

論文の内容の要旨及び論文審査の結果の要旨の公表

学位規則第8条に基づき、論文の内容の要旨及び論文審査の結果の要旨を公表する。

○氏名	徐 文海（じょ ぶんかい）
○学位の種類	博士（法学）
○授与番号	甲 第991号
○授与年月日	2014年9月25日
○学位授与の要件	本学学位規程第18条第1項 学位規則第4条第1項
○学位論文の題名	訴訟と調停の連携 -日中比較を通じて-
○審査委員	（主査）二宮 周平（立命館大学法学部教授） 佐上 善和（立命館大学大学院法務研究科教授） 渡辺 千原（立命館大学法学部教授）

<論文の内容の要旨>

1 徐氏の問題意識

現代中国では、民衆の法意識の向上、経済の発展や家族問題の多様化に伴い、売買、賃貸借、家族のような伝統的な案件以外に、建築、医療、IT、環境など専門案件も多発するようになったが、裁判官階層の育成と構築が追いついておらず、社会の安定化のためには、手続が多様・柔軟であり、紛争当事者がより手軽に利用でき、簡易、迅速かつ低廉な紛争処理が可能となる調停の果たす役割が大きい。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ことから、調停は広範に利用されてきた。しかし、中国では、調停に関しては実務的な研究が多く、憲法の保護する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、信義則や当事者保護の角度から、訴訟と比較し分析する研究が乏しい。これに対して、日本では、調停と訴訟に関して理論的研究と豊富な経験の蓄積がある一方、一定の紛争に関する調停前置主義、付調停、調停に代わる決定など調停と訴訟の連携に関して検討を要する課題もある。これらの検討は中国における調停の理論的解明に有益である。

ところで、日本と中国には、訴訟嫌いが顕著であり、調停を好むという法意識があるといわれているが、その背景として、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、法社会的な考察が必要である。また、調停制度について、当事者の合意による解決支援が注目されるようになっている。支援については、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の動

向を把握する必要がある。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、案件の種類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こと、各種の調停における調停委員（員）の専門性や役割、調停の対象と範囲の明確化、調停の結果の法的性質、訴訟との連携などを検討することなど日中両国における調停制度の比較検討から、中国の「訴訟との連携（訴訟と調停の連携）」について改革の方向性を提示する。

2 論文の構成

本論文は、第1編「中国における訴訟と調停の連携」として、中国における調停制度の沿革、中国における民事調停立法の現状、第2編「日本における訴訟と調停の連携」として、日本における調停制度の沿革、日本における民事調停制度の機能と訴訟との連携、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」として、家事調停制度の沿革、家事調停制度の特徴、家事調停の実情と課題、第4編「民事紛争解決手続と調停～中国法への提言」として、訴訟と調停の連携に関する検討、中国法への提言を取り上げる。

3 論文内容の要旨

第1編「中国における訴訟と調停の連携」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」を中心に、調停と訴訟の連携についての変化と現状を考察する。特に本稿では、日本にあまり紹介されていない、裁判外調停である人民調停について、その組織、取り上げる対象の拡張、利用者の費用（無料）、人民調停活動に要する経費の負担、人民調停活動の原則、業界性、専門性をもつ人民調停組織の設立状況などを紹介し、分析する。また2012年新民事訴訟法の改正によって、導入あるいは整備された制度として、①先行調停制度（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）、②委託調停制度（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）、③訴訟外調停合意書の司法確認制度（裁判所が合意内容を審査をし、調停合意書に執行力を付与する）を紹介、検討する。

徐氏は以上の考察を踏まえ、人民調停法の施行によって、裁判外紛争解決手続の役割はさらに強化され、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ており、調停は訴訟制度の代替ではなく、自身の利便性や迅速性などの特徴を備えており、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が課題であるとする。

第2編「日本における訴訟と調停の連携」では、第2次大戦前の①借地借家調停法（1922

年)、②小作調停法(1924年)、③商事調停法(1926年)、④金銭債務臨時調停法(1932年)、⑤人事調停法(1939年)、⑥鉱業法の一部改正(鉱害調停規定、1940年)、⑦戦時民事特別法の民事特別調停規定(1942年)を取り上げ、また戦後の民事調停法(1951年)とその後の重要な改正、調停委員の専門家化(1974年)、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、調停前置主義および調停条項による裁定の制度の導入(1991年)、民事調停官制度の創設(2003年)、非訟事件手続法の整備(2011年)を取り上げ、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。

特に本稿では、訴訟と調停の連携の1つとして付調停制度、すなわち、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、受訴裁判所が事件の性質などの要素を総合的に判断し、調停に付する決定をすることができる仕組みに着目し、その創設の趣旨、果たしている役割、付調停をする基準を明らかにする。また最近の付調停実務の趨勢として、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過払金返還請求事件と、1つは、専門性が高く、争点整理のために付調停が利用されている建築関係事件を分析し、付調停の時期について、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ており、同じ争点整理の段階での付調停でも、目的が変化しており、裁判所の裁量の要素がある程度強化されていると指摘する。

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」では、まず家事調停制度の沿革として、第2次大戦中の立法である人事調停法から、戦後の家事審判法制定、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の創設、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経緯を明らかにする。日本の家事調停の独自性について、①こうして設立された家庭裁判所という独立した制度の下で行われていること、②調停を行うことができる事件について全件調停前置主義を採用したこと、③別席調停・斡旋型調停が常態化していること、④家裁調査官制度を導入したことをあげ、それぞれ特徴と課題を明らかにする。

②については、採用の理由を点検した上で、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か、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とする。③については、常態化した背景を分析した上で、別席調停と同席調停の機能上のメリットをあげ、別席調停とあっせん型調停の強要的な要素を除き、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、別席・同席を相互に活用すべきであり、連携すべきとする。④については、家裁調査官の有する調査機能と人間関係調整機能が時代背景の下にいずれかにウェイトが置かれてきた経過をたどり、現在では、特に未成年の子の監護に関する事案で、子の意思を把握して、調停委員会に提出するだけでなく、父母双方にも伝え、父母が子の視点に立って解決することを促す調整機能が重視されている

ことを指摘する。

また司法統計から、子の監護に関する処分件数の急激な増加を指摘し、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ことから、合意解決の促進という調停理念がいつそう発展していることを示しているとし、2013年1月施行の家事事務手続法が、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ことを指摘し、上記の方向性を支持する。

最後に家事調停制度の課題として、第1に、どのような家事事務が調停前置に適するか、どのような家事事務が適しないかを再検討すべきであるとして、全件調停前置主義の見直しをあげ、第2に、裁判官、調停委員、調査官の責任分担と連携をあげ、特に、調停手続の進行に対するコントロールおよび双方当事者の合意についての法的な規制は調停裁判官が担うべきであることを指摘する。家事調停の理念は、従来の別席・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、合意による解決が目指されており、その理由も、子の福祉に関する解決の任意履行の確保にウェイトが置かれ始めているが、子の福祉のための合意には、強制的な意味があり、裁判官の法的規制が必要であり、調停の本質論にも深く関係することを指摘し、第4章につなげている。

第4編「民事紛争解決手続と調停～中国法への提言」では、訴訟と調停の連携の理論上の課題について、特に、調停と裁判を受ける権利の視点から、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としながら、調停が一種の裁判であるか、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とし、検討を加える。日本の調停の場合、強制的な出頭義務、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しか理解できないとする。ここで裁判の概念が、調停や非訟事件などへ拡大しており、裁判を受ける権利は、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であるとする憲法学説に依拠して、調停も広い意味では裁判であるとする。したがって、調停の本質論について、調停合意説と調停裁判説という学説の対立の背景を分析した上で、調停が広義の裁判であり、司法制度であるという本質を體現しなければならず、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が求められ、裁判官は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とする。

さらに調停の既判力を取りあげ、既判力肯定説・否定説という学説の対立する論点を整理した上で、調停に既判力を付与することに理論上の問題はないが、裁判官・調停官の積極的な関与、合意の形成に対する法的コントロールが不十分な現実を踏まえると、既判力を付与することには慎重な立場に立たざるをえず、実務上の制限的肯定説を採用し、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とする。

以上の検討を踏まえた上で、中国法への提言として、以下の5点をあげる。①民事調停

法の制定。日本における付調停、調停前置主義は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、各裁判所によって様々な形式がある。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必要がある。②裁判官の常時立会い。調停の裁判としての本質を保つためには、裁判官の常時立会いが重要であり、中国の裁判官1人当たり処理件数は毎年48件であり、負担が日本の裁判官より軽く、仮に民事調停法が制定されても、裁判官の全件、全過程の関与は可能である。③人民調停制度の改革。社会的に定着していること、人民調停員の専門化による専門紛争への対応力、農村地域における有用性など、人民調停制度はなお維持すべきであり、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。例えば、人民調停活動に従事し経験のある程度積み、調停手法も法律的な知識も具えた後で民事調停委員に選任することなどが考えられる。④調査官制度の導入。中国では、家事事件手続法を制定すべきという意見もあるが、立法作業はなかなか進まず、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ことは難しい。しかし、当事者の調停できる状態を確保し、合意を促進するため、調査官制度を導入し、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必要性が高い。⑤司法確認制度の廃止。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、司法確認によって執行力を付与することは、当事者の裁判を受ける権利を奪うおそれがある。司法的な効力がある民事調停制度が導入されれば、人民調停に執行力を付与する必要もなく、人民調停の民間的な性質を強調するため、司法確認制度は廃止すべきである。

最後に、中国法から日本法への示唆あるいは日本法の課題として、以下の5点をあげる。

①将来、裁判官が調停に積極的に関与するようになった場合、調停主任裁判官と訴訟裁判官を分離する必要が出てくる。中国の「調審分離」が参考になる。②純粹に裁判外の人民調停制度は、委託調停、先行調停の受け皿となっており、裁判による解決との連携という点で、日本のADRの構築の参考になる。③家事調停の全件調停前置主義は、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事案も対象にすることから、調停で合意形成することを困難し、手続保障の点から望ましい同席調停も困難にする。中国のように裁判官が調停に付するかどうかを判断し、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。④裁判所内の調停として、裁判官の積極的な関与が重要であり、裁判官の増員が必要である。⑤家事調停委員の役割について、例えば、子どもの監護事案では、当事者に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り、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、親教育に変わりつつある。この方向での家事調停プログラムが求められる。

<論文審査の結果の要旨>

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るものである。

中国の調停制度の沿革について、社会主義法制以前の伝統が法制後も、司法制度の不備を補い、紛争解決の面から社会的安定と法治主義の浸透という教育的役割を果たしたことを指摘している点、現代の立法として人民調停法による人民調停制度の活性化、新民事訴訟法による体系的整備（先行調停、委託調停、訴訟外調停合意書の司法確認）の内容と理論的課題を的確に整理している点で、日本における中国法理解を一層深めることに寄与している。

日本法の沿革について、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に対して、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こと、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ことを指摘し、文化論や国民の権利意識の抑制という視点ではなく、庶民の司法的紛争解決の利用可能性・合理性の視点から分析をする点は、中国法の分析手法と共通しており、一貫した視点として評価できる。

本論文では、「裁判」について、裁判所を利用して紛争を解決することと広く捉え、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り、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とする。しかし、裁判という司法的紛争解決手続に進んだ後では、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とする。調停裁判説に立ち、調停の既判力についても制限的肯定説に立つのは、こうした理解があるからである。調停の本質について、再検討、見直しを迫る点でも高く評価することができる。

日本における付調停の現状と付調停に付する紛争類型の提案、地代借賃増減請求事件が調停前置主義をとった背景の分析から、調停前置の必要性和当事者の訴訟を受ける権利の確保のバランス論、家事調停について、調停前置主義、別席調停という現状への批判、家事事件手続法と紛争実態を踏まえた提案、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るべきことへの方向性など、司法的紛争解決手続の多様性及び合理性の視点から指摘しており、最新の情報にも言及した、一貫性のある論述として、高く評価することができる。

「裁判」の概念について、徐氏の主張は理解できるが、中国法学ではどのように捉えているのか、調停を裁判の1つとして位置づけることは、中国法学では可能なのが必ずしも実証的に検討されていないこと、調停の非訟としての性質と訴訟との区別を明確にする

こと、中日の比較検討に基づく両法制への示唆、改革の方向性についてなお検討を深める必要があることなど、課題もあるが、今後の研究によって克服できるものとする。

以上のことから、審査委員会全員一致により、本論文が博士学位を授与するに相応しいと判断する。

<試験または学力確認の結果の要旨>

公聴会（日時：2014年7月23日16時20分～18時、場所：衣笠キャンパス学而館2階第1研究会室）とその後の口頭試問において、日本法への示唆に関して、民事調停と家事調停の区別が不十分ではないか、具体的には、民事では、付調停、合意に代わる決定が用いられるのに対して、家事では調停不成立から審判に移行すること、民事では、裁判官が争点整理を行い、調停部（東京、大阪ほか大都市部）の裁判官が担当するので、裁判になった場合の裁判官とは別であること、家事では、裁判官が調停に関与していないので、事実上、分離の問題は生じていないこと、調停委員も民事では専門性が高くなっているが、家事では非専門であり、能力にも問題があるので、民事と家事は別に考えた方がよいこと、民事では、裁判に適したものが調停で解決されるので、既判力・執行力に問題はないが、家事では、裁判に適さないものが調停で合意によって解決される点に特徴があることなどである。

学位申請者は、中国の調停では民事・家事の区別がないので統一的に考えたこと、調停から訴訟に付する仕組みは、主として民事調停を念頭に置いたこと、中国では、先行調停も委託調停も裁判外の調停組織・個人が多いので、民事調停として規制する必要があることなど、日本法との違い、民事・家事の区別をして検討したつもりなので、不十分なところは、今後より明確にしたいと回答した。

また、本研究では調停の紛争解決における位置づけが重要な意味を持っているが、そこで述べられる「調停も裁判である」という点に関し、これをより厳密に定義する必要があること、具体的には以下のような点を明らかにする必要があること、「裁判」概念、調停裁判説という「裁判」、裁判を受ける権利という「裁判」の意味を明らかにすること、調停裁判説を提唱する場合、これまでの学説を踏まえて緻密に内容を詰める作業をすること、調停にも、訴訟をさせないためのもの、非法律による解決などマイナス面があり、合意による解決だけでは正当化できない面があるので、調停裁判説の組立ては慎重にすべきことなどの質問に対して、裁判の非訟化、拡散現象があり、公開原則は例外が認められていることなど、裁判が判決手続だけではないことを指摘し、司法的紛争解決手続、すなわち執行力のある紛争解決手続という広い意味で「裁判」を捉えているが、中国法における「裁判」概念の理解も含めて検討したい旨、回答した。

公聴会参加者からは、論文全体として、日中比較から現在の日本の調停制度に対して新たな分析、評価が加えられており、調停裁判説の主張などかえって新鮮に感じさせるなど独創性があることも指摘された。なお学位申請者の日本語文献の読解力は大変優れたもの

であり、報告、議論、質疑においても高度な日本語表現能力があることが確認された。

以上、本論文の内容及び公聴会の質疑応答、口頭試問を通して博士学位に相応しい能力を有することを確認した。したがって、本学学位規程第 18 条第 1 項に基づいて、博士（法学 立命館大学）の学位を授与することが適当であると判断する。