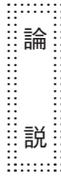


タイトル	当事者主義的民事訴訟運営と制裁型スキームに関する一考察（八・完）：日本民事訴訟法の当事者照会とアメリカ連邦民事訴訟規則の質問書を素材として
著者	酒井，博行；SAKAI, Hiroyuki
引用	北海学園大学法学研究，51(3)：279-324
発行日	2015-12-30



当事者主義的民事訴訟運営と 制裁型スキームに関する一考察（八・完）

——日本民事訴訟法の当事者照会と

アメリカ連邦民事訴訟規則の質問書を素材として——

酒 井 博 行

目 次

はじめに

第一章 当事者主義的訴訟運営の基盤としての証拠・情報の収集

手続の実効化——当事者照会の改革に焦点を当てて——

第一節 当事者主義的訴訟運営への移行の必要性——争点整理

手続に焦点を当てて——

第一款 争点整理手続の現状——裁判所主導型訴訟運営——

第二款 争点整理手続における当事者主義的訴訟運営への移

行の必要性

第三款 当事者主義的争点整理手続における当事者・代理人

弁護士、裁判所の役割・権限・責任（以上、四五卷四

号）

第四款 訴訟資料提出過程における裁判所の管理的権限と当

事者自立支援的権限（以上、四六卷二号）

第五款 当事者主義的民事訴訟運営と実体的正義・手続的正義、手続保障(以上、四六卷三号)

第二章 日本民事訴訟法における当事者照会・訴え提起前の照会とその問題点

第一節 当事者照会・訴え提起前の照会の立法経緯

第二節 理念・根拠

第三節 要件

第一款 照会の主体・相手方

第二款 照会の時期

第三款 照会事項

第四款 照会除外事由

第五款 照会の方法

第四節 回答

第一款 回答義務

第二款 回答の方法

第三款 不当な回答拒絶・虚偽回答の効果

第五節 問題点

第一款 当事者照会・訴え提起前の照会の利用状況・課題

第二款 日本弁護士連合会による当事者照会改革の提案(以上、四八卷一号)

第三章 アメリカ連邦民事訴訟規則における質問書とその実効化手段

手続

第一節 質問書の概要

第一款 目的

第二款 質問書の利点と難点

第三款 質問書に服する者

第四款 質問書における質問数

第五款 質問書の様式(以上、四八卷四号)

第六款 質問書により入手可能な情報等の範囲

第七款 質問書を送付可能な時期など

第八款 質問書への回答

第九款 質問書に対する異議

第一〇款 保護命令(以上、四九卷三号)

第二節 質問書への回答の懈怠などに対する制裁

第一款 強制命令

第二款 強制命令の不遵守を理由とする制裁

第三款 デイスカバリに対する以前の応答等の補充・訂正の懈怠を理由とする制裁

第四款 デイスカバリに対する応答の完全な懈怠を理由とする制裁(以上、四九卷四号)

補論

第一節 民事訴訟法改正研究会による当事者照会の改正提案

第二節 アメリカ連邦民事訴訟規則の二〇一五年改正

第一款 二六条

第二款 三三条

第四章 当事者照会の制裁型スキーム化の方向性

第一節 制裁の手続

第一款 制裁に至るまでの段階

第二款 回答命令申立て前の手続

第二節 具体的な制裁の種類

第三節 その他

むすびにかえて(以上、本号)

補論

前章では、わが国の現行民事訴訟法における当事者照会（法一六三条）の新設の際に参考とされた、アメリカ連邦民訴規則における質問書（連邦民訴規則三三条）、および、質問書を含むディスカバリ一般において開示を行わない当事者等に対する強制命令、ならびに強制命令の違反等に対する制裁等（連邦民訴規則三七条）を概観してきた。これを踏まえ、次章では、当事者照会の実効化のための制裁型スキーム化に関する試論を提示することにした。

ただ、本稿の執筆中に、わが国における当事者照会、および、アメリカ連邦民訴規則におけるディスカバリの両方につき、新たな動きが生じている。そのため、本稿では「補論」という形で、以後の検討の前提として、これらの動きを概観することにした。

第一節 民事訴訟法改正研究会による当事者照会の改正提案

当事者照会については、すでに日弁連が不当な回答拒絶や無回答に対する制裁の新設を主な内容の一つとする改正提案を公表しているが（詳細は第二章第五節第二款参照）、その後新たに公表された当事者照会の改正提案として、民事訴訟法学者や実務家をメンバーとする「民事訴訟法改正研究会」（代表：三木浩一教授）が二〇一二年に公表した民事訴訟法の改正提案がある。⁽¹⁰⁾ この改正提案では、現行民事訴訟法制定時に残された改正課題、外国法上の望ましい制度の導入、および、外国では否定的な考えが主流である制度の廃止、現行民訴法で導入された制度のうちうまく機能していない、ないし問題のある制度の改正がテーマとなっているが、当事者照会についても、制裁型スキーム化の提案がなされている。⁽¹¹⁾

当事者照会に関する改正提案の目的として、民事訴訟に関連する事実や証拠に関わる情報が当事者間で共有されることにより、当事者主導の実効的な争点整理の実現を図ることが挙げられる。⁽¹⁰⁾ この改正提案の要件面に関するポイントとして、「訴訟との関連が明らかに認められない照会」、および、「相手方の私生活上の重大な秘密についての照会」を回答拒絶事由として加える点が挙げられる。また、本稿で問題とする制裁型スキームの導入との関係で重要なポイントとして、相手方当事者の回答義務を明記すること、回答の全部または一部を拒絶する場合に、回答を拒絶する旨およびその理由の書面での通知を義務付けること、回答の全部または一部につき拒絶がされた場合に、照会を行った当事者または相手方当事者が裁判所に対し、回答拒絶につき回答拒絶事由があるか否かの裁定を求めることができる旨を規定すること、および、回答義務に違反した相手方当事者に対する制裁を設けることが挙げられる。⁽¹¹⁾ この改正提案における当事者照会の制裁型スキームの特徴として、回答拒絶がなされた場合に回答拒絶事由の有無についての裁判所の裁定を設け、かつ、照会当事者のみならず、回答拒絶をなした相手方当事者にも裁定の申立権を認める点、⁽¹²⁾ および、回答拒絶事由の有無に関する裁判所の裁定を端緒として、回答拒絶事由がないにもかかわらずなお回答を拒絶する相手方当事者に対する制裁を認める点、⁽¹³⁾ 回答拒絶に対する制裁を義務的制裁ではなく、裁判所の裁量によるものとする点、⁽¹⁴⁾ 具体的な制裁のメニューとして、裁判所侮辱に対する過料、弁護士費用の全部・一部の負担、真実擬制、審理の現状に基づく請求の認容・棄却または訴えの却下といった種々の制裁を用意することが考えられている点⁽¹⁵⁾が挙げられる。

第二節 アメリカ連邦民事訴訟規則の二〇一五年改正

アメリカ連邦民事訴訟規則については、現在（二〇一五年八月）の時点で改正作業が最終段階に入っているが、この改

正では、本稿で検討した二六条（ディスプレイの範囲等）、三三条（質問書）、三七条（ディスプレイへの応答の懈怠等の場合の制裁等）についても改正が行われる予定である。本節では、これらの条文のうち、二六条・三三条の改正案について、簡潔に紹介することにした¹⁰⁶⁾。なお、三七条については、特にeディスプレイ、すなわち電子情報（連邦民訴規則の条文上は、電磁的に蓄積された情報〔electronically stored information〕と表現される）を対象とするディスプレイとの関係で、規定が大幅に改正されるが、この点については、本稿で検討の対象として採り上げる三三条の質問書、および、わが国における当事者照会との関連性という観点から、紹介は割愛することにした。

今回の連邦民訴規則の改正作業は、合衆国司法会議（Judicial Conference of the United States）に設置された、連邦民事訴訟規則に関する諮問委員会（Advisory Committee on the Federal Rules of Civil Procedure）が二〇一〇年五月にデューク大学ロースクールにて、連邦裁判所・州裁判所の裁判官、様々な立場の弁護士、および法学者約二〇〇名を招待して開催した民事訴訟に関する会議（デューク会議〔Duke Conference〕）に端を発するが、この会議は、連邦裁判所における民事訴訟の状態を吟味し、全ての訴訟について公正・迅速・廉価な判断という連邦民訴規則一条所定の目的を達成するためのよりよい手段を探索することを目的としていた。デューク会議では、連邦裁判所の民事訴訟は十分合理的に機能しており、システムの大規模な再編は必要ないとの結論に至ったが、他方、参加者のほぼ全員が、当事者間の協力、手続の利用における均衡（Proportionality）、および裁判所による早期の事件管理（case management）を促進することにより、民事訴訟の処理（disposition）は改善されうるということで一致した。このデューク会議での結論を受けて、諮問委員会は連邦民訴規則の改正案を作成・可決のうえ、司法会議の手続規則に関する常任委員会（Standing Committee on Rules of Practice and Procedure）に送付した。常任委員会は改正案を可決のうえ、司法会議に上程し、司法会議により改正案が合衆国最高裁判所に送付された。そして、合衆国最高裁判所は二〇一五年四月二

九日、合衆国議会に改正案を送付しており、そこで改正案の施行を差し止める立法がなされない限り、同年一月一日より自動的に改正規則が施行されることになる。^(註12)以下では、二六条・三三条の改正案につき、本稿の内容と関連する範囲で概観する。

第一款 二六条

まず、デイスカバリの一般的な範囲を定める二六条(b)(1)項については、裁判所の命令による特段の制限がない限り、一般に当事者は全ての当事者の請求または抗弁に関連する、秘匿特権の対象とならない全ての事項につきデイスカバリを求めることができるとする点は、現行規定と同じである。しかし、改正案の二六条(b)(1)項は、デイスカバリを求められる事項が「訴訟で問題となっている争点の重要性、係争利益の総額、関連する情報への当事者の相対的なアクセス、当事者の資源、争点の解決に際してのデイスカバリの重要性、および、要求されるデイスカバリの負担や費用がその想定される利益を上回るか否かを考慮して、事件における必要性と均衡している」点を、デイスカバリが認められるための要件として追加する。この要件、すなわち、デイスカバリを求められる事項とその事件における必要性との均衡は、現行の二六条(b)(2)項(C)(iii)が当事者の申立てまたは裁判所の職権によりデイスカバリの頻度や範囲を制限しなければならぬ場合の要件として規定しているものから、一部の文言等が変更されて、デイスカバリ一般の範囲に関する二六条(b)(1)項に移されるものである。諮問委員会注解はこの改正につき、そもそも二六条(b)(1)項の一九八三年改正規定が裁判官に過剰なデイスカバリを制御することを勧めるために、デイスカバリの一般的な範囲に関する規定の中で、事件における必要性等を考慮してデイスカバリが不当に負担の重い、または費用がかかるものである場合には、裁判所がデイスカバリの頻度や範囲を制限しなければならないとしていたにもかかわらず、一九九三年改正規

定でこの均衡に関する部分がディスカバリの制限に関する規定として二六条(b)(2)項という形で分割され、現行の二六条(b)(2)項(C)(iii)に至っていたが、この均衡に関する要件がディスカバリの制限にのみ関連しディスカバリの範囲一般とは関係がないように読まれる可能性があるため、この要件を一九八三年改正規定がもともと意図していたように、ディスカバリの一般的な範囲の規定に戻すために改正がなされる旨を論じる。また、改正案の二六条(b)(1)項では、ディスカバ리를求められる事項がその事件における必要性と均衡しているか否かを考慮する際の要素として、現行の二六条(b)(2)項(C)(iii)が列挙するものに加えて、「関連する情報への当事者の相対的なアクセス」、および、「当事者の資源」が新たに加えられる。

また、現行の二六条(b)(1)項は、ディスカバ리를求めることができる事項につき、「文書またはその他の有体物の存在、表示、性質、管理、状態、および所在、また、あらゆるディスカバリ可能な事項を知る者の身元や所在を含む」との文言が付されているが、改正案の二六条(b)(1)項では、この文言が削除される。諮問委員会注解はこの文言の削除の理由につき、これらの事項に関するディスカバリは実際には非常に定着しており、二六条の長文の規定をあえてこのような例示で混乱させる必要はないためである旨を論じる。

さらに、現行の二六条(b)(1)項は、十分な理由(good cause)がある場合、裁判所が当該訴訟に含まれる係争事項(subject matter)に関連する全ての事項についてのディスカバ리를命じることができる旨を規定するが、改正案の二六条(b)(1)項では、この規定が削除される。ディスカバリが認められる一般的範囲を全ての当事者の請求または抗弁に関連する事項とし、十分な理由がある場合に係争事項に関連する事項についてのディスカバ리를認めるという区別は、二〇〇〇年の連邦民訴規則の改正で導入されたが、改正案の諮問委員会注解は、係争事項に関連する事項についてのディスカバリに関する規定がめったに援用されてこなかったこと、および、何が請求または抗弁に関連するかという点を適

切に理解するならば、「全ての当事者の請求または抗弁と関連する、均衡のとれたディスカバリ」で十分対応できるところを、改正の理由として論じる。

加えて、現行の二六条(b)(1)項は、ディスカバリが証拠能力ある証拠の発見につながるよう合理的に計画されているのであれば、(ディスカバリが求められている)関連性のある情報証拠能力あることを要しない旨を規定するが、この部分は改正案の二六条(b)(1)項では、ディスカバリの範囲に該当する情報は証拠能力あることを要しない旨の規定に置き換えられる。この改正の趣旨につき、改正案の諮問委員会注解は、現行規定の「合理的に計画された」との文言がディスカバリの制限のために一部の者によって誤用されてきたため、より直截な表現を採用する旨を論じる。

他方、現行の二六条(b)(2)項(C)(iii)は、前記のように、当事者の申立てまたは裁判所の職権によりディスカバリの頻度や範囲を制限しなければならない場合の要件の一つを規定するが、ここで列挙されていた要素は、ディスカバリの一般的な範囲を定める二六条(b)(1)項に移される。そのため、改正案の二六条(b)(2)項(C)(iii)は、単に「ディスカバリが二六条(b)(1)項により認められる範囲外である」ことを制限のための要件とするに留まることになる。

第二款 三三条

三三条(a)(1)項の第一文は、特段の合意または裁判所の命令がない限り、当事者は個々の小問も含め二五問まで質問書を送付することができる旨を規定する。それに加えて、同条項の第二文は、追加の質問書を送付することについての裁判所の許可は、ディスカバリの頻度や範囲の制限に関する規定である二六条(b)(2)項と矛盾しない範囲で認められる旨を規定する。この第二文は、改正案では「二六条(b)(1)項・(2)項と矛盾しない範囲で」追加の質問書に関する裁判所の許可が認められるとの形に改められる。諮問委員会注解はこの改正につき、改正案の二六条(b)(1)項がディスカバ

リの一般的な要件として事件における必要性との均衡を規定する点を反映させるためである旨を論じる。

- (699) 三木浩一「山本和彦編『民事訴訟法の改正課題（ジュリスト増刊）』（有斐閣、二〇一二年）。なお、この改正提案については、第二回日本民事訴訟法学会大会におけるシンポジウム（二〇一二年五月二〇日開催。於：京都大学）でも、その一部が採り上げられている。三木浩一（司会）ほか「シンポジウム」民事訴訟法の今後の改正課題」民事訴訟雑誌五九号（二〇一三年）一四五頁以下。
- (700) 三木「山本和彦編・前掲注（699）三頁、三木ほか・前掲注（699）一四七頁「三木発言」。
- (701) 三木「山本和彦編・前掲注（699）九九〜一〇四頁。
- (702) 三木「山本和彦編・前掲注（699）一〇一頁。なお、民事訴訟法改正研究会の改正提案では、他にこの目的のために、訴訟に関係する文書に係る情報の相手方当事者への提供を義務付ける早期開示制度（三木「山本和彦編・前掲注（699）六四〜七二頁、坂田宏「証拠収集手続の改正——文書提出の局面を中心に——」民事訴訟雑誌五九号（二〇一三年）一六二〜一六五頁（三木ほか・前掲注（699）のシンポジウムでの報告）」、証言録取制度（三木「山本和彦編・前掲注（699）一三二〜一三八頁）」を新設する提案がなされている。
- (703) 三木「山本和彦編・前掲注（699）九九頁。提案理由については、同書一〇三頁。
- (704) 三木「山本和彦編・前掲注（699）九九頁。
- (705) 三木「山本和彦編・前掲注（699）一〇三頁。
- (706) 三木「山本和彦編・前掲注（699）一〇三頁。
- (707) 三木「山本和彦編・前掲注（699）一〇三頁。
- (708) 三木「山本和彦編・前掲注（699）一〇三〜一〇四頁。
- (709) なお、本節で紹介する連邦民訴規則の二〇一五年改正については、北海道大学大学院法学研究科民事法研究会（二〇一四年七月一八日開催）におけるAndrew M. Pardieck氏（南イリノイ大学ロー・スクール助教）による報告「アメリカ連邦民事訴訟規則の改正——eディスカバリのジレンマを解決できるのか——」、および、その際の質疑応答から、有益な情報を得ることができた。この場を借りて、謹んで御礼申し上げる次第である。
- (710) eディスカバリに関する邦語文献として、たとえば、土井・前掲注（248）国際商事法務三八卷一〇号一四〇七〜一四一二頁、土井「田邊・前掲注（248）国際商事法務三八卷二二号一六九八〜一七〇五頁、デジタル・フォレンジック研究会監修／町村泰貴「小向太郎

編著『実践的eディスカバリ——米国民事訴訟に備える——』（NTT出版、二〇一〇年）、土井 田邊・前掲注（311）八六～九九頁等。
 (71) 連邦民訴規則をはじめ、連邦裁判所規則の制定・改正の手續に関する邦語文献として、たとえば、浅香・前掲注（28）一七頁。
 (72) 合衆国議会に提出された改正案、諮問委員会注解、改正案が諮問委員会から常任委員会に送付される際に付された覚書等の各種資料は、合衆国裁判所のウェブページ（<http://www.uscourts.gov/>）より、PDFファイルの形でダウンロードが可能である（<http://www.uscourts.gov/file/document/congress-materials>）（二〇一五年八月二十五日閲覧）。本節で改正案を概観する際には、これらの資料に多くを負う（1）ことをあらかじめお断りしたい。

第四章 当事者照会の制裁型スキーム化の方向性

本章では、第三章で概観した連邦民訴規則上の質問書、ディスカバリの義務の懈怠に対する制裁やそのための手續、また、第二章・補論にて概観したわが国の当事者照会に関する改正提案を踏まえ、当事者照会の制裁型スキーム化の方向性を示したい。⁽¹³⁾

なお、本章での検討に際して、第一節・第二節では、訴え提起後の当事者照会（法一六三条）を対象を限定し、訴え提起前の照会（法一三二条の二・一三二条の三）については、暫定的な結論に留まるが、第三節で論じることにして。⁽¹⁴⁾

第一節 制裁の手續

第一款 制裁に至るまでの段階

まず、本節では、回答義務の懈怠に対する制裁に至るまでの手續をどのように設計するか、言い換えると、最終的

に制裁が科されるまでにどのような段階を踏むべきかという点に関して検討する。すなわち、当事者照会における回答義務の懈怠に対して制裁を科すとする場合、当然のことながら、裁判所が照会の相手方の回答義務の懈怠を認定することが必要となってくるが、回答義務の懈怠の認定後に裁判所が直ちに相手方に制裁を科すことができるという制度設計をするのか、回答義務の懈怠の認定から制裁を科すまでの間になんらかの段階を挟むのかという点が問題になると考えられる。

まず、アメリカ連邦民訴規則三七条によるディスカバリの制裁は、基本的にはまず裁判所に対し、ディスカバリの義務を懈怠した当事者等を相手方とする強制命令の申立てをし、強制命令が認容された場合、併せて、申立てに係る費用償還の制裁が科され（連邦民訴規則三七条(a)項）、強制命令の発令後もなおディスカバリの義務が履行されない場合、相手方に対するさらなる制裁が科される（連邦民訴規則三七条(b)項）という、漸進的なシステムを採用している。ただし、ディスカバリを求められた相手方当事者等が応答を完全に懈怠した場合には、強制命令の申立てを経ることなく、直接各種の制裁が相手方に科される（連邦民訴規則三七条(d)項）。

このように、アメリカ連邦民訴規則におけるディスカバリの制裁が、基本的にはまず裁判所による強制命令を経て、強制命令の不遵守があつた場合にはじめてさらなる制裁が科されるシステムとなっている背景として、ディスカバリは基本的に当事者によって自主的に行われるものであるということがあり、ディスカバリの義務の懈怠が問題となる場合でも、裁判所による介入は、まずは強制命令の発令という限定的な形にとどめ、強制命令によって相手方にディスカバリの義務を履行する動機付けを与えることに失敗した、すなわち、強制命令の不遵守があつた場合に、はじめより厳格な制裁という形で介入を認める制度となっている⁽¹⁶⁾。このように、ディスカバリの制裁が基本的に手続における当事者の自主性を重視したシステムとなっている点は、わが国におけるべき当事者主義的訴訟運営におい

て当事者サイドによる、裁判所に依存しない主体的な訴訟活動が求められていること、および、当事者照会の制度が当事者主導型の制度として立案されたことから考えると、当事者主義的訴訟運営の基盤としての当事者照会の制裁型スキーム化に当たっても、参考とすべきではないかと考えられる。

このようなアメリカ連邦民訴規則上のデイスカバリの制裁メカニズムの趣旨を踏まえて、改めて、わが国で近年提倡されている当事者照会の制裁型スキーム化に関する提案を概観すると、まず、日弁連による改正提案では、照会を受けた当事者が正当な理由なく回答を拒絶した場合、または一定期間内に回答をしない場合、まず照会者の申立てにより裁判所からの回答の促しがなされ、相手方がなお回答に応じない場合には照会者の申立てに基づき裁判所による回答命令がなされ、相手方が回答命令に従わない場合には照会者の申立てに基づき制裁が科されるというシステムになっている。この提案における制裁のシステムは、裁判所による回答命令が出された後、(相手方がなお回答義務を履行しない場合の)制裁が控えているという点については、連邦民訴規則上のデイスカバリの制裁手続と共通するが、回答命令に至る前の最初の段階で裁判所による回答の促しがあるという点が大きく異なる。そして、この提案では、制裁が科されるまでに三段階を経るシステムになっているといえる。なお、日弁連の改正提案が回答の促し・回答命令・制裁という手続構造を採る点につき、日弁連によって改正提案に付された提言の理由では、このような仕組みを導入することにより、当事者間の自主的な情報・証拠の開示という枠組みを大きく損なうことなく、裁判所による回答等の催促、ひいては当事者照会の実効性を担保するものとなることを期した旨が述べられており、^⑩当事者主導型の情報等の収集・共有のための手続であるという当事者照会の趣旨に合った提案として評価できる。ただ、二〇〇八年の日弁連の第三回民事裁判シンポジウムで出された改正提言の段階では、裁判所による相手方への回答の促し、および、回答拒絶に正当な理由がない場合の(訴訟費用負担の)制裁という手続構造が提案されていたところ、日弁連中

問試案・日弁連要綱試案では、裁判所による相手方への回答の促しと（過料の）制裁との間に、回答命令という段階が加えられたのであるが、このような変更がなされた理由については、日弁連により公表されている資料の限りでは、明らかではない¹⁹⁾。また、日弁連の改正提案では、前記のシンポジウムでの改正提言から日弁連中間試案・日弁連要綱試案に至るまで一貫して、制裁の手続の第一段階として、裁判所による相手方への回答の促しが置かれているが、このような制度設計がなされる理由については、日弁連により公表されている資料の限りでは、明らかではない。ただ、前記のシンポジウムの後、日弁連中間試案が公表されるに至るまでの過程で、日弁連の民事裁判手続に関する委員会が当事者照会制度（および、文書提出命令制度）に関する立法提言につき、各弁護士会および関連委員会などへの意見照会を行っているが、この意見照会に対する回答につき言及する論稿で、裁判所による回答の促しについては争点整理、および釈明権の行使の延長線上にあるものとして、それほど問題はないと思われる旨の記述がある²⁰⁾。この点から、日弁連の改正提案では、直接の制裁につながる手続の前段階として、訴訟指揮権または釈明権の行使の延長線上で捉えられる、裁判所が関与するが直接の制裁にはつながらない手続を設けることにより、当事者照会に対し相手方の回答拒絶があった場合における最初の段階の裁判所の関与を謙抑的なものとし、また、代理人弁護士の見解からラストティックに思われる手続を避けることを意図しているのではないかと推測される。

他方、民事訴訟法改正研究会による改正提案では、照会の相手方による回答の全部または一部の拒絶があった場合、照会者または相手方が裁判所に対し、回答拒絶事由の有無に関する裁定を申し立てることができ、ここでの裁定を端緒として、回答拒絶に対する制裁を科するというシステムとなっている。この提案において、回答拒絶事由がない旨の裁判所による裁定の後、直ちに回答拒絶に対する制裁が科されるのか否かについては、改正提案自体を見る限りでは若干不明瞭な点がある²¹⁾。しかし、改正提案に付されている提案の理由では、裁判所の裁定によって回答拒絶に正当な

理由がないとされた場合には相手方は速やかに回答をしなければならなくなり、それにもかかわらずなお回答をしない場合には制裁を科されることになるであろう旨が論じられている。⁽²⁴⁾ そうすると、この提案では、裁判所が回答拒絶事由がない旨の裁定をした後直ちに相手方に制裁を科すことは想定されておらず、裁定がなされてもなお相手方が回答を拒絶する場合に初めて制裁が科されるという二段階のシステムが想定されていると考えられる。民事訴訟法改正研究会の改正提案がこのような二段階のシステムを採る点は、アメリカ連邦民訴規則上のディスカバリの制裁のメカニズムが基本的に裁判所による強制命令、および、強制命令が出された後もなおディスカバリの義務の懈怠があつた場合の制裁という二段階のシステムとなっている点と共通する。しかし、同研究会の改正提案がアメリカ連邦民訴規則上のディスカバリの制裁、および、日弁連の改正提案と異なる点は、回答義務を履行しない相手方に対して裁判所から制裁が科される前段階の手続が、裁判所による回答命令ではなく、回答拒絶事由の有無の裁定となっている点である。この裁定と制裁との関係については、改正提案それ自体や改正理由を見る限りでは若干不明瞭な点があり、研究会メンバーが参加した座談会でも、この点を指摘したうえで、正当な回答拒絶事由がないのであれば相手方には法律上の回答義務があることになるため、より直截に、裁判所が相手方に回答を命じることができるとの規定にしたほうがいいのではないかとの指摘がなされている。⁽²⁵⁾ この指摘に対して、研究会メンバーからは、当事者照会に裁判所が一切関与しないという形は望ましくないが、他方で、回答命令のような制度を設けることは裁判所の過度な関与につながりうるため、いわば折衷的に、回答拒絶事由の有無についてのみ裁判所が裁定するという制度としていたるの回答がなされている。⁽²⁶⁾

以上の点を踏まえて検討すると、まず、そもそも当事者照会については、事件に関する情報を当事者間で自主的に収集・共有することを可能にすることにより、審理の促進や充実化を図ることを目的とした当事者主導型の手続とし

て立法がなされている。また、当事者照会の立法の際のモデルとなったアメリカ連邦民訴規則上の質問書（をはじめとするディスカバリ）における制裁のための手続も、ディスカバリが基本的に当事者の自主性を重視しているがゆえに、基本的にはディスカバリの義務懈怠に対して裁判所が直ちに制裁を科すのではなく、裁判所による介入はまずは強制命令という限定的なものにとどめられている。これらの点から考えると、筆者は、もともと当事者主導型の手続として立法がなされた当事者照会を実効化するために制裁という形での裁判所の手続関与を制度の中に組み込むとしても、そこでの裁判所の関与については、回答義務を懈怠した相手方に直ちに制裁を科すというところまで求めるのではなく、まずは回答義務を懈怠する相手方に対し義務履行の動機付けを与えるという形として、手続の最初の段階での裁判所の関与はできるだけ謙抑的なものとする⁽²⁶⁾ことが望ましいのではないかと考える。この点から、筆者は、わが国における当事者照会の改正提案が両者ともに回答義務の懈怠と制裁とを直接には結びつけず、最終的な制裁に至るまでに段階を踏む制度設計をしている点については賛成する。

次に、裁判所が当事者照会における回答義務の懈怠を理由とする相手方への制裁を科す前段階の手続として、具体的にどのような手続を設けるべきであるかを検討する。この点につき、前記のように、日弁連による改正提案では、アメリカ連邦民訴規則上のディスカバリにおける制裁の前段階に強制命令の手続が置かれているのと同様、裁判所が相手方に対し回答を行うよう命じる回答命令の制度が設けられる。これに対し、民事訴訟法改正研究会の改正提案では、回答義務を懈怠した相手方に対する制裁の前段階の手続として、裁判所による回答拒絶事由の有無に関する裁定の制度が設けられる。このように、現在わが国で公表されている当事者照会の改正提案では、裁判所による制裁に至る前段階の手続として、二種類の考え方が提示されているが、裁判所による制裁という強力な形での介入の前提となる手続の制度設計の可能性として、現在のところ考えられるのは、これらの改正提案が提示する修正案のように、裁

判所が回答拒絶事由の有無を判断することに加え、回答拒絶事由がない場合に相手方に回答を命じる制度とするか、回答拒絶事由の有無についてのみ判断をする制度とするかというところに落ち着くのではないかと考えられる。そして、筆者も現在のところ、この段階の手續の制度設計の可能性としては、これらの考え方のうちのいずれかをベースとすべきではないかと考える。そして、いずれの考え方をベースとする制度設計をすべきかという点であるが、民事訴訟法改正研究会の改正提案における回答拒絶事由の有無の裁定の制度については、前記のように、回答命令までかけることになる裁判所の過度な関与につながりうるため、なるべく裁判所の関与を少なくするという趣旨で提案されている。^{②⑥}これに対して、回答拒絶事由がないのであれば相手方には回答義務があるため、より直截に回答を命じるという形にした方がいいのではないかと指摘がなされており、^{②⑦}研究会メンバーの側からも、この提案について、よく言えば（当事者照会を裁判所の関与のない制度として維持することによる制度の機能不全を防ぐことと、裁判所の過度の関与を求めることによる負担増を防ぐことという）^{②⑧}両方の要請に目配りしているが、悪く言えば中途半端な提案になっていいる点は認めざるを得ない旨が論じられている。この点に関して、回答拒絶事由の有無につき判断することと、それに加えて回答拒絶事由がない場合に相手方に回答を命じることを比較して、後者の場合に判断に際しての裁判所の負担が特段重くなるとは考えられず（特に、回答拒絶事由がない場合における回答命令を必要とする場合）、また、相手方に回答拒絶事由がないこと（すなわち、回答義務が存在すること）についてのみ判断を下すのではなく、この場合に相手方に回答を命じる旨の判断を示す方が、裁判所による判断とその後もお相手方が回答義務を懈怠する場合の制裁との関係が明確になるのではないかと考えられる。ゆえに筆者は、民事訴訟法改正研究会の改正提案のような、裁判所による回答拒絶事由の有無の裁定という制度ではなく、アメリカ連邦民訴規則上のディスクバリー、および、日弁連の改正提案に準じて、当事者照会における回答義務の懈怠があった場合、まずは裁判所が照会者

の申立てにより回答拒絶事由の有無を判断し、これがない場合に相手方に回答を命じるといふ回答命令の制度を導入すべきであると考える。

そして、この回答命令については、相手方に回答拒絶事由がない場合には必ず裁判所による回答命令が発令されるものとするか、回答命令が発令されるか否かは裁判所の裁量に委ねられるものとするかという点が問題となる。この問題につき、アメリカ連邦民訴規則上のディスカバリの強制命令は、相手方にディスカバリの義務の懈怠があるとされる場合には必要的に発令される。これに対し、日弁連による改正提案における回答命令の発令については、裁判所による回答の促しの後もなお相手方が回答を「正当な理由なく」拒絶する場合という要件に加えて、裁判所が「相当と認めるとき」という要件が課されており、相手方の回答義務が認められる場合でも裁判所の裁量により回答命令が発令されない場合もあるように読むことができる。この点については、当事者照会の要件や回答拒絶事由をどのように構成するかという点からの考慮も必要であるが、基本的には、回答命令の発令の可否についての裁判所の判断過程をできるだけ明確化するという観点から、相手方に回答拒絶事由が認められない場合には必要的に回答命令が発令されるという制度設計を行うものと考えたい。

なお、この回答命令の制度については、手続保障の観点から、回答命令を発令するか否かを判断するに際して相手方を審尋しなければならないとし、また、両当事者の不服申立権の保障のため、回答命令、または回答命令を認めない旨の裁判に対する即時抗告を認めるものとするが、この点は、日弁連の改正提案に準じるものである。⁽²⁾

第二款 回答命令申立て前の手続

前款で論じたように、裁判所が制裁を科す前の段階の手続として、回答義務を懈怠した相手方に対する、裁判所に

よる回答命令の制度を導入するとの立場を採るとしても、照会者による回答命令申立てのさらに前の段階になんらかの手続を導入すべきか否か、また、導入するとすればいかなる手続を導入すべきかが問題となる。この点につき、まず、日弁連による改正提案は、回答命令の申立ての前段階として、照会者の申立てにより、回答義務を懈怠した当事者に対する裁判所からの回答の促しがなされるという手続構造を採る。また、民事訴訟法改正研究会による改正提案が裁判所による回答拒絶事由の有無に関する裁定の申立ての前段階で特に手続を設けていないのと同様、回答命令の申立ての前段階で特に手続を設けず、相手方の回答拒絶等があった場合、照会者は直ちに裁判所に回答命令の申立てをすることができるという手続構造も考えられる。

この点に関して、筆者は、アメリカ連邦民訴規則上のデイスカバリの強制命令につき、同規則三七条(a)(1)項が強制命令の申立て前に裁判所の介入なしに情報等を獲得するための当事者間での誠実な協議または協議の試みを要求している点を、参考とすべきではないかと考える。この制度は、一九九三年の連邦民訴規則改正の際に新たに導入されたものであるが、その趣旨につき、諮問委員会注解は、改正以前から存在した同種のローカル・ルールの成功を踏まえている旨を述べる⁽²⁰⁾。この諮問委員会注解の記述だけでは、協議または協議の試みが要求される趣旨は必ずしも明らかではないが、たとえば、一九九三年の連邦民訴規則改正当時存在した、強制命令の申立て前の当事者間での協議または協議の試みを要求するイリノイ州北地区連邦地方裁判所のローカル・ルールでは、規定の冒頭で、その趣旨を説明するために、「司法の運営における不当な遅延や費用を縮減するために」との文言が置かれていた⁽²¹⁾。この点から、アメリカ連邦民訴規則における強制命令申立て前の協議または協議の試みの要求は、裁判所の負担軽減という観点から設けられていると考えられる。

しかし、筆者は、わが国の当事者照会の制裁型スキーム化に際して、回答命令の申立て前に回答に関する当事者間

での自主的・自律的な交渉を促進するという観点から、同種の規定を導入することを提案したい。すなわち、当事者主義的訴訟運営において当事者サイドによる主体的な訴訟活動が求められる点、および、当事者照会が当事者主導による情報の収集・共有を目的とする手続である点に鑑みると、当事者照会の回答義務に関する紛争が生じた場合に、最終的には回答命令、および、回答命令違反を理由とする制裁という形で裁判所が介入するとしても、まずは当事者間での自主的な解決がなされることが望ましいと考えられる。それゆえ、筆者は、回答義務の有無に関する紛争が生じた場合に、裁判所による回答命令の手続に入るさらに前段階で、裁判所が介入しない形での当事者間の交渉により当該紛争を解決することを可能とするような場を法規により設定し、当該紛争を当事者間で自主的に解決することを支援することを目的として、このような協議または協議の試みを、回答命令の申立ての際の要件とすることを提案したい。なお、この点に関する筆者の提案は、回答命令の申立てのさらに前段階に、照会者が相手方から回答を得るためのより緩やかな手続を設ける点では、日弁連による改正提案と共通する。しかし、日弁連による改正提案はこの段階の手続として、裁判所が介入する形での回答の促しの制度を設けるのに対し、筆者の提案は、回答命令の申立て前照会者・相手方間での回答義務に関する紛争解決のための場を法規により設定し、自主的・自律的な紛争解決を支援するために、協議または協議の試みを義務付けるものであり、ここでは裁判所の介入はなく、両当事者は、後の裁判所による回答命令等の可能性という形での間接的な影響を受けつつも、法規による支援を得て、回答義務に関する紛争の自主的・自律的な解決を試みることになる。

このような提案を行うに際して、筆者は、わが国の民法学における契約法分野で、契約当事者間の「私的自治の再生」を図ることを目的として、問題解決のための当事者間の自主的な交渉関係を成立させ、それを適切な形で進行するように規律することを目的とする「交渉促進規範」として契約法規範を再構成することを提唱する、山本顯治教授

の「交渉促進規範論」⁽²³⁾、および、契約締結後の事情変更等により法的な契約改訂課題が存在する場合に、その契約改訂課題の解決のための契約当事者間の再交渉プロセスを整備して様々な解決オプションの発見を多元主義的に促進することにより、契約当事者が自律的意思決定をなすための基盤を整備し、かつ、これを支援することを目的とする、「自律支援規範」としてのプロセス関連的な規範（再交渉の結果を直接に規律するのではなく、再交渉プロセスの構造化のみを実現する規範）たる再交渉義務を構想する、石川博康教授の見解⁽²⁴⁾より多大の示唆を得ている。

まず、山本顯治教授は、ドイツにおける「法化」(Verrechtlichung)論を参照し、もともと私的自治を保障する手段であった法が、現代の社会的福祉国家では個人の自律的生活領域への介入法に転化し、契約法の分野でも、契約に対する国家による規制の増大、すなわち法規範の拡張と濃密化が当事者の自律性との緊張関係を生み出しているとの認識の下、この「法化と私的自治の緊張関係」に関する問題の解決策として、法の役割を問題そのものの解決、すなわち社会生活領域の直接的統御ではなく、当事者間での「法の影響下での交渉」を規律・促進し、問題そのものの解決については当事者間の交渉に委ねるという間接的抽象的統御という課題を果たすことであるとすると、「法の手続化」ないし「法のプロセス化」と呼ばれる方策を採ることにより、私的自治の再生を図ろうとする⁽²⁵⁾。そして、山本顯治教授は、契約法規範は当事者間の契約関係の終局的な規律を担うものとしてではなく、当事者間の交渉関係の適切な規律を第一に担う「交渉促進規範」として理解されることになる旨を論じる⁽²⁶⁾。この交渉促進規範論の観点からは、契約法上の義務が当事者間の交渉関係の中で果たす役割の一つとして、交渉関係それ自体を成立させ、また、その適切な進行を保障するための法的な「枠組み」を創設するという役割が挙げられる⁽²⁷⁾。その前提として、山本顯治教授は、ドイツの社会哲学者J・ハーバーマス(Jürgen Habermas)の「コミュニケーション的行為の理論」を参考にして契約交渉関係の構造を分析し、契約交渉関係は自己中心的成果を志向した戦略的行為ではなく、相互の了解を志

向した当事者間の相互行為たるコミュニケーション的行為として位置付けられるべきであるとし、そこでの契約義務の機能の一つとして、一方当事者による「妥当要求」（言明の中で掲げられる相手方に対する主張）に対して相手方から異議が提起された場合にこの妥当要求をテーマとして当事者間でなされる討議における合意の正当性を担保する手続的条件である、機会均等的な平等性を保障する「理想的発話状況」を近似的に実現することを挙げ、このような義務は、両当事者の自主的な交渉を行うための枠組みを提供し、自律的な交渉を促進するためのものであるとする⁽³⁶⁾。そして、山本顯治教授は、このような契約交渉関係という法的枠組み自体を成立させる義務として、契約締結後の事情変動に伴う契約調整の問題につき両当事者に継続的に協議を行う義務を課す、ドイツにおけるN・ホルン（Norbert Horn）の「再交渉義務論」の検討を行う⁽³⁷⁾。そして、ホルンが志向する、契約交渉関係を促進するための制度的枠組みを契約義務（再交渉義務）をもって形成することにより両当事者間の私的自治を保障しようとする方策の対象範囲をさらに拡張し、契約締結後の契約調整問題に限らず、また、時的範囲も契約締結後に限らず、契約締結前から履行終了後に至るまで契約交渉関係を成立させ、または活性化することを目的とする契約義務である「継続的交渉義務」を構想する⁽³⁸⁾。

他方、石川教授は、山本顯治教授のように契約法規範全体につき「法の手続化」「法のプロセス化」を図り一般的にプロセス的規範の重要性を説くのではなく、契約締結後に複雑な契約改訂課題が存在するという特殊な問題状況の下ではプロセス的規範による当事者の自律性に対する支援が必要になるという視点から、契約締結後の再交渉義務に関する議論を展開する。石川教授は、前記のホルンの再交渉義務論、および、ホルン以降のドイツにおける再交渉義務論に関する学説等を詳細に検討し⁽³⁹⁾、特にホルンの議論、および、再交渉義務に関するホルン以降の最も重要な業績を著したA・ネレ（Andreas Nelle）による、交渉理論等の学際的知見をも用いた議論に依拠して、わが国における再交

渉義務に関する解釈論を提示する。石川教授の見解は、まず、再交渉義務の正当化根拠として、契約関係が複雑化し、かつ長期的な関係維持が強く期待・要請される場合における複雑な契約改訂課題は、将来的な協働関係の再構築という視点から、再交渉における当事者の主体的な協働および関わり合いを通じてのみ解決可能であり、その際、当事者を再交渉に誘うとともに、協働関係を促進する形でその再交渉プロセスを整備することが契約改訂のための合目的的手段となる旨を論じる⁽⁷⁶⁾。そして、この合目的性の観点から再交渉プロセスの制度設計を試みる際には、再交渉における当事者の創発的関与によって様々な解決オプションが発見されるような制度設計がなされるべきであり、特定の再交渉結果への承諾を義務付けることは当事者の創発的契機⁽⁷⁷⁾の阻害要因ともなりうるため、これを再交渉義務の内容とはできず、再交渉義務の本質は、契約改訂等の結果を直接に実現する結果関連的要素を含まないプロセス関連的規範に純化した形で理解されなければならないとされる⁽⁷⁸⁾。このような再交渉の実現のために当事者の協働を促進する際には、ネレが交渉理論に基づき引き出した、再交渉の積極的機能を極大化させると同時に、またむしろより重大な課題として、機会主義的再分配などの再交渉の消極的機能を極小化させることの考慮が必要となる旨が論じられる⁽⁷⁹⁾。次に、石川教授は、契約改訂規範における再交渉義務の位置付けにつき、当事者の明示的な合意の枠を超えて信義則等によりもたらされるという意味では他律的な規範であるが、承諾義務という当事者の自律性を否定する契機から切り離されたプロセス関連的規範たる再交渉義務は、契約改訂課題の解決の際の当事者の創発的モメントと自律的契機を拡充するとともに、再交渉プロセスを整備し様々な解決オプションの発見を多元主義的に促進することにより、自律的意思決定をなすための基盤を整備しそのような意思決定を促進することを目的とした「自律支援規範」であるとする⁽⁸⁰⁾。契約締結後の再交渉の場面でこのような自律支援規範が要請される根拠としては、複雑な契約改訂課題の解決のために当事者の自律的な関わり合いが決定的に重要であるところ、「再交渉のディレンマ」の問題（交渉理論にお

いて、ゲーム理論における「囚人のディレンマ」を基礎として構築された「交渉のディレンマ」モデルを、ネレが契約締結後の再交渉の場面に応用し、この場面の特殊性を踏まえて明らかにした問題であり、当事者の任意の再交渉では、非協調的な戦略が当初の契約で創造・分配されているはずの価値についての機会主義的な再分配要求として現れるため、再交渉の場面での価値創造による契約の良化が困難になるという問題）等があることから、契約改訂課題の解決を当事者の自律的な関係形成のみに委ねることはできないため、再交渉義務を通じての当事者の自律的意思決定の積極的な支援が強く要請されることが挙げられる。⁽⁷⁶⁾ そのうえで石川教授は、再交渉義務の具体的な内容につき、動的システム (bewegliches System) 論⁽⁷⁷⁾を用いて要件・効果等を検討するネレの見解に基本的に依拠して検討を行うが、まず、再交渉義務の具体的内容として、①契約改訂提案の申し出および検討に関する義務（再交渉の申し出、改訂提案の提示および根拠付け、改訂提案の検討、反対提案の提示等に関する義務など）、②交渉プロセスを形成する義務（再交渉の期間や場所を定める義務、交渉の遅延を回避する義務、情報提供を行う義務、再交渉に第三者を関与させる義務など）、③誠実に交渉を行う義務（詐欺・強迫まがいの行為の禁止、既成事実の作出により再交渉の挫折や解決オプションの創造阻害を誘発することの禁止、といった不誠実な交渉態度の禁止一般）を挙げ、①～③のそれぞれにつき、様々な強度の義務が想定されるとする。⁽⁷⁸⁾ 次に、再交渉義務の成立要件については、固定的要件として「法的な契約改訂課題の存在」が挙げられ、加えて、義務の成立を基礎付ける積極的要件として「契約改訂課題の複雑性」、義務の成立を阻害する消極的要件として「再交渉を期待困難にする事情の存在」が挙げられる。⁽⁷⁹⁾ また、再交渉義務違反に対するサンクションについては、過度のサンクションは再交渉における当事者の創発的契機を奪うことになるため、契約改訂権限（あるいは解約権限）の制限または変更という間接的なサンクションが最も重視されるべきであるとされ、そのようなサンクションが適さないような場合には、損害賠償請求権（再交渉のために費やされた費用や、契約改訂

が遅延したことによる損害が対象となる)のサンクシヨンが活用されるべきことになる⁽²⁰⁾とされる。

ここまで、山本顯治教授の交渉促進規範論、および、再交渉義務に関する石川教授の見解を概観してきた。そして、山本顯治教授の交渉促進規範論は、法化社会における個人の自律的生活領域への介入法の増大という状況の中で私的自治を再生するために、契約法規範全体を手続・プロセス志向の交渉促進規範として再構成し、両当事者の自主的な交渉関係を成立させ、その適切な進行を保障し、自律的な交渉を促進するための法的枠組みを創設することを契約法規範の役割・機能の一つとするのに対し、石川教授の再交渉義務論は、複雑、かつ長期的な契約において複雑な契約改訂課題が存在する場合、プロセス関連的な再交渉義務により両当事者を再交渉プロセスに誘い、協働関係を促進することが契約改訂のための合目的的手段であるとして、契約改訂課題の解決の際の当事者の創発的モメントと自律的契機を拡充し、再交渉プロセスを整備し様々な解決オプションの発見を多元主義的に促進することにより、自律的意思決定をなすための基盤を整備しそのような意思決定を促進することを目的とする自律支援規範としての再交渉義務を構想するという違いがある。しかし、山本顯治教授が私的自治の再生という観点から契約法規範全体を交渉促進規範として再構成することを構想し、他方で石川教授は複雑な契約改訂課題の解決のための合目的的手段を探索するという観点から、契約締結後の再交渉の場面に限定して、当事者間の交渉による自律的意思決定を促進する自律支援規範としての再交渉義務を構想するという違いがあるといえ、両教授の見解は、契約当事者間での自主的・自律的な交渉の場を設定し、交渉による紛争解決を支援・促進する機能をもつ法規範を構想する点では共通すると考えられる。そして、筆者はこのような考え方を、もともと当事者主導型の制度として構想された当事者照会の制裁型スキーム化に際して応用し、回答義務に関する紛争が生じた場合に第一次的には当事者間の交渉による自律的な紛争解決を支援・促進することを目的として、アメリカ連邦民訴規則三七条(a)(1)項が規定する強制命令申立て前の当事者間での誠

実な協議または協議の試みの要求をいわば換骨奪胎する形で、当事者照会における回答命令の申立てに際して、裁判所の介入なしに回答義務に関する紛争を解決するための当事者間での誠実な協議を行ったこと、または誠実に協議を試みたことを申立ての要件とすることを提案したい。そして、この協議または協議の試みの義務についてより具体化する、まず、相手方からの回答拒絶等がなされた照会者の側には、相手方に対し回答についての協議を誠実に申し入れる義務があり、これに対して、相手方の側には、照会者からの協議の申し出を承諾し、誠実に協議に応じる義務があると解したい。そして、回答命令の申立てに際しては、照会者の側に、回答を得るために相手方と誠実に協議を行ったこと、または誠実に協議を試みたが（相手方が協議に応じない、協議には応じたが不誠実な対応に終始したなどの理由で）協議が十分にできなかったことについての疎明を要求するものとしたい。なお、この協議については、アメリカ連邦民訴規則三七条(a)(1)項による協議または協議の試みの要求につき、裁判例やローカル・ルールが当事者間での生の形での考えや意見の交換を求めている点に倣い、当事者または代理人弁護士同士が直接面会して行うか、電話により行うものとしたい。⁽⁶⁾ 誠実な協議または協議の試みを行ったことについての疎明がない場合の措置は、アメリカ連邦民訴規則三七条(a)(1)項に関するローカル・ルールに倣い、回答命令の申立てが却下されるものとするが、この申立ての却下の規定は、照会者に対する間接的なサンクションとして機能し、具体的には、照会者は回答命令の申立てを却下される（したがって、回答を得るための裁判所の介入という段階に進めない）ことを回避するために、相手方に対して誠実に協議の申し入れを行うよう促されることになる。なお、当然のことながら、誠実な協議または協議の試みについての疎明がないとして照会者からの回答命令の申立てが却下された場合でも、その後改めて照会者が相手方との誠実な協議または協議の試みをなしたうえで、再度回答命令を申し立てることができるものとする。

このように、筆者は、アメリカ連邦民訴規則三七条(a)(1)項が規定する強制命令申立て前の当事者間での誠実な協議

または協議の試みの要求、および、民法の契約法分野における契約当事者間の交渉促進のための規範を構想する見解に示唆を受け、当事者照会における回答命令の申立てにつき、照会者・相手方間で申立て前の誠実な協議または協議の試みを行うことを要件とすることを提案するが、このような考え方に對しては、批判も考えられる。たとえば、筆者は当事者照会における回答義務に関する紛争を両当事者が自主的・自律的に解決することを支援・促進するために、回答命令の申立て前の誠実な協議または協議の試みの義務を設定することを提案するが、筆者がこの提案を行う際に参考とした見解の一つである石川教授の見解は、契約締結後の契約改訂課題に関する紛争の解決の際に、交渉ないし協議を行う義務を当事者に課し、当事者間での自律的な交渉ないし協議を支援・促進することによって、様々な解決オプションの発見を促進することを再交渉義務の目的とするところ、当事者照会における回答義務に関する紛争につき、これとパラレルに考えることが妥当か否かという問題が考えられる。すなわち、契約締結後の契約改訂においては、再交渉後の契約改訂の内容は、強行法規に反しない限り極めて多様なものが考えられ、それゆえ、私的自治という理念的な根拠のみならず、様々な解決オプションの発見を促進するという根拠から再交渉義務を正当化できるのに対して、当事者照会における回答義務に関する紛争につき同様のことが当てはまるのか、また、再交渉義務の場合と同様に当事者照会における回答命令申立て前の誠実な協議または協議の試みの義務を正当化できるのかという点が問題となると考えられる。確かに、当事者照会における回答義務に関する紛争について照会者・相手方間で協議を行った場合に結論として考えられる選択肢は、契約改訂の場合と比較して限定されることが予想される。しかし、それでも、この協議の結論としては、①相手方が照会事項につき回答する、②照会事項につき回答しない、というだけではなく、③回答除外事由に該当する照会事項につき相手方が回答する、④回答除外事由に該当しない照会事項につき照会者が回答を求めない、というものが考えられ、裁判所による回答命令と比較すると、多様かつ柔軟な解決が可

能であると考えられる。そして、この点から筆者は、当事者照会における回答義務に関する紛争の解決につき回答命令の申立て前に誠実な協議または協議の試みの義務を課すことは、両当事者による自主的・自律的な紛争解決を支援・促進するという理念的な面からのみならず、回答義務に関する紛争の解決のための多様な選択肢の発見を促進するという面からも、正当化が可能となるのではないかと考える。

第二節 具体的な制裁の種類

次に、回答命令がなされた後もなお回答を行わない相手方に対して科される裁判所の制裁につき、具体的にどのような種類のものを設けるかを検討する。

まず、アメリカ連邦民訴規則におけるディスカバリでは、連邦民訴規則三七条(a)項に基づく強制命令の発令後、当事者または法人たる当事者の役員、取締役、支配人が強制命令を遵守しなかった場合、裁判所は制裁のためのさらなる命令を発令することができ（連邦民訴規則三七条(b)(2)項(A)、ここで認められる制裁として、事実の証明の擬制、指定された請求・抗弁を支持することまたは争うことの禁止や指定された事項の証明の禁止、プリーディングの却下、さらなる訴訟手続の停止、訴訟の全部または一部の却下や懈怠判決、裁判所侮辱が挙げられ（連邦民訴規則三七条(b)(2)項(A)(i)~(vi)、また、それ以外の制裁もありうる。また、裁判所はこれらの制裁の命令に代えて、またはこれに加えて、強制命令を遵守しなかった当事者等、その代理人弁護士、またはその両者に対し、原則として、弁護士費用を含む、強制命令の不遵守によって生じた合理的な費用の償還を命じなければならない（連邦民訴規則三七条(b)(2)項(C)）。次に、わが国で近年提唱されている当事者照会の制裁型スキーム化に関する提案の中で具体的な制裁として挙げられているものを確認すると、まず、日弁連による改正提案では、裁判所による回答命令を受けた相手方がなお回答拒

絶等をなす場合、照会者の申立てにより、決定で二〇万円以下の過料が科されることになる。

他方、民事訴訟法改正研究会による改正提案では、回答拒絶事由の有無に関する裁判所の裁定を経たうえで、回答義務に違反した相手方への制裁が科されることになる。ここでの制裁につき、改正提案自体の中では、具体的な制裁の種類については特に提示されていないが、⁽⁵⁵⁾提案の理由の方では、種々の制裁を用意する必要があるとされている。そして、そこで例示されている制裁として、裁判所侮辱に対する過料、弁護士費用の全部・一部の負担といった制裁から、⁽⁵⁶⁾真実擬制、審理の現状に基づく請求の認容・棄却または訴えの却下といった伝家の宝刀として用意すべき制裁まである。

ここまで確認してきた結果をまとめると、アメリカ連邦民訴規則上のデイスカバリの強制命令不遵守に対する制裁では、具体的な制裁として、大まかには、当事者の実体権に影響を及ぼさない金銭的制裁（費用償還）と、当事者の実体権に影響を及ぼしうる制裁（証明擬制、主張・抗弁の支持や争うことの禁止や一定の事項の証明の禁止、プリーディングの却下、訴訟の却下、懈怠判決）の両方が設けられている。他方、わが国の当事者照会の改正提案については、日弁連による改正提案が回答命令不遵守に対する制裁として、当事者の実体権に影響を及ぼさない金銭的制裁（過料のみを設けるのに対し、民事訴訟法改正研究会による改正提案では、金銭的制裁（過料、弁護士費用の負担）と、当事者の実体権に影響を及ぼしうる制裁（真実擬制、審理の現状に基づく判決）とを設けるという違いがある。

そして、これらの点を踏まえて検討すると、回答命令不遵守を理由とする制裁については、理論的には多様なものを想定でき、かつ、類型として、金銭的制裁のように当事者の実体権に影響を及ぼさない制裁と、当事者の実体権に影響を及ぼしうる制裁が考えられるため、制度設計に困難な点もある。しかし、筆者は、制裁の目的として、回答義務を懈怠した相手方への懲罰、照会者への補償、回答義務の懈怠の抑止など、様々な事項を想定しうる⁽⁵⁷⁾こと、回答命

命令不遵守が生じた具体的状況に適切に対処する必要があること、制裁の実効性を確保する必要があること、手続的正義を実体的正義より重視すべき場合もありうることから、基本的にはアメリカ連邦民訴規則上のデイスカバリの強制命令不遵守に対する制裁や民事訴訟法改正研究会の提案のように、実体権に影響を及ぼさない金銭的制裁と実体権に影響を及ぼしうる制裁の両方を含む、多様な制裁を用意する方向性に賛成する。

ただ、このような方向性を採る場合、当事者の実体権に影響を及ぼさない金銭的制裁と当事者の実体権に影響を及ぼしうる制裁のいずれが優先するかという問題を検討する必要がある。この問題につき、まず、アメリカ連邦民訴規則上のデイスカバリの強制命令不遵守に対する制裁では、金銭的制裁（弁護士費用を含む、強制命令の不遵守によって生じた合理的な費用の償還）は原則として必要的に科され（連邦民訴規則三七条(b)(2)項(C)、他方、当事者の実体権に影響を及ぼしうる制裁（証明擬制、主張・抗弁の支持や争うことの禁止や一定の事項の証明の禁止、フリーデインの却下、訴訟の却下、懈怠判決）が科されるか否かは裁判所の裁量に委ねられており（連邦民訴規則三七条(b)(2)項(A)、金銭的制裁が当事者の実体権に影響を及ぼしうる制裁に優先するものと評価できる。これに対して、民事訴訟法改正研究会による改正提案では、金銭的制裁（過料、弁護士費用の負担）と、当事者の実体権に影響を及ぼしうる制裁（真実擬制、審理の現状に基づく判決）のいずれが優先するかという点については、特に言及されていない。この点につき、筆者は、当事者の実体権に影響を及ぼしうる制裁は、当事者照会の回答義務という手続法上の義務の懈怠を理由に相手方の実体法上の権利を失わせる、または義務を生じさせることにつながるものであり、過大な制裁となる恐れがありうること、回答義務の懈怠の一事をもって相手方の実体権に影響を及ぼすことが望ましくない場合もありうることから、基本的に、当事者の実体権に影響を及ぼさない金銭的制裁（過料や費用負担）を本則として優先させるべきではないかと考える。ただ、金銭的制裁に関しては、まず、費用負担は、仮にその対象として訴訟費用

を想定すると、訴額が高額な事件では訴訟費用も高額となるため、金額の認定次第では制裁の実効性を確保しようと考えられるが、訴額が低額な事件では訴訟費用も低額となるため、制裁の実効性確保が困難になりうる⁽⁷⁶⁾。また、相手方の回答命令違反により照会者に生じた費用等の補償を重視すれば、費用負担の制裁を科す方向に傾くが、他方で、費用負担では制裁の実効性を確保できない可能性も考えられる。たとえば、両当事者が互いにそれぞれに対する回答命令に違反する場合、両者に費用負担の制裁を科したとしても、互いに相殺し合うということになりかねない⁽⁷⁷⁾。すると、照会者への補償より相手方への懲罰を重視すべき場合には、過料の制裁を科すべきことになると考えられる(両方の目的を重視すべき場合には、費用負担・過料の制裁を共に科すことも考えられよう)。他方、過料については、民事訴訟法上の他の過料の規定とのバランスという点から、制裁の実効性確保のための金額設定に困難が生じるとも考えられる⁽⁷⁸⁾。

また、当事者の実体権に影響を及ぼしうる制裁は、回答義務という訴訟法上の義務の懈怠による相手方の実体権への不利益を認めうるものであり、当事者の実体権に影響を及ぼさない金銭的制裁によつては、経済的合理性から考えて、回答拒絶等が続ける方が相手方の利益となる場合には制裁の実効性が確保できない点に鑑みると、制裁の実効性確保の観点からは整備が認められるべきであると考えられる。しかし、詳細については、さらなる検討も必要である。たとえば、真実擬制は、一方で、具体的な状況に応じて柔軟に制裁の内容形成が可能であると考えられるが、他方で、当事者照会では主張・立証の準備に必要な事項が広く照会事項となるため、照会事項自体の真実擬制をしても制裁の実効性が乏しい、あるいはそもそも照会事項が真実擬制になじまないことも考えられる⁽⁷⁹⁾。すると、照会者が照会で得られた情報を手掛かりとして利用可能となる証拠で証明しようとする事実の真実擬制が考えられる。しかし、回答命令不遵守と制裁とのバランスを考慮すると、このような事実についての真実擬制の制裁は、たとえば、相手方の回答

命令不遵守のために照会者の立証の可能性が著しく狭められたような場合等に限定されるのではないかと考えられる。この点に関しては、当事者が文書提出命令に従わない場合に、相手方の証明すべき事実（法二二一条一項四号）についての真実擬制を認める法二二四条三項がその要件の一つとして、相手方が他の証拠により当該証明主題を証明することが著しく困難であることを挙げる点が参考になると考えられる。⁽⁶⁵⁾ なお、ここでの真実擬制は、法二二四条に基づく真実擬制と同様、証明妨害の法理を明文で認める一例として位置付けられることになる。⁽⁶⁶⁾

さらに、審理の現状に基づく判決は、特に本案判決の場合、相手方の実体権に重大な不利益（権利の喪失、または義務の発生）をもたらすため、どのような場合にこの制裁を科すことを認めるかという点につき、慎重な検討が必要である。この問題については、アメリカ連邦民訴規則上のディスカバリの強制命令不遵守に対する制裁で、訴訟の全部の却下や懈怠判決という制裁につき、多くの裁判例が、より軽微な制裁では強制命令を遵守させることが不可能な場合の最終手段としてのみ認める点や、不遵守当事者の故意・重過失を要求する点が、参考となるのではないかと考えられる。⁽⁶⁶⁾

なお、筆者は、前記の通り、当事者の実体権に影響を及ぼしうる制裁（真実擬制、審理の現状に基づく判決）については、金銭的制裁よりも限定された形で認められるべきであると、現在のところ考えている。そして、仮に筆者の提案のような形で法改正が現実になるとしても、真実擬制ないし審理の現状に基づく判決という制裁が科されるための要件はある程度抽象的なものとならざるをえず、それゆえ、具体的にどのような場合にこれらの制裁が科されるかという点については、裁判例や学説の積み重ねによって明らかにしていく必要があると考えられる。⁽⁶⁶⁾ このような制裁は、回答命令に従わない相手方の実体権につき不利益を与えることが直接の効果であるとはいえず、それよりも、後に**第三節**でも論じるように、このような厳しい制裁が控えていることによって、この制裁の可能性を回避しよ

うと考える相手方が自発的に照会に対して回答を行うことを促進することが重要な目的であると考えられる。それゆえ、筆者は、前記のように、回答命令不遵守の態様と制裁とのバランスや、回答命令不遵守に際しての相手方の悪質性などの考慮が必要不可欠であるといえ、真実擬制や審理の現状に基づく判決といった、当事者の実体権に影響を及ぼしうる制裁については、前記の諸要素を考慮したうえで、その間口はできるだけ広く確保し、そのことを通じて、照会に対する相手方の自発的な回答の動機付けを高めていく方向性を採るべきではないかと考える。

また、相手方の回答命令不遵守を理由とする裁判所の制裁につき、必要的なものとするのか、制裁が科されるか否かは裁判所の裁量に委ねられるのかという点が問題となる。この点につき、アメリカ連邦民訴規則上のデイスカバリの強制命令不遵守を理由とする制裁では、金銭的制裁は原則として必要的に科されるが（連邦民訴規則三七条(b)(2)項(C)）、それ以外の制裁が科されるか否かは裁判所の裁量に委ねられる（連邦民訴規則三七条(b)(2)項(A)）。また、日弁連による改正提案では、回答命令不遵守を理由とする過料の制裁が科されるためには、裁判所が「相当と認めるとき」という要件が課されており、制裁が科されるか否かについては裁判所の裁量に委ねられるように読むこともできる。他方、民事訴訟法改正研究会による改正提案では、回答拒絶理由がないとの裁定を受けた相手方に制裁が科されるか否かについては、義務的制裁ではなく、裁判所の裁量に委ねられる。この点については、回答命令が発令されている以上、相手方には回答義務が認められるのであり、その後もなお相手方が回答拒絶等続ける場合に制裁を科すか否かにつきさらに考慮を行う必要性は基本的には薄いと考えられること、および、制裁を科すこと自体に関する裁判所の判断過程をできるだけ明確化するという観点から、制裁を科すこと自体については裁判所の裁量の余地は基本的にはないものと考えたい。ただ、筆者は前記のように、金銭的制裁（過料や費用負担）を本則として優先すべき制裁と考え、当事者の実体権に影響を及ぼしうる制裁（真実擬制、審理の現状に基づく判決）が科される場合について

は限定的に考えるという立場を採るため、具体的な制裁の選択に際して、金銭的制裁については、原則として必要に科されるものと考ええる。他方で、当事者の実体権に影響を及ぼしうる制裁が科される場合については、その要件を規定するとしても、ある程度抽象的なものとならざるをえないため、結果的には、これらの制裁を科すか否かについては、裁判所の裁量に委ねるのと同様の結果にもなりうるが、この点に関しては、前記のように、仮に筆者の提案が現実になるとすれば、裁判例や学説による、これらの制裁を科すに際しての考慮要素等が明らかにされる必要があると考えられる。

最後に、回答命令不遵守を理由とする制裁に関する裁判をなす際には、照会者の申立てによるものとし、手続保障の観点から、相手方の審尋を要するものとする。また、この制裁に関する裁判に対しては、両当事者の不服申立権の保障のため、即時抗告を認めるものとするが、この点は、日弁連による改正提案に準じるものである。

第三節 その他

ここまで、不十分なながら、当事者照会の実効化のための制裁型スキーム化に係る筆者の見解を提示してきたが、本節では、この制裁型スキーム化に関連するいくつかの問題につき論じることにした。

第一に、当事者照会の実効化のために回答拒絶等に対する制裁の手続を設けること目的・機能についてであるが、確かに、実際に相手方による回答拒絶等がなされた場合に、制裁という形でなんらかの不利益を課することも重要である。しかし、筆者は、当事者照会の実効化のために制裁型スキーム化を行うこととの関係で重要なのは、実際に生じた回答義務懈怠に対して制裁を科すことのみならず、回答義務懈怠に対する制裁やそのための手続を整備し、回答拒絶などがなされた場合には制裁を科される可能性が控えているということを通じて、すなわち、制裁の可能性による

威嚇を通じて、照会を受けた相手方が自発的に回答義務を履行する動機付けを高め、もって、当事者照会による両当事者間での事件に関する情報の収集・共有の円滑化を図ることであり、むしろ後者の目的・機能の方を重要視すべきではないかと考える。⁽⁹⁶⁾ このような形での制度の機能については、すでに現行民事訴訟法における文書提出命令についても論じられており、文書提出義務の一般義務化（法二二〇条四号）により文書提出命令の発令の可能性が高まったことから、実際には文書提出命令の発令の段階にいくまでもなく、文書の所持者からの任意の提出がなされている旨の指摘がなされているが、⁽⁹⁷⁾ 当事者照会に回答義務懈怠の場合の制裁を設ける制度設計を行う場合も、文書提出命令の場合と同様、後に裁判所による強制的な措置が控えていることによる、当事者からの自発的な回答が促進されるということは、可能性として十分考えられる。

このような考え方を採るに際して、筆者は、法哲学・法理学の分野で、法システムの機能の捉え方につき、市民の行動に対する義務付け・規制を行う強制的命令システムとしての機能よりも、私人相互間での自主的活動を促進する活動促進機能を第一次的なものとして捉えるべき旨を論じる、⁽⁹⁸⁾ 田中成明教授の見解より多大の示唆を得ている。田中教授は、法システムの理解については、従来、国家権力が強制的サンクションを用いて人々の行動を義務付け規制する、社会統制機能を果たす命令システムとして捉える見方が一般的であったところ、⁽⁹⁹⁾ 法が違法行為に対して強制的サンクションを規定している場合でも、その本来のねらいは、サンクションが規定されていることだけで法が自発的に遵守され違法行為が抑止され、市民が安心して日常生活を営める平和な状態を維持することであり、強制権力の行使自体が法の目的ではなく、サンクションとしての強制権力が現実に行使されるのは、この第一次的な抑止が功を奏さなかった場合に限られ、例外的で第二次的なものである旨を論じる。⁽¹⁰⁰⁾ そのうえで田中教授は、法が強制的サンクションを規定して市民に一定の行動を義務付ける場合も、市民の自由な活動の制限だけをめざしているのではなく、市民

が各人各様の目標の実現のために自主的に準拠すべき指針と枠組みを提供し、市民相互の自主的活動を予測可能で安
 全確実なものとし、各人の選択した目標の実効的な実現を促進し支援するという機能をも果たすとしたうえで、法シ
 ステムが円滑に作動している状況では、権力や強制と結びついた規制的な社会統制機能よりも、様々な法的観念を用
 いた私人相互間の自主的な行動規律・利害調整などを促進する機能が重要な役割を果たし、法がこのような活動促進
 機能を果たす場合、国家権力による強制的サンクションの規定や実行というハードな面は背後に退き、私人間の自主
 的な交渉や理性的な議論による合意の形成と実現を間接的に促進し外面的に保障するという、不可欠ではあるが補助
 的な役割を果たすとする。⁽¹⁴⁾ これらの点を踏まえて、田中教授は、国家権力の行使と直接結びつかない社会レベルにお
 ける私人相互の水平関係での活動促進機能を法システム全体の活動の基軸として与えることが不可欠である旨を論
 じる。⁽¹⁵⁾ このように、田中教授は法システムの機能につき、私人相互間での自主的な行動規律・利害調整などを間接的
 に促進・保障する活動促進機能を第一次的なものとして捉えるべき旨を論じるが、筆者も、田中教授の見解に従い、
 当事者照会における制裁の機能として第一次的に重要なものは、回答義務懈怠に対する裁判所による制裁の可能性とい
 う威嚇を通じて、両当事者間での事件に関する情報の自主的な収集・共有を支援・促進し、ひいては、両当事者によ
 る、裁判所のパターンリズムに依存しない形での主体的な弁論権行使を支援・促進することであると考へたい。

第二に、アメリカ連邦民訴規則上のディスカバリの義務懈怠に対する制裁を規定する連邦民訴規則三七条の制度の
 うち、(a)ディスカバリに対する以前の応答等が重要な点で不完全または不正確であった場合における、応答等の補充・
 訂正の義務の懈怠を理由とする制裁（連邦民訴規則三七条(c)(1)項。第三章第二節第三款参照）、および、(b)ディスカバ
 リに対する応答の完全な懈怠を理由とする、強制命令を経ない形での制裁（連邦民訴規則三七条(d)項。第三章第二節
 第四款参照）につき、わが国における当事者照会の制裁型スキーム化に際して同様の制度を導入すべきか否かが問題

となる。この点に関して、まず、(a)の制度に倣って、当事者照会に対してすでになされた回答が重要な点で不完全または不正確であった場合に、相手方に回答の補充・訂正の義務を課し、この義務の懈怠があつた場合に制裁を科するという制度を設けるべきか否かという点については、(a)の制度が連邦民訴規則上設けられている目的として、当事者に対して適時にデイスカバリに対する情報や証拠の開示を行うインセンティブを提供し、自身にとって有利な証拠等を戦略的に後出しすることを防止することが挙げられる点⁽⁷⁶⁾を鑑みると、当事者照会に対して相手方が適時に完全・正確な回答を行うように動機付けるといふ観点からは、このような制度の導入も検討に値すると思われる。しかし、この場合の義務懈怠に対する制裁をどうするかという点（たとえば、相手方の実体権に影響を及ぼしうる制裁まで認めるか否か等）につき、現時点では筆者は定見を持っておらず、この点は今後の検討課題としたい。また、(b)の制度に倣い、当事者照会における回答義務懈怠に対し、回答命令を経ない形での制裁を設けるか否かという点については、筆者は、当事者照会の制裁型スキーム化に際し、裁判所の関与を最初の段階ではできるだけ謙抑的なものとして、当事者の自主性を重視するシステムとすることが望ましいと考えることから、このような制度は設けないという方向性を採りたいと考える。

第三に、本章ではここまで、訴え提起後の当事者照会（法一六三条）につき、制裁型スキーム化に関する検討を行ってきたが、訴え提起前の照会（法一三二条の二・一三二条の三）についても、制裁型スキーム化を図るべきか否かという点が問題となる。この点に関して、訴え提起前の照会における回答義務の根拠として、提訴予告通知等を前提として当事者間に訴訟係属に準じる関係（準訴訟法律関係ないし準訴訟係属）が発生することが挙げられるものの、立案過程において、このような関係を根拠として制裁を伴うような強力な効果は認め難いとされていた点⁽⁷⁷⁾を鑑みると、筆者は、訴え提起前の照会については、訴訟係属を前提とする訴え提起後の当事者照会とは異なり、制裁型スキーム

を導入することの根拠づけが極めて困難であると考えられるため、この制度については制裁型スキーム化はできないのではないかと考える。そのように考えると、次の課題として、三木浩一教授が論じるように、訴え提起前の照会を廃止して訴え提起後の当事者照会に一本化するべきか、非制裁型スキームを採る訴え提起前の照会にもなんらかの存在意義があるとして存続すべきかが問題となるが、この点については、現時点では筆者は定見を持っておらず、今後の検討課題としたい。

(713) なお、筆者は、本稿の内容につき、第八四回日本民事訴訟法学会大会（二〇一四年五月一七日開催。於…九州大学）にて個別報告を行い、かつ、その要旨を学会誌にて公表する機会を得たが、その際、本章で論じるわが国の当事者照会の制裁型スキーム化に関する提案については、暫定的な議論を提示するに留まり、また、報告時間や紙幅の都合上、提案した事項についての論拠を十分に提示できていない部分もあった（酒井博行「当事者主義的民事訴訟運営と当事者照会の制裁型スキーム化に関する一考察」民事訴訟雑誌六一号（二〇一五年）一五三～一五六頁）。本章では、はなはだ未熟なものとなるが、前記の個別報告等の後に検討を加えた事項も加え、かつ、十分に論じないままになっていた、提案に係る論拠も提示し、わが国の当事者照会の制裁型スキーム化に係る提案につき論じることとした。

(714) 当事者照会における相手方の回答義務については、現行法では明文の規定は存在しないが、現行法の立案担当者、および、ほとんどの学説が回答義務の存在を肯定していることは、第二章第四節第一款で概観したとおりである。そして、当事者照会に対する不当な回答拒絶などに対する制裁を設けるに際しては、相手方の回答義務を明文で規定することが必要不可欠であると考えられ、日弁連の改正提案、民事訴訟法改正研究会の改正提案のいずれも、この点を明文で規定することが必要不可欠であると考えられ、日弁連に対する制裁、および、制裁に至るまでの手続をどのようにするかという点に焦点を当て、当事者照会の要件面（回答除外事由をどのように規定するかという点など）については検討の対象としないため、具体的な条文案は提示しないが、筆者も、（回答除外事由に該当しない場合の）相手方の回答義務を明文化することは当然の前提であると考ええる。

(715) なお、ここでは、当事者照会の相手方の回答義務違反の有無を判断し、最終的には制裁を科す主体として、裁判所（受訴裁判所）

を想定している。もともと、相手方の回答義務違反の有無を判断する主体としては、裁判所以外のものも考えられる。たとえば、小山(司会)ほか・前掲注(218)二六頁「那須弘平発言」は、当事者照会をめぐるトラブルの解決のために弁護士会の仲裁センターを利用することも考えられる旨を論じる。この見解は、回答義務懈怠に対する制裁を設けていない現行の当事者照会制度を前提とする限り、一つの選択肢として考えられる。しかし、本稿で検討する当事者照会の制裁型スキーム化は、回答義務を懈怠した当事者に対する、最終的には訴訟手続上の、また、場合によっては実体上の不利益を課することを想定するものであり、このような措置の基礎となる判断は、国家機関たる裁判所によるものでなければならぬのではないかと考えられる。この点につき、三木山本和彦編・前掲注(699)一〇三頁。なお、回答義務違反などの判断主体としては、受訴裁判所以外の裁判所、ないし裁判所類似の司法機関も考えられ、三木山本和彦編・前掲注(699)一〇三頁は、受訴裁判所以外の裁判所、受訴裁判所の裁判長、受命裁判官または受託裁判官、「裁定裁判所(あるいは裁定所)」「弁護士会が推薦する弁護士を裁定官に充てる」といった選択肢も考えられる旨を論じるが、この点についての検討は、今後の課題としたい。

(716) 7 *Moore's Federal Practice*, § 37.90 (Matthew Bender 3d ed.).

(717) 日弁連要綱試案の提言の理由では、前注(247)で紹介した、日弁連のウェブページより入手可能なPDFファイルの二三頁にて言及されている。なお、この点については、日弁連中間試案の時点から同趣旨が述べられている(日弁連中間試案PDFファイル一八〇〜一九頁)。

(718) 日弁連が二〇〇八年のシンポジウムで公表した当事者照会制度の改正提言(日本弁護士連合会第三回民事裁判シンポジウム・前掲注(238)六七頁)では、回答拒絶がなされた場合に、裁判所が相当と認めるときは相手方に回答を促すことができること、回答拒絶に正当な理由がない場合に裁判所が相手方に制裁(訴訟費用の負担)を科すことができることが規定されているが、裁判所による回答の促しと制裁との関係(回答の促しがなされた後直ちに制裁が科されるのか、相手方が回答を促されたにもかかわらずなお回答を拒絶する場合に初めて制裁が科されるのか)は、改正提言自体からは明確ではなく、提言の理由要旨やシンポジウムでの討論でもこの点については議論されていない(日本弁護士連合会第三回民事裁判シンポジウム・前掲注(238)六七頁、七一〜七三頁)。そして、日弁連中間試案・日弁連要綱試案では、前記の通り、裁判所による回答の促し・回答命令・制裁という三段階の手続を経ようとしているが、その理由につき、日弁連より公表されている両試案の提言の理由では明確な説明はなされておらず、日弁連中間試案における当事者照会制度の改正提案につき論じる奥宮・前掲注(242)二二〜二三頁でも、明確な説明はなされていない。

(719) 奥宮・前掲注(242)二〇頁。

- (720) 奥宮・前掲注(242) 二二二頁。
- (721) 三木〓山本和彦編・前掲注(699) 九九頁。
- (722) 三木〓山本和彦編・前掲注(699) 一〇三頁。
- (723) 三木〓山本和彦編・前掲注(699) 二二二頁「森脇純夫発言」。
- (724) 三木〓山本和彦編・前掲注(699) 二二三～二二四頁「三木発言」。
- (725) なお、理論上は、当事者照会の実効化のための制度改革として、回答義務懈怠に対する裁判所の制裁を導入するのみならず、そもそも照会自体を裁判所を通して行う制度とすることも考えられ、民事訴訟法改正研究会による改正提案では、「他の考えうる制度との比較」として、このような考え方が提示されている(三木〓山本和彦編・前掲注(699) 一〇二頁)。同研究会の検討では、このような考え方につき、裁判所を通して照会を行うことを原則としてよいかがまず問われるべきであろうと論じられている(三木〓山本和彦編・前掲注(699) 一〇二頁)。この点につき、当事者照会がそもそも当事者主導での情報の収集・共有のために設けられている(三木〓山本和彦編・前掲注(699) 一〇二頁)。この点につき、当事者照会がそもそも当事者主導での争点整理手続の実現を支えるための制度を構築するために、当事者照会の制裁型スキーム化を目指すことである点に鑑みると、照会の段階から裁判所の関与がある制度とすることは、当事者照会のそもそもの制度趣旨や筆者の考える制度改革の趣旨に反し、また、現行法下での求釈明との程度異なるのかという疑問も考えられ、なによりも、当事者照会を完全に裁判所主導型ないし裁判所依存型の手続としてしまうことから、筆者としては支持し難い(また、実際上の問題として、このような制度設計を行うとすれば、照会に関する裁判所の負担も極めて大きくなるであろう)。ゆえに筆者は、当事者照会の実効化のために、回答義務の懈怠につき当事者間に紛争が生じた後の段階での裁判所の関与を求めるが、最初の段階はあくまでも裁判所を介さずに当事者間での照会・回答を行うという、限定的な形で裁判所の関与を求める制度設計を支持する。
- (726) 三木〓山本和彦編・前掲注(699) 二二三～二二四頁「三木発言」。
- (727) 三木〓山本和彦編・前掲注(699) 二二二頁「森脇発言」。
- (728) 三木〓山本和彦編・前掲注(699) 二二四頁「三木発言」。
- (729) 日弁連中間試案P D F ファイル 一八頁、日弁連要綱試案P D F ファイル 二三頁。
- (730) 7 *Moore's Federal Practice*, § 37.05 [4] (Matthew Bender 3d ed.); Wright Miller & Marcus, *Federal Practice and Procedure: Civil* 3d § 2285; see Fed. R. Civ. P. 37(a) advisory committee's note (1993).
- (731) なお、イリノイ州北地区連邦地方裁判所のローカル・ルールでは、現在でも全く同じ規定が置かれている。See U.S. Dist. Ct. Rules N.

D.III. LR 372.

- (732) 山本顯治教授の交渉促進規範論に関する主な論稿として、山本顯治「契約交渉関係の法的構造についての一考察——私的自治の再生に向けて——」(一)〜(三・完) 民商法雑誌一〇〇巻二号(一九八九年)二二頁、一〇〇巻三号(一九八九年)五一頁、一〇〇巻五号(一九八九年)八八頁、同「契約規範の獲得とその正当化」『谷口知平先生追悼論文集第二巻 契約法』(信山社、一九九三年)六九頁、同「契約と交渉」田中成明編『現代理論法学入門』(法律文化社、一九九三年)四八頁などがある。
- (733) 石川博康「再交渉義務」論の構造とその理論的基礎」同『再交渉義務の理論』(有斐閣、二〇一一年)三頁(初出二〇〇一年)。なお、わが国の民法学においては、石川教授のみならず、すでに前記の山本顯治教授や内田貴教授をはじめ、多くの論者により再交渉義務論に関する議論が積み重ねられている。わが国における再交渉義務論の展開については、石川・前掲三〜二二頁。
- (734) 山本顯治・前掲注(732) 谷口追悼七三〜八七頁、同・前掲注(732) 現代理論法学入門六二〜六三頁。なお、法化、および、「法の手続化」「法のプロセス化」については、グンター・トイプナー(極沢秀木訳)「法化——概念・特徴・限界・回避策——」九大法学五九号(一九九〇年)一二五頁。
- (735) 山本顯治・前掲注(732) 谷口追悼八四〜八五頁、同・前掲注(732) 現代理論法学入門六四頁。
- (736) 山本顯治・前掲注(732) 民商一〇〇巻二号二五頁。
- (737) 山本顯治・前掲注(732) 民商一〇〇巻二号二九〜四六頁。
- (738) 山本顯治・前掲注(732) 民商一〇〇巻五号八九〜九八頁。なお、山本顯治「再交渉義務論について——交渉理論と契約法理論の交錯——」(一)「法政研究六三巻一号(一九九六年)二三頁以下では、ホルンの再交渉義務論につき、より詳細な検討が加えられている。
- (739) 山本顯治・前掲注(732) 民商一〇〇巻五号一〇三〜一〇四頁。
- (740) 石川・前掲注(733) 二三五頁注(30)。
- (741) 石川・前掲注(733) 二七〜二〇六頁。
- (742) 石川・前掲注(733) 二二〇頁。
- (743) 石川・前掲注(733) 二二二頁。
- (744) 石川・前掲注(733) 二二二頁。
- (745) 石川・前掲注(733) 二二三〜二三四頁。
- (746) 石川・前掲注(733) 二三四〜二三五頁。

(747) 動的システム論とは、近時のドイツおよびオーストリアで有力な潮流をなしている法解釈方法論であり、その提唱者たるオーストリアの法学者W・ヴェイルブルク(Walter Wilburg)によれば、一定の法領域においてはたらざる諸「要素」を特定し、それらの「要素」の数と強さに応じた協同作用から法規範あるいは法律効果を説明しないし正当化するという基本構想をもった考え方であるとされる。わが国において動的システム論の包括的な検討を行う論稿として、山本敬三「民法における動的システム論の検討——法的評価の構造と方法に関する序論的考察——」法学論叢二三八巻一・二・三号（一九九五年）二〇八頁があり、藤原正則「法ドグママーティクの伝統と発展——ドイツ法学方法論覚え書き——」瀬川信久編『私法学の再構築』（北海道大学図書刊行会、一九九九年）五三～五九頁でも、動的システム論の検討がなされている。なお、山本和彦教授が民事訴訟審理における裁判所の裁量統制の方法として提唱する「要因規範論」も、この動的システム論に示唆を受けている。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）三六〇頁、同・前掲注（52）一八～一九頁。

(748) 石川・前掲注（733）二三五～二三七頁。

(749) 石川・前掲注（733）二三七～二四〇頁。

(750) 石川・前掲注（733）二四〇～二四二頁。

(751) 第三章第二節第一款2(3)参照。

(752) 第三章第二節第一款2(3)参照。

(753) 本稿では紙幅の都合、および、筆者の能力のゆえに、当事者照会の要件面については検討を加えていないが、仮に現行の法一六三条各号の回答除外事由を前提として考えたと、たとえば、証言拒絶権が認められる事項についての照会（法一六三条六号）に対しては、憲法上の自己負罪供述強要禁止（憲法三八条一項）や守秘義務との関係上、回答がなされることはありえない。また、「相手方を侮辱し、又は困惑させる照会」（法一六三条二五号）に対しても、回答がなされることはありえない。しかし、それ以外の回答除外事由については、それに該当する場合でも必ずしも回答が得られないわけではないことも考えられ、たとえば、相手方が回答のために不相当な費用または時間を要する事項についての照会（法一六三条五号）がなされた場合、照会者の側が回答のための費用を負担することを条件に相手方が回答に応じるという選択肢もありうると考えられる。この点につき、前注（165）の本文も参照。

(754) 三木・山本和彦編・前掲注（699）九九頁。

(755) 三木・山本和彦編・前掲注（699）一〇三～一〇四頁。

(756) 第三章第二節第二款1にて紹介したように、アメリカ連邦民訴規則上のデイスカバリの強制命令不遵守を理由とする制裁の目的については、様々な事項が論じられているが、筆者は、わが国の当事者照会において回答義務の懈怠を理由に最終的に制裁を科す目的についても、同様の事項が当てはまるのではないかと考える。

(757) 三木・山本和彦編・前掲注(699)一〇三―一〇四頁。

(758) 金銭的制裁の中でも、費用負担につき、その対象として訴訟費用を含めることは、現行民事訴訟法上もすでに不必要な行為があった場合や訴訟を遅滞させた場合における当事者の訴訟費用負担の規定が存在することから(法六二条・六三条、特に問題はないと考えられ、日弁連による改正提案でも、二〇〇八年の第三回民事裁判シンポジウムで出された改正提言の段階では、制裁として訴訟費用の負担が挙げられていた。しかし、これに対して、シンポジウム内でのパネルデイスカッションで、わが国では弁護士費用が訴訟費用とされていないため、訴訟費用の負担といっても、実際にはほとんど名目的なものにならざるをえないとすれば、制裁として十分機能するとはいえないのではないかと指摘がなされている(日本弁護士連合会第三回民事裁判シンポジウム・前掲注(238)七一頁〔山本和彦発言〕)。また、日弁連中間試案・日弁連要綱試案のそれぞれの提言理由でも、訴訟費用の負担につき、これが民事訴訟費用法上のものを意味するのであれば、その算出が実務上難しいこと、金額的に大した額にならないこと、照会者が全面勝訴した場合には訴訟費用は相手方の全額負担となることが多いので、実質的に制裁にならないことを根拠に、実効性に問題があるとの指摘が多くなされた旨が述べられており(日弁連中間試案PDFファイル一九頁、日弁連要綱試案PDFファイル二三―二四頁)、それゆえ、両試案では、制裁は訴訟費用の負担ではなく過料とされている。

他方、民事訴訟法改正研究会による改正提案では、弁護士費用の負担が具体的な制裁の一つとして例示されているが(なお、同研究会の提案の理由で提示されている具体的な制裁は例として挙げられているものであるため、訴訟費用の負担が制裁の内容として排除されているのか否かは明らかではない)、わが国では弁護士費用は訴訟費用とされていないとはいえず、実際には訴訟に関する費用の大きな割合を占める点に鑑みると、訴訟費用の負担と比較して、制裁としての実効性を確保できると考えられる。しかし、弁護士費用の負担については、まず、日弁連中間試案・日弁連要綱試案のそれぞれの提言理由で、当事者照会のみに係る弁護士費用を切り分けて算出することが実務上難しいとの指摘がなされている(日弁連中間試案PDFファイル一九頁、日弁連要綱試案PDFファイル二四頁)。さらに、そもそも前記のように、わが国の現行制度上は弁護士費用は民事訴訟費用法上の訴訟費用とされていないにもかかわらず、当事者照会における回答義務懈怠の制裁として弁護士費用の負担を規定することが可能なか、という問題も考えられる。

これらの点から、筆者はさしあたり、費用負担の制裁の対象として訴訟費用を含めることについては問題は無いと考えるが、制裁

の実効性を考慮して弁護士費用も対象とするか否かという点については、現時点では見解を示すことを留保し、引き続き検討していきたいと考ええる。

(759) 第三章第二節第二款4(8)にて紹介したように、アメリカ連邦民訴規則上のデイスカバリの強制命令不遵守に対する制裁では、当事者の双方が強制命令を遵守しなかった場合に、費用を互いに支払い合うのでは各当事者に対する制裁の効果がないうとして、裁判所に對して支払われる金銭的制裁を命じた事例がある。7 *Moore's Federal Practice*, § 37.51 [10] (Matthew Bender 3d ed.); *Jaan v. Coca-Cola Co.*, 157 F.R.D. 146, 149-150 (D.P.R. 1994).

(760) 日弁連による改正提案における回答命令違反の場合の過料の金額は、前記の通り、二〇万円以下とされている。ここで、改めて現行民事訴訟法上に存在する過料の制裁につき、その金額を確認すると、正当な理由のない証人の不出頭の場合(法一九二条一項。証言拒絶を理由がないとする裁判の確定後の証人の証言拒絶の場合(法二〇〇条)、宣誓拒絶を理由がないとする裁判の確定後の証人の宣誓拒絶の場合(法二〇一条五項)、正当な理由のない鑑定人の不出頭等の場合(法二二六条)にも準用)、当事者尋問で宣誓した当事者が虚偽の陳述をした場合(法二〇九条一項)、第三者が文書の成立の真否の証明に必要な筆跡等の対照用文書その他の物件の提出命令に従わない場合(法二二九条五項)、当事者・代理人が故意または重過失により真実に反して文書の成立の真正を争った場合(法二三〇条一項)、少額訴訟の提起の際、同一の年に少額訴訟を利用した回数につき虚偽の届出をした場合(法三八一条一項)は一〇万円以下、第三者が文書提出命令に従わない場合(法二二五条一項)、第三者が正当な理由なく検証物提示命令に従わない場合(法二二条二項)は二〇万円以下となっている。したがって、日弁連による改正提案における過料の金額が現行民事訴訟法上の他の過料の規定と比較して、特段バランスを欠いているとは思われない。しかし、仮に当事者照会における回答命令不遵守を理由とする過料の制裁につき、実効性確保の観点から、前記の各規定の場合よりも高額の過料を規定するとすれば、まさに他の各規定とのバランスが問題になると考えられる。

(761) 東京弁護士会民事訴訟問題等特別委員会編著・前掲注(89)六七〜一三〇頁では、具体的な事件類型における照会事項の例が列挙されているが、たとえば、医療過誤訴訟における、「被害者の診療に関与した当直医・看護師の員数および氏名・住所」という照会事項については、そもそも真実擬制をすること自体が不可能である。

(762) ただし、このような証明主題の中には、価値判断たる性質上真実として擬制することに親しまないものや、真実擬制をするわけにはいかないものなどのように、真実擬制を拒否されても致し方のないようなものもありうることについては、十分注意すべきであろう。法二二四条三項の真実擬制につきこの点を論じる論稿として、坂田宏「文書提出命令違反の効果」竹下守夫編集代表『講座新民

事訴訟法Ⅱ」(弘文堂、一九九九年)一一四～一一五頁。

(763) 法二二四条による真実擬制につき、たとえば、秋山幹男Ⅱ伊藤眞Ⅱ加藤新太郎Ⅱ高田裕成Ⅱ福田剛久Ⅱ山本和彦Ⅱコンメンタール民事訴訟法Ⅳ(日本評論社、二〇一〇年)四七七頁、兼子一Ⅱ松浦馨Ⅱ新堂幸司Ⅱ竹下守夫Ⅱ高橋宏志Ⅱ加藤新太郎Ⅱ上原敏夫Ⅱ高田裕成Ⅱ条解民事訴訟法(第二版)Ⅱ(弘文堂、二〇一一年)一二五〇頁「松浦Ⅱ加藤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民事訴訟法2(第三版追補版)』(日本評論社、二〇一二年)二四五頁「高田昌宏Ⅱ笠井正俊Ⅱ越山和広編『新・コンメンタール民事訴訟法(第二版)』(日本評論社、二〇一三年)八六〇頁「山田文」等。

(764) 松本博之Ⅱ上野泰男『民事訴訟法(第八版)』(弘文堂、二〇一五年)三八四頁「松本」は、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、照会への不協力は証明妨害と評価しうる旨を論じているが、ここでの真実擬制に係る筆者の提案は、当事者照会における回答義務懈怠が照会者に対する証明妨害に該当するものと評価する可能性をより一般的に認めるものといえるのではないかと考えられる。

(765) 第三章第二節第二款(3)参照。

(766) この点を、法二二四条三項の真実擬制が許される証明主題につき論じる論稿として、坂田・前掲注(762)一一五頁。

(767) 法二二四条三項に基づく真実擬制につき、このような考え方を論じる論稿として、坂田・前掲注(762)一一五～一一六頁。

(768) 第七三回日本民事訴訟法学会大会(二〇〇三年六月一日開催。於…中央大学)における国際シンポジウムでの討論の際に、千葉勝美判事(現在、最高裁判所判事)が、(おそらくは当事者の主張の場面を念頭において)制裁型スキームは制裁を発動することよりも、制裁の威嚇力によって本来出すべき主張を早めに出してもらうという効果を発揮するものとして機能する面があるのではないかとこの質問を行ったのに対し、三木浩一教授は、(おそらくは制裁型スキーム一般を念頭に置いて)制裁型スキームを採用する面があるのか非制裁型スキームを採るかというのはあくまでも制度論であり、運用論とは自覚的に切り離す必要がある旨を述べたうえで、わが国の現行の民事訴訟制度には、そもそも裁判所が適切な場面に適切な形で必要な権限を行使したくてもこれを担保する制度的な基盤が欠けており、制裁型スキームを制度論として整備していくことは当然だが、制裁を制度として設けたらむやみやたらと行使すべきというわけではなく、必要な時に必要な限度で行使するということは当然である旨を回答する(河野正憲「司会」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)一九九～二〇〇頁「千葉発言」、二〇一頁「三木発言」)。また、森脇純夫弁護士も、当事者照会に裁判所が関与する回答命令や制裁が設けられたからといって、直ちに実際に回答命令等の申立てが裁判所に多数なされて、裁判所が煩に耐えないことになるとは限らず、このような強制的なシス

テムが用意されていること自体で、当事者間の任意の回答が促進されることは大いにある旨を論じる（三木＝山本和彦編・前掲注（699）二二五頁「森脇発言」）。筆者も、千葉判事・三木教授・森脇弁護士が発言で論じられていると同様に、当事者照会の回答義務懈怠に対する制裁の制度を設けることと、これを実際にどのように運用するかということとは別問題であり、本文で述べたように、回答義務懈怠に対する制裁の可能性という威嚇による、照会を受けた相手方の自発的な回答の促進という面をより重視すべきであり、かつ、このような形で回答が促進されることにより、実際に制裁が発動される場面まで進む事案はあまり生じなくなることが予想されるのではないかと考へる。

（769） 山本和彦・前掲注（17）九四頁、三木＝山本和彦編・前掲注（699）二二五頁「森脇発言」等。

（770） なお、民法学における契約法分野で、田中教授の見解を援用し、「過程志向的法システム」としての再交渉義務に関する議論を展開する論稿として、松井和彦「過程志向的法システムと再交渉義務」一橋論叢一一五巻一号（一九九六年）二五〇頁がある。

（771） 田中成明「法をどうみるか——法動態への相互主体的視座の確立をめざして——」同『法的空間——強制と合意の狭間で——』（東京大学出版会、一九九三年）三頁、同『現代法理学』（有斐閣、二〇一一年）四八頁。

（772） 田中・前掲注（771）法的空間一三頁、同・前掲注（771）現代法理学四九～五〇頁。

（773） 田中・前掲注（771）現代法理学七三～七四頁。

（774） 田中・前掲注（771）現代法理学七四頁。

（775） 7 *Moore's Federal Practice*, § 37.60 [1] (Matthew Bender 3d ed.); Fed. R. Civ. P. 37(c) advisory committee's note (1993).

（776） 秋山ほか・前掲注（126）五八七頁等。

（777） 賀集ほか編・前掲注（126）三二六頁、三三一頁「三木」。

むすびにかえて

本稿ではここまで、当事者サイドが裁判所のパターンリズムに依存することなく、主体的に弁論権を行使する当事者主義的訴訟運営への移行の条件の一つとして、アメリカ連邦民訴規則上のディスカバリーを参考として、また、わが

国で近時公表された、当事者照会の制裁型スキーム化に関する改正提案を踏まえて、当事者照会の制裁型スキーム化のあるべき姿につき検討してきた。しかし、当然のことながら、残された問題も多々ある。その一部については、前章での検討の中でも言及してきたが、それ以外にも、たとえば、回答命令の不遵守の態様と科すべき制裁の種類との関係をどう規範化するかが、重大な問題になると考えられる⁽⁷⁶⁾。また、照会の要件面や回答除外事由についても、日弁連・民事訴訟法改正研究会のそれぞれによる当事者照会の改正提案なども踏まえて、さらなる検討が必要であると考えられる。

このように、本稿には不十分な点が多々あるが、今後さらに検討を深めていくにあたって、本稿で提示した議論に對する多くの方々からのご教示・ご批判を仰ぐことができることを願いつつ、本稿を閉じることとした。

(778) 前章第二節でも論じたように、どのような場合にどのような制裁を科すかという点を規範化としても、この点の要件化についてはある程度抽象的な形にならざるをえず、裁判所の裁量に委ねることにもなりうるが、その際、裁判所の裁量とどのようなコントロールするのかがという点が、大きな問題になると考えられる。民事訴訟審理における規範による裁判所の裁量統制については、主要な業績として、周知の通り、山本和彦教授による「要因規範論」がある（山本和彦・前掲注（74）三四一頁、同・前掲注（52）一五頁）。また、民事訴訟手続における裁判官の裁量につき、ドイツ法の議論を参照のうえ基礎的研究を行う近時の論稿として、石橋英典「民事裁判官の裁量に関する基礎的考察——ドイツにおける裁量をめぐる議論をてがかりとして——」同志社法学六五卷六号（二〇一四年）三五頁がある。

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

**A Study for Realization of Adversary Procedure in Japanese
Civil Litigation and Introduction of Sanction Scheme as
a Basis for Adversary Process (8)**

— A Suggestion from Comparing Party Inquiry
in Japanese Code of Civil Procedure with
Interrogatories in U. S. Federal Rules of Civil Procedure —

Hiroyuki SAKAI

In last twelve years, the civil procedures of the first instance in Japanese district courts have been expedited. One of its' important causes is the frequent use of Issue Management Procedures, which are generally adopted in the present Japanese Code of Civil Procedure (enforced from January 1, 1998). However, some scholars of the law of civil procedure, judges and practitioners argue that in Japanese civil procedure, judges act vigorously to manage issues, but on the other hand, parties and its' attorneys do not present materials of facts and evidences of their cases that support their allegations on their own initiative and depend on judges in Issue Management Procedure. Then, there are some arguments that in Japanese civil litigation, especially Issue Management Procedure, process administration on parties' and their attorneys' initiative (adversary process) should be realized and various bases for introduction of adversary process in Japanese civil litigation should be equipped.

There are many supposed bases for introduction of adversary process in Japanese civil litigation. I cannot treat all of them, but I will treat a part of Evidence-Information Gathering Procedures as an important basis for adversary process, Party Inquiry ("Toujisya-Shoukai") in this article. Party Inquiry in Japanese Code of Civil Procedure (Art. 163), in which parties may gain any information on their cases by sending written inquiries to other parties, is one of the Evidence-Information Gathering Procedures that expected to be used in Japanese adversarial civil litigation. However, Party Inquiry is not used much, because this procedure has no direct sanction schemes against parties and attorneys who refuse answers to other parties' inquiry or send false or dishonest answers, so there are no devices for this procedure to be effective. Japanese Party Inquiry is modeled after

interrogatory in U. S. Federal Rules of Civil Procedure (FRCP Rule 33), that is one of devices of discovery, but the former procedure has no direct sanction scheme for effective disclosure of information which the latter has (see FRCP Rule 37).

I think that realization of adversary procedure in Japanese civil litigation is favorable for theoretical and practical reasons. From this view, in this article, I will argue an introduction of sanction scheme in Japanese Party Inquiry, which is necessary basis to realize Japanese adversarial litigation, and to gain suggestions for my argument, I will examine the scheme of interrogatories in FRCP Rule 33 and sanction scheme for devices of discovery including interrogatories in FRCP Rule 37.