

Title	調停原理の基本的特質
Sub Title	Fundamental characteristics of principles of the conciliation
Author	宮崎, 俊行(Miyazaki, Toshiyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1956
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.29, No.9 (1956. 9) ,p.19- 39
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19560915-0019">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19560915-0019</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.

# 調停原理の基本的特質

宮崎俊行

序説 調停における具體法定立の方法  
本論

第一節 調停の創造性、主體性

第二節 調停の統合性

第三節 調停論建設への道

あとがき

## 序説 調停における具體法定立の方法

裁判や、調停における合意（この合意を單に調停という場合もある）は、具體的事案に即して、その事案の當事者がいかにあるべきかを、當該事案の當事者間において、確定する規範であつて、これらを總括して具體法<sup>(1)</sup>といふことができる。裁判も調停における合意（正確には調書に成立したとして記載された合意<sup>(2)</sup>）も、ともに具體的事案における規範としての價值があるわけであるが（家審法二一）、その定立の方法は、相違があり、裁判は訴訟手續によるわけであるし、調停における合意は、調停手續

調停原理の基本的特質

によるのである。以下において、調停手續によつて合意が成立するに到る過程のあらましをみて行こう。

裁判所は當事者より調停の申立があると、原則として調停委員會を開いて調停を行う<sup>(民調法五、家審法三)</sup>。調停委員會は、裁判官一名及びいわゆる民間人たる調停委員二名以上を以て構成され<sup>(民調法六、七、家審法二二)</sup>、これが調停機關として調停を行うのである。その調停手續は、第一に、調停を申立てられた事案の真相を明らかにし、しかしてその事案に即する具體法(合意)は、いかなる内容のものであるべきかを、調停機關が発見(創造)することである。この調停機關の頭の中にえがかれた、当該事案に即する合意のあるべき姿のことを調停判断<sup>(4)</sup>(調停における具體法案・調停における前實定的具體法<sup>(5)</sup>)と名づけよう。第二に、調停機關は、調停判断と同趣旨の合意を、當事者がなすように、當事者を説得し、反省と不當な意欲の是正を促し、或は感情の融和をはかるための行爲をする。この相當な合意成立のために調停機關がなす行爲を調停行爲と名づける。第三に、かかる調停行爲に促されて、當事者が、調停判断と同趣旨の合意をなし、この合意が調書に記載されることによつて、調停手續は終了する。即ちこの合意が調書に記載されれば、その記載は、確定判決と同一の效力を生ずるのである<sup>(家審法二一、民調法一六、民訴法三)</sup>。右に述べた第一と第二の順序は、論理的な順序であつて、實際に行なわれる調停においては、必ずしも、第一の手續が完全に終了してから、第二の手續が開始するわけではないし、又それで理論的にも問題はない。

以上の如く、ひとしく具體法を定立する手續であつても、調停は、一言でいえば、内面的、自治的な手續であるが、訴訟は、外面的、權威的な手續である<sup>(7)</sup>。判決の效力の根據は、それが國家機關の有權的な判断である點に存するが、調停における合意の效力の根據は、文字通り當事者が合意した點に存するのである(國家の調停機關が、その合意の成立に關與しているけれども)。そのほか、訴訟と調停との制度的な相違点をあげれば、次のようなものがあげられる。即ち、訴訟手續は嚴格に法律によつて規制されているが、調停手續は嚴格な法律の規制から解放されているとか、訴訟手續においては、裁判所は消極的な態度をとつているが、調停における調停機關は、積極的に當事者の意欲に對して働きかけ、合意の成立のために努力すると

か、或いは訴訟手續は、法律の専門家である職業裁判官が主宰するが、調停手續は、民間人たる調停委員が加わつた調停委員會が主宰する（原則）<sup>(8)</sup>とか、更に、裁判の規準は法であるが、調停の規準は法のみではないとか、というような相違である。次に本論に先立つて、とりあげておく方がよいと思われる。一、二の問題點を説明しよう。

その第一は、調停機關の調停判斷乃至は當事者間の合意の内容は、何に依據して形成されるのであろうかという問題であり、普通に調停の規準は何か、という言葉で論じられている問題である。普通に、調停判斷乃至合意の内容は、條理にかなひ、實情に即したものであることが要求される（民法）<sup>(9)</sup>代りに必ずしも法律に從つて形成される必要はないといわれている。そして更に法律以外に調停判斷乃至合意の内容の規準となるものは何であるかというところ、それは、人によつて表現は異なるが、「條理」、「衡平」、「道義」や「溫情」（舊人事調停法）<sup>(10)</sup>、「新社會の要求が合理的なりと認むる新社會の新正義觀に基く本原理」<sup>(9)</sup>、というような言葉によつて表わされるものである。これらのものは言葉の相違によつてそれぞれ若干の差はあるが、要するに國民の法感情というものがいろいろの方面から表現されたものだともいわれている。<sup>(10)</sup>結局法律と國民の法感情、法意識とが充分な調和において、調停判斷乃至合意の内容決定の規準とならなければならないのである。<sup>(11)</sup>このことは正當であるが、しかし、いまだこれだけでは、調停の規準に對する説明として充分でないものがあると思う。それはどのような點かといへば、法感情、法意識といつても内容は、若干漠としているが、これが、どれだけのもを含むのか、その答によつては、或は、法律と法感情のほかに何か必要なものがあるのではないか、ということと、更に、法律と法感情との調和といつても、その調和はいかにしてなされるのかという點である。

第二に、調停機關の調停行爲の結果、當事者間に合意がなされることになるが、ところが當事者間になされた合意が、不幸にして調停判斷と遠くへだたつた内容のものであり、そもそも調停判斷と接近した合意の成立を求めようとしたら、全然合意が成立する見込のないような場合、調停機關はいかなる態度をとるべきかについてである。一般的に調停機關は、た

と云當事者間に合意が成立しても、それを相當でないと認めるときは、調停不成立として、事件を終了させることができるのであるが(民調法一四、家審)、この相當か否かの決定をいかにしてなしたらいのであろうか。成立した合意が、調停判断と一致する場合乃至は同趣旨の場合は、問題なく相當なものであり、又合意がいかなる意味でも(どの部分においても)調停判断と同趣旨でなければ、問題なく不相當であるが、このようにはつきりした場合ではなくて、正當な意欲にある程度の犠牲を求め、不正當な意欲のある程度容認しなければ、全然合意の成立する見込なく、合意を成立させてある範圍で正當な意欲の保護をはかろうとすれば、どうしても不正當な意欲のある程度容認しなければならぬような場合、どうしたらよいであらうか。この場合は、その不満足な調停を成立させた場合に、正當な意欲の満足せしめられる度合と、調停不調によつてその事件を放置し或いは他の解決方法(多くの場合訴訟)にゆだねた場合に正當な意欲が満足せしめられるであらうと思われる度合、とを、その事件及び當事者に關する具體的事情のもとで比較考量し、前者の度合が後者の度合よりも大なりと考えられる場合には、その合意を認めて調停を成立させるべきである。<sup>(12)</sup>この事は理論として正當であり、又實踐上もそのようにやっている場合が多いであらう。しかしこの比較考量は、やさしいものではないであらう、特に、調停によつて保護される正當な意欲の種類と、他の解決方法によつて保護されるそれとが、ちがつているような場合は、大變であらう。これからは、右の比較考量の性質を明らかにし、進んで、それが正しくやり易いように研究することが必要であらう。

(1) 宮崎澄夫「既判力の主觀的範圍に就て」(訴訟法學の諸問題第一輯)六一—一頁。

(2) 宮崎(澄)「調停法の理論と實際」一一三頁。

(3) 合意が具體法である限りは、眞實の具體的事實に即していなければ無意味であり、しかして、端的に、極限まで、具體的事實に即した具體法を定立することが調停のよさであるから、調停における眞實發見の重要性は、勿論訴訟における以上に強調されるべきである——

宮崎(澄)「調停ということ」(ジュリスト一九五二年一〇月一五號)五頁、同「調停法の理論と實際」二八—九頁。そして、調停における眞實發見の手續が、訴訟とちがつて、嚴格な法律の規制から解放されていることも、そのことによつて、かえつて眞實發見の度合を

高めるためであると理解することによつて、積極的な意味が附與されるであらう。

(4) 調停機關は、單に當事者間に話合をつけることを企圖すべきではなく、事案の正しい、妥當な解決は、どうあるべきかを判断し、この判断を目標として、合意の成立するよう努力すべきである、という趣旨のことを主張する理論を、調停判断の理論と稱している——井倉均「調停による私法關係の修正」七一—三頁、七六頁註三、小川保男「調停の研究」二—四頁、宮崎(澄)「調停法の理論と實際」二四頁等参照。なお村崎滿判事は、この理論を極度に押し進め、調停は裁判である、といわれる——村崎滿「調停雜感」(ケース研究昭和二九年二號)二、三頁、同「調停離婚及審判離婚について」(ケース研究昭和二八年四號)一七、一八頁等参照。村崎判事のこの御意見については、示唆にとむ若しくは賛成すべき點もあるとともに、反面疑問の點も多く存するよう思う。

(5) いまだ定立せられざる具體法なるものの實在性については、宮崎(澄)「既判力の主觀的範圍に就て」八頁参照。

(6) 宮崎(澄)「調停法の理論と實際」三五—六頁。

(7) 宮崎(澄)・前掲書・七三頁。

(8) 調停機關への民間人の参加は、原理的要請である。即ち、調停機關の構成員の全部が法律家であつてはならないのは、後に詳述する如く、調停が何よりも先ず、紛争となつてゐる生活關係そのものの新たな形成であつて、それを法律的に評價することにつきるものではないからであり、又法律家のみならず、あらゆる種類の官僚であつてはならないのは、後述する如く、調停の規準となるのは、法律のみではなく、國民の法感情が入るわけであるが、この國民の法感情なるものは、すくなくとも、今日のところは、國民としての日日の生活體驗によつて、主體的に把握するよりほかに、その生きた姿における把握の方法が究極的ではないからである。従つて職業的な官吏としての調停官というような制度の採用は、當分のうちには、即ち、國民の法意識を、日日の體驗を通じて、主體的に把握しないで、國民の生活の外から、對象論的に、生活體驗を通ずる以上に、生きた姿において把握することができるときが、もし來るとすれば、その時まで、反對しなければならぬ(すくなくとも民主的な調停制度の發展を目標とする限りは)。この點からも、調停の全き運用は、國民全體の文化水準の高度化を要求することがうなずけるとともに、調停主任たる裁判官と、民間人たる調停委員と、更に紛争の對象論的認識の専門家である調査官とのチーム・ワークが、必要なゆえんがわかる。調査官は、民間人たる委員がややもすれば、自分一個の生活體驗から國民一般の客觀的法意識の判断を誤るのを、是正するために、自己の社會に對する對象論的認識の専門家として有する智識から助言を與えなければならぬであらう。

(9) 安田幹太「私法轉化の段階としての調停」(四)「法學協會雜誌五一卷七號」一二五〇—一頁参照。

(10) 宮崎(澄)「調停法の理論と實際」六六頁。

(11) 宮崎(澄)・前掲書・六七頁。

(12) 宮崎(澄)・前掲書・二六一八頁、同「調停ということ」(ジュリスト一九五二年一月一日號)四頁。

## 本 論

### 第一節 調停の創造性、主體性

調停において成立する合意は、その中において、今まで相對立していた、理窟と理窟、意地と意地、感情と感情とが、調和されているものでなければならぬ。そして調停手續は、端的に、かような合意を成立させるための手續であつて、事件をば法律要件的に評價して、法律効果を宣言するところの裁判、をみちびくための訴訟手續とは根本的に相違する。調停における合意は、それ自身が當該事案に關係ある生活關係の新しい形成であつて、判決の如く、事件の外部より與えられた判斷にすぎないものではない。判決は、口頭辯論終結時を規準として、事實に對し法律の立場から、いかなる法律効果が與えられるかを、判斷したものであつて、それによつて紛争が、内面的に氷解するものではない。調停は、判決が事件の外からの對象論的な判斷であるのに對して、事件の内面的、主體的發展の所産なのである。事件そのものを調和の方向へおしすすめて行つて、到達するところが合意なのだともいえる。だから調停手續において、事件を法律要件的に分析し、いかなる法律効果が發生しているかについての判斷がなされる場合があつても、その判斷は、解決への出發點乃至一資料としての意味をもつにすぎないのであつて、それだけでは、調停としては何の意味もない。調停の中心は、かかる判斷を一つの資料として調停機關が作成した調停判斷に合致した合意を、當事者がなすように、調停行爲をし、その結果調停判斷と同趣旨の合意がなされるといふ點にある。調停は、訴訟のように、客觀的、對象論的態度をもつて、過去の事實をふりかえつて、その事實にいかなる法律効果を認め得るかを考えるのではなく、現在の事件を、調和ある生活とするためには、どうしたらよいか

と、調和ある生活という目標をみつめながら、それに向つて主體的に前進することなのである。<sup>(1)</sup>かくて調停の基本的性格の一として、調和ある生活を創造するという創造性及び、その創造が、主體的努力によつてなされるという主體性を認めることができる。これに對して訴訟には、過去の事實を、事後において價值判斷するという事後の價值判斷性及び、その價值判斷が、客觀的、對象論的立場においてなされるという對象性がある。

生きた人間の生活を、一つの客觀的な存在として、事後になつて、その外部から對象論的に、法律要件に分析し、いかなる法律効果を認め得るかを判斷することは、主として理性の作用によつて行なわれる。特に民事實體法において、法律要件を組成する法律事實として規定されている最も代表的なものが、合理的に利害得失を判斷して行動するものとして想定された「人」の意思表示（しかもこの意思表示の内容は、現實には非合理的なものを含むところのその動機と切りはなされて取扱われる）である今の法制の下においては、合理的なもののみが、法のめがねの中に入つて來るのであるから、裁判が合理的形式、對象論的合理的認識作用をもつてなされるのは、むしろ當然である。ともかく對象論的、合理的な認識作用が、事後の判斷の特性である。これに對して、事件そのものの内面的な、調和な生活關係への主體的な發展、つまり具體的な生活關係の營なみは、合理的な理性の作用のみに導かれたのでは不充分であつて、意思と感情と理性、つまり人の全人格そのものが、働らかなければならない。ここに事件それ自身の調和な生活關係へ向つての内面的な發展の段階としての合意を創造するという調停の原理は、單に合理的、對象論的な内容のみをもつては不充分であつて、主體的、全人格的なものでなければならぬわけがある。だから、裁判をするに際しては障子をたてて、當事者を見ないで<sup>(2)</sup>、という事がある意味において正しさをもつとの反對に、調停においては、それはいかなる意味でも正しくないと言ひ得るのである。

制度上、調停委員會が、法的理性の代表者としての裁判官のほかに、意地や感情の代表者としての民間人の委員を以て構成され、又「互護」——これは對立抗争の觀念をすてて、互に反省し、自己の立場のみならず相手の立場をも考慮して、協

調停態度を以て事件の解決即ち新しい生活關係の創造をはかること、を意味すると理解すべきものである——が強調されるのも(民調法)、更に「調停委員となるべき者」の選任基準として、徳望良識ある者とあり(調停委員(一参照))、又一度「調停委員となるべき者」に選任された者も、調停委員たるにふさわしくない行為があつたときは、裁判所はその選任を取消さなければならぬことになつてゐるが(調停委員(規則六))、ここにいわゆる調停委員たるにふさわしくない行為というのは、そのような私生活上の行為をも含む、と解釋されてゐること、なども、右に述べた如く、調停が、創造性と主體性を有するとの觀點から理解されるとき、積極的な意義をもつこととならう。

(1) 日本調停協會連合會編「調停讀本」七一八頁が、「調停は、今後どのような關係を當事者間に成立させれば、妥當な、圓滿な生活關係がうちたてられるのかという觀點から事件を處理します」といつてゐるのは、正當である。

(2) 板倉周防守重宗の故事、穂積陳重「法窓夜話」一〇八頁。

(3) 宮崎(澄)「調停ということ」(ジュリスト一九五二年一月一日號)四頁。

(4) 市川四郎「家事審判法概説」一七頁。

## 第二節 調停の統合性

調停における合意は、現實に生活する人間の、具體的事案における、具體的事案の特殊性に即した、規準でなければならぬ。そこで調停における合意の、最も望まれる姿は、單に法律の立場からのみではなく、道德の立場からみても、慣習の立場からみても、經濟や技術の法則の立場からみても、更に心理的・生理的法則の立場からみても(家事調停など特に)、すべて無理のないものを内容としてゐることである。すくなくとも、合意は社會生活上或いは人間の生存上價值のある右にあげたような諸規範・諸法則(これらを以下單に諸規範・諸法則と略稱する)のどれか一つにでも、著しく違反してゐるために、現實の具體的事件の當事者が、合意通りに行動することが、大變に困難であるようなものではないのである。これは、調停

における合意は、現實に生きている具體的事案の當事者たる人間を規律するものであり、しかもそれが具體的事件の實情に即したものでなければならぬ、ということから、當然に結果する。元來實在する人間（法律人とか經濟人とかいうようなものではなく）は、諸規範・諸法則のどれか一つにだけ完全に忠實に従い、他の一つ或いは若干のものの命ずるところを、殆んど無視するような行動をとり得るものではない。強いて、そのような行動をとらせれば、やがて無理を生じ、生活の調和を害するに至るであろう。だから、およそ現實に生存する具體的な人間に對する行動の準則は、具體的事案の個別的特殊性に應じて、諸規範・諸法則の命ずるところを、調和統合したものを内容としなければならぬ。以上のようなわけで、調停における合意は、法律、道德、經濟法則、技術、心理的・生理的法則などが、いずれもそれぞれに固有な原理によつて、それ自身矛盾なき合理的な體系でつらぬかれていれば充分——すくなくともそれで一かどの規範であり法則である——であるのと異つて、これらの諸規範・諸法則の命ずるところを、その具體的事案の特殊性に適應して、調和し、統合したものでなければならぬのである。

社會の進化によつてそれぞれ分化して體系づけられた法律、道德、禮儀などの諸規範、經濟、技術、心理、生理等に關する諸法則のそれぞれからするとその評價は、具體的事案に際して、おうおうにして、相互に矛盾する場合が生ずる。そして社會生活が複雑化すればするほど、かような場合は多くなるであろう。例えば法律上は親孝行は義務ではないが道德上はそれが義務であり——今日においても道德上は、この義務が肯定されよう、ただ、その義務づけることの社會的意義や孝養をつくす具體的方法が變つたのみである——、又婚姻届なき内縁の夫婦は、法律上は夫婦ではないが（民法七三九）、心理的、生理的には、或いは經濟的にも、内縁の夫婦を、法律上の夫婦と區別して取扱ふ必要はないとか、或いは心理的、生理的には二世帯の同居は不適當と考えられるが、經濟的には別居が極めて困難であるとか、法律上は借家人の立退きは義務であるが、經濟的、或いは生理的には、それが極めて困難であるとか、かような例はいくらでも存在する。そして身分關係の非合理性

といわれていることも、かかる矛盾の度合が財産關係に比して相當に大であることを意味するのではないだろうか。右の如き場合に具體的事案の解決を一つの規範や法則の立場からのみ企圖しても、それでは眞の解決とならない。むしろ、事件當事者の一方が、ある一つの規範・法則の立場からのみ或る主張をし、他の一方が、それとちがった規範・法則の立場から對抗の主張をするようなときは、それぞれの當事者の主張は、とにかく理窟が通つてゐるわけだから、極めて解決は困難な紛争となるわけである。だからといつて、現在まで分化し體系づけられて來た諸規範・諸法則を、一般的な規範や法則の型において、一本化することは、社會を原始時代にかえすことであり、絶対に不可能である。いかに法律の倫理化や技術化をさげんだところで、法律が法律である限り、道徳や技術と一致することはできないであらう。従つて我々のなすべきことは、一般的・抽象的な規範や法則の型においては、それぞれの規範や法則が獨自のそれ自身矛盾のない體系を發展させ、しかも個別具體的な事案に直面しては、それら諸規範・諸法則間の評價の矛盾、對立を、その事案の特殊性に適應して、調和統合させて行くことである。かような營なみは、我々の日目の現實の生活そのものにおいてなされてゐるわけであるが、國家の機關(調停委員も事件を擔當するときは、非常勤の國家公務員となる)<sup>(1)</sup>が關與して、當事者間の具體的紛争を解決する制度の中では、調停が最も、かような諸規範・諸法則間の矛盾の調和統合をはかり得る制度である。いな逆にいえば、この調和統合をはかるための國家的制度として、調停は存在意義を有するのである。これに反して裁判は、積極的にかかる統合作用をなすものではなく、又假にかかる統合作用をしようと思圖したとしても、制度の本質的制約から、これをするには極めて困難である。しかして裁判は、事實をば、法律要件的に分析して、それに對しいかなる法律効果を附し得るかを判斷するものであつて、そこにおいては、法律効果が宣言せられた事件における、法律以外の諸規範・諸法則との矛盾の調和は、裁判以外の場面にもしやられてゐるのである。裁判が、それ自身のうちにおいて、諸規範・諸法則のそれぞれから下される評價の矛盾を調和統合する必要がない(それがなされていなくとも、裁判としては充分の存在意義をもつ)のに反して、調停における合意は、

それ自身のうちにおいて、諸規範・諸法則からの評價の矛盾の調和、統合がなされているものでなければならぬ。單に、紛争を國家の機關によつて、早急にかつ安價に解決する、というためには、あえて調停を必要としないのであつて、訴訟手續の簡素化、裁判機關の人的、物的充實、訴訟扶助の擴大等の對策を以て足りるのである。

調停が、諸規範・諸法則のそれぞれから下された評價相互間の矛盾を、具體的事案の個別の特種性に應じて、調和統合しなければならぬものである以上、調停における合意乃至調停判斷の内容が、法に依據してばかりいたのでは不充分であることは、自明の理である。このことが、調停における規準は、法律のみではないとされている理由なのである。そして、普通に調停における規準としては、法律のほか、「正義」、「衡平」、「條理」、「法感情」などの言葉でよばれるものがある、といわれるが、これらの言葉でよばれるものも、なお法的な規範（價值）である以上、これだけでは、調停の規準としては、まだまだ一面的なものにすぎないのである。<sup>(2)</sup>だから調停は法律にのみ依據せずというのは、固定的な法律と社會生活の進歩とのずれの調整のためばかりではないのである。いかに時代に適應した法律といえども、その他の諸規範・諸法則との間に矛盾があるのは、それが法律である限り當然のことであり、この個別具體的事案における調和ということが、調停の最も根源的な存在理由なのである。そこで調停の實際においても、調停委員は、いわゆる法律の専門家のみであつてはならず、そのほかに、紛争となつている生活關係そのものに關する、いわゆる學識經驗者が（特に農事、商事、鑛害などの特別事項の調停においては）加わることが必要とされるわけである（調停委員規則二參照）。以上のようなわけで、いかに法律が時代に即應した内容をもつていても、又いかに訴訟手續が迅速化され、費用のかからないものとなつていても、調停制度が全然不必要となることはないであらう（もちろん調停事件の数はへるであらうが）。

要するに、調停における合意は、そのうちにおいて、諸規範・諸法則のそれぞれから下された、具體的事案に對する評價が、矛盾している場合においても、その矛盾が、その具體的事案の特殊性に即して、調和統合されていなければならぬ、

という統合性をもつていのである。従来よく調停では兩当事者の有する「七分三分の理」・「五分五分の理」を充分汲んで事件を解決することができるが、訴訟ではこれができないのでこの點が調停の長所であるといわれて來た。ところでここにいわゆる一方の當事者の有する七分三分或いは五分五分の理と、他方の當事者の有するそれとは、どちらも「理」という同じ文字で表現されていても、實は、それぞれ異なつた規範・法則からの理であるのではないだろうか。すくなくともそういう場合にこそ、いわゆる難件となるのであらう。この場合に調停が「七分三分の理」・「五分五分の理」を充分に汲んだ解決をなし得るといふことは、即ち、調停には前述の如き意味における統合性がある故にほかならない。従つて、この點からみても、私の統合性に關する主張は架空のものではないといえるであらう。かように調停は、統合性を有するのであるからこそ、調停が、現行實體法にとつて代るところの實體法を創造することを目的としたり、又訴訟法と實體法との合體を實現せるもの<sup>(7)</sup>と考へてはならない。といふのは、調停は、現行實體法が缺陷があると思つても、それに代る實體法そのものを創造することに、直接關心を向けていないし、又調停における同趣旨の合意の集積は、判例の集積が實體法の一種としての判例法を創造するように、強いて言へば調停例法ともいふべき實體法を創造することをなし得ないものであり、更に、調停は法の適用を事とするわけではないから、訴訟法とは、直接に關係がないからである<sup>(10)</sup>。

以上前節及び本節で述べた如く、調停は、個別具體的紛争の解決を、主體的、内面的に、當事者の合意によつてなすといふ、創造性、主體性と、更に、その合意は、當該事案に對して、諸規範・諸法則のそれぞれから下される相矛盾した評價を、その事案の特殊性に即して調和統合したものである、という統合性を有するのである。これに對し訴訟は、個別具體的紛争の解決を、外面的、權威的に、有權的な事後の判斷によつてなすといふ、事後の評價性と、更に、その有權的な判斷は、事實をば法律要件的に分析し、それに對して、法の立場からの評價を加えた結果であるといふ、分析性、一面性、を有

するのである。かように調停と訴訟との特質を對比させるとき、これに對して先ず考えられる批判は、筆者の見方こそ一面的であり、訴訟にも、具體的妥當性の追及からする非合理性、創造性、があるではないかということである。もちろん私としても、個々の裁判例にそのようなものが在ることは認めるし、特に名裁判ともなればますますそうであろう。又更に、一般的に、裁判にも非合理性、創造性が、ある限度において存することも認めよう。だが、本稿で筆者のなした比較、對照は、後述する位相的判斷であるので、かような點は問題とならないのである。

(1) 市川四郎「家事審判法概説」一七頁、小山昇「民事調停法概説」五九頁。

(2) 「正義」、「衡平」、「條理」、などというよりも、「道義」や「溫情」の方が、法的な價値をはなれている點ですぐれている。もつとも、「正義」、「衡平」、「條理」などという言葉を以て、個別具體的事案の特殊性に應じて、諸規範・諸法則からの評價の矛盾を調和、統合するための原理乃至これらを調和統合した結果を意味するものとして使用するのならば、用語の適否はともかくとして、内容的には本文に述べた如き私の考と同趣旨とならう。

(3) 安田幹太「私法轉化の段階としての調停」(法學協會雜誌五一卷五號)九四三頁参照。

(4) この點につき安田幹太教授が、早くも昭和七年において、調停(特にわが國における)は、訴訟手續上の缺陷から来る弊害を除去(同教授のいわゆる反手續法的調停)することを目的とするのではなく、實體法の缺陷より生ずる弊害の除去(同教授のいわゆる反實體法的調停)が主目的だと主張されたのは、正しい方向を指示する卓見であつたといえよう。安田・前掲論文・九一六—九頁、九四〇—四頁。

(5) 穂積重遠「調停法」(現代法學全集第三八卷)二二九頁、宮崎(澄)「調停法の理論と實際」七六頁等。

(6) 井倉均「調停における私法關係の修正」二三頁、橋本文雄「社會法と市民法」二七八頁。

(7) 橋本文雄・前掲書・二七八頁。

(8) 調停においては前述の如き、法とその他の諸規範・諸法則との矛盾の統合が問題なのであり、又、いかなる法も法である以上、常に必ず、他の諸規範・諸法則と完全に一致するものではないので、調停そのものによつて、新しい實體法を作ろうという關心は生じない。

(9) 調停における合意は、判決とちがつて、法律關係の確認や形成に向けられた合意ばかりではない。單なる事實關係に關する合意もある(宮崎(澄)「調停法の理論と實際」三九—四一頁参照)。右のような極端な場合ではなくとも、合意は、判決と同じく具體法的一種で

あるとはいへ、判決に比して一段と強固に具體的事實及び法以外の諸規範・諸法則とも融合しているので、その集積から、抽象的實體法として妥當なる規範を引き出すことは困難である。又本來そういうものであるから無理をして抽象的實體法としての規範を歸納するようなことを絶對にしてはならない。それは、いわば木によつて魚を求める、たとえに似た、調停の本質を理解しない無駄な努力であり、又抽象實體法の體系をみだす重大な悪い結果をひき起すとともに、調停の正しい發展を阻害することになる。もし、調停の本質を誤解し、調停例から、調停例抽象實體法を無理しても歸納する人々が増加したら、正に戒能教授が、うれいていられるように——戒能「民法と家事調停」(法律時報二八卷二號)五頁——、『法規を賣りとばす』ような、大變な結果となる。

(10) ただいかんながら、合意の執行に關しては、民事訴訟法の規定に従うのを原則としている。今後はこの状態は打破さるべきであり、確定手續の相違に應じた、調停執行手續が完成されなければならない。今回の履行確保に關する「家事審判法の一部を改正する法律」(昭和三十一年法律第九一號)の制定は、その第一着手として重大な意義を持つ。

### 第三節 調停論建設への道

法その他の諸規範・諸法則のそれぞれから下される、具體的事案に對する、評價相互間の矛盾を、具體的事案の特殊性に即して、調和統合し、現に紛争となつてゐる生活關係をば、調和ある平和な生活關係に發展させるための合意を、主體的な努力によつて創造せんとするのが調停である。かような調停においてなされる統合と創造は、現在までのところ、その殆んどが、調停機關の體驗をもとにするかんの働きによつてなされて來た。そしてこの統合と創造の作用の原理そのものが、學問のあかるみにもち出されることは極めてすくなく、又この作用の原理の自覺にもとづいて調停の實踐が指導されることも殆んどなかつたであらう。ただ、今までなされたことは、統合と創造の作用の結果できた調停の結果と、そのような作用なしでできた裁判とを比較することであつた。作用そのものの原理と、作用の結果とは明らかに別なものである。<sup>(1)</sup>作用の結果は靜態であるから容易に認識することができるが、作用そのものは動態であるから、その認識に困難を感じる。特に調停における統合と創造の作用は、その普遍的形象に意義があるのではなく、個別的形象に意義があるものであり、又、自然現象

における運動の作用などの如く無目的なものではなく、主體的なものであるから、これを如實の姿において把握し、更に完全なものとするためには、普遍化的論理、對象論的論理、靜態的論理、を以てしては、とうてい不可能である。この故に従來の法學が、調停の作用の原理を如實に把握し得なかつたのは、むしろ當然であり、法學者の怠慢のためではなくて、方法的に不可能のためだつたというべきであらう。

さて次に、調停論は、いかなる自覺にもとづき、又他のどんな學問から示唆をうけながら、建設されるべきものであるかという、それは大體以下に述べるが如き三つの方面から考へる必要があると思う（もちろんこの三つの方面は相互に無關係ではない）。

一 調停論は、對象論的、合理的、普遍的認識の學ではなく、主體的、全人格的、具體的な認識であると同時に實踐の學でなければならない。

實體法學或いは訴訟法學は、事件を客觀的認識の對象として置き、その外に立つて、これを法律要件に分析し、事後に、法の立場からの價值判斷を加えるための、規準や方法を解明することを目的とした。そのため實體法學は事實の類型の法律要件の分析のために、法律要件の概念的體系化、明確化、を主たる仕事となし、又訴訟法學は、實體法適用手續の適正、嚴格を目的として、訴訟法規の概念的體系化に主な努力を注いできた。これらはいずれも、對象の外に立つての認識、判斷の學問として、分析的、合理的、普遍化的理論をもつてゐる。これに對して、調停論は、紛争となつてゐる生活關係そのものを、調和ある、平和なものに發展させるための原理を把握し、さらにより完全なものとして創造せんとするものであるから、實踐と切りはなすことができず、かつその實踐は、具體的な當事者の實踐であるから、具體的現實的な學問でなければならぬのである。そして、具體的、現實的であり、又實踐と分離し得ない學問は、合理的性格のみを具有してゐるのでは不充分であり、全人格的性質をもたなければならぬ。つまり一口にいへば、普通の學問、特に科學が、一應實生活から分

離れたところに成立するという性格をもっているのに反して、調停論は、現實生活に即した學問である、ということである。およそ創造の作用というものは、それが認識的原理の創造であつても、合理的、概念的ではないようである(創造されたものは、合理的、概念的に説明しうるが<sup>(2)</sup>)。特に調停は、新しい現實生活の創造が目的なのであるから、その創造の原理が、合理的、對象論的な理論によつて把握され或いは創造されるとは考えられないのである。そこで、今まで我々が知れるところの具體的な現實生活に即した全人格の性格をもつた學問とはいえば、それは、西洋の學問ではなく、東洋なかんずく日本の學問である<sup>(3)</sup>。例えば、法律と道徳との獨自法則性を認めながらも、同時に、文化そのものにおける原理的統一を考え<sup>(4)</sup>(統合性)、或いは、法及び道徳の秩序が具體的事相に即して實現されるとする考え<sup>(5)</sup>(具體的現實性)など調停論に關して充分の示唆を與えるであろう。従つて調停論は、特にその根本の構造において、東洋的、日本的思考の方法に基づくべきであろう。尙この點は、以上と別の推論からも肯定される。即ち、今日までの我が國における調停制度の發展は、この制度が我が國民性に合致しているからだとよく言われているが、この國民性というものを純化すれば、日本思想、日本法理であるからである。ただ注意すべきは、從來のこの點に關する認識は、極めてあさはかであつたことである。例えば、「和」を尊ぶのがわが國民性であり、又いうまでもなく調停の基本理念は「和」である、というようなことが、ままいわれているが、これから<sup>(6)</sup>は、「和」の精神とは何か、それがなぜ調停の基本理念なのか、又「和」を強調した聖徳太子の十七條憲法が、いかなる思想的・社會的背景の下にできたのか、更に、現代社會における「和」の精神の内容は、いかに考えられるべきか、等に關してくわしい研究を進めて行かなければならない。このような研究をなさずして、ただ「和」だ、「和」だと稱えただけでは、何等積極的な指導力もなく、又みずから内容を示さないのであるから、批判者の側で、どんな内容をもられても反論のしようもなくなるわけである<sup>(7)</sup>。

二 調停論は、トポロギー (topology) 的思考方法を採用する必要がある。

調停では具體的事案に對して、諸規範・諸法則のそれぞれから下される相矛盾する評價の意義の輕重を、具體的事案の特殊性に即應しながら、比較、考量しなければならぬのであるが、この比較、考量の性質を考えてみると、計量的な零か有か、の比較、考量ではなくて、いわば質的な、より多いかすくないかの、それである。この比較、配列は、多數の鑛物の硬度をモースの硬度規準<sup>(8)</sup>に従つて、比較、配列する操作に對比されよう。序説において述べた、當該の調停を成立させることによつて、正當な意慾が満足せられる度合と、訴訟にもち込んだ場合にそれが満足せしめられるであろうと思われる度合との比較考量も、右のようなトポロギー(位相)的考察であろう。しかして、かように、同時に存在する多數の事態の相互關連を、質的に、いわば感じのままに、考慮することを、トポロギー(位相)的考察というわけである。そしてかかるトポロギー(位相)的考察方法を意識的に採り入れて發展した學問がすでに存在する(例えば心理學、精神醫學等)。又無意識的に、この方法を以て評價し、態度を決定している場合は、日常生活において極めて多い。例えば作文、唱歌、圖畫、學修態度などの採點、柔道・劍道・圍碁・將棋などの段づけ、才能、人格、美貌、體格などの評價、氣短、陰氣、強情などの判斷、浪費か否かの判斷等多數ある。かように、トポロギー(位相)的な判斷は、感じたままの判斷であり、又日常生活でしばしば行なわれているという、それは大變大雜把な、或いは客觀性のないどうでもなる判斷ではないか、というような誤解があるかも知れないがそうではない。トポロギー(位相)的判斷は、現實的、具體的判斷であるとともに、全人格的判斷であつて、計量的判斷に比して、高度の習練を必要とする。しかして高度の習練をつんだ者の判斷は、決して勝手なものではなく、やはり客觀的なものである<sup>(10)</sup>。調停論では、かかるトポロギー(位相)的判斷を意識的に採り入れる必要があるが、これに反して實體法學や訴訟法學では、この必要をみる部分はずくない<sup>(11)</sup>。というのは、法律要件を半分充足している——充足しているようにも思えるが、していないようにも思える——というような判斷は無意味であり、全く充足しているか、全くいないかの判斷が主だからである。例えば、非要式のいわゆる婚約があるとき、實際の感じとしては、それが、違約に對して法律上の

制裁を豫定したものであるようだし、したものでないようでもある、ということもあるであろうが、裁判の場合の事實の認定としては、法律上の制裁を豫定した婚約が、完全に有効に存在するか、或いは、完全に存在しないか、いずれかに認定するわけである。

### 三 調停論は、特にその具體性の面において、量子論に示唆をうけるべきである。

調停における合意は、それ自身具體法の一種として、規範でありながらも、具體的事實と極めて強固に結合した、いわば自己完結的な小宇宙である。かような事實と強固に結合した法的小宇宙の自律的原理を把握し、より完全なものにしようという調停論は、普遍的・規範的な理論では不充分である。<sup>(12)</sup>それは、實體法學或いは訴訟法學の如く、個々の事案の特殊性、具體性に目をおおつて、その普遍的共通性にのみ注目し、かつ事實と對置された規範そのものを、それ自身矛盾なき、合理的な體系に構造するもの<sup>(13)</sup>とは、正に對照的でなければならぬ。しからば、規範と事實が強固に結合した自己完結的な法分野における小宇宙<sup>(14)</sup>であるところの合意の原理はいかにして把握され、又より完全な姿に高められるであろうか、それは今後の研究の課題であるが、ただ、この研究に示唆を與えるものとして、量子論があることに注目したい。量子論は、小宇宙の物理學であつてしかも、大宇宙の物理學であるニュートン物理學や相對性理論の學問的價値を失わせるような構造ではない。量子論は、ニュートン物理學が、質量(物質)とエネルギー(運動)とを對置し機械觀と連續觀の上に立つているのに反して、粒子の位置と運動とを對置して取扱うことのできないところの微視的世界の物理學であつて、巨視的世界の物理學の知らなかつた基本的な量(即ち作用量子)を、新たに認めて非連續觀、非決定論的理論に立つているのである。この量子論と、巨視的世界の物理學であるニュートン物理學及び相對性理論との方法的、體系構造上の比較は、うつして以て調停論と實體法學及び訴訟法學とのその比較をするについて役に立つ。即ち一見して、事實と規範との強固に結合した自己完結的な小宇宙である合意の研究は、事實と規範とを對置し、抽象的合理的規範體系を構造する實體法學、或いは訴訟法學の必要とし

なかつた、ある基本原理（量子論の作用量子に對比さるべき）を認めるのでなければならぬことがわかるであろう。すでに中村宗雄博士によれば、やはり自己完結的な小宇宙である個別の裁判の内容分析のためには、同様の事が妥當する旨が明らかである。調停における合意は、裁判に比して一段と自己完結性と、事實と規範との結合性が強いのであるから、裁判論の場合に比して、調停論においては、量子論に示唆をうくべしとの主張が、一層強く妥當するであろう。私のこの點に關する考は、中村博士に基づくものであるが、同博士の構想の基本的な部分に關しては、私として何等異存はなく、又調停論におけるその詳細は今後の研究にまたなければならぬので、これ以上詳論せず、あとは、中村博士の「自然科学による法學の學問體系への示唆」（自然科学に範型を求めた民事訴訟理論の再構成）收載）及びその論文中（二九頁、三〇頁）に紹介されている自然科学書を参照されんことを希望する。

以上本節において述べたところは、ただ筆者自身の今後の研究の目安を示した、という程度のことにはすぎない。直ちに詳細な内容を提示し得ないことについては、御容赦を願わなければならない。

- (1) 武谷三男「哲學は有効性を取戻したか」（思想一九五六年八號）一〇一—一一頁。
- (2) マックス・ウェルトハイマー著・矢田部達郎譯「生産的思考」二三五—三八頁。本書によれば、相對性理論は、概念的な思考過程によつてできたのではなく、ただ思考の結果が定式化された命題として姿をあらわすものであるとされている。
- (3) 小野清一郎「西洋の學と東洋の學」（日本法理の自覺的展開）二七九頁以下、特に二八〇、二八一、二八三、二八八、二九一頁。
- (4) 小野清一郎「ギールケの法律思想」（法學評論下）二六四頁。
- (5) 小野清一郎「和の倫理」（法學評論下）二二—三頁。同「日本法理の自覺的展開」一二七頁。
- (6) 日本調停協會連合會編「調停讀本」序文一頁。
- (7) 右の「調停讀本」に對する戒能教授の手きびしい批判——戒能「民法と家事調停」（法律時報二八卷二號）八頁——参照。
- (8) モーヌの硬度規準は、次のようなものである。即ち、一滑石、二石膏、三方解石、四螢石、五燐灰石、六正長石、七石英、八黃玉、

九鋼玉、十金剛石である。この順序には、計量法が對應していない、即ち、例えば二と三との間隔と、九と十との間隔が、等差的乃至等比的計量に對應しているわけではない。

(9) このような傾向をもつ多数の勞作の中で、特に木田文夫「體質と神経質」は、特別に醫學の智識のない者にも、わかりやすく、また示唆にとむものである。

(10) 木田・前掲書・四三―四頁。

(11) もつとも中村宗雄博士は、すべての類型の法律行爲を包括した法律行爲理論は、トポロギーの心理學をその背景に導入しなければならぬ、といわれている(中村「民法總論」一七七頁)ことに注意すべきである。

(12) ここに調停論(調停法規の解釋學ではなくて)、が從來の考からする法律學のわくからはみ出すのではないか、という批判をうける原因がある。

(13) 實體法學は實定法に則して、普遍妥當性ある抽象的法律解釋理論の體系を構造するものにすぎないことについては、中村宗雄博士の「自然科學による法學の學問體系への示唆」及び「訴訟法學の立場からみた實體法學の學問的方法とその構造に對する疑義」(ともに「自然科學に範型を求めた民事訴訟理論の再構成」に收載)の二論文、特に前者の論文の五三―四頁、後者の論文の一四―七頁参照。

(14) およそ法或いは規範といわれるものは、事實と對置されているものだと觀念からは、判決の場合であつても、具體法、という考は成立しない。

### あとがき

以上の如きことを考えながら、私の頭にうかんだ感想は、もし平和のために積極的に貢獻しうる法學(廣義の)というものがあるとするならば、それはまず第一に調停論ではなからうか、ということである。というのは、調停の根本原理は、相異なつた立場の、對立する者が、抽象的な理論、一般論としては、各自の立場のそれ自身矛盾なき體系をつらぬきながら、しかも、個別具體的な紛争の解決に際しては、兩當事者の立場のうちどちらが一般論として正しいのかどうかを問うところなく、その具體的な事件の特殊性に即して、何が一番よい解決であるかを發見し、調和ある平和な生活を營んで行こうとするものだからである。かように、一般的な型において、どれが正しいかを決定せずして、しかも、個別具體的事件には、それに妥當する具體的正しさの存在を信じて、それを發見して行こうということは、非常に重大な

意味をもっている。即ちあらゆる人や國の立場を一つの立場に統一することは不可能であろう。不可能ではないにしても、強いて統一すれば、自由ではない。社會生活、國際社會において、自由を認めるとすれば、各人、各國の立場は異ならざるを得ないであろう。しかし、各人、各國が現實具體的な生活において、自己の立場を常に普遍的な理論通りにつらぬかんとすれば平和は破れる。といつて一般的な型において、どの人、どの國の立場が正しいかを決定することは、(すくなくとも客觀的に) 現在のところ不可能に近いであろう。もしこの決定が原理的に可能であると考へるとしても、我々の體驗によれば、この決定は、實際問題として殆んど必ずといつてよいくらい一致していない。従つて、ある立場が一般論として正しいか否かの決定をせず、個々に生ずる具體的な問題を、調和ある解決に兩當事者の納得によつて、みちびくことだけが、すくなくとも現在のところは、自由と平和を兩立させる道であることになるのである。この道は決して、單なる妥協やかけひきではなく、そこには、從來の抽象的、普遍化的、決定論的な理論の知らなかつたところの、ある原理が内在していると思ふ。このある原理を學問の陽のあたる場所に引き出し、より完全な姿に發展させることこそ、今後の研究の目的である。そしてかような研究が進んだ時こそ、人類が自由と平和をふんだんに享有しうる時であろう。その時を目ざして、我々の調停論研究は第一歩をふみ出すのである。(昭和三十一年八月六日稿)

附記 本研究については慶應義塾學事振興資金をうけた。