

訴訟と調停の連携
——日中比較を通じて——

目次

はしがき

第1編 中国における訴訟と調停の連携

一 中国における調停制度の沿革

1 社会主義法制以前の調停制度

- 1) 社会主義法制以前の調停の成因
- 2) 社会主義法制以前の調停の種類と特徴
- 3) 社会主義法制以前の調停の評価

2 社会主義法制の下での民事訴訟と調停

- 1) 新民主主義革命時期の馬錫五審判方式（1937年～1949年）
- 2) 中華人民共和国の建国後の民事訴訟と調停

二 中国における民事調停立法の現状 s

1 背景

2 2011年人民調停法の施行と人民調停制度

- 1) 人民調停制度の沿革および立法背景
- 2) 人民調停制度の運用のメカニズム
- 3) 人民調停法の特徴と課題

3 2012年新民事訴訟法の改正と調停の新動向

- 1) 背景と概況
- 2) 基本原則たる調停原則
- 3) 先行調停制度
- 4) 訴訟外調停合意書の司法確認制度
- 5) 委託調停制度
- 6) 民事調停制度の運用のメカニズム

おわり

第2編 日本における訴訟と調停の連携

一 日本における調停制度の沿革

1 調停立法の沿革

- 1) 借地借家調停法
- 2) 小作調停法
- 3) 商事調停法
- 4) 金銭債務臨時調停法
- 5) 人事調停法
- 6) 鉱業法の一部改正（鉱害調停規定）
- 7) 戦時民事特別法の民事特別調停規定

2 小括

二 日本における民事調停制度の機能と訴訟との連携

1 民事調停法の施行と改正

- 1) 民事調停法の施行
- 2) 民事調停法の概要と改正

2 民事調停——付調停の役割

- 1) 付調停制度の現状
- 2) 付調停の問題点

おわり

第3編 日本の家事調停の独自性と課題——合意解決を目指して——

はじめに

一 家事調停制度の沿革

- 1 戦前の家事調停制度の沿革
- 2 家事審判法から家事事件手続法まで

二 家事調停制度の特徴

- 1 調停・審判を扱う家庭裁判所の確立
- 2 調停前置主義の採用
 - 1) 調停前置主義の理由
 - 2) 調停前置主義への批判
 - 3) 小括
- 3 別席調停と同席調停
 - 1) 別席調停
 - 2) あっせん型調停
 - 3) 同席調停
 - 4) 別席調停と同席調停の連携
- 4 家裁調査官の設置
 - 1) 制度の発足
 - 2) 役割の変化
 - 3) 現在の到達点
 - 4) 調査官調査のあり方

三 家事調停の実情と課題

- 1 家事調停の実情
- 2 合意解決の促進——新しい動向——
 - 1) 経済的な子の利益の保障
 - 2) 面会交流の保障
- 3 家事調停制度の課題
 - 1) 全件調停前置主義への反省
 - 2) 裁判官、調停委員、調査官の責任分担と連携

おわり

第4編 民事紛争解決手続と調停——中国法への提言——

はじめに

一 訴訟と調停の連携に関する検討

- 1 調停と裁判を受ける権利
- 2 調停前置主義
- 3 調停合意説と調停裁判説
- 4 調停の既判力
 - 1) 既判力肯定説
 - 2) 既判力否定説
 - 3) 私見
- 5 調停と訴訟の関係

二 中国法への提言

- 1 民事調停法の制定
- 2 裁判官の常時立会い
- 3 人民調停制度の改革
- 4 調査官制度の導入
- 5 委託調停、司法確認制度の廃止

あとがき

はしがき

現代法治国家において、司法裁判は私権の保護の最後の防御線として運用されている。中国でも、民衆の法意識が目覚め、「礼崩楽壊」という伝統的な道徳の崩れ、および経済の発展や家族問題の多様化に伴い、紛争が多発するようになった。裁判所は大量の案件を処理しなければならなくなっている。このような大量の案件には、伝統的な売買、賃貸借のような類型以外に、建築、医療、IT、環境に関する専門案件も多くある。一方、中国の裁判官階層の育成と構築は立法のスピードには追いついておらず、司法能力を十分に具えない復員軍人や転職幹部が裁判官になる。そのうえ、専門訴訟に適する知識を持つ裁判官も極めて少ない。それゆえ、裁判官の実務能力が低く、民事紛争を有効に解決することができないと言われている。さらに、民衆の契約精神の不足および司法の不公正によって、民衆が司法を信頼できなくなっており、案件の上訴率と再審率が極めて高い。他方で、政府の経済政策の観点からは、社会の安定は中国経済の発展にはなくてはならないものである。「安定性は何より重要である（穩定压倒一切）」という共産党のガイドラインは、いつもあらゆるレベルの中央・地方政府にこれを要求するとともに、司法機関に対し、社会の安定を実現することに重要な役割を果たすよう要求するということが当たり前であると考えられている¹。しかし、訴訟には費用が高く、時間が長いといった欠陥がある。それに対し調停は、手続が多様・柔軟であり、紛争当事者がより手軽に手続を利用でき、簡易、迅速かつ低廉な紛争処理が可能となる。また、当事者本人が積極的に関与することができ、実体法に囚われずに事案に適切な解決が可能となる。それゆえ、調停は広範に注目されてきた。

調停という紛争の解決方法は、中国において悠久なる歴史を持っており、二千年あまりの長い封建社会時期には、調停は公的および民間の紛争解決の重要な方法とされてきた。近現代に入ってからは、調停の形式と内容に重大な変化があった。特に、共産党の指導する新民主主義革命の時期には、法律制度の不足のため、調停という紛争解決方法はより広く運用され、特別な機能および地位を持っていたといわれている。代表的な人民調停制度は、組織範囲の広いこと、調停員人数の多いこと、調停形式の多様なこと、無料調停などの特徴を持っている。現在、「調和のとれた社会（和諧社会）を建設しよう」という政策の下で、調停の形式および内容はさらに充実し、改善されている。調停主体と調停対象の範囲が一層広がり、委託調停、先行調停のような制度を設け、調停できる段階がさらに増えている。また、司法確認制度などの形で、調停と訴訟のつながりがより緊密になっている。

しかし、「現実的なものはすべて理性的であり、理性的なものはすべて現実的である」

¹ 中華人民共和国憲法の第 126 条は、「人民法院は、法律の定めるところにより、独立して裁判権を行使し、行政機関、社会团体および個人による干渉を受けない。」という旨を規定する。言い換えれば、行政機関、社会团体および個人以外の共産党からの指導は人民法院は受けなければならないということである。

(ヘーゲル) という命題が常に妥当するわけではない。調停という形式は確かに紛争の解決には重要な効果があるが、中国における調停に関する立法および制度の施行は、およそすべて現時点において発生した問題を解決するための「補修工事」であり、民事訴訟法全体から見直す視点はあまりないと思われる。調停をほかの制度との連携、民事訴訟法の基本原則との関係から発想することは極めて乏しい。調停は、司法権を排他的に有する裁判にとっては挑戦であると思われる。特に当事者の訴訟を遂行する権利を侵害することがないとはいえない。憲法の保護する平等権、裁判を受ける権利および民事訴訟基本原則としての公開主義、弁論主義、また、信義則等の角度から調停制度を検討することが可能であり、またその必要があると考える。一方、従来の民事調停についての研究は大部分、調停制度の構築に関するものであり、訴訟原則、当事者保護の角度から調停と訴訟とを比較し分析する研究は少ない。

一方、日本においては、調停と訴訟に関して中国より、合理的な制度設計および確固たる理論的根拠を有しており、豊富な経験もある。さらに、今日の日本において、司法に対する国民のニーズが多様化している。また、調停と訴訟の連携についても、家族紛争と民事調停のうちの借地借家などについては調停前置主義が採用され、一般の民事紛争については、訴訟手続に入ってから、裁判所が当事者に調停を命ずる付調停制度を導入しているところに特徴がある。家事調停は当事者の合意による解決を促し、特に子どものために自主的な履行を促す可能性がある。付調停は、専門性と強制性があり、訴訟段階に入ってから調停なので、裁判を受ける権利および民事訴訟の基本原則との関係を議論する必要がある。特に、調停に代わる決定の場合の公開主義と弁論主義の保護や、付調停と事実判断、鑑定との関係に着目したい。加えて、付調停の強制性の根拠や適する案件の範囲も解明する必要がある。

歴史的な角度から見ると、日本と中国は深いつながりがあり、近い文化を持っている。その一環として、紛争解決に対する意識も近い。すなわち、訴訟嫌いが顕著であり、調停を好むという法意識がある²。この点は欧米の調停に対する視点とは差異がある。そのうえ、先進的な法治国家である日本も、法治国家の途上国である中国も、現在の法制度は本来の固有的な制度ではなく、舶来品であるので、法制度をうまく整える上で、一定の共通点があるだろう。日本における家事調停での前置主義、付調停も、中国における人民調停も互いに有益な参考になる可能性があるかもしれない。特に、日本の調停制度・理念の差異に関して日中両国の比較を試みることは、中国における調停理論の解明および問題点の発見に関する重要な意味を有する。

さらに、研究を進める中で、法社会学や家事事件手続についても研究する必要性があると考えようになった。1つは、なぜ訴訟ではなく、調停が日中で広く活用されてきたのかである。その社会、時代の司法制度を人々がどのように受け止めていたか。政治的な権力が人々をどのように統治しようとしてきたかについては、法社会的な考察が必要である。もう1つは、調停制度について、当事者の合意による解決を支援する側面に注目するようになった。どのように支援するのかについては、事実の調査、当事者への働きかけ、履行勧告、他の行政機関との連携などを担当する家裁調査官制度を設置する日本の家事調停制度が参考になると考える。

本稿は、こうした問題意識に基づいて、日中両国における民事・家事調停制度を比較し、当事者の手続保障の視点から出発し、案件の類型と難易度を基準とし、どの案件は訴訟で、どの案件は調停で解決できるかを分類する。同時に、各種の調停における調停員の専門性

² 川島武宣『日本人の法意識』(岩波新書 1967年)、松村良之・木下麻奈子ほか『『日本人の法意識』はどのように変わったか』北大法学論集 57巻4号(2006年)474頁以下参照。

や役割、調停の対象と範囲の明確化、調停の結果の法的性質、訴訟との連携などの問題が重要である。最後に、日中両国における調停制度を比較検討し、中国の「訴調結合（訴訟と調停の連携）」について新しい改正案を提示したい³。

本稿は、4つの部分により構成される。

まず、第1章、第2章では、中国における伝統的な調停制度の形成、発展および当時の社会背景、民衆の法律観念についての分析を通じ、中国の調停制度の歴史の淵源と概況を明らかにする。さらに、社会主義のもとでの調停制度の沿革および2010年に施行された「人民調停法」と2012年に改正された「民事訴訟法」を中心とし、調停と訴訟の結びつきについての変化と現状を考察する。

次に、第3章、第4章では、日本における民事調停制度を紹介したい。日本における民事調停の発展と変容、各時期における立法の背景と意義を分析する。特に、付調停制度の役割を明らかにする。

続いて、第5章から第9章までは、独自性がある家事調停について、調停前置主義、別席調停と同席調停、家裁調査官を中心し、分析する。特に、合意解決を促進する新しい動向から、家事調停の課題を論じる。

最後に、訴訟と調停の連携について検討する。特に、以下のような3つの点を中心とする。調停と裁判を受ける権利、調停前置主義、調停合意説と調停裁判説の対立である。調停と裁判権の関係、強制調停が可能になる根拠、そして調停の既判力の問題なども明らかにしなければならない。当事者が訴えを申し立て、裁判を受ける意思を表す場合に、強制調停を行う理由は何であるか。強制調停の対象はどの案件に限定すべきであるか。そして、調停の有効的に適用するため、さらに、訴訟との連携について、どのように制度を設けるか。これらの分析に基づいて、最後に、調停と訴訟の連携の当然のあるべき状態（*ought to be*）について考察し、中国の「訴調結合（訴訟と調停の連携）」に対して、立法提案または法改正の方向について、私見を述べたい。

³ 調停という概念の定義はいったい何であるか。そして、日本と中国においての調停の概念は同じであるか。日本法と中国法については、以前でも現在でも密接な関係があるにもかかわらず、成長する環境、路線が違うので、2つの異なる法律パラダイムであるに違いない。「異なるパラダイムは通約不可能である（*rival paradigms are incommensurable*）」（Thomas S.Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, 1971, 150p.）。異なる法律パラダイムには、同じの概念でも必ず法律文化の差異によって違う内包がある。それゆえ、日本法上の調停の概念から中国法上の調停を分析することを当然であると認めてはならない。もちろん、両国の法律の差異があるからこそ、調停に対する比較と分析をすることはさらに意義があるであろう。

第1編 中国における訴訟と調停の連携

一 中国における調停制度の沿革

共産党政権の成立および改革開放の展開にしたがって、中国は司法制度の構築および現代法治国家の建設のプロセスに入ってきた⁴。しかし、現代司法観念が徐々に強化されているにもかかわらず、中国人の司法観には連続性があり、古代のように、訴訟嫌いが顕著であり、調停を好むという伝統があるとされている。なぜなら、北京または上海のような現代的な大都市においては、商業社会のため、人々の関係を維持する方式は法律による方式に転化されているにもかかわらず、多数の中小都市および農村においては、依然として「知人社会（熟人社会）」⁵の中で形成された固定した人情の形式だからである。この「知人社会」では、固定的な価値体系および紛争解決方法が形成され、これらは現代法制の建設によって致命的な打撃を受けなかった。一方で、法治国家の建設とともに、民衆の法律意識の向上も重要な課題であろう。数千年の歴史のなかで、外来民族の統治があつたにもかかわらず、中華民族の同化のため、紛争の解決に対する民族の価値観は、中断したり、大きく変化したことはなかった。古代のように、民衆は司法をあまり信頼せず、行政による解決を求める傾向が強い⁶。このような観念を変えることは、この数十年の努力によっては実現できなかった。歴史的に見て、有効な調停制度の必要性は今もなお存在するといえる。したがって、伝統的な調停観念は、現代の調停制度にも重要な意義があると思われる。

1 社会主義法制以前の調停制度⁷

伝統的な民事紛争の解決制度の核心である調停⁸制度の生成は、中国での伝統社会における長期的な自給自足という経済的基礎、ならびに儒家の影響を受ける「無訴」（訴訟をしない）の法文化と密接に関連している。史料上調停制度は周の時代（紀元前1046年頃～紀元前256年）に遡ることができる。周王朝は官庁に「調人」、「胥吏」という官職を設け、紛争解決のために専任の調停人を設置した。『周礼・地官司徒・調人』には、「調人、掌司万民之難而諧和之。……凡有鬪而怒者、成之。不可成者、則書之。」という記録がある。これらの意味は、専任の調停人が、できるかぎり、民衆の紛争を「諧和」し、調停が成立しない場合にのみ「書之」する。すなわち、官庁に報告するということ⁹である。その後、孔子、孟子を代表とする儒家学派の唱える「和為貴」（仲よくすることが、最も大切であるということ）、「知和而和」（和の理念を知って諧和すること）のような儒家思想が法律分野に徐々に浸透したことにより、民事紛争解決における調停の役割はますます重

⁴ 中国共産党第十五次代表大会の主題報告を参照。

⁵ 「熟人社会」という概念は、費孝通教授が『郷土社会』において中国の農村社会を定義して用いたものである。「郷土社会は地方性の制限の下で、ここで生まれ死ぬという社会になっていた。…これは1つのよくなじんでいる社会であり、見知らぬ人がいない社会である」（費孝通『郷土社会』（北京出版社2004年）6頁以下参照）。

⁶ もちろん、古代中国においては司法という独立な制度が存在したとは言い難い。ここでは「司法」という概念は「紛争を法律によって司る」という理解のほうがいいと思う。

⁷ 本稿は主に清の時代を対象とするので、年代は1616年から～1919年新民主主義革命までとする。

⁸ 現代中国においては、「調停」と同じ意味を表す言葉は「調解」である。しかし、古代中国には「調解」という言葉はなく、「調停」も広範に使わない。一般的には「調処」または「調和」と表されたといわれている（四川大学歴史系編『清代乾嘉道巴県檔案選編（上、下）』（四川大学出版社 1996年）355頁、戴炎輝『中国法制史』（三民書局 1979年）138～9頁参照）。

⁹ 洪冬英『当代中国調停制度変遷研究』（上海人民出版社 2011年）11頁。

要になってきた。

秦漢時代において、県以下の郷、亭、里には、「夫」という官職を設け、「職聽訟」の職責を与えた。すなわち、民事紛争を調停する職責である。唐宋の時代において、郷における民事紛争は、すべて最初に里正、村正、坊正によって調停されるべきであるとされていた。元の時代には、調停制度はさらに発展した。法典の訴訟編には、調停制度が設置され、法的効力が与えられ、調停で解決できる紛争を再び提訴することができないように規定された¹⁰。明清時代には、調停制度はさらに改善、強化され、特に制度化には大きな発展があった。清代は古代の調停制度および調停文化の伸長が見られる。加えて、清代法制についての文献が特に充実しているため、本稿における社会主義法制以前の調停制度についての研究と解析は、主に清代を対象として展開する。

1) 社会主義法制以前の調停の成因

「社会が法律を基礎とするということはただ法学者たちの幻想にすぎない。そのかわりに、法律は社会に基づいて生まれる」。¹¹ 強大な理論体系および社会観念という礎石がなければ、調停はこのように全面的かつ深く発展することはできず、さらに文人および名士¹²の共同の事業として、雅俗と共にある主流文化の列に入ることは不可能であっただろう¹³。伝統的な中国における調停制度は次の5つの事情に基づいて形成された。

(1) 経済的基礎：封建社会における自給自足の自然経済

農業国として、中国の千年以上の封建社会下において、自給自足という小農経済は伝統的な中国社会の存続と発展を支える重要な保障であったと考えられている。小農経済の一つの重要な特徴は、人が土地に縛られていたことである。一家族一世帯で、男が土地を耕して、女が布を織る形をとり、経済の流動性が小さかった。

このような小農経済においては、各地域を結びつける力が欠乏する。同時に、生産効率の低下を防ぐため、主要な生産力としての人の需要は、固定的で狭小な経済単位にとって、特に切実かつ重要である。したがって、人々は生産力を犠牲にしてまで自己の「権利」を実現するために時間も金銭もかかる訴訟行為に参加するのを望まない。なおかつ、私有する土地のない大多数の小作農の意識の中には、「権利」という概念すらない。さらに、同じく小農経済の場合には、紛争の類型は主に土地および人間関係をめぐって生じ、種類も数も多いとはいえない。紛争解決の方法としては、謝罪あるいは土地の境界確定などの直接的な履行形式がかなりの比率を占めており、物質による賠償方式はあまりないといわれている。それゆえ、調停は、柔軟かつ迅速な紛争解決の方式で小農経済と非常に適合していた。

(2) 文化的基礎：「天人合一」¹⁴を唱える儒家の和合文化

儒家の提出した「徳主刑補」（礼楽による教化を主としつつ、また刑罰も必要である。）および「三綱五常」（「三綱」は君臣・父子・夫婦の間の道徳である。「五常」は仁・義・

¹⁰ 劉艶芳「我国古代調停制度解析」安徽大学学报（哲学社会科学版）30卷2期（2006年3月）77頁。

¹¹ 中共中央マルクス・エンゲルス・レーニン・スターリン著作編訳局『マルクス・エンゲルス全集6巻』（人民出版社 1995年）291頁。

¹² 文人とは、儒家知識を中心とする学問を修め、文書をよくするという人である。名士とは、名望が高く役人にならないという人である。

¹³ 胡旭晟・夏新華「中国調停伝統研究——一種文化的透視」河南政法管理幹部学院学报 2000年4期 20頁。

¹⁴ 天と人とは理を媒介にして一つながりだと考える。「天」は天道であり、自然であり、自然の法則を指す。「人」は人道であり、人為である。

礼・智・信の五つの道義である。)などの主張が支配階級から重視されるようになった秦漢時代以来、儒家文化は社会の正統な思想および主流な文化になり、秩序を強調して和諧を追求する和合文化は中国人の確固たる信仰になった¹⁵。『中庸』には「喜怒哀楽の未だ発せざる、これを中と謂う。発して皆な節に中る、これを和と謂う。中なる者は天下の大本なり。和なる者は天下の達道なり。」¹⁶という文がある。儒家文化における「中」および「和」の観念に対する崇拝は、中国人が「克己復礼」（私情や私欲に打ち勝って、社会の規範や礼儀にかなった行いをする）および「以和為貴」を重視することにつながった。その影響により、紛争解決方式では、「無訟」および「厭訟」（訴訟を嫌う）に価値を置いた。

子曰はく、「訟を聴くは吾猶ほ人のごときなり、必ずや訟なからしめんか。」¹⁷これは孔子の訴訟に対する最も明確な態度であり、儒家の訴訟についての思想を定めている¹⁸。いわゆる無訟の最も直接的な説明は、訴訟をしないあるいは訴訟する必要があるということであり、それはすなわち、あるべき社会は、紛争と犯罪がなく、法律の存在する必要がないまたはすべての法律はあっても使わないでよい社会ということである。このような社会でなければ、本当の調和社会であると言えない¹⁹。「古代中国人は全体の自然界で秩序と調和を求め、これをすべての人間関係の理想型と見なす。」²⁰したがって、「無訟」の価値観は、孔孟を代表とする儒家文化の追求する理想世界の重要な一環であり、同時に千年以上庶民に浸透した目標である。この「無訟」価値のために、中国社会は権利意識が薄くなり、ひたすら安定と調和を求め、「義務本位」的思考が主流になってきた。「基本的な経済単位がいかにか個別化あるいは分散するかを問わず、すべての個体が相手の境遇に配慮し自己の欲得を抑制し自発的に互譲し共存共栄の集団に生活するということは自明な道理とみなされる」²¹のである。

(3) 政治的基礎：「徳主刑補」・「重刑軽民」²²の政治主張

前述のとおり、和合文化の追求は、単なる小農経済がもたらす下からの民衆の自覚であるのみならず、支配階級が統治の合法性と利便性のため上からの推進によるものでもある。調停という紛争解決の方法は特別な政治的意味がある。中国文化は「天下為公」（天下は権力者の私物ではなく、公—そこに暮らすすべての人々の為のものである）の人文主義思想があり²³、中国の官僚階級は自分を行政活動の管理者とみなすだけでなく、同時に司法および国民への教育も自分の責任とみなした。「家国合一」（国家と家庭は倫理的に一致すると認められる）の思想ならびに互いに義務を負う倫理的な基礎に基づき、官僚階級は自分を当該地域の家長とみなし、民衆を調和して教育する義務を担う。それは、まさに古代中国で官僚を「父母官」²⁴と称する理由である。そのうえ、社会が民事紛争より刑事事

¹⁵ 洪・前注9)・18頁。

¹⁶ 『大学・中庸』金谷治訳注（岩波書店 1998年）143～4頁。

¹⁷ 『論語（下）・顔淵』宇野哲人訳（明德出版社 2010年）75頁。

¹⁸ 陳弘毅「調停、訴訟と公正——対現代社会和儒家伝統的反思」現代法学 23巻3期（2001年6月）4頁。

¹⁹ 張中秋『中西法律比較研究』（南京大学出版社 1999年）321頁。

²⁰ ジョゼフ・ニーダム『ジョゼフ文集』（遼寧科学技術出版社 1986年）338頁。

²¹ 寺田浩明「近代法秩序と清代民事法秩序——もう一つの近代法史論」石井三記・寺田浩明・西川陽一・水林彪編『近代法の再定位』（創文社 2001年）95頁。

²² 刑事を重視する一方、民事を軽視する。

²³ 陳顧遠『中国文化与中国法系——陳顧遠法律史論集』（中国政法大学出版社、2006年）39頁。

²⁴ 滋賀秀三教授のこれについて透徹的な分析がある。「知州知県の荷う司法業務とはさような世話（一地方の秩序と福祉）の一部面として人民に対して施されるものであった。これを父母官型訴訟と名づけて見たい。……ただ、父母型訴訟からは ius ; Recht 系列の概念が出て来ないということは中国にとって

件を重視するため、司法資源が限られるなかで、調停を採用して民事紛争を解決することは重要な意味をもった。

そこで、支配階級は調停での紛争解決を非常に尊重する。「国民を楽しく過ごさせ、手厚い賞与は行わず、重い刑罰を用いない（民安其俗、厚賞不行、重罰不用）」という目標を実現するため、訴訟率の高低は地方官僚の能力の一つの基準とされる。低い訴訟率は良好な政治業績の証明となり、地方官僚が民衆を「礼」を守らせるのに成功したことを意味する。逆に、高い訴訟率は「礼教」の失敗とみなされ、官僚は、なぜ自分は庶民を儒家提唱した「克己」と「礼讓」などの規範を守らせられなかったか、自責しなければならなかった²⁵。同時に、官僚および民衆に調停という紛争解決の方法の重視を強調するため、統治者は、調停作業に優れた模範的な官僚の例をあげて他の官僚の模範にさせた。

仇覽は東漢時代の県官である。ある日、ある母親と一緒に暮らす息子を親不行を理由に被告として提訴した。仇覽は非常に悲しんでいた。なぜなら、彼は、この案件の主な問題は双方が十分な教化を受けられなかったことにあると考えたからである。彼はこの母親に、寡婦として息子を成年に育てることは大変な苦勞だったのに、なぜ大きな怒りでこのような厳しい犯罪行為として訴えたのかと聞いた。この母親は深く感動し、泣いて去った。その後、仇覽は彼らの家に来て母子とお酒を飲むともに、彼らに家庭道徳を教育した。息子は後悔し、それ以後に有名な孝子になった²⁶。

この事例は、教育的意義および官僚の言行を称揚するために歴史書に記載された。官僚は「無訟」の目標を実現するため、できるかぎり各種方法を採用した。なぜなら、支配階級は「世を治めることは、専ら法令によってではなく、民衆を教化することが大事である。」²⁷ということを深く信じるからである。

(4) 社会的基礎：高く発展している宗法制度

伝統的な中国社会は二元的に構成される。すなわち、帝権を中心とする帝王・朝廷と各級官僚が構成する帝国体系および宗法・慣習を中心とする宗族体系である。官僚体系は膨大であるにもかかわらず、村落のような下部に深く入ることができない。国家の律令の効力は帝国体系には貫徹するが、郷土社会が当然とする準拠にはならない。いわゆる「国権不下県」である。すなわち、国の権力は県以下に及ばず、県以下の主体は宗族であり、宗族はすべて自治であり、自治の準拠は倫理であり、倫理は名士を作る²⁸。したがって、二つの異なる次元に置かれる制度を接続するための仲介の階層が現れた。すなわち、儒家思想を備え、また宗法・慣習も熟知する儒士集団＝名士である。

同時に、前述のとおり、小農経済の農村では、人が土地に固定させられ、安定し閉ざされた知人社会が形成される。この知人社会はまた互いの血縁関係により、一層密接で堅固になる。この堅固な関係は、おそらく個人が自由に選択した結果ではなく、労働力、道徳および世論に基づく消極的な選択の結果であると考えられる。言い換えれば、このような閉ざされた社会に置かれる個人にとって、社会から主体的に離脱する勇氣もなく、その可能性もない。なぜなら、以前の社会から離れた場合、次の社会に溶け込むのは非常に難しいからである。それゆえ、国家の法律が十分郷土社会に浸透しない点からみれば、血縁および

確かに1つの宿命であった。中国の伝統に生きた人にとって法律(Gesetz)は解りやすいが法・権利(Recht)は解りにくい概念であった」(滋賀秀三「中国法文化の考察——訴訟のあり方を通じて」滋賀秀三『続・清代中国の法と裁判』(創文社 2009年) 20頁参照)。

²⁵ 張晋藩『中国法律的伝統与近代転型』(法律出版社 1997年) 277～302頁。

²⁶ 範忠信・鄭定・詹学農『情理法与中国人』(中国人民大学出版社 1992年) 186頁。

²⁷ 章棧『康熙政要』(中共中央党校出版社 1994年) 24頁。

²⁸ 秦暉『伝統十論——本土社会的制度文化与其变革』(復旦大学出版社 2003) 3頁。

地域に基づいて形成された宗法制度は当然に民事紛争解決の準拠になる。

そのほかに、このような調和的な知人社会においては、どのような対立でも個人および家族に大きな影響を与えるはずである。知人社会を維持し、自己の生存を確保するためには、「理非曲直」（正しいか正しくないか）は最重要の価値ではない。したがって、「同郷の人と平和に暮らせれば、訴訟をやめることができ、礼讓を明瞭にすれば、風俗は厚くなる。」²⁹という理念を履行しなければならない。この理念は、多くの家訓・族規に規定されていた。清代の浙江蕭山における『朱氏家譜』には、「同郷の人と平和に交際する。……たとえ家族の中に口げんかあるいは財産田産に関する紛争があっても、提訴する前に家法により家長に知らせ、家長が処理できなければ、祠に入り先祖に報告し、全家族から討論し、紛争を解決するようにする。」³⁰と規定されている。最後に、名士および家族の長老が本族の宗法に通暁するだけでなく、儒家思想または国家の礼法にも精通するため、民衆は自然に法律を無視し、郷村の権威ある人物に訴え、調停で民事紛争を解決するのである³¹。

(5) 現実的基礎：高い民事訴訟のリスクのため、民衆が司法制度を信用しない

調停制度が確立したさらに直接的で重要な理由は、当時の司法制度が民衆の権利を守るのに有効でなく、逆に、高すぎる訴訟リスクがあることである。

まず、清代の法律は提訴の条件を厳格に制限する。すべての人が提訴の資格を持っているわけではない。囚人、女性、老人、身体障害者および未成年者は直接、提訴することが許されず、直系の成年男性の親族から助けられる場合しか訴訟をしてはならない³²。同時に、被告および証人の人数についても厳しい制限があり³³、民事訴訟において提出される証拠の類型も明確に規定されていた³⁴。提訴についての各条件を満たしても、案件が必ず周到かつ慎重に処理させられるとはいえない。『黄岩訴訟檔案』に収録された1874年から1889年までの78件の民事案件の類型からみると、38件は却下され、23件は当事者による処理あるいは親族に調停させるように指示され、9件は証拠あるいは起訴状を補充する必要があり、わずか8件が終局判決を得たという結果だった³⁵。明らかに、当時の政府は民事訴訟事件を軽視し、これを抑制する態度を採った。

次は、原告被告を問わず、訴訟においては身体的処罰のリスクがあった。手続的公正の観念がまだ生じておらず、かつ、手続法が不完全であるため、民事訴訟の審理の際に、判事（実は官僚）は過大な手続上の自由を持っていた。提訴を受理した後、真っ先に被告を拷問し、被告が拷問されても自供しない場合には、原告を拷問することができ、必要があると認定されれば、証人さえも拷問される。このような規定は、すべての訴訟当事者が身体的な苦痛を受ける可能性をもたらした³⁶。

²⁹ 章・前注27)・28頁。

³⁰ 王守仁『王陽明全集』（紅旗出版社 1996年）361頁。

³¹ 洪・前注9)・17頁。

³² 田涛・許伝璽・王宏治主編『黄岩訴訟檔案及調査報告』（法律出版社 2004年）234頁。

³³ 例として、四川巴県においては、被告人は4人を超えてはならず、証人は3人を超えてはならない規定がある。徽州祁門県においては、人々の間で起こる財産・地位をめぐる日常的な争いや軽犯罪的な事案（非命盗重案）には、被告人は3人を超えてはならず、出廷する証人も3人を超えてならない規定がある（趙曉華『晚清訟獄制度的社会考察』（中国人民大学出版社 2001年）16頁）。

³⁴ 例として、婚姻紛争については、結婚の紹介者および婚約の文書を提出しなければならない。田畑・土地の紛争については、隣の土地の所有者、保証人、債務冊子、印串、糧号（印串と糧号は食料の納税証明書である）および官庁から認められた契約書（官製契約書）を提出しなければならない。金銭と債権債務の紛争については証書、第三者の証明を提出しなければならない。

³⁵ 田・許・王主編・前注32)・51～2頁。

³⁶ 王立民『法律思想与法律制度』（中国政法大学出版社 2002年）62～3頁。

そのほか、清代の法律だけではなく、中国においては、古来から、訴訟の費用についての規定がない。言い換えれば、清代の訴訟行為は、理論的にいえば、いかなる費用も支払う必要がないということになる。この理由として、もしも訴訟費用を受け取れば、国家が訴訟行為の正当性を承認することとみなされ、同時に、訴訟を迅速に審理する責任を引き受けなければならないが、これは清朝の統治者の訴訟に対しての見方からはずれず、第2に、仮に皇帝と「民衆の父母になる」という官僚が、公然と冤罪を訴えて公平を呼びかける庶民から訴訟費用を受け取れば、彼らの体面が汚れるとみなされる³⁷。

しかし、訴訟の費用については規定がないにもかかわらず、民衆は勝訴を求めるため相変わらず大量の金銭を支払わなければならなかった。訴訟は無料のゲームではない。その中の大部分の費用は衙門（役所）に勤める書吏・差役のような関係者に払われる。司法制度の運営は必然的に一定程度のコストが必要であったが、清の政府が衙門に勤める作業員に支払う給料は非常に低かった。「清代における衙門の作業員の平均給料は銀6両であり、多くても12両に満たない。換算すれば、毎日の所得はただ彼と彼の妻の毎日1回の食事しか保障できるにすぎない」³⁸。このような極めて低い給料では家族の生活も満足できず、司法制度を有効的に運営することができない。したがって、衙門の作業員は、訴訟活動において、できるかぎりの名目で法外な経費を受け取る。訴状を提出するときの「登録料」があり、登録した後、書吏が訴状を衙門の中に渡す「伝呈費」があり、なるべく速めに州県官に対して、受理するかどうかについての「批詞」を得る「買批費」がある。たとえ案件が受理されたとしても、まだ被告のリストを書く「開単費」があり、被告を召喚する「出票費」がある。案件を正式に審理するときは、まだ両当事者から「昇堂費」を受け取り、もし両当事者が和解を望めば、「和息費」があり、もし判決を下せば、「結案費」もある。これらには「車馬費」・「酒食費」などの作業員への賄賂は含まれない³⁹。いわゆる「衙門の門戸は開いているが、理があっても金がなければ来るな」である。

したがって、紛争解決の角度からも、自身の安全および財産の保護の角度からも、民事紛争を訴訟の形式で解決させるのは、リスクが大きすぎる。これに対して、調停はこれらの問題をよりよく解決できるだけでなく、訴訟にはないメリットもある。調停という紛争解決方式は自然に当時の民衆の最初の選択肢になる。

2) 社会主義法制以前の調停の類型と特徴

(1) 民事紛争類型の多様化

現代法の概念では、民事紛争の内容は、財産関係の紛争（財産所有権の紛争および財産流通の紛争を含む）と人身関係の紛争（人格権の紛争および身分関係の紛争を含む）に分けられる⁴⁰。古代中国においても、民事上の権利義務について民事紛争の概念がないにもかかわらず、基本的には現代と同じく財産関係および人身関係に分類することができる。民事紛争は一般的に「戸婚・田畑・銭債」と総称される。ここに清代後半における順天府宝坻県の民事紛争案件の類型別の表がある。

表1：清代順天府宝坻県の案件の種類別⁴¹

内容	年代	巻号	巻数	件数	比率 (%)
訴訟案件総数			150	4269	

³⁷ 方流芳「民事訴訟収費考」中国社会科学 1999年3期 146頁。

³⁸ 瞿同祖『清代地方政府』範忠信・晏鋒訳（法律出版社 2003年）107～9頁。

³⁹ 那思陸『清代州県衙門審判制度』（文史哲出版社 1981年）33～4、63頁。

⁴⁰ 江偉主編『民事訴訟法（第2版）』（高等教育出版社 2004年）1頁。

⁴¹ 曹培「清代州県民事訴訟初探」中国法学 1984年2期 137頁。

民事案件総数			104	2946	69%
土地・地代案件	乾隆-宣統	95～108	14	456	15.5%
家屋・敷地案件	嘉慶-宣統	109～112	4	121	4.1%
賭博借金案件	嘉慶-宣統	113～120	8	226	7.7%
婚姻案件	嘉慶-宣統	161～173	13	187	6.3%
縁組・相続およびほかの家庭紛争案件	嘉慶-宣統	180～184	5	128	4.3%
債権債務案件	嘉慶-宣統	185～195	11	256	8.7%
暴行およびほかの案件	嘉慶-宣統	197～245	49	1572	53.4%

注：各民事案件の比率は民事案件の総数を基数として計算される。乾隆（1736～1795）、清代の高宗の年号。嘉慶（1796～1820）、清代の仁宗の年号。宣統（1909～1911）、清代末代皇帝の年号。

表の「暴行およびほかの案件」の分類があるが、その中の大半は財産、婚姻および相続によって起こり、官庁に重視させるために「暴行」という名義で提訴した。それゆえ、民事案件に繰り入れた。もちろん、この類型の案件はすべて民事案件とはいえ、実際に民事案件の比率は69%以下になるところであった。

これらは訴訟案件のデータであるが、同じく民事紛争を扱うことから、民事調停における民事紛争の類型も、これと大きく異ならないものと思われる。この表からみると、民事案件の比率は70%と高い。最も主要となる民事紛争の類型について、別の分類方法もある。これによれば、①田宅・水利・墓地などの民事紛争、②債権債務の民事紛争、③婚姻・相続などの宗族・家族の民事紛争、④手工業、商業および同業組合などに関する民事紛争に分けられる⁴²。

(2) 調人（調停人）主体の多様化

清朝の民事調停には、「官庁調停（官府調解）」「官批民調」「民間調停」という3種類がある⁴³。「官庁調停」とは、州の長官が民事訴訟を受け取って受理している間に、民事紛争を調停し、その紛争を解決するという形である。前述の社会主義以前の調停制度が確立した原因の1つである政治基礎で挙げた具体例は「官庁調停」の例である。「調人」の役割を果たすのは主に州の官員である。「官批民調」とは、官庁が案件を受け取って「初歩堂審」（準備手続）を経て（多くの場合は、訴状を読み終わった後）、この案件が大したものではないのでこれ以上堂上（官庁）で受理する必要がないと判断を下し、「郷（村）」に調停を命じ、「郷」がうまく調整を付けることができなければ、官庁が案件を処理する⁴⁴。このように、官庁が積極的に紛争を受理せず、民間の人に調停を命じるという形は「半官方紛争調停」と呼ばれる。

「官批民調」であれ「民間調停」であれ、主に以下の人が「調人」を務める。①保甲長、郷約、坊長、②宗族長、族老、③親友、隣人、④会首、⑤中人⁴⁵。前述の民事紛争の類型

⁴² 張晋藩『清代民法総述』（中国政法大学出版社 1998年）168～185頁参照。

⁴³ 張晋藩「中国古代民事訴訟制度通論」法制与社会發展 1996年3期59頁、鄭秦『清代司法審判制度研究』（湖南教育出版社 1988年）216～225頁、劉広安『中華法系再認識』（法律出版社 2002年）43～6頁など参考。

⁴⁴ 辛国清『法院附設替代性糾紛解決機制研究』（中国社会科学出版社 2008年）205頁。

⁴⁵ 保甲長、郷約、坊長はすべて村や町の住民によって選出されるあるいは前任者に推薦される村人であり、主に小作料を徴収し、地方の治安を維持する仕事をしていた。宗族長、族老とは家族や宗族におい

に対応して、保甲長、郷約、坊長は主に田宅・水利・墓地および債権債務の民事紛争を、宗族長、族老、親友、隣人は婚姻・相続などの宗族・家族の民事紛争を、会首は手工業、商業および同業組合などに関する民事紛争を解決した。中人は民間商売、質屋に入れることや貸借などの民間活動に介入した。

(3) 調停の準拠の多様化

調停において、判断の準拠とされたものには、次のような類型がある。①郷規民約、家法族規、地方慣習および同業組合の規則から構成された民間慣習、②中国人の日常生活において深い意味がある情・理⁴⁶、③発達してはいないが、確実に存在した国家制定法などである。

3) 社会主義法制以前の調停の評価

伝統的な調停制度は、民間調停と公的調停のいずれも、紛争解決における無訴思想の反映であるとともに、昔の人々が築いた人間関係の調和思想の反映である⁴⁷。このような制度の誕生と施行は、特定の歴史環境の下で積極性と合理性をもつ。制度の中に含まれている「調和統一」の考え方は、民事紛争を解決する効果だけではなく、民衆に対する道徳的教育の効果や価値観を樹立する効果も持っている。これによって社会にある対立を緩和しながら、社会秩序を安定させることができる。それ以外に、当時は訴訟という紛争解決方法は、手続きが不確定であるだけでなく、効率性も低く、人身安全の保障もなかった。これに対して、調停は明らかに優れた制度である。確かに、調停は当事者の民事上の権利を確実に守ることはできないかもしれないが、当事者にとって比較的受け入れやすい結果を与えた。それゆえに、調停はその時代の当事者にとって最も有利な紛争解決方法だったと言えよう。

当然、伝統的な調停制度には大きな問題もある。まず、一般的に調停人は完全に無関係な第三者ではない⁴⁸ため、両当事者の間に権力、財産、地位等の側面で大きな格差が存在する場合、調停も公平な結果が出ないことがある。「調停は権力関係の中で展開されている……両当事者の間に権力地位がほぼ平等な場合には、調停は一番効果的である。しかし、『恃強凌弱』（自分の強さをかさに着て弱い者いじめをする）の場合には、調停はほとんど効果が出ない。この場面では妥協の意義を強調すれば悪を助力することになる。」⁴⁹その結果、逆に紛争が起こった時に当事者がさらに権威がある人に援助を求める考え方を促進させる。この「人治」の理念の積み重ねが、今の時代に与えている一番明らかな影響は、当事者が紛争を解決するために最初に頭に浮かぶのは訴訟ではなく、「ある人に頼って」

て特定な方法によって当該家族、宗族を管理する資質も声望もある人である。会首とは手工業や商人の同業者の組合から選任された人である。中人とは当事者取引の情報を提供したり、相手を紹介したり、価格を協議したり、お互いの引き渡しを監督したり、取引の正当化を証明したり保証したりするような役割を果たしていた人である。

⁴⁶ 郷規民約とは、一定の郷村地域内において集団によって協議され制定された後、当該集団の全員が共に従う自己管理の行為規則である。(具体的な郷約の内容は、王鈺欣・周紹泉主編『徽州千年契約文書』(清、民国) 卷一(花山文芸出版社 1991年) 372頁参照) 家法族規は宗族・家族の内部の一族の者の行為について制定された準則である。それは一般的にいえば、宗族の成文法の効力を持つといわれている(朱勇『中国法律的艱辛歷程』(黒竜江人民出版社 2002年) 80頁以下参照)。「情」は事情・状況など具体的な事実関係を指す意味があり、または「人情」、すなわち平凡な人々の心、および友好的な人間関係である情誼という意味もある。「理」は事物に即して考えられるところの、したがって同種の事物には普遍的に妥当するような道理である(滋賀秀三「法源としての経義と礼、および慣習」滋賀秀三『清代中国の法と裁判』(創文社 1984年) 263頁以下参照)。

⁴⁷ 洪・前注9)・29頁。

⁴⁸ 前述のように、たくさんの調停人は両当事者と同じ家族に属し、またはほかの親密な関係がある。

⁴⁹ 黄宗智『民事審判と民間調解：清代的表達与实践』(中国社会科学出版社 1998年) 68～70頁。

問題の解決をはかりたいという考えである。

次に、調停は実務では強制的な方式を採ることが多い。これは当事者の意思自治に反している。官僚あるいは族長は一般人より強い権力を持ちながら、広範な世論の支持を得ている。そのため彼らが提案した解決案を、当事者はなかなか断ることができない。さらに、このような紛争解決の方式は調和だけを追求し、人間関係の平穩を求める一方、当事者間に実在する権利義務関係を軽視する。これは人々の法律意識と権利意識が育つことに対してマイナスであり、客観的に見れば、手続法の発展も阻害した。健全な実体法の展開には健全な手続法が必要であり、手続法に欠陥があれば、実体法は当然その効果が発揮できない。このような状況に対して沈家本氏⁵⁰は「中国では昔から民事と刑事の区別がつかない。刑事訴訟には成文法が存在しないけれども、その手続きは一応刑律に規定がある。これに対して、民事訴訟は全く統一した規定がないので、数え切れない程の問題が起こっている。早めに専門の法律を作らなければ、公平な訴訟も期待できないし、司法全体の発展も阻害される。」⁵¹と指摘している。

2 社会主義法制の下での民事訴訟と調停

新民主主義革命の展開に伴い、中国共産党は「辺区」という根拠地を打ち立てた⁵²。中国共産党政権の法制建設はこのような安定していた統治地域の確立に基づいて始まった。この時期の司法制度は戦争期にあったことに、固有の特徴があり、また伝統から現代に変換する重大な責任を負わなければならなかった。これらはすべて「馬錫五審判方式」⁵³という独特な紛争解決方式に集中的にあらわれる。

1) 新民主主義革命時期の馬錫五審判方式（1937年～1949年）

(1) 馬錫五と馬錫五審判方式

馬錫五は、1930年革命に参加し、1935年中国共産党に入った。新民主主義革命時期には、あいついで陝甘寧辺区慶環専区と隴東専区の副専員、専員などの職を務めた。1943年3月から陝甘寧辺区高等法院隴東支部の裁判長を兼任し、司法の職務に従事し始めた。1946年4月に陝甘寧辺区高等法院院長に選任され、専任裁判官になった。建国後、1954年に、最高人民法院副院長に当選した。

馬錫五審判方式の最も典型的な様態は、「封捧婚姻案」から理解することができる。封捧は子供時代に父封彦貴により張金才の息子張柏と婚約していた。1943年2月、封捧と張柏2人とも婚約を認めた。同年3月、封彦貴が張柏以外の第三者からより高額の婚資を受けて、封捧をこの者と婚約させた。張金才はこの事情を知った後、封彦貴の家に侵入し、封捧を強制的に連れ去って張柏と結婚させた。封彦貴は華池県司法処に起訴し、県司法処裁判官は誘拐罪で張金才に6ヶ月の懲役を課したうえ、封捧と張柏の婚姻は無効と認定した。封、張とも判決に不服で、民衆からの反響も強烈であった。そこで、封捧は口頭で上訴した。都合よく馬錫五が華池県に巡視してきて、自らこの婚姻上訴案を受理した。

受理した後、馬錫五は、まず実地の農村で幹部や民衆に案件の事実と世論の一般的な傾向を了解し、次は封捧の意見を聞き、最後は当地の民衆を集めて公開裁判を行い、各当事

⁵⁰ 清末における立法活動の中国側の責任者。

⁵¹ 沈家本「民事訴訟律・奏折」。張国華・李貴連主編『沈家本年譜初編』（北京大学出版社 1989年）256～8頁。

⁵² 中国共産党が「農村から都市を包囲する」という革命戦略を実行したため、建設された各根拠地は都市から遠く離れた各省の辺地に所在したので、「辺区」と呼ばれた。

⁵³ 馬錫五審判方式は簡単に馬錫五一人で創設した紛争解決方式と見なすことができない。この紛争解決方式は彼を代表として、たくさんの辺区の司法実務者の経験によって総括されたものであった。

者の要求や理由を尋問したほか、広く民衆の意見を求めた。民衆には、張金才が深夜に略奪結婚したのは、風俗に反しただけではなく、治安を妨害し、盗賊が来たように郷里の人々を恐れさせたので、張金才を処罰すべきであるが、封捧と張柏の婚姻が有効であるという意見があった。以上のようなコンセンサスを得て、馬錫五はすぐに以下のような判決を下した。①封捧と張柏両方とも結婚の意思を表しており、婚姻自由の原則によって、彼らの婚姻は有効である。②張金才は深夜に誘拐し、秩序に違反した。それゆえ、有期懲役を科し、他の参与者に対しても厳しく訓戒する。③封彦貴が娘を品物として、何度も高価で売買しており、婚姻法規に違反した。警告のため彼に労役を科す。判決後、処罰を受ける者は相当と認めて納得した。民衆は是非が歴然としたことから、この判決を支持した。封捧と張柏は婚姻が有効となり喜んだ⁵⁴。

(2) 馬錫五審判方式の特徴

馬錫五審判方式については、学者の側も官の側も全面的に総括したことがあった⁵⁵。馬錫五本人は、辺区における裁判方式を現地尋問、巡回審判、公開審判、人民陪審および調停の5つにまとめた⁵⁶。前述の事案に基づいて、馬錫五審判方式の特徴を以下のように総括する。①司法幹部が紛争について全面かつ客観的に深く調査しなければならない。②裁判と調停を結びつけて実行しなければならない。③案件の判断は司法幹部と民衆が共同で行わなければならない。④訴訟手続は簡易かつ便利でなければならない⁵⁷。④を展開すれば、巡回裁判、現地審理、訴訟費用免除、受理と審理の形式を問わず簡略化することの4つに分けられる。価値志向からみれば、馬錫五審判方式は以下のような特徴がある。第1、訴訟手続を簡略化すること、第2、当事者の訴訟を便利にすること、第3、法律を直接適用するのは避けること、第4、裁判官が積極的に関与することである⁵⁸。

(3) 馬錫五審判方式の成因

馬錫五審判方式は特定の社会背景において、当時の辺区における経済、法律および政治の要素に基づいて生じ、一定の必然性があった。

(i) 経済的基礎

前述のように、辺区はすべて都市から遠く離れた農村にあり、自然条件は大変厳しく、特に陝甘寧辺区は極めて苛酷であった。都市から離れていたため、工業は発達しておらず、産業は単一で、農業はかけがえのない重要な位置を占めていた。しかし、農業にとって最も重要な土地と水資源は、辺区には欠乏し、かつ自然災害が頻繁に発生したので、農業経済はほとんど発達していなかった⁵⁹。このような地域における社会形態は——少なくとも紛争の形式——封建制度の衰亡、資本主義の国民党政権の確立によっても大きな変化はなかった。紛争は相変わらず土地と家庭をめぐる生じた。

当時、日中戦争の勃発によって、共産党と国民党の間には「抗日統一戦線」が成立した。辺区政府は中華民国の自治区となり、法理上は民国政府における政権序列の一環となった。したがって、民国政府は辺区政府と軍隊に物資の供給および俸給の交付を行った。しかし、

⁵⁴ 張希坡『馬錫五審判方式』（法律出版社 1983年）27～8頁。

⁵⁵ 張晋藩『中国法制通史（第10巻）』（法律出版社 1999年）475～7頁。範愉「簡論馬錫五審判方式——一種民事訴訟模式的形成及其歷史命運」『清華法律評論（第2輯）』（清華大学出版社 1999年）221～31頁等参照。

⁵⁶ 馬錫五「新民主主義革命階段中陝甘寧辺区的人民司法工作」『民事訴訟法參考資料（第1輯）』（法律出版社 1981年）84～5頁。

⁵⁷ 張・前注54）・42～54頁。

⁵⁸ 張衛平「回帰“馬錫五”的思考」現代法学31巻5期（2009年9月）140頁。

⁵⁹ 李絹「馬錫五審判方式産生的背景分析」法律科学（西北政法大学学報）2008年2期164頁。

国共両党の関係の悪化⁶⁰にしたがって、民国政府は辺区政府への支援を終止したうえで辺区に対して軍事的圧力を増加した。それゆえ、辺区の財政はさらに悪化した。困難を解決するため、農業生産力を上げることに加えて、辺区政府は支出を減らすため、「精兵簡政」（軍事技術と職務能力の質を高めるため、軍隊と公務員の人数を減らすこと）という運動を実施した。二回の運動によって、各レベルの政府における職員の人数を 35%減らした。その中でも、司法は共産党政権の核心ではないことから、司法実務者の人数はより大幅に削減された。同時に、「司法独立」の傾向を抑えるため、行政官僚が司法職務を兼任することが広く見られた⁶¹。これは同様に司法実務者の法律知識の欠乏を引き起こした。

（ii）政治的基礎

当時、司法機関の最も重要な仕事は、汚職官僚、地方の悪徳地主や権勢家、および根拠地（辺区）政権を破壊した反革命分子を処罰することであり、民事事件の処理は比較的になかった⁶²。その上、共産党によって作られた新民主主義社会と中華民国の差異を明確にするため、裁判は民衆に対して革命の思想・政策を宣伝し教育する場としても利用された⁶³。すべての団結可能な力を結集するため、辺区各レベルの政府は民衆の民主選挙によって構成され、「三三制」⁶⁴という政策を実行した。これに基づいて、民衆が司法活動に参加することも強化しなければならなかった。司法は、本来の性質を持つだけでなく、共産党が国民党から政権の合法性を奪うための一種の政治的な道具であり、共産党が自分の政策と政治原則を徹底的に貫いた普遍的に使用された組織的な技術であった⁶⁵。

（iii）法律的基础

前述のように、その時期、辺区政府はまだ民国政府の地方行政単位であり、そのため、中華民国の六法全書は効力があつた。もとより辺区司法において、六法を引用して判決を下した事案があつた⁶⁶が、六法は大規模に適用されたことはなかつた。共産党政権と国民党政権を区別し、旧司法制度を批判した政治上の考量が、その理由の 1 つであるが、民国の法律が当時の中国社会にうまく適応することができないうえ、民国司法における不公平、腐敗および手続の繁雑もその重要な理由であつた。それゆえ、辺区における司法は、各辺区政府が公布した政策的な条例を適用した。例えば、「陝甘寧辺区保障人權財産条例」、「陝甘寧辺区政紀総則（草案）」、「陝甘寧辺区婚姻条例」⁶⁷などがあつた。これらの条例が基本的にすべての私法および手続法の分野を含んだにもかかわらず、原則的な規範の内容はかなり簡単であつた。もちろん、当時の条件では、非常に綿密な条例あるいは法律を制定するのは不可能であつた。したがって、具体的な実体法上の規範が欠ける場合に、各種の原則的な規定、政策および慣習に基づいて紛争を解決せざるをえなかつた。同時に、裁判という紛争解決方式の運用も抑制しなければならなかつた。

（iv）観念的基礎

仮に具体的な法律規則が存在していても、具体的な司法活動においては、法律と社会的

⁶⁰ 悪化の理由は主に共産党が日本軍隊に対して「百団大戦」を發動し、実力が明らかになったので、国民党が共産党の成長に不安になったからである。

⁶¹ 「陝甘寧辺区簡政実施綱要（1943年3月）」『李維漢選集』（人民出版社 1987年）161頁。

⁶² 洪・前注9）・40頁。

⁶³ 小口彦太『中国法入門』（三省堂 1991年）101～2頁。

⁶⁴ 三三制とは、共産党の一党独裁を避け、共産党、その他の進歩分子および中間諸派の3者が、それぞれ構成員の3分の1を占める合議制機関設置の原則である。

⁶⁵ 強世功「権利的組織ネットワークと法律的治理化——馬錫五審判方式与中国法律的新伝統」北大法律評論 2000年3巻2輯 44頁。

⁶⁶ 胡永恒「陝甘寧辺区民事審判中对六法全書の援用——基于辺区高等法院檔案的考察」近代史研究 2012年1期 63～78頁参照。

⁶⁷ 馬錫五・喬松山「陝甘寧辺区高等法院工作報告」『民事訴訟法参考資料（第1輯）』（法律出版社 1981年）63～4頁。

慣習、観念との衝突に直面せざるを得ない。西洋の現代司法を採用した民国法律における手続主義、裁判の独立、法による裁判などの思想は、当時の民衆からみると、実際と外れた教条主義であり、民衆から離れた民国政府の主観的な決め込みであり、煩瑣なトリックであった⁶⁸。民国の法律だけではなく、共産党により制定された法律も大量の当時の社会観念と矛盾したところがあった。

例えば、民国法律か共産党法律かにかかわらず、いずれも男女平等と婚姻自由の理念を提唱し、売買婚を禁止した。しかし、長い間の風俗によって生じた売買婚は法律の制定からすぐに徹底的に排除されなかった。売買婚案件とともに、売買婚の所得の処理が問題となった。特に、中国の伝統においては結納と婚資という特別な慣習がある。婚資と売買婚所得との区別は極めて重要であった。婚姻の自由は当然離婚の自由を意する。女の方から売買婚を理由に離婚を提訴した場合、離婚を許可するのは不可避であろう。しかし、結婚した時に給付した「財物」をどう処理するのかは、さらに大きな問題となった。こうした制定法と社会観念が衝突した紛争については、現代司法は円満に解決することができない。それゆえ、さらに柔軟な形式で解決しなければならないと思われる。売買婚については、「紛争が発生し、訴訟になったら、裁判所はただ当事者の婚姻の本質が適法か否かを判断する。……婚姻の本質が適法であれば、高額な婚資がある場合でも、婚姻は有効と認定する。」⁶⁹

離婚については、「婚姻法に基づいて、夫婦双方が感情の不和により離婚することができる。仮に離婚の判決が下されれば、男の方は再び結婚資金を用意するのは難しいため、二度と結婚することができない。仮に離婚の判決が下されなければ、女の方は裁判所に離婚訴訟を繰り返して戻らない。……したがって、婚姻問題を処理するとき、我々は女の方から男の方の損失を賠償するという方法を採用している。問題を解決するため、このような方法を採用せざるをえない。」⁷⁰

(4) 馬錫五審判方式の評価

経済条件の劣悪さによって、紛争は主に土地と婚姻家庭をめぐって生じ、このような類型の紛争は事実関係が複雑であり、解決が難しいなどの特徴がある。同時に、司法実務者が不足し、法律知識が欠乏するため、現代司法を有効に運営するのは困難である。その上、共産党の仕事の重点が革命および政権を強固にすることにあったので、司法も政治に服従せざるをえない。なおかつ法律が完備しておらず、社会観念との不調和もあった。それゆえ、馬錫五審判方式が現れたのはある程度、必然性でもあった。もちろん、現代訴訟の理念からみると、馬錫五審判方式における裁判官と当事者の機能分担にはいろいろなリスクが存在していた。例えば、裁判官職権の過大、裁判官の個人的な資質が紛争解決の結果には決定的な影響があったこと、当事者の手続上の権利の不備などがある⁷¹。

しかし、このように裁判と調停を結びつけたうえで、司法活動を専門的な裁判官に限定せず、一般的な民衆も積極的に司法活動に関与させる試みは画期的といえる。とりわけ国家制定法と民間慣習法が衝突したとき、どのように先進的な国家制定法⁷²をよりよく実行し、かつ後進的な民間慣習法の影響を徐々に弱めるのかは今でも検討に値する。慣習法の

⁶⁸ 謝覚哉「在司法訓練班的講話」王定国等編『謝覚哉論民主与法制』（法律出版社 1996年）155頁。

⁶⁹ 「高等法院对赤水県詢問売買婚姻価値款応否没収問題的意見」陝西省檔案館・陝西省社科院合編『陝甘寧辺区政府文献選編（第6輯）』（檔案出版社 1988年）295~6頁。

⁷⁰ 強・前注65）・17頁。綏徳県司法処「綏徳県司法工作總結材料（1945年）」

⁷¹ 江偉・謝俊「“馬錫五審判方式”的意義及實現」河南政法管理幹部学院学報 2009年4期 156頁。

⁷² 当然、先進ではない国家制定法がある可能性がないとはいえないが、法制建設について、一般的にいえば、国家制定法はより理想的な選択であるべきと思われる。

適用をまったく廃止するショック療法は明らかに大きなリスクがあり、政権の安定性も脅かされる危険性がある。それゆえ、民衆の理解度に配慮して、国家制定法の厳格な適用ではなく、一種の緩和を行い、かつ国家法制原則に違反しない紛争解決方式が必要となる。それは訴訟と調停の連携である。一方で、調停は、実践において法律の一部の原則から離れることができる。しかし、これは法律政策あるいはすべての政治的なイデオロギーを変えることはなかった。それゆえ、調停を提唱し、法律の実践を当時の社会現況に適応させることは、共産党のイデオロギーあるいは政権の合法性を破壊することではなかった。逆に、調停を通じて、法律が有効な手段として郷土社会の統治に浸透し、法律問題の解決だけでなく、社会問題も解決することができる。法律はまさに調停を通じて全体社会の統治実践に介入し、それにより郷土社会を変えて、次第に現代法の規範と要求に合致させてきたのである⁷³。

2) 中華人民共和国の建国後の民事訴訟と調停

(1) 「調停を主にする」段階⁷⁴ (1949年～1982年)

建国後、辺区時代に確立された各司法制度は踏襲された。しかし、共産党は階級闘争に一層熱心となり、政治的な意義のある「人民」という概念は「民衆」に取って代わった。司法の重点はさらに「敵我矛盾」⁷⁵の処理に重点を移動した。「人民内部矛盾」に対しては、「団結——批評——団結」という方式にしたがって解決すべきとされた⁷⁶。1958年、毛沢東はこうした理論に基づいて、民事裁判の実務の経験と結びつけて民事裁判の基本方針を提出した。すなわち、紛争事実を調査し、調停を主要な手段として、現地で解決することである。1964年、最高人民法院はこの方針に「民衆に依拠すること」⁷⁷を追加して、可能なかぎり調停で民事紛争を結審する方針を明確した。

1950年12月に起草された「中華人民共和国訴訟手続試行通則（草案）」は調停について規定した。「提訴された民事事件あるいは起訴された軽微な刑事事件について、裁判所は具体的な状況に基づいて調停を先行する。」(30条)、「多くの同類の事件がある場合、裁判所が適当と判断するとき、集団的に調停することができる。」(31条)であった。これをみると、当時の調停と現在の調停には3つの相違点があることがわかる。第1、調停の範囲は民事事件に限定されず、軽微な刑事事件でも調停できる。第2、調停は当事者でなく、裁判官によって開始する。第3、裁判官は類似の事件に対して集団調停ができる。

政権の体制が次第に整い、より先進的な法制度を建設すべきときに、なぜ相変わらず調停を主にする司法理念を行ったのか、その理由は以下のようなになる。

まず、民事事件についての判決を下す法的根拠が不足していても、調停には柔軟性があることである。周知のとおり、民事判決には充実した法的根拠が必要である。しかし、建国後、政治的に資本主義との対立関係を明確するため、民国時代の法律は、内容を問わず全部廃止された。「人民の司法は、もはや国民党の六法全書を根拠として行うことができない。」⁷⁸しかし、立法は国家政権と経済建設のニーズに応えることに集中し、民事につ

⁷³ 強・前注65)・20頁。

⁷⁴ 注意すべきは、1957年の「反右闘争」の始めおよび「文化大革命」の進行にしたがって、人民法院が表面的にはずっと存在していたが、実際に裁判の仕事は行わなかった。裁判官は警察における軍管会の審批組に取って代わられた。本質的にいえば、1957年から裁判所における裁判と調停は次第になくなった。

⁷⁵ 敵我矛盾とは階級闘争における共産党政権に反対する敵対矛盾であり、人民内部矛盾と相対する。

⁷⁶ 毛沢東「関与正確処理人民内部矛盾の問題」最高國務會議第11次(拡大)會議(1955年2月27日)。

⁷⁷ 章武生『民事訴訟法新論』(法律出版社 2002年)257頁。

⁷⁸ 法制史教研室編『中国法制通史参考資料選編近現代部分(第3冊)』(北京政法学院法制史教研室 1980年)125頁。

いての法律の制定が遅れたため、裁判所が民事事件を裁判する客観的な根拠がない状態を引き起こした。加えて、多くの民族や地域を1つの国家にまとめていく段階に当たり、各民族・各地域の差異が非常に大きいため、統一的な民事準則を形成することが難しかった。それゆえ、柔軟な調停は紛争を解決するとき、さらに簡易かつ有効だった。

次は、調停は法律技術に対する要求が低いことに対応することができた。政権の確立に伴った裁判所の系統的な創設には大量の裁判官が必要であった。しかし、農村からきた革命家らは司法能力はともかく、教育程度が非常に低かった。その上、法制という新しい概念に対しての理解が不十分であり、司法は共産党の核心の部門ではないので、共産党と軍隊の幹部らは裁判所に転職することを敬遠した⁷⁹。同時に、「司法改革運動」⁸⁰につれて、司法能力があった元民国裁判官の多くは裁判官の列から排除され、裁判官不足の問題はさらに深刻になった。裁判官を充実させるため、たくさんの転業幹部および復員軍人が裁判所に入った。法律知識の不足および司法能力の低下のため、彼らは調停という法律知識の要求が低い紛争解決方式による必要性があった。

最後に、裁判所に対して宣伝と教化の機能が設定されたため、裁判より調停を重視したことである。1951年9月、中央人民政府は「人民法院暫定組織条例」を公布した。民事裁判については、裁判所の任務は「民事事件を審理し、民事紛争を解決する。裁判および他の方式を通じて民衆に法律と規律を守らせる」ことにある。裁判所を新中国の法律および共産主義の道徳を宣伝する重要な拠点とするため、裁判官は常に裁判所を出て、辺区時期の巡回審判、公開審判のやり方を継受し、農村・学校・工場で法律教育を行った。調停は、有効的に紛争を解決するとともに、イデオロギー上の原則と共産党の価値観を明確に表現し運用することができる。これにより、民衆から共産党の統治に対する支持を徐々に獲得していくことが可能となるのである。

(2) 「調停を重視する」段階 (1982年～1991年)

改革開放の開始につれて、共産党が徹底的に階級闘争の思想方針を否定して、法制度を築くことを重視し始めた。1982年3月、「中華人民共和國民事訴訟法（試行）」が制定された。その中に、調停制度が基本原則の一つとして明確化された。「人民法院は民事事件の審理にあたっては、調停を重視するべきである。調停が無効である場合、すみやかに判決を下すべきである」（6条）であった。さらに、「普通程序」という章の後に、「調停」が節の形で記載された。経済建設の進展に伴って、司法の機能が紛争を解決するという本質に戻った。対外的交流が深まることと、新しいタイプの事件や外国とかかわる事件が発生したこととともに、裁判の重要性に対する認識が深まってきた。そのため、この段階における司法の仕事は、「調停を主にする」ではなくて、「調停を重視する」ことを強調した。

しかし、「調停を重視すること」には明確な基準がないので、裁判官にとって、調停での結審率がどのレベルに至れば「調停を重視する」といえるのかあいまいであった。60%か70%なのか。さらに、第97条が次のように規定していた。「人民法院は民事事件の審理にあたって、調停に適合する場合、事実を明白にさせたいえ、是非をはっきり区別し、調停を行う。これによって、当事者をお互いに理解させて、合意させる。」ここから見れば、調停においては裁判所が主導権を握っていた。「調停を重視する」原則を把握するのが難しいため、裁判所は実務的には、結局「調停を主にする」ことになった。

しかし、1982年の民事訴訟法は調停に一定の制限を定めた。例えば、当事者の自由意

⁷⁹ 董必武『董必武政治法律文集』（法律出版社 1986年）160頁。

⁸⁰ 司法改革運動は、実際には共産党の「反汚職」、「反浪費」、「反官僚主義」という「三反」運動の一部であり、元民国裁判官と民国司法理念を持った人の思想を改造した政治キャンペーン運動であった。

思の原則に基づいて調停を行わなければならない。調停が成立しないときは、すみやかに判決を下さなければならない。自由意思の原則に違反し、または法に反する調停はやり直しのために再審⁸¹しなければならない。したがって、調停は司法の仕組みの中で自由意思に基づいて行われ、裁判と対立する関係にはない。

(3) 「自由意思と合法」——裁判を重視し調停を軽視する段階（1991年～2002年）

82年民事訴訟法が施行された10年の経験をまとめ、そして海外の訴訟制度を参考にし、1991年民事訴訟法は改正された。82年の民事訴訟法に比べて最も変化したのは第9条の規定であった。「人民法院は民事事件の審理にあたっては、自由意思と合法の原則に基づき調停を行わなければならない。調停が成立しないときは、すみやかに判決を下さなければならない。」同時に、92年の「最高裁判所による『中華人民共和國民事訴訟法』の適用に関する若干の問題の意見」の第91条「人民法院は事件を受審した後に、審査の結果事実が明らかであり、権利義務関係が明確であると認め、当事者の同意を得て、ただちに調停をすることができる。」および第92条「当事者の一方または双方が調停に同意しないときは、人民法院はすみやかに判決しなければならない。」との規定からみると、まず、調停の原則は「調停を重視すること」から「自由意思と合法」に変更されたといえる。その次に、調停手続の主導権については、当事者の役割が強化された。当事者の同意がなければ、裁判所は直接に調停を行うことができない。

それと同時に、91年民事訴訟法第64条の「当事者は自己が提出した主張について証拠を提供する責任を有する。」という「誰主張、誰挙証」の原則が確立し、司法改革が正式に開始した。手続主義が次第に司法実務に影響し、手続の公正および効率性は司法改革の主題となった⁸²。数十年の法律教育の展開につれて、裁判官は建国時のように法律知識が不足しておらず、一部の裁判官は大学で法学を学び、法律の規則と思想を理解し、現代法治理念の影響を受け、調停および調停に集中する裁判官に対して相当な抵抗を示した。加えて、調停は法律知識を知るだけでなく、裁判官のそれ以外の社会的な能力も要求されている。したがって、当事者が提供した証拠に基づいて法律の規定によって判決を下すことは、調停より容易である。高度な教育を受けた若い裁判官は調停を放棄することが多かった⁸³。

他方、1988年司法部により公布された「合作制⁸⁴の弁護士事務所の試行方案」が弁護士制度の改革を行い、弁護士はもはや公務員ではなく、市場競争に参加し、損益について自ら責任を負わなければならないようになった⁸⁵。訴訟と調停の報酬上の差額は、多くの弁護士を調停に対して消極的にさせた。彼らは当事者に訴訟を勧める場合が多かった。また、法学界も裁判所において調停を行うことを批判し、調停が法治の目標から外れ、裁判官の専門性の実現に対して不利になるとした。学者はいろいろな改革案を提起し、裁判所の司法政策にある程度の影響を与えていた⁸⁶。

⁸¹ 再審とは、すでに終結された手続のすべてにつき、その正当性を審査・判断するための手続である。再審の審級は元判決の審級と同じである。中国においては、「二審終審制」という審級制度を採用し、二審後もなお適切な解決が図られなかったため、やむを得ず再審手続に移行される案件が多かった。

⁸² 吳英姿「法院調停的“復興”与未来」法制与社会發展 2007年3期36頁。

⁸³ 範愉「調停的重構（上）——以法院調停的改革为重点」法制与社会發展 2004年2期117～8頁。

⁸⁴ 合作制とは、会社の資産が各社員に共有され、各社員が有限責任を負う会社の形態である。日本における合同会社と似ている。

⁸⁵ 石朝旭「司法部部長肖揚談——律師体制改革之路」瞭望 1993年29期8頁。

⁸⁶ 李浩「論我国法院調解中程序法与实体法的双重軟化——兼析民事訴訟中偏重調解与嚴肅執法的矛盾」法学評論 1996年4期11～6頁。張晋紅「法院調停的立法價值探究——兼評法院調停的兩種改良觀點」法学研究 1998年5期110～6頁。姚玲「法院調解应予擯棄」中国司法 2000年4期35～6頁など参照。

裁判を重視し調停を軽視する政策は、司法統計上に明確に現れていた。民事事件の調停による結審率は1991年の59.08%から2002年の30.31%まで減少した⁸⁷。裁判所における調停がこの時期に明らかに弱化したのである。

(4) 「調停が優先し、調停と裁判が結び付く」段階（2002年～現在）

中国においては、経済の高度成長に伴い、裁判所が受理する民事案件の数も大幅に増加した。第一審民事案件の例で見れば、1990年は244万件、2002年は442万件、2011年は661万件まで達した⁸⁸。20年間で三倍弱の量に増えた。裁判所に受理される案件の数が急増すると、案件累積率も高くなり、裁判所による裁判の質も次第に低下した。このような状況は二審および再審の維持率の低下から窺われる。同じように1990年、2002年、2011年を例として、それぞれの二審維持率は47.51%、49.48%、47.24%であり⁸⁹、再審維持率は62.30%、33.76%、27.93%であった⁹⁰。再審の維持率はこの20年間で急激に下落した。一方、訴訟結果に不満を持たれ、「信訪」⁹¹に訴えるケースが急速に伸びてきた。1994年から1999年の五年間で「信訪」の数は54万件に達し、更にその数は年々更新され続けていた。

91年民事訴訟法の制定に伴って実施された裁判を重視する司法改革は、結果からいえば民事紛争の解決に役に立たず、かえって社会内部の対立を助長する傾向が見られた。こうした結果を受けて裁判所は上述した司法政策を見直し始めた。2002年9月公布された「最高人民法院・司法部による新时期における人民調解工作のさらなる強化に関する意見」では、最高裁と司法部は人民調停と民事審判制度の整備、そしてその二つの制度を結びつけることを要求した。2003年の全国高等裁判所院長会議では、最高裁は「訴訟における調停を強化し、結審率をあげる」ことを、「人民のための司法」の重要な一環として行わなければならないとされていた⁹²。

2003年、最高裁は改めて「調停を重視する」原則を提出した。2003年7月4日、最高裁審判委員会では「簡易手続によって民事事件を審理することの適用に関する若干の規定」（以下、03年簡易手続規定と略記する）が通過した。この規定の第4条には、次の6種類の案件は調停を先行するように求めた。①婚姻、家庭紛争と相続紛争、②労務契約紛争、③交通事故や労働災害によって引き起こされ、権利義務関係が比較的明確な紛争、④敷地と隣接地に関する紛争、⑤組合（共同事業）のパートナー間の協議紛争、⑥訴訟物の価額が低い紛争である。但し、案件の性質と当事者の実際の状況から調停することができず、あるいは調停の必要がないとされるものは除外する。つまり、一部の案件に調停前置を設けていた。2004年9月16日に公布された「人民法院における民事調停に関する若干の問題の規定」（以下、04年調停規定と略記する）は、さらに調停の民事司法における地位を強化した。第一審・第二審・再審いずれも調停を行うことができるのみならず、調停に適合する案件の類型も「調停で解決することが可能である民事事件」に拡大した。さらに、委託調停という制度も設けられた。「当事者の同意を得た場合、人民法院は一定範囲の単

⁸⁷ 『中国法律年鑑』1991年版 855頁表5、2002年版 1320頁表6参照。

⁸⁸ 前注87)・1991年版 855頁表5、2002年版 1320頁表6、2011年版 1066頁表6参照。

⁸⁹ 前注87)・1991年版 936頁表9、2002年版 1322頁表10、2011年版 1067頁表11参照。

⁹⁰ 前注87)・1991年版 786頁表10、2002年版 1322頁表11、2011年版 1067頁表12参照。

⁹¹ 「信」とは、書簡・電子メール・電話等の手段で、「訪」とは、大衆が直接関係機関に出向き、提案・意見具申のほか、苦情の申し立てをすることである。信訪制度は、大衆と政府の密接な関係を保持し、大衆の利益を保護する制度とされる。

⁹² 劉嶸「樹立司法為民思想、踐行公正与効率主題——記全国高級法院院長座談会」人民司法 2003年9期 14～5頁参照。

位⁹³あるいは個人に事件の調停を委託することができる。」(04年調停規定第3条第2項)。

2009年、最高裁裁判長である王勝俊氏は近年の改めて調停を重視する司法政策を「調停優先、調判結合」と総括した。これも現在の中国司法における裁判と調停の関係だと考えられ、こうした一連の改革は最後に2012年の民事訴訟法の改正で見成した。

二 中国における民事調停立法の現状

1 背景

経済の高度成長に伴い、社会は変動期に入り、その中で生きる人々の対立もさらに深刻化し、紛争の形もなお一層多様化している。土地を収用する際の補償や企業の所有権改制など、中国特有の利益団体間の対立事件の発生が後を絶たない。さらに、民衆の法律意識が高まり、個人主義的な考えが共産党が提唱する集団主義・国家主義の思想に取って代わり、従来のような民衆の個人的な妥協で社会の安定を維持するモデルは成り立たない。その上、日々起きている多くの紛争は単なる法律的紛争ではなく、様々な社会対立の総合的な反映でもある。法律を適用し、判決を下す形だけでは解決するのは極めて難しい⁹⁴。したがって、「調和のとれた社会を建設しよう(構建和諧社会)」を目標とする下で、「大調停」メカニズムが提唱され始めた。大調停とはおおよそのところ人民調停、行政調停と司法調停の協力連携を意味しており⁹⁵、紛争を、現場や末端そして最初のところで解決し、民衆の信訪の量を減らすための制度である。大調停は紛争を解決する主体の多元化を強調し、とりわけ人民調停が紛争解決に果たす役割を重視する。

このような事情に基づき、すでに存在する法規および司法解釈に関連させた上で、さらに実際の経験を踏まえ、2011年に人民調停法を施行し、2012年に民事訴訟法を改正した。これによって、人民調停と司法調停のつながりが一層強化され、調停の紛争解決における地位を強化した。

2 2011年人民調停法の施行と人民調停制度

1) 人民調停制度の沿革および立法背景

人民調停制度は新民主主義革命時代に現れ、戦時中の根拠地調停制度のもとで形成、発展したものである⁹⁶。人民調停とは、人民調停委員会が説得や調整などの方法を通じて、当事者が平等に協議をしたうえで自発的に調停合意の達成を促し、民間の紛争を解決する活動を指す⁹⁷。人民大衆が自分で自分を教育・管理する自治的活動である⁹⁸。建国後、1954年に政務院から公布された「人民調停委員会暫行組織通則」は、初めて全国の人民調停制度を統一した。その後、1982年に改正された「中華人民共和国憲法」は、人民調停制度を規定し、村民委員会および住民委員会による人民調停委員会の設定についての憲法上の根拠を与えた(111条)。1989年に国務院から公布された「人民調停委員会組織条例」(以下、89年組織条例と略記する)、1990年に司法部から公布された「民間紛争処理弁法」などの規則はさらに人民調停の適用に根拠を与えた。法の保障もあって、加えて実務上の連

⁹³ 2012年民事訴訟法で継受されたので、詳細は二の3の5)参照。

⁹⁴ 章武生「論我国大調解機制的構建——兼析大調解与ADR的關係」法商研究2007年6期112頁。

⁹⁵ 蘇力「関于能動司法与大調解」中国法学2010年1期5頁。

⁹⁶ 韓延龍「人民調解制度的形成和發展」中国法学1987年3期37頁。

⁹⁷ 人民調停法の訳文は以下の2本に参照。王晨「中華人民共和国人民調停法(翻訳)」大阪市立大学法学雑誌57巻4号(2011年)74頁以下。長友昭「中華人民共和国人民調停法」拓殖大学論集(政治・経済・法律研究)13巻2号(2011年)83頁以下参照。

⁹⁸ 韓寧『中国の調停制度』(信山社2008年)137頁。

続性もあり、人民調停は広く使われた。季衛東教授は、「社会主義的中国の法システムにおいて調停が主たるものとされてきたことは、かつて過渡的現象あるいは社会コントロールの非法化モデルとして考えられていたが、1979年法制化の方針が打ち出されて以来も、調停の絶対的な優位はまだゆるがない」と分析する⁹⁹。1992年、全国人民調停委員会が処理した案件数（617万件）と第一審民事案件受理数（260万件）の比率は3:1であり、人民調停員の数（1018万人）と裁判官の人数（15万人）の比率は68:1である¹⁰⁰。これらの数字から人民調停制度は中国の紛争解決において重要な地位を示していることを表している。

21世紀に入り、社会構造の変動や利益枠組みの調整および紛争の多様化に伴い、人民調停制度は複雑な社会に対応できないという側面が出た。また、法律中心主義の過度な強調がもたらした訴訟崇拜と調停軽視の風潮による影響¹⁰¹が強かった。それゆえ、人民調停は衰退する状態になった。これらも統計データで表れている。2002年、全国人民調停委員会が処理した案件数（314万件）と第一審民事案件受理数（442万件）の比率は0.71:1、人民調停員人数（716万人）と裁判官人数（21万人）の比率は34:1¹⁰²であり、1992年に比較すれば、人民調停の占める割合はいずれも著しく低下した。

しかし、肖揚最高裁判長は、「人民調停が有する人々を団結させる力（凝集力）、道徳価値の伝承および法律と公序良俗を調和する特殊な効果は判決で取って代わることができない。」と指摘している¹⁰³。したがって、人民調停のより一層の制度化が必要となった。社会の安定を維持する「第一防衛線」としての人民調停の役目を強化するために、多くの紛争解決方式間の相互協力を強化する新たな立法ブームが起こった。最高人民法院が2002年に公布した「人民調停協議に関連する民事事件の審理に関する若干規定」は、人民調停合意書の民事契約としての性質を確立した。司法部が同年公布した「人民調停工作に関する若干規定」（以下、02年若干規定と略記する）は人民調停の組織形式を拡充し、人民調停委員会の職務上必要とする各種書類を統一した。2007年最高人民法院と司法部が共同発布した「新形势下の人民調停活動をさらに強化することに関する意見」は、人民調停の重要性と人民調停の質的向上を一層強調した。しかし、司法解釈にせよ、司法部の規則にせよ、内容は比較的詳細であるが、法律ではないので、権威性に乏しいという問題がある。「法律」の形による統一規範の登場が望まれたのである¹⁰⁴。そこで、一連の制度の集大成として、人民調停法が2010年8月28日に公布され、2011年1月1日に施行された。

2) 人民調停制度の運用のメカニズム

(1) 人民調停委員会と人民調停員

人民調停活動は人民調停委員会を主体として展開されている活動である。人民調停委員会は、法により設立された民間の紛争を調停する大衆組織である。人民調停委員会の設置

⁹⁹ 季衛東「調停制度の法発展メカニズム（一）——中国法制化のアンビバレンスを手掛りとして」民商法雑誌 102 巻 6 号（1990年）54頁。

¹⁰⁰ 前注 87）・1992年版 956 頁表 11、936 頁表 5、表 6、954 頁表 2 参照。

¹⁰¹ 葉陵陵「社会転換期の中国における多元的紛争解決システムの構築と ADR の可能性（1）：各紛争処理手続の連携を図る「大調停」メカニズムの考察を兼ねて」熊本法学 117 号 266 頁（2009年）。

¹⁰² 前注 87）・2002年版 1335 頁表 1、1320 頁表 6 参照。

¹⁰³ 肖揚「進一步完善多元化糾紛解決機制、推動和支持人民調解工作不斷開創新局面」中国司法 2007 年 8 期 7 頁。

¹⁰⁴ 住田尚之「中国における ADR 制度の研究」法務省法務総合研究所国際協力部報 48 期（2011年）135 頁。

に関して、人民調停法では3つの形式を規定した。第1に、村民・居民¹⁰⁵委員会は人民調停委員会を設立すべきである（人民調停法8条1項）。第2に、企業・事業単位は需要に応じて人民調停委員会を設立する（同法8条1項）。第3に、郷鎮・街道・社会团体とそのほかの社会組織は必要に応じて人民調停法の規定を参照し、人民調停委員会を設立することができる¹⁰⁶（同法34条）。組織の形式を問わず、人民調停委員会は性質上、民間の自治組織に属する。各調停委員会は紛争解決において独立した存在であり、それぞれの調停活動の展開に影響しない。ただし、人民調停委員会は設立された後、司法行政部門に報告しなければならない、司法行政部門は統計をとる。と同時に県レベルの人民調停員協会に報告し、その記録に載せる¹⁰⁷。

人民調停委員会は、3人以上9人以下の委員で構成され、主任1人を置く。必要となるとき、副主任若干名を置くことができる（同法8条2項）。人民調停委員会には、女性のメンバーがいなければならない、多民族が居住する地区では、人口が比較的少ない民族のメンバーがいなければならない（同法8条3項）。村民・居民委員会における人民調停委員会の委員は、村民会議または村民代表会議・居民会議によって推薦され選出される。企業・事業単位に設立される人民調停委員会の委員は、労働者大会、労働者代表大会または労働組合によって推薦され選出される。委員の任期は3年とするが、再選再任は可能である（同法9条）。

人民調停員は人民調停委員および人民調停委員会の任命する人員が担当する（同法14条）。公平かつ品行方正で、人民調停活動に熱心であり、かつ一定の学識、政策理解および法的知識を有する成年の公民は、司法行政部門から行われた職務研修を受けた後、人民調停員を担当することができる（同法14条）。

職務研修とは、地方司法行政機関が定期的に裁判官や弁護士などを招聘し人民調停員に講座を行い、民法、婚姻法、土地管理法、労働法および不法行為法などの実体法、そして、人民調停法、人民調停若干規定および各地において制定される具体的な人民調停の活動準則を解説するほか、優秀な人民調停員から調停の経験や典型的な調停方法および調停手続を紹介する活動である。

人民調停員は以下のような行為の1つがあった場合には、その所在地の人民調停委員会が批判教育し、その是正を命じる。情状が重大であるときは、推選または招聘した単位が罷免または解任する。①一方当事者に偏った場合、②当事者を侮蔑した場合、③財物を要求し、受け取ったり、そのほかの不正な利益を得た場合、④当事者のプライバシー、商業秘密を漏洩した場合である（同法15条）。

(2) 人民調停の対象

人民調停法は人民調停の対象の具体的な範囲をはっきり決めていないが、「人民調停とは、……民間の紛争を解決する活動を指す」と規定されているため、民間紛争は人民調停の対象になると考えられている。しかし、人民調停の展開につれて、民間紛争の範囲はだんだん広げられていた。そこで、89年組織条例が明確に軽微な刑事事件を人民調停の範囲から除き、法人の経済紛争に対する調停を制限して以来、人民調停の範囲は伝統的によ

¹⁰⁵ 居民は住民である。

¹⁰⁶ 郷鎮、街道は基層の行政部門である。ここで設置された人民調停委員会は行政部門からの影響をより受ける。勤務の場所がおよそ行政部門と同じなので、民衆に行政調停の誤解を招かせた。逆にいえば、無意識の間に調停合意書の履行に促す。社会团体とそのほかの社会組織は人民調停委員会の形式をさらに多様化に導き、そして、調停範囲を広げる。例えば、消費者センター、婦連、旅行協会、医療協会などは人民調停委員会を設置することができる。

¹⁰⁷ 人民調停雑誌社編委会「人民調停法解説」人民調停2011年4期11～12頁。

く生じている民間紛争（例えば、婚姻家庭、近隣の間人間関係、小額債権債務など）に厳しく限定された。

その後、国は明らかに人民調停活動の範囲の拡大を要求している。「伝統的で多発的な民間紛争の調停の活動を続けると同時に、農村経済体制改革、税金改革および村民の自治化を実現する過程において起こる紛争の調停に努めること。なお、社会の建設と労働者の解雇による多発的、集団的、激化¹⁰⁸しやすい民間紛争を早期に調停すべきこと。」¹⁰⁹とされている。また、社会の発展によって引き起こされた新型の紛争も徐々に人民調停の対象となってきた。2002年に労働紛争調停委員会の成立とともに、労働紛争が人民調停の対象となった¹¹⁰。2004年の全国人民調停会議には、環境問題（騒音汚染）が人民調停の範囲に組み入れられた¹¹¹。2006年に医療紛争調停委員会は山西で試行（experimental points）を行い、医療紛争と医療責任保険紛争を人民調停の対象にした¹¹²。同年、宁波を始め各地の管轄地域にある交通警察中隊は人民調停対策室を新設し、交通事故民事賠償を人民調停の範囲に入れた¹¹³。2007年の全国人民調停会議は、環境保護、労働争議、医事紛争および出稼ぎ農民の給料の滞納、不動産の管理を人民調停の日常の活動の中に取り込むと正式に強調していた¹¹⁴。2009年から2010年にかけて、食品の安全問題、交通事故¹¹⁵と教育紛争¹¹⁶にこれからの人民調停の活動を拡大する方針であると定めた。

以上述べたように、現在の人民調停の範囲は、婚姻家庭、遺産相続と近隣紛争などの伝統的な民間紛争に留まらず、環境問題、土地の強制立ち退き、不動産管理と食品安全のような新型の社会的に解決が難しく注目度の高い紛争に広がっている。また、人民調停が民事の範囲を超えて、改めて軽微な刑事事件、刑事自訴（親告）事件と刑事事件に付随する民事（附帯私訴）事件まで対象とするという傾向が見られる¹¹⁷。さらに、公民間の紛争に限らず、公民と法人、法人と法人との間に起こった紛争も人民調停を通して解決されることができるようになった。明らかに、これは人民調停の受理範囲に対する人民調停法の開放的な規定がもたらした結果であり、受理範囲を一層広げることに対して可能性と利便性を提供するものといえよう¹¹⁸。

（3）人民調停手続

（i）人民調停の受理

人民調停法の規定により、人民調停委員会が民間紛争を受理する方式は申請受理、自発受理と移送受理に分けられている（人民調停法 17、18 条）。トラブルが起こった後、紛争の当事者の一方または双方は人民調停委員会に調停を申請することができ、調停の申請は口頭または書面ですることができる。紛争の性質、複雑さの程度、当事者の人数によって、

¹⁰⁸ 激化とは、民事紛争の処理が誤ったり、放置したりする場合、刑事事件まで転化することを指す。高見澤磨『現代中国の紛争と法』（東京大学出版社 1998）39 頁。

¹⁰⁹ 2002 年「羅幹在全国人民調停工作座談会上的讲话」参照。

¹¹⁰ 陸純「労働仲裁“進駐”企業」北京青年報（綜合新聞版）2002 年 5 月 21 日参照。

¹¹¹ 2004 年「胡沢軍在全国人民調停工作座談会上的讲话」参照。

¹¹² 鮑丹「山西成立医療糾紛人民調解委員会——“人民調解”緩冲医患矛盾」人民日報 11 版 2006 年 11 月 14 日。邢宇皓「衛生行業以“人民調解”处置医療糾紛」光明日報 2 版 2009 年 11 月 28 日参照。

¹¹³ 何偉「寧波市交通事故处理引入調解」人民日報 9 版 2006 年 11 月 5 日参照。

¹¹⁴ 2007 年羅幹、吳愛英、郝赤勇在全国人民調停工作座談会上的讲话参照。

¹¹⁵ 2009 年吳愛英在全国政法工作電視電話會議上的讲话参照。

¹¹⁶ 2010 年司法部「關於貫徹实施“中華人民調和国人民調解法”的意見」参照。教育紛争は主に学校に起こられる人身損害賠償などの紛争を指す。

¹¹⁷ 董小紅「民間糾紛变化对人民調解制度的挑戰」湖北社会科学 2011 年 6 期 45 頁。

¹¹⁸ 「民間紛争」そのものは法律用語ではなく、しかも民事紛争と同一視されていない。民間紛争の中に民事紛争はもちろん、軽微な刑事事件や法律に調停されていない紛争などさえ含まれている。理論的に言えば、管轄に専属しない紛争はすべて人民調停の対象になりうる。

それぞれの人民調停委員会に申請する。人民委員会は定期的に調査し、早期に紛争を解決する手掛かりを見つけたり、民衆の通報を受けて自発的に紛争に介入したりすることを通して、できるだけ紛争を初期段階で解決するようにして紛争の激化を防ぐ。そのほか、地方裁判所、警察（中国では公安局という）が人民調停の方式によって解決するのが適当であるとする紛争に対し、それを受理する前に当事者に人民調停委員会に調停を申請することを告知することができる。当事者の同意を得た場合には、人民調停委員会に移送することができる。

人民調停委員会が民間の紛争を調停する場合には、いかなる費用も徴収してはならない（4条）。

（ii）人民調停の準備

人民調停委員会は、調停する紛争の必要性に応じて、1名または数名の人民調停員を指定して調停を行うことができ、当事者が1名または数名の人民調停員を選択し調停を行うこともできる（同法19条）。

人民調停員は、紛争を調停する紛争の必要性に応じて、当事者の同意を得た後、当事者の親類、隣人、同僚などに調停への参加を要請することができ、専門知識や特定の経験を有する人員または関係する社会組織の人員に調停への参加を要請することもできる。人民調停委員会は、公平かつ品行方正で、調停に熱心であり、民衆に認められた現地の民間人が調停へ参加することを支持する（同法20条）。

（iii）人民調停の方式

人民調停員は、異なる紛争の状況に応じて、多種の方式によって民間の紛争を調停ことができ、当事者の陳述を十分に聴き、関係する法律、法規および国家の政策を説明し、根気強く導き、当事者の平等な協議、相互理解と譲り合いの基礎の上で紛争解決案を提出し、当事者に自由意思で調停の合意に達することを助ける（同法22条）。民間の紛争の類型が多様であるので、対立の激化を防止するため、人民調停員は、原則を守り、法を明らかにして道理を分析し、公道（正道）を保持することを前提として、できるかぎり、すみやかに現地で調停を行うべきである（同法21条）。

（iv）人民調停の終了

終了の形式は不調と合意の達成に分けられる。人民調停員は、民間の紛争を調停する過程において、紛争が激化する可能性がある場合、それに対応する予防措置をとらなければならない。治安事件、刑事事件を引き起こす可能性がある紛争については、すみやかに現地の警察またはそのほかの関係部門に報告しなければならない（同法25条）。なお紛争はほかの部門に専属管轄がある場合には、移送される。

人民調停員は、紛争を調停し、調停が不調となるときには、調停を終了しなければならない。なおかつ関係する法律、法規の規定に基づき、当事者に法により仲裁、行政、司法などのルートで自己の権利を守ることができることを告知する（同法26条）。

人民調停委員会の調停を経て、調停の合意に達した場合は、調停合意書を作成することができる。当事者が調停合意書を作成する必要がないと考えるときは、口頭合意の方式をとることができ、人民調停員は合意内容を記録しなければならない（同法28条）。

人民調停が調うかどうかを問わず、人民調停員は、調停の状況を記録しなければならない。人民調停委員会は、調停活動ファイルを作成し、調停登記、調停活動記録、調停合意書などの資料を整理し、ファイリングしなければならない（同法27条）。

3) 人民調停法の特徴と課題

人民調停法における多くの条文は特に目新しいものではなく、すでに従来の各種の司法

解釈あるいは部門規制に分散して存在していた。「その中身については司法部の『人民調停工作若干規定』から見て目新しいものは実はそれほど多くない。」¹¹⁹と評している学者もいる。しかし、文言の表現の変化は実際にはより深い意味を持っている。制度と理念が実質的な変化を遂げたのである。司法部は、人民調停法には次のような7つの注目点があると評価している¹²⁰。

- ①人民調停の民衆性、民間性、自治性という性質と特徴を維持し、さらに強化する。
- ②人民調停の組織形式を一段と改善する。
- ③人民調停員の就任する条件、選任方式、調停する際の行為規範および経済的な保障措置を明らかにする。
- ④人民調停の柔軟性と利便性をより表す。
- ⑤法律が人民調停とほかの紛争解決の方式との間にある連携体制を確認する。
- ⑥人民調停合意書の効力と司法確認制度¹²¹を明確にする。
- ⑦人民調停活動に対する指導と保障を強化する。

以上の評価は明らかに政策上の観点から検討され、導き出された抽象的な結論である。しかし、しけんでは、人民調停法は以下のようないくつかの特徴と課題があると考えられる。

(1) 司法と行政の人民調停に対する支持およびその限度の明確化

地方裁判所は、人民調停委員会が民間の紛争を調停することについて、調停活動の指導を行う（人民調停法5条2項）。裁判所が人民調停委員会に対する調停活動上の指導は主に次の3つの方面から構成されている。①人民調停合意書の有効性を認定する司法確認を通じて、人民調停の活動について実質的な指導を行う。②人民調停員を招聘し、陪審員を担当してもらうこと、あるいは司法部門が開催する人民調停員育成班に参加し、専門知識を教える。③人民調停委員会に紛争事件を移送することを通じて、紛争の性質の認定などで指導を行う。

國務院の司法行政部門は、全国の人民調停活動を指導する責任を負う。県レベル以上の地方人民政府の司法行政部門は、当該行政区域の人民調停活動を指導する責任を負う（同法5条1項）。国家は、人民調停活動を奨励および支持する。県レベル以上の地方人民政府は、人民調停活動に要する経費について、必要な支持・保障を与えるべきであり、顕著な貢献があった人民調停委員会および人民調停員には国家の規定に照らして表彰し奨励する（同法6条）。人民調停員が調停活動に従事するにあたって、適切な欠勤手当をあたえるべきである。調停活動に従事したために何らかの障害が残り、生活に困難が生じたときは、現地の政府が必要な医療、生活補助を提供すべきである。人民調停活動において犠牲となった人民調停員については、その配偶者・子女は、国家の規定に照らして補償と優待を得る（同法16条）。行政機関の支援は、主に規則や政策の制定や解釈を通じて人民調停活動の展開を促進し、人民調停員の育成による人民調停組織の構築に指導や保障および監督することができる。特に人民調停法は、行政部門が人民調停の経済的支援を明確に規定し、さらに経費上の保障以外に、義務的な人民調停員に対する補助および奨励は人民調停員の積極性を向上させるだろう。

このほかに、人民調停組織を作っていく過程の中で、行政部門の監督と管理は人的資源

¹¹⁹ 住田・前注104)・135頁。

¹²⁰ 「盤点人民調解法七大亮点」新華網 http://news.xinhuanet.com/politics/2010-08/28/c_12494162.htm 参照。最後の訪問日は2013年8月15日であった。

¹²¹ 司法確認制度とは、両方当事者が必要と判断したとき、人民調停合意書の効力が生じた日から30日以内に共同で裁判所に司法確認を申請することができる。裁判所は、人民調停合意書に対してすみやかに審査を行い、法により調停合意の効力を確認しなければならない制度である。詳細は3の4)参照。

や物質的資源を有効に配分でき、人民調停組織の数を安定化させ、過剰な競争を防ぐこともできる。

行政部門が人民調停組織にとって指導的存在であることについて、学者らは批判している¹²²。韓寧氏は、「人民調停はむしろ『半行政』的な調停、ないし『民間と行政が結びつく』調停と言え、より適切であろうか」¹²³と主張している。しかし、私見では人民調停は行政調停とは本質的に異なり、人民調停が行政化しているとの見方は適切ではないと考える。確かに、行政部門の指導は人民調停に一定の影響をもたらすことになる。その主な背景は行政部門からの指導の限度が明確ではないことにある。その批判を受けて、人民調停法の規定では、行政部門の人民調停を支援する中心は、業務能力および経済的支援としている。よって、具体的な調停活動において行政部門の関与は存在していない。人民調停員は独立的な存在であり、他人あるいは組織の影響を受けずに調停活動を行っている。独立性だけからいえば裁判官よりも独立している¹²⁴。また、多くの地方司法部門によって作られた調停センターが、人民調停の「名」において行政調停（行政機関が行う調停）の「実」を行っていることから人民調停の行政化が指摘されることもある。しかし、これは本来の人民調停とは筋が異なり、これをもって行政化という批判をするのは不当である。したがって、以上から、人民調停の行政化と見なすことは適当ではない。人民調停の本質から、民間調停と行政調停を分析する必要がある。

現在の行政調停と人民調停を混同する状況が人民調停を効率的に行うことの大きな妨げになったことは確かである。政府が社会に対して服務する義務という視点からみれば、行政調停が社会調整（管理）の1つの方法として存在する必要はないとはいえない。それゆえ、司法行政部門と人民調停の関係を明らかにし、行政部門が人民調停を支援する限度をはっきりさせることは重要な課題としていまなお残されている。

（2）人民調停の手續における規範性と自由性との間のバランス

近年、各地の人民調停組織は調停の手續化や規範化ばかり追求していて、訴訟手續のような「法廷式的な調停」¹²⁵まで実行している。人民調停法が規定している開放的な手續規則に対して、吳俊氏は、「これは厳密な意味での手續規則ではない。今現在の人民調停制度は相変わらず『個別具体的な調停』（*ad hoc conciliations*）の段階に留まり、『制度化された調停』（*institutional conciliations*）に至るまでにはまだ相当の距離があるのではないか」¹²⁶と述べている。確かに、人民調停の制度化は、法的な地位を高め、イデオロギー化と過度の道徳化を克服し、調停原則に対する権力関係の破壊を防ぐのに役に立つ。しかし同時に、過度の手續化が民間調停の独自の優位性を弱める可能性もある。人民調停の優位性はその非公式性、便利さ、柔軟性、高度の適応性、具体的な状況によって適切な処置を行うこと

¹²² 王册「調停好き神話の崩壊（1）——現代中国紛争処理手續利用の変化が意味するもの——」北大法学論集 57 卷 2 号（2006 年）151 頁以下参照。

¹²³ 韓・前注 98）・167 頁。

¹²⁴ 中国の裁判所においては、裁判委員会という組織が設置されている。民事第 1 法廷、民事第 2 法廷などの各法廷の廷長および裁判所の院長、副院長のような幹部（同時に、豊かな経験がある裁判官として）は裁判委員会のメンバーとなる。個々の案件の審理は各裁判官が行うが、法律の解釈について疑義があるとき、重大な案件を判決する前には、裁判官は裁判委員会に指導を仰がなければならない。たとえ裁判官の判断が裁判委員会の判断と違っていても、裁判委員会の指示に従わなければならない。換言すれば、中国の裁判官の独立性はないといえる。一方、人民調停員は、独立で調停活動を行い、人民調停委員会あるいは司法行政機関からの影響がない。

¹²⁵ 範愉「中華人民共和國人民調停法評析」法学家 2011 年 2 期 4 頁。法廷式的とは、人民調停委員会の設置された場所で机などを法廷のように配置し、弁論や証拠の提出の順序など裁判のように進めることをいう。

¹²⁶ 吳俊「人民調停制度的再完善」学習与探索 2012 年 1 期 91 頁。

にある。制度化は同じ種類の紛争に対して同様な扱いをすべきことを意味しているので、法律の制約の下で問題に対処する場合には、具体的な状況や法律外の情理、風俗などを考慮に入れることは難しくなるかもしれない。人民調停は情、理、法という三者の統一と問題に対する総合処置を強調している¹²⁷。したがって、具体的な規範は地域、民族、紛争の種類によって異なるべきである。過度の規範化は人民調停の柔軟性を損ない、その便利さと親和性に影響を与えかねない。

そのため、人民調停法は調停手続を法定し、規範化を進めたが、他方で、手続について開放的な規定にとどめることで規範性と自由性との間のバランスを保障していると言える。

(3) 「依法原則」から「不違法原則」への変化¹²⁸

人民調停法の3条により、人民調停活動は3つの原則を遵守しなければならない。第1は自由意思・平等原則である。人民調停は、当事者の自由意思、平等という基礎の上で調停を進める。第2は不違法原則である。人民調停は、法律、法規および国家の政策に違反しない。第3は当事者の訴権を尊重する原則である。当事者の権利を尊重し、当事者が法により仲裁・行政・司法などのルートで自己の権利を守り、実現しようとするのを阻止してはならない。

89年組織規定および02年若干規定¹²⁹と比べて、自由意思・平等原則と当事者の訴権を尊重する原則は変更されず、依法原則は不違法原則に変わった。この変更は以下のような意義を持っている。

「依法」と「不違法」は異なる規範である。「依法」は強制的（義務的）な規範、「不違法」は禁止的な規範に属している。中国における通説では、強行規定は強制的な規範と禁止的な規範に分けられる。強制的な規範とは、当事者に一定の行為をさせる法律規定である。換言すれば、当事者が特定の行為をしなければならない。強制的な規範に違反する法律行為は無効になる。禁止的な規範とは、当事者に一定の行為をさせない法律規定である。換言すれば、当事者が特定の行為をしてはならない。禁止的な規範に違反する行為は当然に無効にはならない。効果の差異により、禁止的な規範は、また効力的な禁止規範と管理的な禁止規範に分けられる。効力的な禁止規範に違反する場合には、絶対的に無効になる。一方、管理的な禁止規範に違反すれば、通常は当該行為の効力には影響しない。前者は行為の法律行為の価値に着目し、当該行為の効力を否認することを目的とする。後者は事実行為の価値に着目し、当該行為を禁止することを目的とする¹³⁰。

¹²⁷ 周望「転型中の人民調停：三個悖論——兼評人民調停法」社会科学 2011年10期104頁。

¹²⁸ 文字からみると、依法原則とは、法律に依拠して人民調停を行うことである。不違法原則とは、法律に違反しないで人民調停を行うことである。

¹²⁹ 89年組織規定と02年若干規定両方とも、「人民調停は、法律、法規、規章および政策にしたがって行う。」と規定していた。

¹³⁰ 史尚寬『民法総論』（中国政法大学出版社 2000年）12、300頁。王沢鑑『民法実例研習（民法総則）』（台湾三民書局 1996年）234頁。王軾「論物權法的規範配置」中国法学 2007年6期118頁。「強行性規範及其法律適用」南都学壇（人文者会科学学報）30巻1期（2010年）85頁以下。許中縁「禁止性規範对民事法律行為効力的影響」法学 2010年5期68頁以下参照。

日本においては、強行法規と取締法規という概念もある。伝統的には、強行法規というものは、民法の基本理念としての「公けの秩序維持」を目的とするものであり、その違法行為については、私法的効果の実現を国家が援助しないとする禁止規定である。一方、取締規定は、経済政策や行政目的から、一定の行為を禁止または制限する規定である。両者は、公法と私法との目的の次元・観点が異なり、無関係な概念というべきである。いわゆる、公法・私法二分論である。しかし、最近では、公法と私法を、共通の目的に仕える2つの種類の法とみる考え方が有力になっている。法規の目的や当事者間の信義・公平を総合的に評価して、違反行為の効力を決めるべきであるとする見解である。いわゆる、公法・私法相互依存論である。したがって、取締法規は違反行為の効力の有無によって、さらに警察法令と経済

要するに、強制的な規範は、規範にしたがって人民調停活動を行うことを求める。法律を適用しない、あるいは法律に違反する人民調停合意書は無効になる。これに対して、禁止的な規範は、人民調停法が違法な調停合意書を絶対的な無効とする旨明確に規定していないという前提で、法律を適用しなくても人民調停ができ、人民調停合意書も当然に無効にはならない。紛争の具体的な性質と調停合意書の内容の合理性などを総合的に考慮しながら判断を下し、調停合意書の有効性を保障することを強調している。

依法原則は法律にしたがって調停を行うことを意味しているが、実際には法律が調整する範囲に入らない民間紛争のケースは少なくない。例えば、好意同乗の場合において、交通事故が発生した際に、被害者が運転手に損害賠償を請求する。恋人が別れて、長い時間付き合った女性が傷心のため仕事もやめたような場合に、「青春費」（青春が無駄になった補償）を要求する。扶養義務がない人から同情の気持ちで扶養してもらった人が、経済状況が好転したのに対し、扶養した人が深刻な状況に陥ったとき、扶養した人から扶養された人に対して扶養費用の返済を求める。こうした紛争は、参照できる法律が存在せず、結局のところ調停できずに終わってしまう。ところが、不違法原則に基づいた社会道徳、住民の公約（地域住民が作ったその地域のルール）、公序良俗、業界の慣行などに従うのであれば、調停が可能になる。

立法政策上は、人民調停の司法化や過度の手續化に反対するという価値観を反映している。中国法においては、特に司法政策においては、確定的に定量化することよりも、「あり」と「なし」の間にある曖昧な状況こそ求められている。鈴木賢教授は中国法のこのような状態を「グラデーション状」と呼んでいる¹³¹。このような曖昧な状況の下で実務の基準を統一することは、難しい。そのため、裁判官は最高裁判所の司法解釈や裁判委員会の意見などを推測しながら、法律を適用していると考えられる。人民調停も似たような問題に直面している。依法原則の場合には、調停を行う時に民間規範が合法的であるか否かを問わず、民間規範をより少なく、法律をより多く適用するようになった。したがって、人民調停組織は業務を実行する時に法律にしたがって調停する際に、依法原則の意味を付度しなければならぬという状況に置かれている。

これは明らかに人民調停の当初の意図と反するであろう。人民調停はただ法律条文を機械的に適用するのではなく、より複雑で総合的な活動なのである。それに対し、不違法原則は、実務における「適法調停」による柔軟性に欠ける間違った理解を修正し、より多く民間社会の規範に準拠することを推奨し、融通性に富み、相談することや解決案を選択できるという特徴をさらに広げている。そのため、不違法原則のほうがより人民調停に適切である¹³²と思われる。

(4) 調停参加制度の拡大と人民調停員の専門化

人民調停法第 20 条では、当事者の親類・隣人・同僚、または専門知識や特定の経験を有する人員、関係する社会組織の人員は調停へ参加することができるという人民調停参加制度が規定される。新しい制度ではないが、この数年の実践によって、新たな特色が出てきた。

上海市長寧区の江蘇路街道弁事処¹³³は、政府が人民調停サービスを「購入する」形によ

法令に分けられる（近江幸治『民法講義 I 〔民法総則〕第 2 版補訂版』（成文堂 1996 年）141 頁以下。山本敬三『民法講義 I 総則〔第 3 版〕』（有斐閣 2011 年）255 頁以下参照）。

¹³¹ 鈴木賢「中国法の思考様式—グラデーション的法文化」安田信之・孝忠延夫編『アジア法研究の新たな地平』（成文堂 2006 年）321 頁以下参照。

¹³² 範・前注 125）・5 頁。

¹³³ 街道弁事処は町における基層行政部門という。

って、30年以上の人民調停員の経歴を持つ「上海市首席人民調停員」である李琴氏を代表とする「人民調停李琴事務所」（以下、李琴事務所と略記する）と契約を結んだ。具体的には、江蘇路街道弁事処は、所長の李琴氏とその他5名の専任調停員からなる「李琴事務所」に対し、管轄地域の総人口に基づき1人当たり2元の比率で、毎年事務経費として12万元を出資し、かつ、部屋2つを事務室として提供する。その代わりに、「李琴事務所」は、管轄地域に起きた一般的な紛争の40%、複雑・難解な紛争の90%について調停処理を行い、しかも一般的な紛争のうち95%、複雑・難解な紛争のうち80%の調停成功率を達成しなければならない¹³⁴。「李琴事務所」が2003年11月に成立してから2006年まで解決した紛争は1478件に至り、その中で、複雑・難解な紛争は181件である。そして、土地の強制立ち退きなど集団的な紛争は3件である。これらの事件では、505家庭、1626人が調停の当事者となっている¹³⁵。

政府が人民調停サービスを購入することは、行政部門の人民調停に対する経済的な保障責任を強調し、同時に、行政調停と人民調停の混同も避けられる。これに基づいて、専門化した人民調停組織および人民調停員も現れてきた。前述のように、近年、紛争の種類および複雑さの増加によって、業界性、専門性をもつ人民調停組織が次々と設立されている¹³⁶。同時に、一部の教育水準が低く法律知識が乏しい兼任人民調停員の多くは、退職した裁判官・検察官・弁護士・法学者および専門技術者などに交替されてきた。国家からの経済保障によって、李琴氏のように、人民調停に従事して報酬をもらう専任人民調停員はだんだん多くなっていくと予想される。

(5) 公開しない調停の確立

人民調停法が公布される前は、調停は原則的に公開の形で行われており、企業秘密と関わったり、当事者が明確に反対した場合に限って公開されていなかった。しかし、人民調停法23条により、当事者は調停を公開または非公開にすることを要求する権利を有することとなった。これによって調停を公開する慣例が廃止された。秘密保持の原則（The Principle of Confidentiality）は実現されていないが、当事者に選択権を与えることによって、当事者の権利を守り、調停合意に達することを促すことにもなる。

人民調停は訴訟ではない。調停が有効に行われる前提は、当事者間の妥協および人民調停員に対する信頼にある。紛争当事者が人民調停を選ぶ理由は、おそらく彼らが紛争について自己の意見を、訴訟上の自白のような効果を心配することがなく、十分に表すことができるからである。人民調停の準拠は法律だけではない。むしろ、最も主要な準拠は法律ではないといってもよい。それゆえ、当事者が陳述するときに、発言内容の法律効果を注意する必要はない。

また、人民調停を公開する必要性もないだろう。公開で人民調停を行う場合には、不調により訴訟またはほかの紛争解決方式に入った後で、当事者は自己の陳述が自己に不利益を招く可能性を懸念する場合もある。訴訟において、公開原則を強調する1つの重要な理由は、判決の執行力にある。裁判官の行為を規制し、裁判官の中立性を守るため、公開原則は必然の選択である¹³⁷。しかし、人民調停合意書¹³⁸は執行力を具えないので、人民調停

¹³⁴ 範愉「社会転型中の人民調解制度——以上海市長寧区人民調解組織改革的経験為視點」, 中国司法 2004年10期59頁。葉陵陵「中国における調停制度改革および多元的紛争解決システムの整備：上海の『大調停』メカニズムを中心に」吉田勇編『紛争解決システムの新展開』（成文堂 2009年）299頁。

¹³⁵ 李琴「創新調解工作機制 提高化解矛盾糾紛能力」人民調解 2007年8号34頁。

¹³⁶ 王禄生「審視与評析：人民調解的十年復興——新制度主義視角」時代法学 10卷1期（2012年）21頁。

¹³⁷ 周建華「司法調解的保密原則」時代法学 6卷5期（2008年）73頁以下参照。

員の中立性は当事者の最も関心の高いことではない。なぜなら、当事者はいつでも中立的ではないと思われる人民調停員によって行う調停をやめることができるからである。人民調停合意書が作成されたとしても、履行しないまたは改めて提訴することを選ぶことができる。

(6) 人民調停員の中立性の再認識

人民調停員の中立性は、学界からみれば、当然な要求とみなされる。人民調停員の中立性は手続公正の表れであり、人民調停合意書の保障であると思われる¹³⁹。人民調停法の第3条の自由意思・平等原則および第15条の「人民調停員は一方当事者に偏ってはならない」の規定は、通説によれば、中立性の法律上の体现である。

しかし、前述のように、人民調停合意書は執行力がないため、当事者は履行しなくても問題はない。それゆえ、人民調停員の中立性は裁判官ほど重要ではないと考えられている。人民調停員がわざわざ中立でない方式で調停を行い、結局調停合意書が達成できないという結果を導く必要はないからである。調停員に求められる中立性は裁判官に必要とされる形式的中立性とは異なると考えられる。

そのほか、人民調停の案件の類型からみると、紛争解決の判断基準は、裁判ほど明確ではない。しかし、紛争を解決するために存在する人民調停制度は裁判によって解決するのが難しいような紛争に対応しなければならない。特に、情理・風俗のもとで、黒あるいは白のように明確に解決することができない案件も多い。当事者の気持ちを慰め、弱者の保護、善良風俗の提唱および社会関係の維持などの様々な目的の総合によって、さらに実質的な公正を追求することは、人民調停という制度の当然な選択である。しかし、そうした場合、実務においては、よく「繰り返して一方当事者に道理を説く」ような「明らかに不公正」に見えるような事態が生じてしまう。

もちろん、実質的な公正の追求、あるいはできる限り紛争を解決しようとする目的は、人民調停員の行為が無制限であることを意味しないものとする。特に、事実関係を解明する段階においては、制限が必要である。なぜなら、結局どのように紛争を解決するかにかかわらず、いずれも事実関係に対して比較的明確な認識があるという前提で行うからである。このような明確な認識だからこそ、人民調停員が追及する実質的な公正は正確かつ理性的な追求になることができると考える。

それゆえ、私見によれば、人民調停手続を2つの段階に分けるべきである。すなわち、①事実を解明する段階と②紛争を解決する段階である。事実を解明する段階においては、形式的な公正を要求し、当事者に対等の手続上の権利を付与しなければならない。例えば、両当事者の陳述と証拠提出を保障しなければならない。さらに、陳述の時間もできる限り平等にすべきである。このような公正と中立性は、紛争事実の究明の保障であるので、確立しなければならない。事実を解明し、紛争を解決する段階に入った後は、形式的な中立性はそれほど必要とはいえない。特に、ある具体的な事実が解明できない場合の証明責任および最後の責任分担は、完全に訴訟に照らして行うこともできず、その必要もない。前述のように、情理・風俗などにしたがって総合的に判断を下すべきである。

したがって、第1に、人民調停員の中立性の保持、第2に、中立性の限界と段階、第3に、中立性に対する過度の追求によって人民調停の柔軟性と便利さを損ない、紛争の解決

¹³⁸ 人民調停合意書の司法確認も人民調停法の特徴の1つであるが、訴訟との連携および2012年民事訴訟法にも関係する改正があるので、詳細は3の4)参照。

¹³⁹ 劉敏「人民調解制度的創新与發展」法学雑誌 2012年3期 59頁以下。李德恩「現代調解員角色：轉換与規制」法学論壇 25卷 132期（2010年）46頁以下参照。

を妨げることを防止することは、さらに検討する価値があると考えられる。

3 2012年新民事訴訟法の改正と調停の新動向

1) 背景と概況

民事訴訟法は、1991年施行後20年間で、唯一2007年に再審手続と執行手続に関して部分的に改正があった。しかし、この20年間は、中国社会の構造的な変化によって、民衆の司法に対する要求も大幅に変わってきた。特に、新しい類型の紛争を処理するためには、元の民事訴訟法では司法実務の要求に対応できなかった。民事訴訟法に対する改正は継続的に立法機関の重要課題となっていた。2008年から2011年まで4回の全国人民代表大会（以下、全人代と略記する）において、民事訴訟法の改正に関する議案は53件に達した¹⁴⁰。

こうした背景の下で、司法実務の経験および学界の修正意見を加えて、民事訴訟法は2012年8月31日に改正され、2013年1月1日に施行された。

今回の改正は、80あまりの条文に及んだ。検察監督¹⁴¹、再審手続、執行手続を整えるとともに、信義誠実の原則を民事訴訟法の基本原則として増設した。さらに、少額訴訟手続、公益訴訟の制度を設けた。そのほか、管轄、忌避、保全および証拠なども改善した¹⁴²。調停は同じく改正の1つの重点になった。

今回の民事訴訟法は多くの条文を改正したにもかかわらず、構造的で全面的な改正とはいえない。中国の法改正には、これまで「相対的な合理主義」という伝統があった¹⁴³。すなわち、現段階で現れている問題を対症療法的に治療するだけであり、手術のような全面的な治療は行わない。民事訴訟法に関して言えば、民事執行法は6回にわたって草案を審議したが、公布に至らなかった。各種の調停を統一する調停法と独立の家事調停手続は、現在の制度でも対応できるので、立法の議事日程に組み込まれなかった。調停に関する改正もそうした大前提の下で行われていた。

2) 基本原則たる調停原則

(1) 基本原則の意義

各国民事訴訟法の立法体系を見渡すと、旧ソ連を見習った中国以外には、総則に基本原則を規定する立法モデルはあまり見られない¹⁴⁴。96年日本の民事訴訟法改正では、総則に「通則」という章を増設したが、通則の条文はわずか3条であり、第1条と第3条では、民事訴訟に関する手続については民事訴訟法と最高裁判所規則によるものと規定する。第2条は1つの原則を確定し、「裁判所は、民事訴訟が公正かつ迅速に行われるように努め、当事者は、信義に従い誠実に民事訴訟を進行しなければならない」とする。すなわち、公正迅速の原則と信義則である。しかし、この2つの原則は、日本では基本原則といわず、

¹⁴⁰ 全国人民代表大会常務委員会法制工作委员会民法室編『民事訴訟法立法背景与观点全集』（法律出版社2012年）15頁以下参照。

¹⁴¹ 検察監督とは、検察庁が民事訴訟に対して法的監督を行う権限を有することをいう（民訴14条）。各級検察庁はすでに法的効力を生じた同級の裁判所の判決、裁定について、再審事由のいずれかに該当しており、または調停書が社会公共利益を害していると発見した場合には、同級裁判所に再審検察建議を提出することができ、上級検察庁に同級裁判所に控訴を提起するよう申請することができる（同法208条）。検察監督は裁判手続に限定されず、民事執行に対して法的監督を行うこともできる（同法235条）。

¹⁴² 譚秋桂「民事訴訟法修改評析」中国司法2012年11期44～9頁。傅郁林「民事訴訟法修訂重要問題研究」華東政法大学学报2012年4期79～93頁。屈煒「新民事訴訟法“新”在哪里」浙江人大2013年1期42～4頁参照。

¹⁴³ 肖建国「從立法論走向解釋論：民事訴訟法修改の実務対応」法律適用2012年11期40頁。

¹⁴⁴ 田平安・閔賓「論民事訴訟法修改中的十大問題」江西社会科学2011年9期147頁。

弁論主義、処分権主義と同様に民事訴訟法の一般条項である¹⁴⁵。同様に、ドイツ、フランスなどの成文法国家の民事訴訟法にも基本原則という設置はない¹⁴⁶。

これに対して、中国では、建国後、立法は旧ソ連のモデルを参考にした。そこでは、社会主義法制度の優位性が強調されたが、当時点法律専門家が不足しており、法律を具体化し、法律を適用する能力のある専門家が圧倒的に少ない。また、社会主義法学は法律を統治階級の意志の体現と定義し、法令は一種のアピールであり、民衆に呼びかけて具体的な事柄をやらせるための手段となった¹⁴⁷。それゆえ、法律には、社会主義法制の中で宣伝教育の機能を演じる必要性があり、また、民衆に簡単に理解かつ納得させるため、原則的でスローガン式の条文にして、こうした役割を担わなければならなかった¹⁴⁸。すなわち、規則や一般原則に対応する基本原則の概念は正真正銘の中国製なのである。

それでは、中国法のコンテキストにおいて基本原則はどのような意味があるのだろうか。基本原則は、民事訴訟の本質と基本的な規律を反映し、かつ民事訴訟手続の全過程に一貫して適用できる原則である¹⁴⁹。基本原則は、すべての訴訟活動を指導する原則であり、訴訟活動の一部にだけ適用する原則は基本原則とはいえない。さらに、基本原則はすべての訴訟活動の規範となる司法原則である。確かに、初期の立法では、基本原則は社会主義法律を標榜するスローガンの性質があるが、現段階では、基本原則の規範的な効果を強調し、基本原則たりうるもののみを基本原則として確立し、スローガンの効果を弱化し、ひいては取り除くべきである。基本原則はもれやミスを補う効用がある。すなわち、基本原則は、具体的な規定がない場合に、一種の裁判の根拠として適用できるものである¹⁵⁰。この標準にしたがって、平等原則（平等主義）、弁論原則（弁論主義）、処分原則（処分権主義）が中国における民事訴訟法の基本原則となることには異議がない¹⁵¹。

（2）調停原則と基本原則

しかし、調停原則が民事訴訟法の基本原則と認められるか否かについては大きな論争がある。通説によれば、裁判所調停（または訴訟調停と呼ぶ）は、裁判官の主導で、両当事者が民事権益をめぐる紛争を、自由意思に基づき平等に話し合っ合意を達成し、紛争を解決する訴訟活動と結案¹⁵²の方式である¹⁵³。民事訴訟法は、調停に関して明確な定義を定めないにもかかわらず、調停を1つの基本原則として規定した。「裁判所が民事事件を審理する場合には、自由意思および適法という原則に基づいて調停を行わなければならない。調停が成立しなかった場合には、すみやかに判決しなければならない」（民訴9条）。民訴第9条および司法解釈の規定に基づいて、調停原則とは、裁判所が当事者の自由意思によ

¹⁴⁵ 中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕『新民事訴訟講義（第2版補訂2版）』（有斐閣大学総双書 2008年）24頁。

¹⁴⁶ 徐文海「民事訴訟法基本原則之再認識」北京航空航天大学修士学位論文 10006SY0920133号 17頁以下参照。

¹⁴⁷ 中共中央マルクス・エンゲルス・レーニン・スターリン著作編訳局『レーニン全集（第16巻）』（人民出版社 1988年）309頁。

¹⁴⁸ 徐・前注146）・25頁。

¹⁴⁹ 田平安『民事訴訟法原理（修訂版）』（廈門大学出版社 2005年）166頁。陳桂明『民事訴訟法』（中国人民大学出版社 2009年）13～20頁。

¹⁵⁰ 廖中洪「我國民訴基本原則規定的問題及其重構設想（上）」河南省政法幹部學院學報 2002年5期 53頁以下。「我國民訴基本原則規定的問題及其重構設想（下）」河南省政法幹部學院學報 2002年6期 24頁以下。「民事訴訟基本原則立法體例之比較研究」法學評論 2002年6期 127頁以下参照。

¹⁵¹ 張偉平『民事訴訟法教程』（法律出版社 2008年）10頁。廖中洪『民事訴訟法學』（廈門大学出版社 2006年）54頁。

¹⁵² 結案とは、案件を終結することである。

¹⁵³ 江偉主編『民事訴訟法（第2版）』（中国人民大学出版社 2005年）184頁。常怡主編『民事訴訟法（修訂版）』（中国政法大学出版社 2005年）242頁。

って訴訟のいずれの段階でも調停を行うことができ、そしてできるかぎり調停を優先的に利用することをいう。民事訴訟の基本原則は、高度の総合性と一貫性を有し、民事訴訟の本質と規律を反映している。しかし、訴訟調停はただ一種の具体的な訴訟活動であり、基本原則の総合性を具えない。その上、調停の適用には制限があり、すべての民事案件に対して適用できず、すべての民事訴訟を指導することもできない¹⁵⁴。また、司法実務においては、裁判所は常に自由意思・適法の原則に違反して、訴訟の公正と裁判所のイメージを損なう強制的な調停を行う¹⁵⁵。このような訴訟調停は、民事訴訟とは内在の筋道（理念や手続上の原則）の点で差異があり¹⁵⁶、裁判所の職能に背反する¹⁵⁷ため、調停原則は民事訴訟法の基本原則としては適当ではないという否定説が一時に有力説になった。

調停原則否定説に対して、応答をした学者はあまりいない。否定説の現れた時期からみれば、まさに 2000 年前後、中国において裁判を重視し調停を軽視した司法改革時期に当たる。裁判万能主義が優勢となり、調停に対する排斥が頂点に達した。調停原則に対する否定は、調停そのものに対する批判の一部として存在した。調停が再び重視されるにつれて、各種の調停制度が施行され、今回の民事訴訟法改正において調停制度の改善および調停原則の維持に至ったことは、調停原則否定説に対する立法上の黙示的な応答とみなすことができ、さらに、法制化によってこの問題について議論を続ける必要がなくなったという評価ができるだろう。つまり、調停原則が基本原則といえるが、その理由は以下のようになる。

第1に、調停は訴訟活動の全過程を一貫する。04年調停規定が、第一審・第二審・再審いずれも調停を行うことができることを定め、さらに新民訴122条は、先行調停制度を設ける。「当事者が裁判所に訴訟を提起した民事紛争につき、調停に適するときは、先に調停する。ただし、当事者が断る場合を除く」とする。すなわち、裁判手続に入った後でも調停することができるだけでなく、立案¹⁵⁸の段階でも調停を行うことができる。そのほか、法律に規定がないにもかかわらず、実務上は、執行手続において、執行方式や執行程度¹⁵⁹について執行裁判官が調停を行うことも数多く見られる。したがって、この視点からいえば、調停は訴訟活動の全過程で一貫して用いられるものであり、段階的な原則ではない。

第2に、司法権の創設は立法機関に専属するので、法律を作成して裁判所に裁判権の限度を制限することは全人代のみが有する。仮に民事訴訟法において調停原則という基本原則がない場合に、裁判所が新しい調停方式を試行することは一層困難になる。なぜなら、調停制度を明確に規定し、調停の範囲や方式も明確に規定する場合には、調停はこうした規定に照らして「適法調停」でなければならない。規則に反して調停することはできない。しかし、中国の調停制度は完備しているとはいえず、調停の運用および理解も絶え間なく深化していく。あらかじめ規則で十分な調停制度を定めておくことは難しく、もし、不十分な調停規定を設ければ、調停制度をさらに革新することを妨げることが予想できる。したがって、調停を原則のレベルまで高めて、原則の抽象性と総合性に基づいて、規則を適用できない場合に、調停原則は調停の適用を保障することができる。調停を基本原則とすると、裁判所が実務において行う調整および部分的な修正は法律の制限を超えるものでは

154 何文燕「調解和支持起訴両項民訴基本原則応否定」法学 1997 年 4 期 30 頁。

155 張・前注 86)・116 頁。

156 田・闫・前注 144)・147 頁。

157 邵俊武「民事訴訟中法院調解原則的再認識」政法論壇（中国政法大学学報）2000 年 1 期 122 頁。

158 立案は訴訟要件を判断する段階を意味する。中国では、立案廷と審判廷に分かれる。

159 例として、債務を分割払いで返済するか、分割払いの回数、毎回の金額および利子の計算などである。

なく、すべて調停原則に依拠するものと解される¹⁶⁰。原則の特徴を利用し、調停制度をより改善するため、調停に関する法律条文の設置は、従来の「規定は細かいよりも大まかなほうがよい（宜粗不宜細）」という伝統に従った。

第3に、伝統的な制度に対する継受と誇りを示すものでもある。前述のように、中国における調停制度の歴史は悠久であり、現行調停制度は伝統的な調停を継受するだけでなく、新民主主義革命時期に共産党によって改造された。中国はまだ法制を建設する時期にあり、日本や欧米のような先進的な法治国家に比べて大幅な距離がある。だからこそ、国家の立場からいえば、中国の「独自の」な調停制度を一層推賞する。海外の先進的な法律制度を絶えず習うと同時に、自国の特有の制度を保護することに対して、一種の素朴なプライドと帰属感が出てきた。官僚でも多数の国民でも、他国の制度を習うばかりではなく、いつか自国の制度が他国の模範になることができるように望む。だからこそ、裁判官や司法官僚など司法の専門家は、調停を「東方経験」や「東方の花」¹⁶¹として自賛するのである。

調停原則は信義則のように判決の準拠とはならないが、裁判所がいきなり判決を出したような場合には、調停原則に反するとして上訴や再審の準拠にはなりうると考えられる。それゆえ、調停原則は具体的な裁判の根拠というより、むしろ訴訟活動の原則¹⁶²というべきである。

今回の改正は、先行調停制度を増設し、同時に人民調停法の施行を結びつけて、人民調停合意書の司法確認制度を設けている。さらに、長期にわたる実務によって形成された委託調停制度を加えて、裁判所調停体系のアウトラインはより明晰になった。

3) 先行調停制度

(1) 訴訟前調停の実情

先行調停制度の確立前、各地の裁判所はすでに相応な訴訟前調停を行っていた。2007年最高裁判所が公布した「訴訟調停が和諧社会を構成する作用を一層發揮することに関する若干意見」（以下調停意見略する）は、調停の社会化を強調し、各地の訴訟前調停に対して立案段階の調停制度と総称して高く評価した。そのなか、上海市長寧区の「人民調停窓口」モデルと上海市浦東区の「訴前調停」手続は最も代表的である。

(i) 人民調停窓口

2003年6月に上海市長寧区の司法局は、同級の地方裁判所とともに裁判所の中で「人民調停窓口」を設け、2名の定年退職したベテランの裁判官と1名の8年間の調停経験を有する専任人民調停員を配置した¹⁶³。そのほか、15名の人民調停員の中堅メンバーが、

¹⁶⁰ 法律体系は規則と原則から構成される二元規範体系である。規則には例外があり、そして、限界がある。規則を適用することは、規則のすべてを適用することであり、その一部だけを適用するというのではない。すなわち、全部適用するかまたは全部適用しないかのどちらかである。規則が適用できない場合には、原則を適用して法律問題を解決すべきである。原則と原則の間には順位があり、すなわち、ある原則は優先的に適用されなければならない「絶対原則」である。原則は部分的に適用することができる。同じ順位の原則の適用は、問題の解決にとって最良の状態で調整しなければならない（林来梵・張卓明「論法律原則的司法適用——從規範性法學方法論角度的一个分析——」中国法学 2006年2期 122頁以下。陳林林「二元規範理論下的法律原則檢討」現代法学 32卷5期（2010年）33頁以下参照）。

¹⁶¹ 人民日報 2007年1月17日14版（最高裁判所元裁判長肖揚）。人民日報 2010年6月23日18版（司法部長吳愛英）。法制日報 2013年8月30日1版（共産党中央政法委書記孟建柱）など参照。

¹⁶² 潘劍鋒「論民事司法与調停關係的定位」中外法学 2013年1期 191頁。

¹⁶³ 趙明霞・吳孝卿「淺議民事糾紛委託人民調解」中国司法 2007年6期 53頁。2006年、人民調停窓口の専任調停員人数は8名に増え、そのうち、退職した裁判官4名、退職した公証人1名、退職した総管理という紛争解決に密接に関する仕事をした公務員1名、退職した労働組合の幹部1名、さらに、ベテランの人民調停員1名である。

人民陪審員（裁判員）として長寧区地方裁判所に派遣されて、毎月交替で3名の調停員を人民調停窓口配置した¹⁶⁴。原告が婚姻家庭・隣人関係・小額債務・小額の損害賠償・刑事自訴（親告）事件などについて裁判所に訴訟を提起するとき、裁判所の立案庭は当事者の同意を得た後、立案を猶予し、当事者を人民調停窓口で調停を申請させるように提言する。調停合意が達成すれば、直ちに人民調停委員会の名義で人民調停合意書を作成する。調停合意が達成できなければ、立案庭に戻って立案審査を行う。

（ii）訴前調停

2006年2月に浦東地方裁判所は「非訴調停前置」と「調停合意書の効力を直接、司法確認すること」を特徴とする訴前調停制度を設けた。すなわち、当事者の自由意思の前提で、一部の紛争に対して立案の段階で、当事者に対して、当該裁判所が招聘した訴前調停員または関係調停組織から調停を行うように導く。達成された調停合意書を裁判官が審査して直ちに民事調停書を作成する。調停合意が達成できない場合には、訴訟手続に入る。

浦東地方裁判所は立案庭に専門の訴前調停組を設立し、1名の裁判官と3名の書記官から構成する。彼らは訴前調停の業務配置の中核として、主に訴前調停の担当体制を管理し、案件を選別し、当事者の調停意向を誘導し、さらに調停員および補助者を配分し、成立しなかった調停と訴訟をつなげる。そのほか、1名の専門の調停合意書の審査員が設置され、調停合意を審査して民事調停書を作る。2009年に至り、浦東地方裁判所には専任調停員が22名がおり、その内訳は、退職した裁判官10名、退職した警察官1名、裁判員4名、人民調停員4名、弁護士2名、そして、心理相談員1名である¹⁶⁵。訴前調停は主に以下のような4種類の案件について行われる。第1に、事実が明らかであり、争いが大きくない簡単な紛争、第2に、倫理性あるいは身分性が高い紛争、第3に、専門的な紛争、第4に、政策性が高い紛争¹⁶⁶である。

人民調停を代表とする訴前調停は無料であり、裁判所に調停書を作らせるとしても、費用は訴訟費用の標準の10%から20%程度であるので、訴前調停は広く歓迎された。しかし、同じく訴前調停と呼ばれていても、各地の裁判所の実践には大きな差異がある。浦東地方裁判所の訴前調停組織は、裁判所自らによって設立され、調停員も裁判所から招聘される。裁判所は調停の全過程を掌握し支持する。一方、長寧区地方裁判所はただ仕事を提供し、当事者に提言する。訴前調停に入った案件には、指導などの職務上の支持については責任を負わない。そのほか、訴前調停と称するが、ある裁判所においての訴前調停組織は、調停を行う時期を立案前に限らず、立案後、答弁書を提出する期間満了前に調停合意が達成する場合には、訴訟を取り下げることができる。

（2）先行調停制度の分析

実務上のやり方を参照しながら、先行調停制度を分析してみよう。「当事者が裁判所に訴訟を提起した民事紛争につき、調停に適するときは、先に調停する。ただし、当事者が断る場合を除く」（民訴122条）とある。これによると、先行調停が立案前の調停と立案後の調停のどちらを指しているかについて不明である¹⁶⁷。

全人大法律工作委員会（以下、全人大法工委と略記する）は、これを「先行調停の範囲

¹⁶⁴ 上海市長寧区司法局「探索在法官主導下訴訟調解適度社会化新模式」人民調解2004年2期18頁。

¹⁶⁵ 包蕾・張嫣「“訴調对接”的新路徑——解讀浦東新區法院訴前調解機制」中国審判2009年10期12～3頁。

¹⁶⁶ 例えば、公共事業に関する土地の強制立ち退きについての案件は、関連する人数が多いので、社会の安定にも影響がある。裁判所は裁判の形でこのような紛争を解決するのはあまりしたくない。さらに、裁判はこのような紛争を円満に解決することもできない。

¹⁶⁷ 宋朝武「対民訴法修正案中調解制度的若干理解」中国審判2012年6期27～8頁。

は、主に裁判所が立案前あるいは立案後にすぐに調停を行うことが適切である」と解釈している¹⁶⁸。

これに対して、李浩教授は先行調停が立案前の調停であるべきと述べている。その理由は3つある。第1は、民事訴訟法の構成からみれば、第122条は「提訴と受理」という節の中にあり、提訴の条件、提訴の要求および却下などを定めている。特に、第123条は「訴訟を提起する条件に合致している場合、7日以内に事件を受理し、かつ当事者に通知しなければならない。訴訟を提起する条件に合致しない場合、7日以内に事件を受理しない旨の裁定書を下す。」と規定している。もし先行調停が立案後の調停であれば、先行調停の条文は第123条の前ではなく、その後に位置づけられるはずである。第2は、「審理前の準備」について第133条が「開廷前に調停ができる場合、調停を採用しすみやかに紛争を解決する」と規定している。この条文から、立案後そして開廷前にあたる調停は先行調停の範囲に属していないことがわかる。第3は、先行調停を立案前の調停として理解することは、紛争を区分けし、訴訟と調停の役割分担を行い、裁判官の負担を軽減し、裁判所の裁判におけるストレスの減少に役に立つという¹⁶⁹。

しかし、譚秋桂教授は、先行調停は立案後の調停であると主張している。なぜかというのと、もし先行調停が立案前の調停であれば、第123条にある「訴訟を提起する条件に合致している場合、7日以内に事件を立件する」および「裁判所は、当事者が法律の規定に基づいて享有する訴訟を提起する権利を保障しなければならない」という2つの規定が無駄になるからである。そのため、立案してから調停を行うべきであるとする¹⁷⁰。

第122条の文脈からすれば、先行調停を実行する主体は裁判所だと考えられる。すなわち、「(裁判所が)調停に適している(と認めるとき)、先に調停する」のである。しかし、裁判所が紛争を解決する時の謙抑性によって、訴訟係属が形成されていない場合には裁判所が民事事件を処置する権限を持っていないということになる。それゆえ、立案前に裁判所はどのような方法でも紛争を解決する権限がない。また、この条文も「当事者が断る場合を除く」と定めているので、強制されていない先行調停とは、立案前に裁判所が調停の選択を提案することと理解しても差し支えないであろう。ただし、このような提案が当事者に暗黙的な押し付けをして、当事者の裁判を受ける権利に侵害を与えるかどうかの点に関してはまだ論争の余地がある。以上より、先行調停を立案後の調停、つまり立案後で答弁書を提出する期間満了する前に立案廷が実行する調停と理解したほうが適切である。

立案調停制度は04年「調停規定」の第1条¹⁷¹によって確立され、07年「調停意見」によって強化されている¹⁷²。言うまでもなく、今度の先行調停制度の確立は法律の角度から、今まで司法の実務の中に存在していた立案調停制度を確認するものである。訴訟のどの段階でも調停を実行できる状況から生じた「調審合一」の形式は、学者らに批判されている。それに対し、立案段階の調停の確立によって、調停裁判官と訴訟裁判官が分けられ、「調審分離」が実現される。さらに、訴訟裁判官が調停の意見を裁判に持ち込み不公平な裁判を引き起こすことを、防ぐことができる¹⁷³。しかし、全人大法工委の先行調停に対する解釈から、訴訟前の調停は司法実務の中において、特に訴訟と非訴¹⁷⁴の繋がりに大きな現実

¹⁶⁸ 全国人民代表大会常務委員会法制工作委員会民法室編『「中華人民共和國民事訴訟法」解釈与適用』人民法院出版社 2012年版 103頁。

¹⁶⁹ 李浩「先行調停性質的理解与認識」人民法院報 2012年10月17日7版。

¹⁷⁰ 譚・前注142)・48頁。

¹⁷¹ 両方当事者の同意を受ける後、裁判所は答弁書を提出する期間満了する前に調停を行うことができる。

¹⁷² 10条は「裁判所は一層立案段階における調停制度を改善すべきである。立案後かつ当事者の同意を受ける後、裁判所は立案段階に調停を行うことができる」と定める。

¹⁷³ 張艷麗「法院調解前置模式選択：民事審前調解」法学雑誌 2011年10期106頁。

¹⁷⁴ 訴訟外の紛争解決方法を中国では「非訴」という。例えば、人民調停や業界調停、商事調停などであ

的な意味があるので、訴訟前の調停は先行調停の一部であることを読み取ることができる。しかし、調停手続が独立せず、特に強制的な調停手続が存在しない限り、このような曖昧なやり方で訴訟前の調停手続を先行調停の中に入れなければならない。そのため、訴訟前の調停の角度から、改めて第 122 条を「(裁判所が) 調停に適している (と認めるとき)、(ほかの調停組織に) 先に調停する (ことを提言する)」と解釈することしかできない。裁判所が紛争の種類によって、先行調停に適切かどうかを判断し、提案する権利を持っているため、許少波教授は、先行調停を「訴訟調停と非訴訟調停とクロスオーバーする意味の先行調停」として特徴づけている¹⁷⁵。

4) 訴訟外調停合意書の司法確認制度

(1) 司法確認制度

新民事訴訟法は、「第 15 章特別手続 (非訟事件手続)」の下で「第 6 節調停合意確認事件」という新しい節を設けた¹⁷⁶。司法確認制度とは、行政機関、人民調停組織、商事調停組織、業界調停組織またはそのほか調停機能を有する組織が当事者間の民事紛争を調停し、合意が達成した後、当事者の申立を通じて、裁判所が審査をし、調停合意書を真実かつ適法で有効であると認定して、法律文書を作成し、調停合意書に執行力を付与する制度である¹⁷⁷。今回の立法の基礎として、最高裁がすでに相応な司法解釈を公布し、人民調停法も呼応した。2009 年の最高裁が公布した「訴訟と非訴が連結する紛争解決メカニズムを確立し完備することに関する若干意見」(以下、09 年訴訟と非訴若干意見と略記する)によれば、訴訟外調停合意書は司法確認、公証または支払督促の申立の方式によって執行力を実現することができる。さらに、2011 年の人民調停法および 2011 年 3 月公布された「人民調停合意書の司法確認手続に関する若干規定」(以下、11 年司法確認若干規定と略記する)は、一層司法確認制度を完備した。しかし、学界ではこれまで司法確認制度の正当性に対して議論が絶えない。例えば、馮偉教授は「裁判所が、訴前調停合意書を直接に司法審査を行い、強制的な執行力を付与するのは、当事者の訴訟をする権利を奪うだけでなく、裁判所が裁判権を放棄することにもたらす。これは民事訴訟の基本原則に違反する。」と批判する¹⁷⁸。それゆえ、司法確認制度の性質を明確にするのは学界にとって 1 つの重要な課題になる。本論文は司法解釈と立法の変遷を結びつけて、司法確認制度の特徴や、さらに議論があるところを紹介してみたい。

(2) 司法確認手続の性質

09 年訴訟と非訴若干意見は、「裁判所が調停合意書の確認を申し立てる案件を審理するとき、民事訴訟法の簡易手続に照らして適用し、1 人の裁判官で審理し、かつ両当事者がともに出席しなければならない」と規定する (23 条)。簡易手続が第一審手続に属するた

る。

¹⁷⁵ 許少波「先行調停の三重含義」海峡法学 2013 年 1 期 12 頁以下参照。

¹⁷⁶ 「調停合意書の司法確認を申し立てる場合、当事者双方が人民調停法などの法律にしたがって、調停合意が効力を生じた日から 30 日以内に、共同で調停組織所在地の地方裁判所に申し立てるものとする。」(民訴 194 条)。「裁判所が申立を受理した後、審査を経て、法律の規定に合致するものについては、調停合意書が有効である旨の裁定を下す。一方当事者が履行を拒絶し、または一部しか履行していない場合、他方当事者は裁判所に執行を申し立てることができる。法律の規定に合致しないものについては、申立を却下する旨の裁定を下す。当事者は調停により元の調停合意書を変更し、または新たな調停合意書に達成することができ、裁判所に提訴することもできる。」(同法 195 条)。

¹⁷⁷ 劉敏「論訴訟外調停協議的司法確認」江海学刊 2011 年 4 期 143 頁。常怡主編『民事訴訟法』(中国政法大学出版社 2010 年) 338~9 頁。

¹⁷⁸ 馮偉「“訴調对接”的理論透視及制度建構——司法救済与社会救済的互補性研究」中南大学学报(社会科学版) 2008 年 1 期 77 頁。

め、裁判という形で司法確認を下すべきである。人民調停法と11年司法確認若干規定には、司法確認を行う手続に関して規定がないが、司法確認の形は決定と規定する。しかし、この規定に対して、学界には異議がある。決定とは、裁判所が訴訟中のある特別事項について下す処理と判定である¹⁷⁹。そして、このような特別事項はおよそ手続事項であり、臨時的あるいは例外的な特徴がある。例えば、訴訟費用の減免や強制措置の採用などである¹⁸⁰。しかし、両当事者の実体上の権利義務を確認することは決して手続事項の判断でもなく、臨時的な措置でもない。したがって、決定という形は適切ではない。今回の民事訴訟法の改正では、ようやく司法確認制度を簡易手続から特別手続に、決定から裁定に変えてきた。司法確認手続について、訴訟手続と非訟事件手続を区別して独立した新しい手続とする説¹⁸¹があるにもかかわらず、司法確認手続は非訟事件手続であるとする説が通説である。非訟事件とは、利害関係者あるいは申立人が、民事権益についての争いがない場合に、ある事実・権利が存在するあるいは存在しないことの確認を裁判所に請求し、それによって、一定の民事法律関係の発生、変更または消滅を引き起こす案件である¹⁸²。定義からみると、司法確認の両当事者に民事権益の争いがなく、ただ裁判所に彼らのすでに達成した民事法律関係を確認することを請求し、執行力を与える制度である。条文からみれば、両当事者はともに申請を提出しなければならず、裁判所が確認を下す前、一方あるいは双方当事者は随時に申立を撤回することができる。さらに、裁判所は、開廷して審理する必要はない。必要があるときは、両当事者に通知して裁判所で尋問することができる（11年司法確認若干規定6条）。したがって、司法確認手続は非訟事件手続に属すると解すべきである¹⁸³。新民事訴訟法が、司法確認手続を失踪宣告、無能力者認定などの非訟事件がある特別手続という章に置き、かつ裁定で司法確認を下すという規定は、学界で論じられてきたことの良い総括といえよう。

(3) 司法確認を提出する主体

人民調停法第33条も民事訴訟法第194条も、調停合意書の確認を申し立てる場合、両当事者がともに提出しなければならないと規定する。共同申請は、両当事者が共同の名義で申し立てることのみに限らず、一方当事者が申請して、他方が同意を表す場合も含む¹⁸⁴。それ以外に、多くの学者は、一方当事者が単独で申請することを許可するように提言している。司法確認手続は非訟事件手続に属し、非訟事件手続は一般的には一方当事者からの申立で開始し、対審原則も適用せず、厳密に言えば、対立する他方当事者もない。仮に、一方当事者が司法確認手続を通じて執行名義を得る場合に、他方に適当な手続保障を付与すれば、正当な手続といえる¹⁸⁵。新民事訴訟法以前の法律には、双方合意で非訟事件手続を開始する規定もない¹⁸⁶。共同申請という要求は、一方が同意しない場合には、間違いなく確認手続に入り難い結果をもたらす。もっとも重要なことは、このような制度は、一方当事者、とくに債務者に合意を覆す過大な可能性を招き、債務者に対して過度な寛容であり、さらに放任することにもなりかねない。つまり、債務者の同意がない場合は、司法確

¹⁷⁹ 江偉主編『民事訴訟法学』（復旦大学出版社 2010年）255頁。

¹⁸⁰ 潘劍鋒「論司法確認」中国法学 2011年3期 47頁。

¹⁸¹ 廖中洪「民事司法確認程序若干問題研究」西南政法大学学報 13巻1期（2011年）24頁。

¹⁸² 江偉主編・前注179）・434頁。

¹⁸³ 王亜新「民事訴訟法修改与調解協議的司法審査」清華法学清 5巻3期（2011年）19～20頁。

¹⁸⁴ 全国人大常委法制工作委员会民法室・中華人民共和国司法部法制司編『中華人民共和国人民調解法解説』中国法制出版社 2010年 133頁。

¹⁸⁵ 張自合「論人民調解協議司法確認程序的完善」山東警察学院学報 2013年1期 22頁。

¹⁸⁶ 唐力「非訟民事調解協議司法確認程序若干問題研究——兼論中華人民共和國民事訴訟法修正案（草案）第38、39条」西南政法大学学報 14巻3期（2012年）111頁。

認を受けられず、執行力がない結果、債権者には不利になり、一種の不公平であるともいえる¹⁸⁷。

確かに、債権者の利益保護および信義則の角度から、一方当事者の司法確認申立を許可することには、一定の合理性があるが、両当事者共同申請の規定は、調停の正当性の基礎として、両当事者の合意を強調するものといえる¹⁸⁸。調停合意書が司法確認を通じて、執行力を得た後、当事者のいずれでも調停合意書を履行しない場合に、強制執行が可能である。しかし、非訟事件手続に属する司法確認手続は完備した手続保障がないので、いずれの当事者も執行されることから不利益を受けることがある。したがって、両方ともこの不利益を受ける同意を表した後に、司法確認手続を開始すべきである¹⁸⁹。つまり、単独での司法確認の申立は認められるべきではない。

(4) 司法確認の受理範囲

新民事訴訟法は司法確認の受理範囲を具体的に規定していない。受理範囲は、主に 09 年訴訟と非訴若干意見と、11 年司法確認若干規定から明確になる。

09 年訴訟と非訴若干意見の第 24 条は、以下のような場合には、裁判所が調停合意書の効力を確認しないと規定する。

- ①法律、行政法規の強制的な規定に違反する場合
- ②国家利益、社会公共利益を侵害する場合
- ③第三者の適法權益を侵害する場合
- ④当事者の刑事責任を追求する可能性がある場合
- ⑤調停合意書の内容が明確でなく、確認できず、または執行できない場合
- ⑥調停組織、調停員が脅迫して調停し、またはほかの重大な職業倫理の規則に違反する行為がある場合
- ⑦そのほか確認すべきではない場合

この 24 条によって、裁判所は、自由意思原則や法律に違反する調停合意書、内容が明確でない調停合意書および執行できない調停合意書については確認しない¹⁹⁰。

11 年司法確認若干規定は、まず第 4 条に受理しない案件の範囲を規定する。

- ①裁判所の受理する民事案件の範囲に属しないまたは管轄権がない案件
- ②身分関係の確認に関する案件
- ③養子縁組の確認に関する案件
- ④婚姻関係の確認に関する案件

同時に、第 7 条は、以下のような場合には、調停合意書の効力を確認しないと規定する。

- ①法律、行政法規の強制的な規定に違反する場合
- ②国家利益、社会公共利益を侵害する場合
- ③第三者の適法權益を侵害する場合
- ④社会の公序良俗を損害する場合
- ⑤調停合意書の内容が明確でなく、確認できない場合
- ⑥そのほか確認できない場合

内容からみれば、2 つの規定には大きな差異がなく、11 年司法確認若干規定は、確認し

¹⁸⁷ 胡輝「人民調解協議的司法確認程序初探——以程序的啓動為中心」石河子大学学报(哲学社会科学版) 25 卷 5 期(2011 年) 58 頁。

¹⁸⁸ 洪冬英「論調解協議効力的司法審査」法学家 2012 年 2 期 115 頁。

¹⁸⁹ 占善剛「人民調解協議司法確認之定性分析」法律科学(西北政法大学学报) 2012 年 3 期 145 頁。

¹⁹⁰ 衛彦明・向国慧「関与建立健全訴訟与非訴訟相銜接的矛盾糾紛解決機制的若干意見的理解与適用」人民司法 2009 年 17 期 32 頁。

ない規定の前に、受理しない規定を設け、裁判所が民事紛争ではない調停合意書を受理しないことを明確にした。しかし、人民調停の対象は民間紛争であるので、多くの民事法律によって調整できない紛争について達成された調停合意書については、司法確認ができない。例えば、前述のような軽微な刑事紛争、好意同乗、青春費の紛争などである。軽微な刑事事件についての調停はまだ模索中の段階にとどまっており、そして、民間紛争の内包と外延はこれまで議論が残っている¹⁹¹ので、司法解釈は、保守的に、司法確認の受理範囲を裁判所が管轄権を有する民事案件に限定する。しかし、受理範囲は司法実務の展開および理論研究の円熟につれて、現在の範囲を超えることが予想できる。司法解釈の規定からみると、裁判所の受理する調停合意書は以下のような性質を備えるべきである。

(i) 適法性と自由意思

当事者の自由意思は人民調停合意書が有効になる基礎であり、私的自治に基づく合意は、司法確認に執行力を付与する正当性の源泉である¹⁹²。それゆえ、自由意思が必要なのは自明である。しかし、適法性の限度については、一定の議論がある。司法確認の対象が調停合意書であるので、調停された元の紛争に対して法律に照らして確認する必要があるか否かについては、法律規定もなく、学界にも通説がない。青春費を例として、合意が達成された一方から相手に100万円を補償するという契約は法律に違反しないが、この契約の原因となる事実は、民事法律が処理しない事実関係であるので、司法確認の対象にはならない。

(ii) 執行可能性

調停合意書の司法確認の目的は、調停合意書に執行力を付与することである。執行可能性は、確認の主要な条件であり、執行可能性がない調停合意書は確認すべきではない¹⁹³。これは11年司法確認若干規定が身分関係の確認に関する案件、養子縁組の確認に関する案件および婚姻関係の確認に関する案件を受理しないと規定する理由である¹⁹⁴。調停合意書に執行できる部分もあり、執行できない部分もある場合には、両当事者の同意を得て、執行できる部分を確認する。一部の確認について両当事者の同意が達成できない場合、調停合意書全体の確認をしない裁定を下す¹⁹⁵。それ以外、注意すべきところは、裁判所が受理した調停合意書の確認案件については、確認する裁定および確認しない裁定しか下すことができない。調停合意書を無効と判断する裁定は下すことができない。調停合意書の無効を求めるとき、当事者は無効確認の訴えを提起しなければならない。

(5) 司法確認の審査方式

前述の司法確認の受理範囲に基づいて、司法確認の審査方式は主に書面審査を原則とする。ただし、裁判官は書面審査を通じて判断できない場合には、両当事者に通知して同時に裁判所に立ち合わせて尋問することができる¹⁹⁶。仮に司法確認手続も開廷して審理すれば、申立人の訴訟コストおよび裁判所の司法コストは増えるに違いない。司法確認手続の効率価値の実現には不利である¹⁹⁷。そこで、資料を補充する必要があるとき、当事者のみ

¹⁹¹ 衛彦明・蔣惠嶺・向国慧「関与人民調解協議司法確認程序的若干規定的理解与適用」人民司法 2011年9期36頁。

¹⁹² 潘・前注180)・47頁。

¹⁹³ 張・前注185)・23頁。

¹⁹⁴ しかし、立法技術からいえば、身分関係に属する養子縁組や婚姻関係をわざと身分関係と同じように規定する理由は、最高裁からの説明はない。

¹⁹⁵ 衛・蔣・向・前注191)・37頁。

¹⁹⁶ 衛・蔣・向・前注191)・37頁。

¹⁹⁷ 劉・前注177)・146頁。

ならず、調停組織にも一定の期間に補充資料を提出させることができる¹⁹⁸。

審査標準については、実質審査または形式審査を採用すべきかに関して大きな議論がある。廖中洪教授は、「裁判所が調停合意書を確認するのは、一般の民事契約性質の調停合意書に強制執行力を付与するためである。この性質上の変化は、主観的に司法審査行為を慎重に行うべきだけではなく、客観的に実質審査を行わなければならない。なぜなら、民間合意が一般の拘束力から強制的な執行力に転化するとき、実質審査によってしか、問題が起こらないことを確保できないからである。それゆえ、実質審査を採用すべきである。」¹⁹⁹と分析している。一方、劉敏教授は、実質審査と形式審査を結び付ける形という見解である。彼は、「裁判所は手続上、以下の内容を審査すべきである。当事者が行為能力があるか否か…調停合意書が当事者の自由意思であるか否か。さらに、裁判所が実体上、以下の内容を審査すべきである。調停合意書が適法の形式で違法の目的があるか否か…調停合意書の内容が明確であるか否か、執行できるか否か。」²⁰⁰と述べる。

しかし、私見では形式審査で十分であると考え。裁判所は司法確認手続において調停合意書の内容を審査すべきであるが、それは主に自由意思と適法性に対する審査であり²⁰¹、調停合意書において解決された紛争について実質審査を行う必要はない。形式審査と実質審査の区別は、実体法上の法律関係に対して審査するか否かではない。両方とも実体法上の法律関係を審査するが、形式審査は形式上の法定基準にしたがって、さらに客観的に存在する形式証拠を利用して審査するものであり、実体上の法律関係に対して一層実質的な審理を行うものではない。形式審査は「形式上、正しいか否か」を強調し、実質審査は「実質上、充足するか否か」を強調する²⁰²。したがって、裁判所が司法確認を行うとき、ただ当事者から提供される調停合意書およびほかの形式的な証拠を用いて適法性と自由意思について、「形式上、正しいか否か」の形式判断を行うだけであり、実質上の審査をすべきでないと考え。

(6) 第三者に対する救済

11年司法確認若干規定の第10条は、「第三者が、裁判所から確認された調停合意書が自分の適法な権益を侵害すると認める場合は、その事実を知った日または知りうべき日から1年以内に、確認裁定(決定)²⁰³を下した裁判所に取消申立を提出する。」と規定する。しかし、第三者の取消申立を訴訟手続において判決で、あるいは非訟事件手続において新たな司法確認の裁定で審理するのかどうかについては、法律に規定がない。廖中洪教授は、「第三者が実体上の権利義務について異議があることに鑑みて、法理により、解決の方式については、新たな確認裁定ではなく、訴訟で解決すべきである。」²⁰⁴と主張している。しかし、唐力教授は、「非訟事件手続の法理に基づいて、裁判所の下した判決・裁定に誤りがある場合には、原審裁判所に申し立て、原審の手続で審理して原判決・裁定を取り消し、新たな判決・裁定を下す。再審制度を利用する必要はない。…司法確認裁定の誤りに対する第三者の救済については、非訟事件手続を適用し、すなわち、第三者が原審裁判所に申立を提出し、原審裁判所が司法確認手続を適用して原裁定を取り消し、新たな裁定

¹⁹⁸ 胡輝「人民調解協議之司法確認程序再探——以程序運行為中心」広西社会科学 2012年5期 80頁。

¹⁹⁹ 廖・前注181)・26頁。

²⁰⁰ 劉・前注177)・145～6頁。

²⁰¹ 衛・蔣・向・前注191)・37頁。

²⁰² 李木貴『民事訴訟法(上)』(元照出版社 2007年) 58頁。

²⁰³ 司法解釈の原文には決定と書かれるが、新民事訴訟法が司法確認の形を裁定と規定するにしたがって、これの決定は修正すべきであると考えられる。

²⁰⁴ 廖・前注181)・28頁。

を下すべきである。」²⁰⁵と述べている。

第三者に対する救済手続の選択についての議論は、司法確認裁定の既判力の有無に一定程度の関係があると思われる。司法確認裁定には既判力があるとする説もあり²⁰⁶、司法確認裁定は執行力のみを有し、既判力を有さないとする説もある²⁰⁷。仮に、司法確認が既判力を具えないとした場合、第三者に対する救済について取消申立の規定は存在する必要があるかどうか。第三者は直接、調停合意書の内容ではなく、元の紛争について提訴し、または執行段階において執行異議を提出することによって、救済には十分であると考えられる。仮に、司法確認が既判力を具えるとした場合、手続保障が不十分であることから、既判力の限度を制限すべきか否かも問題になる。この点についてはさらに議論すべきであろう。

(7) 司法確認と公証の役割分担

人民調停法第4条の規定により、人民調停は無料であり、11年司法確認若干規定の第11条²⁰⁸により、司法確認も無料である。しかし、同じく執行名義となる公証、例えば、債権文書の公証の費用は債務額の0.3%である²⁰⁹。経済的な利害計算によれば、合意が達成できる債権債務者は公証ではなく、司法確認を選んで合意に執行力を付与させるだろう。その結果、調停合意書を債権文書として公証する制度が休眠状態になる²¹⁰のみならず、多くの本来公証すべき金銭給付の文書も人民調停を通じて司法確認を申し立て、無料の執行力を得ることになる可能性が高い。したがって、司法確認手続については、「訴訟費用の納付方法」に照らして、訴訟手続の半分を支払うべきであるとする意見がある²¹¹。しかし、司法確認手続は、執行できない調停合意書を確認できないのに対して、公証はこのような単純な証明と確認の合意書に対応できるので、一部の案件については公証優先の原則を確立すべきであるとする意見もある²¹²。無料の司法確認手続が公証手続に与える影響の大きさに鑑みると、人民調停の受理範囲および司法確認の受理範囲を一層明確化し、さらに受理範囲を制限すべきである。そして、一部の執行できる案件が公証優先の原則に適用するか否かについても重要な課題となるだろう。

5) 委託調停制度

(1) 委託調停とは

委託調停とは、裁判所に提訴された民事案件に対して、裁判所が当事者の同意を得た後、人民調停組織、末端の民衆自治組織、労働組合、婦女連合会などの関連組織または、人民代表大会の代表、政治協商会議の委員、弁護士などの個人に調停させることを委託する制度である²¹³。民事訴訟法には委託調停制度についての規定はないが、協力調停制度は設け

²⁰⁵ 唐・前注186)・109頁。

²⁰⁶ 向国慧「調解協議司法確認程序的完善与発展——結合民事訴訟法修改的思考」法律適用2011年7期16頁。

²⁰⁷ 唐・前注186)・108頁。

²⁰⁸ 裁判所は人民調停合意書の司法確認案件を取扱うとき、いかなる費用も徴収してはならない(11年司法確認若干規定11条)。

²⁰⁹ 国家發展計画委員会・司法部「公証服務の費用標準に関する通知」(1998年)の第5条は、「債権文書に強制執行力を付与する場合には、債務総額の0.3%を費用とする」と規定する。

²¹⁰ 張・前注185)・21頁。

²¹¹ 楊雅妮「訴外調解協議的“司法確認”程序探析——以“和諧社会”構建為背景的分析」青海社会科学2010年6期219頁。

²¹² 張・前注185)・23頁。

²¹³ 肖建国「司法ADR建構中的委託調解制度研究——以中国法院的当代實踐為中心」法学評論2009年3期136頁。

られている。すなわち、民事訴訟法第 95 条は、「裁判所が調停を行う場合には、関係単位および個人の協力を要請することができる。要請された単位および個人は、裁判所の調停に協力しなければならない。」と規定する。

委託調停は協力調停を基礎として展開してきた²¹⁴。さらに、委託調停は新しい調停制度ではなく、協力調停の一種の体现であるとの説もある²¹⁵。裁判官が少なく案件が多い現実を解決し、同時に、当事者が紛争解決のコストを減らすニーズに対応するため²¹⁶、委託調停制度は初めて 04 年調停規定に現れた。「当事者の同意を得た場合、裁判所は一定範囲の単位あるいは個人に事件の調停を委託することができる。」(04 年調停規定第 3 条第 2 項)。そして、09 年訴訟と非訴若干意見においてさらに強調される²¹⁷。そして各地の司法実践に基づいて、委託調停は、先行調停のように完備してきており、新しい調停制度になったといえる²¹⁸。

(2) 委託調停の段階

09 年訴訟と非訴若干意見の規定によって、委託調停は、立案前、立案後で審理前、審理中に行うことができる。三者は委託主体について、差異がある。立案前と立案後で審理前の委託裁判官は立案廷の裁判官であり、審理中の委託裁判官は審判廷の裁判官である。立案前の紛争について、裁判所は受理しないので、実質上の紛争解決の権限がなく、ほかの場合に、すでに司法段階に入るので、裁判所は司法活動を推進する指導権を有する。したがって、立案前の委託調停は、立案前の先行調停²¹⁹と同様の難題がある。法理によって、裁判所の管轄権がない紛争に対して、委託調停を行うことの適法性を論証することができるか否か、委託調停という行為は当事者の手続選択権を侵害するか否か、という問題である。

肖建国教授は、「いわゆる立案前の調停は、裁判所が独立の調停人を招聘し、または選任する行為を指す。この行為は本来裁判所の実行する行為であり、まさしく当事者の裁判を受ける請求への回答と保護であり、当然相応の訴訟法上の効果が生じる。」²²⁰と主張している。原告が訴訟を選んだが、原告は異なる紛争解決方法の差異を知らない間に、訴訟を選択したのかもしれない。この選択は自身の利益に合うとは限らない。換言すれば、最

²¹⁴ 範愉「委託調解比較研究——兼論先行調解」清華法学 7 卷 3 期 (2013 年) 67 頁。

²¹⁵ 郭士輝・劉亞玲「探索完善涉訴糾紛法院內委託調解的新模式」人民法院報 2009 年 5 月 5 日 5 版。

²¹⁶ 李浩「委託調解若干問題研究——對四個基層人民法院委託調解的初步考察」法商研究 2008 年 1 期 134 頁。

²¹⁷ 09 年訴訟と非訴若干意見の第 14 条は、「受理すべき民事訴訟の範囲および受訴した裁判所の管轄権がある案件に属する場合に、裁判所は、訴状あるいは口頭提訴を受け取った後、立案する前、職権または当事者の申立によって、行政機関、人民調停組織、商事調停組織、業界調停組織またはそのほかの調停機能が有する組織に調停させることを委託することができる。当事者が調停することを同意しないまたは協議して決定され、指定された時間に調停合意が達成することができないとき、裁判所はすみやかに法律により立案する。」と規定する。第 15 条は、「両当事者の同意を得て、あるいは裁判所が必要があると認める場合に、裁判所は、立案後に民事案件を行政機関、人民調停組織、商事調停組織、業界調停組織またはそのほかの調停機能が有する組織に調停させることを委託することができる。当事者は協議して関係機関あるいは組織を選ぶことができ、裁判所が選ぶことを申し立てることもできる。調停が完了した後、関係機関あるいは調停組織は、調停の結果を裁判所に報告しなければならない。調停合意が達成するとき、当事者は訴訟を取り下げ、司法確認を申し立て、または裁判所に調停書を作らせることができる。調停合意が達成しないとき、裁判所はすみやかに審理しなければならない。」と規定する。

²¹⁸ 委託調停は、現行の司法体系において、新しい調停制度と称することができるが、実際には、古くから中国においては、「官批民調」という委託調停と類似する制度があった。すなわち、案件を受審した官庁は紛争を宗族長・保甲長・郷約に調停させることを委託した。一の 1 の 2) 社会主義法制以前の調停の類型と特徴参照。

²¹⁹ 立案前の先行調停は実に立案前の委託調停であるとはいえる。

²²⁰ 肖・前注 213)・138 頁。

適な選択とはいえない²²¹。別の角度からみれば、立案前の調停はまさに当事者の手続選択権を尊重し、当事者に改めて考えて選ぶチャンスを付与する²²²。それゆえ、通説は立案前の委託調停の合法性と合理性を認め、さらに立案前の委託調停を裁判所の司法行為の一部として認定する。

しかし、当事者の手続選択権を尊重するために、本来、裁判所の職務ではないのに、裁判所に対して、当事者に詳しく各種の紛争解決方法の優劣を説明する義務を課す必要があるのか疑問がある。仮に、裁判所にこのような義務があるとしても、この義務を裁判所の司法行為の一部とすることに法理上の根拠はないであろう。したがって、立案前の先行調停と同じく、適法性の根拠は裁判所の訴訟指揮権にあるというより、当事者が紛争解決方法を選ぶ権利に基づく裁判所の提案としたほうがよいと考える。もちろん、裁判所の立案前の委託調停において負うべき職責が訴訟法理に基づくものではないとしても、我々はこの職責を強調すべきである。すなわち、裁判所は、委託する調停組織、調停人に対して指導・監督の職責を負わなければならない²²³。

(3) 委託調停の範囲

法律には委託調停の規定がないので、司法解釈と各地の自ら公布した規則から委託調停の範囲をまとめることしかできない。

03年簡易手続規定において確立された調停すべき6種類の紛争については、委託調停の範囲に属すべきであるといわれている。すなわち、①婚姻、家庭紛争と相続紛争、②労務契約紛争、③交通事故や労働災害によって引き起こされ、権利義務関係が比較的明確な紛争、④敷地と隣接地に関する紛争、⑤組合（共同事業）のパートナー間の協議紛争、⑥訴訟物の価値が低い紛争である。また、上海市長寧区裁判所は、委託調停の適用範囲を以下のように規定する。①離婚案件、②相続案件、③扶養費、④少額債務紛争、⑤少額損害賠償紛争、⑥扶養関係を変える紛争、⑦養子縁組を解除する紛争、⑧電信契約紛争、⑨ほかの簡易案件²²⁴である。以上の2つの規定からみると、委託調停の範囲については、主に家庭関係、隣人関係および事実関係が明確で、訴訟物の額が安い債務紛争から構成することができる。第1の理由は、専門的な調停人が不足であるため、争議が大きく、複雑・困難な案件を調停するのは適切ではないからである。第2の理由は、当事者や民衆に対して、裁判所は責任の重い仕事を避けて簡単な仕事をするだけであるという、当事者の困難な案件の審理請求を避けるマイナス面の印象を与えないようにするためである。

(4) 委託調停の問題点

(i) 立案前調停が不調になることと訴訟のつながり

立案後の委託調停の案件は、不調になれば、元の訴訟手続に戻ることができる。しかし、立案前の委託調停は、不調になれば、改めて提訴しなければならない。その結果、不調によって時効が満了する可能性がある。さらに、立案前の委託調停が違法であると批判される恐れがある²²⁵。したがって、立案前調停ができない場合には、裁判所の委託行為を裁判所が当事者の提訴を受理する行為とみなし、民訴法上の受理の効果があり、委託書を発行する時点を受理する時点とみなし、新しく提訴する手続はいらないという説が出てきた²²⁶。

²²¹ 李・前注 216)・137 頁。

²²² 曠凌雲「関与委託調解的適用範囲之探討」河北法学 29 卷 10 期（2011 年）165 頁。

²²³ 肖・前注 213)・139 頁。

²²⁴ 趙・呉・前注 163)・54 頁。

²²⁵ 肖・前注 213)・139 頁。

²²⁶ 肖・前注 213)・140 頁。

便利さの視点からいえば、このような説は間違いなく一定の意義がある。

しかし、委託調停に同意したことは、訴訟ではなく調停による解決を当事者が望んだことを意味する。したがって、不調の場合、提訴するかどうかは当事者が選択することが原則である。受理するか否かは、当事者の提訴に基づいて判断すべきであり、受理の推定は法律上の根拠がなく、問題である。逆にいえば、仮に立案前の不調について、委託する時点を受理する時点と推定すれば、立案前の委託調停が存在する意味を失う。この形式上の立案前調停は、実質には立案後の調停に等しい。わざわざ受理推定という新しい制度を設けるより、立案前の委託調停制度を廃止すれば、より直截に当事者の訴訟をする権利を保護できるという結論を導くことができる。時効満了などのような当事者の訴訟をする権利を侵害する可能性が高い案件について、裁判所は、ほかの案件のように、立案前委託調停をするのは適切ではないと考えられる。当事者が訴えを提起した際に、裁判所は、委託調停に適するかどうかについて、案件自体の性質だけではなく、時効のような手続上の考慮を含めて総合的に判断すべきである。仮に委託調停を利用してよりうまく紛争を解決できると認めるとしても、受理した後に調停を委託すべきであると考えられる。これも当事者の裁判を受ける権利の要求であり、さらに、裁判官の釈明義務と関連があると思われる。

(ii) 繰り返す委託調停の制限

1つの紛争について、繰り返して委託調停を適用することができるか。例えば、立案前の委託調停が不調になった場合に、受理した後さらに委託調停を行うことができるか。委託調停に回数上の制限があるか。肖建国教授は、「立案前、審理前、審理中における委託調停について、3つのモデルの適用は、互いに排斥して回数を制限する問題はない。同じ紛争に対して立案前の委託調停を行った後、受理した後さらにほかの委託調停を行うことができないと認めるのは相当ではない。」²²⁷と述べている。しかし、訴訟と比べて、調停の1つの大きな利点は便利さと廉価である。繰り返して調停するのは、紛争解決についての効率性を実現できないだけでなく、逆に遅延によるコストを増やす²²⁸。民事訴訟法第9条は「調停が成立できなかった場合には、すみやかに判決しなければならない」とする。したがって、委託調停に対して、段階によって分けて対応すべきではなく、総合的に処理しなければならないと考える。委託調停が成立できなかった場合には、繰り返して委託するのはではなく、すみやかに法廷に戻って審理しなければならない。

6) 民事調停制度の運用のメカニズム

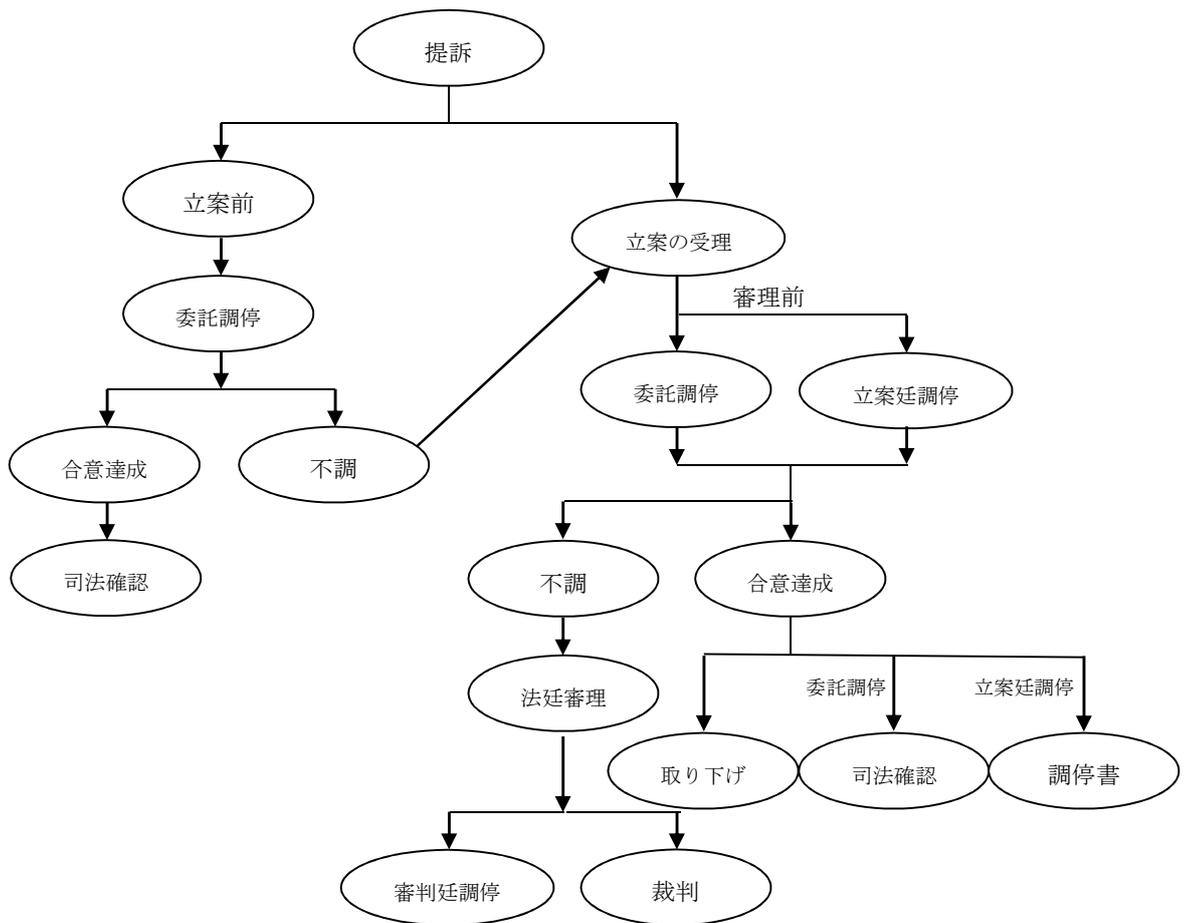
中国における民事調停制度は、委託調停と先行調停の形で立案を受理する前に調停することができるだけでなく、訴訟が係属した後でも、判決を下す前のいずれの段階でも調停することができる。そして、調停合意に達成した後、当事者は、自分が利用した調停の種類に応じて、訴訟を取り下げ、調停合意書の司法確認を申し立て、または調停書²²⁹を作成する形で紛争を解決することができる。

すべてのプロセスは以下の図のようになる。

²²⁷ 肖・前注 213)・143 頁。

²²⁸ 李・前注 216)・138 頁。

²²⁹ 調停書とは、裁判所が当事者の和解合意、調停合意書に基づいて作成する文書である。執行力を有し、既判力はない。日本では調停調書という。



おわり

紛争解決において中国人の調停に対するこだわりは、ただ司法制度の不整備、司法効率の低下および司法に対する疑いなどの現実的な原因だけではなく、伝統的な文化の継承や民衆の司法観念などの要因もある。

中国は、法治国家を建設する途上において、ほかの法治国家が遭遇した社会問題以外に、多くの中国社会に特有の社会的な、ひいては政治的な難題に対応する必要に迫られている。司法改革は理論上の体系構築だけではなく、現実的な問題を解決するという重要な責任を担うべきである。

したがって、調停という伝統的な紛争解決方法の継受と改善の必要性は極めて高い。人民調停法の公布によって、裁判外紛争解決手続の役割はさらに強化されている。同時に、民事訴訟法の改正によって、特に、先行調停、委託調停および調停合意書の司法確認制度の確立を通じて、訴訟と非訴の連携および司法調停は一層改善されてきた。

調停はただ訴訟制度の代替ではなく、自身の利便性や迅速などの特徴を備えるので、存在するのは当然である。しかし、如何に調停と訴訟を一層有効に連携させ、双方の適用範囲および限界を明確にすることは、検討すべき課題である。

日本における訴訟と調停の運用は、中国における制度の構築に対して、有益な参考と手本になるものとする。特に、制度の比較を通じて、両国における訴訟と調停の関係に関する内在的な理念上の差異を見つけることができるのではないだろうか。

第2編 日本における訴訟と調停の連携

一 日本における調停制度の沿革

狭義にいえば、民事調停とは、民事紛争の当事者が、国家機関の助けをかりながら、「当事者の互譲により、条理にかない実情に即した解決を図ることを目的とする」（民事調停法1条）紛争解決制度である²³⁰。周知のとおり、日本の法制度は、西洋諸国との一連の不平等条約を廃止するために整備された²³¹が、内容的には、日本の伝統や慣習と大きく違うところが多かった。民事訴訟法や、その一部として導入された仲裁手続もその一例である。しかし、従来の調停の意味を含む勸解制度に代わって西洋から導入した「仲裁手続」は、あまり利用されていなかった²³²。当事者が話し合っただけで紛争を解決する意味の調停制度のほうがより発展して活用されてきた。このような伝統に親和的な制度は徐々に整備されてきて、最終的に第二次世界大戦後の民事調停法および家事調停法によって確立した。初めて制度化された江戸時代から現在に至るまでの間には、調停に類する制度の名称は様々であるが、核心は同じである。すなわち、厳格的な訴訟ではなく、訴訟外の柔軟な手続によって紛争を解決するということである。各制度および法律は、各時期の社会背景に応じて制定され、当時の国民や政府の、紛争の解決方法に対する法意識・観念を反映しているといえる。それゆえ、調停制度の変容の歴史を通じて、日本人の法意識をより深く理解できるのみならず、調停制度の行く方向や改正にも有益な参考となろう。

通説によれば、法制度化を基準点として、調停制度の沿革は、①法律による制度化以前と、②各種の法制度化の時期と、③統一民事調停法（家事調停法）の成立と改正の3つの段階に分けられる²³³。もちろん、法制化以前の江戸時代の相对済令、内済または明治時代の勸解も当事者の和解を重視するが、当事者の主体的な合意が最も重要な要素ではない。政府あるいは裁判所は、これらの制度を奨励し、ときに非正当な手続を用いて紛争を解決させようとした²³⁴。そのうえ、和解を強調する点について、内済や勸解は、調停の先駆的制度とみなさない説²³⁵があるので、本論文は、法制化された各種の調停法を中心に分析する。

1 調停立法の沿革

1) 借地借家調停法

日本で、はじめて制定された調停に関する法律は、1922年に施行された借地借家調停法である。1898年民法は、建物とその敷地とを別個の権利とし、土地の有償使用関係を地上権および賃貸借の二種類に分別する。この規定によって、民法施行前の借地関係がそのいずれに属するかについて、争いが続出し、判決の結論も統一されていなかった²³⁶。そして、民法施行後の借地関係について、土地所有者は、自己の土地に対して長期に強い拘束を加える地上権の避けるため、もっぱら賃貸借によることになった。しかし、民法の賃

²³⁰ 石川明・梶村太市『注解民事調停法〔民事調停規則〕【改訂】』（青林書院 1993年）3頁。

²³¹ 松本博之「日本における民事訴訟法の継受と伝播——日本の経験から——」松本博之・出口雅久編『民事訴訟法の継受と伝播』（信山社 2008年）5頁以下参照。

²³² 山崎佐『日本調停制度の歴史』（日本調停協会連合会 1957年）108～10頁。

²³³ 小山昇『民事調停法〔新版〕』（有斐閣 1977年）4頁。

²³⁴ 石川・梶村・前注230）・7頁。

²³⁵ 佐々木吉男『増補民事調停の研究』（法律文化社 1974年）8頁。

²³⁶ 最高裁判所事務総局『わが国における調停制度の沿革』（1951年）16頁。

貸借の規定は十分ではなく、このことから多くの紛争が生じた²³⁷。

そこで、1900年には「地上権ニ関スル法律」、1909年には「建物保護ニ関スル法律」、1921年には借地法が各時期の問題に応じて制定された²³⁸。その時期には、日本の産業は勃興し、とくに第一次世界大戦を契機にして、飛躍的に発展した²³⁹。その結果、人口が都市に集まって、深刻な住宅難という問題に陥った。そして、その当然の結果として、家賃は甚だしく暴騰した。経済能力が強者である家主と対抗するため、借家人同盟が結成され、借家をめぐる紛争は頻発して深刻な状態になった²⁴⁰。こうした重大な社会問題をより公平に解決するため、借家法は借地法と同じく1921年に制定された。

借地法と借家法が審議されたとき、衆議院は、「借地借家等ニ関シ争議調停機関ヲ設置セラレタシ」という希望条件を付し、貴族院は、「借地借家ニ関スル紛争ヲ簡易ニ解決スルタメニ裁判所ノ外ニ別箇ノ機関ヲ設置クルコト」という附帯決議を加えて両法案を成立させた。そこで、政府は、ドイツの調停制度や自国の各種の条例などを参酌した上、借地借家調停法法案を提出した。政府委員の提案趣旨は次のように述べられている。

「一々争ノ形ニ於テ之（借地借家をめぐる紛争）ヲ決定スルト云フコトハ却テ民争ヲ繁クスルノミナラズ、殊ニ日本ノ事情ト致シマシテ、此訴訟ノ起ル其結果勝ツテモ負ケテモ遂ニ不和ノ状態ニナツテ、平和ノ間ニ借地借家ノ関係ヲ継続スルト云フコトハ困難ニナルト云フノガ人情デアリマスカラ、出来ル丈ケ調停ヲ以テ斯ウ云フモノハ処理シタイト云フコトヲ考ヘテ居ツタノデアリマス。」²⁴¹

「借地借家ト云フ問題ヲ単ニ権利ノ問題トシテ定メル、家主ガ飽マデ自己ノ権利ヲ主張スルト云フヤウナ風デゴザイマシテハ、現在ノヤウナ社会ノ需要供給ノ円滑ヲ動モスレバ欠カウトスル時代ニ於テハ唯ダ権利ダケヲ主張スルト云フコトニナリマシテハ、結局権利ノ本当ノ安定ト云フモノハ得難イト云フコトニナリマスノデ、乃チ調停法ト云フモノヲ設ケマシテ、是ハ唯ダ法律一点張デ、当事者ノ権利関係ヲ判断スルノデハナイ、即チ御互ニ借地人トナリ地主トナリ、若クハ借家人トナリ家主トナルト云フ関係モ、唯ダ通り一遍路傍ノ人ト違フノデゴザイマスカラ、ソコニ自ラ情誼モアリ、自ラソコニ道徳ガアルノデアリマスカラ、ソレニ依ツテ決定シヤウト云フ意味デ調停スルト云フ訳デアリマス。」²⁴²

この提案趣旨からみると、借地借家に関する紛争はただ権利の問題ではなく、特に日本の事情や情誼と道徳を強調する法意識と調和することが重要と考えられたとうかがえる。借地借家調停法が施行された前年の1921年に、借地法および借家法はすでに制定されていた。借地権・借家権を定義し、借地権の存続期間の伸長および借家関係の賃貸人の解約申入期間の延長を図ったなどの規定をそのまま法的な権利義務としてこの2つの法律を適用して、借地借家紛争を裁判によって解決することは可能であるかもしれない²⁴³。しかし、借地人・借家人の利益保護のため作られた法律をそのまま訴訟手続で適用すると、借地人・借家人と土地所有者・家主の法律地位は完全に逆転し、土地所有者・家主からの激しい抵抗が生じることは想像に難くない。そうなれば、一つの問題を解決するためもう一

²³⁷ 小山・前注233)・16頁。

²³⁸ 「地上権ニ関スル法律」は、従来から存する借地関係を地上権と推定したが、同法施行後の借地権の認定は確定しなかったのも、また問題が残った。そのほか、「売買は賃貸借を破る」原則があったので、いわゆる地震売買の不正を救済し、借地人の地位を守るため、「建物保護ニ関スル法律」は制定された。しかし、問題はまた存在した。民法は、賃貸借の期間の上限を制限していたが、下限は規定されていなかった。そこで、土地所有者は、不合理な地代値上げのため、短い借地期間を設定したことはよく見えた。このようなことを避けるため、「借地法」は制定された。

²³⁹ 小山・前注233)・17頁。

²⁴⁰ 最高裁判所事務総局・前注236)・17頁。

²⁴¹ 最高裁判所事務総局・前注236)・21頁。

²⁴² 佐々木・前注235)・30頁。

²⁴³ 佐々木・前注235)・30頁。

つの新しい問題を作るだけである。これは法律の本来の目的ではない。

そのほか、借地借家関係は、単なる賃貸の契約関係だけではなく、複雑な関係が絡み合う。何十年で一世帯ではなく、ある場合には、二世帯、三世帯で、土地所有者・家主と隣人として暮らしている。簡単に契約関係に分類し、人と人との間の感情や繋がりを無視して、裁判で権利義務関係を明確にしても、紛争を完全に解決することはできない。やはり、日本人の善良・純粋の法意識を考慮して、さらに、こういう淳風美俗を回復させ、推奨させるため、訴訟外の調停手続によって借地借家紛争を解決するほうが妥当だろう。

立法者もこの面を考えて、「借地借家等ニ関シ争議調停機関ヲ設置セラレタシ」、「借地借家ニ関スル紛争ヲ簡易ニ解決スルタメニ裁判所ノ外ニ別箇ノ機関ヲ設置クルコト」という附帯決議を加えて、借地法・借家法と調停法をセットとして制定した。

それゆえ、訴訟制度ではなく、わざわざ訴訟外の調停手続を設置したのは、借地法・借家法の、当事者の権利義務を明白にさせるという内在する要請からという解釈のみでは不十分だろう。むしろ、緊迫した社会的経済的背景の下にすぐれて政策的な意図から設置されたといえるが、そこに日本人の法意識も深く関係していると思う。

2) 小作調停法

小作人が地主の土地で農業に従事して小作料を払うという小作関係は、1898年民法によると、賃貸借関係あるいは永小作関係のいずれかである²⁴⁴。期間を定めない小作関係の解約などについての紛争は少なくなかったのみならず、減収による小作料の減額免除の要求をめぐる紛争が非常に多かった。特に、第一次世界大戦の終結後、農産物の価格が暴落して農家経済を破壊する一方²⁴⁵、土地耕作から離脱して土地を小作料収入源と見なす不耕作地主が増加した²⁴⁶ので、地主と小作人との関係は商業のような対等の契約関係だけであり、従来の封建的な主従の温情関係は崩れた²⁴⁷。地主側の「賃料」をもらう「契約上の権利」と小作人側の「賃料」概念を否定する小作料と土地利用を統一する「小作権」²⁴⁸の対立は激化した。さらに、紛争の様態は個別的なものから大規模かつ組織的なものになって、暴力的要素さえも時々見えた²⁴⁹。小作紛争の枠を超えて社会不安にまでなってしまった。このような情勢に対処するため、小作制度調査会の調査および意見に基づいて小作調停法案は政府から提出され、1924年に施行された²⁵⁰。

政府の提案理由は次のように述べられている。

「小作争議ノ趨勢ヲ見ルニ、其数ニ於テ甚シク増加致スノミナラズ、其質ニ於テ益々深刻ヲ加ヘテ、今ヤ放任シ置ク訳ニ行カナイヤウナ情勢デアリマス。…本案ノ目的ハ公平ナル立場ニ在ル調停機関ヲシテ、当事者ノ協調和解ヲ促進シ、円満且ツ迅速ニ紛議ノ解決ヲ為サシムルト云フニ在ルノデアリマス。…調停上協力ヲ為サシメ、農村及小作争議ニ特有ナル事情ニ適応スル所ノ規定ヲ設ケタノデアリマス。本案ノ実施ヲ見ルニ至リマシタナラバ、争議紛糾ノ收拾スベカラザルニ至ル前ニ於テ、適當ナル解決ヲ得、事ヲ治ムル上ニ於テ有力ナル法則タルコトト信ズルノデアリマス。」²⁵¹

提案理由によると、紛争を円満かつ迅速に解決させようという調停の特徴以外に、小作

²⁴⁴ 石川・梶村・前注 230)・22 頁。

²⁴⁵ 最高裁判所事務総局・前注 236)・28 頁。

²⁴⁶ 川口由彦編著『調停の近代』(勁草書房 2011 年) 277 頁。

²⁴⁷ 小山・前注 233)・22 頁。

²⁴⁸ 川口・前注 246)・278 頁。

²⁴⁹ 最高裁判所事務総局・前注 236)・28 頁。

²⁵⁰ 石川・梶村・前注 230)・25 頁。

²⁵¹ 最高裁判所事務総局・前注 236)・30 頁。

紛争の頻発、社会情勢の険悪化に対処するという政治的な意図も感じることができる。法律に、法外の意図、とくに行政的な目的を付加することにより法律の本来の目的が変質する危険性、いわゆる不合理性に注意しなければならないという説²⁵²にもある程度の意義があるが、当時の小作紛争の件数および解決結果²⁵³、そして、地主と小作人の対立および認識の差からみれば、訴訟手続のほうが小作調停より有効に紛争を解決できるとは簡単にはいえないだろう。

現在でも裁判手続の煩雑さに対する、国民からの苦情はあるが、当時の人にとって、特に、教育程度、法律を掌握する程度高くない小作人にとって、裁判はどのような存在であろうか。裁判をしたくても、限られた期間のうちに証拠を提出し、多くの書面資料を書かなければならないなどの障壁があるので、なかなか利用しにくい。手続上の問題だけではなく、小作人と地主との間の法律に対する知識および経済力の格差もあるので、両当事者は実際に平等に訴訟に参加するとはいえない。一方、調停は、裁判より細かい規定が少なく、調停の時間、意見を表す形式もより平易かつ自由で、手続上の厳格さや書面主義にとらわれずに利用しやすい。

それに、訴訟件数の増加によって手続遅延に陥った裁判官・司法省からのより簡易かつ迅速の調停手続を設けるよう要望が強かったことからすれば、小作調停法の制定は、借地借家調停法と同じく、当然の選択ではないだろうか。

3) 商事調停法

第一次世界大戦の交戦国ではなく、第三者の立場にあった日本は、欧米諸交戦国の大量の需要のため、経済は未曾有の好況を示し、急速な発展を遂げた²⁵⁴。したがって、商事に関する紛争は増えた。のみならず、商事取引の機構および慣習が一層複雑化してきて、そうした商事紛争の技術的性格の故に従来の裁判所による訴訟制度のみをもってしては必ずしも適切に解決できるとはいえなくなった。それゆえ、通常の訴訟手続に代わるより迅速かつ合理的な、新しい制度が必要とされた²⁵⁵。ドイツやフランスにおける商事裁判の制度を参考にし、借地借家調停法および小作調停法の実績を一つの有効的なモデルを示された上、1926年に、商事調停法は施行された²⁵⁶。

「商事ノ取引ニ関シマスル紛争ノ解決ハ、…実ニ迅速ニ簡易ニ且ツ低廉ナルコトヲ要スルコトハ、…誠ニ当然ナ事デアルト信ズルノデアリマス、又商事ノ取引ナルモノハ概シテ申シマスレバ、両当事者ノ間ニ継続的ノ性質ヲ有スルモノデアリマスガ故ニ、其紛争ノ解決ハ当面ノ事案ヲ処理スルノミヲ以テ足レリトセズ、将来ノ取引ノ円満ナル持続ヲ目的トシナケレバナラヌモノデアルト信ズルノデアリマス、将又商事ノ取引ノ紛争ノ解決ニ付キマシテハ、特殊ノ習慣、従来ノ事情ト云フガ如キモノヲ斟酌スルノ必要ガアルノデアリマス、必シモ常ニ法規ノ正条ニノミ準拠スルコトヲ便宜トシナイ場合ガ多イノデアリマス、是等ノ各種ノ点ヲ総合致シマシテ、調停ノ制並ニ仲裁判断ノ手続ハ、商事取引ニ関スル紛争ノ解決手段ト致シマシテ、誠ニ欠クベカラザルモノデアルト認ムルノデアリマス、…裁判、調停、仲裁ト云フガ如キ、是等ノ諸制度ガ相俟テ、将来益々複雑ナラント

²⁵² 佐々木・前注 235)・34～6頁。

²⁵³ 全国の小作紛争の件数は、1917年には85件であったが、1918年には3倍の256件となり、1921年に1689件となり、1931年には3000件を超えた。その後も大幅に増加した。そのほか、解決方法、結果の変化などについては、川口・前注 246)・283頁以下参照。

²⁵⁴ 石川・梶村・前注 230)・27頁。

²⁵⁵ 石原辰次郎『民事調停法実務総攬(第2版)』(酒井書店 1976年)6頁。

²⁵⁶ 最高裁判所事務総局・前注 236)・34頁。

スル所ノ商事取引ノ円満ナル発達ヲ助クル所ガナクテハナラヌト思フノデアリマス。」²⁵⁷

以上の提案趣旨から、商事紛争を迅速、簡易かつ低廉に、そして、商事の慣習を斟酌して、円満に解決することが商事調停法の立法の出発点であったと考えられる。商事調停法の骨子が借地借家調停法を準用するものであった²⁵⁸にもかかわらず、立法背景はこの前の2つの調停法とは異なり、商事の慣習という準拠が明確に示されている。これは、筆者が調停法のあるべき本質の一部と考える、いわゆる専門性により着目した制度と評価できる。

迅速、簡易、そして低廉という調停の特徴はしばしば強調されるが、調停の専門性という点もおろそかにしてはならない。裁判官は法律の専門家であるが、商事は、法律とは異なる独自の慣習ややり方がある。紛争が起こった時、裁判官がこの方面の知識を欠いたまま、完全に法律の規定を適用して紛争を解決すると、当事者間の持続的な商事関係の維持、商業秘密の保護などを害する恐れがある。そのほか、裁判の結果と商慣習の差異からの商行為の安定性への影響も注意すべきである。

したがって、商慣習を適用するため、それに関する知識を有する専門家に任せ、商業秘密を保護するため、調停で紛争を解決させるのは当事者にとっても、裁判官にとっても合理的な選択であると思われる。

4) 金銭債務臨時調停法

昭和の初頭の全世界の金融恐慌は日本にも波及した。特に、綿糸業者には激しい打撃を与えた。農林省の調査によると、1932年に、農家の負債総額は45億5000万円程度で、小作から地主まで一戸当たり平均328円ないし3367円に及んでいた²⁵⁹。漁村や中小商工業者も同様であった。経済不況によって、農・林・漁業者および中小商工業者のいずれも多額の債務の重圧に喘いでいた²⁶⁰。「国民大衆ノ生活ヲ安定セシムル」²⁶¹ことは急務であった。

したがって、「経済界ノ不況ニ鑑ミマシテ、之ヲ打開スルー方法ト致シマシテ、負債ノ整理ニヨリ中小農商工業者其他一般誠実ナル負債者ニ自力更生ノ機会ヲ与ヘマスル為ニ、債権者債務者互譲ノ途ヲ開クノ必要アリト認メマシテ」²⁶²、「今日一般農漁村、山村並中小商工業者ガ、債務ノ重圧ニ悩ミツツアリマシテ、若シ此儘ニ放任致シマスル時ハ、是等ノ人々ヲ経済的危地ニ陥レル危険ガアルノデアリマス、仍テ此際適当ニ是等ノ債務ヲ整理致シマシテ、債務者ニ更生ノ機会ヲ与ヘ、債務弁済ノ余力ヲ培養セシメマスコトハ、単リ其債務者ノ利益デアアルノミナラズ、又同時ニ債権者ノ利益デアリマシテ、延テハ一般経済界ノ取引ヲ円滑ナラシムル所以デアリマス。」²⁶³という提案理由が提出されて、金銭債務臨時調停法は、1932年に施行された。

しかし、この法律に対して、債務者の義務観念を薄くする借金棒引法との非難も出てきた。司法省は、「負債整理によって誠実なる債務者を更生させるために調停を試みるのが目的である。…（調停によって）債務者が更生する場合には、…債権者にとっても同時に利益になるわけである。」²⁶⁴と否定した。この調停法は、名の示すとおり、当時における当面の時局救済を目的とするものであったので、施行後三年間に限り効力を有する「臨

²⁵⁷ 石川・梶村・前注230)・27頁。

²⁵⁸ 小山・前注233)・28頁。

²⁵⁹ 安藤良雄編『近代日本経済史要覧(第2版)』(東京大学出版会 1979年)122頁。

²⁶⁰ 佐々木・前注235)・40頁。

²⁶¹ 時の首相の施政方針の一言である。

²⁶² 最高裁判所事務総局・前注236)・39頁。

²⁶³ 石川・梶村・前注230)・31頁。

²⁶⁴ 最高裁判所事務総局・前注236)・40頁。

時的」な法律であった。そして、新たに調停に代わる裁判の制度を設けた²⁶⁵。三年間の調停実績からみると、この調停法はよく利用され、中産階級以下の救済更生に相当な成果を達成し、さらに適用する余地があると考えられた。それゆえ、結局この法律の実施期間は延長され、恒常化された²⁶⁶。

前述のように、金銭債務臨時調停法は、当時の未曾有の経済恐慌を打開し急迫した政治的局面を切り抜けて行くために、緊急に公布した「臨時的」な法律であったので、「行政的制度というべきであろう」とも批判された²⁶⁷。しかし、事情変更の原則がまだ裁判所によって採用されていなかった²⁶⁸のみならず、破産法や更生法が存在しなかった当時において、直面した社会問題を解決するため、特別法を作る以外の選択の余地はなかっただろう。逆に、特別法としての金銭債務調停法の利用状況は、将来の民法の修正やほかの法律の制定に有益かつ必要な参考となったと思われる。ゆえに、議論すべきなのは債務整理の限度であり、債務者と債権者の利益調整のためには調停による解決をはかるよりほか有効な手段はなかった当時の状況においては、金銭債務臨時調停法を制定すべきだったかどうかを論じる意味はあまりないと思われる。

5) 人事調停法

1898年民法の親族編・相続編は、日本の家族制度を無視し国情に沿わないと非難された²⁶⁹。その結果として、家庭内部の紛争の解決に関する調停制度は早く1919年以来臨時法制審議会における民法改正の審議において家事審判制度の重要な内容として議論されていたが、なかなか法定されなかった²⁷⁰。

しかし、1937年に日華事変が勃発し、銃後の備えを強化して戦線の将士に後顧の憂なからしめ、家庭紛争をすみやかに解決する必要があった。一方、現実にも、戦没将兵の遺家族間における恩給や扶助料をめぐる紛争が生じて、それらを迅速かつ円満に解決することも必要とされた²⁷¹。この非常時期において、1939年、人事調停法案が、民法の改正、家事審判法の制定と切り離されて、提出された。

提案理由は以下ようになった。

「親族間ノ紛争其ノ他家庭ニ関スル事件ニ付キマシテハ、之ヲ道義ニ本ヅキ温情ヲ以テ解決スルコトガ、我国古来ノ淳風美俗ト特有ノ家族制度トニ照シテ最モ望マシ。…随テ裁判所ノ調停ニ依リ当事者ノ和衷妥協ヲ図リ、家庭ニ関スル事件ヲ円満ニ処理解決スル途ヲ開クコトハ、多年各方面カラ要望サレテ居タ所デアリマシテ、…家事審判制度ヲ制定スル際ニハ之ニ調停制度ヲ採入レル積リデアツタノデアリマス。然ルニ今日ノ非常時局ニ際会致シマシテ、家庭ニ関スル紛争ノ円満ナル解決ヲ、調停ノ方法ニ依ツテ解決スル途ヲ開キ

²⁶⁵ 金銭債務臨時調停法7条1項は、「調停委員会ニ於テ調停成ラザル場合ニ裁判所相当ト認ムルトキハ職権ヲ以テ調停委員ノ意見ヲ聴キ当事者双方ノ利益ヲ平衡ニ考慮シ其ノ資力、業務ノ性質、既ニ債務者ノ支払ヒタル利息手数料内入金等ノ額其ノ他一切ノ事情ヲ斟酌シテ調停ニ代ヘ利息、期限其ノ他債務関係ノ変更ヲ命ズル裁判ヲ為スコトヲ得此ノ裁判ニ於テハ債務ノ履行其ノ他財産上ノ給付ヲ命ズルコトヲ得」という規定である。政府委員は、金銭債務臨時調停制度の「負債整理ヲ目的トシテ居リマス結果、普通ノ訴訟手續デ非常ニ長ク掛ツテ居ルノデハ、何モ目的ヲ達シマセヌ。結局ハ非訟事件手續法ニ依リマシテ、…早く進行シナケレバナラヌ」という目的を述べた。調停に代わる裁判制度は、この負債整理調停において、誠実な債務者の更生が達成できない場合に最後の保障的な手段となった。

²⁶⁶ 小山・前注233)・30頁。

²⁶⁷ 佐々木・前注235)・40頁。

²⁶⁸ 事情変更の原則の理論検討は第一次世界大戦後に始めた(勝本正晃教授は第一代表者とする)が、裁判所に採用されたのは1944年の大審院の判決(大判昭19・12・6)からである(篠塚昭次編『判例コンメンタール4民法II』(三省堂1977年)646~8頁参照)。

²⁶⁹ 石川・梶村・前注230)・33頁。

²⁷⁰ 石原・前注255)・7頁。

²⁷¹ 最高裁判所事務総局・前注236)・46頁。

マスコトハ、正ニ焦眉ノ急務トナツテ参ツタノデアリマシテ、民法改正案等ハ未ダ提案ノ運ビニ至ラヌ事情ニ在リマスケレドモ、人事調停ノ制度ハ急速ニ之ヲ確立スベキモのト認メマ」(ス) 272。

しかし、この法律は、「軍人遺家族間ノ頻発スル事件ニ付テ、最緊急ノ必要アルモノデハアリマスルガ、法ノ性質ハ臨時的ノモノデハナイ、永久的ノ立法デアリ…」273として、1939年成立した。

戦争という特別の事情で、家事審判法に先行して制度された人事調停法は、緊急事態に対応するためのものであり、完全なものではなかった。家庭裁判所は設けられず、調停前置主義も採用されなかった。結局、家事調停は、戦後に家事審判の一環として家事審判法に吸収された。しかし、人事に関する事件は、最も調停に適するものとして好評であった。特に、婦人の地位が高くなかった当時には、女性からの申立が男性からのそれよりもかなり多かった。そして、婦人が調停委員に選任されることからみると、人事調停法による婦人の権利の保護と伸張という功績は否定することができない。

6) 鉱業法の一部改正（鉱害調停規定）

重金属や石炭などの鉱物は、近代社会に高度の社会利益があるため、鉱業は重要な産業であることはいうまでもない。しかし、鉱物採取のための土地の掘削・廃水の放流・鉱渣の堆積・鉱煙の排出等による他人の権利に著しい損害を与えるような鉱害が多発していた274。

ところが、旧鉱業条例も旧鉱業法も、鉱害賠償については、不法行為における一般原則たる過失責任主義を採用していた。被害者が、鉱業を原因として生じた損害の範囲や程度を証明することは難しかった。一方、鉱業権者は、事業が適法行為である以上賠償義務がないと主張した275。実際に、鉱業権者から贈与金・寄付金・救済金・補助金・同情金等の名目で被害者に賠償を払っていても、法律上の根拠がなく、金額が鉱業権者と被害者間の力関係に左右されたので、公正的な解決とは言えなかった276。結果として、両者間の紛争は深刻にして重大な社会問題になり、足尾鉱毒事件、別子銅山鉱毒事件277のような大規模な紛争も発生した。

しかし、日中戦争以来軍需のため、政府は鉱業を奨励した。政府は、鉱害紛争の適正な解決より、鉱業の開発をさらに重視した。したがって、鉱害紛争はより深刻になった。

鉱害の賠償に関して合理的な法制を整えて鉱業の奨励に対する善後処置をすべき強い要望に答えて、政府は、鉱業法改正調査委員会を設置し、鉱業法中改正法律案に鉱害調停を設けるため、以下のような提案理由を述べていた。

「此ノ鉱害問題ノ円満ナル解決ヲ期スル為ニハ、之ヲ単ニ訴訟手続ノミニ委ネテ置イタノデハ十分デゴザイマセヌノデ、調停ノ制度ヲ設ケマシテ、当事者ノ協調ニ依ル合意的解決ヲ図ルコトト致シタノデアリマス。」278 鉱害調停規定は、鉱業法中改正法律案 74 条の 2 から 74 条の 15 まで設けられ、1940 年施行された。

このような簡潔な理由、そして、調停に関する条文が以前の各調停法の規定を準用することからみると、鉱害調停規定は、現実的な問題を迅速に解決させるための便宜的な制度

272 石川・梶村・前注 230)・34～5 頁。

273 最高裁判所事務総局・前注 236)・47 頁。

274 小山・前注 233)・35 頁。

275 佐々木・前注 235)・42 頁。

276 石川・梶村・前注 230)・36 頁。

277 佐々木・前注 235)・45 頁。

278 小山・前注 233)・36 頁。

設定という意味合いが強い。また、同じ時期に公布された軍用資源秘密保護法にも注意しなければならない。戦争のため、軍用に供する鉱業の生産額・生産能力などの事項が秘密として漏泄を防止することは、当時の政府としてすべきことであった。それゆえ、鉱害賠償をめぐる紛争は、公開の訴訟手続より、調停で解決することが必要であったと考えられ、こういう目的からも了解できる。

7) 戦時民事特別法の民事特別調停規定

1941年日本が太平洋戦争を開始させ、戦況が悪化したため、全国の資源や人力を集めて優先的に戦争に利用させる戦時体制を行った。訴訟活動は時間や金銭がかかるので、戦争にとって重要なものではなく、紛争解決の方法を簡略化させるのは当時の政府からみれば、当然の選択であろう。

戦時民事特別法はこうした背景において1942年に施行された。「戦争ノ私法関係ニ及ボス影響ハ千態万様デアリマシテ、之ニ適応スル個々ノ規定ヲ設ケルコトニ致シマスルト、実ニ複雑多岐ニ亘リマシテ、実ハ如何ナル規定ヲ致シマシテモ其ノ全部ヲ蔽フコトハ殆ンド不可能ニ近イト申シマシテモ過言デナイト考ヘマスルカラ、寧ロ条理ニ依ル互譲妥協ヲ基調ト致シマスル調停制度ヲ拡張致シマシテ、戦時下隣保共助ノ精神ノ下ニ円満ニ各個ノ事案ヲ敏速妥当ニ解決スル方ガ適当デアル…」²⁷⁹という趣旨で第4章に調停を設けた。

従来各調停法は、すべて特定分野に集中し、そして、施行地域や期間が限定されたこともあった²⁸⁰。要するに、各調停制度は、特定の、限定的、臨時的な性質を有するものであった²⁸¹。しかし、戦時民事特別法における民事特別調停制度は、従来各調停法に対応する紛争を含めて、民事に関する紛争がその種類を問わずにすべて調停手続の対象とせられ（戦時民事特別法14条）、さらに、調停に代わる裁判（同法19条2項）の対象を拡大する²⁸²などし、互いに準用を通じて相互の特徴を与え、調停の適用について制限する規定があまりなかったため、従前の各調停制度の機能を強化してきた²⁸³。戦時民事特別法によって、調停制度は、また臨時的な性質を持つにもかかわらず、すべての分野を統合して統一的な民事調停法への試し、さらに参考になる意味がある。

戦争が私法秩序に及ぼす影響は千態万様で、個々の規定を設けることは現実には難しい。しかし、現在でも、社会の発展は著しく、個々の事情に対応する立法は難しいのであり、これをもって調停という制度を設ける最も重要な理由とは考えられない。それに、僅か7条（同法14条から19条まで）の条文、各種類の民事紛争が調停に適するかどうかを判断せず、強制的に全部を調停で解決させる制度であった。そして、戦時民事特別法第7条の記録謄写の禁止などの職権性が強い規定があることから、敏速妥当に解決するという理由は、ただ綺麗な言い訳だろう。やはり戦時における政策的な考慮からの制度であることは否定できない。このように、当制度の設置目的は合理的とはいえないが、実際にはその後日本の民事調停制度の素地となり、特に、各領域の調停制度を統合し、はじめて調停全般に関わる一般法の原型として成立した。この経験および批判は戦後の民事調停法の制定においても参考とされた。

²⁷⁹ 最高裁判所事務総局・前注236)・57頁。

²⁸⁰ 例えば、借地借家調停法は最初(1921年)東京、大阪および神奈川だけに施行された。その後、次第にほかの県に及んで、1941年には全域に施行された。金銭債務臨時調停法は制定したとき、3年の施行期間が限定された。

²⁸¹ 佐々木・前注235)・46頁。

²⁸² 戦時民事特別法19条2項は「金銭債務臨時調停法第七條乃至第十條ノ規定ハ借地借家調停法及商事調停法ニ依ル調停ニ之ヲ準用ス」と規定していた。要するに、調停に代わる裁判の対象は、従来金銭債務紛争から借地借家紛争および商事紛争に広がった。

²⁸³ 石原・前注255)・8頁。

2 小括

1922年借地借家調停法から1941年戦時民事特別法までを通じて、日本の調停制度は大幅に発展した。調停制度の対象は具体的な分野から民事紛争の全領域に及ぼした。もちろん、各調停法は、それぞれ、その当時の政治的、社会的問題に対処するため、各別に制定され、理解と利用に著しい不便があった²⁸⁴と批判されたが、当時においては、それぞれの調停制度にはそれなりの合理性があったと考える。準用規定が多いという技術的な問題で利用者に招く不便²⁸⁵はあったものの、各調停法の必要性はあった。

各調停法の成立時期からみると、およそ二回の世界大戦の前後であった。戦争期の社会体系は正常とはいえ、国家関与や管理が強くなる。また立法不備も調停の存在理由の1つである。厳しい事態に対応できる法律は完備されていなかったからである。前述のように、金融危機にあたって事情変更の原則がない場合に、大量の経済紛争を解決する必要性に迫られる。従来の自由競争という理念を持つ契約法などに照らして処理すれば、誠実な債務者を更生させる機会がなく、極めて不公平であり、さらに、債権者の権利が十分に実現できない恐れもある。しかし、契約法を修正し、民法理論が成熟するまで待つ時間はない。—実体法の修正は実務の対応後から行われるため、緊迫の問題を処理するには間に合わない—そのような状況下において、調停は、迅速かつ便利なメリットがあるだけでなく、その時期、実体法の制定が整わないことを補う形で、臨時的な特別法として紛争を解決しつつ、理論的な検討、完備な修正に余裕を与えるという役割もあった。

そのほか、借地借家紛争および小作紛争については、単なる契約の問題ではなく、友好関係の維持、社会道徳や風俗の回復などの目的もある。商業紛争には、専門性があり、鉅害紛争には、軍用秘密を保護するための非公開の必要があり、家事紛争は、家族間の問題で、人間の感情と深く繋がって、常に感性的で非論理的な問題が起こる。調停は迅速、廉価、簡易という共通の特徴以外、いろいろの個別な特徴もある。各調停法はいずれも当時の重大な社会問題に対応し、当事者の社会的地位や訴訟能力、そして司法への負担を含めて総合的に考えたうえ、合理的な選択である²⁸⁶。

総合的にみて合理的であったとしても、個別には、不合理な部分があったことは否定できない。特に調停に代わる裁判制度は裁判を受ける権利を侵害するという意味違憲と考えられる。しかし、当時は調停に代わる裁判の合憲性について、最高裁が、正反対の決定を出したこともある²⁸⁷。

ところで、調停に代わる裁判の違憲性についての議論によって、訴訟と調停の連携が注目されるようになった。特に付調停や調停前置主義との点については、憲法上の裁判を受ける権利や公開主義との関係、さらに、付調停の基準、調停前置の可能性などが問題点になる。調停を迅速・簡易・廉価、そして専門性などのメリットを一層活用するため、当事者の手続法上の権利や訴訟との関係についての検討はなおさら重要となる。

戦後から70年近く経た現在、調停の合理性を評価する基準はどのように変わったか。訴訟と調停がどのように連携することを明確するため、民事調停と家事調停の両方面から、

²⁸⁴ 石川・梶村・前注230)・43頁。

²⁸⁵ 提案理由説明においては、「…かように類似した制度がありますことは、裁判所の事務処理上はもとより、当事者の立場からいたしましても煩瑣に過ぎます…」という実務上の見地がある。

²⁸⁶ 調停法の当時における社会の緊急問題に対応する時代性の特徴は、今でも見える。2000年施行された特定調停法は率直で第1条にこういう目的を表明する。「この法律は、支払不能に陥るおそれのある債務者等の経済的再生に資するため、民事調停法の特例として特定調停の手続を定めることにより、このような債務者が負っている金銭債務に係る利害関係の調整を促進することを目的とする。」との旨である。

²⁸⁷ 最高裁昭和31年10月31日大法廷決定と最高裁昭和35年7月6日大法廷決定である。両者は調停に代わる裁判の違憲性について、合憲と違憲との異なる結論を出した。

付調停と調停前置主義を中心として分析、議論することは必要であるが、本稿では、特に訴訟と民事調停の連携を考えるために付調停制度に焦点をあてて、訴訟との連携のあり方を考察することにする。

二 日本における民事調停制度の機能と調停との連携

1 民事調停法の施行と改正

1) 民事調停法の施行

前章に述べたとおり、借地借家調停法の制定以来、数回の立法を経て、調停の対象は個別の領域から民事紛争の全体に拡張した。個々の調停法のユニークな目的には、時代性が映し出されていた。しかし、このような異なる目的のうち、一部はその後、調停の共通の性格に吸収された²⁸⁸。また各法が各分野の調停についての単行法であり、準用規定が多いことは、当事者の利用に不便であった。ゆえに、各方面の要望を受け、現実的な条件も備える前提で、調停法を整理統合する作業が戦後に始まった²⁸⁹。

戦後、戦時民事特別法は廃止された。この法律を作った当時の政府からの「平和回復後ニ法典整備ノ問題トシテ十分ニ考慮スル」という調停制度を統一する課題は復活した。しかし、終戦後の社会事情は激変し、法律ないし裁判制度は一時的な麻痺状態に陥った²⁹⁰。ゆえに、戦時民事特別法廃止法律が施行された 1946 年には、調停制度に関する部分が、「当分ノ内仍其ノ効力ヲ有ス」と認められ、有効に維持された。

しかし、旧調停制度については、特に調停に代わる裁判（戦時民事特別法 19 条 2 項）の規定は、憲法 32 条の裁判を受ける権利を侵害するものと考えられた。司法機関の機能不全の状態が継続し、調停事件が急激に増加したことに鑑みると、調停法規統合の必要性および緊迫性が強調された²⁹¹。結局、家事調停に関するものを除き、「民事に関する紛争につき、当事者の互譲により、条理にかなない実情に即した解決を図ることを目的とする」民事調停法は、借地借家調停法施行 30 年目の 1951 年に、関係する最高裁判所規則とともに施行された²⁹²。

戦時に、できるかぎり資源を戦争に投入し、時間や人力を費やす訴訟手続の代わりに、調停を推奨するのは仕方がないことであろう。しかし、戦後の常態に復す社会にとっては、紛争の解決だけではなく、社会の安定や法律の権威の維持という役割を担う訴訟制度は不可欠であるが、調停制度は必ずしもそうではない²⁹³。特に、日本における各調停法は、当時の社会問題に対応し、政治的な意図を実現するために制定された。戦後、このような社会的な需要および政治的な目的が薄くなり、あるいはなくなった。1947 年憲法に従って、日本の法制度も次第に復活ないし再建してきた。特定の臨時的な調停制度を一般的で恒常的な制度にする必要性については疑問とされた。

実は、民事調停法の必要性に関しては、金銭債務臨時調停法の施行のころから議論があった。特に弁護士側からの非難が絶えなかった。「漠然大づかみに、調停員の主観によって、無理押しに押し付けられる場合が多い。従って事実には争議の実情に応じた解決とならないで、何時も権利者側の譲歩によって解決され、権利者はいつも損をするといふ

²⁸⁸ 例として、鉱害調停規定の軍事秘密保護の目的は、存在する前提がすでになくなった。商事調停法に強調した専門性は、今も調停の特徴として重視される。

²⁸⁹ 最高裁判所事務総局・前注 236)・61 頁。

²⁹⁰ 小山・前注 233)・39 頁。

²⁹¹ 佐々木・前注 235)・49 頁。

²⁹² 石川・梶村・前注 230)・46 頁。

²⁹³ 小山・前注 233)・48 頁。

のが現在の調停の状況である。」²⁹⁴という批判があり、そして、調停委員の法律知識の不十分なこと、調停法が弁護士を排除し、本人出頭主義²⁹⁵を要求することも調停法を廃止すべき根拠となった。「調停委員によって意思の自由を制圧され、こうなると調停で押付けられたのも判決で押付けられたのも当事者にとっては実質的には何の変わりもない。…それゆえ調停法は形式的には憲法違反でない（脱法的に）が、実質的精神的には確かに憲法違反²⁹⁶である。」²⁹⁷という意見もあった。もちろん、弁護士側の反対は、自分の利益損害という面の原因もあるが、契約の擁護や義務履行の責任感に対する憂いも否定することができない。

では、訴訟手続を完備するほか、わざわざ調停手続を維持する理由はいったい何であるか。特に、その時点においては、現在のような紛争類型の多様化や専門化などの特徴もそれほどなかった。訴訟と調停の連携としての付調停などの活用も利用度が高くない背景で、調停を維持する原因を探究するには調停と訴訟および実体法の関係から分析しなければならない。そこで、戦時中からの調停の存在意識に関する議論を参照しながら、調停と訴訟との対比における意義を整理したい。

(1) 実体法の限界

社会は流動的で発展的な存在である。実体法は固定的な存在である。理論上の発達や実務上の経験はともかくとして、法律の制定には、長い立法段階を経なければならない。そのため、どの法律でも、適用されるときには現実に遅れる。さらに、社会観念や社会の正義感自体が、社会事情の変遷とともに変動して、新しい正義感と過去の法律の正義感は互いに不合理と考えられる場合もある²⁹⁸。法律の正義感が正しい、法律が対応できるとしても、固定的で抽象的な帰納である法律を各事情に適用し演繹するときは、同じく安定した結果を導くことができるわけではない。「一定の期間」や「多くの金額」などについては、法律上の認定標準があるとしても、各当事者にとっては標準が違う。統一的な解決案は決して公正ではない。ゆえに、個別の事案には個別の解決案をすべきである。いわゆる「具体的妥当性」²⁹⁹である。

しかし、裁判官が衡平の理念を持っているとしても、その当時も、現在でも、信義誠実の原則を準用して、従来の判例に反するには、自分の能力に自信があるうえに、勇気も必要である。つまり、上級審によって覆される恐れがあるからだ。

調停はこのような「具体的妥当性」を実現することができる。調停の準拠は条理であり、法律、温情、情誼、道義、慣習などに基づくことができる³⁰⁰。それだけではなく、法律上の準拠がないあるいは法律上の準拠が不適合である場合には、調停で紛争を解決するのは、法律の解釈さらに法律の改正の予備的作業としての効能もある。特別法としての調停法は「全法律の解釈ないし改正についての将来の進歩の基点となるべきものである」

²⁹⁴ 松尾菊太郎「調停制度と其の危険性」法曹公論 39 卷 4 号（1935 年 4 月）3～4 頁。

²⁹⁵ 金銭債務臨時調停法第 4 条の準用する借地借家調停法第 7 条には、「当事者及利害関係人ハ、自身出頭スルコトヲ要ス。但シ已ムコトヲ得サル事由アル場合ニ於テハ裁判所ノ許可ヲ受ケ代理人ヲシテ出頭セシムルコトヲ得。裁判所ハ何時ニテモ前項ノ許可ヲ取消スコトヲ得。」という旨の規定である。

²⁹⁶ 調停に代わる裁判という条文があるので、形式的にも裁判を受ける権利を侵害して、違憲である。

²⁹⁷ 金銭債務調停並各種調停法撤廃問題（アンケート回答集）法曹公論 38 卷 7 号（1934 年 7 月）52～3 頁。

²⁹⁸ 安田幹太「私法転化の段階としての調停（二）」法学協会雑誌 51 卷 5 号（1933 年 5 月）100 頁。

²⁹⁹ 牧野英一「調停主義の拡張と修正（上）—金銭債務臨時調停法について—」警察研究 3 卷 11 号（1932 年 11 月）8～12 頁参照。

³⁰⁰ 小山・前注 233）・61 頁。

とされている³⁰¹。

(2) 訴訟法の限界

訴訟の場合には、厳格な手続法の形式的な手続に従い、明確な実体法規を適用して紛争を解決しなければならない。証拠提出の期日や形式には制限があり、当事者主義をとって事実の解明のため裁判官の職権調査は許されない。様々な規定に従って、形式的な正義を実現することができるが、実質的な正義と離れることがよくある。さらに、厳格な手続のため、紛争の解決が遅延し、手続が複雑であり、多額の裁判費用を要し、裁判が強制的で選択できない解決である。専門知識を有する弁護士を雇うと、その報酬が極めて高い³⁰²。一般大衆、特に紛争当事者が裁判所の利用を回避している主因もこの点にある。すなわち、手続の煩雑さ、解決の遅延、費用の高価性である³⁰³。もちろん、以上の3つの点は、今までの民事訴訟法の各改正³⁰⁴においても重要な課題とされた。実体法の改正と同じく、改正には時間がかかり、さらに、全面的な改正は難しい。しかし、当事者の要望への対応は迅速になされる必要がある。従来の各調停制度を顧みると、訴訟より、紛争解決の迅速・簡易・低廉という特徴が明らかである³⁰⁵。

調停の簡易な手続は、当事者の負担を軽減するが、別の角度からいえば、当事者の手続上の権利を十分に保障しているとはいえない。このような手続で出される解決案は当事者の権利を侵害する恐れがないとはいえない。調停官の職権調査にもそういう恐れがある。つまり、当事者にとって、非公開かつ職権調査による調停の公正度には疑いがある。しかし、裁判のような強制的な結果と異なり、調停は両当事者の合意がなければ成立しない(民事調停法 16 条)。調停に代わる決定でも当事者あるいは利害関係人の異議の申立てによって効力を失うことになる(同法 18 条)。当事者が調停結果に対する否定権があることは、調停の公正に対する基本的な保障ともいえるだろう。

したがって、調停手続の迅速・簡易・低廉および当事者の解決結果への選択可能性は訴訟手続が備えられない特徴である。

(3) 付随的な理由

日本人の独特な歴史的精神的風土が調停制度の成立した背景であるという説がある。いわゆる論より情による紛争解決を望む国民性である³⁰⁶。これは各時期に調停制度がよく利用された事実からも伺える。民事調停法が制定された直前の二年の訴訟と調停の利用の数字からこうした状況が分かる。

表 1:第一審民事訴訟事件数と民事調停(家事調停を除く)事件数³⁰⁷

	訴訟	調停
--	----	----

³⁰¹ 牧野英一「調停主義の拡張と修正(下) —金銭債務臨時調停法について—」警察研究 3 卷 12 号(1932 年 12 月) 4 頁参照。

³⁰² 安田・前注 298)・99 頁。

³⁰³ 佐々木・前注 235)・120~3 頁。

³⁰⁴ 2003 年民事訴訟法改正に審理すべき事項が多数でありまたは錯綜しているなど事件が複雑である案件に対する計画審理制度を新設し、少額訴訟の下限額を 30 万円から 60 万円に変更し、少額訴訟制度の利用範囲を広げるのはその一例である。

³⁰⁵ 小山・前注 233)・52 頁。

³⁰⁶ 佐々木裕造「民事調停制度と日本人の選択—日本人の国民性を踏まえて—」中央大学政策文化総合研究所年報 7 号(2004 年 6 月) 17~40 頁。

³⁰⁷ 橘喬「民事調停法について」法曹時報 3 卷 7 号(1951 年 7 月) 23 頁。

新受		
1949年	41144件	44542件
1950年	66746件	56219件
既済		
1949年	36465件	44994件
1950年	57192件	53249件

明治期の法制度の導入以来、法律、とくに民法では、所有権絶対および契約の自由ということが基本原理であると考えられている。それは、自由競争・放任主義を意味するのである³⁰⁸。法曹、特に弁護士階層はそうした理念に深く浸っていた。しかし、普通の国民が、伝統的な道徳・慣習による紛争解決から、理性的で形式的で法的な紛争解決に自分の考え方を变えるのは決して簡単ではなかった。特に社会保障が完備していなかった当時は、すべての紛争を不十分な法律にしたがって解決すると実質的な公正と離れる。「個人は社会（訴訟）という土俵の上で相撲取りということになり、国家（裁判官）は、ただ、軍配をうちかざしつつ、行司をする」³⁰⁹という過度の自由主義には、国家も、学者も心配していた。ゆえに、訴訟とならびに、「従来の淳風美俗」を推賞し、「30年の実績」がある調停制度は残っている。

その上、前の表からみれば、当時、調停が紛争解決システムにおいては、訴訟とほぼ同様の役割を担当していた。このような高い利用率であるので、簡単に捨てるのは、「裁判所における民事事件は急増の一途をたどる」当時には現実的ではない。さらに、司法省民事局、東京調停協会、最高裁判所、いずれも統一調停法に法案、意見、調査などの促進活動を続けた³¹⁰。戦前金銭債務臨時調停法に反対の声が大きかった弁護士側も、民事調停法が調停に代わる裁判の規定を削除して、さらに弁護士関与の制限を弱体化して³¹¹、法律上の問題も利益上の問題も解決されると異論を出さなくなってきた³¹²。要するに、従来の反対の圧力が薄くなった。

それと同時に、各調停法の制定によって、民事調停制度に対する理論的・実務的な検討も展開されてきた。「前の立法は後の立法に対し試験的立法たる意味を持ち、前の立法における実際上の成功と反省とが後の法律制定の動機ともなりまた基礎ともなっている」³¹³。各分野の調停法の施行、さらに戦時民事特別法が民事調停制度を統一して前例が積み重なっていたので、戦後には民事調停法の整備する環境が成熟していた。いわゆる法律の継続

³⁰⁸ 牧野・前注 299)・3頁。

³⁰⁹ 牧野・前注 299)・4頁。

³¹⁰ 橋・前注 307)・24頁。

³¹¹ 旧民事調停規則第8条1項は「調停委員会の呼出を受けた当事者は、みずから出頭しなければならない。但し、やむを得ない事由があるときは、代理人を出頭させ、又は補佐人とともに出頭することができる。」という規定で本人出頭主義を採用し続けるが、2項は「弁護士でない者を前項の代理人又は補佐人とするには、調停委員の許可を受けなければならない。」という規定がある。「やむを得ない事由」というのは、やや強い表現であるが、調停の進行に支障を来さない程度の相当な本人を出頭させた場合には、実際の運用上、不出頭の事由を強く追求する必要もあるまい（橋喬「民事調停規則及び調停委員規則について」法曹時報3巻10号（1951年10月）47頁）。つまり、条文上の解釈も実務上の運用も弁護士が代理人とする場合には、実質上制限はない。

³¹² 自由と正義という日本弁護士連合会が編集する雑誌には、戦前と異なり、民事調停法が制定された1951年の前後に、民事調停法を反対する文書だけではなく、民事調停に関する文章も少なかった。僅かに2巻10号（1951年10月）に「調停制度三十周年に際して」という巻頭言で調停制度に対して、中性的で期待的な評価があったのみである。もちろん、弁護士側が全く調停制度を支持するとはいえないが、新しい民事調停法を静観する態度であろう。

³¹³ 宮崎澄夫「調停ということ—その理念と実践についての若干の検討」ジュリスト20号（1952年10月）2頁。

の慣性があった。

以上のような理論的および現実的な理由によって、さらに、公的な威厳と私的な合意と両方を確保したうえ、できるかぎり、紛争解決の方式について、当事者に選択を与えるように努力する。外部的強制方法をとる訴訟と内部的自治方法をとる和解との中間を行くもの³¹⁴としての調停はこのような要求に適する制度である。実際に「円満」な解決が実現することができるかどうかはともかくとして、当事者の互譲と合意により条理にかない実情に即して、円満な解決を追求する理念は借地借家調停法以来一貫しているといえる³¹⁵。民事調停法もこういう理念を実現するために制定され発展してきた³¹⁶。

2) 民事調停法の概要と改正

民事調停法の制定以来、10回の改正を経て、そのうち、重要な意義がある法改正は1974年、1991年、2003年および2011年の4回である。

(1) 1951年法の概要

前述のような立案経過によって、1951年に施行された民事調停法は、当事者の合意や憲法との調和などを強調し、従来の各調停法からのいくつかの変更があった。最も重要な点は、金銭債務臨時調停法第7条1項などで規定された調停に代わる裁判制度が、調停に代わる決定³¹⁷に変更されたことである。従来の抗告をもってしか不服申立ができなかった強制的な解決から、一定の期間内に当事者から異議の申立をすれば、その決定の効力が失われる制度に軟化された。そのほか、第19条によって、調停が不成立となった場合には、申立人が2週間以内に調停の目的となった請求について訴えを提出したときは、さかのぼって調停の申立の時に訴えの提起があったものとみなすとされた。さらに、戦時民事特別法第16条に規定された制限がない付調停制度は、調停手続によって訴訟が遅延することを防止するため、事件について争点および証拠の整理が完了した後は、当事者の合意がない限り、裁判所の職権で事件を調停に付することができないと制限された。このほか当事者不出頭の罰則の調整などの変更もいくつかある。

もっとも、具体的な条文は、従来の個別調停制度と本質的には大きな変更がなく、従来の性質を引き継いでいるという点も無視することができない。しかし、その時点には、条文の改正より、理念の変化がより重要である。つまり、調停法は当時直面している重大な社会問題を解決する補足的な紛争解決手続から、憲法と調和して訴訟と共存する国家的紛争解決制度に変わっている。前述のようないくつかの変更によって、この理念上の変化が見えるだろう。一般規定と宅地建物調停や農事調停などによる特別規定とに分けられ、訴訟制度の改善とあいまって、当事者の手続保護を憲法の角度から見直されて制定された民

³¹⁴ 野間繁「調停法規の総合調整」法律論叢 25 卷 4・5 号（1952 年 3 月）31 頁。

³¹⁵ 小山昇「戦後法制変遷の回顧—調停制度」ジュリスト 100 号（1956 年 2 月）83 頁。

³¹⁶ 従来の通説によれば、紛争を円満に解決できることも調停が存在する理由の一つである。しかし、紛争を円満に解決する基準はいったい何であるかについては疑問がある。最後の解決率であるか、あるいは当事者の満足であるか。解決率であれば、これはただ形式的にいくつかの紛争が解決される体現であり、紛争を当事者が異議なくて終わらせることである。当事者の満足であれば、佐々木吉男教授の調査によると、調停を利用した当事者の調停に対する評価はあまり高くなかった（佐々木・前注 235）・83～4 頁）。したがって、円満ということは調停制度の存在する理由より調停制度の目的あるいは理念であるといったほうがよいと思う。

³¹⁷ 民事調停法（1951 年）17 条は、「裁判所は、調停委員会の調停が成立する見込みがない場合において相当であると認めるときは、調停委員の意見を聞き、当事者双方のために衡平に考慮し、一切の事情を見て、職権で、当事者双方の申立の趣旨に反しない限度で、事件の解決のために必要な決定をすることができる。この決定においては、金銭の支払、物の引渡その他の財産上の給付を命ずることができる。」という旨を規定した。

事調停法は、ようやく法の精神に則る現代的な法に整備されたといえるだろう³¹⁸。

(2) 1974年法改正—調停委員の専門家化

1974年の法改正は、当時における社会事情の著しい変動、特に、科学技術の進歩や経済規模の拡大によって現れた交通事故・公害事故のような新しい紛争類型に対応するため、調停制度の機能をさらに充実強化した³¹⁹。

具体的にいえば、第1に、新たな調停委員制度を設けて民事調停委員の職務内容を充実した。民事調停委員は、従来通り裁判所の非常勤職員であり（民事調停法8条2項）、裁判官とともに調停委員会の形で調停に関与するが、改正により、専門的な知識経験に基づいて、ほかの調停事件に意見を述べ、あるいは囑託を受けて、裁判所に係属している事件の関係人の意見を聴取し、あるいはそのほか調停事件を処理するために必要な最高裁判所の定める事務も行うこととなった（同法8条1項）。調停委員の資格については、同年施行された「民事調停員及び家事調停委員規則」の第1条は以下のように規定している。「民事調停委員及び家事調停委員は、弁護士となる資格を有する者、民事若しくは家事の紛争の解決に有用な専門的知識経験を有する者又は社会生活の上で豊富な知識経験を有する者で、人格識見の高い年齢四十年以上七十年未満のものの中から、最高裁判所が任命する。ただし、特に必要がある場合においては、年齢四十年以上七十年未満の者であることを要しない」。いわゆる、調停委員は、法律専門家調停委員、技術専門家調停委員と有識者調停委員の3種類の委員で構成されることになった。

従来の調停委員候補者の制度は、基本的に無償奉仕の意思がある民間篤志家を登録しておくという制度であった³²⁰。複雑な紛争に対応する能力の不足だけでなく、調停委員の高齢化・固定化の問題もよく指摘されていた。そこで、豊かな社会経験と専門的な知識を有する人材を引くため、74年の法改正は、民事調停委員に、別に法律で定めるところにより手当を支給し、並びに最高裁判所の定めるところにより旅費、日当および宿泊料を支給すると規定する（同法10条）。つまり、従来の実費弁償としての「日当」から職務内容にふさわしい給与である「手当」に変わった。金額的には、日額1972年の1300円から1974年の6500円に飛躍的に改善された³²¹。

第2に、民事調停手続には、交通調停事件と公害調停事件について土地管轄の特則を設けた。すなわち、第3条に規定する裁判所の一般管轄のほか、交通調停事件については、損害賠償の請求者の住所または居所の所在地を管轄する簡易裁判所の管轄とする（同法33条の2）。公害調停事件については、損害の発生地または損害が発生する恐れのある地を管轄する簡易裁判所の管轄とする（同法33条の3）。

この2つの特則は、すべて被害者の救済の角度から設けられた。交通調停事件の場合には、人身傷害を被って働けなくなった被害者あるいは一家の働き手を失った遺族にとって、遠距離で調停の申立てをし、期日に出頭するのは身体的にも経済的にも大きな負担であった。そこで、被害者側の救済とその負担を軽減し、簡易迅速的に紛争を解決する目的のため、管轄の特則を設けたのである³²²。

³¹⁸ 橘・前注307)・68頁。

³¹⁹ 三宅弘人「民事調停法および家事審判法の一部改正の概要」旬刊商事法務669号（1974年6月）15～9頁参照。

³²⁰ 三宅弘人・浦野雄幸他「民事調停法及び家事審判法の一部を改正する法律の解説（二）」家庭裁判月報27巻4号（1975年4月）5頁。

³²¹ 三宅弘人・浦野雄幸他「民事調停法及び家事審判法の一部を改正する法律の解説（三）」家庭裁判月報27巻5号（1975年5月）27～9頁。

³²² 三宅弘人・浦野雄幸他「民事調停法及び家事審判法の一部を改正する法律の解説（四・完）」家庭裁判月報27巻7号（1975年7月）10頁。

公害調停事件には、被害者の救済のため、速やかに被害の内容、程度などの事実を調査する必要がある。それゆえ、公害発生地あるいは発生する恐れがあるところの裁判所に管轄権を認めるのは適当と思われる。公害発生地はおよそ被害者の所在地と一致するので、被害者の便利さという角度からもこういう特則が置かれた。

(3) 1991年法改正——調停前置主義の導入

1991年民事調停法の改正は、同年の借地借家法の制定とともに成立した。旧借地法・借家法を廃止し、借地借家法制の大規模な改正に伴い、地代借賃増減についての紛争を調停でより迅速かつ適正に解決するため、調停前置主義（民事調停法24条の2）および調停条項による裁定の制度（同法24条の3）を導入した³²³。

借地借家法には、将来に向かって地代借賃の増減の申請を許可するが（借地借家法11条1項、32条1項）、「経済事情の変動」という明確ではない基準で、合意できない地代借賃増減事件の多くで訴訟が用いられた。

しかし、地代借賃の増減の額は、概ね少なかった。僅かな小額の紛争を解決するため、訴訟をするのは、時間的にも、経済的にも釣り合わない。それに、地代借賃の増減の対象は、将来的な地代家賃であり、この紛争の前提として、継続的な借地借家関係が存在している³²⁴。この借地借家関係を保つため、当事者も訴訟で激烈に衝突することを避けたがる場合が多い。ゆえに、できるかぎり、紛争を話し合っで合意で解決することが、当事者にとって望ましい。さらに、前に述べた基準とする「経済事情の変動」の具体的な内容を、明確にするのは難しい。土地・建物の価格の上昇あるいは低下、または近傍同種の土地・建物の借賃の確定は、専門的な知識や経験を要する。不動産鑑定士のような専門家が関与すれば紛争をより円満に解決できる³²⁵。

したがって、経済的な面や当事者の意思の尊重、友好関係の維持、そして、地代借賃の増減に関する紛争の専門性のいずれをとっても、訴訟より調停で解決すべきという結論を導くことができる。

また、当時の民事訴訟の運営改善の活動では、訴訟として提起された事件の中に、性質上調停になじむ事件、あるいは少なくとも一度調停を経由したほうがいい事件があるのではないかという考え方があった³²⁶。地代借賃増減事件は、調停に適する事件の1つとして、東京・大阪地裁では、原則として付調停にして、仮調停前置主義を試行した。その結果、東京地裁では、1988年の賃料改定の付調停事件は、70%以上で調停が成立している。その上、成立により終結した事件の処理期間は、一年以内の件数は85%に及んでいる。両

³²³ 民事調停法24条の2は、「①借地借家法第11条の地代若しくは土地の借賃の額の増減の請求又は同法第32条の建物の借賃の額の増減の請求に関する事件について訴えを提起しようとする者は、まず調停の申立てをしなければならない。②前項の事件について調停の申立てをすることなく訴えを提起した場合には、受訴裁判所は、その事件を調停に付さなければならない。ただし、受訴裁判所が事件を調停に付することを適当でないと認めるときは、この限りでない。」という旨を規定する。

24条の3は、「①前条第1項の請求に係る調停事件については、調停委員会は、当事者間に合意が成立する見込みがない場合又は成立した合意が相当でないと認める場合において、当事者間に調停委員会の定める調停条項に服する旨の書面による合意（当該調停事件に係る調停の申立ての後にされたものに限る。）があるときは、申立てにより、事件の解決のために適当な調停条項を定めることができる。②前項の調停条項を調書に記載したときは、調停が成立したものとみなし、その記載は、裁判上の和解と同一の効力を有する。」という旨を規定する。

³²⁴ 石井忠雄・新藤栄一「賃料改定事件の処理について」判例タイムズ695号（1989年6月）15頁。

³²⁵ 下田文男「民事調停法の一部改正」法律のひろば45巻3号（1992年3月）29頁。

³²⁶ 福田剛久『民事調停法の一部を改正する法律及び民事調停規則の一部を改正する規則』の概要判例タイムズ785号（1992年7月）27頁。

方とも魅力的な数字である³²⁷。

実務上の成績、そして前述のような理由を加えて、91年法改正には、正式に調停前置主義を導入した。同時に、地代借賃増減紛争の調停成立率を上げるため、商事調停事件および鉱害調停事件にすでに採用された調停条項による裁定の制度を設けた。内容的には、あまり変更がないが、当事者の調停条項に服する旨の合意は、調停の申立て後に限定された。当事者が調停中の相手の対応、調停委員の処理能力、そして、裁定結果の予想などの事情を考えたほうが、当事者の不安を取り除くことができるため、調停の申立て前の合意より、調停条項に服する旨の合意を達成しやすくなる。

(4) 2003年法改正—民事調停官制度の創設

2003年の第156回国会では、「司法制度改革のための裁判所法等の一部を改正する法律」が成立した。その主眼として、民事調停官および家事調停官制度が設けられた。内容的には、民事調停官は、弁護士で5年以上その職に在ったもののうちから、最高裁判所が任命する。民事調停官は、非常勤裁判官として、任期を2年とし、再任されることができる(民事調停法23条の2)。そのほか、民事調停官の権限³²⁸や民事調停官に対する手当などの条文も規定される(同法23条の3、23条の5)。

民事調停官制度の導入は、行われた90年代にも、司法制度改革の一環としてより多くの弁護士を裁判官に任命するため、非常勤裁判官制度という構想に端を発する。しかし、憲法上の裁判官制度との適合性などの疑問が指摘されて、最高裁は、この構想を受け入れなかった³²⁹。

2001年に設置された「弁護士任官等に関する協議会」において、何回かの議論を経て、最高裁判所と日本弁護士連合会が、12月に「民事調停事件および家事調停事件の分野について、いわゆる非常勤裁判官制度を導入する方向で検討を開始したい」という旨の協議を取りまとめた。翌年の2002年8月、最高裁判所と日本弁護士連合会は、同じ協議会において、「いわゆる非常勤裁判官制度の創設について(弁護士任官等に関する協議会の協議の取りまとめ)」を発表し、非常勤裁判官制度を創設することを合意した³³⁰。これに基づいて、2003年の法改正がされた。

前述の取りまとめによれば、非常勤裁判官制度の目的は以下のように述べられる。「裁判官の給源の多様化・多元化を図り、21世紀の我が国における司法を担う質の高い裁判官を安定的に確保するため、弁護士からの裁判官任官を大幅に拡大することが極めて重要である。…そこで、当面民事調停事件及び家事調停事件の分野に、弁護士が非常勤の形態で調停主任又は家事審判官たる裁判官と同等の立場で調停手続を主宰する制度(いわゆる非常勤裁判官制度)を創設することにより、弁護士から常勤裁判官への任官(いわゆる弁護士任官)を促進するための環境を整備するとともに、併せて調停手続をより一層充実・活性化することを目的とする。」

つまり、非常勤裁判官制度は、弁護士から常勤裁判官への任官の予備校の役割を担当しつつ、弁護士の専門性や豊かな経験・知識を調停手続に活かすこともできる³³¹と考えられた。裁判官がこれまで民事調停に十分関与してこなかったことの改善にも資する。民事調

³²⁷ 石井・新藤・前注324)・21～2頁。

³²⁸ 民事調停官の職務の範囲は、民事調停法の規定および特定債務などの調整の促進のための特定調停に関する法律の規定による調停事件である(民事調停法23条の3)。

³²⁹ 水野邦夫「非常勤裁判官の意義と今後への期待」自由と正義54巻8号(2003年8月)108頁。

³³⁰ 小川達雄「非常勤裁判官制度の創設」自由と正義54巻8号(2003年8月)87頁。

³³¹ 小山太士・武藤多貴明「民事調停官及び家事調停官の制度の創設について」家庭裁判月報56巻1号79頁。

停官制度の実施された2004年1月には、全国で30名の民事調停官・家事調停官が誕生した³³²。その後、120名まで、每期30名前後で採用人数が増えていった³³³。これまでに合計377名が任官しており、全国で120名程度の非常勤裁判官が執務する体制が維持されている³³⁴。弁護士の有する多様な知識や経験という特徴は、1974年改正時に導入した調停委員の専門家制度でも具えており、これは今回法改正の本意ではない。今回の法改正の目的は弁護士任官を推進することおよび主任裁判官が実質的に調停に参加できていないという問題の改善のためである。弁護士が裁判官になると、事実認定や法律適用などの仕事は、立場が異なるが、対象は共通である。

しかし、弁護士としての業務はある分野に集中し、調停で処理する案件の中には、扱ってこなかった類型があるかもしれない。さらに、弁護士としては、依頼人の権益を追求し、自分の経済利益も加えて、勝訴を追求することが目的だったが、調停官としては公正・正義を守るという理念に変更しなければならず、それは容易なことではない。自分が裁判官に向いているかどうかについて疑いを抱いている弁護士にとって、非常勤裁判官制度は、自分を試す機会であり、心理的も、経済的も常任裁判官への準備ができる³³⁵。

これだけではなく、調停を行うとき、もちろん当事者の互譲や会話が重要であるが、当事者の話を聞き、提出した証拠（訴訟に法的価値があるかどうかを別として）を見て、双方の争点や、訴訟になれば、だいたいどのように展開するかが見える。最後に、調停案を提出しても、裁判官に転送しても、将来自分が常勤裁判官になるときの訴訟審理にとっては、すべて経験となる。

さらに、証明が難しく、救済すべき当事者を訴訟で保護できない事件や、訴訟が適切ではない事件も多い³³⁶。そのような事件を調停で解決するのは、本来、調停制度に期待されていた機能である。非常勤裁判官としての民事調停官は、このような調停を活用して、調停の機能を深く理解し、そして、訴訟の効用と限界を十分に理解して、裁判官の能力も具えてくるだろう³³⁷。その段階は、ただ常勤裁判官への成長の過程ではなく、よく訴訟と調停の連携、各自の対応すべき紛争の類型を掌握する機会でもある。

(5) 2011年法改正—非訟事件手続法に伴う完備化

2011年の法改正は、同年の非訟事件手続法の施行によって、民事調停規則の規定、従来の実務のやり方を法律事項と整理して規定している。新たな条文が多いが、実際には新しい制度はそれほどない。非訟事件手続法の準用の例外と特則、そして民事調停規則の法律化との2つの部分に分けられる。民事調停法第22条は、特別の定めがある場合を除いて、調停に関しては、その性質に反しない限り、非訟事件手続法第2編の規定を準用するという旨の規定を設ける。この規定によると、非訟事件手続法から民事調停が大きく影響を受けている。管轄（民事調停法3条）、移送（同法4条）、調停の申立て（同法4条の2の1項）なども規定されている。これに対して、調停手続の指揮（同法12条の2）、期日の呼出し（同法12条の3）、記録の閲覧等（同法12条の7）、訴訟手続の中止（同法20の3の1項）などはすべて民事調停規則から導入した条文である³³⁸。

³³² 湯川二郎「動き出した民事調停官制度—私の試み—」法律のひろば 57巻11号（2004年11月）45頁。

³³³ 2004年には2期があるが、そのあと、1年1期である。

³³⁴ 日本弁護士連合会編『弁護士白書 2013年版』（日本弁護士連合会 2013年）195頁。

³³⁵ 水野・前注329）・111頁。

³³⁶ 例えば、双方にも責任があり、責任の相殺限度が確認し難い案件であり、騒音限度を超える証拠がないが、被害者が老人の案件などである。

³³⁷ 湯川・前注332）・49頁。

³³⁸ 福田敦「非訟事件手続法の施行に伴う民事調停法等の一部改正について」NBL967号（2011年12月）

2011年の非訟事件手続法の改正立法の背景には、1979年の民事執行法制定、1989年の民事保全法制定、1995年の民事訴訟法の制定、そして、2004年の倒産法の改正など続けられてきた民事手続法の抜本改正の流れがある。明治時代の片仮名法を改正する形式的な原因があるほか、ドイツにおける2009年の家事事件及び非訟事件の手続に関する法律（FamFG）の施行も日本の改正論に影響を与えた³³⁹。手続参加や記録の閲覧謄写権などの手続保障を強化されたことは今回非訟事件手続法の改正の1つの特徴であるが、手続の形式化および裁判官（調停官）の職権強化の方向性も伺える。

この点については今回の民事調停法にも反映されている。例えば、調停の申立ては、従来は許された口頭での申立てを認めず申立書の形で提出しなければならなくなった。そして申立書の形式上の審査も設けられた（同法4条の2）。さらに、職権移送も強調し（同法4条）、事実の調査および証拠調べについては、職権探知主義を採用したうえ、非訟事件手続法の第52条に規定される事実の調査の通知制度を排除する（同法22条）。付調停制度は、訴訟事件および特定の非訟事件³⁴⁰の限定を緩和し非訟事件一般まで拡大している。これらの規定からみれば、調停制度の手続化や裁判官の職権強化は、調停の利便性や当事者の権利保護の点からは問題が生じるかもしれない。

したがって、調停の機能を強化するため、当事者の権利保護と裁判官の職権のバランスをとることが重要な課題になる。特に職権調査や付調停の一般化についての理論あるいは現実的な根拠は探究すべき課題であろう。

2 民事調停——付調停の役割

民事調停手続に入る道は、2つがある。1つは、一方当事者が民事調停法第2条の規定³⁴¹によって、調停の申立てをすることであり、大部分の民事調停の場合には、申立によって調停手続が開始する。もう1つは、民事調停法第20条の規定³⁴²によって、受訴裁判所が事件の性質などの要素を総合的に判断し、付調停の決定をすることである。つまり、一方当事者が原告として裁判所に訴えを提起し、裁判所が受理したあとのいつの段階でも、適当と認めるとき、付調停をすることができる³⁴³。付調停制度は訴訟と調停の連携の1つの重要な点であると言われている³⁴⁴。

しかし、単に条文をみるかぎり、いくつかの疑問もでてくる。まず、適当という判断の基準が何であるか。受訴裁判官が調停に適すると事件と認定するとき、客観的で具体的な基準があるか。そして、個々の裁判官の判断基準は統一することができるか。つまり、実務上の経験を抽象して理論的に基準を導き出すことができるのだろうか。

さらに、民事調停法第20条1項の但し書きは、どのように理解すればよいか。付調停に対して制限があることには問題ないが、この制限の限度については疑問が残る。

このような問題を解明するため、理論上の検討はともかく、特に実務上の経験は非常に重要な参考となる。したがって、付調停制度の制定以来の利用状況に基づいて、各問題点

40 頁以下参照。

³³⁹ 山本和彦「非訟事件手続法・家事事件手続法の制定の理念と課題」法律時報 83 卷 11 号（2011 年 10 月）5 頁。

³⁴⁰ 借地非訟事件、罹災都市借地借家臨時処理法に基づく事件等である。

³⁴¹ 民事調停法第2条は「民事に関して紛争を生じたときは、当事者は、裁判所に調停の申立てをすることができる。」という旨の規定である。

³⁴² 民事調停法第20条1項は「受訴裁判所は、適当であると認めるときは、職権で、事件を調停に付した上、管轄裁判所に処理させ又は自ら処理することができる。ただし、事件について争点及び証拠の整理が完了した後において、当事者の合意がない場合には、この限りでない。」

³⁴³ 民事調停法第20条1項但書の制限は本論後半で検討する。

³⁴⁴ 内田恒久「職権調停に付する基準」別冊判例タイムズ 4 号（1977 年 10 月）57 頁。

を解明し、付調停の役割を明確にしたい。

1) 付調停制度の現状

(1) 付調停制度の沿革

付調停制度がはじめて設けられたのは、1924年の借地借家調停法の改正法によってである³⁴⁵。宅地建物紛争については、継続関係があり、賃料改定などの訴訟物の価値が低い。さらに、このような類型の紛争の数が多く、裁判官の負担を減らすことが、付調停制度を導入する理由の一部であろうと思う。それからの各調停法はこの制度を導入してきた³⁴⁶。そして、戦後の民事調停法にも残ることになる。後でも述べるが、民事調停法の成立以来60年の間にも、訴訟と調停の関係の理解、調停に解決される事件の類型と件数が次第に変わってきている。1952年には、東京地裁で、調停事件の処理態勢を改善するため、調停事件を処理する専門部を設け、大阪地裁でも1991年に専門部を設置している³⁴⁷。社会の発展に基づいて、紛争の類型も多様化し、従来の豊かな社会経験がある素人調停委員では対応できない事案も増えてきた。紛争を効率的に処理するため、調停委員の構成も変わってきた。このような変化はすべて、以下のような統計にも現れる。

(2) 付調停の動向と付調停の理由

調停事件の利用状況の変遷によって、付調停制度を活用する理由も変化する。受訴裁判所がなぜ原告の意志通り訴訟を進行させずに、調停に付するのかを考えるには、訴訟と調停の関係、あるいは比較が必要だろうが、ここでは、現実に調停および付調停の利用状況を数値で示し、その変化に基づいて、付調停に関する運営上の傾向をまとめる。

表2：民事訴訟事件（地裁と簡裁第一審通常訴訟）と民事調停事件の受理件数比較

	民事訴訟事件	民事調停事件	付調停
1952年	86321	60538	7216
1962年	131411	55033	12148
1972年	143137	49672	6569
1982年	242976	76975	3765
1992年	298025	99961	5389
1997年	422708	194738	14679

注：1952年の民事訴訟事件は再審を含み、ほかの年度は再審を除く。4つの表とも地方裁判所と簡易裁判所を合わせる件数である。付調停についての統計は1999年からとられていない。

表3：民事調停事件の処理状況³⁴⁸

³⁴⁵ 佐々木・前注235)・305頁。

³⁴⁶ 小作調停法は、商事調停法などの調停法と異なり、最初からこの制度を設けることではなく、日中戦争が拡大した1938年の農地調整法によって導入された。導入理由は、いうまでもなく、戦時調停法を設ける理由と同じく、戦争に中心することである。なぜ1924年小作調停法が制定された当時設けられなかったのかというと、おそらく、当時には小作紛争がほぼ全部最初から調停に入り、提訴する件数は少なかったからである（川口・前注246)・279頁以下参照）。

³⁴⁷ 東京地裁では今は民事第22部を調停の専門部としている（溝口喜方「現行調停制度の問題点——臨時調停制度審議会の審議に寄せて——」自由と正義23巻5号（1972年5月）58頁）。大阪地裁は第10民事部を専門的に民事調停事件を取り扱う部門としている（遠山廣直「大阪地裁における民事調停法第二〇条による調停の実情」自由と正義46巻7号（1995年7号）14頁）。

³⁴⁸ 調停の成立率は90年代から著しく減少する一方、調停に代わる決定の利用率は急速増加して、6割を超える時期もある。その理由の1つは、1999年特定調停法が公布されて以来、債務の調整に関する特

既済	総数	成立 (%)	不成立 (%)	17条決定 (%)	取下等 (%)	その他 (%)
1952年	54952	37418(68.09%)	6455(11.75%)	86(0.16%)	10737(19.54%)	256(0.47%)
1962年	55404	33547(60.55%)	10659(19.24%)	7(0.01%)	10667(19.25%)	524(0.95%)
1972年	50629	30564(60.37%)	10478(20.70%)	12(0.02%)	9105(17.98%)	470(0.93%)
1982年	75934	39352(51.82%)	13587(17.89%)	2065(2.72%)	20711(27.28%)	219(0.29%)
1992年	93815	49660(52.93%)	16049(17.11%)	4090(4.36%)	23788(25.36%)	228(0.24%)
1997年	189662	90635(47.79%)	22524(11.88%)	31046(16.37%)	45284(23.88%)	173(0.09%)
2003年	606795	81459(13.42%)	28214(4.65%)	367267(60.53%)	129183(21.29%)	672(0.11%)
2008年	160654	18669(11.62%)	14162(8.82%)	100776(62.73%)	26726(16.64%)	321(0.20%)
2012年	57412	15658(27.27%)	13819(24.07%)	20221(35.22%)	6916(12.05%)	798(1.39%)

表4：事件類別 付調停事件件数

	1952年	1962年	1972年	1982年	1992年	1997年
民事一般	4692	7785	4919	2448	3477	8866
商事	420	785		363	790	5204
宅地建物	1983	3260	1482	780	1021	532
農事	121	315	168	128	73	59
鉦害	2	3	-	2	-	-
交通	不明	不明	不明	33	25	17
公害	不明	不明	不明	11	3	1
総数	7216	12148	6569	3765	5389	14679

表5：既済事件の平均審理期間（月）

	1952年	1962年	1972年	1982年	1992年	1997年	2003年	2008年	2012年
調停	3.03	6.25	6.70	5.26	4.94	3.62	3.03	2.94	3.29
訴訟	8.13	10.86	12.26	8.97	7.56	6.25	5.05	4.47	5.33

注：司法統計年報によって審理期間は1ヶ月、2ヶ月、3ヶ月、6ヶ月、1年以内、2年以内などという精度が低い方法で分けるので、平均期間の精度も高くないが、実情をだいたい反映することができる。

表2で分かるように、裁判所に提訴された紛争の数は増加している。一方、調停が申し立てられた事件数はあまり変わらない。倍増した訴訟案件を処理するのは、裁判官にとって、非常に負担がある。特に、東京や大阪などの大都市では、裁判官が同時に処理する案件が多い。弁論も時間がかかり、証拠調べも時間がかかる。多数の案件が互いに影響を受け、前回の印象や心証の基になる事件の概要は裁判官の頭から消える可能性もある³⁴⁹。この場合には、円滑に事件を処理するのは無理であろう。さらに、訴訟の平均審理期間は、裁判の適正・充実・迅速化を推進する司法制度改革によって、短縮しているが、調停と比べると、およそ2倍の時間がかかる（表5）。そのほか、農業や住宅に関する伝統的な紛

定調停事件、貸金業調停事件などが、ほぼ全部調停に代わる決定の形式で終わらせることからである。しかし、この部分を除いても、調停の成立率が減少し、調停に代わる決定の利用率が増加する趨勢が見える。これは、国民の権利意識が強くなり、裁判所の調停裁判化が強化していることと一定の関係があるだろう（「統計資料—民事・家事調停事件関係」調停時報186号（2013年12月）36頁）。

³⁴⁹ 日本法律家協会編『民事調停の研究』（東京布井出版 1991年）706頁。

争の数は減ってきて、交通事故など現代型の紛争が増えてきた³⁵⁰。裁判官はこのような紛争を処理することについて、民事一般事件より、得意とはいえない。専門家の補助が必要になる。もちろん、民事訴訟において、専門委員制度があるにもかかわらず、専門委員の意見を聞き、鑑定をみたうえ、裁判官がどの程度に事案を理解・把握するかが問題となる。このように苦勞しても心証を取り難い恐れがある紛争を専門家に任せる考え方を持つ裁判官は決して少なくない³⁵¹。

一方、調停は、審理期間の短さはいうまでもなく、専門家調停委員がいるので、複雑で専門性がある紛争に対応することができる。そして、手続も訴訟より柔軟である。以上の各理由によって、裁判官は紛争を調停に付することが望ましいと言われている。

2) 付調停の問題点

以上の主に裁判官という実務的観点からの付調停の理由は、付調停制度を利用する動機にすぎない。それを直ちに付調停制度の合理性とみなすのは決して適切とはいえない。付調停制度の合理的な利用については、以下のようないくつかの問題は避けられない。

(1) 付調停の基準

受訴裁判官は具体的な事案に対応するとき、どのような判断基準で調停に付する決定を下すのかについては議論があるが、統一的な見解はない。時期によって、付調停の基準に関する理論は変化している。従来の説と現在の観点には大きな差異がある。

(i) 従来の説の対立

70年代前後、民事調停は、民事調停法が制定された当初のまま行われていた。調停委員の構成は依然として高齢な社会経験が豊かな権威者を主体としていた³⁵²。調停事件の類型については、交通調停事件が増加していたが、民事一般調停事件と宅地建物調停事件が相変わらず比重が最も重かった³⁵³。1974年に専門家調停委員制度が導入されても、調停の専門性に対する理論上および実務上の検討はまだ途中にあり、現在のような重視されるレベルとは遠く距離があった。この背景において、学者の代表である佐々木説と裁判官の代表である内田説が激しく対立していた。

調停の司法的紛争解決制度としての性質を強調する佐々木吉男教授は、調停システムの一部である付調停の安定性を重視し、ゆえに、その基準も一般的かつ確定的に承認されるものでなければならないと言われる。このように司法的性質を提唱するため、佐々木説は、主に客観性と法解釈の角度から付調停の基準を論じられる³⁵⁴。

一方、佐々木吉男教授のような学者と異なって、内田恒久裁判官は、判事としての経験から付調停の基準を整理している。一般的にいえば、「当該事件につき訴訟を継続して判決しまたは訴訟上の和解を試みるよりも、調停手続によりその成立を図るほうが一切の事情を考慮してより妥当なまたはより早い紛争の解決に至るものと認められる場合」であると主張される³⁵⁵。つまり、判決手続と比べるだけでなく、似ている訴訟上の和解との比較も調停に付する基準の参考になる。

① 当事者の意見の要否

当事者の意思を付調停の基準とすべきかどうかについては、佐々木説は、「当事者の意

³⁵⁰ 「調停制度の現状と展望」ジュリスト 489号（1971年10月）22頁。

³⁵¹ 舟本・前注 351）・9頁。

³⁵² 前注 350）・26頁。

³⁵³ 前注 350）・70頁。

³⁵⁴ 佐々木・前注 235）・170～95頁、石川・梶村・前注 230）・311～9頁参照。

³⁵⁵ 内田・前注 344）・57～60頁参照。

思のいかんをもって付調停の一般的基準とすることはできない。」という絶対的な否定論を持つ。民事調停法 20 条 1 項の条文からみれば、付調停の積極的な要件は、「受訴裁判所が適当であると認めること」であり、当事者の積極的な意思ではない。当事者の意思は、単に「当事者双方の同意がないということ」が争点および証拠の整理完了後の付調停の消極的要件である。これは、当事者間に互譲や合意の気配があるときには、いつでも訴訟上の和解を試みることが許容されているからであると言われている。内田説も完全に当事者の意見を要件とすることには否定的だが、事案を調停に付するときは、受訴裁判所が両当事者の意見を聞き、できるだけ、異議がないようにするのが実務上の通例であるとする。付調停には受訴裁判所の裁量権があるが、結局、調停に入ったあとは、当事者の互譲による合意の成立が調停成功の重要な要素である。したがって、事前に両当事者の意見を聞き、異議がない場合には、異議がある場合より、より調停に適するのではないかと。

② 訴訟物による分類

民事調停は民事訴訟と同じく、国家の公権的判断による紛争解決制度であるので、調停によって強行法規の論理的帰結と相容れないような解決を導くことは許されない。そこで、佐々木説は、強行法規の適用によって解決されなければならない場合には、付調停することは許されないと主張していた。一方、内田説は、民事調停法 13 条の調停をしない場合を除いて、どの事件でも調停に付することができると思う。調停は、訴訟物自体に関する折衷的互譲のみによる解決が試みられるのではなく、訴訟物自体は請求の認容またはその放棄に近い形で成立することも多い。訴えの提起自体が当事者の意思にまかされ、訴えの取下げやそれに対する同意も当事者に委ねられ、訴訟物の性質自体から付調停を避ける理由はないものと考えられている。

③ 調停の成立可能性

佐々木説によると、調停は独立な体系であり、法律上の確定的な規則を有すべきである。要するに、道徳感情によって裁判所の主観的な価値判断だけで調停に付することは許されない。司法的性質がある調停制度は、円満や互譲などの道徳を培養すべきものではなく、逆に、道徳の培養を図るのは合理性のみを追求すべき紛争解決制度としては、危険である。

さらに、当該紛争と関係なき者の存在を考慮に入れて付調停を行うべきではない。付調停は、当該訴訟にかける当事者および訴訟物と当該紛争自体との関係、換言すれば、法的構成によって捨象される事実関係の程度にしたがい、民事訴訟ではなく、人的あるいは物的に当該紛争自体の全体的根本的な解決を図ることが必要であると判断される場合に行われるべきものだからである。

最後に、事件の性質、特に紛争当事者の継続的關係、訴訟の目的の価値、債務者の財産状態や支払能力、妥当な解決の可能性に着目し、円満・簡易・迅速・低廉な解決を図ることを付調停の基準とするのは許されない。継続的關係が認められる紛争については、実に当事者がその関係を維持する意思があるか。あるいは、この点をすでに十分考慮し、躊躇したうえで、決意して訴訟による解決を求める場合は少なくない。訴訟目的の価値や、債務者の財産状態や支払能力を基準にすると、少額事件や債権者の意思³⁵⁶を重視する債務者の財産状態が悪い事件の場合、実質的な調停前置主義になりかねない。妥当な解決とは一般的に紛争解決制度に内在する要請ないし理念であり、それをもって直ちに基準とすると、ほとんど常に付調停を行わなければならないことになるであろうと述べていた。

内田説も、調停に付するとき、以上の各点は基準とはしない。しかし、佐々木説と異なり、内田説は、これらは基準と関係ないので、調停に付することができると全く正反対の

³⁵⁶ つまり、債務者の財産状態が悪い場合には、強制執行で債権者の利益を満たせない。債権者は付調停に同意しやすいであろう。

方向へ行く。のみならず、調停に付するときの成立の見込みがあるかどうかでも調停に付する制限としない。

調停が当事者の合意を成立させるものである以上、紛争の実情および当事者の意向などからして成立の見通しが稀薄であるものは、確かにほかの事案と比べては調停になじまないということになるが、その時点では成立の見込みが薄くても、実情に即した解決を得るため調停を行ってみるべき事案がある。実務には、最後に調停成立になる場合が少くない。仮に不成立となっても、当事者は自己の立場、見解を言い尽くすことができ、それに対する相手方の言い分、心情を知る機会が与えられる。主張を言い尽くした満足感が残るだけではなく、問題の所在についての深い認識や、自分の考え方のいたらなかった点の理解なども得ることができる。たとえ訴訟に戻った場合でも、役に立つかもしれない。ゆえに、付調停にあたり、成立の見込みの高さについては、遠慮する必要はないと言われている。

④ 付調停の時期的制限

付調停の時期については、佐々木説が、答弁書も提出されていないような段階において、すなわち、当該訴訟物と該紛争自体との関係、換言すれば、法的構成によって捨象された事実関係がつかめないような段階において、付調停することはできないと主張していた。一方、内田説は、調停に付する確定的な時点がないと述べる。訴訟のいかなる段階で調停に付するべきかについては、まさに当該事案の具体的内容などによることであって、受訴裁判所が事案の内容と当事者の意向との兼ね合いから最も妥当とする機会をとらえて調停に付すればよい。もちろん、当事者双方の弁論および書証の提出がほぼ終わった段階で調停となれば、調停機関は記録によって早く事件の内容を知ることが利点がある。

以上の各観点のほか、どの種類の案件が付調停に適するかは、調停委員の数にも深く関係があると、内田説が主張する。付調停の適当性の判断が今後の進行を訴訟（または訴訟上の和解）によるのがよいか調停に委ねるのがよいかという相対的なものである以上、当該庁における民事調停委員の充実という主体面の強化いかに、一定の事案の付調停の判断に大きくかかわるのは当然である。1974年専門家調停委員制度の発足に伴い、紛争の解決に有用な専門知識経験を有する者の階層が充実し、このような主体面が強化しているので、多様な種類の事件は思い切って付調停を多くしてみてもよいであろうと述べている。

佐々木説をまとめると、民事訴訟も、民事調停も、当事者間において解決しえない民事紛争を国家機関の公正なる公権的判断によって解決することを目的とする国家的制度である。単に、公権的判断の判断対象・判断基準・判断主体・判断手続において技術的な相違がみられるに過ぎないのである。訴訟については、判断基準と判断手続が法定され、判断対象が民事紛争その自体ではなく、限定される両当事者間の法的構成物、いわゆる訴訟物である。訴訟物存否を判断するとき、法律上の関係なき事実関係（要件事実以外の事実）がすべて捨象されるので、民事紛争の全面的な認識、特に、紛争の成因の複雑さ、紛争解決の注意点などについては欠陥がある。これに対して、調停では、判断対象が紛争自体であり、判断基準も法外の条理などを含め、より実質的な公正を追求することができる。

要するに、訴訟と調停の関係からみれば、訴訟を提起する当事者の、訴訟によって紛争を解決したいという意思を尊重すべきである。裁判所が調停に付する判断をするとき、訴訟にすでに係属しているので、訴訟上の基準に基づいて判断しなければならない。したがって、強行法規を適用すべき事件の付調停や、道徳感情を挟め、両当事者の状態を考慮するなどのことはすべて許されない。さらに、調停と訴訟の平等を強調するため、実際に、どの案件が調停に適するか、どの紛争が調停に付してより妥当な解決ができるかはすべて受訴裁判所の考慮すべきことではない。

さらに、佐々木説は排除法によって、どの事案が調停に付することができないと選別するが、逆に、どのような事案が調停に付することができるのかが不明である。特に、事件の性質、紛争当事者の継続的關係、訴訟の目的の価値、債務者の財産状況などの要素がすべて付調停の基準ではないという観点によれば、どのような事案でも調停に付することができないのではないかと思われる。

調停が訴訟と同様に国家制度であるという点は賛成するが、調停の地位や公的性質を強調しすぎていると感じる。調停のプライドで、調停と訴訟の平等を確保するため、両者を隔離するような付調停の基準では、付調停制度の「民事訴訟制度と民事調停制度との法的架橋」という効果を達成することができるかどうか疑問がある。

一方、内田説をまとめると、佐々木説のような排除ではなく、列挙でもない。事件の性質には制限をつけず、成立の見通しが薄いかどうかも問題とはしない。そして、いつでも調停に付することができる。結局付調停の基準などないのではないかと強く感じる。確かに、付調停の基準は単に理論的に議論して出てくるものではない。当該事件の訴訟物、争点や当事者の意向、そして、各庁における調停委員の量質の充実度などにも関係が深い。しかし、逆に単に具体的かつ臨床的な価値判断とすることも妥当とはいえない。訴訟にも、類似する問題がある。例として、知的財産に関する案件を審理するとき、各裁判所において、知的財産に関する裁判官の人数や熟練度の差異によって、基準や手続上のやり方も異なるか。必ずしもそうではない。付調停については、現実的に差異があっても、一般的で共通の基準があるはずであろう。そして、実務において受訴裁判所が付調停の職権行使をするにあたっては、この共通の基準に基づいて、個々の実情によって、一定な裁量や変通をするのは当然なことであると思われる。

(ii) 近來実務上の變化と付調停基準の再構成

前述のように、調停の専門性があまり重視されていない時期においては、佐々木説も内田説も、あまり専門性から付調停の基準を検討していなかった。しかし、近來、紛争類型の變化や調停に対する評価および要求の發展によって、付調停の基準についての理論は、次第に変わってくる。特に、実務上の建築紛争や医療過誤紛争などの専門性が高い事件での専門的知見を得るための付調停と過払金返還事件での訴訟經濟のための付調停の活用は付調停の基準に深く影響をもたらしている。ゆえに、専門性の有無、当事者の關係などの紛争の性質によって、付調停基準を検討する考え方が出てきた。直接に付調停基準の内包を出せず、実務上の各調停に付する事案を整理し、分析して、紛争類型の性質と付調停の基準の關係を探究する実証研究を行う舟本説³⁵⁷はその典型的な代表である。

① 紛争解決手続としての適性

典型的な事案として考察すれば、紛争類型自体の性質と紛争の個別的な特性との2つの面がある。

調停に付する紛争が多いのは、地代・家賃の増減請求³⁵⁸、建築工事負代金の請求などの事案である。これらの紛争類型をみれば、おおよそ事実の存否が争われているのではなく、不動産の評価とか、建築工事の瑕疵、修繕をいくらに見積るかという、数量的評価、計算の問題が最も激烈な争点となっている。そして、その評価、算定については、不動産鑑定などのある程度社会的客観的な基準ないし鑑定が求められる。

そのほかに、紛争の個別的な特性の面がある事案は以下ようになる。親子、兄弟のほか親族間の土地家屋の所有權の帰屬に関する紛争、実質的な共同事業が破綻に陥った場合の清算關係の紛争などがある。これらの類型をみれば、過去、将来にわたる、人間關係、

³⁵⁷ 舟本・前注 351)・5～19 頁参照。

³⁵⁸ この統計は、地代借賃の増減に関する紛争の調停前置主義を導入する 1991 年以前のものである。

共同事業関係などから生じる継続的な利害関係の清算ないし設定ということが紛争解決の目的であり、そのためには、直接、訴訟物とはなっていない当事者間の広い範囲にわたる利害関係の調整、もしくは、当事者以外の実質的な利害関係人との調整が必要とされる。

②審理の難易・遅速との関連

紛争解決手続の追求は適正な結果だけでなく、迅速な処理もその重要な一部である。ゆえに、裁判官にとって、適正な結果を達成する前提のもとに、審理の難易・遅速の問題、いわゆる訴訟経済の見地から、紛争を調停に付することは少なくない。訴訟では証拠調べ、特に人証調べ、検証、鑑定などにはたいへん時間がかかり、厳格な方式上の制約があり、当事者の費用の負担も高くなる。一方、調停によれば、特に専門家調停委員がいる場合には、比較的自由的な証拠方法によって解決の方法を探し、当事者の説得を図ることができる。

③紛争当事者側の事情

土地家屋などの賃貸借契約に関する紛争には、一応訴えを提起したが、後々まで信頼関係を維持したいために、当事者の意思が変わる事案が少なくない。そして、当事者双方もしくは一方が本人訴訟の場合や、紛争当事者本人と代理人との意見が食い違う場合は、調停の道を選ぶことが多い。さらに、建前と本音が違う紛争³⁵⁹、試験訴訟³⁶⁰、一方の紛争当事者が多数である紛争、紛争環境が変化した紛争³⁶¹などもよく受訴裁判所から調停に付される。

④手続の密行性に対する配慮

調停制度の非公開的な性質もよく調停に付するとき考慮される点である。つまり、父兄同士の対立がこじれて訴訟に持ち込まれる事件など、本来訴訟外の適当な場で教育的配慮を加えて解決すべき問題であり、感情の保護のために、非公開の手続である調停はより適切である。医療事故に関する紛争、弁護士に対する当事者の報酬金に関する紛争なども、双方の名誉やプライバシーなどからの配慮で、類似する例である。

⑤未開拓分野に属する事案の処理

実体法は、欠缺や現時点の法理念との矛盾などを完全に避けることができないので、紛争を実体法にしたがって適切とはいえない解決案を下すより、調停によって当事者双方の納得を得たうえ、現実により適応した解決を図ることは当該紛争に対する意義があるだけでなく、このような解決案の積み重ねによって、新しい分野の開拓も期待されるのである。

例えば、土地賃貸借契約更新の際の更新料の問題や、観望できる場所に対する目隠し設置請求に関する事件、工場の騒音、悪臭に関する紛争、日影被害、風害、テレビ受信電波障害に関する紛争がある。

⑥事件処理の補助

裁判部として、当該事件の処理ないし担当事件全体の処理上の必要から、補助的に利用する趣旨で付された事例がある。例えば、当事者の主張が不明瞭なので、代理人や本人双方から事情を十分聞いて問題点を確定する例がある。続いて、担当裁判官の交替で引き継ぎを受けたが、証拠調べが不適切であることや、証拠と主張との乖離があつて、直ちに判決には熟せない。調停の場で、本人の意見をじっくり聞き、もう少し周辺の事情を調査し

³⁵⁹ 借地人、借家人が強硬であるため、賃料値上げが目的である紛争を土地家屋明渡請求で提訴することはその一例である。

³⁶⁰ 例として、貸ビル、賃事務所など同様な賃貸条件の借主が多数いる場合、賃料値上げ請求に対する対応の、一番強硬な相手もしくは最も弱い相手を被告として裁判所の手続で1つの基準を設定したいという狙いの事案である。

³⁶¹ 例えば、区画整理、道路拡張による土地収用、換地など客観的な状況の変化による補償金の問題がある借地借家関係の紛争である。

て解決の方向を見出すのが適当と判断して付された事例もある。

調停に付する最も重要な理由は、数量的な分配の公平と継続的關係の均衡の 2 つの点である。「義理人情」や「足して二で割る」と批判されている調停の不合理性は、逆に、以上の 2 つの点の合理的な面ではないか。そして、手続も、訴訟よりは、より自由な、より広い証拠、事実調査を審理の基盤にでき、解決の結論に当事者の意思を基礎とできる。さらに、早期、迅速な処理をはかり、非公開の手続で当事者のプライバシーが保護できる。

舟本説は、裁判所における付調停の利用実情に照らして、具体的な事案から、付調停の基準ということばを使わず、手続の適性として、当事者の考慮だけでなく、裁判所の角度からの視点を含めて、以上の特徴をあげる。継続關係がある紛争や専門的な知識を要する紛争は、訴訟より調停に適する。そして、訴訟経済や非公開性、実体法の規定が不十分、あるいは不適切であること、裁判官の負担の軽減などの点の考慮も必要である。これを総合的に考慮して付調停の基準とするとされている。舟本説によれば、付調停の基準はかなり明晰になる。しかし、事件処理の補助などの観点は、調停が訴訟と対等である司法的紛争解決手続であることが見えない。調停が従来訴訟手続の単なる補助として考えられて、結局裁判を補う地位に止まるべきである³⁶²という調停補助説をとっていると考えられる。そのほか、非公開性の点については、付調停の基準とするべきかどうかは疑問がある。非公開の問題は継続關係や当事者の気持ちの問題のように、紛争解決の過程にわたって変わるとは言えない。したがって、非公開を望む当事者は、最初から調停を申し立てれば足りるだろう。一方当事者が非公開で紛争を解決させたいということは、調停に付する理由として十分とはいえない。つまり、当事者の実情に対する考慮は、双方の紛争に関する部分に集中すべきであり、紛争以外の要素、特に一方当事者の紛争と關係ない要素を付調停の理由とすべきではないだろう。

(iii) 私見

以上あげられた 3 つの説からも、付調停の基準が、紛争の性質と密接に關係することには異論がないであろう。訴訟より調停のほうがより紛争をよくあるいは合理的に解決することができると思う際の考慮要素として、筆者は、以下の 3 つの点が付調停の基準として参考になると考える。

①継続型の紛争

民事訴訟事件を経済訴訟と人格訴訟に分けるという分類方法がある³⁶³が、現実には、経済性と人格性が混在する紛争が大部分であるので、訴訟と調停の紛争解決方法との適性の角度から、紛争を継続型と分離型に分けるほうが適切である。継続型の紛争というのは、紛争を解決したあとも紛争当事者ないし利害關係人との間に事実上または法律上の關係が存続する紛争類型である。一方、分離型とは、紛争の解決によって紛争当事者ないし利害關係人との間の事実上および法律上の關係が解消され、以後何らの利害關係も存在しなくなる紛争類型である³⁶⁴。土地家屋の賃貸借、相隣關係、遺産分割、そして、長期間にわたる商取引などに関する紛争は、解決されたあとでも、必ずしも当然に法的關係や事後的關係の消滅をもたらすわけではない。このような継続的な關係を維持するため、積極的な維持あるいは消極的な維持を問わず、紛争をできるかぎり、当事者間で自主的に、合意によって解決するほうが当事者にとってより適切であろう。一方当事者が敗訴とされれば、強い挫折感で相手方との關係の修復と維持にはマイナスである。

³⁶² 我妻栄「家事調停序論」末川博・中川善之助・舟橋諄一・我妻栄編『家族法の諸問題——穂積先生追悼論文集——』(有斐閣 1952年) 558頁。

³⁶³ 田辺公二「地方の民事裁判の感想」『民事訴訟の動態と背景』(弘文堂 1964年) 353頁。

³⁶⁴ 萩澤清彦「紛争類型別の条項分析 総論」日本法律家協會編・前注 349)・569～70頁。

さらに、継続型の紛争については、紛争の原因、その証明は非常に複雑である。明白に両当事者の責任の割合を確定することが不可能である場合も少なくない。典型的な例としては遺産分割という家族関係に関する紛争がある。相続人間、そして、各相続人と被相続人との関係は非常に複雑である。理性的に法律に照らして各問題を解決するのは決して簡単ではない。愛や憎しみなど感情的な要素が各当事者の主張や行為に深く影響する。法的構成に関連がないために捨象される事実関係を無視して、判決を下して形式的には紛争を解決しても、実質的に紛争を解決できない。そして、同じ原因についてまた紛争が起こる可能性もある。このような紛争の解決には、司法はただ紛争解決という表面的な目的だけでなく、深く紛争に関する当事者ないし利害関係人との社会関係の修復や将来の紛争の再発防止などの役割も負うべきである。

同じ事実関係に関する紛争でも、主張の違いによって、異なる紛争類型に属するという場合がある。例えば、土地家屋の賃貸借に関する紛争は、更新料の確定を目的とすれば、継続的な関係がまた続いていく。契約を解除して土地明渡の主張を提起すれば、今までの関係を終わらせるため、分離型と誤る可能性がある。要するに、継続型や分離型の判断基準は、紛争を解決したあとの状況ではなく、紛争が手続に係属する時点の状態である。さらに、この継続関係における親密関係や継続可能性は、固定的なものではない。借地人と地主の関係、親族間関係、夫婦間関係など、親密性の種類・程度は様々である³⁶⁵。確かに、継続型の紛争の一部は、修復不可能で、調停で解決できない場合もあるが、このような種類・程度の差異から、継続性を否定することはできない。つまり、最初から調停で両当事者の合意かつ互譲によって紛争を解決させる試みを否定することはできない。

②専門性がある紛争

今までの付調停制度の利用状況、特に各地の裁判所の付調停制度の活用や特別プロジェクト³⁶⁶によれば、専門性という特徴が明らかに現れる。土地家屋賃貸借に関する紛争には、賃料改定の確定は不動産鑑定士の関与が必要である。建築紛争には、工事の瑕疵や不完全箇所と損害賠償額の確定には建築士の関与が必要である³⁶⁷。従来、おおよそ地方の権威者が調停し、あまり専門性と関係ないとされていた相隣関係や家族関係においても、心理士などの関与も増えている。心理士の資格を持っていなくとも、ある程度の法律・心理学、社会学の知識を持つ人が調停委員になればよりよく紛争を解決することができるだろう³⁶⁸。換言すれば、民事調停委員および家事調停委員規則1条に規定される「社会生活の上で豊富な知識経験を有する者」という調停委員の任命要件は、社会生活の専門性ともいえるのではないか。ほかの専門家、つまり医師、弁護士、税理士などの専門性はいうまでもない。

前でも述べた通り、裁判官は法律の専門家であるが、各事件の所属する分野の専門知識は一般的に言えば、専門委員より低い。中国では、知的財産に関する新人裁判官はだいたい理科系出身で法科大学院を経て法曹資格を持っている。しかし、学際的な人材の人数が少ないだけでなく、学際的な人材の専門性は単一分野の人材より低いという問題もある。裁判官が一般事件に比べて、負担感を強く持つことは当然であるのみならず、専門分野に

³⁶⁵ 竜寄喜助「紛争類型別の条項分析（討論）」日本法律家協会編・前注349）・713頁。

³⁶⁶ 例えば、1991年民事調停法改正以前の東京地裁と大阪地裁の土地家屋賃料増減についての付調停試行であり、大阪地裁における建築関係事件を中心に付調停を活用する運用である（石井・新藤・前注324）・13～22頁、池田光宏・田中敦・牧真千子「大阪地方裁判所における付調停事件への取込み——専門知見を要する事件を中心にして——」判例タイムズ1035号（2000年9月）4～24頁参照。

³⁶⁷ 中野哲弘「地方裁判所における建築付調停事件の運営について（試論）」民事法情報167号（2000年8月）80～5頁参照。

³⁶⁸ 『調停』をめぐる座談会」ジュリスト20号（1952年10月）29頁。

つき一定水準の知識を持ち、そして習得するまでは、適切な争点整理および迅速な証拠調べが十分にできない可能性があることは否定できない³⁶⁹とされている。さらに、訴訟における専門委員制度を利用しても、専門委員の役目は直接に紛争を解決することではなく、裁判官に意見を提供することである。最終的に事実の認定、証拠と紛争の関連性などの心証を取るのは裁判官の責任である。専門委員の意見を理解するのは決して簡単なことではない。したがって、専門家が直接に紛争の解決主体の構成員になれば、より迅速かつ適切に紛争を解決することができると思う。

以前の調停委員の構成においては、専門家調停委員の比率が少なかった³⁷⁰ので、高齢化・固定化した権威者によって強制的な調停が行われたことに対して批判があった。しかし、1974年民事調停法の改正を代表として、調停委員の年齢が70歳を上限とし、どれほど調停委員の平均年齢を下げるのかは断言することができないが、精力がみなぎる専門家調停委員の比例が高くなっていくのは予想できる³⁷¹。調停の合意・互譲という特徴から、より紛争の専門性に注目すべきであると思う。

③訴訟経済

訴訟経済の点は専門性に深く関係する。前述のように、専門訴訟においては、事案解明のため、鑑定が必要となる場合が多い。科学的な結論を出すため、厳格な方式によって鑑定を行わなければならない。蓋然性が一定レベルに達しない意見は排除される可能性もある。時間もかかり、金銭もかかったうえ、効用がどの程度になるのかは十分には予測できない。したがって、鑑定は紛争の解決に役に立つとしても、当事者にとって過大な負担になる³⁷²。一方、調停においては、訴訟のような厳格な手続はいらない。専門家調停委員は、現地調査を行い、紛争の争点について、概括的な判断を下す。明確な両当事者の責任分配や数字による損害の程度の確認ではなく、因果関係の有無や、だいたいどちらの当事者の責任が重いなどの点について意見を表明する。このような専門家調停委員の調査は、鑑定より、迅速かつ低廉という特徴は明らかである。このような専門家調停委員の調査意見は、調停における互譲・相談の基礎となるものである。調停成立の根拠は、両当事者の合意であり、専門家調停委員の調査意見とは直接な関係がない。

以上のような当事者側の訴訟経済の観点と異なり、裁判所側の訴訟経済、あるいは、社会的な訴訟経済の角度からの発想は適当であるか。鑑定を行う場合の金銭面の負担は裁判所にとってはあまり重要ではないが、時間面の負担は当事者にとっても裁判所にとっても問題になる。ほかの紛争解決方法でよりうまく紛争を解決することができるという点だけではなく、裁判所にとってより迅速に解決することができ、時間を節約することができるという点を理由として、調停に付することは合理的だろうか。さらに、条件を限定すれば、訴訟物の価値が低く、そして、事案の解明の難易はともかくとして、解決の達成可能性が高い³⁷³と判断する紛争については、訴訟を利用し、裁判官の関与で紛争を解決するのは、裁判制度を支える社会にとって、効率的とはいえない。さらに、相手当事者にとっても、調停ではなく、訴訟³⁷⁴で紛争を解決するのは、自分の時間や金銭の負担を引き起こすことになる。民事調停法には、裁判所がどのような理由で調停に付すべきなのは規定がないの

³⁶⁹ 中野哲弘「付調停を活用した民事訴訟審理の活性化について」民事法情報 151号（1999年4月）25頁。

³⁷⁰ 谷口知平・阿南成一「調停研究の問題点」法社会学 6号（1956年3月）8頁。

³⁷¹ 河野清孝「専門的知見を要する民事調停事件——東京地方裁判所における実情を中心として——」仲裁とADR 7号（2012年5月）37頁。

³⁷² 「民事調停の諸問題——その現代的課題と展望——（第2回）」判例タイムズ 348号（1977年8月）54頁。

³⁷³ 特に継続関係がある紛争。

³⁷⁴ しかし、濫訴とはいえない場合。

で、裁判所がこのような考え方で、表向きには別の理由を使って付調停するのは特に問題がない。しかし、社会および相手当事者の訴訟経済の角度から、調停の存在理由と意義を再考することは価値があると思う。この部分は後で詳しく議論するので、まず訴訟経済を当事者側に限定して付調停の基準として考える。

(iv) 小括

したがって、付調停にふさわしい事件としては、継続型の紛争、専門性がある紛争および調停で解決することが訴訟より経済的である紛争の3つの点が基準となるだろう。3つの基準は重なり合う場合も多い。土地家屋に関する紛争は、継続関係があり、建築士の関与で専門性があり、そして、経済的な要素もあるので、付調停に適する典型的な事例といえる。

しかし、さらに注意すべき点として、1つ1つの具体的な事案については、各要素には違いがあり、個別の検討を要するといえる。同じ継続型の紛争に属しても、訴訟物の価値が同じであっても、各当事者によって重要さは異なる。当事者の譲歩の限度に主観的な差異がある³⁷⁵。ゆえに、同じ性質の紛争でも、まったく違う方向の結果が出る可能性もある。よって、具体的な事案から付調停の基準を評価したり、あるいは、調停の不成立を理由として付調停の基準を否定するのは、適切ではない。調停が成立するかどうかとこの紛争が調停に適するかどうかとは絶対的な関係がない。しかし、同じ類型の案件で高い調停成功率がある場合には、この類型の案件が付調停に適すること、あるいは、この付調停の基準が妥当であることを強化するといえる。

そのほか、当事者の意思は、条文からの解釈によっても、通説によっても、付調停の要件にはならない。しかし、実務上は、当事者の意見を聞き、特に激しい反対がない場合にのみは調停に付すことが通例である。特に、2003年の民訴改正における専門委員制度の導入によって、ある専門事件の継続性が薄い場合には、当事者の意見は付調停の基準にはならないが、当事者の意見を考慮するのは以前よりさらに重要になってくる³⁷⁶。

(2) 調停主任の立会と人選

付調停の条文からみれば、訴訟手続における裁判長が調停主任になるのが法律上の建前であると言われている。実際、東京や大阪などの調停専門部がある裁判所以外では、このような建前にしたがって、調停主任裁判官と訴訟担当裁判官は一致している³⁷⁷。しかし、裁判官の人数は不足しているため、調停期日のすべてに調停主任たる裁判官が出席することは不可能である³⁷⁸。特に2003年民事調停法改正以前には、裁判官が調停主任になっても、調停は、ほとんど調停委員のみで行われていた。裁判官は調停成立のとき、形式的に調書作成のため立会うのが常態である³⁷⁹。

このような現状に対して、評価は分かれている。最も対立的かつ重要な観点は、調停主任裁判官が実質的に関与すべきであるという積極説と調停主任裁判官は関与しなくてもかまわないという消極説である。積極説によれば、裁判官のほうが調停委員より、法律を詳しく掌握するため、事件の法律的な争点については裁判官のほうが責任を持った対応が

³⁷⁵ 例えば、継続型紛争の場合には、ある紛争には、両当事者が親子関係であり、ある紛争には、両当事者が3代以上の傍系親族である。同じ10000円の紛争対象物であっても、経済状況によって、当事者にとって、意味も異なる。

³⁷⁶ 後の(3)付調停の時期と争点整理のための付調停でも論じる。

³⁷⁷ 塚原朋一「和解と調停の振り分け」日本法律家協会編・前注349)・288頁。

³⁷⁸ 石川明「非常勤裁判官(調停官)制度の導入所感」法学研究77巻2号(2004年2月)90頁。

³⁷⁹ 溝口・前注347)・58頁。

できる³⁸⁰。一般の調停委員だけでは、法律の専門家ではないので、手続上のことを十分考慮せず、調停の記録を読まないで調停し、方針や調停条項が決まらない場合もある。このような場合は、裁判官が積極的に関与し、適切な指示を与えればより早く紛争を解決することができる³⁸¹。特に、調停に代わる決定を積極的に活用することを推進するなら、裁判官の主導的な関与が必要である³⁸²。調停がほかの裁判外紛争解決手続より社会的信用が維持されている重要なポイントは裁判官を調停主任に据えていることにある³⁸³。つまり、司法的性質があるところである。こうした機能を果たすには、正しく調停手続をコントロールするため、裁判官が実質的に調停主任として関与することが必要である。多くの裁判所で判事補が調停主任になる現状も問題があるであろう³⁸⁴。したがって、調停に対する信頼性を維持するには、非常勤裁判官制度の導入より、裁判官の定員の急増が不可欠である³⁸⁵とされている。

一方、消極説は、どの人が調停主任になるかはともかくとして、ほかの調停委員が適材適所で真剣に調停にあたるならば、調停に対する信頼は失われまいと考える。要するに、調停主任の存在はあまり問題ではない³⁸⁶と言う。裁判官の調停不立会によって、生じる支障は、主に以下のものである。①申立の却下、調停前の措置、不出頭の制裁、調停をなさず、現地調停、調停の不調、調停に代わる決定などにつきより適切な措置および指揮ができない。②調停条項の不備による請求異議、調停調書の更正、調停調書無効確認等々の訴訟が起きる恐れがある。③調停の遅延を招く³⁸⁷。

しかし、以上の支障に関する件数が調停の総件数に占める比例はあまり高くない³⁸⁸うえ、以上の支障を解消するためには、必ずしも裁判官の立会が必要ではない。調停手続は、①事実を解明する段階と②紛争を解決する段階から構成される。以上の支障の発生時期はおおよそ②紛争を解決する段階に属する。要するに、当事者の話を聞き、整理する事実を解明する段階では、裁判官が立ち会う必要はあまりない。調停前の措置、不出頭の制裁など事実を解明する段階に属する支障については、調停主任たる裁判官が調停記録などの書類を見るだけでも処理することができる。もちろん、裁判官が調停の全段階に立ち会うほうがよりよく調停を行えることは否定できない。しかし、裁判官が不足している現状からは、柔軟な調停手続の運用をことさらに問題視する必要もなからう。

裁判官の角度からみれば、常に立ち会うのは、現実的に不可能であるのみならず、必要もない。裁判官が全段階に立ち会って、証拠・事案を整理して、当事者の話し合いを進めるのなら、訴訟上の和解と変わらない。裁判官がわざわざ調停に付す必要性はなくなるだろう。それに、裁判官が常に立ち会うと、調停を行う主要責任者になって、ほかの調停委員が自由に発言することが難しくなるだろう³⁸⁹。特に、調停委員は自分のあまり法律的不是な発言が裁判官に否定されることを懸念する恐れがある。

³⁸⁰ 澤谷修造「簡裁における民事調停事件の運営について——主任裁判官の全件立会の提言——」判例時報 1871号（2004年12月）19頁。

³⁸¹ 前注 372）・56頁。

³⁸² 梶村太市・田中宏美「民調法十七条の調停に代わる決定の積極的活用について（二）」判例タイムズ 388号（1979年8月）31～5頁参照。

³⁸³ 石川・前注 378）・90頁。

³⁸⁴ 森松萬英「調停裁判論に対する一考察」法学新報 71巻 12号（1964年12月）45頁。

³⁸⁵ 石川・前注 378）・90頁。

³⁸⁶ 日本法律家協会編・前注 349）・188頁。

³⁸⁷ 溝口・前注 347）・58頁。

³⁸⁸ 表 3：民事調停事件の処理状況からみると、以前の調停に代わる決定の比率は極めて低かったが、最近は高くなっている。非常勤裁判官制度の導入はその理由の 1つであろう。

³⁸⁹ 「民事調停の諸問題——その現代的課題と展望——（第 3 回）」判例タイムズ 349号（1977年9月）82頁。

さらに、東京地裁や大阪地裁などの訴訟裁判官と調停裁判官が別人である例外的な場合を除いては、付調停を、通常は同じ裁判官が担当する。調停が成立して、紛争を解決すれば、特に問題がないが、調停不調になって、訴訟に戻るとき、問題が起こる。調停で関与した調停主任たる裁判官が、事案の整理や証拠調べなどによって、一定程度心証を形成するのは否定できない。特に、調停は訴訟ではなく、調停委員の誘導や自らの意見で、自己に対する訴訟上の不利益がある発言が出る可能性もある。この自己に不利益な発言あるいは「証拠」が調停主任たる裁判官、いわゆる訴訟裁判官の心証形成に影響を与え、最後の判決に反映されれば、当事者の手続上の利益を損なう。つまり、弁論兼和解に言われたのと同様の問題が出てくる³⁹⁰。

積極説も消極説も、各自の角度から訴訟と調停の関係を整理している。両説をまとめると、当事者が調停を信頼して利用する理由の一部は、調停の司法的性質である。さらに、手続が迅速かつ法律からあまり外れないようにするには、裁判官の関与は望まれる。しかし、付調停の場合には、裁判官より調停委員に対する自由な発言を促すほうが望ましいし、そこでの自由な発言が調停不調で訴訟に戻る場合に裁判官の心証に影響を与えるという不利益が生じる。要するに、裁判官の関与は、当事者にとって両刃の剣になる。この矛盾を解決する1つの方法として、2003年改正法で導入された民事調停官制度がある。

法律知識を有するだけではなく、紛争解決の専門家³⁹¹であり、裁判官より、より当事者の手続上の利益を守る意識があるといえる弁護士の関与は、調停委員の法律知識が不十分である欠点を避けるのみならず、手続の迅速性を確保し、過度な自由調停を防止でき、調停を効率的に行うことができる。さらに、非常勤裁判官の名義で、弁護士仕官を促進する本来の目的を達成するだけではなく、調停裁判官と訴訟裁判官の一致による問題も避けられる。同時に、訴訟に戻る場合にも、調停主任たる弁護士なら、調停委員と比べて、より訴訟に適する事案・争点整理を行うことができる。特に、当事者の弁論権を確保するため、裁判官に心証形成をさせないような調停結果（不成立）報告書を作成することもできる。また、弁護士の経験を何十年も積んだ後、世のため人のためになるような仕事をしたい、こういう気持ちの弁護士も多く存在するだろう³⁹²。この点は法曹一元制度を採用しているイギリスで、裁判官が Queen's Counsel から選ばれる理由と共通であろう。豊富な経験がある弁護士は専門知識もあり、法律の本質である正義と公正を追求する奉仕の意識もあるので、調停主任の最も適切な人選であると考えられる。

(3) 付調停の時期と争点整理のための付調停

民事調停法の条文は、付調停の時期に対する制限を規定していないが、20条1項の但し書きには、事件について争点および証拠の整理が完了したあとにおいて、当事者の同意がなければ、付調停ができないという旨の規定がある。しかし、これを付調停の時期についての制限かどうかについては理解が分かれている。付調停を利用する裁判官らは、これがただ立法者の付調停の時期に対する推奨にすぎないと考えている³⁹³。つまり、争点整理が完了する前に調停に付したほうがよいが、ほかの段階で付調停をすることを禁じているわけではない。特に、実務上の結果からみると、裁判官のやり方や紛争の種類によって、

³⁹⁰ 西野喜一『「弁論兼和解」再論のことなど』法制理論40巻1号（2007年8月）69～78頁。高橋宏志「民事訴訟法改正と弁論兼和解」判例タイムズ847号（1994年8月）31～8頁参照。

³⁹¹ 特に訴訟の専門家

³⁹² 「民事調停の諸問題——その現代的課題と展望——（第1回）」判例タイムズ347号（1977年7月）65頁。

³⁹³ 内田・前注344）・60頁。舟本・前注351）・26頁。

争点整理と付調停の時期にはあまり関係ない³⁹⁴。さらに、この但書の制限は、戦後の民事調停法成立の際に設けられた規定であり、従来の各調停法にはないので、紛争解決手続にとっては、一步後退したものとみる意見もある³⁹⁵。

一方、弁護士側からは、争点と証拠の整理をされたあとに事件を調停に付されることに対しては、疑問も出されている。つまり、争点と証拠を整理されたあとは、裁判官から和解を進めれば、十分であり、わざわざ調停に付するのは違和感があるという考え方がある³⁹⁶。

学界では、裁判官がいつの段階でも調停に付することができる従来の説³⁹⁷に対して、東京高決昭和 29・4・23 の決定³⁹⁸が出たことから、但書違反の付調停決定に対しては抗告を許すべきであるという説が有力となる³⁹⁹。要するに、争点および証拠の整理が完了したあとの付調停について、当事者の同意をより重要な位置に立てる。但書を実質的な制限と考えるのである。しかし、裁判所の調停に付した決定が不相当であることに対する主張立証は極めて困難であるし、また、その決定に対して不服を申し立てるより、付された調停において調停不調として手続の打ち切りを求めるほうが、より早くかつ容易である⁴⁰⁰ので、実際には、付調停に対する不服申立が東京高決昭和 29・4・23 の決定の後、あまりない⁴⁰¹。結局、実務上は、付調停の時期は制限がないようである。

付調停の時期の制限があまりないという実情があっても、佐々木説によって、答弁書も提出されていないような段階において、付調停することができないという考えおよび、争点も証拠も整理されていないと、調停に付するのが適当かどうかは判断できない裁判官側からの争点整理後の付調停を重視する観点は、今でも有力である。

しかし、最近の付調停実務の趨勢は、以上の 2 つの観点とかなり外れている。過払金返還請求事件は、定型的な事件で争点整理するまでもなく、迅速な解決のために付調停がなされているし、建築関係事件では、争点整理のために付調停が利用されている。開示された取引履歴を基に制限利率による引き直し計算をすれば、機械的に、返還を求める過払金額および悪意に基づく利子額を算出することができるので、過払金返還請求事件は請求どおりの認容判決になる可能性は高い。一方、被告側は、原告との金銭消費貸借取引経過自体は認め、過払金の発生や悪意の受益者であることについては異議があると主張しても、

³⁹⁴ 同じ東京地方裁判所を例として、70年代には交通事故による損害賠償請求事件にあっては、付調停は100%口頭弁論を開く前にされており、他の事件にあっては、付調停はほぼ過半数が第1回、第2回口頭弁論期日など極めて初期の段階で行われる(内田・前注344)・60頁)。一方、舟本信光裁判官の1980年5月から12月までの処理事件の実情を例とすれば、争点整理後の回付が78%を占める(舟本・前注351)・26頁)。さらに、今現在の過払金返還請求事件や建築関係事件などについては、被告に訴状副本とともに、付調停決定を送達することや、争点整理の初期の段階から調停に付することが多いので、争点整理前の回付の比率が高くなっている(八東和広・志村宏「過払金返還請求訴訟の付調停事件の実情等について」別冊判例タイムズ33号(2011年10月)180頁。小山稔「争点整理の実際と専門調停における争点整理のスキル」判例タイムズ1134号(2004年1月)24頁)。

³⁹⁵ 舟本・前注351)・26頁。

³⁹⁶ 磯辺和男「回付に対する当事者側の反応及び和解と調停の限界」日本法律家協会編・前注349)・158頁。

³⁹⁷ 小山・前注233)・90頁。

³⁹⁸ 東京高決昭和29・4・23の決定要旨は、簡易裁判所が係属事件につき争点および証拠の整理完了後、当事者の同意なくして職権でほかの裁判所の調停に付する決定に対しては、民事調停法22条非訟事件手続法第20条によって抗告をなし得るとする旨である。本決定は、訴訟の移送の規定を準用して取り扱うことが相当と認め、さらに、民事調停法20条1項の但書の規定に反して調停に付した場合には、当事者になんら不服の申立を許さないというのは、当事者の権利を不当に侵害することになるという意見を表した。

³⁹⁹ 小山・前注233)・178頁。

⁴⁰⁰ 石川・梶村・前注230)・320頁。

⁴⁰¹ 舟本・前注351)・25頁。

具体的な立証活動をすることは少なく、和解による解決を望む例が多い。結局、原告の請求額の近くの額で成立しているのは通常である。また、判決になっても、被告が控訴することはあまりなく、全額の支払いをしているようである⁴⁰²。このような実情を鑑みると、受訴裁判所は、原告の意向を確認の上、付調停決定を行い、原告に付調停決定を告知し、被告に訴状副本および付調停決定を送達するような手続を実施している⁴⁰³。

一方、建築関係事件の主要な特徴としては、多数の瑕疵や多数の追加変更工事が主張され、審理を進めても争点が絞られるというより、あれもこれもといった形で拡散される傾向がある。そして、必要となる専門知識は、建築の各分野⁴⁰⁴にわたる幅広いものが要求される。さらに、施主、設計者、監理者、施工業者、下請業者など利害を同じくしない者が関係する⁴⁰⁵。本来の争点整理は、当事者間で行うことができれば、最も望ましく、また原則的な形態であるが、このような専門知識を要する紛争については、専門知識を持たない当事者あるいは代理人が、争点整理をするのはかなり困難である⁴⁰⁶。したがって、このような専門知識を要する事件については、専門家調停委員の知見を利用して、争点整理のために付調停を活用する運用が進められている⁴⁰⁷。

過払金返還請求事件のような事実関係が明白である紛争でも、建築関係事件のような専門性があり、複雑である紛争でも、調停に付する前提は同じである。すなわち、できれば、調停で紛争を解決しようという目的である。過払金返還請求事件は、簡単かつ明白で訴訟を利用する必要がないので、調停で解決するほうが、より迅速かつ廉価である。建築関係事件は、争点整理には専門性があるので、専門家の関与は、紛争の解決をより明瞭かつ効率にさせる。前述のように、互譲は、調停の存在する理由ではないが、調停が追求する目的である。したがって、裁判官が調停に付するとき、必ず当事者双方の譲歩を期待するはずである。当事者でも、調停で紛争を解決すれば、必ず一定の妥協があることは事前に分かっている。互譲は調停の核心であろう。要するに、仮にまったく譲歩をしたくない場合には、最初の段階で調停に付することを拒否すること、あるいは調停不調の方向へ努力することができる。ゆえに、争点整理のための付調停の活用は、専門家調停委員の協力を得つつ争点整理の成果をあげることである。ただし、調停成立を期待して付調停とすることが必要であり、調停成立を期待せずにもっぱら争点整理のためだけに付するとすることは相当ではない⁴⁰⁸という前提に注意すべきであると言われている。しかし、実際に、調停で紛争を解決するのではなく、単に争点整理だけで調停に付することは避けられない⁴⁰⁹ので、裁判所が調停に付するとき、当事者の意見を聞く慣例は、単なり調停不調という結果を避ける自分のための考え方だけではなく、当事者の手続保障という面の意味もあるだろう。

当事者の意見を考慮するにもかかわらず、争点整理のためだけの付調停は特に問題がな

⁴⁰² 阿部則之「仙台簡裁における不当利得金（過払金）返還請求訴訟事件の付調停積極的活用の実情」判例タイムズ 1325 号（2010 年 8 月）16～17 頁。

⁴⁰³ 八東・志村・前注 394）・180 頁。

⁴⁰⁴ 地盤、基礎、構造、意匠、設備などである。

⁴⁰⁵ 本多俊雄「大阪地裁建築・調停事件における現況と課題」判例タイムズ 1381 号（2012 年 12 月）58～9 頁。

⁴⁰⁶ 山本和彦「争点整理における ADR の利用」判例タイムズ 1134 号（2004 年 1 月）27 頁。

⁴⁰⁷ 具体的にいえば、調停主任が専門家調停委員を調停委員に指定して調停委員会を構成し、これを合議体のように運営して主張整理を行う。あるいは、調停部所属の裁判官が裁判官のみによる単独調停を主宰し、適宜、専門家委員から専門的な知識経験に基づく意見を聴取して主張整理を行う（池田・田中・牧・前注 366）・16 頁）。つまり、争点整理の段階で専門家調停委員の積極的な関与によって、早くかつ適切に争点を確定する手続である。

⁴⁰⁸ 池田・田中・牧・前注 366）・16 頁。

⁴⁰⁹ 「争点整理のためだけの付調停は邪道である。」という弁護士側の批判もある。池田・田中・牧・前注 366）・9 頁。

いと思う。専門家調停委員が争点整理に関与する場合には、以下のような問題点がよく指摘される。つまり、訴訟手続において、当事者が主張していない争点を審理の対象とすることや当事者が主張している争点を審理の対象としないことは、民事訴訟手続の一般原則に反し、かつ、裁判を受ける権利との関係でも問題を生じかねない⁴¹⁰。しかし、当事者が主張している争点あるいは当事者が主張していない争点という概念には疑問がある。争点というものは、その名の示すとおり、争いがある点である。当事者が認定する争いがある点と訴訟の主張とは直接な関係がない。つまり、一方当事者が自ら重要であると認めるいわゆる争点は、要件事実と関係せず、あるいは関係が薄くて、最後の裁判に影響がない可能性がないとはいえない。特に専門訴訟の場合には、当事者の専門知識がないので、因果関係を誤解する可能性もある。ゆえに、当事者から提出される争点の解明が必ずしも自ら提出される主張の基礎になるとはいえない。さらに、訴訟手続の一般原則や裁判を受ける権利との抵触に対する心配にも異議がある。争点および証拠整理は証明ではなく、すなわち法的評価ではない。ただ事案解明のための証拠の整理という準備手続である。このような法的判断がない準備手続は厳格な手続によって裁判官のみで行う必要があるかどうかには議論する余地がある。仮に争点整理のための付調停に対する手続上の憂いがあれば、積明権や例外としての職権証拠調べの正当性も動揺されるだろう。

2003年民事訴訟法改正によって、争点整理のための付調停の経験を踏まえて、専門委員制度が導入された。しかし、訴訟裁判官が争点整理を担当するとすれば、相当な負担となり、裁判官の負担を減らす目的は達成することができない。さらに、前述のような争点整理のための付調停のメリットがあるので、専門委員制度があるにもかかわらず、裁判所が建築関係などの専門性がある紛争については、調停に付するモデルを主要な方式としている⁴¹¹。

付調停の時期については、紛争類型の発展によって、従来の答弁書が提出された段階から受訴された段階に拡大してきた。同じ争点整理の段階での付調停でも、目的が変化している。付調停制度の利用について、旧来強調された当事者の意思の要素は若干弱化され、一方、裁判所の裁量の要素はある程度強化されると考える。

おわり

訴訟でも調停でも、不告不理という消極的な原則がある。この消極性は、両方とも司法的紛争解決手続に属することから由来する。当事者がいずれかの司法的紛争解決手続に入るにあたっては、選択権がある。しかし、この選択権は司法的紛争解決手続に入ったあとには、制限がある。すなわち、受訴裁判所には紛争を調停に付する権限がある。付調停制度は訴訟と調停の連携の一環として重要な意義がある。付調停制度に関する立法の変動や運用の発展は訴訟と調停の関係の変化を反映するものとみることができる。

前述のような民事調停法の4回の改正を顧みると、4回の改正はまさに付調停制度、特に訴訟と調停の連携の発展を示している。調停委員の専門家化は、調停の本質である専門性の体现である。地代借賃増減事件についての調停前置主義の導入は、調停機能の強化、とりわけ付調停を、紛争を訴訟から調停に分流する試験場とする役割の強化と考えられる。非常勤裁判官ともいえる民事調停官制度の創設は、付調停制度の実務上の活用と法理および法律規定との衝突を補うものである。非訟事件手続法の施行に伴う手続参加や職権主義などの規定は、手続保障の強化と柔軟性の維持との両面から、さらに制度化されたことで、ほかの法律との接合性が改善され、調停制度への重点が高まったと評価できる。

⁴¹⁰ 山本・前注406)・29頁。

⁴¹¹ 本多・前注405)・59頁。

実体法が不備である場合に、調停で紛争を解決する経験を積み上げることで、将来の法改正の参考にすることは、調停の訴訟に対する法創造機能ともいえる。付調停も、紛争を分類し、より適切な紛争解決方法へと割り当てを行い、さらには、調停前置主義の採用や専門委員制度の新設につながったという点で、手続上の改革を導く力も持っている。地代借賃増減事件、特に性質が異なる過払金返還請求事件と建築関係事件の付調停の実務上の運用をみることで、どの種類の紛争を全部、あるいは部分的に調停または訴訟に割り当てるべきかの判断基準をまとめるのに、参考となる。過払金返還請求事件については、事案が明白で、争点があまりない。当事者の履行可能性も高いので、訴訟経済の角度から調停に付する。それに対して、建築関係事件のような専門性がある事件については、専門家調停委員の知見を利用するため、調停に付する。一方、地代借賃増減事件については、訴訟経済の考慮も、専門性の考慮もあり、そのほか、両当事者の継続的な関係という側面の考慮もあるので、調停に付する。要するに、この3つの要素を基準として、訴訟と調停に適する紛争を分ける作業を行っていると考えられる。そして、民事訴訟法が改正されて専門委員制度が導入されたのちも、専門性が高い事件を調停に付するのは依然として主要な方式である実務上の現状からみれば、調停が訴訟よりこのような事件により適切である理由は、専門性だけではなく、調停のほかの本質にも深く関係があるのではないかと考えられる。そこで、争点整理のためだけの付調停の理論上の合理性を探究することも調停の現代意義を解明するのに資するだろう。

第3編 日本の家事調停の独自性と課題——合意解決を目指して——

はじめに

日本の調停制度は、民事調停と家事調停に分けて運営されている。民事調停については、すでに論じたように、同席で行われ、調査官制度が設けられておらず、地代借賃増減請求事件以外、調停前置主義が採用されていない。一方、家事紛争は、民事紛争に対して、紛争の継続性が高く、権利義務の明確さより、感情の影響が強い。特に、離婚紛争の場合には、単に夫婦間の紛争解決だけではなく、子の利益を考慮しなければならない。制度上に調停を行うことができる事件（家事事件手続法〔以下、家事法と略記する〕244条）について調停前置主義が採用され（同法257条）、民事調停と異なり、別席調停が常態であり、必要と認めるとき家裁調査官が関与するなど大きな違いがある。家事事件と民事事件の差異について、異議はないが、この差異によって、家事調停を民事調停と区別して、独自の制度を設ける必要があるのか、さらに、家事調停制度の独自性が認められるとしても、各制度や運営に合理性があるのか、この合理性の理由は変化するのか、特に子どものいる離婚紛争における調停理念の発展などについて探究したい。

一 家事調停制度の沿革

1 戦前の家事調停制度の沿革

日本における家事調停に関する制度の発端は、第一次世界大戦後の民法改正についての議論まで遡ることができる。当時、日本の家制度の伝統を尊重することが重視されている。1919年、内閣に臨時法制審議会が設置されると同時に、「政府ハ民法ノ規定中我邦古来ノ淳風美俗ニ副ハサルモノアリト認ム。之ヲ改正ノ要綱如何」という諮問が政府から発せられた⁴¹²。これに対して、臨時法制審議会は、親族・相続法の改正案を議論する途上において、家事に関する紛争が、「温情ヲ本トシ道義ノ観念ニ基キ」、通常裁判所の権限から除いて、特別措置が必要であるという、いわゆる、家事審判制度が設けるべきであるという方針が認められていた⁴¹³。その後、審判および調停が対応すべき紛争の種類、家事審判所の組織などの具体的な点まで調査議論されたが、民法の親族相続編の改正作業が遅々として進まないため、法定されるには至らなかった⁴¹⁴。

結局、すでに紹介したように、日華事変が起こった後の1939年に、戦没将兵の遺家族間における恩給・扶助料をめぐる紛争が生じ、それらを迅速円満に解決することが急務とされたので、家事調停の部分のみが人事調停法の形で制定された。人事調停法は、同じ「親族間ノ紛争其ノ他家庭ニ関スル事件ニ付キマシテハ、之ヲ道義ニ本ヅキ温情ヲ以テ解決スル（ことが）最モ望マシイ」という理由で提案されたが、実際には、家事に関する特有のことが法律条文には一切反映されていなかった。調停前置主義なども採用されず、借地借家調停法の準用規定があるので、文言を変えると、直ちにほかの分野の調停法にもなれる法律であった。

臨時法制審議会と人事調停法の提案理由で用いられた「道義」と「温情」に内在する意味も全く一致ではない。前者の場合、日本の家族制度における道義と温情は、近代的な家

⁴¹² 最高裁判所事務総局・前注236)・45頁。

⁴¹³ 内藤頼博「家庭裁判所の沿革」中川善之助・青山道夫ほか編『家事裁判 家族問題と家族法Ⅶ』（酒井書店 1957年）79頁。

⁴¹⁴ 沼邊愛一「家事調停制度の回顧と課題」家庭裁判月報41巻1号（1989年1月）19頁。

族・婚姻観にとって極めて不合理な価値観も含まれていた。要するに、調停を代表とする家事審判制度を設けたかった背景には、家事に関する独自の特徴に対応すること以外、近代的な法理念・法制度の適用を排除し、伝統における不合理な部分を維持する意味もあった。一方、人事調停法の立法理由は、非常に簡単であり、前述のような現実的な社会問題に対応するためであった。道義や温情などの言葉を使って、古来の「淳風美俗」と親族間の「健全」な共同生活を維持し、旧制度との妥協を図ったもの⁴¹⁵とされている。

2 家事審判法から家事事件手続法まで

大正年間にすでに出されていた、家事審判制度の構想は、ようやく戦後の民法親族相続編の改正に伴い、1948年に家事審判法の形で実現された。「個人の尊厳と両性の本質的平等を基本として、家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を図ることを目的とする」（旧家事審判法〔以下、旧家審法と略記する〕1条）理念は、従来の「淳風美俗」や「道義二本ヅキ温情ヲ以テ解決スル」家事事件に関する構想とは異なり、憲法24条の理念が導入されている。家事審判法によって、家事調停や家事審判を処理する、地方裁判所の支部として家事審判所が設けられ、第18条1項の規定によって、「人事に関する訴訟事件その他一般に家庭に関する事件」について調停前置主義を採用した。

しかし、1949年、GHQが強く主張したことから、家事審判所を、法務省の所管であった少年審判所と併合し、地方裁判所から独立した裁判所として、家庭裁判所が設置された⁴¹⁶。アメリカのファミリー・コートの理念を基調とする家事事件と少年事件について司法権を有する家庭裁判所制度は、当時の世界でも先進的な試みであると考えられる。その後、1951年、家事調停・家事審判に必要な事実の調査を担当する専門職員としての家事調査官を設けた。同年から、事件関係人の心身の診査を行うための医務室が次第に各家庭裁判所に設置されてきた。1954年、少年調査官と家事調査官の統合による家庭裁判所調査官制度が確立した⁴¹⁷。1956年、家事審判法改正によって、履行確保に関する履行状況の調査および勧告、履行命令および制裁、寄託制度が設けられ、家裁調査官の調査機能も家事審判規則によっていっそう明確にされ、充実したものとなった⁴¹⁸。1950年代は、家庭裁判所の創設整備期⁴¹⁹であり、家庭裁判所制度の基本構造が完成した。

その後、国民の権利意識の変化、社会の変容に伴い、家庭紛争の性質自体が変化し、都市型の家事事件が中心になったため、調停に専門的知識や専門技法の活用が必要になった⁴²⁰。ゆえに、60年代中旬から、家事調停に裁判官はできるだけ立会うことにより、調停の規範性を高めるとともに、次第に能力を高めつつあった調査官の調査を家事審判のみならず、家事調停にも導入し、調停の科学性・合理性を担保しようとする活動が行われた⁴²¹。一方、1974年の法改正によって、家事調停委員の専門性が強調された。同年施行された「民事調停員及び家事調停委員規則」は、調停委員の資格を40歳以上70歳未満の法律専門家調停委員、技術専門家調停委員と有識者調停委員の3種類の委員に限定した。調停委員の専門化と若返りが図られた⁴²²。

同じ時期から、核家族化の進展、価値観の多様化、権利意識の高揚などによって、調停

⁴¹⁵ 重松一義「家事調停制度半世紀の歩ゆみ」中央学院大学人間・自然論業15巻（2002年3月）130頁。

⁴¹⁶ 斎藤秀夫・菊池信男編『注解家事審判法〔改訂〕』（青林書院 1992年）48頁。

⁴¹⁷ 沼邊・前注414）・20～1頁。

⁴¹⁸ 宇田川潤四郎「履行確保に関する家事審判法の一部改正等について」法曹時報8巻5号（1956年5月）590頁以下参照。

⁴¹⁹ 沼邊・前注414）・18頁。

⁴²⁰ 野田愛子「家事調停論のフィード・バック」ケース研究219号（1989年5月）11頁。

⁴²¹ 沼邊・前注414）・26頁。

⁴²² 野田・前注420）・11頁。

困難なケースが増え、当事者合意の強調と子の福祉への配慮という理念の変化にしたがって、調停にかかる時間も以前より延び、結局不成立に終わる事件が多くなった⁴²³。ゆえに、調停に代わる審判による解決が活用された。しかし、この審判が異議により失効することから、効力を強化する法改正が期待された。一方、本来すでに深刻化していた裁判官の不足という問題の改善がいつそう強く求められた。1980年の法改正によって、当事者の出頭を確保するための措置が強化され、調停前の保全処分に対する執行力が明確されたが、上記2つの課題は未解決だった。ようやく、2003年に非常勤裁判官としての家事調停官制度が導入された。また、同年、家庭裁判所創設以来の課題である人事訴訟の家裁への移管の問題は、人事訴訟法の公布によって解決された。家事調停・家事審判・人事訴訟を専門に扱う裁判所として統一され、機能としても、家裁調査官制度が拡充されたことなどによって、家庭裁判所の独立性と独自性が本質的に実現した⁴²⁴。

2011年、「国民にとって利用しやすく、現代社会に適合した内容とするため、…家事審判法の現代化にふさわしい内容の規律の見直しを行う」という基本方針に基づいて、家事法が制定された。佐上善和教授は、「法律と規律の関係が整理されたこと」と、「非訟法を準用しないことになった関係上、様々な事項についてすべて自ら規定を置くことになり、その結果明確性が著しく向上したこと」を指摘し、「自己完結的な家事事件手続法」と評価している⁴²⁵。家事審判だけではなく、家事調停においても、柔軟性が維持されつつ、当事者の手続保障がいつそう強化された。家事調停の合意による解決としての側面と、裁判所内の手続として裁判所から規律される側面のバランスがこれから、さらに調整すべき課題であると思われる。

二 家事調停制度の特徴

家事調停制度は、旧家審法の制定から、数度の法改正を経て、最終的に家事法に受け継がれているが、その重要な特徴は、調停・審判を扱う家庭裁判所の確立、調停前置主義の採用、別席調停の常態化および家裁調査官の設置である。これらの特徴は、当事者の紛争をより効率的に解決するためのものとして位置づけられてきた。

1 調停・審判を扱う家庭裁判所の確立

家事審判法は、新憲法の理念を継承したのは異議がないが、民法改正時の「家」制度廃止反対論者に対する妥協もある⁴²⁶。つまり、「健全な親族共同生活の維持」は、当時、現実に存在していた旧制度下の社会的価値との妥協の意味を有する。特に家事調停の場合には、その処理方法・手続・体制などが、戦前の構想を引き継ぎ、実際に調停を担当する調停委員も従来の「淳風美俗」という古い価値観を有する者が多かった⁴²⁷ことから、よく批判された。そのほか、人事訴訟に対応すべきかどうかや、家事事件の処理における後見的な意味がある社会的、行政的な職能と裁判所の司法職能との関係など解決すべき問題点が数多くあった。これらの問題点は、その後、理論的な議論と実務上の改革、さらに法律の

⁴²³ 沼邊・前注414)・28～30頁。

⁴²⁴ 三ヶ月章「家庭裁判所への人事訴訟移管の司法政策的意義——特別裁判所概念の再検討と再評価をめぐって——」家庭裁判月報56巻4号(2004年4月)5頁以下、野田愛子「人事訴訟の家庭裁判所移管と家庭裁判所の独自性——家庭裁判所調査官の調査を中心として——」家庭裁判月報56巻4号(2004年4月)33頁以下参照。

⁴²⁵ 佐上善和「家事審判・家事調停の改革についての評価と課題——手続法の視点から」法律時報83巻11号(2011年10月)33頁以下参照。

⁴²⁶ 野田愛子『家庭裁判所制度抄論』(西神田編集室 1985年)35頁。

⁴²⁷ 佐上善和『家事審判法』(信山社 2007年)9頁。

修正によって、解消されていくが、家事審判法制定当時においては、非訟事件裁判所と言われた家庭裁判所⁴²⁸には時代的な理由があったといえる。

民事調停の沿革で紹介したように、戦後の財政逼迫の状況において、全国的に家庭裁判所を設けるため、裁判官の増員には極めて困難があった。そして、親族・相続法の改正によって、従来の理念が大幅に変わって、国民の理解と利用にはともかくとして、実際に紛争を処理するとき、裁判権専有の地方裁判所ではなく、新しい家庭裁判所によって訴訟に対応するのは、旧来の理念にとっては大きな変革であった。三ヶ月章教授は、家庭裁判所として、訴訟ではなく、審判や調停という、主流とはいえない司法制度を採用したことは、賢明な選択であったといわざるをえない⁴²⁹と評価した。さらに注意すべきことは、家庭裁判所の設置は、日本の固有的な家事審判制度の継続的な発展とは言えず、むしろアメリカのファミリー・コートの理念に基づく試験的な創造である⁴³⁰ことである⁴³¹。理念は先進であったが、日本社会の国民生活と融合しうるかどうかは断言することができなかった。その上、家事審判法も、家庭裁判所への統合も、短い期間で法定化された⁴³²。立法作業は綿密かつ慎重なプロジェクトであるべきであり、このような短い期間で作られた法制度は、必ずしも完璧とはいえず、不十分さや疎漏がないと期待するのは無理であろう⁴³³。逆にいえば、法制度の激変における立法、特に、家制度という日本の旧社会理念と激しく衝突したのみならず、外来の圧力でもあった家庭裁判所制度の制定にあたって、このような疎漏を避けるため、できるかぎり、厳格な訴訟制度より、柔軟な調停や審判制度を設けるのは、よりリスクが少ない立法技術といえるであろう。残された人事訴訟の移管や当事者権の保護などの問題点は、その後の実務上の経験の積み重ね、並びに、継続的な議論によって成熟され、整備された理論を加えて、次第に解決されていくのである⁴³⁴。

2 調停前置主義の採用

旧家審法 17 条の規定により、調停を行うことができる事件については訴えを提起しようとする者は、まず家庭裁判所に調停の申立てをしなければならない（旧家審法 18 条 1 項）。調停申立てをしないで訴訟を提起した場合には、裁判所は家庭裁判所の調停に付さなければならない（同法 18 条 2 項）。これはいわゆる人事訴訟事件と家事事件の調停前置主義である。

調停前置主義の構想は、大正年間の臨時法制審議会においても立てられたが、家事審判

⁴²⁸ 平賀健太「家庭裁判所——基本原理と反省——」中川善之助・青山道夫ほか編『家事裁判 家族問題と家族法Ⅶ』（酒井書店 1957 年）165 頁。

⁴²⁹ 三ヶ月章『民事訴訟法研究 第 8 巻』（有斐閣 1981 年）285 頁。

⁴³⁰ 家庭審判所と少年裁判所を併合して家庭裁判所を設置する提案をした GHQ の説明によれば、当時のアメリカでは、このような家庭裁判所はまだ存在していなかった。ただこのように併合する傾向があった（内藤・前注 413）・104 頁）。併合に反対や異論があっても、結局、成立した。ゆえに、「この結合は恋愛結婚でも見合い結婚でもなく、一種の政略結婚であったというべきである」というユーモラスな評価があった（重松・前注 415）・127 頁）。

⁴³¹ もちろん、野田愛子裁判官が提唱するアメリカのファミリーコート論に反対して、家庭裁判所が日本の家庭審判制度の沿革の一部であるという説もあるが（堀内節『家事審判制度の研究』（中央大学出版部 1970 年）4 頁）、この説は、家庭裁判所の重要性和独立性を重視する意味があるが、伝統的な価値観の維持や、家事事件の科学性の軽視などの問題点もある（野田・前注 426）・36～7 頁）。

⁴³² 家事審判法は、1946 年 9 月に立法構想が提出されたから、1947 年 12 月に公布されたまで、僅か 1 年余りであり、家庭裁判所は、1948 年 5 月に GHQ から提案をされ、最後に 1948 年 12 月に裁判所法改正案によって公布されるまで、半年であった（内藤・前注 413）・92～3、104～6 頁）。

⁴³³ 三ヶ月・前注 429）・284 頁。

⁴³⁴ そのほか、家事事件は一般民事事件より独自性がある。家族紛争解決の理念は、人間関係調整の機能と司法的解決の機能の 2 つがあるので、特別な司法制度が必要であるという観点も、家庭裁判所の成立理由の一部であると言われている。この点は後で検討する。

法によって初めて採用された⁴³⁵。ここでは調停前置主義が採用された理由について論じたい。

1) 調停前置主義の理由

通説によれば、調停前置主義の採用理由はおおよそ以下の3つの点である。①訴訟手続はすべての家事事件に対応できないだけでなく、家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を図るためにも適切ではない。②家庭に関する事件、身分関係事件は非合理性がある。訴訟で法の画一的な適用によって結論を出すのではなく、家庭裁判所調査官や医務室技官などによる人間関係諸科学の知見を活用して、人間関係の調整を行いながら事件終了後の円満な関係形成も含めて具体的に適正妥当な解決を図る。③調停により簡易迅速に紛争を解決することによって、経済的に弱者である妻などの立場を保護する必要がある⁴³⁶。

以上の理由のうち、①は立法趣旨からの説明である。立法時の趣旨説明によれば、「調停前置主義は関係者の互譲により円満かつ自主的に解決する」措置である⁴³⁷。青山達教授は「特に離婚の場合には、かつて幸せな思い出があった男女を宿敵のこどく対決させ互いに非難し合うような方式(訴訟)のもとでは、紛争をうまく解決するかどうかはともかく、両方の関係がいつそう悪化し、別の争いを誘発することも決して少なくない」⁴³⁸と述べている。さらに、離婚紛争には、子の親権、養育費の支払いなど、将来にわたる事柄も含まれ、当事者双方の納得付く合意こそが、関係者全員の将来にわたる安定した解決につながる⁴³⁹という主張もあったが、まだ主流にはなっていなかった。

②の前半の身分関係の非合理性(特殊性)について最初に提唱したのは中川善之助教授である。中川説によれば、社会関係は、本質社会結合と目的社会結合とに分かれ、本質社会結合は、結合のための結合もしくは結合せざるを得ずして結合する性情的关系であるのに対し、目的社会結合は、目的意識を基礎として選択した結合である⁴⁴⁰。身分法関係は、人が有機的な活動に当たって自然に生み出すところの本質社会結合であり、いわゆる自然的関係である。「全人格的」で「超越法的」である身分法関係は経済関係を基礎とする財産法関係とは異なる。財産法関係に適用する定型的な法律は、必ずしもすべての身分法関係に適用するとはいえない⁴⁴¹。我妻栄教授は身分法関係の特色を「非合理性」と約言し、これがその後の学説において定着した⁴⁴²。

③については、調停前置主義の採用理由だけではなく、家庭裁判所、あるいは家事審判制度の設ける理由の一部ともいえる。伝統的な観点によれば、裁判は具体的な紛争を法律に規定された要件事実が存在するかどうかを確定し、法的な価値判断を下すことになる。社会問題の解決は、裁判所の直接の任務ではない。しかし、法の社会化の観点から、法律の処理する対象は、抽象的な独立の法律要素の判断と分類ではなく、社会的な現実としての具体的な問題である。この観点は、信義則や権利濫用などの原則に現われるだけではな

⁴³⁵ 斎藤・菊池・前注 416)・707 頁。

⁴³⁶ 佐上・前注 427)・330～1 頁。斎藤・菊池・前注 416)・707 頁。梶村太市・徳田和幸『家事事件手続法〔第2版〕』(有斐閣 2007年) 45 頁。梶村太市『離婚調停ガイドブック——当事者のニーズに応える(第4版)』(日本加除出版 2013年) 13 頁。

⁴³⁷ 堀内・前注 431)・438 頁に引用された「家事審判法応答資料」による。

⁴³⁸ 青山達「調停前置主義について」谷口知平・川島武宜ほか編集『現代家族法大系 1 総論・家事審判・戸籍』(有斐閣 1980年) 319 頁。

⁴³⁹ 東原清彦「調停前置主義について」ケース研究 193号(1982年12月) 50 頁。

⁴⁴⁰ 中川善之助『身分法の基礎理論——身分法及び身分関係——』(河出書房 1939年) 34 頁。

⁴⁴¹ 中川・前注 440)・79 頁以下参照。

⁴⁴² 我妻・前注 362)・561 頁。これ以後の文献は、すべてこの我妻説を引用している。

く、借地借家法、そして借地借家調停法にも見られる⁴⁴³。民事調停法の沿革でも論じたように、どの法律の改正や施行でも、当時の社会問題に直面している。法律の合理性の判断は当該時期の社会背景を考慮しなければならない。つまり、法律には一定の政策が含まれるのである。

家庭裁判所制度でもそうである。少年事件における少年の保護と家事事件における弱い地位にいる妻や子の保護は法の社会化の体现である。日本の家事紛争解決の理念、いわゆる家庭裁判所の運営の理念は、家族人間関係の破綻、そして解体する状態での権利義務の分担ではなく、紛争から再組織へと復元するように努力するところにあると言われている⁴⁴⁴。離婚紛争を例とすれば、家庭裁判所が紛争を処理するとき、離婚という結果が適するかどうかを判断せず、まず離婚しないという結果を追求するため努力しなければならない。平賀健太裁判官は「離婚は決して子どもの将来の幸福を保障することはできない。いな、離婚は、子どもから永久に父を奪うことによって、子どもをよりいっそう不幸にさえもする。さらに、離婚は、この母と子どもの将来の物質生活さえも保障しはしない」と主張していた⁴⁴⁵。調停前置主義の採用によって、離婚をするかどうかについて、当事者に再考の機会を与える。夫婦という人間関係の社会的および法律的な重要性を考慮して、妻と子どもの保護のためにも、離婚という破局を防止することに努力しなければならない。それはあたかも犯罪者を保護観察に付することによってこれに対する刑の宣告を回避するという刑事手続におけるプロベーションとその機能を一にする⁴⁴⁶と言われていた。

2) 調停前置主義への批判

しかし、調停前置主義の採用には批判的な見解もある。野田愛子裁判官は、以上の理由のうち、②の後半の家庭裁判所の調整的機能を果たすために利用される家庭裁判所調査官や医務室技官の専門的知識と技術など以外のものは、「調停制度そのものの存在理由になっても、調停前置主義の根拠として薄弱」であると評価した⁴⁴⁷。つまり、家庭裁判所が、離婚調停事件すべてに調整的役割を果たしうるか、また、それを果たす必要があるかについては、かなり疑問があるとし、協議離婚が承認される日本においては、裁判所に離婚訴訟を提起したとき、夫婦の間はすでにこじれ、むしろ法律的解決を望むという事案は、少なくないことなど、「調整への努力」を無意味なものにしがちであり、司法機関におけるケースワークには限界があるばかりか、現実的な問題としてすべての事件にケースワークできるほどの多くのケースワーカーを持つことも不可能であろうなどの点も指摘され、調停前置主義を支える実質的理由を発見できないとした⁴⁴⁸。

野田説を拡張していえば、家事事件、身分関係事件の非合理性があるから、直ちに調停前置主義を採用すべきに導くことこそ「非合理」であろう。明山和夫教授は、「紛争の当事者の多くの者が、…上記の（自生的、感情的、非計算的）特性を具有するであろうところの正常な身分関係から離脱した非結合の状態において、感情的にも利害関係上でも相対抗しているのであって、その間の対抗状態は債務不履行によるものであれ、不法行為によるものであれ、財産上の紛争におけると特別の差異は見られない」、さらに、「家族調停制度が日本の精神的風土に適したものであり、日本人の家族観にふさわしいものである、な

⁴⁴³ 平賀・前注 428)・126～7頁。

⁴⁴⁴ 深谷松男『現代家族法〔第4版〕』（青林書院 2001年）299頁。

⁴⁴⁵ 平賀・前注 428)・123頁。

⁴⁴⁶ 平賀・前注 428)・167頁。

⁴⁴⁷ 野田愛子「調停離婚」判例タイムズ 167号（1964年12月）97頁。

⁴⁴⁸ 野田・前注 447)・97頁。

どというのはなんら証明せられていないドグマにすぎぬものである」⁴⁴⁹と述べ、家事事件が調停に親しむかについては異議があった。岩井俊裁判官は、「家事事件の非合理性を強調することが、基本的な権利義務の関係を曖昧にしまうことはないか、また非合理性がかつての家制度的な家族観やいわゆる古来の淳風美俗を復活させることになるおそれはないかであろう」⁴⁵⁰と疑問を示していた。

この家事事件の非合理性は、特に継続的な関係については、財産法の分野にもある。例えば、借地借家などの紛争では、重視される当事者の信頼関係は家事関係と類似性があり、民事調停や付調停の利用にも重要な標準となるものであるが、直接、調停前置主義の根拠になるとはいえないだろう。当事者の希望、意思と無関係に、人間関係調整を含む調停という関門を必ず通らなければならないと強制する制度は、人間関係調整についての原則からみても納得できるものではない⁴⁵¹からである。家庭に関する紛争は、民事紛争の一部であり、民事調停と同様に、当事者に訴訟か調停かの選択権を与え、また受訴裁判所の職権による付調停の途を設けることで十分ではないだろうか⁴⁵²。換言すれば、当事者の訴訟か調停かの選択権を剥奪されることについては、裁判を受ける権利の観点からも疑義がある⁴⁵³。調停前置主義の採用を支持する立場に立つ学者に対して、裁判官には一定の批判的な観点が見える。弱者である妻・子どもの保護および人間関係の調整を出発点として前置する調停のケースワークの効用が過剰に期待されるが、非現実的と批判する野田説が 60 年代にもあった。70 年代になって、当事者に紛争解決の選択権を与えるべきという観点が次第に重視されてくる。

3) 小括

家事調停前置主義の採用に影響がある、あるいは、家事調停制度の利用に推奨するもう 1 つの要素は、末川博教授が言われた家事審判法の実体法と手続法との交錯⁴⁵⁴という点である。民法 763 条と 770 条には、協議上の離婚と裁判上の離婚と 2 種を規定して、これに対して、旧家審法の 17 条と 24 条は、調停上の離婚と審判上の離婚を規定する。本来、実体法の規定に従って、紛争を解決するが、民法に規定される離婚の事由は僅か 770 条の 1 項の 1 号から 5 号までである。5 号における重大な事由も破綻主義⁴⁵⁵の発展によって、変化しているので、その時期には離婚に対応することは決して十分とはいえない。要するに、司法制度によって離婚紛争を処理するため、裁判上の離婚以外の処理手続が望ましい。手続だけではなく、離婚事由の拡張することも望ましい。ゆえに、「一切の事情を見て」（旧家審法 24 条 1 項）、離婚するかどうかを判断するのは、実際には、民法が離婚事由を限定していることの意味は、甚だしく失われてしまう結果となる。結局、調停または審判によ

⁴⁴⁹ 明山和夫「家事調停制度管見」ケース研究 80 号（1963 年 12 月）38～9 頁。

⁴⁵⁰ 岩井俊「民事調停と家事調停の限界」別冊判例タイムズ 4 号（1977 年 10 月）72 頁。この指摘は、川島説、佐々木説などにも共通する。家事調停委員の考え方が問われていた。

⁴⁵¹ 磯野誠一「家事調停について」別冊判例タイムズ 4 号（1977 年 10 月）20 頁。

⁴⁵² 岩井・前注 450）・71 頁。

⁴⁵³ 磯野・前注 451）・20 頁。

⁴⁵⁴ 末川博「改正民法と家事審判法——実体法と手続法との交錯について——」私法 1 号（1949 年 5 月）5 頁以下参照。

⁴⁵⁵ 最大判昭和 62・9・2（民集 41・6・1423）は、有責配偶者からの離婚請求であっても信義則に反しない場合には、離婚請求が認められるとし、①夫婦の別居が両当事者の年齢および同居期間との対比において相当の長期間に及ぶこと、②夫婦間に未成年子が存在しないこと、③相手方配偶者が離婚によって精神的・社会的・経済的にきわめて苛酷な状態に置かれること、の 3 つの条件を挙げた。つまり、日本の破綻主義は条件付きの破綻主義であり、離婚紛争は訴訟手続に入っても、以前より容易に離婚できるとはいえない。離婚協議が達成できない当事者は、調停をしなければならないというイメージを強く感じる（二宮周平『家族法 第 4 版』（新世社 2013 年）81 頁、同『事例演習 家族法』（新世社 2013 年）15～6 頁参照）。

る離婚は、裁判上の離婚に代わる役割を果たすことが多かった⁴⁵⁶。このような実体法上の不備、あるいは実体法と社会実情との不調和は、家事調停制度の利用を推進し、さらに、家事調停前置主義の採用にも一定な影響があるだろう。

しかし、前述した反対意見のように、家事事件の類型や実情を無視して、いきなり調停前置主義を採用するのは、当事者の裁判を受ける権利を侵害するおそれもあるし、確実に当事者の紛争をうまく解決することができるかにも疑問がある。さらに、家庭裁判所の離婚を避ける理念は現在でも適するかについても、家事調停の実情の変化に基づいて議論する必要がある。

3 別席調停と同席調停

1) 別席調停

家事審判法は、家事調停制度を規定していたが、どのような形式で調停を行うのかについて規定はなかった。しかし、日本の実務は、別席調停によって調停を行うことが常態化している⁴⁵⁷。このような理由の1つは、50年代60年代に実務上の有力説である調停裁判説⁴⁵⁸の影響である。家事調停は「調停委員会は、当事者から十分に事情を聴取して、双方の主張を明確にし、紛争実態を把握して、十分な評議をし、条理に照らし、実情に即し、法律が示すところを検討しながら、調停委員会としての判断を行い、それを当事者に説得（あつせん）する」⁴⁵⁹ものとされたからである。つまり、調停委員は、紛争事実と当事者の主張を整理した後、適切な解決案を心の中で形成して、当事者の納得を得るように説得する。説得は、訴訟のように、両当事者が同席で行うことに何ら理論上の問題もない。しかし、当時の調停委員は、従来の家族観念を持ち、当事者の権利をあまり重視せず、権威による強要的な調停理念に深く影響された者も多かった。ゆえに、両当事者の反抗を避け、速やかに紛争を「解決」するため、本来当事者の権利を重視する意味がある裁判的な調停を誤解して、別席で行われた。

このような学者・裁判官と調停委員の理念上の差異はその時代によく表れている。調停協会編の『調停読本』には、「権利義務などと四角に物言わず」、「論よりは義理と人情の話し合い」、「なまなかの法律論は抜きにして」⁴⁶⁰などの法律論、あるいは権利義務論はしないほうがよいということがよく出ている。さらに、川島武宜教授が代理人として、調停に参加した経験によれば⁴⁶¹、調停委員が「ここは調停である。債務不履行がないというような法律論をする場所ではない。そんなことをいうならば、一切調停はしない」と言ったことがあった。家裁でもこのように権利を軽視するあるいは無視する傾向があった。

調停の説得を強調するほかに、別席調停を行う実際上の理由として、今日では、次のようなことが指摘されている。例えば、河野清孝裁判官は、当事者が自由に言いたいことを

⁴⁵⁶ 末川・前注454)・13頁。

⁴⁵⁷ 井垣康弘「同席調停」村重慶一編集『現代裁判法大系⑩〔親族〕』（新日本法規 1998年）78頁。

⁴⁵⁸ 両当事者から定められた合意が、裁判外でなされる限り、その合意は単なる契約にすぎず、家庭裁判所の調停手続でなされた場合に、初めてそれぞれの法的効果が生ずる。この点から見れば、調停の本質は裁判官（調停委員会）の判断にある。この実質的理由のほか、旧家審法では、当事者の出頭の強制、家事事件についての調停前置、調停に代わる審判などの強制力がある規定があるので、形式的にも調停は裁判であるといえよう（村崎満「家事調停私論——その理念と実務（1）——」法律時報31巻2号（1959年1月）80頁以下参照）。

⁴⁵⁹ 日本調停協会連合会調停委員研修委員会編『三訂調停委員必携（家事）』（日本調停協会連合会 1993年）65頁。日本調停協会連合会から発行した調停委員のガイドブックのように調停の説得を強調することによって、調停委員がこの説得の性質から導かれる別席調停を行うのは自然かつ当然であろう。

⁴⁶⁰ 川島武宜「家事調停制度の当面する諸問題」『川島武宜著作集 第11巻』（岩波書店 1986年）248頁。野田・前注426)・40頁。沼邊・前注414)・25頁。

⁴⁶¹ 川島・前注460)・250頁。

調停委員に言い尽くすことができること、相手当事者に知らせると調整の余地がない自分の譲歩の限度を調停委員に提示すること、および、高度のプライバシーにわたる内容がある場合の発言などいくつかがある⁴⁶²とする。また、『離婚調停ガイドブック』では、①当事者は相手方がいない気楽さから、相手方に気兼ねすることなく、気楽に本心話すことができる、②相手方を傷つけることなく、その欠点をありのままに指摘できる、③相手方には知られたくない自己の秘密なども話すことができる、④財産分与の額などが問題となっているときなどの場合には、駆け引きがやりやすい、などがあげられており⁴⁶³、家裁実務はこのメリットを重視して、別席を維持してきたように思われる。

調停前置主義の下、人訴事件、別表第2の事件では全件調停が行われる。調停の目的も何をするかもわからず話し合う姿勢のない人も調停をする。したがって、実際当事者が、特に妻が、相手当事者との別席調停を望む場合が多い。同席調停ができない場合として、実質的な不能と心理的な不能がある。実質的な不能というのは、一方当事者が相手当事者に対して恐怖心があるなど、心理的な障害が生じ、同席では、自由かつ有効的に自分の意見を表し、相手当事者の主張に反論することが難しい。時には、自分の意思に反して、相手当事者の主張を承認する可能性すらある。この状況は、DVなどがある紛争に多く発生し、弱い地位にある当事者が、長期間の家庭生活において、相手当事者に屈服する心理が形成される可能性もある。一方、心理的な不能とは、当事者が相手当事者の前では有効的かつ自主的に意見を表せないだけでなく、相手当事者を嫌い、排斥して、相手当事者との面談を拒否することである。特に、相手当事者が不貞行為をした場合には、相手の不実によって憎しみが生じ、精神状態が不安定で相手当事者との同席調停を断ることは少なくないであろう。

他方、別席調停について、デメリットも指摘されている。当事者が自分の認定した「事実」に基づいて、自己の主張を組み立てている。一方の「事実」は、相手の口からはまるで別のものであることが多く、これによって、対話がない当事者には、誤解の上に誤解が重なって、紛争がいつそう激化する可能性が高い⁴⁶⁴。事実の認定だけではなく、相手当事者への人身攻撃のような発言もよくあり、当事者の話しによると、相手当事者の人物像は、いつも常識離れた「怪男・怪女」である⁴⁶⁵。このような人身攻撃的な発言は、調停委員の紛争実態の把握、そして判断と提案の形成にどれほど役に立つのが疑問である。紛争の迅速かつ円満な解決には不利益であろう。さらに、別席調停によって、当事者にとって手続がブラックボックス化して疑心暗鬼となり、このような状態の中で、調停機関だけが情報を独占して、それをもとに当事者を説得するという手法をとると、当事者は訳も分からないまま調停委員の巧みな言語にのって思わぬ合意を成立させてしまう⁴⁶⁶というのでは、本当に両当事者の紛争を円満に解決するといえるのか疑問である。また、別席の場合には、ある当事者の言い分を先に聞き、相手当事者を外で待たせるとしても、その時間は短くない。待つ人の気持ちはどのようになるのは簡単に想像できる。仮に一方の言い分を聞く時間を縮めると、調停委員は話しをよく聞いてくれないという「古典的」な不満も生じるだろう⁴⁶⁷。

⁴⁶² 河野清孝「心をつなぐ——別席調停・同席調停論を超えて」ケース研究 314号（2013年2月）161～2頁。

⁴⁶³ 梶村・前注436）・430頁。

⁴⁶⁴ 井垣康弘「夫婦同席調停の活用について」ケース研究 236号（1993年8月）79～80頁。

⁴⁶⁵ 井垣・前注457）・80頁。

⁴⁶⁶ 梶村太市「面会交流とレビン教授式同席調停——最近の法制度改革を踏まえて」法政研究 79巻3号（2012年12月）474頁。

⁴⁶⁷ 井垣・前注457）・80頁。

以上のような別席のデメリットによって、調停委員のあつせんする、客観的に正しいはずの調停案でも「頑強に」拒否する当事者も生じてくる。しかし、別席調停の理念により熱心に調停を運営している調停委員は、ほかのいい方法を見つけることがあまりできなかった⁴⁶⁸。この実情からみると、家事調停の実務において、別席調停を維持するもう1つの理由は、変えたくない慣性にあるのではないかと考える。

2) あつせん型調停

同様の背景で生まれたあつせん型調停は、別席調停の影に添うような存在であると考えられる。両方を組み合わせて、古典的な調停裁判説の理念に従った調停委員が調停活動を行ったといえる。

あつせん型調停の形成理由を究明すれば、まず浮かぶのは、当時の家庭関係が不平等であったことである。50年代、60年代には、国民の権利意識はそれほど高くなかった。当事者も調停委員もそうであった。当事者側からみれば、特に社会的、経済的に弱い立場にいる妻は法的な知識も薄かった。話し合うとき、自分の権利を主張する能力があるかどうかにも問題がある。調停が、しばしば諦めのよい方の妻の一方的譲歩によって成立に至る、いわば、弱者の犠牲の上に成り立つ「強者の合意」になる⁴⁶⁹不合理性があると指摘されている。ゆえに、当事者、特に、妻の利益を守るため、調停委員が主体的にあつせんする必要性が生じた。これも調停裁判説の根拠であろう。同時に、当事者の権利意識が稀薄であったからこそ、国民の心理に、官尊民卑の封建的意識はまだ残存していた⁴⁷⁰ものと思われる。したがって、官の性質がある調停委員から行われるあつせん型調停は、容易に成功した。

調停委員側からみれば、彼らの調停実態は、まず和合させる努力をすることにあつた⁴⁷¹。これは前述のような時期の家事紛争解決の理念⁴⁷²と一致する。この理念も旧家審法第1条に規定された「家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を図る」のある意味の体现であろう。ゆえに、全面的な法律知識・理念が十分とはいえない調停委員は、「民主的かつ現代的な法律」に適応するため、容易かつ当然にこの理念に注目した。この和合させる理念によって、当事者の利益を守るとき、調停委員は、当事者の主張ではなく、自分の標準に基づいて当事者の権利を定義した。「あなたのため」や「これをすべきだ」などの表現は、このような理念を持つ調停委員の、「民」の問題を解決する「官」の使命感の反映であろう。

第2に、家事審判法が制定された当時には、当事者の出頭の強制と調停前の措置についての規定が設けられていたが、多少の過料ぐらいの制裁は、不出頭者に対して無力であり、履行命令や調停前の仮処分も無力であった⁴⁷³。当事者の出頭を確保する措置や調停前の措置の効力は、1980年の家事審判法改正に至って、ようやく強化されてきた⁴⁷⁴。ゆえに、50年代、60年代には、悪意の不出頭や「頑強に」調停の合意を達成させない状況は少なくなかった。これによって、調停の権威と信頼度は大幅に損なわれた。調停解決の効

⁴⁶⁸ 井垣・前注457)・81頁。

⁴⁶⁹ 上野雅和「離婚調停について」ケース研究236号(1993年8月)5頁。

⁴⁷⁰ 明山・前注449)・34頁。

⁴⁷¹ 小山昇「離婚調停の実際と理論——一人の家事調停委員の経験から——」家庭裁判所月報26巻11号(1974年11月)2頁。

⁴⁷² 深谷・前注444)・299頁。堀内・前注437)・438頁。

⁴⁷³ 明山・前注449)・40頁。

⁴⁷⁴ 事件の関係人が不出頭の場合の過料が3000円から5万円に(旧家審法27条)、また履行命令または調停前の措置に反した場合の過料が5000円から10万円に(同法28条1項)、それぞれ引き上げられた(沼邊・前注414)・25頁)。

率を確保し、調停の権威と信頼度を高める責任を負う調停委員は、全力を尽くして、「調停合意」の形成を促し、紛争を「円満」に解決させるように努力していた。したがって、強要的なあっせん型調停は自ら最も簡単で、最も効率的な選択だった。

3) 同席調停

以上紹介した別席調停のデメリットに対する反省があり、さらに、調停とは判断であるという調停観に代わり、調停とは合意であるという調停観が次第に強まり、それとともに、アメリカの mediation の考え方からの影響⁴⁷⁵を加えて、家事調停では同席調停を採るべきであるという考え方が登場した。

同席調停のメリットは、おおよそ前述した別席調停のデメリットの対立面にあることである。再び『離婚調停ガイドブック』を参照すると、①当事者同士が同席し対面して話合ってこそ互いのコミュニケーションが促進され、対等な討論が可能となる、②対面して互いが言いたいことを言い、ぶつつけたい感情をぶつけ合うことによって感情的葛藤が減少し、理性的会話が可能になるというカタルシスの効果が望める、③両当事者に公平でフェアな調停の運営であることが、双方の目に明らかとなるので、相手方や調停機関への信頼を得やすい、④双方同席のうえで事実関係を確認すると、双方の誤解や誤認識がとけ客観的事実が明らかとなつて、事実関係の解明に役立つ、などがあげられており⁴⁷⁶、同席調停は、調停の本来すべき調停方式であると言われている。調停の核心は、両当事者の話し合い、相談、互譲などである。すなわち、両当事者共に相談の意欲、そして、合意によって紛争を解決する心理的な準備があつて、初めて調停が進む。したがって、調停にとっては、両当事者の主動的な参加が必要である。

筆者が指摘したように、調停は広義の裁判に属し、家事調停は無制限で純粋な当事者の合意解決手続ではなく、一種の調停規範に照らして行われる紛争解決手続である。これは、新しい家事法ではいっそう明白に見える⁴⁷⁷。司法手続は、実質的正義を追求するだけでなく、手続的正義を追求し、さらに、法規定化して手続的正義が見えるようにする⁴⁷⁸ことである。新しい家事法は、記録の閲覧（家事法 47 条）、陳述聴取・審問への立会い（同法 69 条）および証拠調べの申立権（同法 56 条）などの規定によって、当事者の手続保障をより重視する⁴⁷⁹。この手続保障の 1 つの、最も基本的で直接的な手続公正の体現は、同席調停であろう。

東京家庭裁判所では、家事法の本人出頭主義（同法 51 条 2 項、258 条 1 項）に基づく「双方当事者本人立会いのもとでの手続説明」⁴⁸⁰を行っている。もちろん、同席の手続説明は同席調停とはいえないが、このような方向性が見える。両当事者の同席は、情報、事実関係および対立点の共有だけでなく、心情の共有を図ることもできる⁴⁸¹。しかし、家事調停制度は、調停前置主義をとっており、双方当事者の自由意志によって参加する制度で

⁴⁷⁵ 大塚正之「日本の家事調停制度とウイン・ウイン型調停の統合——家事紛争解決プログラムの策定について」法政研究 79 卷 3 号（2012 年 12 月）434 頁。

⁴⁷⁶ 梶村・前注 436）・431 頁。

⁴⁷⁷ 家事法第 2 条は、「裁判所は、家事事件の手続が公正かつ迅速に行われるように努め、当事者は、信義に従い誠実に家事事件の手続を進行しなければならない。」と規定する。

⁴⁷⁸ 谷口安平「手続的正義」芦部信喜ほか編『岩波講座 基本法学 8 紛争』（岩波書店 1983 年）35 頁。

⁴⁷⁹ 徳田和幸「非訟事件手続・家事事件手続における当事者等の手続保障」法律時報 83 卷 11 号（2011 年 10 月）13 頁。

⁴⁸⁰ 「双方当事者本人立会いのもとでの手続説明」とは、東京家庭裁判所において、家事事件手続法の施行を契機として、調停委員などが、各調停期日の開始時に調停制度（初回のみ）や調停の進行予定など、各期日の終了時に争点などや次回期日に向けた課題などの説明を、双方当事者本人立会いのもとに行う措置である（大坪和敏「家事審判法から『家事事件手続法』へ」LIBRA12 卷 12 期（2012 年 12 月）7 頁）。

⁴⁸¹ 河野・前注 462）・161 頁。

はない。一方当事者の申立てによって、相手当事者が消極的に参加するタイプはともかく、両当事者とも参加したくないのに、調停に入られなければならない。このように調停に消極的な当事者を、強制的に調停に参加させるのは、両当事者の相談・互譲の最初の前提を失わせるのである。しかし、対立・矛盾が深刻な状況にある双方当事者を同席で調停をさせるのも実行困難であろう。したがって、調停委員が別席調停によって、両当事者の意見や主張を互いに伝えて、双方がこの調停で前向きに話しをして紛争を解決しようという心理状態になって⁴⁸²、同席調停が可能になる。しかし、家事法第2条に規定される「公正かつ迅速」の原則があるので、調停委員が当事者の同席調停が可能になる心理状態を待つことができるかどうか疑問がある。ゆえに、調停案を強要するあっせん型調停がまだまだ続く可能性が高い。

平賀健太裁判官は、50年代におけるある調停事件の例をあげた。調停委員が離婚の調停事件の申立人である妻から事情を聴取していたところ、すこし遅れて出頭してきた夫が、調停委員がいることを無視して、いきなり妻を殴打した。もちろん、正常な調停手続を行うのは無理であったが、裁判所の権威や調停委員の人格的影響力などはもはや過去のことであった⁴⁸³。前述のように50年代、60年代には、当事者の権利意識の稀薄によって、特に、夫婦平等の理念が深く社会観念に浸透していなかった。自己の権利を主張して守ることは別として、このような家庭紛争が裁判所に入るときには、裁判所や法律に対する畏敬も稀薄であった。この例のような場合には、同席調停を行うことは難しい。しかし、時代の発展によって、法的観念・権利意識が高揚し、夫婦不平等な場合がまだあるが、以前より確かに改善されてきた。経済地位が完全に夫に依存する主婦が多くいるにもかかわらず、妻の社会的適応能力は、女性の知識・技能などの能力の向上および男女平等などの社会観念の浸透によって、いっそう高まってくる。現在の家庭裁判所において、一方当事者が相手当事者に暴力を振るうことはあまり想像できないだろう。以上の要素を総合していえば、別席調停をしなければならない理由も減少しているように思われる。

また、現代の離婚理由の多様化をあげることもできる。離婚紛争は、権利義務の争いではなく、権利義務の内容を調整する争いである。財産分与の内容、子の養育費や面会交流の内容などである。一方当事者の離婚原因は、相手当事者にとって、完全に問題にならない場合もある。例えば、子どもに対する教育方法や教育責任の認識が異なる、相手が浪費する、性格が合わない⁴⁸⁴、相手との共同生活の未来が見えない、家事の分担の不公平などである。離婚理由の多様化によって、当事者が離婚原因に対する追求の程度、あるいは離婚に伴う財産分与や親権者の指定などの争点を処理するときの譲歩の程度は決して一律ではない。ゆえに、裁判所は、両当事者が離婚原因になる各要素を語り合い、傾聴することができる同席調停を提供すべきである。

4) 別席調停と同席調停の連携

しかし、権利意識が高揚し、弁護士がついている離婚案件が増えてくる。その結果、当事者がより自己の権利保護と実現を重視し、譲歩を行うことは以前より、いっそう困難になる。双方の同席における対抗がさらに激しくなり、困難である譲歩はさらに困難になり、結局、悪循環に陥る。このような状況に対応するため、別席調停を採用しなければならないだろう。しかし、この場合の別席調停、特に離婚に伴う親権者の指定、子の養育費、財産分与、慰謝料などの問題に対応する別席調停は、伝統的な双方当事者に強要的な調停案

⁴⁸² 大塚・前注475)・661頁。

⁴⁸³ 平賀・前注428)・120～1頁。

⁴⁸⁴ 井垣・前注464)・83頁。

を提示するあっせん型調停ではなく、この強要的な要素を排除し、人生経験や学識の豊かな調停委員から助言する⁴⁸⁵ことであると言われている。特に弱い地位にいる妻の利益を保護するため、相応な個別アドバイスや援助を提供すべきである。さらに、調停のプロセスを適切にコントロールし、的確な助言をするために、調停委員が別席で双方の心理的状況を把握することは許されるべきであろう。

さらに、注意すべきなのは、ある段階での別席調停は、同席調停の必要する、相談できて譲歩できる心理状態を醸成する意味もある。別席は調停の常態、あるいは主要な手段ではない。合意や譲歩に基づいて展開される調停は、同席で行われるべきである。言い換えれば、より合理的な状態は、同席で行われることであると考えられる。したがって、時にしなければならない別席調停は、同席調停の準備的な役割を有するものである⁴⁸⁶。

要するに、別席調停も同席調停も互いに代替できない役割がある。いかに同席調停を強調しても、現段階では、別席調停を捨てがたい⁴⁸⁷。さらに、別席調停とあっせん型調停の強要的な要素を除き、同席調停の補足的な要素という角度からみれば、別席か、同席か、いずれも調停の原則であるというのではなく、当事者の状況や境遇および調停手続の各場面などに応じて、有効と考えられる調停技法として、それらを相互に活用すべきである⁴⁸⁸。別席も同席もただ調停の手段・技法であり、決して調停の目的ではない。家事調停というものは、家事調停委員が、以上の各要素を総合的に考慮し、当事者の自主性を前提として、各争点・段階によって、適合する調停方式を採用し、当事者の協力者として、できるかぎり、両当事者の合意による解決、あるいは納得できる合理的な解決を追求する紛争解決手続であると考えられる。

4 家裁調査官の設置

1) 制度の発足

家裁調査官制度の前身は、旧少年審判所に設けられた少年保護司である。少年保護司の職務の主なものは、事件の調査および少年の観察とされた。この少年保護司の制度を踏襲して、家事審判所と少年審判所を統合した家庭裁判所においても、少年保護司から改名された少年調査官という職が設けられた。少年調査官は、裁判官の命令にしたがって、なるべく医学・心理学・教育学・社会学そのほかの専門的知識を活用して調査に努めなければならない（旧少年法9条）。旧少年審判所において、すでにあつた少年保護司から培われた伝統がある少年調査官と異なって、家事調査官は、家庭裁判所が設置されてから2年後、1951年に発足したが、その職務の内容は明確ではなかった⁴⁸⁹。1956年に、その職務について新たに規定が設けられた。すなわち、家事審判および家事調停の事件について事実の調査をするに当たっては、必要に応じ、事件の関係人の性格・経歴・生活状況・財産状態および家庭そのほかの環境などについて、医学・心理学・社会学・経済学そのほかの専門的知識を活用して行うように努めなければならないとされた（旧家事審判規則第7条の3）。この条文を見ると、家裁調査官の職務の内容が一定程度明確にされたが、旧少年法と

⁴⁸⁵ 小山・前注471)・8～9頁。

⁴⁸⁶ そこで、別個の問題が生じる。別席調停は紛争解決の側面の性質がある以外、双方当事者の心理的関与の性質もある。ゆえに、この2つの性質の割合、あるいは、だれがそれぞれの役割を担当するかの問題になる。例えば、調停裁判官あるいは調停委員は、一方当事者の心理状況が、調停に適せず、さらに、このような心理状況の回復は専門的心理機構しか行うことができないと判断する場合には、調停裁判官はどうすればよいか。調停不調とするか、あるいは、調停を中止し、主動的に当事者の心理調整を関与し、関係する心理機構に付するかについてはまだ検討されていない。

⁴⁸⁷ 梶村・前注436)・431頁。

⁴⁸⁸ 河野・前注462)・162頁。

⁴⁸⁹ 内藤・前注413)・79頁。

旧少年審判規則における少年調査官の職務についての規定とほぼ同じであって、少年調査官制度を参考にしたものと考えられる。

家事調査官が少年調査官制度を参考にする理由は、家事事件と少年事件の処理方針の類似性があるからである。社会化された法の立場のもとにおいて、個々の具体的な人間関係の個性に応じて個別化された司法が重視されていた。刑事司法の領域でまず反映されたのは、少年犯罪者を成年犯罪者から区別し、少年の犯したものは犯罪ではなく、非行であり、この非行を犯した少年に対して与えられる処遇は刑罰ではなく、保護処分であるという刑事司法理念の改革であった。非行少年、放任された少年など事件の根底には常に家庭の問題があり、この家庭の中核である少年の親、夫婦間の問題がある⁴⁹⁰。ゆえに、非行少年を保護するため、事件を処理するとき、全面的に、医学・精神医学・心理学などの専門知識を利用して科学的な調査をすることが重要である。事前の調査だけではなく、審理後に関係専門家の持続的関与も必要である。これらの要求に応じて、少年調査官（保護司）が設けられた。

一方、家事事件、特に離婚事件については、離婚理由に深く関連する心理的・経済的要素があり、科学的な調査も必要である。社会的な調査を行い、問題発生の原因を明らかにし、この原因を除去するために適切な処置を実施することは、当事者の心理的な葛藤を解消し、対立を沈静化して、離婚という破局を防止することであり、あたかも非行少年に対して保護観察に付して、刑の宣告を回避する機能と一致する⁴⁹¹といわれている。

したがって、このような共通な目的を有する制度として、1954年、少年調査官と家事調査官の名称を統一して、世界でも特有な制度といえる家裁調査官制度が誕生した。

2) 役割の変化

調停前置主義の採用および別席調停のところすでに論じたように、家事事件手続については、司法的機能と人間関係調整機能がある⁴⁹²。例をあげれば、離婚について夫の有責性などの事実を確定し、妻の財産分与額を定めるような法的紛争に対する法的判断の側面と、当事者の人間関係の葛藤を調整し、あるいは老人または幼児に対する扶養が必要と認めるとき社会福祉機関に連絡する人間関係調整と社会福祉的側面である⁴⁹³。法的判断でも人間関係調整でも、具体的な人間関係にふさわしい事件の個別的処理という目的によって、具体的な人間関係に対する科学的な事実調査が重要かつ必要である。科学的な事実調査は、「必要に応じ、事件の関係人の性格、経歴、生活状況、財産状態及び家庭その他の環境等について、医学、心理学、社会学、経済学その他の専門的知識を活用して行うように努めなければならない」（旧家事審判規則7条の3）。さらに、家事事件手続における裁判官あるいは調停委員が、単に自分の経験的な知識や観念によって心証を形成し、判断を下すことは、当事者の権利保障を害するおそれがあり、科学的な事実調査に基づいて行われることによって、実質的に妥当であることの保障が与えられる⁴⁹⁴。特に、家裁調査官制度を導入した50年代には、伝統的な家族観を持った調停委員は少なくなかった。ゆえに、川島武宜教授が述べたように、「法に強制されない近代的人間関係を扱うには社会関係に対す

⁴⁹⁰ 平賀・前注428)・142～4頁。

⁴⁹¹ 平賀・前注428)・167頁。

⁴⁹² 島津一郎「家事調停の問題点」ジュリスト489号(1971年10月)49頁以下、磯野富士子「家事事件の法的側面と人間関係調整の側面——イギリスの『峻別の原理』と日本の『融合の原理』」法律時報30巻3号(1958年3月)13頁以下参照。

⁴⁹³ 野田・前注426)・219頁。

⁴⁹⁴ 平賀・前注428)・159～61頁。

る人間の technology が必要である」⁴⁹⁵。したがって、家事事件の処理においては、過去から現在に至る一連の経過として事案の実情を把握したうえ、事案の背後にあって顕在化していない紛争や葛藤の真因を探る⁴⁹⁶調査官の調査が期待された。

しかし、家裁調査官が設けられた当時、裁判官がどのような基準によって、調査命令を出すか、家裁調査官がどのような基準で関与するかについて一定の基準がなかった⁴⁹⁷。その上、家裁調査官の使われ方は、別表第1の審判事件（旧甲類事件）に偏っていた⁴⁹⁸。調査命令を出し、人間関係諸科学の専門的な知識や経験をもつ家裁調査官の意見を参考することは、判断の適正を期するうえで有益である⁴⁹⁹ので、家裁調査官は、手続選別の補助的機能として、実質的に事件選別の参加者になってきた⁵⁰⁰。同時に、調査官の関与基準も次第に明確化になった。当事者の出頭確保に問題があると見られる場合や、医学、心理学など専門科学的見地からの調査診断が必要な場合は、その一例である⁵⁰¹。さらに、家裁調査官は、司法的機能を実現する前提である調査機能と人間関係調整機能のほか、1956年の家事審判法の改正における履行確保制度の新設によって、義務の履行状況の調査と履行勧告という職務権限が付加された。この職務は、出頭勧告のような調整機能と異なって、調査あるいは後の段階の調停手続のためのものではなく、本来活用すべき執行の代わりに行われる。その理由は、家事債務の債権者が多くは女性であること、分割払や定期給付の債務が多く、一般的に毎回の金額が少ないこと、また家事債務中の金銭債務の不履行はしばしば人間の生存を脅かすものであることなどである⁵⁰²。

その後、60年代から、日本の家族形態がいっそう変化し、核家族化によって、親権者の指定・変更、子の監護に関する事項などの子の福祉を考慮する必要がある紛争が増加した⁵⁰³。以上のように各基準が明確化され、家裁調査官のケースワーク・カウンセリングの調整機能が重視されてきて、別表第2の事件（旧乙類事件）や調停事件についての調査の利用度も次第に高まった⁵⁰⁴。

近時は、子の意思を尊重し、子の利益を保護するために調査官が関与するケースが次第に増加している。特に、2000年に児童虐待の防止等に関する法律が施行されたこと、2004年に人事訴訟事件が家庭裁判所に移管されたこと、および2011年に家事法が制定され、民法766条に「父又は母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担」が「子の監護について必要な事項」の例示として明文化され、「子の利益を最も優先して考慮しなければならない」当事者の協議規範とされた⁵⁰⁵ことによって、子の監護状況や子の意思、親権者の適格性などを適切に把握する調査官の調査機能⁵⁰⁶と、被虐待児童の児童福祉施設への入所措置の承認や、児童相談所との連携、子の意思を父母に伝えて、父母の

⁴⁹⁵ 川島武宜「新民法と家事調停」ケース研究27号（1954年10月）4頁。

⁴⁹⁶ 斎藤秀夫・菊池信男編『注解家事審判規則〔改訂〕』（青林書院 1992年）58頁。

⁴⁹⁷ 野田愛子「家事係調査官における期待と現実」ケース研究99号（1967年2月）24頁。

⁴⁹⁸ 野田・前注497）・24頁。須田重昭・丸山恭一「調査官のいる風景——調査官配置後の浦和家庭裁判所越谷支部の変化——」ケース研究255号（1998年5月）167頁。

⁴⁹⁹ 斎藤・菊池・前注496）・64頁。

⁵⁰⁰ 須田・丸山・前注498）・167頁。

⁵⁰¹ 斎藤・菊池・前注496）・65頁。

⁵⁰² 川島武宜「家事審判法の改正について」ジュリスト103号（1956年4月）30頁。

⁵⁰³ 坂野剛崇「家庭裁判所調査官の調査の特質について——家事事件・少年事件における専門的機能の担い手として——」家庭裁判月報64巻3号（2012年3月）8頁。

⁵⁰⁴ 野田・前注497）・24頁。

⁵⁰⁵ 梶村・前注466）・460頁。

⁵⁰⁶ 小峰隆司・塩見準一ほか「この福祉への配慮の充実を目指す調停と調査官関与の在り方」家庭裁判月報64巻10号（2012年10月）53頁以下、杉岡美幸・山本幸一ほか「離婚調停事件における子の調査の在り方について——「子の意思」の把握・考慮の規定を踏まえて——」家庭裁判月報64巻11号（2012年11月）79頁以下参照。

対立を縮小し、子の視点に立って合意による解決を促すようにする調整機能⁵⁰⁷が重視され、ともにより活用されていくものと考えられている。

3) 現在の到達点

ここまで数十年の実務上の経験および法改正を経て、家裁調査官は、審理と調査の分離のため、裁判官の命令に従って（裁判所法 61 条の 2 第 4 項）、人間関係の諸科学の専門的知識を持ち、これを活用して科学的な事実調査を担当する⁵⁰⁸。家事審判および家事調停に関する事件に限定すれば、以下のような職務を司る。

- ① 事実の調査（家事法 58 条、258 条、261 条、家事事件手続規則 44 条）、
- ② 期日への立会い、意見陳述（同 59 条 1 項、59 条 2 項、258 条）、
- ③ 社会福祉機関との連絡そのほかの措置（同 59 条 3 項、258 条、261 条 5 項、289 条 4 項）、
- ④ 子の意思の把握など（同 65 条、258 条）、
- ⑤ 成年後見、保佐、補助、未成年後見の事務の監督（同 124 条 3 項、133 条、142 条、180 条、同規則 79 条、80 条、85 条、86 条、97 条）。
- ⑥ 任意後見監督人の事務の調査（同 224 条）、
- ⑦ 義務の履行状況の調査および履行の勧告（同 289 条 3 項）。

以上のような家裁調査官の職務の内容をみれば、家事事件手続についての司法的機能と人間関係調整機能が強く反映されていることがわかる。すなわち、家裁調査官には、前述のように、司法的機能を実現する前提である調査とケースワーク・カウンセリングである調整の機能がある。

4) 調査官調査のあり方

調整の意味をいえば、ケースワークとカウンセリングであることには異議がない。しかし、ケースワークとは、個別の紛争を個別に処理するものである。カウンセリングとは、社会的不適応状態にある当事者に対して、面接を通して行われる心理治療的措置である。ゆえに、ケースワークはカウンセリングと共通するところがある⁵⁰⁹が、さらに、カウンセリングはケースワークを実現するための一種の手段であるともいえよう。

家裁調査官の調整機能が強調されて、具体的な技法が発展していることはいうまでもない。しかし、家裁調査官の調査機能と調整機能の関係をどのように理解すればよいかはなお検討すべき課題であると考えられる。家裁調査官の調整機能がいかに重要であっても、調査機能は調査官の核心的な職責である。従来の調整機能を発揮する目的は、順調かつ効率的に調査機能を実現することである。ゆえに、調査官の調整は、事実の調査という（調停委員会が行う）「調停の準備段階」⁵¹⁰で行われるものである。調停委員が負う人間関係調整機能と調査官が負う人間関係調整機能は、同じ調停手続における人間関係調停機能から由来しても、目的は決して一致していないことは、調査官の調整機能がより発展している現在でも異議がない。調停委員が負う人間関係調整機能は、両当事者の関係を調整し、心理的な葛藤を解消する紛争解決レベルのものである。一方、調査官が負う人間関係調整機能は、在来の有効的に科学的調査をするための調整（調査過程の治療的構成⁵¹¹）から、

⁵⁰⁷ 坂野・前注 503)・10 頁。

⁵⁰⁸ 佐上・前注 427)・16 頁。

⁵⁰⁹ 斎藤・菊池・前注 496)・77 頁。

⁵¹⁰ 磯野誠一「家事調停とカウンセリング」谷口・川島ほか編集・前注 438)・346 頁。

⁵¹¹ 中原尚一「家事調停における調査官の調整活動について——ある調査官への手紙——」ケース研究 83 号（1964 年 6 月）33 頁。

両当事者を、調停に参加できる心理状態で、調停に入らせる（機関利用のための調整⁵¹²）ための調整に拡大した。換言すれば、調査官の調整機能は、従来の調査機能の付随的な位置づけから、対等的な関係になっている。当事者の状況、子の意思を把握して、単に調停委員会に提出するだけでなく、当事者双方にも伝えて、互いに相手方の考え方を知らせ、調停に反抗的な心理状況を落ち着ける機能もある。しかし、科学的な事実調査をより有効に行い、当事者の心理状況を調整するため、調査官の調整機能を活用しても、当事者間の紛争の実質的な解決をすることはならない。調停・審判前の調整は調査のためのものに限定されるが、義務の履行状況の調査と履行勧告、社会福祉施設との連絡などの調停・審判後の調整は、法的判断の要素がないので、調停委員の職務と混同する恐れがないだけでなく、実質的に当事者の紛争を解決することができるというケースワーカーの機能があるため、より活用されることが予想される。

三 家事調停の実情と課題

1 家事調停の実情

家庭裁判制度の沿革、調停委員の調停方式の充実、家裁調査官の調査機能と調整機能、そして、国民の家事紛争に対する観念の変化は、すべて実務上の処理実態の変遷に現われる。ここで家事調停事件の種類、解決結果などの統計に基づいて、家事調停の運営上の傾向を分析する。

表 1：家事事件の種類別新受、既済件数

		1952年	1962年	1972年	1982年	1992年	1997年	2002年	2007年	2012年
家事 審判 事件	新受	327432	255306	205551	278135	267327	332009	490519	583426	672690
	旧甲類	292401	251881	201272	271888	260300	324001	479781	569132	650536
	既済	323115	256428	204773	277510	264863	330526	487577	582746	670584
家事 調停 事件	新受	38186	43587	70007	87955	91079	102322	128554	130061	141802
	既済	37930	43491	69730	87131	87819	102379	126685	128115	139804

表 2：家事調停事件の既済手続別件数

	1952年	1962年	1972年	1982年	1992年	1997年	2002年	2007年	2012年
既済	37930	43491	69730	87131	87819	102379	126680	128115	139804
成立	18613 (49%)	19580 (45%)	28777 (41%)	36839 (42%)	39728 (45%)	47476 (46%)	59227 (47%)	63260 (49%)	73416 (53%)
不成立	3012 (8%)	4493 (10%)	8152 (12%)	12697 (15%)	13653 (16%)	16245 (16%)	21866 (17%)	22916 (18%)	26889 (19%)
取下	12071 (32%)	14940 (34%)	26722 (38%)	32752 (38%)	30061 (34%)	33715 (33%)	39432 (31%)	36025 (28%)	33241 (24%)
旧家審法 23	2431	2804	3147	2488	2331	2451	3045	2411	2052

⁵¹² 出頭しない当事者への調停参加の勧告も、この「機関利用のための調整」の一部である。調停に反抗する当事者に対して、調査官が、「なぜ調停に参加しませんか」ではなく、「あなたの言いたいことを聞きたい」、「向こうはこのように考えています」という方式で調停に参加させるため、当事者の心理状況を調整する。この点からみれば、調査官は、当事者と調停委員（手続）の間の潤滑剤を担当する役目もあるといえるだろう。具体的な例は、中原・前注 511）・34 頁参照。

条の審判									
旧家審法 24 条の審判	42	77	120	39	118	116	75	81	110
調停をしな いもの	1761	1597	2812	1315	912	1276	1850	1594	1557
その他				617	644	701	1185	1828	2539

表 3：夫婦関係に関する調停事件の新受事件別件数

		子の監護 に関する 処分	うち				財産の分 与に關す る処分	親権者の 指定また は変更	婚姻中の 夫婦間の 事件（離 婚） ⁵¹³
			監護者 の指定	養育費 請求	面接交 渉	子の引 渡し			
1952 年	新受	132	-	-	-	-	654	619	12703
	成立	78	-	-	-	-	425	391	6721
1962 年	新受	91	-	-	-	-	281	2061	17211
	成立	57	-	-	-	-	161	1518	7830
1972 年	新受	1091	-	-	-	-	382	4415	36317
	成立	511	-	-	-	-	192	2795	14424
1982 年	新受	5756	-	-	-	-	786	7930	47819
	成立	3158	-	-	-	-	365	5156	18437
1992 年	新受	8215	-	-	-	-	1083	6959	46582
	成立	4755	-	-	-	-	521	4649	19007
1997 年	新受	11156	-	-	-	-	1031	7998	50665
	成立	6400	-	-	-	-	530	5464	22900
2002 年	新受	19112	478	14718	3345	502	1269	10133	61001
	成立	10753	143	8987	1476	92	603	6826	27066
2007 年	新受	22524	736	15160	5917	677	1204	8896	57522
	成立	12773	214	9638	2773	129	615	6120	27564
2012 年	新受	31421	1577	18651	9945	1064	1558	7669	53427
	既済	30479	1481	18629	9173	1037	1516	7790	53010
	成立	18028 (59%)	490 (33%)	12146 (65%)	5054 (55%)	255 (25%)	807 (53%)	5065 (65%)	27708 (52%)

表 1 で分かるように、家事紛争の数は増加している。家事調停事件は 50 年前の 3.3 倍、30 年前の 1.6 倍、10 年前の 1.1 倍と著しく増加している。家事審判事件の数も、1954 年の家裁調査官制度の発足、1956 年の履行勧告制度の導入、1980 年の審判前の保全処分に対する執行力の付与などの家事審判法規の改正に基づく家事審判制度の改善に伴い一般的に増加傾向が著しいが、その大部分が氏の変更、成年後見関係、相続放棄、精神保健お

⁵¹³ 実務においては、60 年代から、両当事者の対立の激化を避けるため、「離婚事件」、「離婚申立事件」という言葉を「婚姻中の夫婦間の事件」、「夫婦関係調整申立事件」に変更した。最後に離婚という形で紛争を解決するかどうかを問わず、両当事者に、特に離婚したくない一方当事者に、婚姻関係が救われることを暗示することができる。柔軟な表現によって、当事者の対立をしずめ、相談・和解の環境を培うことは、両当事者の紛争を解決するだけでなく、子の養育費などの利益を保護するにも有益であると考えられる。

よび精神障害者福祉に関する法律など、旧甲類審判事件である。調停前置となる旧乙類審判事件は、緩やかな増加であり、調停による解決の多さを示唆している。

実務的には、前述の実体法上の構造から家事審判事件旧甲類の増加はさけられず、裁判官の負担を減らすためには、調停による解決が増えることが望まれる。1974年に、調停委員の年齢、資格などの基準を規定する、いわゆる調停委員の専門家化の法改正、さらに、調査官の調査および調整機能の活用などによって、調停成立率は、緩やかでも、上がっている。家事紛争、特に離婚紛争解決案の履行を確保するため、さらに、子の福祉をより重視する理念によって、離婚紛争は、審判より、両当事者の合意による解決がより望ましい。ゆえに、以上の各理由にしたがって家事調停をいっそう活用させたい観点は、実務界と学界が共通している。

さらに、調停成立率が、50年代から70年代まで下がって、80年代から上がっているのは、調停委員の観念や調停方法の変化が反映している。すなわち、旧来の強要的なあっせん型調停・別席調停によって、当事者の調停に対する信頼が低くなり、当事者合意の重視、調停委員の調停技法の改善によって、調停は信頼されている。同時に、不成立率の上昇と取下率の低下から、当事者の権利意思の高揚が明らかに見られ、調停の合意による解決という本質もよく現われている。

表3で、まず注目すべきことは、子の監護に関する処分の件数と財産分与に関する処分の新受件数の変化である。1952年、両方の比例はおよそ1:5だが、1982年、7:1に、2012年、20:1になった。この変化から分かるように、離婚事件の中心は、経済的な紛争から子の監護に移動している。この変化に伴い、子の監護に関する処分の内訳を細分化し、司法統計に反映させる作業も、2000年ごろから行われている。そのうち、非監護親に対する養育費請求事件が、重要な地位を占めるとともに、面接交渉（面会交流）の件数が大量に増加していることにも注意すべきである。養育費も、面会交流も、子の利益と深く関連し、継続的な履行であり、履行内容が強制執行に適しないので、履行確保のためには、任意履行が望ましい。表3で表示される2012年の各調停事件の成立率は、表1の全体家事調停事件の成立率と比べて、だいたい同じレベルであるが、養育費請求の成立率が面会交流の調停成立率よりも10%高いことに注意すべきである。こうした調停実情の変遷は、合意解決の促進という調停理念がいっそう発展していることを示している。合意解決を促す実務上の重点は、面会交流のような子の経済的福祉以外のところに傾斜することが予想される。

2 合意解決の促進——新しい動向——

1) 経済的な子の利益の保障

日本において、最初の離婚裁判は有責離婚主義に基づいて行われていた。離婚の内容については、経済的権利である財産分与が重視された。これは統計に反映されている。ゆえに、家事調停は夫婦間の対抗を中心として行われていた。もちろん、50年代でも、離婚紛争を処理したとき、子どもの福祉への考慮を全くしなかったとはいえない。しかし、当時の子どもの福祉への考慮は、父からの経済的支援の確保および円満な夫婦関係が子どもの健全な人格形成に大きな役割を果たす⁵¹⁴ことに着目して、結局、離婚を防止するという、離婚紛争の処理方針に帰結していた。このような理念は、当事者の離婚の意思・権利を抑えるだけでなく、実質的に子どもの意思も把握せず、ただ常識的な観念によって子どもの福祉を守っていた。

その後、離婚意思の尊重、女性の幸福追求の実質的保障と、親子法における子の福祉の

⁵¹⁴ 伊藤里治「離婚の自由と子供たち」ケース研究18号（1953年1月）41頁。

重視は、日本だけではなく、世界の家族法の問題の中心になっている⁵¹⁵。日本では、女性の職場進出と経済力の向上などの現象、「理由のない離婚」や「友愛離婚」の増加、そして、非親権者も子に愛情を注ぎ、子をよき社会人に育成するについて親権者と同等の権利と義務を持つべきだとする法思想の現れ⁵¹⁶などは、このような家族法の大きな流れの体现である。実務上は、1987年に最高裁判決によって、有責配偶者からの離婚請求でも一定の条件を満たせば、信義則に反しないとして離婚を認める判例法理が確立されてから、離婚紛争を処理する中心は、離婚すべきかどうかという問題から、離婚に付随する各問題の解決に傾いている。そして、前述した女性の経済力の向上およびいっそうの核家族化によって、子の監護や面会交流などの子をめぐる問題がより重要になっている。

また、子の福祉を次第に重視している理由のもう1つは、非行少年の問題に深く関係する。非行などの問題行動を犯す子どもには、家庭内の不和や離婚など恵まれない状況を背負って生育してきた子どもが多い⁵¹⁷といわれている。ゆえに、できるだけ、子どもを夫婦間の葛藤や対立に巻き込まず、当事者の離婚の自由を前提として、子どもに健全な生育環境を提供しなければならない。対立・紛争が続いている婚姻関係は決して健全な生活環境ではない。したがって、両当事者を中心に、婚姻関係を維持するか、終わらせるかの問題の重要性は次第に弱化し、子どもの福祉への配慮がいっそう強化されるようになった。

このような背景において、佐藤隆夫教授は、「子の問題は、現代家族法としては、単に子の利益の保護という表面的問題にはとどまらないというべく、もっと本質的に子の地位の問題として、根本的視点からの問題分析が必要であろう。…有子夫婦の離婚は、子の地位を最大に尊重してなされるべきである。子からみて、離婚する夫婦でも父母関係は永遠に変わらない。…父母の別居ないし離婚では、法理的には子の生活問題が深刻な現実的問題として提起される。未成熟子に対する親の生活保持義務の明文の規定が当然必要である」⁵¹⁸と述べており、いわゆる「有子夫婦の離婚論」を提起した⁵¹⁹。佐藤教授によれば、夫婦間の関係がどのようになるのかを問わず、未成熟子にとっては、父母関係は何ら変わらない。ゆえに、子の福祉は、単に夫婦間の離婚紛争が処理されるときに考慮すべき一要素だけではなく、離婚時に守られなければならない法的義務であるべきである。しかし、注意すべきことは、80年代において、子の福祉の内容として、生活保持義務の明文化や、養育費の給付などの経済的問題に重点が置かれていた⁵²⁰。この時期における調停合意への促進の出発点は、子の経済的利益を確保することにあつた。当事者の合意は、単に当事者間の紛争を円満に解決するだけではなく、養育費の任意履行の確保などの子の福祉を保障する上でも重要である。

2) 面会交流の保障

非監護親と子の面会交流については、それが権利として認められるのか、認められるとして親の権利か子の権利か、その法的性質はどのようなものかについては、自然権説、監護関連権説、子の権利である説、親と子の共有権である説、権利ではない消極説など様々な説があり⁵²¹、定着していない⁵²²。しかし、東京家審昭和39・12・14（家裁月報17・4・

⁵¹⁵ 野田愛子「子の福祉をめぐる諸問題」ケース研究182号（1980年2月）44頁。

⁵¹⁶ 伊藤明「子の監護に関する諸問題——離婚と子の利益」ケース研究177（1980年4月）57～8頁。

⁵¹⁷ 梅本淑子「調停離婚の現状」心理相談センター年報2巻（2007年3月）18頁。

⁵¹⁸ 佐藤隆夫「最近における離婚の実態と問題点」法律のひろば38巻2号（1985年2月）4～6頁。

⁵¹⁹ 佐藤隆夫「現代離婚法への一視点——有子夫婦の離婚論」ジュリスト825号（1984年11月）69頁以下参照。

⁵²⁰ 伊藤・前注516）・57頁。佐藤・前注518）・4頁。

⁵²¹ 棚村政行「子の監護調停の実務指針——面接交渉を中心として——」早稲田法学72巻4号（1997年3月）322頁。

55) で初めて「面接交渉権」が認められてから、最 2 小決昭和 59・7・6 (家裁月報 37・5・35) と最 1 小決平成 12・5・1 (民集 54・5・1607) は、子の福祉に反しないかぎり、親権者とされなかった親、あるいは別居状態にある、子どもと同居していない親の、子との面会交流を認めた。これまでの実務上の経験を踏まえて、2011 年、民法 766 が改正され、面会交流について明文化した。同条では、子の利益を最も優先して考慮しなければならないとされる⁵²³。さらに、同年に成立した家事法は、子の福祉をより保障するため、子の主体性・意思への配慮、および、その環境整備のための手段双方から充実化を図った⁵²⁴。前者については、家事審判をする場合において 15 歳以上の子の陳述を聴取しなければならない範囲が拡大される⁵²⁵とともに、未成年者である子の意思を把握するため、家裁調査官の調査が重視される⁵²⁶。後者については、意思能力がある子の手続行為能力、利害関係参加、裁判長による手続代理人の選任などの規定が設けられた⁵²⁷。

民法 766 条の改正および家事法の制定によって、子の福祉への配慮は、よりいっそう重要になったと評価することができる。特に、子の福祉の内容は、養育費の給付という経済利益の保護はもちろん依然として重要であるが、子の健全な生育環境の維持、あるいは子の両親からの愛の期待の意義がある面会交流も重要である。ゆえに、現在の段階では、子の福祉である面会交流を実現するため、子の意思を把握して、父母に働きかけ、当事者の合意による解決を促進する技法の充実が当面の急務であろう。

子は、同居していない親との面会交流が円滑に実施されていることにより、どちらの親からも愛されているという安心感を得ることができ、子の健全な成長にとって重要な意義があるため、子の福祉を害しないかぎり、面会交流を実施していくのが相当であるという子の視点からの面会交流原則肯定論は、最近の家裁実務⁵²⁸によって定着している⁵²⁹。離婚は、子どもに短期的・長期的に重大な影響を及ぼす事態であって、子どもの幸せに関わるできごととして、両親が子どもの今後を考えていく必要がある。そして、非監護親との交流を継続することは、子どもが精神的な健康を保ち、心理的・社会的な適応を改善するために重要である。さらに、面会交流の実現に当たっては、子どもが両親の紛争の影響を受けないように、両親が配慮する必要がある⁵³⁰。両親の実質的な合意が形成されないと、面会交流の円満な実施が困難であり、仮に実施したとしても、継続性を欠いたり、両親の間で板挟み状態にある子に不要なストレスを与えるなど、子の福祉の観点からは却って有害なものとなりうるおそれが大であるので、子の福祉を本質的に保障する任意履行を実現す

⁵²² 細矢郁・進藤千絵ほか「面会交流が争点となる調停事件の実情及び審理の在り方——民法 766 条の改正を踏まえて——」家庭裁判月報 64 巻 7 号 (2012 年 7 月) 4 頁。

⁵²³ 杉岡・山本ほか・前注 506)・80 頁。

⁵²⁴ 小池泰「家事審判・家事調停の改革についての評価と課題——実体法の視点から」法律時報 83 巻 11 号 (2011 年 10 月) 29 頁。

⁵²⁵ 陳述の聴取の場合は、子の監護に関する処分 (家事法 152 条 2 項)、未成年養子縁組の許可 (同法 161 条 3 項 1 号)、親権喪失・停止など、および親権者の指定・変更 (同法 169 条) などに増えている。

⁵²⁶ 家事法第 65 条は、「家庭裁判所は、親子、親権又は未成年後見に関する家事審判その他未成年者である子 (未成年被後見人を含む。以下この条において同じ。) がその結果により影響を受ける家事審判の手続においては、子の陳述の聴取、家庭裁判所調査官による調査その他の適切な方法により、子の意思を把握するように努め、審判をするに当たり、子の年齢及び発達の程度に応じて、その意思を考慮しなければならない。」という旨の規定である。家事調停手続はこれを準用する (同 258 条 1 項)。

⁵²⁷ 杉岡・山本ほか・前注 506)・80 頁、二宮・前注 46)・233 頁。

⁵²⁸ 大阪高決平成 21・1・16 (家月 61・11・70)、大阪高決平成 22・7・23 (家月 63・3・81)、東京高決平成 25・7・3 (判タ 1393・233) などである。

⁵²⁹ 二宮周平「別居・離婚後の親子の交流を支援する仕組みの追求——韓国・カナダ調査を参考に (1)」戸籍時報 708 号 (2014 年 2 月) 4 頁。

⁵³⁰ 細矢・進藤ほか・前注 522)・53 頁。

るため、父母間で実質的な合意が形成されることが求められる⁵³¹。

調停委員が調停を行うとき、調停方法を調整し、前に述べた同席調停を活用し、当事者の意見を傾聴し、よく理解し、詳細かつ周到な面会交流の実施要領を両当事者と検討することに対して、調査官の調査機能と調整機能の活用も重要であると思われる。すなわち、子の福祉を保障するため、もっとも重要なことは、子の意思の把握であろう。換言すれば、子の期待に応えなければ、従来のように、父母の主張ばかり、あるいは監護親だけの意見を聞き⁵³²、あるいは調停委員が自ら自分の経験によって「子の福祉」の内容を判断することは、必ずしも適切とはいえない。特に、子が非監護親を拒否する現象 (Parental Alienation) は、監護親の非監護親に対する否定的な評価からの影響や、子が監護親の心情に配慮するなどの要素があり、非常に複雑である⁵³³。子の意思をはっきり把握せず、父母に明白に伝えることができないと、父母の合意が形成できず、実質的な子の福祉も保障できない。

家事法制定の前後に公表された一連の家裁調査官の研究は、子の意思の把握と父母の合意の促進に関するものが多く、大量な成果を挙げている⁵³⁴。両親の暴力の程度に対応した適切な子の監護の方式、子が非監護親を拒絶する現象の原因と対応⁵³⁵、子の年齢によって、子の意思の内容、子の状況、子の心情、子の意向など別々に重点化して対応すること⁵³⁶、調停委員会と連携して、早期に裁判官・調停委員・調査官による評議を行うこと⁵³⁷など様々な方策や工夫に則した調査が実施され、有益な結果を得ている。

こうした一連の調査官の活動は、単に調停のための科学的な調査だけではなく、子の意思を把握して、葛藤の高い父母に伝え、「詳細かつ周到な面会交流の実施要領」を具体的に策定する過程で、子の現状についての認識を共有化し理解を深めることによって、また相互の不信感や母側の恐怖心を軽減することによって、両当事者の対立をしずめ、面会交流の合意形成を促すことに貢献することできる⁵³⁸。子の福祉に適合する解決は、どちらがよい親かを定めることではなく、双方の親と子との関係を形成し発展させ、よりよい養育を実現することにある⁵³⁹という理念は、調査官に共通する。今後、調査官の調整機能と調査機能のバランス、調査官と調停委員の連携のあり方が課題になるものと思われる。

3 家事調停制度の課題

以上、家事調停における独自の制度を紹介し、調停理念の変化を検討したが、これらの検討を踏まえて、民事調停制度と比較して、いくつかの重要と考えられる課題に対して、私見を述べたい。

1) 全件調停前置主義への反省

家事調停前置主義の採用は、家事事件の非合理性や家庭の平和と健全な親族共同生活の強調に由来した。民事調停においても、地代借賃増減請求事件については調停前置である。しかし、両方の調停前置主義を形成したルートは異なる。地代借賃増減請求事件について

⁵³¹ 二宮・前注 529)・5 頁。

⁵³² 木村耕一郎・柏原啓志ほか「離婚調停事件における子の調査の在り方の検討に向けて——子の福祉に資する子の調査を目指して——」家庭裁判月報 63 卷 12 号 (2011 年 12 月) 109 頁。

⁵³³ 小澤真嗣「家庭裁判所調査官による「子の福祉」に関する調査——司法心理学の視点から——」家庭裁判月報 61 卷 11 号 (2009 年 11 月) 41~2 頁。

⁵³⁴ 調査官特別研究庁費による調査官の子の調査に関する研究報告は、2011 年から家庭裁判月報によく見られる。

⁵³⁵ 小澤・前注 533)・1 頁以下参照。

⁵³⁶ 杉岡・山本ほか・前注 506)・79 頁以下参照。

⁵³⁷ 小峰・塩見ほか・前注 506)・53 頁以下参照。

⁵³⁸ 二宮・前注 529)・6 頁。

⁵³⁹ 小澤・前注 533)・54 頁。

の調停前置主義は、長期間の付調停の経験が蓄積され、特に、東京・大阪地裁の仮調停前置主義の試行結果に挙げられた、70%以上の調停が成立した成果に基づいて、厳密に制定された。しかし、家事事件の全件調停前置主義は、こうした実務上の経験がなかった。立法者が主観的に調停によって家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を図ることができると決め込み、客観的な理由が少なかった。付調停実務による選別がないからこそ、全件調停前置を採用し、調停に適さない事件まで調停で対応させたことから、現実当事者の抵抗を引き起こした。本来訴訟で紛争を解決したい当事者が、経なければならぬ調停段階を速やかに終わらせるため、調停不調を目標として、調停に参加する可能性は一定程度ある。少なくとも、調停への熱意があまり高くない。ゆえに、このような当事者に対して調停で紛争を解決させるために、調停委員が別席調停や強行的な意味があるあっせん型調停を行うのはやむを得ないといえよう。

したがって、どのような家事事件が調停前置に適するか、どのような家事事件が適さないかを再検討すべきであると思われる⁵⁴⁰。例えば、家庭内の暴力（DV）、虐待などの要素がある離婚紛争については、調停に適せず、訴訟によって解決すべきであろう。離婚にともなう財産分与や慰謝料などの解決は、加害者の任意履行を期待しなくてもよい。むしろ、家庭裁判所が積極的に強制執行をし、被害者の利益保護に努力しなければならない。これも家庭裁判所の福祉的な機能のあるべき体現といえよう。

これに対して、離婚自体に対して異議がなく、単に財産分与、養育費などに争いがある事件については、その人格的な要素、言い換えれば、非合理性の部分が少なく、民事紛争と類似し、付調停の方式で処理されてもよく、調停前置主義が保持されてもよい。そのほか、子の監護、親権者の指定、面会交流などの案件については、子の福祉と深く関係し、父母の合意解決を通じて、子の利益を保護すること、離婚による心身および経済的な影響を避けること、さらに、当事者の任意履行も確保できることなどから、このような事件について調停前置主義が維持されるのは一定の合理性がある⁵⁴¹。家庭内の暴力と子ども、2つの要素ともにある事件には、訴訟を基本として、異なる争いを別々に訴訟や調停で処理することもできる。すなわち、訴訟裁判官が、訴訟で離婚するかどうかおよび、財産分与、慰謝料などの問題を処理し、子どもに関する問題の合意解決を促すため、調停に付する。この場合には、付調停制度が本質的に利用されるだけでなく、中間判決の活用も期待される⁵⁴²。もちろん、以上の分類は絶対的なものではなく、裁判官が、当事者の意見を聞き、事件の各要素を総合的に判断して、訴訟すべき離婚を調停に付し、あるいは、調停すべき親権者の指定などの事件を訴訟で処理するという手続裁量権を有すべきであると考えられる。

2) 裁判官、調停委員、調査官の責任分担と連携

日本においては、民事調停も家事調停も、法改正によって調停委員の質がいつそうよくなってきた。さらに、長期間の系統的な調停委員の訓練によって、調停委員の技法および技法についての議論は非常に高いレベルに至った。調停が行き詰まったり、困難になった

⁵⁴⁰ 筆者からみれば、もっとも理想的な選択は、全件調停前置主義を廃止することである。当事者の裁判を受ける権利の保護という角度から、地代借賃増減請求事件のような実務経験がない場合に、事前に当事者の手続選択権を奪うのは、憲法違反である。しかし、調停前置主義を廃止し、付調停によって、改めて調停前置のために経験を積み重ねるのは、裁判官に膨大な負担をもたらすことが明らかである。ゆえに、本来合意解決が望ましく、かつ可能な事件について調停前置主義にゆだねることは折衷的な解決策であると考えられる。

⁵⁴¹ ここ生じる裁判を受ける権利との矛盾は、第三者（子）の利益の保護という視点から、一定程度柔軟化することができる。

⁵⁴² つまり、仮に、子どもの問題についての合意がなかなか達成し難い場合には、まず経済面の争いを中間判決で確認して、被害者側の救済や利益保護を優先的に実現する。

りするとき、休憩をとって、当事者の心理を冷静させる。あるいは、しばらく別の課題を扱う。あるいは、当事者に本音を吐かせるため、どのような問いかけをするかなど、様々な方法が挙げられている⁵⁴³。同席調停における双方当事者の座り方さえも注意されるところである⁵⁴⁴。戦前や50年代における当事者の権利を無視して「まあまあ調停」を行っていた頃調停委員に対する批判によって、現在の調停委員を評価するのは客観かつ公正ではない。ゆえに、単に速やかに双方当事者の紛争を解決するため、調停委員が無原則に積極的に別席調停を行う比率がどれほど高いのかは疑問がある。すなわち、一般的に言えば、調停委員は、当事者の様子、事案の複雑さおよび調停プロセスの円滑な進行などに基づいて、別席調停を行うかどうかを決定すべきである。

しかし、現時点で、学界および裁判官が、家事調停委員に対して、特に当事者合意を過度に重視することについて、筆者は、裁判官が負うべき責任を避け、自分の職責を履行しないと感じざるをえない面がある。特に、同席調停を利用するかどうかについては、裁判官は煩わしさをさけるために、調停委員に、「まず当事者の意見を聞きなさい」、「当事者の秘密を守りなさい」などと話す。しかし、調停手続の進行に対するコントロールは、本来裁判官がやるべきことである⁵⁴⁵。調停裁判官の全段階での立会が必要ではないという観点は、筆者は前にも表触れたが、調停裁判官が立ち会うことには確かにメリットがある。1つは、調停が司法的な紛争解決手続であることを強調することができる。2つは、裁判官が法律の角度から調停プロセスおよび双方当事者の合意について法的な規制を行うことができる。この調停裁判官の立会のメリットを認識したからこそ、2003年の民事調停法・家事調停法の法改正によって、非常勤裁判官制度を導入した。

調停手続が家事法によって展開するという側面の法的規制は問題がない。つまり、柔軟な調停を行うと同時に、当事者の手続上の権利を保護すべきである。一方、双方当事者の合意に対する法的な規制の限度については、論じるべきである。法律の強制的な規範に違反しない限り、自由意思による契約上の合意はもちろん制限が必要ではない。しかし、裁判所で行われる調停における合意については、第三者の利益を侵害し、あるいは明らかに不公平である場合には、法的な規制をすべきであると考えられる。例えば、子に養育費を請求する権利があるとしても、母は子と父親の関係を断ち切りたいと考えており、父は養育費を支払いたくないと考えている場合には、子との面会交流をしない、養育費は支払わないというような合意は、子の福祉を侵害するので、法的な規制が必要である⁵⁴⁶とされている。そのほか、離婚調停を速やかに成立させるために、一方当事者から提供する財産的な給与では、相手当事者と子どもの基本的な生存さえ満足できない場合の合意、あるいは、一方当事者から提供する財産的な給与は、著しくこの者が負担しうる限度を超える場合の合意は、履行の段階で履行不能やほかの紛争が起こる可能性があるだけでなく、この合意自体が不合理的なものである。

もちろん、実務では、裁判官が調停合意達成のときに、調停合意を確認することを行うことによって、最後の規制があるが、合意の形成は、時間がかかり、心理的な変化が次第に生じるプロセスである。僅かに最後の段階で合意を評価して、否定的な判断をすれば、これまでの時間が無駄になり、双方当事者が納得できない可能性が高い。のみならず、このような最後の規制は、調停活動そのもの自体に対してマイナスな影響がある。調停委員

⁵⁴³ 稲葉一人「調停を広げる——難しい局面に対応して、別席調停・共同（複数）調停を有効に」使う——」JCAジャーナル 53巻9号（2006年9月）28～9頁。

⁵⁴⁴ 井垣・前注464）・72～3頁。

⁵⁴⁵ 家事法第248条1項の「調停委員会は、裁判官一人及び家事調停委員二人以上で組織する。」という条文の建前はそうであろう。

⁵⁴⁶ 大塚・前注475）・649頁。

の活動を否定するばかりが、調停という紛争解決手続への信頼度も失わせる。したがって、裁判官の法的な規制は、すべての家事調停プロセスに一貫すべきであり、特に合意形成の途中で助言などの形で段階的な規制をすべきである。これによって、毎回の規制が適切になり、より柔軟かつ有効で、当事者に受け入れやすいものとなる。もちろん、このような法的規制は調停委員によって行うこともできるが、調停委員の法律知識が不十分である場合もあり、十分に対応するために、調停委員にさらに厳しい要求を課すおそれがある。要するに、調停の司法的機能からの法的規制は、裁判官が担うべきである。

こうした調停の司法的機能からの法的規制のほか、調停の人間関係調整機能についても、裁判官が責任を負わなければならないところがある。調停委員も、調査官も、カウンセリングの機能を有することは、改めてその必要性を論じる必要もない。しかし、各職のカウンセリング機能の限度は必ずしも一様ではない。調停委員は、ほぼ専門的な心理治療の素人であるので、情緒不安定な人間関係不適應の度がそれほど強くない事件には対応できるが、強い場合には、対応できるかどうかは別として、対応する必要もないだろう。当事者の心理状況を対話できる状態に回復させることは、すでに紛争解決の範疇におけるものではない。調停委員は当事者の紛争を解決する主導者であり、カウンセラーではない。

仮に、調停委員がこうしたカウンセリングをしても、手続上の不公平が起こるおそれもある。柔軟な調停手続でも、当事者の手続上の権利を保障すべきである。この点が家事法にも表れている。すなわち、できるかぎり、両当事者に対等な質問、発言の時間を与えるべきである。しかし、調停委員から、一方当事者に相当長い時間の心理調整のカウンセリングが行われることは、相手当事者にとって、手続上の権利の侵害と捉えられるおそれがある。さらに、調停主導者である調停委員が、完全に中立公正にカウンセリングを行うことは難しい。調停委員が、カウンセリングによる一方当事者に対する同情などの感情に影響されず、公正に当事者間の事実認定・心証形成をすることは限らない。ゆえに、このような一定程度の心理治療の意味があるカウンセリングは、調停の参加者である調停委員ではなく、案件に影響されず、案件に影響もしない専門的なカウンセラーから行うべきであると考えられる。

調停委員のカウンセリング機能に限度あるという観点は、小山昇教授がすでに70年代に指摘していた⁵⁴⁷が、現在は、より強化すべきという主張が見られる⁵⁴⁸。調停委員に要求しすぎるかどうかは別として、調停技法をより強化することの出発点は、紛争をより円満に解決することにあることは疑う余地がない。しかし、この調停委員を中心としての議論の趨勢によって、裁判官が家事調停の主導者であるという調停のあるべき本質が次第に忘れられ、おろそかにされてしまったのではないだろうか。学者も、裁判官も、裁判官の責任を強調しても、調停委員が調停主導者である前提で議論していた⁵⁴⁹。「法的な判断について問題があれば、遠慮せず、私に聞いてください。人間関係の調整について問題があれば、調査官と相談して、関与が必要であれば、私に言ってください。」という裁判官からの「優しい関心」である裁判官との連携は、実質的には本末転倒であろう。確かに、裁判官が、「当日の調停事件以外の仕事も抱えているので、調停にばかり時間を割けないとい

⁵⁴⁷ 小山・前注471)・8～10頁。

⁵⁴⁸ 稲葉・前注543)・26頁以下、大塚・前注475)・433頁以下、梶村・前注466)・459頁以下参照。

⁵⁴⁹ 例として、石田敏明裁判官は、「家裁調査官との連携」、「裁判官との連携」という調停委員を第一人称とする形で家事調停の運営を議論した(石田敏明「家事調停の運営について」家庭裁判月報63巻4号(2011年4月)1頁以下参照)。棚村政行教授の「調停委員は、…調停事件を自分たちだけで抱え込まずに、法的な判断については適宜裁判官に相談し、人間関係の調整や対立の激しいケースでは、調査官の関与を仰ぐなど、調停委員会のチームとしての連携プレーに努めることが重要である」という論説から、棚村教授にとって、調停委員が調停委員会の中心であることは明らかである(棚村政行「これからの家族、これからの調停」ケース研究291号(2007年5月)21頁)。

うこともある」。裁判官の常時立会も必要ではない。しかし、家事調停の場合には、当事者の心理調整というカウンセリングは調停の過程で一貫する活動であり、調停過程における調査官の調整、専門福祉機関との連絡、専門的な心理機関との連携などの活動を最後に決めるのは裁判官であるべきである。家事法はそう定めている⁵⁵⁰。裁判官は単に署名捺印係ではない。調停委員会が早期かつ定期的に評議するという連携をより有効に行う前提は、裁判官が家事調停の主導者であるという考え方の復活にある⁵⁵¹。

おわり

日本における家事調停制度は、全件調停前置主義の採用、家裁調査官の関与などの独自性がある。家事調停の理念は、従来別の別席・あっせん型調停を基本とする調停委員による紛争解決という司法的機能の重視から、次第に人間関係調整機能に傾斜し、合意による解決がいつそう促進されている。合意による解決を促す理由も、当事者間の紛争の自主的な解決から、子の福祉に関する解決の任意履行の確保に変わっている。特に、民法 766 条の改正によって、子の面会交流が離婚の前提になることによって、この合意の意味が少し変わると思われる。つまり、従来の合意解決説によれば、調停の本質が合意であり、できるかぎり、裁判官の介入は最小限で行われるべきである。しかし、現在の子の福祉のための合意には、強制的な意味がある。換言すれば、離婚のため、面会交流などの子の福祉に関する争いについて合意しなければならないことは、法律、そして裁判官の強制的な要求である。柔軟に表現すれば、裁判官のチェックが必要である合意といえよう。ゆえに、仮に、当事者間で子の福祉に関する合意が達成できない場合、あるいは、子の福祉を害するような合意が形成された場合には、裁判官の法的規制はいうまでもなく必要である。こうした場合の裁判官による合意のチェック・提案と、批判されてきた調停委員のあっせん案は、どのような関係にあるのか。こうしたチェック・提案はあっせん案から改良されたものとみなすことができるのか。このような課題は、調停の本質論にも深く関係する。また、裁判外の機関との連携、調停の既判力など残される重要な課題は、第 4 編で改めて論じていきたい。

第 4 編 民事紛争解決手続と調停——中国法への提言——

⁵⁵⁰ 家事法 56～62 条、248、261 条などである。

⁵⁵¹ 家事法の制定によって、各家庭裁判所は、家事法の趣旨を踏まえた運用を実施している。例えば、東京家裁では、家事調停に関して、新しい書式、各当事者からの書類提出のあり方、閲覧謄写、非開示希望への対応、双方立会手続説明などの項目を中心に行っている。特に双方立会手続説明については、裁判官の主導性がいつそう重視されることと期待するが、現時点では、実務上、おおそ調停委員から説明をすることになっている。裁判官の対応の変化についてはなお強調すべきであると思われる（小田正二「東京家裁における家事事件手続法の運用について——東京三弁護士会との意見交換の概要と成果を中心に——」判例タイムズ 1396 号（2014 年 3 月）25 頁以下参照）。

はじめに

訴訟と調停の連携しうる結節点は、ここまでで紹介した日中における訴訟と調停の連携の運営実情に鑑みると、訴訟から調停への委託調停（中国側）および付調停（日本側）、調停合意書の司法確認制度⁵⁵²（中国側）と調停前置主義における調停不調の場合の訴訟への移動（日本側）にある。両当事者が共に直接に調停を申し立てるのは問題ないが、一方当事者が調停を申し立てた場合に、相手が調停を受けなければならない根拠については検討する余地がある。つまり、民事・家事調停法にはもちろん正当性があるが、一種の新しい司法的紛争解決を作るのは、裁判所の司法権との関係、特に憲法第 32 条に規定される裁判を受ける権利との関係はどう理解すればよいのかは疑問となる。さらに、一般的に非公開である調停は憲法第 82 条に規定される公開主義との関係でも問題となる。

これらの疑問に対する答えに基づいて、調停の本質は合意であるか、裁判であるかについても解明すべきである。調停の積極的な結果、すなわち、成立した調停、調停に代わる決定、調停条項の裁定の効力については、訴訟における判決の効力と何らかの差異があるかについても議論されている。要するに、訴訟と調停の連携という課題は、単にどうやって紛争を、訴訟から調停へ、あるいは調停から訴訟へ入るのかという形式上の問題だけではなく、訴訟と調停との司法制度上、さらに、憲法上の関係の解明に所在する。

一 訴訟と調停の連携に関する検討

1 調停と裁判を受ける権利

憲法第 76 条には、司法権が裁判所に属するという規定があるが、司法権の内包についての説明がない。他方、裁判所法第 3 条 1 項の「裁判所は、日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する。」という規定から見れば、司法権の構成は、「裁判」および「その他法律において特に定める権限」である。要するに、調停に関する議論の前提にあるのは、裁判所が行う調停は、「裁判」という司法権か、あるいは「その他法律において特に定める権限」という司法権に属することになる。条文の文理から、裁判が司法権の核心であるのはいうまでもない。さらに、法律上、あるいは観念的には、民事訴訟が民事裁判の核心的な存在であるといってもよい⁵⁵³。要するに、民事調停制度が「裁判」あるいは「その他法律において特に定める権限」のいずれに属するにしても、核心とする訴訟と対比した際に、決して対等な位置におくことはできないだろう。この憲法上の本質的な差異は、訴訟が最も純粋な強制的解決方法で最後の手段としての意味を有する⁵⁵⁴ので、認めざるをえない。

しかし、調停が訴訟の補充であるとしても、調停が一種の裁判であるか、あるいは裁判外の特に定める権限であるかについては検討の余地がある。この点が、調停裁判説と調停合意説⁵⁵⁵の分岐が起こった原点であろう。調停が単に私法上の和解と見なされれば、民事調停の強制的な出頭義務の根拠がどこにあるのか疑問が生じる。さらに、裁判外の民間的な紛争解決方法と同じであれば、わざわざ裁判所に調停という権限を設ける必要もないだ

⁵⁵² 厳格に言えば、司法確認制度は調停から訴訟に転換するとはいえない。人民調停は民事調停ではなく、司法確認「訴訟」も訴訟手続に準用するかどうかについて問題がある。日中における調停制度の差異があるので、絶対的に日本の基準によって中国の制度を分類することはできないだろう。しかし、日中を比較し、そして、互いに参照させるため、形式的にこのように分類する。

⁵⁵³ 佐々木吉男「民事紛争の非訟的処理と憲法三十二条」ジュリスト 489 号（1971 年 10 月）42 頁。

⁵⁵⁴ 小山昇『小山昇著作集第 7 巻 民事調停・和解の研究』（信山社 1991 年）256 頁。

⁵⁵⁵ 調停合意説については、宮崎澄夫「調停の理念」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座第 5 巻』（有斐閣 1956 年）1380 頁以下参照。調停裁判説については、佐々木・前注 6）・235 頁以下以外、森松・前注 384）・39 頁以下参照。

ろう。したがって、裁判所に所属する調停委員会が行うという司法的側面からみれば、調停は裁判に属するとしか理解することができない。つまり、憲法に規定される裁判を受ける権利についての裁判の概念は、伝統的な訴訟中心主義に限定された訴訟から調停や非訟事件などへ拡大した。裁判を受ける権利は、訴訟事件の裁判だけでなく、それを原則としつつ、より広く国民が紛争解決のために裁判所で当該事件にふさわしい適正な手続の保障を伴った裁判を受ける権利を保障したものと解される⁵⁵⁶とされている。したがって、訴訟も調停も広い意味では裁判であり、当事者の調停申請も調停参加も裁判を受ける権利を実現する方式である。よって、憲法上の裁判を受ける権利でいう「裁判」を広義の裁判と位置づけ、訴訟と調停の双方を含むものと理解することが望ましい。

調停が広義の裁判であると認めるのは、決して当事者合意を無視するというのではない。逆に、当事者の合意が調停の核心であると考えられる。しかし、この合意は、裁判外の民間的な紛争解決における合意とは本質的に異なる。まず、合意を達成するための、調停者の関与の程度が異なる。民事調停の場合には、両当事者自らが話し合うことはもちろんだが、調停委員が主導的に調停案を提案することもできる。一方、民間的な「調停」の場合には、調停者が当事者の意見をより重視し、できるだけ両当事者自ら調停案を達成させるように努力する。調停者の調停案を提示するまで関与する点については、当事者に紛争解決を強要させる恐れがあるので、批判もあるが、これは実務上の手法の問題で、制度上の制限に反するものではない⁵⁵⁷。次に、司法的紛争解決制度である調停は、執行力が付与されるなどの公的な保障がある。調停委員会は単に形式的に両当事者から達成された合意を調停調書に記録するわけではない。前述のような合意の達成過程に積極的に関与するだけでなく、仮に、両当事者が自ら合意を形成して調停調書に載せるように要求しても、調停委員会は内容の妥当性などの実質的な審査をしなければならない。これは、調停が広義の裁判であり、当事者の裁判を受ける権利を保護すべきだからである。

さらに、調停が広義の裁判であるという前提をとると、裁判の公開主義に違反するか否かも問題となりうる。憲法に保障される裁判の公開主義は、第 82 条 2 項の規定によって、決して絶対的な要請ではない。裁判は、原則的に公開で行わなければならないが、公序良俗に反しうる場合、非公開で行うこともできる。例えば、未成年者に関する案件や国家秘密に関する案件の審理は原則的に非公開で行うことになる。さらに、知的財産権訴訟において営業秘密の保護のために、両当事者に自ら公開・非公開を決定する選択権がある実務も、公開主義が緩和されていることの一例である。つまり、紛争様態の多様化したがつて、公開即公平という、本来公正な裁判を実現するための手段的担保として規定される公開主義に対する過大な期待は、多少修正されざるをえない⁵⁵⁸。したがって、当事者の互譲による話し合いを確保するという特別な目的のため、非公開で調停を行うことは憲法上の公開主義に違反するとはいえない。

以上の論証をまとめると、司法的紛争解決方法である調停は広義の裁判の一種であり、訴訟と異なる手続であるが、理論的に憲法上の裁判に関する規定に違反することなく運用される。しかし、ここまでの議論は、純粹に調停で紛争を解決する場合を対象としている。つまり、付調停や調停前置主義など訴訟と調停との転換には及ばない。そこで例えば付調停の場合、当事者が、もともと訴訟という裁判の形式を選んで自分の紛争を解決しようと

⁵⁵⁶ 芦部信喜『演習憲法 [新版]』(有斐閣 1988 年) 213 頁。長谷部恭男『憲法 (第 4 版)』(新世社 2008 年) 308 頁。

⁵⁵⁷ 要するに、日本における民事調停の「調停」の意味は、欧米にいう mediation とは決して一致するわけではない。

⁵⁵⁸ 三ヶ月章「裁判を受ける権利」小山昇・中野貞一郎・松浦馨・竹下守夫編『演習民事訴訟法』(青林書院 1987 年) 12~3 頁。

しているのに、裁判所が案件の事情を鑑み、調停に適すると認め、調停に付するのは、当事者の裁判を受ける権利を侵害するか否かは、別途議論する必要がある。この問題を解明するには、裁判を受ける権利の意味に戻らなければならない。

当事者が訴訟か、調停か、いずれの方法によって紛争の解決を求めるにしても、広義の裁判に入る意思があると見なすことができるのは異議がないであろう。提訴ないし申立てによって、当事者の裁判を受ける権利の実現が始まる。どの方法で裁判に入るのかは当事者に選択権があるが、司法的紛争解決方法に入った後、つまり、裁判を受ける権利の実現作業が開始している段階には、裁判所が事案の類型や、専門性の有無、当事者の関係、訴訟経済など様々な角度から考慮して、どの紛争解決方法で当事者の裁判を受ける権利を実現させるかについて、選択する手続上の裁量を有する。この裁判所の手続上の裁量は、当事者の意思に従うべきではない。例えば、地代借賃の増減に関する紛争については、増減額が少ないという経済的な面、当事者の意思の尊重、友好関係の維持、および、増減額を確定するとき、専門的知見が必要となるので、調停に付することで、よりよく紛争を解決できるだろう。ここでさらに強調したいのは、当事者の意思は付調停の一次的な基準とはならないが、当事者の意思を一切無視するという意味ではない。逆に、調停に付する前、両当事者の意見を聞くのは最終的な紛争解決にとって重要な意味を有する。

さらに、当事者の意思を考慮する必要がなく調停に付すべき紛争類型があるかという問題も考えられる。換言すれば、調停前置主義の実行可能性および調停前置主義を適用する紛争類型の問題である。

訴訟から調停への付調停も調停から訴訟への転換も裁判を受ける権利を侵害しない。紛争を調停によって解決するのは適当ではないと認めるとき、裁判所は、調停を訴訟に付することも理論上は可能なのではないかと考える。いわゆる「付訴訟」の可能性である。この点については、手続法上には規定がない。そして、緩やかな手続から厳格な手続に移動すると、当事者に過大な訴訟上の責任が生じることになり、当事者の手続権利を侵害する恐れがあると批判されることが予想されるが、一定の条件のもとに許容する余地はあるのではないだろうか。この条件は、訴訟の特性からも、付調停の前提と比べて、より厳格であるべきだろう。例えば、継続性もなく、権利義務も明確にできる手形に関する紛争などは純然たる訴訟事件⁵⁵⁹である。さらに、現実には、調停を選んで訴訟を避けて紛争を解決する案件の大部分は、継続性があり、人格性が高い紛争である。この部分の紛争は、調停から訴訟に付する可能性はあまりないが、残る部分には、挙げられた手形に関する紛争のように訴訟によって解決することがより適切である紛争が確実に存在すると考える。例えば、100万円の債権債務が法的に認定できる場合に、支払能力がある債務者が特定調停を利用して、一部の債務を免除するため、積極的に調停を提起する。特定調停でなくても、調停を利用する場合には、「互譲」の精神で、債務者の債務を一部免除するのは常態である。要するに、この調停について、調停委員会はどう処理すればよいのか。もちろん、調停不調で終わらせることもできるが、債権者にとっては、時間や金銭が無駄にされる不利益を受けたことになる。債権者がまた訴訟で同じ債権債務で訴訟を提起するより、直接に調停を訴訟に付せばより便利かつ迅速ではないか⁵⁶⁰。したがって、付調停の場合と同じく、裁

⁵⁵⁹ 純然たる訴訟事件という概念は、最大決昭和 35・7・6（民集 14・9・1657）の判旨から作られたものである。この決定は、戦時民事特別法によって準用される金銭債務臨時調停法第 7 条 1 項により調停に代わる裁判が当事者の裁判を受ける権利を侵害して、違憲であると認定した（谷口安平「純然たる訴訟事件につきなされた調停に代わる裁判の効力」法学論叢 68 巻 1 号（1960 年 10 月）120 頁以下参照）。しかし、純然たる訴訟事件の判断基準はなかなか明確化できない（佐々木・前注 6）・248 頁）。

⁵⁶⁰ もちろん、裁判官が調停に代わる決定で紛争を解決することもできる。しかし、調停に代わる決定の効力にはまだ様々な観点がある。民事調停法によって、当事者が異議を申し立てる場合には、調停に代

判所は当事者の紛争が裁判を受ける権利を実現する段階に入った後、司法的紛争解決方法を選択する手続上の裁量が有するので、付訴訟制度も認めるべきであると考えられる。

この濫訴に近い「濫調停」の問題について、憲法の角度から考えれば、また裁判を受ける権利の再理解に戻らなければならない。通説によれば、民事事件に関する「裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない」という出訴保障とは、自己の権利または利益が不法に侵害されたとき、裁判所に対して損害の救済を求める権利、すなわち裁判請求権または訴権が保障されること⁵⁶¹を意味する。つまり、裁判を受ける権利は、積極的に司法的紛争解決を追求するという意味になる。しかし、受動的に司法的紛争解決を受ける当事者にとっての、裁判を受ける権利も考慮に入れる必要があるのではないか。換言すれば、裁判を受ける権利は、通説のような積極的に司法的紛争解決を追求する意味のほか、不利益な紛争解決を避ける権利としても理解できないか。単純な濫訴は、もちろん、権利濫用で信義則違反によって却下することができるが、訴訟物の価値と応訴する負担に極めて差がある場合には、応訴すべき当事者が、自己利益を保護するため、裁判を受ける権利の角度からこのような訴訟を拒否し、あるいはほかのより適切な方法を選ぶ可能性がよいのではないか。いわゆる提訴者の積極的な裁判を受ける権利に対する応訴者の消極的な裁判を受ける権利が認められるべきであると考えられる。訴訟でも調停でも国家的紛争解決制度があるので、応訴者が直接に訴訟の拒否あるいは選択はできないが、裁判所へ申請し、また、裁判所が当事者の消極的な裁判を受ける権利を守るため、積極的に司法的紛争解決を選択する裁量権はあると考える余地がある⁵⁶²。

では、当事者が訴訟を提起した後の選択である付調停ではなく、紛争が裁判所に入る前の選択である調停前置主義の場合に、事前にこのように紛争の解決を調停に限定することは、当事者が司法的紛争解決方法を選択する権限を有する前提との衝突はどのように理解すればよいだろう。

2 調停前置主義

紛争を調停に付するとき考慮すべき要素は、前述したように、継続性、専門性および訴訟経済である。しかし、各要素が裁判官の付調停の判断に、重要性の順位や、どの程度の比重を占めるかについては、明確にできないと思う。つまり、この案件については、継続性が高く、あの案件については、専門知見が必要であり、そして、すべての要素を総合的に考えて、最後に調停に付する。付調停の実務上の運営は、個別の案件によって、個別の方法がある。しかし、個々の付調停の経験から、ある種類の案件は、各要素の重要さが個別の紛争によって異なるが、すべての要素に及ぼして、さらにすべての要素を総合して付調停という結論を導いている。そこで、紛争解決の便宜かつ迅速化のため、事前に、この種類の紛争を調停で解決させようと規定するのが、調停前置主義⁵⁶³である。つまり、調停

わる決定の効力を失うことになる。さらに、調停に代わる決定によって紛争を解決しても、調停という紛争解決のシステムの中で行われるので、「互譲」の精神および訴訟より厳密性が低い証拠調べ（事実説明）による解決であるので、訴訟のように債権者の権利を十分に実現することができないと考える。

⁵⁶¹ 芦部信喜『憲法[第4版]』（岩波書店 2007年）244頁。樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注解法律学全集2 憲法Ⅱ』（青林書院 1997年）283頁。

⁵⁶² すでに述べたように、当事者が裁判に入った後、裁判を受ける権利の実現が開始するので、裁判所は付調停をすることができる。これは提訴当事者の角度からの分析である。一方、ここでは、応訴当事者の角度から、彼の裁判を受ける権利を保護するために、付調停することができるか否かという問題である。

⁵⁶³ ここで論じる調停前置主義は民事調停における調停前置主義であり、家事事件に関する調停前置主義とは差異がある。家事事件に関する調停前置主義は、付調停経験の蓄積ではなく、立法目的上の考慮であり、いわば家庭関係の円満さの維持と身分関係事件の非合理性などとされている。しかし、いままで調停前置で処理される家事事件がすべて調停に適するののかについては反対意見もある。特にDV被害が

前置主義は特殊な付調停ともいえるだろう。しかし、付調停は、当事者が訴訟手続に入った後行われ、当事者の裁判を受ける権利の実現はすでに開始しているため、裁判を受ける権利との抵触の問題は起こらない。一方、調停前置主義は、当事者の訴訟あるいは調停で自分の裁判を受ける権利を実現する選択権を無視して、強制的に調停で紛争を解決させようとする制度であるので、形式的には裁判を受ける権利を侵害する恐れがないとはいえない。

この問題を解明するため、まず民事調停法における唯一の調停前置主義を採用する紛争類型、いわゆる地代借賃増減請求事件の実情を参考しなければならない。地代借賃増減請求事件について調停前置が採用された理由は、前述のように、①借地契約、建物賃貸借契約という信頼関係を基礎とした継続的契約関係の当事者間における紛争である。②この種の事件は、地代借賃の増減額が、比較的少額の事件が多く、また、数年ごとに紛争を繰り返しているものも多い。③適正賃料の算定に関する専門的知識経験が必要であり、鑑定を利用すれば、時間と費用がかかるので、専門家調停委員の知識経験を活用すれば、以上の問題を回避できる⁵⁶⁴。地代借賃増減請求事件についての調停前置主義は、家事調停における前置主義のように立法当時に設けられる制度ではなく、裁判所が原則として付調停にしてきた経験からの産物である⁵⁶⁵。したがって、仮に、調停前置主義によって当事者の裁判を受ける権利と抵触するとするより、原則として、訴訟段階で付調停するようにしても問題はない。それによっても結局、調停前置主義を採用する場合と全く同じ結果になる。さらに、応訴者の裁判を受ける権利の保護だけではなく、訴訟を提起した当事者の金銭・時間上の予想できる不利益を避けるため、事前に司法的紛争解決方法を限定することは、当事者の形式上の選択権を侵害すると考えるより、当事者の実質上の裁判を受ける権利を保護するものといえるだろう。ゆえに、当事者が訴訟あるいは調停で自分の裁判を受ける権利を実現する選択権を有する前提で、民事調停における調停前置主義を認める理由は、この調停前置主義の採用が、長期間の付調停の経験が積み重なっているからである。換言すれば、民事調停法の制定した当時、直接に調停前置主義を規定すれば、当事者の裁判方式の選択権、いわゆる裁判を受ける権利を侵害する恐れがある。しかし、実務上の付調停の経験によって、どの種類の案件が調停前置主義に適するかを慎重に分類するのは、この理論上の衝突を柔軟化することができる。

したがって、裁判を受ける権利の概念はさらに解釈する可能性かつ必要性がある。つまり、裁判を受ける権利とは、単に紛争解決方法を提供するだけではなく、より当事者の紛争を合理的かつ効率的に解決できる裁判方式を保護しなければならない意味もある。

3 調停合意説と調停裁判説

調停合意説と調停裁判説の対立は、民事調停だけではなく、家事調停でもある。家事調停を例とすれば、調停合意説について、梶村太市裁判官は、「調停手続は、調停機関が当事者間を仲介あっせんして利害の調整に努め、当事者間に相当な合意が成立するように公権的に援助する過程であって、調停における紛争解決の主体は当事者であり、当事者による自由で主体的な決断すなわち合意にこそ調停の本質がある」⁵⁶⁶とまとめる。一方、調停裁判説について、村崎満裁判官は、「裁判というものが、判決・決定・命令・審判を問わず、法を大前提とし、事実を小前提とする三段論法による裁判官（調停委員会）の判断な

ある場合の離婚案件である（「シンポジウム 家事調停のあり方を考える（上）——当事者のための調停をめざして」判例タイムズ 1176号（2005年6月）40頁以下参照）。

⁵⁶⁴ 浦野真美子「調停前置主義」判例タイムズ 932号（1997年4月）72～3頁。

⁵⁶⁵ 石井・新藤・前注 324）・21～2頁。

⁵⁶⁶ 梶村・徳田・前注 436）・29頁。

いしは意思表示であるとすれば、調停はこれらと異なるところがない。…調停の本質は裁判官（調停委員会）の判断にある点において、調停は裁判であるといえよう⁵⁶⁷と主張する。文面に現われるように、調停合意説と調停裁判説の差異は、当事者の合意と裁判官（調停委員会）の関与の関係をどのように捉えるかということにある。

裁判官の判断を強調する調停裁判説の時代的な要素は、客観的にこの説を評価するのに不可欠な視点である。すなわち、国民の権利意識が薄く、調停制度、特に家事調停制度が完全ではなかったときには、調停の権威と国民の調停に対する信頼は十分ではなかった。司法的な紛争解決システムにおける調停制度の地位を保つために、調停を理論上に相当高いレベルに上げるのは、具体的に調停制度を改善し、調停技法を充実することに比べて、より有効な方法であると思われる。この点は、家庭裁判所制度が日本の固有な制度を受け継ぎ、アメリカのファミリー・コートの理念に基づく試験的な創造ではないと強調する堀内節裁判官の考え方と一致する。すなわち、関係する制度の司法的な性格が稀薄化されることを危惧しているのである。目的が正当であるが、裁判官（調停委員会）の法的規制の機能について「判断」という表現を使ったのは、司法的性格を重視するための勇み足だったと思われる。

当事者の権利意識の高揚、調停制度の改善、調停委員の資格の厳格化などによって、古典的な調停裁判説が依拠する基礎は次第に失われている。一方、調停合意説がより重視されるようになると、特に家事調停では、同席調停が強調され、別席調停・あっせん型調停が批判されるようになる。しかし、理論上および家事調停の実務上の調停裁判説は弱化してきたが、民事調停の実務上、法制度の改正にはむしろ司法的性格が強調されたように思われる。調停に代わる決定の利用率の上昇、民事調停法および家事事件手続法における当事者権の保護と手続規定の強化からみれば、調停裁判説の意味がある。こうした調停合意説と調停裁判説の矛盾は、実務と法改正だけではなく、単に文理上の解釈でも見える。前に論じた調停と裁判を受ける権利、憲法の関係によって、調停が司法的な紛争解決方法であり、広義の裁判に属するので、調停裁判説を否定することはできない。しかし、確かに調停合意説が主張するように、調停が当事者の合意に基づいて成立し、あるいは両当事者が受け入れることによって、調停は有効なものとなる。この側面からみれば、調停合意説を否定する余地もない。ゆえに、実務上の矛盾も、文理上の矛盾も、調停の性質に対する争いが、民事訴訟の目的論と訴訟上の和解の性質論と同じ、実益のない論争である「棚上げ説」⁵⁶⁸になるようであろう。調停裁判説も、調停合意説も、互いに双方の重要性を否定できない。すなわち、調停における当事者の合意形成と調停判断という、当事者合意に対してチェックする法的規制の重要性はともに否定することができない。この点は、家事調停における同席調停と別席調停の論争と同様である。すなわち、同席調停も別席調停も、調停の目的ではなく、調停の技法である。当事者の合意形成を促進するため、具体的な事情によって、両方とも活用すべきである。調停の性質に関する論争も、結局、現時点においては、こうした実益のない論争を超えなければならない。

調停合意説も調停裁判説も、同様な目的があり、いわゆる、当事者の手続保障および最低限の法的制限を確保する前提で、当事者の主体的な調停参加を強調し、円満な紛争解決を期待することである⁵⁶⁹。この目的に基づく調停においては、事実上両説の間にはあまり

⁵⁶⁷ 村崎・前注 458)・81 頁。

⁵⁶⁸ 高橋宏志『重点講義民事訴訟法 上』(有斐閣 2005 年) 11、678 頁。

⁵⁶⁹ 西岡清一郎ほか「若年夫婦の離婚調停事件——夫婦同席による調停を考える——」ケース研究 248 号 (1996 年 8 月) 63 頁。上原裕之「家事調停の今日的課題」判例タイムズ 1027 号 (2000 年 6 月) 65 頁。河野・前注 462)・162 頁。

差異がない。「判断」も「合意」も調停の本質を構成する要素であり⁵⁷⁰、両説の差異はその相対的比重と関係である。古典的な調停裁判説も現在当事者の合意を強調しすぎる調停合意説も、ある程度偏っていると思われる。例えば、厳密ではないが、数量化してみれば、古典的な調停裁判説における判断と合意の比率は8:2に近く、一方、調停合意説におけるそれは2:8に近いと思う。しかし、両方とも「互譲」の精神によって、4:6あるいは3:7に譲歩したほうがより適切ではないかと考える⁵⁷¹。

当事者の合意を重視し、調停技法をいっそう改善させ、合意の形成を促進するという調停の追求には異議がないが、調停が広義の裁判であり、司法制度であるという本質を体現しなければならない。これはただ裁判官が最後に調停合意の適法性をチェックするだけではなく、当事者の合意が形成される過程における全面的な法的規制である。すなわち、裁判官（調停委員会）が当事者の非合理的なあるいは違法な手続行為を避け、合意を促進するための説明、補助をすべきである。同時に、調停は司法的紛争解決手続であるので、裁判官（調停委員会）が非司法的職能を担う場合には、一定の限度があると思われる。前述のように、どの法律や司法制度でも社会的要素があり、特に家庭裁判所は後見的な人間関係調整機能を有する。しかし、明山和夫教授は、「この種の機能は、家庭裁判所本来固有の機能とみるべきものでなく、むしろ、望ましい第2次的機能というべきものである」「家族関係調整というアプローチの視点をルーズに広げて、裁判所の本来の法的調停的機能を閉却することがあっては、裁判所の自殺行為になることである」⁵⁷²と述べていた。ゆえに、調停の裁判である本質を守るために、調停委員が担うべきではない調整機能は、裁判外の社会福祉機関に委託し、調査官の調査をいっそう活用するように機能ないし役割を分担すべきである。

4 調停の既判力

調停を広義の裁判であると認識したうえで、調停の効力、つまり、調停の既判力の有無について明確にしなければならない。従来の学説・判例が有力説である肯定説と通説である否定説にわかれて対立している。

1) 既判力肯定説

小山昇教授および佐々木吉男教授が代表である既判力肯定説は、以下のような根拠を主張する。第1に、法律条文の文理上の解釈である。民事調停法第16条、18条の5項、24条の3の1項、31条および33条は、調停調書と確定した調停に代わる決定ならびに裁定調停条項調書が「裁判上の和解と同一の効力を有する」と規定する。さらに、民事訴訟法第267条の「和解…を調書に記載したときは、その記載は、確定判決と同一の効力を有する」という規定から、調停が裁判（訴訟）上の和解と同一の効力を有し、訴訟上の和解が確定判決と同一の効力を有し、ゆえに、調停が確定判決と同一の効力を有する結論が導かれる。これらの条文を忠実に解すれば、調停が執行力だけではなく、既判力を有すべきこととなる⁵⁷³。

第2に、裁判である調停にとっては、既判力の必要性がある。裁判である訴訟は、当事者の相反する権利主張を決裁して、当事者間に共通の1つの権利義務関係を裁断するも

⁵⁷⁰ 高野耕一『家事調停論（増補版）』（信山社 2012年）176頁。

⁵⁷¹ もちろん、このような調停の本質は具体化されるものではなく、具体化されても、事例に応じて判断と合意の比率は変わるものと考ええる。紛争類型の違い、具体的な手続の煩雑さ、司法政策の変動などによって、より合意を強調するか、判断を強調するかについては柔軟性があるべきであろう。

⁵⁷² 明山・前注449）・39頁。

⁵⁷³ 佐々木・前注235）・197頁。

のである。この裁断に不可争性を付与するのが既判力である。ゆえに、既判力は、紛争が解決されたとするために、不可欠のものである。調停も当事者の相反する権利主張を決裁して、当事者間に共通の1つの権利義務関係を当事者自ら裁断するものである。解決を安定させる点で、既判力の必要性が共通する⁵⁷⁴。

第3に、調停は既判力を付与しうる条件を備えている。民事調停法および家事事件手続法によって、調停を主導するのは訓練された裁判官であり、手続上も、期日中心、本人出頭主義などが採られ⁵⁷⁵、厳格さには一定程度の差があるが、国家の紛争解決機関が、法律手続従い、民事紛争につき解決基準たるべき公権的判断をなすという意味においては、民事調停と民事訴訟との間に本質的な差異は存在しない⁵⁷⁶。したがって、調停の既判力を認める必要があり、既判力を認める条件が具備され、既判力を否定する明文もない現行法の下においては、調停には、既判力が認められていると言われている⁵⁷⁷。しかし、調停の既判力の効果は判決の既判力の効果と全く同じであるのではない。形式に言えば、民事訴訟において、既判力は、民事紛争自体ではなく、直接の判断対象たる権利関係の存否に対する判断についてのみ生ずることが原則とされるのである。判決主文に包含するもの限り既判力を有するとせられているのは、その判断の結論部分が判決主文の項に形式的に別記されることになっているからに過ぎない。一方、民事調停においては、生活現象たる民事紛争自体を直接かつ全体的に判断対象とし、法のみならず条理をも積極的な判断基準とするので、調停における既判力の客体的範囲が判決の場合と異なるのは、当然の結果である⁵⁷⁸。内容的に言えば、訴訟の判決においては、紛争の対象であった権利義務関係についてのその存否の判断が不可争のものとしてされる。調停においては、紛争の対象であった権利義務関係を処分してこれと交替した調停条項の示す権利義務関係の存在が不可争のものとしてされる⁵⁷⁹。訴訟と調停の既判力は、既判力の範囲と具体的な形成理由が一定の差異があるが、同じように、司法的な紛争解決手続に由来することには異議がないといわれている。

2) 既判力否定説

一方、既判力否定説は、例外なく、民事調停法第16条の「その記載は、裁判上の和解と同一の効力を有する」という規定によって、調停と訴訟上の和解を同一と見なし、訴訟上の和解における既判力理論を準用して検討する。したがって、「裁判上の和解につき既判力否定説が確固たる通説に地位を占めるに従い、その効力が明文をもって裁判上の和解と同一とされる民事調停についても、裁判上の和解における同様の理論付けのもとに既判力を否定する見解が、多数とみられる」⁵⁸⁰。否定説は、おおよそ、手続の厳格性の不足と当事者権保障の欠如などを理由として批判する⁵⁸¹。調停は当事者の合意によって、自分の権利義務を自主的に規整する紛争解決方法であり、調停合意に含まれる和解契約の実体的効果が主要な支えとなりうる⁵⁸²。調停の既判力がなくても、当事者の任意履行を期待することができる。したがって、「既判力なくして紛争解決なし」という既判力の必要性は客観的な根拠がないだろう。さらに、調停合意の内容は、訴訟における判決事項より広い。一回的な執行力の確保のための給付条項にとどまらず、継続的関係の将来にわたる調整が

⁵⁷⁴ 小山・前注233)・285～6頁。

⁵⁷⁵ 小山・前注233)・286頁。

⁵⁷⁶ 佐々木・前注235)・214～5頁。

⁵⁷⁷ 小山・前注233)・286頁。

⁵⁷⁸ 佐々木・前注235)・224～5頁。

⁵⁷⁹ 小山・前注233)・287頁。

⁵⁸⁰ 中野貞一郎「民事調停の既判力」判例タイムズ816号(1993年7月)30～1頁。

⁵⁸¹ 石川明『民事調停と訴訟上の和解』(一粒社 1979年)57頁。石川・梶村・前注230)・219頁。

⁵⁸² 中野・前注580)・31～2頁。

図られ、新たに相互的な権利関係を設定し、履行確保の方法を定める様々の合意に及ぶのであり、調停申立ての当時には当事者が予想しなかったような結末にも至りうるのである。当事者の申立て以外の権利義務を形成させ、既判力を付与させるのは、当事者の裁判を受ける権利を侵害する恐れを免れない⁵⁸³。

既判力否定説は、当事者の救済方法に対しても既判力肯定説と異なる。司法的な性質を強調する肯定説は、裁判官の関与を前提として、既判力の作用により、意思表示の錯誤無効などの主張は原則として遮断される⁵⁸⁴。判決の再審事由に準ずる理由のほか、調停主任裁判官を欠く調停委員会の調停⁵⁸⁵という手続上の瑕疵や、調停調書に履行不能な義務を定めること、合意の内容が不明、不定であること、合意の内容が重大かつ明白に公序良俗違反または強行法違反である場合などの内容の瑕疵は調停の無効原因⁵⁸⁶である。これに対して、合意を強調する否定説は、調停手続の非公開、口頭弁論の欠如、厳格な手続によらない事実調査など当事者の手続保障の不十分があるので、三審制を採らない調停で再審事由および再審期間の厳しい制限は、救済を必要とする当事者にとって適切ではない⁵⁸⁷。

理論上は、既判力肯定説と既判力否定説を以上のように整理した。実務上は、「調停調書は既判力を有し、調停が成立した以上、当事者は、もはや調停成立以前に生じていた事由を主張することができない」とし、「既判力は判決に特有の効力であって、調停調書または和解調書によっては生じない」とし、あるいは、「調停が無効とされないかぎり、または、調停条項に疑義がないかぎり、調停調書は既判力を有する」として、理論上の論争と同じように、調停の既判力はまだ確定的ではない⁵⁸⁸。

3) 私見

既判力肯定説が主張したように、法律には調停の既判力を否定する規定がないが、肯定の規定もない。文理上の解釈から当然に調停が既判力を有することを論証するのは適当ではない。さらに、「裁判上の和解、確定判決と同一の効力を有する」における「効力」の意味を、直接に既判力と理解するのは説得力が不足であろう。特に訴訟上の和解の効力についての議論および和解に対する法制度の期待からみれば、この効力を執行力に限定すべきである。すなわち、訴訟は終了し、和解内容に執行力が発生する⁵⁸⁹と理解したほうがより適切である。調停が既判力を付与しうる条件を備えているという点については、確かに、民事調停法も旧家事審判法も、設置される各制度の建前は既判力を付与する条件を備えるが、実務上の運営は、調停法の理念を貫徹しなかった。特に小山昇教授および佐々木吉男教授が既判力を議論した 60 年代前後には、調停委員の古い紛争解決理念、強要的な意味があるあっせん型調停方法、裁判官の関与の欠如などの要素による調停の公正に対する不信感は、調停の既判力を付与することに対して影響を与えた。訴訟上の和解や調停について、判例が広く無効を認めようとするのは、それを認めざるをえないような無理な和解や調停がなされていた⁵⁹⁰からである。この角度からみれば、実務上、調停の既判力を「調停が無効とされないかぎり、または、調停条項に疑義がないかぎり、調停調書は既判力を有する」という、否定説からみれば否定説と同じだが、肯定説からみれば制限的肯定説と見

⁵⁸³ 石川・前注 581)・56～7 頁。

⁵⁸⁴ 小山・前注 233)・290 頁。

⁵⁸⁵ 石川・前注 581)・63 頁。

⁵⁸⁶ 小山・前注 233)・290 頁。石川・梶村・前注 230)・229 頁。

⁵⁸⁷ 中野・前注 580)・32 頁。

⁵⁸⁸ 佐々木・前注 235)・198 頁。

⁵⁸⁹ 高橋・前注 568)・684 頁。

⁵⁹⁰ 菊井維大・村松俊夫『民事訴訟法 1』(日本評論社 1978 年) 679 頁。

ることもできる立場が主張された理由は、既判力の有無自体に関係なく、現実に正義に反するような瑕疵ある調停が、裁判官が既判力を付与することができないほど多く存在していたからである⁵⁹¹。しかし、民事調停法の改正、家事事件手続法の制定によって、調停委員の観念や調停技法がいつそう改善され、裁判官の積極的・主動的な関与という条件以外、現実に既判力を付与する条件が次第に備わりつつある。

したがって、小山教授および佐々木教授から提唱された既判力肯定説の理由として、根拠になる、あるいは重点として検討すべきことは、裁判である調停にとって、既判力の必要性があるという点である。否定説はすべて訴訟上の和解を標準として調停の既判力を論じる。しかし、調停は訴訟から独立した手続であり、訴訟における付随手続たる性格を有しない。ゆえに、その性格を有する訴訟上の和解と比べて、これを類推する論法によることは適当ではない⁵⁹²。特に、訴訟上の和解における合意の重要さと調停における合意の重要さを同視することはできない。

訴訟上の和解における当事者の合意は、調停より、当事者の自主的な側面を重視する。換言すれば、裁判所が終始一貫当事者の和解の互譲に関与し、成立に慎重を期した場合もあるが、当事者が訴訟外で互譲によって自主的に和解条項を整えて、和解期日にそれを裁判所に持ち込んで成立をはかり、裁判所としては単に結果の適法性・妥当性のみを審査するにすぎないというような場合もある⁵⁹³。積極的に終始一貫和解に関与するのは裁判官の当然な責任ではなく、最後に和解合意の適法性・妥当性を審査することは裁判官の負うべき責任である。訴訟の処理対象は、紛争自体ではなく、紛争における権利義務関係である。ゆえに、訴訟上の和解の目的は、当事者の紛争を全面的に解決する側面よりも、訴訟を解消する側面をより重視する。最後に和解調書に効力を付与するのは、せつかく和解で訴訟を解消し、紛争を解決するのだから、この和解行為の効果を尊重し肯定する意味になる⁵⁹⁴。

一方、裁判である調停における当事者の合意は、言うまでもなく、当事者から互譲によって形成するものであるが、調停委員から随時、説明・助言などの関与があり、理想的な場合には、裁判官・調停官の法的規制が調停に終始一貫する。家事調停には、調査官や調停委員の調整機能が調停の全過程で当事者の合意による解決を促進するために活用される。したがって、調停の成立の適法性だけではなく、慎重性が訴訟上の和解より高いといえる。この慎重性は、調停という裁判制度の本来有すべき性質である。

そのほか、調停手続の非公開、口頭弁論の欠如、厳格な手続によらない事実調査など当事者の手続保障が不十分であるという調停の既判力を否定する理由は、訴訟の基準を直接調停に要求しており、前述のように訴訟上の和解をそのまま調停に用いることと同様である。調停手続の柔軟性は、調停の本質に由来し、調停の迅速性、廉価性、対象の広範性などの特徴があるので、手続の厳格さを柔軟化することが必要である。しかし、この柔軟性によるいわゆる手続保障の不足は、当事者の同意によって補充される。言い換えれば、当事者は、調停か訴訟か手続の選択権があり、調停手続に入る前に、すでに手続の柔軟性を認識し、迅速性などのメリットを利用するために調停を選ぶことになる。仮に、合意が形成され、調停が確定された後、既判力を否定するによって、調停が覆ることは「禁反言」に反するおそれがあるだろう。

付調停の場合においては、当事者が最後の調停に代わる決定に対する否定権があるので、拒否しなかったことから調停手続に服する意思を推定することができる。この当事者の調

⁵⁹¹ 佐々木・前注 235)・198 頁。

⁵⁹² 小山・前注 233)・290 頁。

⁵⁹³ 石川明『訴訟上の和解』(信山社 2012 年) 92 頁。

⁵⁹⁴ 石川明「訴訟上の和解の新併存説」法学研究 86 卷 12 号 (2013 年 12 月) 34 頁。

停に代わる決定に対する異議失効制度は、手続保障が相対的に柔軟であるため、当事者に否定する権限を与えることは、この柔軟な手続保障を補充する意味がある。この補充は当事者の救済に十分とはいえるが、さらに既判力を否定する必要がない。こうした当事者の同意によって、手続の厳格さを柔軟化することは、調停だけが有するものではなく、訴訟においても、知的財産権訴訟において営業秘密の保護のために、両当事者に自ら公開・非公開を決定する選択権があること、家事事件・少年事件の非公開、環境訴訟における証明責任の転換などは、訴訟手続の厳格さを柔軟化しても既判力について異議がない。

さらに、調停合意の内容は継続的關係の将来にわたる調整が図られ、新たに相互的な権利関係を設定し、履行確保の方法を定める様々の合意に及ぶのであり、調停申立ての当時には当事者が予想しなかったような結末にも至りうる紛争類型を形成させ、既判力を付与することは、当事者の裁判を受ける権利を侵害する恐れがあるという観点を検討したい。

紛争類型を経済的紛争と人格的紛争に分ける通説がある。経済的紛争について、調停では、申立人の申立て内容を超える合意が達成される可能性は極めて低い。互譲を追求する調停においては、調停申立人が調停手続に入る前にも、少なくとも、自分の請求より一定程度の差がある結果が出る覚悟を有する。仮に一切互譲をしたくない場合には、調停合意も達成できず、既判力を論じる前提も失われる。さらに、賠償や給付の履行方法が当事者の予想と外れることは、訴訟によっても、具体的な権利義務の確定ではなく、既判力の対象にもなれない。ゆえに、経済的紛争についての調停合意は、当事者が予想しなかったような結末に至る可能性はあまりないといえよう。

一方、人格的紛争については、経済的紛争と異なり、権利義務のような存在が曖昧であり、権利の確定より、履行が重視される。家事調停における面会交流は典型的な例である。面会交流は非監護親の権利なのか子の権利なのかについてはまだ確定していないが、当事者の要望は面会交流の権利を確定することではなく、毎週何回、どこで何時間会うのかという具体的な調停をすることにある。このような紛争解決を目指すには訴訟より、調停がより適切であろう。こうした場合に形成された具体的な紛争解決内容は、訴訟で論じられる伝統的な既判力理論では、対応できないと思われる。したがって、調停の既判力は、小山教授が述べたように、権利義務の存否を判断した訴訟の既判力と異なり、紛争の対象であった権利義務を処分したものの⁵⁹⁵、つまり合意によって権利義務に関する紛争を解決したことになるのである。

以上の分析によって、理論上、調停に既判力を付与することは特に問題がない。仮に問題があっても、調停制度自体の問題ではなく、既判力理論がさらに発展すべきことであると思われる。しかし、筆者は調停に既判力を付与することには慎重な立場に立つ。訴訟に基づいてろんじられてきた既判力理論は、訴訟だけではなく、調停を含む裁判の既判力に発展することは重大な課題であり、綿密な議論、実務上の試行が必要であり、時間がかかる。一方、調停手続が柔軟であるからこそ、当事者の手続的権利を保障するため、裁判官・調停官の積極的な関与、いわゆる合意の形成に対する法的規制がより重要である。しかし、家事事件手続法を代表として、当事者の手続保障がいっそう強化されることに対して、裁判官の積極的な関与については、次第に重視されつつあるが、それほど実現されているとはいえない。この点は、従来の制限的肯定説を採った実務上の考え方と一致する。この点が改善されなければ、既判力を付与しても実質的な意義が薄い。したがって、現時点においては、理論的に調停の既判力を肯定すべきであっても、実務上の制限的肯定説を採用し、

⁵⁹⁵ しかし、調停と訴訟上の和解が性質上に異なると強く主張した小山説には、調停と訴訟上の和解の実質的な差異がどこにあるかの分析は見られない。訴訟上の和解も裁判官の関与があるので既判力があるという結論と、多くの訴訟上の和解に基づく類推から、調停が訴訟上の和解と同一されるようになる。

一定の経験を蓄積して、穏やかに既判力肯定説に進んだほうが適切であると思われる。

5 調停と訴訟の関係

戦後調停手続を維持する理由については、すでに、実体法の限界、訴訟法の限界などいくつかの角度から分析した。調停の法的性質も、訴訟と同様に、司法的紛争解決手続である裁判に位置づけた。しかし、調停と訴訟の関係をどのように捉えるのかについては、周知のとおり、対等説と訴訟補充説がある。ここで調停固有の役割を分析して調停と訴訟の関係を簡潔に論じたい。

まず、訴訟が司法的紛争解決手続の核心であることを前提として認めなければならない。我妻栄教授は訴訟の重要性について、以下のように評価する。「法の適用の公平——法の前への平等という近代文明国の理想を実現するためには、『法による裁判』という制度を捨てることはできない。裁判（訴訟）の手続が厳正であることも、裁判（訴訟）の基準たる実体法が硬直であることも、（法の前への平等）の理想を実現するために、われわれの考え得る最善のものだからである。したがって、（手続があまりに形式であることや解決があまりに杓子定規であることという）短所は、裁判（訴訟）の不可缺の要素であり、その意味では長所ともいうべきものである。これを短所というのは、その長所に必然的に伴う副作用ともいうべき意味においてである」⁵⁹⁶。訴訟は、当事者の権利保護の最低限かつ最終的な手段であり、このような、紛争解決および正義実現を保障する厳格的な手続は、社会の安定の基礎である。

一方、調停制度は、司法的紛争解決システムの不可欠な存在ではなく、訴訟制度が完備されたうえで紛争の種類に対応して発展すべきものである。歴史的に言えば、調停、あるいは調停の意味がある紛争解決制度は、訴訟制度の前に設けられ、利用されたが、今日の制度としては、訴訟制度の前提とはいえない。調停は、訴訟に対応できない紛争類型に対応する役割があり、こうした対応の経験は、訴訟制度を改正する契機になる。法の安定性が重視される訴訟にとって、調停は紛争解決の補充的な存在であろう。

しかし、調停が訴訟の補充であることを認めても、直接に調停が訴訟と対等ではないと見なすことはできない。調停には訴訟と異なる固有なメリットがある。

当事者の権利義務を確定する判決は、調停より、確定性がより高い。しかし、訴訟の準拠は法律であり、法律の主体は条文（ルール）である。したがって、すべての紛争類型をカバーすることができない。ゆえに、一般原則である事情変更の原則や信義誠実の原則などは判決の準拠になる。外国でも、「衡平に基づく裁判」やアメリカの最末端の *justices of peace* の裁判⁵⁹⁷などの一般原則を重視し、大幅に利用する訴訟制度が設けられている。しかし、確定的な条文ではなく、一般原則に基づいて作られる判決は、当事者にとって、より大きな不安定な存在である。一般原則に対する理解は、条文よりさらに自由であり、曖昧であり、部分的に適用できたり、部分的に適用できなかったりする可能性もある。条文のようなすべて適用する、あるいは全く適用しないものではない。したがって、当事者の判決に対する予想可能性が低い。さらに、原則の曖昧さによって解釈される可能性が高いため、一般原則に基づく判決に対する救済は、条文に基づく判決より難しい。換言すれば、一般原則に基づく判決が実質的に正しいかどうかを判断することがより難しい。ゆえに、当事者保護からみれば、一般原則に基づく判決の適用は制限すべきである。あるいは、こうした判決の効力を制限すべきである。しかし、確定判決の既判力については、根拠が条文か一般原則かという区別がない。訴訟中において、当事者に一般原則の適用に反対する

⁵⁹⁶ 我妻・前注 362)・557 頁。

⁵⁹⁷ 前注 350)・22 頁 [三ヶ月章教授の発言]。

権利（拒否権）も認められない。一般原則を適用する必要がある紛争について、当事者の権利保護のため、より適切な紛争解決手続はあるだろうか。答えは調停である。現時点において、調停の既判力については、制限的肯定説が採られているだけではなく、当事者の否定権もある。調停の準拠は法律だけでなく、一般原則と類似する条理や慣習もある。

こうした角度からみれば、調停が訴訟の補充的な存在であることには異議がないが、訴訟が対応できない、あるいは対応すべきではない紛争を処理する機能もある。調停は訴訟の補充ではあるが、対等な存在であると考えられる。

二 中国法への提言

以上、中国と日本における訴訟と調停の連携に関する制度の沿革、運用状況および理論的な課題をみてきたが、これらの検討を踏まえて、最後に日本の経験から中国への示唆を提示したい。

1 民事調停法の制定

訴訟と調停が並行する2つの司法的紛争解決手続がある日本と異なり、中国においては、裁判という概念はまだ訴訟に限定されている。司法上の調停制度が存在しない前提の下で、紛争の類型によって、日本のように民事調停と家事調停を分類することもできない。しかし、裁判の意味がある調停制度がなくても、紛争の類型によって、異なる方式で紛争を解決させるという考え方は、法律にも実務にもよくみられる⁵⁹⁸。特に、裁判外の人民調停制度は広く頻繁に利用されている。日本のADR、あるいは、欧米式のmediationの場合、調停者の消極的な関与が強調されるが、人民調停では、調停者の主動的な関与を強調する。この主動的な関与は、紛争の解決段階で積極的にあつせんするという意味だけではなく、紛争が激化する途中で紛争の解決に介入する意味もある⁵⁹⁹。もちろん、この点については、当事者の申請がない場合に、当事者の紛争解決に入るのは合理的ではないと批判されるが、人民調停は裁判ではなく、強制的制度ではない。要するに、当事者が人民調停を拒否することができる。よって、人民調停委員の中立性が最も重要な課題ではないと考える。

さらに、民事調停制度がない中国でも、日本における付調停や調停前置主義のような訴訟と調停の連携をはかる制度がある。いわゆる委託調停と先行調停である。しかし、日本における付調停でも調停前置主義でも、すべて裁判内の紛争解決制度であるが、中国の委託調停や先行調停は、法律上の規定が曖昧であるので、各裁判所によって、様々な形式がある。時期については、立案前あるいは立案後、審理前あるいは審理中、いずれの段階でも行うことができるようになる。調停主体によって、裁判所あるいは人民調停組織が行うパターンがある⁶⁰⁰。よって、この委託調停や先行調停は、明確に裁判所の司法権の体现とはいえない。当事者の裁判を受ける権利を侵害するといえるだろう。

中国においても、当事者の裁判を受ける権利を保障するだけでなく、民事調停と人民調停の権限、範囲などを明確化するために、日本のように民事調停法を制定することが、喫緊の課題であると考えられる。調停主任である裁判官一人および調停委員二人から構成する調停委員会が民事調停法の規定にしたがって、調停を行うことが望ましい。手続上の規定

⁵⁹⁸ 例えば、中華人民共和国婚姻法第32条2項によって、離婚案件を審理するとき、調停をしなければならない。さらに、相続、扶養費、少額債務などの紛争も先行調停や委託調停で解決させる。

⁵⁹⁹ この主動的な関与は、強制調停ではない。人民調停委員が、紛争解決を申し立てない当事者の紛争に対して、積極的に解決の試行をすることができるという意味の主動的な関与である。

⁶⁰⁰ 例えば、上海市長寧区の「人民調停窓口」モデルの調停主体は人民調停組織であり、上海市浦東区の「訴前調停」モデルの調停主体は裁判所である。

だけではなく、付調停、専門調停、過払金のような特定調停、家事調停などの具体的な分野に分けて綿密な規定が重要である。

特に、家事調停の場合については、調停前置主義を採らず、例えば、婚姻紛争については、夫婦の婚姻関係の維持または解消の問題と子どもの利益の保護の2つの段階に分けて処理すべきである。さらに、調停過程も事実解明の段階と紛争解決の段階に分けて、事実解明の段階においては、当事者の手続上の権利を保障すべきであり、当事者の権利義務や法律関係を、訴訟ほど明確する必要がないが、できるかぎり確定する。このような事実解明に基づいて、紛争解決の段階に入ると、当事者の合意、互譲によって調停を成立させるようになる⁶⁰¹。いわゆる調停の司法的要素と合意的要素の結合である。

当事者の裁判を受ける権利を保障するには、まず調停が裁判の一部であることを認めなければならない。民事調停法の制定によって、当事者の裁判を受ける権利の選択権を与えるべきである。もちろん、訴訟以外に、人民調停やほかの裁判外紛争解決方法があり、当事者には紛争解決の選択権があるが、これらの紛争解決方法は、裁判ではなく、これらの方法によって紛争が解決されても、当事者の裁判を受ける権利が実現されると認めることはできない。要するに、当事者が利用するかどうかは別の問題であり、裁判所にとっては、全面的な裁判方式を提供することが最も重要であると考えられる。

さらに、実務においては、人民調停には悠久の歴史があり、広範かつ完全な組織を有するため、利用率が高い。特に商業、知的財産、国際的取引などの専門性がある紛争と、人間関係が複雑である民間紛争などについては、人民調停により適する場合もある。しかし、ほかの紛争解決方法の利用率がどの程度に至るか、あるいは国民がどれほど信頼するかは定かではない。司法権ではなく、最終の解決案には、既判力というまでもなく、執行力も具えない。当事者が、訴訟をしなくても、あるいは、ある種類の紛争が訴訟に適していなくても、訴訟をしないかぎり、執行力を得ることはできない。この執行力が欠如しているからこそ、いろいろな紛争解決方法が行政化され、つまり、行政機関の介入による解決がなされることであり、誤った方法で行政的な強制力が与えられてきたと広く批判されている。人民調停も本来は民間の調停であるのに、「半行政調停」と誤解されてきた。したがって、中国では、民事調停法の制定は、理論上の裁判を受ける権利の実現にとっても、現在ある実務上の紛争解決方法の規範化にとっても必要性がある。

2 裁判官の常時立会い

日本では、調停において裁判官が常時立会いをしない。調停の既判力などの問題が生じる原因は、制度上の不備でもなく、理論上の欠如でもなく、常に裁判官の関与の不足に関係がある。しかし、日本において、裁判官数が少なく、裁判官の紛争処理の負担が高い。こうした現状は簡単に変えることはできない。一方、中国では、このような問題が日本より深刻ではない。中国統計年鑑によって、2012年、中国の人口は13億5500近くであり、人民調停委員会が81万7100、人民調停員が428万1400人近く、処理した民間紛争は926万5900件である⁶⁰²。同年、裁判所が受理した民事・刑事・行政案件件数が921万1127件である。裁判官の人数について、司法統計はとられていないが、中国政府のウェブサイトの記事によれば、2008年、19万の裁判官がいる⁶⁰³。この数字は2004年からあまり変わっていないので、現時点において、中国の裁判官数は19万から20万くらいで維持して

⁶⁰¹ 特に鑑定が必要である建築紛争については、専門調停委員が「仮鑑定」をして、紛争の因果関係を確定し、賠償などの金額を推計することができる。

⁶⁰² 『中国統計年鑑』2012年版1222頁以下参照。

⁶⁰³ http://www.gov.cn/jrzq/2009-01/28/content_1216446.htm 参照。

いる。ゆえに、この数字に基づいて、中国の裁判官の一人当たり処理する紛争件数は毎年48件であり、一人当たり対応する人口は7400人である。

一方、2012年、日本の裁判所が受理した民事・刑事・行政案件件数が101万7077（簡裁事件を除く）、裁判官数が2850人、2013年の裁判官が2880人である⁶⁰⁴。この数字によれば、日本の裁判官の一人当たり処理する紛争件数は毎年353件であり、大量な簡裁事件、家事少年事件を加えれば、この数字はより大きいだろう。日本の人口は約1億2600万人であり、裁判官一人当たり対応する人口は4万3750人である。

以上の比較に基づいて、中国の裁判官の負担が日本の裁判官よりずいぶん軽い。仮に民事調停法が制定されても、裁判官の全件、全過程の関与はあまり問題がない。したがって、民事調停の裁判である本質を保つため、裁判官の常時立会いが可能かつ重要である。

3 人民調停制度の改革

中国における人民調停制度は、人民調停組織と人民調停員の数が多く、調停範囲が広く、さらに、無料であるなどの特徴を有する。従来は社会経験を有する、いわゆる社会権威者が人民調停員を担当していたが、一部の人民調停員は退職した裁判官・検察官・弁護士・法学者および専門知識を有する者に交替されてきた。それによって、人民調停員が対応できる案件の類型は、家事紛争・隣人紛争に限定されず、専門紛争にも拡大した。したがって、仮に民事調停法が制定されたとすれば、民事調停委員は、わざわざ改めて選任する必要がなく、多数いる人民調停員の中から選ぶことができる。もちろん、調停手法などの訓練はさらに行わなければならない。

民事調停法の制定によって、人民調停制度を排除する必要はない。人民調停制度はなお維持すべきであると考えられる。日本の民事調停制度、特に付調停制度の利用状況からみれば、広く利用されるのはほぼ大都市であり、大都市の裁判所では調停専門部さえ設けられた。これは中国の委託調停、先行調停および訴訟外調停合意書の司法確認制度の実務上の利用状況と一致する。すなわち、以上の制度もおおよそ上海や北京のような大都市で行われている。地方では、特に農村では、紛争の類型はより伝統的であり、専門性も低く、紛争の対象物の価値もあまり高くない。廉価かつ効率的な人民調停はこのような紛争により対応できる。したがって、民事調停と人民調停が並存するような訴訟外紛争解決体系を構築すべきである。人民調停員は民事調停委員の基礎と補充をし、人民調停活動に従事した経験のある程度積んで、調停手法も法律的な知識も具えた後、選任によって、民事調停委員になれるとするとよいだろう。

日本では、調停主任たる裁判官は、非常勤裁判官制度によって、裁判官仕官を志望する弁護士が担当するようになった経験がある。中国では、このような法曹界の交流制度はないが、復員軍人や転職幹部が裁判官になり、司法能力を十分に具えないと批判されている。そこで、調停制度を導入した場合に、そうした復員軍人・転職幹部裁判官が訴訟裁判官ではなく、調停裁判官をつとめ、弁護士や法学者などの法律専門家が調停委員を担当して調停活動を補助するという形にすることで、問題にある程度対応することができるのではないだろうか。

4 調査官制度の導入

日本においては、家庭裁判所に調査官が設置されている。調査官の調査機能と調整機能はいっそう充実されている。特に子の福祉のため、両親の任意履行の合意を促進する調査官の調整機能の活用はより重視されている。中国では、家事事件手続法を制定すべきとい

⁶⁰⁴ 日本弁護士連合会編・前注334)・89頁。

う意見もあるが、立法作業はなかなか進まない。実務にも、日本のような独立した家庭裁判所がないので、家事調停と民事調停を分けるというやり方が難しい。ゆえに、現時点では、単一な家事調停を含む民事調停が中国により適合すると思われる。

しかし、初めて民事調停を裁判として行う際に、裁判官や人民調停員から転化する調停委員の調停理念や調停技法は、完全とはいえない。日本の経験から鑑み、旧来の不適切な調停を避けるためだけではなく、当事者の調停できる状態を確保し、合意を促進するため、調査官の調査機能および調整機能を活用すべきである。特に子どものいる離婚紛争については、子の利益の保護という理念はさらに強調すべきである。調査官の関与が家事調停だけではなく、民事調停にも利用される可能性があるだろう。家事紛争と類似する近隣紛争など継続性が高い紛争にも一定程度、利用可能である。民事調停に調査官を導入することによって、民事紛争をより円満に解決するというよい結果が出るかもしれない。

5 委託調停、司法確認制度の廃止

中国の新民事訴訟法は、紛争を裁判外の人民調停委員会に委託する委託調停と人民調停合意書などの裁判外の紛争解決に執行力を付与する司法確認制度を設ける。しかし、委託調停と当事者の裁判を受ける権利の関係、司法確認制度の性質をどのように捉えるべきなのか、司法確認の既判力の問題、無料の司法確認と有料の公証制度との関係などについて議論がある。

人民調停は民間の紛争解決方式であり、人民調停員が積極的に紛争に関与すること、任意履行を期待すべきことなどの特徴があるので、司法によって当事者の裁判を受ける権利を奪うおそれがある執行力を付与することについては疑問がある。特に、仮に司法的な効力がある民事調停制度が制定される場合には、人民調停委員会に調停を委託することと人民調停に執行力を付与することの必要がなくなる。人民調停の民間的な長所を生かすため、委託調停と司法確認制度を廃止すべきであると思われる。

先行調停については、立案後の場合には、付調停制度と類似する。立案前の場合には、言い換えれば、紛争が受理される前には、裁判所は人民調停をすすめることができ、当事者には人民調停をするかどうかの選択権があるので、先行調停を否定することができない。したがって、立案後の先行調停は付調停に吸収されるべきであり、立案前の先行調停はそのまま維持することができる。

あとがき

以上、本論文は、中国と日本両国の調停制度の沿革とその社会的背景をたどった上で、今日的な課題として、訴訟と調停の連携について検討、比較分析し、裁判を受ける権利という角度から、調停を訴訟と同じように裁判であると位置づけた。中国法において、人民調停という裁判外調停しかないので、裁判という概念は訴訟に限定する。一方、日本の調停は裁判所で調停委員会から行い、裁判官が当事者の調停合意をチェックし、判決と同じ効力を与える裁判内調停である。

私見では、裁判については、裁判所による執行力を付与する司法的紛争解決という広い意味で捉える。訴訟が司法的紛争解決手続の核心であることを前提として認めつつ、調停も裁判の1つであり、訴訟が対応できない紛争類型に対応する役割があり、訴訟と対等な関係にある。当事者は訴訟か調停かについて、司法的紛争解決手続の選択権を有すべきであるが、裁判に進んだ後では、裁判官は、紛争を総合的に判断し、調停に付するか、訴訟に付するかについて判断する権限があるべきである。しかし、調停前置主義のように、当事者の選択権を奪うのは、地代借賃増減請求事件のような付調停の経験を蓄積した場合を

除き、原則的に許されないと考える。民事調停と両立する家事調停については、当事者の任意履行の促進および子の福祉の考慮のため、調査官の調査と調整機能がいっそう活用され、調査官、調停委員、裁判官の連携がより重視されている。この理念上の変化は調停制度の発展に重要な影響を与えていくだろう。

中国における訴訟と調停の連携の実態は日本にとって、ある程度参考になることもある。特に付調停の場合に、日本では、調停部のある大きな裁判所を除くと、調停裁判官と訴訟裁判官が一致する場合が多く、不利益な心証を形成する恐れがある。この不利益を避けられる非常勤裁判官制度が設けられても、人数が少ないので、完全に解決することができない。一方、中国では、提訴された紛争を先行調停あるいは委託調停に付することを判断する裁判官は立案廷の裁判官であり、審理裁判官ではなく、「調審分離」することができる⁶⁰⁵ので、日本のような問題は起こらない。

さらに、欧米の **mediation** については、人は自分の問題を自分で解決すべき責任があり、また自分で解決する能力を持っていることを前提として、調停者の役割は、当事者の紛争解決能力を高めることであるとされており、調停者は、当事者に提案したり、当事者を説得したりはしない。日本の調停は、司法的な性格を有するので、上記の意味での調停とはいえないだけでなく、上記の意味での調停になる必要もない。一方、人民調停は、強制ではなく、当事者が選択することができ、人民調停員の助言があるが、調停合意の達成は当事者によるという特徴があるので、むしろ人民調停制度のほうがより **mediation** の概念に近いかもしれない。日本の **ADR** については、認証された組織から紛争解決を行い、数も少なく、費用も低くない。当事者の利用には便利とはいえない。一方、中国においては、仲裁などの裁判外紛争解決方式もあるが、婦女連合会や商業組織、弁護士などの広い範囲の人民調停が圧倒的な存在であり、中国での **ADR** の主要な構成である。したがって、無料、迅速かつ便利な人民調停制度は、日本の **ADR** の構築にも一定の参考になるだろう。

しかし、人民調停員が積極的に民間紛争に関与する点は、欧米の **mediation** における調停者の中立性とは異なる。この積極的な関与については、日本の調停についても、調停委員のあっせん型調停や強要的な意味がある調停などに対して広く批判されているところである。こうしたあっせん型調停や強要的な意味がある調停は、調停委員の理念や裁判官の関与の不足に起因しているが、家事調停の全件調停前置主義にも深く関係があると思われる。本来、裁判所には、調停に適する事案か、適しない事案かを振り分ける役割があるはずである。調停に適しない事案とは、当事者の一方または双方に、合意する意欲や合意する能力が不十分であることから、調停で合意を形成することは困難であり、同席調停も困難である。ゆえに、日本の家事調停は、一部の調停に適しない事案について前置主義を取らないという対応をすべきである。

一方、合意形成の必要な、子どもの監護事案（面会交流、養育費分担）には、調停が適切である。しかし、合意する意欲を持ってもらうために、調停に入る前の段階で、当事者に対して親教育をすることが必要である⁶⁰⁶。こうした取り組みがすでに始まっている。調停委員の積極的な関与は、従来の提案、説得から手続説明、親教育に次第に変わっている。以上のような手続説明、教育によって、調停の過程において、当事者の認識が変化して、紛争解決の道筋を作ることが可能になり、紛争の原因と当事者のニーズをたどり、当事者が納得できる解決を図ることが可能になる。こうした理念に基づいて、大塚教授が提案し

⁶⁰⁵ 理想的な場合には、裁判官が調停に付する立案廷裁判官、調停を行う裁判官と訴訟を行う裁判官に分けられる。

⁶⁰⁶ 二宮周平「別居・離婚後の親子の交流を支援する仕組みの追求——韓国・カナダ調査を参考に（3・完）」戸籍時報 710 号（2014 年 4 月）2 頁以下参照。

た説明→理解→納得→合意→行動という人間の認識構造を踏まえる家事調停プログラムがいつそう活用されるべきであると思われる⁶⁰⁷。

最後に、調停の既判力、調停裁判説などの点について繰り返して論じたように、調停がより広く利用されるには裁判官の積極的な関与は重要である。現時点では、裁判官の終了時の立会いや、困難事例で調停官の常時立会いなどの改善があるが、十分ではない。裁判官の常時立会いを目指して、裁判官の増員が必要であろう。

今後、日本における民事・家事調停の理論かつ実務の発展と中国における訴訟と調停の連携の変化を比較して、互いに有益な参考資料とする作業を継続的に進めていきたいと考えている。

⁶⁰⁷ 2014年6月16日立命館大学における「法と心理の交錯領域問題への大学の社会貢献の在り方」との研究会にて。