

平成27年度特別研究会7（現代社会における法と裁判）

日 程 表

月	日	曜	実 施 内 容							
2	8	月	9:50	10:00	12:00	13:00	15:00	15:20	17:20	※
			開始あいさつ	基調講演 「民事裁判の現代的課題について」 [Redacted] [Redacted]	講演と意見交換 「現代の民事裁判における裁判所の役割」 東京高裁部総括判事 富田善範	講演 「現代社会におけるプライバシー、個人情報保護をめぐる状況」 [Redacted] [Redacted]				
	9	火	10:00	12:30	13:30	17:00			終了	
			パネルディスカッション 「現代の民事訴訟における審理運営の在り方について -研究者、当事者側から見て」 [Redacted] [Redacted] 弁護士 出井直樹	共同研究 「現代の民事訴訟の審理運営に関する実務上の諸問題」 さいたま地裁部総括判事 志田原信三						

※懇談会を予定

平成27年度特別研究会7（現代社会における法と裁判）

参加者名簿

高裁管内	本務庁	氏名	備考
東京	東京高裁	山口 均	
	東京地裁	松村 徹	
		佐久間 健吉	
		鈴木 千帆	
		戸室 壮太郎	
	横浜地裁	田中 寿生	
		大竹 優子	
	横浜地裁川崎支	西田 昌吾	
	前橋地裁	原 道子	
	静岡地裁沼津支	吉川 泉	
大阪	大阪高裁	藤野 美子	
		堀部 亮一	
	大阪地裁	菊井 一夫	
	京都地裁	神山 隆一	
	神戸家裁明石支	相澤 聡	
	大津地裁彦根支	本多 哲哉	
		眞鍋 美穂子	
		大野 博隆	
名古屋	名古屋高裁	吉岡 大地	
	名古屋高裁金沢支	石山 仁朗	
	名古屋地裁	浜本 章子	
広島	山口地裁周南支	竹内 浩史	
	岡山地裁倉敷支	杉本 敏彦	
福岡	大分地裁	藤田 光代	
	鹿児島地裁	藤倉 徹也	
	宮崎地裁	藤嶋 公彦	
	那覇地裁沖縄支	森脇 江津子	
仙台	仙台高裁	島村 典男	
	仙台地裁石巻支	佐藤 久貴	
	福島地裁いわき支	齊藤 恒久	
	青森地裁五所川原支	別所 卓郎	
札幌	札幌地裁	井川 真志	
	釧路地裁帯広支	福田 修久	
高松	高松高裁		
	高松地裁		

合計 33 人

<目 次>

はじめに	1
I 民事裁判への期待と対応状況	2
(1) 現代型訴訟における期待への対応	3
(2) 審理の充実促進と裁判官の役割	5
(3) 裁判の機能の多様性とその考察の視点	8
II 民事裁判の機能と裁判官の役割の考え方	11
(1) 裁判の正統性と機能拡大の考え方	11
(2) 判決による法形成	13
(3) 訴訟上の和解	17
(4) 審理構造の改革方向と規律手法の拡充	17
III 現代型訴訟対応における裁判官の課題	24
(1) 審理運営の在り方	24
(2) 法形成的判決の在り方	28
(3) 法形成的判決か和解か	32
むすび	32
質疑応答	33

○司会

それでは、本日は、■■■■■の■■■■■先生をお迎えして、「民事裁判の現代的課題について」というタイトルで御講演をいただきます。

■■■■■先生について、簡単に御紹介させていただきますと、■■■■■先生は■■■■■

■■■■■

■■■■■

御専門は法理学ないしは法哲学で、裁判にかかわるさまざまな御著書、論文等を書かれておられますので、皆さんもこれまでに随分といろいろとお世話になっているのではないかと思います。最近の著作としまして、この研修所での各種講演等も含めて、これまでの御研究成果を■■■■■という1冊の本にまとめておられます。

■■■■■先生にはこのたび非常にお忙しい中お時間を割いていただきまして、「民事裁判の現代的課題について」ということで、我々が日頃、民事裁判を進めていく上で考慮すべきさまざまな点について貴重な御示唆をいただけていると思っております。

それでは■■■■■先生、どうぞよろしくお願いいたします。

○■■■■■

はじめに

■■■■■でございます。司法研修所へ来るのは平成21年（2009年）以来ですが、こういった機会を与えていただき、ありがとうございます。

■■■■■

■■■■■

■■■■■

■■■■■

■■■■■

■■■■■

■■■■■

■■■■■

■■■■■

当初、「現代の民事裁判の実情と課題」という仮題をいただいたのですが、「実情」というのは外していただきました。私ども外部の研究者にとりましては、裁判の実情に関するデータに

どのようにアクセスするかは、制度的にも方法論的にもなかなか難しい問題でして、個々の事件の判決内容とか、裁判所が公式に発表する各種の統計化したデータは手に入れることはできるのですが、実際の裁判の審理過程や、裁判官をはじめ訴訟関係者の意識・行動の実態などについての第一次的情報へのアクセスは難しく、これらに関しては、ほとんど二次的文献による伝聞証拠的なデータや個人的な知見に頼らざるを得ないというのが現状です。ですから、学問的に異論のない仕方でこれが裁判の実情だというようなことを示すことはなかなか難しく、特に実際に裁判に携わっておられる皆さんの前でその実情などを話すのはとてもおこがましいので、「実情」というのはぜひ外していただきたいということで、こういうテーマに変えていただいた次第です。

それに加えて、個人的な理由として、民事裁判の実務や理論については、数年前まではロースクールで「司法制度論」とか「法曹倫理」などの授業を担当していましたので、その関連で、一応きちんとフォローしていたのですが、定年退職後はそれも怠っており、この講演を引き受けて、久しぶりに大学の図書室へ行って、いろいろ関連する文献を調べて俄勉強をしたのですが、実務の議論も理論的な研究も、どちらもどんどん進展していることを知り、従来の議論の枠組みも見直す必要があるのではないかなど、いろいろ考えさせられて、多少不安を感じたところもありまして、そういった意味では「実情」だけではなくて、「現代的」課題のほうもちょっと気が引けるということもございます。

こういった次第でして、現代的課題と言いましても、私の関心と能力から話せる内容は限られていますし、基本的には [REDACTED] で扱っているテーマと重なるのですが、この研究会の全体のテーマとの関連にも留意しながら、レジュメのような構成と内容でお話をしようと思って準備した次第です。ただ、私の不手際で、かなり欲張りすぎたレジュメとなっており、レジュメを送った後、実際に講演の原稿を整理していると、限られた時間内でとてもレジュメどおりに話すことは難しいことが分かりましたので、適宜テーマを割愛したり説明を簡略化したりさせていただくことを予めお断りしておきたいと思います。

I 民事裁判への期待と対応状況

それでは、さっそく本題に入らせていただきますが、まず民事裁判において裁判所あるいは裁判官に対してどのようなことが期待されており——裁判所と裁判官の使い分けは難しいのですが、一応、裁判所という制度・仕組みに関して期待されているものと、個々の裁判官に対して期待されているものとの、もちろん相互に関連しているわけですが、分けて考えることにし

ます——、そして裁判所・裁判官がそれらにどのように対応し、どういった問題が生じているかといった点について、私自身がどういう関心からどういうふうに見ているかということをござつと説明し、まず「現代的」課題を確認することから始めたいと思います。

(1) 現代型訴訟における期待への対応

現代的な課題といえば、やはり新しい判例の形成とか判例の変更など、いわゆる法形成的な、ルールメイキング的な判決を獲得しようとか、あるいはそういう訴訟が立法・行政レベルの政策形成にもいろいろな波及効果を及ぼしていくことを期待して提起されている、現代型訴訟、政策形成訴訟、公共訴訟などと呼ばれているタイプの訴訟が最も重要ではないかと思えます。

この種の訴訟は、実務的にはハードケースと呼ばれ、訴訟事件数全体の中では1割から2割ほどと言われ、数が少ないので、皆さんがそう頻繁に出会われる事件ではないと思えますけれども、社会的な注目を集める場合が多いし、判例集などに登載され研究者が関心を持つのもほとんどこのようなケースでして、裁判全体に対する社会的な信頼や評判に大きな影響を及ぼしており、これらの訴訟への対応がどうなっているかということに対する関心が強いわけです。

こういった訴訟には、いろいろ問題もあるのですが、訴訟戦略としてはだんだん洗練されて、広い意味での政治参加の一形態として定着しつつあり、現代の政治過程全体の中で裁判も政治過程の一環だという見方について拒否反応を起こされる方もまだおられるかもしれませんが、アメリカの政治学の教科書などでは三権の一翼である最高裁判所も政治的機関として分析されており、司法的政策形成(judicial policy-making)の研究も盛んです。日本の政治学の教科書については、私の記憶では、先日亡くなられた京極純一先生とかごく一部の方が裁判所を政策形成過程の中に位置づけて分析しておられるぐらいで、政治学者による司法的政策形成の研究もあまり例がないようです。

しかし、訴訟戦略的には玉石混交ですけれども、基本的にこういう訴訟は今後も減ることはないと思えます。そして裁判所外の各種のADRが整備されるようになると、裁判所へ持ち込まれるケースにはこういった訴訟が増えてくると予測されます。だんだんと主張内容が制度的にも法理論的にも裁判による直接的な救済が難しくなり、原告敗訴のケースが増えているにもかかわらず、現代型訴訟が増えているというのが実情です。

その理由は、裁判所の直接的な救済を得られなくても、訴訟を起せば、問題の提起、情報の公開、争点の明確化など、現実の政策形成・紛争解決過程においてそれなりの効果——政治社会学などにおいてフォーラム効果と呼ばれているものです——を持つわけですし、裁判をすること自体が、裁判に負けても、負けた判決が報道されれば、それだけで一定のインパクトがあ

り、それを通じて世論や運動が盛り上がりたりして、間接的に立法・行政レベルの政策形成も変わっていく可能性があることは、政治学的事実として否定しがたいわけで、そういう波及効果も期待されることの意義は現実には大きいと思います。

それともう一つ、これは裁判所にとって非常に大事なことなのですが、やはり権利救済に関して、特に生命・健康に関わる基本的な権利利益の救済に関しては、立法・行政よりも司法のほうが応答的であり、センシティブに対応してくれ、しかも少数者の声でもきちんと聴いて、公正・公平な判断をしてくれるという期待——そういう期待をしたのだけれども応えてくれなかったというネガティブなものも含めて——、こういう期待があるということは、裁判所の社会的役割を考える上で非常に重要でして、裁判所の現代型訴訟への対応の在り方を考えるにあたって、こういう期待や信頼があるということを押さえておく必要があります。裁判所は、様々な制度的制約のもとで、どれだけどのような仕方これらの期待や信頼に応えることができるのか、あるいは、応えるべきかということが、現代的課題として問われているわけです。

現代型訴訟の場合、訴訟当事者の互換性が欠けているケースが多く、情報や証拠の収集など訴訟の遂行能力に格差がどうしても生じがちです。当事者が多数であったり、同じような訴訟があちこちで分散して提起されたり、あるいは訴訟の成り行きによって影響を受ける潜在的利害関係者が多数であるケースも多いわけです。さらに、直接訴訟の対象になっている具体的な法的争点と一般的な政策問題との関連が非常に密接であって、なかなか切り離して審理することが難しく、どうしても審理の対象が広がり、審理が複雑化し長期化しがちです。これらの特徴のために、審理・判決に必要な情報をどのようにして収集するかとか、あるいは当事者間の情報収集能力の格差にどうケアするかなどの問題をめぐって、裁判官に対して釈明その他いろいろな後見あるいはパターナリズム的な訴訟指揮が期待されているケースが多いという一般的な傾向がみられます。

こういった裁判官への期待の高まりの問題を考えると気になりますのは、直接的な司法的救済が非常に難しいケースについて、最近では、最初から判決よりも和解における裁判官のいろいろな活動を期待した、いわゆる和解ねらいの訴訟が、通常の訴訟だけでなく、現代型訴訟でも増えてきていることです。このような和解ねらいの訴訟への対応については、審理の充実・促進との絡みで、なかなか難しい問題が出てきているのではないかと思います。

以上のような現代型訴訟がらみの期待に対する裁判所の対応姿勢については、全体的な印象ですけれども、フォーマルな法形成によって応えることには、特に立法・行政レベルの政策の批判とか変更要求とか異議申立てという性格が強い場合は、やはり自己抑制的過ぎるのではな

いかという見方が多く、私も基本的にそのように思っております。しかし、個別具体的な紛争解決や権利救済に関しては、本来立法レベルで、あるいは特に行政レベルで解決すべきと思われる事件でも、法形成的判決だけでなく、和解も活用して、かなり積極的に対応し、社会的にも受け入れられる成果を上げてきているケースが少なくないわけです。

このような裁判所の対応姿勢は、結局、裁判所がこういう事件に関して自分たちの役割を、特に立法や行政との関係、役割分担をどういうふうに認識ないし自己理解しているかという問題でして、非常に難しい問題で、裁判所としてあまりそのあたりいろいろ触れられたくない問題かもしれないのですけれども、外から見ているとやはりこのあたりが現代型訴訟における判決の分かれ目になっているケースが少なくないという印象があり、関心が強いわけです。

(2) 審理の充実促進と裁判官の役割

以上のような現代型訴訟における期待は、民事訴訟全体の中ではかなり特殊な訴訟における原告が裁判機能自体の拡大ないし拡充に対して持っている役割期待であり、そういった意味では少し特殊なものともみることができます。それに対して、広く訴訟利用者一般の期待としては、やはり審理の充実促進という問題との関連で裁判官に期待される役割が変わってきているということが最も重要な課題だと考えられます。もともと、この審理の充実促進との関係での裁判官の役割は、特に「現代的」というよりも、むしろ民事裁判に対していつも恒常的に向けられている要求ないし期待ともみることができるわけです。

審理の充実促進に関する現代的課題としては、以上で話したような現代型訴訟絡みの審理の充実促進だけを問題とすれば十分だとも言えるわけで、そういう面も確かにあります。しかし逆に、審理の充実促進ということは1990年代以降の一連の民事司法制度改革の最重要課題でして、一時は審理の実態について民事裁判の機能停滞とか機能不全ということも言われた時期もあるわけで、その頃からの課題であり、やはりこれは現代的課題として別個に取り上げる必要があり、むしろ現代型訴訟対応のほうがこの審理の充実促進の一環だという位置づけで検討すべき問題もあるわけです。

ですから、この審理の充実促進と現代型訴訟対応とは、民事裁判の現代的課題としては、どちらがより重要かということではなく、二つの同心円的な別個の問題で、部分的に重なり合っていると位置づけることができるのではないかというのが私の見方でして、現代型訴訟は特殊な事例だという観点からだけ見るのではなく、そこには民事訴訟一般の審理の充実促進という恒常的な課題が集中的に表れているという観点からも検討すべきテーマだということとして、このような見方からこの二つの課題を取り上げたわけです。

このような審理の充実促進の基本的な方向に関しては、協働主義とか協働進行主義と言われ、審理運営における裁判官の責任と権限を強化するだけでなく、当事者・弁護士の同意や意見聴取も取り込んで、当事者・弁護士にもっと責任と権限を持って審理過程に主体的に関与させ、三者関係における情報の収集・共有の円滑化によって審理の充実促進を図るために、従来の裁判所と当事者の役割分担も相互浸透的なものに再構築していこうという方向が基調になっているようです。

ここでは協働主義という用語を用いることにしますが、イデオロギー的な意味もあって、あまりいい言葉ではないかもしれないのですが、要するに裁判官と両当事者の協働(collaboration)ということをもットとする審理運営方式です。公的意思形成全般について、少し以前までは、利害関係者の「参加」ということがモットーとして掲げられ、その当時は、官の側は参加者の意見・要望をどのように受けとめるかという受け身的な対応に主たる関心が向けられていたわけですが、最近の「官民協働」とか「公私協働」という流れのもとでの対応は、もっと難しくなっており、官の側では、当事者が積極的に意見を言ったり参加したりするのを支援し促進する責任も負いながら、同時に自分の本来の責務も果たさなければならず、確かに権限は強化されますけれども、責任も重くなるわけで、「官民協働」というのは、響きはよいのですが、思想的にも実務的にもなかなか難しい発想でして、とりわけ裁判官の後見的あるいはパターナリズム的姿勢と当事者の主体的姿勢の調整という難しい問題がその中心にあります。

具体的には、訴訟審理における裁判官と当事者の役割分担に関して、従来は、裁判の実体形成について、事実の提出は弁論主義によって当事者、その認定は自由心証主義によって裁判官、法適用は「裁判官は法を知る」という原則によって裁判官、手続進行については、職権進行主義によって裁判官、というふうに考えられてきたわけです。しかし、裁判実務の現場では、裁判官と当事者の主たる権限・責任の分担を原理的にこのように考えるとしても、実際はそう簡単に分けられないということは、おそらく皆さんも実感されていることと思われまます。現に、理論上も実務上もこれらの役割分担に関する従来の諸原則の修正の試みがいろいろな形で行われてきております。協働主義のもとでは、これまでの諸々の試みをふまえ、従来の権限・責任分担の理解をベースにしつつも、これらの権限・責任を相互に交錯させて、裁判官の積極的配慮の責任を強化すると同時に、当事者の意向を尊重し、そのニーズに応えるだけでなく、当事者にもっと主体的な関与を求めることによって、審理を充実し円滑に進めることが目指されているわけです。

このような協働主義的審理運営によって、以前のいわゆる五月雨式審理から争点中心審理方式へと転換しようという方向は、一連の民事訴訟法改正によってこのような転換に向けての各種の手続的整備が行われたこともあって、地域によって差はあるようですが、基本的にはこういう審理スタイルが一般的になってきているようです。けれども、いろいろ問題も指摘されており、特に、争点整理が裁判官主導で行われて、弁護士・当事者には裁判官の釈明などのパターンリズム的な後見的配慮に依存ないし期待する姿勢が依然として強いことが問題視されています。最高裁の「裁判迅速化検証報告書」でも、一部の弁護士に力量の問題があることも相まって、口頭で当事者間の弁論や裁判官も含めた三者間の議論の活性化による争点整理という理想にはほど遠いことが指摘されており、全般的に依然として裁判官主導の審理が行われているのが実情のようです。

裁判官がこういったパターンリズム的な後見的役割を果たし続けているというのは、まさに当事者がそれを期待し要求しているから、それに応えているのだということになるかもしれないのですけれども、しかし、協働主義的審理運営が理想とする裁判官の役割からはやはり逸れているところがあるわけです。協働主義が理想とする方向へ裁判官の姿勢を転換していくためには、当事者、特に弁護士の姿勢転換と力量の向上が不可欠であって、しかも、こちらのほうが先決だということから、後ほど取り上げますように、いろいろと対応方策が提言されているのが現状ではないかと思われます。

こういった裁判官主導の審理運営と関連して、訴訟上の和解について、現状にはいろいろ問題があり、その位置づけ、活用の仕方、手続規律の在り方などを検討すべきではないかということが、以前から問題になっていたのですが、最近になってそういう声が一段と高まってきております。私も、審理運営一般の在り方だけでなく、現代型訴訟対応との関連でも、訴訟上の和解の在り方の検討が重要な現代的課題となっているとみております。

訴訟上の和解が民事事件処理の車の両輪だということ自体については全く異論ないのですが、しかし、訴訟＝判決手続と一体的に同じ裁判官が行うという、ADRとしての特殊性からみて、ADRの一種だから当事者の合意さえあればよいとして、現在のように、裁判官の裁量的判断と個人的手腕に大幅に依存した運用をこのまま続けていいのかどうかはかなり問題です。訴訟上の和解は当事者の同意が正当化理由になっているわけですが、実際は、当事者間の交渉にしろ、和解内容にしろ、裁判所がいろいろ面倒をみているのが実情で、当事者もそういうものとして訴訟上の和解を信頼しているところがあるわけです。

このような実態をみると、やはり理念と現実にはかなりずれがありますし、また、裁判官に

よって和解の仕方に相当のばらつきがあることが指摘されており、實際上、弁護士からの裁判官の訴訟指揮に関するクレームには和解の勧め方に関する不満・批判が圧倒的に多いわけです。しかも、これは法社会学者の調査ですけれども、和解の結果に対して裁判官も弁護士もどちらも満足で、うまくいったと思っているケースについて、当事者は、裁判官や弁護士が勧めるからやむを得ず和解案を受け入れたが、自分はその内容に満足していないと答えている者が意外に多いという興味深いデータもあります。

訴訟の審理過程全体が裁判官主導で行われているなかで、訴訟上の和解も裁判官の手續裁量事項の一環として行われているのですけれども、裁判所としては、あまりそこまでいろいろ手続的規律を云々されると、事件処理が円滑に行えなくなるから、現状のままでよいということになるのかもしれませんが、やはりある程度手続的規律を考えなければならない時期に来ているのではないかと思いますし、規律の基本的な方向についてもかなり議論が熟しているのではないかと思います。

ただ、申し訳ないですが、時間の制約で、訴訟上の和解の在り方については、今日は、重要な検討課題の一環であるという指摘だけにして、以下の説明でも、基本的には割愛して、ごく簡単に触れるだけにさせていただきます。

(3) 裁判の機能の多様性とその考察の視点

以上、少し性質を異にする二つの側面から民事裁判の現代的課題の問題状況をざっと説明したわけですが、次に、これらの課題がそもそもなぜ問題化してきたのかという背景と、これらの課題にどのようなパースペクティブからアプローチするかという方法論的な問題について、少し基本的なことを説明しておきたいと思います。これらの問題は、法理論的にはいろいろ問題があって難しいテーマですが、今日はごく簡単に要点だけしか話せませんので、詳しいことはレジュメの拙著の関連箇所を参照してください。

民事裁判の在り方をめぐる議論が難しくなっている根本的な背景は、裁判の様々な機能について、裁判実務において、従来から法律学的に考慮すべきあるいは考慮できるとされていたものよりもっと広く、これまで事実上の効果にすぎず法的な効果でないと言われていたものまでも、考慮に入れざるを得ない状況が様々な問題をめぐって顕著化していることだと思われます。

裁判の機能については、一般的に、規範的な次元と事実的な次元に分けて、レジュメの大雑把な図表で説明しますと、訴訟上の和解も含めて判決の機能と訴訟の手續過程の展開の機能、訴訟当事者に対する直接的効果と第三者・社会一般に対する間接的効果という二つの区分を組

み合わせてできる四つの機能領域のうち、基本的にⅠとⅡのみが法律学的考慮の対象となる規範的機能であり、ⅢとⅣは裁判実務において法律学的考慮の対象とすべきでない事実上の機能にすぎないとされてきました。そして、裁判の機能の拡大・拡充をめぐる最近の議論の背景には、一つは、裁判の最終的な結果である判決や和解の内容だけでなく、そこに至るまでの手続過程の展開も、裁判の機能として独自に重要な役割を果たしており、裁判官は、判決や和解の実質的内容に説明責任を負うだけでなく、訴訟の審理過程の展開における手続的正義の確保にも配慮し責任を持つべきだという動向、もう一つは、このような動向とも関連しますが、適正な判決や和解内容を判断したり審理の充実を図ったりする上で、ⅢやⅣの領域のように、従来は法律学的考慮の対象外におかれていた裁判の様々な事実上の効果のうち、一定のものは法律学的考慮の対象に入れるべきだという動向、これら二つの動向を裁判実務でも無視できなくなってきたという事情があります。

例えば、判例の先例的拘束力について、法律上の効力ではなく事実上の効力だとみるのが実務では依然として一般的なようですけれども、「法律上」と「事実上」は一体どう違うのかは、法理論的には非常に難しい問題でして、実務でも事実上の効力にすぎないから無視してもよいということにはなっておらず、判例の一定の制度的拘束力を前提に実務が行われているわけです。しかし、判例が一定の制度的拘束力を持つとして、一体判決を下すに当ってその判決内容が将来において持つ様々な事実的效果のうち、どのようなものをどこまで考慮することが法律学的に正統なのか、裁判官の正統な職務なのかについては、意見が分かれているというか、そもそも法律学的議論のテーマとしてフォーマルに論じること自体が避けられている嫌いがあります。訴訟審理など裁判の一連の手続過程の展開が、裁判外の紛争解決・政策形成過程に事実上様々な波及効果を及ぼすケースがあることは否定しがたい事実なのですが、それでも、裁判官が具体的な審理運営においてどのような波及効果をどのような仕方でも考慮に入れるべきかについても、同じような状況にあるわけです。個々の裁判官によっても、また、裁判官と弁護士の間でも、これらの問題についての意見・姿勢にかなりの違いが見られます。

法律学は、もともと裁判の様々な事実的效果のうち、ある一定のものだけを法学的な規範的問題だとして、それらを考慮して法的観点から個別具体的な法的紛争について判断を下すという思考様式を特徴としており、そういった意味では一種の思考中断というか、視野限定をして、このように考察範囲を限定しているからこそ、その範囲内では法的に正しいか間違っているかを二分法的にきちんと判定できるという仕組みになっているわけです。ところが、従来は法律上の問題ではないから法律学的に考慮しなくてもよい、あるいは、考慮すべきでないと言われて

いた裁判の様々な事実上の効果についても、裁判に向けられている機能の拡大・拡充の期待に適切に応えるためには、何らかの仕方でも法律学的な考慮の対象内に取り込まざるを得なくなってきたというのが、裁判に限らず、現代の法システム全体を取り巻く政治社会学的状況です。

このような問題状況にアプローチするにあたって、最近では、法や裁判に対する「内的視点」「外的視点」という区別がよく用いられます。ごく大雑把に言いまして、裁判などの法的実践は、特定の実定法秩序の制度的正統性を基本的に承認して法的観点を共有している人々の間で初めて有意味に成り立つ規範的な活動だという理解を前提にして、このような法的観点を共有して法的実践に携わるのが「内的視点」で、このような法的観点を必ずしも共有せずに、特定の実定法秩序に規範的に拘束されずに、外部から自由に観察して記述したり批判したりするのが「外的視点」だ、というように区別されます。例えば、裁判の過程や機能に関する政治学・社会学などの経験科学的考察は外的視点からの考察の典型であるのに対して、裁判官や弁護士の実務、民訴学者の学説提唱などは、内的視点からのものでなければ、法律学的な意味はないというのが一般的な了解です。

しかし、内的視点と外的視点は、原理的にはこのように分けられるのですけれども、裁判の規範的效果と事実に効果の区別が実際上難しく、その境界線も流動的であるのと同様に、内的視点と外的視点の実際上の区別が難しい事例もあり、その境界線も、流動的であるだけでなく、相互に交錯していることを認識することも重要です。裁判の役割が、具体的紛争の全面的解決ではなく、法的観点からの個別体一面的な解決にすぎないと限定しても、「法的」かどうかを識別する基準自体に不確定なところがあり、具体的紛争のどの側面が「法的」対象となるのかにも流動的なところがあるわけですから、外的視点と内的視点もそう截然と区別できるはずはありません。

法や裁判への外的視点に様々なものがあるのは当然だとしても、内的視点についても、実はその内部で様々なヴァージョンが考えられ、実定法秩序の基本的な正統性を承認することは裁判官にとっては職業倫理上の義務だと言っても、憲法を頂点とする実定法秩序全体の中で個々の法規定とか法制度について、憲法に照らしてその適合性が疑わしい場合にどうするのかという問題もあり、現にある実定法秩序全部にいつも全面的に拘束されることまでは、内的視点も要求していないわけです。コミットした内的視点と距離をおいた内的視点などの区別も行われており、基本的に内的視点をとる法律家の間でも、かなりな違いがありまして、裁判官の場合と弁護士の場合と法学者の場合、さらに法学者の場合でも実定法学者の場合と法理学者の場合ではどうしてもずれがあるのです。例えば、後ほど触れます現代型訴訟におけるいろいろな訴

訟戦略についても、弁護士が次々に考え出す訴訟戦略に裁判官がとる対応をみていますと、基本的に内的視点をとっていても、外的視点への配慮の仕方や個々の法的規定・制度の規範的拘束力の考え方に相当のずれがあり、このことが現代型訴訟対応における審理の進め方や判決内容に関する意見の分かれ目になっていることが多いように見受けられます。

内的視点と外的視点の関係についてはいろいろ難しい問題もあるのですが、ここでは、裁判官が憲法を頂点とする実定法秩序全体に対して基本的にコミットした内的視点をとる法曹倫理上の義務があるとしても、個々の現行法規の制度的制約をあまり固定的に考えるのは適切ではなく、他の様々の外的・内的視点やそれらの知見の独自の意義も認めて、必要に応じてそれらの視点・知見からも学ぶという、いわば開かれた姿勢をとることのほうが重要で、あまり視点の区別にこだわって、硬直した現状墨守的姿勢に固執しないようにしていただきたいということだけ指摘して、次のテーマに進ませていただきたいと思います。

II 民事裁判の機能と裁判官の役割の考え方

レジュメのIIに進みまして、以上で確認した現代的課題の二つの問題群を、裁判機能と審理運営に関する一般的なものと、現代型訴訟対応特有のものに分けて、順次説明していきたいと思います。

(1) 裁判の正統性と機能拡大の考え方

裁判官の役割は、基本的に裁判という一定の制度的枠組みのもとでの制度的役割として規定されており、裁判官の職業倫理も制度的な役割倫理ですから、そもそも裁判自体が制度上どのような役割を果たすべきだとされているのか、裁判の制度的に正統な役割自体をどのように考えるべきかという、制度論的な規範的問題を押さえておく必要があります。このような裁判の制度的役割に関する一定の規範的な理解を前提にして、実際の裁判実務とか法解釈論などが行われているわけです。

現行の司法的裁判の制度的枠組みをどう理解するかについては、「法による裁判」ということから、一般的な実定法規範に準拠するという規準面を中心に議論されがちです。しかし、規準面だけではなく、裁判の公開や当事者主義的審理への参加保障という手続面、裁判の対象が対立当事者間の具体的な権利義務紛争の事後的個別的解決に限定されているという対象面、この三側面の規制原理が相互に規定し補完しあいながら関連し合って、全体として裁判の構造的性質を形成し、判決内容だけでなくその手続過程も含め、裁判の正統性を識別する基準となり、裁判が本来的に果たすべき役割を規定し、その正統に果たしうる機能の可能性と限界を確定し

ているというように、三側面の制約原理を統合的に考慮しつつ裁判の在り方を考察する必要があります。

その場合、裁判の固有の機能と補足的・代償的機能という分析枠組みと組み合わせて考えることが重要でして、固有の機能というのは、裁判がそもそも裁判という名に値するために最小限果たさなければならない機能で、これは、裁判を取り巻く政治社会の状況がどうであろうと、外的状況に左右されずに、裁判がそのアイデンティティーを保持し続けるために当然果たさなければならない性質のもので、具体的には、当事者主義的審理への参加保障のもとで事実認定をきちんとし法適用を適正に行い、当事者間の具体的な権利義務関係を明確に特定化して確定することです。

それに対して、補足的・代償的機能というのは、本来ならば裁判所以外の機関・手続でもできる、あるいはやるべき機能だけども、それが適切に果たされていないから、それを補ったり、それに代わったりして裁判所がやらざるを得ない、やるべきとされる機能です。これは、裁判を取り巻く外的な環境、特に裁判外の紛争解決・政策形成過程が健全に動いているかどうかということや、社会一般がそういった役割をどの程度期待しているかといったことなどと相関的にしか決められないものでして、外的環境を考慮しつつ何がやれるかやれないかを判断しなければならない性質のもので、しかも、そういう判断をするときに固有の機能を損なわないかどうかとか、固有の機能を実現するために必要不可欠かどうかというように、固有の機能との関係も考慮しなければならないという微妙な問題もあります。

以上のような司法的裁判の制度的枠組みの三側面の統合的理解や固有の機能と補足的・代償的機能という分析枠組みは、基本的に法理学的な理論枠組みですが、詳しいことは割愛しますが、民事訴訟目的論の争点や議論動向への対応をも意識した理論構成でして、これらの理論枠組みを用いて問題状況を分析すれば、民事裁判の機能の拡大・拡充をめぐるいろいろな問題がなぜ生じているのか、また、それらの問題にどのように対応すればよいのかなどの考察に役立つのではないかと考えております。

このような理論枠組みで考えますと、二つの問題群のうち、審理の充実促進のほうは、主として裁判の手続面における固有の機能にかかわる問題であり、それに対して現代型訴訟対応のほうは、基本的には補足的・代償的機能にかかわるのですけれども、判決による法形成については、固有の機能を果たすために一定限度の判決の法形成が不可欠であり、そうしないと固有の機能自体が適正に果たせなくなるという面もあることが問題を一層難しくしています。さらに、訴訟上の和解については、裁判の三側面の制約原理のすべてとの関連で整合性の問題があ

り、基本的に補充的・代償的機能なのですが、固有の機能の円滑な実現にも役立っている面があるという、同じように複雑な問題を抱えております。このような大まかな見当付けのもとに、それぞれもう少し具体的に説明を試みてみたいと思います。

(2) 判決による法形成

まず「判決による法形成」についてですが、私は、この問題を裁判による紛争解決と政策形成という概念枠組みで議論してきているのですけれども、紛争解決が「法的」機能であるのに対して、政策形成は「政治的」機能だと理解され、拒絶反応を示される方もいます。しかし、社会的制度の機能や過程の基本的な分析概念として、紛争解決か政策形成かという二者択一的な区別あるいは対立概念ではなく、両者はオーバーラップしていて、制度の様々な問題解決機能・過程を個別性と過去志向性か、一般性と将来志向性か、どちらに焦点を合わせてとらえるかという区別です。裁判の機能の拡大の在り方を考える場合でも、裁判が紛争解決機能を果たしながら、それと両立する形で、あるいはその機能を促進する形で付随的に果たし得る、あるいは果たすべき政策形成機能とはどのようなものかということが問題となるわけで、この問題は、当然、裁判実務の在り方に関する法律学的な規範的問題として取り組まなければならないテーマなのです。

そこで、判決による法形成の制度的正統性についてですが、わが国のように、制定法を中心とする成文法主義のもとでも、判決による法形成が必要不可欠だということは共通の了解事項であり、判例法主義ではないから、判例は法源ではなく、判決による法形成の制度的正統性も認められないというような論法は、もう最近では聞かれません。そして、法形成という概念についても、最近では、ルールメイキングとか法的規準の明確化などの表現が用いられ、司法的立法として、立法とばかり対比してその正統性を論じることを避ける傾向もみられます。法形成機能を、厳格な意味での法の継続形成、つまり制定法の欠缺の補充や制定法の訂正に限定せず、制定法の解釈でも、特に一般条項や規範的概念などの解釈適用の場合とか体系的解釈や目的論的解釈の技法が用いられる場合には、具体的事例ごとに判決によって実定法の規範的内容が個別的に特定化されることによって、ある程度一般的な法的規準が定立され、一定の範囲内で実定法規範全体の意味内容が補充的に継続形成されてゆくという、広い意味での法形成が行われているという裁判実務の実情を踏まえ、制度的正統性はあまり問題にせず、このような法形成がどのような領域でどのような事例についてどういう条件があれば、どのような仕方で許されるのか、あるいはそうしなければならないのかというカズイスティックな問題に主たる関心が向けられております。このように、判決による法形成の概念を広く緩やかにとらえるこ

とには、マイナス面もありますが、このような機能が裁判の固有の機能の実現の一環として、司法の固有の権限に含まれていることを認識させ、裁判官が判決による法形成に対して過度に自己抑制的な姿勢をとることを是正するのにプラスになる面もあります。

判決による法形成の概念を、このように緩やかにとらえるにしても、こういった法形成の具体的な在り方の問題を考えるときに、権力分立制とか民主制——単に民主制というよりも、立憲民主制と限定したほうが適切だと思いますけれども——といった制度原理が一定の制約を課しており、判決による法形成には超えがたい制度的限界があることは否定しがたい事実です。

ただ、実定法システム全体のダイナミックな作動過程をみると、立法機関だけで、法の形成や実現、あるいは権利の形成や保護・救済を全てできるわけではなく、このような法や権利の形成とか実現のプロセスには、裁判所も行政機関も、それぞれ独自の仕方に関与し一定の役割を果たしているわけです。また、国会が国民の多数意見を反映した民主的な機関だと言われるのですが、しかし、行政機関も裁判所も、それぞれの仕方でも国民各層の意見や要求を汲み上げて、やはり一定の民意を反映しているわけです。確かに、立法機関は重要な民意の反映のチャンネルであり、憲法上、国会が唯一の立法機関であるとされているのですが、だからといって法形成の権限が全て国会に独占されるというものではないという、政策形成過程の実態を直視することが重要です。

やはり三権がそれぞれの制度的役割に適した仕方でも一定の民意を汲み上げ、三権相互のチェック・アンド・バランス関係の中で調整して、民意を全体として適正に反映し、政策形成過程全体の健全な作動を確保する仕組みであるわけです。特に、違憲審査権を与えられ、行政事件も通常の司法裁判所が行っているわが国のような仕組みのもとでは、裁判所がやはり個々の事件に即して社会各層の民意をタイミングよく汲み上げ、裁判独自の仕方でも法の形成や実現、あるいは権利の保護・救済に関与し、立憲民主制の下での法や権利の形成・実現の憲法適合性を保障するという役割を担っているのだという全体的な仕組みの中で判決による法形成機能の在り方を考える必要があると思います。

この判決による法形成機能については、立法との関係を中心に議論されがちなのですが、現代国家は行政国家と言われていいますように、法の実現にしる、権利の保護・救済にしる、その実際のプロセスにおいて行政の占めているウエイトは非常に高く、判決による法形成が期待されている領域としても、行政過程の政策形成に対する司法的チェックということが最も注目を集めております。現代型訴訟の場合も基本的にそうですけれども、法の実現とか権利の保護・救済における司法の役割の在り方については、立法よりも行政との役割をどう再調整する

かという問題のほうが、むしろ重要ではないかと思えます。判決による法形成の在り方を考える場合でも、現在では、立法との関係よりも、行政との関係で考える必要のある事例が増えてきています。

このように、立憲民主制の下での民事裁判の役割、特にその法形成機能の在り方を立法・行政過程の現況と相関的に考察するというアプローチについては、竹下守夫先生がレジюмеに挙げている「民事訴訟の目的と司法の役割」という、新権利保護説を提唱された論文の中で裁判の法形成機能の正統性を強調されており、実定法規範の規定している「権利」の問題と、そのような権利を具体的に「救済」する手続・手段の問題とを区別され、救済に関する法形成は司法固有の権限であり、もともと裁判所の裁量による創造的活動に委ねられているのだとおっしゃっているのが、重要な検討の手がかりになると思えます。竹下先生は、「権利」の領域でも、実定法規範は開かれた構造を持っており、新しい権利など、いろいろな権利の継続形成についても、立法がすぐに対応できない場合には裁判所の法形成が許されてよいという見解も示されています。要するに、「救済」の領域はもともと裁判所による法形成が積極的に独自の権限として行われる領域であるだけでなく、「権利」の領域でも一定の条件の下で裁判による法形成が許されるという見解ですが、この見解は、判決による法形成の在り方を具体的に考えるときに、基本的な方向づけとして大変参考になると思えます。

先ほど話した司法と立法や行政との役割分担の調整についても、「権利」の領域では主として立法との役割分担が問題になるのに対して、「救済」の領域ではほとんど行政との役割分担が問題になるわけです。今般の行政事件訴訟法改正においても、従来は行政の役割だということと司法の自制が説かれていた領域についてももっと踏み込んで司法的判断ができる枠組みが創られたわけですが、新しい訴訟類型に関する規定など、基本的に「救済」の領域における司法の役割の明確化ないし強化に関するものが多いわけです。具体的に何が「救済」の問題かについて学説上争いがありますけれども、「救済」という領域が裁判所の固有の司法権限としてあり、そこでは立法よりむしろ行政との権限の再調整が主たる問題だということを念頭に置いておくことは、個別事例において法形成的判決を下すべきかどうか判断する際の原理的な方向づけと重要なヒントになるのではないかと思えます。

全般的に、裁判所は法形成における立法と司法の役割分担について、行政との関係の場合以上に自己抑制的過ぎるのではないかとみられておりますが、立法に対する姿勢と行政に対する姿勢にある程度違いが生じること自体は制度上一理あるのですけれども、個々の事例にどのような姿勢をとるかの判断は行政よりも立法の場合のほうが難しいのではないかと思えます。

例えば、昨年末に下された最高裁の夫婦同姓規定合憲判決でも、法廷意見を読みますと、現行の法制が女性に不利益を及ぼしているという事実は認めつつも、しかしその是正は立法によるべきだという見解が示されており、夫婦同姓規定自体の法的合理性よりも、立法と司法の役割分担をどう考えるかということのほうが、合憲か違憲かの判断の決め手として大きなウエイトを占めているのではないかと、うかがわせるところがあるのですが、こういう考え方をうかがわせる判決は、従来合憲判決についても結構みられたわけです。しかし、この夫婦同姓・別姓問題については、ずっと以前に法制審議会でも専門家の議論を経て選択的別姓を許容する改正要綱草案が示され、そういった意味では法曹集団としての意見はまとまっていたにもかかわらず、保守派の一部議員の強硬な反対意見があつて政府が法案を国会に提出できないという、政治学的にみて明らかに立法過程の歪みのせいで、改正ができないという状況が長く続いているわけです。国民の世論の動向がどうなのかという考慮要因は残りますが、竹下先生のような考え方からすれば、最高裁は改正要綱案の方向にそつて違憲判決を下すことが許容されてもよいケースだったと考えることもできるわけです。

法形成的な判決を下す領域やタイミングを見定めることは非常に難しく、適切な法的理論構成が可能かどうかということ以外にもいろいろなファクターを総合的に考慮して判断しなければならないのです。以上のような立法過程の現状の考慮とともに、判決結果が法曹集団あるいは社会一般に納得のゆくものとして広く受け入れられるかどうかを見極めることも重要なファクターです。

分かりやすい例では、過払利息に関する一連の最高裁の判決などは、貸金業界全体に死活的なインパクトを及ぼした典型的な法形成的判決でして、それらの判決の結論には、もちろん業界自体、さらに族議員などは強く反対し、途中で議員立法による巻き返しもありましたけれども、最終的にはそれらの抵抗を押しつけて、法曹集団内部だけでなく、関係行政機関や社会一般によつても受け容れられたわけです。

これらのケースで最高裁が法形成的判決に積極的であつたのは、基本的に竹下先生の言われる「救済」の問題だからというふうに理解できる面もあるのですけれども、やはり、それぞれの判決を読むと、最高裁判事の間では、それらの判決内容について、これならば社会的に受け容れられるだろうという見通しがあつたことが大きいのではないかと推測されます。個々の判決の法的理論構成を比べると、反対意見の理論構成のほうが法廷意見よりも理路整然としており、結論を括弧に入れて評価すると、ロースクールの学生の試験の答案などとして採点すると、反対意見のほうに高い点を与えてもよさそうなものもありまして、判決の結果が法的理論構成

の優劣だけで決まっているわけではないことは歴然としているわけです。

昨年末に同時に下された最高裁判決では、夫婦同姓規定と再婚制限規定が、それぞれ合憲判決と違憲判決に分かれたのですが、この違いも多分、それぞれの規定の法的合理性自体の判断よりも、それぞれの判決の結論が社会的に受け容れられるかどうかの見通しの相違によるところが大きかったと推測されます。このあたり、判決のいわゆる実質的な理由づけについては、判決理由の中で必ずしも明示されていないことのほうが多いので、裁判所あるいは個々の裁判官が具体的な判決作成においてどのようなファクターをどのような優先順位を付けて考慮に入れているのか、外部からはなかなかうかがいにくいのですが、幾つかの代表的な類型の判決を対比検討し、少し系統的に分析して、裁判官が法形成的判決を下す際に実務慣行としてどのような要因をどのように考慮すべきと了解しているか、様々な実質的理由のチェックリストのようなものを析出できれば、法形成的判決の在り方を考える貴重な手がかりが得られるのではないかと思います。もっとも、このあたりは、もう裁判所自身の仕事というより、私ども研究者の仕事なのでしょう。

(3) 訴訟上の和解

「訴訟上の和解」については、審理の充実促進の一環としても、また、現代型訴訟対応との関連でも、重要な現代的課題として少し詳しくお話する予定で準備していたのですが、時間の関係で割愛させていただきます。先ほど話したような訴訟上の和解の実情からみて、いくらADRだからといっても、訴訟手続を担当する同じ裁判官がその手続に付随して公権力を行使して運用する以上、すべてを個々の裁判官の手腕にゆだねている現状はやはり問題です。裁判官にも弁護士にも使い勝手がよい現状のままがよいと考えておられる方が多いとは思いますが、もう法律専門家さえ納得しておればよいという時代ではありませんから、公共的機関としての裁判所における裁判官の公権力行使の一環である以上、相応の手続的規律が必要な時期を迎えていると考えられます。現状の問題点や手続的規律の方向につきましては、垣内秀介教授がレジュメに挙げた最近の論文以外にも、以前から一連の論文を発表され議論をリードされてきており、基本的に賛同される民訴法学者も増えており、制度的・実務的な対応を具体的に検討する機も熟しているのではないかと思います。

(4) 審理構造の改革方向と規律手法の拡充

次に、「審理の構造改革と規制手法の拡充」というテーマに話を移しますが、審理の充実促進のために裁判官が果たすべき役割は、単に訴訟当事者の現実の期待にどのように応えたらいいのかという観点からだけではなくて、訴訟当事者の期待には、一般的にも、あるいは現代型訴

訟に限っても、やはり問題のあるものも含まれているという認識が考察の原点です。裁判の利用者である当事者が要求していることに裁判官がとにかく応えれば、当事者も弁護士もそれで満足しているのだから、それでいいではないか、という話ではないわけです。やはり、以上で話したような裁判の機能の拡大・拡充の在り方という制度論的な正統性の問題を踏まえて、裁判官の役割倫理を確認した上で、それを前提に、個別事例ごとに訴訟当事者の能力・関心や弁護士の手腕などを見定めながら、協働主義的審理の新たな規律原理の目指すところを実現するためには、当事者・弁護士の期待にどのように対応していくべきかという、いわば二段構えの考察をしなければならないわけであり、理想と現実のギャップにどう対応するかということで、多分、皆さん苦勞されるのではないかと拝察いたします。

(i) 協働主義的審理運営のもとでは、裁判官だけが一生懸命その責務を積極的に果たすというのではなくて、両当事者にも応分の努力をしていただき、三者間の円滑な協力・連携があって初めてうまく事件が処理できるということが前提です。裁判官は、訴訟当事者の主体的関与を促進・支援するために、当事者に対してだけでなく、弁護士がついている場合には、その弁護士に対しても、いろいろと配慮し要求せざるを得ないのですが、これはなかなか難しいところがあるわけです。

そういった難しい問題が集中的に現れているのが、裁判官の訴訟指揮、特に釈明の在り方の問題ではないかと思われます。この裁判官の釈明の在り方は、実務的にも理論的にも重要な問題なので、これまでいろいろと議論されてきているわけですが、日本の裁判官は、やはり「勝つべき者を勝たせなければならない」という責任感が非常に強く、自分のイニシアティブで法律上・事実上の関連情報を集めて直接事件の真相をつかんで、真相に合致した適切な解決を図ろうとする、いわゆる実体志向的な姿勢で釈明を行う傾向が強いと言われていて、当事者や弁護士も裁判官のこのような訴訟指揮に依存して審理が進められることにさほど違和感を持たず、ほとんどのケースでそれに満足しているということが、「迅速化検証報告書」などでも指摘されています。

しかし、協働主義的審理運営のもとで期待されていることは、必ずしもこのような裁判官主導の運営の強化という現実ではなくて、裁判所が事件の解決にとって重要と考える論点を、必要に応じて当事者間の証拠収集・訴訟遂行能力の格差にも配慮しながら、適宜指摘して立証を促し弁論を尽くさせ、当事者間の弁論自体を充実し活性化させることによって、当事者間の攻防を通じて事案を解明し真相を浮かび上がらせることを目指して、もっと手続過程志向的な方向に転換しようというのが協働主義の理想であったはずですが、改革を推進された裁判官や民訴

学者の議論も大体そういう方向だったと理解しているのですけれども、実務は必ずしもそのような方向に向かっていないようです。

確かに「勝つべき者を勝たせる」こと——「正義必勝」とも言われるようではありますが——、このことが裁判に対する利用者だけではなく社会一般の信頼の獲得にとって重要なものであることは否定できません。しかし、ハードケースなどでは、どちらが勝つべき者か自体がはっきりしないから訴訟になったので、審理を進めて、いろいろ主張を聴いて証拠を調べても、なおどちらが勝つべき者かよく分からないケースも結構あるわけです。このことなどを考えると、ルーティンケースならばともかく、少なくとも現代型訴訟などでは、やはり釈明の在り方について、より手続過程志向的な姿勢を強め、両当事者に弁論を尽くさせて、その攻防を重ねるプロセスの中で事案が徐々に解明され、誰が勝つべき者かも分かるようになるという方向に向かう必要があるのではないかと考えております。

しかし、なかなかこのような方向への重心移行が難しいのは、やはりそのためには、当事者、少なくとも弁護士の姿勢の転換と力量の向上が不可欠でして、弁護士がきちんとした主張・立証をしないと、弁論主義のもとでは、裁判官もきちんとした判決を書きにくいという仕組みになっていますので、当事者だけでなく、弁護士の姿勢の転換や力量の向上にまで裁判所が配慮介入しなければならないという事情が、現在のような実務の状況の背景にあるわけです。

(ii) この問題に関連して、裁判官のパターナリズムによる弁護士の協働的活動の促進・支援の在り方について、現行の証拠収集・提出や争点整理などの手続が基本的に非制裁型スキームであるのを、時期に遅れた攻撃防御方法の失権効の強化などによって、より制裁型スキームに転換することの可否などをめぐって、レジュメに挙げています三木浩一教授、須藤典明判事、山本和彦教授らが、民訴雑誌のシンポジウム報告や基調講演などをもとにした論文のなかで、大変興味深い議論をしていらっしゃいます。

現行の非制裁型スキームが裁判官の手続裁量の範囲を広げて、弁護士の裁判官のパターナリズムへの依存傾向を強めているから、もっと制裁型スキームにすべきだという意見に対して、実務の実情から見れば、必ずしもそうとは言えず、制裁型スキームにもいろいろ難点があり、制裁型スキームに転換したからといってうまくいくものではないのだという意見が対立しているというのが基本的な議論構図のようですが、個々の論点について具体的にどのように考えたらよいのかということになると、実務の実情に不案内な私などには判断しかねるところがあります。ただ、この論争をフォローしていて、法理論的に非常に興味深く重要な問題が含まれており、皆様の実務的な対応の在り方を考えられる際に念頭に置いておかれると参考になりそう

に思えたので、その問題を二つのテーマに分けて指摘しておきたいと思います。

一つは、裁判官のパターナリズムの在り方ですが、この問題はいろいろな観点から論じられていますけれども、裁判官に限らず、弁護士も含めて、法曹の司法サービスというのは基本的にはその利用者のための活動ですから、利用者の利益を保護するために必要に応じてパターナリズム的——いろいろな理由から、パターナリズムという用語自体あまり適当でなく、「後見的」というだけのほうが無難だと思いますが、ここではこの用語を使うことにします——対応をすること自体は、そのプロフェッショナル倫理の一環であり、一般論としては特に問題はなく、問題となるのはその具体的な在り方です。

パターナリズムの特徴として、「本人のため」という点は不可欠なのですが、パターナリズムにも幾つかの類型区分があり、典型的なパターナリズムは、本人の保護・利益のために直接本人自身に配慮介入するタイプであり、自動車の運転者にシートベルトの着用を義務付けるという事例などです。このような直接的パターナリズムの他に、間接的パターナリズムといひまして、一定の薬品の使用者が副作用などの被害を受けるのを防止して保護するために、その薬品の製造や販売について規制する事例のように、利益を保護される者と規制などの介入を受ける者とが別人であるタイプのパターナリズムも広く行われているのですが、こちらのタイプについては、本人とどのような関係がある場合にその関係者にどの程度の配慮介入が許され、その正当化理由をどのように考えるかなど、難しい微妙な問題があります。

裁判官の当事者に対するパターナリズムについて考えてみますと、本人訴訟の場合に、裁判官が訴訟手続を円滑に進めるために本人に対していろいろパターナリズム的な釈明をすることはある程度やむを得ないこととして、当然視されており、あまり問題にならないようですけれども、弁護士がついている場合に、依頼者を保護するために弁護士に対してパターナリズム的な釈明をすることは、弁護士の訴訟代理業務には、本来、依頼者との関係では、パターナリズム的な配慮介入する義務が含まれているので、微妙な問題が生じます。間接的パターナリズムにあたる事例だとみると、弁護士が本来依頼者に対して行うべきパターナリズム的な義務を適切に果たしていないから、裁判所が弁護士に対してそのような義務をきちんと果たすように、本人のためにパターナリズム的に釈明しているということになります。しかし、現実には、弁護士の訴訟追行能力・姿勢に問題があるので、弁護士のために配慮介入しているという面もあるようでして、よく医療過誤に比べたら弁護過誤は少ないことについて、弁護過誤があまり問題化しないのは、裁判所の釈明でそうならないように配慮されているからだということに関係者から聴くことがあるのですが、この面に関わる話だろうと理解しています。ですから、こう

いった場合は、当事者本人の保護のためよりも、法曹集団の仲間として法曹全体に対する信頼を維持するために、裁判官が弁護士の職務行動に配慮介入しているという面もあって、直接的パターンリズムではないかとみることもでき、このあたりは難しい微妙な問題があります。

全般的に、裁判官の一定のパターンリズム的な釈明が許されるかどうかという正当化の問題については、単に本人の保護・利益のために必要なパターンリズムだから許されるというわけではなくて、そのようなパターンリズム的な配慮介入をしないと、裁判の手続的公正が損なわれるとか、裁判に対する社会的信頼が損なわれるなどの公共的な理由が必要だと考えられます。裁判所の弁護士に対する釈明も、そうしないと審理不尽として上訴審で覆されるなど、後で問題になるから、手続的正義のために適切な釈明をする必要があるケースなどは、当事者本人あるいは弁護士のためのパターンリズムというよりも、裁判所自身のための釈明という面もあり、パターンリズムの問題としてだけ論じると、その具体的な在り方や限界などを規定している公共的理由をめぐる論点が見落とされかねないことがあるようにも思われます。

裁判官のパターンリズム的な役割の在り方をめぐる議論には、このように、ざっと見ただけでも、幾つかの論点が複雑に交錯しているところがありますので、議論を進めるにあたって、少なくとも本人訴訟の場合と弁護士がついている訴訟の場合を分けて検討する必要があり、さらに弁護士がついている訴訟でも、やはり現代型訴訟などは、パターンリズムの問題としてだけでなく、公共訴訟や政策形成訴訟などと特徴付けられるこの種の訴訟の公共的特性を踏まえた対応を検討する必要があるように思われます。さらに、より原理的には、裁判官が審理運営においてパターンリズム的な配慮介入を頻繁にしなければならない状況は基本的に好ましいことではなく、審理の充実促進という観点からは、地裁以上の訴訟については、一定類型の事件を除いて、弁護士強制制度かそれに代わる適切な制度を導入して、裁判官・弁護士の意識改革でもしないと、裁判官主導の審理運営の現状を改めることはなかなか難しいのではないかとこの印象を持っております。

それからもう一つは、法的サンクションの影響の問題、法的サンクションを規定すれば、裁判官や弁護士の職務行動はそれにどのように対応して変わるかという問題です。裁判官も弁護士も、法的サンクションとか法的効果に直接に結びつかないルールは訓示・努力規定で、倫理・道徳の問題、裁量的判断の問題であり、それに対して、法的サンクションが直接結びつくと、義務規定で、権利義務の問題だという見方をされているようです。法理論的にはそう考えてもよい面もあるのですけれども、ただ、訓示・努力規定だから、倫理の問題であり、法律論の問題ではないのだという議論の仕方について、民事訴訟法において行為規範の問題と評価規範の

問題の区別として議論される論法とも類似しているところがあるようで、このような法律家の常套的な論法が裁判官や弁護士などの法律家の職務行動の規律の在り方を論じるのに適切かどうか、個人的に少し疑問を持っております。

このような疑問は、法解釈論の問題と法曹倫理の問題の区別ということとも関連しているのですが、法的サンクションの問題が絡むとどうしても法律家の関心は区別のほうに向けられがちなのですが、このあたりはやはりもう少し柔軟に考えて、法解釈論と法曹倫理の問題を重層的に関連づけて統合的に論じることもしないと、裁判官や弁護士の裁量事項とされている職務行動に関する適切な規律の在り方を考えにくいのではないかと思われるテーマが増えてきているように見受けられます。次に話す裁判官の手続裁量の規律の問題も、その一例ではないかと考えられます。

(iii) そこで、次に、裁判官の手続裁量の規律の在り方というテーマに移りまして、一般的に、審理運営における裁判官の役割の現代的課題が問題とされる場合、その役割のほとんどは裁判官の手続裁量事項に関わるものでして、手続裁量の規律の仕方の考察を避けて通ることはできません。

その内容に立ち入ることは割愛させていただきます。裁判官の裁量行使に限らず、多かれ少なかれ裁量的判断を含まざるを得ない法曹の職務行動の法的規律の手法に関して、お二人の議論の展開の中で示唆に富んだ方向について相互理解が形成されているように思われますので、この点だけ一言触れておきます。

裁判官の裁量的行為の法的規律については、一般的な法的ルールを規定して、それを要件・効果図式で適用するという、従来の支配的な方式だけで適切に規律することは、ルールと裁量の原理的な関係からみて難しいところがあり、もともとこのような方式で裁判官の裁量事項を規律できる範囲は限られておりました。そこで、このような限界を補うために、基本的に加藤元判事が考慮・制限要因、山本教授が要因規範とおっしゃっている手法に似ているのですが、次のような手法が考えられます。まず、ある程度類型的な問題状況ごとに、裁量的な判断・行動にあたって押さえておかなければならないチェックポイントとなるトポス群、具体的には、裁量行使の目的とそれとの関連で考慮すべき、あるいは考慮してもよいポイント、さらに考慮してはならないポイント、当事者の意向あるいは同意を確認しなければならない論点、諸々の

考慮ポイントの比較衡量の際の優先順位など、裁量行使を枠付け・方向付ける大枠的な規準を、何らかの仕方で行動指針として規定したり、いきなりそのような規定が難しい場合は、法曹関係者の大方のコンセンサスを得た実務慣行として形成したりすることに努めます。そして、裁判官はそのような共通の指針・枠組みの下で、賢慮を働かせて個々の具体的状況に適合した総合的判断によって裁量を行すべきものという相互了解を確立し、当事者が裁判官の裁量行使について説明を求めたときは、特に支障がない限り、必要かつ十分な情報を提供しつつ、これらの考慮のプロセスを「理由」として説明して納得を得るようにするという、法曹倫理的なガイドラインを実務慣行として確立することに努めます。この種のいわばソフトな規律からはじめて、このような実践的慣行が広く定着して規範的拘束力を持つようになれば、単に当・不当の問題としてではなく、適法・違法の問題として法的サンクションと結びつけてゆくという手法です。法律家の専門的裁量事項についても社会的説明責任を問われる機会が増えてきており、このように、法律学レベルだけでなく、法曹倫理レベルまで拡げた重層的な法的規律手法を、法曹集団のプロフェッショナル責任の現代的課題として創り出すことを検討すべき時期ではないかと思われます。

このように、一般的ルールに準拠した要件・効果図式による実体法的規律の限界を、トピカ論と手続的合理性の観念を組み合わせた手続過程志向的な規律手法によって補い、法的規律の在り方を重層的なソフトな方式に拡充する方向は、従来の法律学的思考では、法律論の問題ではなく道徳・倫理の問題だとか、解釈論ではなく政策論だなどという論法で却けられてきたのが実情だと見受けられます。確かに、法律学的思考は、法と道徳、法と政治の原理的区別を前提とする独自の思考様式ですから、法律家がこのような論法を当然視しがちなのは、職業倫理として当然な面もあります。けれども、法や裁判の道徳や政治からの自立性といっても、あくまでも相対的なものであり、実際にはいろいろな形で深く関連しあっており、法的問題への対応の在り方を考える場合でも、道徳的あるいは政治的な要因を必要に応じて考慮に入れることも避けがたい事例が増えております。法と道徳や政治との原理的区別という側面ばかりに固執すると、法律家の裁量的判断・行動の法的規律や判決による法形成の在り方など、ここで取り上げているような現代的課題の考察の視野を不当に狭めることになりかねないので、気をつける必要があると思われます。もっとも、この点は、実際に具体的問題に対処せざるを得ない法律実務家よりも、実務に一定の距離をおいている法律学者のほうに一層あてはまることかもしれません。

Ⅲ 現代型訴訟対応における裁判官の課題

以上、民事裁判の現代的課題のうち、裁判機能と審理運営に関する一般的な問題群の主なものをみてきたのですが、残りの時間で、時間の許す範囲内で、現代型訴訟対応における裁判官の役割の在り方に関する問題群の中から、幾つかのテーマを取り上げて、基本的な考え方についてお話ししたいと思います。

(1) 審理運営の在り方

(i) まず、現代型訴訟における審理対象の拡大をめぐる意見対立への対応についてですが、いくら協働主義的運営と言っても、原告、被告、裁判官の三者関係は基本的に対立緊張関係にもあるわけですから、審理の進め方について意見が対立することがあるのは当然で、現代型訴訟ではそれが先鋭化しがちです。そもそも争点をどのように整理して審理対象を確定するかをめぐって、原告が、訴訟手続のフォーラム機能や政策形成過程への波及効果をも視野に入れ、できるだけ争点を政策判断絡みのものまで広げて、証拠調べの範囲もできるだけ広げようとするのに対して、被告は主として防御のしやすさという観点から、裁判所は争点の拡散を避けて審理を円滑化・迅速化するという観点から、概して争点・証拠調べの範囲をできるだけ絞ろうとする傾向があり、裁判官はこの三者間の意見の対立をどう調整するかという課題に直面することになります。おそらく現代型訴訟では、このフォーラムのアジェンダ設定、議論の場の確定——これは広い意味での争点整理の仕事だと思うのですけれども——がうまくできれば、後は比較的順調に進むと言われているようでして、裁判官の審理運営上の最重要課題ではないかと思えます。

この問題について具体的にどうしたらいいかというようなことまで話せる能力はないのですが、基本的な考え方としては、現代型訴訟の場合でも、要件事実が争点整理の中心的指標であることは間違いのないとしても、やはり最初から要件事実レベルの整理に限定せずに、その背後にある社会的事実も取り込んで、間接事実・補助事実、あるいは背景事情まで適宜踏み込んで、争点の存否とか内容を整理することが重要だと思います。現代型訴訟では、事実上・法律上の争点が複雑に交錯していて、従来の法律要件の規定とかその解釈自体の見直しが主張されたり、何が法律要件かということ自体がはっきりしなかったりする事例もありますから、最初から要件事実レベルの争点整理だけに絞り込んで紛争の実態自体がつかめず、最終的に絞り込むにしても、争点整理段階ではある程度これらの法律要件の確定に関わる間接的・周辺の事実まで審理対象の範囲内に取り込んで議論することが不可欠だと思われま

もつとも、とにかく広げればよいというものではなく、制度的・時間的制約も考慮に入れな

ければなりませんから、個々の事例においてどこまでどのように拡大すべきかの判断は難しく、特に政策がらみの争点に関する事実や関係者・専門家の意見の収集・審理については、三者間の利害が複雑微妙に対立して、激しい議論の応酬がされることが少なくないようです。基本的な考え方としては、現代型訴訟の場合には、裁判所は、法形成的な判決あるいは訴訟上の和解による解決をも視野に入れ、判決や和解の内容を見当づけるのにその諸々の波及効果をどこまでそのような仕方でも考慮する必要があるかという、いわば複眼的な視座をとることが要請されており、このこととの兼ね合いが難しいのですけれども、基軸はやはり、訴訟当事者間の直接的な権利義務関係を明確化し、個別具体的紛争を適正に解決するのに必要か否かということを基準にして争点・証拠の整理をし、事実上・法律上の争点が多岐にわたり交錯しているケースでは、それらを最終的には要件事実レベルで系統的に関連づけてそれぞれに関する証拠を整理するという点において、審理を進めるべきだということなると思います。

裁判のフォーラム効果とか波及効果などについては、当事者がそれらの効果を念頭に置いて法廷戦略を練ることは、当事者の裁判を受ける権利の問題であり、また、争点整理を公開の法廷でやるかどうか、裁判の公開の問題であり、当事者の要求があれば、裁判官は一般的に配慮する必要があることは当然です。しかし、政策形成訴訟だからとか、あるいは当事者が希望しているからという理由だけで、審理の対象を必要以上に広げたりするのは、やはり裁判の本来の固有の役割はそういう政策的な問題そのものを議論する場ではないわけですから、限定的に考える必要があります。ただ実際には、現代型訴訟のなかには、判決による法形成などの政策形成的要求とともに、いわゆる人格訴訟的なねらいが含まれていて、裁判の場で当事者が被告の責任を追及したり当事者の言い分を聴いてもらったりすること自体に大きな意義があるとされている事例もあり、そういう事例にどう配慮するかは、刑事裁判における修復司法的な動向と似たことが民事の現代型訴訟にも期待されているので、なかなか難しい問題があります。

争点整理などによる審理対象の画定において裁判のフォーラム効果や波及効果にどの程度どのような仕方でも配慮するかは、最初のほうで少し話しましたように、法や裁判に対して基本的に内的視点をとるといっても、裁判官と弁護士の内的視点の具体的な内容には多くの場合かなりずれがあって、このような問題について具体的にどのような訴訟戦略が制度的・法曹倫理的に許されるかについて、弁護士のほうが概して許容的で、法や裁判を政治的な政策目標を実現するための一つの道具とみる法道具主義的な思考をすることにもあまり抵抗がないのに対して、裁判官には裁判の独立や公平の確保に関してリーガリズム的な思考が強いため、法道具主義的な戦略には概して警戒的であり、その間の意見の調整はなかなか難しく、個々の訴訟における

裁判官と両当事者の組み合わせ次第でかなりばらつきが生じるのはやむを得ないのではないかと思います。具体的な対応に苦慮されている裁判官の皆さんからは違和感もある、少し無責任な見方かもしれませんが、1970年代はじめの現代型訴訟の展開の状況を振り返ってみますと、最初の頃は、原告側の訴訟戦略もまだよく練れておらず、被告側の対応も硬直的で、裁判所の対応にも戸惑いが見られ、ギクシャクする事例がよく報道されていましたが、試行錯誤を重ねる中で、当事者の訴訟戦略も洗練され、裁判所の対応の仕方のノウハウも蓄積され、最近では、マスメディアの報道姿勢のレベルが上がったせいかもしれませんが、そのようなトラブル事例が報道される機会が減り、三者が相互に折り合えるそれなりの実務慣行が徐々に形成され、関係者や社会一般にも裁判の役割の一つとして納得が得られるスタイルが出来上がりつつあるように見受けられます。

(ii) 次に、現代型訴訟における法形成事実の収集・審理の在り方というテーマに移りまして、裁判官が最終的に法形成的判決をするか否か、どのような内容の判決を下すかを適切に判断する前提として、三者間のいわゆる法律問題あるいは法関連問題の議論を充実・活性化することが重要であり、その場合、法的争点をめぐる法解釈論的見解の議論だけではどうしても水かけ論になるので、それぞれの法的見解の主張を裏づける事実・証拠を挙げて、それを踏まえて議論をする必要があります。類似の紛争の背景・原因に関する事実、判決の波及効果として生じうる一般的事実など、このような法形成にあたって政策的判断をする際に考慮される事実、あるいは法形成の基礎・基盤になる事実は、法創造事実、ミニ立法事実、基盤事実などと呼ばれていますが、憲法訴訟における立法事実に類似したもの、あるいはその一種とみてよいのではないかと考えられます。ここでは法形成事実と呼ぶことにしますが、このような事実を原告・被告あるいは裁判所のいずれの責任でどのように収集・提出してどのような方式で審理するかということを検討する必要があるということが、かなり以前から指摘されております。このような法形成事実は、社会的事実、背景事情・事実、事情、周辺事情など、いろいろな呼び方をされていて、事実問題なのか法律問題なのか、その訴訟手続上の位置づけが微妙で、弁論主義や「裁判官は法を知る」という原則との関係で理論的に難しい争点が絡んでおります。

この問題については、レジュメに挙げておきました、若くして亡くなられた原竹裕先生の『裁判における法創造と事実審理』をはじめ、他にも民訴法学者の先駆的な研究があるのですけれども、その後あまり議論の進展が見られないように思われます。これは、既に指摘しましたように、判決による法形成機能が、制定法の欠缺補充などによる厳格な意味での法の継続形成だけでなく、各種の技法を用いた制定法の創造的解釈による実定法規範の意味内容の明確化など

も含めて、かなり広く緩やかに理解され、しかも、前者の事例はきわめて少なく、後者の事例のほうが圧倒的に多いという実務の実情のもとでは、この理論的に難しい問題に立ち入らなくとも、従来の要件事実論的実務慣行の枠内で、その延長線上で一応対応できるということなのかもしれません。しかし、諸外国の実務・理論の動向などを見ると、結構参考になりそうな展開があるようでして、わが国でも正面から取り上げて議論をしたほうがよいのではないかと、以前から気になっているところです。

判決による法形成が問題となっている事例でも、先ほど話したように、要件事実論的アプローチによって、一般条項とか正当事由などの規範的ないし評価的要件に当たる要件事実、あるいはそれと関連する間接事実・補助事実などとして、評価的要件とか規範的要件への事実の当てはめの問題として扱い、そのような事実を提出したり論証したりする権限・責任の問題、証拠によるどの程度の証明が要するのかといった問題を論じることは可能だとは思いますが。

しかし、現代型訴訟において判決による法形成が問題になっている事例では、先例が乏しく適用すべき法規範がはっきりしなかったり、従来適用されてきた法規範やその解釈が不適切であったりして、法律要件が何かということ自体が争われており、むしろ、事実即して従来の要件を見直したりして新たな法律要件を提示する法形成的判決が求められていることが多いわけですから、何が法律要件であるかが確定してそれに事実を当てはめる技法である構成要件論の延長線上で法形成事実の審理の在り方をすべて論じようとする自体に無理があるように思われます。また、基本的に事実問題として扱うにしても、裁判官の証拠評価の基礎となる経験則に当たるものとみることもでき、このように位置づけると、基本的に裁判官の裁量的判断事項ということになります。

いずれにしても、要件事実論的アプローチでは、法形成事実の認定は裁判官の専権事項となり、審理過程でも判決でも、その裁量的判断の実質的理由は説明されないというか、説明しにくいところがあり、そのために、裁判官と訴訟当事者とのオープンな法的議論もやりにくく、三者間の法的議論の実務慣行化も難しいのではないかと推測されます。そうすると、当事者間で従来の法律要件の規定の当否が争われていたり裁判官が従来の規定の見直しの可能性があるかと判断したりする事例については、やはり、要件事実論的アプローチを参考にしつつも、それとは別個に、事実即して従来の法律要件の規定を見直して必要ならば新たに法形成によって再定式化するために、裁判官と両当事者の権限・責任を相互浸透的に再調整して協働的活動を促進するにはどのような手続の策定・実務慣行の形成が必要かという観点から、新たな手続や実務の在り方を考案したほうがよいのではないかと考えられます。

このような法形成事実は、当事者の主張を補強したり反論したりするという当事者性もあるのですけれども、やはり多かれ少なかれ公共性を持っており、その認定も、法的評価と不可分であり、どこまでが事実の認定でどこから法的な評価かを区別することは難しく、そのような事実の法的評価だけでなく、事実の収集自体も、当事者だけの権限・責任の問題ではなく、裁判所の権限・責任の範囲内の問題だという面もあります。また、その公共的性質からみて、当事者間の証拠収集能力の格差を是正する必要性も高くなり、特に官公庁の文書等の証拠収集には裁判所のイニシアティブが期待されることが多いので、裁判所の積極的な関与が求められる事例が多いと思われます。

ですから、法形成事実の収集やそれに関する関係者や専門家の意見の聴取を、各当事者の申請する証人とか私的鑑定だけではなく、現行法でも認められている鑑定制度とか専門委員制度を利用したり、あるいはアメリカなどで広く用いられているアミカス・キュリエ（法廷の友）という方式を何らかの形で新たに導入したりして行うにしても、各当事者の主張の補強・反論と、裁判所の判断に対する中立公平な資料提供という両側面の兼ね合いが難しく、それぞれの選任に関する裁判官や両当事者の同意の要否、当事者の質問・反論の機会の保障などの手続的問題について、審理過程に関する従来の各種の規制原理の見直しにまで遡った検討が必要になります。しかも、現代型訴訟絡みの一般的政策問題に関する関係者の専門的意見にそもそも中立公正な意見などあり得るのか、科学技術的問題についても、安全性審査などに関する訴訟記録を読んでいますと、科学的な真偽の問題よりも、専門家や社会一般の意見、つまり社会通念、エンドクサの問題ではないかといった原理的な難問もあり、法形成事実の収集・審理の在り方はなかなか難しい問題です。

しかし、この問題は、現代型訴訟における審理の充実だけでなく、最終的な判決内容の質の向上にも関わる重要な課題であり、裁判官の法的観点指摘義務や当事者の裁判官に対する法的観点開示請求権の在り方をめぐる議論とも不可分ですので、是非一体的に検討を進めていただきたいと思います。これは、現代的な課題というよりも、要望というべきことになるのかもしれない。

（２）法形成的判決の在り方

次に、一層要望的なものになるかもしれませんが、以上で話した審理運営の在り方にも関連しますけれども、主として実体形成、判決内容の在り方に関するテーマに移りまして、判決の先例的機能に配慮した判決作成という問題について少し感想めいたことを話させていただきたいと思います。

(i) 幾つかの典型的な現代型訴訟について、その判決理由における法的判断がどのように示されているか、かなり以前に少し比較検討したことがあるのですが、最近はかなり変わってきているかもしれないのですけれども、最高裁判決のレベルになりますと、上告審ですから、法律問題中心に概してすっきりした法的判断——なかにはちょっと簡略過ぎるのではないかというものもありますが——が示されているのですが、しかし、こういった上告審まで収斂される以前の第一審の段階から判決を読んでも、事実上・法律上の争点が複雑に入り組んだり、原告・被告の主張が真正面から対立して激しく争われ最終的に法形成に関する主張が却けられたりしたケースほど、概して判決理由における法的判断の示し方が、複雑というか、肝心の所がぼんやりしていて、いわゆる実質的理由は明確に示されていないことが多かったという印象があります。

先ほど話した法形成事実についても、判決理由の中では、それらの一般的事実や関係者・専門家の見解を何らかの法的規準と関連づけて、主要事実の存否・内容の確定の基礎として必要な範囲内で、法的判断が示されることとなります。しかし、判決理由を読んでも、考慮した事実や意見などを法的理論構成全体の中に適宜織り込んでかなり詳しく説明されてはいるのですが、結論的には、「総合的に考（衡）慮して」「著しく合理性を欠くとまでは言えない」「社会通念上（あるいは経験則に照らして）……と解するのが相当である」といった常套的な論法が決め手になっていて、諸々の事実や意見を比較考慮するに当たっての関連性・優先順位 of 具体的な判断基準、どの程度になれば「著しく」非合理的となるかの判断基準など、いわゆる実質的理由は明確に説明されていないことが多いように思われます。もっとも、判決でなくとも、このような総合的判断は、ギリギリのところ直観とか勘に依っているもので、そのプロセスを分節化して説明することは一般的に難しく、ある程度までこのような実情はやむを得ないところもあります。

裁判実務において先例的機能をもつとして扱われている法形成的判決を読んでも、法理論的には欠缺補充あるいは制定法の補正にあたりとみられるケースでも、実定法規範と関連する法的構成と全く関連のない論拠、例えば結論が著しく正義に反するとか均衡を失するなどの帰結主義的な実質的論拠だけが決め手とされるケースはきわめて少なく、ほとんど一般条項や規範的概念も含めた制定法の目的論的あるいは体系的解釈、せいぜい類推による欠缺補充という技法しか用いられていないのです。このような判決作成スタイルが一種の実務慣行として確立しているのかもしれませんが、これは、以上でも触れましたように、判決による法形成機能がかかなり広く緩やかに理解されていること、法形成事実の問題にできるだけ要件事実論的アプ

ローチで対応しようとする傾向が強いこと、いわゆる実質的理由を明示しない判決理由の書き方などとも関連しており、裁判官が法形成的判決に消極的あるいは自己抑制的になりがちな精神的背景かもしれないと推測されます。

一般的に、現代型訴訟の判決理由から先例的機能をもつ判例を抽出する場合、どの箇所が主論にあたるのかとか、ある箇所が主論か傍論かの判断をめぐって理解が分かれることが少なくなく、また、一般的な政策問題絡みの法的判断は、結論命題としてよりも、理由づけ命題として判決理由の中に織り込まれることが多く、一層どの箇所がどのような射程で判例になるのかの判定が難しくなっているように思われます。

法形成的判決が判例として先例的機能をもつ場合、個別的な紛争解決のために示された過去志向的な具体的な法的判断が、同時に、将来に向けて類似の事件の法的解決における一般的な規準としての機能を果たすことになるわけですが、このような場合でも、裁判官の法的理由の説明が前者に照準が合わされるということ自体は、裁判の本来の役割からみて当然のことです。そして、理論上も実務上も、ある判決がそもそも先例的機能をもつのかどうか、あるいは、判決のどの箇所がどの程度の強さの拘束力をどのような範囲・射程でもつのかなどは、基本的にその判決に準拠して後に類似の事件を裁く裁判官の判断にゆだねられることになるわけです。このあたりの判決の判例としての先例的機能やその射程などについては、最高裁判決の場合には、判決理由の中で意識して一定の方向づけがされていることがあり、少なくとも判例集に登載される解説では詳しく説明されており、裁判官の間ではオン・ザ・ジョブ・トレーニングで判例の読み方のノウハウが訓練され修得され伝承されているのだと思います。しかし、外部から判決を読んで判例研究をしなければならない者の立場からは、現代型訴訟などについては、第一審段階から判決の先例的機能をも意識した判決作成——できればその前提としての審理運営も——をしていただくと有難いという思いがあります。

さらに言えば、一般的に、「判決の読み方」だけでなく、具体的事例に即して新たに法律要件を示したり従来の要件を変更したりして先例的な判決を下す必要がある場合の実務上のノウハウについて、裁判官の間での実務慣行を整理して、「判例の作り方」とか「判決による法形成の技法」などとでも銘打って、「要件事実」や「事実認定」に関する刊行物のようなものでなくとも、外部からも分かりやすい何らかの形で公表していただければ、なお有難いということでした、これは、もう課題というよりも、要望そのものです。

全般的に、裁判実務上判例がきわめて重要な役割を果たしているにもかかわらず、事実認定や要件事実に関する議論に比べて、判例の実務と理論に関する実務家や法学者の議論があまり

活発でない状況は、判決による法形成機能が制度上期待されている役割を適正に果たすことにマイナスに作用しているのではないかという観があります。このような現状については、いろいろと考えなければならない問題があるのですが、最近気になっていることを一点だけ指摘させていただきます。それは、判決による法形成を一般的に論じるだけでなく、判例の類型分けをして、それに応じて法形成的判決やその審理の在り方をもう少し個別的に検討する必要があるのではないかということです。

例えば、判例の実務上の扱いについて、法理判例、場合判例、事例判例に分けて論じられているのですが、法学研究者が判決の法形成的機能を問題にするときは、どうしても一般的抽象的な法律論を提示した法理判例だけに眼を向けがちなのですけれども、實際上裁判実務においては、場合判例や事例判例が問題になることのほうが圧倒的に多く、いわば日常的に重要な役割を果たしており、幾つかの場合、判例や事例判例が積み重なった後、機が熟した時点で適切な事例に則して法理判例が形成されることが少なくないと言われているようです。このような実務慣行もあって、法形成的判決の主張に対して、法理判例で応えるよりも事例判例や場合判例で応えるほうが、裁判所として対応しやすいという見方もされているようで、現代型訴訟の訴訟戦略についても、華々しい法理判例の形成よりも、適切な事例を選んで場合判例や事例判例を積み重ねてゆく戦略をとったほうが、成果を収めやすい場合があると考えられます。裁判所としても、原告が法形成的判決を主張をしている場合、最終的に判決作成段階において初めてどの種類の判例となるかを意識して判決理由を書くのではなく、審理段階から、最終的に法形成的判決を下すことになりそうかどうか、下すとして、どの種類の判例となりそうかなどについてある程度見当付けしたうえで、必要ならば適宜当事者にもその見当を説明して、それに応じた釈明などをすれば、裁判官と当事者の法形成に向けての協働的作業を円滑化するのに役立つこともあるかもしれません。

(ii) なお、現代型訴訟における判決内容に関しては、傍論の中で、結論とは少しニュアンスの異なる一般的な法律論を提示したり、立法・行政レベルの政策変更を求めるなどの意見を述べたりすることの当否について、意見を聴かれることがあるのですけれども、この問題については、レジュメに挙げた拙著で私の見解を説明しておりますので、その関連箇所を参照していただくことにして、今日はもう残り時間がありませんので、割愛させていただきます。いかがかと思う事例もみられますけれども、結論的に、私は、基本的に一定の範囲内ではこのことを肯定的に評価しており、現代型訴訟では、審理の対象となり議論が尽くされた争点に関する限り、下級審でも必要ならば積極的に傍論的な法律論や意見を提示すべきではないかと考えて

いますが、それでも、最高裁判決における補足意見や意見にあたる内容までで、反対意見にあたる内容は、判決全体の統合性の確保という観点から不適切だと考えております。

(3) 法形成的判決か和解か

最後に、現代型訴訟において法形成的判決か和解か、いずれを重視すべきかというテーマについても、訴訟上の和解の位置付けと在り方をめぐる最近の議論の動向とそれに関する私の見解を一般的に説明した上で、説明をする予定でしたが、時間の制約から、一般的な説明を割愛したので、現代型訴訟対応に特有の問題についても同じようにさせていただきます。このテーマについて私がどのように考えているかは、レジュメに挙げた拙著の関連箇所を参照していただければ幸いです。

このテーマについても、結論的なことだけを一言話しておきますと、私は、司法の機能拡充や審理の充実促進のための一方策として、訴訟上の和解を積極的に活用すること自体には必ずしも反対ではなく、また、大型薬害訴訟などの現代型訴訟において和解がこれまで重要な役割を果たしたことの意義も高く評価するのですけれども、現代型訴訟対応の基本的な考え方としては、やはり、判決による法形成を含め、法的規準の明確化という役割に軸足をおくべきで、法形成的判決が難しい場合にも、なぜ現行の法的規準・手続では無理なのかということをきちんと説明することを重視すべきだと考えております。勿論、現代型訴訟でも、和解は重要な選択肢なのですが、被害が深刻で救済が急を要するにもかかわらず、立法・行政レベルの適切な対応がすぐには期待できず、原告だけでなく被告側も裁判所の尽力による和解によって解決することを期待している場合など、ごくごく例外的なケースにおいて引き受けるべき補足的・代償的機能と位置付け、和解の期待に応えることには、これらの条件がそろっているかどうかだけでなく、和解内容が事実上の影響を及ぼす範囲がどのようなものか、関係者や社会一般から受け入れられるかどうかにもよく見きわめ、法形成的判決を下す場合と同様、あるいはそれ以上に、慎重に対応する必要があるのではないかと考えております。

むすび

以上、民事裁判の現代的課題について、全般的にはしよった形で、しかも後半は少し個人的な要望も交えて、裁判所・裁判官に対して様々な観点から期待されている役割にどのように応えるべきかを考える上で重要と思われる事項を取り上げ、一通り説明させていただきましたが、少し欲張りすぎたレジュメを準備したため、一部割愛せざるを得なくなり、個々の事項に詳しく立ち入ることもできず、ざっとしたお話になってしまい、申し訳ありませんでした。私の専

攻の性質上どうしても原理的な問題への関心が中心となり、現代的課題の背景とかその基本的な考え方など、抽象的・一般のお話しかできませんでしたが、これからこの研究会で取り上げられる実務的な諸課題について議論される際や、実際に裁判実務の現場で具体的な課題に取り組まれる際に、直接にあまり役に立つことはないと思いますが、諸々の問題がこのように体系的につながりあっているのかとか、個々の問題への対応についてこのような考え方もあるかもしれないとか、こういう観点から見ることもできるかもしれないということなど、何かヒントというか、手掛かりを提供できれば幸いです。

これで、今日の話が終わらせていただきます。長時間、御静聴くださりありがとうございました。(拍手)

質疑応答

○司会

■■■先生、ありがとうございました。

せっかくの機会ですので、御質問のある方がいらっしゃいましたら挙手いただけますでしょうか。

○研究員

本日は大所高所の話で非常に勉強になりました。最後の判決か和解かという点にちょっといろいろ私は関心がありまして、先生の御見解は現代型訴訟の場合はやはり裁判所は法の定立に向けて努力すべきであって、和解は最後の手段であるということだろうと思うのですね。ただ、実状は、二当事者間に集約される訴訟が大半でございまして、むしろ現場の民事裁判官は和解に精力をそそいでいるというところがございます。

私は今、労働部にいます。司法改革で労働審判制度が取り入れられて、従前の労働事件が全体で3000件だったのですけれども、今その労働審判も3000件ということで、完全に掘り起こして、こういう和解、調停というものを裁判所に取り入れてしまっているというところがあります。■■■先生のお考えとはちょっと逆の方向に行っているような気もしないでもないです。先生は裁判所の役割として、やはり法形成を中心にすべきであろうというお考えは、やはり裁判所の全分野に向けて考えておられるのか、やはり現代型訴訟を意識した場合に限りそうおっしゃっているのか、ちょっとそこをお聞きしたいと思います。

○■■■

訴訟上の和解の位置付けやその在り方については、現状の問題点をざっと紹介し、審理の充

実促進、現代型訴訟対応のいずれの関連でも、その検討が重要な現代的課題であるということ
を指摘しただけで、その具体的な説明をほとんど省略し、結論的なことだけお話したため、こ
のような御指摘と御質問をいただくことになったわけですが、確かに、裁判実務の支配的動向
と私の見解は、御指摘のように、必ずしも逆方向を目指しているとは思いませんが、かなりず
れており、対立しているところもあると認識しております。また、裁判の役割として、法形成
をも含めて、法的規準を明確化するという機能を重視すべきであって、訴訟上の和解の活用は
あくまでも補助的な手段と見るべきだという考え方についても、現代型訴訟に限らず、民事訴
訟全般について基本的にそのように考えておりますが、ただ、現代型訴訟と通常の訴訟の場合
では、訴訟上の和解の活用の意義がかなり異なるので、区別してその活用の在り方を検討しな
ければならないと考えております。

このような裁判実務の動向と私の見解の違いは、かなり原理的なもので、裁判所が弁論兼和
解という実務慣行によって審理を充実促進する方策を推進されていた頃にまで遡るもので、基
本的に和解の位置付けに関する見解に関わることもあります。かつての弁論兼和解のように、
訴訟手続と融合的に運用することは、手続保障の観点だけでなく、訴訟の基本的役割を曖昧に
するという観点からも、問題があり、訴訟と和解の手続上の原理的区別をきちんとするべきで
はないかということが、このような見解の違いのそもそもの背景でして、新民訴法における弁
論準備手続の導入の際にはこの点に配慮されたと理解しております。

訴訟上の和解は理論的にはADRの一種だというのが一般的な見方ですけれども、事件を担当
する同じ裁判官が訴訟＝判決手続の一環として付随的に行う和解の在り方を、他の裁判外の
ADRと同じように、当事者の合意をベースにして正当化するだけでは不十分ではないかという
疑念については、今日のお話でも触れたとおりです。外国ではそのような例もあるようですが、
訴訟事件担当と同じ裁判官が一体的に和解も担当することをやめて、別の裁判官に担当させる
手続に改正することも考えられますが、それでは現在のような使い勝手のよさが失われてしま
います。そこで、基本的に現行の一体的運用の手続的枠組を保持したままにするとしても、裁
判官の公権力行使であることの公共的・権力的特質を重視して、それにふさわしい一定の手続
的規律が少なくとも必要ではないかと考えております。現在の裁判実務において、民事裁判が
判決と和解を車の両輪にして運用されており、和解が少なくとも迅速な事件処理に重要な役割
を果たしている意義自体は全く否定するものではなく、それはそれとして評価しております。

ただ、判決と和解の関係について和解が主で訴訟が従だとする見解もあり、あるいは和解手
続と訴訟を融合的に運用すべきだという意見もありますが、私は、やはり判決＝訴訟手続と和

解手続は原理的に分けるべきだと考えており、このような見解が、民事裁判の役割として個別具体的紛争解決機能よりも法的規準明確化機能のほうを重視すべきだとする、裁判の役割理解と関連しているわけです。この問題は基本的に公私の役割分担論の問題の一環でして、公共的制度である裁判でなければできない仕事は何かというと、やはり法的判断を公権的に示すということで、紛争解決ということも確かに重要ですけども、こちらは、裁判所内のものであれ、裁判所外のものであれ、まさに他のADRでもできる仕事です。公私の役割分担論から見ると、公権的に法的規準を明確化するという公共的機能が司法的裁判でなければできない本来的機能であり、和解による紛争解決というのは本来やはりもっと弁護士活動の拡充強化や裁判外の各種のADRを活用することによって自主的に行われるべきことであって、裁判所に持ち込んで裁判官の公的権力行使による司法サービスを求めるのは、そのような裁判所外での自主的な解決ができない場合にもっと絞られるべきで、安易に最初から和解狙いの訴訟が提起され、裁判官がそのような事件処理に多くのエネルギーを注がなければならないのは、適正な公私の役割分担の観点から見ていかなものかというように考えております。

やはりちょっと法曹の仲間内で和解を便宜的に使い過ぎているのではないかというのが、通常の一般的な事件についての印象です。

労働審判制度に触れられましたが、労働事件は、行政労働事件という括りで民事訴訟の中で特別扱いされているようですが、労働事件の性質も以前とはかなり変わってきており、労働審判制度が導入されたこと自体、このような扱いを続けることが適切かどうか見直してもよい時期を迎えていることの一つの表れではないかとも考えられます。ですから、労働事件についても、訴訟事件として受け容れて、和解による解決にエネルギーを注ぐよりも、労働審判前置主義までゆかなくとも、どんどんこの制度が直接利用されるように誘導するのが適切ではないかと思えます。労働事件以外でも、一定類型の紛争解決のために裁判所内にADR手続を設ける場合には、判決＝訴訟手続との融合的運用によって、訴訟の法的規準明確化機能が曖昧にされたり、手続保障的配慮が弱まったりしないためには、労働審判制度のように、別個の手続として、訴訟事件を担当する裁判官とは別の裁判官が担当する制度にすることが望ましいのではないか

と思われます。

現代型訴訟については、以上のような通常の事件の場合と違って、ADRとの役割分担の問題だけでなく、立法・行政機関との役割分担の問題も考慮しなければならないので、考え方を少し変えなければならないところがあります。勿論、御指摘のように、行政相手の現代型訴訟でも、あまり波及効果を考えなくともよい両当事者限りの紛争も増えてきているようで、そのようなケースについては、被告側訴訟代理人も、以前は和解に対して硬直的な否定的対応をされていましたが、最近では、むしろ少し安易ではないかと思われるぐらい、和解による解決に依りられるようになってきた観もありませんが、この種の現代型訴訟で和解が行われるようになったこと自体については、それはそれでよいと思っています。

立法・行政レベルの政策変更につながるような現代型訴訟においても、幾度かの大型薬害訴訟のように、和解による解決が重要な役割を果たしたこと自体は、私も高く評価しており、この種の訴訟の解決における裁判所に対する期待と信頼を高めるのに大いに寄与したことを喜ばしく思っています。けれども、これらの和解による解決のために担当された裁判官の大変な御苦勞のことを考えると、やはりいろいろな偶然的な条件が重なり合って初めて期待された成果を収め得るごく例外的な役割と認識すべきであって、恒常的な役割として引き受け繰り返す裁判官が多量のエネルギーを注がれることには否定的です。

大型薬害被害などは、確かに「救済」の問題で、もともと司法の固有の守備範囲ですから、判決でも十分対応可能なわけですが、適切な法的根拠がなく判決では直接的な被害救済ができず、かといって、立法・行政レベルの対応もすぐには期待できないような状況の下で、裁判所が和解による解決という役割を引き受けることは、その正統な役割であり、また、裁判所でなければできない仕事であるとは思いますが、幾度も似たような役割を裁判所に期待するのはいかながかなものかという思いがあります。一度裁判所が適切な和解案を提示して社会的にも納得の得られる解決ができれば、後は、関係する行政機関や業界などの責任で類似の事例にある程度一般的に対応できる一種のADR手続を設けるなどして、裁判所は求められれば裁判官を適宜出向させて協力するというような仕組みを考えたいと思っています。

○司会

■■■先生には貴重な御講演をいただきまして、ありがとうございました。改めまして、■■■先生に感謝を込めて拍手をお送りしたいと思います。(拍手)

平成27年度特別研究会7（現代社会における法と裁判）

基調講演「民事裁判の現代的課題について」

レジュメ

平成28年4月

司法研修所

司法研修所では、平成27年度特別研究会7（現代社会における法と裁判）を平成28年2月8日及び9日に実施した。

本資料は、平成28年2月8日に行われた■■■■■■■■■■氏による基調講演におけるレジュメである。

はじめに

- 民事裁判の「実情」、「現代的」課題

I 民事裁判への期待と対応状況

(1) 現代型訴訟における期待への対応

- 現代型訴訟（政策形成訴訟、公共訴訟）において期待される裁判機能
 - 法形成的判決、フォーラム効果（問題の提起・情報の公開・争点の明確化）、立法・行政レベルをはじめ政策形成過程一般への波及効果
- 現代型訴訟の特徴と裁判官の役割への期待
 - 当事者・潜在的利害関係者が多数、当事者間の訴訟追行能力等の格差
 - 複雑多岐にわたる争点、法的争点と政策問題の関連、審理の複雑化・長期化

(2) 審理の充実促進と裁判官の役割

- 協働主義的審理運営における裁判官と当事者の役割分担の再構築
 - 争点中心審理方式－裁判官の責任・権限の強化と両当事者の主体的参加の促進
 - 裁判官主導の争点整理、当事者の裁判官の後見的配慮への依存・期待
 - 口頭での当事者間の弁論や三者間の議論の充実不十分
- 裁判官主導の訴訟運営の一環としての訴訟上の和解
 - ADR としての特異性、その正当化理念と実態の乖離
 - 位置づけ・活用方法・手続規律の在り方などの検討

(3) 裁判の機能の多様性とその考察の視点・・・

- 裁判の機能領域の規範的次元と事実的次元

	判決 (+ 和解)	手続過程	
当事者	I	II	法律学的考察の考慮範囲 (法律上 vs. 事実上)
第三者・社会一般	III	IV	

- 内的視点と外的視点、コミットした内的視点と距離をおいた内的視点

II 民事裁判の機能と裁判官の役割の考え方

(1) 裁判の正統性と機能拡大の考え方

- ・ 司法的裁判の制度的枠組
 - ① 規準面—一般的な実定法規範への準拠とその適用という正当化方式
 - ② 手続面—裁判の公開と当事者主義的審理への参加保障
 - ③ 対象面—対立当事者間の具体的権利義務紛争の事後的個別的解決
- ・ 裁判の固有の機能と補充的・代替的機能の区別
 - 固有の機能—当事者主義的審理への参加保障と当事者間の権利義務関係の確定
 - 補充的・代償的機能—紛争解決過程・政策形成過程の現状や社会的期待と相關的
- ・ 現代立憲民主制下の司法的裁判に関する法理学レベルの制度論的な理論枠組
 - 民事訴訟の目的論との関連・・・多元説の一種？

(2) 判決による法形成

- ・ 裁判の紛争解決機能と政策形成機能の関係
- ・ 現代立憲民主制下の司法的裁判の役割
 - 判決の法形成機能の制度的正統性・・・法形成＝法規範の明確化と継続形成
 - 権力分立制、民主制のもとでの法形成機能の在り方・・・立法・行政との関係
 - 法の生成・実現、権利の生成・保護、民意の反映・汲み上げのプロセスの一環
 - 「権利」と「救済」の区別に基づく法形成機能の正統性の考え方
 - (竹下守夫「民事訴訟の目的と司法の役割」民訴雑誌 40 号、1994)

(3) 訴訟上の和解

- ・ 裁判の補充的・代償的機能としての位置づけ
 - 訴訟手続に付随して一体的に運用される ADR
- ・ 裁判官の公権力行使と公的サービスの提供の一環という特性
 - 手続的公正と手続的合理性の確保の観点からの手続的規律の必要性
 - (垣内秀介「和解手続論」(『実務民事訴訟講座[第3期]第3巻』日本評論社、2013) など)
- ・ 弁護士の和解ねらいの訴訟提起や裁判官依存姿勢への対応

(4) 審理構造の改革方向と規律手法の拡充

- (i) 協働主義的審理運営と裁判官の役割・・・

当事者の裁判官依存姿勢が強いなかで、その主体的参加を促進・支援する方向での裁判官の権限と責任の強化

釈明の在り方—実体志向から手続過程志向への重心移行

手続的合理性と手続的公正の保障下で攻撃防御を通じた事案解明と実体形成

(ii) 裁判官の後見的役割と当事者・訴訟代理人の姿勢・能力との相関関係

・裁判官のパターナリズム—その正当化理由と当事者・弁護士との関係

直接的・間接的パターナリズム、公共的理由（手続的正義・裁判の信頼など）

・非制裁型スキームから制裁型スキームへの転換？

法的サンクションの有無による訓示・努力規定と義務規定の区別

行為規範と評価規範、法解釈論と法曹倫理

(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」、須藤典明「報告に対するコメント①」(以上、民訴雑誌 50 号、

2004)、山本和彦「当事者主義的訴訟運営の在り方とその基盤整備について」、

須藤典明「実務からみた新民事訴訟法一〇年と今後の課題」(以上、民訴雑誌 55 号、2009))

(iii) 裁判官の手続裁量の規律の在り方・・・

・手続裁量論と審理契約論の対比検討

(大江忠・加藤新太郎・山本和彦編『手続裁量とその規律』(有斐閣、2005) など)

・一般的な法的規準と要件=効果図式による規律

+考慮・制限要素、要因規範などによるソフトなトポス論的規律

・法律学レベルの適法・違法の問題と法曹倫理レベルの当・不当の問題を関連づける重層的規律手法

III 現代的訴訟対応における裁判官の課題

(1) 審理運営の在り方

(i) 審理対象の拡大をめぐる意見対立への対応

・争点整理の方式・・・要件事実の背後にある社会的事実をも取り込み、間接事実や背景事情まで適宜踏み込み、争点の存否や内容を整理する方向へ

現代型訴訟—従来の法律要件の規定やその解釈自体の見直し要求

・対象の確定の基準・・・直接当事者間の権利義務関係を明確化し個別具体的紛争を

適正に解決するのに必要か否か

(+法形成的判決や和解の波及効果の考慮・判断に必要か否か)

裁判のフォーラム効果や波及効果の配慮・・・裁判を受ける権利、裁判の公開
裁判官・弁護士等の法曹倫理上の責務

(ii) 法形成事実の収集・審理

- ・法形成のための法律問題・法関連問題に関する三者間の議論の充実・活性化
- ・法形成事実（ミニ立法事実、法創造事実）の収集・提出の責任と権限、審理方式
事実問題か法律問題か・・・弁論主義、「裁判官は法を知る」
裁判官と当事者の権限・責任の相互浸透的再調整による協働主義的審理
法的観点の指摘義務および開示請求権の在り方と一体的な検討
鑑定、専門委員、アミカス・キュリエ（amicus curie - 法廷の友）
(原竹裕『裁判による法創造と事実審理』(弘文堂、2000) など)

(2) 法形成的判決の在り方

(i) 判決の先例的機能に配慮した判決作成

- ・現代型訴訟の判決理由における法的判断の示し方
主論と傍論、結論命題と理由づけ命題
「総合的に考（衡）慮して」「著しく合理性を欠くとまで言えない」等々
- ・「判例の読み方」だけでなく、「判例の作り方」の実務慣行の確立と公表
判例の類型（法理判例・場合判例・事例判例）に応じた審理・判決作成
法解釈技法（制定法解釈、欠缺補充、制定法の訂正）に応じた法的構成や主要
事実・間接事実などのズレ

(ii) 傍論的な判断・意見の付言・・・

制度的正統性と意義・・・

(3) 法形成的判決か和解か・・・

- ・軸足は法形成をも含め法的規準明確化機能、和解は例外的な補充的・代償的機能

むすびに代えて