

〔民 集 未 登 載 最 高 裁 民 訴 事 例 研 究 二 一 〕

介護サービス事業者が介護給付費等の請求のために審査支払機関に伝送する情報を利用者の個人情報を除いて一覧表にまとめた文書が、民訴法二二〇条四号ニ所定の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たらないとされた事例

平成一九年八月二三日第二小法廷決定（最高裁平成一九年（許）第一八号文書提出命令に対する抗告審の変更決定に対する許可抗告事件、判例タイムズ一二五二号一六三頁、判例時報一九八五号六三頁）

〔事 実〕

介護サービス事業者であるX（株式会社）は同業者のY（有限会社）の代表者Aを被告として、競業禁止義務違反などを理由に損害賠償請求訴訟を提起した。これが本件の本案訴訟である。Xによれば、「AはXの取締役であったのに、競業禁止義務に違反して、Yを設立してXの営む事業と同じ介護サービス事業を開始し、Xの従業員を違法に引き抜くとともに、Xの顧客名簿を利用し、Xに関する虚偽の風説を流布するなどして不正に顧客を奪った」というものである。

Xは奪われた顧客の特定及び損害額の確定のために必要が

あるとして、Yが所持するYの作成に係る平成一六年三月（Y設立時）から同年二月までの間の顧客一〇三名に関する「サービス種類別利用チェックリスト」について、文書提出命令の申立てをした。以下ではこの申し立てられた文書を「本件リスト」と表記する。これに対して、Yは同文書は民訴法二二〇条四号ハ又はニ所定の文書に当たると主張した。

ところでYは、指定居宅サービス事業者として、介護給付費等を審査支払機関に請求するについて審査支払機関のコンピュータと電気通信回路で接続されたコンピュータを使用して、厚生労働大臣が定める事項をその定める方式によつ

て伝送する方式（介護給付費及び公費負担医療等に関する費用の請求に関する省令二条一項参照）を採用している。そこでYがこの請求事務に使用している市販のコンピュータソフトウェアにおいては、介護給付費等を請求するために必要な情報を入力すると、本件リストが作成される。本件文書提出命令の申立ての対象はこの文書である。

本件リストには、介護サービス事業者が特定の一か月間に提供した特定の種類の介護サービスについて、①利用者名、②当該利用者の要介護状態区分又は要支援状態区分、③当該利用者が受けた個別的なサービス内容及びその回数、④各利用者ごとの当該月分の介護保険請求額、利用者請求額等が、一覧表の形式にまとめられて記載されている。その記載されている情報は、介護給付費等の請求のために審査支払機関に伝送する情報から、利用者の生年月日、性別等の個人情報を除いたものである。

Xの申立てに対して、原々審（佐賀地裁唐津支決平成一八年一月二六日）は、本件リストは審査支払機関に提出することが予定されている介護給付費請求書（いわゆるレセプト）と実質的に同一の文書といえるから、民訴法二二〇条四号ニ所定の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に該当しないと判断した。さらに同号ハにも該当しないととして、申立てに係る顧客一〇三名中相手方が本件リストを保有していると認めることのできない七名を除いた九六名の顧客

に関する本件リストにつき、相手方に対して提出を命じた。⁽¹⁾なお以下ではこの命令の対象となった本件リストを「本件対象文書」と表記する。

原々審の決定に対してYが抗告した。Yの抗告に対して、原審（福岡高裁決平成一九年二月二一日）は次のような理由で、本件対象文書の文書提出命令の申立てを却下した。本件リストは、相手方が指定居宅サービスの利用者について介護給付費等の請求内容を確認、記録するために作成しているものであり、その作成目的、記載内容、作成経緯等に照らし、専ら相手方内部の利用に供する目的で作成され、外部に開示することが予定されていない文書であって、外部に開示されると個人のプライバシーが侵害され、相手方と利用者及びその家族との信頼関係が損なわれ、相手方の事業の遂行に重大な支障を来すおそれがある。

原審の決定に対してXは最高裁への抗告の許可を申立て、それが認められた。Xの抗告に対して、最高裁は次のような理由で原決定を破棄し、原々決定に対する抗告を棄却した。

〔決定要旨〕

「ある文書が、その作成目的、記載内容、これを現在の所持者が所持するに至るまでの経緯、その他の事情から判断して、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あって、開示され

ると個人のプライバシーが侵害されたり個人ないし団体の自由な意思形成が阻害されたりするなど、開示によって所持者の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがあると認められる場合には、特段の事情がない限り、当該文書は民訴法二二〇条四号ニ所定の『専ら文書の所持者の利用に供するための文書』に当たると解するのが相当である（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）。

これを本件についてみると、前記のとおり、本件リストは、相手方が指定居宅サービス事業者として介護給付費等を審査支払機関に請求するために必要な情報をコンピューターに入力することに伴って、自動的に作成されるものであり、その内容も、介護給付費等の請求のために審査支払機関に伝送される情報から利用者の生年月日、性別等の個人情報を除いたものにすぎず、審査支払機関に伝送された情報とは別の新たな情報が付加されているものではなく、介護給付費等の請求のために審査支払機関に伝送した情報の請求者側の控えというべき性質のものにはかならない。そうすると、本件リストに記載された内容は第三者への開示が予定されていたものということができ、本件リストは、民訴法二二〇条四号ニ所定の『専ら文書の所持者の利用に供するための文書』に当たらないといふべきである。

なお、相手方は、本件対象文書は同法一九七条一項三号所

定の『職業の秘密』に関する事項が記載されているものであって同法二二〇条四号ハに該当するとも主張しているが、本件対象文書は本案訴訟において取調べの必要性の高い証拠であると解される一方、本件対象文書に係る上記九六名の顧客はいずれも原告人において介護サービスの利用者として現に認識されている者であり、本件対象文書を提出させた場合に相手方の業務に与える影響はさほど大きなものとはいえないと解されること等を考えると、相手方の上記主張を採用することはできない。」

〔評 釈〕

一 はじめに

判旨の結論に賛成である。民訴法二二〇条四号ニによれば、『専ら文書の所持者の利用に供するための文書』については、文書提出命令の対象にならないこととされている。この文書を本稿では「自己利用文書」と表記するが、その理解をめぐって立法当初においては下級審の裁判に混乱が見られた。そこで最高裁は混乱を終息させるために問題解決の指針として、自己利用文書に関して次のような三つの要件を提示した（最二小決平成一一年一月一二日民集五三卷八号一七八七頁）。

①当該文書が、その作成目的、記載内容、これを現在の

所持者が所持するに至るまでの経緯、その他の事情から判断して、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あること。これは外部非開示性（内部文書性）要件といわれる。②開示されると個人のプライバシーが侵害されたり個人ないし団体の自由な意思形成が阻害されたりするなど、開示によって所持者の側に看過し難い不利益が生じるおそれがあると認められること。これは不利益性要件といわれる。③開示すべき特段の事情がないこと。特段の事情要件ともいわれる。

判例は、以来この要件を問題解決の枠組みとして広く利用したために、この要件はいわば準則としての意味を持つに至った。^③本決定もこれに従い、本件対象文書である本件リストが自己利用文書であるか否かについては、それが外部非開示性の文書であるか否かで判断している。すなわち、本決定は、「本件リストに記載された内容は第三者への開示が予定されているもの」であり、外部非開示性要件（①）に欠けるとして、自己利用文書ではないとの結論を導いている。ところでこの判断は原決定の判断を覆したものである。すなわち、原決定は本決定と異なり、本件リストは外部非開示性要件に該当するとして、文書提出命令の

対象にならないと判断した。要するに本決定と原決定とは正反対の結論であるが、それは外部非開示性について判断が正反対であることが原因である。

このような問題状況の概観から、本決定の判例としての意味は明らかである。本決定の意味は、判例準則の外部非開示性について、個別的内容とそれを判断するための方法を具体的に示したことにある。その意味で本件は事例判例ではあるが、本決定が原決定と対立したことから、外部非開示性は自己利用文書を判断する場合の要件として適切か否かという疑念が生じる。なぜならば外部非開示性は比較的簡単に判断できるはずの要件であるにもかかわらず、裁判所の間で判断が対立したからである。つまり、本決定の検討を通じて、自己利用文書の判断基準や外部非開示性の意味を改めて問い直すことも必要であるということである。そこで以下では、本決定の結論と理由のそれぞれについてその可否を原決定と比較しながら検討し、^④外部非開示性要件の法的な意味を考察してみよう。

二 文書作成の目的と外部非開示性

原々審は、本件リストは審査支払機関に提出することが予定されている介護給付費請求書（いわゆるレセプト）と

実質的に同一の文書と判断した。これに対して原審は、「本件リストは、相手方が指定居室サービスの利用者について介護給付費等の請求内容を確認、記録するために作成しているものであり、その作成目的、記載内容、作成経緯等に照らし、専ら相手方内部の利用に供する目的で作成され、外部に開示することが予定されていない文書である」(本決定のまともによる) というものであった。この両者の対立に対して本決定は原決定を破棄し、原々審の判断を維持した。すなわち、本決定は「審査支払機関に伝送した情報の請求者側の控えというべき性質のものにほかならない」と判断し、「本件リストに記載された内容は第三者への開示が予定されていたもの」とした。このことは、「第三者(審査支払機関)に開示が予定されている情報と実質的に同一であるとの評価」に他ならないし、「本件リストには独自の作成目的があるとはいいいく」と判断していることでもある⁽⁶⁾。

このようなことから本決定と原決定との対立点は明らかである。開示することが予定されていたか否かについて判断する場合、当該文書の作成目的を中心にして判断するのか(原決定)、それとも他の文書との関係にも考慮して総合的に判断するのか(本決定) ということである。前説は

外部非開示性の判断基準を当該文書について形式的に作成目的に限定するので、本稿では仮に限定説と表記し、後説はそのように限定しないで実質的に考察するので総合説と表記する⁽⁷⁾。

さて限定説と総合説のいずれが妥当な見解であるかというところであるが、そのためにはそれぞれいかなる利点や問題点があるかを考えることが必要である。限定説は前記の判例準則の外部非開示性要件に忠実な見解であるし、基準としても明快である。しかも、自己利用文書の外部非開示性の要件は多くの場合、単に作成目的によって個別事情を考慮することなく一般的に判断されることから、そのようなことにも適合するし、総合説よりも外部非開示性を簡単に判断できるので効率的である。しかし、問題はあらゆる文書をこのような枠組みだけで判断してよいのかということである。そのことは結果的に自己利用文書の範囲を広くすることになり、裁判において必要とされる資料が集めにくくなる。これは文書提出命令の制度の趣旨からして望ましいことではない。

これに対して総合説は限定説に比べて妥当な結論を導くことが容易であり、あらゆる文書に適切に対応することが可能である。総合的に判断するということは、様々な資料

に基づいて妥当な結論を得ようとするものであるからである。しかし、問題は限定説に比べて判断材料が多くなるし、基準が形式的・画一的でないことから、判断が難しい場合が想定される。また文書が広く開示されるということは、団体や個人にとって問題が生じるかもしれない。

両説はそれぞれ一長一短があるが、この問題を考える場合、文書に関して一般的に提出義務を定めた現行法の立法の目的や関係する条文の構造を考慮する必要がある。そうであるならば、文書は原則として広く開示されるべきであり、それに合わせた法解釈を行うべきである。すなわち、裁判資料の充実をはかるために個別具体的に当該文書の外部非開示性は総合的に考えるべきであり、その範囲は狭く解すべきである。また仮にそれで不都合が生じる場合は、文書所持者に重大な不利益が生じることであるから不利益性要件（一の②）を適用すればよいことであるし、場合によっては特段の事情要件（一の③）で対応すればよい。

このような理由から、外部非開示性要件に関しては、文書作成の目的に限定して考えるのではなく、その文書の意味や内容を総合的に考察して判断すべきである。文書は正に多様であり、多様な文書に対応するためには、外部非開示性要件の運用は弾力的になされなければならない。

三 個別的判断と外部非開示性

外部非開示性要件について総合的にしかも実質的に判断するとすると、個別的な事情と外部非開示性との関係が問題になる。外部非開示性に関しては、文書の記載内容にまで個別具体的に立ち入ることなく、文書の作成目的を中心にして客観的に判断されるのが原則とされているからである。^⑧これに対して、不利益性要件については、その性質上、個別具体的な判断が必要な場合があることは避けられない。^⑨そこで外部非開示性要件は類型的な判断で、不利益性要件は個別的な判断で行うという意見が考えられる。しかし、外部非開示性は類型的に判断しなければならないという明確な根拠はないし、総合的に実質的に考察するということは個別事情を考慮することに他ならない。そうであるならば、外部非開示性要件は個別的な事情によっても判断できるはずである。このように考えるならば、本件は、「個別事情の総合的な評価の必要性を示唆する一例である」ということになる。^⑩

これに対して本決定は個別的な事情を考慮して外部非開示性を判断したと考えるべきではなく、あくまでも類型的に外部非開示性を判断したものであるとの見解も考えられる。^⑪本件リストは汎用ソフトで作成され、しかも裁判所

はリストの個々の内容について注目したのではなく、リストの外形から判断しているからである。しかし、本決定はその決定理由を読む限り、単に文書の作成目的だけに重点を置いて判断したものではないし、作成経緯や記載内容といった個別的な事情についても考慮しているのであるから、一般的な類型的な判断ではなく、個別事情を考慮して判断したというべきである。「要するに、個別事情の総合評価や具体的な判断が必要な場合があるといっても、それには文書の性質に応じて様々な段階が想定できる」から、外形に重点を置いたにしても、そのことから直ちに類型的判断とは言えないであろう。

四 開示予定と外部非開示性

(1) 開示予定基準への疑問

本決定は本件リストが自己利用文書でない理由として、「第三者への開示が予定されていたもの」を挙げ、その根拠として、(a)コンピュータに入力することに伴って、自動的に作成されるものであり、(b)その内容は審査支払機関に伝送される情報から個人情報を除いたものにすぎず、(c)審査支払機関に伝送した情報の請求者側の控えというべき性質のものであることを挙げている。要するに、本件リス

トは審査支払機関に伝送したものとほぼ同じ内容であり、そうであるならば、開示が予定されていたという理解である。しかし、単に行政機関への提出だけで外部非開示性を否定するというのであれば、形式的判断になりかねない。原決定は審査支払機関以外に開示は予定されていないことに着目して開示性を否定したが、そのことをどのように考えるのかという問題である。⁽¹³⁾ さらには「第三者への提出は訴訟における開示と直結しないのではないか」という疑問がある。⁽¹⁴⁾

このように開示予定の解釈をめぐって本決定と原決定とは対立したが、そのことは開示予定で外部非開示性を考えることに對して次のような問題を提起した。第一に、開示予定について裁判所の判断が分かれたということは、開示予定という基準は必ずしも明確な基準でない。第二に、外部非開示性については類型的に簡単に判断して、個別具体的な事情は不利益性で判断するという判例準則の構造は、開示予定という基準が明確でないから、すべての事例に対応するものでない。第三に、そうであるならば、前記の三要件だけで文書提出命令の対象になるか否かを機械的に判断することは適切ではない。判例準則の限界を認識するとともに、判例準則の当否を考える必要がある。

そもそも開示予定の有無で外部非開示性を考え、それによって理由に文書提出命令の対象になるか否かを判断することに問題がある。開示予定を外部非開示性の判断において重視すると、開示が予定されていないものは開示しなくてよいのかということになる。そうになると、個人であれ団体であれ、それぞれが作成する文書の多くはあくまでも内部で使用するために作成するものであり、開示を予定していないから、外部非開示性の文書ということになってしまう。しかし、それでは自己利用文書か否かの最終的な判断は不利益要件で判断することになり、外部非開示性要件は自己利用文書か否かを判断するための要件としては十分に機能しないことになる。

(2) 新たな判断方法

確かに法文の文言を国語的に忠実に理解すると、内部で使用する文書は訴訟において開示する必要はないことになる。しかし、これでは原則として文書の提出に必要な以上の制約をしないという文書提出制度の立法の目的を考えると適切ではない。すなわち、民訴法二二〇条は文書提出命令の範囲を拡大させ、文書は開示が原則であることを規定しているからである。そこで内部で作成した文書でも原則として文書提出命令の対象になると考えるべきである。すな

わち、自己利用文書か否かは文書提出命令制度の目的に立ち返って考えるべきである。しかし、文書は広く開示されるべきであるにしても、あらゆる文書が法廷で開示されるというのは極端な見解である。裁判に協力する義務以上に守られるべき高い価値があれば、それは毀損されてはならない。したがって開示すべきか否かは、開示しないことに合理的な理由があるか、正当な理由があるかで決めるべきであり、開示しない場合はその妥当性と正当性の説明が必要である。

そのような視点で考えると、開示が予定されているか否かで考えるのではなく、根本に立ち返って開示すべきか否かを考える必要がある。そこで、文書を秘匿する妥当性や正当性の有無で考えるべきである。なぜならば、開示予定の有無が外部非開示性において基準になる理由は、外部に開示されるような内容の文書であれば、それを文書所持者が秘匿する理由はないと考えられるからである。また外部非開示性要件について総合的に判断するというのであれば、単に自己利用に限定していたか否かではなく、そもそも提出義務があるか否かも考慮する必要があるのではないかと思う。そうであるならば、外部非開示性要件に該当するか否かを判断し、そのうえで不利益性要件の有無について審

理するのではなく、直接、自己利用文書か否かを判断した方が効率的であるし、文書全体として自己利用文書か否かを判断することにも即しているのではないかと思う。そこでさらにこのような考えを發展させ、外部非開示性の要件について判断することなく、ダイレクトに自己利用文書か、それとも文書提出命令の対象になるか否かを考えるべきである。

問題は秘匿する妥当性や正当な事由の具体的な内容である。民事訴訟法は文書提出命令の対象にならないものとして二二〇条四号がイからホまで細分化して列記しているが、この規定は法が開示しない正当な理由を例示したものと考えられるべきである。そして自己利用文書を規定した「二」はそれ以外のもの（イ、ハ、ホ）に比べて抽象的な規定であるから、「二」以外のものではカバーできない文書に対応するための規定と解して、「二二〇条四号イ、ハ、ホ」に規定された以外で、開示によって著しい不利益が文書所持者に生じる内部作成文書」と理解すべきである。なぜならば、第一に、重複して規定する必要があるから、重複部分は除いて自己利用文書の内容を決めるべきであると考ええるからである。第二に、司法制度を支える国民として一般的に裁判に協力する義務があるから、文書の開示によって多少の

不都合が生じることはいたしかたないにしても、所持者に多大な損害が発生する場合までもそのような開示義務を強制すべきではないと考えるからである。

このように考えるならば、常に判例準則の三要件で自己利用文書に該当するか否かを考える必要はない。そもそも判例準則のように考えると、ともすれば議論が形式論になるのと、自己利用文書の本来の内容が不明確になるおそれが生じるように思う。問題は開示によってもたらされる著しい不利益とは何かということである。従来の判例・学説の議論を参考にすれば、それは個人の人權（プライバシー）や団体の自由な意思形成の侵害に伴う不利益が考えられる。しかし、前記のように自己利用文書（二二〇条四号二）は、一九六条の証言拒絶権に関する文書（二二〇条四号イ）や一九七条一項二号に規定する事実又は三号に規定する事項に関する文書（二二〇条四号ハ）等がカバーするものを除いて考え、団体の自由な意思形成の保障はこれらがカバーする範囲であるとするならば、団体の自由な意思形成の保障は自己利用文書の目的としては適切な例ではない。¹⁵ そうなると個人の人權（プライバシー）の保護ということになり、そのような文書としては日記を挙げることができる。それ以外となると現時点では、具体的な事例ごと

に判断していくしかないように思う。その意味で自己利用文書はかなり限定されたものである。したがって安易に利用されて文書提出命令の発動を阻止するものとして利用されてはならず、裁判協力義務を超える高い法的価値を守るための手段として、例外的に発動されるべきである。

さらに、付言すれば、文書提出命令の発動に際しては、当然なことであるが具体的な訴訟の状況で、証拠の必要性の吟味が必要である。その意味で文書提出命令を阻止する理由（二二〇条四号）は常に絶対的な基準ではなく、相対的に考えるべきであると思う。

(3) 私見について

自己利用文書は、外部非開示性に関して開示予定の有無で判断するのではなく、公開されると所持者に重大な損害を発生させるか否かで判断すると考えると、判例準則との関係が問題になる。すなわち、私見は判例準則を否定するものかということである。私見は判例準則を否定するものではなく、適用場面が限定されるべきであり、外部非開示性の要件はあくまでも形式的に簡単に判断すべきであって、実質的な判断は不利益性の要件で対応すべきであるというものである。その理由は、ある文書に関して外部非開示性に該当するか否かについて実質的に判断するのではなく、

そのようなことを省略して直ちに自己利用文書か否かを判断した方が効率的であるし、適切な判断ができると考えるからである。もっとも外部非開示性の判断は形式的に行うというのであれば、外部非開示性は自己利用文書の要件として意味は薄れることは確かであり、要件として挙げる必要はないということもできる。

要するに外部非開示性の判断が実質的なされるような場合は、判例準則を適用しないというものである。その意味で、判例準則との機能の分担を考えている。したがって、第三者に開示が予定されていても、その第三者が他に開示することがない場合（特に守秘義務を負っている場合）は、外部非開示性について実質的に判断せざるをえないから、判例準則は適用しない。

私見について補足しておく。第一に、私見のような見解は決して希有なことではない。例えば、確認の利益の問題に同様な議論を見ることができる。過去の法律関係の確認については判例・学説とも昔は一律に確認の利益を否定してきた。ところが今日では過去とは何かを議論することよりも、紛争解決の合理性といった観点で、確認の利益が肯定されるような事例が増えてきた。これは過去の法律関係の確認の問題を考える場合に、画一的に適否を考察する権

利保護の資格の場面ではなく、個別具体的に適否を検証する権利保護の必要の場面で考えるからであり、公式的な原則の形式的適用ではなく、問題の根本に立ち返って確認の利益を考えるとということである。このことは同時に過去の法律関係の確認は認められないとする原則の制約を明らかにしている。本件の問題もこれと同じであり、同様に展開すべきである。すなわち、実質的に第三者に開示されているか否かではなく、そのような文書を秘匿する理由があるか否かが重要である。

第二に、本件リストについて本決定は判例準則の適用を述べているが、それを通して実質的に自己利用文書か否かを考察しているように思う。そうであるならば、これは私見のように考察するのが適切であることを示している。すなわち、個々の基準に適合するか否かで検討するよりも、総合的に判断して開示されるべきか否かを直接的に判断した方が効率的である。このように考えると、開示予定の概念は文書の提出を認めるか否かの結果の説明ということではないのかという疑念が生じる。つまり、この概念は開示できないとする結論を正当化するために要件化したのではないかとの疑念である。本件リストを見ると、当該審査支払機関には守秘義務があるとはいえ、当該審査支払機関に

伝送された情報とその内容がほぼ同じである。つまり、本件リストは単なる組織内部に留めておく草稿や草案というものではなく、組織内部で秘匿すべき理由はない。利用者のプライバシーの侵害やYの事業の遂行に支障を生じさせることも予想されるにしても、介護事業に公的な機関が介入する以上、介護に絶対に守らなければならない秘密事項というものはない。特に、本件のような顧客を奪ったか否かが争われる事件においては、この資料は裁判にとって重要である。¹⁶⁾このような総合的な判断によって、自己利用文書であるか否かを決めるべきである。

四 不利益性要件について

原決定は、本件リストは②の不利益性要件について該当すると判断しているが、本決定は不利益性要件について直接言及していない。したがって、本決定と不利益性要件との関係については二つの見解がある。一つは本決定は外部非開示性の要件の点で自己利用文書を否定したので、不利益性の要件は判断する必要はなく、それゆえに不利益性に言及していないという見解である。越山教授の見解であるが、次のような付言をしている。¹⁷⁾「本決定は、本件リストを開示しても所持者の事業遂行に重大な不利益を生じさせ

るおそれが大きくないことも暗黙裡に前提として……外部非開示性の基準を判断しているといえなくもない。」

これに対して本決定は不利益性要件に該当しないことを判断しているとの見解がある。川嶋教授は、本決定が本件リストについて審査支払機関に伝送された情報とは別の新たな情報が付加されたものではなく、審査支払機関に伝送される情報の控えという性質であると述べていることから、「所持者に看過しがたい不利益が生じないこと（不利益要件を満たさないこと）⁽¹⁸⁾」が示されていると、評することができる。」と述べている。

外部非開示性が否定されれば、不利益性について判断する必要はないから、不利益性要件について本決定は判断していないと読むべきであるが、越山教授が付言したように、また川嶋教授が評したように、実際のところは本決定においては不利益性の判断を先行したように思う。このことは、自己利用文書が否かは不利益性要件で決まることを示している。不利益性要件が要件の中で一番重要であることを考えれば、当然のことであり、私見は、外部非開示性要件が簡単に判断できるのであれば、不利益性要件は外部非開示性要件の判断に先行して判断してよいと考える。私見は、文書所持者の文書を秘匿する正当な理由があるか否かを判

断基準とするからである。つまり、それは外部非開示性要件の判断の際に考慮すべきなのか、それとも不利益性要件の中で考えるべきなのかというように、外部非開示性要件か不利益性要件かに区別する必要はないと考える。

そうなるとある文書が自己利用文書であるか否か決める場合、決め手は外部非開示性か不利益性かということになる。判例準則によれば、いずれであっても自己利用文書になるから、どちらでもよいということになる。⁽¹⁹⁾しかし、判例準則の順番は順不同ではなく意味があると思うので、外部非開示性要件で自己利用文書でないと判断した本決定は、判例準則に従う以上、妥当なものということになる。⁽²⁰⁾

なおこのように自己利用文書の有無の判断の要件が重なりということとは、不利益性要件と外部非開示性要件は截然と区別できるものではないことを意味する。また、無理に区別することの危険性を示唆しているようにも思う。総合的判断となると基準が曖昧になるが、かといって基準の限界や相互関係を無視して一つの基準で判断するのも問題である。

五 その他の問題

本件判例についての判例研究は、自己利用文書の問題以

外についても、若干の論点の存在を指摘している。これらは本件においてはメインの問題ではないが（いわゆる傍論であるが）、自己利用文書について一般的に考察する場合には重要な問題であるので、これらについて私見をまとめておく。

(1) 二二〇条四号ハの職業上の秘密について

本件では文書の開示による不利益としてプライバシーが問題になっているが、それは相手方のプライバシーではなく、プライバシーの主体は相手方の利用者であるという本件特有の事情に基づく。そこでこのような事情から、本件の相手方であるYは、いわゆる職業上の秘密を文書を開示しない理由として主張した。本決定はこの主張を決定理由の最後の「なお書き」において否定したが、その理由として、「本件対象文書は本案訴訟において取調べの必要性の高い証拠である」ことと、「本件対象文書を提出させた場合に相手方の業務に与える影響はさほど大きなものとはいえない」ことを挙げている。

これは比較衡量的手法であり、文書提出命令を認める可否かの判断基準が相対的なものであることを意味する。これでは基準は絶対的でなければならないという見解に反するし、第一小決平成一二年三月一〇日民集五四卷三号一〇

七三頁に代表される従前の判例の見解と異なる。しかし、最近の報道関係者の取材源に関する証言拒絶についての第三小決平成一八年一〇月三日民集六〇巻八号二六四七頁は、本件の判例の見解と同じような手法である²¹⁾。

そもそも比較衡量の手法は個別具体的に総合的に判断していくということであり、この方法に賛成である。文書のも多様性と、いわゆる職業上の秘密の程度の違いを考えると、文書提出命令が発令されるか否かは、証拠の必要性和開示に伴う不利益とのバランスをとって、事件ごとに相対的に決めることが妥当な結果を招来すると考えるからである。さらに私見は、「文書は原則として開示されるべきであり、例外的に秘匿することが許される場合は合理性と正当性が必要であり、個別具体的に総合的に判断する」というものであるから、文書提出命令の発令においては事件ごとにバランスのよい妥当な結論を志向すべきである。

(2) 証拠の必要性

本決定は、いわゆる職業上の秘密に関してであるが、「本件対象文書は本案訴訟において取調べの必要性の高い証拠であると解される」と述べている。この点について川嶋教授は、前注(16)で引用したように、「本件文書は、実質的に見れば証明事項に関する唯一の証拠的意義があり、

証拠調べの必要性（法二二一条二項）もある……」と述べている。そして、その理由として次のように述べている。⁽²²⁾
 「仮に本件文書の提出が認められなかった場合には、奪われた顧客が特定できた（本件では九六名が現認されている）としても、個々の損害賠償額の確定が困難となり、損害賠償額の認定規定（法二四八条）に依拠せざるを得なくなるとも考えられるが、それでは相対的に低額の賠償額ともなりかねない……」。

これに対して安西教授は審理過程に注目して、次のような消極的な見解を説いている。⁽²³⁾「本件でXが立証主題とする損害額は、顧客がXを利用していた当時の資料で判断できる（介護サービスは施設により異なるからYの保険請求額と一致しない）とのYの抗告理由も成り立ち得る。奪われたとする顧客の特定も、文書提出命令の審理過程でX申立ての一〇三名からYが九六名に絞ったため既に達成された感があり、証拠の必要性は低いとも見られる。」。

審理の過程を考慮することなく訴訟物との関係で本件リストの意味を考えるならば、顧客に関してXとYのそれぞれの資料を対照することによって、より正確に損害額が判断できるから、証拠として本件リストは必要であると思う。その意味で川嶋教授の見解に賛成である。これに対して安

西教授の見解は分かりづらい。証拠の必要性は低いから、本件での文書提出命令は発令すべきでなかったということなのか、あるいは発令に際して審理の過程を考慮すべきであるということなのか、そして自己利用文書か否かを判断する場合に、これらはどのように関係してくるのかは必ずしも明らかではない。そもそも本件リストについて最高裁が取調べの必要性が高いと述べていることは、最高裁は安西教授が指摘したようなことは文書提出命令の発令に際して考慮する必要がないと判断したとも解することができる。

確かに訴訟の経緯から証拠の必要性は低下したのかもしれないが、本件文書をめぐる文書提出命令に関して争いがあつたからこそ裁判資料が充実したのであり、本件リストは証拠として必要性が感じられる。また証拠の必要性の判断はそれぞれの訴訟において動態的に把握する必要があるにしても、その場合の客観的な基準を提示したり、具体的な事案を類型化する作業が必要なように思う。

六 おわりに

本稿は平成二〇年四月二六日に開催された民事訴訟法研究会で使用した報告原稿を研究会での貴重な意見を参考にして、加除訂正して作成したものである。それ以降の把握

できた本件判例についての判例研究は、その内容を参照して報告原稿に加筆したが、論稿については取り上げていない⁽²⁵⁾。本来なら論稿についても参照して私見を述べるべきであるが、そのためには自己利用文書について、さらに詳細に考察して本稿を全面的に見直す必要があるため、これは後日に機会を得て行うつもりである。

(1) 本件に関して記録の閲覧、聴き取り調査を行った安西明子教授によれば、「Y のリスト作成ソフト使用開始時の六月から二月までの分の提出を命じた」とのことである(安西明子「本件判例解説」平成一九年度重要判例解説〔「ジュリスト」一三五四号、平二〇一〕一四三頁)。

(2) この文書については、文献によって様々な名称が用いられている。例えば、自己利用文書、自己使用文書、自己使用文書、自己専利用文書、自己専利用文書、自己専利用文書等である(高橋宏志「重点講義民事訴訟法下〔補訂版〕」一六四頁注185〔有斐閣、平一八〕)。本稿では自己利用文書と表記したが、それが今日において比較的多く使用されていると思われるからである。

(3) ある文書が自己利用文書に該当するか否かに関して、判例は既述のように判断基準として、三つの要件を設けた。

① 外部非開示性要件、② 不利益性要件、③ 特段の事情要件である。なお①②はその存在が必要である積極的要件であり、③はその不存在が必要である消極的要件である。これまでの代表的な判例について、これらの要件の視点から整理してみると、次のようにまとめることができる。もっともこれは判決理由の読み方の問題であるので、人によって異なる分類をするかもしれない。しかしそうであるからといって、私独自の分類ではなく、一般的な判例の分類であると考えている。

(a) ①②③を充足するとして、文書提出命令を認めなかったもの

(1) 最二小決平成一一年一月一二日民集五三卷八号一七八七頁(金融機関の貸出稟議書)

(2) 最一小決平成一七年一月一〇日民集五九卷九号二五〇三頁(市議会議員が公務調査の内容等につき作成した調査研究報告書)

(b) ①に該当しないとして、文書提出命令を認めたもの

(1) 最二小決平成一六年一月二六日民集五八卷八号二三九三頁(経営破綻した保険会社に関して保険管理人が設置した弁護士及び公認会計士を委員とする調査委員会が作成した調査報告書)

(2) 最二小決平成一九年一月三〇日民集六一卷八号三一八六頁(銀行が融資先に対して有する債権の資

産査定を行う前提となる債務区分を行うために作成した文書)

(c) ③について判断したもの

- (1) 第一小決平成一二年二月一四日民集五四卷九号二七〇九頁(金融機関の貸出稟議書は③に該当しないと判断)

- (2) 第二小決平成一三年二月七日民集五五卷七号一四一一頁(経営破綻した金融機関の貸出稟議書は③に該当すると判断)

(d) ①には該当するが、②に該当しないと文書提出命令を認めたもの

- 第二小決平成一八年二月一七日民集六〇卷二四九六頁(銀行本部の担当部署から各営業店長等に發送された社内通達文書)

(e) ②について個別具体的に判断すべきであるとしたもの
第一小決平一二年三月一〇日民集五四卷三十一〇七三頁(電気機器の回路図及び信号流れ図)

このような分類によれば、本件は(b)の事例であり、その意味で(a)とは反対である。そして(e)と同様に個別事情の重視ということになる。

ところで安西教授は、これら一連の判例の動きを見て、「揺り戻しを見せている」と評している(安西・前掲注(1)一四四頁)。その根拠として、判例の(b)(2)と(d)と本決

定を挙げ、これらは本来は③の要件で判断できるので、それをしないことを理由にする。また判例掲載誌の解説は(a)(2)・(b)(1)と本決定の違いは、前者は対象文書の公益的性格が問題になった判例であるとする(「判例解説」前掲判タ一六四頁、判時六三頁)。なお民事情報二五四号四九頁の判例解説にも同趣旨の記述が見られる。

- (4) 原決定は本決定を掲載している雑誌には掲載されていない。しかし、原決定の内容は本決定において要約されているし、判例解説においてその大要が紹介されているので、本稿ではそれらを参考にして、原決定の内容を把握した。すなわち、越山和広教授は本件判例解説を執筆する際に、抗告審の決定、抗告状、抗告理由書を参照したとのである(越山和広「本件判例解説」速報判例解説第二巻(法学セミナー増刊)一五六頁注3〔平二〇〕)。また安西教授は「記録閲覧、聴き取り調査」を行っただけで判例解説を執筆された(安西・前掲注(1)一四四頁)。

- (5) 慶應義塾大学民事手続判例研究会(三木浩一監修)「本件判例解説」Legal判例速報二四号八八頁(平一九)。

- (6) 越山・前掲注(4)二五五頁。

- (7) 本件判例が掲載された雑誌の匿名氏による解説は、次のように述べている(「判例解説」前掲判タ一六四頁、判時六三頁)。「本件リストは、それ自体を取り上げて形式的にいえば、外部への開示を予定していない文書というこ

ともでき」る。これに対して「記載されている情報は、介護給付費等の請求のために審査支払機関に伝送した情報にほかならないのであるから、実質に着目すれば、内部文書とはいえないことにな」る。なお民事情報の判例解説にも、同趣旨の記述が見られる(前掲注(3)四九頁)。

(8) 例えば、中村也寸志・最高裁判所判例解説平成一六年度(下)七六〇頁(法曹会、平一九、三木浩一「判例研究」法学研究七九卷一〇号七六頁(平一八)等)。

(9) 最小決平成一二二年三月一〇日民集五四卷三十一〇七三頁、越山・前掲注(4)一五五頁、三木・前掲注(8)七七頁等。

(10) 慶應義塾大学民事手続判例研究会・前掲注(5)八八頁。

(11) このような視点を指摘するのは、越山・前掲注(4)一五六頁。

(12) 本文で引用した文章は、越山・前掲注(4)一五六頁。

(13) ある文書が第三者に提示された場合、その者が守秘義務を負っている場合は外部非開示性を損なうものではないとの見解がある。藪口康夫教授は本決定がこの点について言及することなく外部非開示性を否定したことは、「そのような理解が誤りであったことを示したものである」と述べている(「本件判例解説」私法判例リマークス三七号二二三頁[平一〇])。

(14) 本文で引用した文章は、安西・前掲注(1)一四四頁。

(15) 三木教授は不利益要件の例としては、団体の自由な意思決定の阻害はふさわしくないとし、プライバシーの侵害に当たるところのみとすべきであると主張する(前掲注(8)八二頁)。なお山本和彦教授は、シンポジウムでの報告において同様な主張を展開される(「民事裁判における情報の開示・保護」民事訴訟雑誌五四号一一四頁以下[平二〇])。

(16) 川嶋四郎教授は「本件文書は、実質的に見れば証明事項に関する唯一証拠的な意義があり、証拠調べの必要性(法二二条二項)もある……」と述べている(「本件判例解説」法学セミナー六三六号一二二頁(平一九))。

(17) 越山・前掲注(4)一五五頁。

(18) 川嶋・前掲注(16)一二二頁。

(19) 三木教授は平成一二年の判例(前掲注(3)の(a)(1))について、「外部非開示性の判断と不利益性の判断を一括して行っている」と分析している(前掲注(8)七八頁)。

(20) 本件の処理の仕方として、Xがある程度既知であることを判例準則の第三番目の要件である特段の事情要件の問題と評価して、自己利用文書に該当しないとしてもできたとする見解がある(安西・前掲注(1)一四四頁)。しかし、判例の準則を前提にする以上、その順序によるべきであるし、そもそもこの場合の特段の事情要件は、判例

が一般に極めて例外的な場合を想定して使用する用語と同様なものであるから、本件について特段の事情要件で考えることには疑問がある。特段の事情要件の内容が問題になるし、本件の場合に「Xがある程度既知であること」が特段の事情要件を考える場合の判断基準として適切であるかは疑問である。

なお安西教授は不利益性に関して、次のように述べている。「たしかに利用者氏名や介護度は重要なプライバシーではあるが、本件では、Xから移動した事実をYも認める九六名の顧客について、YがXに対して情報を隠す立場にないといえよう。Xは（本家で顧客を奪われたと主張してY開業前後一定期間の自社の介護チェックリストを書証として提出し）、文書提出命令の審理では介護チェックリストのフォーマットも疎明資料として提出して、Y所持の本件リストはXの情報が転用されたものであると主張した。これに対してYは特に②につき具体的主張をしない一方、X申立てのうち九六名が現在Yを利用している事実を認めた。ここから、単に記載内容から保護すべき利益かどうかを計るのでなく、利益主体と文書所持者はどのような関係か、文書所持者と本案の当事者、特に申立人ではない側はどのような関係にあるか（本件ではA・Yは密接関係。訴訟代理人も同じ）、申立人は当該訴訟で所持者に開示を求め得る関係にあるかという視点を持つことこそ重要とわか

る。」（前掲注（1）一四四頁）。

記載内容だけで保護すべき利益の有無や、自己利用文書であるか否かは決まらないとの指摘は正当であるが、審理の流れや人的な関係を重視する姿勢には疑問がある。重要なことは、当該文書が当該訴訟の事実認定にとって必要か否かと、文書所持者は当該文書を秘匿する合理的な理由があるか否かではないかと考えるからである。また審理経過を重視するならば、文書提出命令の可否は簡単に判断できないし、しかも外部から分らないから、発令の基準はいわゆる透明性に欠けるのではないかと思う。

（21） 本件決定の問題としてこのような点を指摘しているものは、川嶋・前掲注（16）一二二頁、越山・前掲注（4）一五六頁、藪口・前掲注（13）一二三頁である。なお藪口教授は比較衡量説であれ反対説であれ、「本件ではいずれの見解によっても『職業の秘密』にはあたらないという結論自体は妥当である」と述べている。

（22） 川嶋・前掲注（16）一二二頁。

（23） 安西・前掲注（1）一四四頁。

（24） 河津博史「本件判例解説」銀行法務21六八〇号六九頁は本件決定に関する判例解説であるが、コメントが簡単のために本稿で引用しなかった。

（25） 現時点で知りえた重要な文献としては、次のような論稿がある（執筆者名の五十音順）。安西明子「文書提出

命令をめぐる当事者の主張立証の素描―民訴法二二〇条四号二に関する最新の最高裁決定を題材に―名古屋大学法政論集二二三号(河野正憲教授退職記念論文集) 一頁以下(二〇〇八年)、垣内秀介「自己使用文書に対する文書提出義務免除の根拠」小島武司先生古稀祝賀『民事司法の法理と政策上巻』二四三頁以下(商事法務、二〇〇八年)、三木浩一「文書提出命令における『自己利用文書』概念の現在と将来」同書八三三頁以下。

平成二〇年八月二四日脱稿 坂原 正夫