

〔研究ノート〕

移送制度の手続的機能

——民訴法一七条の裁量移送の審理における「遅滞の回避」

と「当事者間の衡平」の法社会学的考察 ——

仁 木 恒 夫

- 一 はじめに
- 二 移送手続過程に組み込まれた「当事者間の衡平」と「遅滞の回避」
- 三 ある医療過誤訴訟における移送の事例分析
- 四 むすびにかえて

一 はじめに

遠隔地に居住する当事者間での訴訟をどこの裁判所できりおこなうかを調整する仕組みとして、民事訴訟手続には「移送」という制度が設けられている。

かつて、旧民事訴訟法三一条においては、「著キ損害又ハ遅滞ヲ避クル為」という「手続遅滞の回避」の移送要件が規定さ

れていた。このことは管轄合意の専属性が認められる場合の移送の可能性について特に問題になっていた。要件を厳格に貫徹することで、約款や定型の契約書による原告の便宜的な管轄選択が被告の過大な負担となる場合があるからである。この点につき、旧法下の判例実務は柔軟に対応することで、当事者間の衡平を実現してきた¹⁾。そのような実務の蓄積をふまえて、現行法一七条の移送判断においては、「手続遅滞の回避」または「当事者間の衡平」を図るため、当事者・証人の住所、検証物

の所在地、請求の種類・内容、訴訟代理人の有無やその事務所
の所在、当事者双方の経済力が総合的な考慮されるものとなっ
た。「当事者利益を尊重し当事者間の衡平と調整を図る方向で」³
移送要件が緩和されたのである。

手続遅滞の回避または当事者間の衡平の観点から、移送判断
において考慮される事情はいずれも重要な因子である。それら
複数の因子を総合的に考慮していくにあたり、今後整理の視点
のようなものが設定されることも必要であろう。³しかし、本稿
で試みるのは、「遅滞の回避」と「当事者間の衡平」とを達成
するためのこのような判断基準の明確化ではない。そうではな
く、やや視点を変えて、移送手続が作動すること自体のう
ちに、ある意味での「遅滞の回避」および「当事者間の衡平」
が達成される契機を読み取つていこうというものである。

とくに移送が問題になるような遠隔地に居住する当事者間の
紛争事例において、移送申立が却下されれば原告の便宜に、移
送決定がなされれば被告の便宜に合致する。その意味では、こ
の手続の裁判においては不可避的に当事者間のいずれかに不平
等が生じるようにも思われる。判断の難しい微妙な事案ではな
く、おさらそうである。しかしながら、決定判断の一時点ではなく、
後続する本訴もふくめた手続過程を通してみると、移送判断
手続はそれ自体として「当事者間の衡平」を実現する、そして
そのことがひいては「遅滞の回避」につながる機能を発揮する
可能性をもっているのではないかと考えるのである。ではその

「当事者間の衡平」と「遅滞の回避」とはどのようなものなの
か。本稿は、従来の民事訴訟法解釈学とは異なる観点から、移
送判断手続によって達成される「当事者間の衡平」および「遅
滞の回避」の構造を明らかにすることを目的とする。

このような問題関心から、以下では、次のような順序で、法
社会学的視角から理論的および経験的な分析検討を試みる。ま
ず理論的枠組を設定したうえで（二）、その枠組をもとにある
医療過誤訴訟をとりあげて具体的な事例の分析をおこなう（三）。

二 移送手続過程に組み込まれた「当事者間の衡平」と「遅滞の回避」

民事訴訟法一七条の「移送」は、法解釈学上、たとえば次の
よう説明される。「一つの訴訟について管轄裁判所が数個併存
するときは、原告は、その一つを任意に選んで起訴することが
できる。しかし、その裁判所がつねにその事件の審判に適して
いるとは限らない。そこで、当事者、証人、検証物の所在地そ
の他の事情を考慮すると、その裁判所で審判すれば、被告に著
しい損害を生じたり、または手続の進行が著しく遅れて当事者
に迷惑がかかる場合には、このような不都合を避けるために、
訴訟の一部または全部を他の管轄裁判所に移送することが認め
られている。」⁵

原告の選択した管轄裁判所に不都合を感じる被告が、その裁

判所に移送を申立てる。理論的にみれば、被告の申立に始まる移送手続の本質は、移送先を拘束することのできない裁判所に對する異議申立であるとされる⁽⁶⁾。しかしながら、実務上、被告によつて移送先が記された移送申立書の提出があり、それは原告にも送付される。そして、その申立の理由に對しては、原告が意見書を提出して反論をおこなう。さらにそれには對して被告からの反論がつづくこともある。まずここでは、移送許否の判断は裁判所による裁量決定のみに還元されるのではなく、希望される移送先およびその判断材料が当事者双方のやりとりを通じて提出されるということを確認しておきたい⁽⁸⁾。

さて、移送手続の機能としては次の二つが考えられるのではなからうか。まずあげられるのは、競合する複数の管轄から原告が選択した裁判所が、被告にとつて著しく不都合を生じさせる場合に、調整を図るという機能である⁽⁹⁾。そのさいに考慮に入ってくる要因としては、一七条に例示されているものでは「当事者及び尋問を受けるべき証人の住所、使用すべき検証物の所在地」などがある。さらに弁護士の見地からすれば、実質的に法廷活動をおこなう上での戦略や便宜も重要になつてくるに違いない⁽¹⁰⁾。いずれにしても、裁判をどこでとりおこなうかを調整することが、通例考えられている移送手続の本来的な機能といえるだろう。このような機能をここでは裁判地調整機能とよぶことにする。

しかしながら、当事者とりわけ弁護士の観点にたつとき、移

送手続にはもう一つ別の機能がありうるのではなからうか。それは、移送許否の判断形成のために、当事者双方が本訴で予想される争点や証人についてのやりとりをおこなうことで、本訴での相手の出方がある程度知り、今後の見通しをつける、そのことを可能にする機能である⁽¹¹⁾。すでに確認したように裁判所が移送許否の判断を形成するにあたり、当事者双方がその判断材料を提出するやりとりをおこなう。この移送手続を経ることにより弁護士は来るべき本訴にむけた準備をすることができ⁽¹²⁾る。

以上のように移送手続には、裁判地調整機能と本訴探索機能とが併存していると考えられるのである。

ただし、後者の本訴探索機能に関しては、本訴の前倒しと同視すべきではない。なぜならば、移送手続においては、本格的な争点整理をおこなっているわけではないし、そのやりとりも書面のみによるものである。しかも、移送手続は最終的には裁判地調整という本来的な機能をはたすものであり、本訴探索といつてもこの裁判地調整のための攻撃防禦に付随して達成される。したがつて、移送手続は、本訴探索という側面を過大視すべきではなく、簡略的かつ暫定的な手続とみるべきなのである⁽¹³⁾。

しかしまた、そうであるがゆえに、移送手続は本訴をふくめた一連の手続過程のなかで固有の意義をもつことになる。移送手続は簡略的かつ暫定的であることから、本訴手続との連続性が緩和される。その分、本訴では移送手続に完全に規定されて

しまうのではなく、当事者は移送手続過程で見通しをたててきた自身の攻撃防禦方法を再び考えなおし、本訴に臨むにあたってさらに準備をして攻撃防禦の態勢を整えることが可能になるのではなからうか。⁽¹⁵⁾ 移送の裁判結果がどうであれ、当事者はともに、移送手続を尽くすことで、そこでのやりとりをふまえて今度は本格的に本訴での審理に向かうことができるのである。すなわち、後続の本訴で当事者双方が十分に力を発揮する準備の機会を与えるという点で、移送手続は「当事者間の衡平」を実現する。⁽¹⁶⁾ そしてついには、このように本訴の準備がなされることによつて後の訴訟進行も円滑化がはかられて、遠隔地に居住する当事者間ではコストの関係で重要な「遅滞の回避」も実現される。そのような可能性が考えられるのである。

このように考えるならば、移送決定手続は、それ自体で「当事者間の衡平」および「遅滞の回避」が達成されるような機能を果たしうる手続なのである。

三 ある医療過誤訴訟における移送の事例分析

移送決定手続の「裁判地調整機能」と「本訴探索機能」という二重の機能に着目することで、移送判断過程それ自体の中で「当事者間の衡平」および「遅滞の回避」がどのように達成されるのかを理論的に見てきた。本節では、この枠組をもとに、

具体的な事例を分析していこう。本稿では、東京地裁平成一〇年一二月一五日決定の医療過誤訴訟事件をとりあげる。⁽¹⁸⁾

ここでとりあげる事例は、鹿児島島の病院でおこなわれた治療行為をめぐる紛争である。一般に地方で発生した医療過誤紛争は、原告が訴えを提起するのが困難であると考えられる。⁽¹⁹⁾ それには次のような理由がありうる。医療過誤訴訟には高度な医療知識を必要とするが、そもそも地方では弁護士数が少なく、そして数少ない弁護士が大病院と地域的なつながりをもつ場合、さらにその病院を相手に訴訟を起こす弁護士を探すのが困難になる。したがって、身近に弁護士を見つけることができず、医療被害を感じている者は、法的手段をとる機会を逸するか、あるいは様々な手段を講じて医療過誤訴訟を担当する能力および意欲のある大都市の弁護士に到達するものと考えられる。本稿でとりあげる事例もまた、この後者に該当する。

ここでとりあげる事例は、本訴は調査実施時点ではまだ継続中のものであった。そのため、理論的検討でみてきた枠組の妥当性を考察するにあたり、必ずしも最適の事例とはいえないかもしれない。しかしながら、筆者が実態調査を実施した平成一三年一〇月一日時点ですでに証拠調べも終了し本訴は終盤にかかっていた。したがって、移送決定手続で示された争点および証人と本訴での攻撃防禦との関係に必要な範囲で検討することは不可能ではない、と筆者は考える。なお、本件事例は移送

決定判断に関しては公表されているものの、本訴はまだ終了していないため、とりわけプライバシーの問題が生じる可能性がある。したがって、特に本訴に関しては必要な範囲での記載にとどめる。

(1) 紛争の経緯

紛争の概要は次のとおりである。

原告X₁、X₅の五名は亡母Aの子供である。平成九年一月六日、鹿児島に在住するAはN病院で心雑音の検査を受けるが、十分な診療器具がないということでN病院のI医師からY病院を紹介される。鹿児島にも設置するY病院は全国各地に開設している大病院である。平成九年二月一日、Y病院ではM医師が診察をするが、触診および腹部レントゲン撮影の結果、Aのうったえる疲労感および腹部膨満感については「異常なし」と診断する。その半月後の平成九年二月二日、再びY病院で循環器専門のF医師の診察を受けるが、心臓に関しては問題なしということになった。しかし、その後Aは体調がすぐれず、別の病院を訪れると即入院になる。AはY病院で最初に診察を受けた時点ですでに胃癌および癌性腹膜炎が進行していたのである。Aは平成一〇年五月二二日に亡くなる。

遺族X₁、X₅は、鹿児島のY病院に今回の診療について説明を求め、まったく相手にされなかった。そこで、X₁らは弁護士に相談しようとする。当初、亡Aの居住していた鹿児島で弁

護士を探す、結局受任してくれる適当な弁護士が見つからず、兄弟がそれぞれ居住する関西および関東に拡げて弁護士を探すことになる。その中で、関東に居住する兄弟が医療事件を扱う東京の弁護士に到達する。

X₁らはY病院に対して即座にカルテの証拠保全をおこなった。そして協力医師のアドヴァイスを得て、誤診があったことを確認し、一〇〇〇万円の損害賠償を請求する訴訟を提起した。その際、全国に病院を開設しているYの主たる事務所は東京であったので、被告の普通裁判籍にもとづいて東京地裁に提訴したのである。

X₁らの訴えの提起に対して、Yは鹿児島の病院の顧問弁護士を通じて、すぐに答弁書とともに鹿児島地裁への移送申立をおこなった。申立の主な理由はこうである。亡Aの診療、検査をおこなったY病院のM医師とF医師の過失の有無が争点であり、その立証のためにはM医師およびF医師だけでなく、Y病院を紹介したN病院のI医師の訊問が必要である。彼らは鹿児島に居住しており、東京で取り調べをおこなうことにより、出頭の確保および期日の調整の困難、証人の旅費・日当の多額な負担が生じる。

移送申立に対し、今度はX₁らが反論の意見書を提出する。すなわち、争点となることが予想される「胃癌を見落とした過失」判断において、Yの申立理由に記されているM医師の訊問は必要ではあるが、その他のF医師およびI医師の訊問は不要であ

るとするのである。そしてむしろ、本訴では書証であるレントゲン写真の専門家による鑑定が必要になることから、鑑定人確保のためには周辺に医療機関が多数存在する東京の方が訴訟の迅速化にかなう。

最後に、Yのわからもう一度反論が提出される。F医師およびI医師の訊問の必要性、そしてM医師の東京への出頭困難をあらためて確認するとともに、東京でなければ鑑定人が確保できないわけでもないとする。

以上、書面のみやりとりを経て、東京地裁は鹿児島地裁への移送決定の判断をおこなった。移送申立があつてから約一ヶ月後のことである。その理由は次のとおりである。まず争点と証人。中心的争点との関係からM医師の訊問は不可欠である。亡AがY病院を紹介され目的等について争いがあるためI医師の訊問も必要である。⁽²⁰⁾またF医師の訊問の必要性も予想される。したがって、東京地裁で審理をおこなうと、「証人の出頭の確保、期日指定の関係等から訴訟が著しく遅滞するおそれが生じることが必至である」とする。つぎに当事者間の衡平である。原告X₁は被告の普通裁判籍および東京に事務所をおく原告代理人の便宜から東京地裁に訴えを提起したが、5名の原告は誰一人管内に居住していない。他方、被告は鹿児島Y病院長がすでに鹿児島代理人を選任し応訴準備を開始している。このことを衡量して、鹿児島地裁への移送は「当事者の衡平を損なうものとはいえない」とする。

こうして、本訴は鹿児島地裁に移送され、審理が継続している。ところで、本稿において、本訴の審理に関して興味ぶかいのは、移送手続のなかで当事者それぞれから主張された予定される証人が変更しているという点である。すなわち、原告X₁はM医師のみを訊問の対象として予定していたが、それに加えX₂自身の当事者訊問を実施したのである。他方、被告Y病院も、移送手続で挙げていた証人予定者のうち、N病院のI医師の訊問はおこなわなかつたのである。現在、鹿児島地裁で進められてきた本訴は3年目の終わりを迎えている。証人訊問はすべて終了し、その後裁判所からの和解勧誘が一度あつたがまったく話しにならなかつた。その後、原告X₁は宇都宮の医師による鑑定書を、被告Y病院は東京の医師による鑑定書を提出した。そして、この鑑定書について鑑定人の訊問をおこなうかどうか、という段階を前にして、もう一度和解勧誘があつた。

（2）訴訟過程における移送手続

以上に見てきた医療過誤訴訟事例を、前節で獲得した理論的枠組にそつて、ここで分析検討してみよう。

まず、原告X₁は東京地裁に訴えを起こしている。管轄の点での東京地裁への訴えの提起の根拠は、表面上は被告Y病院の普通裁判籍である。しかし、その主たる動機は、原告担当弁護士が東京にあるということ、そしてこの手の医療紛争では医師の協力が必要となるが、東京周辺の方がその協力者を

得やすいということにあったとされる。法の許容内で、原告X₁らは自身の便宜から東京地裁に訴えを起こしたことがわかる。⁽²²⁾そしてそれに対して、鹿児島が開業現地である被告Y病院は、遠方で審理をおこなえば証人の期日出頭などの点で著しい不都合が生じるとして、移送申立をおこなった。ここで、移送手続の本来的な裁判地調整機能が作動していることが確認されるのである。そして、鹿児島地裁への移送決定という東京地裁の判断によって、被告の不都合が調整されたともみることができるのである。⁽²²⁾

それでは、もう一つの本訴探索機能の方はどうだろうか。この事例では、被告Y病院の移送申立にはじまり、原告X₁らの意見書、またそれへのY病院の反論という一連のやりとりがおこなわれている。しかも、ここではY病院の過失が争点であり、その立証のために必要な証人についての言及がなされている。原告X₁がわでは、Y病院からはM医師のみでよいが、東京周辺で鑑定人を探して訊問することが予想されるということ。被告Y₁がわでは、Y病院からはM医師に加えてF医師、さらにはY病院への紹介をしたN病院のI医師が挙げられていた。わずか一ヶ月のあいだに、暫定的ではあるが争点の絞込みがおこなわれ、それをふまえた訊問予定者が明らかにされているのである。ここでは、短期間のうちに、本訴で予想される争点および証人についての見通しを当事者双方が探ることが可能になっている、といえるのではなからうか。

しかしながら、この移送手続において示唆された攻撃防御方法はそのまま本訴で実践されるわけではない。当事者双方が必要性を認めていたM医師、被告Y病院が主張していたF医師については、本訴で証人訊問がおこなわれた。⁽²³⁾しかし、被告Y病院が主張していたN病院のI医師についての証人訊問は実施されなかった。逆に、原告X₁らは、意見書には予定者として記載していなかったX₁の本人訊問をおこなっている。原告代理人によれば、X₁の本人訊問はすでに移送申立の頃から予定してはいた。⁽²⁴⁾しかしながら、当初から東京ではなく大阪に居住するX₁の訊問の必要性を挙げることは、被告の移送申立の却下を求める主張を補強することにはならず、「移送」判断にはかえって不利に作用すると考えて、あえて記さなかった。ここでは、提出された意見書は訊問予定者が「移送」判断にそって選択的に記載されたものではあるが、訊問予定者を選択する場面では同時に、本訴で訊問が必要になる証人について暫定的ではあるが総合的な見通しが、ある程度たてられているのではなからうか。また、移送申立に対する反論のなかで被告Yは東京以外でも鑑定人確保の可能性がある旨述べており、本訴は鹿児島に係属したにもかかわらず、当事者双方とも鑑定を関東地方の医師に依頼していることも付言しておきたい。

最後に、本研究の限界を記しておきたい。理論的検討において指摘したように、移送手続を経ることで、当事者双方がとくに事前準備をおこなうことができ、それによってその後の本訴

が効率的に進行したといえるだろうかという論点について、本件事例分析では検討をしていない。この仮説の妥当性についての判断は難しい。そのためには、まず本訴の経過を詳細かつ総合的に分析することが必要であろう。そのなかで、他の因子との関係をふまえて、移送手続が「遅滞の回避」にとつてどの程度有効性を発揮したのか、あるいはしなかったのかを検討されなければならぬ。しかし、資料上の制約に加えてそもそも本事件訴訟がまだ終了していないという事情もあつてこのような検討は本稿ではできていない。また、効率化を測定するにあたり、同種の訴訟との比較検討が必要になつてくるであろう。⁽²⁵⁾ 残念ながら、一件の事例分析のみを試みる本稿ではこうした作業をおこなう準備もない。これらの限界については、今後の課題として、検討対象とする同種の事例資料の量を増やすことなどによつて、さらに緻密な考察をおこなうことが必要であろう。

四 むすびにかえて

本稿において、「裁判地調整機能」だけでなく「本訴探索機能」もあわせもつ移送手続は、手続を尽くすそのこと自体で、移送制度によつて実現しようとする「当事者間の衡平」そして「遅滞の回避」をある意味で達成する可能性があることを、筆者は指摘してきた。移送可否の判断場面において、裁判所が「当事者間の衡平」や「遅滞の回避」を具体的に考慮し、その

内実を判断理由として明らかにすることが必要であることはいうまでもない。しかしながら、その決定判断の結論がどのようなものであるとも、移送制度の手続そのものにもこのような意義を見出すことができるのではなからうか。ただし、そのためには、当事者が移送手続に相応の「手続を尽くすこと」が不可欠である。⁽²⁶⁾ そのことを確認してむすびにかえたい。

- (1) 旧法下の議論として、奈良次郎「移送決定の構造と若干の問題について」判例時報一三六五号三頁、一三六六号三頁、一三六八号一頁、一三六九号一〇頁、一三七一号一頁、一三七二号一二頁および同「専属的合意管轄は終焉か？」判例時報一四九七号一四八頁、一五〇〇号一九六頁、一五〇三号一六四頁、高島義郎「管轄合意をめぐる問題点」鈴木忠一・三ヶ月章編『新・実務民事訴訟講座1』（日本評論社、一九八一年）二二五頁、また判例の検討につき池田辰夫「管轄合意の専属性と移送——消費者保護法理の形成——」『中野貞一郎先生古希祝賀・判例民事訴訟法の理論（上）』（有斐閣、一九九五年）一三七頁。さらに旧法下の判例学説をふまえて現行法解釈を展開するものとして東孝行『民事訴訟法の解釈と運用』（成文堂、二〇〇一年）六三頁。

- (2) 高田昌宏「管轄と移送」民事訴訟法の争点〔第3版〕

四六頁では、松村和徳「新民事訴訟法における管轄・移送システムの改革」山形法政論集一〇号一頁以下に依拠しつつ、一七条を含む現行法の管轄および移送に関する立場についてこのように述べる。

- (3) 当事者間の「衡平」は、事案の具体的状況に即した妥当性であり、いわば状況関係的な当事者間のバランスともとれるが、法解釈学的作業としてそこに判断のための一定の指針を設定することも、もちろん不可能ではないだろう。たとえば新法下の裁判例を分析して視点の整理を試みるものとして、西口元「裁量移送をめぐる裁判例概観——民事訴訟法一七条を中心に」判例タイムズ一〇八四号一六頁以下参照。

- (4) 本稿は、二〇〇一年九月から一二月までの短期間に若干試みた数件の「移送事例」に関する実態調査に基づく研究成果の一部である。

- (5) 新堂幸司『新民事訴訟法「第二版」』（弘文堂、二〇〇一年）一〇三頁。

- (6) 奈良次郎・前掲「移送決定の構造と若干の問題点について（二）——民訴法三〇条一項と三一条を中心として——」判例時報一三六六号では後注8にあげているような記述もあるが、その六頁では基本的にこのような見解を述べている。

- (7) アメリカにおけるフォーラム・ノン・コンヴェニエンス

スの法理がわが国の裁量移送に相当する制度とされているようであるが（たとえば高橋宏志「国際裁判管轄——財産関係事件を中心にして——」澤木敬郎・青山善充編『国際民事訴訟法の理論』（有斐閣、一九八七年）三九頁、注7参照）¹⁾ Allan R. Stein, "Forum Non Conveniens and The Redundancy of Court-Access Doctrine", *University of Pennsylvania Law Review* Vol.133, (1985), pp.781-846 は実質的な判断基準の明確を伴わないこの法理によって、形式的な管轄ルールが空洞化されていることを厳しく批判する。Steinが指摘するように、裁判官の裁量をめぐって当事者が訴訟戦略的に管轄を操作することが、結局のところ茫漠とした「裁判官の裁量」に完全に帰せられるものとする、当事者の主体性が大きく後退する危険性が考えられるが、もちろん本論で述べているように当事者双方のやりとりを機軸にした解釈学的な規律の可能性もあろうだろう。

- (8) 奈良次郎・前掲「移送決定の構造と若干の問題点について（二）——民訴法三〇条一項と三一条を中心として——」判例時報一三六六号、特に五頁には以下のような興味ぶかい記述がみられる。「即ち、原告が管轄権のある裁判所に提訴したにもかかわらず、被告は一定の事由（例えば、著しい損害・遅延）さえあれば、本来の管轄権のあ

る裁判所での審理を否定する（排除する）だけに止まらず、当該事由を解消することができる他の管轄裁判所（当然移転先の裁判所は管轄権がなければならぬ。）での審理を求めることすら認めること（いわば逆に訴えられた被告自身にすら実質的に一種の裁判所の選択権またはこれに近いものを与えたこと）にいわば変質した形の移送申立てがなされることを許容する」。さらに同（五）判例時報一三七一号一二頁では「お互いに自己の立場を明らかにすることにより、裁判所は移送の可否の問題により適切・妥当な判断をすることができるのであり、実務も、実質的に当事者双方の意見を十分に聴くようにしているが、形式的には必ずしも口頭弁論を開いているわけではないが、実質的に当事者双方の立場を十分に考慮していることを強調したい」とされている。以上は旧法下の議論ではあるが、新法ではさらに民事訴訟規則において、移送の申立ての方式（民訴規七条）や裁量移送における取扱い（民訴規八条）において当事者の申立て理由の明示や、裁判所の当事者からの意見聴取を規定している。

（9）たとえば小室直人Ⅱ賀集唱Ⅱ松本博之Ⅱ加藤新太郎編『別冊法学セミナー基本コンメンタール新民事訴訟法Ⅰ』（日本評論社、一九九七年）五二頁（石川明）参照。

（10）東京高裁平成九年十二月一八日決定・判例時報一六五

○号九二頁の事例につき、筆者が、原審原告側の弁護士に電話によるインタビューを実施したところ、本案件は基本的に貸金返還を求めるものであったが、そのみだに請求額が簡易裁判所の事物管轄になり、弁護士事務所所在地から少し離れた場所になるので、損害賠償を付加して便利な地方裁判所に訴えを提起した旨をうかがうことができた。これは原告弁護士の場合であるが、裁判地選択にあたって弁護士の便宜が考慮されているケースとして興味ぶかい。また Jolanta Juszkiewicz Perlstein, "Lawyers' Strategies and Diversity Jurisdiction", *Law & Policy Quarterly* Vol.3, (1981), 321-340 以下、合衆国の異州民間訴訟管轄権 (Diversity Jurisdiction) における連邦裁判所と州裁判所との管轄競争に関してではあるが、弁護士の裁判地選択における戦略的な考慮が経験的に検討されている。そこでは、伝統的には相手方の属する州裁判所での「地域的な偏見」を懸念して連邦裁判所への申立がなされるとされてきたが、訴訟の遅滞、連邦規則への選好、裁判官の質などと比較検討するなかで、訴訟の遅滞がもっとも弁護士の関心をひいていたとされる。訴訟の遅滞は確かに弁護士の重要な戦略的考慮要因であるが、それ以外に検討されている諸要因が仮説としてではあってもとりあげられていることは興味ぶかい。

- (11) ここでは移送手続を弁護士による戦略的な法使用の側面から扱っている。他方で、それに対して素人当事者にはそのような戦略的な法使用を試みる姿勢が皆無であるとか、さほど重要ではないというわけではけっしてない。和田仁孝『民事紛争交渉過程論』（信山社、一九九一年）第3章に指摘されるような素人の戦略的な法使用行動がありえ、さらに阿部昌樹『ローカルな法秩序―法と交錯する共同性』（勁草書房、二〇〇二年）が指摘するように、そこには、法に拘束されながらも「限定された創造性」を発揮する余地が開かれているものと考えられる。そうであるとする、裁判所・弁護士・当事者の各次元の間での戦略行動にもとづくずれが生じ、その相互作用はさらに複雑になっているものと推察されるのである。なお佐藤彰一「裁判は何のためにあるか」和田仁孝Ⅱ太田勝造Ⅱ阿部昌樹編『交渉と紛争処理』（日本評論社、二〇〇二年）一〇五頁以下も参照。
- (12) 安西明子「当事者間の衡平を図るための移送」判例タイムズ一〇八四号八頁で、移送審理を当事者が「自由な争点形成の場」として活用する意義を論じているのも、本稿での「本案探索機能」に近いものではなからうか。(13) とくに移送決定が本訴訟判断の訴訟進行や判断に影響を及ぼすことはないと考えるべきであろう。この点は川畑耕平教授（久留米大学）のご教示による。
- (14) 北尾哲郎「弁護士から見た移送」判例タイムズ一〇八四号一四―一五頁には次のような記述が見られる。「移送の申立ては、本案の審理に先立ってなされるのが通常であると思われる。従って、その段階では本格的な主張の応酬は未だ行われず、争点の予測に基づく一応の主張をさせ、それを立証するための証拠方法も述べさせる以外にない。また、その主張は、移送の申立てに伴ってなされるものであるから、翻案に対する答弁書とか準備書面の形式をとる必要はなく、上申書でも意見書でも適宜な名称を付した書面で足りる。」そして、「移送の可否を判断するには、一応の主張であっても、その判断の時機において可能な最善の主張に基づくほかないのである。」すなわち、移送判断のためのその時点での「可能な最善の主張」を展開するが、それはあくまでも「その判断の時機」における暫定的なものであることが、弁護士の立場から述べられているのである。
- (15) この点は、さらに当事者本人まで視野に入れて訴訟の進行を考えるとときに重要になってくのではなからうか。James Boyd White, "Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 52, (1985), pp. 684-702 は、「弁護士の弁護活動は、単に説得の技術というだけでなく、意味形成と共同体構

築という面での構成力を持つていることを指摘している。そして、Whiteと同様に法を言語表現 (rhetoric) として把らえようとすする Anthony Kronman, “Rhetoric”, *University of Cincinnati Law Review*, Vol.67, (1999), pp.677-709では、われわれの可謬性を前提とすれば、法によって構築されるこの共同体は可変的であるとしている。こうした知見をふまえると次のように考えられるのではなからうか。当事者本人が自分のみで作り上げていた紛争の物語を、相手方とつき合わせて共同の解決案を模索していくことは不可避であると同時に困難である。その作業は、弁護士という党派の第三者の支援も受けてある程度の時間をかけながら、くりかえし戦略と解決案の模索をおこなうなかで、しだいに冷静に自分の立脚点をかためるように遂行される。したがって、訴訟も当事者と弁護士との審理に向けた準備がきわめて重要であり、じつは移送手続もその共同作業過程のひとつコマとして本訴探索機能を果たしている。と把らえることもできるのではなからうか。ただし、ここでいう「法によって構築される共同体」の内実については、より立ち入った検討が必要であろう。

(16) この点で 井上治典「債権者平等について」法政研究 五九卷三一四号三六五頁、特に三七九頁以下が参考になる。そこでは、債権者間の利害調整の方法として、「結

果としての平等」ではなく、「主体間のかかわりの中から個別事案に応じた具体的な調整案をつくりだしていく」方向を主張する。「主体間の公式、非公式の場面における関係形成のあり方、そのための手続としてのフォーラムのつくり方が重要である」とし「プロセスに重点を置いた公正衡平」を提唱するのである。そして、その観点として、実質的な意見交換の場の保障、フォーマル・フォーラムのみならずインフォーマル・フォーラムの正当な位置づけ、事後的な再調整の可能性の保障という三点をあげている。移送手続は本訴との関係でこれらの観点を内包した「プロセスに重点を置いた公正衡平」にかなうものといえるのかもしれない。

(17) ただし、もちろん移送手続における本訴探索機能のみで本訴の訴訟進行の円滑化が完全に実現されるわけではないことはいまでもないだろう。

(18) 東京地裁平成一〇年一二月一五日決定・判例タイムズ 九九一号二七七頁の事例による。なお、本事例研究は、双方の代理人にインタビューを試みた。双方の代理人、特に快く長時間のインタビュー協力および資料提供をしていただいた原告代理人の千田賢弁護士には、この場を借りて心より感謝を申し上げたい。

(19) Marilyn May & Daniel Stengel, “Who Sues Their Doctors? How Patents Handle Medical

- Grievances”, *Law & Society Review*, Vol.24, (1990), pp.105-120 ではなく Naming → Blaming → Claiming と発展的に紛争を捉える Felsimer, Abel & Sarat の紛争過程モデルに依拠して、医療機関から提供された医療サービスに不満を感じている原告が訴訟にまでいたる過程で、どのような因子が影響を及ぼしているのかを経験的に分析している。ここでは、オーディエンス、当事者の関係、戦略的なりとり、侵害の程度、リソースがとりあげられて検討されているが、とくにオーディエンスの影響の大きさが指摘されている。興味ぶかい研究ではあるが、わが国の医療紛争の場合、さらに本論で言及したような弁護士分布状況も重要な因子になってくるのではないかと考えられる。
- (20) 判例タイムズ九九一号に掲載された決定文の二七九頁によると、裁判所は「事実及び理由」の検討箇所において「被告は、M（決定文では個人名）以外の医師の証人尋問は不要であり、書証の取調べで足りる旨主張する」とある。これは決定文原文も同様であったが、本文にあるように、このような主張をおこなっているのは原告であり、記載のミスと思われる。その点については、原告代理人にインタヴューで確認した。
- (21) 正確には、ここであげているXが代理人の便宜に加えて、遠方へ代理人が赴くことで加算されることになる
- 当事者本人負担の旅費・日当の問題があろう。
- (22) もちろん、原告の利益不利益から見て東京地裁のその判断の妥当性が問題とされる余地があると考えられることも不可能ではない。
- (23) ただし、当事者双方ともに共通して本訴で訊問が必要になるとしていたM医師は、その後鹿児島を離れ、訊問実施時には中部地方の病院に勤務している。したがって、回顧的な評価になるが、移送決定段階でのM医師に関する期日調整の必要性の考慮は、本訴の証人訊問場面では必ずしも意味をもったとはいえないということになる。
- (24) X₁、X₅の兄弟のうち、大阪に居住するX₁が亡母親Aに付き添って病院に赴き、そこでなされたやりとりを体験的に知っている。事情を一番よく知っているのはX₁のみであるため、本人訊問の予定者として当初から代理人の戦略には入っていた。
- (25) さらに「テレビ会議システム」を活用した場合との比較も必要かもしれない。
- (26) 大阪地裁平成一一年一月一四日決定・判例時報一六九九号九九頁の事例につき、筆者が安西明子助教授（福岡大学）とともに、原審被告側の弁護士に面接方式のインタヴューを実施したところ次のように述べていた。原審で移送申立をおこない、それに対して相手方から反論が提出されたあと、あらためて詳細な再反論を準備してい

たにもかかわらず、裁判所が決定を出してしまった。そこですぐに抗告したとのことである。そして、抗告審では、原審に比べて当事者双方の詳細な言い分が提出されている。こうした事例を考えると、原審での移送「手続」を尽くしていなかったために、抗告せざるをえなかったような場合があることが推察される。手続を尽くすためには、ときには釈明を促すというような裁判所の適切な手続運用も必要になってくるのではなからうか。