

判例研究

証拠保全における検証物提示命令について

—仙台高裁平成22年6月23日決定（平成22年（う）第62号、
金商1356号23頁）を契機として—

小 幡 葉 子

第1. 本決定の要旨

証拠保全手続において、検証を打ち切った時点で、検証物提示命令の申立てに対する黙示の却下決定をして検証期日を終了させたものと認められ、証拠保全手続が終了しているのであるから、申立てに係る診療録等につき、改めてこの手続内で証拠調べを行う余地はないから、その終了後にされた本件即時抗告は不適法と解するのが相当である。

すなわち、本決定は、以下の3つの事項について判断している。ただし、下記のiii)は傍論であり、i)およびii)により結論が導かれている。

- i) 検証を打ち切ることにより、抗告人の検証物提示命令申立てに対しては、黙示の却下決定がされたと認められる。
- ii) 証拠保全手続が終了した後は、抗告人は、検証物提示命令の却下決定について即時抗告をすることができない。
- iii) 黙示の却下決定が検証期日当日に抗告人代理人に告知されたと解する余地があり、その場合、本件抗告は期日を経過してされた不適法なものである。

第2. 事案の概要

原告人(原審申立人)は、同人の妻が、相手方の開設する病院に入院中に、同病院の医師の過失により咽頭浮腫、MRSA肺炎に罹患し、ADL(日常生活動作)の低下及び難聴の行為障害が残ったことを証すべき事実とし、妻の上記行為障害によって原告人自身が重大な精神的苦痛を被ったことを理由とする損害賠償請求訴訟の起訴前の証拠保全として、妻の診療に関連して作成された診療録等の検証と相手方に対する検証物提示命令を申し立てた。

原審裁判所は、検証物提示命令に対する判断を当面留保した上で、検証期日を平成22年3月2日と指定する旨の決定をし、原審裁判所の裁判官が検証期日に上記病院に臨場したが、相手方立会人が、患者本人である原告人の妻又はその代理人の同意がない限り診療録等の開示には応じられないと申し入れたため、裁判官は検証不能として検証を打ち切った。

原告人代理人は、検証期日に立ち会っていたが、後日、同期日の調書に検証物提示命令発令の記載がないことに気づき、その記載を求める上申書を提出したところ、原審裁判所は、同月19日に原告人代理人に対し、検証物提示命令については必要性がないとして検証期日に黙示の却下決定をした旨を説明した。

原告人は、同月26日に本件抗告に及んだものである。

時系列で示せば、以下のようになる。

平成21年12月22日 検証および提示命令申立

平成22年1月20日 証拠保全決定、提示命令は留保

3月2日 検証期日、検証不能により打ち切り

3月9日 申立代理人が検証調書に提示命令発令を記載されたい旨の上申書提出

3月19日 原裁判所裁判官が申立代理人に対し、検証当日、黙

示の却下をした旨を説明

3月26日 即時抗告申立て

第3. 本決定の理由

上記第1のi)ないしiii)のうち、本決定は、ii)(証拠保全手続が終了すれば検証物提示命令却下決定について即時抗告できない)の理由として、「上記検証期日が終了した以上、もはや証拠保全手続は終了しているのであって、申立てに係る診療録等につき、改めてこの手続内で証拠調べを行う余地はないから、その終了後にされた本件抗告は不適法と解するのが相当である（最高裁平成13年（許）第2号同年4月26日第一小法廷決定・裁判所時報1290号270頁参照）」と判示している。

上記第1のi)およびiii)については、特段の根拠を示していない。

第4. 本決定の分析

1. はじめに

本決定の結論及び理由づけは、いずれも合理的根拠を欠くものであると考える。検証打ち切りにより黙示に提示命令申立てを却下することは、申立人が抗告する機会を失わせる危険があるから、認められるべきではない。また、証拠保全期日終了後においても、提示命令申立却下決定に対する即時抗告を申し立てることができると解すべきである。

2. 検証期日終了による黙示の却下は適法といえるか（上記第1. i)について)

(1) 本決定の理由づけ

本決定は、「原審裁判所は、検証物提示命令に対する判断を当面留保した上、上記病院において上記検証を実施する旨、そのための検証期日を平成22年3月2日と指定する旨の決定をしたこと」、および「原審裁判所の

裁判官は、同日に上記病院に臨場したが、相手方立会人から、患者本人である原告人の妻又はその代理人の同意がない限り診療録等の開示には応じられないが、これらの者の同意があれば任意に開示すると申入れを受け、検証不能として検証を打ち切ったこと」等の事実を認定した上で、「原審裁判所は、検証を打ち切った時点で検証物提示命令の申立てに対する黙示の却下決定（以下「原決定」という。）をし、検証期日を終了させたものと認められる。」と結論づけている。

（２）黙示の却下決定の適法性

（ア）黙示の決定の適法性について

民事訴訟における決定及び命令について、それ自体の方式の定めはなく、また、告知により効力を生ずる（民訴法119条）ものの、告知の方式については「相当と認める方法で」（同条）行うべきものとされているから、一般に「黙示の」決定が民訴法上許されないわけではないとしても、他方で、抗告等の不服申立てができる決定・命令については、当事者の申立ての権利と機会を保証するために、書面交付あるいは口頭での通知など明示的な方法による告知をすることが求められると解される⁽¹⁾。特に、本決定の即時抗告など、不服申立期間の定めのある場合には、裁判の告知を受けた日から期間が起算される（民訴法332条ほか）のであるから、外形上から裁判の告知があったことを認識できるような方法によることが、これら民訴法の規定から要請されと考えられる。

（イ）最高裁平成13年決定における黙示の決定の取扱い

この点について、後出の最高裁平成13年決定の事案でも、本案訴訟の弁論の終結によって文書提出命令が黙示的に却下されているが、同事案で

(1) 林圭介「証拠保全に関する研究」民訴雑誌37号24頁の注(30)(43頁)には、証拠保全の現場に臨場した裁判官が、口頭で提示命令を発することができるかについて「不服申立のできる裁判を口頭でなすことにも難点があることから、消極に解すべきであろう。」としている。

は、この点が特に争点とされることなく、適法であることが前提とされている。

なお、文書提出命令申立の黙示の却下決定の適法性については、却下の理由を明らかにしたうえで議論する必要がある。すなわち証拠調べの必要性がないとの理由による場合と、文書提出義務がないとする場合のうち、前者の場合については、裁判所の専権事項であって、固有の不服申し立てはできないと解される点で(東京高裁昭和56年12月24日決定、判タ467号112頁、ほか多数の高裁決定例がある。)、後者の理由による場合との違いがあるからである。

最高裁平成13年決定の抗告審決定(福岡高裁平成12年12月8日決定、金商1123号4頁)原決定裁判所(福岡地裁小倉支部)はその理由中で「文書提出命令申立ての採否は、本案事件の審理を行っている受訴裁判所が必要性も含めて総合的に判断すべきものであるところ、結局、受訴裁判所の本件却下決定の当否は、その採用の必要性も含めて本案判決に対する控訴審で判断されるべきものであって、抗告人の主張するところも、本件却下決定に対して弁論終結後に即時抗告を許す理由になるとはいえない。」と判示しており、どのような理由によって文書提出命令申立てを却下決定したのかを明らかにしていないが、もしそれが証拠調べの必要性がないという理由であれば、そもそも即時抗告が許されない場合に該当するし、他方、文書提出義務がないとの理由であれば、当事者の抗告権の保障の趣旨に反し、このような却下決定は不適法であると解すべきこととなるからであろう⁽²⁾。

(2) この点について、最高裁平成13年決定の解説(判例タイムズ1061号70頁)は「本決定は、仮に、弁論終結に当たり、受訴裁判所が証拠調べの必要はあるが文書提出義務がないと判断した場合に口頭で又は黙示に文書提出命令の申立てを却下するような措置を採れば、申立人に即時抗告をするいとまを与えないに帰し、抗告権を保障した趣旨を損なうという批判があり得ることを十分念頭におきつつも、そのことは結局は不当の問題にとどまり、既に定着している旧法時の解釈を否定する理論上の理由はないと判断したものと考えられる。」とする。

(ウ) 本決定の適法性

本件のように証拠保全手続において検証が行われる場合については、証拠保全の事由を疎明することが必要とされ(民訴法234条、民訴規153条2項4号、同条3項)、当該検証物についての取調べの必要性がない場合⁽³⁾には、証拠保全申立自体が却下されることになるから、証拠保全決定が発令されたことを前提とする検証物提示命令については、通常の場合、取り調べの必要性がないという理由で却下されることは想定しにくい。

念のために、本決定の第一審裁判所が提示命令を却下した理由を検討すると、「相手方立会人から、患者本人である原告人の妻又はその代理人の同意がない限り診療録等の開示には応じられないが、これらの者の同意があれば任意に開示するとの申入れを受け、検証不能」と判断したというものであり、明確には示されていないものの、理論的には検証物を所持する者の提示義務がないという理由づけとなるはずである⁽⁴⁾。他方、上記の患者本人の診療録等の取り調べの必要性を原決定裁判所の裁判官が否定した形跡は見られない。

したがって、本件の原審裁判所の「黙示の」却下決定は、申立人の即時原告の権利を不当に害するものであって、不適法であると解すべきである。

(エ) 本件における裁判の告知の日はいつか

加えて、本決定は、第一審裁判所が告知を行った日がいつであるかについて明確に特定していない。まず「原審裁判所は、同月19日に、検証物提

(3) ただし、証拠保全において、将来の本案訴訟での立証の必要性を具体的に吟味することは相当に困難であるから、客観的かつ明白に立証の必要性が否定されとはいえないことまでを疎明すれば足りると解される(門口正人編集代表「民事証拠法大系」第5巻、2010年青林書院、181頁)。

(4) もっとも本決定は、第一審裁判所が原告人に対して「原審裁判所は、同月19日に、検証物提示命令については必要性がないとして検証期日に黙示の却下決定をした旨を改めて説明した」(下線は筆者)と述べており、この「必要性」とは何を指すのか検討する必要があるが、本決定理由からは、当該検証期日において、裁判官が相手方に対して当該診療録等を任意に提示するよう説得していた様子がうかがえるから、ここでの「必要性がない」とは、本決定の末尾部分に記載されている「上記検証期日が終了した以上、もはや証拠保全手続は終了しているのであって、申立てに係る診療録等につき、改めてこの手続内で証拠調べを行う余地はない」という状況下で、手続として無意味である、という趣旨であろうと解される。

示命令については必要性がないとして検証期日に黙示の却下決定をした旨を改めて説明したこと、」（下線は筆者）という事実を認定しているから、これを素直に読めば、検証期日当日に抗告人代理人に対して裁判の告知があったという立場を取っていると考えられるが、さらに、「なお、検証期日が終了した時点で検証物提示命令の申立てにつき特段の明示的判断がされなかった以上、黙示の却下決定がされたことは、弁護士であれば了知し得べきであって、検証期日当日に原決定は抗告人代理人に告知されたと解する余地もある。」（上記第1. iii）として挙げた判断）と述べていて、「解する余地もある」ということは、言い換えれば、特段の事情がない限り検証期日当日には告知されていなかったと解さざるを得ないとの趣旨であるように読める。

このように本決定は、もっとも重要であるはずの却下決定の告知がいつ、どのような方法で行われたかについて、一義的に明確な事実認定をしていないことになる。抗告審裁判所によってさえ裁判の告知の日が特定できない事案であるのに、当事者に対しては自らの責任において判断せよと要求するのはいかにも酷であろう。

3. 最高裁平成13年決定は本決定の上記第1. ii) についての根拠となるか

（1）問題の所在

本決定は、最高裁平成13年4月26日第一小法廷決定（最高裁平成24年（許）第2号、裁判所時報1290号270頁、以下「最高裁平成13年決定」）を引用するが、以下のとおり、同決定は、本決定における結論を導くための根拠とはなりえない。

（2）最高裁平成13年決定の射程・本案訴訟と起訴前の証拠保全手続

最高裁平成13年決定は、本案訴訟の審理において申し立てられた文書

提出命令申立の却下決定について、「口頭弁論終結後」の即時抗告を不適法と判断したものである。

すなわち同決定によれば、「受訴裁判所が、文書提出命令の申立てを却下する決定をした上で、即時抗告前に口頭弁論を終結した場合には、もはや申立てに係る文書につき当該審級において証拠調べをする余地がないから、上記却下決定に対し口頭弁論終結後にされた即時抗告は不適法であると解するのが相当である。この場合において、文書提出命令申立て却下決定は終局判決前の裁判として控訴裁判所の判断を受けるのであり（民訴法283条本文）、当事者は控訴審においてその当否を争うことができるものというべきである。」から、口頭弁論終結後においては、文書提出命令が発せられなかったことの当否については、即時抗告ではなく、控訴審において争うべきであるという趣旨である。

これに対し、本決定は、本案手続ではなく証拠保全手続における検証物提示命令についての事案であり、民訴法283条に相当する規定は置かれていないから、当事者に後の上訴手続において当否を争わせようという最高裁平成13年決定の理論的枠組みには当てはまらないことが明らかである。

（3）本決定の実質的な根拠について

（ア）本決定の理由づけ

そうであれば、本決定を支える実質的な根拠は、「上記検証期日が終了した以上、もはや証拠保全手続は終了しているのであって、申立てに係る診療録等につき、改めてこの手続内で証拠調べを行う余地はないから、」と述べている点に求めることになる。これは、検証期日が終結すれば、目的物を提示する機会もはや消滅し、提示を命じる決定を発しても、その決定に従って検証物を提示することができないから、そのような命令は無意味であるという趣旨であろう。これが、本決定の実質的な理由付けであると理解できる。

（イ）本決定理由の検討

a) しかし、本決定の指摘するように、証拠保全期日が終了した後は、検証物提示命令は常に意味のないものと断定してよいのか、具体的な手続の流れに沿って検討を試みる。

b) 福岡高裁平成20年決定との比較

本決定と同じく、起訴前の証拠保全手続において、検証物の提示義務の有無を争点として、提示命令却下の適法性が争われた事案として、福岡高裁5月19日決定（賃金と社会保障 No.1500、64頁以下、および高木佳世子「最高裁が生活保護ケース記録等の提示義務を肯定」同50ページ以下、その後、許可抗告が棄却されて確定、最高裁平成20年12月18日決定、判時2046号17頁、以下「福岡高裁平成20年決定」）があるが、同事案においては、即時抗告審において提示命令却下決定が取消・自判（提示命令）され、許可抗告が却下されて確定した後、所持者である相手方が任意に検証物を提示することによって、申立人の権利の実現が図られた。

①時系列

平成19年10月16日 証拠保全および検証物提示命令申立

11月9日 証拠保全決定、提示命令は保留

11月28日 第1回検証期日（相手方（北九州市）が任意の提示を拒んだ検証物について、相手方がコピーを作成、裁判所は、原本と照合したうえで、コピーを裁判所へ持ち帰って保管⁽⁵⁾）

12月25日 第2回検証期日、その後、期日間に民訴法223条3項の求意見

平成20年1月16日 第3回検証期日、現地に臨場した裁判官が口頭で提示命令申立てを却下（民訴法220条4号ロに該当

(5) 法的根拠としては、検証でのインカメラ手続（民訴法232条1項、223条6項）における提示文書保管（民訴規141条）ではないかと考えられる。

するとの理由)

1月23日 即時抗告申立て

5月19日 福岡高裁決定(原決定取消・自判(提示命令))、
相手方許可抗告申立て

12月18日 最高裁決定(許可抗告棄却)、これを受けて、所持
者である相手方は、検証物を任意に提示

②本決定との比較

福岡高裁平成20年決定も、本決定と同様、証拠保全手続きにおける検証物提示命令却下決定の事案であるが、福岡高裁平成20年決定は、第3回検証期日(1月16日)終了後である1月23日にされた即時抗告を適法と認めている。

また、福岡高裁平成20年決定の事案では、検証期日が続行されて3回行われているが、検証物所持者による改ざんを防止するため、第1回期日でのインカメラ手続の中で、検証物のコピーを原本と照合した上で一時保管するという方法を取っている。

このような経過を経て、結果的には福岡高裁平成20年決定が最高裁によって維持されたため、所持者である相手方は、最高裁決定に従って検証物の提示を行っている(前掲高木54頁)。同事件を見る限り、本決定がいうように、検証期日終了後の即時抗告が全く意味のないものと断ずることはできない。

c) 提示命令については、直接強制することはできず、検証の目的物が相手方または第三者の手中にあり、これらの者が裁判所の命に従わないときは、強制力を用いることはできないし、検証立会権の範囲を逸脱する場合には、たとえ従来の慣行があるとしても、訴訟関係人において検証場所に立入る権利がない(大審院昭和8年7月10日第一刑事部判決、大審院刑事判例集12巻1227頁)というのが確立した判例・学説である。

したがって、提示命令が発令されても、所持者が提示を拒否する場合に

は、提示命令の法的効果としては、その命令に反して提示しない場合に当該当事者の不利益を課す（232条が準用する224条）という間接強制にとどまらざるをえない。

上記福岡高裁平成20年決定の相手方のように、任意に提示しない所持者については、確かに実効性は乏しいとはいえるが、これは提示命令そのものに内在する問題点であって（この点については、後述第5、2において検討する）、検証期日終了後の即時抗告を否定する論拠とはなりえない。

d）もっとも、当初の証拠保全期日から、提示命令を受けて開かれる期日までには、上記福岡高裁平成20年決定のように、数か月を要することがあり、却下決定の取消自判決定または取消・差戻し後の提示命令より前に、所持者によって検証物の改ざんが行われれば、却下決定を取り消した上で発令される提示命令に遡及効が認められない限り、224条の提示命令違反とはならないし、解釈上そのような遡及効を認めることは困難である。申立人にとって、提示命令を申し立てたにもかかわらず、原審において却下されれば、實際上間接強制が働く余地もなくなる。

しかしながら、少なくとも、当初の提示命令申立には理由があったことが抗告審によって判示されれば、実体的な提示義務の存否という観点からは、相手方には検証物の提示を拒否する正当な理由がなかったと認定されたわけであり、後の本案訴訟においても無意味とはい切り切れないであろう。224条が直接適用されることはないとしても、裁判所の自由な心証により、経験則上、相手方が当該検証物の提示を拒んだことを弁論の全趣旨として斟酌することができるはずである。

e）以上のとおり、本決定が具体的な状況を想定することなく、一般的に期日終了後の即時抗告を否定することは、合理的な理由がないというべきである。

(4) その他の本決定についての疑問点

(ア) 期日続行中の即時抗告との比較

本決定の論理をさらに敷衍すると、証拠保全期日が続行している間に即時抗告しても、却下決定の取消と自判または差戻審での決定が期日終了後であれば、本決定が指摘する「申立てに係る診療録等につき、改めてこの手続内で証拠調べを行う余地はない」という状況に変わりはないから、証拠保全期日の続行中に提示命令が発せられない限り法的に無意味となり、仮に、上級審の判断を待つ間、証拠保全期日を続行するか、改めて期日指定するとしても、すでに密行性は失われているから、事実上、提示命令申立却下決定に対する即時抗告は適用困難となる。そのような解釈が、果たして検証手続の解釈として当を得たものであるか、議論されなければならないと考える。

(イ) 実際の申立の手順

なお些末なことではあるが、検証期日終了後には即時抗告できないとすれば、申立代理人としては、予め即時抗告申立書を作成しておき、事務員等を裁判所（官署としての裁判所、現地に臨場している裁判官または書記官には受理権限がない。東京地裁証拠保全研究会編著「証拠保全の実務」187頁）に待機させ、裁判官が検証打ち切りをした瞬間に、携帯電話等で直ちに申立書を提出するよう連絡するという手順（民訴法331条、286条）を踏まなければならないのか、その場合でも、却下決定より後かつ期日終了より前（あるいはこれらと同時に）に申立書を提出することは實際上可能なのか、気になるところである。

第5. 原審裁判所の却下決定の実体的適法性（相手方の提示義務の存否）について

1. 問題の所在

本決定では論点とされていないが、本件の提示命令申立の却下決定は、

実体的に適法であったか、つまり、検証物の所持者である相手方は提示を拒絶することが許されるかについて検討する。

2. 検証物提示義務について

検証には文書提出義務についての220条は準用されていない（232条1項）。その立法趣旨は、検証受忍・協力義務は、証人義務と同じ一般義務であるから、文書提出義務とは性質が異なるという点にある。第三者に対する提示命令違反の制裁については「正当な理由なく」という明文の要件が規定されているが（232条2項）、相手方についても、正当な理由がある場合には検証受忍・協力義務が免除され、証言拒絶権についての196条・197条などの条文が、検証について類推適用されると解すべきである。

下級審決定を見ると、大阪高裁決定昭和38年12月26日（下級裁判所民事裁判例集14巻12号2664頁）をはじめ、多くの下級審決定⁽⁶⁾が、正当な理由がある場合には、目的物提示義務がなく、裁判所は提示命令を発令できないとする。

3. 診療録の提示と医師の証言拒絶権

本件では、相手方は診療録の提示を拒否する正当な理由があるといえるか、具体的には、医師の証言拒絶権（197条）は認められるかが問題となる。

診療録に関する裁判例は比較的多く、本件のように、患者本人以外の者が診療録の文書提出申立をした場合に、医師の守秘義務が認められるかど

(6) たとえば、大阪高裁昭和58年2月28日決定（高裁民事判例集36巻1号39頁、判タ495号117頁、民事訴訟法272条（現191条）は、同法335条の提示命令の相手方にも類推適用があると判示）、東京高裁平成11年12月3日決定（判タ1026号290頁、未放送のビデオテープについて民訴法197条1項3号に基づき検証物提出命令申立てを却下）など。また、最高裁平成21年1月15日決定（民集63巻1号46頁、判時2034号24頁）は情報公開法上の不開示文書について検証物提示命令を発することができないとしており、この決定自体の射程は、情報公開法上の不開示文書の提示にとどまるとしても、正当事由がある場合には検証物の提示を拒むことができるという下級審の傾向と同調するものと理解してよいと思われる（前掲「民事証拠法大系」第5巻、110頁）。

うかが考慮されるという事案も見られる。

患者が死亡した場合について、相続人からの申立については、いずれも文書提出命令申立事件であるが、東京高裁平成4年9月8日決定(判時1438号71頁、更正登記手続請求事件の原告である相続人らが、被相続人の遺言能力がなかったことを立証するため)東京地裁昭和47年3月18日決定(下裁例集23巻1-4号130頁、判タ278号313頁、医療過誤事件)など、相続人は患者と同一視しうから医師には証言拒絶権を認められないとして提示義務を認めた例がある。

また、患者本人が相手方である事案では、大阪地裁昭和54年8月10日(下裁集32巻9-12号1453頁、判タ395号77頁、化粧品による顔面黒皮症り患による損害賠償請求において、原告の診療録について、被告メーカーが申立て)決定、東京高裁昭和56年12月24日決定(下裁集32巻9-12号1612頁、判時1034号95頁、解雇無効確認の原告の職業性腰痛の診療録について、被告使用者が申立て)、など、相手方自身が具体的に自己の発症の事実を主張しているとして、守秘義務の問題が生じないとする決定もある。

このように、下級審裁判例は、患者本人の意思を合理的に解釈して、医師の守秘義務の存否を判断する傾向にある。

その他、厚生労働省「診療情報の提供等に関する指針」(平成15年9月12日策定)のうち「9 遺族に対する診療情報の提供」は、

- 医療従事者等は、患者が死亡した際には遅滞なく、遺族に対して、死亡に至るまでの診療経過、死亡原因等についての診療情報を提供しなければならない。
- 遺族に対する診療情報の提供に当たっては、3、7の(1)、(3)及び(4)並びに8の定めを準用する。ただし、診療記録の開示を求め得る者の範囲は、患者の配偶者、子、父母及びこれに準ずる者(これらの者に法定代理人がいる場合の法定代理人を含む。)とす

る。

- 遺族に対する診療情報の提供に当たっては、患者本人の生前の意思、名誉等を十分に尊重することが必要である。

というガイドラインを設定しており、医師の守秘義務を考えるにあたっての参考となる。

4. 本件における医師の証言拒絶権

本件では、申立人は患者の夫であるから、患者本人は存命であるが、上記の患者の相続人についての事案と同様、医師には証言拒絶権はなく、提示を拒絶する正当な理由はなく、相手方の検証物提示義務が認められるとあってよいのではないか。上記厚生労働省の指針でも、「配偶者」は遺族として最初に例示されている。

もっとも、本件では、患者本人には、ADL（例えば、食事、更衣、整容、移動、排泄、入浴などの日常的活動能力）の低下と難聴を発症しているだけで、意思能力が失われているようでもないにもかかわらず、なぜ本人の同意または本人から訴訟代理人への委任がされなかったのか明らかではない。

あるいは、相手方は、申立人（夫）が、本人（妻）の意に反して申立をしており、医師の守秘義務は免除されないという主張なのかもしれない。そうであれば、証言拒絶権の有無が微妙な事案であるから、証拠保全期日の冒頭で裁判官がこの点について相手方に釈明した上で提示命令申立について判断するべきであったと考えられるし、さらに、提示命令申立が却下された場合には、即時抗告審において、この点が争点となって、相手方が197条該当性を証明することとなったであろう⁽⁷⁾。

(7) 提示命令が発せられると間接強制の制裁が課されるため、決定手続であるが、疎明ではなく証明が必要となり、正当な事由の存在については、その利益を受ける相手方に立証責任があると考えられる。

第6. 検証物提出命令の運用について

1. 本事案における原審裁判所の手続の問題点

本事案を検証物提出命令の運用例の一つとしてみた場合、私見では、提示命令申立に理由があれば、相手方の任意の提示に期待して裁判を留保するのではなく、検証決定と同時に提示命令を発令すべきであったと思われる、また、仮に決定を留保するのであれば、所持者である相手方が任意の提示を拒否した時点で、直ちに検証不能により打ち切りとするのではなく、提示の拒否の理由について釈明し、必要があれば期日を続行して、提示義務の存否について、期日終了前に判断すべきであったと考える。

なお、実務上、申立代理人その他手続関与者に広く参照されている文献では、「裁判所が検証物提示命令についての決定を留保し、結局これを発令しなかった場合」について、「(相手方が任意に目的物を提示した場合)仮に申立人から提示物提示命令の申立ての取下げがなかった場合、裁判所としては、却下決定をすることも考えられますが、格別の処理をせずとも、黙示に却下決定があったものとしてよいでしょう。」、「証拠保全(検証)手続が不能で終了した場合には、証拠保全の申立てに付随する申立てにすぎない検証物提示命令の申立てを独立して維持する利益はありませんから、格別の処理をすることなく、黙示に却下決定がされたと解するのが相当です。」(前掲「証拠保全の実務」184-185頁)という見解が述べられていて、本件の原審裁判所も同様の処理をしている。

しかし、「不能」とは検証物が相手方により「提示されなかった」という事実を表示するにとどまり、期日を終了する事実上の契機となるという法的性質を有するに過ぎず、民訴法上どのような法的効果が発生させる要件であるのかという点から見れば、提示命令に違反する「不能」(不提示)が224条の要件となるのに対し、そうでない「不能」によっては具体的な法的効果が発生しないという、全く異なる法的意味を有する2種類の「不能」を含んでいる。所持者の提示義務の有無について検討することな

く、「不能」と認定すれば一律に検証を打ち切り、提示命令を却下すべきではないと考える。

2. 検証物の提示についての民訴法上の制度

232条1項・219条の定める原則的な手続は、検証申出に際して、検証物の提示（申出人が検証物を所持している場合）または検証物の所持者にその提示を命じる申立（申立人が検証物を所持していない場合）を要するものとしており、その例外として所持者への送付嘱託の申立（232条1項・226条）の制度が置かれている。検証物提示命令の申立に理由があれば、それだけで他の要件を必要とせず、所持者に対して提示を命ずるものと定められている（232条1項・223条1項）。

このように、検証の原則的な制度設計は、検証申立ての際、目的物の提示、提示命令申立または送付嘱託申立の3つの手続のいずれかを同時に申し立てることを必須としており、これらの例外としては、公道上での観察など検証物の定時を要せず証拠決定だけで足りる場合、申立時において、相手方や第三者が提示または受忍することを承諾していることが明らかにされている場合、などに限定されるものと解すべきである。

証拠保全の場合には、一般に上記の例外的状況に該当することはおよそ想定できないから、提示命令申立に理由があれば、原則として検証決定と同時に提示命令が発令されるべきものである。

3. 大阪高裁昭和61年決定が示す観点

この点に関連して、大阪高裁昭和61年6月23日決定（高裁民事判例集39巻3号45頁、判タ609号102頁、以下「大阪高裁昭和61年決定」）は、検証決定の法的性質について「証拠採用の決定と同時に、検証物を占有する当事者に対し、当該検証物を提示すべき旨の命令も亦これに併せてなされているものと解するのが相当である」と判示している点が注目される。同

判決の解説(判タ609・102)には、「従来、この点に明確に論及した判例学説は見当たらない。実務は普通、検証決定の際に改めて提示命令を発しないのが通例である。」とある。

この決定の趣旨は、相手方または第三者が検証物を所持する事案について検証決定を発する場合、提示命令を当然に内包しているから、別途提示命令を主文として明示する必要がないというものであろうか。もっとも、同決定は、明示的に検証物提示命令の主文が掲げられていない事案において、旧民訴法335条・315条による即時抗告を認めた原審決定を是認するというものであるから、当事者救済の意図が強く働いているのかもしれない。

検証物の提示についての原則を上記(2)のように解すれば、この大阪高裁決定は、論理的に明快であるが、相手方の提示義務の存否等について何ら留保することなくこのように断定することもまた躊躇されることも確かである⁽⁸⁾。

4. 証拠保全における検証物提示命令

検証物提示命令を発しないか、あるいは、期日進行の帰趨が判明するまで留保するという運用は、証拠保全の性質に由来するものと解されている。すなわち、「提示命令が出されると、この命令に対しては不服申立が許されている(民訴法315条、335条)のに、不服申し立てについて検討する時間的余裕が全くないといってよい状態のまま提示を要求され、さらにいったん提示すると、直ちに証拠保全手続きが開始し、検証対象物が立会権のある申立人(民訴法349条)の目に触れてしまう結果となる。これでは、提示拒絶の正当事由がある相手方に対して著しい不利益を与えることになる。しかも、検証物提示命令の申立は、書証における文書提出命令よりも要件が緩やかであって、ほとんど何らの疎明もないままなされてい

(8) 一般に、文書提出義務のない文書についても、任意による提出の可能性があるから、直ちに証拠保全申立を却下すべきではないと解されている(菊井＝村松「全訂民事訴訟法Ⅱ」日本評論社、1989、720頁)。

る実情からすると、現状の運用において提示命令を認容することには極めて問題がある。」(前掲林34-35頁、条文はいずれも旧法)という証拠保全実務の実情に由来するものと説かれている。

しかし、証拠保全においてもっとも典型的な検証物の一つである医師の作成した診療録については、旧法時代から、利益文書または法律関係文書(旧民訴法312条3号前段・後段)に該当すると解される傾向にあった(大竹たかし「提訴前の証拠保全実施上の諸問題」判タ361号74頁以下、79頁)が、さらに現行法上は、文書提出義務が限定的義務から一般的義務へと拡大されたことによって、検証物提示命令を発することが文書提出命令制度の潜脱となるおそれはより減少している。具体的な文書提出義務の免除規定を見ても、220条4号のうち、イないしハは証言拒絶権(196条・197条)に規定する事項であるから、検証物提示命令にもその趣旨が類推適用され、提示を拒絶する正当理由となると解される。

また、提示拒絶の正当理由は、文書の性質や申立人・相手方その他の関係者相互の関係など、比較的類型化した判断が可能である。検証決定と同時に検証物提示命令を発令した上で、証拠保全期日の手続の冒頭において、抗告権の告知と正当理由の存否についての釈明を行うことによって、深刻な弊害は回避できるのではないか。

5. 積極的に提示命令を発令することの是非

もちろん、提示命令の発令の有無を問わず、任意に提示することを厭わない相手方・第三者が存在することは否定しないが、中には、提示命令に反してまで提示を拒むことはなかったであろうが、たまたま提示命令が発令されず、拒絶しても制裁がないとわかれば、検証物を所持する相手方・第三者が、正当事由の有無を法的に吟味することなく、「取り敢えず」提示を拒むという事態を誘発することも少なくないのではないか(加藤=齊木「診療録の証拠保全」裁判実務大系17・482)。

本件での相手方の主張を見ても、提示義務の有無を法的に検討した結果として提示を拒否したというよりも、患者本人の同意がない以上、その夫である申立人に対して診療録などの資料を任意に提示することは躊躇され、提示を命令されているわけではないのであれば、あえて任意に提示してもリスクを負うだけで特段のメリットはないとすれば、拒否できるところまで拒否を試みてみようというのが実情ではないかと思われ、裁判所が検証決定と合わせて提示命令を発令していれば、特に抵抗なく提示されたのではないかと推察される事案である。

6. 提示命令違反への制裁について

現状では、224条1項による制裁が、積極的に活用されているとはいえない。実務家の論考においても、①「相手方がこの命令を拒否したとしても、不提出の効果（民訴法316条、335条）による不利益は、実際上殆ど無い。なぜならば、右の規定により真実と認められるのは、当事者の立証しようとする事実（例、医師の過失）ではなく、カルテ等の文書の性質内容についての主張であるから、当事者があらかじめその内容を覚知せずに主張の手掛かりを求めて申し立てるこの種の証拠保全の場合には、右規定を働かせる余地はないからである。」（前掲大竹80頁）という点や、②「これらの検証妨害の制裁を科すか又は単に証明責任の問題として処理するかは、裁判所の自由裁量にゆだねられている。（中略）しかし、その裁量の行使は合理的であることが要請されるから、検証申出者の主張がそれ自体又は他の証拠方法との関連において史実ではない蓋然性が高い等の事情がある場合には、裁判所としては証明責任の一般原則に戻ることになる。」

（前掲民事証拠法体系第5巻、116頁）などの点が指摘されていて、同条の適用は「今後の課題である」（前掲林35頁）と述べられている。

もっとも、上記①については、民訴法改正により、「当事者があらかじめその内容を覚知せずに主張の手掛かりを求めて申し立てる」場合、所持

者である相手方は検証に協力しないほうが自己に有利な判決を得られることになってしまうことを回避するために、新たに224条3項が置かれて、「当事者の立証しようとする事実」そのものを真実として認定することができるようになっている。

②の点は、証明妨害への制裁の効果一般について議論されているところであり、検証における証明妨害は、民訴法224条の明文があるために、その根拠・要件については立法的に解決されているとしても、妨害者にどれだけの負担を負わせるのか、裁判官の自由心証にどこまで委ねるかなどの効果については、依然として「今後の課題」であり続けている。

本事案においても、原審裁判所が、提示命令についての判断を留保して期日を実施し、所持者が任意の提示を拒否した時点で、提示命令を発令せずに、そのまま検証不能と認定して期日を終了させているが、このような運用が行われる背景の一つは、裁判官が、提示命令の効果について、直接強制できないという実効性の低さを念頭に置いているからではないであろうか。検証「不能」というのは、検証物が提示されなかったという事実状態を示すだけで、多くの事件において検証期日を終了させる契機となるとしても、それが何らかの法的効果を発生させる要件となるわけではない。同じく検証「不能」であっても、期日終了前に検証物提示命令が発令されている場合とそうでない場合では、後の本案訴訟における法的性質が全く異なる。

本案訴訟において、証拠保全段階で提示命令に違反して提示されなかった検証物の内容・性質について、どのような認定をするかは、証拠保全裁判所の関知するところではなく、本案の係属裁判所の専権に属するのであるから、証拠保全裁判所としては、提示義務が認められる限り、当面の実効性があるかどうかを問わず提示命令を発して、後の本案の係属裁判所の審理へとつなげるべきではないかと考える。

第7. まとめ

以上、本決定および証拠保全における検証物提示命令について考察してきたが、本決定の事案に典型的にみられるような提示命令の「留保」という運用が行われることによって、申立人だけではなく、所持者にとっても複雑で困難な決断を求める結果となっていると考えられ、より積極的に提示命令が発令され、その副産物として提示義務の存否についての裁判例の集積が進むことが望ましいと思料するものである。

(本学法科大学院教授)