

提訴前の情報および証拠の収集制度に関する 基礎的考察

河 村 基 予

I はじめに

平成8（1996）年に民事訴訟法の大改正がなされてから、今年で25年目を迎える。この大改正によって誕生した現行民事訴訟法（平成8年6月26日法律109号、以下「現行民訴法」という。）は、明治23（1890）年に制定された民事訴訟法のうち民事訴訟手続について大正15（1926）年に改正した旧民事訴訟法を70年ぶりに全面的に改正したものである。平成8年の改正に至る過程において部分的な改正はなされていたが、この間の社会や経済の変化は目覚ましく、民事紛争の形態も複雑高度化・多様化し、部分的な改正や運用改善に向けた努力による対応には限界が生じていた。そのため、社会の変化の要請に応えるとともに（民事訴訟手続の現代化）、民事訴訟を国民に利用しやすく、そして、わかりやすいものとし（民事訴訟の利便性・透明性の向上）、適正かつ迅速な裁判の実現を図ることを目標として現行民訴法は誕生したのであった。

現行民訴法の改正の目玉となったのは、争点および証拠の整理手続の整備、証拠収集手続の拡充、少額訴訟手続の創設、最高裁判所に対する上訴制度の

整備であった。現行民訴法下での新たな手続においては、単純否認の禁止（民訴規則79条第3項）や「立証を要する事由」は間接事実であっても早期に主張し、証拠を記載（提出）することが求められていることから窺えるように（民訴規則53条・79条・80条）、争点を中心とする審理方式を実現すべく、いずれの当事者も早期に具体的な主張や書証の提出を行うことが求められている。しかし、そのためには、手持ちの証拠と任意に得られる証拠だけで準備をするのでは不十分であって、両方の当事者にとって十分に攻撃防御の準備をするだけの手段が与えられなければならないことから、情報と証拠の収集手続の拡充を図ることとし、相手方からの情報収集手段である当事者照会制度（民訴法163条）が新設され、文書提出義務が一般義務化された（民訴法220条第4号）⁽¹⁾。

このような思い切った情報と証拠の収集手続の拡充からは、主張・証明責任を負う当事者が事実や証拠を提出するという古典的弁論主義を超えた「思想の転換」を読み取ることができる⁽²⁾。持てる資料は、有利不利にかかわらず、フェアに全部開示すべきであるという思想への転換である。

-
- (1) 現行民訴法における証拠収集制度の改正については、竹下守夫「法学講演 新民事訴訟法と証拠収集制度」法学教室196号（1997）6頁以下参照。竹下先生は、現行民訴法で証拠収集制度の拡充が必要とされた理由として争点中心審理の実現のほか、第2の理由として証拠の構造的偏在問題への対応を挙げる。
- (2) 高橋宏志教授によれば、平成8年改正を機に「ものの考え方（思想）の転換があったと考えなければならない。相手方が情報を欠くことを奇貨として勝訴するのは妥当ではない（公正・公平でない）」という思想、ものの考え方への転換である」という（高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2014）70頁）。

その後、司法制度改革の一環として、民事裁判制度については、「適正・迅速かつ実効的な司法救済」という観点から、民事裁判の一層の充実および迅速化を図るべく、民事訴訟事件全体（人証調べ事件に限る。）の審理期間（平成11（1999）年で20.5か月）の半減のための方策の一つとして、司法制度改革審議会意見書において、提訴前を含む証拠収集手続の拡充が示された。これを受けて、平成15（2003）年の民事訴訟法の一部改正では（同年法律第108号、平成16（2004）年4月1日施行）、提訴前段階での情報および証拠の収集手段を拡充するために、提訴予告通知を前提とする提訴前の当事者照会（以下、「提訴前照会」という）（民訴法132条の2・132条の3）と提訴前の証拠収集処分（以下、「提訴前証拠収集処分」という）（民訴法132条の4）が新設された。改正以前から、本来は証拠調べの手続でありながら、医療訴訟を中心として、実務上、提訴前における情報や証拠の収集手段として利用されてきた制度として証拠保全（民訴法234条以下）が存在する。しかし、この制度を利用するには、あらかじめ証拠調べをしておかなければ証拠の改ざんや散逸などにより、その証拠を使用することが不可能もしくは困難となるおそれがあるなどの特殊な事情（いわゆる保全事由）が必要となるため、利用可能な事件が限定され、提訴前段階での証拠や情報の収集手段としては十分に機能していたとは言い難いものであった。そこで、より一般的な事件においても利用可能な提訴前段階での情報や証拠の獲得手段として提訴前照会と提訴前証拠収集処分（以下、「提訴前情報証拠収集制度」という）が導入されたのであった。いずれも提訴予告通知を条件とし、一定の

要件の下で、裁判所を介すことなく、予告通知者と（将来の被告となる）被告通知者との間で照会をし（提訴前照会）、あるいは、裁判所に対して文書送付嘱託、調査嘱託、専門家に対する意見陳述の嘱託、執行官に対する現状調査命令という4種の証拠収集のための処分を申し立てることができるというものである（提訴前証拠収集処分）。

しかしながら、こうして提訴後にとどまらず、提訴前段階にまで拡充の方向で整備されてきた情報と証拠の収集手続の現状に目を向けると、必ずしも期待された機能を果たしているものばかりではないようである。⁽³⁾とりわけ、（提訴後の）当事者照会、提訴前照会、提訴前証拠収集処分については、利用状況は極めて低調であり、立法による抜本的改善が必要であるとの指摘もなされている。

当事者が提訴前段階において利用可能な証拠や情報の収集手段としては、民事訴訟法上の制度である提訴前照会、提訴前証拠収集処分、証拠保全のほか、（弁護士が代理人となっている場合に利用可能な）弁護士会照会（弁護士法23条の2）、情報公開法に基づく開示請求などがある。提訴前照会と提訴前証拠収集処分は、予告後に提訴が予定されている訴訟の審理の充実と迅速化という導入目的から明らかであるように、あくまでも訴訟の提起を見据えて利用されることが予定されている制度であり、証拠保全も（実際の運用はともかくとして）同様といえるが、弁護士会照会は必ずしも提訴を予定している場合だけではなく、依頼人から相談を受け、交渉を始める段階から利用できる点で異なっている。

本稿は、提訴前段階における情報と証拠の収集制度の真の意味での拡充、すなわち、実際に活用さ

(3) 山本和彦教授によれば、文書提出命令については、件数は少ないものの、活用されており、一定の成果を収めているが、当事者照会および提訴前証拠収集手続については「率直に言って完全な失敗に終わった」との評価をされている（山本和彦「民事訴訟法20年－平成民訴法の評価と令和への展望」法曹時報72巻4号（2020）686頁）。また、文書提出命令について、加藤新太郎元判事によれば、文書の提出が一般義務化されたことで、ほとんどの場合は任意で提出されており、東京地裁での3年半の執務において提出命令まで出さなければならなかったのは1、2件であり、上級審まで熾烈に争われる例外的な場合はあるとしても、「文書提出については平成8年民訴は、関係者の意識と運用を大きく変えた」と指摘している（『鼎談 民事訴訟の現在と展望』新堂幸司監修『実務民事訴訟講座〔第3期〕第4巻－民事証拠法』（日本評論社、2012）11頁）。

れ、実効性のある情報と証拠の収集制度の拡充と整備をどのように図っていくべきかについて、若干の検討を行うことを目的としている。具体的には、その方向性を模索する足がかりとして、まず、民事訴訟法上の制度である提訴前照会、提訴前証拠収集処分、証拠保全の3つの制度に焦点を絞り、とりわけ、前二者については、なぜ利用が進まないのか、その現状と課題を明らかにすることから始めることとしたい。なお、前提として、以下の検討に必要な限りで、これらがどのような制度であるかについて、その沿革とともに確認しておくこととする。

II 提訴前照会および提訴前証拠収集処分制度

1 制度創設の経緯

平成15（2003）年民事訴訟法改正における訴え提起前における照会および証拠収集処分制度の立法化は、平成13（2001）年6月12日付司法制度改革審議会意見書に端を発するものであった。⁽⁴⁾

現行民訴法の制定後、民事訴訟事件の審理期間は全体として短縮するに至ったが、なお一層の審理の充実と審理期間の半減を目標として、この意見書では、「ドイツ法上の独立証拠調べ（訴え提起前においても、法的利益がある限り、証拠保全の目的を要件とすることなく、一定の事項につき「書面による鑑定」を求めうる制度）、相手方に提訴を予告する通知をした場合に一定の証拠収集方法を利用できるようにする制度を含め、新たな方策を検討し、導

入すべきである。その際、証拠の所持者の側の権利の確保や濫用に伴う弊害のおそれにも配慮する必要がある。」として、計画審理の推進、人的基盤の拡充とともに、提訴前の時期を含め、当事者による早期の証拠収集手段の拡充を求めた。

この意見を受けて、法制審議会の民事・人事訴訟法部会において、具体的な改正検討項目として取り上げられることとなった。平成14（2002）年6月には「民事訴訟法改正要綱中間試案」が策定され、パブリックコメントの手続を経て、「民事訴訟法等の一部を改正する法律案要綱」がまとめられ、平成15（2003）年3月の通常国会に法案が提出され、同年7月に参議院の可決を受けて成立、「民事訴訟法等の一部を改正する法律」（同年法律第108号、平成16（2004）年4月1日施行）として改正に至ったものである。

なお、平成15（2003）年の民事訴訟法改正については、同時に成立した「裁判の迅速化に関する法律（平成15年7月16日公布法律第107号。以下、「裁判迅速化法」という。）の影響のもとに、特に「迅速化」を志向したものであったとの指摘がなされている。⁽⁵⁾ 裁判迅速化法は、第一審の裁判を二年以内に終結させることを目的として、司法制度の基盤整備のために立法されたものである。提訴前照会制度および提訴前証拠収集処分制度についていうならば、これらの制度の導入により、当事者は提訴前に事件についての情報や証拠を得て、その内容を吟味し、ある程度事件の実態を把握した上で提訴することが

(4) 司法制度改革の内容については、<https://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/index.html> 参照。平成15（2003）年の民事訴訟法改正の経緯については、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）、小野瀬厚・畑瑞穂・武智克典「民事訴訟法等の一部を改正する法律の概要(1)」NBL768号（2003）3頁以下、林道晴「提訴前の証拠収集についての展望－「証拠保全の実務」と提訴前証拠収集処分の立案作業を踏まえて」加藤新太郎ほか編『現代民事手続法の課題－春日偉知郎先生古稀祝賀－』（信山社、2019）159頁以下等参照。

(5) 高橋宏志「民事訴訟法改正・人事訴訟法制定 研究者の立場から」自由と正義54巻7号（2003）47頁。高橋教授は、「民訴内在的には迅速化法は横からひょっと入ってきて、無言の圧力ばかりかけたものではないか」という印象がないわけではないとし、提訴前の証拠収集制度は「迅速化の悪影響」を受けて導入されたものであり、表ではそれほど迅速化を強調していなかったが、裏の事情が透けて見えるところがあり、「敵は本能寺にあったような改正」であったとする（新堂監修・前掲注3）7頁、19頁（高橋発言）。そして、「迅速化が、平成一五年改正の眼目であった」とする（高橋・前掲注2）77頁）。

可能となる。訴訟物や請求原因を適切に構成できるようにもなり、争点・証拠整理の充実化が図られ、結果的に提訴後の審理の迅速化が実現できるというわけである。確かにそのような視点に立ってみると、平成15（2003）年の民事訴訟法改正では提訴前情報証拠収集制度のほかに、訴訟手続の計画的進行の義務づけ、専門委員の導入、知的財産権関係訴訟の東京地裁、大阪地裁への集約と控訴審の東京高裁一元化、簡易裁判所における和解に代わる決定の導入、少額訴訟の訴額の上限の引き上げなどがなされているが、いずれも、本改正が裁判迅速化法の影響を受け、迅速化をより志向する流れの中でなされたものであったことが理解できる。

2 制度の概要⁽⁶⁾

(1) 提訴予告通知

このように、提訴前情報証拠収集制度は、提訴後の審理の充実と迅速化を図るべく、提訴前段階においても事件についての情報や証拠を入手できるようにするための手段として導入されたものであり、情報の入手を目的とする訴え提起前の照会（民訴法132条の2、132条の3）と証拠収集を目的とする証拠収集処分（民訴法132条の4）に大別される。前者は、裁判所の関与なしに、後の訴訟において当事者となるべき者の主体的なやりとりを通じて行われる手続であるのに対して、後者は後の訴訟の当事者となるべき者の申立てによりなされる裁判所の処分

を通じて証拠を収集する点において異なるが、いずれも将来被告となるべき者に対して書面により提訴予告通知をすることが要件となっている。

この提訴予告通知の制度は、イギリスにおけるPre-action Protocols（提訴前行動規範）（以下、「提訴前プロトコール」という⁽⁷⁾）を参考にしたものとなるが、実際には、後述のように、イギリスの制度とは目的を始め、多くの点で大きく異なっている。

提訴予告通知が両制度共通の要件とされた理由として、一定の期間内に提訴する旨の予告をすることで、訴え提起の蓋然性が高いことが示され、予告通知者の真摯性が示されるとともに、訴訟係属に準ずる状態（準訴訟係属）が生じ、当事者に照会に応ずるべき訴訟法上の義務や証拠収集処分申立てに対する裁判所の応答義務を課することが可能となること、提訴の意思のない者による手続の濫用防止に必要であること、予告通知に基づく当事者間の交渉を通じて事案の概要や紛争の要点が明らかにされることで証拠収集処分の申立ての要件を裁判所が審査するための情報が提供される可能性が確保できること、などが挙げられている⁽⁸⁾。

提訴前情報証拠収集制度は、訴え提起前段階であるにもかかわらず、訴訟法上の義務を課すものであることから、立法過程において最も問題となったのは、その理論的根拠であった。この点に関しては、一般に、提訴予告通知によって訴訟係属に準じる状態（準訴訟係属）が発生し、それにより訴訟法上の

(6) 制度の概要については、加藤新太郎・松下淳一編『新基本法コンメンタール民事訴訟法Ⅰ』（日本評論社、2018）349頁以下〔三木浩一〕、笠井正俊・越山和広編『新・コンメンタール民事訴訟法〔第2版〕』（日本評論社、2013）493頁以下〔笠井正俊〕、秋山幹雄ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ〔第2版〕』（日本評論社、2006）584頁以下など参照。

(7) イギリスの提訴前プロトコールについては、主に、Stuart Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (23rd edn. Oxford University Press 2020)、杉浦保友「英国民事訴訟規則でのPre-action Protocol～訴訟前のクレーム処理の行動ガイダンス」国際商事法務30巻2号（2002）151頁以下、我妻学『イギリスにおける民事司法の新たな展開』（東京都立大学出版会、2003）185頁以下、溜箭将之『英米民事訴訟法』（東京大学出版会、2016）24頁以下、155頁、ニール・アンドリュース『イギリス民事手続法制』（法律文化社、2012）11頁以下、80頁、240頁以下、252頁以下、岩井直幸「イギリスにおける民事訴訟規則改正後の実務―医療過誤訴訟を中心に―」判例タイムズ1057号（2001）27頁以下参照。

(8) 加藤・松下編・前掲注6）351頁〔三木〕、秋山ほか・前掲注6）591頁。

義務が根拠づけられると説明されている⁽⁹⁾。しかし、このような理解に対しては、準訴訟係属という概念自体は単なるレトリックにすぎず、提訴予告通知が単なる私人間の文書の交付に過ぎないことから、訴訟係属に準ずる状態が生じたとはいえず、理論的根拠となりえないとする見解も存在する⁽¹⁰⁾。難しい問題であるが、判決手続に先行する手続を設けたこと自体によって一定の訴訟法上の義務を基礎付けることができるものと解する⁽¹¹⁾。

提訴予告通知には、提訴しようとする訴えにかかる「請求の要旨」および「紛争の要点」を記載しなければならない（民訴法132条の2第3項）。この記載事項は、提訴を予定している訴訟における請求の趣旨および原因（民訴法133条第2項2号）に対応するものであるが、予告通知は提訴前に行われる手続であるため、訴状の記載事項ほどの具体性は要求されず、将来提起する訴えが給付、確認ないし形成訴訟のいずれであるかが明示され、具体的な紛争の態様が記載されていれば足り、請求の法的性質や訴訟物の特定までは必要ではないと解されている⁽¹²⁾。また、予告通知に係る提訴に備えて必要となる応訴の準備など、予告通知に基づく被告通知者の負担を避けるため、できる限り訴えの提起の予定時期を記載しなければならない（民訴規則52条の2第3項）。

予告通知を受けた者（被通知者）も、予告通知者

に対して、提訴予告通知記載の請求の趣旨および紛争の要点についての「答弁の要旨」を記載した書面（返答書）を送付して返答することによって、予告通知者に対し、提訴前照会および提訴前証拠収集処分を利用することができる（民訴法132条の3・132条の4）。ここでいう答弁の要旨についても、請求の要旨に対する認否のほか、訴状に対する答弁書の記載事項（民訴規則80条）と異なり、予告通知の紛争の要点に記載された事実について個々に認否する必要はなく、紛争の態様に関する認識の違いが具体的に記載されていれば足りると解されている⁽¹³⁾。

（2）提訴前照会の概要

提訴前照会は、提訴後の当事者照会（民訴法163条）を提訴前段階にまで拡大して行えるようにしたものである。予告通知者および答弁要旨を送付した被告通知者は、通知をした日から4ヶ月以内に限り、提訴後の「主張又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」について、相当の期間を定めて、書面による回答をするよう、書面で照会をすることができる（民訴法132条の2・132条の3、民訴規則52条の4）。提訴後の当事者照会と同様に、「主張又は立証を準備するために必要」な事項については主張責任や証明責任の所在とは無関係であり、主張や立証と直接的に結びつく必要もなく、背景事情や間接的な事項についても広く対象と

(9) 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・迅速化（上）」ジュリスト1257号（2003）62頁〔青山発言〕、伊藤眞『民事訴訟法〔第7版〕』（有斐閣、2020）334頁、中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義〔第3版〕』（有斐閣、2018）324頁〔春日偉一郎〕、高橋宏志ほか「〈座談会〉民事訴訟法の改正に向けて」ジュリスト1229号（2002）147頁〔林道晴発言〕。

(10) 三木浩一「日本の民事訴訟における裁判官および弁護士の役割と非制裁スキーム」民事訴訟雑誌50号（2004）124頁注（61）。三木教授は、「本来の訴訟係属の核心は裁判所の関与が生ずるところにあるが、予告通知それ自体は私人間の文書の交付にすぎず、この段階では裁判所の関与はないので、訴訟係属に準じた状態と考えるべきではない」とする（加藤・松下編・前掲注6）350頁〔三木〕。松本博之・上野泰男『民事訴訟法〔第8版〕』（弘文堂、2015）219頁は、「訴状の審査を経て訴状が被告に送達されて初めて発生する訴訟係属に準じた法状態が、裁判所による予告通知の要件の審査もなしに一方的に相手方に対してなされる予告通知書面の送付によって発生するというのは無理ではなからうか」とする。

(11) 上野泰男「証拠収集手続の拡充」ジュリスト1252号（2003）23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）76頁は、「一定の正当な目的を達成するための合理的な手段であること（およびそのような立法者の決断）に根拠を求めざるを得ず、また、それで足りる」とする。

(12) 加藤・松下編・前掲注6）351・352頁〔三木〕。

(13) 加藤・松下編・前掲注6）355頁〔三木〕。

なると解されている。⁽¹⁴⁾しかし、提訴後の当事者照会においては、照会の対象となる事項は「主張又は立証を準備するために必要」であれば足りるのに対して（民訴法163条）、提訴前照会では、その必要性が「明らか」であることを要する。これは、提訴前照会の手続においては提訴が義務付けられておらず、訴訟の係属が当然の前提となっていないため、提訴後の当事者照会と比較して濫用の危険性が大きい点を配慮してのことである。⁽¹⁵⁾したがって、予定されている訴えでの主張または立証の準備に不要であることが明白な事項や必要性が不明または不確かな事項は対象とならないと解されている。⁽¹⁶⁾

照会を受けた者は、除外事由に該当しない限り、訴訟法上の回答義務を有するとされる。⁽¹⁷⁾その根拠として、予告通知者と被告通知者との間に訴訟係属に準じる状態（準訴訟係属）が発生すること、民事訴訟法2条に基づく信義誠実義務とこれに対応する照会権が想定されることなどが挙げられる。⁽¹⁸⁾

しかし、立法過程において、提訴前照会では裁判所の監視が入らないため提訴後の当事者照会に比べ濫用の危険が大きいこと、民事訴訟法196条および197条の解釈に争いがあり、これらの事由が狭く解されがちであることなどを理由に、提訴前の照会事項につき提訴後の当事者照会よりも制限する必要が

あるとの指摘がなされていたことを受けて、より広範に照会除外事由が規定されている。⁽¹⁹⁾具体的には、提訴後の当事者照会除外事項について規定した民事訴訟法163条各号に該当する場合、すなわち、具体的または個別的でない照会、相手方を侮辱し、または困惑させる照会、重複する照会、意見を求める照会、不当に費用または時間を要する照会、証言拒絶特権に触れる照会のほか、相手方または第三者の私生活上の秘密に関する事項や相手方または第三者の営業秘密に関する事項についての照会も、第三者が承諾した場合を除き、回答義務はない（民訴法132条の2第1項但書・2項）。

照会に対し、回答すべき場合かどうか、回答を拒絶できるかどうかの判断は、被照会者の判断に最終的には委ねられ、不服申立て等の手続は用意されていない。照会を受けて何らの返答もしない、あるいは除外事由を明らかにしないまま回答しない旨を返答するなどの不当な回答拒絶や虚偽回答といった回答義務違反に対しては、提訴後の当事者照会と同様に、特別の制裁は設けられていない。提訴後の当事者照会では、回答義務違反があれば、当然に後の訴訟で（間接事実ないし補助事実として）裁判所の自由心証の対象となり、⁽²⁰⁾被照会者の代理人弁護士については、弁護士倫理違反の問題が生じうるものと

(14) 加藤・松下編・前掲注6) 353頁〔三木〕。

(15) 小野瀬・武智・前掲注4) 35頁、加藤・松下編・前掲注6) 353頁〔三木〕。

(16) 加藤・松下編・前掲注6) 353頁〔三木〕。

(17) 加藤・松下編・前掲注6) 354頁〔三木〕、秋山ほか・前掲注6) 597頁、笠井・越山編・前掲注6) 501頁〔笠井〕、伊藤・前掲注9) 335頁、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）225頁。

(18) 新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕』（弘文堂、2019）382頁、笠井・前掲注17) 225頁。

(19) 小林秀之編著『Q & A 平成15年改正民事訴訟法の要点－計画審理の推進と証拠収集手続の拡充など－』（新日本法規出版、2003）87頁〔田村陽子〕、加藤・松下編・前掲注6) 353頁〔三木〕。

(20) 笠井・前掲注17) 226頁、山本和彦「当事者照会に関する諸問題」現代民事法研究会『民事訴訟のスキルとマインド』（判例タイムズ社、2010）168－169頁等。提訴前照会についても、後の訴訟で裁判所の自由心証による評価の対象となるとする見解を採用するものに、小野瀬・武智・前掲注4) 38頁以下、秋山ほか・前掲注6) 597－598頁、笠井・越山編・前掲注6) 501頁、502頁〔笠井〕、伊藤・前掲注9) 335頁、中野ほか編・前掲注9) 327頁〔春日〕等。なお、志知俊秀「当事者照会と訴えの提起前における照会」門口正人編集代表『民事証拠法体系第5巻各論Ⅲ鑑定その他』（青林書院、2010）278頁は、不当な回答拒絶の裁判所の心証に対する影響につき、被照会者側が回答拒絶について一応の合理的根拠を挙げたときは、裁判所としては被照会者側に不利な心証をとることはできず、また、そもそも不当な回答拒絶の事実がその事件の要証事実に関する心証形成に常に役立つわけではないとする。

解されているが、提訴前照会についても同様に解しうるかについては議論がある。⁽²²⁾

(3) 提訴前証拠収集処分の概要

提訴前証拠収集処分の制度は、予告通知に予告した訴えが提起された場合の立証に必要であることが明らかな証拠となるべきものについて（明確な必要性）、予告通知者がこれを自ら収集することが困難であると認められるときに（自己収集の困難性（補充性））、通知から4ヶ月の不変期間内に限り、裁判所に4種類の証拠収集処分を申し立てることを認めるものである（民訴法132条の4第1項、民訴規則52条の5第2項5号）。この制度は、提訴時に、その訴訟において必要となることが明らかな証拠を収集することを可能にし、その訴訟における争点整理と証拠調べの充実と迅速化を期待して導入されたものである。予告通知に予告した訴えが提起された場合の立証に必要であることが明らかな証拠となるべきものとは、「予告通知の書面や申立書の『請求の趣旨及び紛争の要点』の記載から判明する訴訟類型において、争点整理手続を経なくても、通常、典型的、定型的に必要な証拠」をいうものと解されている。⁽²³⁾ 裁判所は、相手方の意見を聴いた上で、収集に要する時間、被嘱託者の負担等の事情により不相当なものでないかぎり（相当性）、処分をする

ことができる。自己収集の困難性については疎明しなければならない（民訴規則52条の5第6項）。⁽²⁴⁾ 証拠としての明確な必要性および自己収集の困難性、ならびに収集処分の相当性という厳格な要件が設けられているのは、提訴前照会と同様に、処分が提訴前の段階で行われるものであり、必ずしも申立人の訴えの提起が義務付けられていないこと等を配慮してのことである。つまり、処分により文書の所持者等に協力を求めることができるのは、提訴時での当該証拠の収集が将来の訴訟の審理の充実・迅速化のために真に必要な場合に限られるべきであり、提訴前の段階において相手方等に過度の負担を課すことがないよう配慮する必要があると考えられたためである。⁽²⁵⁾

提訴前証拠収集処分には、裁判所が文書の所持者に対して文書の送付を嘱託する処分である文書送付嘱託（民訴法132条の4第1項1号）、裁判所が、内外の官庁、公署、学校、商工会議所、取引所その他の団体に調査を嘱託する処分である調査嘱託（民訴法132条の4第1項2号）、裁判所が専門的な知見を有する者に対し、その知見に基づく意見の陳述を嘱託する処分である、専門家の意見陳述嘱託（民訴法132条の4第1項3号）、裁判所が執行官に対し、物の形状、占有関係その他の現況についての調査を命ずる処分である、執行官の現況調査命令（民訴法

(21) 伊藤・前掲注9) 292頁、志知・前掲注20) 282頁。なお、笠井・前掲注17) 226頁、山本・前掲注20) 169頁は、倫理違反の効果として弁護士会による懲戒処分の対象となりうるとする。

(22) 弁護士倫理違反の問題について肯定的に解する立場として伊藤・前掲注9) 335頁。対して、加藤・松下編・前掲注6) 354頁〔三木〕では、提訴前照会においては、裁判所の審査はなく、訴訟係属すらない状態であるため、その回答義務は提訴後の当事者照会におけるそれよりも弱いものと解し（松本・上野・前掲注10) 218頁・219頁も同旨）、回答義務違反が裁判所の自由心証の対象となり、被照会者の代理人弁護士が弁護士倫理違反に問われる「可能性を完全に否定することはできないとしても、基本的にはそうした取扱い是否定されるべきである」とする。なお、立案担当者による、小野瀬・武智・前掲注4) 38頁は、裁判官の心証に不利な方向に働く間接事実として考慮されることはあり得るとする。

(23) 北川清「提訴前証拠収集処分について」大阪地方裁判所専門訴訟事件研究会編著『大阪地方裁判所における専門委員制度等の運用の実例』臨増判例タイムズ1190号（2005）126頁。

(24) 北川・前掲注23) 126頁以下によれば、弁護士会照会との関係については、弁護士照会をすれば容易に回答が得られる可能性があるにも関わらず照会を試みていない場合には、要件を否定する事情に該当すると考えられるとしながらも、容易に回答が得られるか否かが必ずしも明らかではないという問題が指摘されている。さらに、嘱託を受けるべき者が弁護士会照会に応じない、文書の開示に応じない、あるいは開示を求めても回答がないといった場合には、要件を肯定し、処分を認める方向で解されているようである。

(25) 小野瀬・武智・前掲注4) 42頁以下。

132条の4第1項4号)の4種類がある。

文書送付の嘱託と調査の嘱託は、提訴後に認められている文書送付嘱託(民訴法226条)と調査嘱託(民訴法186条)を前倒しの形で認めたものである。また、専門的知識経験を有する者に対する意見陳述の嘱託と執行官に対する現況調査命令は、提訴後の鑑定(民訴法212条以下)と検証(民訴法232条以下)に対応するものであるが、訴訟係属前であることを考慮して、それらを簡略化したものである。意見陳述嘱託はドイツの独立証拠調べやフランスの鑑定レフェレ⁽²⁶⁾を参考に設けられた制度であるとされる。また、執行官の現況調査命令はフランスのコンスタを参考に設けられた制度であり、申立人および相手方に立会いの機会が与えられる(民訴規則52条の7第4項)。

これらの提訴前証拠収集処分は証拠保全とは異なり、裁判所による証拠調べではなく、あくまでも後の訴訟での主張、立証に必要な証拠を収集するための制度である。したがって、裁判所に送付あるいは提出された証拠収集処分の結果である送付文書、調査嘱託の報告書、意見陳述書、現況調査報告書については、閲覧・謄写請求し、入手した証拠となるべき文書等の写しを後の訴訟において書証として申出をする必要がある(民訴法132条の7第1項)。

文書送付嘱託、調査嘱託、意見陳述嘱託の嘱託を受けた者は応諾義務を負うと解されるが、証拠収集処分は訴訟係属前の段階でなされるため、文書提

出命令のような制裁規定を伴う制度ではない。あくまでも被嘱託者の任意の協力が得られる範囲で、裁判所を介して、予告通知者と被告通知者との間の後の訴訟で必要となる証拠の収集を可能とするための制度として設けられたものである。

3 制度の現状

(1) 利用状況

ここまで、提訴前照会および提訴前証拠収集処分について、その沿革と制度内容を概観してきた。続いて、両制度の利用状況を確認しておく。

提訴前照会は、当事者間でなされるものであり、明確な利用件数は把握できないが、ほとんど利用されていないようである。⁽²⁹⁾一方、提訴前証拠収集処分の申立件数は、制度が施行された翌年の平成17年は320件であったが、その後は徐々に数を減らし、平成21年以降は二桁となり、平成27年の55件を底に、平成29年は71件、平成30年は78件と緩やかに増加傾向にあるものの低迷している状況である。⁽³⁰⁾

立法当初においては、提訴前照会については、求釈明による対応の方が効果的であるとして使われなかった当事者照会とは異なり、提訴前では求釈明は不可能であることや内容証明郵便からの移行により利用が高まることが予想されていた。⁽³¹⁾提訴前証拠収集処分についても、たとえば、文書送付嘱託と調査嘱託について、提訴前段階で裁判所が関与する手続が定められたことは大きな意義があり、実効性は

(26) ドイツの独立証拠調べ手続については、主に、春日偉知郎「独立証拠手続の機能－判例からみた「訴訟前の解明に係る法的利益」」『比較民事手続法研究－実効的権利保護のあり方』(慶應義塾大学出版会、2016) 111頁以下、同「ドイツの「独立証拠調べ」について」『民事証拠法論－民事裁判における事案解明』(商事法務、2009) 101頁以下、同「ドイツ民事訴訟法における『独立的証拠手続』」『民事証拠法論集』(有斐閣、1995) 111頁以下、佐藤優希「提訴前の情報証拠収集制度とドイツの独立証拠調べ手続」『市民生活と現代法理論』(三谷忠之先生古希祝賀) (成文堂、2017) 23頁以下参照。

(27) フランスの鑑定レフェレについては、木川統一郎＝生田美弥子「起訴前鑑定の導入による和解の促進」木川統一郎編著『民事鑑定の研究』(判例タイムズ社、2003) 599頁参照。

(28) 上野・前掲注11) 26頁。

(29) 高橋・前掲注2) 75頁。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) 19頁によれば、提訴前照会につき、増田弁護士自身の利用経験は制度制定後1件にとどまり、他の弁護士からの聞き取りでも、利用経験のある弁護士は少数である上に、あったとしてもおおむね1～2件程度であるとする。

(30) 最高裁判所「(第8回)裁判の迅速化に係る検証に関する報告書」資料5表5(2019)。

(31) 高橋・前掲注2) 75頁、上野・前掲注11) 22頁。

かなりあるのではないかと、これらを利用するために提訴予告通知が増え、それに伴い、提訴前照会も増えるだろうといった積極的な評価もなされていた。⁽³²⁾しかしながら、他方において、ただちには利用が進まないのではないかとといった悲観的な見方も存在していた。⁽³³⁾

改正後の利用状況を見ると、残念ながら、悲観的な予想は現実のものとなり、いずれの制度も立法当初から十分に活用されないまま現在に至っている。その原因として両制度に共通して指摘される点としては、⁽³⁴⁾提訴予告通知に伴う懸念（相手方当事者による証拠隠滅や改竄を誘発するのではないかと、それまで示談交渉を行っている中で提訴予告通知をすることで当事者の関係が敵対的になって示談を難しくするのではないかとといった懸念）や制度自体が周知されていないこと、⁽³⁵⁾制裁がないこと、手続の密行性がないこと、などがある。また、弁護士側の事情として、訴訟提起の段階では、それまでに内容証明のやり取りや弁護士会照会を通じて収集した情報・資料から事実の認定・判断は概ね可能であり、訴状に記載する請求の趣旨・原因が特定できないほど情報が不足している事件はそれほど多くないのが実情であること、⁽³⁶⁾提訴予告通知の作成や証拠収集処分のための疎明資料の準備など、提訴前手続に手間暇

をかけるより訴訟を提起した方が早いこと、訴訟提起後の手続を利用すれば、相手方の回答拒否の不当性や証拠収集の困難性を裁判所にアピールすることができ、弁論の全趣旨を通じて心証形成に影響を与えることができるが、提訴前ではそのようなメリットがないこと、なども指摘されている。

さらに、特に提訴前証拠収集処分については、提訴せず、証拠保全によらずに提訴前証拠収集処分を必要とする事案や局面自体があまりないこと、要件（証拠としての明白な必要性、自己収集の困難性（補充性）、相当性）が厳しいこと、有用性が実感できていないこと、などがある。⁽³⁷⁾また、他の資料収集方法についての環境の変化も指摘されている。⁽³⁸⁾例えば、文書送付嘱託の利用が想定されていた金融業者が保有する取引記録については、判例により、貸金業者の債務者に対する実体法上の義務として取引記録につき開示義務を負うことが明示されたことから、実務上も貸金業者は債務者からの開示請求に応じるようになり、原則として自己収集の困難性（補充性）の要件を欠くに至ったとされる。このほか、訴訟運営の変化として、立法当初意識されていた建築関係訴訟における早期の専門家意見聴取は、専門家調停への付調停などの審理の工夫により、ある程度代用され、あえて訴訟提起前に情報を収集す

(32) 青山ほか・前掲注9）66頁〔秋山幹男発言〕、高橋宏志ほか「〈座談会〉民事訴訟法改正10年、そして新たな時代へ」ジュリスト1317号（2006）28頁〔秋山幹男発言〕。提訴前に裁判所を介した調査嘱託が利用できることを積極的に評価する立場として、大森文彦ほか「〈座談会〉民事訴訟の新展開〔下〕」判例タイムズ1155号（2004）33頁〔奥宮京子発言〕。

(33) 大森ほか・前掲注32）33頁〔山本和彦発言〕。山本教授は、提訴前証拠収集制度等についてはかなり限定がかかったことで、ますます使い勝手が悪くなっているのではないかと危惧から、ただちにどの程度利用されるのかについては悲観的な見方をしつつも、本制度が未来に向けた制度であり、当事者主導型に転換する契機になりうるとして、「学者的には伸ばしていくべき制度である」との見解を示している。

(34) 提訴前照会および提訴前証拠収集処分の利用が低調な原因については、主に、小林秀之・群馬弁護士会編『証拠収集の現状と民事訴訟の未来』（悠々社、2017）62頁以下〔日下部真治、石黒清子、三村量一発言〕、増田・前掲注29）19頁以下参照。

(35) 三木・前掲注10）110頁以下。なお、制裁がないことは必ずしも利用実態が乏しいことの主たる要因ではないとし、周知されていないことが実際には大きな理由ではないかと指摘するものとして、小林ほか編・前掲注34）62・63頁〔日下部発言〕。

(36) 増田・前掲注29）19・20頁によれば、こうした理由から、「現行制度では必要を感じない」ために実例が少ないと結論づける。大森ほか・前掲注32）33頁〔奥宮発言〕。

(37) 小林ほか編・前掲注34）64頁以下〔日下部、石黒、三村発言〕、加藤新太郎編著『民事事実認定と立証活動第1巻』（判例タイムズ社、2009）226頁参照。

(38) 増田・前掲注29）20頁。

る必要性が低下していることも指摘されている。⁽³⁹⁾

(2) 小括一制度の課題

このように、制度の利用が低調な理由は様々であるが、利用を阻む主たる要因の一つは制度の使いづらさにあるように思われる。提訴前の制度であることと訴え提起を想定した制度であることに起因して、提訴予告通知が要件とされ、提訴前照会および提訴前証拠収集処分⁽⁴⁰⁾のいずれの要件も極めて厳格となっている。提訴するのもわからない相手からなされた照会に対する回答義務を課し、提訴前であるにもかかわらず、裁判所の関与のもと、相手方のみならず第三者に対して文書の送付や調査を求める以上、照会事項や制度を利用するための要件については制限的にせざるを得ない面がある。しかし、利用する側の目線に立てば、提訴後の訴訟手続と比べても利用するメリットはあまり感じられず、ほかに利用可能な弁護士会照会や証拠保全との比較においても、より手間のかかる両制度をあえて利用する積極的な理由が見つからない、制度自体の存在意義（有用性）が実感できていないということなのであろう。周知性がないことも一因ではあろうが、近時においても、各地の弁護士会によって、（提訴前も含む）情報と証拠収集方法についての理解の促進と共有を試みるべく、シンポジウムや研究会が開催さ

れており、加えて、弁護士会の出版物⁽⁴¹⁾でも書式とともに詳細に利用方法が紹介されるなど、周知自体は一定程度なされているように見受けられる。⁽⁴²⁾ 制裁がない（実効性がない）ことについては、照会件数が年間22万件を超えて活況を呈している弁護士会照会⁽⁴³⁾も同様であるという点などに照らすと、必ずしも制裁がないから利用しないということではなく、利用が低調な主因とはなり得ないという理解もあり得ようが、制裁がないことで実効性が期待できないと受け止められて、結果的に利用に繋がっていない面は否定できないことから、何らかの制裁的要素の導入は今後の制度の再設計に当たっては必要となるであろう。

提訴前照会は提訴後の当事者照会の前倒しであり、当事者照会の抱える問題をそのまま受け継いでいる面がある。一つの例として、当事者照会は弁護士の自治と倫理にのみ依存する非制裁型スキームの制度であるために、当事者照会制度の背後に存在する「信義誠実訴訟追行義務」や「事案解明協力義務」と弁護士の職業上の義務である当事者の利益を追求する義務や依頼者を擁護する義務は本質的な抵触を生ずる関係にあり、そうした場合に、非制裁型スキームは依頼者との関係で弁護士に確固たる行為規範を提供しないため、このような抵触をさらに拡大させる可能性が高いという問題が指摘されてい

(39) 増田・前掲注29) 21頁。

(40) 筆者が知りうる限りでも、例えば、日本弁護士連合会主催の「シンポジウム民事裁判における情報・証拠収集方法の確立に向けて」（2018年9月4日開催）、大阪弁護士会・証拠収集に関する会員向研修会「民事裁判における証拠収集の充実のために」（2018年7月18日開催）、群馬弁護士会関東十県会夏期研究会「証拠収集の現状と民事訴訟の未来」（2016年8月27日開催）などが開催されている。

(41) 例えば、東京弁護士会民事訴訟問題等特別委員会の有志によって構成された研究会によって纏められたものとして、民事証拠収集実務研究会編『民事証拠収集－相談から執行まで』（勁草書房、2019）など。

(42) 日本弁護士連合会主催・前掲40)のシンポジウム（2018年9月4日開催）の配布資料12頁において、大坪和俊弁護士および山岸泰洋弁護士によって書かれた「調査囑託・文書送付囑託・提訴前証拠収集処分」のなかで、「制度自体は知っていてもあえて活用しようとは思わなくなっている」との意見が掲載されている。利用しない理由は別にあるわけで、濫用防止のため要件が厳格に設定されすぎている点を指摘し、「積極的に活用したくなる設計となっていないと感じられる」とある。

(43) 照会受付件数については日本弁護士連合会HP参照。2019年度の照会受付件数は22万1928件とある。

⁽⁴⁴⁾る。つまり、弁護士は、依頼者に当事者照会の制度趣旨と回答義務の存在を説明する義務がある一方で、正当な理由なく回答を拒絶しても制裁がないことを説明する義務があり、矛盾した立場におかれることになる。しかし、そのような場合であっても、規範となる制裁措置も、そうした関係を制御する裁判所の関与もないことから、極めて問題のある制度となっており、結果として制度の利用が進まない一因となっていたということができよう。このような問題は提訴前照会にも妥当するものであり、同様に利用を阻む一因となっているものと思われる。⁽⁴⁵⁾

提訴前証拠収集処分については、野放図に処分が認められた場合に被告通知者である相手方当事者はもとより処分の相手方である第三者に対して不利な影響が及ぶ可能性を勘案すると、一定程度は制限的に要件を定めざるを得ず、要件の緩和には慎重な検討が求められよう。

なお、異なる切り口から制度の利用が進まない原因を論じるものとして、山浦善樹弁護士のリピーターキープ・モデルについて触れておくこととした。⁽⁴⁶⁾リピーターキープ・モデルとは、弁護士の唯一の収入源が依頼者であることを立論の出発点として、それゆえに、弁護士の関心事は依頼者の確保であり、それも、一人の依頼者に繰り返し依頼をするように仕向ける（リピーターになってもらう）ことにあるとし、そのような弁護士の行動原理を指すも

のと説明されている。リピーターを確保するためには、事件の依頼からできる限り長期間、その事件を手元に置いておくことが重要になるのであって、弁護士としては、せっかく持ち込まれた事件を迅速かつ効率的に解決することよりも、極力訴訟に持ち込み、手間暇かけてゆっくり進行させることにインセンティブが働くことになる。この見解によれば、提訴前証拠収集制度を利用して熱心に証拠を集めて迅速に事件の解決を図るなどもってのほかということになるわけであり、そのような弁護士の行動原理に起因して提訴前証拠収集制度の利用は進まなかったと結論づけられことになる。

4 提訴前照会および提訴前証拠収集処分をめぐる議論

(1) 裁判の迅速化に係る検証の第4回報告書

続いて、その後の提訴前情報証拠収集制度をめぐる状況について整理しておくこととする。

最高裁判所が裁判迅速化法8条第1項に基づいて2年ごとに行なっている裁判の迅速化に係る検証の第4回報告書の「施策編」第3の2(2)アにおいて、「争点整理を適切に行うために、提訴前の証拠収集処分があまり利用されていない原因を分析し、必要に応じて制度の見直しを行うことが有効と考えられるが、依頼者の事情や弁護士の実務慣行を理由にしてこのような見直しに消極的な意見があることを考

(44) 三木・前掲注10) 105頁、110頁以下。（当事者照会についてであるが）このような抵触関係において、弁護士は真実義務や開示義務よりも忠実義務に重きを置いているとし、制裁型スキームの導入の必要性を指摘するものとして、浜辺陽一郎（司会）ほか「座談会 証拠収集の拡充と計画審理はどうあるべきか」判例タイムズ1083号（2002）42頁以下〔山浦善樹発言〕。同様に、当事者照会制度につき、制裁型スキームの導入に賛同するものに酒井博行『民事手続と当事者主導の情報収集』（信山社、2018）86頁。

(45) 北秀昭「提訴予告通知」伊藤眞＝山本和彦編『民事訴訟法の争点』（有斐閣、2009）155頁。

(46) 「〈シンポジウム〉民事手続と弁護士の行動指針」民事訴訟雑誌52号（2006）53頁以下、加藤編著・前掲注37）248頁以下。

慮しながら、慎重に検討を進める。」との施策が示されている⁽⁴⁷⁾。この施策について、中尾正信弁護士は、弁護士の実務慣行として、提訴前は提訴後とは異なり双方相対の二面的な弁護士同士の対立であるため、手の内を明かさず、争点に深入りしないで、交渉により事件の早期解決を目指すことで動いているのであり、交渉の中で争点整理や証拠開示を行うことは少ないため、争点整理を前倒しするスキームはおそらく機能しないだろうとして、制度の見直しに消極的な見解を示している。さらに、提訴前の交渉が奏功しなければ、提訴前に重い手続をやるよりも、むしろ提訴後の手続でという感覚が多いのではないかと指摘する⁽⁴⁸⁾。また、立法に携わった山本克己教授は、利用が進まないことについては周知の必要性を指摘しつつも、裁判所のスクリーニングなしに訴訟法上の義務を負わせることの許容性について、アメリカのプリトライアルと同様のことを訴訟手続開始前に行うことは難しいとして、提訴後を充実させるほうがよほどよいのではないかといまでも考えている、との見解を示している⁽⁴⁹⁾。

(2) 立法論

山本克己教授と通底する見解として、三木浩一教

授は、提訴前は当事者間に訴訟法律関係が発生しておらず、裁判所の関与もない状態で、制度の実効性を持たせるための制裁といったものを導入することは難しく、また、理論的に、あるいは法制度として問題があるとして、立法論としては提訴前照会については廃止し提訴後照会に一本化し、受訴裁判所による後見的な審査および不当な回答拒否等に対する制裁を設け、正当性と実効性を担保できる提訴後の制度として再構成するべきであるとする。さらに、提訴前証拠収集処分については、広義のADR機能⁽⁵⁰⁾を有する制度に改変することを提案している。

また、時期をほぼ同じくして、民事訴訟法学者と実務家で構成される「民事訴訟法改正研究会」（代表：三木浩一教授）は、当事者照会と併せて提訴前情報証拠収集制度についても民事訴訟法の改正課題として取り上げ、提訴後の早期開示制度の導入と当事者照会制度の制裁型スキームへの改変を提案している⁽⁵¹⁾。

このほかの立法論として、要件の緩和あるいは提訴前証拠収集から「証拠調べ」への改正を提案する見解⁽⁵²⁾、提訴前照会の回答の態様を提訴後の審理にリンクさせ、提訴後の釈明や証拠調べとの連携を強化する見解⁽⁵³⁾、本案訴訟の費用負担において不当な

(47) 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（施策編）（平成23年7月）』（最高裁判所事務総局、2011）27頁以下、吉岡大地ほか「第4回裁判の迅速化に係る検証結果（平成23年7月公表）について」判例タイムズ1352号（2011）37頁。この第4回報告書で示された提訴前の証拠収集処分に関する施策については、山本和彦ほか「〈特別座談会〉民事裁判の一層の充実・迅速化に向けて(2)－最高裁迅速化検証報告書を受けて」ジュリスト1433号（2011）91頁以下において議論がなされている。また、第4回報告書を受けて日弁連と東京弁護士会との共催で行われたシンポジウムについては、高橋宏志ほか「民事訴訟の迅速化に関するシンポジウム（上）」（2011年10月31日開催）判例タイムズ1366号（2012）4頁以下。

(48) 山本ほか・前掲注47）91頁以下〔中尾発言〕。

(49) 山本ほか・前掲注47）93頁以下〔山本（克）発言〕。

(50) 高橋ほか・前掲注47）17頁〔三木発言〕、賀集唱ほか編『基本法コンメンタール民事訴訟法1〔第三版追補版〕』（日本評論社、2012）326頁、331頁（なお、本書の改訂版である加藤・松下編・前掲注6）350頁〔三木〕では、将来的な立法論として、「全体的に裁判所の関与を強化するとともに、広義のADR機能を有する制度に改変することが考えられる」と記すのみである点を指摘しておく）。

(51) 三木浩一・山本和彦編『民事訴訟法の改正課題（ジュリスト増刊）』（有斐閣、2012）64－72頁、99－104頁、220－226頁、233－238頁。この改正提案については、第82回日本民事訴訟法学会大会（2012年5月20日開催）のシンポジウムにおいても取り上げられている（三木浩一ほか「〈シンポジウム〉民事訴訟法の今後の改正課題」民訴雑誌59号（2013）145頁以下、主に坂田宏報告162頁以下）。

(52) 増田・前掲注29）21頁。

(53) 北・前掲注45）155頁。

拒絶等を制裁的に考慮しうる制度を提案する見解⁽⁵⁴⁾などが散見される。

(3) 制度の運用の工夫

さらに、制度の運用の工夫により制度の活性化を試みる見解として、裁判官の立場から、裁判所と双方の弁護士の打ち合わせの機会を設定し、話し合いを通じて必要な証拠収集処分の利用に理解を得て、（円滑な処分の実施のためにルールが必要であれば、）ルールについても合意した上で、そのルールに沿った処分の実施を試みるという提案がなされている⁽⁵⁵⁾。合わせて、三者の意識の変革と連携を図りながら、機会を捉えて、ニーズのありそうな事件の具体的なモデル事例を設定し、申立てから処分までの手続の流れを想定することも提案されている。

(4) 若干の検討—イギリスの提訴前プロトコル

当事者照会や提訴前情報証拠収集制度の現状を踏まえると、裁判所の関与も制裁もない制度では残念ながら機能しないであろう。何らかの制裁と裁判所の関与を伴う制度への見直しが現実的であるように思われる。したがって、基本的には制裁型スキームへの移行については賛同する。しかし、提訴前照会を提訴後の制度に一本化するという点については、理論面での問題はクリアできるとしても、訴訟に持ち込むまでもない事件については、やはり提訴前の段階で、当事者間で情報、証拠のやりとりを通じて、当事者間の話し合いによる解決の可能性を探ることができるような制度を用意しておくべきではないかと考える。

そのような制度を構想するにあたり、ヒントとな

りうるのではないかとと思われるのが、イギリスの提訴前プロトコルである⁽⁵⁶⁾。詳しい検討は別の機会に行う予定であるが、この制度は、わが国の提訴予告通知の立法に際し、参考にされた制度であり、提訴前の段階において、提訴を予定する当事者間で事前交渉をし、相互の理解を深め、訴訟によらずに紛争の解決を試み、ADRの利用を検討し、効率的な手続と紛争解決費用の軽減のために十分な情報と鍵となる証拠の開示を適切な範囲内で行なうことを行動規範として示すものである⁽⁵⁷⁾。この制度は、その名の通り、あくまでもプロトコル（行動規範）にすぎず、当事者は従う義務はないが、十分な情報を提供しない、プロトコルに定められた期限内に行動しない、ADRの利用を不当に拒否あるいはADRの利用の提案に応じないなど、行動規範に違反した場合には、提訴後の訴訟手続において、訴訟費用や他方の当事者の費用の一部の負担などの制裁を伴う制度である⁽⁵⁸⁾。わが国とは異なり、この制度の主要な目的は、交渉やADRを利用することによって、訴訟によらずに紛争を解決することにある。わが国の提訴前情報証拠収集制度が利用されなかった理由の一つは、あくまでも提訴後の審理の充実と迅速化だけを目的に据えたことにより要件が厳格となり使い勝手が悪いという点にあった。本来、提訴前の段階において情報や証拠の収集のための制度を設ける目的としては、提訴後の審理の充実と迅速化のみならず、和解（紛争解決）の促進、提訴するか否かの判断を容易にし、濫訴および無駄な訴えを抑止することなどが挙げられる⁽⁵⁹⁾。提訴を前提とし、審理の充実と迅速化だけを目的とする制度設計では、残念ながら、利用する側の賛同が得られなかったわけで

(54) 畑・前掲注11) 76頁。

(55) 林・前掲注4) 165頁。

(56) 提訴前プロトコルについては、前掲注7) 文献参照。なお、昨年2月の渡英の折に、数名の弁護士と話す機会を得たが、この制度に対する評価は極めて肯定的であり、原則的に遵守しているとのことであった。

(57) Practice Direction – Pre-action conduct, paras 1, 3 and 6.

(58) Practice Direction – Pre-action conduct, paras 11, 14 and 16, Stuart Sime, supra note 7 see Chapter 5.

(59) 提訴前情報証拠収集制度の目的（機能）については、加藤・松下編・前掲注6) 350頁〔三木〕、畑・前掲注11) 76頁参照。

あり、今後の制度の方向性としては、必ずしも訴訟の提起や訴訟そのものを前提とせず、裁判外での自主的な紛争解決制度を再構成して、それに一定の法的効果を与え、仮にその後に裁判になった場合にも、一定の効果が生じるような制度も検討に値するのではないだろうか。⁽⁶⁰⁾ 中尾弁護士⁽⁶⁰⁾の発言に現れているように、提訴前の弁護士同士のやりとりにおいては、その目標は交渉による事件の早期解決であって、争点整理を前倒しし、訴訟での早期解決をはかることではない。このような弁護士の実務慣行を踏まえると、提訴前情報証拠収集制度のような提訴を予定した重い手続では、利用者のニーズに合っておらず、むしろ使わないでやっていくということになって、一向に利用は進まないであろう。

Ⅲ 証拠保全

1 制度の概要

続いて、当事者が提訴前に利用可能な、もう一つの民事訴訟法上の証拠収集制度である証拠保全（民事訴訟法234条以下）についてみておく。証拠保全は、証拠の散逸・破棄・改竄のおそれなど「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」場合に、提訴前あるいは提訴後の早い段階において、本来の訴訟手続とは別に証拠調べそのものを前倒しで行うことで、証拠の保全を図る制度である。裁判所によって先行的に行われる証拠調べ手続である点において、あくまでも証拠の収集手続である提訴前証拠収集処分とは異なっている。証拠保全では、法が定めるすべての方法を利用することが可能とされており、証人尋問、鑑定、検証のみならず、文書送付嘱託、調査嘱託、書証の取り調べ、当事者尋問、文書提出命令、検証物提示命令も利用できる。⁽⁶¹⁾ 証拠保全は、申立てにあたり、証拠保全事由について疎明が必要である（民訴規則153条第3項）。証拠保全の許可は決定手続で判断され、証拠保全決定には不服申立てはできないのに対して（民訴法238条）、証拠保全却下決定がされた場合には通常抗告が可能となっている（民訴法328条第1項）。証拠調べ自体は訴訟手続の場合と同様に行われ、申立人・相手方には原則として立会権が認められている（民訴法240条）。証拠保全による証拠調べの結果は、本訴の口頭弁論に顕出され

(60) ドイツの独立証拠調べを参考に、わが国の提訴前の情報証拠収集制度について、将来の訴訟準備のためだけに利用するのではなく、保全以外に開示機能を付与した証拠調べ手続を行うことで訴訟を回避して和解に向かわせ、成立した和解には執行力を付与して実効性のある制度とすることを提案するものとして、佐藤・前掲注26) 40・41頁。

(61) 少し古いデータであるが、平成6年から10年間の東京地裁民事部における証拠保全事件を担当した裁判官に対して実施されたアンケート調査の集計（公開物未搭載）によれば、証拠調べの方式としては圧倒的に検証が多く、9割を超えているが、その理由として、保全事由として改竄や廃棄等が主張される割合が多い結果（7割超）、その現状を保存しておくために検証が選択されているためであると説明されている（齋藤隆・阿閉正則・下澤良太・餘多分亜紀「証拠保全」門口正人編集代表・前掲注20) 164頁）。さらに、森富義明ほか編著『新版証拠保全の実務』（きんざい、2015年）244頁によれば、平成18年以降平成24年までの間に東京地裁に申し立てられた証拠保全における検証の割合は約85パーセントとやや減少傾向にあるようである。なお、主たる医療機関を中心として診療録等の任意開示が進んでいることから、医療機関に対して診療録等の検証を求める証拠保全の割合は、平成24年においては約25パーセントまで減少しているという（244頁）。また、医療関係訴訟における証拠保全事件数は、平成20年では281件（実施事件割合は29.4パーセント）であったのに対し、平成30年は79件（実施事件割合は10.3パーセント）まで減少している（最高裁判所・前掲注30) 第8回裁判迅速化報告書資料5表20）。増田・前掲注29) 20頁以下によれば、医療機関の保有する診療録のうち、将来の医療訴訟において被告となることが想定される医療機関の保有するものについては、隠滅・改ざんの恐れがあるため、現在もおおむね証拠保全が多用されているとするが、提訴前証拠収集処分の利用が想定されていた前医後医の診療録など、患者自身の診療録については、日本医師会（平成14年）、厚生労働省（平成15年）が相次いで診療情報の提供等に関する指針を発表したことにより、実務上は任意開示が促進され、さらに平成17年に個人情報保護法が施行されたことで、公法上、大規模医療機関に医療情報の開示が義務付けられた（個人情報保護法25条）ことなどから、直ちに自己収集の困難性（補充性）の要件を充足することは困難であり、任意開示を求めてもなされなかった場合にのみ要件が認められることになるだろうと指摘する。

れば、そのまま本訴の証拠資料となる（民訴法242条）。証拠保全に関する費用は、本訴の訴訟費用の一部になる（民訴法241条）。

2 証拠保全の運用と機能

証拠保全の本来の目的はあくまでも「証拠の保全」であり、証拠調べの前倒しという点に本来的機能があるが、提訴前の証拠保全では、申立人の立会権が保障されていることから、事実上、相手方の手持ち証拠が申立人に事前に開示されるという機能（証拠開示的機能）を併せ持つことになる。これにより、申立人は自分の主張の見通しが立ち、勝訴の見込みがなく提訴困難と判断したり、あるいは和解が促進されたりと、紛争解決を促進する効果がもたらされる結果、証拠の保全という本来の目的から離れて、証拠の開示を目的として証拠保全が利用されるという事態を招くこととなった⁽⁶²⁾。旧民事訴訟法の下では、主に医療過誤事件において、医療機関が保管するカルテなどについて、保全の必要性の要件を緩和することにより、証拠保全の証拠の開示的運用が行われ、その是非が議論されてきた。通説によれば、民事訴訟法の沿革、条文の文言、制度趣旨からは、解釈論として証拠開示機能を正面から認めることは困難であり、相手方の不利益（不服申立権がない）に対する対策も不十分な状況においては、証拠保全の開示的機能の重要性は認めつつも、あくまでも事実上の付随的な機能と解するべきであるとする⁽⁶³⁾。平成8（1996）年の民事訴訟法改正においても、証拠保全の証拠開示的機能の明文化が検討事項として議論されたが、結局見送りとされた。

3 提訴前証拠収集処分との関係

その後、平成15（2003）年の民事訴訟法の一部改正において提訴前証拠収集処分が導入されたことで、従来の実務の運用の是正と両制度の機能分担の必要性を指摘する見解がある⁽⁶⁴⁾。

確かに、提訴前証拠収集処分と提訴前の証拠保全は類似した側面もあるものの、制度の目的、要件、効果に違いがあり、本来であれば、制度間で有効に使い分けをすることが望ましい。しかしながら、提訴前の証拠収集は提訴前証拠収集処分によるのが筋ではあるものの、提訴前証拠収集処分の利用が低調な理由として、提訴予告通知や相手方からの意見聴取が必要となっているためにかえって改竄・隠滅を助長することにならないかという懸念が指摘されていること、さらに、その利用状況の低調さも勘案すると、改正後においても、さほど状況は変わっておらず、改竄等のおそれが懸念される場合には、提訴前証拠収集処分は必ずしも適切とはいえないことから、提訴予告通知や相手方からの意見聴取を要しない証拠保全が選択される、つまり、証拠保全の証拠開示的機能はなお存続するといえよう⁽⁶⁵⁾。

IV おわりに

本稿での検討を踏まえると、提訴前情報証拠収集制度が失敗に終わった要因は大きくは二つあり、一つは提訴を前提とし、提訴後の審理の充実と迅速化のみを目的に据えた制度設計であったこと、そして二つには独自の存在意義が見出されなかったことにあるように思われる。提訴を前提とすることで、提訴予告通知を要し、要件は厳格化され、使い勝手の悪い制度になってしまった。提訴後の審理の促進化

(62) 証拠保全については、加藤新太郎・松下淳一編『新基本法コンメンタール民事訴訟法2』（日本評論社、2017年）116頁以下〔倉地真寿美〕、齋藤ほか・前掲注61）157頁以下、森富・前掲注61）、原司「証拠保全」伊藤＝山本編・前掲注45）213頁参照。

(63) 森富・前掲注61）64頁以下。

(64) 中野ほか編・前掲注9）324頁、328頁〔春日〕。制度間の役割分担の影響で証拠保全の証拠開示的機能を期待しての制度利用が減ることを予想するものとして、佐藤鉄男「証拠保全の意義と機能」新堂監修・前掲注3）302頁以下。

(65) 加藤・松下編・前掲注62）116頁〔倉地〕、松本・上野・前掲注10）217頁。

が目的に据えられたが、そもそも審理の迅速化の要請については裁判所と弁護士では温度差があり、厳格な要件を伴う、迅速化を目的とした制度では、利用するインセンティブが働かなかったという見方もできよう。中尾弁護士の示す弁護士の実務慣行を前提とした場合であっても、提訴前段階では必ずしも提訴を前提としていないのであるから、提訴を前提とする制度であれば、やはりインセンティブに欠けることになる。さらに、提訴前情報証拠収集制度以外の制度との比較においても、証拠保全や弁護士会照会、内容証明の交換が、当事者照会や提訴前情報証拠収集制度の機能がある程度果たしている中で、制度独自の意義が利用者側に十分に伝わらなかったことも大きい。

提訴前に情報や証拠を収集することの意味は、利用者からすれば、第一には、事実関係を把握し、解決への見通しを得て迅速に紛争解決手段を選択し、当事者間の話し合いによって紛争の早期解決を自主的に図ることにあるのであって、初めから訴訟を念頭に置いているわけではない。結果的に紛争解決手段として訴訟を選択した場合に、事前に得た情報や証拠によって、その後の審理の充実と迅速化に資する可能性はあるが、利用者にとってはあくまでも裁判外において自主的な解決を試みて奏功しない場合に初めて関心を向けることである。したがって、実際に活用される制度とするためには、まず制度の目的を捉えなおす必要がある。弁護士会照会や証拠保全も、必ずしも訴訟に繋がるとは限らないが、裁判外での紛争解決に役立つ制度として機能している。このような点に鑑みれば、当事者間の話し合いによる解決を主たる目的に据えた制度とすることで、利用者のニーズにも合致し、活用される制度に生まれ変われるのではないだろうか。他国の制度に眼を転じれば、前述のイギリスの提訴前プロトコルにしても、ドイツの独立証拠調べであっても、いずれも訴訟回避と当事者間の話し合いによる紛争解決の促進を目的とした制度として実際に機能してい

る。我が国においてもこのような視点から、制度設計をし直すべきではないだろうか。