慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究 四一八〕
Sub Title	
Author	坂原, 正夫(Sakahara, Masao) 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	2009
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.82, No.7 (2009. 7) ,p.125- 145
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20090728-0125

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.

〔最高裁民訴事例研究四一八〕

平成二〇2（最高民集六二巻一〇号二五〇七頁）

1　金融機関を当事者とする民事訴訟の手続の中で、当該金融機関が顧客から守秘義務を負うことを前提に提供された非公開の当該顧客の財務情報が記載された文書につき、文書提出命令が申し立てられた場合において、当該文書が民訴法二二〇条四号ハ所定の文書に該当しないとされた事例

2　金融機関を当事者とする民事訴訟の手続の中で、当該金融機関が行った顧客の財務状況等についての分析、評価等に関する情報が記載された文書につき、文書提出命令が申し立てられた場合において、当該文書が民訴法二二〇条四号ハ所定の文書に該当しないとされた事例

3　事実審である抗告審が民訴法二二三条六項に基づき文書提出命令の申立てに係る文書をその所持者に提示させ、これを閲読した上でした文書の記載内容の認定を法律審である許可抗告審において争うことの許否

文書提出命令に対する抗告審の変更決定に対する許可抗告事件（平成二〇年一一月二五日第三小法廷決定）

〔事件の概要〕

本件の本案訴訟の原告はX（社）とほか一社である。XらはA（社）と取引関係があり、Aに対し売掛金債権を有していた。被告はY（銀行）であり、Aのいわゆるメインバンクであった。Aは、平成一六年一二月二二日に民事再生手続開始決定を受けた。Xらは、Yに対して平成一七年六月に不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。その理由は、XらはAに対する売掛金が回収不能になり損害を被ったが、その原因はYにあるというものである。すなわち、Yは平成一六年三月以降、Aの経営破綻の可能性が大きいことを認識し、Aを全面的に支援する意思は有していなかったにもかかわらず、全面的に支援すると説明してXらを欺罔したか、あるいはAの経営状態について正確な情報をXらに提供すべき注意義務を負っていたのにもかかわらず、これを怠った。その結

果XらはAとの取引を継続し、売掛金が回収不能になった。

そこでXらは、本案訴訟においてYの欺罔行為及び注意義務違反行為を立証するために、Yが所持する次の文書（以下では「本件文書」と表記する）について、文書提出命令を申し立てた。「Yが、平成一六年三月、同年七月及び同年一一月の各時点において、Aの経営状況の把握、Aに対する貸出金の管理及びAの債務者区分の決定等を行う目的で作成し、保管していた自己査定資料一式」。なお本件文書は、金融機関であるYが、融資先のAに対して有する債権の資産査定を行う前提となる債務者区分を行うために作成したもので、監督官庁による事後的検証に備える目的もあって保存した文書である。

これに対してYは、本件文書は民訴法二二〇条四号ハ又はニ所定の文書に該当する旨を主張した。第一次抗告審は、本件文書は民訴法二二〇条四号ニ所定の文書に該当するとしてXらの申立てを却下する旨の決定をしたが、第一次許可抗告審は、本件文書は民訴法二二〇条四号ニ所定の文書に該当しないとして前記決定を破棄し、本件文書が同号ハ所定の文書に該当するかどうか等について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻した（最二小決平成一九年一一月三〇日民集六一巻八号三一八六頁）。

差戻し後の第二次抗告審である原審は、民訴法二二三条六項に基づきYに本件文書を提示させた上でこれを閲読し、本件文書の一部の提出を命じた（東京高決平成二〇年四月二日金融法務事情一八三四号一〇二頁以下＝本件民集二五三七頁以下）。その理由を要約すると、次のようなものである。「本件文書の情報は、次のように分けることができる。①公表することを前提として作成される貸借対照表及び損益計算書等の会計帳簿に含まれる財務情報、②Yが守秘義務を負うことを前提にAから提供された非公開のAの財務情報、③Yが外部機関から得たAの信用に関する情報、④Aの財務情報等を基礎としてYが行った財務状況、事業状況についての分析、評価の過程及びその結果並びにそれを踏まえた今後の業績見通し、融資方針等に関する情報。さらに本件文書に記載されたYの査定方法はYの工夫の独自性や価値は限定的であり、特別な保護を与えるべきノウハウとはいえない。したがって、③の情報の全部並びに②及び④の情報のうちAの取引先等の第三者に関するものが記載されている部分は民訴法二二〇条四号ハ所定の文書に該当するが、その余はこれに該当しない。他に同号所定の事由を認めることもできない」。

これに対してYは、次のような理由で抗告の許可を最高裁に対して申し立てたところ、申立ては許可された。本件文書のうち、原審が提出を認めたAの取引先等の第三者に関するものを除いた②の情報（以下では「本件非公開財務情報」と表記する）と、④の情報（以下では「本件分析評価情報」と表記する）が記載された部分も、民訴法二二〇条四号ハ所定

の文書に該当するから、提出義務はない。

最高裁（第二次許可抗告審）は、次のような理由で原審の判断を是認して、抗告を棄却した。これが本稿で取り上げる判例（本決定）である。なお本決定を本稿において引用する際には、読みやすくするために原文の表記を次（→）のように変更した。「　」→『　』、抗告人→Y、相手方→X、二幸機材・同社→A。また「上記」は「前記」あるいは「右記」とすべきであるが、原文のままでも誤読されることはないので、原文のままとした。

(1) 本件非公開財務情報部分の提出義務について

「金融機関は、顧客との取引内容に関する情報や顧客との取引に関して得た顧客の信用にかかわる情報などの顧客情報について、商慣習上又は契約上の守秘義務を負うものであるが、上記守秘義務は、上記の根拠に基づき個々の顧客との関係において認められるにすぎないものであるから、金融機関が民事訴訟の当事者として開示を求められた顧客情報について、当該顧客が上記民事訴訟の受訴裁判所から同情報の開示を求められればこれを開示すべき義務を負う場合には、当該顧客は同情報につき金融機関の守秘義務により保護されるべき正当な利益を有さず、金融機関は、訴訟手続において同情報を開示しても守秘義務には違反しないと解するのが相当である（最高裁平成一九年（許）第二三号同年一二月一一日第三小法廷決定・民集六一巻九号三三六四頁参照）。民訴法二二〇条四号ハにおいて引用される同法一九七条一項三号にいう『職業の秘密』とは、その事項が公開されると、当該職業に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になるものをいうが（最高裁平成一一年（許）第二〇号同一二年三月一〇日第一小法廷決定・民集五四巻三号一〇七三頁参照）、顧客が開示義務を負う顧客情報については、金融機関は、訴訟手続上、顧客に対し守秘義務を負うことを理由としてその開示を拒絶することはできず、同情報は、金融機関がこれにつき職業の秘密として保護に値する独自の利益を有する場合は別として、職業の秘密として保護されるものではないというべきである。

本件非公開財務情報は、Aの財務情報であるから、Yがこれを秘匿する独自の利益を有するものとはいえない。そこで、本件非公開財務情報についてAが本案訴訟の受訴裁判所からその開示を求められた場合にこれを拒絶できるかをみると、Aは民事再生手続開始決定を受けているところ、本件非公開財務情報は同決定以前のAの信用状態を対象とする情報にすぎないから、これが開示されてもAの受ける不利益は通常は軽微なものと考えられること、XらはAの再生債権者であって、民事再生手続の中で本件非公開財務情報に接することも可能であることなどに照らせば、本件非公開財務情報は、それが開示されても、Aの業務に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になるとはいえないから、職業の秘密には当たらないというべきである。したがって、Aは、民訴法二二〇条四

号ハに基づいて本件非公開財務情報部分の提出を拒絶することはできない。また、本件非公開財務情報部分は、少なくともY等の金融機関に提出することを想定して作成されたものと解されるので、専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていない文書とはいえないから、Aは民訴法二二〇条四号ニに基づいて同部分の提出を拒絶することもできず、他にAが同部分の提出を拒絶できるような事情もうかがわれない。

そうすると、本件非公開財務情報は、Yの職業の秘密として保護されるべき情報に当たらないというべきであり、Yは、本件非公開財務情報部分の提出を拒絶することはできない。」

(2) 本件分析評価情報部分の提出義務について

「文書提出命令の対象文書に職業の秘密に当たる情報が記載されていても、所持者が民訴法二二〇条四号ハ、一九七条一項三号に基づき文書の提出を拒絶することができるのは、対象文書に記載された職業の秘密が保護に値する秘密に当たる場合に限られ、当該情報が保護に値する秘密であるかどうかは、その情報の内容、性質、その情報が開示されることにより所持者に与える不利益の内容、程度等と、当該民事事件の内容、性質、当該民事事件の証拠として当該文書を必要とする程度等の諸事情を比較衡量して決すべきものである（最高裁平成一八年（許）第一九号同年一〇月三日第三小法廷決定・民集六〇巻八号二六四七頁参照）。

一般に、金融機関が顧客の財務状況、業務状況等について分析、評価した情報は、これが開示されれば当該顧客が重大な不利益を被り、当該顧客の金融機関に対する信頼が損なわれるなど金融機関の業務に深刻な影響を与え、以後その遂行が困難になるものといえるから、金融機関の職業の秘密に当たると解され、本件分析評価情報もYの職業の秘密に当たると解される。

しかし、本件分析評価情報は、前記のとおり民事再生手続開始決定前の財務状況、業務状況等に関するものであるから、これが開示されてもAが受ける不利益は小さく、Yの業務に対する影響も通常は軽微なものであると考えられる。一方、本案訴訟は必ずしも軽微な事件であるとはいえず、また、本件文書は、YとXらとの間の紛争発生以前に作成されたもので、しかも、監督官庁の事後的検証に備える目的もあって保存されたものであるから、本件分析評価情報部分は、Aの経営状態に対するYの率直かつ正確な認識が記載されているものと考えられ、本案訴訟の争点を立証する書証としての証拠価値は高く、これに代わる中立的・客観的な証拠の存在はうかがわれない。

そうすると、本件分析評価情報は、Yの職業の秘密には当たるが、保護に値する秘密には当たらないというべきであり、Yは、本件分析評価情報部分の提出を拒絶することはできない。」

(3) 民訴法二二三条六項の手続について

「Yは、本件文書には査定方法におけるY独自の工夫が記載されていることを前提に、これは職業の秘密に当たるとも主張する。この点、原審は、民訴法二二三条六項に基づいて本件文書を提示させた上でこれを閲読し、本件文書に記載された査定方法におけるYの工夫の独自性、価値は限定的なものであって、特別な保護を与えるべきノウハウとはいえないと認定したものであるところ、同項の手続は、事実認定のための審理の一環として行われるもので、法律審で行うべきものではないから、原審の認定が一件記録に照らして明らかに不合理であるといえるような特段の事情がない限り、原審の認定を法律審である許可抗告審において争うことはできないものというべきである。Yの上記主張は、上記特段の事情を主張するものではなく、採用することができない。」

〔評　釈〕

本決定に賛成する。

一　本決定の意味

本決定は金融機関が所持している顧客の財務情報、自己査定文書等が民訴法二二〇条四号ハに基づき一九七条一項三号の職業の秘密として開示する必要がないのか否かを具体的に明らかにしたものである。本決定は判断に際して従来の判例が説いた原則を適用しただけで、特に新たな法理を説いているものではないから、その意味では本決定は事例判例ということになる。しかし、事例判例とはいえ、本決定の判断内容は従来の判例の原則を具体的に明らかにしその内容を補充するものであり、今後の実務における指針を示している。その意味において本決定は重要な判例であり、特に次のような点を具体的に明らかにした判例として注目すべきである。(1)

第一は、金融機関が所持する顧客の財務情報と分析評価情報について開示するか否かを決める場合の判断方法である。第二は、比較衡量という手法について、使用する場面と比較すべき対象である。第三は、下級審のインカメラ手続に基づいた判断内容についての法律審である最高裁の対応方法である。以下ではこれらについて、判示事項の順に判示事項として示された本決定の見解を検討してみようと思う。

二　本件非公開財務情報部分の提出義務について

1　職業の秘密の保護の対象

民訴法二二〇条四号ハにおいて引用される同法一九七条一項三号にいう「職業の秘密」とは、「その事項が公開されると、……当該職業に深刻な影響を与え以後その遂行が

困難になるもの」（最一小決平成一二年三月一〇日民集五四巻三号一〇七三頁、その一〇七六頁）である。そこで問題は本件非公開財務情報がこれに該当するか否かであり、それをどのようにして判断するかである。これに関する諸説を分類すると、次のようにまとめることができる。なお諸説の名称は本稿において便宜上付したものであり、一般に認められているものではない。

(a) 該当説と非該当説

該当説は非公開財務情報は前述の職業の秘密に該当すると考える説である。これが記載されている文書は各金融機関が独自な判断で作成するものであり、そこには金融機関の企業戦略やノウハウが凝縮されていると評価するとともに、第三者の信用情報や企業秘密が記載されていることも重視する見解である。[2] 金融機関の立場を考慮した見解ということもできる。これに対して非該当説は、当該文書が開示されても金融機関の活動に深刻な影響を与えるものではないとする見解である。この見解は非公開財務情報といえどもその内容は客観性と合理性が要求されるから、各金融機関によってその内容が極端に異なることはなく、そうであればノウハウとして見るよりも、あくまでも客観的なデータとして理解すべきであるという見解である。[3]

本決定と原決定は本件非公開財務情報についてYの提出義務を認めたが、これは非該当説の結論と同じである。しかし、本決定と原決定とではその結論に至る考察の過程は異なり、対照的である。すなわち、後述のように職業の秘密について、原決定は金融機関の職業の秘密を考え、本決定は顧客の職業の秘密を重視する。[4] また原決定は利益衡量の手法を用いるが、本決定はそうではない。このようなことから、非該当説はさらに金融機関の職業の秘密説（b）と顧客の職業の秘密説（c）に分けることができる。なお利益衡量については、2(a)で検討する。

(b) 金融機関の職業の秘密説

原決定は、「他の取引先等のYに対する信頼が損なわれ、金融機関としてのYの営業に深刻な影響を与える可能性を否定することができない」として、「一般的には職業秘密に該当するとみる余地がある」（本件民集二五四一頁）とした。すなわち、この見解は金融機関の他の取引に対する信頼性を重視したものである。そして、原決定は本案の事件の内容からY自身の判断内容を解明することが本案の訴訟において重要であると認識するとともに、Aの民事再生手続が開始されていることにより開示による不利益性は相当程度低いと判断する。これを基に、原審は、「情報の秘

密性の度合は、相当程度低くなっており、これらが開示されることによって金融機関としてのYの営業に深刻な影響を与える可能性は低いといえ、……本案訴訟の審理における当該情報の重要性の程度も勘案すれば、文書提出義務を認めて真実発見を優先させるべき特別な事情があるというべきであって、民訴法二二〇条四号ハ所定の職業秘密に関する情報に該当するとはいえない。」（本件民集二五四二頁以下）との結論に達した。[5]

(c) 顧客の職業の秘密説

これに対して本決定は、YはAに対する守秘義務との関係で、顧客情報を開示する義務があるか否かを判断すべきであるとする。[6] すなわち、「当該顧客が……受訴裁判所から同情報の開示を求められればこれを開示すべき義務を負う場合には、当該顧客は同情報につき金融機関の守秘義務により保護されるべき正当な利益を有さず、金融機関は、訴訟手続において同情報を開示しても守秘義務には違反しない」（本件民集二五一三頁）。したがって、「金融機関がこれにつき職業の秘密として保護に値する独自の利益を有する場合は別として、職業の秘密として保護されるものではない」（本件民集二五一三頁）。そして参照すべき判例として最三小決平成一九年一二月一一日民集六一巻九号三三六四頁を挙げる。[7] 要するに、顧客の開示義務の有無が決め手であるということになる。

このような見解に基づき本決定は、先ずAの職業上の秘密文書に該当するか否かについて、Aが民事再生手続開始決定を受けていることに着目して検討する。「本件非公開財務情報は同決定以前のAの信用状態を対象とする情報にすぎないから、これが開示されてもAの受ける不利益は通常は軽微なものと考えられること、XらはAの再生債権者であって、民事再生手続の中で本件非公開財務情報に接することも可能であることなどに照らせば、本件非公開財務情報は、それが開示されても、Aの業務に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になるとはいえないから、職業の秘密には当たらないというべきである。したがって、Aは、民訴法二二〇条四号ハに基づいて本件非公開財務情報部分の提出を拒絶することはできない。」（本件民集二五一三頁以下）。

次にAの自己利用文書であるか否かを検討する。「本件非公開財務情報部分は、少なくともY等の金融機関に提出することを想定して作成されたものと解されるので、専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていない文書とはいえないから、Aは

民訴法二二〇条四号ニに基づいて同部分の提出を拒絶することもできず、他にAが同部分の提出を拒絶できるような事情もうかがわれない。」（本件民集二五一四頁）。

そして結論として、「本件非公開財務情報は、Yの職業の秘密として保護されるべき情報に当たらないというべきであり、Yは、本件非公開財務情報部分の提出を拒絶することはできない。」（本件民集二五一四頁）とする。

(d) 諸説の検討

いずれの見解が妥当であるかというと、本決定の(c)の「顧客の職業の秘密説」を支持する。確かに開示することによって金融機関に少なからずの不都合が生じることは否定できない。また融資に関して金融機関がそれぞれ独自にいろいろな努力と工夫をしていることも事実であろう。しかし、各金融機関が目指していることは等しく利潤の追求であることを考えると、各金融機関がいかに独自に努力したとしても、独自性が発揮できるのはかなり限定的であり、大局的に見ればその内容に大差が生じるとは思えない。まして破綻した会社に関するものであれば、それによって、「当該職業に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になる」ことはない。さらに開示されることが予定されるならば、説明できない融資はできなくなるから、不正融資の防止に役立つであろう。このような理由から(a)の該当説は支持できない。

次に、(b)の金融機関の職業の秘密説を支持しないのは、開示することによって、「当該職業に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になる」ことはないと考えるからである。第一に、本件は破綻した企業の情報開示の問題である。一般的に守秘義務によって守られている顧客情報が開示されるか否かではなく、民事再生手続が開始された顧客について再生手続開始以前の顧客情報の開示の問題である。すなわち、かなり限定された場合の問題である。[8] そこで開示したことによって、直ちに他の顧客が当該金融機関を信頼しなくなるとか、あるいは他の取引において金融機関として信頼性が損なわれるとは思えない。したがって正当な裁判をするための裁判の資料として利用しないだけの合理性や妥当性は見られない。第二に、顧客情報の開示によって直接の被害を受けるのは当該顧客である。そうであるならば、あくまでも当該顧客が開示を拒絶できるか否かを考えるべきである。[9] 第三に、金融機関が顧客情報について開示しない理由は職業の秘密というよりは、開示することによって顧客から守秘義務違反に問われることに備えるためではないかと思う。そうであるならば金融機関の守秘義務はあく

までも顧客との関係で生じるものであり、公法的な開示命令を拒む根拠にはならない。[10]

2　その他の問題点

本決定は本件非公開財務情報部分について開示すべきであると判断したが、その結論を導くに際して関連する問題について自らの立場を明らかにしている。それらの中から興味ある事項を取り上げ、私見をまとめてみる。[11]

(a)　利益衡量について

既に述べたことではあるが、本決定はAが民事再生手続開始決定を受けていることを職業の秘密に該当するか否かの判断に際して考慮している。すなわち、本案の訴訟ではそれ以前のAの信用状況が問題とされ、現在のAの信用情報ではないことを考えると、開示されることによって現在活動しているAにとって不利益が生じるにしても、「その事項が公開されると、当該職業に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になる」とはいえないから、本件非公開財務情報は職業の秘密に該当することはない。

ところが原決定は、Aが民事再生手続開始決定を受けていることに加えて、「本案訴訟の審理における当該情報の重要性の程度も勘案」（本件民集二五四二頁）したうえで、職業の秘密に該当するか否かを考えている。すなわち、証拠の重要性と開示の有無とのいわば利益衡量を行っている。しかし、このような枠組みで職業の秘密を考えることには問題がある。確かに利益衡量によって判断するという手法は具体的な結論を確保するために必要ではあるが、考慮すべき要因を確定してそれぞれの有する意味を正確に計ることは困難であり、判断基準としてはかなりの曖昧さが残るからである。したがって判断する者の主観に左右され、他の場面でも常に同じように利益衡量ができるかは明確ではない。そうであるならば、利益衡量は極力避けるべきである。利益衡量をしなくても妥当な結論が得られる方法があるならば、それを利用すべきである。本件の場合、定型的に考えることのできる文書であり、原則として文書は公開されるべきであることを考えると、職業の秘密を考える場面での利益衡量は不要である。[12]

(b)　自己利用文書と外部非開示性

本決定は、Aの自己利用文書であるか否かについて、金融機関に提出することを想定して作成されたものであり、そのことから自己利用文書でないと判断している。この点は自己利用文書か否かを考える場合の判例準則に従っているものであり、その意味において問題はない。問題があるとすれば、そのような基準の当否であり、あまりにも形式

的な基準ではないかという批判である。[13] しかし、本件においては仮に実質的に考察したとしても、当該文書が訴訟において秘匿するだけの合理的な根拠があるとは思えず、自己利用文書とはいえない。本決定の判断は正当なものである。したがってこの判断に基づいた本決定の結論は正当である。

(c) 先例と本決定の異同

本決定はその根拠として、1(c)で述べたように最三小決平成一九年一二月一一日民集六一巻九号三三六四頁を引用している。問題はこの先例と本決定の異同である。この先例は顧客を一方当事者とする民事訴訟において、他方当事者から金融機関が所持する顧客情報について文書提出命令の申立てがなされた事案である。これに対して、本件では金融機関を一方当事者とする民事訴訟において、他方当事者から金融機関が所持する顧客情報について文書提出命令の申立てがなされた事案である。つまり、本件は顧客は訴訟当事者ではなく訴訟外の第三者である。そこで先例と本決定とは同一に論じられるかという問題が浮上する。第三者として顧客は訴訟当事者よりも、より保護されるべきではないかという見解である。

しかし、文書の内容が金融機関の独自なものでなく、顧客と金融機関が共有するものであれば、開示しないで保護すべきか否かは文書の内容によって決めるべきであり、訴訟上の立場や文書提出命令の相手方になるか否かによって、その判断を異にすべきではない。なぜならば同じ文書が単に訴訟上の地位の違いで、場合によっては開示され、場合によっては開示されないというのはおかしいからである。それでは文書の開示に関して予測が困難になるし、実務で混乱が生じる。したがって文書の開示義務の基準を文書それ自体に求めるべきである。[14] 本決定が事案を異にする先例を引用して自らの判断の根拠にしたのは、正当である。[15]

三　本件分析評価情報部分の提出義務について

1　本決定の意味

分析評価情報の部分については、本決定は職業の秘密に該当するが、しかし、それは保護に値する秘密には当たらないとして文書の開示を認めている。つまり、職業の秘密であっても文書提出命令の対象になるということである。[16]

本件に類似した事案としては、前掲注(8)の東京高決平成一八年三月二九日がある。これは経営破綻した銀行の増資の際に株式を購入した者が銀行に対して、証券取引法上の虚偽記載によって銀行の株式を購入させられ損害を被ったとして、その賠償を求めた訴訟である。文書提出命令に

関しては、この訴訟では銀行が所持する顧客等に関する「自己査定ワークシート」等の一連の文書が問題となった。原告がそれらの提出を求めたところ被告は争い、裁判所は自己利用文書にも職業秘密文書にも該当しないと判断して、原告の申立てを認めた。これに対して被告が抗告し、前記高裁は原決定の判断を是認して、被告の抗告を棄却した。

判断に際してこの事件の裁判所は本決定と同様に、2(a)で述べる利益衡量説によっている。本件の原審も同様な手法を用いているので、本決定は従前の下級審が行った利益衡量説に基づく判断を肯認したことになる。

2　金融機関の職業の秘密

金融機関が顧客に関して財務状況、業務状況等について分析、評価した場合、その情報が開示されれば当該顧客は重大な不利益を被り、当該顧客の金融機関に対する信頼が損なわれる。したがってそのような情報の開示は金融機関の業務に深刻な影響を与えることは確かであり、金融機関は以後その業務の遂行が困難になる。そこでこのような情報は金融機関の職業の秘密に当たると解することができる。問題はこのように一般的・抽象的に規定した職業の秘密に該当すれば、直ちに文書提出命令を受けない正当な理由になるかということである。なぜならば文書を開示すべきか否かは当該文書が個別訴訟において裁判に必要か否かという観点からも考えられるべきであり、文書提出命令の制度目的を考慮するならば、単に職業の秘密に該当するだけで開示しなくてよいとは思えないからである。例えば本件のような破綻した会社についての情報である。この場合は一般論としては職業の秘密に該当するが、当該裁判において必要な情報であり、開示しても問題が少ないという場合が考えられる。そうであるならば職業の秘密ではあるが、保護に値しない秘密であるとして開示を求めることができるとすべきである。

(a)　判例・学説の状況

確かに民訴法一九七条一項三号をそのまま読めば、職業の秘密については証言を拒絶することが許される。そしてそれを受けて民訴法二二〇条四号ハは文書について提出義務がないように規定している。しかし、そのように考えると職業の秘密に関しては縮小解釈が必要になる。そこで問題はそれをどのような方法で行うのかということである。民訴法一九七条一項三号の証言拒絶に関して、判例・通説は「保護に必要な職業の秘密」という要件を加重し、それについては様々な要因との利益衡量によって判断すべきであると主張している。これに対して少数説は、あくまでも

職業の秘密を基準にして行うべきであると主張する。[17]

文書提出命令に関しては傍論ではあるが、前掲注(13)の最二小決平成一九年八月二三日が利益衡量によって職業の秘密について判断している。[18] 本決定は利益衡量によって開示か否かを判断しているので、この判例と同じ立場である。また、それは証言拒絶に関する判例・通説に従うものである。そこで以下では、本件決定の利益衡量という手法についてその当否を検討してみる。なお考察に際して利益衡量という手法を肯定する見解を利益衡量説、それに反対してあくまでも客観的に考察すべしとの見解を客観説と表示することにする。[19]

(b) 諸説の検討

訴訟においては正しい事実に基づいて裁判がなされることが至上命題と考えるべきであり、そのことから利益衡量説を支持する。すなわち、職業の秘密として提出義務が免除されるのは、あくまでも真実を追求するということとの比較の中で、合理的妥当性のあるものに限定されるべきである。もっともこれでは法文の文言に反するかもしれないが、文書提出命令の制度の目的から職業の秘密は縮小解釈をすべきである。この制度は、文書は訴訟において原則として開示されるべきであり、例外的に秘匿することが許されると規定されているからである。

これに対しては、そのように考えるのであれば、法文の職業の秘密の概念を最初から真実発見を優先して限定的に解釈すれば済むのではないかとの批判があるかもしれない。すなわち、「保護に値する秘密」というような新たな基準を職業の秘密に付加しないで、職業の秘密の内容を限定的に解釈した方が簡単明瞭であるとの見解である。しかし、真実発見を優先するとの観点やそれとの比較を職業の秘密の概念設定に生かすことは簡単ではない。しかも、職業の秘密という基準に他の要因を加えると、判断基準としての透明性を欠くことになる。このように考えるならば、職業の秘密概念とは別に、他の考慮すべき要因を明らかにしたうえで利益衡量をして文書を開示すべきか否かを考える方が基準としては分かりやすいし、明確である。正に透明な手続である。[20]

そのようなことから職業の秘密に関する文書の開示は個別具体的な事情を総合的に判断すべきであり、事件ごとにバランスを図るべきである。文書の多様性と、いわゆる職業上の秘密については、職業によって程度の違いがあることを考えると、証拠の必要性と開示に伴う所持者の不利益とのバランスをとって、事件ごとに相対的に決めることが

妥当な結果を招来するからである。

これに対して、客観説は比較衡量する手法を問題にする。[21] その主たる理由は、次のようなものである。同じ種類の秘密が状況によって保護の要否の判断が異なるのはおかしいこと、保護すべきものは絶対的に保護されるべきであること、相対的に判断することは予測可能性を害すること、民訴法が証言拒絶事由を定めたことは、その限りで真実発見の要請を犠牲にしていることを意味すること等である。

しかし、文書の多種多様性とより適正な裁判を目指すことを重視するならば、文書の開示に関しては個々の状況に適した対応が必要であり、一律な基準で考えるべきではない。すなわち、文書提出命令は法定の要件について諸般の状況を総合的に考慮して発令の適否を判断し、より真実に合致した裁判を志向すべきである。

ところで、本決定は最三小決平成一八年一〇月三日民集六〇巻八号二六四七頁を参照して利益衡量説を述べ、それに基づいて次の(c)において紹介するように本件分析評価情報について判断しているが、このような理由からその手法とその結論に賛成である。

(c) **本件事案における利益衡量**

前述のように、本決定は文書の開示によるYの不利益と文書の持つ証拠価値とを総合的に比較して、文書提出命令の発令の適否を判断しているが、結論に至るまでの方法と結論の内容は妥当なものである。すなわち、本決定は、「本件分析評価情報は、……民事再生手続開始決定前の財務状況、業務状況等に関するものであるから、これが開示されてもAが受ける不利益は小さく、Yの業務に対する影響も通常は軽微なものであると考えられる。」としている。他方では、「本案訴訟は必ずしも軽微な事件であるとはいえず、また、本件文書は、YとXらとの間の紛争発生以前に作成されたもので、しかも、監督官庁の事後的検証に備える目的もあって保存されたものであるから、本件分析評価情報部分は、Aの経営状態に対するYの率直かつ正確な認識が記載されているものと考えられ、本案訴訟の争点を立証する書証としての証拠価値は高」いとしている。さらに本決定は、「これに代わる中立的・客観的な証拠の存在はうかがわれない。」として文書の有する意味を補強している（引用はすべて本件民集二五一五頁）。

この結果、本件分析評価情報は、Yの職業の秘密には当たるが、保護に値する秘密には当たらないということになり、Yは本件分析評価情報部分の提出を拒絶することはできないという結論にいたる。

このような本決定に対しては、様々な意見が表明されている。安易に比較衡量をすべきではないというものである。すなわち、具体的に不利益を認定することだけで職業の秘密に該当しないと判断し、利益衡量にまであえて入る必要はないという見解である。[22] 確かに、本件のような破綻した会社に関するものであれば、開示しても不利益性は認められないから職業の秘密に該当しないと類型的に判断することは可能であろう。しかし、ある程度の不利益性が認められるならば、どの程度の不利益性の場合に職業の秘密に該当しないのかという問題が生じるように思う。このような場合はその判断基準は曖昧にならざるをえない。そうであるならば、職業の秘密は類型的に判断できるものに限定し、それ以外のものについては比較衡量や利益衡量によって、開示すべきか否かを判断すべきである。

別の意見は、本件で分析評価情報を開示すれば金融機関に対する信頼が失われ、金融機関の業務に深刻な影響を及ぼすと指摘する。[23] しかし、破綻した会社の破綻した当時の資料であるから、開示によって現在の会社の運営や金融機関の業務に大きな影響を及ぼすとは考えられない。また開示することに多少の問題があるにしても、これに代わるべき資料がないことを考慮するならば、訴訟において利用すべきものと考える。あるいは秘密にしておくべきノウハウが開示によって意味がなくなることを問題にする意見もある。[24] しかし、本件において開示されるべき資料は、その内容はある程度予想されるものであり、金融機関の現在の業務のために特別に保護すべき内容を有しているとは思えない。開示によって現在の金融機関の業務に多大な影響を及ぼすとも考えにくい。違法な融資や不当な融資をなくす意味でも、破綻した企業に関する資料は原則として訴訟で利用できるように考えるべきである。

四　民訴法二二三条六項の手続について

1　本決定の要旨

インカメラ手続による認定と許可抗告審との関係について本決定の内容は判例集においては、次のようにまとめられている（本件民集二五〇九頁）。そこでこの内容の当否を検討してみる。

「事実審である抗告審が民訴法二二三条六項に基づき文書提出命令の申立てに係る文書をその所持者に提示させ、これを閲読した上でした文書の記載内容の認定は、それが一件記録に照らして明らかに不合理であるといえるような特段の事情がない限り、法律審である許可抗告審において争うことができない。」

2　インカメラ手続と法律審

本決定の結論には異論がないように思う。ただ問題があるとすれば、その理由づけである。本決定は理由として、「民訴法二二三条六項の手続は事実認定のための審理の一環として行われるものであるから、法律審で行うべきものではない」旨を述べている。しかしこの事件で、裁判所がYの査定方法が特別な保護を与えるノウハウとはいえないと認定したのは、事実認定ではない。法的な評価の判断であり、保護に値するか否かの当てはめの問題である。[25] そして法的な判断であれば、理論的には法律審で検証することは可能であるはずである。しかし、それが出来ないのは、法律審ではインカメラ手続を行うことができず、またインカメラ手続の結果を検証する証拠がないからである。すなわち、下級審のインカメラ手続で閲覧した文書の写しは記録に編綴されることはないから、法律審では直接に文書に当たって原審の判断の当否を検証することはできない。換言すれば、法律審でインカメラ手続による裁判所の判断について検証できるのは、本決定が述べているように「一件記録に照らして明らかに不合理であるといえるような特段の事情」だけである。このように考えるならば、本件で最高裁が判断しない理由は、判断材料が手元にないからである。[26]

もっともこのように最高裁がインカメラ手続を実施した裁判所の判断について検証できないとすると、インカメラ手続の裁判所の判断の正当性をいかにして担保するかという問題が浮上する。さらには本案の受訴裁判所がインカメラ手続で判断するのが適切か否かということも問題になるかもしれない。正当性を担保する方法として、インカメラ手続といえども当事者の手続保障という視点から考えることも必要かもしれない。これは正に裁判所の判断の適正と当事者の手続保障の調和の問題である。[27] 本稿の直接のテーマではないし、大きな問題なので、ここでは問題点の指摘のみに止める。

(1)　これを物語るように、本決定は多くの雑誌に解説付きで掲載された（雑誌名の五十音順）。金融・商事判例一三〇六号二八頁、同・一三一〇号六四頁、金融法務事情一八三四号一二頁、同・一八五七号四四頁、判例時報二〇二七号一四頁、判例タイムズ一二八五号七四頁。

研究者や実務家による判例解説やコメントも多く発表された（氏名の五十音順）。川嶋四郎「金融機関が所持する顧客の財務情報等記載文書と『職業の秘密』等」法学セミナー六五二号一三二頁（二〇〇九年）、杉山悦子「最高裁

決定の意義と理論的課題」銀行法務21六九八号八頁以下（二〇〇九年）、同「職業の秘密に関する過去の判例の射程と限界を示す決定」金融法務事情一八五八号二〇頁以下（二〇〇九年）、同「文書提出義務―職業の秘密(2)」ジュリスト一三七六号一四七頁以下（二〇〇九年）、中原利明「文書提出命令に対する第二次許可抗告決定が銀行実務に与える影響」銀行法務21六九八号一一頁以下（二〇〇九年）、中村也寸志「金融機関の自己査定資料と『職業の秘密』」金融・商事判例一三〇七号一頁（二〇〇九年）、長谷川俊明「金融機関の自己査定資料に含まれた情報が『職業の秘密』にあたらないとした最高裁決定」銀行法務21六九八号五頁（二〇〇九年）、畠山新「金融機関の保有する顧客情報と職業秘密」金融法務事情一八五八号一七頁以下（二〇〇九年）、三上徹「藪をつついて自己査定資料を出す」金融法務事情一八五八号一四頁（二〇〇九年）、山本克己「具体的妥当性と予見可能性の狭間で」金融法務事情一八五八号一二頁以下（二〇〇九年）、我妻学「本件判示事項記載」金融・商事判例一三一一号五八頁以下（二〇〇九年）、匿名・民事法情報二六九号三二頁（二〇〇九年）。

(2) 粂田誠「金融機関に対する文書提出命令」銀行法務21六九二号三四頁（二〇〇八年）、渡辺隆生「自己査定資料に対する文書提出命令―最二決平成一九・一一・三〇について―」NBL八七四号五三頁注8（二〇〇八年）。

(3) 我妻・後掲注(5)二四頁以下。これは本件原審決定の判例解説である。

(4) 杉山・前掲注(1)ジュリ一四八頁。さらに原決定と本決定の違いは取引先の破綻した事実の考慮の方法である。原決定は利益衡量の場面で斟酌したが、本決定は顧客の職業の秘密の該当性の判断の中で考慮している（畠山・前掲注(1)一七頁以下）。これについては、2(a)で検討する。

(5) 原決定については、次のような判例解説や意見表明がある。長谷川卓「金融機関の自己査定文書の文書提出命令―東京高決平二〇・四・二（最二小決平一九・一一・三〇の差戻審決定）―」金融法務事情一八三八号二六頁以下（二〇〇八年）、長谷川俊明「金融機関の自己査定資料に含まれた情報が『職業の秘密』に当たらないとした東京高裁決定」銀行法務21六九〇号一頁（二〇〇八年）、我妻学「銀行が法令により義務付けられた資産査定の前提として債務者区分を行うために作成し、保存している資料と職業の秘密」金融・商事判例一三〇一号一八頁以下（二〇〇八年）。

(6) 本件非公開財務情報部分の提出義務について、本決定の内容は判例集においては次のようにまとめられている（本件民集二五〇七頁以下）。

「金融機関を当事者とする民事訴訟の手続の中で、当該金融機関が顧客から守秘義務を負うことを前提に提供され

た非公開の当該顧客の財務情報が記載された文書につき、文書提出命令が申し立てられた場合において、次の(1)、(2)の事情の下では、上記文書は、当該金融機関の職業の秘密が記載された文書とはいえず、民訴法二二〇条四号ハ所定の文書に該当しない。

(1) 当該金融機関は、上記情報につき職業の秘密として保護に値する独自の利益を有しない。

(2) 当該顧客は、上記民事訴訟の受訴裁判所から上記情報の開示を求められたときは、次のア、イなどの理由により、民訴法二二〇条四号ハ、ニ等に基づきこれを拒絶することができない。

ア 当該顧客は、民事再生手続開始決定を受けており、それ以前の信用状態に関する上記情報が開示されても、その受ける不利益は軽微なものと考えられる。

イ 上記文書は、少なくとも金融機関に提出することを想定して作成されたものであり、専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていないものとはいえない。」

(7) この判例について、判例研究としては次のようなものがある（氏名の五十音順）。安西明子「判示事項記載」民商法雑誌一三八巻六号七七六頁以下（二〇〇八年）、亀井洋一「金融機関の顧客情報と『職業の秘密』」NBL八七六号一三頁以下（二〇〇八年）、川嶋四郎「金融機関の顧客情報と『職業の秘密』」法学セミナー六四〇号一三七頁（二〇〇八年）、小林秀之「取引履歴提出命令最高裁決定と金融機関の守秘義務」銀行法務21六八五号九頁以下（二〇〇八年）、中村也寸志「金融機関が訴訟外の第三者として開示が求められた顧客情報が民事訴訟法一九七条一項三号にいう職業の秘密として保護されるか」金融法務事情一八四五号三六頁以下（二〇〇八年）、野島梨恵「判示事項記載」金融・商事判例一三一一号五四頁以下（二〇〇九年）、平野哲郎「文書提出義務―職業の秘密(1)」ジュリスト一三七六号一四五頁以下（二〇〇九年）、堀野出「金融機関の有する顧客情報につき、『職業の秘密』としての要保護性が否定され開示義務が認められた事例」法学セミナー増刊・速報判例解説第三巻一四五頁以下（二〇〇八年）、山本和彦「金融機関の取引明細表の文書提出命令」金融法務事情一八二八号六頁以下（二〇〇八年）、我妻学「金融機関と顧客との取引履歴が記載された取引明細表と職業の秘密」金融・商事判例一二九八号一六頁以下（二〇〇八年）。

(8) このことは、「職業秘密とされるものの主体が破綻していることが、職業秘密の判断要素となる」（畠山・前掲注(1)一七頁）ことを意味する。破綻した会社の場合は、「過去の一定期間における財務状況等がより具体的に明らかにされたとしても、それにより生じる不利益は、かなり低減している」から、秘密性を保持する必要はないからで

ある（引用は、東京高決平成一八年三月二九日〔足利銀行文書提出命令事件控訴審決定〕金融・商事判例一二四一号二頁以下・その九頁、金融法務事情一七八八号三九頁以下・その四六頁）。そこで破綻した会社でない場合は、「別異の判断がなされる可能性がある」（中村・前掲注(1)一頁）。

ところで前記東京高決の事案については、銀行が破綻していて銀行が職業の秘密を保持する必要性がなくなっていたことに注目し、そのような特殊事情を強調する見解がある（南波洋「文書提出命令に関する二判例と実務対応―最二小決平一八・二・一七と東京高決平一八・三・二九を踏まえて―」金融法務事情一七八六号五八頁以下〔二〇〇六年〕）。そこで本件が銀行の破綻の場合ではないことに着目するならば、「本件においてYに経営破綻などの事由は存在しておらず、なおYの職業秘密を保護する余地はある」ということになる（長谷川卓・前掲注(5)三二頁）。

(9) 山本・前掲注(7)九頁以下、我妻・前掲注(1)六〇頁。

(10) そうでないと、この種の証拠制限契約は無効であることを潜脱することになる（川嶋・前掲注(7)一三七頁）。

(11) 本稿において取り上げない問題としては、本件財務情報に関する証拠の必要性の問題がある。杉山准教授は本件では銀行の下した分析評価部分が重要な意味があり、財務情報自体はその正当性を担保する基礎資料にすぎないとし、財務情報の証拠の必要性は不十分であると述べている（杉山・前掲注(1)銀行法務九頁、同・金融法務二一頁）。しかし、裁判において事実に基づいた判断が求められる以上、不可欠な資料ではないにしても、事実判断を補強するためには必要な資料であると思う。

(12) 本決定は、「第三者の秘密については、比較衡量の可能性をまったく否定しないまでも、それに入る前に秘密性を詳細に審理すべきであること」を示している（杉山・前掲注(1)銀行法務一〇頁、同・金融法務二二頁、ジュリ一四八頁）。そして「安易に利益衡量に入る前に、秘密性の審理を慎重にした本決定の姿勢は評価できよう。」（杉山・前掲注(1)銀行法務一〇頁）ということになる。

(13) 本決定の判断について、川嶋教授は「至当である」と述べている（川嶋・前掲注(1)一三二頁）。私見は、単に外部非開示性で自己利用文書か否かを判断することには反対である。自己利用文書と外部非開示性との関係については、拙稿「民集未登載民訴事例研究（最二小決平成一九年八月二三日判例タイムズ一二五二号一六三頁、判例時報一九八五号六三頁）」本誌八一巻一〇号一〇三頁以下（二〇〇八年）で論じたので、それに譲り、ここでは再説しない。

(14) 山本教授は、「顧客に対する文書提出命令の申立てであれば斥けられるのに、金融機関に対しては認められるとすれば、顧客としては金融機関の下に情報を提供すること

を可及的に限定しようとし、それは金融機関の業務遂行に負の影響を与えるおそれが大であろう」と述べている（山本・前掲注(7)九頁）。

(15) 杉山准教授は、「一九年決定が射程外としたと思われる場面でも同じ法理が適用されることを明確にした」と述べている（前掲注(1)銀行法務九頁、金融法務二一頁、ジュリ一四八頁）。

(16) 本件分析評価情報部分の提出義務についての本決定の内容は、判例集においては次のようにまとめられている（本件民集二五〇八頁以下）。

「金融機関を当事者とする民事訴訟の手続の中で、当該金融機関が顧客の財務情報等を基礎として行った財務状況、事業状況についての分析、評価の過程及びその結果並びにそれを踏まえた今後の業績見通し、融資方針等に関する情報が記載された文書につき、文書提出命令が申し立てられた場合において、次の(1)、(2)などの判示の事情の下では、上記情報は、当該金融機関の職業の秘密には当たるが、保護に値する秘密には当たらないというべきであり、上記文書は、民訴法二二〇条四号ハ所定の文書に該当しない。

(1) 当該顧客は、民事再生手続開始決定を受けており、それ以前の財務状況等に関する上記情報が開示されても、その受ける不利益は小さく、当該金融機関の業務に対する影響も軽微なものと考えられる。

(2) 上記文書は、上記民事訴訟の争点を立証する書証として証拠価値が高く、これに代わる中立的・客観的な証拠の存在はうかがわれない。」

(17) 判例・学説の状況認識については、我妻・前掲注(1)五九頁以下による。なお田頭章一「証言拒絶事由（1）―技術又は職業の秘密（最決平成一二年三月一〇日民集五四巻三号一〇七三頁）」民事訴訟法判例百選〔3版〕一五七頁（二〇〇三年）、田邊誠「証言拒絶事由（2）―新聞記者の取材源（札幌高決昭和五四年八月三一日下民集三〇巻五～八号四〇三頁）」同上一五九頁も参照。

文献については、石渡哲「判例評釈（本決定が引用する最三小決平成一八年一〇月三日民集六〇巻八号二四七頁）」本誌八〇巻一一号一一八頁以下（二〇〇七年）、渡辺森児「判例評釈（本決定が引用する最一小決平成一二年三月一〇日民集五四巻三号一〇七三頁）」本誌七四巻五号一三二頁以下（二〇〇一年）がそれぞれ詳細に記述している。最近のものは、我妻・前掲注(1)五九頁以下に掲載されている。

(18) この判例の職業の秘密についての判断が傍論であることと、判例の使用した利益衡量的な手法については、拙稿・前掲注(13)一一二頁以下で述べた。なおこの判例については、拙稿以外にも多くの判例研究が発表されているが、それらは前記拙稿において挙げてある。脱稿日以降に発表

されたために拙稿で引用できなかったものは、次のとおりである。名津井吉裕「第三者への開示が予定されている文書の自己専用文書性」民商法一三九巻二号二一二頁以下（二〇〇八年）、野島梨恵「判示事項記載」金融・商事判例一三一一号八二頁以下（二〇〇九年）。

(19) 学説の名称については、名津井・前掲注(18)二三二頁以下の学説の名称と記述を参考にした。ただし名津井教授は、「利益衡量説」ではなく「利益考量説」であり、学説の対立状況については「利益考量説と客観説」と表現する。なお石渡・前掲注(17)一一八頁は、「利益衡量説と利益衡量否定説」と表記する。

(20) 前掲(二1(c))・最三小決平成一九年一二月一一日について金融判例研究会での議論は次のようなものであった（中村・前掲注(7)四二頁）。多数意見は利益衡量説であり、その理由は職業の秘密の客観的な性質だけで文書の開示か否かを選別することは困難であること、実体的真実解明との比較衡量によって決める方が妥当な結論を導くこと、判例の集積によって類型的判断が可能になることであった。

(21) 例えば、最近の文献では松本博之「報道関係者の取材源に関する証言拒絶権（最決平成一八年一〇月三日民集六〇巻八号二六四七頁）」ジュリスト一三三二号一三一頁（二〇〇七年）、伊藤眞『民事訴訟法〔第三版三訂版〕』三四九頁以下（有斐閣、二〇〇八年）、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第五版〕』四二六頁（弘文堂、二〇〇八年）等。この他の文献については、前注(17)で述べた。

(22) 杉山・前掲注(1)銀行法務一〇頁、同・金融法務二二頁。

(23) 長谷川・前掲注(1)七頁は、次のような問題点を指摘している。「開示は金融機関との信頼関係を大きく損うおそれがあり、金融機関の業務にも深刻な影響を及ぼしかねない。また本決定は……自己査定資料について、法令が求めている趣旨に照らすと、その証拠価値を過大に評価している感がある。同資料は監督官庁の事後的検査のために作成されるが、そのため、まさに事後的検証の結果が反映され、実際の取引時の認識から異なったものになりうるからである。」

(24) 三上・前掲注(1)一五頁は、次のような問題点を述べている。「永年に蓄積によって培われたノウハウも、公開されれば一瞬である。しかもこの部分は本案訴訟の争点との一連で托生になっただけである。この無念さはうまく言葉にできない。せめて……当該法廷限りの開示に留める手段の導入を願うばかりである」。なおこの問題に対して中原・前掲注(1)一三頁は、次のような提案をしている。「裁判手続への証拠提出を広く認めるのであれば、それによる不利益発生の防止への配慮がされてしかるべきであり、たとえば裁判記録の閲覧制限の柔軟な活用が検討されるべ

きと思われる。」

現行法上ではこのような意見は運用論にならざるをえないが、貴重な意見であり、法の改正により当事者限りの開示の方法を導入すべきである。

なお特許法一〇五条二項は、裁判所は書類の提出につき提出しないことの正当な理由があるか否かを判断するために書類を提示させることができることと、何人もその書類の開示を求めることはできないことを規定している。三項はその場合に必要があれば当事者等に開示できることを規定している。同法一〇五条の四は、この場合に裁判所は開示した者に秘密保持命令が出せることを規定している。「この方法は、実用新案法（三〇条）、意匠法（四一条）、商標法（三九条）、不正競争防止法（七条三項・四項・一〇条・一三条）、著作権法（一一四条の三第三項・四項・一〇四条の六）等に採用された。」（新堂幸司『新民事訴訟法〔第四版〕』五七三頁注1（弘文堂、二〇〇八年））。

(25) 山本・前掲注(1)一三頁は、次のように指摘する。「文書の記載が『特別な保護を与えるノウハウ』に該当するかどうかの判断は、当てはめの問題であり、法的な判断であると考えられる。」

(26) 山本・前掲注(1)一三頁は、次のようにまとめる。「インカメラ手続による事実認定を前提とする法律判断は最高裁のなし得るところではない、という理由で抗告人の主張を退けるべきであったと考えられる。」

(27) インカメラ手続における当事者の手続保障としては、手続に相手方（弁護士）の立会いを認め、審理の内容に守秘義務を課すことが考えられる（杉山・前掲注(1)金融法務二二頁以下）。あるいはヴォーン・インデックスの手法も考慮すべきであろう。なお民事訴訟法以外の法律が規定する当事者のみの開示の方法については、前注(24)において言及した。

平成二一年五月三一日脱稿　**坂原　正夫**

〔追記〕脱稿後に、本稿で引用した判例について最高裁判所調査官による判例解説が公刊された（以下の記載は公刊順）。①高橋譲「最三小決平成一九年一二月一一日民集六一巻九号三三六四頁の判例解説」ジュリスト一三八〇号一二一頁以下、②戸田久「最三小決平成一八年一〇月三日民集六〇巻八号二六四七頁の判例解説」法曹時報六一巻六号二三六頁以下、③中村心「本決定の解説」ジュリスト一三八二号一二五頁以下。これらは本稿の注に記載した文献を補充するものである。すなわち、①は注(7)に、②は注(17)に、③は注(1)に、それぞれ関係している。