

提訴前手続における相手方の協力義務に関する一試論

濱 崎 録

一 はじめに

民事訴訟法は、通常、証拠の収集および提出を当事者の責任と権能とすることを弁論主義として掲げている。また、いずれの当事者がいかなる事実を主張し証明すべきかについては、(客観的)証明責任の分配によって定められており、通常、これに依拠して判断がなされる。⁽¹⁾しかし、いわゆる現代型訴訟とよばれる訴訟類型を中心として、一方の当事者に情報や証拠が偏在しており、他方の当事者は事実関係から隔絶されていて、証拠等にアクセスすることが非常に困難である場合が存在する。このような場合にまで証明責任に依拠して判断を行うと、証明責任を負う当事者は必要な情報・証拠へのアクセスが遮断されているために、敗訴してしまうという不合理な結果を招くこととなる。そこで、このような当事者間の実質的な不平等が顕在化している場合に、これを調整するための手段として、証明責任を負わない当事者にも事実関係あるいは事案の解明のために協力すべき義務を課しうるか、が問われている。⁽²⁾こ

の問題について、一般的事案解明義務を主張する見解がドイツで唱えられ、日本においても、これを参考とした包括的な事案解明義務が主張されている⁽⁴⁾。この見解は、当事者間の情報・証拠の著しい格差による不公平の是正を念頭におき、一定の場合には提訴前の証拠収集段階、事実の主張段階、証拠の提出あるいは証明の段階において事案解明義務が発現し、証明責任を負わない当事者にも義務を課しうるとするものである。しかし、この事案解明義務説に対しては訴訟における当事者の役割が単なる情報提供者となってしまう主体的地位を失うなどの批判もある⁽⁵⁾。また、この見解が提訴前の証拠収集の段階から立証段階にいたる非常に広範な領域に事案解明義務が発現するとしていることから、個々の適応領域における精査が必要であるとの指摘もある⁽⁶⁾。

このような見解に対しては、事実主張および証拠提出の段階において、信義則を根拠に、証明責任を負わない当事者に具体的事実陳述Ⅱ証拠提出義務を課すことで個別の領域において調整を図ろうとする見解が主張されている⁽⁷⁾。

両者の見解は、伝統的な証明責任の分配に従った場合に不合理な結果を招く事例において、証明責任を負わない相手方にも何らかの義務を課すことで調整を試みる点では共通点を見出すことができる。このような考え方は、いわば「敵に塩を送る」ことを一定の場合に義務づける考え方であり、従来の民事訴訟法における原則に従った場合に生じる当事者間の不平等を、相手方に何らかの協力義務を課すことで調整する方策である。上記のいずれの説を採るかにについては議論があるものの、情報や証拠の偏在が著しいなど、一定の場合に、証明責任を負わない当事者に何らかの義務を課すことにはコンセンサスが得られつつある⁽⁸⁾。

本小稿も、従来の議論および近年の民事訴訟法改正の動向から、証明責任を負わない当事者が一定の場合には事実関係および事案の解明に協力すべき義務を負うとの前提に立つ。そのうえで、相手方が事実関係および事案の解明に協力すべき義務はどの段階から生じるのか、という問題について明らかにすることを目標とする。このなかでも、特

に、事案解明義務をめぐる議論を参考として、提訴前の証拠収集段階にも相手方の協力義務を導き出すことができるか、という点について考察を行うこととする。

以下では、まず本小稿の問題意識を確認し、次に事案解明義務をめぐる従来の議論を整理する。そして、最後に提訴前に相手方が証拠収集に応じるべき義務と事実主張・証拠提出段階の具体的陳述義務を連関させることを試論として示す。それによって、一定の条件を満たす場合には、情報・証拠を所持する者の協力義務が、提訴前の証拠収集の段階から一定程度生じることを理論的に基礎づけることを目標とする。

二 問題の所在

民事訴訟では、従来の証明責任に依拠していたのでは不合理な結論に至ってしまう場合がある。いわゆる現代型訴訟とよばれる訴訟類型を中心に、情報や証拠が一方当事者に偏在しており、また他方当事者のそれら情報や証拠へのアクセスが困難な場合である。このような場合に、不合理な結論を回避するための方策として、証明責任を負わない当事者にも事案解明のために何らかの義務を課すことにより調整を図ろうとする考え方があつた。上記の考え方が出てきた背景には、以下のような民事訴訟全体を通じた考え方の変化もあるものと思われる。すなわち、伝統的な証明責任に依拠した当事者間の主張・立証過程におけるルールでは、証明責任を負わない相手方は積極的に事案の解明に協力しなければならぬとまでは考えられていなかった。しかし、現代型訴訟と呼ばれる訴訟を中心に証明責任を負わない当事者が事案解明に必要な情報・証拠を持ちながら、事実関係の解明に協力せず、証明責任を負う当事者が敗訴するような事例が認識されるに至り、証明責任を負わない当事者にも何らかの義務を課すべきという考え方に変化し

たものと思われる⁽⁹⁾。

わが国でも、平成八年改正以前の民事訴訟法は、証明責任を負わない当事者が、事案の解明のために何らかの義務を負うべきであるという考え方には基づいていなかった⁽¹⁰⁾。しかし、平成八年の民事訴訟法の改正によって、争点・証拠の整理手続の充実が図られ、集中証拠調べが行われることとなった。新民事訴訟法規則によって準備書面の記載には否認の理由を記さなければならぬとされ（民訴規則七九条三項）、また、主張事実に対する認否も具体的に示さなければならぬと規定された（民訴規則八〇条一項）。加えて、情報・証拠の収集手段である当事者照会制度もあらたに設けられた（民事訴訟法一六三条）。さらに、平成一五年の改正により、提訴を予告する提訴予告通知を前提として、申立てをした者とこれに返答した者は、予告通知後四ヶ月の間に相手方に照会（一三二条の二以下）および証拠収集処分の申立て（一三二条の四以下）を行うことができるとの規定が加えられた。改正に際して、司法制度改革審議会意見書も言及していた、ドイツの独立証拠調べ手続の導入論やデイスカバリーを参考として、裁判所が開示命令などを介して関与する制度なども提案された⁽¹²⁾。平成一五年改正では、結局提訴前の手続としてあらたに設けられた規定について、当該手続における裁判所の関与はほとんどなく、提訴強制や義務違反に対する制裁も設けられなかった。ただし、立法担当者によれば、提訴前の照会についても照会を求められた相手方には回答義務があるとされており⁽¹³⁾、一連の改正によって設けられた規定は、提訴前であっても、証拠の収集および事案の解明に当事者が協力すべきであるということを立法面から裏付けたものと捉えることができる⁽¹⁴⁾。

学説においても証明責任を負わない当事者の協力義務として、一般的事案解明義務の存在を主張する説と具体的陳述Ⅱ証拠提出義務を唱える説があるが、いずれの説も証明責任を負わない当事者が何らかの形で協力義務を負うとする点では共通している。そして、両説の間に議論はあるものの、このような考え方自体は賛同を増やしつつあるとい

うことができる。⁽¹⁵⁾

以上のことから、平成八年および一五年の改正を経て、現行民事訴訟法は、証明責任を負わない当事者にも事案解明のために何らかの義務があるとの立場に基づいていると考えられる。しかし、上記の一連の改正により設けられたなかでも、提訴前の照会および証拠収集の処分等の利用は芳しくない。その理由のひとつとして、当該手続には義務は存在するが、その義務に違反した場合の制裁は備えられていないため、実効性が期待できないことがあげられる。⁽¹⁶⁾

けれども、当該手続を活用できれば、当事者は提訴するか否かの判断ができるばかりでなく、提訴後の主張を明確に行うことができ、より効率的な訴訟追行が期待できる。⁽¹⁷⁾そこで、これらの提訴前手続に実効性を伴わせるためには、なぜ相手方が提訴前の照会や証拠収集の処分等に応じなければならないのか、という問題を解決する必要がある。

この問題に対しては、包括的な事案説明義務を根拠とする見解がある。この見解は、提訴前の証拠収集段階にも事案説明義務が発現すると主張し、提訴前の相手方の義務を根拠づけている。しかし、結論としては、包括的な事案説明義務を根拠とするこの考え方に全面的に賛同することはできない。仮にこの見解が主張する各段階で当事者間の不公平を是正する必要がある、そのために相手方に義務を課すとしても、それらの義務を包括的に捉える限り、適用すべき領域の広範さゆえに、要件が不明確になってしまうからである。

他方、包括的な事案説明義務を否定し、個別の領域における当事者の行為規範として、証明責任を負わない当事者の義務を主張する見解がある。この見解のように、個別の領域で当事者の不公平を是正する規律を設けることができるとするならば、提訴前の段階においても、同様に独自の行為規範を設けることが可能なのではないかと考える。

このことから、本小稿では、事案説明義務をめぐる議論を参考として、一般的事案説明義務は否定するが、提訴前の段階において独自の行為規範を考えることができるか、という問題について考察を行う。

三 従来の議論

以下では、提訴前の段階において、当事者間を規律する独自の規範を設けることができるか否か、という問題について考察を行う前提として、事案解明義務をめぐる従来のおもな議論を整理する。

1 一般的事案解明義務

(1) 一般的事案解明義務説の概要

証明責任を負わない当事者の事案解明のための協力義務については、ドイツのシュトルナーを中心として一般的事案解明義務の存在が主張された。⁽¹⁸⁾ シュトルナーによる一般的事案解明義務説については、すでに多くの紹介があるが、⁽¹⁹⁾ そのおもな内容は以下のようなものである。シュトルナーは、ドイツ民事訴訟法における一三八条一項（完全陳述義務）、一二項（相手方の主張に対する答弁義務）、四二三条（文書提出義務）等の規定から類推して、民事訴訟法における一般的事案解明義務が構成できると主張した。この説は、一般的事案解明義務を証明責任を負わない当事者に課す要件として、証明責任を負う当事者が自己の権利主張を具体的事実によって理由づける際に、その主張が納得しうるものであること（*Plausibilität*）を示し、自己の権利主張が合理的な基礎を有するものであること示す手がかり（*Anhaltspunkt*）を述べることを挙げている点に特徴がある。⁽²⁰⁾ そして、シュトルナーは、一般的事案解明義務に違反した場合の効果として、事案解明義務に違反した者に対して不利な事実の擬制を行うとする。⁽²¹⁾

さらに、シュトルナーによるこの一般的事案解明義務は、①具体的な事実の主張責任のレベルと、②証明あるい

は証拠提出責任のレベルにおいて発現するほか、③提訴前の証拠収集の過程においても発現するという⁽²²⁾。この一般的な事案説明義務を肯定する見解には、事実関係や証拠方法を開示する義務、文書の閲覧、検証物の提出から身体の検査を受ける義務までも含むと主張するものもある⁽²³⁾。このような多岐にわたる事案説明義務の根拠としては、ドイツ基本法が挙げられている⁽²⁴⁾。シュトルナーは、ドイツ基本法の一〇三条一項に規定されている審問請求権には、国民が真実発見を求める権利も含まれると解している⁽²⁵⁾。この真実発見の要請が、証明責任を負わない当事者に事案説明義務を課す根拠となると主張するのである。

(2) 事案説明義務の「事前効」

本小稿の問題意識と関係する、前述の③提訴前の証拠収集の過程における一般的事案説明義務の発現について、シュトルナーは、一般的事案説明義務の「事前効」を唱えている⁽²⁶⁾。すなわち、いずれの当事者も、法的に重要で、かつ具体化されている挙証者の主張の解明に協力する義務があり、それは、訴訟の開始が差し迫っていることが明らかになった場合には、証明責任を負わない当事者は、それを期待できうる限り、訴訟において重要な意味を持つと予想されるあらゆる証拠方法を保持する義務を負うというものである⁽²⁷⁾。すなわち、訴訟上の事案説明義務の効力が保障されるのは、訴訟前に証拠保全によって証拠方法が維持され存在する場合だけであるとして、訴え提起前にも事案説明義務が発現することを主張している。

シュトルナーが主張する、この事案説明義務の「事前効」には、証明妨害の場合のもとより、後の訴訟で証明責任を負うであろう当事者が主張・立証のために十分な証拠を保持することに対する相手方の義務も含まれている⁽²⁸⁾。このことは、一九九一年四月一日に司法簡素化法（Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz vom 17. 12. 1990）⁽²⁹⁾により施行された

新たな規定において、四八五条以下の独立証拠調べ手続が導入されており、この手続も一般的事案解明義務の発現した規定に加えられると評価する見解があることからも見て取ることができる。すなわち、独立証拠調べ手続の導入により、証拠保全以外の目的のためにも、提訴前に鑑定等が可能となった⁽³¹⁾。このことを一般的事案解明義務があらたに提訴前の手続にも現れたものとしているのである⁽³²⁾。以上のことから、一般的事案解明義務を肯定する見解によれば、ドイツの独立証拠調べ手続において相手方当事者の応じるべき義務も事案解明義務に含まれることとなる。ただしシュトルナーは、提訴前における義務違反の効果としては、不利な事実の擬制までは生じず、むしろ手続の費用の負担を課すべきであると主張している⁽³³⁾。

(3) わが国における事案解明義務説

わが国では、春日偉知郎教授らによつて、シュトルナーらの見解を参考として、情報や証拠が偏在している事件類型において、事案解明義務を肯定する見解が唱えられた⁽³⁴⁾。春日教授は、証明責任を負わない当事者に事案解明義務を課す要件として、①証明責任を負う当事者が事件の事実関係から隔絶された地位にあること、②その者が自己の主張につき具体的な手がかりを提示していること、③相手方に事案解明を期待することが可能であること、④証明責任を負う当事者が事実関係を知りえず又は事実関係から隔絶されていたことにつき非難可能性がないこと、の四つを挙げている。そして、この春日説は、事案解明義務の発現する領域として、具体的事実の主張責任の段階、証拠提出責任の段階、および提訴前の証拠収集の段階を挙げている。具体的な解明義務の内容としては、シュトルナーらの主張を参考に、理由付否認をする義務、模索的証明の許容、証明妨害、文書提出義務、証拠保全の開示の利用等があるとす。このなかで、春日教授は、提訴前の証拠収集過程における事案解明義務の発現として、提訴前の証拠保全を挙げ

ている。⁽³⁵⁾したがって、提訴前の証拠保全に相手方が応じるべき義務は、事案解明義務を根拠とすることとなる。

このように、春日教授による事案解明義務説は、事案解明義務の発現領域のひとつに提訴前の証拠収集段階をあげている。春日教授により、わが国の民事訴訟法においても事案解明義務を肯定する見解の主張がなされた後、平成五年の民事訴訟法改正により、提訴前の照会および提訴前の証拠収集処分等が新設された。⁽³⁶⁾これらの手続は、訴え提起前の段階も含めた当事者の証拠収集手段を拡充すべきという目的のもとで、当事者が提訴に必要な情報や証拠を収集する手段として設けられた手続である。⁽³⁷⁾同手続は、提訴前の証拠収集段階に含まれる手続であり、ここでも相手方が事案解明義務を根拠に怠るべき義務が生じるか否かが問題となりうる。春日説を敷衍すれば、このあらたに設けられた手続において、相手方が怠るべき義務も、やはり提訴前の証拠収集手段における協力義務として、事案解明義務が発現したものと捉えるべきことになろう。

春日説は、情報や証拠の偏在による当事者間の不公平を調整する方策としての包括的な事案解明義務を当事者間の武器対等の原則等から導き出していると解される。また、同様に事案解明義務を肯定する立場のなかには、その根拠を憲法三二条に求めているものもある。⁽³⁸⁾相手方に協力すべき義務を課す根拠については、見解の一致をみないが、近年の民事訴訟法の一連の改正における証拠収集手段の拡充の背景には、証拠等の偏在を伴う事件で、当事者間の実質的な武器対等の原則の実現が目指されていると評価しうるため、根拠としても武器対等の原則が妥当であると考えられる。

2 事案解明義務の要件

前述の春日説は、情報や証拠の偏在により当事者間の公平が図られていない場合に相手方に義務が生じる要件として、一律に前記の四つの要件を挙げている。このなかで、証明責任を負う当事者が自己の主張につき具体的な「手が

かり」を提示することが要件のひとつとされている。同様の要件は、ドイツの一般的事案解明義務説においても要求されている。シュトルナーは、この要件を合理的理由を欠く申立てに裁判所が応じなければならぬ事態を避け、また無意味な証拠調べに応じさせられる相手方の保護の必要性から、濫用的な訴訟追行を防ぐためのものとして要求している⁽³⁹⁾。ただし、示すべき手がかりの程度については、ごく簡単なものを想定しているようである⁽⁴⁰⁾。

春日教授もシュトルナーと同様に、「証明責任を負っている当事者が紛争をめぐる事実関係を知り得ないことが典型的である場合には、具体的事実の主張あるいは理由づけ責任を緩和され、具体的な事実関係の可能性を示す拠り所あるいは具体的な手がかりで足りる」として、事案解明義務の要件に「手がかり」が必要不可欠であるとする⁽⁴¹⁾。そしてこの要件によって、相手方の事案解明義務が無制限に広がることに歯止めをかけることができ、また事案解明義務の濫用による相手方の防御の利益を害することも防止できるとする。春日教授は、この「手がかり」の提示を含む前記四要件にあてはめて、提訴前に相手方の事案解明義務が発現したと評価しうるものとして、提訴前の証拠保全の事例〔東京地決昭和四七年三月一八日（下民集二三卷一―四号一三〇頁、判例タイムズ二七八号三二三頁）〕を挙げている。

しかし、この事例においては、診療録の偽造変造されるおそれがあるという抽象的な保全事由があげられたのみであり、事案解明義務の発現に不可欠とされる手がかりが重視されているとは言いがたい。また、一般的事案解明義務を肯定した事例であると一部の学説において捉えられている伊方原発訴訟⁽⁴²⁾をはじめ、当事者間の不公平が顕著であり、事案解明義務が発現する典型事例と目される一連の裁判例⁽⁴³⁾においても、証明責任を負う当事者の主張について、具体的な手がかりの提示が求められたものは見られない⁽⁴⁴⁾。これは、どの程度の手がかりの提示が必要であるかの判断基準が不明確であり、要件として求めることが困難であることを示していると思われる。

3 具体的事実陳述Ⅱ証拠提出義務

春日教授らの事案説明義務説に対して、松本博之教授は、信義則を根拠に証明責任を負わない当事者の具体的陳述Ⅱ証拠提出義務を唱える⁽⁴⁵⁾。この見解によれば、①証明責任を負う当事者が事象経過の外にいて、②事実を自ら説明する可能性を有していないが、③相手方は難なく必要な説明を与えることができ、④具体的事件の事情から見て説明を相手方に期待しうる場合に、相手方は事案の解明のために協力すべき義務を負う⁽⁴⁶⁾。具体的には、上記要件を満たす場合に、証明責任を負わない当事者は、証明責任を負う当事者の概括的な事実主張に対しても期待可能な範囲で具体的な事実を挙げて否認しなければならない。さらに、場合によっては、この具体的事実を証明すべき証拠を提出する義務も負う。この義務に違反した場合、義務を負う者は、証明責任を負っている当事者の主張している事実を有効に争つたものとは認められず、ただちに相手方の主張事実が判決の基礎とされる。

右の見解は、シュトルナーらの主張する一般的な事案説明義務を否定し、二次的主張責任を示したドイツの判例⁽⁴⁷⁾と立場を同じくするものである。証拠の偏在などの理由から、証明責任を負う当事者が具体的事実の陳述やそれに必要な証拠の提出が困難である場合に、証明責任を負わない当事者にも事案の解明のために義務を課し、当事者間の公平を図る点では一般的事案説明義務と共通する部分を持ちうる。ただし、根拠を信義則に求めている点、さらに、当事者間の公平を図るために、あくまで主張立証過程において個別の調整を図ろうとする点が事案説明義務説とは大きく異なる点である。

この見解は、前述のとおり、あくまで主張および証拠提出の過程において証拠や事件の事象経過から隔絶された当事者の負担を軽減することを目指すものである。そのため、松本説は、相手方当事者に一定の義務を課すということについて、事案説明義務に比べて、受容が容易であるとの評価もある⁽⁴⁸⁾。他方で、事案説明義務説は、その発現領域が

広範であることから、個々の領域における精査が必要であるとの指摘もある⁽⁴⁹⁾。本小稿では、松本説が主張する具体的事実陳述Ⅱ証拠提出義務を証明責任を負わない当事者に課すとする見解を支持する立場に立ちたいと考える。

4 証明責任を負わない当事者の協力義務の範囲

ここまで見てきたように、情報や証拠が一方当事者に偏在し、証明責任を負う当事者に証拠の収集や事実の陳述および証拠の提出を望むことができず、証明責任に依拠したのでは不合理な結果を招く場合、当事者間の公平を図る見地から、相手方当事者にも何らかの義務を課すことについてはその必要性が認められつつある⁽⁵⁰⁾。そして、事案解明義務説あるいは具体的陳述Ⅱ証拠提出義務説のいずれに立つかは別にしても、事実の主張と証拠の提出の段階については、証明責任を負わない当事者にも事案の解明に協力する義務が観念されるという点は認められつつあるといえよう。

では、訴訟上の包括的な事案解明義務を肯定する考え方と、個別領域で証明責任を負わない当事者に義務を課す考え方のいずれがより妥当であろうか。包括的な事案解明義務を肯定する立場に立てば、その要件の明確化とともに、当該義務が事実の主張および証拠提出以外の範囲において具体的にどのような発現するのか、を明らかにする必要がある。他方、事実の主張および証拠提出の段階において個別に調整する立場に立てば、それ以外の段階―具体的に必要があるのかという問題が生じる。そしてこれらの問題の背景には、証明責任を負わない当事者がなぜ事案および事実関係の解明に協力する義務を負うのかという問題がある。

そこで以下では、これらの問題点のうち、提訴前の証拠収集段階における相手方の協力義務について考察を行い、

証明責任を負わない当事者の事案解明のための協力義務の範囲について試論を展開したい。

四 試 論

1 相手方の協力義務

右に述べたように、証明責任に依拠したのでは不合理な結果にいたってしまう一定の場合に、証明責任を負わない当事者にも事実関係および事案の解明のため協力する何らかの義務を課すことについては、コンセンサスが得られつつある⁽⁵¹⁾。しかし、この場合に相手方に課される義務を包括的な事案解明義務が発現したものと捉えるか、あるいは個別の調整原理として捉えるのか、という点については議論のあるところである。

ドイツにおける一般的事案解明義務をめぐる前述の議論に関して、判例はシュトルナーらが主張する一般的事案解明義務の立場を採用していない。連邦通常裁判所（BGH）は、一九九〇年六月一日判決において一般的な事案解明義務を否定し、これを導入することも訴訟法の義務ではないと判示した⁽⁵²⁾。ただし、特定の場合には証明責任を負わない当事者も（二次的に）主張を具体的に陳述することを義務づけられることがあるとしており、一般的事案解明義務を認めなくとも、当事者間の情報・証拠の格差とそこから生じる不合理な結論を回避しうることを示したといえる。また、ドイツの学説もこのBGHの見解を支持していると解される⁽⁵³⁾。

このドイツにおける判例の立場を参考とし、松本博之教授は、信義則を根拠として、事実主張と証拠提出の段階における義務—具体的陳述Ⅱ証拠提出義務—を証明責任を負わない当事者に課すことで当事者間の不公平を調整すべきであると主張する。他方、春日偉知郎教授は、シュトルナーらの見解を参考とし、情報や証拠の偏在による当事者間

の不公平を是正する方策として、包括的な事案解明義務を観念する。そしてこの見解は、事実の主張レベル、証拠提出あるいは証明のレベルおよび提訴前の証拠収集のレベルで事案解明義務が発現すると主張する。

両説を比較してみると、根拠や要件などは異なるものの、事実の主張段階、および証拠提出の段階において、証明責任を負わない当事者に何らかの義務を課すということに共通点を見出すことはできる。しかし、二で見てきたように、春日説は、提訴前の証拠収集段階においても、事案解明義務の発現として、義務が存するとしている。この考え方を敷衍すると、一定の要件を満たした場合には、提訴前の証拠保全や平成一五年改正によってあらたに設けられた手続（提訴前の照会・証拠収集処分等）において相手方が応じる義務も事案解明義務によって基礎づけられることになる。けれども、春日説に対しては、以下のような疑問が生じる。具体的には、提訴前に事案解明義務が発現することで、この義務違反の効果が明らかでないという点である。仮に、効果を生じさせるとしても提訴前であるため強い効果を生じさせることはできない。なぜならば、提訴前の証拠保全手続は、実質的には制裁の効果が生じにくく、また新設された提訴前の手続は、訴訟法律関係が形成されておらず、裁判所もほとんど関与しない手続であることから、強い効果を生じさせることができないからである。しかし、提訴前の手続を提訴後とは異なる要件、効果で事案解明義務が発現するとすれば、それは、すなわち提訴前の手続における規律を個別に検討したことになる。このことは、包括的な事案解明義務の存在を観念する意義を自ら失わせることとなる。つまり、仮に事案解明義務が、当事者間の不公平が問題となるあらゆる場面に発現するとすれば、利便性が高いかのように思われるが、実際にはその広範さゆえに、各領域でどのような義務や効果が現れるのかがかえって不明確となってしまうのである。そのため、当該説の主張は、当事者の行為を規律するには十分でない可能性がある。

また、そもそも、シユトルナーらの主張は、ドイツ民事訴訟法において完全陳述義務を定めたドイツ民法一三八

条等の規定から類推して、一般的事案解明義務を構成することを基礎としていた。しかし、わが国の民事訴訟法には、事案解明義務を定めた規定が存在しないため、一般的事案解明義務を構成することも困難である。以上のような理由から、事案解明義務が提訴前の証拠収集段階にも発現するという当該説の見解は支持できない。

ただし、春日説は、事実主張・証拠提出段階のほかに、立証の段階、提訴前の証拠収集段階で事案解明義務が発現するとしており、それぞれの段階で当事者間の不公平を調整する必要性が存在すると考えている。このなかで、事実の主張および証拠提出段階以外に、提訴前の段階においても当事者間の公平と事案の解明のために、一定の場合には調整を図るべきとする点では、当該説の視点を活かすことができると考える。なぜなら、事案解明義務説を否定したとしても、提訴前の証拠収集段階においても、実体法上の情報請求権に基づかず、相手方の義務を構成し、当事者間の公平を図る姿勢は参考にすべきであると考えられるからである。また、現行民事訴訟法には、提訴前の段階を含め、当事者の証拠収集手段を拡充するという目的のもとで、一連の改正を経て様々な当事者の証拠収集手続が設けられており、これらの手続の義務性を基礎づけるものとして、包括的な事案解明義務を観念する考え方が、提訴前であっても、一定の場合には当事者を規律しうるとする点では示唆を含むものであると解される。ただし、前述の通り、この説には疑問点も多いため全面的に採用することはできない。

では、松本説が主張するように、証明責任を負わない当事者に事実主張および証拠提出段階における義務を課すことのみで、現代型訴訟などの当事者間の解明力に格差がある場合の調整が十分であろうか。結論としては、この調整のみでは不十分であると考えられる。つまり、当事者間の公平を図るべき領域は、事実の主張および証拠提出段階のみで十分か、という疑問が生じるのである。証明責任を負わない当事者の具体的陳述Ⅱ証拠提出義務説は、事実主張および証拠提出の段階における当事者間の手持ちの情報・証拠の格差による不公平は是正しなくても、提訴前の手続におい

て、相手方が協力すべき義務については、そもそも問題の対象としていない⁽⁵⁶⁾。したがって、本小稿では、以下において、提訴前の証拠収集段階で当事者間の公平をいかにして図るかということについて考察を行いたい。もつとも、提訴前の証拠収集段階では、仮に相手方の協力義務により当事者間の公平を目指すとしても、訴訟法律関係が形成されていない提訴前の段階においては、強い義務を課することはできず、むしろ情報や証拠の所持者の利益の保護にも注意しなければならないことは言うまでもない。

2 提訴前の証拠収集段階における事案の解明のための協力義務

証明責任を負わない相手方に協力義務を課すにあたって、それを訴訟手続のどの段階で課しうるかが問題となる。この点について、採りうる立場としては以下の三つが考えられる。

第一に、包括的な事案解明義務を観念し、提訴前の証拠収集の段階、事実の主張段階、および立証の段階において、事案解明義務に基づく協力義務を相手方が負うとする立場である。第二に、当事者間の公平を図る調整を事実の主張および証拠の提出段階に限定する立場である。第三は、包括的な事案解明義務は観念しないが、一定の場合には、事実主張・証拠提出の段階のほかに、提訴前の証拠収集段階においても、個別的に相手方に何らかの協力義務を課しうるとする立場である。第二、第三の立場については、さらに立証の段階での個別の調整の必要性を検討すべきことになるが、本稿では、提訴前の証拠収集の段階における調整を検討の対象とする。

結論からいえば、本小稿では、第三の立場、すなわち提訴前の手続においても情報や証拠が一方の当事者に偏在しており、他方当事者のこれらへのアクセスが困難な事例では、相手方（＝情報・証拠を有する当事者）に提訴前の証拠収集に協力する義務がある、という立場をとりたい。とりわけ、提訴予告通知を前提として行われる提訴前の照会

および証拠収集処分等において、相手方に応じるべき義務があると解する。ただし、この義務は事案解明義務が提訴前に発現したのではなく、武器対等の原則を根拠とし、当事者間に情報・証拠の面で不公平が存する事例において、これを個別に調整するための手法として生じる義務であり、提訴後における当事者の不公平を調整する原理と結びつくものと考えられる。

このような考えに対しては、提訴前の段階は実体法の領域であり、訴訟法が規律する必要性はないとの指摘がある⁽⁵⁸⁾。しかし、提訴を考える当事者とすれば、相手方の手元にある情報・証拠へ接することを第一に望むはずである。具体的には、原告が主張を形成するうえで、いかなる事実を主張すべきか、またそのためにいかなる証拠が必要なのか、情報・証拠へのアクセスが図られることでより明確になり、合理的な訴訟追行が期待できるのである。また、副次的効果ではあるが、訴訟を提起するか否かの判断や早い時点での和解の促進にも役立つ⁽⁵⁹⁾。このように、情報・証拠へのアクセスが後の訴訟追行にも重要な意味を持つてくるのである⁽⁶⁰⁾。提訴予告通知により、訴訟を行う蓋然性がある程度高まった段階において、情報・証拠の偏在が著しい事件では、相手方の協力義務が必要不可欠だからである。仮に、事実主張および証拠提出の段階で相手方当事者に義務を課すことで足りるとしたうえで、解明力に乏しい当事者は概括的な主張が許されるとしても、右の第一段階における情報・証拠へのアクセスの必要性はやはり残る。というのも、事実主張および証拠提出段階において、証明責任を負わない当事者に具体的事実陳述および証拠提出義務を課すだけでは治癒できない要請が現代型訴訟を中心とした証拠の偏在事件にはなおあるからである。

したがって、提訴前の証拠収集段階においても、個別の当事者の行為規範を設けることによつて当事者間の不公平を是正する試みが必要である。この提訴前の証拠収集段階で相手方の協力義務を考える場合に、以下の点を検討しなければならぬ。第一に提訴を強制されていない提訴前の段階において相手方が義務を履行したか否かの判断をどの

時点で行うのか、という点、第二に、訴訟法律関係が形成されていない時点において、義務違反に対していかなる効果が生じるのかという点である。

そこで、第一の点については、提訴後の事実主張・証拠提出の段階で、遡及的に提訴前手続において義務を負う当事者の義務違反の有無を判断すれば足りると考える。提訴前の手続では裁判所の関与は見込めないため、当然のことながら、義務違反の有無を判断する機会がないからである。また、第二の点については、提訴前の手続における相手方の義務を、提訴後の具体的陳述義務と関連させて解すべきであると考え。この考え方は、①提訴をするに当たり必要な情報・証拠を一方の当事者が有しておらず、事象経過の外にあり、②事実を自ら説明する可能性を有していないが、③相手方は難なく必要な説明を行うことができ、④具体的事件の事情から見て、説明を相手方に期待しえた場合という要件⁶¹に加えて、⑤提訴前の手続を利用している場合には、この手続における説明が期待されたにもかかわらず、説明に協力しなかったこと、という要件を充たした場合には証明責任を負わない当事者に一定の協力義務を課すことができる。

相手方がこれに応じなかった場合でも、相手方がこの手続に応じていれば主張の具体化が可能であったと解しうる場合には、具体的事実陳述および証拠提出義務を提訴後に相手方に課することができる。他方、提訴前の手続を一方当事者が申し立て、これに相手方が応じた場合には、提訴前の段階における事実関係および証拠への当事者のアクセスが図られる。これによって、提訴後の事実主張・証拠提出段階においては、①⑤の要件が充たされないことになる。したがって、通常の事件と同様、証明責任を負う当事者に、主張具体化の原則が適用されることとなる。すなわち、相手方は、提訴前の段階で応じていれば、提訴後の手続において事実主張および証拠提出の義務を回避できる蓋然性が高くなる。このように、提訴後の事実主張および証拠提出の義務と提訴前の手続における協力義務を結びつけるこ

とで、提訴前の義務違反に対して、場合によっては、提訴後に具体的事実陳述義務を課されることとなるため、この義務に違反すれば、相手方の主張がそのまま判決の基礎とされるといふ重い効果が生じることとなる。したがって、事実主張および証拠提出義務を提訴後に課されることと比較して、提訴前の証拠収集に応じる方が実質的な負担と危険が少なくすむため、提訴前段階で相手方の協力を動機づけることができる。

また、当事者間の事実関係等の解明力に差があったとしても、提訴前の手続を申し立てない場合も理論的にはありうる。この場合には、提訴後の手続において、具体的事実陳述・証拠提出義務を課すことで救済すれば足りるだろう。

もつとも、提訴前の証拠収集手続は、情報・証拠が一方当事者に偏在している事件以外においても利用することがありうる。この場合には、仮に提訴前の手続を申し立てて、相手方の応答がなかったとしても、提訴後における相手方当事者の事実主張・証拠提出義務とは結びつかない。これは、当事者間に情報・証拠の格差があまりない場合には、当然前述の①～④の要件が充たされないからである。そうすると、提訴前手続において、これに応じなかった当事者に関して、提訴後に具体的事実陳述および証拠提出義務を課される者と課されない者が生じることになる。これは、同一の手続において違いが生じることになる。しかし、提訴前の段階における相手方の協力義務は、当事者間の解明力に著しい格差がある場合に、この是正を目的とするものであるので、事例によって違いが生じるとしても問題ないと考える。上記の要件に当てはまるほどには当事者間の解明力に差がない場合には、仮に提訴前の手続に相手方が応じなかったとしても、文書提出命令などの他の手続によって情報・証拠へのアクセスを図ることで足りる。本稿の主張は、具体的事実陳述義務と結びつけることで提訴前の手続における実効性を確保しようとする間接的なものではない。しかしながら、提訴前という訴訟法律関係の形成前であり、裁判所の関与もない時点で、当事者の義務違反に対して直接的な不利益を課すことは困難である。このように解したとしても一定の事件においては、当事者の協

力を期待できるため、間接的な効果で十分であると考えられる。なお間接的な効果として、さらに費用の賠償を求めることも考えられよう。⁽⁶²⁾ また、立法論としては義務違反者に対して費用の転嫁を行うことも考えられる。

3 相手方の協力義務の根拠

前述のように、民事訴訟における当事者の行為規範として、提訴前の手続における証拠収集手続に協力する義務と事実主張および証拠提出段階において具体的事実陳述ないし証拠提出を行う義務がそれぞれ相手方に生じる。これらは、証明責任に依拠したのでは、当事者間の公平を図ることができず、また一方当事者の証拠等へのアクセスが遮断されている状況を提訴前の証拠収集段階、事実の主張および証拠提出段階において個別の領域で調整するための方策である。もっとも訴訟資料の収集と提出を当事者の責任と権能としている民事訴訟法において、右のような調整を図るためには、いかなる根拠で相手方がこれに応じなければならぬのかを明らかにする必要がある。

二において述べたとおり、事案説明義務説のなかには、憲法を根拠とするもの、当事者間の武器対等の原則を根拠とするものなどがある。他方、事実主張および証拠提出義務を証明責任を負わない当事者に認める松本説は、信義則を根拠としている。松本説は、訴訟法律関係内部の規律のひとつとして、証明責任を負わない当事者の義務を観念しているため、信義則という根拠にもなじみやすく、現在のところ、もっとも賛同を得ているように思われる。⁽⁶³⁾ 提訴前の手続でも、提訴前の照会などにおいては、信義則を根拠として相手方の義務を導き出す見解もある。⁽⁶⁴⁾ しかしながら、提訴前の手続は訴訟法律関係がいまだ形成されていないため、義務違反に対して強力な制裁を課すことにはなじまない。したがって、根拠を信義則に求めることは、事実主張および証拠提出義務と提訴前の手続における相手方の義務とを同一の根拠で規律できるという点で魅力的であるものの、提訴前の強力なサンクションが望めない時期の相手方

の義務を根拠付けることは困難である。よって本小稿は、武器対等の原則を根拠とすべきと考える。そのうえで、証拠等の偏在が顕著で、かつ一方の当事者のアクセスが遮断されている事例においては、当事者間の不公平を調整し実質的平等を図るため、提訴前の証拠収集の段階においても相手方が協力する義務があると考えられる。

また、ドイツにおいて一般的事案解明義務説は、真実発見と結びつけられて論じられている。⁽⁶⁵⁾ わが国の民事訴訟における証拠収集方法が拡充されるなかでも、真実発見についての捉え方、意義に変化があったとする見解が存在する。⁽⁶⁶⁾ しかし、通常の民事訴訟の大原則である弁論主義は、当事者の真実の発見を追求する構成をとってはいいない。また、提訴前の証拠収集段階においても、真実発見を根拠にすることは当事者間の公平を図るといふ本稿の目的に逆行することとなる危険もある。⁽⁶⁷⁾ このため、相手方が応じるべき義務の根拠を真実発見に求めることはできない。

本小稿は、証明責任法理にのみ依拠することで生じる当事者間の不平等を調整し、証明責任を負う当事者の事案解明が困難な場合に、相手方に義務を課すことで実質的な平等を図るべきであるとの立場にある。このため、提訴前の証拠収集段階においても相手方の義務を強化することで、当事者間の武器対等がいつそう基礎づけられると考える。また、このように当事者間の武器対等の原則を根拠とすることで、証明責任に依拠した場合の不合理を調整する効果を当事者間で生じるものと位置づけることができる。これは、提訴前の手続が、原則として裁判所の関与の少ないなかで、両当事者が主体的に情報・証拠を収集するという構造になっていることとも合致すると思われる。⁽⁶⁸⁾

五 おわりに

本小稿では、情報や証拠の偏在が顕著で、かつ一方の当事者が事実関係から隔絶されていて、他方の当事者はこの

解明が容易である場合に、情報や証拠を有する者が協力すべき義務がどこからはじまるのか、という問題について考察を行ってきた。具体的には、提訴前の証拠収集段階（提訴前の照会・証拠収集の処分）において、相手方が応じるべき義務があるのか、あるとすればそれはいかなる根拠に基づくのか、という点について検討を行った。

証拠の偏在があり、かつ当事者の一方が事実関係等から隔絶されていることによる当事者間の不平等は、事案解明義務論によって調整を図ろうとする説があつた。この説によれば、提訴前の証拠収集段階にも事案解明義務が発現するため、提訴前の証拠収集段階における調整を事案解明義務によって理由づけることとなる。しかし、この説には、要件が不明瞭であるほか、提訴前の証拠収集段階は訴訟法律関係の形成前であることなどから、義務違反の効果をはじめ多くの疑問があつた。そこで、本小稿は、事案解明義務が提訴前の証拠収集段階に発現するという見解を全面的には採用できないと主張した。

ただ、提訴前の証拠収集段階においても、当事者間の事実および事案の解明力の格差を調整する必要性は否定できない。そこで、提訴前の証拠収集段階においても、情報や証拠を有する相手方に協力する義務が生じるか、という問題について考察を行った。

そして、事実主張および証拠提出段階において証明責任を負わない当事者に具体的事実陳述Ⅱ証拠提出義務を負わせるとする調整原理と結びつけて、提訴前の証拠収集段階で情報・証拠を有する相手方の協力義務を根拠づけた。

また、提訴前の証拠収集段階については、平成一五年の民事訴訟法改正により設けられた提訴前の照会や証拠収集処分等における相手方の義務について、議論があるところであつた。そのため上記のように、提訴後の具体的事実陳述Ⅱ証拠提出義務と結びつけるかたちで、実質的な義務の強化と実効性の確保を図ることは、現在利用が芳しくない同手続の利用を促す意味でも有用であると考ええる。

ただ、事案解明義務説によれば、事案解明義務は、提訴前の証拠収集のレベル、事実主張のレベル、および証拠提出あるいは証明のレベルにおいて発現するとされている。そのため、一般的事案解明義務説を否定したとしても、本来、個別の領域において、事実関係および事案の解明について当事者間に著しい不平等がある場合の調整については、証明において何らかの調整が必要か否か、という問題が本稿ではいまだ残ったままである。⁽⁶⁹⁾この点についての考察は、今後の課題としたい。

- (1) 以後の「証明責任」の用語は、特に断りがない場合は、客観的証明責任を指すものとする。
- (2) 石川明「証拠に関する当事者権」新堂幸司ほか編『講座民事訴訟法五』（弘文堂、一九八三年）七頁以下、上田徹一郎「当事者平等原則の展開」（有斐閣、一九九七年）四九頁、春日偉知郎「証拠の蒐集および提出過程における当事者行為の規律」民事訴訟雑誌二八卷（一九八二年）六〇頁以下、小林秀之「民事訴訟における訴訟資料・証拠資料の収集（二）」法学協会雑誌九七卷八号一一七五頁、高田昌宏「主張・立証の方法」法学教室二二二号（一九九九年）三一頁など。
- (3) Rolf Stürmer, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976, 404S.
- (4) 日本における一般的事案解明義務説は、春日偉知郎教授の提唱にかかる。春日偉知郎「民事証拠法研究」（有斐閣、一九九一年）二二三―二九二頁。また、同「第三者異議訴訟における事案解明―ドイツ法における訴え提起前の情報提供義務に即して―」竹下守夫先生古稀記念『権利実現過程の基本構造』（有斐閣、二〇〇二年）は、事案解明義務の考え方が提訴前にも適用可能であり、これは第三者異議の訴えで具体化されているとする。
- (5) 小林秀之『新証拠法（第二版）』（弘文堂、二〇〇三年）。
- (6) 高田・前掲注（2）三三頁、畑瑞穂「模索的証明・事案解明義務論」鈴木正裕先生古稀記念『民事訴訟法の史的展開』（有斐閣、二〇〇三年）六三三頁。
- (7) 松本博之「民事訴訟における証明責任を負わない当事者の具体的事実陳述Ⅱ証拠提出義務について」法曹時報四九卷七号（一九八八年）一六一―頁以下、同「民事証拠法の領域における武器対等の原則」松本博之ほか編『講座新民事訴訟法Ⅱ』（弘文堂、二〇〇〇年）一八頁以下。

- (8) 渡辺武文「証拠に関する当事者行為の規律」新堂幸司ほか編『講座民事訴訟法五』（弘文堂、一九八三年）一五九頁以下は、構造的な証拠偏在が見られる場合に加えて、証明妨害等の人為的に証明窮状が惹起された場合も含めて、証明責任の画一的分配から生じるゆがみの是正が必要であるとする。このほか、新堂幸司『新民事訴訟法（第三版補正版）』（弘文堂、二〇〇六年）四〇九頁、中野貞一郎『民事手続の現在問題』一三二頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）』（有斐閣、二〇〇六年）五一〇頁。
- (9) 伊東俊明「ドイツ法における宣誓要求制度の意義と機能（一）（二）（三・完）」商学討究五一巻二・三号一八五頁以下、五一巻四号三二七頁以下、五二巻一号二一五頁以下は、ドイツ民事訴訟法における宣誓要求制度の詳細な分析を通して、ドイツにおける事案解明義務に関する議論の背景には、CPO立法担当者の「主張事実に関する情報への近接性が認められる証明責任を負わない当事者が、情報を収集・開示しないことにより、証明責任を負う当事者に対して不利益を与えてはならない」との考え方が、若干変容しながらも、近時のドイツの事案解明義務論に受け継がれていると分析している。そして、これに対して「わが国の平成八年改正前の旧民事訴訟法のもとでは、証明責任を負わない当事者は、相手方の本証が成功しそうにならない限り、事案解明に自発的に協力しなくても良いというのが一般的な理解であった。」としている。
- (10) 伊東・前掲注（9）（三・完）商学討究五二巻一号二三五頁。
- (11) 春日偉知郎「独立証拠調べ」について」NBL七四〇号（二〇〇二年）三三頁以下、同「ドイツ民事訴訟法における『証拠保全手続』の改正によせて」NBL四七四号（一九九一年）一一頁。「同『証拠法論集』（有斐閣、一九九五年）一一頁所収」。
- (12) 笠井正俊「ディスクバリと当事者・裁判官の役割」民事訴訟雑誌四八号（二〇〇二年）二二六頁。
- (13) 小野瀬厚ほか「民事訴訟法等の一部を改正する法律の概要（二）」NBL七六九号（二〇〇三年）四八頁、同ほか編『一問一答平成一五年改正民事訴訟法』（商事法務、二〇〇四年）三八頁。
- (14) 高橋宏志ほか「座談会民事訴訟法改正一〇年、そして新たな時代へ」ジュリスト一三二七号（二〇〇六年）二六頁では、平成八年の改正以降当事者の間でも証明責任の分配にこだわらない証拠収集が行われるケースが増え、「訴訟の雰囲気がいぶ変わってきている」（秋山発言）との指摘がある。
- (15) たとえば、渡辺・前掲注（8）一五九頁、新堂・前掲注（8）四〇一頁、松本・前掲注（7）一六二頁。また高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）』（有斐閣、二〇〇六年）五一〇頁参照。
- (16) 三木浩一「日本の民事訴訟における裁判官および弁護士役割と非制裁型スキーム」（国際シンポジウム）「現代の民事訴訟における裁判官および弁護士の多重的な役割とその相互関係」民事訴訟雑誌五〇巻（二〇〇四年）九〇頁以下は、「当事者照会の実効

性を理論的にサポートするために、当事者照会制度の背後には、『信義誠実訴訟追行義務』や『事案解明義務』が存在するということを主張する見解なども、有力に唱えられている。しかし、このような不自然なスキームは、訴訟代理人である弁護士を、リーガルプロフェッションとしての義務と依頼者の利益を擁護する代理人としての義務の衝突という困難な問題にさらすことになる。」として、これらの非制裁型スキームの多くには、立法論としては制裁が必要であると指摘している。ただし、提訴前の証拠収集手続にも制裁が必要か否かという点については言及されていない。

- (17) 高橋ほか「座談会」・前掲注(14)二八頁〔秋山発言〕参照。
- (18) Stürner, a. a. O. (前掲注(3))。
- (19) シュトルナーによる一般的事案解明義務説については、廣尾勝彰「訴訟資料の収集に関する当事者の役割(一)」九大法学五二号(一九八六年)一五一頁、佐上善和「Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses」民事訴訟雑誌二四卷(一九七八年)二三八―二五四頁における紹介のほか、松本幸一「真実発見をめぐる裁判官と当事者の権利の交錯」民事訴訟雑誌三九卷(一九九三年)一九四頁など多数の紹介がある。
- (20) Stürner, a. a. O. (前掲注(3)), S. 106ff., 112ff., 春日・前掲注(4)『民事証拠法研究』二四四頁。
- (21) Stürner, a. a. O. (前掲注(3)), S. 234ff.
- (22) Stürner, a. a. O. (前掲注(3)), S. 152ff.
- (23) Astrid Stadler, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und US-amerikanischen Zivilprozess und im Rechtshilfeverfahren, 1989, S. 82. しかし、この見解は、アメリカのディスカバリーを念頭においていることに注意する必要がある。シュトララーの見解に対しては、Peter Gottwald, Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts?, in: Verhandlungen des Einundsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. I, 196ff. が、アメリカのディスカバリーを参考とした広範な解明義務を批判している。
- (24) Stürner, a. a. O. (前掲注(3)), S. 29ff.; ders., Parteipflichten bei der Sachaufklärung im Zivilprozess, ZZP 1998, S. 237. なお、この訳として、ロルフ・シュトルナー(森勇訳)「民事訴訟における事案解明に当たっての当事者の義務」民事訴訟雑誌三二卷一一五頁(一九九六年)がある。
- (25) Stürner, a. a. O. (前掲注(3)), S. 92ff.
- (26) Stürner, a. a. O. (前掲注(3)), S. 152ff.

- (27) Stürmer, a. a. O. (前掲注 (3)), S. 161ff, 278ff.
- (28) Stürmer, a. a. O. (前掲注 (3)), S. 152ff.
- (29) Vgl. BT-Drucks. 11/3621, S. 7, 22f.
- (30) Peter Schlosser, Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne, JZ1991, S. 599ff. は、近年の事案解明義務をめぐる進歩がこの導入のみであることを指摘している。このことから、シュロッサーは、独立証拠調べ手続において相手方の応ずべき義務も事案解明義務の発現と捉えていると解される。
- (31) 独立証拠調べ手続は、司法簡素化法 (Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz) により、証拠の保全目的を越えて、係属する訴訟外における証拠調べの可能性を拡大するために、従来の証拠保全手続に代わってあらたに設けられた手続である。具体的には、訴訟がいまだ係属していない状態でも、当事者の一方が一定の法的利益を有するときは、鑑定人による書面の鑑定を申し立てることができるものとした。なお、この法的利益は規定において定められた事項を確定することが訴訟の回避に役立つことが可能ときに認められるとされる。独立証拠調べ手続に関する規定については、Baumbach / Lauterbach / Albers / Hartmann, Zivilprozessordnung 65. Aufl., 2007, 1610ff.; Musielak, ZPO 5. Aufl., 2007, S. 1243ff.
- (32) 独立証拠調べ手続は、当事者間で事実問題のみが争点である場合 (Punkensachen) における利用が合目的であると考えられている。特に、医療訴訟、建築関係訴訟、交通事故の基づく責任訴訟などでは、鑑定によって事実関係の確定に資するとされている。独立証拠調べ手続については、春日・前掲注 (11) 『民事証拠法論集』一一一頁。
- (33) Stürmer, a. a. O. (前掲注 (3)), S. 279ff.
- (34) 春日・前掲注 (4) 『民事証拠法研究』一二三頁、同「民事裁判における事案解明 (論)」司法研修所論集九五号三九頁。
- (35) 春日・前掲注 (4) 『民事証拠法研究』一五六頁。
- (36) 平成一五年法律第一〇八号。改正については、小野瀬厚・前掲注 (13) のうち、同手続については、二八一四七頁参照。また、同「民事訴訟法等の一部を改正する法律の概要 (一) (二) (三・完)」NBL 七六八号一四頁、七六九号四八頁、七七二号六一頁。
- (37) 「司法制度改革審議会意見書」ジュリスト二二〇八号 (二〇〇一年) 一八五頁参照。
- (38) 竹下守夫「伊方原発訴訟最高裁判決と事案解明義務」木川統一郎先生古稀記念『民事裁判の充実と促進 (中)』(判例タイムズ社、一九九四年) 一頁。安井英俊「事案解明義務の法的根拠とその適用範囲」同志社法学五八巻七号 (二〇〇七年) 五〇五頁。
- (39) Stürmer, a. a. O. (前掲注 (3)), S. 106ff.

- (40) Stürner, a. a. O. (前掲注 (3)), S. 123. ドイツにおける主張段階における当事者の義務についての議論のなかで、シュトルナーの主張する「手がかり」をめぐる議論に関しては、畑瑞穂「民事訴訟における主張過程の規律（二）」法学協会雑誌一一四巻一号一一四頁以下に詳しい。
- (41) 春日・前掲注 (4) 『民事証拠法研究』一一五〇頁。
- (42) 最判一小平成四年一〇月二九日（民集四六巻七号一一七四頁）。
- (43) 東北電力女川原発訴訟（仙台地判平成六年一月三一日判例時報一四八二号三頁）六ヶ所村ウラン濃縮工場訴訟（青森地判平成一年三月一五日判例タイムズ一一〇二号七九頁）などでは、「手がかり」の提示を特に求めたとは読み取ることができない。ただし、評釈のなかには、同判決が「手がかり」の提示を求めた事例と解するものもあり「手がかり」という要件があいまいであることもあり、評価の分かれるところであろう。
- (44) 竹下守夫・前掲注 (38) は、伊方原発訴訟において、証明責任を負う当事者の主張についての手がかりの提示が求められていないことについて、「一般的にこの手がかりの提供は、当然に要求する趣旨」であるとし、とくにこの要件を明示していないのは、原子炉という最高度の危険性を伴う施設が問題とされている点を考慮すれば、原告側は合理的疑いを基礎づける程度の手がかりは十分提出していたためであると肯定的に解している。
- (45) 松本・前掲注 (7) 一六一一頁。
- (46) 松本・前掲注 (7) 一六四三頁。
- (47) BGH, Urteil vom 11. 6. 1990, ZZP104, 1991, S. 203ff.; NJW1990, S. 3151. なお、ドイツの具体的事実陳述Ⅱ証拠提出義務については、ペーター・アーレンス（松本博之・吉野正三郎訳）『ドイツ民事訴訟の理論と実務』（信山社、一九九一年）三―三五頁参照。
- (48) 高田・前掲注 (2) 二三三頁。
- (49) 高田・前掲注 (2) 二三三頁、畑・前掲注 (6) 六二三頁。
- (50) 伊藤眞ほか『民事訴訟法の論争』（有斐閣、二〇〇七年）一二四頁以下。また高橋・前掲注 (15) 五一〇頁。
- (51) 伊藤眞ほか・前掲注 (50) 一二四頁〔山本発言〕参照。
- (52) BGH, Urteil vom 11. 6. 1990, a. a. O. (前掲注 (47)), S. 203ff.
- (53) Stein / Jonas / Leibold, ZPO, 22. Aufl., (2002) § 138 S. 26ff.
- (54) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）補訂版』（有斐閣、二〇〇六年）一九四―一九五頁では、提訴前の証拠保全には、相手方

が証拠保全の段階で提出を拒絶した場合に真実擬制が不可能ではないが、これになじまない場合が多いと予想されるため、結果的に証拠保全手続に従わなくとも制裁はないということになる、と述べている。

(55) この点については、提訴予告通知によって、当事者間に訴訟法律関係に準じた準訴訟法律関係が形成されるとする考え方がある。

(56) 松本博之「上野泰男『民事訴訟法(第四版補正版)』(弘文堂、二〇〇七年)、一八一―一八二頁は、提訴予告通知を前提とした提訴前の照会について、相手方が法律上の回答義務を負うか否かにつき、「訴え提起があった場合の主張・立証の準備に『必要なことが明らか』事項であると判断できるように提訴予告通知書面が記載されている必要があるが、その判断は事案の具体的事情に左右されるため予告通知者と被告予告通知者とで異なることがあるうえ、要件の具備の有無を裁判所は事前にも事後にも審査しないし、訴え提起後の当事者紹介と同様、不当な回答拒否に対する制裁や、濫用的な照会に対する救済も予定されていない」ことから、相手方の回答義務を希薄であるとする。そのうえで、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あるとしている。

(57) 実体法上の契約関係を前提として情報提供義務を認める考え方もある。この考え方に立てば、実体法によっても当事者間の情報の格差がある程度是正することが可能となろう。しかし、先に見てきた伊方原発訴訟のように、契約締結を前提としない当事者間には、この考え方は妥当しないという問題がある。さらに、実体法上の情報提供義務の存在から訴訟法の協力義務を導き出すことについては、さらに検討が必要であると考ええる。また、佐上善和ほか「主張責任の意義と機能」法学セミナー三二八号(一九八二年)一〇五頁(佐上善和)は、事案解明義務を当事者相互の関係で理解すべきものとし、当事者間の実体法上の取引・交渉ルールから導かれる説明・報告義務が事案解明義務の背後にあるとする。

(58) 実体法上の情報請求権の発達は、この考え方を後方から支えるものとなりうる。また、従来から議論のあった証拠保全の開示的運用についても、実体法上の情報請求権を基礎とした見解が主張されていたことも、提訴前の証拠収集の問題を実体法の領域として捉え、これによって解決しようとする考え方を示すものであるといえよう。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」同『民事訴訟法学の展開』(有斐閣、二〇〇〇年)このような考え方に対して、春日・前掲注(4)三八頁は、ドイツの議論を参照するなかで、一般的的事案解明義務を否定する立場が依拠してきた、提訴前の段階を実体法の領域とする考え方は、変容を余儀なくされていると指摘している。

(59) 福田剛久ほか「座談会医療訴訟と専門情報」『医療訴訟と専門情報』(判例タイムズ社、二〇〇四年)四六頁(前田発言)、伊藤

- 眞「開示手続の理念と意義（上）（下）」判例タイムズ四三卷一八号六頁、一九号一一頁（一九九二年）参照。
- (60) 高橋ほか「座談会」前掲注（14）二八頁〔福田発言〕。
- (61) 松本・前掲注（7）一六一八頁。
- (62) いわゆる弁護士会照会・調査嘱託に対する報告義務と不法行為責任に関する事例（大阪地判平成一八年二月二二日〔控訴審は大阪高判平成一九年一月三〇日判時一九六二号七八頁〕）では、一般論として、調査の嘱託に相手方が応じなかったことによる損害について不法行為に基づく損害賠償責任を負うこともあると判示した。第三者の下にある情報・証拠へのアクセスや収集の問題は、別に考察する必要があると考えるが、当事者間における協力義務の違反についても、費用等の賠償等は認められる余地があるだろう。この点については、春日・前掲注（4）七六頁も参照。
- (63) 伊藤・前掲注（50）一二四頁〔伊藤発言〕参照。また、高田・前掲注（2）三三頁。
- (64) 新堂・前掲注（8）五三〇頁は、信義誠実義務と照会権が生じるとして提訴前の照会に義務性があることを根拠づけている。
- (65) Stürner, a. a. O. (前掲注 (3)), S. 29f.
- (66) 福田剛久ほか『民事訴訟の過去・現在・未来』（有斐閣・二〇〇五年）一五、六一頁〔山本発言〕参照。
- (67) 松本・前掲注（7）『講座新民事訴訟法Ⅱ』二頁以下。
- (68) なお、（提訴後の）当事者照会において、照会を求めた当事者が質問を発する地位を認められる根拠は何か、という問題意識に即して、井上治典「当事者照会制度の本質とその活用」竹下守夫ほか編『講座新民事訴訟法Ⅰ』（弘文堂、一九九九年）二六七頁以下は、武器対等の原則、実体的真実発見、訴訟協働主義をそれぞれ否定している。そのうえで、（提訴後の）当事者照会については、紛争の具体的局面で一方が相手方に質してその対応を求めるといふ、それ自体平凡で当たり前の紛争当事者間のコミュニケーションの発現の一態様であると位置づけている。
- (69) 加藤新太郎「証明度軽減の法理」木川統一郎先生古稀・前掲注（38）（中）一一〇頁。
- 〔付記〕 本小稿は、科学研究費（若手研究・スタートアップ〔課題番号830046〕）による成果である。