

◇ 学位論文審査要旨 ◇

石 橋 秀 起

不法行為法における割合的責任の法理

審査委員 主査 吉 村 良 一

副査 谷 本 圭 子

副査 安 達 光 治

〔論文内容の要旨〕

1 本論文の概要

不法行為以外の原因が競合して損害が発生ないし拡大した場合、不法行為者にどのような責任を負わせるべきかが問題となることが多い。また、そもそも不法行為がなければ損害の全部または一部が発生しなかったのかどうか明らかでない場合も少なくない。裁判実務では、これらの場合、しばしば責任を割合的に判断するということが行われている。

本論文は、このような「割合的責任」が問題となる様々なケースにおいて、どのような理論的枠組みによって「割合的」処理が行われているのか、また、そのような処理は不法行為法理においていかに正当化されるのか（あるいは、されないのか）を多面的かつ総合的に検討し、「統一的な損害分配ルール」を構築しようとするものである。具体的には、2で詳述するように、まず第Ⅰ部で「完全賠償原則」に立つドイツ法において、この問題がどのように扱われてきたか、また、今日、「割合的責任」を正当化するためにどのような理論が展開されているかを分析している。その上で、第Ⅱ部では、日本の裁判実務において「割合的責任」が問題となる6つの事例群を取り上げ、そこにおいて、裁判実務が行っている責任の割合的判断がどのような理論的枠組みにおいて正当化しうるか（しえないか）を検討している。扱われている事例群は、医療過誤、（土地工作物責任や営造物責任における）自然力の競合、公害・環境訴訟、（交通事故における）素因減責、交通事故と医療過誤の競合、被害者の自殺の6つである。

2 本論文の構成

本論文は、以下の章から構成されている。

第Ⅰ部 割合的責任の基礎理論

第1章 公平による割合的減責の妥当性

第2章 ドイツにおける割合的責任論の今日の展開

第Ⅱ部 割合的責任の判断構造

第1章 医療過誤における割合的責任

第2章 営造物・工作物責任における自然力競合による割合的減責

第3章 公害・環境訴訟における割合的責任

第4章 交通事故における素因減責

第5章 交通事故と医療過誤の競合

第6章 被害者の自殺

終章

なお、本論文は、2014年5月に、立命館大学法学叢書第18号として、法律文化社から公開されている。

3 本論文の内容

本論文は、民法・不法行為法のうち、原因競合における割合的解決について検討を行うものである。現行民法によれば、加害行為に被害者の過失が競合した場合、賠償責任の軽減が行われる（民法722条2項）。これに対し、昭和40年代以降、わが国の裁判実務では、被害者の過失以外の原因が競合した場合においても減責を行うのが、一般的な傾向となっている。特に、交通事故訴訟においては、被害者の素因が損害の発生・拡大に寄与した場合において減責を行うべきとする裁判例が登場し、これが最高裁判例となっている。また、営造物責任（国家賠償法2条）や工作物責任（民法717条）の分野では、損害発生に自然力が寄与したことを理由に減責を行うべきかどうか問題となっており、これを肯定する裁判例がいくつか報告されている。もっとも、こうした解決をめぐることは、学説上、いかなる場合において原因競合を觀念し、減責を行うかについて、十分な検討がなされているとはいいが

たい。そこで、本論文は、こうした状況にかんがみ、以下の手順でこの問題に取り組んでいる。

第 I 部は、原因競合とは何か、競合原因を斟酌するとはどのようなことかといった一般的な問題を、ドイツ法を手がかりとしつつ検討するものである。このうち第 1 章では、日本において割合的減責を主張する学説（割合的因果関係説や寄与度減責説）を検討し、これらの学説は、損害賠償法の理論体系の中に「独自の領域」を設定していること、その結果、議論が、何を持って「公平」とするか（公平の意味）に関する、生産的とは言えない議論になってしまっているが、むしろ、「公平」を損害賠償法の体系においてどのように扱うか（公平の意義）を問い直すべきだとする。その上で、本論文は、「完全賠償原則」に立つドイツ法において、1940年以降、民法典の中に公平による割合的減責を可能にする規定——減責条項——を置くことが幾度か検討されたことに着目し、その議論の盛衰を追っている。それによれば、結局、このような減責条項に対しては、裁判官の裁量が拡大することへの警戒感や、相当因果関係理論——減責条項と同様、異常損害の問題を扱う——との適用関係から、その導入には慎重な見解が支配的となり、このような減責の一般規定を導入する試みはドイツ法において採用されることはなかったことが確認されている。また、同様に公平による割合的減責を実現するものとして、（わが国の過失相殺に該当する）協働過失法理の要件の緩和というアプローチも考えられる。すなわち、ドイツ民法254条は、被害者に「過失」がある場合、加害者の賠償責任を軽減する。そうした中、同条をめぐる学説の議論において、被害者の「過失」を「危殆化」にまで拡大する見解がある。また、これと類似の発想として、被害者は自己の支配領域内の危険を負担しなければならないとする立場——「領域原理」——から、減責要件を緩和するものもある。しかし、本論文の分析によれば、これら2つの構成は、どのような事態において被害者が割合的損害負担を行うべきかにつき明確な基準を提示できておらず、公平による割合的減責を直截に規定する減責条項と大きく異なるものではない。

そこで、第 2 章では、より実定的法に忠実な枠組みのもとで割合的解決を基礎づけることはできないかが検討される。ここでは、2000年以降、ドイツにおいて議論が盛んになった「割合的責任 (Proportionalhaftung)」と呼ばれる責任形態が、検討の俎上にあげられている。ドイツ法は、民法典制定以来、加害者は発生した全ての損害を賠償しなければならず、——協働過失がある場合を除き——割合的解決を行ってはならないという立場をとってきた（完全賠償原則）。これに対し、2000年以降、幾人かの論者は、医療過誤事例および大規模損害の発生事例において、他原

因の競合を理由に割合的解決を行うことを主張する。例えば、その代表的論者であるゲルハルト・ヴァーグナーは、第66回ドイツ法曹大会において、「法の経済分析」の観点から割合的責任の導入を提案している。これは、主として医療過誤のケースに関して主張されたものであるが、そこでは義務違反と結果との因果関係につき証明が困難である場合が念頭に置かれており、他の不法行為事例にも妥当しうる一般性を備えたものだといえる。一方、大規模損害の発生事例に関しては、テオ・ボーデヴィッチが提唱する「被害者側の択一性 (alternative Opferschaft)」と呼ばれる発想が注目に値する。これは、加害行為による被害者とそれ以外の原因による被害者がいる場合において、「危険の平等性」を共有するすべての被害者に対し、可能性に応じた賠償請求権を割り当てるというものである。

そこで次に、以上であげた「割合的責任」がドイツ法において正統なものかどうかが問題となる。これに関しては、ドイツ法の既存の議論の中に、こうした責任形態の基礎づけを可能にする理論的手がかりがあるかどうかを検討するのが有用である。そこで、本論文は、この理論的手がかりを得るため、危険増大論と動的システム論を取り上げている。まず、危険増大論とは、義務違反と結果（法益侵害）との因果関係につき、その存否の判断がしばしば困難になることを理由に、法益の危殆化段階で帰責を肯定するという考え方である。代表的論者であるエルヴィン・ドイチュは、医療過誤などにおいて、義務が遵守された場合の仮定的事実経過を構成することが困難になることをふまえ、責任の成立を法益の侵害から危殆化へと「前倒し」し、危殆化の程度に応じた責任を肯定する。また、これと同様の発想は、ハンス・シュトルの見解にもうかがえる。シュトルは、フランス法の「機会の喪失」論に影響を受けつつ、これをドイツ法の理論枠組みのなかで受けとめることを試み、「法益侵害を引き起こした可能性にもとづく帰責」を主張する。また、シュトルにおいては、こうした帰責形態のもとで行われる具体的な衡量につき、次のような指針が示されており、注目に値する。すなわち、「患者に差し迫った危険が大きければ大きいほど、そしてそれが基本的な処置によって容易に克服できればできるほど、ごくわずかな可能性の喪失であっても医師に対する特別なサンクションが要請される」というものである。

次に、動的システム論とは、「複数の要素」の協働という視点から法律効果の発生の有無と程度とを基礎づける理論である。提唱者のヴァルター・ヴィルブルクと、彼の門弟であるフランツ・ビトリンスキーおよびヘルムート・コツィオールは、「因果関係の可能性」を独立した「責任要素」と捉えつつ、「可能性」が低い場合においても、他の「要素」の存在および量によって割合的解決が基礎づけられる

べきであると主張する。例えば、コツィオールは、「因果関係の可能性」の低さを補充するものとして、行為の「具体的危険性」をあげ、この2つの「要素」の衡量によって割合的解決を基礎づけようとする。また、こうした解決の条文上の根拠として、コツィオール（およびビドリンスキー）は、択一的競合に関するドイツ民法830条1項2文と協働過失に関する同法254条をあげ、因果関係の存否不明を「偶然（Zufall）との択一的競合」と構成している。

以上の2つの理論のうち、動的システム論は、因果関係の存否不明を広く適用対象とする。したがってここでは、義務違反を起点とする因果関係の存否不明のほか、（過失ありとの評価を受けた）行為それ自体を起点とする因果関係の存否不明が念頭に置かれていることになる。もっとも、このうちの後者の局面における因果関係の「可能性」は、「事實的」因果関係の存在可能性を意味するものであるため、証明責任にもとづく解決との衝突が避けられない。これに対し、危険増大論は、あくまで義務違反を起点とする因果関係の存否不明のみを問題にする。そしてそこでは、仮定的事実経過の構成にあたって実体法固有の価値判断が行われることが指摘されている。ここに、原因競合における割合的解決——競合原因の斟酌——を実体法レベルで把握するための糸口が見出されるのではないか。ヴァーグナーが提唱する「割合的責任」論は、従前の解釈論との関係では危険増大論によって基礎づけることができる。したがって、その限りにおいて、「割合的責任」論はドイツ不法行為法の従前の議論とまったく相容れないものではない。また、そこで行われる衡量は、仮定的事実経過としていかなるものを措定すべきかに関わるものであり、実体法の枠内に位置づけられる。したがってこれは、原因競合事例における損害分配を導くための実体法理論として、正当な枠組みであると評価することができる。もっとも、完全賠償原則をとるドイツ法において、法益侵害の危険段階で帰責を肯定し、「可能性」に応じた責任を課すという発想は、いまだ十分に定着したものとは言いがたい。したがって、理論としての正当性はともかく、その正統性について問うならば、現時点において割合的責任が正統なものだと断言できないのもまた事実である。

続いて、本論文は、大規模損害の発生事例に関して主張されている「被害者側の択一性」論を検討し、以下のように言う。まず、ここでは行為を起点とする因果関係が問題となる。もっとも、被害者が1人だけのケースと異なり、ここでは因果関係の証明問題に解消しえない実体法固有の価値判断が行われる余地がある。「被害者側の択一性」論を適用するためには、被害者側において「危険の平等性」にもとづく被害者の共同体が形成されなければならない。したがってここでは、当該事案

を個々の被害者ごとに別個の事案として捉えるべきか、社会的に1個の損害事故と捉えるべきかが問題となる。そして、この判断が実体法レベルに属することは、言うまでもない。以上のことから、「被害者側の択一性」論も、割合的解決を基礎づける実体法理論としての性格をもったものだということができる。この理論は、従前のドイツ不法行為法にはなかったものであり、いまだ正統性を獲得したものは言いがたいが、大規模損害の発生事例における因果関係の証明困難に対応するものとして、今後、多くの支持を集めることが予想される。

このようなドイツ法の検討の後に本論文は以下のように主張する。以上で取り上げたドイツ法の動向は、日本法の同種の問題を考えるにあたって、一定の示唆を与えるものである。まず、危険増大論やそれによって基礎づけられるヴァーグナーの「割合的責任」論については、ドイツ法以上に日本法において理論的基礎づけが容易であると考えられる。日本の不法行為法は、完全賠償原則をとっておらず、また法益侵害に関して、広く「権利又は法律上保護される利益」の侵害を問題にしている。したがってそこでは、法益の危殆化段階への帰責の「前倒し」も、危険性（可能性）に応じた責任の肯定も、ドイツ法以上に容易に受け入れることができる。次に、「被害者側の択一性」論に関しては、ドイツ法と同様、日本法にも規定はないが、行為を起点とする因果関係——「事實的」因果関係——が妥当するケースにつき、実体法レベルで割合的解決を正当化するものとして、今後その導入が検討されてよい。

以上の知見をもとに、本研究の第Ⅱ部では日本法の検討が行われている。まず、第1章は、医療過誤における割合的解決について検討している。医療過誤においては、最判平成12年9月22日（民集54巻7号2574頁）が、義務が遵守された場合の死亡の回避につき、「相当程度の可能性」を独立した法益とした。この判例法理は、法益論のレベルで割合的解決を行うものであるが、実質的には第Ⅰ部で取り上げた危険増大論を適用したものと同じと見ることができるのではないかと。ところで、こうした解決においては、これをいかに正当化するかが問題となる。この点に関して、本論文は、医師に課された義務が当該「可能性」侵害の回避を目的とするかどうかの判断が重要であるとする。また、割合的解決の妥当領域に関しては、義務違反と法益侵害との因果関係——違法性連関——が不明の事例を、仮定的事実経過の構成が困難なケースと、結果発生原因が不明なケースとに分け、前者のケースにのみ割合的責任を肯定すべきであると言う。後者のケースでは、何が結果を引き起こしたかが問題となるが、これはあくまで「事実」の証明問題に属するといえるからである。また、医療過誤においては、こうした責任設定レベルの割合的解決のほか、責任充

足レベルにおいても割合的判断を行う余地がある。すなわち、義務が遵守されたなら死亡時点でなお生存していた高度の蓋然性が認められる場合においても、延命期間がごく短期間の場合、この短期間の逸失利益の発生確率——がん治療における5年生存率など——が問題となる。そしてこの場合、割合的解決のあり方として、逸失利益の割合的認定と慰謝料請求権の発生のいずれが妥当かが問題となる。本論文は、この点につき、算定根拠の明確化・客観化の視点から、前者の解決が妥当である。

次に、第2章は、営造物・工作物責任の領域における自然力競合による割合的減責について検討している。ここでは、瑕疵要件につき客観説が妥当する内在的瑕疵のケースと、義務違反説が妥当する外在的瑕疵のケースとに分けることができる。まず、内在的瑕疵のケースでは、営造物・工作物の存在それ自体が外力を生み、損害を引き起こす。したがってここでは、「事實的」因果関係が責任要件の中核に置かれる。一方、外在的瑕疵のケースでは、営造物・工作物の管理義務違反が因果関係の起点となる。したがってここでは、医療過誤と同様、違法性連関の存否が問題となる。以上の分類をふまえた場合、次のような解決が妥当する。まず、外在的瑕疵のケースでは、違法性連関の存否不明が実体法上の規範的判断を通じて割合的責任を導く。これに対し、内在的瑕疵のケースでは、「事實的」因果関係の存否不明が問題となる。したがってここでは、第I部で取り上げた「被害者側の択一性」論が妥当するかぎりにおいて、割合的解決が正当化される。

次に、第3章では、公害・環境訴訟における割合的解決について検討されている。都市型複合大気汚染に代表される公害・環境訴訟では、加害者が複数いることもさることながら、加害者集団以外に無数の汚染源が考えられることが問題となる。したがって、ここでは加害者集団が個々の被害者に対してどのような範囲で責任を負うかが問題となる。このうち、加害者集団内部の責任関係は、共同不法行為理論（民法719条1項）によって規律される。これに対し、その他の汚染源の存在は、「被害者側の択一性」論において扱われる。以上の前提のもと、裁判例を分析すると、そこには2つの割合的責任があることが明らかとなる。まず、西淀川第1次訴訟判決に代表される割合的責任は、被告らの大気汚染に対する寄与度を基準として損害分配を行う。一方、西淀川第2～4次訴訟判決に代表される割合的責任は、相対危険度を基準として損害分配を行う。この分類は、被害者の既往疾患など、いわゆる「他因子」を別途斟酌すべきかどうかにおいて、一定の意味をもつ（前者では斟酌が許容される）。

次に、第4章では、交通事故における素因減責の問題が検討されている。ここで

は、行為を起点とする因果関係が妥当する。そして、素因により引き起こされた後続侵害の帰責——危険性関連の有無——において、素因の斟酌が問題となる。したがって、交通事故における素因減責は、後続侵害の帰責評価が微妙であることに対応した割合的解決としての実質を有することになる。このような割合的解決は、第Ⅰ部の検討では登場してこなかったが、ここでも証明問題とは異質の評価的思考が問題となっているため、割合的責任のひとつの類型として位置づけることに問題はない。なお、素因減責を行った裁判例のなかには、競合態様の違いから、第一次侵害の事例として捉えるべきケースも存在する。もっとも、加害者に課される義務の射程——「加害者は被害者のあるがままを受け入れなければならない」——をふまえるならば、このような事例において広く割合的解決を行うのは妥当ではない。ここでは、被害者に過失（民法722条2項）——素因発見・統制義務違反——が認められる場合にのみ、減責を認めるべきである。

次に、第5章は、交通事故と医療過誤の競合事例について検討している。まず、交通事故と医療過誤の競合事例においては、運転行為と医療行為のそれぞれを起点とする因果関係が問題となる。したがって、この種の事例につき「共同不法行為」の成立を肯定した最判平成13年3月13日（民集55巻2号328頁）は、むしろ競合的不法行為を扱ったものと解するのが妥当である。また、この種の事例では、交通事故による初発の損害（D1）と医療過誤による拡大損害（D2）とが併存するケースと、D2のみが存在するケースとに分けて考えるのが有用である。すなわち、前者のケースでは、運転者のD2についての責任につき、医師の過失の程度が大きくなるにつれ、危険性関連の程度が低下したことにもとづく減責が行われる。これに対し、後者のケースでは、損害惹起の直接性ゆえ、運転者の責任につき、こうしたかたちでの減責は行われない。また、上記いずれのケースにおいても、医師のD2についての責任に関しては、違法性関連の存否不明に対応した割合的減責が行われてよい。交通事故と医療過誤の競合事例において、裁判所は、一部連帯を含んだ寄与度責任を肯定することが少なくないが、こうした解決は、以上の内実を持つかぎりにおいて支持に値する。

第6章は、被害者の自殺事例について検討する。ここでは、交通事故被害者の自殺事例、いじめ自殺事例、体罰自殺事例に絞った検討が行われる。まず、交通事故被害者の自殺事例および体罰自殺事例においては、行為を起点とする因果関係につき、後続侵害の帰責の可否が問題となる。一方、いじめ自殺事例では、学校側（教師）の義務違反を起点とする因果関係——違法性関連——の存否が問題となる。また、上記3つの事例では、いずれも結果発生頻度を意識した帰責判断が行われ

る。そしてここでは、頻度は低くとも、結果発生に関するデータの信頼性が肯定される以上、帰責を肯定するのが妥当である。次に、裁判例をみるかぎり、被害者の自殺事例における割合的減責は、過失相殺法理——自殺した被害者や保護者の過失——の適用、ないし類推適用によって行われるのが一般的である。しかし、これに関しては、上述の頻度とデータの信頼性による帰責の程度という視点から説明するのが、事態の本質を捉えたものだというべきである。

最後に、終章では、それまでの6つの章で行われた日本法の分析を整理し、以下のようなまとめを行っている。まず、原因競合における割合的責任を考えるにあたっては、義務違反を起点とする因果関係（違法性連関）が妥当するケースと、行為を起点とする因果関係が妥当するケースを区別する必要がある。前者においては、「可能性」の保護をどのように正当化するかが問題となるのに対し、後者では、実体法の枠内で割合的解決を基礎づけることができるかどうか自体が問題となる。そして、後者において割合的解決を実体法上基礎づけるのは、危険性関連の強度に基づく割合的解決と「被害者側の択一性」による割合的責任の正当化である。その結果、本論文が析出した「割合的責任の法理」は、違法性連関の存否不明の場合の割合的責任、「被害者側の択一性」による割合的責任、危険性関連の強度に基づく割合的責任の3つということになる。ただし、本論文は、これ以外の割合的責任の法理の存在可能性については慎重な留保を置いている。それは、6つの類型以外の事例における割合的解決が存在しうること、そして何よりも重要なのは、事実的因果関係存否不明を理由として割合的判断を行う事例において、わが国の不法行為法理論の中に、公平による割合的減責を許容する考え方が存在することをどう見るかという点が残っているからである。しかし、このような留保はあるものの、本論文のように、割合的責任の法理論的位置づけを明らかにすることにより、何をもちて公平と見るかといった議論ではなく、いかなる要件で、どのようなかたちで「減責による調整」を行うのが妥当なのかについて、反論可能性を持った実定法的枠組みのもとでの議論が可能となるのではないか。今後は、これらの枠組みのもとで行われる個々の事案における具体的な衡量により、割合的解決を適正に導くことが期待される。以上が、本論文の結語である。

〔論文審査の結果の要旨〕

本論文が第Ⅱ部で検討しているように、損害の発生や拡大に不法行為以外の原因が競合していると思われる事例において、そのことを理由に責任を否定するのではなく、しかし全損害に対する責任を認めるのではなく、責任を割合的に認容する裁

判例が多数存在する。責任をオールオアナッシングにではなく割合的に判断するという思考は、実務家のバランス感覚としてはある意味で常識的なものである。しかし、なぜ割合的責任となるのか、その割合はいかにして決まるのか、果たして、当該ケースにおいて割合的判断が妥当といえるのか。これらの点について、学説は、各個別ケースについて様々に論じてきた。例えば、本論文の第Ⅱ部第4章が取り上げる被害者の素因競合事例に関しては、被害者の疾病や通常の範囲を超えた身体的特徴について過失相殺規定（民法722条2項）の類推適用により割合的責任を認める判例に対し、加害者は被害者のありのままを受け入れるべきであり、被害者に帰責性のない素因による減額を否定すべきとする学説も有力である。しかし、これら個別ケースを越えて、より一般的に割合的責任を論ずる議論は、なお、十分に展開されているとは言えず（そのような理論的営為として、割合的因果関係論や寄与度減責論があるが、学位申請者は、それらは、損害賠償法の既存の枠組みとは別に、論者固有の「独自の領域」を設定していることから、これらの理論によった場合、割合的責任をめぐる議論は、個別的事案における減責の当否を論じ合うという議論に終始してしまうことになると批判する）、結局のところ、論者の「公平」観に結論が左右されるような状況が存在する。申請者は、このような公平をめぐる「神々の争い」とも言うべき議論、あるいは「実務家の卓抜した判断にゆだねる」という議論を良しとせず、割合的責任論を理論的に秩序づけ、そのことにより、議論を「反論可能性」を有するものすることを目指している。その意味で、本論文は、これらの個別的なケースにおける割合的責任の当否それ自体を論ずるものではなく、割合的責任を論じるとすればそれはどのような理論的枠組みにおいてであるのか、そして、そのような理論的枠組みは損害賠償法の理論においていかに位置づけられるのか（あるいは位置づけられないのか）を検討するものである。本論文の独自の価値の第一は、このような問題設定の斬新さにあり、したがって、その評価は、このような問題設定に基づく分析の結果が、従来の割合的責任をめぐる議論をどのように整序し、どのような新しい地平を切り開き得たのかという視点からなされるべきである。

本論文は、その第Ⅰ部においてドイツ法を検討の俎上にのせている。具体的には、1960年代までの、減責のための一般条項を導入すべきかどうかに関する議論、協働過失に関する議論、そして、一般条項の導入が結局実現しなかった中で、現代において割合的責任を根拠づけるために主張されている理論が検討されている。ドイツ法は、いわゆる完全賠償原則という割合的責任とは相容れないと思われる原則を採用しているが、しかし、医療事故や大規模損害といった現代の事故に対応する

ために割合的責任とそれを根拠づける議論が様々に展開されている。本論文は、それらの詳細かつ緻密な紹介・検討の後に、ハンス・シュトルらの「危険増大論」がわが国における割合的責任論にとって示唆を与えるものとの結論に至っている。「危険増大論」とは、義務違反と結果（法益侵害）との因果関係につき、その存否の判断がしばしば困難になることを理由に、法益の危殆化段階で帰責を肯定するという考え方である。そして、この危殆化の程度に応じて責任を割合的に肯定することができるというわけである。ただし、この考え方は、義務違反と法益侵害の回避可能性の関連（違法性連関）が認められれば、その程度に応じた責任が肯定されるという考え方であるため、医師に義務違反がなければ被害は発生しなかったであろうことが高度の蓋然性をもって証明できない場合のように、義務違反と起点とした因果関係の存否不明の場合にのみ適用可能な理論であり、行為それ自体を起点とする因果関係の存否が不明の場合には機能し得ない。本論文は、このように、「危険増大論」（違法性連関の程度による割合的責任）に着目し、特に、ドイツ法のような「権利侵害」を必須の要件としない日本法においては、その活用可能性は（ドイツ以上に）高いと評価するが、同時に、大規模損害のように被害者と加害者の双方において複数の当事者が存在し、加害行為以外にも損害発生の原因が考えられる場合には、「危険増大論」では対処することはできず、その場合は、「被害者側の択一性」という視点が有用であることをも指摘している。「被害者側の択一性」とは、加害行為による被害者とそれ以外の原因による被害者がいる場合において、「危険の平等性」を共有するすべての被害者に対し、可能性に応じた賠償請求権を割り当てるというものである。この問題に関する包括的かつ緻密なドイツ法研究であり、わが国の学界に寄与するところ大であるが、加えて、そこから、日本における割合的責任論を学位申請者の前述のような問題意識と検討視角から検討する上で有益と思われる視座の獲得にも成功した、すぐれた研究である。

本論文の第Ⅱ部は、日本の裁判例の分析を行うものであるが、その意図は、個別的事案について割合的責任の当否を検討することにあるのではなく、あくまで、申請者の前述した課題・検討視座に基づいて、各事例における割合的判断を根拠づける理論的枠組みは何か、そして、そのような理論的枠組みは割合的責任を根拠づけるのに成功しているのかどうかを検討されている。その結果、日本の6つの事例群において割合的責任を根拠づける理論的枠組みとしては、① 義務違反を起点とする因果関係（違法性連関）が問題となっているケースにおける、結果回避可能性の程度を考慮した割合的責任判断、② 行為を起点とする因果関係が妥当するケースにおける、危険性連関の強度に基づく割合的解決、③ 同じく、行為を起点とする

因果関係が妥当するケースにおける、「被害者側の択一性」による割合的責任の正当化の3つが示されている。ただし、本論文は、これ以外に割合的責任を根拠づける理論的枠組みが存在し得ない（したがって、これ以外の場合に割合的責任を論ずべきではない）と主張しているわけではない。それはまず第一に、これら6つの事例群が必ずしも割合的責任論ずることが求められている全ての事例を網羅しているものではなく、したがって、他の事例で他の理論的枠組みが妥当する可能性が否定しきれないからである。第二に重要な点は、本論文が、行為を起点とする因果関係が妥当するケースの中で、「事實的」因果関係の存否不明の場合に、正面から公平による割合的減責を行う実務やそれを支持する学説があることを指摘し、そのような場合に、（証明責任の原則との棲み分けをどう行うかといった問題を含めて）割合的判断をどう考えるべきかについて、なお、評価を留保していることである。

このような限界や留保はあるものの、裁判例の緻密な分析の中から、また、第I部におけるドイツ法研究の成果も生かしつつ、原因競合のために因果関係が問題となる場合を、義務違反を起点とする因果関係（違法性連関）が問題となっているケースと、行為を起点とする因果関係が妥当するケースに分け、それぞれにおける割合的判断を根拠づける（正当化しうる）理論的枠組みを示した研究であり、最初に設定した、割合的責任を論じるとすればそれはどのような理論的枠組みにおいてであるのか、そして、そのような理論的枠組みは損害賠償法の理論においていかに位置づけられるのかという課題に正面から取り組み、従来、個別具体的に、しかも、被害者救済や損害の公平分担といった抽象的な理念に基づいて行われてきた割合的責任をめぐる議論を整序し、今後の議論の方向性を示す研究として高く評価できるものである。

もちろん、残された課題もある。その第一は、割合的判断を根拠づける理論的枠組みは、本論文が析出した3つのものに限るのかどうかである。特に、「事實的」因果関係の存否不明の場合に正面から公平による割合的減責を行う実務やそれを指示する学説をどう考えるのか。また、責任要件の希薄化と関連づけて正面から公平に基づく割合的判断を行うべしとする寄与度減責説について、本論文は、その評価を留保しているが、このような割合的責任論はどのように理論的に正当化できるのか。もしこれを許容するとすれば、本論文が追及した既存の賠償法の理論的枠組みとの関連で割合的判断を行う場合と、それと独自の分野で正面から公平判断を行う割合的責任論とはどのように総合的に理解できるのか。さらに、第二に、この論文が示した整序を踏まえて、個別の領域でいかなる場合に割合的責任が妥当すると考えるのか、また、そこではどのような要素をどのように考慮して割合的判断を行う

のかが問題となる。本論文は、このような点には踏み込んでいない。むしろ、そのような議論に終始してきたこれまでの議論を整理し、公平をめぐる価値判断論争（「神々の争い」）を抜け出すことが必要であるという点が申請者の課題設定であり、そのような視角からドイツと日本の議論を分析し、割合的判断を根拠づける理論的枠組みの少なくとも一端を示したことに、本論文の意義があるのだが、法理論の一つの、しかし、重要な役割が、個別の紛争の解決に適切妥当なルールを提示することにあるとすれば、割合的責任論を研究する申請者としては、本論文でえられた視座をふまえて、（本論文が最後に述べているように）「個々の事案においてどのような解決を導く」べきか、すなわち、本論文が析出した「枠組みのもとで行われる具体的な衡量によって明らかに」するという課題に取り組むべきではなかろうか。そして、そのような取り組みの中で、本論文の示した理論的枠組みの有効性があらためて問われることになるのではないか。

本審査委員会は、以上のような本論文の意義と残された課題を確認した上で、本論文が博士学位を授与するに相応しい優れた研究であることを、全員一致で確認した。

〔試験または学力確認の結果の要旨〕

本学位申請論文の公聴会は、2014年7月11日（金）午後4時から6時まで、立命館大学至徳館3階会議室において、本学及び他大学研究者多数の参加のもとで開催された。公聴会では、申請者から論文の概要に関する報告が行われ、その後、活発な質疑が行われた。そこで出された主要な質問・意見は以下の通りである。

本論文の第Ⅰ部におけるドイツ法の研究と第Ⅱ部における日本の裁判例の分析の関係、すなわち、前者における知見は後者における分析の中でどのように生かされているのか。割合的判断を根拠づける理論的枠組みとして3つのものを析出しているが、割合的判断が可能な場合はこの3つに限るのか。6つの事例群を分析の対象としているが、なぜこの6つなのか、これ以外にはないのか。本論文は、「動的システム論」を取り上げ、割合的判断を根拠づける理論的枠組みとしてそれをとり得ないとしているが、「動的システム論」それ自体について申請者はどのような評価を有しているのか。本研究の大きな特徴である、「義務違反を起点とする因果関係」と「行為それ自体を起点とする因果関係」の区別について、その意義や妥当性はどこにあるのか。6つの事例群で取り上げられた事案について割合的判断を行うことの当否についてどのように考えるべきか。これらの質問や批判に対し申請者からは、本論文で示された知見に基づきの確かな応答がなされ、また、指摘を受け止めて

学位論文審査要旨（石橋）

今後の課題を明確にするなどのやりとりが行われた。その結果、本論文の意義があらためて確認されるとともに、申請者の優れた研究能力が示された。

本学位申請は、本学学位規程第18条第2項に基づいて行われたものだが、学位申請者は本学法学部教授として、学部及び大学院にて民法等を講義している。また、本論文に加え申請者の他の業績や学会での評価、さらには上記の公聴会における質疑に対する適確な応答により、十分な専門知識を有すること、本論文第I部のドイツ法研究における外国語文献の読解において十分な外国語能力を有することが確認された。したがって、本学学位規程第25条第1項により、これに関わる試験を免除した。

以上のしだいで、審査委員会は全員一致で、本学学位規定第18条第2項に基づいて、本学位申請者に対し、「博士（法学 立命館大学）」の学位を授与することが適当と判断した。

徐 文 海

訴訟と調停の連携

——日中比較を通じて——

審査委員 主査 二 宮 周 平

副査 佐 上 善 和

副査 渡 辺 千 原

〔論文内容の要旨〕

1 本論文の概要

徐氏の問題意識は下記のとおりである。現代中国では、民衆の法意識の向上、経済の発展や家族問題の多様化に伴い、売買、賃貸借、家族のような伝統的な案件以外に、建築、医療、IT、環境など専門案件も多発するようになったが、裁判官階層の育成と構築が追いついておらず、社会の安定化のためには、手続が多様・柔軟であり、紛争当事者がより手軽に利用でき、簡易、迅速かつ低廉な紛争処理が可能となる調停の果たす役割が大きい。また、当事者本人が積極的に関与することができ、実体法に囚われずに事案に適切な解決が可能となることから、調停は広範に利用されてきた。

しかし、中国では、調停に関しては実務的な研究が多く、憲法の保護する裁判を受ける権利および民事訴訟基本原則としての公開主義、弁論主義、信義則や当事者保護の角度から、訴訟と比較し分析する研究が乏しい。これに対して、日本では、調停と訴訟に関して理論的研究と豊富な経験の蓄積がある一方、一定の紛争に関する調停前置主義、付調停、調停に代わる決定など調停と訴訟の連携に関して検討を要する課題もある。これらの検討は中国における調停の理論的解明に有益である。

ところで、日本と中国には、訴訟嫌いが顕著であり、調停を好むという法意識があるといわれているが、その背景として、その社会、時代の司法制度を人々がどのように受け止めていたか、政治的な権力が人々をどのように統治しようとしてきたかについて、法社会学的な考察が必要である。また、調停制度について、当事者の

合意による解決支援が注目されるようになっている。支援については、事実の調査、当事者への働きかけ、履行勧告、他の行政機関との連携などを担当する家裁調査官制度を設置する日本の家事調停制度の動向を把握する必要がある。

こうした問題意識に基づいて、日中両国における民事・家事調停制度を比較し、当事者の手続保障の視点から出発し、案件の種類と難易度を基準とし、どの案件は訴訟で、どの案件は調停で解決できるかを分類すること、各種の調停における調停委員（員）の専門性や役割、調停の対象と範囲の明確化、調停の結果の法的性質、訴訟との連携などを検討することなど日中両国における調停制度の比較検討から、中国の「訴調結合（訴訟と調停の連携）」について改革の方向性を提示する。

2 本論文の構成

具体的には、本論文は、4つの部分により構成される。

第1編 中国における訴訟と調停の連携

- 一 中国における調停制度の沿革
- 二 中国における民事調停立法の現状

第2編 日本における訴訟と調停の連携

- 一 日本における調停制度の沿革
- 二 日本における民事調停制度の機能と訴訟との連携

第3編 日本の家事調停の独自性と課題——合意解決を目指して——

- 一 家事調停制度の沿革
- 二 家事調停制度の特徴
- 三 家事調停の実情と課題

第4編 民事紛争解決手続と調停——中国法への提言——

- 一 訴訟と調停の連携に関する検討
- 二 中国法への提言

なお本論文は、「訴訟と調停の連携～日中比較を通じて(1)(2・完)」立命館法学350号（2013）285～370頁、同353号（2014）147～227頁、「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）56～104頁、「民事紛争解決手続と調停～中国法への提言」立命館法学355号（2014）262～293頁として公刊されている。

3 本論文の内容

(1) 第1編 中国における訴訟と調停の連携

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

一 中国における調停制度の沿革

社会主義法制以前の調停制度として、主として清代を対象とし、伝統的な中国における調停制度は、5つの事情に基づいて形成された。①経済的基礎（封建社会における自給自足の小農経済）、②文化的基礎（儒家の和合文化、「無訟」の尊重）、③政治的基礎（官僚階級の教育的役割、低い訴訟率は良好な政治業績の証明）、④社会的基礎（宗法、儒家思想、礼法に精通した郷村の権威ある人物による解決志向）、⑤現実的基礎（司法制度への不信）である。調停制度の中に含まれている「調和統一」の考え方は、民衆に対する道徳的教育や価値観を樹立する効果も持っていた。これによって社会にある対立を緩和しながら、社会秩序を安定させることができる。一方、人々の法律意識と権利意識が育つことに対してはマイナスであり、客観的に見れば、手続法の発展も阻害した。

1930年代、中国共産党政権の確立期に「馬錫五審判方式」という紛争解決方式が浸透した。馬錫五は、辺区における裁判方式を現地尋問、巡回審判、公開審判、人民陪審および調停の5つに整理したが、その特徴は、①司法幹部が紛争について全面的かつ客観的に深く調査しなければならない、②裁判と調停を結びつけて実行しなければならない、③案件の判断は司法幹部と民衆が共同で行わなければならない、④訴訟手続は簡易かつ便利でなければならない、ということである。司法実務者の不足、法律知識の欠乏、革命および政権の確立という社会的背景の下、ある程度、必然的だったが、裁判と調停を結びつけたうえで、司法活動を専門的な裁判官に限定せず、一般的な民衆も積極的に司法活動に関与させる試みは画期的であり、国家制定法と民間慣習法が衝突したときに、民衆の理解度に配慮して、国家制定法の厳格な適用ではなく、一種の緩和を行い、かつ国家法制原則に違反しない紛争解決方式として、調停が推奨され、調停を通じて、法律が有効な手段として郷土社会に浸透し、次第に現代法の規範と要求に合致させてきた。

中華人民共和国建国後は、①「提訴された民事事件あるいは起訴された軽微な刑事事件について、裁判所は具体的な状況に基づいて調停を先行する」（中華人民共和国「人民法院訴訟手續試行通則（草案）30条」という「調停を主にする」段階（1949年～1982年）、②「人民法院は民事事件の審理にあたっては、調停を重視するべきである。調停が無効である場合、すみやかに判決を下すべきである」（中華人民共和国民事訴訟法（試行）6条）という「調停を重視する」段階（1982年～1991年）、③人民法院は民事事件の審理にあたっては、自由意思と合法の原則に基づき調停を行わなければならない」（改正民事訴訟法9条）として、調停手続の主導権について当事者の役割が強化され、裁判を重視し調停を軽視する段階（1991年～2002年）を経て、④「調停が優先し、調停と裁判が結び付く」段階（2002年～現在）に至る。③の裁判を重視する司法改革は、結果からいえば民事紛争の解決に役に立たず、かえって社会内部の対立を助長する傾向が見られた。こうした結果を受けて、2003年、最高裁は「訴訟における調停を強化し、結審率をあげる」ことを、「人民のための司法」の重要な一環として行わなければならないとし、「調停を重視する」原則を提出した。

二 中国における民事調停立法の現状

2011年人民調停法の施行と人民調停制度、2012年新民事訴訟法の改正と調停の新動向を取り上げる。

人民調停とは、人民調停委員会が説得や調整などの方法を通じて、当事者の平等な協議から自発的な調停合意を促し、民間の紛争を解決する活動を指す。人民調停委員会は、①村民・居民委員会、②企業・事業単位、③その他社会組織によって設立され、①の人民調停委員会委員は、村民会議または村民代表会議・居民会議によって推薦され選出され、②は、労働者大会、労働者代表大会または労働組合によって推薦され選出される。人民調停員は人民調停委員および人民調停委員会が任命する者が担当し、司法行政部門が行う職務研修を受ける。民間紛争が対象だが、環境問題、土地の強制立ち退き、不動産管理と食品安全のような新型的社会的に解決が難しく注目度の高い紛争、軽微な刑事事件、刑事自訴（親告）事件と刑事事件に付随する民事（附帯私訴）事件まで広がっている。

人民調停が不調に終わった場合、当事者に法により仲裁、行政、司法などのルートで自己の権利を守ることができることを告知する。調停合意に達した場合は、調停合意書を作成する。人民調停にかかる費用は無料である。県レベル以上の地方人民政府の司法行政部門は、人民調停活動に要する経費について、必要な支持・保障を与え、顕著な貢献があった人民調停委員会および人民調停員を表彰し奨励する

が、具体的な調停活動において行政部門の関与はない。人民調停員は独立しており、他人あるいは組織の影響を受けずに調停活動を行っている。

人民調停活動は、①自由意思・平等原則（人民調停は、当事者の自由意思、平等という基礎の上で調停を進める）、②不違法原則（人民調停は、法律、法規および国家の政策に違反しない）、③当事者の訴権の尊重原則（当事者の権利を尊重し、当事者が法により仲裁・行政・司法などのルートで自己の権利を守り、実現しようとすることを阻止してはならない）の3つの原則を遵守しなければならない。②は、法律を適用しなくても、社会道徳、住民の公約（地域住民が作ったその地域のルール）、公序良俗、業界の慣行などに従って人民調停ができ、人民調停合意書も当然に無効にはならないことを意味する。徐氏は、これらの原則を支持し、紛争の具体的な性質と調停合意書の内容の合理性などを総合的に考慮しながら判断を下し、調停合意書の有効性を保障することを強調する。

各地の人民調停組織は調停の手續化や規範化を追求し、訴訟手續のような「法廷式的な調停」まで実行することがある現状に対して、徐氏は、人民調停の優位性はその非公式性、便利さ、柔軟性、高度の適応性、具体的な状況によって適切な処置を行うことにあり、情、理、法という三者の統一と問題に対する総合処置なのだから、過度の規範化は人民調停の柔軟性を損ない、その便利さと親和性に影響を与えかねないと指摘する。

人民調停法施行前は、調停は原則的に公開の形で行われており、企業秘密と関わったり、当事者が明確に反対した場合に限って非公開だったが、人民調停法により、当事者は調停を公開または非公開することを要求する権利を有することとなった。徐氏は、訴訟において公開原則を強調する重要な理由の1つは、判決の執行力にあるため、裁判官を規制し、裁判官の中立性を守る必要があるが、人民調停合意書には執行力がないので、公開する必要はないとする。また徐氏は、人民調停員の中立性について、①事実を解明する段階と②紛争を解決する段階に分けて論じ、事実を解明する段階においては、両当事者の陳述と証拠提出を保障し、陳述の時間もできる限り平等にするなど当事者に対等の手續上の権利を付与しなければならないが、事実を解明し、紛争を解決する段階に入った後は、必要な説得などのため、形式的な中立性はそれほど必要とはいえないとする。

徐氏は、近年、紛争の種類および複雑さの増加によって、業界性、専門性をもつ人民調停組織が次々と設立され、さらには、上海市長寧区のように、人民調停事務所と契約を結び、紛争の調停処理を委ねるなど、都市部では人民調停員の専門化が進む傾向があることを資料を使って指摘する。

徐氏は、2012年新民事訴訟法の改正によって、導入あるいは整備された制度として、3つ指摘する。①先行調停制度。「当事者が裁判所に訴訟を提起した民事紛争につき、調停に適するときは、先に調停する。ただし、当事者が断る場合を除く」（民訴122条）という制度である。すでに、各地の裁判所はすでに相応な訴訟前調停を行っていたことを2つの地域の具体例（人民調停窓口、訴前調停）から明らかにし、先行調停制度をこれらの実践の整備として位置づける。

②委託調停制度。裁判所に提訴された民事案件に対して、裁判所が当事者の同意を得た後、人民調停組織、末端の民衆自治組織、労働組合、婦女連合会などの関連組織または、人民代表大会の代表、政治協商会議の委員、弁護士などの個人に調停させることを委託する制度である。委託調停は、立案前、立案後で審理前、審理中に行うことができる。徐氏は、委託主体が裁判官であることから、委託する調停組織、調停人に対して指導・監督の職責を負わなければならないとし、また委託調停に同意したことは、訴訟ではなく調停による解決を当事者が望んだことを意味するから、不調の場合、提訴するかどうかは当事者が選択することが原則であり、当事者が訴えを提起した際に、裁判所は、委託調停に適するかどうかについて、案件自体の性質だけではなく、時効のような手続上の考慮を含めて総合的に判断すべきであるとする。

③訴訟外調停合意書の司法確認制度。行政機関、人民調停組織、商事調停組織、業界調停組織またはそのほか調停機能を有する組織が当事者間の民事紛争を調停し、合意が達成した後、当事者の申立を通じて、裁判所が審査をし、調停合意書を真実かつ適法で有効であると認定して、法律文書を作成し、調停合意書に執行力を付与する制度である。調停合意書の確認を申し立てる場合、両当事者が共同の名義で申し立てることのみに限らず、一方当事者が申請して、他方が同意を表す場合も含む。徐氏は、司法確認の両当事者に民事権益の争いがなく、ただ裁判所に彼らのすでに達成した民事法律関係を確認することを請求し、執行力を与える制度であり、裁判所の受理する調停合意書が、自由意思に基づき、内容が適法であり、執行可能なものであれば足り、その審査は、形式審査で十分であるとする。なお司法確認は無料であるため、同じく執行名義となる公証制度の利用を阻害するおそれを指摘する。

徐氏は以上の考察を踏まえ、人民調停法の施行によって、裁判外紛争解決手続の役割はさらに強化され、同時に、民事訴訟法の改正によって、特に、先行調停、委託調停および調停合意書の司法確認制度の確立を通じて、訴訟と非訴の連携および司法調停は一層改善されてきており、調停は訴訟制度の代替ではなく、自身の利便

性や迅速などの特徴を備えているとし、調停と訴訟を一層有効に連携させ、双方の適用範囲および限界を明確にすることが課題であるとする。

(2) 第2編 日本における訴訟と調停の連携

第2編では、日本における民事調停の発展と変容、各時期における立法の背景と意義を分析し、特に、付調停制度の役割を明らかにする。

一 日本における調停制度の沿革

徐氏は、①借地借家調停法(1922年)、②小作調停法(1924年)、③商事調停法(1926年)、④金銭債務臨時調停法(1932年)、⑤人事調停法(1939年)、⑥鉱業法の一部改正(鉱害調停規定、1940年)、⑦戦時民事特別法の民事特別調停規定(1942年)を取り上げる。

①は、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、淳風美俗を回復させ、推奨させるため、訴訟外の調停手続によって借地借家紛争を解決するねらいがあり、②は、小作争議の頻発、社会情勢の険悪化に対処するという政治的な意図もあることを認識した上で、当事者の社会的地位や訴訟能力、そして司法への負担を含めて総合的に考えると、合理的な選択ともいえるとする。③については、調停の専門性、当事者間の持続的な商事関係の維持、商業秘密の保護、商行為の安定性を重視して、肯定的に評価する。④～⑦は戦時に限る「臨時的」な法律として出発したが、④は中産階級以下の救済更生に相当な成果を達成し、恒常化されたこと、⑤は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への対応だったが、臨時的なものではないとされ、女性の地位が高くなかった当時に、女性からの申立が男性からのそれよりもかなり多く、女性が調停委員に選任されるなど、人事調停法による女性の権利の保護と伸張という功績は否定することができないこと、⑥は戦争のため、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こと、⑦は戦時体制の下、訴訟活動は時間や金銭がかかるので、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り、戦時という臨時のものではあったが、特定の、限定的、臨時的な性質を有する各調停制度を統合しており、戦後の民事調停法への布石となったことなど、調停制度の低廉、簡易、迅速という機能的側面から肯定的評価を下している。ただし、⑦について、調停に代わる裁判の対象を拡大し、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ることについて、厳しく批判している。

二 日本における民事調停制度の機能と訴訟との連携

徐氏は、社会は流動的で発展的な存在であり、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するが、実体法は固定的な存在であり、制定には、長い立法段階を経なければならぬため、個別の事案の解決として「具体的妥当性」に対応できないことがあり、戦後の混乱期の日本もこうした状況にあったこと、訴訟は、厳格な手続のため紛争の解決が遅延し、手続の複雑さ、多額の裁判費用、弁護士費用のため、一般大衆は裁判所の利用を回避する傾向があり、紛争解決の迅速・簡易・低廉という点で調停の需要が高かったこと、1946年、戦時民事特別法のうち、調整制度に関する部分は当分の間、効力を有するとされ、維持されていたこと、民事調停法制定直前の2年間の訴訟と調停の利用の数字、戦前の個別調停法と戦時民事特別法の経験を踏まえることができたことなどを指摘して、民事調停法の制定が必然的であったことを論証する。

1951年に施行された民事調停法の特徴として、①金銭債務臨時調停法などで規定された調停に代わる裁判制度が、調停に代わる決定に変更され、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こと、②調停が不成立となった場合に、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こと、③戦時民事特別法に規定された制限がない付調停制度が、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とをあげる。そして理念として、当時直面している重大な社会問題を解決する補充的な紛争解決手続から、憲法と調和して訴訟と共存する国家的紛争解決制度に変わっていると指摘する。

その後の重要な改正として、①調停委員の専門家化（1974年）、②地代借賃増減についての紛争を調停でより迅速かつ適正に解決するため、調停前置主義および調停条項による裁定の制度の導入（1991年）、③民事調停官制度の創設（2003年）、④非訟事件手続法の整備（2011年）を紹介、分析し、おおむね肯定的評価を下しているが、④における手続の形式化および裁判官（調停官）の職権強化の方向性は民事調停にも影響し、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とし、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、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を探究することが課題だとする。

徐氏は、訴訟と調停の連携の1つとして付調停制度に着目する。一方当事者が原

告として裁判所に訴えを提起し、裁判所が受理したあとのいつの段階でも、受訴裁判所が事件の性質などの要素を総合的に判断し、調停に付する決定をすることができる仕組みである。

1952年、東京地裁は、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。社会の発展に基づいて、紛争の類型も多様化し、裁判所に提訴された紛争の数は増加の一方だが、調停申立件数にはあまり変化がないこと、専門家の補助が必要となる事案が増加していることなどから、付調停には実務的なメリットがあるが、徐氏は、付調停制度の合理的な利用について検討を加える。

1970年代前後、調停委員の専門化がなされる前の学説の付調停の基準に関する対立を整理し、各説を批判し、近時の実務上の変化から付調停基準を再構成する学説を整理した上で、徐氏は、①継続型の紛争、②専門性がある紛争、③訴訟経済の3点が付調停の基準として参考になるとする。理由として、①は、土地家屋の賃貸借、相隣関係、遺産分割、長期間にわたる商取引などに関する紛争であり、継続的な関係を維持するため、紛争をできる限り当事者間で自主的に、合意によって解決するほうが適切であること、②は、賃料改定の確定には不動産鑑定士の関与が、建築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など、裁判官が専門分野につき一定水準の知識を持ち習得するまで、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から、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こと、③は、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く、当事者にとっては、時間と金銭の多大な負担があり、裁判所も時間の負担はあるところ、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り、上記の負担を軽減することができることをあげる。なお実務上は、当事者の意見を聞き、特に激しい反対がない場合にのみ調停に付することが通例であることも指摘している。

続いて付調停にした場合における調停主任裁判官の立会いと人選の問題も取り上げ、調停の司法的性質からは、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だが、①事実を解明する段階は調停委員に委ね、②紛争を解決する段階に限定すること、訴訟裁判官と調停裁判官が別人である場合（東京、大阪など調停部ある裁判所）を除いては、付調停を同じ裁判官が担当するため、調停不調になって訴訟に戻るとき、調停で関与した調停主任たる裁判官が一定程度心証を形成することを否定できないことなどの問題があり、これ

を解決する1つの方法として、民事調停官制度の活用を主張する。

徐氏は、最近の付調停実務の趨勢として2つをあげる。1つは、過払金返還請求事件であり、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。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が高く、原告の請求額の近くの額で成立しているのが通常であることによる。1つは、建築関係事件であり、争点整理のために付調停が利用されている。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り、必要となる専門知識は、建築の各分野にわたる幅広いものが要求され、施主、設計者、管理者、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ことから、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からである。また一方当事者が自ら重要であると認める争点が要件事実と関係せず、あるいは関係が薄いからである。

付調停の時期については、紛争類型の発展によって、従来の答弁書が提出された段階から受訴された段階に拡大してきており、同じ争点整理の段階での付調停でも、目的が変化しており、裁判所の裁量の要素がある程度強化されていると指摘する。

(3) 第3編 日本の家事調停の独自性と課題——合意解決を目指して——

第3編では、家庭裁判所という独立した制度の下で行われている日本独自の家事調停について、調停前置主義、別席調停と同席調停、家裁調査官を中心に分析する。特に、未成年の子の利益を守る視点に立ち、当事者の合意解決を促進する新しい動向を指摘し、家事調停の課題を論じる。

一 家事調停制度の沿革

戦前の家事調停制度の沿革として、内閣に設置された臨時法制審議会の調査検討、戦時立法である人事調停法を整理し、戦後改革の一環として、民法親族相続編の改正に伴い、1948年に家事審判法が制定され、家事調停や家事審判を処理する、地方裁判所の支部として家事審判所が設けられたが、1949年、GHQの強い主張から、家事審判所を、法務省の所管であった少年審判所と併合し、地方裁判所から独立した裁判所として、家庭裁判所が設置された。その後、家事調査官制度（1951年）、家事調停委員の専門性強化（1974年）、家事調停官制度（2003年）、人事訴訟の家裁への移管（2004年施行）、家事事件手続法の制定（2013年施行）を経て、家

事審判だけではなく、家事調停においても、柔軟性が維持されつつ、当事者の手続保障がいっそう強化された。徐氏は、家事調停の合意による解決としての側面と、裁判所内の手続として裁判所から規律される側面のバランスがさらに調整すべき課題であると指摘する。

二 家事調停制度の特徴

第1に、訴訟ではなく、調停・審判を扱う家庭裁判所を確立したことである。

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

しかし、②の非合理性に対しては、ドグマにすぎない、非合理性がかつての家制度的な家族観やいわゆる古来の淳風美俗を復活させることになるおそれはないかとの批判があり、②の家庭裁判所調査官や医務室技官の専門的知識と技術など以外のものは、調停制度そのものの存在理由になっても、調停前置主義の根拠として薄弱であり、協議離婚が承認される日本においては、裁判所に離婚訴訟を提起したとき、夫婦の間はすでにごじれ、むしろ法律的解決を望むという事案が少なくなく、「調整への努力」を無意味なものにしがちであり、司法機関におけるケースワークには限界があるばかりか、現実的な問題としてすべての事件にケースワークできるほどの多くのケースワーカーを持つことも不可能であろうなどの点も指摘された。徐氏もこれを支持する。当事者の希望、意思と無関係に、人間関係調整を含む調停という関門を必ず通らなければならないと強制する制度は、人間関係調整についての原則からみても納得できるものではないからである。家庭に関する紛争は、民事紛争の一部であり、民事調停と同様に、当事者に訴訟か調停かの選択権を与え、また受訴裁判所の職権による付調停の途を設けることで十分ではないか、当事者の訴訟か調停かの選択権を剥奪されることについては、裁判を受ける権利の観点からも疑義があるとする。

第3に、別席調停・斡旋型調停が常態化していることである。その理由について、徐氏は50年代60年代に実務上の有力説である調停裁判説の影響であるとする。

調停委員は、紛争事実と当事者の主張を整理した後、適切な解決案を心の中で形成して、当事者の納得を得るように説得する。当時の調停委員は、従来の家族観念を持ち、当事者の権利をあまり重視せず、権威による強要的な調停理念に深く影響された者も多かったがゆえに、両当事者の反抗を避け、速やかに紛争を「解決」するため、本来当事者の権利を重視する意味がある裁判的な調停を誤解して、別席で行われたとする。また当時の男女格差から、特に社会的に弱い立場にある女性の利益を守るため、調停委員が主動的にあっせんする必要性も生じたとする。

なお今日でも別席調停メリットが指摘されているが、徐氏は、人訴事件、別表第2の事件では全件調停が行われるため、調停の目的も、何をするかもわからず、話し合う姿勢のない人も調停をすることも原因の1つとする。他方、別席調停のデメリットが指摘されているにもかかわらずこれが維持される理由は、家裁実務の変えたくない慣性にあるのではないかと指摘する。

徐氏は、同席調停のメリットにも言及し、調停の核心は両当事者の話し合い、相談、互譲などなのだから、両当事者共に相談の意欲、合意によって紛争を解決する心理的な準備があつて、初めて調停が進むのであり、調停にとっては、両当事者の主動的な参与が必要であること、調停は広義の裁判に属し、家事調停は無制限で純粹な当事者の合意解決手続ではなく、一種の調停規範に照らして行われる紛争解決手続であり、家事事件手続法は、記録の閲覧、陳述聴取・審問への立会いおよび証拠調べの申立権など当事者の手続保障をより重視していることから、同席調停を支持するが、双方の同席における対抗がさらに激しくなり、譲歩がさらに困難になるような場合に対応するため、別席調停も必要であり、ある段階での別席調停は、同席調停の必要とする、相談できて譲歩できる心理状態を醸成するという同席調停の準備的な役割を有することがあり、別席調停におけるあっせん型調停という強要的な要素を除き、当事者の状況や境遇および調停手続の各場面などに応じて、有効と考えられる調停技法として、別席・同席を相互に活用すべきであり、連携すべきとする。

第4に、家裁調査官制度の設置である。徐氏は家裁調査官制度の沿革をたどり、その役割が変化してきたことを指摘する。1950年代には、伝統的な家族観を持った調停委員が少なくなかったがゆえに、過去から現在に至る一連の経過として事案の実情を把握したうえ、事案の背後にあつて顕在化していない紛争や葛藤の真因を探る調査官の調査が期待されたこと、手続選別の補助的機能として、実質的に事件選別の参加者になってきたこと、司法的機能を実現する前提である調査機能と人間関係調整機能のほか、義務の履行状況の調査と履行勧告という職務権限が付加された

こと、親権者の指定・変更、子の監護に関する事項などの子の福祉を考慮する必要がある紛争の増加に伴い、家裁調査官のケースワーク・カウンセリングの調整機能が重視され、子の意思を尊重し、子の利益を保護するために調査官が関与し、子の意思を父母に伝えて、父母の対立を縮小し、子の視点に立って合意による解決を促すことなどである。

しかし、徐氏は、家裁調査官の調整機能が強調されて、具体的な技法が発展していることを認識しつつも、調査官の調整は、事実の調査という（調停委員会が行う）「調停の準備段階」で行われるものであり、当事者の状況、子の意思を把握して、単に調停委員会に提出するだけではなく、当事者双方にも伝えて、互いに相手方の考え方を知らせ、調停に反動的な心理状況を落ち着ける機能にとどまること、義務の履行状況の調査と履行勧告、社会福祉施設との連絡などの調停・審判後の調整は、法的判断の要素がないので、調停委員の職務と混同される恐れがないだけではなく、実質的に当事者の紛争を解決することができるというケースワーカーの機能があるため、より活用されることが予想されるとする。

三 家事調停の実情と課題

徐氏は、司法統計から、氏の変更、成年後見関係、相続放棄、精神保健および精神障害者福祉に関する法律など、旧甲類審判事件の増加と、調停前置となる旧乙類審判事件の緩やかな増加及び調停による解決率の緩やかな上昇、子の監護に関する処分件数の急激な増加を指摘し、養育費も面会交流も子の利益と深く関連し、継続的な履行であり、履行内容が強制執行に適しないので、履行確保のためには、任意履行が望ましいことから、合意解決の促進という調停理念がいつそう発展していることを示しているとする。

合意解決の促進は、従来も指摘されていたが、それは、主として父からの経済的支援の確保および円満な夫婦関係が子どもの健全な人格形成に大きな役割を果たすことに着目した離婚防止のためだったが、女性の経済力の向上およびいつそうの核家族化によって、子の監護や面会交流などの子をめぐる問題がより重要になり、できるだけ、子どもを夫婦間の葛藤や対立に巻き込まず、当事者の離婚の自由を前提として、子どもに健全な生育環境を提供すべきとの視点から、子どもの福祉への配慮がいつそう強化されるようになったとする。

特に家事事件手続法は、子の福祉をより保障するため、子の主体性・意思への配慮、および、その環境整備のための手段双方から充実化を図っており、前者については、家事審判をする場合において15歳以上の子の陳述を聴取しなければならない範囲が拡大されるとともに、未成年者である子の意思を把握するため、家裁調査官

の調査が重視され、後者については、意思能力がある子の手続行為能力、利害関係参加、裁判長による手続代理人の選任などの規定が設けられたことから、現段階では、子の福祉である面会交流を実現するため、子の意思を把握して、父母に働きかけ、任意履行を実現するために、当事者の合意による解決を促進する技法の充実が当面の急務であるとする。例えば、調停委員が調停を行うとき、調停方法を調整し、同席調停を活用し、当事者の意見を傾聴し、よく理解し、詳細かつ周到な面会交流の実施要領を両当事者と検討することに対して、調査官の調査機能と調整機能の活用も重要であり、今後、調査官の調整機能と調査機能のバランス、調査官と調停委員の連携のあり方が課題になると指摘する。

最後に家事調停制度の課題として、①全件調停前置主義の見直しをあげ、どのような家事事件が調停前置に適するか、どのような家事事件が適しないかを再検討すべきであるとし、調停に適さないものとして、家庭内の暴力（DV）、虐待などの要素がある離婚紛争、離婚にともなう財産分与や慰謝料などをあげ、家庭裁判所が積極的に強制執行をし、被害者の利益保護に努力すべきとする。これに対して、子の監護、親権者の指定、面会交流など子の福祉と深く関係する案件では、父母の合意解決を通じて、子の利益を保護し任意履行を確保するために調停前置主義が維持されてよいとする。家庭内の暴力と子ども、2つの要素ともにある事件には、訴訟を基本として、異なる争いを別々に訴訟や調停で処理することもできる。すなわち、訴訟裁判官が、訴訟で離婚するかどうかおよび、財産分与、慰謝料などの問題を処理し、子どもに関する問題の合意解決を促すため、調停に付する。この場合には、付調停制度が本質的に利用されるだけでなく、中間判決の活用も期待されるとし、裁判官は手続裁量権を有すべきであるとする。

②裁判官、調停委員、調査官の責任分担と連携をあげ、特に、調停手続の進行に対するコントロールおよび双方当事者の合意についての法的な規制は調停裁判官が担うべきであり、特に合意形成の途中で助言などの形で段階的な規制をすべきであること、調停の人間関係調整機能についても、一定程度の心理治療の意味があるカウンセリングは、専門的なカウンセラーから行うべきであり、調停過程における調査官の調整、専門福祉機関との連絡、専門的な心理機関との連携などの活動を決めるのは裁判官であることなどを指摘する。調停委員会が早期かつ定期的に評議するという連携をより有効に行う前提は、裁判官が家事調停の主導者であるという考え方の復活にあるとする。

家事調停の理念は、従来の別席・あっせん型調停を基本とする調停委員による紛争解決という司法的機能の重視から、次第に人間関係調整機能に傾斜し、合意によ

る解決が目指されており、その理由も、子の福祉に関する解決の任意履行の確保にウェイトが置かれ始めているが、子の福祉のための合意には、強制的な意味があり、裁判官の法的規制が必要であり、調停の本質論にも深く関係することを指摘し、第4章につなげている。

(4) 第4編 民事紛争解決手続と調停——中国法への提言——

第4編では、訴訟と調停の連携の理論上の課題について、特に、調停と裁判を受ける権利の視点から、調停前置主義、調停合意説と調停裁判説の対立、調停の既判力の問題などを検討し、以上の日中における制度の比較考察および理論上の課題の検討に基づいて、中国法に対して、民事調停法の制定、調査官制度の導入、司法確認制度の廃止などの立法提案、法改正の方向について提言する。

一 訴訟と調停の連携に関する検討

日本国憲法76条及び裁判所法3条1項によれば、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。徐氏は、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としながら、調停が一種の裁判であるか、裁判外の特に定める権限であるかについては検討の余地があるとし、検討を加える。日本の調停の場合、強制的な出頭義務、裁判所に所属する調停委員会が行うという司法的側面からみれば、調停は裁判に属するとしか理解できないとする。ここで裁判の概念が、調停や非訟事件などへ拡大しており、裁判を受ける権利は、広く国民が紛争解決のために裁判所で当該事件にふさわしい適正な手続の保障を伴った裁判を受ける権利を保障したものとす憲法学説に依拠して、調停も広い意味では裁判であるとする。

また調停委員が主導的に調停案を提案することもできること、調停調書には執行力が付与されること、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とも指摘して、同じ合意解決でも、裁判外の民間機関での紛争解決における合意とは本質的に異なることを明らかにする。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を指摘し、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とする。

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用さ

れるとする。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、調停に付するのは、当事者の裁判を受ける権利を侵害するか否かについては、別途議論する必要があるとし、調停や訴訟など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とする。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可能であるとする。

また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）にとつての、裁判を受ける権利も考慮に入れる必要があるとし、不利益な紛争解決を避ける権利を考慮して、裁判所が調停から訴訟へと積極的に司法的紛争解決を選択する裁量権はであると指摘する。

次に調停前置主義について、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とし、地代借賃増減請求事件の実情からこれを調停前置としたことの合理性を説明し、応訴者の裁判を受ける権利の保護だけでなく、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らるゝとし、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とする。

第3に、調停合意説と調停裁判説という学説の対立の背景を分析し、調停の権威と国民の調停に対する信頼が十分ではなかった時期には、後者が強調され、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存する基礎は次第に失われるに伴い、調停合意説がより重視されるようになることを明らかにした。徐氏は、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をあげ、調停が司法的な紛争解決方法であり、広義の裁判に属するので、調停裁判説を否定することはできないとする一方、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、調停が有効なものとなることから、調停合意説を否定する余地もないとする。必要なことは、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ず、当事者の合意が形成される過程における全面的な法的規制が求められ、裁判官は当事者の非合理的なあるいは違法な手続行為を避け、合意を促進するための説明、補助をすべきであるとする。

最後に調停の既判力を取りあげ、既判力肯定説・否定説という学説の対立する論点を整理した上で、私見として、以下のことを主張する。1960年代の議論の背景には、調停委員の古い紛争解決理念、強要的な意味があるあっせん型調停方法、裁判官の関与の欠如などの要素による調停の公正さに対する不信任、現実に正義に反するような瑕疵ある調停の存在などから、調停に既判力を付与することに消極的になる事情があった。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っそう改善され、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。民事調停では、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・調停官の法的コントロールがあり、家事調停では、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ており、調停の成立の適法性、慎重性があり、調停の裁判としての性質の現れである。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手続保障の不足は、当事者の同意によって補充される。すなわち、当事者には、調停か訴訟か手続の選択権があり、手続の柔軟性を認識し、迅速、低廉などのメリットを利用するために調停を選びながら、調停確定後に、既判力を否定するによって、調停が覆ることは「禁反言」に反するおそれがある。したがって、調停に既判力を付与することに理論上の問題はないが、裁判官・調停官の積極的な関与、合意の形成に対する法的コントロールが不十分な現実を踏まえると、既判力を付与することには慎重な立場に立たざるをえず、実務上の制限的肯定説を採用し、一定の経験を蓄積して、穏やかに既判力肯定説に進んだほうが適切であると思われる。

二 中国法への提言

徐氏は、5点をあげる。①民事調停法の制定。日本における付調停、調停前置主義はすべて裁判内の紛争解決制度であるが、中国の委託調停や先行調停は、法律上の規定が曖昧で、各裁判所によって様々な形式がある。当事者の裁判を受ける権利を保障するだけでなく、民事調停と人民調停の権限、範囲などを明確化するために、日本のように民事調停法を制定する必要がある。②裁判官の常時立会い。調停の裁判としての本質を保つためには、裁判官の常時立会いが重要であり、中国の裁判官1人当たり処理件数は毎年48件であり、負担が日本の裁判官より軽く、仮に民事調停法が制定されても、裁判官の全件、全過程の関与は可能である。③人民調停

制度の改革。社会的な定着，人民調停員の専門化による専門紛争への対応力，農村地域における有用性など，人民調停制度はなお維持すべきであり，民事調停と人民調停が並存するような訴訟外紛争解決体系を構築すべきである。例えば，人民調停活動に従事し経験のある程度積み，調停手法も法律的な知識も具えた後で民事調停委員に選任することなどが考えられる。④調査官制度の導入。中国では，家事事件手続法を制定すべきという意見もあるが，立法作業はなかなか進まず，日本のような独立した家庭裁判所がないので，家事調停と民事調停を分けることは難しい。しかし，当事者の調停できる状態を確保し，合意を促進するため，調査官制度を導入し，調査機能および調整機能を活用すべきである。特に子どものいる離婚紛争については必要性が高い。⑤司法確認制度の廃止。人民調停は民間の紛争解決方式であり，人民調停員が積極的に紛争に関与すること，任意履行を期待すべきことなどの特徴があるので，司法確認によって執行力を付与することは，当事者の裁判を受ける権利を奪うおそれがある。司法的な効力がある民事調停制度が導入されれば，人民調停に執行力を付与する必要もなく，人民調停の民間的な性質を強調するため，司法確認制度は廃止すべきである。

(5) おわりに

中国法から日本法への示唆あるいは日本法の課題として，①将来，裁判官が調停に積極的に関与するようになった場合，調停主任裁判官と訴訟裁判官を分離する必要が出てくる。中国の「調審分離」が参考になる。②純粹に裁判外の人民調停制度は，委託調停，先行調停の受け皿となっており，裁判による解決との連携という点で，日本のADRの構築の参考になる。③家事調停の全件調停前置主義は，当事者の一方または双方に合意する意欲や合意する能力が不十分である事案も対象にすることから，調停で合意形成することを困難し，手続保障の点から望ましい同席調停も困難にする。中国のように裁判官が調停に付するかどうかを判断し，調停に適しない事案について前置主義を取らないという対応をすべきである。④裁判所内の調停として，裁判官の積極的な関与が重要であり，裁判官の増員が必要である。⑤家事調停委員の役割について，例えば，子どもの監護事案では，当事者に合意する意欲を持ってもらうために，調停に入る前の段階で，当事者に対して親教育をすることが必要であり，調停委員の積極的な関与は，従来の提案，説得から手続説明，親教育に変わりつつある。この方向での家事調停プログラムが求められる。

〔論文審査の結果の要旨〕

本論文は、中国と日本両国の調停制度の沿革とその社会的背景をたどった上で、今日的な課題として、訴訟と調停の連携について検討、比較分析し、裁判を受ける権利という角度から、調停を訴訟と同じように裁判であると位置づけるものである。

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

日本法の沿革について、日本人の独特な歴史的精神的風土が調停制度の成立した背景であるという説に対して、普通の国民が、伝統的な道徳・慣習による紛争解決から、理性的で形式的で法的な紛争解決に自分の考え方を变えるのは決して簡単ではなかったこと、特に社会保障が完備していなかった当時は、すべての紛争を不十分な法律にしたがって解決すると実質的な公正と離れることを指摘し、文化論や国民の権利意識の抑制という視点ではなく、庶民の司法的紛争解決の利用可能性・合理性の視点から分析をする点は、中国法の分析手法と共通しており、一貫した視点として評価できる。

本論文では、「裁判」について、裁判所を利用して紛争を解決することと広く捉え、訴訟が司法的紛争解決手続の核心であることを前提として認めつつ、調停も裁判の1つであり、訴訟が対応できない紛争類型に対応する役割があり、訴訟と対等な関係にあり、当事者は訴訟か調停かについて、司法的紛争解決手続の選択権を有すべきであるとする。しかし、裁判という司法的紛争解決手続に進んだ後では、裁判官は、紛争を総合的に判断し、調停に付するか、訴訟に付するかについて判断する権限があるとする。調停裁判説に立ち、調停の既判力についても制限的肯定説に立つのは、こうした理解があるからである。調停の本質について、再検討、見直しを迫る点でも高く評価することができる。

日本における付調停の現状と付調停に付する紛争類型の提案、地代借賃増減請求事件が調停前置主義をとった背景の分析から、調停前置の必要性和当事者の訴訟を受ける権利の確保のバランス論、家事調停について、調停前置主義、別席調停という現状への批判、家事事件手続法と紛争実態を踏まえた提案、当事者の任意履行の

促進および子の福祉の考慮のため、調査官の調査と調整機能がいっそう活用され、調査官、調停委員、裁判官の連携がより重視されるべきことへの方向性など、司法的紛争解決手続の多様性及び合理性の視点から指摘しており、最新の情報にも言及した、一貫性のある論述として、高く評価することができる。

「裁判」の概念について、徐氏の主張は理解できるが、中国法学ではどのように捉えているのか、調停を裁判の1つとして位置づけることは、中国法学では可能なものが必ずしも実証的に検討されていないこと、調停の非訟としての性質と訴訟との区別を明確にすること、中日の比較検討に基づく両法制への示唆、改革の方向性についてなお検討を深める必要があることなど、課題もあるが、今後の研究によって克服できるものと考ええる。

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

〔試験または学力確認の結果の要旨〕

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

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

また、本研究では調停の紛争解決における位置づけが重要な意味を持っているが、そこで述べられる「調停も裁判である」という点に関し、これをより厳密に定義する必要があること、具体的には以下のような点を明らかにする必要があること、「裁判」概念、調停裁判説という「裁判」、裁判を受ける権利という「裁判」の

意味を明らかにすること、調停裁判説を提唱する場合、これまでの学説を踏まえて緻密に内容を詰める作業をすること、調停にも、訴訟をさせないためのもの、非法律による解決などマイナス面があり、合意による解決だけでは正当化できない面があるので、調停裁判説の組立ては慎重にすべきことなどの質問に対して、裁判の非訟化、拡散現象があり、公開原則は例外が認められていることなど、裁判が判決手続だけではないことを指摘し、司法的紛争解決手続、すなわち執行力のある紛争解決手続という広い意味で「裁判」を捉えているが、中国法における「裁判」概念の理解も含めて検討したい旨、回答した。

公聴会参加者からは、論文全体として、日中比較から現在の日本の調停制度に対して新たな分析、評価が加えられており、調停裁判説の主張などがあって新鮮に感じさせるなど独創性があることも指摘された。なお学位申請者の日本語文献の読解力は大変優れたものであり、報告、議論、質疑においても高度な日本語表現能力があることが確認された。

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