

タイトル	民事訴訟手続過程における弁護士の行為規律の実効化手段に関する一考察
著者	酒井，博行
引用	北海学園大学法学研究，42(1)：53-99
発行日	2006-06-30

民事訴訟手続過程における弁護士の行為規律の 実効化手段に関する一考察

酒 井 博 行

はじめに

一 問題の所在

二 民事訴訟手続過程における弁護士の行為規律の実効化手段を
めぐる議論

1 当事者照会・訴え提起前の照会

2 争点・証拠の整理手続終結後の新たな攻撃防御方法の提出

3 手続全体との関係での行為規律の実効化

三 民事訴訟手続過程における弁護士の行為規律の実効化手段に

おける規律主体の問題

1 アメリカ合衆国における議論からの示唆——Wilkinsの議
論——

2 検討

むすびにかえて——残された課題——

はじめに

わが国の民事訴訟手続については、特に一九八〇年代ごろから、審理の形骸化および訴訟遅延が問題とされるようになったが、このような問題に対処することを主な目的として、一九九六年に現行民事訴訟法が制定され、一九九八年より施行された。そして、一九九〇年代末からの一連の司法制度改革の流れの中で、民事訴訟手続のさらなる充実・迅速化を主な目的として、二〇〇三年に再度民事訴訟法の改正が行われ、二〇〇四年より施行されている。

これらの法改正を経て成り立っている現行の民事訴訟制度の下では、充実した審理を迅速に行うことを可能にするために種々の制度が設けられている。このような制度が意図している目的を達成するためには、当事者サイド¹、とりわけ現実に諸々の訴訟活動を担っていく代理人弁護士が、これらの制度の趣旨にかなった形で訴訟活動を行うことが要求される。そして、弁護士が民事訴訟手続の審理における右記のような規律に適用されることを担保し、規律を実効化するための手段としては、民事訴訟法上の制裁規定をはじめとして、種々のものが考えられ、近年の民事訴訟法学においては、この点に関する議論も明示的になされるようになってきている。

本稿は、民事訴訟手続過程における代理人弁護士の行為規律の実効化手段に関する従来の議論を整理し、問題点の指摘を行うことにより、今後のこの分野に関する研究のための筆者なりの指針を提示することを目的とする。一ではまず、現行の民事訴訟手続において代理人弁護士に求められる行為を、現行民事訴訟法の成立過程を振り返ることによって確認したうえで、民事訴訟手続における代理人弁護士の行為規律の実効化手段について従来なされてきた議論の問題点を指摘する。二では、現行の民事訴訟手続における具体的な制度、あるいは手続全体との関係で従来主張されてきた、代理人弁護士の行為規律の実効化手段に関する各種の議論を確認する。三では、一で提示した問題意識を

踏まえたうえで、二で確認した議論に関して、主に実効化手段を行使する主体の面から検討し、今後の研究のための指針を提示することにした。

(1) わが国で民事訴訟法に関する文脈において「当事者」という用語が用いられる場合には、多くの場合、「当事者本人」と「代理人弁護士」とを明確に区別することなく、その両方を包含する意味合いで用いられるように思われる。しかしながら、本稿では民事訴訟手続における「弁護士の」行為規律の実効化手段について考察するため、以下の本文および脚注においては、当事者本人と代理人弁護士とを包含した、広い意味での「当事者」を指す場合には「当事者サイド」という用語を使用し、両者を自覚的に区別して論じる場合には、それぞれ「当事者本人」と「代理人弁護士」という用語を使用することにした。

一 問題の所在

民事訴訟手続によって市民の私法上の権利を実現し、可能な限り満足な形での紛争解決を提供するためには、訴訟の審理が充実した形で、かつ迅速に行われる必要がある。しかしながら、従来わが国においては、民事訴訟の審理が必ずしもそのような形で行われていたわけではなく、いわゆる「五月雨型審理」、「漂流型審理」といわれる審理形態が支配的であった。すなわち、口頭弁論期日においては両当事者サイドの準備書面の交換が行われるにすぎず、このような期日が何回も繰り返される中で事実主張および証拠の申出が散発的に延々と行われた。²⁾その後、一応の争点が明らかになると人証の取調べに入るが、取調べが通常一期日につき一人についてしか行われず、場合によっては主尋問と反対尋問が分断される形になっていた。³⁾その結果、審理が長期化し、また、争点が十分固められないまま人証の取調べが行われるので、焦点がぼけることになり、さらには、人証の取調べの結果、争点が動くことも稀ではないと

いう状況にあった⁽⁴⁾。このように、審理が長期化し、かつ緊張感を欠くような形で行われる結果、審理の充実度も必ずしも高くないということになり、紛争解決手段としての民事訴訟制度の効率、存在意義が問われる状況にあった⁽⁵⁾。

一九八〇年代前半頃から、このような民事訴訟の審理に対しては批判の聲が高まり、これを受ける形で、一九八〇年代後半から九〇年代にかけて、各地の裁判所・弁護士会の手で、あるいは両者の協力により、様々な実務改善運動の試みが行われるようになり、また、民事訴訟手続の改善のための試案も出されるようになった⁽⁶⁾。これらの試みは、早期に争点・証拠の整理を行い、そこで明確に絞られた実質的な争点について集中的に証拠調べを行うことによって、充実した審理、および迅速な紛争処理を目指すものであり、具体的な内容としては、それぞれの案で細かい相違はあるものの、おおむね、第一回期日前の準備の充実、弁論兼和解等による争点整理の実施、集中証拠調べの実施などが含まれていた。

このように、実務において民事訴訟審理の改善の試みが進められる中で、一九九〇年、民事訴訟法の全面見直し作業が開始され、一九九六年に現行民事訴訟法（平成八年法律第一〇九号）が成立し、一九九八年より施行された⁽⁷⁾。現行民訴法は、旧法と比較して、様々な面で改正が行われたが、本稿でとりあげる民事訴訟審理の充実・迅速化との関係では、争点の早期の確定、およびその争点に絞った集中証拠調べ等の実現を目指して規定がなされており、前述の旧法下における実務改善運動等の成果の延長線上にあるといえる⁽⁸⁾。この点に関して具体的には、各種の争点・証拠の整理手続の整備（準備的口頭弁論（一六四～一六七条）、弁論準備手続（一六八～一七四条）、書面による準備手続（一七五～一七八条））、および、証拠・情報の収集手続の拡充（当事者照会（一六三条）の新設、文書提出義務（二二〇条）の範囲の拡大など）を主要な改正点として挙げる事ができる。

一九九八年の現行民訴法施行により、民事訴訟審理の充実、および迅速化については、一定の効果があがっていた。

しかし、国民がより利用しやすい司法制度の実現等を目的として一九九九年に内閣に設置された司法制度改革審議会での議論では、事実関係に争いがあることなどから人証調べを行った事件の平均審理期間が依然として長期にわたっていることが問題とされた⁹⁾。そして、同審議会が二〇〇一年に公表した意見書では、民事訴訟事件（人証調べ事件に限る）の審理期間をおおむね半減し、かつ、なお一層の審理の充実を図ることを目標として¹⁰⁾、原則として全事件における計画審理の推進、および、訴え提起前の時期を含め当事者が早期に証拠を収集するための手段の拡充をすべきである旨の提言がなされた¹¹⁾。この提言を受け、同年に民事訴訟法の改正作業が開始され、二〇〇三年、「民事訴訟法等の一部を改正する法律」（平成一五年法律第一〇八号）が成立し、二〇〇四年より改正法が施行された¹²⁾。二〇〇三年の民法改正は、一九九六年の民法全面改正の成果を踏まえつつ、民事訴訟審理のさらなる充実・迅速化を目指すことを主要な目的の一つとしており、そのような観点からみた主要な改正点としては、計画審理の推進のための規定の新設（一四七条の二～三、一五六条の二、一五七条の二）、訴え提起前の証拠・情報の収集手続の拡充（一三二条の二～九）を挙げることができる。

このように、一九八〇年代半ば以降の民事訴訟手続に関する実務改善運動や法改正の流れを大まかに振り返ると、ほぼ一貫して、当事者サイドに事件に関する資料を訴訟のできるだけ早い時期に収集・提出することを促し、それらの資料に基づいて明らかにした争点について集中的に証拠調べを行っていくという、いわゆる「争点中心型」の審理を実現することにより、充実かつ迅速な審理を実現することが目標とされていたといえる。また、それに加えて、二〇〇三年の民法改正で新たに規定された計画審理においては、裁判所および両当事者サイドとの協議のうえで定められた審理の計画に即して手続を進めることによって、訴訟のさらなる迅速化を目指すことになるといえる。そして、このような手続構造の下で審理の充実・迅速化を実現していくためには、当事者サイド、とりわけ現実に各種の

訴訟活動を行うことになる代理人弁護士が、民事訴訟法上の訴訟資料提出、争点整理、および証拠・情報の収集制度に関する規定に則った形での訴訟活動を行うことが求められるのである。¹³ これを特に主張・証拠の提出、および争点整理の局面に絞って若干詳細に見ていくと、代理人弁護士は提訴前・提訴後の各種の証拠・情報の収集手続を必要に応じ利用して主張・立証の準備を行い、訴状・答弁書・準備書面では、主要事実だけでなく、重要な間接事実や証拠、相手方の主張を否認する場合の否認の理由等も記載し(規五三条一項、七九条三項、八〇条一項、八一条)、争点整理段階では適時提出主義(一五六条)を遵守し、主張や証拠の後出しが無いように心がけるべきであるということになる。

しかしながら、民事訴訟手続における代理人弁護士の行動の現状を見てみると、現行民事訴訟法が要求するような訴訟活動が行われているとは必ずしもいえないように思われる。例えば、若干古いものになるが、東京地裁民事部の訴訟事件を扱う全ての部を対象として二〇〇〇年に実施されたアンケート調査からは、一九九六年改正後の現行民事訴訟法・民事訴訟規則の諸規定に適った形での当事者サイドの訴訟活動が必ずしも十分には行われていないことが伺える。¹⁴ また、最近でも、特に一九九六年改正法を念頭に置いて、改正法の中で弁護士が中心となって審理の充実・迅速化のために行われるべき事柄について、法改正の趣旨が没却され、改善がなされていないとの指摘がなされている。¹⁵

このように、現行民事訴訟法による代理人弁護士の行為規律が必ずしも成功しているとはいえないことについては、様々な理由が考えられるが、その主要な理由の一つとして、現行民事訴訟法がその中の多くの制度について直接の制裁手段を持っていない点を挙げるができる¹⁶と考えられる。そして、近年では、このような問題点を踏まえたうえで、現行民事訴訟法上では制裁手段が設けられていない制度について、制裁手段を導入すべきであるとの提言も見られるようになって¹⁷いる。

現行民事訴訟法の制定過程においては、次章でも概観するように、その中の具体的な制度について実効化のための制裁手段を導入することの是非が議論され、結果として、多くの制度については直接の制裁手段が導入されないということになったが、筆者は、右記のように、民事訴訟手続において直接の制裁手段を欠く状況の下で代理人弁護士の行為規律が必ずしも成功していないという点に鑑みると、代理人弁護士の行為規律を実効化するための方策の一つとして、何らかの制裁手段を導入することが必要である⁽¹⁸⁾と考える。しかしながら、この制裁手段について考える際には、制裁を科す主体に関する検討もあわせて必要になると考えられる。わが国の民事訴訟手続内での代理人弁護士の行為規律を実効化するための制裁手段としては、まず、民事訴訟法上の制裁規定が考えられるが、これは、代理人弁護士の行為規律違反に対し、訴訟手続内で裁判所が直接に制裁を科すものである。また、弁護士が法プロフェッションとして、自律的職能団体たる弁護士会の規律に服して種々の職務を行っている点に鑑みると、代理人弁護士が民事訴訟手続における行為規律を遵守しないことをもって、弁護士倫理違反を問う、ひいては、弁護士会による懲戒の対象とすることも考えられる。さらに、代理人弁護士が民事訴訟手続における行為規律を遵守しなかったことにより依頼人たる当事者本人が不利益を被った場合、当事者本人が代理人弁護士に対して弁護過誤訴訟による損害賠償請求を行うことも考えられるが、この弁護過誤訴訟についても、代理人弁護士が民事訴訟手続における行為規律を遵守するよう動機付ける、行為規律の実効化手段として捉えることができる。行為規律に違反した代理人弁護士の弁護士倫理違反を問い、懲戒の対象とすることや、その弁護士に対する弁護過誤訴訟を提起することは、訴訟手続の終了後に事後的に問題となる点が、前述の民事訴訟法上の制裁規定の場合との主要な相違点となる。

民事訴訟手続、あるいはその中の具体的な手続において代理人弁護士の行為規律を実効化するための手段については、現行民事訴訟法が多くの制度について直接の制裁手段を有していないとはいえ、従来から研究者、実務家により、

間接的な、あるいは事実上の制裁手段が提唱されており、また、前述のように、近年では直接的な制裁手段を導入することも主張されるようになってきている。そして、その議論においては、弁護士的行為規律実効化のための手段として、民事訴訟法上の各種の制裁規定、弁護士倫理違反を問うこと／懲戒の対象とすること、弁護士過誤訴訟が主に挙げられている。しかしながら、従来は、このような行為規律の実効化のための各種手段について、それを行使する主体面、およびその手段の特性等を考慮したうえで、手続の具体的局面、あるいは訴訟手続全体との関係でどの手段が適切であるのかということが必ずしも明確に意識されることなく、議論がなされてきているように思われる。筆者は、今後民事訴訟手続過程における代理人弁護士の行為規律の実効化を論じていくに際しては、右で述べたような事柄を十分検討したうえで議論を展開することが、より建設的であると考えるが、本稿では以下、特に行為規律の実効化手段を行使する主体の面に焦点を当てて、検討を進めていくことにしたい。

- (2) 上原敏夫「弁論準備手続」竹下守夫編集代表『講座新民事訴訟法Ⅰ』（弘文堂、一九九八年）三二二頁。
- (3) 今井功「争点・証拠の整理と審理の構造」竹下編集代表・前掲注(2)二〇三頁。
- (4) 今井・前掲注(3)二〇三頁。
- (5) 上原・前掲注(2)三二二～三二三頁。
- (6) 例えば、岩佐善巳ほか「民事訴訟のプラクティスに関する研究」司法研究報告書四〇輯一号（一九八八年）、「民事訴訟の審理を充実させるための東京地方裁判所の方策案」ジュリスト九一四号（一九八八年）三二二頁、「民事訴訟の審理を充実させるための大阪地方裁判所の方策案」ジュリスト九一四号（一九八八年）三五頁。第一東京弁護士会民事訴訟促進等研究委員会「新民事訴訟手続試案（迅速訴訟手続要領）」ジュリスト九一四号（一九八八年）四〇頁、第二東京弁護士会民事訴訟改善研究委員会「民事訴訟充実促進実践マニュアル試案」判例時報一三三八号（一九九〇年）六頁、大阪弁護士会「民事裁判改善に関する意見書」判例タイムズ七五八号（一九九一年）三六頁、八木一洋「福岡地方裁判所における民事訴訟の審理の充実・促進方策の実施状況について」判例タイムズ八一六

- 号（一九九三年）六頁、西口元「太田朝陽」河野一郎「チームワークによる汎用的訴訟運営を目指して——事前準備、争点整理及び集中証拠調べの一つのモデル——」（1）（5）（完）判例タイムズ八四六号（一九九四年）七頁、八四七号（一九九四年）一一頁、八四九号（一九九四年）一四頁、八五一号（一九九四年）一八頁、八五八号（一九九四年）五一頁など。なお、東京地裁、大阪地裁それぞれの方策案、および第一東京弁護士会の試案に関する論稿として、竹下守夫ほか「（座談会）訴訟促進・審理の充実問題の展開方向」ジュリスト九一四号（一九八八年）四頁、福田剛久「東京地裁の審理充実方策案」ジュリスト九一四号（一九八八年）五八頁、佐々木茂美「大阪地裁の審理の充実方策案」ジュリスト九一四号（一九八八年）六四頁、表久雄「弁護士業務の改善と民事訴訟の促進——第一東京弁護士会『新民事訴訟手続試案』をめぐって——」ジュリスト九一四号（一九八八年）六九頁、第二東京弁護士会の試案に関する論稿として、第二東京弁護士会民事訴訟改善研究委員会「民事訴訟充実促進シンポジウム——民事訴訟充実促進実践マニュアル試案を基に——」（上）（下）判例時報一三三八号（一九九〇年）三頁、一三三九号（一九九〇年）三頁、大阪弁護士会の意見書に関する論稿として、大阪弁護士会「民事裁判改善シンポジウム」判例タイムズ七五八号（一九九一年）八頁。
- (7) 現行民事訴訟法制定の経緯や意義、改正点の概要については、例えば、三宅省三「民事訴訟法改正の経過と主要な改正事項」三宅省三「塩崎勤」小林秀之編集代表『新民事訴訟法大系——理論と実務——第一巻』（青林書院、一九九七年）三頁、柳田幸三「民事訴訟法の全面改正の意義と新民事訴訟法の特徴」塚原朋一「柳田幸三」園尾隆司「加藤新太郎編『新民事訴訟法の理論と実務（上）』（ぎょうせい、一九九七年）六一頁、竹下守夫「新民事訴訟法制定の意義と将来の課題」竹下編集代表・前掲注(2)一頁、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、一九九九年）五〇六頁「柳田幸三発言」など。
- (8) 今井・前掲注(3)二二三頁。
- (9) 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書——21世紀の日本を支える司法制度——」（二〇〇一年）一五頁は、一九九九年時点での地方裁判所第一審民事訴訟事件全体の平均審理期間は九・二か月であり、従来と比べて全体としては短縮されているものの、事実関係に争いがあることなどから証人尋問など人証調べを行った事件の同年での平均審理期間が二〇・五か月に及んでいることを指摘する。なお、同意見書は司法制度改革審議会ホームページ（<http://www.kantei.go.jp/jp/shinouseido/report-dex.html>）にてダウンロードできるほか、ジュリスト一二〇八号（二〇〇一年）付録の「司法制度改革審議会全記録CD-ROM」にも収録されている。
- (10) 司法制度改革審議会・前掲注(9)九頁、一五頁。
- (11) 司法制度改革審議会・前掲注(9)一五〇一六頁。
- (12) 二〇〇三年の民事訴訟法改正の経緯、概要については、例えば、小野瀬厚「民事訴訟法改正の経緯と概要」ジュリスト一二五二号

- (二〇〇三年) 六頁、同「民事訴訟法の一部を改正する法律・人事訴訟法の概要」法律のひろば五七巻二号(二〇〇四年) 四頁、小野瀬厚「武智克典編著『一問一答平成15年改正民事訴訟法』(商事法務、二〇〇四年) 三〇九頁など。
- (13) なお、新堂幸司「民事訴訟法の研究を省みて——訴訟改革のために弁護士の協力をいかにうるか——」同『民事訴訟法学の基礎』(有斐閣、一九九八年) 三三八〜三四〇頁〔初出、民事訴訟雑誌三九号(一九九三年)〕は、民事訴訟審理の充実・促進を図るための前提としての「弁護士の訴訟協力義務」について論じるが、これを漠然と裁判所に対する義務として位置づけるだけでは不十分であり、市民に対する司法と言うサービスを十分なものにするためであるところに基礎を求めべきであるとする。この点に関する議論として、加藤新太郎「民事司法過程における弁護士の役割」日本弁護士連合会編集委員会編『あたらしい世紀への弁護士像』(有斐閣、一九九七年) 一三四〜一三五頁〔初出、自由と正義四七巻六号(一九九六年)〕もあわせて参照。また、那須弘平「訴訟代理人としての弁護士の役割と活動」同『民事訴訟と弁護士』(信山社、二〇〇二年) 一八〜一九頁〔初出、塚原柳田園尾加藤編・前掲注(7)〕は、民事訴訟の法廷における弁護士の役割の一つとして「秩序形成機能」を挙げ、そこでの具体的な使命・役割の一つとして、裁判官・相手方弁護士と協力して民事訴訟制度を迅速・的確かつ円滑に機能させることを挙げる。
- (14) 東京地方裁判所プラクティス委員会「新民事訴訟法・新民事訴訟規則の施行状況に関するアンケート調査の概要」判例時報一七三五号(二〇〇一年) 二八頁以下。
- (15) 宇野聡「民事手続と弁護士の行動指針——研究者の立場から——」民事訴訟雑誌五二号(二〇〇六年) 五六頁、山浦善樹「民事手続と弁護士の行動指針——問題提起——」民事訴訟雑誌五二号(二〇〇六年) 五九頁。なお、両論稿とも、高橋宏志ほか「(シンポジウム) 民事手続と弁護士の行動指針」民事訴訟雑誌五二号(二〇〇六年) 五三頁〔第七五回日本民事訴訟法学会大会シンポジウム(二〇〇五年五月二二日開催)〕での報告である。
- (16) 三木浩一「日本の民事訴訟における裁判官および弁護士の役割と非制裁型スキーム」民事訴訟雑誌五〇号(二〇〇四年) 九二頁、九七〜一〇〇頁は、現行民事訴訟法のこのような仕組みを「非制裁型スキーム」と呼ぶ。なお、この論稿は、河野正憲ほか「(国際シンポジウム) 現代の民事訴訟における裁判官および弁護士の多重的な役割とその相互関係」民事訴訟雑誌五〇号(二〇〇四年) 八七頁〔第七三回日本民事訴訟法学会大会国際シンポジウム(二〇〇三年六月一日開催)〕における報告の一つである。
- (17) 例えば、三木・前掲注(16) 一一四頁、伊藤眞「現代社会における裁判の意義——専門訴訟における情報収集と証拠開示を中心として——」和田仁孝・櫻村志郎・阿部昌樹編『法社会学の可能性』(法律文化社、二〇〇四年) 二四六〜二四九頁、杉山悦子「[解題] 本書を読み解くために」山本和彦編『民事訴訟の過去・現在・未来——あるべき理論と実務を求めて』(日本評論社、二〇〇五年) 二五

八二五九頁など。

(18) なお、代理人弁護士の行為規律の実効化のために何らかの制裁手段を導入することに対しては、過去の民訴法改正時の議論状況(例えば、当事者照会への回答拒絶等に対する制裁の是非や、争点・証拠の整理手続や審理計画における失権効の是非に関する議論を想定されたい)から考えると、批判も予想される。しかしながら、ここでの問題は、河野ほか・前掲注(16)二〇一頁「三木浩一発言」が指摘するように(もつとも、ここでは裁判所による制裁手段のみが念頭に置かれているが)、現行の民事訴訟制度においてはそもそも適切な場面で適切な形で規律権限を行使するための制度的基盤が欠けており、その点の是正のために制裁手段を整備していくべきではないかということであると筆者は考える。そして、当然のことながら、制裁手段が存在するからといって、明らかに代理人弁護士士の行為が不当である場合の規律を超えて、それが代理人弁護士の訴訟活動を過度に萎縮させるような形で無闇に行使されてはならず、制裁手段が適切に行使されるための何らかの歯止めは必要であると考えられる。しかしながら、この点に関する検討(必然的に、訴訟手続内での具体的な場面における代理人弁護士の行為のうち、いかなるものが制裁に値するかという評価規範の問題、ひいては、代理人弁護士が遵守すべき行為規範の具体的内容の問題を含むことになるが)については、紙幅および筆者の能力の問題から、今後の課題とさせていただきたいが、現時点での筆者の暫定的な考えについては、後の本文「むすびにかえて」で提示することにした。

二 民事訴訟手続過程における弁護士の行為規律の実効化手段をめぐる議論

本章では、現行の民事訴訟手続において弁護士の行為規律が主に問題となりうると思われる、争点・証拠の整理手続、証拠・情報の収集手続における具体的な局面において、行為規律を実効化するための手段としていかなるものが議論されているかを改めて確認する。また、手続過程における弁護士の行為規律の実効化手段に関しては、民事訴訟手続上の具体的な局面に則してという形ではなく、より幅広い観点からの検討もなされているが、本章では、それらの議論についても確認し、以後の検討の対象とすることにした。

1 当事者照会・訴え提起前の照会

前章でも記したように、現行民事訴訟法が目標としている争点中心型の審理を実現するためには、当事者サイドができるだけ早期に事件に関する資料を裁判の場にのせることが求められるが、そのためには、当事者サイドができるだけ早期に事件に関する証拠・情報入手できるような手段が必要となる。このような観点、あるいは、両当事者間での証拠・情報の偏在を是正するという観点から、一九九六年の民訴法全面改正では、前記のように証拠・情報の収集手続の拡充が図られたが、その中の一つとして新たに設けられたのが、当事者照会の制度（一六三条）である。¹⁹この制度は、当事者が訴訟の係属中、相手方に対し、主張・立証の準備のために必要な事項について書面で直接照会することができるというものである（一六三条一～六項所定の照会除外事由を除く）。立法過程においては、照会に応じない場合や虚偽の回答を行った場合の制裁について、これを設けないという方向で基本的には議論がなされ、現行法一六三条でも、制裁は設けられていない。²⁰また、立法過程では、当事者照会制度の実効性を担保するために、裁判所を通じて照会状を送付するという方法が弁護士会サイドから主張されたが、²¹裁判所サイドの反対により、このような方法は採用されなかった。²²

このように、現行法における当事者照会制度は、回答拒絶や虚偽回答に対する直接の制裁手段をもたず、かつ、裁判所の関与もない制度として出発したのであるが、他方で、適法な照会を受けた相手方当事者は訴訟法上の回答義務を負うとされているため、²³これを実効化するためにいかなる手段が考えられるのかが問題となる。そこで、以下では、代理人弁護士がついている場合において当事者照会を受けたという場面を想定して、回答義務の実効化手段として提唱されているものを概観することにした。もともと、前述のように、現在の当事者照会制度には直接の制裁手段は

ないため、ここで取り上げる回答義務の実効化手段は、間接的なもの、事実上のもの、あるいは訴訟法外のものになる。

まず、照会を行った側の当事者サイドが相手方の回答拒絶、あるいは虚偽回答の事実を口頭弁論に顕出し、その回答拒絶・虚偽回答が裁判所により、弁論の全趣旨、あるいは間接事実・補助事実として相手方に不利に斟酌される旨が主張されている。⁽²⁴⁾

次に、回答を拒絶した事項を後に主張した場合、あるいは回答と異なる主張を後にした場合に、裁判所により訴訟上の信義則違反(禁反言)、あるいは時機に後れた攻撃防御方法としてその主張が却下される可能性がある旨が主張されている。⁽²⁵⁾

また、証拠に関する情報を求める場合のように、相手方が情報提供の訴訟上の協力義務を負っている場合には、不協力が証明妨害と評価されうるという見解もある。⁽²⁶⁾

さらに、回答拒絶、あるいは虚偽回答によって訴訟が遅延した場合には、裁判所がそのことによって余分に生じた訴訟費用を相手方に負担させる(六二条・六三条など)という考え方も主張されている。⁽²⁷⁾

それに加えて、当事者照会に相手方が回答しないという状況で、照会が要件を満たし、不回答が正当でないという評価がなされ、かつ、照会にかかる情報が事案説明上、あるいは訴訟進行に必要と評価できる場合には、その点を明らかにするための証人尋問や当事者尋問を実施し、その結果に応じて主張を再構成したり、場合によっては再度の争点整理手続を開いたりすることが許されるべきである、あるいは、争点整理手続を一旦打ち切つて、未回答のため明らかになっていない事実のみに絞った人証調べを行い、争点整理手続に戻ることも考えられるという見解がある。⁽²⁸⁾

また、当事者照会に対する回答拒絶や虚偽回答に相手方の代理人弁護士が関与している場合には、当該弁護士が弁

護士倫理（一九九〇年三月二日日弁連臨時總會決議、一九九四年一月二二日改正、二〇〇五年三月三十一日廃止）・弁護士職務基本規程（平成一六年一月一〇日日弁連会規第七〇号、二〇〇五年四月一日施行）違反を問われ、弁護士会による懲戒の対象となりうるという見解もある。⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾

ここまでは、一九九六年の民訴法改正で設けられた訴え提起後の当事者照会について論じてきたが、二〇〇三年の民訴法改正では、これに加えて、訴え提起前の照会制度が設けられた。これは、訴訟手続の計画的進行を図り、民事訴訟の充実・迅速化を実現するために、当事者が訴え提起前において必要な証拠・情報の収集を適切に行い、訴え提起後の早期の段階で裁判所・当事者双方が審理の終期を見通すことができるようにすることが重要となるという観点から⁽³¹⁾改正法で拡充された、訴え提起前の証拠・情報の収集手続の中の一つである。訴えを提起しようとする者がその訴えにおける被告となるべき者に対し訴え提起を予告する通知を書面とした場合に（予告通知）、予告通知をした者（予告通知者）がその予告通知を受けた者（被予告通知者）に対し、予告通知をした日から四か月以内に限り、訴えを提起した場合の主張・立証の準備のために必要であることが明らかな事項について照会することができる（一三二条の二第一項本文。ただし、同項但書一～三号の除外事由は除く）。これに対し、被予告通知者も、書面で予告通知に対する返答をした場合は、予告通知者に対し、予告通知がされた日から四か月以内に限り、訴えを提起された場合の主張・立証の準備のために必要であることが明らかな事項について照会することができる（一三二条の三第一項。照会除外事由については、前条第一項但書が準用される）。

訴え提起前の照会は、一九九六年改正で設けられた訴え提起後の当事者照会制度を、予告通知、および予告通知に対する被予告通知者の返答を媒介として、訴え提起前においても利用可能にしたものと評価しうる。この制度についても、訴え提起後の当事者照会制度と同様、照会の相手方が回答義務を負うことを前提とするものの⁽³²⁾、相手方の違法

な回答拒絶や虚偽回答に対する直接の制裁は設けられていない。そのため、訴え提起前の照会についても、照会の相手方の回答義務を実効化する手段が問題となるが、この制度と訴え提起後の当事者照会制度とは、照会の要件、照会除外事由について相違はあるものの、基本的には同様の制度であることに鑑みると、回答義務の実効化手段については、訴え提起後の当事者照会についてみてきたものがそのまま当てはまると考えられる。³³⁾

2 争点・証拠の整理手続終結後の新たな攻撃防御方法の提出

当事者サイドに事件に関する資料を訴訟のできるだけ早い時期に提出することを促し、それらの資料に基づいて明らかになった争点について集中的に証拠調べを行っていくという、争点中心型の審理を実現するためには、両当事者サイドから提出された主張・証拠を裁判所も交えて吟味することにより、当該事件における真の争点と、そうでは無い末梢的な争点とを峻別し、以後の集中証拠調べにおける立証主題を明らかにするための手続が必要となる。そのため、一九九六年の民法改正では、前記のように各種の争点・証拠の整理手続の整備がなされ、準備的口頭弁論（一六四～一六七条）、弁論準備手続（一六八～一七四条）、書面による準備手続（一七五～一七八条）に関する規定がおかれることになった。³⁴⁾

争点・証拠の整理手続に関しては、そこで真の争点を確定したうえで集中証拠調べに進むことを前提とするため、当事者サイドには、手続の終結までに、当該事件における真の争点を確定するために必要な主張・証拠を提出することが求められる。このような点から、争点・証拠の整理手続終結後にそこでの争点・証拠の整理の結果を覆すような新たな攻撃防御方法が当事者サイドから提出された場合にどのように対処するかという点が問題になる。立法過程の初期においては、①特別な制限は加えず、時機に後れた攻撃防御方法一般の規律（一五七条、旧法一三九条）に委ね

る考え方、②当事者サイドが手続終結前に提出できなかったことについて合理的理由があること、または訴訟手続を著しく遅滞させないことを疎明した場合に限り提出を認める考え方、③原則として新たな攻撃防御方法の提出を認めないという失権効を認める考え方の三案が示されていたが、最終的な立法段階では、新たな攻撃防御方法の提出自体には制限を加えないものの、これを提出しようとする当事者サイドは、相手方の求めがある場合には手続終結前にこれを提出できなかつた理由を説明しなければならぬという方策が採用された(準備的口頭弁論については一六七条。弁論準備手続については、一七四条により一六七条を準用。書面による準備手続については一七八条³⁵⁾)。

しかしながら、この争点・証拠の整理手続終結後の新たな攻撃防御方法の提出の局面における説明義務については、これを尽くさなかつた場合の直接の制裁は規定されていない。そのため、この説明義務が尽くされなかつた場合に、争点・証拠の整理手続の実効性を保ち、ひいては新たな攻撃防御方法の提出を防ぐために、次のような間接的、あるいは事実的な手段が提唱されている。

まず、合理的な理由説明なくして争点・証拠の整理手続終結後に攻撃防御方法が提出された場合に、その攻撃防御方法自体、あるいは説明義務を果たさず提出したという態度が、弁論の全趣旨によつて、提出を行った当事者サイドに不利に評価されうる旨が主張されている³⁶⁾。

次に、当事者サイドが説明義務を尽くさなかつたことが、時機に後れた攻撃防御方法の却下を定める一五七条にいう「故意又は重大な過失」として斟酌され、争点・証拠の整理手続終結後に提出された攻撃防御方法が時機に後れたものとして却下されうる旨が主張されている³⁷⁾。

また、争点・証拠の整理手続終結後に新たな攻撃防御方法の提出があつた場合に、当事者サイドの弁護士が説明義務を尽くさなかつたこと、あるいは新たな攻撃防御方法を提出したことをもつて、弁護士倫理違反となる場合があり

うる旨が主張されている。⁽³⁸⁾

3 手続全体との関係での行為規律の実効化

前節まででは、現行の民事訴訟法中の具体的な制度における当事者サイド、代理人弁護士行為規律の実効化のため手段を概観してきたが、ここでは、民事訴訟手続全体との関係で当事者サイド、代理人弁護士の行為規律の実効化手段についてなされている議論を概観することにした。

①まず、わが国の民事訴訟における裁判官・弁護士の役割という観点から、現行民事訴訟法における当事者サイドの行為規律の実効化手段を分析し、そのあるべき方向性を示唆する見解がある。⁽³⁹⁾ この見解は、まず、現行の民事訴訟法での争点・証拠の整理手続や証拠・情報の収集手続において多くみられる、制度の実効化のための直接の制裁手段を持たない形での規律方法を「非制裁型スキーム」として位置づける。⁽⁴⁰⁾ そして、この非制裁型スキームについては、現在のわが国の民事訴訟において裁判官が能動的な事件管理者として手続運営、事案解明の両面においてパターンリスティックに当事者自治に介入することが多いという点に鑑みると、間接的、あるいは事実上の制裁手段（例えば、時機に後れた攻撃防御方法の却下や、弁論の全趣旨による不利な心証）とあいまって、裁判官の介入への抵抗感を現実にもイメージの上でも緩和し、かつ、それなりに有効に機能しているとする。⁽⁴¹⁾ しかしながら、他方で裁判官のパターンリズムについては、大局的・長期的観点から、当事者の自助努力のインセンティブを低下させる、弁護士間の健全な自由競争と全体的なスキルの底上げを阻害する、当該事件限りでは実体的正義の実現に資するとはいえず、他方で司法資源の浪費につながる、手続的正義の価値が時として実体的正義の価値に優越するなどの理由により、批判的にも捉えられうるとする。⁽⁴²⁾ また、非制裁型スキームの下における裁判官のパターンリズムの行使により、「正直者が馬鹿を

みる」ということになり、当事者間に重大な不公平が生じる可能性があるとし（訴訟上の義務を遵守した側の努力に対する見返りはなく、他方、義務を懈怠した側への制裁はない）、非制裁型スキームと裁判官のパターンリズムが結びつくことによる問題点を指摘する⁽⁴³⁾。さらに、当事者照会のように弁護士自治・倫理にのみ依存する制度における非制裁型スキームについては、弁護士が信義誠実訴訟追行義務や事案説明協力義務と、当事者の利益を追求する義務や依頼者擁護義務との間で、いかなる行動をとるべきかについての確固たる行動指針を提供しないという問題点も指摘する⁽⁴⁴⁾。そして、わが国の民事訴訟手続においては、当事者・弁護士が裁判官のパターンリズムへのもたれかかりから脱却し、強い当事者自治と強い（裁判所の）職権的管理が一定の緊張感を持って両立することが目指されるべきであるという観点から、現在の非制裁型スキームのうちのいくつかについては、何らかの形で制裁型スキームに移行させていく必要があるとし、具体的な提案として、非制裁型スキーム擁護論の背後にあると考えられる裁判官―弁護士間の相互不信が着実に信頼関係へと変化している点を踏まえて、裁判所侮辱のメカニズムの導入を示唆する⁽⁴⁵⁾。

②次に、わが国の民事訴訟手続について、裁判官が事案説明に積極的かつ後見的に関与していく「裁判官主導型訴訟」から、弁護士が当事者の代理人として必要かつ十分な主張・立証を行い、裁判官は弁護士の主張・立証活動に依拠して中立的な判断を下す「弁護士主導型訴訟」への移行を目指すという観点から、弁護士の資質向上を促すための行為規律の手段を提示する見解がある⁽⁴⁶⁾。この見解は、弁護士主導型訴訟への移行のための前提条件の一つとして、訴訟運営に関する弁護士の資質向上が必要であるという観点から、弁護士を資質向上に向け動機付ける条件整備が必要であるとして、まず、技能不足の弁護士に対するサンクションが働く条件の整備という点から、幅広い積極的釈明義務を認め、積極的釈明を推奨する現在の裁判所の姿勢は、弁護士の資質不足が積極的釈明でカバーされることによって弁護士の資質向上の動機付けと機会を失うことにつながり、長期的な弁護士の資質向上という面ではマイナスであるた

め、改められるべきである旨を論じる⁽⁴⁷⁾。そして、技能不足を問題とされた弁護士に反省を促し、資質の向上を図る、あるいは、訴訟業務から撤退することへの動機付けを与えるためのサンクションとして、当事者本人による弁護過誤訴訟の活用を提案し、そのための法解釈上の工夫等について検討されるべき旨を論じる⁽⁴⁸⁾。

③また、民事訴訟の審理において、当事者間に争いのある事実に関する事実、証拠等を、その収集のための手段を拡充することにより、できる限り裁判所・両当事者サイドの間で共有しあい、争点を整理・圧縮し、計画的・集中的に証拠調べを行うことを通じて、適正かつ迅速な審理を実現するという観点から、事実、証拠等の資料提出や当事者照会・訴え提起前の照会に関する当事者サイドの訴訟法上の義務違反・懈怠に対する制裁の考え方を確立することによって、その実効性を担保すべきとの見解が存在する⁽⁴⁹⁾。この見解は、前記の訴訟法上の義務違反・懈怠に対する制裁を考慮する際に、本案の判断に直接影響しない制裁（過料、義務違反によって相手方に生じさせた訴訟費用・弁護士費用の負担）と、本案の判断に影響を及ぼしうる制裁（攻撃防御方法の却下・提出期限）という二つの類型に分ける⁽⁵⁰⁾。そして、現在わが国の裁判官の多くが裁判における実体的正義の実現を重視する傾向にある点に鑑みると、裁判所は本案の判断に影響を及ぼしうる制裁を発動することには慎重にならざるを得ないが、他方、本案の判断に直接影響しない制裁については、それを科すことが実体的正義の実現と背馳するという問題を生じさせないし、また、その具体的方法として訴訟費用・弁護士費用の負担を考えるにしても、弁護士費用の敗訴者負担を検討する場合と異なり、義務違反・懈怠に合理的理由があるかどうかという点について、専ら当事者サイドの行為に着目すれば足り、判断が困難になるとも考えられないため、少なくとも当分の間は、前記の訴訟法上の義務違反・懈怠に対する制裁としては、本案の判断に直接影響しない制裁（特に、訴訟費用・弁護士費用の負担）を中心に検討すべきである旨を論じる（ただし、本案での敗訴が当事者サイドにとって最大の不利益である点に鑑みると、重大な義務違反・懈怠に対しては、攻

撃防御方法の却下のような、本案の判断に影響を及ぼしうる制裁も予定することが合理的であると⁽⁵¹⁾する。

④さらに、代理人弁護士が現行民事訴訟法の求めるところに従った訴訟活動を行うことを求める行動指針の実効性・有効性等をどのように担保するかという観点から、代理人弁護士の行為規律の実効化手段について言及する見解が存在する。

(i) まず、一つ目の見解は、代理人弁護士が前記の行動指針に違反した場合における依頼者の不利益の例として、敗訴、不利益な争点判断、証拠不採用、訴訟遅延、過大な費用負担（訴訟費用、弁護士費用）などがありえ、次に、直接代理人弁護士が問われる不利益として、弁護士会内における懲戒の対象になりうることを、民法上の善管注意義務違反に該当するとして不利益を受けた依頼者による弁護士過誤訴訟にもつながりうることを考えられるとする⁽⁵²⁾。また、この点に関連して、懲戒などの弁護士への統制が発動されるのは、問題性の大きい一部の事案に限られ、行動指針への違反への対処については、訴訟上の不利益を中心に考えることになるため、裁判所が弁護士の訴訟活動について適切な判断を下しうる⁽⁵³⁾ことが、弁護士会の自治機能、弁護士の相互批判とならんで、弁護士の行動指針を実効あらしめるためのポイントになる旨を論じる。

(ii) 別の見解としては、代理人弁護士が現行民事訴訟法の求めるところに従った訴訟活動を行うようにするための、弁護士による自主的・自律的な実務改善がなされることが望まれるものの、それが従来十分には行われてこなかった⁽⁵⁴⁾ということ⁽⁵⁵⁾を踏まえ、弁護士過誤訴訟、あるいは法律による違背への制裁、裁判官による縛りにより、民訴法が示す行動指針の遵守を求めていくというものがある。この見解は、民訴法が示す行動指針への違背を弁護士過誤として捉え、具体的には、詰問権を行使しなかったことや当事者照会をしなかったことなどの懈怠を依頼者に対する善管注意義務違反、または弁護士法一条二項に基づく誠実義務違反として把握する⁽⁵⁵⁾。しかしながら、この見解はそれに加えて、弁

護過誤訴訟には、費用負担を当事者本人に負わせる、あるいは、当事者本人が弁護過誤に気づかなければそもそも問題にならないという難点がある点に鑑みると、構成の仕方次第では有用な手段となりうるものの、必ずしも最良の手段であるとは言えず、民訴法が示す行動指針の遵守を求めるとの最終的な手段としては、法律による違背への制裁または裁判官による縛りが必要だということになりうる旨を論じる。⁵⁶⁾

- (19) 当事者照会制度の立法経緯については、例えば、清水正憲「当事者照会制度」ジュリスト一〇九八号（一九九六年）四八頁、秋山幹男「証拠収集手続(2)——当事者照会」塚原Ⅱ柳田Ⅱ園尾Ⅱ加藤編・前掲注(7)四二一〜四二四頁、河野正憲「当事者照会①——その目的」三宅省三Ⅱ塩崎勤Ⅱ小林秀之編集代表『新民事訴訟法大系——理論と実務——第二卷』（青林書院、一九九七年）一四六〜一四八頁、西村健「当事者照会」滝井繁男Ⅱ田原睦夫Ⅱ清水正憲編『論点新民事訴訟法』（判例タイムズ社、一九九八年）一三〇〜一三一頁、竹下Ⅱ青山Ⅱ伊藤編集代表・前掲注(7)一六五〜一六九頁「青山善充発言・柳田幸三発言・田原睦夫発言・福田剛久発言」、前田陽司「当事者照会」第二東京弁護士会民事訴訟改善研究委員会編『新民事訴訟法実務マニュアル改訂版』（判例タイムズ社、二〇〇〇年）一四四〜一四五頁、東京弁護士会民事訴訟問題等特別委員会編著『当事者照会の理論と実務』（青林書院、二〇〇〇年）三〜四頁「相川裕Ⅱ濱口博史」、京都シミュレーション新民事訴訟研究会『シミュレーション新民事訴訟（訂正版）』（信山社、二〇〇二年）七二頁、志知俊秀「当事者照会と訴えの提起前における照会」門口正人編集代表『民事証拠法大系第5巻』（青林書院、二〇〇五年）二二八〜二三四頁など。
- (20) 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、一九九六年）一六六〜一六七頁は、制裁を設けなかった理由として、裁判所からの囑託（一八六条、二二六条）や刑事訴訟法上の捜査機関からの照会（刑訴法一九七条二項）についてもこれに応じない場合について制裁が設けられていないことからすると、私人からの協力要請である当事者照会に同じない場合に制裁を科すのは行き過ぎではないかと考えられたこと、制裁を設けると、制裁を科すべきかどうかを巡って審理が遅延する事態が生じるおそれがあることを挙げる。
- (21) 竹下Ⅱ青山Ⅱ伊藤編集代表・前掲注(7)一六七頁「田原睦夫発言」。
- (22) 竹下Ⅱ青山Ⅱ伊藤編集代表・前掲注(7)一六八〜一六九頁「福田剛久発言」では、裁判所サイドが弁護士会サイドの提案に反対し

た理由として、裁判官が照会内容をチェックし、問題のないものについてのみ照会を許すという手続を考えると、裁判官が事件について十分把握していない段階で照会内容の適否をより分けることが困難であること、裁判官の判断を通さない手続を考えるにしても（書記官が照会書の送付のみを行う）、裁判所がチェックできないものをそのまま送るということは受け入れがたいことなどが挙げられている。

(23) 当事者照会制度について扱うほとんどの文献は、照会の相手方当事者の回答義務を肯定する。これに対して、井上治典「当事者照会制度の本質とその活用」同『民事手続の実践と理論』（信山社、二〇〇三年）四八〇～四九頁〔初出、竹下編集代表・前掲注(2)〕は、照会をすることの根拠を、紛争の具体的局面で一方が相手方に質してその対応を求めるといふ紛争当事者間のコミュニケーションの発現の一態様であることに求めるといふ考え方の下、相手方の回答義務を否定する。ただし、同・六二〇～六四頁は、照会に対する相手方の回答が不適切である場合については、その後の訴訟手続内で照会者側に照会事項についての模索的な主張や証明が許され、それに対して回答者（相手方）側の具体的な主張責任、立証（反証）の負担が強化されるという方向性を示しており、相手方の不適切回答がその後の訴訟手続（特に、当事者間の裁判手続内コミュニケーション）に一定の効果を及ぼすことを認めている。

(24) 清水・前掲注(19)五〇頁、中野貞一郎『解説新民事訴訟法』（有斐閣、一九九七年）三五頁、秋山・前掲注(19)四三四頁、森脇純夫「当事者照会制度の意義と課題」自由と正義四八巻一〇号（一九九七年）四一頁、同「当事者照会②——照会する側の代理人として」三宅Ⅱ塩崎Ⅱ小林編集代表・前掲注(19)一八一頁、竹田真一郎「当事者照会③——照会をうけた側の代理人として」三宅Ⅱ塩崎Ⅱ小林編集代表・前掲注(19)一八六頁、園尾隆司「当事者照会④——当事者照会に不適切な対応をした場合」三宅Ⅱ塩崎Ⅱ小林編集代表・前掲注(19)二〇四頁、東京弁護士会法友会新民事訴訟法実務研究部会編『実践新民事訴訟法——民事弁護の在り方とその対応——』（ぎょうせい、一九九八年）一八六頁〔和田光史〕、一九二頁〔矢吹公敏発言〕、山本和彦「当事者照会に関する諸問題」判例タイムズ九六五号（一九九八年）二二頁、西村・前掲注(19)一四三頁、椎橋邦雄「当事者照会」西口元編『現代裁判法大系⑬（民事訴訟）』（新日本法規、一九九八年）一〇二頁、中島晃「情報開示制度の確立と弁護士役割——情報偏在型訴訟における当事者照会活用の試み——」自由と正義五〇巻四号（一九九九年）一〇九頁、東京弁護士会民事訴訟問題等特別委員会編著・前掲注(19)一二頁〔相川Ⅱ濱口〕、京都シミュレーション新民事訴訟研究会・前掲注(19)七五〇～七六頁、小室直人Ⅱ賀集唱Ⅱ松本博之Ⅱ加藤新太郎編『基本法コンメンタール新民事訴訟法？』〔第二版〕（日本評論社、二〇〇三年）一〇〇頁〔田原睦夫〕、志知・前掲注(19)二七八頁、笠井正俊「当事者照会の可能性」谷口安平先生古稀祝賀『現代民事司法の諸相』（成文堂、二〇〇五年）二二六頁、中野貞一郎Ⅱ松浦馨Ⅱ鈴木正裕編『新

- 民事訴訟法講義「第2版補訂版」(有斐閣、二〇〇六年)二七五頁「上原敏夫」など。
- (25) 清水・前掲注(19)五〇頁、中野・前掲注(24)三五頁、東京弁護士会法友会新民事訴訟法実務研究部会編・前掲注(24)一九二頁「矢吹発言」、西村・前掲注(19)一四三頁、椎橋・前掲注(24)一〇二頁、中島・前掲注(24)一〇九頁、東京弁護士会民事訴訟問題等特別委員会編著・前掲注(19)一二頁「相川Ⅱ濱口」、志知・前掲注(19)二八一頁、笠井・前掲注(24)二二六頁など。
- (26) 松本博之Ⅱ上野泰男『民事訴訟法「第4版」』(弘文堂、二〇〇五年)三一〇頁。
- (27) 清水・前掲注(19)五〇頁、中野・前掲注(24)三五頁、西村・前掲注(19)一四三頁、椎橋・前掲注(24)一〇二頁、東京弁護士会民事訴訟問題等特別委員会編著・前掲注(19)一三頁「相川Ⅱ濱口」、小室Ⅱ賀集Ⅱ松本Ⅱ加藤編・前掲注(24)一〇〇頁「田原」、志知・前掲注(19)二八一頁、笠井・前掲注(24)二二六頁、中野Ⅱ松浦Ⅱ鈴木編・前掲注(24)二七五頁「上原」など。
- (28) 町村泰貴「民事手続における情報流通のあり方——当事者照会を中心に——」『民事訴訟雑誌四五号(一九九九年)二四五頁。山浦善樹「当事者照会等の活用の問題点と改善のために必要な条件」上谷清Ⅱ加藤新太郎編『新民事訴訟法施行三年の総括と将来の展望』(西神田編集室、二〇〇二年)七四〜七五頁、七七頁脚注(74)、七八〜七九頁脚注(75)は、この方法を「優先的証拠調べ」と呼び、照会への不正な回答拒絶への効果的なサンクションとして評価する。本稿でもこれに倣い、以下の記述においてこの呼称を用いることがある。
- (29) 当事者照会への回答拒絶、虚偽回答が弁護士倫理違反になる旨、あるいは弁護士が当事者に回答義務を負う情報を開示するよう助言すべき倫理上の責務を負う旨を述べるものとして、森脇・前掲注(24)「当事者照会制度の意義と課題」四二頁、東京弁護士会法友会新民事訴訟法実務研究部会編・前掲注(24)一九七頁「田中紘三発言」、竹田・前掲注(24)一八八頁、竹下Ⅱ青山Ⅱ伊藤編集代表・前掲注(7)一七五頁「伊藤眞発言」、前田・前掲注(19)一五五頁、志知・前掲注(19)二八二頁、中野Ⅱ松浦Ⅱ鈴木編・前掲注(24)二七五頁「上原」、伊藤眞『民事訴訟法「第3版再訂版」』(有斐閣、二〇〇六年)二四三〜二四四頁など。照会への回答拒絶、虚偽回答が弁護士倫理・弁護士職務基本規程違反になることに加えて、当該弁護士が弁護士会の懲戒処分の対象となる旨を述べるものとして、山本・前掲注(24)二二頁、笠井・前掲注(24)二二六頁。これらの文献のうち、弁護士倫理・弁護士職務基本規程の条文を具体的に挙げているものは、弁護士倫理四條・七條・五三條・五五條、弁護士職務基本規程五條・七四〜七六條を根拠条文として挙げる。なお、東京弁護士会民事訴訟問題等特別委員会編著・前掲注(19)五五〜六三頁「鷹取信哉」は、代理人弁護士が被照会者たる依頼者に回答義務を尽くさせ、また、主観的真実に反する回答をさせないように働きかける倫理上の義務があることを前提に、被照会者から委任された弁護士としてのあるべき行為規範のガイドラインを提示する。

(30) なお、小山稔「当事者照会」吉村徳重先生古稀記念論文集『弁論と証拠調べの理論と実践』（法律文化社、二〇〇二年）三九〇～四三三頁は、当事者照会制度が「敵に塩を送る」ことを求めるという意味で従来の弁護士訴訟観に変革を迫る立法である以上、当面は弁護士倫理・懲戒で回答を強制するのではなく、弁護士会が当事者照会制度の効用について説明すること、適正な照会と誠実な回答のガイドラインを定めること等の努力をすることによって、適切な運用が行われるよう実務慣行の確立に努めるべきである旨を論ずるが（三九〇～四〇〇頁）、他方、弁護士会がガイドラインを定めた場合に、その違反が弁護士倫理の問題となる余地が生ずるとして（四〇一頁）、また、当事者照会が普及し一般化するに従い、回答義務も（訴状・答弁書等書面の充実、主張・証拠の早期提出等のような、現行民訴法に沿った審理の充実・促進に関するルールと共に）弁護士倫理に高められ、その違反が懲戒の対象となりうる旨を論ずる（四二二頁）。また、山浦・前掲注（28）七一頁は、当事者照会の回答義務に違反した場合に弁護士倫理違反を問うことは論理的に可能であるし、適法な回答拒否と不適法な回答拒絶の違いを明確にする行為規範ができれば、当事者照会に対する代理人弁護士の責任が具体的にになり、代理人が回答義務に違反したときは弁護士会として懲戒など必要な措置をとることができるとして、弁護士会において行為規範を制定し、弁護士倫理の強化をすべきである旨を論じる。さらに、高橋宏志『重点講義民事訴訟法【下】』（有斐閣、二〇〇四年）七四〇～七五五頁脚注（76）は、当事者照会に回答すべきであるのに回答しないことが懲戒の対象となるかどうかという点について、一般論としては懲戒は無理だが、まったく問題となることはないとはいえず、当事者照会は直接の制裁がなく、その遵守は当事者・訴訟代理人の遵法精神によって担保されるから、（文書提出命令のような、訴訟法上の直接の制裁がある制度と比較して）より強い程度で民訴法二条の信義誠実訴訟追行義務で充填されており、弁護士倫理に関係すると論じうるし、また、弁護士会が当事者照会のガイドラインなりルールなりを定めたとき、会則遵守が弁護士倫理の一つであり、懲戒事由の一つだとすれば、当事者照会に違法に回答しないことも懲戒事由に近づくのではないかと考えられる旨を論じ、当事者照会への違法な回答拒絶が懲戒事由となる可能性を肯定する。

(31) 小野瀬 武智編著・前掲注（12）二八頁。

(32) 上野泰男「証拠収集手続の拡充」ジュリスト一二五二号（二〇〇三年）二三頁。

(33) 志知・前掲注（19）二八二頁は、訴え提起後の当事者照会と訴え提起前における照会とを特に区別することなく、照会への回答拒絶の効果を論じる。なお、武本夕香子「民事訴訟法改正・人事訴訟法制定——弁護士の立場から——」自由と正義五四巻七号（二〇〇三年）六九〇～七〇〇頁は、訴え提起前における照会に対する虚偽回答が判明した場合に、弁論の全趣旨として回答者に不利な事実認定を行う訴訟慣行を定着させることを提案する。また、小野瀬 武智・前掲注（12）三八頁は、訴え提起前における照会に対して正当な理

由なく回答を拒絶したことが、訴え提起後の当事者照会の場合と同様に、裁判官の心証に不利な方向に働く間接事実として考慮される旨を述べる。

- (34) 一九九六年改正における争点・証拠の整理手続の立法過程については、例えば、山本和彦「弁論準備手続」ジュリスト一〇九八号(一九九六年)五三〇～五四頁、同「弁論準備手続①——立法の経過と目的」三宅 塩崎 小林編集代表・前掲注(19)二五四～二六〇頁、辻武司「準備的口頭弁論」滝井 田原 清水編・前掲注(19)一六八～一六九頁、同「書面による準備手続」滝井 田原 清水編・前掲注(19)二〇〇頁、中本和洋「弁論準備手続」滝井 田原 清水編・前掲注(19)一七九～一八〇頁など。
- (35) この点の経緯については、例えば、山本・前掲注(34)「弁論準備手続」五六頁、同・前掲注(34)「弁論準備手続①」二五七～二五八頁、三宅省三「弁論準備手続②——立法過程における意見の対立点」三宅 塩崎 小林編集代表・前掲注(19)二七五～二七七頁など。
- (36) 山本・前掲注(34)「弁論準備手続」五九頁、加藤新太郎「争点整理手続の整備——裁判官の立場からみた争点整理」塚原 柳田 園尾 加藤編・前掲注(7)二三〇頁、小久保孝雄「書面による準備手続」三宅 塩崎 小林編集代表・前掲注(19)三六六頁、勅使川原和彦「適時提出主義①——学者の立場から」三宅 塩崎 小林編集代表・前掲注(19)四〇四～四〇五頁、上原・前掲注(2)三三一頁、小室 賀集 松本 加藤編・前掲注(24)一〇七頁「加藤新太郎」、一二七頁「加藤」など。
- (37) 三木浩一「適時提出主義」法学教室一九二号(一九九六年)二三頁、山本・前掲注(34)「弁論準備手続」五九頁、法務省民事局参事官室編・前掲注(20)一八四～一八五頁、加藤・前掲注(36)二三〇頁、小山稔「争点整理総論」三宅 塩崎 小林編集代表・前掲注(19)二二六～二二七頁、井上稔「準備的口頭弁論」三宅 塩崎 小林編集代表・前掲注(19)二四七頁、小久保・前掲注(36)三六六頁、勅使川原・前掲注(36)三九九頁、四〇四頁、四〇五頁、中田昭孝「適時提出主義②——裁判官の立場から」三宅 塩崎 小林編集代表・前掲注(19)四二三頁、東京弁護士会法友会新民訴訟法実務研究部会編・前掲注(24)一七四～一七五頁「古澤浩二郎」、今井・前掲注(3)二二〇頁、福田剛久「準備的口頭弁論と書面による準備手続」竹下編集代表・前掲注(2)二九九～三〇〇頁、上原・前掲注(2)三三一頁、高田裕成「争点および証拠の整理手続終了後の新たな攻撃防御方法の提出」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』(有斐閣、二〇〇二年)三七四～三七五頁、小室 賀集 松本 加藤編・前掲注(24)一〇七頁「加藤」、一二二頁「山本和彦」、一二七頁「加藤」、松本 上野・前掲注(26)三二三頁、中野 松浦 鈴木編・前掲注(24)二七二頁「上原」、伊藤・前掲注(29)二四七～二四八頁など。
- (38) 加藤・前掲注(36)三三〇頁、上原・前掲注(2)三三一頁、小室 賀集 松本 加藤編・前掲注(24)一〇七頁「加藤」、一二七頁「加藤」

藤]など。また、萩原金美「民事訴訟法改正と争点等の整理手続——弁論兼和解の立法論的検討に関連して——」同『民事司法・訴訟の現在課題』(判例タイムズ社、二〇〇〇年)一〇〇〜一〇一頁〔初出、判例タイムズ八二二号(一九九三年)〕は、争点・証拠の整理手続終結後の正当な理由のない新たな攻撃防御方法の提出を弁護士倫理違反として問題にするとし、これに対するサンクションとして相手方当事者本人・代理人弁護士による懲戒申立てが有効に機能するのではないかとの見解を述べる。

- (39) 三木・前掲注(16)九〇頁。
- (40) 三木・前掲注(16)九二頁、九七〜一〇〇頁。
- (41) 三木・前掲注(16)一〇〇〜一〇三頁。
- (42) 三木・前掲注(16)一〇九頁。
- (43) 三木・前掲注(16)一〇九〜一一〇頁。
- (44) 三木・前掲注(16)一一〇〜一一一頁。
- (45) 三木・前掲注(16)一一二〜一一五頁。
- (46) 前田智彦「弁護士任官の促進と訴訟運営における弁護士の役割」札幌法学一五卷二号(二〇〇四年)一九頁。なお、この論稿は、直接的には弁護士任官の促進、および将来の法曹一元制実現という観点から、その前提条件の一つとして、民事訴訟手続における弁護士のあるべき役割等について論じたものである。
- (47) 前田・前掲注(46)四五頁。
- (48) 前田・前掲注(46)四五〜四六頁。
- (49) 伊藤・前掲注(17)二三九頁。なお、伊藤眞「専門訴訟の行方」判例タイムズ一一二四号(二〇〇三年)六頁は、当事者の自主的活動によつてできる限り争点整理を進めていくという観点から、事実や証拠の収集に関して当事者双方に義務を課し、その懈怠に対する合理的制裁を設けることが必要である旨を論じる。
- (50) 伊藤・前掲注(17)二四七〜二四八頁。
- (51) 伊藤・前掲注(17)二四八〜二四九頁。
- (52) 岩崎政孝「民事手続と弁護士の行動指針——未来に向けた一考察——」民事訴訟雑誌五二号(二〇〇六年)八二頁。なお、この論稿は、高橋ほか・前掲注(15)のシンポジウムにおける報告の一つである。
- (53) 岩崎・前掲注(52)八二〜八三頁。

(54) 宇野聡「二つの報告へのコメント」民事訴訟雑誌五二号（二〇〇六年）八八〜八九頁。なお、この論稿も、高橋ほか・前掲注(15)のシンポジウムにおける報告の一つである。

(55) 宇野・前掲注(54)八八頁。

(56) 宇野・前掲注(54)八九頁。

三 民事訴訟手続過程における弁護士の行為規律の実効化手段における規律主体の問題

前章では、民事訴訟審理における具体的局面、および手続全体との関連で弁護士の行為規律の実効化のために提唱されている手段についての議論を概観してきた。ここでは、現行の民事訴訟制度内における当事者照会制度、争点・証拠の整理手続、あるいは、現行の民事訴訟制度が全体的な目標としている争点中心型審理などを実効的に機能させるために、当事者サイド、とりわけ代理人弁護士がその趣旨に適った訴訟活動を行うことを担保する行為規律を実効化させるための手段として、多くの論者によって様々なものが提唱されていることを確認することができた。

しかしながら、一でも述べたように、民事訴訟手続過程における代理人弁護士の行為規律、およびその実効化の問題については、現在のところ、それが問題となる具体的な場面ごとの規律主体の適否について必ずしも十分に意識されることなく、議論がなされているように思われる。そこで本章では、この点について検討を加えることにしたい。前章で見てきた、代理人弁護士の行為規律の実効化手段については、一でも述べたように、規律を行う主体がいかなるものかという観点から分類をすることができる。

まず、弁論の全趣旨等による不利な評価、時機に後れた攻撃防御方法・信義則違反としての主張等の却下、証明妨

害としての評価、「優先的証拠調べ」、訴訟費用等の負担、裁判所侮辱の導入については、規律を行う主体が裁判所であることから、「裁判所による規律」として分類する。

次に、代理人弁護士の実行規律不遵守について弁護士倫理違反を問い、懲戒処分を科すことについては、弁護士会が主体となって運営する懲戒制度によって規律がなされることから、「懲戒による規律」として分類する。

なお、弁護過誤訴訟については、そのまま「弁護過誤訴訟による規律」として分類する。

弁護士の規律について、その主体が誰であるべきか、ひいては、弁護士を規律するシステムがどのようなものであるべきかという点に関しては、わが国では従来あまり明示的には論じられていなかったように思われる。これに対して、弁護士数がわが国と比較して絶対数でも人口比でもはるかに膨大であり、かつ、弁護士が訴訟手続のみならず社会のさまざまな領域において活動しているアメリカ合衆国においては、この点に関する議論が盛んになされており、わが国における弁護士の規律システム、規律主体について考察する際にも、示唆するところが多いと考えられる。本稿では、この点に関するアメリカの議論の代表的なものとして、Wilkinsの議論⁽⁵⁷⁾を紹介し、これを参考として、わが国の民事訴訟手続過程における代理人弁護士の行為規律における規律主体に関する検討を行うこととする。

1 アメリカ合衆国における議論からの示唆——Wilkinsの議論——

Wilkinsはまず、アメリカ合衆国において一般的に論じられる弁護士の規律システムを、その主体に着目して、以下の四類型に分類する⁽⁵⁸⁾⁽⁵⁹⁾。

第一の類型は、「懲戒による規律」(Disciplinary Controls)であり、各州の最高裁判所の監督下で活動する独立の懲戒機関が弁護士を規律するものである。その手続は、弁護士の規律が問題となる事案とは独立に、もっぱら事後的

に行われるものであり、懲戒を申し立てられた弁護士にデュー・プロセスの保護が完全に認められる、刑事手続類似の構造になっている。そして、規律の目的は第一次的には弁護士の非行の処罰と抑止であり、賠償は限定的には認められるとはいえ、二次的な目的にとどまる。

第二の類型は、「弁護過誤訴訟による規律」(Liability Controls)である。アメリカ合衆国における弁護過誤訴訟については、伝統的に依頼者による提訴が認められてきたが、近年では、判例、立法により、第三者からの提訴が認められる範囲も拡大している。この規律は、被害者からの事後的な提訴によって機能するという点では、「懲戒による規律」と共通するが、被害者(原告)が勝訴した場合、損害賠償や、場合によっては懲罰的賠償が認められる点に顕著な違いがあり、また、弁護士の資格への制限は一般的に認められない。

第三の類型は、「制度的規律」(Institutional Controls)である。これは、弁護士がその中で職務を行う各種の公的機関が、自らの扱う業務の分野に関する弁護士の非行を規律するというものである。具体例としては、アメリカ連邦民事訴訟規則⁶⁰一条をはじめとする諸々の手続規定に基づき、裁判官が訴訟手続に関連する非行を行った弁護士に制裁を科すことなどが挙げられる。この規律においては、まず、規律権限をもつ公的機関は、弁護士の非行を直接に監督しうる。次に、規律権限をもつ公的機関と弁護士は継続的な関係にあるため、制裁は直ちに、もしくは独立の聴聞を経て科されることになる。しかしながら、これらの公的機関がもつ規律権限は、その機関が担当する業務の範囲内に限定される。

第四の類型は、「立法的規律」(Legislative Controls)である。これは、弁護士の非行を調査・摘発する独立の権限をもつ新たな行政機関を新たに設置することを提案するものであり、その権限および運営が裁判所ではなく、行政府もしくは立法府の手に委ねられるということが求められる。

次にWilkinsは、前記の四類型の規律システムに関してなされる議論を、規律システムによって執行される規範の内容に関する「内容論」(Content Arguments) 規律システムがどの程度のコストでどの程度実効的に弁護士を規律しうるかという点に関する「実効性論」(Compliance Arguments) あるいは特定の規律システムと独立のプロフェッショナルとしての弁護士の地位との関係に焦点を当てる「独立性論」(Independence Arguments) の三類型に分類する⁶¹。それに加えて、Wilkinsは、これらの議論については、いかなる文脈においてなされているかを考慮しなければならないとする。すなわち、弁護士が依頼者の利益の擁護者としての役割・義務に服するのか、それとも“officer of the courts”として、法制度に対する公的な役割・義務に服するのかという点、また、依頼者が個人に代表される、生涯のうち弁護士を利用することがほとんどなく、その行為を理解・評価するための能力・資源を有しない「一見の」依頼者か、それとも、企業に代表される、弁護士を頻繁に利用し、その行為を理解・評価するための能力・資源を豊富に有する「リピート・プレーヤー」の依頼者かを考慮し、具体的な文脈の中で個々のシステムがどのように影響を受けうるかを考慮しなければならないとする⁶²。

そして、このような認識の下、Wilkinsは、前記の三類型の議論のそれぞれについて検討を加えていく。なお、以下では、わが国の民事訴訟手続における代理人弁護士の行為規律を実効化するためにいかなる主体による規律が望ましいのかという点を検討するという本稿の目的に鑑み、「実効性論」に関する議論に焦点を絞って紹介する。

この実効性論の検討において、Wilkinsはまず、弁護士の非行を二つの類型に分類する⁶³。第一のものは、「代理問題」(“agency problems”)と呼ばれる、弁護士の非行が依頼者に損害を与える類型であり、具体例としては、弁護士報酬の過剰請求、出訴期限の懈怠、双方代理などが挙げられる。第二のものは、「対外的問題」(“externality problems”)と呼ばれる、弁護士と依頼者が共に法制度もしくは第三者に損害を与える類型であり、具体例としては、弁護士が訴

訟で採るに値しない主張等をなすこと、偽証の教唆などが挙げられる。そして、この二つの非行の類型と、前記の依頼者類型との組み合わせにより、Wilkinsは、個人依頼者／代理問題、企業依頼者／代理問題、個人依頼者／対外的問題、企業依頼者／対外的問題という四つの象限から成るモデルを提示し、前記の四類型の規律システムそれぞれについて、実効性論の観点から検討を加えていく。

「懲戒による規律」は、弁護士の非行に関する情報の入手については他者に依存するものであるが、まず、他の弁護士にとつては、非行を懲戒機関に報告することについては有形の見返りがなく、かつ、報告によって弁護士間の関係を悪化させるといふリスクを招きかねず、しかも、種々のインフォーマルな手段によって制裁の目的を達成しようという点から、非行を報告することについてのインセンティブを欠くことになる。また、裁判官も、弁護士・依頼者間の関係への介入を躊躇すること、他の弁護士の場合と同様にインフォーマルな手段による制裁の目的を達成することに鑑みると、同様に非行を報告するインセンティブを欠くことになる。⁽⁶⁶⁾このことから、懲戒機関への弁護士の非行の報告の大多数は依頼者からなされるということになるが、依頼者は自分にも有利になされる「対外的問題」を報告するインセンティブは持ち得ない。⁽⁶⁶⁾そのため、「懲戒による規律」は不可避的に「代理問題」に焦点を当てることになるが、個人依頼者は弁護士の行為を理解・評価することが困難であるため、「代理問題」に関する非行に気づかず、また、企業依頼者はその豊富な能力・資源により、インフォーマルな規律によつて「代理問題」を回避しようするため、この問題に関して「懲戒による規律」がその目的を十分に達成するとは言い難い。⁽⁶⁷⁾また、「懲戒による規律」は、問題が発生した後に事後的に行われるため、懲戒機関は調査・訴追・判断のためのコストを全て負担しなければならず、運営コストが高価なものとなりうる。⁽⁶⁸⁾

「弁護過誤訴訟による規律」は、まず、依頼者から提起される弁護過誤訴訟については、そもそも、依頼者は代理問

題についてのみ提訴し、対外的問題が無視されることになるし、また、個人依頼人の代理問題については、依頼者が弁護過誤の被害者であるということに気づかないため、実質的にはあまり規律されないことになる。⁶⁹ また、依頼人の視点から見ると、この規律は「懲戒による規律」と異なり、依頼人への損害賠償を（場合によっては、それに加えて懲罰的賠償も）認めるという点で、提訴のインセンティブを提供するとはいえず、依頼者をはじめとする手続関与者のコストは膨大なものになり、また、弁護士を被告とする訴訟では勝訴が特に難しいという点に鑑みると、少額の、もしくは立証困難な被害を被った依頼者は弁護過誤訴訟の利用が困難であるということになる。⁷⁰ しかしながら、請求額が高額である依頼者、とりわけ企業依頼者にとっては、弁護過誤訴訟は懲戒システムの代替手段となりうるし、また、この種の依頼者が弁護過誤訴訟を提起しようとする事実、企業を依頼者とする弁護士に、代理問題が生じないように努め、また、問題が生じたときに弁護士が訴訟提起前に依頼者に有利な形で非公式に紛争を解決しようとすることについてのインセンティブを提供する。⁷¹ 一方、第三者から提起される弁護過誤訴訟については、訴訟手続の運営、および訴訟手続への関与に必要なコストの考慮が必要とはいえず、依頼者にとっても、被害を被った第三者にとっても、弁護士の非行を懲戒機関に報告するインセンティブを生じさせないがゆえに、懲戒機関に持ち込まれにくいような対外的問題に対処しようということになる。⁷²

「制度的規律」は、その中で弁護士が業務を行う公的機関に規律権限を与えるものであるため、まず、規律権限をもつ公的機関は、弁護士の非行に関する情報を得ることについて被害者の申立てに頼る必要がなく、また、その利害関係人（弁護士、裁判官、規律者、相手方）によって開始される手続は、その規律システムが置かれている制度によって引き出されるインセンティブによって強く影響される。⁷³ そして、規律権限をもつ公的機関は、その機関が運営しているもともとの制度への利害関係から、その中で業務を行う弁護士を監督し、そこで得られた弁護士の非行に関

する情報に基づいて対外的問題を熱心に追及するよう動機付けられる⁽⁷⁴⁾。しかしながら、他方では、対外的問題について規律が過多になるという危険もあり、この危険は依頼者が個人である場合にとりわけ顕著である⁽⁷⁵⁾。また、一方では、企業依頼人の対外的問題をあまり抑止せず、他方で、個人依頼人の代理問題を無視し、あるいは悪化させさしうる⁽⁷⁶⁾（特に、連邦民訴規則一一条の規律のように、非行を行った弁護士の相手方弁護士やその依頼者に規律の発動を申し立てるインセンティブを与え、かつ、多くの場合に、構造的に相手方弁護士やその依頼者に規律の発動に伴う戦略的利益が期待され、そのためのコストを負担する能力が偏在する場合に）。だが、これらの問題は重大な問題であるとはいえず、「制度的規律」が懲戒システムの埒外とされるような対外的問題（個人・企業のいずれによるもの）の多くに重大な影響を及ぼすという可能性との比較考量がなされなければならない⁽⁷⁷⁾。また、「制度的規律」がしばしばかなりの運営コストを要するとはいえず、そのコストは規律システムが置かれる既存の制度に便乗するから、懲戒システムや弁護士過誤訴訟と比べてより多くの公的資源を費やすかどうかは明らかではない⁽⁷⁸⁾。以上の点から、「制度的規律」には、限界もあるとはいえず、「懲戒による規律」と比較して多くの優位性がある⁽⁷⁹⁾。

最後に、「立法による規律」は、既存の弁護士懲戒システムを民主的なコントロールの下での同一の、あるいは実質的に類似した機関に置き換えることと、広範な調査・報告権限をもつ自律的機関を創設することの二つの形態が考えられる⁽⁸⁰⁾。しかしながら、前者のような規律は、既存の懲戒システムと同様の問題を抱えることになるため、公的に説明責任を負う機関に規律権限を委譲することが多少の利益を生じさせうるとはいえず、より多くの利益を保証するためには、規律過程の十分な変化が必要となるであろう⁽⁸¹⁾。また、後者のような規律は、ロー・ファームへの立ち入り検査や抜き打ち検査、公的書類の調査や規定遵守の監査等を行うというものを創設するといえるものであり、かなりの数の代理問題・対外的問題を明らかにしうるが、他方で、規律手続の運営、利用、あるいは規律による第三者のコストが極

めて大きいものになりうるということが、実際上の欠点として出てくる。⁽⁸²⁾

以上の検討を踏まえて、Wilkinsは、四類型の規律システムのいずれも、単独で前記の依頼者類型／弁護士の非行の類型の組み合わせから成る四つの象限の全てにおいて弁護士の規律を効果的になしうるわけではないが、他方で、これらの規律システムはそれぞれ他のシステムでは代替し難いような、何らかの比較上の優位性を持つとする。⁽⁸³⁾そして、それゆえにWilkinsは、最適なレベルでの弁護士規律の実効性を達成するという観点からは、規律システム間での権限や規律内容の矛盾・抵触や過剰規律の問題、あるいはコスト・ベネフィット面の問題は考慮されなければならないといえ、四つの規律システムそれぞれが、規律の目的に貢献しうる場合には自由に用いられるべきであると論じる。⁽⁸⁴⁾

2 検討

ここまで、Wilkinsによる、弁護士を規律するシステムに関する議論を概観してきたが、ここからは、このWilkinsの議論を応用して、わが国の民事訴訟手続過程における代理人弁護士の行為規律の実効化のための手段選択に関する分析を行っていくことにしたい。

まず、Wilkinsは前述の通り、アメリカ合衆国における弁護士の規律システムを、その運営主体の面から、「懲戒による規律」、「弁護過誤訴訟による規律」、「制度的規律」、「立法的規律」の四類型に分類する。本章の冒頭で分類した、わが国の民事訴訟手続過程における代理人弁護士の行為規律の実効化手段の三類型と照らし合わせると、「懲戒による規律」、「弁護過誤訴訟による規律」、「裁判所による規律」の全てについて、細かい制度面での相違はあるとはいえず、大筋ではWilkinsの論じる「懲戒による規律」、「弁護過誤訴訟による規律」、「制度的規律」のそれぞれに対応させて問題ないと考えられる。なお「立法的規律」については、理論的はわが国においてもこれと類似のものを創設すること

は考えられるが、現在のわが国の民事訴訟法学において議論されている代理人弁護士の行為規律の実効化手段について検討するという本稿の目的に鑑み、以下では検討の対象から除外することとする。

次に、前章で概観した民事訴訟手続過程の具体的局面、あるいは手続全体との関係での弁護士の行為規律からの逸脱が、Wilkinsのいう「代理問題」、「対外的問題」のいずれに該当するのかがという点を検討する。まず、当事者照会・訴え提起前の照会に対する回答義務違反、争点・証拠の整理手続終結後の新たな攻撃防御方法の提出、および、現行民訴法の全体的な目標（争点集中型審理の実現）に反する行為（※前章3の①、③、④の見解が想定する行為）については、それがなされることによつて、まず、裁判所がその制度目標に適った形で手続運営をなすことを妨げられるということになる。また、訴訟の相手方当事者サイドも、そのことによつて、充実しかつ迅速な紛争解決を得ることを妨げられるということになる。そのため、これらの行為は、Wilkinsのいう、「対外的問題」、すなわち、法制度もしくは第三者に損害を与える類型に該当するといえる。ただ、この点に関しては、若干の留保が必要であると思われるが、この点については、後で触れることにしたい。

このような前提のうえで、「対外的問題」となる代理人弁護士の行為規律違反を抑止し、場合によってはそれに制裁を科す実効化手段として最適なものは、Wilkinsの分析にいう「制度的規律」に対応する、本章冒頭での実効化手段の三分類でいうところの「裁判所による規律」であるということになる。すなわち、現行の民事訴訟法全体、あるいはその中の具体的制度の趣旨に見合った訴訟手続運営を行うことについての動機付け、利害関係を有し、かつ、代理人弁護士の訴訟内での行動を理解、評価することが可能な裁判所が、他者の申立てに頼ることなく行為規律を行うことが可能であり、しかも、行為規律のコストは訴訟手続の運営それ自体のコストに吸収されるため、比較的小さいものになるといった理由により、「裁判所による規律」が他の二類型の実効化手段よりも効果的に訴訟手続内における代理

人弁護士的行為規律をなしうるといふことになると考えられる。

一方、前章3の②の見解が主張しているように、「裁判官主導型訴訟」から「弁護士主導型訴訟」への移行を前提とすると、そこで代理人弁護士の技量不足ゆえに当事者本人が訴訟での敗訴等の不利益を被った場合、代理人弁護士が依頼者たる当事者本人に損害を与えているわけであり、まさにWilkinsのいう「代理問題」に該当することになる。また、前章3の④(i)(ii)の見解が主張するような、代理人弁護士が現行民法の求めるところに従った訴訟活動を行うことを求める行動指針を遵守しなかったことにより当事者本人が不利益を被った場合についても、同様に「代理問題」に該当することになる。このような「代理問題」となる代理人弁護士の行為規律違反を抑止し、場合によってはそれに制裁を科す実効化手段として最適なものは、Wilkinsの分析に従うと、「懲戒による規律」、「弁護過誤訴訟による規律」であるといふことになる。ただ、「懲戒による規律」、「弁護過誤訴訟による規律」については、Wilkinsも指摘するように、依頼者たる当事者本人が弁護士の行動を理解・評価する能力を有しない場合（特に、「リピート・プレーヤー」ではない、「一見の」依頼者の場合）、そもそもその行動、およびそれに起因する結果が懲戒に値する、あるいは弁護過誤に該当するといふことを認識できないといふことになるため、これらの実効化手段による規律が十分に機能しないという可能性も考えられるといふ点については、留意が必要である⁽⁸⁵⁾。

ここまで、民事訴訟手続における代理人弁護士の行為規律を実効化するための手段について、規律を行う主体の点から、Wilkinsの議論を参考に分類を行い、その適否について検討してきた。以下では、この結果を踏まえて、前章で確認してきた、民事訴訟手続の具体的局面における代理人弁護士の行為規律、および、手続全体との関係での代理人弁護士の行為規律の実効化手段として議論されてきたものにつき、それぞれの局面で具体的にどのようなものが適切であると考えられるかという点に関して、暫定的な結論を提示することにしたい。

まず、当事者照会・訴え提起前の照会への回答義務違反に対しては、「裁判所による規律」である、弁論の全趣旨等による不利な評価、時機に後れた攻撃防御方法等としての主張等の却下、証明妨害としての評価、訴訟費用負担、および「優先的証拠調べ」の選択が考えられる。

次に、争点・証拠の整理手続終結後の新たな攻撃防御方法の提出に対しては、「裁判所による規律」である、弁論の全趣旨等による不利な評価、時機に後れた攻撃防御方法等としての主張等の却下の選択が考えられる。また、争点・証拠の整理手続終結後の新たな攻撃防御方法の提出が、訴訟遅延、あるいはそれに起因する無益な訴訟費用を生じさせる点に鑑みると、前述の手段に加えて、訴訟費用負担も選択肢として考えられる。

また、手続全体との関係での行為規律実効化に関しては、まず、代理人弁護士の行為規律違反が裁判所・相手方当事者サイドに損害を与える「対外的問題」となる場合には、上記の具体的な手続での行為規律違反と重なる面も多いが、「裁判所による規律」のうち、攻撃防御方法の却下や訴訟費用負担等が選択肢に入ると考えられる。また、代理人弁護士の行為規律違反が当事者本人に損害を与える「代理問題」となる場合には、「懲戒による規律」、あるいは、「弁護過誤訴訟による規律」が選択肢に入ると考えられる。

(57) David B. Wilkins, *Who Should Regulate Lawyers?*, 105 HARV. L. REV. 799 (1992). 論文紹介として、加藤新太郎＝手嶋あさみ・アメリカ法一九九四—一号（一九九四年）一一一頁。なお、加藤新太郎「弁護過誤訴訟の日米比較」同『弁護士役割論「新版」』（弘文堂、二〇〇〇年）六六～六七頁においても、紹介がなされている。

(58) *Id.*, at 805-09.

(59) 以下、Wilkinsが提示する弁護士規律システムの四類型についての訳語については、加藤＝手嶋・前掲注(57)の用語法に従う。

(60) わが国においてアメリカ連邦民事訴訟規則二一条の紹介・検討を行う文献として、例えば、浅香吉幹「裁判所へのアクセスと訴訟

手続の濫用——アメリカ連邦民事訴訟規則二一条の改正をめぐる議論からの示唆——」石井紫郎・樋口範雄編『外から見た日本法』（東京大学出版会、一九九五年）一五五頁、同『アメリカ民事手続法』（弘文堂、二〇〇〇年）六九七〇頁、山本浩美「連邦民事訴訟規則二一条について——フリーディング書面等に対する当事者の署名に基づく責任——」秋田法学二六号（一九九五年）三四頁、同『アメリカ環境訴訟法』（弘文堂、二〇〇二年）第五章、小林秀之『新版・アメリカ民事訴訟法』（弘文堂、一九九六年）一四二—一四七頁、椎橋邦雄「民事訴訟手続の円滑化と弁護士責任——アメリカ連邦民事訴訟規則二一条の検討を中心に——」中村英郎教授古稀祝賀（上）『民事訴訟法学の新たな展開』（成文堂、一九九六年）六一—七頁、加藤新太郎ほか「座談会」ルール11と弁護士の役割」判例タイムズ九二〇号（一九九六年）二三頁、本間靖規「民事訴訟と損害賠償——不当提訴を中心に——」民事訴訟雑誌四三号（一九九七年）四六—四七頁、酒井博行「民事訴訟の事実主張過程における弁護士の行為規範——アメリカ連邦民事訴訟規則二一条からの示唆——」九大法学八七号（二〇〇四年）三九頁など。

(61) Wilkins, *supra* note 57, at 809-14. なお、ここでの規律に関する議論の類型の訳語についても、加藤・手嶋・前掲注(57)の用語法に従う。

(62) *Id.*, at 814-18.

(63) *Id.*, at 819-20.

(64) *Id.*, at 820. なお、Wilkinsは分析に際して、依頼者類型を「個人」、「企業」というように記しているが、言うまでもなく、個人が常に「一見の」依頼者であるとは限らず、また、企業が常に「リピート・プレーヤー」の依頼者であるとも限らないのであり、Wilkinsもこの点には一応の留保を付している(p.819)。しかしながら、以下の本文では、この留保を踏まえつつ、議論の便宜のため、原文に従い、「個人」、「企業」という分類を用いる。

(65) *Id.*, at 822-23.

(66) *Id.*, at 823.

(67) *Id.*, at 823-29.

(68) *Id.*, at 829.

(69) *Id.*, at 830, 833.

(70) *Id.*, at 830-31.

(71) *Id.*, at 831-33.

(72) *Id.*, at 833-35.

(73) *Id.*, at 835.

(74) *Id.*, at 835-36, 837.

(75) *Id.*, at 837, 843.

(76) *Id.*, at 843.

(77) *Id.*

(78) *Id.*

(79) *Id.*, at 843-44.

(80) *Id.*, at 844.

(81) *Id.*, at 844-46.

(82) *Id.*, at 846-47.

(83) *Id.*, at 847-48.

(84) *Id.*, at 851-52.

(85) なお、岩崎・前掲注(52)八〇〜八一頁は、これからの方向性として、相当数の依頼者が弁護士スキル等を見抜く素養を身につけ、弁護士を公正な目で選択・比較するようになっていくと考えられる旨を指摘する。その背景としては、法情報・裁判情報・弁護士情報へのアクセスの容易化、これからの弁護士数の大幅な増加、多様な法律相談窓口の普及、日本司法支援センターの開設等による個々の弁護士へのアクセスポイントの増加、インフォームド・コンセントやセカンドオピニオンを求める依頼人の行動様式の浸透が挙げられている。

むすびにかえて——残された課題——

前章での分析から、民事訴訟手続過程における代理人弁護士の行為規律を実効化するための制裁手段の適否をその

規律主体の面から考察した結果を要約すると、まず、代理人弁護士が行為規律違反が裁判所あるいは相手方当事者サイドに被害を与えるような場合（当事者照会・訴え提起前の照会への回答義務違反、争点・証拠の整理手続終了後の新たな攻撃防御方法の提出など）については、訴訟法上の制裁規定のような、裁判所が規律を行うものが適切であるということになる。これに対して、代理人弁護士の行為規律違反が依頼者たる当事者本人に被害を与えるような場合（代理人弁護士が行為規律に適った訴訟活動を怠ったことが、本案訴訟での敗訴という結果につながった場合など）については、弁護士会による懲戒手続、もしくは弁護士過誤訴訟の提起という手段が適切であるということになる。

しかしながら、この結論は、代理人弁護士の行為規律の実効化手段をその規律主体の面に絞って検討したうえで暫定的な結論であり、より具体的に行為規律の実効化手段の適否を考察するにあたっては、さらにいくつかの問題を検討しなければならないと考えられる。ここでは、それらの点につき、問題点の指摘、および、現時点での暫定的な考察を記すことにしたい。

(1) まず、代理人弁護士の行為規律の実効化手段を用いることが訴訟の本案に影響を及ぼすか否かという観点からの検討が必要であると考えられる。

民事訴訟手続過程における代理人弁護士の行為規律実効化のために考えられる手段のうち、前章で「裁判所による規律」として分類した訴訟法上の制裁規定の多くは、それを行使することによって訴訟の本案の帰趨に影響が出てきうることになる（時機に後れた攻撃防御方法の却下、失権効など）。しかし、訴訟内の具体的制度、あるいは全体的な審理目標が要求する行為規律に反する形での、当事者サイド、とりわけ代理人弁護士による行為に対し、訴訟の本案に影響を与えるような形で制裁を科すべきか、それとも、影響を与えない形での制裁を科すべきかを考える際には、否応なしに、訴訟手続において実体的正義を優先させるべきか、それとも手続的正義を優先させるべきかという問題

を考えなければならぬ。

すでに指摘がなされているように、一般にわが国の裁判官は実体的正義を非常に重視し、代理人弁護士等の手続面での懈怠・不手際を理由に当事者本人の実体権に不利益な影響を及ぼす判決をなすことを好まない傾向にあるといわれている。⁽⁸⁶⁾ このようなわが国の裁判官の傾向を前提として、訴訟過程における代理人弁護士の行為規律の実効化を考えると、訴訟の本案に影響を与えうる制裁手段の利用はあまり期待できず、本案に影響を与えない制裁手段（訴訟費用負担など）の利用が望ましいということになる。⁽⁸⁷⁾

ただし、裁判官の実体的正義への過度の傾斜が現在のわが国の民事訴訟手続における裁判官の事案解明についてのパターンリズムに結びつき、ともすれば手続的正義の面から見て不公正な結果を生じさせうるといえる点に鑑みると、将来的には、訴訟の本案に影響を与えうる制裁手段へのシフトも検討に値すると思われる。しかしながら、この点を考察するにあたっては、実体的正義、手続的正義、および両者の相互関係についてのより根源的な検討が必要であると考えられる。⁽⁸⁹⁾

(2)次に、代理人弁護士の行為規律違反が裁判所・相手方当事者サイドに被害を与える場合に、代理人弁護士の行為規律の実効化手段が発動されることによって不利益を被るのが代理人弁護士なのか、それとも依頼者たる当事者本人なのかという観点からの検討が必要であると考えられる。

前章で、この種の行為規律違反に対しては、「裁判所による規律」として分類した訴訟法上の制裁手段を用いるのが望ましい旨を論じたが、この訴訟法上の制裁手段として考えられるもののうち、時機に後れた攻撃防御方法の却下、民訴法六二条・六三条に基づく訴訟費用負担などは、それが訴訟の本案に影響を与えるか否かという点での違いはあるものの、いずれも、それが行使されることによって当事者本人が何らかの不利益を被ることになる。これに対して、

民訴法六九条に基づく訴訟費用負担は、それが行使されることによって代理人弁護士が不利益を被ることになる。

ところで、代理人弁護士の行為規律違反が裁判所・相手方当事者サイドに被害を与える場合は、前章で参考にしたWilkinsの議論に照らし合わせると、弁護士が法制度・第三者に被害を与える「対外的問題」に該当することになるが、この点については、前章でも若干言及したように、より深く考えてみると、一定の留保が必要であるように考える。

すなわち、Wilkinsのいう「対外的問題」は、弁護士が依頼者と「共に」法制度・第三者に被害を与えるということ为前提としているが、より深く考えてみると、この場合においては、法制度・第三者に損害を与えることについて代理人弁護士・当事者本人の両方に帰責事由が考えられる場合と、代理人弁護士のみに帰責事由が考えられる場合の両方がありうると思われる。この点に関して、民事訴訟手続過程における代理人弁護士の行為規律の実効化に関する従来の議論の中には、ともすればこのような問題点を必ずしも明確に意識せずに、代理人弁護士の行為規律実効化という文脈において、当事者本人に不利益を被らせる制裁手段（時機に後れた攻撃防御方法の却下、民訴法六二条・六三条に基づく訴訟費用負担など）の活用を論じるものもあつたように考えられる。

しかしながら、代理人弁護士のみに帰責事由が考えられる場合に、このような制裁手段を用いることによって当事者本人に不利益を与えることは、代理人弁護士の行為規律という観点からは間接的な形とはいえ意味があるのかもしれないが、他方で、当事者本人の立場からすると、自らに帰責性があるとはいえない事情により不利益を与えられることになる。このような状況は、極端な言い方をすれば、当事者本人の犠牲の下で代理人弁護士の行為規律を図るということにもなりかねず、問題があるのではないかと考えられる⁽⁹⁰⁾。

ただ、この問題を具体的に考えて、当事者本人に不利益を被らせる規律手段とそうでない規律手段とをいかなる形で使い分けていくべきかという点を考察する際には、代理人弁護士・当事者本人の両方に帰責事由が考えられる場合

と、代理人弁護士のみを帰責事由が考えられる場合とをどのように場合分けしていくかという点につき、さらに細かく考察する必要があると考えられる。

(3)さらに、本稿で問題としている、民事訴訟手続過程における代理人弁護士の行為規律の実効化を図るに際しては、必然的に、具体的な場面における代理人弁護士の行為のうち、いかなるものが制裁に値するのかがという、規律主体についての評価規範、ひいては、代理人弁護士が遵守すべき行為規範の具体的内容の問題を検討することが必要になると考えられる。

この点に関しては、今後のさらなる研究が必要であると思われる。ただ、筆者は、現時点での暫定的な方向性として、具体的状況に応じた妥当な行為規律と、代理人弁護士が訴訟活動を行うこと、あるいは当該代理人弁護士の訴訟活動を事後的に評価する（場合によっては制裁を科す）ことについてのある程度明確な基準の定立を両立させるという観点からは、近時訴訟手続運営における裁判官の裁量統制に関して提唱されている「要因規範」の議論が参考になるのではないかと考えている⁽⁹¹⁾。

「要因規範」とは、要因（ファクター）の列举および規範目的に基づくその重要性の明示により構成される規範類型であると定義され、このような規範は、従来の要件効果型規範に代わる緩やかで状況対応的な規範類型の定立を目指すものであるとされる⁽⁹²⁾。この要因規範に関しては、①規範により達成すべき目的の措定、②考慮すべきである要因、考慮すべきでない要因の列举、③要因の重要度の設定がなされ、個々の具体的な状況をそれにあてはめていく形で適用される⁽⁹³⁾。そして、手続運営の文脈においては、裁判所は裁量権の行使にあたり、考慮すべきである要因に該当するどのような事実があり、その重要性をどのように評価したかを明らかにする一方、当事者等はそれを要因規範にあてはめて評価・批判することになるとされる⁽⁹⁴⁾。ここで、審理手続のルールとしての要因規範の第一次的役割は、裁判所

が裁量権を行使する際に、自らの頭の中で一種のチェック・リストとして、それに従っているか否かを確認することに資する、行為規範としての側面にあるとされる⁹⁵。そして、裁判官が当事者から裁量権行使に関する理由の開示を求められた際には、要因規範に基づき判断結果を正当化する理由を開示する義務を負うものと解され、また、その裁量行為に対する不服申立が認められる場合には、要因規範が評価規範としても作用するとされる⁹⁶。この場合、要因規範は、当事者が裁判所の行おうとする行為の当否を検証する際のチェック・リストとしての意味をもつとされる⁹⁷。

この要因規範の考え方を、本稿で問題とする、民事訴訟手続過程における代理人弁護士行為規律実効化の問題について、抽象的な形ではあるが応用すると、次のように考えることができるのではないかと思われる。まず、ある訴訟活動をなそうとする代理人弁護士は、当該時点での事件の具体的な状況での諸事情を、要因規範によって提示される考慮要因に照らし合わせたうえで、できる限りの行為義務を尽くすことになる。ここで要因規範は、行為義務が問題とされる代理人弁護士にとっては、どのように行為義務を果たすべきかという点に関する行為規範として働くことになる⁹⁸と考えられる。そして、相手方サイド、あるいは規律主体から行為義務の履行に関しての疑念が示された場合には、これらの要因に基づいて自らの訴訟活動の正当化理由を説明することになると考えられる。他方、代理人弁護士の訴訟活動を事後的に評価し、場合によっては制裁を科すことになる規律主体は、当該事案に関する事情を前記の考慮要因に照らし合わせて代理人弁護士の行為を評価し、当該代理人弁護士が当該状況の下で合理的な行為義務を果たしていたかどうか（また、制裁を科すべきかどうか）という点について判断することになると考えられる。ここで要因規範は、行為義務が問題とされている弁護士にとっては、その行為義務が果たされたかどうかという点に関する評価規範として働くことになるが、弁護士が合理的な行為義務を果たしていたかどうか、および、制裁を科すべきかどうかを判断する規律主体にとっては、この要因規範は弁護士の行為義務をどのように判断するかという点に関して

の行為規範として働くことになると考えられる。また、規律主体の判断に対する不服申立が認められる場合には、要因規範は、規律主体の判断の妥当性を判断するための評価規範として働くことになると考えられる。

しかしながら、ここで提示した試論はあくまでも暫定的なものであり、今後、より細かい点についての検討を行うことが必要になってくると思われる。

(4)また、本稿ではWilkinsの議論に依拠して、裁判所や相手方当事者サイドに損害を与えるような、民事訴訟手続過程での代理人弁護士の行為規律違反に対する制裁手段として、訴訟法上の制裁規定の活用が望ましいのではないかと暫定的な結論を提示した。しかしながら、この点については、より深い考察のために、特にわが国に先んじて弁護士数の大幅な増加、および、民事訴訟件数の大幅な増加、さらに、訴訟手続内での弁護士の非行への対処を経験してきたアメリカ合衆国の民事訴訟手続における、より具体的な手続局面での弁護士の規律に関する議論を参照することが必要になるのではないかと考えられる。

例えば、わが国でもすでに紹介・検討がなされているアメリカ連邦民事訴訟規則⁽⁹⁸⁾第一条は、当事者サイド（特に代理人弁護士）が事実面・法律面での根拠の薄弱な訴え提起や主張提出等をなすことを禁じ、その違反に対しては裁判所が金銭的、あるいは非金銭的な制裁を科しようという規定であるが、この規定に関しては、以前から同様の規定が弁護士倫理規定に存在していた⁽⁹⁹⁾。しかしながら、懲戒機関がそのような倫理規定を実効的に執行できないでいたという状況があったため、この倫理規定をより効果的に執行するための手段として連邦民訴規則⁽¹⁰⁰⁾第一条を捉える見解が存在した。そして、最近でも、民事訴訟手続での弁護士の行為規律における、弁護士倫理規定に対する連邦民訴規則⁽¹⁰⁰⁾第一条の優位性を主張する見解が存在する。筆者は、現在のところは、民事訴訟手続過程での弁護士の行為規律に関するこのような議論状況をフォローしていくことが、今後わが国での民事訴訟手続過程での代理人弁護士の行為規律に

おける、諸々の規範や規律手段の相互関係、およびそれらの適否に関してより深く考察することに資するのではないかと考えている。

以上、民事訴訟手続過程における代理人弁護士的行為規律の実効化手段に関して今後より具体的に検討しなければならぬと思われる点について、問題の所在、および、一部については現時点での暫定的な考えを提示してきた。しかしながら、これらの点に関するさらに深い検討については、紙幅及び筆者の能力の問題により、他日を期さざるを得ない。今後、これらの点についてのより具体的な検討を行うことを約して、むすびにかえさせていただきたい。

- (86) 例えば、千葉勝美「裁判における真実の発見・正義の実現について——民事訴訟における裁判官及び弁護士の役割をどう考えるか」自由と正義五四巻一一号(二〇〇三年)二七頁、森脇純夫「報告に対するコメント②」民事訴訟雑誌五〇号(二〇〇四年)一九三頁〔※この論稿も、河野ほか・前掲注(16)のシンポジウムにおける報告の一つである〕など。
- (87) 本文の前置3③でも紹介したように、伊藤・前掲注(17)二四九頁は、「少なくとも当分の間」という留保をつけつつも、本文と同趣旨のことを主張する。
- (88) 三木・前掲注(16)一〇九〜一一〇頁。
- (89) なお、ここで問題としている実体的正義と手続的正義との関係について、例えば、川嶋四郎「民事訴訟の展望と指針」民事訴訟雑誌五〇号(二〇〇四年)二二頁、同「計画審理の課題と展望——『国民が自分でできる納得裁判』の処方箋の探求」同「民事訴訟過程の創造的展開」(弘文堂、二〇〇五年)一二六頁〔初出、ジュリスト一二五二二号(二〇〇三年)〕は、裁判所に対してよくいわれる、「勝つべき者を勝たせるべき要請」の含意が、実体的正義に重心を置いた考え方から、手続的正義に軸足を移動することになるという可能性を指摘する。
- (90) この点との関連では、問題状況が異なるが、新堂幸司「民事訴訟法理論はだれのためにあるか」同「民事訴訟制度の役割」(有斐閣、一九九三年)一六〜一七頁〔初出、判例タイムズ二二二二号(一九六八年)〕で論じられている、「個々の訴訟(における、敗訴等の不

利益)を通じて弁護士・当事者を教育する(そして、それによつて訴訟制度がよくなつていく)」という裁判所の思想に対する批判が示唆に富むのではないかと考えられる。これについては、同・前掲注(13)三三六頁において若干敷衍された形で再度論じられている。すなわち、前記のような思想に基づいて訴訟手続を運営することは、弁護士の教育を個々の事件を通じて行うことになるが、そのために痛い目にあわされるのは当事者本人であり、当事者本人の犠牲において法曹の教育が行われるということによって、ひいては、市民の裁判に対するイメージを悪くすることにつながるのではないかということである。このような視点は、本文で述べたような問題状況においても、おおむね当てはまるのではないかと考えられる。

- (91) 要因規範論については、山本和彦「民事訴訟における裁判所の行為統制——『要因規範』による手続裁量の規制に向けて——」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、二〇〇一年)三五九〜三六二頁、同「基本的な考え方——研究者の視点——」大江忠二加藤新太郎山本和彦編『手続裁量とその規律——理論と実務の架橋を目指して——』(有斐閣、二〇〇五年)一八〜二〇頁、山本和彦二加藤新太郎「対談」民事訴訟法規範の将来——山本編・前掲注(17)二二二〜二二四頁「山本発言」
- (92) 山本・前掲注(91)「民事訴訟における裁判所の行為統制」三五九〜三六〇頁、同・前掲注(91)「基本的な考え方」一八〜一九頁。
- (93) 山本・前掲注(91)「民事訴訟における裁判所の行為統制」三六〇頁、同・前掲注(91)「基本的な考え方」一九頁。
- (94) 山本・前掲注(91)「基本的な考え方」一九頁。
- (95) 山本・前掲注(91)「民事訴訟における裁判所の行為統制」三六一頁、同・前掲注(91)「基本的な考え方」二〇頁。
- (96) 山本・前掲注(91)「民事訴訟における裁判所の行為統制」三六一頁、同・前掲注(91)「基本的な考え方」二〇頁。
- (97) 山本・前掲注(91)「民事訴訟における裁判所の行為統制」三六一頁。
- (98) 前注(90)参照。
- (99) See MODEL CODE OF PROFESSIONAL RESPONSIBILITY DR 7-102, MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT Rule 3.1.
- (100) See, e.g., Victor H. Kramer, *Viewing Rule 11 as a Tool to Improve Professional Responsibility*, 75 MINN. L. REV. 793 (1991).
論文紹介として、原強・アメリカ法一九九三—二二二号(一九九四年)二六三頁。
- (101) See, e.g., Peter A. Joy, *The Relationship Between Civil Rule 11 and Lawyer Discipline: An Empirical Analysis Suggesting Institutional Choices in the Regulation of Lawyers*, 37 LOY. L.A. L. REV. 765 (2004); Richard G. Johnson, *Integrating Legal Ethics & Professional Responsibility with Federal Rule of Civil Procedure 11*, 37 LOY. L.A. L. REV. 820 (2004).