

文書提出命令の機能の拡張

——文書作成命令等を含む提出命令と訴訟係属前の提出命令——

栗 田 隆

目 次

- 1 はじめに
- 2 調査嘱託と文書提出命令
 - 2.1 先 例
 - 2.2 調査嘱託制度と文書提出命令制度との比較
 - 2.3 文書提出命令による代替
- 3 文書提出命令の拡張
 - 3.1 拡張1——文書作成命令等を含む提出命令
 - 3.2 拡張2——訴訟係属前の提出命令
 - 3.2.1 証拠保全としての文書提出命令
 - 3.2.2 訴状提出後・訴訟係属前の文書提出命令
- 4 ま と め

1 はじめに

日本国憲法（以下「憲法」という）13条は、国民が個人として尊重されることを宣明し、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」を国政の最大尊重事項とした。国民と国民の間の権利関係を規律する私法法規を定めることも国政の一部である。憲法29条2項は、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」と規定している。そこにいう「公共の福祉」の中には、個人の「生命、自由及び幸福追求の権利」の尊重も含まれ、「人間に値する生活を営む権利」¹⁾の保障も含まれる。幸福追求のためには、さらに、個人が自己の生命・自由・財産が侵害されたと感じる場合に、裁判所に救済を求めることも保障されなければならない。「裁判所において裁判を受ける権利」を保障する憲法32条は、この趣旨を含む。そこにいう「裁判」は、「適正な裁判」でなければならない。

権利侵害者を特定するのに必要な情報の入手

自己の権利を侵害されたと感ずる者は、多くの場合に、侵害者を知っており、自分が認識した侵害者を被告にして、裁判所に救済を求めることができる。しかし、それが簡単にはできない場合も存在する。比較的単純な例を挙げよう。私有地（空き地）に他人の自動車が無断で放置されている場合に、土地所有者は、その自動車の所有者に対して、土地所有権に基づいて自動車の撤去を請求することができる。そこで、土地所有者は、自動車の登録番号標（ナンバープレート）の情報を基に、所有者を探索することになるが、現実には、個人情報保護等の壁に阻まれ、なかなかうまくいかない。問題の解決を弁護士に委任し、受任弁護士が弁護士法（昭和24年法律205号）23条の2の照会（以下「23条照会」という）の制度を利用して情報を入手しようとして

1) 最（大）決昭和36年12月13日民集15巻11号2803頁が用いたこの権利表現は、日本国憲法にはない。1919年ヴァイマル共和国憲法151条1項1文（経済生活の秩序は、すべての人に人間に値する生存を保障することを目標とする正義の原則に適合しなければならない。）に由来する権利表現であろう。

も、それでも簡単には情報を入手できない²⁾。

民事訴訟法（平成8年法律109号。以下「民訴法」と略称する）は、訴状の必要的記載事項（133条2項）として被告を記載することを要求している。もし、放置自動車の所有者の氏名（又は名称）と住所が明らかにならなければ、訴状に被告を記載することができない。原告がそのまま訴状を裁判所に提出しても、裁判長から補正を命じられ、補正しなければ訴状を却下される（137条1項・2項）。放置自動車の所有者の氏名と住所に関する情報を入手することができない土地所有者は、こうして、裁判手続を利用した権利の救済を得ることができないままとなる。

同様な問題は、他の類型の権利侵害についても生じうる。この状況は改善され

- 2) 実際によく問題になるのはバイク（道路運送車両法上の二輪の小型自動車あるいは原動機付自転車）であるが、説明の便宜のために自動車を取り上げることにした。なお、所有者自身が自動車を放置した場合には、これに合わせて、不法行為による土地所有権の侵害を理由に損害賠償を請求することができる。当該自動車が、所有者の長期旅行中に、何者かによって盗取されて放置されたものである場合には、自動車の所有者に対する損害賠償請求権の成立は困難であるが、それでも自動車の所有者に対する妨害排除請求権は成立しよう。

所有者に関する情報の入手方法として、さしあたり次のことが考えられるが、いずれの方法によっても、各方法の「しかし」以下に記載した事情により情報入手は困難となろう。

(a) 自動車登録ファイルの管理者に照会する方法　しかし、自動車登録ファイルについては、行政機関の保有する情報の公開に関する法律（平成11年法律42号）の適用はない（道路運送車両法（昭和26年法律185号）36条の4第3項）。他方で、行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律（平成15年法律58号）が原則的に適用されるので、同法2条3項に規定する保有個人情報の開示を第三者が求めることはできない（なお、自動車登録ファイルに記録されている保有個人情報については、同法律第4章の適用が排除されている（道路運送車両法36条の4第4項））。

(b) 自動車税（地方税法（昭和25年法律226号）145条）あるいは自動車取得税（同法113条）等の徴収機関に照会する方法　しかし、地方税法22条は、「地方税の徴収に関する事務」の従事者又は元従事者が「これらの事務に関して知り得た秘密を漏らし、又は窃用」することを刑事罰（2年以下の懲役又は100万円以下の罰金）をもって禁止している。徴税事務に関する守秘義務は、地方公務員の一般的な守秘義務違反に対する刑事罰（1年以下の懲役又は3万円以下の罰金（地方公務員法（昭和25年法律261号）60条2号））よりも重い刑事罰をもって強制されているのである。

るべきであろう。一つの方法は、23条照会の制度の機能強化であるが、本稿では、別の方法を探ることにしよう。それは、民訴法186条の調査嘱託の制度の機能を強化した調査報告命令の制度を想定して、これと同等な機能を果たすことができるように文書提出命令（民訴法220条以下）の制度の作用範囲を拡張することである³⁾。

問題解決の方法

民訴法186条は、「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又は学校、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」と規定している。この嘱託は、裁判所が職権であることができるほか、証拠調べの方法である以上、当事者も申立権を有すると解されている（民訴法151条1項の釈明処分については当事者に申立権が認められていないために、同項6号の調査の嘱託について当事者の申立権が否定されているのと対照的である⁴⁾）。

調査の嘱託と類似の制度として、文書の送付嘱託の制度（民訴法226条）がある（この嘱託は、申立てによりなされる）。送付が拒絶された場合には、文書提出命令を利用することができるので、送付嘱託は、単なる依頼と解することもできるが、法律で規定されている以上、受嘱託者は正当な拒絶理由がない限り嘱託に応ずる義務を負うとすべきであろう。ただ、送付嘱託に応じない者

3) 本稿と問題意識を同じくする先行研究として、長谷部由起子「提訴に必要な情報を得るための仮処分」『竹下守夫先生古稀祝賀』（有斐閣、2002年）473頁がある。イギリス法を参酌しつつ、加害者ではないが不法行為に一定の関わりをもった第三者に対する実体法上の請求権として「被告とすべき者を特定するための情報の開示請求権」を肯定し、それを仮処分の方法で得る道を切り開こうとするものである。本稿は、訴訟係属後における適正な裁判の実現への協力義務を拡張して、訴状提出後・訴訟係属前の段階において被告の特定に有用な情報を提供する義務を肯定しようとするものである。アプローチは異なるが、目標は同じである。

4) 民訴法186条の調査嘱託の申立権について、門口正人ほか編『民事証拠法大系第5巻』（青林書院、2006年）139頁（小海隆則）、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法（4）』（日本評論社、2011年）122頁参照。民訴法151条1項の釈明処分について当事者が申立権を有しないことについて、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法（3）』（日本評論社、2011年）299頁参照。

に対しては、提出命令をもって提出を強制することができるので、送付嘱託の義務性を肯定するにしても、それほど強い義務とする必要は少ない。

他方、調査の嘱託には、文書提出命令に相当する調査報告命令の制度は用意されていない。したがって、この制度の実効性を高めるためには、義務性を強調する必要があるが⁵⁾、だからといって、仮に調査報告命令の制度が設けられたと仮定した場合の調査報告命令と同等の義務性を肯定することは困難であろう。立法論としては、調査報告命令の制度の創設を主張することはできるが、

- 5) 本稿では、後掲先例 [1] と同様に、調査嘱託を受けた者は、日本の民事裁判権に服する内国の団体（私的団体を含む）である限り、正当な拒絶事由がなければ嘱託に応ずる義務を負うとの立場（多数説）を前提にする。次の文献を参照：村松俊夫「判例批評」民商63巻5号769頁，門口ほか編・前掲(注4)147頁以下（小海）。ただし、見解が分かれ得る点である。例えば、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法（第6版）』（弘文堂，2010年）429頁は、「少なくとも公私の団体に関しては法的義務を課しているのではなく、任意の協力を要請するものと解することも可能である」とする。送付嘱託についてであるが、門口正人ほか編『民事証拠法大系第4巻』（青林書院，2004年）79頁以下（古閑裕二）は、具体的義務を負わせる規定がない限り文書所持者は送付義務を負わないとする。大正15年民訴法の制定過程では、調査嘱託を定める規定は、裁判所の権限を定めた規定であり、受託者に義務を負わせることまで定めた規定ではないと説明されていた。すなわち、大正15年2月24日の貴族院小委員会で、佐竹三吾委員が嘱託先に義務を負わせる規定ではないのかとの危惧を述べたのに対し、政府委員（池田寅二郎）は、この規定により裁判所が嘱託の権限を有することは決まっているが、嘱託先が義務を負うか否かは決まっていないと答えた（松本＝河野＝徳田・後掲(注8)13巻511頁）；水上長次郎委員は、受嘱託者に義務を負わせる規定と読んでいたがそうではないのかとの趣旨の質問をしたが、池田委員は、「これは即ち嘱託でありまして、義務を負わしめるということは如何なものかと思ふ」と答えた（同512頁以下）。受嘱託者が報告義務を負うものでないとしても、この規定が無意味になるわけではない。すなわち、嘱託に対して報告があった場合に、適法な証拠調べの結果としてそれを事実認定の資料にすることの根拠規定になるし、受嘱託者は報告拒絶の場合には理由を述べて拒絶しなければならないという意味での回答義務（嘱託を無視してはならないという義務）の根拠となる。

この問題は、義務違反の法的効果をどのように考えるかの問題と関係しよう。調査嘱託について、義務違反の場合に、証人尋問に関する規定を準用して過料の制裁を科すことができるとする見解（細野長良『民事訴訟法要義（第3巻）』（巖松堂，昭和8年）379頁注2）もあったが、通説は否定している。しかし、義務違反（正当の理由のない回答拒絶）に対して、裁判所又は当事者による非難は可能であり、

本稿は解釈論の論文であり、その道に進むことはしない。

課題1 現にある強制的証拠収集制度に調査報告命令の機能を営ませることを考えることにしよう。いくつかの候補が思いつくが、本稿では、文書提出命令の制度に調査報告命令の機能を営ませる方向の議論をすることにしよう。これが最初に取り上げる課題である。

課題2 詐欺的商法等の被害者から損害回復のために事件処理を委任された弁護士は、しばしば、加害者の氏名又は現在の住居所を探知できないという壁に突き当たる。特定の個人の現在の住所は、個人情報であるため、23条照会により探知しようとしても、なかなか情報を得ることができない。そのため、被告についてある程度まで記載した訴状を裁判所に提出した後で、裁判所に釈明処分として（民訴法151条1項6号）、住所を把握していると思われる団体に被告の住所について調査を囑託することを求めることがあるが、強制手段がないために効を奏しがたい。そこで、訴状提出後に、訴状を被告に送達する前の段階で、被告の現在の住居所を知るために、文書提出命令の制度を利用することができるかが問題となる。これが2番目の課題である。証拠保全の手続により同様な目標を追求できるかも検討することにしよう。

2 調査囑託と文書提出命令

調査の囑託は、「証拠方法として規律される必要のない程度の公正さを有する者に、その報告書作成過程において過誤のないことが期待される手許にある客観的資料から容易に結果の得られる事項について報告させることにより、簡易迅速な証拠調べを行うことができるものとする趣旨で設けられた、簡易かつ特殊な証拠調べの方法」⁶⁾である。

↘また義務違反により調査囑託申立人に対する損害賠償義務が発生する余地はあると考えたい。

6) 大阪地判平成18年2月22日金商1238号37頁（後掲先例 [1]）。かつて唱えられたことのある書証説について、村松・前掲（注5）766頁以下、門口ほか編・前掲（注4）134頁以下参照。

制度の沿革

この制度は、明治23年民事訴訟法にはなく、大正15年民事訴訟法で新設されたものである（262条⁷⁾。現行の平成8年民事訴訟法は、これをそのまま承継している。大正15年改正の審議経過の中で、同条について詳しく説明しているのは、「大正15年2月24日貴族院民事訴訟法中改正法律案外1件特別委員小委員会議事速記録第5号」における政府委員（池田寅二郎）の説明である⁸⁾。原

7) 山内確三郎『民事訴訟法の改正（第式巻）』（法律新報社，昭和6年）60頁。

8) 民事訴訟法改正調査委員会に提出された法案及びその修正案（大正13年9月）（『民事訴訟法改正調査委員会速記論』（法曹会，昭和4年）の付録1及び付録2）には、まだ、調査の囑託に関する規定はない。大正13年9月の「民事訴訟法案（第3案）」（松本博之＝河野正則＝徳田和幸・編『日本立法資料全集』11巻（信山社，1993年）281頁以下）にもない。この規定の先駆けとして、明治23年法219条を挙げることができる。同条は、「地方慣習法，商慣習及ヒ規約又ハ外国ノ現行法ハ之ヲ証ス可シ裁判所ハ当事者カ其証明ヲ為スト否トニ拘ハラズ職権ヲ以テ必要ナル取調ヲ為スコトヲ得」と規定していた。大正11年10月24日開催の民事訴訟法改正委員会において、同法219条に規定されている事項については改正案222条（不要証事実）の適用がないと解するのが自然であり、それゆえ立証が必要であることは明らかであるから同法219条は削除した，との説明が松岡正義委員からなされた（『民事訴訟法改正調査委員会速記録』（法曹会，昭和4年）前半522頁。委員会（第26回）の開催年は同書521頁では「大正13年」となっているが，その前後の委員会（第25回及び第27回）は，大正11年であるから，「大正11年」の誤植と解した）。これに対して，松本烝治委員が明治23年法219条の存続を要望した（前掲書前半526頁）。松岡委員の説明からは，同法219条の前半部分の削除は根拠付けられるが，後半部分の削除までは根拠付けられるようには見えない。大正14年4月23日から始まる委員会（第46回）からそれまでの審議結果を基に修正された法案の審議が始まった。同年7月14日開催の委員会において審議された新設の122条の2は，「裁判所ハ訴訟関係ヲ明瞭ナラシムル為メ必要ナル調査ヲ官庁又ハ公署に囑託スルコトヲ得」と規定していた。起草委員の間でどのような議論を経てこの規定がおかれるようになったかは定かではないが，少なくとも，この規定により，松本委員が存続を望んだ明治23年法219条の後半部分が実現されるようになったみてよいであろう。同案122条は現行151条（釈明処分）に相当する規定であるが，現行151条1項6号（調査の囑託）に相当するものを含んでおらず，それが同案122条の2として独立の条に置かれたのである。委員会では，調査の囑託によって得られた資料が証拠となるのか否か，官庁公署その他の法人に鑑定を囑託することを許す規定を置く必要はないかが議論され，山内確三郎委員が次のように取りまとめた：官庁公署其他法人に依つて調を為すことは必ずしも鑑定のみではなからうかと思ひます；証拠編の総則の所にノ

文はカタカナ書であるが、ひらがな書に改めて全文を紹介しよう（漢字（旧字）は現在用いられている文字に改めた。以下本稿において同じ）。

「次の262条は、例へば地方の慣習であるとか、或は外国の慣習であるとか、或は法律であるとか云うやうな事柄、それに限る訳ではありませぬが、例へばさう云ふやうな事柄に付きまして、裁判所が取調をすると云うことの必要ありますときに、是は鑑定を以てやっても無論出来ることでありますけれども、或は便宜上、官公署なり、或は外国の官庁に、或は相当の法人等に、是の調べを囑託すると云ふ途を開いて置く方が是亦調査上、頗る便宜ではあるまいかと云ふやうな所から、必要な調査を託することが出来ると云うやうにしたのであります、即ち此方法は、此案に於て認めました新なる一つの特殊の証拠方法として数へることが出来るものと思ひます」⁹⁾¹⁰⁾。

「官庁公署其他法人ニ裁判所ノ必要ト認ムル場合ニ於テハ適當ノ調査ヲ囑託スルコトヲ得」という規定を置いて然かる可きではあるまいかと思ひます」。そして、同案122条の2の削除と122条の修正（1項5号に「調査ノ囑託」を置くこと）が提案された（前掲書後半163頁）。大正14年7月20日印刷の「民事訴訟法案中修正案（起草委員提案）」（松本ほか・前掲11巻330頁以下）において、調査囑託を定める規定が「（新）258条の2」として登場する。内容は現行法と基本的に変わりはないが、囑託先は、「官庁若ハ公署、外国ノ官庁若ハ公署又ハ法人」となっていた（同前332頁）。同年7月24日付の「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第58回」（松本ほか・前掲13巻113頁以下）では、山内確三郎が「それから226条の2、之は既定の事柄を整理したに過ぎませぬ」（同前121頁）とだけ説明し、異議なく承認された。大正14年10月に印刷された第4案（松本＝河野＝徳田・前掲11巻358頁以下）では、条番号が262条になった。大正15年2月24日の貴族院小委員会では、この規定により囑託先が義務を負わされることを危惧する意見が出され、比較的立ち入った議論がなされたが（松本＝河野＝徳田・前掲13巻510頁以下）、結局、修正されなかった。衆議院の委員会で修正を受け、委員長斎藤隆夫から衆議院議長粕谷義三に大正15年3月22日に報告された改正法律案の修正（松本＝河野＝徳田・前掲11巻490頁以下）では、「法人」が「学校、商業会議所、取引所其ノ他ノ団体」になった。「民事訴訟法中改正法律案理由書」では、「新ニ簡易ナル証拠調ノ方法ヲ設ケタリ」とのみ説明されている（松本ほか・前掲13巻204頁以下）。

9) 松本＝河野＝徳田・前掲(注8)13巻507頁。

10) テッヒョー草案（1886年）では、268条柱書において職権証拠調べの禁止が規定され、その例外として、1号において、外国法や商業慣例等を裁判所が了知していないときは、「裁判所は必要な調査を為す可きものとす」との規定が置かれてい

2.1 先 例

次に、調査の嘱託に関する先例をみておこう。

[1] 大阪地判平成18年2月22日金商1238号37頁¹¹⁾ これは、原告と被告の双方を異にする2つの事件が併合された事件であるが、一方のみを取り上げよう。原告Xの主張によれば、(1) ヤミ金融会社である訴外E会社の被害者であるXが借入れに際して差し入れた小切手の持参人から取立委任を受けたM銀行が手形交換所に小切手の支払呈示をしたため、Xから債務整理等の委任を受けた弁護士が預託金を提供してK信用金庫に異議申立手続を委任したところ、小切手の持参人がDであることが判明した。Xの弁護士は、異議提供金の取戻しのため契約無効確認請求訴訟の提起の準備中であるとして、「D名義の預金口座につき、開設者の住所及び電話番号の報告」を得るために、M銀行に対する23条照会を弁護士会に申し出、その照会がなされた。しかし、M銀行は、「顧客に対する守秘義務を負っており、顧客の了解が得られない」として、報告拒絶を回答してきた。(2) その後、Xは、E会社及びDを被告にして小切手に係

ゝた。明治23年民訴法219条では、「地方慣習法、商慣習及ヒ規約又ハ外国ノ現行法ハ之ヲ証ス可シ裁判所ハ当事者カ其証明ヲ為スト否トニ拘ハラズ職権ヲ以テ必要ナル取調ヲ為スコトヲ得」と規定していた。池田寅二郎の説明と比較すると、調査事項が共通する。テッヒョー草案等では調査の方法について特に規定はないが、一つの方法は鑑定であろう。その外に、これらの事項について知識を有する団体への報告の依頼も考えられる。それは、現行法の調査の嘱託に包含される。これらのことを考慮すると、テッヒョー草案の前記規定は、「調査」の方法を明規していないが、調査嘱託の制度の先駆けとみてよいであろう。次の文献も参照：村松・前掲(注5)768頁(明治23年法219条を大正15年法262条の前身と見、「実質的には相当部分について拡張されたもの」であるとする)；納谷広美「判例評釈」法協88巻9=10号(1971年)887頁以下(明治23年法219条を大正15年法262条の前身と見るのは妥当でないとする(890頁))；門口ほか編・前掲(注4)129頁(小海)(大正15年法262条が明治23年法219条の修正規定であるというのは、規定内容の実質をみてのことであると述べる)。注8に紹介した経緯に鑑みれば、村松説を支持すべきであろう。

11) 本件の研究として、次のものがある：鈴木秋夫・金法1769号26頁(判旨に好意的)、吉井隆平・判タ1245号(平成18年度主要民事判例解説)74頁、本多正樹・ジュリスト1373号131頁(結論には賛成するが、理由付けには疑問がある)、升田純・金法1772号21頁(結論に賛成できるが、前提となる理論には賛成できない)。

る債務の不存在確認請求及び小切手の返還請求の訴え（別件訴訟）を提起した（Dの住所は、E会社方とした）。E会社に対する訴状は送達されたが、Dに対する訴状は送達されなかった。Xは、大阪地裁にDの住所及び電話番号について調査の嘱託の申出をした（この調査の嘱託は、控訴審判決によれば、釈明処分としてのそれである）。裁判所は、M銀行にその調査を嘱託した。しかし、M銀行は、Dの了承が得られなかったため、本件調査嘱託に対して回答することはできないと回答した。(3) そこで、Xは、M銀行を被告にして、M銀行の報告拒否は違法なものであり、これにより損害を受けたと主張して、損害賠償請求の訴え（本件訴訟）を提起した。

裁判所は、プロバイダ責任制限法4条1項に基づく発信者情報の開示制度¹²⁾も参考にしながら、この問題を詳細に検討した。裁判所は、まず、嘱託を受けた者が「嘱託に応じて調査をしその結果得られた事項について報告する法的義務を負う」ことを一般的に肯定した。次に、顧客に関する情報を秘匿する銀行の利益を認め、これについては報告義務が原則的に免除されることを肯定した。その上で、次のように説示した。

1. 報告義務免除の制限の必要性 「銀行の顧客との間で具体的な権利義務ないし法律関係に関する紛争の存する者が当該顧客との間の当該紛争を裁判制度により解決するための前提として、当該顧客を特定するために必要な事項について当該銀行に対し23条照会又は調査の嘱託がされた場合において、当該紛争の相手方である当該顧客を特定するための他に適当な方法がないときは、当該銀行が当該顧客の同意が得られないことを理由として当該事項の報告を拒否することは、当該顧客との間で上記紛争の存する者の裁判を受ける権利を損なう面があることは否定することができず、このような場合、そのような者の裁判を受ける権利の確保の観点から、当該顧客に関する情報が開示されないことについての当該顧客及び当該銀行の法的利益が一定限度の制約を受けることもやむを得ない」。

12) 判例の動向について、梅本吉彦「民事訴訟手続における個人情報保護」法曹時報60巻11号（2008年）3355頁以下参照。

2. 顧客情報について報告義務が生ずるための要件 「銀行が顧客等との間で預金等の受入れを内容とする契約の締結等をするに当たり取得した当該顧客の氏名又は名称、住所又は所在地、電話番号等当該顧客の特定に資する情報についてこれを開示することを求める内容の23条照会又は調査の嘱託を受けた場合、23条照会に係る照会書やその添付書類等又は調査の嘱託書やその添付書類等からして、① 当該顧客の行為によって23条照会又は調査の嘱託により当該顧客の特定に資する情報の開示を求める者（当該照会申出をした弁護士の依頼者又は当事者。以下「開示請求者」という。）の権利ないし法的利益が侵害されていることが明らかであるとみえること、② 当該情報が開示請求者の権利ないし法的利益の裁判制度による回復を求めるために必要である場合その他これに準じる当該情報の開示を受けるべき正当な理由があること、③ 当該銀行に対して当該顧客の特定に資する情報の開示を求める以外に当該顧客を特定するための他に適当な方法がないこと、の要件をいずれも満たす場合には、当該銀行は、23条照会又は調査の嘱託に対して当該照会又は嘱託により報告を求められた顧客の特定に資する情報について照会をした弁護士会又は嘱託をした裁判所に報告する義務を負うものと解するのが相当である。」

本件において、銀行が顧客情報を報告した場合に、銀行が顧客に対し秘密保持義務違反を理由とする法的責任を免れるかは傍論の問題である¹³⁾。しかし、銀行の報告義務を肯定する前提として、免責されることを肯定しておかなければならず、裁判所は、この場合の報告行為は正当業務行為であるとして、それを肯定した。

裁判所は、上記のような一般論を説示した後で、本件について、報告義務の発生を認めた。しかし、損害賠償義務については、照会を受けた「平成14年当時のみならず今日においても、銀行が顧客等との間で預金等の受入れを内容とする契約の締結等をするに当たり取得した当該顧客の氏名又は名称、住所又は

13) 升田・前掲(注11)26頁は、この傍論の説示は、顧客からの損害賠償請求訴訟を審理する裁判所を拘束せず、法的意味はないとする。

所在地、電話番号等当該顧客の特定に資する情報についてこれを開示することを求める内容の23条照会又は調査の嘱託を受けた場合、いかなる要件の下に当該事項について報告する義務を負うかについての解釈が確立していたとは認められない」ことを主たる理由にして、少なくとも過失はないとして、請求を棄却した。

[2] 大阪高判平成19年1月30日金商1263号25頁・判時1962号78頁¹⁴⁾ これは、[1]事件の控訴審判決である。その結論は一審判決と同じであるが、論理はやや異なる。

1. 報告義務の性質 23条照会や裁判所の調査嘱託に対して回答すべき法的義務は、司法制度上の重要な役割を担う公的性格の強い弁護士会や国の司法機関である裁判所に対する公的な義務であって、必ずしも、それを利用する個々の弁護士やその依頼者個人に対する関係での義務ではない。
2. 要件（報告義務の生ずる範囲） 23条照会及び調査嘱託を受けた者の報告義務は、個人情報保護の観点から何らの制約を受けないものであって、23条照会及び調査嘱託を受けた以上、照会及び調査を嘱託された情報が法人又は他の団体の情報であるときはもちろん、個人の情報であっても、それらの者の同意の有無に関わらず、照会をした弁護士会及び嘱託をした裁判所に対し、求められた上記各情報について当然に報告義務を負う。個人情報の中でも、前科及び犯罪経歴については、他の個人情報とは相当にその性格を異にするものであり、銀行が保有する個人情報とは同一に論じられない。

控訴審は、企業責任の法理を認めないようであり、被告は法人であるから、民法709条のみによって損害賠償請求をすることはできないと説示した。そう説示しつつも、銀行の報告拒否行為は、弁護士会や裁判所に対する公的な義務に違反するものではあるが、原則的には、原告の法的に保護された利益を侵害するものともまではいえないもので、民法709条の「他人の権利又は法律上保護

14) 原告は、この判決に対して上告受理申立てをしたが、不受理の決定がなされた（最決平成20年11月25日消費者法ニュース79号332頁）。

される利益を侵害した」との要件は充足されないとした。

[3] 東京地判平成21年6月19日判時2058号75頁 海外先物取引を行う会社の役員・従業員を被告として損害賠償の訴えを提起しようとする者（原告）が、将来の強制執行のことも考慮して、公示送達ではなく通常の送達方法により訴状を送達することを可能にするために、被告の現在の住所を知ろうとして、訴状提出先の裁判所に社会保険事務所及び公共職業安定所を嘱託先とする調査の嘱託の申立てをした。裁判所の嘱託に対して、嘱託先は、社会保険庁個人情報保護管理規定あるいは職業安定法51条の2を根拠に報告を拒絶した。原告は、その拒絶行為が国家賠償法1条1項の違法に当たると主張して、国に対して損害賠償の訴えを提起した。裁判所は、「嘱託を受けた内国の官公署は、正当な事由がない限り、嘱託に応じる義務を負う」としつつも、「この義務は、調査嘱託についての裁判所の権限に対応した一般公法上の義務であり、嘱託先が調査嘱託の申立てをした当事者に対して負担する法的義務であるとは解されない」とした。そして、「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するもの」であり、「本件各嘱託先が本件調査嘱託に応じなかったことをもって、本件調査嘱託の申立人である原告に対する職務上の法的義務に違背したことになるとはいえず、別件訴訟における原告の法律上保護された利益を侵害したということもできない」として請求を棄却した。

先例[3]は、調査の嘱託に対して、「正当な事由がない限り」受嘱託者は報告義務を負うと説示したが、最少限の議論で結論に至るために、社会保険庁個人情報保護管理規定あるいは職業安定法51条の2の規定が「正当な事由」に当たりうるかについては特に検討することはしなかった。この点で先例[1]の詳細な説示と異なるが、ともあれ、証明責任の点を脇に置いて言えば、「正当な事由があれば」報告を拒絶することができる点で、先例[2]と異なる。他方、受嘱託者の報告義務を「裁判所の権限に対応した一般公法上の義

務」とし、そこから比較的ストレートに嘱託申立当事者の損害賠償請求権を否定している点で、先例〔2〕と同じ立場にある。

2.2 調査嘱託制度と文書提出命令制度との比較

(1) 要件・手続面での比較　ここで、調査嘱託の制度と文書提出命令の制度とを、その要件と手続について比較しておこう。

(a) 実体的要件規制　文書提出命令に関しては、民訴法220条において提出義務を負う場合が規定されている。同条4号の一般的提出義務に関しても、規定の文言上は、イからホまでの除外文書に該当しない場合に限って提出義務を負うと規定され、多数説は、申立てに係る文書が除外文書に該当しないことについて挙証者（提出命令申立人）が証明責任を負うとしている。それとの権衡からすれば、嘱託先の報告義務を無制約のものとし、例外として前科情報のみをあげる先例〔2〕の見解には賛成できない。前科情報のみならず、病歴情報や思想に関する情報（読書履歴や集会への参加履歴¹⁵⁾）あるいは恋愛関係・不倫関係に関する情報など、プライバシー性の高い情報はいろいろある。それらについて、第一審裁判所が適正な裁判の実現に必要であると判断したという一事で常に報告義務を負うというのは、行き過ぎであろう。やはり、実体的な要件規制が必要である。民訴法186条ではそれがまったく規定されていない。

(b) 不服申立手続　さらに、文書提出命令については、不服申立手続が用意されていて、最終的には最高裁の判断を仰ぐことができる。ところが、調査嘱託については、不服申立制度も用意されていない。受嘱託者は、裁判所の調査嘱託に応じて第三者のプライバシー情報を報告した後で、当該第三者から損害賠償を請求されるおそれがある。「報告は裁判所の調査の嘱託に応じたにすぎない」の一事で常に賠償責任を免除されるとは思われない¹⁶⁾。損害賠償責任

15) 集会への出席希望者の個人情報や警察に提供した行為がプライバシー侵害にあたりとされた事例として、最判平成15年9月12日民集57巻8号973頁がある。

16) 京都市中京区長が弁護士法23条の2に基づく照会に応じてある者の前科を報告し

を負うか否かは、第三者に対する黙秘義務と裁判所に対する報告義務との優劣の形で議論されることになろう。報告されるべき事実が記載された文書が存在したと仮定して、その文書について黙秘義務を理由に提出義務を負わされないような場合（220条4号ロ又はハの場合）については、正当な拒絶事由が存在するといふべきであり、受嘱託者はそれを主張して報告を拒絶すべきである。調査嘱託に不服申立制度がないことは、この結論を左右しない。むしろ、報告義務の存在が不服申立手続を通じて慎重に判断されるようになっていないだけに、受嘱託者は、報告義務が黙秘義務に優越するか否かについて自ら判断しなければならず、その判断を適切にすることなく漫然と報告するならば、黙秘義務に違反したと評価される余地があるといふべきである。

(2) 義務違反の効果 そのような調査の嘱託について、嘱託先に強い報告義務を負わせることはできない¹⁷⁾。その点からすれば、先例〔3〕が、嘱託先

ゝしたことを違法とした最判昭和56年4月14日民集35巻3号620頁は、理由中で、
 (α)「前科等の有無が訴訟等の重要な争点となつていて、市区町村長に照会して回答を得るのでなければ他に立証方法がないような場合」には、(β)「裁判所から前科等の照会を受けた市区町村長は、これに応じて前科等につき回答をすることができる」と説示している（この説示中の「裁判所から前科等の照会」は、「調査の嘱託」を指すと思われる。梅本・前掲(注12)3404頁参照)。(β)の説示は、「裁判所からの調査の嘱託を受けた場合に、これに応じて報告したことにより賠償責任を負わされることはない」との趣旨を含むように読めないわけではない。しかし、(β)には(α)の前提条件があり、裁判所がその判断を誤って調査の嘱託をした場合にまで、調査の嘱託に応じてなされた報告行為が常に免責されるとの趣旨を含むと読むことは問題であろう。文書提出命令が発せられ、それに対する不服申立手段を尽くした場合には、さすがに提出命令に従って第三者のプライバシーの記載されている文書を提出したことについて文書提出者が賠償責任を負うことはないといふべきであろうが、その場合でも、第三者の利益を擁護するために必要な主張その他の行動を適切になすことを怠ったときには、黙秘義務を適切に遵守していないと評価され、賠償義務を負わされることは、なおあり得ると考えたい。

- 17) 義務違反の最少限の効果は非難可能性である。先例〔2〕が、回答拒絶は「社会的に非難されるべき行為である」としたことは重い。それは、一種の制裁であり、報告義務を法的義務とするに十分である。社会的な信用を重んずる金融機関にとっては、とりわけそうであろう。しかし、受嘱託者の報告義務は無制約のものではなく、その存否の判断には困難が伴うとする本稿の立場からすれば、事前に義務の存在が裁判で確定されていない場合に、事後的に義務の存在と違反を認定して非難ノ

の報告義務を裁判所に対する義務とし、当事者に対して負う義務ではないとの理由により、利益侵害性を否定したことは、義務性を弱める一つの解決策と評価することができる。しかし、第三者に対する文書提出命令が確定したにもかかわらず、文書が提出されなかった場合に、その文書を証拠として利用できなかったことが決定的な理由になって原告又は被告が敗訴判決を受け、その後に第三者のもとで文書が発見され、その文書を提出しなかったことについて第三者又はその従業員に重大な過失が認定されるようなときには、敗訴の当事者に対する損害賠償責任は肯定されるべきであろう。提出義務の原因が民訴法220条2号の場合には、実体法上の引渡義務・提示義務違反が賠償責任の根拠の一つとなる。提出義務の原因が2号以外の場合に、提出命令の確定をもって挙証者は所持者に対して提出請求権を取得すると言いうるかが問題となるが、その点の議論の結論にかかわらず、文書の所持者は提出命令に違反するという法律上許容されない行為により、挙証者の法律上保護される利益（適正な裁判を受ける利益¹⁸⁾）が侵害されたのであるから、民法709条にいう法律上保護される利益の侵害があったと認めるべきであろう。同様に、調査の嘱託に従って報告すべき義務を負っていることを嘱託先が明確に認識することが可能な場合については、その義務違反は嘱託申立当事者との関係で法的利益侵害と認めるべきである。この点で先例〔1〕に賛成すべきである。しかし、どのような場合に報告義務を負うのかは、明瞭でない。先例〔1〕が詳細な議論を展開する必要があるほどに不明瞭であり、「法の無知はこれを許さず」の法理を適用することができないほどに、ルールが不明確なのである。

を浴びせることには慎重であるべきであり、そのような非難は義務の存在が通常人にとって明白な場合に限られるべきである。もっとも、先例〔2〕は、報告義務をほぼ無制約のものとしており、それを前提にすれば、回答拒絶は直ちに非難に値するとしたことに論理の誤りはない。しかし、その前提は、私見では採り得ない。

- 18) 国家との関係では「適正な裁判を受ける権利」であるが、提出命令を受けた文書所持者との関係では、この権利に基づく「法律上保護される利益」の意味で、「適正な裁判を受ける利益」と表現するのが適当であろうと考えて、この表現を用いた。事案によっては、この利益は、「勝訴判決を受ける利益」、ないし「勝訴判決により保護されるべき財産法上又は親族法上の利益」にもなる。

嘱託先からみれば、報告拒絶行為が不法行為に当たるとして損害賠償責任を負わされることは、一種の制裁である。民事訴訟法は、訴訟当事者以外の者に証人義務、文書提出義務、検証物提示義務を課し、義務違反に対して制裁を用意している。しかし、 (α) 証言拒絶に関しては、あらかじめ証言拒絶の当否について裁判し、その裁判に対する即時抗告の機会を与え（民訴法199条）、証言拒絶を理由なしとする裁判が確定したにもかかわらず、なおも証言を拒絶する場合に、過料又は罰金・拘留の制裁を科することができるとしているのである（同200条・192条・193条）¹⁹⁾。 (β) 第三者に対する文書提出命令については、発令段階で審尋の機会が与えられ、発令後も不服申立ての道が開かれている（同223条2項・7項）。そうした手続保障を与えた上で、確定した文書提出命令に従わなかった場合に、初めて過料の制裁を科することができるのである（同225条）。 (γ) 検証物提示命令についても、同様な手続保障が与えられている（同232条1項・223条・232条2項）。

もちろん、証言拒絶等に科される過料や罰金・拘留の制裁と、調査の嘱託に対する報告拒絶に科される損害賠償の制裁とは異なる²⁰⁾。しかし、拒絶者が裁

19) これに対して、証人の不出頭については、不出頭に正当な理由があるか否かを事前に審査する手続をおかずに、制裁手続の中で正当な理由の有無を直接審査するものとしている。両者の取扱いの相違は、次のことに基づくものと理解される：不出頭を許容する規定は置かれておらず、病気等の特別事情がなければ出頭すべきものであり、そのような事情は、制裁手続の中で審理すれば足りる；他方、証言拒絶の当否（特に証言拒絶事由の存否）の判断は、簡単ではなく、熟慮を要する。

20) 前者は、刑事罰あるいは行政罰であり、罪刑法定主義又はその延長上において、要件の明確性が強く要請される（民訴法200条が「証言拒絶を理由がないとする裁判が確定した」ことを要件としていることはこの視点から評価すべきことは言うまでもない。同225条についても、同様である。同条は、「第三者が文書提出命令に従わないとき」と規定しており、文言上は、文書提出命令が確定していることを要件としていないが、「第三者が確定した文書提出命令に従わないとき」の意であることは、言うまでもない。兼子一ほか『条解民事訴訟法（第2版）』（弘文堂、2011年）1255頁（松浦馨＝加藤新太郎参照）。しかし、そのことは、民事上の損害賠償請求権の発生要件が曖昧であってもよいことを意味しない。賠償請求権の発生の前提となる行為義務について、賠償義務者がどの程度明瞭に認識できることが必要かは、損害賠償制度によって調整が図られる諸利益の対立状況に応じて、様々に設定され得ると考えるべきである。

判所からの命令あるいは嘱託によって初めて一定の不利益を受ける立場に立たされる点では、共通している。調査の嘱託に対する報告拒絶に対して、その一事でもって損害賠償の制裁を科すには、現行の手続は不十分である。報告拒絶に対する損害賠償の制裁は、報告義務の存在が明瞭な場合に限り認められるべきであり、その点でも先例〔1〕の慎重な姿勢は評価することができる。

(3) 調査の嘱託に代わる強制的手段　大正15年民事訴訟法の立法資料では、調査の嘱託が用いられる典型例として、鑑定によって獲得することができる地方の慣習等に関する知識が挙げられていた。もちろん、これは典型例であり、調査報告は事実の報告を求める点で証人尋問に代わる場合もあるとされている²¹⁾。一般化して言えば、調査の嘱託は、強制力のある証拠収集手段に代わる簡便な証拠収集手段である。このように位置付けると、調査の嘱託が効を奏しない場合には強制力のある証拠収集手段がとられるべきことになる。後者を「調査の嘱託に代わる強制的手段」（短くして「代替的強制手段」）と呼ぶことにしよう。

調査の嘱託が用いられる現実の事件をみると、大正15年の改正時に典型例として想定された地方的慣習等の調査の嘱託の事例は少ないようである。むしろ、団体が保管している文書やデータベースに記録されている情報の報告が求められているように見える（文書そのものの入手については、文書の送付嘱託の制度があるので、調査の嘱託により得ようとするのは、文書そのものではなく、文書の内容をなす情報であり、通常はその一部である）。したがって、調査の嘱託に代わる強制的手段として、文書提出命令を用いることができるかが問題となる。

2.3 文書提出命令による代替

民事訴訟法は、当事者の申立てに基づく文書送付嘱託の制度を設けている（226条）。裁判所が申立てを審査した上で嘱託するのであるから、嘱託先がこ

21) 兼子ほか・前掲(注20)1069頁(松浦馨=加藤新太郎)、門口ほか編・前掲(注4)127頁(小海)。

の嘱託に応じて文書を送付することも、裁判所に対する義務である。しかし、送付嘱託に応じない文書所持者に対しては、挙証者は提出命令の申立てをすればよいので、送付嘱託に基づく送付義務については、その義務性を強調する必要性は少ない。

他方、調査の嘱託にあつては、拒絶の場合にそなえて調査報告命令の制度が用意されているわけではない。その理由は、次のように考えてよいであろう：もともと調査の嘱託は嘱託先の手元資料から容易に判明する事項について報告を求めるものであるから、鑑定や証人尋問によって代替できる外に、例えばその資料が文書の形で存在する場合に、報告が拒絶されたときは、その文書の提出を求めれば足り、調査報告命令の制度を設けなくても、文書提出命令の制度でも代替できる。

ここで、文書の提出と調査の報告との違いを確認しておこう。

1. 文書の提出は、手元にある特定の文書を提出するという比較的単純な所作である。これに対して調査の報告は、手元にある資料に基づいて報告内容を確定し、通常はそれを文書化して、裁判所に提出するという知的作業を伴う所作であり、報告者に掛かる負担が大きい。その違いは、嘱託先が公私の団体に限定され、個人が除外されていることに現れている。
2. 文書提出命令にあつては、1通の文書の記載中に提出義務があると認めることができない部分があるときは、特段の事情のない限り、当該部分を除いて提出を命ずることができ²²⁾、どの範囲の内容を除外することが許されるかという形で開示する情報の内容の範囲が問題になる。他方、調査の報告の場合には、すでにある文書自体を提出するのではなく、新たに文書を作成することになり、その文書にどの範囲の情報を記載しなければならないのかという形で開示する情報の範囲が問題となる。

22) 最判平成13年2月22日判時1742号89頁。除外部分を除いて提出する方法は、原本提出の原則(民訴規則143条)はあるものの、多くの場合に、次のようになろう：原本の写しを作成して、除外されるべき部分を判読できないように写しを加工し、加工後の写しを提出する；あるいは、原本の一部(除外されるべき部分)に紙を貼付して判読不能にし、その写しを作成して提出する。

3. 銀行の貸出稟議書を典型例とする団体内部の意思形成過程で作成される文書については、最高裁判例は提出義務を認めることに消極的であるが、提出義務が肯定される限り、意見の記載された文書も提出しなければならない。他方、調査の嘱託にあっては、団体内部において一般的に共有されている専門的知識（特に既存の資料に記載されている専門的知識）やそれから容易に形成され得る意見の報告は期待されている（しかし、そうでない意見、特に内部的に対立する可能性のある事項についての意見を新たに形成して報告をすることは、期待されるべきでない）。調査嘱託により意見（新たに形成される意見）を求めることが許される範囲では、既存の文書の提出命令をもって調査の嘱託に代えることはできない。
4. 調査報告の基礎資料は、文書に限られず、団体内部の構成員の記憶も資料となりうる。後者が報告の重要な資料となる事項についても、文書提出命令をもって調査の報告に代えることはできない。この場合には、報告されるべき事項を記憶している構成員の陳述を文書にして報告する余地はあるが、その構成員が団体内部において陳述を拒めば、代替的強制手段として、その構成員の証人尋問を行うことになる。

上記のことを前提にすると、調査の嘱託に対して報告が拒絶された場合には、嘱託を申し出た当事者は、鑑定や団体構成員の証人尋問の外に、嘱託先の手元資料（文書）の提出命令を申請することにより、報告されるべき事項について情報を得ることができると考えてよいであろう。もとより、全面的に代替できるという趣旨ではない。一定範囲で代替可能であろうとの趣旨である。代替可能な範囲で、どのように代替できるかが検討されるべきである。ここでは、文書提出命令による代替を検討する。代替を実現するためには、文書提出命令の本来の適用範囲を確認し、必要に応じて拡張を試みるのがよい²³⁾。

23) 電磁的記録（準文書）の提出命令も許される。すなわち、証拠調べにより獲得すべき情報が電磁的記録の形で存在する場合には、その情報を印字した紙（文書）を証拠調べの対象とするのが原則であり、民訴法231条はそれを前提にしているが、電磁的記録の提出を命ずることが適切な場合には、それも許される（例えば、大量の情報中のキーワードを検索する必要がある場合に、挙証者がまず検索して、その

3 文書提出命令の拡張

3.1 拡張1——文書作成命令等を含む提出命令

民事訴訟の証拠調べの対象となる固有の意味での文書は、(1) 作成者の思想(意思、認識、感情など)が、(2) 裁判官が直接に又は翻訳を介して閲読しうる(内容を読み取ることができる)形態で、(3) 文字またはこれに準ずる符号によって表現されているものをいう。紙に表現されているものが典型例である。

しかし、現在では、多くの団体において、多くの資料がコンピュータの記録装置に格納されており、上記の意味での文書の形では存在しない(少なくとも、そのような場合が少なくない)。従って、文書提出命令の制度の拡張が必要となる。

1. 人の思想等がコンピュータの記録装置に記録され、電磁的記録の形で存在する場合には、記録装置は、民訴法231条の「情報を表すために作成された物件」にあたり、準文書である。しかし、文字をもって表現される情報については、それを印字した紙を取調べ(裁判官による閲読)の対象にすることも認められ²⁴⁾、通常はその方がよいであろう。したがって、コンピュータ内の文字情報を証拠とするために、情報を紙に印字して文書を作成することを含む提出命令も許され、現に行われている²⁵⁾。データベース

の結果にしたがって裁判官に閲読を求める部分を特定する必要がある場合がそうである)。これは、準文書の写しの提出命令となる。後注24に引用の文献参照。

24) 竹下守夫ほか『研究会・新民事訴訟法——立法・解釈・運用』ジュリスト増刊(1999年11月号)315頁参照。デジタルデータの証拠調べについて、次の文献を参照：中村壽宏「デジタルデータの証拠調べ」『吉村徳重先生古稀記念』(法律文化社、2002年)413頁(現行民事訴訟法の立案過程における問題点やデータベースの証拠調べも論じている)、宇野聡「準書証」三宅省三ほか編『新民事訴訟法大系第3巻』(青林書院、1997年)102頁以下。

25) このことは、特に電子カルテ(コンピュータによって運行されるデータベースに電磁的記録の形式で格納された診療記録)について妥当する。次の文献を参照：山本和彦=須藤典明=片山英二=伊藤尚・編『文書提出命令の理論と実務』(民事法研究会、平成22年)357頁。また、証拠保全における別の例であるが、注33も参照。

文書提出命令の機能の拡張

に格納されている情報については、データベースを操作して、所定の情報を抽出し、それを紙に印字することを命ずることになり、データベース操作命令も黙示的に文書提出命令の内容になる。

2. 電磁的記録の形で存在する情報をコンピュータを用いて閲覧するためには、パスワードの入力が必要な場合もある²⁶⁾。そのような電磁的記録（準文書）の提出については、パスワードの提供も併せて命ずるか、又はパスワードの入力の必要のない電磁的記録に変換して、変換後の電磁的記録の提供を命ずることになる。印字した紙（文書）を提出させる場合には、パスワードを入力して暗号を解除した上で印字した文書を作成することを明示的又は黙示的に含む提出命令を発することになる。
3. 既にある情報を基にして新たな情報を生成して、それを記載した文書を提出することは、本来は文書提出によって命じられる文書提出の概念には含まれず、調査報告の概念に含まれる。しかし、情報処理技術が進歩した現在、既にある情報を基にして裁判で必要とされる新たな情報を作成することが大きな負担にならない場合も多くなった。例えば、大学が個々の学生の成績を記録したデータベースを管理していて、学生全体の平均点、成績の分布あるいは個々の学生の偏差値は、必要に応じてコンピュータで自動的に作成するものとし、電磁的記録としては保持していないものとしよう。そして、大学が現に保持している特定の学生の成績のみならず、平均値や分布、偏差値も判決の基礎資料とする必要が生じたとしよう。このような場合、もしデータベースに現に格納されている電磁的記録のみが提出

26) 手近な例としては、パスワードにより保護された PDF 文書を挙げるができる。パスワードによりアクセス制限が設定されているデータベースについても、同様である。

また、大阪高決昭和53年3月6日高民集31巻1号38頁では、大気汚染物質の測定記録を入力した磁気テープを作成して所持している者について、磁気テープを提出するとともに、その内容を紙面等にアウトプットするのに必要なプログラムを作成してこれを併せて提出すべき義務があるとされた。プログラムの作成義務など、本来は、文書提出義務の範疇外である。しかし、このようにプログラムの作成を命ずることも、一定の範囲では、提出命令の拡張として肯定されるべきである。

命令の対象になるとすれば、平均値や分布、偏差値を算出することは訴訟当事者のする作業となり、その作業をする前提として全部の学生について、その氏名・学籍番号等を省略した成績の電磁的記録を提出することを大学に命ずることになる。しかし、それではかえって電磁的記録所持者の負担となろう。この場合には、既にある情報を基にして新たな情報（平均値や分布、偏差値）を生成して、それを印字した紙（文書）を提出することを命令する方がよい。

提出命令を受ける者が現に所持していない文書の提出を命ずることは、古典的には文書提出命令の範疇外であるとはいえ、情報化の進展により、既存の電磁的記録から新たな情報を生成することが容易になったのであるから、調査報告命令の制度のない現行法の下では、このように手元の資料に基づき容易に生成することのできる情報について、その情報を記載した文書を作成して提出することを命ずる文書提出命令も許されるべきである。

調査の嘱託に対して報告拒絶がなされた場合には、当事者は、上記のように拡張された文書提出命令の申立てをすることにより、必要な情報を入手することができる。もちろん、提出義務を定める民訴法220条の適用があり、かつ、新たな情報の産出を命ずる部分については、提出命令を受ける者にとってその正確な産出が容易であることが要件となる。

では、銀行に対してその特定の顧客（先例〔1〕の事件では氏名と口座番号によって特定された顧客）の住所及び電話番号の報告を求める調査の嘱託の代替手段としての文書提出命令は、具体的にどうなるであろうか。（ α ）仮に銀行が顧客情報を文書（紙）の形で保有しているのであれば、当該文書の提出命令となるが、文書の原本の提出を命ずると銀行の業務に支障が生ずる場合には、原本に代えてその写し又はその一部の写しを提出することを許容する提出命令となろう（本来的には、原本を提出させた上で、挙証者が作成した写しと照合して、写しが原本を正写したものであることを確認して、原本を速やかに返還すべきである。しかし、一般に文書の一部の提出命令の場合には、提出命令の対象外の事項を判読不能にした文書（写し）を提出することになるのであるか

文書提出命令の機能の拡張

ら、1通の文書の全部を提出する場合でも、訴訟当事者に異議がない場合などには、原本の提出にこだわる必要はなかろう)。(β) 写しの提出に代えて、必要な情報を抜き書きした文書を作成して提出することを命ずる提出命令も許容されてよい。もし、それが文書提出命令の範疇に入らないというのであれば、調査の嘱託とともに、「嘱託を拒絶するときは、報告対象事項が記載された文書を提出せよ」との条件付提出命令を発することもできるとすべきである。(γ) もっとも、現在では、銀行は顧客情報を電磁的記録の形で保有するのが通常であろう。この場合には、当該顧客に関するデータベース中の全部の情報を印字した文書を作成して提出せよとの命令を発するのが本来であるが、これに代えて、提出義務を負う範囲に関する争いを減少させるために、当該顧客の氏名・口座番号・住所・電話番号のみを印字した文書を作成して提出せよとの命令も許されよう。

要するに、調査の嘱託が拒絶される場合には、その嘱託により報告されるべき事項を記載した文書を作成して提出せよとの文書提出命令が許されるべきである。これにより、「調査嘱託から調査報告命令への移行」が実質的に可能になる。換言すれば、現行法上は調査報告命令の制度はないので、文書提出命令に調査報告命令の機能を担わせることが可能になる。

3.2 拡張2 —— 訴訟係属前の提出命令

文書提出命令は、典型的には、訴訟係属（被告への訴状送達）後に、当事者が自己の主張事実を証明する必要がある場合に、その証拠方法の入手のためになされるのである。そのことは、民訴法180条1項・221条1項4号が証拠の申出について証明すべき事実の特定を要求していることから明らかである。

ところで、先例〔1〕や〔3〕で、原告が調査の嘱託により得ようとした情報は、被告の現在の住居所等に関する情報である。その情報は、原告の請求を根拠付ける事実の証明のために必要かが問題となる（原告の請求を根拠付けるためには、加害者の特定も必要であることを前提にすると、そのように考えることもできる）。先例〔3〕では、被告への訴状の送達は公示送達でも可能で

あるが、将来の強制執行（動産執行）も見据えると、訴え提起の時点で被告の現在の住所に関する情報を得ておく必要があると原告は述べているのである。このような目的のために第三者に対する文書提出命令を用いることは可能であろうか。

現行法の下で訴訟係属前の文書提出命令を認める解釈論としては、次の2つが考えられる。第1は、証拠保全として文書提出命令を許容することである。第2は、民訴法第2編第4章第2節から第6節で規定されている証拠調べは、訴状提出後であれば訴訟係属前であっても、特に必要がある場合には実施することができることである。比較的抵抗が少ないのは、第1の解釈論であろう。まずはこれから検討しよう。

3.2.1 証拠保全としての文書提出命令

(1) 文書の証拠保全の方法は、古典的には、文書の滅失・改竄を防止するために、文書が特定の方式を具備かつ特定の内容を有すること又はそのような文書の存在を確定すれば足りるから、検証であるとされていたが、現在では、文書の滅失のおそれを保全事由とする場合には書証により、改竄のおそれを保全事由とする場合には検証によるべきであるとするのが多数説であるとされている²⁷⁾。もっとも、文書の複写が機械（カメラやコピー機）を用いて容易に行うことができるようになると、証拠保全が改竄防止のためになされるのであれ、

27) 明治23年民事訴訟法は、証拠保全の方法として「証人若しくは鑑定人の訊問又は検証」のみを認め、書証を認めていなかった(365条)(これについて、松岡義正『民事証拠論』(巖松堂、大正14年初版、昭和4年第4版)628頁参照)。大正15年法は、証拠調べの方法を限定せず(343条)、書証も許容された(松田克己『民事訴訟における証拠保全に関する実証的研究』(昭和45年度裁判所書記官実務研究第9巻2号)20頁以下参照)。現行法もこれを踏襲している(234条)。現行法における検証と書証の使い分けについて、次の文献を参照(いずれも多数説である):大竹たかし「提訴前の証拠保全実施上の諸問題」判例タイムズ361号(1978年)79頁、東京地裁証拠保全研究会『証拠保全の実務』(金融財政事情研究会、2010年)110頁以下;園部厚『書式 意思表示の公示送達・公示催告・証拠保全の実務——申立てから手続終了までの書式と理論(第5版)』(民事法研究会、2011年)180頁以下;東京地方裁判所証拠保全収集処分検討委員会・東京地方裁判所医療訴訟対策委員会「電子カルテの証拠保全について」判例タイムズ1329号(2010年)6頁以下。

文書提出命令の機能の拡張

文書の滅失防止のためになされるのであれ、保全に必要な範囲で文書を機械で複製することが多くなった²⁸⁾。この場合に、証拠保全の申請人は複写物を閲読することができるのかが問題となる。証拠保全の機能を必要最少限度に限定すれば、(α) 申立人には検証場所においても文書の内容を閲読して記憶に留めることができないようにし、(β) 複写物は裁判所が保管し、裁判所は申請人に閲読させるべきではないことになる。このようにしておけば、証拠保全の段階で文書所持者が裁判所所属者以外の者による閲覧の受忍義務を負うかを問題にする必要はなく、訴訟係属後に書証の申出があった段階で、受忍義務つまりは文書提出義務を問題にすればよいことになる。

しかし、実際には、前記(α)(β)を厳格に行うことは困難であり、申請人は文書の内容を知ることになり、文書の証拠保全も、訴えを提起しようとする申請人にとって、証拠収集機能ないし証拠開示機能を持つことになる²⁹⁾。

したがって、申立人が文書を閲覧することができる形で証拠保全がなされることを前提にして、文書所持者が文書について有する処分の自由(他人に見せない自由)をどのように尊重するのかを問題にすべきであろう。

(a) 証拠保全が検証の方法でなされる場合 (α) 証拠保全決定が検証対

28) 申立人又は同行者(カメラマン)が写真機や接写用器具を持参して、文書の状況を写真撮影するのが基本的な方法である。文書所持者が、検証への協力として、その支配下にある複写機の利用を許可する場合には、申立人の実費負担で、複写することもあるとのことである。東京地裁証拠保全研究会・前掲(注27)199頁、園部・前掲(注27)201頁参照。

29) 証拠保全の機能論は要件論と関係する。次の文献等を参照(証拠開示機能ないし証拠収集機能を要件論に取り込むことに肯定的か否かを括弧内に示した):大竹・前掲(注27)76頁(消極的);東京地裁証拠保全研究会・前掲(注27)99頁以下(消極的);新堂幸司「訴訟提起前におけるカルテ等の閲覧・謄写について」判例タイムズ382号(1979年)20頁(診療記録について肯定的)。高見進「証拠保全の機能」『講座民事訴訟5証拠』(弘文堂,昭和58年)321頁は、次の趣旨を述べる:証拠保全が証拠開示機能を営みうることは否定できないが(331頁)、証拠保全が検証の方法でなされる場合でも、文書提出義務のない文書についての検証物提示命令は認めべきではなく(333頁)、「申立人は本訴の証拠調べにおける以上に相手方・第三者の手持証拠を強制的に取得できるわけではない」(334頁)のであり、これが証拠開示機能の限界となる。この指摘に賛同すべきである。

象である文書の提示命令を含まない場合には、文書を提示することは所持者の任意に委ねられ³⁰⁾、相手方が任意に提示して裁判所が文書の写しを作成して事件記録に含めれば、民訴法91条3項により申立人が文書の写し（文書を撮影した写真を含む）を取得することも可能となる（任意の提示がそのような結果をもたらすことを文書所持者に認識させておくべきである³¹⁾）。（β）所持者が任意に提示しない場合には、検証物提示命令を発する必要がある。民訴法232条1項が223条を準用している以上、同条7項は証拠保全として検証がなされる場合に準用され、文書の所持者には提示命令に対する即時抗告の機会が与えられるべきである。そして、文書を裁判官・裁判所書記官以外の者（特に申立人）が閲覧することができる形で検証が行われる場合には、文書所持者の利益保護のために220条を類推適用して、同条所定の範囲内でのみ提示義務を負うとすべきである。

(b) 文書の証拠保全は、219条以下が定める書証の方法でも行うことができる³²⁾。裁判所は、文書提出命令を発して文書を提出させることも、送付嘱託をするにとどめることもできる³³⁾。提出された文書（原則として原本）を申立人

30) 東京地裁証拠保全研究会・前掲(注27)182頁、園部・前掲(注27)201頁以下等参照。提示命令がない以上、提示を拒絶しても、民訴法232条による224条・225条の準用がないのは当然である。

31) 東京地裁証拠保全研究会・前掲(注27)199頁は、「調書添付用に1部コピーし、申立人には謄写申請をしてもらうことでも足りませんが、申立人の便宜のために、相手方が了承してくれれば、申立人用にもう1部コピーしても差し支えない」とする。

32) 事例報告として、次のものがある：中島宏治「過労死事件におけるセコム警備記録の証拠保全決定のご報告 弁護士 中島宏治（民主法律時報344号・2001年1月）」〈<http://www.osaka-karoshi.jp/know/approach/2001/01/378/>〉。原告の夫Aが勤務先の美容室店での過労により死亡した事件において、Aの勤務時間を立証するために、第三者である警備会社が所持する警備記録の提出命令が発せられた事例である。主文1項は、次のとおりである。「本件につき、申立外セコム株式会社は、第三項の証拠取調べ期日において、相手方経営にかかる美容室「U」I店（住所略）における警備記録が記載された電磁的記録を紙面に打ち出した書類を当裁判所に提出せよ。」。

33) 提出又は送付されるべき文書は、原本提出の原則（民訴規則143条1項）からすれば原本であることが望ましいが、コンピュータ内の文字情報を証拠とするために、情報を紙に印字して文書を作成することを含む提出命令にあっては、そもそも古く

文書提出命令の機能の拡張

と相手方に立会いの機会を与えて、裁判官が閲読することになり、この場合にも、証拠保全は証拠開示機能をもつことになる。文書所持者の利益は、220条所定の範囲内で提出義務を負い、それを超えては提出義務を負わないという形で保護される。

(2) 利害関係人の利益保護の検討 提訴前の証拠保全として文書提出命令が発せられた場合に、これにより不利益を受ける可能性のあるのは、文書の所持者と将来被告となる者である。(α) 文書の所持者は、提出命令に対して即時抗告をすることができるので(民訴法223条7項)、不当な提出命令により彼が不利益を受けることは、これにより回避することができる。(β) 将来の被告についてはどうか。彼が証拠保全の相手方として特定されていない場合には(民訴法236条)、彼は提出命令に対して不服申立てをする機会を持ちようがないので、この場合が特に問題になる。しかし、提訴後の文書提出命令であっても、訴訟の相手方当事者は、第三者に対して発せられた文書提出命令に対して抗告の利益を有しないとされている³⁴⁾(一般に、証拠採用決定に対して、相手方当事者は、証拠調べの必要がないことを理由に不服申立てをする利益を有しないからである³⁵⁾)。したがって、将来の被告が関知できない状況で文書提出命令が発せられても、これにより彼の手続上の利益が害されたということとはできない。(γ) 所持者以外の者(第三者)のプライバシー情報が記載された文書の提出が命じられた場合には、彼の利益は、提出命令を受けた者が当該文書の内容の特性を主張して彼の利益を守ることになる(公務員の所持する文書について、民訴法223条5項参照)³⁶⁾。この点も提訴後の文書提出命令の場合と同じである。

∟ 典型的な意味での原本提出の原則は意味をなさず、印字を行った者が情報を正しく印字した旨を証明する文書を添付すべきとされた場合に、その添付文書について原本性を要求するにとどまろう。この場合には、提出又は送付された文書を所持者に返還する必要性は乏しいと思われる。

34) 最決平成12年12月14日民集54巻9号2743頁。

35) 挙証者の相手方が第一審で敗訴して控訴を提起した場合でも、原審の証拠採用決定は民訴法283条ただし書の「不服を申し立てることができない裁判」にあたり、その当否(証拠調べの必要の有無)について控訴審の判断を受けることはない。

36) 提出命令を受けた者は、当該第三者に通知をして補助参加を求めることができ

(3) 証拠保全としての文書提出命令に伴う特殊性 証拠保全の手続では、証拠の重要性は考慮されないものと解されている³⁷⁾³⁸⁾。それでも、証拠保全の申立書にも「証明すべき事実」は記載されなければならない(民訴規則153条2項2号)、証拠と要証事実との関連性も明示されるべきであり(同99条1項)、証拠が要証事実との関連性を欠くことが明らかな場合には、申立ては却下されるべきと解されている³⁹⁾。

ところが、提訴前の証拠保全手続において相手方を特定できない場合にあつては、証拠と要証事実との関連性は、専ら申立人の主張に基づいて判断することになり、判断を誤る場合が生じやすい。極端な場合には、証拠保全としての文書提出命令がストーカー行為をするために悪用される事態もありうる⁴⁰⁾。ただ、その可能性は、証拠保全の必要性や要証事実と証拠との関連性を判断する際に慎重に考慮すれば足りよう。その可能性があることをもって、一律に証拠保全としての文書提出命令を許さないとするのは行き過ぎである。

(4) 証拠保全の必要性 以上の理由により、通説に従い、一般論としては、証拠保全の方法として文書提出命令が許容されることを前提にしてよいであろう。その上で、具体的事件において、銀行等に特定の預金口座の開設者の住

ゝるかが問題となるが、一般論としては肯定すべきであろう(民訴法42条の類推適用を肯定すべきである)。ただ、その通知をすることにより証拠保全の目的を達することができなくなる特段の事情がある場合には、文書提出義務の基礎をなす訴訟協力義務により、提出命令が発せられたことを当該第三者に通知することは許されないと解すべきである。

37) 東京地裁証拠保全研究会・前掲(注27)97頁、園部・前掲(注27)187頁。

38) 文書提出義務を規定する民訴法220条各号では、当該文書を証拠として使用することの必要度は提出義務の存否を判断する要素としてあげられていないが、現実には、特に同条4号の文書について、証拠としての必要度も考慮要素とせざるを得ない場合もある。提出義務の存否の判断の中で証拠としての必要度を考慮することは、証拠保全として文書提出命令についても許されよう。もっとも、提訴前の証拠保全にあつては、この場合の必要度は、本案訴訟が開始された場合に予想される必要度であり、通常予想される定型的な必要度となろう。

39) 東京地裁証拠保全研究会・前掲(注27)95頁、園部・前掲(注27)193頁など。

40) したがって、第三者ないし被告となるべき者の住居所等のプライバシー情報を記載した文書の提出命令については、慎重な対応が必要であることは、否定できない。

文書提出命令の機能の拡張

所・電話番号を記載した文書の提出を求める場合に、民訴法234条の「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」という要件を満たしうるかが問題となる。個別事件の事情に依存することであるので、一般論を述べることは困難であるが、例えば、特定の預金口座に金銭を振り込まされたことにより金融詐欺の被害者になった者が、加害者と思われる者を発見し、その者を被告にして損害賠償請求の訴えを提起した場合に、その被告が加害者であることを立証するために、被告が当該預金口座の開設者であることを立証することが必要になる場合があろう。その場合に、その時点ではすでにその預金口座が閉鎖されていて、銀行がその預金口座の開設者の住所情報を保持していないという事態がありうるのであれば（民法724条の定める除斥期間が不法行為の時から20年であることに注意）、提訴前において「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」と言ってよいであろう。

3.2.2 訴状提出後・訴訟係属前の文書提出命令

このように、調査報告命令の機能をもつ文書提出命令が提訴前でも証拠保全として許される場合がある。これで実務上の需要が満たされれば、以下の議論は必要ない。しかし、証拠保全である以上、「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」の存在が必要であり、この要件のために、実務上の需要を満たすことが阻害されるおそれがある。そこで、訴状提出後・訴訟係属前の証拠調べとして、調査報告命令の機能をもつ文書提出命令が許容されるかを検討したい。それは、訴状提出後・訴訟係属前に民訴法第2編第4章の証拠調べを行うことは許されるかという一般的な問題となる。ただ、文書提出命令に限定して、その許容性を検討することにしよう。

(1) 現行法を離れての考察 実のところ、かなり難しい問題である。無理な解釈論をするよりは、立法を待つ方がよいのかもしれない。立法となれば何が問題となるのか、という所から議論を始めることにしよう。まずは、訴訟係属前に、つまりは被告が防御方法を提出することができない段階で文書提出命

令を発することが被告の手続的権利を害しないかが問題となろう。しかし、証拠保全のために、文書提出命令あるいは検証物提示命令を発することも認められている⁴¹⁾。そして、証拠保全は相手方を特定することができない場合にも許されるのである（民訴法236条）。また、文書提出命令に対して不服申立てをすることができるのは、提出命令を受ける者であり、申立人の相手方当事者は不服申立ての権利を有しないとされている⁴²⁾。したがって、訴訟係属前に第三者に対して提出命令を発することが被告の手続的権利を害すると考える必要はない。

立法論的な選択肢としては、次のことが考えられる。

1. 釈明処分としての文書提出命令 調査の囑託は、証拠調べとしても、職権でなされ得るものであるが（民訴法186条参照）⁴³⁾、検証や鑑定は、職権でなされ得ない。ところが、同151条1項は、後2者も釈明処分としてであれば、職権でなしうるとしている。したがって、理論的には（つまり、現行法を離れて言えば）、文書提出命令を釈明処分として裁判所が職権で行うことができることも、一つの可能な選択肢である。釈明処分として文書提出命令が許容されていたならば、先例〔1〕や〔2〕の事件において、裁判所は、調査の囑託に係る報告が拒絶された後で、被告となるべき者の情報を得るために、文書提出命令の発令に進んでいたかもしれない。
2. 第三者に対する被告情報提供命令 証拠の保全のための文書提出命令は民訴法234条により許されるのであるから、訴訟係属前にそれ以外の目的で文書提出命令が必要になるのは、おそらく被告の氏名又は現在の住居

41) 文書の改竄防止のためには、文書の現状を記録すれば足りるとの見地から、その証拠調べは検証であり、検証物提示命令を発することになる。検証の場合でも、民訴法232条によって準用される227条により、原本を裁判所に留め置くことはできる。

42) 最決平成12年12月14日民集54巻9号2743頁。

43) 門口ほか編・前掲(注4)138頁(小海)、秋山幹男ほか『コメンタール民事訴訟法(4)』(日本評論社、2011年)121頁参照。なお、鑑定は職権でもなされうるとする説もあるが、通説は否定している。

文書提出命令の機能の拡張

所等を探知する必要がある場合に限られよう。となると、同133条に新たに第3項を立てて、例えば被告が個人である場合にはついでに、「原告が被告の氏名又は現在の住居所を特定することができない場合には、原告は、被告の氏名又は現在の住居所を不詳としたまま訴状を提出して、被告の氏名又は現在の住居所等を探知するのに必要な情報を得るために、その情報を有する者に対して情報の提供を命ずることを裁判所に申し立てることができる」との趣旨の規定を置くことが考えられる（情報提供の形態として、文書の提出や証言が予定される）。情報提供者が被告の賠償請求から免責されるべきことは、当然の前提であり、免責を正当化できるように要件及び手続が設定されるべきである。要件として、少なくとも（ α ）原告が相当の努力をしても被告の氏名又は住居所に関する情報を得ることができず、他の方法では必要な情報を得る見込みのないこと（最後の手段であること）、（ β ）提供された情報がストーカー行為等に濫用されるおそれのないことが必要となろう。また、（ γ ）提供される情報の重要性を考慮すれば、この申立てについての裁判に対する不服申立ての道を原告にも情報提供者にも開いておくことが必要となろう。

(2) 解釈論のモデルの選択 上記の2つの立法論的選択肢のうち、どちらを解釈論のモデルにするのがよいであろうか。第1の選択肢は、次のことを考慮すると、立法論としても適当ではなかろう：（ α ）文書提出命令は文書所持者の文書処分の自由（より一般的には情報管理の自由）を害する度合いが高いこと、提出命令に対して不服申立ての道を開く必要があり、抗告審において当事者対立構造をとりやすいことが好ましいことを考慮すると、職権で提出を命ずることができる範囲は限定する方がよく、一般論としては申立てにより発する方がよい（現行法では、釈明処分としての提出命令は、民訴法151条1項3号所定の場合に限定されている）；（ β ）したがって、訴訟係属前の文書提出命令を認めるとしても、それを釈明処分として一般的に許容するのは適当ではない。

以下では、第2の立法論的選択肢に近いことを解釈論として実現することができるかを検討しよう。

(3) 被告の住居所に関する文書の提出命令 立法論としては、「情報提供命令」ないし「調査報告命令」も可能であるが、解釈論としては、「被告の氏名又は現在の住居所を記載した文書の提出命令」となる（原本を提出させる必要はなく、写しでも足りる）。

このような命令も次の理由により許容されると解したい⁴⁴⁾。

(a) 民訴法2編4章の規定は、本来、訴訟係属後の手続を適用対象とする。訴え提起後・訴訟係属前の手続は、これとは別個の手続であり、「訴え提起手続」と呼ぶことができる⁴⁵⁾。文書提出命令に関する規定が訴え提起手続に直接の適用があると言うことはできないが、類推適用の余地はあろう。そして、民訴法2編4章の規定は、破産手続等に関しても（破産法13条）、民事執行の手続に関しても（民執法20条）、家事審判の手続に関しても（家事事件手続法64条1項（一部除外される規定がある））準用されるのである。そうだとすれば、文書提出命令を含む証拠調べに関する規定を訴え提起手続に類推適用することは、その必要がある限り、肯定されるべきである。

(b) 文書提出命令の制度をこれらの手続に準用するにあたっては、申立人が主張する特定の事実の証明のためではなく、主張できない事実の探知のために文書提出命令を発することを許す必要があろう⁴⁶⁾。例えば、家事事件手続法62

44) 公示送達が可能である場合については、次のような理由を付加することも考えられる：公示送達では被告の手続保障が不十分であり、可能な限り本来の送達方法である交付送達（又は補充送達）がなされるべきであり、本来的送達方法の実現のために、被告の現在の住居所の探知のための文書提出命令が許容されるべきである。もっとも、被告の現在の住所を知ろうとする真の目的が将来の強制執行（動産執行）にある場合には、「被告の手続保障を確実にするために」との理由付けの説得力は小さくなる。しかし、それでも、公示送達よりも交付送達が可及的になされるべきことには変わりはないであろう。

45) 破産手続開始の手続（旧法下の用語では、破産宣告手続）に相当する手続の意味で、この語を用いている。

46) 挙証者が具体的事実を主張できない場合にも文書提出命令の申立てをすることができることは、民訴法224条3項において前提にされている。しかし、同項でも、「当該文書により証明すべき事実」が主張されることは前提にされている。本文で問題にしているのは、その事実の主張さえもできない場合である。

未知の事実を探索するために証拠調べの申出をすることができるかの問題は、

条では、裁判所は「銀行、信託会社、関係人の使用者その他の者に対し関係人の預金、信託財産、収入その他の事項に関して必要な報告を求めることができる」と規定されているが、報告拒絶に対する制裁措置は用意されていないので、最終的には、文書提出命令（又は証人尋問）によって必要な情報を得ることになる。それは、肯定すべきである。その場合に、審判手続に関与する者が預金、信託財産、収入その他の事項を具体的に主張することができるとは限らない。むしろ、主張することのできない事実の探知のために文書提出命令を発することも許容しなければならない。したがって、文書提出命令の規定を訴え提起手続に類推適用するにあたっては、民訴法180条1項・221条1項4号の「証明すべき事実」を特定することは必要ないとするのも許されるべきである。

(c) 先例 [1] の事案では訴訟係属前に民訴法151条の釈明処分として調査の囑託がなされている（同条1項柱書の「訴訟関係」の中に、被告を特定する

「模索的証明」の許否として議論されている。これについて、次の文献を参照：佐上善和「民事訴訟における模索的証明について」民商法雑誌78巻臨時増刊号（3）（昭和53年）200頁（相手方や審理に関する裁判所の利益の保護のために証明主題を特定し具体化することが挙証者に要請されるが、「この要請を相手方当事者の領域内での事実経過を主張すべき場合にまで維持し、詳細な事実経過を誤りなく主張させようとすることは、当該当事者に期待できないし、妥当ではないであろう」（210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（下）』（法律文化社、昭和56年）163頁（文書提出命令は、証拠の偏在状況において当事者の実質的対等性を回復する手段としての役割を期待されている（164頁）との立場から、証明主題の記載は、「当事者が証明の対象たる事実関係から物理的または社会的に隔離された地位にある場合」には、請求との関係における証拠の重要性及び証拠調べの範囲や目的が明らかになるように記載することは必要であるが（174頁以下）、この最小限度の要求を充たしていれば、「抽象的・不特定の記載で足りる」（175頁）とする）；畑瑞穂「模索的証明・事案解明義務論」『鈴木正裕先生古稀祝賀』（有斐閣、2002年）607頁（模索的証明の概念は、問題となりうる状況を大まかに示すという程度の意味しかなく、主張の具体性については、「裁判所の利益・相手方の利益等の諸要素を総合的に考慮して判断せざるをえない」（632頁））；高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）第2版』（有斐閣、2012年）87頁（「模索的証明という一般化した議論は、きめが粗く必ずしも生産的ではない」（89頁））；「書証のための文書提出命令は、争点・証拠整理手続の中で行われるものであり、情報獲得のために利用することに抵抗は少ない」（90頁注84））。いずれの文献においても、本文の主張を妨げるような議論は見られない。

のに必要な事実関係も含まれると解したものと思われる)。そのこと自体、正当性の検証を必要とする問題ではあるが、本稿の立場からは、それは正当なものと認められるべきものである。それを前提にした上で、調査の嘱託と文書提出命令との違いを検討することにしよう。前者は証拠調べとしても職権でなされうるものであり、かつ、釈明処分としてもなされうる。後者は、証拠調べとしては申立てによりなされるものであり、かつ、釈明処分として提出を命ずることができるものは民訴法151条1項3号の文書に限られ、本稿で問題にしている第三者に対する文書提出命令は、釈明処分としてはなしえない。この違いが、訴訟係属前に、調査の嘱託は利用可能であるが第三者に対する文書提出命令はそうでないとの差違をもたらすかが問題となる。釈明処分は職権でなされるものであり、弁論主義を侵害する形で用いられることのないように制限が設けられるべきである。その制限として、(α)「訴訟関係を明瞭にするため」という利用目的による制限と、(β)利用可能な処分の制限(同条各号列挙のものに限定)が設けられている。他方、第三者に対する文書提出命令が釈明処分から除外されているのは、それが文書所持者(ここでは、訴訟に関係しない第三者)の利益を害しやすいものであり、職権で行うのには適しないと判断されたからであると思われる。この理由の中には、提訴後・訴訟係属前という時期に関係する要素は見出されない。したがって、被告の特定に必要な情報を得る目的で訴訟係属前に釈明処分としての調査嘱託が職権でなしうるのであれば、同じ目的で訴訟係属前に第三者に対する文書提出命令を申立てにより発することも許されると考えてよいであろう。

(d) 現行法は、訴状が被告に送達されるまでの手続を基本的に裁判長に担当させている(以下「裁判長担当原則」という)。それ以前に裁判所が裁判をすることは予定されていない。これは、訴状送達までに問題になる事項は、比較的簡単な事項であり、裁判長一人に委ねても支障がないからである。訴訟係属前に難しい問題が生ずる場合に、それを裁判所が処理することを禁止する必要はない(釈明処分としての調査嘱託も、裁判所がするものである)。訴え提起手続において裁判所が文書提出命令を発することは、裁判長担当原則によって

禁止されるべきものではない。

(e) 裁判や強制執行により救済を得る権利の実質的保障のために、いわば最後の手段として、被告や執行債務者の住居所を知るための第三者に対する文書提出命令を許容することを求める社会的需要がある。

(4) 要件規制 上記の理由により、訴状提出後・訴訟係属前に被告の住所を探知するための第三者に対する文書提出命令も、許容されるべきである。その要件として、(α) 第三者が文書提出義務を負うことの外に、先例 [1] にならって、次のことが追加されるべきであろう：(β) 原告の主張を前提にすると、被告（被告となるべき者を含む）の行為によって原告の権利ないし法的利益が侵害されていることが明らかであるとみえること、(γ) 文書提出命令により求める情報が被告の氏名又は現在の住居所等の探知に必要であること、(δ) 原告が被告の氏名又は現在の住居所等を探知するために原告に利用可能な手段を尽くしたこと（原告は、どのような手段を用い、なぜ成功しなかったかを明らかにすべきである）。さらに、次の要件も追加すべきであろう：(ε) 文書提出命令によって得られた情報を原告がストーカー行為等の不当な目的に用いるおそれのないこと；(ζ) 訴えが適法であること（特に濫用的でないこと）⁴⁷⁾。

訴訟係属前に裁判所に提供される情報は、原告からの一方的なものである。その情報が誤っているために裁判所が判断を誤る可能性を少しでも排除するために、原告は上記事項について十分な証拠を提出すべきである。

(5) 情報提供義務の位置付け 憲法は、国民が個人として尊重されることを宣明し、権利を侵害された者に適正な裁判を受ける権利を保障している。民訴法は、適正な裁判の実現のために、日本の裁判権に服する者に対して、証人義務、文書提出義務等を負わせている。この義務は、係属中の訴訟について生

47) 判例は、不適法なことが明らかであって当事者の訴訟活動により適法とすることが全く期待できない訴えについて、口頭弁論を経ずに、訴えを却下する判決又は却下判決に対する控訴を棄却する判決を下す場合には、被告に対し訴状、控訴状又は判決正本を送達することを要しないとしている。最判平成8年5月28日判時1569号48頁参照。

ずる義務であるが、各国民が適正な裁判により自己の権利を実現することができるように裁判所に協力する義務である。権利を侵害されたと主張する国民が権利侵害者を特定するのに必要な情報を得る努力を最大限はらったが、それにもかかわらず権利侵害者を特定することができない場合には、民事訴訟制度を運営する国はそれを放置すべきではない。国は、裁判協力義務を拡張して、権利侵害者を特定するのに役立つ情報を保有する者に、裁判による救済を求める原告の利益と情報保有者及び情報本人の利益との調整のために設定された前述の要件の下で、情報提供義務を負わせるべきである。その義務は、一人一人の国民の幸福追求権の保障のために民事裁判制度を設営する国に対する義務であり、裁判協力義務の一つと位置付けることができる。

4 ま と め

(a) 調査の嘱託に対して、受嘱託者が報告義務を負うにもかかわらず報告しない場合には、当事者は、文書提出命令を申立てることにより、報告されるべき事項の基礎資料を得ることができる。文書提出命令は、本来は、現に存在する文書の提出を命ずるものであるが、電磁的記録物に基礎情報が蓄積されている場合には、その情報を紙にプリントアウトして、その紙を提出することを命ずる命令も許容される。嘱託先の手元にある文書・準文書から容易に判明する事項については、当該文書あるいは準文書の提出に代えて、報告書を作成して提出すること命ずることも、文書提出命令の拡張形として許すべきである（調査報告命令の機能を有する文書提出命令）。

(b) 民訴法第2編第4章の規定は、訴訟係属後の審理段階を本来の適用対象とする。しかし、同章に定められた各種の証拠調べの方法は、提訴前であっても証拠保全のために利用することが許され、文書提出命令を発することもできる。訴訟による権利の実現にとって、被告の特定に必要な情報を得ることは、証拠の保存以上に重要である。被告の特定に役立つ事実関係は、民訴法151条1項柱書の「訴訟関係」に含まれると解してよい。また、被告を特定するために必要な情報の入手という限定された目的のために、一定の要件の下で、訴え

文書提出命令の機能の拡張

提起後・訴訟係属前の手続（訴え提起手続）においても、民訴法第2編第4章の類推適用を認めるべきである。原告は、被告の氏名又は被告の現在の住居所等を探知する必要がある場合には、その情報を有する者に対する調査嘱託（積明処分としての調査嘱託）を裁判所に求めることができ、嘱託先が報告を拒絶する場合には、原告は、調査報告命令の機能を有する文書提出命令を申し立てることもできると解すべきである。