

〔論 説〕

弁論兼和解から弁論準備手続への移行を回顧する

—平成3年10月の東北法学会における講演録から—

塚 原 朋 一

- I はじめに（講演録の紹介に先立って）
- II 問題点の所在と視点
- III 弁論兼和解の系譜
 - 1 昭和40年代後半の民事訴訟の実情
 - 2 昭和50年から53年ころのささやかな体験
 - 3 昭和53年から56年の東京地裁民事部での弁論兼和解の試行
 - 4 弁論兼和解の出現とその理論的な背景
 - 5 弁論兼和解のネーミング
 - 6 昭和53年ないし55年ころの弁論兼和解の実際
 - 7 弁論兼和解の具体的な成果
 - 8 弁論兼和解の期日における代理人の反応の実際
- IV 昭和60年ころ以降の弁論兼和解の状況
- V 実務家のさらなる努力と学者による後方支援
 - 1 実務家による論稿の雑誌などへの公表
 - 2 学者による理論的な後方支援
- VI 弁論兼和解の手続法上の問題点
 - 1 弁論兼和解によって行われる手続等の実際
 - 2 弁論兼和解における当事者の訴訟活動に対する規律の存否
 - 3 実務家の問題認識の芽生えと反省
- VII 弁論兼和解の法制化上の問題点
 - 1 弁論兼和解の無制限な認知は立法的に可能か
 - 2 弁論兼和解で行えない手続の設定
- VIII 講演を終わるに当たって
- IX むすびに代えて（講演録の紹介を終えて）
 - 1 法改正直前における実務の状況
 - 2 新民訴法施行直後における実務の状況
 - 3 新民訴法施行後10年を迎えて

I はじめに（講演録の紹介に先立って）

これから紹介するのは、今から20年近くも前である平成3年10月19日、私が東北大学法学部構内で開催された東北法学会の定期大会において講演した際に準備した原稿（原稿に基づいて講演しているのので、以下「講演録」ともいう。ただし、質疑応答部分は省略した）であり、これを基本的にはそのまま紹介させていただくものである。

私は、昭和45年4月、判事補に任官して以来、主として民事裁判を手がけてきた裁判官であり、平成22年8月に退官するまでの裁判官人生の大半を民事裁判運営の改革改善に力を注いできた。そうした私の民事裁判運営の改革改善の経緯及び結果については、これから紹介する講演録中にも登場するように、昭和56年5月、「ドイツ民事裁判審理方式とそのわが国実務への応用」¹⁾として公表した。その内容は、要するに、弁論兼和解（同論文では未だ弁論兼和解の名称がないため「実質的口頭弁論」と称されている）の目的は真相の早期究明の一点に尽きるとして、弁論兼和解を積極的に推奨する立場から、自ら実践した審理方式を全面的に肯定して紹介しており、正直のところ、交互面接方式を随時取り混ぜることを当然のように是認しており、弁論兼和解に対する手続法的な視点からの批判的な考察を欠いていた。

その後、私は、平成3年4月、仙台地裁第1民事部の裁判長として赴任したが、赴任するに当たって、上司からは、仙台地裁の民事裁判の運営改善等の一翼を担うことを負託された。仙台地裁では、東京地裁のような大規模裁判所とは違い、弁護士会や大学との各種の連携や協調が必要とされ、民事裁判の効率的な運営という視点だけではなく、手続法上の適正という視点も決して軽視できないものがあつた。私は、弁論兼和解の重要な要素として、効率性のほかに、手続法上の適正という要請を否が応にも受け容れざるを得なかった。

そのような時期である平成3年10月19日、法曹三者及び学者の研究会である「東北法学会」の定期大会が開催され、私は、「弁論兼和解の系譜及び現状と

¹⁾ 塚原朋一「ドイツ民事裁判審理方式とそのわが国実務への応用」法支46号66頁(1981年)。

その法制化への展望」と題して質疑応答を含めて1時間の講演を行った²⁾。これから、II以下に掲載するのは、その講演録である。講演の内容は、その当時の時代状況及び一地方都市における民事訴訟改革の微妙な一面を想像させるものがあり、Law&Practice編集委員のご理解とご協力を得て、そのほぼ全文を掲載させていただいた。また、この講演録自体には、その性格上、当然のことながら、参照すべき文献等の注記がなく、旧法時代の状況をよく知らない読者にはよく分からないところがあったので、そのような読者の便宜を考え、編集に携わった村上重喜央君が、新民訴法施行後の文献を含め、関係する文献を改めて渉猟して、詳細な脚注を付してくれた。もともと弁護士や大学教員を対象とした講演であったので、実務の経験のないロースクールの学生には理解困難なところがあったが、これによってかなり理解しやすくなった³⁾。

この講演内容の骨子は、弁論兼和解が法制化されたときは、公正な手続規定と公正な運用が必要であり、特に、弁論兼和解における交互面接方式の謙抑を訴えるものである。その背景としては、こと仙台については、弁論兼和解の手続として交互面接方式を積極的に推奨することが憚られ、当時の仙台の多くの弁護士の間では、民事裁判の改革、特にその中核である弁論兼和解の審理方式に対する批判的な空気が強かったという事情もある。

この講演の5年後に、現在の新民訴法が制定され、その2年後の平成10年1月1日から施行され、私は、その前後の5年間、東京地裁民事第23部の裁判長として、新民訴法の広報、施行と運用の指針作りなどの衝に当たった。施行前後に裁判所と弁護士会との間で最も熱っぽく議論されたのが交互面接方式による弁論準備の運用の当否という問題であった。

そして、平成11年6月、私は、民事第1審の現場から離れた（退官前の最後の8年間は知的財産権訴訟という特殊性の高い分野を専門的に担当したため、その後は、一般民

²⁾ 講演の骨子は、塚原朋一「弁論兼和解の系譜及び現状とその法制化への展望」東北法学会々報10号3頁以下（1992年）に掲載されている。

³⁾ なお、学生向けに和解について詳論するものとして、伊藤真ほか『民事訴訟法の論争』201頁以下（有斐閣、2007年）参照。また、筆者の講演当時における民事訴訟法学会の雰囲気や、白熱した議論が展開されているものとして、井上治典=高橋宏志編『エキサイティング民事訴訟法』67頁以下〔青山善充〕（有斐閣、1993年）参照。そして、本稿を読むにあたっての予備知識として、訴訟上の和解が有する手続規律の問題として①対審保障、②公開の保障、③和解手続の開始終了の時期、④和解手続における証拠法則の適用、⑤手続記録の問題があり、内容規律の問題として法律・事実に関する当事者への情報供与の問題がある、山本和彦「決定内容における合意の問題」民訴43巻135頁以下（1997年）参照。

事訴訟の運営には、距離をおいて、しかも、やや斜視的に観察することとなった)。今から3年前に、新民訴法施行後10年を経過し、施行10周年を記念するいくつかの催事が企画され、その中には、講演録の紹介のあとに、IXとして「むすびに代えて」で掲記したように、施行後の10年間の運用状況を回顧する座談会や講演などもあり、私が直接関与しなくなった時期を含めた運用状況を知る機会に浴した。そうした情報に接して思うことは、弁論兼和解の時代に問題になった交互面接方式の可否をめぐって先祖返りのような運用が大勢を占めつつあるということへの驚きである。

そこで、この弁論準備手続における交互面接方式の可否の問題については、講演録の紹介のあとに、IXにおいて、この2、3年、どのような議論がされ、現在、どのような運用が行われているかについて、上述の施行開始前後における裁判官と弁護士との議論状況を振り返り、併せて、今後のあるべき姿を念頭に浮かべながら、若干の卑見を述べることにしたい。

II 問題点の所在と視点

ただいま、ご紹介をいただきました、仙台地方裁判所第1民事部で部総括裁判官をしております塚原でございます。本日は、「弁論兼和解の系譜及び現状とその法制化への展望」と題しまして、弁論兼和解について、お話をさせていただきます。

弁論兼和解については、それが有用であることについては実務家⁴⁾が、それが適法であることについては民訴学者⁵⁾が、詳細に論じてきており、さらに論ずる余地はないかのようにも思われます。しかしながら、それは、弁論兼和解が対席方式で行われることを前提にして論じられているように思います。私は、民事訴訟が対席方式、すなわち、双方当事人公開方式で行われる以上、たとえそ

⁴⁾ たとえば、廣田尚久「代理人からみた和解兼弁論」「交渉と法」研究会編『裁判内交渉の論理』66頁以下(商事法務研究会, 1993年)参照。近時のものとして、北秀昭「民事訴訟法改正後の弁論準備手続のなかの和解のあり方」ジュリ1266号176頁(2004年)。

⁵⁾ 中野貞一郎「手続法の継受と実務の継受」『民事手続の現在問題』64頁以下(判例タイムズ社, 1989年), 鈴木正裕「『弁論兼和解』方式について」民訴36号1頁以下(1990年)参照。

れが一般非公開の場所で行われようと、実質的な違法性はないと考えています⁶⁾。もちろん、憲法 82 条の一般公開の原則の観点から、当事者公開方式による口頭弁論期日の合憲性を理論的にいかに根拠付けるかの問題については、その難しさを十分に心得ているつもりですが、その問題については、今や合憲性、適法性を誰しも承認し、その結論を理論的にどう説明するかが課題になっているにすぎない⁷⁾ので、今日のお話では、この問題については、以下立ち入らないこととします⁸⁾。

以下において、主として問題としたいのは、個別方式による弁論兼和解の違法性の問題、これと裏腹の関係に立つ弁論兼和解における心証形成の問題です。

Ⅲ 弁論兼和解の系譜⁹⁾

1 昭和 40 年代後半の民事訴訟の実情

私自身は、昭和 43 年に司法修習生に採用され（実務修習地は東京）、昭和 45 年に判事補に任官している（大阪地裁）ため、それ以前の民事訴訟の実情については、伝聞やわずかな文献等で知る程度であります。昭和 40 年代後半の時期は、伝統的な審理から新しい審理への変動の時期であり、各裁判官によってかなり異なっていた時代でもありました。ある型の裁判官は口頭弁論期日を書面の提

⁶⁾ 鈴木・前掲注 5) 4 頁、上原敏夫「弁論兼和解方式をめぐる論点の整理」民訴 37 号 71 頁（1991 年）、高橋宏志「民事訴訟法改正と弁論兼和解」判タ 847 号 31 頁以下（1994 年）参照。岩佐善巳ほか「民事訴訟のプラクティスに関する研究」司法研究報告書 40 輯 1 号 102-103 頁（1988 年）によると、全国の裁判官のうち、弁論兼和解に賛成が 94%、弁論公開の要請に反するとして反対が 4%、その他の理由で反対が 2%とされている。弁論兼和解の立法化については、立法化に賛成が 39%、弁論公開の要請に反するとして反対が 4%、時期尚早として反対が 57%とされている。他方、当時の弁論兼和解を不適法とするものとして、中野貞一郎ほか「民事訴訟法の改正に向けて」民訴 39 号 133 頁以下〔松本博之発言〕（1993 年）参照。なお、太田勝造「実態調査からみた和解兼弁論（弁論兼和解）」「交渉と法」研究会編『裁判内交渉の論理』36 頁以下（商事法務研究会、1993 年）では、弁論兼和解に対する当事者本人の満足度を調査し、弁論兼和解が当事者に無批判に受け容れられているわけではないという。

⁷⁾ 鈴木・前掲注 5) 2 頁、加藤新太郎『手続裁量論』41 頁以下（弘文堂、1996 年）参照。

⁸⁾ なお、菅原郁夫「紛争心理学と和解兼弁論」「交渉と法」研究会編『裁判内交渉の論理』1 頁以下（商事法務研究会、1993 年）は、公開と非公開の場合とで裁判官・弁護士・当事者に与える心理的影響等を分析している。

⁹⁾ 近時までの和解実務の変遷を示すものとして、草野芳郎「訴訟上の和解に対する裁判官の意識および和解実務の変遷」仲裁と ADR2 号 30 頁（2007 年）。

出・交換の場とし、裁判官はその書面を自宅の机上で検討し、釈明すべき点があれば、次の期日でこれを釈明し、その結果は調書にとり、というものでした。そのような裁判官は、多くの場合、法廷で自己の見解を開示することはなく、ましてや事件の最終結論について心証の開示をすることはありませんでした。損害賠償請求事件で、責任は否定されるとの心証形成をした場合であっても、原告が損害を立証するのを容認し、これを終えたうえで、はじめて結審し、請求棄却の判決をしていました。和解勧試も原則として職権では行わないで、当事者の申立てがあった場合に限って行い、しかも、相手方がこれに同意しないときは、和解手続に入りませんでした。私が1年目についた裁判長は、この型に属する裁判官でした。当時大阪地裁でそのような裁判官がどの程度いたかはわかりませんが、多数派であったという印象をもっておりました。

2年目についた裁判長の奥村正策判事は、法廷でよく釈明をし、しかも、その結果を必ずしも調書に記載せず、準備書面に記載された事実の背景的な事情や、判決起案に必ずしも関係のない事情についても、説明を求め、紛争の全体像の究明を最も重視しておられました。ただ、心証の開示をすることはなく(ただし、受け手がよく考えれば結論を推測できないではありませんでしたが、少なくとも明示的な言い方はもちろん、言質を取られるような言い方はしませんでした)、この点においては、奥村判事は、伝統的な裁判官像を維持していたように思います。もともと、損害賠償請求事件で、責任がないという心証を得たときは、その段階で合議をし、損害の立証をしたいという原告の反対を押し切って、結審しておりました。そして、実によく和解勧試をしたのです。しかも、和解の成立だけが目的ではありませんでした。「和解ができなくとも、事案を知るうえで、和解がよい。古い事件は、記録を克明に読むよりも、簡単にどんな事案かを分かる程度に読んだら、和解を勧試して、当事者の話しを直接聞いたほうが能率がよい。そのうえで、もう一度、記録を精読するのがよい」というのが口癖でした。そのとき、私は、和解手続で、事案の真相を知るという点について、妙な感じ、あるいは、違和感を覚えておりました。なお、奥村判事のその手続は、基本的に個別面接方式でした。その当時、奥村判事に限らず、相当数の民事裁判官には、既に、和解勧試をすると、少なくとも、結果として、事案の真相が分かるという経験、

発想があったようです¹⁰⁾。したがって、当時、弁論兼和解の萌芽のようなものは、既に、存在していたように思います。

この昭和40年代の後半は、民事事件が大都市を中心に激増し、かつ、その難易度が上昇し、伝統的な審理方法では、通常の裁判官の事件処理能力を超えるようになり、勢い、口頭弁論の実質化、充実化、活性化の方向へ、進み始めた時期であります¹¹⁾。裁判官の意識も、「和解を頻繁に利用する裁判官は、判決の書けないダメな裁判官である」と言われた¹²⁾時代から、「和解も判決もできる裁判官こそが、能力のある裁判官である」と言われ始めた¹³⁾ころです。そして、奥村判事のような裁判官が少しずつながら増加しておりました。

私の民事裁判官としての課題解決の発想は、この奥村判事の「和解勧試こそ真相解明への近道」という考えに大きく影響を受けております。その後、私は、昭和48年6月から1年間ドイツの裁判所に派遣され、ドイツの裁判実務を見分ける機会に恵まれ、ドイツ流の審理に大きな感銘を受けて、帰国しました。帰国してから、木川統一郎先生がドイツの迅速な裁判運営を紹介された多くの論稿¹⁴⁾を改めて精読し、自分の実践的な審理システムを組み立てることを考えるよ

¹⁰⁾ なお、時代は下るが、弁論兼和解が争点「整理」ではなく争点「理解」に資することに言及するものとして、井上治典ほか「小田耕治判事・松尾真一書記官に聞く」井上正三ほか編『対話型審理』211頁以下〔小田耕治発言〕（信山社、1996年）参照。

¹¹⁾ 太田知行=穂積忠夫「紛争解決方法としての訴訟上の和解」潮見俊隆=渡辺洋三編『法社会学の現代的課題』10頁（岩波書店、1971年）、同「訴訟上の和解」川島武宜編『法社会学講座6 紛争解決と法2』115頁（岩波書店、1972年）によれば、当時の時点で非常に多数の事件が和解で終了していることを指摘している。

¹²⁾ 裁判官が和解を積極的に行うことに反対するものとして、たとえば、遠藤誠「憂うべき和解調停の盛況」法時33巻4号80頁以下（1961年）、家近正直「弁護士からみた民事裁判（その一）」大野正男ほか『現代社会と弁護士』119頁以下（判例タイムズ社、1971年）、石川明「和解裁判官と訴訟裁判官の役割衝突」判タ525号74頁（1984年）参照。なお、ドイツにおいては、裁判所が当事者の主張に対する法的な検討を経ないで和解を勧めることはしないこと、和解における説得であっても、裁判所が交互説得方式をとることは不公正と考えられていたことなどを指摘するものとして、木川統一郎「西ドイツにおける集中証拠調べとその準備（4）」判タ489号20頁以下（1983年）参照。

¹³⁾ 裁判官が和解を行うことに積極的な態度を示すものとして、たとえば、武藤春光「民事訴訟における訴訟指揮について」司研56号94頁以下（1975年）、大石忠生・加藤新太郎「訴訟上の和解の位置づけ」後藤勇ほか『訴訟上の和解の理論と実務』22頁以下（1987年）参照。

¹⁴⁾ 木川統一郎『民事訴訟政策序説』（有斐閣、1968年）に所収されている次の論文、すなわち、同「学としての民事訴訟政策の必要」3頁（初出1964年）、同「釈明と和解の勧試」41頁（初出1965年）、同「独仏民事法廷の諸相」59頁（初出1966年）と、木川統一郎『比較民事訴訟政策の研究』（有斐閣、1972年）に所収されている、同「西ドイツにおける口頭弁論集中への努力」73頁（初出1971年）を指す。

うになりました。今にして思うと、なぜ、木川先生の論稿がもっと日本の実務家、あるいは学者に読まれていなかったのか、なぜ、宮崎公男判事が司法研修所論集¹⁵⁾でドイツの民事裁判の実情を紹介するようになって、やっと、日本の裁判実務で、ドイツの審理方式がもて囃されるようになったのか、私は、とても不思議でたまりませんでした。

2 昭和50年から53年ころのささやかな体験

その後、私は、3年間、山形県米沢市の小さな裁判所で、民事訴訟の単独事件を担当するようになり、私個人にとっては種々の試みを実践できる場を与えられました。ただ、事件数が少ないうえ、争訟性の高い訴訟事件を含むほとんど全件について和解で解決することができたため、口頭弁論の充実化という要請は切実なものではなく、どの事件も、丁寧な口頭弁論と、時間をふんだんに注ぎ込んだ和解手続が中心で、人証さえもほとんどありませんでした。そのため、後日、改めて考えてみれば、実際上は弁論兼和解を実践していたのですが、自分としては、弁論兼和解をしているという意識はありませんでした。自分専用の単独法廷と和解室があり、立会書記官だけは開廷日時以外では確保できませんでしたが、何曜日でも、また、何時でも、期日の実施が可能でした。法廷での弁論も和やかであり、法廷のすぐ横が和解室であり、法廷から和解室にすぐ行けたし、和解室から法廷にもすぐ戻れました。いわば、物理的な構造上、弁論兼和解が自然にできたのです。

米沢での経験からは、すべての事件は、第1回口頭弁論期日を除き、和解勧誘を続けながら進行すれば、特別なことがなければ、和解が成立するというものでした。実際に、人証を実施した事件は年に10件程度であり、対席判決をして控訴が提起された事件は、3年間にわずか1件でした。

3 昭和53年から56年の東京地裁民事部での弁論兼和解の試行

東京地裁の民事通常部で、右陪席裁判官として民事訴訟の単独事件を担当し、質・量ともに恵まれた事件を素材に、バラエティーに富んだ資質の弁護士を相手にし、自分の考えた審理方式を実践することができました(その結果については、

¹⁵⁾ 宮崎公男「シュトゥットガルト方式と東京地裁民事通常部での若干の実務経験」司研67号84頁(1981年)。

その昭和56年2月の最も忙しい時期に「ドイツ民事裁判審理方式とそのわが国実務への応用」と題して公表しました¹⁶⁾。

この時期は、極めて多忙でした。それまでのような審理方法を取り、伝統的な判決書を作成して、毎月25件、年間300件の事件を処理することは、実に大変なことでありました。一部の欠席判決や自白判決などの人証を要しない事件の存在を考慮に入れても、争いのあるすべての事件について、人証を実施したうえで和解勧試をすることは困難であり、ましてや、和解を勧試しないで全件判決をすることは全く不可能でした。要するに、弁論兼和解の役割は、できる限り、人証を実施する事件を減らし、そのために、人証実施前に和解を勧試し、そこで事件の見通しを立て、できる限り和解を成立させ、また、和解が不成立で終わっても、その手続で争点を減らし、人証実施の数及び時間を縮小化するということでありました。人証実施をしないで暫定的な心証を形成し、しかも、そのような暫定的な心証を用いて和解の説得の材料にするという、それまでタブー¹⁷⁾といわれていたことに挑戦したのです。

そこで、私は、あのドイツ式の口頭弁論はできないとしても、日本の実情に合った日本式の審理方式はできないものかと思い、「実質的口頭弁論」と私自身が仮称した審理方式を思い立ち、これを実行に移していったのでした。それは、苦し紛れの窮余の策でもありました。上述の論文で、私は、次のように書いています。

必要があるときは、第二回期日以降に本人、関係者を出頭させたうえでの口頭弁論期日を30分ないし60分程度の時間を予定して指定すべきである。私は、これを実質的口頭弁論と称して、原則的に半数位の事件について行った。……場所は空いている法廷（または当事者の同意を得て準備室等）を利用し、書記官を在廷させず、裁判官も法服を着用せず、法壇から降りて行った。目的は、ドイツでは法廷にあって法壇上の裁判官が主宰して行う激烈な論争を日本式に膝を交えて和やかな雰囲気のもとに、場合によっては調停和解式に他方当事者を退廷さ

¹⁶⁾ 塚原・前掲注1) 66頁以下参照。

¹⁷⁾ 立証前の心証開示によって生じる問題の具体例として、小島武司ほか「『和解』（一）」法支41号111頁〔清水利亮発言〕（1976年）。

せたりなどして、実質的弁論を行うということである。(塚原・前掲注
1) 79-80 頁)

この論文は、東京地裁3年間の最後の時期に、上述したようにごく短期間で、一気に書き上げたものであり、この方式の成功や、そうした自分に、私は少し酔っていたように思っています。後に触れますように、私は、この方式を採用実施し始めたころは、その違法性を気にして、かなりの後ろめたさをおぼえておりましたが、その積極的な効用に、いつのまにか、物事を客観的に見る目、というか、問題点を感じる心を奪われ、同僚の他の裁判官にその効用のみを説くようになっていたのではないかと、と思います。

東京地裁で、私がある程度弁論兼和解を意識し始めたのは昭和54年初頭のころであり、弁論兼和解が東京地裁の裁判官の間に自然発生的に行われ始めたのは、昭和55、6年ころではなかったかと推察されます。しかしながら、いずれにしても、私が東京地裁から千葉地裁に異動した昭和56年4月のころは、まだ一般的でなかったと思います。

以上のように、この方式は、洪水のように激増する民事事件を前にして、従来のような方法では、もはや賄えきれなくなって、案出された窮余の策であった面を否定することはできないものと考えます。

4 弁論兼和解の出現とその理論的な背景

ここで、やや観点を変えて、弁論兼和解の出現とわが国のそれまでの実務との関係、ドイツの審理方式による影響などについて、触れておきます。弁論兼和解は、わが国の伝統的な審理方法の自然的・連続的な発展というべきか、それとも、画期的・不連続的な発展というべきか、結論からいえば、私の実践した弁論兼和解は、ドイツ型と日本流の複合型であり、日本型の和解における交互面接方式の準備手続への転用であります。この転用は非連続なものと理解できるものと考えられます。前にも述べましたように、奥村判事のような和解重視型の審理方式をそのまま発展させても、訴え提起後の極めて早い時期に、裁判官が暫定的な心証を示しながら、強力なリードをとるやり方にまでは進展しなかったのではないかと考えることができるからです。

また、他方、ドイツの審理方式、特にシュトットガルト方式、その立法化で

ある簡素化法などの審理方式による影響も否定できません。しかしながら、弁論兼和解と、ドイツのたとえば主要期日における審理とでは、共通しない部分が多くあります。われわれ実務家がドイツから学んだものは、口頭弁論期日の充実化及びこれと密接不可分の関係にある心証の随時開示方式であり、それは要するに、裁判官は、勇気をもって、訴訟の進展に応じ随時暫定的な自分の意見、考え、見通しなどの心証を率直に開示し、そのうえで、当事者と審理の進行などについて議論をするということでもあります。

すなわち、心証の随時開示によるリードという点では、ドイツと日本では共通性がありますが、法廷という広い空間における双方の代理人と裁判官の三者による活発な議論か、四畳半のような狭い空間における裁判官と代理人との個別的な優しい対話か、という点では、大きな違いがあります。

5 弁論兼和解のネーミング

私は、上述したように、昭和 56 年 4 月に千葉地裁に転勤し、千葉地裁では、当時、訴訟事件以上に激増した不動産執行事件、各種の倒産事件等の処理方法の策定と実行に当たったため、担当する訴訟事件はわずか週 1 開廷であり、その審理については、東京地裁で自ら実践した弁論兼和解方式以上には発展させることはありませんでした。そして、2 年後に最高裁調査官に転出し、その後の 5 年間は第 1 審における民事裁判の審理方式には全く関心がないまま、推移しました。昭和 60 年ころ以降、弁論兼和解ということばが雑誌に登場したことぐらいのことは気付いていましたが、それがどんなものであるかは知りませんでした。

弁論兼和解のネーミングは、宮崎判事らによって昭和 56 年暮れまでに使用されるようになったようですが¹⁸⁾、そのネーミングの学会へのデビューは昭和 58 年の三宅判事の学会報告¹⁹⁾であったといわれています²⁰⁾。私は、この弁論兼和解というネーミングがその実態を最もよく表し、そして、それがゆえに、最もよくその効用を発揮し、そして、それがゆえに、様々な問題を胚胎したように思います。要するに、弁論手続と和解手続との区別の問題を曖昧にした、又は曖昧

¹⁸⁾ 宮崎・前掲注 15) 104 頁参照。

¹⁹⁾ 三宅弘人「報告④」民訴 30 号 130 頁（1984 年）。

²⁰⁾ 竹下守夫ほか「訴訟促進・審理の充実問題の展開方向」ジュリ 914 号 21 頁〔加藤和夫発言〕（1988 年）。

味にできるネーミングでありました。

6 昭和 53 年ないし 55 年ころの弁論兼和解の実際

ここで、私が実践した弁論兼和解の運用の実際を改めて紹介しておきます。弁論兼和解の初期のころについては、他の裁判官がどのような訴訟運営をしているかは分かりませんでした。親しい裁判官同士、朝夕の送迎バスの中で話すといった形で、すなわち、ロコミでお互いの情報を交換しておりました。したがって、以下述べることは、自分の経験を別にすると、限られた情報に基づく推測になります。まず、弁論兼和解に回すのにどんな事件が適するかですが、初期のころは、事案複雑、計算関係のある事件、帳簿・伝票などの書証の多い事件などに、かなりの程度限られていたように思います。その理由は、弁論兼和解の実施がまだ一般化していなかったため、裁判官が、次回期日を弁論兼和解で進行しようとしても、弁論兼和解という便利な名称はなく、その都度説明していたため、全件について弁論兼和解の方法を利用することというのは、實際上、無理だったからです。しかしながら、私としては、弁論兼和解の利用率は、1年目では1、2割程度、2年目では3割程度、そして、3年目では半数近くに達したように思います。他の裁判官の利用率がどうであったかは、不明です²¹⁾。

多数の弁護士が自分の担当事件の弁論に出頭するために法廷の傍聴席に在席して待機している弁論期日において、私が、次回を弁論兼和解に回すときに、実際上どのように説明していたか、を紹介しておきたいと思います。弁論兼和解という一義的なことばがなかったのですから、その内容、目的、方法、場所、書記官の立会なし、などの点について、具体的に説明をしました。双方の顔をみながら、実に色々な言い方をしました。しかしながら、私は、心の中ではやがて和解に移行させるつもり的事件であっても、和解勧誘を暗示するようなことは、意識して避けました。当時、争点も不明な段階で、したがって、当然

²¹⁾ 時代は下るものの、篠原勝美ほか「民事訴訟の新しい審理方法に関する研究」司法研究報告書48輯1号99頁(1996年)によると、全国の裁判官に対するアンケートで、弁論兼和解に付している事件数の総手持事件に対する割合はどれくらいですか、という問いにつき、10%未満との回答が7.0%、10%以上30%未満との回答が49.8%、30%以上50%未満との回答が25.4%、50%以上70%未満との回答が10.3%、70%以上との回答が7.5%とされている。さらに、近時のものとして、民事訴訟実態調査研究会『民事訴訟の計量分析(続)』315頁以下(商事法務、2008年)によると、全地裁における弁論準備手続(弁論兼和解)の実施率は46.2%とされている。この値は、2000年の前期調査よりも上昇しているという(362頁〔山本和彦〕)。

のことながら人証を実施しないで、和解を職権で勧誘することは、それは取りも直さず人証を実施する前に心証を形成することを意味し、即、予断偏見を意味したため、反発が大きかったからです。当事者も、一回の説明で納得して期日を受けた弁護士はごく少数で、「それはどんな手続ですか」、「それは準備手続ですか」、「それは和解ですか」、「本人は連れてくる必要があるのですか、どうして必要なのですか」、「法廷ではないのですか」などなど、数分の時間を要したものです。しかしながら、その場で反対した弁護士はいなかったように記憶しております（弁論兼和解の期日でのやり取りはⅢの8で後述します）。

ここで、弁論兼和解の実際の中身について、改めて言及すると、少なくとも、当初は、純粋な弁論であり、法廷で行われる弁論と形式的に異なるのは、時間が30分ないし60分と長いこと、書記官が立ち会わないこと、裁判官が法服を着ないということなどでした。場所については、法廷を用い裁判官が法壇から降りて行うことが多かったのですが、法廷を用いたのは、物理的に準備室や和解室さえ数が足らなかった時代ですので、やむを得ず法廷を用いたにすぎませんでした。弁論をやっているのに、個別方式をとることは全くありませんでしたし、和解の話に入るときは、「和解がこの段階でもできる可能性が出てきましたので、和解に入りましょうか」と弁論と明確に分離しました。手続法の規律を守るというよりも、当事者からの反発を恐れ、戦々恐々としていたからです。

準備書面の陳述といった形式的な行為は、私は、いつでもできることであったので、むしろさせずに、最終的にまとめて陳述または不陳述とする扱いとしましたが、書証の提出・認否については、膨大な量の書証があるときは、そのための期日でもあり、これを丁寧に行い、その結果は、原則として個々の期日ごとにメモにして、書記官に渡しましたが、そのメモを調書に記載することは、当事者に説明をしました。また、釈明や認否に関する事項について口頭ではつきりと陳述した内容については、当事者の希望・選択により、調書に記載するか、改めて準備書面で主張するか、選択させていました。

7 弁論兼和解の具体的な成果

私としては、かなり顕著な効果があったと自負しています。事件が早期に処理できたというだけでなく、裁判官と当事者ないしその代理人が、間接事実を含む事実関係について争いがない事実と争いがある事実の区別、そして、法

解釈上の見解についても、できる限り広い範囲で共通の認識をもつことができましたし、弁護士が自分の依頼者の前で、相手方や裁判官と、依頼者のために熱のこもった実質的な弁論をする機会があるなど、その活躍の場はかえって強化されたのではないかと、思っておりました。そして、これは、裁判官養成制度のための副次的な効果なのですが、裁判官として、弁論兼和解の際に、争点事項の前提や背景となる業界や取引の実情等にわたって詳細な説明を受けることによって、裁判官として、法解釈論に限らず、広範にわたり種々の知識を消化吸収することができ、同種の事件の理解や審理に大いに資するところがありました。この点は、私の民事裁判官としての成長に大いに資するところがありました。これは、私に限らず、弁論兼和解を行う裁判官に通じる現象であつたらうと推測されます。

わが国の法廷における従来の弁論では、弁護士の生き生きした訴訟活動は証人尋問等の一部の局面に限られていましたが、弁論兼和解の期日では、弁護士がリードして事案の説明、自己の見解・認識を開陳し、そこで、相手方や裁判官とやり取りをするわけですから、私も、裁判官として、事前準備を含めて、緊張感と充実感に満ちたものでありました。私自身が年齢的に若く裁判官として未熟でもあったことから、よく両者の議論に割り込み、熱弁、激論の渦中に入ってしまうことも珍しくありませんでした。

8 弁論兼和解の期日における代理人の反応の実際²²⁾

この点は、重要な問題でありますので、一部繰り返しになりますが、改めて実例を基に考えてみたいと思います。弁論兼和解について、私自身は、双方の同意をとっていたので、違法になるとは思いませんでしたが、問題のある手続であり、後ろめたさを強く感じておりました。そのため、常に当事者に対し弁論兼和解の手続の目的・内容・効果等について説明を尽くし、了解を求めているのです。

弁論兼和解のための期日を指定するときは、まず反対するような代理人はいませんでした。実際に、弁論兼和解の期日が始まると、かなりの頻度で疑問点の指摘、中には単なる素朴な質問にとどまらず、異議や抵抗もありました。

²²⁾ 太田勝造・前掲注6) 16頁以下では、裁判官・弁護士・当事者本人への実態調査が行われており、弁論兼和解に対するそれぞれの態度が見て取れる。

たとえば、裁判官が原告本人の出頭を求め、出頭した原告本人に対しかなり詳細な事実関係に入って争点に関する重要な事情を聴き出した場合に、その場では、その相手方である被告の代理人は、反対尋問的な質問権が保障されていないため、質問を制限すると、被告の代理人から、「一体、どういう手続なのですか」などと不満を言われたこともありました（私は「ここでは原告本人の言い分を主張として聞いているのであって、本人尋問をしているわけではありません」と説明することにしていました）。これとは反対に、原告の代理人が、原告本人が原告側に不利な事実をフライングして言うてしまう場面で、原告本人の発言を制止することがあり、そのような場合には、私は、「では、その点は代理人からお聞きします」とか、「その点は、整理して準備書面で改めて主張してください」と述べ、深追いたないようにしていましたが、事案によっては、真相に攻め入ったこともありました。また、裁判官の指示に反して自己の依頼者を出頭させなかった代理人の方から、その相手方の代理人が出頭した本人から思ったような陳述を引き出したようなときには、「双方の主張も明らかでないこの段階で相手方本人にそのような詳しい尋問に入ることには異議があります」という意見が何件かあったのを覚えております（これに対しては「次回は先生のご本人を出頭させてください。同じように先生の依頼者本人からもお聞きしますから」という対応をするようにしてしていました）。

しかしながら、多くの場合、実に協力的でありました。説明の図面や写真を用意したり、模型を用意したり、輻輳した事項については、分かりやすく図表を作成したりするなど、準備をしてくれ、むしろ、先ほど述べましたように、代理人である弁護士は、依頼者のいるすぐ横で、裁判官に対し依頼者に有利な主張を展開してみせることを喜んでいたようにも感じていました。

また、和解への移行についても、実にすんなり移行し、反対の意見はありませんでした。もっとも、代理人が「この証人だけは調べて下さい」というような強い要望、条件があれば、それを重んじたためであったかもしれません。

IV 昭和 60 年ころ以降の弁論兼和解の状況

その後、私が再び民事訴訟の現場に立ったのは、昭和 63 年 10 月でした。10 年前は右陪席でありましたので、基本的には自分の単独事件を処理していれば

よかったのですが、今度は、自分の単独事件のほかに、合議事件の裁判長も務めました。折しも1か月の事件の新件が30件弱という時代でありました。7年間に、民事裁判は様変わりしていました。弁論兼和解の実施が原則のようにいられていたのです。私には、当初、「弁論兼和解」と言っているものが一体どんな手続であるのか、分かりませんでした。しかしながら、事件処理そのものが忙しく、弁論兼和解がどんなものかについての勉強はできませんでした。結局、既にお話しした右陪席時代の私自身のやり方で審理をしたのですが、どうも私のその審理方式と弁論兼和解とは同じものであることに、まもなく気付きました。

V 実務家のさらなる努力と学者による後方支援

1 実務家による論稿の雑誌などへの公表

私が民事第1審の手続から離れていた時期に、弁論兼和解について実務家からいろいろな形で弁論兼和解の有用性が説かれ、本格的な論稿が雑誌などに度々掲載され、弁論兼和解を認知するかどうかという段階はもう終了していました²³⁾。

裁判実務でも、今述べたように弁論兼和解が重視され、むしろこれが司法行政上のレベルでも、銘柄米で言えば、コシヒカリ、ササニシキなどのように奨励すべき審理方式と扱われるようになっておりました。かつて私が抱いた後ろめたさなどはなくなり、ヤミ米でも異端児でもなくなっていました。法廷でも、弁論兼和解の期日を指定するのに、裁判官は、何ら恥じらいも、ためらいもなく、「今回は弁論兼和解期日です」という一言ですませることができるようになっていました。

²³⁾ 弁論兼和解の存在を前提に和解の技法について詳論するものまで登場していることから明らかである。たとえば、伊藤博「和解勸試の技法と実際」司研73号22頁以下(1985年)参照。

2 学者による理論的な後方支援

そして、何よりも、民訴学者が、実務の動きに合わせて、弁論兼和解の適法性について、準備的口頭弁論であるとか、準備手続であるとか、あるいはそれらのいずれの手続ではないものの民訴法の容認する手続であるとか、工夫していただいて、適法なものとして理論的な光を与えるようになっておりました。中野貞一郎先生²⁴⁾や竹下守夫先生²⁵⁾方のそうした実務への理解の深さ、実務を育てていこうとするその学問的な姿勢は、まことに敬服するものがありました²⁶⁾。

こうした学者からの支援もあり、弁論兼和解は、実務的にも、理論的にも、認知されたのです。問題は、実務の片隅で生まれたころの姿は、まことに控えめで可憐なものでありましたが、その成長が余りにも速く、しかも、逞しくなり過ぎてはいないか、という点であります。

VI 弁論兼和解の手続法上の問題点

1 弁論兼和解によって行われる手続等の実際

まず、弁論兼和解ではすべての種類の手続を行えるという見解が考えられます。実情としても、弁論兼和解でほとんどすべての種類の手続をしているように思われます。準備書面の陳述、書証の提出・認否、証人などの採用決定、主張の口頭認否（調書記載を含む）、和解勧誘と和解成立、弁論終結、ときには例外的ではあるものの本人尋問の実施、何でもあり、といった感じでした。しかも、それが、弁論事項と和解事項との区別なく、むしろ、意識してこれを織り交ぜながら進行することもあり得ます。むしろ、この区別のない点が、弁論兼和解の最大の利点というのが裁判官の本音ではないでしょうか。個別方式であるからこそ、心証開示ができるのだというのが裁判官の本音ではないでしょうか。

これに対し、一部の手続は行えないという謙抑的な見解も出てきました。今、紹介したような見解や運用に対し、実務家側からの反省が生じ²⁷⁾、たとえば、弁

²⁴⁾ 中野・前掲注5) 82頁以下参照。

²⁵⁾ 竹下守夫「民事訴訟の改善と新たな審理モデルの模索」自正40巻8号95頁（1989年）。

²⁶⁾ その他にも、たとえば、小島武司「民事訴訟改革の基本問題」曹時43巻3号1頁以下（1991年）参照。

²⁷⁾ たとえば、那須弘平「民事訴訟促進をめぐる実務家の動向と問題点」民訴35巻57頁以下（1989

論兼和解では終結はできないとか、節目節目の期日は、公開の法廷における口頭弁論期日として指定すべきであるとか、弁論部分と和解部分とはこれを明確に区別し、当事者にもその旨を明らかにして進行すべきである、とかの意見が現れるようになりました。

ここで、私の経験したところに基づいて、一部、反省を込めて、やや具体的な設例を掲げて紹介いたします。

①純粋な弁論事項を相手方不在の席でできるか、という問題(例1)をとり挙げてみます。まず、理論的にはできないはずであり、民訴法をどう解釈しようと、積極説はありえません。ところが、実際には、弁護士側が弁論兼和解の手續に慣れすぎて、弁論部分、すなわち、原告による事案の説明、被告によるそれに対する反論という弁論兼和解の冒頭の手續から、交互面接方式を願い出る弁護士がおり、しかも、こちらが一瞬戸惑っていると、その相手方の弁護士が、裁判所の指示が何らないのに、ごく自然な流れであるかのように、自ら進んで退席してしまう、ということが時々あります。確かに、相手方の在席しない方が説明しやすいことがあります。弁論事項は、相手方の在席する場で行うことに徹すべきであり、私たち日本の法曹は、その方法に習熟すべきであります。

もちろん、例外は何にでもあり、弁論事項でも、離婚事件のように、早い段階から個別方式がよいこともあります。しかしながら、そのような合理的な必要性があるときには、その理由を抽象的にでも説明し、相手方の了解及び裁判官の適切な訴訟指揮を求めるべきであります。弁論事項について、個別方式による弁論が常に可能であるとの意識・発想は、危険であり、捨てるべきであります。

②もう一つ具体的な設例をとり挙げてみます。主張整理段階で勧試された和解において、弁論事項を相手方不在の席でできるか、という問題(例2)であります。弁論部分と和解部分とは截然と分離し、当事者が今そのいずれの手續が行われているかを明確に認識できるようにしなければならないはずです。そして、和解勧試は、紛争の全体像が明らかになった後に、当事者双方にその旨を

年)、同「謙抑的和解論」『民事訴訟と弁護士』193頁以下(信山社、2001年)参照。近時、謙抑的和解論を主張するものとして、たとえば、出井直樹「裁判上の和解をどう考えるべきか」小島武司先生古稀祝賀『民事司法の法理と政策(上巻)』63頁以下(商事法務、2008年)参照。

告知して、ときにはその了解を得て、すべきであります。紛争の全体像が明らかにならないうちに、和解勧試をすることは、裁判官が自ら形成した心証を用いなければよいのですが、紛争の全体像を把握しないで形成した心証を用いるとすれば、良質の和解はできません。弁論兼和解というネーミングは、弁論と和解がいつでも混合してできるかの印象を与えることばであり、こうした意味でも、非常に危険なことばでもあります。

③ここで、別な具体的な設例を挙げてみます。裁判官は、相手方不在の席で釈明権を行使し得るか、という問題（例3）であります。これも理論的には、できないはずであります。私としては、ときにはさせていただいております。たとえば、原告がAという法律構成で500万円の請求をしているとします。その構成では、証拠上ちょっと無理があるが、Bという構成のあることを説明し、やや減額になる300万円の請求を予備的に追加したらどうか、あるいは、交換的に変更してはどうか、という釈明の仕方です。この釈明を相手方のいる席で行うのは、和解が結果的に成立しなかった場合を考えると、いろいろと弊害があると思います。このような場合、手続的には和解を勧試して、その一環として相手方不在の席で行うのが多いのですが、問題は実質の問題であり、形式的にみて手続法上違法はないというのはおかしいというべきです。

④もう一つ、裁判官が当事者の気付いていない法律問題が存すること、すなわち相手方不在の席上で、当該代理人に不利益なものとしてある弁論事項を示して、和解の説得ができるか、という問題（例4）です。実際には、よくあるのですが（とはいっても、仙台地裁に来る前の事例ですが）、債権者である原告が、連帯保証人に対する仮差押えをしているだけであるのに、適切な時効管理の措置を講じないで、主債務者及び連帯保証人に対し、消滅時効の期間経過後に、漫然と売掛代金請求をしている事例（例4-1）、債務者の相続人である被告が、熟慮期間経過後にした相続放棄の受理証明書を提出して相続放棄をしたと主張しているだけであるのに、債権者である原告がそのような相続放棄行為を漫然と常に有効であると考えて敗訴を覚悟している事例（例4-2）などがあります。以上のような事件で、和解勧試をすると、裁判官の想定する判決の結論と和解案に大きな齟齬が出ますが、私としては、ご紹介したような点は、若干、後ろめたさを感じながらも、和解勧試の説得材料に利用させていただいてきました。

以上、私が経験してきた例を紹介しましたが、例3の事例では、被告が消滅

時効の成否の問題に気付き、原告が保証人に対する仮差押えでは時効中断に問題があることに気付き、双方がそれらの問題について弁論を尽くすことが最も望ましいのではないかと、例4の事例では、相続放棄は、家裁が受理したとしても無効な場合があり、地裁ではその点について双方に主張立証を尽くさせるのが本来のあるべき姿なのではないかと、思うと、やはり後ろめたさは感じます。

2 弁論兼和解における当事者の訴訟活動に対する規律の存否

結論としていうと、制度として、現実には存在していないと考えております。現状は、和解手続という名の下に、相手方不在の場で、何を言っても、自由であります。交互面接に切り替わった瞬間に、相手方の根拠のない悪性や誹謗などを始める代理人が残念ながらおります。これに対する規制は、裁判官の資質及び良質な経験によるしかありません。

特に、裁判官が弁論兼和解で実際上心証形成をしてしまうことに対する現実的規制について、検討してみます。ここでいう心証の形成とは、判決を書くときのあの心証の形成ではありません。和解のための心証の形成です²⁸⁾。判決との関係でいえば、単なる見通しであり、和解ないし弁論兼和解で得られた心証によって、これを弁論の全趣旨の一内容として、判決をすることではありません。鈴木正裕先生の論説「『弁論兼和解』方式について」では、この問題について、冒頭で紹介した私の論文を引いて、これとは異なる理解をしておられるようです²⁹⁾。裁判官は、和解でのみ得られた心証を判決の中で独立して（証拠を挙示しないで）用いることはありません³⁰⁾。もしそのようなことをすれば、証拠によらない事実の認定として取消しや破棄の原因となります³¹⁾。

²⁸⁾ なお、争点整理のために共通認識を開示することは心証開示とは異なることを指摘するものとして、加藤新太郎「心証開示」大江忠ほか編『手続裁量とその規律』245頁以下（有斐閣，2005年）参照。

²⁹⁾ 鈴木・前掲注5）24頁の注34。

³⁰⁾ 大江忠「和解の勧誘」大江忠ほか編『手続裁量とその規律』238-239頁（有斐閣，2005年）によると、「和解における当事者の陳述は、直ちに訴訟資料にも証拠資料にもなるものではない」という。

³¹⁾ 同じく、弁論兼和解で得た心証を流用することの問題点を端的に指摘するものとして、たとえば、井上治典ほか「民事訴訟法改正への視点」法時66巻1号45頁〔奈良次郎発言〕（1994年）。

3 実務家の問題認識の芽生えと反省

弁論兼和解の法制化の問題も絡んで、既にVで述べましたように、実務家の間でも、あまりにも融通無碍な弁論兼和解の運用について、反省が始まっています。学者の先生方には、弁論兼和解を推奨するだけではなく、その問題点を指摘することも是非お願いしたいところでもあります。

VII 弁論兼和解の法制化上の問題点

1 弁論兼和解の無制限な認知は立法的に可能か

弁論兼和解は、何でもかんでも、すなわち、交互面接方式でも、当事者非公開でも、できる手続であると仮定すると、何でもできるという手続法は、何ら規律のない手続法を意味しますから、論理上、無制限な弁論兼和解は、法制度としてはあり得ないこととなります。何らかの形で、その中身とともに何らかの規律を伴わないと、いかなる意味でも、立法化することは相当ではありません³²⁾。

2 弁論兼和解で行えない手続の設定

これに対し、弁論兼和解の制限的認知や制度化は、弁論兼和解のメリットの本質、あるいは、大半を喪失することになり、賛成できないという実務家側の対応が考えられます。しかしながら、それは、多かれ少なかれ、基本的に甘受すべきものです。われわれ法曹も、また、生身の人間であり、規律は少ないほうを好む、易きに流れる弱い人間であります。しかし、真相の把握は、単純容易であるとは限りません。思い込み、早合点、誤解は避けられません。人間の弱さ、危うさがあるからこそ、手続法が必要なのです。

相手方のいないところでは、人は、嘘をつきやすい。人間の心証形成は、先手必勝とまでいえないとしても、先行情報にアドバンテージがある場合が少な

³²⁾ 無制限な裁判官の裁量を前提に一定の規律を与える試みとして、加藤新太郎「民事訴訟の運営における手続裁量」新堂古稀『民事訴訟法理論の新たな構築（上巻）』193頁以下（有斐閣、2001年）参照。

くありません。同時面接方式は、手続法の最低限の要請であります³³⁾。もちろん、規則には例外があり、交互面接方式をとったほうがいい場合も、離婚事件のように感情的な対立が激しい事案などのようになくはないのですが³⁴⁾、本来的な形態が何かを肝に銘じるべきであります。

VIII 講演を終わるに当たって

弁論兼和解は、もろ刃の剣であり、種々の長所とともに、短所があります。その長所のみを強調することは、民訴法という手続法の否定であります。したがって、私は、今の弁論兼和解の実務を前提にして、そのまま法制化することは、法律論としてかなり困難であると考えています。

³³⁾ 本来であれば、和解手続も、訴訟法の定める対審手続の一つなのであるから、理論的には、同時面接方式が原則であるはずである。山本和彦「基本的な考え方」大江忠ほか編『手続裁量の規律』27頁以下（有斐閣，2005年）には「和解手続はいわゆる交互方式で行われることが多い。しかし、判決手続の規律を前倒しするとすれば、デフォルト・ルールは対審の保障であるべきだろう」との記載がある。また、少なくとも争点整理は当事者対席で行うべきであると主張するものとして、福永有利ほか「民事訴訟手続に関する改正要綱試案の検討」民商110巻4・5号596頁〔田原睦夫発言〕、同597頁〔山本克己発言〕（1994年）。フェアネスの保障で最も重要なことが当事者の対席である旨指摘するものとして、西口元=小林陸男「『対話型審理』における裁判官と書記官の役割」井上正三ほか編『対話型審理』251頁以下〔西口元発言〕（信山社，1996年）。しかしながら、実際には、和解手続の冒頭と終局場面だけが同時面接方式になっているのが通常である。理論的に説明するとすれば、和解手続も同時対席方式が原則であるが、交互面接方式では不都合な事情がある場合には、双方の同意をもとに、交互面接方式をとることは違法ではない、ということになる。

³⁴⁾ 交互面接方式が効果的な場面として、たとえば、大江忠ほか「民事訴訟審理における裁量の意義とその規律」大江忠ほか編『手続裁量の規律』365頁〔大江忠発言〕（有斐閣，2005年）は、敗訴見込みの依頼者に和解を納得させる手段として裁判官に敗訴見込みであると言っていたが、相手方が在席していると今度は相手方が強気になってしまい困るので、交互面接方式の方がよい場合がある、と指摘する。本稿は、和解手続における説得のノウハウや規律を課題としていないので、詳述しないが、実務上、上記指摘の場合に限らず、和解成立案件の大半は、交互面接方式における説得の積上げに依存している。交互面接方式が理論的に説明しやすいことは当然であるが、個別面談方式において、裁判官が記録をよく検討しないで、誤った心証で説得することの問題を指摘する論者が多いものの、和解手続における説得は、個別面談方式であっても、それほど甘いものではない。自己の不利益な点を突かれた代理人が「それはおかしい」と思いながら安易に和解成立に応ずることはない（必ずやその代理人から厳しい反論を受け激しい議論になるはずである）。裁判官が事件の真相を理解し当事者の立場を理解しないで口先だけで説得できるとする前提で議論することは、個別面談方式と同時面談方式の双方の場合に共通する問題であり、それ自体を問題にすべきであり、個別面談方式のみが有する重大な欠陥ではない。

弁論兼和解は、認知されてから十余年になり、人間でいえば中学生であります。ちょっとわがままになりすぎています。この講演を終わるに当たって申し上げたいことは、弁論兼和解を法制化するかしないかの議論の前に、わがままになりすぎた弁論兼和解の躰をし直すべきであるということでもあります。今からでも決して遅くはありません。

以上、自己反省も込めて、いろいろと勝手なことを申し上げました。ご静聴ありがとうございます。

IX むすびに代えて（講演録の紹介を終えて）

1 法改正直前における実務の状況

今から20年近くも前の講演を紹介させていただいた。そこで、提言した「弁論事項における交互面接方式の謙抑」は、立法後³⁵⁾も実現されていない。むしろ、立法前よりも悪化している。そこで、最後に、その後の経緯及び現状を紹介して、卑見を述べたい。

東京地裁は、弁論兼和解に関する実務の状況について、東京地裁プラクティス第2小委員会の名前で、平成3年4月、「弁論兼和解の運用状況と標準的運用への提言」で、民事通常部所属の裁判官（私もその1人である）に対して平成2年6月に行ったアンケートの結果等と提言を小冊子の形で公にした³⁶⁾。それによると、争点整理目的と和解目的とを区別しているかについて、裁判官の過半が区

³⁵⁾ 旧法から新法への改正と和解との関係につき、草野芳郎「和解」塚原朋一ほか編『新民事訴訟法の理論と実務（下）』163頁以下（ぎょうせい、1997年）参照。そこでは、民事訴訟法の改正により伝統的な弁論兼和解は維持できないと考えるのが素直であるという。同旨のものとして、たとえば、青山善充「争点整理手続の整備」民訴41号96頁（1995年）、小林秀之ほか「民訴改正要綱・民訴法案をめぐって」判タ903号34頁〔加藤新太郎発言〕、同35頁〔河野正憲発言〕（1996年）参照。この座談会では、改正後も弁論兼和解あるいは弁論準備兼和解が残存してもよいと主張する論者もいた（35頁〔春日偉知郎発言〕）。弁論準備兼和解が残存すると強く主張する論者もいた（35頁以下〔倉田卓次発言〕）。

³⁶⁾ この小冊子は、裁判官等への配付資料ではあるが、特に「秘密資料」または「取扱注意」とされておらず、むしろ広報資料として用いられたと記憶している。その内容の一部（アンケートに関する部分等は、集計した数字の羅列であるためか、省略されている）は、東京地方裁判所プラクティス第2小委員会「弁論兼和解の運用状況と標準的運用への提言」民事裁判資料197号1頁以下（最高裁判所事務総局、1991年）に収められている（著者とタイトルは小冊子と同様であるが、民事裁判資料197号は小冊子を一部省略するなどして要約したものとなっている）。

切りを付けていないと答えている実情を紹介したうえ³⁷⁾、争点整理目的と和解目的の混合型の弁論兼和解でも是認されるべきで、このような柔軟な運用は弁論兼和解の特色であり、かつ、利点でもあるとコメントしている³⁸⁾。そのような運用が裁判官にとって便利であることは否定できないが、それが公正な手続といえるかどうかという視点は欠落している。

上記提言では、弁論兼和解に関する公式見解をとりまとめることを目的としたため、さすがに「弁論兼和解の審理は、同時面接を原則とすべきである」としており³⁹⁾、さらに、これに続けて、「当事者のいずれかに異議がある場合には、一方当事者のみとの面接はおよそ避けるべきである」としている⁴⁰⁾が、当事者の異議が任意にされることを前提にしていることは、後述のとおり、問題である。

2 新民訴法施行直後における実務の状況

東京地裁民事部のプラクティス委員会の委員である裁判官 7 名と在京三会の弁護士会の担当委員会の委員である弁護士 10 名余との間で、平成 10 年 10 月 28 日から平成 11 年 3 月 17 日まで 6 回にわたって、「新民事訴訟法・同規則の運用に関する懇談会」という座談会が行われた⁴¹⁾。私も、東京地裁民事部のプラクティス委員会の責任者の 1 人として毎回参加した。その第 3 回で、講演録でもとり挙げた弁論事項について交互面接方式を行うことの問題について、活発な議論が行われている⁴²⁾。裁判所側委員は、混合型の弁論兼和解がその効率性・柔軟性を最もよく発揮するとし、これに対し、弁護士会委員は、2つの手続は異なった手続であり明確に区別をすべきであるとしており、両者、鋭く対立している。興味あることに、その議論には既に新たな手続として「弁論準備兼和解」とい

³⁷⁾ 東京地方裁判所プラクティス第 2 小委員会・前掲注 36) の小冊子 32 頁。

³⁸⁾ 東京地方裁判所プラクティス第 2 小委員会・前掲注 36) の小冊子 82 頁、東京地方裁判所プラクティス第 2 小委員会・前掲注 36) の民事裁判資料 197 号 50 頁。

³⁹⁾ 東京地方裁判所プラクティス第 2 小委員会・前掲注 36) の小冊子 82 頁、東京地方裁判所プラクティス第 2 小委員会・前掲注 36) の民事裁判資料 197 号 50 頁。

⁴⁰⁾ 東京地方裁判所プラクティス第 2 小委員会・前掲注 36) の小冊子 82 頁、東京地方裁判所プラクティス第 2 小委員会・前掲注 36) の民事裁判資料 197 号 51 頁。

⁴¹⁾ その速記録は、判時 1656 号 3 頁以下 (1999 年)、1657 号 3 頁以下 (1999 年)、1660 号 3 頁以下 (1999 年)、1665 号 9 頁以下 (1999 年)、1668 号 16 頁以下 (1999 年)、1669 号 9 頁以下 (1999 年) に掲載されている。

⁴²⁾ 東京地方裁判所ほか「新民事訴訟法・同規則の運用に関する懇談会 (三)」判時 1660 号 6-9 頁参照。

うことばが登場している⁴³⁾。

判例タイムズ 1007 号では、新民訴法施行後約 1 年後に実施された「日弁連・新民訴法の運用に関するアンケート」と題してアンケートの結果を掲載している⁴⁴⁾。争点整理手続と和解手続とが区別されているかという問に対し、105 名のうち、区別されていると答えた弁護士がわずかに 24 名であるのに対し、不明確なときもあるとして区分されていないと答えた弁護士が 73 名に上っている⁴⁵⁾。

3 新民訴法施行後 10 年を迎えて

そして、平成 20 年に、新民訴法施行後 10 年を迎え、その前後に、法律雑誌などで特集記事がいくつか掲載されている。

東京地裁民事部のプラクティス委員会は、平成 19 年 10 月と 11 月に同地裁の民事通常部の 36 か部の裁判官を対象としてアンケートを実施し、その結果は、同委員会第 3 小委員会の名前で、判例タイムズ 1268 号、1269 号、1301 号⁴⁶⁾に解説付きで公表している。それによると、「6 和解勧誘」「(1) 争点整理との手続の区別」と題して、次のとおり解説している。

本アンケートでは、主に弁論準備手続のまま和解のためだけの期日や時間を設けるとの回答が 47.6%、主に弁論準備手続のまま主張整理と併行して和解の話をするとの回答が 47.3%であり、主に和解期日に切り替えるとの回答は 2.4%とごく少数にとどまった。

弁論兼和解に対しては、争点整理と和解の手続の区別が明確になっておらず、裁判所が交互面接方式で和解を進めながら事実上の当事者尋問を行っているとの批判があった。このため、裁判所内においても、

⁴³⁾ 東京地方裁判所ほか・前掲注 42) 6 頁〔森本宏一郎発言〕。弁論準備手続兼和解ということば自体は、高橋・前掲注 6) 34 頁にも既に出てくる。

⁴⁴⁾ 判タ 1007 号 86 頁 (1999 年)。

⁴⁵⁾ 日本弁護士連合会・前掲注 44) 86 頁。

⁴⁶⁾ 東京地方裁判所プラクティス委員会第三小委員会「民事訴訟の運用に関するアンケート結果 (1)『主張整理関係』(中間とりまとめ)」判タ 1268 号 29 頁 (2008 年)、東京地方裁判所プラクティス委員会第二小委員会「民事訴訟の運用に関するアンケート結果 (2)『証拠調べ関係』(中間とりまとめ)」判タ 1269 号 45 頁 (2008 年)、東京地方裁判所プラクティス委員会第三小委員会「民事訴訟の現状と今後の展望 (1)」判タ 1301 号 5 頁 (2009 年)、東京地方裁判所プラクティス委員会第二小委員会「民事訴訟の現状と今後の展望 (2)」判タ 1301 号 23 頁 (2009 年)。

弁論兼和解の目的の明示に留意すべきであるという指摘がされていた（前掲『民事訴訟の審理の充実促進に関する執務資料』民資 201 号（筆者注：「前掲」とは後掲注 47）のことを指す）⁴⁷⁾。しかし，現行民事訴訟法施行から約 1 年後に行われた「日弁連・新民訴法の運用に関するアンケート」判タ 1007 号（平 11）86 頁によれば，争点整理手続と和解手続とが明確に区分されていますか，との質問に対し，区分されているという回答が 24 名，不明確なときもあるという回答が 68 名となっており，現行民事訴訟法施行後もなお，裁判官の意識と代理人の意識との間にずれが存在していた点がうかがわれる。この問題に対しては，裁判所はなお一層の配慮が必要であろう。（東京地方裁判所プラクティス委員会第三小委員会・前掲注 46）「民事訴訟の現状と今後の展望（1）」12 頁）

そして，これは，東京高裁管内で開催された民事事件を担当する裁判官の大掛かりな会議における議論であるが，東京地裁民事部の指導的な立場にあるベテラン裁判長である A 判事が，新民訴法施行 10 年を回顧する基調報告を行い，その後，質疑応答が行われたことがあった。A 判事は，その講演で，弁論準備手続で交互面接方式を行うかどうかというアンケートの結果（おそらく上述のアンケートのことであろう）について，これを是認する理由として弁論準備の進行中に，裁判官が交互面接を提案し，他方の代理人に退室をお願いしても，異議があったことはない，という経験談を披露していた。

A 判事は，裁判官から弁論準備手続中に退室を求められた代理人の心情を理解しているのであろうか。民事の裁判官は，円熟すればするほど，弁論でも，弁論準備でも，いかに内容がシリアスなものであっても，あるいは，シリアスであればなおさら，通常は穏やかな態度と口調で進行しており，ときには笑みさえ浮かべる。そんな裁判長から，急に，「それでは，大変，恐れ入りますが，ここで，一応，念のために，別々にお話をお願いしてよろしゅうございませうか，〇〇先生」などと，ごく自然な流れかのような調子で，腰低く丁重にお願いされ，これに接した当該弁護士がとっさに「すみません，裁判長，その前に，ちょっと教えていただけませんかでしょうか，これからどのような進行にな

⁴⁷⁾ 最高裁判所事務総局民事局「民事訴訟の審理の充実促進に関する執務資料」（最高裁判所事務総局，民事裁判資料 201 号）28 頁以下〔民事局第一課長発言〕（1992 年）参照。

るのでしょうか」、あるいはもっと強めに「ちょっと、待ってください。今、和解中ではなく弁論準備中ではないのでしょうか」などと、うまく交わせるだろうか。これは、私が指摘するのではなく、多くの弁護士から種々の機会に率直な感想として「裁判長からそう言われると、反対できない」とよく耳にするところである。裁判官がそのような弁護士の内心を推知できないとすれば、研究不足であろう。

旧法時代の弁論兼和解は、新法の弁論準備手続に移行したが、その問題点もそのまま胚胎して移行した。もはや裁判官にこの問題について良心を期待すべきではない。手続を監視すべき弁護士がその職責を全うすべき⁴⁸⁾である。

⁴⁸⁾ 太田勝造・前掲注 6) 51 頁では、当事者本人は交互面接方式に問題意識を有していないという。この点からも、実際の手続において交互面接方式に歯止めをかけうるのは代理人たる弁護士のみということができる。また、山田文「合意と民事訴訟」法セ 501 号 79 頁以下（1996 年）には、裁判所は裁量権の行使につき、当事者からの異議に応じて裁量権行使の合理性を開示する義務を負うことで当事者・裁判所間に話し合いの場が持たれ、手続の正当性への信頼が確保されるという。本文で述べたように、これから裁判官と差して話すという重大な局面に入ろうとするときに、代理人として裁判官の反感をかうような言動に出ることを期待することは難きを強いるものであるが、弁護士の職責である以上は避けることはできない。

