

# 調停の科学—信義則と調停の基層

平 田 勇 人

## 一. はじめに

判決は、「憲法と法律」に拘束される（憲法 76 条 3 項）。しかし、調停は、必ずしも「憲法と法律」には拘束されない。しかし、「憲法と法律」の背景にある「法の原理・原則」と、「調停」の背景にある「法の原理・原則」とが共通しているのであれば、調停も「法の原理・原則」には拘束されることになるであろう。

本稿は、「信義則の基層」と「調停の基層」との通底（共通性）について考察することを目的とする。共通性がわかれば、共通した背景を媒

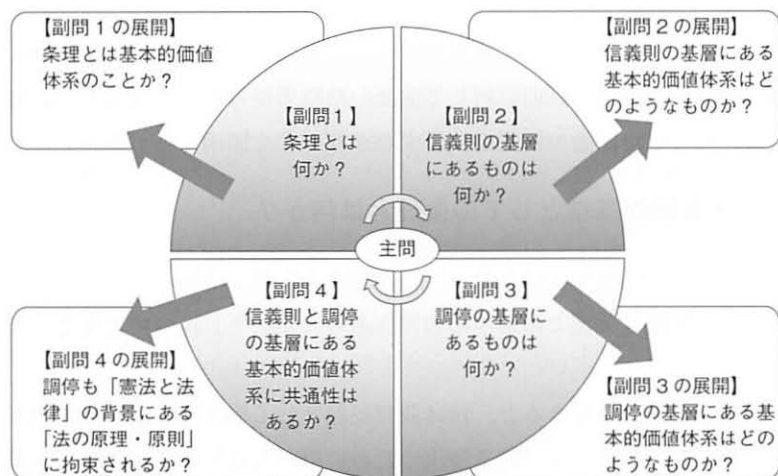


図 1. 【主問】信義則と調停の基層にあるものは何か？

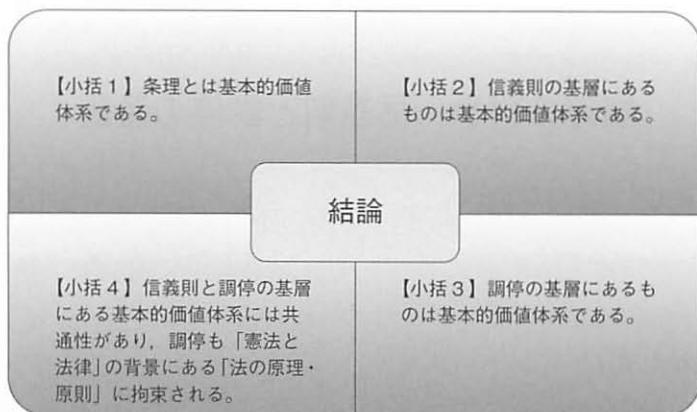


図2. 【結論】信義則と調停の基層にあるものは基本的価値体系である

介として、調停も「憲法と法律」の背景にある「法の原理・原則」に拘束されることが明らかになるからである。

それでは本稿において提示する主問とは何か。それは、「信義則と調停の基層にあるものは何か？」である。そしてその結論は、「信義則と調停の基層にあるものは基本的価値体系である」という命題に集約できる。

これから考証しようとする主問ならびに主問を分割した個別的な問い(副問)、そして、各副問に対して論証した結果得られた小括ならびに各小括を総合した結論の構造を、まずわかりやすく図示しておきたい。

## 二. 紛争解決基準としての条理とは何か？

本章では主問を解くにあたって、副問1「条理とは何か？」ならびに副問1の展開「条理とは基本的価値体系のことか？」について考察していきたい。

いったん紛争が起きると、法は裁判規範として機能する前に、紛争解決規範として機能する。紛争解決のために用いることが正当化される基準を紛争解決規範と定義すると、法はまさしく紛争解決規範である。こ

のような定義に従えば、紛争解決規範として、実定法のほかに、判例、条理、訴訟上の和解ならびに調停・仲裁における解決例、学説、技術的な判定、慣習、自然法等、様々なものが紛争解決基準として挙げられる。

## 1 トポイカタログ

そこでまず、信義則や条理と、法的トポスの関係について触れておきたい。法的トポス (topos: トポスというのは場所を意味するギリシャ語。複数形は topoi) という言葉は、哲学上の概念である。簡単に説明すると、これはアリストテレスのいわゆる特殊なトポス、すなわち特殊なテーマに関するトポスに属している。法的トポスの役割と重要性とを明確にするものとして、ゲルハルト・シュトルック教授によるトポイカタログがある<sup>2</sup>。このカタログには 64 個の法的トポスが集められている (体系的網羅的ではない。後に掲載している別表 1 参照)。このトポイカタログには、法的トポスに番号が付いているため、たとえば副問 4「信義則と調停の基層にある基本的価値体系に共通性はあるか?」について考察する際に共通項として利用できるもので、活用したい。

## 2 トポス間の矛盾の解消

シュトルック教授によるトポイカタログは体系的網羅的ではない。そのため、トポスとトポスの間で矛盾した関係にあるものもあれば、どのルールを優先すべきかといった矛盾を回避する措置 (メタ・ルール) がとられていない。そこで、ここで矛盾を回避するため、メタ・ルールを抽出したい (なお、トピク的思考 (23 頁) を参照)。

信義則と調停に関する法的トポスならびに様々なメタ知識を体系的に整理してみると、次の 4 つのグループに大別することができる。すなわち、①高次の法価値に関するもの、②信義則それ自体に関するもの、③立法者や裁判官が法の定立・解釈・適用に当たって考慮しなければなら

ない観点を示すもの、④法格言に関するもの、に大きく分けることができる。

### (1) 最優先メタ・ルール

以下のルールが最優先メタ・ルールである。

「『和』を前提とする議論と説得によって紛争が解決するよう、

最も合理的で説得力のある解決に導くトボスが優先されるべきである」

「和の精神」というと「他人と争わず、同調するのをよしとする精神」だと考えられてきた。しかし和の精神のルーツを辿っていくと、加賀山教授が指摘されるように、和の精神には実に深い意味がある。調停実務に長年携わってきた者として、トボス間の矛盾の解消をするメタ・ルールについて考えた場合、「『和』を前提とする議論と説得によって紛争が解決するよう、最も合理的で説得力のある解決に導くトボスが優先されるべきである<sup>3</sup>」というルールが最優先メタ・ルールである<sup>3</sup>と考える。

以下、加賀山教授のテーゼ（法的手段は「和」を前提とする議論と説得である）について引用したい。十七条の憲法「第1条の原文には、出典として『孔子』と書かれている。おそらく、論語の『君子は和して同ぜず、小人は同じて和せず』を意識して起草されたものと思われる。『和』と区別される『同』とは、『付和雷同』のことであり、自分の考えで行動するのではなく、多数の人がそうしているから正しいと考えて同じ行動をすることを意味する。しかし、『多数の人が賛成しているから正しい』という論理は、論拠として使うことはできないとされている<sup>4</sup>。」

その理由について、岩田宗之氏の説明を引用すると、正しい観察によって得られた事実からしっかりした論理展開によって導出された結論には、多くの人が賛成するので、傾向として、正しいことと多くの人が賛成することには相関関係がある。つまり、賛成する人の数が多ければそれは正しい可能性が高いというのは事実である。しかし、このこと

は、他の人がきちんと事実や論理展開を見極めて導き出したという仮定のもとでのみ成り立つと岩田氏は正鵠を射た説明をしている。多くの人が賛成しているから正しいという考え方をもとに賛成してしまうことは、誤った結論を導く可能性を増大させるだけであり、この考え方は自己矛盾を含んでいると評価されているのである。だからこそ、多くの人が賛成しているから正しいという論理は、たとえその結論が正しくても、使ってはいけないのである。<sup>5</sup>

## (2) その他のメタ・ルール

以下のメタ・ルールは、各章において考察するなかで抽出したものである。

メタ・ルール1：「法格言は矛盾を回避する措置がとられていない限り、そのままでは非論理的で説得力がないため優先度において後退する<sup>6</sup>」

メタ・ルール2：「調停においては、和を前提とした議論と説得に意味があり、一貫性の原則は裁判に比べて後退する」

メタ・ルール3：「より高度な法的安定性が必要とされる領域では、無条件に不動的体系が優先されるべきである<sup>7</sup>」

メタ・ルール4：「異なるトpos間で衝突が生じた場合、当該事例に對してより重要であり、最も合理性のある解決に導くトposを優先すべし<sup>8</sup>」

メタ・ルール5：「個別事例でどの解決を優先すべきかは、対象の構造と中核の価値に依存し、可動的体系が特に重要な役割を果たす<sup>9</sup>」

メタ・ルール6：「『特別法優位の原則』と抵触するときは、一般法の後法は特別法の前法を廃止しない」

メタ・ルール7：「調停委員会は、解決の価値と法適合性とを同時に尊重しながら両者の総合を探索しなければならない」

メタ・ルール8：「恣意性の排除が、単なる平等よりも正義にとってより基本的なものとされている<sup>10</sup>」

メタ・ルール 9:「調停実務において、簡易迅速低廉性は裁判に比べると優先されている」

メタ・ルール 10:「当事者が納得すれば、解決の内容の柔軟性・弾力的よりも、適正の確保が優先する」

メタ・ルール 11:「裁判においては適正が前面に出るのに対して、民事調停では迅速性が前面に出ると言われているが、民事調停においても、適正という価値が重要なものはいうまでもない」

メタ・ルール 12:「合意への説得を急ぐあまり、事実関係の究明が軽視されると、真に事案に適切な解決策を見出すことができなくなり、当事者の信頼を得ることはできないので、真相究明が優先する」

### 3 条理とは基本的価値体系のことか（副問1の展開）

一般に、日本の条理というものは、外国には存在しないと言われてきた。東洋と西洋の法文化の違いから、条理にピッタリと該当する言葉がないのはやむを得ないであろうが、強いて挙げるとすれば、まず“natural Justice”が該当するであろう。また、ヨーロッパ諸国では“ex aequo et bono”（衡平と善），“ultima ratio legis”（法に内在する基本的な考え方）、ドイツでは“gesundes Rechtsgefühl oder Rechtsempfinden”（健全な法感情あるいは法感覚）が条理に近い言葉であるといえよう。日本人の法意識では、「衡平と善」よりは「条理」の方が容易に理解されるのではないだろうか。ともあれ、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がある。<sup>11</sup>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。<sup>12</sup>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。<sup>13</sup>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。<sup>14</sup>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。<sup>15</sup>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。<sup>16</sup>

条理という用語が抽象的であり、多義的であることから、このように条理の意味をめぐって様々な見解があることは容易に理解できる。条理の意味を、法律（専門の英知）寄りにするか、それとも市民の常識（民間の感覚）寄りにするかは難しい論点であるため、「条理は実定法の基本的価値体系である」とすると異論があるが、「条理は基本的価値体系である」点では一致しているといえよう。この点が、副問4につながるわけであるが、小島教授の言葉を借りれば、信義則と基層にある基本的価値体系と、調停の基層にある基本的価値体系のブレンドの配合比率（共通性）については、副問4を扱う第五章で述べることにする。

#### 4 法乖離型と法志向型の対立

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る。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。<sup>17</sup>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。家事調停においても、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（家事調停で用いる紛争解決規範）の背景にあるそれとは異質なものである<sup>18</sup>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<sup>19</sup>。

「法的手段は『和』を前提とする議論と説得である<sup>20</sup>」というテーゼは、長年、裁判所の調停委員としての実務経験から見て実に含蓄に富む法命題である。合意尊重という点もクリアし、法の原理・原則を指向するといった点もクリアし、この考え方こそが調停実務に携わる者としてもっとも納得のいく考え方であると思う。

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が、たとえば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。

条理は裁判規範としては任意法規よりもさらに補充的なものにすぎないけれども、調停規範としては法と併存し、強行法規に反しないかぎり任意法規を排除して機能しうるとする結論は学説の一般に支持するところであると評されている<sup>21</sup>。このことに関連して、不当条理に対して任意規定を優先させる消費者契約法 10 条と、調停においては任意規定に対して条理を優先させる根拠を対比して考えてみたい。消費者契約法の成立、特に消費者契約法 10 条の創設により、従来は任意規定と異なる約款は自由であったが、消費者契約法 10 条によって、約款の条項と民法に代表される任意規定を比較して、約款の方が消費者の利益を一方的に害する場合<sup>22</sup>には、約款が無効になることになった。これに対して、調停



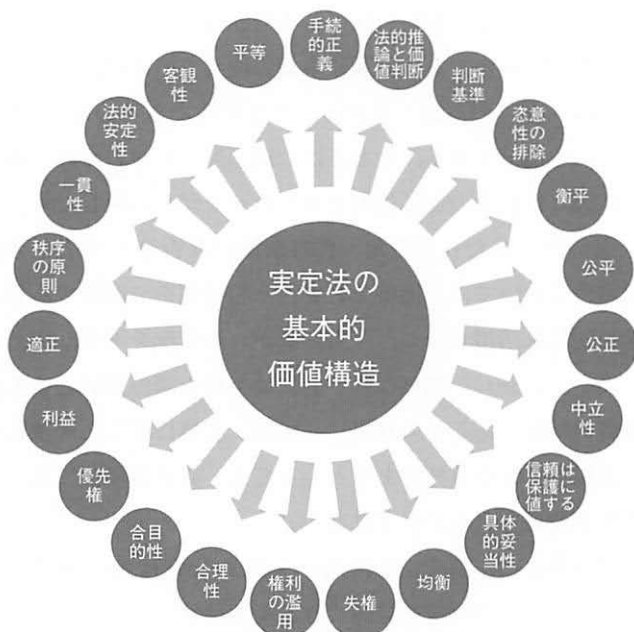


図3. 実定法の基本的価値構造

において条理が任意規定に優先する根拠を考えるに、調停では「当事者意思の尊重」（後に述べる図8を参照。「和の精神」「当事者の合意」と深く関わる）という法原則が、任意規定よりも条理を優先する根拠になっているように思われる。たとえば、裁判所の裁判官、書記官、家事調停委員や民事調停委員が全員熟読している『調停委員必携<sup>23</sup>』においても、当事者の合意を大切にすると同時に調停において紛争解決の法律拘束性も要求されているのである。こうしたことから、「法的手段は『和』を前提とする議論と説得である」というテーゼは調停を科学する上で、極めて重要なテーゼであると考えられる。

第四章で詳しく述べる調停規範の基本的価値構造と比較してみると、（手続的）正義、Topos-39（信頼は保護に値する）、Topos-41（妥当：具体的妥当性）、Topos-42（均衡）、Topos-56（権利の濫用）等で共

通性を有しており、条理が現行法の基本的価値体系と決して異質なものであることは明らかである。調停規範に関していえば、法との乖離が許されるのは（調停が訴訟と異なる長所を発揮できるのは）、実情に即した解決という部分である。たとえば、民事調停においては、調停債権者の資産状況と債務者の支払能力を照し合せながら判断したり、不動産からの立退請求にあたり代替地・代替家屋の存否等の事情を考慮したり、交通調停においては、治療の必要性・相当性を、医師である調停委員の医学的知見を活用しつつ、双方の置かれた状況を考慮して、合意を目指していく<sup>24</sup>。しかし、調停は基本的には条理を調停規範とする法志向型の紛争解決制度であるとの立場に立てば、実情に即した解決というかぎりでは法乖離＝合意尊重型であるといっても、具体的事例において無制約に法乖離が認められるわけではない。

裁判所型の調停の本質を法志向型とみれば、court annexed な制度であることから、調停が機能を発揮できる範囲は狭くなる。しかし、裁判所型調停は court annexed であるがゆえに法志向型でなければならず、調停規範としての条理は法の条理であって、これとは別に調停の条理があるわけではないと考えて、法からの乖離は「実情に即した解決」の要請の範囲においてのみ認められるにすぎないとすれば、調停の機能は現在の機能より大幅に縮小されざるを得なくなる（調停〔機能〕縮小<sup>25</sup>論）。石川教授の調停〔機能〕縮小論は、調停が court annexed な制度であることに由来するものであり、法乖離＝合意尊重型紛争解決制度を一般的に否定しようとするものではないし、その存在の必要性を認めないわけでもない。ただ、まだ裁判所に認知されていない生成中の権利を前提とするがごとき合意も一定範囲で認めるような法乖離＝合意尊重型のADRは存在しないと言い切れないであろう。調停制度は条理の解釈を拡大し、本来の聖域をこえて事件処理をしているのか否かを考えるためにも、法志向型の考え方は大切であろう。

## 5 小括1「条理とは基本的価値体系である。」

前述したように、条理の意味を法律（専門の英知）寄りにするか、それとも市民の常識（民間の感覚）寄りするかは難しい論点であるため、「条理は『実定法の』基本的価値体系である」とすると異論があるが、「条理は基本的価値体系である」点では一致しているといえよう。そこで、小括1として「条理とは基本的価値体系である」という結論が導き出される。

## 三、信義則の基層にある基本的価値体系の構造

本章では主問を解くにあたって、副問2「信義則の基層にあるものは何か？」ならびに副問2の展開「信義則の基層にある基本的価値体系はどのようなものか？」について考察していきたい。

第二章で法的トポスやトポイカatalogについて述べたが、法律の分野で問題となる法的トポスは、法文を実質的かつ具体的に個別的に理解することを重視し、形式的な熟練のみを重んじ、実質的知識、事柄についての知識をもたらない旧来のトピックとは明らかに一線を画している。

トポイは、法的な規則、あるいは価値判断を与える際の視角と単純に同一ではなく、厳密な用語法に従えば、法規則は論拠の規則であるトポイとは区別されるにしても、後述するようにトピック的思考と体系思考は相互補完の関係にあり、法的トポスは法的推論に対して適当な指針を与え、また、裁判官が合理的で公平な解決を模索するとき利用できる知的方法を増やすことを、これまでの研究で明らかにしてきた<sup>26</sup>。体系的なトポイカatalogを上手に活用すれば、相互に関連した法的トポスは法的価値判断をコントロールするであろう。ところで、図3「実定法の基本的価値構造」をさらに、信義則に着目して価値体系として図式化したものが以下の図4、5、6である。



つ、正義が実現されるということを明らかにした。今回、体系化にあたり、そうした過去の研究をさらに発展させ、以下のように体系化した。

### (1) 正義（手続的正義）<sup>30</sup>

正義観念は多義的である。実定法の内容・実現について正義・不正義を論じる場合、①適法的正義（法の内容そのものの正・不正は問わず、実定法の規定するところが忠実に遵守され適用されているか否かを問う）、②形式的正義（「等しきものは等しく、等しからざるものは等しからざるように取り扱え」に代表される考え方）、③実質的正義（実定法の一定の内容やそれに基づく決定などの正当性を判定する実質的な価値規準というレベルで問われる）の3段階がある<sup>31</sup>ので注意を要する。紛争解決手続における正義の役割を考える場合、手続的正義が問題になる。手続的正義は、自然的正義の観念として発展し、民事訴訟法の根本思想といわれている手続保障およびアクセスの確保と深い相関関係にある。この手続的正義は、形式的正義をその中に含みつつ、一定の実質的正義の考慮も入り込んでいるといわれている<sup>32</sup>。実質的正義の諸要求は、一定の場合には一般条項・憲法条項などの法原理・法価値を媒介として、衡平の要請に従って一定の実質的正義の要求を個別的に取り入れるという形で、法適用過程に内在化されうるチャンネルが開かれているといわれている<sup>33</sup>。前掲した「トビク的思考の観点からの信義則の法解釈学的考察」において、「正義」はすべてが実現された状態と位置付けたため、今回も同様に「正義」を最重要価値と位置付けて体系化した。

### (2) 判断基準（Topos-36）

紛争解決制度はその社会の文化的発展度を反映するものであるといわれている。裁判において用いる判断基準（standards）を明確にしておくことは恣意性の排除（Topos-51）に繋がるであろう。体系化に際して、次の理由から判断基準という法価値を重要な上位概念に考えた。「法的问题を“IRAC”に基づいて分析・検討し、説得的な解決案を提示できるかどうか」が、法的分析能力と法的議論の能力の判断基準であ

る<sup>34</sup>」との法命題に示されているように、Issue（具体的事実の中から重要な事実や問題点をピックアップする争点の発見）、Rule, Resource or Reference（争点に関連するルール・法理の参照と発見）、Application（発見されたルール・法理の重要な事実への適用）、Argument（賛成説と反対説とを戦わせることによって自分の立場の弱点を知り、補強するための議論）、Conclusion（自分の最終的な立場を明確に表現する結論）の5つのプロセスの重要性に鑑みて、図4「法の定立・解釈・適用で考慮すべき価値体系」において「判断基準（Topos-36）」をより重要な価値と考えた。

### （3）恣意性の排除（Topos-51）

正義の体系化に際して、マーチン・ゴールディングの考え方を参考にした。ゴールディングによれば、「恣意性は禁じられている（Topos-51）」すなわち「恣意性の排除」が、単なる平等よりも正義にとってより基本的なもの<sup>35</sup>とされている。「正義（すべてが実現された状態）」<sup>36</sup>は判断基準（Topos-36）の明確化・透明性を求め、判断基準は「恣意性の排除（Topos-51）」を要求する。そして、恣意性の排除はさらに、「平等（Topos-22）」、「適正（Topos-20）」、「客観性」、「一貫性」、「合理性」、「具体的妥当性（Topos-41）」、「優先権（Topos-21）」、「衡平」、「公正」といった9つの法価値に分類でき、Magical Number $7 \pm 2$ の枠内に収まる。

### （4）平等（Topos-22）

哲学の支配的伝統は正義の核心的意味を平等の観念に結びつけているが、アリストテレスの「正義は等しいものを等しく、等しくないものを等しくなく扱う」という法命題は有名である。平等は正義の形式的要素である。この「平等（Topos-22）」という法価値が「恣意は禁じられている（Topos-51）」の下位階層にくる。「平等」の中には、「疑わしいときは平等に分配しなければならない（Topos-14）」、「分割に際して他に方法がないときはくじ引きによる（Topos-15）」といった内容

のものが含まれる。

#### (5) 適正 (Topos-20)

適正手続は、アメリカ合衆国憲法の修正第5条「何人も法の適正な過程によらなければ、生命・自由又は財産を奪われることはない」や、日本国憲法第31条において定められている。また、民事訴訟制度の理想として適正が挙げられる。この場合、適正とは裁判の内容に過誤がないことを意味し、裁判にとって最も重要な要求である。適正であるためには、事実の認定が事実と合致し、法規の解釈適用が正当でなければならない。

#### (6) 客観性

「客観性」の中には、「法的決定が社会の関心に応える場合、相当性の判断は間主観的になされている」<sup>37</sup>、「再現可能性は客観性の証拠となる」<sup>38</sup>といった法命題が含まれる。紛争解決基準の客観性から見ると、裁判では法という客観的な紛争解決基準があるのに対して、調停にあっては民事調停法1条に「条理<sup>39</sup>にかなない実情に即した」解決という抽象的な紛争解決基準が示されているにすぎず、それは客観的で具体的な基準とはいえないように思われるが、本稿のように条理を客観的に再構成するならば、客観性の基準を満たすことになる。

#### (7) 一貫性 (Topos-3,46)

「一貫性」の中には、「例外は厳格に解釈されなければならない (Topos-3)」<sup>40</sup>、「極めて不幸な場合には例外が許される (Topos-46)」<sup>40</sup>、「法的推論において、法体系を柔軟に理解しながらその統一性を維持し、また満足の行く解決を追求しなければならない」といった法命題が含まれる。裁判においては、一貫性は法的安定性へと繋がるため、非常に重要な法価値である。しかし「調停においては、和を前提とした議論と説得に意味があり、一貫性の原則は裁判に比べて後退する (メタ・ルール2)」<sup>40</sup>と言えよう。

### (8) 法的安定性 (Topos-63)

法的安定性という法価値は、同種の紛争に関して同一に解決することを要請し、「例外は厳格に解釈されなければならない (Topos-3)」から導かれる。法的安定性を保つために、英米法系の「一定の紛争を解決したときに、後の紛争については、前の紛争と同一かどうかを判断して、同一と判断したときには前の判断を踏襲する」というやり方と、大陸法系の「紛争の同質性に着眼しながら一定の同質的なものを、概念を抽象化しながら取り出していき、抽象的な法規範の体系を構築した上で、個々の具体的紛争解決にそれを適用する」という方法がある。<sup>41</sup>

法的安定性という法価値の中には、「可動的体系は固定的法律要件よりも法的安定性を欠く」<sup>42</sup>、「可動的体系は法理念のさまざまな要請の間で特に都合の良い妥協を示し、法的安定性は常になお裸の衝平条項の場合よりもずっと強く保障されている」<sup>43</sup>、「より高度な法的安定性が必要とされる領域では、無条件に不動的体系が優先されるべきである (メタ・ルール 3)」<sup>44</sup>、「法的安定性と並んで、正義も可動的体系と矛盾する場合がある。正義の一般化傾向は平等条項から生じるが、この一般化傾向は個別事例の状況についてのあらゆる考慮や、一般的に確立している諸要素の衡量に際して妨げになる」<sup>45</sup>といった内容のものが含まれる。

### (9) 合理性

「合理性」の中には、「異なるトポス間で衝突が生じた場合、当該事例に対してより重要であり、最も合理性のある解決に導くトポスを優先すべし (メタ・ルール 4)」<sup>46</sup>という法命題が含まれる。その他、「合理性」の中には、「特定社会で社会的、倫理的に承認され得る解決につき人々が事前に抱えている前理解は非法律的な考慮に属するのではなく、決定の相当性に関する価値判断が指針となる」<sup>47</sup>、「どのような解決が公正、合理的で、人々に承認され得る解決かについての前理解が裁判官の指針となる」<sup>48</sup>、「価値に関する思考は、前理解と判決の合理性についての合意を通じて、法解釈学に指針を与える」<sup>49</sup>、「完全合意性は合理性の証拠とな



<sup>50</sup>る」,「対話的合理性」<sup>51</sup>といった内容のものが含まれる。そして個人や集団の持つ目的に適合しているという意味での合理性は「合目的的合理性」<sup>52</sup>と呼ばれており、合目的性が関わっている。

#### (10) 合目的性 (Topos-57)

合目的性 (Topos-57) という法価値の中には、「裁判官は、解決の価値と法適合性の総合を目的とする」<sup>53</sup>,「法的推論において、法体系を柔軟かつ統一的に捉え、満足行く解決を追求しなければならない」<sup>54</sup>という法命題が含まれる。合理性は、満足の行く解決にとって必要不可欠であるが、個人や集団の持つ目的に適合しているという意味での合理性が「合目的的合理性」と呼ばれているように、合理性から合目的性 (Topos-57) が導かれる。そして、合目的性は、法的安定性 (Topos-63) と具体的妥当性 (Topos-41) と深く関わっている。

#### (11) 具体的妥当性 (Topos-41)

この法価値の中には、「法的に妥当なルールだけが、妥当性のある結論に導く」,「信義則は法の適用に際して、適用の結果が『妥当』であるかどうかを最終的にチェックする機能を有する」<sup>55</sup>という法命題が含まれる。本稿では「妥当」という法的トポスを「具体的妥当性」という法価値として体系化した。

#### (12) 優先権 (Topos-21)

利益衡量を行う際に、利益という法的トポスが重要なことはいままでもない。権利濫用法理に基づく法的推論の場合、「権利者個人の利益が小さく、かつ、相手方の不利益または社会全体に及ぼす害悪が大きい【客観的要件】」かつ「権利行使者が加害意思・加害目的を持っている【主観的要件】」ならば、「権利の濫用が成立」し「権利の行使は無効あるいは違法となる」<sup>56</sup>。ここでも、利益という法的トポスが重要な役割を果たしている。この「利益」を体系化するに際して、「優先権 (Topos-21)」<sup>57</sup>から「利益 (Topos-58)」と「均衡 (Topos-42)」に枝分かれし、「利益」はさらに「一般利益 (Topos-59)」と「経済的利益

(Topos-61)」に分類される。

### (13) 均衡 (Topos-42)

この法価値の中には、「可動的体系は、法理念の諸要請の中に均衡点を見出させる<sup>58</sup>」という法命題が含まれる。「均衡」を「バランス」と読み替えると均衡という法価値は、利益衡量に際して関与するのみならず、「衡平」という法価値とも深く関っていることがわかる。

### (14) 衡平

「衡平」とは、法をそのまま適用することが妥当でない場合、各事件の個別性を考えて、道德律に従ってバランスをとり修正する原理であり、「具体的妥当性」とも深く関わる。

ポンポニウス (Pomponius) の平均的正義の命題「何人も他人の損失において利得せざることは、自然に従い<sup>59</sup>衡平である」からもわかるように、衡平の概念が平均的正義の中核に位置している。「衡平・公平」の中には、「トピックは正義の個別化傾向 (衡平) に属する<sup>60</sup>」,「衡平は原則性を欠く<sup>61</sup>」,「常識や衡平を理由に判断する場合はトピック的思考が適する<sup>62</sup>」,「一般条項は衡平やトピック的思考以外にも関わる<sup>63</sup>」,「一般条項には衡平への入口という側面がある<sup>64</sup>」,「法的推論は衡平だけに偏らず、現行法体系に基づくべし<sup>65</sup>」,「法的推論は解決を現行法体系に組入れることができるかどうかを度外視しない。また法的推論は、単に衡平な解決を追求するだけのものではない<sup>66</sup>」,「衡平という言葉によって問題処理の基準を曖昧にすべきではなく、裁判などにおいても、現実的な判断基準である具体的な実定法に密着した判断を示すべきである<sup>67</sup>」といった内容のものが含まれる。さらに、「一般的規定によって把握されない事例が生じるときは、規定に残されたところを、立法者自身の考えに立って修正する、というのは、正しいことであり、これが衡平である」すなわち「衡平とは、法律がその一般的表現ゆえに欠缺をもつ場合の法律の修正である<sup>68</sup>」,「成文の法規をこえて正義であることを衡平と表示する<sup>69</sup>」,「衡平はその機能を喪失し、自然法と融合する。自然法と衡平が同一であるこ

と、あるいは、自然法と並べれば衡平は意味を持たない<sup>70</sup>」,「衡平の占める場所は自然法にはない<sup>71</sup>」,「衡平とは自然法そのものであって、ただ実定法の観点から、衡平と呼ばれるにすぎない<sup>72</sup>」,「黄金律が衡平の原理である<sup>73</sup>」といった個別命題が含まれる。これらの法命題のいくつかは、シュレーダーの「トピック・類推・衡平」から抽出したものであるが、自然法と衡平の関係について以下のような具体例が挙げられている。すなわち、「汝の債務を弁済せよ」という場合に、例外事例として衡平を持ち出さずとも、履行による義務の消滅に関する諸準則（自然法の下部構造）から説明できると指摘している。また、一定の損害を発生させる行為に関する責任が排除されているのは、帰責性がないためであり、衡平を根拠に責任が排除されるのではないことも指摘されている。このような具体例を示しながら、前述のように「衡平とは自然法そのものである<sup>74</sup>」との法命題が抽出されている。

#### (15) 公正

信義則は fair and equitable principle とも訳されるが、ユニドロア国際商事契約法原則〔UNIDROIT 原則〕1. 7 条等<sup>75</sup>、ヨーロッパ契約法原則〔PECL〕1:102 条等は、<sup>76</sup>「信義誠実および公正な取引」をセットで規定し、good faith and fair trading が信義則の意味で用いられている。その他、「公正ということが解決を推進する<sup>77</sup>」,「各当事者は手続につき、公正な告知を与えられなければならない<sup>78</sup>」,「各当事者は相手方当事者の弁論および証拠に抗弁する公正な機会を与えられなければならない<sup>79</sup>」といった法命題が含まれる。

#### (16) 公平

「公平」とは、判断や行動が公正で偏っていないことと定義され、「公正」「中立性」とも深く関わる。「正しく公平に思考する者とは、社会通念に従う者を指す<sup>80</sup>」。

#### (17) 中立性 (Topos-7,8)

紛争解決者に期待される中立性は、公正の主要な要素の一つともいわ

れている。<sup>81</sup>「中立性」の中には、「反対当事者の言い分も等しく聴くべし (Topos-7)」、「何人も自己の争訟事件の裁判官となることはできない (Topos-8)」といった法命題が含まれる。

## 2 信義則の個別的法命題に関する価値

信義則は fair and equitable principle とも訳されているように「公正」「衡平」と深く関わっている。図5は図4の中の「公正」「衡平」という価値をさらに展開したものと考えて体系化した。信義則の個別的法命題に関する価値体系も、Magical Number  $7 \pm 2$  の枠内に収まるよう、再編成した。

### (1) 信頼は保護に値する (Topos-39)

権利者といえども権利を無条件に自由に行使できるわけではなく、取引の当事者は権利の行使や義務の履行において、互いに相手方の信頼を裏切らないで誠意をもって行動しなければならず、取引社会全体の秩序を守る上からも当然のことといえる。私人の法律関係において相手方からの信頼に応え、誠意をもって行動すべきであるという信義則と共通の

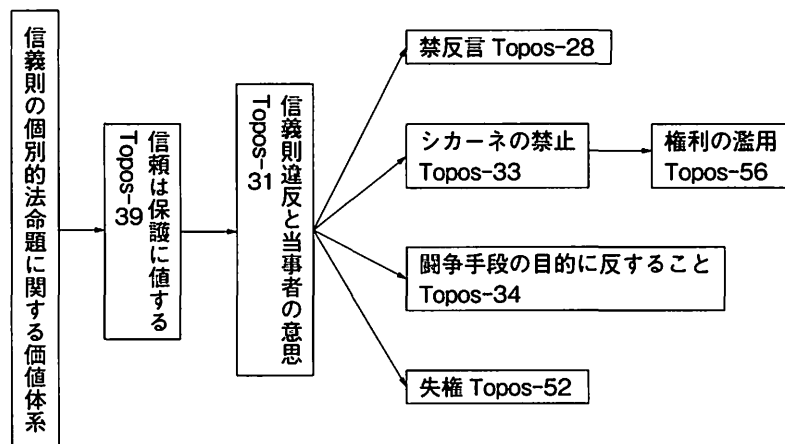


図5. 信義則の個別的法命題に関する価値体系

法価値を表明したものである。

### (2) 信義則違反と当事者の意思 (Topos-31)

「条件の成就・不成就の権利を有したか否か、当該行為が信義則に反するか否かは、行為時の当事者の意思に依存する (Topos-31)」が含まれる。

### (3) 禁反言 (Topos-28)

禁反言 (estoppel) ないしは矛盾行為禁止の原則 (venire contra factum proprium) はわが国やドイツにおいて、信義則の個別的法命題の一つとして考えられている。

### (4) シカーネの禁止 (Topos-33)

シカーネ (Schikane), すなわち他人に損害を与えることのみを目的とする権利行使は禁止するという法命題は、わが国やドイツにおいて、信義則の個別的法命題の一つと考えられている。権利濫用法理の根底にはこの法命題が横たわっている。

### (5) 濫用の危険 (Topos-56)

権利の濫用も、民事訴訟では信義則の個別的法命題の一つである。これには、「信義則はローマ法における一般悪意の抗弁および誠意訴訟に起源を持つ、権利行使の制約原理から発展してきた<sup>82</sup>」という法命題が含まれる。いかなる場合に権利濫用となるかは、行為者の主観だけでなく、その権利行使によって生ずる権利者個人の利益と、義務者または社会全体に及ぼす害悪とを比較衡量して決めるのが相当であると考えられている。

### (6) 闘争手段の目的に反すること (Topos-34)

悪意的訴訟状態を創出するなど、アンフェアに法律要件を騙取したり回避したりして裁判闘争することを禁じることも、わが国やドイツにおいて、信義則の個別的法命題の一つと考えられている。

### (7) 失権 (Topos-52)

失権は、民事訴訟では信義則の個別的法命題の一つである。この失権

に関しては、「失権の抗弁は、可動的<sup>83</sup>法律要件である」という法命題が含まれる。訴訟上の権能の失効（失権）とは、「訴訟上の権能が行使されずに放置されたため、行使されないであろうとの正当な期待が相手方に生じ、相手方がそれに基づいて行動している場合には、その後に至って権能を行使しようとしても、信義則上、その権能はすでに失効したも<sup>84</sup>のとして許されない」というルールである<sup>85</sup>。失効の原則についての最高裁判決の判示する要件は、①多年権利行使をせず、②権利不行使につき権利者に帰責事由があり、③権利者が権利のあることを知っており、④債務者側がもはや権利は行使されないと信じ、⑤かく信じるにつき正当事由があり、⑥いまさら権利を行使することが信義則に反することである。

### 3 法の一般原則に関する価値体系

法の一般原則に関する価値体系についても、Magical Number $7 \pm 2$

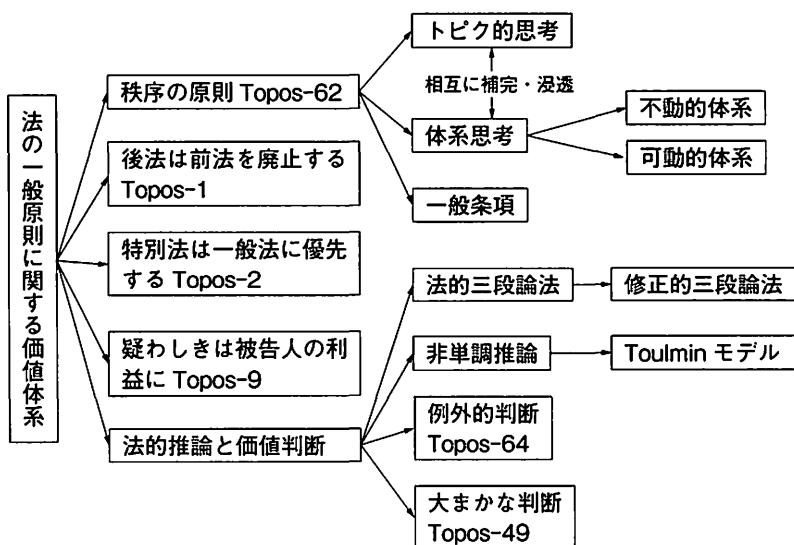


図6. 法の一般原則に関する価値体系

の枠内に収まるように再編成した。

### (1) 秩序の原則 (Topos-62)

法の一般原則として5つの法的トポスに大別した。構造化に際して、カール・ラーレンツ教授の後継者であり、今日なお有力なドイツの法学者や裁判官に多大な影響を及ぼし続けている、クラウス・ウィルヘルム・カナリス教授の体系的目的論解釈に基づく法解釈理論の構築方法を参考にした。カナリス教授によれば、法律学における体系が考慮されることなく紛争事案ごとに利益衡量が行われ、その紛争解決の結果、理論が構築されるとすれば、そのような個々の紛争解決を目指す利益衡量論は相互に整合性も一貫性も無いことになる。立法者が下した基本的価値判断および原則に即して徹頭徹尾考え抜く方法論がカナリス教授により<sup>86</sup>明らかにされている。そして、カナリス教授も説くように、トピク的思考は体系的思考と排他的関係にあるのではなく、相互に補完し合っている。既存の価値体系の構造やそれに基づく諸々の価値判断の相互関係を明らかにすることで、人は、どのような価値判断が特定の価値体系（および価値判断の体系）と矛盾するかしないかを判断し、さらに将来、裁判所によって与えられるであろう価値判断を予見することができる<sup>87</sup>。カナリス教授の考え方に基づいて秩序の原則 (Topos-62) を体系化すると、「トピク的思考」、「体系思考」、「一般条項」に大別され、「体系思考」はさらに「不動的体系」と「可動的体系」とに細分化できる。

#### A トピク的思考

「トピク的思考」の中には、「法体系・法原則の成立発展段階においてトポイが決定的役割を果たす」<sup>88</sup>、「トピク的思考は社会通念・常識に根拠を置く」<sup>89</sup>、「ドイツの判例は『正しくかつ公平に思考するすべての者』という場合、社会通念に従う者を指す」<sup>90</sup>、「トピク的手法では、まず手探りで様々な観点を摘出し、問題に対して試験的に適用し、比較衡量する<sup>91</sup>」、「コンセンサスを引合いに出したり、衡平を理由として判断する場合

合はトピク的思考が適している<sup>92</sup>」,「トピクは個別事情を問題にする場合に適している<sup>93</sup>」といった法命題が含まれる。

## B 体系思考

「体系思考」の中には,「体系思考とトピク的思考は排他的に対立しているわけではなく,相互に補完・浸透している<sup>94</sup>」,「体系思考は正義の一般化傾向に属し,個別問題を抽象化し,議論の余地のある観点は初めから除去する<sup>95</sup>」,「法律の欠缺(十分な法律上の価値判断が欠けている)の場合,トピクが応急処置を施す<sup>96</sup>」,「法律の欠缺の場合,速やかに不安定なトポイを明確な価値判断に置換し,体系に組み込むべきである<sup>97</sup>」,「法体系は,前法律的な事前の価値判断の適宜介入を求める<sup>98</sup>」といった法命題が含まれる。

## C 不動的体系

「不動的体系」の中には,「不動的体系の徹底的な細分化で,ある程度の個別化は可能である。可動的体系も無制限な個別化を許さない<sup>99</sup>」という法命題が含まれる。

## D 可動的体系

「可動的体系」の中には,「可動的体系は,固定的法律要件と一般条項の中間に位置する<sup>100</sup>」,「可動的体系は硬直した規範とも異なり,曖昧な衡平条項とも一線を画する<sup>101</sup>」,「個別事例でどの解決を優先すべきかは,対象の構造と中核の価値に依存し,可動的体系が特に重要な役割を果たす(メタ・ルール 5)<sup>102</sup>」,「可動的体系は,極めて重要な諸要素の混合比率を変えて事例の状況に適合させる<sup>103</sup>」,「人としての裁判官は,可動的体系の中で比較的多数の諸要素を比較衡量することは,荷が重すぎる<sup>104</sup>」。すなわち, Magical Number 7 ± 2 の要素しか短期記憶で処理できないことと関係が深い法命題である。「可動的体系は,正義の一般化傾向と個別化傾向の対極性を調整する<sup>105</sup>」,「可動的体系は,法理念の様々な要請の中に均衡点を見出すことを可能にする<sup>106</sup>」,「可動的体系は正義の判断諸基準を一般的に確定することができる反面,個別事例において様々な観点を



考慮に入れることも可能にする<sup>107</sup>」,「正義は一般化傾向のみならず個別化傾向も同時に有しており、可動的体系の正統化のために個別化傾向を引合いに出すこともできる<sup>108</sup>」といった法命題が含まれる。前述の最後の法命題と関連して、「プラトンの思想を要約すると、正義論は、一方では、正義に関する正しい一般の準則を立てねばならない。他方では、正義論は、具体的な個別事例をも含んでいなければならない<sup>109</sup>」がある。

## E 一般条項

「一般条項」の中には、「一般条項は価値の充填を要する<sup>110</sup>」,「一般条項は、その具体化に必要な判断基準を示さず、判断基準が原則として個別具体的事例に関してのみ確定される<sup>111</sup>」,「一般条項の具体化に際しては、トピックは単なる応急処置以上のものである<sup>112</sup>」,「一般条項は、必ずしも全面的に衡平やトピックの思考に委ねられているわけではない<sup>113</sup>」,「一般条項は『衡平への入り口』と呼ばれ、この呼び方は部分的には正当である<sup>114</sup>」,「一般条項も正義の個別化ならびに一般化の両傾向を持ち、一般化傾向は絶えず体系化を指向する<sup>115</sup>」,「一般条項もまた常に、全法律秩序の観点から、それゆえ法体系を背景として解釈されなければならない<sup>116</sup>」,「一般条項は社会通念に基づいて解釈されるべきではない<sup>117</sup>」,「一般条項の具体化は、体系的な確定を指向しながら類型化を通して行われ、部分的には明確な法律要件の構築によって行われる<sup>118</sup>」,「各規定の適用において信義則が顧慮されなければならないとすると、裁判官が一般条項へ逃避する虞がある<sup>119</sup>」,「制度目的、構成要件の内容を茫漠としたものにする<sup>120</sup>により、紛争解決の結論を裁判官等に白紙委任することは望ましいことではない」といった法命題が含まれる。

## (2) 後法は前法を廃止する (Topos-1)

これは、「後法優位の原則」ともよばれ、同一法形式間では妥当するが、憲法と法律、法律と命令等のように異なる法形式間では妥当しない。また、「『特別法優位の原則』と抵触するときは、一般法の後法は特別法の前法を廃止しない (メタ・ルール 6)」。

(3) 特別法は一般法に優先する (Topos-2)

これは、「特別法優位の原則」ともよばれ、適用領域には事項・地域・時間などがあるが、同一の法形式間では特別法が一般法に優先する。

(4) 疑わしきは被告人の利益に (Topos-9)

刑事訴訟における原則であるが、「無罪の推定」とほぼ同義と考えられている。

(5) 法的推論と価値判断 (Topos-46, 49)

法的推論と価値判断は「修正的法的三段論法」、「極めて不幸な場合には例外が許される（例外的判断）(Topos-46)」、「大まかな判断 (Topos-49)」,そして法規範を全称命題と捉える伝統的な論理学の限界を超えるべく、「非単調推論」,<sup>121</sup>「Toulmin モデル」<sup>122</sup>が注目されており、これらに細分化できる。法的推論と価値判断に関する法命題の中には、「法的推論は単なる三段論法的演繹ではあり得ない」,<sup>123</sup>「三段論法的演繹では、たとえ結論が不合理と思われる場合であっても、その結論を受け入れざるを得ない」,<sup>124</sup>「裁判官は、解決の価値と法適合性とを同時に尊重しながら両者の総合を探索しなければならない」,<sup>125</sup>「法適用は現行法に基づいて正統化されなければならない、社会通念やコンセンサスに基づくべきではない」,<sup>126</sup>「適用（抽象的規範から具体的事案への移行）は、単なる演繹のプロセスではなく、法廷論争において衝突している諸価値に法律の規定を不断に適合させる作用である」,<sup>127</sup>「法的思考は価値判断抜きに理解することはできない」,<sup>128</sup>「種々の考察は法的トポスによって総合が可能になる」,<sup>129</sup>「価値が論争の対象になる場合、価値とその適用についての同意を得ることを目的とする推論を、弁証論的推論という」,<sup>130</sup>といった内容のものが含まれる。<sup>131</sup>

4 小括 2 「信義則の基層にあるものは基本的価値体系である。」

以上の考察からわかるように、副問 2 について答えると、「信義則の

基層にあるものは基本的価値体系である」。そして、副問2の展開「信義則の基層にある基本的価値体系はどのようなものか？」に対する答えは、図4・5・6を総合した基本的価値体系である。

#### 四. 調停の基層にある基本的価値体系の構造

本章では主問を解くにあたって、副問3「調停の基層にあるものは何か？」ならびに副問3の展開「調停の基層にある基本的価値体系はどのようなものか？」について考察していきたい。副問3ならびに副問3の展開について考察する前に、調停制度の本質、機能・存在理由、あり方等について考察したい。

##### 1 条理にかなない実情に即した解決

調停という紛争解決方式はわが国独自・固有のものではないが、ここでは、民事にしても家事にしても、裁判所が主宰する調停については「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」点において共通している点を確認しておきたい。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）。

これに対し、家事調停については2013年1月から、家事審判法が廃止され家事事件手続法が新たに施行されており、各種書式等も旧書式から新書式に移行しているが、その点については今回割愛したい<sup>132</sup>。ただ、家事調停についても民事調停と同様であるが、すべての家事調停委員が

必携して常に家事調停の拠り所としている『調停委員必携（家事）』によれば、「当該事件について望ましい解決方法を条理に照らし実情に即して法律が示すところを検討した上でなされなければならない。そして、当事者の説得に際しては、適切な合意が成立するように、いわゆる駆け引きをせず当事者の立場や体面を尊重しながら適切に条理や利害を説き根気よく努力することである」とされ、民事調停も家事調停も同根であることが分かる。

## 2 民事調停の本質

調停の本質は、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。<sup>134</sup>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。<sup>135</sup>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。<sup>136</sup>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。<sup>137</sup>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。<sup>138</sup>

### 3 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<sup>139</sup>。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<sup>140</sup>。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<sup>141</sup>。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事件振分けの機能、⑤法創造的機能、⑥民主主義的機能の6つを挙げている<sup>142</sup>。

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<sup>143</sup>。

### 4 調停のあり方について

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<sup>144</sup>。

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メディエー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。<sup>145</sup> 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、<sup>146</sup> 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。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を否定するのではなく、<sup>147</sup> 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、<sup>148</sup> 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。<sup>149</sup> 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。

## 5 調停の基層にある価値体系の構造

調停の基層にある価値構造を考える際、本稿において着目したのは、最高裁事務総局民事局『民事調停委員のための民事調停法規の概説』<sup>150</sup> (2002) や、最高裁民事局『民事調停委員の手引〔改訂版〕』<sup>151</sup> (2012) における考え方である。

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、法から何処まで乖離できるのかについては、最高裁民事局『民事調停委員の手引〔改訂版〕』<sup>152</sup> が指摘するように、従来であれば、双方の互譲を中心に据えた調停運営によって解決していたような事案においても、単に譲り合いを求めるだけではなく、法的判断や専門的知見に裏付けられた合理的な

あつせんを求める傾向が強まっていくものと指摘されており、裁判所の調停委員として考えた場合、最高裁の考え方に沿って基本的価値体系を考えて行くべきと考える。それゆえ、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すべきである。調停規範（調停で用いる紛争解決規範）の背景にある基本的価値体系を以下においてより詳しく考察していきたい。

条理の基本的価値の中で、調停で考慮すべき価値をさらに詳細に体系化すると、以下ようになる。

### (1) 正義

調停においても、正義という価値は当然重視されている。すなわち、民事訴訟法においても民事調停法においても、正義に立脚し公正なる解決を図るという共通の理念の上に成り立っているといえる。そして、調

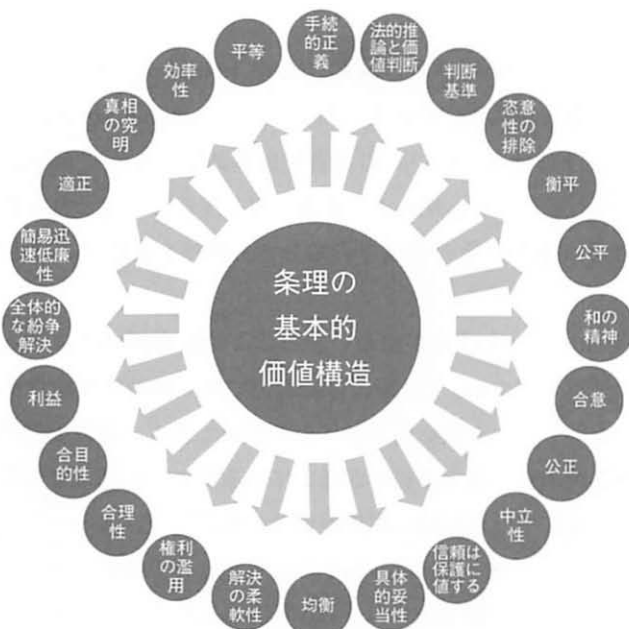


図7. 条理の基本的価値構造

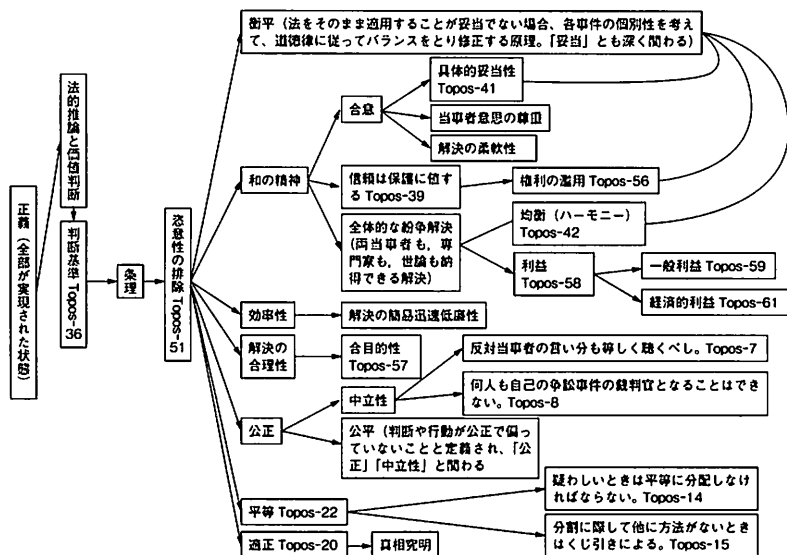


図8. 調停で考慮すべき価値体系

停による解決は、両当事者の誠意（Good Faith）と調停委員の能力によって両当事者が公正かつ正当な解決（fair and just solution）をはかるものでなければならない。当事者が民事調停にとって余りにもフェアでない行動をとり、明らかに正義に反していると思われる場合、調停委員会は当事者にその事実を告知して、調停を終結することができる。

Good Faithという言葉が出たので、ここで民事調停における信義則について述べてみたい。「民事調停においては、不誠実な駆け引きをしてはならない」という法命題を挙げることができる。調停委員が調停を成立させるために、調停委員会が考えている案より不利益な案を、双方にそれぞれ示して、最終的に調停委員会の案に近づけるというケースを想定してみたい。申立人には「相手方から100万円を出させようと思うが」と意向を尋ね、相手方には「120万円支払うという約束はできないか」と申し出る。すると今度は、申立人には「もう少し上乗せしてもら



いたい」と譲歩させ、相手方からは「もう10万円減額してもらいたい」という了承を取り付けて、最終的には110万円で合意させるというような方法である。説得する相手の出方を見ながら、多少の駆け引きはやむを得ない場合もあるかもしれないが、このようないわば「掛け値」をする方法は、それが余りに極端であり、前述した事例の場合、申立人には「50万円」、相手方には「200万円」と提示するようなことは、調停委員会としては不誠実な行為であり、たとえ結論が妥当であっても、信義則に反して許されないというべきであろう。

## (2) 法的推論と価値判断

法的推論と価値判断は、調停においても大きな意味を持っている。調停だからと言って、法的推論と無関係であるわけではない。実際に調停実務においては、交通事故の紛争解決基準が準用されており、そこでは当然のように法的推論や価値判断がなされている。

調停に関わる法命題を挙げてみると、「極めて不幸な場合には例外が許される（例外的判断）（Topos-46）」、「大まかな判断（Topos-49）」、前述したように伝統的な論理学の限界を超える「非単調推論」、「Toulminモデル」は、調停においても注目されている。調停における法的推論と価値判断に関する法命題の中には、「調停委員会は、解決の価値と法適合性とを同時に尊重しながら両者の総合を探求しなければならない（メタ・ルール7）」、「法的思考は価値判断抜きに理解することはできない」、「種々の考察は法的トポスによって総合が可能になる」といった内容のものが含まれる。

## (3) 判断基準（Topos-36）

前述したように、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。それゆえ、判断基準（Topos-36）は調停においても重要な位置を占めている。この当事者の任意性は、調停委員会の恣意的な誘導を排除し、あくまでも当事者の任意性を求めるため、「恣

意性の排除 (Topos-51)」と相通じるものがあると言えよう。

#### (4) 恣意性の排除 (Topos-51)

調停においても、価値の体系化に際して、マーチン・ゴールディングの考え方を参考にした。前述したように、ゴールディングによれば、「恣意性は禁じられている (Topos-51)」すなわち「恣意性の排除が、単なる平等よりも正義にとってより基本的なものとされている (メタ・ルール 8)」。「正義 (すべてが実現された状態)」は判断基準 (Topos-36) の明確化・透明性を求め、判断基準は「恣意性の排除 (Topos-51)」を要求する。そして、恣意性の排除はさらに、「衡平」、「和の精神」、「効率性」、「解決の合理性」、「公正」、「平等 (Topos-22)」、「適正 (Topos-20)」の法価値に分類でき、Magical Number  $7 \pm 2$  の枠内に収まる。

#### (5) 衡平

「衡平」とは前述したように、法をそのまま適用することが妥当でない場合、各事件の個別性を考えて、道徳律に従ってバランスをとり修正する原理であり、「具体的妥当性 (Topos-41)」と深く関わる。また前述したように (20 頁)、信義則とも深い関係がある。

#### (6) 和の精神

「和」にはとても深い意味がある。すでに「二、紛争解決基準としての条理とは何か？」(4 頁)でも取り上げたが、加賀山教授の言葉を借りると、「法的手段は『和』を前提とする議論と説得である」<sup>153</sup>。

わが国の最初の憲法とされる十七条の憲法 (604 年) も、「国のかたち」として、紛争の解決について、武力ではなく、議論によるべきことを明文で規定していた。<sup>154</sup>

##### 十七条の憲法第 1 条〔和の精神〕

和をもつて貴 (とうと) しとなし [孔子], 忤 (さから) うことなきを宗とせよ。人みな党 (たむら) あり, また達 (さと) れる者少なし。ここをもつて, あるいは君父に順わず, また隣里に違 (たが) う。しか

れども、上和（かみやわら）ぎ、下睦（しもむつ）びて、事を論ずるに諧（かな）うときは、すなわち事理（じり）自ら通ず。何事か成らざらん。

第10条〔仏教の教え：議論の前提条件〕

心の怒りを絶ち、顔色に怒りを出さないようにし、人が自分と違うからといって怒らないようにせよ。人には皆それぞれ心があり、お互いに譲れないところもある。彼がよいと思うことを、自分はよくないと思ったり、自分が良いことだと思っても、彼の方は良くないと思ったりする。自分が聖者で、彼が愚者ということもない。ともに凡人なのである。是非の理は誰も定めることはできない。お互いに賢者でもあり愚者でもあることは、端のない環のようなものだ。相手が怒ったら、自分が過ちをしているのではないかと反省する。自分一人が正しいと思っても、衆人の意見も尊重し、その行なうところに従うがよい。

十七条の憲法の第1条の原文には、出典として「孔子」と書かれており、加賀山教授が正当に指摘されるように、論語の「君子は和して同ぜず、小人は同じて和せず」を意識して起草されたものと思われる。<sup>155</sup>「和」と区別される「同」とは、「付和雷同」のことであり、自分の考えで行動するのではなく、多数の人がそうしているから正しいと考えて同じ行動をすることを意味している。しかし、「多数の人が賛成しているから正しい」という論理は、論拠として使うことはできないとされている。<sup>156</sup>その理由については、前述したように岩田氏が的確な指摘をしているが、要約すると、正しい観察によって得られた事実からしっかりした論理展開によって導き出された結論には多くの人が賛成するので、「賛成する人の数が多ければそれは正しい可能性が高い」というのは事実であるが、このことは、他の人がきちんと事実や論理展開を見極めて導き出したという仮定のもとでのみ成り立つのであり、岩田氏が正当に指摘するように「賛成する人が多いから賛成しておこう」と思って賛成している人が多いと、その前提が崩れてしまう点に我々は注意しなければなら

ない。したがって、多くの人が賛成しているから正しいという論理は、たとえその結論が正しくても、使ってはいけない事になる。

和の精神は、「合意」、「信頼は保護に値する」、「全体的な紛争解決」に大別できるので、以下において見て行きたい。

#### A 合意

合意という価値は、和の精神から導かれる。和の精神が調停実務において、どのように発現するか見てみよう。「調停は当事者の互譲と合意による円満な紛争解決方法である」という法命題の背景にある基本的価値体系の中には、和の精神が存在しているといえよう。実情聴取の際に和の精神がどのように現われるかといえば、感情的な面の強い紛争に関しては、双方の感情の融和に重点を置く形で現れる（もちろん常に感情の融和だけを重視するわけではなく、利害得失を考える人には、この解決方法がいかに有利であるかを重点的に説明し、筋を通すことを重視する人に対しては、その解決方法がいかに理にかなっているかを丁寧に話すといったように、当事者の性格に合わせて実情聴取されていることは言うまでもない）。したがって、民事調停は解決の円満性のみをもって存在理由とする紛争解決制度ではないといえよう。

当事者間には、利害や感情の対立がある。合意という価値を導く説得の方法は、ある程度パターン化することはできても、定石は存在しないように思われる。説得を上手に行い合意に至るためには、対立当事者間の相互理解の促進、対立する主張を合意に向けて調整した解決案の提示と討議、そして討議のための環境づくりが重要であるが、調停委員が当事者のよき理解者であり、公正な第三者であるという信頼を当事者双方から得ることが最も大切である。その意味で、公正、中立性、信頼という価値と密接不可分な関係にあるといえよう。ただ、調停の本質は合意であるにしても、合意の成立によって調停条項それ自体の違法性がカバーされ、すべての法乖離が許されると解することはできないと考える。

「合意」からは、3つの価値が枝分かれする。「具体的妥当性」、「当事者意思の尊重」、「解決の柔軟性」がそれである。

#### (a) 具体的妥当性 (Topos-41)

「妥当：具体的妥当性」が民事調停でどのように考えられているか見てみよう。民事調停においては、「解決の具体的妥当性」という形で重要視されている。裁判の基準となる法律は、一般的・抽象的な法規範として制定されているため、様々な事情の下で発生する具体的な紛争に法規範を適用した結果、実情に即した結果とならないことがある。法律の制定当時は合理的であった法律も、社会の進展とともに現実には適合しなくなり、あるいは、新たに社会に生じた問題を適切に規律する法律が存在しないという場合に、個々の紛争の具体的な実情に応じて問題を解決する際、この妥当（具体的妥当性）という法価値が前面に出る。ただ、「妥当」という法的トポスは調停においてのみ真価を発揮するわけではなく、訴訟においても真価を発揮することは前述したとおりであり、調停一般における紛争解決の具体的妥当性を根拠にして、無制限に法から乖離することが許されるわけではない。

#### (b) 当事者意思の尊重

民事調停における合意は、あくまでも当事者の自由意思によるもので、調停機関が強制することはできない。調停機関は、当事者に対して自主的な紛争解決への意欲を呼び起こして自発的な合意へと導くために説得すべきである。強制されていると当事者に感じさせるような説得による場合は、客観的に妥当な解決であっても調停として成功したとはいえない。真に納得した合意にこそ価値がある。<sup>157</sup>ただ裁判においても、事案にもよるが、一般には和解は判決よりもベターであると考えられ、その理由として、判決が画一的な法律の適用であるのに比べて、個々の事件の具体的な内容・状況に応じた適切な解決を柔軟に構成することができ、当事者間にしこりを残さず、迅速に権利の実現を図ることができることから、<sup>158</sup>裁判所は訴訟がいかなる程度にあるかを問わず和解を試みる

ことができる（民訴 89 条）。そのため、これをもって調停の法律乖離性の根拠とすることはできない。

### (c) 解決の柔軟性

当事者の合意を基礎とする調停にあっては、紛争解決の内容を自由に定めることが可能である。紛争をいかに解決するかを当事者の自由意思で幅広く柔軟に選択することができるので、個々の事件の実情に即して具体的に衡平妥当な解決を図ることができる。たとえば交通事故による損害賠償事件で 1000 万円の賠償が相当とされる場合、裁判ではその金額の即時支払を命ずることしかできないのに比べて、調停では、加害者の支払能力を考慮して長期の分割弁済を認めるなどして（但し支払総額は増加）、具体的な事情に即した柔軟な解決方法をとることが可能である。<sup>159</sup>

### B 信頼は保護に値する（Topos-39）

調停は調停委員および両当事者の信頼と協力に基づくものでなければならない。調停委員が応対している間におのずから当事者の信頼感が醸成され、胸襟を開いて、ともに紛争解決の方途を見出そうという雰囲気生まれれば、調停は半ば成功したともいわれている。そのためには、調停に当たる者の側に当事者を尊重する誠意があり、当事者の抱える問題を自分の問題として解決に努めようとする熱意がなければならぬ。<sup>160</sup> この法的トポスには、権利の濫用（Topos-56）が含まれる。

一般に紛争当事者は、自分の言い分を十分に聞いてもらうことを強く望んでいる。<sup>161</sup> 自分が話をしているときは、誰でも相手に反応を求め、理解してほしいと思っている。相手の人から理解されたと思うとき、①感情的理解（自分の感情を理解してもらったと感じるとき）と②理性的理解（自分の言っている内容を理解してもらったと思ったとき）という分け方があるという。<sup>162</sup> 要所で話の要点を整理して当事者に確認することで当事者が安心し、おのずと調停委員への信頼感も生まれてくる。レビン久子氏の言葉を借りれば、傾聴（アクティブ・リスニング）の中のパ

ラフレイジング（話を聞いたら、その要旨をまとめ、内容を変えずに言い換える）という調停技法の一つである<sup>163</sup>。また、当事者と真正面に向き合い、開いた姿勢をとり（腕や足を組まない）、体を前に乗り出し、視線の接触（アイ・コンタクト）は当事者を自然に見つめ、緊張せず、継続的に行うことで信頼という価値を生み、また楽な姿勢をとることで、当事者に対して心を開いているということのシグナルになる<sup>164</sup>。こうした理解が信頼へとつながる<sup>165</sup>。

また、調停中に解決方針などについて、いくつかの異なった考えが出てくることがある。このような場合にはいったん当事者を退席させて、間を置いて評議し、調停委員会としての意思統一を確認したうえで進行するのが効果的である。この調停委員会の意思統一というのは当事者に与える信頼という面で重要な役割を果たすと考える。

#### (a) 権利の濫用 (Topos-56)

当事者が誠実 (Good Faith) なネゴシエーションをしなかったことによって、調停の手続を濫用していることが調停委員に明らかである場合、あるいは当事者が重要な情報を提供しないか、よりよき理解または解決を達成しようとする意図をもたずに、もっぱら何らかの目的外の利益を得ようとして手続を利用するような場合、調停委員は調停を続けることが適切であるか否かを問題にしなければならない。権利濫用の禁止は、調停においても重要な位置を占める。

#### C 全体的な紛争解決

全体的な紛争解決は、両当事者も、専門家も、世論も納得できる解決であり、和の精神から導かれる。

民事紛争は、必ずしも経済的な利害の対立のみからなるものではなく、感情の対立等も伴いがちなため、合意の成立を目的とする調停による紛争解決は、人間関係の面をも含めて、争いを全体的に解消させ、実効性のある安定した解決をもたらすことが可能とされている<sup>166</sup>。全体的な紛争解決という法価値は、さらに、「均衡（ここではハーモニーと訳し

た) Topos-42」と「利益 (Topos-58)」に分類できる。

(a) 均衡 (Topos-42)

調停手続における両当事者の手続権保障の観点から均衡 (ハーモニー, バランス) の問題について考えてみたい。当事者間に明らかな力の差があると考えられる場合、この格差の解消のために弱者たる当事者は積極的に助力すべき義務を負うか否かが問題となる。すなわち、互角に主張を提出する機会の保障が必要となってくるのである。調停委員又は当事者が、調停を効果的に継続するための力の均衡が著しくとれていないことを認めた場合、調停委員は当事者にその事実を告知して、調停を終結することができるであろう。両当事者に力の不均衡があつて、しかも調停委員が消極的立場をとれば、強者が弱者を圧倒するのは当然だからである。

(b) 利益 (Topos-58)

後者はさらに「一般利益 (Topos-59)」と「経済的利益 (Topos-61)」に細分化できる。

(7) 効率性

民事調停において交互方式が重視する価値が、この効率性である。交互方式を支持する立場からは、調停人が親身になって個別に当事者の主張や事情を聞くことができ、それによって当事者から本音を聞くことができ、解決を促進できるとされる。さらに、同席方式では当事者の力関係に左右されるばかりか、無口な人や対話の上手でない人が不利になって、かえって不公平になると主張する。わが国では効率性を重視して交互方式を支持する人が多いが、最近では欧米が交互方式を一部採り入れ、わが国でも同席方式にウイングを伸ばし、いずれも調停技法の能力を高めている傾向があると指摘されている。すなわちケース・バイ・ケースで、交互方式と同席方式双方の利点を使って解決する志向が強まってきたというのである。<sup>167</sup> 私自身の経験からいえば、利害の対立や、感情上の問題を配慮して、原則として相手方のいない席で別々に聞くこ



とにしている。もちろん、当事者が過敏に反応して自分が不公平に扱われているのではないかという不安を抱かないように注意していることは言うまでもない。また、相手に他方が譲歩したことを伝える場合にも、「先方が非を認めて譲歩した」というような言い方をしないで、双方の体面を保つような形で合意が成立するように心掛けている。この「効率性」という価値から「解決の簡易迅速低廉性」が導かれる。

#### A 解決の簡易迅速低廉性

訴訟においては、内容面からも手続面からも、適正が重視されるため、手続が複雑かつ技術的になり、主張を法律的に整理・構成し、それを裏付ける証拠の提出は当事者の責任とされている。これに対し、調停では訴訟のような厳格な規制はなく、自由な形で主張を述べることであり、事件の実情を明らかにするための事実の調査等も、調停機関が必要と認めるものを職権で行うとされている。このため、特に法律の知識を持たなくても自分で調停を申し立て、手続を進めることが可能であり、費用負担も比較的軽く、事件終了までの期間が長期に渡らない。他方、訴訟の場合は、複雑性（煩雑性）・緩慢性・高価性は、その性質上、避けられないであろう。しかし、簡易性・迅速性・低廉性は民事調停だけの理論的存在理由というわけではないとの考え方も存在する。<sup>168</sup> いずれにしても、「調停実務において、簡易迅速低廉性は裁判に比べると優先されている（メタ・ルール9）」といえよう。<sup>169</sup>

#### (8) 解決の合理性

調停は、比較的簡易で当事者の対立もそれほど深刻ではない紛争解決に特に適している。日常生活での種々の紛争を、できる限り理性的、合理的に解決するために調停制度は十分に活用されるべきである。民事調停においても当然、合理性は重視される。合理性がゴールを念頭に置いている場合、合目的性（Topos-57）が導かれる。詳しくは、前述したように合目的合理性という言葉があるくらいである。

(9) 公正

「公正」は前述したように(20頁)、「衡平」と同様に信義則と深い関係がある。調停においても、「公正」という価値からは、「中立性」と「公平」が導かれる。

「調停における妥当なる解決とは、生活現象たる紛争自体を直接かつ全体的に対象とし、条理を判断基準とした公正な解決であるといえる。公正という法価値は裁判における場合だけでなく、調停においても重要な位置を占める。

A 中立性 (Topos-7, 8)

前述したように、「中立性」の中には、「反対当事者の言い分も等しく聴くべし (Topos-7)」、「何人も自己の争訟事件の裁判官にはなれない (Topos-8)」といった法命題が含まれる。

調停で実情を聴取する場合、当事者双方を同席させて行う場合(同席方式あるいは対席方式)と、相手方のいない席で別々に聞く場合(交互方式あるいは個別方式)とがある。当事者が対話することによって相互理解と解決促進をするのが真の合意に到達する道であるから、当事者双方の同席のもとで調停を進めるべきであると考えるのが同席方式である。欧米では、公正、中立性を重視して、同席方式へのこだわりが強いとも言われている。この同席方式が重視する価値が、公正と中立性である。交互方式では相手方が何を調停人に話したかわからず、調停人が偏った情報で心証を形成する危険性があると、同席方式の立場からは評される。さらに交互方式では、当事者が調停人を説得しなければならなくなったり、ときには調停人が当事者を無理やり説得するといった問題点も指摘される。

調停委員が余裕のある態度で接していれば、当事者の気持ちも自然となごみ、冷静な判断が可能になる。つねに調停委員は当事者と同じ立場に立たず、冷静な第三者的立場を維持すべきであるといわれている。特に、調停委員として熱心さの余り、意気込みすぎて、無意識のうちに一

方の当事者の立場に偏ったり、強引に調停委員会の案を押しつけるような形になって、当事者に余裕のない気持ちを持たせ、調停の場を堅苦しい雰囲気のものとしてしまうことのないようにするためにも中立性は重要である。第三者的立場から中立性という価値に繋がっているが、調停委員は実務に当たって中立・不偏であることを自ら認め、かつ、当事者にも中立・不偏であると語るのが常である。

## B 公平

公平という法価値は、調停においても判断や行動が公正で偏っていないことと定義でき、「公正」「中立性」と関わっている。

### (10) 平等 (Topos-22)

当事者の一方の本人や代理人とは、他方のいる前で親しそうな態度で話すようなことは避けるべきである。当事者や代理人の呼び方についても、双方を同じように扱わなくてはならない。一方にのみ弁護士の代理人がついている場合には、調停委員が平等に両当事者を見ていないのではないかという疑義を持たれないためにも、「〇〇代理人」という呼び方をするのが適当であるといわれている。

実情聴取の時間にも、ほぼ同じくらいの時間配分にするとか、一方を長く待たさなければならないときには、その旨を連絡し了解を得ておくこととか、同一期日には、両当事者から同じ回数だけ事情を聞くように配慮すべきである。

「平等 (Topos-22)」はさらに、「疑わしいときは平等に分配しなければならない (Topos-14)」と「分割に際して他に方法がないときはくじ引きによる (Topos-15)」とに体系化できるであろう。

### (11) 適正 (Topos-20)

合意を過度に優先させて、一方当事者の強い主張に押されて、客観的に妥当性を欠く内容の調停は許されない。「当事者が納得すれば、解決の内容の柔軟性・弾力的よりも、適正の確保が優先する (メタ・ルール 10)」。調停機関が条理を尽くして説得に当たっても合意成立の見込みが

ないときは、早期に手続を打ち切り、訴訟による解決を選ばせる場合もある。「裁判においては適正が前面に出るのに対して、民事調停では迅速性が前面に出ると言われているが、民事調停においても、適正という価値が重要なものというまでもない（メタ・ルール 11）」。

#### A 真相究明

事件の実情に即した解決を得るためには、事案の真相が十分に把握されていなければならない。「合意への説得を急ぐあまり、事実関係の究明が軽視されると、真に事案に適切な解決策を見出すことができなくなり、当事者の信頼を得ることはできないので、真相究明が優先する（メタ・ルール 12）」。精密に事実認定し判断を下す訴訟とは趣を異にする<sup>170</sup>が、調停においても、紛争に関連する諸般の事情を幅広く調査、検討して、これを総合勘案して、客観的に妥当な解決案を探索する努力を怠ってはならない。そうした意味でも、「適正」という法価値と通じるものがある。

### 6 小括 3「調停の基層にあるものは基本的価値体系である。」

以上の考察からわかるように、副問 3 について答えると、「調停の基層にあるものは基本的価値体系である」。そして、副問 3 の展開「調停の基層にある基本的価値体系はどのようなものか？」に対する答えは、図 7・8 を総合した基本的価値体系である。

## 五. 信義則と調停の基層にある基本的価値体系における共通性

本章では主問を解くにあたって、副問 4「信義則と調停の基層にある基本的価値体系に共通性はあるか？」ならびに副問 4 の展開「調停も『憲法と法律』の背景にある『法の原理・原則』に拘束されるか？」について考察していきたい。ここでシュトルック教授のトポイカカタログの番号を比較することで、共通性があるかを検討できる。

まず、トポイカカタログに掲載されている法的トポスを以下において抽出してみよう。

## 1 信義則の基層にある基本的価値体系で抽出した法的トポス

信義則の基層にある基本的価値体系から、トポイカタログに載っている法的トポスを抽出したい。なお、抽出に際して図4, 5, 6の間でトポスに重複がある場合は、図4で掲載されたものを優先した。

第一に、法の定立・解釈・適用にあたり考慮すべき価値体系（図4）からは、「法的推論と価値判断→『例外的判断 Topos-46』と『大まかな判断 Topos-49』が該当」、「判断基準（Topos-36）」、「恣意性の排除（Topos-51）」、「平等（Topos-22）」、「疑わしいときは平等に分配しなければならない（Topos-14）」、「分配に際して他に方法がないときはくじ引きによる（Topos-15）」、「適正（Topos-20）」、「例外は厳格に解釈（Topos-3）」、「法的安定性（Topos-63）」、「合目的性（Topos-57）」、「具体的妥当性（Topos-41）」、「優先権（Topos-21）」、「利益（Topos-58）」、「均衡（Topos-42）」、「一般利益（Topos-59）」、「経済的利益（Topos-61）」、「反対当事者の言い分も等しく聴くべし（Topos-7）」、「何人も自己の争訟事件の裁判官となることはできない（Topos-8）」が抽出できる。

第二に、信義則の個別的法命題に関する価値体系（図5）からは、「信頼は保護に値する（Topos-39）」、「信義則違反と当事者の意思（Topos-31）」、「禁反言（Topos-28）」、「シカーネの禁止（Topos-33）」、「権利の濫用（Topos-56）」、「闘争手段の目的に反すること（Topos-34）」、「失権（Topos-52）」が抽出できる。

第三に、法の一般原則に関する価値体系（図6）からは、「秩序の原則（Topos-62）」、「後法は前法を廃止する（Topos-1）」、「特別法は一般法に優先する（Topos-2）」、「疑わしきは被告人の利益に（Topos-9）」<sup>171</sup>が抽出できる。

## 2 調停の基層にある基本的価値体系で抽出した法的トポス

今度は、調停の基層にある基本的価値体系から、トポイカタログに載っている法的トポスを抽出したい。

第一に、調停で考慮すべき価値体系（図8）からは、「法的推論と価値判断→『例外的判断 Topos-46』と『大まかな判断 Topos-49』」が該当、「判断基準（Topos-36）」、「恣意性の排除（Topos-51）」、「具体的妥当性（Topos-41）」、「信頼は保護に値する（Topos-39）」、「権利の濫用（Topos-56）」、「均衡（Topos-42）」、「利益（Topos-58）」、「一般利益（Topos-59）」、「経済的利益（Topos-61）」、「合目的性（Topos-57）」、「反対当事者の言い分も等しく聴くべし（Topos-7）」、「何人も自己の争訟事件の裁判官となることはできない（Topos-8）」、「平等（Topos-22）」、「疑わしいときは平等に分配しなければならない（Topos-14）」、「分配に際して他に方法がないときはくじ引きによる（Topos-15）」、「適正（Topos-20）」が抽出できる。

### 3 トポイカタログ以外の価値

その他、トポイカタログに載っていないもので、両者に共通する価値を見てみると、「正義（手続的正義）」、「衡平」、「合理性」、「公正」、「公平」、「中立性」が抽出できる。

### 4 小括4

以上の考察からわかるように、副問4について答えると、「信義則と調停の基層にある基本的価値体系には共通性がある」。そして、副問4の展開「調停も『憲法と法律』の背景にある『法の原理・原則』に拘束されるか?」に対しては、「調停も『憲法と法律』の背景にある『法の原理・原則』に拘束される」と答えることができる。

具体的に見て行くと、副問4の展開の中で「基本的価値体系の中で両者に共通する価値は何か?」については、トポイカタログに載っているものとしては「例外的判断 Topos-46」、「大まかな判断 Topos-49）」、「判断基準（Topos-36）」、「恣意性の排除（Topos-51）」、「具体的妥当性（Topos-41）」、「信頼は保護に値する（Topos-39）」、「権利の濫用（Topos-56）」、「均衡（Topos-42）」、「利益（Topos-58）」、「一般利益（Topos-59）」、「経済的利益（Topos-61）」、「合目的性（Topos-57）」、

「反対当事者の言い分も等しく聴くべし (Topos-7)」、「何人も自己の争訟事件の裁判官となることはできない (Topos-8)」、「平等 (Topos-22)」、「疑わしいときは平等に分配しなければならない (Topos-14)」、「分配に際して他に方法がないときはくじ引きによる (Topos-15)」、「適正 (Topos-20)」が共通しており、さらにトポイカタログに載っていない「正義 (手続的正義)」、「衡平」、「合理性」、「公正」、「公平」、「中立性」が両者に共通する価値である。

次に、副問4の展開について具体的に考察してみたい。判決は、「憲法と法律」に拘束される (憲法76条3項)。これに対して、調停は必ずしも「憲法と法律」には拘束されない。しかし、「憲法と法律」の背景にある「法の原理・原則」、例えば「正義」、「衡平」、「合理性」、「公正」、「公平」、「中立性」等を共有しており、従って「法の原理・原則」には拘束されると結論付けることができるであろう。

円満な Win-Win の解決は、判決のような強制的な紛争解決によって、必ずしも実現できない。両当事者も、専門家も、また、両者の支持母体 (世論) も納得できるような自主的な解決によってのみ円満解決が実現できるのではなからうか。法原理・法原則に基づいた解決こそが、<sup>172</sup> 全ての人が納得できる円満な解決であり、それが、必ずしも、憲法や法律の条文通りの解決でない点が重要であると考ええる。紛争の解決が、当事者、専門家、および、世論の三者にとって納得がいくためには、当事者双方の主張と反論とが共通の裏づけによって等しく理由づけられている必要がある。<sup>173</sup> そうした意味で、全ての人が納得できる円満な解決へと導くトゥールミンの説く議論のルールは、極めて重要なもの<sup>174</sup> と考ええる。

別表1「トポイカタログ (シュトルック教授による)」<sup>175</sup>

Topos 番号	法的トポスの内容	Topos 番号	法的トポスの内容
Topos-1	後法は前法を廃止する	Topos-33	シカーネ (他人に損害を与えることのみを目的とする権利行使) の禁止 (権利濫用の法理の根底にはこの法格言が横たわっている)

調停の科学—信義則と調停の基層

Topos-2	特別法は一般法に優先する	Topos-34	闘争手段の目的に反すること
Topos-3	例外は厳格に解釈されなければならない	Topos-35	いかなる同権者も他の同権者を最終的に排除することは許されない
Topos-4	確定判決における判断内容は真実とみなされなければならない	Topos-36	標準（日常用いる判断基準）
Topos-5	法務官は些事を配慮しない	Topos-37	取引の保護
Topos-6	訴えを越えて審判せず	Topos-38	法は正当なことに味方する
Topos-7	反対当事者の言い分も等しく聴くべし	Topos-39	信頼は保護に値する
Topos-8	何人も自己の争訟事件の裁判官となることはできない	Topos-40	権利は権利の侵害に対して譲歩してはならない
Topos-9	疑わしいときは被告人の利益に	Topos-41	妥当
Topos-10	一度しか無いことは無きに等しい	Topos-42	均衡
Topos-11	単に疑わしいだけでは決定的とはいえない	Topos-43	最も被害の少ない方法を用いる義務がある
Topos-12	法的な理由なくして得たものは返還しなければならない	Topos-44	必要なことは許される
Topos-13	補償	Topos-45	時宜を得た行為は許される
Topos-14	疑わしいときは平等に分配しなければならない	Topos-46	極めて不幸な場合には例外が許される
Topos-15	分割に際して他に方法がないときはくじ引きによる	Topos-47	法においては明確に定められたことのみが適切である
Topos-16	何人も自己が有する以上の権利を他人に移転することはできない	Topos-48	実行可能な事柄
Topos-17	第三者に義務を負わすような契約の締結は禁じられている	Topos-49	大まかな判断
Topos-18	味方になる者は同時に敵にもなる	Topos-50	何人も不可能なことは義務づけられない
Topos-19	事故による損害は所有者が負担する	Topos-51	恣意は禁じられている
Topos-20	発生原因との対応の原則（負担の適正配分決定のためのドイツ所得税法上の原則）	Topos-52	失権
Topos-21	優先権（最初に来た者が最初に利益にありつく）	Topos-53	不適當で要求できないことは要求されるべきではない
Topos-22	平等	Topos-54	人として堪えがたいことを法は求めることができない



Topos-23	過失を犯した者はその結果について責任を負わなければならない	Topos-55	限界のない請求は認めることができない
Topos-24	自己の利益をなおざりにして有責的に損害惹起に協力した者は保護されない	Topos-56	濫用の危険
Topos-25	沈黙は何事も義務づけない	Topos-57	目的性
Topos-26	意思の独立	Topos-58	利益
Topos-27	人はすべて善良（または無実）であると推定される	Topos-59	一般利益
Topos-28	禁反言（矛盾挙動の禁止）	Topos-60	社会の保護
Topos-29	法律は注意深い者のために書かれている	Topos-61	経済的利益
Topos-30	重要なのは何が意欲されたかであって、何が望ましかったかではない。重要なのは表示された意思であって、表示されない目的ではない	Topos-62	秩序の原則
Topos-31	条件の成就・不成就の権利を有したか否か、当該行為が信義則に反するか否かは、行為時の当事者の意思に依存する	Topos-63	法的安定性
Topos-32	法は制裁を必要とする	Topos-64	明白の場合における訴訟手続簡略化の可能性

## 六. まとめ

小括1から4を総合すると、「信義則と調停の基層にあるものは基本的価値体系である」と結論付けることができるであろう。これまで、小括1～4を総合すると、信義則と調停の基層にあるものは基本的価値体系であることが明らかになった。

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。<sup>176</sup>「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]、さらには、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。<sup>177</sup>

近年、社会・経済情勢がめまぐるしく変転し、さらに個々人の権利意識の高まりや価値観の多様化を反映してか、調停申立人や相手方の双方に代理人の弁護士が付くことも決して珍しいことではなくなり、単に譲り合いを求めるだけでは調停が頓挫してしまい、法的判断や専門的な知見を背景にした合理性のある調停が求められて来ていると、調停実務において感じている。本稿における考察を通じて、裁判同様に調停においても「信義則の基層」にあるものと「調停の基層」にあるものが決して異質なものであるということが明らかになった。円満解決は、判決のような強制によっては、必ずしも実現できない。両当事者も、専門家も、また、両者の支持母体（世論）も納得できるような解決とは何か、それが、法原理・法原則に基づいた解決であり、必ずしも、憲法や法律の条文通りの解決でない点が重要であると考ええる。判決は、「憲法と法律」に拘束される（憲法76条3項）。しかし、調停は必ずしも「憲法と法律」には拘束されない。しかし、「憲法と法律」の背景にある「法の原理・原則」には、拘束されるのではないだろうか。

今回の論考を通じて得られた知見を、今後の調停実務や無料法律相談等に生かしていきたいと考えている。

注

- 1 廣田尚久『民事調停制度改革論』（信山社、2001）49頁。
- 2 Th. フィーヴェク（植松秀雄訳）『トピックと法律学—法学的基礎研究への一試論』（木鐸社、1993）。G.Struck, *Topische Jurisprudenz — Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit*, Athenäum Verlag (Frankfurt, 1971), S.20-34. Ch. ベレルマン（江口三角訳）『法律家の論理—新しいレトリック』（木鐸社、1986）160頁以下参照。
- 3 加賀山茂「民法への招待—法科大学院で学ぶ前に知っておくべき知識

とものの考え方」(仮想法科大学院 (<http://lawschool.jp/kagayama/>) PDF, 2012/4/4) 2～5頁。以下、加賀山教授のテーゼに関連する部分を以下に引用したい。

「わが国は、不幸な戦争を体験した反省に立って、紛争解決の手段としての武力の行使を放棄した世界でも数少ない国である。日本国憲法(1946年)第9条は、以下のように、紛争解決の手段として武力を用いないことを宣言している。

憲法第9条〔戦争の放棄〕①日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。

わが国の最初の憲法とされる十七条の憲法(604年)も、「国のかたち」として、紛争の解決について、武力ではなく、議論によるべきことを明文で定めていた。十七条の憲法というと、最初のフレーズである「和をもって貴しとなす」だけが引用され、武力ではなく平和に「事を論ずるにかなうときは、すなわち事理自ずから通ず」という、後半部分が引用されないのは、何とも不幸なことである。

十七条の憲法第1条〔和の精神〕

和をもつて貴(とうと)しとなし〔孔子〕、忤(さから)うことなきを宗とせよ。人みな党(たむら)あり、また達(さと)れる者少なし。ここをもつて、あるいは君父に順わず、また隣里に違(たが)う。しかれども、上和(かみやわら)ぎ、下睦(しもむつ)びて、事を論ずるに諧(かな)うときは、すなわち事理(じり)自ら通ず。何事か成らざらん。

第10条〔仏教の教え：議論の前提条件〕

心の怒りを絶ち、顔色に怒りを出さないようにし、人が自分と違うからといって怒らないようにせよ。人には皆それぞれ心があり、お互いに譲れないところもある。彼がよいと思うことを、自分はよくないと思ったり、自分が良いことだと思っても、彼の方は良くないと思ったりする。自分が聖者で、彼が愚者ということもない。ともに凡人なのである。是非の理は誰も定めることはできない。お互いに賢者でもあり愚者でもあることは、端のない環のようなものだ。相手が怒ったら、自分が過ちをしているのではないかと反省する。自分一人が正しいと思っても、衆人の意見も尊重し、その行なうところに従うがよい。」(2頁から引用)

加賀山教授の説明をさらに引用したい。

「和の精神」というと、「他人と争わず、同調するのをよしとする精神」だと考えられてきた。しかし、原文を最後まで読んでみると、そうでもないようである。では、「和の精神」とは、どのようなことなのだろうか。1文で表現してみよう（「五箇条の御誓文」の第1条も、「広く会議を起し、万機（すべての重要事項）は、公論に（公開の議論を通じて）決すべし（決定すべきである）」とされていた）。加賀山教授は、十七条の憲法を現代の憲法と比較しつつ再評価することは、興味深い試みであると述べておられる。そして、教授は日本国憲法の趣旨を活かして、十七条の憲法の第1条を以下のように解釈している（なお、十七条の憲法の現代的解釈については、岡野守也「聖徳太子「十七条憲法」を読む—日本の理想」（大法輪閣，2003）参照）。

十七条の憲法第1条〔和の精神〕の日本国憲法流の解釈（加賀山説）

平「和」を誠実に希求し、正義と秩序を尊重して、武力に訴えることのないようにせよ。紛争の解決を力に頼る人は、みな数を頼んで党派を作る。しかし、力や数では問題の真の解決にはならないことを理解していない。このような人々は、多数に雷同してリーダーに従わなかったり、相隣関係における「必要かつ損害最小」（19頁参照）の原理を無視する行動に出たりする。しかし、上司も和やかに部下も睦まじく、「輪」になって議論を行えば、自然に道理が明らかになり、どんな困難な問題でも解決できないことはない。

十七条の憲法の第1条の原文には、出典として「孔子」と書かれている。おそらく、論語の「君子は和して同ぜず、小人は同じて和せず」を意識して起草されたものと思われる。「和」と区別される「同」とは、「付和雷同」のことであり、自分の考えで行動するのではなく、多数の人がそうしているから正しいと考えて同じ行動をすることを意味する。しかし、「多数の人が賛成しているから正しい」という論理は、論拠として使うことはできないとされている」（加賀山「民事法への招待」2・3頁）。

4 加賀山、前掲「民事法への招待」2・3頁。

5 岩田宗之「議論のルールブック」（新潮新書，2007）18・19頁。

6 西村克己「論理的な考え方が面白いほど身につく本」（中経出版，2005）20・21頁。故事や法諺というのは、正反対の意味を持つものが存在することがしばしばある。例えば「君子危うきに近寄らず」と「虎穴に入らずんば虎子を得ず」は正反対の意味である。このように、時と場所によって都合のよい故事を引用することは、論理的でないため、説得力に欠けるため、法格言は優先度において後退する。

ただし、「善は急げ」が原則であるが、善の行為に緊急性がなく、かつ、急いでやると、失敗したり、他人に損害をもたらしたりするおそれがある場合には、「急がば回れ」が優先する」という矛盾を回避する措置（メタ・ルール）が講じられていれば、論理的で説得力を持つため、西村氏のテーゼは成り立たない。

7 C.W.Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, 2.Aufl. (Berlin, 1983), S.82. C.W.カナリス（木村弘之亮代表訳）『法律学における体系思考と体系概念—価値判断法学とトピック法学の懸け橋—』（慶應義塾大学法学研究会，1996）。

8 Struck, *op.cit.*, S.47.

9 Canaris, *op.cit.*, S.85.

10 M.P. ゴールディング（上原行雄＝小谷野勝巳共訳）『法の哲学』（倍風館，1985）162頁。

11 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）131～136頁。

12 川島武宜『民法総則』（法律学全集17）（有斐閣，1965）25頁。

13 小山昇『民事調停法（新版）・法律学全集38-II』（有斐閣，1977）105頁以下。

14 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）469頁。

15 梶村＝深沢，前掲書，134～136頁。

16 小島武司「民事調停における国民の参加」別冊判タ4号（1977）37頁。

17 平田勇人「民事調停のあり方について—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）179～213頁。

18 平田勇人「第15章家族関係の紛争処理」中川淳・小川富之編著『家族法』（法律文化社，2013）270～287頁。

19 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。

20 加賀山，前掲「民事法への招待」2頁。加賀山茂教授が指摘されるように、和の精神は実に深い意味がある。加賀山教授が説かれるように、「法の手段は『和』を前提とする議論と説得である」といえよう。

- 21 石川明＝梶村太市編『注解 民事調停法〔民事調停規則〕』（萩原金美）（青林書院，改訂版，1993〔初版1986〕）62頁。
- 22 加賀山茂『契約法講義』（日本評論社，2007）127・128頁。
- 23 日本調停協会連合会編『5訂 調停委員必携（家事）』（日本調停協会連合会，2010）。最高裁判所事務総局民事局編『民事調停委員の手引〔改訂版〕』（最高裁判所事務総局，2012）。
- 24 平田勇人「当事者の視点に立った調停技法」松浦好治・松川正毅・千葉恵美子編著『加賀山茂先生還暦記念 市民法の新たな挑戦』（信山社，2013）65～91頁。本稿では，日々の調停業務の中でその重要性を感じてきた「当事者の視線」に立った調停のあり方，そしてそのための調停技法について考察した。
- 25 石川明『調停法学のすすめ—ADR 私論』（信山社，1999）28・29頁。
- 26 ヤン・シュレーダー（石部雅亮編訳）『トピック・類推・衡平—法解釈方法論史の基本概念』（信山社，2000）40頁。
- 27 平田勇人『信義則とその基層にあるもの』（成文堂，2006）。
- 28 佐伯胖「認知科学の誕生」渕一博編著『認知科学への招待—第5世代コンピュータの周辺』（日本放送出版協会，1983）16頁。長期記憶に格納された知識も，実際に推論をするためには，短期記憶で扱える Magical Number7 ± 2の独立項目に編成し直さなければならない。
- 29 平田勇人「トピッ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）47～94頁。
- 30 平田勇人「憲法と手続的正義をめぐる諸問題」木川統一郎博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進・上巻』（判例タイムズ社，1994）161～183頁。
- 31 井上茂＝矢崎光圀＝田中成明編『講義・法哲学』（青林書院新社，1982）185・186頁。
- 32 田中成明『現代法理論』（有斐閣，1984）165頁。
- 33 田中，前掲『現代法理論』170頁。
- 34 加賀山茂『現代民法 学習法入門』（信山社，2007）33～36頁。
- 35 ゴールディング，前掲書，162頁。
- 36 平田，前掲「トピック的思考の観点からの信義則の法解釈学的考察」47～94頁。
- 37 ベレルマン，前掲書，151頁。
- 38 Rawls, John., *A Theory of Justice*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1971.

pp.516-519.

39 条理とは「物事の筋道」の意味。出典は「孟子」万章編。裁判事務心得（明治8太告103）3条に「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ」とある。この規定が現在なお有効か否かは明確でないが、イタリア法例3条が「法の一般原則」、スイス民法1条2項が「裁判官が仮に立法者であつたら制定するであろうような準則」に従って裁判せよと規定しているのと同趣旨と解され、さらにラテン語の *naturalis ratio*（自然の道理）、ドイツ語の *Natur der Sache*（事物の本性）の意味とも解されている（有斐閣法律学小辞典第3版 [1999]）。

40 ベレルマン、前掲書、154頁。

41 加藤雅信「民法ゼミナール」（有斐閣、1997）278・279頁。

42 Canaris, *op.cit.*, S.82.

43 Ebenda., S.84.

44 Ebenda., S.82.

45 Ebenda., S.83.

46 Struck, *op.cit.*, S.47.

47 ベレルマン、前掲書、150・151頁。

48 ベレルマン、前掲書、150頁。

49 ベレルマン、前掲書、153・154頁。

50 Rawls, *op.cit.*, pp.142-150.

51 田中成明「法的思考とはどのようなものか」（有斐閣、1989）245～258頁。

52 三宮真智子「情報に対する合理的判断力を育てる教育実践研究の必要性：大学で何をどう教えるべきか」日本教育工学会論文誌26号（2002）235-243頁。三宮氏によれば、論理学や統計学といった客観的な法則に合致しているという意味での合理性を「合法則的合理性」と呼び、個人や集団の持つ目的に適合しているという意味での合理性を「合目的合理性」と呼んで区別している。紛争解決という目的に適合しているという観点から見ると、合目的性が導かれるであろう。

53 ベレルマン、前掲書、151頁。

54 ベレルマン、前掲書、154頁。

55 松浦好治「一般条項とエキスパートシステム」平成8年度科研「法律エキスパート」研究成果報告会用報告レジュメ（1997/2/22）。なお、松浦好治

『法と比喩〔法哲学叢書5〕』（弘文堂、1992）も参考にした。

56 平田勇人「信義則をめぐる背景知識の体系的整理（改訂版）」科研費「法律エキスパート」「平成5～9年度研究成果報告書（改訂版）」（2000）196頁。

57 加賀山茂『現代民法 担保法』（信山社、2009）24・25頁によれば、優先弁済効の優先順位は、原則として「保存」「供給」「環境提供」の順で定まり、保存に関しては「後の保存者が前の保存者に優先する」（民法330条1項2文）という「優先権の順位決定のルール」に従うことが明らかにされ、担保法に関しても、優先権という法的トポスが重要な役割を果たしていることが分かる。加賀山教授が先取特権と抵当権の両者を等質と考えることに成功し、物的担保の優先順位決定のルールを明らかにしたことで、両者が同一のルールに従う両立しうる存在であることが判明し、担保法に関する一貫した体系を創設することに成功したことを考えると、「優先権」という法的トポスの重要性が認識出来ると考える。

58 Canaris, *op.cit.*, S.84.

59 加藤、前掲『民法ゼミナール』291頁。

60 Canaris, *op.cit.*, S.151.

61 Ebenda., S.82.

62 Ebenda., S.150.

63 Ebenda., S.153.

64 Ebenda., S. 82.

65 ベレルマン、前掲書、151頁。

66 ベレルマン、前掲書、151頁。

67 加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』（有斐閣、1986）843頁。

68 アリストテレス（加藤信朗訳）『アリストテレス全集〈13〉ニコマコス倫理学』（岩波書店、1988）177・178頁。

69 アリストテレス（戸塚七郎訳）『アリストテレス 弁論術』（岩波文庫、1992）136・137頁。

70 シュレーダー、前掲書、113頁。

71 シュレーダー、前掲書、113頁。シュレーダーは、プーフェンドルフの1672年の『大自然法論』（Samuel Pufendorf: *De jure naturae et gentium libri octo* (1672)) から引用している。

72 シュレーダー、前掲書、113頁。

73 シュレーダー、前掲書、113頁。



- 74 シュレーダー, 前掲書, 111 ~ 113 頁。
- 75 曾野和明 = 廣瀬久和 = 内田貴 = 曾野裕夫訳『UNIDROIT 国際商事契約原則』(商事法務, 2004) 参照。また, 教育・研究促進のため利用する条件で, [http://lawschool-jp.com/kagayama/material/civi\\_law/contract/comparison/unidroit/unidroit\\_ej.html](http://lawschool-jp.com/kagayama/material/civi_law/contract/comparison/unidroit/unidroit_ej.html) における加賀山茂教授の翻訳を参考にした。
- 76 PECL の 1998 年 7 月の最終版(訳語は加賀山教授の完全・改訂版(1998) 翻訳に従った)に基づいて分析をした。 [http://lawschool-jp.com/kagayama/material/civi\\_law/contract/comparison/pecl/pecl98\\_ej.html](http://lawschool-jp.com/kagayama/material/civi_law/contract/comparison/pecl/pecl98_ej.html)
- 77 ゴールディング, 前掲書, 166 頁。
- 78 ゴールディング, 前掲書, 165 頁。
- 79 ゴールディング, 前掲書, 165 頁。
- 80 Canaris, *op.cit.*, S.150.
- 81 ゴールディング, 前掲書, 146 頁。
- 82 曾野耕毅『信義則および権利濫用の研究』(信山社, 1994) 35, 81 頁。
- 83 Canaris, *op.cit.*, S.152.
- 84 中野貞一郎「民事訴訟における信義則および禁反言」『民事訴訟法の争点』(1979) 44 頁。
- 85 最判昭和 51 年 4 月 23 日(株)TKC LEX/CD 文献番号 27000325 の判例全文 28 頁。
- 86 Canaris, *op.cit.*, S.151.
- 87 川島武宜『「科学としての法律学」とその発展』(岩波書店, 1987) 51 頁。
- 88 Canaris, *op.cit.*, S.153.
- 89 Ebenda., S.159.
- 90 Ebenda., S.150.
- 91 Ebenda., S.150.
- 92 Ebenda., S.150.
- 93 Ebenda., S.151.
- 94 Ebenda., S.160.
- 95 Ebenda., S.151.
- 96 Ebenda., S.160.
- 97 Ebenda., S.151f.
- 98 ベレルマン, 前掲書, 153 頁。
- 99 Canaris, *op.cit.*, S.83.

- 100 Ebenda., S.157.
- 101 Ebenda., S.84.
- 102 Ebenda., S.85.
- 103 Ebenda., S.82.
- 104 Ebenda., S.83.
- 105 Ebenda., S.157.
- 106 Ebenda., S.84.
- 107 Ebenda., S.83.
- 108 Ebenda., S.83.
- 109 シュレーダー, 前掲書, 90 頁。
- 110 Canaris, *op.cit.*, S. 82.
- 111 Ebenda., S.82.
- 112 Ebenda., S.152.
- 113 Ebenda., S.153.
- 114 Ebenda., S.82.
- 115 Ebenda., S.153.
- 116 Ebenda., S.152.
- 117 Ebenda., S.152.
- 118 Ebenda., S.152.
- 119 曾野和明 = 山手正史「国際売買法」〔現代法律学全集 60〕(青林書院, 1993) 73 頁。
- 120 加藤雅信「新民法体系 V 事務管理・不当利得・不法行為」(有斐閣, 2002) 97 頁。
- 121 高橋文彦「『法論理』再考～三段論法から対話的なデフォルト論理へ」『法学研究』(慶應義塾大学) 82 巻 1 号 (2009) 25 ～ 28 頁で述べられているように、法規範を全称命題と捉える伝統的な三段論法にはどうしても表現に限界がある。筆者はこうした問題意識を共有して現在、東京工業大学で Toulmin 図式を用いた研究を行っている。この点については、今後の課題としたい。
- 122 高橋文彦「要件事実論と非単調論理」河上正二・高橋宏志・山崎敏彦・山崎和彦・北秀昭・難波孝一編著「要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開 [伊藤滋夫先生喜寿記念]」(青林書院, 2009) 3 ～ 20 頁。
- 123 Stephen E. Toulmin, *The Uses of Argument* [Updated Edition], Cambridge University Press, 2003. スティーヴン・トゥールミン (戸田山和

- 久・福澤一吉訳)『議論の技法—トールミンモデルの原点』(東京図書, 2011)。
- 124 ベレルマン, 前掲書, 151 頁。
- 125 ベレルマン, 前掲書, 151 頁。
- 126 ベレルマン, 前掲書, 151 頁。
- 127 Canaris, *op.cit.*, S.159-160 “These21”.
- 128 ベレルマン, 前掲書, 153 頁。
- 129 ベレルマン, 前掲書, 153 頁。
- 130 ベレルマン, 前掲書, 158 頁。
- 131 ベレルマン, 前掲書, 182 頁。
- 132 この点については, 平田, 前掲「第 15 章家族関係の紛争処理」270 ～ 287 頁で詳しく述べた。
- 133 日本調停協会連合会編「5 訂 調停委員必携 (家事)」(日本調停協会連合会, 2010) 29 頁。
- 134 梶村=深沢, 前掲書, 136 ～ 138 頁。
- 135 梶村=深沢, 前掲書, 139 ～ 143 頁。
- 136 梶村=深沢, 前掲書, 143 頁。
- 137 梶村=深沢, 前掲書, 143 ～ 145 頁。
- 138 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 (2004/11) ([http://www.geocities.jp/nihon\\_kazoku/otuka.pdf](http://www.geocities.jp/nihon_kazoku/otuka.pdf))。
- 139 佐々木吉男『増補調停制度の研究』(法律文化社, 1974) 122 ～ 124 頁, 127 頁。
- 140 小山, 前掲書, 52 ～ 61 頁。
- 141 萩原, 前掲『注解 民事調停法』53 ～ 55 頁。
- 142 梶村=深沢, 前掲書, 146 ～ 152 頁。
- 143 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) 18・19 頁。
- 144 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) 8 頁を参照。
- 145 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」(創刊準備号, 2005) 17頁。
- 146 小島, 前掲「仲裁 ADR 法の将来展望 (序説)」17頁。
- 147 小島, 前掲「仲裁 ADR 法の将来展望 (序説)」17頁。
- 148 小島, 前掲「仲裁 ADR 法の将来展望 (序説)」17頁。
- 149 小島, 前掲「仲裁 ADR 法の将来展望 (序説)」17頁。
- 150 最高裁事務総局民事局「民事調停委員のための民事調停法規の概説」(2002)。
- 151 最高裁事務総局民事局「民事調停委員の手引 [改訂版]」(2012)。
- 152 最高裁民事局, 前掲「民事調停委員の手引 [改訂版]」2頁。
- 153 加賀山, 前掲「民事法への招待」2頁。
- 154 加賀山, 前掲「民事法への招待」2頁。
- 155 加賀山, 前掲「民事法への招待」3頁。
- 156 岩田, 前掲書, 18-19頁。
- 157 最高裁民事局, 前掲「民事調停委員のための民事調停法規の概説」5頁。
- 158 中野貞一郎「民事裁判入門」(有斐閣, 2002) 165・166頁。
- 159 最高裁民事局, 前掲「民事調停委員のための民事調停法規の概説」2・3頁。
- 160 最高裁民事局, 前掲「民事調停委員のための民事調停法規の概説」48頁。
- 161 最高裁民事局, 前掲「民事調停委員のための民事調停法規の概説」47頁。
- 162 ロバート・M. ブラムソン (鈴木重吉・峠敏之訳)「「困った人たち」とのつきあい方」(河出書房新社, 1997) 62頁。
- 163 レビン小林久子「調停者ハンドブッカー調停の理念と技法」(信山社, 1998) 69～72頁。
- 164 石川, 前掲「調停法学のすすめ」147～154頁。
- 165 平田, 前掲「当事者の視点に立った調停技法」65～91頁参照。
- 166 最高裁民事局, 前掲「民事調停委員のための民事調停法規の概説」3頁。
- 167 廣田, 前掲書, 59・60頁。
- 168 最高裁民事局, 前掲「民事調停委員のための民事調停法規の概説」4頁。
- 169 佐々木, 前掲「増補民事調停の研究」124頁。
- 170 最高裁民事局, 前掲「民事調停委員のための民事調停法規の概説」5頁。
- 171 加賀山, 前掲「契約法講義」35・36頁において, ①特別法の特徴としての類型論とその限界, ②一般法の特徴としての類型論を超える力, ③特別法と一般法との組み合わせについて, 詳しく説明されているが, 類型論と一般

法の両者の短所を補いつつ、長所を伸ばすために両者をうまく組み合わせることの大切さが述べられているが、法体系とはどのようなものかを知る上で極めて示唆に富む考え方である。

172 加賀山、前掲「民事法への招待」12頁。円満解決は、裁判による一刀両断的な判決に基づく強制によっては、必ずしも実現できない。両当事者も、専門家も、また、両者の支持母体（世論）も納得できるような自主的な解決によってのみ円満解決が実現できる。全ての人が納得できる解決とは、法原理・法原則に基づいた解決であり、必ずしも、憲法や法律の条文通りの解決でない点が重要であると考ええる。そのためにも、当事者双方の主張と反論とが共通の裏づけによって等しく理由づけられている必要がある。

173 加賀山、前掲「民事法への招待」13頁。

174 トゥールミン、前掲「議論の技法—トゥールミンモデルの原点」154・155頁。「W：論拠」は反駁可能な「仮言的な言明（AならばBである）」とされている。したがって、要件と効果で書かれた法律の条文も「W：論拠」に含まれることになる。これに対して、「B：裏づけ」は「定言的事実言明（Aである）」とされているので、反駁を予定していない定義・公理がこれに含まれることになる。ただし、これとは反対に、「法規範がWに相当し、その裏付けBとなるのが法律の条文や判例の存在であると考えられよう」とする有力説がある。この点については、高橋文彦「法的思考と論理」（成文堂、2013）131・132頁参照。

175 平田、前掲「信義則とその基層にあるもの」287頁。

176 小島、前掲「仲裁 ADR 法の将来展望（序説）」13頁。

177 小島、前掲「仲裁 ADR 法の将来展望（序説）」13・14頁。