（7）まで参照）との考

え方

〈結論〉

(1)、(2)ともに賛成である。

〈理由〉

(1)については、現在一般的に認められている解釈を明文化するものであり、文書提出義務の一般義務化の方向と歩調も合う。  
(2)については、文書提出義務について述べたところと同じ理由による。

④ 検証物に関する情報の開示制度

検証物に関しても、文書に関する情報の開示制度（前記(一)）と同様の制度を設けるものとするとの考え方

〈結論〉

条件付賛成である。

〈理由〉

サンクションを設けないことを前提に賛成する。文書に関する情報の開示制度について述べたところと同じ理由による。

(甲) 当事者照会（仮称）制度

当事者は、係属した訴訟において、相手方に対し、主張又は立証を準備するために必要な事項について、照会

書（仮称）を送付し、一定期間（例えば、一月）内に文書で回答するよう求めることができるものとするとの考え方

〈結論〉

賛成である。

〈理由〉

現行法下では、このような必要がある場合には求釈明を申し立てて裁判所を通じて釈明を促すしかない。また、その範囲も限られている。当事者が裁判所を介することなく相互に照会ができることを法律上の制度としておくことは、主張・立証段階における当事者主義を標榜する弁論主義の精神にも合致し望ましい。相手方が応じなかった場合、または相手方が虚偽の解答をした場合の取扱いについては原則として弁論の全趣旨として自由心証で判断すればよいと思われる。

提案では、照会ができる時点を訴訟係属後に限っているが、訴訟係属前についても一定期間以内の訴訟提起を文書で誓約することを条件としてこのような照会を制度として認めるべきである。

(乙) その他

(1) 弁護士照会（弁護士法第二三条の二）について、

ア 必要な事項の報告以外に、文書、写真等の原本又

は写しの送付を求めることもできるものとするとの  
考え方

イ 公務所及び公私の団体のほか、医師、公認会計士  
等一定の専門的資格を有する個人に対しても照会を  
することができるものとするとの考え方

(2) 調査囑託(第二六二条)及び文書送付囑託(第三一  
九条)における囑託行為は、裁判所の決定に基づき、  
裁判所書記官が行なうものとするとの考え方

〈結論〉

(1)のア、イ、(2)のすべてについて賛成する。

〈理由〉

(1)については、コピーの発達している今日では写しの送付は  
さほどの負担にならないし、また、紹介先の範囲についても広  
げることが望ましい。(2)については、特に問題がない。

ところで、第二六二条の調査囑託については、その対象を自然  
人にも拡大するべきである。弁護士照会制度の拡大は、一方で  
濫用の危険があり、他方で回答拒否の増大のおそれがある。従  
って、可能な限り裁判所照会制度の充実を図ることが望ましい。

(以上につき三木浩一)

二 証人尋問

1 証人尋問について、改正すべき点があるか。

〈結論〉

ある。

〈理由〉

従来裁判官は、審理の中立性を保つ必要から、とすれば裁  
判官が心証を開示することに過度に消極的になっていた。しか  
し、交互尋問を実質的なものにするためには、尋問が的外れに  
ならないようにすることが必要であり、そのために裁判官は何  
が争点かという点に関する心証を積極的に開示すべきだと考え  
る。これにより、訴訟代理人にとっても、尋問のために無駄な  
準備をする必要がなく、的確な攻撃防御方法を適時にかつ無駄  
なく提出することができるであろう。よって、そのためには、  
裁判官の心証開示の制度を設けるべきである。

しかしこれに対しては、当事者に不公平が生じる可能性があ  
り、立法化の必要はないとする見解も有力であった。

2 例えば、次のような考え方があがるが、どうか。

(一) 公務員等の尋問

公務員等又は公務員等であった者を証人として職務  
上の秘密について尋問をする場合の当該監督官庁等の  
承認(第二七二条から第二七四条まで)に関し、当該  
監督官庁等は、国の重大な利益を害する場合を除いて

は、これを拒むことができないものとするとの考え方  
(刑事訴訟法第一四四条及び第一四五条参照)

〈結論〉

賛成である。

〈理由〉

民訴法二七二条の解釈につき、裁判所が職務上の秘密につき尋問する必要が生じ、当該監督官庁の承認を求めた場合、その官庁等は、国家または公共の利益を害するとか、または個人の利益を害することがあまりに大きいというような特別な事情がない限り、承認を与えるべしとするのが通説である。また国家公務員法一〇〇条三項からも、可能なかぎり公務員に帰した情報は開示すべきことを原則としているように思える。さらに、民事訴訟はたしかに処分自由な私的権利をめぐる紛争の解決を図る制度ではあるが、その解決ができるかぎり真実に合致したものであることにより、国民の一層の信頼を得ることができる。よって、民事訴訟においても真実発見の要請は強いものがあり、所轄官庁等が職務上の秘密だからといって、一律に承認を拒絶することを認めることはできない。その意味を明らかにする点で、提案に賛成する。

ただ、「国家の重大な利益を害する」か否かの判断をする場合、秘密が漏れないようにしながらこの点につき資料を集める必要がある、第五証拠一・二(2)のAまたはイ・ウのような手続

を創設する必要がある。A・イ・ウのどれにに準じるかについては見解が分かれた。

(二) 受命裁判官又は受託裁判官による証人尋問(第二七九条)

受命裁判官又は受託裁判官による証人尋問の要件について、

- (1) 裁判所は、相当と認めるときは、受命裁判官又は受託裁判官に裁判所外で証人尋問をさせることができるものとする(第二七九条を削除する。)との考え方
- (2) 裁判所は、第二七九条に規定する場合のほか、事実を発見するために必要がある場合にも、受命裁判官又は受託裁判官に現場(例えば、検証の現場)において証人尋問をさせることができるものとするとの考え方(刑事訴訟法第一二条参照)
- (3) 裁判所は、第二七九条に規定する場合のほか、相当と認める場合において、当事者に異議がないときは、受命裁判官又は受託裁判官に裁判所外で証人尋問をさせることができるものとするとの考え方

〈結論〉

(3)に賛成である。

〈理由〉

現行法上、判決はその基礎となる口頭弁論に關与した裁判官だけができるものとし(民訴法一八七条一項)、この違反は絶対的上告理由(民訴法三九五条一項)および再審事由(民訴法四二〇条一項一号)になると解されており、いわゆる直接主義の原則がとられている。しかもこの原則は、現行制度上もなお合理性を有するものであり、できるだけ維持すべきものと考ええる。他方、直接主義の趣旨を損なわない限度において、これがある程度後退させても、迅速かつ能率的な証人尋問の制度を創設することにより、迅速な裁判によって早期の権利確定を実現することにより、訴訟制度に対する国民の信頼はむしろ増すことになると考えられ、受命裁判官や受託裁判官による証人尋問の範囲の拡張には賛成できる。ただ、提案(2)は、直接主義の要請に考慮を払っていない点で妥当ではない。又提案(1)の、裁判所が「相当と認めるとき」という要件ではあまりに漠然としており、裁判所の裁量の余地が広すぎる。よって、直接主義の後退を是認できると裁判所が考えても、そこには当事者の利益も当然反映されるべきであり、裁判所の判断を当事者の側からチェックする制度が必要であると考ええる。よって、提案(3)に賛成する。

これに対しては、直接主義の原則を強調するため、一九九一年のドイツ改正民事訴訟法三七五条の文言を参照に、「受訴裁判所が、直接心証を得なくても証拠調べの経過から証拠調べの結果を適切に評価し得ると最初から認める場合」という要件に

したかどうか、との意見もあった。

(二) 証言拒絶権(第二八〇条及び第二八一条)  
 ① 報道関係者にも一定の範囲内で証言拒絶権を認める  
 等第二八一条第一項第二号の証言拒絶権者の範囲を拡張する、② 証言拒絶の要件を明確にする等証言拒絶権に関する規定を整備するものとするとの考え方

〈結論〉

①に賛成である。

〈理由〉

①については、学説上、立法論として銀行(金融)・信託業務などの顧客の秘密、報道機関などの情報提供者、投書者、記事執筆者等の秘密の保護なども規定するのが妥当であるとするものがある。たしかに、これらのものは、現行二八一条一項二号がかなり限定的な文言であるため、拡張解釈によって処理することは困難であると考ええる。しかもこれらはいずれも保護の必要性が十分認められることより、立法で解決することが望ましい。

②については、現行二八一条一項三号の技術または職業の秘密に当たるからといって、その全てにつき証言拒絶ができるわけではない。むしろそれは、秘密が公表されることによって秘密保持者が受ける不利益と、証言拒絶によって具体的訴訟が受

ける真実発見や裁判の公正性についての不利益との比較衡量によるものであり、しかも、それは抽象的ではなく、具体的事案に応じて決せられることになる。よって、証言拒絶の要件を一律に規定することはかなり困難であり、むしろその解答は学説に任せるほうが妥当だと考える。

④ 尋問の順序(第二九四条)

- (1) 裁判所は、証人尋問をする場合において相当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、第二九四条第一項及び第二項の尋問の順序を変更することができるものとするの考え方
- (2) 当事者に異議がないときに限り、(1)の考え方を採るものとするの考え方

〈結論〉

- (1)に賛成である。

〈理由〉

交互尋問制を基本とする以上、やはり現行二九四条一項が原則であり、同条二項が例外とすべきである。しかし、事情に即した柔軟かつ適切な審理を可能にするためには、このような尋問の順序を変更した方がいい場合もあり、この原則を固定的なものとして解すべきではない。ただ、その尋問の順序を変更する際には、当事者の利益にも関係してくるからその意向を無視す

べきではなく、その意味では当事者の意見を聴くことは妥当であり、提案(1)に賛成する。もし提案(2)を採用した場合、当事者の意向を確かめないでいったん開始した証人尋問は、当事者からの異議申立てにより、その進行がたびたび妨げられ、手続の不安定性および遅延を生じることがある。

⑤ 書面尋問(第三五八条ノ三参照)

- (1) 地方裁判所の訴訟手続においても、裁判所は、当事者による証人の申出に対し、尋問事項の内容、反対尋問の必要性の有無等を考慮して相当と認めるときは、証人尋問に代えて書面を提出させることができるものとするの考え方
- (2) 当事者に異議がないときに限り、(1)の考え方を採るものとするの考え方

〈結論〉

- (2)に条件付賛成である。

〈理由〉

提案(1)は確かに審理の簡易化および迅速化には資するが、導入には種々の障害がある。まず直接に証人を尋問しないで十分な心証が取れるかどうか疑問である。証人尋問は確かに証言内容を証拠資料にとる証拠調べであるが、証人の供述の把握、ことに証言の信憑性の判断に当たっては、証人の供述態度が裁判

官の心証形成に大きく影響する。また、裁判官、相手方弁護士や傍聴人の前で証言することにより、証言の真正が担保されるという面もある。それらの点からいって、書面尋問では、証人尋問に直接主義・公開主義が採用されていることの大きなメリットが失われてしまう。また、この手続では反対尋問権の保障はどのようにするのか。仮に、この手続を反対尋問の必要性がないような場合にのみ認めるとするならば、これによって得られる証言の証拠価値は低いのであり、このような制度を設ける必要はない。さらに書面尋問では、書面の供述内容は改竄が容易になし得るものであり、その真正について無用の紛争を生じ、手続が遅延するおそれがある。なおドイツ民事訴訟法の一九九一年の改正規定三七七条三項によれば、「証明すべき問題の内容および証人の人物に鑑みてそれで十分であると認める場合」という要件が定められているが、裁判所にとってそのような判断は必ずしも容易ではなく、裁判官の過重負担を招くおそれもある。よって提案(1)には反対する。

これに対しては、現実には反対尋問自体大した役割を果たしておらず、書面による反対尋問権が保障されるならば、提案(1)でもよいとする意見があった。

提案(2)の場合、異議を述べなかった当事者は、書面尋問制度における上述したリスクを自ら負うという意図を有していると評価でき、書面尋問を認めても当事者の利益を害するとはいえない。ただこの場合でも、書面による反対尋問の制度は保障し

ておく必要がある。書面尋問に対してなされた回答はそのまま証言として扱うのか、または書証の例によるのかも検討を要するであろう。これに対しては、たとえ当事者の同意があっても書面尋問の制度を認めるべきではないとの意見も強く出された。

（六） テレビ会議システムによる尋問

裁判所は、遠隔地に居住する証人等を尋問する場合には、その証人等をテレビ会議システム（遠隔地にいる者が、動画と音声の送受信により、相互に相手を認識しながら会話を行うことができるシステム。以下同じ）の設置された最寄りの裁判所に出頭させ、テレビ会議システムを通じて尋問を実施することができるものとするとの考え方

〈結論〉

条件付賛成である。

〈理 由〉

近時の通信技術の進歩により既にテレビ会議システムは多くの企業等で採用されている。このシステムによれば、受訴裁判所が直接証人を尋問するのとはほとんど変わらない効果が得られ、直接性という観点からは、むしろ、受命裁判官や受託裁判官による証人尋問よりもすぐれているといえよう。また、証人が遠

隔地に住む場合、いくら国民には証人義務があるとはいっても、僅かな交通費・日当でかなりの時間をとられることは非常に苦痛であろう。その点を改善することは、国民が証人になることの障害を一つ取り除くことになりより望ましい方向を目指すものといえよう。

ただ、いくら技術の進歩があっても、一般の市民が機械の前で発言する際に感じる違和感等、直接法廷で尋問するのとは自ずから差異はあり、このような証拠調べの方法による場合には、相手方の同意を必要とする等の処置も必要であろう。また、この手続に傍聴人の在廷を許すか否かの検討も必要であろう。

(4) 証言の真実性の確保

証言の真実性をより確保する見地から、宣誓に関する規定(第二八五条から第二九三条まで)等を整備するものとするとの考え方

〈結論〉

条件付賛成である。

〈理 由〉

わが国では、キリスト教国とは異なり、神に対し厳粛に宣誓するという観念が薄く、義理人情に引きずられて相当偽証が行われており、しかもあまり偽証罪で罰せられたことを聞かないというのが実状であるといわれている。しかし、宣誓は、特に

裁判長による諭示の内容・態様により、証人に対し真実を述べべき意識を持たせ得るものであり、この点供述書や弁護士などによる供述録取書、口述を録取する録音テープなどに述べられている供述内容よりは、虚言を排除できる可能性は大きい。

法廷内の全員に起立を命じ、静粛のうちに証人に宣誓書を朗読させるといふ、民訴法二八六条の「厳粛な宣誓」が行われるならば、ある程度嘘を言い難くする雰囲気は醸し出される。よって、民訴法二八六条に忠実な宣誓を励行させると共に、民訴法二八八条二項を改正し、宣誓書に偽証した場合には刑罰を受ける旨を記載し、偽証罪の追及を今までより厳格にすることに、偽証はかなり減少すると思われる。

また補足説明に掲げられている提案のように、証言終了後証人に証言内容が真実であるかどうかの確認を求めることや、証言終了後証人に再度宣誓させるものとするのは屋上屋を重ねるものであり、実効性は期待できないであろう。

ただ、実現は必ずしも容易ではないと思われるが、偽証を防ぐためには、ドイツで採られているように、証人に対する訴訟代理人の事前面接を禁じる方がはるかに実効性はあろう。すなわち証人はあらかじめ証言の訓練を受けておらず、交互尋問により、虚偽の証言は容易に明らかにできるからである。

三 鑑 定



1 鑑定について、改正すべき点があるか。

2 例えば、次のような考え方があがるが、どうか。

(一) 鑑定人の宣誓は、宣誓書を提出することによつても  
することができるとするとの考え方

〈結論〉

賛成である。

〈理由〉

証人については、宣誓の後直ちに尋問が行われることにより、民訴法二八六条の「厳粛な宣誓」が行われるならば、ある程度嘘を言い難くする雰囲気は醸し出され、それが偽証防止にある程度役立つと思われる。それに対し、鑑定は通常は鑑定書の提出という書面陳述の形でなされるのであり、宣誓したという事実が、鑑定書作成中ずっと効力を有し続けるということは通常望まれない。宣誓が誠実な鑑定を保証する機能は、証人尋問で偽証を防ぐ機能に比しはるかに弱いものであろう。よつて、多忙な鑑定人に鑑定を引き受けてもらうためにも、できるだけ負担はかけるべきではない。むしろ、宣誓が誠実な鑑定を保証するのは、偽証の罰と結びつくことによつてであり、この旨を記載した宣誓書を提出せしめることで十分だと思われる。

ただ、口頭陳述の場合には、どうせ鑑定人は法廷に出頭するものであり、証人の場合と同様、民訴法二八六条の手続の履行

が、誠実な鑑定を担保すると考えられるから、宣誓書を朗読させるべきである。このことは、提案のような改正をしても、運用によつてなし得ると考える。

(一) 裁判所は、職権で鑑定を命ずることができるものとするとの考え方

〈結論〉

賛成である。

〈理由〉

周知の通り、現行法の解釈として、職権での鑑定が認められるか否かについては争いがあり、通説は、とくに職権証拠調べを認めていた民訴法二六一一条が削除されたこと、およびその後当事者主義の強化があることを理由に、特に明文の規定がある場合（民訴法二六二条・三一〇条・三二三条二項・三三四条・三三六条・三四七条）以外は、職権で鑑定を命ずることはできないとする。しかし、鑑定が裁判所の判断能力の補充手段である以上、裁判所が鑑定の必要を認めた場合は、職権で鑑定を命ずることができると思される。また現行民訴法三一〇条や三三四条などでは、職権による鑑定の囑託を認めている。しかも特に争点が高度に専門的ないわゆる科学裁判などにおいては、鑑定がなされなかったために誤った事実認定がなされるという不当な事態は回避しなければならない。また、通説といえども、立

法論としては職権による鑑定を認めることは否定しておらず、学説上はこの点につき既に一応のコンセンサスは得られていると思われる。

確かに、現行法でも調査嘱託（民訴法二六二条）、釈明処分としての鑑定（民訴法一三一条一項四号）の制度もあるが、前者は官公署や各種団体に対して、手元の資料で容易に結果の得られるような事項についての報告を求めるものであり、意見を求めるものではないし、後者は証拠調べとしての鑑定ではなく、弁論の全趣旨として斟酌されるだけである。

職権鑑定を認めた場合でも、その証明事項につき証明責任のある当事者が鑑定費用を予納しなければ、裁判所は鑑定を命じた決定を取り消すことになる（民訴費用一二条二項）。

ただ、職権による鑑定は、裁判所の判断能力の補充のためになされるものではあるが、方法次第では、裁判官の恣意の入り込む余地があること、また実質的に証拠調べの性格を有することとも否定できず、事実上、職権証拠調べを認めたのと等しいような状況になること、裁判所の選任した鑑定人の費用負担の問題があることなどを理由として、提案に反対する見解も多かった。

(三) 鑑定人は、鑑定のため必要があるときは、審理に立ち会い、

(1) 裁判長に証人等に対する尋問を求めることができるものとすると考える

(2) (1)のほか、裁判長の許可を受けて証人等に対し直接に問を発することもできるものとするとの考え方（刑事訴訟規則第一三四条参照）

〈結論〉

(2)に賛成である。

〈理由〉

特に、医療過誤などのいわゆる科学裁判では、法律家の作った鑑定事項が要点をついていないということもあり得るのであり、そのため、鑑定人は、鑑定の主題を明確にする必要がある。また鑑定人自らが問を発する方が、疑問点をより直接に明らかにすることができる。ただ、このような処置により、不必要な問が乱発され、訴訟引き延ばし的手段として使われるおそれもあるが、これは提案(2)により、裁判長が許可を与えるときにチェックすべきものと考ええる。

四書証

1 書証について、改正すべき点があるか。

2 例えば、次のような考え方があがるが、どうか。

(一) 文書を提出して書証の申出をするには、同時に、文書の標目、作成者、立証趣旨等（文書の記載から明らか

かな場合を除く。）を明らかにした証拠説明書を提出するものとするとの考え方

〈結論〉

条件付賛成である。

〈理由〉

この提案によれば、多数の書証の真否および証拠価値の点検が容易となり、証明事項と証拠との対応関係も明瞭になり、当事者および裁判所にとって審理の充実促進が図られる。また証拠説明書の提出は、証拠申出をする者にとってむしろ利益になるものであり、かつ現行法実務においても既にこのことは行われており、これを要求しても当事者に新たな負担をかけることにはならない。

しかし、提案の（一）内の事項の内容を限定しないと、いたずらに証拠説明書の数が膨大になる恐れがある。またこの規定を訓示規定とするか、効力規定とするかも検討されるべきである。後者だとすると、違反行為にいかなる制裁を課すかという問題も考えておく必要がある。さらに、証拠説明書に、準備書面で述べられていないような主張が書かれていた場合、確かに主張とは認められないので、相手方としては認否の主張をする必要はないが、何もしないとそれが裁判官に一種の心証を与えることにもなりかねず、当事者に不利益を与える可能性があり、これに対する手当も考えておく必要がある。

(二) ①陳述書の作成者が公証人の面前で宣誓の下に内容に相違ない旨を陳述して署名し、公証人がこれを認証した書面（宣誓供述書）、②供述者が公証人の面前で宣誓の下に陳述した内容を公証人が録取した書面（陳述録取書）等を書証として提出することができる（宣誓をした者が公証人の面前で虚偽の陳述をしたときは、偽証罪の制裁を受ける。）ものとするとの考え方

〈結論〉

①②共に反対である。

〈理由〉

宣誓供述書、陳述録取書とともに、その陳述が宣誓という厳正な手続による裁判所の面前での陳述とは異なり、その内容が真正であるとの確実の保証はない。よってこのような手続を導入する必要はなく、証人尋問としての証拠調べをすべきである。また従来、供述書等の提出は書証として行われており、これらのものが現行法上提出できないということではない。

さらに、この提案に対しては、相手方の反対尋問権は、どのようにして保障するか、裁判官が直接尋問しないで十分な心証が取れるか、公証人の面前での宣誓によって証言内容の真正は担保できるかといった問題も生じる。

ただ、このような書面を書証として提出するにつき相手方の同意がある場合には、その効力を認めてもいいと考える。

## 五 検 証

検証について、改正すべき点があるか。

〈結論〉

ある。

〈理 由〉

現行民法三三四条を改正し、「検証の実施に当たっては一人または複数の鑑定人を立ち会わせる旨を命じることができ」といった旨の規定を設けるべきである。これは提案三二(三)とも関連するが、もしこのような規定がなされるならば、鑑定人は専門的立場から、鑑定を主題を的確に把握でき、より充実した鑑定が期待できる。

現行三三四条の文言は、受命裁判官または受託裁判官が検証する場合に限定しているが本条の趣旨からすればこのような限定は合理的理由がない。しかも受訴裁判所がある事項につき鑑定を命じた後に検証の申し出があった場合には、現行規定では鑑定人の立ち会いを命じることが解釈論としてはかなり苦しい。よって、ドイツ民法三七二条一項と同様の規定であったわが旧法三五八条一項を復活させ、三三四条は同条の二項とすることを提案する。

## 六 当事者尋問

1 当事者尋問について、改正すべき点があるか。

2 例えば、次のような考え方があがるが、どうか。

(一) 当事者尋問の補充性を廃止するものとする (第三三六条の「証拠調ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ」の要件を削除する。)との考え方

(二) 裁判所は、証人等の取調べに関し、原則として証人尋問から始めるが、相当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、当事者尋問から始めることができるものとするとの考え方

〈結論〉

(二)に賛成である。

〈理 由〉

当事者尋問の証拠価値は、一般的にいえば他の証拠資料のそれに比して低いと考えられる。また、訴訟の初めに双方の当事者本人を尋問し、その供述に基づき心証を得て、他の証拠調べをしないで裁判をなすならば、客観的証拠に乏しく、特に敗訴当事者は、裁判に対する信頼を失うであろう。また、制裁により当事者に供述を強制するのは酷であり、人情に反するといふ

事情がある。これらの、当事者尋問の補充性を根拠づける事情は現在でも変わっていないと考えられ、当事者尋問の補充性の原則はなお維持すべきものと考ええる。その意味では、補充性を全く廃止する(一)の提案には賛成できない。

他方、この原則を厳格に貫くと、不必要な証拠でもすべて取り調べた後からでないと当事者尋問ができないことになり、訴訟運営としては妥当ではない。その意味では、場合によっては、尋問を受ける当事者の意向も考慮した上で当事者尋問の補充性の原則も後退させるといふ、柔軟な訴訟追行を実現することが望ましいのであり、(二)の提案に賛成したい。

### 七 新種証拠の証拠調べ

1 ①録音テープ等、②磁気ディスク、光ディスク等のコンピュータ用の記憶媒体(以下「磁気ディスク等」といふ)等のいわゆる新種証拠の取調べ方法について、改正すべき点があるか。

### 〈結論〉

ある。

### 〈理由〉

これらの証拠調べの方法については現行法はまったく予定しておらず、従来これらのものについては、書証説、検証説等学

説上争いがあった。思うに、これら新種証拠の証拠調べを無理に書証、検証のいずれかの手続に押し込めて説明をなすべきではなく、これらの実状に則した手続規定を新たに設けるべきものと考ええる。

### 2 録音テープ等の証拠調べ

録音テープ等の証拠調べについて、次のような考え方があがるが、どうか。

#### (一) 証拠調べの方法

(1) 裁判所は、これらが専ら人の思想内容を証拠資料とするものである場合には、書証に準じた証拠調べをする(閲読に代えて、録音テープ等を再生する。)ものとし、それ以外の場合には録音テープ等を再生して検証を行う(これにより裁判官が感得した内容を調書に記載する。)ものとするとの考え方

(2) 裁判所は、これらが人の思想内容を証拠資料とするものであるか否かにかかわらず、書証に準じた証拠調べをする(閲読に代えて、録音テープ等を再生する。)ものとするとの考え方

### 〈結論〉

(1)に条件付賛成である。

### 〈理由〉

結局、証拠調べは、録取された内容についてなされるのであり、それが、人の思想内容を証拠資料とするものであるか否かによって、書証に準じた証拠調手続にするか検証に準じた証拠調手続にするかを定めるべきである。よって(1)に賛成する。ただし、録音テープの内容を調べる場合には、反訳書に作成者が署名(または記名)押印したもの(以下「生成文書」という)を原本として提出して書証の申立をすべきである。さらにこの生成文書には、当該録音の日時、反訳書の作成者や作成日時等(提案七。(一))も記載すべきである。

この場合、録音テープは速記に代わる機能を果たすものであり、それを書面化した生成文書を証拠調べの対象にすべきである。これにより、形式的証拠力の証明が容易となり、録音の聴取よりも審理の時間を短縮することができる。また、生成文書と録音テープとの内容の同一性等につき争いがある場合、および裁判所が必要と認めるときに限り録音テープの再生・聴取を行い、場合によっては証人尋問や鑑定を行えばよい。

(二) 反訳書面等の提出

(1) 当事者は、録音テープ等の証拠調べを申請するに際して、録音テープ等の内容を説明した書面(反訳書面を含む。以下同じ)を提出しなければならないものとするとの考え方

(2) 当事者は、録音テープ等の証拠調べを申請した場合

において、録音テープ等の内容を説明した書面の提出を裁判所が命じたとき又は相手方が求めたときは、これを提出しなければならないものとするとの考え方

〈結論〉

(1)に賛成である。

〈理 由〉

提案は、録音テープを原本とすることを前提としているようであるが、私見によれば、むしろ生成文書を原本とみるべきであるから、このような書面は常に提出しなければならない。

(二) 関連性に関する説明

当事者は、録音テープ等の証拠調べを申請する場合には、発言者、録取者、録取日時、録取場所等の事項を明らかにしなければならないものとするとの考え方

〈結論〉

賛成である。

〈理 由〉

とくに、録音テープ等の場合、その内容は、作成時点で確定すべきである。よって、時間的に後れて作成された複製は、元の録音テープ等とはまったく別物である。したがって最低限、録取日時の事項を明らかにすることは不可欠であるが、その他

録音テープ等の形式的証拠力等につき争いが生じる場合を考えると、提案のような事項も明らかにする必要がある。また、関連性に関する説明については、提案四二(一)と同様の問題があるが、そこでの理由説明と同趣旨で、提案には賛成する。

④ 録音テープ等の複製の交付

当事者が反訳書面のみを書証として提出する場合に、相手方に録音テープ等の複製を交付しなければならぬ旨の規定を設ける等、相手方が録音テープ等に録取された内容を確認することができるよう規定を整備するものとするとの考え方

〈結論〉

賛成である。

〈理由〉

録音テープ等の提出義務を負わせることには賛成するが、既に提案(一)に関して述べたように、むしろ生成文書を原本として提出し、それを証拠調べの対象とすればよい。よって、生成文書につき争いがある場合等、特別の事情がある場合にのみ録音テープ等の聴取が必要となるのであり、このときにだけ録音テープ等を提出させれば十分であると考ええる。よって、「裁判所が命じたときまたは相手方が求めたとき」(提案七二(二)(2))にそれらの提出を義務づければ十分である。

3 磁気ディスク等の証拠調べ

磁気ディスク等の証拠調べについて、次のような考え方があがるが、どうか。

(一) 証拠調べの方法

磁気ディスク等に記憶された思想内容を証拠資料とする場合には、プリントアウトされて閲読可能な状態になった文書(以下「プリントアウトされた文書」という。)を原本として提出することができるものとするとの考え方

〈結論〉

条件付賛成である。

〈理由〉

作成日時、作成場所、作成したソフトウェアや機器等も明らかにする必要があると解した上で、提案に賛成する。提案のような取扱いにすれば、文書の成立の真正等、従来の書証の規定がそのまま使える。

ただ、プリントアウトされた文書を原本とするためには、それに当該文書の作成者が署名(または記名)押印し、作成場所も記載すべきである。また、プリントアウトした文書の内容は、それに用いたソフトウェアや機器等によって異なる可能性があるから、プリントアウトに用いたソフトウェアや機器等をも明らかにしておく必要があるし、作成時間により、その間に改竄

のおそれもあるから、時間的に異なる時にプリントアウトした文書は別の文書と観念すべきであるから、作成日時の記載も不可欠である。もし仮に磁気ディスク等を原本とすると、コンピュータがオンライン化されている場合、たとえば、V ANによる商品注文を例にとれば、磁気ディスク等によるデータの所持人は受注者であるが、通常そのデータは発信者のそれと同一であり、誰が作成者かという問題が生じるので、これを回避できる点でも提案の方が妥当である。

また、プリントアウトされた文書の内容等に争いが生じる場合を慮って、「裁判所が命じたときまたは相手方が求めたとき」(提案七二(二)参照)には当該磁気ディスク等の提出を義務づけるといった手当も必要であろう。

(一) 入力、プリントアウト等に関する説明

磁気ディスク等に記憶された思想内容が証拠資料となる場合には、当事者は、プリントアウトされた文書の記載から明らかな場合その他一定の場合を除き、磁気ディスク等に入力した者、入力した日時、プリントアウトをした者、プリントアウトをした日時等の事項を明らかにしなければならないものとするとの考え方

〈結論〉

賛成である。

〈理由〉

提案七三(一)と同様に考える。

(二) 鑑定に必要な情報の開示

プリントアウトされた文書が書証として提出された場合において、磁気ディスク等に入力された内容を確認するための鑑定を行うときは、裁判所は、証拠調べを申請した者が当該磁気ディスク等を管理している場合には、その者に対し、情報入力の状態等鑑定に必要な情報の開示を命ずることができるものとするとの考え方

〈結論〉

賛成である。

〈理由〉

プリントアウトされた文書と磁気ディスク等のデータとの同一性につき争いが生じた場合、専門家による鑑定によらざるを得ず、そのためには、提案のような要請がある。

八 証拠保全

証拠保全について、改正すべき点があるか。

〈結論〉



ある。

〈理 由〉

証拠保全制度の改正は、独立して議論すべきではなく、全体の証拠調べ手続をどのような構造をもったものとして構築するかということと関連して論じるべきである。すなわち証拠開示制度を全面的に取り入れ、集中的な審理を積極的に推し進める方向に向かう場合には、証拠保全が有しているいわゆる証拠開示の機能を最小限に押さえ、証拠開示制度を別に定める必要がある。すなわち、証拠保全は、現行民訴法三四三条の文言に忠実に、証拠調べが不可能または困難になるおそれがある場合に、あらかじめ証拠調べをし、とりあえずその結果を保全しておく必要性がある場合に限定されるべきである。

逆に、従来のように、訴訟戦術の一環として証拠の提出を位置づける場合には、証拠保全にある程度の証拠開示的機能を認める必要がある、現行民訴法三四三条の文言をある程度拡張した形の立法が望ましい。しかしその場合でも、証拠保全手続が濫用されないように、保全を認めるための要件をある程度絞った規定をおく必要がある。

意見なし。

（以上につき三上威彦）

九 その他

その他証拠について、改正すべき点があるか。