

---

 論 説
 

---

# ローヤリング基礎論覚書 (6)

## ADR・裁判外紛争解決

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 (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
    - ア 「ADR」の重層性
      - (ア) 「A (Alternative)」について
      - (イ) 「D (Dispute)」について
      - (ウ) 「R (Resolution)」について
    - イ 小括—「ADR」の意義について
      - (ア) 議論の整理と分析
      - (イ) 私見—本稿における「ADR」
  - (2) 訴訟(裁判)とADRの関係—「正義の総合システム」
    - ア 「正義の総合システム」(Planetary System of Justice)
    - イ 批判・異なる見解など
  - (3) アメリカの「ADRムーブメント」と日本のADR概観
    - ア アメリカの「ADRムーブメント」とその後の状況
      - (ア) 「ADRムーブメント」とは
      - (イ) 「ADRムーブメント」前後(揺籃期→草創期→警戒期)

- (ウ) ADR 制度期 (1990 年代以降)
  - (エ) アメリカでの調停理論の発展と日本の実務への示唆
  - (4) 日本における ADR
  - (5) 検討
  - (6) ADR の目的
  - (7) ADR の特質
    - ア ADR の長所
    - イ ADR の短所や限界・ADR に対する批判
  - 2 各論 (以下次号)
    - (1) 各 ADR の手続
      - ア 仲裁
      - イ 調停
        - (ア) 総論
          - a 調停の意義
          - b 調停の性質
        - (イ) 各論
          - a 民事調停
          - b 家事調停
      - ウ その他の ADR
    - (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
    - (3) 「選択肢の開発と絞り込み」と ADR
  - 3 むすびー利用者にとって「わかりやすい」議論の必要性
- 第 6 事件終了後の処理・報酬

## 第5 ADR・裁判外紛争解決<sup>556)</sup>

### 序 ローヤリングにおいて対象とするADRの範囲<sup>557)</sup>

「ADR」の用語は多義的である。各論者が理想とするADRが区区であることもあり、議論は錯綜している。

本稿で論ずる「ローヤリング」は、弁護士技能すべてではなく「法律家、就中（なかんずく）弁護士として実務に従事する際に使用する実務技能のうち、法科大学院において学生に習得させたく、かつ、習得させることが相当程度可能な実務技能」である<sup>558)</sup>。そこで、上記のADRのうちでも、「法科大学院において学生に習得させ」る観点からの絞り込みを行いたい。

## 1 総論

### (1) ADR・裁判外紛争解決とは何か

#### ア 「ADR」の重層性

ADRはAlternative Dispute Resolutionの略語である。一般に「裁判外紛争処理手続」と訳される<sup>559)</sup>が、その意味は多義的かつ「重層的<sup>560)</sup>」である。

556) 榎本修「ADRを含めた紛争解決手段の選択」名古屋ロイヤリング研究会編・前掲注1) 141～167頁の全体を書き改めた。

筆者のADRとの関わりは、①名古屋（愛知県）弁護士会あっせん・仲裁センター（紛争解決センター）開設（1997年）時の運営委員会委員（規則・書式作成等。（当時の同センターにつき小栗孝夫「あっせん・仲裁センターの発足」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、1997年）346～348頁）及びあっせん・仲裁人候補者（2016～19年）、②名古屋簡易裁判所の民事調停官（2010～12年）、③名古屋家庭裁判所の調停委員（2016～19年）、④愛知大学・名古屋大学法科大学院「ローヤリング」のADRの講義等があるが、本稿では⑤1994年弁護士登録以来のADR利用者としての経験を特に大切に検討したい。

557) 法科大学院教育においてローヤリング科目が開設されたこととADR改善のアプローチ（特に問題解決型アプローチ）との関係につき、濱野亮「司法とADRの接点の改善」仲裁とADR14号2～3頁（2019）。

558) 佐藤・前掲注1) 3頁。

559) 山本和彦＝山田文「ADR仲裁法」（日本評論社、第2版、2015）6頁〔山田〕。

560) 山本＝山田・前掲注559) 8頁〔図1.1〕〔山田〕は、①交渉と②相談との間にADR〔広義〕の外延があるとす。そして、②相談と③ADR〔狭義〕（斡旋（公害紛争28～30条等）・調停（民事調停等）・和解勧誘（民訴法89条等）・片面的仲裁・仲裁法上の仲裁）をあわせてADR〔広義〕であると整理し、この状況を山田は「重層的」と評価する（同書14頁）。

(ア) 「A (Alternative)」について

ADR の「A」<sup>561)</sup> は「alternative (代替)」の略で「裁判に代替するもの」と説明されることが多い。とすれば「ADR」の日本語訳は「代替的紛争解決手続」が英語に忠実<sup>562)</sup> だが、この訳語は必ずしも一般的ではなく「裁判外紛争解決手続」と訳されることが多い<sup>563)</sup>。

では、「alternative (代替)」でいう「代替」の対象は何か。上記のとおり裁判 (判決) 手続への代替を考えるのが通常である。しかし、裁判上の和解 (民事訴訟法 267 条) を ADR に含める考え方もあり<sup>564)</sup>、その立場からは単純に「裁判手続」の代替とは言い切れず、何に代替するか自体「必ずしも自明ではない<sup>565)</sup>」のである。

(イ) 「D (dispute)」について

「D」すなわち「Dispute (紛争)」には、「スポーツ判定の当否」等が含まれるか、「法律上の争訟」(裁判所法 3 条) との関係はどうか<sup>566)</sup>、民事上の紛争に限定するか、家事や刑事における紛争はどうなるかという問題がある。

(ウ) 「R (Resolution)」について

「R」すなわち「resolution (解決)」には、合意・裁定のみならず交渉過

561) 廣田尚久『民事調停制度改革論』(信山社、2001) 5 頁は「ADR」という用語の問題点を挙げる。「A」は Appropriate (適切な) A (第一級の) Aid (助力する、援助) Available (役に立つ、有効な) をあてるべき等)。

562) 村山真雄 = 濱野亮『法社会学』(有斐閣、第 3 版、2019) 82 頁は ADR に「代替的紛争処理」の訳語をあてる。

563) 我が国で ADR について制定された法律の名称も「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律」(平成 16 年法 151 号) である。

564) 後述の「広義の ADR」(イ (ア) a (b)) のとおり。高橋裕「司法改革における ADR の位置」関学 51 卷 1 号 366 頁 (2000) は何に“alternative”が示されないのは「概念そのものに内在する問題」という。

山田文「弁護士調停 (Lawyer-Mediator) の可能性」第二東京弁護士会編・前掲注 556) 36 頁以下「ADR は何に『代替』するのか」(Adjudication への代替は限界があり Negotiation への代替可能性を示唆する)。

565) 垣内秀介「国による ADR の推進」早川吉尚 = 山田文 = 濱野亮編『ADR の基本的視座』(不磨書房、2004) 64 頁。

566) 垣内・前掲注 565) 64 頁。実際に CAS [スイス]、(公財) 日本スポーツ仲裁機構 (JSAA) 等で扱われるスポーツ紛争 (ドーピングの有無・代表選手選考の公正性等) には「法律上の争訟」でないものも含まれている。

道垣内正人「スポーツ仲裁をめぐる若干の論点」仲裁と ADR 3 号 79 ~ 88 頁 (2008)、宍戸一樹「わが国におけるドーピング紛争仲裁について」仲裁と ADR 4 号 46 ~ 53 頁 (2009)、山本和彦「スポーツ仲裁の意義と課題」『ADR 法制的現代的課題』(有斐閣、2018) 388 ~ 416 頁各参照。

程における関係者の認識変容といったものも含める余地があり、解決に「第三者」の介在を要求するか否か、要求するならばその「第三者」の意味（意義）や関与の仕方も問題であるとされる<sup>567)</sup>。

なお、「resolution」につき代替的紛争「処理」との訳語が使われることもあるが、この訳には無理がある<sup>568)</sup>。また、日本語の「処理」には「ゴミ処理」のように厄介なものを粉砕してゆくニュアンスが含まれる点でも適切とは言えない。「解決」の訳語をあてることが適切である<sup>569)</sup>。

## イ 小括—「ADR」の意義について

### (ア) 議論の整理と分析

以上のように「『ADR』とは何か」という根本問題につき議論が「重層的」に為されている<sup>570)</sup>状況のもと、各論者の主張を厳密に引用して分析すると議論がより混乱する。そこで、佐藤幸司「憲法」に倣って<sup>571)</sup>議論を「類型化」し<sup>572)</sup>3つの視点から一定の分析を加えたい。

#### a 議論の整理

##### (a) 視点【1】—仲裁・調停・交渉はADRか？

##### —「当事者の自律性」に対する評価

仲裁・調停・交渉をADRの範囲に含めるか否かが最初の大きな論点で

567) 垣内・前掲注565) 64頁。

568) 垣内・前掲注565) 63頁は「合意成立」が「事実的な意味での紛争状態の消滅を意味しない」点を含意すれば「Resolutionを『処理』と訳すのは意識」とする。

569) その意味でも「裁判外紛争『解決』手続の利用の促進に関する法律」(平成16年法律第151号)との名称は適切であろう。

570) 廣田尚久『紛争解決の最先端』(信山社、1999) 159～163頁、小島武司『ADR・仲裁法教室』(有斐閣、2001) 1～7頁、石川明『ADR覚書』小島武司編『ADRの実際と理論I』(中央大学出版部、2003) 3～25頁、佐藤鉄男＝吉田史晴＝橋本誠志「司法制度改革とADR」同書27頁、垣内・前掲注565) 63～66頁、小島武司編『ブリッジブック裁判法』(信山社、第2版、2010) 123～147頁〔猪股孝史〕、廣田尚久『紛争解決学講義』(信山社、2010) 199～214頁、入江秀晃『現代調停論 日米ADRの理念と現実』(東京大学出版会、2013) 15頁、小島武司＝猪股孝史『仲裁法』(日本評論社、2014) 2～7頁、山本＝山田前掲注559)〔山田〕6～18頁、市川正人＝酒巻匡＝山本和彦『現代の裁判』(有斐閣、第7版、2018) 8～10頁〔山本〕、村山＝濱野・前掲注562) 75～94頁などを参照した。

571) 佐藤幸司『憲法』(青林書院、第3版、2002) 2頁初版はしき。

572) 弁護士の「実務感覚」からは、①「仲裁・調停がADRではない」②「法律相談・交渉もADR」との主張は腹に落ちない。

しかし、仲裁が調停と本質的に異なるから「ADRに仲裁を含むべきでない」「仲裁はもちろん強い説得を伴う調停ですらその本旨からは外れる」といった議論や、入江・前掲注570) 15頁が「裁判所における裁判官による和解手続、仲裁、調停、あつせん、法律相談、当事者同士の直接交渉に至るまでADRであるとしても間違いとは言いつれない」と述べられるを見ると上記の実務感覚は打ち砕かれる(太字は榎本)。

ある。

ADRの本質を「当事者自身が自律的・積極的な合意・交渉をすることにある」点を強調して、①仲裁をADRの定義から除外する考え方（A説）がある<sup>573)</sup>。更にそれを強調して、第三者たる調停者（調停委員等）登場による他律性を重く見て②調停すらADRの定義から除外する考え方（B説）もあり得る。そして、更に当事者自律性を強調した、③交渉までもADRに含めるという考え方（C説）もある<sup>574)</sup>。

同じ「当事者の自律性」を理由とした解釈論であるが、上記①②がADRの範囲を狭める方向であるのに対し、逆に③はこれを広げる方向の解釈である。

(b) 視点【2】相談・苦情処理や裁判上の和解はADRか？

－「広義の『ADR』」

別の視点としては、④「相談」「苦情処理」（特に業界団体が設置したPLセンター<sup>575)</sup>における「相談」等）をもADR概念に入れる考え方（D説）、⑤裁判上の和解<sup>576)</sup>（民事訴訟法267条）をもADRの概念に含める考え方（E説）もある。上記（a）で検討の中軸となっている「当事者の自律性」からすれば、「相談」「苦情処理」は第三者が関与する点でADRの本質から外れることになるし、裁判上の和解に至っては話し合いが決裂した場合に裁判官（公権力を持つ公務員）が「判決」（強制力）を背景に強烈に解決を押し付けてくる手続きであり、ADRとは真っ向対立する概念とも言える。しかし、利用者・当事者の意思に基づいた手続選択・解決ではあるといった点で判決手続そのものとは異なるとの理由からこのような相談・苦情処

573)「仲裁ADR法学会」(Japan Association of the Law of Arbitration and Alternative Dispute Resolution)との名称は、「仲裁法」「ADR法」が別個の法律であることに基づくのかも知れないが、「仲裁『と』ADR」との機関誌名と併せ見ると「ADR」の概念外に仲裁があるようにも見える。

574)ここでは、本稿(4)(名法285号281頁以下)(5)(同286号123頁以下)で検討した交渉理論(特に注299)R.Fisher=W.Ury'Getting to Yes"「ハーバード流交渉術」「原則立脚型交渉」の発展と、その応用として調停を位置付ける考え方が「アメリカのADRの実務に大きな影響を与えている」(山本=山田・前掲注559)36頁[山田]。この点でも相談・交渉・ADRを横断的に検討する「ローヤリング」科目が果たすべき役割は重要であると筆者は考える。

575)(一社)家電製品協会運営の「家電製品PLセンター」、日本自動車工業会が中心となって設立した(公財)自動車製造物責任相談センターなど。高橋・前掲注564)377頁参照。

576)更には①和解条項案の書面による受諾(同法264条)、②裁判所が定める和解条項(同法265条)も含まれ得る。

理、裁判上の和解を ADR の定義の中に含める論者もあり、これらに仲裁・調停などを含めて<sup>577)</sup>「広義の ADR」として定義されることがある<sup>578)</sup>。

### (c) 視点【3】ADR と「司法」の関係

「司法」制度改革審議会意見書<sup>579)</sup>が「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律」(平成 16 年法律第 151 号) 成立の出発点である<sup>580)</sup>ように、ADR は「司法」と大きく関係する。しかし、本来の「司法」権の概念(憲法 76 条)と ADR とは大きな緊張関係を孕む。なぜなら、一般に司法は「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することにより、これを裁定する国家作用」と定義され<sup>581)</sup>、「裁定」(強制の契機)が特に ADR での当事者の自律性を強調する立場からは根本的に矛盾するものと考えられるからである。

石川明が「憲法 76 条 1 項にみられる司法概念あるいは伝統的な司法概念からすれば」「調停以外の ADR を、司法概念をいくら拡大したとしても司法概念に含めるということは困難<sup>582)</sup>」と指摘するのはこの点に関わる<sup>583)</sup>。

この点は、元来、裁判所法 3 条が「一切の法律上の争訟を裁判する」機能以外に「その他法律において特に定める権限」(非訟事件)につき、商事・人事の非訟事件のみならず、民事・家事の調停事件を裁判所が行うこと自体については大きな疑問はもたれてこなかったことから、ADR のこれまでの議論では、必ずしもあまり意識されていないように思われる<sup>584)</sup>。

577) 但し、そもそも「仲裁」「調停」を ADR に入れるかどうかについて自体 (a) で記載した通り異論がある。

578) 例えば、山本=山田・前掲注 559) 8 頁 [図 1.1] [山田] など。

579) 「司法制度改革審議会意見書 - 21 世紀の日本を支える司法制度 -」(2001)。

高橋・前掲注 564) 395 頁 (「ADR に対する態度」①リーガリスト的対応、②テクノクラットの反応、③共同体的反応)、403 頁 (「この司法改革における ADR の議論」(「リーガリスト的対応」①) 志向) を基調とする。仮に②③に短絡し ADR が提示されれば「法の支配」中核を掘り崩す)、405 頁 (「『近代法/訴訟一判決』での解決という前提」については、「専門分化」M. ヴェーバー「法の分裂」(職業分化/財貨取引・経営・工業生産に関わる利害関係者への考慮の必要性増加)があり、「近時の ADR 推進の動き」は「インフォーマリズム」導入で対処する側面を持つと整理する) 各参照。

580) 上記司法制度改革審議会意見書で「裁判外の紛争解決手段 (ADR)」は、「II 国民の期待に応える司法制度」「第 1 民事司法制度の改革」中で論じられる。

581) 芦部信喜 [高橋和之補訂]『憲法』(岩波書店、第 7 版、2019) 347 頁。

582) 石川明「ADR 覚書」小島編・前掲注 570) 5 頁。

583) 垣内・前掲注 565) 82 頁の「法の支配」に関する指摘も参照。

584) 廣田・前掲注 561) 78 頁以下は、ADR の基本的概念が「私的自治」にある以上、ADR は司法の範疇に入らないとする。

## b 分析

## (a) 論者のバックグラウンドの相違による意見の多様性

ADR に関する議論は、ローヤリングの他の分野（例えば法律相談や交渉など）と比べて、様々な分野の<sup>585)</sup>バラエティに富む論者で議論されている。

例えば、①研究者か実務家（弁護士など）か、また、同じ研究者の中でも、②民事手続法（主として民事訴訟法・仲裁法）研究者か、法社会学研究者<sup>586)</sup>であるか（双方に造詣が深い論者も少なくないがその軸足は様々である）、③アメリカの「ADRムーブメント」（更にはこれと深く関連する、交渉や法律相談の理論）を重視するか否かなどである。

様々なバックグラウンドの論者が論じており、もともと自分が一番大切に考えるものが異なるので議論がかみ合わないように見える。例えば仲裁については、①民事手続法学者は仲裁がもともと民事訴訟法の中に規定されていた<sup>587)</sup>こともあり仲裁手続に親近感があるように思われる。他方、②法社会学者の多くはアメリカの調停理論や Med-Arb の手続きの峻別を強調して、ADR から仲裁を除いて考える論者も少なくない。③日本の裁判所調停制度（民事調停）に対する評価についても、様々なものがある<sup>588)</sup>。

## (b) 仲裁法及び「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律」制定以降の ADR に関する議論のあり方

時代を考えれば、2001 年司法制度改革審議会意見書を受けた仲裁法（平

585) この点を、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—アメリカ合衆国の制度を中心として (3)」法学 58 卷 5 号 927 頁 (1994) は「民事手続法学・法社会学・法哲学・公共政策学等に及ぶ殆ど無限ともいえるインプリケーションを内包する ADR という大海」と表現する。

586) 1950～2010 年代の（調停）をめぐる日本の法社会学的研究を 5 つの時期に区分して整理したのとして、山田恵子「戦後日本の法社会学研究における〈調停〉への視角」仲裁と ADR（第 15 号）1～11 頁 (2020)。

587) 民事訴訟法（明治 23 年法律第 29 号）「第 8 編 仲裁手続」が、民事訴訟法（平成 8 年法律第 109 号）成立により「公示催告及び仲裁手続ニ関スル法律」に改題・切り離され存続した。つまり、仲裁法（平成 15 年法律第 138 号）成立までは、明治時代の民事訴訟法の中に仲裁の規定が置かれていたことになる。

588) 民事調停を合意・互譲・条理・実情にかなう解決を図る手続として積極視する者もあるし、家事調停には上記に加え調査官・裁判所技官（医師等）が関り得る点等にメリットを見出し得る（2 (1) イ (ア) [a 民事調停の長所]、同 (イ) [a 家事調停の長所] 各参照）。

他方、川島武宜「日本人の法意識」（岩波書店、1967）等の日本の調停批判を背景に ADR から除外する論者もある一方、法社会学者の中にはアメリカの ADR や調停と比較して論じ、「日本人の法意識」とは違う）「アメリカ人の法意識」に基づく調停には寛容であるようにも見える。



成 15 (2003) 年)、裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律 (平成 16 (2004) 年、以下「ADR 法」という。) の成立までは、立法論と解釈論とをオーバーラップさせて議論させる意味が大きかった。しかし、これら二大立法が完了した以上、立法論と解釈論をもっと峻別して論ずべきではなからうか。

### (イ) 私見一本稿における「ADR」

本稿では以上の観点から、ADR 立法の事実を尊重し<sup>589)</sup>、その文言を尊重して考え、ADR には仲裁や調停が含まれると解する<sup>590)</sup>。特に法律実務家の視点からは、日本のローヤリングにおいて ADR を論ずる以上、多くの件数を占める調停<sup>591)</sup>を無視して ADR を論ずることは適当でない。このような ADR は、やはり伝統的な「司法」の概念には反するから、これらを「司法」の中にも含めることはできない<sup>592)</sup>。また、ADR 法上の文言上「相談」を ADR にも含めることはできない<sup>593)</sup>。

よって、本稿では、「相談」を ADR から除外し、「仲裁」「調停」を ADR にも含めて検討する。

### (2) 訴訟 (裁判) と ADR の関係ー「正義の総合システム」

以上のように ADR に関する議論は極めて錯綜しているが、これを全体

589) ただし、廣田尚久『紛争解決学講義』(信山社、2010) 199～214 頁、321～328 頁が指摘するとおり、ADR 法自体にも更に改善すべき点があり得る (特に、行政によるコントロールをどこまで及ぼすべきか (守秘義務との関係で問題) 等)。この点は立法論・改正論として別途大いに議論すべきである。

590) 仲裁や調停は「裁判外紛争解決手続」(1 条) に含まれる (「訴訟手続によらずに民事上の紛争を解決しようとする紛争の当事者のため、公平な第三者が関与して、その解決を図る手続」にほかならないから)。しかし、「民間紛争解決手続」(第 2 条第 1 号) には含まれず、第 5 条の認証の対象とはならない (小林徹『裁判外紛争解決促進法』(商事法務、2005 年) 45、49 頁)。山本・前掲注 559) 2 頁も民家事調停を ADR にも含めて考えるのが「現在の一般的考え方」であるとする。

591) 平成 30 年度新受数で民事調停 30,959 件、家事調停 198,862 件である (最高裁 HP 司法統計頁民事・行政篇平成 30 年度 76 表、同家事篇平成 30 年度 4 表各参照)。

592) 芦部・前掲注 581) 349 頁は「司法」観念が国・時代により異なる「歴史的なもの」であるという。「司法」を「具体的な争訟事件につき、法を適用し、宣言することによって、これを解決する作用」(「法律用語辞典」(有斐閣、第 4 版、2012 年) 521 頁) と考えれば、「宣言」や「解決」の解釈によっては ADR を「司法」にも含め得る。しかし、憲法 76 条が「すべて司法権は」裁判所に属すると規定することを裏返せば、ADR を「司法」に入れることはやはり困難ではないか。「司法」の定義を広げることは論理的には可能 (小島武司「司法改革と ADR」ジュリ 1207 号 10 頁 (2001) の「大文字の司法」「汎司法」等) だが、それは司法権の中核的な価値たる「司法権の独立」を危殆に瀕せしめかねない。

593) 「相談」は、ADR 法第 1 条の「解決を図る手続」には文言上含まれないからである (小林・前掲注 590) 25、416 頁参照)。

的に整理するものとして小島武司が示す「正義の総合システム」(Planetary System of Justice)は、最初に明示的にこの問題をとりあげたものと評価されており<sup>594)</sup>、裁判とADRの関係のあり方を理解するにあたって極めて有用である<sup>595)</sup>ことから、「法科大学院において学生に習得させたく、かつ、習得させることが相当程度可能」なものとして検討する。

#### ア 「正義の総合システム」(Planetary System of Justice)

この考え方は、小島武司が1978年に提唱した<sup>596)</sup>もので(【図3-1】参照)、中心に存在する「判決<sup>597)</sup>」が紛争解決基準を外延にあるADR等に波及させてゆき(波及のベクトル)、他方、ADR等での解決内容が裁判基準よりも優れている場合には、裁判の法的基準に影響を与えていく(汲上げ<sup>598)</sup>のベクトル)というものである<sup>599)</sup>。

594) 山本=山田・前掲注59) 74頁 [山田]。

595) 法科大学院では、法律基本科目「民事訴訟法」が必修科目である(平成15年文科省告示53号5条1項1号、専門職大学院設置基準(平成15年文科省令16号)42条2項(旧26条2項)、学校教育法3条)。ADR・交渉等の文言は上記にない。とすれば、法科大学院の教育課程においては「民事訴訟法に基づく裁判手続」の習得が当然に想定されている。

そして、訴訟(裁判)の特質を知るにはADRとの比較が有用である。例えば、相手方に対する応訴強制(民事訴訟法159条3項、1項参照)や、確定判決の執行力(民事執行法22条1号)の意義は、ADR・交渉にかような機能が当然には存しないことと比較してこそよく理解できる。その意味で、法科大学院教育課程でのADR教育は、訴訟(裁判)手続の理解を深める点にこそ意義があると考えられる。

596) 小島武司「正義の総合システムを考える—マクロジャスティス試論」民商臨増3号9頁(1978)。同8頁は、これを「多様な紛争」を取り込もうとする「マクロ・ジャスティスの視点」で「正義の総量を最大化し不正義を最小限度に抑える」ことを目指すものとする。その理論的基礎付けとして、中野貞一郎「裁判の合理化」阪法145=146号(1988)4頁(このシステムについては同6頁以下)参照。

このシステムの太田勝造による再解釈も注目すべきである(「ADRのプラネタリ・システム」と相対交渉中心主義の観点からこれを逆にした「ADRの新プラネタリ・システム」につき「社会的に望ましい紛争解決のためのADR」仲裁とADR7号1～13頁(2012))。この考え方をもとに東京大学法科大学院の「法と交渉」の授業で交渉中心のADR教育を行っている実践として同「法科大学院におけるADR教育の実践」仲裁とADR8号79～85頁(2013)参照。

597) 小島武司「紛争処理制度の全体構造」新堂幸司編『講座民事訴訟1 民事紛争と訴訟』(弘文堂、1984)361頁はこのシステムの中核「裁判」「判決」「内容を決定するのは、単なる法律ではなく、法、換言すれば正義」とする。

598) 小島・前掲注596) (1978)10頁は「汲込みの方向」と表現するが、同・前掲注597)360頁(1984)は「汲上げ」と表現を改めており、本稿も後者に従う。

599) 「警察官の関与」「有力者の斡旋等による紛争解決過程」「行政庁の諸決定」は同システムの枠外であろう(棚瀬孝雄「紛争と裁判の法社会学」(法律文化社、1992)177頁～178頁)。

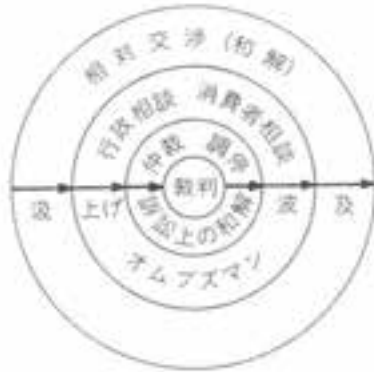


図 3-1 小島武司「正義の総合システム<sup>600)</sup>」

波及ベクトルの例としては、判例の規範が各種 ADR や交渉の解決基準として波及する場合が考えられる。汲上げベクトルの例としては、日照権紛争で当初は調停手続で一定範囲で日照権を認めることを前提とする解決結果が累積してゆき、やがて裁判所もそれを受け入れる形で人格権を根拠とする日照権が国家法規範として認められるようになった例が挙げられる<sup>601)</sup>。一般的には ADR の手続きの結果は公表されないので、汲上げ効果の実効性には疑問の余地があり得る<sup>602)</sup>が、全般的には肯定的な評価が少なくない<sup>603)</sup>。

#### イ 批判・異なる見解など

これに対しては、①「考え方の基本的枠組としては適切だ」としつつも「フォーマルな訴訟手続とインフォーマルな調停などの ADR とを異質的なものとして対比的に捉え過ぎている」という田中成明の考え方<sup>604)</sup>や、

600) 小島・前掲注 597) 360 頁。

601) 山本＝山田・前掲注 559) 83 頁 [山本]。

602) 山本＝山田・前掲注 559) 74 頁 [山本]。棚瀬孝雄の「わが国で、紛争を管理 (manage) するという視点が制度構築と制度運営において優越している」との整理 (1990) を引用しながら「わが国では、法律相談は、基本的には、法的争訟、法的ディスコースへの端緒ではなく、法的争訟、法的ディスコースへの道をスクリーンするゲートキーパーの役割を果たしている」とするものとして濱野亮「日本型紛争管理システムと ADR 論議」早川＝山田＝濱野編・前掲注 565) 43 頁以下。

603) 棚瀬・前掲注 599) 256 頁以下参照。

604) 田中成明『現代社会と裁判』(弘文堂、1996) 56 頁。

②訴訟、仲裁、調停、相対交渉を並列に位置付ける井上治典<sup>605)</sup>の考え方、  
③この立場を「裁判とADRの関係の現状を説明し、またあるべき関係を定立していくうえでも極めて有力なモデル」としながら、「この見解に対しては、また様々な観点から批判も多い」と整理しつつ、これに対する反論を用意する山本和彦の考え方<sup>606)</sup>などがある<sup>607)</sup>。

### (3) アメリカの「ADRムーブメント<sup>608)</sup>」と日本のADR概観

以上のような「正義の総合システム」に対する見解を検討する前提として、各論者が前提としているアメリカの「ADRムーブメント」の歴史<sup>609)</sup>とそれと比較した日本のADRの発展史を概観したい。

#### ア アメリカの「ADRムーブメント」とその後の状況

##### (ア) 「ADRムーブメント」とは

1980年代以降の日本のADRの議論は、アメリカの「ADRムーブメント」の影響を強く受けている<sup>610)</sup>。これは、1976年に「司法運営に対する人々の不満足の原因に関する全国会議<sup>611)</sup>」(Pound Conference)で当時のアメリカ

---

605) 井上治典「裁判手続の手軽な利用のために」『民事手続論』(有斐閣、1993)72頁は、これを「八ヶ岳志向」と呼び、「正義の総合システム論」が「富士山志向」「太陽志向」「裁判外手続が裁判によって誘導される発想」であるから「結果的に裁判の垂流になりかねない」という(85頁。川嶋四郎『ADRと救済』に関する基礎的考察)仲裁とADR5号111～112頁(2010)の「阿蘇型」も参照。

606) 山本=山田・前掲注559)83頁以下[山本]。具体的には、①ADRが裁判所の下請機関化する(山本は「下請ではなく役割分担の問題」と統括)、②社会規範から裁判に汲上げられるルールが「プレモダンな社会のルールの生き残りに利用される」(山本は、それは本来ADRの競争中で克服されるべきもの。裁判所が汲上げの際に拒絶することが、裁判所の「法の応答性(responsibility)」を向上させ、司法制度全体の在り方として望ましいと反論)。

607) 山本=山田・前掲注559)83頁[山本](2015)は、正義の総合システムは「裁判とADRの関係の現状を説明し、またあるべき関係を定立していくうえでも極めて有力なもの」としながら、様々な批判を紹介する。他の諸評価については小島武司「正義の総合システム再考」曹時7頁以下(1989)も参照。

608) “Alternative Dispute Resouction Movement”は、山田文「裁判外紛争解決制度における手続的配慮の研究」法学58巻46頁(1994)では「代替的紛争解決方法運動」と、山田文「アメリカにおけるADRの実情」NBL718号40頁[2001]では「ADR運動」とそれぞれ和訳されている。

609) アメリカのADR一般につき笠井正俊「比較法的視点からみたわが国ADR法の特質—アメリカ法から」ジュリ1207号57～64頁(2001)、山田・前掲注608)NBL718号40～47頁、720号71～77頁(2001)。

610) 和田仁孝ほか「座談会 ADRの基本的視座」早川=山田=濱野編・前掲注565)285頁[和田仁孝発言]。

611) 入江・前掲注570)39頁は同会議の名称に関連し、「米国のプラグマティズム法学者パウンド(Pound)」の思想(反権威主義思想としての隣人調停とも共通する視線等)とのつながりを指摘する。

最高裁長官 Warren E. Burger や F. Sander の問題提起 (multi-door courthouse (複数のドアを持つ裁判所)) を端緒として発生し、裁判官向けの論文・会議・講演の形式で展開されたキャンペーンであり<sup>612)</sup>、「個々の紛争は (必ずしも裁判手続によらず) 各紛争にふさわしい適切な手続 (調停 (mediation)・仲裁 (arbitration)・事実調査 (fact finding)・医療過誤スクリーンパネル (malpractice screen panel) など) によるべき」というものである<sup>613)</sup>。

(イ) 「ADR ムーブメント」前後 (揺籃期→草創期→警戒期)

「ADR ムーブメント」以前にも、アメリカでは様々な形で<sup>614)</sup> 司法外の合意的な紛争解決制度が発展していた (揺籃期)<sup>615)</sup> が、上記 (ア) の「ADR ムーブメント」草創期を経て<sup>616)</sup>、サンダー教授が「ADR への警戒期<sup>617)</sup>」と呼んだ時期 (80～90年代) の「ADR の光と影」を経る<sup>618)</sup>。

612) 山田文「ADR 化のルール化の意義とその変容—アメリカの消費者紛争 ADR を例として—」早川＝山田＝濱野編・前掲注 565) 24 頁。Kimberlee K. Kovach “Mediation” (3d ed. 2014) at 6 は、本会議のテーマは訴訟コストと遅延の問題であり、これに対して ADR の目指すべきところ (goals) と目的 (objectives) は明確で、多くの事案で ADR は費用 (cost) と遅延 (delay) を生じさせず解決を提供する点にあるという。入江・前掲注 570) 26 頁も参照。

613) Jacqueline M. Nolan-Haley “Alternative Dispute Resolution” (1992) at 6.

614) 入江・前掲注 570) 27 頁は 70 年代の「下からの」隣人調停は「裁判所とは離れた場所で、法曹関係者とは距離がある運動」だったとする。レビン・小林久子「米国における隣人調停—その理念と技法」井上治典・佐藤彰一共編『現代調停の技法—司法の未来—』(判例タイムズ社、1999) 213 頁 (司法に対するアンチテーゼとしての調停) 参照。

615) 例えば 19 世紀には、特定職種、教会等の宗教的コミュニティ、地域コミュニティ (部分社会) で、国家法と異なるコミュニティの規範に基づく紛争解決方法として ADR が機能していたとされ (山田・前掲注 612) 23 頁)、「草の根 ADR」として「近隣ジャスティスセンター」neighborhood justice center [NJC] が典型例に挙げられる (山本＝山田・前掲注 559) 35 頁 [山田]。

616) 山田・前掲注 612) 25 頁は、草創期について「交渉理論との親和性に基づいて調停を発展させ、また理論的には、促進的調停 (facilitative mediation) と評価的調停 (evaluative mediation) の区別、変容的調停 (transformative mediation) の発見、ADR の独自の意義 (手続的には、当事者の積極的参加による手続的正義の達成やエンパワーメント (empowerment) 効果など、実体的には、実定法に縛られない柔軟かつ創造的な解決の可能性など) の発見といった発展を促す礎石となった」と整理する (廣田・前掲注 561) 58 頁も参照)。この点は、後述する相談・交渉との技法のクロスオーバー (2 (2)) との関係で重要である。

617) 山田・前掲注 612) 26 頁は、①裁判を受ける権利の空洞化、② ADR に内在する諸問題 (手続主宰者の中立性、実体規範と和解内容の乖離等) を指摘する。

618) 山田・前掲注 612) 25 頁は、ADR 運動の初期から、そのインフォーマル性に隠蔽された権利主張妥協の要請／権利主張を抑制する“和の精神”の強調／ADR の推進が裁判制度改善の必要性を弱めるために利用される虞といった問題性を「鋭く説き続けてきた先駆的業績 (Laura Nader (ed). NO ACCRSS TO LAW (1980), Jerold S. Auerbach, JUSTICE WITHOUT LAW? (1983) といった労作) を忘れてはならない」と指摘する。

(ウ) ADR 制度期 (1990 年代以降)

1990 年のアメリカ司法改革法<sup>619)</sup>等により ADR の「制度化」が進んだ<sup>620)</sup>一方、ADR の限界<sup>621)</sup>や危険性<sup>622)</sup>に対する賛否や内容の議論が展開された。日本の司法制度改革審議会意見書が 2001 年、ADR 法制定が 2004 年であるから日本の ADR 法はアメリカから約 15 年遅れて成立したことになる<sup>623)</sup>。

(エ) アメリカでの調停理論の発展と日本の実務への示唆

以上のような ADR ムーブメントを経て、アメリカでは調停に関する理論が大きく発展してきた。中でも、日本の法律実務への示唆として非常に重要なのは「当事者の自律性」や「手続保障」の重要性であろう。特に「調停的仲裁」「Med-Arb に関する手続批判」<sup>624)</sup>などについては日本の法律実務はもっと敏感になってよいように思われる<sup>625)</sup>。

日本で ADR ムーブメントが持ち込まれた 80 年代にこのような「影」を伴うものとして紹介されたとすれば、川島・前掲注 588) による調停制度批判と重ねるように ADR・調停に対する懐疑的な意識を生じさせた面もあるのかもしれない。

619) THE CIVIL JUSTICE REFORM ACT OF 1990.

司法研修所編「簡易裁判所における民事調停事件の運営方法に関する研究」(法曹会、2013) 7～9 頁は、日本と違いアメリカ合衆国では(連邦のシステムでも)「全国一律の適用はされていない」という。

620) 山田・前掲注 612) 27 頁は、「弁護士事務所における ADR 担当者の常駐、訴訟係属後の ADR 回付のルーティン化、ロースクールや弁護士係属研修 [CEL] における ADR 科目の一般化」などを挙げる。2000 年ころのアメリカの ADR の状況についてはレビン小林久子「調停ガイドブック—アメリカの ADR 事情—」(信山社、1999) に詳しい。

621) 山田・前掲注 612) 27 頁。Judicial Conference of the United States, THE CIVIL JUSTICE REFORM ACT OF 1990: FINAL REPORT (1997) により、ADR 促進により「迅速化は見られたが、費用は却って上がった」こと (ADR の神話性) が明らかとなったという。これにつき、入江・前掲注 570) 41 頁は、ADR は早くも安くもないという結果が「衝撃を持って受け入れられた」とする。

622) 山田・前掲注 612) 27 頁は「多様な ADR を一括りにして批判したり規制をかけることの危険性(紛争対象、手続主宰者、ADR を提供する中間団体/組織ごと)」と考え「ADR を制度的/手続的に規律する、個別のアプローチが採用されるようになった(1998 年連邦 ADR 法等)」とする。

623) しかし、日本では ADR 法の施行後も ADR (特に弁護士会 ADR や業界型 ADR 等の民間型 ADR) は「当初考えられたような成果を上げているとは言い難い」とされ、「モデルとされたアメリカと比較した場合には、その件数は極めて限られたものに止まっている」との評価が一般である(山本・前掲注 582) 9 頁「(3) 民間型 ADR—アメリカの模倣と挫折」)。

624) 早川吉尚「日本の ADR の批判的考察—米国の視点から」立教 54 号 208 頁(2000)。

625) 濱野・前掲注 600) 57 頁(2004) は従来のわが国で「裁断型手続と調整型手続の原理的峻別について、法律家、法学者を含め、きわめて鈍感であった。訴訟上の和解や調停の実務のあり方はその点から、根本的に反省されなければならない」

#### (4) 日本における ADR

これに対し日本では、古くは勸解(かんかい)<sup>626)</sup>の制度があり<sup>627)</sup>、借地借家調停法(大正11年)等を始祖とする調停<sup>628)</sup>や国際商事仲裁<sup>629)</sup>などの豊かな実務の歴史がある<sup>630)</sup>が、これらはそれぞれ民事調停法・家事審判法・仲裁法など各単行法ごとに論じられることが多く、必ずしも「裁判外紛争解決手続」として一まとまりには論じられてこなかった。その後も、建築紛争・公害・交通事故・消費者問題などその時々に応じた社会的な需要に応じるために様々な ADR が設立された<sup>631)</sup>が、諸外国とりわけ上記のアメ

とする。

626) 明治8年に Conciliation (仏) の影響を受けて成立した、裁判官が原告の間に立ち民事上の争いを和解させる制度。明治23年民事訴訟法制定まで存続した。小山・前掲注585) 8～12頁。他方、上記手続の発祥地たるフランスでの近時のADRの動きは、司法研修所編・前掲注619) 13～14頁、山本・前掲注566) 41頁参照。

627) 更に遡ると、江戸時代の内済(名主等が扱人となり当事者に示談させ、成立すると内済証文をつくり裁判所(奉行)に提出させたもの(川島・前掲注588) 163頁参照)と民事調停が理念的につながるとする考え方が多い。小山昇「民事調停法」(有斐閣、新版、1977年) 10頁は「内済の形で制度化された理念が勸解の形で制度化された」という。高橋宏志「我が国における調停制度の歴史」判例932号50頁(1997)、司法研修所編・前掲注619) 2頁、廣田・前掲注561) 104～106頁各参照。

628) 小作調停法(大正13年)・商事調停法(同15年)・金銭債務臨時調停法(昭和7年)など(高橋・前掲注627) 50頁参照)。

川島・前掲注588) 166頁以下は、これらを第1次世界大戦後の「旧来の『協同体的関係の解体』『外来の民主主義思想および社会主義思想』、特に「下級者」(小作人・賃借人・労働者等)が団体を組織し、「上級支配者」(地主・家主・傭主)に権利を要求し始め、旧来の「有力者」(地主・警官等)が「丸く納め」られなくなり上記調停制度導入で解消することを試みたものとする。

629) 社団法人国際商事仲裁協会の設立は1953年である(小林正浩「(社)国際商事仲裁協会における実情と課題」ジュリ1207号88頁(2001))。

630) 佐々木吉男「民事調停の研究」(法律文化社、増補、1974)は、戦前の調停が「時々の社会的経済的背景の下に、独自の、すぐれて政策的な一現在からみれば、むしろ非合理的な一考慮と意図にもとづいて設置された」もの(28頁)ゆえ、現行民事調停制度の存在理由は「旧各種調停制度との外見的連続」ではなく「内面的非連続」が必要であると厳しく指摘する。

631) ①建設工事紛争審査会(1949年・建設業法)、②労働委員会(1946年・労働組合法)、山崎真司「中央労働委員会における紛争処理の現状と課題」ジュリ1207号80頁(2001)参照、③国民生活センター(1970年・国民生活センター法。角田真理子「国民生活センターにおける消費者相談の現状と課題」ジュリ1207号84頁(2001)参照)、④(財)日弁連交通事故相談センター(1967年設立)(財)交通事故紛争処理センター(1973年設立の交通事故裁定委員会に続き1978年財団法人設立(小柳光一郎「(財)交通事故紛争処理センターにおける業務の実態と今後の課題」ジュリ1207号92頁(2001)参照)、⑤住宅紛争審査会(1999年・品確法)、⑥労働審判(2004年・労働審判法)など。

特に1990年の第二東京弁護士会仲裁センターの立ち上げは、行政と無関係・

リカのADRムーブメントの影響もあり、アメリカでのADRの議論や発展を踏まえて裁判と対置させるものとして議論されるようになり、これが本格的に位置づけられたのは2001年の司法制度改革審議会意見書である。これを受けてADR法が2004年に成立した<sup>632)</sup>。

このような経緯で整備されてきた日本のADRについては、①**手続構造**に着目した分類（**調整型**（民家事調停・裁判上の和解等）／**裁断型**（裁定・仲裁等）、②**設営機関**に着目した分類（**司法型**（民家事調停・裁判上の和解）／**行政型**（公害等調整委員会等）／**民間型**（日本商事仲裁協会・弁護士会ADR・各種PLセンター等）のような分類がなされることが多い<sup>633)</sup>。

### (5) 検討

日本の調停には、歴史的に裁判所や上から見るパターンリズムの傾向が強く<sup>634)</sup>（特に当事者に対する「説得<sup>635)</sup>」が大きな要素となっている点の特

分野も無限定で「インパクトを持つもの」と入江・前掲注570) 115～121頁はコメントする。

632) ADR法の構造については、安西明子「ADR促進法の構造」和田仁孝編『ADR理論と実践』（有斐閣、2007年）23～33頁。

633) 小林・前掲注590) 216頁「わが国のADRの分類（例）。山本＝山田・前掲注559) 18～30頁〔山田〕は更に詳細に「民間型」を独立型／業界型／混合型に分類し、紛争類型による分類（労働・医療・交通事故等）なども挙げる。

634) 川島・前掲注588) 169～175頁、萩原金美「調停のいまとこれから—調停における顕教と密教についてなど」井上＝佐藤共編・前掲注614) 241頁参照。

民事調停法の条文や、実務家の記載した書籍を見ると現在でも随所にパターンリズムの香りが感じられる部分がある。すなわち、調停手続は「裁判官」たる（民事調停法7条1項）「調停主任」が「指揮」（同法12条の2）する。「調停主任は」「主導的な役割」を果たす（東京簡易裁判所判事である林隆峰編「簡易裁判所 民事調停の実務」（日本加除出版社、2018）23頁）。「調停委員会の任務」は「実情を聴取」し「陳述に食い違いがある部分」につき「真相を解明」し「調停を勧告する」点にある（裁判所職員総合研究所「民事実務講義案Ⅲ」（司法協会、5訂版、2015）204頁）。調停委員会は「当事者の主張を明確化」「真の原因が何であるかを的確に把握」「当事者が納得する解決方法を発見」するものとし、収録の添付「民事調停手続の運用モデル参考案」（33頁）（最高裁判所事務総局編）には、（事情聴取）の次に（説得〔調停案を提示して説得に当たる〕）が記載されている（日本調停協会連合会調停委員研修委員会編「調停委員必携（民事）」（財）日本調停協会連合会、5訂、2009））。

以上をまとめると、①**裁判官**たる**調停主任**が**主導**し（当事者主導ではない）、②**当事者**の「**実情**」なるものを**客体**として**聴取**して（当事者は主体でなく聴取される対象）、③**当事者**に**解決案**を**勧告**し（当事者が解決案を自ら見つけ出すのではない）、しかも④この**解決案**に**不満**な当事者を**説得**していくモデルであるから、相当にパターンナリスティックな手続きであると言える。

この点、司法研修所編・前掲注619) 81頁は、調停委員会による解決案の策定・提示は、当事者が納得して合意をするための動機付けを目的とするものであるから調停が自主的紛争解決手続であることには反しないという。

635) 入江・前掲注570) 103頁は、日本の調停実務家の「説得」につき「実務家が『良



色である)、その点に対する十分な警戒は必要であり、井上治典がいう「富士山志向」には十分な注意が必要である。また、日本の実務慣行である調停と仲裁を同一手続主宰者の下で行うことによる問題や、裁判上の和解自体について手続保障軽視である<sup>636)</sup>、アメリカのスタンダードから大きく外れているといった指摘は重要なものである。

以上のことは理念としてはよく理解できるが、現在の日本のADRの置かれた位置を客観的に評価すれば「正義の総合システム」が提示した見取り図はかなりの確なものであるように思われる<sup>637)</sup>。

手続法的には、裁判所における裁判は、相手方を手続きに引き入れるために相手方の同意を必要としない強制力を持つ点で、人権たる裁判を受ける権利(憲法32条)に裏打ちされた最後の砦・最後の手段(ultima ratio<sup>638)</sup>)であり、受け皿でもある。それはちょうど、倒産法の世界で、民事再生・会社更生等他の倒産手続きが全て頓挫したときに破産法が最後の受け皿になって倒産制度全てを底支えしている<sup>639)</sup>のにも類する。

実体法的にも、裁判所における裁判において示される裁判官による「法」の解釈適用は、当事者間の相対交渉も含めた、紛争解決手続全体を底支えするという性質を有する。ADRでの手続きが頓挫した場合には、最後は<sup>640)</sup>「法」(ここでいう「法」とは単なる実定法のみをさすのではなく、強行法規に反しない当事者の合意(民法91条参照)すなわち私的自治によって当事者が合意した内容が含まれる)が適用されて解決されるという

い」と思っているのだからそれ以上追求しないということではなく、その『良さ』について、実証的に研究することが求められ」とする。

636) 廣田・前掲注561)3頁は、「裁判所における調停や訴訟上の和解をこのままにしておくのならば、ADRの拡充も活性化もはかれない。メスを入れるべき患部はここにある」という。

調停よりも根本的問題は訴訟上の和解であろう。ただ、この「患部」と廣田が称するものは日本の民事実務の相当奥深くまで食い込んでおり、これについての入江の指摘(注635))に対して実務家の側も答えていく責務があるように思われる。

637) 入江・前掲注570)124頁。司法制度改革審議会のメンバーである竹下守夫「司法制度改革審議会における審議過程から見たADR法の状況」仲裁とADR5号2頁(2010)の「正義の総合システム」に対する積極的評価を参照。

638) 田中・前掲注604)45頁。

639) 牽連破産(民事再生法250条、会社更生法250条)。伊藤真「破産法・民事再生法」(有斐閣、第4版、2018年)1214頁、同「会社更生法」(有斐閣、2012年)720頁参照。

640) 仲裁手続では、例外的には(法ではなく)「衡平と善」を判断基準とすることがあり得る(仲裁法36条3項)。

こと（民事訴訟法 253 条 2 項参照）は、裁判所における裁判の最後の受け皿・砦としての性質を客観的に示している。

そして、少なくとも「裁判（審判）になればこうなるのだから」という当事者に対して示す予測効果が少なくない ADR や当事者間の相対交渉に波及しているという波及のベクトルが存することは事実である<sup>641)</sup>。確かに、山本が正当に指摘するとおり「汲上げのベクトル」には客観的実証に乏しい点はあるが、総体としては現在の日本における ADR と裁判の関係を正当に示しているように思われる<sup>642)</sup>。

本稿では、「ローヤリング」を「法律家、就中（なかんずく）弁護士として実務に従事する際に使用する実務技能のうち、法科大学院において学生に習得させたく、かつ、習得させることが相当程度可能な実務技能」と定義する<sup>643)</sup>以上、裁判（民事訴訟）というものの特質をより深く理解するためにも（女性というものの特質を理解しようとするれば、男性や女性と自認しない人などと比較して初めてその性質が多角的に理解しやすくなるのと同様である）、ADR と裁判の違いや関係を理解する必要がある、またローヤリングのコマ数<sup>644)</sup>や法科大学院教育段階で置かれるものであるこ

641) 例えば、交通事故損害賠償事案に関する判例が①「青本」（日弁連交通事故相談センター本部編「交通事故損害額算定基準」。最新版は 2020（27 訂）、②「赤い本」（日弁連交通事故センター東京支部編「民事交通事故訴訟 損害賠償額算定基準」。最新版は 2020 年版）と、③「民事交通訴訟における過失相殺率の認定基準」別冊判タ 16 号（2004）に示されたような形で、逸失利益や慰謝料・過失相殺に関する裁判の結果が、裁判外の相対交渉や調停・仲裁の規範として「波及」していることが一番端的な例である。

実際の調停でも、調停主任裁判官が「期日において裁判例を示しつつ、解決案の根拠などを分かりやすく説明することがある」とされる（「平成 29 年度高等裁判所管内調停運営協議会における協議結果要旨」調停時報 199 号 10 頁（2018））。

642) それは、実務家（当事者の代理人、民事調停官（簡裁）、調停委員（家裁）・弁護士会 ADR センター（愛知県）仲裁人候補者）として日本の ADR と裁判に 25 年以上携わってきた弁護士である私自身が有する「実務感覚」でもある。

高橋・前掲注 579) 395 頁の「ADR に対する態度」(①リーガリストの対応②テクノクラットの反応③共同体的反応から見れば、①が「波及」ベクトル③が「汲上げ」ベクトルに関わり、②が当該紛争自体の解決という実務上の必要に根差したものと評価できる。

643) 佐藤・前掲注 1) 3 頁。

644) 法科大学院における「ローヤリング」（ロイヤリング）は、必修科目ではなく選択科目として設置されている場合が多く、単位数も限られている（岡庭幹司「法科大学院における実務基礎教育の現状と課題—シラバス調査の結果から見えてくるもの—」日弁連法曹養成対策室報 No.3 93 頁（2008）。面接・交渉技法（約 0.1 単位）、模擬法律相談（約 0.0 単位）仲裁・調停・ADR 等は挙げられていない）。

ローヤリング科目中で ADR を扱う授業回数は更に限られる。筆者自身の授業

などを勘案すれば、さらにこの「正義の総合システム」こそが「法科大学院において学生に習得させたい」ものと考えられるのである。

## (6) ADRの目的

ADRの目的は、一般に①司法資源の節減(裁判所の負担軽減)、②裁判による救済の限界を超えた解決の可能性、③当事者の自律的紛争解決の効率化・合理化を図る等の点にあるとされる<sup>645)</sup>。

## (7) ADRの特質

### ア ADRの長所

ADRの長所として、一般に以下のようなものが挙げられる<sup>646)</sup>。

(ア) 利用者の自主性を活かした解決<sup>647)</sup>、(イ) プライバシーや営業秘密を保持した非公開での解決<sup>648)</sup>、(ウ) 簡易・迅速で廉価な解決<sup>649)</sup>、(エ) 多様な分野の専門家の知見を活かしたきめ細やかな解決<sup>650)</sup>、(オ) 法律上の権利義務の存否に留まらない<sup>651)</sup> 実情に沿った解決が可能である<sup>652)</sup> こと。

でも名古屋大学(2017～19年)・愛知大学(2004～09年)の各法科大学院ではローヤリングは2単位、法律相談から交渉、事件終結後の処理等まで取り扱うためADRの授業は、そのうち3回に過ぎず、しかも多くの時間はロールプレイに費やした。

645) 山本=山田・前掲注559) 14～18頁 [山田]。

646) 司法制度改革審議会意見書。山本=山田・前掲注559) 12頁 [山田] は、アは「ADRの本質に根差す特徴」であるが、イ～エは裁判制度を補完して価値を実現するものと整理する。

647) レビン小林久子「ブルックリンの調停者」(信山社、2002) 144頁。

648) 廣田・前掲注561) 55頁。レビン小林・前掲注647) 144頁「非公開」。

649) 廣田・前掲注561) 54頁。レビン小林・前掲注647) 144頁は「時間と費用」の「節約」と表現する。

650) 渡辺千原「紛争解決過程における専門知一医療ADRを例に」仲裁とADR13号72～79頁(2018)参照。

651) 廣田・前掲注561) 49～54頁は「訴訟とADRの仕様上の相違点」として、①「100対ゼロの勝ち負け＝出口一つ」ではなく、多数の出口(「割合的な解決」「多くの解決の出口」「第三者を連れてきて解決」)で解決可能であり、②「要件事実主義」ではなく、「諸事情を考慮して多様な解決(期限猶予・分割払・一部減額・一部完済後免除・違約金・連帯免除・担保取消・自然債務型・早期履行増額等)」、③必ずしも「三段論法」を使わない「最終提案仲裁」(本稿2(1)ウ(ウ)参照)等の方法も採れる、④「因果律」にこだわらず、「共時性の原理」による解決もあり得る、⑤「自由意思主義」ではなく、「潜在意識に配慮し、意識化」して解決できる、⑥「請求権主義」ではなく、「まだ請求権という形に整っていない場合」や事実問題の争いにも対応できる点を挙げる。

652) 廣田・前掲注561) 40～41頁は紛争解決規範につき「成文法の外に、判例、訴訟上の和解・調停・仲裁の解決例、学説、諸科学の成果、技術的判定、慣習、自然法、経済的合理性、ゲームの理論等々、さまざまなものがある」とする。

レビン小林・前掲注647) 215頁は「法律が問題解決の万能選手ではない」「隣人調停では法律論が入り込む余地はごく少なく、かえって入らない方が効率良く

これに加えて、山田文は「(カ) 正義へのアクセス拡大への方途となること」を挙げ<sup>653)</sup>、廣田尚久は、(キ) (訴訟が過去志向であるのに対し)「ADRは、当事者がこれからどうするかが主要なテーマであるから、当然将来志向になる<sup>654)</sup>」という<sup>655)</sup>。

他方、紛争によっては、「当事者の合意を取りつけるために時間のかかる説得を行うよりも、本人の陳述・簡単な証拠調べから結論を出してしまった方が早い場合も少なくない<sup>656)</sup>」から「裁判外の紛争処理が、裁判に比べて常にコストが低い」「と固定的に考えるのは誤り」であり、またADRが紛争処理コストを低減する一方「そうした簡易な紛争処理手続が新たに設けられた」「ことが逆にひき金となり」「紛争が大量に顕在化し、結局社会全体の紛争処理コストが押しあげられる」ことも考えられるとの棚瀬孝雄の指摘<sup>657)</sup>もある。

また、上記のようなメリットがあるにも拘らず「現在の日本においては、

和解できる」とさえる。

653) 山本和彦『ADR 法制の現代的課題 民事手続法研究Ⅲ』(有斐閣、2018) 5頁は、ADRのメリットとして「中立性あるいは公正性が担保される」点を挙げる。

654) 廣田・前掲注 561) 54頁

655) 小島・前掲注 570) 7頁以下は、ADRの「一般的特質」「個別的特質」「諸機能」として下記をあげる(カッコ内は本文に対比した。1 (3) (4)、2 (4) (8)、3は直接対応するものはない)。

#### 1 ADRの一般的特質

(1) インフォーマリゼーション(ウに対応)、(2) ディリーガリゼーション(オに対応)、(3) ディプロフェッションナリゼーション(法律専門家以外の関与を禁止しない)、(4) プライヴァティゼーション(設営者として民間機関参入)。

#### 2 ADRの個別的特質

(1) 手続の簡易柔軟(ウに対応) (2) 手続・解決内容の非公開(イに対応) (3) 迅速性(ウに対応) (4) 一審制(5) 専門性(エに対応) (6) 解決基準の弾力性(オに対応) (7) 手続の非国家性(アに対応) (8) 国際的ハーモナイゼーションの可能性

#### 3 ADRの諸機能

##### I 中核的機能

(1) 負担分担機能 (2) アクセス拡大機能 (3) 総合的調整機能(当事者主手続の結果、各当事者ニーズを調整し「win-win」解決の可能性) (4) 当事者間の対等確保機能 (5) プロセス合理化機能(第三者関与により当事者の感情が抑制され、争いの核心が明確になり、交渉プロセス自体が合理化)

##### II 派生的機能(心理学などを含めたより広い角度から眺めた機能)

(1) カタルシス機能(当事者主体の話し合いで主張を十分展開する満足感) (2) 権威づけ機能 (3) 教育社会化機能(ADRに参加した当事者がその後社会的行動を変容させたり、法規範と社会規範の隙間を埋める)

656) レビン・小林・前掲注 647) 144頁「ADRの弱点」。

657) 棚瀬・前掲注 599) 249～250頁参照。

ADRの機能が十分なものとは言い難い点に争いはない」との指摘もある<sup>658)</sup>。

イ ADRの短所や限界・ADRに対する批判<sup>659)</sup>

他方ADRの短所や限界としては、(ア)民事訴訟のように相手方をテーブルにつける(手続きに引き込む)強制力が当然には備わっていないことのほか、(イ)裁判所のADRの多用により裁判所の公的役割(法形成・法宣言)が放棄されること、(ウ)紛争解決の公開性が失われる<sup>660)</sup>こと、(エ)当事者間の格差を追認する可能性があること(ラフ・ジャスティス<sup>661)</sup>や二流の正義<sup>662)</sup>、「声が大きい者・机を沢山たたいた者が勝つ」と言われる問題)、(オ)真の合意が担保されていないのではないかなど問題があり得る。

(以下次号)

---

658) 山本和彦『民事訴訟法の現代的課題 民事手続法研究Ⅰ』9頁(有斐閣、2016)参照。

659) 山本=山田・前掲注559)41頁以下[山田]。

660) 第二東京弁護士会仲裁センター運営委員会『ADR解決事例 精選77』(第一法規、2007)など解決例の情報公開の努力を続けているADRもある。

661) 入江・前掲注570)151頁及び87頁以下。

662) 棚瀬・前掲注599)207頁は「安ものの正義(cheap justice)というレッテル」を指摘し「こうした紛争処理機関の設置は、必ずしも『ジャスティスの総量』を増大させ」ず戦前の各種調停制度と同様「人々の裁判へと向かうエネルギーを脇へそら」す「ものではないかとの危惧も出されている」と整理する。