

〔下級審民事訴訟例研究 六三〕

訴え提起前の証拠保全としてなされた診療録等の検証物提示命令の申立てに対し、黙示の却下決定により検証期日が終了されたものとし、検証期日終了後になされた即時抗告を不適法と判断した事例

仙台高裁平成二二年六月二三日第三民事部決定（仙台高裁平成二二年(ワ)第六二号）

一審仙台地裁平成二二年三月一九日決定、検証物提示命令申立却下決定に対する即時抗告事件、金融・商事判例一三五六号二三頁

〔事実〕

本件は、医療過誤訴訟に備えた証拠保全としての診療録等の検証および検証物提示命令の申立てに対し、検証期日当日は検証不能として検証が打ち切れ、後日、検証物提示命令については検証期日当日に黙示の却下の決定を行った旨の説明を受けたので、この却下決定に対して申立人において即時抗告を行ったところ、この即時抗告が不適法と判断されたという事件である。

Xの妻は、Y社団法人が開設した病院（以下、「本件病院」という）に入院中、同病院の医師の過失によって、咽頭浮腫

およびM R S A肺炎に罹患し、A D L（日常生活動作）の低下および難聴の後遺障害が残ることとなった。そこで、これらを証明すべき事実とし、妻のこれらの後遺障害によってX自身が重大な精神的苦痛を被ったことを理由とする損害賠償請求訴訟の訴え提起前の証拠保全として、平成二一年一二月二二日、妻の診療に際して作成された診療録等の検証による証拠保全およびYに対する検証物提示命令を仙台地裁（原審）に申し立てた。これに対し、原審は、平成二二年一月一九日、証拠保全決定は検証の実施のみとし、検証物提示命令については判断を当面留保し、本件抗告理由によれば、検証

期日当日に相手方が提出しなければ発令する旨をXの代理人に説明した上で、本件病院において上記検証を平成二二年三月二日に実施する旨の決定を行った。

検証期日当日の平成二二年三月二日、午後二時過ぎから、証拠保全としての検証の手続が、原審の裁判官により、書記官およびXの申立代理人の立会いの下で開始された。本件抗告理由によれば、開始後約三〇分が経過したときに、原審の裁判官のみが別室に呼び出された。検証調書によれば、このとき、相手方の立会人である副院長および事務局庶務課長から、「相手方は、患者本人であるXの妻またはその代理人の同意があれば任意に記録を開示する。これらの同意がない場合には、裁判所の証拠保全手続であっても記録の開示に応じることはできない」旨が告げられた模様である。これを受けて、原審の裁判官は、検証不能として、検証の手続を打ち切った。

Xの申立代理人は、この期日に立ち会っていたが、相手方が提出を拒絶したのであるから、検証物提示命令が発令されたはずであると考えた。しかし、同期日の検証調書には、当然記載されるはずの検証物提示命令の記載がなかった。そこで、平成二二年三月九日、職権訂正による記載を求めるとともに、かりに検証物提示命令が発令されていないのであれば検証期日の続行を求める旨の上申書を、原審裁判所に提出した。これに対し、原審裁判官は、平成二二年三月一九日、申

立代理人を呼び出し、「検証物提示命令については、その必要性がないので、検証期日に黙示の却下決定をした」との説明を行った。

そこで、Xの申立代理人は、相手方によって診療録等の提出が拒絶されたにもかかわらず、本件検証物提示命令を却下した原審の判断は合理性を欠くとして、平成二二年三月二六日、仙台高裁に抗告を提起した。

なお、本件抗告に対する却下決定に対しては、許可抗告および特別抗告がなされている。許可抗告については、仙台高裁は、最高裁判所の判例、大審院または上告裁判所もしくは抗告裁判所である高等裁判所の判例と相反する判断、その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むとは認められず、民事訴訟法三三七条二項所定の事由に該当しないとして、抗告不許可の決定（仙台高決平成二二年七月一三日・平成二二年（許第二〇号）をした。また、特別抗告については、最高裁は、調書決定の形式において、民事訴訟法三三六条一項所定の事由に該当しないとして、抗告棄却（最二小決平成二二年九月一五日・平成二二年（ク）第七三四号）の決定をした。

〔決定要旨〕

抗告却下。

「二件記録（基本事件の記録を含む。）によれば、Xは、同人の妻が相手方が開設した東北厚生年金病院に入院中に同病

院の医師の過失により咽頭浮腫、M R S A肺炎に罹患し、A D L (日常生活動作) の低下及び難聴の後遺障害が残ったことを証明すべき事実とし、妻の上記後遺障害によってX自身が重大な精神的苦痛を被ったことを理由とする損害賠償請求訴訟の起訴前の証拠保全として、妻の診療に関連して作成された診療録等の検証と相手方に対する検証物提示命令を申し立てたこと、原審裁判所は、検証物提示命令に対する判断を当面留保した上、上記病院において上記検証を実施する旨、そのための検証期日を平成二二年三月二日と指定する旨の決定をしたこと、原審裁判所の裁判官は、同日に上記病院に臨場したが、相手方立会人から、患者本人であるXの妻又はその代理人の同意がない限り診療録等の開示には応じられないが、これらの者の同意があれば任意に開示するとの申入れを受け、検証不能として検証を打ち切ったこと、X代理人は、この検証期日に立ち会っていたが、同期日の調書につき、検証物提示命令が発せられたはずなのでその記載を求める旨の上申書を後日に提出したところ、原審裁判所は、同月一九日に、検証物提示命令については必要性がないとして検証期日に黙示の却下決定をした旨を改めて説明したこと、Xは、同月二六日に本件抗告に及んだことが認められる。

以上の事実によれば、原審裁判所は、検証を打ち切った時点で検証物提示命令の申立てに対する黙示の却下決定（以下「原決定」という。）をし、検証期日を終了させたものと認め

られる。そして、上記検証期日が終了した以上、もはや証拠保全手続は終了しているのであって、申立てに係る診療録等につき、改めてこの手続内で証拠調べを行う余地はないから、その終了後にされた本件抗告は不適法と解するのが相当である（最高裁平成一三年（許）第二号同年四月二六日第一小法廷決定・裁判所時報一二九〇号二七〇頁参照）。

なお、検証期日が終了した時点で検証物提示命令の申立てにつき特段の明示的判断がされなかった以上、黙示の却下決定がされたことは、弁護士であれば知し得べきであって、検証期日当日に原決定はX代理人に告知されたと解する余地もある。そうだとすれば本件抗告は期間を経過してされた不適法なものということとなり、いずれにしても却下を免れない。」

〔評 釈〕

本件決定に反対。

一 問題の所在

証拠保全の申立てを却下した決定に対しては、その判断の当否を争うために、申立人からの抗告が認められている（民事訴訟法三三八条一項）。また、検証物提示命令の申立てについての決定に対しては、即時抗告をすることができ

る（民事訴訟法二三二条一項、二三三条七項）。証拠保全は、事後の本案訴訟において必要となる証拠を確保するための重要な手段であり、これが不当に認められなかったときは、訴訟による権利の実現が困難または不可能になるおそれがある。従って、申立ての却下に対して不服申立てにより上級審の判断を受ける申立人の権利は、裁判を受ける権利（憲法三二条）に直結する重要な権利として、実質的な保障がなされなければならない。

ところが、本件では、Xが証拠保全のために請求した検証および検証物提示命令の申立てに対して、原審は、Xの主張するところによれば、検証当日にYが任意に提出しなければ発令する旨の説明を行ったにもかかわらず、検証当日には検証を打ち切る判断を行ったのみであった。後日、原審は、Xの代理人に対して、検証の打ち切りと同時に黙示の却下決定が行われたと説明した。また、抗告審は、検証当日の時点で検証期日が終了したことにより証拠保全手続が終了し、その終了後の即時抗告は不適法として本件抗告を却下した。以上の経緯により、Xは、検証物提示命令に関して、結果的に、不服申立ての機会が一切与えられなかった。しかも、かりに抗告審がいうように、Xが検証物提示命令の申立てが原審において却下されたことを知らさ

れた時点では、不服申立てがすでに不可能になっていたのだとすれば、Xは、最大限の注意を尽くしても、とりうる手段は皆無であったことになる。こうした本件における一連の手続に、果たして問題はなかったのか。あったとすれば、それはどこにあったのか。

問題となりうるのは、次の三点である。第一として、原審が、検証物提示命令に対する判断を当面留保し、検証現場において発令することとした措置に、問題はなかったのであろうか。第二として、原審における検証当日における検証物提示命令の黙示の却下という措置または後付けの説明には、問題はなかったのであろうか。第三として、検証期日がすでに終了しているとして抗告を却下した抗告審の判断は、適切であったのであろうか。

以下、順次検討する。

二 検証現場における発令の可否

証拠保全としての検証の申立てに際し、これにあわせて検証物提示命令（民事訴訟法二三四条、二三二条、二三三条）が申し立てられることは、実務において一般的に行われている。¹この場合において、証拠保全決定の時点では検証物提示命令の発令を留保し、検証場所において、目的物

所持者の対応を見たうえで、検証物提示命令を発令するという運用がなされることも、珍しいことではないようである。⁽²⁾このような運用を正当化する理由としては、①検証物提示命令を発令しなくても相手方に任意の提示を期待することができること、②提示命令を発令しても強制力がなく、⁽³⁾実効性に乏しいことは否定できず、かえって相手方の感情的反発を引き起こし、証拠保全手続への協力が得られにくくなる可能性があることなどが挙げられている。

検証現場において発令する場合には口頭によることになるが、決定については決定書の作成義務はなく、決定の告知も相当な方法で行えば足りる（民事訴訟法一一九条）。従って、口頭による発令であることには問題はない。しかし、証拠保全の申立てを却下した決定に対して申立人からの抗告が認められており（民事訴訟法三二八条一項）、検証物提示命令の申立ての許否の決定に対しては、即時抗告が認められている（民事訴訟法二二三条一項、二二三条七項）こととの関係では、問題がないとはいえない。「検証現場において検証物提示命令の申立てが却下され、引き続きいて検証が打ち切られた場合には、検証物提示命令の目的物を同手続内で取り調べる余地はない」とする抗告審の論理を前提とすれば（後述するように、この論理自体には問

題がある）、検証現場における却下決定を不服申立てによって争うことは、現実的には封じられているに等しいことになるからである。こうした問題は、本件のように黙示の却下の論理が用いられた場合には、証拠保全手続の終了と検証物提示命令の申立ての却下が同時に行われたことになるので、最もクリティカルな形で発現することになる。しかし、たとえ明示の却下決定であっても、その直後に検証が打ち切られれば、やはり現実的に抗告の道は閉ざされることになるので、問題性の程度は大差ない。

Xの抗告権の保障の観点からは、検証物提示命令の申立てに対する判断は、原則として、検証の申立てに対する判断と同時に進むべきである。本件においても、原審は、平成二二年一月一九日における検証の決定に際して、検証物提示命令についても判断しておくべきであった。そうすれば、Xは、その却下の判断を争って抗告をすることが可能であった。⁽⁴⁾このように、事前に判断がなされた場合には、その決定の送達を検証決定の送達と同時になされることになろうから、これによって改ざんのおそれが拡大するということもない。⁽⁵⁾なお、このようにいうことは、検証現場における検証物提示命令の発令という方法が、常に違法であるということまで含意するものではない。しかし、あえて

検証現場において発令を行う場合には、申立人の抗告権を侵害しないように、後述するような措置が必要となるものと解する。

三 黙示の却下の可否

(1) 判例および学説

文書提出命令の申立てを含む証拠の申出一般について、裁判所が許否の判断を示さないまま口頭弁論を終結するという手続運営は、その違法性をかねてより事件ごとの当事者が争ってきたにもかかわらず、古くから慣用的に行われてきたところである。

こうした手続運営に対し、最高裁は、当初、証拠を申し出た当事者が口頭弁論終結に際して異議を述べなければ、その証拠申出を放棄したと認めるべきものであるとの判断を示した。⁽⁶⁾しかし、これに対しては、学説から、当事者が与り知らないところでなされた裁判所の手続運営を当事者の行為として擬制するのは不当であること、および証拠申出の放棄が擬制されれば上級審で再び証拠申出をし直さなければならなくなることなど（現行民事訴訟法二九八条一項参照）を理由として、批判がなされた。⁽⁷⁾また、一九五五年には、文書提出命令の申立てに対して、許否の決定をせ

ずに口頭弁論を終結することは、違法であるとの最高裁の判断が示された。⁽⁸⁾こうした経緯により、文書提出命令の申立てに対して、許否の判断を示さないまま口頭弁論を終結するという実務は、ついに葬り去られたかにみえた。

しかし、その後、裁判の申立てに対して判断を示さないまま手続を終結するという実務の慣行は、黙示の却下という新たな外衣をまとい、実質的な生き残りの道を歩むこととなる。すなわち、まず高裁レベルにおいて、「原審が上告人の文書提出の申立に対し、明に裁判することなく弁論を終結したのは、原審が右申立を不必要と認めて暗黙に却下したものと認めるのを相当とする」との判断が示された。⁽⁹⁾さらに、最高裁においても、「文書提出命令の申立てについては、……裁判所は必ずしも明示的に裁判しなければならぬものではなく、黙示的にすることも許されるものと解すべきである」との判断が示され、⁽¹⁰⁾少なくとも文書提出命令の裁判については、黙示の却下は、最上級審における認知を得るに至った。

このような実務の動きに対し、学説の多くは寛容な態度を示してきた。すなわち、可否の問題としては、早期に明示の却下決定をすることが望ましいとの留保を付すものはあっても、適法性の問題としては、多数が黙示の却下を適

法としてきた。⁽¹¹⁾ 民事訴訟法の平成八年改正後も、これを適法とするものが多い。⁽¹²⁾ しかし、少なくとも文書提出命令の申立ての裁判に関する限りは、申立人の即時抗告による救済を受ける権利が侵害されることを理由として、黙示の却下は許されないとする見解も唱えられている。⁽¹³⁾

(2) 黙示の却下の適法性

およそ訴訟手続に関する当事者の申立てがあれば、裁判所は必ず応答しなければならないという訴訟法上の義務を負っている。それでは、黙示の却下は、申立てに対する応答といえるのであろうか。実は、これまで黙示の却下は、単体で行われる手続で論じられたことはなく、常に、主たる手続に付随する従たる手続において論じられてきた。具体的には、証拠の申出に対する黙示の却下は本体手続の終結との関係で論じられ、文書提出命令に対する黙示の却下は本案事件の終結との関係で論じられ、証拠保全における証拠物提示命令は検証の終結との関係で論じられる。証拠の申出の裁判は、本体手続の中の付随的裁判であり、文書提出命令の裁判は、本案訴訟の手段たる付随的裁判であり、証拠物提示命令の裁判は、証拠保全である検証の手段たる付随的裁判である。このように、常に、主たる手続の手段

としての従たる手続についてのみ観念され、主たる手続の打ち切りをもって、従たる手続は黙示で却下されたと説明されるのである。

これは、一般に黙示の法律行為として説明される場合とは、やや様相を異にする。たとえば、相手方の行為に対して適時に異議を述べないことが黙示の承諾とみなされたとした場合、これはその者の行為が独立に評価されているのであって、他者の行為や外部の事件などに依存しているわけではない。これに対し、黙示の却下として説明される状態は、主たる手続の打ち切りという裁判所の行為が存在するだけであり、従たる手続（黙示の却下の手続）それ自体において、応答と評価されるべき何らかの行為が存在するわけではない。従って、訴訟手続はいうに及ばず、決定手続や命令手続といえども、一般の場合には黙示の却下が論じられることはない。このように、当該手続それ単体では却下とみなしうる行為が存在しない以上、黙示の却下という説明は、論理的には苦しいように思われる。ちなみに、黙示の却下と説明される場合の多くが、裁判の失念を糊塗するための後付けのレトリックであることは、裁判所内部では周知の事実であるとも聞く。

このように、理論的に考えてみても黙示の却下の適法性

は疑わしいが、実質的な意味において黙示の却下が違法性を帯びると考えられるのは、当事者の不服申立ての権利が決定的に侵害される場合があるからである。黙示の却下は、当該手続で却下の裁判がなされるわけではなく、当該手続が依存する主たる手続の終了をもって、黙示の却下の裁判があつたものとみなされる。黙示の却下がされる手続は、主たる手続の手段としての従たる手続であるため、主たる手続が終了すると同時に存続の基盤を失う。そうすると、黙示の却下の裁判に対して独立の不服申立てが認められていても、不服申立てを行う余地はないことになる。つまり、黙示の却下というレトリックは、法が認める不服申立ての権利を必然的に奪うものであり、実質的な観点からみても、その不当性の程度は高い。

(3) 問題となる各場面

黙示の却下の適法性を検討するには、これが用いられる場面を分けて考える必要がある。具体的には、①通常の証拠調べの申出に対する採否の決定（証拠決定）の場面、②文書提出命令の申立てに対する許可の決定の場面、③証拠保全手続における検証物提示命令の申立てに対する許可の決定の場面である。

まず、①の場面である。証拠の採否の決定については、伝統的には、そもそも採否の決定をする必要はないとする見解が有力であつた。⁽¹⁴⁾判例も、採否の決定は必要ないとするものが多い。⁽¹⁵⁾しかし、これに対しては、却下をする場合には証拠決定をすべきとする説や、採否いずれの場合にも必ず証拠決定をすべきであるとする説が、有力に唱えられてきた。現在では、単独体であると合議体であるとを問わず、必ず証拠決定を行うのが実務の現状であるとのことであり、実務系のコンメンタールでも、採否いずれの場合にも必ず証拠決定が必要であるとの見解を示すものも見られるので、⁽¹⁸⁾証拠決定が必要であるとする説が多数といつてよいであろう。しかし、こうした見解でも、当事者の申し出た証拠を取り調べずに口頭弁論を終結しても、黙示の却下として適法であるとする。その理由としては、裁判所の心証との関係で証拠の要否は弁論終結時まで決しがたい場合があり、これを明らかにしないままに弁論を終結すること⁽¹⁹⁾もやむを得ないとの説明がなされてきた。しかし、こうした考え方は、早期の段階で争点および証拠の整理を行うという精神と実務が存在しなかった時代の産物である。現在の訴訟手続の下では、証拠の採否の決定は、原則として、早期の争点整理手続において行われるべきであり、例外的

にそれ以後に行われる場合も、集中証拠調べの前までに行われるべきであるから、上記のような説明はもはや維持できない。従って、たとえ①の場面であつても、黙示の却下が相当性を欠くことは明らかである。しかし、証拠としての必要性に関する判断は裁判所の裁量に委ねられており（民事訴訟法一八一条一項）、証拠の採否に関する決定に対して独立の不服申立てをすることはできないことを考えると、①の場面における黙示の却下に関する限りは、違法とまではいえないであろう。

次に、②の場面である。文書提出命令の申立ては、民事訴訟法一八〇条に基づく証拠の申出と同法二二一条に基づく文書提出命令の発令を要求する申立ての双方を含んだ一種の複合行為である。このうちの前者については、上述のように、独立した不服申立てが許されないので、証拠としての必要性を欠くことを理由とする黙示の却下は、違法とまではいえない。しかし、少なくとも後者については、本案事件とは独立して不服申立てをすることが認められているのであるから（民事訴訟法二三三条七項）、提出義務の不存在を理由とする黙示の却下は、この権利を決定的に侵害するものとして違法である。⁽²⁰⁾ もちろん、文書提出命令の申立人は、本案事件について上訴すれば、文書提出命令の

申立てについても上級審で判断を受けることができる。しかし、法が認める本来の不服申立手段である即時抗告であれば、第一審において対象である文書を活用する余地があったのに対し、黙示の却下の場合はその機会が奪われるのであるから、これによつて黙示の却下という変則手段の違法性が治癒されるわけではない。

それでは、本件で問題になっている③の場面はどうだろうか。証拠保全の申立てを却下した決定に対しては、申立人からの抗告が認められている（民事訴訟法三二八条一項）のであるから、黙示の却下はこの権利を決定的に侵害することになる。しかも、文書提出命令の場合のように、本案事件における上訴を通じて代替的に救済を受けることができるわけでもない。従って、違法性の程度はさらに大きいといわざるを得ず、これを正当化することは困難である。

四 抗告審の判断の適否

文書提出命令の申立て却下決定に対する即時抗告の事件において、最一小決平成一三年四月二六日（以下、「平成一三年最決」という⁽²²⁾）は、本案事件の口頭弁論終結後になされた即時抗告は不適法であるとの判断を示した。その理

由については、「受訴裁判所が、文書提出命令の申立てを却下する決定をした上で、即時抗告前に口頭弁論を終結した場合には、もはや申立てに係る文書につき当該審級において証拠調べをする余地がない」とする。これは、本件決定における「検証期日が終了した以上、もはや証拠保全手続は終了しているのであって、申立てに係る診療録等につき、改めてこの手続内で証拠調べを行う余地はない」とする判断と、実質的に同旨であるようにみえる。しかし、両者を同列に論じることができない。筆者は、この平成一三年最決の考え方については疑問を有しているが、その点をひとまず措くとしても、文書提出命令の場合と証拠保全の場合とでは、その前提を大きく異にするからである。

平成一三年最決は、上記の理由に続けて、追加的に「この場合において、文書提出命令申立て却下決定は終局判決前の裁判として控訴裁判所の判断を受けるのである（民事訴訟法二八三条本文）、当事者は控訴審においてその可否を争うことができるものというべきである」とする。すなわち、即時抗告による救済は受けられないとしても、本案についての控訴審による再判断を受けることはできる旨を述べる。そして、このことが、口頭弁論終結後の即時抗告を不適法とする判断を導いた大きな要因となっているもの

と思われる。これに対し、証拠保全の場合は、代替的に不服申立てをすることができる別の手続はなく、いかなる意味でも救済を受ける方途がない。従って、かりに平成一三年最決の立場を前提にするとしても、本件のような事案には射程が及んでいないものと思われる。それでは、本件については、どのように考えるべきであろうか。

まず、本件における原審のとるべき措置が、本来、どのようなものであったかを考えておく必要がある。かりに、原審が、検証物提示命令の申立てがあったことを検証現場において記憶していたのであれば、基本的には、検証物提示命令を発令すべきであった。原審は、事後に、検証物提示命令は必要性がないので検証当日に黙示の却下決定を行った旨の説明をしたが、注(4)において上述したように、「必要性がない」との理由による却下は許されないものと思われる。もっとも、原審による事後の却下理由の説明を離れて、理論的に考えてみると、患者本人であるXの妻またはその代理人の同意がないとの理由で任意提出が拒否されたときに、なお検証物提示命令発令することができるかどうかについては議論の余地があろう。公法上の一般義務とされる検証物提示義務については、義務の除外事由を定めた直接の規定はなく、文書提出義務の除外事由について

定めた規定（民事訴訟法二二〇条四号）も準用されてはいないが、文書提出義務が除外される文書について無制限に検証物提示義務を認めると、その除外の趣旨が潜脱されるおそれがあるからである。⁽²⁴⁾そこで、本件の事案に即していえば、民事訴訟法一九七条一項二号の類推適用により、検証物提示義務を除外すべき正当な理由があると考えられるものできよう。しかし、たとえこのように考えたとしても、現場で電話を使うなどして、妻の同意がとれるかどうかなどを検討すべきである。さらに、最終的に却下の判断をする場合であっても、Xの抗告権を侵害しないために、Xが望めば検証期日を続行する必要がある。たしかに、ひとたび証拠保全手続を開始した後の続行となれば、対象文書の改ざんのおそれは増大するが、必ず改ざんされるとは限らないし、申立人であるXが望むのであれば、改ざんのおそれの増大は問題とはならない。

しかし、実際には、本件の原審は検証物提示命令の申立てがあったことを失念していた可能性が高い。即時抗告状によれば、少なくともXの代理人は、そのような印象を現場で抱いたようである。⁽²⁵⁾また、検証調書には、「手続打ち切り（検証不能）」との記載があるのみで、検証物提示命令に関する記載はなく、⁽²⁶⁾これについて何らかの判断がなさ

れた形跡は窺えない。かりにそうであるとすれば、原審に上記のような措置を期待することはできなかったのであるから、抗告審において、Xの抗告権を保障するための措置がとられるべきであった。ところが、本件決定は、すでに証拠保全手続は終了しているので、申立てに係る診療録等について、改めてこの手続内で証拠調べを行う余地はないとの理由で、本件抗告を不適法と判断したものであり、Xの抗告権に対する配慮に欠けるというべきである。のみならず、本件決定は、さらに続けて蛇足とも思える「なお書き」として、「検証期日が終了した時点で検証物提示命令の申立てにつき特段の明示的判断がされなかった以上、黙示の却下決定がされたことは、弁護士であれば了知し得べきであって、検証期日当日に原決定はX代理人に告知されたと解する余地もある。そうだとすれば本件抗告は期間を経過してされた不適法なものということとなり、いずれにしても却下を免れない」とする。しかし、証拠保全手続がひとたび打ち切られた後は検証物提示命令の申立てが常に不適法になるとの論理に従うのであれば、かりに「なお書き」にいうように黙示の却下決定がされたことを弁護士としてその時点で「了知」していたとしても、また、本件抗告を「期間を経過」する前に不服申立てをしていたとして

も、やはり抗告は不適法とされたであろう。従って、本件決定は、Xの代理人を不当に論難していることになる。

そこで、私見としては、以下のように考える。筆者は、かつて、文書提出命令の申立ての却下決定に対して本案事件の口頭弁論終結後に即時抗告がなされたという事件につき、次のような解釈を述べた⁽²⁷⁾。すなわち、口頭弁論終結後であつても即時抗告は許されると解すべきであり、この場合⁽²⁸⁾に上級審で抗告が認められたときは、原審は、口頭弁論を再開しなければならぬものと解すべきである⁽²⁸⁾。証拠保全手続に関する本件についても、これと同様の考え方が妥当する。すなわち、原審において、すでに証拠保全手続は終了しているが、Xの抗告権を侵害した不当な手続の終了であり、また、抗告審の判断を受けて証拠保全手続を再開することは可能であることを考慮すると、抗告審は、本件抗告を却下することなく、適法な抗告として審理判断をすべきであつた。そして、抗告審が、検証物提示命令を認めるべきであると判断したときは、原審は、証拠保全手続を再開する義務があるものと解される⁽²⁹⁾。

(1) 検証による証拠保全の申立ての約三分の一について、検証物提示命令が併せて申し立てられているとの調査もあ

る。福田剛久ほか編『証拠法大系五巻』（青林書院・二〇〇五年）一六二頁のアンケート調査結果参照。

(2) 福田ほか編・前掲注(1)一九四頁〔斎藤隆ほか〕、東京地裁証拠保全研究会『証拠保全の実務』（金融財政事情研究会・二〇〇六年）一八二頁等参照。

(3) 民事訴訟法二三二条一項は同法二二四条を準用しているので、当事者が検証物提示命令に従わないときは、裁判所は、相手方の主張を真実と認める（真実擬制）ことができる。もちろん、保全手続を行う裁判所は本案事件を担当していないので、当該裁判所との関係では真実擬制は問題とならない。しかし、本案事件に手続が進めば、本案事件の受訴裁判所は、証拠保全における検証物提示命令に対する不服従を理由として、同法二二四条に基づく真実擬制をすることができ、従って、検証物提示命令の目的物の所持者が事後の本案訴訟の当事者として想定されている場合には、保全手続の段階において、こうした事後の制裁の可能性があることを説示することにより、ある程度の事実上の強制力は期待できるかもしれない。東京地裁証拠保全研究会・前掲注(2)一一八頁参照。

(4) 本件決定は、原審が検証物提示命令の申立てを黙示却下したのは「必要性がない」と判断したためであると認定している。しかし、すでに検証の決定はなされているのであるから、検証の必要性があるとの判断が前提となってい

るはずであり、それにもかかわらず相手方が検証物の提示を拒んだからには、検証物提示命令を発令するのが論理的に整合性のある措置ではなからうか。以上は、研究会の席上における山本和彦教授のご示唆に多くを負う。さらに、Xが主張するように、Xの代理人に対して事前の面談において「検証期日当日に相手方が提出しなければ発令する」旨を説明していたとすれば、原審の措置は訴訟上の信義則にも反する。

(5) 改ざんのおそれを理由とする検証の決定を執行官送達する場合、検証の開始時刻の約一時間から一時間半前に送達が行われることが多いとされる。東京地裁証拠保全研究会・前掲注(2)一五九頁参照。本件では、証拠保全決定の送達がいつ行われたかは、公刊されている資料からは明らかではない。

(6) 最判昭和二六・三・二九民集五卷五号一七七頁、最判昭和二七・一・二〇民集六卷一〇号一〇一五頁、最判昭和二八・一〇・二三民集七卷一〇号一一一四頁等。

(7) 三ヶ月章「判批」法協七三卷三号(一九五六年)三六四頁、山中康雄「判批」民商三六卷二号(一九五七年)一四七頁、兼子一『新修民事訴訟法体系(増補版)』(酒井書店・一九六五年)二六五頁等参照。

(8) 最判昭和三〇・三・二四民集九卷三号三五七頁。

(9) 東京高判昭和三一・一〇・五判タ六五号八七頁。

(10) 最判昭和四三・二・一判時五一四号五三頁。

(11) 兼子・前掲注(7)二六五頁、飯原一乗「証拠申出と証拠決定」鈴木忠一「三ヶ月章『実務民事訴訟講座1』(日本評論社・一九六九年)二五二頁、菊井維大「村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅱ』(日本評論社・一九八九年)六二五頁、斎藤秀夫ほか『第二版』注解民事訴訟法(8)』(第一法規・一九九三年)一七三頁(遠藤功・宮本聖司・林屋礼二)、吉村徳重「小島武司『注釈民事訴訟法(7)』(有斐閣・一九九五年)九七頁(野村秀敏)等参照。

(12) 大村雅彦「文書提出命令⑥―発令手続と制裁」三宅省三ほか『新民事訴訟法体系(3)』(青林書院・一九九七年)二三三頁、福田剛久ほか編『証拠法大系四卷』(青林書院・二〇〇三年)一九一頁、新堂幸司『新民事訴訟法(第四版)』(弘文堂・二〇〇八年)五八五頁等参照。

(13) 谷口安平「井上治典『新・判例コンメンタル民事訴訟法(5)』(三省堂・一九九四年)二二一頁(小林秀之)、住吉博「判批」判タ(一九七八年)三六七号二〇三頁、三木浩一「判批」リマックス二五号(二〇〇二年)一二二頁等参照。

(14) 加藤正治『民事訴訟法判例批評集二卷』(有斐閣・一九二七年)一五四頁、長島毅「森田豊次郎『改正民事訴訟法解釈』(清水書店・一九三〇年)三〇五頁等参照。

(15) 最判昭和二六・三・二九民集五卷五号一七七頁、最判

昭和二七・一二・二五民集六卷一三二四〇頁、最判昭和四五・一二・四民集二四卷一三九八七頁等参照。

(16) 兼子・前掲注(7)二六五頁参照。

(17) 三ヶ月章『民事訴訟法〔法律学全集35〕』(有斐閣・一九五九年)四二四頁参照。

(18) 秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅳ』(日本評論社・二〇一〇年)八三頁参照。

(19) 飯原・前掲注(11)二五二頁、三ヶ月・前掲注(17)四二四頁等参照。

(20) 住吉・前掲注(13)二〇三頁参照。

(21) 住吉・前掲注(13)二〇三頁参照。

(22) 判時一七五〇号一〇一頁、判タ一〇六一号七〇頁、金法一六二二号三一頁、金判一一二三号三頁。

(23) 三木・前掲注(13)一二五頁参照。

(24) 東京地裁証拠保全研究会・前掲注(2)一一六頁参照。検証協力義務の除外事由について、証人の証言拒絶権の規定を類推適用すべきものとする見解も有力である。秋山ほか・前掲注(18)五四一頁、門口正人編『民事証拠法大系第五卷』(青林書院・二〇〇五年)一〇六頁参照。

(25) 金判一三五六号二六頁参照。

(26) 金判一三五六号二七頁参照。

(27) 三木・前掲注(13)一二五頁。

(28) こうした筆者の見解につき、秋山ほか・前掲注(18)四

七四頁は、「弁論終結後においては、もはや申立てに係る文書を書証として提出する余地はないと解される」、「この場合に弁論再開義務まで認めることは困難であろう」とする。しかし、端的な例を挙げれば、抗告審が文書提出義務の存在を認め、しかも当該証拠によって勝敗逆転の可能性がある場合には、原審は、弁論再開義務があると解してよいのではないか。口頭弁論終結後の即時抗告は許されないとする見解は、そのような可能性の有無についての抗告審の審査すら封じることである。

(29) 手続の再開義務に関する判例として、最判昭和五六・九・二四民集三五卷六号一〇八八頁参照。この判例は、弁論を再開するか否かは裁判所の裁量権に属するが、その「裁量権も絶対無制限のものではなく、弁論を再開して当事者に更に攻撃防禦の方法を提出する機会を与えることが明らかに民事訴訟における手続的正義の要求するところであると認められるような特段の事由がある場合には、裁判所は弁論を再開すべきものであり、これをしないのでそのまま判決をするのは違法である」との判断を示したものである。

三木 浩一