

ADRの実際と理論 II

小島 武司 編

日本比較法研究所
研究叢書

68

中央大学出版部

はしがき

本書は、中央大学出身の法曹の方々のご寄付により日本比較法研究所内に創設された研究基金に基づく平成13年度研究助成にかかる、共同研究グループ「紛争解決の手続法的課題」のプロジェクトである「裁判外紛争処理（ADR）に関する比較法的研究」の成果の一部であり、その第Ⅱ巻をなすものである。

本プロジェクトは、仲裁・調停などのADRを中心に、民事訴訟および相対交渉をも視野に収めて、紛争解決制度全般について法理と実務の両面から検討を行うことを目的とする。平成13年6月に発表された司法制度改革審議会最終報告がADRを裁判と並ぶ対等の選択肢として位置付け、その拡充を提唱したことで、ADRは、公的な認知を得て、実務と学理の中心的存在であると広く認識されるに至っている。

紛争解決制度の在り方は、法の支配の根幹をなす課題であり、とりわけその基本的構造が形成途上であるADRを21世紀社会にふさわしい姿に構築することは急務であるといわなければならない。そこで、我が国における状況と諸外国における新たな展開をにらんで、包括的な検討を行う必要がある。我々は、調停制度の伝統などを意識するあまり、ADR先進国であるとの自信過剰に陥ることのないように自らを戒め、また、欧米の新たな展開にのみ目を奪われてこれに安易に追随することのないように留意しつつ、将来の制度設計に力を注ぐべきであろう。

このような基本的視点から、本書は第1編において、我が国の研究者および実務家の方々からの報告を掲載し、また同時に第2編においては、日韓および日独の国際共同研究での各報告の基礎をなす論考を掲載したものである。

ADRの実情を正確に把握し、そのうえに確固たる理論を形成していく持続的な学問的営為が不可欠である今日、本プロジェクトがこのような社会的要請に少しでも応えることができるならば、四半世紀以上もこの課題と取り組んで

きた私としては、まことに幸いである。

本書の、第1編「日本の紛争解決制度」には、第1章「総論」、および第2章「和解・調停・仲裁」に関する諸論文が収められており、そして、第2編「国際共同研究」には、第1章「日韓ラウンドテーブル」、および第2章「日独ラウンドテーブル」に関する諸論文が収められている。貴重なご報告及びご論考をお寄せいただいた方々に厚くお礼申し上げたい。

本書の刊行に際しては、全般にわたり小林 学氏（桐蔭横浜大学専任講師）および田中誠人氏（三重大学人文学部専任講師）のご協力を願い、また、製作に関しては日本比較法研究所の藤村 潔、五島功二、中央大学出版部の平山勝基、小川砂織の各氏にご尽力をいただいた。この場を借りてお礼申し上げたい。

2004年12月

小 島 武 司

目次

はしがき小島 武司... i

第1編 日本の紛争解決制度

第1章 総論

ADRとその普及の条件

——訴訟上の和解との比較において——.....加藤新太郎... 3

自律型ADRモデルの新たな展開

——紛争交渉論とトランスフォーマティブ・
アプローチ——.....和田 仁孝... 24

財の分配をめぐる紛争の手続的解決

——ブラームス&テイラー『公平な分け方』(1996年)
の紹介——.....太田 勝造... 40

社会問題化した紛争の代替的解決手段

——「政策法務」的アプローチの実践例——平野 晋... 68

第2章 和解・調停・仲裁

公害等調整委員会及び都道府県公害審査会

における公害紛争の解決.....加藤 和夫... 109
松井 英隆

訴訟上の和解とADR.....草野 芳郎... 163

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る——.....平田 勇人... 179

アジア・太平洋諸国におけるADR制度の

現状と展望.....池田 辰夫... 214

第2編 国際共同研究

第1章 日韓ラウンドテーブル

韓国における民事紛争とADR.....金 祥 洙... 249

韓国仲裁法と仲裁合意.....李 英 俊... 275
尹 龍 澤 訳

労使紛争の解決とADR.....延 基 栄... 282
尹 龍 澤 訳

韓国の個人信用回復支援制度の特色.....李 商 永... 307
尹 龍 澤 訳

憲法上の司法保障請求権とADR.....金 湊 謙... 316
尹 龍 澤 訳

第2章 日独ラウンドテーブル

The New German Law on Arbitration :

What is Capable of a Generalization and what is not

.....Peter F. Schlosser... 335

付篇

韓国改正仲裁法.....金 祥 洙 訳... 409

労働組合及び労働関係調整法.....尹 龍 澤 訳... 420

第1編 日本の紛争解決制度

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——

平 田 勇 人

I はじめに

民事調停は、法乖離=合意尊重型の紛争解決制度であるのか、それとも法志向型の紛争解決制度であるのか。民事調停委員として日頃からこうした問題意識を持ちながら調停実務に取り組んできたが、本稿において、法的価値体系の観点からアプローチしてみたい。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だろうか。民事調停は、条理に基づく互譲の精神の上に成り立つといっても、基本的には法規範を根底にすえるべきではないのだろうか。裁判規範の背景にある基本的価値体系と、調停規範（民事調停で用いる紛争解決規範）の背景にあるそれとはどういった関係にあるのか、以下において考察していきたい。

II 紛争解決基準について

1. 種々の紛争解決規範

法は規範であり、社会規範であるといわれている。また、いったん紛争が起こったときは、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を発揮する。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¹⁾。このような紛争解決規範の定義に従えば、紛争解決規範は法だけに限定されないことになる。すなわち、実定法のほかに、判例、訴訟上の和解ならびに調停・仲裁におけるこれまでの解決例、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。しかし民事調停の場合に、法にかなった紛争解決規範が存在しなければ、紛争の真最中に、法から大きく乖離した新たな紛争解決規範を作ったり、発見したりして解決してよいのであろうか。そういった問題意識に基づき、以下において考察していきたい。

2. 民事調停における紛争解決基準

(1) 法律拘束性

わが国の調停が、裁判における紛争の法的解決とは若干乖離することが認められた紛争解決手続であることについては、争いはないであろう。このことはその他のADRについても一般的にいえることである。ただ、石川教授が指摘されておられるように、調停が court annexed ADR であることを考えると、court annexed である以上、それは初めから法から乖離することを前提とした紛争解決であってはならないはずである²⁾。この考え方に立てば、民事調停においては、紛争解決の法律拘束性は当然のこととして要求されることになる。民事調停において、基本的には法律拘束性を根底に置きつつ、法律から乖離する根拠になっているのは、どういった法原理・法価値なのかについて以下、考察してみたい。

(2) 条理という言葉

条理という用語は抽象的であり、多義的である。「条理」を、小学館『国語大辞典』(1981)で引いてみると「物事のすじみち。ものことわり。物事の道理」とある。岩波『広辞苑(第五版)』(1998)によれば「物事の道理。すじみち。自然を支配する、対立物統一の法則性」とある。有斐閣『法律学小辞典(第3版)』(1999)を引いてみると、「物事の道理」とし、「孟子」の万章編が出典であるとされている。条理という用語は確かに多義的である。川島教授は条理を定義して、「実定法体系の基礎となっている基本的価値体系である」とされる³⁾。また川島教授は、裁判所の判決の中で、「制定法の条文がないから慣習法で裁判する」とか、「慣習もないから条理で裁判する」という理由を書いたものは、極めて稀であり、また、「公序良俗」とか「信義誠実」とかを理由とする判決は戦後は非常に多くなったが、これは、戦後の民法改正で「信義

誠実」とか「権利濫用」が条文(民法第1条)に書かれたので、いわば第一順位の法源たる「制定法」を法源としているのであって、「条文が欠けているから」信義誠実とか権利濫用というような「条理」を法源としているのではないと分析される⁴⁾。

ところで、民事調停法1条によれば調停規範として条理と実情に即した解決が挙げられている。石川教授は、条理の意味については川島教授の定義によりつつ、上記の意味での条理は、①実体法の解釈にあたって指針を与えるもので解釈された実体法規それ自体でもあること、②実体法に欠缺がある場合、条理が実体法規になること、③実体法が時代の変化につれて著しく現状に適合しなくなった場合は、②の場合に準じて条理が実体法規になることを意味するとする。①②③いずれの意味においても、特に②③の意味においては条理は実体法と並んで調停規範になるとされる⁵⁾。

日本の条理というものは、外国にはない。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。

いずれにしても、わが国においては調停で条理が利用されるが、条理は法律でなくても、調停という法律制度の枠内で解釈されており、その際「いい加減な内容が条理として安易に利用されるべきではない」という認識が共有されていると考える。

(3) 条理の位置づけ

ところで、調停規範としての条理を、実定法の基本的価値体系とは異なる基準とみる見解も多い。裁判規範と調停規範を区別しようとする考え方はそのような見解を前提としているように思われる。もっとも、裁判規範としての条理も調停規範としての条理もその本体は同一のものであるが、その発現形態を異

にするとの見解も有力である。すなわち、条理は裁判規範としては最も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⁶⁾。しかし、条理を現行法の基本的価値体系と解するならば、現行法と離れた価値体系を示す条理が調停規範になるわけではないことに注意しなければならない。当該事件について任意法規の適用を排除したからといって（任意法規とは異なる内容であっても）、適用されるべき条理は現行法の基本的価値体系とは調和するものであって、現行法の価値体系と異なるものであってはならないと考える。あくまでも、現行法体系の背後にある基本的価値体系の域を出ない条理が調停規範になるといえよう。調停は何よりも第一段階として法志向型の紛争解決でなければならず、第二段階として実情に即した解決という面で何処まで法から乖離できるかが問われなければならないということになる⁷⁾。逆にいえば「条理にかなない」という処で法乖離型の紛争解決制度であってはならないわけである。

3. 法乖離型と法志向型の対立

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ら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。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って、実情に即した解決というかぎりで法乖離＝合意尊重型であるといっても、具体的事例において純粋な法乖離＝合意尊重型と何処でどのように異なってくるのかが問題となる。

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、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〕縮小論⁸⁾）。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、利息制限法違反の超過利息の支払を内容とする合意や、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 は存在しないとは言い切れないであろう。しかし、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、以下において、裁判規範としての条理と、調停規範としての条理とを対比することで、その相関関係について明らかにできればと考えている。

Ⅲ 裁判規範としての条理

実定法体系の基礎にある基本的価値体系と、調停規範としての条理とは異質なものであろうか、それとも部分的に重複するものであろうか、あるいはまったく同じものであろうか。「条理を基本的価値体系とする法」の裁判規範としての側面から見ていこう。こうした問題について考察する前に、読者にとって初めて耳にするかもしれないトポイ・カタログという考え方について紹介してみたい。筆者は平成5から9年度において、科研費「法律エキスパートシステム」研究において、信義則に関する様々な背景的な知識の体系的整理を試みてきた⁹⁾。そして、信義則の個別的な法命題が実はトポイ・カタログの中の法的トポスと呼ばれているものであり、それらは法規範の硬直した適用・思慮を欠く適用に対して指針的役割を果たし、それと同時に、より高次のメタルールによって制御されていることが明らかになった。そのほか、法的価値判断、トピク的思考、体系思考、可動的体系、一般条項、CISG（国連動産売買条約）における信義則、といった諸概念に関して諸テーゼを抽出し、それらを体系的に整理し、法的トポスが問題提起しているものが厳密に見れば何かを明らかにしよう

と試みた。本稿における研究は、それらの研究の延長線上にあるともいえよう。

まず、条理という価値体系を分析する際、法的トポスという観点から整理して比較検討してみたい。法的トポス (topos: トポスというのは本来、場所とか、動物が水などを求めて集まる狩場を意味するギリシャ語である) 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。アリストテレスは論議の際の「論点」「観点」を表す際にトピカ (topica) という言葉を用いていた。彼によれば一般に推論には論証的推論と弁証術的推論があり、前者が最初の確実な真理から出発するのに対して、後者はエンドクサ (多くの人々に信じられた通念) に基づいているとされる。そして、トピカの行使の際に必要なことは、扱う問題を、定義、特有性、類、付帯性の四つに分類し、あらかじめ作られた議論点 (topoi: トポイはトポスの複数形) のカタログ (トポイ・カタログ) を役立てることにあるとされる。こうしてようやく、扱われる問題やテーマについて、発見・配列・設問という作業が行われる。アリストテレスにおいても、ひとはもし、問いを発しようとするれば、第一には、弁証術的推論を導き出す論点の所在 (トポス) を発見すること、第二には、様々な問いを一つ一つ心の内で配列してみること、そして第三には、これらの問いを多くの人々の前で提示することと、発見・配列・設問というプロセスが重要だと説かれている¹⁰⁾。

ところで、法的トポスの役割と重要性とを明確にするのに貢献したゲルハルト・シュトルック教授によるトポイ・カタログがある¹¹⁾。このカタログには64個のトポスが集められている (体系的網羅的ではない) が、法的トポスを事例で示すことで基本的価値体系をイメージとしてつかむことを容易にしてくれるであろう。

すなわち、以下のものが挙げられている。

「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)」、「例外は厳格に解釈されなければならない (Topos-3)」、「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-4)」、「法務官は些事を配慮

しない (Topos-5)」、「訴えを越えて審判せず (Topos-6)」、「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)」、「疑わしいときは被告人の利益に (Topos-9)」、「一度しか無いことは無きに等しい (Topos-10)」、「単に疑わしいだけでは決定的とはいえない (Topos-11)」、「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-12)」、「補償 (Topos-13)」、「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)」、「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-16)」、「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-17)」、「味方になる者は同時に敵にもなる (Topos-18)」、「事故による損害は所有者が負担する (Topos-19)」、「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-20)」、「優先権 (最初に来た者が最初に利益にありつく) (Topos-21)」、「平等 (Topos-22)」、「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-23)」、「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-24)」、「沈黙は何事も義務づけない (Topos-25)」、「意思の独立 (Topos-26)」、「人はすべて善良 (または無実) であると推定される (Topos-27)」、「禁反言 (矛盾挙動の禁止) (Topos-28)」、「法律は注意深い者のために書かれている (Topos-29)」、「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-30)」、「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)」、「法は制裁を必要とする (Topos-32)」、「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) (Topos-33)」、「闘争手段の目的に反すること (Topos-34)」、「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-35)」、「標準 (日常用いる判断基準) (Topos-36)」、「取引の保護 (Topos-37)」、「法は正当なことに味方する (Topos-38)」、「信頼は保護に値する (Topos-39)」、「権利は権利の侵害に対して譲歩してはならない (Topos-40)」、「妥当 (Topos-

41)」、「均衡 (Topos-42)」、「最も被害の少ない方法を用いる義務がある (Topos-43)」、「必要なことは許される (Topos-44)」、「時宜を得た行為は許される (Topos-45)」、「極めて不幸な場合には例外が許される (Topos-46)」、「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-47)」、「実行可能な事柄 (Topos-48)」、「大まかな判断 (Topos-49)」、「何人も不可能なことは義務づけられない (Topos-50)」、「恣意は禁じられている (Topos-51)」、「失権 (Topos-52)」、「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-53)」、「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-54)」、「限界のない請求は認めることができない (Topos-55)」、「濫用の危険 (Topos-56)」、「目的性 (Topos-57)」、「利益 (Topos-58)」、「一般利益 (Topos-59)」、「社会の保護 (Topos-60)」、「経済的利益 (Topos-61)」、「秩序の原則 (Topos-62)」、「法的安定性 (Topos-63)」、「明白の場合における訴訟手続簡略化の可能性 (Topos-64)」。

シュトルック教授の説く法的トポスは、①法が保護し推進しようとしている基本的価値に関するもの (Topos-3, 7, 8, 12, 15, 22, 36, 39, 41, 42, 46, 51, 52, 56, 57, 58, 62, 63等)、②信義則あるいはその個別的法命題に関するもの (Topos-28, 31, 33, 34, 39, 52, 56等)、③立法者や裁判官が法の定立・解釈・適用にあたって考慮しなければならない観点を示すもの (Topos-16, 20, 21, 22, 36, 41, 42, 51, 57, 58, 59, 61, 63等)、④法の一般原則に関するもの (Topos-1, 2, 4, 9, 23, 27等)、⑤ラテン語で表現された格言ないし古諺に関するもの (Topos-4, 5, 6, 7, 9, 19, 27, 29, 38等)、に大別できる (もちろん、重複するものもある)。

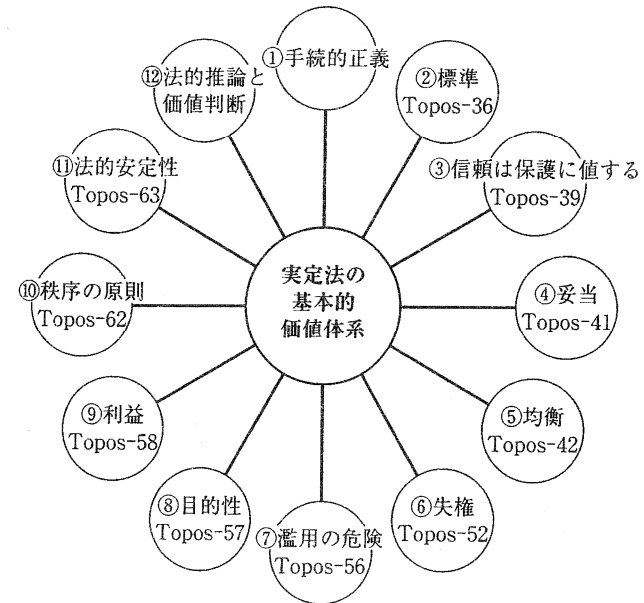
法的トポスは法的推論に対して適当な指針を与え、また、裁判官が合理的で公平な解決を模索するとき利用できる知的方法を増やすことが、これまでの研究で明らかになった。もし体系的なトポイ・カタログを参照できるなら、相互に関連した法的トポスは法的価値判断をコントロールするであろう。このことは前述したように、条理が、①法解釈に指針を与え、②解釈された実体法規それ自体でもあり、③法に欠缺がある場合、条理が法規範になり、④実体法が時代の変化に著しく適合しなくなった場合に、条理が実体法規範になることと、

符合する点が多いのではないだろうか。

次に、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取り上げてみたい。カナリス教授が考えるように、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明らかにされている¹²⁾。ただ、カナリス教授も説くように、トピッ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のである。

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によって、人は、どのような価値判断が特定の価値体系 (および価値

図1 実定法の基本的価値体系



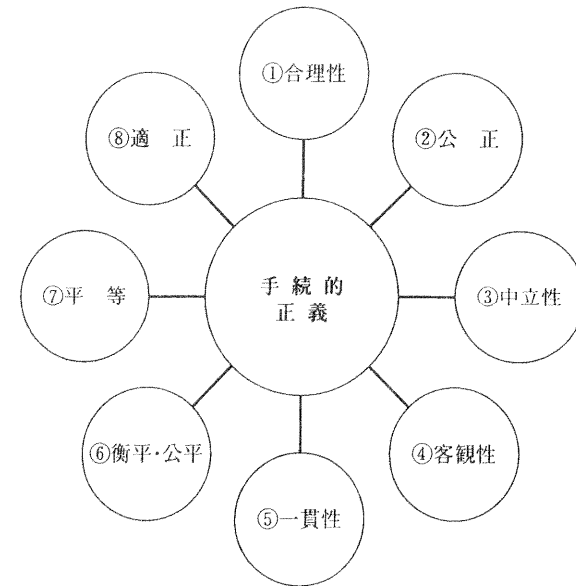
判断の体系)と矛盾するかしないかを判断し、さらに将来、裁判所によって与えられるであろう価値判断を予見することができるのである¹³⁾。

今回は、シュトルック教授ならびに後で述べるマーチン・ゴールディングの考え方に従ってトポイ・カタログを配列したが、今後、高次の価値としては、人間の尊厳・平等・精神的自由といったものを挙げ、それに続く価値として、取引の安全・信義則・生存権といったものを挙げ、価値判断命題のヒエラルヒアをトポイ・カタログに持たせていきたいと考えている。ただ、太田教授が法規範について指摘された言葉を借りれば、常にフォローアップ調査を行って、本来の目的を果たしているか、重大な副作用をもたらしていないか、等の検討を続け、必要とあれば修正・改正を繰り返す必要がある¹⁴⁾ことはいままでもない。

1. 「(手続的) 正義」¹⁵⁾

正義観念は多義的である。人々が実定法の内容・実現について正義・不正義を論じる場合、議論のレベルは、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)の三段階がある¹⁶⁾。紛争解決手続(訴訟のみならず民事調停も含む)における正義の役割について考える場合、手続的正義が問題にされなければならないであろう。手続的正義の要請は、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¹⁷⁾。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¹⁸⁾。

図2 手続的正義の価値構造



マーチン・ゴールディングによれば、「恣意は禁じられている (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¹⁹⁾。ここでは、ゴールディングの考え方に基づいて分類してみた²⁰⁾。「手続的正義」という法価値の中には、まず「恣意は禁じられている (Topos-51)」²¹⁾が含まれる。そして、それ (Topos-51) はさらに、「合理性」、「公正」、「中立性」、「客観性」、「一貫性」、「衡平・公平」、「平等」、「適正」といった法価値に分類できる。

(1) 「合理性」

まず「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」²²⁾という法的価値判断が含まれる。すなわち、グルーピングを行った結果、異なるトポス間で衝突が生じた場合に、基本ルールになるのがこのルールである。

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い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」²³⁾、「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」²⁴⁾、「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」²⁵⁾、「完全合意性は合理性の証拠となる」²⁶⁾、「対話的合理性」²⁷⁾といった内容のものが含まれる。

(2) 「公正」

国際契約法（ユニドロア国際商事契約法原則 [UNIDROIT 原則] 1.7条等、ヨーロッパ契約法原則 [PECL] 1:102条等）においては、「信義誠実および公正な取引」をセットで規定しているが、信義則が fair and equitable principle とも訳されるように公正と信義則は密接な関係にあるといえよう。

「公正」の中には、「公正ということが解決を推進する」²⁸⁾、「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」²⁹⁾、「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」³⁰⁾といった法命題が含まれる。

(3) 「中立性」

紛争解決者は中立的でなければならず、いずれか一方の肩を持つような態度・判断は許されない。ADRにおいても中立性は強く要求される。この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³¹⁾。

「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。

(4) 「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」³²⁾、「再現可能性は客観性の証拠となる」³³⁾といった内容のものが含まれる。

紛争解決基準の客観性から見ると、裁判においては法という客観的な紛争解決基準があるのに対して、調停にあってはわが民事調停法1条に「条理にかな

い実情に即した」解決という極めて抽象的な紛争解決基準が示されているにすぎず、それは決して客観的で具体的な基準とはいえない。

(5) 「一貫性」

「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)」、「極めて不幸な場合には例外が許される (Topos-46)」、「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」³⁴⁾といった法命題が含まれる。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。

(6) 「衡平・公平」

「衡平」とは、法をそのまま適用することが妥当でない場合、各事件の個性性を考えて、道徳律に従ってバランスをとり修正する原理であり、「妥当」とも深く関わる。一方「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。便宜上、ここでは同じ項目で扱うが、両者は別の概念である。

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、自然に従い衡平である」³⁵⁾からもわかるように、衡平の観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」³⁶⁾、「衡平は原則性を欠く」³⁷⁾、「正しく公平に思考する者とは、社会通念に従う者を指す」³⁸⁾、「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」³⁹⁾、「一般条項は衡平やトピック的思考以外にも関わる」⁴⁰⁾、「一般条項には衡平への入口という側面がある」⁴¹⁾、「法的推論は衡平だけに偏らず、現行法体系に基づくべし」⁴²⁾、「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」⁴³⁾、「衡平の語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」⁴⁴⁾といった内容のものが含まれる。

(7) 「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

リストテレスによれば、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ことは有名である。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。

(8) 「適正」

「適正」手続は、デュー・プロセス・オブ・ローといわれ、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」は、日本国憲法第31条においても定められている。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、事実の認定が事実に合致し、法規の解釈適用が正当でなければならない。たとえば、訴訟審理における口頭主義、直接主義、釈明権、上訴、再審などの制度は、主として適正の要求に応えるためのものである。民事調停は簡易迅速性という価値が前面に出てくるが、裁判においても、お互いに対立しやすい理念である適正と迅速を調和させることが必要とされている。新民事訴訟法において適時提出主義や上告受理制度が採用された。

2. 「標準 (Topos-36 判断基準: standards)」

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) と、調停において用いる調停の基準 (mediation standards) は、重複している部分とそうでない部分があるが、判断基準を明確にしていくことは法的安定性や一貫性に繋がるであろう。

3. 「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、たとえば取引の当事者は権利の行使や義務の履行において、お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ない、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法価値を表明したものである。

4. 「妥当 (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」⁴⁵⁾という法命題が含まれる。「具体的妥当性」という法価値もこの「妥当」という法的トポスの中に含まれる。

5. 「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」⁴⁶⁾という法命題が含まれる。

6. 「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、可動的法律要件である」⁴⁷⁾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として許されない」というルールである⁴⁸⁾。失効の原則についての最高裁判決の判示する要件を以下列挙してみよう⁴⁹⁾。①多年権利を行使しなかったこと。②これを行使しなかったことにつき少なくとも権利者にその責めに帰すべき事由があること (これは不作為でもよい「たとえば債務者より権利を行使すべき旨の催告を受けながら放置したとき」)。③責めに帰すべき事由を云々する以上権利者が権利のあることを知っていたこと。④権利の不行使により債務者においてもはや権利を行使しないものと信じたこと。⑤かく信じるにつき正当事由のあること。⑥いまだ権利を行使することが信義則に反すること。以上の要件のどれを落としても失効の

原則を適用することは弁論主義違背となるとされる。すなわち以上の要件が主要事実（法律効果発生の要件事実）として明白に主張されなければならない。

7. 「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」⁵⁰⁾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、各場合について判断しなければならないが、単に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。また権利濫用の効果も、権利の種類によって異なる。一般には権利行使の効果がなく、濫用となる権利者の要求に従わなくても責任を生じない。濫用者の行為が他人の利益を侵害すれば、不法行為となって損害賠償義務を生ずる。特別の場合には濫用者はその権利を剥奪される。

8. 「目的性 (Topos-57)」

この法価値の中には、「裁判官は、解決の価値と法適合性の総合を目的とする」⁵¹⁾、「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」⁵²⁾という法命題が含まれる。

9. 「利益 (Topos-58)」

利益考量（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うまでもない。たとえば、権利濫用法理に基づく法的推論の場合、「権利行使の必要度が小さく（権利者個人の利益が小さく）かつ、損害程度が大きい（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あるいは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」⁵³⁾。この法規範文において、利益という法的価値が重要な役割を果たしている。

10. 「秩序の原則 (Topos-62)」

この法価値の中には、「体系思考」、「トピク的思考」、「不動的体系」、「可動的体系」、「一般条項」といった内容のものが含まれる。ここでは、前述したカナリス教授の考え方に基づいて体系化した。

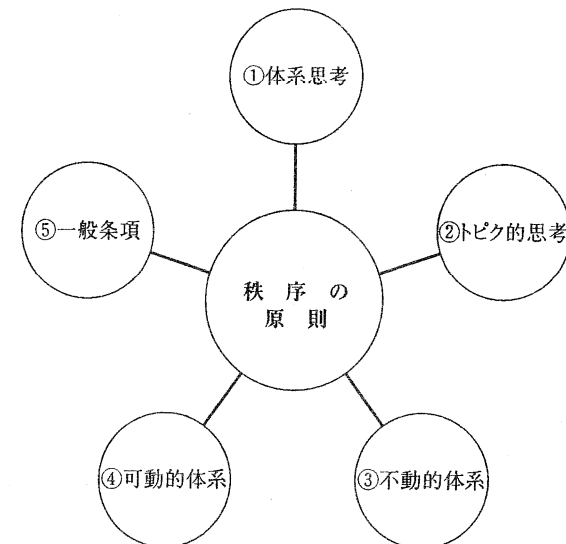
(1) 「体系思考」

「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」⁵⁴⁾、「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」⁵⁵⁾、「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」⁵⁶⁾、「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」⁵⁷⁾、「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」⁵⁸⁾といった内容のものが含まれる。

(2) 「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

図3 秩序の原則 (Topos-62)



が決定的役割を果たす⁶⁹⁾、「トピク的思考は社会通念・常識に根拠を置く⁶⁰⁾」、「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⁶¹⁾」、「トピク的手法では、まず手探りで様々な観点を抽出し、問題に対して試験的に適用し、比較衡量する⁶²⁾」、「コモンセンスを引合いに出したり、衡平を理由として判断する場合はトピク的思考が適している⁶³⁾」、「トピクは個別事情を問題にする場合に適している⁶⁴⁾」といった内容のものが含まれる。

(3) 「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⁶⁵⁾」という法命題が含まれる。

(4) 「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⁶⁶⁾」、「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⁶⁷⁾」、「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⁶⁸⁾」、「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⁶⁹⁾」、「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⁷⁰⁾」、「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⁷¹⁾」、「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⁷²⁾」、「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⁷³⁾」、「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⁷⁴⁾」、といった内容のものが含まれる。

(5) 「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⁷⁵⁾」、「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⁷⁶⁾」、「一般条項の具体化に際しては、トピクは単な

る応急処置以上のものである⁷⁷⁾」、「一般条項は、必ずしも全面的に衡平やトピク的思考に委ねられているわけではない⁷⁸⁾」、「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⁷⁹⁾」、「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⁸⁰⁾」、「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⁸¹⁾」、「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⁸²⁾」、「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⁸³⁾」、「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⁸⁴⁾」、「制度目的、構成要件の内容を茫漠としたものにより、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⁸⁵⁾」といった法命題が含まれる。

11. 「法的安定性 (Topos-63)」

法的安定性の法価値は、同種の紛争は同一に解決することを要請する。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⁸⁶⁾。調停の場合、紛争解決内容ないし解決基準の安定性という観点からみて問題がある。調停について解決事例集が公刊されれば、かなり違ってくるであろう。いずれにしても、調停の場合には、調停理論および調停者の実務感覚の両面から紛争解決基準の安定性を検討しなければならない。

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⁸⁷⁾」、「可動的体系は、衡平条項よりもずっと強い法的安定性がある⁸⁸⁾」、「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⁸⁹⁾」、「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」⁹⁰⁾ といった内容のものが含まれる。

12. 「法的推論と価値判断」

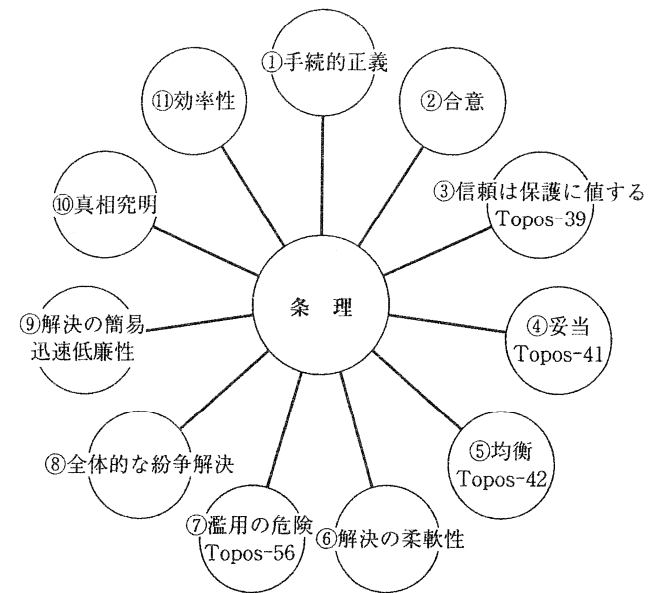
法的推論と価値判断に関する法命題の中には、「法的推論は単なる三段論法的演繹ではあり得ない」⁹¹⁾、「三段論法的演繹では、たとえ結論が不合理と思われる場合であっても、その結論を受け入れざるを得ない」⁹²⁾、「裁判官は、解決の価値と法適合性とを同時に尊重しながら両者の総合を探求しなければならない」⁹³⁾、「法適用は現行法に基づいて正統化されなければならない、社会通念やコモンセンスに基づくべきではない」⁹⁴⁾、「適用（抽象的規範から具体的事案への移行）は、単なる演繹のプロセスではなく、法廷論争において衝突している諸価値に法律の規定を不断に適合させる作用である」⁹⁵⁾、「法的思考は価値判断抜きに理解することはできない」⁹⁶⁾、「種々の考察は法的トポスによって総合が可能になる」⁹⁷⁾、「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」⁹⁸⁾といった内容のものが含まれる。

訴訟とADRについて比較した場合、訴訟は三段論法（より正確には、『法律人工知能』参照）⁹⁹⁾である。小前提の事実を大前提の法規範に当てはめ、結論の判決を出すという構造になっている。もし、こうした構造に適さない事案ではうまく機能しないといわれている¹⁰⁰⁾。それに比べて、ADRでは三段論法にこだわらず、様々な試みがなされている¹⁰¹⁾。

IV 調停規範としての条理

前述のように、民事調停が、裁判における紛争の法的解決とは若干乖離することが認められた紛争解決手続であることについて争いはないであろう。それでは、調停規範としての条理と、裁判規範としての条理はどういった点で違っているのか、以下において考察していきたい。

図4 調停規範としての条理の構造



1. 「(手続的) 正義」

(1) 「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、できるかぎり理性的、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。

(2) 「公正」

「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。その解決に公正が担保されているといえるかは、調停における当事者の合意ないし意思の機能によってその公正を担保せしめる」¹⁰²⁾。この法命題からもわかるように、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。

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) を図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。中立人には「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ふべきであろう。

(3) 「中立性」

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となることはできない (Topos-8)」といった法命題が含まれる。

a) 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。当事者が対話を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いわれている。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。

b) 中立・不偏主義から後見主義への推移¹⁰³⁾

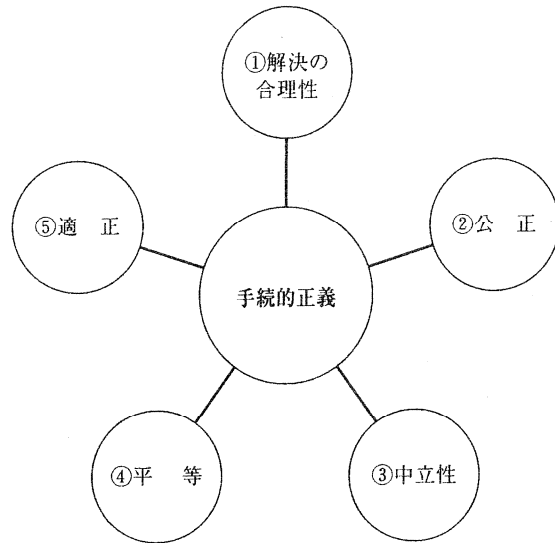
調停委員が余裕のある態度で接していれば、当事者の気持ちも自然となごみ、冷静な判断が可能になる。常に調停委員は当事者と同じ立場に立たず、冷静な第三者的立場を維持すべきであるといわれている。特に、調停委員として熱心さの余り、意気込みすぎて、無意識のうちに一方の当事者の立場に偏ったり、強引に調停委員会の案を押しつけるような形になって、当事者に余裕のない気持ちを持たせ、調停の場を堅苦しい雰囲気のものとしてしまうことのないようにするためにも中立性は重要である。第三者的立場から中立性という価値に繋がっているが、調停委員は実務にあたって中立・不偏であることを自ら認め、かつ、当事者にも中立・不偏であると語るのが常である。

しかし、調停委員が相当に後見的に当事者の攻撃防御に介入することによって調停の適切な運用が可能になるという側面もある。調停委員は、客観的に事実を確定し法的判断をする裁判官とは違っているとみる立場からは、調停委員の本来の役割は、当事者の理解を援助し、可能な紛争解決を探ること (後見的司法) であり、当事者をもっぱら中立・不偏の立場から感化すること (応報的司法) ではないとされる。

(4) 「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。一方にのみ弁護士上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念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

図5 調停規範における手続的正義



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。

(5) 「適正」

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、解決の内容は弾力的でよいといっても、適正の確保が優先する。調停が当事者の合意を不可欠とするのは、紛争解決方法としては弱点でもある。そこで、調停機関が条理を尽くして説得にあたって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され、民事調停では迅速性が前面に出されるが、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。

2. 「合意」

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。

(1) 「和」

合意という価値は、和の精神からも導かれる。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より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より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いうまでもない）。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。

(2) 「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。強制を当事者に感じさせる説得による場合は、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¹⁰⁴⁾。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¹⁰⁵⁾、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、当事者意思の尊重、真に納得した合意という法価値は、実定法である民事訴訟法の基本的価値体系にも組み込まれており、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。

3. 「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。調停を行う者との対応のうちに自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、調停にあ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ない¹⁰⁶⁾。

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¹⁰⁷⁾。自分が話しをしているときは、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¹⁰⁸⁾。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、自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)の中のパラフレージング(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¹⁰⁹⁾。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¹¹⁰⁾。こうした理解が信頼へと繋がる。

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もある。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上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。

4. 「妥当 (Topos-41)」

「妥当 (Topos-41)」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、様々な事情のもと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適合しなくなり、あるいは、新たに社会に生起し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。

5. 「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の問題について考えてみたい。当事者間に明らかに力の差があると考えられる場合、この格差を解消するために弱者たる当事者に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。調停委員または当事者が、調停を効果的に継続するための力の均衡(バランス)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。

6. 「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（ただし支払総額は増やし）たりして、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¹¹¹⁾。

7. 「濫用の危険 (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、調停の手續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持たずに、もっぱら何らかの目的外の利益を得ようとして手續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。

8. 「全体的な紛争解決」

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¹¹²⁾。全体的な紛争解決という法価値においては、キーワードとして、感情、人間関係、全体的解決、実効性ある解決、安定、といったものが挙げられるが、訴訟においても、人間関係の面をも含めて争いを解決することは基本的法価値に組み込まれているといえよう。

9. 「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、手續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のが可能であり、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、手續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¹¹³⁾。確かに、訴訟における複雑性 (煩雑性) ・緩慢性 ・高価性は、その性質上、ある程度は避けられないであろう。しかし、簡易性 ・迅速性 ・低廉性をもって直ちに民事調停の理論的存在理由とすることはできない。なぜならば、現実の訴訟における手續の複雑性 ・緩慢性 ・高価性をもって訴訟の性質上避けられない範囲に属するものではなく、簡易性 ・迅速性 ・低廉性は調停制度に固有のものではなく、紛争解決制度全体に内在する理念というべきだからである¹¹⁴⁾。

10. 「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であろう。精密に事実認定し判断を下す訴訟とは趣を異にするが、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求する努力を怠ってはならない¹¹⁵⁾。適正、信頼、客観性、妥当といった法価値と相通じるものがある。

11. 「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¹¹⁶⁾。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いままでもない。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。

V ま と め

これまで、裁判規範としての条理と、調停規範としての条理とを比較検討してきたのであるが、結論を先にいえば両者は同一のものであると考える。すなわち、両者は決して異質なものではなく、当該民事調停事件において、たとえ任意法規の適用を排除したからといって、あくまでも実定法の基本的価値体系の域を出ない条理が調停規範になるのである。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すぎないことを指しているのであり、現行法と離れた価値体系を示す条理が調停規範になるのではないといえよう。民事調停においては、裁判規範としては氷山の水面下にある価値規範が、水面上に出てきているにすぎないのである。

もちろん法乖離＝合意尊重型のADRを一般的に否定したり、その存在を認めないわけではないが、ADRにおける法律乖離性の根拠について、和の精神とか当事者意思の尊重の納得づくの真の紛争解決性、紛争解決の具体的妥当性等々をもってその根拠を説明しきれものではないと考える。

基本的価値体系の中で裁判規範と調停規範とでは価値の重さの置き方が当然

異なるにしても、条理を現行法の基本的価値体系と解するならば、現行法とは異なる条理というものはいない。任意法規の対象とする事項について、その適用を排除して条理による解決をはかる場合、右条理は任意法規とは内容を異にするものの、現行法の基本的価値体系とは調和するものであって、現行法と特段に異なる条理であるというべきではないだろうか。

- 1) 廣田尚久『民事調停制度改革論』（信山社，2001）49頁。
- 2) 石川明『調停法学のすすめ—ADR私論』（信山社，1999）34頁。
- 3) 川島武宜『民法総則』（法律学全集17）（有斐閣，1965）25頁。
- 4) 川島武宜『「科学としての法律学」とその発展』（岩波書店，1987）228・229頁。
- 5) 石川・前掲注2）23頁。
- 6) 石川明・梶村太市編『注解 民事調停法〔民事調停規則〕【改訂】』（青林書院，1993〔初版1986〕）62頁〔萩原金美〕。
- 7) 石川・前掲注2）24頁。
- 8) 石川・前掲注2）28・29頁。
- 9) 拙稿「信義則に基づく法的推論過程のメタルール抽出について—法律知識ベース構築のために」科研費（重点領域研究）「法律エキスパートシステムの開発研究—法的知識構造の解明と法的推論の実現—」『平成5年度研究成果報告書』（1994）190-197頁。拙稿「信義則に基づく法的推論過程のメタルール抽出について—法律知識ベース構築のために」科研費「法律エキスパート」『平成6年度研究成果報告書』（1995）137-144頁。Hayato HIRATA, "On the Extraction of Meta-rules of Legal Reasoning Process On the Basis of Fair and Equitable Principle — For the Construction of Legal Knowledge Base" (英文) 科研費「法律エキスパート」『平成6年度研究成果報告書』（1995）145-149頁。拙稿「メタ知識の観点からの法的トポス—国連売買条約における信義則の理解のために」科研費「法律エキスパート」『平成8年度研究成果報告書』（1997）139-147頁。Hayato HIRATA, "Legal Topic in terms of Legal Meta-knowledge — Toward a better Understanding of Good Faith in CISG" (英文) 科研費「法律エキスパート」『平成8年度研究成果報告書』（1997）148-155頁。拙稿「信義則をめぐる背景知識の体系的整理」科研費「法律エキスパート」『平成5～9年度研究成果報告書』（1998）149-156頁。Hayato HIRATA, "A Systematization of Background Knowledge of the Fair and Equitable Principle", Yoshino, Hajime (ed.), *Research on Development of Legal Expert System—Clarification of Legal Knowledge Structure and Implementation of Legal Reasoning—*, Study Report 1998, pp.74-89。拙稿「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）189-204頁。拙稿「信義則をめぐる背景知識の体系的整理」吉野一＝松村良之＝加賀山茂＝廣田薫

- 編『法律人工知能—法的知識の解明と法的推論の実現—』創成社出版（2000）137-145頁（なお、若干加筆修正された同書第二版（2003）でも137-145頁所収）。
- 10) 村治能就・宮内璋訳『アリストテレス全集2 トピカ・詭弁論駁論』（岩波書店、1970）3-11頁、229頁。
- 11) 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。なお、ドイツ民法162条および254条の法思想については、神戸大学外国法研究会編『独逸民法（I）（II）』（柚木馨）（有斐閣、1955復刊版）を参考にした。
- 12) C. W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, 2. Aufl. (Berlin, 1983), S.151. 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）でわが国にも紹介されている。
- 13) 川島・前掲注4）51頁。
- 14) 太田勝造「法規範の定立と社会規範の創発」人工知能学会誌18巻4号（2003）409頁。
- 15) 拙稿「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。
- 16) 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。
- 17) 田中成明『現代法理論』（有斐閣、1984）165頁。
- 18) 田中・前掲注17）170頁。
- 19) 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。
- 20) ゴールディング・前掲注19）162頁。
- 21) ゴールディング・前掲注19）162頁。
- 22) Struck, *op. cit.*, S. 47.
- 23) ベレルマン・前掲注11）150・151頁。
- 24) ベレルマン・前掲注11）150頁。
- 25) ベレルマン・前掲注11）153・154頁。
- 26) Rawls, John. *A Theory of Justice*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1971, pp. 142-150.
- 27) 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。
- 28) ゴールディング・前掲注19）166頁。
- 29) ゴールディング・前掲注19）165頁。
- 30) ゴールディング・前掲注19）165頁。
- 31) ゴールディング・前掲注19）146頁。
- 32) ベレルマン・前掲注11）151頁。
- 33) Rawls, *op. cit.*, pp. 516-519.
- 34) ベレルマン・前掲注11）154頁。
- 35) 加藤雅信『民法ゼミナール』（有斐閣、1997）291頁。
- 36) Canaris, *op. cit.*, S. 151.
- 37) *Ibid.*, S. 82.
- 38) *Ibid.*, S. 150.
- 39) *Ibid.*, S. 150.
- 40) *Ibid.*, S. 153.
- 41) *Ibid.*, S. 82.
- 42) ベレルマン・前掲注11）151頁。
- 43) ベレルマン・前掲注11）151頁。
- 44) 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。
- 45) 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）。
- 46) Canaris, *op. cit.*, S. 84.
- 47) *Ibid.*, S. 152.
- 48) 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。
- 49) 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頁より抜粋。なお、本判決は最判昭和30年11月22日（株）TKC LEX/CD 文献番号27002976をベースにして、要件を詳細に分類している。
- 50) 菅野耕毅『信義則および権利濫用の研究』（信山社、1994）35、81頁。
- 51) ベレルマン・前掲注11）151頁。
- 52) ベレルマン・前掲注11）154頁。
- 53) 拙稿・前掲注9）「信義則をめぐる背景知識の体系的整理（改訂版）」196頁。
- 54) Canaris, *op. cit.*, S. 160.
- 55) *Ibid.*, S. 151.
- 56) *Ibid.*, S. 160.
- 57) *Ibid.*, S. 151 f.
- 58) ベレルマン・前掲注11）153頁。
- 59) Canaris, *op. cit.*, S. 153.
- 60) *Ibid.*, S. 159.
- 61) *Ibid.*, S. 150.
- 62) *Ibid.*, S. 150.
- 63) *Ibid.*, S. 150.
- 64) *Ibid.*, S. 151.

- 65) *Ibid.*, S. 83.
 66) *Ibid.*, S. 157.
 67) *Ibid.*, S. 84.
 68) *Ibid.*, S. 85.
 69) *Ibid.*, S. 82.
 70) *Ibid.*, S. 83.
 71) *Ibid.*, S. 157.
 72) *Ibid.*, S. 84.
 73) *Ibid.*, S. 83.
 74) *Ibid.*, S. 83.
 75) *Ibid.*, S. 82.
 76) *Ibid.*, S. 82.
 77) *Ibid.*, S. 152.
 78) *Ibid.*, S. 153.
 79) *Ibid.*, S. 82.
 80) *Ibid.*, S. 153.
 81) *Ibid.*, S. 152.
 82) *Ibid.*, S. 152.
 83) *Ibid.*, S. 152.
 84) 曾野和明 = 山手正史『現代法律学全集第60巻・国際売買法』(青林書院, 1993) 73頁.
 85) 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.
 86) 加藤・前掲注35) 278・279頁.
 87) Canaris, *op. cit.*, S. 82.
 88) *Ibid.*, S. 84.
 89) *Ibid.*, S. 82.
 90) *Ibid.*, S. 83.
 91) ベレルマン・前掲注11) 151頁.
 92) ベレルマン・前掲注11) 151頁.
 93) ベレルマン・前掲注11) 151頁.
 94) Canaris, *op. cit.*, S. 159-160 "These 21".
 95) ベレルマン・前掲注11) 153頁.
 96) ベレルマン・前掲注11) 153頁.
 97) ベレルマン・前掲注11) 158頁.
 98) ベレルマン・前掲注11) 182頁.
 99) 吉野ほか・前掲注9)『法律人工知能—法的知識の解明と法的推論の実現—』23,

- 27, 358頁.
 100) 廣田・前掲注1) 51頁.
 101) 廣田・前掲注1) 53頁.
 102) 佐々木吉男『増補民事調停の研究』(法律文化社, 1982) 137頁.
 103) 石川・前掲注2) 39-41頁.
 104) 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) 5頁.
 105) 中野貞一郎『民事裁判入門』(有斐閣, 2002) 165・166頁.
 106) 最高裁民事局・前掲注104) 48頁.
 107) 最高裁民事局・前掲注104) 47頁.
 108) ロバート・M. プラムソン(著), 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.
 109) 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.
 110) 石川・前掲注2) 147-154頁.
 111) 最高裁民事局・前掲注104) 2-3頁.
 112) 最高裁民事局・前掲注104) 3頁.
 113) 最高裁民事局・前掲注104) 4頁.
 114) 佐々木・前掲注102) 124頁.
 115) 最高裁民事局・前掲注104) 5頁.
 116) 廣田・前掲注1) 59・60頁.

編者・著者・訳者紹介

- 小島 武司 中央大学法科大学院教授・法学部教授
加藤 新太郎 司法研修所第1部上席教官・判事
和田 仁孝 早稲田大学大学院法務研究科教授
太田 勝造 東京大学大学院法学政治学研究科教授
平野 晋 中央大学総合政策学部教授・米国(NY州)弁護士
加藤 和夫 公害等調整委員会委員長・判事
松井 英隆 公害等調整委員会事務局審査官・判事
草野 芳郎 広島高等裁判所裁判長・判事
平田 勇人 愛知産業大学経営学部教授
池田 辰夫 大阪大学大学院高等司法研究科教授
金 祥洙 韓国・東國大学校法科大学副教授
李 英俊 韓国・東國大学校法科大学教授・弁護士
延 基栄 韓国・東國大学校法科大学教授
李 商永 韓国・東國大学校法科大学教授
金 湊謙 韓国・東國大学校法科大学教授
ペーター シュロツサー
ミュンヘン大学教授
尹 龍 澤 創価大学法科大学院教授・法学部教授

ADR の実際と理論Ⅱ

日本比較法研究所研究叢書 (68)

2005年3月15日 初版第1刷発行

編者 小島 武司

発行者 辰川 弘敬

発行所 中央大学出版部

〒192-0393

東京都八王子市東中野742-1

電話0426-74-2351・FAX 0426-74-2354