

## 電磁的記録の証拠調べについて

上田, 竹志  
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<https://doi.org/10.15017/4485655>

---

出版情報 : 法政研究. 88 (1), pp.220-183, 2021-07-27. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン :

権利関係 :

## 電磁的記録の証拠調べについて

上田竹志

はじめに

- 1 証拠方法としての電磁的記録に関する従来の議論
- 2 問題の所在
- 3 中間試案に対する若干の検討

おわりに

### はじめに

現在、法制審議会民事訴訟法（IT化等）部会（以下、「法制審議会部会」という）において、民事訴訟法の大規模改正が議論されている。筆者が本稿を執筆する2021年3月時点では、「民事訴訟法（IT化関係）等の改正に関する中間試案」およびその補足説明が公表され<sup>(1)</sup>、その中で、「電磁的記録についての書証に準ずる証拠調べの手續」も提唱されている。

近時、社会全体にITが浸透し、さまざまな業務において電子データ（以下、本稿では主に「電磁的記録」と呼ぶ）を利用することは、通常の状態となっている。それに伴って、民事訴訟においても、電磁的記録を証拠方法として提出すべき要請も高まっている。したがって、電磁的記録を証拠提出された際の裁判所の対応は、

---

(1) <https://public-comment.e-gov.go.jp/servlet/Public?CLASSNAME=PCMMSTDETAIL&id=300080237&Mode=0>（URLは2021年3月時点に最終確認。以下同じ）。中間試案本体（以下、単に「中間試案」という）は<https://public-comment.e-gov.go.jp/servlet/PcmFileDownload?seqNo=0000215303>、その補足説明（以下、「補足説明」という）は<https://public-comment.e-gov.go.jp/servlet/PcmFileDownload?seqNo=0000215304>からダウンロード可能である。

現行法下でも存在する問題である。この問題は、裁判手続のIT化（申立てのオンライン化、弁論におけるウェブ会議の活用等）とは異質の、証拠法上の手当てとの側面が強いと思われる。

では、電磁的記録を証拠方法とした証拠調べ手続は、どのようなものであるべきか。本案判断については厳格な証明原則が妥当するため、現行法を前提にすると、電磁的記録であっても、既存の証拠調べ手続（民事訴訟法179条～242条。以下、民事訴訟法を指す場合には、法令名を省略する）のいずれか、具体的には書証・検証・鑑定<sup>(1)</sup>のいずれかによって、証拠調べをせざるを得ない。

現行民法上は、「図面、写真、録音テープ、ビデオテープその他の情報を表すために作成された物件で文書でないもの」について、書証を準用する旨を規定する(231条)。ただし、録音テープ、ビデオテープ等の例示は、現時点においては技術的にやや古い例示となる感は否めない点を措いても、種々の電磁的記録に対して一律に231条が適用されるかについては、議論の余地がある。実際、磁気テープ等は、平成8年改正時点において、電磁的記録の読み取り・解釈・表示方法が多様であった、裁判所においても十分に対応できない等の理由で、立法が見送られた経緯がある<sup>(2)</sup>。この立法者意思をいかに解すべきかが問題となるが（例示されない媒体を積極的に排除したのか、「その他の情報を表すために作成された物件で文書でないもの」<sup>(3)</sup>に含むとしたのか）、現在、記録媒体の様式にとどまらず、社会において利用される電磁的記録の種類や形式は枚挙に暇なく、文書とほぼ同等の機能を実現することを企図したものもあれば、まったく異なる用途で作成されるものもあることを考えると、電磁的記録のすべてを231条によって、書証規定の準用で証拠調べすることは困難なようにも思われる。

そこで、電磁的記録の多様性や、それが鑑定・書証・検証のいずれにも過不足なく当てはまらないこと<sup>(4)</sup>に鑑みると、今回適切な立法を行う必要性は高い。しかし、

(2) 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年）277頁、竹下守夫＝青山善充＝伊藤眞編集代表『研究会新民事訴訟法 立法・解釈・運用』（有斐閣、1999年）312頁以下。

(3) 竹下＝青山＝伊藤編・前掲注（2）314頁〔福田剛久発言〕。

(4) 夏井高人「高度情報化社会における電子媒体をめぐる法律問題2 電子記憶媒体に関する若干の考察（1）」判タ653号（1988年）50頁。

電磁的記録の証拠法上の取扱いに関する、従来の学説の成熟は十分でないように思われる〔後述 1（3）〕。

上記中間試案は、「電磁的記録であって情報を表すために作成されたものの証拠調べについて、書証に準ずる規律を設けるものとする。」と提言する<sup>(5)</sup>。今般の民事訴訟法改正の議論の基礎となった「民事裁判手続等 IT 化研究会」の報告書では、<sup>(6)</sup>「電子データを取り調べることができることとし、その証拠調べについては書証に関する規定を準用する。」<sup>(7)</sup>との表現が用いられていたところ、それを変更しての「準ずる規律を設ける」であるから、単純な書証規定の準用ではなく、新たな規定が創設されることが予想される。しかし、その詳細は、中間試案の補足説明においても、必ずしも明確に述べられておらず、その細部については、今後の議論に広く委ねられているものと推測される。

そこで本稿では、電磁的記録の特性に応じた証拠調べ規律を構想する前提作業となる、主に書証関連の概念につき、それが電磁的記録との関係でいかに維持され、または変更すべき必要があるかにつき、整理の試みを行う。また、上記作業との関連で、現時点において最新の議論である前掲中間試案に対しても、若干の検討を試みる。

参照される文献が必要最小限であること、本来必要な比較法に十分触れることができないことを、あらかじめお詫びする。なお、電磁的記録の証拠調べについて、「プリントアウトした文書や PDF ファイル、またはファイルの内容についての報告を文書又は PDF ファイルとして裁判所に提出すれば足りる」という見解は、当初の電磁的記録の証拠調べではなく、電磁的記録について作成された文書（又は準文書）についての書証を論じるとどまり、実務上それで足りる事件もあり得ることは否定しないが、「法制上、電磁的記録の証拠調べはいかなるものであるべきか」という、本稿の問題意識に直接応える解とならないため、ここでは直接の検討対象

(5) 中間試案第 8-1（16頁）。

(6) <https://www.shojihomu.or.jp/kenkyuu/saiban-it>から閲覧可能である（以下、「商事法務研究会報告書」という）。

(7) 商事法務研究会報告書第 8-1（98頁）。

(8) さしあたり、町村泰貴＝白井幸夫編『電子証拠の理論と実務』（民事法研究会、2016年）25頁以下に詳細な紹介がある。

とし<sup>(9)</sup>ない。

## 1 証拠方法としての電磁的記録に関する従来の議論

### (1) 電磁的記録とは

前掲した中間試案において、電子データの証拠調べにおける証拠調べの対象（証拠方法）は、「電磁的記録であって情報を表すために作成されたもの」と表現される<sup>(10)</sup>。これは、「電子署名及び認証業務に関する法律（電子署名法）」3条の文言と同一である。また、「電磁的記録」については、同法2条1項本文で、「電子的方式、磁気的方式その他の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。」と定義されている（刑法7条の2も同様）。「電磁的記録」の用語は、多くの法令で使用されており、今回の民事訴訟法改正でも、この用語を変更する予定はないと思われる。

電磁的記録において「情報を表す」とは、2進数で符号化したデジタル情報が、人間にとって解釈可能な形式へと変換された結果、証拠資料として有意味であることを指すものと解される。このような情報は、裁判官の意味作用（厳密な区別は困難だが、ひとまず感官による性状の認識と区別する趣旨で）によって証拠資料化されることが多いと解されるため、さしあたり書証と親和性が高い。整形の結果、静止画・動画等になる場合も、準文書（231条）との関係で、書証と親和性が高い。もともと、電磁的記録を人間にとって解釈可能な形式へ変換した結果、感官による性状の把握に親しむようなものもあり得、またはそこまでいなくとも、3Dデータや編集集中の動画、高度なプラットフォーム上で設計されたプログラム等、文書への近接が一見して困難な電磁的記録も想定できる。もともと、仮にそのような電磁的記録の取調べを検証に近接させて考える場合、書証であっても文書の性状を取り調べる際に、黙示的に検証の要素が含まれるとの指摘や、検証手続においても232条によ

---

(9) 法務省民事局参事官室編「民事訴訟手続に関する改正要綱試案補足説明」（1993年）45頁以下。プリントアウトを原本として提出する扱いの問題点につき、岡村久道編『インターネットの法律問題—理論と実務—』（新日本法規出版、2013年）437頁〔町村泰貴〕、町村=白井編・前掲注（8）165頁以下〔櫻庭信之〕。

(10) 中間試案第8-1（16頁）等。

て書証規定の広範な準用がされていることを踏まえる必要があるように思われる。

電磁的記録の証拠調べも物証であり、電磁的記録媒体（磁気ディスク等）を証拠方法とする考え方もあるが、後述のように、電磁的記録の特定や提出等に際しては、必ずしも電磁的記録媒体の特定が当該証拠方法の特定にとって決め手にならず、また媒体を原本とすることで、後述のように種々の問題が生じるようにも思われる。そのため、証拠方法は電磁的記録媒体ではなく、より抽象化されたデジタル情報そのものと理解する見解が、検討に値しよう<sup>(11)</sup>（たとえば、「〇〇年〇〇月〇〇日にXが作成した、“xxxx.pdf”という名称の電子ファイル」のような単位で、証拠方法を特定する可能性が考えられる）。仮にこのような考え方を前提にすれば、電磁的記録を証拠方法とした新たな証拠調べと、電磁的記録媒体を証拠方法とした検証ないし鑑定は、証拠調べとして別異という整理が可能であるように思われる。

## （２）電磁的記録の特性

電磁的記録は、裁判官の意味作用によって証拠資料化されるという意味では、書証に近接するが、その証拠方法は、書証の対象たる文書とは相当に異なる側面も多い。すでに複数の先行研究で指摘されていることであるが、以下、電磁的記録の特性について概観する。

### ① 用途や形態が多様である

電磁的記録は、社会の要請に応じて様々な用途に供され、その要請を満たすために種々の技術的手段が開発される。

用途について言えば、たとえば電子文書、Eメール、SNSアプリのメッセージや履歴、電子カルテ、電子帳票、データベース内のレコードデータ、視聴覚用の音声・静止画・動画、サーバ内のログ情報などがある。また、それらを編集・操作するためのアプリケーションもまた電子データで構成され（いわゆるノイマン型コン

(11) 商事法務研究会報告書99頁では、電子データの記録媒体ではなく、電子データそのものを証拠方法として提出し、裁判所がこれを取り調べる必要について説明する。補足説明77頁は、「なお、人が今日コンピュータ上で取り扱っているデジタル情報そのものについては、より厳密に言えば、『電磁的記録』ではなく、『電磁的記録に記録することができる情報』（電子署名法第2条第1項柱書き）や『電磁的記録に記録された情報』（電子署名法第3条）といった表現がされるべきものとも思われる」とする。

ピュータ)、アプリケーションを実行するためのOS等も、また電子データで構成される。

現在、電子データの多くはファイル形式で、ある程度の意味内容を持つ電子データを一まとまりのものとして管理する。これを実現するのも、ファイルシステムという電子データ及びその機能である。ファイル形式は、ファイルの用途やそれを操作するアプリケーションによって千差万別である。

電磁的記録の保存状況も、技術的に様々な可能性がある。個人の使用するHDDやSSD等の記録媒体に、ファイルシステムにより管理されたファイルの形式で保存される場合が多く想定されるが、それ以外にも、サーバで運用するデータベース内のレコードとして保存される場合や、クラウドサーバ内で、全世界にデータの断片が分散される形で保存される場合、ブロックチェーンを含むP2Pネットワーク上に保存される場合なども想定可能である。

以上を考えると、現実にかわめて多様な用途や形態を採り得る電磁的記録に対応する証拠調べ規定は、ひとまず電磁的記録の最大公約数的な特徴、特に文書や準文書概念では適切に対応できない特徴を把握した上で、電磁的記録の特徴に幅広に対応できる証拠調べ規定を構想することが適切であるように思われる。

## ② 電磁的記録の使用・保存状況等も電磁的記録となり得る（メタデータ）

文書において、その管理台帳等が別途文書として作成され、それが提出の対象となる場合がある。また、録音や録画であれば、情報作成の日時場所や対象が、情報のアイデンティフィケーションにとって重要となる（規則148条参照）。このような管理情報等は、電磁的記録においては多くの場合、それ自体も電磁的記録として作成される。これを本稿では、概括的にメタデータと総称する。メタデータは、元々の電磁的記録に付加的に記録される場合もあれば、元の電磁的記録とは別の電磁的記録として作成される場合もある。

また、メタデータは、システムの重層的構造に応じて、さまざまなものがあり得る。たとえば、ファイル内に記録された、当該ファイル自体に関するメタデータや、アプリケーションが別途作成するログ等の記録、通信等に関するログ、OS等が作成するログ、各種サーバのログなどがさしあたり考えられる（ここまでメタデータ<sup>(12)</sup>

に含めるかは、概念定義の相違もあり得る。また、要証事実との関係で、必ずしも常にこのようなメタデータのすべてが証拠方法となるのでもない。なお、物理的な層にまで言及すれば、媒体の電磁的性状として物理的に残存した、ファイル操作等に関する性状（ファイルシステム等の仕様上、そこから一定の意味を抽出できることがある）もまた、メタデータと同様の意味を持ち得よう。なお、デジタル・フォレンジックの領域においては、このような物理的性状も重視するため、電磁記録媒体の完全コピーの重要性が説かれることがある。<sup>(13)</sup>

### ③ 物理的まとまりが保証されない

電磁的記録が、その基本的特質において文書と大きく違う点の一つに、情報と、それを化体する物理的媒体とが容易に分離できるという特徴がある。このため、電磁的記録媒体に着目した証拠調べ手続の整備が、ときとして意義に乏しいものとなるおそれも生じ得る。

情報と媒体との分離の一側面として、多くの場合「情報の物理的まとまりが保証されない」という電磁的記録の特徴がある。必ずしも電磁的記録にとって必然的な特徴ではないが、以下概述する。

文書は、記載内容が紙という物理的媒体によってまとまりを持ち、記載内容も意味的に連続的（シーケンシャル）である。したがって、文書の記載内容の特定は物理的に可能であり、また所持者も原則として明確である。

電磁的記録媒体のうち、DAT等の磁気テープは、ファイルシステムにも依存するが、原則として電磁的記録が媒体上にシーケンシャルになされるため、情報内容の特定と物理的範囲の特定は連動しうる。

これに対して、現在主に用いられる個人所有PC内のHDDやSSD等の記録媒体は、ファイルシステムにも依存するが、原則として媒体内に分散される形で情報が記録され、アクセスのたびにファイルシステムがその分散情報を読み取り、一まと

(12) 佐々木良一編『デジタル・フォレンジックの基礎と実践』（東京電機大学出版局、2017年）13頁、14頁〔佐々木良一〕。

(13) さしあたり、安富潔＝上原哲太郎編『基礎から学ぶデジタル・フォレンジック』（日科技連出版社、2019年）40頁以下〔舟橋信〕、町村＝白井編・前掲注（8）122頁以下〔櫻庭信之〕。



まりの情報として再構成される<sup>(14)</sup>。

主にインターネットを解して利用する、いわゆるクライアント／サーバシステムにおけるサーバ内の情報は、ファイルシステムにも依存するが、上記のHDDやSSDが多く用いられる点は同様である。また、電磁的記録の保持者がサーバ運営・管理者か、その利用者かは議論が生じ得る<sup>(15)</sup>。

いわゆるクラウド内で保持されるデータは、物理的状态としては、世界中のデータセンターに分散された形で情報が記録されていることもあり得る（これも、クラウドサーバのファイルシステムを通じてのみデータが読み込まれ、それらを統合してはじめて、一まとまりの情報として再構成される）。この場合、物理的な場所から電磁的記録を特定することは、実質上不可能になる<sup>(16)</sup>。

いわゆるP2P（ピアツーピア）ネットワークにおいては、中心的なサーバがなく、情報はノードと呼ばれるネットワーク参加者のPC等に分散されることもある。この場合、証拠方法としての電磁的記録を一まとまりとして保持する者が誰も存在しない事態も考えられる。

P2Pネットワークのうち、いわゆるブロックチェーン（分散台帳）においては、当該ブロックチェーンに参加する各ノードが、同一のブロック情報（ブロックチェーン内で行われたすべての取引情報）を保持するのが原則である。ただし、これはブロックチェーンの仕様によって異なり得る（たとえばビットコインでは、必ずしも全ノードが全ブロックを保持するわけではないようである）。

#### ④ そのままでは見読性がなく、かならず解釈・表示装置を必要とする。

電磁的記録は、その定義上〔前述1（1）〕、「知覚によっては認識することができない方式」という限定が含まれる。電磁的記録は基本的に符号化された情報であ

(14) この点を電磁的記録の特性として重視する見解として、夏井高人『裁判実務とコンピュータ』（日本評論社、1993年）110頁以下。

(15) もっとも、後述のように所持を技術的に実現される機能的概念と捉えれば、クライアント（サーバ利用者）を電磁的記録の所持者と特定することもあり得るし、仮に電磁的記録を表示可能なサービスプロバイダ（サーバ運営・管理者）を所持者と特定した場合も、最三小決平成19年12月11日民集61巻9号3364頁、最三小決平成20年11月25日民集62巻10号2507頁のような、守秘義務と職業の秘密に関する判断枠組みが用いられる余地はあろう。

(16) いわゆるクラウド・フォレンジックにつき、町村＝白井編・前掲注（8）134頁以下〔櫻庭信之〕。

り、文字・静止画・動画等への解釈、及び解釈されたコードを人間用に表示する装置を要する。もっとも、このような性質は従来、一部の準文書（録音テープ、ビデオテープ等）<sup>(17)</sup>についても認められてきたものであり、それ自体に新規性はない。

ファイル形式によっては、使用に際してライセンス契約等を要するアプリケーションを用いなければ表示ができない（少なくとも、現実的でない）ものも多い。なお、従来、プリントアウトされた文書を証拠方法として書証で取調べする扱いはあったが、最終的な表示がモニターへの投影であるか、紙へのプリントアウトであるかは、プリントアウトした文書それ自体を原本と捉える見解に立たない限り、便宜の問題であると思われる。

また、表示方法にもよるが、電磁的記録は、人間用に表示整形をした際に、必ずしも情報のすべてを表示するわけではない。たとえば、特定の操作を行わなければ表示されないメタデータ（例として、Microsoft Word等における作成者情報や更新情報など）や、通常のアプリケーション操作によっては表示できないメタデータもあり得る。

#### ⑤ 書証に関する概念を直接に適用できない場合がある<sup>(18)</sup>

たとえば、原本とは一般に、「一定の思想を表現するという目的の下に、最初に、かつ、確定的に作成された文書」<sup>(19)</sup>を指すとされる。

電磁的記録についてこれを考えると、電磁的記録の中には、人間の思考を表現していないデータも多い（システムが自動的に作成するログなど）<sup>(20)</sup>。また、絶えず更

(17) 電磁的記録を表示するための装置やプログラムの位置づけについて、①プログラムは電磁的記録の一部とする見解、②電磁的記録とプログラムは別の証拠方法だが、前者の提出命令は当然に後者の提出も含む趣旨とする見解、③別途申立てを要する見解があった。

(18) 商事法務研究会報告書106頁以下。電磁的記録の原本性について、柳川鋭士「民事訴訟手続における電子証拠の原本性と真正性—米国におけるデジタル・フォレンジックの活用場面を参考にして」情報ネットワーク・ローレビュー17巻（2019年）14頁以下。

(19) 文献により多少の違いはあるが、司法研修所編『民事訴訟における事実認定』（法曹会・2007年）67頁以下。その他、高田裕成＝三木浩一＝山本克己＝山本和彦編『注釈民事訴訟法 第4巻』（有斐閣、2017年）413頁〔名津井吉裕〕、秋山幹男ほか編『コンメンタール民事訴訟法Ⅳ〔第2版〕』（日本評論社、2019年）376頁、伊藤眞『民事訴訟法〔第7版〕』（有斐閣、2020年）430頁など。

(20) 準文書が作成者の思想を表示しない場合につき、高田ほか編・前掲注（19）803頁〔名津井吉裕〕。門口正人編集代表『民事証拠法大系 第4巻』（青林書院、2003年）251、253頁〔難波孝一〕は、検証物の性質を持つ準文書たる写真につき、作成者が不明でも証拠能力があるとする。

新を繰り返し、「最初に」という特定が困難なデータもあるほか、技術的に消去・上書き・完全コピーが容易なため、「確定的に」という概念になじまない場合もある<sup>(21)</sup>。文書において想定される原本概念を、そのまま電磁的記録に通用させることは、種々の混乱を生じさせるおそれがある。しかし、挙証者の要証事実に対応する電磁的記録を原本として特定することは、電磁的記録の特定や同一化という意味では有用であり、直ちに原本概念を廃棄することも相当でないと思われる<sup>(22)</sup>。

その他の書証関連概念として、正本、謄本、写し、複製の概念があるが、電磁的記録においては、原本と論理的に同一のコピーも作成可能なため、原本の数が物理的に限定されるとの事情も必然的でなく、その帰結として、これら諸概念の区別が希薄ないし無意味になるおそれもある<sup>(23)</sup>。

その他、事実上の問題として、仮に電磁記録媒体に原本性を認める考え方に立つと、③のように多様な電磁的記録の物理的保存様式に対応しきれないおそれがあるほか、たとえば海外企業が運営するクラウドサーバ内のデータを原本と措定したために、原本提出主義（民事訴訟規則143条1項）の遵守が困難となるおそれが生じるなどの問題も考えられる。

## ⑥ 文書類似的機能を、技術的に実現する

以上、電磁的記録と文書との特性の違いを指摘したが、反対に、電磁的記録が文書と同様の意味を証拠法上持ち得る可能性についても指摘したい。

電磁的記録は、社会上有用なものとして用いられるために、本来、電磁的記録がそのままでは持っていない様々な特性を、技術的な機能として実現し得る。見読可能性は、その最も原初的なものであり、本来2進数によって符号化された電磁的記録は、技術（文字コード等のフォーマット、アプリケーション、モニタやプリンタ等）によって見読性を実現する。情報としてのまとまりも、ファイルシステム等

(21) 夏井・前掲注(14)131頁。

(22) 菱田雄郷「書証と電子データの取調べ」ジュリ1549号(2020年)65頁以下は、電磁的記録における原本概念の妥当を承認しつつ、電磁的記録の特性に応じた解釈の必要性を説く。

(23) 文書の場合も同様である（高田ほか編・前掲注(19)413頁〔名津井吉裕〕、秋山ほか編・前掲注(19)376頁）が、事後的な原本の完全複製の作成可能性も含め、文書と電磁的記録とは、質的な差異があると思われる。

の技術によって実現される。将来的には、見読手段をほとんど意識しなくて良いような社会状態や技術が生まれるかもしれない。

文書に要求される変更の困難さや非変更（本稿では、元となる電磁的記録とコピーされた電磁的記録の間で、デジタル情報の面で1ビットの差異もない状態を指すこととし、「論理的に同一」と表現することもある）の証明可能性も、暗号化やハッシュ値検証等によって実現され得る。電磁的記録とその作成者の結びつきを担保する真正性も、公開鍵暗号方式等によって実現され得る。本稿では深く立ち入らないが、非変更性、真正性を併せて実現する技術として電子署名が挙げられる。

また、電磁的記録は完全コピーが容易なため、その原本の非代替性を、電磁的記録媒体という物理的存在に求める考え方もあり得るが、現在では、たとえばNFT（非代替的トークン）によって技術的に実現することも不可能ではない（NFTを実現可能なプラットフォームの利用を要する）。

以上を小括すると、電磁的記録の証拠調べ手続の規律を構想するに際しては、以下、三つの点を確認すべきと思われる。

第一に、社会において、文書と同等の機能や目的を持つよう企図された電磁的記録は、証拠法上も文書と同等に扱う手続を用意することが望ましい。その際は、書証関連の各概念（原本性、真正性等）を、文書の物理的特性に即した実体的な理解ではなく、それを実現する技術に即した機能的な概念へと再解釈すべきである。また、現時点で存在する特定の技術やその構成要素を各概念へ包摂するのではなく、概念自体の抽象化、機能化を行うことで、将来発生するであろう新しい技術への対応可能性を担保することが望ましいように思われる。この意味で、電磁的記録の証拠調べを書証に準じたものとして新たに設けるべき必要性は大きい。この理は本来、検証についても同様であり、感官の性状によって証拠資料を得るべき形態の電磁的記録もあり得る。その際には、電磁的記録を対象とする検証についても同様の手当てを必要としよう。ただ、検証物は対象が無際限なところがあり、それゆえに証拠方法について特定の性質や態様を前提とした概念があるわけではないため、実際には法制上の手当てが必要な場面に乏しい。

第二に、文書とは機能や目的が相当に異なる電磁的記録もあるが、その電磁的性

状ではなく、あくまで符号化された情報の意味が証拠資料となる限りで、すべてを検証に委ねることも難しいため、この意味でも独自の規律を設ける意味は大きい。その際、文書特有の諸概念を、必ずしも全て当該電磁的記録に適用せず、柔軟な証拠調べ手続が可能であることが望ましい。

第三に、電磁的記録媒体の性状を調べる必要がある場合、鑑定または検証の対象にもなり得ることは、文書と同様である。<sup>(24)</sup> 文書の場合は、媒体とそれが表現する情報が不可分のため、同一の証拠方法が複数の証拠調べ手続の対象となり得たが、電磁的記録においては、証拠法上、媒体と情報を証拠方法として分離する考えも成り立ち得るように思われる。

### (3) 従来の判例・学説

次に、電磁的記録を証拠法上どのように扱うべきかについての、従来の学説を概観する。ただし、筆者が発見できた従来の学説の多くは、平成8年民法改正前の議論であり、現行法231条およびそれに対する解釈もない状態で、厳格証明の要請や実務上の要請に応えるために提唱されたこと、電磁的記録と電磁的記録媒体とを峻別する思考がどこまで妥当していたかは明らかでないなどに留意する必要がある。

① 書証説（文書説） 電磁的記録自体も、人の思想を内容とし、ただそれを通常の文字ではなく、コンピュータ特有の記号によって表現しているにすぎないと考えられ、その意味で、電磁的記録は「文書」であると言いつつする見解がある。<sup>(25)</sup> この説によれば、プリントアウトは謄本の一種に過ぎないとされる。仮にプリントアウトを原本とすると、真正判断の対象が電磁的記録ではなく、プリントアウトを起点として行われてしまうとの問題が重視されたものと解される。<sup>(26)</sup>

② 書証説（準文書説） 電磁的記録は、そのままでは見読性を有しないが、プリントアウトすれば可視の状態に移し替えられるから、準文書とすべきとする見解である。<sup>(27)</sup> 現行231条を前提にすれば、電磁的記録を準文書に包摂する発想は自然

(24) 菱田・前掲注(22) 64頁。

(25) 竹下守夫「コンピュータの導入と民事訴訟法上の諸問題」ジュリ484号(1971年) 31頁。

(26) 竹下・前掲注(25) 32頁。

(27) 門口編・前掲注(20) 259頁〔難波孝一〕は、将来的に磁気ディスク等も法廷で容易に再生可

と思われる。裁判例では、大阪高決昭和53年3月6日高民集31巻1号38頁が準文書説を明確に説いており、以下、若干長くなるが引用する。

「民訴法三一二条（現220条）にいう文書とは、文字その他の記号を使用して人間の思想、判断、認識、感情等の思想的意味を可視の状態に表示した有形物をいうところ、一般的にみて磁気テープ（電磁的記録）自体は通常の文字による文書とはいえない。しかし、磁気テープの内容は、それがプリントアウトされれば紙面上に可視の状態に移しかえられるのであるから、磁気テープは同条にいう文書に準ずるものと解すべく、本件測定資料…中の測定記録をインプットした磁気テープは、多数の情報を電気信号に転換しこれを電磁的に記録した有形物であつて、それをプリント・アウトすれば可視の状態になしうから、準文書といふべきであつて、磁気テープがその内容を直接視読できないこと、あるいは直接視読による証拠調の困難なことをもつて、その準文書性を否定することができない。即ち、磁気テープにインプットされた情報・記録（本件においては単なる情報ではなく記録である）の内容を、人間の認識に供するためには、専門家により、知ろうとする情報・記録の内容形態に応じたプログラムを作成し、当該磁気テープに適合したコンピューター装置を用いて、プログラムの指示した形式に従い、数字、アルファベット、カタカナによりプリントアウトする等の方法によるほかなく、この限りにおいて、磁気テープそれ自体、紙面等に文字を記載して作成された通常の文書のように、その物自体において文書としての内容形態を視読しうるものとは異なることはいうまでもない。しかしながら、種々の情報ないし記録を磁気テープにインプットして保存する方法は、近年急速に発達した技術の所産であり、大企業等においてこの方法が急速に採用されているのは、膨大な情報・記録を極度に圧縮して収録しうる利点にあると考えられるところ、このような方法を採用して情報・記録を磁気テープにインプットした者としては、その当初から、インプットした情報・記録を将来利用する必要が生じたときは、これに要するプログラムを作成（記録の選択、配列、演算等、専門家の意思に基づいた指定を行うこと）し、このプログラムを使用し、磁気テープに適合したコンピューター装置を用いてアウトプットすることを当然のこと

---

能となれば、準文書に含まれる可能性を指摘する。

として予定し（抗告人も従来から必要に応じこのような使用をしていることは、抗告理由の記載からみて明白である）、このようにしてプリントアウトされたときにおいて、それは通常の文書として顕出されるに至るのであつて、ここに磁気テープ利用の本来の効果が生ずるのである。情報ないし記録を磁気テープにインプットするのは、将来必要となつた場合にこれを見読可能なものとして紙面等に顕出することを目的としているものであつて、インプットした情報・記録等を見読不能な状態で保存することのみを目的としているものではないから、これをインプットした者は、将来訴訟上相手方との間において、その者の要求により磁気テープにインプットされている情報・記録を相手方に示す必要が生じ、裁判所からその提出を命じられた場合には、単に磁気テープを提出するのみでは足りず、少なくともその内容を紙面等にアウトプットするに必要なプログラムを作成してこれを併せて提出すべき義務を負っているものというべきである（提出された磁気テープおよびプログラムの保管、その証拠調べについては、当該裁判所の訴訟指揮に委ねられるべきものであるが、保管については提出者をしてこれを行なわせることも可能であり又証拠調べについては鑑定人をして鑑定させるのも一方法であると考えられる。この場合の鑑定費用ないしアウトプットした結果を記載した書面（写し）の作成提出に要する費用は、書証として提出する者が負担すべきであろう。）」

上記決定は、電磁的記録の証拠上の位置付けや、プリントアウトの位置付け、解釈・表示方法の提出義務、および表示にかかる費用負担にまで言及があり、現在においても示唆に富むように思われる。

③ 検証説 電磁的記録を検証物として扱う見解である。<sup>(28)</sup> 電磁的記録（提唱当時は、磁気テープ）は可読性がないため、法の予定する文書の取り調べはおよそあり得ないこと、適切なプログラムを用いたアウトプットによる閲読は裁判所が独力で行えず、検証が自然であるというのが、主な理由である。現時点では、必ずしもすべての電磁的記録に上記理由が当てはまるか疑問もあるが、適切なプログラムの選択やアウトプットのコスト問題等は、準文書説で示した通り、現在においても問題が生じる余地がある。

---

(28) 本間義信「コンピュータ用磁気テープについての文書提出命令」判タ390号（1979年）264頁以下。

④ 新書証説 検証説の書証説に対する批判を受けて、具体的な証拠調べのあり方を提唱した見解である。それによれば、見読性のない時期テープを書証の方式によるのはたしかに無理があるが、本来、事物の存在・性状を調べる証拠調べ手続であるはずの検証に、一定の情報を保存・伝達する電磁的記録をかからしめるのは、さらに無理がある。そこで、磁気テープを見読が予定された「可能文書」、プリントアウトはそれを現実化した「生成文書」と位置付け、生成文書が原本であって、可能文書はこれを作成する資料と位置づけることが提唱される。なお、形式的証拠力等の判断につき、生成文書を基準とする難点については意識されつつ、可能文書の真正は、実質的証拠力の判断に委ねる。また、生成文書と可能文書の同一性は、証拠価値に関する補助事実の立証が必要となる問題とされ（生成文書の実質的証拠力の問題に含めるものと解される）、具体的な証拠調べの方法として、検証又は鑑定が考えられるとする。

⑤ 新検証説 ランダムアクセス方式の記憶媒体では物理的な原本を観念困難であり、論理的原本しか観念できず、また表示結果は元の電磁的記録であるバイナリデータとの関係では、一種の翻訳文書に過ぎないなど、電磁的記録の情報が文書における文字情報とまったく異質なものであることを重視して、電子記録媒体自体が原本等として提出された場合、その取調べは検証と観念すべきとする見解である<sup>(30)</sup>。理論的な構成の面では新書証説と対立するが、実務上の扱いについては、プリントアウトを報告書として原本扱いするなど、新書証説と大きな違いが生じなくなる面もあるように思われる<sup>(31)</sup>。

#### （４）関連問題：「写し」の扱いについて

従来の学説においてしばしば見解が対立した問題の一つに、電磁的記録をプリントアウトした文書をどのように位置づけるか、という問題がある。プリントアウトした文書は、それ自体原本と捉える新書証説、電磁的記録の内容についての報告文

(29) 加藤新太郎「新種証拠と証拠調べの方式」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟⑤証拠』（弘文堂、1983年）221頁、兼子一原著『条解民事訴訟法〔第2版〕』（弘文堂、2011年）1177頁〔松浦馨＝加藤新太郎〕。門口編・前掲注（20）258頁〔難波孝一〕も同旨か。

(30) 夏井・前掲注（14）102頁以下、146頁以下。

(31) 夏井・前掲注（14）150頁。



書（の原本）と捉えると解される新検証説があるほか、これを電磁的記録の謄本や写しと位置づけることも考えられる。今後は、証拠として特定された電磁的記録をコピーした媒体を証拠提出する場面や、当該電磁的記録を裁判所のサーバへアップロードする（裁判所の管理するサーバに、当該電磁的記録のコピーを作成することを意味する）ことも想定できる。またその際、当該電磁的記録と論理的に同一のコピーではなく、ファイル形式を変換した電磁的記録を作成することも想定される〔後述3（1）〕。

ところで、民事訴訟上、「写し」や「複製」概念の整理については、これまで必ずしも厳密になされず、様々な場面で上記概念が使われてきたように思われる。そのことについては相当の理由もあると思われるが、まずはこれらの概念の使われ方について、以下で確認を行う。なお、電磁的記録は元となるデータの非改変コピーを作成することや、その論理的同一性を技術的に検証することが可能なため、原本に関連する「正本」「謄本」「認証謄本」「抄本」等の概念が、電磁的記録において文書におけると同一の意味を保ちうるか自体が問題となる。そこで以下では、これらの概念をひとまず対象から外し、さしあたり「写し」「複製」概念について確認を行うこととする。

#### （i）「写し」と「複製」

「複製」は、民訴法91条4項及び同5項、92条1項の三箇所で用いられる、法律上の用語である。いずれも、訴訟記録中の録音テープ又はビデオテープの複製の意味でのみ出現する。

これに対して「写し」は、民事訴訟法上には出現せず、民事訴訟規則47条、55条2項、80条～82条、123条3項等で出現する用語である。そのため、仮に今後、民事訴訟法において「写し」の概念を用いる場合、法律上の用語として、その意味を定義づけする必要があると思われる。

その他、判例においても、書証の対象となる文書の「写し」という場面で用いられるが、その意味する範囲は必ずしも明瞭でない。これは、原本を手書きでその内容を書き写していた時代から、コピー機による複写が趨勢となった時代まで、一貫して「写し」概念が用いられていたため、原本を再現する水準が全く異なる複数の文書が、「写し」という同一概念の下に包摂されてきたためである。そこで、証拠

方法たる文書に対する写しの用法について、やや敷衍して検討を行う。

## （ii）民事訴訟における写しの扱い

### ① 期日前における写しの提出

民事訴訟規則上、正式な証拠提出の前段階で、書証の申出における写しの提出を規律する場面がある（規則137条1項等）。裁判所および相手方当事者が、期日に提出されるべき文書の内容を事前に検討して、期日における審理を円滑にする趣旨である。<sup>(32)</sup> 写しの提出は、正式な証拠提出ではなく、当事者自身が所持する文書についての書証の申出は、期日における原本の提出を原則とする（規則143条1項<sup>(33)</sup>）。

電磁的記録について考えると、まず、電磁的記録についても写しの事前提出を要するか、および原本提出主義が妥当するか自体が問題となる。考え方としては、原本の事前提出を原則とすべき余地もあるように思われる〔後述3（2）〕。

次の問題として、仮に電磁的記録とその記録媒体の結びつきを強く考え、電磁的記録における原本は当該電磁的記録を記憶した媒体であると考えれば、電磁的記録の証拠調べ申出は、（期日において）当該媒体の提出を行わなければならないことになる。しかしこの考え方によると、場合によっては、稼働中のPCやサーバ等の記憶装置が原本となり、証拠提出自体が困難になるおそれもある。また文書と異なって、記録媒体を提出されただけでは、裁判所はこれを見読できないため、この意味での原本提出主義は意義に乏しい。

この事態を回避するために、証拠提出者に、電磁的記録媒体の読み取り・表示装置の提出をも義務付けるとする考え方があり得る。ただし、一定の電磁的記録（特殊なファイル形式等）について、その必要性は肯定すべきと思われるが、常にすべての電磁的記録について、上記の義務を課した上で、記録媒体上の電磁的記録の表示を行わせるべきかは、疑問が残る。また、次に検討する「原本に代えた写しの提出」「写しを原本として提出」の妥当範囲を拡大することも考えられる。実務上は、この方法が採用されやすいものと推測するが、原本提出主義を一旦肯定しつつ、事

(32) 秋山ほか編・前掲注(19)389頁、最高裁判所事務総局民事局監修『条解民事訴訟規則』（司法協会、1997年）290頁。

(33) 商事法務研究会の段階では、アップロードの時点で書証の申出がなされたものと解する余地も指摘されていた。詳細につき、菱田・前掲注(22)63頁。

実上それを後退させることを、当初から織り込むことの当否は問われよう。

これに対して、本稿のように電磁的記録とその記録媒体の結びつきを弱く考え、原本概念を機能的なものとして再構成するならば、当該電磁的記録の原本は電磁的記録媒体ではなく、当該媒体に記録された電磁的記録そのものということになる。さらに、非改変コピーについては論理的に原本と差異がないため、これもまた原本であると認める余地が生じる〔後述2(2)〕。このように考えると、たとえば裁判所の運営するサーバに、機能的な原本をアップロードすることで、写しの提出を行ったと同時に（写しが原本と異なるものでなければならない、という要請はないものと思われる）、原本提出主義を遵守することが可能となる。一定の電磁的記録について、当該記録の表示方法を提出すべき場合は残ると思われるが、それは写しの提出や原本提出とは別の問題として構成されることになる。

## ② 原本に代えた写しの提出

たとえば原本が焼失・紛失した場合などに、写しをもって原本の代用とするため、原本の存在とその成立の真正につき相手方に異議がないことを要件として、規則143条1項の例外として、原本に代えた写しの提出が許されることが、判例上承認されている（大判明治37年10月19日民録10輯1276頁、大判大正10年9月28日民録27輯1646頁、大判昭和5年6月18日民集9巻609頁）。この場合、写しの閲覧によつて原本を取り調べたことになる<sup>(34)</sup>。

電磁的記録について考えると、たとえば当事者が自己所有のPCに保持する電磁的記録を原本とし、インターネットを介して裁判所の運営するサーバへアップロードした場合、厳密な意味ではこれは原本の提出ではなく、原本の写しを裁判所のサーバへ作成したことを意味する。USBメモリやCD-R等へデータをコピーして、その媒体を裁判所に提出した場合も同様である。したがって、原本たる電磁的記録を記録した媒体の提出を除けば、当事者はいずれにせよ、裁判所へ写しを提出するほかない。

そこで、電磁的記録については、写しの運用を広範に認め、特に原本提出主義との関係で、上記例外を幅広く認めるべきか、ここでもやはり原本概念を機能的に扱

---

(34) 秋山ほか編・前掲注(19)529頁。

張して、文書であれば写しに包摂されるような電磁的記録のコピーであっても、原本としての機能を維持したものについては、原本であって写しに含まないと考えるべきかが、問題となり得る。

### ③ 写しを原本として提出

挙証者が本来の原本ではなく、写しそのものを証拠調べの対象として提出する場合がある。これを実務上、「写しを原本として提出」等と呼び、証拠力はともかく、写しを原本と特定した以上、原本提出主義には反しないものと解されている（東京地判平成2年10月5日判時1364号3頁）。このとき、写された元の文書を「真の原本」、提出された写しを「手続上の原本」と呼ぶことがある。

写しを原本として提出した場合、形式的に考えれば、当該「手続上の原本」の形式的証拠力は、写しを作成した者を起点に判断することになり、「真の原本」の存在およびその真正は、「手続上の原本」にとっては実質的証拠力の問題に位置することになる（前掲平成2年東京地判）。しかし、このような整理に対しては、書証における作成名義の重要性を混乱させるものとして、有力な反対説も提唱されている<sup>(35)</sup>。

## 2 問題の所在

### (1) 問題の設定

ここまでは、主に書証に関する諸概念との関係で、電磁的記録の証拠調べの特質や、検討すべき概念について、一般的な検討を行った。次に、今後発生しうる証拠法上の問題を具体的に検討するため、以下の事例を想定しつつ、電磁的記録に対する証拠調べはどのようなものであり得るか／あるべきかを考察する。

検討すべき問題は多岐にわたるが、本節ではさしあたり、電磁的記録においてしばしば議論されてきた原本概念が、具体的事例においてどのような意味を持つかを中心に、証拠方法の特定、その真正判断等との関係で、検討することとしたい。

(35) 近藤昌昭＝曾田隆史＝柏木扶美「文書の写しによる書証の申出について」判タ1191号（2005年）71頁。

## 〔事例〕

Xは、2014年にY病院（担当医C）から受けた診療行為について証明するため、Yが管理する電子カルテにつき、提出命令の申立てを行おうと考えた。

当該電子カルテは、Y病院に据え付けられたPC上で作成・編集・閲覧し、電子カルテデータのダウンロードも可能である。電子カルテシステムは、ブラウザベースのウェブシステムである。

当該ウェブシステムは、E会社が開発、運用したものである。Eは、自前のサーバを物理的に所持しているわけではなく、当該ウェブシステムは、B会社のクラウドサーバ上に構築されており、データベースも当該クラウド上のみ存在している。電子カルテデータは、作成から5年間、電子カルテシステム内のデータベースに格納した後、システムの機能として自動的にエクスポートされ、同クラウドサーバ上でYが契約・利用するストレージにコピーが保存され、データベース内からは消去される運用である。

過去の電子カルテを提出するための通常の操作は、Y職員がY病院内のPCから操作して、ストレージからXに関する電子カルテ一式をダウンロードする方法による。

Yは、Yが電子カルテの提出命令を受けた場合や、Y自ら証拠申出を行う場合に備えて、提出手順につきY訴訟代理人弁護士Dへ相談したところ、クラウドストレージからダウンロードしたファイルを、メールの添付ファイルとして／USBメモリにコピーし、Y訴訟代理人弁護士Dに交付すれば、Dが自身のアカウントを用いて、当該電子データを裁判所のサーバへアップロードする、との回答を受けた。

事例を検討するにあたって、証拠調べの対象となり得る電磁的記録について、便宜的に以下の符号を用いる。

a0：Xの身体状態およびそれに対するCの認識（電子データが表現しようとする情報）

a1：Cによって、Y病院に設置されたPC上で入力・記録された電子カルテ

## 内容

- a2：Bの運営するクラウドサーバ上で運用する、Eシステム内のデータベース内に記録された、Xの診療録に関するデータ
- a3：Eシステム上のデータベースから、Bが運営しYが利用するクラウドストレージ内にコピーされた、Xの診療録に関するデータ
- a4：Yがクラウドストレージからインターネットを介してダウンロードし、Yの使用するPC内に記録されたデータ
- a5：YがDに対してa4をメール添付した結果、Dの使用するPC内に記録されたa4のコピー
- a6：Dがa5を裁判所のサーバにアップロードした結果、裁判所のサーバ内に記録されたデータ

## (2) 検討

事例において、弁護士Dによりa5が裁判所のサーバへアップロードされ、a6が裁判所のサーバに記録された場合、本来あるべき証拠調べの対象は何で、当該電磁的記録の「原本」とは何を指すか。原本作成にかかる作成者の意思（形式的証拠力）、原本以前以後のコピー状況（完全性の問題）等と深く関わり、問題の切り分けは難しいが、以下の考えがあり得る。

## (A) a6を原本とする考え方

裁判所のサーバへアップロードされた（なお、弁護士Dがa6の入ったUSBメモリ等を裁判所に提出しても、問題の本質は特に変わらないと解する）a6は、本来はa5のコピーである。a6を原本と見るためには、いわゆる「写しを原本として提出」の考えに立つか、原本概念を拡張し、本来提出すべきであったデータとa6の論理的同一性が担保される限り、a6もまた原本である、との原本概念に対する解釈を要する。

前者の考えに立脚する場合、文書における写しの作成と、Dがa5をサーバへアップロードする行為が、質的に同一かは検討の余地がある。また、本来の原本（「真の原本」に類似）はさしあたりa5ということになるが、それが適切な理解かも検討の余地がある。

後者の考え方によった場合、a6が論理的同一性を保つべき元の電磁的記録は何か、改めて特定する必要が生じよう。

(B) a5を原本とする考え方

弁護士Dが保持する電磁的記録を原本とする考え方は、あえて言えば、a4のファイル内容が然々であったということを、弁護士Dが報告する報告文書を原本として作成した、という発想に近い。この場合、a6は当該報告文書の原本に代えた写しと整理されると解される。

しかしこの考え方によると、形式的証拠力は弁護士Dのa5作成意思を基準とする（または、a4からa5のコピーを作成したYの、コピー作成意思）ことになり、形式的証拠力の判断を行うべき意義が低下するおそれがある（従来の新書証説にも、同様の問題があった）。

(C) a4を原本とする考え方

a4は、Y病院またはC医師が、自己の意思に基づいてクラウドストレージ内のデータ（a3）の現状につき作成した報告文書に近いものと考えられ、形式的証拠力も、Yの当該報告文書作成意思を基準とすることにならうか（これを超えて、a3=a4の同一視をするためには、先述の通り、原本概念の拡張を要するよう思われる）。

仮にこの考え方に立つ場合、文書とは異なり、Yが提出命令時には現実に保持していない（ダウンロードを行っていない）データであっても、ダウンロード（生成）が可能である電磁的記録であれば、提出命令の対象となり得る、という理解が必要であるように思われる。<sup>(36)</sup>

(D) a3を原本とする考え方

デジタル・フォレンジックでは、原データのメタ情報や、原データを保存する環境（PCやサーバ）内のログや磁気ディスクに残存した電磁的状态に、大きな証拠価値を見出すことがある。そのような考え方からは、完全性が最大限保たれたデータ（コピー前のデータ）を原本と捉えるのが自然である。

a3を原本と考えると、a6はa3の写しの写しの写しである。これが文書であれば、

---

(36) この点に関して、夏井・前掲注(14) 166頁。

写しの元となった文書を提出できず、その内容自体を証明できない場合、a3からa4へ、a4からa5へ、a5からa6へそれぞれ写しを作成した際の非改変性を証明しなければ、a6の証拠価値は減ずることになる。しかし、電磁的記録の移動が媒体の移動ではなくインターネット等を介したコピーによることが多い現在において、そのような証拠価値の減少があると考えerことは問題である。端的に、a3とa6との論理的同一性（非改変性）を検査する手段（上述で紹介した技術が考えられる）や手続を用意した上、その論理的同一性が証明されれば、途中のa4、a5等の経路を顧慮せず、原本の非改変写しまたは原本そのものが提出されたと見るべき余地があるように思われる<sup>(37)</sup>。

また、上記事例において、a3を原本とする見解に立つ場合、Xが電磁的記録の提出命令を申し立てるに際しては、その相手方をYと考えるのが穏当であるように思われる。EやBであっても、Yの利用するストレージの中身にアクセスする権限や技術的可能性があるかは不明だからである。仮に、（実現可能性は極めて低いものの）Bが提出命令を受けて当該クラウドサーバで用いられた電磁的記録媒体を法廷に提出したとしても、B自身、その情報内容を表示させることはできない可能性が高く、電磁的記録がセキュリティ向上のために暗号化されていれば、第三者による鑑定や、検証によっても、情報内容の表示は不可能に近い。

このように考えると、電磁的記録の保持者とは、物理的な媒体の所持者や運用者ではなく、当該電磁的記録にアクセス可能な方法や権限を持つ者、と理解すべきように思われる。この意味で、文書の所持者に相当する電磁的記録の保持者概念も、物理的ではなく、技術的・機能的に把握されるべき概念と思われる。本件事例についてみると、Yは、電子カルテの電磁的記録について物理的な占有等をしていないが、クラウドストレージシステムを解して、当該電磁的記録にアクセスできる者として、保持者に当たる。

ところで、上記事例のようなクラウドサービスの事例の場合、a3の形式的証拠力とは何を指すか（とりわけ、誰が作成者か）は明らかでない。a3は、電子カルテシステム上で記録されていたa2を、過去の一時点においてコピーした写しである。a2

(37) この問題に関して、町村＝白井・前掲注（8）176頁以下〔櫻庭信之〕。



はすでに削除されており、復元は不可能ないし困難と予想される。a3はa2の内容が然々であると報告する文書とも思われるが、a3はE社の提供する電子カルテシステムに実装された機能によって自動作成されたものであり、作成者たる人は存在しない。

この場合、OSやサーバが自動的に生成した電磁的記録については、データとしての同一性のみを判断すれば足り、真正等の観念は適用しない、との考え方があり得る（準文書にも、すでに同様の問題はあった）。他の考え方として、原本はa3であるにもかかわらず、そのa2=a3の論理的同一性が証明できる限り、形式的証拠力の判断起点はa2とする、という可能性もある。この場合、必ずしもa2の現存は必要なく、間接事実から形式的証拠力の証明も可能と解する。

#### (E) a1を原本とする考え方

設例の電子カルテにつき、当初の情報内容（人の思想）を最初に確定的に作成したのは、Xの担当医Cである。そこで、文書における原本に最も近いのは、a1ということになる。

ただし、上記事例でCが自身の手元PCで作成したデータを保存することは通常考えづらく（ウェブシステムであればなおさら）、またそのような保存義務も観念し難い。したがって、本件のような事例においてa1を固定的に原本と観念すると、上記事例のような場面では、原本を証拠として提出することが困難であり、結果として事実上、原本に代えた写しの提出を利用する局面が広くならざるを得ず、建前としての原本提出主義の意義が後退するおそれもある。

#### (F) a1=a2=a3=a4=a5の非改変性が証明できる限り、どれも同一の原本だとする<sup>(38)</sup>考え方

すでに述べたように〔→1（2）⑥〕、電磁的記録は原本性、真正、唯一性等、通常の文書が持ち得る諸特性を、技術的に実現することがあり得る。また、原本性と唯一性とが必ずしも連動するわけではない。

そこで例えば、上記事例につき、a1に対する非改変性が保障される方法でa2～a5が作成された場合、複数回のコピー行為にかかわらず、a1=a2=a3=a4=a5はすべ

(38) 法制審議会部会第4回議事録（[http://www.moj.go.jp/shingi1/housei02\\_003005.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/housei02_003005.html)から閲覧可能である）20頁以下〔垣内秀介幹事発言〕。

て同一の原本であり、a6（a5=a6ならば、これ自体も原本である。そうでないならば、原本に代えた写しとなる。この違いは、裁判所のサーバにおけるアップロードシステムの仕様にも左右されるかもしれない）の取調べをもって、a1～a5の取調べが終了する、との考え方があり得る。

この論理的同一性の範囲内で、たとえば証拠調べ対象として提出する電磁的記録（たとえばa5）と、真正判断の起点となる電磁的記録（たとえばa1）を異にする余地も考えられる。<sup>(39)</sup>

#### （G） a1～a5のいずれが原本であるかは、当事者が決定すべき問題であるとする 考え方

上記事例では、a1～a6が、電子カルテの記載内容という点では改変または非改変の状態で流通している。また、メタデータについていえば、メタデータの異同は、どのレベルでのメタデータに着目するかによって、相当に答えが異なり得る（たとえば、問題となる電子カルテが単一のファイルにまとめられており、そのファイル内部に記録されたメタデータに改変はないものの、アプリケーションが保持するメタデータや、OSレベルの操作履歴まで広義のメタデータに含めて考える場合は、たとえばa1とa4とではメタデータが同一でないと評価される余地はあろう）。そこで、電磁的記録において原本とは、コピーの系列の中の任意の一時点を取り出して特定したもの、と定義することも考えられる。これも、原本概念を機能的に捉える見解と言える。a1～a5が、メタデータまで含めて考えれば、必ずしもまったく同一の価値を持つ電磁的記録でないことを考えると、要証事実との関係で当事者に原本特定権能を与えることは、当事者の証拠提出権能の面から見て検討に値する考えと思われる。

#### （H） 原本という考えを放棄する考え方

任意の電子データにつき、コピー系列のどこまで遡行可能かは、見方によって評価が異なりうる（設例では、a1とa2のどちらが原データか、など）。したがって、原本という観念そのものに大きな意味があるかも、検討の余地がある。そこで、取り調べたい電磁的記録の特定、および当該電磁的記録と提出データの同一性（完全

(39) 法制審議会部会第4回議事録17頁〔山本克己委員発言〕。

性) さえあれば、電磁的記録の証拠調べにとって最低限必要な、原本概念に替わる判断要素は足りると考え、原本概念を廃棄することも考えられる。

もっとも、原本概念は、その他の関連概念との関係で機能が定まる側面もあり、原本概念のみの廃棄が可能かは検討の余地がある。従来の書証関連概念としての原本概念等を援用しつつ、それを電磁的記録にふさわしい形で再解釈、拡張することと、まったく新しい概念セットを電磁的記録のために創出することと<sup>(40)</sup>、どちらが適切かは、難しい問題である。

### (3) 小括

電磁的記録の証拠調べにつき、「書証に準ずる」規律を構想するならば、原本概念は、その機能に着目すれば直ちに廃棄するのは相当でないように思われるが、書証におけるそれと同一に解することはできず、周辺概念も含め、概念の機能的分析に応じた再解釈が必要であるように思われる。

具体的には、原本とは、その成立過程において一義的かつ実的に定まるものではなく、要証事実との関連や当事者の選択によって決まる、相対的・機能的な概念であると理解せざるを得ないように思われる<sup>(41)</sup> (F説又はG説。文書にも同様の側面はあり得るが、電磁的記録が事実上、文書よりも容易に内容変更できる点を、軽視すべきでないように思われる)。

原本の所持者に対応する電磁的記録の保持者も、物理的な保持者ではなく、電磁的記録に対するアクセス可能性やアクセス権限を持つ者、と解すべきと思われる。

原本の成立に関する真正判断については、原本と特定された電磁的記録以外の電磁的記録 (たとえば、コピー元) が判断対象となることも、情報の論理的同一性を条件としつつ、承認すべきように思われる。成立に関する真正判断が不要な電磁的記録の存在も承認すべきである。

上記事例が示すように、原本として特定された電磁的記録と、裁判所が現実に閲覧する電磁的記録 (a6) が異なる局面は少なくないと思われるが、閲覧に供される電磁的記録と原本たる電磁的記録の論理的同一性が証明できる限り、その中間経路

(40) 法制審議会部会第4回議事録16頁以下〔山本克己委員発言〕。

(41) 菱田・前掲注(22) 65頁以下。

（コピーの履歴）は、証拠力の判断に影響を及ぼさないと考えてよいように思われる。

以上の概念整理を前提にすると、電磁的記録について必要な、書証とは異なる独自の手続の必要性も、ある程度明らかになるものと思われる。

第一に、上記事例のようなコピー経路があり得ることを考えると、原本たる電磁的記録を特定するためには、電磁的記録の特性に応じた特定情報を、証拠調べを申し出る当事者が明らかにしなければならないと解される（規則148条参照）。

第二に、原本として特定された電磁的記録と、裁判所が閲覧する電磁的記録との論理的同一性を取り調べるための、簡易な手続が必要と思われる。たとえば、原本たる電磁的記録の保持者に対して、原本のハッシュ値等を提出させる手続などが考えられる。

この手続は、当該電磁的記録の証拠力にかかわると思われるため、弁論主義事項である。したがって、具体的な手続は調査囑託（法186条）に類似すると思われるが、職権でも行える調査囑託をそのまま流用することが適切かは、検討の余地がある。また、ハッシュ値等は、当該電磁的記録の内容を開示するものではなく、ハッシュ値等から電磁的記録の内容を推測することも不可能なため、提出拒絶事由を考える余地が乏しい。したがって、例外なき公法上の義務として、電磁的記録の保持者に対して課す余地もある。もっとも、原本が現存しない、何らかの理由でハッシュ値を出すことができない、などの事情はあり得る。その場合、周辺事情から論理的同一性を証明するほかない。

第三に、録音テープにつき規則149条が規定されると同様に、電磁的記録についても、その特性に鑑みて、たとえば提出される電磁的記録が標準化されていない、特殊なファイル形式であるなどの場合、必要に応じて、当該電磁的記録を復号・表示するアプリケーションや装置も、併せて申し出る（又は提出を命ずる）ことができる旨の規定が必要と思われる。この場合の費用負担の問題は、なお検討すべきである。<sup>(42)</sup>

---

(42) 竹下・前掲注(25) 33頁注6、前掲昭和53年大阪高決。アメリカ法におけるEディスクバリの費用負担につき、藪口康夫「電子証拠の取り調べに関する日米比較序説」本間靖規ほか編『河

### 3 中間試案に対する若干の検討

以下では、前節までの検討で得られた、電磁的記録の証拠調べに関する私見との関係で、本稿執筆時点において民事訴訟法改正についての最新の議論である中間試案における、電磁的記録関連の提案部分について概観のうえ、検討を試みる。

#### (1) 総論

##### 〔第1-1-【甲案】(中間試案1頁)〕

申立てその他の申述(証拠となるべきものの写しの提出を含む。以下「申立て等」という。)のうち書面等(書面, 書類, 文書, 謄本, 抄本, 正本, 副本, 複本その他文字, 図形等人の知覚によって認識することができる情報が記載された紙その他の有体物をいう。以下本項において同じ。)をもってするものとされているものについては, 電子情報処理組織(裁判所の使用に係る電子計算機(入出力装置を含む。以下同じ。))と申立て等をする者の使用に係る電子計算機とを電気通信回線で接続した電子情報処理組織をいう。以下同じ。)を用いてしなければならない。

「証拠となるべきもの」には、電磁的記録も含まれると解されるから、電磁的記録の写しの提出が事件管理システム(中間試案において予定されている、裁判所がオンライン提出のために設置すべきシステムの仮称)を用いてなされることが予定されていると解される。この「写し」の意義は必ずしも明らかでないが〔後述(2)参照〕、従来、書面における写しは原本と完全に同一の文書(文書の場合、それは取りも直さず原本そのものである)を意味したわけではないから、この場面での電磁的記録の写しについても、論理的同一性の維持は特に要求されていないものと思われる。

証拠方法としての電磁的記録の原本をも、事件管理システムを通じて提出する扱いを予定しているかは、この部分だけからは必ずしも明らかではない。しかし、第1-1はオンライン申立て義務化の部分であり、提案以外のもののアップロード

---

野正憲先生古稀祝賀 『民事手続法の比較法的・歴史的研究』(慈学社出版、2014年)269頁。

を禁ずる趣旨は含まれないと解される。

〔第 1－2（3頁）〕

2 インターネットを用いて裁判所のシステムにアップロードすることができる電磁的記録に係るファイル形式

電子情報処理組織を用いて裁判所の使用に係る電子計算機に備えられたファイルに記録する電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。以下同じ。）に係るファイル形式について、次のような規律を設けるものとする。

- (1) 電子情報処理組織を用いて裁判所の使用に係る電子計算機に備えられたファイルに記録することができる電磁的記録に係るファイル形式は、解読方法が標準化されているものとする。
- (2) 裁判所は、必要と認める場合において、当事者が電子情報処理組織を用いて裁判所の使用に係る電子計算機に備えられたファイルに記録したものに係るファイル形式と異なる他のファイル形式の電磁的記録を有しているときは、その者に対し、当該他のファイル形式の電磁的記録を提供することを求めることができる。

（注 1）当事者又はその代理人が身体の障害により相手方が提出した電磁的記録を読み取ることができない場合であって、当該電磁的記録を提出した者が音声情報に変換可能な情報を有する電磁的記録を提出することができるときは、裁判所は、当事者の申立てにより、当該電磁的記録を提出した者に対し、音声情報に変換可能な情報を有する電磁的記録を提供することを求めることができるとの規律を設けるものとする考え方がある。

（注 2）容量の大きな電磁的記録の提出や、証拠となるべきものの写しに係るファイル形式が本文(1)に規定するものに該当しない場合の提出に関する規律について、引き続き検討するものとする。

〔補足説明15頁〕

3 容量が大きいもの等の提出（試案の注 2）

特に証拠となるべきものの写しに係る電子データについては、容量が大きいものや多様なファイル形式のものが存在することが想定される。しかし、容量を無制限とすることによる事件管理システムのサーバへの負担や特定のソフトウェアを必要とする電子データの閲読の困難性を踏まえて、これらの提出を許容すべきか否かについて引き続き検討する必要があると考えられることから、試案の（注2）においてその旨を記載している。

#### 4 その他

事件管理システムに提出することができる電子データの種類に係る規律は、技術の進展に合わせて見直しをする必要があると考えられることから、最終的には最高裁判所規則等で規定することが考えられる。

中間試案の「第1」は総論部分のため、申立て・主張・証拠提出・その他（訴訟記録における第三分類関連等）のすべてについて共通する。したがって、証拠たる電磁的記録の写しと、電磁的記録の原本の双方について、上記試案が関わると解される。

本文(1)の、「解読方法が標準化されているもの」とは、ISO等で定まったもの（PDFファイル等）のほか、事実上の標準（デファクト・スタンダード）となったもの（Wordドキュメントファイル等）も含むと解される。その他の、標準的でないファイル形式の証拠は、事件管理システムに記録することができないこととなるが、ファイル形式の範囲については、最終的に最高裁判所規則に委ねる考えが示されており（補足説明4）、また、事実上の標準をどの程度の範囲と解するかにもよると思われる。

書証の場合、PDF等の標準的なファイル形式を用いた写しを作成の上、事件管理システムへ提出することが考えられる（規則137条1項）。原本は文書であるから、原本提出主義（規則143条1項）を充たすには、別途原本の提出を要する。

電磁的記録の証拠調べの場合、仮に書証に準じた写し提出の規定（規則137条1項）が維持されると仮定すると、原本が標準的なファイル形式の電磁的記録の場合、そのままコピー（複製）を事件管理システムへ記録できる。さらに、このアップロードをもって、原本提出があったと評価される余地がある。

以上に対して、原本が標準的でないファイル形式の電磁的記録の場合、標準的な

ファイル形式へ変換した写しを事件管理システムへ記録する必要がある。この際、元のメタデータは失われることがあるが、この問題は、中間試案においても、補足説明70頁、77頁において意識されている。他方、写しが標準的なファイル形式でない場合については、（注2）に記載がある。以上とは別の問題として、規則143条1項との関連で、標準的でないファイル形式の電磁的記録の原本を証拠提出する場合、試案によれば事件管理システムにアップロードする方式での提出はできないため、原本を記録した電磁的記録媒体か、原本と論理的に同一なコピーを別媒体に記録した上、当該媒体を提出する必要があることになる。しかし、電磁的記録の原本のファイル形式に応じて、このように扱いを異にする合理性はないようにも思われる。

## （2）証拠法

### 〔第8（16頁以下）〕

#### 1 電磁的記録についての書証に準ずる証拠調べの手続

電磁的記録であって情報を表すために作成されたものの証拠調べについて、書証に準ずる規律を設けるものとする。

#### 2 電磁的記録の書証に準ずる証拠調べの申出としての提出

電磁的記録であって情報を表すために作成されたものの書証に準ずる証拠調べの申出としての提出は、当該電磁的記録又はこれを電磁的方法により複製したもの（当該電磁的記録に記録された情報について改変が行われていないものに限る。）でなければならないものとする。

（注）原本の存在及び成立に争いがなく、相手方が写しをもって原本の代用とすることに異議がないことを条件に、原本の提出に代えて写しを提出することが許される旨の規律（大審院昭和5年6月18日判決・民集9巻9号609頁）を明文化した上で、本文の規律にかかわらず、電磁的記録であって情報を表すために作成されたものについて、これに準ずる規律を設けるものとする考え方がある。

### （i）「写し」と「複製」

上記試案部分では、「写し」概念と「複製」概念が登場する。しかし、この両概



念の関係は、中間試案全体を通じて、やや複雑な理解を要するように思われる。

まず、前述〔1（3）（i）〕のとおり、「複製」はすでに民事訴訟法上用いられる用語であり、定義変更が必要であれば立法作業の対象となる余地がある。これに対して、「写し」は民事訴訟法上用いられておらず、これまで民事訴訟規則、判例上用いられてきた意味も、必ずしも一定しない。今回の中間試案でも、書証との関係で、法律上の規定を要する事項について、「写し」概念の使用は注意深く避けられているように読める。

中間試案が取りまとめられるまでの法制審議会部会の議事録を読む限り、漠然とした理解であるが、「複製＝改変されていないコピー」「写し＝改変、非改変含む広義のコピー（または改変されたコピー）」という用語の使い方がされてきたように思われる<sup>(43)</sup>。しかし、中間試案では「写し／複製」の概念区別にそのような機能を持たせていない。さらに、「複製」は中間試案全体で、証拠法上の用例と異なる意味でも用いられている。そのため、非改変の複製について言及される場合は、その都度「当該電磁的記録に記録された情報について改変が行われていないものに限る。」との付記がされている。この結果、中間試案で用いられる「写し」「複製」は、論理的同一性の有無の点で差がないことになる。

「改変」についても、必ずしも確たる定義はないが、「情報の実質的意味内容は損なわれていないものの、ファイル形式やメタデータを変更するなどして、元となる電磁的記録に記録された情報との論理的同一性が失われた場合」を指すものと思われる（証拠法上、従来言われてきた改ざん事例は、中心的な問題でないようである）。具体例として、Eメールの内容やワードファイルをPDFファイルへ変換した場合、RAWファイルをjpgファイルへ変換した場合などが想定できる。なお、元となる電磁的記録に記録された情報を暗号化又は可逆圧縮した場合等については、今後の検討に委ねられているものと推測される。

以下は、筆者が理解する限りでの、写しと複製の区別である。

---

(43) たとえば、法制審議会部会第4回議事録15頁〔日下部真治委員発言〕は、そのような理解を前提にしているように思われる。

	「複製」	「写し」
現行法規等における用例	民訴法91条4項5項、92条1項	民訴規則47条、55条2項、80条2項、137条等大審院昭和5年6月18日民集9巻9号609頁等
中間試案における独自の意味	・ダウンロードの意味（第3等） ・広義のコピーの意味（第5-2）	（なし）
改変の有無	改変、非改変双方を含む（非改変のみを指す場合は、その都度付記する。）	改変、非改変双方を含む（非改変のみを指す用法は、中間試案には含まれない。）
写しの提出（規則137条1項関連）	「写し」に含まれる（写しとして、複製を提出できる）	（当然該当）
証拠調べの対象となるか（規則143条1項、法228条関連）	・非改変の複製の場合、取調べの対象となる（第8-2本文）。 ・改変された複製の場合、「写し」に含まれ、相手方の同意があれば「原本に代えた写し」として証拠調べの対象となる（第8-2注）。	相手方の同意があれば「原本に代えた写し」として証拠調べの対象となる（第8-2注）。

## (ii) 複製による証拠調べ

中間試案は、「試案の本文は、電磁的記録であって情報を表すために作成されたものについての書証に準ずる証拠調べの申出は、電磁的記録を提出してすることを前提に、その申出は、具体的には、作成者が一定の内容を表示するため確定的なものとして最初に作成した電磁的記録か、これを電磁的方法により複製したもの（当該電磁的記録に記録された情報について改変が行われていないものに限る。）でなければならない（なお、文書における正本や認証謄本に相当する電磁的記録については、ここでは捨象する。）<sup>(44)</sup>ものとすることを提案するものである。」とする。

ここでは、電磁的記録について原本に相当する観念を用いることを承認しつつ、当該原本か、その非改変複製が証拠調べの対象である（規則143条1項と同趣旨の

(44) 補足説明71頁。

証拠方法特定)と提言するものと思われる(このとき、原本との論理的同一性を維持した複製を原本概念に包摂することは、否定しているものと推測される)。その上で、いわゆる「原本としての写し」構成を採用せず、原本との論理的同一性を維持した複製の取調べをもって、証拠方法として特定された原本の取調べがなされたと評価する(構成としては、「原本に代えた写し」の扱いに近いが、非改変複製であれば、相手方の異議が顧慮されない)立場を提言しているものと思われる。

### (iii) 「原本に代えた写し」の明文化

試案中、2(注)は、文書について従前から承認されてきた判例上の扱いを明文で認める提案だが(ただし、規則143条1項の例外と考えるならば、これは最高裁判所規則制定の提案になる)、電磁的記録についての意義を考えると、たとえば、原本たる電磁的記録の非改変複製の取得も難しい場合(たとえば、クラウドサーバ上で運用するシステムのデータベース内に原本があるが、システム上のエクスポート機能を用いて出力される整形データでしか、データベース内の情報について証拠を得られない場合など)に対応する規律の整備を提案していると推測される。原本の存在及び成立に争いが無いこと、相手方が写しをもって原本の代用とすることに異議が無いことを要件とする点で、非改変複製の取調べと差を設ける(裏を返せば、非改変複製に写しと異なる特別の地位が与えられる)ことになる。

関連して、補足説明は「もっとも、試案の本文の規律は、文書における規則第143条第1項に相当する書証の申出の適法性を基礎付ける要件に関する規律ではなく、文書における法第228条第1項に相当する電磁的記録の成立の真正に関する規律であると位置付けることも可能であるとも考えられるところである。」とされる。これは、電磁的記録の改変性が、証拠申出の適法性にかかる事項(職権探知主義が妥当する可能性がある)ではなく、形式的証拠力にかかる事項(弁論主義が妥当する)と整理することで、裁判所の判断が当事者にとって不意打ちにならないように図る趣旨かと推測される。<sup>(48)</sup> もっともその直後で、「試案の本文の規律の理論的な位

(45) 補足説明72頁以下参照。

(46) コピーデータによる原本データの取調べとして、柳川・前掲注(18)27頁。

(47) 補足説明73頁。

(48) 電磁的記録につき、データの同一性問題を形式的証拠力に含めて整理する見解は従前から

置付けについては、引き続き検討することが必要であると考えられる」とされたとおり、非改変性を証拠法上どのような位置づけにするか（既存の枠組みに収める必要もない）自体、今後の理論的課題である。

なお、非改変複製の論理的同一性に関連する問題として、「写し」概念の中に、原データとの乖離（改変性）をどの程度まで許容するか、という問題がある。たとえば、建築物の設計瑕疵が問題になる事件で、CAD（建築設計等で用いられるソフトウェアの総称）で操作される3Dデータにつき、内容を平面図へ変換の上、PDFファイルを作成した場合、当該PDFファイルは、元の3Dデータの写しといえるか。しかし、メタデータは言うに及ばず、元のデータ内容である3Dデータの意味内容をも完全には保持しているか明らかでない文書を、当該電磁的記録の写しと呼んでよいかは検討を要する。あるいは当該PDFファイルを、3Dデータの内容についてPDFファイル作成者が作成した、別の報告文書と解する可能性もある。しかし、このように解すると、場合によっては規則137条1項との関係で、提出可能な写しの態様が考えられず、事前の写し提出が不可能となり、ひいては証拠申出そのものが困難となる場面も想定される<sup>(49)</sup>。この問題は、写しの態様ごとに個別判断を要する場面も考えられ、斉一的解決は困難である。電磁的記録について、事前の写し提出、期日での原本提出という規律が必要か（原則として、事前の原本提出のみで足りるのではないか）も含め、今後さらに検討を要するようと思われる。

## 【第8（続き）】

### 3 インターネットを用いてする電磁的記録の提出命令に基づく提出及び送付嘱託に基づく送付

- (1) 電磁的記録であって情報を表すために作成されたもの（当該電磁的記録に係るファイル形式が第1の2(1)に規定するものに該当する場合に限

あった。原本と提出資料との同一性問題を、形式的証拠力の問題と整理する見解につき、柳川・前掲注(18)25頁以下。また、現行法においても、録音テープ等の撮影・録音・録画等の対象並びにその日時及び場所に関する情報（規則148条）は、形式的証拠力の問題として整理されていた。竹下＝青山＝伊藤編・前掲注(2)315頁〔竹下守夫発言〕。

(49) ただし、規則137条1項違反とはなるものの、写しの事前提出なしに原本のみを提出・閲読する書証は一応有効と解されている。門口編・前掲注(20)58頁〔古閑裕二〕。

る。)の提出命令に基づく提出及び送付嘱託に基づく送付については、電子情報処理組織を用いてすることができるものとする。

- (2) 電磁的記録であって情報を表すために作成されたものの提出命令に基づく提出及び送付嘱託に基づく送付を電子情報処理組織を用いてする場合は、最高裁判所規則で定めるところにより、裁判所の使用に係る電子計算機に備えられたファイルに当該電磁的記録を電磁的方法により複製したもの(当該電磁的記録に記録された情報について改変が行われていないものに限る。)を記録する方法によりするものとする。

(注) 証拠となるべき電磁的記録に係るファイル形式が第1の本文2(1)に規定するものに該当しないときの提出及び送付の在り方について、引き続き検討するものとする。

中間試案は、当事者以外の第三者が、事件管理システムを通じた電磁的記録の提出をするための、根拠規定の必要性を提案する。この場合の、第三者用のアカウントや、アップロードシステムについては、最終的に事件管理システムの設計問題となる。

3(注)は、本来当事者による証拠提出の際も問題となるが、当事者については第1-2(注2)で対応しているとする<sup>(50)</sup>。ただし、第1-2(注2)は、「証拠となるべきものの写し」に関する記載であり、電磁的記録の原本または非改変複製を事件管理システムへアップロードする際のファイル形式限定問題とは、ズレがあるように思われる。

#### 〔第8(続き)〕

4 インターネットを用いてする証拠となるべきものの事前の準備としての写しの提出

- (1) 証拠となるべきものの事前の準備としての写しの提出については、電子情報処理組織を用いてすることができるものとする。

(50) 補足説明76頁。

(2) 電子情報処理組織を用いてする証拠となるべきものの事前の準備としての写しの提出は、最高裁判所規則で定めるところにより、裁判所の使用に係る電子計算機に備えられたファイルに当該証拠となるべきものの写しを記録する方法によりするものとする。

書証における規則137条1項に対応する規定整備の提案であり、文書と電磁的記録双方をカバーする。また、電磁的記録につき、非改変複製を事件管理システムへアップロードした場合には、規則137条1項の写し提出が、そのまま規則143条1項の原本（原データ）提出を兼ねることを予定していると解される。<sup>(51)</sup>

補足説明では、「書証の申出としての文書（の原本）の提出については期日において行うという規律（法第219条）を維持すれば、文書の写しが正確に電子化されたかどうかについて相手方が争う機会を手続的に担保することができるものと考えられる。このことは、証拠調べの目的が電子データである場合であっても基本的に妥当する」として、書証において原本を期日当日に提出する扱いと、電磁的記録の原本提出を対応させて論じる。<sup>(52)</sup> もっとも、相手方が非改変を争う機会の保障と、原本提出の期日当日提出は必ずしも直結しない。また、電磁的記録が標準的なファイル形式でない場合、わざわざ媒体にコピーして期日に提出する意義は乏しいようにも思われること、先述のとおりである。

とはいえ、中間試案は、今後は「原本に代えた写しの提出」の運用が拡大することを暗黙の前提として、「相手方が異議を出さないかぎり、規則137条1項で提出された写しの証拠調べをもって、電磁的記録の証拠調べが完結する場合が多くなる」という見込みをもっているのかも知れない。仮にそうだとした場合は、その規範的当否も含め、検討が必要と思われる。

(51) 補足説明76頁以下では、非改変複製の提出をもって写し提出の義務が果たされる、という表現で説明される。

(52) 補足説明77頁。

## おわりに

証拠方法としての電磁的記録の取り扱いについては、これまで必ずしも学説の展開が十分でなく、そのため、今回の民事訴訟法改正においても、立法論の基盤を学説が十分に提供できていない状態にあるように思われる。

本稿は、きわめて粗い論考にとどまり、誤りも多々含まれることが十分予想される。また、立法作業中の資料に基づく検討のため、本稿の学問的寿命は短いものと思われるが、今回の中間試案を契機に、適切な立法を支える議論が展開されることを希望する。