

公正取引委員会の審判手続における証拠開示について

東京大学大学院法学政治学研究科 民刑事法専攻
経済法務専修コース 2年 中里和平

1 はじめに

激動する世界経済の中で我が国の経済も日々変化を続けており、行政にはそれに対応するための迅速さが要求されている。このことは、経済を扱う公正取引委員会の事務についても当然当てはまることであり、公正取引委員会には迅速な事件処理が求められている。この点、公正取引委員会においては、これまでに迅速な事件処理を目的とした幾多の取り組みがなされ、全体としてはそれなりの成果を上げてきたようである¹。しかし、審判手続の迅速化という意味においては、それほど芳しい結果を残していないようであり、学説からも問題点を指摘されているところである²。近年においては、「公正取引委員会の審査及び審判に関する規則」(以下、「審査審判規則」という。)が改正され³、様々な手続上の整備が進められている。このうち、審判の迅速化との関係においては、必要がない証拠の不採用(審査審判規則第61条第2項)や質問の制限(審査審判規則第77条)に関する規定が追加され、それ以外にも、審判期日外において審判官の釈明権の行使が可能となったり(審査審判規則第44条)、準備手続に関する規定(審査審判規則第45条)が整備されたりするなど、審判の迅速化のための基盤整備は徐々にではあるが確実に進行している。

ところで、一連の審査審判規則の改正においては、証拠収集手続に関する規定も整備されたのであるが、この点については、なぜか手続の迅速化に関連付けて論じられることは少なく⁴、そもそも審判手続における証拠開示ということについて触れた論稿はほとんど存在していないようである。この点、刑事民事の別なく訴訟法においては、十分な証拠開示が不意討ちを防止し、実体的真実の発見に資するだけでなく、争点を圧縮し、迅速な手続の進行に資するということは、いわば常識となっている。本稿は、訴訟法において常識となっているこのような証拠開示のメリットを何とか審判手続に取り込むことはできないかという観点から検討を進めていくものである。特に最近に

¹ 平成16年5月27日に公正取引委員会が公表した「平成15年度における独占禁止法違反事件の処理状況について」との文書によると、特に迅速な処理が求められるIT・公益事業分野については3ヶ月以内の迅速処理を心がける等の努力によって、法的措置を採った全事件の平均審査期間が約9ヶ月で前年度に比べ約1ヶ月間短縮したとされている。

² 例えば、平林英勝「審査審判規則の改正の評価と今後の課題」公正取引618号(2002)11頁

³ それまで改正されることがなかった昭和28年制定の審査審判規則が全面改正され、平成13年12月26日に公布、同14年4月1日に施行されている(平成13年12月26日 公正取引委員会規則第8号)。その後も平成14年に一部改正がなされている(平成14年6月20日 公正取引委員会規則第4号)。

⁴ 例えば、梶山省照、横田直和「『公正取引委員会の審査及び審判に関する規則』の改正について」公正取引618号(2002)6頁以下は、証拠収集と迅速化を関連付けて捉えていない。

においては、審判の係属件数が急増しているようであり⁵、これまで以上に審判の迅速化が求められている。このような状況に対処するためには、これまででない視点を含め、改めて審判の迅速化といった手続の整備を考えてみる必要があると思われる⁶。

審判の迅速化という問題については、その阻害原因としていくつかの点が学説によって指摘されているが⁷、中でも主張整理、争点整理の遅れによる審判の遅延ということは、実務上よく見受けられ、解決すべき重要な課題の1つになっていると思われる。このような主張整理、争点整理の遅れというものは、典型的には、手続の初期段階で被審人側が執拗な求釈明の申立てを繰り返すのに対し、審査官側が逐一応答せず、被審人側がこれでは認否ができないとして紛糾する場合などに深刻なものとなっていると思われるが、このような被審人側による求釈明の申立てについては、それが審査官側の手持ち証拠を探る目的でなされているとして否定的に捉える見解がある⁸。確かに当事者主義の下においては、各当事者は自らの努力と責任において証拠を収集すべきであり、自己側に何か役に立つものはないかと相手側の手の内を覗き込んで証拠漁りをする事、すなわち、いわゆるフィッシング・エクスペディション（fishing expedition）は許されないとされている。しかし、一方で形式的な当事者主義を貫こうとするならば、各当事者は実体的真実の探求から離れて自己に不利な証拠を葬り去り、自己の主張を正当化する証拠だけを審判に提出することによって、実体的真実の発見が損なわれる可能性があることもまた事実であり、このような弊害を無視することは到底できない。そこで、このような問題を打開する有効な手段として考えられるのが証拠開示というわけである。この点、審判手続においては、審査官側が証拠を独占し、証拠の構造的偏在が認められるとした上、実質的当事者対等を実現するためには、証拠の全面的開示が必要であるとの主張が一部になされている⁹。このような見解は、直線的な全面開示論を説くものであり、開示に伴う弊害について全く考慮していない点で必ずしも賛同できるものではないが、形式的な当事者主義の克服を説く点などにおいては傾聴すべきものがあると思われる。私見としては、仮に必要な範囲で十

⁵ 前掲註1の「平成15年度における独占禁止法違反事件の処理状況について」によると、審判件数は平成11年度には47件だったが、その後年々増加し、平成15年度には160件に急増している。

⁶ この点、2004年10月15日に閣議決定された独占禁止法の一部改正案においては、審判手続の迅速化との関係で、排除措置命令が確定した場合に課徴金審判において違反行為の不存在を主張することをできなくするといったことが盛り込まれているが、証拠開示に関する改正点は含まれていない（宇賀克也「審判手続等の見直し」ジュリスト1270号（2004）53頁以下参照）。

⁷ 審判手続が長期化する原因としては、代理人である弁護士が多忙であったり複数人であったりするため日程調整が難しく集中した審判期日を定めることができないこと、審判官による審判指揮、釈明権の行使等が消極的であるため審理が促進しないこと（厚谷襄児「迅速な審判」公正取引昭和48年6月号22頁）、課徴金納付命令に係る審判事件については、審判手続の開始によって課徴金納付命令が失効することから、納付期限を先送りする目的で審理を遅らせようとするインセンティブが働く（諏訪園貞明「独占禁止法研究会と措置体系の見直しについて」公正取引637号（2003）10頁）といった点が指摘されている。

⁸ 植松勲、青木康、南博方、岸田貞夫「行政審判法 現代行政法学全集」（植松勲執筆）ぎょうせい1997）58頁

⁹ 吉川大二郎「公正取引委員会の審判手続」民商法雑誌第60巻第6号838頁（1969）、石田英遠「公取委の審査・審判・審決と企業の対応（下）」NBL549号44頁（1994）

分な双方向の証拠開示が行われるならば、多くの案件において無用な争いが回避され、審判の迅速化が促進されるとともに、手続の公正が確保されると考えている。この点、刑事訴訟法においては、これまで多くの証拠開示に関する研究の蓄積があり、ごく最近においても、法改正によって公判前整理手続が創設されるなど目覚ましい発展を遂げている。また、民事訴訟法においても、いわゆる現代型訴訟における証拠の収集に関する研究が様々な角度からなされており、近年においては、証拠の収集に関する規定が立て続けに改正され、法整備が急速に進んでいる。さらに視点を海外に移せば、アドヴァーサリーシステム（adversary system）を採る英米法系の手続法が詳細な開示規定を設けており、連邦取引委員会の手続規定もまた同様の規定を設けている。このような刑事訴訟法や民事訴訟法における議論、あるいは海外の法制度に関する議論などというものは、審判手続のあるべき姿を探る上で大いに参考になるものであり、積極的に吸収すべきものも少なくないと思われる。そこで本稿においては、これら証拠開示に関する諸研究や外国法制における議論を横断的に概観することによって、審判手続における証拠開示を比較検討し、迅速かつ充実した審判の実現を目指す1つの方法を模索することとしたい。

2 公正取引委員会における審判手続について

2 - 1 公正取引委員会における手続の概要

審判手続における証拠開示というテーマを検討するためには、その前提として公正取引委員会における審判手続の基本的性格について考察しなければならない。そこでまず、公正取引委員会における手続について概観することとする。

公正取引委員会は、一定の事件についての端緒を得た場合、調査のための強制処分を行うことができるとされている（独占禁止法第46条第1項）。そして、公正取引委員会が相当と認めるときには、審査官を指定して調査のための強制処分を行わせることができるとされており（独占禁止法第46条第2項）、実際には指定を受けた審査官が公正取引委員会の指揮の下で審査業務を行っている（審査審判規則第7条第3項）。これら指定を受けた審査官は、事件について必要な審査を行ってその結果を公正取引委員会に報告し（審査審判規則第20条第1項、第2項）、公正取引委員会はこの報告に基づいて違反行為の有無やその措置について判断をすることとなる。そして、その結果、公正取引委員会が違反行為の存在を認めた場合には、勧告（独占禁止法第48条）または審判開始決定（独占禁止法第49条）がなされることとなる¹⁰が、通常は

¹⁰ 勧告をするか審判開始決定をするかについて判例は、公正取引委員会に自由な裁量が認められるとしている（東京高判昭和50.9.29審決集22巻220頁）。この点、2004年10月15日に閣議決定された独占禁止法改正案においては、勧告制度を廃止するとされている。

まず勧告が行われ、当該勧告を受けたものが応諾したときには、審判手続を経ないで当該勧告と同趣旨の審決ができるとされ(独占禁止法第48条第3項)、多くの事件は、審判手続に移行することなくこの勧告審決によって終了している。また、勧告審決のほか、審判開始決定後に被審人が審判開始決定書記載の事実及び法令の適用を認め、その後の審判手続を経ないで審決を受ける旨の文書及び排除措置についての具体的措置案を提出し、公正取引委員会がこれを適当と認めた場合には、申出と同趣旨の審決をすることもできるとされている(独占禁止法第53条の3)。

公正取引委員会における審判手続は、公正取引委員会が違反事実の存在を認定し、審判手続に付すことが公共の利益に適合すると認める場合に開始することができ(独占禁止法第49条第1項)、被審人に審判開始決定書の謄本を送達することによって開始される¹¹(独占禁止法第50条第2項)。このような審判手続は、主宰者¹²、相對峙する審査官と被審人という三者¹³によって進められ、裁判手続に類似した対審構造が採られていることから、準司法手続¹⁴と呼ばれることもある。審判手続の進行は、冒頭手続、証拠調べ、最終意見陳述に大別することができ、冒頭手続においては、まず審査官が審判開始決定書に基づき事件の概要を陳述し(審査審判規則第46条第1項、同第47条)、次いで、被審人が答弁書に基づき意見を陳述する(審査審判規則第46条第2項)ことになっている。この審判開始決定書には、事件の要旨(独占禁止法第50条第1項)、具体的には事実及び法令の適用が記載されていなければならないことになっている(審査審判規則第27条第1項)。また、答弁書には、被審人の氏名等の形式的な記載のほか、事実に対する認否や被審人の主張についても記載しなければならない(審査審判規則第29条)とされている。ただ、答弁書が提出される段階で審判開始決定書記載の事実に関する詳細な認否が行われることはあまりなく、その後の審判期日において趣旨が明らかでないと考えられる部分について被審人が求釈明の申立や発問権を行使するのが通常である。そして、このような求釈明などに対する審査官の応答や準備手続(審査審判規則第45条)によって争点が整理され、証拠調べの段階へと手続が進むこととなるのであるが(審査審判規則第48条)、このやりとりが噛み合わずに争点整理に手間取る場合が多く、迅速な審判にとって大きな阻害要因の1つとなっている。

証拠調べにおいては、まず審査官が証拠の申出を行い、続いて被審人がこれを行う

¹¹一般的には、勧告を受けた事業者等がこれを応諾しない場合のほか、課徴金納付命令(独占禁止法第48条の2第1項)や景品表示法に基づく排除命令(景品表示法第6条)を事業者等が不服とする場合(独占禁止法第48条の2第5項、同法第49条第2項、景品表示法第8条)に審判が開始されている。

¹²公正取引委員会は、自ら審判を主宰できるほか(審査審判規則第30条)、指名した審判官に審判手続を主催させることもできる(独占禁止法第51条の2)が、通常は審判官が主宰者となって審判が行われている。

¹³公正取引委員会が必要であると認めるときは、職権で審決の結果について関係のある第三者を当事者として参加させることができ(独占禁止法第59条)、関係のある公務所等は、公益上の必要がある場合、公正取引委員会の承認を得て当事者として審判手続に参加することができる(独占禁止法第60条)。

¹⁴実質的証拠法則の存在、第1審が東京高等裁判所に属することをもって準司法手続と呼ばれることもある。

ことになっており（審査審判規則第62条）、この段階で参考人や被審人本人の審訊、書証の申出、検証、鑑定といったことが行われることになっている（審査審判規則第66条～第69条）。また、申出のあった証拠については、審判の主宰者が採否を決定することができ¹⁵（審査審判規則第61条第2項）、採用しないときには理由を示さなければならないとされている¹⁶（独占禁止法第52条の2）。

なお、参考人、鑑定人の資格や証言拒絶権などについては、刑事訴訟法の関係規定が準用される旨法定されている（独占禁止法第53条の2）。

そして、証拠調べが終了すると、通常はまず審査官、次いで被審人が最終意見を陳述し（審査審判規則第49条）、結審となる。

こうした一連の審判手続が終了すると、審判官は審決案を作成して事件記録とともにこれを公正取引委員会に提出し、さらにその謄本が審査官及び被審人に送達されることとなる（審査審判規則第82条）。審査官及び被審人は、この審決案について、一定期間内に公正取引委員会に対して異議の申立てをすることができ（審査審判規則第84条）、あるいは、公正取引委員会に対する直接陳述の申立てをすることもできるとされている（独占禁止法第53条の2の2）。そして、これらを受けて公正取引委員会は、被審人が争わない事実及び公知の事実を除き審判手続で取調べた証拠によって事実を認定し（独占禁止法第54条の3）、審決案を適当と認めるときはこれと同内容の審決をすることができ、異議及び陳述の内容に理由があると認めるときは自ら審判を開き、あるいは審判手続の再開を命ずることができるとされており¹⁷（審査審判規則第87条第1項、第2項）、通常は審決案どおりの審決が下されている。

こうして下された審決に対しては、一定期間内¹⁸に取消しの訴えを裁判所に提起することができることとされ（独占禁止法第77条）、第1審の裁判権は東京高裁に属するものとされている¹⁹（独占禁止法第85条）。また、東京高裁においては、5人の裁判官による特別の合議体が設けられることになっており（独占禁止法第87条）、審理においては、実質的証拠法則²⁰（独占禁止法第80条）が適用され、新たな証拠の提出に

¹⁵ 現行の審査審判規則は、平成13年12月26日に公布され、同14年4月1日から施行されたものであるが、証拠の採否に関する規定は、その際に改正されたものであり、当事者が申し出た証拠で必要がないと認めるものについては採用しないことができる旨が規定されている。この点については、証拠採否の基準として具体性を欠くとの指摘もなされている（丹宗暁信・岸井大太郎 編「独占禁止手続法」（栗田誠執筆）（有斐閣2002）67頁）。

¹⁶ 当事者が申出を行った証拠は、事件との関連性がなかったり明白な違法ないし不当性が認められたりするなどの事情がない限り原則として採用され、後は証明力の問題として処理される。（公取委決定昭和43.5.23審決集18巻298頁、公取委決定昭和55.8.19審決集27巻125頁参照）

¹⁷ 公正取引委員会は審決案と異なる審決を行い、審判の再開を命ずることができるが、審決案の修正を命ずることはできないとされている。

¹⁸ 審決は、被審人に審決書の謄本を送達することによって効力を生ずるとされ（独占禁止法第58条）、審決取消しの訴えは審決が効力を生じた日から30日以内に提起しなければならない。

¹⁹ このことを「公正取引委員会の第1審的機能」と呼ぶことがある。この点、2004年10月15日に閣議決定された独占禁止法改正案においては、刑事事件にかかる東京高裁の専属管轄及び審査省略制度を廃止することとされ、第1審の管轄を全国の地方裁判所に拡大するとされている。

²⁰ 公正取引委員会が認定した事実を実質的な証拠があるときは裁判所を拘束するというものであり、当該証

についても制限されている²¹（独占禁止法第81条）。そして裁判所は、実質的証拠が認められない場合か、あるいは憲法その他の法令に違反する場合には審決を取り消すことができ（独占禁止法第82条）、さらに必要な場合には、公正取引委員会に差し戻すことができることとされている²²（独占禁止法第83条）。

2 - 2 審判手続の基本的性格について

公正取引委員会における手続は、前述したように、審査の指揮、審判開始決定及び審決といういずれの行為をも公正取引委員会自らが行うものとされており、糾問的な構造であるといわれている。そして、現行制度がこのような形を採った理由としては、公正取引委員会が競争政策に関する専門的、技術的知識と経験を有し、適切な事実認定が可能であるから²³とか、競争政策を迅速かつ統一的に遂行する必要があるから²⁴といったことが挙げられている。もっとも、公正取引委員会自らが全てを行うことができるといっても、膨大な量に及ぶ業務の全てを自ら行うことは実際上不可能であるから、下部組織たる事務総局がそれをフォローするシステムになっているのである。

さて、公正取引委員会における一連の業務においては、職務執行の公正さが当然に要請されており、そのような要請に応えるため、いわゆる内部的職能分離が制度化されている。すなわち、公正取引委員会が統括的に保有している審査機能と審判機能（独占禁止法第27条の2）を下部組織である事務総局職員段階で分離し、審査及び審判開始決定維持の権能を審査官に担当させる一方（独占禁止法第46条第2項、同第51条の3）、審判を主宰する権能を審判官に担当させる（独占禁止法第51条の2）ことによって、審査官と被審人が向かい合い、中立的な審判官が審理を進めるといった裁判類似の対審構造が審判手続において採用されている。ただ、糾問的な制度の外枠の中にあって裁判に類似した構造を持つ審判手続については、それをどのように位置づけ、その基本的性質を如何に捉えるかについて学説上見解が分かれており²⁵、それを

拠に基づき理性のある人が合理的に考えてその事実認定に到達しうるものであれば実質的な証拠があるとされる。ただし、実質的な証拠の有無は裁判所が判断することとされている。

²¹ 当事者は裁判所に対して新しい証拠を申出ることができるが、それは、公正取引委員会が正当な理由なく証拠を採用しなかった場合と審判に当該証拠を提出することができず、かつ提出できなかったことについて重大な過失がなかった場合に限られている（独占禁止法第81条第1項）。

²² 事件の差戻しがあった場合において公正取引委員会は、審判を開く必要がないと認めるときは直ちに審決をすることができることとされている（審査審判規則第90条第2項）。

²³ 厚谷襄児「行政審判の法理」『現代行政法体系 第4巻』（有斐閣 1983）82頁

²⁴ 常岡孝好「審判手続の透明化を超えて（下 2・完）」公正取引 625号（2002）91頁

²⁵ 学説の分類の仕方としては、学説を、審判手続も糾問的であることに問題はないとする見解、審判手続については内部的職能分離によって弾劾的構造に近づける必要があるとする見解、審判手続は弾劾的構造でなければならず、内部的職能分離では不十分であるとする見解という3つに分類できるとするもの（屋宮憲夫「公正取引委員会における審判官制度に関する一考察」上智法学論集第27巻第3号（1985）75頁）や、審判手続を訴訟手続として捉えるものとあくまで行政手続の一種として捉えるものとに分けて考えるもの（平田胤明「行政審判手続の性格について」公正取引 447号（1988）32頁等）などがある。

明確に一義的に定義することは困難であるとする見解²⁶すら存在している。このような学説の対立というものは、公正取引委員会における審判手続が、審決に先立つ行政手続という側面のほか、刑事や民事の裁判手続に通ずる側面をも併せ持っているということが背景になっているといわれることがあるが、この点を検討するに当たって、まず関連する判例を確認することとする。

審判手続の基本的性格について判断を示した判決は今までに5件あり、以下、時系列に判決の内容を確認すると、まずリーディングケースであるいわゆる新聞販路協定事件²⁷において東京高裁は、「防禦者は事業者であるが、攻撃者と審判者は委員会であるという形式、すなわち糾問訴訟的形態がこの審判手続の基本構造である。これは、裁判所における訴訟手続が弾劾訴訟、すなわち裁判所が原告と被告との争の上に立って審判する構造の訴訟とは基本的に異なるのである」とし、「ただ委員会の職務もそれが公正に行われてはじめて所期の成果を期待し得ることはいうまでもないのであるから、その目的のため、法は一方において委員会の独立を保障するとともに、他方違反者に措置を命ずる手続には審判の形式をとることを規定したのであり、この点において多分に裁判所における訴訟手続に類似したものとなっている」との判断を示していた。また、続く判例であるいわゆる明治商事事件判決²⁸においても、同裁判所は、「審決の本質は、あくまで、経済社会における公正な競争秩序維持を目的とする公正取引委員会の行政処分であり、公正取引委員会は、被疑事実があれば、みずから、調査し、審判開始決定をし、更に審決をするのであるから、右手続は、職権ないし糾問主義を基調としているのであり、ただそれが事業者の事業活動その他に重大な影響を及ぼす処分であるため、被審人に被疑事実を了知させるとともに同人に、防禦の機会を与え、適正な処分をなし得るよう、その手続については、審査官と被審人とを対立当事者として、公開された審判廷において双方に主張、立証を尽させるという訴訟に準じた対審構造による審理を経てすることとされているにすぎない」とし、さらに続くいわゆる和光堂事件判決²⁹においても、「公正取引委員会は、公の原告官であると同時に、審判官たる性格を有するから、審判手続の基本構造は所謂糾問主義的形態を採るものというべきである」とした上、「ただ法は、審決が事業者の事業活動及び経済社会に及ぼす影響に鑑み、公正取引委員会の職務の遂行の公正を期するため、委員会の独立を保障するとともに、他方違反事業者に排除措置等を命ずる手続は、審判開始決定を前提とし、審査官と事業者（被審人）とを対立当事者とする訴訟手続に類似した審判の形式によることとしているのであるが、そのことによって、右に述べた公正取引委員会における手続の基本構造、即ち委員会は自ら調査し、自ら審判を開始して自ら判断す

²⁶ 園部逸夫「審査審判手続の法理（下）」公正取引414号（1985）40頁、高橋滋「審判手続の構造」独禁法審決・判例百選第6版別冊ジュリスト161号（2002）223頁

²⁷ 東京高判昭和28.3.9行裁例集4巻3号609頁、審決集4巻145頁

²⁸ 東京高判昭和46.7.17行裁例集22巻7号1022頁、審決集18巻167頁

²⁹ 東京高判昭和46.7.17行裁例集22巻7号1070頁、審決集18巻214頁

るという構造が左右されるものではないから、右審判における手続が裁判所における民事、刑事の訴訟手続のように当事者主義ないし弁論主義を徹し得るものではないことは事柄の性質上当然というべきである」として、新聞販路協定事件以来ほぼ一貫した判断を示していた。また、この和光堂事件の上告審判決³⁰においても、最高裁は原審の判断を基本的に支持し、審判手続の性格について、「同委員会が自ら審判開始決定をした事件につき、関係者に防禦の機会を与え、審決をもって違反状態を排除することを目的とした行政上の手続であって、民事若しくは刑事の訴訟手続とは性格を異にする」とし、「審判手続については、被審人の防禦権を保障し審決の適正を期する趣旨から対審構造が採られている」との判断を示していた。

このように、以上4つの判例は、審判手続の基本的性格を糾問的な手続であると解し、裁判手続に類似した制度の導入は、あくまでも糾問的手続に馴染む範囲で実質的公正を確保するために認められたものにすぎないとする見解³¹と軌を一にしているものと思われるが、直近のいわゆる東芝ケミカル事件判決³²（第1次）は、これらとはニュアンスが異なったものであった。すなわち、東芝ケミカル事件において東京高裁は、「審判手続は、本法違反の行為の存否等を審理する目的で聴聞を行い、これに基づき行政処分である審決をするという型の行政手続の一つであり、一般の行政手続と異なり、次のとおり対審構造型の争訟的聴聞の手続が採用されている」と一般論を述べた上、審判手続は「行政手続の中でも司法手続にかなり類似したものであり、当事者に告知、聴聞及び防禦の機会を与えるという適正手続の保証の理念の充足を志向しているものであることは明らかである」と判示した。また、「本法の定める審判手続は、準司法的手続としての性格が強いので、司法手続と同様に、適正手続の保証の理念に適い、手続の主宰者である審判者は職務を公正に行うことが強く要請されているものと解するべきであり、その前提として、審判者が公平で偏頗でないことが必要不可欠である」とし、さらに「公正取引委員会の認定した事実は、これを立証する実質的な証拠があるときは、裁判所を拘束するものとされているので（法80条）、被審人にとって、公正取引委員会の審理判断が司法裁判所の第一審のそれと同視すべきものとなっている」との判断も示した。このように東芝ケミカル事件判決は、全体として審判手続の司法的性格をかなり強調したものとなっており、それまでの判例とは明らかに趣を異にし、学説の評価は賛否両論に大きく分かれている。このような学説の対立というものは、審判手続の司法化を理想とする一派と審判手続があくまで行政手続であることを重視して司法化の限界を説く一派との対立としてみることもできるように思われるが、そもそも審判手続は司法化すべきものなのであろうか。仮に司法化すべき点があるとしてもそれはどのようなものであるべきなのだろうか。以下、これらについ

³⁰ 最判昭和50.7.10 民集29巻6号888頁、審決集22巻173頁、判時781号21頁、判夕326号86頁

³¹ 正田彬「公正取引委員会の審判手続における公正の確保」ジュリスト1051号（1994）51頁

³² 東京高判平成6.2.25 高民集47巻1号17頁、審決集40巻541頁、判時1493号54頁

て検討することとする。

審判手続の基本的性質に関する学説の中には、刑事訴訟法や民事訴訟法のアナロジーから考察するものが多い。これは、公正取引委員会における審判手続が、東芝ケミカル事件判決が示すように、「行政手続の中でも司法手続にかなり類似したもの」なのであるから当然であるのかもしれない。しかし、たとえ「司法手続にかなり類似したもの」であるとしても、司法手続そのものではなく、それが行政処分たる審決に先立つ行政上の手続であることには変わりはないのであるから、その司法化には自ずと限界がある点には留意が必要である。

ところで、審判手続と訴訟手続との接点としては様々な点が指摘されており、このうち、刑事訴訟法との関係においては、前述のように、参考人、鑑定人の資格や証言拒絶権などについて刑事訴訟法の関係規定を準用する旨法定されていること³³のほか、公正取引委員会が独占禁止法違反の摘発ないし告発的機関としての性格を有すること、行政手続法上の聴聞手続が刑事訴訟手続を参考とした構成となっており、公正取引委員会における審判手続も同様に刑事裁判手続類似の厳格さが要請されることなどが指摘されている。また、民事訴訟法との関係においては、審決取消訴訟の第1審裁判権が東京高裁の専属管轄とされ、通常の抗告訴訟と異なり、第1審級が省略されていること、実質的証拠法則によって裁判所の判断がその限りにおいて拘束され、しかも裁判所は審決を取消しあるいは差し戻すことはできても破棄自判することが許されていないこと、行政事件訴訟法第7条が「行政事件訴訟に関し、この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による³⁴」と規定していることなどから、公正取引委員会における審判手続が民事裁判所における第1審に相当すると考え得ることなどが指摘されている。そして、審判手続と訴訟手続とのこのような接点、特に審決取消訴訟と審判手続との関係から、審判手続を一種の訴訟手続としたり³⁵、民事訴訟に準じた手続であると捉えたり³⁶する見解が出てきている。しかし、公正取引委員会における審判手続の場合は、審判開始決定の段階で公正取引委員会が違反行為の存在と排除措置

³³ この点、村上政博「公正取引委員会の事件処理手続の性格(3)」公正取引557号(1997)58頁は、厳格な刑事手続を採用する積極的論拠を見出せないなどとし、「現行の独占禁止法、審査審判規則は、制定時において、行政委員会手続について十分な知識のないままカルテル事件を想定して制定したことによるものと考えられる」として立法論としては民事訴訟手続で統一することが望ましいとする。

³⁴ 行政事件訴訟法第7条が「例による」としているのは、「行政事件訴訟法を民事訴訟法の特例法とし、行政事件訴訟法に規定のない事項にはストレートに民事訴訟法の規定を適用するという趣旨ではなく、行政事件には民事訴訟とは異なる特質があることを前提として、行政事件の本質に反しないかぎり、民事訴訟に準じた扱いをしていこうとする意図がある」(原田尚彦「行政法要論 全訂第2版」(学陽書房1992)309頁)とされている。

³⁵ 例えば、前掲註9の吉川論文は、「民事訴訟、刑事訴訟のいずれに準ずべきか、それとも一種特殊の訴訟手続か」という疑問点から論を展開し、結局、審判手続を「民刑両訴訟手続の混淆した特別訴訟手続の性格と見るほかない」としている(吉川前掲註9 832頁)。また、大内義三「独占禁止法における行政手続及び民事的救済」一橋論叢第113巻第1号(1995)68頁も同様の見解に立っている。

³⁶ 例えば、前掲註33の村上論文のほか、経済法学会編「独占禁止法講座」(川上勝己執筆)(商事法務研究会1989)156頁も、刑事訴訟法の規定が準用されていることについて「疑問が存する」とし、審判手続は民事手続に準じて考えるべきだとする。

命令の必要性を認め、違反行為が存在するという認識をもって審判手続に臨むのであり³⁷、少なくとも委員会レベルで弾劾主義を採ることは制度設計上不可能であって、たとえ審判官が審判を主宰して審決案を作成し、実務上それがそのまま審決となることが多いとしても、あくまで最終的な判断は公正取引委員会自身が下すことになっている以上、訴訟手続とは決定的に異なっていると言わざるを得ない³⁸。したがって、審判手続の司法化を理想とする見解には必然的に制度上の限界が伴うわけであるが、見方を変えれば、制度上の基本的要請に矛盾しない限りにおいては司法化が可能だということであり、可能な範囲での積極的な司法化は、むしろ審判手続にとって望ましい姿だと思われる。本稿において検討する証拠開示というテーマについては、迅速かつ充実した裁判の実現のため刑事民事両訴訟法において近年急速に法整備が進められているところであるが、これらを可能な限り審判手続に取り入れていこうとすることは、審判の迅速化、実体的真実の発見といった要請のほか、被審人の防御権及び公正な審決の確保という要請にも応えるものと思われる。

3 審判手続における証拠開示

3 - 1 審判手続における証拠収集手続

公正取引委員会の審判手続については、前述したように、通常の訴訟手続とは大きく異なり、糾問的な制度の外枠の中に当事者主義的な手続が導入されており、これが1つの特徴となっているのであるが、証拠収集の手段についても、訴訟手続とは異なった独特な手続が採用されている。この点、審査官については、独占禁止法第46条第1項所定の強制処分、すなわち、事件関係人の事業所等への立入検査、帳簿書類その他の物件の提出命令などによって自ら証拠を収集することができるほか、不出頭、不陳述、虚偽陳述に対して罰金の制裁がある審訊手続³⁹を利用して調書を作成し、あるいは任意による供述調書を作成してこれを証拠として審判廷に提出することも可能であり、しかも、これらの権限を審判開始後に行使することも法律上は禁止されてい

³⁷ この点、前掲註35の大内論文は、「審判手続が開始された場合、公正取引委員会は、一転して、一步下がって中立的な判断が求められる」としているが、疑問である。

³⁸ この点、公正取引委員会には裁判所と異なり一定の偏見を帯びることが許容されているとの指摘がある(古城誠「審判手続におけるバイアス」独禁法審決・判例百選第6版別冊ジュリスト161号(2002)227頁)。

なお、審判手続の司法化の限界を説く学説からは、審判手続が独占禁止法違反の状態を除去し公正かつ自由な競争状態の回復することを目的とする行政処分たる審決の事前手続であり、刑事訴訟法や民事訴訟法とは目的を異にするということや、裁判手続は慎重で公正な手続を旨としているためある程度迅速性を犠牲にしなければならないが、審判手続の場合は違法状態を迅速に是正する必要性が高いといったことも指摘されている(常岡前掲註24 91頁参照)。

³⁹ 審訊手続については、自己に不利益な供述の強要の禁止を定めた憲法第38条第1項に違反する疑いがあるとの指摘が以前からなされており、また、実際に刑罰が適用された事例が存在せず実効性に疑問があることなどから、実務においてはあまり利用されていない。

い⁴⁰。ただ、審査官が独占禁止法第46条の強制権限を行使することができるといっても、それは相手方の承諾を前提とした間接強制によるものに限られており、相手方が拒否する場合に物理的強制力によってその履行を確保することは許されていない⁴¹。また、審訊手続を利用できるとしても、実際に相手方が一切陳述しないということはめったになく、虚偽陳述についても、自己の記憶に反することを立証することは容易でなく、罰則の適用が困難であるという点に留意する必要である。

一方、被審人については、独占禁止法第52条第1項によって防御権が保障されており、この規定に基づき、公正取引委員会に対して、物権の提出命令や立入検査などの強制権限の行使を求めることができるとされている。また、独占禁止法第51条の2は、審判官が同法第46条第1項各号の強制処分を行うことができるとしており⁴²、このことから被審人は、審判官に対して強制権限の発動を求め、これによって必要な証拠資料を収集することができるようになってきている。しかし、被審人の場合は、自ら強制権限を行使して証拠を収集することはできず、証拠収集能力という意味で強制調査権限を持つ審査官とは決定的に異なっているということについても留意しなければならない。

なお、平成13年4月1日からは、「行政機関の保有する情報の公開に関する法律」（以下、情報公開法という。）が施行されており、被審人は、この法律を利用することによっても証拠を収集できるかという問題が生じているが、この点については行政手続法等に関する章において述べることとする。

ところで、以上のような証拠収集の手続は、具体的には審査審判規則の「証拠の収集」という節の中にある各規定に従って進められるわけであるが、その中でも特に審査審判規則第53条は、文書等提出命令の申立てについての規定であり、本稿で扱う証拠開示というテーマと関係が深い。この審査審判規則第53条は、文書等提出命令の申立て方法について、「文書その他の物件の表示」、「文書の趣旨」、「文書その他の物権の所持者」、「証すべき事実」、「申立ての理由及び必要性」を明示した文書を要求しており、公正取引委員会又は審判官がその申立てに理由があると認めるときに提出命令が下されるところとしているが、これは、民事訴訟法第221条及び第223条を一緒にしたよ

⁴⁰ 常岡孝好「審判手続の透明化を超えて（中）」公正取引620号（2002）66頁は、「対審構造における武器対等の原則からすれば、むしろ、審判手続が開始された後は、審判廷外で審査官が独禁法第46条第1項の強制権限を独自に行使することを認めず、その代わりに、審査官は、被審人と同様、審判官の持つ強制権限を利用できると考えるべき」としており、ニュアンスの差こそあれこれと基本的に見解を同じくする学説が多いように思われる（例えば、平林 前掲註2 11頁等）。

⁴¹ この点、間接強制であっても、立入検査が拒否されたり妨害されたりすることは稀であり、直接強制と実質的にはそれほど差はないとする見解がある。（平林英勝「入札談合の規制と公正取引委員会の事件審査について」ジュリスト1201号（2001）106頁）

⁴² この点、審判官が審判継続中にこのような権限を積極的に行使して事実の究明に当たることを法が予定しているとして審判の基本が職権主義的であると解する見解がある（経済法学会編「独占禁止法講座」（植木邦之執筆）（商法務研究会1989）208頁）。しかし、審査審判規則は審判官が職権で証拠収集を行うことを予定しておらず、原則として当事者の申立てを待って行使すべきものと思われる。（平林 前掲註2 11頁 参照）

うな規定⁴³となっている。ちなみに、民事訴訟法における文書提出命令制度は、「立証に必要な文書を所持しない当事者にこれを入手する手段を与えることによって、実体的真実の発見とそれに基づく公正な裁判という民事訴訟の目的の実現に資するものであると同時に、訴訟当事者間の立証能力の格差を是正し、いわゆる証拠の構造的偏在の下で、武器対等の原則の回復、当事者間の実質的平等を図ろうとするもの」⁴⁴だと解されているようである。では、公正取引委員会の審判手続における文書等提出命令はどのようなものなのであろうか。この点、前述の東芝ケミカル事件判決が示すように、審判手続が「行政手続の中でも司法手続にかなり類似したもの」であって、「適正手続の保証の理念の充足を志向しているもの」だとするならば、審判手続においても、当事者間の立証能力の格差、証拠の偏在が存在している場合に、武器対等の原則の回復、当事者間の実質的平等の実現が図られるべきであると考えることができ、審判手続における文書等提出命令も民事訴訟法のそれとほぼ同じ趣旨のものであるように思われる。そこで、審判手続における武器対等の原則、当事者間の実質的平等ということについて考えてみるに、審査官は、独占禁止法第46条の強制権限を利用するなどして証拠を収集することができるだけでなく、収集した証拠のうち違反事実の立証に役立つものだけを選んで審判廷に提出することも許されている。このようなことについては、当事者主義的な手続が導入されている審判手続において、一方当事者である審査官が自己に有利な証拠だけを提出できるのは当然であると解することもできなくはないが、やはり当事者間の武器対等、実質的平等という点では問題があり、何らかの手当が必要であると思われる。そういった意味で審判手続における文書等提出命令というものは、非常に重要な制度であり、武器対等の原則の回復、当事者間の実質的平等の実現のために積極的な利用が望まれるところである。この点、実務においては、審査官による証拠の申出がなされた後の段階で、審査官が提出していない審査官手持ち証拠のうち、被審人が有利と考えるものについて、被審人が文書等提出命令の申立てをしようとするのが少なくないようである。ただ、現行の審査審判規則においては、民事訴訟法第223条のような文書等の特定に関する手続が存在していないため、被審人としては、開示されていない証拠について、内容を把握しないまま文書等を特定して申立てを行わなければならない、このことが審判での噛み合わない議論を引き起こす一因となっているように思われる。

なお、実務においては、文書等提出命令の発動をめぐる審判の混乱を回避するなどの目的で、審査官からの証拠の申出がなされる前段階において、審査官が関与しない

⁴³ 民事訴訟法第221条は、文書提出命令の申立てにつき文書の表示、趣旨、所持者、証明すべき事実、提出義務の原因を明らかにすることを要求しており、民事訴訟法第223条は、裁判所が申立てに理由があると認めるときに決定で提出を命ずるとしている。また、文書等提出命令の申立ては、文書によって申立てることが要求されており、この点、民事訴訟法においても文書によることが求められている(民事訴訟法規則第140条第1項)。

⁴⁴ 門口正人編「民事証拠法大系 第4巻」(萩本修執筆)(青林書院2003)86頁

場で審査官と被審人が協議し、提出予定の証拠について事実上の開示がなされることもあるようである。ただ、このような事実上の開示がなされることがあるとしても、それはあくまで審査官が提出予定の証拠に限られたものとなっている。

このように審査官が提出を予定していない手持ち証拠については、文書等提出命令の申立が認められるといった何らかの方法で証拠の開示が達成されないかぎり、審判廷において取り調べられることもなく、審査官の手元に残されたまま手続が進むことになるわけであるが、このようなことは、収集資料の中に違反事実の存在を多少なりとも疑わせる証拠が混在している可能性がある以上、実体的真実の発見という意味においては問題があると言わざるを得ない。このような問題を解決するためには、やはり十分な証拠開示が必要であると思われるが、ちなみに、審査官が既に提出済みの証拠については、独占禁止法第69条によって被審人等に対して開示がなされることとなっている⁴⁵。独占禁止法第69条は、「利害関係人は、公正取引委員会に対し、審判開始決定後、事件記録の閲覧若しくは謄写又は課徴金納付命令書若しくは審決書の謄本若しくは抄本の交付を求めることができる」と規定しているが、この条文の解釈、特に「利害関係人」の範囲、「審判開始決定後」および「事件記録」の意義が問題となっている。このうち「利害関係人」の範囲については、前述の和光堂事件上告審判決が判断を示しており、その中で最高裁は、「利害関係人」とは、「当該事件の被審人のほか、法59条及び60条により参加しうる者及び当該事件の対象をなす違反行為の被害者」であるとし、この点判例は確立している⁴⁶。また、「事件記録」の意義等については、前述した明治商事事件判決が判断を示しており、その中で東京高裁は、まず独占禁止法第69条の規定の趣旨を「審決の基礎となる審判手続について、その内容を被審人に正確に且つ十分に了知させ、もって被審人の防禦に便宜を与えるとともに審判手続の公正を確保し適正な審判を期する」ためのものであるとした上、「審判開始決定後」との文言については、「閲覧、謄写の対象となる事件記録が審判開始決定以後の記録であってそれより前の資料を含むものではないことを文理上示したものである」とし、事件記録の意義については、「審判手続そのものについての記録をいうのであって、審判の開始される以前の手続段階における関係書類や審判手続に提出されてい

⁴⁵ この点、丹宗、岸井編 前掲註 15 69 頁は、被審人までがこの条項によってはじめて事件記録の閲覧等ができるという解釈には違和感があるとし、和光堂事件上告審判決で最高裁が示した利害関係人の定義が審判についての糾問的な理解を前提としたものであって適当でないとするが、最高裁は糾問的な理解を前提とするから 69 条に閲覧の根拠を求めたのではないと思われ、そもそも審判手続について糾問的なものと理解をすることが正しくないということ自体疑問である。

⁴⁶ この点、審判係属中の案件について、公正取引委員会が、住民訴訟の原告に対して記録の閲覧を許可したことの適法性が争われた案件において、最高裁は同様の見解を維持している(最判平成 15.9.9 判例集未登載)。この中で最高裁は、「法 69 条所定の事件記録の閲覧請求権は、審判手続における当事者の防禦権行使等のためだけに認められたものではなく、審判手続に参加し得る者が参加又は意見陳述の要否を検討し、法違反行為の被害者が差止請求訴訟又は損害賠償請求訴訟を提起しあるいは維持するための便宜を図る趣旨をも含むものと解するのが相当である」とし、利害関係人の範囲を緩やかに解釈を示している。(宇賀克也「公取審判記録開示についての最高裁判決」公正取引 638 号 (2003) 80 頁以下、村上政博「独占禁止法六九条の『利害関係人』の範囲」判例タイムズ 1138 号 (2004) 15 頁以下、人見剛「公取委審判記録の閲覧等請求権と住民訴訟原告の関係」民商法雑誌第 130 巻第 1 号 (2004) 155 頁以下 参照)

ない審査官手持ちの資料は、右記録に含まれるのではなく、それが審判手続に提出されてはじめて右記録の一部となると解すべき」とした。つまり、独占禁止法第69条の解釈による審査官手持ち証拠の開示の途は判例上閉ざされているわけであるが、このような判例の姿勢に対しては、被審人の防禦権の確保ということを殊更強調し、独占禁止法第69条を根拠に審査官手持ち証拠の全面開示を求めることができるとする見解⁴⁷も一部には存在する。しかし、このような見解は、文理解釈としても無理があると思われるほか、被審人側が客観的に争うことができない部分を巧みに回避して虚偽の弁解を作出していくことを容易にするといった諸々の弊害についての考慮を全く欠いているという点でも説得的でなく、結局、判例の立場が妥当であると思われる。そこで、審査官手持ち証拠については、文書等提出命令制度等の適正な運用によって、一定の合理的範囲内での開示がなされることが妥当であると考えらる。

3 - 2 審判手続における証拠開示の現状

文書等提出命令に関する基本先例としては、前述の和光堂事件東京高裁判決、同上告審判決及び東芝ケミカル事件における公正取引委員会の決定⁴⁸を挙げることができる。まず、和光堂事件においては、不当景品類及び不当表示防止法に違反する事実ありとしてした申告、およびこれに関連して公正取引委員会が調査した書類について、被審人側から文書等提出命令の申立てがなされるとともに、類似する別件審判事件の記録の文書等提出命令の申立て及び閲覧謄写の請求がなされたが、いずれも審判官によって却下された。そこで被審人は、公正取引委員会に対して異議の申立てを行なったが、公正取引委員会は、「申立人の提出を求める文書の性質、証すべき事実、審判の経過等諸般の状況を考慮すると、申立てを却下することが申立人の防禦権の行使を制限するものとは認められず、却下するのが相当」とし、記録の閲覧謄写についても、「申立人が利害関係人であると主張する趣旨は、その請求にかかる事件記録の被審人と同一法条違反に問われ、かつ、同種商品の販売業者であることを理由に、これらの事件記録を閲覧または謄写することになんらかの便益があるかもしれないということに帰着する」とし、「右理由のみでは法第六九条にいわゆる利害関係人に該当しない」との判断を示していずれも却下する決定⁴⁹を下した。これに対して被審人側は、防禦権を不当に制約するものであって手続に違法があると主張し、審決取消訴訟にお

⁴⁷ 吉川 掲掲註 9 838 頁、大内義三 「独占禁止法における事業者の秘密保護について」 一橋論叢第 116 巻第 1 号（1996）55 頁は、69 条の規定が「審判開始決定後」と規定しているだけであり、「審判開始決定後の」という規定の仕方をしていないことから、審判開始の時点での記録が閲覧の対象となるとし、その中には審判開始以前の資料も含まれるとするが、このような解釈は形式的に過ぎ、判例の見解が妥当と思われる。

⁴⁸ 公取委決定平成 2.5.28 審決集 37 巻 83 頁、東芝ケミカル事件においては、審判官の審判指揮につきこの点を含めて 3 つの異議申立てが公正取引委員会に対してなされたが、いずれも却下決定が下されている（公取委平成 2.8.9 審決集第 37 巻 92 頁、公取委平成 2.8.31 審決集第 37 巻 102 頁）。

⁴⁹ 公取委決定昭和 42.1.26 審決集 18 巻 289 頁

いてこの点を争った。これに対し東京高裁は、文書等提出命令の点について、「公正取引委員会における審判の手續において被審人に防禦権が認められていることは法五二条の定めるところであるが、自ら事実を確定する権限を有し義務を負う委員会としては、右防禦権の行使として被審人からなされる申立等をすべて認容することを要するものではなく、被審人の防禦権を不当に制約することにならない限り、その必要性を勘案して右申立等の採否を決することができるものというべきである」とした上、「事件記録によれば、提出を申立てた前記文書等により原告が立証せんとした事項は、審判の結論を左右するに足るものとは認め難いから、被告が右申立を排斥したからといって、原告の防禦権を不当に制約するものとはいえない」と判示した。また、記録の閲覧についても、ほぼ同時に審判に付された同種事件があるとしても、そのこと故に当然に利害関係人になることはないとして被審人側の主張を斥けた。

なお、これらの点については、上告審において最高裁も東京高裁の判断を支持し、本件における一連の公正取引委員会による措置が相当であるとの判断を示した。

次に、東芝ケミカル事件においては、審査官が提出していない供述調書について、被審人側から文書等提出命令の申立てがなされたが、これに対して審判官は、参考人審訊が可能であって当該供述調書を取調べる必要がないとしてこれを却下した。被審人側は、この審判官の処分を不服とし、公正取引委員会に対して異議の申立てをしたが、公正取引委員会もまたこれを却下する決定を下した。この決定の中で公正取引委員会は「審判手續においては、本来被審人は、自らその主張等を明らかにする資料を調査、収集して審判に提出すべきであって、審判官は、求めがあればすべて提出を命じなければならないものではなく、被審人の防禦権を不当に制約することとならない限り、事件の内容、提出命令申立ての目的、被審人の提出を求める文書の性質及び所持者、証すべき事実、審判の経過等諸般の状況に鑑み、その具体的必要性及び相当性を勘案して、申立ての採否を決することができるものというべきである」とした上、「立証趣旨からうかがわれるのは、本件供述調書の供述者らが本件特殊事情等を知悉しあるいは知悉している可能性があるということであるから、本件特殊事情等の存否等を立証する効果的な方法は、まず供述者本人らを審訊し、本件特殊事情等の存否、内容等を明らかにする（必要に応じ、審査当時の供述内容についても審訊し得ることはいうまでもない。）ことにあることは明らかで、本件供述調書の提出を審査官に命ずる必要性は認められない」との判断を示している。さらに、「被審人において最も効果的な立証計画を立てるためには、本件供述調書の内容について知る必要がある」との被審人側の主張に対しては、「本件供述調書の内容が被審人主張のような本件特殊事情の存在に密接なかわりを持つとすれば、被審人代理人において、右供述者の一人…に面接して、同人から本件特殊事情等の存否、内容等を聴取すれば、…参考人審訊の申出をするか否か等本件特殊事情に関する立証計画を決め得ることは明らかであり、その前提として、本件供述調書の内容を知る必要はないというべきである」とした。

なお、被審人は、審決取消訴訟においてこの点を含め様々な点について争ったが、東京高裁は、この点についての判断を示さなかった。

以上のような判例や公正取引委員会の決定が、審判手続における文書等提出命令に関する基本先例であるが、これらの先例からも分かるように、被審人側が審査官の手持ち証拠について、文書等提出命令を利用して開示を求めていくことは、制度上可能であっても実現することは必ずしも容易でないというのが現状であり⁵⁰、必ずしも望ましい状況ではないと思われる。そこで、何が問題であるかを明らかにするため、前に述べた基本先例について若干詳しく検討してみるに、和光堂事件においては、レーベンスA及びレーベンスNという粉ミルク製品の再販売価格維持行為の有無が問題となっていたところ、被審人の申立てにかかる文書は、静岡県浜松市における当該製品の不当廉売の事実に関する申告関係書類及び類似する別件審判事件の記録となっていた。そして、これらによって被審人は、審判開始決定書の「指示卸売価格および指示小売価格は、おおむね維持されている」との記載が事実と反すること、粉ミルク製品の競争が激しいため、被審人の販売方針によって公正な競争を阻害することがないこと等を立証しようとした。しかし、被審人の申立てにかかる不当廉売の申告に関連する書類は、申告内容が仮に事実だとしても、それはあくまで浜松市に限られた内容のものであり、東京高裁が判示するように、「提出を申立てた前記文書等により原告が立証せんとした事項は、審判の結論を左右するものではない」ことは明らかである。また、申告に関連する書類を開示することは、申告者からの協力を取り付けにくくなる可能性がある点で今後の公務に著しい支障を生ずるおそれもあると考えられる。さらに、別件審判事件の記録の開示についても、被審人が、別件審判事件との関係において、独占禁止法第69条にいう利害関係人、すなわち「被審人のほか、法59条及び60条により参加しうる者及び当該事件の対象をなす違反行為の被害者」に該当しないことは明らかであり、このような者に対して記録を開示すべきではない⁵¹と思われる。独占禁止法の第69条が利害関係人に限って閲覧謄写を許しているのは、利害関係人の権利利益の保護に必要な範囲で事業者の秘密等を一定程度犠牲にする一方、利害関係人以外の者に閲覧謄写を認めたり、利害関係人の権利利益の保護に必要な範囲を超えて閲覧謄写を認めたりすることを許さない趣旨⁵²であると考えられ、結局、利

⁵⁰ ちなみに、証拠の採否については、昭和52年の法改正によって追加された独占禁止法第52条の2が、「公正取引委員会は、審査官又は被審人若しくはその代理人から申出のあった証拠を採用しないときは、その理由を示さなければならない」と規定し、さらに平成13年に改正された審査審判規則の第61条第2項が、「委員会又は審判官は、審査官、被審人又はその代理人が申し出た証拠で、必要がないと認めるものは、採用しないことができる」としている。

⁵¹ この点、「審判が公開されているわけであるから、事件記録の閲覧を利害関係人に限定する必要はない」とし、立法論として、独占禁止法第69条の規定を改正し、「何人も」事件記録の閲覧を請求できるとすべきであり、事業者の秘密については別途規定を設けて対応すべきとの見解もある（大内義三「訴訟記録の閲覧等と独占禁止法」『民事紛争の解決と手続』（信山社2000）265頁）。しかし、審判が公開されていることからといって事件記録の閲覧を制限できないわけではない。ちなみに、刑事裁判は公開されているが、刑事訴訟記録の公開は一般的に禁止されている（刑事訴訟法第47条）。

⁵² 宇賀克也「審判記録の開示決定と住民訴訟」NBL730号（2002）8頁参照

害関係人ではないことが明らかな本件被審人に対して開示を認めなかった裁判所及び公正取引委員会の判断は、少なくとも結論において妥当であったと思われる。

一方、東芝ケミカル事件における公正取引委員会の決定については、問題があるとされてもおかしくない部分を多く含んでいると思われ、学説においても批判的な見解を採るものが多い⁵³。東芝ケミカル事件においては、プリント配線板機材として使用される積層板の製造販売業者8社によるカルテルの存在が問題とされ、被審人だけが勧告に応諾せず事実を争っていたところ、被審人は、審査官未提出の被審人会社の役員の供述調書全通及び同業他社の部長の供述調書全通について文書等提出命令の申立てを行った。そして、これによって被審人は、被審人が東証二部上場を実現するため独占禁止法違反に問われないよう特に注意しており、他社との会合等において常々その旨言明していたという特殊事情が存在するとし、「行為の共同性」を否定しようとしていた。これに対し公正取引委員会は、本決定の冒頭部分において、本来は被審人自らが証拠資料を収集して審判に提出すべきだとの一般論を述べた上「諸般の状況に鑑み、その具体的必要性及び相当性を勘案して、申立ての採否を決することができる」とし、文書等提出命令の発動に対して厳格な姿勢を示した。このような公正取引委員会の姿勢の根底には、安易に文書等提出命令を利用した証拠の収集を許すべきでないという思惑があるように思われなくもないが、仮にそうであるとすれば、武器対等の原則、当事者間の実質的平等ということを軽視しているとの批判を免れない。確かに、被審人自らが積極的に証拠収集を行い、事実調査の努力を惜しまないことによって、それが実体的真実の発見に資することは一面において正しいと思われるが、強力な権限と組織力を駆使できる審査官とそれができない被審人との間に証拠収集能力の点で大きな差が存在することもまた事実であり、形式的当事者主義に固執することは妥当でないと言わざるを得ない。また、本決定においては、被審人が立証しようとする事実について、供述者本人を審訊することが効果的であり、供述調書の提出を命ずる必要性はないとし、さらに、被審人が主張する特殊事情の存在について、被審人会社の社員である供述者本人を聴取すれば立証計画の策定上問題ないとするが、証拠方法の選択は当事者の権限に属するものであり、それが効果的かどうかの判断を含め当事者が決すべきことである。ただ、東芝ケミカル事件において東京高裁は、「意思の連絡」の意義について「複数事業者間で相互に同内容又は同種の対価の引上げを実施することを認識ないし予測し、これと歩調をそろえる意思があることを意味し、一方の対価引上げを他方が単に認識、認容するのみでは足りないが、事業者間相互で拘束し合うことを明示して合意することまでは必要でなく、相互に他の事業者の対価の引上げ行為を認識して、暗黙のうちに認容することで足りると解するのが相当である」と判示

⁵³ 例えば、前掲註31の正田論文59頁は、「少なくとも、原告の主張のような原告の特殊事情についての供述である可能性がある文書であるとすれば、被審人の再度の申請に対してそれを単に理由なしとして却下したことの当否は十分検討される必要がある」とし、公正取引委員会側が示す却下理由は必ずしも説得的ではないとしている。

しており、そうだとするならば、被審人が前記文書等によって立証しようとした事項が審判の結論を左右するものではないと考えることもできなくはなく、被審人の申立てを却下したことが被審人の防禦権を不当に制約するものではなかったと考えることも可能ではある。しかし、そもそも審判の結論を左右するかどうかということと、防禦権を制限したかどうかということは別のものであり、文書等提出命令の申立ての具体的必要性等を考えるに当たっては、別の観点からの検討が必要であると思われる。

なお、東芝ケミカル事件における公正取引委員会の決定については、刑事訴訟手続に倣ったものとの指摘もなされている⁵⁴が、刑事訴訟法分野においては、証拠開示について緻密な議論がなされており、この決定は、それら緻密な議論を必ずしも反映したものではないように思われる。そこで、次に刑事訴訟法における証拠開示に関する議論を概観し、それが審判手続に示唆するものについて検討することとする。

4 刑事訴訟法における証拠開示

4 - 1 刑事訴訟法における証拠開示をめぐる議論の概要

刑事訴訟法における証拠開示とは、当事者が手持ちの証拠について、相手方にその内容を明らかにすることとされており⁵⁵、わが国においては、特に被告人側からの検察官に対する要求として問題が顕在化している⁵⁶。旧刑事訴訟法下においては、明文の規定はなかったものの確立した慣行として、起訴と同時にいわゆる一件記録が裁判所に引き継がれており、しかも「裁判所ニ於テ訴訟ニ関スル書類及証拠物ヲ閲覧シ且其ノ書類ヲ謄写スルコトヲ得」との規定（旧刑事訴訟法第44条第1項）があったため、弁護士は全ての証拠にアクセスすることができ、何ら問題が生ずることはなかった。ところが、このような旧法を引き継ぐ規定、すなわち、「弁護士は、公訴の提起後は、裁判所において、訴訟に関する書類及び証拠物を閲覧し、且つ謄写することができる」との規定（刑事訴訟法第40条）は残されたものの、起訴状一本主義（刑事訴訟法第256条第6項）が採用されたため、証拠書類・証拠物が検察官の手元に残ることとなり、弁護士はその全てにアクセスすることができなくなった。この点、刑事訴訟法第299条第1項は、あらかじめ相手方に証人等の氏名・住所を知る機会、証拠書類・証拠物を閲覧する機会を与えなければならない旨規定し、また、刑事訴訟規則第178条の6は、これらを「なるべくすみやかに」しなければならない旨定めているが、検察官が請求を予定していない証拠等については、その対象とするところと

⁵⁴ 丹宗，岸井編 前掲註15 68頁 参照

⁵⁵ 田宮裕 「刑事訴訟法 新版」（有斐閣 1996）266頁

⁵⁶ アメリカにおいては、検察官の被告人手持ち証拠に対する開示に関する規定も存在する。この点については、「証拠開示の趣旨、黙秘権の保障、『疑わしきは被告人の利益に』原則等にかんがみると、当面消極に解さざるを得ない」との見解がある（三井誠 「刑事訴訟法」 （有斐閣 2003）267頁

はなっていないため、ここに争点が生ずることとなった。

ところで、証拠開示に関して最高裁が判断を示した重要判例は5つあるとされており、このうち最初となる判例において最高裁は、「弁護人に閲覧する機会を与えるべく裁判所が検察官に命令することができること、もしくは当然弁護人に閲覧させるべき義務があることを定めた一般的法規の存することは認められない」とし、冒頭手続前の全面開示命令は違法であるとの判断を示していた⁵⁷。また、続く判例においても、最高裁は、「検察官が未だ取調を請求することを決定するに至らない証拠書類についてまで、公判において取調を請求すると否とにかかわらず、あらかじめ被告人若しくは弁護人に閲覧させるべき義務はなく、申立人らに所論の如き閲覧請求権はない」との判断を示し⁵⁸、証拠開示について厳格な態度を維持していた。そのような中、続く判例において最高裁は、「裁判所は、その訴訟上の地位にかんがみ、法規の明文ないし訴訟の基本構造に違背しないかぎり、適切な裁量により公正な訴訟指揮を行ない、訴訟の合目的的進行をはかるべき権限と職責を有するものであるから、本件のように証拠調の段階に入った後、弁護人から、具体的必要性を示して、一定の証拠を弁護人に閲覧させるよう検察官に命ぜられたい旨の申出がなされた場合、事案の性質、審理の状況、閲覧を求める証拠の種類および内容、閲覧の時期、程度および方法、その他諸般の事情を勘案し、その閲覧が被告人の防禦のため特に重要であり、かつこれにより罪証隠滅、証人威迫等の弊害を招来するおそれがなく、相当と認めるときは、その訴訟指揮権に基づき、検察官に対し、その所持する証拠を弁護人に閲覧させるよう命ずることができるものと解すべきである」とし、訴訟指揮権によって個別開示の命令を発することができるとの判断を示した⁵⁹。さらに、同日付の別件事件においても、裁判所は「その訴訟指揮権に基づき、検察官に対し、その所持する証拠を弁護人に閲覧させることを命ずることができるものと解すべき」との判断を示し⁶⁰、以上との判例がリーディングケースとなって、訴訟指揮権による証拠開示命令という形がその後の実務に定着することとなった。

なお、判決においては、結論において、弁護人の反証段階になった後、目撃証人の刑事訴訟法第226条による証人尋問調書の開示を命じた措置は許容されるとされたが、判決においては、検察官面前調書は、当該証人の主尋問終了後取調請求を必要とする気配が生じたときに閲覧できればよく、反対尋問のために必要だとの理由があったとしても、証人の採否が決まっていない段階で開示を命ずることは許されないとされた。また、その後の事件において最高裁は、「検察官の冒頭陳述が終了したとはいえ、単に被告人側の被告事件に対する意見陳述を聞いただけの段階で、…検察

⁵⁷ 最決昭和 34.12.26 刑集 13 卷 13 号 3372 頁

⁵⁸ 最決昭和 35.2.9 判時 219 号 34 頁

⁵⁹ 最決昭和 44.4.25 刑集 23 卷 4 号 248 頁

⁶⁰ 最決昭和 44.4.25 刑集 23 卷 4 号 275 頁

官に対し、その手持ち証拠の閲覧を命じた原裁判所の右措置は、いまだ、真実、被告人の防禦のため特に重要であるということができず、結局、いわゆる証拠開示命令の趣旨にかんがみ、訴訟指揮権行使の適正かつ公平な範囲を逸脱したものといわねばならない」との判断も示していた⁶¹。

そして、以上のような判例の展開をめぐっては、賛否両論様々な議論が盛んになされることとなった。その主なものを概観すると、まず証拠開示に積極的な見解⁶²というものは、十分な防禦権の保障、不意打ち抑制の必要性、有効な反対尋問のための準備の必要性、検察官の客観義務、実質的当事者対等の実現などといった点を強調し、フィッシング・エクスペディションが許されないとする見解に対しても、証拠収集能力の格差を無視したものであり、証拠獲得競争に負けたが故に罰せられるのは不正義であるなどと主張していた。これに対して証拠開示に消極的な見解⁶³というものは、検察官に課された高度の立証責任、自己負罪拒否特権の存在などから一方的に検察官が強い立場にあるわけではないなどとし、また、反対尋問や事前準備は必ずしも証拠開示がなければできないものではなく、検察官の客観義務についても、弁護人に資料を提供することまで意味するものではないとして真っ向から反論していた。さらに、証拠開示消極論は、証拠開示が証拠隠滅工作を誘発し、フィッシング・エクスペディションは必要な弁護活動を怠らせるなどとも主張し、結局、その後の議論は、多くの問題を積み残したまま平行線を辿り、議論は次第に沈静化していくこととなった。ただ、沈静化したとはいえ議論が絶えることはなく、その間においても、アドヴァーサリーシステム (adversary system) を採る英米法系の法制度の発展が紹介され、それとの比較によって我が国の証拠開示の問題点が指摘されるなどしていた⁶⁴。この点、アメリカにおいては、連邦最高裁のジェンクス判決⁶⁵などが契機となり、個別の証拠方法ごとに開示に伴う弊害を衡量しながら開示の必要性を判断していくというアプローチによって、開示の対象から除外される資料類型の法理、すなわち、ワーク・プロダクトの法理⁶⁶ (work product doctrine) が形成されていった。また、当事者の開示

⁶¹ 最決昭和 48.4.12 裁判集刑事 187 号 255 頁、判時 703 号 12 頁

⁶² 例えば、典型的な事前全面開示論を主張するものとして、川崎英明「証拠開示問題と刑事弁護の課題」季刊刑事弁護 NO.19 (1999) 17 頁

⁶³ 例えば、典型的な証拠開示消極論として、池上政幸「証拠開示 検察の立場から」三井誠、馬場義宣、佐藤博史、植村立郎編『新 刑事手続』(悠々社 2002) 315 頁

⁶⁴ 例えば、渥美東洋「刑事訴訟の新たな展開 上下」法曹時報 29 巻 6 号 903 頁、同 7 号 1073 頁 (1977)

⁶⁵ Jencks v. United States, 353 U.S. 657 (1957) この判決は、検察側証人に対する反対尋問の準備のため、当該証人によるそれ以前の供述内容の開示が問題となった。そして、被告人側が開示を申立てる際、証人の公判廷での証言と以前の供述との不一致を示す必要がないこと、被告人側は裁判所に対し、検察官が直接被告人側に書類を交付する命令を発するよう求めることができること、検察側が国家機密の漏れることをおそれて開示命令に従わない場合は手続きを打ち切るとの判断を示した。この判示はその後直ちに立法化され、いわゆるジェンクス法 (Jencks Act) と呼ばれている。

⁶⁶ ワーク・プロダクトの法理によって開示の対象外とされるのは、当該事件の捜査または訴追に関して検察官その他の政府機関が作成した報告書、メモ、内部文書などとなっている。この点、ワーク・プロダクトの範囲を法律家の心証、知的・精神的活動の所産であるいわゆるオピニオン・ワーク・プロダクトに限定すべきだとの議論もあるようである(酒巻匡「刑事証拠開示の研究」(弘文堂 1988) 177 頁以下 参照)。

義務や裁判所の開示命令の実効性を担保するため、裁判所が関与して開示に伴う利害の調整を行う開示制限命令（protective order）と開示義務違反に対する制裁（sanction）⁶⁷が整備され、証拠開示制度が確立していった。そして、弁護側の反対尋問その他の防禦の準備のために行われる検察側攻撃証拠の開示だけでなく、連邦最高裁のブレイディ判決⁶⁸によって、被告人側にとって有利な証拠の開示をも認められるようになった。このようなアメリカにおける証拠開示制度の発展の背景には、徹底した当事者追行主義が公判戦術を異常なまでにエスカレートさせてしまったこと、陪審制度による短期集中的な公判においては不意討ち（surprise）のダメージが致命的なものになりかねないこと等があるとされるが⁶⁹、アメリカの証拠開示制度においては、特に不意討ち防止という点がクローズアップされ、このことから必然的に、両当事者に双務的な「相互証拠開示」⁷⁰（two-way street discovery, reciprocal discovery）という形が採られることとなった。この点、アドヴァーサリーシステムを採るイギリスにおいても、アメリカにおけるのと同様の議論がなされた後、刑事手続・捜査法（Criminal Procedure and Investigations Act 1996）⁷¹が成立し、相互証拠開示の形が採用されている。この刑事手続・捜査法においては、訴追側の証拠開示を2段階に分け、まず訴追官の手持ち証拠と捜査機関が収集した証拠の一覧表を公判付託手続後に開示し（第1次的開示）、続いて被告人側が自らの主張を記載した書面を裁判所及び訴追側に交付し⁷²、さらに、この被告人側が交付した書面に記載された個別の主張を立証する上で役立つと思われる証拠を被告人側に開示する（第2次的開示）⁷³という手続が採用されている。そして、これら外国法制における議論を踏まえた上、前述したような膠着した証拠開示に関する議論を打開する方策として、開示に親しむ証拠の種類・手続を類型化、準則化する試みが学説上盛んになされるようになり⁷⁴、平成16年の刑事訴訟法の一部改正（平成16年法律第62号、以下、改正刑事訴訟法と

⁶⁷ 具体的な制裁措置としては、公判手続の無効宣言（mistrial）、裁判所侮辱（contempt of court）、公訴棄却（dismissal）等がある（酒巻 前掲註 66 182 頁以下 参照）。

⁶⁸ Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963)、この判決において連邦最高裁は、検察官が、被告人に有利な証拠（exculpatory evidence）を開示しないままにすることは、連邦憲法のデュー・プロセス条項に違反するとした。

⁶⁹ 田宮 前掲註 55 269 頁

⁷⁰ 相互証拠開示制度の我が国への導入を模索するものとして、荒木伸怡 「事前準備・準備手続と証拠開示に関する一考察」 『田宮裕博士追悼論集 下巻』（信山社 2003） 359 頁以下がある。

⁷¹ イギリスの証拠開示に関しては、酒巻 前掲註 66 237 頁以下のほか、松代剛枝 「イギリス証拠開示手続の現状と課題」 東北法学第 14 号（1996） 107 頁 参照。また、刑事手続・捜査法については、松代剛枝 「証拠開示に関する一考察」 刑法雑誌第 40 巻第 3 号（2001） 315 頁、三島聡 「証拠開示で使える外国法 イングランド・ウェールズ」 季刊刑事弁護 NO.19（1999） 115 頁 参照

⁷² 被告側がこの時点で開示した内容と異なる主張を公判で行なう等の場合には、被告人に不利に斟酌される可能性がある。

⁷³ 被告人側の不服申し立ては、この第2次的開示に対してだけできることとなっている。

⁷⁴ 例えば、田宮 前掲註 55 271 頁以下、酒巻 前掲註 66 301 頁以下のほか、吉丸眞 「刑事訴訟における証拠開示 第1回公判期日前の証拠開示を中心に 上下」 法曹時報 52 巻 5 号 1279 頁、同 6 号 1693 頁（2000）や吉丸眞 「刑事訴訟における証拠開示 被告人に有利な証拠の開示 上下」 法曹時報 54 巻 3 号 687 頁、同 4 号 1011 頁（2002）などがある。

いう。)へとつながっていくこととなる。この改正刑事訴訟法においては、刑事裁判の充実化・迅速化を図る方策として、公判前整理手続が創設⁷⁵され、証拠開示の拡充が図られている。具体的には、この公判前整理手続において検察官は、検察官請求証拠を開示するほか(刑事訴訟法第316条の14)、検察官請求証拠の証明力を判断する上で重要であると認められる一定類型の証拠についても、被告人側の請求により、開示の重要性、必要性、弊害等を勘案して相当性を判断した上、開示することとなった(刑事訴訟法第316条の15)。また、被告人又は弁護人は、開示を受けた場合において取調べに同意するかどうか等について意見を明らかにしなければならず(刑事訴訟法第316条の16)、英米法のような「相互証拠開示」の形も採用されることとなった⁷⁶(刑事訴訟法第316条の18)。つまり、被告人側の主張に関連する証拠についても、一定の要件の下で開示がなされることとなり(刑事訴訟法第316条の21)、さらに証拠開示の要否について争いがある場合には、裁判所が裁定することとなった(刑事訴訟法第316条の5、同316条の25)。そして、この裁定に当たって裁判所が必要と認めるときには、イン・カメラ手続を利用することもできるようになった(刑事訴訟法第316条の27)。

4 - 2 刑事訴訟法における証拠開示をめぐる議論が審判手続に示唆するもの

刑事訴訟法においては、前述のように、証拠開示に関して多くの研究の蓄積があり、遂には立法的解決がなされるに至ったが、公正取引員会における審判手続においては、これまで証拠開示問題について、刑事訴訟法との対比で正面から論じられることはほとんどなく、民事訴訟法との対比で若干論じられることがある程度であった。しかし、審判手続においては、検察官と被告人の関係のように、審査官が一方的に挙証責任ないし証明責任を負担しており、この点においては、刑事訴訟における検察官と被告人の関係に類似し、民事訴訟における当事者の関係とは異なったものとなっている。また、公正取引委員会の審判手続は、一方当事者たる審査官が強制権限を利用して証拠を収集し、そのうち審査官が提出した証拠のみが原則として開示の対象となり、審査官未提出証拠については、文書等提出命令の申立てによって審査官の職権発動を促すといった方法を駆使する以外に開示の方法がないという点で、刑事訴訟法における訴

⁷⁵ 公判前整理手続に関しては、酒巻匡「刑事裁判の充実・迅速化 争点整理と証拠開示手続の構築」ジュリスト1198号(2001)146頁以下、井上正仁、長沼範良、山室恵「鼎談 国民の司法参加・刑事司法」ジュリスト1208号(2001)116頁以下、田淵浩二「証拠開示」『法律時報増刊 シリーズ司法改革』(2001)174頁以下、川出敏裕「新たな準備手続の創設」現代刑事法No.43(2002)45頁以下、大澤裕「『新たな準備手続』と証拠開示」刑法雑誌43巻3号(2004)426頁以下、川出敏裕「公判前整理手続」ジュリスト1268号(2004)73頁以下、四宮啓「新しい刑事司法と刑事弁護士 裁判員法等の成立を機に」季刊刑事弁護No.39(2004)8頁以下、辻裕教「刑事裁判の充実・迅速化のための刑事訴訟法の改正」現代刑事法No.67 6巻11号(2004)47頁以下 参照

⁷⁶ この点、被告人側が開示しなければならない証拠は、取調べを請求した証拠に限られており、検察側に要求される開示とは異なっている。

訟指揮権に基づく証拠開示命令をめぐる議論と類似した面をもっている。そこで、これらの審判手続における証拠開示という問題を検討するに当たっては、刑事訴訟法における議論を参考にすることが有効であると思われるが、刑事訴訟法においては、前記判決で最高裁が示した証拠開示命令を発する要件それぞれについて詳細な検討が加えられ、その中でも特に「一定の証拠」及び「開示の具体的必要性」に関する解釈が重要だとする指摘がなされていた⁷⁷。また、この「一定の証拠」については、証拠開示の活性化等のためある程度緩やかに解すべきであり⁷⁸、さらに「開示の具体的必要性」については、特定の事実を立証する必要性、特定事項の事実調査の必要性及び代替性、弁護側が努力を尽くしても自力では収集できない証拠かどうか等を考慮して判断すべきとの指摘がなされていた⁷⁹。この点、審査審判規則第53条第1項は、文書等提出命令の申立ての要件として、「文書その他の物件の表示」、「文書の趣旨」、「文書その他の物件の所持者」、「証すべき事実」、「申立ての理由及び必要性」を明らかにするよう要求しているが、どの程度の文書の特定性や具体的必要性等が要求されるかについては、漠然とした形で審判の主宰者の広範な裁量に委ねられており、利益衡量のための解釈上の基準はこれまで全く示されてこなかった。そのため、審判手続における文書等提出命令制度の運用は極めて不安定なものとなっているのであるが、このような状況を打開するためには、まず、刑事訴訟法における議論を参考として、開示に親しみやすい証拠の種類を類型化し、その上で利益衡量のための解釈上の準則化を進める必要があると思われる。この点、改正刑事訴訟法においては、開示が認められる証拠の種類として、証拠物、検証調書、実況見分調書、鑑定書、被告人の供述録取書等のほか、検察官が証人尋問を要求した者の供述録取書等も挙げられており（刑事訴訟法第316条の15）、これらは類型化作業を進める上で非常に参考になるものと思われる。また、文書の特定性についても、改正刑事訴訟法が「証拠を識別するに足りる」程度の特定を要求し（同第2項）、厳格な特定を求めなかった点が参考になるし、具体的必要性についても、被審人が自力で収集できるものであるかどうか等の観点から検討を加える刑事訴訟法における議論は大いに参考になるものと思われる。さらに、立法論としては、改正刑事訴訟法が両当事者の開示命令請求権を認めていること（刑事訴訟法第316条の26）、そして、当該請求の要否を裁判所が決定するに際しては、当事者の意見を聞いた上で証拠の提示を命ずることができ、しかも、それが被告人側の請求である場合には、検察官に対して保管証拠の標目を記載した一覧表の提示を命ずることができ、かつ、提示された証拠等の閲覧謄写を何人にも認めない旨規定され

⁷⁷ 吉丸 前掲註74（被告人に有利な証拠に関するもの）695頁、この点、吉丸論文は、これら2つの要件を緩やかに解すると、フィッシング・エクスペディションの弊害を招来する危険がある反面、厳格に過ぎると被告人の防禦に重要な証拠開示の実現が妨げられるとする。

⁷⁸ 例えば、酒巻 前掲註66 315頁、吉丸 前掲註74 700頁等

⁷⁹ 吉丸 前掲註74 706頁

ている⁸⁰（刑事訴訟法第316条の27）ことが注目される。この点、審査審判規則第53条第1項は、文書等提出命令の申立権者を限定しておらず、両当事者とも文書等提出命令を申立てることができることと解することも可能である⁸¹が、審判の主宰者がその要否を決定するため直接証拠の内容に触れることができるとする規定は存在しておらず、いわゆるイン・カメラ手続は採用されていない。しかし、開示に伴う弊害のおそれと被審人の防禦の必要性を衡量するためには、何らかの形で当該証拠の中味に触れて判断を下すことが何より確かな方法であり、審判手続においてもこの手続の導入を検討すべきであると思われる。

なお、イン・カメラ手続については、刑事訴訟法よりも先に導入された民事訴訟法において問題点が指摘されているところであり、この点については、証拠開示に応じない場合の制裁とともに民事訴訟法に関する章で後述することとする。

ところで、審査官と被審人の双方が文書等提出命令の申立てができることと解するならば、改正刑事訴訟法における相互証拠開示に関する規定もまた参考になるものと思われる。この点、改正刑事訴訟法においては、検察官は、取調べ請求をした証拠（刑事訴訟法第316条の14）、取調べ請求をした証拠の証明力を判断するために重要な証拠（刑事訴訟法第316条の15）、被告人側の主張に関連する証拠（刑事訴訟法第316条の20）のそれぞれについて開示しなければならないとされているが、被告人側についても、自らが取調べ請求した証拠について開示義務を負うとされ（刑事訴訟法第316条の18）、両者の間に差はあるものの相互証拠開示が求められることとなっている。また、アドヴァーサリーシステムを採るアメリカやイギリスといった国の刑事訴訟法においても、主に不意討ち防止の観点から、開示の程度に差はあるものの相互証拠開示が法定されている。このような相互証拠開示の考え方は、現行の審査審判規則においても取り入れることが十分可能であり、導入が検討されるべきものと思われる。

なお、刑事訴訟法において検察官側と被告人側との間に開示の程度に差がつけられているのは、被告人の自己負罪拒否特権等⁸²に配慮したからだと思われるが、審判手続においては、一般的にこのようなことを考慮する必要はないと考えられる⁸³。

以上のように、刑事訴訟法における証拠開示に関する議論というものは、審判手続

⁸⁰ 刑事訴訟法においては、第1回公判期日前に裁判所が証拠に触れることについて、予断防止の原則との関係で問題とされている。この点については、捜査機関から裁判所に対して一方的に公訴事実を基礎付ける証拠が示されることが問題なのであり、両当事者が裁判所に対して意見を述べる機会のある手続において裁判所が一定の証拠に接触して判断をすることは予断防止の原則に抵触しないとする見解がある（酒巻 前掲註75 149頁、川出 前掲註75 46頁等）。これに対しては、反対説もある（例えば、田淵 前掲註75 176頁）。

⁸¹ 常岡 前掲註40 67頁

⁸² 酒巻 前掲註66 206頁以下 参照

⁸³ この点、審査審判規則第75条は、参考人が虚偽の陳述や理由なく陳述を拒んだ場合などには罰則が科せられる旨告知する必要があるとされ、黙秘権の告知はなされないことになっている。そして、虚偽の陳述をした場合には3月以上10年以下の懲役に処するとされ（独占禁止法第92条の2）、陳述を拒む場合は20万円以下の罰金に処するとされている（独占禁止法第94条の2）。

における証拠開示という問題を検討する上で多くの示唆を与えてくれるものである。そして、これら刑事訴訟法から得た多くの示唆を審判手続に取り込むに当たっては、何よりもまず形式的当事者主義の克服ということから始めなければならないと思われる。前述の東芝ケミカル事件における公正取引委員会の決定などから窺われるのは、残念ながら現在の審判実務が形式的当事者主義から未だ脱却できていないということであり、早急にこの点を改善すべきことが望まれる。そして、形式的当事者主義が克服されて両当事者間の証拠開示がスムーズになされることによって、不意討ちが減少し、争点が圧縮され、迅速かつ充実した審判がより実現できるものと思われる。

ところで、形式的当事者主義の克服、すなわち証拠の構造的偏在を是正して当事者間の武器対等、実質的当事者対等を実現するべきであるという議論は、刑事訴訟法に特異な議論であるわけではない。民事訴訟法においては、いわゆる現代型訴訟において特にこの点が問題となっている。ただ、そこでの議論は、典型的には、証明責任を負う原告側がデータや知識を持っていない一方、証明責任を負っていない被告側がこれらを持っているような場合に、如何にして原告側の負担を減らして当事者間の公平を実現していくかという形で議論がなされている。そのため、挙証責任ないし証明責任を一方的に負担している審査官側が多くの証拠を有している審判手続とは状況を異にしているわけであるが、審査審判規則の文書等提出命令に関する規定は、民事訴訟法における文書提出命令の規定と類似したものとなっており、民事訴訟法における議論は、審判手続における証拠開示を検討する上で参考になるものと思われる。そこで、次に民事訴訟法における議論を概観し、それが審判手続に示唆するものについて検討を加えることとする。

5 民事訴訟法における証拠開示

5 - 1 民事訴訟法における証拠開示をめぐる議論の概要

民事訴訟法においては、弁論主義が採られているため、訴訟物たる権利関係の基礎をなす事実の確定に必要な裁判資料の収集は、当事者の責任と権限に委ねられるのが原則となっている⁸⁴。しかし、複雑な現代社会においては、必要な証拠方法が一方当事者に偏在していたり、必要な専門的知識や経験が一方に欠けていたりすることも少なくなく、それを放置すると不当な結果を招くことになりかねない。特に製造物責任訴訟、医療過誤訴訟、環境訴訟といったいわゆる現代型訴訟においては、このような状況が顕著であるとされており、そのような状況下においては、自己決定権を適確に行行使することができないとの指摘がなされている⁸⁵。そこで、民事訴訟法においても、

⁸⁴ 伊藤真 「民事訴訟法 第3版」 (有斐閣 2004) 260頁 参照

⁸⁵ 田原睦夫 「証拠(情報)開示制度」 『民事訴訟法の史的展開』 (有斐閣 2002) 501頁 参照

刑事訴訟法と同様に、構造的な証拠の偏在を是正し、単なる形式的な武器対等ではなく、実質的な武器対等を確保するための手当が必要であるとの指摘があらゆる角度からなされている⁸⁶。また、証拠収集が不十分であるならば、裁判において事実関係が明確とならず、結局、証明責任判決が下されることになるが、そのようなことは、裁判不信に繋がる可能性があり妥当でないとの指摘もなされている⁸⁷。さらには、情報の開示手続というものが、事案解明上の不備を補い、集中証拠調べを実施する上で不可欠なものであるとし、開示制度の不備は、武器対等の保障を欠く結果、判決の適正に影響しかねないとの指摘もなされている⁸⁸。このように証拠開示の問題は、民事訴訟法においても重要論点の1つとされている。そして、証拠の偏在を是正する試みとしては、間接反証理論⁸⁹や表見証明理論⁹⁰といった多くの理論が説かれているところである。しかし、これらの多くは、証明責任の転換や立証の程度を調整することによって両当事者のバランスをとろうとするものであり、一方当事者たる審査官が固定的に挙証責任ないし証明責任を負う審判手続においては、参考とすることが困難なものも含まれている。そこで本稿においては、審判手続との関連付けが可能と思われる部分に絞って検討を加えることとする。

ところで、明治23年に制定され、大正15年以来大きな改正がなされてこなかった民事訴訟法は、近時になって立て続けに改正されており、本稿のテーマである証拠開示との関係においても、興味深い数々の改正がなされている。まず、平成8年の改正においては、争点整理手続の整備、証拠収集手続の拡充といった大幅な改正がなされ、文書提出義務の範囲が一般化されたほか（民事訴訟法第220条）、文書の特定手続（民事訴訟法第222条）やイン・カメラ手続（旧民事訴訟法第223条第3項）なども導入された⁹¹。また、平成13年の改正においては、それまで対象外とされていた公文書についても一般的提出義務の対象とされ、さらに平成15年の改正においては、計画審理に関する規定が新たに設けられる⁹²（民事訴訟法第147条の2等）

⁸⁶ 例えば、松本博之「民事証拠法の領域における武器対等の原則」『講座 新民事訴訟法』（弘文堂 1999）7頁

⁸⁷ 小林秀之「新証拠法 第2版」（弘文堂 2003）96頁

⁸⁸ 春日偉知郎「民事証拠法論集 情報開示・証拠収集と事案の解明」（有斐閣 1995）4頁

⁸⁹ 証明責任を負う当事者が間接事実の立証により主要事実を一応推定させそうになった場合に、反証責任を負う当事者は、当該間接事実に関しては、本証と同等の負担を負うとするもので、具体例としては、認知訴訟におけるいわゆる「多数関係者の抗弁」があるとされる（伊藤 前掲註 84 331頁、小林 前掲註 87 200頁以下 参照）。

⁹⁰ ドイツの判例によって形成された理論であり、一定の事実が存在した場合に、それが定型的事象経過をたどるとされる場合に、その定型性から一定の原因事実が推認されるとする理論（小林 前掲註 87 62頁 参照）。

⁹¹ 例えば、争点整理手続の整備との関係においては、準備的口頭弁論（民事訴訟法第164条以下）、弁論準備手続（民事訴訟法第168条以下）、書面による準備手続（民事訴訟法第175条以下）が設けられ、証拠収集の関係では、文書の一部提出命令が可能となり（民事訴訟法第223条第1項）、文書提出命令に従わない場合の法律効果も強化された（民事訴訟法第224条第3項）。

⁹² そのほか平成15年改正においては、提訴予告通知制度が新たに設けられるなどしている。この提訴予告通知制度は、予告通知者が提起しようとする訴えに係る請求の要旨、紛争の要点等を記載した書面を送付し、

などの改正が加えられた。ここで、民事訴訟手続における証拠収集方法について整理すると、まず訴えの提起後については、文書提出命令（民事訴訟法第219条以下）、文書送付の嘱託⁹³（民事訴訟法第226条）、当事者照会⁹⁴（民事訴訟法第163条）、弁護士会照会⁹⁵（弁護士法23条の2）などによって証拠を収集することができるほか、訴えの提起前においても、予告通知者等照会⁹⁶（民事訴訟法第132条の2）や裁判所に対する文書送付嘱託等の申立て⁹⁷（民事訴訟法第132条の4）を利用することによって、一定の証拠収集が可能となっている。

なお、本稿のテーマである証拠開示ということとの関係においては、前述の文書提出命令や証拠保全の弾力的運用の是非⁹⁸をめぐって議論がなされることが多く、特に文書提出命令については、同様の規定を置く審査審判規則との関連性が深いと思われる。そこで以下においては、この文書提出命令制度を中心に検討を進めていくこととする。

民事訴訟法における文書提出命令は、文書送付嘱託と同様に、自ら文書を所持していない当事者が文書を手入する手段とされているが、文書送付嘱託のように任意の提出を求めるものではなく、唯一制裁を伴う強力な制度であり、証拠の偏在がみられるいわゆる現代型訴訟においては、特に重要な役割を果たしているとされている。この文書提出命令の申立ては、書証の申出の1つとされ⁹⁹（民事訴訟法第219条）、期日外においてもできるとされており（民事訴訟法第180条第2項）、命令を発するための実体要件としては、特定の文書が存在し、相手方当事者又は第三者がこれを所持していること、当該文書を証拠として取り調べる必要性があること（民

これに対して被告通知者が答弁返答することで、両当事者に一定の事実資料を収集する権能が与えられ、一定の義務が課される制度となっている。

⁹³ 所持者の文書提出義務の有無とは無関係に、裁判所を通じて任意の文書提出を求める制度で、主に官公署に対して利用されている（小林 前掲註 87 125 頁，田原 前掲註 85 514 頁）。

⁹⁴ 訴訟の係属中、主張または立証を準備するため当事者間が裁判所の関与なく直接に書面のやりとりを行う制度であり、アメリカ法のディスカバリー制度における質問書（interrogatories）を参考に設けられた制度とされている（小林 前掲註 87 125 頁，田原 前掲註 85 507 頁）。

⁹⁵ 訴訟係属の有無にかかわらず、所属弁護士会を経由して公務所又は公私の団体に照会して報告を求める制度。但し、相手方に対する制裁は伴わない（小林 前掲註 87 126 頁，田原 前掲註 85 514 頁）。

⁹⁶ 訴えを提起した場合の主張又は立証を準備するため必要であることが明らかな事項について、相当の期間を定めて書面で回答するよう書面で相手方に対して照会する制度

⁹⁷ 裁判所は、文書の送付嘱託のほか、調査嘱託、専門家の意見陳述、執行官の現況調査ができるとされている。但し、証拠としての明白な必要性和自ら収集することが困難であることが必要とされている。

⁹⁸ 証拠保全の本来的機能は、訴訟において証拠調べの対象となることが予定されている証拠方法について、その証拠調べが不能又は困難になるような場合に、証拠資料を保全するため予め証拠調べを行うというものである。そして、この制度の証拠開示的運用について積極説は、提訴前に証拠を収集できることによって根拠のない訴えを防止し、争点を明確化し、和解を促進するなどとしている。これに対し消極説は、証拠保全の証拠開示的運用が、制度の本来の趣旨を逸脱しており、また、不意討ちの形で証拠保全がなされることによって所持人が不利益を受けることになるなどとしている（伊藤 前掲註 84 397 頁，小林 前掲註 87 123 頁 参照）。

⁹⁹ 実務においては、文書提出命令によって裁判所に提出された文書について、申立人がこれらを取捨選択した上改めて裁判所に提出することによって書証の申出を行なわれているが、このような選択権が申立人にあるかどうかをめぐっては見解が対立している（伊藤 前掲註 84 369 頁以下，門口編（萩本修 執筆）前掲註 44 91 頁以下 参照）。

事訴訟法第181条第1項), 文書の所持者に文書提出義務があること(民事訴訟法第220条第1号~第4号)が必要とされ, そのほか, 民事訴訟法第220条第4号の提出義務を原因とする場合には, 文書提出命令によって当該文書を入手する必要性があることも要求されている¹⁰⁰(民事訴訟法第221条第2項)。文書提出命令の申立ては, 「文書の表示」, 「文書の趣旨」, 「文書の所持者」, 「証明すべき事実」及び「文書提出義務の原因」を明らかにして書面によって行なわなければならない(民事訴訟法第221条第1項, 民事訴訟規則第140条第1項), このうち前記の文書の特定に関しては, 「文書の表示」と文書の内容たる「文書の趣旨」からなされることになっている。この文書の特定については, 文書提出命令の申立人が特定義務を負うとされているが¹⁰¹, 他人の支配下にある文書の提出を求めるものであることから, 特定の程度は, 一般に文書の所持者が形式及び内容から当該文書を識別できる程度で足りるとされている¹⁰²。この点, 最高裁も, 特定性の程度について, 「個々の文書の表示及び趣旨が明示されないとしても, 文書提出命令の申立ての対象文書の特定として不足するところはない」とし, 一定の場合に概括的特定が許されるとの判断を示している¹⁰³。また, 文書の特定については, 民事訴訟法上特別の手續が設けられており¹⁰⁴(民事訴訟法第222条), 文書提出命令を申立てるに当たって, 申立人において文書を特定することが著しく困難な場合, 文書所持者が当該文書を識別することができる事項を申立人が明らかにすれば足りるとされている。この文書特定手續の運用をめぐることは, 特定困難性や識別可能性の程度などが問題とされているが, このうち, 特定困難性については, 民事訴訟法第221条第1項に「著しく」という文言が挿入されていることから, 単に特定が困難であるというだけでは足りず, 申立人が必要な努力を合理的に期待される程度まで払ったにもかかわらず特定することができない状況が必要だとされている¹⁰⁵。また, 識別可能性については, 文書の所持者において, 不相当な時間や

¹⁰⁰ そのほか, 手續要件としては, 当事者が訴訟係属後に文書及び所持者を特定して書面で申立てること(民事訴訟法第180条, 第219条, 民事訴訟規則第99条, 第140条第1項), 文書所持者が第三者の場合は当該第三者を審訊すること(民事訴訟法第223条第2項), 公務秘密文書について, 民事訴訟法第220条第4号を提出義務の原因とする場合には, 申立てに理由がないことが明らかでない限り, 監督官庁の意見を聴取すること(民事訴訟法第223条第3項), 前記の場合において, 監督官庁が第三者の技術又は職業の秘密に関する事項が記載された文書について意見を述べようとする場合には, 当該第三者の意見を聴取すること(民事訴訟法第223条第5項)が要求されている。

¹⁰¹ 当事者が文書提出義務のないことを知りながら敢えて文書提出命令の申立てをするといったことが生じないようにするため, このように解されているとされている(深山卓也, 菅家忠行, 原司, 武智克典, 高原知明「民事訴訟法の一部を改正する法律の概要(上)(下)」ジュリスト1209号, 1210号(2001)参照)。

¹⁰² 伊藤 前掲註84 370頁

¹⁰³ 最決平成13.2.22判時1742号89頁

¹⁰⁴ この点, 文書特定手續を利用した場合とそうでない場合とで文書特定責任に差異が生じ, 文書特定手續を利用しない場合にどの程度の特定が必要であるかが問題となる。このことについては, たとえ文書特定手續を利用しない場合であっても, ある程度の概括的特定が許されるべきであるとする見解がある(三木浩一「文書提出命令の申立ておよび審理手續」『講座 新民事訴訟法』(有斐閣1999)63頁)。

¹⁰⁵ この点, 当事者照会といった他の手段を尽くした後でなければ文書特定手續を申立てることができないかが問題となるが, 文書提出命令手續の開始をこれらの規定と連動させていない立法形式などから, 文書特

労力を要しないで当該文書あるいはそれを含む文書グループを他から区別することができる事項を明らかにすることが必要だとされている¹⁰⁶。

次に前記の文書提出義務の関係についてであるが、民事訴訟法第220条第1号ないし第3号は、文書提出義務が課される類型として、引用文書¹⁰⁷、引渡請求権又は閲覧請求権のある文書¹⁰⁸、利益文書¹⁰⁹及び法律関係文書¹¹⁰をそれぞれ列挙している。これらは、旧民事訴訟法第312条各号の規定を現代語化してそのまま引き継いだものであるが、現行法においては、前述のように、さらに民事訴訟法第220条第4号によって文書提出義務が一般化されており、公務文書もその対象とされている。ただ、旧法においては、制限列挙主義が採用されていたため、かつては、証拠の偏在状況を是正する方策として、利益文書及び法律関係文書を拡張して解釈する試みが学説、判例を通じて広くなされていた。また、一方では、このような利益文書及び法律関係文書の拡張に対して一定の歯止めをかけるものとして、自己使用文書、内部文書という概念¹¹¹が持ち出され、学説、判例において一般的に支持されてきた¹¹²。そこで、一般的提出義務が認められたこととの関係で、そもそも利益文書及び法律関係文書の拡張解釈を維持する必要があるのか¹¹³、仮にそれらの解釈に変更が生ずるとして自己使用文書、内部文書の解釈はどうなるのか、民事訴訟法第220条第4項所定の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」(以下、自己専利用文書という。)と従来の自己使用文書との関係は如何になるのかといったことが問題となっている。この点、学説は見解の一致をみておらず、議論は錯綜しており、最高裁の態度も必ずしも明確で

定の努力が先行すると考えることはできないとの見解がある(三木浩一「文書提出命令 - 文書特定手続」『新民事訴訟法体系 理論と実務 第3巻』(青林書院 1997) 196頁以下 参照)。

¹⁰⁶ 法務省民事局参事官室編「一問一答 新民事訴訟法」(商事法務研究会 1996) 262頁 参照

¹⁰⁷ 当事者の一方が自己の主張を基礎付けるため積極的に文書の存在又は内容を引用した以上、少なくとも相手方当事者との関係において当該文書の秘密保持の利益を放棄したものと解されること、一方的な心証を裁判所に抱かせる危険があり、批判にさらすことが公平に合致すると考えられることなどがその根拠とされる(伊藤 前掲註 84 373頁, 門口編 (萩本修 執筆) 前掲註 44 98頁 参照)。

¹⁰⁸ 引渡請求権又は閲覧請求権がある以上、文書の記載内容について拳証者も支配権能を認められることを根拠とする(伊藤 前掲註 84 373頁 参照)。

¹⁰⁹ 利益文書の意義については見解が分かれており、伝統的な学説は、文書の記載内容が拳証者の法的地位、権利ないし権限を直接証明し、または基礎付けるものであり、かつ、拳証者の権利義務を発生させる目的で作成された文書とされていた(原強「文書提出命令 - 学者から見た文書提出義務」『新民事訴訟法体系 理論と実践 第3巻』(青林書院 1997) 120頁 参照)。

¹¹⁰ 法律関係文書の意義についても見解が分かれており、旧来の学説は、拳証者と文書所持者との間の法律関係自体を記載した文書、又はその法律関係に関係のある事項を記載した文書とされていた(松山恒昭「文書提出命令」『民事訴訟法の史的展開』(有斐閣 2002) 530頁 参照)。

¹¹¹ 明治23年の旧民事訴訟法第336条第2号の「共通文書」という考え方に由来するもので、かつては、拳証者と所持者の共通の利益のために作成されたものか、もっぱら拳証者の利益のために作成された文書であることが必要であったようである(上野泰男「文書提出義務の範囲」『講座 新民事訴訟法』(弘文堂 1999) 50頁 参照)。

¹¹² この点、条文上の「法律関係について作成された」との文言の解釈として、文書作成者の主観的目的とすることは困難であり、あくまで文書の記載内容が拳証者と所持者との間の法律関係を基礎付けるかどうかの問題とされていると解すべきであり、自己使用文書は提出義務を否定する理由にはならないとする有力な見解がある(伊藤 前掲註 84 379頁)。

¹¹³ この点、立法担当者は特に変更なしとの説明をしているようである。しかし、学説においてはこれに反対するものも少なくない(例えば、上野 前掲註 111 38頁, 門口編 (山下郁夫 執筆) 前掲註 44 118頁 等)。

はない。このような状況に対しては、学説から文書提出義務の範囲が不明確であるとの指摘¹¹⁴が多くなされており、その中には、基本思想あるいは解釈指針さえも定かとは言えないとするものもある¹¹⁵。公務文書に対する文書提出義務の有無が争われた比較的最近の最高裁判例¹¹⁶をいくつか紹介すると、最高裁は、教科書検定調査審議会作成の文書が法律関係文書に該当するかどうか争われた案件において、法律関係文書には、「専ら自己使用のために作成した内部文書は含まれない」とし、当該文書は、「本件申請図書の判定内容の記録として、また議決した内容を文部大臣に報告する手段として、文部省内部において使用されるために作成された文書」であるとした上、「これらの文書は、その作成について法令上何ら定めるところはなく、これらを作成するか否か、何をどの程度記載するかは、検定審議会に一任されており、また、申請者等の外部の者に交付するなど記載内容を公表することを予定しているとみるべき特段の根拠も存しない」として文書提出命令の申立てを却下している¹¹⁷。また、地方自治体が漁業組合との間で漁業補償交渉を行なう際に作成した資料について文書提出義務の有無が争われた案件においては、「本件文書は、…手持ち資料として作成した…資料…の一部であり、…『公務員の職務上の秘密に関する文書』である」とし、「本件文書が提出され、その内容が明らかになった場合には、…漁協との間の信頼関係が失われることとなり、…漁業補償交渉を円滑に進める際の著しい支障ともなり得ることが明らか」であり、「『公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるもの』にも当たる」と判示している¹¹⁸。さらに、保険金詐欺事件における共犯者の捜査段階における検察官未提出の供述調書の文書提出義務が争われた案件においては、刑事訴訟法第47条所定の「訴訟に関する書類」には未提出証拠も含まれるとした上、「『訴訟に関する書類』を公にすることを相当と認めることができるか否かの判断は、当該『訴訟に関する書類』を公にする目的、必要性の有無、程度、公にすることによる被告人、被疑者及び関係者の名誉、プライバシーの侵害等の上記弊害発生のおそれの有無等諸般の事情を総合的に考慮してされるべきものであり、当該『訴訟に関する書類』を保管する者の合理的な裁量にゆだねられている」とし、「当該文書が法律関係文書に該当する場合であって、その保管者が提出を拒否したことが、民事訴訟における当該文書を取り調べる必要性の有無、程度、当該文書が開示されることによる上記の弊害発生のおそれの有無等の諸般の事情に照らし、その裁量権を逸脱し、又は濫用するものであると

¹¹⁴ 例えば、小林 前掲註 87 121 頁

¹¹⁵ 川嶋四郎「文書提出義務論に対する一視角」『弁論と証拠調べの理論と実践』（法律文化社 2002）353 頁

¹¹⁶ 最近の判例の状況に対しては、その流れを説明し、判例を規制する新しい証拠原理、すなわち、主張・証明責任を軸とした従来の民訴原理を修正し、主張・証明責任を負わない当事者も一定の範囲で事案解明や審理に協力しなければならないという新しい証拠原理の確立が必要だとの提言がなされている（小林 前掲註 87 306 頁）。

¹¹⁷ 最決平成 12.3.10 判時 1711 号 55 頁，判タ 1031 号 165 頁

¹¹⁸ 最決平成 16.2.20 判時 1862 号 154 頁

認められるときは、裁判所は、当該文書の提出を命ずることができる」と解するのが相当である」との判断を示している¹¹⁹。

ところで、文書提出義務を一般化するという一連の法改正の過程で最も問題となったのは、公務文書の取扱いをめぐる議論であった。当初の政府原案においては、公務秘密文書で監督官庁がその提出を認めないものが文書提出義務の対象外とされており、イン・カメラ手続も適用されないとされていた。しかし、これらに対しては世論の反発が強かったため、平成8年の改正時においては問題が持ち越しとされた¹²⁰。その後、情報公開法と並行して検討が加えられ、結局、平成13年の改正によって公務文書の一般的提出義務が認められるに至った¹²¹。現行法は、文書提出義務の除外事由として、公務文書特有のものと文書一般に共通なものを規定しており、このうち公務文書に特有なものとしては、公務員の職務上の秘密に関する文書で、その提出によって公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるもの（民事訴訟法第220条第4号ロ）、自己専利用文書であって、国等が所持し、公務員が組織的に用いるものでないもの（民事訴訟法第220条第4号ニ括弧書）、刑事事件に係る訴訟に関する書類、少年の保護事件の記録及びこれらの事件において押収されている文書（民事訴訟法第220条第4号ホ）が挙げられており、これら3つの類型以外の文書については、一般文書と同様に文書提出義務の有無が判断されることになっている。そして、公務秘密文書について文書提出命令の申立てがあった場合には、裁判所は監督官庁の意見を聴かなければならず（民事訴訟法第223条第3項）、当該監督官庁が意見の中で、国の安全が害されるおそれとか公共の安全と秩序の維持といったことを主張する場合は、裁判所はその意見について相当の理由があると認めるに足りない場合に限りて文書提出命令を発することができる」とされている（民事訴訟法第223条第4項）。また、当該監督官庁が、第三者の技術又は職業の秘密に関する事項が記載された文書について意見を述べようとする場合には、あらかじめ当該第三者の意見を聴かなければならず（民事訴訟法第223条第5項）、さらに裁判所が文書提出義務の有無を判断するに当たっては、公務文書についても、一般文書同様に、イン・カメラ手続を利用することができる」とされている（民事訴訟法第223条第6項）。

以上のように、公務文書に対する文書提出命令の規定は極めて複雑な構造をしており、これら公務文書の取扱いについては、情報公開法との関係等で問題とされることがある¹²²。この情報公開法との関係については後述することとして、ここでは本稿と関連すると思われるイン・カメラ手続、文書提出命令に従わない場合の制裁及びアメリカの民事手続法における証拠開示について順次検討することとする。

¹¹⁹ 最決平成16.5.25 平成15年（許）第40号

¹²⁰ 小林 前掲註87 291頁以下 参照

¹²¹ 深山ほか 前掲註101（上）103頁 参照

¹²² 例えば、平山正剛 「文書提出命令 - 公文書の提出義務」 『新民事 理論と実務訴訟法体系 第3巻』（青林書院1997）166頁以下、門口編（花村良一 執筆）前掲註44 135頁 等

まずイン・カメラ手続についてであるが、我が国の民事訴訟法に導入されたイン・カメラ手続は、アメリカの情報自由法（Freedom of Information Act）に由来するとされている¹²³。ただ、アメリカの手続においては、当事者の代理人の立会が当然には排除されていないため、完全に非公開とする我が国の手続とは決定的に異なっている。このイン・カメラ手続の問題点としては、裁判官の心証に対する影響や手続保証に対する危惧などが指摘されている¹²⁴が、イン・カメラ手続がこのような問題点を内包していることから、学説の中には、他の手段では目的を達成できない場合に限りイン・カメラ手続を利用すべきだとするいわゆる補充性説が唱えられている¹²⁵。しかし、このような見解に対しては、裁判所の裁量権を不当に制約するものだといった多くの批判が加えられており、学説においてはあまり支持されていないようである。一方、このような見解とは違って学説において有力に唱えられているのが、イン・カメラ手続に入る前にヴォーン手続（Vaughn procedure）を活用すべきであるとする見解である¹²⁶。このヴォーン手続とは、アメリカにおける行政情報の開示に関する争いの中で判例により確立されたもので¹²⁷、開示請求の対象である情報の所有者たる行政庁に対し、非開示とした情報とその理由を記載したカテゴリー別の詳細な目録であるヴォーン・インデックス（Vaughn Index）を作成させ、この目録の記載をめぐって当事者が争うことによって公開か非公開かを決するというものであり、本稿のテーマとの関係において非常に興味深い¹²⁸。このヴォーン手続において作成されるヴォーン・インデックスは、文書所持者自らが文書の内容自体を明らかにしない範囲で作成するもので、申立人と裁判所において非開示の明確な理由を読み取ることができれば足りるとされている。そして、情報の秘密性やプライバシーを侵害するような具体的な記載は要求されていないため、心証に与える事実上の影響といった弊害を抑えることもでき、さらには、大量の証拠を閲読することなくヴォーン・インデックスを利用することによって効率的な事務処理が可能となるため、迅速な裁判にも資するとされている¹²⁹。

次に、文書提出命令に従わない場合の制裁についてであるが、この点、旧法においては、「文書ニ関スル相手方ノ主張ヲ真実ト認ムルコトヲ得」と規定されており（旧民事訴訟法第316条）、この「文書ニ関スル相手方ノ主張」の意義について最高裁は、当該文書の記載内容及びその文書の成立の真否についての相手方の主張と解し、要証

¹²³ 小林 前掲註 87 308 頁 参照

¹²⁴ 伊藤眞 「イン・カメラ手続の光と影」 『民事訴訟法理論の新たな構築 下巻』（有斐閣 2001） 198 頁

¹²⁵ 例えば、奥博司 「文書提出命令 - インカメラ手続」 『新民事 理論と実務訴訟法体系 第3巻』（青林書院 1997） 220 頁

¹²⁶ 例えば、小林 前掲註 87 310 頁、三木 前掲註 107 88 頁以下

¹²⁷ Vaughn v. Rosen, 484 F.2d 820 (D.C.Cir.1973)

¹²⁸ この点、ヴォーン手続は、イン・カメラ手続の実施される場合を限定することには役立つが、イン・カメラ手続そのものの適正な運用を確保するためには役立つまいとの指摘もなされている（伊藤 前掲註 124 206 頁）

¹²⁹ 三木 前掲註 105 88 頁以下 参照

事実までは真実と認めることはできないとの判断を示していた¹³⁰。しかし、このようなことに対しては、文書提出義務の実効性を欠く原因となっているとの指摘を受けていたため、現行法においては、第224条に第3項が新設され、申立人が当該文書の記載について具体的な主張をすることが著しく困難であり、かつ、申立人が当該文書によって証明すべき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場合に、要証事実についても真実と認めることができるようになった。もっとも、不提出の場合に必ず真実と認めなければならないわけではなく、弁論の全趣旨等からみて申立人の主張が真実でないとの確信を裁判官が得たならば、本条項を適用すべきでなく、そのほか真実擬制が当事者間の公平にかえって反するような場合にも、本条項を適用すべきでないとされている¹³¹。

次に、アメリカの民事訴訟手続における証拠開示¹³²についてであるが、アメリカのディスカバリー（discovery）制度は、訴答手続¹³³（pleading）とトライアルの間に位置する手続であり、機能としては、証拠保全、争点整理、トライアル準備などがあるとされている。このディスカバリー制度というものは、裁判所の関与なく両当事者の間でなされることが原則となっており、争いがある場合にはじめて裁判所が関与することになっている。開示の方法は、相手方の請求を待つまでもなく当然開示（disclosure）と請求開示（discovery）に分けることができ、このうち当然開示については、さらに冒頭の当然開示¹³⁴（initial disclosure）（連邦民事訴訟規則第26条（a）（1））、専門家証言の当然開示¹³⁵（disclosure of expert testimony）（連邦民事訴訟規則第26条（a）（2））、トライアル前の当然開示¹³⁶（pretrial disclosure）（連邦民事訴訟規則第26条（a）（3））に分けられている。また、請求開示については、証言録取書¹³⁷（deposition）（連邦民事訴訟規則第30条以下）、質問書¹³⁸

¹³⁰ 最判昭和31.9.28 裁判集民23号281頁、判タ63号47頁

¹³¹ 大村雅彦「文書提出命令 - 発令手続と制裁」『新民事 理論と実務訴訟法体系 第3巻』（青林書院1997）237頁 参照

¹³² アメリカの開示手続については、小林 前掲註87 101頁以下、春日 前掲註88 13頁以下のほか、浅香吉幹「アメリカ民事手続法」（弘文堂2000）73頁以下、メアリ・K・ケイン（石田裕敏訳）「アメリカ民事訴訟手続」（木鐸社2003）114頁以下、グリーン・M・ダグラス（小島武司、椎橋邦雄、大村雅彦訳）「体系アメリカ民事訴訟法」（信山社1993）199頁以下 参照。そのほか、2000年改正については、笠井正俊「アメリカの民事訴訟法における2000年のディスカバリー制度改正をめぐって」『民事訴訟法理論の新たな構築 下巻』（有斐閣2001）3頁以下 参照

¹³³ 訴答手続とは、提訴後に両当事者が書面によって主張を交換する手続であり、連邦民事訴訟法規則においては、原告の訴状（complaint）と被告の答弁（answer）のみとされ、それ以外は裁判所が認めた場合のみできることになっている（連邦民事訴訟規則第7条）。

¹³⁴ 冒頭の当然開示とは、訴答手続で主張された事実にかかわる基本的情報、例えば、争点事実にに関する情報を有すると思われる個人の氏名や自らの主張を支持する文書等を開示するもの。

¹³⁵ 専門家証言の当然開示とは、トライアルで証言予定の専門家の業績等に関する情報について開示するもの。

¹³⁶ トライアル前の当然開示とは、トライアルで召喚することが見込まれる証人に氏名等、証言録取書の証人の特定、書証リスト等について開示するもの。

¹³⁷ 証言録取書には、裁判所の命令によって証拠保全のために行なわれるものや（連邦民事訴訟規則第27条）書面による質問に対して証言する形式のものがあるが、一般的には裁判所の命令なく当事者等を証人として弁護士事務所等に召喚し、交互尋問方式によって証言を録取する方法が採られている。そして、証人の

(interrogatories)(連邦民事訴訟規則第 3 3 条), 文書提出及び土地立入¹³⁹ (production and entry)(連邦民事訴訟規則第 3 4 条), 身体及び精神検査¹⁴⁰ (physical and mental examination)(連邦民事訴訟規則第 3 5 条), 自白要求¹⁴¹ (request for admission)(連邦民事訴訟規則第 3 6 条) に分けられている。ディスカバリーの対象範囲は、極めて広範なものとされており、2000年改正においては、「当該訴訟に含まれる係争事項に関連する事項」(relevant to the subject matter involved in the action) については裁判所の命令を要するとされ、ディスカバリーの範囲が多少限定された。ただ、トライアルでは採用されない伝聞 (hearsay) 情報であっても証言録取書や質問書によって収集することができるとされており、ディスカバリーの範囲が広範であることには変わりがない。

なお、証言拒絶特権¹⁴²のあるもの (privilege) 及びワーク・プロダクト (work product) については、開示義務の対象から除外されている。このワーク・プロダクトの法理というものは、法的寄生 (legal parasitism), すなわち、相手方の努力にただ乗りすることを阻止するためのものとされ、特に相手方弁護士的心証 (mental impression) 等は絶対的に保護される扱いとなっている。但し、開示請求者にとって開示が必要であり、かつ、開示が拒否されることによって著しい困難が伴う場合には、例外的に開示が許されており¹⁴³、その他裁判所は、証言拒絶特権やワーク・プロダクト以外のものについても、一定の場合に保護命令 (protective order) を発することによって開示を不許可としたり制限したりすることができるとされている (連邦民事訴訟規則第 2 6 条 (c))。このようなディスカバリー制度については、その濫用がよく問題とされ、これまでそれを抑止するための幾多の法改正が繰り返されてきた。このような濫用の典型例としては、大量の開示請求や質問書を繰り返すことによって相手方に和解を迫る場合や不必要に大量の資料を送りつけることによって事実上相手方が必要な資料を見つけ出せなくする場合などがあるとされるが、1993年改正においては、証言録取書や質問書に数量制限を課すこととし¹⁴⁴、さらに2000年改正においては、証言録取書について原則として1日以内、7時間以内に制限することとさ

出頭を確保するために召喚状 (subpoena) の交付を裁判所に請求することができ、不出頭に対しては裁判所侮辱 (contempt of court) の制裁がある (連邦民事訴訟規則第 45 条)。

¹³⁸ 一方当事者が相手方に対して書面で質問し、回答を求めるもの。

¹³⁹ 文書提出及び土地立入とは、裁判所の許可を得るまでもなく、当事者等に対して保管文書等の閲覧、謄写を求め、あるいは土地・建物に立ち入って検証することを求めるもの。また、第三者に対して強制する場合は、文書提出命令状 (subpoena duces tecum) によってなされる。

¹⁴⁰ 身体及び精神検査は、身体・精神状態が争点となっており、正当な理由があつて裁判所が命じた場合のみできることになっている。

¹⁴¹ 自白要求とは、相手方に対して当該訴訟に関して自白することを書面で要求するもの。

¹⁴² 自己負罪拒否特権といった憲法上の権利のほか、配偶者間や弁護士と依頼人の関係などで認められる。

¹⁴³ *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947)

¹⁴⁴ この点、証言録取書は 10 件までとされ (連邦民事訴訟規則第 30 条 (a)(A)), 質問書は 25 項目までとされている (連邦民事訴訟規則第 33 条 (a))。

れている。

5 - 2 民事訴訟法における証拠開示をめぐる議論が審判手続に示唆するもの

民事訴訟法における証拠開示をめぐる議論を概観してまず気付くことは、前述した刑事訴訟法における議論との共通点が多いことであり、審判手続における証拠開示を考える上でも興味深い。すなわち、刑事訴訟法においても民事訴訟法においても、証拠の偏在が認められる場合は、形式的な当事者主義から脱却し、当事者間の武器対等、実質的当事者対等を実現するための手当が必要だとされ、そのためには十分な証拠開示が大切だとされている。そして、証拠開示の効果としては、実体的真実の発見や争点を圧縮して迅速な裁判の実現に資するといった多くのメリットが指摘され、それらが一連の法改正によって法制度の中に取り込まれている。これら刑事訴訟法や民事訴訟法における証拠開示をめぐる議論というものは、審判手続に対して多くの示唆を与えるものであり、これらを参考にして、今後審査審判規則においても、証拠開示手続の確立へ向けたさらなる法整備を進めることが必要であると思われる。

ところで、文書提出命令の申立て方法について民事訴訟法は、前述のように、「文書の表示」、「文書の趣旨」、「文書の所持者」、「証明すべき事実」及び「文書の提出義務の原因」を明らかにして書面で行なわなければならない旨規定しているが(民事訴訟法第221条第1項、民事訴訟規則第140条第1項)、これは、審査審判規則第53条第1項が、文書等提出命令の申立て方法について、「文書その他の物件の表示」、「文書の趣旨」、「文書その他の物件の所持者」、「証すべき事実」及び「申立ての理由及び必要性」を明らかにして書面で申立てなければならないとしていることと極めて類似したものとなっている。そのため、審査審判規則における文書等提出命令の規定と民事訴訟法の文書提出命令の規定というものは、互いに似た構造をしているものと考えられ、例えば文書の特定については、民事訴訟法において「文書の表示」及び「文書の趣旨」から文書の特定がなされるように、審査審判規則においては、「文書その他の物権の表示」と「文書の趣旨」から文書が特定されることになるとと思われる。また、審判手続における文書等提出命令というものは、民事訴訟法における文書提出命令と同様に、他人の支配下にあるものの提出を求める制度であるから、当然のことながら文書等の特定には困難が予想され、何らかの手当が必要である。この点、民事訴訟法においては、前述したように、文書特定のための特別の規定が設けられており(民事訴訟法第222条)、立法論としては、審査審判規則も同様の規定の設置を検討すべきであると思われる。民事訴訟法第222条は、「文書の所持者がその申立てに係る文書を識別することができる事項を明らかにすれば足りる」としており、刑事訴訟法第316条の15第2項と同じように、一定の場合に申立人の特定責任を緩和している。ちなみに、民事訴訟法のこの規定は、証拠の構造的偏在から生じる武器の不平等を是正するため

の規定であり、申立人側の特定困難性の程度に応じて文書所持者の識別に要する負担を増減させて解釈されるべきものであるとの指摘がなされているが¹⁴⁵、このような民事訴訟法における柔軟な解釈運用というものは、審判手続においても参考とすべきである。

民事訴訟法においては、文書提出義務が認められてはじめて文書提出命令が発せられる仕組みとなっており、前述したように、旧法においては、この文書提出義務がごく限られたものにしか認められていなかった。しかし、現在では、公務文書を含めた一般的文書提出義務が認められるようになっており、一定の除外事由がなければ提出を拒むことができないとされている（民事訴訟法第220条第4号）。この点、審査審判規則は、文書提出義務に関する規定を設けておらず、申立人が示した「申立ての理由及び必要性」などを審判の主宰者が広範な裁量により判断して文書等提出命令の是非が決定されることとなっている（審査審判規則第53条第2項）。審査審判規則のこのような規定の仕方に対しては、文書等提出命令の対象範囲を広くするものとして積極的に評価する見解があるが¹⁴⁶、疑問である。現行の審査審判規則においては、文書等の提出が義務付けられる範囲の外延が明確でないため、確かにこれを広めに解釈することもできなくはないが、逆に狭く解釈することも可能であり、文書等提出命令に関する前述の基本先例から窺えるように、実務においてはむしろ狭く解釈されるのが通常であると思われるからである。すなわち、個別に文書等の提出義務が明確に示されるか、あるいは一般的提出義務が認められるのでなければ、極めて限定的な文書等提出命令の解釈運用が可能となって、この制度を絵に描いた餅にしてしまう危険性があると思われる。したがって、審査審判規則においても、文書等の提出義務に関する規定、具体的には、少なくとも一般的に提出義務が認められる一定類型の文書等を示した規定が設けられる必要があると考える。ただ、事業者の秘密に係わる事項のような提出させることが妥当でないものも当然あり、その他開示に伴う諸々の弊害も考慮しなければならない。そのためには、できる限り明確な形で除外事由を示す必要があるが、それにも自ずと限界があり、実際には微妙な判断を要することが多いと考えられる。そこで、このような場合には、刑事訴訟法のところでも若干述べたように、審判の主宰者が証拠に接して判断を下すというイン・カメラ手続が有効であり、審判手続においてもこの手続の導入を検討すべきであると考えられる。ただ、このイン・カメラ手続については、前述したように、心証に対する影響や手続保証に対する危惧といった欠点も指摘されているところであり、導入に当たってはこれらを考慮する必要がある。特に審判の主宰者の心証に対する事実上の影響については、審判官が職業裁判官のようないわば職人ではなく、事務総局職員であることを考えると¹⁴⁷（独占禁止法

¹⁴⁵ 三木 前掲註 105 198 頁

¹⁴⁶ 常岡 前掲註 40 67 頁

¹⁴⁷ 裁判所からの出向者が1名審判官に加わったことによって多くの改善がなされたと評されているようで

第35条第8項)文書等提出命令を発するべきかどうかの判断と実体に関する心証形成を分離するという事は一般に困難だと思われる¹⁴⁸。そこで、このような状況に対処するためには、前述したヴォーン手続のような方法を利用することが有効であると思われる。すなわち、一応は最終的手段としてイン・カメラ手続を設けながらも、その前にまずヴォーン手続のような手続を経なければならないようにすることによって、妥当な結果を得ることができるのではなかろうか。今後検討すべき事項であると思われる。

次に、文書等提出命令に従わない場合の制裁についてであるが、独占禁止法第94条の2第4号は、審判の当事者、第三者の区別なく、文書等提出命令に従わない場合20万円以下の罰金に処するとしている。一方、民事訴訟法第225条は、第三者が文書提出命令に従わない場合の制裁について、20万円以下の過料に処するとしており、審査審判規則が間接強制の方法によるものであることに比べると若干弱い制裁方法となっている¹⁴⁹。もっとも、審査審判規則第94条の2第4号の制裁規定は、実際に発動された例はなく、この点、民事訴訟法第225条の制裁規定も同様のようであり¹⁵⁰、制裁としての実質的な機能はそれ程の変わらないものと思われる。この民事訴訟法第225条の規定については、第三者がある程度の規模を持つ企業であるような場合に実効性が疑われるとの指摘がなされているが¹⁵¹、このようなことは、審判手続にも当てはまることであり、今以上に実効性のある制裁規定を設ける必要があると思われる。また、民事訴訟法第224条第1項ないし第3項は、当事者が文書提出命令に従わない場合の法律効果について定めており、前述のように、一定の場合には文書の記載内容についての主張だけでなく、証明主題についても真実擬制がなされることになっている。この点、審査審判規則は、真実擬制に関する規定を設けておらず、この種の制裁の導入を検討すべきだとの指摘もなされている¹⁵²。ちなみに、アメリカの連邦民事訴訟規則においては、開示強制命令(order compelling discovery)に従わない場合、拘禁(jail sentence)や罰金(fine)を含む裁判所侮辱(contempt of court)の判決を行なうことができるとされ、そのほか証明主題たる事実の証明擬制や弁護士

あるが、特にテクニカルな面で多くの問題が残されていると思われる(白石忠志「独占禁止法講義 第2版」(有斐閣 2000) 154頁 参照)。この点、平成16年10月14日付けで公正取引委員会が発表した「『私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律案』の国会提出について」と題する文書においては、法曹資格を持つ審判官を2名増やすとしている。

¹⁴⁸ この点、刑事訴訟規則第192条が証拠能力の審査のため証拠書類等の提示を命ずることができることと規定し、この手続によって実体に関する心象を形成することが許されないとされていることから、これとの対比で、提出義務の判断と実体に関する心証形成を分離できるとする見解がある(門口編(金子修 執筆)前掲註44 182頁)。

¹⁴⁹ この点、立法過程においては、直接強制や間接強制も検討されたようであるが、事件に関係がない第三者に対して強力な制裁を課すことはかえって不相当であることも多いと考えられたようである(小林 前掲註87 148頁 参照)。

¹⁵⁰ 門口編 前掲註44(和久田道雄 執筆)215頁 参照

¹⁵¹ 坂田宏「文書提出命令違反の効果」『講座 新民事訴訟法』(弘文堂 1999) 121頁

¹⁵² 常岡 前掲註40 68頁

費用の負担といった極めて強力な制裁が用意されている（連邦民事訴訟規則第37条（b）以下）。このような連邦民事訴訟規則の強力な規定というものが、審判手続に直ちに当てはまるものとは思われないが、実効性を確保するためには強力な制裁規定が必要であり、かつ、強力な制裁規定が用意されていれば、その制裁を滅多に発動しなくても、ある程度制度がスムーズに機能するということを示唆しているように思われる。アメリカにおいては、より多くの証拠を通じて事案の解明を図ることが、それだけ正義のためにより良い結果を生み出すことになるとの考えが支配しているようであるが¹⁵³、このような発想自体は、審判手続においても取り入れていかなければならないのではなかろうか。ただ、アメリカにおいては、前述したように、ディスカバリー制度の濫用が常に問題となり、2000年の法改正においては、ディスカバリーの範囲を若干限定する方向で修正が加えられている。このようなことは、開示の範囲が広ければそれでいいわけではないということを示唆しており、興味深いところである。

以上のような民事訴訟法における証拠開示をめぐる議論というものは、審判手続における証拠開示に関する規定の整備の必要性を改めて認識させるものであったように思われる。前述したように、公務文書に対する文書提出命令の扱いについては、一連の民事訴訟法改正において最も議論となったところであり、現在のように一般的提出義務が認められるに至った背景には、情報公開法の成立というものがあった。この情報公開法は、行政機関の保有する行政文書について広く適用されるものであり、「何人」も文書の開示を請求できると規定し（情報公開法第3条）、証拠開示としての機能を有している。また、処分等の行政作用の手続について定めた行政手続法は、不利益処分をしようとする場合の聴聞手続において、文書等閲覧請求権を認めており（行政手続法第18条）、これもまた証拠開示としての機能を有している。そこで、次にこれらの法律分野における議論を概観し、それが審判手続の示唆するものについて検討することとする。

6 行政手続法等における証拠開示

6 - 1 行政手続法および情報公開法における証拠開示をめぐる議論の概要

行政手続法は、処分等の行政作用に関し、「行政運営における公正の確保と透明性の向上」を目的とするものであり（行政手続法第1条）、行政庁が不利益処分をしようとする場合の手続について詳細な規定を置いている。この不利益処分とは、「行政庁が、法令に基づき、特定の者を名あて人として、直接に、これに義務を課し、又はその権

¹⁵³ 春日 前掲註 88 4 頁 参照

利を制限する処分」であり（行政手続法第2条第4号）、聴聞と弁明の機会の付与の2つに分類されている（行政手続法第13条）。このうち、より正式な手続である聴聞手続については、口頭審理主義が採られ（行政手続法第20条）、比較的略式な手続である弁明の機会の付与については、原則として書面審理主義が採用されている（行政手続法第29条）。

なお、聴聞よりもさらに慎重な手続によって行われる審判手続については、特定の行政分野について独自の手続体系が形成されていることから¹⁵⁴、「行政手続法の施行に伴う関係法律の整備に関する法律」によって適用除外とされ、この法律によって追加されることとなった独占禁止法第70条の2は、行政手続法の第二章及び第三章の規定を適用しないとしている。

ところで、行政手続法第18条第1項は、「当事者及び当該不利益処分がなされた場合に自己の利益を害されることとなる参加人は、聴聞の通知があった時から聴聞が終結する時までの間、行政庁に対し、当該事案についてした調査の結果に係る調書その他の当該不利益処分の原因となる事実を証する資料の閲覧を求めることができる」としている。この規定は、行政不服審査法第33条第2項が、「処分庁から提出された書類その他の物件」についてのみ閲覧を認めていることと比べると、広範な文書等閲覧請求権を認めたものとなっており、そのためこの規定は、行政庁側が手の内をさらすという意味において画期的なものであるとされ¹⁵⁵、手続的防禦権の充実だけでなく行政庁の文書管理体制の整備も促進されとの指摘もなされている¹⁵⁶。そして、このような文書等の閲覧が請求された場合は、「行政庁は、第三者の利益を害するおそれがあるときその他正当な理由があるときでなければ、その閲覧を拒むことはできない」とされており（行政手続法第18条第1項）、例外的な場合を除いて閲覧を拒否できないことになっている。ちなみに、この「第三者の利益を害するおそれがあるとき」とは、閲覧請求者および行政庁側以外の者のプライバシーや企業秘密を害することが想定されており、「その他正当な理由があるとき」とは、行政執行に支障が生ずる場合、閲覧請求者の利益が小さい場合、閲覧請求の濫用となる場合などが想定されているようである¹⁵⁷。

一方、情報公開法は、「政府の有するその諸活動を国民に説明する責務が全うされるようにするとともに、国民の的確な理解と批判の下にある公正で民主的な行政の推進に資すること」を目的とし（情報公開法第1条）、「何人も、この法律の定めるところにより、行政機関の長に対し、当該行政機関が保有する行政文書の開示を請求するこ

¹⁵⁴ 宇賀克也 「行政手続法の解説 第三次改訂版」（学陽書房 2001）102頁 参照

¹⁵⁵ 塩野宏、高木光 「条解行政手続法」（弘文堂 2000）253頁

¹⁵⁶ 宇賀 前掲註 154 126頁

¹⁵⁷ 塩野、高木 前掲註 155 248頁以下 参照

とができる」と規定している（情報公開法第3条）¹⁵⁸。そして、開示請求をしようとする者は、氏名や住所などの他、当該行政文書を特定するに足りる事項を記した書面を提出するものとされている（情報公開法第4条第1項）。しかし、行政文書の特定については、請求者にとって困難が予想されるため、行政機関の長は、請求者が容易かつ的確に開示請求することができるよう情報の提供その他利便を考慮した適切な措置を講ずるものとされ（情報公開法第23条第1項）、それでもなお形式上の不備がある場合には補正を求めることができ、その際参考となる情報を提供するよう努めなければならないとされている¹⁵⁹（情報公開法第4条第2項）。また、行政文書の開示義務については、情報公開法第5条に不開示情報の類型が限定列挙されており¹⁶⁰、これらの類型に当てはまる場合以外は原則開示の扱いとされている。ただ、行政文書に不開示情報が記載されている場合であっても、公益上特に必要があると認められる場合には、当該文書を開示することができることとされており（情報公開法第7条）、不開示情報については、開示情報とは逆に原則として開示を禁止し、一定の例外事由がある場合に開示を認めるという構造となっている¹⁶¹。そして、情報公開法と他の法令との関係については、「行政機関の保有する情報の公開に関する法律の施行に伴う関係法律の整備に関する法律」（以下、整備法という。）によって適用除外とされない限り、双方の法律が並行的に適用されるものとされ、文書へのアクセスについて情報公開法と同一条件が確保されている場合に限って情報公開法が適用されないこととなっている（情報公開法第15条）。すなわち、「何人」にも開示される旨の規定がある場合でなければ情報公開法が並行的に適用されることになり、例えば、行政手続法第18条第1項の文書等閲覧請求権のように請求権者が限定されている場合には、情報公開法が並行的に

¹⁵⁸ 開示請求権を有する者として情報公開法は、「何人も」という規定の仕方をしており、法人や外国に居住する外国人も含まれることになっている。この点、情報公開法が国民主権原理から導かれるものであることとの関係で問題となり、立法過程においては、主権が集合体としての国民に帰属するというナシオン主権とみるべきか、あるいは具体的市民に帰属するというプーブル主権とみるべきかといった議論がなされたようである。しかし、開示請求者を限定しても容易に潜脱することが可能であり、諸外国の情報公開法も「何人も」という規定の仕方をしており、国際協調主義の立場からも開示請求者を限定すべきでないと考えられたことから、現行法のような形となったようである（宇賀 前掲註154 37頁 参照）。

¹⁵⁹ この点、行政手続法第9条第2項は、「行政庁は、申請しようとする者又は申請者の求めに応じ、申請者の記載及び添付書類に関する事項その他の申請に必要な情報の提供に努めなければならない」と規定しており、申請者等の求めに応じる形となっているが、情報公開法は、求めがなくても積極的に情報提供するよう努めなければならない形になっている。

¹⁶⁰ 不開示情報とされるのは、個人に関する情報で特定の個人を識別することができるもの、特定の個人を識別することはできないが、公にすることによって個人の権利利益を害するおそれのあるもの、法人等又は個人事業に関する情報で競争上の地位その他正当な利益を害するおそれのあるもの、同じく法人等の情報で行政機関の要請を受けて公にしないとの条件で任意に提出されたものうち通例として公にしないこととされているもの及びこれに類するもの、公にすることにより国の安全、国際機関との信頼関係等に影響を及ぼすおそれがあると行政機関の長が認めるにつき理由があるもの、公にすることによって公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれがあると行政機関の長が判断するに理由があるもの、国の機関等の内部等における協議等に関する情報で率直な意見交換等が不当に損なわれ、国民の間に混乱を生じ、特定の者に不当に利益又は不利益を与えるおそれがあるもの、国の機関等の事務等に関する情報で、公にすることにより当該事務等の遂行に支障を生じさせるおそれのあるもの、などとされている。

¹⁶¹ 宇賀克也「新・情報公開法の逐条解説 第2版」（有斐閣 2004）46頁、この点、このような解釈は、情報公開法を秘密保護法とするものであり、憲法第21条に基づく政府情報の公開を求める権利に反するものだとする見解がある（松井茂記「情報公開法 第2版」（有斐閣 2003）129頁）

適用されることになる¹⁶²。このようなことは、整備法によって適用除外とされておらず、しかも開示請求者を利害関係人に限定している独占禁止法第69条についても当てはまることであり、このことから利害関係人は、独占禁止法第69条によって閲覧謄写を請求できるだけでなく、情報公開法によっても閲覧を請求できることになっている¹⁶³。

また、この情報公開法との関係については、民事訴訟法においても論点となっており、情報公開法を利用することによって一般国民が開示を求めることができる文書について、民事訴訟法第220条第4号口を提出義務の原因として文書提出命令の申立てができるかということが問題となっている。この点、民事訴訟法第220条第4号に基づく文書提出命令の申立ては、書証の申出を文書提出命令の申立てによってする必要がある場合でなければならぬとされていることから（民事訴訟法第221条第2項）、情報公開法を利用して当該文書を容易に入手できる場合には、文書提出命令の申立てによることはできないとする見解がある¹⁶⁴。このような見解は、申立てに理由がある場合に文書等提出命令が発せられるとする（審査審判規則第53条第2項）審判手続における文書等提出命令制度についても当てはめが可能であり、被審人が情報公開法を利用して資料を入手できる場合には、文書等提出命令を発するべきでないと考えることもできなくはない。

ところで、行政手続法と情報公開法との関係、具体的には審判手続における証拠開示と情報公開法との関係については、アメリカにおいて議論がなされており、参考になるとと思われる。そこで、この点について若干検討してみるに、アメリカにおいては、合衆国法典の第5巻の中に行政手続に関する条項が設けられており、これらの条項を総称して連邦行政手続法（Administrative Procedure Act）（以下、APAという。）と一般に呼ばれている。そして、5 U.S.C. § 554, § 556, § 557には、正式裁決（formal adjudication）に関する規定が定められており、これらが我が国における審判手続にほぼ相当すると考えることができる¹⁶⁵。このようなアメリカにおける裁決手続は、行政法審判官（Administrative Law Judge, 以下、ALJという。）が手続を主宰することとされているが、このALJになるためには、法曹資格だけでなく一定の資格要件を満たす必要があるとされている。そのほか、一方的通信（ex parte communication）が厳格に禁止されていたり¹⁶⁶、ALJの職務の独立性が保障されていたりすること等

¹⁶² 宇賀 前掲註 161 105 頁 参照

¹⁶³ 宇賀 前掲註 46 12 頁 参照、この点、前掲註 46 の村上論文は、審判記録の閲覧謄写については情報公開法によるよりも直接的な規定である独占禁止法第69条によって規律されるべきだとしている（村上 前掲註 46 21 頁 注記 17）。なお、公正取引委員会は、平成 13 年 4 月 1 日付けで「情報公開法に基づく処分に係る基準について」という文書を発表しており、情報公開法によって開示する具体例を示しているが、審判手続における証拠の取扱いについては特に触れていない。

¹⁶⁴ 門口編（花村良一 執筆）前掲註 44 135 頁

¹⁶⁵ 宇賀克也「行政手続法の理論」（東京大学出版 1995）161 頁

¹⁶⁶ 5 U.S.C. § 557 (d)

から¹⁶⁷，アメリカにおける裁決手続は，我が国における審判手続よりも司法的であるとの指摘がなされている¹⁶⁸。ただ，採決手続がこのような司法的性格の強いものであるにもかかわらず，APAにおいては，司法手続で認められているようなディスカバリーに関する規定が特に設けられていないため，かつてアメリカ合衆国行政会議¹⁶⁹（Administrative Conference of United States）は，各行政庁の規則において包括的なディスカバリー手続を採用するよう勧告を行ったことがあった¹⁷⁰。そのため，現在ではほとんど全ての連邦行政庁がその規則の中にディスカバリー手続を導入しているようであるが¹⁷¹，その手続の内容は，行政庁によってまちまちのようである。ちなみに，連邦取引委員会（Federal Trade Commission）の規則には，後述するように，連邦民事訴訟規則に極めて近い内容のディスカバリー規定が設けられているが，例えば，全国労働関係委員会（National Labor Relations Board）は，現在でもディスカバリー規定を特に設けていないようである¹⁷²。

一方，5 U.S.C. § 552 は，情報自由法（Freedom of Information Act）と一般に呼ばれているものであり，我が国の情報公開法に相当する法律となっている。この情報自由法による開示請求は，何人によってもなすことができ¹⁷³，請求人は，当該記録について「合理的に記述する」ことによって特定しなければならないが¹⁷⁴，一定の除外事由（exemption）に該当しない限り，請求目的を問われることもなく開示されることになっている¹⁷⁵。しかも，開示除外事由に該当することの挙証責任は行政庁側にあるとされており¹⁷⁶，開示を求める側にとっては何かと都合のいい規定となっている。そこで，アメリカにおいては，ディスカバリーの代替手段あるいはそれを補足するもの

¹⁶⁷ 例えば，ALJの選考については，個々の行政機関ではなく人事管理庁（Office of personnel Management）がすることになっており，給与も人事管理庁の規則に従うことになっている。また，免職といった不利益処分についても，原則として能力主義保護委員会（Merit Systems Protection Board）でのヒアリング手続の後，正当な理由が立証された場合のみなされることになっている（宇賀克也「アメリカ行政法 第2版」（弘文堂 2000）129頁参照）。

¹⁶⁸ 宇賀 前掲註 165 161頁

¹⁶⁹ アメリカ合衆国行政会議は，連邦行政機関の手続を改善し，私人の権利と公益を保護する責任が公平かつ迅速に行なわれるようにすることを目的として，連邦行政機関が協力して研究等を行なうことによって，大統領等に改善を勧告することを任務とする機関であったが，1995年に活動を終えている（宇賀 前掲註 165 267頁参照）。

¹⁷⁰ Recommendation 70-4,1 CFR § 305.70-4. (1988)

¹⁷¹ 宇賀 前掲註 165 170頁参照

¹⁷² See Alfred C. Aman, Jr. and William T. Mayton, ADMINISTRATIVE LAW (second edition), 219-220 (2001)

¹⁷³ この点，旧法においては，請求権者が「適切かつ直接に利害関係を有する（properly and directly concerned）」場合でなければ請求ができないとしていたが，敢えてその制限を取り払ったという事情があるようである（宇賀克也「アメリカの情報公開（二）」自治研究第72巻第9号（1996）73頁以下，松井茂記「アメリカの情報公開法（1）」ジュリスト1090号（1996）107頁参照）。

¹⁷⁴ 5 U.S.C. § 552(a)(3)，この点，専門的知識をもった職員が不合理な量の努力をせずに記録を探索することを可能にさせる程度の記述が必要だとされている（宇賀 前掲註 173 79頁参照）。

¹⁷⁵ 5 U.S.C. § 552(b)，除外事由としては，国家秘密，行政機関の内部的な規則，制定法により開示が除外されているもの，秘密に属する商業上もしくは金融上の情報，行政機関の内部的な覚書，プライバシーに関わる情報，法執行目的のために収集された記録もしくは情報，金融機関の規制等のために作成された報告等，油井に関する情報が列記されている。

¹⁷⁶ 5 U.S.C. § 552(a)(6)(A)()

として、情報自由法による開示請求がなされることがあり、これがいわゆるダブル・ディッピング（double dipping）と呼ばれる問題を生じさせている¹⁷⁷。この問題については、行政庁側の負担が増大するといったことから、行政庁を代理する政府弁護士から一様に批判されているようであり¹⁷⁸、このような情報自由法の利用については、連邦最高裁も好ましいと考えていないようである¹⁷⁹。しかし、行政庁と対峙する当事者としては、行政庁によるディスカバリーが十分であったかどうかを確認することができ、ディスカバリーと違って事件の当事者性や関連性が要求されず、ディスカバリーの請求期限を徒過しても利用できるといったメリットがあり¹⁸⁰、わが国においてもこのようなことが許されるべきだとする見解も存在している¹⁸¹。

なお、民事訴訟法のところでも若干触れたことであるが、アメリカの情報自由法訴訟においては、裁判官が開示情報に該当するかどうかを判断するに当たって、イン・カメラ手続を利用することができる¹⁸²。しかし、我が国の情報公開訴訟においては、イン・カメラ手続が導入されていない。これは、イン・カメラ手続が裁判の公開原則（憲法第82条）に触れるとする見解があること、相手方当事者に吟味・弾劾の機会を与えない証拠によって裁判をするという問題があること、情報公開条例をめぐる訴訟においては推認の方法によって処理してきた実績があること等に配慮して導入が見送られたからだ¹⁸³。このことに対しては、憲法第32条の裁判を受ける権利から当事者には非公開で審理してもらうことを求める権利が導かれ、裁判所は憲法第76条で付与された司法権に付随して当然にイン・カメラ手続を行なうことができるとするやや極端な見解¹⁸⁴や民事訴訟法がイン・カメラ手続を採用していることから違憲ではないという結論を導く見解などがある¹⁸⁵。ただ、この点については、イン・カメラ手続の導入が見送られた前述のような理由のほか、情報公開・個人情報保護審査会がその調査をするに当たってイン・カメラ手続を利用することができる¹⁸⁶、しかもそれを訴訟において活用できること等から、情報公開法は

¹⁷⁷ 宇賀克也「アメリカの情報公開（八）」自治研究第73巻第4号（1997）15頁以下、前掲註165-171頁以下参照

¹⁷⁸ この点については、相手方が政府代理人の知らない間に情報自由法によって文書を入手し、行政手続でそれを示すことによって不意打ちをするおそれがあることや、行政庁側の準備を妨害する目的で情報自由法による請求を濫発するおそれがあることなども指摘されているようである（宇賀 前掲註165-171頁以下参照）。

¹⁷⁹ SEE *Baldrige v. Shaprio*, 455 U.S.345,360 n.14（1982）

¹⁸⁰ そのほか、行政庁と対峙する当事者にとっては、ディスカバリーが訴訟提起後でなければ利用できないのに対し、情報自由法による請求はその前でも利用することができ、また、情報自由法訴訟の場合は、敗れても訴訟費用を負担することがないといったメリットもあるようである（宇賀 前掲註177-17頁以下参照）。

¹⁸¹ 宇賀 前掲註154-132頁

¹⁸² 5 U.S.C. § 552(a)(4)(B)

¹⁸³ 行政改革委員会行政情報公開部会「情報公開法要綱案の考え方」（1996年11月1日発表）参照

¹⁸⁴ 松井 前掲註161-367頁以下

¹⁸⁵ 北沢義博、三宅弘「情報公開法解説 第2版」（三省堂 2003）156頁

¹⁸⁶ 情報公開・個人情報保護審査会設置法第9条第1項

イン・カメラ手続の利用を想定していないとする見解もある¹⁸⁷。

6 - 2 連邦取引委員会の審判手続における証拠開示

連邦取引委員会における審判手続は、A P Aに規定された正式裁決手続の典型となっており、その具体的な手続については、連邦取引委員会の事務処理規則に詳細な規定が置かれている¹⁸⁸。この連邦取引委員会における審判手続は、審判開始決定書 (complaint)が発せられることによって開始され(16C.F.R. § 3.11(a))、手続の初期段階においては、当該審判開始決定書に対する被審人 (respondent) の答弁 (answer) (16C.F.R. § 3.12)といった訴答手続 (pleading) がなされることになっている。次に、聴聞前手続 (prehearing procedures) として、日程調整会議 (scheduling conference) (16C.F.R. § 3.21(b)) 及び最終聴聞前会議 (final prehearing conference) (16C.F.R. § 3.21(e)) がなされるほか、前述したように、連邦民事訴訟規則に類似した広範なディスカバリー手続が実施されることになっており (16C.F.R. § 3.31(a))、これらの手続が終了した段階ではじめて聴聞手続へと進むことになっている。聴聞手続においては、A L J が手続を主宰することとされ (16C.F.R. § 3.42(a))、違反事実の立証責任については、訴追側である連邦取引委員会の審判立会審査官 (complaint counsel) が負担することになっている (16C.F.R. § 3.43(a))。そして、審判手続においては、訴訟手続に類似した対審構造の下で、双方が証拠を提出することによって手続が進められるわけであるが、その際、訴訟手続におけるような厳格な証拠法則は適用されず¹⁸⁹、伝聞証拠 (hearsay evidence) であっても証拠能力 (admissibility) が認められ¹⁹⁰、事件との関連があり (relevant)、重要で (material)、信頼できる (reliable) ものについては証拠とすることができるとされている (16C.F.R. § 3.43(b)(1))。このような手続を経て証拠調べが終了すると、次に A L J が第 1 次決定 (initial decision) を下すことになるわけであるが、ちなみに、この第 1 次決定というものは、一定期間内に連邦取引委員会が職権で再審査するか又は当事者が異議 (appeal) を申立てない限り、連邦取引委員会の最終決定 (decision) になるとされている (16C.F.R. § 3.51(a))。そして、連邦取引委員会の最終決定に対して不服がある場合には、当事者は、その取消しを求めて連邦控訴裁判所 (court of appeals) に対して訴えを提起することができ、さらにそ

¹⁸⁷ 宇賀 前掲註 161 137 頁 参照

¹⁸⁸ 連邦取引委員会の審判手続に関する邦語文献としては、例えば、村上政博「アメリカ独占禁止法 第 2 版」(弘文堂 2002) 283 頁以下、屋宮憲夫「公取委・審判官制度改善への一提言」商事法務 1051 号 (1985) 24 頁以下、屋宮 前掲註 25 26 頁以下、常岡孝好「審判手続の透明化を超えて (上)」公正取引 618 号 (2002) 27 頁以下 参照

¹⁸⁹ この点、判例は、行政当局の主な機能は調査することであり、これが主張と証拠の厳格な一致を要求するルールによって阻害されるべきでない等としている。そのほか、行政庁の持つ知識や専門性に着眼するものもあるようである (see, Aman & Mayton, supra note 172, at 222, Federal Trade Commission v. Cement Institute, 333 U.S. 683 (1948))。

¹⁹⁰ see, Aman & Mayton, supra note 172, at 225

の判決に不服がある場合には、連邦最高裁判所(supreme court)に対して移送命令(certiorari)を請求することができる¹⁹¹とされている。

以上のような連邦取引委員会における審判手続のうち、本稿のテーマと関連するディスカバリー手続についてさらに検討を加えると、連邦取引委員会におけるディスカバリー手続においては、証言録取書(depositions)、質問書(written interrogatories)及び文書等の提出要求(production of documents or things)という方法のほか(16C.F.R. § 3.31(a))、自白要求(requests for admission)という方法も認められており(16C.F.R. § 3.32(a))、連邦民事訴訟規則に近い内容のものとなっている。また、連邦民事訴訟規則にあるような冒頭の当然開示(initial disclosure)に関する規定も設けられており(16C.F.R. § 3.31(b))、この手続においては、審判開始決定書についての連邦取引委員会の主張(allegations of the Commission's complaint)や被審人の防御に関する情報等について、相手方の要求を待つまでもなく、一定期間内に自主的かつ相互に開示しなければならないこととされている(16C.F.R. § 3.31(b)(1))。また、連邦民事訴訟規則における専門家証言の当然開示(disclosure of expert testimony)に類似した規定も設けられており、この手続においては、聴聞手続において証人とする予定の専門家の業績等について明らかにしなければならないとされている(16C.F.R. § 3.31(b)(3))。ただし、当該情報等が不開示特権に該当する場合や容易に入手可能なものである場合には、当然開示の必要はないものとされている(16C.F.R. § 3.31(b)(2))。また、開示要求が不合理に重複的(cumulative or duplicative)であるとか(16C.F.R. § 3.31(c)(1)())、負担や出費が開示の利益を上回っているとALJが判断したような場合には、ALJが当該ディスカバリーを制限できると規定されている(16C.F.R. § 3.31(c)(1)())。さらに、ALJは、憲法や制定法等によって規定された不開示特権を保護するため、あるいは証拠保全等のために保護命令(protective order)を発することもできる(16C.F.R. § 3.31(c)(2),(d)(1))。

なお、証拠を不開示扱いとすることとの関連で、連邦取引委員会の審判手続におけるイン・カメラ手続についても簡単に触れることとするが、この連邦取引委員会におけるイン・カメラ手続というものは、証拠開示するかどうかについて判断する際に、裁定者が当事者に閲覧する機会を与えないで行なう手続とは異なり、営業上の秘密(trade secret)等について、一定の範囲に開示を制限するための手続となっている。すなわち、連邦取引委員会におけるイン・カメラ手続というものは、原則として公開されることになっている審判手続において(16C.F.R. § 3.41(a))、公開を許すと当事者等に明確かつ重大な損害(clearly defined, serious injury)を与えるおそれがある情報等を保護するために、これらをイン・カメラの状態に置くことができるとするものであり(16C.F.R. § 3.45(b))、証拠収集手続とは直接関係のないものとなっている。ただ、

¹⁹¹ 15 U.S.C. § 45(c), 15 U.S.C. § 21(c)

このイン・カメラ手続においては、被審人とその代理人だけでなく、権限のある連邦取引委員会の職員等についても、当該証拠にアクセスできることとなっており(16C.F.R. § 3.45(a))、興味深いところである。

ところで、連邦取引委員会には、文書等の提出を命ずる文書等提出命令状(subpoenas duces tecum)及び証人の出廷・証言を命ずる証人召喚令状(subpoenas ad testificandum)を発する権限が与えられており(16C.F.R. § 3.34)、このうち、文書等提出命令状の発布に関する手続というものは、我が国の審判手続における文書等提出命令に相当するものとなっている。この点、連邦取引委員会のディスカバリー手続においては、当事者が相手方に対して直接に文書等の提出あるいはその閲覧・謄写を要求することができることとされており(16C.F.R. § 3.37(a))、相手方がこれに応じない場合には、当該文書等のディスカバリーを強制するようALJに請求することができることとされている(16C.F.R. § 3.38(a)(2))。つまり、相手方が証拠開示要求に応じない場合には、当事者は、文書等提出命令状の発布を求めることができ、さらにこの文書等提出命令状の発布を得た当事者は、これを証拠収集目的に利用することができることとされているのである(16C.F.R. § 3.34(b))。そしてさらに、相手方がこの文書等提出命令状に従わない場合には、それに対する制裁として、ディスカバリーを拒んだ者にとって当該文書等が不利なものであると推定をし(16C.F.R. § 3.38(b)(1))、あるいは不利な内容が立証されたとすることが認められている(16C.F.R. § 3.38(b)(2))。また、一定の証拠の申出や証拠の申出に対する異議の申立てを制限することもできるとされており(16C.F.R. § 3.38(b)(3),(4))、文書等提出命令状の実効性を確保する諸々の工夫が施されている。

6 - 3 行政手続法等における証拠開示をめぐる議論が審判手続に示唆するもの

我が国における行政手続法や情報公開法の議論を概観して気付くことは、それらの多くが、行政庁の手の内を明かすことに特別な力を注いでいるということである。これは、民事訴訟法の改正過程において、公務文書の一般的提出義務の導入をめぐるなされた議論と背景を同じくするものと思われるが¹⁹²、このようなことは、開かれた政府への期待が如何に大きいかということをも改めて認識させるものである。ただ、これら行政手続法や情報公開法における議論というものは、刑事訴訟法や民事訴訟法における議論とは異なり、両当事者のバランス、すなわち、武器対等の原則あるいは実質的当事者対等の実現といった点をあまり考慮していないように思われ、留意が必要である。

¹⁹² 平成8年の民事訴訟法改正においては、附則27条がつけられ、それは、情報公開法の検討と並行し、公布後2年を目途に必要な立法的措置を講ずるというものであった。そして、この附則27条をうけて情報公開法と並行して公文書を対象とする文書提出命令の検討が法制審議会等でなされたという経緯がある(小林 前掲註87 293頁以下 参照)。

ところで、行政手続法第18条第1項は、前述のように、不利益処分の名宛人たる当事者等に文書等閲覧請求権を認めており、それは、「処分庁から提出された書類その他の物件」に限られない広範なものとなっている。しかし、公正取引委員会の審判手続においては、前述の明治商事事件東京高裁判決が示したように、利害関係人の閲覧謄写できる範囲は、「審判手続そのものについての記録」に限られるとされており、「審判の開始される以前の手続段階における関係書類や審判手続に提出されていない審査官手持ち資料」は含まれないと解されている。この点、行政手続法の第二章ないし第三章については、独占禁止法第70条の2によって適用除外とされており、行政手続法の第三章に規定されている文書等閲覧請求権の存在について考慮する必要はないと考えることもできなくはないが、やはり行政手続についてのユニヴァーサル・スタンダードを設定しているとされる行政手続法の考え方を無視することはできないように思われる¹⁹³。審判手続における公正取引委員会の証拠開示に対する姿勢については、学説上限定的すぎるとの批判がなされているが¹⁹⁴、確かに、現状を打開する何らかの手当が必要だと思われる。ただ、その打開策を考える際に念頭に置かなければならないのが、情報公開法の存在である。

情報公開法は、国民主権に基づく政府の国民に対する説明責任を全うすることを目的とするものであり、本来は証拠開示を目的とした法律ではない。しかし、情報公開法は、前述したように、開示を請求する者の資格を限定しないだけでなく、請求目的も限定していないため、我が国においてもアメリカと同様にダブル・ディッピングの問題を生じさせている。そして、情報公開法と他の法令との関係については、情報公開法と同一条件が確保されている場合でなければ並行的に適用されることになっており、独占禁止法もその例外ではない。そのため、この問題は、審判手続における証拠開示を考える上でも避けることのできないものとなっており、検討する必要がある。そこで、まず、ダブル・ディッピングを認めるメリットとされるものについて考えてみるに、このダブル・ディッピングというものは、審判手続においては一方的に被審人側にとってメリットがあるものである。すなわち、情報公開法によって開示を請求する場合には、文書等提出命令によって開示を求める場合と異なり、申立ての理由や必要性が要求されず、文書の特定性の要件についても著しく緩和されているため、情報公開法第5条にある適用除外事由の解釈運用の如何によっては、文書等提出命令の申立てによるよりも遥かに広い範囲の文書について容易に開示を受けられる可能性がある。また、被審人側が公正取引委員会の証拠開示に対する対応について疑問を抱いた場合に、情報公開法を用いてそれが十分であったかを確認することができるといったことも考えられなくはない¹⁹⁵。しかし、文書等提出命令の申立てにおいて取調べの必要性

¹⁹³ 宇賀 前掲註 6 57 頁 参照

¹⁹⁴ 例えば、丹宗、岸井編 前掲註 15 68 頁 等

¹⁹⁵ 宇賀 前掲註 154 132 頁 参照

等が要求されるのは、事件の解決に関係のない証拠を取調べるのが無益であるからだけでなく¹⁹⁶、フィッシング・エクスペディションの弊害を助長するおそれがあるといった様々な理由があるからであり¹⁹⁷、これらの要件を実質的に骨抜きにしまうような運用は妥当でないと思われる。また、公正取引委員会の対応について疑問を抱いた場合にそれを確認する利益というものがあるとしても、それは、わざわざ審判係属中になさなければならないものでは必ずしもないと思われる。この点、アメリカにおいては、ダブル・ディッピングを認めることについて、事務処理量が増大することなどを理由に政府代理人が一様に批判しているようであるが、このことは我が国についても当てはまることである。ダブル・ディッピングを認めれば、当然のことながら審判の準備に多くの時間と手間を割く必要があり、そのことに伴う手続の遅延は避けられないと思われる。したがって、ダブル・ディッピングを認めることには慎重であるべきであり、審査官が提出済みの証拠については独占禁止法第69条によって、それ以外の証拠については、原則として文書等提出命令の適正な運用によって開示を実現するのが妥当であると考えられる。

なお、審判手続においてダブル・ディッピングを認めるのであれば、当事者間のバランスを考えた何らかの手当が必要であると思われる¹⁹⁸。ちなみに、強力な権限の下において行なわれる刑事手続については、整備法第7条をうけて設けられた刑事訴訟法第53条の2によって一律に情報公開法の適用が除外されているが¹⁹⁹、このことと比べると、権限が弱い公正取引委員会にダブル・ディッピングへの対応を強いることは少し酷であるように思われなくもない²⁰⁰。アメリカにおいては、レーガン政権時代において、係属中の訴訟手続や裁決手続の当事者等が情報自由法をディスカバリー目的で使用することを禁止する法案が提出されたこともあったようであるが²⁰¹、このようなことは、ダブル・ディッピングに伴う負担がいかにより大きなものであるかを示唆し

¹⁹⁶ 門口編 前掲註44（金子修 執筆）171頁 参照

¹⁹⁷ 吉丸 前掲註74 695頁 参照

¹⁹⁸ 本稿におけるダブル・ディッピングの問題は、当事者間の問題であることを前提としているが、情報公開法というものは、開示を請求できる者も開示を求める目的も限定していないため、審判とはまったく関係のない第三者が興味本位で審判に関わる文書の開示を請求することも考えられる。この点、第三者が係属中の審判事件に関する文書について開示請求しても特に問題はないとする見解もあるが（藤田稔「公正取引委員会の審判の事件記録に対する情報公開法第3条・独占禁止法第69条・民事訴訟法第223条による開示請求と事業者の秘密の保護」山形大学法学論叢第29号（2004）90頁）、このような開示請求に対応することによって審査官としては十分な審判準備ができなくなるおそれがあり、迅速な審判の進行を妨げる等事務の適正な遂行に支障を及ぼすと考えられるので、このよう見解は妥当でないと思われる。

¹⁹⁹ この点、刑事訴訟法及び刑事確定訴訟記録法を改正して一律除外規定を削除すべきであるとの見解もある（松井 前掲註161 432頁、北沢、三宅 前掲註185 184頁以下）。ちなみに、民事訴訟法においても類似した批判がなされており、民事訴訟法第220条4号ホが刑事訴訟記録等の文書提出義務を一律に除外していることについて、捜査の密行性やプライバシーの保護を考慮しても妥当とはいえないとの指摘がなされている（小林 前掲註87 295頁）。

²⁰⁰ この点、2004年10月15日に閣議決定された独占禁止法改正案においては、犯則調査権限の導入に関する規定が盛り込まれており、その場合におけるダブル・ディッピングの問題も検討しなければならないと思われる。

²⁰¹ 宇賀 前掲註165 171頁 参照

ているように思われる。やはり、係属中の審判については、ダブル・ディッピングに伴う弊害を無視することはできないので、情報公開法第5条第6号口に例示されている「当事者としての地位を不当に害するおそれ」に該当するかどうかを検討されるべきである。そして、そのようなおそれがない限りにおいてでなければ、ダブル・ディッピングを認めるべきでないと考える。

ところで、アメリカの情報自由法においては、前述のように、不開示情報であるかどうかを裁判所が判断するに当たって、イン・カメラ手続を利用することができるとされ、我が国においても、裁判所ではないが、情報公開法等の不服申立てについて調査審議する機関たる情報公開・個人情報保護審査会にイン・カメラ手続を行う権限が与えられている（情報公開・個人情報保護審査会設置法第9条第1項）。また、アメリカの情報自由法訴訟においては、ヴォーン手続が頻繁に用いられ、ほぼ自動的にヴォーン・インデックスが求められているようであるが²⁰²、我が国においても、情報公開・個人情報保護審査会が必要と認めた場合に、諮問庁に対して当該情報の内容について分類、整理した資料の作成を求めることができるとされており（情報公開・個人情報保護審査会設置法第9条第3項）、アメリカにおけるヴォーン手続を念頭に置いた規定が設けられている²⁰³。これらのことは、行政手続におけるイン・カメラ手続及びその機能を補完するヴォーン手続の有用性について広くコンセンサスが得られていることを示しており、審判手続においてもこれらの手続を導入すべきことを示唆していると思われる。

最後に、連邦取引委員会の手続について簡単に述べることにするが、連邦取引委員会の審判手続においては、前述のとおり、広範なディスカバリーが実施されており、一定類型の証拠については、一定期間内に自主的かつ相互に開示しなければならないとされ（16C.F.R. § 3.31(b)）、相互証拠開示が制度化されている。このような広範なディスカバリーが実施されている背景には、連邦民事訴訟規則におけるのと同じように、より多くの証拠を通じて事案の解明を図ることがそれだけ正義のためにより良い結果を生むという発想があると思われる。このような考え方は、我が国の審判手続においても取り入れるべきものと思われる。そして、我が国の審査審判規則においても、このような連邦取引委員会における聴聞前手続を参考として、第1回審判期日前の証拠開示手続を整備し、証拠開示に伴う弊害をも考慮した開示基準を設定することが検討されるべきである。前述のように、連邦取引委員会の審判手続においては、証拠開示に伴う弊害に対処するため、様々な規定が用意されているが、それらは、今後、我が国の審査審判規則を整備する際に参考とされるべきものと思われる。

なお、審査審判規則における文書等提出命令の実効性を確保するためには、制裁規定の拡充を図るべきであり、このことについては、民事訴訟法のところで述べたとお

²⁰² 松井茂記「アメリカの情報公開法(2)」ジュリスト1092号（1996）45頁参照

²⁰³ 宇賀 前掲註161 185頁参照

りである。この点，連邦取引委員会の審判手続においては，文書等提出命令状(subpoenas duces tecum)に従わない場合の強力な制裁規定を置いており，これらは制裁規定の拡充を検討する上で大いに参考となるものと思われる。

7 結語

これまで検討してきたように，刑事訴訟法，民事訴訟法及び行政手続法等における証拠開示をめぐる議論というものは，審判手続における証拠開示の在り方を考える上で多くの示唆を与えるものであったと思われる。そして，それらの議論においては，証拠開示というものが，単なる一方当事者の便益のためにあるのではなく，手続全体にとって様々な恩恵をもたらすものであることが示されていたと思われる。これら証拠開示がもたらす恩恵というものは，その弊害をも考慮することによって，適正な形で審判手続に取り込むことが可能であり，かつ取り込むべきものだと考える。そこで，最後に，これまでの検討から得られたことを簡単に要約した上，今後の審判手続の在り方を展望し，本稿を締めくくるとしたい。

まず，審判手続の現状について振り返ってみるに，公正取引委員会が強制権限を行使して収集した証拠というものは，審判手続において審査官側に偏在している状況が認められ，武器対等の原則，実質的当事者対等を回復する何らかの手当の必要性が感じられた。そこで，それを実現する有効な手段として証拠開示が考えられるわけであるが，それは，不意討ちを防止し，実体的真実の発見に資するだけでなく，争点を圧縮し，迅速な手続に資するという優れた機能を持つものであった。そして，証拠開示の具体的方法としては，原則として，当事者間のバランスについての配慮を欠く情報公開法によってではなく，無駄な証拠調べを回避して手続の迅速性を確保できる文書等提出命令制度の積極的な活用によってなされるべきであるということが考えられた。また，開示に伴う弊害を考慮した上，それらの弊害が比較的少ないと考えられ，かつ開示の必要性が一般的に高いと考えられる一定類型，例えば，審査官が取調べを請求する予定の物証や審訊予定の参考人の従前の供述調書といったものが開示される手続が必要だと考えられた。さらに，証拠開示は双方向のものである必要があり，審査官側だけでなく被審人側も，実体的真実の発見等のために一定の開示義務を負うとすべきことが考えられた。例えば，刑事手続と審判手続が並行的になされた場合に，被審人側が，検面調書にある自己に不都合な部分を隠してその写しを審判廷に提出するとか，参考人審訊が行なわれる直前になるまで審訊において参考人に提示する予定の書証を明らかにせず，審査官に十分な準備をさせないまま審訊を開始するといったことが許されないような仕組みが必要である。

なお，証拠開示の妥当性については，当事者間に争いが生じる可能性があるが，そのような問題に対処するためには，立法論として，審判の主宰者が裁定する手続，具

体的には、イン・カメラ手続の導入が考えられた。ただ、このイン・カメラ手続については、心証に対する影響や手続保証に対する危惧といったことが懸念されるため、それを回避するアメリカのヴォーン手続のようなものも同時に導入を検討する必要があると考えられた。また、同じく立法論としては、文書等提出命令に従わない場合の制裁規定を整備する必要性も考えられ、例えば、文書等提出命令に従わない者が一方当事者である場合には、その者にとって当該証拠が不利な内容のものであると推認するような規定を設けるべきと考えられた。

以上述べてきたような審判手続における証拠開示の問題は、大幅な法改正がなされようとしている中において、ともすると小さなものみられてしまうかもしれない。しかし、この問題は決してそのようなものではなく、審判手続の根幹に関わる重要な問題として認識されなければならない。そして、いつしか審判手続における証拠開示手続が確立されることによって、これまで以上に迅速かつ充実した審判が実現されることを強く望むところである。