

# 証明妨害の法理 (2・完)

— 証拠に関する当事者の権利と義務をめぐって —

笹 邊 将 甫

はじめに

第1章 ドイツ法の状況

第1節 立法の状況

第2節 判例の状況

第3節 学説の状況

第4節 小括

第2章 諸外国の状況

第1節 オーストリア法

第2節 スイス法

第3節 フランス法 (以上, 前号)

第3章 日本法の状況 (以下, 本号)

第1節 立法の状況

第2節 判例の状況

第3節 学説の状況

第4節 小括

第4章 検討及び考察

第1節 当事者の義務について

第2節 証明妨害の法理について

第3節 小括

おわりに

### 第3章 日本法の状況

わが国の民事訴訟法は、208条・224条・229条2項及び4項・232条1項において、証明妨害につき個別的な規定を置いている。しかし、証明妨害に対して一般的に妥当するような形で法文が規律されることはなく、証明妨害を想定しうる場面について、個別的な規定を置くという形態をとる。この点については、先に見たドイツ民事訴訟法の規定の仕方と同様である。

わが国においては、証明妨害の法理の援用にあつては、法律に定めのない場面でも可能であるとする点は、判例及び学説ともに見解が一致しているようであるが<sup>278</sup>、その法的根拠や要件、さらに法的効果については争われているのも事実である。

本章では、わが国が民事訴訟法を制定した過程から現在までの改正に至るまでを証拠法にスポットをあてて最初に概観し、次いで、判例の紹介、学説の検討という順序で検討することにする。

#### 第1節 立法の状況

##### 第1款 民事訴訟法制定の経緯

###### (1) 制定までの経緯

わが国において統一的な「民事訴訟法典」を制定したのは明治の時代に入ってからである。明治以前に長らく日本を統治していた江戸幕府では、「藩による裁判」と「幕府による裁判」があり、しかも、独立した司法権が裁判を行うのではなく行政の主体が裁判を行っていた<sup>279</sup>。慶応3年（1867年）に「大政奉還」が行われ、朝廷は府県制を採用し、知府事や知藩事を任命した。これにより、彼らが各県・府を治めることになるわけであるが、依然として彼らが裁判権を行使していた<sup>280</sup>。

明治2年（1869年）6月に「版籍奉還」が行われた結果、土地は朝廷の直

---

278 吉村徳重＝小島武司編『注釈民事訴訟法(7)』（有斐閣、1995年）121頁〔野村秀敏分担〕、門口正人ほか編『民事証拠法体系 第1巻』（青林書院、2007年）234頁〔小泉博嗣＝前田志織分担〕。

279 林屋礼二『明治期民事裁判の近代化』（2006年、東北大学出版会）16・60頁。

280 林屋・前掲書16・63頁。

轄地となったが、旧藩主が知藩事に任命されて、政府の地方官として、その藩を治めることになったうえ、裁判形態も以前と同様であった<sup>281</sup>。そこで、明治政府にとっては、裁判権を一手に集中させることが重要な課題となり、明治4年7月9日に「刑部省」を廃止して「司法省」を設置するに至る<sup>282</sup>。さらに、全国統一の政治を行うべく、明治4年7月14日に「廃藩置県」を断行して、藩を廃し、新たに府や県を置き、そこに中央政府から任命された県令以下の地方官を配属させて治めさせたが、ここでも従来と同様に行政官による裁判が行われていた<sup>283</sup>。

この様に、明治維新により民事裁判が急速な近代化を遂げたものではなく、江戸時代からの手続の延長として行われていたのである<sup>284</sup>。このため、明治政府（司法省）は日本を近代的な法治国家にさせ、そのための裁判制度を確立するために「民事訴訟法」を制定する意図を持っていたようである<sup>285, 286</sup>。たとえば、明治5年（1872年）に初代司法卿に任命された江藤新平は、「司法職務定制」を定めて「司法省ハ全国法憲ヲ司リ各裁判所ヲ統括ス」としたほか、裁判所での民事訴訟の順序を定めている。また、明治6年（1873年）には「訴答文例（太政官布告第247号）」が制定され、民事訴訟手続の書式が定め

---

281 林屋・前掲書16-17・63頁。

282 林屋・前掲書64頁。

283 林屋・前掲書17頁。

284 林屋・前掲書60頁。このように、江戸時代の手続の延長であるとする場合、明治時代は江戸時代の封建的な色彩を帯びる民事訴訟手続が行われていたことになる。そのため、明治政府は、訴訟手続を近代化させるために「対等主義」「公開主義」「直接主義」「口頭主義」を導入する必要にせまれたのである（林屋・前掲書66-81頁）。

285 民事訴訟法の起草当初は、諸外国との不平等条約改正の条件としての近代的司法制度の整備という視点は考慮されず、専ら訴訟手続の改革という内国の事情に目が向けられていたとの評価（染野義信「わが国民民事訴訟法の近代化の過程」菊井先生献呈論集『裁判と法（上）』（有斐閣、1967年）519頁以下参照）がある一方で、テッヒョー自身が民事訴訟法の起草がいわば仮案であることを認識していた点、さらに条約改正の実情を反映したと見られる彼の記述を理由に、条約改正の視点があつたという指摘もある（鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本』（有斐閣、2004年）50-51頁参照）。

286 たとえば、司法省においてボアソナードが主宰して民事訴訟法が講義されており、このことが何らかの意味で法典編纂に寄与することが意図されていたことが推測される、あるいは、法典編纂の準備であつたと推測される、という指摘がある（石渡哲「明治13年の元老院訴訟法草案『明治法制史政治史の諸問題』」手塚豊教授退職記念論集（慶應通信、1977年）999頁）。

られた<sup>287</sup>。

明治6年6月24日に明治政府は立法を「左院」の専管とすることにしたが、明治8年4月14日に左院が廃止されたことに伴い、司法省においても法典編纂が可能となったのを機に、司法省による民事訴訟法草案が完成していた<sup>288</sup>。ところが、この頃に明治政府は民事訴訟法の編纂を「元老院」に委ねることを決定していた<sup>289</sup>。このため、司法省では法典編纂をやむなくストップせざるをえなくなった。さらに、司法省に保管されていた民事訴訟法編纂に関する資料を元老院に引き渡しているようでもある<sup>290</sup>。

以上のような経緯を経て、元老院において民事訴訟法の編纂事業が進められ、明治13年(1880年)にフランス民事訴訟法典<sup>291</sup>を模範とする、5編287条からなる確定案を完成させている<sup>292</sup>。その後、司法省は、ポアソナードに民事訴訟法の起草——いわゆる、ポアソナード草案<sup>293</sup>——をさせている。この様に、わが国の民事訴訟手続は主としてフランス法を参考にし、あるいは、その影響を受けながら、近代的な訴訟原理を吸収し、近代化への途を歩んで

287 民事訴訟手続を改革するにあたり、当初わが国が影響を受けた国はフランスであったようである(林屋・前掲書81頁)。たとえば、明治5年2月にフランス人ジョルジュ・ブスケ(*Georges Bousquet*)が来日し、明治9年まで法律顧問として民刑事の手続について講述している。また、江藤新平の辞任後も、明治6年にギュスターブ・ポアソナード(*Gustave Boissonade*)が来日し、22年間の長きに渡り、日本の立法に深く携わることになった。この間、江藤は司法制度の近代化のためには優れた裁判官の養成が急務であると考え「明法寮」を創設し、フランス法を講義している。また、多数のフランス法律書が翻訳され、各地の裁判所に配布されており、当時の裁判の基準がフランス法であったのは明確である。

288 石渡・前掲論文998-1000頁。

289 石渡・前掲論文1000頁。

290 石渡・前掲論文1003-1004頁。

291 1806年のフランス民事訴訟法典を参考にしていたようである(石渡・前掲論文1010-1012頁)。

292 この草案は明治13年10月に完成し12月に元老院議長に上申されているが(石渡・前掲論文1013頁)、実際には太政大臣に宛てたものである(石渡・前掲論文1014頁)。

293 407条からなる『訴訟法草案』のことを指すが未完成である(石渡・前掲論文1015頁)。なお、この資料の所在については、松本博之=徳田和幸編『民事訴訟法〔明治編〕(1) テビョー草案 I』日本立法資料全集 191(信山社、2008年)12頁の注2を参照されたい。

いった<sup>294</sup>。この様にフランス法が参考にされた理由は、欧米諸国の中でもフランスが最新の法を持った最高の文化国家であるとされ、特に司法卿になった江藤新平がフランス法に対して大きな関心を持っていたからであるとの評価<sup>295</sup>や、江戸幕府の時代には鎖国政策を採りつつも諸外国の文献が相当数あり、その中でも特にフランス語の文献が多く、このことから日本にはフランス語に堪能な知識人が一定数存在しかつまた情報を有しており、これらの知識階級の人々が明治政府に継続登用されたため、フランス法に偏っていたとの評価<sup>296</sup>もある。

ところが、明治政府は、当時最新であった1877年のドイツ民事訴訟法を模範として、わが国の民事訴訟法典を編纂することに方向転換を行い、日本に招かれていたドイツ人のヘルマン・テッヒョー（*Hermann Techow*）<sup>297</sup>がその草

294 たとえば、明治8年から10年ごろにかけては、原告が自身の「権利」を主張し、当事者間で弁論が行われて、裁判所が当事者の提出した「事実」「証拠」を基礎にして、当該権利の当否につき判断するという「当事者主義」・「弁論主義」的な審理形式をもとにした判決もあったようである。このように、弁論主義のもとで、当事者から提出された資料に基づいて裁判所が事実を認定する際に、審理に現れた全資料と状況から裁判官が自由に判断して、裁判の基礎となる事実を認定できるとする「自由心証主義」の原則が浸透してくるようになる。このような審理には、フランス民事訴訟法の影響があると指摘される（林屋・前掲書96頁）。また、判決については、結論のみを示した簡易なものではなく、当事者の主張の要領を述べた上で、理由を逐一記してから結論を示すという形式が守られていった。こうした流れを受けて、明治18年3月6日には「民事裁判言渡書式」が定められ、「判決理由の明示」の原則が守られるようになり、当事者の主張を整理したうえで、裁判所の判断が「理由」として述べられて、「結論」を示すというスタイルが定着する。これは、まさにフランス民事訴訟法（141条4号）の影響であるとされ、この後、ドイツ民事訴訟法に合わせて「主文」「事実」「理由」の順で判決が書かれるようになる。

295 林屋・前掲書406頁。

296 園尾隆司『民事訴訟・執行・破産の近現代史』（弘文堂、2009年）6頁。

297 彼の経歴については、鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本』（有斐閣、2004年）35-36頁及び38頁の注2において詳しく紹介されている。なお、彼は教育担当の顧問として来日し、訴訟法の編纂とは無縁であった。このため、なぜテッヒョーに訴訟法の編纂が託されたのかという点は興味を引く。たとえば、鈴木教授は、伊藤博文が森有礼に教育制度を託したために、テッヒョーの本来の目的である教育顧問として来日した意義が薄れ、このような事情がテッヒョー登用の背景にあると分析される（鈴木・前掲書52頁）。また、染野教授は、テッヒョーがドイツにおいて判事や検事として実務をよく知っていた点、さらに、ポアソナードが理論家であったことから編纂に携わるのが不適當と判断されたためテッヒョーが登用されたと評価される（染野・前掲論文520-521頁）。

案を担当することになる。彼は、明治19年6月に、時の司法大臣山田顕義に対して草案を提出している。しかし、それは草案のままで終わった<sup>298</sup>。その後、ドイツ民事訴訟法を範として、新たに、民事訴訟法（法律29号）——明治民事訴訟法・旧々民事訴訟法——が作られ、明治23年4月に公布、翌年の明治24年1月1日から施行されることになった<sup>299</sup>。このように、日本の民事訴訟法はフランス法の影響から離れて、ドイツ法の下で近代化されることになった<sup>300</sup>。

## (2) テッヒョー草案

テッヒョーは、明治政府から起草中の訴訟法案について意見を求められた際に、「証書相手ノ手中ニ在ルニ際シ之ヲシテ其証書ヲ出サシムルニハ如何ナル原則ニ依ヘキヤ」<sup>301</sup>として、相手方の所持する書証の提出義務がないことを指摘している。そこで、テッヒョーは草案中の「書類」という節において「原被ノ一方其仮定ヲ証スヘキ書類ノアルコトヲ申出ルトキハ裁判所ノ命ニ従ヒ之ヲ提供スヘキモノトス」との規定を設けて当事者の義務を定めるが、義務のない理由を明らかにすればこの義務は免れるとした<sup>302</sup>。また、書証に

298 テッヒョー草案がそのまま法律にならなかったのは、明治政府が条約改正交渉の中で日本の制定する重要法案が「泰西法原則」に合致するかどうか西洋人を委員に加えて調査することを約したためである。このため、法律取調委員会が設置され民事訴訟法も再度調査を余儀なくされたのである（松本=徳田編・前掲書（日本立法資料全集 191）12頁）。このように、テッヒョー草案は草案のままであったが以後の議論のたたき台になっているのは疑いなく、このため、本稿でもテッヒョー草案を取り上げることにした。

299 なお、民法は明治31年（1898年）の施行である。

300 フランス法に傾倒していたわが国の立法がドイツ法へと舵を切ったことにつき、たとえば、いわゆる明治14年の政変の頃から明治政府指導部が国家体制としてドイツの立憲君主制に大きな関心を持ったためであるとの分析がある（松本=徳田編・前掲書（日本立法資料全集 191）4頁）。

301 松本=徳田編・前掲書（日本立法資料全集 191）39頁〔テヒョー『訴訟規則原按完』（明治18年2月）〕。

302 松本=徳田編・前掲書（日本立法資料全集 191）80頁。もっとも、テッヒョーは提出を拒む場合には、所持していないことが真実かどうか、あるいは、故意による文書破棄や使用不能があったかにつき、相手方に宣誓させた上で尋問できるとの規定を置くが、このような取扱いは、提出拒否から直ちに制裁を認めない取扱いといえ、慎重な態度といえそうである。

関する広い意味での証明妨害につき、挙証者が書類の謄書を提出すれば、これを正当と認め、謄書がない場合には書類の性質及び事実につき「假定スル所ヲ以テ」正当とみなすと規定していた。この他に、「証人」という節<sup>303</sup>においても、証人の不出頭につき制裁（費用弁償と罰金であり、罰金が納められない場合は刑法に準じて罰するというもの）を規定するほか、宣誓義務を定め、拒絶理由を明らかにしない場合や宣誓拒否の場合の制裁規定（費用弁償と罰金であり、罰金が納められない場合は刑法に準じて罰するというもの）も置く。「鑑定」にあっても、不出頭や拒絶理由を明らかにしない場合や宣誓拒否につき同じように扱われる。「検証」では、当事者の検証対象物の提出義務を規定し、これに従わない場合には、証すべき事実に関して「曲者」と仮定するほか、反対の事実を認定するとされる。検証対象物が当事者以外にある場合については不明である<sup>304</sup>。

次に、翻訳の修正案<sup>305</sup>を見てみると、かなりまとまった形で規定される。すなわち、第4編第1章第5節以下で各証拠方法が定められる。まず、第5節において、証人義務・宣誓義務が規定され、不出頭の場合・不陳述の場合の制裁を規定するほか、証言拒絶権についても規定する。第6節において、鑑定人の拒絶権の前節準用や鑑定拒否や不出頭の制裁（強制的手段は許されない）が定められる。第7節では、書証につき、立証者の主張により当事者の手中若しくは第三者の手中にあるとされる立証上重要な文書は、立証者が文書を指定して提出の申立てをしてそれを証明すると、裁判所は相手方に提出を命じる。また、相手方が手中にあることを争う場合には、裁判所は宣誓さ

303 『テヒヤウ氏訴訟規則修正原按』では、第4編第1章第5節の証人の個所では、第1条において「各個人ハ民事ノ訴訟ニ付キ法律ニ於テ他ノ規則ナキ限りハ証拠ヲ裁判所ニ提出スルノ義務アルモノトス」と規定されるが、これについては単なる誤訳か、それとも意図的に規定したものなのかどうか筆者にはわからない。ただ、各証拠方法の一番先頭個所の記述であるとの理由から一般的な証拠提出義務を規定するものと考えられなくもないが、この前節が「立証通則立証及ヒ立証後ノ口頭対審」としており、一般的な規定であればこの個所に織り込むという方法も考えられたはずである。いずれにしても、この規定の持つ意味は筆者の推測の域を超えないものである。

304 規定があり準用されるとするが、準用個所に該当する条文がない。筆者には誤植なのかどうか分からなかった。

305 松本=徳田編・前掲書（日本立法資料全集 191）269頁 [[『哲憲氏訴訟規則翻訳原案修正 完』]。

せた後にその相手方に対して文書の行方や性状につき尋問できる。また、相手方が文書について証明妨害行為にでた場合には、立証者の主張が正当とみなされる。この他、検証は書証を準用する形をとる。なお、書証について第三者が有する場合の懈怠への制裁は欠いている。

## 第2款 明治民事訴訟法（明治23年法律第29号）

証人については、証言義務が認められ（289条）、正当な理由がない不出頭に対しては、費用の弁償と罰金が制裁として科されうる（294条1項）。鑑定については、鑑定人となるべき義務を負う者が、鑑定の拒否あるいは裁判所に出頭しない場合には、費用の弁償及び罰金が制裁として科されうるが、拘引までは認められない（328条）。書証については、立証者が民法の規定により文書の引渡しや提出を求めることができるとき、あるいは、当該書証の趣旨により立証者と相手方とで共通<sup>306</sup>である場合には、相手方には提出義務がある（336条）。また、訴訟又は準備書面において立証のために引用した文書に対しても提出義務がある（337条）。証明妨害については、341条が規定する。第三者の提出義務も相手方の義務ある場合と同じであるが、提出を強制させるのは、訴えをもつてのみ可能とされた（342条）。

## 第3款 大正民事訴訟法（大正15年法律第61号）

大正民事訴訟の原案はすでに、明治36年の草案<sup>307</sup>の中に見ることができる。

306 共通の書証については、当時、次のように解されていた。すなわち、「共通の証書とは、当事者相互又は当事者の一方と当事者の双方の仲立人との権利義務を記載する証書の類であり、その趣旨が当事者双方の証拠に適するものを言う。そして、申込書は当事者一方の意思表示を表すに止まるため、共通の証書とはいえないとする」（梅謙次郎ほか『法典質疑問答 第9編 刑事訴訟法・民事訴訟』日本立法資料全集 別巻45号（信山社出版、1994年）190頁〔宮田四八解答〕）。

307 松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編『民事訴訟法〔大正改正編〕（1）』日本立法資料全集 10（信山社出版、1993年）31頁以下 [[『民事訴訟法改正案——旧法典調査会案（明治36年）]]。なお、旧法典調査会の議論は、明治33年9月19日から明治35年4月頃までと考えられており（松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編『民事訴訟法〔明治36年草案〕（1）』日本立法資料全集 43（信山社出版、1994年）9頁）、明治36年4月1日をもって廃止されている。このため、法典調査会によってまとめられた改正草案は宙に浮いたままの状態になり改正には至らなかった。しかしながら、本草案はその後の大正15年の民事訴訟法改正に向けた法律取調委員会（明治40年4月19日設置）の議論のたたき台とされたため、その重要性から本稿で取り上げることにした。



この草案をたたき台にして、旧法典調査会において議論が進められた。ところで、明治23年制定の民事訴訟法改正に向けた議論、特に、第5回目の民事訴訟法改正主査委員会の中で、証拠調べに職権主義を取り込むという方向で一致した様である<sup>308</sup>。また、当初までは証拠に関する部分は人証、鑑定、書証、証拠保全であったが、民事訴訟法改正案（第一案・議案）における第二編中の第三節において、証人尋問、鑑定、書証、検証、当事者尋問、証拠保全という、ほぼ現在に近い形で規定されるようになった<sup>309</sup>。まずは、明治36年の旧法典調査会案を概観し、次に、その改正案の変遷を見ていく。

#### （1）改正に関する議論

##### 旧法典調査会案（明治36年）

人証：334条において証人義務、339条において不出頭の効果——不出頭により生じた費用の賠償及び50円以下の過料、再度の不出頭につき費用賠償、50円以下の過料及び拘引——を定める。

鑑定：鑑定人となるべき義務を負う者（372条）は、公平かつ誠実に鑑定を行う旨の宣誓をしなければならない（374条）<sup>310</sup>。さらに、鑑定の拒否あるいは裁判所に出頭しない場合には、費用の弁償及び罰金が制裁として科されるが（365条による339条以下の準用）、拘引までは認められない（373条）。

書証：立証者が相手方の手中にある文書を用いようとする場合には、相手方が当該書証を提出する旨の命令を発するように申立てができる（387条）。

---

308 松本＝河野＝徳田編・前掲書（日本立法資料全集 10）656-657頁 [『民事訴訟法改正主査委員会日誌』における第5回主査委員会（大正3年12月2日）]。この後の『民事訴訟法改正案（第一案・議案）』の226条（なお、第三案では258条、第4案及び議会提出案では261条）では、裁判官が証拠調べよってもなお心証を得られない時は職権による証拠調べが可能な旨を規定するに至っている。なお、改正案の理由においても、「趣旨判断ノ適性ヲ期セムトスルニ在リテ民事訴訟ノ取調ニ付職権主義ヲ加味シタル場合ノ一ニ属ス」とされている（松本＝河野＝徳田編・前掲書（日本立法資料全集 10）204頁 [『民事訴訟法中改正法律案理由書』]）。

309 その理由については、民事訴訟法では人証、刑事訴訟では証人尋問となっていたために、民事訴訟法においても証人尋問を用いた方が良いとの配慮が契機になった様である。

310 なお、宣誓拒否に対する制裁がないため制裁規定を設ける旨の指摘が、当時の甲府裁判所所長からなされている（松本＝河野＝徳田編・前掲書（日本立法資料全集 10）218頁 [『民事訴訟法改正案修正意見類聚』]）。

そして、相手方に提出義務がある場合として、①相手方が所持する書面を準備書面又は口頭弁論において引用したとき、②立証者が法律の規定に従い書面の引渡し及び閲覧を求めることが可能であるとき、③書面の趣旨が立証者の利益のために作成されたとき、④書面が立証者と相手方との間の法律関係につき作成されたとき、を列挙する（338条）。相手方が書面の提出を拒む時は、書面に関する立証者の主張を真実と認めることができる（391条）。相手方ではなく、文書が第三者の手中にある場合には、書面提出の期間を定めて証拠の申出を行うが（392条）、第三者の提出義務は相手方の文書提出義務ある場合と同じである（394条）。

検証：特に規定はない。

### 民事訴訟法改正案（第一案・議案）及び（第二案）

証人尋問：証人義務（233条）や不出頭の場合の制裁——決定による費用負担及び500円以下の罰金（1項）、正当な事由のない不出頭につき勾引（2項）——があり（237条）、宣誓義務が定められる（244条）。

鑑定：鑑定義務（257条）、宣誓義務（262条）、公平かつ誠実な鑑定を妨げる事情あるときの当事者の申立てによる宣誓義務（260条）が認められる。

書証：原則は文書提出命令の申立てであり（266条）、文書提出義務のある場合は、①当事者が訴訟において引用した文書を所持するとき、②立証者が法律の規定に従い書面の引渡し及び閲覧を求めることが可能であるとき、③書面の趣旨が立証者の利益のために作成され、または、挙証者と文書の所持者との間の法律関係につき作成されたときであり（267条）、これらの場合に当事者が書面の提出を拒む時は、書面に関する相手方の主張を真実と認めることができ（271条）、当事者が相手方の使用を妨げる目的をもって提出義務ある文書を棄滅、あるいは使用不可能な状態にしたときも、書面に関する相手方の主張を真実と認めることができる（272条）<sup>311</sup>。また、提出された文書をとどめ置くことができ（273条）、官憲又は公署に保管された文書を使用する場合は、文書の送付嘱託を申立てることができる（274条）<sup>312</sup>。

311 民事訴訟法改正案（第二案）では、272条の2として、文書提出命令の不遵守につき、決定をもって500円以下の過料が料される旨を規定する。

312 第二案で、官憲または公署は拒めないとの規定を追加する（2項に追加）。

検証：第二案により，当事者や第三者に対して検証目的物の提出命令，もしくは官憲または公署に送付嘱託が可能となり（288条の2），命令の不遵守に対しては，決定による500円以下の過料が科される（288条の3）。

当事者尋問：原則として，裁判官が証拠調べによってもなお心証を得られない時は職権による当事者尋問が可能とされ（289条），当事者が不出頭・不陳述の場合には尋問事項に関する相手方の主張を真実と認めることができ（290条），宣誓下での虚偽の陳述については500円以下の過料が科される（291条）。

### 民事訴訟法改正案（第三案）

証人尋問：証人義務（265条）や不出頭の場合の制裁——決定による費用負担及び500円以下の罰金（1項），正当な事由のない不出頭につき勾引（2項）——（269条）があり，宣誓義務及び偽証の罪の教示がなされる（277条）。

鑑定：鑑定義務（290条），宣誓義務（295条），公平かつ誠実な鑑定を妨げる事情あるときの当事者の申立てによる宣誓義務（293条）が認められる。

書証：原則は文書提出命令の申立てであり（299条），文書提出義務のある場合は，①当事者が訴訟において引用した文書を所持するとき，②立証者が法律の規定に従い書面の引渡し及び閲覧を求めることが可能であるとき，③書面の趣旨が立証者の利益のために作成され，または，挙証者と文書の所持者との間の法律関係につき作成されたときとされ（300条），これらの場合に当事者が書面の提出を拒む時は，書面に関する相手方の主張を真実と認めることができ（304条），当事者が相手方の使用を妨げる目的をもって提出義務ある文書の棄滅，あるいは使用不可能な状態にしたときも，書面に関する相手方の主張を真実と認めることができる（305条）。当事者及び第三者の文書提出命令の不遵守につき，決定をもって500円以下の過料が科され（306条），さらに提出された文書をとどめ置くことができる（307条）。官憲又は公署<sup>313</sup>に保管された文書を使用する場合は，文書の送付嘱託を申立てることができる（308条）。

---

313 これは，大正14年7月14日の起草委員会総会決議において，官憲，公署又は第三者に改められた。

検証：当事者や第三者に対して検証目的物の提出命令，もしくは官憲または公署に送付嘱託が可能であり（323条），命令の不遵守に対しては，決定による500円以下の過料が科される（324条）。

当事者尋問：原則として裁判官が証拠調べによってもなお心証を得られない時には，職権による当事者尋問が可能であり（325条），当事者が不出頭・不陳述の場合には尋問事項に関する相手方の主張を真実と認めることができ（327条），宣誓下での虚偽の陳述については500円以下の過料が科される（328条）。

#### 民事訴訟法改正案（第四案）

証人尋問：証人義務（271条）や不出頭の場合の制裁——決定による費用負担及び500円以下の罰金（1項），正当な事由のない不出頭につき勾引（2項）——があり（277条），宣誓義務が認められる（285条）。

鑑定：鑑定義務（302条），宣誓義務（305条），公平かつ誠実な鑑定を妨げる事情があるときの当事者の申立てによる宣誓義務（307条）が認められる。

書証：原則は文書提出命令の申立てであり（311条），文書提出義務のある場合は，①当事者が訴訟において引用した文書を所持するとき，②立証者が法律の規定に従い書面の引渡し及び閲覧を求めることが可能であるとき，③書面の趣旨が立証者の利益のために作成され，または，挙証者と文書の所持者との間の法律関係につき作成されたときとされ（312条），これらの場合に当事者が書面の提出を拒む時は，書面に関する相手方の主張を真実と認めることができ（316条），当事者が相手方の使用を妨げる目的をもって提出義務ある文書を棄滅，あるいは使用不可能な状態にしたときも，書面に関する相手方の主張を真実と認めることができる（317条）。当事者及び第三者の文書提出命令の不遵守につき，決定をもって500円以下の過料が科され（318条），さらに，提出された文書をとどめ置くことができる（320条）。

検証：335条1項による，311条及び314条乃至317条，319条乃至321条の準用，315条2項による318条の準用となる。

当事者尋問：原則として裁判官が証拠調べによってもなお心証を得られない時には，職権による当事者尋問が可能であり（336条），当事者が不出頭・

不陳述の場合には尋問事項に関する相手方の主張を真実と認めることができ（338条）、宣誓下での虚偽の陳述については1,000円以下の過料が科される（339条）。

## （2）大正民事訴訟法

この法律の原案はすでに、明治36年の草案の中に見ることができる。この草案をたたき台にして、法典調査会において議論が進められたわけであるが、先にみたように、訴訟法改正案が出されて以降、4つもの修正案が出され、最終的に5つ目の第五案が帝国議会に提出された<sup>314</sup>。帝国議会においても多くの議論が積み重ねられた結果、最終的にいくつかの修正を経て公布されるに至った。これが、民事訴訟法中改正法律（大正15年4月24日法律第61号）である。大正民事訴訟法の具体的な中身は次のとおりである。

証人尋問：証人義務（271条）や不出頭の場合の制裁——決定による費用負担及び500円以下の罰金（1項）、正当な事由のない不出頭につき勾引（2項）——（277条）、宣誓義務（285条）が定められる。

鑑定：鑑定義務（302条）、宣誓義務（307条）、公平かつ誠実な鑑定を妨げる事情があるときの当事者の申立てによる宣誓義務（305条）が認められる。

書証：原則は文書提出命令の申立てであり（311条）、文書提出義務のある場合は、①当事者が訴訟において引用した文書を所持するとき、②立証者が法律の規定に従い書面の引渡し及び閲覧を求めることが可能であるとき、③書面の趣旨が立証者の利益のために作成され、または、挙証者と文書の所持者との間の法律関係につき作成されたときとされ（312条）、これらの場合には、当事者が書面の提出を拒む時は、書面に関する相手方の主張を真実と認めることができ（316条）、当事者が相手方の使用を妨げる目的をもって提出義務ある文書を棄滅、あるいは使用不可能な状態にしたときも、書面に関する相手方の主張を真実と認めることができる（317条）。当事者及び第三者の

---

314 改正法提案の理由は次のものである。「現行民事訴訟法ハ明示23年ノ制定ニ係リ爾來多年の経験ニ照シ實際ノ運用上不備の点少カラサルヲ以テ同法中改正ヲ要スルモノアリ是レ本案ヲ提出スル所以ナリ」（松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編『民事訴訟法〔大正改正編〕（2）』日本立法資料全集 11（信山社出版、1993年）443頁 [[『民事訴訟法中改正法律案理由書』]）。

文書提出命令の不遵守につき、決定をもって500円以下の過料が科され（318条）、さらに、提出された文書をとどめ置くことができる（320条）。

検証：335条1項による、311条及び314条乃至317条、319条乃至321条の準用、335条2項による318条の準用となる。

当事者尋問：原則として裁判官が証拠調べによってもなお心証を得られない時は職権による当事者尋問が可能であり（336条）、当事者が不出頭・不陳述の場合には尋問事項に関する相手方の主張を真実と認めることができ（338条）、宣誓下での虚偽の陳述については1,000円以下の過料が科される（339条）。

#### 第4節 現在の状況

大正民事訴訟法は、その制定がなされて以降、部分的な改正を経ながらも長きに亘って存続し続けたが、平成8年に改正が行われ平成10年には改正法が施行されることになった。

ところで、戦後は、GHQの主導のもと法改正が行われた。民事訴訟に限って見てみると、いくつかの重要な特徴を見てとれる。たとえば、第2回国会衆議院司法委員会議事録12号（昭和23年4月13日）奥野健一政府委員の説明によれば、補充的職権証拠調べの廃止、証人や鑑定人に対する当事者の尋問権の拡張、正当な理由なく不出頭しない証人や鑑定人に対する制裁の強化である<sup>315</sup>。そして、証拠調べについて、当事者の権利と責任とを拡張し、直接審理主義を採用したこと<sup>316</sup>、不出頭に対する制裁を強化したことなどである<sup>317</sup>。

その後、数次の改正を経て現在の民事訴訟法に至っている。以下、簡単ではあるが、証拠方法に関する義務と権利につき現在の立法状況を簡単に記しておく<sup>318</sup>。

---

315 松本博之編『民事訴訟法〔戦後改正編〕(1)』日本立法資料全集61（信山社、2009年）10頁。

316 奥野健一＝三宅正雄『改正民事訴訟法の解説』（信山社・復刻版、2000年 初出：1948年海口書店）21頁。

317 奥野＝三宅・前掲書21頁。

318 概ね、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2007年）293頁〔春日偉知郎分担〕によった。

証人尋問：わが国の裁判権に服する者は証人義務を課せられ（190条）、不出頭に対しては過料や罰金が科されうるし（192条・193条）、勾引も可能とされる（194条）。さらに、証言拒絶（196条・197条）や宣誓拒絶（201条）が認められる場合は別として、宣誓拒絶や証言拒絶には罰金や過料が科されうるし（200条・201条5項）、虚偽の陳述は偽証罪となりうる（刑法169条）。

当事者尋問：申立て又は職権により当事者尋問が可能となる（207条1項）。これによって尋問を受ける当事者は当然に出頭・陳述義務を負うが、この義務に応じなかった場合には相手方の主張を真実と認めることができる（208条）。また、尋問当事者に対して宣誓を行わせるかどうかは裁判所の裁量となるが（207条1項）、仮に宣誓して虚偽の陳述をすれば過料の制裁が科される（209条1項）。

鑑定：鑑定に必要な学識経験を有する者は鑑定義務を負うが（212条1項）、証言拒絶宣誓拒絶が正当とみなされる者には鑑定義務を免除される（212条2項）。また、正当な理由なく鑑定を拒否する場合や不出頭に対する制裁は、当事者尋問の規定が準用され（216条）、証人の場合のそれと同じ結果となる。もっとも、不出頭に対しては勾引までは認められない（216条による194条の不準用）。

書証：文書の提出義務については制限的一般義務化が図られた（220条）。すなわち、①当事者が訴訟において引用した文書を自ら所持する場合、②挙証者が文書の所持者に対して引渡しや閲覧を求めることができる場合、③文書が挙証者の利益のために作製され、又は挙証者と文書の所持者との間の法律関係につき作成された場合には文書提出義務があるほか、220条4号各号のいずれにも当てはまらない場合に文書提出義務を負う。この義務を履行させるために、当事者は文書提出命令の申立てを行うことができ（223条）、さらに、文書提出義務に応じない場合や相手方の利用を妨げる目的で文書を滅失・使用不能にした場合には、相手方の主張が真実と擬制されうるし、さらに、文書の内容を具体的に主張すること及び代替証拠による証明が困難である場合にも相手方の主張が真実と擬制されうる（224条）。

検証：検証には協力義務を明記した条文を欠く。もっとも、検証協力義務として、検証対象物の提示義務、検証受忍義務が概念され、一般的義務となっ

ていると考えるのが通説である<sup>319</sup>。そして、正当の理由がある場合の拒絶は別として、この義務に応じない場合には、それが当事者による場合には書証と同じように相手方の主張を真実とみられるという事実認定上において不利な評価がなされ（232条による223条の準用）、第三者による場合には過料が科される（232条）。

## 第2節 判例の状況

### 第1款 近時の裁判例の状況

新潟地判昭和46年9月29日下民集22巻9～10号別冊1頁【①判例】

【事実】河川の下流域に住む住民が、同河川で獲れた魚を食べたことにより有機水銀中毒（いわゆる水俣病）に冒されたほか、それが原因で死亡するなどした。このため、患者や遺族らが、被告会社Yの工場から河川に排出された工場廃水の中にメチル水銀化合物が含まれていたことが原因で河川の魚類が汚染され、それらを食したために水俣病を発症したとして、損害賠償を求めた事案。

【判旨】被告は、鹿瀬工場アセトアルデヒド製造工程関係の製造工程図を焼却し、反応系施設、反応液等から試料を採取する等して資料を保存することなく、プラントを完全に撤去してしまっている。被告が本件の因果関係の存否の立証に、一企業としては他に例を見ない程、人的、物的設備を動員し、これに莫大な費用を投じていることは、弁論の全趣旨から明らかである。しかし、被告は前記資料を廃棄等する以前、すでに鹿瀬工場が本件中毒症の汚染源として疑われていることを承知していたのであるから、これが疑惑を解くため、前記資料等を保存してさえおけば（これが容易であることは多言を要しない）、これを証拠資料として提出することができ、その場合は、前記因果関係論にしたがっても、3について容易に立証でき、もし真実が被告主張のとおりであるとすれば、右因果関係の存在をたやすく覆すことができたものと思われる。

要するに、本件中毒症は、被告鹿瀬工場の事業活動により継続的にメチル

---

319 中野＝松浦＝鈴木・前掲書340頁〔春日偉知郎分担〕。



水銀を含んだ工場排水が阿賀野川に放出され、同川を汚染して同川に棲息している川魚を汚染し、この汚染川魚を多量に摂食した沿岸住民に惹起させたアルキル水銀中毒症であり、原因出所を含めた水俣病に類似するものとして、第二の水俣病と呼称するのも差し支えない。

東京高判昭和54年10月18日判時942号17頁【判例②】

【事実】航空自衛隊のパイロットであった者が飛行訓練中に墜落し死亡したために、遺族が国に対して損害賠償を請求した。第一審は、被告国の消滅時効の抗弁を容れ、訴えを棄却したため、遺族側が控訴した。控訴審では、遺族側が墜落に関して航空自衛隊航空事故調査委員会が作成した「航空事故調査報告書」について文書提出命令の申立てを行い、これが認められたが、被告側が当該命令に応じなかったという事案。

【判旨】本件事故が本件事故機の整備不完全のため惹起された事実を立証するため必要があるとして、本件事故について航空事故調査委員会が作成し防衛庁航空幕僚監部が保管する「航空事故調査報告書」の提出を被控訴人に命ずることの申立てをなしたので、当裁判所は、本件争点の特殊性を考え、右調査報告書が民事訴訟法312条3号にいう挙証者の利益のために作成され、挙証者と文書の所持者との間の法律関係につき作成されたものに該当し、本件訴訟に必要な証拠方法となるものと判断し、かつ、これが本件訴訟資料に供されることによって航空自衛隊における今後の事故防止対策のための有力な調査方法を放棄せざるをえなくなるとの被控訴人の主張を認めず、この主張を前提として右調査報告書の提出により重大な国家的利益が失われるとの被控訴人の意見をしりぞけて、昭和54年4月5日右調査報告書の提出を被控訴人に命じた。同提出命令は同年4月7日被控訴人に送達告知されたが、被控訴人は、その提出を命ぜられた期限である次回口頭弁論期日（同年5月22日午前10時）までに当裁判所に右文書を提出することなく、同年9月6日午前11時の当審最終口頭弁論期日に至ってもこれを提出しないから、当裁判所は、民事訴訟法第316条により、右調査報告書をもって控訴人らが立証しようとする事実、すなわち本件事故が本件事故機の整備不完全のため惹起された事実を真実と認める。

大阪高判昭和55年 1月30日下民集31卷 1～4号 2頁【判例③】

【事実】Xは相続により本件土地を取得したが（登記済み）、この土地はもともと竹藪であって、Xの夫の先々代が買い受けて登記を経ていたものであった。そして、この土地には畦道を挟んで隣接する畑地があり、この畦道が土地の境界を示す唯一の目印であった。この隣接する畑地はYの先代が買い受けて占有管理していたが、Xが相続により取得した土地を登記した頃に、Yの先代が隣接する竹藪は自己が買い受けた不動産であるとして、竹藪を切って開墾し畑地にしたり樹木を植えたりして、土地の境界を示す唯一の目印であった畦道、境界標、杭を破壊して、その痕跡をとどめないようにした。その結果、両土地の境界は不明になったという事案。

【判旨】従来からの占有土地の境界を明示していた既存の境界標、杭、あるいは畦道などの目標を破壊してその痕跡を留めない程度にまで開墾ないし整地をし、これにより原告の占有状況の立証を妨害したような場合には、原告は、登記簿上その地番の土地の所有名義人であること、隣接地番の被告所有地との間の境界の確定を前提として、両地の公簿上の総面積と各土地の実測面積との割合に比例して実測総面積を公簿上の各土地の面積に分配したうえ、自己所有地番の土地の範囲を主張、立証することによって同範囲の土地を所有するとの事実上の推定を受け得ると解すべく、これに対し前示原告の立証を妨害した被告は、右土地の範囲が原告の所有地に属しないことの証拠を提出してこれを立証する必要がある、これをなさない限り裁判所は自由心証によって前示原告主張の土地の範囲を原告の所有地であると認定してよいと考える。ただし、立証妨害によって直ちに挙証責任が転換されるとまではいえないけれども、民訴法335条、317条等の精神に照らし、裁判所は自由心証の範囲で事実上の推定をなし、立証の必要ない証拠提出責任を被告に課することが許されてよい。

土地との境界を示す畦道を損壊して・・・占有を侵奪し、これにより被控訴人らの占有の範囲の立証を妨害したものといわねばならない。したがって、前示第三に説示したとおり、被控訴人らが本件係争地の所有権確認の前提として、同係争地の範囲を公簿面積と係争地の実測面積の比例配分によってその境界を定めたものであること自体は当事者間に争いがないから、同係争地

が本件一、二の土地の範囲と異なると主張する控訴人においてその旨の証拠を提出し立証する必要がある。

福岡地裁小倉支判昭和58年2月7日判時1087号117頁<sup>320</sup>【判例④】

【事実】被告医師が開設する医院において、勤務していた看護師が、体調不良のため被告医師の診察を受けたところ、胃潰瘍と診断された。その後、投薬治療等を受けていたが、2年後に再度受診したところ、あらためて胃潰瘍と診断された。しかし、依然として、体調不良が続いたため、更に、別の施設で精密検査を受けたところ、胃がんの疑いがあるとして、手術を勧められ、胃の切除手術を受けたが、手術から約1年後に死亡したという事案。

【判旨】被告医師には、最初の受診から、継続してレントゲンの追跡検査をさせなかったこと、専門医による精密検査を行わせなかったことにつき、診療債務の不履行があったと認めるが、このことが直ちに証明妨害の法理を援用するに至るものではない。

福井地判平成元年3月10日判時1347号86頁【判例⑤】

【事実】畑で農作業中のAが突然、頭痛と嘔吐を伴って倒れたため、近くの個人病院で診察を受けたところ、急性胃腸炎と診断の上、薬を処方されて帰宅した。その後、4日間通院し、職場に復帰できるほどにまで回復した。ところが、約1ヶ月後、再度倒れて意識を失ったため、近隣の医師に往診を依頼したところ、この医師は脳内出血を疑い、すぐに救急車で病院へ搬送した。搬送された病院では、内科の応急処置が行われ、翌日から脳神経外科専門の医師による治療が行われた。この専門医は、脳動脈瘤破裂によるくも膜下出血と診断し、家族に病状を説明の上、同意を得て、手術を行った。手術後も意識の混濁状態が続いていたが、手術から1週間後、大量の脳内出血を起こし死亡したという事案。なお、本件では、救急車で搬送された病院における救急搬送時から専門医の診察を受けるまでの診療録が作成されていないと推認される事案である。

---

320 本件評釈として、菅野耕毅「判批」医事法5号（1990年7月）145頁以下がある。

【判旨】医師の診療録が作成されていなくとも、患者に対する診療経過については、看護記録や医師の指示に基づく治療・投薬の事実が記載された三測表が存在するうえ、これらの証拠や証言等によって認定が可能なものである場合、証明妨害の主張は採用できない。

東京地判平成2年7月24日判時1364号54頁<sup>321</sup>【判例⑥】

【事実】原告が自己所有の被保険自動車を友人に貸していたところ、その友人が運転中に追突事故を起こした。原告の車は全損し、300万円を超える損害を被った。このため、原告が被告保険会社に対して保険契約に基づく保険金を請求した。しかし、保険会社は、分割保険料の納付が遅滞したとの理由で、保険金を支払わなかったという事案。

【判旨】保険休止状態が生じている場合においては、遅滞分割保険料等の支払がされた日時と保険事故発生の日時との先後関係は、保険金支払義務の有無を定めるについての決定的な事実であるから、保険者又はその代理人は、保険契約者から遅滞分割保険料等を受領したときには、保険契約者に対して、受領金額のほかその日時をも明記した弁済受領書を交付すべき法律上の義務（民法486条）があるものというべきである。そして、被保険者が、一旦保険休止状態が生じた後において、遅滞分割保険料等の支払があったことを理由として、保険金の支払を求めるためには、右支払が保険事故の発生前にされたことを主張・立証することを要するのが原則であることも前示のとおりであるが、この原則は、被保険者が保険者の交付した遅滞分割保険料等についての弁済受領書等によりその日時を容易に立証することができることを考慮に入れてのものであるから、保険者又はその代理人が右法律上の義務を懈怠し、遅滞分割保険料等を受領した日時を記載しない弁済受領書を交付した場合には、保険者は、右義務の懈怠がその故意又は過失に基づくものではないといえない限り、遅滞分割保険料等の支払の日時について主張・立証責任を負う被保険者の立証を妨害したこととなるものというべきであり、これによ

---

321 なお、本件評釈として、豊泉貫太郎「判批」法研64巻10号（1991年10月）、春日偉知郎「判批」別ジュリ115号（1992年2月）272-273頁、同「判批」別ジュリ169号（2003年12月）152-153頁がある。

り被保険者が陥る立証上の不利益に基づき保険者が利益を得ることになるのは公平の観念に照らして許されるべきものではない。したがって、右の場合には、被保険者は、保険金を請求するためには、遅滞保険料等を支払ったのが保険事故の発生より前であることを主張・立証する要はなく、保険者において保険事故が遅滞分割保険料等の支払前に生じたことを主張・立証することを要することになるものというべきである。

東京高判平成3年1月30日判時1381号49頁<sup>322</sup>【判例⑦】

【事実】前記判例⑥の控訴審であるため事実については省略する。

【判旨】保険契約者は、保険料の提供をした際、弁済受領書の交付がされなかったり、日時等記載の不完全な弁済受領書の交付がなされようとするときは、同時履行の抗弁権を行使して保険料の支払を拒むことができ、それによって保険料支払の遅滞の責任を免れ得るものというべきであるが、保険契約者が右同時履行の関係があるにもかかわらず、保険料の支払をしてしまった場合は、同時履行の関係が消滅するから、弁済受領書の不交付若しくは日時等記載の不完全な弁済受領書の交付によって生ずる後日の立証等における事実上の不利益は、保険契約者側で甘受せざるを得ないものである保険金を支払おうとする保険契約者の無知に乗じて保険の効力の及ぶ期間を曖昧にする等の故意で、あるいは、それと同視し得る程度の重大な過失によって、遅滞分割保険料等を受領した日時を記載しない弁済受領書を交付した場合には、保険者は、遅滞分割保険料等の支払日時について、被保険者の証明妨害をしたこととなるものと解すべきである。このような証明妨害があった場合、裁判所は、要証事実の内容、妨害された証拠の内容や形態、他の証拠の確保の難易性、当該事案における妨害された証拠の重要性、経験則などを総合考慮して、事案に応じて、(1) 挙証者の主張事実を事実上推定するか、(2) 証明妨害の程度等に応じ裁量的に挙証者の主張事実を真実として擬制するか、(3) 挙証者の主張事実について証明度の軽減を認めるか、(4) 立証責任の転換を

---

322 本件は、東京地判平成2年7月24日の控訴審であり、評釈として、上原敏夫「判批」判評395号（1992年4月）、山本弘「判批」別ジュリ138号（1996年6月）48-49頁がある。

し、挙証者の主張の反対事実の立証責任を相手方に負わせるかを決すべきである。

東京地判平成6年3月30日判時1523号106頁<sup>323</sup>【判例⑧】

【事実】原告は、インプラントを埋め込む手術を被告から受けた。しかし、当該インプラントは原告になじむことはなく、しかも、原告はこれにより長期にわたる疼痛に悩まされた結果、別の病院で当該インプラントの除去手術を行うことになった。原告は、被告のインプラント埋め込みによる上顎洞穿孔の発生とその発見の遅れ、上顎洞穿孔に対する不適切な治療などを理由に損害賠償を請求した。なお、本件提訴前に起訴前の証拠保全の検証として、被告病院において原告の診療録（昭和54年1月10日から平成元年ころ）が発見されたが、被告不在との理由で、内容の開示は拒否された。このため、再度の検証期日が設けられたが、被告は、昭和60年5月25日以降の診療録しか提示せず、それ以前の診療録については、裁判官が第一回の検証期日においてその存在を確認した旨説明しても「見当たらない」とのみ弁解して提示を拒否したという事案。

【判旨】被告は、昭和60年5月25日以前のカルテ等について、それが裁判の証拠として提示が求められていることを知りながら、敢えて廃棄等して原告が証拠として使用できない状態にしたものと推認される。診療録は、もし医師の診療が適正に行われているならば、そのことを証明する最良の証拠となるはずのものである。それを医師自らが証拠とすることを妨害するのは、診療に不適正な点があったとの認定に結びつく記載が診療録中に存在したのではないかとの疑いを招くに足りる行為であるというべきである。そうすると、昭和60年5月25日以前の診療録に記載されていた可能性の高い原告の症状や診療内容等については、原告の供述内容がとくに不合理ではなく、かつこれと異なる被告の供述に十分な根拠がない場合には、民事訴訟法317条の趣旨に従い（原告は、同条を援用したり、診療録の内容について具体的な主張をしたりしているわけではないが）、原告の供述を真実と認めるのが相当である。

323 なお、本件評釈として、佐藤彰一「判批」別ジュリ140号（1996年12月）206-207頁、太田秀哉「判批」別ジュリ183号（2006年9月）40-41頁がある。

東京高判平成7年1月30日判時1551号77頁【判例⑨】

【事実】XとYは昭和62年11月に結婚した。昭和63年2月以降、性交渉は途絶えており、同年10月以降は別居に至ったが、同年11月22日に1回だけ性交渉を行った。平成元年7月27日にYが出産した。平成元年11月になり、Xは嫡出否認の調停を申立てたが不調となり、嫡出否認の訴えを起したが、やがて取下げた。その後、Yの出産した子を相手に親子関係不存在の確認及びYに対する不貞等を理由とする損害賠償とを求めて訴えを提起した。一審はXの訴えを両方とも棄却した。原審は両請求を併合審理するのは人事訴訟法32条、7条1項に抵触する疑惑があるとして、弁論を分離したうえで、不存在の確認については棄却、損害賠償請求については一部変更とした。このため、Xが両請求について上告したという事案。

【判旨】親子関係不存在確認の訴えについては、科学的証拠による証明がないとして不適法却下された。損害賠償について。控訴人は、親子関係の存否についての鑑定嘱託の申請に被控訴人らが協力をしないことを理由に、主観的立証責任が転換されるべきである旨を主張する。しかし、民事訴訟において相手方の不法行為を主張する者は、自らの手段によってその主張事実を立証すべきであり、相手方に立証の協力を求めることができるのは法令によって認められる場合以外にはない。もちろん、相手方の訴訟に臨む態度を弁論の全趣旨として斟酌することは可能ではあるが、本件においてXが前記の鑑定に協力しないという事情を併せ考えても、Xが春子の父親であるとの推認をすることはできないとして、親子関係の不存在が認められるから損害賠償を一部認容する。

浦和地判平成7年10月27日判タ905号215頁【判例⑩】

【事実】被告の開設する病院において、胃がんの切除手術を受けたが、その後、胃がんが再発し、手術から約3年後に死亡したという事案。この事案では、初診から退院するまでの患者の診療録、外来診療録が見つからず、証拠調べにおいて取り調べられなかったという特殊な事案である。

【判旨】故意または過失により、信義側に反する証明妨害行為を行った場合には、証明妨害行為の対象となった証拠方法の当該訴訟における重要性の程

度、証明妨害をした者の有責の程度、他の証拠資料による心証等を総合的に考慮した上で、裁判所の自由裁量により、当該証拠方法の性質、内容についての拳証者の主張事実を真実と認定しうる場合もあると考えるべきである。そこで本件を見るに、被告は法令上保存が義務づけられている診療録を、しかも、原告からその診療行為につき疑問を提起されている矢先に、紛失し、しかも、被告代表者の供述によれば、どのような事情でこれが紛失したかすら全く分かっていないことが認められるから、被告には、右診療録の紛失につき、少なくとも過失があると認められる。そして、診療録は、法律上作成、保存が義務づけられているものであり（医師法24条参照）、保存されていれば提出命令の対象となりうる証拠であることから、被告が右診療録を紛失したことは、信義則に反する証明妨害行為に当たると解すべきである。しかし、亡妻の死亡後被告病院院長は原告らに亡妻の病状につき説明し、原告宅にも説明のため訪れているのであり、内視鏡検査の結果や看護記録等診療録以外の証拠は存在していることからすると、診療録の紛失につき、被告には過失は認められるものの、故意があったとまでは認めることはできないのであり、さらに、亡妻の当時の病状を知るのに、診療録は最も重要な証拠ではあるが、本件については、診療録以外の証拠からも、亡妻の病状につき相当程度客観的に事実認定が可能な場合であるといえることができる。これらの事情に鑑みると、被告の過失による証明妨害行為があるからといって、当該紛失した診療録の内容が、全て原告らの主張するとおりであったと認定してよい場合に当たるといえることはできない。

仙台地判平成14年12月12日判タ1185号267頁【判例⑩】

【事実】Xは、平成10年11月14日にYが開設する産婦人科医院において自然分娩により出生した。Xは、生後2日目の朝になり哺乳能力が不良であることが認められたため、保育器に入れられ検査等がなされた（この間にXの母親はXがけいれんのような症状があることを確認している）。その日の夕方ころにXの母親がXの様子を見に行くと、Xがぐったりしていた。これは、Xが細菌感染及び敗血症により患したためであった。その後、総合病院への転院措置が採られたが、結局Xには重度の後遺症が残った。そこで、XはYに



対して、YがXの症状を十分に観察せず、漫然と放置したことを理由として、損害賠償を請求したという事案。なお、本件では、Yが虚偽の事実を主張するほか、この主張に沿うように診療録等の改ざんが強く疑われる事案であった。

【判旨】原告は、被告が当初因果関係を積極的に争わず、過失を否定する意図で診療記録を改ざんし、虚偽の主張をした場合、これを証明妨害があったものとみなし、民事訴訟法224条2項、3項を類推適用して、因果関係に係る原告の主張をそのまま認めるべきである旨主張する。しかしながら、原告が主張するような被告の行動は弁論の全趣旨として考慮し、また、因果関係の判断において、適切な治療が行われた場合の患者の予後を実際に知ることができないのは、医師側に過失があったためであり、その不利益を患者側に負わせることは正義の観念に反することを考慮する必要はあるが、原告が主張するような被告の行動から、民事訴訟法224条2項、3項を類推適用して、因果関係に係る原告の主張を真実と認めるべきであるとまで解することはできない。

神戸地判平成15年2月10日<sup>324</sup>【判例⑫】

【事実】債務者が、利息を年40.004%、遅延損害金も年40.004%という約定で、56万円を借受けた。その後、債務者は20回にわたり合計31万9860円を支払っていたため、利息制限法所定の制限利率に従って計算し直し、これを元利金に充当した。これ以降、債務者は返済を行わなかったため、期限の利益を喪失したとして、債権者から返済を求められたという事案。この事案では、債権者である貸金業者が保存を義務付けられている帳簿等に対して文書提出命令が出されたにもかかわらず、廃棄したとして当該命令に従わず、事案の解明が阻害されたという事情が認められる。

【判旨】本件貸付に至るまでの間の取引状況については、これを具体的に裏付ける資料は、平成8年1月12日の45万円の借り入れの借用証書（乙1）及び同年2月13日の5万円の弁済の領収書（乙2）しかなく、また、その取引

---

324 判例集未搭載。なお、LEX/DBによる文献要旨番号は28081733である。

状況に関する控訴人の陳述書（乙6）及び控訴人本人尋問の結果には、ややあいまいな部分がないでもない。しかし、控訴人は、平成13年9月分の返済が滞るや否や、同月11日、神戸簡易裁判所に対して直ちに支払督促を申し立てていること（当裁判所に顕著な事実）にも鑑みると、控訴人は、平成8年1月12日から平成12年3月31日の本件貸付に至るまでの間、利息金については、約定の利息金を毎月10日ころまでに支払ってきたものと推認できるというべきであり、また、本件訴訟において平成8年1月12日から平成12年3月31日の本件貸付に至るまでの取引状況を裏付ける資料が不十分な点については、被控訴人には、貸金業者として、貸金業の規制等に関する法律施行規則17条により、同法19条に定める帳簿について約定の最終弁済期または完済時から少なくとも3年間の保存義務が課せられているにもかかわらず、原審の第5回弁論期日（平成14年3月4日）においてなされた文書提出命令に対して、提出を命ぜられた帳簿は廃棄したとして、被控訴人がこれを提出しなかったことにも大きな原因があるところ、被控訴人による帳簿の廃棄は、上記法令に違反するものと解され（本件では、平成8、9年の取引については、文書提出命令が発せられた時点で既に最終弁済期または完済から3年を経過しているようにみえなくもないが、控訴人は借り換えによって取引を継続してきたのであるから、一連の取引が継続してきたものとみるべきであり、個別に最終弁済期の到来または完済があったものと評価すべきではなく、被控訴人は法令上の帳簿保存義務を免れないというべきである。）、証明妨害とも評価しうるものであることからすれば、その廃棄によって提出がなされなかった不利益を控訴人に負わせるのは相当でなく、むしろ、その不利益は被控訴人にこれを甘受させるのが相当であることに照らしても、前記のとおり認定できるというべきである。

上記認定したところによれば、抗弁（1）及び（2）の事実が認められるところ、本件貸付は、平成8年1月12日以降1年ごとの借り換えによって継続されてきた一連の貸付取引と認められるから、利息制限法の制限を超える利息の支払があった場合には、その部分は当然に元本に充当されるものというべく、これを充当計算すると別表記載のとおりとなり、平成13年8月9日時点で既に過払いとなっていることが認められる。

したがって、本件貸付につき、弁済済みであることを主張する控訴人の抗

弁は理由がある。

名古屋地判平成15年4月22日判時1848号81頁【判例⑬】

【事実】原告はフィリピン出身であり、平成11年3月8日に被告会社に採用された。被告会社は、フェルトの製造ラインを有しており、この製造ラインでは、原料の綿を投入して綿を解きほぐす大型の機械（以下、本件機械という）が設置されていた。具体的には、本件機械は、建物2階分の高さがあり、上方から原料を投入し、金属の突起物が付いたシリンダーを回転させることで綿を解きほぐす機械である。本件機械を稼働させると、綿を解きほぐす際に出る繊維くずが機械内部に溜まるため、作業員が本件機械内部に手を入れる方法で繊維くずを除去していた。平成12年2月4日、原告は上司から指示され、本件機械の繊維くずの除去を行おうとして機械内部に手を入れた際、左腕を切断する事故にあった。このため、原告が安全配慮義務違反を理由に損害賠償を請求したという事案。なお、事故後の平成14年に本件機械は解体されたという事情が認められる。

【判旨】証人Aの証言によれば、本件機械は、不良品の発生率が高く、清掃にも手間がかかるため、従前からカード機と呼ばれる別タイプの機械の導入が計画されており、平成13年12月に、原告立会いのうえで本件機械の見分が完了した後に、予定とおり取り壊しただけであると認められ、直ちにこれを証明妨害行為などと評価できるものではない。

名古屋地判平成15年12月25日判タ1230号263頁【判例⑭】

【事実】原告は、乳幼児の1ヶ月検診において全身痙攣と後弓反張の症状があったため、平成元年11月1日に被告の開設する病院に入院した。しかし、同病院の医師が単純ヘルペスウイルス脳炎を疑うべきところ、これを怠り、抗ヘルペスウイルス剤であるアシクロビルを投与しなかった等の過失により、原告に単純ヘルペスウイルス脳炎による体幹機能障害を被らせたとして、損害賠償を求めたという事案。この事案において、原告は、本件訴訟提起前の平成5年5月27日に証拠保全を申立て、同年8月3日と6日に検証手続が行われた。この検証手続の対象物は、平成元年10月2日から同年12月末日まで

の原告に関する診療に関する一切の資料であった。しかし、原告の入院中に行われた脳波検査の記録紙3点が検証手続において提出されなかった。その後、平成7年6月頃に病院では、法定保存期間を経過した診療に関する原告の資料は廃棄された。以上のような事情が認められる事案である。

【判旨】本件では、平成5年8月3日及び6日に起訴前の証拠保全手続に基づく検証が行われたが、本件記録紙は検証目的物として表示されていなかったこと、本件記録紙の焼却処分は、法定保存期間の経過後になされていること、本件記録紙の内容に基づく診断結果は、本件において取り調べられた診療録に記載されているところ、その内容及び体裁等に照らすと、本件記録紙に基づいて記載されていると推認されること、本件では脳波検査のほかにも重要な検査結果等の記録が存在するが、それらは上記証拠保全手続において、検証の対象とされており、被告が本件記録紙だけをことさら不利な証拠の隠滅のために破棄する必然性があったとは認め難いこと、以上の事実を総合すると、被告が原告の使用を妨げる目的で本件記録紙を滅失させたとは認められないから、この点に関する原告の主張は失当である。

本庄簡判平成19年6月14日判タ1254号199頁【判例⑮】

【事実】貸金業者である原告が、被告に対して貸し付けた金銭について、利息制限法所定の利率に再計算し直した上で、残元金と遅延損害金を請求したという事案。この事案では、取引履歴が開示されなかったという事情が認められる。

【判旨】民事訴訟法224条2項・3項は、当事者が相手方の使用を妨げる目的で、提出義務のある文書を使用できないようにしたときは、相手方の主張を真実と認めることができると規定している。相手方の使用を妨げる目的とは、訴訟上書証として用いることを妨害する意図があれば足り、提出義務ある文書とは、同法220条で提出義務ありと定められている文書であり、取引履歴を記載した業務帳簿・商業帳簿やこれらに代わる書面・電磁的記録は同条3項後段の法律関係文書に該当するものと認められる。保存期間を経過していない帳簿・書類等を正当な理由もないのに毀滅した場合には、たとえ具体的な紛争がなくとも、相手方の使用を妨げる目的で文書を毀滅したことに

なると解されている（大判昭和6・12・5，裁判例5巻271）。取引履歴を基礎とすれば，過払金の有無・額は容易に立証される。反訴被告の取引履歴の削除，廃棄の処分は，顧客から過払金算出の資料として開示が求められることもあることを知りながら，保存期間内にある取引履歴を取って削除，廃棄して反訴原告が証拠として使用できないようにしたものと認められる。

そうすると，反訴原告が，平成6年12月2日及び同8年8月12日の反訴被告からの借入れの事実に関して具体的な主張をすること及び同事実を他の証拠により証明することが著しく困難であると認められるから，民事訴訟法224条3項を適用して，反訴原告が取引履歴によって立証しようとする事実，すなわち，上記両日の借入れの事実及び第1ないし第3取引を通算して計算した結果別紙計算書のとおり過払金が生じているとの主張を事実と認める。

東京高判平成19年9月27日判時1990号21頁<sup>325</sup>【判例⑩】

【事実】被告の経営する動物病院において，原告の飼い犬は手術を受けた（卵巣子宮全摘出，下顎骨切除，乳腺腫瘍切除）。原告は，本件手術につき，被告が必要でない治療を行った上，術後の治療が不十分なために，飼い犬を死亡させたとして，損害賠償を求めたという事案。

【判旨】カルテ及びX線撮影の画像等も被告によって廃棄されて残存しておらず（それに関する被告の主張，説明は，一貫性を欠く。），手術前に生検をしていない本件において，果たして切除した範囲が飼い犬の病状に照らし相当であったか否かを事後的に確認することはできない。飼い犬が動物病院において診察を受けた最後の日から3年以内に訴訟を提起した本訴において，提訴の段階において，本来カルテが保管されているべきであった。ところが，本件において，カルテ及びX線撮影の画像等が保存されておらず，これにより事実関係の解明が十分に行うことができなくなったことは否定できない。しかし，被告のそれらの廃棄が，本件訴訟提起の可能性を意識して故意に行われたものとまでは認められない。以上のような本件において，証明妨害という理論で立証責任を一律に転換するなどの措置を講じるのは相当ではない。

---

325 なお，本件評釈として，執筆者不明であるが，登記情報557号（2008年4月）122-123頁がある。

第2款 小括

上記で紹介した判例をまとめると、次のような表にまとめることができ、分析できよう。

判例番号	妨害の態様		主観的態様	効 果	備 考
	客観的態様				
①	文書の廃棄	作為	故意	証明責任の転換	被告の行為が悪質であった
②	不提出	不作為	故意	事実の擬制	被告の行為が悪質であった
③	破壊	作為	故意	事実上の推定	被告の行為が悪質であった
④	医療的指導の不作為	不作為	過失		医療的指導の不作為が直ちに証明妨害になることはない。
⑤	記録不作成	不作為	不明		他の証拠によって事実を認定できる場合には証明妨害があっても、その主張を採用しえない。
⑥	実体法上の義務懈怠	不作為	不明	証明責任の転換	被告の実体法上の義務違背
⑦	実体法上の義務懈怠	不作為	不明	制裁を使い分け	証明妨害の要件を故意または重過失に限定した。
⑧	開示拒否	不作為	故意	事実の擬制	証拠を廃棄したと推認される
⑨	協力拒否	不作為	不明	弁論の全趣旨に含む	
⑩	紛失	作為	過失		法定保存義務のある証拠を紛失したことは、信義則に反する証明妨害 他の証拠で事実を認定できれば、証明妨害があっても顧慮されない
⑪	改ざん	作為	故意	弁論の全趣旨に含む	
⑫	廃棄	作為	不明	事実の擬制	
⑬	破壊	作為	なし		予定通りの廃棄で、原告の見分も終了しているため、証明妨害不成立
⑭	廃棄	作為	過失		相手方の使用を妨げる意図での廃棄ではないため、証明妨害不成立
⑮	廃棄	作為	故意	事実の擬制	相手方の使用を妨げる意図での廃棄
⑯	カルテ廃棄	作為	過失		相手方の使用を妨げる意図での廃棄ではないため、証明妨害不成立

まず、証明妨害が不成立となった判例を分析すると、他の証拠によって事実を認定可能であれば、たとえ証明妨害行為があっても、証明妨害が成立しない（判例⑤及び⑩）。これは、民事訴訟法では自由心証主義が優先されるし、この様な処理の方が裁判そのものの促進につながるとの考慮が働いているように感じられる。また、証拠方法に対する作為的態様が過失で行われた事案につき、相手方の利用を妨げる意図や将来の訴訟を意識してなされていないために証明妨害の成立を認めなかった（判例⑭及び⑯）。だが、これらの判例が、過失の証明妨害を制裁の対象としないのか、それとも、過失による証明

妨害の場合には、相手方の利用を妨げる意図や将来の訴訟を意識していれば、証明妨害が認められることになる」と評価しているのかは不明であるといえる。ついで、証明妨害の成立を認めた判例を分析すると、被告の行為が悪質であると認められる場合には、作為であろうと不作為であろうと証明妨害を成立させているし（判例①，②，③，⑧及び⑮），義務違背の場合には当然に証明妨害を成立させているようである（判例⑥，⑦及び⑩）。

法的効果に目を向けると、判例は、様々な効果を導いているようである。たとえば、事実上の推定や事実の擬制、弁論の全趣旨に含まれるにすぎない、さらには証明責任の転換である。このことは、判例が法的効果につき、一定の効果を認めるというスタンスを採るのではなく、事案に応じて柔軟に対応することを示しているように感じられる。

ともあれ、判例の分析で得られたことは、次のようにまとめることができる。すなわち、義務違背の場合には、作為であれ不作為であれ、当然に証明妨害を成立させていることである。ただ、過失による証明妨害を含むかどうかは不明な点である。判例の分析からは、「相手方の利用を妨げる意図」や「将来の訴訟を意識すること」がキーポイントとなっており、これらが認められれば、過失による証明妨害の成立を認める余地はあろうが、判例の分析からこのように断言できるかどうかは不確定と評価せざるを得ない。ただ、過失による証明妨害に対して制裁を与える立場に立っても、証明妨害の成立が認められにくい傾向を示していると評価され、故意は別として、過失の場合には慎重な判断がなされているものと考えられなくもない。法的効果については、画一的に処理するのではなく、「裁判官の自由な裁量に委ねられている」ものと分析できる。

### 第3節 学説の状況

#### 第1款 根拠に関する学説

##### (1) 信義則説

わが国では、訴訟法に定めのない証明妨害を認める根拠につき、当事者間の信義則に根拠を求めるのが一般的理解のようである<sup>326</sup>。この場合、訴訟当事者は立証の際に協力する義務までも負わないが、信義則に違反する態様で立証を妨害することは許されないと評価していたり<sup>327</sup>、当事者間での信義則違背を問題にすることは当事者間の利益調整を目的とする証明妨害とまさに一致するという評価があったりする<sup>328</sup>。いずれにしても、信義則説によれば、一方で証拠方法を失わせておきながら、他方で、相手方が当該証拠方法を利用できなかったがために証拠不十分になった責任を押し付ける行為が信義則に反すると考えているようである<sup>329, 330</sup>。

この説に対しては、信義則は本来的には個別的に働く法理であるから、一般的に証明妨害の根拠にはなりえないとか、要件を明確化しえないのではないか、という批判がある<sup>331</sup>。

326 石井宏治「証明妨害」根本久編『裁判実務体系 第17巻 医療過誤訴訟法』（青林書院，1990年）412頁，上田徹一郎『当事者平等原則の展開』（有斐閣，1997年）41頁，渡辺武文「証明負担の軽減」『民事訴訟法の争点〔第3版〕』（有斐閣，1998年）216頁，河野正憲『民事訴訟法』（有斐閣，2009年）462頁，水元宏典「証明負担の軽減」『新法律学の争点シリーズ4 民事訴訟法の争点』（有斐閣，2009年）191頁。

327 石井・前掲論文412頁。

328 渡辺武文「証拠に関する当事者の行為の規律—証明妨害，違法収集証拠の証拠能力を中心として—」『講座民事訴訟⑤証拠』（弘文堂，1983年）167頁。

329 たとえば，河野・前掲書462頁。

330 細かく分析すれば，信義則説はこのような考え方，すなわち，後行行為—証拠がない・不十分なために，もたらされた立証不十分を自己に有利に援用する行為—が，先行行為—自らが証拠方法を棄滅した行為—に矛盾するが故に信義則に反すると評価する説と，先行行為のみを問題にし，これが矛盾的態様であって信義則に反するかどうか判断されるという考え方がありうる（豊泉貫太郎「本稿判例⑥判批」法学研究64巻10号（1991年10月）48頁参照）。なお，後者の先行行為のみを問題にするのが，わが国の多数説のようである（吉村徳重=小島武司編『注釈民事訴訟法(7)』（有斐閣，1995年）125頁〔野村秀敏分担〕）。

331 小林秀之『証拠法〔第2版〕』（弘文堂，2003年）141頁。



## （2） 経験則説

証明妨害行為の場合において相手方の主張する事実を認める背景には、経験則があることを否定しないという見解もある<sup>332</sup>。

もっとも、常に経験則——破棄・滅失などされた証拠方法は妨害した者にとって不利なものであるという経験則——を拠り所として証明妨害の根拠とするのは、不当であるとの批判もある<sup>333</sup>。さらに、過失によって証拠方法を破棄した場合、その証拠方法は破棄した本人にとって必ずしも不利であったとは言えず、当該証拠方法が自己に不利であるから破棄するとの経験則の存在が疑われると批判される<sup>334</sup>。

## （3） 一般的事実説明義務を認める見解

証拠の偏在や不作為による証明妨害を背景に、証明責任を負わない当事者に事実説明義務を認める見解が主張される。この見解は、ドイツにおける *Stürner* の見解を参考にして、若干の修正を加える形でわが国に導入された見解である<sup>335</sup>。

ここで、この見解に与する春日教授の見解を見てみる。春日教授によれば、証明妨害や当事者間での事実説明力の較差が定型的に生じる場合には、証明責任にとって必要不可欠な前提である証明の可能性が当事者から剝奪されており、証明上の不利益のみを負わなければならないという事態が生じるために、証明責任を負う者に証明の可能性をもはや期待できない時には証明責任とは関係なく証拠の収集・提出や事実関係を適正に行わせるような規制が必要になる、という<sup>336</sup>。このため、証明責任を負わない当事者に事実説明を行わせるという議論につながるが、これは、あくまでも事実説明義務であって

332 上田徹一郎『民事訴訟法〔第6版〕』（法学書院，2009年）372頁。

333 船越隆司「実定法秩序と証明責任（九）—裁判官による法規範の具体的実現と人間の認識作用」判例評論362号〔判時1300号〕（1989年）178頁。過失による場合、とりわけ履行補助者の過失にはこの経験則が成り立ちえないとする。

334 松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第4版補正版〕』（弘文堂，2006年）391頁，吉村＝竹下＝谷口・前掲書251頁。

335 春日偉知郎『民事証拠法研究』（有斐閣，1991年）233頁以下。

336 春日・前掲書233-234頁。

事案解明責任ではないという<sup>337</sup>。そして、事案解明義務の要件として、①自己の権利主張について合理的な基礎があることを明らかにする手掛かりを示すこと、②この者が客観的に事案解明をなしえない状況にあり、③そのことにつき非難可能性がなく、④相手方が事案解明を容易にでき、その期待可能性があること、この4つを要件として挙げる<sup>338</sup>。さらに、このような事案解明義務は訴訟係属中のみならず、訴訟係属前であっても発現するとされる<sup>339</sup>。なお、事案解明義務に違反した効果として、*Stürmer*の見解に与して、事案解明義務に違反した者に不利な事実が擬制されるとする<sup>340</sup>。

また、このような見解に類似するものとして、次のような考え方があり。すなわち、証明責任を負担させられる前提として、証明責任を負わない者にも期待可能な範囲で事案解明への努力を求めるべきであって、①主張・証明責任を負う当事者に証明を期待することが客観的に不可能であり、そうした事態が生じたことにつき非難可能性がないこと、②相手方に事案の解明を要求することが不当ではないこと、③証明責任を負う当事者の主張が納得しうる首尾一貫性を備えており、その具体的な手掛かりを示していること、という一定の要件の下に証明責任とは別個にこの義務を負わせる、というものである<sup>341</sup>。

以上の説に対しては、次のような評価と批判がある。

義務の存在を認めたほうが分かりやすく、かつ、要件も明確になるが、よく問題となるのは訴訟前の証拠の処分が問題となるから、これを含める形で考えるべき<sup>342</sup>であるとか、当事者間の実質的平等の実現を目指すものとして評価できる<sup>343</sup>とするものである。また、証明責任判決が少なくなるのみなら

337 春日・前掲書247頁。

338 春日・前掲書247頁。

339 春日・前掲書254頁。もっとも、訴訟係属前については、将来訴訟が提起されるであろうという具体的危険がありながら、その訴訟に対して当該証拠方法が持つであろう意義を見誤ってしまった場合に限られる（春日・前掲書255頁）。

340 春日・前掲書260-261頁。不利な事実が擬制されるといっても、他の証拠による反駁の余地を認めており弾力的な運用が行われるものである。

341 吉村＝竹下＝谷口・前掲書253頁。もっとも、こうした考えは当事者を対等の立場に回復するための理論であり、その根拠は信義則にあるとみる。

342 小林・前掲書141頁。

343 上田・前掲書393頁。

ず、伝統的な訴訟観が大きく変わりうるのではないかという評価もある<sup>344</sup>。他方において、当事者が事案説明を行わなくなるため、当事者が単なる情報提供者になってしまうなどの本質的問題を解決しない限り、これを受容できないとする評価<sup>345</sup>や、弁論主義においては、各当事者が事案説明に向けた主体的な責任追及という形で強調されなければならない、安易に事案説明義務なるものを認めるわけにはいかない<sup>346</sup>、と拒絶する見解もある。また、文書提出に関する規定を引き合いに出し事案説明義務を導くが、一般的な訴訟法上の義務があると説くのは、論理の飛躍であるとする見解<sup>347</sup>もある。

#### （4） 具体的陳述＝証拠提出義務を認める見解

先の一般的事案説明義務が一般的訴訟法義務の性格を有するという点を批判し、松本博之教授が信義則に基づく個別的な具体的陳述＝証拠提出義務を認める見解を主張される<sup>348</sup>。

松本教授によれば、平成8年に改正された民事訴訟法では事案の解明のために訴訟当事者に対して積極的行為——具体的事実陳述——を求める一方で、証拠偏在等により自己に要求された具体的事実陳述を満たすことができない当事者の主張が排斥されてしまうという点では改正法は問題の抜本的解決に至っていないと指摘し、証明責任に関係なく、情報を有しており、かつ、難なく事実陳述を行うことができる当事者に具体的事実陳述義務を課すことが必要であると主張する<sup>349</sup>。そして、税務訴訟や行政訴訟、損害賠償請求訴訟の裁判例の検討を通して、証拠の偏在を根拠に証明責任を負わない当事者に対して一定の事実につき、相当の根拠を提示して主張・証拠の提出が求めら

344 小林・前掲書142頁。

345 小林・前掲書142頁。

346 吉野正三郎『集中講義 民事訴訟法〔第4版〕』（成文堂、2007年）196-198頁。

347 吉野・前掲書198-199頁。

348 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＝証拠提出義務」曹時49巻7号（1997年）1頁以下、同「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＝証拠提出義務(1)～(5)」法雑45巻3・4号（1999年）192頁以下、法雑46巻1号（1999年）35頁以下、法雑46巻2号（1999年）34頁以下、法雑46巻3号（2000年）33頁以下、法雑46巻4号（2000年）31頁以下。

349 松本・前掲論文（曹時49巻7号）3-4頁。

れているとして<sup>350</sup>、こうした状況は具体的事実陳述＝証拠提出義務が認められているものとして把握することが適切であるという<sup>351</sup>。そして、この義務の法的根拠は完全義務・真実義務ではなく、信義則に求められるべきものであり、①証明責任を負う当事者が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それに対して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、という4つの要件を充足すれば事案説明に協力しないことが信義則違反と評価され<sup>352</sup>、期待可能な具体的な陳述をなさない行為は相手方の事実主張を有効に争ったものと認めることができず、その結果として相手方の主張事実は直ちに判決の基礎とするべきものと考えている<sup>353</sup>。

## 第2款 要件に関する学説

### (1) 客観的要件

当該証拠に関して提出義務があること<sup>354</sup>、保存義務・作成義務のあることが必要となる。そして、妨害行為と証明不能との因果関係、妨害者にその不利益を負わせることが妥当であるとの規範的評価が必要であるとされる<sup>355</sup>。

さらに、相手方が証拠提出義務・証拠方法の作成や保存義務を負う場合には、この義務の懈怠が証明妨害と評価され、証拠提出義務・証拠方法の作成や保存義務を負わない場合には、証拠の提出を妨害する意図で証明妨害が行われた場合にのみ証明妨害の法理が適用されるとする見解もある<sup>356</sup>。

350 松本・前掲論文（曹時49巻7号）24頁。

351 松本・前掲論文（曹時49巻7号）32頁。

352 松本・前掲論文（曹時49巻7号）33頁。

353 松本・前掲論文（曹時49巻7号）39頁。このように、具体的陳述を行わないことは相手方の訴訟追行を妨害することに等しく、証明妨害の観点からの考察も可能であり、松本教授自身もそれを認めている。

354 吉村＝小島編・前掲書129頁〔野村秀敏分担〕、渡辺・前掲論文168頁。

355 吉村＝小島編・前掲書128頁〔野村秀敏分担〕、春日・前掲書208頁。なお、春日教授は、規範的評価を「公平な訴訟追行の要請に反する」ものと捉えている。

356 石井・前掲論文414頁。

## （2）主観的要件

証拠方法に関する作為・不作為に関して向けられる故意または過失、当該証拠方法が将来において利用されることを認識していた若しくは認識すべきであるのに認識しなかったことに向けられる故意または過失という2重の責任構造をとる見解がある<sup>357</sup>。これは、ドイツにおける議論——二重の責任非難——とまさに一致する。この他に、当事者が故意に訴訟法上の義務に違反して証明妨害行為をなした時を捉えて、故意に限る見解<sup>358</sup>、故意のみならず過失をも含むという見解<sup>359</sup>があるほか、故意又はこれと同視しうる重大な過失があった時に限るという見解もあり得る<sup>360</sup>。また、実体法上の証拠保存義務違反の場合には証明妨害の法理の適用を認め、実体法上の証拠保存義務がない場合には軽過失を除外する見解<sup>361</sup>、詐欺的・重過失での行為による証明妨害に限定して訴訟法上の効果を認める見解もある<sup>362</sup>。

## 第3款 法的効果に関する学説

### （1）証拠評価説

証明妨害に対する制裁を裁判官の自由な証拠評価の枠内での判断に委ねるという学説がある。この説は、両当事者間の公平や調整の柔軟性・具体的妥当性が得られるとして、支持されるほか<sup>363</sup>、証明妨害にもいろいろな態様がありうるので、証明妨害の効果としていくつかの可能性を残しておくほうが妥当である<sup>364</sup>、証明妨害が性質上証拠の偏在と関わるため、両当事者の実質

---

357 吉村＝小島編・前掲書130頁〔野村秀敏分担〕。

358 伊藤眞『民事訴訟法〔第3版補訂版〕』（有斐閣、2005年）331頁。

359 渡辺武文「証明負担の軽減」『民事訴訟法の争点〔第3版〕』（有斐閣、1998年）216頁、石井・前掲論文413頁。

360 吉村＝竹下＝谷口・前掲書251頁。

361 柏木邦良「西ドイツ民事訴訟法学の現況(5)」ジュリスト501号（1972年3月）89頁の注(10)。

362 浜上則雄「製造物責任における証明問題(5)」判タ314号（1975年2月）22頁。

363 上田・前掲書372-373頁。もっとも、上田教授は、「自由裁量説」だと表現しているが、実質はこの考え方であると思われる。

364 中野＝松浦＝鈴木編・前掲書368頁〔青山善充分担〕、吉村＝竹下＝谷口・前掲書251頁。

的平等調整の柔軟性・具体的妥当性の観点から、このような見解が妥当である<sup>365</sup>、と積極的な評価を受ける。そして、自由心証主義による評価の結果、証明妨害を行った相手方の主張がなお真実であるとの心証を得ることができなくても、妨害行為が非難されるべきものであれば、裁判所は相手方の主張を真実とみなすことができるのであって、これは当事者間の平等を考慮する要請からの自由心証主義に対する制限であると考えるが<sup>366</sup>、常にそのように認定しなくともよいのであって、完全な自由心証主義の排除ではない<sup>367</sup>、として自由心証主義に対する制限になるのではないかとの疑問に対して再反論する。

また、一応の基準を挙げ、当該証拠方法の証拠全体の中での重要性の程度、妨害者の有責の程度、他の証拠資料による心証の総合的判断によって、積極的判断に至った場合には挙証者の主張事実を真実と認めるとする見解<sup>368</sup>、妨害行為の態様、帰責性の程度（非難可能性）、当該証拠の解明への寄与度、相手方による別の証拠の提出強制が可能かを総合的に考慮し、裁判官の自由心証の枠内での評価に委ねる見解<sup>369</sup>がある。他方で、基準を設けず、事案に応じて裁判所の自由裁量により、事実を擬制するか委ねるべきとの見解もある<sup>370</sup>。

## (2) 証明責任転換説

証明されていない事実に関する判断であるが、証明責任の転換を認めるという見解がある<sup>371</sup>。もっとも、事案に応じた柔軟な対応をすることができず、画一的な処理であるとの批判があるほか<sup>372</sup>、「事実と認めることができる」

365 上田徹一郎『当事者平等の原則』（有斐閣、1997年）42頁。

366 上田徹一郎『民事訴訟法〔第6版〕』（法学書院、2009年）372頁。

367 中野＝松浦＝鈴編・前掲書348頁〔青山善充分担〕、岡・前掲書281頁、林屋礼二『新民事訴訟法概要〔第2版〕』（有斐閣、2004年）231頁。

368 石井・前掲論文415頁。

369 吉村＝竹下＝谷口・前掲書251頁。信義則適用の一場面と考えているようである。

370 吉村＝竹下＝谷口・前掲書253頁。

371 河野・前掲書481頁。

372 松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第6版〕』（弘文堂、2009年）425頁、小林・前掲書143頁、吉村＝竹下＝谷口・前掲書251頁。

との文言に整合しないとの批判がある<sup>373</sup>。また、当事者の証明活動に関する事実から証明責任転換の効果を導くのは困難であるとの指摘もある<sup>374</sup>。なお、客観的証明責任ではなく証拠提出責任が転換されると解する見解もある<sup>375</sup>。

### （3） 証明度軽減説

失われた、あるいは秘匿された証拠方法が要件事実直接的かつ全面的に係わり、他に適切な証拠方法もなく事実上の推定も働かない時は証明責任の転換まで至り得るが、立証者の有する他の証拠によって、事実認定につき何らかの手がかりがある時は、破棄・滅失された証拠方法と要件事実との緊密度を勘案して証明度を軽減させて、それで可能であれば事実認定を行うべきとする見解がある<sup>376</sup>。なお、証明責任の転換を行うことが却って当事者の不公平を招くときは、証明度の軽減を認めるべきとの指摘もある<sup>377</sup>。

## 第4節 小括

根拠に関しては、信義則にあると見る見解が有力説である。

要件に関しては、概ね、作為不作為を問わず証拠保存義務等に違反して違法に証明困難な状況を作り出したことを要件とするのが一般的であるが、この違法性をめぐって、故意に限るとか、重過失に限るとかなど議論される。

法的効果に関しては、224条1項等を類推して妨害の態様や有責性の程度を考慮し、自由裁量によって、真実とみなすかどうかを判断する証拠評価説が多数説の様である。もっとも、法的効果として、立証者の主張を真実とみなすのであれば、自由心証により推認する方法にしても、証明責任の転換を行う方法にしても、結局は構成上の差異に過ぎないと思われる<sup>378</sup>。さらに、証拠評価説の場合、法的安定性や予見可能性の観点からの批判は十分に考えられるので、類型化を行って明らかにする必要があるものとの指摘もあり検

373 小林・前掲書143頁。

374 伊藤・前掲書331頁。

375 小林・前掲書143頁。

376 船越・前掲論文178頁。

377 渡辺・前掲論文172頁。

378 柏木・前掲論文88頁、船越・前掲論文178頁。

討に値しよう<sup>379</sup>。

#### 第4章 検討及び考察

前章までで明らかとなったのは、次の点である。ドイツでは、一般的な立証協力義務を定立することには消極的な態度であり、証明妨害の法理を論じるにあたっては、制裁を科すことの根拠をめぐり激しい説の対立があった。とりわけ、当事者に一般的な義務を課すことが訴訟法に親和的なのかどうかをめぐり争われてきた。判例においても、付随的義務や信義則を引き合いに出すなどして、個別的に解決してきた。これに対して、オーストリア・フランス・スイスでは、訴訟法において、明文を以て当事者の協力義務を定めており、一般的な訴訟法上の協力義務の存在を所与のものとしており、これらの義務に違反することが証明妨害であると考えている。このように、2つの大きな訴訟法観の相違が見られるのである。

もっとも、どの訴訟法観に立つとしても、有責的な証明妨害行為があった場合には、その者に対して何らかの形で制裁が加えられるべきという考えでは共通している。それは、わが国でも同様である。最も問題なのは、一般的な協力義務の存在を前提としない法制である、ドイツやわが国において、何を根拠に証明妨害に対して制裁を科すべきかという問いに対する応答の仕方である。ここで、少し検討してみると、2つの訴訟法観で共通するのは、少なくとも客観的要件として、当事者の義務の存在と当該義務への違背、この2つの要件が必要最低限の要件であることが認められる。ここにいう義務を「一般的な義務」と定義するのか、それとも「個別的な義務」と定義するのかの相違が、まさに2つの訴訟法観を分ける分水嶺といえよう。

2つの訴訟法観があることを前提にして、両者は両立して存在するものと捉えて、わが国は一般的な訴訟法上の義務の存在を所与としない訴訟法観に立つものである、と考えるのも1つの見識である<sup>380</sup>。しかし、このように理

379 小林・前掲書143頁。

380 確かに、このような理解を前提にして、これまでの判例や学説を整理する形で証明妨害への対応を類型化して対処すればよいとの考えもあり得る。



解すると、既述したように、規定のない証明妨害への対応に困難が生ずる。ところで、わが国では、平成8年の改正前までは、証明責任を負わない当事者が事案解明にあたり、何らかの協力義務を課されるとの認識はなかった<sup>381</sup>。しかし、平成8年及び15年の改正を経て、わが国の民事訴訟法は証明責任を負わない当事者にも事案解明に関して何らかの義務を課すとの立場に至ったとされる<sup>382</sup>。その上、両者の訴訟法観の存在を認めるにしても、フランスにおいて、立証協力義務を導入したという歴史的経緯からしても、立証協力義務の導入の可能性も捨てきれないのである<sup>383</sup>。

そこで、本章では、わが国に訴訟上の協力義務の導入が可能かどうか、比較法的な観点からの考察を踏まえて検討することとする。

## 第1節 当事者の義務について

### 第1款 立証協力義務の根拠 — 民事訴訟法2条を根拠に —

敗訴した当事者が訴訟に対して不満を持つという可能性は常に存在し、裁判の数が多くなれば、それに伴って判決に不服を持つ者も多く現れると言える。これを克服するためには、裁判の正当性を確保する必要がある。すなわち、当事者が十分に納得しうる裁判であることが要請され<sup>384</sup>、それを実現するために武器対当の原則が証拠法において実現される必要があるといえる<sup>385</sup>。このような状況を背景として、当事者の実質的平等を確保するために、訴訟当事者に対して、立証への協力を義務付けようという方向で議論が進められてきた。このような議論の方向性は、適正かつ公平な裁判を実現するための基

---

381 伊東俊明「ドイツ法における宣誓要求制度の意義と機能(三・完)」商学討究52巻1号(2001年7月)235頁。

382 濱崎録「提訴前手続における相手方の協力義務に関する一試論」香川法学27巻3・4号(2008年3月)283頁。

383 たとえば、*Adolff*は、結局のところドイツもフランスも状況が類似しており、明文を以て協力義務を規定するのか、明文を持たずとも明文の規定から協力義務の存在を導き出すのか、理論的な説明の仕方の問題であると指摘する。

384 もちろん、こうした努力によって判決の正当性も確保されよう。

385 吉野・前掲書337頁。武器対当の原則は、いかにして当事者を実質的に対等化するのかという問題であり(吉野・前掲書199頁)、武器対当の原則は証拠法におけるあらゆる理論の正当化するための手段である(吉野・前掲書198頁)。

礎を築くものであり、積極的に評価するべきであろう。

では、そうした義務を根拠づける法的構成はどのように考えるべきであろうか。つまり、立証への協力を義務付ける根拠を何に求めるべきであろうか。この点、義務の具体的な根拠になるものとして、民事訴訟法2条を挙げることができるように思われる。民事訴訟法2条では、当事者の訴訟法上の義務として訴訟促進義務や真実義務が課されているとされる<sup>386</sup>。私見は、真実義務に根拠を求めることが可能と考えているので、真実義務について、以下で簡単ではあるが概観し私見を提示しておく。

真実義務とは、簡単に定義すると、「当事者があえて真実に反するような陳述が禁止される原則」であるとされる<sup>387</sup>。詳細に見れば、訴訟法上の当事者の義務であって、①真実に反すると知りながらある事実を主張すること、それを裏付ける証拠を提出してはならない。②真実に反すると知りながら相手方の主張事実を争うこと、反証を提出することは許されない。以上の2つの内容を含むものである<sup>388</sup>。先にみたように、ドイツ、オーストリア、スイスでは、この真実義務が明文をもって規定されるが、わが民事訴訟法の中にこのような規定は存在しない<sup>389</sup>。このため、真実義務なるものを訴訟法上において認めるかどうか議論される場合、その法的性質やニュアンスにおいて争いが見られることになる。支配的見解では、法律上の義務であると考え、真実義務を前提に各条文が規定されると説き、真実義務は当事者の主体性を奪うことはなく、信義則の発現する一場面であると評価している<sup>390</sup>。この真実義務は判決を誤らせないようにする規範であり、訴訟に協力すべきことを自覚させる意味をも有するとも考えられている<sup>391</sup>。

386 河野・前掲書399-400頁。

387 河野・前掲書401頁。

388 加藤新太郎「真実義務と弁護士の役割」判時1348号（2011年7月）4頁。なお、ここで真実とされるものは、当事者が真実であるとする主観的真実である（中野貞一郎『過失の推認』（弘文堂、1978年）155頁）。

389 もっとも、テッヒョー草案の中にはすでに真実義務が規定されていたようである。

390 中野・前掲書164頁。フランスにおいては、真実義務が権利濫用論の一環として論じられているようである（中野・前掲書153頁）。

391 加藤・前掲論文5頁。

以上のような考え方に従うと、真実義務は訴訟当事者の立証協力義務を根拠づける基礎的な基盤となりえるのである<sup>392</sup>。そして、この民事訴訟法2条の真実義務を根拠にして、訴訟法上において課される「立証協力義務」を導き出すことが可能との解釈ができるのである。

## 第2款 立証協力義務の性質 — 訴訟法上、一般的なものか特別なものか —

民事訴訟法2条を根拠に訴訟当事者に立証協力義務を肯定する解釈論を示した。この義務は、とりわけ証拠収集に関する統一的規律として、検討する価値は十分にあると考えられる。このような立証協力義務を議論する背景には、証拠収集手続に関する規定の不備若又は不完全さを指摘することができようが<sup>393</sup>、このような義務の導入により、証拠に関する当事者の実質的平等をもたらしえるし、真実発見にはプラスに働くといえる<sup>394</sup>。

もっとも、立証協力義務の理解については、一般的に生じる義務なのか、訴訟法上において特別に生じる義務なのか、次に問題となる<sup>395</sup>。

ところで、過度に証拠提出義務や陳述義務を強調しすぎると、弁論主義の趣旨を没却しかねないと批判され、当事者に立証協力義務を課することが困難であるとの評価もあり得る<sup>396</sup>。確かに、わが国の法体系に一般的な立証に協力する義務を定めた規定がない以上、一般的な立証協力義務を認めることはできないと考える。

---

392 私見の立場では、この立証協力義務を具体化したものの1つに、いわゆる事案説明義務を挙げることができると解している。このような理解は通説的な理解とは異なるかもしれないが、私見では、上位概念として「立証協力義務」があるものと考えており、これをともに各種の個別的な義務を観念できると理解している。

393 春日偉知郎『民事証拠法論』（商事法務，2009年）39頁参照。

394 加藤・前掲論文7頁参照。

395 一般的事案説明義務をめぐる同様の議論がある。仮に一般的事案説明義務が証明妨害の法理を構成する要素になっているという見解を採れば、一般的事案説明義務はさらに広げられた支持を獲得するものと言える（*Rassi*, ZZP 121, 165, 197.）。なお、ドイツのBGHの判例では一般的事案説明義務を否定する見解を採る（NJW 1990, 3151）。

396 もっとも、義務を一般化してしまうと、弁論主義のような当事者構造が崩れる懸念は当然ある（小林・前掲書309頁）。小林教授は、このような義務を当事者主義構造の中で考慮しなければならないと指摘する（小林・前掲書310頁）。

そこで、私見は、真実義務に由来する訴訟法上において特別に生ずる立証協力義務であると把握すべきものと考えている。つまり、民事訴訟法2条から導かれるのは、一般的な当事者の立証協力義務ではなく、一定の条件下でのみ従わなければならないとする特別な訴訟法上の立証協力義務であると考えられるのである。

## 第2節 証明妨害の法理について

### 第1款 証明妨害法理の一般化 — その正当性 —

証明妨害の法理は、当事者の証拠収集に対する非協力も含み、その対象の範囲が広い。このため証拠収集を裏から支える一般的な法理といえる<sup>397</sup>。また、当事者が訴訟法上の義務に反する態度をとった場合には、裁判所は、彼に不利な事実認定を行って良いとの法的思考の存在は疑いのないものであり、わが民事訴訟法もこれを前提としていくつかの規定を置いており<sup>398</sup>、こうした規定によって当事者間の実質的平等の発現と証拠収集妨害を予防する効果が期待されるほか<sup>399</sup>、適切な協力を拒むことが許されないということが明らかとなる<sup>400</sup>。さらに、当事者の証拠の使用が妨げられたという場合、あらゆる証拠方法につき、証明妨害の法理による自由心証主義の制限を拡大しようとする方向性が有力である<sup>401</sup>。

このように、証明妨害が禁止されるという考え方は訴訟において一般的に妥当するものであって、この考えをより一層、実効性あるものにするべく、規定を欠くような証明妨害の場合にも、証明妨害法理を適用してその考えを及ぼすべきことになる<sup>402</sup>。

397 小林・証拠法〔第2版〕108-109頁。

398 船越・前掲論文177頁。

399 吉村＝竹下＝谷口・前掲書250頁、岡・前掲書281頁。

400 *Rassi*, ZJP 121, 165, 196.

401 上田・前掲書372頁、岡・前掲書281頁、林屋・前掲書352頁。

402 こうした一般法理の形成には方向性の一致をみるが、その考え方の基礎には様々な考え方があり、証明妨害の法理は、発展途上の理論といえる（松本＝上野・前掲書425頁）。

## 第2款 証明妨害の法理 — その適用要件と法的効果 —

証明妨害行為によって、一方当事者が証明困難・証拠窮乏となるに至れば、実質的な平等を回復するための措置が採られなければならない。そして、この根拠は立証協力義務に違背するが故に制裁が課されるものであると考えるべきものである。

私見によれば、民事訴訟法2条を手掛かりにして、訴訟当事者の訴訟法上の立証協力義務を觀念し、証明妨害の法理の適用要件の1つである義務違背の「義務」の存在を肯定できるとするものである。この考えを前提に、以下、証明妨害法理の適用要件と効果について検討する。

### (1) 適用要件

私見によれば、一般的な当事者の立証協力義務の存在を認めるのではなく、一定の条件の下でのみ従わなければならないとする特別な訴訟法上の立証協力義務であると考えている。この一定の条件とは、当事者が必要な情報を入手可能若しくは入手しており、又は何らかの方法で収集可能若しくは収集している場合を指す<sup>403</sup>。つまり、情報を入手しやすい立場にあることで、証明責任の分配とは関係なく、証拠の提示義務や情報開示の義務などの訴訟上の協力義務を課することができると考えている。

そこで、証明妨害の法理を法規の定めのない場合に適用するための客観的要件として、①既述した場合に生ずる立証協力義務に違背すること<sup>404</sup>、②当該義務違背と相手方の証明困難・証拠窮乏との因果関係、③他の手段によっても証明できないこと、を挙げることができよう。つまり、私見では、①・②・③の3つの要件を客観的要件として挙げることができると考えている。とりわけ、③の要件については、わが国の裁判例において、他の証拠によつ

---

403 裁判所が当該情報を利用した事案解明につき関心を抱く場合に釈明権を行使する場面なども想定できる。この点からすれば、釈明権の適切な行使との関係も一応は議論の対象となりえようが、ここでは指摘するにとどめておく。

404 ところで、協力義務の違背には、作為と不作為とが考えられるが、(a)作為による場合には、既存の証拠方法若しくは潜在的に証拠方法になりえる証拠方法に対して、積極的に影響を与えることを指し、(b)不作為による場合は、既存の証拠方法に影響を与えるというのではなく、その発生を阻止・困難にすることを指す。

て事実が明らかになれば、証明妨害の法理の採用ができないとしている点からして、必要となる要件として挙げられよう。

では、主観的要件はどうか。故意による証明妨害と過失による証明妨害、いずれであっても証拠レベルでの実質的平等の確保を促すためにも制裁は科されるべきであり、故意及び過失とも制裁の対象とされるべきである。ただ、両者はその主観的態様が異なるから、要件は分けて考えるべきである。

故意による証明妨害の場合、当該証拠方法が存在すれば、自己が不利な立場になるために、当該証拠方法を毀滅するとの経験則が妥当する。あるいは、作為や不作為により、相手方を証明困難に陥れて困らせようとする意図すら見える。そこで、訴訟における当該証拠方法の価値を奪う又は相手方を証明困難にさせるとの認識さえあれば、制裁を科すのに十分である。

他方で、過失による証明妨害は、過失の程度について様々な態様がありうるため、事案の特殊性等を反映させるべく、過失の程度による差異を考慮して考えるべきである。つまり、過失による証明妨害の場合は、裁判官の個別具体的判断に委ねるべきと考える<sup>405</sup>。ただ、このように裁判官に委ねるというのみでは、実際にどのような判断がなされるか不明確であるし、制裁としての実効性を担保できるかどうか疑問との批判<sup>406</sup>を受ける可能性がある。そこで、一定の基準を設けてある程度は要件を明確化しておくというのも重要な作業である。私見は、棄滅された証拠方法につき後に立証に必要なことを認識していたかどうか（証拠としての重要性の認識）のみならず<sup>407</sup>、証拠方法の法定の保存義務若しくは保全義務があるかどうか、証拠方法の毀滅の時期、妨害行為者が誰であるか、証拠との距離、を総合的に斟酌すべきと考える。

405 重過失と認定された場合には、証拠法上、当事者に有利なように取扱ってよく、軽過失の場合には、有利不利とに扱うことは許されず、証拠評価の一つの判断材料として考慮されうるものという解釈も採り得ようか。

406 たとえば、門口正人編『民事証拠法体系 第1巻 総論I』（青林書院、2007年）234頁〔小泉博嗣・前田志織分担執筆〕。

407 法律を全く知らない者にとって証明主題に関して適切に評価することができるか、不利な証明結果の前にはまだ実際に不利な結果となるということをまだ意味していない、などの批判は考えられるために、これらの点を考慮する必要はあるが、本稿では指摘に留めておく。

## （2） 法的効果

故意の場合は、当該証拠価値を失わせるという認識があるために証明妨害の相手方の主張する事実が一応事実であると推定しても差し支えがなく、むしろ経験則に裏付けられて強い制裁が科されるべきと考える。ただし、これを証明責任の転換という制裁をもって対処することには反対であり、相手方とのバランスを考えて、反証が可能な事実の推定、これを制裁と考えるべきである。

過失の場合は、証明妨害があった後、裁判官が事実の存否につき心証形成ができなければ、先に挙げた要件を斟酌し、裁判官が判断すべきであるが、故意について証明責任の転換を認めないのであるから、責任非難として軽い過失について証明責任の転換を認めるべきではないと考える。従って、ここでも故意の場合の制裁と同様、反証が可能な事実の推定、これを制裁と考えるべきである。

ところで、故意や過失を問わずに証明妨害があったにもかかわらず、事実の存否につき、さしあたり裁判官の心証形成が可能であるなら、証明妨害の法理の適用の主張を認めるべきではない<sup>408</sup>。民事訴訟法では自由心証主義が優先されるし、この様な処理の方が裁判そのものの促進につながると思われるからである。また、繰り返しになるが、他の証拠によって事実が明らかになれば、証明妨害法理の主張を認めるべきではない。

## 第3節 小括

以上、私見を展開してきたが、次のようにまとめることができよう。

証明妨害の法理は訴訟のあらゆる場面に普遍的に妥当させることが適切であるために、規定を欠くような証明妨害行為の場面であっても、適用が認められるべきである。そこで、証明妨害とは、当事者に課された義務への違背であると捉えるべきである。その上で、民事訴訟法2条の真実義務を根拠にして、訴訟法上において一定の条件下で従わなければならない訴訟上の特別な「立証協力義務」を導き出すことが可能と解釈し、この義務違背の結果こ

---

408 春日偉知郎『民事証拠法研究』（有斐閣、1991年）208頁。

そが証明妨害であると考ええる。そして、この証明妨害の法理を法規の規定のない場面に適用するにあたっての要件は、

- ① 作為又は不作為により当該義務に違反すること
- ② 当該義務違背と相手方の証明困難・証拠窮乏との因果関係
- ③ 他の手段によっても証明できないこと

これらの客観的要件に加えて、

(a) 故意の場合は、訴訟における当該証拠方法の価値を奪う又は相手方を証明困難にさせるとの認識の有無の判断

(b) 過失の場合は、証拠としての重要性の認識のほか、証拠方法の法定の保存義務若しくは保全義務の有無、証拠方法の毀滅の時期、妨害行為者が誰であるか、証拠との距離、の総合判断

この判断プロセスを経て、証明妨害の成否を検討すべきである。

そして、証明妨害が成立するとの判断に至れば、自己に課された立証協力義務への違背結果の制裁として、相手方の主張する事実につき、一応は真実であると推定されるという不利益を与えるべきと考えるものである。

## おわりに

本稿では、証明妨害の対処法につき、次の2つの対応の仕方が考えられることが明らかとなった。1つは、各証拠方法の規定において当事者の義務及び義務違反に対する制裁を定めて対応する方法、もう1つは、訴訟法上の一般的な義務として証拠の提出を義務付けたり、立証に協力する義務を定めたりして、あらゆる証明妨害につき対処可能の方法をもって対応する方法である。前者の場合は、定められた規定以外の問題について対処することが困難となる可能性がある。後者の場合は、一般的な規定として機能することが予定されるため、いかなる問題であっても包括的に対処することができる。この2つの思考の差異はどこに求められるのであろうか。憶測の域を出ないが、私見は、司法が事実解明・事実探求につき積極的な態度を採るべきか、それとも消極的な態度を採るべきなのかによる差異に基づくものと推測する。すなわち、裁判における真実発見が絶対的意義なのか、それとも、相対的意義



なのかが重要な前提問題といえそうなのである。真実発見を絶対的意義と解するならば、強制的に当事者に事実を暴露させ真実発見を優先することに繋がる。他方において、真実発見を相対的意義と解するならば、真実発見は一步後退し、当事者、特に証明責任を負担しない当事者に証拠の提出を義務づけること——ひいては、協力義務を課すこと——には無理が生じることになる<sup>409</sup>。このことは、民事訴訟の目的が「正確な事実探求」なのか、それとも「権利の存否を認めるのに十分な範囲での事実探求」なのかという、積極的思考と消極的思考との対立関係にまさに一致するといえそうなのである。正しい裁判の条件は、裁判所によって正確に事実が探求されることと言われるが、事実探究のレベルをどこまで求めるべきなのか、あるいは、求めうるのか、という点も証明妨害の法理を論じる上では重要な視点であるといえよう。

本稿では、真実発見を相対的意義に解しても、訴訟法上の特別な立証協力義務を課すという理論構成で証明妨害法理の適用を捉える1つの考え方を示した。当事者が訴訟に協力しなければならないことは、既に認識されている事実である。これをどのように説明するべきなのか、そこが難題なのである。

ところで、立証協力義務の根拠につき、たとえば、当事者の手続権保障というものを概念し、これを憲法14条、31条、32条、82条を根拠にして、当事者の裁判における主張立証の機会を保障し<sup>410</sup>、当事者に十分な主張立証の機会を保障し、裁判所が両当事者の主張を精査して、真実に基づく正しい裁判を期待したり<sup>411</sup>、証明権という概念を持ち出したりする場合もある<sup>412</sup>。現代の裁判では証拠裁判主義に立脚しており、証拠なくしては権利の保護を望めない。こうした観点から、証明権を保障するためには、証拠の保全を可能

409 だからこそ、ドイツでは、その協力義務の根拠づけに苦勞し、この結果として学説が乱立するのではなからうか。

410 吉野・前掲書199・329頁。

411 吉野・前掲書329頁。

412 たとえば、小島武司「当事者の要としての証明権(上)・(中)・(下)」法セ285号(1978年12月)86頁以下・法セ286号(1979年1月)64頁以下・法セ287号(1979年2月)69頁以下、町村泰貴「フランスにおける Le droit a la preuve の観念」北法38巻1号(1987年8月)93頁以下など。

とする方法を確保しておくべきであり、他人の支配下にある証拠の提出が強制する途が開いていなければならないとする見解もある<sup>413</sup>。今後は、こうした当事者権（証明権）を含めて検討する必要があるだろう。また、裁判所も含めた訴訟関係者の協働作業によって訴訟は成り立つものであり<sup>414</sup>、充実した訴訟の実現のためには、裁判所の職権強化のみならず、当事者が積極的に関与して手続に関与する必要がある、当事者や裁判所に割り当てられた役割を再確認・再構成し、これを前提として裁判所及び当事者に様々な行為義務を課すことも今後の検討課題と言えよう<sup>415</sup>。

最後に、証明妨害の法理について、少しコメントをしておく。従来議論は、証明妨害を行った者に対する制裁という形で議論されており、証明責任を負う当事者の行為には、あまり関心が払われてこなかったように思われる。今後、重要とされる視点は、自己の権利を実現するため、あるいは防衛するための積極的な行為が求められるという視点である。このため、証明妨害の法理が適用される要件に、証明責任を負わない当事者の作為・不作為が挙げられるが、証明責任を負わない当事者の行為に限定されるのか、という疑問が残る。実際、BGHは証明責任を負う者の証明妨害を肯定しているのである。さらに、従来議論は当事者間のみ主眼を置いて議論されていたため、第三者が証明妨害を行うことについての問題を包摂しきれないように思われる。このような状況を考慮すると、訴訟当事者以外にも及ぼせるような広範な義務を定立し、しかも、その義務違背の効果が酷なものと言えないと評価しうるような理論構成を探ることが今後は必要になるように思われる。このような意味では、一般的な立証協力義務の定立が不可欠になるように思われるが、こうした点は今後の検討課題として考えていきたいと思う。

---

413 小島・前掲法セ285号88頁。

414 加藤・前掲論文6頁。

415 この点を指摘する論者として、河野・前掲書38頁。

【お詫び】

前稿において、次のような誤記がありました。ここにお詫びして訂正いたします。

『志學館法学』第13号184頁 注68

(誤) このような考え方によれば標準化された事例を指摘しうる。たとえば、  
(Vgl. *Krausrunk*, *Beweisvereitelung* (2005), S. 238 ff.)

(正) このような考え方によれば標準化された事例を指摘しうる (Vgl. *Krausrunk*, *Beweisvereitelung* (2005), S. 238 ff.)。

『志學館法学』第13号200頁 上から11行目

(誤) *Beweisvereitelung bis zur Beweislastumkehr*

(正) *Beweiserleichterungen bis zur Beweislastumkehr*