

# [研究ノート]

## リーガル・コンフリクト・マネジメントと民事調停（最終回）

鷺尾 紀吉

### 〈目次〉

#### （第1回）

- 1 リーガル・コンフリクト・マネジメントと民事調停の関係
- 2 民事調停の当事者と対象
  - 2-1 民事調停の当事者
  - 2-2 民事調停の対象
  - 2-3 民事調停の種類
- 3 調停の申立てと申立書の提出
  - 3-1 申立ての裁判所と申立ての時期
  - 3-2 申立ての方式と申立書の記載事項

#### （第2回）

- 4 調停申立ての趣旨と紛争の要点の記載例
  - 4-1 貸金返還請求の申立て
  - 4-2 売買契約の解除に基づく違約金等の支払請求の申立て
  - 4-3 請負代金請求の申立て
  - 4-4 賃料増額請求の申立て
  - 4-5 交通事故に基づく損害賠償請求の申立て
- 5 調停申立ての効果
  - 5-1 手続上の効果
  - 5-2 実体法上の効果

#### （第3回）

- 6 調停の開始
  - 6-1 調停委員会の組織
  - 6-2 調停期日の指定
  - 6-3 本人出頭主義の原則と代理人の出頭

- 6-4 利害関係人の参加
- 6-5 付随手続の申立て—調停前の措置と民事執行手続の停止

- 7 調停手続の進行
  - 7-1 事情の聴取
  - 7-2 事実の調査と証拠調べ
  - 7-3 調停案の提示、説得
- 8 調停係属中における調停事項の変更
  - 8-1 調停事項の変更内容
  - 8-2 調停事項の変更手続

#### （最終回）

- 9 調停の終了
  - 9-1 調停の成立
  - 9-2 調停の不成立
  - 9-3 調停に代わる決定
  - 9-4 調停をしない措置
  - 9-5 調停の申立ての取下げ
  - 9-6 調停条項の裁定
  - 9-7 調停申立ての却下
- 10 調停の成立と調書の記載
  - 10-1 調停の成立
  - 10-2 調書の記載
- 11 調停条項の作成
  - 11-1 調停条項の種類と内容
  - 11-2 給付、確認、形成の各条項例
- 12 調停の効力
  - 12-1 総説
  - 12-2 調停の本質—調停裁判説と調停合意説
  - 12-3 既判力肯定説と否定説

## [前号まで及び今号の概要]

本研究ノートは、全体として、リーガル・コンフリクト・マネジメントとしての民事調停の理念、調停当事者、調停申立て、調停手続の開始と進行、調停の終了、調停の効力等についてまとめたものである。これまで3回にわたり連載し、今号が最終回となる。

第1回論稿は、リーガル・コンフリクト・マネジメントにおける紛争解決システムとしての民事調停制度の意義を述べたうえで、民事調停における当事者と調停能力、当事者適格、民事調停の対象（対象の範囲、紛争の存在性）、民事調停の種類、調停申立ての裁判所（裁判所の管轄）、申立ての時期、申立ての方式と申立書の基本的な記載事項等について説明した。

第2回論稿は、主要な調停事件を取り上げ、調停申立書における「申立ての趣旨」及び「紛争の要点」の具体的な記載例を述べ、それぞれについて若干の説明を行った。また、調停を申立てた場合にどのような効果があるのか、手続上の効果と実体法上の効果に分けて述べた。

第3回論稿は、調停が申立てられ、調停の開始の際における本人出頭主義の原則、代理人の許可、利害関係人の参加等について説明した。次に、調停開始後において調停委員会では当該調停事件をどのように審理して、調停手続を進行するのか、当事者の事情聴取、事実の調査、合意に向けた調停案（解決案）の提示、また調停係属中における調停事項の変更の可否等調停手続の概要を述べた。

今回の最終回論稿は、調停の最終段階として、調停手続の終了事由、調停の成立と調書の記載、調停条項例、調停の効力を概説する。調停手続において調停が成立し、その合意内容の調書への記載は裁判上の和解と同一の効力、それはまた確定判決と同一の効力を有することから、合意内容を適正化、明確化が求められる。そこで、合意した場合の調停条項例、調停の効力を具体的に述べる。

## 9 調停の終了

民事調停は、調停の成立、調停の不成立、調停に代わる決定、裁定、調停をしない措置、調停申立ての取下げ、調停申立ての却下という事由によって終了する<sup>1)</sup>。以下、それぞれの調停の終了事由について概説する。

### 9-1 調停の成立

調停期日において、当事者間に紛争の解決について合意したときは、その内容を検討し、成立した合意が相当でないと認める場合（民調法14条）を除き、それが条理にかなない実情に即しているときとは、裁判所書記官にこれを調書に記載させ、これにより調停が成立し、調書に記載された合意の内容は裁判上の和解と同一の効力を有する（同法16条）。裁判上の和解は確定判決と同一の効力があるので（民訴法267条）、調停調書は確定判決と同一の効力を有することとなる。

民事調停は、民事に関する紛争につき、当事者の互譲により、条理にかなない実情に即した解決を図ることを目的としており（同法1条）、調停委員会としては申立てられた調停事件につき、合意形成に向けて当事者間の意見を調停し、また当事者を説得するなど、話し合いにより紛争が解決されるよう努力することになる。従って、当事者間の紛争が解決されて、調停が成立することは法の目的にかなうことであり、また調停委員会の大きな役割である。そこで、調停の成立と調停調書の法的性質、調停条項例、調停の効力等については、章を改めて、詳述することとする。

### 9-2 調停の不成立

調停委員会は、当事者間に合意が成立する見込みがない場合又は成立した合意が相当でないと認められる場合において、裁判所が後述する調停に代わる決定をしないときは、調停が成立しないものとして、事件を終了させることができる（民調法14条）。

調停委員会としては事理を尽くして説得に努めたのであったが、当事者の双方又は一方が譲歩しないために合

1) 日本調停協会連合会『調停時報』（平成25年12月、189号）統計資料により、最近3カ年の民事調停の推移をみると、調停新受事件数は平成23年74,896件、同24年55,862件、同25年47,596件となっている。これを終局区分別調停既済事件数でみると、調停成立は平成23年19,093件（構成比24.4%）、同24年15,657件（同27.3%）、同25年14,302件（同30.2%）、調停不成立は平成23年13,957件（同17.8%）、同24年13,821件（同24.1%）、同25年12,432件（同26.2%）、調停に代わる決定は平成23年35,209件（同45.0%）、同24年20,223件（35.2%）、同25年13,402件（同28.3%）、取下げは平成23年8,220件（同10.5%）、同24年6,624件（11.5%）、同25年6,404件（同13.5%）という結果になっている。この4種類の調停区分で全体の98%程度を占めている。調停成立と調停不成立の割合は増加し、調停に代わる決定は減少傾向にあることがうかがえる。

意が成立しない場合や、当事者が調停期日に出頭しないため話し合いの方法がない場合には、調停が成立しないものとして事件を終了させることになる。

また当事者間に一定の合意が成立した場合であっても、その内容が違法であるとき、あるいは違法ではなくとも著しく妥当性を欠くときは、調停が成立しないものとして事件を終了させなければならない。民調法14条でいう「成立した合意が相当ではない」とは、法律条項のみに限定させるものではなく、非法律的条項等すべてにわたって正義と衡平に合致しないことをいう。例えば、借地上の家屋が売買された後に、地主と土地賃借人かつ借地上の家屋の元所有者とが当事者となって、土地賃貸借契約を合意解除して家屋収去土地明渡しの調停を成立させることにより、該家屋の現在の所有者の利益が不当に侵害されることが明瞭であるような場合には、著しく妥当性を欠く当事者間の合意がなされたといえる。もっとも、侵害される該家屋の現在の所有者を利害関係人として参加させて、調停の成立を図ることができる（仲田、2012、23頁）。

調停機関が調停の成立しないものとして事件を終了させる措置をしたときは、調停係属は終了し、その旨は調書に記載される。これに対して不服申立てはできず、これにより調停が終了する。これは、調停制度が該事件で利用されたが成功しなかったので続行しないという措置であり、当事者に続行を求める権利、利益が認められる場合ではないからであると説明されている。

調停不成立の措置によって事件が終了した場合に、該事件が民調法20条により訴訟事件が調停に付されたもの（付調停）であるときは、調停不成立による調停事件終了によって訴訟手続中止の原因が消滅し、再びその訴訟手続が進行することになる。

また、調停を申立てた事件で、調停が不成立となった場合、紛争を最終的に解決するためには訴えを提起しなければならないが、申立人がその旨の通知を受けた日から2週間以内に調停の目的となった請求について訴えを提起したときは、調停の申立ての時に、その訴えの提起があったものとみなされる（同法19条）。これは、訴えの提起に伴う時効中断等の利益を失うことを防止するこ

とができ、また調停の申立てについて納めた手数料の額は訴えの提起の手数料から差し引かれ（民訴費用法5条1項）、これにより調停申立人の訴えの提起を容易にしている。

### 9-3 調停に代わる決定

裁判所は、調停委員会の調停が成立する見込みがない場合において、相当であると認めるときは、当該調停委員会を組織する民事調停委員の意見を聞き、当事者双方のために衡平に考慮し、一切の事情を見て、職権で、当事者双方の申立ての趣旨に反しない限度で、事件の解決のために必要な決定をすることができる（民調法17条）。これは、「調停に代わる決定」、または「17条決定」と呼ばれる。この決定においては、金銭の支払、物の引渡しその他の財産上の給付を命ずることができる（同法17条後段）。

調停に代わる決定の要件は、①調停委員会の調停が成立する見込みがないこと、②裁判所が相当である認めること、③調停委員会の意見を聴くこと、④当事者双方の申立ての趣旨に反しない限度であること、である<sup>2)</sup>。

調停に代わる決定は、受調停裁判所が職権で行う。当事者は、この決定をするよう希望する意見を述べることはできるが、申立てをすることは認められない。調停に代わる決定においては、前述したように、裁判所は当事者双方の申立ての趣旨に反しない限度で行わなければならない。その趣旨は、当事者双方のいずれもが主張または希望していなかった方向での解決を定めてはならないということである。例えば、申立人が20万円の支払を求め、これに対して相手方が10万円の限度でのみ支払義務を認めるときに、30万円の支払を命ずることは申立人が求める範囲を超えることになり申立人の申立ての趣旨に反するし、逆に5万円の支払を命ずることは相手方の申立ての趣旨に反するので、いずれも許されない（最高裁判所事務総局民事局、2012、90頁-91頁）。

調停に代わる決定に対して不服のある当事者および利害関係人は、決定の告知を受けた日から2週間以内に異議の申立てをすることができる。この期間内に適法な異議の申立てがあると、決定は効力を失う（同法18条4項）。法定の期間内に異議の申立てがないときは、決定は確定

2) 具体的に、調停に代わる決定をするのを相当とする場合の例については、最高裁判所事務総局民事局、2012、89頁-90頁に示されている。

し、裁判上の和解と同一の効力を生じる（同条3項）。職権で調停に付した訴訟事件について調停に代わる決定が確定したときは、その訴訟事件の訴えの取下げがあったものとみなされる（同法20条2項）。

調停に代わる決定は、裁判所が職権により、条理にかない実情に即した解決の内容（実質的には調停案に近い内容）を裁判の形で示すものであり、これをするのにふさわしい事案について行われるから、その多くの場合、異議申立てがなされることなく確定し、紛争が解決されているという（石堂、2011、490頁）。

#### 9-4 調停をしない措置

調停委員会は、事件が性質上調停をするのに適当でないとき、又は当事者が不当な目的でみだりに調停の申立てをしたと認めるときは、調停をしないものとして、事件を終了させることができる（民調法13条）。この措置は調停の拒否と呼ばれる。民事調停は公的な制度であり、調停手続を進めること自体が正義、衡平の理念に反し、あるいは法秩序を害するような場合には手続を打ち切るべきだからである。

事件が性質上調停をするのに適当でない場合とは、事件の内容自体が公序良俗や強行法規に違反する場合（例えば、禁制品の売買代金の支払を求める場合や、借地契約が終了し、借地権者が建物買取請求権を行使したにもかかわらず土地所有者が建物の取去を求める場合など）、性質上当事者間に互譲の余地がない場合（例えば、判決等により権利が確定しているにもかかわらず、それと矛盾する内容の申立てをする場合など）をいう（民事調停実務研究会編、2013、44頁）。

また、不当な目的でみだりに調停の申立てをした場合とは、申立人が何も権利がないのに、あるいは権利はあるがそれを濫用する目的で申立てをした場合、不当に義務の履行を回避するために申立てをした場合、訴訟の引き延ばしや強制執行を妨害する目的で申立てをした場合などをいう（同上書、44頁）。いったん成立した調停事件についての再調停の申立て、申立人の特別の理由もなく期日に欠席を繰り返す場合なども、これに含まれる（簡裁民事実務研究会編、2005、307頁-308頁）。

調停委員会は、上記の調停をしない措置に該当する要件が存在する場合には、調停をしないという宣言をして調停手続を終了（調停係属の消滅）させる。調停をしない旨の処分をしたときは、記録にそのことを明記し、裁

判所書記官から当事者に通知する（民事規22条1項）。この処分は裁判ではないから、当事者から不服申立てはできない。

#### 9-5 調停の申立ての取下げ

申立人は、調停事件が終了するまで、その全部又は一部を取り下げることができる（民調法19条の2本文）。申立てが全部取り下げられたときは、民事調停は終了する。

申立ての取り下げは、いつでも自由にすることができるが、調停に代わる決定がされた後には、相手方の同意が得なければ、その効力は生じない（同条ただし書）。調停に代わる決定がされた場合には、相手方が決定の内容にしたがった紛争解決を期待することがあり、申立人が一方的に申立てを取り下げ、調停手続を無にすることを認めるのは相当ではないからである。

調停申立ての取下げは、調停期日においては口頭であることができるが、それ以外の場合には書面（取下書）によってしなければならない（同法22条、非訴法63条2項、民訴法261条3項）。裁判所書記官は、調停申立ての取下げがあったときには相手方に、調停に代わる決定がされた後に調停申立ての取下げがあった場合で相手方が取下げに同意したときは申立人に、その旨を通知しなければならない（民調規22条2項、3項）。また、一度取下げをした後、同一請求について再び調停の申立てをすることも原則として可能であるとされている。

なお、申立人が連続して2回、呼出しを受けたにもかかわらず調停期日に出頭しなかったとき、又は調停期日に出頭したが何も手続行為を行わず退席したときは、調停委員会は調停申立ての取下げがあったとみなして、事件を終了させることができる（民調法22条、非訴法64条）。民事調停の申立てをしながら調停による紛争解決に不熱心な申立人に対しては、民事調停の手続の利用を認める必要はなく、また相当でもないからである。これを調停申立ての取下げの擬制という。

#### 9-6 調停条項の裁定

地代借賃増減調停事件、商事調停事件、鉾害調停事件について、調停委員会は、当事者間に合意が成立する見込みがない場合、又は成立した合意が相当でないと認める場合において、当事者間に調停委員会の定める調停条項に服する旨の書面による合意（調停の申立ての後になされたものに限る。）があるときは、申立てにより、事件の解決のために適当な調停条項を定めることができる

（民調法24条の3第1項、31条、33条）。調停委員会が定めた調停条項が調書に記載されたときは、調停が成立したものとみなし、その記載は裁判上の和解と同一の効力を有する（同条2項、31条、33条）。これを調停条項の裁定と呼んでいる。

地代借賃増減調停事件、商事調停事件、鉾害調停事件においては、事件に適した専門家の専門的知識を活用する余地が大きく、調停手続の結果、当事者が専門家である調停委員によって構成される調停委員会を信頼し、調停条項については調停委員会の判断に委ねるといえるのであれば、調停委員会が適当と認める調停条項を定めることによって事件を最終的に解決できることになる。これは、調停委員会に実質上の仲裁の機能を与えるものと説明されている。

調停委員会の定めた調停条項に対しては不服申立てができず、その内容で当事者間に調停が成立したとみなされるため、調停条項を定めるに当たって、慎重を期する必要がある。そこで、調停委員会は調停条項を定めようとするときは、当事者を審尋しなければならない（民調規27条）。調停条項の裁定制度は、平成3年の民事調停法の改正により設けられたものであるが、現状では実務例は少ない。

#### 9-7 調停申立ての却下

民事調停の申立てを受けた裁判所は、申立書に記載すべき事項が記載されていない場合、申立手数料が納付されていない場合には、相当の期間を定めて不備を補正することを命じ、その期間内に当事者が不備を補正しなければ、裁判所の命令により調停申立書は却下される（民調法22条、非訴法43条5項）。

## 10 調停の成立と調書の記載

### 10-1 調停の成立

調停の成立のためには、当事者間の合意が不可欠の要件であるが、当事者間の合意が成立しても、その内容が当然に調書に記載されるわけではない。調停委員会が成立した合意内容が条理にかなない実情に即しており、相当であると認め、書記官に調書の記載をさせ、書記官がそ

れを記載したときに初めて、調停が成立することになる。つまり、当事者間で合意が成立しても、調書に記載されない限り、合意が裁判上の和解と同一の効力を有することはない。このような効力を有するのは、「その記載」、すなわち内容的には調書に記載された合意、形式的には合意を記載した調書という書面（合意書）がこの効力を有するのである（小山、1977、273頁-274頁）。

### 10-2 調書の記載

調書に記載したときは、調停が成立したものとし（民調法16条）、逆にいえば調書に記載されていないときは、調停が成立していないことになる。従って、調書への記載が調停の成立要件であり、かつ調停の効力発生要件である。この点において、調書記載行為は単なる公証行為にとどまるものではなく、調書記載は合意の成立を調停の成立まで高める行為であるといえる（小山、同上書、276頁）。調停成立の調書記載は、裁判上の和解と同一の効力を有するので、その内容は書面により明確にされることが必要となるのである。

成立した調書は上訴による不服申立てはできないことから、調書の記載により調停手続は目的を達して終了する。従って、調停の内容はそれによって確定する判決のように、調停の形式的確定を観念する実益は乏しいという（小山、同上書、284頁-285頁）<sup>3)</sup>。

調書の作成は書記官が行う。すなわち、調書の作成権限は裁判所書記官にある。調書を作成すべき時期は、調停主任が記載を命じた期日であるが、事務の都合でその期日終了後に作成されても、権限ある書記官によって法定の形式を具備して作成される限り、その効力に影響はないとされる。

調停調書は、形式的記載事項として、「調停調書」という標題、事件の表示、期日、場所、調停主任裁判官、調停委員名、書記官名、出頭した当事者名等を記載した上で、「手続の要領等」欄に、調停が成立したこと、当事者の表示、申立ての表示、調停条項が記載される（調停調書例 参照）。

申立ての表示は、調停調書の効力の及ぶ範囲を明らかにするために記載するが、他の請求と識別できる程度の記載でよいとされる。従って、申立ての趣旨と紛争の要

3) 判決が当該訴訟手続内で取消不可能な状態に至ることを判決の確定といい、これは当該訴訟手続内で働く法律効果であり、これを形式的確定という。既判力が当該訴訟手続を超えて当事者及び裁判所を拘束するという実質的確定と区別される（藤田、2011、357頁）。

調停調書例

|                |                         |           |   |
|----------------|-------------------------|-----------|---|
|                |                         | 調停主任裁判官認印 | ㊟ |
| <b>調 停 調 書</b> |                         |           |   |
| 事件の表示          | 平成〇〇年（ノ）第 〇〇 号          |           |   |
| 期 日            | 平成〇〇年〇〇月〇〇日（午前）午後〇〇時〇〇分 |           |   |
| 場 所            | 〇〇簡易裁判所調停室              |           |   |
| 調停主任裁判官        | ○                       | ○         | ○ |
| 民事調停委員         | ○                       | ○         | ○ |
| 民事調停委員         | ○                       | ○         | ○ |
| 裁判所書記官         | ○                       | ○         | ○ |
| 出頭した当事者等       | 申立人                     | ○         | ○ |
|                | 相手方代理人兼利害関係人代理人         | ○         | ○ |
| 手 続 の 要 領 等    |                         |           |   |
| 当事者間に次のとおり調停成立 |                         |           |   |
| 第1 当事者の表示      | 別紙当事者目録記載のとおり           |           |   |
| 第2 申立ての表示      | 〇〇〇〇〇〇……                |           |   |
| 第3 調停条項        | 別紙調停条項記載のとおり            |           |   |
|                | 裁判所書記官                  | ○         | ○ |

（備考）別紙当事者目録および別紙調停条項は省略してある。  
 （出所）茗茄・近藤、2012、575頁

点に分けて記載しても、また両方を分けずにまとめて記載しても、どちらでもよいとされる。なお、実務上は、訴えの提起前の和解手続と同様、調停条項の記載内容から請求が特定されていることを理由として、申立ての表示という標題まで設けて記載しない取扱いも多いとされる（茗茄・近藤、2012、555頁－556頁）。

作成された調停調書の正本は、当事者から送達の申立て（送達費用を添付）があれば、申立人、相手方および利害関係人にそれぞれ送達される。職権による送達は行われぬ。送達の申立ては、口頭によることも認められている。

## 11 調停条項の作成

調停調書の中で、調停条項は重要な構成要素である。調停が成立したときは、その合意内容を調停条項として

まとめることになる。調停条項は調停委員会が作成し（当事者が調停条項原案を用意する場合もある）、これを当事者に提示し、読み聞かせ、確認した上で、確定することとなる。以下、調停条項について条項例を紹介しながら、述べることにする。

### 11-1 調停条項の種類と内容

調停条項は、実体法上の効力を有するかどうかによって、大きく効力条項と任意条項に分かれる。

調停期日に、紛争の解決について当事者間に合意が成立し、これを調書に記載したときは、調停が成立したものとされる（民調法16条）。調停調書中に、調停における合意の内容を項目立てして記載したものが調停条項である。本章では、調停条項の分類と内容、具体的な調停条項例について述べる（以下、本章の記述は、丹生谷 定利(2012)「調停事項について」『調停時報』（日本調停協会連合会）、181号および茗茄政信・近藤基(2012)『書式和解・民事調停の実務（全訂8版）』民事法研究会によっている）。

#### (1) 効力条項

効力条項とは、権利義務の確認、発生、変更、消滅、付款（条件、期限等）、特約など、実体法上の効力を有する条項であり、以下のような条項がある。

##### ①給付条項

給付条項とは、当事者の一方が相手方に対して特定の給付をすることを合意の内容とする条項をいう。給付条項は債務名義として執行力を有する重要な条項であり、従って強制執行に支障がないよう、給付の内容が特定されていなければならない。

##### ②確認条項

確認条項とは、特定の権利若しくは法律関係の存在又は不存在を確認する旨を合意の内容とする条項をいう。法律関係を確認する場合は、原則として現在の法律関係を確認する条項とすべきであり、また、事実関係の確認の場合は、そのような調停条項を作成する必要があるかどうかよく検討すべきであるとされている。

##### ③形成条項

形成条項とは、当事者が自由に処分することができる権利又は法律関係について、新たな権利の発生、変更、消滅の効果を生じさせる合意を内容とする条項をいう。従って、当事者が任意に処分できない権利関係については、調停条項を作成することができない。

よく紹介される例であるが、土地の境界の確定を求める調停の申立ては、調停に親しまず、それを求める調停条項の作成は認められない。申立人が土地の境界の確定を求める調停を申し立てたいという場合は、実務上では係争土地の所有権の確認を求めるという内容の調停を申し立ててもらおうという対応をしているという<sup>4)</sup>。

#### ④付款条項

付款条項とは、給付、確認、形成の基本条項の合意の効果を特に制限するため、付随的な取決めをした条項をいう。例えば、条件（効力の発生、消滅が不確定な事実に係らせる）、期限（効力の発生、不発生を将来の発生が確実な事実に係らせる）、失権約款（特定の債務の不履行を停止条件として、現存の契約関係が当然失効し、原状回復義務の効果を生じさせる）、引換給付（反対給付と同時に給付する）などの条項がある。

#### ⑤特約条項

特約条項とは、実体法上の規範を排除又は補充したり、あるいは実体法に定めのない事項について当事者が合意する条項をいう。公序良俗や強行規定に違反せず、かつ調停条項として適切、妥当である場合は、当事者の合意により、特約条項を設けることができる。

#### ⑥清算条項

清算条項とは、調停で合意した権利義務以外には債権債務がないことを確認し、法律関係を明瞭にするための条項をいう。清算条項があれば、当事者間に本件（調停の対象となっている事項）に関して何らかの債務が存在するとしても、一切これを問題にすることはできないという効果をもたらすものであるから、清算条項は重要な意味をもつ条項である。

#### ⑦調停費用の負担条項

これは、調停手続における各当事者の調停費用の負担を定める条項であるが、民調法20条の2は、調停が成立した場合において、調停手続の費用負担について特別の定めをしなかったときは、その費用は、各自が負担すると定めており、一般的には、調停費用は各自の負担とす

る条項が設けられている。

#### (2) 任意条項

任意条項とは、広義では法律上の効力には関係がない条項をいい、道義的合意を記載した条項（道義条項）が代表例である。道義条項とは、当事者が道義的責任を認めて、以後の紛争を防止するのに役立つ条項をいい、例えば、「相手方は、申立人に対し、申立人の名誉や信用を毀損したり、又は営業の妨害となるような一切の言動をしないことを誓約する」という条項である。陳謝条項も道義条項に含まれる。

道義条項には執行力はなく、これに違反しても強制執行することはできないが、この条項を記載することによって当事者が満足し、特に当事者が近隣関係にあるような場合には、その紛争を事実上防止する効果はある。しかし、道義条項の記載については、その必要性をよく吟味し、慎重な判断が必要であるとされている<sup>5)</sup>。

#### 11-2 給付、確認、形成の各条項例

調停条項のうち、給付、確認、形成の各条項は調停条項の基本的条項である。そこで、節を改めて、これら条項例を述べる。

##### (1) 給付条項

給付条項は、当事者の一方が、相手方に対し、金銭の支払い、物の引渡し、意思の陳述等一定の給付することを内容とする条項である。給付請求権について、債務名義としての効力を生ずることから、債務名義条項ともいわれる。

##### ①金銭の支払条項例

相手方が、申立人に対し、貸金債務を履行する給付条項として、以下の例があげられる。

「相手方は、申立人に対し、前項の金員を次のとおり分割して、〇〇銀行〇〇支店の〇〇名義の普通預金口座（口座番号〇〇〇〇）に振り込む方法で支払う。

(1) 平成〇〇年〇月〇日限り〇万〇〇円

(2) 平成〇〇年〇月〇日から同年〇月〇日まで毎月〇日限り〇万〇〇円ずつ

4) 最高裁判所の見解では、申立人が土地の境界の確定を求める場合は、その真意は土地所有権の範囲の確認を求めることにある場合が多いので、直ちに調停を拒否せず、調停手続を進めるのが適切であろうと述べている（最高裁判所事務総局民事局、2012、82頁）。

5) 特に陳謝条項の場合、これを調停条項の中に盛り込もうとすると、感情的対立が再燃し、そのことのみをもって調停が不成立になるおそれもあることから、口頭または別の書面をもって陳謝の意を表明することが、実務上行われている（茗茄・近藤、2012、570頁）。

(3) 平成〇〇年〇月〇日限り〇万〇〇円」

金銭債務の弁済場所は、民法484条では持参債務が原則であるが、この規定は任意規定であるので、当事者の合意により、特約により上記のような支払方法にすることができる。

②物の引渡条項例

申立人が、相手方に対し、建物の明渡しを求める条項として、以下の例があげられる。

「相手方は、申立人に対し、平成〇〇年〇月〇日限り、第3項の金員の支払を受けるのと引き換えに、本件建物を明渡す。」

上記のように、「本件建物を明渡す」という条項の場合には、本件建物を他と区別できるように特定することが必要である。通常は、別紙で物件目録を添付し、物件目録において特定する。また、明渡しの対象が一筆の土地の一部、建物の一部である場合は、さらに図面を添付して、明渡しの対象となる部分を特定する必要がある。

(別紙) 物件目録の表示例（土地と建物の場合）

- 1 所在 〇〇市〇〇町3丁目  
地番 150番8  
地目 宅地  
地積 169.35平方メートル
- 2 所在 〇〇市〇〇町3丁目150番8  
家屋番号 168番5  
種類 居宅  
構造 鉄骨造陸屋根2階建  
床面積 1階 82.17平方メートル  
2階 45.61平方メートル

不動産の表示は、不動産登記法の表示方法による。特に、登記に関する条項では、登記簿の表示に合致させる必要がある。

なお、「引渡し」と「明渡し」の区別については、引渡しとは、不動産等の直接支配を債務者に移転させることをいい、明渡しとは、引渡しの一態様であるが、特に債務者が居住し、または物品を置いて占有しているときに、目的物の中の物品を取り除き、かつ居住者を退去させて、債権者に完全な支配を移転することをいうと説明されているが、実務上、それほど厳格に区別されている訳ではないとされる（茗茄・近藤、同上書、108頁）。

③作為・不作為の条項例

作為義務の場合には、「収去する」、「撤去する」、「設置

する」などと記載する。作為義務の条項として、以下の例があげられる。

「相手方は、申立人に対し、平成〇〇年〇月〇日限り、相手方所有の本件建物の1階の西側の窓に、別紙見積書のとおり目隠しを設置する。目隠し設置に要する費用は、全額相手方の負担とする。」

どのような目隠しを設置するのか、見積書においては、目隠しの材料、構造等を具体的に特定しておく必要がある。

不作為義務の場合には、目的物を特定したうえで、禁止された行為を明らかにして、不作為義務の内容を具体的に表現する。不作為の条項としては、以下の例があげられる。

「相手方は、申立人に対し、賃貸借期間中本件建物の改装、模様替えをしない。」

この場合の表記として、「〇〇の改装、模様替えをしてはならない」という表現は不適切であり、「〇〇の改装、模様替えをしない」と記載すべきであるとされる（茗茄・近藤、同上書、112頁）。

④登記手続の条項例

申立人が相手方に登記手続を求める場合の条項として、以下の例があげられる。

「相手方は、申立人に対し、本件土地についてされた〇〇法務局平成〇〇年〇月〇日受付第〇〇号抵当権設定登記の平成〇〇年〇月〇日弁済を原因とする抹消登記手続をする。」

登記手続の特定のため、法務局（出張所名を含む）、受付日付、受付番号、登記の種類（上記の例では抹消登記）、登記原因、その日付を記載する。登記をするのは登記官であり、当事者の行う申請行為は登記手続であるので、「抹消登記」ではなく、「抹消登記手続」と記載する。目的物件の表示は登記簿の記載と一致させる。これが一致していないと、申請が却下されることになる。

登記手続など意思表示をすべきことを内容とする債務名義（調停調書等）が成立したときは、債務者は、その成立の時に意思表示をしたものとみなされる（民執法174条1項本文）。また、登記手続について単純に意思表示をするものであれば、登記手続をするための執行文の付与は必要としない。

(2) 確認条項

確認条項は、その末尾に「認める」または「確認する」



という確認文言を記載する。確認条項として、以下の例があげられる。

#### ①土地の所有権の確認条項例

「相手方は、申立人に対し、別紙物件目録記載の土地について、申立人が所有権を有することを認める。」

#### ②金銭の支払義務の確認条項例

「相手方は、申立人に対し、申立人と相手方間の平成〇〇年〇月〇日付けの金銭消費貸借契約に基づく〇〇万円の支払義務があることを認める。」

調停の対象となる請求権について支払義務を認めるのではなく、「解決金」や「和解金」名目で支払うとの合意をする場合がある。この場合、支払義務を認める条項としては、「相手方は、申立人に対し、解決金として〇〇万円の支払義務があることを認める。」などと記載する。

#### ③債務不存在の確認条項例

「相手方は、申立人に対し、本件金銭消費貸借契約に基づく申立人の債務が存在しないことを認める。」

#### (3) 形成条項

形成条項は、権利発生、権利変更、権利消滅という形成の効果を生じる条項であり、それぞれの場合における条項を例示すると、以下のとおりである。

##### ①権利発生条項例

権利発生条項は、売買、賃貸借、保証、担保権設定等の契約を成立させることを合意する場合などの条項である。売買契約を成立させる場合の条項として、以下の例があげられる。

「申立人は、相手方に対し、別紙物件目録の建物を代金〇〇〇万円で売り、相手方は、これを買受ける。」

また、保証を合意する場合の条項として、以下の例があげられる。

「利害関係人は、申立人に対し、相手方の前項の債務について連帯保証する。」

##### ②権利変更条項例

権利変更条項は、請求権の存在を前提としてその履行期限を猶予する場合、賃貸借契約の存在を前提として賃料または賃貸借期間変更の合意をする場合などの条項である。履行期限を猶予する場合の条項として、以下の例があげられる。

「申立人は、相手方に対し、本件土地の明渡しを、平成〇〇年〇月〇日まで猶予する。」

また、賃料を改定する場合の条項として、以下の例が

あげられる。

「申立人と相手方は、本件建物の賃料を、平成〇〇年〇月〇日から1か月〇〇円に改定する。」

#### ③権利消滅条項例

権利消滅条項は、合意解除、相殺の合意、債務を免除する旨の合意、権利を放棄する合意をするなどの場合の条項である。例えば、賃貸借契約を合意解除する場合の条項として、以下の例があげられる。

「申立人と相手方は、本件建物についての本件賃貸借契約を合意解除する。」

また、相殺の合意をする場合の条項として、以下の例があげられる。

「申立人と相手方は、前項の両債権について対当額をもって相殺する。」

相殺の合意をする場合は、自動債権（相殺に供しようとする債権）の特定に留意する。なお、相殺をする場合の表記は、「対等額」ではなく、「対当額」である（民法505条1項本文）。

## 12 調停の効力

### 12-1 総説

調停調書の記載は裁判上の和解と同一の効力を有し、裁判上の和解は確定判決と同一の効力があるから（民訴法269条）、調書の記載は確定判決と同一の効力があることになる。

民事調停と双璧をなす家事調停において、家事事件手続法268条は、「調停において当事者間に合意が成立し、これを調書に記載したときは、調停が成立したものと」と規定し、そこまでの文言は民事調停法16条と全く同じであるが、その後の文言においては、「その記載は、確定判決と同一の効力を有する。」と規定し、この部分の文言が異なっている。

つまり、民事調停においては、調書の記載＝裁判上の和解と同一の効力、裁判上の和解＝確定判決と同一の効力、よって調書の記載＝確定判決と同一の効力というように、三段論法のような構成となっているのに対し、家事調停においては、調書の記載が直截的に確定判決と同一の効力を有すると規定しているのである。その理由として、家事調停は人事に関する訴訟事件その他家庭に関する事件について行われ（家事事件手続法244条）、人事

に関する訴訟事件については、職権探知主義が採用され、和解が許されないからであると説明される（小山、1977、244頁）。

このように、民事調停における調停の効力について家事調停における場合と規定の仕方が異なるものの、民事調停において、終局的に調書の記載は確定判決と同一の効力を有するのであるから、調停調書の効力として執行力が認められる（民執法22条7号）<sup>6)</sup>。つまり、調停調書を債務名義として、金銭の支払や物の引渡し等の強制執行を行い得る効力がある。しかし、確定判決の訴訟法上の効力としての既判力を有するか否かについては議論のあるところである。それは、調停の本質をどのようにとらえるかによって、既判力を認めるか否か見解が分かれるからである。

#### 12-2 調停の本質－調停裁判説と調停合意説

民事調停は、民事に関する紛争につき、当事者の互譲により、条理にかない実情に即した解決を図ることを目的としている（民事調停法1条）。つまり、民事調停は、当事者が民事に関する紛争につき、互譲し、具体的な妥当な合意を形成することを目的とする裁判所の手続制度であることから、司法機関である裁判所の調停介入作用は裁判上の和解より強度であり、当事者の主体的、自主的合意が前提となとしても、その合意内容が調停機関によって相当でないと認める場合には、調停は成立しないことから（同法14条）、調停は国家の公権的判断である裁判と異ならないとする説がある。これを調停裁判説といっている。

これに対し、調停の本質は当事者による自由で主体的な合意にあり、それは民調法16条において、当事者間に合意が成立し、これを調書に記載したときは、調停が成立し、その効力が生じると定める規定からも明白である。裁判所が職権で調停に代わる決定をすることができるという制度が設けられているが（同法17条）、この決定が行われても当事者又は利害関係人が適法な異議を申立てれば、その決定は失効するし（同法18条4項）、また、調停委員会による調停条項の裁定制度も、それに服する旨の当事者間の合意が前提となっている（同法24条の3第1項、31条、33条）ことなどを鑑みると、当事者の自主

的、主体的判断による合意が調停の基礎であると説く。これを調停合意説という。

このような調停の本質に対する考え方の違いは、調停の効力に既判力を有するかという点にあらわれる。前者の調停裁判説を採用すれば、論理上当然の帰結として、調停の効力として既判力を有することになる。他方、後者の調停合意説をとれば、調停の効力には既判力を有しないという立場をとることになる。

#### 12-3 既判力肯定説と否定説

前述したように、調停の効力として既判力を有するか否かについて、学説は肯定説、否定説が対立している。そこで判例の立場を含めて、この点につき、さらに論究する。

調停が既判力を有するか否かは、裁判上の和解に既判力を認めるか否かの論争の反映である。すなわち、裁判上の和解の効力について、既判力肯定説と既判力否定説が対立しており、調停においても、調書の記載が裁判上の和解と同一の効力を有すると規定していることから、裁判上の和解と同じように、既判力肯定説と既判力否定説がそのまま対立している（裁判上の和解と既判力との関係については、小室、1993、219頁－221頁において、簡潔に説明されている）。前述したように、調停裁判説を主張する立場は既判力を肯定し、調停合意説を主張する立場は既判力を否定する。

既判力とは、裁判が形式的に確定すると、その内容である一定の標準時における権利又は法律関係の存否についての裁判所の判断が、それ以後、その当事者間において同じ事項を判断する基準として強制通用力をもつという効力という（藤田、2011、359頁）。

つまり、提示された訴訟上の請求に対する裁判所の判断は終局的なものであり、以後、同一紛争について異なる判断を許さないものとして、法的安定と紛争解決の基準性を与える必要があることから、確定判決に既判力が付与されている。このことは調停においても同様であるとして、調停が民事紛争自体を直接的かつ全体的に公正に解決することを目的とする紛争解決制度であることから、その公権的判断に既判力を認めるべきであるとするのが、調停裁判説の立場である。

6) 調停調書に訴訟法上の効力として、この他に形成力を認める説もあるが、調停裁判説を除き形成力を観念する余地はないとされる（小山、1977、292頁）。

また、調停に既判力が認められる根拠として、確定判決に既判力を認める条件は判決が確定したことであり、これは手続上の条件であり、実質的には訓練された裁判官が審理し判断したということである。このような条件は調停においても満たされているとしている。つまり、調停には既判力を認める条件が具備されており、かつ既判力を否定する明文の規定がないとする見解も主張されている（小山、1977、286頁）。

これに対し、調停合意説は、調停の本質は当事者間の合意にあるとし、調停によって形成された実質関係の確定効は、当事者の意思の合致の効果として認められるのであって、調停調書の既判力によって確保されるものではないとして、既判力を否定する（小室、1993、222頁）。

判例は、調停の効力としての既判力をどのようにとらえているのか。裁判上の和解については、大審院時代の判例は和解の性質につき競合説ないし両性説をとり、いわゆる制限的既判力説の立場に立って、和解に既判力があるとしながらも、他方では実体上の理由による無効、取消を認めている。最高裁判所も大審院の制限的既判力説を踏襲しているように見える。例えば、昭和33年3月5日最高裁判所判決（最判（大）昭和33・3・5民集12巻3号381頁）は、裁判上の和解は確定判決と同一の効力を有し、既判力を有するものと解すべきであると判示する（小室、同上書、222頁）。

調停については、最高裁判所判決（最判昭和43・4・11民集22巻4号862頁）は交通事故の損害賠償請求訴訟事件につき、本件損害賠償請求は、調停において既に解決済であり、上告人の財産上の損害賠償請求権を、本訴において主張できないと判示している。これは調停に既判力を認めた判例とされているが、判決代用説又は調停裁判説による既判力肯定説ではなく、制限的既判力を認めたものと解すべきであるとする見解もみられる（小室、同上書、223頁）。下級審判例は、調停の効力として既判力を肯定するもの、あるいはこれを否定するものに分かれる（概要は、小室、同上書、223頁参照）。通説は、既判力否定説に立っている。

このように、既判力の有無について見解が分かれるが、

民事調停に関する最高裁判所の見解では、調停調書は確定判決と同一の効力を有するので、調停の成立によって紛争解決の内容は最終的に確定され、同一の事件について再び争うことはできないとする。もっとも確定判決と同一の効力は、調停は当事者間の合意が私法上も有効であることを前提とするものであるから、合意について要素の錯誤その他意思表示の無効又は取消原因があるときは、それを理由として争うことは許されるとしている（最高裁判所事務総局民事局、2012、86頁）。

（完）

#### 参考文献

- 石堂和清(2011)「第2章 民事調停の実務」加藤新太郎編『簡裁民事事件の考え方と実務（第4版）』民事法研究会。
- 簡裁民事実務研究会編(2005)『改訂 簡易裁判所の民事実務』テイハン。
- 小室直人(1993)「民事調停法第1章通則第16条（調停の成立・効力）」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。
- 小山昇(1977)『民事調停法 [新版]』有斐閣。
- 最高裁判所事務総局民事局(2012)『民事調停委員の手引 [改訂版]』最高裁判所。
- 丹生谷 定利(2012)「調停事項について」『調停時報』（日本調停協会連合会）、181号（71頁－85頁）。
- 仲田博(2012)「『調停をしない措置』及び『調停不成立』の措置について」『調停時報』（日本調停協会連合会）、第182号（19頁－24頁）。
- 林隆峰編(2014)『簡易裁判所 民事調停の実務』日本加除出版。
- 藤田広美(2011)『講義 民事訴訟 [第2版]』東京大学出版会。
- 茗茄政信・近藤基(2012)『書式 和解・民事調停の実務（全訂8版）』民事法研究会。
- 民事調停実務研究会編(2013)『最新 民事調停事件の申立書式と手続（三訂版）』新日本法規出版。