

# 民事訴訟記録の閲覧と「判例研究」のあり方

星 野 豊

- 1 本稿の目的と課題
- 2 訴訟記録閲覧から得られる情報
  - (1) 口頭弁論・弁論準備手続調書等
  - (2) 判決原本・決定文・準備書面等
  - (3) 証拠、特に書証及び証拠説明書
  - (4) 証人尋問調書・本人尋問調書等
  - (5) その他の提出書類・応答書類等
  - (6) 関連事件及び併合事件の記録等
  - (7) 記録閲覧により判明しない情報
- 3 今後における判例研究のあり方

## 1 本稿の目的と課題

法学界では周知のとおり、「判例研究」の目的は、「裁判所が形成する法」の発見にあり、その目的のために最も適切な手法として採用されてきたのは、裁判所が形成した「法」の内容が具体的に示されている筈である、判決文の精読であった<sup>1</sup>。また、「裁判所による法の形成」を的確に把握するためには、当該事案に係る「事実」を確認する必要があるが、裁判で争われる事実は、合法のものと同違法のものが混在する極めて微妙な事実であり、かかる事実の一部を摘示すること自体が、関係者に対する名誉毀損ないし侮辱を構成するものとなりかねないことも与り、裁判官が証拠を精査して事実であると確信するに到った「判決文中における事実認定」を以て、「事実」と考えることが、一般的に行われてきた<sup>2</sup>。もとより、判決文中における事実認定は、争いのある主張や証拠に対して、裁判所が信頼に足る「事実」

1 もっとも、近年では、伝統的な判例研究手法に対する批判的見解や、判決原本を直接の資料として「判例集」の形成過程をより詳細に分析検討する研究も登場している。この背景には、いわゆる「民集登載判決」を、その登載の如何を判断する具体的過程に係る検討が十分でないとの意識から、伝統的な研究手法が判例を単なる「権威」として漠然と捉えている可能性があることに対する、厳しい批判的観点があるものと思われる。このような研究の例として、大河純夫「大審院（民事）判例集の編纂と大審院判例審査会」立命館法学1997年1351頁、同「『大審院（民事）判例集の編纂と大審院判例審査会』補遺」立命館法学2003年4号993頁、木村和成「大審院（民事）判決の基礎的研究 - 判決原本の分析と検討 - (1) ~ (13・未完)」立命館法学2011年1号511頁、同2011年3号1728頁、同2011年4号2242頁、同2012年1号637頁、同2012年3号2133頁、同2013年1号505頁、同2013年2号1026頁、同2013年3号1513頁、同2013年5号2428頁、同2016年3号952頁、同2017年1号297頁、同2018年1号397頁、同2018年3号1356頁、同「大審院民事判例集（民集）における判決登載基準について」立命館法学2013年6号2794頁。このほか、橋本誠一「【資料】大審院民事連合部判決一覧<共同研究・近代日本の社会変動と法の動態分析>」龍谷大学社会科学研究年報34号53頁（2004年）（牛尾洋也ほか『近代日本における社会変動と法』晃洋書房、2006年）所収）参照。

2 最判平成11年10月26日平成9年（オ）411号民集53巻7号1313頁。

として認定したものと考えられるし、裁判所の判断は、かかる「事実」に対して「法」を適用することによって下されているわけであるから、「判決文中の事実認定」を以て「事実」と考えること自体に、一定の合理性があることは明らかである。

しかしながら、裁判所が判決を下す際、特に「事実認定」を行う際に、どのような情報に接したうえで、どの情報を取捨選択したかについては、取捨選択が行われた後の判決文を精読したとしても、明らかにならないことが少なくない。実際、裁判所が意識的に取捨選択した情報については、判決文中に両論を併記して裁判所が理由を示して一方を選択したという「判示」が記載されることが基本的に期待できるが、当該事件の結論を下すために直接関係しない、あるいは重要でないと裁判所によって判断された情報については、そもそも判決文中に記載される「必要性」自体がないこととなるが、かかる情報を「事実に対する法の適用」とは無関係として、最初から存在しなかったものとするのは、実務上の先例把握としてはもとより、理論上の検証としても、果たして十分であるか疑問の余地があるように思われる。

他方、従来の判例研究では、当事者のみならず裁判所についても記号化・匿名化を施して検討し、具体的事案の背景事実や諸事情の詳細については、極力抽象化する方向で議論が整理されることが一般的であった<sup>3</sup>。これは、一面では当事者ないし関係者の私的生活の保護という妥当な観点があると評価できるものの、個人の個性や個々の事案における具体的事情が、果たして裁判所の判断に対して何の影響も与えていないのか、仮に人の個性による影響があり得るとすれば、かかる影響は果たして排除すべきものか否か、また、どのような制度設計を行うことによってかかる影響を排除することが可能か否か等について、実務上にしても理論上にしても、検証の機会を失わせている可能性がないではないように思われる。

現在の日本では、口頭弁論が公開される民事訴訟の記録については公開が原則であり、僅かな手数料の納付によって（民事訴訟費用等に関する法律7条別表第2第1項）、当該事件に係る全ての記録を何人も閲覧することが可能である（民事訴訟法91条）。従って、「判例研究」において訴訟記録を閲覧することが、単にデータベース上で当事者名等を記号化・匿名化した判決文を精読することと比べて、どのような追加情報に接することができるのか、また、かかる追加情報に接したことにより、具体的な事件に対する「判例研究」としての理論的観点、さらには、「判例研究」に係る手法やあり方に対して、どのような影響が及びうるかについて、現段階で検討を加えておくことには、十分な意義があると考えられる。

本稿は、以上の問題意識、すなわち、民事訴訟記録の閲覧によって得られた各種の情報が「判例研究」の手法やあり方に影響を与える可能性があるのではないかと、という観点を手かかりとして、民事訴訟記録を閲覧することによる、判例研究の手法やあり方に対する影響の有無と是非とについて、考えてみようとするものである。以下では、民事訴訟記録閲覧の実践から得られた私自身の経験を基に、訴訟記録の閲覧によって得られる追加情報を、記録の分類ごとに整理して列挙する（2（1）～（7））。そのうえで、かかる情報の存在が、判例研究の手法に対してどのような影響を及ぼしうるかについて、他の情報収集方法との比較を交えつつ検討を加え、訴訟記録の閲覧による情報の存在を加味した、今後における判例研究

3 もっとも、かなり最近に到るまでは、最高裁の編纂する判例集等においても、当事者の氏名を判決原本に記載されたまま表記することの方がむしろ一般的であった感があるため、当事者による記号化・匿名化の処理は、個人に関する情報管理のあり方について意識的に議論が行われるようになった後における「常識的観点」というべきものであるのかもしれない。

のあり方について考察する（3）。

## 2 訴訟記録閲覧から得られる情報

民事事件の訴訟記録は、係属中の事件については現に裁判が行われている裁判所が、終結した事件については当該事件の第1審裁判所が、それぞれ保管している。

訴訟記録は、大別して、①調書、②書証、③その他と分類されており、①調書は、裁判の進行とその結果を記録したもの<sup>4</sup>、②書証は、当事者が自己の主張を証明するための証拠として提出したもの、そして、③その他については、当事者による代理人の選任、当該訴訟に関連ないし付随する各種の手続の経緯等を記録したもののほか、調書及び書証に属する書類に関する裁判所と当事者との通信記録、調書ないし書証として取り扱うことができなかつたものが、幅広く含まれて綴じられている。

以下では、概ねこの分類基準に従って、訴訟記録から得られる情報と、その情報から派生して事実上推測することが可能な情報とについて、私のこれまでの記録閲覧の経験を基に列挙することとする。

### （1）口頭弁論・弁論準備手続調書等

口頭弁論調書、弁論準備手続調書、進行協議調書は、いずれも、当該裁判がどのように進行しているかを示す、裁判所が作成する書類である。これらの調書の記載から直接明らかになる情報としては、当該事件について何回の口頭弁論等が開かれたか、期日ごとに誰が法廷に出頭し、どのような審理が行われたか、がまず挙げられる。

すなわち、口頭弁論の回数等については、当該事件がどの程度の時間と労力をかけて結審に到ったかを間接的に示すものであり、間接的な情報として、期日と期日との間に大幅な中断はないか、期日ごとの期間と裁判の進行状況との関係はどのようになっているか、といったことが挙げられる。一般論として、ある程度以上に複雑な事案については、当事者の主張立証のための準備時間を確保するため、期日と期日との間には一定の期間が置かれるが、双方の主張と立証が概ね完了し、いわゆる「判断に熟する」状態となると、争点が分散することを事実上防止することをも兼ねて、期日と期日との間が短縮されてくるようである。従って、一定期間ごとに開かれていた期日が短縮されてくるという情報から、裁判所がそろそろ結審を考えているという状況がありうるということが、訴訟記録から間接的に推測できることとなる。

また、法廷に誰が出頭しているかについては、裁判官と当事者との双方に、それぞれ異なる観点で注目することが可能である。すなわち、裁判官については、誰が証人尋問あるいは本人尋問に立ち会っているかにより、当該証人ないし当事者に対する心証形成が、尋問時の態度や表情等の情報を含めているか否かによって変化する可能性があるように思われる。こ

4 従って、例えば判決原本は、判決言渡期日において言い渡された、口頭弁論調書と一体となる書類である。また、証人尋問や本人尋問は、口頭弁論期日の法廷において口頭で行われ、その応答を記録した書類は口頭弁論調書と一体となるものであるから、同じく調書に属していることが通常であるが、記録の順序として書証と同一ないし連続した冊子に綴じられていることも少なくない。なお、当事者が作成した準備書面も、当該準備書面が陳述された日の口頭弁論調書の一部を成すものとして位置づけられている。

れは要するに、証人本人を現に観察した裁判官と応答の記録を書面で読んだ裁判官との間で心証形成が異なる可能性がある、という推測であり、理論的には反論の余地が少なからずありうるものであるが、多くの事件で証人尋問に立ち会っている裁判官が判決を起案していると思われること、及び、証人尋問等の後に裁判官が大幅に交代する事態が生じた場合には、その後結審に到るまでさらに一定の期間が経過していることが少なくない、という状況は、この推測を事実上補強するものとなっているように思われる。

また、当事者については、特に当事者本人がどのような頻度で法廷に出頭しているかという情報を直接取得することができ、これが、裁判所の心証形成に対してどのような影響を与える可能性があるかは、議論の余地があるものと考えられる。要するに、当事者が代理人を選任し、代理人が出頭しているにもかかわらず、なお当事者本人が出頭している事実を以て、いわゆる「熱心さ」を表しているかについては、理論的には検証の難しいものであるが<sup>5</sup>、特に不法行為の被害者や遺族については、当事者本人の出頭する割合が高いように感じられるところである。なお、この点を逆から観察するものとして、第1審で敗訴した後の控訴審の期日であるとか、敗訴する可能性を感じたと思われる側の当事者が、それまで代理人のみが出頭していたにもかかわらず、ある段階から当事者本人が出頭する、という状況は、決して珍しいものではなく、当事者が意識的か無意識的かは別として、法廷への自身の出頭に一定の意味を持たせている可能性は、否定できないように思われる。

このほか、口頭弁論調書等には、どの書面がどの期日において提出され、どのような約束が当事者ないし裁判所相互間で交わされたか、の概略も記載されているため、例えば、どの証拠がどの時点で裁判所に認識されているか、裁判所の心証を反映している可能性のある情報がどの時点で当事者に伝えられているか、という点を、併せて検討することが可能となる。具体的には、裁判所が作成する和解案や当事者の主張の整理案、争点整理表等については、当該事件に対する裁判所の心証がある程度反映している可能性があると考えられるため、当事者が相当慎重に対応していることが、記録上からも窺える。この中で、判例研究として取り上げるべき可能性がありうるものは、言うまでもなく和解案であり、当該和解が不調に終わった後に下された判決が、当該和解案とどのような関係に立っているかについては、裁判所が形成した心証を分析する際に、相当程度有益な情報となる可能性があるかもしれない。但し、制度上は、和解は双方当事者の互譲により成立するもので、当事者の主張立証に厳密に規定されるものでもないし、不調に終わった和解案を判決の検討のための参考資料として比較検討すること自体について、否定的な見解が生ずる可能性もあることからすると、和解案の存在とその内容とを判例研究として考慮すべきか否かについては、なお議論を重ねるべきであるように思われる。

## (2) 判決原本・決定文・準備書面等

判決原本は、いわゆる「公判判例」の基になっている文書であり、当事者・関係者の個人情報等が記号化匿名化されていない点が、最も明確な特徴として挙げられる。すなわち、個

5 実際、口頭弁論調書等に出頭した旨が記載されていない者であっても、例えば公開された口頭弁論を傍聴したりすることにより、裁判所に対して自身が存在することを示す方法は他にも存在するため、口頭弁論調書の記録のみを根拠として特定の当事者の「熱心さ」を計測しようとすることは、不安定な要素が多分に含まれていることに注意しなければならない。

個人情報保護や私的生活上の情報保護が強く唱導されている現在にあって、民事訴訟記録については、当事者であると同関係者であるを問わず、裁判所に提供した情報が氏名、住所、電話番号を含めて全て閲覧可能であることは、近い将来他の制度との整合ないし均衡をめぐって、大きな議論になる可能性があるように思われる<sup>6</sup>。もっとも、このように当事者や関係者の個人情報が閲覧対象となることは、他の事件との比較検討において、ある事件に関与した人物が当該事件に関与した人物と同一人物であることを強く推測させる情報となることも明らかであるし、場合によっては、裁判所によって同一人物に関する同種の事案について異なる判断が下っているとの評価を行うための明確な根拠となるものであるから<sup>7</sup>、全ての訴訟記録に関する全ての個人情報を記号化・匿名化すべきであるかについては、一概に言えない部分があることに注意しなければならない<sup>8</sup>。

他方、間接的な情報として、代理人の氏名及び連絡先住所が明らかとなっているために、当事者本人の住所と比較して、当事者が自己の住所と近接した場所に事務所を有する代理人を選任したか否かが、事案の分析に対して影響を及ぼす可能性があると考えられる。すなわち、一般論として、当事者が自己の住所から遙かに離れた場所に事務所を有する代理人を選任する際の事情としては、何らかの事情で自己の住所地に近い場所に事務所を有する代理人を選任できなかった、という可能性が高く、当該事件に関して当事者が住所地の近辺でどのような社会的立場に置かれている可能性があるかについて、一定の推測が成り立ちうるわけである<sup>9</sup>。また、訴訟の途中で代理人が交代している場合には、その事情について一定の推測の余地が生じうるものであるが、これが判決に影響を与えるべき事情となるか否かについては、事件により事情により異なるものと言うほかない。

他方、準備書面のうち、特に訴状については、原告側が訴訟提起前に準備をした成果が基本的に現れているものと考えて差し支えないところ、訴状と共にどのような証拠が提出されているかによって、原告がどのような準備を調べ、どのような状況で訴えを提起したかについて、一定の推測をすることが可能となる。実際、事案によっては、被告側の支配領域に重要証拠が集積しているため、原告側がほとんど証拠を有していない事件も珍しくなく、そのような事件について被告が強く否認した場合には、審理が相当長引く場合も少なくないよう

6 特に、一方当事者が相手方当事者に関する情報を公開した場合については、既にいくつかの訴訟で争われる事態となっている。訴訟を提起された事実と相手方の氏名を政治広報で公開したことが不法行為とされた事案として、岐阜地大垣支判平成22年3月25日平成20年（ワ）253号、同控訴審：名古屋高判平成23年3月17日平成22年（ネ）496号、同上告審：最決平成24年3月2日平成23年（オ）1251号・平成23年（受）1399号。インターネット上に相手方の個人情報を抹消せずに訴訟記録を公開したことが不法行為とされた事案として、京都地判平成29年4月25日平成27年（ワ）2640号、同控訴審：大阪高判平成29年11月16日平成29年（ネ）1441号、同上告審：最決平成30年5月13日平成30年（オ）334号・平成30年（受）416号。

7 例えば、主債務者が反社会的勢力であることを知らずに複数の金融機関が融資を行い、信用保証機関が同じく反社会的勢力であることを知らずに信用保証をした事案について、信用保証契約の錯誤無効が認められるかにつき、東京地判平成25年4月23日平成23年（ワ）38793号と、東京地判平成25年4月24日平成23年（ワ）28762号とは、主債務者が同一人物である両事案について正反対の結論を下しているが、両事件の主債務者が同一人物であることは、両事件の記録閲覧により判明したものである。

8 実際、裁判所実務では、事件を特定する際の徴表として、事件番号のみならず当事者名を以て特定する慣行が広く行われているようであるから、全ての訴訟記録中の当事者・関係者の氏名の記号化・匿名化の作業については、裁判実務全体を巻き込む大きな変化と考えざるを得ない。

9 もっとも、最近では、当事者の住所地から遙かに離れた場所にある裁判所に訴えが提起される場合も珍しくなく、そのような事件では、当事者の住所地の近くに事務所を有する代理人よりも、訴えが提起された裁判所に近い場所に事務所を有する代理人を選任する方が、出張旅費や日当の分だけ、代理人に対する費用が節約できることとなるため、本文での推測は必ずしも常に成り立つわけではないことに注意しなければならない。

に思われる。

このほか、原告側の提出する準備書面と、被告側の提出する準備書面との分量や提出頻度の比較検討も、事件自体や裁判所に対する当事者の「姿勢」を示す徴表となる可能性がある。理論的には、裁判所は、複雑怪奇な事件について限られた証拠から事実を認定しなければならないという重責を負っている以上、当事者の展開する主張や理論構成については、できる限り体系的に整理された簡潔なものである方が、裁判所に対する説得力を増すように思われるのであるが、準備書面のいわゆる「厚み」を競い合う傾向は、少なくない数の事件で見受けられるようである。もっとも、このような傾向は、裁判所に対する説得力を一定程度まで犠牲にしつつ、代理人が依頼者である当事者に対して十分な論拠を以て主張を展開していることを示しているため、と理解することも可能であり、裁判をめぐって形成される人的関係に関する、ある種の複雑さを垣間見させるものとなっているように思われる。

以上のほか、事件によっては、当事者の提出した準備書面に書き込みがあったり付箋が貼られていたりする場合があります。かかる書き込み等の中に裁判所の心証の一部が端的に記載されている場合もないではない。現在、圧倒的多数の当事者や代理人は機械打ちの書面を提出しているわけであり、わざわざ手書きの書き込みや外れやすい付箋を別途貼り付けることは合理的な行動とは思われないから、直感的に考えれば、かかる書き込みや付箋は裁判所が行ったものと考えることが合理的であろう。もっとも、裁判所によっては、第三者からの閲覧請求があった際に、既存の書き込み等を一時的に抹消したり付箋を取り外したりしている場合もあるようであり<sup>10</sup>、また、記録本体に対してどのような取扱を行うかは、裁判所によって異なるものと思われるから、この点を一般論として取り扱うことは、慎重であってしかるべきであろう。

### (3) 証拠、特に書証及び証拠説明書

訴訟における事実の認定は、証拠によるとされている以上、当事者にとって、自己の主張を補強する証拠が多ければ多いほど、当該事件の解決を自己に有利に導くことが期待できるようになる筈である。しかしながら、かかる証拠は、当事者の当該事件に係る私生活に関する事実の中で生じてくるものであるから、半ば必然的に、当事者・関係者の個人情報や私生活に関する情報が多数含まれることとなる。この具体例としては、戸籍謄本、住民票の写し、カルテ等の医療情報、領収書等の取引情報、当事者および関係者の顔写真、現場写真等、枚挙に暇がない。判例研究において、必要以上に当事者の私生活に踏み込むこと自体、問題がある可能性が否定できないことを考慮すれば<sup>11</sup>、通常の場合は、判決文中の認定において評価されている証拠を確認することに留め、その他の証拠の内容を詳細に吟味することにつ

10 下級審で閲覧をした事件について上級審で再度閲覧したところ、貼られていた付箋等が全て取り外されており、事件の確定後に再々度閲覧をしたところ、全て元通りに付箋が貼られていたことがあった。

11 実際、今後においてこのような個人情報や私生活に関する情報が閲覧可能であることの問題点は、閲覧者の目的が事件の解析や分析に留まらず、端的に関係者の個人情報や私生活に関する情報を取得することであった場合に、具体的に取り上げざるを得なくなるように思われる。現在のところ、戸籍謄本や住民票の写しについては、戸籍や住民票を管掌する公的機関では第三者による閲覧が困難となっているため、事件関係者の住所等を把握しようとする者が、訴訟記録の閲覧請求をしてくる可能性は十分に考えられるところであるが、閲覧請求者の実質的目的が事件関係者の個人情報の把握にあることを理由として閲覧自体を制限することは現行法上予定されていないため、事件関係者の実質的な情報保護を図るためには、閲覧請求制度全体の構造に対する見直しが必要となる可能性が高いように思われる。

いては慎重であってしかるべきであるが、例えば、当該事件の証拠がほぼ一方当事者からのみ提出されていたという事実や、証拠の種別として直接証拠が多いか報道記事等の間接証拠が多いか等の事実は、事件の分析に際して有益な情報となる可能性が高いように思われる。

むしろ、証拠の中で判例研究のための資料として有益である可能性が高いのは、当事者及び関係者の作成した陳述書の中に、当事者の主張の具体的内容、当事者の事件に対する認識とその背景事情が、詳細に書かれている場合がある点である。これは、裁判所が判決文中で「当事者の主張」を要約する際に、当事者が陳述書等で述べていることをどこまで取り上げているかという検討を加えて、裁判所の認定する「事実」に対して、当事者がどのような見解を持つ可能性があるかを併せ考えるための手がかりともなりうるものである。但し、提出される陳述書の中には、当事者ないし関係者本人の署名がされていたとしても、実質的には第三者による「作文」であったり、多数の者が署名だけを行っている「例文」であったりする場合も少なからずありうる<sup>12</sup>。

また、証拠それ自体のほかに、証拠の一覧とその内容及び証明の目的を概説する証拠説明書の記載からは、当該当事者側による当該証拠に対する事件との位置づけが示されている場合が少なからずあり、当事者の実質的な「主張」を理解するための手がかりとなる可能性が高いように思われる。

なお、判例研究と特に関連の深い証拠として、専門家の手になる意見書ないし鑑定書が証拠として提出されることが少なからずあり、これらの意見書等と「判例研究」との関係については、近い将来本格的に議論する必要があるであろう<sup>13</sup>。

以上のほか、自己の主張の正当性を補完するための参考資料として、関連裁判例を証拠として提出することも、多くの事件で見られるところであるが、この点についても、当事者がどの事件のどのような判示を以て自己の主張の正当性の論拠となると考えているかについては、判例研究の実質的な情報となりうるものと考えられる。同様に、当事者が証拠として提出する参考文献や参考論文等も、当事者における事件の把握と理解を示す資料として、判例研究の参考情報となりうるであろう。なお、事案によっては、当該分野について多数の事件の当事者となっている側が、いわゆる「未公判裁判例」の中で自己ないし自己と同一の立場にある者が勝訴した事案を多数摘示し、証拠を蓄積することがある<sup>14</sup>。もとより、いわゆる未公判裁判例であっても、裁判所の判決であることに変わりはなく、先例という観点からは

12 例えば、自分自身の親族に過剰な敬語表現を使っていたり、多数の者が全く同一の表現の陳述書を提出していたりする場合には、当該陳述書が果たして名義人の真意を正確に反映していると言えるかについて、率直な疑問が生じうるところである。

13 意見書ないし鑑定書の建前としては、意見書等の作成者は自己の学問的知見と良心に従って、自己の依頼された事項についての意見ないし鑑定を行うものとされているわけであるが、社会的には、依頼した側にとって有利となる見解がやや一方的に展開されているとの見方も可能であり、裁判所がどのように意見書等を取り扱っているかは定かでない。また、主張の項でも論じたように、裁判所に対する説得力を増すためには、できる限り当該事件の实情に正確に即した前提事実を基に、裁判所が争点を具体的に判断していく際の論理構造に沿って、体系的かつ簡潔に議論していくことが合理的であると考えられるが、現実に提出される意見書の中には、意見書作成者が学界の権威であるということ以上の意味を事実上持たないように思われるものすら見られないではない。なお、従来の論稿で法律意見書について論じたものとしては、山原英治「法律意見書の読み方：15のストーリーで学ぶ」(商事法務、2013年)、加藤新太郎「法律意見書の受け止め方」NBL1049号1頁(2015年)、伊藤眞「法律意見書雑考：公正中立性の ombre et lumiere (光と影)」判時2331号141頁(2017年)、等がある。

14 いわゆる未公判裁判例が証拠として提出されることが多いのは、現状では保険関係の分野が典型的であるが、かなり最近では、信託銀行を関与させた過払金返還債務の承継について、被告となった信託銀行が多数の「関連裁判例」を証拠提出したことがあり、この事案の一部については、当該事件の評釈として議論したことがある。星野豊「債権信託受託者に対する過払金による不当利得返還請求の可否」ジュリスト1475号112頁(2015年)。

裁判所にとって同次元に属するものであることは明らかであるが、当事者相互間で関連裁判例に関する情報格差が明らかに存在する場合には、自己に有利な判断を下した裁判例のみを「関連裁判例」として証拠提出し、自己に不利な判断を下した裁判例については特に言及しない、という可能性は、訴訟戦略として十分考えられるところであり<sup>15</sup>、「当事者による判例の形成」という事態の到来に対して「判例研究」としてどのような態度を以て臨むべきかについては、近い将来本格的に検討する必要があると考えられる。

#### (4) 証人尋問調書・本人尋問調書等

証人尋問及び本人尋問は、言うまでもなく証人及び当事者本人の「生の声」が法廷で展開されるものであり<sup>16</sup>、当該事件の判断に係る裁判所の心証に決定的な影響を与えるものであるほか、当事者にとっても自己の主張の正当性を書証とは別の次元で補完する機能を持つものである。

従って、判例研究においても、少なくとも証人尋問調書あるいは本人尋問調書においてどのような応答がなされたかを検討することは、極めて有益であるように思われる。具体的には、個々の尋問の内容以前に、まず、証人尋問にせよ本人尋問にせよ、誰がどちらの側から尋問申請され、裁判所の判断として誰が採用され誰が却下され、かつ、尋問の当日に誰が来なかったか等の事実が、裁判所の心証形成にどのような影響を与えたかが問題となりうる。裁判所が却下する尋問申請は、要するに、裁判所が当該事件の解決に際して尋問を行う必要がないと考えたものにほかならず<sup>17</sup>、当該事件に対する裁判所による心証形成あるいは争点整理方針の重要な一部分を構成しているものと考えられるからである<sup>18</sup>。

尋問調書の内容については、主尋問と反対尋問、補充尋問とで、判例研究として参考とすべき程度に差があることが特徴である。すなわち、主尋問は、多くの場合、証人申請を行う当事者の側と事前に打合せを行って尋問に臨むものであるから、その応答は概ね証人等が事前に提出している陳述書の内容と同様であり、尋問の応答自体に独自の内容が含まれることはほとんどない。これに対して、反対尋問及び補充尋問は、証人が事前に十分な準備をしていない事項についてその場で応答するものであるから、証人の証言に対する信頼性について、かなり重要な情報が得られる可能性が高い。

15 もっとも、当事者間に証拠収集能力の格差が存在する場合に、証拠収集能力のない側が不利益を被る結果となる可能性があることは、事実認定を証拠によるものとしてしていることのある意味で当然の結果とも考えられる。従って、かかる当事者間における能力格差をどこまで理論や制度によって「是正」すべきであるかについては、各分野における事案や当事者ないし関係者の状況ないし特性に応じた、慎重な検討が理論上も実務上も必要不可欠となることは言うまでもない。

16 もっとも、証人尋問にせよ本人尋問にせよ、裁判所にとっても当事者・関係者にとっても、時間や労力はかなりのものとなるうえ、最終的に裁判所が判断や評価を行うためには、応答が紙面に反映される必要があることとなるから、現在の裁判所の一般的傾向としては、証人尋問あるいは本人尋問を採用されたか否かにかかわらず、必要と思われる関係者については、すべからず陳述書や意見書等を作成させ、内容を明確に読み取れる書面として提出させる方針をとっていることが多いと思われる。

17 但し、当該人物が既に陳述書ないし意見書等を提出しており、書面に記載された内容と尋問により得られる回答とが大差ないと予測された場合についても、尋問申請は却下されるわけであるから、当該人物の存在そのものが事件解決にとって重要でない、と即決することはできないことも明らかであろう。

18 もっとも、事案によっては、例えば損害賠償請求訴訟の被害者遺族を全て尋問する等、事実や主張の展開というよりも、法廷で自己の言葉で裁判所に対して表現をさせること自体によって、当事者等を主観的に満足させること（いささか品のない言葉を使えば、いわゆる「ガス抜き」）に実質的な目的があるのではないかと推測される事案もないではないため、尋問を採用した判断については、裁判所の心証形成あるいは争点整理方針を表している場合もありうるものの、あまり過剰な評価をすべきでないのかもしれない。

従って、尋問調書中で注意して読むべき箇所としては、反対尋問に対して証人が絶句して回答できなかった箇所、尋問の途中で相手方当事者から異議が出された場合における当事者間の応酬、及び、異議が出された場合における裁判所の対応と、裁判所自身が行う補充尋問の内容、ということになる。中でも特に、補充尋問については、裁判所の心証形成にとって直接関連のある事項が質問されるものと考えてほぼ差し支えなく、実際、補充尋問で質問あるいは確認された事項については、後の判決中の判断に反映されている場合が少なくないため、判例研究に際しても、十分参考とすべき情報であると考えられる。

#### （５）その他の提出書類・応答書類等

訴訟記録のうち、第3分類と呼ばれる、その他の提出書類、裁判所と当事者等の応答書類は、訴訟記録としては「その他」の扱いであるものの、判例研究にとっては、かなり重要な情報が含まれている場合がある。

すなわち、ここで綴じられている書類には、民事訴訟手続としては提出されなかった扱いとなっている準備書面、各種の上申書、代理人選任に関する書面、各種の申立およびそれに対する相手方当事者の意見、当該事件に関係する各種の手続（例として、保全処分、文書提出命令、送付嘱託申立、裁判官忌避申立など）、裁判所と当事者との連絡・協議・応答等（例として、通常の手続きの受け渡しに係る証明等のほか、当事者の書面提出が遅れていることに対する裁判所からの事実上の督促等を含む）のほか、場合によっては、当事者による和解条件の提示、裁判所から示される和解案と、当該和解案に対する当事者からの意見・修正案等が含まれている。従って、調書を「表舞台」に例えるならば、第3分類の各書類はいわば「舞台裏」に相当するものであり、ある意味で「当該事件に係る裁判の進行状況」が、調書以上に如実に示されているものとも考えることも不可能でないわけである。

判例研究として注目すべきであるのは、一方当事者が裁判所と必ずしも良好な関係に立っていない可能性がある場合における各種の手続及び対応である。このうち最も典型的なものは、言うまでもなく裁判官忌避申立であるが、そこまで明確に異議を申し立てていなくても、弁論終結の判断等に対して弁論再開申立書が提出されたり、上申書、異議申立書等の形式をとって、訴訟進行に対する異議や不満を一方当事者が述べたりすることは、必ずしも珍しい現象であるが、その後の下された判決の中で、異議申立等をしていった側に有利な判断がなされた例は、極めて稀と言わざるを得ない<sup>19</sup>。

以上のほか、記録閲覧に際しては、閲覧記録それ自体も訴訟記録の一部として綴じ込まれ、後に閲覧される者に対して閲覧の対象となる。従って、当該事件に対して、誰が、いつ、どのような目的で、どの範囲を閲覧申請したかについては、当該事件に対する社会的関心の大小を考えるための一定の手がかりとなりうることから、他の閲覧者の動向についても注意を払うことが有益である<sup>20</sup>。

19 日本の裁判所は、極めて高い社会からの信頼を保っているが、その社会的信頼は、社会の中のいかなる階層ないし集団とも一線を画した中立的立場を維持していることが大きく与っている。従って、裁判所は、裁判手続を政治的あるいは社会的運動の手段とすることに対して極めて消極的な対応をする傾向が強く、法廷を以て「闘争」ないし「活動」の場と認識している当事者との間では、極めて厳しい応酬が交わされることもあるようである。

20 但し、注意すべき点として、特に報道関係者については、必ずしも事件の情報を記録閲覧から得ようとするとは限らず、一方当事者との間に人的関係が形成されている場合には、報道に必要な情報は直接当該当事者から得る場合が多いことを、考慮に入れておく必要がある。従って、報道関係者が記録閲覧をしている場合は、何らか

最後に、あまり事例として多くはないが、訴訟費用確定裁判手続の記録が、第3分類として綴じられている場合がある。訴訟費用の負担については、判決では必ず言及されるものであるが、敢えて手続を履踐してさらに訴訟費用を取り立てる場合とは、要するに認定された損害賠償等に当事者が実質的に満足していない場合であり、判例研究における当事者の対応を考慮する際に、若干ではあるが参考となりうる情報であるように思われる。

#### (6) 関連事件及び併合事件の記録等

訴訟記録には、場合により、関係する刑事手続、家事手続、保全処分等が、同時に又は一括して編綴ないし保管されていることがあり、これらの事件の中には、独立した事件としては閲覧請求の対象とならない事件が含まれていることが多いため、判例研究に際しても、通常では得られない情報が入手できる可能性が高い。もっとも、かかる情報はいわば偶然の事情に起因して得られるものであり、同じく関連事件であっても、同時に綴じられていなければ閲覧することができないわけであるから、事案相互間での比較検討等を行う場合、関連事件記録の取扱いや内容に関する言及については、慎重な態度を以て臨むべきである。

また、当該事件に併合された事件、当該事件の移送前の事件についての情報も、当該事件の記録と共に保管されているため、併行する同種事案の訴訟提起時の状況等についても、種々の情報が得られることとなる。例えば、移送前の事件に関する情報は、判決文だけでは通常は得られない情報であり、原告が本来どの裁判所で訴訟をしたかったか、移送の申立がなされた事情や、双方の代理人の出頭の便宜等について、判断の参考となる情報が得られる筈である<sup>21</sup>。

#### (7) 記録閲覧により判明しない情報

以上検討してきたとおり、訴訟記録の閲覧は、判例研究にとっても多くの情報を得ることが可能であるが、但し、記録閲覧によっても得ることができない情報が存在することも、同時に指摘しておかなければならない。

まず、そもそも、記録閲覧は、民事訴訟法の規定から明らかなおと、口頭弁論が公開される民事訴訟事件について行うことが可能であるに過ぎず、偶然の事情により「民事訴訟」の記録に一括して綴じられているのでない限り、家事手続や保全処分については、原則として閲覧することが不可能である。なお、刑事事件については、閲覧制度が設けられているものの、民事訴訟と比べると極めて厳しい管理が検察官によって行われており、相当明確な理由がなければ第三者による閲覧は原則的に許可されない可能性が高い。

の理由で裁判所以外の情報源から得た情報の内容を確認しているか、あるいは双方の当事者に対して情報を取得できる程度の人的関係を未だ形成できていない可能性があることを、併せて考慮しておく必要がある。また、現在では、報道以外にも、当事者が自らインターネット等により訴訟情報を外部に発信している例も珍しくなく、第三者に対して事件の背景や両当事者の主張を拡散していることが、新たな社会問題になりつつあることは、注6で前述したとおりであるところ、かかる情報発信を契機として、記録閲覧が行われる場合もあれば、かかる情報の信頼性を確認するために記録閲覧が行われる場合も、今後増加していくように思われる。

21 移送の申立については、一般に、支部から本庁へ、また、地方から大都市へのものが比較的多いという印象があるが、大都市から地方への移送が行われた事例もないではない。東京に本社を有する原告が旭川に所在する被告を相手に訴えを提起し、被告が旭川で原告を訴えた事案について、東京地裁から旭川地裁への移送を命じたものとして、旭川地判平成28年3月29日平成23年(ワ)99号、同控訴審：札幌高判平成29年8月31日平成28年(ネ)189号、同上告審：最決平成30年6月6日平成29年(オ)213号・平成29年(受)233号。

また、民事訴訟事件においても、例えば、ビデオ等の映像資料が証拠として提出されていたとしても、閲覧に際して再生装置の使用が認められなかった場合には、当該証拠の具体的内容を確認することはできない。また、証拠の中に顔写真の提出されていない当事者・関係者の容姿容貌、証人尋問時において証人がとった態度や表情ないし声色、当事者・代理人・関係者・傍聴人等に対する裁判所の具体的対応等についても、通常は記録されることが期待できない<sup>22</sup>。同様に、書面に記載されない期日当日の進行状況、特に、和解協議の具体的状況等については、そもそも経緯を記録すべきでないとの見解も成り立ちうるため、判例研究をしようとしても、検討の対象とすることが事実上不可能である。

以上に対して、閲覧制限決定がされた情報は、法律上、当事者以外の者に対して、記録閲覧による情報の取得を制限していることとなる（民事訴訟法92条）。しかしながら、訴訟記録は原則として公開が予定されており、また、圧倒的多数の裁判が公開で行われている現状の下で、特定の事件について特定の事項に関してのみ情報の拡散を抑止しようとすることは、事実上困難であると考えざるを得ず、取得した情報に関する実質的な守秘義務を負わせる等、制度の根本的な設計変更が必要であることは、従前の論説で述べたとおりである<sup>23</sup>。

### 3 今後における判例研究のあり方

前項までで検討してきたとおり、訴訟記録には、記号化・匿名化された判決文から得られる情報と比べて、具体的事案に関する多種多様な情報が存在すること自体については、疑う余地がないものと言うべきである。特に、判例データベースないし判例雑誌に掲載されていない訴訟の進行状況や、判決以外の事件の終局に関する情報は、「事実誤認」あるいは「調査不足」との不相当な評価を受けないためにも、必要かつ有益であると考えられる<sup>24</sup>。訴訟記録自体は、民事訴訟法によれば「何人も」閲覧を請求することができる公文書である以上、判例研究を公表する際に、事件の帰趨について可能な調査が尽くされているかについては、従来の法学界の認識を根本的に改める必要があるように思われる<sup>25</sup>。

しかしながら、これも前項で指摘したとおり、訴訟記録には、当該事件に関する「全情報」が記録されているわけでは必ずしもなく、裁判所ないし裁判官が覚知した全ての情報がそのまま記録されているわけでもないことも、また明らかであると言わなければならない。

22 例えば、裁判官が暴言をした等を理由とした訴訟の記録を閲覧しても、当該期日において何があったかについては、全く記載がなされていないことが多い。裁判官が当事者に対して暴言をしたとして提訴された事案について、長野地飯田支判平成26年1月30日平成24年（ワ）54号。また、裁判官が一方当事者の代理人に対して侮辱的発言をしたとして提訴された事案について、水戸地裁平成28年（ワ）770号（和解で終結）。

23 星野豊「民事訴訟記録の閲覧制限と当事者の秘密保護の実効性」末川民事法研究1号1頁（2017年）。

24 実際、判例研究において、「本件は上訴されており、上級審の判断が注目される」等と記載された事件が、その執筆時点で既に確定していた、という場合は珍しくないし、事件によっては、上級審で判断が覆っている場合も決して少なくない。現在における判例データベースは、裁判所がホームページで裁判例の一部を紹介するものを除いて、いずれも民間企業により運営されているため、判決文の収集については、事件当事者からの任意の提供に頼らざるを得ない側面がある。そうすると、当事者が、自己に不利益をもたらした判決文をデータベースで公開したいと考える可能性は極めて小さい以上、裁判例データベースの収録に関して、ある種の「偏り」が生ずることは、事実上避けられないわけである。なお、この問題は、事件の当事者がウェブ等を通じて情報発信する場合や、事件に関する報道についても、同様の側面があるように思われる。

25 少なくとも、今後の判例研究において、従来「未公判判例」と言われてきたものについては、かかる記録が現に確認できるのであれば、事件番号を示して他の事案と同様に取扱うべきであるし、事件の表示として従来のように2次資料としての判例雑誌等の掲載を示す書誌事項に加えて、事件番号を以て特定する手法についても、早期に普及させるべきである。

従って、記録閲覧によって得られる情報を加味して事件の検討を行うことは、情報不足に起因する判断や分析の誤りを事実上減少させることが期待できる点は確かであるとしても、事案の「実態」ないし「真実」に近づくことが可能であると一般的に言うことは困難であり、要するに、どのような資料を基にしたとしても、理論上の真実に到達できるとは限らないという、当然の限界とも考えられる。

しかしながら、このような限界は、ひとり判例研究のみが負っているわけではなく、裁判所を含めた事件の当事者・関係者の全てに等しく当てはまることである。また、訴訟記録の閲覧によって得られた情報を加味したとしても、事件の「実態」あるいは「真実」に理論上到達できるとは限らないことから、逆に、事件に関する情報がより少ない方が、事件の「実態」あるいは「真実」に到達できるということになるわけでもない。そうすると、判例研究の目的として、事件の実態あるいは真実を把握しようとする自体には、いずれにせよ限界があると考えべきであり、記録閲覧によって得られる情報の利用に関しても、別の観点から評価を加えることが適切である。すなわち、一般論として、事件に関する情報は、多ければ多いほど事件に対する分析視点が多様なものとなる筈であり、従来の判例研究の一般的手法である「判決文の精読」を行うに際しても、よりの確かな分析検討をすることが期待できる筈である。従って、今後の判例研究において、記録閲覧により得られる情報を加味して事件に対する検討を加えること自体は、その手法や範囲について議論の余地が多々あることは明らかであるものの、当該事件の当事者ないし関係者の利益を不当に害するような特別な事情がない限り、原則として推奨されてしかるべきである。

他方、前項で検討してきた、訴訟記録から得られる諸情報を、別の観点から要約してみると、当該諸情報に共通する特徴として、個々の事件に関する具体的な当事者、関係者、代理人、そして裁判官の「個人としての個性」が、極めて強く反映した情報である、という点が挙げられる。そうすると、訴訟記録から得られる情報を加味して判例研究を行うことについては、単に検討の対象とすべき情報の量が増加すると言うだけに留まらない問題、すなわち、従来の判例研究が暗黙の裡に前提としていたと思われる、抽象的な「裁判所」が抽象的な「当事者」に対して抽象的に「判断」を行って「法」を形成する、という基本的な分析観点それ自体の妥当性について、理論上実務上双方の観点から、改めて検討を加えなければならない可能性がある点に、注意すべきであると考えられる。

このように、記録閲覧により得られた情報を判例研究に際して参照していくことは、単なる情報量の変化だけでない側面がある以上、判例研究の手法一般について今後議論を重ねていく必要があることは当然であるが、現段階で考えられる具体的な観点としては、次のような点を挙げることができる。

第1に、裁判官の個性が個々の事件における事実認定及び法律判断に影響を及ぼしている可能性について、判例研究に際して事実上のみならず理論上も検討の対象とすべきである。このためには、当該裁判官が他にどのような事件の判決を下したことがあり、かかる別事件における判断や訴訟進行為がどのようなものであったかを知ることが、分析として有益である可能性がある。

第2に、当事者の個性についても、裁判官の個性と同様、個々の事件における裁判所の判断や、事件の解決に対して影響を及ぼしている可能性があることを、事実上のみならず理論

上も検討の対象とすべきである。但し、当事者については、裁判官と異なり、他の事件との比較検討がそもそも不可能あるいは著しく困難な場合が多いことが明らかであるが、本稿で適示してきた当事者自身の考え方が表れていると考えられる資料を基に、当事者の個性を探る努力は必要であると考えられる。

しかして第3に、前記2点にかかわらず、従来の判例研究の手法や目的については、決して全否定されるべきではなく、むしろ、限られた資料と情報から、研究者の理論的観点の可能性を試すものとして、新たに位置づけ直されるべきである。前記2点の主張は、場合によっては、個々の事件の個性が強調されるあまり、事件相互間の比較検討を実質的に困難とさせる側面を否定できない以上、多くの同種事件を横断的に検討することによって、事件や判断の共通項を抽象的に括り出し、理論上の検討を加えることは、本稿で主張している判例研究のあり方と決して矛盾するものではない。

現在における日本の法体系は、従来と比べて法律自体の改正が機動性を増したという特徴が強いが、その中でも判例研究の重要性が失われることは理論上も実務上もあり得ず、むしろ、法律の改正と判例による法形成とが拮抗する状況が生じていくことが予測される。そのような中であって、判例研究の手法やあり方についても、伝統的な手法の長所を実質的に維持するために、新たな手法やあり方を模索していくことは、むしろ望ましい筈であり、かかる変化の可能性の1つとして、訴訟記録閲覧によって得られた情報を加味して事件の分析を行うための具体的な手法と、かかる判例研究のあり方を考察するための努力と創意工夫とを重ねていくことが、今後の判例研究者に対して期待されているものと考えられる。

（了）

（筑波大学准教授）