

代表訴訟と文書提出命令制度・覚書

川 嶋 四 郎

目次

- 一 はじめに
- 二 判例
 - 1 事案の概要
 - 2 決定要旨
- 三 検討
 - 1 意義と構造
 - 2 学説
 - 3 私見
- 四 おわりに

一 はじめに

証拠収集手続の拡充は、日本における民事訴訟の利用者にとっても、また、民事訴訟法システムにとっても、悲願のひとつであり、かねてから文書提出義務の一般義務化に対する市民の期待は、相当に大きかった。

現行民事訴訟法における数多くの論点の中で、文書提出命令に関するものほど多数の最高裁判例（最高裁決定例）を生み出している領域はない。それは、文書自体に多様性が存在するゆえに一般的な規範定立の面で困難性が伴うだけではなく、一般義務化したとはいいながら複雑な条文の構造と多数の除外事由を有する規範のありようを如実に反映しているとも考えられる。また、それは、現在、法的救済の場である民事訴訟の現場で証拠の収集問題がクローズアップされる中で、民事訴訟の当事者がいかに書証の入手を欲しているかを物語っており、しかも、事件類型によっては、当事者による証拠へのアクセスが困難性を来していることの表われのようにも思われる。さらに、民事訴訟法における証拠裁判主義の下で、争点中心型の集中証拠調べによる人証調べの意義が旧法下よりも格段に増したと考えられるにもかかわらず、裁判官の心証形成に際して、事件によっては旧法下と同様に書証の価値に比較的大きなウエイトが置かれ続けている実情も、窺うことができる。

もとより、現行民事訴訟法における文書提出義務の一般義務化は、争点および証拠の整理手続の充実を下支える目的を達成するためだけではなく、証拠が構造的に偏在する事件における当事者間の武器対等化を実現するためにも実定法化されたことが、すでに立案担当者¹⁾によって指摘されている。

ただし、かつて別稿で指摘したように、そのような文書提出義務の一般義務化の背景には、立案担当者の明示的な意図を超えて、憲法規範の手続上の具体化の要請が存在するのではないかと考えられる。

つまり、私は、これまで、民事手続過程の全体を民事救済過程と位置づけ、「個別具体的な事件の文脈における最適救済の形成」のあり方について研究を行ってきたが、このような基本的な視座の下で、現行民事訴訟法における文書提出義務の一般義務化については、憲法上の「知る権利」(憲法二二条)の手続法上の具体化を企図し、「裁判を受ける権利」(同三二条)を実効化する民事訴訟法上の手段として理解できることを、論じてきた。³⁾それは、「民事訴訟法は適用された憲法である」と言われて久しいにもかかわらず、現在必ずしもその趣旨が、具体的な民事訴訟法規の解釈の文脈で生かされていないかと思われるからである。

このような基本的な考察の視角から、本稿では、「代表訴訟と文書提出命令制度」について、若干の考察を加えていきたい。

本稿では、この問題を考える糸口として、最高裁平成二二年〔二〇〇〇年〕二月一四日第一小法廷決定(以下、「本件最高裁決定」または「本決定」と呼ぶ⁴⁾)を取り上げたい。本件最高裁決定は、金融機関の貸出稟議書の提出義務の存否に関して規範的な一般的指針を提示した、最高裁判所平成二一年〔一九九九年〕一月二二日第二小法廷決定(以下、「最高裁平成二一年決定」と呼ぶ⁵⁾)を代表訴訟(責任追及の訴え。信用金庫の理事の責任を追及する会員代表訴訟)の事案にそのまま適用し、この種の事件類型における「特段の事情」を明らかにし、結論的には、代表訴訟における貸出稟議書の提出義務をほぼ完全に否定した点に、顕著な特徴が見られる。本決定の射程を考える際には、後述のように、一定の慎重な考慮が必要であるが、しかし、本決定の最大の特徴は、このように、文書の所持者(被担当者)と挙証者(文書提出命令の申立人。法定訴訟担当者)との間の「文書の利用関係」に着目して、提出義務の成否を判断し結論を導いた点にあると考えられる。しかも、この判示の中に、自己専用文書の該当性の判断を通じて、「解釈上の一般義務から限定義務への部分的回帰の予兆」さえ、感じられるのである。

かつて、私は、本決定について簡潔な批評を行う機会を得たが、紙幅の関係から必ずしも十分に議論を展開することができなかった。そこで、今回改めて本決定を批判的に考察し、「民事訴訟における開示の価値」^⑧を実現するための議論展開を期したい。

二 判例

1 事案の概要

本件の本件事件は、X（本件文書提出命令の申立人、相手方）が、Y信用金庫（本件の相手方、抗告人）の理事であった者ら（訴外Aら）に対して、理事としての善管注意義務または忠実義務に違反し、十分な担保を徴求することなく別紙融資目録（略。以下同じ。）記載の各融資（以下、単に「本件各融資」という。）を行い、Yに損害を与えたと主張して、信用金庫法（以下、単に「法」という。）三九条（当時。以下、信用金庫法および商法の規定につき同じ。現、信用金庫法三九条の四。ここでは、会社法の制定に際して、「役員等の責任追及の訴え」と改正されている。）において準用する商法二六七条（当時。現、会社法八四七条）に基づき、損害賠償を求めた会員代表訴訟（責任追及の訴え）である。

また、本件文書提出命令は、Xが、理事らの善管注意義務違反または忠実義務違反を証明するためであるとして、Yの所持する「別紙文書目録記載の本件各融資に際して作成された一切の稟議書およびこれらに添付された意見書」（以下、一括して「本件各文書」という。）について、文書提出命令を申し立てた事件である。ここで、Yは、本件各文書は民事訴訟法二二〇条三号後段の文書に該当し、また、同条四号ハ（現、二）所定の「専ら文書の所持者の利用に供す

るための文書」(以下、「自己専用文書」と略すことがある。)に当たらない同号の文書に該当すると主張した。

まず、原々審の東京地裁八王子支部平成一〇年(一九九八年)二月一日決定⁹⁾は、本件各文書が民事訴訟法二二〇条三号後段の文書に該当せず、同条四号ハ(現、ニ)所定の自己専用文書に当たるとして、本件申立てを却下した。

Xの抗告を受けた原審の東京高裁平成一一年(一九九九年)九月八日決定¹⁰⁾は、詳細な理由を付して、原々決定を取り消し、本件を原々審に差し戻した。以下、その理由を要約的に示したい。なお、この決定は、民事訴訟法二二〇条一号から三号までの規定についても論じているが、それについては必要な限りで言及することにとどめ、以下では、本稿の考察課題である自己専用文書の該当性に関する部分を中心に、決定理由を紹介したい。ちなみに、この決定は、金融機関の貸出稟議書に関する、前記最高裁平成一一年決定に先立つこと約二カ月前の時点で、出されたものである。

〈信用金庫が所持する稟議書は、本来対外的な利用を予定していないが、事務処理の経過と理事等の責任の所在を明らかにすることがその作成目的に含まれている以上、会員代表訴訟の訴訟資料として使用されることはその属性として内在的に予定されている。また、信用金庫自身が理事の責任追及の訴えを提起するときにはこれを証拠として利用することに特段制約があるとは考えられないので、会員の代表訴訟の提起が正当なものである限り、信用金庫がその訴えを提起した会員に対して稟議書が内部文書である旨を主張することは許されない。

したがって、本件申立てに対しては、本件各文書の訴訟資料としての必要性や重要性を検討して判断すべきである。〉
(一) 内要約。以下同じ。

このように判断した理由として、東京高裁は、おおむね以下のように論じている。

〈まず、民事訴訟法二二〇条の趣旨は、旧法が提出義務を定めていた文書の範囲を拡大するとともに文書の提出義務を一般義務化することにより、裁判所が提出を命じることができる文書の範囲を一層拡大し裁判所の審理および事実解明機能の充実を図ったものである。したがって、民事訴訟法二二〇条一号ないし三号と、現行法で新設された同条四号は、一定の要件の有無にかかわらず文書一般について提出義務を認める規定であり、両者はその性格を異にしている。

また、文書提出命令は、裁判所が民事事件の審理にあたり適正な事実認定をするため必要な文書を証拠として確保する方法として認められたものであるが、証人義務と比較して所持人に与える影響が大きく、他の目的で文書提出命令の申立てがなされる危険性があることや、広く文書提出命令が発付されることになると予め文書提出命令に備えて虚偽の文書を作成することにもなりかねず逆に弊害が生じることも考えられることから、旧法上一定の要件を満たす場合に限定して文書の提出義務を課していたが、四号を新設して提出文書の範囲を拡大した現行法においても、このような基本的制約は変わらない。〉

原審は、基本的に、文書提出義務の一般義務化の下でも、その義務に一定の限界が存在することを指摘する。特に、「裁判所が適正な事実認定をするために必要と認められる文書であればすべてその対象となるというものでなく、民事訴訟法二二〇条の定める要件の下に提出義務が課されるにすぎない」とも付言するのである。

このような基礎的考察を加えた上で、原審は、本件各文書の提出義務の存否について、次のように論じている。
まず、貸出稟議書が「法律関係文書」には当たらないことについて判示する。

〈一般に稟議書は、組織内部の意思決定の過程において、検討された事項とその内容、検討の結果、指示内容等を記

載することにより意思決定の経過を明らかにするとともに意思決定の合理性を担保し、合わせて関与者および責任の所在を明らかにするなどの目的により作成されるものであり、専ら当該組織内部の利用を目的として作成されているものであって、意思決定の過程または意思決定の後において対外的関係で作成される文書とはその作成の趣旨目的を異にしている。このような趣旨で作成されるものである限り、稟議書は専ら当該組織内部の利用を目的として作成された文書であり、法律関係文書には当たらない。

次に、稟議書が「自己専用文書」に該当するか否かについては、次のように論じた。

「このように内部文書とされる稟議書であっても、会社（信用金庫）自身が取締役（理事）の責任を追及する際にはこれを有力な証拠として利用することはあり得るところであり、このような利用について特段制約があるとは考えられない。そして、本件文書提出命令の申立ては、融資を受けた者が金融機関内部の融資決定の経緯を探知する目的で稟議書の提出を求める場合と異なり、会員が信用金庫のために理事の責任を追及する会員代表訴訟においてその立証方法としてされたものである。そうすると、本件文書が民事訴訟法二二〇条各号所定の文書といえるか否かについては、同訴訟の法的性格、同訴訟における原告（会員）と相手方金庫との法的関係、会員の信用金庫に対する監督権等を踏まえて検討、判断する必要がある」（「内原文。以下同じ。」）として、原審は、これらの点について具体的な検討を行った。

その結果、原審は、次のように論じ、本件各文書の提出義務を認めた。

「信用金庫が所持する稟議書は、これが前記趣旨で作成される内部文書であり本来対外的利用を予定していないものであるとしても、事務処理の経過と理事等関与者の責任の所在を明らかにすることがその作成目的に含まれている以上、信用金庫自身が理事の責任を追及する資料として利用すること、および代表訴訟の訴訟資料として使用されることはその属性として内在的に予定されていることができ、また信用金庫自らが理事の責任追及の訴訟を提起するときには稟議書を証拠として利用するのに会員が信用金庫のために会員代表訴訟を提起するときにはその利用を認めないというのは自己矛盾に帰するといわなければならないから、会員の代表訴訟の提起が正当なものである限り、信用金庫が右訴訟を提起した会員に対して稟議書が内部文書である旨主張することは許されず、本件文書中本件訴訟の追行に必要な文書については同条四号により相手方に文書提出義務を認めるべきことが考えられる。」

ただし、会員が自己の個別的利益を目的として会員代表訴訟を提起するなどの被害や、信用金庫の内部資料が訴訟資料とされることにより信用金庫の秘密や情報が漏洩する危険性があり、信用金庫の将来の経営に少なからず支障を来すといった被害や危険性等は、信用金庫法三九条、商法二六七条五項により会員に担保の提供を命じ、あるいは訴訟の追行に必要な資料を厳選することなどの方法により対処すべきである、と付言した。

これに対して、Yは許可抗告を申し立てた。

2 決定要旨——破棄自判

最高裁判所は、原審の判断を是認することができないとして、破棄自判した。その理由は、次のとおりである（一）

内の「法」とは、当時の信用金庫法を指す。

「記録によれば、本件各文書は、原告人が本件各融資を決定する過程で作成した貸出稟議書であることが認められるところ、信用金庫の貸出稟議書は、特段の事情がない限り、民事訴訟法二二〇条四号ハ所定の『専ら文書の所持者の利用に供するための文書』に当たると解すべきであり（最高裁平成一一年（許）第二号同年一月一二日第二小法廷決定・民集五三卷八号一七八七頁参照）、右にいう特段の事情とは、文書提出命令の申立人がその対象である貸出稟議書の利用関係において所持者である信用金庫と同一視することができる立場に立つ場合をいうものと解される。

信用金庫の会員は、理事に対し、定款、会員名簿、総会議事録、理事会議事録、業務報告書、貸借対照表、損益計算書、剰余金処分案、損失処理案、附属明細書及び監査報告書の閲覧又は謄写を求めることができるが（法三二六条四項、三七条九項）、会計の帳簿・書類の閲覧又は謄写を求めることはできないのであり、会員に対する信用金庫の書類の開示範囲は限定されている。そして、信用金庫の会員は、所定の要件を満たし所定の手続を経たときは、会員代表訴訟を提起することができるが（法三九条、商法二六七条）、会員代表訴訟は、会員が会員としての地位に基づいて理事の信用金庫に対する責任を追及することを許容するものにはすぎず、会員として閲覧、謄写することができる書類を信用金庫と同一の立場で利用する地位を付与するものではないから、会員代表訴訟を提起した会員は、信用金庫が所持する文書の利用関係において信用金庫と同一視することができる立場に立つものではない。そうすると、会員代表訴訟において会員から信用金庫の所持する貸出稟議書につき文書提出命令の申立てがされたからといって、特段の事情があるということはできないものと解するのが相当である。

したがって、本件各文書は、『専ら文書の所持者の利用に供するための文書』に当たるといふべきであり、本件各文

書につき、抗告人に対し民事訴訟法二二〇条四号に基づく提出義務を認めることはできない。また、本件各文書が、『専ら文書の所持者の利用に供するための文書』に当たると解される以上、民事訴訟法二二〇条三号後段の文書に該当しないことはいうまでもないところである。」

この最高裁決定には、町田顯裁判官の反対意見がある。

「私も、金融機関の貸出稟議書は、特段の事情がない限り民事訴訟法二二〇条四号ハ所定の『専ら文書の所持者の利用に供するための文書』に当たると解するが、本件における貸出稟議書については、右の特段の事情があり、証拠としての必要性が認められる限り、抗告人は、文書提出義務を負うと解すべきものと考え。その理由は、次のとおりである。

本件の本案事件は、抗告人の会員である相手方が、抗告人の理事であった者らに対し、本件各融資につき善管注意義務違反又は忠実義務違反があったとして、抗告人のため、損害賠償を求める会員代表訴訟である。

ところで、信用金庫は、会員の出資による協同組織の非営利法人であり（法一条）、会員は、当該信用金庫の営業地域内に住居所又は事業所を有する者（二定規模以上の事業者を除く。）及びその地域内において勤労に従事する者で、定款で定めるものに限られ（法一〇条）、加入及び持分の譲渡については信用金庫の承諾を要し（法一三条、一五条）、定款で定める事由に該当する場合には総会の議決によって除名されること（法一七条三項）、信用金庫は、預金等の受信業務は会員以外の者からも受け入れることができるが、貸出業務は原則として会員に対してのみ行うことができるものとされていること（法五三条）、会員は出資口数にかかわらず平等に一箇の議決権を有すること（法一一二条）など、

会員による人的結合体たる性格を帯有する。

そして、会員代表訴訟は、右のような性質を持つ会員が、信用金庫のため（法三九条、商法二六七条二項）、その任務を怠った理事の責任（法三五条）を追及することを目的とするものであるから、これらを全体としてみれば、信用金庫の会員代表訴訟は、協同組織体内部の監視、監督機能の発動であると解するのが相当である。

金融機関の貸出稟議書は、当該金融機関が貸出しを行うに当たり、組織体として、意思決定の適正を担保し、その責任の所在を明らかにすることを目的として作成されるものと解されるから、貸出稟議書は、貸出しに係る意思形成過程において重要な役割を果たすとともに、当該組織体内部において、後に当該貸出しの適否が問題となり、その責任が問われる場合には、それを検証する基本的資料として利用されることが予定されているものといふべきである。

信用金庫における会員代表訴訟の前記の性質と貸出稟議書の右のような役割よりすれば、信用金庫の貸出稟議書は、会員代表訴訟において利用されることが当然に予定されているものといふべきであり、本件のように理事の貸出行為の適否が問題とされる信用金庫の会員代表訴訟においては、当該貸出しに係る貸出稟議書は、「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たらないと解すべき特段の事情があつて、民事訴訟法二二〇条四号の規定により、その所持者である原告人に対し、提出を命ずることができると解すべきである。

もっとも、相手方は、本件各融資に際して作成された一切の稟議書及びこれらに添付された意見書の提出を求めるものであるところ、これらは本来外部に開示されることが予定されていないものであるから、その提出を命ずるに当たっては、当該訴訟の判断のため真に必要なものに限られるべきことは当然であつて、受訴裁判所としては、証拠としての必要性について慎重な判断をしなければならない。」

三 検討

1 意義と構造

(1) 本件最高裁決定の意義

本決定は、最高裁平成一一年決定以降初めてその定立した規範にあてはめ「特段の事情」について判示した最高裁決定として意義があり、特に、「特段の事情」に該当する場合を「文書提出命令の申立人がその対象である貸出稟議書の利用関係において所持者である信用金庫と同一視することができる立場に立つ場合」（以下、「利用関係における同一視可能性」と呼ぶ。）という一般的な規範として提示したように見える判示を行った点にも意義がある。このような「特段の事情」の判断要素を一般規範として提示した（あるいは置き換えた）うえで、最高裁が、代表訴訟という事件類型における貸出稟議書の文書提出命令の申立てであっても、「特段の事情」に該当しないことを判示した点にも意義がある。

その判断構造の要点として、「特段の事情」の内実としても、挙証者と文書所持者との間の当該文書の「利用関係における同一視可能性」という、いわば実体規範に基礎を置く思考形式を採用した点にあると考えられる。

この時点では、貸出稟議書に関する文書提出命令が肯定される余地が限りなく狭められたことを、本決定は示しているように思われる。¹¹

(2) 多数意見の基本構造

まず、本件最高裁決定の基本構造を概観したい。

本決定に関して象徴的な点は、最高裁が、最高裁判平成一年決定を「貸出稟議書は、特段の事情がない限り、……『専ら文書の所持者の利用に供するための文書』に当たると解すべきであり……右にいう特段の事情とは、文書提出命令の申立人がその対象である貸出稟議書の利用関係において所持者である信用金庫と同一視することができる立場に立つ場合をいうものと解される」と断定している点にある。

特に、最高裁判平成一年決定以降、後述のように「特段の事情」をめぐる様々な議論が存在していた中で、「利用関係における同一視可能性」がなければ特段の事情を認めない旨の判示を行った点に、その特徴を見出すことができる。後に公表された最高裁判所調査官解説によれば、この説示の部分は、「本件事案において問題になる『特段の事情』の内容を述べたものにはすぎず、最一小決〔最高裁判平成一年決定〕のいう『特段の事情』の意義を一般的に定義付け、これに限定する趣旨ではないと解するのが相当であろう」(一)内、筆者)とのことであるが、決定文言を虚心坦懐に読んだ場合には、自己専用文書性の阻却事由である「特段の事情」に関する「一般的な定式化」と考えられかつ理解されてもやむを得ない措辞であると考えられる。¹³⁾

次に、そのような定式化のもとで、最高裁が、信用金庫法上、信用金庫の会員による、信用金庫の書類の開示範囲が限定されていることを論じている点にある。「利用関係における同一視可能性」を「特段の事情」の内実と規定した以上当然の論理の運びではあるが、民事訴訟法二二〇条二号の「証拠者が文書の所持者に対し……閲覧を求めるときがでるとき」との関係については、特に言及されていない。

しかも、その点との関係で、会員代表訴訟が法定訴訟担当の訴訟構造を有していても、そのことから、演繹的に、被担当者である信用金庫が所持する文書を、法定訴訟担当者である原告会員が直ちに利用できることを許容していない点も特徴的である。むしろ、そのような訴訟構造(訴訟形式)から演繹しやすい結論を否定するための立論を、次のよう

に展開する。つまり、代表訴訟は、会員が会員としての地位で信用金庫に対する理事の責任を追及することを許容するにすぎず、会員として閲覧、謄写することができない書類を信用金庫と同一の立場で利用する地位を付与するものではないことを、明言しているのである。このことは、最高裁の「代表訴訟観」を象徴的に示しているようにも思われる。

そのような基層的な判断から、本件最高裁は、「会員代表訴訟を提起した会員は、信用金庫が所持する文書の利用関係において信用金庫と同一視することができる立場に立つものではない」と論断し、「特段の事情」の該当性を否定するのである。

この最高裁判平成一二年決定は、本件で提出義務の存否が問題とされている文書が、貸出稟議書であるということから、ストレートに自己専用文書の該当性を一旦肯定し、その上で、いわばその阻却事由とでもいうべき「特段の事情」の存否に論を進めている点も特徴的である。このことから、自己専用文書の該当性に関して、個別事件の具体的な事案ごとに申立人と所持者との間で利益衡量を行う立場を否定していると考えられるのである。

なお、多数意見は、本件各文書が、「自己専用文書」に当たると解される以上、民事訴訟法二二〇条三号後段の「法律関係文書」に該当しないことはいうまでもないと断言している点にも特徴がある。¹⁴⁾

(3) 反対意見

これに対して、町田裁判官の反対意見は、最高裁判平成一一年決定に基本的に立脚しつつも、「特段の事情」を肯定し、証拠としての必要性が認められる限り本件文書の提出義務が認められると論じた。

まず、その論拠として、信用金庫の法的性質を挙げ、それが、会員による人的結合体たる性格を帯有することから出発する。そして、このような性質をもつ会員が、信用金庫のために理事の責任を追及することを目的とするものである

から、信用金庫の会員代表訴訟は、協同組織体内部の監視、監督機能の発動であると解するのが相当であるとする。

その上で、貸出稟議書が、「組織体として、意思決定の適正を担保し、その責任の所在を明らかにすることを目的として作成されるもの」と解し、後に当該貸出しの適否が問題となり、その責任が問われる場合には、それを検証する基本的資料として利用されることが予定されていると論じる。この点で、貸出稟議書の意義について、前記の本件原審と基本的に同様な立場に立っている。

しかも、町田裁判官の反対意見は、このような性質をもつ貸出稟議書は、「会員代表訴訟において利用されることが当然に予定されている」と判断し、「特段の事情」を肯定した。

もっとも、その提出を命ずるにあたっては、当該訴訟の判断のため真に必要なものに限られるべきことは当然であって、受訴裁判所としては、証拠としての必要性について慎重な判断をしなければならぬと付言した。

ここでは、代表訴訟一般についての議論というよりもむしろ、信用金庫における代表訴訟の場合に限定して、貸出稟議書の提出が肯定されており、その論旨は、株主代表訴訟（責任追及の訴え）全般には及んでいないようにも思われる。¹⁵⁾

このような理由付けは、株主代表訴訟において会社が被告取締役側に補助参加できるか否かが問題となった事件（粉飾決算に起因した損害賠償請求事件）に関する、最高裁判成一三年（二〇〇一年）一月三〇日第一小法廷決定における町田反対意見の論理構成と同様な考え方（訴訟構造論等）に基づいている。すなわち、ここでは、株主代表訴訟の訴訟構造上も実体法の権利上も、会社は取締役と対立する関係にあるので、会社の取締役側への補助参加を否定するという議論が展開されたが、その前提には、代表訴訟を法定訴訟担当と性質決定する見解に基づいていたのである。¹⁷⁾

2 学説

さて、最高裁平成一一年決定以降、学説における議論の焦点は、従来の金融機関の貸出稟議書の提出義務の存否に関する議論から、その決定にいう「特段の事情」の内容をめぐるものにシフトしていった。それは、平成一一年決定が原則的に貸出稟議書の提出義務を明確に否定したことから、その肯定の余地を残すかに見える「特段の事情」に議論が移行することも、やむを得ない趨勢とも思われた。

その「特段の事情」をめぐる学説としては、おおむね次のような議論が見られた¹⁸⁾。

第一に、「特段の事情」は、予想できない例外的な事態が将来発生する場合に備えて、一種の決まり文句ないし安全弁として置かれたものとする見解、第二に、証拠としての重要性等、それぞれの訴訟事件における個々の事情を勘案する手掛りを残したものとする見解、第三に、株主代表訴訟等、一定の訴訟類型の差異を勘案する手掛りを残したものとする見解、第四に、証拠の偏在または代替証拠の欠如等の訴訟上のファクターを考える見解、さらには、第五に、当該文書が争点の判断に不可欠であることなどを補充的に考慮すること、証拠の偏在の是正など高次の手続的正義の実現を考慮することを意味するとする見解などが存在した。

これらの見解を本件の事案にあてはめた場合には、次のように考えられる。

まず、第三の見解に立つ場合には、代表訴訟において貸出稟議書の提出が求められれば、通例「特段の事情」が肯定されると考えられるが、町田裁判官の反対意見に見られるように、会員による人的結合体という信用金庫の法的特質をクローズアップさせた場合には、一定の訴訟類型の中でも、より提出が認められやすいと評価できる。また、第二の見解でも、証拠としての定型的な重要性だけではなく株主（または、会員）の内部性等を理由に挙げることであれば、「特段の事情」を肯定できると考えられる。さらに、第一の見解でも、代表訴訟での貸出稟議書の提出申立てが「例外的な

事態」と考えられれば、「特段の事情」を肯定する方向での議論が可能であり、またさらに、第四、第五の見解でも、代表訴訟における貸出稟議書の提出申立てがそれぞれの要件を具体的に満たすことができれば、「特段の事情」を肯定することができるであろう。¹⁹⁾これに対して、株主と会社とを同一視することはできず、しかも、代表訴訟においても法人の内心領域の自由、すなわちその意思形成過程の自由は保護されるべきであるとして、貸出稟議書の提出義務を否定する見解も、最高裁平成一二年決定以前に存在した。

しかし、学説上、本件最高裁決定以前には、「特段の事情」の内実あるいは具体的指摘として、本決定のように「利用関係における同一視可能性」という、文書の利用関係に着目した定式化を提言する見解が皆無であったことは、特に注意すべきであろう。

3 私見

(1) 「知る権利」の具体化手続としての文書提出命令制度

かつて、最高裁平成一一年決定を通じて、民事訴訟法二二〇条四号二に規定された「自己専用文書」の判断のあり方を論じた際に、現行民事訴訟法における文書提出義務の一般義務化が、憲法上の「知る権利」の保障に裨益する訴訟上の制度であると論じた。それは、たとえ、現行民事訴訟法の制定過程において最後まで最も熾烈な議論がなされ、結果的には、経済界との間の妥協の産物として、民事訴訟法二二〇条の規定に象徴的に見られる特異な構造が生み出されたとしても、立法後は、先に述べた「一般義務化」の基本趣旨が生かされるべきであると考えたからである。

文書提出義務における一般義務化の含意は、すでに述べたので再述を控えるが、要するに、民事訴訟法二二〇条四号柱書による一般義務化は、原理的には、いわば、「裁判を受ける権利（憲法三二条）」を実効化し個別事件の具体的文脈

における適切な救済形成を可能とするために当事者に付与された憲法上の「知る権利（同二二条）」を、民事訴訟法に具体的権利として規定したものであると考えられる。それゆえに、「知る権利」の具体化手続としての文書提出命令制度を再構築しなければならない。

私見では、すでに論じたように、金融機関の貸出稟議書であっても、原則的に自己専用文書には該当せず、提出義務があると考えるが、そのような考え方は、どのような訴訟事件の類型で文書提出命令の申立てがなされた場合であっても妥当すると考える。このような立場からは、代表訴訟（責任追及の訴え）に固有の議論を展開する必要性がなくなるが、ただ、本件最高裁決定には、以下に述べるような様々な問題点が内包されていると考えられるので、以下では、その諸点について論じていきたい。

（２）「特段の事情」論への疑問

本決定が内包する最大の疑問点は、その「特段の事情」の捉え方にある。そもそも本件最高裁決定における「特段の事情」の考え方は、その通常の考え方はやや異なるように思われるが、それは、二点に区分できる。「特段の事情」の思考形式への疑問とその内容の定式化への疑問である。

①思考形式への疑問

本決定以前に、最高裁平成一一年決定という「特段の事情」については、先に述べたように様々な議論が存在した。その中で、本決定は、最高裁判所として初めて「特段の事情」について判断したものはあるが、その思考形式は、通常²⁴の考え方はやや異なるように思われる。

本決定に関する最高裁判所調査官解説²⁵によれば、最高裁平成一年決定という「特段の事情」の内容としては、次のように考えられたという。すなわち、専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていない文書で「目的性の要件」と呼ぶ。……筆者）、開示によりプライバシーや自由な意思形成が阻害されたりするなど、所持者の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがある（「不利益性の要件」と呼ぶ。……筆者）と認められる場合には、原則として自己利用文書に該当するといふのであるから、「特段の事情」とは、「目的性の要件」または「不利益性の要件」のいずれかの例外に当たる事情ということになるものと考えられると論じているのである。そして、「目的性の要件」である文書の内部利用性の例外とは、具体的には、申立人を文書の利用関係において所持者と同一視することができるときであり、「不利益性の要件」である所持者側の不利益の例外とは、当該文書を申立人の利用に供することが民事訴訟法二二〇条四号二の保護法益である個人のプライバシーや法人の意思形成の自由を侵害することにはならない何らかの事情がある場合ということになろうと結論づけるのである。

しかし、このような「特段の事情」についての思考形式には疑問がある。

第一に、仮に、本件最高裁決定のように、「特段の事情」を、「目的性の要件」または「不利益性の要件」のいずれかの例外に当たる事情と捉えるならば、わざわざ「特段の事情」で処理する必要はなくなり、その結果、「特段の事情」の要件を設定した意義自体がなくなると考えられるのではないかという疑問である。つまり、本決定（特に、本件調査官解説）のように「特段の事情」を捉えた場合には、「目的性の要件」または「不利益性の要件」の不該当性ゆえに自己専用文書に当たらないと判断すればよいと考えられるのである。特に、本決定で示されているような「利用関係における同一視可能性」がある場合には、そもそも「目的性の要件」を充たさず、したがって、その要件に該当しないゆえに自己専用文書を喪失すると考えられるのである。

第二に、最高裁平成一一年決定の文言を素直に読んだ場合に、「特段の事情」は、本件調査官解説とは異なり、いわば間接反証事実のように捉えることができるのではないかという疑問である。最高裁平成一一年決定は、「目的性の要件」および「不利益性の要件」を充足する「……場合には、特段の事情のない限り」自己専用文書に当たると解するのが相当であると判示しているので、最高裁平成一一年決定は、「目的性の要件」および「不利益性の要件」に該当する場合であっても、それらと両立するものの別の事実（事情）として、「特段の事情」を認定し自己専用文書性を阻却し得る事情を想定したと考えられるのである。²⁶⁾

したがって、本件調査官解説の「特段の事情」に関する思考形式には疑問があり、それを前提として本件最高裁決定が出されたとした場合には、最高裁平成一一年決定自体の措辞に照らして、その決定の思考形式自体が問題となるのである。²⁷⁾

②内容の定式化への疑問

次に、最高裁判所調査官解説²⁸⁾によれば、先に述べたように、「特段の事情」に関する独自の思考形式に基づいて、「目的性の要件」である文書の内部利用性の例外とは、具体的には、申立人を文書の利用関係において所持者と同一視することができる場合であると、結論づけるのである。

しかし、このような「特段の事情」の考え方は、妥当性を欠くように思われる。もともと、「特段の事情」は、一般に状況依存的な多様でふくらみのある要素であり、抽象的であれ定式化すること自体妥当でなく、しかも、同一視という指針自体必ずしも明確ではないように思われる。²⁹⁾ただ、本件多数意見は、代表訴訟を提起しても、「会員として閲覧、謄写することができない書類を信用金庫と同一の立場で利用する地位を付与するものではないから、会員代表訴訟を提

起した会員は、信用金庫が所持する文書の利用関係において信用金庫と同一視することができる立場に立つものではない」と論じていることからすると、「利用関係における同一視可能性」について、文書提出命令の申立人が実体法上の閲覧等請求権を有しているかいかを基準に判断していると考えられる。

このような本決定の立場は、次の諸点で妥当性を欠くように思われる。

第一に、すでに私見でも指摘した多くの論者も指摘するように、このように「特段の事情」を考えると、そもそも、同一視できる場合は民事訴訟法二二〇条二号に規定された閲覧等請求権に基づいて当該文書の提出を求めることができることになるので、最高裁判成一一年決定が敢えて「特段の事情」を挙げた意義が失われることになると考えられるのである。なお、仮に「利用関係における同一視可能性」という措辞が、代表訴訟における株主（会員）である文書提出命令の申立人を会社（信用金庫）の内部者と考えない旨の言い回しであると考えたとしても、そのような表現自体不適切であり、次に述べるように、文書提出義務の一般義務化の趣旨に反するのではないかと、考えられるのである。

第二に、多数意見のいう「利用関係における同一視可能性」の考え方は、文書提出義務の一般義務化の趣旨を没却するおそれがあり、妥当性を欠くのではないかと思われる。一般に、文書提出義務の一般義務化は、限定義務の克服であり、民事訴訟法二二〇条四号の制定により、限定義務の根拠は喪失させられたと考えられるからである。

この点に関して、旧法下の限定義務の根拠については、現行法の制定以前に、その詳細な沿革的研究から、次の三点がすでに明らかにされていた。すなわち、第一に、文書については、証言と異なりその「所有権」が觀念されるので、単に訴訟上の必要があるというだけで、所有者の意思に反して提出を強制することは、所有権侵害になるので許されないこと、第二に、文書の記載内容にはしばしば「不可分性」があり、また文書の記載が要証事実とは無関係であっても、そのことは文書を提出しなければ分からないため、文書提出義務は本来不必要な文書やその一部の公開になるおそれな

ある点で、証言義務より義務者に与える不利益が大きいこと、第三に、一八七七年にドイツ民事訴訟法が制定された当時の訴訟実務上、広範な文書提出義務を承認する必要性が認められていなかったこと（「必要性」）が、その根拠である。

これに対して、現行法が一般義務化に踏み切ったことから、次のように考えられる。

まず、まさに、訴訟実務上広範な文書提出義務を承認する「必要性」が認められたので、この点で前記第三の根拠がその通用性を喪失し、次に、「文書の一部提出」の手續（民事訴訟法二二三条一項）が設けられたことにより、第二の根拠（あるいは、広範な文書提出義務を認めることへの懸念）もなくなつたと考えられる。そこで、残るのは第一の根拠であるが、一般義務化は「共通文書概念の廃棄」であり、しかも、立案に関与された研究者や弁護士が、文書に対する「一種の処分権の喪失」を認めたからこそ一般義務化といえると指摘していたことが、第一の根拠も失われたことを示すのである。

このように、文書提出義務の一般義務化を実現した立案担当者が、実体法上の利用関係に依存することなく、民事訴訟法上提出義務の存否を判断できる形式で文書提出義務の規定を設けたことから、憲法上の知る権利の訴訟法上の基礎を得ることができたのである。それは、限定義務といういわば「法律の留保」的な規律を削除したことを意味するのである。

しかしながら、本件最高裁決定の多数意見のように、自己専用文書の解釈上「利用関係における同一視可能性」を要求した場合には、そのような発想自体、利用権という実体法上の権利の存在を申立人に要求することから、その限りで限定義務の解釈上の復活をもたらすことになるのではないかとという懸念が生じる。「特段の事情」のそのような定式化は、確かに文書の所持者の自己専用文書性を喪失させる（いわば共通文書〔共同文書〕化する）であろうが、しかし、

それでは実質的に見て限定義務の時代の規律あるいは基本的な考え方に逆行することになるのではないと思われる。

文書提出義務を一般義務化したことの含意は、実体的な利用関係から離れた上で提出除外事由の存否の判断から提出義務の存否を決めることにあると考えられる。しかし、利用関係の同一性が要求される限りで、所持者の管理権を通じて文書処分権が温存されることになり、立法趣旨に反する結果になりかねないように思われるのである。これが、「解釈による一般義務から限定義務への部分的回帰の予兆」という疑問点である。

なお、先に述べたような一般義務化の含意に反して、なぜ、本件最高裁決定が、「特段の事情」として「利用関係における同一視可能性」という定式化を提示したのかを推測し理解することは困難であるが、しかし、最高裁が、「特段の事情」を前述のように考えたことに加えて、黙示的には、代表訴訟における貸出稟議書の提出義務を実定法上の根拠がない限り完全に否定することを意図していたのではないかとさえ考えられる。それは、代表訴訟に名を借りて本来的に閲覧等請求権を有しない者が会社内部の文書を手取できる方途を、解釈上完全に遮断したかったからかもしれない。³³

(3) 代表訴訟という訴訟構造の考慮？

本件最高裁決定の事案が、代表訴訟の事案であることは、自己専用文書か否かを判断する際の重要な考慮要素のように見える。

確かに、法定訴訟担当という訴訟構造は、当事者適格に関する法理にすぎず、その法理は、法定訴訟担当者が被担当者から訴訟追行権限の授権を受けることなく法の定めに従って訴訟追行をすることができることを認めたものにもすぎないともいえる。法定訴訟担当が認められたことによって、担当者が被担当者と一体化するわけでも、被担当者の有する情報・証拠のすべてを自動的かつ強制的に担当者が用いることができる法的状況が創り出されるものでもないという

ことができる。

しかし、これまで述べてきたように、文書提出命令の手續領域で、法定訴訟担当者と被担当者が、当該文書の利用関係において同一性を有する場合にしか、法定訴訟担当者に当該文書の利用を認めないのは、一般的な規範の定立としては妥当性を欠くように思われる。

この代表訴訟の領域では、かつて代表訴訟において会社の貸出稟議書の文書提出命令が求められていることが「特段の事情」に該当する旨の立論もなされていた。また、会員代表訴訟が有する組織体内部の監視監督権能の発動としての側面は、株式会社株主代表訴訟と比較してより一層強いと考えるべきであるとの指摘もなされており、さらに、代表訴訟においては、典型的に稟議書の証拠の必要性は高いとの指摘も可能であろう。⁽³⁴⁾

しかも、そもそも代表訴訟において、株主（会員）が会社（信用金庫）との関係において、いわゆる内部者のようにも考えられるが、この点については、内部者なのか外部者なのかについては、見解が分かれていた。⁽³⁵⁾

本件最高裁決定は、特にこの点に立ち入った議論を行ってはいないように見えるが、多数意見が、申立人（会員）が外部者であることを前提に、固有の立場で訴訟を進行しているとの認識のもとで、外部者であっても内部者と同様に扱うことができるための要件として、「利用関係における同一視可能性」という定式化を示したのに対して、反対意見は、信用金庫の会員代表訴訟が共同体組織内部における監視権能の発動という側面を重視しているので内部者と考え、文書提出義務を肯定しているようにも思われる。⁽³⁶⁾

一般に、訴訟構造論から演繹的に当事者の権限を導き出すことには限界があるものの、代表訴訟の制度趣旨からは、株主（会員）の監視機能を実効化するために、株主（会員）を内部者と考えて、文書提出命令制度を通じた文書利用権限を肯定することは、基本的に許されるであろう。⁽³⁷⁾

この点で、本件反対意見や、次のような本件原審決定の指摘は、極めて示唆的であると考えられる。すなわち、「信用金庫は会員から独立した法的存在であり、その公共的性格から信用金庫法の規制を受けるという特色を有しているが、最終的には会員の支配に服し、同法の規制の範囲内で会員の監督に服しその利益を図ることが求められている法人である。また会員代表訴訟は、昭和二五年の商法改正により、株主総会の権限を縮小して取締役会の権限を拡大するに当たり、取締役の責任を厳格化し株主の地位を強化する一環として創設された株主代表訴訟制度と同じ趣旨目的で創設されたものであり（信用金庫法三九条により商法二六七条（株主代表訴訟）が準用されている）、株主が会社のために取締役の責任を追及する訴訟を提起することにより、取締役の不当な会社経営により会社が受けた損害を回復し、ひいては株主としての自己の利益を回復することを目的としているのと同様に、会員の保護を図る制度である。そして、このような信用金庫と会員との関係及び会員が信用金庫のために理事の責任追及の訴訟を提起するという会員代表訴訟の性格からすると、会員の右訴訟提起が正当なものである限り、会員は自らが有する監督権に基づいて信用金庫のために訴訟を進行するものであり、信用金庫が所持する文書を右訴訟の資料として利用する正当な利益を有しているということができる。」（「内は、原文」と）。

ただし、代表訴訟の制度濫用に対しては、本件原審等も指摘するように、裁判所が、原告に対して担保の提供を命じたり（会社法八四七条七項）、証拠調べの必要性（民事訴訟法八一一条一項）の見地から、訴訟の進行に必要な資料を厳選することなどの方法により対処すべきであり、また、訴権の濫用⁴²等の法理でも対応すべきであろう。文書提出義務の存否をめぐる議論のレベルで提訴自体の濫用のおそれの考慮を持ち込むべきではないであろう（ただし、もちろん文書提出命令の申立自体が信義則に反することは、許されない⁴³）。

ただ、私見では、そもそも基本的には、法定訴訟担当者か否か（訴訟担当者か否か）、内部者か外部者かといった訴

訟構造や文書提出命令の申立人の性質決定のいかんにかかわらず、すでに論じたように、貸出稟議書の原則提出を認めるべきである⁴⁴⁾と考える。

四 おわりに

最高裁平成一一年決定を嚆矢とした金融機関の貸出稟議書をめぐる一連の最高裁決定については、その原則提出義務の不存在という一般的な規律から、企業サイドからは、「まことに歓迎すべきもの⁴⁵⁾」として、迎え入れられたのではないかと考えられる。それは、現在活動中の金融機関が貸出稟議書の所持者となっている限り、その文書提出義務が認められることはほとんどあり得ないと考えられる状況が、現在の判例の到達点となっているからである⁴⁶⁾。

確かに、民事訴訟（および行政訴訟）において、金融機関の貸出稟議書といういわば企業の有する資料の提出義務が原則的に否定されたことは、企業にとっては、訴訟上、企業の有するその種の情報の開示要求を原則的に遮断でき、それゆえ、原告株主サイドに対してその所持する書証を開示する必要がなくなったことから、被告取締役サイドにとっては訴訟を有利に進める基礎が形成されたとも考えられる。しかし、それが、日本企業の健全な経営や世界的な発展にとっては、必ずしもプラスには作用しないのではないかとも考えられる。一見、それは、日本企業の保護につながるような判断に見えて、逆に、日本企業の経営における可視化・透明化を阻害し、いわば「閉鎖思考の公開会社」を日本の裁判上公認することにもつながりかねない危惧を覚えるからである。

「融資先との訴訟といういわば戦争状態になった段階で（過去の）『忌憚らない評価や意見』が開示されると困るという理由は（訴訟に不利になるという理由を除き）あまりないように思われる。むしろ、これらの文書も文書提出命令の

対象になるものと考え、そのような緊張感を持って、正確・客観的・論理的な文書作成に努めることのメリットの方が大きい⁴⁷⁾」(一)内は、原文)という指摘は、日本企業の今後の基本的な経営のあり方自体に貴重な示唆を与えるものではないだろうか⁴⁸⁾。

代表訴訟の規律や実践を見た場合に、日米の基本的なあり方の懸隔の大きさに驚かされる⁴⁹⁾。代表訴訟の規律の局面だけではなく、概して、日本の立法論や解釈論の場では、確かに制度濫用のおそれや手続濫用のおそれを理由に新たな一歩を踏み出さないことを正当化する議論も、また様々な法の局面で展開されているように見える。しかしながら、文書提出命令手続の領域において、その一般義務化を「知る権利」の手続法上の具体化と捉える私見からは、先に述べたように、少なくとも本件最高裁決定が拠って立つ「利用関係における同一視可能性」という考え方は、速やかに改められる必要がある、むしろ、代表訴訟では(でも)、原則的に貸出稟議書の提出義務を肯定すべきであろう⁵⁰⁾。

民事裁判が、「公共性の空間」として、当事者対等の原則のもとで武器対等化が保障された公正な法的救済の創造の場となり、そのようなフォーラムが維持し続けられることを希求し、困難な状況にはあるものの、民事訴訟における開示の価値とその実践を志向する議論を行いたい。

- (1) 法務省民事局参事官室編『一問一答・新民事訴訟法』二四五頁(商事法務、一九九六年)を参照。さらに、竹下守夫「青山善充」伊藤眞編集代表「研究会・新民事訴訟法——立法・解釈・運用」(ジュリスト増刊・一九九九年一月号)二七三頁(柳田幸三ほか発言)(一九九九年)も参照。

以下では、諸種の制約や事情から、文献の引用が網羅的ではないことを、お許しいただきたい。

- (2) 川嶋四郎「序章——考察の基本的視座と『救済法』論」同『民事訴訟過程の創造的展開』一頁、(弘文堂、二〇〇五年)、同「序章——前世紀的『権利保護』から二世紀的『救済保障』への展開を希求して」同『民事救済過程の展望的指針』一頁(弘文堂、二〇〇六年)を参照。

- (3) 川嶋四郎「文書提出義務論に対する一視角——銀行の貸出稟議書」の提出義務を手掛りに」前掲書(『民事訴訟過程の創造的展開』) 注(2) 一九五頁。

私見では、判決手続という名の救済形成手続では、「自己創発的な救済形成の機会の保障」が重要な課題となると考える。このことは、民事訴訟過程において、本文で述べたような「個別具体的な事件の文脈における最適救済の形成」を可能にするためには、より「層強い理由で、定立された一般規範が具体化されていく場合の基本的な指針を明確化すべきである」と考える。民事訴訟事件は、たとえ実体的な事件類型の点で同様に見える場合でも、個々の見れば、紛争当事者も事案の経緯や諸相も異なる。その個々の事件で、それぞれの紛争当事者が一期一会的なかわりあいの中で、将来を展望した紛争処理のありようを、その形態は多様であるものの不断に探求していると考えられるからである。民事訴訟の目的論の議論についても、このような視角が必要不可欠である。

- (4) たとえば、中野貞一郎「民事裁判と憲法」同『民事訴訟の現在問題』一頁、一頁(判例タイムズ社、一九八九年(初出、一九八四年))では、ドイツ法における議論を援用して、「訴訟法は『適用された憲法』に他ならぬ」との立言を紹介する。ただ、それに続けて、「しかし、伝統的にきわめて技術的な法とされてきた訴訟法のどこが、どういう意味で、憲法の適用であるのか。未だ、一向に明確ではない。民事訴訟法に関するわが国の概説書等において憲法が顔を出すのは、ほとんど、いわゆる非訟化の限界および公開主義の二点に限られ、日本国憲法の三二条と八二条が、それもしばしば結びつけられたかたちで、問題とされるに止っている。」との指摘がなされている。さらに、中野貞一郎「憲法と民事訴訟——裁判を受ける権利」と他の憲法価値との調整」同『民事訴訟法の論点I』一頁、二頁(判例タイムズ社、一九九四年(初出、一九九三年))も参照。なお、刑事訴訟法は、その具体的な手続要素が憲法上明確に規定されている(憲法三二条から四〇条、八二条)。この点については、たとえば、A・オプラー(内藤頼博監、納谷廣美Ⅱ高地茂世訳『日本占領と法制改革』一一二頁、一一七頁(日本評論社、一九九〇年(原著、一九七六年))などを参照。

- (5) 民集五四巻九号二七〇九頁、判例時報一七三七号二八頁、判例タイムズ一〇五三号九五頁等。

- (6) 民集五三巻八号一七八七頁。この決定については、さしあたり、たとえば、川嶋・前掲論文注(3) 一七四頁を参照。

- (7) これについては、川嶋四郎「会員代表訴訟における貸出稟議書と文書提出義務(第一小決平成二二年二月一日・金判一一〇七号三頁)」法学セミナー五五八号一一二頁(二〇〇一年)を参照。

- (8) その価値については、川嶋四郎「ロイヤル・テクノロジ——開示・可視化・充実に迅速化の真意を求めて」同・前掲書(『民事訴訟過程の創造的展開』) 注(2) 五八頁などを参照。

- (9) 民集五四卷九号二七二八頁に所収。
- (10) 民集五四卷九号二七三一頁に所収。
- (11) もちろん、この翌年に、最高裁平成一三年(二〇〇一年)二月七日第二小法廷決定・民集五五卷七号一四二二頁(以下、「最高裁平成一三年決定」と呼ぶ。)が、破綻した金融機関が作成し債権回収会社が所持している貸出稟議書について、特段の事情を肯定したのではあるが。ただし、それ以降現在に至るまで、最高裁レベルでは、貸出稟議書の提出を肯定した最高裁決定は皆無である。
- (12) 福井章代「本件判例解説」『最高裁判所判例解説・民事編(平成二年度(下))』九二二頁、九三二頁(法曹会、二〇〇三年)。また、同「本件判例解説」ジュリスト増刊最高裁時の判例三号一九九頁(二〇〇四年)(ジュリスト二二二二号一〇四頁(二〇〇一年)の再録)も参照。
- (13) 川嶋・前掲批評(7)一一二頁。
- (14) なお、金融機関の貸出稟議書を「法律関係文書」とする見解もある。たとえば、山本弘「本件判例批評」私法判例リマックス二四号一八頁、一二二頁(二〇〇二年)など。
- (15) これに対して、この反対意見は、もちろん株主代表訴訟についても妥当するとの見方もある。河本一郎「本件判例批評」銀行法務21五八七号五六頁、五八頁(二〇〇一年)を参照。
- (16) 民集五五卷一三号三〇頁。これについては、さしあたり、川嶋四郎「判例批評」法学セミナー五五八号一二二頁(二〇〇一年)を参照。
- (17) 町田裁判官の反対意見は、会社が所持する文書の活用可能性についても、次のように論じている。すなわち、「多数意見は、また、本件補助参加を認めることにより会社からの訴訟資料等の提出が期待できるともいうが、本案訴訟の被告である取締役らのうちには、会社の代表者も含まれていることよりすれば、補助参加を認めなければ適切な訴訟資料等の提出が期待できないとも考えられない。」と論じていたのである。この考え方は、補助参加を認めなくても、被告側に「会社の代表者も含まれていることよりすれば」との条件は付されているものの、代表訴訟における「当事者」による会社の所持文書の活用可能性を指摘する点で、注目に値する。
- (18) たとえば、山本和彦「代表訴訟における貸出稟議書の提出義務」金融法務事情一六三三号一四頁、一六頁(二〇〇一年)を参照。また、たとえば、山本和彦「稟議書に対する文書提出命令(上)(下)」NBL六六一号六頁、六六二号三〇頁(一九九九年)、同「銀行の貸出稟議書に対する文書提出命令」NBL六七九号六頁(一九九九年)、加藤新太郎「銀行の貸出稟議書と自己使用文書」NBL六八二号七二頁(二〇〇〇年)、大村雅彦「判例批評」ジュリスト一一七九号二三三頁(二〇〇〇年)なども参照。
- さらに、最高裁平成一二年決定の「特段の事情」の考え方に関する私見については、川嶋・前掲論文注(3)一九〇頁を参照。

(19) いずれにせよ、金融機関の貸出稟議書について、代表訴訟事件は様々な事件類型の中でも最もその提出義務が認められやすいものと考えられていたように思われる。

この点については、たとえば、山本・前掲論文(「銀行の貸出稟議書に対する文書提出命令」)注(18)一〇頁、大村・前掲批評注(18)一・二五頁などを参照。さらに、竹下⇨青山⇨伊藤代表編集・前掲研究会注(1)二七三頁以下(柳田幸三発言)、二八六頁(竹下守夫発言)、小林秀之「貸出稟議書文書提出命令最高裁決定の意義」判例タイムズ一〇二七号一五頁、一七頁(二〇〇〇年)、加藤・前掲批評注(18)七五頁などを参照。

(20) たとえば、中村直人「稟議書の文書提出義務に関する最高裁決定」商事法務一五四五号二二頁、二六頁(一九九九年)、河本一郎「株主代表訴訟と文書提出命令」銀行法務二二五七三号一頁(二〇〇〇年)など。

(21) 竹下⇨青山⇨伊藤代表編集・前掲研究会注(1)二七七頁(鈴木正裕発言)などを参照。さらに、同書二七七頁(柳田幸三発言)も参照。

(22) 川嶋・前掲論文注(3)一八二一―一八六頁参照。

(23) 川嶋・前掲論文注(3)一九三一―一九五頁参照。

(24) 「特段の事情」については、前記注(18)に記載の論攷に加えて、たとえば、高橋宏志「重点講義 民事訴訟法(下)(補訂版)」一五八頁(有斐閣、二〇〇六年)「特段の事情」は、「争点判断のための不可欠性や代替証拠の有無を包含できるものでなければならぬ。理論的な判断枠組みを離れて具体的結論においても、最終的には個別事案の判断・微調整ということになるもの、一般的に考える限り、金融機関の貸し手責任の事案では代替証拠の有無等から最高裁決定とは逆に提出義務を肯定すべきであり、株主代表訴訟の事案では法人内部の意思形成の適法性という性格から証拠として重要であるので、これも最高裁決定とは逆に提出義務を肯定すべきではなかったかと思われる。」も参照。さらに、高橋宏志「自己専利用文書」現代社会における民事手続法の展開(石川明先生古稀祝賀)(下)五三頁、七一頁(商事法務、二〇〇二年)も参照。

また、山本・前掲論文(「代表訴訟における貸出稟議書の提出義務」)注(18)一八頁は、「特段の事情」について、「文書の具体的内容や問題とする判例が集積していけば、将来的には稟議書についてだけ文書の具体的内容を問題としないアプローチを維持する説明が成立しなくなり、判例変更に繋がる余地もありえないではなからう」と指摘する。

これらの見解について、奈良輝久「本件判例批評」西口元⇨春日俣知郎編『文書提出等をめぐる判例の分析と展開』(金融・商事判例一三二一―一三二二頁、二五頁(二〇〇九年))は、「判例上は一応の決着をみたかもしれないが、やはり傾聴すべき考え方であろう」と指摘する。

(25) 福井・前掲解説注(12) 九三二頁。

(26) ちなみに、本文で述べたような本件最高裁判所調査官解説が存在したゆえに、先に述べた最高裁判平成一三年決定は、その解説に従い、一見「不利益性の要件」に該当しないように見える場合に、「特段の事情」を認定したと考えられる。本文で述べたように考えることによって初めて、このように、先に述べた最高裁判平成一三年決定の判断形式を理解できるように思われるのである。ただし、私見でも、結論的に見た場合に、最高裁判平成一三年決定の事案に照らして、その「特段の事情」の判断結果は妥当である。この点については、川嶋四郎「政務調査費関係文書と民事訴訟法上の文書提出命令制度・覚書」同志社法学三三五号二九頁、一三二頁(二〇〇九年)を参照。

(27) 最高裁判平成一一年決定のいう「特段の事情」に関する本件最高裁判決定のこのような思考形式の基礎には、同決定以降、金融機関の貸出業務書について文書提出命令の申立てがあった場合には、いわば定型的かつ機械的に自己専用文書と認定しやすくする意図が存在するのかもしれない。間接反証的な事実(事情)として「特段の事情」を捉えた場合には、「目的性の要件」および「不利益性の要件」と並ぶ第三の要件ともなり得ると考えられるが、そうすると、そのような定型的かつ機械的な自己専用文書の認定可能性を低下させることになるように思われるからである。

(28) 福井・前掲解説注(12) 九三二頁。

(29) 川嶋・前掲批評注(7) 一一二頁。

(30) たとえば、山本前掲論文(「代表訴訟における貸出稟議書の提出義務」)注(18) 一七頁、川嶋・前掲批評注(7) 一一二頁、三木浩一「本件判例批評」ジュリスト二二〇二号一八頁、一一〇頁(二〇〇一年)、高地茂世「本件判例批評」法学教室二五〇号一四頁、一一五頁(二〇〇一年)、杉山悦子「文書提出命令に関する判例理論の展開と展望」ジュリスト一三一七号九三頁、九五頁(二〇〇六年)など。

(31) 竹下守夫・野村秀敏「民事訴訟における文書提出命令(二・完) —伊方原発訴訟文書提出命令事件を機縁として」判例評論二〇六号二頁、三二五頁(一九七六年)。

(32) たとえば、前掲研究会注(1) 二七八頁(鈴木正裕発言)、田原陸夫「文書提出義務の範囲と不提出の効果」ジュリスト一〇九八号一八二頁、六四頁(一九九六年)など。

(33) なお、この「利用関係における同一視可能性」の趣旨として、「内部文書である貸出稟議書の開示によって看過しがたい不利益が生じるおそれが認められるとしても、所持者または所持者と同視される者がその不利益を甘受するのであれば、そのおそれを理由として文書提出義務を否定すべき理由はない」というものと理解される。」とする見方もある。伊藤眞「文書提出義務をめぐる判例法理の形成と展開」判例タイ

ムズ一二七七号一三頁、三四頁(二〇〇八年)を参照。仮にこのような見方に立てば、「特段の事情」としての存在意義は残ると思われるが、それでも、民事訴訟法二二〇条二号との関係についての疑問は払拭できないように思われる。しかし、「利用関係における同一視可能性」の趣旨として、貸出稟議書の機械的形式的な原則的不提出を企図しているように思える本決定の文言を、そもそもそのように「実質化」して評価することはできないのではないかと考えられるだけでなく、「同視される者がその不利益を甘受する」場合が必ずしも具体的に明らかではなく、その場合として閲覧請求権が存在する場合を考えるならば、本文で述べた批判が妥当するであろう。

(34) 三木・前掲批評注(30)一八頁。

(35) 杉山・前掲論文注(30)九四頁。

(36) たとえば、山本・前掲論文(「銀行の貸出稟議書に対する文書提出命令」注(18)六頁、大村・前掲批評注(18)一二五頁、杉山・前掲論文注(30)九四頁は、内部者とし、中村・前掲批評注(19)二六頁は、公開会社の株主を外部者とする。

(37) 河本一郎「本件判例批評」銀行法務21五八七号五六頁、五八頁(二〇〇一年)。

(38) 福井・前掲解説(「ジュリスト」)注(12)一〇六頁。

(39) 三木・前掲批評注(30)一一〇頁。

(40) 松本博之「上野泰男『民事訴訟法(第六版)』四七二頁(弘文堂、二〇一〇年)は、最高裁判平成一一年決定を様々な角度から批判し、その批判は、「株主代表訴訟や信用金庫の会員代表訴訟についても当てはまる。」と指摘し、「判例は……、会員が会計の帳簿・書類の閲覧または謄写をすることができないことをもって文書の利用関係に関し会員と信用金庫を同一視できない根拠とするが、代表訴訟が信用金庫の組織運営を監督し、法律上の授權により信用金庫の請求権を行使するものであることを考慮に入れない不十分な理由づけである」と批判する。

(41) なお、本件最高裁判決定は、代表訴訟が、「株主による会社のための訴訟」であるはずであるにもかかわらず、先に述べた会社の被告取締役側への補助参加を肯定した最高裁判例とともに、その趣旨の訴訟実践さえも困難化させてしまうように思われる。なお、補助参加については、その後会社法の制定とともに、明文の規定が置かれた。会社法八四九条一項を参照。

ただ、このように最高裁が考えなかった理由の中には、仮に代表訴訟事件という事案では定型的に貸出稟議書の提出が認められるとすると、そのこと自体が、すなわち貸出稟議書の自己専用文書性を阻却する要因となってしまうかねないこと(前記「目的性の要件」を充足しない可能性)を懸念したのかもしれない。

責任追及の訴えにおいて、会社の提訴株主側への補助参加も、会社の独立当事者参加もかなり期待しにくい日本の現状にあって、本件最

高裁決定の事案は、日本株主代表訴訟制度が、事件類型は融資関係に限定されてはいたものの、その実効的な監視監督機能を実現するための契機ともなり得る要素を有していた。それが制度上のお飾りでない限り、その制度の機能向上は、ドイツ法系の手続法をもつこの国に、戦後、ディスクロージャー・ディスクバリーなどの強力な手続法上の証拠収集手段等を背景としたアメリカ法系の責任追及制度を移入した時点からの悲願でもあった。しかし、文書提出義務が一般義務化された後の本件最高裁決定によって、ある意味でその悲願の実現を期待できなくなつたのである。

(42) たとえば、最高裁昭和三年（一九七八年）七月一〇日第一小法廷判決・民集三三卷五号八八八頁（決議不存在確認訴訟の事例）などを参照。

(43) 民事訴訟と信義則については、さしあたり、たとえば、梅善夫「民事訴訟における信義誠実の原則」伊藤眞Ⅱ山本和彦編『民事訴訟法の争点』一六頁（有斐閣、二〇〇九年）などを参照。

(44) なお、最高裁平成一年決定の事案と本件最高裁決定の事案を比較して、次のように論じる見解もある。すなわち、最高裁平成一年決定の事案は、借手が銀行の貸手責任を追及したものであり、顧客の個人情報保護は借手自ら公開法廷での開示を求めたものである。問題とする余地がないのに対して、最高裁平成二年決定のような代表訴訟における貸出稟議書の公開法廷での開示は第三者たる顧客の固有情報の開示を意味するので、貸手責任訴訟以上の慎重な配慮が必要であるという意味で、本決定の結論を支持する。高地・前掲批評注（30）一一五頁。

また、最高裁平成二年決定のように、意思決定に関与する者が「内部」の者であり、そこでの自由な意思決定が阻害されることが看過し難い不利益とされて、当該文書が自己利用文書に該当する、という命題を立てるのであれば、代表訴訟であっても、原告・文書提出命令申立人が意思決定関与者ではない以上、貸出稟議書が自己専用文書に該当することになるのは当然の帰結であつたように思われるという指摘も見られる。西野喜一「本件判例批評」判例タイムズ臨時増刊一〇九六号一六八頁、一六九頁（二〇〇二年）。

ただ、私見では、本文で述べたように、このような実体的事件類型による区別をすることなく、原則的に、貸出稟議書の提出を肯定すべきであると考ええる。

なお、上野泰男「新民事訴訟法における文書提出義務の側面——東京高裁平成二〇年一月五日決定を手がかりに」『改革期の民事手続法（原井龍一郎先生古稀祝賀）』九六頁、一一三頁（法律文化社、二〇〇〇年）は、「貸出稟議書は、記載事項により、法律関係文書または四号文書に該当し、少なくとも借主から文書提出命令が申し立てられる限り、原則として自己使用文書に該当しない。」と指摘していた。そこでは、

プライバシーや営業上の一種の秘密を保持する利益が、裁判所がその文書を提出させて「適正な事実認定」をすることによって得られる利益を上回るかという問題の下で、論じられていたのである。この点については、川嶋・前掲論文注(3) 一八四—一八六頁などを参照。

(45) 河本・前掲論文注(20) 一頁。

(46) たとえば、伊藤・前掲論文注(33) 三四頁。

(47) 池田裕彦「密室の『自由な意思形成』は企業の利益か——貸出票議書に関する最高裁決定を読んで」自由と正義五一巻六号一頁、一三頁(二〇〇〇年)〔最高裁平成一年決定に対する、アメリカでデイスカバリーを経験した弁護士のコメント〕。

(48) たとえば、最高裁平成一年決定前の東京高決平成一〇年(一九九八年)一〇月五日・NB L六五三三号五八頁は、「民事訴訟法二条の趣旨に照らせば、本来、少なくとも当事者たる所持人は、このような文書(貸出票議書)を自発的積極的に提出すべきものであり、これを拒む者についてその提出義務を認めないことは、わが国の法律社会としての成熟を阻害することになる」(一)内、筆者。この点について、山本・前掲論文(「稟議書に対する文書提出命令(下)」注(18) 三六頁は、「一方では企業運営の透明性に対する強い要求が、他方では民事訴訟における真実発見の重視・決意がよく表われているように思われる。そして、このような方向性自体は基本的に正当なものとして支持できる。」と指摘する。三木・前掲批評注(30) 一二〇頁も参照。また、町村泰貴「判例批評」小林秀之編『判例講義・民事訴訟法(第二版)』一五六頁、一五八頁(悠々社、二〇一〇年)は、「もともと貸出票議書等の内部文書は本件原決定〔東京高決平成一〇年(一九九八年)一月二四日・金融・商事判例一〇五八号三頁〕が指摘するように行政庁による検査の対象ともなり、企業コンプライアンスの保持という観点からは、後日外部に開示される可能性があることに、むしろ積極的な意義を認めることもできよう。」(一)内、筆者)と指摘する。

(49) たとえば、Shiro Kawashima and Susumu Sakurai, *Shareholder Derivative Litigation in Japan: Law, Practice, and Suggested Reforms*, 33 *Stanford Journal of International Law*, 9-60 (1997). を参照。

この論文の特に三五—三九頁で、当時の日米における株主の会社情報へのアクセスの可能性について、対比的に論じている。

(50) なお、文書提出義務の存否をめぐる議論の中で、事後的・回顧的に判例等の事案を分析し、論者が導出し妥当と考える「関係性」を重視し、その方向付けを「強制」する見解などもあるようである。さらに文書提出命令の手續領域を越えて、判決手續や執行手續においても、そのような議論が一部で行われている。そのような考え方に対する批判の詳細は他日を期したいが、そのような、いわば独善的とも見える「事後的・回顧的な関係性の押し付け論」は、多様で複雑な個々の当事者と事案の特質の妥当な規律の観点からも、また、まさに現実には法的な問題に直面する当事者への行為指針の提供という視点からも、基本的な妥当性を欠くと考えられる。またしかも、法の枠内における個々の

当事者の自己の手による救済形成に向けた多様な選択肢の確保の妥当性という、私の年来の「救済法の視角」(川嶋・前掲各書注(2)一頁以下参照)からも、不可避免的な批判を誘発することになると思われる。この点については、専門領域は全く異なるものの、示唆的な論及として、たとえば、鶴見俊輔『思い出袋』一一九頁(岩波書店、二〇一〇年)を参照。

それは、おそらく学問や事実ひいては人間に対する見方の違い、あるいは「謙虚さ」の問題なのかもしれない。私の、民事訴訟法における法的救済過程論が、消極的な意味においては、可及的な強制排除、関係形成の押付け(姿を変えた新たな権力関係の構築)の回避の考え方、ひいては個別事件の具体的な文脈における当事者の自己創発的な救済創出の場の妨害排除などを基礎としているゆえんである。

* 同志社大学民事訴訟法学の現在に対するご貢献の大きさに思いを馳せつつ、この文字通りの拙稿をもって、上北武男先生のご古稀を、心からお祝いさせていただきます、先生のますますのご健勝とご活躍を、心から祈念いたします。