

Title	調停手続による紛争解決の法令準拠性について： 民事調停を中心にして
Sub Title	Sollen die rechtliche Streitigkeiten durch das Schlichtungsverfahren immer nach dem positiven Recht beigelegt werden?
Author	三上, 威彦(Mikami, Takehiko)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2011
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.19 (2011. 3) ,p.243- 266
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	豊泉貫太郎教授, マキロイロバート教授, 退職記念号 = Essays Commemorating the Retirement of PROFESSOR TOYOIZUMI KANTARO, PROFESSOR ROBERT MCILROY Presented by Their Colleagues and Former Students 論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20110325-0243">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20110325-0243</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 調停手続による紛争解決の 法令準拠性について

——民事調停を中心にして——

三 上 威 彦

1. はじめに
2. 民事調停手続
3. 裁判規範としての「条理」と調停規範としての「条理」
4. 民事調停の本質——任意性（合意性）と判断性
5. 個別的な検討
6. おわりに——まとめに代えて

## 1. はじめに

2001年6月12日に出された司法制度改革審議会意見書によれば、国民の期待に応える司法制度の基盤整備の一環として、「裁判外の紛争解決手段（ADR）の拡充・活性化」が謳われている<sup>1)</sup>。右意見書によれば、その意義は次の2点に求められている。すなわち①司法の中核たる裁判機能の充実に格別の努力を傾注すべきことに加えて、ADRが、国民にとって裁判と並ぶ魅力的な選択肢となるよう、その拡充、活性化を図ること、および、②多様なADRについて、それぞれの特徴を活かしつつ、その育成・充実を図っていくため、関係機関等の連携を強化し、共通的な制度基盤を整備すべきことである。それを受けて、

---

1) 司法制度改革審議会意見書Ⅱ、第1.8.

平成16年12月1日法律第151号として「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律（いわゆるADR法）」が制定された。そして、この法律により認証された民間のADR機関を認証紛争解決事業者といい、厳しい認証基準（ADR法5条～13条）と法務大臣への事業報告義務（同20条）等により、紛争解決手続の公正性・適正性への信頼は格段に向上した（現在43団体が認証紛争解決事業者として認証されている）。その意味で、従来必ずしも活発ではなかった民間型ADRによる紛争解決機関による紛争処理の拡大が大いに期待されるところである。

ところで、ADRには多種多様な形態のものが存在する<sup>2)</sup>が、従来、ADRとして圧倒的に利用されてきたのは、調停制度（民事調停と家事調停）であったし現在でもそうである<sup>3)</sup>。よって、以下の考察においては、民間型ADRは対象から除外し、調停制度を対象とする。しかも、もっぱら筆者の関心から、民事調停手続を中心に論じる。ただ、本稿で述べることは、基本的には民事調停および家事調停の双方に妥当するものと考ええる。

民事調停法1条は、民事調停の目的として、「条理にかなない実情に即した解決を図る」と規定している。しかし、この文言からは、民事調停による解決のための基準が、「条理」にかなうこと、および「実情に即したものであること」であることは明らかになっているが、これらは「法規範（とくに実定法規範）」とどのような関係にあるのか、ということは必ずしも明らかではなく、その間の関係を明らかにする必要がある。とくに、実情に即した解決を図るために

---

2) 木川統一郎=石川明編「特集裁判外紛争処理機関の現状と展望」判例タイムズ728号には、ADRの特集号として、さまざまなADR機関について、その組織・活動状況等が詳細に報告されている。また、これに関しては、小島武司=伊藤真編『裁判外紛争処理法』68～178頁も参照のこと。

3) 司法統計年報によれば、2009年度では、新受件数108,615件、既済件数112,861件、未済件数が18,330件となっている。これに対し、同年度の民事・行政を合わせた訴訟事件は、新受件数が974,175件、既済件数911,412件、未済件数が300,908件となっており、ラフにいえば、全民事・行政争訟事件のうち、約10%が民事調停および家事調停によって解決されていることになる。

は、法規範をそのまま基準にすることが必ずしも妥当でない場合も想定することができる<sup>4)</sup>ことから、そのような場合、民事調停委員会としては、いかなる規範を基準にして紛争を解決すべきか、という問題に直面するのである。

したがって、本稿では、とくに民事調停を中心にして、調停における紛争解決の基準となる規範、すなわち、調停規範と、民事訴訟における紛争解決の基準となる法規範との関係を明らかにし、それによって、調停による紛争の解決基準を明らかにしようとするものである。

## 2. 民事調停手続

議論の前提として、まず、わが国における民事調停手続を概観しておこう。民事調停は、民事訴訟と並んで、民事の紛争を解決するための制度であり、民事調停法（昭和26年6月9日法律第222号）によって規定されている。すなわち、民事調停は、簡易裁判所または地方裁判所において行われる民事紛争解決のための手続である（民調3条）。その意味で、民事調停は「裁判所付設型のADR（Court annexed ADR）」といえる<sup>5)</sup>。

民事調停は、裁判官の中から地方裁判所が指定する1人の調停主任<sup>6)</sup>と民間から選任される2人以上<sup>7)</sup>の調停委員により組織される調停委員会によって行われる（民調6条～8条）。そして、調停委員会が当事者を斡旋（仲介）し、当

---

4) たとえば、一般的慣行として、賃貸借契約の法定更新に当たっては、更新料として、一定の金銭が支払われるといわれるが、後述するように、これは最高裁判所の判例の認めないところであり、裁判を通して宣言された法規範と、民事調停規範とが対立する場合であるといえるであろう。

5) ADRのタイプとしては、このほか、国家の行政機関ないしはこれに準ずる機関の扱うADR（行政型ADR）、国家による財政援助や指導を受けるか否かは別にして、民間団体が主体的行うADR（民間型ADR）がある。これにつき、石川明「わが国における裁判外紛争解決制度（ADR）の諸問題」『比較裁判外紛争解決制度』（石川明＝三上威彦編）9頁参照。

6) 近時、この調停主任となる裁判官に代わって、いわばパートタイムの裁判官として、弁護士が調停官という名のもとに調停委員会に加わる場合が増加している。

7) 通常は2人であり、3人以上の民事調停委員が関与することはほとんどない。

事者間に合意を成立させることによって紛争の解決を図るものである。したがって、この手続は裁判所において行われるが、当事者は、裁判所の裁判によることなく、当事者間に成立した合意を中心にして民事紛争の解決を図ることができる（この点については、より厳密に、4.で論じる）。

民事調停手続によって合意が成立すると、その内容は調停調書に作成され、それは、訴訟上の和解と同様の効力を有するものとされている（民調16条）。このように、民事調停手続においては、成立した合意が調停調書に記載されることにより、民事の紛争が裁判上の効力をもって解決されることになり、この点が、他の形態のADRとは大きく異なる点であり、そこに裁判所付設型ADRの特徴があるといえよう。

一般的に、裁判外紛争解決制度（ADR）の特徴として、Delegalization, Deformalization, Deprofessionalizationが挙げられている<sup>8)</sup>。民事調停も、以下に述べるように、これらの3つの特徴をすべて有するものである。

すなわち、まず第1に、前述したように、民事調停では、調停主任たる職業裁判官以外に、2人以上の民間から選ばれた者も紛争解決人としての民事調停委員会のメンバーとして手続に関与するものであり、その意味で、ADRの有するDeprofessionalizationの特徴を備える。すなわち、調停手続には職業裁判官だけでなく一般の民間人が関与するために、常識にかなった一般市民にも親しみやすい解決が導かれるということが期待できる。特に建築紛争、医療過誤紛争、コンピューターのソフトウェアについての著作権侵害紛争といった専門的な事項をめぐって生じた紛争においては、それらの分野を専門とする民間人が関与することにより、法律家とこれらの専門家が意見を述べあうことにより、より実態に即した説得力ある解決が期待できるのである。第2に、手続の進行・形成については、法律に詳細な規定が置かれることはなく、その形成については調停委員会に大幅な裁量権が認められていることである。また、手続

---

8) 石川・前掲紛争解決制度4頁。その他、同「調停規範としての条理」判例タイムズ796号47頁、小島武司「裁判外紛争処理期間の理論的法政策的検討」判例タイムズ728号7頁等も参照。

における個々の行為についても別段一定の形式が要求されるということもない<sup>9)</sup>。この点で、民事調停はADRのDeformalizationの特徴も有している。また、手続が非公開であるため、当事者が胸襟を開き、思ったことが言えることもその長所に数えることができるであろう。第3に、民事調停による紛争の解決は、既に述べたように「条理にかなない実情に即した解決を図る」ことにあるのであり、必ずしも、法規範を前提として、それに沿った解決を図ることは強制されてはいない。その意味で、民事調停は、ADRのもつ、Delegalizationという特徴も備えている。したがって、当事者が合意により自主的に紛争を解決することが可能になり、柔軟な解決を図ることが可能になる。また民事調停による解決が、当事者の合意を基に、条理にかなない実情に即したものであることから、当事者間に心理的なしこりが残りやすく、その結果、良好な人間関係が維持できることも期待される。ただ、民事調停が、裁判所付設型ADRであり、少なくとも1人の法律専門家たる職業裁判官（または調停官）が手続に関与する手続である以上、全くフリーハンドに法規範と無関係に当事者間の紛争の実情に即した解決さえ図ることができればそれで足りるというわけにはいかず、したがって、Delegalizationにもおのずから限界があるというべきであろう<sup>10)</sup>。

### 3. 裁判規範としての「条理」と調停規範としての「条理」

いうまでもなく、民事訴訟も民事調停も、同じく、裁判所の関与の下に行われる民事紛争を解決するための制度である。しかし、民事訴訟制度が法律による裁判所の裁判に基づく強制的な紛争解決手段であるのに対して、調停制度は

- 
- 9) もちろん、民事調停は申立てにより開始し（民調2条）、その方式にも一定の規定があり（民調規3条）、管轄裁判所の定めもある（民調3条）。また、調停が成立した場合には調停調書を作成する（民調16条）など、一定の規定は置かれているが、それ以外の事項については大幅に調停委員会の自主性が認められている。
- 10) 石川・前掲紛争解決制度9頁は、調停はあくまでも裁判所付設のものであるがゆえに、実体法に基づくことを基本としつつ、それを条理にかなない実情に即した範囲内でデフォルメした解決とならなければならないとする。この点については4.、5.で検討する。

調停機関（調停委員会）の仲介により当事者の合意が成立することを前提とする具体的に妥当な紛争解決を目的とするものである<sup>11)</sup>。したがって、民事訴訟においては、解決の基準としての裁判規範となるのはいうまでもなく法規（実定法）、もう少し広くいえば法である。それに対し、民事調停における紛争解決の基準という意味で「調停規範」という言葉を用いるならば、民事調停が「条理にかなない実情に即した解決を図る」ことを目指す手続である（民調1条）ことから、調停規範は、法規（実定法）そのものではなく「条理」だということになる。しかし、民事訴訟においても、適用すべき実定法が存在しない場合、裁判所は、そのことを理由として裁判を拒むことはできない（憲32条）。このような場合は、まさに「条理（=正義）」によって裁判をしなければならない（裁判事務心得〔明治8年太政官布告第103号〕3条<sup>12)</sup>参照）。その意味で、裁判による紛争解決においても、裁判規範としての「条理」の存在を認めざるを得ない。そこで、裁判規範としての「条理」と、調停規範としての「条理」とはどのような関係にあるのかということが問題となろう。

また、民事調停法1条は、「実情に即した解決」を図ることもその目的としているが、この点についても民事訴訟による紛争解決にあっては、「実情に即した解決」という要請はないのか、もしあるとするならば、民事調停とではその具体的内容は異なるのか否か、という問題も生じてくるであろう。

### (1) 裁判規範としての「条理」

民事訴訟においては、原則として、実定法（具体的には主として民事実体法）

---

11) 最高裁判所事務総局民事局編『民事調停法規逐条解説』3頁以下。

12) 裁判事務心得3条は、「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」と規定している。また、スイス民法1条2項も「裁判官は、この法律に規定がないときは、慣習法に従い、慣習法もまた存在しない場合には、自分が立法者ならば法規として設定したであろうところに従って裁判すべきである」と規定しているが、ここでいう「自分が立法者ならば法規として設定したであろうところ」というのは、前の条理とほぼ同義であろう（梶村太市=深沢利一『〔補訂版〕和解・調停の実務』190頁）。

を適用して解決が図られる。そして民事裁判においては、一般的に、私人間の権利関係を規律する法律は、民法であるが、この民法典のほか、商法、借地借家法といった民事特別法、さらには、民事慣習法も実定法（民事実体法）として存在し、これらが法源として、判決の基礎とされる。その意味で、これらの実定法規は、主たる裁判規範であるということが出来る。さらに、判例民事法は、厳密な意味では法源とはいえないとしても、今日では、重要な裁判規範となっている。したがって、民事訴訟においては、実定法が存在する場合、当該事件がその実定法の適用要件を満たす場合には、それを適用しなければならず、もし仮に、その規定を適用することが不当な結果を導くような場合でも、当該実定法が改正されない限り、その実定法を適用しなければならない。

以上のように、民事裁判においては、法規が中心的な裁判規範になることから、裁判規範としての条理が活躍する場は比較的狭いといえよう。すなわち、裁判規範たる条理の主な機能は、主として実定法規が欠落している場合ないし実定法規の存在およびその内容が不明な場合に、裁判上の基準を形成するという点にあるといえるであろう。この意味での「条理」とは、常識的な言葉でいえば、それは「物事の道理」であるが、より厳密に言えば、「実定法体系の基礎となっている基本的価値体系である<sup>13)</sup>」ということが出来るであろう。したがって、条理は単に裁判官の主観の中にだけ存在するものではなくて、客観的に、ある範囲で人々の思想の中に存在しているものであり、経験的に探求するものである。ただし、条理は、具体的事件の法的価値判断に適するような具体的な判断基準ではないから、裁判官が条理に基づいて具体的事件に対して価値判断を加えるには、この基本的価値体系を具体化して当該の具体的事実関係のための具体的判断基準にまで構成しなければならない<sup>14)</sup>。しかし、これに対しては、実際には、法規が欠落していると認めた場合でも、裁判官は実定法（成文法や慣習法等）の解釈という操作を通して法を発見しうる場合が多く、条理

---

13) 川島武宜『民法総則』25頁。

14) 川島・前掲25頁。

そのものを解決基準として裁判をしなければならない場合は少ないように思われる、との見解も唱えられている<sup>15)</sup>。

また、「実情に即した解決」という点についてみると、具体的な事実を離れて紛争というものはあり得ないから、紛争の解決は、具体的な事実、すなわち実情を踏まえてなされなければならない。その意味では、「実情に即した解決」とはなにも民事調停にのみに向けられた特殊な要請ではなく、訴訟による解決も実情に即したものでなければならないことはいわば当然のことである。ただ、民事訴訟が手続法規の制約を受けながら民事実体法を適用して解決を図る手続であることに鑑み、実情に即した解決とはいっても、民事調停と比べて、そこには強い枠がはめられていることは認めざるを得ない。

## (2) 調停規範としての「条理」

以上のように、民事裁判では、裁判規範としては「法規」が前面に出てくることから、裁判規範としての「条理」は副次的な意味をもつに過ぎない。それに対して、民事調停とは、「条理にかなない実情に即した解決を図ること」を目指す手続である（民調1条）。したがって、民事調停においてよべき規範（調停規範）は、第一義的には法規（実定法）そのものではなく、「条理」だということになる。そこで、調停規範としての「条理」とは何か、それは、裁判規範としての条理と同じものであるか、それとも異なるものであるのか、ということが問題となるのである。ただいえることは、調停がこれらの意味における「条理」によって解決されるということは、条理が調停における唯一の排他的判断基準であるという意味ではもちろんない。そう解したのでは、実定法（実体法）と公的紛争解決の1つである調停との関係を整合的に説明することができない<sup>16)</sup>。たとえば、実定法が、ある事項を明確に否定ないし禁止している場合（とくに、その旨の強行法規がある場合）には、調停において、たとえ当事者

---

15) 梶村=深沢・前掲190頁。

16) 石川明=梶村太市『注解民事調停法〔民事調停規則〕【改訂】』61頁〔萩原金美〕。

の合意があったとしても、それは、全体的法秩序に反するものであって、そのような強硬法規に反するような解決をしてはならないからである。その意味で、調停規範たる条理は、実定法を根拠とするある種の枠がはめられたものであるということができる。

よって、民事調停においても、適用すべき強行実定法規が存在する場合には、原則として、合意による解決も、これと抵触しない限りにおいて相当と認められる。そして、このような実定法としては、裁判規範と同じく、民法、民事特別法、民事慣習法が挙げられるであろう。また、適用すべき実定法が存在しない場合には、直接、条理(=正義)に照らして合意の相当性が判断され、これに反しない限り相当と認められる。これに対して、任意法規がある場合、および、適用すべき実定法はあるが、それを適用した結果が不当である、または適用すること自体不当であると考えられる場合には問題が生じる。

小山教授によれば、調停による解決は、「当事者みずから条理に導かれて解決に至るところに、訴訟による解決と異なる意義がある。」としたうえで、「条理はいろいろな言葉で言い換えられている。道徳、自然法、衡平、健全な常識、物の道理、道義、法の精神、社会生活における一般的な規範意識、社会通念、実験上の法則、公序良俗、信義誠実の原則、などがそれであるとされる。」とされる。そして、そのような言葉で言い表される条理は判断を導くものであるから、客観的なものでなければならず、単なる主観的道理は条理ではないとされる<sup>17)</sup>。条理は実定法とは異なり、具体的な規定の形を備えているものではないから、その意味で言えば客観的ではない。しかし、人は、普遍的人間性に基づいて何が正当であり何が正当でないかを本能的に感じ取るものである。よって、このような普遍的人間性に基づく条理は、客観的で判断の導きとなるのであるとする。そして、訴訟における解決基準(裁判規範)としての条理は、法の欠缺がある場合にだけ作用するものであるが、調停における解決基準(調停規範)としての条理は、「適用すべき法規が存在するけれどもこれを適用した

---

17) 小山昇『民事調停法(新版)』105頁以下参照。

結果が不当と考えられる、あるいは不当と考えられる至った場合」であり、いわば、「適用さるべく存在する法規を適用することが合法規定ではあるが正当ではないと考えられる場合」に作用するものであるとされる<sup>18)</sup>。すなわちこのように考えれば、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、その適用場面が異なると理解することができる<sup>19)</sup>。つまり、前者では法の欠缺がある場合にだけ作用するのに対し、後者ではその場合だけでなく、条理が具体的事件の解決において実定法に優越すべきものと考えられるすべての場合に作用すると解するものである<sup>20)</sup>。

また、民事調停手続においては、「実情に即した解決」も要請されている。この点、民事訴訟においてもこの要請は当然あるが、そこでは、そのような概念が活躍する場合には、実体法規定を中心とする強い枠がはめられていることは既に指摘した。それに対し、民事調停においては、たしかに、紛争解決規範としては「条理」がその中心をなしており、実体法規がその中心的な解決規範となることはない。しかし、だからといって、恣意的に実情に溺れる解決<sup>21)</sup>であってはならないことは当然である。したがって、民事調停による「実情に即した解決」もフリーハンドなものではなく、民事訴訟における実体法規のような強い拘束力はないものの、一定の枠組みの中でのみ認められるものである。そしてその枠とは、やはり「条理」に求めざるを得ないであろう。

このように考えれば、「実情に即した解決」をする際に限界を画する枠が、民事訴訟にあっては実体法規がその中心をなすのに対し（法規がない場合には条理による）、民事調停においては条理がその中心をなすという違いはあるが、「実情に即した解決」の要請は、民事訴訟・民事調停の双方にあるのであり、結局、具体的な解決を導く際に生じる法規による枠の強弱に帰するにすぎな

---

18) 小山・前掲105頁。

19) 小川保男『調停の研究』29頁。

20) 小川・前掲29頁、野田良之「明治八年太政官布告第百三号第三条の『条理』についての雑感」法協百年論集Ⅰ（法学協会編）279頁。

21) 小山・前掲107頁。

い、ということができよう。

#### 4. 民事調停の本質——任意性（合意性）と判断性

ところで、以上に述べたような、裁判規範としての条理と、調停規範としてのそれとの把握の仕方の違いの背景には、民事調停の本質をどのように理解するか、ということがあるように思われる<sup>22)</sup>。いうまでもなく、民事調停は、当事者の話し合いにより、互譲によって、合意の形成をはかり、紛争を自主的に解決することを目的とする手続であるから、当事者の自主的な意思決定による合意によって紛争解決を図る制度である。その点で、強制的に権利や法律関係の存否を確定することによって紛争を解決する民事訴訟とは大きく異なる。その意味で、調停手続の大きな特徴は、任意性（合意性）にあるといえよう。この調停の任意性（合意性）ということを強調して、調停の本質は当事者間の合意にあると解する見解を調停合意説<sup>23)</sup>という。これによると、紛争の解決が当事者の合意によってなされる以上、できる限り、その意思は尊重すべきであるから、解決が当事者の意思に合致するかぎり、実定法規からの乖離は比較的緩やかに認められてしかるべきであるということになる。

それに対し、調停は、当事者の合意を調書に記載することによってなす裁判である、と理解する立場がある。これを調停裁判説という<sup>24)</sup>。すなわち、調停においては裁判という文字はないが、調停事件が裁判所で取り扱われ、裁判官

22) いわゆる、調停合意説と調停裁判説の対立については、梶村=深沢・前掲実務196頁以下、馬越道夫「民事調停の機能と本質」『民事裁判の充実と促進(中巻)[木川統一郎博士古希記念]』602頁以下等を参照のこと。

23) たとえば、宮崎澄夫「調停の理念」『民事訴訟法講座5巻』1380頁以下。なお近時、中村雅麿「民事調停の特質について」『民事訴訟法学の新たな展開(中村英郎教授古希祝賀)(上)』440頁もこれに賛成する。

24) 森松萬英「調停裁判論に対する一考察」法学新報71巻12号51頁以下、佐々木吉男「民事調停における事案の解明」『民事調停の諸問題』(別冊判例タイムズ4号)52頁では、公権的判断論と名付けられているが、ここに含めてよいであろう。

が必ず関与し、成立した調停は確定判決と同一の効力が付与される。そして、調停の成立は、合意された法律関係について当事者間において、その実現が国家命令として紛争の解決を不動のものとする。調停は司法権の行使を民主化し、当事者の処分権の範囲を拡大したが、国家の命令を取得する点において、調停は、その本質において訴訟と異なるものではない。すなわち、調停は裁判である（正確に言えば、「調停機関によって調停として承認された合意を裁判の言渡しと同様に調書に記載する裁判である」ということになる）から、当事者の合意に拘束されないで手続法上、実体法上の条理に照らし、調書に記載するか否かを決定する。調停における合意とは後にこのような意味での裁判があることを期待してなす合意であるから、生の合意それ自体では私法上の効果を生じることはないとする。この見解によれば、裁判規範としての「条理」と調停規範としてのそのの間には全く差はないことになろう。

このように見解が分かれるのは、調停条項を意欲した当事者の効果意思に自由の性質をどの程度認めるかにかかっている。すなわち、調停合意説は、当事者は、手続に関与するにおいても、話し合いに応ずることにおいても調停条項を定めることにおいても十分に自由であるということをも前提とする。それに対して調停裁判説は、調停機関が正しいと判断する解決案に、調停機関が、誘引し、指導し、指示し、受諾を勧告し、事実上強制するという方向で調停を見るものである<sup>25)</sup>。ただ、調停は裁判とは異なり、最終的には当事者が合意しない限り、法律上の効果は生じないのであり、この点で、裁判とは根本的に異なる<sup>26)</sup>。また、民事調停法は、裁判所が調停に代わる決定をした場合でも当事者または利害関係人が異議を述べると、その決定は効力を失うと規定しており（民調18条2項）、当事者の意思が優先されている。この点においても裁判との違いを見ることができるであろう。しかし、調停においては国家機関たる調停機関が紛争当事者間を斡旋し、最終的には、調停委員会がそれを認めた場合に調停案になる（民調14条参照）という意味で、紛争当事者自体のより自主的かつ任意

25) 小山・前掲94頁以下参照。

26) これについては、高野耕一「調停再考」調停時報166号77頁参照のこと。

的な解決方法たる和解契約（特に基礎善の和解）とは異なり、当事者の合意がそのまま解決の根拠になるものではない<sup>27)</sup>。よって、調停手続においては、当事者の合意形成における自由もある種の制限を内在した自由なのである。

結局、民事調停には、上述のように、その特色として、任意性と判断性の両方があるのは事実であり、上記のような調停本質論の対立は、そのどちらかを強調するか、という違いにすぎない。すなわち、調停裁判説は、調停機関の判断を当事者の合意より重いものとみるのに対して、調停合意説は、それとは逆に、当事者の合意を調停機関の判断よりも重いとみるのである。換言すれば、調停のあるべき姿のイメージの把握の仕方の違いであり、どちらか一方の見解を絶対的に根拠づけるような実定法規定はないのである。そうであるならば、調停には双方の性質があることを正面から認め、「判断性」と「任意性（合意性）」共に、民事調停の本質に属するというべきである<sup>28)</sup>。ただ、調停本質論についていずれの立場に立つかは、調停規範としての「条理」の内容を考える上で、実定法規の枠をどの程度強いものとするかにつき、強弱が出てくると思われる。

## 5. 個別的な検討

### (1) 出発点

以上のような一般的な考察をふまえた上で、調停による紛争解決の法令準拠性につき、個別的な場合を想定して、具体的に検討を加えていきたい。しかし、その出発点として、民事調停においても、紛争の解決基準としては、実定法を基準とすべきであるという点を強調しておきたい<sup>29)</sup>。すなわち、既にみたよう

27) ここでは、典型的な和解をイメージしている。もちろん、裁判所が和解案を提示して当事者に和解を促すことはしばしばみられるところであり、この場合には、斡旋に近い。

28) 高野・前掲78頁は、これを「共同本質論」と名付けている。

29) 同旨、高野・前掲72頁・75頁以下、石川・前掲・判例タイムズ796号48頁、同「裁判外紛争解決の即法性」判例タイムズ995号32頁、同「ADR覚書」『ADRの実務と理論Ⅰ』（小島武司編）3頁、同「調停再論—高野浩一著「調停再考」論文を読んで」判例タイムズ1257号62頁、とくに63頁以下等。

に、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り、その適用範囲が異なるにすぎない。すなわち、条理を現行法の基本的価値体系を具現化したものと解するかぎり、現行法とは異なる条理というものはあり得ない<sup>30)</sup>。もしこの前提を採らなければ、当事者の合意さえあれば、何ら法的合理性がないような解決でも有効とみなさざるを得ないことになるが、その不当性は明らかである。また、民事調停が国家制度であり、国家機関たる裁判所で行われ、しかも、調停委員会のメンバーの1人は職業裁判官であり<sup>31)</sup>、調停における合意は、調停調書に作成され、それは訴訟上の和解と同様の効力を生じるとされ一定の法律上の効果が生じる以上、実定法規範からまったく乖離した調停規範としての「条理」を紛争解決の基準と解する見解に与することはできない。なぜならば、当事者の合意があった場合でも、調停による解決が国家制度であり、調停には一定の法律効果が付与されている以上、実定法規（とくに強硬法規）に反するような合意に法律上の効果（とくに執行力等）を付与すると、実定法秩序に混乱をきたすことになるからである。このことは、民調法14条が、成立した合意が相当でないと認める場合においては、調停が成立しないものとして、手続を終了させることを認めていることによって根拠づけられるであろう。したがって、調停委員会が調停案を提示する場合も、それは、原則として、実定法に則ったものでなければならないし、当事者の合意も、この調停委員会によって提示された調停案に沿ったものである場合にのみその効力が認められるのである<sup>32)</sup>。以下、このことを前提として、個別的に問題となる場合につき検討していきたい。

---

30) 石川・前掲・判例タイムズ796号48頁。

31) 近時では、いわばパートタイムの裁判官としての弁護士が調停官として関与することもあるが、これは、裁判官としての立場で調停に関与する者であり、裁判官が関与する場合と同視してよい。

32) 高野・前掲76頁。

## (2) 実定法がある場合

実定法（特に民事実体法）がある場合は、それらは、いわば民事紛争の解決基準として国家が定立した規範であって、一般的には条理を具体化したものといえる<sup>33)</sup>。ただ、実定法にもさまざまなものがあり、より個別的な検討が必要になる。

### 1) 強行規定が存在する場合

①強行法規は、いわば公の秩序に関する規定であり、これは個人の意思によって変更することが許されないものである。たとえば、民法90条が、公序良俗に反する法律行為は無効と規定しているような場合である。したがって、このような意味での強行規定に違反する内容の合意がなされたとしても、その有効性を国家法秩序は認めることはできない<sup>34)</sup>。よって、たとえば、当事者間で、賭博で勝った金銭の支払いが合意されたとして、仮に、その金銭の支払いが当事者間では社会生活上実情にかなった解決をもたらすものであるとしても、それに基づいて民事調停を成立させることはできない。すなわち、調停委員会としては、その合意に基づく調停調書の作成を拒否し、当事者にそれ以外の解決が認められないと判断した場合には、調停不調としなければならないのである（民調14条）。

②それに対して強行法規は存在するが、それが、その時代の健全な常識に合わなくなり、既に修正されて慣習法や判例法として確立している場合はどうか。この場合、既に当該強行法規は消滅したと考えるべきであり、この場合には、強行法規が修正されて慣習法や判例法になっているところが現在の実定法規なのであるから、調停による紛争解決にあたっては、旧強行法規を修正して新たに成立した慣習法や判例法に従うべきである<sup>35)</sup>。

③それに対して、強行法は依然として存在し、それに反する慣習法や判例法が形成されているが、まだ強行法規がそれらに取って代わられたとまではいえ

---

33) 梶村=深沢・前掲192頁。

34) 梶村太市「調停規範と裁判規範」『民事調停の研究』（日本法律家協会編）236頁。

35) 中村・前掲442頁。

ないような場合もある。この場合は、強行法とそれらの法規とが衝突する場合であるということが出来るから（すなわち、実定法規どうしが衝突する場合）、当該事項に適用すべき実定法は一義的に明らかではないというべきである。よって、この場合には、実定法が欠缺している場合と捉え、当該合意が「条理」に合致しているか否かによって、調停の成立の可否を決めるべきであろう<sup>36)</sup>。この「条理」は、実定法が欠缺している場合であるから、裁判規範としての条理といっても、調停規範の条理だといっても、実質的にそれほど内容に差があるとは思われないが、実定法がない以上、できるだけ当事者の合意の自主性を認めるという意味で、調停規範たる条理を基準にして判断すべきであろう。

## 2) 取締規定が存在する場合

取締規は、一定の行為を制限または禁止する旨の規定であるが、これには、違反行為であっても実体法上の効力には影響がない単なる取締規定（制裁規定）と、違反行為があると実体法上の効力も否定される効力規定とがある<sup>37)</sup>。

取締規定についていえば、それは、あくまで取締目的を追求するものであり、違反行為に対しては、刑罰や行政罰、その他の制裁が加えられることはあるが、行為の実体法的効力には影響がないものである。よって、当事者の合意が、純然たる制裁規定に違反すると判断される場合、刑罰およびその他の制裁が科せられることは別にして、その実体法上の効力は認めざるを得ない。そうすると、そのような合意がなされた場合、少なくともそれが実定法規に違反するとはいえないのではあるまいか。少なくとも、同様の事件が民事訴訟として裁判所に係属した場合、裁判所はその効力を認めざるを得ないであろう。したがって、当事者が合意しており、かつそれが実情に即した解決を導くものであれば、少なくともその合意が実体法秩序を乱さないものである以上、そのような合意に基づいて調停を成立させることは可能ではなからうか。たとえば、食品衛生法52条1項によれば、飲食店の営業を行う者は、都道府県知事の許可を得なければならないと規定されているが、営業許可を得ていない飲食店の店主が、顧客

36) 中村・前掲442頁も同旨か。

37) 梶村・前掲237頁。

に飲食代金を請求する民事調停を申し立てた場合、合意に基づき、代金の支払いをなすべき調停を成立させることは許されるであろう。もしそれとは反対に、その効力を認めないとすると、無銭飲食を法的にオーソライズすることになり、かえって結果の妥当性を欠くであろう。

それに対して、同じ取締法規に違反する場合であっても、効力規定に違反する合意は実体法上無効であり、実質的には、強行規定違反の場合と異なる。したがって、効力規定に違反した合意に基づいては、民事調停を成立させるべきではない<sup>38)</sup>。

ただし、注意しなければならないのは、個々の取締法規が、上記のいずれに属するか（すなわち、取締規定か効力規定か）については、法は必ずしも、明文の規定を置いているわけではないので、その判断は、それぞれの規定の趣旨、違反行為に対する社会の倫理的非難の程度、一般取引に及ぼす影響、当事者間の信義・公正などを仔細に検討した上でしなければならない<sup>39)</sup> ということである。ただ、ごく一般論としていえば、当該違反行為に刑罰が科せられるというように、重いサンクションが課せられているような場合には、実体法上の効力も認められないと解すべき場合が多いであろう<sup>40)</sup>、行政罰として比較的少額の過料の制裁のみが規定されているような場合には狭義の取締規定であると解される場合が多いということはいえるであろう。

### 3) 任意規定のある場合

任意規定に反した合意があった場合には、原則としてその合意は有効として、調停の有効な成立は認めるべきであろう。本来、任意規定とは、その規定に従わない行為であっても当該行為の効力を認めるものであり、換言すれば、

38) 梶村・前掲237頁。

39) 我妻栄『新訂民法総則』264頁。

40) たとえば、食品衛生法6条は、腐敗した物や有毒・有害な物質が含まれるもの等の販売を禁じているほか、9条は病肉等の販売を禁じており、それらの違反に対しては、同法71条1項1号は、3年以下の懲役または300万円以下の罰金に処する旨を規定している。これらの行為は、人の健康に重大な被害を生じるおそれが極めて高いのであり、効力規定と解すべきである。

実定法が、規範形成を当事者の意思に任せたものといえる。したがって、当事者が任意規定と異なった意思表示をした場合、それを有効とすることは実定法自体が認めているものといえ、その合意に基づいて調停を成立させることは可能である。

たとえば、貸金返還請求事例において、一定額の債務の存在が明らかに認められる場合、民事訴訟においては、判決において、その全額の給付を命じなければならない。しかし民事調停においては、当事者間で合意がなされる限り、借主側の支払能力や家庭の事情を考慮して、本来の債務額より低額の支払いを合意させ、残額の支払いを免除したり、分割払いさせるような調停を成立させることは可能であると考えられる。すなわち、金銭消費貸借に関する規定はそもそも任意規定であり、当事者がそれと異なった法律関係を形成することは妨げない。その意味で、金銭消費貸借の範囲（額）とか弁済方法といったような任意規定たる法規範からは自由であり得る。また、返済額を減額する合意が成立した場合は、債権者の権利の一部放棄があったともみられるのであり、このような権利者の処分行為は私的自治の原則の範囲内に属するものとして、その効力は認められてよい。むしろこの場合には、調停にあたっては、そのような合意の可否ではなく、むしろ、権利の早期かつ確実な実現による債権者側のメリット、債務者の事情を考慮することによる今後の両当事者間の好ましい人間関係の維持ないし回復といった諸要素を実質的に検討して、その事件固有の正義とは何かといった観点から判断されなければならない<sup>41)</sup>し、それで足りる。そのことが、とりもなおさず、「実情に即した解決」ということでもある。

### (3) 実定法が欠缺している場合、または、実定法が明らかでない場合

これらの場合は、民事紛争解決基準たる実定法に頼ることができない場合であり、原則として、合意の内容は調停規範としての「条理」によって判断すべきであろう。

---

41) 梶村・前掲242頁以下参照。

## 1) 更新料の支払いによる借地契約の存続を認める調停

最高裁判例（最判昭51・10・1判時835号63頁）によれば、借地契約が法定更新された場合には、慣習に基づく更新料請求権は存在しないとされている。よって、地主が訴訟で借地人に対し法定更新の場合に更新料を請求しても、その請求は棄却される。それに対して、このような紛争が民事調停に持ち込まれた場合、当該民事調停事件において、借地権価格の一定割合を更新料として支払う旨の合意が成立した場合、その金銭と引き換えにこの契約を更新する旨の調停を成立させることはできるか。石川明教授は、法定更新の場合には地主の更新料請求権を否定しようとする明確な態度が判例中に示されている以上、調停でこれをくずすようなことはすべきではないとされる<sup>42)</sup>。それに対しては、主として、首都圏においては、巷間借地契約の更新の場合に借地権価格の3パーセント前後の金員を授受する慣行がかなり広く行われているため、この点についての地主側の要求は強く、借地人側もある程度の支払いはやむを得ないと考えることが多いため、若干の更新料の授受を合意するに至るケースも多く、事情によっては、調停機関としても若干の更新料授受はやむを得ないと考えて、その方向で当事者を説得することがある、との指摘がなされている<sup>43)</sup>。そして、更新料を授受することによって円満に借地契約を更新しているのであるから、それは既に法定更新ではなく、合意更新であると考えることができる、とする<sup>44)</sup>。しかし、民事調停が成立し、それが調書に記載されると、訴訟上の和解と同等の効力を生じる（民調16条）。訴訟上の和解に既判力が認められるか否かについては争いがあるが、和解の内容が給付請求権を認めるものである場合には和解調書に執行力が生じることについては争いはない。そうであるならば、調停調書が作成された場合にも、そこに執行力が生じることは当然認められてよい。もしそうであれば、実定法規のひとつであると考えられる確定した判例が、こ

---

42) 石川明「借地更新料・借家更新料」別冊判例タイムズ4号205頁、同・前掲判例タイムズ796号48頁以下。

43) 梶村・前掲243頁以下。

44) 梶村・前掲245頁以下。

のような更新料を認めず、したがってこのような請求権については執行力が認められないという規範を定立しているのに対し、調停規範が更新料債権につき執行力を認める（民調16条参照）というこれに反する規律を創設することは法秩序に混乱を生ぜしめることになる。この場合は、判例が形成する実定法規と慣習により形成される実定法規とが衝突する場合であるといえる。

しかし、この場合には、民事調停手続が、訴訟法上の効力を生じる裁判上の手続である以上、実定法秩序の方を優先させるべきである。たしかに筆者は既に、強行法は依然として存在し、それに反する慣習法や判例法が形成されているが、まだ強行法規がそれらに取って代わられたとまではいえないような場合には、実定法がない場合と同様に考え、できるだけ当事者の合意の自主性を認めるという意味で、調停規範たる条理を基準にして判断すべきであると述べた（5.(2)1③）。しかし、ここで問題としている場合は、更新料の支払いが判例によって明確に否定されている場合であり（この判断はむしろ強行法規というべきである）、実定法が存在しないし不明な場合ではない。しかも、実定法が存在しないし不明な場合、調停調書に執行力を認めても、積極的に実定法上相反する規律を認めたことにはならないのに対して、ここで問題としている場合には、明確な実定法規範が存在するのであるから、もしこのような調停の有効性を認めるとすると、積極的に実定法上相反する規律を認めたことになってしまうのである。したがって、このような場合は、調停は不調とするべきである。

## 2) いわゆる自然債務の給付を内容とする調停

自然債務とは、債務者側から進んで弁済すれば有効な弁済となるが、債務者側で弁済しない場合に、債権者側から裁判所に訴えることのできない債務（訴権のない債務）、訴えて判決を得ることはできるが、それに基づいて強制執行を求めることのできないもの（責任のない債務）まで含めていうこともあると定義される<sup>45)</sup>。これに属するものとしては、和解契約において一部免除を受けた

---

45) 竹内昭夫=松尾浩也=塩野宏編『新法律学事典〔第3版〕』600頁。

債務の部分（徳義上の債務<sup>46)</sup>）、限定承認をした債務、物上保証人の債務、消滅時効の援用された債務（民508条参照）、勝訴判決後に債権者が訴えを取り下げた場合の債務（民訴262条2項参照）、不起訴または不執行の合意がなされた債務などがあげられるであろう。ただ、このような自然債務概念を承認する自然債務論については、一般的に問題を立てることはできず、法律の規定によって生ずる場合には各制度の趣旨、契約によって生ずる場合には個々の契約の趣旨によって個別的に決すべきであり、自然債務論概念は無意味である、と主張する見解もある<sup>47)</sup>。しかし、観念的な自然債務の定義論はさておき、いわゆる自然債務にあっては、実定法規範は、債権者からの積極的な給付請求は否定するものの、債務者側から自主的に債務の履行をする場合にその効力を認めるか否かについては何も語っておらず、いわば白紙の状態であるということができる。すなわち、この限りにおいて、実定法が欠缺しているないしは明らかではない場合といえる。したがって、このような場合には、紛争解決基準として、調停規範たる「条理」および裁判規範たる「条理」が前面に出てくるといえ、それを基準とした紛争解決は正当化されるであろう。すなわち、この場合において自然債務の給付を認めることは、少なくとも実定法秩序を侵害することはないのであり、しかもその対象となる権利が、当事者の任意処分に基づく私的権利であることを考えれば、執行力はないという前提で、自然債務の弁済につき当事者間に合意が成立している限り、その給付を認めることは「条理」にかなった解決であり、しかも「実情に即した解決」である。よって、このような内容をもつ調停の有効性を認めてよいと考える<sup>48)</sup>。

---

46) なお、大川純夫『債務と責任』・『自然債務』論の異議について述べよ。』『民法学〔改訂版〕4巻』（奥田昌道=玉田弘毅=米倉明=中井美雄=川井健=西原道雄=有地亨編）5頁によれば、徳義上の義務を自然債務と構成する必要はないとする。

47) 大川・前掲9頁以下。

48) 小山・前掲121頁は、この問題を調停事件適格の問題として位置づけるが、結論において、このような調停につき有効であることは認めている。これに対して、石川=梶村・前掲57頁〔萩原金美〕は、調停事件適格の問題と位置づけた上で、自然債務を調停の対象と解するのは疑問であるとする。

### 3) いわゆる環境権を前提とした請求を認める調停

環境権という理念は、アメリカにおいて判例を通じて徐々に形成されてきた法概念であるが、わが国においては昭和45年（1970年）に新潟市で開催された日弁連の公害シンポジウムにおいて提唱されたものといわれている<sup>49)</sup>。そこでは、環境権とは「環境を支配し、良き環境を享受しうる権利」と理解され、環境を構成する大気・水・日照・通風・景観・静穏などの自然を人間の生活にとって欠くことのできないものと把握し、そうであるがゆえに環境自体に対する妨害を予防し、排除する権利が市民ひとりひとりに与えられなければならないと主張されていた<sup>50)</sup>。これに対しては、実定法上の根拠に乏しいことや、権利の内容や外延があいまいであり権利者の範囲もはっきりしないといった批判も強く、これを正面から認める判決は下級審においても存在しないといわれる<sup>51)</sup>。そこで、調停手続において住民が環境権侵害を理由として損害賠償とか侵害行為の差止めを求めてきた場合、調停条項にこのような主張を認める条項を記載することができるか、という問題が生じる。

しかし、最近の環境への意識の高まりとともに、新たな観点からいわゆる環境権なるものは脚光を浴びており、学界でも好意的に受け止められており、その再定式化が試みられている<sup>52)</sup>。たしかに、環境権はいまだ発展途上の権利であり、その成否が判例法上確定しているということとはできない。しかし、このような近時の状況に鑑みると、仮に包括的な環境権という概念を認めない判例が主流であるとしても、他方で、環境権という言葉こそ使わないものの、日照・眺望等を法的利益として保護する裁判例を見出すことはできる<sup>53)</sup>。よって、更新料を否定する判例の場合とは異なり、積極的に、環境権を否定する立場で判

49) 八代紀彦「環境権」『現代損害賠償講座5』（西原道雄=沢井裕編）311頁。

50) 仁藤一=池尾隆良「『環境権』の法理」法律時報43巻3号158頁。

51) 吉村良一『不法行為法〔第4版〕』121頁。なお、潮見佳男『不法行為法I〔第2版〕』236頁以下も参照。たとえば、名古屋高判昭60・4・12判時1150号30頁、金沢地判平6・8・25判時1515号3頁等はいずれも環境権を否定している。

52) 吉村・前掲121頁、潮見・前掲240頁以下。

例法が形成されているものとはいえない。したがって、この場合には、いまだ確立した実定法規範が存在しない場合と評価することができ、調停規範たる「条理」によって解決を図ることが許されると考える。したがって、大気・水・日照・通風・景観・静穏などの利益が害された者が一方にあり、他方で、その害された利益につき賠償をしたり、その差止めを承諾することによって紛争を解決しようという者がいる限りにおいて、それを認めることは何ら実定法秩序に反するものとはいえず、このことは調停規範たる「条理」にも合致するものといつてよい。よって、このような調停の効力は認めるべきである<sup>54)</sup>。

## 6. おわりに——まとめに代えて

以上述べてきたことをまとめれば、以下のようになろう。すなわち、民事調停は、その特色として、任意性と判断性の両方があるが、調停規範を考える上では実定法から出発すべきである。したがって、①強行法規に反する合意に対しては、調停の効力は与えられない。②それに対して強行法規は存在するが、それが、その時代の健全な常識に合わなくなり、既に修正されて慣習法や判例法になっている場合には、調停による解決は、それらの修正された慣習法や判例法を基準とする。そして、③強行法は依然として存在し、それに反する慣習法や判例法が形成されているが、まだ強行法規がそれらに取って代わられたとまではいえないような場合には、実定法が欠缺している場合と捉え、当該合意が「条理」に合致しているか否かによって、調停の成立の可否を決めるべきであろう。④取締法規が存在する場合、効力規定に反する合意がなされた場合には、強硬法規違反の場合に準じて民事調停の効力を付与すべきではないが、制

---

53) 日照・通風につき不法行為による損害賠償を認めたものとして、最判昭47・6・27民集26巻5号1067頁があり、眺望侵害につき保護を認めたものとしては、東京高判昭38・9・11判タ154号60頁、京都地決昭48・9・19判時720号81頁、横浜地裁横須賀支判昭54・2・26判時917号23頁等がある。

54) 同旨、梶村・前掲249頁。

裁規定に違反する合意がなされた場合は、むしろ、当該に事件における「条理」の内容を判断して、それによって調停の成否を考えるべきである。⑤任意規定がある場合、それに反した合意があった場合でも、原則としてその合意を有効とすべきである。これとの関係で、自然債務の支払いによって紛争を解決する調停はその有効性が認められてよい。⑥実定法が欠缺している場合、または、実定法が明らかでない場合は、合意の効力は調停規範としての「条理」によって判断すべきである。ただ、その場合、慣習法や判例法理によって、実定法秩序が形成されている場合にはそれによるべきであって、調停の成立によって生じる裁判上の効力がそれを否定するものであってはならない。⑦いわゆる環境権に基づく請求を認める調停は、未だこれに関する確立した実体法規範が存在していない場合であると評価することができ、調停規範たる「条理」によって解決を図ることが許されると考える。

以上が本稿の論旨であるが、付言するならば、以上の考察は、あくまで一定の訴訟上の効力を生じる調停手続（民事調停を中心とするが、同じ法理は家事調停にも妥当する）を前提とする議論であり、純然たる私法上の和解や、純然たる民間型ADRの場合には、調停規範としての「条理」はもっと広く解される余地があるであろう。たとえば、民間型ADRであれば、法定更新があった場合に、更新料を支払うことで契約の更新を認める合意をなすことは必ずしも不可能ではないと考える。なぜならば、それによって、直接に執行力等の裁判上の効力が生じるわけではなく、判例を中心とする実定法秩序に反することはないから、むしろ当事者の「条理にかなない、実情に即した解決」が優先されると解すべきだからである。ただ、その外延がどこまで認められるべきかは、なお検討すべき問題である。