

タイトル	手続裁量規律の方法論的検討に関する準備的考察(1)
著者	酒井, 博行; SAKAI, Hiroyuki
引用	北海学園大学法学研究, 60(1): 93-107
発行日	2024-06-30

論 説

## 手続裁量規律の方法論的検討に関する 準備的考察 (1)

酒 井 博 行

第1章 問題の所在

第2章 従来議論

第1節 手続裁量論

第2節 要因規範論 (審理契約論)

第3節 手続裁量論と要因規範論 (審理契約論) の架橋 (以上、本号)

第3章 検討

第4章 おわりに

### 第1章 問題の所在

民事訴訟における、審理をはじめとする手続の運営については、個別の事件の多様性、個別の手続の流動性や状況依存性等に鑑み、固定的な要件効果型の法規範によって規律するのではなく、裁判所の裁量に委ねられている領域が多い。主なところでは、遅滞を避ける等のための移送 (いわゆる 17 条移送ないし裁量移送 [以下、17 条移送で統一する]。民事訴訟法 17 条〔以下、民事訴訟法の条文については条文数のみで示す〕)、和解の勧誘 (89 条 1 項)、釈明権 (149 条 1 項)、口頭弁論の分離・併合 (152 条 1 項)、口頭弁論の再開 (153 条)、争点・証拠の整理手続 (準備的口頭弁論・弁論準備手続・書面による準備手続) の実施や具体的な手続の選択 (164 条・168 条・175 条)、証拠の採否 (181 条 1 項)、審理の現状に基づく判決 (244 条) 等が挙げられる。

もっとも、上記のような手続運営上の裁量の行使が完全に裁判所の自由に委ねられると、ともすれば、当事者の利益や手続保障との抵触が生じる可能性がある。そのため、裁判所の手続運営上の裁量をどのように規律するかという点が問題となり、民事訴訟法学上もこの点に関する議論の蓄積があり、そこでは方法論的な側面への着目もなされている。

本稿は、民事訴訟の手続運営における裁判所の裁量規律に関する従前

の議論を踏まえたうえで、裁判所が裁量を行使して特定の選択をなすに際しての合理的な根拠付けと批判可能性（特に、当事者との関係での）を重視する観点から、特に方法論的な側面に着目して、検討されるべきではないかと考えられる課題の抽出を行い、今後筆者が裁判所の裁量規律の研究を進めていくにあたっての準備作業を行うことを目的とする。

このような研究を筆者が行おうとする動機の一つとして、従前の筆者の研究で取り上げた事項について、規範的な検討を深化させるための前提を築くという点がある。

たとえば、筆者は、民事訴訟における主張・立証のために必要な資料を当事者主導で収集する手続の充実・実効化を図るべく、当事者照会（163条）に対する不当な回答拒絶等に対する制裁の手続の新設を、この制度の参考とされたアメリカ連邦民事訴訟規則上のディスカバリにおける不当な応答拒絶等を理由とする制裁の手続を参考にして提案したものの、具体的な事案で制裁を科す場合にいかなる種類の制裁を科すかという点につき、裁判所の裁量に委ねる方向性を示唆するにとどまっていた<sup>1</sup>。そして、この点の検討に際し、裁判所の裁量をいかにして規律するかが問題となる。

また、2022年（令和4年）の民事訴訟法改正による判決手続のIT化の一環として本格的に可能になる、ウェブ会議による口頭弁論や争点・証拠の整理手続等の実施に際し、対面での手続関与を望む当事者の意向をどの程度考慮すべきかという点につき、筆者は検討の機会を得た。その際、筆者は、ウェブ会議による手続を実施する裁判所の裁量判断（口頭弁論につき、87条の2第1項。和解につき、89条2項。弁論準備手続につき、170条3項）の際に、ウェブ会議の利用可能性を理由として、対面での手続関与に関する当事者の意向が軽視されるべきではなく、このような意向は極力重視されるべきではないかとの見解を示した<sup>2</sup>。そして、このような局面においても、裁判所の裁量規律が問題となり得る。

もっとも、本稿を出発点として今後筆者が行おうとしている、裁判所の裁量規律に関する研究は、上記のような、従前の筆者の研究で取り上

<sup>1</sup> 酒井博行「当事者主義的民事訴訟運営と当事者照会の実効化」同『民事手続と当事者主導の情報収集』（信山社、2018年）231～232頁（初出2015年）、242頁。

<sup>2</sup> 酒井博行「e法廷と当事者の対面での手続関与」法律時報95巻11号（2023年）24～25頁。

げた分野のみを視野に入れるのではなく、手続運営に関する裁判所の裁量全体を視野に入れることを企図している。

以下、第2章では、手続運営における裁判所の裁量に関する従来のが国の民事訴訟法学上の議論を整理し、概観する。第3章では、まず、第2章で取り上げた従来のが国の議論を検討・評価し、そのうえで、第2章で取り上げる見解の中に、民法学をはじめとする実体法の分野における動的システム論の展開から示唆を受けているものがある点に鑑み、動的システム論をはじめとする、民法学や法哲学・法理学における法解釈方法論ないし法律学方法論の状況に、裁判所の裁量の規律に関連すると考えられる範囲で着目し、そのような観点から、今後検討がなされるべきではないかと筆者が考える課題の抽出を行う。

## 第2章 従来 of 議論

### 第1節 手続裁量論

わが国の民事訴訟における裁判所の手続運営上の裁量とその規律に関する議論の嚆矢は、加藤新太郎教授（元・判事）の「手続裁量論」である。

加藤教授は、手続運営における裁判所の裁量を「手続裁量」と名付け、これを「裁判官が、訴訟における適正・迅速・公平・廉価という諸要請を満足させるため無駄を省いた効率的な審理を目標として、一方において、事件の性質・争点の内容・証拠との関連等を念頭に置きつつ、他方において、訴訟の進行状況、当事者の意向、審理の便宜等を考慮し、当事者の手続保障の要請にも配慮したうえで、当該場面に最も相応しい合目的かつ合理的な措置を講ずる際に発揮されるべき裁量」と定義する<sup>3</sup>（以下、本稿で検討の対象とする裁判所の裁量を、加藤教授の用語に

<sup>3</sup> 加藤新太郎「審理における実質と形式の統合と手続裁量」（以下、加藤・前掲注(3)「実質と形式」と記す）同『手続裁量論』（弘文堂、1996年）67～68頁（初出1993年）、竹下守夫＝伊藤眞編『注釈民事訴訟法（3）』（有斐閣、1993年）190頁〔加藤新太郎〕、加藤新太郎「民事保全の審理方式」（以下、加藤・前掲注(3)「民事保全」と記す）中野貞一郎ほか編『民事保全講座（第2巻）』（法律文化社、1996年）7頁、同「不熱心訴訟追行に対する措置（2）」（以下、加藤・前掲注(3)「不熱心訴訟追行」と記す）三宅省三ほか編『新民事訴訟法大系（第3巻）』（青林書院、1997年）315

従い、「手続裁量」と記す)。手続裁量は、職権進行主義により、訴訟進行・訴訟運営に関する責任が裁判所に委ねられていることに由来するとされる<sup>4</sup>。

加藤教授は、裁判所の手続裁量を「本来の手続裁量」と「創設的手続裁量」に分類する<sup>5</sup>。本来の手続裁量は、民事訴訟法に明文で規定されているものであり、加藤教授はこの例として、口頭弁論の分離・併合（152条1項）や口頭弁論の再開（153条）等を挙げる。しかし、加藤教授は、訴訟手続法規に定められている手続以外に、裁判所は何もできないものではなく、訴訟遂行目的に照らして有用な事柄については、他の手続規制とのバランスを逸脱しない限り、これを実施することができることと解される<sup>6</sup>として、これを「創設的手続裁量」と位置付ける<sup>6</sup>。加藤教授が創設的手続裁量の主な例として挙げるのは、旧民事訴訟法の下で実務上行われていた弁論兼和解<sup>7</sup>、下級審裁判例で認められている、裁判官の忌避申立て（24条1項）の濫用に対する当該裁判官自身による申立ての却下（いわゆる簡易却下）<sup>8</sup>である。

---

頁、同「協働的訴訟運営とマネジメント」（以下、加藤・前掲注（3）「協働的訴訟運営」と記す）原井龍一郎先生古稀祝賀『改革期の民事手続法』（法律文化社、2000年）159頁、同「民事訴訟の運営における手続裁量」（以下、加藤・前掲注（3）「手続裁量」と記す）新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築（上巻）』（有斐閣、2001年）199～200頁、同「基本的な考え方—実務家の視点—」（以下、加藤・前掲注（3）「基本的な考え方」と記す）大江忠ほか編『手続裁量とその規律』（有斐閣、2005年）7～8頁、同「訴訟指揮の構造と実務」（以下、加藤・前掲注（3）「訴訟指揮」と記す）高橋宏志＝加藤新太郎編『実務民事訴訟講座（第3期）第3巻』（日本評論社、2013年）90頁。

<sup>4</sup> 加藤・前掲注（3）「実質と形式」67頁、竹下＝伊藤編・前掲注（3）190頁〔加藤〕、同・前掲注（3）「民事保全」7頁、同・前掲注（3）「不熱心訴訟進行」315頁、同・前掲注（3）「協働的訴訟運営」159頁、同・前掲注（3）「手続裁量」199頁、同・前掲注（3）「基本的な考え方」7頁、同・前掲注（3）「訴訟指揮」90頁。

<sup>5</sup> 加藤・前掲注（3）「実質と形式」68頁、同・前掲注（3）「手続裁量」200頁。

<sup>6</sup> 加藤・前掲注（3）「実質と形式」68頁、同・前掲注（3）「手続裁量」200頁。

<sup>7</sup> 加藤・前掲注（3）「実質と形式」69～70頁、同・前掲注（3）「手続裁量」204～205頁。

<sup>8</sup> 加藤・前掲注（3）「手続裁量」205～206頁。忌避申立ての簡易却下を認める下級審裁判例として、東京高決昭和39年1月16日（下民集15巻1号4頁）、札幌高決昭和51年11月12日（判タ347号198頁）、名古屋高決昭和53年12月7日（判タ378号110頁）、東京高決昭和56年10月8日（判時1022号68頁）等。

裁判所の手続裁量は、当面する状況において選択し得る手続が複数ある場合に発現し、(A) そうした手続選択をしなければならない場合、(B) どちらかといえばそうした手続選択をした方がよい場合、(C) そうした手続選択をしてもしなくてもよい場合、(D) どちらかといえばそうした手続選択をしない方がよい場合、(E) そうした手続選択をしてはならない場合という各段階のうち、手続裁量が発揮されるのは、(B) (C) (D) の段階であるとされる<sup>9</sup>。たとえば、加藤教授が挙げる、当事者双方が口頭弁論期日に欠席した場合については、①職権により次回期日を指定する、②次回期日を「追って指定」とする、③そのまま期日を終了し、訴えの取下げの擬制(263条)につなげる、④弁論を終結し、訴訟が判決に熟したものとして(243条)、判決に進む<sup>10</sup>、⑤弁論を終結し、審理の現状に基づく判決(244条)に進む等の措置の選択が、裁判所の手続裁量に委ねられるとされる<sup>11</sup>。

もともと、裁判所の手続裁量に委ねられる領域においても、裁量の行使が他の手続的価値との考量から限界付けられることが認められ、その形態として、法による限界付け、判例による限界付け等があるとされる<sup>12</sup>。法による手続裁量の限界付けの例として、加藤教授は、事件を弁論準備手続・書面による準備手続に付する際の当事者への意見聴取の要件(168条・175条)を挙げる<sup>13</sup>。判例による手続裁量の限界付けの例として、加藤教授は、証拠の採否(181条1項)における唯一の証拠方法の法理<sup>14</sup>、釈明義務<sup>15</sup>、口頭弁論を再開してさらに当事者に攻撃防御方法の提出の機会を与えることが手続的正義の要求するところであると認められるような特段の事情がある場合における裁判所の弁論再開義務<sup>16</sup>を挙げる<sup>17</sup>。

<sup>9</sup> 加藤・前掲注(3)「手続裁量」201頁。

<sup>10</sup> 最三小判昭和41年11月22日(民集20巻9号1914頁)が、当事者双方不出頭の場合、口頭弁論期日における弁論終結を認める。

<sup>11</sup> 加藤・前掲注(3)「不熱心訴訟進行」314～316頁、同・前掲注(3)「手続裁量」201頁。

<sup>12</sup> 加藤・前掲注(3)「手続裁量」200頁。

<sup>13</sup> 加藤・前掲注(3)「手続裁量」200頁。

<sup>14</sup> 最一小判昭和53年3月23日(判時885号118頁)。

<sup>15</sup> 最二小判昭和39年6月26日(民集18巻5号954頁)等。

<sup>16</sup> 最一小判昭和56年9月24日(民集35巻6号1088頁)。

加藤教授は、裁判所の手続裁量の規律については、裁量を発揮すべき問題状況に応じた考慮要素とその優劣を抽出し、ガイドラインないし行動準則を設定し、裁量を有効に機能させるとともに制御することを提唱し<sup>18</sup>、手続過程全体を透明度の高いものとして構築することを意図し、そこでは、職権主義的契機を重視・強調しようとするものではなく、ブラックボックスであった裁量の場面における考慮要素を、その優先順位も含めて析出しようとする<sup>19</sup>。その際、当事者の意向は、考慮要素とされるものの、その位置付けは、重要ではあるとしても、なお一般的なものとされ、法令の別段の定めがない限り、裁判所が当事者の意向に絶対的に拘束されることはない<sup>20</sup>とされ、そのように考える方が、柔軟な手続運営につながるとされる<sup>20</sup>。また、加藤教授のいうところの「ガイドライン」と「行動準則」は、いずれも裁判所の行為規範として位置付けられ、ガイドラインは、その違反が原則として評価規範として働かず、手続の効力に影響しないもの（ただし、ガイドラインの違反であっても、たとえば、実践的手続保障に反した場合等、状況如何によっては、手続の違法を導くことは考えられるとされる）、行動準則は、その違反が評価規範として働き、手続の効力に影響するものとして位置付けられる<sup>21</sup>。

もっとも、加藤教授は、手続裁量による裁判所の判断の結果を正当化する理由の開示を肯定するものの、手続選択の理由を開示できない場合<sup>22</sup>や、理由の開示に適さない場合<sup>23</sup>があることを考慮し、理由開示の

<sup>17</sup> 加藤・前掲注(3)「手続裁量」200～201頁。

<sup>18</sup> 加藤・前掲注(3)「基本的な考え方」8頁。

<sup>19</sup> 加藤・前掲注(3)「手続裁量」208頁。

<sup>20</sup> 加藤・前掲注(3)「基本的な考え方」8～9頁、同・前掲注(3)「訴訟指揮」91頁。

<sup>21</sup> 加藤・前掲注(3)「基本的な考え方」9～10頁、同・前掲注(3)「訴訟指揮」92頁。

<sup>22</sup> 加藤・前掲注(3)「手続裁量」214～215頁は、手続選択の理由開示ができない場合の例として、特定の人証申出の採否につき、事案の性質・他の証拠との優劣等から、当該人証を取り調べても立証の見通しが極めて乏しいことから、不採用でよいと考えるところ、敗訴が予想される当事者の提案を容れることによってバランスをとるために、あえて当該人証を採用して取り調べる場合を挙げる。

<sup>23</sup> 加藤・前掲注(3)「手続裁量」214頁は、手続選択の理由開示が適当でない場合の例として、裁判所がAという手続を選択してもBという手続を選択してもどちらでもよい場面で、格別の理由はないがAを選択したという場面を挙げる。そして、

可否についても手続裁量として構成し、手続運営に支障のない範囲で、当事者・訴訟代理人に対し、手続選択についての可能な限りの説明が裁判所に要請されるとする<sup>24</sup>。

## 第2節 要因規範論（審理契約論）

その後の議論の展開の中で最も重要なものが、山本和彦教授の「要因規範論」である。

山本和彦教授は、手続運営の際の関係者の行為規律につき、事前の一般ルールの定立が困難な個別の場面におけるルール化を全面的に裁判所の手続裁量に委ねることは、民事訴訟が当事者のためのサービスの制度であり、可及的に当事者の意思を中心とすべきものとする理解からは疑問があるという点から出発する<sup>25</sup>。そのうえで、山本和彦教授は、民事訴訟の審理には任意訴訟禁止の原則が妥当するとはいえ、他の制度利用者の利益や制度設営者（制度の費用の負担者）の利益が害されない限り、裁判所・両当事者間の合意による訴訟運営が認められるべきであるとする<sup>26</sup>。この点を踏まえ、山本和彦教授は、「民事訴訟手続の審理に関して、訴訟法上形成の余地の認められている事項（裁判所の裁量・形成の余地がなんらかの形で認められている規範に関する事項を含む）について、裁判所と両当事者（訴訟代理人）との間でなされる、拘束力のある合意」と定義される、審理契約による規律（審理契約論）を提唱する<sup>27</sup>。しかし、審理契約の成立に向けての努力にもかかわらず、審理契約が成立しなかった場合には、職権進行主義の下では一般に裁判所が手続の進行に

---

このような場合に、Bの選択を望んだ当事者の納得を得ることは困難であり、円滑な訴訟運営にとってマイナスになると考えられ、当該の事案で特有の理由はないものの一般論としてAを選択する場合の理由を説明させるという対案はあり得るとしても、そのような「取って付けた」ような理由を裁判所に説明させることは、裁判所と当事者・訴訟代理人の協働関係を阻害する作用があるため、不相当な場合も少なくない旨が論じられる。

<sup>24</sup> 加藤・前掲注(3)「基本的な考え方」9頁、同・前掲注(3)「訴訟指揮」91頁。

<sup>25</sup> 山本和彦「審理契約再論」同『民事訴訟法の現代的課題』（有斐閣、2016年）184頁（初出2001年）。

<sup>26</sup> 山本和彦・前掲注(25)「審理契約再論」184～185頁。

<sup>27</sup> 山本和彦「合意による民事訴訟」同『民事訴訟審理構造論』（信山社、1995年）399頁以下（初出1991年）、同・前掲注(25)「審理契約再論」186頁以下。

についての決定権限を有するため、裁判所の手続裁量を当然に前提とすることになるものの、従来型の、すなわち、要件効果型のルールによる裁量規律には限界があるため、これとは異なる、より柔軟な新たな発想に基づくルールによる裁量規律を検討すべきものとされる<sup>28</sup>。

このような問題意識の下、山本和彦教授は、裁判所の手続裁量に対する規範的な規律のあり方を検討するにあたり、それ以前に提唱されていた、手続裁量の規律に関する議論に検討を加える。

まず、行政裁量の統制に関する議論を参考に、裁判所の手続裁量につき裁量権の濫用ないし踰越を問題として、手続裁量の事後審査への行政事件訴訟法 30 条の類推適用を提唱する齋藤哲教授の見解<sup>29</sup>がある。

この齋藤教授の見解につき、山本和彦教授は、次のように論じる。すなわち、行政庁の裁量行使については、①本来の処分と関係のない目的や動機に基づき処分がされた場合、②考慮すべき事項を考慮せず考慮すべきでない事項を考慮した場合、③その判断が合理性をもつものとして許容される限度を超えた場合、④その判断が事実の基礎を欠きまたは社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかな場合等に、行訴法 30 条にいう裁量権の濫用ないし踰越があるとされる<sup>30</sup>ところ、このような基準は、民事訴訟における裁判所の手続裁量の規律を考える場合、あまりに狭すぎると論じられる<sup>31</sup>。特に、①は、裁判所の裁量判断の場合にはほとんど考えられず、②③は、基準として一定の有用性をもつと評価できるものの、このままではあまりに抽象的に過ぎるように思われ、何が「考慮すべき事項」で何が「考慮すべきでない事項」であるのか、どのような場合に判断が合理的な許容限度を超えたと考えられるのか等につき、より明確にするような判断スキームの必要性が否定できないとされる<sup>32</sup>。

<sup>28</sup> 山本和彦「民事訴訟における裁判所の行為統制」（以下、山本和彦・前掲注（28）「行為統制」と記す）同・前掲注（25）『民事訴訟法の現代的課題』210～211頁（初出2001年）。

<sup>29</sup> 齋藤哲「民事手続における裁判所（裁判官）の裁量について」民事訴訟雑誌 45号（1999年）198～199頁。

<sup>30</sup> ①～③につき、最二小判昭和 48 年 9 月 14 日（民集 27 卷 8 号 925 頁）、④につき、最二小判平成 10 年 4 月 10 日（民集 52 卷 3 号 776 頁）。

<sup>31</sup> 山本和彦「基本的な考え方—研究者の視点—」（以下、山本和彦・前掲注（31）「基本的な考え方」と記す）大江ほか編・前掲注（3）17頁。

次に、山本和彦教授は、裁判所の手続裁量をその内容面からではなく、手続的な観点から規律する方法として、手続裁量を行使する裁判所にその行使理由の開示を義務付ける山田文教授の見解<sup>33</sup>（山本和彦教授は「理由開示強制論」と呼ぶ）を検討する。

<sup>32</sup> 山本和彦・前掲注 (28)「行為統制」223 頁。

なお、同・前掲注 (31)「基本的な考え方」17 頁では、行政と司法との権力分立の問題を孕む特殊性を考慮する必要がある行政裁量の統制を、司法部内の裁量規律のあり方にそのまま援用することは適当でないと考えられる旨が論じられる。

<sup>33</sup> 山田文「合意と民事訴訟」法学セミナー 501 号 (1996 年) 79 頁。

なお、山田教授の論稿の後に現れた、手続裁量の行使に関する理由開示義務を提唱する見解として、次のようなものがある。

山本克己「手続進行面におけるルール・裁量・合意」民事訴訟雑誌 43 号 (1997 年) 124～125 頁は、裁判所の裁量判断に対する（事後審査ではない）同時的なコントロールの手法の一つとして、裁量判断の理由開示の強制が考えられるとする。そして、このような手法が、一面において、裁判所が理由を開示できないような裁量的判断を回避するように心理的な圧迫を加えてコントロールする点で、個々の裁判官の個性に依存する面があることは否定できないものの、訴訟法規のルールへの回帰を伴わない点で、現実的なコントロールの方途であると考えられるとされる。また、手続情報を裁判所と当事者が共有することにより、手続の透明性・公正さが高まるほか、開示された理由に対し、消極的な同意ないし了解を含む、事実上の同意を当事者から調達できる見込みも出てくることにも留意されなければならないとされる。加えて、理由開示義務の具体的な規律のあり方として、必ずしも裁量的判断と同時にその理由の開示を求めることは必要ではなく、当事者の申出があれば理由を開示しなければならない等の選択肢も考えられるとされる。

稲葉一人「審理手続における当事者と裁判所との役割分担」民商法雑誌 119 巻 4・5 号 (1999 年) 712～715 頁は、訴訟指揮における裁量判断による手続選択に際しての、裁判所・両当事者の三者間での協議義務、および、手続選択についての理由開示義務を認める。そして、このような協議や理由開示の意義の一つとして、当事者に手続進行に対する寄与の機会を提供することにより、手続進行につき当事者が主体的な役割を演じることになり、自ら定めた手続規律に従う推進力を生じさせ、訴訟の促進が図られることがあるとされ、同・前掲 716～717 頁注 (33) は、この点が社会心理学的観点からも裏づけられるとする。また、これらの義務の違反は法令違反になるとされ、同・前掲 718 頁注 (40) は、法令違反は最高裁への上告理由とはならないものの、法令の解釈に関する重要な事項を含むことは上告受理事由となり (318 条 1 項)、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があることは裁量破棄事由になる (325 条 2 項) ので、「十分な協議とは何か」、「理由の開示や説明の程度とはどのようなものか」という点についての評価規範が得られるとされる (ただし、理由開示義務については、当事者からの求めによる他律的義務と解されるとし

山田教授は、裁判所の手続裁量が行使される訴訟指揮の全てに対し不服申立手段を保障することが事実上非常に困難であり、これに対する判断もごく個別なものとなると考えられることから、評価規範による規律には限界があるとして、当事者からの異議に応じて、手続裁量の合理性を説明する理由を開示する義務を裁判所に認め、これを端緒として訴訟進行についての当事者・裁判所間の交渉（山田教授はこれを「メタ弁論」として位置づける）を実質化することが考えられるとする<sup>34</sup>。このような規整は、静的・事後的な裁量規整ではなく、裁判所との対話を介する同時的・応答的な規整であるとされ、そこでは、第一次的にはメタ弁論の過程で裁量の修正を促すにとどまるものの（理由によっては裁量権の逸脱による無効を主張することもあり得るとされる）、手続裁量の行使に際しその合理性を裁判所に事前に再確認させる事前規制としての効果をも持つとされる<sup>35</sup>。また、山田教授は、このような規整でより重要な点として、当事者が裁判所の一方的な訴訟指揮に服するのではなく、実質的なメタ弁論で手続進行に主体的に関与し、よりよい手続形成のために協働する道を開くことであり、手続の正当性への信頼もこの過程で醸成され得る旨を論じる<sup>36</sup>。

この山田教授の見解に対し、山本和彦教授は、裁判所の手続裁量の実効的な規律を図り得る手段として、基本的に支持するとの立場を示す<sup>37</sup>。ただ、そのうえで、山本和彦教授は、残された問題として、そこで開示すべき理由の中身の問題があり、この点が定まっていないと、理由が開示されても当事者がこれをチェックする客観的基準がなく、また、裁判所も理由開示自体に拘泥するあまり、簡単に形式的理由を示し得る処分を安易に選択したり、逆に理由の検討のために裁量処分が遅滞したりするおそれもなくはないとして、開示される理由を評価するための内容面での判断基準を設定する必要性は否定できないとする<sup>38</sup>。

---

て、責問権と同様、適時に当事者が求めなかった場合には、事後にその違反を取り上げることはできないとする)。

<sup>34</sup> 山田・前掲注(33)79頁。

<sup>35</sup> 山田・前掲注(33)79頁。

<sup>36</sup> 山田・前掲注(33)79頁。

<sup>37</sup> 山本和彦・前掲注(28)「行為統制」224頁、同・前掲注(31)「基本的な考え方」18頁。

<sup>38</sup> 山本和彦・前掲注(28)「行為統制」224～225頁、同・前掲注(31)「基本的な考

上記のような、齋藤教授・山田教授の見解への評価に基づき<sup>39</sup>、裁判所の裁量権濫用・踰越の内容を具体化し、かつ、理由開示強制論を前提としつつその理由についての基準を定めるため、山本和彦教授は、「要因規範」という、要件効果型の厳格な規律とは異なる、要因（ファクター）の列挙、および、規範目的によるその重要性の明示等により構成される規範類型を構想する<sup>40</sup>。

要因規範論につき、山本和彦教授は、実体法における動的システム論に示唆を受けた旨を述べている<sup>41</sup>。要因規範は、当該規範によって達成すべき目的を判断の中核に据え、当該規範において考慮すべきものとされる要因を全て考慮し、逆にそこで考慮すべきでないと考えられる要因を全て判断から排除して、上記の目的に基づく各要因の重要度等を検討し、それに従って最終的な裁量判断を下すことを求めるものであり、最終的な要因の衡量は裁判所の健全な裁量に委ねるような規範形態がイメージされると論じられる<sup>42</sup>。

山本和彦教授は、現在の民事訴訟法の規定の中に存在する、不十分ながら要因規範として理解し得るものの例<sup>43</sup>の一つとして、17条移送を挙

---

え方」18頁。

<sup>39</sup> なお、山本和彦教授は、手続裁量の規律のためのあり得る方法として、手続裁量が問題となる場面を類型化して、各類型における対応ないし行為義務を観念する類型論を想定するが、類型化による事例群の形成自体が常に限界を伴うこと、そもそも全ての事件類型においてあらゆる審理の場面を類型化できるのであれば、原理的には手続裁量を問題にする必要はなく、要件効果型規範で規律できるはずであることから、類型化が可能な範囲での類型論の有益性を認めつつ、この方法は手続裁量の範囲を限定するものではあっても、その行使を規律する手段とは言い難いとする（山本和彦・前掲注（28）「行為統制」223～224頁、同・前掲注（31）「基本的な考え方」17～18頁）。

<sup>40</sup> 山本和彦・前掲注（28）「行為統制」225頁、同・前掲注（31）「基本的な考え方」18頁。

<sup>41</sup> 山本和彦・前掲注（28）「行為統制」225頁、同・前掲注（31）「基本的な考え方」18頁。前者の注（45）で、山本敬三「民法における動的システム論の検討」法学論叢 138巻1・2・3号（1995年）208頁以下が引用されている。

<sup>42</sup> 山本和彦・前掲注（28）「行為統制」225頁、同・前掲注（31）「基本的な考え方」18～19頁。

<sup>43</sup> 山本和彦・前掲注（28）「行為統制」219～220頁、226～227頁、同・前掲注（31）「基本的な考え方」19頁。例として、本文中で直後に述べる17条移送に加えて、審理の現状に基づく判決に関する244条（「審理の現状及び当事者の訴訟追行の状況」

げ、そこでは、規範の目的として、「訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図る」ことが示され、判断の際の考慮要因として、「当事者及び尋問を受けるべき証人の住所、使用すべき検証物の所在地その他の事情」が挙げられるとされる<sup>44</sup>。また、解釈論として要因規範が定立されているとみられる例として、2011年（平成23年）民法訴訟改正前の解釈論における、個別の事件で特段の事情がある場合にわが国の裁判所の国際裁判管轄を否定する、いわゆる「特段の事情」論<sup>45</sup>が挙げられ、そこでは、規範目的として、「当事者間の公平、裁判の適正・迅速」が問題とされ、判断の際の考慮要因として、紛争内容・被告の態様・原告の態様・証拠の所在・証拠調べの便宜等の様々な事情が列挙されると論じられる<sup>46</sup>。

山本和彦教授は、裁量規律の際の要因規範の第一次的な役割は、裁判所が手続裁量の行使の際に自身でその当否を検討するチェックリストとしての意味合いのものであり、その意味で、要因規範は主として裁判所の行為規範としての役割を果たすべきことになる<sup>47</sup>。それに加えて、要因規範は、裁判所が行おうとする行為の当否を当事者が検証する際のチェックリストとしての意味をも持つとされる<sup>48</sup>。そして、当事者の求めがあれば、裁判所は要因規範に基づいて、判断の際に行った衡量の作業を明示し、判断結果を正当化する理由開示義務を負い、さらに、不服申立てが認められる場合には、要因規範が評価規範として機能する余地が認められるとされる<sup>49</sup>。そして、裁判所が採るべき手続裁量上の

---

を考慮要因とする)、少額訴訟における判決による支払猶予に関する375条（「被告の資力その他の事情」を考慮要因とする）、が挙げられている。

<sup>44</sup> 山本和彦・前掲注(28)「行為統制」226頁、同・前掲注(31)「基本的な考え方」19頁。

<sup>45</sup> たとえば、最三小判平成9年11月11日（民集51巻10号4055頁）。

現行法では、3条の9が、わが国の裁判所の国際裁判管轄が認められる場合における、「特別の事情による訴えの却下」を規定する。

<sup>46</sup> 山本和彦・前掲注(31)「基本的な考え方」19頁。

<sup>47</sup> 山本和彦・前掲注(28)「行為統制」227頁、同・前掲注(31)「基本的な考え方」20頁。

<sup>48</sup> 山本和彦・前掲注(28)「行為統制」227頁。

<sup>49</sup> 山本和彦・前掲注(28)「行為統制」227頁、同・前掲注(31)「基本的な考え方」20頁。

措置について当事者間に争いがある場合には、考慮すべき要因を（場合によっては、達成すべき目的等をも）明示しながら、当事者に反論の機会を与えることが、手続裁量が行使される場合の当事者の手続保障の観点から、必要不可欠であるとされる<sup>50</sup>。

### 第3節 手続裁量論と要因規範論（審理契約論）の架橋

加藤教授の手続裁量論と山本和彦教授の審理契約論との間では、当初は見解の対立があるものと考えられていたが、山本和彦教授が、審理契約論では対処できない場合における裁判所の手続裁量の規律方法として要因規範論を提唱した時期以降は、両者の異なる基本的なスタンスは堅持されつつも、手続裁量の規律の方式については両者が接近しつつあることが認識されるようになった<sup>51</sup>。

また、手続裁量の規律に関する、加藤教授のいうところの行動準則・ガイドライン、山本和彦教授のいうところの要因規範の具体化については、事柄の性質上、民事訴訟法学者と実務家との共同作業が必要であることが意識されていた<sup>52</sup>。

こうした点から、加藤教授・山本和彦教授を含む、民事訴訟法学者・裁判官・弁護士による研究会が組織され、そこでの研究成果が最終的に研究書の形でまとめられた<sup>53</sup>。そこでは、事件の振分け、審理計画、17条移送、争点・証拠の整理手続、釈明、口頭弁論の分離と併合、証拠の採否、証拠調べ、専門訴訟、和解勧誘、心証開示、口頭弁論の終結、審理の現状に基づく判決、口頭弁論の再開につき、それぞれの局面で手続裁量が行使される際の考慮要素ないし要因の抽出の試み等がなされている。

<sup>50</sup> 山本和彦・前掲注(28)「行為統制」227～228頁、同・前掲注(31)「基本的な考え方」20頁。なお、前者では、裁判所の手続裁量上の措置について当事者間で争いがある場合のみが明示されているため、本文ではこの場合のみを記したが、理論的には、両当事者と裁判所の間で争いがある場合、一方当事者・裁判所と相手方当事者との間で争いがある場合、一方当事者・相手方当事者・裁判所の三者間で争いがある場合も、対象となるのではないかと考えられる。

<sup>51</sup> 加藤・前掲注(3)「基本的な考え方」11頁。

<sup>52</sup> 加藤・前掲注(3)「基本的な考え方」11頁注(25)、山本和彦・前掲注(28)「行為統制」227頁、同・前掲注(31)「基本的な考え方」20頁。

<sup>53</sup> 大江ほか編・前掲注(3)。

これらの点に関連して、法哲学・法理学者の田中成明教授は、加藤教授と山本和彦教授のそれぞれの見解を肯定的に評価したうえで、次のように、両者を手続的公正と手続的合理性の側面から架橋することを試みる<sup>54</sup>。第一に、ある程度類型的な問題状況ごとに、チェック・リスト、チェック・ポイント（加藤教授のいうところの考慮要素、山本和彦教授のいうところの要因規範と基本的に同じ）を作り上げ、ある状況での裁判所の裁量行使の目的とそれとの関連で考慮すべき点、考慮してはならない点、諸々の考慮要因の比較考量にあたっての優先順位等、大枠的な規準について、実務上の背景的合意を何らかの形で形成するとされる。第二に、裁判所は、上記のような指針・枠組みのもとで、個々の具体的な問題状況に適合的な総合的判断に基づいて裁量を行使し、必要かつ十分な情報を提供しつつ、個別的な合意を形成したり、チェックしたりすべきこととして、当事者が背景的合意に照らして裁判所にその裁量行使について説明を求めた場合には、特段の支障がない限り、これらの考慮のプロセスを理由として説明するという実践的慣行を確立するとされる。このような見解、および、裁判所の裁量規律に関する加藤教授や山本和彦教授の見解につき、田中教授は、トピック論的なアプローチであると評価する<sup>55</sup>。

<sup>54</sup> 田中成明「司法の機能拡大と裁判官の役割」同『現代裁判を考える』（有斐閣、2014年）90頁（初出2002年）、同「手続的正義からみた民事裁判の在り方について」同・前掲『現代裁判を考える』149～150頁（初出2003年）。

<sup>55</sup> 田中・前掲注（53）「手続的正義からみた民事裁判の在り方について」150頁、大江忠（司会）ほか「（座談会）民事訴訟審理における裁量の意義とその規律」大江ほか編・前掲注（3）347頁〔田中成明発言〕。

なお、トピック論については、第3章での検討の際に取り上げる予定である。

**Die vorbereitende Betrachtung  
über methodische Erwägung von Disziplin gegen  
richterliches Ermessen in Zivilprozeß (1)**

Hiroyuki SAKAI

Kapitel 1. Einführung

Kapitel 2. Der Überblick von bisheriger Diskussion

1. Die Theorie über „Verfahrensermessen“

2. Die Theorie über „faktorliche Norm“ (und die Theorie über „prozessualen Vertrag“)

3. Der Dialog zwischen theorie über „Verfahrensermessen“ und theorie über „faktorliche Norm“ (und die Theorie über „prozessualen Vertrag“) (Band 60, Nr. 1)

Kapitel 3. Erwägung

Kapitel 4. Schluß

