

論
説

契約改訂のプロセスに関する若干の考察

——再交渉義務の位置付けと改訂判決の内容——

北 山 修 悟

目次

はじめに

一 再交渉義務の位置付けと役割

1 事情変更の原則における再交渉義務

2 広義の契約改訂における再交渉義務

二 契約改訂の「場」としての調停

1 当事者間交渉と第三者介入交渉との連続性・非連続性

- 2 調停における当事者間交渉の促進
 - 3 調停における実体規範
 - 4 紛争処理制度間での規範の「波及」と「汲上げ」
 - 5 再交渉義務の効果としての付調停
- 三 契約を改訂する判決の内容
- 1 「原契約見直し」型判決と「新契約創出」型判決
 - 2 「最終提案仲裁」型判決の妥当性について
 - 3 機会主義の抑制という観点の重要性
- おわりに

はじめに

事情変更が発生した場合に契約の改訂という効果を認め、そのための再交渉義務を認めるとして、具体的に何をどのように交渉すればよいのであろうか。仮に契約当事者に再交渉することを義務付けたとして、その結果としてどのような内容の再交渉がなされるかによっては、再交渉は形骸化し、再交渉「義務」も意味のないものになってしまう。近時、「契約の改訂」や「再交渉義務」に関する研究が、わが国でも次第に活発になってきているが、しかし、再交渉の具体的な方法・手続と目標・対象事項については、必ずしも共通の認識が存在していないように思われる。また、再交渉やさらには「交渉」という言葉をどのような内実のものとして理解し、どのような感覚でそれを受け取っているかが、論者によって実はマチマチであった可能性もある。その結果、再交渉が行なわれるべきかという点や、どのような内容の再交渉がどのような場でのどのような基準の下で行なわれるべきかという点についての、具体的な提言がまだ十分になされていないように思われる。

また、契約改訂や再交渉の手続的な側面にも目を向けることも必要である。すなわち、契約当事者（あるいはその代理人弁護士）の間での自主的な再交渉では何をどのように交渉するべきか、調停人その他の第三者が再交渉の仲介活動を行なう際にはどのような仲介行動をとるべきか、最終的に裁判官が契約の改訂を命じる判決をする際にはどのような要因を考慮してどのような判決を下すべきか、といった問題を、具体的に検討する必要がある。そして、その際には、裁判外の和解、裁判上の和解、調停、各種のADR手続といった種々の手続プロセスと、裁判所における判決手続とが、どこまでパラレルに考えられ、どのように違うのかを検討する必要がある。^②

このように、契約の改訂については、明らかにするべき点がお多く残されているが、本稿は、①契約改訂とその他の再交渉はどのような場合に認められるべきか、②再交渉は、誰の参加によって(当事者やその代理人たる弁護士か、調停人か、裁判官か)、どこで(裁判所外か、調停手続でか、裁判上の和解手続でか)行なわれるべきか、③再交渉が不調に終わり、紛争が訴訟の場に持ち出された際に、裁判官はどのような判決を下すべきか、という三つの点について若干の考察を行なった結果を、中間報告的に記したものである。

一 再交渉義務の位置付けと役割

どのような場合に契約改訂とその他の再交渉が認められるべきか、という問題については、まず、現実から出発する必要がある。現実には、契約条件の事後的な変更が、当事者間の交渉によって頻繁に行なわれている^③。筆者の問題意識の出発点は、このように現実に頻繁に行なわれている契約改訂には、法的に許されるべきでないのに当事者間の力関係の結果として行なわれているものがあり、他方で、認められてもよいのに法的にそれが不可能になっている場合があるのではないか、「事情変更の原則」という法理はこのような現実には対応できないのではないか、という素朴な疑問であった。^④ 契約の改訂が要求される大きな要因としては、時間の経過とそれに伴う客観的状況の変化や契約内容についての主観的評価の変化、契約当事者の限られた合理性(bounded rationality)という現実がある。内田教授が整理しているように、^⑤ 契約の改訂を可能とするために、一定の分野(借地借家法等)においては立法上の措置がなされ、あるいは各種の契約条項による対処が試みられてはいる。しかし、一般的な法理とし

ては、いまのところわが国では事情変更の原則しか存在しない。筆者が現在探求している契約改訂法理とは、それら個別立法や契約条項の内容をも包括的に説明できるような、契約の可変性と不可変性に関する根本的な法理である。この契約改訂法理の具体化の方向については前稿^⑥で不十分なが、今なお作業は継続中である。以上のように、筆者が研究課題としている契約改訂は、事情変更の原則が適用される場合の、同原則の効果としての契約改訂にはとどまらない、より広義のものである。以下では、この広義の契約改訂において「再交渉義務」はどのように位置付けられるかを考えるが、そのためにまず、事情変更の原則の効果としての再交渉義務について検討する。

1 事情変更の原則における再交渉義務

事情変更の原則の効果として、当事者間での再交渉が何故必要であり重要なのだろうか。この点に関しては、まず、和田安夫教授が「裁判官判決の前に当事者が私的自治を再度行使する機会を確保することである。それによって裁判官による契約改訂を少なくとも実質的に支持することができる」と述べている点^⑦が注目される。他方、内田貴教授は、契約プロセス法の観点から「再交渉は、契約プロセスの動態の一つのステップであり、解約等の次の段階に移行するためには、再交渉の履行が要求される」としている^⑧。

当事者間での再交渉が要求される理由を、私的自治を再度行使する機会を与えるためと捉えるか、契約関係の変更に伴い当事者に当然要求される内在的規範の頭れと捉えるか、どちらに力点を置くべきであろうか。まず、「私的自治」の観点からだけで説明できるものではない。例えば、当事者の一方が明確に再交渉を拒絶し、当該状況下

では再交渉は必要ないという信念を持つている場合の説明に窮するからである。

また、より現実的な見地から考えるならば、事情変更の原則の効果として再交渉義務が必要となる理由は、私的自治の保障や紛争解決の効率性(簡易、迅速、低廉)といったことよりも、むしろ、事情変更の原則そのものが、この原則が問題になりそうな多くの紛争において、実際にはうまく機能しないことにある。すなわち、事情変更の原則に関する交渉が、同原則適用のための要件の充足の確認の側面と、同原則が適用されるべきことが確認されたうえででの問題解決策の模索の側面との、二つの側面に分けられるとするならば、たとえ当事者間で交渉を試みても、その第一の側面に関して、契約当事者の予見可能性の有無が主要な論争点となり、そこですでに交渉の進展(さらには交渉の開始)が期待できなくなる可能性が大きい。そもそも、ある事情の変化の可能性について、契約締結時点でそれを予測していたか・していなかったか、真実はどちらか一つであるとして事実認定を行なうことが現実的に即しているであろうか。若干の懸念はあったけれども契約締結の必要性が大なるが由に敢えて契約を結んだり、そのような懸念を契約の両当事者ともに漠然とは抱いていた、という場合が現実には多いであろう。

このように、予見可能性の不存在という同原則適用の要件は、当事者間での交渉による契約の改訂や解消という問題解決への到達を阻害するものになる。この点については、曾野助教教授による「交渉が適切になされることが私的自治 (Private Ordering) の充実にとって重要であるとすれば、交渉行動への法ルールの影響を考える場合には、(法ルールが交渉促進的なものであることまでを求めるかはともかく) 少なくとも法ルールが交渉の法的障害となつてはならない」という指摘が妥当する。⁽⁹⁾

さらに、事情変更の原則が示している要件は、契約を改訂する際の基準として利用できるものにはなっておらず、

改訂を行なおうとするならば、同原則が示す要件事実以外の周辺的な事実や事情をも考慮する必要があり、かつ、同原則の基礎にあるいわゆる「現在化」(Presentation)とは反対方向の思考が要求される。そういった周辺的な事実や事情を考慮し、反対方向の思考を實踐することが可能である場(ないし機会)が必要なのであり、それが当事者間での再交渉である。

裁判規範としての法規範が交渉のための規範¹¹基準としても妥当であるという保障はない。むしろ交渉にとって有害な効果——交渉拒絶の根拠となったり、交渉結果を不公正なものとする——をもたらす法規範も存在し得る。そこで、より公正で当事者が満足できる交渉結果を實現するための指針となる法規範を模索することが必要となる。かくして、再交渉義務は、事情変更の原則の効果という枠の中で論じられている限りは、同原則の要件の不備からくる弊害を回避するための、いわば緊急避難的措置としての位置付けに止まることになる。しかし、この枠をとび出して、そもそもいかなる場合に契約の改訂が認められるべきか、どのようなプロセスで改訂がなされるべきかならば、再交渉は契約改訂のための一つの有効な手段となり得る。このような観点から「再交渉義務」を捉えるべきであろう。¹⁰

2 広義の契約改訂における再交渉義務

(1) 交渉を申し入れる義務

ほとんどの紛争においては、交渉か訴訟かの分岐点がある。当事者やその代理人弁護士が、交渉を継続するか裁

判に訴えるかの決断を迫られる時点がある。この決断を間違えたがゆえに紛争が激化し、当事者双方とも結果的に損をすることもある。このような事態は、いわゆる隣人訴訟のような場合に限らず、取引法の領域でも存在する。

ごく最近の一例として、東京地判平成九年八月二十九日判時一六三四号が興味深い。これは、債務者からの支払案件の変更の要求に関して、当事者間での協議が充分になされないままに、債権者が契約解除の通知を行なったことから、訴訟となり解除の可否が争われた事案である。

もう一つの最近の例として、サブリースにおける一連の賃料減額訴訟がある。本来はまず賃料減額について話し合いがもたれるべきところ——実際に話し合いで何とか解決している場合も多い——を、借地借家法三二条という法律の条文を根拠に、いきなり賃料減額を通知してくるといふ不動産借主が一部に存在しており、法的根拠を有してはいるが一方的かつ強硬なその態度に対する貸主側の憤りが——少なくとも訴訟になった事案では——紛争の激化を招いていると思われる。¹²⁾

こうした例では、まずは交渉による問題解決を試みるのが当然の手順であるという一方当事者の期待を相手方が裏切った、という点で共通しており、そこでは、法的には認められる主張や行動が、当事者間の交渉(ないし協議)の機会を喪失させている。法律論で武装された一方的かつ強硬な主張は、しばしば紛争を激化させ、その結果も、当事者双方に不満を残すものになってしまふ。紛争を解決するための基準として規定されたはずの法規範が、紛争を激化させる方向に機能してしまうことがあるわけである。

もちろん、紛争の激化と裁判での最終的な決着が全て望ましくない、というわけではない。多くの紛争では、裁判所による判決で権利義務を確定することが必要かつ有用であろう。しかし、そうではない一定の状況も存在する

わけである。そして、そのような一定の状況において、再交渉義務が機能する余地がある（ただし、ここでは必ずしも再交渉義務という名目にとらわれる必要はなく、より現実的には、「不安の抗弁権」の活用や、借地借家法三二条を形成権を認めたものとする解釈論の見直しといった方策が考えられる）。

この点に関して、松井和彦助教は、契約の調整を望む当事者の「再交渉を申入れる義務」を重視して、再交渉を申入れることなくだちに訴訟によって契約改訂を求めたり契約を解除したりすることを認めない、という側面から再交渉義務を理解すべきことを主張している。¹³⁾ すなわち、「再交渉義務は、契約調整問題が生じた場合に契約当事者の自主的な交渉を促進・保障することを第一的な目的とする契約規範として理解される」のであり、「その目的がよりよく達成されるためには、『再交渉を申し入れる義務』がもつと重視されるべきである。すなわち、契約内容と周囲の事情との間の不適合により不利益を被る当事者は、ただちに訴訟において契約の改訂を求めたり契約を解消してはならず、まず合意の形成による解決を目指して再交渉を申入れなければならない」、「このように解することにより、再交渉の開始の契機が契約規範によって明確に作り出されることとなり、交渉の促進という目的が実効性を有するようになると思われる」とされている。¹⁴⁾ ここで重要なことは、契約改訂が問題になっている紛争の解決のためには、交渉を経ないで訴訟を提起することが場合によっては望ましくない行動である、という観点である。改訂か解除かを選択する余地があり、通常ならばより中庸を得た穏当な解決を目指して交渉がもたれるはずである場合には、たとえ何らかの法的根拠があるからといって、相手方の予想もしなかつた不意打ち的な行動に出るべきではない、という内在的規範が認められる場合に、再交渉義務が機能する。

(2) 再交渉義務の内容

松井助教は、ドイツでの学説を検討したうえで、再交渉義務の内容を、再交渉を申し入れる義務とそれに応じる義務である「交渉を開始する義務」と、再交渉が開始された後に各当事者がその再交渉過程において合意の形成を目指して誠実に交渉を行う義務である「交渉過程における義務」の二つに分ける。そして、後者については、より具体的に、まず、再交渉を申し入れた当事者は、具体的な提案をしなければならぬ(狭義の提案義務)、提案を受けた当事者は、その提案に誠実に対応し、交渉に協力する義務を負う、具体的には、相手方の提案を誠実に検討し、提案に対して遅滞なく返答し、遅滞なく代替案を提出する義務(広義の提案義務)、および不当に交渉を拒絶しない義務である、とし、さらに、相手方の請求に応じて契約調整にとって必要な情報を提供する義務を負う、とする⁽¹⁵⁾。そして、交渉過程における義務の違反があった場合の処理として、「狭義の提案義務に違反があった場合は、当該義務者が行った訴訟上の改訂請求や契約の解消は認められない」、「提案に返答する義務・誠実に検討する義務・代替案を提出する義務(広義の提案義務)の違反に関しては、契約調整を望んでいる者がこの義務に違反した場合は、この者が行った訴訟上の改訂請求や契約の解消は認められない。他方、相手方がこの義務に違反した場合は、契約調整を望む者が行った訴訟上の改訂請求または契約の解消が認められる」としている⁽¹⁶⁾。

たしかに、このような誠実な対応、不当に拒絶しない、といった行動は、現実にも重要であり、かつ、事後的な審査の対象とされるべきであろう。しかし、「誠実な対応」や「不当な拒絶」といった抽象的な言葉は、それらの解釈をめぐる別の次元での紛争を誘発する可能性が大きい。また、《誠実であったか、不当であったか》を争うためには、そもそも再交渉を行なうべき場合であったのか、何を目指し何を原則に基準として再交渉を進めるべきであったのか、ある程度(たとえ抽象的な基準としてであっても)明らかにならなければならない。そし

て、このような実体的基準に照らし、《各当事者から提示された解決策や代替案の内容そのもの》を評価対象とすることによって、誠実な交渉であったか、不当な交渉拒絶はなかったかがよりよく判断されると思われる。

すなわち、契約改訂のための再交渉が不調に終わった際には、最終的には裁判所が何らかの判決を下さなければならぬが、裁判所がどのような判決を下すべきか、その判決の内容を決める際に判断基準となるべきものとしては、(a)各当事者の交渉態様(再交渉について《誠実であったか、不当であったか》)と、(b)各当事者の主張内容(再交渉や訴訟の過程で《各当事者から提示された解決策や代替案の内容そのもの》)の両方であると考えられる。¹⁷⁾このように考えるならば、契約改訂をめぐる紛争を解決するための手段として、再交渉義務は重要な役割を占めてはいるが、それだけでは不十分である、ということになる。¹⁸⁾さらに言えば、右の(a)と(b)の二つを評価するためには、そのための何らかの評価の基準が必要になってくるのであって、それが契約改訂法理として明確化されるべきものだと考えられる。

二 契約改訂の「場」としての調停

事情変更の原則の効果としては、第一次的效果として協議(再交渉)義務、第二次的に契約改訂、第三次的に契約解除が挙げられる。¹⁹⁾しかし、これらの効果は、できるだけ当事者の意思を反映した穏当な解決が望ましいという観点から順番に並べられているのであり、当事者が現実にとどのような行動をとり、どのような結果がどのような場で実現されるであろうかは、別の問題になる。

すなわち、当事者間での協議が整わず訴訟になった段階でも、あとは判決しかない、というわけではなく、裁判上の（あるいは裁判外の）和解という形で当事者間の合意が成立することがあり得る。また、訴訟になったが、裁判官が職権で調停に回付し、調停手続において当事者間で改訂合意に達する、ということもあり得る。このように、現実には起こり得るプロセスを考えると、当事者間交渉↓訴訟↓調停（↓訴訟）、当事者間交渉↓訴訟↓裁判上の和解、調停↓訴訟、訴訟↓裁判上の和解、等がある。この点で特に、第三者が介入するが、しかしその第三者によって強制的な裁断が下されるわけではないという、調停と裁判上の和解の役割が注目される。

1 当事者間交渉と第三者介入交渉との連続性・非連続性

山本顯治助教授は「自主的交渉と、第三者が介入する交渉は全く異なるものとして扱うのは妥当ではない。第三者の介入もまた自主的交渉の促進のためであると考えるべきであるからである」とし、さらに、「仲裁・裁判が、対立的な要素と関係再構築の要素とを合わせ持っていることと同様に、自主的再交渉の場もまた、関係再構築の契機のみならず、対立の契機をも合わせ持ったものである。その意味で、自主的再交渉が仲裁・裁判に移行することで、当事者関係は決定的に質的転換を被るとみるべきではなく、仮に仲裁・裁判と自主的交渉の間に相違を認めるとしても、それは対立的契機と、関係再形成の契機とを衡量する棹秤の目盛の相違にすぎないと解される。その意味でも自主的再交渉と、仲裁・裁判とは互いに連続したものと理解されることになるのである。このように、仲裁・裁判と、自主的再交渉とを連続する手続きであると解し、かつそれぞれに対立的要素と、関係再形成の要素という両要素を見いだすものとするならば、仲裁・裁判を、調整案の強制という観点からのみ見ることの偏頗性も

明らかになる。契約調整問題に対処する（仲裁）裁判所に求められるものは、場合によっては、当事者間の継続的取引関係の切断の必要性をも睨みつつ、しかしなお「関係再形成の契機」に着目することで、当該契約関係の再構築への両当事者の「コミットメント」を作出するための様々の方策を試みることである」と論じている。⁽²¹⁾

たしかに、調停も仲裁も裁判も、対立的契機と関係再形成の契機を、《紛争当事者の間》に關しては合わせ持っている。しかし、《紛争当事者と調停人・仲裁人・裁判官との間》で営まれる機能を一面的に解するべきではない。法規範が営む機能も、当事者—当事者間と、当事者—第三者間とは異なってくるのであり、第三者が介入する手続は、自主的交渉をより一層促進するための環境を整える場という側面でのみ理解されるべきではない。以下では、仲裁や裁判よりは当事者間交渉に近似しており、かつ、契約改訂紛争——特に借地借家の賃料増減額紛争——が実際に扱われることが多いであろう調停について、右に挙げた点を検討する。⁽²²⁾

2 調停における当事者間交渉の促進

調停には二面性があり、一面においては、相対交渉の不十分な部分を補い、他面において、訴訟との関係である種の補完的役割を果たす。中立の第三者である調停人は、調停の場において、交渉のきっかけを作り、交渉にあたって調整を行い、法律上または事実上の争点について有用な示唆を与える。また、訴訟との対比でみた調停の機能としては、個々の事案に応じたレスポンスな解決がなされ、訴訟に判決のルートではほとんど期待できない統合的な解決が可能であり、しかも法律で定められていないものも取り込むことができるという創造的要素が濃厚に存在する、と指摘されている。⁽²³⁾

調停人の適切な介入によって、当事者間での再交渉が、ゼロ・サム型交渉から問題解決型交渉へと転換され、契約改訂の合意に達する可能性が増す。問題解決型交渉は、アメリカのキャリア・メンケルーミードウ(Carrie Menkel-Meadow)の一九八四年の論文⁽²⁵⁾により、法学界でも広く知られるようになったが、この問題解決型交渉についてのメンケルーミードウの所説の全体像については、橋本聡助教授が次のように適切に要約している⁽²⁶⁾。

「当事者の人間としての潜在的で多様なニーズは、弁護士が、上述のような形「いわゆる」法の影の下での交渉」の形・北山注」で法的交渉を行うために、和解交渉の過程にも、その結果たる和解案にも反映されない。弁護士は、『法の影』に脅えながら交渉を進めるために、交渉を通じて創出し得る解決策の範囲を限定してしまふことになる。つまり、救済方法として認められるのは、金銭賠償が普通なので、交渉対象は、いきおい相手方から獲得し得る金額に限定され、交渉目的も獲得額の最大化となってしまう。それに対して、当事者の主張の背後にある潜在的ニーズを掘り起こし、それらに焦点をあてることによってゼロ・サムの把握された紛争も多極的なものに組み替えることが可能であり、さらには、明確にされた個々のニーズ相互間での取引(Trade-off)が可能となる。それゆえ、弁護士は、当事者の要求することが唯一法的なものであると即断する前に、ブレイン・ストーミングを通じて当事者の「真のニーズ」を掘り起こし、それらを明らかにすることが大切である。そして、和解交渉の過程においては、それらのニーズを明らかにしながら、提案される解決案がニーズを満たすものかどうかを評価すべきである。そうすることによって、ゼロ・サムの敵対的交渉の弊害を克服することができ、実質的正義に合った最適な解決案を創出することが可能となる。また、そのような問題解決型の和解交渉過程に関与する裁判官の役割は、当事者のニーズを模索するために問いを発し、フォーマルでア

ドヴァサリアルな交渉過程では獲得されにくい情報を手にして、客観的立場から、当事者のニーズに適合した解決案の創出を援助することであるとするとする。ただ、法的交渉にあつては、法的な実体判断との関連も忘れてはならない。その場合、実体判断は、交渉の成果を測る尺度として働くとする。したがって、このような和解過程においては、弁護士の実動原理についても、裁判官のそれについても、法的に構成された紛争をアドヴァサリアルに処理するという従来の訴訟手続の性格自体が、暫定的にはあれ、取り払われることとなる。また、自己のニーズを明らかにする過程においては、当事者本人にも主体的役割が期待されることになろう。⁽²⁶⁾

調停の場でこのような問題解決型交渉が実現されることによって、例えば「建物の明渡を求めて申し立てた調停事件で、賃料を増額して引き続き賃貸すること」で合意が成立し、或いは「家賃の増額を求めて申し立てた調停事件で、立退料を支払い建物の明渡を受けること」で合意が成立することもある。土地の明渡を求むる調停事件で、賃料を増額して引き続き賃貸すること、或いは、土地の所有者が借地人に土地の一部の所有権を与え、残部の明渡を受けること、調停を成立させる事例も、最近よくみるところである。また、不法行為に基づく損害賠償を求むる調停事件で、解決金の名目で金銭を支払うことによつて、紛争を解決させることもある⁽²⁷⁾。契約改訂紛争においても、調停手続におけるこのような問題解決型交渉が行なわれるならば、当事者間での改訂合意が促進されるものと期待される。

3 調停における実体規範

しかしながら、右に見たような調停の当事者間交渉の促進機能を捉え、当事者間での自主交渉や、各種の裁判外

紛争処理(A D R)手続の重要性を強調する議論の中には、裁判外での紛争処理の重要性↓訴訟の位置付けの相対化↓当事者間での交渉による紛争処理の重要性↓当事者間交渉の促進のための第三者介入、という方向で進む過程で、A D Rを当事者間交渉のオールタイムタイプとして「相対交渉の行き詰まりを打開するために当事者にさまざまなリソースを提供する一過程と見る視点」⁽²⁸⁾が強調され、その結果、一方で当事者の主体性や自律性への過度の期待が生じ、他方で法規範を度外視する姿勢が生じることがある。⁽²⁹⁾

また、交渉理論では、争点を増加させそのトレード・オフを考えること(「ログ・ロール」(log roll)と呼ばれる)が、問題解決型交渉の典型的な手法とされているが、「争点や選択肢の拡大がいつも紛争解決にプラスになるとは限らず、かえって収拾がつかなくなったり全人格的紛争に陥る危険性もあり、部分的・一面的な法的側面だけに限定したほうが賢明なこともある。とくに訴訟手続内A D Rについては、交渉理論が説くような調和的解決にあまり多くを期待することは問題であろう」という指摘もなされている。⁽³⁰⁾

当事者の自律性の確保・促進と手続的な配慮はたしかに重要であるが、だから実体規範が不要になるというものではないのであって、やはりそこで援用され機能している何らかの実体規範に目を向けることが必要である。それでは、調停においては、実体規範はどのように機能するのであろうか。

伝統的な要件⇨効果の図式をとった実体法規範と調停における交渉促進活動とは、次の言葉に表わされるように、両立が難しい面がある。

「裁判という方法では、いらぬものはほとんど切り捨てていくわけですね。法律的にイレレヴァントな事実関係というものはちょっと脇においといてくれとって整理をしていく過程が中心になっています。ところ

が調停の場合は、さきほど申しましたように、その紛争にいろいろ関係のありそうなもの、少しでも関係のあるものをゴチャゴチャといじくっている間に、何かいいアイデアが出るだろうという、そういった——言葉は悪いかもしれませんが——いい加減なところがあるわけでございます。その二つの能力というのは、どうも両立しにくいようでもあります⁽³²⁾」。

しかしながら、調停の場においても、紛争当事者と調停人は意識的ないし無意識的に実体的規範に依拠しているものであり、また、そのような規範は、次の発言に示されているように、必ずしも法規範と全く異質のものではない。「法による解決というのが強行的解決といわれるけれども、そうした強行的解決には全く説得の要素がないのかといえ、そうではないのでありまして、法による解決をするということ自体が当事者の主観を超えた社会の構成員に対しては、いちばん説得力を持つておるのでして、いわばそういう説得力があるからこそ、法による解決が使われるわけであります。仲裁の場合にしても、調停の場合にしましても、カンカンになっている当事者に第三者として臨んでなんとか解決に持つてゆくためには、やはり当事者に対して説得するという機能を持たなければいけないわけです。調停の規範だつて、当事者を説得する場合には、いちばん説得に向いている武器である法というものがその中に内的に取り込まれてくるのはかくみてくれば当たり前でありまして、調停規範というものと法規範というものとは完全に対立する異質なものじゃなくて、むしろ調停規範と法規範とはその仕方こそ違え、説得力が要求されるということについては同じなのだという点がもつと強調されて然るべきではないか⁽³³⁾」。

4 紛争処理制度間での規範の「波及」と「汲上げ」

そして、当事者間及び当事者—調停人間でのやり取りの中に存在しているこのような調停規範が、裁判規範の場にも汲上げられる可能性があることを指摘しているのが、小島武司教授のいう「波及のベクトル」と「汲上げのベクトル」という考え方である。³⁵⁾

小島教授は、正義へのアクセスの可及的な実現という観点から、正義の総合システムを構想し、次のように述べている。

「正義の総合システムは、まず、静的な側面において、次のような構造をもつ。裁判（判決）が中心に位し、その周囲に同心円の形で多層的にインフォーマルな諸ルートが開かれている。裁判にもっとも近い内側には、中立的な第三者が当事者双方を関与させて行う救済ルート（仲裁、訴訟上の和解、調停など）があり、そのすぐ外側に、第三者が当事者双方と片面的に連絡をとりながら行う調整活動としての諸救済ルート（あつせん、相談、オムブズマン、苦情処理など）があり、さらにその外側に中立の第三者の関与しない相対の自主交渉（代理交渉、本人交渉）がある。つぎに動的な側面において、裁判と周辺の自主解決とが互いに交流し合っており、一方において裁判が合意内容に影響を与える波及作用があり、他方において相対交渉の内容（和解）が説得的効果を通じて判決内容に組み入れられていく汲上げ作用がある」。³⁶⁾

このモデルで注目すべきは、その静的な側面ではなく、諸制度間の規範の交流を認めている動的な側面についてである。この動的側面につき、小島教授は次のように続ける。

「法的基準の生成にあたって判決と自主的解決内容とが相互に刺激し合って、波及と汲上げからなる交流作

用を続けているという点である。このことは、法的基準や判決の結論そのものが先例として働いて、周辺の自主的紛争処理を統制し規定する方向の動きであって、判決の波及効（波及効果）として捉えることができよう。いま一つは、調停、和解などの過程において生みだされた解決が判決に取り込まれる方向の動きであり、裁判所の判断として社会的基準を汲み上げる形をとるけれども、基準内容を決定する真の力は判決ではなく自主的解決そのもののなかにあるとみるのが正当であろう。最後の一つは、判決基準と調停基準等の間に理念的なずれがあり、複数の基準が併存している多重規範の局面である。このような多重規範の競合をどのようにみるかは問題であるけれども、基準の一元化に向けての過渡的段階ととらえる場合が多いであろうが、異なる二重規範の競存がむしろ持続する場合もありうる³⁸⁾。

そして、調停手続と訴訟（判決）手続の間での規範の交流についてより現実的に考えると、当事者やさらには仲裁人がどのような規範を援用できるのか、という観点が重要になる。すなわち、要件事実についての主張立証だけを許し、争点を絞り込むのが訴訟（判決）手続の特徴である。そして、このように「要件Ⅱ効果」図式に基づく弁論や主張立証だけしか認めないでいると、実定法が規定する「要件Ⅱ効果」に乗らない事実や主張や、関係的規範を汲み取る機会、裁判官に与えられない（逆に言うと、それらを汲み取ってもらう機会を当事者は与えられない）ことになる。これに対して、和解や調停では、適用すべき規範は実定実体法に限定されてはおらず、要件事実以外の事実や法外的な規範の主張が可能になる。その結果として、当事者間及び当事者―調停人間でのふくらみのあるやり取りの中から生じた説得力のある論理や視点が訴訟の場に汲上げられ、やがてそれが裁判規範となっていくことが期待される³⁹⁾。

ただし、調停において形成されあるいは発見された紛争解決基準が法規範として精製される可能性を保障するためには、調停手続の内容や結果が公表され、かつ、それら結果が裁判規範に影響を及ぼすものとして位置付けられている、という二つが前提条件となる。

5 再交渉義務の効果としての付調停

交渉過程の促進・保障という目的をよりよく達成し得るためには如何なる義務内容を設定すべきか、といった点から再交渉義務を考えていく、というアプローチをとったとしても、「当事者の自主的な交渉が行われれば必ず合意による解決が見いだされるという楽観的な前提に立つことは許されない、自主的な交渉をつうじた合意による解決がなされるのが望ましいことはいうまでもないが、それが失敗する場合もありうることを前提とし、その場合には第二次的に、裁判所による契約改訂や法的制裁の行使などのより強硬な手段をとらざるを得ないということも顧慮する必要がある」ことは確かである。⁽⁴⁰⁾

そして、わが国の民事調停手続の有効性——問題解決型交渉の場となり得ること、及び、交渉プロセスにおける潜在的規範が訴訟の場にまで汲み上げられ得ること——を考えるならば、裁判所による判決を求める前段階の選択肢として、たとえ相手方が訴訟を提起しても、被告側には裁判所に付調停（あるいは第三者が介在した状況での交渉）を命じることを請求できる、という効果を再交渉義務の内容の一つとして認めることが考えられる。すなわち、再交渉のプロセスで行なわれた当事者間でのやり取りを同時進行的に第三者によって評価する場を保障することが、再交渉義務の行為規範としての一つの機能と考えられる。そして、そのような同時進行的な評価が可能となる場と

して、調停手続が考えられる。さらに、調停手続における当事者の交渉の態様と主張内容を事後的に最終評価する場が訴訟であると捉え、その訴訟での評価材料を効果的に収集し活用するために、調停に代わる決定（民事調停法一七条）を積極的に行ない、後続の裁判手続においてはそれを充分に考慮し尊重して審理を進める、という実務運営^④が考えられる。

三 契約を改訂する判決の内容

1 「原契約見直し」型判決と「新契約創出」型判決

当事者間で再交渉が不調に終わった際に、裁判所がどのように契約改訂を命じるべきか、その判決の内容としては、あくまでも当初の契約の枠組みを基本的に維持しながら、契約締結後に生じた損失ないし利益を当事者間どのように配分するべきか、その割合を見直すという、いわば「原契約見直し」型の判決と、当初の契約の枠組みには必ずしも捉われずに、再交渉の過程で当事者から提案された種々の問題解決策をも取り込んだ新しい契約を創り出すという、いわば「新契約創出」型の判決との、二つの方向が考えられる。これら「原契約見直し」型の判決と「新契約創出」型の判決のいずれによるべきかは、それまでの当事者間での再交渉（及びその不存在）が交渉理論という競争的（配分的）交渉と協調的（統合的）交渉のどちらであったかに影響されざるを得ないであろう。ここでは、契約改訂に関する訴訟は判決によるべきか、和解に持つて行くのを原則とするべきかという、判決と和解の振り分けの問題や、さらに、契約を改訂する判決を下す裁判官は、当事者間で行なわれてきたそれまでの再交渉の

経緯や内容にどの程度まで拘束されるのか、どの程度までそれらを斟酌すべきか、といった手続法的な色彩を併せ持つ問題が出てくる。契約を改訂する判決の内容は、当事者の意思の尊重、及び、手続法との兼ね合いという観点から、当事者の再交渉の経緯や内容を反映させたものであることが望ましいであろう。

2 「最終提案仲裁」型判決の妥当性について

契約改訂の判決が如何なる内容のものであるべきかという問題については、森田修助教授の見解を検討する必要がある。

森田助教授は、「コミュニケーション的行為」と「戦略的行為」の対置（及び、「協調的交渉」と「競争的交渉」の対置）に対して否定的な立場をとり、「社会工学的見地」から、「戦略的行動」とされる当事者の行為態様を法的に再検討して、その中の容認されるべき利益追求行動と規制されるべき「機会主義」とを区別し、後者を抑制し前者にインセンティブを与えて結果的に交渉を促進させるような裁判規範を設計しようと試みている。そこで言う「社会工学的見地」の意味は、自己の利潤の最大化を目指す合理的経済人像を前提とした結果誘導的なルールを設定することのように思われるが、しかし、一定の裁判規範を設計するならば、当事者はそれを参照しながら一定の交渉行動をとり、一定の範囲内の交渉結果にたどり着く、という前提が仮にとられているとするならば、はたして契約の改訂や再交渉という問題について、この前提が無条件に妥当するであろうか。

そして、森田助教授は「一定の範囲で衡平にかなうとされる改訂案を不利益を受ける当事者が提案した場合に、その拒絶が『機会主義』ないし『関係規範』違反と評価されると、当該改訂案通りの改訂の強行を命ずることにし

ておけば、当事者は、交渉を膠着させることよりも妥結させることに、あるいは少なくとも同じく衡平にかなう対案を出すことに利益を見いだし、つよく誘導されるであろう。一旦交渉が開始され、一定の範囲で衡平にかなうとされる改訂案A₁が不利益当事者によって提案されたならば、その強行を免れるために有利当事者はヨリ衡平にかなうと評価されるような改訂案B₂を対案として提出しなければ、A₁案の拒絶が「機会主義」と判定されそれを強行されてしまうからである」と論じている⁴³。このように提案とそれに対する反対提案との衡平性を比較するという手法は、アメリカにおいて最終提案仲裁 (final offer arbitration) として知られているものであるが、問題は、そこに「機会主義」と「関係規範」の概念が組み込まれている点である⁴⁵。森田助教授は「例えば、不履行後不履行者から善後策の申出(通常の契約であれば実質的に追完としての意味を持つ代替案、継続的契約であれば契約改訂案)がなされ、それが合理的な内容のものであるとされる場合には、被不履行者もそれを検討して経済的合理性等について判断し、例えば理由を付して応答するなどしなくてはならない。そもそもその不履行態様、善後策の合理性、被不履行者の応答の態様を相関的に判断して、誠実交渉義務の履践が判定され、その履践を尽くした場合に初めて、例えば被不履行者のする填補賠償請求が認められると解するべきであろう」としているが、当事者から提出された改訂案の内容だけから「関係規範」に基づいて「機会主義」の有無を判断することを、裁判官に対してどこまで期待できるであろうか。

また、森田助教授は事情変更の原則の要件の側面については特に言及してはならず、結果的に、同原則の要件が全て満たされ同原則が適用される場合についてのみ論じている。しかし、同原則の適用要件の充足が争われている場合や、さらには、同原則の要件の合理性自体が問題とされるような場合については、当事者を取り巻く社会的状

況や相互依存関係は当然のこととして、当初の契約の締結過程や、交渉当事者の心理や情緒的判断といった、より多くの要素を考慮する必要があるためであって、それらの汲み上げが裁判官には要求されるであろう。その汲み上げ作業が充分になされるといふ保障が、現行の実体法と裁判システムの下では存在していないことが問題視されるべきであろう。

3 機会主義の抑制という観点の重要性

しかしながら、森田助教授が指摘した機会主義的な行動の抑制という観点からの交渉過程の整序と裁判規範の形成は、きわめて重要である。

事情変更の原則は、当事者のいずれにも責任がなくかつ予測も不可能であった契約締結後の事情の変化が生じた場合の法理であり、そのような典型的な事情変更の場合には、予測され得なかつた損害をどのように分担するかの基準は、比較的明白なのではないか。たとえ当初の契約が有効に締結されていたとしても、その契約によってはカバーできない問題が生じたわけであるから、契約改訂基準としても損害を折半するというルールや、あるいは、取引行動的・ゲーム理論的に、森田助教授が示すような最終提案仲裁の手法で決めることも、それほど外れなものとは思わない。また、再交渉の過程での機会主義の抑制も、再交渉過程での一方当事者からの不当な主張をチェックするという局面で必要とされるだけである。

これに対して、筆者のように、契約を改訂すべき場合を伝統的な事情変更の原則が適用される場合には限定しない立場から見ると、一方当事者からの改訂の要求には、当初の契約内容の不均衡の事後的修正の試み、契約締結後

に顕著になってきた契約からの利益の不均衡の拡大、合理的な理由を伴わない一方当事者からの力ずくの改訂要求、といったものが混在している可能性が大きい。したがって、機会主義の抑制は、再交渉過程での一方当事者からの不当な主張のチェックだけではなく、それに加えてさらに、そもそも当該改訂要求が許容されるべきものかどうかを判断する場面でも必要となってくる。すなわち、事情変更法理が適用される場合の再交渉の仕方についての機会主義の抑制と、より広く契約改訂の要求があつた場合のその要求についての機会主義の抑制とは、同じく機会主義の抑制と言つても、後者の場合の方が、より多くの判断作業が必要となり、したがって、機会主義とは何かを精密に定義付けることがますます重要になる。

おわりに

再交渉や契約改訂、さらには契約プロセス法といったものに対する評価は、(a)「交渉」というものを戦略的競争的なものを基本にして理解するか、問題解決型の協調的なものを理想として考えるか、(b)交渉当事者が現実にどれだけ経済的合理人として交渉を行なえるのか（交渉における非合理的な要素の存在をどのように評価するか）、交渉当事者の主体性や自律性をどこまで信じるか、(c)実体法の機能と手続法的配慮のどちらに期待を多く寄せるか、(d)現実を出発点にして議論を進めるか、理念を出発点として議論を進めるか、といった点につきどのような立場をとるかによって、かなり違ってくる。これらについての基本的な態度の違いから、各論者の議論がうまく噛み合っていないのが現状であるように思われる。

今後は、抽象論のレベルにとどまることなく、各種の現実の紛争について個別に再交渉と契約改訂のプロセスを検証し、そのあるべき姿について検討していくことが必要である。また、その際には、手続法、法社会学、そして実体法の間で、より実り多い対話がなされることが望まれる。

また、当事者間の交渉結果が客観的普遍的にみて許容されるべきものかどうかの判断は必要である。契約締結交渉の結果締結された契約の内容について、民法の意思表示の瑕疵や意思の欠缺についての規定のみでは現代社会の複雑な取引（特に消費者取引）には対応しきれないことが指摘されて久しいが、契約締結後の再交渉が問題となる場面においては特に、取引当事者の間にはその程度の違いはあれほとんど常に相互依存関係が存在しており、当事者の少なくとも一方が逃げ道のない状況に置かれているのであって、交渉結果の妥当性を法的にチェックする必要はさらに大きい。交渉過程や契約プロセスを規律するための実体法規範（交渉の対象事項と交渉の進め方についてのメルクマール）の形成を今後の課題としたい。

注

- (1) わが国でのこのような研究についての文献をリスト・アップしたものとして、五十嵐清「事情変更・契約調整・再交渉義務——事情変更の原則の効果・再考——」札大企業法務第二号四七頁（一九九七年）を参照。五十嵐教授のこの論文以後に出た文献としては、橋本恭宏「事情の変更と契約当事者の責任——契約の修正・改定から再交渉義務論へ」ドイツ債権法改正草案三〇六条を参考として——伊藤進教授還暦記念「民法における「責任」の横断的考察」（第一法規出版、一九九七年）三三三頁、和田安夫「長期契約と事情変更の原則」ジュリスト一一二六号二四〇頁（一九九八

年)、ノルベルト・ホルン(和田安夫訳)「契約拘束の特殊事案——契約調整法および再交渉の義務——」姫路法学二三
 二四合併号五〇五頁(一九九八年)があり、特に後二者は重要である。また、判例評釈であるが、関連するものとして、久保宏之「判批(最判平成九年七月一日民集五一巻六号二四五二頁)」法学教室二〇九号一〇〇頁(一九九八年)がある。

(2) 契約改訂ないし再交渉の手続的な側面をも検討するべきことは、すでに内田貴「契約プロセスと法」岩波講座社会科学の方法第VI巻「社会変動の中の法」(岩波書店、一九九三年)一二九頁以下、同「現代契約法の新たな展開と契約法学」法律時報六六巻八号二八頁(一九九四年)三二—三三頁や、山本顯治「契約規範の獲得とその正当化」林良平Ⅱ甲斐道太郎編集代表『谷口知平先生追悼論文集2契約法』(信山社、一九九三年)六九頁、八四—八五頁で指摘されている。ただし、内田教授は、関係的契約理論からの帰結としての契約プロセス法という観点からこれを主張しており、山本助教授は、民事訴訟法における「第三の波」学派の問題意識を共有してこれを主張している(山本・同七二頁注(3))を参照)のであり、同じく手続的側面への関心を示しているが、特に実体法の役割についての認識には両者の間でかなりの違いが存在している。本稿は、内田教授の「大きく分けて三つの範疇で、柔軟性原理が法の中に反映している」ということができる。第一に、これらの原理を直截に体現した契約規範が裁判例や立法によって創造されるという形での反映。第二に、第三者(広く裁判官・仲裁人を含む)による契約内容への介入(契約改訂)がなされるという形での反映。第三に、当事者間の交渉を間接的に促進する形での反映、である。そして、それらの考察からわかることは、柔軟性原理に関して、実体法上の裁判規範の果たす役割は必ずしも大きくなく、むしろ当事者の自発的な行動やそれを誘発する制度的な枠組の果たす役割が大きいことである。それらの総体を視野に入れないと、契約プロセスの動態を把握す

ることはできない。さらに、柔軟性を第三者が実現する場合、これまでの司法とは異なる活動がなされる。……重要なことは、現実の契約プロセスがそのような活動を要請しているということである」(内田貴・前出「契約プロセスと法」一六〇―一六一頁)という指摘に多く示唆を受けている。

- (3) 北山修悟「継続的取引に関する国内アンケート調査の結果(三・完)」NBL六三〇号五二頁以下(一九九七年)を参照。

- (4) このような疑問に対しては、日常的な契約改訂には平常時の規範が妥当しているのであり、それは法規範ではない、平常時の法外的な規範では処理できなくなった非常時に際して法規範が登場するのであり、両者は異なっていて然るべきだ、という反論が予想される。しかし、これには同意できない。平常時の規範と非常時の規範の乖離が大きくてよいのか、両者が全く異なった人間観や世界観に立っていてよいのか、平常時の規範を見直すことによって得られるものがあるのではないか、その結果として非常時の規範にも再考すべき点があるのではないか、という疑問があるからである。

- (5) 内田・前出注(1)。なお、ホルン・前出注(1)においても、同様の整理がなされている。

- (6) 北山修悟「契約の改訂——資源開発契約を中心として——」法学協会雑誌一二二巻一号七三頁(一九九五年)。

- (7) 和田・前出注(1)二四三―二四四頁。

- (8) 内田・前出注(2)「契約プロセスと法」一四〇頁。なお、同様の考え方はドイツでも主張されている(松井・後出注(13)二五九頁参照)。

- (9) 曾野裕夫「売主担保責任の裁判外追求と期間制限——紛争交渉過程の視点から——」山阜Ⅱ五十嵐Ⅱ藪先生古稀記念「民法学と比較法学の諸相Ⅱ」(信山社、一九九七年)三二頁、三三頁。

- (10) 事情変更の原則の適用範囲を拡大することに対しては、取引の安定性や、将来についての予見の努力へのインセンティブを害なう、といった理由から、消極的に解する学説が多い（遠藤浩ほか編『民法(5)契約総論』（有斐閣双書、一九九六年）三八頁「遠藤浩執筆」等）。しかし、将来の予見のインセンティブの喪失という点については、取引の安定性は何によってもたらされるのか、将来の不確実性への対処はどのようにしてなされるべきであるか（例えば相手方との信頼関係の構築）が、そもそも問われねばならない。そして、「当該紛争を遂行した結果として、既存の法秩序が確認されることになる場合もあれば、あるいは新たな法秩序が形成されるに至る場合もありうる」としても、個々の紛争を法秩序確認のための手段ないしはその一適用事例とみることが、主客転倒した発想である」（守屋明『紛争処理の法理論——交渉と裁判のダイナミズム』（悠々社、一九九五年）一二頁）という警句を傾聴することが必要であろう。
- (11) 野口恵三「判批」NB L六四五号七二頁、七五頁（一九九八年）での指摘が重要である。
- (12) この点については、サブリース訴訟を担当しているある弁護士から「サブリースの賃料減額訴訟は、借地借家法の適用の可否、事情変更の原則上の問題、継続的契約関係における再交渉義務等興味ある問題を提供するものですが、訴訟の実態はそのようなものではなく、一部大手不動産会社の一方的破棄（再交渉ではない）という目にあまる行為が顕著です」という書簡によるご教示をいただき考えさせられた。
- (13) 松井和彦「過程志向的システムと再交渉義務」一橋論叢一一五巻一号二五〇頁、二五一頁（一九九六年）。
- (14) 松井・前出注（13）二七〇頁。
- (15) 松井・前出注（13）二六四―二六五頁。
- (16) 松井・前出注（13）二六六―二六七頁。

- (17) 和田・前出注(1)、二四三―二四四頁は、「当事者が調整合意に至らない場合、および、一方の当事者がそもそも再交渉に応じない場合、残された方法は、裁判官判決のみである。裁判官は、その時点までのあらゆる事情を考慮して(つまり、再交渉手続における当事者の態度も考慮して)、第一に、契約を改訂して継続し(契約調整)、第二に、それが不可能な場合に契約解消を承認すべきである」としており、本文中の(b)が判決の基準に含まれるものとしている。
- (18) ホルン教授も、「二部では、再交渉義務は、私が展開した表象に従うならば行為基礎脱落の唯一の法律効果である」と解された。これはもちろん誤解である。法律効果は、契約調整または契約解消であり、再交渉義務は、この目的を達成するための方法であるにすぎない」としている(ホルン・前出注(1)五三二頁)。
- (19) 久保裕之「経済変動と契約理論」(成文堂、一九九二年)二四四―二四六頁「初出は同「事情変更の原則覚書」産大法学二巻一―二号九一頁(一九八七年)」。また、事情変更の原則の効果についての最新の詳細な検討として、五十嵐・前出注(1)が貴重である。
- (20) 山本顯治「再交渉義務論について(二)——交渉理論と契約法理論の交錯——」法政研究六三巻一号一頁、五七頁(一九九六年)の注(35)。
- (21) 山本・前出注(20)八六頁。
- (22) 国際商事仲裁については既に若干論じたことがある(北山・前出注(6))。また、わが国の弁護士会仲裁の実務は興味深い展開を示しており、最近のまとまった文献として、第二東京弁護士会編「弁護士会仲裁の現状と展望」(判例タイムズ社、一九九七年)がある。なお、裁判上の和解についても当然に検討すべきところであるが、この点は別稿に譲らせていただく。

- (23) 小島武司「調停適合事件の選別基準」小島武司「調停と法——代替的紛争解決（ADR）の可能性——」（中央大学出版部、一九八九年）三五頁、四九―五〇頁。なお、この調停の二面性は、調停合意説と調停裁判説の対立（その要約と検討としては、梶村太市＝深沢利一「和解・調停の実務」三訂版」（新日本法規出版、一九九二年）二一七―二二七頁、及び、草野芳郎「調停制度の現状と問題点」青山善充＝伊藤眞編「民事訴訟法の争点」第三版」（有斐閣、一九九八年）四〇―四一頁を参照）に連なるものであるが、むしろ両者の両立が目指されるべきであろう。
- (24) Carrie Menkel-Meadow, "Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving", 31 *UCLA Law Review*, p.754 (1984).
- (25) 橋本聡「紛争処理の柔軟化と多様化（一）」民商法雑誌一〇五巻三号三四四頁、三七一―三七三頁（一九九一年）。また、山田文「裁判外紛争解決制度における手続法的配慮の研究（一）」法学五八巻一号四五頁、七九―八二頁（一九九四年）でも、問題解決型交渉の概要が紹介されている。
- (26) 橋本・前出注（25）三七二―三七三頁。
- (27) 「現代調停法制研究会報告・調停規範と裁判規範」法の支配五六号八八頁「高橋守雄」一「調停委員の感想」同九八―九九頁（一九八三年）。
- (28) ADRの促進運動の二つの大きな流れと、それぞれの背後にある手続と実体の関連性についての二つの捉え方について、山本克己「裁判手続と紛争処理」田中成明編「現代理論法学入門」（法律文化社、一九九三年）七八頁、八四―八九頁が簡潔にまとめている。
- (29) 山田文「裁判外紛争処理と交渉」小島武司＝伊藤眞編「裁判外紛争処理法」（有斐閣、一九九八年）二〇三頁、二〇

四頁。

(30) 「第三の波」派の代表的論者である井上治典教授は、最近の論稿でも、裁判と裁判外手続との固定的な峻別論を超えて、トータルな視点から紛争調整のあり方を考究するというスタンスが現在必要とされており、解決結果や解決基準にウエイトを置くことよりも、調整のプロセスとしての手続のつくり方が要をなすのであって、関係者の手続におけるかわりをいかにすれば、納得できるリアリティーある実効的なものにするかができるかこそがポイントである、という(井上治典「裁判と裁判外紛争処理に関する理論」小島伊藤編・裁判外紛争処理法(有斐閣、一九九八年)二四九頁、二五〇頁)。

(31) 田中成明「現代社会と裁判——民事訴訟の位置と役割——」(弘文堂、一九九六年)一四五頁。

(32) 「ミニ・シンポジウム・調停について」民事訴訟雑誌三三二号一六五頁、二二七頁【新堂幸司発言】(一九八六年)。

(33) 前出注(32)「ミニ・シンポジウム・調停について」二二七—二三八頁【三ヶ月章発言】。なお、草野芳郎「民事調停における当事者の説得」判例タイムズ九三三二号九三頁(一九九七年)は、同判事の「和解技術論——和解の基本原則——」(信山社、一九九五年)と同様に、問題解決型的な交渉を促進する実践的な手法を示すものとして非常に興味深い。しかし、あるべき規範を確認したい(あるいは相手方に認めさせたい)という思いを持った当事者に対してどのように接すればよいのかは読み取れない。

(34) 本稿にいう「調停規範」という言葉は、調停人が調停手続に際して適用している規範、という意味ではなく、「結果的にみて両当事者がまあこれなら我慢できるという合意ができた場合、その合意内容というか合意の結果が依拠しているある種の基準」(前出注(32)「ミニ・シンポジウム・調停について」二二五頁【新堂幸司発言】)を意味している。

- (35) 小島武司「紛争処理制度の全体構造」『講座民事訴訟①民事紛争と訴訟』（弘文堂、一九八四年）三五五頁、三六〇頁。
- (36) 小島・前出注(35) 三六〇頁。傍点は小島教授による。
- (37) 小島・前出注(35) 三六四―三六五頁。なお、以上の小島理論に対しては、その静的側面において紛争処理システムの全体像を裁判を中心に考えている点等につき、井上・前出(30) 二四九頁、及び、和田仁孝「民事紛争処理論」(信山社、一九九四年) 九七頁以下で批判が加えられている。
- (38) ただし、調停における規範の創造については、次のような疑問が提起されている。すなわち、調停において、当事者がいろいろな人間関係を深めて、コミュニケーションを充分に行って、そしてだんだんと結局、ネゴシエーションができてき上がってゆく、そしてその過程のなかで規範が創造されるというが、かりにそれが規範だとしても、それはネゴシエーションをした当事者にもみ通用するものにとどまるのではないか。そうではなくて、いくつか似たような事例が重なれば、やがて規範になるのだとしても、他方で、人間関係が千差万別であることから、事例の積み重ねがあっても、規範まで成長するようなルールが果たしてできるものだろうか(前出注(32)「ミニ・シンポジウム・調停について」二二三―二三四頁「小山昇発言」)。一般論としてこの疑問にどのように答えるかは難しいが、契約改訂に関しては、そこ
で問題になるのは内在的規範の「発見」であり、ゼロからの規範の創造とは違う、ということになろうか。
- (39) 石川明「わが国における裁判外紛争解決制度(ADR)の諸問題」石川明・三上威彦編著『比較裁判外紛争解決制度』(慶応義塾大学出版会、一九九七年) 一六一―一七頁は、ADR解決事例集の出版や事例研究会の開催が望まれるとして
いる。
- (40) 松井・前出注(13) 二五四頁。

- (41) 借地借家関係についての調停条項の裁定と調停に代わる決定という二つの制度については、橋本和夫「地代・家賃紛争の調停制度」ジュリスト一〇〇六号一二二頁(一九九二年)。同二三三頁では「調停成立のための努力が尽くされたにもかかわらず調停が成立しない場合には、調停に代わる決定を積極的に活用することを考慮すべきである」と発言されている。調停に代わる決定の制度全般については、田中敦「調停に代わる決定(一)——調停に代わる決定の理論上の諸問題——」判例タイムズ九三三三三三頁(一九九七年)、同「調停に代わる決定(二)——調停に代わる決定の運用上の諸問題——」同二三七頁を参照。
- (42) 森田修「アメリカにおける『再交渉義務』論と債務転形論」星野英一先生古稀祝賀『日本民法学の形成と課題上巻』(有斐閣、一九九六年)五四一頁、五四六―五四七頁。
- (43) 森田・前出注(42)五六五頁。
- (44) 最終提案仲裁 (final offer arbitration) の簡潔な紹介としては、Frank E. Sander, "The Courthouse and Alternative Dispute Resolution," in Lavina Hall ed., *Negotiation: Strategies for Mutual Gain* (SAGE Publications, 1993), p. 43, p. 49. より詳細な説明としては、Stephen B. Goldberg et al. ed., *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes, 2nd edition* (Little, Brown and Company, 1992), pp. 223-225; John S. Murray et al. ed., *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers, 2nd edition* (Foundation Press, 1996), pp. 739-742.
- (45) アメリカの契約法の領域で機会主義をテーマとした研究は多くあるが、とりあえず参考として、機会主義的行動にはどのようなものがあり、それに対して契約法がどれだけ抑止手段たりえてゐるかを論じたものとして、Timothy Muris, "Opportunistic Behavior and the Law of Contracts," 65 *Minnesota Law Review*, p. 521 (1981). また、機会主義とシム

語の多義性(多義性) Varouj A. Aivazian, Michael J. Trebilcock & Michael Penny, "The Law of Contract Modifications: The Uncertain Quest for a Bench Mark of Enforceability," 22 *Osgoode Hall Law Journal*, p. 173 (1984) ㊦ 「機会主義」という言葉の使用は誤解を生みやすく、おそらくは不幸なものである。この言葉は利己的行為 (self-interested behavior) と同義語ではない。利己的行為は機会主義であることもあれば機会主義でないこともある。機会主義という言葉によって、我々は、両当事者の相互の利益になるような事後的な結果をもたらすように適切な制約を設けてはいない利己的行為を意味させる」としている (*id.*, p.188 note 43)。また、森田修「ウィリアムソンの契約理解について——法と市場の制度分析のために(その1)——」社会科学研究四八巻一号一八二頁(一九九六年)も、その二二五頁注43で「マクニールは……、機会主義の定義を、ウィリアムソンのように「害意をもつてする利潤追求」とは考えず、 \wedge 「関係」の原理を侵害してなされる利潤追求 \vee と捉える」と指摘している。このように見ると、「機会主義」というアメリカの経済学で生まれた概念を用いるよりも、むしろ日本の日常用語としての「付け込み」といった言葉を用いる方が、わが国で議論するに際しては望ましいのかもしれない。なお、機会主義について論じるものとして、井上健一「不完全契約」本郷法政紀要第一号四一頁、四三—四六頁(一九九三年)がある。

(46) 森田・前出注(42)五六八頁。