
 論 説

ローヤリング基礎論覚書 (7)

ADR・裁判外紛争解決 (承前)

榎 本 修

目 次

- 序 ローヤリング基礎論覚書について (282 号)
- 第 1 法律相談・面談 (282・283 号)
- 第 2 事件受任 (284 号)
- 第 3 調査・証拠収集
- 第 4 交渉 (285・286 号)
- 第 5 ADR・裁判外紛争解決 (288 号及び本号)
- 序 ローヤリングにおいて対象とする ADR の範囲
- 1 総論
 - (1) ADR・裁判外紛争解決とは何か
 - (2) 訴訟 (裁判) と ADR の関係 - 「正義の総合システム」
 - (3) アメリカの「ADR ムーブメント」と日本の ADR 概観
 - (4) 日本における ADR
 - (5) 検討
 - (6) ADR の目的
 - (7) ADR の特質 (以上 288 号)
- 2 各論 (以下本号)
 - (1) 各 ADR の手続
 - ア 仲裁
 - (ア) 仲裁総論
 - a 仲裁の意義
 - b 仲裁の特性・特質
 - c 仲裁の種類
 - d 仲裁の歴史

- e 「仲裁」という日本語の再評価
- f 仲裁の現状と課題
- (イ) 仲裁各論－日本の仲裁法（平成 15 年法律第 138 号）について
 - a 仲裁合意（法 15 条）
 - b 仲裁人選任（法 17 条）・仲裁手続の準則（法 26 条）・仲裁判断において準拠すべき法（法 36 条）
 - c 仲裁判断（法 39・45 条）・執行決定（46 条）
 - d 和解（法 38 条）-特に法 38 条 4 項の問題
- イ 調停
 - (ア) 調停総論
 - a 調停の意義
 - b 調停の性質
 - c 調停の技法
 - (イ) 調停各論
 - a 民事調停
 - b 家事調停
- ウ その他の ADR
 - (ア) 弁護士会 ADR（仲裁センター等）
 - a 弁護士会 ADR センターの手続（愛知県弁護士会の例）
 - b 弁護士会 ADR の現状と課題
 - (イ) 交通事故紛争処理センター（紛セ）
 - (ウ) アメリカの各種 ADR や新たな工夫について
 - a 調停人による仲裁（Med-Arb）
 - b 強制仲裁（mandatory/compulsory arbitration）
 - c ミニ・トライアル（mini-trial）
 - d 早期中立評価（Early Neutral Evaluation;ENE）
 - e 最終提案仲裁（Final-Offer Arbitration;FOA）
 - f レンタ・ジャッジ（rent-a-judge）
- (2) ADR で用いられる技法－ローヤリングの他分野（法律相談・法的交渉）における各種の技法とのクロスオーバー
 - ア ①法律相談②交渉③ADR での技法の関連性

イ 各技法の位置づけの違い

(ア)「傾聴」の位置づけについて

(イ)「リフレイミング」「パラフレイジング」の位置づけについて

(ウ)小括

(3)「選択肢の開発と絞り込み」とADR

3 むすび—利用者にとって「分かりやすい」議論の必要性

第6 事件終了後の処理・報酬 (以下次号)

2 各論

(1) 各ADRの手続

ア 仲裁

(ア) 仲裁総論

a 仲裁の意義

仲裁は、民事上の紛争について、当事者がその解決を第三者である仲裁人に委ね、仲裁人の判断に終局的に服する旨を合意する手続⁶⁶³⁾である。

仲裁手続の本質は「合意に基づく強制」にある⁶⁶⁴⁾。手続開始・判断結果への服従の双方について合意がその基礎となっている点で手続開始につき相手方の同意を必要とせず応訴を強制する(民事訴訟法159条3項、1項参照)裁判と異なり、最終的な判断結果を強制される点で調停やあっせんとは異なる⁶⁶⁵⁾。

b 仲裁の特性・特質

仲裁の特性・特質は、基本的にはADR一般の利点・欠点と平行であり、裁判と比較して①簡易・迅速性、②廉価性、③専門性、④秘密保持性、⑤柔軟性があるとされる⁶⁶⁶⁾。しかし、ADR全体の中での位置づけを考

663) 山本=山田・前掲注559)290頁〔山田〕、小島=猪股・前掲注570)1・17頁「中核概念としての仲裁」「実定法上の仲裁」「広義の仲裁」「実質上の仲裁」の意義も参照。

664) 山本=山田・前掲注559)290頁〔山田〕は仲裁を「一種の私設裁判」という。
665) 小島=猪股・前掲注570)5頁。

666) 山本=山田・前掲注559)291頁〔山田〕。小島=猪股・前掲注570)2頁は、
①手続柔軟化(インフォマリゼーション)、②非法化(デイリーガリゼーション)、
③非専門職化(ディプロフェッションナリゼーション)、④民営化(プライヴェティ

えると、仲裁はあっせんや調停と比べて裁判に近く、手続は重装備となる。例えば、各仲裁機関において各種の手続規程が設けられており、中には相当詳細な規程を持つものもある⁶⁶⁷⁾から、必ずしも簡易迅速とは言えず、廉価でない場合もある⁶⁶⁸⁾。そして、これを当事者から見ればあっせんや調停に比べて仲裁は裁判に近い⁶⁶⁹⁾ため、申立書等の書類作成や各種手続遵守に一定の負担があり、例えば当該手続を弁護士に委任するための費用も、調停よりは仲裁を依頼する方が裁判に近い費用を要することも少なくない⁶⁶⁹⁾。

c 仲裁の種類

①仲裁法上の仲裁と個別法⁶⁷⁰⁾上の仲裁⁶⁷¹⁾、②アドホック仲裁と機関仲裁⁶⁷²⁾、③国内仲裁と国際仲裁⁶⁷³⁾等の種類・区分がある。

d 仲裁の歴史

仲裁の歴史は、少なくとも⁶⁷⁴⁾ローマ法の時代にまで遡る⁶⁷⁵⁾。ローマ法では、元来、仲裁契約 (compromissum) は私的約条であったが、後に仲裁判断後 10 日以内に当事者が異議を述べないと承認したとみなされ、不履行

ゼイション)が「ADRを貫く基本的な要因」として「互いに若干の衝突をはらみつつ併存」という。本文の5要素と重なる点もあるが、山田のいう廉価性・秘密保持性や小島=猪股の言う民営化は必ずしも重なり合わない。

667) 例えば(一社)日本商事仲裁協会(JCAA)では①UNCITRAL仲裁規則(2010)+仲裁管理規則(2019)②商事仲裁規則(同)③インタラクティブ仲裁規則(同)の3仲裁規則中から当事者が選択するが、②③の条数は108条に及ぶ(<https://www.jcaa.or.jp/arbitration/rules.html>) (2020.5.29 閲覧)。弁護士会ADRでも例えば愛知県弁護士会紛争解決センター運営規則では金融ADR協定(111~114条)ハーグ条約(115~133条)の特則等詳細な規程がある。

668) 例えばJCAAの仲裁人報酬金はUNCITRAL仲裁規則適用事件では時間単価500~1500米ドルの間でJCAAが決定(上限なし)のように定められる(<https://www.jcaa.or.jp/arbitration/costs.html>) (2020.5.29 閲覧)。

669) 旧日弁連報酬等基準規程(平7会規第38号)(2014年廃止)第17条では仲裁代理人の弁護士報酬は「訴訟事件」等と同一の着手金・報酬金とされていた。

670) 山本=山田・前掲注559)294頁[山田]。同書117頁は個別法として①建設業法(建設工事紛争審査会)②品確法(指定住宅紛争処理機関)③労働基準法85条(行政官庁による仲裁)等を挙げる。

671) 小島=猪股・前掲注570)19頁。

672) 小島=猪股・前掲注570)20頁はこの区別が「実務上極めて重要」という。

673) 山本=山田・前掲注559)295頁[山田]は「『世界裁判所』のようなものがなく」「両当事者のいずれが帰属する国の裁判所を選択しても不公平のおそれがある」点を仲裁が国際取引で大きな重要性を持つ理由として指摘する。

674) 小島武司『仲裁法』(青林書院、2000)57頁は「仲裁的なもの」は「古代ギリシアやローマにおいて見出すことができ」という。

675) Thomas E. Carbonneau, "Arbitration Law in a Nutshell" (4th ed.2017) 3-4 は、仲裁が、古く聖書(キリスト教)やタルムード(ユダヤ教)、コーラン(イスラム教)の中でも言及されていることを示唆する。

時は「仲裁契約の事実による訴権」(actio in factum)を提起でき、相手方はこれに対し抗弁(exceptio veluti pacti)を提出することが認められた⁶⁷⁶⁾。

その後、各国により経緯は異なるが、ドイツ(ローマ・カノン法を継受)⁶⁷⁷⁾、フランス(フランス革命初期に裁判所がアンシャン・レジームの遺物とみなされたことなどを背景に1806年民事訴訟法(いわゆるナポレオン法典)により制定⁶⁷⁸⁾)、イギリス(源流はコモン・ローにおける仲裁法理にまで遡り、仲裁の歴史は商人の自治的裁判権と国王裁判所(King's Court)の裁判権の戦いの歴史であった⁶⁷⁹⁾)、アメリカ(イギリスに遅れて整備され1920年のニューヨーク仲裁法・1925年の連邦仲裁法が特筆すべきものとされる)など各国で仲裁法制がそれぞれ整備され、仲裁判断が多く行われてきた。

このように各国で独自の歴史を積み重ねてきたにもかかわらず各国の仲裁法は訴訟法と比べ、はるかに同一化の方向に進んでいるものとされ、UNCITRALモデル法にこれが結実している⁶⁸⁰⁾。中華人民共和国の1994年仲裁法も同法に影響され、大韓民国の1999年仲裁法(かつては日本民訴法に影響された1966年仲裁法があった)、そして日本の2003年仲裁法(平成15年法第138号)もこのUNCITRALモデル法に依拠し制定されたものであり、このハーモナイゼーションは進化を続けている⁶⁸¹⁾。

e 「仲裁」という日本語の再評価

このような歴史の中で、「仲裁」という日本語の語源はどこにあるのだ

676) 小島・前掲注 674) 57 頁。

677) 三上威彦「比較法的視点から見たわが国 ADR の特質—ドイツ法から」ジュリ 1207 号 65～71 頁 (2001)、司法研修所編・前掲注 619) 11～12 頁はドイツで ADR が必ずしも多く利用されていない点を指摘するが、垣内秀介「ADR をめぐるドイツの近況」仲裁と ADR11 号 7 頁 (2016) はドイツでも近時訴訟件数が減少し、その背景を巡る議論が始められつつあるという。

678) フランスの ADR 一般の近時の動向については注 626) 参照。

679) イギリスでも「ウルフレポート」(The Lord Woolf, Access to Justice: Final Report to the Lord: 1996) で ADR の積極的な導入が提唱された(長谷部由起子「民間型 ADR の可能性」早川=山田=濱野編・前掲注 565) 137 頁) が結局順調に推移していない(司法研修所・前掲注 619) 10～12 頁) ようである。

680) 小島・前掲注 570) 57 頁以下、山本=山田・前掲注 559) 299 頁以下 [山田]。

681) 2006 年モデル法一部改正、2018 年調停に関するシンガポール条約国際連合条約の国連総会採択を背景とする(公社)商事法務研究会「仲裁法制の見直しを中心とした研究会報告書」(別冊 NBL No. 172 1 頁以下 (2020)) 参照。これを踏まえ 2020 年 10 月から法制審仲裁部会で検討協議されている。

ろうか⁶⁸²⁾。ここで確認したいのは、日本語としての「仲裁」には法律用語としての「仲裁」以外に「けんかの仲裁」のように⁶⁸³⁾「仲直りの取持ち」という意味があるという点である。司法利用者（一般市民）にとっては後者の意味の方が一般的でさえある⁶⁸⁴⁾。

最判昭和55年6月26日集民130号35頁の中村治朗裁判官反対意見が「一般国民の間では」「仲裁という名称から」「あつせんや調停に類したものと」「受けとつているというのが実情」だろうと述べる⁶⁸⁵⁾点は、正にその通りと考えられるのである。

川島武宜は「わが国の日常用語で」「『調停』と『仲裁』という二つのことばの間には明確な区別がない⁶⁸⁶⁾」として『広辞苑』を引き、河竹黙阿弥の歌舞伎狂言『三人吉三廓初買』を引いて非難した⁶⁸⁷⁾。しかし、現在、ひるがえって見るに、筆者がこの点に特に着目するのは、一般市民が司法に期待する一つの像としてこの「けんかの仲裁」「仲直りの取持ち」のよう

682) わが国民民事訴訟法(明治23年法律29号)の仲裁規定は1877年ドイツ帝国民民事訴訟法典(Civilprozessordnung)から「ほぼ翻訳的に」導入された(斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(11)』(第一法規、第2版、1996)〔河野正憲〕383・385頁)。小山昇「仲裁法の沿革の外観とその余恵」小山昇著作集VI 247頁以下は、ドイツ民事訴訟法に先行する普通法で仲裁法はカノン法を基礎としていたが「カノン法の仲裁は仲裁人を通しての友誼的和解(amicabilis compositio)」「和解に仲裁人を介在させるものと観念された」という(太字は榎本)。ここまで遡ると日本語の「けんかの仲裁」と似たニュアンスも感じられる。

日本語としても、小山昇『仲裁法』(有斐閣、新版、昭和58年)17～18頁は、江戸時代の「内済」は明治23年民法の「仲裁」とは何のつながりもなく、徳川時代五人組制度の法源たる『掟』に「仲裁」の語が見られると指摘する(穂積陳重『五人組制度論』(1921)387頁から引用)。つまり、明治以前の日本語にも「仲裁」の語はあり、それは正に「けんかの仲裁」のような意味で使われ、その日本語が今日も受け継がれていると理解できる。

683) 第二東京弁護士会仲裁センターの大川宏弁護士は「一般の人は必ずしも民事訴訟法の仲裁は分かっていない」ので「普通の喧嘩の仲裁とでもいったようなイメージ」で仲裁を進めているという(井上・佐藤共編・前掲注614)20頁)。

684) 新村出『広辞苑』(岩波書店、第7版、2018)1889頁は「仲裁」を「争いの間に入り、双方を和解させること。仲直りの取持ち」といい、その後「法的には、当事者を直ちに拘束する点が、当事者の承諾をまって拘束する調停と異なる」とし、「仲裁に入る」をその用例として挙げる。小山・前掲注682)も冒頭を広辞苑による「仲裁」の意義から説き始めるが、本稿が着目する「仲直りの取持ち」の語義についてはそれ以上の言及は見られない。

685) 小島武司「制度契約としての仲裁契約—仲裁制度合理化・実効化のための試論—」早川=山田=濱野編・前掲注565)215頁は、この判決を踏まえ「『制度契約』というコンセプトを設定し」「仲裁観の転換の契機とすべき」と説く。

686) 「仲裁」の語の意義については、注682)参照。

687) 川島・前掲注588)155頁。これが「仲裁と調停の未分化」「調停的仲裁」という定式で「日本人の法意識」の一種として批判されてきた。

な役割を求めていると感じられる点があり⁶⁸⁸⁾、「仲裁センター⁶⁸⁹⁾」(特に弁護士会仲裁センターを念頭に置いている)はある意味、そのような「誤解」ではある⁶⁹⁰⁾が、市民への吸引力を持つ可能性があると考えられるからである⁶⁹¹⁾。

近時着目されている修復的司法 (retrospective justice⁶⁹²⁾)との関係でも「仲裁センター」という名称には「そのような手続に積極的な機関」とのニュアンスを含意できる可能性があり、この「仲裁」という日本語の持つ意義・ニュアンスが再評価されてよいと思われる。

f 仲裁の現状と課題⁶⁹³⁾

日本では国際仲裁・国内仲裁ともに不活発であることが指摘される⁶⁹⁴⁾が、その具体的原因や内容は異なり、国際仲裁では他国の仲裁機関が選択され日本の仲裁機関が利用されない⁶⁹⁵⁾点、国内仲裁では①仲裁機関が少なく、②仲裁機関の看板を掲げていても仲裁事件がほとんど存しない機関も多いとの点が指摘される⁶⁹⁶⁾。これに対する対処策としては、「予防法務

688) 弁護士は「弁護士さんに『間に入って』まとめてもらいたい」とよく依頼される(双方代理(弁護士法25条、弁護士職務基本規程27・28条)に注意が必要である)。当該依頼者は「党派的な弁護」を求めず「けんかの仲裁」の如く「間に入って」円満にまとめることを求めている。「依頼者の納得と安心」を目指すローヤリング技術としては、かような依頼者の気持ちは尊重されるべきであるし、弁護士は依頼者のこのニーズにもっと敏感であるべきではなからうか。

689) 「仲裁と調停を明確に区分しない」点が問題との批判は多い(早川吉尚「ADRをめぐる日本の言説空間」仲裁とADR1号64頁(2006)等)。弁護士会「仲裁センター」が「誤解を避けるため」「紛争解決支援センター」に変更してきていることについて高木佳子「原後山治先生のこと」自正60巻4号6頁(2009)。

690) 早川吉尚「わが国のADRの問題点」ジュリ1207号35頁(2001)は、「調停と仲裁の混同」がわが国ADRの特徴(問題点)だという。

691) 司法利用者はADRに「仲裁」を求めているように思われる。

692) 村山=濱野・前掲注562)166頁「修復的正義」(この方が「Restorative Justice」の言語には適合する)は「犯罪者と被害者との関係修復という考え方は、民事司法の領域における関係修復的調停の考え方と類似」し「フランスでは、家事調停を行う調停員が軽微な刑事事件の調停を多数行っている」とする。

693) 古くは小山・前掲注685)序4頁、近時の整理としては小島=猪股・前掲注570)33~52頁、山本=山田・前掲注559)296頁~298頁〔山田〕参照。

694) 山本=山田・前掲注559)296頁以下〔山田〕。近時のものとして、伊藤眞=加藤新太郎=出井直樹=山田文・垣内秀介「一座談会—ADRのいっそうの活性化に向けて」法の支配178号27頁(2015)〔伊藤発言〕、国内仲裁につき、農端康輔「第二東京弁護士会仲裁センターの現状と課題」同19頁・国際仲裁につき早川吉尚「国際仲裁に関するわが国の新たな政策と日本国際紛争解決センター」仲裁とADR15号12頁(2020)。

695) 山本=山田・前掲注559)297頁〔山田〕は、AAA(米)やICA(仏)に比べて桁が違う(ICAは2013年767件の仲裁申立)という。

696) その原因として、山本=山田・前掲注559)298頁〔山田〕は、日本では裁判

活動の拡充」や「契約書において余すところなく詳細な仲裁スキームを書き込むことも考えられてよい」とするもの⁶⁹⁷⁾、「ADR と相談過程の連鎖の機能不全」を直視し、制度利用者の視点に立って、相談担当者の情報提供の仕方の改善を示唆するもの⁶⁹⁸⁾ などがある。

筆者のこの点に関する見解は、仮に利用数が少ないとしても、かような紛争解決の「選択肢」が存在すること自体に意義がある、というものである。多数の選択肢から各利用者が自分に適した紛争解決を選択すること自体に一つの大きな価値がある⁶⁹⁹⁾ から、仮に件数が少なくても仲裁手続はそのユニークな特徴を活かした紛争解決の魅力的な**選択肢**の一つとして手続が維持されること自体に大きな意味がある⁷⁰⁰⁾。そして、一方でそのような**選択肢**としての魅力を更にブラッシュアップして裁判や調停と互いに競い合い「よい**選択肢**」を提供できるよう改善を続けてること⁷⁰¹⁾ が司法制度の利用者にとっては重要であると考えるのである。

(イ) 仲裁各論

—日本の仲裁法（平成 15 年法律第 138 号）について

日本の仲裁法は、明治 23 年民事訴訟法に「第 8 編 仲裁手続」が置かれていたものを嚆矢とし⁷⁰²⁾、2003 年に UNCITRAL モデル法に準拠して制定されたものである⁷⁰³⁾。以下はローヤリングの観点から特に重要と思われる点についてポイントを絞って論ずる。

所に対する信頼が厚いこと（日本人は仲裁より裁判を選ぶ）や日本人は話し合いによる紛争解決を好むこと（日本人は仲裁（裁断型 ADR）よりも調停等（調整型 ADR）を選ぶ）点を挙げる。Thomas E. Carbonneau, 前掲注 675) 370p は「日本の文化は訴訟や仲裁を反社会的行動だと見ている」（榎本は流石にそれは言い過ぎだと思いが）ので、「日本の経済や海外取引の地位は高いが、日本はアジアで最善の仲裁地とはいえない」という。

697) 小島・前掲注 685) 231 頁。

698) 中村芳彦「ADR 法立法論議と自立的紛争処理志向」早川＝山田＝濱野編・前掲注 565) 237・242・243 頁。

699) この「**選択肢**」について人権たる幸福追求権との関係を指摘する垣内秀介のコメントにつき注 907 参照。

700) 出井直樹「弁護士業務と仲裁制度」ひろば 2004 年 4 月号 31 頁も「法律実務家として、これからは紛争解決の**選択肢**の一つとして、仲裁を位置づけ、活用していくことをこれまで以上に考えるべき」（太字は榎本）という。

701) 裁判と ADR の関係についての①裁判補完機能関係説② ADR 優位説③対等関係説（山田文「ADR の現状と課題」新堂幸司監修・実務民事訴訟講座（第 3 期）第 1 巻所収（2014 年））436～440 頁）で言えば、③の発想に近い。

702) 注 587 参照。

703) 山本＝山田・前掲注 559) 303 頁〔山本〕。

a 仲裁合意⁷⁰⁴⁾ (法 15 条)

弁護士としては、この「仲裁合意 (法 2 条) を取ること (同 13 条) が非常に難しい」というのが実務感覚である。訴訟のような三審制でもなく、この仲裁人の仲裁判断にすべてを委ねることになる⁷⁰⁵⁾ (同 39・45 条)。

棚瀬孝雄は①仲裁手続の利用と②最終的な解決案の提示の 2 段階で合意が必要とされることを「二重の合意調達」と呼び、その難しさを分析する⁷⁰⁶⁾。上記のうちでも、利用者にとっては②がより重要な問題で、①は理念的には重要だが、ある意味②の解決案が承諾可能なら①は利用者にはどちらでもよいとさえ言える。その意味で②が①よりも圧倒的に重要で、手続に入る段階 (①) では②は見通せないことが多いことから、仲裁合意を取ることは非常に難しいのである⁷⁰⁷⁾。

b 仲裁人選任 (法 17 条)・仲裁手続の準則⁷⁰⁸⁾ (法 26 条)・仲裁判断において準拠すべき法 (法 36 条)

これらが「当事者の合意」に基づくとされているのは ADR の本質に根差すものであり、ローヤリングの観点からは民事訴訟手続では、①担当裁判官を当事者が選任することはできず、②当事者の合意で訴訟手続を変更することは認められないことがあること (証拠契約など)、③当事者の合意で適用する法律を選択することが許されないことがある⁷⁰⁹⁾ (法の適用は裁判所の職責)、④仲裁では「当事者双方の明示された求めがあるとき」

704) 具体的な仲裁合意の例として、出井直樹「仲裁・和解あっせん ADR の賢い使い方」NIBEN Frontier (2014 年 12 月号) 7 頁はクロス仲裁条項、仲裁人の選任や仲裁手続についても詳しく定める例を示す。

705) 梶村太一の「調停が日本でこれほど盛んなのは日本が母性社会だから」との発言に竜崎喜助が「調停では相当に自己決断を要する」から「調停というのは父性社会の解決方法だ」と言われたとのエピソードにつき井上 = 佐藤共編・前掲注 614) 77 頁。これに対し「仲裁」は「他人に委ねる」という点で判断自体は他人にしてもらうが、当該判断に服するか否かにつき大きな自己決定をしなければならないことになる。

706) 棚瀬・前掲注 599) 210 ~ 211 頁。

707) 棚瀬・前掲注 599) 237 ~ 241 頁は、これを更に分析し、ここには①両当事者の「紛争解決への関心」「仲裁に対する期待利益」の差異②仲裁人に解決を委ねきってしまうことへの不安が含まれて、②には「仲裁人の判断の適性」と「家父長的仲裁」(川島・前掲注 588) 155 ~ 162 頁の歌舞伎「和尚吉三」仲裁の如く「この人なら決して悪いようにしない」と信じて紛争を預ける)問題とに分けて検討する。

708) 仲裁人が遵守すべき倫理規定につき出井直樹「社団法人日本仲裁人協会仲裁人倫理規程の制定について」JCA ジャーナル 56 巻 4 号 24 頁 (2009) 以下参照。

709) ただし一定の場合に準拠法を指定できることにつき法の適用に関する通則法 7 条 (当事者による準拠法の選択) など。

は（法ではなく）「衡平と善」により判断できる⁷¹⁰⁾こと（36条4項）を学ぶことが重要である。

c 仲裁判断（法39条・45条）・執行決定（46条）

「確定判決と同一の効力」（法45条1項本文）の文言に拘わらず、同項ただし書きが「民事執行をするには」「執行決定」（法46条）「がなければならぬ」と規定することから、民事訴訟における確定判決には当然に執行力が備わっていること（民事執行法22条1号）を学ぶことがローリングの観点からは重要である。

d 和解（法38条）-特に法38条4項の問題

(a) 訴訟上の和解（民訴法267条）との違い

法38条1項は「仲裁手続の進行中」「当事者間に和解が成立し」たとき「当事者双方の申立て」があれば「当該和解における合意を内容とする決定」をでき、同決定は「仲裁判断としての効力を有する」（同条2項）とする。ローリングの観点からは、訴訟上の和解（民訴法267条）との手続（和解調書記載により当然に確定判決と同一の効力を有する）との違いを理解することが重要である。

(b) 仲裁人が和解手続をすることに対する批判について

他方、ここでの手続の主体が「仲裁廷」とされていることにつき「仲裁人による個別面接方式による和解勧試」は「仲裁人がそこで得た情報を、他方当事者に反論の機会を与えないまま、仲裁判断において利用することになるので公平でない」として、アメリカ等西洋諸国のスタンダードに反する⁷¹¹⁾との強い批判がある⁷¹²⁾。法38条4項は和解勧試自体に「当事者双

710) 仲裁のこの「衡平と善」に（「裁判規範」と違う）「仲裁規範」を見出し、「条理」（民事調停法1条）という「調停規範」との連続・不連続を検討する三ヶ月章「紛争解決規範の多重構造」『民事訴訟法研究第9巻』（有斐閣、1984）235頁参照。この点、山田文は、調停規範という概念が本当に必要か（ADRの過去・現在・未来—ADRの立法論的課題）（那須弘平＝大村雅彦＝山本和彦＝山田＝加藤（司会）判タ1081号4頁（2002））、調停にも適用される固有の実体規範があるというのは日本独特の議論である（伊藤眞・加藤新太郎・出井直樹・山田文・垣内秀介・前掲注694）23頁）と疑義を呈する。

711) 早川吉尚「紛争処理システムの権力性とADRにおける手続の柔軟化」早川＝山田＝濱野・前掲注565）18頁。入江・前掲注570）89頁も参照。

712) 谷口安平「和解・国際商事仲裁におけるディレンマ」早川＝山田＝濱野編・前掲注565）203頁は、この見解を「アジア諸国の国際商事仲裁における和解のやり方」としたうえで、これが批判されるという形で紹介する。早川吉尚「紛争処理システムの権力性とADRにおける手続の柔軟化」早川＝山田＝濱野編著・前掲注565）17頁）、入江秀晃「調停トレーニングと交渉理論」棚瀬孝雄＝豊田博

方の承諾」を要求する規定となっている⁷¹³⁾が、ここでの批判はその承諾では払拭されない制度的な問題ということになる⁷¹⁴⁾。

批判は理解できるが、これら批判の多くはアメリカの手續との比較で論じられている。和解手續についてアメリカと日本では民事訴訟手續の根本が異なる⁷¹⁵⁾。アメリカでは、裁判手續でも訴訟手續に関わった裁判官が和解を主導することは少ない⁷¹⁶⁾のに対して、日本は民事訴訟法において担当裁判官自身による裁判上の和解勧誘・和解手續が制度上用意されている⁷¹⁷⁾(民訴法 89 条)。(仲裁合意がなければ手續がスタートしない仲裁と異なり) 応訴を強制される「訴訟」という手續においてそのような規律と

昭 = 山城崇夫 = 大澤恒夫編『権利実効化のための法政策と司法改革』(商事法務、2009) 206 頁(注 37) 各参照。

713) 近藤昌昭判事は法 38 条 4 項及び 5 項につき「日本では仲裁廷等による和解の勧誘が一般的」だが「国際的には必ずしも一般的とは言えず、その要件を定めておくことが日本の仲裁法の信頼をより高める」から規定されたとする(ジュリスト増刊「新仲裁法の理論と実務」303 頁(2006))。なお、同書 310 ~ 315 頁でこの問題についての議論が展開されている。

714) 早川・前掲注 624) 210 頁は「合意があれば全て正当化されるのか」「当事者は本当の意味で『合意』していると言えるのか」との観点から、「合意」を取り付け場面での「我国の弁護士士の行動様式」にも触れつつ根本的に批判する。

715) 日本では訴訟手續で裁判官が同様の運用をしているため「仲裁人が和解を勧告し」「それが失敗した場合には仲裁人として判断を下すことに特に違和感がない」点につき山本 = 山田・前掲注 559) 364 頁〔山本〕。

716) 浅香吉幹「アメリカ民事訴訟法」(弘文堂、第 3 版、2016) 105 頁は「両当事者から依頼された場合以外は、積極的関与は他の裁判官か連邦治安判事(magistrate judge)に委ねるべきとされる」とし、太田勝造『民事紛争解決手續論』(信山社、第 1 版第 2 刷新装版、2008) 245 頁も「多くの弁護士がそう考えている」という W.Brazil の調査結果(1985 年)を紹介する。

717) 裁判上の和解の強制的要素につき、石川明「訴訟上の和解の効用と弊害：主として那須弘平論文及び出井直樹論文を読んで」法学研究 87 卷 6 号(慶應義塾大学法学研究会、2014) 43 頁、垣内秀介「裁判官による和解勧誘の法的規律(1)」法協 117 卷(2000)(特に 759 頁)。同「裁判官による和解勧誘の法的規律」民訴 49 号(2003)はドイツの議論を参考に①和解勧誘できる場合を限定、②強制的契機の伴わない限度で和解勧誘を認め、③和解案の内容を実体法的に拘束するという 3 つの「法的規律」に関する具体的なアプローチを検討し、一定の場合に当事者に心証開示請求を認め解決を図ろうとする(これに対する批評として石川明「山本説・垣内説を読んで」『裁判上の和解』(信山社、2012) 146 ~ 150 頁所収。なお、裁判官の心証は審理終結段階においても固定的でない「心証の暫定性」につき阿部雅彦「裁判官が語る和解の実際」日本弁護士連合会編『日弁連研修叢書現代法律実務の諸問題』(第一法規、2017) 265 頁)。

和解強制の契機との関係では、上訴審も視野に入れて検討すべきである。いくら一方当事者が裁判官を怒らせたとしても非論理的理由で当該当事者を敗訴させては上訴審で破棄されるリスクがある。その意味では垣内の「③和解案の内容を実体法的に拘束する」というアプローチは日本でも実際にある程度は実現されているともいえる。日本の裁判官は上訴審で自分の判決が破棄されることを自身に対する勤務評価の関係で極端に嫌うからである。

なっているのである。民事訴訟法の改正その他立法措置を採らぬ限り変更しようがなく、その意味でこれに対する批判は解釈論ではなく立法論である⁷¹⁸⁾。

筆者自身が弁護士会仲裁センターの規則制定や書式作成にかかわった経験では、仲裁人が和解手続を執り行うことについての問題意識は確かに薄かった。それは上記のように裁判でさえ裁判官自身が和解勧誘を主宰する手続に慣れきっているからであろう。そのような手続保障を期待する利用者のためにそのようなメニューがあった方が良いと思う。しかし、現在の民事訴訟法によって応訴強制がされている日本の法状況ではどちらにしても最後は手続関与者が話し合いを主宰する法制度(裁判上の和解)がファイナルステージで登場することが予定されている。とすれば、仲裁合意さえしている当事者の手続においてこれを批判するのは二重の意味で疑問がある。確かに「裁判官が和解を勧誘しても中立性に問題がない」という考え方は、ちょうど刑事手続において「公判前整理手続(刑事訴訟法316条の2以下)に受訴裁判所裁判官がどれだけ関与していても予断排除の原則には反しない⁷¹⁹⁾」「令状審査に当たった裁判官が本裁判に関与しても予断排除の原則に反しない⁷²⁰⁾」と説明されている(「裁判官の頭の中は、あたかもコンピューターのCドライブとDドライブのように分けられる」と説明する者もある)に対する違和感と同じような「落ちつきの悪さ」がある⁷²¹⁾ことは確かである⁷²²⁾。しかし、実際上「和解により心証を取られて判決の結論が変わった」という例は聞いたことがなく筆者自身体験したこと

718) 立法論を明言するものとして、石川明「裁判上の和解」(信山社、2012)82頁(「解釈論としては行き過ぎなのであろう」という)。

719) 公判前整理手続主宰裁判所と公判主宰裁判所とを分けるという論点につき「議論を再開するべき」とする瀧野貴生「裁判員制度と予断排除原則の本質—裁判員制度の見直しに向けて—」立命2012年5・6(345・346)号683頁参照。

720) 2011年の長崎地裁雲仙支部の状況につき、雲仙法テラス法律事務所の柏木翼弁護士は支部事件の大半を同じ判事・副検事・弁護士3人で行うため、担当裁判官が「既に搜索差押令状等を発付する段階で」「事前に事件の内容を弁護士以上に知っていて」「『予断排除の原則』が根底から崩れる思い」がしたという(司法法制部季報150号40頁(2019))。

721) 廣田・前掲注561)126頁は「右手には有権的な剣を持ち、左手には私的自治の鎧を持ち「使い分けながら最善をゆく」ことが可能なことかと問題提起する。

722) 那須弘平「民事訴訟と弁護士」(信山社、2001)197頁以下、出井直樹「裁判上の和解をどう考えるか」伊藤眞＝大村雅彦＝春日偉知郎＝加藤新太郎＝松本博之＝森勇編『民事司法の法理と政策 上巻』(商事法務、2008)71頁。

もないし、日本の司法利用者が期待している⁷²³⁾のはこのような「裁判上の和解」であるように思われる⁷²⁴⁾。だからこそ、欠席判決を除いた事件では相当に大きな割合事件が和解で終結している⁷²⁵⁾のであり、裁判所側から見てもこれによって解決して事件処理してゆくことに大きな役割を見出しているように思われるのである。

更にいえば、仲裁は曲がりなりにも仲裁合意という当事者の意思を基礎としているのに対し裁判は応訴強制により相手方は否応なしに手続に引き込まれるのであるから、むしろ裁判の方が仲裁よりも手続保障が厚くなければならない。しかるに、判決を下す裁判官自身による裁判上の和解を認める民事訴訟法 89 条や 267 条を座視して仲裁人による和解を格別に非難するのはバランスを欠く。論者が言う手続保障の趣旨を徹底したいとすれば、まず攻略・打倒されるべき (すなわち立法論である) は訴訟上の和解に関する民事訴訟法 89・267 条その他の民事訴訟法の諸規定⁷²⁶⁾であり、そこを乗り越えずして仲裁法 38 条 4 項の問題 (こちらも立法論である)

723) 裁判官として東京地裁商事部で和解勧試を全て付調停とする運用としたところ、代理人弁護士から事件担当する裁判官が内容をよく知っているから「担当の裁判官にやって欲しい」との希望が強く付調停に抵抗されたこと近藤・前掲注 703) 314 頁はいう。代理人弁護士としては最終判断権のない調停委員会の下で協議を続けても漂流する危惧がある点も大きい。このような「裁判官による裁判上の和解」の説得力につき、新堂幸司『新民事訴訟法』(弘文堂、第 6 版、2019) 24 頁が「訴訟の進行状況をみながら和解案を勧告できる点で事実関係についてある程度正確な案を作ることができ」「当事者は、その案を拒否して裁判を受けても結局同じような結果になろうという推測が働く意味で、事のよし悪しは別として、強力な説得力を期待できる」(太字は榎本) とする。

724) この点、谷口・前掲注 712) 206 頁以下は「国際商事仲裁においてはいかなる『紛争処理文化』も単独で支配的となるべきでない」として「諸所の紛争処理文化への理解の助長」を強調し、廣田・前掲注 561) 65～66 頁も東洋では「従前からの調停人 (あるいは仲裁人) との信頼を重視し」「調停人と仲裁人は兼ねることができる」ことが普通だとして中国の仲裁法の例を挙げる。

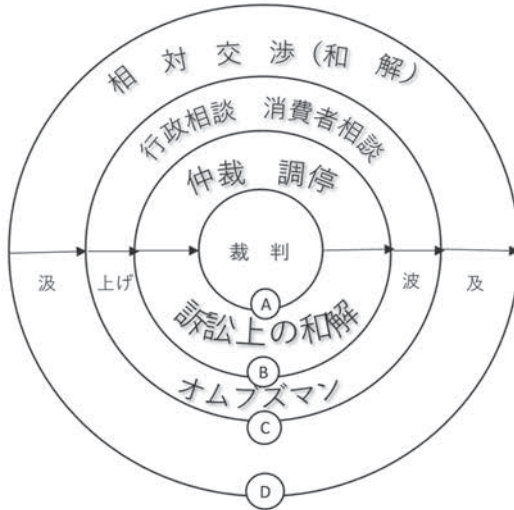
725) 平成 30 年司法統計年報民事・行政篇「第 20 第一審通常訴訟既済事件数 終局区分及び審理期間別 全地方裁判所」によれば、下記の通りである (単位: 件)。

判決	57 376
対席	33 489
欠席	23 843
和解	51 445

726) この点は加藤新太郎「訴訟上の和解と ADR」仲裁と ADR4 号 22～28 頁 (2009) 参照。特に、当事者や代理人の「和解期待論」(25 頁) や「和解手続論 (心証開示責務/対席和解論)」(26 頁) が詳細に検討されている。

にはたどり着けないのではなかろうか。

前述（1（2））の小島武司「正義の総合システム」の図に各紛争解決手続の各「層」の境界線を書き入れてこの点を整理する（【図3-2】「正義の総合システム」と各手続の「層」の境界線）とすれば、「裁判」と「訴訟上の和解」等の境界である手続層境界線④を突破して裁判官という同一手続主宰者とすることを放置して、同じ手続層境界線③内にある「仲裁」と「（訴訟上の）和解」の混同を批判することは順序が逆であるように思われる。



【図3-2】「正義の総合システム」と各手続の「層」の境界線⁷²⁷⁾

以上から考えると、【1】真の「合意」を担保すること、【2】和解協議の運営上、仲裁人が利用者の自由な意思を制圧したりこれに影響を与えるような不当な行動をとらないこと及び【3】利用者自身の合意に対する理解状況や納得の程度について十分な配慮をすることといった前提条件は必要となるが、仲裁手続において和解を試みる手続が置かれていること自体

727) 【図3-1】について、梗本にて加筆したもの。

は積極的に評価して良いものとする⁷²⁸⁾。

イ 調停⁷²⁹⁾

(ア) 調停総論

a 調停の意義⁷³⁰⁾

「調停」はアメリカ法では「紛争当事者が、手続主宰者（調停人）による仲介等の援助を得ながら、解決合意の成立を目指す自主的な手続」と定義され⁷³¹⁾、日本の学説では「当事者間における紛争の自主的解決（紛争解決の合意の成立）のために、第三者が仲介⁷³²⁾ないし助力すること」であるとされる⁷³³⁾。

b 調停の性質

「調停は法規ないし条理に基づく裁判である」とする考え方（調停裁判説）と「当事者の合意こそが調停の本質である」とする考え方（調停合意説）があるが、少なくとも日本の民事調停では当事者が合意をしても調停委員

728) 山本＝山田・前掲注 559) 364 頁〔山本〕は「メリットを生かしながら、デメリットを予防し、誤解を防止するのが望ましい」「仲裁法の規律はその意味でも優れたもの」という。小島＝猪股・前掲注 570) 448～449 頁も参照。

729) 弁護士実務と調停のあり方については、大澤恒夫「弁護士業務と調停」仲裁とADR 7 号 25～32 頁 (2012)、裁判所側の見解を反映したものとして和田仁孝＝大塚正之「家事紛争解決プログラムの概要－家事調停の理論と技法－」(司法協会、2014) 91 頁「2 代理人弁護士の一般的留意点」を各参照。

730) 調停は、川島・前掲注 588) が日本人に私的紛争の訴訟解決を躊躇・嫌悪する傾向がある (127 頁) として調停をとおして「日本人の法意識」の特質を明らかにできるとした (153 頁) ことでADRの中でも特別な意味を背負わされてきた。

731) 山本＝山田・前掲注 559) 150 頁〔山田〕は、Goldberg, et al., DISPUTE RESOLUTION 121 (6th ed.2012) を援用する。なお(公社)商事法務研究会「仲裁法制の見直しを中心とした研究会報告書」(2020年7月) 101 頁は、シンガポール条約第2条3項及び調停モデル法1条3項の定義も参照 (別冊 NBL No.172 101 頁 (2020) 参照)。

なお、和田仁孝「紛争の構造と過程」和田仁孝＝中村芳彦＝山田恵子＝久保秀雄『ADR メディエーションの理論と臨床技法』(北大路書房、2020) 1 頁は、わが国では「メディエーション (Mediation)」を「調停」と訳すことが多いが「間違った訳であるといっても過言ではない」「わが国には、調停はあってもメディエーションはな」といい、山田恵子「メディエーションの理論と特質」同書 47 頁は「『調停』ではなく敢えて『メディエーション』と呼称する場合」日本の調停モデルに対する「理論的・実践的批判が含意」されるという。

732) ここで「仲介」とは斡旋・調停と差別化する趣旨で「手続主宰者の主観的な意図として、解決合意の成立を目指した介入をする場合」を指すものとされている (山本＝山田・前掲注 559) 152 頁〔山田〕)。

733) 山本＝山田・前掲注 559) 151 頁〔山田〕は、石川明＝梶村太一編『注解民事調停法』(青林書院、改訂版、2003年) [萩原金美]、北村一郎「訴訟モデルと調停モデルの対象に関する比較法的一試論」『民事訴訟法理論の新たな構築 (上巻)』(有斐閣、2001年) 458 頁を援用する。

会が「不相当」と判断すれば「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」との規定がある（民事調停法 13 条⁷³⁴⁾）点で調停合意説を徹底することは困難である⁷³⁵⁾。

c 調停の技法

調停の技法については、とくにアメリカの調停理論の発展等を踏まえ⁷³⁶⁾ 近時様々な議論が為されている。法科大学院生を対象とするローヤリングについて論ずる本稿では、そのうち (a) 別席調停・同席調停の長短、(b) 裁判上の和解技術論の援用⁷³⁷⁾、(C) アメリカにおける交渉理論・相談理論やその影響を受けた各種の調停技法⁷³⁸⁾ の内容やその援用の可否等につき整理する。

(a) 別席調停・同席調停の長短⁷³⁹⁾

日本では歴史的に別席調停（≡コーカス⁷⁴⁰⁾）の実務が行われてきた⁷⁴¹⁾。

734) 家事事件手続法 271 条も調停委員会の判断で「調停をしないものとして、家事調停事件を終了させることができる」と規定する。

735) 山本＝山田・前掲注 559) 151～162 頁〔山田〕(同書 162 頁は「調停合意説原型論」を採る)、棚瀬・前掲注 599) 257 頁各参照。なお、和田＝大塚・前掲注 729) 31 頁は家事事件手続法（平成 23 年）の制定を当事者の地位を客体から主体へ高め「基本的には、調停合意説の立場に立った法改正」と評価する。

736) 入江・前掲注 570) 189 以下～191 頁「日本における米国現代調停の受容の経緯」参照。

737) この点で草野芳郎『和解技術論』（信山社、1995）、同（信山社出版、第 2 版、2003）の果たした役割は大きい。垣内秀介「訴訟上の和解の現在—『和解技術論』出現以後の展開を振り返って」草野芳郎先生古稀記念『和解は未来を創る』（信山社、2018）13～34 頁参照。

738) 出井直樹「調停技法—対話の促進」調停時報 187 号 58 頁（2014）は、アクティブリスニング（傾聴）等対話を促進し人に話しやすくさせる技術を「狭義の調停技法」と呼び、これに調停人としての心構え、当事者との接し方、調停人の倫理的問題等を総合したものを「広義の調停技法」と呼ぶ。

739) レビン小林久子「調停者ハンドブック—調停の理念と技法」（信山社、1998）1 頁以下「何故同席調停か」。山本＝山田・前掲注 559) 169～171 頁〔山田〕「(2) コーカスと同席調停」、入江・前掲注 570) 321 頁参照。高橋裕「Both Sides Now—交互面接方式調停と同席方式調停」仲裁と ADR3 号 89～98 頁(2008)は、タイトル通り「両方の側から眺める」ことを目指す。

740) 調停人が一方当事者のみと話をし、その内容を相手方当事者は直接知ることができない調停技法（山本＝山田・前掲注 559) 151 頁〔山田〕。同書は「日本では」調停や訴訟上の和解で一般的にこの方法が採られ「民間型調停においてもコーカスを原則とする機関は少なくない」と別席調停とコーカスを同視する。

他方、レビン小林・前掲注 739) 91 頁は「コーカスは別席調停と同義語ではなく」「同席のなかで使われるテクニクの 1 つ」という。

Caucus という英語自体に「派閥 / (議会の) 会派 / 大統領選等に先立つ党員集会」という意味や「同じ意見を持つ人の集まり」の含意がある。その意味で調停で「コーカス」を行うことは非常に危うい会合を持つことになり得る。

741) 日本では、裁判上の和解手続も別席（コーカス）で行われるのが一般である。

同席で手続を進めることの比較(コーカスの長所と短所)は、和田仁孝＝中西淑美の整理によれば以下のとおりである⁷⁴²⁾。

【表4】同席型とコーカス型との比較

	同席型	コーカス型 (別席型)
長所	<ul style="list-style-type: none"> ・ 直接対話で理解が深まる ・ 相手の言動をチェックできる ・ 当事者が主体性を失わない 	<ul style="list-style-type: none"> ・ 感情の高ぶりを抑えられる ・ 言い分を聴きやすい
短所	<ul style="list-style-type: none"> ・ 感情が高ぶる 	<ul style="list-style-type: none"> ・ 相手への疑心が増す ・ 相互理解の可能性が低い ・ 言動の誤りをチェックしにくい ・ メディエーターに情報が集中して影響力が強くなり過ぎる

特に1990年代に入ってアメリカの議論⁷⁴³⁾や実務も踏まえて⁷⁴⁴⁾、①当事者自身が紛争自体に向き合う努力をする解決の主体・中心であるべき(調停人への依存の排除⁷⁴⁵⁾)、②表情・言い方も含めたコミュニケーションを充実させるべき⁷⁴⁶⁾(調停人を介すと情報量が減少)等を根拠に同席調停の

742) 和田仁孝＝中西淑美「医療メディエーション－コンフリクト・マネジメントへのナラティブ・アプローチ」(有限会社シーニュ、2018) 213頁。榎本はコーカスの一番の利点は「言葉の角を取って伝える」(一種のパラフレージング・リフレーミング、本稿(1) 107～108頁参照)ことがスムーズに行いやすい点にあると考える。人はそれぞれ異なった考え方や立場があり表現も色々なので同じ事柄であっても「言い方/伝え方」で紛争が拡大し深刻化することも多い。過度な変容への警戒は必要だが「言葉の角を取って伝えること」で紛争拡大・深刻化を防ぐことができ、そのためにはコーカスが使いやすいというのが榎本の実感である。

743) レビン小林・前掲注739) 1頁は、同席調停は「アメリカで研究開発され」「広く利用されている紛争解決法」だが「発生経過は定かでない」「1960年代から全米で自然発生的に試みられた」のが始まりと考えられるという。

744) 和田仁孝「現代における紛争処理ニーズの特質とADRの機能理念－キューアモデルからケアモデルへ」早川＝山田＝濱野編・前掲注565) 157頁等参照。萩原金美は、日本のシステム全てを覆う「顕教と密教の併存」「二重構造の問題」で、個別方式という「密教」が同席方式で透明になり「顕教」へ移行すると表現する(井上＝佐藤共編・前掲注614) 36頁)。

745) レビン小林・前掲注739) 8頁参照。しかし、日本の実務につき草野芳郎は、「双方対席で当事者同士で話しなさいと言ってもなかなかうまくやれない」という(井上＝佐藤共編・前掲注614) 25頁)。実際、当事者同士で上手くできないからこそ調停まで来ているケースも多く同席で上手く進まない場合は多い。裁判上の和解でも、和解提案が主張の弱さと取られかねないために、当事者はなかなか和解の話の切り出せないことにつき棚瀬・前掲注599) 228頁参照。

746) 大阪家庭裁判所「よりよい調停のために」家月61巻2号331～398頁(2009)でも、交渉促進型調停を取り入れたコミュニケーション技法、マネージメント・調整技法等が挙げられ、なかでも全体を通覧するもの「二 調停マトリックス」(342～343頁)が興味深い。

重要性が強調され⁷⁴⁷⁾、日本の調停実務でも活用が推奨された⁷⁴⁸⁾。しかし、①当事者の感情的対立が激化・深刻化することも少なくない⁷⁴⁹⁾、②DV 事案等同席では心理的精神的に十分発言できない当事者等がありその場合新たな被害を誘発しかねない、③実施自体に相当の時間と手続を要し中途半端に行うとかえって紛争が錯綜する⁷⁵⁰⁾といった問題点もあり、現在の日本の調停実務では必ずしも主流とはなっていない⁷⁵¹⁾ (2016～18年ころの筆者自身の名古屋家裁の調停での体験では、裁判官とも協議の上、できるだけ手続の最後だけ同席してもらって扱いであった⁷⁵²⁾)。近時は、当事者双方が進んで話し合いに参加することを前提として開始されるアメリカのメディエーションとは違い、家事調停は過料の制裁を背景に半強制的に相手方をテーブルに着けることからスタートする点に着目し、両者を同一には論じられないという指摘もなされている⁷⁵³⁾。

747) 特に紛争発生前の人間関係が民事調停よりも濃密であることが通常の家事調停(特に夫婦関係調整調停事件)で強調されることが多い。

748) 井垣康弘「家事調停の改革」判タ 892 号 58 頁以下 (1996) 参照。同稿で活用が示唆される家審法 24 条は現在の家事事件手続法 284 条(調停に代わる審判)に相当する。同法には 277 条(合意に相当する審判)も設けられ、その実務上の運用につき矢尾和子＝船所寛生「調停に代わる審判の活用と合意に相当する審判の運用の実情」東京家事事件研究会編『家事事件・人事訴訟事件の実務～家事事件手続法の趣旨を踏まえて～』(法曹会、2015) 262～291 頁。かようなメニューの増加は「紛争を円滑に解決するための選択肢を増やすものとして有用」(同書 264 頁)で本稿のテーマたる「選択肢の開発と絞り込み」の観点上も重要である。調停に代わる決定の積極的活用については、矢尾和子「動態としての簡裁民事調停—民事調停の機能強化のための 17 条決定活用に向けて」民訴雑誌 65 号 55 頁(2019)も参照。

749) 岡山仲裁センター(岡山弁護士会)では当事者同席を原則とするが、アンケートでは相手方への感情が「手続前より一層悪化」との回答が多く、報告した鷹取司弁護士は「ショッキングだった」という(井上＝佐藤共編・前掲注 614) 51 頁)。

この点棍村太一は①同席で神経症的なものが高じることや②相手方の不用意な発言が本人を傷付けることがあり得る「家事調停こそ同席調停は慎重に」とし(同書 79 頁)、草野芳郎は手続論として「対席を強要されない権利」も無視できず(同書 112 頁)逆に「個別方式要求請求権」はないのか、同席は「双方が対席が希望したら対席に」ということでよい(同 28 頁)という。

750) 和田＝大塚・前掲注 729) 106 頁「(2) 同席調停を可能にするための条件」は①同席実施の目的を明らかにし②進行方法にルールを作り③調停委員が率先し進行を司るべきという(但し配慮不要の場合もありケースバイケースともいう)。

751) 草野芳郎は、個別方式で当事者が交互に部屋に入るので「その間に冷静に物事を考え」る点が「個別方式の良さ」と指摘する(井上＝佐藤共編・前掲注 614) 25 頁)。対席では「売り言葉に買い言葉」のケースもあり、かような個別方式の「一時冷却効果」は実際には無視できないだろう。

752) 山本＝山田・前掲注 559) 171 頁〔山田〕はこの実務に注目する。

753) 和田＝大塚・前掲注 729) 100 頁参照。

ローヤリングとしては、ADRの良いところは手続が柔軟であるところにあるのであるから、事案やポイントを見極めて代理人弁護士から同席にしたり別席にしたり⁷⁵⁴⁾、事案の中でも事実経過の確認の部分は同席にして双方の譲歩の内容を探る部分では別席にする⁷⁵⁵⁾といった点を、(裁判所任せにするのではなく⁷⁵⁶⁾当事者・代理人⁷⁵⁷⁾の立場から積極的に提示⁷⁵⁸⁾して(これも一種の「選択肢の開発」である)、当該当事者・当該事案に適した

754) 同席調停を原則とするレビン小林・前掲注 739) 45 頁も同席でかえって状況が悪化するおそれがある場合は「無理をせず、シャトル調停 (調停者が別室にいる当事者の間を行き来する) から」始めるという。

755) 元民事調停官の中野剛史は原則は別席としつつ、同席・代理人だけ同席など事案で「使いわけている」ので同席希望あれば「言っていたきたい」という (東京弁護士会 LIBRA20 巻 6 号 18 頁「続・民事調停のすすめ」座談会 (2020))。

756) 草野芳郎「自己解決能力の信頼」(信山社、1998) レビン小林・前掲注 739) 葉 8 頁は、裁判官が同席か個別かにこだわると「木を見て森を見ない」となるから「理論的に判断するものではなく、当事者の自主解決能力を引き出すにはどちらが有効かで判断すべき」という。このような観点から判断してくれる裁判官に当たらない場合もあるから、代理人弁護士のローヤリング技術としては、ADR の特質たる自主・自律性を重視し、当事者 (弁護士) 側から同・別席につき積極的に意見を述べリードすべきである。

757) なお、ここでの検討は当事者と相手方の「同席」であるが、代理人弁護士が選任されている事件では「当事者本人と代理人の同席」の問題もある。両者同席が原則であるが例外的に裁判官が (代理人を同席させないで) 当事者本人のみと話をしようとする場合につき草野・前掲注 737) (第 2 版) 43 ~ 46 頁参照。逆に裁判官が感情的な当事者本人に席を外させて弁護士とだけ話をしようとする場合もあるが、このやり方には当事者に「裁判官と弁護士で密室で慣れ合っている」と疑われるリスクがある。

758) このように手続の進行については代理人弁護士が積極的にリードすることがあってよいが、具体的な心情についてはできるだけ当事者の発言や意思を尊重すべきである点につき和田 = 大塚・前掲注 729) 101 頁参照。

手続となるように努力する⁷⁵⁹⁾ことが重要である⁷⁶⁰⁾。

(b) 裁判上の和解技術論の援用

かつては「双方に敗訴の可能性をちらつかせ恫喝して判決起案を回避する押し付け和解」「足して2で割る和解案の問題点などを背景に『和解判事』となるなかれ」など説かれたこともあった⁷⁶¹⁾が、とりわけ草野芳郎『和解技術論』（信山社、初版1995年、第2版2003年）の影響は大きく⁷⁶²⁾、裁判官の和解技術に対する理解や研究も進展し⁷⁶³⁾実務も大きく改善し

759) 和田=大塚・前掲注729) 107頁「(3) 同席調停を実施するためのスキル」は、家事調停でも「米国のメディエーションのスキルがほぼそのまま利用可能」だが日本の当事者は必ずしも「自分たちが主体的に解決する」と意識していないので、調停委員会も合意内容を当事者に委ねるのではなく法的に合理性のある合意内容に向けて合意を形成するよう要請・提示することが必要で、「この点は、メディエーションとは異なる」という。

この際、同書が強調する「(6) 法的合理性の内面化(108頁)」が注目される。例えば、養育費の支払義務は「法律があるから」ではなく「親が未成熟の子どもにひもじい思いをさせ自分だけ楽な生活をするのはおかしい」「せめて最低限度親と同じ生活をさせてあげるのは親として当然」なので法律がある点を理解してもらったところからスタートする。このような説明を法の趣旨に遡って分かりやすく行うには、法(この場合民法877・879条とそれに関する判例)に対する深い理解・説明能力が必要である。法科大学院のローヤリング科目ではこの点を強調し「そういう説明ができるには民法をもっと深く理解しなければならない」という自覚を将来の実務法曹たる法科大学院生に持たせ、民法への学習意欲を掻き立て方向を示すことが「実務と理論の架橋」の観点から重要である。

760) 梶村太市「ある同席調停の場合」レビン小林・前掲注739) 葉7頁は、家事審判官が調停不成立にするか否か最後に同席させ対話を求めた事案で「もうギャンプルや暴力は絶対しない」という夫と「何回も裏切られ信じられない」という妻が30分協議した後、15階の調停室から夕日に光る富士山を、審判官も当事者双方も調停委員も調査官も同時に見て感嘆した後、妻が「もう一度だけ夫を信用してみます」と言って妻が調停を取り下げた例を紹介する。

このようなことは、同席の手続でないとしても生じないだろう。

761) 草野芳郎「訴訟上の和解に対する裁判官の意識及び和解実務の変遷」仲裁とADR2号30～35ページ(2007)は「判決全盛時代(和解は「権道(けんどう:手段は正しくないが目的が正道に合する)」)→「判決・和解闘争時代」→「判決・和解共存時代」の流れを整理する。

762) なお同書(55頁)には、ハーバード流交渉術のオレンジの例(本稿(4)157頁)が引かれており、ここでも「相談」「交渉」「ADR」の技術が相互に影響している(クロスオーバー)ことが表れている。

763) 後藤勇・藤田耕三編『訴訟上の和解の理論と実務』(西神田編集室、1987)、裁判所職員総合研究所『書記官実務を中心とした和解条項に関する実証的研究』(司法協会、2003)、司法研修所編・前掲注617)、裁判所書記官研修所監修『和解への関与の在り方を中心とした書記官事務の研究』(司法協会、2003)、田中敦編『和解・調停の手法と実践』(民事法研究会、2019)など参照。

た⁷⁶⁴⁾。特に重要なのは①各種の説得技術⁷⁶⁵⁾②和解案の類型⁷⁶⁶⁾などの理論である。ローヤリングの観点からは、裁判官のこのような技法については交渉の技法のひとつとしても応用が可能であることから技法について十分理解する必要があるし、また最終的な和解・調停条項の書き方は当該合意が債務名義となることもあり、多様な選択肢を開発する上で引き出しが沢山ある代理人弁護士の方がより良い実務を行うことができる⁷⁶⁷⁾。その意味で、選択肢を豊かに開発し、適切な選択肢に絞り込むための準備としてこのような裁判官の和解技術に習熟することは重要である。

764) このような積極的和解観に対しては、個別事件につき「一般的な法を発見しこれを適用して裁断するという民事訴訟の本質を蝕む危険性をはらむ」として謙抑的和解論を説く出井・前掲注722) 66頁以下・これを基本的に支持する石川・前掲717) 45頁の指摘にも留意する必要がある。

765) 草野・前掲737) (第2版) 48～87頁は「四 説得技術」について、**[A] 基本型** (①当事者の言い分をよく聞く、②誠意をもって接する、③熱意をもって粘り強く頑張る、④当事者の相互不信を解くよう努力する、⑤当事者の心理状態をその人の身になって考える、⑥真の紛争原因を探り、その解決を目指す、⑦具体的話し方を工夫する、⑧和解の長所を説き、良い和解案を出す、⑨相手の逃げ道を用意し追い詰めない、⑩現地を見分する)、**[B] 応用型** (①基本型と逆の方向をとる、②裁判官の職務を強調して強く出る、③当事者の意識していない困ったことを指摘する、④間を置く、⑤発想を転換する)と整理する。

このような裁判上の和解の「説得」技法の進化は調停手続にも影響を与えている(例えば、京都家庭裁判所「家事調停技法」ケース研究325号37頁(2017)は、山田徹「家事調停における知識と技法」(新日本法規、2011)「第4章 調停の技法」の約半分が「調停における説得」(感情的・論理的・功利的説得等)の説明に割かれている点を指摘する)。

ただし、この「説得」はパターンリズムと隣り合わせ(やり方によっては、パターンリズムそのもの)であること(注840)に嚴重な警戒が必要である。

766) 草野・前掲337) (第2版) 111～151頁「七 和解案の類型」。多数の方法が整理されているが中でも有効なのは「(2) 応用型①金銭を支払う型②一部完済後免除型」(115頁以下)である。この方法は実際の紛争に適合し当事者の心情にも沿う良い解決となることが多い。

この一部完済後免除型について、プロスペクト理論に基づいて学際的分析を行う太田勝造「一部完済後免除型和解とプロスペクト理論」草野古稀・前掲注737) 47～68頁参照。なお、太田勝造「弁護士としての交渉のあり方」日本弁護士連合会編「日弁連研修叢書現代法律実務の諸問題」(第一法規、平成29年) 669頁以下は、これを以下のような用語を用いて解説する。「**実体的正義**」につき「法と経済学」の考え方を応用し「パレート最適/分配的正義/メタ情報」の用語を、「**手続的正義**」につき「メタ交渉/交渉力の均等化/行動経済学/プロスペクト理論」の用語を用いて各解説する)。

更に草野はこの「一部」の金額決定法につき「ルート理論」を近時提唱している(草野芳郎「一部完済後免除型和解からルート理論」同書277～286頁)。

767) 弁護士任官した裁判官の阿部雅彦は「すばっとよい和解条項案を送ってくれる弁護士は書記官から非常に評価が高い」という(阿部・前掲注717) 284頁)。

(c) アメリカにおける交渉理論・相談理論やその影響を受けた各種の調停技法の内容やその援用の可否

Getting to Yes⁷⁶⁸⁾ を嚆矢としたいいわゆる「ハーバード流交渉術（原則立脚型交渉）の内容や発展の歴史については、本稿（4）（5）（交渉）で検討した。アメリカにおけるこのような交渉理論と調停技法の発展は相互に車の双輪という面がある⁷⁶⁹⁾（さらに言えば、それが相談技法（本稿（1）（2）（法律相談・面談）にも影響を与えている）。いわば、相談は相談者と弁護士との2者、交渉は相談者と弁護士と相手方の3者、調停は相談者と弁護士と相手方と調停者の4者を当事者とするやり取りであるが、人と人のコミュニケーションであることには変わりがなく、例えば原則立脚型交渉の「4つの技法(methods)⁷⁷⁰⁾」は交渉だけでなく相談にも応用が可能である⁷⁷¹⁾し、逆に例えば調停におけるリフレーミングやパラフレーズが法律相談の技法に影響を与えていること⁷⁷²⁾や、着席場所と心理学の関係など⁷⁷³⁾は交渉や相談にも応用が可能なのであり、これらの技法は相互に関連していることが改めて再確認されてよい。この中でも、とりわけ各場面で強調されることが多い技法や思考法を（i）調停→（ii）交渉→（iii）相談の順で素描する。

768) 注 299 参照。

769) 入江・前掲政行 570) 47 頁は、メンケル＝メドウの“Toward Another View of Legal Negotiation”に先立ち、Fisher と Ury の『ハーバード流交渉術』が 1982 年に出版されハーバード大学交渉学プログラム (Program on Negotiation:PON) の開設があり「論争主義的でない別の『原理』または『原則』が発見されたという意味で、現代調停の 1 つの基礎として位置づけられた」という。

770) ①人と問題を切り離す、②「条件や立場」ではなく「利益」に注目する、③お互いの利益に配慮した複数の選択肢を考える、④客観的基準にもとづく解決にこだわるの 4 点である（本稿（4）125 頁）。

771) 例えば棚村政行「面接交渉をめぐる調停運営の技法」井上＝佐藤共編・前掲注 614) 154～155 頁は「3 交渉段階での基本原則」として①手続の問題と内容の問題とを切り離す②立場ではなく利益と目標に焦点をあてる③共通の利益のための複数の選択の可能性を挙げる。

772) 本稿（1）107～108 頁。

773) 本稿（5）162～164 頁。特に調停との関係では「真正面に着座しないこと」の意味が再検討されてよい（163 頁「(b) 横並び (side-by-side)」 「(C) 直角 (see at right angles)」など）。

(i) 調停での技法や思考法

①パラフレーズ⁷⁷⁴⁾ (paraphrasing) / ②リフレーミング⁷⁷⁵⁾ (reframing)
((a) 合意を強調する (b) 対立点に対して積極的に触れる (c) 否定形は避ける (d) 一般論や標準化して話す (e) 基礎にある意思を肯定的に再編する) / ③ サマライズ⁷⁷⁶⁾ (summarizing) / ④エンパワーメント⁷⁷⁷⁾ (empowerment) / ⑤無表情の調停者⁷⁷⁸⁾ / ⑥座席配置⁷⁷⁹⁾ / ⑦調停の参加

774) 本稿 (1) (法律相談・面談) 107頁。山本=山田・前掲注 559) 168頁〔山田〕、齊藤陸男「ADRのカ・ク・シ・ン—臨床法学への展望—」日本弁護士連合会編『日弁連研修叢書 現代法律実務の諸問題〈平成30年度研修版〉』(第一法規、2019) 290頁。

775) 山本=山田・前掲注 559) 168頁〔山田〕、齊藤。前掲 774) 290頁は「当事者が語った(ネガティブな)意味付けを、別の(ポジティブな)意味付けの表現に言い換える」ことであると定義する。本稿 (1) (法律相談・面談) 108頁参照。

776) 山本=山田・前掲注 559) 168頁、齊藤・前掲 774) 290頁。これは簡単そうに見えて非常に難しい作業であることについて本稿 (1) (法律相談) 109頁。

777) レビン小林・前掲注 647) 113頁以下。

778) レビン小林・前掲注 739) 122頁。「感情が入ると、当事者を判断(ジャッジ)するのと同じで、それだけで調停は公平を欠くおそれがある」とする。アメリカの調停で言われることであるが、榎本は賛成できない。単純に当事者から「調停者は冷たい/意見を聞いてもらっていない」と思われるリスクが高いからである。当事者をエンパワーメントするにも無表情では難しい。難しいが「双方に対して無表情」ではなく「双方に平等に感情移入」してその人の立場になって話を聞く方が調停が良く成立するというのが日本のADRで調停委員・あっせん仲裁人として経験した実感である。

779) レビン小林・前掲注 647) 131頁「大切な椅子の配置」石山勝巳(元家裁調査官)「紛争当事者間の対話促進法—日米比較」判タ 967号 103頁以下(1998)等参照。なお、少なくとも日本の調停においては、仮に同席調停を行うにしても、真正面に着座しないこと(注 773)が重要な場合も多い。レビン小林・前掲注 739) 45頁は参加者全員対等を印象付けるため、机は(四角でなく)丸テーブルを使うことを推奨し 46頁に「席の配置図」を記載する。齊藤・前掲注 774) 294頁「2誰がどこに着座するか」、本稿 (5) (交渉) 162~163頁「C 座席の配置」も参照。

者⁷⁸⁰⁾／⑧聞き上手・話させ上手⁷⁸¹⁾／⑨批判・説教をしない⁷⁸²⁾／⑩アイデアマンである⁷⁸³⁾／⑪言葉以外での関心 (Nonverbal Interest⁷⁸⁴⁾)／⑫行き詰まり打開の技術⁷⁸⁵⁾ (Technics for Breaking Impasse) ((a) 問題を細分化してみる (b) 解決案を受け入れられない理由を聞く (c) 別の問題へ進む (d) 当事者たちの優先順位と共通の利益の検討 (e) 事実調査・アドバイスを受けるための期日間調整、家裁医務室技官 (精神科医)・調査官によるカウンセリングなど)

(ii) 交渉での技法や思考法で調停でも参考となるもの⁷⁸⁶⁾

①ウイン・ウイン (Win-Win)⁷⁸⁷⁾／②原則立脚型交渉 (ハーバード流交渉

780) レビン小林・前掲注 647) 134 頁は「ブルックリンの調停センターでは、当事者が家族や弁護士とやって来ても、相手がひとりで来た場合、付添人は外で待ってもらうことがほとんどです」(下線は複本)という。他は、企業が代表権のない社員を参加させる場合などが問題となる。

781) レビン小林・前掲注 739) 21 頁は、聞き上手になり心のわだかまりを発散させる作業を「Vent (吐き出す)」という。そのための技法は、本稿 (1) (2) (法律相談・面談) で論じた各種の技法 (オープンエンドクエスチョン (Open-ended Questions) から入る、T-Funnels、相槌、傾聴 (アクティブ・リスニング)、アイコンタクト等) と共通する (というより調停技法で発達してきたこの種技法が Binder of the Lawyers as counselors 等の相談技法に影響を与えたという側面が強い)。

オープンエンドクエスチョンについては、レビン小林・前掲注 739) 75 頁以下。京都家庭裁判所・前掲注 765) 46-47 頁は初回期日冒頭で「『申立書は拝見していますが』等と前置きし」「開かれた質問」で主張・事情を聞き始めることと「～について教えていただけますか」という「ワンダウン・ポジション」が重要だとする。

782) レビン小林・前掲注 739) 22 頁は「違いを受け入れる」重要性を強調する。

783) レビン小林・前掲注 739) 26～27 頁は面会交流の条件で行き詰った事例で取って子どもたち 2 名 (10 代) の気持ちを聞いた例を紹介する。子どもは柔軟な提案を出し解決した。この点は後述の「選択肢を開発する」(2 (3)) 姿勢と関連する。

784) 棚村・前掲注 771) 145 頁。

785) 棚村・前掲注 771) 156～157 頁。

786) 山本＝山田・前掲注 559) 167 頁〔山田〕「交渉理論」参照。この点、和解・交渉につき脳科学の知識を踏まえ検討する池谷裕二・鈴木仁志「和解する脳」(講談社、2010) は興味深い。PAG (中脳水道周囲灰白質) が活発に活動すると人間の攻撃性が生まれ (58 頁) PAG では理屈も和解も受け入れられない (129 頁) から、そこで理屈を言うと聞いた理屈を全部嫌いになってしまうのに「裁判システム」は「こういう PAG の活動状況を書面の応酬によって作り出してしまう」という。

なお、深見早恵「あっせんにおける交渉と説得の技術—あっせん・仲裁人研究会に参加して」愛知県弁護士会会報 SOPHIA572 号 26 頁 (2008) は、同研修で小山齋弁護士が NITA "The Art of Mediation" Figure1-2 (Mediation Philosophies) (2005 年の第 2 版では 21 頁に掲載) をアレンジした「あっせんの方法論」等について研修が行われた様子を報告する。

787) レビン小林・前掲注 640) 102 頁は調停技法としてこの点を強調する。

術)「4つの技法 (methods)⁷⁸⁸⁾ [人と問題を切り離す・「条件や立場」ではなく「利益」に注目・相互の利益に配慮した複数の選択肢を考える・客観的基準にもとづく解決にこだわる]」／③ボトムライン・留保価値 (留保価値⁷⁸⁹⁾)／④合意 (交渉) 可能領域⁷⁹⁰⁾ (ZOPA: Zone Of Possible Agreement)、⑤BATNA⁷⁹¹⁾ (Best Alternative to a Negotiated Agreement)／⑥落とし所⁷⁹²⁾／⑦バルコニーに登ってみる⁷⁹³⁾／⑧性別による「交渉」の考え方の違い⁷⁹⁴⁾／⑨法の影響下での交渉 (Negotiation in the Shadow of the Law)⁷⁹⁵⁾／⑩差異の分割⁷⁹⁶⁾ (splitting the difference)／⑪原則⁷⁹⁷⁾ (principled negotiation)／⑫文書草案作成⁷⁹⁸⁾ (draftsman)／⑬座席配置⁷⁹⁹⁾ ((a) 対面 (face-to-face)・(b) 横並び (side-by-side)・(c) 直角 (seat at right angles))／⑭日本人同士の交渉において重要なポイント⁸⁰⁰⁾ (「立場」を大切にし、何よりもラポールを大切に

788) 本稿 (5) 交渉 286 号 125 頁。京都家庭裁判所・前掲注 765) 59 頁は Getting to YES の諸原則を家事調停実務者向けに微修正し具体的方法を取り上げている。

789) 太田・前掲注 766) 664 頁「留保価値・威嚇値」(Threat Value を「威嚇値」と訳すのは「交渉のテーブルから立ち去るぞと脅せるぎりぎりの線だから」とする)。

790) 本稿 (5) 交渉 286 号 126 頁。

791) 本稿 (5) 交渉 286 号 127 頁。山本=山田・前掲注 559) 182 頁 [山田] は、(調停人ではなく) 代理人弁護士につき、最善の策 (BATNA) 以外に最悪の策 (Worst Alternative to a Negotiated Agreement) も十分検討すべきと示唆する。この点、京都家庭裁判所・前掲注 765) 67 頁は「『誰にとつての BATNA・WATNA か』も忘れてはならない視点」「子どもを巡る事件では、しばしば、当事者の考える BATNA が子どもにとつての BATNA ではない可能性があります」と指摘する。

792) 本稿 (5) 交渉 286 号 127 頁。

793) 本稿 (5) 交渉 286 号 128 頁。

794) 本稿 (5) 交渉 286 号 128 頁。

795) 太田・前掲注 766) 666 頁は、訴訟の結果、とりわけ、「判決が紛争交渉のバトナとなる」「紛争解決交渉において『法』や『判決』はバトナを提供する」ものであるから「紛争解決交渉とは典型的な「法の影響下での交渉 (Negotiation in the Shadow of the Law)」だといえる、と整理する。

796) 本稿「第 4 交渉」286 号 143 頁。ただし、特に調停で安易にこの手法を用いると「足して 2 で割る調停」「声大きい者・机を叩いた者が有利な調停」に陥りかねないので使い方と方法に特に注意が必要である。特に、一方が貧困であったり弱い立場にある場合には不公正になりやすい。アメリカでの「貧しいものの方がより大きな影響を受け、公正な解決が得られない」という調停に対するフィス (Fiss 1984) の批判を引用する入江・前掲注 570) 87 頁参照。

797) 本稿 (5) 交渉 286 号 148 頁。

798) 本稿 (5) 交渉 286 号 148 頁。

799) 本稿 (5) 交渉 286 号 162 頁。

800) 本稿 (5) 交渉 286 号 171 頁。谷口安平「いま日本の ADR を考える」仲裁と ADR 8 号 12 頁 (2013) は、日本古来の「和解による解決が望ましい」という思考は、アメリカの ADR 運動やその正当性等の洗礼を経た今日も、結局は基本的に変わっていない。「和解的に解決した方が良い結果が得られる」という漠然とした期待」がその原因の一つであるというのが「筆者の観測」であるという。

する⁸⁰¹⁾。選択肢の開発と絞込みなど)／⑮選択肢開発のための諸手法⁸⁰²⁾(a 障害(早まった判断 (premature judgement)・b単一の答えを探す (searching for the single answer)・cパイの大きさを決めてかかる (The assumption of a fixed pie)・d「相手の問題は相手が解決すればよい」と考える (Thinking that“solving problem is their problem) に対する処方箋 (Prescription) (a 選択肢の立案と決定を分離⁸⁰³⁾・b 選択肢の幅を広げる ((A) 具体案と一般論を交差 (B) 専門家の目から見る⁸⁰⁴⁾ (C) 強弱レベルの異なる合意⁸⁰⁵⁾ (different strength) (D) 合意案の範囲を変える⁸⁰⁶⁾・c 相互の利益を探すなど)／⑯和解除条項内容の工夫／⑰法律以外の要素(経済的判断、税務上の判断や人間関係等)を積極的に考慮に入れる⁸⁰⁷⁾

(iii) 法律相談技法や思考法⁸⁰⁸⁾で調停でも参考となるもの⁸⁰⁹⁾

①「カウンセラーとしての法律専門家」に要求される技術⁸¹⁰⁾((ア) 動

801) 太田・前掲注 766) 673 頁は世間話で相手方とラポールを造ろうとすると些悪い出来事を話題にするトリック回避が強くなり譲歩・合意する気持ちにならないことが「社会心理学や実験心理学等でわかっている」が、逆におめでたい出来事の場合は「快感中枢がドーパミンを出してくる」から批判的に慎重に分析したりしようとはしなくなり「合意ができやすくなる」という。

802) 本稿 (5) (交渉) 171～179 頁。

803) これによりブレーストーミングが可能となる。例えば、当事者や調停者が出す様々な選択肢をどんどん出すだけにして、判断は先送りするのである。レビン小林・前掲注 739) 124 頁も参照。

804) 日本の家事調停における家庭裁判所調査官は、このような役割を果たすことに大きく役立ち得る。

805) 交渉に関し本稿 (5) 交渉 174 頁の内容 (暫定的合意等) は調停にもあてはまる。

806) こども本稿 (5) 交渉 175 頁で交渉について記した内容 (細分化や逆に「大きくする」) が調停にもあてはまる。

807) この点、日本の民家事調停で調停委員の中に税理士や不動産鑑定士などが含まれていること (注 823) 参照) は、かような解決を図る契機となる場合もある。

808) 中村・前掲注 698) 271 頁は、相談と ADR のスキルの重なり合いを指摘する (ただ相談では聞くだけでなく法的情報を「伝える」役割も求められ、ADR では聴くことに徹し当事者の紛争解決能力を引き出す Facilitative (促進的) な手法も存在するという違いがある。同「ADR への誘因—相談との連携」和田編・前掲注 632) 52～63 頁。

809) 面接技術での「バイステックの 7 原則」(本稿 (1) (法律相談・面談) 113～115 頁) は元来「援助関係」でのケースワーカーの行動原理を提示したものである。調停とケースワークは異なるが重なり合う部分もあり内容は調停でも参考になる。

810) 本稿 (1) (法律相談・面談) 85 頁以下。ここでは「法律専門家」が求められる技術を記載しているが、調停で調停人に要求される技術として共通するものも多い。

機 (motivation) 把握 (a 阻害要因⁸¹¹⁾ (inhibitors)・b 促進要因⁸¹²⁾ (facilitators)) / ②傾聴⁸¹³⁾ = アクティブ・リスニング (Active listening) / ③「語りとしての法援用」重視の必要性⁸¹⁴⁾ / ④雰囲気づくり⁸¹⁵⁾ (ice-breaking, relationship-behaviors) [あいさつ、適度な相づち、アイコンタクト、聞き取りやすい声の大きさ、適切な間、態度や身なり等] / ⑤臨床心理面接の技法⁸¹⁶⁾ (「反映」「反射」(reflection)・(感情)明確化 (Clarification of

811) 自尊心 (ego threat) / 事件危機 (case threat) / 役割期待 (role expectations) / エチケット・バリアー (etiquette barrier) / ト라우マ (trauma) / 無関係であるとの誤解 (perceived irrelevancy) / 大きなニーズ (great needs) など。

812) 共感的理解 (empathic understanding) / 期待の充足 (fulfilling expectations) / 相談者を「認める」こと (recognition) / 利他への訴え (altruistic appeals) / 外的な報酬 (extrinsic reward)。

なお、共感的理解が困難な「難しい相談者」に関する問題 (本稿 (1) (法律相談・面談) 88 頁、注 54) 55)) については家事調停でも同種の問題がある。和田仁孝 = 大塚・前掲注 729) 70 頁以下「5 対応困難さの種類別対処法」参照。

813) 山本 = 山田・前掲注 559) 168 頁 [山田] は「アクティブ・リスニング」「傾聴」を「調停人が話をきちんと聞くこと」と整理する。

敷衍すれば、本稿 (1) (法律相談・面談) 90 頁のとおりバインダーらは「傾聴」に「共感」「感情の理解」の趣旨を含意しており、またシェイファーらが言うように「聴くこと自体に喜びを感じ/目の前に座る当事者・事件への「好奇心 (curiosity) / どのような人 / どんな事件だろう / それを知りたいとの気持ち」が姿勢に自然と現れ話し易い雰囲気醸成されることが調停でも重要である。ただ、この聞き方は上記「無表情の調停者」との両立が難しい。菅原郁夫「心理学的な視点からみた調停技法の意義」仲裁と ADR5 号 121 頁 (2010)「アクティブリスニングの意義と限界」も、傾聴と手続的配慮・公正さとの関係を指摘する。同「ADR に対する手続的公正の社会心理学研究からの示唆」仲裁と ADR12 号 10 ~ 19 頁 (2017) も参照。

和田 = 大塚・前掲注 729) 47 頁は家事調停は法的紛争解決のための制度ゆえ「当事者はカウンセリングを受けに来るわけではない」「司法機関である裁判所が当事者の内面に立ち入って、治療的に関与するのは望ましくないと考えられる」ようになり、「傾聴の重要性は保持されてきたものの、カウンセリング的関与は、家裁の調停では行うべきではないと考えられるようになった」という。

814) 本稿 (1) (法律相談・面談) 91 頁。なお、中西淑美「もうひとつの医療 ADR —『医療メデイエーション』という和解論」・草野古稀・前掲注 737) 423 頁は「和解形成プロセスで行われる対話」が「ナラティブの交錯で」「情報共有により、背景をなすドミナントストーリーの変容過程、認知変容」であるのに対し、医療メデイエーションでの対話促進は「語り得ない語りに耳を研ぎ澄ますような第三者の立ち位置」で「ありのままにそのナラティブに寄り添い、その変容を、ただただ見つめてい」き「対話によるインタレストから問題を解決しようとするモデル」だという。

815) 本稿 (1) (法律相談・面談) 100 頁。

816) 本稿 (1) (法律相談・面談) 103 頁。

feeling)・支持⁸¹⁷⁾(support)／⑥医療面接の技法⁸¹⁸⁾／⑦秘密が保持されていることを当事者に示すこと⁸¹⁹⁾／⑧非言語的コミュニケーション(non-verbal communication)／⑨動機付け面接法(Motivational Interview)の考え方⁸²⁰⁾

(イ) 調停各論

以下では、a 民事調停 b 家事調停 c その他のADRについて、ローヤリングにおける選択肢の開発と絞り込みの観点から、当該作業に必要な知識として各制度の長短を検討する。

a 民事調停

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」ことを目的とする(民事調停法1条)ADRである(ADR法1条)。

(a) 民事調停の長所

(i) ADR一般の長所と共通するもの

ADR一般の長所として挙げられているもの(1(7)参照)の多く

817) 京都家庭裁判所・「家事調停技法」ケース研究325号(2016年)「4 良い行動や発言は『是認』する」(52頁以下)は、①性質の是認、②発言の是認、③態度の是認、④配慮・気遣い等の是認が当事者の自尊感情、問題解決意欲、調停委員との協調性を高める「青信号のような役割」を持つとする。

818) 本稿(1)(法律相談・面談)104頁。

819) 本稿(1)(法律相談・面談)110頁。

820) 京都家庭裁判所・前掲注765)45頁の「当事者の話を聞く技法」は動機付け面接法(Motivational Interview [MI]と略される)の「OARS」という応答技法を元に執筆されている。W・R・ミラー・ステファン・ロールニック著、原井宏明・岡嶋美代・山田英治・黒澤麻美訳「動機づけ面接」(星和書店、第3版、2019年)によれば、動機付け面接(MI)は①「単一の技法でなく、面接スキルを統合したもの」(下123頁)で、②その「様式はガイド(案内)で」「指示スタイルと追従スタイルの中間」(上17頁)であり、③その「4つの特質はパートナーシップ/受容/思いやり/引き出す」であり(上35頁)、④その「5つの鍵となるコミュニケーション・スキルは、開かれた質問/是認/聞き返す/サマライズ/許可を得ての情報提供と助言」であり、「面接の中核的スキル OARS (英語で'oar'はボートを漕ぐ「オール」のこと)と覚えやすくするために英語の頭文字をとってまとめる。開かれた質問(Open question)、是認(Affirmation)、聞き返し(Reflection)、サマライズ(Summary)」である(上93頁)とする。本稿のテーマである「選択肢の開発と絞り込み」の関係では、以下の指摘が重要である。「提案-却下の悪循環を回避する具体的な方法」は「さまざまな選択肢を提供すること」「自分で自由に選んだのだと感じると選んだものにコミットしてやり遂げる可能性が高くなる」「許可を得ており、少なめであり、クライアント自身の解決策を引き出すことを優先して、複数の選択肢の中から選ぶ自律性も認め」れば助言はMIと一致したものになる(上220頁)。

(ア 自主性⁸²¹⁾、イ 非公開⁸²²⁾、ウ 簡易・迅速で廉価⁸²³⁾、エ 専門家の知見⁸²⁴⁾を活かしたきめ細やか⁸²⁵⁾な解決、オ 実情に沿った解決⁸²⁶⁾等)は民事調停についても基本的にはあてはまるとされるのが一般である。

(ii) 民事調停に特徴的な長所

これに対し、ADRの中で特に民事調停に特徴的な長所⁸²⁷⁾としては、ア 解決結果が債務名義となる⁸²⁸⁾、イ 法曹たる公務員である裁判官が調停主任として関わる⁸²⁹⁾、ウ 高い能力を有する裁判所書記官が調書作成のみならず手続進行のマネージャーとして多く手続に関わる⁸³⁰⁾、エ 幅広いバツ

821) 当事者の申立てにより開始(民事調停法(以下「法」という。)4条の2)、いつでも取り下げられる(法19条の2)。事実調査・証拠調べにつき当事者に申立権があり(法12条の7)、当事者の互譲(法1条)に基づいた調停の成立は、一定の例外(法17条等)を除き「当事者の合意」を基礎とする(法16条)。ただし、調停手続は裁判官たる調停主任(法7条)の「指揮」による(法12条の2)。民事調停官(法23条の2)は調停主任にはなれない等の点を勘案するとADRの中でも「自律性」は低い手続と評価できる。

822) 法22条、非訟事件手続法30条本文。裁判官のみならず調停委員も守秘義務を負う(法38条)。

823) 申立てにあたっての貼用印紙は訴訟提起時(民事訴訟費用等に関する法律3条1項別表第1第1号)の半額である(同14号)。

824) 山本=山田・前掲注559)【表2.1】「民事・家事事件調停員の職業別内訳」では、弁護士だけでなく医師・大学教授・公認会計士・税理士・不動産鑑定士等が調停委員に選任されていることが分かる。他にも、農林水産業・商業・製造業・宗教家・教育者等様々な職の者が調停委員に任命され、このバラエティに富んだ調停委員のバックグラウンドは調停手続を根底で支えている。

825) 手続面では例えば「事件の実情」に応じた「裁判所以外での調停」(現地調停。法12条の4)解決内容の実体では「条理」「実情に即した解決」(法1条)。

826) 「条理にかなない実情に即した解決」(法1条)。この「条理」を裁判規範(や仲裁規範)と異なる「調停規範」とみるか否かについての三ヶ月章や山田文の議論については注710参照。

827) 廣田・前掲注561)114頁は、調停の長所として①ロケーションが網羅的、②人的配置(調停委員、裁判官、書記官、司法委員、調査官)・物的施設(整備された裁判所の建物)、③国家予算で運営され、当事者が低廉に利用できる、④、公正性・中立性(それに対する人々の信頼が厚い)といった点を挙げる。

828) 法16条、民事訴訟法267条、民事執行法22条7号。

829) 法7条1項。司法研修所編・前掲注619)24頁は関係者ヒアリングで「裁判所の調停に対する信頼が非常に高い」として(最高裁判所事務総局「裁判の迅速化に係る検証に関する報告書(社会的要因編)」69頁(2013))、調停と他ADRの最も大きな差異は「調停が中立公平な裁判所で実施され、法律専門家である裁判官が関与する手続である」点にあると結論づけるが、裁判官関与が過大評価され過ぎであろう。公平に見れば、調停と他のADRの大きな差異は廣田が注827)で挙げる諸点(特に「組織としての裁判所」の人的物的組織)及び調停調書が債務名義となること(民事執行法22条7号、民事調停法16条、家事事件手続268条)にあり裁判官が手続に関わることは一要素に止まる。

830) 草野・前掲注727)(第2版)46~47頁「(5)裁判所書記との協働の重要性」。裁判所書記官研修所・前掲注730)1~2頁は、通常訴訟における書記官のコー

クランドから選任された調停委員⁸³¹⁾の質が一般的には高い⁸³²⁾、才 長い歴史がある⁸³³⁾、カ 手続機関たる簡裁が全国津々浦々に配置されロケーションとして網羅的である⁸³⁴⁾点などが挙げられる。また、キ 証拠調等が可能(民事調停法 12 条の 7)、調停に代わる決定ができる(同法 17 条)点なども重要である⁸³⁵⁾。

(b) 民事調停の短所

(i) ADR 一般の短所と共通するもの

ここでも ADR 一般の短所や限界として指摘されている点(1 (7) 参照)は基本的に民事調停にもあてはまると考えてよいだろう。

(ii) 民事調停に特徴的な短所

① 1960 年代に始まった川島武宜による批判⁸³⁶⁾(「調停的仲裁」⁸³⁷⁾、「上

トマネジメント事務の重要性の拡大を背景に和解への関与等の取組みを積み重ねることの重要性を説く。

831) 注 824 参照。なお、司法研修所・前掲注 617) 16 頁は、諸外国と比較し裁判官(調停官)と民間から選ばれる非常勤の公務員(調停委員)で構成される調停委員会が主宰される制度は見当たらず、「このような構成は、法的観点を踏まえつつ社会常識を反映した妥当で落ち着いた良い紛争解決を導くために優れた制度」という。

832) 公益財団法人日本調停協会連合会では、調停に関する様々な研修や大会が開催されているほか、裁判所内で自主的な調停委員の研修が行われている例もある(筆者が調停委員を務めた名古屋家裁ではかかる研修が活発に行われていた)。日調連研修の一例として家事のものであるが例えば、棚村政行「離婚と子ども一円滑な調停運営のための留意点」調停時報 200 号 57 頁(2018)。また、各高等裁判所管内での調停運営協議会(裁判官と調停委員の協議会)の協議結果(民家事調停別に行われている)の例として「平成 29 年度 調停運営協議会における協議結果要旨」調停時報 4～44 頁(2018)。福田千恵子「民事調停の機能強化について」調停時報 185 号 6～16 頁(2013)も参照。

833) 「イ 日本における ADR」(第 5 1 (4)) 参照。

834) 司法研修所・前掲注 617) 16 頁「訴訟と並ぶ紛争解決手段として全国的に展開されている我が国の調停制度は、世界的にみて珍しい」という。

835) 司法研修所・前掲注 617) 16～17 頁は、これを「裁判所が法的判断に裏打ちされた合理的あつせんを行うことが法律上予定されている」手続として評価する。しかし、かような判断・評価は常に「職権」を伴う。自主性・自律性を基礎とする ADR の本質に反するのではないか、少なくとも特に運用面に意を払わないと自主性を大きく損なうという批判があり得る(スタルバーグ(Stulberg & Love 2008)を引用し「自主交渉援助型調停では、調停人は見解や心証の開示はできるだけ控えるべきと考えられている」とする入江・前掲注 570) 89 頁も参照)。

836) 濱野・前掲注 602) 50 頁参照。

837) 濱野・前掲注 602) 47 頁は、わが国の ADR について「裁断型と調整型の不可分一体性」を特徴とする者が多いとする。

から⁸³⁸⁾「人々に権利義務を意識させず⁸³⁹⁾」「丸く収める⁸⁴⁰⁾」調停⁸⁴¹⁾、そしてそこに現れた「日本人の法意識⁸⁴²⁾」そのもの ② 1990年以降の弁護士会仲裁センター設立時に為された批判 (調停委員を選べない⁸⁴³⁾、遅く (期日が入らない)、費用が高く、不親切⁸⁴⁴⁾、紛争解決の対象範囲が限定されている⁸⁴⁵⁾)、③ 廣田尚久「民事調停制度改革論⁸⁴⁶⁾」(2001年)等による

838) 川島・前掲注588) 169頁以下は「菊の御紋章が金色にかがやく裁判所」での調停の威圧性を指摘し威圧的調停は「第二次大戦後にも見られた」という。なお、調停委員には相当期間の執務等一定の要件を満たすと勲章が与えられ(勲章の授与基準(平成15年5月20日閣議決定)第一3(4)瑞宝章)、勲章の授与は天皇が行う(日本国憲法7条7号)。これも「上から」の調停の残滓と言えよう。

839) 川島・前掲注588) 173～177頁参照。とりわけ人事調停法につき「軍人遺家族の遺族扶助料の受給権者紛争解決で『銃後の人心の安定』『出征兵士の士気高揚』を諒る」趣旨があった点を強調し、これが「人事調停制度の実際の運用に大きく影響している」という。

840) 「説得」が大きな要素を占める点(注635・765参照)は上記の「上から」という特徴と相俟って強いパターンリズムを漂わせる危険がある。棚瀬・前掲注599) 213頁以下、棚瀬孝雄「自律型調停への期待—法化社会の調停モデル」ジュリ920号46頁以下、921号40頁以下(1988)参照。京都家庭裁判所・前掲注765)は「戦後まもなく出版された『調停読本』では、義理と人情による調停が強調されていたとされ、こうした「まあまあ調停」「情理による説得」への批判から、「法的・科学的な判断に裏打ちされた解決」を導き出して当事者を説得する運営モデルが重視されたが、それに対しても「解決の押しつけ」等の批判があり、当事者の主体的解決を尊重するモデルが意識されるようになったという大まかな流れがあると(井上=佐藤共編・前掲注614) 192頁を引用)。

841) 川島・前掲注588) 168頁以下は、借地借家調停に始まる各種調停制度導入(注628)のねらいが①紛争を権利義務の関係として処理しないようにすること②争いを「丸く納める」こと③この時期においてもはや紛争を「丸く納める」力をもたなくなった「有力者」にかわって、裁判所を背景とする調停委員会(そのメンバーの一人は裁判官である)に前述のような「丸く納める」調停の役割をになわせることの3点にあったという(「仲裁的調停」の定式)。

842) 川島・前掲注588) 171～173頁は、昭和2年以降の経済恐慌時、「個人の権利意識」に対抗した政治権力側が、「国体の本義/和の精神/日本社会の基本原理解・基本精神」として持ち出したという時代的環境のなか、調停法制定時に強調された法意識は、時の政治的要請にこたえ、その一翼として強調されたという。

843) 第二東京弁護士会編・前掲注556) 212頁 [中村芳彦基調報告]。

844) 調停委員の常識を押し付け「十分に話を聞いてくれない」という不満が、利用者から聞かれる」第二東京弁護士会編・前掲注556) 213頁 [中村芳彦基調報告]。

845) 紛争を解決機関に持ち込もうと思っても「法的に成り立たない/権利性がない/立証が困難/感情的対立が激しすぎて難しい」といった理由で受付拒否されるとの不満につき第二東京弁護士会編・前掲注556) 214頁 [中村芳彦基調報告]。

846) 廣田・前掲注561) 112～123頁「五 裁判所における調停の問題点」は「ピラミッド型の司法行政に組み込まれ」限界を越(ママ)えられないとし、①調停主任=裁判官・家事審判官が調停の場にほとんど同席しておらず、②裁判官に精確な(ママ)情報は伝わっていない(少なくとも、多くの当事者はそう思っている)。③時々しか顔を見せない裁判官にコントロールされ、④調停期日が1か月に約一度しか入らず、一期日は1～2時間、尻切れトンボで当事者に欲求不満が残り、振出に戻る、⑤当事者が裁判官・調停委員を選べない、⑥調停委員のトレー

批判、④早川吉尚「日本のADRの批判的考察～米国の視点から～⁸⁴⁷⁾」等による「仲裁と調停の混同」、アメリカのMediationやMed-Arb等との比較からの批判などがある⁸⁴⁸⁾。

b 家事調停

家事調停は、「家庭に関する事件⁸⁴⁹⁾」一般について行われる調停であり(家事事件手続法244条)、ADRである(ADR法1条)⁸⁵⁰⁾。

(a) 家事調停の長所

(i) ADR一般の長所で家事調停についてもあてはまるもの

基本的には民事調停で論じた点⁸⁵¹⁾(イ)a)が家事調停にもあてはまる。

(ii) 家事調停の特徴的な長所

家事調停の特徴的な長所としては、①民事調停の長所((ア)(b))として指摘した点の多く⁸⁵²⁾が調停制度一般の長所としてあてはまるほか、

ニングが(多少行われていても)体系的トレーニングがされていない、⑦「話し合いがつかないのならば、不調にして、訴訟を出したらどうですか」と言う調停人が少なくない、⑧上記問題点は、「調停が訴訟の下位に置かれている」という事実から影響を受けて出てくるもの」で、「結局、調停がピラミッド型の司法行政にコントロールされているという元の問題に戻る」すなわち「わが国の裁判所における調停の最大の問題点は、それが裁判所で行われていること自体にある」とする。

847) 早川・前掲注624) 174頁以下。早川吉尚「わが国のADRの問題点」ジュリ1207号35頁(2001)なども参照。

848) この点に関する私見はア(イ)d(b)参照。

849) ただし、別表第一事件に関する事項(審判事項)を除く(かっこ書き)。

850) 最高裁判所事務総局家庭局「家庭裁判所事件の概況(1)一家事事件—」家庭の法と裁判No.5(日本加除出版、2016)177頁は平成26年の家庭裁判所調停新受件数は13万7,214件で別表第二調停事件は7万5,973件に達し「平成17年と比較して約1.4倍に増加した」とする(177頁)。

851) 自主性(法255条による当事者中立等)／非公開(法33条)／簡易・迅速で廉価(申立時の貼付印紙は800円である(民事訴訟費用等に関する法律3条1項別表第1第15号))。／専門家の知見(法264条による家事調停委員の専門的意見の聴取等)を活かしたきめ細やかな解決／実情に沿った解決(法265条による現地等調停等)／証拠調(法258の準用する56条)・合意に相当する審判(法277条)・調停に代わる審判(法284条)等。

852) 解決結果が債務名義となる(法268条)／法曹たる裁判官ないし家事調停官が調停委員会のメンバーとなるとして関わる(法248・251条2項)／裁判所書記官が調書作成(法253条)のみならず手続進行のマネージャーとして多く手続に関わる／幅広いバックグラウンドから選任された調停委員の質／長い歴史／手続機関たる簡裁が全国津々浦々に配置されロケーションとして網羅的である点など。なお、家裁調査官は同じ家裁で少年事件の調査も行う(元来、調査官が非行少年の処置を主な目的としていた点につき川島・前掲588)194頁。実際には離婚調停が係属する夫婦の子が同家裁の少年保護事件で審理対象となることもある。小規模家裁では裁判官等人的資源も共通し双方事件を同裁判官が担当することも見られる)。

②家庭裁判所調査官・医師たる裁判所技官⁸⁵³⁾を活用できること、③家事事件は男女で事件の見方が異なることも少なくないが、多く男女の家事調停委員がペアで担当するものとされている⁸⁵⁴⁾ことなどがある。また、④家事事件手続法 53 条 (258 条で調停手続に準用) は、電話会議・テレビ会議による調停手続を規定している⁸⁵⁵⁾。音声の送受信による電子機器等を用いた手続など調停手続のために様々な規定を設けた。これまでは、物的設備の限界や関係者の IT 技術の習熟状況等から十分には利用されてこなかったが、近時民事訴訟の IT 化が進められていることに加えて 2020 年のコロナ禍以降のリモート・IT 利活用の進展状況から今後は急速にこの点の活用が進むことが想定される⁸⁵⁶⁾。離婚調停など昼間に仕事がある中で調停期日への出頭確保に苦心していた当事者にとっては良い面もあるが IT 上の手続によるコミュニケーションが十全に行い得るかどうか等新しい課題も生じてくると思われる。更に、⑤家事事件は各種紛争の中でも特に人の心情に深く関係したり、DV・虐待その他の暴力が伴う事案も含まれるという点に特色があり、その点に対する各種の配慮が家事事件手続法では為されている⁸⁵⁷⁾という点は長所と言ってよいであろう。

853) 事実の調査 (家事事件手続法 58 条)、調停期日への立合 (同法 261 条) など。

854) 人員配置等の関係で同性のペアになることもある。なお、LGBT 等の場合をどう考えるかということは今後更なる検討が必要となろう。

855) 東京家事事件研究会編・前掲注 748) 19 頁。

856) ADR 全体について「ODR」(Online Dispute Resolution) が今後の課題となることも関係し得る。山田文「ODR が拓く紛争解決の姿—その意義と課題 (第 1 回) ODR の意義と実装する上での課題」NBL1174 号 18 頁 (2020 年) は「紛争解決手続の利用コストを ODR が ADR や相談機関に浸透することで「劇的に引き下げ」、「潜在的紛争」を顕在化し現実的な司法アクセスを保障する可能性があり、取引の IT 化・グローバル化対応の必要性や、自然災害・感染症影響下で司法アクセスを確保する必要性において「ODR の導入は喫緊の課題」という。

なお、ODR の概念につき垣内秀介「同 (第 2 回) ODR の健全な発展に向けた法制度上の課題」NBL1175 号 22 頁 (2020) は「ODR は多義的な概念」で、ADR 法上の裁判外紛争解決手続 (同法 1 条) に限らず「相談を含む情報収集の過程や企業・組織内部の紛争処理である IDR (Internal Dispute Resolution) をも含み「仲裁はもちろん、裁判手続もその射程から当然に除外されるものではない」という。

857) 例えば、申立書は相手方に直送することを原則とする (家事事件手続法 256 条 1 項本文) が、「申立書の内容が相手方を刺激し「相手方の出頭を困難にするような記載」だと申立書により当事者が敵対的になり「協調的なもの」に作り変えていくのが困難」になることから、例外的に直送しない場合を認める (同条ただし書き) ことにつき、和田=大塚・前掲注 279) 97-98 頁。同書は代理人弁護士も、申立書作成にあたり「敵対的な表現は避け」る必要があり、当事者がどうしても書いてほしい場合「申立書とは別に紛争の実情として」「調停委員会のみに伝えることも可能」と指摘するが、この点はローヤリング技術として活用すべきである。

(b) 家事調停の短所

(i) ADR 一般の短所で家事調停についてもあてはまるもの

この点も、民事調停と同様に ADR 一般の短所・限界として指摘される点⁸⁵⁸⁾ (1 (7)) は基本的に家事調停にもあてはまる。

(ii) 家事調停に特徴的な短所

民事調停の限界・短所 (イ a (b)) は家事調停にも多くあてはまり、中でも特に「上から」「人に権利義務を感じさせずに」進められてきたという批判は家事調停に対しても向けられてきた⁸⁵⁹⁾。また、家庭に関する問題については年齢による捉え方も異なり、家事事件の多くを占める離婚事件では熟年離婚の事件もあるが 20～30 代の当事者も少なくない中で、調停委員の最低年齢は原則として 40 歳とされており (民事調停委員及び家事調停委員規則第 1 条) 実際の調停委員は 60 代や 70 代の人が多い (調停委員の仕事には相当の時間を取られるため現役世代がフルタイムで仕事をしながら多数の事件を担当することは困難である) ため「親と子」ならず「祖父母と孫」くらいの年齢の格差が調停委員と当事者にある場合もあり、それが当事者が固執する点と異なる観点を示せるというメリットもあるが、あまりの懸隔が共感を形成するための障害となる場合もある。

ウ その他の ADR

民事調停以外にも様々な ADR があるが、本稿ではローヤリングの観点から法科大学院生に特に修得させたい知識として、(ア) 弁護士会 ADR (仲裁センター等)、(イ) 交通事故紛争解決センターの概要⁸⁶⁰⁾ と、(ウ)

858) 家事審判のように相手方を手続に引き込む強制力がない／裁判所の公的役割 (法形成・法宣言) 放棄／当事者間格差の追認可能性 (ラフ・ジャスティス・二流の正義・声が大きい者 (机を沢山たたいた者) が勝つ／真の合意の担保に関する疑義等。ただし、家事事件の本質的な非公開性 (最大決昭和 41 年 3 月 2 日民集 20 卷 3 号 360 頁参照) ゆえ民事調停の「解決の公開性が失われる」という点は民事調停と同一には論じられない。

859) 特に、川島・前掲注 588) 173 頁が指摘するように、家事調停がもともと注 839) の経過で制定された人事調停法により始まった経緯と、戦後も簡単には払拭することができなかった「家」制度が家事事件には深く関係し、「長男が全て相続」「娘は嫁に出たら何も相続しなくて良い」という考え方を持つ者と均分相続の現行民法の考え方が現場で衝突するのがこの家事調停であり、地域や事案の差こそあれ、今日 (2020 年) の私たちの弁護士実務の現場でも直面する「古くて新しい」問題である。そこに、調停委員や関係者に「上から」「権利義務を意識させない」という感覚があると大きな摩擦のもとになる。

860) 榎本・前掲 556) 157～158 頁ではこれ以外に建築紛争審査会 (建設業法)／住宅紛争審査会 (住宅の品質の確保に関する法律 [品確法])／地方労働委員会 (地

アメリカの各種 ADR や新たな工夫についての手続について素描する。

(ア) 弁護士会 ADR (仲裁センター等)

1990 年第二東京弁護士会は、「第二東京弁護士会仲裁センター」を設立した⁸⁶¹⁾。当時、弁護士会に与えたインパクトや影響は大きく、各地で同種のセンターが設立された⁸⁶²⁾。

a 弁護士会 ADR センターの手続 (愛知県弁護士会の例)

具体的な手続や内容は各弁護士会によって異なるが、本稿では筆者自身が運営委員として設立に関わりあっせん・仲裁人候補者を務めたり事件で多数実際に利用した愛知県弁護士会紛争解決センターの手続を素描する⁸⁶³⁾。

①申立人が、弁護士会に「あっせん・仲裁申立書」を提出して手続が開始する⁸⁶⁴⁾。②申立手数料は 1 件 1 万円及び消費税、期日手数料はなく、和解成立又は仲裁判断時には**成立手数料**⁸⁶⁵⁾を支払う。③ ADR 調査室員 (弁

労委。労働組合法・労働関係調整法) / 日本商品先物取引協会を挙げた。近時の住宅紛争処理 ADR の概況については、工藤忠良「住宅紛争処理 ADR—行政と弁護士会の連携 ADR」法の支配 178 号 51 頁 (2015) 以下参照。

861) 大川宏「第二東京弁護士会仲裁センターについて」(司法制度改革審議会 ADR 検討会第 2 回配布資料 2 (2002)) は、「民事訴訟法制定から 100 年後」『弁護士会が民事紛争一般を対象にして紛争解決機関を運営する最初の試み』「仲裁センター『クロネコヤマト』論」『弁護士を『代理人』から『仲裁人』として利用』との点をキーワードに意義を説明する。その具体的な内容として大川は、弁護士会 ADR での「仲裁審理の工夫」につき (1) 当事者より先にきて待機 (2) 時間をたっぷりとる (3) 席は当事者同士を対面 (4) 関係人も同席 (5) あえて仲裁合意を取らない (6) 現場必見 (賃料増額・建物明渡など) (7) 部分的合意 (8) 意見書を書く (9) あえて仲裁判断書にせず自主的履行に任せる (10) OA 機器の活用を挙げる (井上 = 佐藤共編・前掲注 614) 「ミニ・シンポジウム 調停の技」18 ~ 22、108 ~ 109 頁 [大川報告]。

862) 弁護士会運営の紛争解決センターは 2020 年現在 38 センター [35 弁護士会] (www.nichibenren.or.jp/legal_advice/search/other/conflict.html [2020 年 9 月 5 日閲覧])。なお、斉藤・前掲注 774) 280 頁が山崎司平の表現を引用し、弁護士会 ADR には「弁護士相互扶助の機能」があると指摘する点が注目される。

863) なお、愛知県弁護士会紛争解決センターの詳細は、渡邊一平「愛知県弁護士会のあっせん仲裁センターの現状」日本弁護士連合会 ADR センター編『日弁連 ADR センター双書 2 建築紛争解決と ADR』(弘文堂、2011) 74 ~ 82 頁、増田卓司「利用しやすい紛争解決手続を目指して—愛知県弁護士会紛争解決センターの実情—」仲裁と ADR 8 号 35 ~ 42 頁 (2013) 各参照。愛知県のセンターは、名古屋だけでなく岡崎 (愛知県弁護士会西三河支部) にもセンターが設けられている点や長年全国弁護士会の中でトップクラスの事件処理件数を誇っている点に特色がある。また、金融 ADR 協定に基づくあっせん・仲裁手続、ハーグ条約実施法に基づくあっせん事業も取り扱っている。

864) 仲裁合意書は当初から必要ではなく、手続進捗により合意成立次第提出する。

865) 紛争の価額に応じて計算する。例えば紛争価格 100 万円の場合 64,000 円 + 税 (10%) = 70,400 円となる。双方折半が原則なので各自負担は各 35,200 円。

護士)が裁判所書記官的な職務を担い、手続実施者選定や期日調整等を行う。④あっせん・仲裁人は、センターが1名選任することが原則⁸⁶⁶⁾。事案によっては建築士や不動産鑑定士、カウンセラーなどの専門家仲裁人⁸⁶⁷⁾とペアで進行することもある。⑤複雑な事案等については若手弁護士や弁理士などが専門委員として参加する手続もあり、⑥相手方から出欠の可否等の回答書、事案についての答弁書の提出を受けたうえで、⑦あっせん・仲裁期日が開催される⁸⁶⁸⁾。2回目以降は概ね2～3週間に1回期日が開催される(裁判が1カ月に1回しか開かれない⁸⁶⁹⁾ことに対するアンチテーゼの意味もある)。⑧場所は弁護士会館(名古屋・西三河(岡崎)⁸⁷⁰⁾)が原則であるが、あっせん仲裁人の法律事務所⁸⁷¹⁾や事故現場や日照被害の現場(現地)開催も可能である。⑨最終的には仲裁判断のほか、和解による

866) 愛知県弁護士会の会員数は約2000名(2020年9月1日現在2,037名[日弁連HP https://www.nichibenren.or.jp/library/pdf/jfba_info/membership/members.pdf2017(2020年9月17日閲覧)であり、3弁護士会をあわせて2万人超の弁護士がいる東京(東京8624人/第一東京5764人/第二東京5839人)に比べまだ「弁護士同士の顔が見える」関係である。愛知県弁護士会紛争解決センターの弁護士仲裁人(143名[愛知県弁護士会HP <https://www.aiben.jp/page/assen/lists.html>(同日閲覧)])は、愛知県の多くの弁護士が「ああ、あの弁護士だな」と分かる信頼がおける弁護士であるが、弁護士会が考えている弁護士が選任されている(センター第1号事件仲裁人の富島照男弁護士へのインタビューである加藤倫子「あっせん・仲裁センターだより」名古屋弁護士会会報486号42～43頁(2001)、山田万里子「有責配偶者申立離婚事件 有効だったカウンセリング」同481号91頁(2001)など参照)。ここが、申立人代理人・相手方代理人の各弁護士からすると大きく「だれが事件を担当するか分からない」民家事調停と比較した重大なメリットである。

867) 弁護士会ADRで扱われる「専門性が高い分野の紛争類型」として齊藤・前掲注774)285頁は(1)医療紛争、(2)建築紛争、(3)犯罪被害の賠償事件を挙げる。

868) あっせん・仲裁人の姿勢につき、齊藤・前掲注774)288頁は「あるときは遺族の視点である2人称の視点」「あるときは専門家がもつ客観的な視点である3人称の視点」で考えること(2・5人称の視点)が「仲裁人に必要不可欠/ADRの中核をなす」という(これに対し同書289頁は山田文が「法律家は3人称(法律のレベル)にとどまるべき」と指摘する点も説明)。

869) 二弁仲裁センター委員長を務め後に最高裁判事となった那須弘平は「弁論は月1回、10分ないし15分」の「実務慣行」につき、訴訟外で弁護士同士が折衝し次回会う日を決める時さえ「1ヶ月後ではどうでしょうか」という風景がひんぱんに見られ、那須自身も例外でないと自白する(「民事訴訟と弁護士」(信山社、2001)142頁)。那須は「この行動様式のルーツ」が「民事訴訟の審理」「弁論は月1回、10分ないし15分。証拠調は2ヶ月ないし3ヶ月に1回」との実務慣行にあるという。

870) 近時は、一宮支部の事案(当事者もあっせん仲裁人も一宮支部管内の事案)につき弁護士会一宮支部会館で期日開催されることもある。

871) 特に当事者の仕事の都合で夜間等に開催したい場合や夜間しか代理人の期日調整がつかなかった場合に便宜である。

解決も可能であり、名古屋簡易裁判所 (即決和解手続)・名古屋家庭裁判所 (即日調停手続) との連携による債務名義化の方策も用意されている。

b 弁護士会 ADR の現状と課題

弁護士会 ADR に対しては、裁判制度の改革・改善への刺激⁸⁷²⁾等として大きな期待が寄せられ、関係者の懸命の努力と働きかけによって充実した審理が為されているが、残念ながら全国的に弁護士会 ADR 全体を見た場合、この仕組みは必ずしも全国の全弁護士会には波及している段階にはなく (上述のとおり) 各センターにより事件の多寡もバラツキがあり⁸⁷³⁾、全国単位のセンター (例えば日弁連がセンターを作る等) の動きもなく⁸⁷⁴⁾、申立件数についても ADR 法制定後も残念ながら必ずしも事件数増加にはつながっていない⁸⁷⁵⁾。弁護士会 ADR の課題について、中村芳彦は「これまでの弁護士の ADR への消極的対応から、自らの日常そのものであるという方向に目を転じていく⁸⁷⁶⁾ ための様々な問いかけを行う」のが弁護士

872) 特に裁判所が裁判調停を問わず 1 月 1 回を実務慣行とする点 (注 869 参照) は合理的根拠がなく、もっと短い期日設定を弁護士会 ADR が実践することに大きな意味がある (IT と情報化が進んだ昨今は更なる迅速化が進むべきでもある)。夜間手続も裁判所調停手続に積極的に取り入れるべきであろう。

松浦好治教授は「日本の ADR は基本的に官製紛争処理の延長上にあるのではないか。いくつかの例外を除き国の司法サービスのために、そのサービスを奪わないように設計されている面があるのではないか」と問題提起し、「裁判所よりも早く、高品質の結果を出す ADR が適切に機能し裁判所サービスを奪う動きが強まれば、裁判所システムも改善される可能性があるのではないか」と示唆する (アメリカのレンタジャッジ・民間裁判 (注 894)、山田文の整理する「裁判と ADR の『対等関係説』」 (注 701) も参照)。

確かに、1996 年の名古屋弁護士会あっせん仲裁センター設立時の一つの合言葉は「電電公社が良くなるためには、第二電々が必要」(渡邊一平弁護士) だった (「現在の硬直化した調停制度に対するアンチテーゼ」を指摘する後藤昌宏「第二東京弁護士会仲裁センター合宿に参加して」名古屋弁護士会会報 425 号 12 頁 (1996) 参照)。「『仲裁センター』は、『裁判所の競争相手』」(原後山治「仲裁は楽しい」第二東京弁護士会編・前掲注 556) 79 頁) との視点は重要である。

小栗孝夫「あっせん・仲裁センターの発足にあたって」名古屋弁護士会会報 1997 年 4 月号 24 頁は「弁護士が中立調整活動についても社会的信頼を獲得することによってはじめて、裁判の官僚化をも実効的に批判できる基盤が形成される」(田中成明「岐路に立つ弁護士—その背景と展望」日本弁護士連合会編集委員会編『あたらしい世紀への弁護士像』(有斐閣、1997) 257 頁以下所収) を引用する。

私たち弁護士のあり方が問われている問題ともいえる。

873) 日弁連 ADR センター「仲裁 ADR 統計年報 (2018 (平成 30) 年版)」www.nichibenren.or.jp/document/statistics/adr_statistical_yearbook.html (2020 年 9 月 5 日閲覧)。

874) 高木佳子「弁護士会から見た ADR 法の現状」仲裁と ADR5 号 25 頁 (2010)。

875) 高木・前掲注 874) 27 頁。最新状況は注 873) のとおり。

876) 一つの切り口として ODR (注 856) につき弁護士会仲裁センターが積極的に取

会 ADR の役割であるべきであると論ずる⁸⁷⁷⁾。

(イ) 交通事故紛争処理センター (紛セ)

交通事故に関する主な ADR には①公益財団法人日弁連交通事故相談センターと②公益財団法人交通事故紛争処理センター (紛セ。損害保険業界 (日本損害保険協会) が設立) がある⁸⁷⁸⁾。

費用が無料である点や賠償基準が (自賠償基準や保険会社基準ではなく) 裁判例が基準となっている点は双方に共通であるが、紛セに特徴的な手続としては、①審査会の裁定についての片面的な拘束力 (保険会社は異議を申し立てられない⁸⁷⁹⁾)、②保険金不正請求が疑われる事案に関する保険会社からの訴訟移行の申立 (認められると紛セの手続は終了する⁸⁸⁰⁾) がある。

(ウ) アメリカの各種 ADR や新たな工夫について

アメリカでは下記のような各種 ADR の手続があり、中でも特に「最終提案仲裁 (ファイナル・オファー・アービトレーション (Final-Offer Arbitration; FOA) (=野球式仲裁)」は、日本の調停その他の ADR の中でも応用が可能で重要と考える。

a 調停人による仲裁 (Med-Arb⁸⁸¹⁾)

まず調停人として和解契約の成立を目指し、不調時に今度は同一人物が

り組むこともあり得る。

石原遙平「ODR が拓く紛争解決の姿—その意義と課題〈第3回〉ODR の社会実装に向けた現状と課題」1176号46頁(2020)は、第一東京弁護士会のオンラインADR <http://www.ichiben.or.jp/soudan/adr/saigai.html> [2020年9月19日閲覧] や仙台弁護士会のリモートADR <https://senben.org/center> [同] 等のオンラインADR が非対面調停手続を促進する点を紹介する。ただし、垣内・前掲注856)は弁護士法上の問題点(26頁)等「既存のADRを前提としたADR法の規律がODRの機能発揮にとってボトルネックとなる懸念」(27頁)も指摘しており、更なる検討が必要であろう。

877) 中村芳彦「弁護士とADR」仲裁とADR2号40頁(2007)。そこから、事件をADRに持ち込むこと、法律相談で当事者にADRの利用を進めること、自らがADR手続主宰者になるという動きにつながる。同「弁護士会仲裁センター」和田編・前掲注632)144～156頁も参照。

878) なお、他に自賠償の等級等を扱う一般財団法人自賠償保険・共済紛争処理機構がある(日本弁護士連合会ADRセンター編「日弁連ADR双書2 交通事故の損害賠償とADR」(弘文堂、2010)(81～91頁))。2つのセンターが設立された経緯については同書100頁、114～115頁参照。

879) 交通事故紛争処理センター利用規定第22項 (<http://www.jcstad.or.jp/> [2020年9月5日閲覧])。日弁連交通事故紛争処理センターも提携共済との関係では同種の仕組みを導入している(日弁連ADRセンター編・前掲注878)105～106頁)。

880) 前掲注879)利用規定第15項④。

881) 山本=山田・前掲注559)420頁は「日本では『ミードブ』と呼ばれることが多い」という。

仲裁人として仲裁判断を下すことを ADR 手続実施契約としてあらかじめ合意して行う手続をいう。当事者が両手続で主張を繰り返す必要がなく効率的であるが、①調停段階の空洞化（主張立証の出し惜しみ・率直な心情開示の躊躇⁸⁸²⁾②調停と仲裁の連続による手続保障の難しさ⁸⁸³⁾等の問題がある。ただし、日本の実務は訴訟上の和解手続（民事訴訟法 267 条）自体に抵抗がなく、そのこと自体に対する批判も強くあるがアメリカの手続に対する考え方がそのまま日本に適用できるかどうかについては異論もあり得る⁸⁸⁴⁾。

b 強制仲裁⁸⁸⁵⁾ (mandatory/compulsory arbitration)

裁判所付置の裁断型 ADR (court-annexed) の一種であり、裁判所に提訴された事件のうち、訴額や紛争類型など一定の要件を満たすものは、裁判所付属の仲裁手続を経ないかぎり、正式なトライアルを受けることができないとして、仲裁手続が強制されるものとされる。日本の民事訴訟や家事審判において付調停（民事調停法 20 条、家事事件手続法 274 条）の制度があるのにも類しているが、当事者の合意により最終的に成立する調停とは異なり両当事者を拘束する「仲裁」を強制する点が特徴的である。

c ミニ・トライアル⁸⁸⁶⁾ (mini-trial)

1977 年に TRW 社と Telecredit 社との間の特許権侵害事件の処理のために用いられて以来、私的な裁判外紛争解決方法として高く評価され、訴訟係属中の紛争の和解にも積極的に利用されていると言われる。①非公開手続とされ、②各当事者に選定された代表者と両当事者の合意に基づいて選任された中立的助言者 (neutral adviser) をメンバーとするヒアリング・パネルが構成され、③当事者を代表する弁護士によるプレゼンテーション・

882) 山本 = 山田・前掲注 559) 421 頁 [山田] は調停不調時に仲裁人になることが分かっている調停人に対して「自らの過失を認めたり証明方法の不存在を吐露したりして弱みを見せることはしないであろう」とする。

883) 山本 = 山田・前掲注 559) 421 頁 [山田] は調停段階のコーカスで譲歩額等の情報を得られても「仲裁判断の基礎として情報を使用すべきではない」「手続の公正さの信頼、当事者の不意打ち防止の観点から、明示的な合意のない限り、コーカスで得られた情報は和解合意の形成にのみ用いられるべき」とする。

884) この点に関する私見はア (イ) d (b) 参照。

885) 小島・前掲注 570) 31 ~ 32 頁。

886) 小島・前掲注 570) 34 ~ 35 頁。山本 = 山田・前掲注 559) 425 頁 [山田] は、平均 2 日程度続くといわれる③の弁論につき「いわば、パネルとして出席している代表者のための事件についての短期集中講義である」という。

証拠調べ・弁論等が行われ、④和解交渉の後、⑤和解不成立時は、中立的助言者が拘束力のない勧告的意見を提示し、異議申立てがなければ、異議権不行使による判決 (judgement by acquiescence) としての効力をもつという手続が一般的であるとされる。

d 早期中立評価⁸⁸⁷⁾ (Early Neutral Evaluation; ENE)

裁判所で行われる ADR 手続の一種。プリトライアルの早い段階で、事件概要についての当事者および代理人である弁護士の説明を聴き、中立的な弁護士⁸⁸⁸⁾ が拘束力のない評価を行う手続であるとされる。

e 最終提案仲裁⁸⁸⁹⁾ (Final-Offer Arbitration; FOA)

仲裁人が各当事者から提示された一定の金額のうち、いずれかをそのまま選択する手続である。その中でも、野球の年棒交渉に使われてきた手続である「野球式仲裁 (baseball arbitration)」の方法 (仲裁人があらかじめ自身の適切な金額を決めておき、それに近い金額を提示した方を採用する旨宣言して行う FOA) は非常に興味深い。単に、自分の欲望のままに金額を書けばよいのではなく「仲裁人はどう思うだろうか」「公平な金額は何か」ということを意識せざるを得ない⁸⁹⁰⁾。実際には、双方の提示が逆転することもあると言われ⁸⁹¹⁾、調停や裁判上の和解など他の ADR にも十分応用可能である⁸⁹²⁾。

f レンタ・ジャッジ⁸⁹³⁾ (rent-a-judge)

たとえばカリフォルニア州法では、係争事項について専門知識を有する第三者 (通常は退職判事) を起用し、紛争解決を行うことが認められているものとされ「裁判所で解決を望んでいる者に対し、正規の手続とは異なる特別な手続を取り決める途を開くことで、法的救済へのアクセス・ルー

887) 小島・前掲注 570) 37 頁。山本=山田・前掲注 559) 425～428 頁 [山田]。

888) 「ボランティアの弁護士で裁判所から指名された者」とされる (山本=山田・前掲注 559) 426 頁 [山田])。

889) 小島・前掲注 570) 39 頁。山本=山田・前掲注 559) 418～419 頁 [山田]、同 27 頁「ベースボール仲裁」[山田]。

890) 極端な額を提示すると仲裁人が相手の提案を採用してしまうかもしれないからである (山本=山田・前掲注 559) 27 頁「ベースボール仲裁」[山田])。

891) 廣田・前掲注 561) 47 頁はこれを「東洋人の感覚」であるという。

892) ただし、山本=山田・前掲注 559) 419 頁は、このような仲裁が機能するためには充実した手続がなされたことを前提に最終選択肢が合理的な一定範囲に収斂することが十分予測されるほどに事案が熟していることが必要であるとする。

893) 小島・前掲注 570) 45 頁。

トを多元化しようとする試み」であると評価される。現職の裁判官が多様かつ多数の事件を抱えているのに対し、少数事件に特定の判断者を専従させ、しかも、当該判断者が当該種類の係争の専門知識を有していれば内容的にも充実した審理・判決が期待できるだろう⁸⁹⁴⁾。コストの問題や判断者の給源の問題はあり得ると思われるが、日本でも今後導入が検討されてよいのではなかろうか⁸⁹⁵⁾。

(2) ADR で用いられる技法—ローヤリングの他分野(法律相談・法的交渉)における各種の技法とのクロスオーバー

ア ①法律相談②交渉③ ADR での技法の関連性

調停の項 (2 (1) イ (ア) C (C)) で検討したとおり、ローヤリングにおいて法律相談や交渉で取り扱った各種の技法は、ADR の技法としても活用されることが多い。これは、①法律相談②交渉③ ADR のいずれもが「人間」を対象にするものである以上、共通する部分があるからであり、この意味において各種技法は相互に関連影響しあって (クロスオーバー) 発展してきている⁸⁹⁶⁾。

イ 各技法の位置づけの違い

ただし、各技法についての位置づけは各手続で異なる。

894) 米国大使館レファレンス資料室アメリカンセンター・レファレンス資料室「米国司法制度の概説」<https://americancenterjapan.com/wp/wp-content/uploads/2015/11/wwwf-outline-legal.pdf> (2020年11月26日閲覧) 130頁は「民間裁判」(退官した元裁判官が報酬を得て審理するシステム)につき、①当事者が判断者を選べ②日程通りに判断が下され③②の結果、費用が全面的な訴訟よりも安く済む可能性が利点だが④一部の元裁判官が高報酬を請求することを懸念し「例えば、カリフォルニア控訴裁判所は、民間裁判官としてもっと稼ぐために、現職の裁判官を辞める者もいる」という。Steven W Hays, Cole Brease Graham Jr. "Handbook of Court Administration and Management" [kindle (2017年版)] 49頁は「かような高報酬が裁判官の給源を枯渇させ (A) 富める者にはいきなり上訴審に (一審を経ずに) 直接行きつく道を与え (leapfrog) (B) 貧しい者には何年も普通の裁判で待たせるといふ [2つの司法制度 (two systems of justice)] になる」という Goldberg, Green, and Sander, 1985: 290-293の批判を引用しつつ、近時のカリフォルニア州での調査ではかかる消極的效果は生じていないとする。

895) ただし、これを弁護士以外の者が行えば非弁 (弁護士法 72 条) の問題があるし、退職裁判官等が弁護士登録して取り扱うとしても、弁護士の中立調整的業務の可否という弁護士倫理上の問題がある。中村・前掲注 698) 247頁参照。

896) 京都家庭裁判所・前掲注 765) が、このような調停における技法 (調停技法) につき「①調停の場を作る技法、②当事者と関わる技法、③当事者間を調整する技法という3つのレベル」で整理しているのは、このようなクロスオーバーしている各種技法につき調停での位置づけを整理したものと同様に評価することもできる。

(ア)「傾聴」の位置づけについて

例えば「傾聴 (Active-Listening)」は、交渉や ADR 調停よりも法律相談で強調されることが多い。ADR でも傾聴は重要であるが、法律相談における「傾聴」は話している人との信頼関係を作りながら相手の心情を理解してゆこうとする行為であるから、ADR において例えば同席調停等相手方もいる場面で一方当事者とのみの信頼関係を形成すれば足りるのか、逆に相手方のことを気遣いながら話を聞いている手続主宰者に当該聴取を受けている者はどう感じているのか、その中で信頼関係を十分に形成していけるのかといった問題がある。

(イ)「リフレーミング」「パラフレージング」の位置づけについて

また、逆に、リフレーミングやパラフレージングは、法律相談や交渉よりも ADR において強調されることが多い⁸⁹⁷⁾。ADR の方が、一方当事者が言った事柄を他方当事者に伝えるという場面が多く、枠づけをし直したり(リフレイム)言い換えたり(パラフレイズ)する機会が多い⁸⁹⁸⁾ことによる。法律相談でもそのような場面はあり得るが、相談者本人の言葉を言い換える必要がある場面は比較的少ないように思われる(勝手に言い換えること自体が難しい問題を孕む)。敢えて考えられるとすれば、相談の中で相手方の言い分を説明する場合などに言い換え等の有用性がある場合はあり得るが、ADR の時ほどには多くはないだろう。

(ウ) 小括

以上のように、①法律相談②交渉③ADR の各場面で各技法の位置づけは異なる。しかし、相互に関連していることは間違いなく、今後もその点を十分に意識した研究と実践が必要となるものと思われる⁸⁹⁹⁾。

897) 京都家庭裁判所・前掲注 765)「3 『聞き返し』で方向づけをする」(49 頁以下) [5 まとめや話題転換時には『要約』する」(53 頁以下) 各参照。

898) 調停の要約・リフレーミング等の行為をコミュニケーションを可視化することで明らかにしようとするものとして、北村隆憲「調停のコミュニケーションを分析する」東海法学 56 号 472 頁以下 (2019) 参照。

899) 中村芳彦「ADR プラクティス論—事実認定・法情報提供のあり方を中心に—」棚瀬孝雄=豊田博昭=山城崇夫=大澤恒夫編『権利実効化のための法政策と司法改革』(商事法務、2009) 605-607 頁は従来の ADR 技法論の問題点として①ADR 特有の技法として論じられることが多く、相談や交渉過程における技法との連続性や固有性が必ずしも明確になっていない点を第一に挙げる(他には、②心理学・社会学など隣接領域の研究成果の意味と限界の検討が不十分、③将来の関係形成に焦点が当てられ、事実自体の持つ紛争処理機能に対して十分配慮したアプローチが必要と指摘する。

(3) 「選択肢の開発と絞り込み」とADR

本稿では、①法律相談・面談、②事件受任、③交渉といったローヤリングの各場面において「選択肢の開発の絞り込み」が重要であることを説いてきた⁹⁰⁰⁾。このことは、ADRの手続の中でも⁹⁰¹⁾重要である。上記①～③で「開発」され「絞り込み」されてきた「選択肢」は、ADR手続主宰者(仲裁人・調停委員など)との更なる「選択肢の共同開発作業」及び「選択肢の絞り込み作業」により更に純化・洗練、厳選されたものとなり紛争解決に適するものへと高まってゆき、これを関係者全員が納得し応諾したところで和解が成立して紛争は解決することとなるのである。

このうち「選択肢の開発」については、これまでのADR関係の文献でも触れられているものは少なくない⁹⁰²⁾が、必ずしもこれが強調されては

900) 本稿 (1) (法律相談・面談) 283号116～120頁、(3) (事件受任) 284号116～118頁、(5) (交渉) 286号176～179頁各参照。

901) さらに言えば、ADRは「裁判」以外の手続の**選択肢**を増やすということ自体にも意味がある。入江・前掲注570) 288頁「**選択肢**があることそのものが価値」は「市民にとっては、紛争解決に**選択肢**が存在することそのものが、利用者主権につながる望ましい状況である」といい、斉藤・前掲注774) 282頁の「**複数の選択肢**があることが重要」も「事件の中には一般国道向きの事件もあれば、高速道路向きの事件もあり」「大なるのは**選択肢**が複数あること」「弁護士**の紛争解決のウイングと幅が、選択肢があればあるほど広がっていく**」「**依頼者にとってよいこと**」も同趣旨と考えられる。

902) 例えば、入江・前掲注570) 84頁以下「4 **選択肢**の開発」は「この課題についてどんな**選択肢**があるでしょうか」と「(問い)を立てるのが調停人の役割になる」「粘り強く**選択肢**を開発しながら、それぞれの当事者の本音を探る」とし、和田＝大塚・前掲注729) 91頁「2 代理人**弁護士**の一般的留意点」は、「適切に法的なアドバイスをしながら、共に考える」(下線は榎本) 姿勢からは多くの**選択肢**が自然と生まれてくるはずという。

太田・前掲注766) 689頁以下は、認知脳神経学研究者ターリ・シャーロット『事実はなぜ人の意見を変えられないのか』(上原直子訳、白揚社、2019)を援用し、「認知脳神経科学によれば、『自分で選ぶことができる』というだけで」「**脳の報酬系**—アミグダラ、扁桃体だっと思えますが—報酬系が発火(賦活)し「**アクティベートする**」から「どのように交渉するかメタ交渉の活性化、どのように和解案をつくるかの交渉力の対等化、このような手続コントロールに関与すればするほど、**選択肢が増え**」それだけで内容によらず脳が賦活するから「相手にとって自らで**選択**したかたちにした方が、相手は納得でき履行率も高まる」「これが、昔から和解の上手な裁判官、倉田卓次先生、藤田耕三先生、草野芳郎先生などがよくおっしゃっていたこと」で「これには、**大脳生理学的な根拠がある**」という。

ターリ・シャーロットは「ラトガーズ大学の神経学者マウリチオ・デルガード率いる研究チームは」実験によって「**選択の機会**が与えられることがわかると人は喜びを感じ、**脳の報酬系**である腹側線条体が活性化する。人間は**選択**それ自体を報酬と捉え、**選択肢**を与えられたら、『選ぶこと』を**選ぶ**」ことを明らかにした(108～109頁)とする。

こなかった。「選択肢の絞り込み」については、ADRにおいては殆ど論じられてこなかったように思われる⁹⁰³⁾。現在は、インターネットによる情報の洪水の時代である。選択肢が多ければ多いほど幸せとは言えない⁹⁰⁴⁾。ADR 手続の中でも、「本当にこの選択で良いのだろうか」と悩む場面は多く、仮に弁護士その他第三者から折角良い案が提示されていても、一度当事者が家に帰り PC やスマートフォンで種々検索した結果、迷路に迷い込んでしまうことも少なくない。ここで、ADR 手続主宰者（仲裁人・調停委員等など）が当事者と「一緒に⁹⁰⁵⁾ 悩み、考える」ことによって当該事案に適切な選択肢へ「絞り込んでいく」ことには大きな意義がある。

以上の点を、交渉の項で整理した「法律相談と交渉全体での『選択肢の開発と絞り込み』⁹⁰⁶⁾」に ADR 手続を含めて整理すると、「選択肢の開発と絞り込み」の理想的な形としては、以下のようにモデル化できる（⑦以降が ADR 手続）。この中でも⑥の紛争解決手続の選択自体に幅広く豊饒な選択肢を用意することにこそ ADR を活性化させることの意義がある⁹⁰⁷⁾。

903) 絞り込む選択肢の「数」は3つ程度が適切であることにつき「第1法律相談・面談」283号126頁。

904) 本稿(2)法律相談・面談125～126頁「選択のパラドックス」「ジャムの研究」など参照。

905) この「一緒に」というところが難しい。中村・前掲注(698)249～251頁は「弁護士からすると、法的観点からのアドバイスが、眼前の事案における唯一の結論のように思いがち」だが、所詮それは一つの見方に過ぎず「相談者がどのように受け止め自らの新しい物語を如何に作っていくかという部分では弁護士も専門家ではありえない」と指摘する。それを中村は「媒介者としての弁護士」と表現し、「当事者自身が問題に取り組み、法情報の提供を受けながら自ら解決のための選択肢を選び、自分の力で発言・行動・解決していくことをサポートしていく」という基本スタンスに立つ」点を強調する。

906) 本稿(5)交渉177頁。

907) 垣内秀介「民事訴訟制度の目的とADR」(伊藤眞先生古稀祝賀論文集『民事手続の現代的使命』(有斐閣、2015))127頁は、①民事訴訟制度は、当事者の自己決定権の条件を確保し、当事者個人の尊厳を確保するための手段であること、②自己決定が十分な実質を得るためには、多様な選択肢が現実的に利用可能である必要があり、ADRの促進は当事者の自己決定権の豊饒化であることを明晰に整理する。

((A) 法律相談 (B) 交渉 (C) ADR 全体での「選択肢の開発と絞り込み」)

A という当事者が L1 という弁護士に依頼し

B という当事者が L2 という弁護士に依頼し、

M という ADR 手続主宰者 (調停者等) の ADR 手続が利用された場合

① 事前の法律相談 (1) [A と L1 弁護士]

A と L1 が交渉前の事前の法律相談において、

多数の選択肢を開発し (A1~An)、

3 つに絞り込む ((A1・A2・A3)

② 事前の法律相談 (2) [B と L2 弁護士]

B も L2 も交渉前の事前の法律相談において、

多数の選択肢を開発し (B1~Bn)

3 つに絞り込む (B1・B2・B3)

③ 交渉 (L1 弁護士と L2 弁護士)

L1 弁護士と L2 弁護士が交渉を行う。

双方の間でラポール (rapport) が形成できたら、それぞれ持ち寄った選択肢 (合計 6 つ: A1~3 と B1~3) を提示しあい、更に双方で新たな選択肢を開発する (P1~Pn)。

その上で、L1 弁護士と L2 弁護士で 3 つの選択肢に絞り込む (C1・C2・C3)⁹⁰⁸⁾。

④ 選択肢を持ち帰っての再度の法律相談 (打合せ)

L1 弁護士と L2 弁護士は上記の新たな 3 つの選択肢 (C1~3)

を持ち帰り、それぞれの当事者 (A / B) と検討する。それによって、更に選択肢を新しく開発し、3 つに絞り込む (A につき A'1~3、B につき B'1~3)。

⑤ 再交渉 (L1 弁護士と L2 弁護士)

L1 弁護士と L2 弁護士で③同様の選択肢の開発と絞り込みを繰り返す (ここで、この時妥結に至らなかった最終選択肢を X 1~3 とする)。

908) 当事者と専門家、専門家と相手方の専門家でも多数開発し絞り込むという作業を真剣に行ってこのプロセスを経れば、この段階で絞り込まれた当該選択肢の内容は、当初の選択肢より相当洗練されたものに進化しているはずである。

⑥ 紛争解決手続の選択 (A・L1/B・L2)

相対交渉では解決しないことが明らかとなったとき、AはL1弁護士と、BはL2弁護士と、どの紛争解決手続を選択するか(訴訟か、仲裁か、調停かその他か)、具体的にどの機関に申し立てるか(第二東京弁護士会の仲裁センターか、名古屋家裁の家事調停か等)等につき、各機関や手続の長短、費用、期間、見通し等を検討する中で協同して選択肢を開発しこれを絞り込む。調停や仲裁等手続選択に相手方の同意が必要なADRを選択しようとするときはL1弁護士とL2弁護士との間での共同作業(選択肢開発と絞り込み)も必要である。

このような作業を繰り返して紛争解決手続が絞り込まれてゆく。

【ここからADR手続に入る】

⑦ ADR (A・L1/B・L2とM)

両当事者にMが加わる(方法は同席とコーカスがあり得る)。両当事者から交渉決裂時の最終選択肢(X1~3)についてMに説明し、Mも加わって更に選択肢を新しく開発し、3つに絞り込む(Y1~3)。

⑧ 選択肢を持ち帰っての再度の法律相談(打合せ)

L1弁護士とL2弁護士は上記の新たな3つの選択肢(Y1~3)を持ち帰り、それぞれの当事者(A/B)と検討する。それによって、更に選択肢を新しく開発し、3つに絞り込む(AにつきAn1~3、BにつきBn1~3)。

⑨ 次回ADR期日(A・L1/B・L2とM)

両当事者にMが加わり、An1~3、Bn1~3の選択肢を持ち寄って⑦の選択肢の開発と絞り込み作業を繰り返す。

⑩ 合意の成立(ADR手続の終了)

以下、⑧と⑨を繰り返してゆき、最終的に両当事者が納得できたところで、合意が成立し、ADR手続が終了する。

各交渉の当事者・弁護士・調停者・紛争内容が個性を持つのでモデル通り進まないことも多いが、①これまで日本のADRでは、これほど多数の

選択肢の開発 (法律だけでなく税務会計、社会常識、人の感情等に配慮する重労働だが、法律家が新たな価値を創出できる重要な職務分野) は必ずしも重要視されてこず、②選択肢数が絞り込むほどの数にならないことも多いこと、③この手続により、依頼者・弁護士・調停者が相互に情報を開示しあって必死に選択肢を開発してよいものに絞り込んだ結果成立する合意内容が豊かなものになること、④手続的にもこのような形で相談・交渉・ADRが進めば、依頼者の「納得と安心」が得られると考えられることは交渉で論じたこと⁹⁰⁹⁾がそのままADRにもあてはまる。とりわけ、ADRで第三者の客観的視点が強く影響した作業になるため依頼者の「納得と安心」は相対交渉の時よりも高まる可能性が高い。

ローヤリング科目では、交渉やADRの知識だけでなくこの「選択肢を開発しようとする『姿勢』」を法科大学院生に伝えることが目標である。アメリカのロースクールでも、限られた授業時間を背景にADRの知識を「教え込もう」とされることが少なくないようである⁹¹⁰⁾が、当事者の自律性を基礎とするADRについて、「強制されたADR」「強制的に教え込まれたADR」は根本的な矛盾である⁹¹¹⁾。「何にでも使える万能薬はない。開拓すべき有望な複数の道があるだけである」というF.サンダーの言葉(1976)⁹¹²⁾は、このような選択肢の開発の姿勢を後押しする。

3 むすびー利用者に「分かりやすい」議論の必要性

以上、法科大学院科目としての「ローヤリング」の対象という観点から、「多義的」「重層的」議論が幅広く為されているADRについての整理を筆者なりに試みた。

ADRの議論についての筆者の率直な感想は「説明が本当に難しい」ということである。筆者自身の能力不足は申し訳ないが、ここまで高度で難しい議論がされていることは、ADR利用者である事件の当事者自身に十

909) 本稿 (5) 交渉 178～179頁。

910) Nancy H. Rogers, No Panaceas, Only promising Avenues: Frank Sander's Legacy for Dispute Resolution in Law Schools, *Negotiation Journal* p459 Oct.2006.

911) *Id.* at 462.

912) See Sander F.E.A, Varieties of dispute processing. *Federal Rules Decisions* 70 p133 (1976).

分理解されているだろうか⁹¹³⁾。手続利用者である法曹、調停委員などの手続主宰者はこの議論を十分フォローできているだろうか。本稿の内容の不正確さ・不十分さは能力不足をお詫びするほかないが、ADRにそれなりに関わってきたつもり筆者にとってもこの議論を理解しようとすることは相当に困難を伴うものであった。

このような素晴らしい議論がなされていることを、ADRの利用者に十分に理解してもらうことは、ADRの一つの特徴である「簡易」と無関係ではない⁹¹⁴⁾。ADR法が整備され多くの認証ADRが生まれているのに⁹¹⁵⁾ADRの事件数が増加しない⁹¹⁶⁾ことの一つの原因もそのような「ADRの魅力/すばらしさ」がADR利用者にとっては少なくとも「わかりやすい」

913) 中村・前掲注(698) 260～261頁は、ADRをめぐる運動は「本来は、『自分達の問題は自分達で解決する』という当事者の主張の展開としてでなければ、運動論としてはインパクトに乏しい」が「ADRについての利用者の声が十分見えない中で、ADRの拡充・活性化を説こうとするところに議論をわかりにくくしている原因のひとつがある」とする。

914) そもそもADR手続を選択するためには当事者が当該手続の内容を十分理解することが前提であるが、それが「複雑」「難解」では手続選択の為の情報としては不適切である。現状は、「ADR手続」を選択するか否かを利用者側が適切に判断するための「わかりやすい」前提情報が不足しているという意味で、手続保障が不十分であるように思われる。

915) 法務省の平成26年3月17日付ADR法に関する検討会報告書の概要や認証ADRの状況については鈴木昭洋「ADR法に基づく認証ADRの実情と課題」法の支配178号71頁(2015)以下、同「[ADRに関する検討会報告書]の概要」NBL1027号29頁(2014年)各参照。

916) ADRにつき利用が飛躍的に増加しているとは言えず特に民間型ADRについては一部を除き不活発との伊藤真教授の総括につき前掲注(694)。そして、この現状につき、垣内秀介「裁判外紛争処理」岩波講座『現代法の動態(5)法の変動の担い手』所収(2015)は、①日本に潜在的紛争自体が少ない②潜在的紛争の多くが放置・泣き寝入りで顕在化していない③紛争は相対交渉・相談行動等で効果的に処理されているという3つの仮説を立て、①③であれば「現状に大きな問題はなく裁判外紛争処理の促進を図る必要もない」ことになるが、「②の仮説があてはまる局面があるとすれば(太字は榎本)訴訟へのアクセス改善等とともに「裁判外紛争処理の活性化に積極的意義が認められる」とし、「最終的には経験的な検証に開かれた問題」との留保を付しながら「日本における裁判外紛争処理の現状は、質・量ともになお改善を要するとの評価が妥当する可能性は相当程度存在する」と整理する。

ものとは受け止められていない⁹¹⁷⁾ことにあるように思われ⁹¹⁸⁾、この点に関するギャップを埋め、架橋してゆくことがADRの利用を増やすためには必要であると考えらる。

917) 利用者に分かりやすく受け止めてもらうには、実務法曹自身の努力が不可欠であり、法科大学院科目たるローヤリングでのADRの議論では特にこの点が重要である。法科大学院ではプレゼンテーション・表現能力の涵養も重要な教育内容であり、この点榎本は「①難しいことを難しい言葉で語るのは普通の実務法曹。②難しいことを簡単な言葉で語るのは能力ある実務法曹」との標語で愛知大学や名古屋大学の法科大学院生に教育してきた(愛知県弁護士会法科大学院委員会編『入門 法科大学院一実務法曹・学修ガイド』(弘文堂、446頁)(2012年))。ただ、そう努力するとしても「ADR利用者の意識」と「ADR研究者の理論上の最先端の問題意識」とを架橋するのは相当困難に思える。ADRは実務法曹や研究者のためにあるのではないことを念頭に置けば、他の科目に比し特にADRを語るには「分かりやすさ」が重要なキーワードになると榎本は考える。

918) その点で太田勝造=垣内秀介編・ADR調査研究会『利用者から見たADRの現状と課題』日弁連法務研究財団「法と実務14」76～302頁(2018)が利用者の意識から「ADRの利用実態に関する経験的データの収集」を行った意義は大きい。中でも石田京子「一般市民向けインターネット調査の概要と主要な結果」224～242頁が目される。「ADRは人気がないというより知られていない」「80%を超える回答者がADRを全く知らなかった」(224頁)とし、ADRという言葉を知っている者についても「弁護士等専門家を通じて知ったものが少ない」(雑誌・新聞等が32.9%インターネット27.2%に対し「弁護士・弁護士会に紹介された」は6.4%に過ぎない)ので「今後、弁護士等、実際に市民の紛争に最初に関与する者に対して、ADRの有用性について理解を深める試みが一層必要」(242頁)とされる。

弁護士になろうとする者に「ローヤリング」科目でADRの意義が十分認識されること、そしてADRの議論がまず、(利用者には理解が難しくても)法律専門家である弁護士ないしその志望者に十分に理解される「わかりやすい」ものとなること(もちろん私自身も含め弁護士側の努力も必要である)が、ADRの有用性に関する認識を波及させ、更に活発にADRが利用されるためには必要ではなからうか。

