

民事調停の基層にあるもの

平 田 勇 人

I. 日本における民事調停

第 161 回国会において、「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律」（いわゆる ADR 法）が可決・成立し、2004 年 12 月 1 日に公布された（平成 16 年法律第 151 号）。ADR 法は、2007 年 4 月 1 日に施行された。この ADR 法施行当初に強調されていた特徴は、①紛争解決事業者の認証（民間の紛争解決事業者は、申請により、法務大臣の認証を受けることが可能）、②利用者への情報提供（認証を受けた紛争解決事業者は、業務に関する一定の情報提供を行い、法務大臣はこの情報を公開して利用者に提供）、③法律上の効果の付与等（（i）時効中断：認証を受けた紛争解決手続終了後、1 ヶ月以内に訴訟手続に移行するなど、一定要件を満たす場合は時効中断の効力発生。（ii）訴訟手続中止：当事者間に紛争解決を図る合意があり、共同の申立てがあるなどの要件を満たす場合は、裁判所は一定期間を定めて訴訟手続を中止することが可能）、④調停の前置に関する特例（認証紛争解決手続を経ているなどの一定要件を満たす場合は、原則として調停前置が不要）であった。

ADR 法が施行されて今年（2011 年）で 4 年目になるが、まず司法型として地裁・簡裁・家庭裁判所で調停等が行われている（筆者は名古屋地裁・簡裁に所属）。次に、行政機関・行政委員会によるものとしては、総務省公害等調整委員会、独立行政法人国民生活センター紛争解決委員会、労働委員会（中央労働委員会・都道府県労働委員会）、紛争調整委

民事調停の基層にあるもの

員会（都道府県労働局ごとに設置）、労働相談情報センター、建設工事紛争審査会（国土交通省内の中央建設工事紛争審査会・各都道府県内の都道府県建設工事紛争審査会）が機能している。第3に民間機関であるが、すでに認証事業者はかなりの数に登り、一般財団法人日本スポーツ仲裁機構を始めとして、日弁連交通事故相談センター、一般社団法人日本商事仲裁協会、社団法人日本海運集会所、財団法人交通事故紛争処理センター、PLセンター、事業再生実務家協会、そして医療紛争相談センター等が機能している。

このように ADR と一口に言っても多様性があり、本稿においては司法型の民事調停に焦点を当てて述べることにしたい。

1. 民事調停手続の概説

調停という紛争解決方式は決してわが国独自・固有のものではないが、ここで裁判所が主宰する民事調停について述べてみたい。民事調停は、民事調停法の定める手続により、調停機関があっせん・仲介して、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した紛争解決制度である（民事調停法1条）。原則として調停委員会があり、例外的に裁判官だけで調停を行うことも可能である（同法5条、20条）。調停委員会は、調停主任裁判官と2名以上の民事調停委員で構成され、原則として簡易裁判所に（当事者の合意があれば地方裁判所に）申立てをして手続が開始する（同法2条、3条）。また、訴訟係属中に受訴裁判所が適当と認めたとき、職権で事件を調停に付することにより、調停の手続が開始される（付調停事件。同法20条1項）。

調停委員会は、職権で事実の調査及び必要と認める証拠調べをすることができ（民事調停規則12条1項）、調停主任又は当該調停委員会を組織する調停委員に事実の調査をさせたり（同規則12条2項、3項）、その構成員以外の民事調停委員から専門的知識経験に基づく意見を聴取することもできる（同規則14条）。事実関係把握のために、当事者及び関

係人等からの事情聴取、当事者の提出した証拠資料等の検討、現地調査（検分）等が活用されている。

当事者間に合意が成立すれば、調停調書に記載して調停が成立し（民事調停法 16 条）、付調停事件については、訴えの取下げがあったものとみなされる（同法 20 条 2 項）。調停調書は、裁判上の和解と同じ効力、すなわち確定判決と同一の効力を有するため執行力がある。これに対して、合意成立の見込みがなく、調停に代わる決定（同法 17 条）もされないときは、事件は不成立として終了する（同法 14 条）。付調停事件については、訴訟手続が進行する。調停に代わる決定は、紛争解決の内容に関して当事者双方の意見が大筋で一致しながら、わずかの相違のために合意に至らない場合や事実調査等が不十分なために、事件の実情が明らかになったにもかかわらず、当事者の一方が自己の主張に固執するため合意を成立させられない場合等に、調停条項に代えて、決定という形で示し、紛争解決を図るものである。ただし、決定告知の日から 2 週間以内に当事者の一方から異議の申立てがあれば、決定は効力を失う（同法 18 条）。なお、決定が確定すれば裁判上の和解と同一の効力を有する（同法 18 条 3 項）。

民事調停事件の種類として、①民事一般調停事件、②宅地建物調停事件、③農事調停事件、④商事調停事件、⑤鉱害調停事件、⑥交通調停事件、⑦公害等調停事件、⑧特定調停事件がある。

2. 特定調停

債務整理を、通常の民事調停で行う事もできるが、①裁判所の管轄が異なる債権者が多数いる場合は、それぞれの簡易裁判所に調停を申立てなければならず、②給料差押え等の民事手続を停止させることができないといった民事調停のマイナス面を克服して、債務整理に特化した調停として特定調停は生まれた。特定調停のプラス面として、①裁判所の管轄が異なる債権者が多数いる場合でも、1つの簡易裁判所に調停申立て

民事調停の基盤にあるもの

ができ、②貸金業者に対して、取引経過等の資料の提出を命令することができ、③費用は、収入印紙代のみ、④引直し計算を裁判所で行ってくれ、⑤専門の調停委員が話し合いによる解決をはかり、⑥過払いがあれば、法定利息に引直し計算し過払い分は元本に充当される等があげられる。ただし、①債権者全員が合意しなければ、実効性が上がらず、②調停成立後に返済が行き詰まれば破綻する可能性があり、③3年（特別の事情があれば5年）以内に返済する必要がある。

3. 民事調停官及び家事調停官制度

平成15年7月の通常国会で、民事調停法・家事審判法等の一部改正がなされ、民事調停官・家事調停官制度が創設され、平成16年1月からこの制度がスタートした。民事調停手続・家事調停手続において、改正前は裁判官が手続を主宰していたが、改正後は裁判官に加え、5年以上の経験を有する弁護士から最高裁判所が任命した民事調停官・家事調停官（任期は2年で、再任可）も、裁判官と同等の権限をもって手続を主宰できるようになった（いわゆる非常勤裁判官制度）。

II. 民事調停の理論及び実務の状況

日本における民事調停の理論及び実務の状況について概観したい。

1. 民事調停の対象

(1) 民事の意義

民事とは「一般に『刑事』に対する意味の最広義の概念であって、いわゆる『商事』および『家事』の關係の紛争を含むことはもちろん、広く法律的な処理が可能であり、かつ、当事者の合意的解決に親しむ一切の紛争を包含するもの」[1]とされている。これに対し、小山説は、刑事紛争や行政事件紛争は民事調停法の民事には含まれないと解する[2]。梶村説も、刑事や行政に関する紛争は、民事調停の対象にはなら

ないとする〔3〕。さらに、萩原説は、司法エネルギーの合理的配分、行政事件の処理の迅速化の見地からも、民事調停法1条・2条の対象の中に行政紛争が含まれると解する〔4〕。

(2)家事紛争との関係

家事紛争については、家事審判法3章が存在するので、本条にいう民事から除外されると解されている〔5〕。

(3)自然債務

自然債務を民事調停の対象にできるか否かについては、小山説は、民事訴訟が許されない紛争は民事調停も許されないとしながら、例外的に自然債務については調停によることも認める〔6〕。しかし、萩原説は、民事調停は民事訴訟と密接な関係を有するため（民調19条・20条、民調規5条等）、無条件に自然債務を調停の対象とすることに対して疑問視する。すなわち、あえて一般的にいえば、自然債務から通常の債務への復元ないし移行が可能ならば、その限度において調停の対象となると解する〔7〕。

2. 多様な紛争解決の連続性

「回避・無視」（両当事者の話し合いが行われていない状態）→「交渉」（両当事者の話し合いが行われる）→「調停」（初めて三者関係になる）→「仲裁」「裁判」（それぞれの当事者が、仲裁人や裁判官という第三者に向かって主張・立証していくプロセスに至る）→「自力救済」（両当事者が実力行使する紛争状態になり、ここでは暴力が振るわれる場合もある）〔8〕。ただし、自力救済は禁止されている。

3. 民事調停の規範

民事調停は、「条理にかなない実情に即した解決を図る」ことを目指すため、その拠るべき規範は「条理」ということになるが、条理の意味ないし条理と法規との関係については、必ずしも明確にされていない部分

民事調停の基層にあるもの

がある [9]。川島説は、裁判規範としての条理を、実定法体系の基礎となっている基本的な価値体系であるとする [10]。小山説は、裁判規範としての条理も調停規範としての条理も、その意味するところは同じであるが、その適用の範囲が異なるとする [11]。三ヶ月説は、紛争解決規範の構造を円錐にたとえ、水平に切断された最上部が実定法、中間の部分が仲裁、その底部が条理とされ、法の中にも条理は宿っているが、条理はその外延が法よりも広く、たえず法への距離を縮めて行く一般的傾向があると解する [12]。梶村＝深沢説は、条理にかなった解決とは、①条理が法規そのものの場合、②任意法規適用では妥当な解決が得られない場合、③法の欠缺・不備の場合に拠所とされるものの総称であると解する [13]。小島説は、衡平な解決とは、専門の英知と素人の常識のブレンドの所産であり、その具体的解決例は、将来の法創造にあたって貴重な資料となり、調停における判断の枠組は、制定法から出発する純法律的な判断というよりは、むしろ市民の常識から出発して制定法との衝突を避け得るかぎり最大限に民間の感覚を生かすものとする [14]。

民事調停の規範をめぐって、民事調停を法乖離＝合意尊重型の紛争解決制度とみるのか、法志向型の紛争解決制度であるとみるのかは難しい問題であり、筆者は、価値観がものの考え方や判断の基準になることに着目して、法的価値体系の観点からアプローチを試みた [15]。すなわち、条理にかなない実情に即した紛争解決制度である民事調停は、両当事者の互譲、妥協を重んじて当事者間の合意を目指すにしても、法から無制限に乖離できるわけではないと解する。民事調停は、条理に基づく互譲の精神の上に成り立つといっても、基本的には法規範を根底に据えるべきであって、裁判規範の背景にある基本的価値体系と、調停規範（民事調停で用いる紛争解決規範）の背景にあるそれとは同一のものであると考える。すなわち、両者は決して異質なものではなく、当該民事調停事件において、たとえ任意法規の適用を排除したからといって、あくまでも

実定法の基本的価値体系の域を出ない条理が調停規範になるのである [16]。もちろん法乖離＝合意尊重型の ADR を一般的に否定したり、その存在を認めないわけではないが、ADR における法律乖離性の根拠について、和の精神とか当事者意思の尊重の納得づくの真の紛争解決性、紛争解決の具体的妥当性等々をもってその根拠を説明しきれものではないと考える。基本的価値体系の中で裁判規範と調停規範とでは価値の重きの置き方が当然異なるにしても、条理を現行法の基本的価値体系と解するならば、現行法とは異なる条理というものはありえない。任意法規の対象とする事項について、その適用を排除して条理による解決をはかる場合、右条理は任意法規とは内容を異にするものの、現行法の基本的価値体系とは調和するものであって、現行法と特段に異ならない条理であるというべきではないだろうか。

4. 民事調停の本質

調停の本質については、任意性と判断性であるといわれている。民事調停手続の第一の特質は当事者の任意性であり、第二の特質は条理にかなない実情に即した解決かどうかを見る調停機関の判断性である [17]。この当事者の任意性と調停機関の判断性は二律背反の性質を持っているため、どちらの特質を調停の本質と見るかによって、調停合意説と調停裁判説がある。

調停の本質は調停手続における当事者の任意性、すなわち当事者間の合意がなければ調停は成立しないとする考え方（調停合意説）と、調停委員会が相当と認めなければ調停は成立せず、常に相当性の判断があるとする考え方（調停裁判説（調停判断説））とが対立している [18]。従来の通説は調停合意説であったが、両説の対立は民事調停の本質を解明する上で多大の貢献をなしたと評価されている [19]。そして、調停合意説に立脚しつつ、さらに調停裁判説の主張する事実認定や法的判断を現行法の枠内で可能な限り強化すべしとの、両説を止揚する説（梶村説）

が説得力を持って主張されている [20]。また家事調停の領域においても、大塚判事は、裁判官・書記官・事務官の連携により、合理的な実体的かつ手続的運営が保障され、また必要に応じて医師等の専門家が関与し、調停委員の良識がよい形で反映され、当事者に十分な意見陳述の機会や反論の機会を与えて、当事者が積極的に受容できる合意と相当性のある判断が実現できるならば、これらの解釈の違いは乗り越えられると、両説の止揚を説いている [21]。

5. 民事調停の機能・存在理由

民事調停の存在理由として、従来、合意による紛争解決の円満性、妥当性、その簡易・迅速・低廉性が主張されてきた。これに対して、佐々木説では、簡易・迅速・低廉性は調停制度固有のものではなく、調停制度の存在理由は紛争自体を直接の対象としてその公正な全体的根本的解決を図るところにあるとする [22]。また小山説も、簡易・迅速・低廉は調停制度の目的ではなく属性と解し、合意による解決の円満性を調停制度の存在理由とする [23]。以上に対して、萩原説は調停の存在理由を、①紛争選別機能、②簡易・迅速・低廉ないし個別の紛争に即応した具体的妥当な解決をはかりうる紛争解決方式を利用者＝国民に提供すること、③民主主義的機能、④権利形成〔創造〕機能の4点にあるとする [24]。さらに、梶村説は、調停の機能・存在理由について、①訴訟補充的機能、②簡易裁判的機能、③取引仲介的機能、④事件振分け的機能、⑤法創造的機能、⑥民主主義的機能の6つを挙げている [25]。

また、小島説は、正義へのアクセスの多元制を強調する立場から、従来の調停の存在理由を整理したうえで、さらに①法調整的衡平法的機能（保証人の責任の調整、消滅時効の効果の緩和など）や②手続リスク緩和機能（証明や手続選択の困難に対処）を挙げられる [26]。

6. 民事調停の種類

前述したように、調停の主宰者の観点から分類すると、まず司法型として地裁・簡裁・家庭裁判所で調停が行われている。次に、行政機関・行政委員会によるものとしては、総務省公害等調整委員会、独立行政法人国民生活センター紛争解決委員会、労働委員会（中央労働委員会・都道府県労働委員会）、紛争調整委員会（都道府県労働局ごとに設置）、労働相談情報センター、建設工事紛争審査会（国土交通省内の中央建設工事紛争審査会・各都道府県内の都道府県建設工事紛争審査会）が挙げられる。第3に民間機関については、一般財団法人日本スポーツ仲裁機構、日弁連交通事故相談センター、一般社団法人日本商事仲裁協会、社団法人日本海運集会所、財団法人交通事故紛争処理センター、PLセンター、事業再生実務家協会、そして医療紛争相談センター等が挙げられる。従来は司法型調停は盛況であったが、今日、行政型調停や民間型調停も着実に整備されてきており将来を期待されている。

調停のあり方については、3種類ある。①評価型調停（evaluative mediation）は、専門的知識を持つ調停人が結論に強く介入し、法的評価を背景として合意に導くプロセスを指し、伝統がある。②妥協要請型調停は、互譲の名の下に、当事者の主張の「中」を取り、両当事者の利益についてほどほどにバランスをとり、③促進型調停（facilitative mediation；対話促進型調停、自主交渉援助型調停）では、調停人の役割は、当事者の自主的な交渉を援助し、対話を促進することにある[27]。

調停のあり方については、理論・技法の両面で新たな動きが生じており、とりわけアメリカのミディエイションの影響が大きく、様々な提案がなされている。日本の司法調停は、これまで評価型の色彩が強かったが、権威的押付けや無原則の妥協という欠点に前向きに取り組んできているのも事実である[28]。評価型調停の欠点に対し、批判や懐疑も表明され、当事者間の交流の促進を基調とする種々の調整手法が開発され、評価型調停と促進型調停の境界が次第に流動化してきている[29]。

ただ、紛争当事者からよく事情を聴き、客観的資料を慎重に吟味し、法的基準を基本に、証明において解明度の低いことを考慮して、幅のある調停案を提示する評価型調停の存在意義[30]を否定するのではなく、当事者のニーズにあった選択肢を出来る限り用意すべきであろう。小島教授が指摘するように、評価型調停に対するニーズは、とりわけ大都市以外のところでは相当程度存在するであろうし、大都市等においても新種のニーズが生まれているとも考えられ[31]、評価型調停に期待する当事者の割合が、民間調停と比べて、司法調停の場合により多いものと推測される。これに対し、促進型調停は、民間組織においてもニーズが高く、そこでは当事者間の交渉が中心となる[32]。ADRの機能を充実し、利用しやすくすれば、国民が、様々な紛争解決手段の中から最も適当なものを選択できるようになり、国民の満足度が高まると考える。

7. 紛争に対する当事者の姿勢

①「回避」とは、関係性重視(小)・自己利益重視(小)であり、紛争から逃げる態度であるが、自分も相手も得られるものはないので望ましい状態ではない。②「相手に従う」という態度は、関係性重視(大)・自己利益重視(小)であるが、相手に利益があるが、自分の利益をあきらめる態度であり、これもまた望ましいものではない。③「競争」は、関係性重視(小)・自己利益重視(大)であり、双方が競争的である。④「妥協」は、関係性重視(中)・自己利益重視(中)であり、両当事者の利益に関して、ほどほどにバランスをとる考え方であり、双方共に満足しない。⑤「協調」は、関係性重視(大)・自己利益重視(大)であり、自分の利益も重視し、相手の利益も重視する考え方(Win-Winの関係)である。促進型調停では、この協調的解決を目指す[33]。互譲の名の下に、「回避」「妥協」「相手に従うこと」に説得して向かわせるのではなく、両当事者がそれぞれの利益を重視し、両方が満足できる解決策を見つけようとするのが、促進型調停である。

8. 利害に基づく交渉の理論

裁判等の通常の紛争観では、ゼロサム（足してゼロになる）の交渉をイメージしている場合が多い。一方が取れば、相手方が失うという関係である。こうした紛争では、両当事者は競争的にならざるをえない。一方、Win-Win の交渉では、解決案を創造し、選択肢を開発することでパイの大きさを広げる。また、双方の価値観の違いを利用して、一種の取引を行い、双方が納得する解決を見出すことも可能である。よく引用される例 [34] として、姉妹が1個のオレンジをめぐる対立するというケースで、法律的には、どちらか一方が独占できる権利がない以上、半分ずつ分けるということになるが、話を聞くと、姉は実を食べたいと思っているのに対して、妹は、皮を使ってケーキを作りたいと考えているということであれば、調停委員会としては、実は姉に、皮は妹にという解決案を示して双方が満足する解決を図ることができる。促進型調停では、双方が Win-Win の交渉をできるように力を引き出す。

9. 調停実務における同席方式と交互方式

同席方式は両当事者が対面し、そこに調停委員がかかわって対話を進めていくやり方である。これに対して、交互方式は1人ずつ交互に紛争当事者を呼んで話を聞く方式である。日本では、裁判所の調停を始め、ほとんどの ADR で交互方式が採用されており、基本的には対席型が中心であるアメリカと対照的である。しかし最近、家事調停において、対席で向き合って対話をさせる同席方式（対席方式）が注目されている（同席調停の第一人者の井垣判事が、その推進者である）。

交互方式の長所は、①当事者から本音を聞くことができ、②紛争解決のため調停委員主導で解決する場合は、やりやすく効率的であり、③早く解決しやすく、④感情的な対立が過度に激しく、場合によっては暴力沙汰になりそうなケースでも抑制しやすい等があげられる。逆に、交互方式の短所は、①調停委員に情報が集積されて情報を独占し、偏った情

民事調停の基層にあるもの

報で心証を形成するおそれがあり、②当事者は相手が調停委員に何を話したか分からず疑心暗鬼になり、③時には当事者が調停人を説得しなければならなくなったり、またある時には調停人が当事者を無理やり説得するといった問題があり、④公正さ、予断・偏見の排除の点から見て問題がある。

同席方式の長所は、①対話による相互理解と解決促進が真の合意に到達する道であり、②対面しているため、嘘や大げさな情報の制御が可能になり、③誤った理解、膨らみすぎた解釈を訂正する機会が得られ、④欧米では公正性・中立性を重視して同席調停へのこだわりが強い。しかし、同席方式の短所としては、①同席した両当事者がエキサイトして喧嘩になり話し合いにならない、②相手方当事者が見ている前で弱みを見せまいとして、殊更に突っ張ったりして本音が引き出せない、③当事者間の力関係に左右されるばかりか、無口な人や対話の下手な人が不利になって、かえって不公平になるといったことが言われている。

ただ、当事者から事情等を聴く場合、交互方式がいいのか、同席方式がいいのかについては、事情によってずいぶん異なるため、余り画一的な結論は当面出さず、ADRの経験の中で思索を深めていくのがよいといわれている [35]。

Ⅲ. 正義の総合システムの理論

1. 羅針盤としての正義の総合システム

小島武司教授の提唱される「正義の総合システム」(Universal System of Access to Justice)の構想は、トータルな視点から法律家が法的空間における自らの位置付けや役割を自覚し、理論的のみならず実務においても羅針盤となる、きわめて重要な座標軸を提供しており、その理論の学問的・実務的な寄与は非常に大きいものがある。「正義の総合システム」の理論は、法治国家であればどの国においても、公共の哲学の基礎となりうる考え方である。筆者は民事調停に臨む際、この「正

義の総合システム」を常に念頭において調停に取り組んでいる。

ここで「正義の総合システム」について、その要点をまとめておきたい。「正義の総合システム」は紛争解決方法の多様化・合理化、衡平による法の持続的刷新によって普遍的正義の実現を目指し、正義の最大化をはかることを目標にしている。紛争解決は最終的かつ中核的には訴訟＝判決という法に準拠した裁断によって行われるが、その周辺には裁判上の和解のほか、当事者の自律的解決を支援する各種機関における仲裁、調停、和解あっせん、苦情処理、相談などが存在し、また当事者間の任意の話し合い(相対による紛争解決交渉)が日常的に行われている。また、契約締結交渉や予防法務活動もこのシステムの幅広い裾野を構成している。したがって、紛争をめぐる法システム全体のなかで、訴訟＝判決を中心にして同心円が外周輪のように取り巻き、相互に「波及と汲上げ」の作用を及ぼし合いながら正義＝法の内実を刷新し、その全体が有機的・総合的に「法の支配」を実現するために稼動していると説明される [36]。

そして、小島教授は21世紀型の紛争解決制度を考える際に、正義の総合システムをさらに進化させ、次のように説かれる。すなわち、正義の総合システムの第一の柱は訴訟であり、第二の柱は活性化された仲裁に求められるとする。強行的装置である訴訟と真に実効的で活性化された仲裁とが、公正さを支える2本の柱として確立し、様々な紛争を受容する開放的なフォーラムとなって法の支配を支えるとき、「正義の総合システムの理論」を抜きにして考えることはできないとされる [37]。小島教授が述べておられるように、訴訟を中心に、二種の仲裁と二種の調停が周辺で作動し、訴訟と仲裁を中心に調停がその解決力を高めていくなれば、官と民の二つの領域からなる21世紀型紛争解決システムのトウィン・タワーは、その主体的力量を育む当事者の選択を通じてその姿を変幻自在に造形していく [38]。そこでは、訴訟と仲裁というトウィン・タワーを支えて2つの領域に調停、あっせんが幅広く拡がり、その

民事調停の基層にあるもの

下に相対交渉の広大な裾野がさらに横たわるという構図が現れると説かれる [39]。

いずれにしても、前述したように、民事調停委員は「正義の総合システム」のなかで位置づけられた場において、いかに自覚的に活動をすべきかを考えて常に行動すべきであろう。

2. 正義へのユビキタス・アクセス

小島教授の「正義の総合システム」は、憲法理念としての「正義への普遍的アクセス」を現実のものとするための理論である。それは、正義への多元的ルートの創造・刷新、及び、不断に変容し成長する、より適切な正義の具現化を目標とする。「正義への普遍的アクセス」は、今様に表現すれば「正義へのエビキタス・アクセス」(Ubiquitous Access to Justice) すなわち自律的アクセス環境を指す。自律的アクセス環境とは、誰でも、いつでも、どこでも、気軽に、分り易く、法律サービスや法的救済を受けられる環境を指す [40]。そのためには、できる限り多くの選択肢が存在し、それらの中から最もベストと思える方法を任意に選択できる環境作りが必要不可欠となる。

(1) 訴訟と ADR の相互補完

ADR のメリットとして、①簡単な申立手続、②低コスト、③迅速性、④相互の合意に基づく解決、⑤非公開性、⑥柔軟性、⑦専門性、⑧国際越境取引に係る紛争についても現実的な処理が可能、⑨将来指向型（両当事者の将来の関係をも考慮した解決案を選択可）等があげられる。しかし、訴訟も制度改革により、③迅速性、⑦専門性の点で ADR に肉薄してきており、今後は、訴訟と ADR が切磋琢磨して相互補完の関係を築くことが、紛争解決サービスの向上につながると考えられている。

(2) 基軸としての仲裁

各種の ADR の中で仲裁こそが真に実効的な紛争解決サービスを提供できる装置であるという認識は大切である。調停と仲裁を比較した場

合、仲裁は中立的判断者によって解決されるべき紛争解決にとってより効果的な手続である。さらに仲裁は、一方当事者が信義誠実に反する態度をとった場合や、紛争解決に非協力的な場合に、調停より効果的である。こうしたことに加えて、正義の総合システムの観点から考えると、小島教授が指摘されるように仲裁こそが基軸となるとの認識は正しいと考える。現在は、民間型仲裁が主で、司法型仲裁は影の薄い存在といわれているが、小島教授によれば、将来的には司法型仲裁の導入が重要であると指摘されている[41]。さらに、広義の仲裁概念を画定してその外延のなかで定型分類を進めることが有用との指摘がなされている。アメリカ合衆国における「強制仲裁」(compulsory arbitration)や、民間において消費者仲裁などの場合における「片面的仲裁」、さらに「無拘束仲裁」ともいうべき概念が台頭してきており[42]、調停と比較して、より迅速で法的基準に基づき、裁断的・実効的な紛争解決の道が仲裁には期待されているのである。

(3) 周辺としての調停

小島教授は、形式的に把握した実定法規ではなく、法の究極にある正義を中核にした紛争解決の全体システムを構想され、裁判により設定される法を柔軟に応答的な形で捉え直し、これを尺度としつつ紛争を解決する「応答的な法受容装置」として調停を位置付けておられる。また裁判を、社会に密着した合理性を不断に汲み上げつつ法を正義へと近づけていく柔軟な法実現の創造的装置として位置付け、裁判と調停は、正義を見据えての法的対話のプロセスの両極に位置し、裁判所の設定した法的基準は調停の場に「波及効」を発揮し、また、調停は調整活動のプロセスのなかで法的基準を基礎に Win-Win の方向でルール の成長を図るという協力関係が把握されるとされる。

以上のように、裁判と調停は、法的基準をめぐって波及と汲み上げを核とする双方向的なプロセスが円滑に働いていて、両者は一団の法の成長に必要な不可欠なパートナーシップを形成しているとされる。裁判と調

民事調停の基層にあるもの

停は、究極の正義に向けて法の成長をそれぞれの角度から推進する原動力であり、よき裁判とよき調停の組合せは、独自の魅力を發揮して統合的に機能し合うであろう。

「正義の総合システム」のなかで、調停は、司法と活性化された仲裁との二つの支柱の周辺にあって波及と汲上げによって織りなされる官と民の各アリーナにおけるサブ・システムの成長に寄与し、多中心的に拡がっていく「正義の総合システム」の一翼を担っていると位置づけられる [43]。

調停は正義の総合システムの理論においては、基軸としての地位を仲裁に譲っているものの、仲裁よりも優れた点が2つあると言われている。W I P O 調停・仲裁センター事務局長のフラシス・ガリー氏によれば [44]，世界中で長い歴史を有している調停に対しては、ヨーロッパではその価値について懐疑的に見られている反面、ガリー氏は調停による中立的な仲介が持っている価値によって当事者間に道ができ、情報の流れが促進される点に着目し、紛争解決の初期の段階では、調停には仲裁よりも優れた点が2つあると指摘する。第一は、調停では、当事者が他により適当な選択肢があると判断した場合は、調停による解決を受け入れる必要はなく、調停手続・解決内容のいずれについても、当事者が実質的にコントロールできる点である。第二は、仲裁では解決内容は準拠法によって決まるが、調停では両当事者は準拠法以外の利益（たとえば、当事者の法的立場を基礎づけている企業の利益）を考慮することができる点である。ガリー氏は仲裁と調停のメリットを生かすには、当事者はまず調停を試みて、一定期間内に調停による解決に至らなかった場合に、仲裁によることを考えることが有益であるとし、調停と仲裁の混合方式（medarb）の重要性を説く。手続を連続的に組み合わせることによって、調停手続における両当事者の誠実な協力が得やすくなるということも正義の総合システムから見れば、よく理解できるであろう。

3. 正義の女神

(1)正義の女神と目隠し

日本の最高裁判所の大ホールに、『正義の像』がある。これは、ギリシャ神話に出てくる女神テミス（Themis）に由来するといわれ、右手に剣を掲げ、左手に天秤を持ち、目を閉じている（目隠しの像も多い）。一般に、正義の女神の名前はユスティティア（ローマ神話）だったりテミス（ギリシャ神話）だったりするが、ヨーロッパの多くの裁判所には、この正義の女神像が置かれている。女神は法廷を象徴しており、正義は法や裁判の目指すべき理想とされる。目隠し（閉眼）は、貧富や姿形等の予断あるいは、愛憎や私的関係からの絶縁を意味し、天秤は公平（衡平）を、そして剣は判決の実力による貫徹（権威、権力）や（切れ味鋭い）論理を表現しているとも言われている。

ピエロ・カラマンドレーイの名著『訴訟と民主主義』の中で、評議室の秘密という「この秘密の儀式には、裁判官の答え——人間の顔を持たずに高い所からやって来るシビュラの声——をかつて包んでいたあの神秘的な光の伝統の名残りが残る。このため、いくつかの古い絵においては、正義の女神は目隠しをして描かれている。それは、正義の女神が見てはならないためにというよりも、自分が見られないと信じこむためにであった」[45] という箇所がある。一般に、評議の秘密には、裁判官たちが評議で述べた意見の内容やその数と、評議がどのような進行過程を経て結論に至ったかの道筋の両方が含まれる。これは、裁判官たちが思ったことを自由に言えることを保障するためである。評議の経過についても、どのようなテーマを取り上げて話し合いをしたのかを、後で批判されないようにするため、秘密にする必要がある。正義の女神の目隠しをめぐっては、いろいろな解釈があるが、カラマンドレーイは、正義の女神が「見てはならない」という能動態においてではなく、「自分が見られていないと信じ込む」という受動態にこそ、その核心があるとする。このことに関して、最近、注目すべき判決が下された。

民事調停の基層にあるもの

(2)調停手続における非公開性

正義の女神は、調停手続においても象徴的な意味を持つ。高松地方裁判所は、平成 15 年 1 月 20 日、調停手続に関する違法を問う損害賠償事件に対して判決を言い渡した [46]。本件は、多重債務に陥った自営業者が特別調停を申し立てたところ、第 2 回調停期日で調停不成立となり、今度は一般調停を申し立てたところ、調停委員の違法行為・不当な発言をされたとして、調停を取下げ、特別調停・一般調停の手続で受けた損害賠償（精神的苦痛を含む）の申立てをした事件である。高松地裁は、調停委員会に与えられた手続運営についての裁量権を越えていないと判断して、調停委員の行為は違法ではないとし、また不当な発言についても原告の主張を退け、さらに録音テープに関しては次のように判断した。

「本来非公開である調停委員のやりとりを違法に録音テープに録取した上で、当該テープの反訳文が提出された。民事調停手続は非公開とされているところ（民事調停規則 10 条）、その趣旨は、調停制度が当事者が自由に意見を述べ会い、互譲によって平和的に紛争を解決しようとする手続であることから、手続を公開してその公正を担保するという要請がそれほど強くなく、かえって、当事者に外部の人間に気兼ねすることなくじっくりと話し合いをさせるとともに、調停委員会にも事案に即した紛争解決方法を柔軟に検討させた上で、当事者と忌憚のない意見交換をさせることが相当であるという点にあるものと解される。そうすると、民事調停手続については、調停期日における発言が録音され、それが他の民事訴訟手続等において利用されるなどということは全く予定されていないのみならず、そのようなことを許すことは、基本的に、上記のような民事調停規則 10 条の趣旨を没却することになるものといわなければならない。（途中省略）また、調停委員会の許可を得ることなく本件調停期日における自己及び調停委員の発言を録音した原告の行為は、強く非難されるべきものである」と判断した。

あくまで個人的な見方であるが、ADRにおいては、正義の女神の目隠しはADRの非公開性を象徴するとともに、その天秤は正義の総合システムの中で、裁判とADRのバランスを象徴しており、さらにその剣は、鋭い論理としなやかさを象徴しているように思える。

Ⅳ. まとめ

ここ半世紀余りの間、日本の法律界において、仲裁の振興については概ね積極的な意見が大勢を占めていたのに比べて、調停については懐疑的意見がむしろ多かったのは、小島教授が指摘されるように、法との距離というところに原因があるという認識が、その根底をなしていたといえよう[47]。「まあまあ調停（争点整理・事実認定があまりなされず、調停委員が当事者を適当に折り合わせる）」、「折半調停」、「和」という価値への言及があり、さらには、社会の封建的ないし非民主的な気風とのかかわりという疑念も表明されており、調停には、法の無視や権利主張抑圧の危険があるのではないかとの危惧もあった[48]。

かつて先輩の調停委員から、「日本古来の「和」という価値は、社会全体の暗黙の基本的な了解事項であり、和を乱すことを日本人は嫌い、和を乱す人は協調性のない人として、社会や組織から排斥されるという負の側面を持っている。だからこそ、調停委員会の案に反論しにくい雰囲気にならないように心がけよう」と言われたことがある。法律から乖離して、協調することが過度に重視されると、法律の原理原則は無視され、判断基準に一貫性が無くなり、反論できない雰囲気になってしまい、正論で反論する人を協調性のない人とみなしてしまう危険性を孕んでいると考える。もちろん、法の重視を強調するあまり、社会の実情を無視して法の文言の形式的・機械的適用を説くことは論外であるが。

筆者は、拙稿「トピク的思考の観点からの信義則の法解釈学的考察」[49]において、「判断基準」という法的論点・視座を軸にして信義則に基づく法解釈のメカニズムについて考察した。判断基準として、「ボト

民事調停の基層にあるもの

ム・アップ」と「トップ・ダウン」の思考がある。下から汲み上げるボトム・アップ思考は当事者間の利益を均衡させ、その際に信義則が重要な役割を果たす。上から降りてくるトップ・ダウン思考は秩序全体から眺める体系思考により、当事者の主張に基づき具体的妥当性を探り、その際に信義則が重要な役割を果たす。このボトム・アップとトップ・ダウンの両方のバランスを保ちつつ、正義が実現されるということを明らかにした。信義則は、ボトム・アップ思考とトップ・ダウン思考のバランスを保つ際に、さらに大きな包括的メタ概念として存在し、両方の判断基準に入り込んでいるわけである。正義の総合システムにおける波及と汲み上げのメカニズムと「ボトム・アップ」と「トップ・ダウン」の思考との相関関係について、今後さらに研究を進めて行きたい。

調停手続は前述したように、さらに洗練されたものへと進化していかなければならないであろう。そうした意味でも、調停技法を工学的手法で解析する取り組みを紹介したい。筆者は本務先の許可を得て、東京工業大学大学院博士後期課程に2011年4月1日から在籍し（知能システム科学専攻）、コンピュータを用いた「事例を利用した調停者支援システム」実現のための研究に着手している。裁判では、判例という形でデータが集積され公開されている。しかし、調停では一般にはデータは非公開の原則に阻まれ集積・公開されていない。筆者は長年、地方裁判所ならびに簡易裁判所民事調停委員を務め（現在も担当）、各種の調停事例を数多くこなしてきた。裁判所のデータは非公開のため安易に利用できないが、同じ研究仲間が所属するADR機関の了解・協力を得て集積してきたデータを研究・教育用に、個人情報を超えて修正・加工を加えて、知能システム科学の立場から解析し、①調停現場の実用に耐えうる支援システム、さらに②法学教育（学部・大学院）にも役立つ支援システムの開発を目指している。こうした試みが、調停教育の発展の一助になれば望外の喜びである。

引用文献

- [1] 最高裁判所事務総局民事局編『民事調停法逐条解説』（民事裁判資料 98 号）6 頁。
- [2] 小山昇『民事調停法（新版）・法律学全集 38-Ⅱ』（有斐閣，1977 年）119 頁。
- [3] 北見民事調停研究会〔梶村太市著〕「民事調停法規・調停委員規則の逐条解説」判タ別冊 4 号 283 頁。
- [4] 萩原金美「調停対象論序説」（《ミニ・シンポジウム 調停について》）における第三報告）民訴雑誌 32 号 196・197 頁。
- [5] 小山，前掲書，119 頁以下。梶村太市＝深沢利一〔〔新版〕和解・調停の実務〕（新日本法規出版，2001 年）197 頁以下。
- [6] 小山，前掲書，121 頁はこれを「調停事件適格」の問題とする。
- [7] 石川明＝梶村太市編『注解 民事調停法〔民事調停規則〕【改訂】』（青林書院，1993 年）〔萩原金美〕57 頁。
- [8] 経済産業省（著作）・（社）日本商事仲裁協会ならびに日本仲裁人協会「調停人養成教材作成委員会」（制作）『調停人養成教材・基礎編』（2004 年度版）4 頁。
- [9] 梶村＝深沢，前掲書，131-136 頁。
- [10] 川島武宜『民法総則』（法律学全集 17）（有斐閣，1965 年）25 頁。
- [11] 小山，前掲書，105 頁以下。
- [12] 三ヶ月章「紛争解決規範の多重構造」法学協会編『法学協会百周年記念論文集（第 1 巻）』（有斐閣，1983 年）469 頁。
- [13] 梶村＝深沢，前掲書，134-136 頁。
- [14] 小島武司「民事調停における国民の参加」別冊判タ 4 号 37 頁。
- [15] 平田勇人「民事調停のあり方について一法乖離型と法志向型の対立をめぐって」小島武司編『ADR の実際と理論Ⅱ〔日本比較法研究所研究叢書 68〕』（中央大学出版部，2005 年）179-213 頁。
- [16] 条理は，裁判規範としては補充的なものにすぎないという場合，実定法は基本的価値体系という氷山の一角に過ぎないことを指しているものであり，現行法と離れた価値体系を示す条理が調停規範になるのではないといえよう。民事調停においては，裁判規範としては氷山の水面下にある価値規範が，水面上に出てきているに過ぎないのである。
- [17] 梶村＝深沢，前掲書，136-138 頁。

民事調停の基層にあるもの

- [18] 梶村＝深沢、前掲書、139-143頁。
- [19] 梶村＝深沢、前掲書、143頁。
- [20] 梶村＝深沢、前掲書、143-145頁。
- [21] 大塚正之判事「日本における家事事件処理手続と裁判官・調査官・調停委員等の役割～離婚及び子の監護を中心として～」日本家族《社会と法》学会第21回学術大会レジュメ（2004年11月）（http://www.geocities.jp/nihon_kazoku/otuka.pdf）。
- [22] 佐々木吉男『増補調停制度の研究』（法律文化社、1974年）122-124頁、127頁。
- [23] 小山、前掲書、52-61頁。
- [24] 萩原、前掲『注解 民事調停法』53-55頁。
- [25] 梶村＝深沢、前掲書、146-152頁。
- [26] 小島武司「民事調停の存在理由」石川明＝梶村太市編『民事調停法〔現代実務法律講座〕』（青林書院、1985年）18-19頁。
- [27] 経済産業省＝調停人養成教材作成委員会、前掲書、8頁を参照。
- [28] 小島武司「仲裁 ADR 法の将来展望（序説）—基礎法理と制度戦略の方向転換を目指して—」『仲裁と ADR』（仮）創刊準備号（2005年）17頁。
- [29] 小島、前掲「仲裁 ADR 法の将来展望（序説）」17頁。
- [30] 小島、前掲「仲裁 ADR 法の将来展望（序説）」17頁。
- [31] 小島、前掲「仲裁 ADR 法の将来展望（序説）」17頁。
- [32] 小島、前掲「仲裁 ADR 法の将来展望（序説）」17頁。
- [33] 経済産業省＝調停人養成教材作成委員会、前掲書。
- [34] ロジャー・フィッシャー／ウィリアム・ユーリー／ブルース・パットン著、金山宣夫／浅井和子訳『新版ハーバード流交渉術』（TBSブリタニカ、1998年）88頁を基にして、経済産業省＝調停人養成教材作成委員会の前掲『調停人養成教材・基礎編』11頁でも用いられている。
- [35] 小島武司、特集「裁判外紛争処理制度」公害等調整委員会広報誌・ちょうせい14号（1998年）4頁。
- [36] 小島武司「紛争処理制度の全体構造」新堂幸司編集代表『講座 民事訴訟 ① 民事紛争と訴訟』（弘文堂、1984年）355-380頁。小島武司「正義のシステム」『民事訴訟の基礎法理』（有斐閣、1988年）115-123頁。
- [37] 小島、前掲「仲裁 ADR 法の将来展望（序説）」18頁。
- [38] 小島、前掲「仲裁 ADR 法の将来展望（序説）」18頁。

- [39] 小島, 前掲「仲裁 ADR 法の将来展望 (序説)」18 頁。
- [40] 小島武司「正義へのユビキタス・アクセス」司法制度改革と先端テクノロジー 第 1 回シンポジウム資料 (2003 年) <http://www.legaltech.jp/ppt1a.pdf>
- [41] 小島, 前掲「仲裁 ADR 法の将来展望 (序説)」16 頁。
- [42] 小島, 前掲「仲裁 ADR 法の将来展望 (序説)」16・17 頁。
- [43] 小島, 前掲「仲裁 ADR 法の将来展望 (序説)」18 頁。
- [44] フラシス・ガリー著 (田邊誠訳)「知的財産権紛争の仲裁および調停による解決」(日本工業所有権法学会第 20 回記念シンポジウム講演原稿, 1996, <http://www.kclcr.or.jp/japanese/law/wipo/gurry.htm>)
- [45] P. カラマンドレイ・小島武司＝森征一訳『訴訟と民主主義』(中央大学出版部, 1976 年) 65 頁。
- [46] 判例体系 ID28090857, 訟務月報 50 巻 3 号 927 頁。
- [47] 小島, 前掲「仲裁 ADR 法の将来展望 (序説)」13 頁。
- [48] 小島, 前掲「仲裁 ADR 法の将来展望 (序説)」13・14 頁。
- [49] 平田勇人「トビク的思考の観点からの信義則の法解釈学的考察」名古屋大学法政論集 207 号 (2005 年) 47-94 頁。

参考文献

- ・小島武司編著「ADR の実際と理論Ⅰ」(日本比較法研究所研究叢書(62)中央大学出版部, 2003 年)。
- ・小島武司編著「ADR の実際と理論Ⅱ」(日本比較法研究所研究叢書(68)中央大学出版部, 2005 年)。
- ・植木哲編著「医療裁判から医療 ADR へ～動き始めた新たな医療紛争処理システム」(ぎょうせい, 2011 年)
- ・石川明著「調停法学のすすめ—ADR 私論—」(信山社, 1999 年)
- ・仲裁 ADR 法学会誌「仲裁と ADR (第 5 号)」(商事法務, 2010 年)