

知財事件における証拠保全の 実際と理論等

会員・弁護士 高村 隆司



要 約

1. 知財事件において、「証拠保全」（民事訴訟法 234 条以下）が利用価値が高いにもかかわらずあまり使われていないように思われる。本稿は上記に関する「証拠保全の実際」「証拠保全の理論」「証拠保全申立ての実効性」「証拠保全申立ての相手方の対応」について述べ、「証拠保全」の活用を勧奨するものである。
2. 「証拠保全の実際」では、①筆者にとって初めてのケース、②簡易裁判所に申立てるか地方裁判所に申立てるかの問題に直面したケース、③『「知財を侵害する物」と『侵害する物の取引について記載した会計帳簿』』について証拠保全の申立てをなし、相手方がそれに応じたケース、④上記③の証拠保全の申立てをなしたところ、相手方が侵害する物の検証には応じたが、帳簿の検証については拒否したケースについて述べた。
なお、本件執筆に当たり調査したところ、東京地方裁判所知財部の平成 25 年、同 26 年、同 27 年の 3 年間の統計によると、申立数は合計 15 件であり、認容数は 6 件であったことが判明した。
3. 多数の弁護士・弁理士に『「証拠保全」を申立てた経験または申立てられた経験があるかどうか』について確認したところ、経験のある者は 1 人もいなかったため、本稿はパテント誌の読者の興味をそそる可能性が高いものと思われる。

目次

1. 総論
2. 証拠保全の実際
3. 証拠保全の理論
4. 新規調査に基づく情報
5. 証拠保全申立ての実効性
6. 証拠保全申立ての相手方の対応

1. 総論

民事訴訟法 234 条以下の証拠保全は、従来病院の「カルテ」（診療録）に関して申立てられることが多かったが、病院が任意の提出に応じることが増え、それも少なくなった。また、知財に関しては、従来申立てられることはそれほど多くなかった。

これに対して、筆者が以下述べるように 10 回近く知財事件における証拠保全の申立てをなしたところ、裁判所はすべてを認めた。また、「2. 証拠保全の実際」4 の会計帳簿について拒否されたケース以外では相手方もそれに応じた。先日、多数の友人の弁護士・弁理士に確認したところ、知財に関して証拠保全の申立てをなしたり受けた経験のある者は 1 人もいなかった。上記のように、証拠保全の申立てはほとんどの場合目的を達成できるので、筆者は積極的に申立てるべきだと考えている。

なお、「申立てを受けた側」は証拠保全の実施に素直に応じることが多かったが、筆者は「5. 証拠保全申立ての相手方の対応」で述べるように、「申立てを受けた側」には自分の利益を守るためにもっと違った対応もあるのではないかと考えている。

本稿では、筆者が経験した「証拠保全の実際」の一部を紹介するとともに、「証拠保全の理論」について検討す

る。「訴えの提起後の証拠保全の申立て」は実務上ほとんど使われておらず、筆者もその経験はないので、「訴えの提起前の証拠保全」に限ってコメントする。使われない理由については、「3. 証拠保全の理論」2を参照されたい。

なお、特許法 150 条 2 項から 6 項まで、実用新案法 41 条、意匠法 52 条、商標法 56 条の審判に関する「証拠保全の申立」も実務上ほとんど行われていないようであるので、本稿ではコメントしない。

2. 証拠保全の実際

1 (1) まず、「筆者が初めて経験した知財の証拠保全のケース」について説明する。

(2) 法律事務所の知財事件に対する対応には、大きく分けて次の 3 つの型がある。すなわち、①知財事件を専門的に沢山扱う事務所、②知財事件を全く扱わない事務所、③知財事件を専門とするわけではないが、知財事件の依頼があれば原則として受任する事務所である。

筆者が昭和 54 年に弁護士になった際に所属した U 法律事務所は、当時日本で一番会社更生事件を担当している事務所であったが、上記分類でいうと、③の型の法律事務所であった。

(3) 筆者は、上記事務所への入所直後に「意匠権の侵害事件」を担当した。「ライバル会社が製造・販売している『小さい水槽』が、当社の有する意匠権を侵害しているので、それに対応して欲しい」という依頼であった。

(4) U 法律事務所の U 弁護士は出版社である S の更生管財人をしており、筆者に対して時々同社の社員から「著作権に関する質問」があるので、著作権法の勉強を始めたばかりであったが、特許・実用新案・意匠・商標等の知財について勉強をしたことはまったくなかった。そこで、筆者は豊崎光衛教授の「工業所有権法」という体系書を入手した。それを読むと、相手方が依頼者の意匠権を侵害している場合、相手方に対して侵害の「差止め」と「損害賠償」を請求できることが分かった。上記請求をするため、筆者は依頼者に対して、「ライバル会社が製造・販売している『小さい水槽』を入手できないですか」と打診した。依頼者は自信が無さそうではあったものの、「探してみます。販売していれば購入してきます」と答えた。その結果を待っている間に、実務書を購入して研究してみると、「証拠保全」に関してコメントしている文献が見つかった。

その後、依頼者から「『小さい水槽』がライバル会社の工場で製造され顧客に販売されているのは間違いなさそうですが、実物を入手することはできませんでした」との返事があった。U 法律事務所の複数の先輩弁護士に「『証拠保全』をしたことがありますか」と質問したところ、「したことがない」との返事であった。そこで、「証拠保全に関する文献」を集めるとともに、上記 (2) ①の知財事件を専門的に沢山扱う事務所に勤務する数人の友人の弁護士に『知財の証拠保全』の経験の有無について質問したが、「経験のある弁護士」は見つからなかった。また、「知財に関する証拠保全の実務について詳しく記載された文献」も見つからなかった。

しかし、侵害の内容を掌握しなければ「差止め」の請求も「損害賠償」の請求もできないので、まず証拠保全の申立てをしようと思い、U 弁護士に「相手方の工場での証拠保全を申立てようと思うのですが、それでよいでしょうか」と打診したところ、ゴーの指示が出た。ちなみに、U 法律事務所では、勤務弁護士は U 弁護士に対して「どうしましょうか」という指示を仰ぐことは許されず、「自分はこうしたいが、それでよいでしょうか」という打診をすることになっていた。勤務弁護士の提案に U 弁護士が納得すれば、その手続きを進めてゆくことになり、U 弁護士が納得しない場合には違った方針が U 弁護士より示されることになっていた。

(5) 平成 8 年の民事訴訟法の改正により、当時と現在とでは条文は変わったものの、「訴えの提起前の証拠保全の申立て」に関しては、管轄が地方裁判所と簡易裁判所の 2 種類がある点は同一である。過去のノウハウがないので、どちらの裁判所に申立てるかで迷った。一般的に言うと、「地方裁判所の裁判官」の方が「簡易裁判所の裁判官」より意匠法に詳しいであろう。「詳しい裁判官の方が証拠保全の決定を下す傾向が強いのか、それとも詳しい裁判官の方が厳格な対応をして証拠保全の決定を下さない傾向が強いのか」について自分で考えるとともに、それについて書かれた文献を探したが見つからなかった。ちなみに、今も見つかっていない。最近は少し増えてきたが、当時は「証拠保全一般」に関する文献は少なかったほか、「知財の証拠保全に関する文献」は全く見つからなかった。

相手方の工場は東京近郊の小都市にあった。どちらの裁判所に申立てるかについて、事前に先輩や友人の弁護士

あり、依頼会社の有する「特許権」「著作権」が侵害されていた。

このケースでは管轄の地方裁判所も簡易裁判所も同一の建物内にあった。裁判所の近くには多くの法律事務所が存在するので、「証拠保全の手続き」をすると相手方の弁護士が現場に来ることも予想されたので、その対策も検討したが、実際には、そのような事態には至らなかった。

簡易裁判所に対して「証拠保全」の申立てをした。ところが、思いもかけない状況となった。筆者が「申立書」を持参して、簡易裁判所の事件受付の窓口へ提出しようとしたところ、受付の担当者から「先生、これは地裁に提出してもらえませんか」と関西弁で言われたのである。筆者が黙っていると、書記官は「知財の証拠保全は簡裁では無理ですわ。地裁の窓口に行ってください。」と続けた。たまたま簡易裁判所と地方裁判所が同一の建物に入っていたのである。そうでなければ、簡易裁判所の受付の担当者からのこのような提案はなかったものと推測される。簡易裁判所に申立てるか地方裁判所にするかは申立人が選択できるので、簡易裁判所に申立てる方が当方に有利であることが明白であれば、例えば、「簡易裁判所で知財の証拠保全を何度も行っていること」等を強調し簡易裁判所の担当者の要請を拒否するところである。しかし、「簡易裁判所に申立てる方が当方に有利であることが明白である」とも言い切れないと考えたほか、地方裁判所と申立てた簡易裁判所が同一建物にあることもあり、書記官の軽い関西弁の言い方に乗ってしまい、簡易裁判所の受付の担当者の提案に対して承知してしまった。ちなみに、筆者は関西出身である。

(2) そこで、申立書に記載されている宛先を地方裁判所に訂正して同裁判所の窓口へ提出したところ、同裁判所の知財専門部の担当となった。その地方裁判所には知財の専門部があったのである。知財の専門部は原則として知財事件しか扱わず、所属裁判官は知財に詳しいとされていた。

その後、裁判官と面接し、数日後証拠保全の決定がなされ、後日証拠保全の執行がなされた。裁判官との面接の際には、裁判官が従来の簡易裁判所より「申立書」について細かい専門的な質問をした。

執行に際しては、展示会の会場が広いので、依頼会社の従業員 10 人以上でカメラ撮影をし、そのフィルムを裁判所に提出した。その後訴訟になり、結局和解で解決した。

3 (1) 第 3 に、「知財を侵害する物と会計帳簿について証拠保全を申立て、相手方がそれに応じたケース」を紹介する。

上記 2 の後、知財の証拠保全の申立てを数回行ったところ、そのすべてがスムーズに実行され、筆者は「知財を侵害する物」の証拠保全には何の不安も感じなくなっていた。証拠保全の申立ての度に証拠保全について研究するうちに、「侵害品に関する帳簿」についても証拠保全が可能ではないかと考えるようになった。

(2) その後、「クラゲを切断するための機械の特許」を侵害されたことに関して依頼があり、①「知財を侵害していると思われる機械」のほか、②「知財を侵害している機械により製造・販売された商品に関する売掛金の帳簿」について証拠保全の申立てをすることを検討した。事前の調査により相手方が機械によりクラゲを切断している工場の場所は分かったが、「帳簿」がそこで保管されているかどうかについて確信が持てなかった。最初は「帳簿が工場以外の場所で保存されているかもしれない」との依頼者の意見もあり、証拠保全の対象から②を除くことも考えたが、「駄目元で①と②について申立てをしよう。②が工場になれば、それに関しては申立てを取下げ、その後再度申立てをする」ということで、依頼者との間で調整ができた。

(3) 検証の対象物件を「侵害する物である機械」及び「それにより製造販売した商品の売掛金に関する帳簿」とした。帳簿は「文書」(民事訴訟法 219 条以下)であるとも考えられるが、従来の証拠保全の実務では、カルテは「検証の目的」(民事訴訟法 232 条)として扱われてきたので、それに倣って「検証」の申立てをした。そして、従来のように簡易裁判所に対して「証拠保全の申立て」をなし、裁判官との面接をした。その際、帳簿に関して裁判官よりとり立てて質問はなく、従来どおり証拠保全決定が下され、決定書等の執行官送達がなされ、裁判官・書記官と共に現場に行った。

(4) 裁判官が、現場で相手方会社の代表取締役に対して証拠保全をなすことを伝えた。それに対して同代表取締役は機械は現場にあることを認めたが、帳簿は税理士の事務所にあると述べた。裁判官は「機械の写真撮影をします。帳簿を税理士の事務所からここに持ってくることはできますか」と同代表取締役に尋ねたところ、相手方は

「税理士の事務所は、遠いので2時間くらいかかります。」と答えた。それに対して裁判官は「機械の写真撮影に1時間ほどかかるとは思われますが、次の予定もあるので2時間も待てません」と述べた。

(5) そこで、筆者は裁判官に対して「税理士の事務所から帳簿をここまで持参してもらう段通りを相手方にしてもらったらいかがでしょうか。多分、機械の写真撮影の終了までには帳簿の到着が間に合わないと思われますので、裁判官と書記官は機械の写真撮影が終了したら、次の予定先に行っていただいて結構です。私が、その後ここに残って帳簿のコピーを受け取りそれを裁判所にお送りしようと思いますがいかがでしょうか」と言った。それに対して、裁判官は「裁判所はそれでよいと考えるが、あなたはどのように考えますか」と相手方会社の代表取締役に対して尋ねたところ、同代表取締役に異論はなかった。そこで、依頼者が裁判官の眼前で機械の写真撮影をし、そのフィルムを書記官に渡し、裁判官と書記官はその場を離れた。その後、筆者は近くの喫茶店で待ち、帳簿のコピーを同代表取締役から受け取った後に同代表取締役と別れ、事務所に帰りそれを裁判所に郵送した。

(6) 証拠保全手続きが終了した後、検証調書入手した。その帳簿から推測すると、当方が請求できる損害賠償額が数百万円であったので、筆者は相手方会社の代表取締役に対して電話でその額の支払いを求め、同代表取締役もそれに応じる姿勢を示した。ところが、その後相手方会社が弁護士を委任したのでその弁護士と交渉が続けたが、結局話はまとまらなかった。

4 (1) 最後に、「相手方が侵害する物である機械の検証には応じたが、会計帳簿の検証については拒否したケース」について説明する。

このケースは依頼者と相手方会社とが従来より「会社法に関する争い」をしており、筆者は依頼者の代理人となり相手方の株主総会に出席したこともあった。その後、実用新案と意匠に関しても争いとなった事件であり、「少し特殊なケース」とも言える。相手方は、筆者の依頼者である株式会社の元役員であった者が大部分の株式を有する株式会社であった。依頼者は実用新案と意匠権を有していたところ、それを侵害する商品を相手方が販売していたため知財に関しても争いとなり、証拠保全を申立てた。保全の対象は相手方の機械と会計帳簿であった。両社が知財以外でも争っていたこともあり、相手方は強く反発し、最初は機械の検証にも反対していた。しかし、結局機械の証拠保全には相手方も応じたが、帳簿については応じなかった。

(2) 当方は証拠保全申立書において、「機械」と「会計帳簿」について提示命令（民事訴訟法 232 条、223 条）の申立てもしていたところ、裁判所は証拠保全決定を下す段階では、それについての判断を留保した。相手方が「帳簿」の検証に応じなかった段階で裁判所は「帳簿」について提示命令を下し、検証調書にもその旨を記録した。相手方は、それに対して即時抗告をすることができる（民事訴訟法 232 条、223 条 7 項）が、それをしなかった。

(3) その後、依頼者は「仮処分の申立て」と「訴えの提起」をなし、最終的には「会社法の争い」も含めて和解が成立した。

3. 証拠保全の理論

1 以下、「証拠保全の理論」について論じる。「2. 証拠保全の実際」に記載したケースの中には、「旧民事訴訟法」下でなされたものと、「現行民事訴訟法」下でなされたものがあるが、以下「現行民事訴訟法」に関して記述する。

2 「訴えの提起前」にも、「訴えの提起後」にも証拠保全の申立てをすることが可能であるが（民事訴訟法 235 条）、「訴えの提起後の証拠保全の申立て」は、実務上ほとんどなされていないものと思われるのでそれに関しては記述せず、「訴えの提起前の証拠保全の申立て」に関してのみ記述する。なお、「訴えの提起後の証拠保全の申立て」が少ないのは、第1回口頭弁論期日以後であれば、「権利者であると主張する当事者」が早期の証拠調べが必要な状況について受訴裁判所に説明し、早期の証拠調べがなされることが多いためと想像される。

3 (1) 裁判所は、あらかじめ証拠調べをしておかなければその証拠を使用することが困難となる事情があると認めるときは、当事者の申立てにより、証拠調べをすることができる（民事訴訟法 234 条）。証人の死期が迫っている場合、文書が消失する事態にある場合、現場のビルが改築予定である場合等がそれに当たる。

「訴えの提起前の証拠保全の申立て」には「訴えの提起後の証拠保全」と違い、「職権による証拠保全」は存在し

ない（民事訴訟法 237 条）。

(2) 証拠保全は、証拠調べの前倒しと解されている⁽¹⁾。

(3) 証拠調べの方法は、証人尋問（民事訴訟法 190 条以下）、当事者尋問（民事訴訟法 207 条以下）、鑑定（民事訴訟法 212 条以下）、書証（民事訴訟法 219 条以下）、検証（民事訴訟法 232 条以下）のすべてにおいて可能である。

(4) 証拠保全の申立ては、書面でしなければならない（民事訴訟規則 153 条 1 項）。証拠保全の申立書には、①相手方の表示、②証明すべき事実（要証事実）、③証拠、④証拠保全の事由（あらかじめ証拠調べをしなければならない理由）を記載しなければならない（民事訴訟規則 153 条 2 項）。なお、④については申立人が疎明しなければならない（民事訴訟規則 153 条 3 項）。

②については、将来の本案訴訟で真に必要なかどうかを審査する必要はない⁽²⁾。

(5) 「証拠調べの期日」には、原則として申立人及び相手方を呼び出さなくてはならない（民事訴訟法 240 条本文）。ただし、急速を要する場合には呼び出す必要はない（民事訴訟法 240 条但し書き）。相手方を指定できない場合でも証拠保全の申立てをすることができる。この場合には、裁判所は相手方のために特別代理人を選任することができる（民事訴訟法 236 条）。

(6) 証拠保全をするとの決定に対して不服を申立てることはできない（民事訴訟法 238 条）。不服申立てを許すと、その審理に要する時間に証拠方法が消滅する可能性があるからである。ただ、証人が証言拒絶権（民事訴訟法 196 条・197 条・199 条）を行使することはできる。また、文書提出義務（民事訴訟法 220 条）のない文書の提出を拒否することができる。

なお、証拠保全の申立てを却下した決定に対しては、申立人は即時抗告（民事訴訟法 332 条）ではなく、通常の抗告ができる（民事訴訟法 328 条）。

証拠保全の結果は、本案訴訟でも本来の証拠調べの効力を有する。例えば、証拠保全で証人尋問がなされれば、証人尋問の調書が証拠になるのではなく、証人尋問が行われたものとなる。ただ、証拠保全の手続において尋問した証人について、本案訴訟において当事者が尋問の申出をしたときは、裁判所はその尋問をしなければならない（民事訴訟法 242 条）。

証拠保全に関する費用は、本案訴訟の費用の一部となる（民事訴訟法 241 条）。

(7) 上記 (4) の④「証拠保全の事由」の疎明の程度について「抽象的なもの」で足りるのか「相当具体的なもの」であるのか、について争いがある。広島地決昭和 61.11.21 判時 1224 号 76 頁と東京地決平成 10 年 8 月 27 日判タ 983 号 278 頁は、後者のような判示をしたが証拠保全の申立てを認容した。

理論的には両説あり得ると思われるが、筆者の経験によれば知財事件における証拠保全の実務は前説に基づき行われているように思われる。筆者が申立てた 10 件近くの証拠保全において、「証拠保全の事由」の疎明が足りないことを理由として却下となったり、申立ての取下げを裁判所から勧告されたことは無い。

証拠保全事件においては、相手方の細かい状況を掌握することが難しいことが多いので、「証拠の搬出・改ざん」等について具体的な疎明は困難であり、どうしても抽象的な主張にならざるを得ないが、筆者は裁判所が証拠保全決定を下す際に上記の内容についての申立書の内容の訂正や疎明書類の追完を求められたことはない。

(8) 相手方が証拠保全決定に従わない場合について検討する。通常の場合、証拠保全決定の段階では裁判所は「検証物提示命令（民事訴訟法 232 条 1 項、223 条 1 項）」を下さず、現場で相手方が証拠保全決定に従わない場合に「検証物提示命令」を下すことが多い⁽³⁾。なお、提示命令による物理的強制はできない。「検証物提示命令」に相手方が従わない場合、「真実擬制」（当事者が提示命令に従わない場合に裁判所が提示命令の申立てをした者の主張を真実と認めることができるというもの（民事訴訟法 232 条、224 条））が問題となる。

「訴えの提起前の証拠保全」においては、証拠保全の段階では訴訟が提起されていないので証拠保全を担当した裁判所が「検証物提示命令」の申立てをした者の主張を真実と認めることはできず、その後提起された本案訴訟において「真実擬制」の問題が発生する。

具体的に述べると、証拠保全の段階で「検証物提示命令」が下され、相手方がそれに従わずに、その後本案訴訟が提起された場合に本案訴訟を担当する裁判所が提示命令の申立てをした者の主張を真実と認めることができるか

というものである。

本案訴訟でも相手方が検証物を提示しなければ、証拠保全手続きがなされず訴えが提起された場合に相手方が「検証物提示命令」に従わないのとはほぼ同一の状況になるので、裁判所が「真実擬制」をできることにつき争いはないものと思われる。

証拠保全手続きの段階では相手方が「検証物提示命令」に従わずに本案訴訟で相手方が「検証物」を提示した場合に、本案訴訟の裁判所が「真実擬制」をすることができるのかが問題になる。形式的に言うと、証拠保全の段階で「検証物提示命令」が下され、それが既に確定していれば、本案訴訟では新たに提示命令を下さなくても、有効な「提示命令」が存するので真実擬制をすることが法律条文上は可能であると考えられる。

ただ、筆者はそのような事態に遭遇したことがないが、必ずしも真実擬制がなされるとは限らないと考えている。訴え提起前の証拠保全の手続きがなされず、「検証物提示命令」が下されたにもかかわらずそれに従わないときには裁判所は提示命令の申立人の主張を真実と認めることができる（民事訴訟法 232 条、224 条）。しかし、認めるかどうかは裁判所の裁量である。したがって、検証物の提示を受けた場合に裁判官は検証物による心証に基づく判決を下し、「真実擬制」をしない可能性が低くないものと思われる。

なお、旧法時代のものであるが、本案訴訟で証拠として提出すれば「真実擬制」はないとする学説⁽⁴⁾⁽⁵⁾がある。

4. 新規調査に基づく情報

- 1 今回の執筆に当り調査した結果、東京地方裁判所知財部の下記の情報が入手できた。

記				
申立年度	申立件数	決定数	取下げ数	
平成 25 年	9 件	認容 4 件	5 件	
平成 26 年	5 件	認容 2 件	3 件	
平成 27 年	1 件	却下 1 件		

なお、上記「取下げ」は実質的には「却下決定」だと考えられる。というのは、仮処分決定の申立てに対し裁判所が却下の心証になった場合には、裁判所は通常「却下決定」を下さず、申立人に対して「仮処分の申立てを取下げないか」と打診することが多い。申立人は「却下決定が下された場合には上訴をしよう」と考えれば取下げないが、そのような考えがなければ取下げることが多い。仮処分では即時抗告（民事保全法 19 条）、証拠保全では通常抗告（民事訴訟法 328 条）という違いはあるが、上記「取下げ」が実質的な「却下決定」であることは同様であると考えられる。したがって、東京地方裁判所知財部では申立てられた 15 件のうち認容されたのは 6 件で、認容率は 40%であり、筆者の経験における認容率 100%に比較して大幅に低い。

- 2 そこで、証拠保全申立ては簡易裁判所に申立てるべきだと考えられる。

ちなみに、筆者が 10 回近く申立てをなした証拠保全のうち、「2. 証拠保全の実際」2 に記載した「当初簡易裁判所に対して申立てる予定であったが関西大都市の地方裁判所の知財部に申立てたケース」では、認容決定が下されたものの、「検証の内容」、「当事者」は、筆者が申立書に記載したものより限定されたものであった。それに反して、簡易裁判所に申立てた他のケースでは申立書に記載したものとはほぼ同文の決定が下された。

5. 証拠保全申立ての実効性

知財の権利者が自己の有する知財の権利を侵害されていると考えた場合の証拠保全以外の対応として、大きく分けて①放置すること、②内容証明書等の書面により警告すること、③仮処分・訴え提起等の法的手続きを裁判所に対してとることという 3 つの対応がある。

③の法的手続きをとり差止めについて権利者が勝訴しそれが確定すれば、相手方は侵害を中止する可能性が高い。②の書面による警告の場合、相手方は中止することもあればそうでない場合もある。

筆者の経験によれば、「証拠保全」がなされると、③の法的手続きの勝訴が確定した場合ほどではないが、第三

者が侵害を中止する可能性が高いように思われる。

なお、権利者が訴えの提起・仮処分の申立てをする場合、訴状・仮処分申立書の作成をする際には、証拠保全の検証調書は大変役立つというのが実感である。知財を侵害しているのが商品の場合は、商品を購入し、それにより訴状の作成等を行うことができる場合が多い。それに反して、商品を製造する機械が知財を侵害している場合にはその機械を入手することは通常できないので、証拠保全の検証調書はとりわけ有用である。

権利者側とすれば、証拠保全の申立てをした場合、証拠保全が執行される可能性が高いほか、上記のメリットがあるので、証拠保全の申立てをすることは十分に検討に値するものと思われる。

6. 証拠保全申立ての相手方の対応

そのほか、相手方とすれば、検証をするとの証拠保全の決定が送達された場合に検証に対して任意に応じるかどうかが問題となる。「5. 証拠保全申立ての実効性」で述べたように、検証がなされてしまえば権利者が仮処分の申立て・訴えの提起をなすことが容易となる。

そこで、相手方とすれば、検証物の提示を拒否することが考えられる。その場合、本案訴訟において「真実擬制」がなされるリスクがあるが、「3. 証拠保全の理論」3(8)で述べたように本案の証拠調べの段階で検証物を提示すれば真実擬制がなされない可能性が低いと思われるので、証拠保全の執行に応じないことも選択肢の一つと考えられる。

拒否したことが検証調書に記載され、本訴の裁判で裁判官の心証に事実上不利に働く可能性があるとする向きもあるようであるが、筆者はその可能性は低いものとする。

以上

(注)

- (1) 高橋宏志著『重点講義 民事訴訟法 下〔第2版補訂版〕』223頁
- (2) 高橋宏志著『重点講義 民事訴訟法 下〔第2版補訂版〕』323頁
- (3) 森富義明・東海林保編著『新版 証拠保全の実務』183頁
- (4) 新堂幸司編集代表『講座民事訴訟⑤証拠』高見進「証拠保全の機能」335頁
- (5) 三ヶ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点〔新版〕』高見進「証拠保全制度の機能」270頁

(原稿受領 2024.11.12)