

訴訟と調停の連携（2・完）

——日中比較を通じて——

徐 文 海*

目 次

は し が き

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
- 2 社会主義法制の下での民事訴訟と調停

二 中国における民事調停立法の現状

- 1 背 景
- 2 2011年人民調停法の施行と人民調停制度
- 3 2012年新民事訴訟法の改正と調停の新動向

ま と め

(以上, 350号)

三 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

四 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

* じょ・ぶんかい 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

- 1) 付調停制度の現状
 - 2) 付調停の問題点
 - 3) 小 括
 - 3 訴訟と調停の連携の理論的課題
 - 1) 調停と憲法の関係
 - 2) 調停前置主義
 - 3) 小 括
 - 五 おわりに——日中比較と展望——
 - 1 中国において民事調停法を制定する必要性
 - 2 人民調停制度改革
 - 3 結 語
- (以上、本号)

三 日本における調停制度の沿革

狭義に言えば、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¹⁾。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²⁾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³⁾。当事者が話し合っ

て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

1) 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。

2) 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。

3) 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。

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⁴⁾。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⁵⁾。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⁶⁾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⁷⁾。そして、民法施行

4) 小山昇『民事調停法〔新版〕』（有斐閣 1977年）4頁。

5) 石川・梶村・前注1）7頁。

6) 佐々木吉男『増補民事調停の研究』（法律文化社 1974年）8頁。

7) 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。

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⁸⁾。

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⁹⁾。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¹⁰⁾。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¹¹⁾。こうした重大な社会問題をより平衡に解決するため、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

8) 小山・前注4) 16頁。

9) 「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ため、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、不合理的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。

10) 小山・前注4) 17頁。

11) 最高裁事務総局・前注7) 17頁。

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け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。』¹²⁾

「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。』¹³⁾

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¹⁴⁾。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

12) 最高裁事務総局・前注7) 21頁。

13) 佐々木・前注6) 30頁。

14) 佐々木・前注6) 30頁。

想像に難くない。そうすれば、一つの問題を解決するためもう一つの新しい問題を作るだけである。これは必ず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・純粹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、裁判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、「借地借家等ニ関シ紛争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・借家法に、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¹⁵⁾。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

15) 石川・梶村・前注1) 22頁。

農家経済を破壊する一方¹⁶⁾、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¹⁷⁾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¹⁸⁾。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」¹⁹⁾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²⁰⁾。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²¹⁾。

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、其数ニ於て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。」²²⁾

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

16) 最高裁事務総局・前注7) 28頁。

17) 川口由彦編著『調停の近代』（勁草書房 2011年）277頁。

18) 小山・前注4) 22頁。

19) 川口・前注17) 278頁。

20) 最高裁事務総局・前注7) 28頁。

21) 石川・梶村・前注1) 25頁。

22) 最高裁事務総局・前注7) 30頁。

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²³⁾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²⁴⁾、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いうこ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²⁵⁾。したがって、商事に関する紛争は増えた。のみならず、商事

23) 佐々木・前注6) 34～6頁。

24) 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17) 283頁以下参照。

25) 石川・梶村・前注1) 27頁。

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²⁶⁾。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が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²⁷⁾。

「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スル所ノ商事取引ノ円満ナル發達ヲ助ケル所ガナクテハナラヌト思フノデアリマス。」²⁸⁾

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

26) 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。

27) 最高裁事務総局・前注7）34頁。

28) 石川・梶村・前注1）27頁。

であった²⁹⁾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は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³⁰⁾。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³¹⁾。「国民大衆ノ生活ヲ安定セシムル」³²⁾ 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

29) 小山・前注4) 28頁。

30) 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。

31) 佐々木・前注6) 40頁。

32) 時の首相の施政方針の一言である。

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」³³⁾、「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、仍テ此際適當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。」³⁴⁾ 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。」³⁵⁾ 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³⁶⁾。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、

33) 最高裁事務総局・前注7) 39頁。

34) 石川・梶村・前注1) 31頁。

35) 最高裁事務総局・前注7) 40頁。

36) 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衡平ニ考慮シ其ノ資力、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、普通ノ訴訟手続ヲ非常ニ長ク掛ツテ居ルノデハ、何モ目的ヲ達シマセヌ。結局ハ非訟事件手続法ニ依リマシテ、……早く進行シナケレバナラス」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

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³⁷⁾。

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³⁸⁾。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³⁹⁾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がなかっただろう。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⁴⁰⁾。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⁴¹⁾。

↘段となった。

37) 小山・前注4) 30頁。

38) 佐々木・前注6) 40頁。

39) 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（勝本正見氏は第一代表者とす
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。

40) 石川・梶村・前注1) 33頁。

41) 石原・前注26) 7頁。

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⁴²⁾。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ト認メマ」(ス)⁴³⁾。

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アリマスルガ、法ノ性質ハ臨時的ノモノデアナイ、永久的ノ立法デアリ……」⁴⁴⁾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

42) 最高裁事務総局・前注7) 46頁。

43) 石川・梶村・前注1) 34～5頁。

44) 最高裁事務総局・前注7) 47頁。

人の地位が高くなかった当时には、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認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⁴⁵⁾。

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⁴⁶⁾。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⁴⁷⁾。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、足尾鉛毒事件、別子銅山鉛毒事件⁴⁸⁾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

45) 小山・前注4) 35頁。

46) 佐々木・前注6) 42頁。

47) 石川・梶村・前注1) 36頁。

48) 佐々木・前注6) 45頁。

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、之ヲ単ニ訴訟手續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。」⁴⁹⁾ 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、公開の訴訟手續より、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

49) 小山・前注4) 36頁。

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當デアル……」⁵⁰⁾ という趣旨で第 4 章に調停を設けた。

従来の各調停法は、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⁵¹⁾。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⁵²⁾。しかし、戦時民事特別法における民事特別調停制度は、従来の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（戦時民事特別法19条2項）の対象を拡大する⁵³⁾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⁵⁴⁾。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、すべての分野を連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（戦時民事特別法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

50) 最高裁事務総局・前注7) 57頁。

51) 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、次第にはほかの県に及んで、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。

52) 佐々木・前注6) 46頁。

53) 戦時民事特別法19条2項は「金銭債務臨時調停法第七条乃至第十条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、従来の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。

54) 石原・前注26) 8頁。

も、敏速妥当に解決するという理由は、ただ奇麗な言い訳だろう。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。

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⁵⁵⁾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⁵⁶⁾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ず、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、誠実な債務者に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、

55) 石川・梶村・前注1) 43頁。

56) 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。

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はなく、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、鉱害紛争には、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⁵⁷⁾。

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⁵⁸⁾。

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・

57) 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的特徴は、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。

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

廉価、そして専門性などのメリットで一層活用するため、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、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。

四 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

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⁵⁹⁾。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⁶⁰⁾。

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

59) 例として、鉦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。

60) 最高裁判所事務総局・前注7)・61頁。

いし裁判制度は一時的な麻痺状態に陥った⁶¹⁾。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⁶²⁾。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、最高裁判所規則とともに施行された⁶³⁾。

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⁶⁴⁾。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

61) 小山・前注4)・39頁。

62) 佐々木・前注6)・49頁。

63) 石川・梶村・前注1)・46頁。

64) 小山・前注4)・48頁。

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のが現在の調停の状況である。』⁶⁵⁾ 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⁶⁶⁾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⁶⁷⁾である。』⁶⁸⁾ 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、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低い背景で、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

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

66) 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。

67) 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。

68) 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巻7号（1934年7月）52～3頁。

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⁶⁹⁾。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」⁷⁰⁾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⁷¹⁾。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」と言われている⁷²⁾。

69) 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巻5号(1933年5月)100頁。

70) 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巻11号(1932年11月)8~12頁参照。

71) 小山・前注4)・61頁。

72) 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巻12号(1932年12月)4頁参照。

（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、明確的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⁷³⁾。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⁷⁴⁾。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⁷⁵⁾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⁷⁶⁾。

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（民事調停法18条）。

73) 安田・前注69)・99頁。

74) 佐々木・前注6)・120～3頁。

75) 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。

76) 小山・前注4)・52頁。

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⁷⁷⁾。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も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⁷⁸⁾

	訴訟	調停
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⁷⁹⁾。法曹、特に弁護士階層はそうした

77) 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。

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

79) 牧野・前注70)・3頁。

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」⁸⁰⁾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⁸¹⁾。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⁸²⁾、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⁸³⁾。要するに、従来の反対の圧力が薄くなった。

80) 牧野・前注70)・4頁。

81) 橘・前注78)・24頁。

82) 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（橘喬「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。

83) 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

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」⁸⁴⁾。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⁸⁵⁾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⁸⁶⁾。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⁸⁷⁾。

ゝ文章も少なかった。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。

84) 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。

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

86) 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。

87) 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標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で終わらせることである。当事者の満足であれば、佐々木吉男氏の調査によると、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6)・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。

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⁸⁸⁾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化もいくつかある。

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的

88) 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公平に考慮し、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。

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⁸⁹⁾。

(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⁹⁰⁾。

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（民事調停法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

89) 橘・前注78)・68頁。

90) 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。

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⁹¹⁾。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（民事調停法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⁹²⁾。

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（民事調停法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（民事調停法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⁹³⁾。

91) 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。

92) 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。

93) 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」

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（民事調停法24条の3）を導入した⁹⁴⁾。

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。

㍷(四・完) 家庭裁判月報 27巻7号 (1975年7月) 10頁。

94) 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。

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することである⁹⁵⁾。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が要する。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⁹⁶⁾。

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⁹⁷⁾。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パーセント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パーセントに及んでいる。両方とも魅力的な数字である⁹⁸⁾。

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

95) 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。

96) 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。

97) 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。

98) 石井・新藤・前注95) 21～2頁。

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⁹⁹⁾や民事調停官に対する手当などの条文も規定される（民事調停法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¹⁰⁰⁾。

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

99) 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）。

100) 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。

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¹⁰¹⁾。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¹⁰²⁾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¹⁰³⁾。その後、120名まで、毎期30名前後で採用人数が増えていった¹⁰⁴⁾。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¹⁰⁵⁾。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

101) 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。

102) 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。

103) 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。

104) 2004年には2期があるが、そのあと、1年1期である。

105) 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。

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¹⁰⁶⁾。

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¹⁰⁷⁾。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¹⁰⁸⁾。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

106) 水野・前注100)・111頁。

107) 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。

108) 湯川・前注103)・49頁。

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（民事調停法4条）、調停の申立て（民事調停法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（民事調停法12条の2）、期日の呼出し（民事調停法12条の3）、記録の閲覧等（民事調停法12条の7）、訴訟手続の中止（民事調停法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¹⁰⁹⁾。

2011年の非訟事件手続法の改正立法の背景は、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¹¹⁰⁾。手続参加や記録の閲覧閲覧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（民事調停法4条の2）。さらに、職権移送も強調し（民事調停法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（民事調停法22条）。付調停制度は、訴訟事件および特定の非訟事件¹¹¹⁾の限定を緩

109) 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」NBL 967号（2011年12月）40頁以下参照。

110) 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巻11号（2011年10月）5頁。

111) 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。

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、調停制度の手續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うるかもしれない。

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¹¹²⁾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¹¹³⁾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¹¹⁴⁾。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¹¹⁵⁾。

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。

112) 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。

113) 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。」

114) 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。

115) 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。

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¹¹⁶⁾。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¹¹⁷⁾。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¹¹⁸⁾。社会の発展に基づいて、紛争

116) 佐々木・前注6)・305頁。

117) 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のではなく、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17)・279頁以下参照）。

118) 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）。

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¹¹⁹⁾

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
鉱害	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

119) 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）。

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、非常に圧力がある。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¹²⁰⁾。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¹²¹⁾。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¹²²⁾。

120) 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。

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

122) 舟本信光「民事調停手続の構造と問題点」日本法律家協会編・前注120)・9頁。

一方、調停は、審理期間の短さというまでもなく、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¹²³⁾。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¹²⁴⁾。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上にあり、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氏は、調

123) 前注121)・26頁。

124) 前注121)・70頁。

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¹²⁵⁾。

一方、佐々木吉男氏のような学者と異なって、内田恒久氏は、判事としての経験から付調停の基準を整理している。一般的に言えば、「当該事件につき訴訟を継続して判決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¹²⁶⁾。つまり、判決手続と比べるだけではなく、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事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、

125) 佐々木・前注6)・170～95頁、石川・梶村・前注1)・311～9頁参照。

126) 内田・前注115)・57～60頁参照。

より調停に適するのではないか。

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、実に当事者がその關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¹²⁷⁾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のと全く正反対の方向へ行く。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なくない。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

127) 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。

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わかるのは当然である。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るかと選別するが、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) 近來実務上の変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、紛争類型の変化や調停に対する評価および要求の発展によって、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経済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、当事者の関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関係を探究する実証研究を行う舟本説¹²⁸⁾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¹²⁹⁾、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

128) 舟本・前注122)・5～19頁参照。

129) 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。

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のようになる。親子、兄弟そのほか親族間の土地家屋の所有権の帰属に関する紛争、実質的な共同事業が破綻に陥った場合の清算関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、人間関係、共同事業関係などからむ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¹³⁰⁾、試験訴訟¹³¹⁾、一方の紛争当事者が多

130) 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。

131) 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。

数である紛争，紛争環境が変化した紛争¹³²⁾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はなく，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って，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。

132) 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。

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関係の均衡の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。継続関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、裁判官の圧力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言われている。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公的な紛争解決手続であることが見えないう。調停が従来の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¹³³⁾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関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関係ない要素を付調停の理由とすべきではないだろう。

133) 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。

(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関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える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¹³⁴⁾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にも紛争当事者ないし利害関係人との間に事実上または法律上の関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関係人との間の事実上および法律上の関係が解消され、以後何らの利害関係も存在しなくなる紛争類型である¹³⁵⁾。土地家屋の賃貸借、相隣関係、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関係や事実関係の消滅をもたらすわけではない。このような継続的な関係を維持するため、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関係の修復と維持にはマイナスである。

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

134) 田辺公一「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。

135) 萩澤清彦「紛争類型別の条項分析 総論」日本法律家協会編・前注120）・569～70頁。

い。愛や憎しみなど感性的な要素は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はなく、深く紛争に関する当事者ないし利害関係人の間の社会関係の修復や将来の紛争の再発生の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¹³⁶⁾。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、この種類・程度の差異から、継続性を否定するのはできない。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¹³⁷⁾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

136) 竜崎喜助「紛争類型別の条項分析（討論）」日本法律家協会編・前注120）・713頁。

137) 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95）・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——」判例タイムズ1035号（2000年9月）4～24頁参照。

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¹³⁸⁾。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¹³⁹⁾。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。

前でも述べており、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事実であるのみならず、専門分野に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¹⁴⁰⁾と言われている。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。

138) 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。

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

140) 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。

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¹⁴¹⁾ので、老齢化・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委員の比例が高くなってくるのは予想できる¹⁴²⁾。調停の合意・互譲という特徴から、より紛争の専門性に着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¹⁴³⁾。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

141) 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。

142) 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ADR7号(2012年5月)37頁。

143) 「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。

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¹⁴⁴⁾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¹⁴⁵⁾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で、裁判所がこのような考え方で、表向きに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うことがいえる。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

144) 特に継続関係がある紛争。

145) しかし、濫訴とはいえない場合。

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¹⁴⁶⁾。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¹⁴⁷⁾。

(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¹⁴⁸⁾。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¹⁴⁹⁾。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

146) 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。

147) 後文の(3)付調停の時期と争点整理のための付調停でも論じる。

148) 塚原朋一「和解と調停の振り分け」日本法律家協会編・前注120)・288頁。

149) 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。

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¹⁵⁰⁾。

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できる¹⁵¹⁾。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¹⁵²⁾。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¹⁵³⁾。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¹⁵⁴⁾。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¹⁵⁵⁾。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は不可欠である¹⁵⁶⁾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

150) 溝口・前注118)・58頁。

151) 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。

152) 前注143)・56頁。

153) 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。

154) 石川・前注149)・90頁。

155) 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。

156) 石川・前注149)・90頁。

われないと考える。要するに、調停主任の存在はあまり問題ではない¹⁵⁷⁾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¹⁵⁸⁾。

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¹⁵⁹⁾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¹⁶⁰⁾。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、裁判官の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

157) 日本法律家協会編・前注120)・188頁。

158) 溝口・前注118)・58頁。

159) 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。

160) 拙稿「訴訟と調停の連携(1)——日中比較を通じて——」立命館法学350号(2013年12月)340頁。

発言することが難しくなるだろう¹⁶¹⁾。特に、調停委員は自分のあまり法律的ではない発言が裁判官に否定されることを懸念する恐れがある。

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非常に損なう。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¹⁶²⁾。

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うる。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なく、紛争解決の専門家¹⁶³⁾であり、裁判官

161) 「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。

162) 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。

163) 特に訴訟の専門家。

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¹⁶⁴⁾。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、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と考えている¹⁶⁵⁾。特に、実務上の結果からみると、裁判

164) 「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。

165) 内田・前注115)・60頁。舟本・前注122)・26頁。

官のやり方や紛争の種類によって、争点整理と付調停の時期にはあまり関係ない¹⁶⁶⁾。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、紛争解決手続にとつては、一步後退したものとみる意見もある¹⁶⁷⁾。

一方、弁護士側は、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¹⁶⁸⁾ある。

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¹⁶⁹⁾に対して、東京高決昭和29・4・23の決定¹⁷⁰⁾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¹⁷¹⁾。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

166) 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115）・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122）・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）。

167) 舟本・前注122）・26頁。

168) 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120）・158頁。

169) 小山・前注4）・90頁。

170) 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、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。

171) 小山・前注4）・178頁。

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對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¹⁷²⁾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¹⁷³⁾。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、具体的な立証活動をするのは少なく、和解による解決を望む例が多い。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¹⁷⁴⁾。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

172) 石川・梶村・前注1)・320頁。

173) 舟本・前注122)・25頁。

174) 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。

するような手続を実施している¹⁷⁵⁾。

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¹⁷⁶⁾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¹⁷⁷⁾。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¹⁷⁸⁾。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¹⁷⁹⁾。

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

175) 八東・志村・前注166)・180頁。

176) 地盤、基礎、構造、意匠、設備などである。

177) 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。

178) 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。

179) 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137)・16頁）。つまり、争点整理の段階で専門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。

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¹⁸⁰⁾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¹⁸¹⁾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、単なる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¹⁸²⁾。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

180) 池田・田中・牧・前注137)・16頁。

181) 「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137)・9頁。

182) 山本・前注178)・29頁。

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、釈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、裁判官の圧力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¹⁸³⁾。

3) 小 括

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

183) 本多・前注177)・59頁。

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。

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もっている。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、どの種類の紛争が全部、あるいは部分的に調停または訴訟に割り当てべきかの判断標準をまとめるのに、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、争点がありません。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。

3 訴訟と調停の連携の理論的課題

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）と、調停合意書の司法確認制度¹⁸⁴⁾（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形式上の問題だけでは

184) 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、互いに参照にさせるため、形式的にこのように分類する。

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。ここでは、調停、付調停、さらに調停前置主義と裁判を受ける権利の関係の順に論じる。

1) 調停と憲法の関係

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¹⁸⁵⁾。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別は、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¹⁸⁶⁾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¹⁸⁷⁾の分岐が起こった原点である

185) 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。

186) 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。

187) 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155)・39頁以下参照。

う。調停が単に私法上の和解と見なされれば、調停の強制的な出頭義務の根拠がどこであるのかに疑問が生じる。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¹⁸⁸⁾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ことではない。逆に、当事者の合意が調停の核心であると考え。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、「調停人」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、調停人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、調停人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。調停人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¹⁸⁹⁾。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

188) 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。

189) 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 とは決してメ

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。例としては、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が見える。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¹⁹⁰⁾。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を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

↘一致するわけではない。

190) 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。

しようとしているのに、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、裁判所が事案の種類や、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¹⁹¹⁾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して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、部分の債務を免除するため、主動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、調停委員会はどのように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¹⁹²⁾。したがって、付調停の場合と同じく、裁判所は当事者の紛争が裁判を受ける権利の実現する段階に入った

191) 純然たる訴訟事件という概念は、昭和35年7月6日最高裁判所大法廷決定の判旨から作られたものである。この決定は、前文にも紹介されたが、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、違憲であると認定された。(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)。

192) 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、当事者が異議を申立てる場合には、調停に代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(事実解明)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。

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¹⁹³⁾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に、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あつてよいのではないか。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る。訴訟でも調停でも国家的紛争解決制度であるので、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ろう¹⁹⁴⁾。

193) 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。

194) 前文に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、裁判所が付調停することができる。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、付調停することができるか否かの問題である。

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、前文にも述べたように、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、この類型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¹⁹⁵⁾である。つまり、調停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

195) 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、付調停経験の累積ではなく、立法目的上の考慮である。いわば家庭関係の円満さの維持とプライバシーの保護である。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には反対意見もある。特に DV 被害が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)。

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¹⁹⁶⁾。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¹⁹⁷⁾。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

196) 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。

197) 石井・新藤・前注95) 21～2頁。

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) 小 括

訴訟と調停の連携の最大の課題は、実務上どのように展開するのではなく、憲法上の裁判を受ける権利との関係であると思う。特に付調停や調停前置主義を採用するとき、当事者の手続上の権利の保護である。前文に述べたように、調停は、広義の裁判の一種であり、訴訟によって、あるいは調停によって当事者の紛争を解決するのは、すべて当事者の裁判を受ける権利を実現する方法である。当事者が一旦裁判に入った後、紛争解決方法の選択権を失い、裁判所が適当と認めるとき、どの方法によって紛争を解決するのか手続上の裁量権を有する。さらに、裁判を受ける権利を、積極的に紛争解決を追求する権利に限定することには異議があり、筆者は相手当事者の不利益な裁判を避ける消極的な意味も有すべきであると考え。これに基づいて、さらに両当事者の実質的な裁判利益を保護することを加えて、裁判所がより適切な紛争解決方法を提供しなければならない側面から、裁判を受ける権利の意味を拡充すべきと思う。

訴訟と調停の連携をよりよくさせるため、理論上は、単に裁判を受ける権利の角度から論じるだけでは十分とはいえない。調停の既判力の有無、つまり、調停と訴訟の効力には差があるか。調停と訴訟の関係の再認識、調停における当事者の合意と裁判官の裁量の関係がどのように理解すればよいか。家事調停と民事調停の差異なども重要であると考え。これらの点については、今後の課題とする。

五 おわりに——日中比較と展望——

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 中国において民事調停法を制定する必要性

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、裁判の意味である調停制度がなくとも、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¹⁹⁸⁾。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っ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¹⁹⁹⁾。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

198) 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、少額債務など紛争も先行調停や委託調停で解決させる（拙稿・前注160）・365～6頁）。

199) 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、積極的に解決の試しをすることができるという意味の主動的な関与である。

中立性が最も重要な課題ではないと考える²⁰⁰⁾。

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²⁰¹⁾。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、範囲などを明確するため、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。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、人民調停やほかの裁判外紛争解決方法があり、当事者が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として、裁判所にとっては、全面的な裁判方式を提供することは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。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

200) 拙稿・前注160)・339～41頁。

201) 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。

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、訴訟をしたくなくても、あるいは、ある類型の紛争が訴訟に適しなくても、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て、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た。人民調停も「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 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。それに、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、人民調停制度を廃除する必要はない。人民調停制度はなお維持すべきであると考えている。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をより対応できる。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。

3 結 語

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、調停裁判官と訴訟裁判官が一致である場合が多く、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²⁰²⁾ので、日本のような問題は起こらない。さらに、人民調停制度もより mediation の概念に近く、日本の ADR の構築にも一定の参考になるだろう。

202) 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。

以上、本論文は、中国と日本両国の訴訟と調停の連携についての紹介および分析から比較して、裁判を受ける権利という理論上の課題を解明して、中国法への法改正を提言したが、また様々な重要な課題が残っている。特に、家事調停と民事調停の差異、調停の既判力の問題、司法確認制度の性質、および調停事項と裁判事項の区別については、今後の検討課題として、別稿で改めて論じていきたい。