

民事訴訟における訴訟代理人・弁護士の行為統制

——当事者本人の意思を基礎とする訴訟代理論の試み——

吉 田 直 弘

目 次

- I はじめに
- II 訴訟代理制度の法構造と問題の所在
- III 訴訟代理における公的な価値の実現と当事者の権利保護
- IV 当事者本人による訴訟代理権の制限の許否
- V おわりに

I はじめに

近年、弁護士が民事訴訟において果たすべき役割やその行動規範をテーマとする研究が目立つようになってきた。¹⁾ それらの多くは、司法制度改革に基づく法曹人口の大幅な増加や隣接法律専門職種（司法書士・税理士・弁理士）への法律業務の一部解放、あるいは弁護士法の改正（平成一五年）および弁護士職務基本規程の制定（平成一六年）と

いった弁護士を取り巻く社会環境の変容を背景に、転換期における新たな弁護士モデルや弁護士業務の方向性ないし指針を提示したり、弁護士が職務上遵守すべき具体的な職業倫理を説くものであり、そこで示されている原理論や実践論の中には、一般的な妥当性を有すると見られるものが少なくない。⁽²⁾しかし他方で、訴訟代理人・弁護士と依頼者たる当事者本人との間の法律関係を直接規律する訴訟代理法のあり方に関しては、本来そうした近時の動きと関連して再考する必要があるところ、管見の及ぶ限り、現時点では未だそのような作業は公表されておらず、多くの論者にあつては、依然として、伝統的な訴訟代理論の枠内に止まっているように思われる。⁽³⁾

本稿は、こうした状況を踏まえて、民事訴訟代理制度を支える理念ないし法的根拠に照準を合わせて、その現代的な規律のあり方について理論的に検討を加えることを目的とするものである。具体的には、本稿では、訴訟代理人・弁護士の訴訟代理権の範囲画定に関して、当事者本人は自己の意思をどの程度貫徹し得るか、という分析視角から、当事者本人による訴訟代理人・弁護士の行為統制の可能性について若干の検討を試みてみたい。⁽⁴⁾以下では、まず最初に、わが国の訴訟代理制度の法構造と議論状況を概観し、そこに潜む問題点を抽出することを通して、筆者の問題意識と本稿での検討課題を具体化することから始めることにする。

- (一) このようなテーマを対象とする研究は、諸外国の議論状況を紹介する論考を除外しても相当数に上るが、筆者が参照し得た最近の主要文献として、宮川光治ほか編『変革の中の弁護士「上・下」』(一九九二年・有斐閣)、日本弁護士連合会編集委員編『あたらしい世紀への弁護士像』(一九九七年・有斐閣)、日本弁護士連合会編『21世紀弁護士論』(二〇〇〇年・有斐閣)、加藤新太郎『弁護士役割論「新版」』(二〇〇〇年・弘文堂)、那須弘平『民事訴訟と弁護士』(二〇〇一年・信山社)、林屋礼二ほか編『法曹養成実務入門講座1 法曹のあり方 法曹倫理』(二〇〇三年・信山社)、河野正憲ほか『〈国際シンポジウム〉現代の民事訴訟における裁判官および弁護士の多重的な役割とその相互関係』民訴雑誌五〇号(二〇〇四年)

八七頁以下、田中紘三「弁護士役割と倫理」(二〇〇四年・商事法務)、和田仁孝「佐藤彰一編『弁護士活動を問い直す』(二〇〇四年・商事法務)、高中正彦「法曹倫理講義」(二〇〇五年・民事法研究会)、森際康友編「法曹の倫理」(二〇〇五年・名古屋大学出版会)、瀬木比呂志「民事訴訟実務と制度の焦点」(二〇〇六年・判例タイムズ社)、小島武司ほか編「法曹倫理」[第2版](二〇〇六年・有斐閣)、加藤新太郎「コモン・ベージック弁護士倫理」(二〇〇六年・有斐閣)、高橋宏志ほか「(シンポジウム)民事手続と弁護士の行動指針」民訴雜誌五二号(二〇〇六年)五三頁以下、飯村佳夫ほか「弁護士倫理」(二〇〇六年・慈学社)、塚原英治ほか編「プロブレムブック 法曹の倫理と責任」[第二版](二〇〇七年・現代人文社)を挙げておく。法科大学院の法律実務基礎科目の一つとして設けられているためか、「法曹倫理」をタイトルに冠した著書および論考が近時多数を占めていることが特徴的である。

(2) 勿論そうした議論とそれらに対する評価は、多分に各論者が抱って立つ弁護士像や論者の属性(裁判官・弁護士等の法曹実務家であるか、大学教員であるか、それとも法律に関する専門的知識を有していない一般市民であるか等)に規定される側面が大きいと考えられる。また、弁護士の役割や行動規範は、狭義の法解積論のみならず司法制度論や法曹倫理論など様々な研究領域において研究の対象とされるだけに、それぞれの研究領域毎に一定の偏差が存在するように思われる。したがって、ここでの「一般的な妥当性を有する」という評価は、あくまで筆者独自の個人的かつ相対的なものであり、本論の主張内容もその例外となるものではない。とは言え、議論対象を或る程度絞り、補助線として客観的かつ明確な分析視角を設定するならば、相当程度、多くの論者が共有し得る論理的な結論が導き出せるのではないかと考える。

(3) もっとも、後掲の最高裁判平成二二年三月二四日第二小法廷判決の出現を契機に、訴訟代理法のあり方を見直す機運が高まりつつあることは注目されてよい。特に、垣内秀介「訴訟上の和解と訴訟代理権の範囲」青山善充ほか編「民事訴訟法理論の新たな構築(上)」[新堂幸司先生古稀祝賀](二〇〇一年・有斐閣)四一七頁以下が展開する緻密な分析は、訴訟代理法全般のあり方を究明する際にも大いに参考となる。本稿が右論文から示唆を受けたところは少なくない。

(4) 本稿では、弁護士倫理や弁護士役割論などに関しては、検討課題の分析に必要な限りで言及するに止める。現在の筆者には、弁護士倫理等の周辺問題をも視野に入れた包括的な議論を展開する余裕も能力もないということが、その第一の理由であるが、他方で、そうした司法制度論や弁護士倫理論などから一定の距離を置いて、規範論としての訴訟代理論を論じる方が論旨も明確になるのではないかと考えたからである。

II 訴訟代理制度の法構造と問題の所在

一 訴訟代理制度の法構造と議論状況

わが国の民事訴訟法は、その成立過程において規律の多くを一八七七年ドイツ帝国民事訴訟法から翻訳的に継受したのであるが、訴訟代理制度に関しては、周知のように、弁護士強制主義を採用するドイツ法とは対照的に、本人訴訟主義を基本原則としつつ、個別的に訴訟代理人による訴訟追行を認めるという立法例を採択した。その結果、わが国では、当事者本人が原告もしくは被告として自ら訴訟を追行したり、他人間に係属している訴訟事件について利害関係人として訴訟参加することが原則として認められている。したがって、法定代理人または法令上の訴訟代理人が選任されない民事訴訟事件においては、裁判所が弁論能力を欠く当事者本人の陳述を禁じる際に、必要に応じて弁護士の付添を命ずること（民訴一五五条二項）により実質的に弁護士代理が強制される場合を別とすれば、訴訟代理人に訴訟追行を委任するかどうかは、当事者本人が自由に決し得るところである。

しかしながら、一旦、訴訟代理人・弁護士に対して当事者本人による訴訟委任がなされると、その代理権は、民訴法五五条一項で定められた反訴、参加などの包括的な事項に及び、かつ、これを制限することはできない（同条三項本文）とされている。そして、この制限禁止の具体的な帰結として、たとえ依頼者と弁護士の間でそうした包括的な法定訴訟代理権を制限しても、裁判所および相手方に対しては無効であり、しかもその制限を相手方が知っている場合でも同様と解されている。⁽⁷⁾ また、当事者本人に重大な結果をもたらすが故に、本人の意思を確認するため別途個別の授権が必要とされる同条二項の特別委任事項に關しても、殊にその一つである和解（同項二号）に關する代理権の範

用をめぐり従来から活発な議論が行われているところであるが、訴訟代理人の代理権の範囲を広く捉えて、当事者本人による和解権限の限定ないし制約に消極的な考え方が現在なお多数を占め、多くの裁判例もこうした立場に与していると言っていることができる。⁽⁸⁾

このような法状況からすると、わが国の訴訟代理制度は、当事者本人の任意的な要素と、制定法による強制的な規整とが混在した複合的な制度になってはいるものの、判例・学説にあっては、訴訟代理権の範囲に関する従前の議論状況から察せられるように、五五条一項および三項⁽¹¹⁾の中に見出される「訴訟手続の円滑な進行の実現と安定性の確保」と「訴訟代理人・弁護士に対する一般的な信頼」という二つの制度的ないし公共的な規準が強調される傾向にあり、前述の同条二項に具現化されている「当事者本人の利益保護」といった個別的ないし私益的な観点はそれほど重要視されてこなかったと評することができる。しかも、今日では、訴訟代理人・弁護士が民事訴訟において果たす役割の重要性に鑑みて、民事訴訟における「当事者」という場合、当事者本人ではなく訴訟代理人が付された当事者を念頭に置いて、当事者双方に訴訟代理人・弁護士が付いている、いわゆる弁護士訴訟を理念的なモデルとして措定し、新たな制度設計や理論構築の出発点とする見解が少なくないように思われる。⁽¹²⁾

二 訴訟代理制度は誰のためにあるのか？

確かに、実際問題として、多様化・複雑化した現代社会における民事紛争を当事者本人が独力で解決することは容易ではなく、故に当該紛争の処理について弁護士が果たし得る役割の重要性を看過することは許されないであろう。今般、司法制度の機能を充実・強化すべく、その人的基盤の整備、とりわけ法曹人口の大幅な増加が司法制度改革の

一環として凶られているのも、このことを意識したものであると考えられる。⁽¹³⁾しかし、そこで標榜されている「国民にとつて、より利用しやすく、分かりやすく、頼りがいのある司法とするため、国民の司法へのアクセスを拡充するとともに、より公正で、適正かつ迅速な審理を行い、実効的な事件の解決を可能とする制度を構築する」という基本理念は、そもそも弁護士ではなく当事者本人の利便性に配慮したものであることに留意すべきであろう。⁽¹⁴⁾たとえ法曹人口の増加を制度的に凶つたとしても、民事訴訟制度のユーザーである国民が、経済的な理由のみならず信頼性の点から弁護士に対する訴訟委任に二の足を踏み、結果として民事裁判による権利ないし法的利益の修復および実現を断念せざるを得ない事態が顕在化するならば、国家制度としての民事訴訟制度自体、その存在意義を問われることにもなると考えられる。

また、より現実的な問題として、実務上多用される弁護士への特別委任事項をも包含した一回的な訴訟委任によつて、たとえ当事者本人の具体的な意向に沿わない訴訟代理行為がなされたとしても、それが訴訟代理権の範囲に属する行為である限り、当該行為は有効と評価され、その効果が直接、当事者本人に帰せしめられる点を指摘することができよう。おそらく弁護士としては、依頼者利益をはじめとする様々な考慮ファクターを総合的に勘案し、或る特定の代理行為が最善の選択肢であると認識して実行に移すのが通常であると考えられる。しかし結果的にそのことが、時として当事者本人の有する訴訟主体性や自律性を減殺する方向に作用することに加えて、事実上、依頼者の不満を残す要因の一つになっていることは否定できないように思われる。例えば、和解権限の範囲に関するものであるが、最判平成一二年三月二四日民集五四卷三号一一二六頁⁽¹⁶⁾は、建物の利用に関する契約に基づく請求権について訴訟上の和解をすることの委任を受けた弁護士は、訴訟物を異にする同契約の債務不履行に基づく損害賠償請求権について和

解をすることの具体的委任を受けていなかったとしても、両請求権が同一の建物の利用に関して同一当事者間に生じた一連の紛争に起因するものである限り和解権限を有すると判示したが、これに対しては、当事者本人の意思または自己決定権への配慮という観点から多くの疑問が呈せられているところである。⁽¹⁷⁾

さらに、具体例をいくつか挙げてみよう。いま仮に、第一審判決の内容について納得の行かない当事者本人が控訴を切望していたところ、訴訟代理人・弁護士の方は、取り敢えず右判決を確定させないために控訴手続を採ったという。しかし、その後、そのまま審理を続けても依頼者に有利な判断が出る見込みは低く、かえって裁判が長期化するこのデメリットの方が大きいと考えた弁護士は、訴訟委任時において特別委任事項をも包含した訴訟代理権を授与されていたので、改めて依頼者の意向を確認することなく控訴の取下げを行った場合、右取下げは訴訟代理権の範囲内の事項であるから法的に何ら問題はないと言えるだろうか。また、次のケースの場合はどうか。小売業者Bに対する売掛代金債権の取立てを弁護士Cに依頼していた商社Aは、以前Cが別件において相手方当事者から受け取った和解解決金を依頼者へ渡さずに、自分が経営する法律事務所の運営資金に充てていたことにより所属弁護士会から懲戒処分を受けていたことを知った。⁽¹⁸⁾そこで、Aは直ちに、弁済の受領に関しては訴訟代理権を授与しない旨の書面を作成しBおよびCに通知したが、その通知後、CがBから売掛代金を受領したことが明らかになった場合、この受領は無効と見るべきだろうか、それとも、Aの事後的な訴訟代理権の制限は五五条三項に抵触するとして、当該受領は有効と解すべきなのであるか。

これら二つのケースでも、やはり先の和解権限の範囲に関する最高裁判例と同様の問題を孕んでいるように思われる。すなわち、両ケースにおける弁護士の当該代理行為は、確かに形式的には訴訟代理権の範囲内のものであるが、

しかし依頼者の意向を斟酌したものと評価することが困難である以上、当該代理行為の実体的な正当性には疑念を差し挟む余地があると考えられる。これを言い換えるならば、これらのケースは、現行の訴訟代理制度において、当事者本人の訴訟主体性やその具体的意思の意義が改めて問われるに至っていることを如実に示している、と言うことができる。

三 検討課題の設定

したがって、今日における訴訟代理制度のあり方を考える際には、いま一度、分析視点を個別訴訟に向け直して、当事者本人の意向が可及的に訴訟代理人・弁護士との訴訟追行に反映され、その結果に委任者たる当事者本人が理解を示し得るような制度設計および法解釈が探究されるべきであると考ええる。そして、このように訴訟代理における当事者本人の意思を重要視する観点に立つ場合、次の二点が理論上重大な問題となり得るように思われる。

一つは、訴訟代理権の範囲は、何故に、代理権を授与する当事者本人の自由意思に基づいて任意に画定されずに、基本的に法律で一律に定められているのかという問題であり、もう一つは、その法定された訴訟代理権の範囲を当事者本人の意思に基づいて再調整する余地は認められないか、仮に認められるとするならば、その根拠は何に求めるべきかという問題である。第一の問題は、実体法上は弁護士と依頼者間の委任契約で自由に設定されるべき委任事項を手続法が強制的に規整することの法的根拠とその正当性を問うものであるのに対し、第二の問題は逆に、手続法上の法定事項を当事者意思に基づいて柔軟に規整し直すことの許容性とその法的根拠を問うものであると言える。そうだとするならば、訴訟代理権の範囲に係る諸問題は、究極的には当事者本人の任意的な要素と制定法による強制的な規

整とを、一般の制度利用者から見ても適切かつ整合的であると評価し得るような形で如何に組み合わせていくかという問題である、と性質付けることもできるであろう。

また、右の第二の問題は、さらに次のように分析することができる。まず第一に、法定された訴訟代理権の範囲を当事者本人の意思に基づいて拡張または縮小することは許容されるか、という代理権の横方向での調整の問題があり、第二に、当事者本人が訴訟代理権の範囲を任意に画定することの許否の判断は、訴訟委任時以降のすべての段階において一様になすべきか、それとも手続の各段階や次元に応じて柔軟に行うべきか、という許否判断の調整の問題がある。もともと、前者に関しては、五五一条一項が列挙する反訴、参加などの行為は例示に過ぎず、訴訟追行に必要なあらゆる訴訟行為のほか、攻撃防御に要する実体法上の権利行使なども訴訟代理事項に含まれるとする一般的な理解に従うならば、ここで差し当たり検討しなければならないのは、訴訟代理権の範囲を個別的に縮小ないし制限することの許否であると考えられる。

さらに、右の後者の許否判断の調整の問題は、具体的には、(a) 訴訟委任時における訴訟代理権の範囲制限の許否問題⁽²⁾と、(b) その後の手続過程における事後的な訴訟代理権の範囲修正の許否問題⁽²⁾とに区別することができるが、(a) は前述の第一の問題と表裏の関係に立つことから、ここでは(b)の問題が重要となる。但し、いずれの問題も、訴訟代理人の側から見れば、対外的な自己の訴訟代理行為を裏付ける訴訟代理権の有無ないし範囲を依頼者である当事者本人が自ら決定し、訴訟代理人・弁護士の行為統制を図ることの可能性を問うものにはかならず、本稿の主たる狙いもそのメカニズムを解明することにある。

以上の問題整理を前提にして、右の第一の問題についてはⅢ、第二の問題についてはⅣにおいて順番に検討してい

くこととするが、前述したように、第一の問題と第二のそれとは相互に重なり合う部分があるので、検討に当たり多少の出入りが伴うことに留意されたい。

(5) ドイツでは弁護士強制主義が採用されていることから、訴訟代理人の訴訟代理権は原則的にすべての訴訟行為に及ぶとされている。具体的には、ドイツ民事訴訟法は、反訴、再審、復代理人の選任、和解、請求の放棄・認諾をも含むすべての訴訟行為に訴訟代理権が及ぶことを原則にしたうえで(八一一条)、それらの行為のうち、和解、請求の放棄・認諾に限り、当事者本人の意思で訴訟代理権の範囲から除外できるという取扱いにしている(八三条一項)。もともと興味深いことに、近年ドイツにおいても、こうした規律の前提となる弁護士強制自体を見直そうとする動きが出てきているようである。弁護士強制廃止論がそれである。そうした議論の背景には、弁護士数の激増とそれに伴う質的水準の低下、そして経済的理由から依頼者や公共の利益の擁護よりも自分の利益確保に走る弁護士の職業観に対する不安・批判といったドイツ司法制度が抱える諸問題が存在するようである。したがって、かような動向は、訴訟代理制度のあり方は勿論のこと、法曹養成制度の改革により弁護士の大幅な増加が予定されている、わが国の近未来の司法制度のあるべき姿を考えるうえでも留意すべき事項であるように思われる。以上につき、上田徹一郎「民事訴訟における弁護士強制と弁護士の役割」河上倫逸「M・ハーダー編『ドイツ法律学の歴史的現在』(一九八八年・ミネルヴァ書房)一四三頁以下参照。

(6) 一般に訴訟代理人というときには、個々の具体的な訴訟事件毎に当事者本人から訴訟追行の委任を受け、そのための訴訟代理権を授与された、訴訟委任に基づく訴訟代理人を指すことが多いが、本稿では筆者の問題関心に基づいて、さらにそうした任意代理人の中でも民法五〇四条一項本文により地方裁判所以上の訴訟手続において絶対的な有資格者とされる弁護士を念頭に置いている。本稿がタイトルおよび本文中で「訴訟代理人・弁護士」と併記している所以である。それ故、本稿で「訴訟代理」というときには「弁護士代理」と同義的に使用しているので注意されたい。なお、法令上の訴訟代理人もまた、当事者本人の意思に選任の基礎が係らしめられている点で同種の任意代理人ではあるが、その代理権の範囲は、法令の定めるところにより半ば自動的にその地位に基づく業務範囲全般に及び、当事者本人にはその範囲画定につき何ら権限が認められていないことから、本稿では法令上の訴訟代理人をひとまず考察の対象から除外している。予めお断りしておきたい。

(7) 例えば、上田徹一郎「井上治典編『注釈民事訴訟法(2)』(一九八八年・有斐閣)三三三頁(中島弘雅)、新堂幸司「民事訴

訟法〔第三版補正版〕(二〇〇五年・弘文堂) 一七二頁、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上』(二〇〇五年・有斐閣) 一九二頁。確かに、「手続の円滑性と弁護士への信頼」という五五一条一項および三項の立法趣旨を徹底するならば、そのように理解すべきであろうが、しかし訴訟代理権の制限を相手方が知っている場合にはまで徹底するのは行き過ぎではあるまいか。弁護士資格のない者が訴訟代理人として既に行った訴訟行為の効力問題に関しては、相手方に無資格者の排除義務を措定し、無効主張を許さないこととの整合性が問題点となるように思われるが、ここではこれ以上立ち入らない。

(8) 垣内・前掲注(3)論文四二二頁以下などによると、そこで議論されている問題はまず、①五五一条二項の和解権限の法定範囲はどのようなものか、②その個別的な制限は可能か、に大別され、前者はさらに、(a)訴訟代理人は訴訟物以外の法律関係について和解によって争いを解決することができるか、できるとすればどの範囲においてか、(b)訴訟物たる法律関係について和解をするに際し、訴訟代理人は互譲の手段としてどのような方法まで採り得るか、という二つの問題に区別される。周知の最高裁昭和三八年二月二日第一小法廷判決(民集一七卷一八二頁)は、(b)の問題に関するリーディング・ケースである。具体的に述べると、この判決は、前訴の貸金返還請求訴訟において、被告代理人・弁護士が、貸金の弁済期日を延期し分割払いとする代わりに、その担保として被告所有の不動産について抵当権を設定するという内容の和解を締結したが、訴訟代理人の和解権限は抵当権の設定には及ばないという理由で、被告が和解の無効確認を求めたという事案において、こうした抵当権の設定は訴訟物に関する互譲の一方法としてなされたと認定したうえで、弁護士に授權された和解権限には抵当権設定契約をなす権限も包含されている、と判示したものである。これについて、竹下守夫「判例評釈」法協八二卷一号(一九六六年)一三八頁以下は結論に賛成するが、中村英郎「判例評釈」民商四九卷四号(一九六四年)五六一頁以下は反対のようである。

(9) 例えば、竹下守夫「訴訟行為と表見法理」鈴木忠一「三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座I』(一九六九年・日本評論社)一九〇頁、大石忠生「三上雅通」訴訟上の和解の規整をめぐる若干の問題——実務の対応の観点から——「新堂幸司編集代表『講座民事訴訟④審理』(一九八五年・弘文堂)三一九頁、秋山幹男ほか「コンメンタール民事訴訟法I」(二〇〇二年・日本評論社)五四一頁、高橋・前掲注(7)一九四頁(17)。上田「井上編・前掲注(7)三三三頁(中島弘雅)、斎藤秀夫ほか編著『注解民事訴訟法(2)』(第二版)』(一九九一年・第一法規出版)三九五頁(伊藤彦造「高島義郎)は、五五一条二項の特別委任事項全般に関する一般論として同旨。

民事訴訟における訴訟代理人・弁護士の行為統制

- (10) 詳細は、垣内・前掲注(3)論文四二五頁以下などに譲る。
- (11) 以下の文中では、特に断らない限り、現行民事訴訟法の条文は条文数のみで引用する。
- (12) 例えば、平成八年の現行民事訴訟法の制定過程で、上告審においては弁護士強制を導入しようとする立法論が議論の俎上に挙げられていたこと(法務省民事局参事官室「民事訴訟手続に関する検討事項」第二 当事者 三 訴訟代理人及び補佐人 2 (一)、同「民事訴訟手続に関する改正要綱草案」第二 当事者(当事者関係後注) 4)は記憶に新しい。民事訴訟法理論においても、谷口安平「弁護士と法・事実——民事訴訟における弁護士の役割——」民訴雑誌三四号(一九八八年)三七頁以下は、訴訟というものの性質上、より原則的なのは弁護士訴訟であり、日本の民事訴訟法も訴訟法理論も本来は弁護士訴訟を前提として組み立てられているのではないかとの仮説を、当事者本人とその訴訟代理人としての弁護士が持つ特性、当事者主義訴訟の特性、弁護士訴訟の構造、そして手続保障論や法・権利創造論における弁護士の役割についての各考察を通じて検証し、弁護士訴訟モデルの有用性を力説される。また、山本和彦教授の提唱に係る審理契約論が裁判所と両当事者代理人・弁護士との間の審理契約を同理論の出発点にしていることは、夙に知られているところであろう。山本「民事訴訟審理構造論」(一九九五年・信山社)三三五頁以下参照。
- (13) 厳密に言うと、司法制度改革における人的基盤の拡充は、弁護士のみならず裁判官、検察官の法曹三者の量的・質的拡充を主に指向するものである。しかし、① 法曹の大多数はトラブルに巻き込まれた当事者本人と直接する弁護士であり、そのためにも地方における弁護士過疎の状態を早期に解消する必要があること、② また、検察官の増員は公務員削減という行政改革上の問題と関連し、相互の調整が必要となること、③ さらに、裁判官・検察官を大幅に増員するには相応の財政上の予算措置が必要となるため、その実現には相当の時間を要することなどから、法曹人口の増加という施策によって直ちに顕著な量的・質的変化が見られるのは弁護士においてであると考えられる。
- (14) このことは「民事訴訟を国民に利用しやすく、分かりやすいものとする」というキャッチフレーズの下に進められた一連の民事手続法改革についても当然妥当し、それ故に、両当事者のみならず将来訴訟制度を利用するであろう国民一般のニーズを基軸に据えた民事訴訟制度のあり方について裁判実務・法理論・手続立法の各側面から模索すべきである、というのがかねてからの筆者の基本的スタンスである(拙稿「民事訴訟の進行面における『当事者合意』——手続進行過程の規律に関する一考察——」(一)・(二) 関大法学論集五五卷一号(二〇〇五年)一頁以下、五五卷六号(二〇〇六年)一頁以下など

を参照)。本稿は、右の基本的スタンスを訴訟代理論において具体的に展開し、以ってその適否と限界を探ろうとするささやかな試みである。なお、民事手続法改革と今般の司法制度改革との関係については、佐藤幸治「竹下守夫」井上正仁「司法制度改革」(二〇〇二年・有斐閣)三八頁を参照のこと。

(15) 法律扶助制度の整備・拡充により、経済的な理由に基づく弁護士へのアクセス障害は、将来的に解消する方向に向かうことが予想されるため、弁護士に対する訴訟委任の割合に関して大きな意味を持ち得るのは、弁護士の信頼性であると考えられる。

(16) これは和解権限の法定範囲を広く捉えた近時の最上級審判決として多くの論者の関心を引いている。本判決の解説・評釈として八田卓也・法教(二四二号(二〇〇〇年)一五八頁、長沢幸男・ジュリ(一九九号(二〇〇一年)八四頁、堤龍弥・私判リマックス 3001(上)一一〇頁、加藤新太郎・NBL七〇七号(二〇〇一年)七一頁、垣内・ジュリ(二〇二二号(二〇〇一年)一一二頁などがあるほか、論文の素材として多くの論者が取り上げている。垣内・前掲注(3)論文以外のものとして、橋本聡「訴訟代理人の和解権限をめぐる」青山善允ほか編『民事訴訟法理論の新たな構築(上)』(新堂幸司先生古稀祝賀)(二〇〇一年・有斐閣)五一―五頁以下、松村和徳「訴訟代理人の和解権限の範囲」山形法政論叢(二二二号(二〇〇一年)一三七頁以下、波多野雅子「訴訟上の和解における弁護士の代理権限の範囲——弁護士と訴訟当事者(依頼者)との関係性からの考察——」札幌学院法学一八卷三二号(二〇〇三年)二三頁以下などがある。

(17) 加藤・前掲注(16)七五頁、橋本・前掲注(16)論文五三五頁、松村・前掲注(16)論文一五一頁、波多野・前掲注(16)論文五四頁、松本博之「上野泰男『民事訴訟法』(第4版補正版)」(二〇〇六年・弘文堂)一一〇一頁など。

(18) このケースでは、依頼者の意思確認を怠っていることが弁護士職務基本規程二二条一項違反になるか、という点も問題になり得るが、ここでは差し当たり訴訟代理権の問題に限定して検討する。

(19) 飯島澄雄「飯島純子」弁護士倫理——642の懲戒事例から学ぶ10か条(二〇〇五年・レクシスネクシス・ジャパン株式会社)二九四頁事例3参照。

(20) 兼子一「新修民事訴訟法体系」増訂版(一九六五年・酒井書店)一三三頁、三ヶ月章「民事訴訟法」(第三版)(一九九二年・弘文堂)二五一頁、新堂・前掲注(7)一七二頁、伊藤眞「民事訴訟法」(第三版再訂版)(二〇〇六年・有斐閣)一一一頁、上田徹一郎「民事訴訟法」(第五版)(二〇〇七年・法学書院)一一六頁など。

(21) 例えば、弁護士が五五条一項に列挙された行為はもとより、特別委任事項をも不動文字として印刷された定型の訴訟委任状を利用しようとする場合でも、当事者本人は、そのうちの特定事項について削除を求めて、授權する訴訟代理権の範囲を任意に縮小することが許されるか、という問題を想定することができるだろう。ちなみに、三ヶ月章「民事訴訟法」(一九五九年・有斐閣)二〇四頁はこれを認める。

(22) 本文中前掲した設例のように、弁護士Cの不祥事を知った商社Aが事後的に弁済受領権を訴訟代理権の範囲から除外するような事案がその具体例として想定できよう。

III 訴訟代理における公共的な価値の実現と当事者の権利保護

本章の課題は、訴訟代理権の範囲が民法上、法定されている根拠について検討を加えることにあるが、一般に、本人の意思または法律の規定に基づいて一定の権限を与えられた者が、その権限の範囲内で本人のために意思表示をし、または第三者からの意思表示を受けることにより、その法律効果を直接本人に帰属させる代理制度は、民法に限らず民法全般に亘って数多く見受けられるところである。そこで、以下ではまず、訴訟代理制度の存在理由を、私法の基本法たる民法における代理制度の中から訴訟代理と同じく本人の意思を基礎とする任意代理制度と対比しながら確認したうえで、訴訟代理権法定の理由を検討することにする。

一 訴訟代理制度の存在理由と必要性

民法上、代理制度が必要とされる理由として第一に挙げられるのは、「本人の活動範囲の拡張」や「個人の活動の支援」である。本人が実際に独力で形成できる法律関係はごく限られたものになるため、例えば、事業活動を行う個

人や企業が従業員や代理店などを代理人として取引をすることができれば、広範な地域で多量の取引を行うことができるというわけである。⁽²³⁾ それ故、このような任意代理は「私的自治の拡張」として機能していることになるが、しかしそこでは本人に欠けている専門的知識や能力を補充する場合もあることから、その限りで、任意代理は法定代理の存在理由とされる「私的自治の補充」という機能をも併せて担っていると理解することができる。⁽²⁵⁾

そのほか、代理制度は、「法人の活動の支援」のために必要とされる。⁽²⁶⁾ 法律効果の単なる帰属主体に過ぎない法人が取引社会で現実には活動するためには代理人が不可欠となるからである。民法五二条一項（一般社団法人及び一般財団法人に関する法律六〇条一項・一七〇条一項）も、かかる事情から法人に理事を置くことを命じ、法人の代表たる理事には、それ自身では法律関係を形成できない法人を支援する側面があることを示唆する。けれども、法人の代表が法人の取引活動の範囲を拡張する機能を担っていることに疑う余地はなく、また、理事の選任とその代理権の範囲等は定款または社員総会で任意に決定することができることから、法人の代表は訴訟代理と同じく「任意代理と法定代理の中間的性質」を有すると言うことができる。⁽²⁷⁾

一方、訴訟代理制度の存在理由として第一に挙げられるのは、「当事者本人の訴訟追行能力の拡充」である。すなわち、自ら有効に訴訟追行ができる訴訟能力者であっても、訴訟追行には専門的な素養がないと困難を伴い煩わしいこともあるから、訴訟代理人に訴訟追行を委任することができるのと、充実した訴訟活動が可能となるし、当事者本人は安心して日常生活に専念できる、と説かれるのである。⁽²⁸⁾ これは民法の任意代理における「個人の活動の支援」という理由に対応するものと言えるが、やはりそこでは、法定代理の場合と同様に「当事者本人の権利保護」が顧慮されていることは否定できない。処分権主義および弁論主義を基本原則とする現行民訴法の下では、訴訟の結果は当事

者の訴訟活動の巧拙によって左右されるところが大きく、たとえ訴訟能力者であっても弁論能力ないし訴訟追行能力が欠如していたり不十分な場合には、当事者本人が不測の不利益を被らないよう、訴訟代理人によってその権利保護を図る必要があるからである。⁽²⁹⁾ もっとも、訴訟代理の場合にはこうした理由だけでなく、「迅速で円滑な審理のため」に、という第三の存在理由が付け加えられるのが特徴的である。⁽³⁰⁾ すなわち、審理の効率化を図るためには、専門的知識が十分でなく雑然とした訴訟追行に終始する当事者本人に代えて、専門家を訴訟代理人として関与させる必要があるというわけである。裁判所が訴訟関係を明瞭にするために当事者本人の陳述を禁じ、必要があれば弁護士の付添を命じる際（一五五条三項）の主たる根拠は、この点にあると考えてよいだろう。

⁽³¹⁾ したがって、実体法上の法律行為について代理が認められている以上、訴訟行為についても代理を禁ずる理由はないとしても、民法上の任意代理制度の存在理由と同趣旨の、「当事者本人の訴訟追行能力の拡充」や「当事者本人の権利保護」といった必要性と、「迅速かつ円滑な審理の実現」という訴訟代理制度固有の必要性のいずれを重視するかによって、訴訟代理制度そのものに対する理解の仕方は大きく異なり得ると言えそうである。

二 訴訟代理権の範囲が法定されている理由

以上のような代理という法的仕組みの存在理由ないし必要性に関する民法および民訴法上の異同は、そのまま両法における様々な規律上の相違点⁽³²⁾として現れていると考えられるが、ここでは本稿の検討対象である代理権の範囲について見てみると、民法の任意代理においては、代理権の範囲は、本人と代理人の間でなされる代理権授与行為の解釈によって定まると理解されている。⁽³³⁾ それに対して、民訴法は、訴訟代理権の範囲を包括的に法定する（五五一条一項）

とともに、原則としてその制限を禁じている（同条三項）。しかしその反面、一定の行為については、当事者本人の意思を個別的に確認する必要から、別途特別の授權を要するものとしている（同条二項）。

このように民訴法が民法と異なり予め訴訟代理人の代理権を法定している理由として一般に説かれているのは、①「訴訟手続の円滑な進行の実現と安定性の確保」と、②「訴訟代理人・弁護士に対する一般的な信頼」の二点である。⁽³⁴⁾ 敷衍すれば、①訴訟手続は、一連の訴訟行為の連鎖により進行していくものであるが、個々の訴訟行為について裁判所がその都度、訴訟代理権の有無を確認することになれば、訴訟手続の円滑な進行が妨げられることになるし、さらに審理がかなり進んだ段階になってから特定の訴訟行為の有効性が問題にされると、それまで継続的に行われてきた手続が無駄になる可能性も生ずる。そこで、訴訟代理権の範囲を包括的に法定するとともに、かつ、これを個別的に制限することを禁じている。②また、民事訴訟における訴訟委任に基づく訴訟代理人は、原則として弁護士に限定されているところ（五四条一項）、弁護士であれば法律専門家として訴訟追行に関して適切な処置を行うことができるし、また弁護士法をはじめとする各種規制に服し、かつ、高度な職業倫理が求められていることから、弁護士に包括的な訴訟代理権を与えても依頼者の信頼を裏切ることとはなく不利益をもたらすこともない、と理解されているのである。⁽³⁵⁾

三 訴訟代理における公共的な価値と私益的な価値の調整

(1) まず、①の「訴訟手続の円滑な進行の実現と安定性の確保」から見ていくと、これは、訴訟代理権の法定だけでなく、その他の民法上の任意代理制度との規律上の相違点を説く際に援用されたり、⁽³⁶⁾ 先に見たように訴訟代理制度

の存在理由の一つに挙げられている。したがって、この論拠は、民事訴訟制度に固有の基本理念ないし価値規準がそのまま訴訟代理法の領域に持ち込まれたものであると考えることができる。そして、これを「民事紛争の集団的・一回的解決」という訴訟政策的な観点³⁷⁾と結び付ける場合には、より一層、訴訟代理領域における当事者個人の意思の反映を排除する方向に向かい易いことについては異論のないところであろう。しかしながら、こうした制度的かつ公共的な価値規準は、必ずしも制度利用者である当事者本人の法的利益ないし権利保護の要請とトレード・オフの關係に立つことを含意するものではない。「訴訟手続の円滑な進行の実現と安定性の確保」によって訴訟遅延が解消され、司法リソースの適正な再分配が可能となるならば、当事者本人の迅速な権利救済も期待できるからである。

もっとも、右の理念ないし価値規準において通常顧慮されているのは、潜在的な訴訟利用者を含めた一般的かつ抽象的な当事者の法的利益であり、五五条二項が保護の対象とする当事者本人の個別的な法的利益とは次元を異にすることに注意しなければならない。なぜなら、同項は、特別委任事項として和解を含むいくつかの行為については当事者本人に重大な結果が及ぶことを斟酌して、本人の意思を個別的に確かめるために、五五条一項が規定する包括的な訴訟委任とは別個の授權を要求しており、これは個別事件における当事者本人の具体的な利益保護を企図したものと理解することができるからである。³⁸⁾ そうすると、訴訟代理権の範囲が五五条一項および二項により二段階に法定されているとしても、そこでは当事者一般の法的利益の保護のみならず当事者本人の個別利益が併せて考慮されている限り、こうした手続法独自の規整方法にも一定の正当性を認めることができると言えよう。ただ、ここで問題として残ると考えられるのは、そうした当事者に対する配慮が実際に履踐されるような仕組みを現行法制が整備しているのかという点である。とりわけ特別委任事項に関して、常に当事者本人の意思確認が行われる法的保障があるのかどうか

が重要な問題となるように思われる。また、仮にそうした仕組みが法制度上整備されているとしても、それが実効性に乏しい規律に基づくものであるならば、当事者本人固有の権能、あるいは弁護士と依頼者との間の合意に基づいて訴訟代理権の範囲を画定する方向での検討も必要になると考えられる。³⁹⁾

(2) ところで、①の理由については、もう一つ別のことを指摘することができる。すなわち、①の内容は、訴訟代理権の範囲が訴訟手続の過程において任意に変動することの弊害を念頭に置いている点に特徴があるということである。前述したように、任意的な変動によって訴訟手続の円滑な進行が妨げられたり、先行する訴訟代理行為の効力が否定されることにより、その有効性を前提に進められてきた後行の手続が無駄になってしまうというのが、ここでいう弊害である。要するに、①においては、法定された訴訟代理権の範囲を事後的に当事者意思に基づいて規整することが問題視されているわけであるが、その反面、このことは、事後的に審理が覆滅されないよう訴訟委任時あるいは訴訟手続の初期段階で、訴訟代理権の範囲が訴訟代理人・弁護士の行為規範として画一的に設定されていることに親和的であることを示唆している。また、手続過程における訴訟代理権の範囲の事後的な調整を認めないということは、裁判所はもとより殊に相手方当事者との対外的な関係において、訴訟代理人が行った法定訴訟代理行為を常に有効と評価すること、換言すれば、当該代理行為の結果について当事者本人を法的に拘束することを意味するから、そこでは「評価規範的な考慮」⁴⁰⁾が同時に働いていると見ることができるといえる。

したがって、訴訟代理権の範囲の問題を考える際には、訴訟委任時において具体的にどのような事項を訴訟代理権の中に盛り込むのか、という範囲画定に係る問題と、当事者本人によって任意に画定された訴訟代理権の範囲外の行為を事後的にどのように評価すべきか、という訴訟代理行為の有効性に係る問題を一応区別して論じなければなら

ないことになる。⁽⁴¹⁾そして、こうした行為規範の次元と評価規範のそれとの区別に基づいて学説を整理するならば、当事者本人による訴訟代理権の範囲の事後的な任意調整について否定的な見解は、基本的に行為規範としての訴訟代理権の範囲と評価規範としてのそれとを一致させることを指向するのに対して、そのことに肯定的な見解は、手続の過程で訴訟代理権の範囲が変動する可能性は常に存在し、それぞれの次元における訴訟代理権の範囲には当然差異が生じ得ることを前提にしている、と理解することができよう。⁽⁴²⁾

四 弁護士役割と一般的な信頼

(1) 次に、②の「訴訟代理人・弁護士に対する一般的な信頼」について検討する。この論拠は、依頼者のみならず国民一般から全幅の信頼を置かれるような、法に関する高度の専門的知識と技能を備え、かつ、リーガル・プロフェッションの一員として一定の職業倫理に基づいて誠実に法律実務を遂行することのできる有能な弁護士を前提とするものである。⁽⁴³⁾したがって、そこでは、依頼者たる当事者本人の期待する結果が得られる見込みがないにも拘わらず、その見込みがあるように装って事件を受任するような弁護士や、相手方から回収した金銭の清算を依頼者から請求されながら、そのまま放置しているような弁護士は、当然想定されていないものと考えられる。⁽⁴⁴⁾

そして、このことは、わが国が本人訴訟・弁護士代理原則を採用するに至った経緯からも窺い知ることができる。すなわち、民事訴訟は複雑で専門的な手続であり、そこでは相当程度の実務的な習熟が要求されるため、法律に明るい者でなければ、事実関係はもとより法律関係を充分に説き明かすことは不可能である等の理由から、当初、弁護士(代理人)強制主義の導入に積極的な動きが見られたが、先行して弁護士強制主義を採用していたドイツ・フランス

において反討論があつたことや、弁護士費用の負担に伴う諸問題の発生、学識等を備えた弁護士の絶対数の不足、当時の弁護士に対する一般的评价の低さ、そして本人自身の訴訟を進行する権利（訴訟権）の享有といった理由から反討論が優勢となり、本人訴訟主義が採択されるに至る。しかし、訴訟代理人の資格に或る程度制限を加えなければ、いわゆる三百代言といった不当な利益を享受する者の出現を防止することはできない。また、本人以外の訴訟追行者としては弁護士（代言人）が本人の為に最も適任である、という理由から、訴訟委任に基づく訴訟代理人は、原則として法曹資格者としての弁護士に限定することとし、ここに弁護士代理の原則が確立されることになったのである。⁴⁵⁾要するに、立法沿革史を繙くと、確かにそこでは訴訟遅延の回避といった公共的な側面にも一定の配慮がなされているものの、主として法律に暗い当事者本人の法的利益ないし権利の保護という観点から、訴訟代理人としての適性および資格について慎重に審議を重ねる様子が一貫して見受けられるのである。

(2) しかしながら、弁護士は、依頼者利益を最大限に擁護することだけをその職責としているわけではなく、司法機構の構成員として社会正義を実現することをもその使命としている。⁴⁶⁾このことは、弁護士法が、弁護士の使命は基本的人権の擁護と社会正義の実現にあることを高らかに宣言する（一条）とともに、その職務活動が基本的に当事者その他関係人の依頼や官公署の委嘱があつて初めて開始される旨規定している（三三條）⁴⁷⁾ことにも現れている。弁護士の役割ないし性格には、「公益的性格（役割）」と「当事者の代理人的性格（役割）」の二つがあるとされる所以である。このことを前述した訴訟代理制度の目的論と関連付けて考えてみると、「当事者本人の訴訟追行能力の拡充」や「依頼者の権利保護」といった個人擁護の要請と、先の①と重なり合う「訴訟手続の円滑な進行の実現」という訴訟制度固有の公共的な目的とともに、弁護士代理の原則の下で、国民一般の信頼性に裏打ちされた訴訟代理人・弁護士

によって担保されていると理解することができる。そうすると、「弁護士は訴訟手続において重要な役割を果たす」旨の一般的な言説は、以上のコンテキストからも相応の説得力を有していると考えることができる。

もっとも、右の「依頼者の権利保護」などの個人擁護の目的と、もう一方の「訴訟手続の円滑な進行の実現」という公共的な目的の双方を、訴訟代理人・弁護士が具体的に訴訟活動の中でどのように実現していくべきかについては、民訴法上明らかではない。現行民訴法は、訴訟代理人の資格と権限について規定するのみで、ただ訴訟代理人の事実に関する陳述について当事者本人が取り消したり更正する余地を認めているに過ぎないからである（五七条）。それ故、緊張関係に立つこれら二つの理念ないし目的の具体的な調整は、「訴訟代理人・弁護士に対する一般的な信頼」を根拠にして全面的に弁護士の裁量に委ねられていると解することも可能ではある。しかし、このような考え方には問題がないわけではない。確かに、よく引き合いに出されるように、弁護士は、弁護士法をはじめとする各種規制に服し、リーガル・プロフェッションとして高度の職業倫理が求められることから、依頼者に不利益をもたらすような訴訟追行を展開する虞は低いように思われる。⁽⁴⁸⁾けれども、特定の訴訟事件に関する訴訟委任は、通常、当事者本人と訴訟代理人間の委任契約の締結とともに行われるところ、訴訟代理人・弁護士は、民法における任意代理とは異なり、必ずしも依頼者である当事者本人との間の一身専属的な信頼関係を基礎として⁽⁴⁹⁾いるわけではないとされているし、また、弁護士の公共的使命（弁護士法一条）や依頼者との関係における自由と独立（弁護士職務基本規程二〇条）が重視され、さらに事実上、弁護士自身の利益確保が優先される場合には、依頼者の法的利益が擁護される保証はどこにもないのである。

では、「訴訟手続の円滑な進行の実現」という論拠から訴訟代理人・弁護士の裁量を正当化することは可能である

うか。前述したように、複雑で専門的な知識を要する民事訴訟手続を円滑に進めるためには実務的な習熟が必須であるから、かかる目的のために訓練された弁護士に対して個々の訴訟事件に応じた処置を委ねることは理由のないことではないと思われる。しかし、訴訟手続の円滑な進行は、有限の司法リソースの適正配分に大きな影響を与えることに間違いはないものの、同時にそれは私人の権利救済の実効化とも密接に関連する重要な理念の一つでもある。そうすると、訴訟代理人として訴訟追行している際に、訴訟手続の円滑化を図らねばならない局面に直面した場合でも、弁護士には、依頼者の権利ないし法的利益を可及的に保護するように努め、かつ、それをできる限り犠牲にしないような態度決定が求められると考えるべきではないだろうか。したがって、このような理解からは、弁護士の裁量にも、やはり一定の枠付けのようなものが存在するように思われる。

(3) ところで、②の「訴訟代理人・弁護士に対する一般的な信頼」という論拠に関しては、そもそも依頼者のみならず国民一般に共有されているものなのか疑問の余地がないわけではない。その例証として以下のエピソードを挙げよう。平成一七年五月に開催された日本民事訴訟法学会では、「民事手続と弁護士の行動指針」をテーマにシンポジウムが行われたが、⁽⁵⁰⁾報告者の山浦善樹弁護士が提示された弁護士の行動指針をめぐり激論が交わされたことは記憶に新しいところである。山浦弁護士は、弁護士の唯一の収入源が依頼者の悩みにあることを立論の出発点として、依頼者、殊にリピーターの確保と依頼者の悩みを多額の収入に繋げることが弁護士の最大の関心事であるとされる。そして、そのためには、受任した事件が見通しの悪い事件や簡単な事件であっても、迅速かつ効率的に処理して依頼者との関係を断ち切ってしまうのではなく、それを可能な限り複雑で難解な事件に仕立て上げて解決を長引かせると同時に、その間に次々と依頼者に生じる悩みを別の事件に発展させて、その別の事件も自分が受任できるよう最初の

事件を通じて依頼者との濃密な信頼関係を維持することが重要であると主張される。そうして、平成八年および平成一五年の民法改正や民事裁判の実務改善に対する弁護士の消極的な姿勢も、このような弁護士の行動指針の実際の姿からは容易に説明が付くとされるのである。⁽⁵¹⁾

この山浦報告は、いわゆる建前論ではなく「弁護士の台所事情」を有りのまま語り、学問的な視点からの検証対象にすることを目的とするものであって、法律事務所経営者の立場にある普通の弁護士であれば誰しも共感し得る側面を有していることは疑いなく思われる。事実、賛意を示す弁護士が数人現れたことは、右のシンポジウムの内容を載録した民事訴訟雑誌五二号記載のとおりである。⁽⁵²⁾ 勿論その一方で、山浦モデルに対しては、同時に多くの批判が寄せられたこともまた事実であるが、この一連の論争を顧みて重大だと思われるのは、先に言及した弁護士法一条が唱える弁護士の使命は必ずしも弁護士自身に徹底されていないのではないかと言うことである。より具体的に言うならば、「依頼者の利益擁護」という使命は、依頼者と訴訟代理人・弁護士間の訴訟委任契約の内容からも直截に引き出せるものであるが、仮に極めてレアなケースだとしても一部の弁護士の認識が山浦報告のとおりだとすれば、自己の利益ないし権利擁護の見返りとして弁護士に報酬を支払う依頼者にとっては至極当然のかかる使命さえも、弁護士自身の生計維持という目的の前では霞んでくるように思われるのである。近時増加の兆しを見せている弁護過誤訴訟や弁護士に対する懲戒請求、紛議の調停などを想起するならば、こうした評価も強ち穿った見方として一蹴することはできないであろう。それでは、「社会正義の実現」という公共的な使命の方は弁護士に浸透しているかと問えば、かかる使命は依頼者との個人的な関係から離れて存在し、金銭的な見返りを期待することは到底不可能であるから、右の議論から推して知るべしと言うことになる。⁽⁵⁵⁾

かくして、以上の検討によるならば、訴訟代理制度を支える論拠としても度々援用されてきた「弁護士に対する一般的な信頼」も、民訴法が訴訟代理権の範囲を法定する理由としては、必ずしも盤石なものとは言えないように思われる。そうすると、法定された訴訟代理権の範囲を当事者本人の意思に基づいて任意に変更を加えることの許容性を検討することも、強ち意味のないことではないと考えられそうである。次に章を改めて、この問題を検討することにしよう。

- (23) 四宮和夫「能見善久『民法総則』第七版」(二〇〇五年・弘文堂)二六五頁、内田貴「民法―総則・物権総論」第3版」(二〇〇五年・東京大学出版会)一三四頁。
- (24) 四宮「能見・前掲注(23)二六五頁以下は、高齢者が自分の判断能力が低下した場合のことを考えて、予め任意代理人を選任しておき、実際に判断能力が低下した状況下で代理人に諸般の事務を行ってもらう場合を具体例として挙げている。
- (25) このことから、辻正美「民法総則」(一九九九年・成文堂)二六四頁は、任意代理と法定代理の間にさほど機能上の差異があるわけではない、と指摘される。
- (26) この「法人の活動の支援」を「個人の活動の支援」と対置させて代理制度の存在理由の一つとするのが、今日では一般的であるが(四宮「能見・前掲注(23)二六六頁、山本敬三「民法講義―総則」第2版」(二〇〇五年・有斐閣)三〇五頁、佐久間毅「民法の基礎―総則」第2版」(二〇〇五年・有斐閣)二二五頁、私的自治の拡大という文脈で一括りにする見解も存在する(例えば、川井健「民法概論―総則」第3版」(二〇〇五年・有斐閣)二〇六頁、平野裕之「民法総則」第2版」(二〇〇六年・日本評論社)三二二頁)。
- (27) 以上につき、四宮「能見・前掲注(23)二六六頁を参照。なお、ここでは代理と代表の区別についての議論には立ち入らず、差し当たり両者の間に本質的な違いはないという現在の通説的見解に依拠している。
- (28) 中野貞一郎「松浦馨・鈴木正裕編『新民事訴訟法講義』第二版補訂版」(二〇〇六年・有斐閣)一〇八頁(坂原正夫、上田「井上編・前掲注(7)三〇一頁(新堂幸司)。
- (29) 伊藤・前掲注(20)一〇七頁も参照のこと。

(30) 例えば、中野「松浦」鈴木編「前掲注(28)一〇八頁(坂原正夫)。さらに、上田・前掲注(20)一〇四頁は、当事者が弁護士によって代理されることにより、裁判所の積明に対する過度の期待を減じて、その中立性への信頼を維持しながら、当事者主導の下での当事者主義訴訟の審理の質が充実することを指摘される。

(31) 伊藤・前掲注(20)一〇七頁。

(32) 本稿で検討する代理権の範囲に関する違いを除けば、① 代理人の資格、② 代理権の発生、③ 本人死亡による代理権消滅の有無といった諸点において、両者には規律上の差異が存在する。

具体的には、① 民法上の代理にあつては、意思能力がありさえすれば何人たりとも本人から代理権を授与される任意代理人となり得るのであり、行為能力者であることすら要しない(民一〇二条)。これに対し、民法では、地方裁判所以上の訴訟手続において訴訟代理人となり得るのは、法令により裁判上の行為をすることができ、いわゆる法令上の訴訟代理人のほかは弁護士に限定されている(弁護士代理の原則・五四条一項本文)。② 次に、代理権の発生に関して、民法上の代理権は、本人と代理人との間の委任・雇用・請負・組合などの事務処理契約に基づいて発生すると理解されているが、訴訟代理権は、特定の訴訟事件につき訴訟代理権を授与する当事者本人の訴訟行為たる訴訟委任に基づく。この授権行為は、当事者本人と訴訟代理人間の委任契約の締結とともに行われるのが通常であるが、両者はそれぞれ別個の行為であり、要件を異にする。また、授権の意思表示は、代理人に向けて行うのが原則であるが、裁判所または相手方に対してなしても、代理権発生の効力を生じる。民法においては、或る者に代理権を授与することを第三者に表示した場合、法律行為の相手方がこの表示を信頼したときに限り、表見代理として本人は責任を負う(民一〇九条)。③ 最後に、代理権の消滅について見ると、民法上の任意代理は、本人と代理人との間の個人的な信頼を基礎とする一身専属的な関係と把握されることから、本人または代理人の死亡等によって当然に右の代理関係は解消されることになる(民一一二条一項)。しかし訴訟代理の場合は、当事者の死亡、訴訟能力の喪失等の事情が生じても訴訟代理権が消滅することはなく、訴訟代理人がいる限り訴訟手続は中断せず続行される(五八条一項)。

(33) 四宮「能見・前掲注(23)二六七頁、山本・前掲注(26)三一三頁、佐久間・前掲注(26)二二八頁など。但し、代理権授与行為の法的性質をどのように理解するかをめぐる争いがある。具体的には、本人と代理人間の契約とする見解と、本人が代理人に一方的に代理権を与える単独行為だとする見解に大別することができるが、ここでは、いずれの見解に立とうが、代理

権授与行為の内容を確定するには本人または代理人の意思を基礎としなければならない、ということが重要である。

- (34) 兼子・前掲注(20)一三三頁、兼子一ほか「条解民事訴訟法」(一九八六年・弘文堂)一三六頁(竹下守夫)、三宅省三「塩崎勤」小林秀之編集代表『注解民事訴訟法I』(二〇〇二年・青林書院)五四九頁以下(加藤新太郎)、秋山ほか・前掲注(9)五三七頁、新堂・前掲注(7)一七二頁、高橋・前掲注(7)一九二頁、上田・前掲注(20)二一六頁。
- (35) 以上につき、上田・井上編・前掲注(7)三六〇頁(中島弘雅)、垣内・前掲注(3)論文四二二頁参照。
- (36) 前掲注(32)を参照のこと。
- (37) この観点の内容および射程については、田尾桃二「紛争の一回的一挙的解決ということについて——「学説と実務」の視点から——」民訴雑誌四〇号(一九九四年)三七頁以下参照。
- (38) したがって、このような立場からは、高橋・前掲注(7)一九四頁(16)などが指摘されるように、特別委任事項を含むすべての事項を予め不動文字として印刷した訴訟委任状を利用する弁護士業務には問題があると言わなければならない。
- (39) 本稿では差し当たり、前者の当事者固有の権能に基づく訴訟代理権の範囲画定の可否を取り上げている。
- (40) 垣内・前掲注(3)論文四二三頁の表現による。
- (41) 以上につき、新堂・前掲注(7)五二頁以下、垣内・前掲注(3)論文四二二頁以下を参照。なお、本稿Ⅱ三で設定した問題類型は、かかる区別に対応するものである。
- (42) もっとも、具体的なケースにおいて、どの段階から評価規範的な考慮が必要とされるべきなのかは必ずしも明確ではない。行為規範の次元と評価規範のそれとの境界は、解釈者による様々な考慮ファクターの取捨選択およびランク付けにより変動し得るからである。そうすると、ここでの見解の対立も相対的なものに過ぎないと言えよう。
- (43) この点については、谷口・前掲注(12)論文四一頁以下が、理念型としての弁護士の特性を五項目に分けて説いているのが参考になる。
- (44) 弁護士職務基本規程に照せば、前者は同規程二九条三項、後者は四五条に抵触するケースであると言える。
- (45) 以上の立法過程については、上田徹一郎「弁護士代理原則の成立と機能」(初出一九九四年)同『当事者平等原則の展開』(一九九七年・有斐閣)一一二頁以下などが詳細な史的分析を展開しており、本稿の叙述もこれに負う。
- (46) 弁護士に課せられた、この二つの使命の関係をどのように理解すべきかは、弁護士と依頼者間の訴訟代理関係を考えるに

当たっても重要な問題となり得る。なぜならば、特定の事件に関する訴訟委任は、通常、依頼者と訴訟代理人間の委任契約の締結ともに行われ、右の委任契約は、訴訟代理人の誠実義務や費用報酬請求権などを生じさせることから明らかなように、本来、訴訟代理法は、当事者本人と訴訟代理人間の法律関係を中心に規律するものであり、依頼者以外の第三者の利益や公共的利益の実現は二次的なものと考えられることもできるからである。とするならば、弁護士の実現という公共的な使命に対する理解の仕方が、当事者本人の利益擁護という弁護士の本来の使命にも重要な意味を持つてくると言えなくはないであろう。

(47) 加藤・前掲注(1)『弁護士役割論(新版)』五頁以下。これに対し、谷口・前掲注(12)論文四一頁以下は、当事者本人と司法機関の中間的な独自の立場において訴訟に関与すると説かれる。

(48) このことは、具体的には、弁護士法一条二項に基づく弁護士の誠実義務や弁護士職務基本規程二一条が明示する弁護士の受任者としての基本的職責(依頼者の権利および正当な利益の実現)によって担保されていると考えられる。但し、前者の誠実義務の法的性質に関しては、周知のとおり議論がある。

(49) 前掲注(32)③参照。もっとも、弁護士・依頼者間の信頼関係の形成が重要であることには異論がないように思われる。両者間の信頼関係が失われ、かつ、その回復が困難な場合には、そもそも十分な訴訟代理活動を行うことができず、依頼者との紛議の原因にもなるからである。弁護士職務基本規程が、両者間の信頼関係が喪失するに至った場合、弁護士に対し依頼者への説明義務を課すと同時に、辞任その他の事案に応じた適切な措置を採らねばならない旨定めているのも(四三条)、弁護士・依頼者間の信頼関係を重視するものと理解することができる。

(50) 高橋ほか・前掲注(1)五三頁以下。

(51) 高橋ほか・前掲注(1)五七頁以下。同八五頁以下の宇野聡教授による要約も併せて参照されたい。

(52) 高橋ほか・前掲注(1)九〇頁以下。

(53) 高橋ほか・前掲注(1)九〇頁以下の討論における批判のほかにも、田中紘三・判タ一二二七号(二〇〇七年)九六頁が、日弁連や各弁護士会で汗を流している多くの弁護士の顔に泥を塗ったという印象をどうしてもぬぐうことができない、と痛烈な批判を加えておられることが印象的である。

(54) 加藤・前掲注(1)『弁護士役割論(新版)』四八頁以下、六三頁以下、同「弁護士の責任」川井健「塩崎勤編」新・裁判

実務体系 8 専門家責任訴訟法』(二〇〇四年・青林書院)五六頁以下は、様々な理由からアメリカ合衆国に比べて弁護過誤訴訟が少なくとされてきたわが国においても、依頼者の消費者意識・権利意識の伸長や弁護士業務そのものの変容に加えて、弁護士数の増加という事態が進展していること等から、長期的には弁護過誤訴訟は増えこそすれ、減ることはないであろうと予想されている。また懲戒請求に関しては、日本弁護士連合会編著『弁護士白書』二〇〇六年版「一八〇頁以下の懲戒処分に関する統計データを見てみると、近年、懲戒請求の新受件数が増大していることが分かる。

(55) 山浦弁護士を厳しく批判される田中紘三弁護士が加藤・前掲注(一)『コモン・ベリシック弁護士倫理』の書評(前掲注(53)判タ一二二七号九二頁)の中で「願わくば、これからの時代には、この『志』を二の次にした法曹の簇出的誕生が一日も早く過去物語になるように制度運用の工夫を急がれんことを。そのためには、『法の担い手』として、公益的役割に積極的貢献することをはじめから志向して法曹を志す受験生像へのシフトの期待がもっとも」と強まることも必要である。」と述べておられるのも、かような評価を裏付けるものと言えよう。

IV 当事者本人による訴訟代理権の制限の許否

当事者本人の意思に基づく訴訟代理権の範囲画定が、五五条一項および三項が実現しようとする訴訟手続の円滑な進行を害する側面を有していることは確かであるが、何よりもそれは同条によって間接的に保障された訴訟代理人・弁護士の訴訟代理活動の自由を制約することを意味する。しかし、弁護士の訴訟代理活動は、少なくとも形式上は依頼者たる当事者本人の訴訟委任に基づいて行われるものである。また、私的自治の原則が妥当する近代法の下では、依頼者は特定の弁護士との間で自分が必要とする内容の委任契約を締結し得るのであり、他者の法的利益および権利を害さない限り、そうした当事者本人の自己決定は最大限尊重されるべきであることについては、一般のコンセンサスがあると言える。したがって、本章において当事者本人による訴訟代理権の制限の許否を検討するに当たっては、

訴訟代理法の枠組みにおいて当事者本人の自己決定の確保が必要とされるべき理由を具体的に明らかにしなければならない。そのためには、まず、依頼者たる当事者本人と訴訟代理人・弁護士との法律関係がどのようなものであるかを確認しておく必要がある。

一 依頼者たる当事者本人と訴訟代理人・弁護士の法律関係

(1) 通説的な理解によれば、依頼者たる当事者本人と訴訟代理人・弁護士の法律関係は、特定の訴訟事件の処理に関する委任契約⁽⁵⁶⁾と訴訟代理権の授与行為である訴訟委任の二つの要素によって構成される。そして、これら二つの行為は一体的に行われるのが通常であるが、理論的にはそれぞれ別個の行為であり要件および効果を異にするとされている⁽⁵⁷⁾。よって、このような一般的理解に従えば、訴訟代理人の対外的な訴訟代理行為の法律効果が直接、当事者本人に発生するためには、少なくとも訴訟代理人が本人から訴訟委任を受け、かつ、当該代理行為が訴訟代理権の範囲内のものでなければならないことになる。これを換言すれば、訴訟代理人のなした訴訟代理行為についての本人への効果帰属の根拠は、訴訟委任時において当該代理行為の訴訟法上の効果を全面的に引き受ける旨の「当事者本人の意思」に求めることができる。

以上の分析に照らせば、訴訟代理権の実体は、そうした当事者本人の意思にほかならず、これと訴訟代理人の代理意思とが融合することによって訴訟代理行為の効力が直接本人において生ずると理解されることになる。つまり、この限りにおいて、訴訟代理権は本質的に民法上の任意代理権と軌を一にすると言うことができる⁽⁵⁸⁾。もっとも、訴訟代理権の場合、訴訟代理行為を法的に基礎付ける訴訟代理権の範囲が二段階に法定されていることに加え、実際の弁護

士業務において特別委任事項をも含めたあらゆる事項が印刷された訴訟委任状が利用される結果、それらが対外的に当事者本人による全事項の授権の存在を当然の如く裏付けて、訴訟代理人の行為を法的に正当化している側面があることは否定できないであろう。

(2) 訴訟委任という側面からの当事者本人と訴訟代理人の法律関係の分析は以上のとおりであるが、実際の多くの訴訟代理行為は、同時に締結される特定の訴訟事件の処理に関する委任契約の内容と離れて存在はせず、多分にその内容に規定されることに注意が必要である。なぜなら、対外的な訴訟代理行為も、内部関係的な委任契約の本旨に従って履踐されなければならず、訴訟代理人・弁護士には善良な管理者の注意をもって委任事務、つまり依頼者の権利ないし正当な法的利益を擁護するために必要な訴訟活動に従事すべき義務が課せられるからである(民六四四条)。そうだとすれば、右のような意味において、訴訟代理行為は依頼者と弁護士間の委任契約の目的達成のための手段であると理解することも可能となる。また、五五条が定める訴訟委任事項はいずれも抽象的な内容に止まっており、特(59)に同条一項が規定する種々の訴訟行為等は例示に過ぎないとされていることから、その具体化ないし補充が依頼者および弁護士の協働作業によって行われることを当然予定していると考えることができる。その際、各種行為を具体化し、実際の訴訟代理活動に結び付けるための手掛かりとして、委任契約の内容が重要になることは明らかであろう。それ故に、弁護士には、先に述べた義務を忠実に履行するため、適宜、依頼者から当該事件に関する情報を聴取するなどして事実関係の確認および調査に努め、かつ、その結果に基づいて、提訴前の証拠収集手続などの具体的措置を講ずるほか、提訴後は有効かつ適切な主張・立証活動を行うことが要求されるわけである。また、弁護士は、依頼者からの請求があるときは、いつでも事件の進行状況など委任事務の処理の状況を報告する義務を負い(民六四五条)、

さらに弁護士職務基本規程三六条によれば、依頼者からの請求がない場合でも、必要に応じて事件の経過および事件の帰趨に影響を及ぼす事項を報告したり、当該事件の処理方針について依頼者と協議する義務を負うとされる。要するに、受任者である弁護士が委任目的を全うするには、受任事件の帰趨に関して最終決定権を有する依頼者に対して事件処理の判断材料を提供し、その適切な自己決定の機会を保障しなければならないのである。⁽⁶¹⁾

このように見てくると、五五条一項が包括的・画一的な訴訟代理権を規定しているとしても、訴訟代理人はその行使に当たり依頼者との間の委任契約の内容を十分に踏まえて訴訟代理行為を履践しなければならない、という規律を引き出すことが可能となる。また、前述した諸々の義務の措定により、依頼者と訴訟代理人間で意思疎通を図ることが求められる結果、事件処理に関する双方の認識の食い違いの発生が阻止され、かつ、常に適度の相互牽制が働く形で両者間に内部統制が図られることが期待されよう。

(3) ところで近時、弁護士の活動領域の飛躍的な拡大を背景に、弁護士と依頼者の関係を単に委任契約ないし準委任契約と理解するだけでは不十分であり、業務の性質により委任と請負の混合契約と解したり、雇傭ないし雇傭との混合契約と見るべきであるとする見解⁽⁶²⁾がある。この学説によれば、契約書などの書類作成を代表とする業務などは「一定の結果を招来する履行を求める結果債務である業務」であって請負的な性格を有することから、その限りで請負契約として瑕疵担保責任(民六三四条)や依頼者による契約の解除(民六四一条)が認められることになる。しかし、こうした考え方は請負契約の締結を禁じる弁護士職務基本規程二九条二項との関係で問題があるほか、既に次のような批判が加えられている。①委任契約とされる部分と請負契約とされる部分の区別は必ずしも容易でない。②弁護士の業務の中に請負的要素を認めることは、委任とは異なる法的効果を導くためであるはずだが、例えば、不十

分な書類を作成した場合の法的効果を比べると、両者に大きな差違があるかは疑わしい⁽⁶⁴⁾と。そうして、弁護士と依頼者の関係は、契約という側面よりも、むしろ弁護士の負うべき専門家責任が重要であり、弁護士の地位に必然的に伴う信認義務を正面から認めるべきであるとする見解⁽⁶⁵⁾が登場するに至っている。この学説によると、弁護士・依頼者関係は、専門的知識を有するプロフェッションである弁護士とそのような知識を有しない素人たる依頼者との関係であって、依頼者は、弁護士から説明を受けてもそれなりの状況理解はできるものの、その説明の真偽・適否・当否について判定することは通常困難である。そうであるからこそ、依頼者は弁護士を全面的に信頼せざるを得ず、弁護士も依頼者の期待に応えなければならない⁽⁶⁶⁾、と主張される。そして、このような信認関係 (fiduciary relation) の下における受任者たる弁護士の義務は、専ら依頼者の利益を図るため信義誠実を尽くして行動すべき忠実義務であると考えられるのである。論者によれば、この忠実義務こそ、弁護士法一条二項が唱う弁護士の誠実義務にはかならず、善管注意義務とともに法的規範として機能するようである⁽⁶⁷⁾。しかしながら、このような信認義務を措定する論者は、基本的に弁護士と依頼者の関係を対等と見ず、強者・弱者の立場にあることを前提に、受任者である弁護士に対し、受益者である依頼者への最大限の配慮を求めており、これは法定代理の場合には適切な説明モデルとして首肯し得るが、任意的な訴訟代理の場合には必ずしもそうではないと思われる。依頼者と弁護士を対等に、取り結ぶ「契約」という要因は看過し得ないからである。

ともあれ、弁護士・依頼者間の関係をどのように性質決定するかについては、現在なお争いのあるところであるが、弁護士業務の内容に応じて、前述したような多様な義務が課せられることは明白であり、それらが弁護士の訴訟追進行為に対する内部的な統制手段として機能していることに疑う余地はないように思われる。

二 訴訟代理における当事者本人の自己決定の確保

では次に、以上のような種々の義務の指定により内部統制が図られ、相当程度の緊張関係が保持される依頼者・弁護士間において、訴訟代理権の範囲画定に係る当事者本人の自己決定の確保が必要とされるのは何故か。

(1) その第一の理由は、既に示唆したように、わが国の訴訟代理法の法構造に求めることができるように思われる。すなわち、わが民訴法は、本人訴訟・弁護士代理原則を採用し、当事者本人に原告もしくは被告として自ら訴訟を進行するか、それとも訴訟代理人・弁護士に訴訟進行を委任するかどうかについて自己の意思に基づいて自由に決めることを保障している。⁽⁶⁸⁾しかしながら、ひとたび弁護士に訴訟委任すると、その後、当事者本人には更正権を行使するなどの限定された場合を除けば、特別委任事項についても多くの場合、一回的な訴訟委任によって包括的に授權したことになるため、⁽⁶⁹⁾民訴法上、自己の意思を明示的な形で弁護士の訴訟進行に反映させることは極めて困難な状況に置かれ、当事者本人の自己決定は、自ら訴訟進行するか否かという訴訟手続の入口段階に止まってしまうと言うことができる。

このような構図は、およそ次のような具体的な諸問題を内蔵していると考えられる。まず第一に、ほぼ全面的な任意性が認められる弁護士に対する訴訟委任時において、その後の当該弁護士による訴訟進行の結果すべてを当事者本人に自己責任として甘受することを半ば強制していると評価せざるを得ない、⁽⁷⁰⁾ということを指摘することができる。第二に、弁護士によって依頼者の意向に反する訴訟進行がなされ、敗訴または敗訴に繋がるような重大な不利益が生じた場合、依頼者としては損害賠償請求訴訟を提起するか、弁護士会の懲戒手続に基づく制裁を求めるなどしか術がなく、このように事後的にしか損害の回復を図ることができなかつたり弁護士の責任を追及できないことは、およそ

「当事者本人の権利保護」という訴訟代理制度の目的と相容れないものであると行うことができる。しかも、そのような損害回復および責任追及は実効性の点で問題を抱えている。なぜなら、弁護士業務には多種多様なものがあり、それに応じて各種義務の内容や程度に差違が認められる以上、弁護士の具体的な訴訟代理行為が債務不履行もしくは不法行為を構成するか、また弁護士法もしくは弁護士職務基本規程に抵触するかどうかは容易に判定できないと考えられるからである。そうすると、たとえ事後的な救済手段が整備されていたとしても、依頼者が自己の被った損害を回復し得る可能性は限定的なものに止まらざるを得ないと思われる⁽⁷¹⁾。

従来から訴訟代理権の範囲をめぐって議論があるのも——そこには訴訟上の和解固有の諸問題が潜んでいるとはいえ——、訴訟代理人・弁護士が包括的な訴訟代理権の保持を背景に、当事者本人の意向を十分に確認することなく個々の委任業務を行い、結果として当事者の意向に沿わない事態を生じさせているという「当事者本人の自己決定」の観点の希薄、さらに言えば「真の当事者の不在」と評し得る、弁護士の執務体勢のあり方に対する問題意識が反映されていると考えられよう。したがって、当事者本人が訴訟代理人・弁護士の訴訟追行行為を制御することのできる最も効果的でかつ簡明な統制手段は、訴訟代理権の範囲を当事者本人が画定することであり、依頼者にとっては自己防衛的な手段として、将来的に自分に損害が及ぶ虞のある訴訟代理行為を予め訴訟代理権の範囲から除外することの意義は大きいと言えよう。

(2) 当事者本人の自己決定の確保が必要とされる第二の理由は、訴訟代理人・弁護士は、依頼者たる当事者本人に訴訟上の権能として保障されている種々の当事者権⁽⁷²⁾を代理行使している側面があるということである。憲法の保障する基本的価値が民事訴訟手続の規制原理として裁判所および訴訟関係人の行動を規律すること⁽⁷³⁾については今日異論の

ないところであるが、憲法一三条の趣旨を民事訴訟手続に引き写すならば、当事者は訴訟の主体として尊重されなければならず、かつ、当事者には自らの主體的判断に基づいて、自己の利益を擁護するために訴訟を進行する機会が与えられなければならないという規制原理が導き出される。これは当事者本人の側から見れば、自己の言い分を述べる権利が保障されると同時に、その前提条件として、訴訟手続上の有意的な事象と情報を適時に知る権利が保障されていることを意味する。⁽⁷⁴⁾そして、当事者本人が訴訟代理人に訴訟委任する場合には、そのような当事者本人の憲法上、保障された諸権利は、訴訟代理人の訴訟活動を通じて実現されることになるのである。そうだとすれば、訴訟代理関係にあっても、当事者本人の自己決定を確保することは憲法上の要請でもある以上、訴訟代理人・弁護士は、訴訟代理権に基づく種々の訴訟代理行為を履践するに当たり、依頼者たる当事者本人の意思を十分に踏まえなければならぬと解することができる。⁽⁷⁵⁾訴訟代理法の枠組みにおいて、当事者本人が訴訟代理権の範囲を画定するという方式で訴訟代理人・弁護士に対する行為統制を図ることは、まさに当事者本人の自己決定の具現化であると考えられよう。

(3) なお、以上の見方に対しては、最近の弁護士実務では事前に説明を尽くしたり依頼者の意向に配慮しながら手続を進めているので何ら問題はない、という反論が予想され得る。なるほど、そのような実務運営がすべての訴訟代理人・弁護士によって行われているのであれば大いに歓迎されるべきことである。しかし、実際には必ずしもそうならないことに問題の根幹があると言わべきである。しかも、そのような反論を予定する弁護士自身が五五条二項の趣旨を踏まえずに、訴訟委任時において不動文字による定型文言を用いた委任状を常用していることが少なくないことを最後に指摘しておこう。

三 訴訟代理権制限禁止（五五条三項）の根拠と射程

以上の検討に照らせば、五五条が訴訟代理権の範囲を法定し、かつ、その制限を禁ずるのは、そうした当事者本人の自己決定権に裏付けられた訴訟追行権能の限界を示すものであると理解することができる。すなわち、訴訟代理制度の中に、当事者本人が自らの主体的判断に基づいて自己の法的利益ないし権利の修復および実現を図るべく訴訟を追行し得る権利を措定することができるとしても、民事訴訟という法制度を前提とする場合には、裁判所、相手方当事者などの他者の存在を考慮しなければならないことになるのである。当事者本人と訴訟代理人間の法律関係と、裁判所や相手方当事者の地位も考慮すべき訴訟代理行為の効果とは、それぞれ別個の法的評価を受けるとされているのは、まさにこうした趣旨に基づくものであると考えられる。そうだとすれば、訴訟代理権の制限が弁護士に対する統制手段として最も実効性を発揮するのは、対外的にも当該制限が有効と評価し得る場合であり、かようなケースを個別具体的に確認する作業は、弁護士・依頼者間の内部規律と対第三者の評価規範の法律効果を一致させる試みと言えるが、このことに正当性が認められるのは、他者に保障されている諸々の権利を犠牲にしても保護すべき具体的な法的利益または権利が当事者本人に認められる場合であるとも言えよう。また、このような理解に立つならば、訴訟代理権の制限禁止を規定する五五条三項は、そうした裁判所や相手方当事者といった外部の訴訟関係人に保障されている法的利益ないし権利の保護を指向するものであるから、当事者本人の個別的な利益保護を目的とする同条二項には本来適用されないと解すべきであろう。先行研究⁽⁷⁾によれば、五五条の沿革からもこのことが裏付けられるようである。

四 当事者本人による訴訟代理権制限の許否

それでは、依頼者たる当事者本人が訴訟代理人・弁護士の訴訟代理権を制限し得るのは、具体的にどのようなケースなのであろうか。以下では、これまでの考察を踏まえて、特別委任事項を包含した定型文言を用いた委任状を弁護士が使用する一般的なケースを念頭に置きながら、前述した問題整理に従って、訴訟委任時における訴訟代理権の制限の許否と、その後の手続過程における事後的な制限の許否とに分けて検討することにした。

(1) まず、訴訟委任時における訴訟代理権の制限としては、特別委任事項に関しては手続の過程で問題となった場合に個別に授権するということで、当初は五五条一項に列挙された包括的な委任事項に限定して訴訟代理権を授与するケースが考えられる。これは、一般には特別委任事項を規定する五五条二項に同条三項が適用されるかを問う問題として論じられているところである。そして、この問題に関しては、主に和解について論じられているように、五五条三項の二項への適用を肯定して訴訟代理権の範囲を個別的に制限することに否定的な見解が多数を占めるが、反対説も有力である。⁽⁷⁹⁾ 反対説の主たる論拠は、多様な和解内容が直ちに紛争解決の内容になる点で当事者の利益に与える影響は重大であり、かつ、その内容の適正について裁判所のチェックを常に期待できるとは限らないとして、和解の重要な要素である当事者本人の意思の尊重、つまり本人の自己決定権の保障を重視することにある。⁽⁸⁰⁾ そこで和解固有の問題が影響していると考えられるものの、「当事者本人の意思」を重要な規準として、訴訟代理権制限禁止法律の射程を画定することが試みられており、一般的なコンテキストにおいても注目されて良いように思われる。これまで論じてきたように、五五条一項・三項と同条二項とは保護の対象を異にするという理解を出発点として、依頼者の個別利益の保護やその者の自己決定の確保を重要視する観点に立つならば、一般論としても右の反対説の考え方が妥

当であると思われる。そして、この考え方を押し広げるならば、弁護士が五五条一項に列挙された包括的な委任事項に限定して訴訟代理権を授与する旨の依頼者の具体的な意向を無視して、特別委任事項を包含した虚偽の訴訟委任状を裁判所に提出し、実際に特定の特別委任事項に係る訴訟代理行為をしても、原則として当該行為は対外的にも無効と解すべきことになる。仮にその後、終局判決が確定するに至っても、依頼者は、訴訟代理権の欠缺を再審事由として主張し得ると考える（三三八条一項三号）。もっとも、依頼者が当該訴訟事件に関する弁護士からの経過報告なし説明を通じて、弁護士のうち無権代理行為の存在を知り得たにも拘わらず放置していた場合には、依頼者の黙示の追認があったものとして有効と解すべき余地はあろう。そのように一定期間、有権代理であるかのような状態が続く場合は、裁判所および相手方当事者も無権代理であることを疑う可能性は低く、そうした外部者の信頼を保護する必要が生じ得るからである⁽⁸⁾。

(2) これに対して、その後の手続過程における事後的な訴訟代理権の制限の場合は、外部から具体的な訴訟代理権の範囲変動について窺い知ることのできない相手方当事者および裁判所の立場と、そうした訴訟関係人に保障されるべき法的地位を犠牲にしても優先すべき依頼者の権利ないし法的利益に配慮しながら、個々の特別委任事項が有する特性に応じて柔軟に考えるべきであらう。

まず、五五条二項に列挙されている特別委任事項のうち、訴えの取下げ（二号）、控訴・上告・上告受理の申立ての取下げ（三号）、異議の取下げまたはそれについての同意（四号）にあつては、処分の対象となる訴訟上の請求が比較的明確であり、その帰趨のみが問題とされるに過ぎない。再訴禁止（二六二条二項）や控訴期間（二八五条）など一定の制約が設けられているものの、再度、同一の訴え等を提起することも可能である。また、反訴の提起（一

号)は、本訴請求またはそれに対する防御方法と関連する請求を目的とすること等が要件とされている(一四六条)ことから、依頼者が予想し得ないような内容の請求が審判対象とされる虞はないと言える。よって、右に挙げた種々の特別委任事項については、たとえ依頼者が事後的に訴訟代理権の範囲から除外しても、その対外的な効果は左右されず、有効と解すべきであるように思われる。⁽⁸²⁾但し、訴えの取下げ等の各種取下行為は、その後、再び提起することができるとは言え、多くの場合、当該訴訟手続を最終的に終了させる方向に向かわせるものであるから、それに異を唱える当事者本人の強い意向が相手方および裁判所にも確認できる場合には、例外的に手続過程における制限を認める方向で考えるべきである。⁽⁸³⁾

他方、和解(二号)および復代理人の選任(五号)の場合は、その具体的内容、つまりどのような内容の和解が相手方との間で成立するのか、また誰を復代理人とするのかといった重要事項が必ずしも明確でない。確かに、弁護士は、法令上の訴訟代理人とは異なり特定の事件処理のために訴訟代理権を授与されるものであるから、受任事件の難易度、相手方当事者の訴訟追行態度、担当裁判官の訴訟指揮の巧拙、そして訴訟手続の進行具合など審理の具体的状況を勘案して臨機応変に和解交渉に入ったり、時には同じ法律事務所に所属する別の弁護士を復代理人として選任しなければならぬ事態に至ることもあろう。しかし、そうであるならば、訴訟委任時には未だその内容が具体化されていない右の各事項を訴訟代理権の中に含め、以ってそこでの抽象的な依頼者の意思を正当化根拠にして事後的な制限を一切認めないことには問題があると言わざるを得ないだろう。⁽⁸⁴⁾また、控訴・上告・上告受理の申立て(三号)は、通常、原審の具体的な判断を踏まえてなされるものであるから、かかる事項を事後的に訴訟代理権の範囲から除外する旨の依頼者の明確な意思が確認されたとしても、当該制限を無効と評価すべきであると考えられることもできなくはな

い。だが、そうした不服申立てにより審理が継続することは、依頼者の側から見れば、最終的な権利確定が先延ばしにされることを意味し、加えて弁護士費用など追加的な経済的負担を強いられる結果となる。したがって、そうした依頼者の不利益に配慮するならば、原審の結果を前にして、依頼者が引き続き当該弁護士に訴訟事件を託すか、それとも控訴・上告を断念するかどうかについて再考する機会を保障すべきであろう。また、原審の結果が敗訴の場合など自己に不利な判断が出ている場合には、訴訟委任契約を解除して別の弁護士に訴訟委任する機会を依頼者に保障する必要も生ずるように思われる。さらに、請求の放棄・認諾（二二号）は、裁判所に対する一方当事者の意思表示により当該訴訟を終了させるものであり、かつ、調書に記載されると和解同様、確定判決と同一の効力を有するものであり（二六七条）、訴訟脱退（二二号）の場合も、その理論構成および判決効の内容につき見解が分かれているが、脱退者には残存当事者間の既判力が拡張されることには争いが無い。よって、そうした行為の要否ないし当否については、当事者本人の法的利益に配慮して、その最終的な意思決定に委ねなければならないと考えられる。

以上のように見てくると、和解、請求の放棄・認諾、訴訟脱退、控訴・上告・上告受理の申立て、そして復代理人の選任の各事項に関して事後的な制限の余地がないとすれば、依頼者は訴訟委任時において白地委任したのと同様の状態に置かれてしまうことになる。争点が少なく短期間で処理可能な訴訟事件であればともかく、或る程度、審理に時間を要する複雑な事件であれば尚更、当事者本人には当該訴訟手続の具体的な展開を容易に予測し得ないと見るのが普通であろう。そうだとすれば、訴訟委任時における当事者本人の意思は、多くの場合、後々の訴訟代理人・弁護士の代理行為を正当化し、かつ、その効果を全面的に引き受けるのに十分な確固としたものとは言えないであろう。それ故、右の各事項については、訴訟委任状に不動文字で記載されていたとしても、事後的な依頼者による個別的制

限を認め、弁護士に対する責任追及のみならず、当該制限の対外的主張をも認めるべきであると考える。但し、相手方当事者および裁判所の立場に鑑みて、こうした主張には、その前提条件として書面による事前告知と一定の期限が付されるべきであろう。

(3) ところで、右の(1)(2)のケースはいずれも、特別委任事項に関する訴訟代理権の制限の許否を問題とするものであるが、先にⅡ二で例示した弁済受領権を訴訟代理権の範囲から除外するケースのように五五条一項が定める包括的な訴訟代理権を当事者本人が制限する余地はないのであろうか。五五条三項は、訴訟代理人が弁護士である場合にはその訴訟代理権を制限することを明文で禁じており、したがって、このような制限を許容する余地は全くないように考えられる。五五条三項の同条一項への適用の当否に関しては、これまで議論がなかったことも、そのことを如実に物語るものである。けれども、弁護士であるか否かによって一律に五五条一項が規定する訴訟代理権の制限の許否を論ずることに、問題がないわけではない。⁸⁶なぜなら、既に見たように、五五条一項および三項は弁護士の一般的な信頼を拠り所の一つとしているが、設例の弁護士Cのように、かつて懲戒処分を受けた弁護士について一般的な信頼が認められるか疑問の余地があるからである。しかし、五五条三項の適用の当否をそうした抽象的な規準によって決することは適当ではなからう。そうだとすれば、依頼者の明確な意思が書面で確認され、かつ、相手方当事者および裁判所にその内容が告知されているような場合には、同項の不適用を認める方向で検討すべきだということになるが、これはもはや解釈論を超えるものだと言えよう。

五 訴訟代理関係における裁判所の役割

さて、ここまでの議論は、依頼者たる当事者本人の意思に基づいて訴訟代理人・弁護士に訴訟代理権に制限を加えることは許されるかという問題設定のもとで、その対外的効力をも視野に入れながら、当事者本人と弁護士間のあるべき内部規律を検討したものである。訴訟代理権の範囲を当事者本人が制限し得る要件として、相手方当事者および裁判所への告知を要求する方向での立論は、まさに対外的効力に配慮した帰結にほかならない。しかし正確を期すれば、裁判所は相手方当事者とは異なり、当事者本人・弁護士間の内部関係について全く知り得ないような隔絶された立場に置かれているわけではない。裁判所にもこの両者間の訴訟代理関係に關与する機会が認められているからである。そもそも訴訟代理権の存在は、個々の訴訟代理行為の有効要件であつて間接的に訴訟要件となり、その欠缺は判決の無効を結果するため、職権調査および職権探知事項とされている⁽⁸⁷⁾。当事者本人による無権代理の主張がなくとも、裁判所はその有無について職権で確かめ、調査の結果、無権代理であることが分かれば、その者の訴訟關与を排除し、また補正の余地があれば期間を定めて補正を命ずるなど適切に対処しなければならないのである（三四条一項・五九条）。したがつて、裁判所には多少の時間が掛かることになるが、訴訟手続の各段階において訴訟代理人・弁護士の具体的な訴訟代理権の有無に留意し、無権代理状態を速やかに是正することも、その職責の一つであると考えられる。特に特別委任事項として五五条二項に列挙されている諸々の手続事項はいずれも、当事者本人に重大な結果をもたらしかねない重要な事項であるから、そうした事項に係る訴訟代理権の有無は司法サービスを提供する裁判所にとつても蔑ろにできないものであるように思われる。そうだとするならば、依頼者・弁護士間の閉鎖的な内部関係と捉えられがちな訴訟代理関係においても、依頼者の個別利益の保護のために裁判所が果たすべき役割は大きいと言わなければ

ばならない。

もつとも、このように裁判所が無権代理状態を是正する職責を負うとしても、その方法に関する明文上の規定はなく、最終的には各裁判官の裁量に委ねられているとされる。⁽⁸⁸⁾ そうすると、この裁量権行使の有り様は、依頼者と弁護士との法律関係についての理解の仕方によっても異なってくるように思われる。例えば、先にⅣ一で取り上げた依頼者と弁護士の法律関係の法的性質に依拠して考えてみると、通説的な見解に従い委任契約ないし準委任契約と理解するならば、一般にそうした私的自治が支配する法的空間への国家機関たる裁判所の関与は、本来、消極的であるべきだと考えられる。⁽⁸⁹⁾ しかし、消費者契約法が前提とするような契約当事者間の格差の存在、具体的には、依頼者が専門的な法律知識を持ち合わせておらず、仮に弁護士から十分な説明を受けているとしても、訴訟委任状に列記された個々の委任事項の内容や具体的な訴訟手続の進め方について了解困難と推測し得る場合には、裁判所が依頼者の授権意思を再度確認するなどパターナリスティックに訴訟代理関係に関与する余地が認められるように思われる。⁽⁹⁰⁾ これに対し、依頼者と弁護士は必ずしも対等ではないという認識を出発点として、弁護士には依頼者の利益を最大限配慮すべき立場にあると理解する信認関係と見るならば、弁護士はその法的地位に必然的に伴う信認義務を負い、依頼者に不利益をもたらすような訴訟代理行為を行うことは規制されるため、裁判所が訴訟代理関係に介入する必要性は少ないと考えられる。だが、この見解に立つとしても、裁判所による依頼者の意思確認は不要とまでは言えないように思われる。なぜならば、その直接の根拠とされる信認義務がどこまで行為規範として十全に機能し、すべての弁護士が実際に職務上の信認義務を果たし得るか不明だからである。そうだとすれば、たとえ依頼者・弁護士間の関係を信認関係と解しても、裁判所が訴訟代理関係にいつ、どのように関与すべきかという問題は残ると言えよう。さらに、Ⅲ一で言及

した訴訟代理制度の存在理由に立ち返って裁判所の対応を考えてみると、「当事者本人の訴訟追行能力の拡充」や「当事者本人の権利保護」のためには、訴訟代理行為が依頼者の明確な意思によって裏付けられているかどうかを逐一確認することが求められるのに対し、「訴訟手続の迅速かつ円滑な審理の実現」という公共的な理由を重要視するならば、当事者本人による無権代理の主張がない限り、ことさら訴訟代理権の有無を確認することなく訴訟代理人の当該行為を有効と評価して手続を進めることも許容されると思われる。

依頼者・弁護士との法律関係の法的性質や訴訟代理制度の存在理由に依拠した訴訟代理関係における裁判所の理念的な裁量権行使のガイドラインは右に示したとおりであるが、しかし実際の裁判所の対応の仕方は、当然のことながら、そのような特定の考え方や評価規準から演繹的に引き出せるものではなからう。裁判所は、様々な考慮ファクターを総合的に勘案して個別・具体的に対応せざるを得ないのが現実だろうと思われる。⁽⁹¹⁾ とは言え、最近の裁判実務においては、弁護士が和解についての特別授權を受けていたとしても、和解成立の際に当事者本人を立ち会わせて、相手方当事者との間で具体的な和解内容を協議することが日常的に行われていることは注目されて良いように思われる。ここでは、最終的な判断権は当事者本人にあるとして、その意思を和解内容に確実に反映させる取扱いが試みられているからである。これは訴訟代理権の有無を二重にチェックし、かつて最高裁判決で問題とされた和解権限の範囲に関する当事者本人と訴訟代理人・弁護士間の意思の齟齬を防止するうえでも有効な手法であると評価し得よう。そうだとするならば、このような当事者本人の意思に配慮した実務運営を、同じく当事者本人の利益保護を目的とする他の特別委任事項に関しても拡張的に採用する方向で検討することも決して意味のないことではなく、実務上も対処可能であるように思われる。そして、このような実務運営は、まさに今般の司法制度改革の基本理念を具現化するための

重要な方途の一つになり得るのであり、今後、制度利用者の信頼を確保しながら、当事者本人の意思を基礎とする、きめ細かな訴訟運営が全国的に行われることが期待される。

(56) 依頼者と弁護士との関係については、後述するように委任ないしは準委任の契約関係と見るか、それとも信認関係と見るか等、その理論構成をめぐる見解の対立がある。ここでは差し当たり、通説による説明に従っている。この議論については、小島ほか・前掲注(一)五三頁以下、加藤・前掲注(一)「コモン・ベリック弁護士倫理」二一六頁以下などを参照。

(57) 例えば、上田・井上編・前掲注(七)三五〇頁(中島弘雅)、上田・前掲注(20)一一五頁。

(58) 辻・前掲注(25)二七一頁参照。

(59) 前掲注(20)の諸文献を参照のこと。

(60) 東京地判昭和五四年五月三〇日判タ三九四号九三頁は、委任契約の内容として、依頼者からの請求がない場合でも、時宜に応じて委任事務の処理の状況を報告する義務を認めるが、小島ほか・前掲注(一)六七頁が指摘するように、弁護士職務基本規程三六条を直接の根拠とすべきであろう。

(61) 弁護士職務基本規程解説起草検討会【解説・弁護士職務基本規程】自由と正義 五六卷六号(二〇〇五年臨時増刊月号)六五頁。

(62) 小林秀之「弁護士の専門家責任」専門家責任研究会編「専門家の民事責任」(別冊NBL二八号・一九九四年)七七頁以下。

(63) 弁護士職務基本規程二九条二項は「弁護士は、事件について、依頼者に有利な結果となることを請け合い、又は保証してはならない。」と規定し、当該事項について請負契約を締結することを禁じている。これは、平成二年制定の弁護士倫理二三条と同じく、弁護士の独立と職務の公正を保持すると同時に、仮に依頼者において意図した結果が実現しない場合であっても、弁護士と依頼者との間に紛議を生じさせることがないように防止しようとするものである。しかし、この規定により、弁護士は、依頼者に有利な結果を実現すべき努力義務を免除されるわけではない。この努力義務は、委任契約上の善管注意義務から導かれるものだからである。以上については、弁護士職務基本規程解説起草検討会・前掲注(61)五六頁以下の説明を参照。

(64) 小島ほか・前掲注(一)六五頁以下。

(65) 小島ほか・前掲注(一)六八頁以下、加藤・前掲注(一)『弁護士役割論「新版」』一〇頁以下、三四九頁。なお、樋口範雄『フィデユシャリー「信託」の時代——信託と契約』(一九九九年・有斐閣)二四〇頁以下も併せて参照。

(66) 加藤・前掲注(一)『弁護士役割論「新版」』一〇頁。

(67) 加藤・前掲注(一)『弁護士役割論「新版」』三六〇頁以下。

(68) したがって、訴訟代理人・弁護士に依頼せず本人訴訟を選択した結果、敗訴等により当初予想していなかった損害が生じても、自己責任として甘受しなければならぬと言えぬ。釈明の文脈におけるものであるが、八田卓也「論評」山本和彦編

『民事訴訟の過去・現在・未来』(二〇〇五年・日本評論社)一八〇頁を参照。

(69) 高橋・前掲注(七)一九三頁(16)は、訴訟委任状に予め印刷された特定事項を抹消することは理論的には可能であるが、依頼者としては心理的に困難であろう、と指摘される。

(70) したがって、このような事態を回避するためには、まず当事者本人が自ら早期に訴訟事件に関する裁判資料の収集に努めて紛争の実態を把握し、それを基にして全幅の信頼を寄せ得る弁護士に訴訟代理権を授与することが求められる。けれども、著名な弁護士ならともかく、当該訴訟事件に最適かつ有能な弁護士を短時間で探し出すことは、法律専門家でない当事者本人にとっては必ずしも容易なことではない。また、何よりも紛争の実態を把握すること自体、不可能でないにしても相当の困難を強いることになるはずである。そして仮に、当該紛争の解決に最適な弁護士を探し出せるとしても、弁護士の選任についてそれだけ慎重な態度が要求されることになれば、その分、当事者本人は迅速な権利救済を到底望めなくなるといってディレンマに陥ることになるであろう。それにまた、当事者本人にとって納得の行く訴訟追行が実際に行われるかどうかは別問題である。訴訟委任を受けた訴訟代理人・弁護士が当事者本人のために訴訟追行している限り問題は生じないが、意思疎通の不徹底により当事者本人の意図しない事態が発生する可能性は否定できないであろう。訴訟代理権の範囲をめぐって争われた多くの事案がまさにそのことを如実に物語っており、近時、増加傾向にある弁護士過誤事件などの主たる原因は右に述べた点にあると考えられる。

(71) 大石・三上・前掲注(9)論文三三七頁以下も救済手段の実効性に疑問を呈している。

(72) 山本戸克己「訴訟における当事者権——訴訟と非訟の手続構造の差異に関する一考察——」(初出一九五九年)同『民事

訴訟理論の基礎的研究」(一九六一年・有斐閣) 五九頁以下参照。

(73) 中野貞一郎「民事裁判と憲法」(初出一九八四年) 同『民事手続の現在問題』(一九八九年・判例タイムズ社) 一頁以下、新堂・前掲注(7)三五頁以下参照。

(74) 山本克己「審理の方式に関する諸原則とその変容」法教二〇〇号(一九九七年) 三三頁以下参照。

(75) 但し、これに関連して問題となり得ると思われるのは、弁護士職務基本規程二条との整合性である。すなわち、同条は旧弁護士倫理二条をそのまま踏襲して、弁護士の職務活動は自由でなければならず、他の支配・影響を受けることなく独立してこれを行わなければならないことを明らかにする。つまり、これは、権力および他の弁護士からの自由と独立のみならず、依頼者からの自由と独立をも説いているのである。したがって、依頼者の具体的な指示があった場合でも、弁護士はその指示に従う必要はないと理解することが可能となる。そうすると、訴訟代理権の範囲内の事項であれば、依頼者の意向を確認することなく弁護士が特定の訴訟追行行為をすることは同条によっても正当化されることになる。しかし、この点に関しては、多数説のように依頼者の指示を重視しなければならないと解することも可能である。例えば、小島武司教授は、弁護士と依頼者とのコミュニケーションに際して注意すべきことは、弁護士は法律専門家としての立場から独自の判断を示すべきであるが、最善の説得の末になお意見の対立するときは依頼者の意向を尊重しなければならないとされる。(小島「弁護士―その新たな可能性」[新装補訂版]「一九九四年・学陽書房」八〇頁)。確かに、弁護士は依頼者の意向を実現すべく誠実に業務を遂行する義務を負っているが、このことは弁護士に対して違法ないし不当と評価されるような依頼者の指示にまで忠実であることを要求するものではない。弁護士はリーガル・プロフェッションとして依頼者の利益擁護だけでなく社会正義の実現にも奉仕しなければならないからである。しかし、依頼の目的や事件処理の方法が明らかに不当でない限り、当事者本人の指示は、その自己決定権の保障および依頼者・弁護士間の信頼関係の確保という点から基本的に尊重されなければならないであろう。そうすると、依頼者の考えと弁護士のそれが食い違った場合、弁護士としては、まず第一に依頼者を説得し、その了解を取り付けたうえで適切な措置を採るべきことになるが、自分の考えに沿った行為によって依頼者との間の信頼関係が損なわれることが予想される場合には、依頼者の意向に従った行為を選択することが、その結果責任を当事者本人に問い得るという意味でも望ましいと言えよう。以上につき、加藤・前掲注(1)「弁護士役割論」[新版]一五七頁以下、飯村ほか・前掲注(1)七〇頁以下など参照。

(76) 新堂・前掲注(7)一七一頁。

(77) 小林秀之・田村陽子「訴訟代理人の和解代理権限の制限」判タ九八七号(一九九九年)四一頁以下。

(78) 前掲注(9)の諸文献を参照のこと。

(79) 例えば、上北武男「訴訟代理権の範囲」小山昇・中野貞一郎・松浦馨・竹下守夫編『演習民事訴訟法』(一九八七年・青林書院)二三〇頁以下、加藤・前掲注(1)『弁護士役割論』[新版]三〇八頁以下、小林・田村・前掲注(7)四五頁以下。

(80) 以上の記述は、垣内・前掲注(3)論文四三二頁以下に負う。

(81) このような取扱いが、代理権の欠缺が再審事由である場合にも再審期間の制限を承認するものであり、三四二条三項に抵触することになるが、依頼者が自らの懈怠により当事者権保障の機会を逸している場合には、確定判決による法的安定の実現を優先すべきであると考ええる。

(82) したがって、説明するまでもなく、依頼者の事後的な訴訟代理権の制限は内部的なものに止まり、それに反する弁護士的行為については、損害賠償請求か弁護士会の懲戒手続によらなければ責任追及することはできないということになる。

(83) 殊に、上訴の取下げは、上訴審に対する審判要求のみを撤回する旨の意思表示であるから、例えば、控訴審において控訴を取り下げたが、そのまま控訴せずに控訴期間を徒過すると、第一審判決が確定することになる。それ故、訴訟係属の効果全体として遡及的に消滅させる訴えの取下げを除く各種取下げ行為については、弁護士が依頼者に対して事前に十分な説明を行うなど慎重な対応が求められるように思われる。

(84) その他、訴訟上の和解における当事者本人の意思の脆弱性については、垣内・前掲注(3)論文四四一頁以下を参照のこと。

(85) 議論状況については、高橋宏志「重点講義 民事訴訟法下」[補訂版] (二〇〇六年・有斐閣)四〇四頁以下が詳細である。

(86) 本稿の冒頭で述べたように、近年、法律業務の一部が隣接法律専門職種に解放されている現状を鑑みると、訴訟代理権の制限禁止という効果が弁護士といういわば特権資格者だけに結び付けられている意義は、比較的薄らいているようにも感じられる。今日では、司法書士や税理士などに対しても、弁護士と同等の一般的な信頼があると言うこともできるからである。

(87) 例えば、新堂・前掲注(7)二一六頁以下。

(88) 梅本吉彦「民事訴訟法」[新版] (二〇〇六年・信山社)一三〇頁注(1)。裁判所による訴訟代理権の有無の調査方法は、各裁判官の裁量に委ねられているとは言え、一般には提訴時における書面(訴訟委任状)の確認のみで済まされることが多

いように思われる。

(89) したがって、この立場に立つと、弁護士が自己の訴訟代理権の存在を裏付ける委任状等の証明文書を提出している場合には、その真偽を疑わせるような特段の事情がない限り、依頼者に確認することなく当該訴訟代理権が存在するものとして取り扱うことにならう。

(90) 要するに、訴訟代理関係に立つ依頼者と弁護士、両者の法的地位の実質的な平等ないし平準化を図ることを、裁判所の役割の一つとして位置付けることを企図するものであるが、その詳細は今後の課題である。

(91) この限りにおいて、そうした考慮ファクターを具体的に抽出していこうとされる、大江忠¹¹加藤新太郎¹²山本和彦編『手続裁量とその規律——理論と実務の架橋をめざして』(二〇〇五年・有斐閣)所収の一連の研究は、重要な意義を有していると思われる。

(92) 吉戒修一「和解調書作成上の問題点」後藤勇¹³藤田耕三編『訴訟上の和解の理論と実務』(一九八六年・西神田編集室)四六〇頁。なお、草野芳郎『和解技術論』[第二版] (二〇〇三年・信山社)も参照のこと。

V おわりに

今般の司法制度改革に基づいて、法科大学院を代表とする、司法制度の人的基盤の整備に向けた取り組みが実施されたことに伴い、法曹とりわけ弁護士が大幅に増加することに加えて、日本司法支援センターの発足(二〇〇六年一月)により、法律扶助制度等の経済的支援体制がより一層整備・拡充され、さらにまた、司法過疎地域の解消が功を奏するならば、今後将来的に弁護士代理率が上昇していくことは想像に難くない。しかし他方で、弁護過誤訴訟や弁護士に対する懲戒請求の増加を持ち出すまでもなく、今日では弁護士絡みの不祥事は珍しくない。法曹人口の増加に伴う質の低下は避け難く、そうした不祥事は増えこそすれ、減少に転じることはないであろう。近時、弁護士と依

頼者の関係を事業者⇨消費者関係と捉えて、消費者契約法の下で事業者に課されている諸義務を弁護士にも積極的に認めていこうとする動きは、⁽⁹³⁾そうした現状を踏まえたものとして理解することができる。

本稿は、このように弁護士の方が大きく問われつつある現況下においては、制度利用者としての国民の立場から、依頼者たる当事者本人と訴訟代理人・弁護士間の法律関係を理論的にどのように捉え、かつ、それを如何に適切に規整すべきかという問題を解明することが裁判実務および民事訴訟法理論にとって極めて重要かつ喫緊の課題となり得るという問題認識に基づいて、訴訟代理法の枠組みの中で当事者本人の意思または自己決定の確保という切り口から訴訟代理権の範囲画定に係る規律について分析を試みたものである。これまで最高裁判決が登場する度に繰り返されてきた和解権限の範囲に関する議論に留意しつつも、さらにより広い見地から訴訟代理権の範囲に関する諸問題を論じたつもりである。それ故、一面において目新しさはなく粗雑な考察に終始していることは否めないが、筆者なりに訴訟代理制度を支える様々な理念について掘り下げた分析を行ったうえで、いくつかの問題類型に対する私見を提示し得たのではないかと思う。もとより未熟な試論の域を出ないものではあるが、本稿を契機として、当事者本人と弁護士間の法律関係のあり方をめぐる議論がより一層深められるならば望外の幸せである。

(93) 例えば、田中・前掲注(一)二四〇頁。ちなみに、消費者契約法に関する注釈書や概説書の多くは、依頼者・弁護士間にも消費者契約法の適用があることを説いている(日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタール消費者契約法』二〇〇一年・商事法務研究会、二四頁など)が、前掲注(一)に掲示した諸文献では、この点について言及するものは極めて少数に止まっているようである。

* 本稿は、二〇〇七年五月一九・二〇日に早稲田大学で開催された第七七回日本民事訴訟学会における個別報告のために筆者が用意した報告原稿に、若干の加筆と訂正を施したものである。

学会報告当日、司会の労をお取り戴いた上野泰男先生（早稲田大学）、貴重なご質問・ご意見を賜った加藤新太郎所長（水戸地方裁判所）、河野正憲先生（名古屋大学）、小林秀之先生（一橋大学）、並びに準備段階で多くのご教示を賜った諸先生方に、この場を借りて厚く御礼申し上げます。