

# 民事紛争解決手続と調停

——中国法への提言——

徐 文 海\*

## 目 次

はじめに

### 一 調停に関する理論的課題

#### 1 調停合意説と調停裁判説

1) 調停合意説

2) 調停裁判説

3) 私 見

#### 2 調停の既判力

1) 既判力肯定説

2) 既判力否定説

3) 私 見

#### 3 調停と訴訟の関係

1) 裁判を受ける権利

2) 調停と訴訟の連携

### 二 中国法への提言

#### 1 中国における調停制度の課題整理

#### 2 調停制度の充実

1) 民事調停法の制定

2) 人民調停制度の改革

#### 3 裁判官の関与

#### 4 調査官制度の導入

#### 5 委託調停，司法確認制度の廃止

おわりに——日中比較を通じて——

---

\* 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

## 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<sup>1)</sup>（中国側）と調停前置主義における調停不調の場合の訴訟・審判への移行（日本側）にある。

本稿では、まず日本における調停に関する理論的課題を検討する。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、調停を一種の司法的紛争解決と位置づけたとき、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が問題となる。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。

これらの問題を検討するには、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る必要がある。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もかかわる。調停の本質については、調停合意説と調停裁判説の対立および調停

---

1) 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”に訴訟手続を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。

の既判力の有無から論じる。合意も判断も調停の本質であり、制限的な既判力肯定説を採用すべきであるという結論を踏まえて、裁判を受ける権利の検討から、調停が訴訟に対して補充的ではあるが、対等な存在である関係を明らかにする。

こうした調停に関する理論的課題の検討を踏まえた上で、中国における調停制度の課題を整理し、調停制度の充実を目指して、独立した民事調停法の制定、人民調停と裁判所調停の並行、調停裁判官の常時立ち会い、調査官制度の導入、委託調停と司法確認制度の廃止などを提案する。

## 一 調停に関する理論的課題

### 1 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。日本においては、家事調停と民事調停を区別して議論するのは通常であるが、家事調停と民事調停における合意説と裁判説の各理由は顕著な差異がない。ここでは統一して分析する。

#### 1) 調停合意説

調停合意説について、梶村太市元裁判官は、「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。」<sup>2)</sup>とまとめる。調停合意説は、おおよそ、「当事者主役」の立場に立ち<sup>3)</sup>、「調停は当事者が主体的に合意を形成する手続で

---

2) 梶村太市・徳田和幸『家事事件手続法〔第2版〕』（有斐閣 2007年）29頁。

3) 上原裕之「司法モデルの家事調停への疑問」井上治典・佐藤彰一編『現代調停の技法——司法の未来』（判例タイムズ社 1999年）193頁。

あり、裁判所が判断を示す場所ではない」<sup>4)</sup> という視点から展開する。

## 2) 調停裁判説

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」<sup>5)</sup> と主張する。森松萬英教授は、「調停は調停機関が民事（家事）に関する紛争につき、当事者間の互譲により実情に即した合意を調書に記載することによって確定判決と同一の効力を付与することを目的とする裁判である」<sup>6)</sup> と述べた。教授の観点からは、調停と訴訟上の和解には本質的な差異があり、調停は、単なる自主的解決手段ではなく、成立した合意に対する法の適用の要素もある。家事調停における調停に代わる審判、あるいは民事調停における調停に代わる決定に対する異議失効の制度的根拠も、訴訟上の和解と異なり、当事者合意の強調ではなく、調停における手続保障不足に対する補充という視点である。

## 3) 私 見

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、

---

4) 大塚正之「人事訴訟の家庭裁判所移管後の家事調停の在り方」野田愛子・安倍嘉人監修『人事訴訟法概説』（日本加除出版 2004年）383頁。

5) 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）81頁。

6) 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）43頁。

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，調停を理論上相当高いレベルに上げることは，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ったと思われる。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。確かに目的は正当であるが，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背景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必要性からくる調停裁判説は弱体化してきたが，民事調停の実務や，法制度の改正はむしろ司法的性格が強調されてきているように思われる。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，調停裁判説のいう性質が強化されているともいえる。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，文理上の解釈でも見える。後述のように調停と裁判を受ける権利，憲法との関係を検討すると，調停は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は，民事訴訟の目的論と訴訟上の和

解の性質論と同じく、実益のない論争であるという「棚上げ説」<sup>7)</sup>が妥当となるように思われる。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、共通の目的がある。すなわち、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<sup>8)</sup>。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<sup>9)</sup>、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<sup>10)</sup>。

---

7) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法 上』（有斐閣 2005年）11、678頁。

8) 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）162頁。

9) 高野耕一『家事調停論（増補版）』（信山社 2012年）176頁。

10) 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。

当事者の合意を重視し、調停技法をいっそう改善し、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）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閑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」<sup>11)</sup>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。

## 2 調停の既判力

調停を司法的紛争解決手続として、広義の裁判であると認識するときには、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 of 学説・判例は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

---

11) 明山和夫「家事調停制度管見」ケース研究80号（1963年12月）39頁。

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、調停は裁判（訴訟）上の和解と同一の効力を有し、訴訟上の和解は確定判決と同一の効力を有する。ゆえに、調停は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<sup>12)</sup>。

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仲裁して、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仲裁して、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、既判力の必要性は共通する<sup>13)</sup>。

第3に、調停は既判力を付与しうる制度的条件を備えている。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<sup>14)</sup>、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、法律手続に従い、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<sup>15)</sup>。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

---

12) 佐々木吉男『増補民事調停の研究』（法律文化社 1974年）197頁。

13) 小山昇『民事調停法〔新版〕』（有斐閣 1977年）285～6頁。

14) 小山・前注13）・286頁。

15) 佐々木・前注12）・214～5頁。

られていると言われている<sup>16)</sup>。

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はない。形式的にいえば、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。もっとも判決主文に包含するものに限り既判力を有するとされているのは、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<sup>17)</sup>。内容的にいえば、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される<sup>18)</sup>。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に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の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と同様の理論付けのもとに

---

16) 小山・前注13)・286頁。

17) 佐々木・前注12)・224～5頁。

18) 小山・前注13)・287頁。

既判力を否定する見解が、多数とみられる」<sup>19)</sup>。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<sup>20)</sup>。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<sup>21)</sup>。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<sup>22)</sup>。

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<sup>23)</sup>。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<sup>24)</sup>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<sup>25)</sup>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

19) 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。

20) 石川明『民事調停と訴訟上の和解』（一粒社 1979年）57頁。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）219頁。

21) 中野・前注19)・31～2頁。

22) 石川・前注20)・56～7頁。

23) 小山・前注13)・290頁。

24) 石川・前注20)・63頁。

25) 小山・前注13)・290頁。石川・梶村・前注20)・229頁。

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という<sup>26)</sup>。

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」、「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」、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」など、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<sup>27)</sup>。

### 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<sup>28)</sup>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、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ていなかった。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などが、調停の既判力

---

26) 中野・前注19)・32頁。

27) 佐々木・前注12)・198頁。

28) 高橋・前注7)・684頁。

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<sup>29)</sup>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みることの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、現実には正義に反するような瑕疵ある調停が、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<sup>30)</sup>。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<sup>31)</sup>。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

---

29) 菊井維大・村松俊夫『民事訴訟法1』(日本評論社 1978年) 679頁。

30) 佐々木・前注12)・198頁。

31) 小山・前注13)・290頁。

いというような場合もある<sup>32)</sup>。積極的に終始一貫和解に関与するのは裁判官の当然の責任ではなく、最後に和解合意の適法性・妥当性を審査することが裁判官の負う責任である。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、せっ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<sup>33)</sup>。

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、当事者の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して働く。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、手続の厳格さを緩和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。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

---

32) 石川明『訴訟上の和解』（信山社 2012年）92頁。

33) 石川明「訴訟上の和解の新併存説」法学研究86巻12号（2013年12月）34頁。

があるだろう。

付調停の場合においては、調停に付され調停不成立となった場合に、調停に代わる決定がなされたとしても、当事者には最後の調停に代わる決定に対する否定権があるので、この決定を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て、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関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な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らない。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整をすることにある。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<sup>34)</sup>、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。訴訟に基づいて論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、時間をかけることが重要である。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、つまり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つそう強化されることに対して、裁判官

---

34) 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。なお、非訟裁判、家事審判の既判力については、越山和広「非訟裁判・家事審判の既判力」法学雑誌55巻3・4号(2009年3月)716頁以下参照。

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際的な意義が薄い。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、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。

### 3 調停と訴訟の関係

#### 1) 裁判を受ける権利<sup>35)</sup>

憲法第76条および裁判所法第3条1項の「裁判所は、日本国憲法に特別の定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、裁判所の司法権の構成は、「裁判」および「その他法律において特に定める権限」である。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<sup>36)</sup>。しかし、裁判所が行う調停は、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改めて検討すべきである。日本の調停の場合には、強制的な出頭義務（民事調停法34条）、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。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、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<sup>37)</sup>と言われている。したがって、訴訟も調停も広い意味では

35) 詳しくは、徐文海「訴訟と調停の連携(2・完)——日中比較を通じて——」立命館法学 353号(2014年6月)213頁以下参照。

36) 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。

37) 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)

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という「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。

また、調停委員が主導的に調停案を提案することもでき、調停調書には執行力が付与され、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。これらの点によって、調停における合意は、同じ合意解決でも、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ことが明らかである。さらに、裁判の公開主義に関しては、絶対的な要請ではなく、未成年者に関する案件、国家秘密に関する案件、知的財産権訴訟など、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ある。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の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<sup>38)</sup>。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に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。

以上から、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営される。その上で、裁判所が案件の事情を鑑み、調停に適すると認め、調停に付することは、当事者の裁判を受ける権利を侵害しない。調停か訴訟か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。したがって、紛争を調停によって解決するのが適当ではないと認めるときには、裁判所は、調停を訴訟に付することも理論上は

---

↘版) (新世社 2008年) 308頁。

38) 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。

可能であると考える。

これだけではなく、受動的に司法的紛争解決を受ける当事者（応訴する当事者）にとっての、裁判を受ける権利も考慮すべきである。不利益な紛争解決を避ける権利の角度から、裁判所には、調停から訴訟へと自動的に司法的紛争解決を選択する裁量権があると考えられる。

また、調停前置主義<sup>39)</sup>について、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については、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。しかし、長期間の付調停の経験が積み重なっている産物である地代借賃増減請求事件の実情からは、この調停前置には一定の合理性がある。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、当事者の実質上の裁判を受ける権利を保護するものといえる。当事者の紛争をより合理的かつ効率的に解決できる裁判方式を保護するという意味もある。

## 2) 調停と訴訟の連携

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として位置づけた。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は前提として認めな

---

39) ここでいう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。この点については、徐文海「日本の家事調停の独自性と課題——合意解決を目指して——」立命館法学354号（2014年8月）64～5頁参照。

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）の不可欠の要素であり、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」<sup>40)</sup>。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してきたものである。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、訴訟が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、だからといって調停が訴訟と対等ではないということとはできない。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

---

40) 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）557頁。

原則である事情変更の原則や信義誠実の原則などが判決の準拠になる。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<sup>41)</sup>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、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、一般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。

---

41) 「調停制度の現状と展望」ジュリスト489号（1971年10月）22頁〔三ヶ月章教授の発言〕。

## 二 中国法への提言

中国の学説によれば、裁判権とは、調停権と区別され、法律に従って成立した裁判組織が当事者の請求によって民事紛争を審理する権限および職能である。裁判の争議、対抗、弁論の本質と異なり、調停は自由、協議、合意の本質がある<sup>42)</sup>。このように調停を裁判から排除することに対して、筆者は調停も広義の裁判であると考え。特に人民調停法の制定および民事訴訟法の改正によって、訴訟と調停の連携を一層強化すべきである。日本における民事・家事調停の理論および実務の経験を参考に、当事者の裁判を受ける権利を保障し、手続の選択権を付与するため、裁判所がより積極的に紛争解決に関与すべきであると考え。

ここで、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の検討を踏まえて、中国法に対していくつかの提言をしたいと考える。

### 1 中国における調停制度の課題整理

中国における裁判所から行う調停とは、民事訴訟の当事者が裁判官の主導の下で、民事紛争について、自由かつ平等に話し合い、互譲により合意で紛争および訴訟を終わらせる手続である<sup>43)</sup>。訴訟調停ともいえる。民事手続法には、訴訟から独立する調停制度が存在せず、民事訴訟法に設けられ、訴訟に付随する制度である。訴訟に付随する制度であるからこそ、調停は当事者の手続選択権の付与ではなく、裁判官の負担の軽減および社会安定の保持という目的から行われている。ゆえに、中国における訴訟と調停の関係は、前述のように、「調停を主にする段階」、「調停を重視する段階」、「裁判を重視し調停を軽視する段階」、「調停が優先し、調停と裁判

---

42) 江偉『民事訴訟法学』（北京大学出版社 2012年）103～4頁。

43) 江・前注42)・119頁。

が結び付く段階」などいろいろな時期に分けられる<sup>44)</sup>が、どの時期でも、調停と訴訟が合一であり、調停手続と訴訟手続の転換は、紛争解決の全段階に一貫して、裁判官の判断によって自由に行うことができる。調停が訴訟から分離せず、独立しない理由については、立法者は「調停も訴訟も裁判所が審判権を行う重要な手段であり、調停と訴訟が補充し合い、現行の裁判所の人員と職能に基づく調審合一のモデルは最も有効で、訴訟経済に満たす裁判模式である」<sup>45)</sup>と述べている。

しかし、人民調停法の制定および民事訴訟法による委託調停、先行調停の創設、さらに、各裁判所の実務上の試行によって、訴訟と調停との関係の明確化という「調審分離」の改革が進められている。委託調停、先行調停、特に立案廷裁判官から行う調停はその踏み出した一歩である。

学界には、「調審分離」改革の方向について、以下の2つの観点がある。1つは、調停を裁判から徹底的に分離する観点である。中国においては、人民調停という広範かつ効率的な調停制度があるので、裁判上の調停制度を設ける必要性が少ない。訴訟上の和解が裁判所調停に取って代わるべきであるとする<sup>46)</sup>。もう1つは、裁判所内で調停と訴訟を分離する観点である。裁判所が調停の主導者として、調停手続を裁判所の紛争解決手続として維持して、調停を訴訟から分離する。この場合の「調審分離」は、手続の分離だけではなく、裁判官の分離も重要であるとする<sup>47)</sup>。しかし、この場合の調停は独立した手続とはいえず、当事者が自動的に最初から調停を選ぶことなく、訴訟手続に入った後、裁判官の判断および提案による調停である。現実には、立案調停以外、訴訟裁判官と調停裁判官が同一であることに對して、調停手続が独立することを目指す改革はさらに続

---

44) 徐文海「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)313～20頁。

45) 楊潤時『最高人民法院民事調解工作司法解釋的理由与適用』(人民法院出版社 2004年)23～4頁。

46) 李祖軍『調停制度論：衝突解決的和諧之路』(法律出版社 2010年)166頁。

47) 李浩「完善調解制度的幾點思考」人民法院報2003年7月9日3版。

くべきであると考える。

## 2 調停制度の充実

### 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、紛争の種類によって、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、紛争の種類によって、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<sup>48)</sup>。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。

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。すなわち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。調停主体については、裁判所あるいは人民調停組織が行うパターンがある<sup>49)</sup>。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おそれがある。

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

---

48) 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。

49) 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。

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、訴訟ほど明確にする必要はないが、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<sup>50)</sup>。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、人民調停がより適する場合もある。しかし、ほかの紛争解決方法の利

---

50) 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。

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、ある類型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があり、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) 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社会的な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。

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える。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は、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。

もちろん、人民調停と民事調停には差異があるから、豊かな経験がある人民調停員が直接に優秀な民事調停委員になれるとはいえない。人民調停員の質の向上、特に専門性の向上には、さらに訓練する必要がある。具体的な心理、法律などに関わる講座以外、日本の家事調停委員が行っている定期的なケース研究会のような事例研究も重要である。人民調停員も当事者の手続保障を重視しなければならない。調停手続を事実解明と紛争解決と2つの段階に分けて、事実解明の段階では、人民調停員はできるかぎり、両当事者に対等な陳述、質問などの手続権利を確保する。紛争解決の段階では、当事者の合意形成のため、積極的に説明、提案、親教育などの方法、さらに別席、同席の技法によって調停を行うべきである。このように両段階における調停方式を区別すること、各方法の組み合わせ、限度を掌握することも訓練しなければならない。人民調停と民事調停の連携のため、早急に人民調停において、こうした調停技法の改善を行ったほうがよいと思われる。

### 3 裁判官の関与

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、日本においては裁判官数が少なく、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。中国統計年鑑によれば、2012年、中国の人口は13億5500万人近くであり、人民調停委員会は81万7100人、人民調停員は428万1400人近く、処理した民間紛争は926万5900件である<sup>51)</sup>。同年、裁判所が受理した民

51) 『中国統計年鑑』2012年版1222頁以下参照。

事・刑事・行政案件件数は921万1127件である。裁判官の人数について、司法統計はないが、中国政府のウェブサイトの記事によれば、2008年、19万人の裁判官がいる<sup>52)</sup>。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19万人から20万人くらいで維持している。ゆえに、この数字に基づくと、中国の裁判官の一人当たりの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・行政案件件数は101万7077件（簡裁事件を除く）、裁判官数は2850人、2013年の裁判官は2880人である<sup>53)</sup>。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、裁判官一人当たりの対応する人口は4万3750人である。

以上の比較をすれば、中国の裁判官の負担は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。

#### 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制度が設置されている。調査官の調査機能と調整機能はいつそう充実されている。特に子の福祉のため、両親の合意形成と任意の履行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、家事調停を含む単一の民事調停制度が、中国により

---

52) [http://www.gov.cn/jrzq/2009-01/28/content\\_1216446.htm](http://www.gov.cn/jrzq/2009-01/28/content_1216446.htm) 参照。

53) 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）89頁。

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就任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。日本の経験に鑑み、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もあるだろう。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解決に関与すること、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ため、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。

### おわりに——日中比較を通じて——

本論文のおわりに、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、比較分析した筆者の一連の研究を踏まえて<sup>54)</sup>、日中の調停に関する比較研究のまとめとしたい。私見は、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。中国法においては、人民調停という裁判外調停しかないため、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が行い、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

---

54) 徐・前注44)・285頁以下、徐・前注35)・147頁以下、徐・前注39)・56頁以下参照。

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<sup>55)</sup>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

---

55) 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。

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<sup>56)</sup>。日本でも調停委員・調査官が手続説明，親教育に積極的に関わることによって、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っそう活用されるべきであると思われる<sup>57)</sup>。

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が重要である。日本の場合，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はあるが，十分ではない。裁判官の常時立会

---

56) 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。

57) 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」の研究会にて。

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。