

タイトル	当事者主義的民事訴訟運営と制裁型スキームに関する一考察(三)：日本民事訴訟法の当事者照会とアメリカ連邦民事訴訟規則の質問書を素材として
著者	酒井，博行
引用	北海学園大学法学研究，46(3)：629-640
発行日	2010-12-31

当事者主義的民事訴訟運営と 制裁型スキームに関する一考察 (三)

——日本民事訴訟法の当事者照会と
アメリカ連邦民事訴訟規則の質問書を素材として——

酒 井 博 行

目 次

はじめに	
第一章 当事者主義的訴訟運営の基盤としての証拠・情報の収集 手続の実効化——当事者照会の改革に焦点を当てて——	第二款 争点整理手続における当事者主義的訴訟運営への移行の必要性
第一節 当事者主義的訴訟運営への移行の必要性——争点整理 手続に焦点を当てて——	第三款 当事者主義的争点整理手続における当事者・代理人弁護士、裁判所の役割・権限・責任（以上、四五卷四号）
第一款 争点整理手続の現状——裁判所主導型訴訟運営——	第四款 訴訟資料提出過程における裁判所の管理的権限と当事者自立支援的権限（以上、四六卷二号）
	第五款 当事者主義的民事訴訟運営と実体的正義・手続的正

義、手続保障（以上、本号）

手段

第二章 日本民事訴訟法における当事者照会とその問題点

むすびにかえて

第三章 アメリカ連邦民事訴訟規則における質問書とその実効化

第一章 当事者主義的訴訟運営の基盤としての証拠・情報の収集手続の実効化——当事者照会の改革に焦点を当てて——

第一節 当事者主義的訴訟運営への移行の必要性——争点整理手続に焦点を当てて——

第五款 当事者主義的民事訴訟運営と実体的正義・手続的正義、手続保障

本稿ではここまで、原告・被告間の権利義務関係に関する訴訟の結論（判決・和解等）に影響を及ぼす部分、すなわち、訴訟における実体形成の側面において、従来の裁判所主導型訴訟運営から脱却し、当事者主義的訴訟運営への移行を図るべきである旨を論じてきた。ところで、本稿で焦点を当てて論じる争点整理手続において当事者主義的訴訟運営への移行を考える場合、当事者サイドの主体性発揮という観点に鑑みて、従来の裁判所主導型争点整理手続に典型的に見られた、釈明を通じての当事者サイドの事実主張・証拠提出の後見的な補充については、前款で論じたように、後退を考えるべきであるということになる。

この点に関する一つの問題として、実体的正義と手続的正義のバランスをどのように考えるべきかという問題が出てくるように思われる。すなわち、裁判所主導型争点整理手続においては、当事者サイドがある主張をしていない、

あるいは、ある証拠を提出していないという状況で、当該の主張や証拠が訴訟の場に挙げられれば、真実に適い、実体的な関係に沿った判決がなされ得る場合、さらにいえば、当該当事者が実体的には勝訴すべき場合には、裁判所が積極的に釈明を行うことにより、当該の主張や証拠の補充がなされることになり、この意味で、実体的正義に適合する結果は得られることになる。しかしながら、この場合、問題の当事者サイドは、本来であればその自己責任と裏腹の関係にある弁論権の行使、すなわち主張や証拠の提出を自発的になすべきであり、当事者に訴訟手続上弁論権が保障されていることと不当判決についての当事者の不利益・責任とが表裏一体の関係にあることに鑑みると、その主張や証拠が訴訟の場に挙げられなかったことによつて、不当判決、さらにいえば、実体的に当該当事者に不利な判決がなされる恐れがあるところを、裁判所が積極的に釈明を行うことによつて救済することになる。ただ、このような場合、当該当事者サイドが本来であれば弁論権の行使によつて自身の手続上の責任を果たすべきであるのに、そこで裁判所が釈明による後見的な主張・証拠の補充によつて責任を肩代わりすることで、実体的正義の貫徹がなされる反面で、両当事者が自らの手続上の責任を果たすべきであるという手続的正義の観点からは、望ましくない事態が生じているのではないかという問題を提起できるのではないかと考えられる。

また、争点整理手続における当事者主義的訴訟運営への移行を図る、すなわち、争点整理段階での当事者サイドの自発的な弁論権行使および責任を強調するに際しては、当事者サイドが適時に必要な主張・証拠提出を行うよう促すために、時機に後れた攻撃防御方法の却下（法一五七条）を強化することが考えられるが、この場面においても、実体的正義と手続的正義のバランスをどのように考えるべきかという問題が出てくるように思われる。すなわち、一方の当事者サイドがある攻撃防御方法を時機に後れて、または争点整理終了後に提出しようとしているところ、その攻撃防御方法の提出を認めるか否かによつて、判決の実体的な結論が当該当事者サイドにとつて有利に変わってくる

可能性があるという場合が考えられ得る。一方で、真実発見や実体的正義の貫徹を重視すれば、そこで問題となっている攻撃防御方法の提出を認めることに傾くと考えられるが、この場合、当該当事者サイドが本来ならば攻撃防御方法の提出の機会が保障されていながらそれを怠っていた、すなわち、自らの手続上の責任を十分に果たしていなかったにもかかわらず、時機に後れた攻撃防御方法の却下がなされないことにより、その責任の懈怠が救済されることになり、手続的正義の観点からは望ましくない事態が生じることが考えられる。他方で、手続的正義の観点を重視すれば、問題の攻撃防御方法を時機に後れたものとして却下することが傾くと考えられるが、この場合、当該当事者サイドは不当判決という結果を甘受せざるを得ないということになり、真実発見や実体的正義の貫徹という観点は背後に退くことが考えられる。

このように、当事者主義的訴訟運営への移行を考える場合、そこで考慮されるべきであると考えられる、裁判所の釈明の範囲をどのように考えるかという問題、時機に後れた攻撃防御方法の却下に関する問題との関係で、実体的正義と手続的正義との関係・バランスをどのように考えるべきであるかという問題が生じるように思われる。²³この問題に関しては、一方では、実体的正義と手続的正義とが対立するものと捉えられることも考えられ、それゆえに、本稿で提示したような、当事者主義的訴訟運営・当事者主義的争点整理手続への移行のために裁判所の釈明を後退させること、および、時機に後れた攻撃防御方法の却下を強化することについては、手続的正義を優先する反面で実体的正義を後退させるものとして、批判的に捉えられることも考えられ得る。

ただ、この点に関しては、確かにわが国の現行の民事訴訟法・民事訴訟手続を前提として考えれば、前記のような方策を伴って当事者主義的訴訟運営・当事者主義的争点整理手続への移行を図ることによる、実体的正義と手続的正義との対立が生じるように一見思われる。しかし、従来当事者主義的訴訟運営への移行を唱えてきた論者、および筆

者がそのための基盤として前提としている、当事者照会制度をはじめとする各種の証拠・情報の収集手続の充実化・実効化という条件も考慮に入れると、前記のような実体的正義と手続的正義との対立が生じるか否かという点については、疑問の余地もあるのではないかと筆者は考える。すなわち、本稿で問題としてきた現状の裁判所主導型争点整理手続において、当事者サイドによる、実体法上有利な判決等を得るために必要な主張・証拠提出がなされず、裁判所の釈明による主張・証拠等の補充が必要となること、あるいは、そのような主張・証拠提出が時機に後れてなされることの要因としては、様々なものが考えられる。その一つの要因として、当事者サイドが実体法上有利な判決等を得るために必要な主張を組み立てるために必要な情報や、立証のために必要な証拠を適切な形で入手できる可能性、ひいては、両当事者サイドや裁判所との間で必要な情報等を共有できる可能性が限られていることが考えられる。そして、そのような可能性が限定されているからこそ、当事者サイドが必要な情報・証拠等を認識できず、裁判所の後見的な釈明による主張・証拠の補充、あるいは、そのような主張・証拠の時機に後れての提出といった現象が生じることになると考えられる。そして、このような場面においては、実体的な観点からは必要とされる主張・証拠が、手続的な観点からは適切とはいえない形で、すなわち、それを提出すべき側の当事者サイドが自身の手続上の責任を十分果たしているとはいえない形で提出されるがゆえに、実体的正義と手続的正義との対立という見かけが生じているように考えられる。したがって、筆者は、このような実体的正義と手続的正義との対立という見かけを払拭し、当事者サイドにとつて実体的な観点から必要とされる主張・証拠が、それを必要とする側の当事者サイドから、その手続上の責任を十分に果たす形で、自発的に、かつ適時に提出されることを保障するために、当事者照会制度をはじめとする各種の証拠・情報の収集手続の充実化・実効化がなされるべきではないかと考える。この点に関して、筆者は、伊藤眞教授の次の指摘⁴⁾に賛意を表するものであるが、伊藤教授の指摘は、次のようなものである。すなわち、双

方当事者と裁判所の三者間で、紛争に関する情報が共有されていれば、実体的正義と手続的正義という二つの目標が対立することはないと思われるが、しばしば、共有されるべき情報の間に格差が出るため、あたかも実体的正義と手続的正義とが対立するように見えるのである、と。

また、このように、当事者主義的訴訟運営・当事者主義的争点整理手続において、当事者サイドが自発的に、かつ適時に自らの手続上の責任を尽くす形で弁論権の行使、すなわち、必要な主張や証拠提出を行い、もって、実体的にも適切な形で判決等がなされることを考える場合、そこで考えられる手続保障の意義についても一定の変容が求められることになると思われる。周知の通り、わが国の民事訴訟法学における手続保障論の展開は、以下のように要約できる。²⁵すなわち、まず、山木戸克己教授の当事者権の理論に代表される流れにより、非訟手続との比較での、訴訟手続における当事者の権能への着目がなされた。それに続き、新堂幸司教授の争点効理論・「手続事実群」の概念に代表される流れにより、主に判決効の根拠を実質的に説明し正統化するために解釈論上手続保障に注目が集まった。そして、井上正三教授・井上治典教授をはじめとする論者による、いわゆる「手続保障の第三の波」理論が、民事訴訟制度の目的として手続保障を捉え、手続保障を中核に民事訴訟制度・民事訴訟理論を組み立て、当事者による主体的な手続形成に訴訟の普遍的価値を求めるという方向に向かった、と。このような形で、わが国の民事訴訟法学において論じられてきた手続保障の意義を顧みした場合、そこで想定されている手続保障の意義としては、様々なものが考えられるが、それでは、本稿で論じる当事者主義的訴訟運営・当事者主義的争点整理手続において、実体的正義と手続的正義を調和させる形での制度設計を考える場合、そこで問題となる手続保障については、どのような意義・内実を考えることが望ましいのであろうか。この点に関して、筆者は、近時手続保障に関して論じられたいくつかの見解が、重要な示唆を与えているのではないかと考えている。

まず、筆者は、伊藤眞教授が近年示した、当事者にとつての証拠の確保が手続保障の中心となるのではないかとの見解が、示唆に富むのではないかと考える。この伊藤教授の見解は、次のようなものである。⁽¹⁶⁾ 当事者に、自らの請求を維持するために十分な主張をする機会が与えられ、裁判所がそれに対して適切に対応することは大切であるが、他方で主張は、証拠さえ準備できれば、しかるべき構成は可能であるし、仮に不適切なものであっても、裁判所の釈明によつて修正が可能である。しかし、証拠に関しては、それが当事者の手元になければならず、当事者がいかに立派な主張を提示しても、それが証拠によつて裏付けられないようなものであつては意味がない。そうすると、民事訴訟手続における手続保障とは、結局のところ、当事者がその主張を支えるために必要な証拠を確保できる手段を訴訟法として用意できるか、ということに集約される、と。

また、筆者は、前記の伊藤教授の見解を受けて、「実質的手続保障」という鍵概念を定立したうえで手続保障の意義・内実を再考する山本和彦教授の見解⁽¹⁷⁾も、示唆を有するものであると考える。山本和彦教授はまず、民事訴訟において当事者の主体性の發揮を最も重要な価値として位置づけ、その価値が、對抗する何らかの価値に抵触しない限り、最もよく達成できるような民事訴訟法・民事訴訟制度を構成すべきであるとの考えに基づき、民事訴訟制度が国家制度として正統性を有する根拠として手続保障を位置づけることを提唱する。⁽¹⁸⁾ ここでの手続保障の位置づけとしては、個別の民事訴訟において、あるいは制度として敗訴当事者をその結果に拘束する根拠となるのみならず、さらにそれを超えて、民事訴訟制度・民事訴訟手続の全体に対する国民の信頼を取得・確保するための根拠ともされることになる。⁽¹⁹⁾ とところで、従来手続保障の内容としては、事実の陳述や証拠の申立てをできる権利である狭義の弁論権と、それを十分に保障するためのものである審理手続への立会権および記録閲覧権等（さらに、これに上訴権を加えることも考えられる）が挙げられるところ、山本和彦教授は、従来このように手続保障の中核として観念されてきたものは、当事

者の主張・立証の妨害・禁止がなされないことという、形式的な機会の保障に止まっていたとの認識を示す⁽³⁰⁾。そして、そのうえで、現代の民事訴訟手続においては、当事者、あるいは国民一般から見た正統性を支えるものとして、このような形式的な手続保障よりも、あるいはそれとともに、当事者が十分な主張・立証を展開することが現実には、実質的にみても可能となるような環境の整備を図っていくことが重要である旨が論じられる⁽³¹⁾。このような実質的手続保障の内容としては、まず、訴訟手続に未だ顕出されていないが、ある主張や証拠の当該訴訟における重要性を認識するために必要な情報(内容の面では、法に関する情報、事実に関する情報に分けられ、情報の所持者についての面では、裁判所の有する情報、相手方当事者の有する情報、第三者の有する情報に分けられる)を当事者が取得することを可能にする手続・制度の整備が挙げられる⁽³²⁾。また、情報取得のための手続・制度に加えて、存在は確認されているがそれを自らの手中に確保することができない(相手方当事者・第三者が所持する)証拠を当事者に取得させることを可能にする手続・制度の整備も、実質的手続保障の内容として、その必要性が説かれる⁽³³⁾。

このように、伊藤眞教授・山本和彦教授によつて近年示された、手続保障に関する見解を概観したが、筆者は基本的に、両教授が提唱する実質的な手続保障という方向性に賛意を表するものである。すなわち、両当事者が自身の実体的な主張や立証を展開するために必要な情報、および、そこでの主張を根拠付けるために必要な証拠を相手方当事者や第三者等から取得することを現実には可能とし、もつて、自身の実体上の請求・抗弁等についての主体的な主張・立証を可能にし、促進するための手続・制度を整備し、その実効的な運用を図っていくことをも、手続保障の意義・内容として捉えるべきではないかと筆者は考える。

また、このように考えていくと、手続保障に伴う、判決等の裁判の結果の正統化に関する問題についても、一定程度、再考が必要となってくるのではないかと思われる。この点に関して、筆者は現在のところ、民事訴訟法学の観点

からは外在的な議論となるが、ドイツの社会学者Niklas Luhmannの「手続理論」の枠組みを踏まえたうえで、紛争当事者がより実り多い形で自らの行動期待を変更していくための「学習促進装置」として手続を位置づけることを提唱する福井康太准教授の見解が、示唆を与えてくれるのではないかと考えを有している。福井准教授の見解を筆者なりに整理すると、以下の通りである。⁶⁵ Luhmannの手続理論によって提示されている手続の機能には、当事者の「期待の変更」と「コンフリクトの吸収」という二つの側面があるところ、従来の理解では、法プログラムに適合する形でコンフリクトの吸収という側面が過度に強調され、そこで指定される手続は、当事者の意に反してでも法プログラムを学習する⁶⁷ように強制するものとの理解がなされてきた。しかし、当事者の「期待の変更」という側面を強調する場合、この期待の変更は、必ずしも当事者の意に反する形でのみ作用するわけではない。この場合の学習では、当事者同士が様々な形で現れる他者（人だけではなく、他の期待、異なる論理、法プログラムも含まれ得る）を参照しつつ、自ら抱えている当該紛争にふさわしい定義を各自で与え、それによって自身の行動の指針たる体験加工の枠組（期待）を、自己を回復し実現するような方向で変更していくことも可能となる。⁶⁸そして、このような学習にとつては、当事者が相手方や利害関係人による様々な要求に触れ、また、それを取り囲む社会の出来事に接することが重要な意味をもつ。なぜなら、当事者は、そうした様々な他者に照合することではじめて、自分が抱えている紛争を多面的に検討し、それに引き受け可能な形を与えることが可能となるからである。この点に関して、裁判手続では、当事者の攻撃防御において様々な主張や証拠が提示されること、また、直接・間接の利害関係人の関与等によって、様々なファクターが導入され、当事者たちは、そのような様々なファクターに照らして自らの置かれてある立場を解釈し、それにふさわしいように自らの体験加工の枠組を変更することが可能になる、と。

ここまで、Luhmannの手続理論を踏まえつつそれを展開することを試みる福井准教授の見解を概観したが、筆者は、

訴訟手続が、紛争当事者がその中で相手方当事者の主張・立証、あるいは利害関係人によってもたらされるコンタクトに接することによって、当該紛争に関する自身の行動指針たる体験加工の枠組（期待）の変更、すなわち学習を行い、もって、そこでもたらされる判決等の結果を受容することを可能にし、促進するという点において、訴訟手続を学習促進装置として理解することに賛意を表するものである。しかし、このような形で訴訟手続を理解する場合、訴訟当事者の学習の促進のためには、その重要な点として、当該紛争に関する両当事者の主張・証拠、あるいはそれと関連する様々な情報が、学習のためのファクターとして手続の中にもたらされることが望ましいと考えられるところ、わが国の現状の民事訴訟手続においては、そのための証拠・情報の収集手続が必ずしも十分な形で整備されていないため、訴訟手続を通じての紛争当事者の学習の促進が十分に図れていないのではないかと考えられる。そして、筆者は、本稿で論ずる、制裁を備えることによる当事者照会制度の実効化を含む、証拠・情報の収集手続のさらなる拡充・実効化によって、民事訴訟手続が学習促進装置としてより望ましい形で機能するようになり、訴訟当事者による判決等の結果の受容、ひいては正統化にとつて、プラスとなるのではないかとの考えを抱いている。

注

(73) 裁判所の釈明権行使、時機に後れた攻撃防御方法の却下という二つの場面との関係で、実体的正義と手続的正義の相克という問題につき検討する文献として、伊藤Ⅱ加藤Ⅱ山本和彦・前掲注(17)一八五〜一九六頁参照。

(74) 伊藤Ⅱ加藤Ⅱ山本和彦・前掲注(17)一九九頁「伊藤眞発言」。

(75) わが国の民事訴訟法における手続保障論の展開については、伊藤眞「学説史からみた手続保障」新堂編著・前掲注(46)五一頁、井上治典「手続保障の第三の波」同『民事手続論』(有斐閣、一九九三年)二九頁(新堂編著・前掲注(46)七六頁にも所収)、伊藤Ⅱ加藤Ⅱ山本和彦・前掲注(17)一七二頁。

- (76) 伊藤Ⅱ加藤Ⅱ山本和彦・前掲注(17)一八二頁「伊藤眞発言」。
- (77) 山本和彦「手続保障再考——実質的手続保障と迅速訴訟手続——」井上治典先生追悼論文集・前掲注(17)一四六頁。
- (78) 山本和彦・前掲注(77)一五一頁。
- (79) 山本和彦・前掲注(77)一五一頁。
- (80) 山本和彦・前掲注(77)一五二頁。
- (81) 山本和彦・前掲注(77)一五二～一五三頁。そこでは、たとえば、ある主張・立証をする必要性を認識できていない当事者や、ある証拠を手中にできず結果としてそれを訴訟に提出できなかった当事者に対して、主張や証拠提出の機会が十分にあった(誰からも妨害されなかった)として、必要な手続保障が尽くされているとするのは、当事者、あるいは国民一般から見るとの民事訴訟の正統性を疑わせることにつながるのではないかとの問題提起がなされている。
- (82) 山本和彦・前掲注(77)一五四～一五五頁。
- (83) 山本和彦・前掲注(77)一五六～一五七頁。
- (84) N・ルーマン(今井弘道訳)『手続を通しての正統化(新装版)』(風行社、二〇〇三年)(原著一九六九年)。とりわけ、裁判手続に関するLuhmannの理論については、同書六四～一四一頁。なお、Luhmannの手続理論の要点については、N・ルーマン(村上淳一・六本佳平訳)『法社会学』(岩波書店、一九七七年)(原著一九七二年)二八四～二九一頁も参照。
- (85) 福井康太「『手続を通しての正統化』論再考——学習の強制から学習促進のメカニズムへ——」法社会学五一号(一九九九年)一七一～一七五頁。
- (86) 以下の整理は、福井・前掲注(85)一七一～一七三頁による。
- (87) Luhmannの手続理論における「学習(Lernen)」とは、行為者が体験を加工する枠組(「期待(Erwartung)」の構造)を変更することを指す。福井・前掲注(85)一七四頁注(2)参照。
- (88) 福井准教授は、手続の学習機能についてこのように理解する場合、Luhmann自身の意図からは離れてしまうかもしれないが、なお、Luhmannの手続理論の可能な射程範囲を超えてはいないと思われる旨を論じる。Luhmannはその手続理論の中で、アメリカ合衆国の社会心理学者・哲学者George Herbert Meadの「役割引受(role-taking)」理論を援用しているが(ルーマン・前掲注(84)「手続を通しての正統化(新装版)」八九～九五頁)、福井准教授によれば、Luhmannは、その「他者」を、法律家、法廷という場の論理、法プログラムに引き寄せて理解したものであるという。しかし、Mead自身は、「人間の社会的なあり方一般」を引き受け

るといふ、より広い意味で「役割引受」理論を構想しており（G・H・ミード（河村望訳）『精神・自我・社会』（デューイ・ミード著作集6）（人間の科学社、一九九五年）（原著一九三四年）三〇九〜三二七頁）、福井准教授は、それをそのまま手続理論に持ち込んだ方が、手続の実際における当事者の学習プロセスを捉えるという意味では生産的である旨を論じる。この点につき、福井・前掲注（85）一七二頁、一七四〜一七五頁注（5）、福井康太『法理論のルーマン』（勁草書房、二〇〇二年）一四二〜一四三頁、二二二頁注（16）参照。

※本稿は、平成二〇年度北海学園学術研究助成金（一般研究）「米国連邦民事訴訟規則ディスクバリ手続における開示不履行等に対する制裁手続に関する基礎研究」による研究成果の一部である。