

少額訴訟と「手続保障の第三の波」理論の展開可能性, 書評, 仁木恒夫著, 『少額訴訟の対話過程』

酒井, 博行
九州大学大学院法学府

<https://doi.org/10.15017/10954>

出版情報 : 九大法学. 85, pp.215-231, 2003-02-14. Kyudai Hogakka i
バージョン :
権利関係 :

資料・紹介

少額訴訟と「手続保障の第三の波」理論の展開可能性

— 書評・仁木恒夫著『少額訴訟の対話過程』 —

酒井 博行

- 一 はじめに
- 二 本書の概要
- 三 検討
- 四 おわりに

一 はじめに

一般市民が民事紛争に巻き込まれた場合に、民事訴訟手続を用いて紛争の処理を求めようとする、様々なコストの負担を強いられる。ここでのコストとしては、まず、訴訟を提起・追行するために負担しなければならない経済コストが挙げられる。具体的には、訴え提起時に必要な手数料や、法的知識を持たない紛争当事者が訴訟の円滑な追行のために、法専門家たる弁護士を代理人として利用する場合に必要な弁護士費用などである。そして、とりわけ弁護士費用は、一般に高額であるため、市民にとっては大きな負担となる。また、自らの仕事などを抱えながら同時に訴訟にも関与していく一般市民にとっては、訴訟追行に必要な時間コストも大きなものとなる。そのため、一般市民が生活上で経験する可能性が高い少額紛争を訴訟によって解決することは、従来は敬遠されがちであった¹⁾。

このような少額紛争の処理のために市民が利用しやすい訴訟手続として、現行民事訴訟法では、少額訴訟制度(民事訴訟法三六八―三八一条、民事訴訟規則二二二―二三一条)が新設

された。この制度は、審理を原則として一期日で終え、解決を提示するという「一期日審理・即日判決の原則」を採用し、かつ、法律的知識のない当事者が自らの手で手続を進めていけるように厳格な形式性を緩和するなど、迅速かつ簡易な紛争処理のための工夫がなされている。この制度は新設されて以来、多くの紛争当事者によって利用され、最高裁判所事務総局などが行った利用者アンケートにおいても、好意的な評価を受けている。²⁾そして、二〇〇一年に提出された司法制度改革審議会の最終意見書においても、このような状況を踏まえて、少額訴訟制度のさらなる充実を目指すべき旨が述べられている。

このように、一般市民が民事訴訟手続を利用する上で負担を強いられる経済コスト・時間コストについては、少額訴訟制度の設置により、ある程度軽減されたと評価できるであろう。しかし、これによって、一般市民が民事訴訟手続を利用する上で強いられるコストの全てが軽減されたとはいえないと考えられる。

法的な専門知識を持たない紛争当事者が民事訴訟手続を追行していく場合において、当事者は、経済コストや時間コストの他に、訴訟追行に伴う心理コストの負担を強いられるの

ではないかと考えられる。この心理コストの中には、法廷という、日常生活ではほとんど接することのない場所へ出ていくこと自体に起因するものもあるだろう。しかし、それだけでなく、訴訟追行による心理コストとしては、自分の紛争が法的に加工・縮減される反面、当事者にとっては法的観点に勝るとも劣らない重要性をもつと考えられる社会関係的な事項や感情的問題などの事柄が等閑視されることによって生じる、当事者の紛争処理過程からの疎外感をも挙げることできるのではないか。確かに、民事訴訟制度が最終的には紛争の法的な処理を目指す制度である以上、そこにある程度の法的専門性が介在することはやむを得ないかもしれない。しかし、紛争処理の場としての民事訴訟において、法的専門性のみが支配的地位を占め、個別紛争における当事者の素朴な利害認識や感情などといった事柄が過度に排除されると、当事者は訴訟手続に対して不満を募らせていくのではないかと考えられる。³⁾

このような問題意識に対して一つの示唆を与える研究として、本稿で取り上げる仁木恒夫著『少額訴訟の対話過程』(信山社・二〇〇二、以下では「本書」と表記)を挙げる⁴⁾ことができ⁴⁾る。本書は、少額訴訟手続における訴訟当事者・紛争関係人

の法的枠組に捉われない訴訟活動について、実際の法廷における傍聴・観察によって得られた記録をもとに、法社会学の観点から分析を加えたものである。本稿では以下、本書の概要を説明し（↓二）、そして、本書で示された分析結果を、民事訴訟法学の分野において訴訟当事者の主体的な手続関与を重視した立場である「手続保障の第三の波」理論と関連付けて、本書の学理的位相を明らかにし、当事者の主体的活動を促進する訴訟手続の構築可能性を探るという観点から、本書に対する検討を加えることにする（↓三）。

二 本書の概要

本書は全八章から成る。まず序章では、本書全体を貫く著者の問題意識が示され、第一章において、本書での分析のために用いられる方法論や理論的枠組が提示されている。第二章では、少額訴訟手続の規範構造の概要が示され、また、著者が実態調査を行った一九九九年の少額訴訟制度の利用状況等の概要が示されている。第三章から第六章においては、少額訴訟の各手続段階（手続選択段階、口頭弁論、傍聴、和解）における訴訟当事者や紛争関係人の具体的活動の分析がなさ

れている。最後に終章では、第三章以下での分析を手掛かりとして、簡易・迅速な法的処理を提供するということにとどまらない、少額訴訟手続の可能性が示されている。

以下ではより具体的に本書の内容について紹介する。序章で提示されている著者の基本的な問題意識は、少額訴訟手続においては、当事者の一見「逸脱的な」活動によって、制度が予定しているものとはまた異なる手続の秩序が形成されているといえないだろうか、というものである。本書ではこのような関心に基づき、特に手続関与者間の会話に着目した上で、少額訴訟の手続過程において訴訟当事者や紛争関係人などによって行われる活動が検討されている。

次に、本書での具体的事例の分析のための方法論と、本書での分析にあたって「法」を捉えていくための理論的枠組が、第一章「法的会話の解釈学」で示されている。本書では、少額訴訟の手続過程を構成する重要な要素である手続関与者間の会話に焦点を当てて審理の実態を考察するというスタンスから、分析手法として「会話分析」の手法が用いられている。また、本書での「法」の捉え方に関しては、解釈法社会学の枠組を用いる旨が述べられている。ここで著者は、法は外在的・一義的に確定している制御の道具のようなものではなく、

援用される場面ごとに社会関係や感情などといった状況的因子との相互作用の中で意味づけられ、かつ、その境界線は当事者による「抵抗の技芸」を受けて常時形成、維持、修正されるものと捉えられる旨を論じている。

第二章「調査実施当時の少額訴訟制度」では、第三章以下での具体的事例の分析の前提として、少額訴訟手続の規範構造の概観を通じて、制度が予定している観念的な手続モデルが示されている。さらに、本書のもととなった実態調査が行われた一九九九年の少額訴訟の利用状況や制度運用の概況が、司法統計などの資料に基づいて示されている。

第三章から第六章では、序章で提示された問題意識、第一章で提示された方法論や理論的枠組を踏まえて、現実の少額訴訟手続の傍聴・観察によって得られた手続関与者の会話記録に基づく詳細な分析がなされている。この分析を通して、著者は、第二章で提示された観念的な手続モデルとは異なる形での手続利用がなされる過程を描き出している。

まず、第三章「審理冒頭の政治」では、少額訴訟手続冒頭での手続選択の場面、特に被告への期日冒頭での手続教示、それに続く被告の手続選択権行使に焦点を絞り、手続選択段階における当事者の主体性の実相について検討している。制

度上、被告には期日冒頭に審理を少額訴訟手続から通常訴訟手続に移行させる旨の申述をなすことが認められ、かつ、被告の選択権行使のための判断材料を提供するという観点から、期日冒頭において、裁判所が少額訴訟手続と通常訴訟手続との差異などについて被告に教示することが予定されている。

そして、制度上、手続選択段階は内容審理段階と明確に峻別されている。しかし、この被告への手続教示は、当事者の紛争内容に直接関係のない形で一律定型的に行われるため、被告が自分の紛争内容との関係でどちらの手続を選択するのが望ましいかを主体的に判断することは困難なのではないか、という問題点が著者によって指摘されている。そして、裁判所の意思確認に対して、被告が手続選択の意思を明示するのではなく、本来は許されないはずの紛争の具体的内容に関する言及を始め、裁判官が審理の規範的秩序を維持しようとして再三被告に明確な手続選択を促すも、それは功を奏さず、手続選択段階と内容審理段階との明確な切り替えがなされないまま審理過程が進行していった事例が紹介されている。そして、そこから、当事者が手続の意義を具体的な紛争処理の中で理解しようとして行う活動によって、制度が本来予定している手続選択段階／内容審理段階の明確な峻別が相対化さ

れていく様子が描写されている。

第四章「対話の活性化」では、口頭弁論における当事者間の議論の実相が検討されている。通常、口頭弁論においては、裁判官は法的争点をめぐる当事者間の議論を成立させるために弁論の整序を試みると考えられる。しかし、本章では、ある解雇予告手当紛争事例の分析を通じ、口頭弁論における当事者の弁論が常に裁判官の制御に従った形で行われるとは限らないことが示されている。すなわち、当事者が手続内で裁判官を介さない形で自発的に対話を行ったり、社会関係に関する事実などの裁判官が必ずしも重要とは考えないような事項をも組み込んで、紛争に関する独自の物語に基づき主張を展開したり、あるいは、互いに相手方の提示する紛争に関する物語の中から自分の物語を補強する言説を抽出・援用することによって、自分に有利な雰囲気を作り出そうと仕掛けていく「即興的実践」を行っていく様子が紹介されているのである。そして、それらの分析を通じて、一見すると裁判官が示す「議論の筋道」から逸脱したような発言によって、当事者の弁論が活性化していくことが指摘されている。

第五章「紛争関係人の自律的参加」では、訴訟当事者とはなっていない紛争関係人が審理へ関与していく形態について

検討が行われている。少額訴訟手続においては、当事者とはなっていないが、社会的次元では当該紛争に関与している者（家族や友人など）が法廷傍聴に来ているケースが少なからず見られる。このような紛争関係人は傍聴人であり、制度上、法廷弁論に参加することは認められない。しかし、本章では、ある敷金返還請求事件において、傍聴している紛争関係人がラウンド・テーブル法廷での訴訟当事者の弁論に誘われるかのごとく、本来は許されないはずの弁論への参加を企てて、自らの固有の利害認識を述べ、そのような傍聴者の弁論への参加を受けて、訴訟当事者が紛争関係人の固有の利害認識をも取り込む形で紛争処理の方向を模索していく様子が描写されている（この事例では裁判官も一時的にはあるが傍聴席からの弁論への参加を許容している）。そして、この分析を通じて、傍聴者たる紛争関係人の審理への参加を一律に規律するのではなく、状況に応じて参加を認めていくという新たな手続秩序の形成や、法的紛争の背後にある社会的関係をも取り込んだ手続過程の可能性が提示されている。

第六章「対席和解交渉での感情処理」においては、少額訴訟における和解手続のあり方について、特に理性的な交渉を阻害すると考えられる当事者の感情に着目して考察がなされ

ている。通常、和解手続においては、当事者の感情の表出は合理的交渉の妨げとなるとされ、当事者の感情激化を防ぐため交互面接方式が多く用いられる。しかし、本章では、ある解雇予告手当紛争における弁論過程・対席和解手続過程の分析を通じて、弁論過程・和解過程において原告が怒りを表出するのに対して、被告が和解過程において原告の怒りを融和するような態度をとっていく様子が描写されている。そして、この分析を通じて、対席方式の和解における当事者の感情的言動を和解交渉の場から排除するのではなく、総合的な紛争処理のための当事者間の交渉の中に組み込むことも必要な場合があるのではないか、という点が指摘されている。

最後に終章「フォーラムの誕生——全員集合型裁判論——」においては、第三章から第六章までの具体的事例の検討を踏まえた上で、現実の少額訴訟の場面では制度設計図とのズレを含んだ活発な対話が広く紛争処理関係者の在廷する中で行われ、そのような対話によって、様々な他者の言い分を自分の言い分に突き合わせてその両方を検証する機会が紛争処理関係者に保障されることになり、それゆえ、紛争処理関係者たちは各々にとって紛争を意味づける手掛かりを法廷内での法的会話から獲得できるのではないか、という点が指摘され

ている。そして、著者は上記のような点に、紛争処理に關係を持つ人々の参加を広く認めていく「全員集合型フォーラム」として少額訴訟手続過程を再構成する契機を見出すことができるのではないかと指摘している。

三 検討

本書の全体的な意義は、少額訴訟手続における会話を記録・分析することにより、訴訟当事者や紛争関係人が、法や制度が本来は予定していないような様々な活動を訴訟内で行っている様子を生き活きと描き出している点にあると考えられる。第三章から第五章で描かれている、訴訟当事者による手続選択段階での紛争の具体的内容に関する陳述や、訴訟当事者間の社会的關係などに関する事柄も含めて展開される口頭弁論、傍聴席に座っている紛争関係人の法廷弁論への参加は、いずれも、法や制度の側からは本来は予定されていない現象である。本書では、そのような法や制度の論理には回収され尽くさないような訴訟当事者や紛争関係人の活動が、現実の少額訴訟手続の場で行われていることが明らかにされている。そして、評者は、このような法や制度の論理と、法

の素人たる訴訟当事者や紛争関係人の論理との乖離を析出した点に、本書の意義を見出せるのではないかと考える。

他方、評者は、本書での分析には不明瞭な点も残っているのではないかと考える。著者は本書冒頭で、制度が予定しているものとは異なる少額訴訟手続の秩序が、訴訟当事者・紛争関係人の活動によって形成されているのではないかと、という問題意識を述べている。しかし、本書の理論的枠組の中で著者は、法については、援用される場面ごとに状況的因子との相互作用の中で意味づけられ、かつ、その境界線が当事者による「抵抗の技芸」を受けて常時形成、維持、修正されるものであると捉える旨を論じているものの、場面ごとに意味づけられ変容する法、あるいは法を意味づけ変容させていくという実践によって、どのような秩序が形成されるのかという点について、十分に説明がなされていない。それゆえに、第三章以下の具体的場面の分析結果から、どのような少額訴訟の手続秩序が見出せるのかという点について、必ずしも明確ではないと思われるのである。

例えば、第三章で挙げられている、訴訟当事者が手続選択段階で紛争の具体的内容を話し出す場面について、当事者と裁判所の意図が食い違ったまま手続が進行しているだけの

「無秩序」と考えることもできるのではないかとも思われるのである。このような「秩序」概念の定義の不明確さから、本書の各章での分析の結論が必ずしも明晰とはいえない点が惜しまれるところである。

上記のような問題点があると考えられるとはいえ、評者は、本書での分析が、法や制度の論理と、法の素人たる訴訟当事者や紛争関係人の論理との乖離を描き出している点を積極的に評価したいと考える。また、このような法・制度の論理と素人の論理との乖離が存在するという点に、素人が法・制度の論理に対して抱く「違和感」を見出すことができると思われる。そして、本稿の冒頭で述べたような、民事訴訟手続における当事者・関係人の紛争処理過程からの疎外という問題は、民事訴訟制度内でこのような法・制度の論理が一面的に強調され、素人が感じる「違和感」が無視されることによつて生じているのではないかと思われる。それゆえ、評者は、紛争当事者や関係人が納得の行く形で自らの紛争を処理していけるような訴訟制度の構築を考える際には、上記のような素人の「違和感」をどのように捉えるべきかという問題は避けて通れないのではないかと考える。以下では、この問題について法解釈学・制度論の立場からどのように考えるべきか

という評者の問題意識から、本書での分析と、民事訴訟法学の分野において訴訟当事者の主体的な手続関与を重視し、上記の問題に対して最も自覚的に論じた立場であると考えられる「手続保障の第三の波」理論(以下、単に「第三の波」理論と表記)との関連について論じること⁽⁵⁾にしたい。

「第三の波」理論とは、端的にいえば、当事者による主体的な手続形成に訴訟の普遍的価値を求めようとする理論である⁽⁶⁾。そのような考え方の背後には、訴訟において所与の法や権利を主張するという静止的な考え方ではなく、法や権利が当事者間のダイナミックな紛争行動の中から自律的に形成されていくという動態的な紛争観・訴訟観、また、手続内での当事者相互の主体的行動の積み重ねによって当事者間に共通のものが形成され紛争解決の端緒が切り開かれるという発展的な訴訟観が存在する⁽⁷⁾。そして、このような考え方を前提として「第三の波」理論が提唱するテーゼとして、両当事者の対等な討論・対話の保障を民事訴訟の目的と考えるべきこと、当事者の主体性を中軸とした交渉の過程として訴訟を捉えるべきこと、訴訟手続内での当事者間の横のコミュニケーションの重視、訴訟と訴訟外の紛争処理過程とを連続して把握すべきこと、普遍的・一般的基準への懐疑、訴訟における法制

度や法専門家の論理への懐疑などを挙げることができる⁽⁸⁾。

この「第三の波」理論に対しては、周知の通り、民事訴訟法学内においていくつかの批判が存在するが、その中でも最も根源的な批判として、山本克己教授の見解を挙げることができる⁽⁹⁾。山本(克)教授は、「第三の波」理論のオリジナリティは、一般的な実体法規範が裁判に先行することを否定する点にあるが、その理論を貫徹していくと手続法規範の一般性も否定されることになると述べる⁽¹⁰⁾。そして、そのような点から、「第三の波」理論は、「裁判理論(裁判と法に関する基礎理論)の領域での批判理論ではあっても、近代法的な裁判理論に代替する実践的議論にはなり得ず⁽¹¹⁾」、「規範の理論にはなっていない」旨を指摘している⁽¹²⁾。すなわち、山本(克)教授は、「第三の波」理論を「裁判理論」と位置づけることによって法解釈学の位相から切り離し、「第三の波」理論は一般的・普遍的な規範を否定するがゆえに実践的な規範の理論にはなり得ないと主張していると考えられる⁽¹³⁾。

他方、最近になって、上記のような「第三の波」理論批判に対抗するような見解も現れている。佐藤彰一教授は、「第三の波」理論(特に井上正三教授の理論)は、個別紛争処理の世界で自らの問題に対峙する関係者が援用・創造する法を対象

とし、そこに自律的な活動の場を提供することが法学の役割と考えていたのではないか、という見解を示し、このような立場に「小さな民訴」という呼称を与える¹⁴。また、この「小さな民訴」と対比して、目的論に始まる一連の議論領域について一貫した筋を通し、体系性を重視する手法を「大きな民訴」、論理的分析や利益考量などによって個別領域での法解釈を根拠付けていく手法を「法技術」と位置づける¹⁵。そして、「第三の波」理論は、「小さな民訴」の規範学ではあっても、「大きな民訴」や「法技術」の規範学ではない旨を論じ、「法技術」たる法解釈学の立場から「規範論ではない」との批判が出るのは当然であるが、そのことが「第三の波」の議論の否定を意味するのではないと主張している¹⁶。すなわち、佐藤教授は、「第三の波」理論は従来の法解釈学（「法技術」とは別様の形をとるとはいえ、規範の理論たり得ると主張している）と考えられる。

以上で概観したような「第三の波」理論をめぐる民事訴訟法学内の議論状況を評者なりに理解すると、「第三の波」理論が上記のような独自の訴訟観・紛争観から導かれる諸テーゼに基づき、解釈論・制度論の局面で種々の提言を行うのに対して、そもそも「第三の波」理論から具体的な解釈論・制

度論につながる実践的議論や規範の理論を導くことが可能であるか否かという点をめぐって評価が分かれている状況であると考えられる。

それでは、「第三の波」理論をめぐるこのような議論状況の中で、本書での分析は何を明らかにしたといえるのであるか。以下では、上記の「第三の波」理論をめぐる議論状況の中に本書での分析を付置することによって、この点について評者なりの評価を試みたい。

まず、本書の分析は、「第三の波」理論が提示した諸テーゼのうちのいくつかに該当するような現象が現実の少額訴訟においても起こっていることを裏付けていると考えられる。例えば、第三章において描写される、当事者が手続の意義を具体的な紛争との関係で理解しようとして行う活動によって、制度が本来予定している手続選択段階／内容審理段階の明確な峻別が相対化されて手続が進行していく様子からは、「第三の波」理論のテーゼの一つである「法専門家の論理への懐疑」を当事者自身も抱いている様が窺える。そして、それゆえに、当事者は手続選択段階／内容審理段階の峻別という制度の論理に抵抗し、自らが納得できるように手続行動を行っているのではないかと考えられる。

また、第四章では、一見すると裁判官が示す「議論の筋道」から逸脱したような、法的争点には直接関係のない社会的関係などに関する発話によって当事者の弁論が活性化していくことが指摘されている。この事例からは、両当事者が「法専門家の論理への懐疑」から、裁判官が示す議論の筋道に従って法的観点から意味を持つ主張のみを行うのではなく、法的観点からみると末梢的ではあるが当事者にとっては重要な意味をもつような事項をも主張していく様子が窺える。そして、そこで主張されている事項が、当事者間の社会関係に関する事項などであるところからは、両当事者が訴訟前の紛争過程と訴訟手続内とを連続的に捉えているがゆえに、訴訟前の社会的関係などに関する事項をも訴訟内に持ち込んで主張しているということが窺える。それは、「第三の波」理論のテーゼの一つである、「訴訟と訴訟外の紛争処理過程とを連続して把握すべきこと」の一つの現れと捉えることができるとはならないかと考えられる。

さらに、第五章では、傍聴席に座っている紛争関係人が法廷での審理に関与し、訴訟当事者も審理に関与した紛争関係人の利害認識を汲み取って訴訟活動を行っていくという事例が紹介されるが、この事例では、当事者と傍聴人とが明確に

峻別され、後者は法廷での審理に関与できないという法制度の論理への「懐疑」が示されているといえるのではないかと考えられる。また、この事例の分析では、訴訟前の紛争過程に深く関わっていた紛争関係人が訴訟での審理に関与することによって、紛争関係人の固有の利害認識や、法的紛争の背後にある社会的関係をも取り込んだ形での、当事者や紛争関係人にとって望ましい形での紛争処理が可能になるのではないかという結論が提示される。ここからは、「訴訟と訴訟外の紛争処理過程とを連続して把握すべきこと」の重要性が示唆されているのではないかと考えられる。そして、本書の分析全体は、当事者の主体的な活動によって法や手続秩序が形成されていくという、「第三の波」理論が前提とする訴訟観を裏づけていると考えられる。

また、「第三の波」理論に「小さな民訴」の規範理論としての位置づけを与える佐藤教授の議論との関係では、本書での分析は、「小さな民訴」が対象とする、個別紛争処理の世界で自らの問題に対峙する関係者が援用・創造する法の一つの有り様を明らかにしたといえるのではないかと考えられる。本書の分析によって示される、手続選択段階における当事者の活動による手続選択段階／内容審理段階の相対化(第三章)、

両当事者の社会的関係や紛争に関する自分なりの物語をも含む形で活性化した弁論過程（第四章）、傍聴者たる紛争関係人の参加によって拡張した形で展開する弁論過程（第五章）は、どれも、当該訴訟の当事者や紛争関係人が個別具体的な事件の中で法や訴訟制度を自分なりに援用したり、その論理を潜り抜けたり、あるいはそれに自分たちの紛争の内部の論理などをも結び付けていくことによって、その場その場で作り出される個別的な法の姿であると考えられる。そして、そのような法の姿は、佐藤教授のいう「小さな民訴」の発現形態の一つといえるのではないかと考えられる。

次に、本書の分析が「第三の波」理論の前提となる訴訟観や、そこから導出される諸テーゼに対する裏づけとなり、かつ、佐藤教授のいう「小さな民訴」の対象としての個別的規範の表れの一つであるとしても、そこから、果たして具体的な解釈論・制度論につながる実践的議論や規範の理論を導出することができるのかという点が問題になると考えられる。この点につき、以下では、山本(克)教授による「第三の波」理論への批判との関係で本書の分析が持つと思われる意義について論じることにはしたい。

評者は、本書の分析により、山本(克)教授の「第三の波」

理論に対する批判のように、法解釈学・制度論と「裁判理論」とを明確に峻別する立場が、現実には妥当しないことが示唆されているのではないかと考える¹⁷。そもそも、山本(克)教授による「第三の波」理論への批判は、法解釈学・制度論と「法と裁判に関する基礎理論」たる「裁判理論」とを明確に峻別した上で、「第三の波」理論を後者に位置づけ、「第三の波」理論は実践に耐えるものではないと主張しているのであるが、このような考え方の背後には、「法や裁判に関する基礎的・根源的問題について言及しなくても、法解釈学、あるいは制度論に関する問題を処理していくことは可能である」という考え方が潜んでいると考えられる。しかしながら、上記のように、本書の分析からは、現実には「第三の波」理論の訴訟観や、そこから導出される「訴訟と訴訟外の紛争処理過程とを連続して把握すべきこと」、「訴訟における法制度や法専門家の論理への懐疑」といった諸テーゼを裏付けるような現象が、少額訴訟の現場で観察されるということが示されるのである。そして、それは、訴訟において法専門性のみが支配的地位を占め、あるいは、訴訟手続において訴訟外の紛争過程と断絶した形で紛争が処理されていくことなどといった、法や制度の側が自明視している事柄に対して、当事

者や紛争関係人が疑問を呈しているということを示唆しているのではないかと考えられる。

例えば、第三章で紹介されている事例の背景には、当事者が抽象的な手続情報を与えられただけで、少額訴訟手続を選択することが自らの紛争にとっていかなる意味を持つてくるかを十分理解できない状態で二者択一の手続選択を強いられることに対する違和感を読み取れるのではないかと考えられる。また、第四章で紹介されている事例からは、裁判官が法的判断に必要な事項のみを聴取しようとして議論の筋道をつけていくことに対する違和感、ひいては、「訴訟の場では法的観点から重要と思われる事項のみが語られるべきである」という、法や制度の論理に対する違和感を読み取れるのではないかと考えられる。さらに、第五章で紹介されている事例からは、訴訟外と訴訟内とで紛争関係人の関与の仕方を峻別し、訴訟当事者となっていない以上、たとえ訴訟外の紛争過程で紛争に深く関わっていた者であっても法廷での弁論への関与を認めないという、訴訟制度の論理に対する違和感を読み取れるのではないかと考えられる。そして、そのような違和感を背景として、佐藤教授のいう「小さな民訴」が対象としているような、個別具体的な紛争過程・訴訟内での法援用

などが行われていると考えられるのである。

このような形で、法的知識をもたない素人の訴訟当事者や紛争関係人から法や制度の論理に対して疑問が呈されていることは、「一般市民が納得の行く形で自らの紛争を処理していくために用いることができるような手段を提供するために、法や訴訟制度はどうあるべきか」という、まさに「法や裁判に関する基礎理論」に關係するような根源的な問いにつながっていくと考えられる。そして、その内容は従来の法解釈学的な発想からの法や訴訟制度の論理に対する痛烈な批判を含み、かつ、従来の法解釈学・制度論の側から、単に別の位相の問題として片付けるだけではすまないような重大な問題提起を含んでいると考えられる。このような問いにつながるような現象が現実に少額訴訟の現場で生じている以上、紛争当事者や関係人にとって納得の行く形での紛争処理を提供するための訴訟制度のあり方を考える際には、山本(克)教授の「第二の波」理論に対する批判のように、法解釈学・制度論と「裁判理論」とを別の位相と捉えて、前者の問題を考える際に後者に言及しなくてもよいとする考え方は、現実問題として妥当しないのではないか。その意味において、評者は、本書での少額訴訟過程の分析は、制度としての民事訴訟のあ

り方を考える法解釈学・制度論の立場からも真摯に受け止められるべきであると考ええる。

しかし、評者は、本書での分析によって、「裁判理論」に関する問題が現実の少額訴訟過程で起こっていることが示されているということだけでは、山本(克)教授の「第三の波」理論への批判に対して完全に応答したことはないのではないかと考える。本書の分析のみでは、未だ山本(克)教授の「規範理論になっていない」旨の批判に応答したことにはならないと考えられるからである。¹⁸この点は、本書での「秩序」概念が不明確であるという評者の指摘とも合致すると考えられる。そして、評者は、山本(克)教授の批判に応答し、かつ、本書での分析、ひいては「第三の波」理論の問題提起を実務や法解釈学・制度論の中で生かすためには、訴訟当事者や紛争関係人が紛争に関する自らの固有の認識や紛争内の論理などをも交えた形で用いることを許すような法規範のあり方や、訴訟当事者や紛争関係人の主体的な規範・秩序の形成・援用の場を保障していくような訴訟制度のあり方が検討されるべきではないかと考える。¹⁹

四 おわりに

評者はここまで、本書での少額訴訟過程の分析が、法や制度の論理と、法の素人たる訴訟当事者や紛争関係人の論理との乖離を描き出している点を積極的に評価してきた。そして、この点を法解釈学・制度論の立場からどのように捉えるべきかという問題意識から、「第三の波」理論との関連で、本書での分析によって、少額訴訟の現場で「第三の波」理論の問題提起を裏付けるような現象が観察されること、訴訟当事者や紛争関係人が自分にとって納得の行く形での紛争処理を求めて、佐藤教授の言う「小さな民訴」(すなわち、「第三の波」理論)が対象とするような個別的な法援用を行っていることが明らかになったのではないかと論じてきた。また、本書の分析は、山本(克)教授による「第三の波」理論への批判のように、法解釈学・制度論と「裁判理論」とを峻別し、後者が前者に資するような実践的議論にはなり得ないという議論に対するアンチテーゼたり得るのではないかということ論じてきた。そして、評者は、紛争当事者などが自らの納得のいくような紛争処理を実現できるような民事訴訟手続のあり方

について考える際には、「第三の波」理論が問題提起を行い、本書の分析でも示されたような、当事者や関係人による主体的な法援用や手続利用を認めていくことが必要になってくるのではないかと考える。そのような法援用や手続利用を可能にするような理論枠組を具体的に明らかにすることが、「第三の波」理論の問題提起を引き継いで民事訴訟制度のあり方について考察する際には求められていくであろう。

(1) 例えば、川嶋四郎「小さなトラブルと裁判——小額事件と紛争処理——」和田仁孝・太田勝造・阿部昌樹(編)『交渉と紛争処理』(日本評論社・二〇〇二)一九六頁など参照。

(2) 例えば、原克也・竹内康人「小額訴訟利用のすすめ——小額訴訟利用者アンケート分析をもとに——」ジュリス ト一一七二号(二〇〇〇)一五六頁など参照。

(3) 例えば、竜寄喜助「市民のための民事訴訟——民事訴訟の活性化のために——」同『証明責任論——訴訟理論と市民——』(有斐閣出版サービス・一九八七)二五七〜二六一頁(初出・判例タイムズ四五〇号、四五二号(一九八二)、同『裁判と義理人情』(筑摩書房・一九八八)一五〇頁は、民事訴訟が一般市民の日常生活論理からかけ離れた法的専門性をもって進められていくことから訴訟当事者が抱く違和感と不信感を描いている。また、

望月清世「ライツトークの語れなさ——法の言説分析と『語られないこと』の位置——」棚瀬孝雄(編)『法の言説分析』(ミネルヴァ書房・二〇〇一)二三二頁、二三三〜二四七頁は、近代法の抽象的「形式」が、人々が行為に込めた意味や自らの正義の感覚などといった具体的「内容」を不可視化・排除することによって、人々から「声を奪う」が、同時に、人々を出自・偏見・社会的ステイグマという「内容」から解放し、権利主張という形で自分の状況や立場などを表現する手段を与えるという意味で、人々に「声を与える」という二律背反について論じている。

(4) 本書の書評としては、井垣敏生「庶民による法の形成——小額訴訟の現場から——」法学セミナー五七五号(二〇〇二)二三三頁がある。

(5) 著者自身も、本書の目的の一つとして、「第三の波」理論が開拓した当事者参加の訴訟哲学が審理の現場にどれだけ適合しうるかを、小額訴訟手続過程の分析を通じて探求することを挙げている。本書iii頁。

(6) 井上治典「手続保障の第三の波」同『民事手続論』(有斐閣・一九九三)二九頁、三四頁(初出・法学教室一八号、二九号(一九八三)、新堂幸司(編)『特別講義民事訴訟法』(有斐閣・一九八八)にも所収)。この理論における先駆的業績として、井上正三「訴訟内における紛争当事者の役割分担——多様化した紛争解決手続の相互関係——」民事訴訟雑誌二七号(一九八一)一八五頁がある。

- (7) 井上(治)「前掲論文〔注6〕」三五頁。
- (8) 「第三の波」理論の中心的論者の一人である井上治典教授の見解については、同『前掲書〔注6〕』所収の諸論文を参照。「第三の波」理論の諸テーゼの分類に際しては、高橋宏志「紛争と訴訟の機能」『岩波講座 社会科学の方法 第VI巻 社会変動のなかの法』(岩波書店・一九九三)一九九頁、二〇六～二〇九頁を参考とした。
- (9) 山本克己「いわゆる『第三の波』理論について——その裁判理論的側面の批判的検討——」法学論叢一四二巻一号(一九九七)一頁(初出・山下正男〔編〕『法的思考の研究』〔京都大学人文科学研究所・一九九三〕)。なお、加藤新太郎ほか「民事訴訟法学の方法論とその展望」加藤(編)『民事司法展望』(判例タイムズ社・二〇〇二)二二九頁、二六四～二六五頁(山本克己発言)(初出・判例タイムズ一〇四〇号、一〇四一号(二〇〇〇))も参照。
- (10) 山本(克)「前掲論文〔注9〕」七～八頁。なお、ここで「手続法規範の一般性の否定」に関しては、水谷暢教授が、明確に一般的な手続法規範を否定する立場をとる。水谷暢「紛争当事者の役割」新堂幸司(編集代表)『講座民事訴訟③ 当事者』(弘文堂・一九八四)三一頁、三三～四三頁、六〇～六一頁は、実体面・手続面両方において一般的な規範によって自らの行動を根拠付けて相手方に要求などを行っていくことを「折伏論」として批判し、それに代えて、自らがどのような行動をとったら求める相手方の行動を引き出せるのかという観点からその
- なすべき行動を捉えるという「誘発論」を提唱する。また、高橋宏志教授も、「第三の波」理論が規範の学としての民事訴訟法学を踏み越えたところにあり、法の一般性・普遍性を受容しないという点を指摘する。高橋「前掲論文〔注8〕」二二五頁。
- (11) 山本(克)「前掲論文〔注9〕」一～二頁、一〇～一一頁。
- (12) 井上治典ほか「民事訴訟の目的・役割」井上治典・高橋宏志(編)『エキサイティング民事訴訟法』(有斐閣・一九九三)一頁、一一頁(山本克己発言)は、直前の井上治典教授の「裁判は権力行使ではなく、裁判手続という場をかりて、当事者が紛争行動を展開している」との発言(一一頁)を受け、それは記述の問題としてはあり得る話であるが、規範の理論にはなっていない旨を指摘する。
- (13) なお、三木浩一教授は、「第三の波」理論の諸テーゼを、①手続過程・当事者間の水平的関係の重視、②当事者間交渉過程としての訴訟手続の把握、訴訟内／外のルールの連続性の主張、③当事者の個性の重視、評価規範の否定と行為規範の探求、④法律家の専門的議論・規範一般の否定の四レベルに分類する。そして、①は伝統的な民事訴訟法学の観点からも比較的受け入れやすいが、②は民事訴訟法学の範疇を超える要素もはらみ、③④は受け入れることは困難である旨を論じる。加藤ほか「前掲座談会〔注9〕」二六八～二七〇頁(三木浩一発言)。
- 現在の民事訴訟法学における「第三の波」理論の一般的評価は、上記の三木教授の評価、および、本文で述べた

山本(克)教授の評価とほぼ同様と考えられる。加藤ほか「前掲座談会〔注9〕」二七〇頁(高田昌弘発言)、山本弘「『民事訴訟法学の方法論とその展望』を読んで」加藤(編)『前掲書〔注9〕』三二七頁、三三二頁。

(14) 佐藤彰一「民事訴訟法の新しい波」加藤(編)『前掲書〔注9〕』四〇九頁、四一一頁。井上正三教授の論稿や座談会等での発言においても、佐藤教授の分析を裏付けるような見解が示されている。例えば、井上正三「司法は『人間の顔の見える自立社会』にどう生き残るか」井上正三・高橋宏志・井上治典(編)『対話型審理——人間の顔の見える民事裁判——』(信山社・一九九六)一一六頁、一二五頁、加藤新太郎ほか「民事紛争解決システムの展望」加藤(編)『前掲書〔注9〕』三三九頁、三七六頁、四〇二、四〇三頁(井上正三発言)(初出・判例タイムズ九七六号(一九九八、初出時の表題は「民事紛争解決システム理論の新しい風——これからの裁判実務と法律家——」)、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・一九九九)にも所収)など参照。また、上田竹志氏は、「第三の波」理論の特徴として、従来の法解釈学が法理論の「内部」を理論的準拠点として個別的紛争を考察していたのとは対照的に、自らの理論的準拠点を個別紛争で働く論理や個別的規範の側に置いて法理論や紛争処理制度について検討している点を挙げ、そこから論理必然的に、あらゆる紛争に妥当する画一的基準の定立不可能性や、当事者

間に妥当する具体的規範に基づく紛争処理などといったテーゼが出てくるという点を指摘する。上田竹志「民事訴訟の目的論に対する現代思想的考察」法政研究六八巻三号(二〇〇一)五五頁、七五、七六頁。

(15) 佐藤「前掲論文〔注14〕」四一〇、四一一頁。

(16) 佐藤「前掲論文〔注14〕」四一四頁。

(17) なお、井上治典ほか「エキサイティング民事訴訟法を振り返って」井上(治)・高橋(編)『前掲書〔注12〕』一二三頁、一二八頁(井上治典発言)も、山本(克)教授による「第三の波」理論への批判に対し、裁判理論も裁判内の具体的問題も総合的な一つのまとまりであり、それをなぜ人為的に区分しなければならないのか、という疑問を呈する。

(18) 評者は、「第三の波」理論を「小さな民訴」と位置づけ、従来の法解釈学・制度論とは別様の規範理論として考えていく佐藤教授の議論に基本的には賛同する。しかしながら、佐藤教授の議論は、「小さな民訴」たる「第三の波」理論と「法技術」たる従来の法解釈学・制度論の位相を分けて議論を立てているため、法解釈学・制度論と「裁判理論」の位相を峻別し、「第三の波」理論を後者に位置づける山本(克)教授の「第三の波」理論批判の追認にもつながらないか。このような帰結を回避し、「第三の波」理論の問題提起を法解釈学・制度論の観点からも生かすためには、「第三の波」理論と従来の法解釈学・制度論(佐藤教授のいう「小さな民訴」と「法技

術」とを架橋する理論の構築が必要不可欠であると考えられる。この点に関しては佐藤教授自身、簡潔ではあるが指摘している（佐藤「前掲論文〔注14〕四一四頁）。評者も、現段階では、後注(19)の本文で述べるような方向性が考えられるのではないかと、漠然とした可能性の提示しかできないが、この点については、「第三の波」理論や本書の分析が提示した問題提起を法解釈論・制度論の領域で生かすためには、避けて通れないのではないかと考える。

(19) 望月「前掲論文〔注3〕二四七―二五五頁は、前注(3)で述べた、近代法における「形式」と「内容」との二律背反に対処する一つの方向性として、通常は自明なものとなされ、標準化／規範化の準拠点として作用する「形式」自体を批判の対象とし、書き換えていく可能性を追求することを挙げる。評者も基本的にはこの方向性に共感する。しかし、望月助教自身も論じるように、「形式」を批判し書き換えていく試みがなされた帰結として、新たな「形式化」、および、新たな「形式」によって捉えられないものの排除が引き起こされるというジレンマが生じると考えられる。上記の方向性を規範理論に生かし、人々の多様な「声」を取り込むことを可能にするような法規範のあり方について検討する際には、このジレンマにどう対処するかが課題となると考えられる。また、訴訟手続のあり方に関しては、和田仁孝教授が提示する「交渉型訴訟モデル」の考え方が示唆に富む

のではないかと評者は考える。和田教授は、裁判制度に求められる現代的機能が、訴訟過程で法的问题処理と社会的・人間関係的問題処理とが当事者自身によって織り合わされていくよう援助することによって当事者間の交渉過程に新たな視点を注入し整理すること、および、将来志向的な関係整理であるという認識に基づき、当事者の水平的コミュニケーションを基軸とした過程志向的な「交渉型訴訟モデル」を提案する。和田仁孝「裁判モデルの現代的変容」棚瀬孝雄(編)『現代法社会学入門』(法律文化社・一九九四)二二九頁、一五一―一五六頁、同『民事紛争処理論』(信山社・一九九四)一七四―一七六頁、二二〇―二二三頁。