

「公共的差止訴訟」における 救済過程の構造とその展開（４）

—アメリカにおける「公共的イン
ジャンクション訴訟」について—

川 嶋 四 郎

目 次

- 第1章 序論
 - 第2章 「公共的インジャンクション訴訟」事件の典型例（以上39巻4号）
 - 第3章 救済方法の形成過程
 - 第1節 基本的な諸問題（以上40巻3号）
 - 第2節 具体的救済方法を形成するための選択的アプローチ
 - 1. はじめに
 - 2. 当事者等主導型
 - 1) 被告依拠型（アプローチ①）
 - 2) 裁判所選定型（アプローチ②）
 - 3. 裁判所主導型
 - 1) 裁判所独自形成型（アプローチ③）
 - 2) スペシャル・マスター委託型（アプローチ④）
 - （以上40巻4号）
 - 4. 和解尊重型（アプローチ⑤）
 - 5. 若干の分析（以上本号）
 - 第3節 裁判所による裁量的な救済形成
 - 第4章 救済方法の実現過程
 - 第5章 救済方法の形成および実現に対するコントロール
 - 第6章 一般的特質と「公共的インジャンクション」
 - 第7章 結論
- 「救済法」の構造と日本法への示唆—

本号細目次

4. 和解尊重型（アプローチ⑤）

- 1) はじめに
 - A. 同意判決の制度
 - B. 和解促進政策
- 2) 和解・同意判決の利点
 - A. 紛争の早期解決
 - B. 訴訟にまつわるコストの減少やリスクの回避
 - C. 独創的な具体的救済方法の形成
 - D. 権利侵害（違法性）の判断の回避
 - E. 第三者の権利・利益の取引可能性？
 - F. 司法的資源等の効率的配分
- 3) 和解・同意判決制度の問題点とその原因
 - A. 和解・同意判決制度に批判的な見解
 - a. O. Fiss 教授の見解
 - b. J. Resnik 教授の見解
 - c. J. Coleman 弁護士=C. Silver 弁護士の見解
 - B. 第三者およびクラス構成員に対する救済制限の問題
 - a. 同意判決における第三者の権利・利益の侵害形態
 - (i) 第三者による同意判決に対する攻撃の制限
 - (ii) 第三者による同意判決の拡充的な利用の制限
 - (iii) 第三者に対する事実上の不利益
 - b. 附論 特にクラス・アクションの同意判決におけるクラス構成員の権利・利益の侵害原因
 - (i) 代表原告
 - (ii) クラス弁護士
 - (iii) クラス構成員
 - (iv) 被告
- 4) 同意判決の形成過程における適正化への志向
——第三者の権利・利益の保護に焦点を当てて——
 - A. ヒアリングの実施
 - B. 必要的当事者併合（連邦民事訴訟規則19条(a)項）
 - C. 訴訟参加（連邦民事訴訟規則24条(a)項）
 - D. 第三者による別訴の移送・併合（L. Kramer 教授の見解）
 - E. 第三者の同意の原則的要求（D. Laycock 教授の見解）
 - F. その他の諸見解

5) おわりに

——和解と判決の相互接近——

5. 若干の分析

——選択的アプローチの役割分担を中心として——

第3章 救済方法の形成過程

第2節 具体的救済方法を形成するための選択的アプローチ（承前）

4. 和解尊重型（アプローチ⑤）

1) はじめに

当事者またはスペシャル・マスター等の関与を通じて、最終的には裁判所が具体的救済方法を形成する場合（→①②④のアプローチ）、および裁判所が独自に具体的救済方法を形成する場合（→③のアプローチ）を、これまで述べて来たが、これらはいずれも、訴訟上において具体的救済方法が形成されて行くアプローチであった。それは、裁判官の積極的かつ柔軟な訴訟指揮による裁量的な「手続」形成および「救済」形成の過程であった。

これに対して、救済内容に関する当事者間の交渉により、主として裁判外で具体的救済方法が形成されて行く場合がある。これは、当事者間で作成された和解条項が、具体的救済方法を創造する場合であり、その結果、当事者による訴えの取下げやコンセント・ディクリー（consent decree）⁽⁴⁴¹⁾の申立てがなされたりすることがある。

このコンセント・ディクリーは、判決の形式をとった和解（settlement, compromise）の一種であり、その内容として、エクイティ上の救済方法であ

(441) consent judgment または consent decree は、我が国では「和解判決」または「同意判決」と呼ばれている。その先駆的な研究としては、谷口安平「アメリカにおける和解判決（Consent Judgment）の効力」『法学論叢（京都大学）』67巻5号24頁（1960）、同「比較法的に見た訴訟上の和解」『法学論叢（京都大学）』70巻6号57頁（1962）がある。また、独占禁止法53条の3の制度は、「同意審決」と呼ばれている。

るインジャンクションを含んだものである。以下では、これを同意判決と呼ぶ。「公共的インジャンクション訴訟」事件に取り組む裁判所は、現在、具体的救済方法の選択的形成のために、一般に当事者間の「和解」を尊重したこのアプローチも広く採用している。これは、将来自らが拘束されるべき和解条項に盛り込まれる「公共的インジャンクション」の内容決定に対する当事者の自己決定権を尊重する救済形成のアプローチと言えるであろう。

ところが、上述のように「救済方法の多様性」等の具体的救済方法に関する内容的な特質が存在するので、この種の訴訟事件では、裁判所における救済形成には通常相当な困難が予想される。それゆえ、確かに、和解・同意判決の制度は、裁判所にとって魅力的である。しかし、悪は秘密裡になされる。多様な具体的救済方法の中からどのひとつが選択的に形成されたとしても、通常「公共的インジャンクション」それ自体広汎なインパクトを有している。それゆえ、同意判決により第三者の利益が害されることもあり、また同意判決に盛り込まれなかった具体的救済方法を欲する人々の利益が害される虞れも存在するのである。

以下では、まず、同意判決の形成を具体的救済方法を形成するための選択的アプローチのひとつ（「和解尊重型」アプローチ）と位置づけ⁽⁴⁴²⁾、その同意判決の形成過程における利点および問題点を指摘し、公正かつ最適な具体的救済方法を形成するために、裁判所がいかなる方法により、その形成過程を適正化する努力を現在行なっているかまた将来行なうべきであるかについて論じて行くことにしたい。

A. 同意判決の制度

同意判決の手続は、和解交渉、判決言渡し・登録、執行の3段階からなる。

まず、和解交渉は、裁判上または裁判外で、「権利侵害についての判決」の前後を通じて行なわれる。訴え提起前から交渉が行なわれており、時として提訴

(442) See Special Project: Remedial Process. *supra* note 26 at 809.

と同時に同意判決の申立てがなされる場合もある⁽⁴⁴³⁾。次に、判決言渡し・登録の手続は、当事者が、交渉により合意した和解条項に基づき、訴訟が係属している裁判所に同意判決を申し立てることにより開始する和解許可手続である。これは、同意判決の形成過程と呼ぶことができる。公正な同意判決（「公共的インジャンクション」）の確保のためには、その形成過程の適正化が不可欠である。これが以下での中心的な課題となる。和解条項が同意判決として言い渡されれば、その後には執行の段階が残る。これは、次章で論じるが、通常の和解契約の場合とは異なり、債務者の不履行に対しては、裁判所が裁判所侮辱罪の適用やモニター等の補助者を用いて執行段階に介入し救済内容を実現する途を開くものである。

このように同意判決は通常の判決に近似した強力な強制力を伴うものであるが、連邦民事訴訟規則は、同意判決の形成手続に関しては一般的な規定を置いていない。ただ、わずかにクラス・アクションおよび代表訴訟の規定⁽⁴⁴⁴⁾の中に、和解の許可に関する規律が存在するに過ぎない。しかしそこでも、規則は、和解を許可し同意判決として言い渡すさいの一般的な審査基準を明記していない。実定法上唯一、反トラスト法違反事件の手続に関する1974年のいわゆるTUNNEY ACTが、その基準の指針を規定しているに過ぎず、したがって、その判断基準が問題となるのである⁽⁴⁴⁵⁾。

さて、同意判決の内容としてどのような和解条項が盛り込まれるかは、実体的な事件類型に応じて、また同じ事件類型でも事案に応じて様々である。ごく一般的に言えば、次のような条項が規定される余地がある⁽⁴⁴⁶⁾。まず、実体的

(443) M. Schwarzschild, *Private Bargain*. *supra* note 212 at 913, J. Resnik, *Judging Consent*, 1987 U. CHI. LEGAL F. 43, 47. 後者の論文には、同意判決の沿革に関する記述が含まれている。See *id.* at 50-58.

(444) FED. R. CIV. P. 23 (e), 23.1 (1966).

(445) ANTITRUST PROCEDURES AND PENALTIES ACT OF 1974, 15 U.S.C.A. § 16(e) (1982) である。この条文および同意判決を許可するさいの判断基準については、川嶋「前掲論文(『公共訴訟』事件における公正な和解内容の確保と裁判官の役割)」(註16)」94-95頁註56および100-04頁を参照。See *infra* note 605.

(446) See K. Schoene, *Voluntarily Unlocking the Schoolhouse Door: The Use*

な規定としては、「公共的インジャンクション」に関する規定（例，別学解消の内容），被告の積極的義務（例，別学解消措置をとる義務），合意の目的，履行の期限および弁護士費用等を挙げることができる。また，手続的な規定としては，裁判管轄権の保持や和解条項の遵守を確保するための手段（例，モニター等の任命）等が盛り込まれるのである。

このように内容を見れば，同意判決は，通常の判決とあまり異ならないようにも見える。さらに，その形成手続に着目した場合，「公共的インジャンクション訴訟」事件では，かつて A. Chayes 教授⁽⁴⁴⁷⁾が指摘されたように，判決形成過程と和解形成過程とがそれほど大きく異ならないとも言うことができる。すなわち，典型的な判決の形成作業は，実質的には当事者間の交渉と協議であり，裁判所は，判決内容に関する交渉を行なうように命じるか，判決原案の作成を当事者に委ねる。通常，たとえ一方当事者（原告）のみが判決原案を作成する場合でさえも，他方の意見陳述の機会を保障するために他の当事者にその内容が送付されるので，必然的に交渉の形式が発生することになると分析されていたのである。

そうすると，この種の「訴訟」における救済形成過程は，良きにつけ悪しきにつけ「和解的紛争解決の温床」なのであり，しかも和解形成過程を判決形成過程と基礎を同じくする「同質的なもの」として促えることもできる。前者の和解は，同意判決の形に結実すれば，一層通常の判決に接近するのである（同意判決の効力およびその影響力については，後にその問題点を述べるさいに言及したい（→3）B a)）。

しかしながら，同意判決に結実する「公共的インジャンクション」の形成過

of Class Action Consent Decrees in School Desegregation, 1982 WASH. U.L.Q. 1305, 1332-42 (hereinafter cited as K.Schoene, *Voluntarily Unlocking*.), L. Anderson, *Implementation*. *supra* note 251 at 729-37.

(447) A. Chayes, *Role of the Judge*. *supra* note 24 at 1298-1300. See also Special Project: *Remedial Process*. *supra* note 26 at 809, C. Menkel-Meadow, *For and Against Settlement*. *infra* note 480 at 502. さらに，マイケル・K・ヤング（和田英夫＝紙谷雅子訳）「アメリカ司法制度の新展開—新しいいわゆる『公共的訴訟』（Public Law Litigation）—」『ジュリスト』721号34頁，41頁（1980）も参照。

程は、後に述べるような諸問題をはらんでいる。そこで、それらの問題点を解明しその克服の方向を探る前に、和解・同意判決の制度を支えている基本的な政策とその制度的な利点を見て行くことにしたい。

B. 和解促進政策

ところで、和解による紛争処理は、近時アメリカの司法制度の下で強力に推奨され、広汎に普及している⁽⁴⁴⁸⁾。裁判所は、トライアル前またはトライアル中、しばしば和解の勧誘を行なうのである⁽⁴⁴⁹⁾。

このような和解奨励の政策は、実定法の中にも見出すことができる。まず、1983年の改正で、連邦民事訴訟規則16条⁽⁴⁵⁰⁾(a)項(5)号は、プリトライアル・カンファレンス (pretrial conference) の目的として和解の促進を標榜し、同条(c)項(7)号は、そこで議論されるべき事項として、和解成立の可能性 (および裁判外紛争解決手続の利用可能性) を明記した。ここに至り和解の奨励が明確化されたのである。これは、裁判所の訴訟事件審理表の輻輳を緩和し、係争人や司法制度のために費用・時間を節約することを目的として、訴訟手続のできるだけ早い時期に和解を促進し成立させる必要性が認識されたためである⁽⁴⁵¹⁾。

(448) See e. g. MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION § 1.21 at 18 (West Publishing Co. 1977), F.Easterbrook, *Justice and Contract in Consent Judgments*, 1987 U. CHI. LEGAL F. 19, 21-30 [hereinafter cited as F.Easterbrook, *Justice and Contract.*], T. Mengler, *Consent Decree Paradigms: Models without Meaning*, 29 B.C.L.REV. 291, 327-32 (1988) [hereinafter cited as T. Mengler, *Consent Decree Paradigms.*], L.Kramer, *Consent Decrees and the Rights of Third Parties*, 87 MICH. L. REV. 321, 327 [hereinafter cited as L.Kramer, *Consent Decrees.*], Note (S.Lazos), *Abuse in Plaintiff Class Action Settlements: The Need for a Guardian during Pretrial Settlement Negotiations*, 84 MICH. L. REV. 308, 308-09 (1985) [hereinafter cited as S.Lazos, *Class Action Settlements.*].

(449) See e. g. W. Fletcher, *Discretionary Constitution*. *supra* note 116 at 638. ただし、早期和解の可能性は、ディスカバリー手続の停止、クラス・アクション決定の延期、その他プリトライアル手続の延長の根拠とすることは許されないとされている。See MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION *supra* note 448 § 1.21 at 18.

(450) FED. R. CIV. P.16 (c)(7)(1983).

(451) See FED. R. CIV. P.16 ADVISORY COMMITTEE NOTE 1983 AMEND.

しかし、すでにそれ以前の1946年に、たとえば規則68条が、和解の促進に奉仕し訴訟の長期化を回避することを意図して規定されていた⁽⁴⁵²⁾。すなわちここでは、被告による和解申出を原告が拒否したところ、結果的には下された判決よりも先に申し出られた和解内容の方が原告にとって好ましいと判明した場合には、原告は、和解申出後に生じた弁護士費用等のコストを被告に支払わなければならないとされているのである。またさらに、係争人が和解交渉の過程でなした行為または陳述を証拠として責任を確定することは許されないと規定する連邦証拠規則408条⁽⁴⁵³⁾の中にも、和解奨励の政策を看取できるのである。

さらに、労働関係における人種差別解消訴訟事件においては、まず、Equal Employment Opportunity Commission による調停活動などが行なわれなければならないと規定されているので⁽⁴⁵⁴⁾、「公共的インジャンクション訴訟」の事件類型の中でも、当事者間の交渉による具体的救済方法の形成が最も頻繁に行なわれている⁽⁴⁵⁵⁾とされるのである。

このような和解促進の政策は、もちろんクラス・アクション訴訟にも、またそのような形態で提起されることの多い「公共的インジャンクション訴訟」事件にも一般に妥当すると考えられているのである⁽⁴⁵⁶⁾⁽⁴⁵⁷⁾。

(452) See FED. R. CIV. P.68 ADVISORY COMMITTEE NOTE 1983 AMEND.

(453) FED. R. EVID. 408 (1975).

(454) TITLE VII OF THE CIVIL RIGHTS ACT OF 1964, 42 U.S.C.A. § 2000e-5(b) (1976).
同条は、もし Equal Employment Opportunity Commission が、人種差別の存在を信じる合理的な理由が存在すると判断した場合に、同委員会は、協議、調停および説得という非公式的な方法によって、違法な状態を排除するように努力すべきである旨を規定している。

(455) Special Project: Remedial Process. *supra* note 26 at 811.

(456) See e. g. S. Lazos, *Class Action Settlements*. *supra* note 448 at 308.

(457) なお本稿では、和解と密接不離の関係にあるにもかかわらず、近時アメリカで大きな展開を示している「交渉 (negotiation)」に関する議論には立ち入ることができなかつた。これについては、たとえば、野村美明「訴訟社会と交渉技術——ハーヴァード大学における実践教育について——」『阪大法学』140号235頁(1986)、太田勝造「交渉・和解・法学教育」『法政論集 (名古屋大学)』126号182頁(1989)〔この論文は、後に同『民事紛争解決手続論』179頁 (信山社 1990) に加筆補充されて収録されている。〕などを参照。

2) 和解・同意判決の利点

和解的紛争解決に由来する同意判決は、いくつかの利点をもっている。まず、両当事者にとっては、紛争を早期に解決でき（→A）、訴訟にまつわるコストを減少させ本案審理の結果から生じるリスクを回避することができる（→B）。原告にとっては、独創的な具体的救済方法を取得できる可能性が開け（→C）、被告にとっては、権利侵害（違法性）の烙印を回避できる（→D）。また、両当事者にとっての利点として、当事者間の交渉により第三者の権利・利益の取引ができることが挙げられる場合もある（→E）。そして、最後に裁判所サイドから見た場合に、和解により司法的資源の効率的な配分が可能になることが指摘されている（→F）。

A. 紛争の早期解決

訴訟は、敗訴当事者による不服申立ての方法が尽き訴訟が終了するまでに、しばしば何年もかかることがある。これに対して、同意判決の言渡し・登録は通常早いペースで行なわれる。当事者は、裁判上または裁判外で同意判決原案（和解条項）を交渉し、提訴後数日または数週間以内に、同意判決が言い渡されることもある。また、時折、原告の提訴と同時に同意判決の申立てを行ない、提訴当日に同意判決が言い渡されることもある⁽⁴⁵⁸⁾とされる。したがって、同意判決により、当事者は紛争を早期に決着させることができるのである⁽⁴⁵⁹⁾。しかも、同意判決原案が、当事者間の幅広い情報交換を通じて、自主的な交渉により作成されたものであるため、和解条項に関して任意に履行のなされる蓋然性が高くなる⁽⁴⁶⁰⁾。同意判決の制度は、当事者自治を尊重した優れた制度で

(458) See *supra* note 443.

(459) See e. g. F.Easterbrook, *Justice and Contract*. *supra* note 448 at 20, T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 327-28.

(460) See e. g. Special Project: *Remedial Process*. *supra* note 26 at 810, T. Stein, *Implementation & Monitoring*. *supra* note 295 at 147-48.

(461) F.Easterbrook, *Justice and Contract*. *supra* note 448 at 21-30.

ある⁽⁴⁶¹⁾とされるのである。

さらに、一般に同意判決の不履行は裁判所侮辱罪の対象となるので、和解が単なる私的な契約に留まっているにすぎない場合と比較して当事者（債務者）が司法的な威嚇の下に置かれるので、執行も迅速に行なわれる可能性が開けて来るのである⁽⁴⁶²⁾。

また、「公共的インジャンクション」を含むコンセント・ディクリーは、エクイティ上の救済方法であるので、裁判所は、後述するように（→第4章）、同意判決の文言を解釈したり、同意判決の履行を監視するために裁判所の補助者（モニター等）を任命することにより、救済実現過程に対しても、直接的または間接的に関与することが可能となる。その点で、私的な和解の場合よりも迅速に、救済内容が実現される可能性が開かれることになるのである⁽⁴⁶³⁾。私的な和解契約の場合には、訴訟を提起し判決を得なければ、裁判所による履行の強制を求めることができないからである。

なお、和解条項の作成のさいに、その規定の仕方から、当事者は争いがその実現過程で再度生じるかもしれないと考えることもある。しかしながら、たとえそうでも、争いは自分たちが交渉し裁判所が言い渡した「和解条項」に限定されることを予期できる。それゆえ、同意判決の言い渡しにより必ずしも紛争を完全に終結させない場合もあるが、しかし、その争いの範囲を限定するメリットがある⁽⁴⁶⁴⁾とも言われている。さらに、このような紛争の早期解決は、裁判所サイドにとっても利点があるとされている（→F）。

B. 訴訟にまつわるコストの減少やリスクの回避

訴訟の過程で和解が成立し同意判決が言い渡されれば、当事者は、一般に訴

(462) See e. g. L. Anderson, *Approval and Interpretation*. *supra* note 251 at 580, F. Easterbrook, *Justice and Contract*. *supra* note 448 at 20, T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 292, L. Kramer, *Consent Decrees*. *supra* note 448 at 327.

(463) L. Kramer, *Consent Decrees*. *supra* note 448 at 325-26. See also L. Anderson, *Implementation*. *supra* note 251 at 732-35.

(464) T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 328. See also T. Stein, *Implementation & Monitoring*. *supra* note 295 at 147-48.

訟における本案審理の費用の支出を回避できる⁽⁴⁶⁵⁾。確かに、ほとんどの私的な和解契約の場合（その結果、裁判所の許可なく訴えの取り下げがなされる場合またはそれが許される場合）には、通常係争当事者と司法機関との関係はそこで終了する。しかし、同意判決の場合には、その言渡しからまた新たな関係が開始する。その裁判所が、同意判決の実現過程を担当することになるからである。同意判決の実現過程において、ほとんどの当事者が裁判所の関与を望むので、必然的に費用がかかることになる⁽⁴⁶⁶⁾とも言われているのである。したがって、厳密に言えば、本案審理の費用が節約できるに過ぎない。しかしながら、合意によって形成された同意判決は、債務者による任意の履行が期待できるから、通常の「公共的インジャンクション」判決の執行に比較して、執行関係の費用も減少するのである⁽⁴⁶⁷⁾。

たとえば、ウイスコンシン州ミルウォーキー市の公立学校における人種別学解消事件である *Armstrong* 事件⁽⁴⁶⁸⁾（同意判決）において、連邦控訴裁判所は次のように判示している。

〈実際、人種別学解消事件は、和解による自主的な紛争解決が、訴訟的な解決よりも好ましいと考えられる事件類型のひとつである。なぜならば、誠実な和解に内在する協力の精神は、極めて長期にわたりこの種の具体的救済方法を首尾よく実現して行くために不可欠だからである。当事者の合意により到達した具体的救済方法は、共同社会内で協力により産み出されたものであるので、共同社会が外部から課されたと考える命令的な判決以上に憲法上の平等保護を

(465) See e. g. T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 328, S. Lazos, *Class Action Settlements*. *supra* note 448 at 308 n.1, L. Kramer, *Consent Decrees*. *supra* note 448 at 325.

(466) T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 328.

(467) See e. g. L. Anderson, *Approval and Interpretation*. *supra* note 251 at 580, K. Schoene, *Voluntarily Unlocking*. *supra* note 446 at 1309, R. Moss, *Participation and Department of Justice School Desegregation Consent Decree*, 95 *YALE L. J.* 1811, 1830 (1986) [hereinafter cited as R. Moss, *Participation*].

(468) *Armstrong v. Board of School Directors*, 616 F. 2d 305, 318 (7th Cir. 1980).

効果的に実現できることになるであろう。〉⁽⁴⁶⁹⁾

費用の軽減という点は、この種の訴訟事件における原告にとって極めて魅力的である。この種の原告は、しばしば訴訟遂行の資力に欠ける場合があるからである。典型的には、善意の弁護士や、政府のリーガル・エイドから資金援助を得た弁護士またはN A A C P等の公共利益の保護団体等の援助を得て、訴訟活動を行なっている。しかも、その事件の性質上大規模なディスカバリー手続の活用も不可欠となり、その費用も時には莫大な額に上ることもある。さらにたとえば、別学の解消措置や雇用差別の解消のための積極的措置、さらに環境汚染のコントロール設備の設置等のように「公共的インジャンクション」として求める内容は極めて複雑であるので、原告は自己の資力等に照らして、訴訟遂行の後にそのような成果を判決の形で得ることに、大変な困難を覚えるかも知れない。したがって、和解交渉ひいては同意判決の執行の容易さは、同意判決の実現過程において生じる紛争解決費用を低減させることになる。その実現過程では、裁判所が、同意判決の文言の解釈や紛争の解決を行なったり、事情の変更に応じて同意判決の修正を行なうことが可能だからである⁽⁴⁷⁰⁾。

しかし、同意判決の内容が抽象的で曖昧ならば、それをめぐり実現過程で争いが生じることがある。その場合には、当事者がその解決を求めて裁判所の介入を望むので、その限りで費用が増加することになる⁽⁴⁷¹⁾。

また、時折当事者が、とにかく和解に漕ぎ着きたいがために意図的に曖昧な文言で和解条項を作成する場合がある。これは、争点の解決を将来に先送りすることを望む場合に用いられる技法である⁽⁴⁷²⁾。それゆえ、不可避免的に費用が増加し、同意判決の場合にも、通常の判決の執行以上に費用が増大することも皆無ではないであろう。したがって、少なくとも訴訟以上に費用の減少を望むなら、当事者は、少なくとも判決の場合と同じくらいに和解条項を当事者や裁

(469) *Id.* at 318.

(470) *Cf.* L. Kramer, *Consent Decrees.* *supra* note 448 at 326-27.

(471) T. Mengler, *Consent Decree Paradigms.* *supra* note 448 at 328.

(472) L. Anderson, *Approval and Interpretation.* *supra* note 251 at 616.

判所にとって明確にしておかなければならないのである⁽⁴⁷³⁾。

さらに、同意判決により、当事者は本案審理の結果生じるかも知れないリスクを回避することができる。訴訟遂行中に当事者の側で、判決結果の予想について意見が一致しない場合もある。仮に、それが一致していても外れる場合もある。事実関係の明瞭な場合でも、裁判官が認定を誤り、法的判断を誤る場合もある。だから、本案判断に関して特に不確実性が高い場合には常に、また低い場合でも判断者（裁判官および／または（特に損害賠償訴訟事件の場合には）陪審員）が当事者の望む結果に至らないという危険を回避するために、同意判決を申し立てるのである⁽⁴⁷⁴⁾。訴訟で争うよりも、同意判決という形で和解をする方が、将来の不確実性が相対的に減少すると、当事者は考えるからである。当事者は、それにより救済形成のさいの裁判官の裁量権限を相当程度制限できると確信しているからである⁽⁴⁷⁵⁾。しかし、この予想が誤っており同意判決の実現過程で裁判所がその文言を修正できる広汎な裁量権が存在するならば、当事者は、同意判決の制度を利用しなくなるであろうという指摘⁽⁴⁷⁶⁾もなされている。このような同意判決の修正権限に対する消極的な評価は、上述のように、この修正手続の存在ゆえに将来の事情の変更に即応しうることが同意判決制度の利点のひとつとして挙げられている点と比較して興味深い。その評価は、結

(473) なお、裁判所の関与する通常の判決の場合に比べて同意判決の内容が曖昧になりやすいという点に関して、上述のA.Chayes教授の指摘が参考になる。教授は、通常の判決形成過程と同意判決原案の形成過程とがそれほど大きく異ならないとされるのである。この見解によれば、通常の判決形成過程と和解交渉・同意判決の形成過程とを連続的に捉えることができ、同意判決の曖昧さも程度問題と考えられ、それは決して回避できない問題ではないと思われる。同意判決となるには最終的には裁判所による許可手続を経ることになるので、その曖昧さをチェックできないわけではないからである。See *supra* note 447 and accompanying text.

(474) See e. g. Agent Orange case. *supra* note 346 at 749 [大規模な損害賠償請求事件について。], F. Easterbrook, *Justice and Contract*. *supra* note 448 at 24-25.

(475) T.Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 330. さらに、大沢『前掲書（『現代アメリカ社会と司法』（註22）』193頁参照。

(476) See T.Jost, *From Swift to Stotts and Beyond: Modification of Injunctions in Federal Courts*, 64 TEX. L. REV. 1101, 1129-30 & n.173 (1986) [hereinafter cited as T.Jost, *From Swift to Stotts*.].

局、同意判決を利用する当事者の目的とニーズに応じて変化すると考えられる。また同様に、一般にはたとえ私的な和解契約の履行を実現するさいに生じるコストの方が同意判決の実現のそれよりも大きいと仮定しても、裁判所が同意判決を許可するに当たりその内容を「いじくり回す」ことにより生じるコストを考え、両当事者が、私的な和解の道を選ぶこと⁽⁴⁷⁷⁾も考えられるであろう。

さらにこのような金銭面での節約に加えて、一般的に言えば、和解当事者は、訴訟審理にまつわる精神的な苦痛から解放されるのである⁽⁴⁷⁸⁾。

C. 独創的な具体的救済方法の形成

あらゆる和解条項は、当事者の合意による具体的救済方法を創造している。それ以後当事者間の行為を規律する規範となるのである⁽⁴⁷⁹⁾。その限りで、和解もまた裁判（判決）と同様、「具体的救済方法」の創造作用の一翼を担っている。C. Menkel-Meadow 教授⁽⁴⁸⁰⁾ は指摘されている。「和解の生み出すものは、裁判以上に当事者のニーズに即応した実質的な正義である。和解は、当事者のニーズに個々的に対応でき、勝訴か敗訴かという二者択一的な帰結を回避でき、裁判による請求権の没個性的な評価または金銭化よりも、より豊富な具体的救済方法を提示でき、しかも合意を通じて正統性 (legitimacy) を確保することができるものである。……和解は、訴訟以上に直接的かつ非方式的な意思疎通のプロセスを涵養し、訴訟よりもかなり柔軟な手続および救済方法を提

(477) T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 330.

(478) S. Lazos, *Class Action Settlements*. *supra* note 448 at 308 n.1.

(479) *See e. g.* New York State Association for Retarded Children v. Carey, 393 F. Supp. 715 (E.D.N.Y.1975) [本件は、ニューヨーク市にある精神遅滞者の施設の改善が求められた一連の訴訟事件のひとつである。この同意判決は、たとえ強制的に収容された者であれ施設内の患者が侵害行為から保護されかつ治療および処置に関する最低水準を享受できる憲法上の権利を含んでいるゆえに、許可することができることとされた。この同意判決は、後にその解決をめぐる問題が生じたものの、それ以後施設改善のための準則となったのである。]。

(480) C. Menkel-Meadow, *For and Against Settlement: Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference*, 33 UCLA L. Rev. 485, 504-05 (1985) [hereinafter cited as C. Menkel-Meadow, *For and Against Settlement*.]。

供してくれる。」と。このように現在、「公共的インジャンクション訴訟」事件において、和解ひいては同意判決が、「新たな具体的救済方法」を創造しているか否かを問うことができるであろう。

先に述べたように、この種の訴訟事件には、権利侵害から論理必然的にひとつの具体的救済方法を導き出すことができない「救済方法の多様性という特殊性」が存在した。それゆえ、当該事件に最適な救済の選択肢を形成することが、裁判所にとっては困難な作業となる。一般的に言えば、未だ十分に具体的救済方法の選択肢が解明し尽くされてはいない事件類型では、当事者は新たな救済選択肢の創造のために、自主的かつ非公式的な和解交渉を利用する大きな利点があると言えるであろう。これに対して、確かに、具体的救済方法のバリエーションがある程度出揃った事件類型では、その答えは否定的にならざるをえないかもしれない。新しい具体的救済方法を創造すべき要請が少ないとも言えるからである。しかしながら、それらの新しい組み合わせなど、具体的救済方法の選択肢を調整し内容的にも充実させ究極的には事案に最適な具体的救済方法を創造するために、和解交渉が行なわれる場合は十分に考えられるように思われる⁽⁴⁸¹⁾。また、たとえ救済の選択肢が出揃ったと思われる事件類型でも、当該具体的事案に鑑み、従来の裁判例にはない新たな具体的救済方法の創造がふさわしいと考えられる場合には、和解ひいては同意判決に大きな期待が寄せられることになるであろう。ただ、アメリカにおいては、これまで見て来たように、従来から裁判所自体が積極的に独創的な具体的救済方法を形成しているので、新たな具体的救済方法の創造に関する現時点における期待は、我が国⁽⁴⁸²⁾ほどには強くないと言えるであろう。

しかし、当事者間の和解交渉を通じて、裁判所の命じることができないよう

(481) 救済選択肢の調整については、藤倉「前掲論文(「アメリカにおける公共訴訟の原型」)(註22)」297-302頁参照。

(482) たとえば、小島武司、浅沼武、小林宏也、中島一郎発言「プラクティス研究会・和解(1)——理想のプラクティスをめざして——」『法の支配』41号98-99頁(1976)、川口富男、大石忠生、藤田耕三発言「座談会・和解と訴訟運営」後藤勇＝藤田耕三編『訴訟上の和解の理論と実務』130-31頁(西神田編集室1987)などを参照。

な独創的な具体的救済方法が生み出される余地がある⁽⁴⁸³⁾。中でもとりわけ環境訴訟事件においては、和解・同意判決を通じて行なわれる「市民の参加による規則制定 (informal rulemaking)」は、United States Environmental Protection Agency (EPA: 連邦環境保護局) における環境政策の策定過程の一部をなし、行政活動に対する重要な補完的機能を果たしているという指摘がこれまで数多くなされている⁽⁴⁸⁴⁾。環境訴訟で被告となったEPAは、原告と和解条項(協定)の交渉を行ない、それを裁判所の許可を通じて同意判決とすることにより、今日の環境保護に関する十分な規制を実現していると言われているのである。

その同意判決は、規定される内容により次の3つに類型化されている⁽⁴⁸⁵⁾。

まず第1は、計画設定条項を含む同意判決である。EPAが規制を策定し公表すべき期日を特に記したものである。これは、通常EPAが法律の要求する規制を実施しないことを理由に提起された「市民の訴訟 (citizen suits)」⁽⁴⁸⁶⁾の過程で行なわれる。これは、規制手段や規制内容を特定していない点に特色があり、基本的には、あくまでEPAに具体的規制を自発的に策定させることを目的とし、怠慢な官僚機構に継続的なプレッシャーをかけ続ける点に重要な

(483) Cf. D. Laycock, *Consent Decrees Without Consent: The Rights of Nonconsenting Third Parties*, 1987 U. CHI. LEGAL F. 103, 145 [hereinafter cited as D. Laycock, *Consent Decrees*.] [教授の提唱される3当事者間の交渉(→4)E)によっても、同様な成果を期待できるとされる。]

(484) See e. g. J. Gaba, *Informal Rulemaking by Settlement Agreement*, 73 GEO. L. J. 1241, 1242 (1985) [hereinafter cited as J. Gaba, *Informal Rulemaking*.], R. Percival, *The Bounds of Consent: Consent Decrees, Settlements and Federal Environmental Policy Making*, 1987 U. CHI. LEGAL F. 327, 331, 333 [hereinafter cited as R. Percival, *Bounds of Consent*.]. なお、連邦行政機関によるこの種の規則制定に関する一般規定として、ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT § 4, 5 U.S.C.A. § 553 (1982) が存在する。

(485) 以下の記述は、J. Gaba, *Informal Rulemaking*, supra note 484 at 1243-48による。See also R. Percival, *Bounds of Consent*, supra note 484 at 331-32 & n.16.

(486) See e. g. CLEAN WATER ACT, 33 U.S.C.A. § 1365 (1982), RESOURCES CONSERVATION AND RECOVERY ACT, 42 U.S.C.A. § 6972 (1982), CLEAN AIR ACT, 42 U.S.C.A. § 7604 (1982).

意義があるとされる。次に第2に、手続規定を含む同意判決である。EPAが規制を具体化する手続を特定することにより、規則制定プロセスを創造するために用いられるものである。EPAは、たとえば有毒物質の管理の要件について、訴訟当事者や、産業界および環境保護論者とも交渉し、今日に至るまで、その政策の重要な手続を創造して来たと言われているのである。最後に第3に、実体規定を含む同意判決がある。具体的な規制内容が、ときには詳細な文言に至るまで規定されるのである。これは、最終的な規制内容の当否に関する司法的な判断が求められた訴訟過程で形成される。また当事者が、規制内容の実体的修正を交渉する形で行なわれる場合もある。たとえば、水質保全、産業廃棄物の処理および大気汚染の防止などに関する法規制の主要部分が、このような同意判決により執行されていると言われているのである⁽⁴⁸⁷⁾。

D. 権利侵害（違法性）の判断の回避

和解は妥協であり、当事者は、その欲するもののすべてを得ることはできないが、訴訟を遂行すれば失うかも知れないものを失わなくて済む場合もある。したがって、一般に両当事者にとって利益になることもある。特に、その妥協の産物として、被告による権利侵害の確定がなされない場合には、被告にとって利点となる。被告は、判決により権利侵害が宣言されれば、責任を確定して

(487) さらにまた看過できないのが、一般に「スーパーファンド (Superfund) 法」と呼ばれている COMPREHENSIVE ENVIRONMENTAL RESPONSE, COMPENSATION, AND LIABILITY ACT OF 1980, 42 U.S.C.A. § § 9901-57(1980) 【小森泰三訳 (全訳) 『外国の立法』 21巻6号285頁 (1982), 22巻1号37頁(1983)】の下で行なわれている法形成である。同法は、他の環境規制法の多くと異なり、環境基準の設定のための枠組みを規定しておらず、EPAに対して、産業廃棄物の処理目的を達成しかつ有責な当事者にそのための費用を課すことができる広汎な権限を付与している。そのために、同法は、廃棄物の除去を求める提訴権および行政命令発令権をEPAに与え、それに要した費用の回復請求および自然環境被害の損害賠償請求を認めている。そこでは、和解交渉が行なわれることもあるが、これらの法分野においては先例がないために、新たな法創造が行なわれていると言われているのである。See L. Rikleen, *Negotiating Superfund Settlement Agreements*, 10 B. C. ENVTL AFF. L. REV. 697 (1982-83).

いない和解に比べて「社会的な評判」の点で大きな損失を蒙るからである⁽⁴⁸⁸⁾。このような責任の不確定性が、以下のような点で同意判決を通常の判決から機能的に峻別する⁽⁴⁸⁹⁾。

まず第1に、同意判決は、通常の判決ほどには法の目的に奉仕しないとされる。たとえば、ヴェトナム戦争中にダイオキシンを含む枯葉剤により健康被害が生じたとしてヴェトナム帰還兵とその家族が製造会社に対して提起した大規模な損害賠償請求事件である Agent Orange 事件⁽⁴⁹⁰⁾ では、被告会社がもしも敗訴判決を受ければ、一般投資家にとって会社が魅力的なものでなくなる惧れも存在したので、被告は敗訴判決を回避し、和解ひいては同意判決の方向に動かされたとされているのである。したがって、同意判決は、通常の判決ほどには社会的・経済的なサンクションを生じにくいという点で、被告の将来の行為に対する抑止的效果をもたらさないのである。しかし、同意判決が全く法の実現に奉仕しないことを意味するのではない。これまで一定の法分野においては、同意判決は、法実現に奉仕して来たのである。たとえば、「疑いなく、反トラスト法、労働関係法、証券取引法、環境法は、もしも、同意判決が利用できなければ、あまり効果的なものではなかったであろう。」⁽⁴⁹¹⁾とされているのである。なお、裁判所にファイルされた同意判決は、通常閲覧に供される。ただし、当事者の合意により、ファイルされた書類は封印されることもあるが、ただ第三者から開封・閲覧の請求があれば、裁判所は、諸種の利益を衡量してそれを認めることもある⁽⁴⁹²⁾。

次に第2に、同意判決は、事実認定、法的判断および権利侵害（違法性）の

(488) See e. g. Agent Orange case. *supra* note 346 597 F. Supp. at 749.

(489) 以下の叙述は、T.Mengler, *Consent Decree Paradigms*, *supra* note 448 at 330-32に負う。

(490) See e. g. Agent Orange case. *supra* note 346 597 F. Supp. at 749.

(491) T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 331.

(492) See e. g. *Bank of America National Trust and Savings Association v. Hotel Littenhouse Associates*, 800 F. 2d 339, 344-46 (3rd Cir. 1986) [本件で、連邦控訴裁判所は、同意判決の当事者が裁判所にその解釈と執行を求めて来ているので、もはや両当事者は和解条項の守秘性 (confidentiality) を援用することができないと判示した。]

確定を含んでいないこともある⁽⁴⁹³⁾ ので、司法的に見れば、通常の判決ほど効率的ではないであろう。通常の判決は、*res judicata* や *collateral estoppel* の効力を有している。これに対して、同意判決は、*res judicata* の効力を有しているものの⁽⁴⁹⁴⁾、原則として、*collateral estoppel* の効力を有していない⁽⁴⁹⁵⁾ とされる。したがって、一般的に言えば、訴訟が同意判決で終了した場合には、裁判所が当該事案の特定の争点について事実および法を明らかにするために時間と労力を費やした場合でさえも、当該事件が再び同一当事者により提訴された場合には、裁判所は、再度同一争点について審理しなければならない。それゆえ、同意判決は、通常の判決と比較して、終局的な紛争解決機能の点で劣ることになるのである。

さらに第3に、責任を確定する条項を含んでいない場合には、当事者からの判決修正の申立てで、同意判決に含まれたものとは異なる具体的救済方法への修正の要請があっても、裁判所は、その同意判決を基礎資料として判決を修正することができないと言われている⁽⁴⁹⁶⁾。したがって、裁判所による修正の道を閉ざされるので、判決と比べて事情の変更に即応できないうらみがある。

E. 第三者の権利・利益の取引可能性？

D. Laycock 教授⁽⁴⁹⁷⁾ は、そのこと自体は強烈に批判されるが、現状認識とし

(493) R. Moss, *Participation*. *supra* note 467 at 1819 n.47 [なお、逆に責任の否定を明記した同意判決もあるとされる。]。

(494) *See e. g.* 1B. J. MOORE, J. LUCAS & T. CURRIER, *MOORE'S FEDERAL PRACTICE* ¶0.409 [5] at 325-34 (Matthew Bender 1984).

(495) *See e. g.* 1B. J. MOORE, J. LUCAS, & T. CURRIER, *MOORE'S FEDERAL PRACTICE* ¶0.444 [3] at 799-816 [その理由としては、それを基礎づける争いおよび争点の司法的な判断が通常存在しないからと言われている。]。なお、TUNNEY ACT (15 U. S.C.A. § 16 (a) (1982)) は、訴訟における終局的判断が後の反トラスト法違反訴訟で被告に不利な *prima facie* evidence になるが、同意判決の場合はそうではないとされる。

(496) T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 332. *See also infra* notes 519, 531 and accompanying texts.

(497) D. Laycock, *Justice and Contract*. *supra* note 448 at 132-33. *See also e. g.* T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 332-34, L.

て、「公共的インジャンクション訴訟」事件において、原告が、単なる私的な和解契約よりも同意判決を欲する理由のすべてが、まさに同意判決により第三者の権利・利益を効果的に制限できる点にあることを指摘されている。なお、第三者とは、当事者および当事者と依存関係（privity）にない者を指す。

同意判決は、現実には、いわば第三者の権利・利益を両当事者間の「取引」の俎上に乗せることを可能とすることにより、訴訟当事者による和解形成を容易にしているのである。しかも、第三者の与り知らないところで秘密裡に和解交渉が行なわれ、原告の提訴と同時に同意判決の申立てがなされることにより、第三者の関与の機会が奪われ、さらに後述するように（→3）B）、当該第三者が別訴で同意判決を攻撃することを一定の場合に排斥する作用を伴うものである。したがって、このような第三者の権利・利益の取引可能性は、訴訟当事者間においては同意判決の利点とも言えるものであろう。しかしながら、このような結果は根本的に不当である。それゆえ、その詳細は、後述の同意判決の問題点の中で論じて行きたい。

F. 司法的資源等の効率的配分

事件が本案審理に至るよりも、同意判決に流れ込む方が、司法制度の一般的なコストの点でも効率的であるとされる。ある訴訟事件の審理を回避できれば、裁判所は、訴訟事件審理表の輻輳を緩和し、「司法的資源（judicial resources）」を他の事件の審理に振り向けることができ、結果的にはその有限な資源を効率的に配分することが可能となる⁽⁴⁹⁸⁾。このことは、第1審だけではなく、上訴審にも妥当する⁽⁴⁹⁹⁾。F.Easterbrook 判事⁽⁵⁰⁰⁾ は、和解の法制度的な利点を次のよ

Kramer, *Consent Decrees*. *supra* note 448 at 336. C. Cooper 検事は、このような当事者を、他人の金で賭をするギャンブラーと酷評されている。See C. Cooper, *The Collateral Attack Doctrine and the Rule of Intervention: A Judicial Pincer Movement on Due Process*, 1987 U. CHI. LEGAL F. 155, 156 [hereinafter cited as C. Cooper, *Collateral Attack Doctrine*.].

(498) T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 329, L. Kramer, *Consent Decrees*. *supra* note 448 at 327-29.

うに指摘されている。「和解の過程は、法の遵守の過程に近似する。法の遵守とは、裁判所の要求事項を実施することである。和解とは、両当事者により予測された裁判結果に関する同様なプロセスである。……法の遵守に価値を置くどのような法体系も、紛争の和解的解決が魅力的であると考えらるであろう。」と。

確かに、裁判所は、同意判決の言渡しにより本案判断の負担を免れることができる。しかし、その同意判決は、言い渡された内容に不服のある当事者により上訴される⁽⁵⁰¹⁾こともあり、しかも、裁判所は、その実現過程に関与すべき職務を負うことにもなる。ただ曖昧な同意判決が形成された場合には、執行手続の段階に問題が先送りされ、その結果司法的資源の節約とその効率的な配分につながらなくなる場合もある。すなわち、諸種の事情から是が非でも和解の成立を望む当事者が、曖昧な同意判決原案を申し立てることもある。これに対して、司法的資源の効率的な運用を望む裁判所は、その許可に消極的な態度をとるであろう。当事者が意図的にそうした場合には、裁判所が和解条項の曖昧さを解決するように当事者に求めても、あまり実効性はない。それゆえ裁判所は、どのような理由で当事者が同意判決の獲得を動機づけられている場合でも、各和解条項の実質的な意味を理解し、かつ当事者が同意判決原案に曖昧さを植え付けることを阻止しなければならない⁽⁵⁰²⁾とされるのである。

行政機関（連邦司法省ほか）が当事者となっている事件、たとえば、公民権訴訟事件、環境訴訟事件、反トラスト法違反事件、証券取引法違反事件が同意判決により解決された場合には、行政機関にとっても利点がある。まず、行政

(499) See H. Bedlin & P. Nejelski, *Unsettling Issues about Settling Civil Litigation: Examining "Doomsday Machines," "Quick Looks" and Other Modest Proposals*, 68 JUDICATURE 9, 11 (1984).

(500) F. Easterbrook, *Justice and Contract*. *supra* note 448 at 19-20.

(501) See e. g. L. Anderson, *Approval and Interpretation*. *supra* note 251 at 598.

(502) See T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 330.

機関のコストを節約でき、他の問題のために行政的資源を保持できる⁽⁵⁰³⁾。また、同意判決に基づいて行政機関が公的な政策を訴訟の場合よりも迅速に執行でき、しかも司法の許可があるので私的な和解に過ぎない場合よりもより効果的に執行できるようになる。このような場合、同意判決による執行は、公文書に明記され一般に公告されるのである⁽⁵⁰⁴⁾。さらに特に、環境訴訟事件の和解についても、被告となるEPAの行政的資源の保持に資することになり、それを他の活動に振り向けることも可能となるのである⁽⁵⁰⁵⁾。

3) 和解・同意判決制度の問題点とその原因

和解・同意判決の制度には、確かにこのようにいくつかの利点が在存する。近時、司法制度が和解の促進をひとつの基本政策として掲げていることともあいまって、数多くの論者が和解による紛争解決に対して、積極的に支持したりまたは基本的には賛意を表しつつその欠点の是正を求める姿勢をとっている。

しかし、これらとは逆に、和解・同意判決の制度に対して、基本的な疑問を呈する有力な見解も若干存在する。以下では、和解をめぐる議論やその問題点のすべてを論じるものではないが、当事者間の和解に対して、他の最適な具体的救済方法を欲する第三者の権利・利益保護の問題に焦点を絞って論じたい。ただ、その前提として、しかもまた和解的紛争解決の利点をいくつか挙げたことに対応して、基本的な疑問を提起する学説も挙げたい⁽⁵⁰⁶⁾。仮に一定の合理性や妥当性のある限り、それらの示唆を念頭におきつつ問題点と取り組むことが、バランスのとれた妥当な解決へ導く鍵となると考えられるからである。

(503) See e. g. R. Moss, *Participation*, supra note 467 at 1830, T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*, supra note 448 at 328.

(504) T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*, supra note 448 at 328.

(505) See e. g. R. Percival, *Bounds of Consent*, supra note 484 at 331, 333. なお、以上の議論は、有限な社会的資源（司法的資源、行政的資源）をどのように効率的に配分するかという視点からなされたものである。それゆえ、あくまで司法的資源等の「現状」を前提とするものであり、司法的資源等の拡充の問題は全く別問題であることに注意しなければならない。

(506) これらは、いずれもインジャンクション事件だけではなく、損害賠償事件の和解をも念頭において論じられている。

A. 和解・同意判決制度に批判的な見解

a. O.Fiss教授の見解

最初に、O.Fiss 教授は、和解を奨励し推進する制度および和解自体に対する厳しい反対意見を述べられている。和解は判決に劣るので、判決に取って代えるべきではないと強く主張される。和解の促進は、訴訟事件審理表を効率化するためには、かなり問題のある技法であるとされるのである。

まず、1984年の論文 “Against Settlement”⁽⁵⁰⁷⁾ では、近時、アメリカで強く推進されているADR (Alternative Dispute Resolution. 代替的紛争解決)⁽⁵⁰⁸⁾ を批判されつつ、和解について、次のように論じられている。

〈ADR・和解は、その首尾よい成果の達成のためには当事者の対等性が前提となるが、現実には、資力等の点で当事者間に力の格差がある場合が多い。資力不足は、情報の分析を困難にし、現金の早期獲得を望み弁護士費用などに憂慮する当事者を和解に赴かせ、その結果弱い立場を反映した不公平な内容の和解が生み出される惧れがある。和解・取引は、当事者による本案審理の予見結果を反映している場合もあるが、同時にそれは、当事者の資力の大小、遅延やリスクに対する寛容さの程度、そして不利な事実の公表の阻止など法的でない諸ファクターの考慮によることもある⁽⁵⁰⁹⁾。〉

また、ADR・和解は個人である当事者が自己の同意した内容に拘束されるとするが、現実には、弁護士等の当事者の代理人が本人の利益よりも自己の

(507) O. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L. J. 1073 (1984) 【六本佳平「論文紹介」1986-1『アメリカ法』128頁】。

(508) See e. g. W. Burger, *Isn't There a Better Way?*, 68 A.B.A.J. 274, (1982), *id.*, *Agenda for 2000 A.D.—A Need for Systematic Anticipation*, 70 F. R.D. 83, 93-96 (1976) [筆者は、当時連邦最高裁判所長官であった。]。その基調については、加藤新太郎「バーガー合衆国最高裁長官における司法運営の課題と方法(1)(2・完)」『民商法雑誌』80巻3号360頁、4号503頁(1979)参照。さらに、小島武司編著『調停と法—代替的紛争解決(ADR)の可能性—』3-97頁(中央大学出版部1989)、和田安弘「多元的紛争処理の試み—アメリカにみる一つの動き—」『都立大法学会雑誌』22巻1号1頁(1981)、大沢秀介「アメリカにおける代替的紛争解決運動に関する一考察」『法学研究(慶応義塾大学)』61巻5号327頁(1988)等参照。

(509) O. Fiss, *Against Settlement*. *supra* note 507 at 1076-78.

利益を優先させて作成した和解条項の在存する場合も、当事者はそれに拘束させられる惧れがある。このような代表の問題性はクラス・アクションにおいて特に顕著である⁽⁵¹⁰⁾。

さらに、ADR・和解は、和解が完全に判決に代替できることを基本的な前提としているが、これは、救済実現過程を軽視した見解である。和解は、たとえ同意判決に結実した場合でも、救済実現過程に対する裁判所の継続的関与の基礎を欠くこともある。同意判決に基づき、判決の履行の強制が求められることがあるが、裁判所は、いくつかの実例が示すように単なる同意に基づき裁判所侮辱罪による強制履行の権限を発動することを差し控える場合もあるからである。しかも、同意判決の修正が求められても、その形成過程における事実認定に欠けるため十分に対応しきれない惧れもある⁽⁵¹¹⁾。>

最後に、教授は、自己の基礎的な立場は、裁判の機能や使命に対する基本的な考え方の点で、ADR・和解の推進を説く見解とは異なるとされる。すなわち、この見解は、裁判が個人間の争いを解決し私益保護に奉仕すると考える。しかしながら、裁判官の職務は、私的な当事者の目的を極大化することではなく、また単に法的な「平和」を確保するだけのものでもない。裁判所は、憲法および法律に具体化された諸価値を実現することをその使命とするのである。この義務は、当事者の和解により免責されるものではない⁽⁵¹²⁾と論じられたのである。

このような教授の基本的な立場は、「民事訴訟とは、われわれの選択した様々な理想に対して、これまでのところ及びもつかない現実を接近させるように、市民が国家権力を利用するための制度的な枠組みなのである。」⁽⁵¹³⁾ という民事裁判制度の基本的な位置づけを生み出すことになるのである。

(510) O. Fiss, *Against Settlement*. *supra* note 507 at 1078-82. このような理由から、規則68条 (See *supra* note 452.) の改正案はクラス・アクションについては同条の適用を排除したとされる。See *id.* at 1080.

(511) O. Fiss, *Against Settlement*. *supra* note 507 at 1082-85.

(512) O. Fiss, *Against Settlement*. *supra* note 507 at 1085.

(513) O. Fiss, *Against Settlement*. *supra* note 507 at 1089.

さらに、O. Fiss教授は、1987年の論文“Justice Chicago Style”⁽⁵¹⁴⁾では、特に同意判決に対して、それが和解と同様の弱点をもつことを指摘されつつも、それが裁判所という公権力の利用形態をとる点で和解以上に問題があるとされる。ここで教授は特に、法と経済学に関するシカゴ学派の理論に依拠されたF. Easterbrook 判事の基本的な見解⁽⁵¹⁵⁾を厳しく批判されている。判事は、正義(justice)とは効率(efficiency)であり、和解の望ましさは、単にそれが裁判所の時間を節約し社会的な利益をもたらすばかりではなく、また和解当事者も、判決から得るであろう結果よりも和解のもたらす成果の方が好ましいとして選択する点にあるとされる。これに対して、O. Fiss教授は、次のような反対論を展開されている。

くこのように、正義を効率と考える見解には問題がある。まず、まさに合意に至ったというその理由から、和解条項が、本案判決で得られたであろうと考えられる結果以上であると推定してしまうのは不当である。また、訴訟のコストや裁判官の政治的な立場を考慮して和解が判決にまさると考えられた場合にも、その相対的かつ限定的にすぎない望ましさは、不利益を受けたすべての人々に望ましいものと誇張される惧れがある。さらに、和解の望ましさは和解の正しさにすりかえられることにより、法と裁判の明確な目的を軽視することになりかねないからである⁽⁵¹⁶⁾。

取引・和解が両当事者の地位を改善したり満足を極大化することは否定しないが、それは、裁判の機能に照らして妥当ではない。たとえば、公立学校における別学解消訴訟事件に対する裁判所の役割は、当事者の「嗜好(preferences)」の満足を極大化することではない。裁判とは、法に具体化された価値が解釈さ

(514) O. Fiss, *Justice Chicago Style*. 1987 U. CHI. LEGAL F. 1.

(515) See F. Easterbrook, *Justice and Contract*. *supra* note 448.

(516) O. Fiss, *Justice Chicago Style*. *supra* note 514 at 5. なお、教授は、次善的な手段であるADRを擁護する「左翼的な」論者は、社会的な資源の節約にはほとんど重きを置かず、むしろ、「公共的インジャンクション訴訟」事件の審理をレーガン(Reagan)大統領(当時)の任命した保守的な判事から隔離することを意図しているとされる。See *id.* at 4.

れ実現されるプロセスであり、正義とは、その過程の究極的な憧憬である⁽⁵¹⁷⁾。この意味で、裁判は、取引・和解よりも正義を生み出しやすいという利点があるのである。取引・和解は、個人中心の当事者構造を予定するので、この種の「公共的インジャンクション訴訟」事件にはそぐわない。ここにおける当事者の典型は、社会的なグループや官僚機構であり、第三者の権利・利益が常に取引対象となり傷つけられる虞れがある。取引・和解も、時には「神の見えざる手」によって、正しい結果に導かれるかも知れないが、司法作用ほどには正義に到達できないのである⁽⁵¹⁸⁾。

同意判決は、通常判決形成過程ほどには司法権の行使に対する規範的な制限に服さない形で形成されるが、通常判決と同様に裁判所侮辱罪の威嚇の下で執行されて行く。同意判決の形成過程では、十分に事実および法に関する審理が行なわれないので、判決形成過程に取って代えることはできない。仮に後の同意判決の実現過程でその修正や拒否が可能であるとしても、その形成段階における審理の不十分さをカバーすることはできない。形成された同意判決の基礎となった事実や法を明らかにできず、同意判決の目的を確定することもできないので、事情の変更や違反事実の発生の有無を判断できないのである。これに対して、法・裁判のプロセスは、単に紛争解決のための一形式という手段的な機能を営むだけでなく、同時に、生み出される判断（「判決」）自体の正当化機能をも営んでいるのである⁽⁵¹⁹⁾。

当事者が同意判決に至る理由は分かるが、しかし、訴訟・判決は、まさに当事者のために存在するのではなく、公的な目的のために奉仕するものであり、当事者により廃棄できるものではない。裁判官は、司法制度の受託者として活動すべきであり、公的な権限を私的な目的に流用するような当事者の要請を拒否すべきである⁽⁵²⁰⁾。〉⁽⁵²¹⁾

(517) O. Fiss, *Justice Chicago Style*. *supra* note 514 at 8.

(518) O. Fiss, *Justice Chicago Style*. *supra* note 514 at 10-11.

(519) O. Fiss, *Justice Chicago Style*. *supra* note 514 at 12-14.

(520) O. Fiss, *Justice Chicago Style*. *supra* note 514 at 15-16.

(521) このような O. Fiss 教授の見解に対する反論として、たとえば次のようなものが

このように、O. Fiss教授は、まず、自律的かつ主体的に和解内容を形成することができないのではないかという和解交渉主体の問題性を指摘される。そして、個人中心の当事者構造を前提とする和解は、「公共的インジャンクション訴訟」事件の処理方法としては不適切であり、和解交渉過程では、常に第三者の権利・利益が侵害される虞れがあるとされる。したがって、和解は判決には完全に代替することができず、裁判・判決の制度には、譲ることのできない固有の機能と使命が存在することを指摘されているのである。

b. J. Resnik教授の見解

近時の連邦裁判所において積極的かつ能動的な訴訟運営を行なっている裁判官を「管理者的裁判官 (managerial judges)」と喝破された J. Resnik 教授

ある。まず、A. McThenia & T. Shaffer, *For Reconciliation*, 94 YALE L. J. 1660 (1985) を挙げることができる。これは、ソクラテス (Socrates) が言ったように、正義は我々が共に歩き聞き愛するときに発見されるものであるという「対話的正義」の概念により、和解などのADRに対して基礎を与えようとする見解である (最終的には、訴訟事件について調停前置主義的な見解を主張されている)。これに対して、O. Fiss教授は、おおむね次のように批判されている。〈古ヘブライの世界ならともかく、現代社会にあっては、人々是对話や調停では満足せず、結局裁判所を利用する。両教授の提案は、そのさい、裁判所へのアクセスの障害となる惧れがある。さらに、そもそも対話自体時として不可能な場合もある。〉 See O. Fiss, *Out of Eden*, 94 YALE L. J. 1669 (1985). See also C. Menkel-Meadow, *For and Against Settlement*. *supra* note 480 at 498-506, 513 [「強制的な和解カンファレンス (mandatory settlement conference)」を積極的に推進することを主張されている C. Menkel-Meadow 教授は、おおむね次のように論じられている。〈O. Fiss 教授は、和解当事者間の力の不均衡を指摘するが、裁判官が和解交渉に関与することによりそれを克服することができる。settlement process と言っても、調停、仲裁、裁判官の主宰する和解など様々なものがあり十把一絡に扱うことはできない。確かに、紛争によっては裁判所の公権的判断が必要なものもあるが、ただ予めその選別を行なうことは困難であり、裁判所主導的な和解交渉が必要な場合もある。また、たとえ公権的判断が必要な場合でも、当事者は判決に盛り込まれるべき具体的救済方法よりも大きな救済を求めて訴訟から脱退することもある。O. Fiss 教授は、和解が判決による法創造の機会を奪うことを指摘するが、それを裏付ける経験的なデータはない。和解交渉過程に裁判官が介入し同意判決として言い渡すことにより、その内容的正当性が担保され、両当事者が合意に達しているので執行も容易に行なわれる。今や和解は一般的な行為形式となっており、焦眉の課題は、伝統的な審判者である裁判官が和解形成過程に関与する場合に、どのように活動すれば和解が最も効率的なものとなりうるかを考察することである。〉], Agent Orange case (J. Weinstein). *supra* note 346 at

は、まず1982年の論文“Managerial Judges”⁽⁵²²⁾の中で、連邦民事訴訟規則の下での和解促進政策が司法制度に対する危険性をはらんでいることを鋭く指摘されている。それは、法原理部門としての裁判所が、連邦議会により付託された権限を逸脱するかも知れないという危惧であった。積極的な司法運営は、裁判官の裁量にのみ委ねることはできず、仮にそうすれば、唯一合理的推論により公平無私に判断することが期待されている裁判官の職務や地位を危うくし、現在の対立当事者構造を廃棄して糾問的な裁判手続に変容させてしまうことになりかねず、裁判が行政化することにより司法的機能の息の根が止められてしまう虞れの存在することが指摘されたのであった。そして、裁判官の裁量に対するコントロールや裁判官の中立性の堅持の必要性が説かれたのである⁽⁵²³⁾。このような現状に対する基本的な評価から、ADRおよび和解・同意判決の制

760-61〔ここでは、クラス・アクションにおける和解の許可は、和解内容が予想される判決にどれだけ近いかではなく、グループの同意が存在するか否かに依存すべきであるという O. Fiss 教授の見解に対して、J. Weinstein 判事は、次のように批判されている。すなわち、個々人の同意を要するとするアプローチは、本件のような大規模なクラス・アクション事件では実際問題として採用できない。クラス・アクションは、全当事者を併合できないことを前提としている。クラス構成員は、弁護士や中立的な裁判官に頼らねばならない。陪審による個人の権利の判断を求める権利（デュー・プロセスの保障）が侵害されたとしてクラス構成員が和解に異議を申し立てることもあるが、それは和解の成立を妨げない。そのことに「同情」はするが、しかし個人の権利は道を譲らねばならない。そうでないと、他のクラス構成員や一般市民に対するクラス・アクション制度の利点が失われるからである、と述べられている。〕。

- (522) J. Resnik, *Managerial Judges*. *supra* note 125. この論考全体の内容については、加藤新太郎「管理者的裁判官の光と影—アメリカ合衆国における議論の展開—」『ジュリスト』953号103頁（1990）で紹介されている。さらに、基本的には J. Resnik 教授の志向される方向とは逆に、裁判官の積極的な訴訟運営の制度化を提唱されるものとして、マリリン・J・バーガー（吉野正三郎＝安達栄司訳）「アメリカ合衆国における裁判官の役割—管理者か、それとも単なる審判者か—」『ジュリスト』953頁109頁がある。ここでは、和解については、今日まさに裁判所という公の場における和解が、時宜を得た方法で統一的基準を用いて形成されねばならず、和解内容も公表されるべきであると主張されている。そして、立法論として、和解交渉を公にし、法的審査を維持し、事件類型ごとに和解の統一的基準を作成し、両当事者に和解の動機を提供することを目的とした和解規則の制定が提案されている。
- (523) J. Resnik, *Managerial Judges*. *supra* note 125 at 432-35, 444-45.

度に対しても、次のような批判がなされている。

まず、近時のアメリカにおける民事裁判に対する信頼の低下を詳細に論じた1986年の論文“Failing Faith”⁽⁵²⁴⁾において、特に裁判によりもたらされる利益が減少しつつあることを実証する好例としてADRの盛行を挙げ、その基本的な傾向に対して次のような批判を展開されている。

〈ADRは、「管理者的裁判官」像に基づいた訴訟運営と同様に、安いコストで結果を生み出す要請に由来する。両者は、当事者の同意に基づいた事件処理が裁判によるよりも幾分よいものであるという命題を共有している⁽⁵²⁵⁾。連邦民事訴訟規則制定当時の手続のフォーマットは、もはや今日の問題に対して適切に応接し得なくなったことを認めるとしても、多くの事件で、当事者間に力の不均衡が存在すること、弁護士が訴訟を食い物にする場合があること、さらに、正当な結果が生み出されにくいことに同意するならば、果たして、ADR・和解が、このような状況の下で、裁判以上によりよい帰結を導き出すことができるかどうか疑問である。また「同意」というラベルが、「判決」以上に問題解決に資するか否かも疑わしい⁽⁵²⁶⁾。〉

ADRが、その機能的拡大にふさわしい正当化事由を提示せずに判断形成を行なっていることは、とりわけ問題である。裁判官その他の判断形成者および、当事者ならびに弁護士は、規範的に拘束される必要がある。裁判は、決して完全ではないが、それは、直接的な判断受領者（当事者等）だけではなく市民全体に対しても責任を負う裁判官による判断の形成なのである。すなわち、裁判官は、市民が手の届くところで活動しなければならず、訴訟手続は、市民に見えるところで行なわれる。ほとんどの判断は、市民に報告されるのである。完全ではないにせよ、たとえば上訴などによる判断結果に対する再審査の場が用

(524) J. Resnik, *Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline*, 53 U. CHI. L. REV. 494 (1986) (hereinafter cited as J. Resnik, *Failing Faith*.).

(525) J. Resnik, *Failing Faith*. *supra* note 524 at 537. なお、「管理者的裁判官」の下で「公共的インジャンクション訴訟」の救済形成過程が当事者の同意によるプロセスに近似するものであることについては、特に本節2および註447とその本文を参照。

(526) J. Resnik, *Failing Faith*. *supra* note 524 at 544-45.

意されている。ところが、ADRは、判断結果の正当性を調査する方法を明言していない。迅速さと表面的なコストの低下という不完全な回答しか与えていないのである。それゆえ、ADR・和解に対して盲目的な信頼を寄せる人々に、公正かつ適正な紛争解決のための手続モデルを形成する職務を売り渡したくはないのである⁽⁵²⁷⁾。>

さらに教授は、1987年の論文“Judging Consent”⁽⁵²⁸⁾において、同意判決の制度に対しても、痛烈に批判されている。

〈まず、同意判決制度は、裁判所の審理を効率化されているが、それにより裁判所が処理しなければならない事件数のどれだけが減少することになるかを判断する手段をわれわれは持ち合わせていない。また、同意判決に至るまでの正味のコストが通常の判決よりも確実に少ないと言い切ることもできないし、同意判決は、その履行の確保が容易であるという点についても、同意判決がなければ和解条項につき一体どれだけの遵守しか引き出せないのかを明言することもできない。さらに、それが当事者自治を尊重し、当事者のコストの負担を減少させると言われているが、これについても、同意判決の利用可能性により判決の要求がどれだけ駆逐されるかに関する情報は乏しい。つまり、これらはいずれも経験的なデータを欠くのである⁽⁵²⁹⁾。

また、同意「判決」を言い渡すことにより、裁判所は、通常の私的な契約以上にその履行に関与しなければならなくなる。しかし、近時に至るまで、裁判官は許可のさいに何もして来なかった⁽⁵³⁰⁾のであり、裁判官の署名が、和解契約の強制のために司法的資源の提供を誓約するに十分なものとなるかどうか疑問である。特に、クラス・アクションの和解の許可のさいには情報が必要になるが、裁判所は、アドバーサリー・システムが作用していないために、訴訟資料・証拠資料を得ることができないのである（さらに、クラス・アクション許

(527) J. Resnik, *Failing Faith*. *supra* note 524 at 545-55.

(528) J. Resnik, *Judging Consent*. 1987 U. CHI. LEGAL F. 43.

(529) J. Resnik, *Judging Consent*. *supra* note 528 at 67-75.

(530) J. Resnik, *Judging Consent*. *supra* note 528 at 85.

可決定前の和解の場合には、同意判決として許可する基礎に欠ける。)⁽⁵³¹⁾。

ただ、従来の裁判例から、クラス・アクションにおける同意判決の許可手続を見た場合には、同意判決が「裁判的な」要素を有していると考えられることができるが、この手続をクラス・アクション以外の訴訟事件にも及ぼすことができるかどうかは疑問である。紛争関係者のすべてが合意しているので、当事者や弁護士の異議申立てはほとんど期待できないからである。ただし、裁判官が何か「裁判的な」ことをなす前提としては、進んで情報を提供しようとする異議申立人の存在、注意深く同意判決原案を精査できる司法的資源の存在、和解条項の案出またはそれに対する異議申立てに腐心する弁護士の存在、そしてそれに基づいて活動可能となるような情報の存在が不可欠となるのである⁽⁵³²⁾。〉

J. Resnik 教授は、近時ますます一般化しつつある和解交渉過程へ裁判官が関与する傾向に対して警鐘を鳴らされている。確かに、裁判官の積極的な関与により、和解内容の公正さが確保される可能性はあるが、しかしながら、ここでは、一般に規範に拘束されない放恣な行為がなされかねず、また裁判官が公平無私な第三者と言うより和解に関する「第三の当事者」となる惧れがあり、さらに後に自ら許可の審査をする同意判決原案の交渉に関与することになるので先入観を抱く可能性もあること⁽⁵³³⁾が指摘されている。

(531) J. Resnik, *Judging Consent*. *supra* note 528 at 75-85, 100-01.

(532) J. Resnik, *Judging Consent*. *supra* note 528 at 87-96.

(533) See J. Resnik, *Judging Consent*. *supra* note 528 at 99-101. このような事態を回避するためには、たとえば和解のために上述したスペシャル・マスターを用いることや(→本章第2節3), *MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION* 2nd ed. § 23.11 at 160 (West Publishing Co. 1985) の提案する手続が考えられる。後者は、訴訟当事者が和解という主題に接近しやすくするために、裁判官が、まず当事者が和解を考えているか否かを調査し、次に和解を考慮することを促し、そしていずれの当事者も自己の(将来予想される)本来審理の結果につき弱気を起こさせないように和解の主題を提示する手続である。これらの手続により、裁判官は、当事者との間に一定の距離を保つことができ、公平さの外観を維持することができるという指摘もある。See L. Warshawsky, *Objectivity and Accountability*. *infra* note 541 at 380-83.

なお、J. Resnik 教授はさらに次のように述べられている。〈表題に用いた「Judging Consent」とは、自家撞着である。裁判なしには判決を取得できない。

J. Resnik教授は、確かに、ADR・和解は、当事者の同意に基礎を置いた紛争解決手続ではあるが、しかし、その形成手続が規範的に制御されていないという問題性をはらんでおり、適切な「合意」が生み出されるか否か疑わしいとされる。しかも、ADR・和解の結果の正当性を検証することができず、さらには、ADRは裁判・判決に対して市民が抱いている期待を裏切るものであることが指摘されているのである。さらに、同意判決の制度が裁判所の審理を効率化していることを示す経験的なデータはなく、裁判所は、アドバーサリー・システムの基礎をなす「対立」的な要素を欠いた手続により、同意判決の内容的公正さを審査することはできず、和解促進政策が裁判官の中立性を損ない、ひいては司法制度を崩壊させかねないとの懸念を表明されているのである。

C. J. Coleman 弁護士=C. Silver 弁護士の見解

J. Coleman弁護士=C. Silver弁護士は、1986年の論文“Justice in Settlements”⁽⁵³⁴⁾において、まず基本的に、各当事者に本来受くべきものを与えることが正義の要請とするならば、和解は、おそらく決して正義の要請を満たさないであろうと主張される。そして、正義の要請に対して、当事者はどの程度正当な交渉をなすことができるか、和解を奨励する裁判所がどれだけ望ましいものであるかの視角から、和解をめぐる議論にフィロソフィーを吹き込むことを意図して⁽⁵³⁵⁾、次のように論じられている。

〈まず、和解促進の政策は、正義を犠牲にして効率性を優先させるものである。和解を志向する訴訟当事者は、一方で、本案審理の結果生じるかも知れない最悪の状態を回避できると考える場合もあるが、他方、本案判決で得られたかも知れないものを失い（原告側）、もしくは失わずに済んだものを失う（被

裁判は、同意に基づいてではなく争いに基づいて行なわれるからである。これでは、同意判決に基づき裁判所侮辱罪の権限の発動が申し立てられることもあるので、我々の司法的資源が我々のほとんど知らない取引のために流出することになってしまう惧れがある。〉 See *id.* at 101.

(534) J. Coleman & C. Silver, *Justice in Settlements*, 4 Soc. PHIL. & POLY 102 (1986). なお、J. Coleman 弁護士は、Agent Orange事件において、Special Settlement Master を務めたとされる。

(535) J. Coleman & C. Silver, *Justice in Settlements*. *supra* note 534 at 104.

告側) こともある。裁判にかかる費用・時間・労力が、正義の貫徹を妨げ、正義が効率性に道を譲っているのである⁽⁵³⁶⁾。

また、合意した両当事者が、当事者間および当事者・第三者間で、必ずしも公正な和解条項を締結するとは限らない。和解条項は、時として当事者間の力の格差を反映する不公平なものであったり、また、第三者に不利益を与える不公正なものであったりするからである⁽⁵³⁷⁾。

裁判官は、同意判決の申立てがあった場合に、公的な政策 (public policy) に反する和解を不許可にすることができる。しかし、裁判官が、事実や争点に精通していない場合には、和解の不許可を躊躇したり、難点を看過してしまう虞れもある。それは、裁判官が、和解を望む当事者に自己の締結した和解内容の不備を指摘させることができないからである⁽⁵³⁸⁾。〉

そして、最後に、上述の O.Fiss 教授の指摘を踏まえて、次のように⁽⁵³⁹⁾論じられている。

〈和解は、市民に利用できる裁判上の先例などの情報量を増加させない。これは、和解の奨励が、「公共財 (public goods)」を増加させないことを意味している。それゆえ、単に訴訟当事者だけではなく第三者に対しても有益な法的情報を提供できる訴訟・判決の方が、新たな「公共財」を創造する点で効率的と考えられるのである。司法制度の維持のために税金を利用することを正当化する議論⁽⁵⁴⁰⁾ は、訴訟は請求権や先例の形式で新たな情報を提供してくれるので、国民は、安価なフォーラムの創造を通じて訴訟・判決の制度を支援すべきである、と言うものである。しかしながら、和解の場合には、一般には先例な

(536) J. Coleman & C. Silver, *Justice in Settlements*. *supra* note 534 at 106-08.

(537) J. Coleman & C. Silver, *Justice in Settlements*. *supra* note 534 at 109-10, 113-14.

(538) J. Coleman & C. Silver, *Justice in Settlements*. *supra* note 534 at 112-13.

(539) *See id.*, at 114-16.

(540) *See* R. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 2nd ed. 400-01, 419-27 (Little, Brown & Co. 1977).

どの情報が産み出されないので、市民は、司法制度への「投資」の見返りとしてほとんど何も得ることはできないのである。〉

なお、ここでは、すべての紛争が判決により解決されるべきであるとか、非公式な紛争解決手段を一切排除すべきであると論じられているのではなく、訴訟審理には、見過ごされがちではあるが、和解では決して生み出すことのできない「公共財」の創造という価値が存在することが指摘されているのである⁽⁵⁴¹⁾。J. Coleman弁護士=C. Silver弁護士は、和解が、本来受くべきものを当事者に与えるべきとする正義の要請に合致しないものであり、特に当事者間の和解により第三者の利益が害される場合もあり、同意判決の許可手続において、裁判官は、情報不足から必ずしも適正な判断ができないことを指摘されているのである。

* * *

先に述べたように、確かに和解・同意判決の制度は、私的な和解や訴訟には存在しない利点があった。しかし、他面ここで述べたように多くの欠点も伴う。

(541) このような基本的見解に立って、J. Coleman 弁護士=C. Silver 弁護士は、特に大規模損害賠償訴訟事件における賠償金ファンドの公平な分配方法を詳細に検討されている。See J. Coleman & C. Silver, *Justice in Settlements*. *supra* note 534 at 119-42.

なお、校正中に接することができた Comment (L. Warshawsky), *Objectivity and Accountability: Limits on Judicial Involvement in Settlement*, 1987 U. CHI, LEGAL F. 369 [hereinafter cited as L. Warshawsky, *Objectivity and Accountability*.] にも、次のような興味深い記述が見られる。〈和解交渉過程に裁判官が積極的に関与すれば、もしも和解が成立しなかった場合に、裁判官は、本案審理を公平に行なうことができなくなる惧れが生じる。関与する裁判官は本案審理の主体であるので、和解交渉での事実や法に関する見解は、和解当事者に「外圧」を加えかねない。しかもその見解は、万一上訴審理を受けたとしたら破棄されてしまう類のものである場合もある。〉See *id.* at 369-71, 374-79. そして、公平な司法運営の要請と効率的な司法運営の要請との衝突を解消するために、和解を強制しない形で奨励すべきことを主張されている。すなわち、まず、裁判官が当事者と一定の距離を保ちつつ和解の奨励を許す技法 (See *supra* note 533.) が採用されねばならない。しかも、司法の中立性を保持できるように司法的な行為に対する公的精査 (public scrutiny) の途が開かれていなければならない。そのためには、裁判官の面前で和解が論じられるあらゆる場合に、その記録のための文書が作成されなければならない。これにより片面的なコミュニケーションの危惧を払拭できる、とされるのである。See *id.* at 386-87.

その利点を害さず、欠点を克服する途が探求されるべきである。確かに和解という紛争解決システムが社会的に存在し、現実によくの事件が同意判決により解決されており、その制度に利点が認められる以上、訴訟制度と同様に確実かつ適正なメカニズムが、同意判決の制度に付与されなければならないであろう。その考案が裁判所の使命である。

ところが、そのような裁判所の活動により、同意判決は、通常の私的な和解ほどには、係争人にとって望ましいものではなくなるかも知れない。司法的資源の浪費を防止し第三者の権利を害さないために、裁判所は、その限りで積極的な役割を演じなければならないと考えられるからである。しかし、T. Mengler 教授⁽⁵⁴²⁾ が指摘されるように、裁判所による同意判決の形成過程に対する過度の干渉は、同意判決の効用を減殺し、当事者によるその有効な活用を躊躇させる恐れが存在する。したがって、和解形成過程の適正化の探求は、裁判所の積極的役割の限界設定という微妙な問題をはらむことになる。

ただ、ここで若干詳しく和解、同意判決に対する批判を見て来たのは、和解的な紛争処理の奨励という一般的な傾向と、特に「公共的差止訴訟」事件に関する我が国の現状の認識を前提としている。この種の訴訟事件における和解の活用から生じる利点や難点を見極めたうえで適切な制度運営がなされるべきであると考えたからである（→第7章）⁽⁵⁴³⁾。

B. 第三者およびクラス構成員に対する救済制限の問題

和解・同意判決の制度は、かなりの利点があるものの、有力学説が指摘するように、いくつかの問題点もはらんでいる。さらに付言すれば、上述の利点の

(542) T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*, supra note 448 at 336.

(543) さらに、近時とみに活用されつつある「和解兼弁論」について、裁判の制度的使命や機能に照らした評価の必要性を感じたからである。すなわち、裁判（口頭弁論を経た判決）に期待されている役割、「和解兼弁論」過程の規範的な制御可能性、市民に開かれた場で行なわれず結果に関する再審査をも排除することを正当化する理由、「和解兼弁論」に馴染む事件の選別基準、そして生み出された結果の点でも客観的に公正かつ適切なものであることの保障等が特に明確化される必要がある。ただし、「公共的差止訴訟」事件が、「和解兼弁論」の形式で処理されるとすると相当問題があるように思われる。さらに、後述5)を参照。

指摘のさいに若干言及した同意判決の文言の曖昧さに由来する問題も挙げることができる。具体的救済方法の特質に配慮した公正な和解内容を確保するためには、これらの問題のすべてが解消されねばならない。同意判決の形成過程における適正化が図られなければならないのである。

しかし、以下では、上述の利点を述べたさいに示唆した第三者の権利・利益が侵害される虞れに関する問題を中心に論じ、その克服の方向性を模索して行きたい（曖昧な判決に由来する問題の解決については、後に第4章第2節で論じる。）。「公共的インジャンクション訴訟」事件では、具体的救済方法の多様性という特殊性が存在し、多様な救済内容に応じた多様な利益主体が発生する可能性があるため、その相剋の解決が焦眉の課題となるからである。したがって、ここで言う「公正さ」とは、第三者およびクラス構成員に不利益を与えないことを指す。

以下では、まず初めに、同意判決があるグループに対して不利に作用する場合を、3つに分けて論じたい。これが本稿の中心課題である。それは、訴訟当事者間の和解に由来する同意判決が、非当事者である第三者の権利・利益を侵害する虞れのある場合である（→a）。この場合、訴訟形態がクラス・アクションであるか否かを問わない。次に附論として、「公共的インジャンクション訴訟」事件の通常形態である原告側のクラス・アクション訴訟において、代表原告およびクラス弁護士が被告との間で締結した和解契約に由来する同意判決が、原告のクラス構成員に不利益を与える虞れの原因を探りたい（→b）。

a. 同意判決における第三者の権利・利益の侵害形態

まず、訴訟当事者間の和解に由来する同意判決が、非当事者である第三者の権利・利益を侵害する虞れのある場合がある。当事者、特に原告側がクラス・アクションである場合には、クラスに属しない第三者もこれに属す。このような場合には、同意判決は、少なくとも以下に述べるような第三者に対して不利益に作用する⁽⁵⁴⁴⁾。このような第三者の識別は、その保護手段（→4）を考え

(544) 以下の論述は、T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*, *supra* note 448 at

るさいの基礎となる。

(i) 第三者による同意判決に対する攻撃の制限

まず第1に、同意判決の文言が第三者の財産権または契約上の権利を害することにより、和解当事者（被告）に対して提訴権を有している第三者の地位が、同意判決の言渡前よりも悪化する場合が存在する。たとえば、雇用差別解消訴訟事件において、差別を受けているマイノリティ保護のために採用および昇進のさいに使用者が積極的な行為（affirmative action）⁽⁵⁴⁵⁾をなすべきことを規定した同意判決が、裁判所により許可されたとする。すると、マジョリティに属する労働者は、判決言渡前よりも、その地位が相対的に悪化するであろう。実際、それにより、労働協約上の権利が害される虞れが存在するのである。確かに、マジョリティは、その条項に法的には拘束されず、その労働者の権利は依然として有効である。しかし、マジョリティは、マイノリティの地位が向上した結果その地位が相対的に低下したことを理由に、以前の経済的地位を回復するために交渉または訴訟により使用者に働きかけなければならないので、同意判決は、まず実際問題として事実上の障害になる。

ところがさらに実際、裁判所は、通常の判決ではなく同意判決の場合でさえ、極端に先の司法的判断を覆すことに消極的である。第三者が、言い渡された同意判決の内容を争う別訴を提起しても、本案審理がなされずそれが却下される場合があるのである。これは、「付随的攻撃の排斥（collateral attack bar）」理論と呼ばれている。

この理論は、連邦下級審裁判所により形成されて来た法理であり、元の訴訟手続に訴訟参加することが許されたと考えられる第三者が、その訴訟手続に訴

332-34 および L. Kramer, *Consent Decrees*. *supra* note 448 at 332-34に負うところが大きい。

(545) これについては、たとえば、西村『前掲書（『アメリカにおけるアフェーマティブ・アクションをめぐる法的諸問題』）（註22）』、同「前掲論文（『アフェーマティブ・アクションをめぐる三判決』）（註22）」参照。

訟参加しなかった場合に、同意判決を攻撃する別訴を却下するものである⁽⁵⁴⁶⁾。したがって、この理論によれば、第三者は、同意判決が言い渡されその執行のために裁判管轄権が保持されている裁判所に訴訟参加を申し立てねばならなくなるので、第三者は、法廷地選択権を制限されることになる（そのさい、裁判所は同意判決手続に訴訟参加をするようにアドバイスする⁽⁵⁴⁷⁾こともあるとされる。）。しかも、訴訟参加には、適時性の要件が存在するので、参加申立てについて時間的な制約を受けることになる。また仮に、訴訟参加が認められたとしても、争うことができる争点が限定されれば、その訴訟遂行上の地位も制約を受けることになるのである⁽⁵⁴⁸⁾。

このような理論を正当化するものとして、次のような理由⁽⁵⁴⁹⁾が考えられると言われている。すなわち、もしもこの理論が認められないとすると、和解当事者は、後に同意判決に対する第三者の攻撃を受けることを恐れ、和解ひいては同意判決に赴く意欲を失うことになりかねない。このことはたとえば Title IV 事件（雇用差別解消事件）などのように、任意かつ自主的な紛争解決を奨励する立法趣旨を毀損することになる。また、裁判所が第三者による別訴を審理することは、先に同意判決の原案の審理が行なわれている裁判所または先

(546) See e. g. Thaggard v. City of Jackson, 687 F. 2d 66, 68-69 (5th Cir. 1982) [本件は、雇用差別解消関係事件であり、この法理が適用され、マジョリティの別訴が却下された。]。Marino v. Ortiz, 806 F. 2d 1144, 1146 (2d Cir. 1986) [本件も雇用差別解消関係事件であるが、マジョリティの別訴が却下された。]、C. Cooper, *Collateral Attack Doctrine*. *supra* note 497 at 157-64, T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 319. See also L. Kramer, *Consent Decrees*. *supra* note 448 at 332 [この理論は、同意判決が第三者の権利を侵害する行為をなすことを債務者に命じているゆえに同意判決の執行が禁止されるべきである、という第三者の請求を排斥するものであるとされる。]。

(547) See e. g. Marino case. *supra* note 546 at 1146.

(548) 以上は、L. Kramer, *Consent Decrees*. *supra* note 448 at 332 による。

(549) See e. g. M. Schwarzschild, *Private Bargain*. *supra* note 212 at 919, 922-23, Comment (M.Recktenwald), *Collateral Attacks on Employment Discrimination Consent Decrees*, 53 U. CHI. L. REV. 147, 165-72 (1986) [hereinafter cited as M.Recktenwald, *Collateral Attacks*.], T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 319, L. Kramer, *Consent Decrees*. *supra* note 448 at 332-333. Cf. T. Jost, *From Swift to Stotts*. *supra* note 476 at 1129-31.

は先に同意判決を言い渡した裁判所に対して「礼讓 (comity)」を欠く結果になり、しかも先の裁判所の審理を蒸し返すことになるので司法運営の効率性にもとる結果になる。さらにまた、矛盾した判決の生じる虞れもあることが、その理由として挙げられているのである。これらの基礎には、ひとつの事件は単一の訴訟手続で解決すべき要請が控えている。

しかしながら、近時この「付随的攻撃の排斥」理論に対しては、一部の裁判例および学説上デュープロセスの要請に鑑み違憲の疑いが投げかけられている。たとえば、ジョージア州における雇用差別解消訴訟事件である Reeves 事件⁽⁵⁵⁰⁾で、連邦控訴裁判所は訴訟参加の申立ては却下したものの、別訴の可能性について次のように判示した⁽⁵⁵¹⁾。

＜明らかに、同意判決は、明示的または黙示的に同意した人々のみを拘束するにすぎない。訴訟参加申立人の利益が元の訴訟当事者により適切に代表されていないならば、訴訟参加が却下された場合にも、独立した別訴を提起することができる。権利侵害を主張するための在廷期日 (day in court) を同意判決の非当事者から奪う限りで、われわれは、金銭的またはその他の点で負担を伴う訴訟を、同意判決に基づき「許されない付随的攻撃 (impermissible collateral attack)」として排斥することはできない。＞

また、後述のように学説上も厳しく批判されている(→4)(F)。前訴において当事者ではなくまた当事者と依存関係にもない者は、res judicata によりその請求権の主張を排斥されないのである⁽⁵⁵²⁾。したがって、このような第三者

(550) Reeves v. Wilkes, 754 F. 2d 965 (11th Cir. 1985).

(551) *Id.* at 971-72. ここでは、先例として同じ第11巡回区控訴裁判所の United States v. Jefferson County, 720 F. 2d 1511 (11th Cir. 1983) を援用している。また、連邦最高裁判所では、「付随的攻撃の排斥」理論を適用した上述の Thaggard 事件 (See *supra* note 546.) の裁量的上告を否定した1983年の Ashley 判決 (Ashley v. City of Jackson, 464 U. S. 900, 901-02 (1983)) において、W. Rehnquist 判事および W. Brennan 判事が、デュー・プロセスの見地から反対意見を書かれている。

(552) See e. g. T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*, *supra* note 448 at 319, L. Kramer, *Consent Decrees*, *supra* note 448 at 332. Cf. Thaggard case, *supra* note 546 at 68-69 [ここでは、非常に奇妙なことに、res judicata の法理に大幅に依拠して「付随的攻撃の排斥」理論を導き出している。].

の権利・利益が、その者の与り知らぬところで取り引きされ、切り詰められるような事態は回避されねばならない。同意判決の形成過程において、裁判所は、何らかの方法でこのような第三者に訴訟関与させ、意見陳述の機会を付与しなければならない。しかも裁判所は、このような第三者の権利・利益を害する形で同意判決が形成されないように配慮しなければならないであろう。

(ii) 第三者による同意判決の拡充的な利用

次に第2に、同意判決により、第三者が後の別訴において法律上享受しうると考えられる具体的救済方法の「すべて」を得ることが妨害される虞れのある場合がある。これは、第三者が、既存の同意判決に満足せず、法の許容する限りそこで与えられた以上の具体的救済方法を得ようとするさいに、その同意判決の存在が妨げになる場合である。

たとえば、公立学校における別学解消訴訟事件で、連邦政府と教育委員会が穏便な別学解消プランを内容とする同意判決を取得したとする。それについて、当該学区におけるマイノリティ（第三者）は、その内容が、法の要求する水準に達しないと考える場合もある。また、反トラスト法違反事件において、競争関係にある企業間における違法行為の排除措置を規定した同意判決が、反競争行為を適切には排除していないと考える消費者が、より以上の排除措置を求める場合もある。このような第三者が訴えを提起した場合に、彼らは法の認める一定水準の具体的救済方法を得るさいに困難に直面するかもしれない。裁判所によっては、既存の同意判決を、第三者のためにより以上の具体的救済方法を付与するためのいわば「スプリングボード」として利用することを拒否する場合もある⁽⁵⁵³⁾からである。つまりたとえば、先の例で学区内のマイノリティや消費者は、それ以上の救済に値しないと判断されるかも知れないのである⁽⁵⁵⁴⁾。

(553) See e. g. M. Schwarzschild, *Private Bargain*. *supra* note 212 at 916-17, D. Shapiro, *Some Thoughts on Intervention before Courts, Agencies, and Arbitrators*, 81 HARV. L. REV. 721, 739 (1968) [hereinafter cited as D. Shapiro, *Thoughts on Intervention.*], T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 333.

(554) *But see e. g. Williamson v. Bethlehem Steel Corp.*, 468 F. 2d 1201, 1203-04 (2d Cir. 1972) [ニュー・ヨーク州におけるある企業の雇用差別解消訴訟事件

このような第三者の危惧は、払拭されなければならないであろう。内容的には先の当事者間の判決と比較して追加的かつ拡充的な具体的救済方法が第三者から求められた場合には、裁判所は、本案審理の結果適切と判断したときには、その救済を付与しなければならないであろう。

(iii) 第三者に対する事実的な不利益

さらに第3に、提訴権を有していないので当事者適格のない第三者が、不利益を受ける場合がある。彼らが、被告と同じ社会または共同体に居住しているので、彼らは、従前の行為を変更し、同意判決に従った行為をなすように、事実上強制されることもあるのである⁽⁵⁵⁵⁾⁽⁵⁵⁶⁾。当事者適格を欠くことは、その者による(単独の)訴訟遂行が許されないことを意味するにすぎず、勿論その者の利益が裁判上無視されてもよいことを意味するものではない。裁判所は、少数者(社会的な弱者)を保護することのできる窮極的な国家機関であり、判決内容が社会的な妥当性を担保できるために、とりわけ「公共的インジャンクション訴訟」事件においては、その判決効の及ぼす広汎な影響力に鑑み、裁判所は、

で、マイノリティの労働者は、先の訴訟事件で連邦政府(先の事件の原告)によって得られた具体的救済方法を超える救済を求めることを妨げられないと判示された。]。ちなみに付言すれば、ここで述べた第三者は、言い渡されたインジャンクションの結果一定の利益を得た者である。より基本的には、その第三者の合意なしにこのような利益を付与すること自体の妥当性の問題もある。この文脈では、我が国の民法537条2項の規定が参考になる。ただし、この種の第三者でより以上の具体的救済方法を求める者は、そのような利益の享受について追認があると言えるであろう。

(555) T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*, supra note 448 at 334. なお、公共利益グループが提訴する場合には、単に、被告の行為を正すためだけでなく、一般市民に対するメッセージも含んでいる。Id.

(556) なお、第三者の権利に対する弁護士配慮に関する規定として、アメリカ法曹協会の弁護士業務模範規則第4・4条 (AMERICAN BAR ASSOCIATION, MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT OF 1983 §4・4)に、次のような規定がある(朝日純一ほか編著『弁護士倫理の比較法的研究〔法政大学現代法研究所叢書7〕』96頁〔長谷則彦訳〕(日本評論社 1986)による。)

「弁護士は、依頼者を弁護するに際し、第三者を困惑させ、手間どらせ、又は苦惱させること以外の実質的な目的のない手段を用いてはならず、また、証拠の収集において第三者の法律上の権利を侵害する方法を用いてはならない。」

諸種の利益に対して目配りの行き届いた考慮をなすことができるための手続機構を設置することが不可避免的に要請されるのである。

b. 附論 特にクラス・アクションの同意判決におけるクラス構成員の権利・利益の侵害原因

これまで述べて来た第三者の不利益に対する保護の手段を論じる前に、附論として、特にクラス・アクションの和解によりクラス構成員の権利・利益が侵害されるに至る特殊事情を簡単に見ておきたい。別稿⁽⁵⁵⁷⁾において、この種の訴訟の和解におけるクラス構成員の保護に関する問題を検討したが、そのさい、紙数の関係から、その問題の由来する原因にはほとんど言及できなかつたからである。また、「公共的インジャンクション訴訟」はクラス・アクションで提起されていることが多く、aで述べた第三者以外に、原告側の中にさえも、最適な具体的救済方法の内容をめぐる争いが生じる虞れがあることを指摘したいからである。一般的に言って、クラス・アクションという制度自体、その訴訟遂行のためには多大な費用・時間・労力がかかり、和解という結果が生み出される可能性が大きい。それゆえに、そのような問題が、まさに和解交渉の過程で増幅される危険が存在するのである。

以下では、クラス構成員とは、クラス代表にならなかつたクラス・メンバーを言う。たとえば、原告側のクラス構成員は確かに「当事者」ではあるが、ただ、代表原告（またはクラス弁護士）と被告が和解し同意判決を得る場合には、特殊事情からクラス構成員があたかも上述の第三者のように権利・利益を侵害される虞れが生じるからである。

これは、最適な具体的救済方法の内容をめぐる、当事者特に原告側に多極化現象が生じることに由来する。この種の訴訟事件において存在する多様な具体的救済方法の中から、どれが選択されたかによって、交渉当事者（代表原告）以外の者に対する影響力が微妙に異なるからである。以下では、「公共的イン

(557) 川嶋「前掲論文(『公共訴訟』事件における公正な和解内容の確保と裁判官の役割)」(註16)

ジャンクション訴訟」の通常の形態である原告側のクラス・アクションに限定して論じて行きたい。

一般にクラス構成員は、訴訟中、通常在廷することはない。個々の依頼者が訴訟活動を一定程度コントロールできる伝統的な訴訟事件とは異なり、クラス構成員および潜在的なクラス構成員（実現には当事者とならなかったクラス・メンバー）は、クラス代表およびクラス弁護士を頼らざるをえず、訴訟をコントロールできないにもかかわらず、訴訟の結果に拘束されるのである⁽⁵⁵⁸⁾。

ただし、このような多極化現象が通常の判決形成過程（訴訟手続）において生じたならば、実定法上の諸種の規制（例、クラス・アクションとしての許可要件（規則23条(a)項）、サブ・クラス化（規則23条(b)項(2)号）等）により、予め対処できる余地がある⁽⁵⁵⁹⁾。しかし、和解交渉は全く秘密裡に行なわれることも多く、以下で述べるようなクラス・アクション事件の構成主体それぞれの利害や思惑が相当異なることも考えられる。たとえば、代表原告とクラス構成員の対立、クラス構成員とクラス弁護士の対立、クラス構成員間の対立等が生じ、具体的救済方法を主張する主体間に多極化が生じることが、従前から指摘されて来たのである⁽⁵⁶⁰⁾。それゆえ、公正な和解内容を確保するために、同意判決の形成過程（和解の許可手続）において裁判官の担うべき役割の重要性がクローズ・アップされて来るのである。

(558) See e. g. *Developments in the Law-Class Actions*, 89 HARV. L. REV. 1318, 1394-402 (1976) [hereinafter cited as *Developments-Class Actions*.]. S. Lazos, *Class Action Settlements*. *supra* note 448 at 308 & n. 3.

(559) See e. g. *Special Project: Remedial Process*. *supra* note 26 at 899-901.

(560) See e. g. D. Bell, *Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation*, 85 YALE L. J. 470 (1976) [hereinafter cited as *D. Bell, Serving Two Masters*.] (reprinted in *LIMITS OF JUSTICE* *supra* note 48 at 569.), T. Wilton, *Interest Advocacy*. *supra* note 217, D. Rhode, *Class Conflicts in Class Actions*, 34 STAN. L. REV. 1183(1982) [hereinafter cited as *D. Rhode, Class Conflicts*.], P. Gewirtz, *Remedies and Resistance*. *supra* note 139 at 594-95, J. Weinstein, *Litigation Seeking Changes in Public Behavior and Institutions—Some Views on Participation*, 13 U. C. DAVIS L. REV. 231, 233-34 (1980) [hereinafter cited as *J. Weinstein, Participation*.].

次に、その多極化した主体ごとに、和解に対するインセンティブを見て行くことにしたい。

(i) 代表原告 規則23条の要件の中で、クラス利益の公平かつ適切な代表という要件の充足が、この種の訴訟における実体的かつ手続的な公平を確保するための中心課題となる⁽⁵⁶¹⁾。この種の訴訟では、クラス構成員は、自己の利益保護のために、個々的に訴訟活動を行なうことができず、代表原告およびクラス弁護士に頼らざるをえないからである。

ところで、O. Fiss 教授⁽⁵⁶²⁾ が指摘されたように、一般に「公共的インジャンクション訴訟」事件における原告側は「犠牲者 (victim)」、 「代弁者 (spokesman)」そして「受益者 (beneficiary)」という3層構造の形態をなしている。伝統的な訴訟では、これらそれぞれの立場が1個人により担われているが、これに対して、この種の訴訟では、その一体性が分解し、「犠牲者」である個々人の主張が社会的なグループのそれに変化し、勝訴判決を享受する「受益者」も必ずしも「犠牲者」と同一範囲であるとは限らないという現象が生じる。特に「犠牲者」が広汎にわたる場合(例、人種別学解消訴訟事件)や、有効適切な主張をなすことができない場合(例、精神病院の改善訴訟事件)には、その主張の「代弁者」が不可欠となるのである。

まず、「代弁者」が複数存在する場合に問題が生じる。この種の訴訟事件では、具体的救済方法が多数存在するので、そのいずれが「犠牲者」グループに利益となるかについて、「代弁者」間で意見の衝突が生じるのである⁽⁵⁶³⁾。そこ

(561) *Developments-Class Actions. supra note 558 at 1471-75.*

(562) O. Fiss, *Forms of Justice. supra note 119 at 18-22.* この点については、さらに、藤倉「前掲論文(「アメリカにおける公共訴訟の一原型」)(註22)」277-79頁参照。

(563) *See e. g. D. Bell, Serving Two Masters. supra note 560 at 482-87, A. Chayes, Role of the Judge. supra note 24 at 1296 & n. 71, Special Project: Remedial Process. supra note 26 at 899-901, T. Wilton, Interest Advocacy. supra note 217 at 37-38, O. Fiss, Forms of Justice. supra note 119 at 21, D. Horowitz, Organizational Change. supra note 26 at 1291-92.* ちなみに、連邦政府の提起した「公共的インジャンクション訴訟」において、被害者の中で多極化が生じた場合には、司法省がそれぞれの見解を適切に汲み上げ、その

では、現状を打開するために和解へのインセンティブが働き、抜駆け的に1代表原告と被告が和解する惧れもある。

また、訴訟に関する費用の支払いを支配するシステムは、代表原告がトライアル前に和解をする経済的インセンティブを与えるとされる。勝訴できなければ、代表原告は、弁護士費用やクラス構成員に対する通知の費用等をも含めて、訴訟費用につき責任をもたねばならないからである⁽⁵⁶⁴⁾。訴訟で勝訴するかまたは和解できた場合のみ、それらの費用は、クラス全体で負担されることになり、弁護士費用も、クラスのファンドから支出される。このように、代表原告は、和解により、敗訴に伴う経済的リスクを回避することができるのである⁽⁵⁶⁵⁾。

(ii) クラス弁護士 クラス弁護士も、代表原告と同様に、訴訟遂行よりも和解の成立に強いインセンティブをもっている。終局判決に至るまで訴訟遂行することによりかかるコストが、プリトライアルで和解した場合のコストよりもはるかに大きくなるのは明白であるとされる。理論的には、弁護士自身は、敗訴した場合でも金銭的なリスクを負うことはない。なぜならば、代表原告が、費用を負担するからである。しかし、実際には、代表原告はしばしばその費用を負担するだけの資力の無い私人である場合がある。クラス弁護士は、通常、勝訴した場合にのみ回収できることを期待して、いわば「前貸し」をすることになるのである。したがって、弁護士は、和解による場合には報酬を確保する

各々の利益を代表することが極めて困難であることについては、R. Moss, *Participation. supra* note 467 at 1828-29 を参照。

(564) S. Lazos, *Class Action Settlements. supra* note 448 at 312.

(565) なお、大規模損害賠償請求事件では、代表原告をも含んだクラスの構成員が、(和解からであれ判決からであれ)クラスで得た損害賠償額を平等に分配するという政策は、より多額の賠償額の確保を考える代表原告が和解に赴く別の動機づけを与える。つまり、代表原告にとっては、本案敗訴の危険は、和解で得られる以上の賠償額の取得によってのみ克服できると考えられる。しかし、代表原告をも含めて、「増加した賠償額」もクラスで公平に分けることになるので、その金額の増加も、代表原告が訴訟で特別に出資した費用を償うに十分とはならない場合もあるからである。それゆえ、代表原告は、自己に対するより多額の賠償額の確保が可能となる和解を望むこともあるのである。

ことができ、「前貸し」の焦げ付くリスクを回避できる⁽⁵⁶⁶⁾⁽⁵⁶⁷⁾とされているのである。

和解達成に対するクラス弁護士の強いインセンティブは、クラス・アクションの構造的な弱点⁽⁵⁶⁸⁾と言えるであろう。まず、裁判所は、これまで、代表原告とクラス弁護士の間において判断を形成する権利の適切な分配を明確化しておらず、裁判所は、クラス弁護士に訴訟をコントロールすることを許して来たとされる。多くの事件でクラス代表は、情熱を傾け訴訟を運営するに必要な知識、利益および能力を持ち合わせていない⁽⁵⁶⁹⁾とされるのである。また、クラス構成員個人も、具体的救済方法により得られる賠償額が一般には少ないので、積極的にクラス弁護士の活動を監視しようとする意欲に欠けるからである。それゆえ、クラス弁護士が、事実上のクラス代表の観を呈することになる。したがって、倫理的な弁護士であっても、クラス構成員の利益との衝突がある場合に、和解交渉過程でクラス全体の利益を適切に代表するに必要な中立性を維持することができなくなることもある。自己の固有の利益を追求するために、クラス・アクション制度の利用を許してしまうことにもなりかねない。ただし現実には、弁護士費用も含めて、この種の訴訟事件における訴訟活動を支えているのは、公民権保護を目的とする団体（たとえば、NAACP, ACLU (American Civil Liberties Union) など）である。これらは、時として、代

(566) See S. Lazos, *Class Action Settlements*. *supra* note 448 at 314-15, J. Cooper & T. Kirkham, *Class Action Conflicts*. 7 LITIGATION, 35, 36 (1981).

(567) また、大規模な損害賠償訴訟事件において勝訴の見込みが強い場合でさえ、クラス弁護士は、和解に強い動機をもっている。弁護士の経済的利益は、時間や労力を別にすれば、賠償総額にある。したがって、広範囲にわたるディスカバリーや長期の本案審理および上訴の後にのみ得られる多額の賠償金よりも、費やした労力に比して高い割合の成果が得られる「小さな和解」からの方が、より多くの利益を得られる場合があるのである。したがって、多額の賠償金が予想される場合でも、弁護士が第三者に不利益を与える和解を差し控える十分な誘因にはならないのである。See *Saylor v. Lindsley*, 456 F. 2d 896, 900 (2d Cir. 1972) [本件は株主の代表訴訟である。]。

(568) See S. Lazos, *Class Action Settlements*. *supra* note 448 at 312, 316-19.

(569) See e. g. D. Rhode, *Class Conflicts*. *supra* note 560 at 1203.

表原告をも含めた被害者の「代弁者」となることもある。実際には、代表原告となった個人が、常に、大規模なクラス・アクションの費用等を出損できる資力やそれだけの利益を持ち合わせているとは限らないからである。その団体の目指す目的とクラス構成員の利益との間に、衝突が生じる場合もある。基本的には、公民権保護団体は、Brown 判決（→第2章第2節）が教育内容の改善ではなく人種による別学の解消を象徴していると考えているので、教育改善を内容とする具体的救済方法を求めない場合がある。たとえば、公立学校の人種別学解消訴訟において、黒人住民の側が、バス通学による人種比率の平等化にあまり固執せず、むしろ黒人生徒をめぐる教育環境の改善を望むのに対して、訴訟を支援する団体およびその弁護士がバス通学にこだわり、被害者の意思を反映していなかった点が問題とされた事件がある⁽⁵⁷⁰⁾、と言われているのである。このような公民権保護団体は、確かに、ポリシーに関して妥協的な和解は行なわないと考えられるので、その団体による訴訟の支援が原告側における多極化を生み出す要因となることもある。

(iii) クラス構成員（クラス代表以外のクラス構成員） クラス構成員も代表原告も、一定の具体的救済方法を含んだ和解条項さえ確保できれば、ともに和解にインセンティブをもつ。しかし、上述のように代表原告の方が、通常より強く和解を望む。これに対して、たとえば損害賠償請求訴訟の場合ではあるが、原告が和解を望んでいるという先入観をもっていると思われる和解交渉の相手方（被告）からよりも、クラス構成員は、陪審からの方がより多くの賠償の評価を得られると考えることもある。それゆえ、クラス構成員の和解へのインセンティブは比較的小さいと言えるであろう。

このような O. Fiss 教授のいわゆる「犠牲者」のグループは、組織化されているわけでもなく、また固定的な集合体でもなく、通常非定型的で可変的なグループである⁽⁵⁷¹⁾。たとえば、公立学校における人種別学解消訴訟事件にお

(570) See D. Bell, *Serving Two Masters*. *supra* note 560 at 475-77.

(571) See e. g. Special Project: *Remedial Process*. *supra* note 26 at 873-75.

いて、Amos 事件⁽⁵⁷²⁾のように、黒人等の生徒のグループ（原告）が、被告により平等な教育を受ける権利を現在奪われている者（現在学齢期にある生徒）および将来奪われる虞れのある者（将来学齢期に達する生徒）の利益を適切に代表できるとされた裁判例が存在する。また、刑事施設の改善を求める訴訟事件で、たとえば Ahrens 事件⁽⁵⁷³⁾のように、現在収監されている者および将来収監される者のすべてのために訴えが提起された例がある。これらは、「犠牲者」の非定型性をよく物語っている。

このような一見掴みどころのない「犠牲者」の構造は、その多極化を生み出す原因となる。「犠牲者」の間で、最適な具体的救済方法をめぐり見解の相違を生じる⁽⁵⁷⁴⁾惧れがあるからである。たとえば、公立学校の別学解消訴訟事件において、原告側が一見明白な共通の利益を有すると思われる場合でも、しばしば、利害対立が明らかになることがある。「犠牲者」間において、権利侵害に対するある有効かつ適切な具体的救済方法がどのような利益をもたらすかの点に関して、見解の相違を見ることがあるからである。「犠牲者」の中で、ある者はバス通学による人種の統合に執着し、他の者は過去の人種別学からの救済のために教育の質的改善に固執する場合もある。このようなときには、たとえば、「犠牲者」に代わって原告となる連邦司法省が、「犠牲者」のすべてを適切には代表できなくなる惧れも生じるのである。このような利害衝突の可能性は、クラスの構成員が拡大するにつれて高くなる⁽⁵⁷⁵⁾。たとえば、Norwalk CORE 事件⁽⁵⁷⁶⁾を、その例として挙げることができる。これは、コネチカット州

(572) Amos case. *supra* note 241 at 773-74.

(573) Ahrens v. Thomas, 570 F. 2d 286, 287-88 (8th Cir. 1978). *See also supra* note 77.

(574) *See e. g.* D. Rhode, *Class Conflicts. supra* note 560 at 1189, R. Moss, *Participation. supra* note 467 at 1828-29.

(575) *See e. g.* D. Rhode, *Class Conflicts. supra* note 560 at 1189, R. Moss, *Participation. supra* note 467 at 1828-29.

(576) Norwalk CORE v. Norwalk Board of Education, 298 F. Supp. 203 (D. Conn. 1968), 298 F. Supp. 208 (D. Conn. 1968), 298 F. Supp. 210 (D. Conn. 1968), 298 F. Supp. 213 (D. Conn. 1969), *aff'd*, 423 F. 2d 121 (2d Cir. 1970).

ノーワークにある公立学校の人種による別学の解消が求められた事件である。本件では、当初はクラス・アクションの要件を充たしひとつのクラスに属すると認められていた黒人生徒の父母およびプエルト・リコ系の生徒の父母の中で、マイノリティの生徒のみ強制的にバス通学させて人種統合計画を実現すべきか否かについて、意見が分裂したのである⁽⁵⁷⁷⁾。このような場合には、上述のように、一部のクラス構成員（それを代表する代表原告）と被告との間に和解へのインセンティブが生じるのである。なお、この種の訴訟事件では、「公共的インジャンクション」からの「受益者」は、必ずしも現在の「犠牲者」と範囲が一致するものではない。将来、被告である制度・組織にかかわることになるすべての者、いわば「潜在的な犠牲者」も、「受益者」となるのである⁽⁵⁷⁸⁾。したがって、このような「受益者」のためにも、不公正な和解が阻止されなければならないと考えられるのである。

(iv) 被告 「公共的インジャンクション訴訟」事件において、被告は、和解により自己の制度・組織に対してあまり干渉的でない具体的救済方法を提案でき、大規模な損害賠償請求訴訟の場合には、直接的な金銭的利益として原告に賠償すべき損害額と訴訟に関する費用を極小化できる。和解により、被告は、トライアルの過程を通じて汚い諸活動が暴露されることにより、そのコミュニティにおける存立の基盤が失われることを回避でき、責任の確定を免れることにより社会的なイメージの低下を阻止できることもある⁽⁵⁷⁹⁾。また、訴訟となるとディスカバリーを通じて、被告である制度・組織の活動が阻害され混乱させられる場合もある。したがって、早期の和解により、被告は、これらのコストを極小化しうるのである。

(577) *Id.* 298 F. Supp. at 209-10. この事件では、原告内で意見対立を来たした者が、被告側に訴訟参加の申立てをしたが却下された。

(578) O. Fiss, *Forms of Justice*. *supra* note 119 at 21.

(579) *See e. g.* S. Lazos, *Class Action Settlements*. *supra* note 448 at 312-13. また、損害賠償を求める消費者クラス・アクションの場合には、被告は、間接的な金銭的成本として、訴訟過程で自己に不利な事項が白日の下に晒されることにより、その「のれん」や信用が害される虞れもある。 *See id.*

* * *

クラス構成員の利益とクラスの代表（代表原告およびクラス弁護士）の利益は、和解交渉過程を通じて衝突する場合もある。代表原告とクラス弁護士は、しばしば、トライアル前に和解する強いインセンティブを有している。これに対して、クラス構成員は、たとえ訴訟が長期化しても、できるだけ十分な救済方法を得ようとする。このような利益の相剋は、代表原告と被告との和解交渉過程においては、一般に、通常の訴訟過程と比較して相対的に対立当事者的な構造が色褪せていると考えられるので、十分にチェックされない⁽⁵⁸⁰⁾。つまり、和解自体は、被告と原告側の代表（代表原告とクラス弁護士）との利益を調整しうるが、しかし、クラス全体の利益を調整するわけではないのである⁽⁵⁸¹⁾。一般に、この種の訴訟では、代表原告は、訴訟の長期化や費用の増大を懸念し、また、クラス構成員に対する自己のコントロール権が弱体化することを憂慮して、クラス構成員（ましてや「潜在的な犠牲者」）の利益を法廷で顕在化させることに極めて消極的である⁽⁵⁸²⁾とされているのである。さらに、クラス構成員間で利害が衝突する場合もある。このような状況は、和解交渉の過程で自浄的に解決されることは、およそ期待できないであろう。したがって、同意判決の申立てがなされた場合には、別稿で論じたように、その形成過程（和解許可手続、規則23条(e)項参照）を通じて、和解内容の公正さが確保されねばならないのである。

4) 同意判決の形成過程における適正化への志向

—第三者の権利・利益の保護に焦点を当てて—

「公共的インジャンクション訴訟」では、とりわけ当事者が、合意に達した具体的救済方法により不利益を受けるあらゆる利害関係者を必ずしも適切に代表していない場合がある。したがって、この種の和解を阻止しまたは不利益を

(580) Cf. J. Resnik, *Judging Consent*. *supra* note 528 at 84.

(581) See also S. Lazos, *Class Action Settlements*. *supra* note 448 at 312.

(582) Special Project: *Remedial Process*. *supra* note 26 at 879.

受ける第三者も満足する形に同意判決もしくはその原案を修正したり、それが不可能な場合には同意判決の申立てを棄却する必要性が生じる。この種の事件では、特にその形成過程を通じて、公正な和解内容が確保されなければならない。勿論、公正な和解内容の確保とは、悪が秘密裡になされる実情を直視し、同意判決の形成過程において、第三者に不公正な和解の抑止をいかにして行なうかというすぐれて実践的な問題に対する回答にほかならない。同意判決の形成過程は、裁判上の手続であり、以下に述べるような諸種の手段により、第三者の権利・利益が保護されているのである（なお、必要な限度で同意判決の実現過程における第三者保護の問題にも言及したい。）。

A. ヒアリングの実施

裁判所は、権利・利益を害される第三者に対して、同意判決の形成過程において同意判決原案の内容的な公正さについてヒアリングされるべき権利を付与して来た⁽⁵⁸³⁾。そのヒアリングで、第三者（さらにアミカス・キュリイ）は、同意判決原案に対して異議を申し立て、裁判所に自己の利益への配慮を促すのである。裁判所は、その異議を正当と考える場合には、当事者が第三者の権利を考慮に入れて同意判決原案を改訂しなければ、それを不許可とすることができ。一般に同意判決の形成過程に、不利益を受ける第三者を関与させることにより、正義と社会的利益の質が向上すると考えられるのである⁽⁵⁸⁴⁾。

通常の同意判決の形成過程におけるこのヒアリングは、クラス・アクション

(583) See e. g. M. Schwarzschild, *Private Bargain*. *supra* note 212 at 911, 923-25, R. Epstein, *Wilder v. Bernstein: Squeeze Play by Consent Decree*, 1987 U. CHI. LEGAL F. 209, 216 [hereinafter cited as R. Epstein, *Squeeze Play*.], D. Laycock, *Consent Decrees*. *supra* note 483 at 137 [しかし、裁判所は、同意判決原案の撤回を求めて事件を通常の訴訟手続（本案審理の手続）に移行すべき権利を、第三者に与えたのではないとされる。]。連邦政府（司法省）の提起した「公共的インジャンクション訴訟」事件の同意判決の形成過程におけるヒアリングは、現実の被害者である私人の関与を可能にするとされる。See R. Moss, *Participation*. *supra* note 467 at 1829-34. See also *infra* notes 607-11.

(584) Cf. L. Kramer, *Consent Decrees*. *supra* note 448 at 361.

の和解許可手続において裁判所により開かれるものと酷似する。しかし、両者には決定的な相違が見られるとされる。すなわち、クラス・アクションの場合には、異議を述べるクラス構成員は、上述のような問題はあるにせよ和解交渉過程において代表原告により代表されており、すでに代表原告についての代表の適切さは裁判所により判断されているのである（規則23条(a)項(4)号参照）。しかも、そのクラス構成員は、代表の適切さを争う機会をすでに与えられていたのである。したがって、そのような代表原告がクラス・アクションとして訴訟遂行することを許可された場合に、クラス構成員に対して個別的なノーティスが与えられかつ和解の公正さに対して異議申立ての機会が付与されていれば、デュー・プロセスの要請を満たしているのである⁽⁵⁸⁵⁾。これに対して、通常の同意判決の形成過程における第三者の地位は、従前の和解交渉過程で他者により適切に代表されていたという基本的な前提を欠くのである。それゆえ、クラス・アクションで提起されていない訴訟において、ヒアリングによる第三者保護を考えるさいには、ヒアリングを主宰する裁判所による審査権限の拡充が不可欠となるのである。

ここでは、提訴権をもつ第三者だけでなく、そうでない第三者の保護も図られる余地がある。裁判所は、係争中の訴訟事件に関してなんら請求権を有していないが同意判決の文言に従い自己の行為の変更を余儀なくされる第三者（→ 3）B a (iii)）も、ヒアリングを通じて容易に保護することができるのである。ここで裁判所が注意すべきことは、同意判決原案が実際になされた和解条項を適切に表現しているか（詐欺的なものでないか）否かという点である。裁判所は、当事者のヒアリングのさい、同意判決原案が完全かつ最終的な和解条項を表現している旨の宣誓を両当事者に対して課すことにより、第三者の利益

(585) See D. Laycock, *Consent Decrees*. *supra* note 483 at 137-38. ただし、これは、原則としてこのように言えるにすぎず、ある意味では、クラス・アクションとして訴訟遂行が許可された時点における代表の適切さにすぎないとも言えるであろう。たとえば、訴訟遂行の過程で、クラス代表とクラス構成員との間の意見の対立が顕在化する場合もある。そのようなクラス構成員が置かれた状況は、非クラス・アクション訴訟における第三者に接近すると言うことができるであろう。

を保護することができる⁽⁵⁸⁶⁾とされている。後に詐欺が明らかになった場合には、裁判所が、裁判所侮辱罪を適用することにより、宣誓事項の正しさを担保することができると言われているのである。

しかし、このヒアリングによる第三者の権利保護については、後述のように(→D, E) 疑問視する声もまた相当強い⁽⁵⁸⁷⁾⁽⁵⁸⁸⁾。

B. 必要的当事者併合 (連邦民事訴訟規則19条(a)項)

同意判決により財産権または契約上の権利を害される真れのある第三者(非当事者)は、連邦民事訴訟規則に定められた手続により、保護を受けることができる⁽⁵⁸⁹⁾。提出された同意判決原案により、法的保護に値する利益が害されると主張する第三者(→3) B a (i))は、実行可能な場合に必要的に併合されるべき規則19条⁽⁵⁹⁰⁾(a)項の第三者(“persons to be joined if feasible”)である⁽⁵⁹¹⁾。たとえば、マイノリティが使用者に対して提訴した雇用差別解消訴訟事件で、両者の間に差別の解消のための積極的措置を内容とする和解が成立し同意判決の申立てがなされたとき、マジョリティがこの第三者に該当する。

(586) T. Mengler, *Consent Decree Paradigms. supra* note 448 at 342.

(587) See D. Laycock, *Consent Decrees. supra* note 483 at 137-39 [→E], L. Kramer, *Consent Decrees. supra* note 448 at 358-63 [→D]. See also J. Resnik, *Judging Consent. supra* note 528 at 93-96.

(588) なお、クラス・アクションの和解の許可手続においては、和解内容の公正さを審査するヒアリングに先立ち、予備的ヒアリングが実施される場合がある。そこで、調査される事項としては、誰がどの程度の権限で和解交渉に関与したか、全当事者がその交渉過程に関与したか(そうでない場合に非関与者の見解はどうか)などの点が挙げられている。See MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION *supra* note 448 §1.46 at 53-54.

(589) T. Mengler, *Consent Decree Paradigms. supra* note 448 at 338. See also D. Laycock, *Consent Decrees. supra* note 483 at 124, 142.

(590) FED. R. CIV. P. 19 (a) (2) (1966). 同条は、以下の場合には併合しなければならない旨を規定している。すなわち、ある者が訴訟の対象に関する利益を主張し、かつ、その者が併合されなければ訴訟の処理が実際問題としてその利益を保護する能力を毀損または妨害もしくはすでに当事者となっている者に対して主張された利益を理由に重複的、複合的その他矛盾した義務を生み出す相当の危険を残す場合がそれに当たる。

(591) 原告または被告に併合される。See FED. R. CIV. P. 19 (a) (2).

D.Laycock 教授の定式化によれば、この第三者とは、提案された同意判決によりかなりの不利益を受けることおよび害されることのできない立証可能な請求権を有していることを、和解当事者または裁判所が知りまたは知りうべき第三者であるとされる⁽⁵⁹²⁾。規則19条(c)項によれば、裁判所は職権で、そのような第三者を確定するように、当事者に要求することができる。同意判決の形成過程においては、この職権の発動は不可欠となる。なぜならば、基本的に妥協の道を探り合う和解当事者間では、対立当事者的な (adversary) 色彩が褪せるので、当事者の一方に攻撃の手段として第三者併合の申立てを期待することはできず、しかもまた、当事者は第三者により和解条項に対して異議が提出されることにより和解の成果が毀損されることを嫌うと考えられるので、通常当事者にその申立てを期待することはできないからである⁽⁵⁹³⁾。併合された第三者は、提出された同意判決に対して異議を申し立てることができ、上訴することもできる。

たとえば、規則19条の必要的当事者併合の可否が問題とされた事件として、カリフォルニア州におけるマイノリティの住宅差別の解消訴訟事件である Shimkus 事件⁽⁵⁹⁴⁾ を挙げることができる。本件では、マイノリティである黒人住民からなるクラスと住宅会社との間に締結され、そのクラスに住宅政策上の優先的地位を与える旨の和解が、連邦地方裁判所により同意判決として言い渡された。しかし、そこでは、本件に先立ち単に黒人住民だけではなく黒人以外のマイノリティをも代表した連邦司法省と住宅会社の間ですでに得られていた同意判決の内容（黒人以外のマイノリティをも含む全マイノリティの住民に住宅政策上優先的地位を与える旨の規定）が、削除されていた。そこで、しかも、その同意判決には、内容的に牴触する限り、その同意判決に取って代わる旨の明示的な規定が存在した。これに対して、連邦司法省は、その同意判決の言渡

(592) D. Laycock, *Consent Decrees*. *supra* note 483 at 121.

(593) T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 338.

(594) *Shimkus v. Gersten Cos.*, 816 F. 2d 1318 (9th Cir. 1987) [本件と先の同意判決請求事件は、同一裁判所の同一裁判官に割り当てられていたが、両事件は併合されていなかった。].

前に Shimkus 事件に訴訟参加したが、その主張は排斥された。そこで、連邦司法省が控訴した。これについて、連邦控訴裁判所は、次のように判示した。

〈本件では、黒人以外のマイノリティが訴訟参加していないが、問題はまさに黒人以外のマイノリティが必要的当事者として併合されるべきか否かである。黒人だけではなくその他のマイノリティの多くが、現に当該住宅会社による差別の被害を受けており、黒人の得た具体的救済方法は同様な差別を受けている黒人以外のマイノリティに不利益をもたらすが、本件において、このマイノリティは、連邦政府により間接的に代表されてはいるが、直接的には代表されていない。したがって、本件では、黒人以外のマイノリティは、規則19条(a)項(2)号の下で、訴訟の対象に関する利益を有している。それゆえに、連邦地方裁判所は、提出された同意判決案を不許可とすべきであった。規則19条の当事者として、黒人以外のマイノリティのクラスを併合すべきである。〉⁽⁵⁹⁵⁾

このような規則19条は、かつて J. McCoid 教授⁽⁵⁹⁶⁾ が提言されたように、規則11条⁽⁵⁹⁷⁾ を通じて実効化されるであろう。つまり、規則19条(c)項⁽⁵⁹⁸⁾ は、原告に対して、原告が併合されるべき第三者を知っている場合に、その不利益を受けるかも知れないが併合されていない第三者の名前と併合しなかった理由を訴状に記載することを要求しているが、しかし実際には、ほとんど活用されていないとされる。規則11条は、訴状（訴答書面）を作成する弁護士に対して、それが事実および法の点で十分に理由があることの証明を要求している。そして後にそれが虚偽であることが判明した場合には、一定のサンクションが課されることになる。したがって、規則11条は、規則19条(c)項を弁護士が遵守し

(595) *Id.* at 1321-22. なお、本件では、クラス・アクション事件（Shimkus事件）への必要的当事者併合の可否（規則19条(d)項および規則23条(a)項・(d)項(2)号参照）も検討されているが、連邦控訴裁判所は、個人ではなくクラスを併合するゆえに許されるとした。See *id.* at 1321.

(596) J. McCoid, *A Single Package for Multiparty Disputes*, 28 STAN. L. REV. 707, 727-28 (1976).

(597) FED. R. CIV. P. 11 (1983).

(598) FED. R. CIV. P. 19 (c) (1966).

ていることの証明を要求していると解することができる⁽⁵⁹⁹⁾、とされるのである。

C. 訴訟参加（連邦民事訴訟規則24条（a）項）

裁判所は、規則24条(a)項(2)号の規定する通常の「訴訟参加（intervention of right）」の手續を通じて、単に法的保護に値する利益が害される第三者（→3）Ba（i）だけでなく、後の別訴において取得しうる具体的救済方法の「すべて」を取得することを妨げられる第三者（→3）Ba（ii）をも適切に保護することができる⁽⁶⁰⁰⁾。訴訟参加を許容された第三者は、それが同意判決の形成段階ならば、たとえ元の訴訟当事者が和解を欲する場合でも、第三者は「当事者」であるので元の紛争の判決による解決（本案審理）を強制したり同意判決原案の変更を求めることができ、また、それが同意判決の実現段階ならば、元の同意判決の修正を求めることができるのである⁽⁶⁰¹⁾。

(599) このような見解を支持する学説として、E. Jones, *Litigation without Representation: The Need for Intervention to Affirm Affirmative Action*, 14 HARV. C. R. - C. L. L. REV. 31, 84-86 (1979), R. Freer, *Rethinking Compulsory Joinder: A Proposal to Restructure Federal Rule 19*, 60 N. Y. U. L. REV. 1061, 1085 n. 116 (1985), D. Laycock, *Consent Decrees*, *supra* note 483 at 136 等がある。

(600) See e. g. T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*, *supra* note 448 at 339. なお、連邦民訴規則24条(a)項は、次のように規定する。

「(a)権利としての訴訟参加

以下の場合には、適時の申立てに基づき、何人も訴訟参加をすることが許されるものとする。(1)合衆国の制定法が無条件に訴訟参加権を与えている場合、または、(2)申立人が訴訟対象である財産権または法律行為に関する利益を主張し、かつ、申立人の地位が、もし申立人の利益が既存の当事者により適切に代表されていなければ、訴訟の処理により実際問題としてその者が利益を保護する能力を毀損または妨害される状況に置かれる場合。」

(601) See e. g. *Culbreath v. Dukakis*, 630 F. 2d 15, 22 (1st Cir. 1980) [本件は、マサチューセッツ州警察における雇用差別解消訴訟事件である。規則24条の適時性の要件の審査にさいして、連邦控訴裁判所は、労働組合による訴訟参加が認められれば同意判決を挫折させ本案審理を強制する顕著な蓋然性があり、既存の当事者に相当の不利益を与えかねないことを判断材料のひとつとして、訴訟参加を不許可とした。], 3B J. MOORE & J. KENNEDY, MOORE'S FEDERAL PRACTICE ¶ 24.16 [4] (1987), M. Schwarzschild, *Private Bargain*, *supra* note 212 at 921. Cf.

特にここで後者の第三者(→3)Ba(ii))は、同意判決により財産権や契約上の権利を侵害されその地位を脅かされるわけではなく、ただそれらの訴訟上での権利実現が困難を来たすにすぎないので、規則19条の第三者には当たらない⁽⁶⁰²⁾とされている。

たとえば、公立学校における人種による別学解消訴訟事件で、連邦政府と教育委員会が形成した穏便な別学解消プランを内容とする同意判決が、法の要求する水準に達しないと考える当該学区におけるマイノリティ(第三者)も、規則24条の第三者に該当する。また、反トラスト法違反事件において、競争関係にある企業間における違法行為の排除措置を規定した同意判決が、反競争行為を適切には排除していないと考える消費者も同様である。

訴訟参加は第三者の権利であるので、(和解)当事者間での訴えの提起および同意判決の申立てに関して十分なノーティスがなされていれば、裁判所は、同意判決の形成段階において、それ以上に第三者(潜在的訴訟参加人)のために特別な措置をとる必要はない⁽⁶⁰³⁾とされる。訴訟係属のノーティスを受けた第三者は、特に「適時に」訴訟参加の申立てをしなければならないことが要件とされている。ただ、適時でない場合に、裁判所は、独立した新訴の提起と善解することもあるが、しかし、すでに同意判決が言い渡されている場合には、

R. Epstein, *Squeeze Play*. *supra* note 583 at 228-29. *But see* L. Kramer, *Consent Decrees*. *supra* note 448 at 354-55〔当事者間の和解を阻止することはできず、第三者は、別訴で主張することのできた請求権の審理を求めることができるにすぎないとされる。〕, M. Recktenwald, *Collateral Attacks*. *supra* note 549 at 178-81〔訴訟参加人の争うことができる争点を限定すべきであるとされる。註631と本文を参照。〕。ただ、若干の論者は、訴訟参加人が本文で述べたように訴訟を強制することが可能であることを前提としつつも、裁判所は、そのような権利の放棄を訴訟参加許容の条件とすることによってその結果を回避することもできることが提言されている。See. M. Schwarzschild, *Private Bargain*. *supra* note 212 at 932-33, M. Recktenwald, *Collateral Attacks*. *supra* note 549 at 178. なお、付言すれば、Culbreath事件は、同意判決の形成過程に訴訟参加が申し立てられた事件であり(却下)、Reeves事件(See *supra* note 550.)は、同意判決の実現過程に訴訟参加が申し立てられたものである(却下)。

(602) See D. Shapiro, *Thoughts on Intervention*. *supra* note 553 at 758-59, T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 339-40.

(603) T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 340.

新訴を同意判決に対する「付随的攻撃の排斥」理論に従い却下することもある⁽⁶⁰⁴⁾。ノーティスについては、その期間があまりにも短かすぎるので潜在的訴訟参加人がノーティスを受けることができないと判断した場合には、裁判所は、同意判決の言渡しを延期しても、ノーティスを付与し、訴訟参加の実質的な機会を与えるべきである⁽⁶⁰⁵⁾とされているのである。なお、もし裁判所が潜在的訴訟参加人を確定できる場合には、職権で訴訟参加を要請することもできるとする見解⁽⁶⁰⁶⁾もある。

このような訴訟参加は、もちろん一定の要件が備わった場合にのみ許されるものであるが、それをめぐる裁判例の一般的な動向には一定の興味深い傾向が看取できる⁽⁶⁰⁷⁾。裁判所は、典型的には、政府の提起した訴訟（政府の訴訟）への訴訟参加は拒否し、私人の提起した訴訟（私人の訴訟）への参加は許可する傾向にある。これは、ほとんどのケースで法律上の義務を課された政府機関は「公共的インジャンクション訴訟」事件において適切に公的な利益を代表しているという理由によると言われている。たとえば、インディアナ州サウス・ベンドにおける公立学校の人種別学解消訴訟事件である *South Bend Community*

(604) Cf. D. Laycock, *Consent Decrees*. *supra* note 483 at 139-40. See also *infra* note 628 and accompanying text.

(605) T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 340 & n. 295 [その延期の期間は30日が妥当であるとされる。そして、その間に、同意判決の影響力に鑑み一定の地域において当事者は和解条項を公告すべきであると主張されている。]。See also M. Recktenwald, *Collateral Attacks*. *infra* note 631.

なお、TUNNEY ACT (See *supra* note 445.) は、連邦司法省が、政府の提訴した反トラスト訴訟における同意判決に関するノーティスを連邦官報 (Federal Register) に掲載しかつ一定地域に公告することを命じている。See 15 U. S. C. A. § 16 (b) (c) (1982). しかも、この規定には、第三者の意見陳述の機会を保障するために、同意判決の申立てから言渡しまでに60日の期間を置かねばならない旨を規定している。See 15 U. S. C. A. § 16(b) (Supp. 1976).

(606) T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 340 & n. 294.

(607) See e. g. 7C C. WRIGHT, A. MILLER & M. KANE, *FEDERAL PRACTICE*. *supra* note 378 § 1909 at 332-39, T. Mengler, *Consent Decree Paradigms*. *supra* note 448 at 340-41, R. Moss, *Participation*. *supra* note 467 at 1812-14.

School Corp. 事件⁽⁶⁰⁸⁾ を挙げることができる。本件で、NAACPは、連邦司法省と South Bend Community School Corp. との間で締結された和解に基づく同意判決原案に対して異議を申し立てるために、黒人の子弟およびその父母を代表して、同意判決の形成過程へ訴訟参加を申し立てた。これに対して、連邦控訴裁判所は、その申立てを却下し、連邦司法省の重大な過失または悪意もしくは被害者との通謀を証明しなければ、連邦司法省は CIVIL RIGHTS ACT of 1964 および EQUAL EDUCATIONAL OPPORTUNITIES ACT of 1974の下で NAACP の利益（ひいては黒人の子弟や父母の利益）をも適切に代表していると推定される⁽⁶⁰⁹⁾ と判示したのである⁽⁶¹⁰⁾。他方、私人の訴訟では、このような推定は働かない。私人は自己の利益を追求するのであり、裁判所は、私人の提起した「公共的インジャンクション訴訟」においても、私人が同様の状況にある他人を適切に代表しているとは推定しないのである。したがって、係属中の私人の訴訟によりその利益を害されると主張する者は、通常訴訟参加が許されるのである。

このような傾向により、原告である政府機関サイドに私人が訴訟参加することが禁止される結果、法的保護に値する利益を有する私人は、その限りで別訴において政府機関が得た救済以上の救済を得ることが困難になるかも知れない。しかしながら、別訴において私人がより以上の具体的救済方法を求める場合には、それが当初政府機関が得た具体的救済方法に牴触しないならば、裁判所は進んでその救済方法を付与すべきであろう⁽⁶¹¹⁾という提言もなされている。これによれば、政府の訴訟で得られた同意判決に不満な私人は、別訴提起という有効な選択肢を有することになるのである。

これまで述べて来たヒアリング、必要的当事者併合および訴訟参加は、「公共的インジャンクション」事件の同意判決手続において、現実に活用され、あ

(608) *United States v. South Bend Community School Corp.*, 692 F. 2d 623 (7th Cir. 1982).

(609) *Id.* at 628.

(610) *But see e. g. R. Moss, Participation. supra* note 467 at 1812-14, 1829-34.

(611) T. Mengler, *Consent Decree Paradigms. supra* note 448 at 342.

るいは現実に活用すべきことが主張されて来た制度である。上述のように、その各々は、そこで保護されるべき第三者の範囲、裁判所主導的な手続か当事者主導的な手続か、同意判決の形成段階で行なわれるのか実現段階でも行なわれるのかという諸点で異なり、したがって、それぞれが異なる機能を担うべきことが要請されると言えるであろう。そこで次に、以上とは若干異なる方法により第三者保護の目的を達成すべきとする見解を見て行くことにしたい。

D. 第三者による別訴の移送・併合 (L.Kramer教授の見解)

L.Kramer 教授は、これまでの判例・学説で展開されて来た第三者保護手段を検討され、いずれも不必要または不十分であるとして、新たな保護手段を提唱されている。

まず、第三者保護のために通常開かれるヒアリング (→A) は不必要である。なぜなら、当事者にとって、時間と費用がかかり、裁判官が当事者の処分権に対して課す制約は、和解の成立を妨げる惧れがある。確かに当事者間で合意された同意判決原案が基本的に第三者の利益をも配慮したものであるわけがないが、しかし、ヒアリングの実施による司法的な干渉により第三者にどれだけの利益がもたらされるかは疑問である。司法的な監督により和解の促進政策が挫折しかねないからである⁽⁶¹²⁾。次に規則19条の必要的当事者併合 (→B) も十分ではない。なぜなら、不利益を受ける第三者をすべて併合しなければならないとすると訴訟遂行がほとんど不可能になる。そうでないとしても、併合されねばならない個人の選別に裁判所は困難を感じることもある。また、併合された第三者が、訴訟としての展開を強く望み和解が阻止される場合もある。さらに、準備不足の状態での早期の訴訟遂行を第三者に強いる結果にもなりかねないからである⁽⁶¹³⁾。

そして、L. Kramer 教授は、第三者の別訴提起の機会を奪うことになる

(612) L. Kramer, *Consent Decrees*. *supra* note 448 at 359 【川嶋四郎「論文紹介」1990-1『アメリカ法』一頁 (近刊)】。

(613) L. Kramer, *Consent Decrees*. *supra* note 448 at 337-38.

「付随的攻撃の排斥」理論の当否を検討される。それは、別訴を排斥することにより結果的には同意判決を下した裁判所における執行手続へ第三者の攻撃を連動させることを導き、「礼儀 (comity)」および訴訟経済に奉仕する *forum non conveniens* 類似の「自制理論 (abstention doctrine)」⁽⁶¹⁴⁾ の一形態と位置づける⁽⁶¹⁵⁾。当事者の和解を促進するために、この理論により第三者の権利が剥奪されるとするのは、法の歪曲である。しかし、この理論が、審理の重複や矛盾判決の回避をその理由に挙げるのはもっともであるとされる。関連請求を同一裁判所に接続させることにより、これらの問題が回避されるのである。したがって、この理論は、より適切な法廷地と考えられる他の裁判所と管轄が競合することに鑑み、同意判決の実現手続に訴訟参加することを促しつつ裁判所が訴訟を却下する制度と考えるのである。ここでは、同意判決の実現過程が、「訴訟」参加を許す性格の手続と位置づけられているのが興味深い。

しかし、第三者に対して、同意判決の実現過程への訴訟参加を要求すれば、適時性の要件の存在（規則24条(a)項参照）により、第三者の権利が切り詰められる虞れが生じるので妥当ではない。「付随的攻撃の排斥」という裁判上形成された理論が、第三者の実体権を修正する結果を招来させてしまうのである。それは「自制理論」の内実を決定するさいの裁判所の狭い権限を逸脱するのである⁽⁶¹⁶⁾。したがって、規則24条による第三者保護も必ずしも十分ではないとされるのである。

そこで、L. Kramer 教授は、第三者の提起した別訴を、（もしも移送が必要ならば）裁判所が職権でもって同意判決を言い渡した第1審の裁判所に移送し⁽⁶¹⁷⁾、その執行手続（同意判決の実現過程）に併合⁽⁶¹⁸⁾することを提案され

(614) See *supra* note 262 and accompanying text.

(615) L. Kramer, *Consent Decrees*. *supra* note 448 at 334.

(616) L. Kramer, *Consent Decrees*. *supra* note 448 at 335.

(617) 28 U. S. C. A. § 1404(1962), 28 U. S. C. A. § 1631(1982). 前者は、正義の実現のために当事者および証人の便宜を理由とする移送であり、後者は、管轄の欠缺による移送である。

(618) FED. R. CIV. P. 42 (1966).

る⁽⁶¹⁹⁾。この移送・併合手続は、同意判決が執行可能な期間を通じて可能となる。このような提言は、上述のように、ほとんどすべての同意判決には、それが効力を有する限りすべての紛争を「第1審の判決裁判所（受訴裁判所）」が審理しうるとする裁判管轄権の保持条項が明記されていること⁽⁶²⁰⁾を基礎としている。

このように、教授は「付随攻撃の排斥」理論の基礎にある考え方を、ある点では評価されるが、基本的には、この理論は廃棄すべきであるとされる⁽⁶²¹⁾。しかし、それは違憲だからではなく、移送・併合というより簡易な解決手段を用いることにより司法的な利益を増進するからであるとされるのである⁽⁶²²⁾。

E. 第三者の同意の原則的要求（D.Laycock 教授の見解）

D.Laycock 教授も、従来の保護手段では不十分であるとされ、最も完全な第三者保護手段の可能性を論じられている。

教授は、これまで述べて来たどの方法も「公共的インジャンクション」事件では、実際には3者関係で作用する2当事者の同意判決を変則的なものと認識したあまり有効でない解決方法であるとする。すなわち、先に挙げた手段は、いずれも一般に第三者が（他の2当事者間の）同意判決に拘束されることを正当化する方向の議論であり、第三者がある程度は保護されなければならないこ

(619) L. Kramer, *Consent Decrees*. *supra* note 448 at 335-36.

(620) L. Anderson, *Implementation*. *supra* note 251 at 736-37 [なお、それがもし明記されていなくても、裁判所は、そのような審理をしうる固有の権限を有するとされる。]。このような裁判管轄権の保持は、裁判管轄権の放棄手続により終了するが、これらの制度の詳細については、後に第4章第1節で述べる。

(621) L. Kramer, *Consent Decrees*. *supra* note 448 at 334-35.

(622) なお、D. Laycock教授は、次のような指摘をされている。〈同意判決を攻撃する第三者の別訴が提起され（許され）れば、司法経済の要請から、事件は同意判決を許可した当該裁判官に割り当てられるであろう。しかし、それは第三者に公平な審理の機会を付与したものではない。なぜならば、その裁判官は以前にその第三者に不利益を与える同意判決を許可した者だからである。〉 See D. Laycock, *Consent Decrees*. *supra* note 483 at 132. 結論的に、L. Kramer教授の見解と同旨のものとして、See C. Cooper, *Collateral Attack Doctrine*. *infra* note 628 and accompanying text.

とを前提とするものの、第三者に独立した完全な提訴権を与えていない点で、第三者に対して公平ではない⁽⁶²³⁾。たとえば、マイノリティが使用者（市当局）に対して提起したある雇用差別解消訴訟事件において、両者が和解した場合に、第三者、すなわちマイノリティ以外の労働者等の利益は、使用者が適切に代表しているとする連邦下級審裁判例⁽⁶²⁴⁾もある。しかしそれは、権利侵害（違法性）の烙印を回避しバック・ペイの支払いを逃れようとするために判決ではなく和解へ向かう使用者のインセンティブを看過するものである⁽⁶²⁵⁾。3者関係においては、二人が一人を虐める構図が形成されがちであるが、そのような事態の発生は阻止されなければならない。

最善の方法として、D. Laycock 教授は、同意判決により法的利益に直接的な不利益を受ける第三者であって、当事者および裁判所により予見可能な第三者の同意がなければ、裁判所は同意判決原案を許可すべきではないというルール⁽⁶²⁶⁾を提案されている。これは、基本的には規則19条の趣旨を徹底する見解と考えられる。このようにすべての第三者の同意を要求すれば、2当事者が第三者にコストを割り付けコストを外部化することを著しく困難にする。しかしそれは、この種の訴訟事件が実質的に3者間の交渉を必要とするものであることに鑑み不可避かつ固有のコストである。同意判決の形成過程における原告は、第三者を被告として、通常の訴訟で勝訴判決を取得しなければ、第三者の権利を剥奪することはできない⁽⁶²⁷⁾とされるのである。

(623) D. Laycock, *Consent Decrees*. *supra* note 483 at 136-37.

(624) *See e. g.* Stotts v. Memphis Fire Dept., 679 F. 2d 579, 583 n. 1 (6th Cir. 1982) [本件は、テネシー州メンフィス市の消防組織における雇用差別解消訴訟事件である。本件で連邦控訴裁判所は、脚註1で、市当局は和解形成過程においてマイノリティ以外の労働者の利益を適切に代表していると判示した。]。

(625) D. Laycock, *Consent Decrees*. *supra* note 483 at 114-15.

(626) D. Laycock, *Consent Decrees*. *supra* note 483 at 128-29, 131-32, 144-46, 154 [第三者の同意なしに第三者の権利を制限するようなものは、同意判決ではないとされる。]。

(627) ただ、論者も自認されているが、この見解には問題がなくはない。確かに、不利益を受けるすべての第三者を併合しなければならないとすると、実際にはほとんど訴訟を維持できないであろう。そのような場合には、結局、「その者の同意なしには同意判決を言い渡すことのできないほど大きな利益を有する第三者」を特定する基

F. その他の諸見解

その他、第三者の権利保護に関しては、次のような諸見解が述べられている(紙数の制約上、簡単に触れるに止めざるを得ない)。

まず、連邦司法省付検事の C. Cooper 氏⁽⁶²⁸⁾は、極めて端的に、「付随的攻撃の排斥」の理論を廃止すべきことを主張され、以下に述べるように第三者が別訴により自己に不利益を与える同意判決を攻撃できる途を開くべきであるとされる。

〈デュー・プロセスの基本的要請は、在廷期日を保障するものであり、仮にそれらを与えられずに第三者が同意判決に拘束されるとすると、デュー・プロセス違反となる。雇用差別解消訴訟事件において、使用者とマイノリティにつき同意判決が言い渡された場合に、まず第1に、「付随的攻撃の排斥」理論から別訴による攻撃を排斥される非マイノリティは、同意判決の形成過程において当事者により適切に代表されていない。もしも労働組合が原告の場合にも、その内部で利害の衝突が生じることもあり、組合が組合員すべての利益を適切に代表することは不可能である。しかも、労働組合は、将来の求職者の利益を保護することはできない。また被告も、資本の理論で動いているのであり、その利益は非マイノリティや求職者の利益と対立する。次に第2に、ある裁判例に見られるように、「強制的な訴訟参加 (mandatory intervention)」を措定

準を定立することが、余儀なくされるであろう。また、第三者として複数のグループの存在が考えられる場合にも問題が生じるであろう。たとえば、マイノリティが使用者に対して提起した雇用差別解消訴訟事件において、第三者としては、マイノリティ以外の全労働者および(将来の)採用試験の応募者(求職者)が考えられる。前者は、その者たちの中に適切な代表者を見出すことができると考えられるが、後者は、「訴訟後見人(guardian ad litem)」を立てるほかなかなかろうとされるのである。See D. Laycock, *Consent Decrees*. *supra* note 483 at 121, 145-49.

なお、このような保護が不可能な場合に備えて、次善の方策も必要である。つまり、まず、第三者による独立の別訴を禁止するルール(「付随的攻撃の排斥」理論)を廃棄すべきである。そして、不同意の第三者が同意判決原案に対して異議を申し立てた場合には、裁判所は、第三者に不利益を与える和解条項を削除し、事件を訴訟事件審理表に再度組み込むべきであるとされるのである。See *id.* at 128-29, 154.

(628) C. Cooper, *Collateral Attack Doctrine*. *supra* note 497 at 164-76.

し、即時に同意判決の形成過程に訴訟参加すべき義務が存在するにもかかわらずそれを果たさなかった第三者は、先の同意判決に拘束されるとする見解もある。しかしながら、その段階では、現実には不利益を与える同意判決が形成されていないので、訴訟参加の申立ての基礎を成す standing の要件を満たさない。それゆえ、たとえこの種の訴訟事件がマスメディアを通じて周知されることになったとしても、そのような義務を措定することは不当である。このように、「付随的攻撃の排斥」理論は、デュー・プロセスの基本的要請に反するのであり、第三者による別訴の審理の結果生じるかも知れない矛盾判決を回避するためには、後の別訴が同意判決手続の係属する裁判所に提起されるかまたはそこに移送されねばならないという要件を設ければよいのである。>

また、より穏やかな見解として、M.Recktenwald 教授の見解⁽⁶²⁹⁾ と R.Epstein 教授の見解⁽⁶³⁰⁾ を挙げることができる。

前者は、第三者が同意判決により自己の権利が毀損されると主張する場合には、基本的には、規則24条の訴訟参加に関する適時性の要件を緩和すべきであり、第三者は同意判決の形成過程であれ実現過程であれ、訴訟のどの段階においても訴訟参加を許されるべきであるとする⁽⁶³¹⁾。この結果、その形成過程への訴訟参加の場合には同意判決の原案が変更され、その実現過程への訴訟参加

(629) M. Recktenwald, *Collateral Attacks*. *supra* note 549.

(630) R. Epstein, *Squeeze Play*. *supra* note 583.

(631) M.Recktenwald, *Collateral Attacks*. *supra* note 549 at 173. ここで、M. Recktenwald教授は、さらに次のように主張される。すなわち、雇用差別解消事件における第三者は、必要的当事者併合(規則19条(a)項)の要件を満たす(さらに、規則20条(a)項の任意的当事者併合の要件をも満たす)。ただ、同意判決手続における当事者が、現時点における第三者の異議の誘発よりも将来における別訴による攻撃の方が好ましいと考える場合には、裁判所は、その当事者の判断を認め当事者併合を強制すべきではないとされる。また、同意判決の言渡後の訴訟参加および別訴提起が同意判決の執行を停止することはできず、審理の結果同意判決が修正されても、それは将来に向って効力を有するにすぎないと言われている。さらに、訴訟参加であれ当事者併合であれ別訴であれ、当事者となった第三者は訴訟上同一の地位に立ち、争うことのできる争点は、使用者が雇用差別を行なったか否かではなく、マイノリティの主張する採用および昇進の割当て(quotas)を支持するだけの統計的数値があるか否かおよびその割当てがマジョリティの利益を不必要に害するか否かに限定されるべきである、と主張されるのである。See *id.* at 174-81.

の場合には同意判決が修正され、別訴による場合に生じる惧れのある矛盾判断を回避できるとされる。

後者のR. Epstein教授は、特に行政機関が第三者を害する形で同意判決を形成した場合には、訴訟参加申立人(第三者)が、行政機関の遂行すべき権限を超越した行為の禁止を求める限り(自己の利益侵害の主張がなくても)、いわば「第三者の権利(jus tertii)」を争う権利を主張する者として、訴訟参加の当事者適格を肯定すべきことを主張する⁽⁶³²⁾。この結果、行政機関が一方当事者となった同意判決に対して、不利益を受ける虞れのある第三者は、容易に訴訟参加ができることになる。

これらはいずれも、影響力の大きさや多様な具体的救済方法について多様な利益主体の発生という「公共的インジャンクション」の特質に由来する第三者保護の問題を克服する努力である⁽⁶³³⁾。

5) おわりに

—和解と判決の相互接近—

具体的救済方法が両当事者の交渉の末に得られるこのような和解尊重型(アプローチ⑤)は、ある面ではそれ以外の諸種のアプローチに付随する限界を克

(632) R. Epstein, *Squeeze Play*, supra note 583 at 228-31. ちなみに、憲法上の jus tertii については、芦部信喜「憲法訴訟における当事者適格—第三者の権利侵害を理由とする違憲訴訟—」『憲法訴訟の理論』55頁(有斐閣 1973 初出 1962)。

(633) See also M. Zimmer & C. Sullivan, *Consent Decree Settlements by Administrative Agencies in Antitrust and Employment Discrimination: Optimizing Public and Private Interests*, 1976 DUKE L. J. 163. ここでは、行政機関の提起した反トラスト法違反事件および雇用差別解消事件における同意判決の形成過程において、行政機関の裁量権をコントロールし公的利益と私的利益を調整するための同意判決許可基準を一般的に論じる中で、特に第三者保護の手段が論じられている。すなわち、まず行政機関は、利害関係のある第三者から少くともある種の情報および主張を非公式的に入手する必要がある。行政機関は、和解提案等の活動に関する説明書を準備しなければならず、また、和解交渉過程に第三者を引き込むようにするのが望ましい。そして、最終的には、実際に提訴権を制限する形で第三者に不利益を与える和解は、その者の同意がなければ許されるべきではないとされるのである。See id. at 177-85, 194-202.

服するための潜在的な能力を有している⁽⁶³⁴⁾。交渉による救済形成は、被告依拠型（アプローチ①）と裁判所選定型（アプローチ②）の場合と同様に、被告を交えた救済形成の方法である。しかし、被告依拠型（アプローチ①）と異なり、基本的には合意が目的とされるので、救済原案の提出について被告が非協力的な態度をとる惧れが少なく、原告の目的達成のための高度の蓋然性を産み出すことができる。しかも、裁判所選定型（アプローチ②）とも異なり、原告・被告間の交渉が交渉過程を通じて内容的に洗練された救済原案の提出を導き出すことが期待できる。同時に、裁判所が、司法的な判断のために必要とされる「社会的情報」を評価する必要性を減少させる（ただ、最後の点は、情報不足から第三者に不利益を与える同意判決が生み出される虞れがある。）。また、被告が関与するので、裁判所独自形成型（アプローチ③）、スペシャル・マスター委託型（アプローチ④）、裁判所選定型（アプローチ②）において見られるような司法的に課された救済方法の有する干渉性という弱点を克服できる。

ところで、「公共的インジャンクション訴訟」における通常の判決形成過程は、上述のように、裁判官をも救済形成の協議に巻き込んだ「救済交渉の場」とも言えるものであった。そこでは、具体的救済方法の形成が、厳格な訴訟法上のルールに必ずしも囚われずに行なわれている。その規範的な規制が少なくなればなるほど、和解的救済形成に接近する、ただし、勿論最終的な救済形成は裁判官の責任となるのであるが。端的に言えば、この種の訴訟過程は、判決形成「手続」の点で、和解形成手続に近似することになるのである。

これに対して、以上に見て来た和解・同意判決の形成過程は、それが単なる私的な和解契約に留まらず同意判決に結実した場合には、今後その和解内容は同意「判決」という形式とその実現のために裁判所における執行手段を利用できる点で、「判決」に接近するのである。確かに、一部の論者が指摘されるように同意判決の言渡しのさいに裁判官が「盲判（rubber-stamp）」を押してし

(634) See Special Project: Remedial Process. *supra* note 26 at 810, T. Stein, *Implementation & Monitoring*. *supra* note 295 at 147.

まうという危惧がないというわけではない⁽⁶³⁵⁾。しかし、同意判決形成過程が充実すればするほど、和解条項そして同意判決の形成手続が通常の「判決形成手続」に近似することになるのである。上述のように、裁判官が、同意判決の形成過程においては、様々な手段を用いて公正な和解内容を確保できる可能性が開かれているのである。特に、多様な具体的救済方法が存在し、選択的に形成された「公共的インジャンクション」判決の効力が広汎な影響力を有するこの種の訴訟事件では、和解・同意判決であってもまた、一定の司法的な判断を経た正当なものであるべき要請が生じるのである。たとえ和解契約であろうと、同意判決が申し立てられた場合には、裁判所は、その内容が第三者を害さない公正なものか否かの審査を行なう。その限りで、実体的な審査がなされているのである。

このように、和解尊重的な救済形成のアプローチとは言っても、我が国の訴訟上の和解とは相当に異なることが明らかとなる。和解調書が債務名義となる（民事執行法22条7号参照）点で、我が国の訴訟上の和解は同意判決とその効果の点で類似性を有している。しかしながら、裁判所が和解調書の作成に関与するに過ぎない我が国の訴訟上の和解とは相当異なるのである⁽⁶³⁶⁾。我が国における公害・環境訴訟事件における判決による紛争解決が一定の閉塞状態を示しており、和解的紛争解決に対する期待が高まりつつある今日、いささか逆説的ではあるが、その形成過程に対するチェック機構の充実化を目指すアメリカ法の傾向は示唆に富む。我が国においては、差止めという救済内容の波及する影響力が大きく、多様な具体的救済方法の選択肢をめぐって当事者（特に被害者側）に利害対立の生じる惧れがあるので、裁判所に和解調書の「形成」が求

(635) Cf. J. Resnik, *Judging Consent*, *supra* note 528 at 99.

なお、小島武司「判決の衣を着た調停・和解」『前掲書（『調停と法』）（註508）』128頁も参照。

(636) なお、この文脈では、独占禁止法53条の3の同意審決の事例であるが、たとえば新日鉄合併事件（昭和44年10月30日同意審決『公正取引委員会審決集』16巻46頁）などが、その具体的内容の当否はともかく、公正取引委員会の関与の下での当事者間における新たな具体的救済方法の創造的形成として特筆されるべきである。このような我が国の制度との比較検討は、第7章で行ないたい。

められた場合には、具体的な救済内容の第三者に対する影響力を考慮し、非当事者の利益に配慮することが不可避的に要請されていると言えるのではなかろうか。これが、和解へのインセンティブを殺ぐという危惧もないではないが、しかしながら少なくとも、和解当事者間で秘密裡になされる交渉・取引そして和解を通じて、その利益を害されかねない第三者の存在を無視することはできない。単なる和解ではなく、適正かつ公平な和解が形成されねばならないのである。我が国の従来の和解調書の作成手続は、アメリカにおける同意判決の形成過程(これが必ずしも十全であるとは言えないが)と比較して、余りにも貧困である。勿論、理論的には、第三者は、別訴提起の機会を奪われないが、しかし、現在の我が国の民事訴訟法には、和解調書の作成段階において、第三者のイニシアティブによる利益保護の手段は存在しない。そこで、特に今日期待が向けられている和解の法創造作用——新たな具体的救済方法の形成と実現——を妥当な形で行なうためにも、我が国の和解調書の形成過程において、裁判所は、公正な和解内容を確保することが要請されているのではないだろうか。

5. 若干の分析

—選択的アプローチの役割分担を中心として—

これまで、裁判所が救済形成過程において、いかにして最適な具体的救済方法を形成しているかについて見て来た。「公共的インジャンクション訴訟」に取り組む裁判所は、被告依拠型、裁判所選定型、裁判所独自形成型、スペシャル・マスター委託型そして和解尊重型という5つのアプローチを駆使して、最適な具体的救済方法を形成して来た。「救済方法の多様性という特殊性」が、連邦裁判所の裁判官を刺激し、諸種のアプローチの創造的な展開に駆り立てたと言いうことができるのである。

これらのアプローチは、1954年・55年の Brown 判決以降、「公共的インジャンクション訴訟」事件と取り組む連邦裁判所が、最適な救済形成のために、多かれ少なかれ既存の伝統的な事件の処理手続を利用しつつも、積極的に創造して来た新たな手続である。たとえば、この種の訴訟事件で相当頻繁に利用され

ひとつの象徴的な現象ともなっているスペシャル・マスターによる救済形成にしても、連邦民事訴訟規則53条に規定された伝統的なマスターの制度を利用して行なわれているのである。そこでは、連邦裁判所は、この種の事件処理に最適なように、スペシャル・マスターの職務権限と責任を拡大し、裁判所自身もその活動に対する監督権限と責任を引き受けている。裁判所の積極的な活動により、旧来の裁判制度が現代的に活用されており、その意味で裁判官の積極的な法創造の態度を看取することができるのである。さらに、その他の救済形成のアプローチの利用についても、裁判官は、積極的かつ能動的な訴訟指揮を行なっているのである。以下では、本節のまとめとして、これまで述べて来た具体的救済方法を形成するための選択的アプローチの役割分担について論じて行きたい。

まず、救済方法の形成過程で、具体的な救済方法が形成されてゆくアプローチは、ある訴訟事件では、いずれか唯一のアプローチしか採用されないというものではない。ひとつの訴訟事件で、同時並行的に複数のアプローチが用いられることもある。また、ある訴訟事件の段階に応じて、連続的に異なるアプローチが採られる場合もある。

たとえば、裁判所は、具体的救済方法の原案の作成を被告に委ねても（アプローチ①）埒が明かない場合には、原告（さらにアマカス・キュリイ）やスペシャル・マスター等に救済原案の作成を命じる（アプローチ②、④）ことがある。そのさいにも、被告からの救済原案の提出を一切受け付けないと言うのではなく、裁判所は、いつでも被告から救済原案を受け取る準備があることを示すのである。このように裁判所は、種々のアプローチを適切に活用して、当該事案の解決に最もふさわしい具体的救済方法を創造して行くのである。

このような柔軟な処方が可能となるのは、その担当主体である裁判官の積極的な態度によることが大きいのであるが、各アプローチの連続的な性格にも由来すると思われる。それぞれを、当事者および裁判官の役割と具体的救済方法の創造のプロセスという視点から全体的に鳥瞰した場合に、そのそれぞれが一定の連続性を有していることが明らかとなる。すなわち、一般に、上述のよう

に和解・同意判決の形成過程（アプローチ⑤）は、裁判所による和解条項の公正さの確保という「内容」面で、通常の判決形成過程（アプローチ①、②、③、④）に接近し、逆に、後者は、救済形成過程による「協議」的性格といういわば「手続」面で、前者に接近し、両者の間に一定の連続性さえも見出すことができるのである。中でも、具体的救済方法の内容について被告の見解がある程度重視される被告依拠型（アプローチ①）および裁判所選定型（アプローチ②）は、特に和解尊重型（アプローチ⑤）に近くなるのである。

ところで、前節で挙げた救済形成過程における基本問題（特に、「社会的情報」の収集・評価の困難さと被告の非協力的な態度）との関係で、これらのアプローチの長短を吟味した場合には、おおよそ次のように言えるであろう⁽⁶³⁷⁾。

まず、「社会的情報」の収集および評価（→本章第1節4）が適切に行なわれるか否かの局面では、スペシャル・マスター委託型（アプローチ④）や当事者およびアマカス・キュリイなどの提出した複数の救済原案の中から裁判所が選定して救済方法を形成する裁判所選定型（アプローチ②）が優れている。裁判所が、被告依拠型（アプローチ①）や、裁判外における当事者間の交渉によって救済原案が作成されてゆく和解尊重型（アプローチ⑤）には、なるほど、改善を求められた制度・組織に精通しており専門技術的な知識を有した被告が関与しているだけに、その限りである程度は「社会的情報」に基づいた具体的救済方法が形成されるということ是可以する。しかしながら、これらのアプローチは、前二者（アプローチ④、②）の場合と比較して、客観的な第三者による公正な評価・判断や当事者ではない被害者に関する「社会的情報」の収集・評価が不十分な場合も考えられる（ただし、和解尊重型では、とにかく和解に漕ぎ着けるために意図的に「社会的情報」の収集を怠り、第三者に不利益を与える虞れがあることは注意しなければならない。）。また、裁判所独自形成型（アプローチ③）は、「社会的情報」の収集および評価の点では、以上のアプローチと比較して最も不十分である。

(637) See Special Project: Remedial Process. *supra* note 26 at 812-13, T. Stein, *Implementation & Monitoring. supra* note 295 at 146-47.

次に、被告の非協力的な態度に裁判所が直面した場合（→本章第1節5）には、被告以外から具体的救済方法の原案の提出を求め、裁判所選定型（アプローチ②）、さらに、スペシャル・マスター委託型（アプローチ④）、裁判所独自形成型（アプローチ③）を採用することにより、裁判所は、そのような事態に対処することになる。このような被告の態度は、先に述べたように、救済方法の実現手続が円滑に実現されて行くか否かの問題と大きな関連性を有している。端的に言えば、救済方法の形成過程において被告がより協力的に関与し、しかも被告の意向が具体的救済方法の内容により多く盛り込まれるほど、救済方法の実現過程の首尾よい実現の可能性がより大きくなるのである。このような救済実現の可能性の判断においては、誰が救済形成に関与したかの問題を、どのような具体的救済方法が形成されるべきかの問題と切り離すことはできないのである⁽⁶³⁸⁾。したがって、基本的にはこのように救済方法の形成過程と実現過程とを一体的に把握しなければならず、救済実現過程における目的達成の可能性から見た場合には、被告依拠型（アプローチ①）あるいは和解尊重型（アプローチ⑤）が優れている。それゆえに、「公共的インジャンクション訴訟」事件において、裁判所が、まず、被告に対して救済原案の作成を命じることが多いのである。そこでまた、裁判所選定型（アプローチ③）でも、また、スペシャル・マスター委託型（アプローチ④）でも、裁判所が、具体的救済方法を形成するさいに、判決へ被告の意向を適切に盛り込んだ場合には、救済方法の実現過程における成功の可能性が大きくなるのである。このように、実現可能な「公共的インジャンクション」の形成は、救済形成過程における目的のひとつである⁽⁶³⁹⁾ので、「公共的インジャンクション訴訟」における裁判官は、被告の態度に終始注意を払いつつ、種々のアプローチを適切に行使しなければならないのである。

これまで述べて来たように、選択的なアプローチには諸種のものがあり、それが各種の事案ごとに様々な形で用いられているとは言え、具体的救済方法の

(638) See J. Weinberg, *Judicial Adjunct*. *supra* note 261 at 372.

(639) Special Project: *Remedial Process*. *supra* note 26 at 812, 863-64.

形成過程で、裁判所が考慮すべき2つの重要な訴訟上の目的が存在する⁽⁶⁴⁰⁾とされている。すなわち、ひとつは、救済方法を具体化する過程で、当事者のすべてを、訴訟すなわち「救済形成の場」に関与させること、他のひとつは、スペシャル・マスターの任命などによって、「社会的情報」を収集・評価させることである。前者により、手続への関与者が増すことになり、それらの者はデュー・プロセスが保障されることになる。これは、裁判所にとっても、「社会的情報」を含む訴訟資料を多面的に入手できることになる。また、後者により、裁判所は、適切かつ公正な内容の具体的救済方法を形成することが可能となり、両者相まって、裁判自体の正当性の裏打ちとなる。

さらにまた、救済形成過程では、被害者救済のために迅速性の要請もクローズ・アップされるが、他方、適切かつ実現可能な具体的救済方法の原案が迅速に提出できるのは、救済方法の形成過程に対する当事者の関与が最大となった場合である⁽⁶⁴¹⁾。当然、救済形成に対する当事者の関与の度合いが大きくなればなるほど、裁判所が得ることのできる情報の量も増加するのである。当事者の関与を増すことは、救済形成自体の遅延をもたらしかねないとも考えられる⁽⁶⁴²⁾が、それは、逆に、しばしば救済形成を促進させる効果を有することがあるとも言われている。すなわち、同時に、当事者をも含めた複数の訴訟関与者による救済原案の作成を促すことによって、1当事者（たとえば被告）による救済プランの作成が遅滞することを防止できるのである（被告は、他人の作成した救済原案よりは、自ら作成した救済原案に拘束される方がましだと考え、自発的に救済原案を提出すると思われるからである。）。このような救済形成の迅速性を確保するという観点から見た場合には、実際にも、裁判所は、先に述べた様々な救済形成のための選択的アプローチを、訴訟の経過に従い連続的にひとつずつ用いて行くと言うよりも、むしろ、同時並行的に複数の方法を利用しているのである。それによって、競争的に救済形成が行なわれ、その結果、

(640) See Special Project: Remedial Process. *supra* note 26 at 812.

(641) See Special Project: Remedial Process. *supra* note 26 at 812-13.

(642) See e. g. D.Horowitz, *Organizational Change*. *supra* note 26 at 1293.

救済形成が促進されることになるのである⁽⁶⁴³⁾。

このように、「救済方法の多様性という特殊性」が存在する「公共的インジャンクショ

ンクショ

ン訴訟」事件では、裁判所が、当該事案にふさわしい具体的救済方法をいかにして選択的に形成するかが重大な問題となる。そのさい、裁判所は、当該事案に即して種々のアプローチを採用することになるので、具体的な事件においてどのようなアプローチが採られるかは、一義的に明確ではない。しかしながら、これまで見て来たように、アメリカ法上、「公共的インジャンクショ

ン訴訟」事件においては、「救済方法の多様性という特殊性」というある意味では訴訟過程を複雑化している実体関係的な特質を適切に反映した形で、諸種のアプローチが用いられ、救済方法が徐々に具体化されて行く、とすることができるであろう。

〔未完〕

(1990年5月10日)

(643) See Special Project: *Remedial Process*. *supra* note 26 at 812-13.