

弁護士任官の促進と訴訟運営における 弁護士の役割

前 田 智 彦

I はじめに

1. 本稿の背景

2001年6月の司法制度改革審議会意見書において、「裁判官制度の改革」の柱として「給源の多様化、多元化」が打ち出され、その具体的な方策として「弁護士任官等を推進するため、最高裁判所と日本弁護士連合会が、一致協力し、恒常的な体制を整備して協議・連携を進めることにより、継続的に実効性のある措置を講じていくべきである」ことが提言された。この提言を受けて、最高裁判所と日本弁護士連合会（以下日弁連と略記する）は協議を重ね、2001年12月7日に新しい弁護士任官制度の発足に向けた合意に達した。そして、日弁連では、安定的に弁護士任官者を確保すべく会を挙げて取り組み、2002年1月の段階で、新しい弁護士任官手続によって任官済みの、ないし任官に向けた手続に入った弁護士がすでに31名に上ることが報告されている¹。

* 本稿は、著者が研究員として参画する、日弁連法務研究財団の共同研究「弁護士任官および法曹一元制の研究」（主任：濱野亮）の研究成果の一部を、個別に公表するものである。財団並びに共同研究者諸氏に対して、本研究への援助と個別公表への同意に感謝を表したい。

¹ 新しい弁護士任官制度の内容と制度の発足・定着に向けた日弁連の取り組みについては、日本弁護士連合会第19回司法シンポジウム『裁判官制度改革に向けた実践—弁護士任官と判事補の他の法律専門職経験を中心に：国民の目

具体的な制度設計においては様々な課題を指摘しうるが²、裁判官の給源の多様化とその具体策としての弁護士任官の推進という方向性自体は、裁判官集団内部の多様化を進め、司法の役割を活性化するという観点からは望ましいものといえる。著者はかつて、キャリア裁判官制の下で、日本の裁判官があるべき裁判官像(裁判官の「役割」)を判断する拠り所となる準拠集団として、同僚裁判官集団が圧倒的な重要性を持ち、合議体の中での研鑽を通じてキャリア裁判官としてのあるべき裁判官像の獲得(「役割取得」)がなされているとの仮説を提唱した³。裁判官の給源の多様化がなされれば、裁判所外の様々な集団を準拠集団とする多様な裁判官が現れ、社会の変化に応じた裁判による法形成・政策形成が容易になるであろう⁴。

線で判断できる優れた裁判官を安定的に確保する準備を整えました』(2002年11月15日)に詳しい。この弁護士任官制度は、かつての弁護士任官が最高裁判所による弁護士個人に対する「一本釣り」で行われていたのに対し、任官志望者が、日弁連による推薦手続(その過程で志望者は各弁護士会・弁護士連合会に設置された委員会による適格性審査を受ける)を経て最高裁に推薦される方法に弁護士任官のルートを一本化し、選考過程の透明化と弁護士組織の関与を図った点に特徴がある。

- ² 一例として、馬場健一は、新弁護士任官制度下の弁護士任官者審査手続きへの市民参加の位置づけと意義を検討し、それに一定の肯定的評価を与えながらも、推薦委員会への市民委員の参加が「各界代表」的な運用に留まっている点には批判的な目を向ける(馬場健一「裁判官選任過程と司法の民主的正当性—法曹一元構想における市民参加の系譜から」『法社会学』59号(2003)159頁)。
- ³ 前田智彦「裁判官の判断過程の相互作用論的分析—裁判官の準拠集団と様々な役割パートナーの影響」『本郷法政紀要』6号(1997)331頁。
- ⁴ 宮澤節生は、裁判を通じた政策形成過程を政治運動として分析し、立法過程から排除された少数者が司法過程を通じて自らの要求を実現するためには、裁判所内部に同盟者を得ること(コアリション形成)が必要であるが、司法の官僚化の中で裁判官とのコアリション形成の可能性が封じられていると論じている(宮澤節生『法過程のリアリティー—法社会学フィールドノート』(信山社、1994)114-137、192-219頁)。司法過程を分析する観点は著者と異なるが、宮澤の分析からも、裁判官の給源の多様化が、裁判による法形成・政策形成の促進につながるとの推測が導かれよう。

2. 本稿の課題と構成

本稿では、弁護士任官の促進を歓迎する立場から、弁護士任官の促進・定着の条件の一つとして、弁護士任官の促進・定着のために適切的な訴訟運営のあり方を、訴訟運営における弁護士の役割に着目して考察する⁵。

考察にあたっては、まず従来の弁護士任官・法曹一元制の基盤を巡る議論において、訴訟運営における弁護士の役割がどのように論じられてきたかを振り返り、訴訟運営における弁護士の主導性の発揮が弁護士任官・法曹一元制にプラスに働くという指摘に注目する。続いて、従来の弁護士任官経験者の指摘する問題点から、訴訟運営上の弁護士の活動の重要性を確認する。そして、近年のアメリカでの訴訟運営の変化について検討し、その変化を踏まえてもなお日本においては訴訟運営における弁護士の役割の拡大が望ましいことを論じた上で、弁護士任官の定着・法曹一元制に適切的な訴訟運営の実現のための方策についての試論をもって、結びに代えることとしたい。

II 弁護士任官・法曹一元制と弁護士の役割

まず、日本の従来の弁護士任官ないし法曹一元制の基盤を巡る議論において、訴訟における弁護士の役割がどのように論じられてきたか見てみたい。

1. 日本弁護士連合会における従来の議論状況

法曹一元制の基盤を巡る議論の中で、弁護士からは法曹一元制ないし弁護士任官の推進の障害となっているのは、何よりも裁判所組

⁵ 本稿の議論は専ら民事訴訟運営に関するものである。これは一つには後述の判決書問題が取りざたされるのが民事訴訟に関してであることに、一つには著者の従来の研究対象が民事訴訟過程であり、刑事訴訟過程にまで議論を広げることが、本稿の紙幅も著者の力量も超えることによる。

織の官僚化に起因する各種の弊害であるとの主張がなされてきた。

日弁連は 1998 年に「市民のための司法へ—法曹一元の実現を目指す司法改革の実践」と題する第 17 回司法シンポジウムの基調報告において、主として官僚司法の弊害を除き、司法制度の抜本改革を実現するために法曹一元制の実現が必要であると謳っている。そして、1991 年以降行われていた弁護士任官が低調に推移してきた主な要因も、官僚司法の弊害によるものであるとする⁶。

訴訟運営に関する問題としては、同報告は裁判官の職務内容の改革の一環として判決様式を取り上げ、市民にわかりやすい争点中心の判決様式は弁護士にも親しみやすいものであると指摘している⁷。その指摘の背景には、「ともに司法試験をパスし、同じ司法研修を経て何年も弁護士（あるいは検事）経験を積んだ人が『10 年、20 年の修行』を積まなければ書けない判決書とは一体何であろうか。一体だれに向けた判決書であろうか⁸」と、司法官僚制の下で裁判官の目が内向きになり、専ら上訴審の目を意識した判決書が横行しており、そのような官僚司法の弊害を排し、当事者が求める争点中心に構成された判決書を作成することは経験を積んだ弁護士なら十分可能であるとの弁護士の認識を見て取ることができよう。ここでも弁護士任官・法曹一元制の主たる障害は官僚司法の弊害であるとの主張が一貫している。

⁶ 日本弁護士連合会編『市民に身近な裁判所へ—法曹一元をめざして』（日本評論社、1999）91-92、183 頁。その他の要因としては、当時の弁護士からの裁判官採用手続の不透明性、任官に伴う事務所閉鎖の難しさ、従来の任官者に対する否定的評価、裁判官の職務内容についての周知不足等が挙げられている。

⁷ 日本弁護士連合会前掲註 6、256 頁。このような裁判官の職務内容の改善を法曹一元制実現の条件と位置づけるかという点では、単位弁護士会の意見は分かれている。

⁸ 引用は、坪井明典「司法官僚制と裁判官の意思決定」井上達夫・河合幹雄編『体制改革としての司法改革』（信山社、2001）230 頁から。

2. 学界での従来の議論状況

これに対して、民事訴訟法学者や基礎法学者の間からは法曹一元制論の中で、諸外国との比較を念頭に、法曹の一体感に立脚した弁護士の訴訟運営への協力姿勢の必要性が説かれてきた。

(1) 弁護士の裁判所との対決姿勢に対する批判

臨時司法制度調査会問題などを背景に、比較的早くから弁護士の裁判所に対する協力の必要を説いたのが三ヶ月章⁹である。三ヶ月は、諸外国との比較から、「裁判所を中核とし、これを弁護士階級が取り巻きつつ、法の中核機構としての裁判所をもり立てているという形」¹⁰がキャリア裁判官制度を採るヨーロッパ諸国でさえ一般的であると論じ、弁護士に関する論考の中で一貫して、日本の弁護士の間に見られる在朝在野の対立意識を問題とし、弁護士が、戦後制度上与えられた役割に相応しい建設的な姿勢で司法の運営に協力すべきことを論じている。ただし、そこで三ヶ月が問題としているのは、主として司法制度改革の局面での弁護士会活動—特に臨時司法制度調査会（以下臨司と略記する）意見書に対する反対運動—に現れる在野精神を前面に打ち出した集団としての裁判所との対決姿勢であり¹¹、個々の弁護士が訴訟運営に対してどのような協力をなすべきかといったことには踏み込んでいない。

(2) 弁護士主導型訴訟の法曹一元制との適合性

これに対して、法曹一元制と訴訟運営上の弁護士の役割の関係を指摘したのが、田中英夫である。田中英夫は、英米の訴訟が弁護士

⁹ 三ヶ月章「弁護士制度の比較法的研究—総括」同『民事訴訟法研究 第4巻』267頁、同「現代の法律家の職能と問題点—弁護士」同『民事訴訟法研究 第6巻』317頁。

¹⁰ 三ヶ月前掲註9「弁護士制度の比較法的研究」277頁。

¹¹ 上の引用文に見られるように弁護士「階級」という言葉が多用されることもこのことの表れといえる。

の積極的な活動を前提とし、その活動に際して正しい法の実現と司法の運営への協力が期待されていることを、法曹一元制を支える要素として挙げている。また彼は、弁護士の積極的な活動と司法の運営への協力が法曹一元制の裁判官の能力の活用に寄与しているとし、また同時に法曹一元制から来る法曹の長老格としての裁判官への尊敬故に、弁護士の司法運営への協力も得られやすいと論じている¹²。

田中英夫は英米において弁護士に求められるものとして、立証が原則として当事者の責任であること、法律論についても裁判官は弁護士の法律論に拘束されないが、弁護士が指摘しない問題を考える義務がないこと、弁護士倫理上弁護士が正しい法の実現に対する義務を負うと考えられていることなどを挙げる。弁護士がこれらの義務に基づき両当事者の訴訟代理人としての活動を尽くせば、弁護士の手で法律論・事実認定両面の争点と判断材料が必要十分な程度に出そろい、裁判官としてはその成果に依拠して中立的な立場から最終的な法的判断を下す役割に徹することができることになろう。

弁護士の積極的な活動と司法の運営への協力を依拠した英米の訴訟運営のあり方が、法曹一元制の前提条件ではないものの、法曹一元制を支える適切的な制度であるとの指摘である¹³。

当事者の主導による訴訟の迅速化・審理の充実化の必要を説く田中成明¹⁴ や、適正な裁判官数を考えるにあたって、弁護士が和解過程を主導するなど、弁護士がより訴訟運営に積極的な役割を果たすことで裁判官の負担を軽減することが検討されるべきだとする六本佳

¹² 田中英夫『英米の司法』（東大出版会、1973）320-325、341-342、345 頁。

¹³ これに加えて、英米では陪審制が存在することも、裁判官の役割と負担を限定する上で役立っている。陪審による裁判が行われる場合には、裁判官は事実問題に関する判断からも解放され、トライアルの手続的な規律と法律問題の判断に専念することとなる。このことを指摘するものとして、後藤富士子『官僚司法を変える 法曹一元裁判官』（現代人文社、1999）161-162、224-226 頁。

¹⁴ 田中成明『現代日本法の構図 [増補版]』（悠々社、1987）283-287 頁。

平¹⁵などの議論にも、この田中英夫の指摘が大きく影響している¹⁶。

以上のように法曹一元制と適合的とされる、当事者の訴訟代理人として弁護士が主張・立証を必要十分に行い、弁護士の活動の成果に依拠して裁判官が中立的な判断を下すという訴訟運営のあり方を、本稿では弁護士主導型訴訟と呼ぶこととしたい。これに対して、裁判官が事案解明、紛争解決に主導的な役割を果たす訴訟のあり方を裁判官主導型訴訟と呼ぶこととする¹⁷。

3. 弁護士任官経験者による弁護士主導型訴訟の提唱

(1) 弁護士任官経験者による弁護士側の問題点の抽出

日弁連による法曹一元制への移行の主張と並行して、1980年代からは限られた規模の弁護士任官が行われてきた。日弁連は弁護士任官について、法曹一元制への移行という最終課題を前提に、弁護士任官を通じて、弁護士経験の裁判官職務上の利点を実証し、技術的な問題を抽出して改善を図ることを期待するという戦略的な位置づけを与えていた¹⁸。

この近年の弁護士任官の経験者からの問題提起として、官僚司法の弊害といった裁判所内部の要因だけでなく、訴訟代理人の準備不足など弁護士側の要因も、彼らの裁判官としての職務に対する障壁となったことが指摘されている。原田豊は、弁護士任官者として感

¹⁵ 六本佳平「法曹人口」『ジュリスト』1170号（2000年）47頁。特に48-49頁。

¹⁶ 田中成明は田中成明前掲註14、295頁において、田中英夫前掲註12から示唆を受けたことを明示している。六本も前掲論文の註において『月刊司法改革』2号の法曹一元に関する文献目録に田中英夫前掲註12が記載されていないことを批判するなど、同書を高く評価する姿勢がうかがえる。

¹⁷ 弁護士主導型訴訟は当事者主義的訴訟、裁判官主導型訴訟は職権主義的訴訟にほぼ対応するものであるが、一つには当事者とその訴訟代理人としての弁護士を区別し、主として後者の役割に着目する意味で、もう一つには法令・判例上の権限・義務だけでなく、その運用状況において弁護士、裁判所のいずれが訴訟運営を主導する形となっているかに着目する意味で、あえてこのような表現を用いるものである。

¹⁸ 日本弁護士連合会 前掲註6、92頁。

じた民事判決書作成の苦勞を「どこまで十分に法律面・事実関係面で検討したかわからない準備書面もないではありませんので、前後左右あっちに行ったりこっちに行ったりしながら読みこなし、まとめなければならない役回りとなったわけです」と振り返る¹⁹。田川和幸は「裁判官おまかせ主義」の弁護士が少なからずいることを指摘し、そのような弁護士の存在が裁判官の職権発動を余儀なくさせ、画一的な態度、判断過程を十分に説明しない判決書を作り出す一因となっているとする。そして、当事者双方の代理人弁護士が十分な活動を行い、その成果を整理した行き届いた最終準備書面として提出することを求めている。精緻な最終準備書面を作成することは、裁判官の負担軽減につながるだけでなく、弁護士が判決書作成に必要な技術を養う上でも有用だと田川は論じている²⁰。

(2) 弁護士に課せられた課題としての弁護士主導型訴訟

これらの弁護士任官経験者の指摘は、民事訴訟の基礎となるのは弁護士の訴訟代理人としての主張・立証活動であり、その活動の充実が裁判官の負担軽減にも、また裁判官の出身母体としての弁護士層の資質向上にもつながり、両者の職務の内容を近づけることで弁護士から裁判官への転身を容易にすることを示している。弁護士任官を通じて、先に挙げた法曹一元制下での訴訟運営に関する田中英夫らの主張と軌を一にする、弁護士の訴訟代理人活動の充実による弁護士主導型訴訟の実現・徹底を求める指摘が現れたことは、弁護士が直面すべき課題として注目に値しよう。

¹⁹ 日本裁判官ネットワーク『裁判官は訴える！』（講談社、1999）162頁。もっとも、原田は司法の官僚化の問題についても、頻繁な異動に伴う事件の引継ぎが大きなロスであり、裁判所人事には長期展望を欠くと思われるような異動も見受けられると批判している。

²⁰ 田川和幸『弁護士裁判官になる ―民衆の裁判官をころごして―』（日本評論社、1999）219-225頁。これらに加え、田川は刑事弁護、家事・少年事件の実務経験を積むことが弁護士が裁判官としての資質を養う上で求められるとする。

III 戦後改革期における弁護士主導型訴訟への改革の失敗

日本においても、第二次大戦後の戦後改革期に、民事訴訟に関しても英米にならった弁護士主導型訴訟を志向した改革の動きがあった。しかし、自己の申請した証人と訴訟代理人たる弁護士、との事前面接の一般化など一定の変化を残したものの、民事訴訟の当事者主導化は実務に十分に定着したとは言い難い。

1. 戦後の民事訴訟改革における弁護士主導型訴訟の基調

戦後改革期の民事訴訟改革として、まず1948年の民事訴訟法改正²¹が挙げられる。同改正においては、職権証拠調(261条)の廃止、交互尋問制の採用(294条)といった訴訟手続の改正がなされ、これは全面改正された刑事訴訟法と並んで(審理の内容面で)戦前の職権主義的な民事訴訟運営を見直し、英米にならった当事者主義を基調とする訴訟運営を企図したものとされた。

この両訴訟法の改正は学者・弁護士にも刺激を与えた。訴訟法典がドイツ、オーストリアを範としたものであったことから、終戦までの訴訟法研究は大陸法研究を中心としたものであり、英米の訴訟法についての研究が不足していた²²。そのため、両訴訟法の改正を機に、田中和夫らによって英米の訴訟法、中でも交互尋問制度に関する紹介が盛んになされている²³。また、刑事訴訟法改正によって当事者主義・公判中心主義が導入されたことに刺激され、戒能通孝『法廷技術』²⁴を嚆矢として、特に刑事において検察官と対峙して一方の主演を演じることを期待された弁護士の法廷技術に関する議論が繰

²¹ 昭和23年法律149号。

²² 民事訴訟法に関して、齊藤秀夫「民事訴訟法における大陸法と英米法」法曹時報2巻12号9頁。

²³ 江家義男「証人尋問の順序と方式」法曹時報1巻10号13頁、田中和夫「英米に於ける証人尋問」法曹時報2巻227頁など。

²⁴ 戒能通孝『法廷技術』（日本評論社、1950）。

り広げられた。

戦後改革期における民事訴訟法の第二の改革として、民事訴訟の訴訟遅延解消のための一連の立法的措置と実務上の取り組みが挙げられる。民事訴訟は 1947 年半ば頃から急激な増加の一途をたどり、それに伴い訴訟遅延が社会問題化した。特に、1950 年に連合国最高司令官総司令部が日本政府に宛て「民事及び刑事裁判権行使に関する連合国最高司令官覚書」を出し、占領下での日本の裁判権を拡大すると共に、「日本政府に対し、民事事件及び刑事事件の審判を促進する措置を直ちに講ずるよう」指令したことで、訴訟遅延の解消が政府、裁判所にとっての緊急課題となった。

この訴訟遅延問題に対して、一方で最高裁判所の機構改革が議論され、法制上は 1950 年の民事上告特例法²⁵、同法の延長²⁶を経て 1954 年の民事訴訟法改正²⁷による上告制限という形で決着した。

他方で、下級裁判所、特に第一審における訴訟遅延の解消については、最高裁判所は先の連合国最高司令官覚書を踏まえ、1950 年 10 月 30 日に「裁判手続の運用について」と題する通達を出し、その中で実務上取り組むべきものとして、集中審理原則と準備手続の拡充、当事者の事実関係調査義務・主張立証義務を掲げた。この方針は、同年中に「裁判所法の一部を改正する法律」²⁸、「民事訴訟法等の一部を改正する法律」²⁹と「民事訴訟の継続審理に関する規則」(以下継続審理規則と略称)³⁰の制定という形で法制化された。この一連の法制化では、1948 年改正で合議事件のみについて開かれることとされていた準備手続を単独事件でも開けるようにし、準備手続で全ての攻撃防御方法を明らかにし、その上で口頭弁論を開いて集中的に審

²⁵ 「最高裁判所における民事上告事件の審判の特例に関する法律」昭和 25 年法律第 138 号。

²⁶ 昭和 27 年法律第 157 号。

²⁷ 昭和 29 年法律第 127 号。

²⁸ 昭和 25 年法律第 287 号。

²⁹ 昭和 25 年法律第 288 号。

³⁰ 昭和 25 年 12 月 20 日最高裁判所規則第 2 号。

理・証拠調を行うこととし、期日の変更の要件を厳格化するなどの改正がなされた。

これら訴訟遅延問題への対応の中でも、下級審における訴訟遅延解消策は、弁護士による事案の調査に基づく必要十分な主張・立証活動を義務化し、争点の明確化を行う準備手続と集中的・継続的な事実審理の峻別を打ち出したものといえる。この民事訴訟手続の改革は、英米における弁護士主導型の民事訴訟運営に倣う形で立案されたものと見られる。当時の最高裁判所事務総局では英米の訴訟制度の調査も精力的に行っており、その成果が裁判所内に紹介されている³¹ ことから、英米の訴訟制度の影響がうかがえる。

このとき示された訴訟遅延解消策と英米の訴訟運営を対比すると次の通りである。弁護士の活動について見ると、継続審理規則2条において「当事者は、あらかじめ証人その他の証拠について事実関係を詳細に調査し、裁判所の釈明をまつまでもなく主張及び立証の義務を尽くさなければならない」と規定し、戦前の弁護士倫理において証人汚染、偽証教唆を避けるために証人との事前の接触を避けることが当然とされていた慣行を改め、尋問対象に対する面接による事前準備を求めるなど、弁護士主導の事案解明を求める内容となっている。また、準備手続とその後の継続的な口頭弁論期日を峻別する発想は、トライアル前とトライアルを峻別する英米の訴訟手続に触発されたものと考えられる³²。

この段階では、1948年民事訴訟法改正に伴う当事者主義の導入を前提とし、弁護士主導型の訴訟運営を実現する方途を探るという方針が裁判所においてもとられていたように見受けられる。裁判所と

³¹ 最高裁判所事務総局民事局編『第一審強化に関する民事裁判官会同要録（昭和28年11月民事裁判資料第33号）』を見ても当時の民事局長関根小郷が英米での裁判所の見学の経験を踏まえて、英米の実情についての補足を適宜行っている。

³² 梶善夫「民事訴訟法の戦後改革序説—昭和23年法律149号『民事訴訟法の一部を改正する法律』—」佐々木高雄ほか『青山学院大学総合研究所法学研究センター研究叢書第2号 各法領域における戦後改革』（青山大学総合研究所法学研究センター、1993）51頁、70頁。

当事者間の主張・立証に関する役割分担で特に問題となる釈明義務、特に積極的釈明義務の問題について、当時の第一審強化に関する裁判官会同でも取り上げられているが、当時の裁判官の間では釈明義務については意見が分かれていることが報告されており、当時の最高裁判所事務総局民事局長関根小郷も、最高裁判所判例では釈明義務を認めるに消極的であり、大審院時代とは姿勢が大きく異なると判例の流れを整理し、積極的釈明義務を非常に狭く解する見解を示している³³。

従って、裁判所側の訴訟促進の動きイコール職権主義の強化と捉え、戦後 1948 年民事訴訟法改正でもたらされた当事者主義が、裁判所の訴訟促進の動きのみによって形骸化されていったと即断するのは誤りであろう³⁴。確かに、当時から裁判所による訴訟促進の取り組みは、訴訟手続の効率化を主眼とするものであり、裁判官の増員等の基盤整備による訴訟遅延解消を訴える日弁連等との姿勢の相違が、後の臨時司法制度調査会問題以降の対立構図の下地を作ったと見ることができるが³⁵、当初から裁判所が戦後民事訴訟にもたらされた弁護士主導化の基調を職権強化によって覆そうと企図していたと見るのは事実と異なるように見受けられる。

2. 弁護士主導型訴訟への移行の挫折と裁判所主導型訴訟への再傾斜

(1) 裁判所の裁判所主導型訴訟への再傾斜

1950 年以降試みられた準備手続を経た上での継続審理という訴

³³ 最高裁判所事務総局民事局編前掲註 31、75-84 頁。

³⁴ 例えば、江藤价泰「補論 民事裁判制度の改革」戦後改革研究会『戦後改革 4 司法改革』（東京大学出版会、1975）75 頁は、裁判所による訴訟促進の動きを、職権主義強化を基調とするもので、これが当事者主義の側面を沈滞させていると要約している。

³⁵ このような裁判所側と弁護士側の姿勢の相違は、最高裁判所の機構改革問題で特に際だつことになった。この問題における日弁連の活動の総括として、日本弁護士連合会『日弁連 20 年』（日本弁護士連合会、1970）233-242 頁。

訟運営方針の導入は、その後実務上定着することなく終わり³⁶、裁判所の訴訟運営に対する姿勢も裁判所主導型訴訟へと再傾斜していく。

裁判所主導型訴訟への裁判所の姿勢の変化を映し出すのが、裁判所の釈明義務に関する判例の変遷である。前述のように、戦後しばらくの間、当事者主義を強調する風潮に呼応して裁判所においても、釈明義務の範囲を限定する風潮が支配的であった。釈明権不行使を理由として原判決を破棄した昭和初期の多数の判例に見られる大審院時代の流れから一変し、釈明権不行使による破棄事例がない時期が続いた。しかし、昭和30年頃から釈明権不行使による破棄事例が出現し、その判例の内容としても昭和40年代半ばからは消極的釈明権不行使のみならず、積極的釈明権不行使を理由とするものが次第に現れ、より広く釈明義務を認めるようになってきている³⁷。

このような釈明義務の再拡大は、事案解明の局面での当事者の主導権を拡大する戦後改革期の民事訴訟運営に関する潮流を修正し、手続進行のみならず事案解明の局面でも裁判所の後見的役割に期待する動きといえる。

(2) 弁護士主導型訴訟定着の阻害要因

継続審理導入が失敗に至る経緯については、次のような要因が第

³⁶ 1956年の民事訴訟規則制定によって、準備手続の適用範囲が繁雑な事件に限られることとなり、同時に準備的口頭弁論の制度が導入された。これによって、1950年時点で構想された準備手続と口頭弁論の峻別という訴訟運営方針は明確な後退を見せたといえる。

³⁷ 奈良次郎「訴訟資料収集に関する裁判所の権限と責任」竹下守夫＝石川明責任編集『講座民事訴訟4 審理』（弘文堂、1985）125頁。また、新堂幸司『新民事訴訟法』（弘文堂、1998）395－397頁。上田徹一郎『民事訴訟法 [第3版]』（法学書院、2001）332頁。など参照。民事訴訟法学者の多くは裁判官は積極的釈明には慎重であるべきと主張するが、奈良は行き過ぎた釈明によって中立性・公平性が害されることはありえないと断じ、事実審裁判官の行為規範としてより積極的な釈明権行使を求める。裁判官（当時）である奈良のこのような議論は、裁判所内の訴訟運営に対する風潮を示すものとしても注目されよう。

一審強化に関する民事裁判官会合での各裁判所の報告³⁸などからうかがえる。

第一は、裁判所、弁護士に継続審理に耐えるだけの人員の充実がなされていなかったことである。裁判所側の人員不足として、裁判官増員の必要の他、裁判所書記官の配置が不十分であることや、裁判所書記官に裁判官の補助を行わせることがやりにくい空気があることなどが指摘されている。また、準備手続において限られた情報から事件の核心をつかむ能力のある熟練した裁判官を配置する人的余裕が当時の裁判所になかったことも指摘されている³⁹。弁護士側の人員不足に起因するものとして、弁護士代理がなされない本人訴訟では裁判所としては釈明権の行使などの方法で積極的に事案解明に乗り出す必要があることが指摘されており、特に管内に十分な弁護士のいない庁では継続審理規則 2 条の徹底が難しいとの訴えがある。弁護士の不足と地域的偏在の問題が、弁護士主導型訴訟への移行の挫折の背景にあると考えられる。

第二に、戦後改革期に導入された法制度自体の不備の問題がある。準備手続の制度設計については、証拠調を行えないためにかえって争点整理が難しい、書記官の立ち会いによる調書の作成が必要である(旧民事訴訟法 250 条)など重い手続であるなどの問題があったことが指摘されている⁴⁰。弁護士による事案解明手段の整備の面でも、後に木川統一郎⁴¹らが批判するように、弁護士の相手方・第三者からの情報入手の手段となる英米のディスカバリーに相当する制度が導入されなかったことも、弁護士主導型訴訟に必要な役割を弁護士が果たす上で困難をもたらしたと考えられる⁴²。

³⁸ 最高裁判所事務総局民事局編前掲註 31。以下の当時の実務状況に関する記述は、特に注記のない限り、同書に依拠する。

³⁹ 新堂幸司前掲註 37、431 頁。

⁴⁰ 上原敏夫「訴訟の準備と審理の充実」前掲註 37『講座民事訴訟 4』191 頁、196-212 頁。新堂幸司前掲註 37、431 頁。

⁴¹ 木川統一郎『民事訴訟法改正問題』(成文堂、1992)。など参照。

⁴² もっとも、当時の裁判官会同要録や裁判官による論文を見ると、裁判官として

第三に、弁護士の間で、弁護士主導型訴訟に対応する役割意識の変化が十分でなく、社会的にも弁護士の役割変化を受け入れる態勢が確立していなかったことが挙げられる。先に述べた英米の訴訟制度の紹介や、法廷技術に関する議論でも、弁護士のトライアル前の準備活動などに対して十分な注意が払われていたとは言い難く、弁護士主導型訴訟を支える弁護士の法廷外での活動の重要性に対する認識が不足していたといえる。裁判官の側からは、弁護士から証人との事前接触を避ける戦前の慣行が抜けきっていないこと、依頼者が十分な調査費用を支弁せず、弁護士の調査活動が経済面で難しいことなどが指摘されている。

第四に、裁判所においても、弁護士主導型訴訟に対応する実務慣行が十分に確立していなかったことが挙げられる。先に述べた人員配置の問題のほかにも、訴訟促進の一環として、また弁護士任官を容易にする意味から、判決文の簡素化も裁判所内部で検討され⁴³、実務上もいわゆる欠席判決を訴状の引用添付によって簡略化するといった試みが早くから見られた⁴⁴が、争いのある事件の判決書の改革は1980年代以降の新様式判決書まで十分な成果を見ないままであった。

は弁護士に対して相手方当事者の手持ち情報まで調査することは求めておらず、自己の側の証人・証拠について十分な調査・検討を求めるというに留まるが、それすら十分に実現されていなかったということのようである。最高裁判所事務総局民事局編前掲註31。石井良三「一裁判官から或る民事弁護士と若い同僚への手紙—訴訟の遅延と事件の審理について」ジュリスト96号23頁。

⁴³ 最高裁判所事務総局民事局編前掲註31、114—120頁。最高裁判所事務総局民事局からは、争点整理の結果を両当事者共同作成の準備書面で提出させ、事実摘示においてはその準備書面を引用するといった運用面の工夫や、判決原本に基づき判決を言い渡さなければならない旨の民事訴訟法の規定（当時の民事訴訟法189条1項）の削除という立法上の措置が言及されている。

⁴⁴ 古関敏正「民事訴訟における継続審理—一つの臨床的報告」法曹時報4巻11号29頁、59頁。畔上英治「民事訴訟手続の手近な改革—実務家の試案」判例タイムズ6巻5号32頁、39頁。

IV 新民事訴訟法における民事訴訟運営に関する二つの潮流

1. 新民事訴訟法に見られる事案解明への裁判所の積極姿勢

昭和 40 年代以降顕著になった事案解明への裁判所の積極的関与の必要・義務を強調する裁判所内の立場は、近年の民事訴訟の実務改善、民事訴訟法改正の流れの中でも見受けられる。

裁判所における民事訴訟の実務改善、民事訴訟法改正への取り組みにおいては、ドイツ法の影響、特にシュトゥットガルト方式と簡素化法の影響が強く見られる。裁判所側での民事訴訟の運営改善、民事訴訟法改正に関する動きをまとめた最高裁判所事務総局民事局監修『民事訴訟の運営改善関係資料』（法曹会、1994）、同『民事訴訟手続の改正関係資料』（法曹会、1996）所掲の関係文献目録（裁判官協議会で配布されたもの）を見ると、外国法に関する文献中、ドイツとりわけシュトゥットガルト方式、簡素化法に関するものの比重が大きく、ドイツにおける民事訴訟の審理の充実・促進の取り組みが裁判所内で精力的に研究されたことが見て取れる。ドイツにおける民事訴訟の審理の充実・促進の動きは、シュトゥットガルト方式の初回期日前の釈明による訴訟資料収集に見られるように、裁判所による早期の事案解明・争点把握への取り組みを基調とし、事案解明への裁判所の積極的な取り組みを必要とするものである。日本の裁判所実務においても、職権主義的色彩を緩和し当事者の自発的協力を前提とする独特の非強制的枠組み⁴⁵の下で、期日間釈明や初回期日前の原告からの情報収集などが試みられるようになった。

1996 年に成立した新民事訴訟法は、このような裁判所の事案解明

⁴⁵ 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』50号(2004)90頁は新民事訴訟法に見られる非強制的枠組みを「非制裁型スキーム」と特徴づけ、他国の立法に例のないものと指摘する。

への積極的な関与を後押しする側面を持つとあってよい⁴⁶。すわなち、従来審理充実事務という通称の下行われてきた裁判所の職権的な活動に民事訴訟法、同規則上の裏付けを与えた部分が多数存在し⁴⁷、いずれも事案解明における裁判所の積極的役割を念頭に置いたものといえる。これらの権限の行使に当たっては裁判所書記官を活用する（民事訴訟規則 56 条、61 条 2 項、63 条 1 項）ことが予定されているとはいえ、裁判官の積極的・精力的な活動を期待したものとと言える。

このような新民事訴訟法に見られる裁判官による早期の事案解明・争点把握への取り組みを求める側面は、英米における伝統的な弁護士主導型訴訟と比較して、裁判官により大きな負担を負わせる方向に民事訴訟運営を導くものであり、先に述べた田中英夫らの指摘に照らすと、法曹一元制への移行ないし弁護士任官の定着に対してはマイナス材料として働くと考えられる。

2. 新民事訴訟法における弁護士主導型訴訟への契機

(1) 新民事訴訟法における弁護士主導型訴訟につながる諸制度

以上指摘したように、1996 年成立の新民事訴訟法は、裁判所の事案解明への積極的な関与を強調する側面を強く有しているが、他方で弁護士主導型訴訟への契機といえるものも内包している。主として当事者の相手方当事者からの情報・証拠収集の強化を目指した改正がそれであり、旧民事訴訟法下で弁護士主導型訴訟を難しくして

⁴⁶ 立法に関わった柳田幸三も、「今回の法改正では、民事訴訟の運営改善の動きも受けて、アメリカ的な、ディスカバリーを使って主として当事者が争点整理をするというような手続ではない、大陸法系の、裁判所の釈明というものを基本にした争点整理手続きの整備が中心的な課題であった」とする（竹下守夫ほか『ジュリスト増刊 研究会新民事訴訟法 立法・解釈・運用』（有斐閣、1999）168 頁）。

⁴⁷ 期日外の釈明が可能となり（民事訴訟法 149 条）、訴状の訂正の促し（同 137 条）、第一回口頭弁論期日前の参考事項の聴取（民事訴訟規則 61 条）についての規定が置かれた。

いた、当事者の情報・証拠収集能力の不足を改善しようとするものである。文書提出命令の強化（民事訴訟法 220-224 条）と当事者照会制度（同 163 条）の新設がこれにあたる。特に、当事者照会制度は従来にない独特の制度であり、これについては次に項を改めて論じる。

(2) 当事者照会制度

当事者照会制度は、訴訟の係属中に、当事者から直接相手方当事者に対して、「主張又は立証を準備するために必要な事項について」書面で質問し、書面で回答を得ることができる、という新民事訴訟法において新設された制度である。この制度は、立法過程で弁護士会推薦委員から英米のディスカバリー類似の制度の導入を狙って証拠収集方法の充実の一環として提案されたものである。制度の最大の特徴は、これが裁判所の関与なく当事者間で行われるという点である。

この当事者照会制度は、積極的に運用されれば、訴訟の早期において当事者間で相互の手持ちの情報を入手し、それに基づいて主張・証拠の整理を行うことを可能にし、釈明等による事案解明への積極的な関与から裁判所、裁判官を解放するものとも見ることができる。塩谷國昭は、当事者照会制度について論じる中で、裁判官主体の争点整理から当事者（弁護士）主体の争点整理への転換を主張し、新民事訴訟法が、弁論準備手続などの準備的手続、当事者照会制度において弁護士に争点整理における主体性を認めたものと論じて、当事者照会制度の活用を促している⁴⁸。

しかし、英米におけるディスカバリー制度が当事者間で手続を進

⁴⁸ 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』第 4 章 149-158 頁。ほかに当事者照会制度に従来の民事訴訟に関する考え方から一歩踏み出したものとの評価を与えるものとして清水正憲「当事者照会制度」『ジュリスト』1098 号 48 頁、竹下守夫ほか前掲註 46、176 頁〔高田裕成〕発言、同 176-177 頁〔竹下守夫〕発言など。

めることを第一としながら、当事者間に争いが生じたときには裁判所が裁定を行うのと異なり、当事者照会制度では裁判所の関与がない。弁護士会推薦委員からは実効性の確保などの観点から裁判所を介した手続として提案されたが、裁判所側が当事者照会手続に介在することに強く反対し、当事者間のみで行う裁判所による裁定や罰則の担保のない制度として法制化されるに至った。

この現行制度では当事者間に当事者照会を巡って争いが生じた場合の措置、特に相手方当事者が当事者照会に誠実に応じない場合の措置に限られる。考えうるものとして、当該事実を口頭弁論に上程し、弁論の全趣旨の一環として裁判官の心証形成の材料とする、釈明の要件を満たす場合には求問権を行使する、相手方に弁護士が訴訟代理人としてついている場合には、当該弁護士の弁護士倫理違反を問うといった手段があるに過ぎない⁴⁹。当事者照会の運用の基準作り、当事者照会への誠実回答義務違反が弁護士倫理違反に該当する場合の懲戒といった弁護士会の関与がこの制度の定着に必要不可欠であると論じられている⁵⁰。

新民事訴訟法施行後の当事者照会手続の利用状況は低調であり⁵¹、当事者照会を通じた弁護士間での争点整理といった実務が定着するにはほど遠いのが現状である。

⁴⁹ 東京弁護士会民事訴訟問題等特別委員会編著前掲註 48、12-13 頁。

⁵⁰ 竹下ほか前掲註 46、170-171 頁〔田原、青山〕発言において弁護士会の積極的関与が求められている。東京弁護士会民事訴訟問題等特別委員会編著前掲註 48、14 頁にも日弁連が取り組むべき事項についてのアンケート結果がある。高取信哉「当事者照会制度と弁護士倫理」東京弁護士会弁護士研修センター運営委員会編『平成 12 年度春季弁護士研修講座』140 頁も、当事者照会と弁護士倫理の関係について論じており、当事者照会での弁護士倫理違反が懲戒の対象となることを前提としていると思われる。

⁵¹ 東京弁護士会弁護士研修センター運営委員会編前掲註 50。

V 日米の民事訴訟運営の接近となお残る相違

1. アメリカにおける民事訴訟運営の変化

(1) アメリカにおける管理者的裁判官の出現

本稿では、田中英夫らの指摘に基づき、英米における弁護士主導型訴訟運営が、英米における法曹一元制を支える要因の一つであり、日本の訴訟運営の弁護士主導化が弁護士任官の定着・法曹一元制への移行にプラスの要因として働くものと論じてきた。これに対しては、弁護士主導型訴訟運営あるいは論争主義 (adversary system) は英米法の伝統ではあるが、実務上すでに過去のものとなっているとの指摘がありうる。そこでアメリカにおける民事訴訟運営の変化について検討しておきたい。

確かに、アメリカにおける管理者的裁判官 (managerial judges) の出現と盛行は、アメリカの訴訟運営における弁護士主導型から裁判所主導型への移行を示す現象と見ることができる。

管理者的裁判官とは、英米における伝統的な裁判官像が、論争主義の下にトライアルにおいて当事者が提出する主張・立証を交通整理するアンパイアに徹し、トライアル前の事件に干渉し、証拠法則によるコントロールに服しない情報に接することを避けるものであるのに対し、トライアル前を含めた訴訟手続の全般にわたって事件管理 (case management) を行い、和解や救済内容の策定にも関与していくという裁判官像を指す⁵²。

Resnik は管理者的裁判官出現の背景として、公共訴訟⁵³に見られるような裁判所の継続的関与を必要とする権利・救済の出現、当事

⁵² Judith Resnik, Managerial Judges, 96 Harv. L. Rev. 376 (1982)。同論文の紹介として、加藤新太郎『手続裁量論』(弘文堂、1996) 94-109 頁。

⁵³ 公共訴訟 (public law litigation) の概念については、Chayse, The Role of the Judge in Public Law Litigation, 89 Harv. L. Rev. 1281 (1976)。日本における「現代型訴訟」との異同について、大沢秀介『現代型訴訟の日米比較』(弘文堂、1993)。

者によるディスカバリーの規制、司法資源の有効活用を掲げた事件管理の促進の動きを挙げている⁵⁴。これら Resnik が挙げる背景に加え、Schwarzer の議論に見られるように、弁護士の技能不足による論争主義の機能不全（特に刑事事件における被告人の弁護人の援助を受ける憲法上の権利⁵⁵ の侵害）に対処するために裁判所が後見的役割を果たすべきとする所説も見られる⁵⁶。

管理者的裁判官像には、裁判所による早期の段階での事案の把握、裁判所による積極的な手続のコントロール、裁判所の後見的役割への期待といった点で、日本における裁判所主導の訴訟運営における裁判官の役割と重なる部分がある。

(2) 日米の民事訴訟運営の相違点

しかし、アメリカにおける管理者的裁判官と日本の裁判所主導型訴訟運営における裁判官の間には依然として相違点がある。

日米の大きな相違点として、訴訟運営における第一義的な主導権の所在がある。アメリカにおいては、適正な範囲を逸脱することのないよう裁判官による事件管理の目が注がれるようになったとはいえ、訴訟運営の主導権、特にトライアル前の段階での主導権は、依然として当事者の代理人としての弁護士の手にある。Resnik が管理

⁵⁴ Resnik, *supra* note 52.

⁵⁵ アメリカ連邦憲法第 6 修正では、“In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ... to have the Assistance of Counsel for his defense.”と規定されている。判例法上、無能な弁護人の援助 (inefficient assistance of counsel) はこの第 6 修正の要求を満足しないと解されている (Strickland v. Washington, 466 U.S. 668)。弁護士の援助を受ける権利に関する判例法の現状については、Criminal Procedure Project, Right to Counsel, 90 Georgetown Law Journal 1579 (2002) が簡潔にまとめている。無能な弁護人の援助に関する判例法については、John Capone, Facilitating Fairness: The Judge’s Role in the Sixth Amendment Right to Effective Counsel (Mickens v. Taylor, 533 U.S. 162 (2002)), 93 The Journal of Criminal Law and Criminology 881 (2003), 882-886. の概説も参考とした。

⁵⁶ William W Schwarzer, Dealing with Incompetent Counsel: The Trial Judge’s Role, 93 Harvard Law Review 633 (1980).

者的裁判官登場の背景として指摘するように、アメリカではディスカバリーの拡充という、弁護士が事案調査に用いる手段の拡大が先行し、その濫用に対処するために、裁判所側の管理的権限を拡充するという流れを経てきた。当事者の事案調査能力を支える制度の発達が不十分であるために、釈明権行使などの形での裁判所による事案解明への積極的な関与を求めざるを得ない日本の場合とは裁判所の積極的関与の背景が大きく異なる。

日米のもう一つの相違点として、弁護士による活動が不十分な場合の裁判所の対応がある。日本においては積極的釈明や裁判官による補充尋問といった形で、当事者による主張・立証を実質的に裁判所が肩代わりする場合がまま見られと言われるが、アメリカにおける管理者的裁判官による積極的な関与は、(公共訴訟は別として)通常の民事訴訟事件では弁護士の活動が濫用的である場合には抑制し、不足の場合には活動を促すという形で、弁護士による適切な活動を監督・保証することに主眼が置かれている⁵⁷。

⁵⁷ 加藤新太郎は Schwarzer, supra. note 56 の所説を、弁護士の技能不足による弁護過誤を防ぎ、実質的当事者公平の回復のために裁判官の後見的役割に期待するものとして主として民事訴訟を念頭においた論文において紹介する(加藤新太郎前掲註 52、106-107 頁、同『弁護士役割論』〈弘文堂、新版、2000〉33-34 頁。)が、Schwarzer の所説が技能不足の公選弁護人による、被告人の弁護人の援助を受ける憲法上の権利の侵害が問題となる刑事事件を中心としたものであること、その刑事事件について Schwarzer が求める裁判官の介入も、弁護人のトライアル準備状況の確認、攻撃防御方法の放棄の際の十分な意思確認、技能不足の弁護人の譴責・解任など、弁護人の必要最低限の活動や注意を促すものを中心としていることには注意が必要である。Schwarzer 自身も民事訴訟においては、裁判官の後見的役割の根拠が実質的な論争主義の回復にしかないこと、裁判官の中立性や、弁護士と依頼者の信頼関係に影響を与えるおそれがあることに触れ、民事訴訟において裁判官は後見的関与により慎重であるべきと前提している (Schwarzer, supra. note 56 at pp.665-667)。連邦憲法第 6 修正を後見的関与の根拠としうる刑事事件においても、現在のアメリカの判例法では、無能な弁護人の援助を理由とする刑事有罪判決の破棄の審査において、弁護人の行為裁量を広く認めており (Criminal Procedure Project, supra. note 55; Capone, supra. note 55)、弁護士の技能不足による主張・立証の不備を裁判所が肩代わりすることを求めるものとはまではいえない。

2. 日米の民事訴訟運営の差異が弁護士の資質におよぼす影響

以上見たように、アメリカにおいても近時は管理者的裁判官像に代表されるように、裁判官にも民事訴訟の初期の段階での事案の把握が求められる場面が増えてきている。その面では、日米の裁判官の訴訟運営上の負担は接近しつつあり、弁護士主導型訴訟運営を弁護士任官の定着・法曹一元制への移行への足がかりとして求めることは、実体と乖離した英米法の論争主義の伝統という理念型に惑わされたものとの批判もあり得よう。

しかし、弁護士の資質におよぼす影響という点で日米の訴訟運営にはなお隔たりがあり、長期的視点からは弁護士主導型訴訟への移行によって弁護士の資質の向上を図ることが、弁護士任官の定着・法曹一元制への移行にもプラスに働くと考えられる。

アメリカの訴訟運営におけるように、裁判所が弁護士の活動を監督・保証するにとどまり、主張・立証を肩代わりするところまで踏み込まない場合には、弁護士の技能不足が裁判官の目にとまり、指導・監督権限が行使されることで、改善の余地のある弁護士であれば裁判所の監督に従って技能向上や職務態度の改善を図り、改善の余地のない弁護士であれば主張・立証の不備によって敗訴するということになる。アメリカのように多数の弁護士が存在し、その間で市場競争がなされ、さらに技能不足から敗訴した場合には弁護士団体による懲戒や元依頼者による弁護過誤訴訟にもさらされるという条件下では、技能不足の弁護士はあるいは技能の向上を図ることで生き残り、あるいは弁護士業務（より限定的な場合は訴訟業務）から撤退することになる。これに対して、裁判所が主張・立証を実質的に肩代わりし、弁護士の技能不足や怠慢を補うことは、短期的には当事者本人の権利の擁護につながるとしても、長期的には弁護士の資質向上および淘汰の機会を失わせることとなり⁵⁸、訴訟業務に居残る技能不足の弁護士による裁判官の負担の継続につながる

⁵⁸ 新民事訴訟法の評価においてこの点を指摘するものとして、三木前掲註 45。

り、また裁判官候補者の育成にもマイナスに働くであろう。

VI 法曹一元制・弁護士任官と適合的な訴訟運営を目指して

1. 当事者主導的訴訟運営を可能とする当事者権限の活用と強化

以上論じてきたように、英米においても論争主義の伝統に支えられた弁護士主導型訴訟は変容しつつあり、裁判官の早期の事件への取り組みが求められるようになってきているが、なお長期的視点からは日本においても弁護士主導型訴訟への移行を進めることが、弁護士任官の定着・法曹一元制への移行に対するプラスの影響をもたらすと考えられる。では、より具体的な課題としてはどのような取り組みが求められるであろうか。

第一に、現行法の運用における当事者主義的側面強化の方策として、文書提出命令や当事者照会を活用し、特に、当事者間の手続である当事者照会を通じて裁判所の事案解明の努力に依存することなく、事案の把握に努め主張・証拠の整理を充実する訴訟慣行の定着に裁判所、弁護士が努力することが求められる⁵⁹。

第二に、当事者主義的訴訟運営を可能とする当事者権限が十分であるかを検討し、不足している部分については立法的な強化を図ることが考えられる。2003年の民事訴訟法改正において成立した訴えの提起前における証拠収集の処分の制度は、当事者の早期の事案把握手段の整備として、当事者主義的訴訟運営に資するものと期待できる。

⁵⁹ 現状においては情報偏在型訴訟のみならず通常の訴訟においても、当事者照会制度等をテコに、当事者主導で主張・証拠の整理を行うべきという意識は弁護士の間でも比較的薄い。当事者照会制度について、弁護士の間では専ら情報偏在型訴訟での相手方からの情報入手の手段と位置付ける意見が大勢のようである(中島晃「情報開示制度の確立と弁護士の役割 一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』50巻4号98頁。横井大三「当事者照会制度と証拠開示」『判例時報』1599号3頁など)。

しかし、当事者主義的訴訟運営の条件整備という観点からは、現行の民事訴訟法は、1996年の民事訴訟法改正において、裁判所の管理的権限が強化されたことに比すると、なお当事者（の代理人たる弁護士）による早期の事案把握のための権限の強化が不足していると評価できよう⁶⁰。

2. 弁護士代理の一層の普及

弁護士主導型訴訟運営による裁判官の負担軽減という観点からの課題の一つが、弁護士代理の一層の普及である。本人訴訟では法的に意味のある議論を引き出すために、裁判所が一定の後見的関与をすることは避けられず⁶¹、裁判官の負担となり、また裁判官が後見的役割意識を維持する拠り所ともなる⁶²。

公設事務所や出張相談などを通じて弁護士過疎地域でも弁護士代理を充実すること、官公庁を当事者とする訴訟でも指定代理人（国の利害に関係のある訴訟についての法務大臣の権限等に関する法律）によるのではなく弁護士を訴訟代理人とするよう実務慣行を変革することなどが、問題となる。弁護士代理の普及は、弁護士会による弁護士倫理の面からの当事者照会制度の実効性確保の上で特に

⁶⁰ 三木前掲註 45 は 1996 年の民事訴訟法改正で導入された審理充実のための諸制度を、実効性担保のための制裁を設けない非制裁型スキームに則ったものと特徴付け、これが裁判所のパターンリズムと結びつくことの危険を指摘する。三木は、従来の当事者主義対職権主義の枠組みに代えて、当事者の自治的権限の強弱と裁判所の管理的権限の強弱からなる 4 つの組み合わせをモデルとして提示し、「高一高モデル」への収斂が自然な流れであり、日本の民事訴訟法においても「高一高モデル」を目指して、制裁型スキームの一部導入による当事者の自治的権限の強化が必要であると説く。「高一高モデル」の権限配分の下でも、権限行使の実情次第で弁護士主導型訴訟、裁判所主導型訴訟のいずれもありうるのであるが、弁護士主導型訴訟の条件整備として見る限り、正当な指摘である。

⁶¹ 三木前掲註 45 も、本人訴訟において自治的権限の適切な行使が期待できず、裁判所主導の訴訟運営が必要となることを認めている。

⁶² III 2(2)参照。

重要である⁶³。

訴訟過程における弁護士役割を重視し、弁護士代理の普及を提唱する著者の見解に対しては、紛争当事者本人による紛争解決を重視し、「本人訴訟原型論」を説き、法律家の紛争解決過程への非代理型関与・本人援助型関与を肯定的に評価する立場⁶⁴からの慎重論がありえよう。しかし、著者は訴訟過程における当事者本人の主体性を軽視するものではない。弁護士の技能不足・怠慢に対する当事者本人による監視の機会を設ける意味でも、いわゆる「Nコート」の試みに見られるような双方当事者本人の同席の上での審理⁶⁵は望ましいものと評価できる⁶⁶。しかし、裁判所の後見的関与によって、当事者本人による主体的な紛争解決を引き出すことには裁判所の中立性の外観が損なわれやすいなど限界があり⁶⁷、当事者本人の主体性・問題解決能力を回復・確保し、その真のニーズを訴訟審理に反映するにあたっては、裁判官よりもむしろ弁護士が第一次的な役割を果たすべきである⁶⁸。

⁶³ 当事者照会制度導入の契機となった情報偏在型訴訟で、官公庁の不誠実な回答により当事者照会制度が所期の効果を発揮し得ていないことを指摘するものとして、中島前掲註 59。

⁶⁴ 代表的な議論として和田仁孝『民事紛争処理論』（信山社、1994）（特に 183-186、252-259 頁）。

⁶⁵ 西口元「民事訴訟の汎用的審理モデルを目指して—大阪地裁における審理充実の試み」井上正三ほか編『対話型審理—「人間の顔」の見える民事裁判』（信山社、1996）80 頁。和田仁孝は「Nコート」方式での当事者本人の同席についても、当事者本人を専門的処理のための単なる情報源として訴訟手続の客体としての立場に位置づける方向性を持ちうるとして、当事者本人の関与の意義を確認し続けることが必要だと指摘する（和田仁孝「訴訟過程における当事者本人と専門性」前掲書 174 頁）。

⁶⁶ 当事者本人不在の場で積極的釈明による弁護過誤・懈怠の手当てがなされた場合、当事者本人には弁護加護・懈怠に気づきこれをただす機会がないが、当事者本人が在席する場で釈明が行われた場合には、当事者本人が代理人弁護士の能力・熱意などに疑問を抱く機会が得られよう。

⁶⁷ 本人訴訟における裁判所の後見的関与の限界について、アメリカの少額裁判所に関する議論を引きつつ論じたものとして、棚瀬孝雄『本人訴訟の審理構造—私的自治の裁判モデル』（弘文堂、1990）44-71 頁を参照のこと。

⁶⁸ 紛争当事者の主体性・問題解決能力の回復・確保は、アメリカにおける調停

3. 弁護士の資質向上の条件整備

最後に、裁判官の訴訟運営上の負担を軽減し、未来の裁判官を育てる視点から、弁護士の資質向上を促す条件整備が必要であろう。

司法制度改革審議会の意見書において法曹人口の大幅増が打ち出され、そのための取り組みが現実のものとなりつつあることは、弁護士人口増による弁護士間の競争の発生により弁護士の資質向上を促すという観点から歓迎されるが、弁護士人口増のみでは必ずしも弁護士の資質向上の動機づけにつながるとは限らず、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。

弁護士の資質向上の動機づけとしては、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が必要であろう。この点から、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態度は改めるべきものと考えられる。

幅広い積極的釈明を求める訴訟運営は、弁護士の技能不足が積極的釈明によってカバーされることで、弁護士の資質向上の動機づけと機会が失われることになり、十分な弁護士人口下での長期的な弁護士の資質向上にはマイナスである。加藤新太郎は、日本において弁護過誤が弁護過誤訴訟に至らない要因の一つとして、幅広い積極的釈明義務をはじめとする弁護過誤が裁判所によってカバーされるシステムの存在を挙げる⁶⁹が、裁判所の後見的関与は、弁護過誤の被害を当事者本人が被ることを未然に防止する代わりに、裁判所自らが弁護過誤の被害者として一定の負担を引き受けることになる。また、加藤は、弁護過誤訴訟が起きにくい要因の一つとして、弁護士会の綱紀委員会、紛議調停委員会による処理によって当事者本人の

(mediation)における手続主催者の役割として重視されており（レビン小林久子『調停者ハンドブック—調停の理念と技法』（信山社、1998）8—14頁）、和田前掲註64などの議論の背景にも同様の考え方がある。著者も紛争当事者の主体性・問題解決能力の回復・確保の重要性を認めるが、法廷外をも含めて紛争当事者本人との十分な接触の機会があり、かつ本人との間に信頼関係を築くべき立場にある弁護士がその任に当たることがふさわしいと考える。

⁶⁹ 加藤前掲註57、48—51頁。

不満が吸収されていることを挙げるが⁷⁰、これらの手続の利用が、問題とされた弁護士に反省を促し資質の向上を図らないし訴訟業務から撤退する動機づけを与えるものか疑問が残る⁷¹。もっとも、弁護過誤訴訟という形での弁護士の技能不足の追求は、訴訟費用や、実質的に先行訴訟を再現しその結論を覆すことを求められることなどによる主張・立証上の負担⁷²を被害当事者に負わせることから、弁護過誤訴訟における法解釈上の工夫⁷³や代替手段の整備⁷⁴については検討されるべきであろう。

また、依頼者による弁護士の選別が可能になるよう弁護士の従来の活動内容を潜在的依頼者に伝える媒体の整備も必要であろう。積極的な評価対象としての、弁護士の従来の活動実績や、消極的な評価対象としての弁護士懲戒歴などを、潜在的依頼者が入手できることが弁護過誤による依頼者の被害を防止する観点からも、弁護過誤による裁判所の負担を防止する観点からも求められる。

⁷⁰ 加藤前掲註 57、51-52 頁。

⁷¹ 弁護士懲戒手続の結果、業務停止、退会命令、除名の各処分(弁護士法 57 条)がなされた場合には、被懲戒弁護士は少なくとも一時的に訴訟業務から排除される。しかし、懲戒委員会が戒告処分や懲戒しないことを相当とする議決を行った場合、あるいは綱紀委員会が懲戒委員会の審査を求めないことを相当と議決した場合に、被懲戒弁護士の資質向上につながるかどうかは疑問である。

⁷² Schwarzer, *supra.* note 56 at pp.647-649.

⁷³ 一例として、弁護過誤の被害者による訴訟提起の費用的負担を事後的に救済するため、不法行為による損害賠償訴訟で認容損害額の 10%程度という基準で弁護士費用を加算している慣行を改め、弁護士費用等の訴訟費用に参入されない訴訟提起・維持費用の額を、損害賠償額の評価の際に、正当な支出と認められる限度で算入することなどが考えられるであろう。

⁷⁴ 懲戒事例を周知する等の方法で弁護士懲戒手続を被懲戒弁護士の資質向上ないし訴訟実務からの排除の効果を十分上げうるものとする必要があるであろう。なお弁護過誤・懈怠と裁判所が判断した弁護士を、当事者本人の申立を待たず積極的に弁護士懲戒手続の対象とすることも考えられるが、裁判所に弁護士懲戒のイニチアシブを与えることには、裁判所による弁護士統制の疑念が伴うため、弁護過誤訴訟におけるように当事者本人のイニチアシブによって弁護士の資質向上を図ることが望ましい。