The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ADR の「共通的な制度基盤」整備の問題点 : 裁判外紛争解決の柔軟で多様なあり方をめぐって
Author(s)	福井, 康太
Citation	阪大法学. 2004, 54(3), p. 57-104
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55125
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

ADRの「共通的な制度基盤」整備の問題点[1]

——裁判外紛争解決の柔軟で多様なあり方をめぐって——

福井康太

一　序論

わが国では、九〇年代後半以来、司法制度のあり方を様々な角度から分析し、その社会的役割を時代に適合したものにするために、そのほかの一連の「構造改革」と並行して司法制度改革が進められてきた。[2] とりわけ、一九九九年に内閣のもとに司法制度改革審議会が設置されて以来、法曹養成のあり方から、司法へのアクセス向上、国民の司法参加、司法における専門家の活用、そして、各種ADRと司法制度との連携のあり方について活発な議論が展開された。[3] 同審議会での検討は、すでに二〇〇一年六月一二日の「司法制度審議会意見書」提出をもって終了し、[4] その後は内閣のもとに新たに設置された司法制度改革推進本部が中心となって、同「意見書」にもとづいて具体的な法制化等の施策が進められ、二〇〇四年に召集された第一五九回国会の段階では、すでに関連する主要な法案の大半が上程され、可決成立するにいたっている。[5]

今般の司法制度改革は、「法の支配」にもとづく自己責任社会への移行を念頭に置き、そのような時代に適合的

な司法制度のあり方を実現しようとする改革の試みであった。そのための方策として、国民にとって、より利用しやすく、わかりやすく、頼りがいのある司法の実現ということが提唱された。しかしながら、そうした議論において、しばしば改革の理念とは裏腹に、一般市民が自らの責任において、自らの抱えている紛争（もめごと）を自律的に「解決」しようとする営為に水を差すような施策の検討も見られなかったわけではない。とりわけ、目下司法制度改革推進本部（ＡＤＲ検討会）[6]で検討が進められている「ＡＤＲ法」（仮称、以下「ＡＤＲ法」とする）の内容については、そのような危惧を拭い去ることはできないように思われる。

すなわちこうである。法の建前によるかぎり「法の支配」の中核を担うのは裁判所を中心とする「狭義の司法」であり、そこで基準となるのは法的ルールである。民主的に制定された明確な法的ルールの適正な解釈適用によってこそ、公正性を主たる内容とする正義の最大化が図られるというのである。[7]「狭義の司法」が「法規の整合的な解釈適用」の役割を担っていくことが「法の支配」にとって重要なのは言うまでもないし、ＡＤＲ（Alternative Dispute Resolution 裁判外紛争解決）もまた適切に紛争を解決していくことで正義を実現していくという意味で「広義の司法」の一翼を担うとすれば、それがなんらかの仕方で「法の支配」の枠内に位置づけられるのは、ある意味当然のことのようにも思えてくる。だが、そもそも「法の支配」は、「私的自治」、すなわち個々人が自己責任にもとづいて自主的に社会的関係を構築することを最大限尊重しなければならないという法原理を前提とするものである。法的ルールは、個々人が主体的に選び取り、率先して実現していくのでなければ、十分に実質化されうるものではない。ここで問題となる「法の支配」は、「私的自治」をも包摂する広い意味でのそれとして理解されなければならない。そして、ＡＤＲは、そのような「私的自治」の原理にもとづいているのであり、[8]その存在意義は、「私的自治」が妥当する大半の社会領域において、当事者自身の自主的な交渉と合意とに基づいて、多様かつ柔軟

なやり方で紛争を解決するというところに見いだされる。ＡＤＲは、「私的自治」にもとづいて、「もめごと」のあり方に応じて、柔軟できめの細かい、いわば「オーダーメード」の紛争解決を実践してきたからこそ、その努力を通じて少しずつ一般市民に受け入れられ、活動領域を広げてきたのである。そこには、「狭義の司法」が担う「一般的な法的ルールの貫徹」によっては容易に立ち入ることのできない核心領域が存在している。したがって、そうした核心領域への一律的な法的ルールによる介入には、最大限の慎重さが求められるはずである。この点、今般の「ＡＤＲ法」に盛り込まれようとしている「民間紛争解決業務の認証制度」（仮称、以下「認証制度」とする）は、そうした核心領域に不用意に踏み込み、これまで各ＡＤＲが自らの努力で培ってきた成果を損なうおそれが大きい。というのも、「認証制度」は、一定の要件を満たしている民間型ＡＤＲの紛争解決業務に認証を与える一方、主務官庁等に広範な介入の余地をみとめ、当事者の自主性に依拠して柔軟で多様な紛争解決を行うというＡＤＲの核心を損ないかねないからである。

本稿では、まず、「狭義の司法」による「法規の整合的な解釈適用」を通じた「適切な紛争解決」のはらむアポリアについて、法社会学的紛争モデルを用いて分析する。つぎに、「適切な紛争解決」のためには、「狭義の司法」による紛争解決方法では克服できない困難があり、それとあわせて、「私的自治」の領域に、そうした枠にとらわれない、柔軟かつ多様な紛争解決のあり方が認められなければならないということを明らかにする。これに続けて、そうした柔軟かつ多様な紛争解決ニーズに応えて発展してきたのがＡＤＲであり、それを活性化していくためには、そのようなＡＤＲの柔軟性と多様性に最大限の配慮が払われなければならないことを論証する。さらに、以上を前提として、目下検討が進められている「ＡＤＲ法」に盛り込まれようとしている「認証制度」がそうした配慮とは大きく異なる効果を生ずる危険をはらむものであることを明らかにし、最後に、「ＡＤＲ法」のもとで多様な紛争

解決を実現していくために残された途について述べることで結びに代える。

二　問題の所在

㈠　「狭義の司法」が抱えるアポリア

本稿で取り上げる課題に答えていくためには、まず、「狭義の司法」において「法規の整合的な解釈適用」を通じて「適切な紛争解決」を行うことがいかに困難なアポリアを抱えているかを明らかにすることが先決である。

この点、従来の法理論においては、司法の権能実現の困難性は、理論的にあまり深く追求されて来なかった。しかし、それが決して容易でないことは、少し考えを巡らせればすぐに理解できることである。以下においてさらに詳細に検討するが、現実の紛争はそれぞれユニークな存在であり、定型的なとらえ方を受けつけない。そこで、司法が「法規の整合的な解釈適用」の要請を強調すれば、それと同時に要求される「適切な紛争解決」の要請は後退することになり、他方「適切な紛争解決」の要請を強調すれば、「法規の整合的な解釈適用」の要請が後退することになる。すなわち、司法は「あちらを立てればこちらが立たず」というアポリアに直面しているのである。このアポリアは、そもそも「狭義の司法」において、さらに言えばその枠の延長上で、あらゆる紛争解決を実現していこうとする試みの限界をも明らかにしている。むしろ、紛争解決の大半は、「私的自治」領域で、様々な第三者の意見を参考にしつつも、当事者自身の力で、自主的に引き受けられているのであり、そうであることが望ましい。(9)

㈡　法的に重要な三つの型のコミュニケーション

「適切な紛争解決」と「法規の整合的な解釈適用」という司法に対する二つの要請から生じるアポリアについて

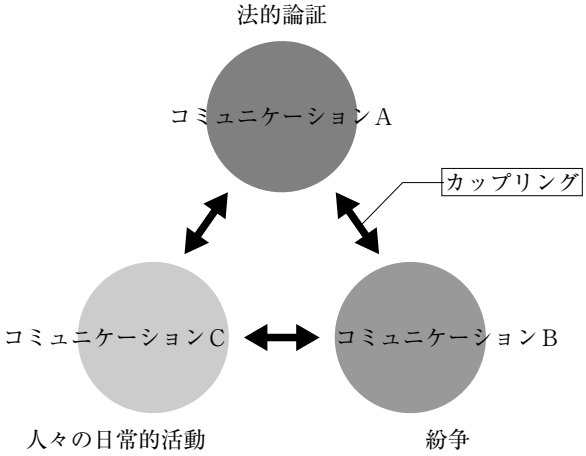
さらに明らかにしていくためには、つぎのような仕方で、法的に重要な三つの型のコミュニケーションを区別するのが便宜である。問題点を強調するべく、それぞれの性格を若干誇張してモデル化することをお許し願いたい。

コミュニケーションＡ：法律家（典型的には裁判官）のコミュニケーション

コミュニケーションＢ：紛争の渦中にある当事者たちのコミュニケーション

コミュニケーションＣ：法をメディアとして用いる、紛争に無関心な人々の「日常的活動」のコミュニケーション[10]

三つの型のコミュニケーションの関係



まず、コミュニケーションＡは、法的理由づけを念頭に置く、典型的な法的やり取りである。そこでのやり取りは、法的ルールのみならず、それを解釈し適用するための様々な解釈技法、そして無自覚なうちに張り巡らされている実務慣行によって支配されている。それは「法的論証」のやり取りであり、そこで最も重視されることは、法的理由づけの整合性ないし一貫性である。つぎに、コミュニケーションＢは、紛争に巻き込まれている当事者たちのやり取りである。ここでのやり取りは、当事者自身によって紛争と認知されることによって独自の展開をたどりはじめ、日常のやり取りとは異なった特殊なやり取り連関

を形成する。このやり取り連関こそが「紛争」である。[11] さらに、コミュニケーションCは、取引活動に典型的に見られるように、法をルールとしてのみならず、むしろある種のメディアとして用い、他人の領域にあまり踏み込まずに展開される「人々の日常的活動」におけるやり取りである。そこでは、法のみならず、貨幣や権力といった他のコミュニケーション・メディアが同時に用いられる。これらの三つの型のコミュニケーションは、重層的に重なり合い、機能的に結びつきあって、法的コミュニケーションの総体を形成する。もっとも、それぞれのコミュニケーションは固有の存続原理を有しており、コミュニケーションそれぞれを他のそれと機能的に結合しようとすると（ここではそのような機能的結合を「カップリング」と呼んでおく）、「こちらを立てればあちらが立たず」というアポリアが発生してしまうことになる。

㈢　コミュニケーションAとCとのカップリング

以下、それぞれのコミュニケーションの「カップリング」について、個別に検討する。出発点として、まず、一般に「法と社会」という二項対立において念頭に置かれる、コミュニケーションAとCとのカップリングについて検討しよう。というのも、この検討によって「法規の整合的な解釈適用」と人々の「日常的活動の円滑」との連関が明らかになるからである。

コミュニケーションAは、「法的論証」のやり取りである。そこでは「法規の整合的な解釈適用」が強く求められ、法規はいつどこで誰に対しても同一内容で解釈適用されるべきだと強調される。コミュニケーションAにおいて「法規の整合的な解釈適用」が求められるのは、それがコミュニケーションCにおける「日常的活動の円滑」の前提となるからである。コミュニケーションCは、コミュニケーションAにおける「法規の整合的な解釈適用」の

成果（判決）を前提にすることで、法をルールとしてのみならず、むしろメディアとして用い、生活領域の広い範囲において、円滑に展開されることになる。たとえば、「保証契約」の内容が裁判によってきちんと実現されることが見込まれるからこそ、日常の取引活動が円滑に行われるということを想起してほしい。他方、コミュニケーションＣにおける「日常的活動の円滑」は、それ自体がコミュニケーションＡを支持するものとなる。人々が「法規の整合的な解釈適用」の内容を信頼して法規を援用するのでなければ、司法制度の存在理由はない。要するに、コミュニケーションＡが「法規の整合的な解釈適用」の要請にきちんと応えていくことで、コミュニケーションＣにおける、取引活動を中心とする人々の「日常的活動の円滑」が確保され、他方、それがフィードバックされることで、コミュニケーションＡが継続的に再生産され続けていることになる。

㈣　コミュニケーションＡとＢとのカップリング

つぎに、コミュニケーションＡとＢとのカップリングについて検討する。この検討によって、「法規の整合的な解釈適用」と「適切な紛争解決」との結びつきの困難さが明らかになるからである。

このカップリングも基本構造は比較的明確である。すなわち、コミュニケーションＡは、紛争の渦中にある当事者たちの求めに応じて、「法規の解釈適用」という仕方で「紛争解決案」を提示する。紛争は渦中の当事者たちにとって耐え難いものであり、コミュニケーションＢから発せられる「紛争を解決してほしい」という要求に応えることが、コミュニケーションＡの主要な存在理由であることは明らかである。他方、コミュニケーションＢは、コミュニケーションＡに対して、その存続にとって不可欠の前提となる「法規の解釈適用」の機会をもたらす。「法規の解釈適用」の機会がなければ、コミュニケーションＡは消滅してしまうのだから、コミュニケーションＡにと

って、コミュニケーションBの存在が存続条件であるということは言うまでもない。

だが問題なのは、コミュニケーションAの提示する「紛争解決案」（つまり「法規の解釈適用」の成果としての判決）が、しばしばコミュニケーションBからすれば「適切な紛争解決」とは受けとられないということである。多くの場合、その「紛争解決案」は、敗訴当事者のみならず、勝訴当事者にとっても受容しがたいものである。たとえば、一見会社の分割が主要争点である事件があるとしよう。争点を整理した結果、当該事案に対して原告主張の「分割計画」がきちんと判示されれば、それは「法律上の争訟」として適切に解決されうるように見えるかもしれない。そこで、担当裁判官は、「分割計画書」が有効であることを証拠によって確認すれば、この事案は解決されるという心証を抱くかもしれない。しかし、この事案の背後にある紛争の実体が、閉鎖会社の承継（相続）に絡む親族（相続人）同士の人格をかけたいがみ合いであったとすればどうであろう。そのような事案に対して「会社分割法理」にしたがって「法規の整合的な解釈適用」による紛争解決を試みたところで、それが当該事案に対する「適切な紛争解決」となるとはかぎらないであろうことは、容易に想像がつく。このことは、コミュニケーションAが、コミュニケーションBからの「適切な紛争解決」の要請に応えようとしても、それが「法規の整合的な解釈適用」を目指すかぎりで、一定の限界があることを示している。他方、当該紛争をどうにかして適切に解決しようとすれば、当該要件事実に対する「法規の整合的な解釈適用」の十分な実現はおぼつかないことになる。しかも「法規の整合的な解釈適用」が実現できなければ、コミュニケーションCの「日常的活動の円滑」が阻害されることになりかねない。

以上の検討を通じて、コミュニケーションAとC、およびコミュニケーションAとBとの二つのカップリングは、かなり困難なアポリアの関係に陥っていることが明確になった。[12] これこそが「狭義の司法」の抱えているアポリア

の内実である。司法制度を「より利用しやすく、わかりやすく、頼りがいのあるもの」にしようとすれば、このアポリアが克服されなければならないことは明らかである。だが、このアポリアは「狭義の司法」の枠のなかで解決可能なものなのだろうか。この問いは、理論枠組としてはコミュニケーションＢとＣとのカップリングに関わっているが、これに先立って「社会学的意味での紛争解決」の意味についてさらに踏み込んで検討することが理解の便宜にかなっている。というのも、それによって、コミュニケーションＡとＣ、およびコミュニケーションＡとＢとの二つのカップリングの陥っているアポリアがどれほど深刻であるか、その克服が「狭義の司法」においていかに困難なことであるかが明らかになるからである。そこでつぎに「社会学的意味での紛争解決」について検討する。

三　社会学的意味での紛争解決

㈠　「狭義の司法」における紛争解決の困難性

このようなアポリアに対処するにあたって、従来の「司法的紛争解決モデル」は、かなり強引な仕方でコミュニケーションＡとＢとを結びつけようとしてきた。そこでは、「あらゆる紛争に対して『法規の整合的な解釈適用』によって適切な解決が与えられる」という論調が主流だったのであり、与えられる判決が当該紛争にとって適切な解決たりうるか否かという問いは巧みに隠蔽されていたのである。

このような強引な結びつけは、今日の民事訴訟手続に関する通説的な立場においても垣間見ることができる。[13] この立場は、当事者が主張立証に関する自己責任の結果として、裁判官の提示する判決を受容するとしている。これは一見当事者の主体性を尊重しているようであるが、その前提となる当事者の自由が十分ではない点で、主体性の要請にかなっていない。つまりこうである。訴訟手続においては、実体法上の「要件事実ルール」と手続法上の

「主張立証ルール」とが、当事者の法的主張および立証のやり取りを枠づけする。当事者たちは、訴訟手続を自らに有利に進めようと考えるなら、紛争のなかで培われた、それぞれの「固有の思い」のようなものをそのまま法廷に持ち込むことはできない。その結果当事者たちは、弁護士等の力を借りながらそうした思いを「法的主張」へと加工し、そのうえで主張立証を行わなければならない。「適時提出」といった手続原則もまた、当事者がその思いの丈をその都度思いつくままに法廷に持ち込むことを封じる。当事者たちは、こうしたルールと諸原則のもとで言いたいことも言えないまま、レールを敷かれた方向へと自ら進んでいき、裁判官が「訴訟が裁判をするのに熟した」と判断した段階で判決を受けることになる。まさに、当事者は自らの自由と責任のゆえに（しかし本質的には不自由ゆえに）、判決を受容せざるを得なくなるのである。このようなことでは、訴訟手続で「適切な紛争解決」という要請が十分にくみ上げられるとはとうてい言えない。

「狭義の司法」は、多かれ少なかれ「適切な紛争解決」の要請についてのこのような切り詰めを回避することができない。先ほど検討したように、コミュニケーションCからの期待に応えていくためには、紛争解決に際しても「法規の整合的な解釈適用」によることが強調されざるをえないのである。とはいえ、「適切な紛争解決」の要請が、無条件にないがしろにされてよいわけはない。「適切な紛争解決」と「法規の整合的な解釈適用」という二つの要請のあいだの乖離は、どうにかして埋められなければならないはずである。この問題に答えるためには、コミュニケーションBが構成する「紛争としてのやり取り」、言い換えれば、「社会学的意味での紛争」がいかなるものであるのか解明し、それを前提に「社会学的意味での紛争解決」の意味を問う必要があろう。

(二)　「ミクロな秩序」としての紛争[14]

社会的実体として紛争をみるなら、それはひとつの「過程」である。すなわち、当事者相互のやり取りの中での何らかの不都合な問題が悪循環的に再生産される「過程」である。この「再生産過程」は、当事者たちによる、当該事態についての解釈の複合体であると言い換えることもできる。それは、当事者たちそれぞれの事態解釈が相互に触発しあうなかで生成する、独自の「やり取り単位」である。それはしばしば些細なきっかけから発生するが、様々な出来事に触発されて拡大再生産され、手の施しようのない「もめごと」へと成熟する。そうした「やり取り単位」の再生産の触媒となるのは、怒りや恨み、ねたみ、意地、プライド、敵意といった感情的要素が中心であるが、それとともに、正義観、損得勘定のような合理的要素も触媒となる。それらが当事者間のやり取りのなかで絡み合うことで、紛争は拡大再生産されることになる。このように紛争というものは単なる利害や主張の対立としてではなく、社会学的・心理学的要素からなる「再生産過程」として理解される必要があるということになる。(15)

こうした「再生産過程」は強度の凝集力をもち、日常的活動のルーティンとして自律化する。それは「ミクロな秩序」としての性質を備えた、独自の「やり取り単位」をなすのであり、それゆえにこそ、それは「一個の紛争」として観察可能となる。(16) そうした「再生産過程」の本来の姿は、究極的には、紛争を構成するやり取りの内側からしか捉えられない。それは外部からの理解を寄せつけない、それぞれにユニークな実体であると言えるだろう。

㈢　社会学的意味での紛争解決

社会学的意味での紛争が、当事者相互のやり取りのなかでの不都合な問題の「再生産過程」であるとするなら、その「解決」もまた「過程」として把握されなければならない。すなわち、紛争解決は、当事者たちが相互のやり取りを通じて自分自身で自らの課題を引き受けていく過程として把握されなければならないというわけである。そ

れは、当事者たちが、それぞれ自らの課題と共存できるように、周囲の関係を自ら力で変化させていく過程のことだと言うことができる。この過程は、ふつうの場合、時間はかかるにしろ、「第三者」の力を借りることなく、当事者たち自身によって担われる。それが当事者たちだけで担われえない場合にも、当事者たちは、「第三者」の力を借りつつ、あくまで最後は自分自身で課題を引き受けるという仕方で、「解決」を担っていく。いずれにしろ、それはある程度の時間を必要とする過程であり、ある瞬間に一挙的に実現されるというような性格のものではない。(17)

(四)　「狭義の司法」のもとでの「適切な紛争解決」の限界

紛争解決についてのこのようなとらえ方は、もはや「紛争を判決によって終結させる」という意味での、「狭義の司法」が前提とする紛争解決観を超えてしまっている。(18) というのも、紛争解決の主体が当事者に置きかえられ、また、「第三者」の紛争解決への関与の実質が、「当事者が主体となって行う課題の引き受けの手助け」という、はるかに手の込んだ過程を意味するにいたっているからである。紛争解決の実質がそのようなものであるとするなら、「狭義の司法」の枠のなかで、そのすべてを引き受けていくのが困難であることは、もはや明らかである。「自力救済の禁止」といった講学上の建前を措くとすれば、「狭義の司法」はかなり限定された場合にのみ、紛争処理の中核を担いうるにすぎない。(19) すなわち、「狭義の司法」は、権利義務関係による解決が当事者によってとくに求められる場合や、「法的ルールの明示化」が強く要請される「公共性」のある特殊な紛争についてその本領を発揮するが、それ以外の多くの紛争解決については十分な役割を果たせない。往々にして、それは過度に強引であり、悪循環的サイクルを「意図せざる方向」へと推し進めることに荷担することにもなる。「適切な紛争解決」の要請を考慮するなら、多くの紛争解決は、「狭義の司法」の枠とは別のところで、言い換えれば当事者の「私的自治」に

もとづいて、それぞれの紛争のユニークさに十分に配慮しながら実現されていくべきである。実際、表に現れてこない大半の紛争の解決は、「狭義の司法」の外部で、当事者自身のイニシアティブによって対処され、引き受けられているのである。

四　裁判外紛争解決の多様性

㈠　問題の整理

ここまでの検討を通じて、「適切な紛争解決」の要請を考慮するなら、多くの紛争解決は、「狭義の司法」とは異なるやり方で、つまり、厳密な意味での当事者の「私的自治」にもとづいて実現されていくべきである、というテーゼにたどり着いた。このテーゼを検証し、どのようなアクターが「適切な紛争解決」の実現のために必要となってくるのかを明らかにするためには、「狭義の司法」の枠を取り払ってみた場合に、「適切な紛争解決」がどれほど多様なあり方を示すことになるのかという問題を検討しなければならない。それは、すでに検討した「社会学的意味での紛争解決」を別の角度からとらえなおすことをも意味している。この検討によって、「適切な紛争解決」にとって、実際には「狭義の司法」の役割がどれほど限定されたものであるかを浮き彫りにすることができ、また、多様な裁判外紛争解決（ＡＤＲ）と「狭義の司法」とを強引に結びつけたり、一律的にコントロールしたりすることがいかに大きな問題を含むのか、といったことについても明らかにできるだろう。

この問題は、先述した法的に重要な３つの型のコミュニケーションのカップリングに関連づけて定式しなおせば、コミュニケーションＢとＣとのカップリングに関わる問題だということができる。すなわち、ここでの問題は、人々の日常のやり取りと、紛争が起こってしまった場合の人々のやり取りとを媒介していくことがいかなる社会学

的意味を有するか、ということである。これは、まさに「私的自治」の領域における紛争解決の問題である。この点については、①人々の日常的活動（コミュニケーションC）が紛争（コミュニケーションB）にとっていかなる機能を有するのか、逆に、②紛争（コミュニケーションB）が人々の日常的活動（コミュニケーションC）にとっていかなる機能を有するのか、という問いが検討されなければならない。

㈡　コミュニケーションBとCとのカップリング

まず、①の問いから考えよう。日常生活を観察すれば明らかなように、紛争はあらゆる日常的活動に寄生し、そこからテーマを拾い出してきて展開される。[20] すなわち、コミュニケーションCは、コミュニケーションBにおける当事者のやり取りに社会的なテーマを付与する役割を果たすと言うことができる。たとえば、ある取引が一部の懇意な関係者のあいだで有利に行われているということがきっかけとなって「もめごと」が発生した場合には、当該「もめごと」に「不公正な取引への抗議」という社会的定義を与え、紛争として明示化するのは、基本的にコミュニケーションCの作用である。紛争は、日常的活動のなかでの不満や怒りといったものを契機として始まるが、その最初の段階ではきわめて未規定で、特定のテーマを持たない。そのようなテーマは、より広い日常的活動の「意味のストック」から引き出されてきて、当事者間のやり取りを通じて明示化され、また、紛争の成熟に応じて複合化されていく。コミュニケーションCは、そのような意味でコミュニケーションBを補完し、強化する機能を有している。

それでは、コミュニケーションCはなぜ、一見破壊的で好ましくないコミュニケーションBを補完し、強化するのだろうか。これはさきほど挙げた②の問題である。その答えは、コミュニケーションBもまた、人々の日常的活

動であるコミュニケーションＣに対して、一定の社会的機能を有しているからだということになる。すなわち、コミュニケーションＢは、コミュニケーションＣのルーティン的なやり取りにおいて往々にして不可視とされ、拾い上げられない課題を「紛争」という形で顕在化し、変化への動因をもたらす。たとえば、日常のルーティンのなかでは上司／部下という関係によって見えなくされていた従業員相互の不信感の蓄積を「紛争」という形で顕在化し、関係者たちを問題状況の改善へと動機づけていくというようにである。つまり、コミュニケーションＢは、コミュニケーションＣにおけるルーティン化されたやり取りのなかで抑圧されている、関係変動を志向する動的ポテンシャルを表出させ、硬直化しがちなルーティンを動態化するという役割を果たしている。[21] 結局のところ、コミュニケーションＣにとって、コミュニケーションＢが構成する紛争はたんに消滅を求められる「忌まわしいもの」などではなく、むしろ、それが適切にマネージされているかぎりで、「必要物」でさえある。[22]

㈢ 「適切な紛争解決」の多様性

(1) 「適切な紛争解決」の再定式

以上を通じて、紛争が必ずしも「忌まわしいもの」などではなく、むしろコミュニケーションＣの硬直化したルーティンを動態化していくうえで必要なものでさえあるということが確認された。これを前提とすれば、「第三者」が行う「適切な紛争解決」とは、動的な過程としての紛争を適切にマネージし、コミュニケーションＣの硬直化したルーティンを動態化しうるように方向付けていくという、それぞれユニークな紛争に対する柔軟できめの細かい多様な対処のあり方として理解されなければならないことになろう。というのも、そうした「適切な紛争解決」のためには、当事者たちが自らを取り巻く関係を再構築していく契機としての紛争の役割を重視しなければな

らないからである。したがって、「第三者」が行う「適切な紛争解決」は、特定の型の紛争解決案を押しつけたりすることなく、あくまで当事者自身が、自らの努力で自らに課されている課題を引き受け、紛争と共存していく方策を探っていけるように支援することをその内容とするものでなければならない。それは、もはや従来的な意味での「紛争解決」とは異なる「適切なコンフリクト・マネジメント」とも言うべきものとして、再定式しなおされることになる。[23]「適切なコンフリクト・マネジメント」が実現されるためには、紛争の個別具体性に密着し、その発展段階に応じた、直接間接の様々なあり方での関与が求められることになるはずである。そこでは、法は基本的に「やり取りのためのメディア」としてのみ登場し、[24]「基準」としての役割は例外的かつ限定的にしか果たさない。つまり、そこでは法もまた、当事者たちが自らの課題を引き受けていくことを支援するための社会的資源のひとつとして動員され、利用されることになるのである。

(2)　「適切な紛争解決」に求められる関与のあり方の多様性

それでは、「適切な紛争解決」に求められる紛争への関与のあり方は、どれほど多様なのであろうか。それは「狭義の司法」の枠内どころか、そうした枠の延長上でも対処することが困難なほど多様なのではないのか。この問いに答えるための手がかりとなるのは、個々の紛争がそれぞれ「歴史依存的」な存在であって、まさに偶然と偶然が複雑に絡み合って形成されるがゆえにユニークなのだということである。紛争は、それぞれ固有の「紛争史」を有しており、紛争の再生産過程はこの「紛争史」によって規定されている。たとえば、もともと仲のよかったある家族（家族のあり方自体「歴史依存的」なのであるが）の関係が、相続をきっかけとしてもつれはじめる。そこに、離れて生活していた親を異にする新たな相続人が紛れ込んできて、そのためにせっかく繁盛していた被相続人の経営していた会社を分割せざるを得なくなる。それにともなって、もともとの相続人たちのいがみ合いも激しさ

を増し、さらにそこに会社の債権者が介入してきて財産関係が錯綜することになり、その結果、もともとの相続人たちは自分たちではどうすることもできなくなって…というような偶然の不幸な出来事の複雑な連鎖が、紛争の再生産過程を規定しているのである。

それでは、この例にあるような紛争の解決を依頼された「第三者」は、はたしてどのように対処すればよいのだろうか。「第三者」は、さしあたりまず、当該「もめごと」の拡大再生産を阻止する措置を講じなければならないだろう。そのために、依頼人の相談にじっくり耳を傾け、依頼人からできるだけ正確な事情を聞き出す（できれば他の関係者からも事情を聞き出す）とともに、それにもとづいて事実関係を整理し、依頼者に対して必要な情報を提供しなければならないだろう。というのも、まず無知ゆえに当事者が当該「もめごと」を無用にこじらせてしまうようなことが防止されなければならないからである。また、依頼人がむやみに不安を抱いて当該「もめごと」をこじらせてしまうことを避けるため、場合によってはカウンセリング的なやり方で相談に乗るということも必要になってくるかもしれない。さらに、そのようにして当該状況の悪化を阻止する一方、「第三者」は、当事者同士の解決へ向けての交渉を促して行かなければならない。というのも、当事者同士の解決へ向けての自主的交渉があってはじめて、そこでの課題が当事者自身に適切に受容され、解決へとつなげられていくからである。その際、「第三者」は、可能であれば、関係のある人々、すなわち、依頼人を含む相続人たちばかりでなく、分割が問題となっている会社の債権者や取引銀行、はたまた従業員たちからも「信頼」を取りつけなければならないだろう（実際には、こうした関係者のうちのごくかぎられた一部の「信頼」を取りつけることができればよい方であろうが）。「第三者」は、そうした「信頼資源」を背景として、依頼人と他の相続人、そして債権者たちのあいだで合意による解決が可能であるかどうかを模索し、可能であれば一部（理想的には全部だが）の当事者のあいだで合意を実現し、

それによって、そこで明らかとなった課題を当事者たち自身に引き受けてもらい、解決を実現するのである。

これは単なる一例にすぎない。だが、それほどまれではない相続紛争ですら、「第三者」が紛争解決に取り組むにあたっては、これだけのことを考慮し、またこれだけの手法を用いなければならないのである。そうであってはじめて、「オーダーメード」の紛争解決が実現できるのである。そのほかの場合、たとえば多数の関係者の利害に関わるとともに、その解決にあたって商品に関する専門知識を必要とする「消費者取引紛争」への対処、医学上の専門知識が必要であるとともに、被害者の精神面のケアまで必要となる「医療過誤紛争」への対処、事情通による迅速かつ的確な判断が求められる「職場での紛争」への対処、きわめて専門的かつ迅速な対処が求められる「金融紛争」への対処など、様々な紛争への対処の場合に、それぞれ異なった関与のあり方が求められる。しかもその際には、それぞれの事件のユニークさに十分な配慮が払われなければならない。以上に鑑みれば、「第三者」が「適切な紛争解決」を行うに際しての関与のあり方がきわめて多様とならざるをえないことは、十分に窺い知ることができるのではなかろうか。

㈣　多様体としてのＡＤＲ

以上の検討を通じて述べようとしていることは、すでに明らかなとおり「裁判外紛争解決」、つまりＡＤＲのあり方が、きわめて多様とならざるをえないということである。[25] というのも、ＡＤＲは、多かれ少なかれ「狭義の司法」の枠から離れたところで、まさにそのような「適切な紛争解決」ないし「適切なコンフリクト・マネジメント」の役割を果たしていく存在だからである。ＡＤＲは、紛争の当事者に柔軟で多様な解決方法を用意することで正義へのアクセスの機会を保障し、それぞれの当事者のニーズを柔軟に調整し、当事者間の対等を実質的に確保し、

交渉のプロセスを合理化するといった仕方で、「オーダーメード」の紛争解決を実現するという機能を担う。[26] それは「狭義の司法」とは異なる独自の機能であり、「狭義の司法」のそれとは、それほど多くは交錯しない。[27]

それなら、ＡＤＲによる紛争解決への関与は、より具体的にはどのような形態をとるのだろうか。この点について明らかにするには、さきほどの例からもある程度推測がつくように、つぎのような点を考慮しなければならない。まず、紛争は「再生産過程」であるから、紛争の予防や拡大防止、事後収拾といった、段階に応じた異なる関与が必要である。つぎに、「第三者」の関与のあり方も、事柄の性格に応じてカウンセリング的関与、相談・情報提供的関与、調停的関与、仲裁的関与というようにいくつものあり方が区別され、時宜に応じてそれぞれが適切に用いられなければならない。さらに、紛争の内容が専門性を帯びる場合には、そうした専門性に応じた取り扱いも必要になる。そこで、ＡＤＲに期待される紛争への関与のあり方は、必ずしも網羅的とは言えないが、さしあたり「紛争の段階」、「第三者の関与のあり方」、「専門性の有無」にしたがって、つぎのように区別できると言いうる。[28]

(1) 「紛争の段階」に応じた区別

(a) 予防的関与

まず、紛争の発展段階に応じた取り扱いについて検討しよう。この点、時系列を基準とすれば、最初に「紛争の発生以前」の段階における紛争の取り扱いが問題となろう。たとえば、顧客を相手とする取引活動などの場合には、やり取りにおける当事者同士の期待のすれ違いが不満として蓄積されやすく、しばしばそうした不満が爆発する形で「もめごと」（紛争）が発生しがちである。もっとも、どのようなすれ違いが「もめごと」に発展しがちであるか、また、事前になにをすれば「もめごと」が生じることが少ないかをある程度予想できるのが、そうした取引活動の特徴である。取引活動の関係者などは、そのような予測と対応のノウハウをかなり蓄積しており、それゆえに

円滑な取引活動を続けることができる。とはいえ、事柄によってはそのようなノウハウが必ずしも十分に蓄積されていない場合も多い。また、当事者自身が下手に相手と交渉しようとしてアプローチすると、そこで「もめごと」発生のきっかけが与えられてしまうと予想される場合もある。そのような場合には比較的に中立的な「第三者」が登場して、予防のノウハウを提供したり、中立的な立場から仲介することで当事者のやり取り障害を軽減したりということが非常に有効である。このような予防的関与は、ＡＤＲに期待されるひとつの重要な関与のあり方であろう。[29]

(b)　拡大防止的関与

多くの紛争は、当初は比較的に些細な「もめごと」である。初動段階での対応に誤りがなければ、その多くはそれほど深刻な紛争に発展することなく、早い段階で妥当な落ち着きどころにいたる。たとえば取引活動のなかでの「もめごと」などは、最初の小競り合いの段階で対処すれば、のちに深刻な状態になって対処するのと比べて、はるかに容易に対処できるということが言える。多少の行き違いがあっても、ごく早期に売主によるきちんとした説明と善後処置があるだけで、買主の納得を得ることができ、適切な取引関係は容易に回復されうる。感情面でのもつれが比較的に少ない取引活動については、一般にこのような対処が有効であると言うことが可能であろう。こうした対応のノウハウは、予防の場合同様業者のあいだで経験的にかなり蓄積されているはずである。そうでなければ円滑な取引など継続できるはずがない。顧客からのある程度のクレームは、まさに顧客ニーズの表現なのであり、業者はふつうそれに適切に対応する体制を整えている。しかし、そうした業者であっても、事柄によっては対応のためのノウハウを十分に蓄積していない場合もある。この場合にも、ＡＤＲは、他の業者等から収集したノウハウを提供して当該のクレームに適切に対応することを支援することが可能である。また、攻撃的なクレーマーを相手

にする場合、業者自身が下手にアプローチしないで、比較的に中立的な「第三者」が間に入ることで、交渉がスムーズに進む場合もある。こうした「もめごと」への拡大防止的関与もまた、ＡＤＲに期待される重要な関与のあり方であろう。(30)

(c) 事後収拾的関与

一般に、紛争の当事者は、「もめごと」がひどくこじれてしまい、当事者自身の努力やその周囲の関係者たちの助力だけではそれに対処できない状態になってしまってはじめて、「第三者」に協力を求めてくる傾向がある。この段階にいたった紛争の多くは、そのままでは「話し合い」のきっかけさえ得られない状態に陥っており、当事者間の関係を仕切り直しする意味でも、「狭義の司法」によって権利義務の所在をはっきりさせるという方法が有効な場合が多い。(31) だが他方、当事者間の関係維持の要請が強かったり、また当事者の将来について配慮しなければならなかったりする場合、たとえば身分や人事、相隣関係に関わる、成熟段階に達した紛争については事情が異なっている。そのように「関係的要素」が重視される紛争については、「狭義の司法」によるよりも、当事者の自主性をできるかぎり尊重し、調停・斡旋、仲裁の方法で、より柔軟に紛争に対処できるＡＤＲによる紛争解決が望ましい場合が多い。加えて、「関係的要素」が重視される紛争については、コストの算定が困難であったり、そもそもコスト算定になじまなかったりすることも多く、その意味でも「狭義の司法」によらず、むしろＡＤＲによって対処していく方が望ましいということがある。(32) いずれにしろ、事後収拾的関与は、「紛争の段階」に応じた区別に関するかぎり、ＡＤＲに期待される原則的な関与のあり方であり、調停や仲裁といった典型的なＡＤＲ手法が本領を発揮するのも事後収拾的関与においてである。

(2) 「第三者の関与のあり方」に応じた区別

(a)　カウンセリング的関与

紛争は当事者の相互作用によって触発され再生産されるやり取り過程であるが、そうした相互作用は当事者の社会生活や心理にまで影響を及ぼし、往々にしてそちらの問題の方が深刻な場合がある。たとえば、医療過誤紛争やいじめによる被害のように、まずもって精神面のケアを施さないと紛争処理に取りかかれないという場合がある。また、外部からみれば取るに足りない事柄が争いの種になっているように見える場合にも、当事者同士が「共依存関係」に陥っていて、相互に相手の人格を否定し続けていないと自らの人格のバランスを維持することができないような場合も考えられる。そこまでいたらない事案であっても、当事者とその周囲の関係者とのあいだで不安感が相互に伝達され、無用に紛争がこじれてしまっている場合は想像以上に多いと考えられる。このような場合に、社会生活面ないし精神面のケアを施し、不安感を取り除き、あるいは「共依存関係」の解消に向けてアドバイスをするなどの関与のあり方も、紛争解決の実践においては重要である。[33] もちろん、このような関与は「広義の司法」にさえ含まれず、むしろ臨床心理ないしは医療の問題だという主張はもっともである。このような関与に際しては、治療に主眼が置かれるべきであり、それは第一次的には臨床心理ないしは医療が行うべき事柄に属するだろう。しかし、なお「広義の司法」において対処すべき問題に付随して、カウンセリング的関与が欠かせないことは多い。このかぎりで、ＡＤＲもまた、慎重な限定のもとにカウンセリング的関与を行う必要がある。[34]

(b)　相談的・情報提供的関与

とりわけ消費者取引上のトラブルなどに典型的に見られるように、当事者が相手と交渉を進めるにあたって、そのために必要な情報が不足しており、そのフラストレーションのために当事者が大きな苦痛を感じているというような場合がしばしばある。このような場合には、交渉が適切に進められず、その結果感情的な衝突が生じて紛争を

拡大再生産させてしまうことがある。このような場合、そうしたトラブルの当事者としては、適切な情報を収集している「第三者」にすぐにでも相談し、情報を得たいと考えるにちがいない。実際、そうした当事者の相談依頼に「第三者」が応じ、適切にアドバイスを提供し、交渉の仲介をするだけで簡単にトラブルが解消されてしまうということは多い。まさにこれは、ちょっとした手助けだけで、当事者が自主的に問題を解決してしまうというあり方の典型である。このようなトラブルに対する相談・情報提供については、これまで「消費者センター」等のＡＤＲがその苦情処理業務として実績を積み上げてきたところである。このタイプの紛争解決もまた「狭義の司法」とは領域を異にするＡＤＲ固有の紛争解決のあり方である。(35)

(c) 調停的関与

すでに述べたように、紛争は当事者相互のやり取りのなかで生じる不都合な問題の再生産過程であり、その「解決」もまた、当事者間の相互の交渉を通じてひとつの「過程」として実現される。その際に、そうした紛争解決過程にひとつの形を与える方法として、当事者の合意が重要な役割を果たす。この点、当事者それぞれが比較的に冷静さを保つことができ、相互に誠意を持って交渉する用意がある場合には、合意を目指すやり取りを通じて、当事者が自分自身で適切に課題を引き受けていくことは、十分に可能である。もっとも、さきほど事後収拾的関与について述べたように、すでに「もめごと」がある程度成熟してしまっている場合、当事者同士が直接に交渉しようとしても、冷静さを保つことが困難であることが多い。そのような場合には、「第三者」が当事者たちの交渉を仲介・斡旋することで、しばしば適切な交渉と合意が実現される。この形態が「第三者」による調停的関与である。調停的関与のもとでは、最終的に当事者同士が「和解」（合意）することで、互譲のもとにそれぞれ課題を引き受けていくことになるので、不満が残りにくく履行の確保も容易である。そこでの「解決案」を文書として形に残すこ

ともできるので、あとになって紛争が蒸し返される可能性も比較的に少ない。「オーダーメード」の紛争解決を実現するための実効的手段として、この関与のあり方がとりわけ重宝されるゆえんである。[36] 調停的関与は、従来民事調停をはじめとする従来型ＡＤＲで大きな実績を上げてきたが、弁護士会仲裁センターのような新しい型のＡＤＲにおいても、重要な紛争解決手段として利用されている。[37] それゆえ、調停的関与は、ＡＤＲに期待される関与形態の中心に位置づけられると言ってよい。[38]

(d)　仲裁的関与

当事者同士が、交渉の成果を「和解」の形で残すに留まらず、「第三者」の判断のもとに明確で実効的な「解決案」を得ようと欲する場合には、もちろん「狭義の司法」の方法を用いることもできるが、他方、なお判決よりも紛争に密着したきめの細かい解決方法を求める場合がある。たとえば、当該事案が取引関係者のあいだで迅速に解決するのにふさわしいものであったり、国際商事紛争のように争いの中心が国際企業間協定にあったりする場合には、その解決を「狭義の司法」にゆだねるのが適切でないことも多い。そのような場合には、相対する当事者たちが「第三者」とのあいだで「仲裁契約」を取り交わし、その裁定（解決案）にしたがうことによって、課題を引き受けていくというあり方（仲裁的関与による紛争解決）が適切かつ実効的である。国際商事紛争の場合などには、あらかじめ企業間協定に「仲裁条項」が含まれている場合がほとんどであるが、さらに、弁護士会仲裁センターによる紛争解決にみられるように、仲裁人に高い社会的信頼がある場合には、あらかじめ契約で仲裁条項を定めていない当事者のあいだでも、望んで仲裁が用いられるということがある（アドホック仲裁）。[39] というのも、仲裁のもとでは、一方が勝者で他方が敗者というような解決ばかりでなく、工夫によって当事者双方にとってメリットがあるような解決さえ実現できるからである（ウィン・ウィン・ソリューション）。[40] 仲裁的関与というあり方は、なる

ほど対立する当事者それぞれが「第三者」とのあいだでその裁定にしたがうという「仲裁契約」を締結しなければならない点で、調停的関与の場合に比べて実現が難しい面もあるが、他方、そこでの「解決案」は明確であり、また、それに執行力が付与され、ウィン・ウィン・ソリューションさえ可能であるということで、その役割に対する期待は大きい。弁護士会が弁護士会仲裁センターの運営に熱心であることには十分な理由があると言えよう。なお、当事者が「第三者」に対して仲裁的関与を求める場合にも、しばしば相手が仲裁契約に応じないまま、当事者同士が「和解」に達することがある。この場合には、仲裁的関与は調停的関与と大きく実質を異にしないことになるのであり、両者の関係は截然とは区別できないことが多いことに留意する必要があろう。[41][42]

(3) 「専門性の有無」に応じた区別

(a) 一般第三者的関与

紛争の維持再生産の中心に怒りや不信感、感情のもつれといった、だれしもがしばしば抱く感情的要因があるような場合には、しばしば、中立的な「第三者」の常識的なバランス感覚にもとづく仲介が有用である。この場合には、法律家的知識などが持ち出されるよりもまず、仲介的に関与する「第三者」が、対立する当事者それぞれの関心を、共感的に理解できることが重要である。というのも、当事者それぞれが「第三者」を人間的に信頼できるということが、仲介の実効性を担保するからである。このような「一般第三者的関与」は、従来民事調停に典型的に見いだされた。民事調停の調停委員は、当事者だけでは感情のもつれが激しいために自主的な交渉が成り立たないような「もめごと」について、信頼や権威といった社会的資源を動員しながら、常識的なバランス感覚にもとづいて、当事者たちの交渉を仲介するということで実績を上げてきた。本来、このような役割は、当事者にとって身近な共同体のなかにいる、社会的に権威のある「第三者」が担ってきた役割であった。しかし、社会の「個人化」が

進むなかで、当事者の周囲からそのような「第三者」が消滅してしまった結果、この役割がＡＤＲに期待されるようになってきたものと理解される。これは、比較的に軽微な「もめごと」についての、身近で利用しやすい解決機関に期待されるような関与のあり方であり、多くの一般ＡＤＲが担うべき関与のあり方であると言ってよい。[43]

(b)　専門家的関与

医療紛争や建築紛争、特許紛争のように、紛争の中核にその領域の専門家にしか分からない困難な問題が存在している場合であって、なおかつ当事者が自主的な交渉を通じて当該紛争の「解決」を模索している場合がある。とりわけ、当事者の思惑として、専門知識が集積されていない通常の裁判手続によってむやみに解決に時間をかけたくないとか、公開の裁判手続で最先端の知識が外部に漏れてしまうようなことを避けたいという場合があるが、そのような場合に、当該領域の専門家である「第三者」の調停的ないし仲裁的関与に頼りながら、紛争解決の糸口を模索したいという当事者が増えている。このような紛争解決を実践する場合には、事実関係さえ明らかになれば、当該事案について的確に評価判断できる専門的能力を「第三者」が備えていることが重要であり、専門家団体などが設ける「専門ＡＤＲ」に、とくにそのような役割が期待されるにいたっている。もちろん、目下「狭義の司法」の枠のなかでも、裁判所の専門部等が専門的判断を担いうる体制を整えてきている。[44] しかし、裁判によらずに専門家の知見を利用して紛争解決を図れるのであれば、それを利用したいという需要もなお大きいと思われ、その意味で、専門家的関与を行うＡＤＲの存在意義は大きいと言わねばならない。[45]

(五)　小括：ＡＤＲの機能分化とその連携のあり方

ＡＤＲに期待される紛争への関与のあり方が具体的にどのように区別されるかを概観してきた。すでに明らかな

とおり、紛争に対するこのような多様な関わり方、しかもこうした関与のあり方を臨機応変に組み合わせて用いるような紛争への関わり方は、「狭義の司法」（つまり裁判制度）の枠のなか、あるいはその延長上で実現することは困難である。というのも、「狭義の司法」の枠をいくら拡張しても、そこでの紛争解決は「法規の整合的な解釈適用」の要請から逃れることができないからである。むしろ、紛争への柔軟かつきめの細かい多様な関わりは、当事者の自主性（私的自治）を背景に、ここに挙げたような様々な手法を組み合わせて用い、当事者による自主的な課題の引き受けを手助けできるように、それぞれの紛争の特性に応じて機能分化しているＡＤＲによってこそ担われるべきである。そのような役割は、「狭義の司法」ないしはその延長上にある紛争解決方式が担っていくことは困難だということが、繰り返し強調されなければならない。「狭義の司法」に柔軟で多様な紛争解決の役割を無理やり担わせて手続を曖昧で不透明なものにすることは「法の支配」に逆行するので望ましくはない。他方、強引に「法規の整合的な解釈適用」の要請を優先して、柔軟で多様な紛争解決への当事者のニーズを封殺してしまうことはさらに望ましくない。「狭義の司法」を担う裁判制度と「広義の司法」を担うＡＤＲとは、それぞれをきちんと区別したうえで、役割分担を明確にしていくべきである。それができてはじめて、いわば「狭義の法の支配」とは異なる、トータルな正義の実現としての「広義の法の支配」が実現されるのではなかろうか。したがって、「狭義の司法」とＡＤＲとの連携は、相異なるアクター間の連携として実現されなければならない。(46)

繰り返すが、多様なＡＤＲのもとでは、程度の差こそあれ「法規の整合的解釈適用」の枠にとらわれることなく、様々な手法で紛争に対処することが可能であり、それゆえ、当事者による自主的な課題の引き受けにふさわしい手助けが可能である。実際に、社会のなかの紛争の多くが、様々なＡＤＲによって対処され、「適切な紛争解決」が実現されている。しばしば否定的に語られるＡＤＲの「インフォーマリズム」は、(47) ＡＤＲの生命の核心である。こ

の点、身近な日常生活上のトラブルについては、それにふさわしいＡＤＲ機関（たとえば、弁護士会仲裁センター）が設けられて、十分なノウハウが蓄積されており、また、交通事故紛争であれば、それにふさわしいＡＤＲ機関（たとえば、交通事故紛争処理センター）が実績を上げている。消費者事件であれば消費者事件にふさわしいＡＤＲ機関（たとえば、消費者センター）が頻繁に利用されており、また建築紛争ならば建築紛争にふさわしいＡＤＲ機関（たとえば、住宅紛争処理支援センター）、さらに国際商事紛争であればそれにふさわしいＡＤＲ機関（たとえば、国際商事仲裁協会）が大きな実績を上げている。[48] 二一世紀の日本社会では、現在よりもはるかに多くの紛争が、「私的自治」にもとづいて、様々なＡＤＲ機関によって解決されることになっていくと予想される。少なくとも、現時点において、そのような可能性は十分にあるということが理解されなければならないだろう。

以上からすれば、ＡＤＲの共通的な制度基盤を整え、「狭義の司法」とＡＤＲとの連携を図り、また、それぞれのＡＤＲ機関同士の連携を図っていく際には、それぞれ異なるもの同士の連携であるということを重視し、ＡＤＲの柔軟で多様なあり方が損なわれることがないように最大限の配慮が必要だということになる。[49] あえて誤解を恐れずに言えば、今般の司法制度改革の目指す「ＡＤＲに関する共通的な制度基盤」の整備[50]にとって最も重要な課題は、ＡＤＲの柔軟性と多様性への配慮であるということができるだろう。

五　ＡＤＲ機関の「認証制度」の問題性

(一)　ＡＤＲに関する共通的な制度基盤

本章では、前章までの議論をもとにして、ＡＤＲに関するより現実的な問題の検討に入る。「司法制度改革審議

会意見書」によれば、複雑化した二一世紀の日本社会における多様な紛争への対処については、ＡＤＲが「国民にとって裁判と並ぶ魅力的な選択肢となる」ことが期待されている。[51] にもかかわらず、実態からすれば、その利用は十分に進んでいないということも指摘される。[52] そこで、冒頭でも述べたように、司法制度改革推進本部のＡＤＲ検討会が、「ＡＤＲ法」を含む「ＡＤＲに関する共通的な制度基盤の整備」の検討を進めることになった。同検討会は、各ＡＤＲ機関、とりわけ、多くの市民の手で自主的に立ち上げられてきた民間型ＡＤＲを、[53] 共通の法的制度枠組のなかに位置づけなおすことで、国民がＡＤＲを安心して利用できるようにしていこうと目論んでいる。また、そうすることによって、「狭義の司法」と各ＡＤＲ機関との連携を容易にし、さらにそれぞれのＡＤＲ機関同士の連携を促進することを目指している。[54] だが、そこでの検討は、ＡＤＲ活性化の中心に位置づけられるべき「ＡＤＲの柔軟性と多様性」に十分配慮しておらず、これまで各ＡＤＲ機関がそれぞれに積み上げてきた営為に対する理解も不十分であると言わざるをえない。とりわけ、そうした検討のうちで問題をはらんでいるのは、「民間紛争解決業務の認証制度」[55] の導入である。この「認証制度」については、ＡＤＲ検討会の内外から様々な問題点が指摘され、ＡＤＲの柔軟で多様な活動のあり方を損ない、民間型ＡＤＲの「息の根を止めてしまう」のではないかと危惧されてさえいる。[56] 以下では、この「認証制度」に含まれる問題点に焦点を絞って検討を進める。

㈡　「認証制度」の概要とその問題点

ここにいう「認証制度」とは、一般国民に民間型ＡＤＲを選択するための目安を提供し、また、事前認証があることを前提として、当該ＡＤＲ機関の手続に時効中断等の特別の法的効果を付与するための制度とされている。ＡＤＲ検討会では、認証の対象となる業務、認証の申請手続、認証事業者の義務および監督、そして時効中断等の法

的効果付与といったことが検討されている。以下では、現時点（平成一六年七月二〇日現在）で最新の検討資料であるＡＤＲ検討会第三五回会合（平成一六年六月一四日開催）配布資料「裁判外の紛争解決手続の拡充・活性化を図るための諸方策（案）」（以下「諸方策」とする）[57]を手がかりに「認証制度」の概要を紹介するとともに、それを前提として「認証制度」の問題点を検討することにしたい。

(1)　認証の対象業務について

まず、認証の対象業務に関わる問題を検討する。この点「諸方策」によれば、認証の対象となる業務は「民間が行う裁判外の紛争解決手続のうち調停・斡旋の手続にかかる業務」であるとされている。一見するとその対象を限定しているかのように見えるこの「対象規定」は、実は、民間型ＡＤＲ機関の生命を損ないかねない問題性をはらんでいる。

本来、民間型ＡＤＲ機関は、その多くが市民の自主的な活動を通じて、まさに利用者である市民の自主的紛争解決ニーズに応えていくために、市民たち自身の手で立ち上げられてきた裁判外紛争解決機関である。すなわち、行政型ＡＤＲや民事調停（司法型ＡＤＲ）とは異なり、民間型ＡＤＲ機関の多くは、利用者の多様なニーズに応えていくために、市民の自主的な活動を通じて立ち上げられてきたのである。そこでは、カウンセリング的関与、相談・情報提供的関与を含む様々のインフォーマルな紛争解決手法が柔軟に用いられ、最終的には調停・斡旋、仲裁といった利用者の合意にもとづく方法で「適切な紛争解決」が実現される。各ＡＤＲ機関は、そのために独自のノウハウを蓄積しながらここまで育ってきた。そうした独自のノウハウがそれぞれのＡＤＲ機関の個性を形成しており、利用者はそうした個性に応じて適切なＡＤＲ機関を選び取り、満足のいく紛争解決を模索するのである。そうだとすれば、多かれ少なかれ一律的な認証基準に依拠せざるをえない事前認証が民間型ＡＤＲ機関になじむものでない

ことは明らかであろう。というのも、一律的な基準が導入されるやいなや、各ＡＤＲ機関のそうした持ち味は大きく損なわれてしまうからである。少なくとも、そのような規制を設けるにあたっては、各ＡＤＲ機関が依って立つ根拠となるそれぞれの個性に最大限の配慮が払われなければならない。

かりに認証の対象業務が、仲裁法等による規律を受けず、かつ当事者の権利義務に直接的に関わる場面の多い調停・斡旋手続にかかる業務に限定されるとしても、ＡＤＲの紛争解決業務は、実際上、カウンセリング的関与、相談・情報提供的関与から調停・斡旋、さらには仲裁の手法を縦横無尽に駆使して行われるものである。そのような業務過程から調停・斡旋だけを取り出してきて事前認証を受けるということができない以上、「公的お墨付き」を得ようと思えば、事実上民間型ＡＤＲのあらゆる業務が認証の対象になってしまうにちがいない。そうなれば、民間型ＡＤＲ機関の業務の柔軟性と多様性とが大きく損なわれることになり、その活力の源泉が失われてしまう。

⑵　認証の申請に関わる問題について

もっとも、「諸方策」は、認証を申請するか否かは、紛争解決業者の任意にゆだねられるとしている。民間型ＡＤＲ機関の自主性に配慮する趣旨である。たしかに、認証の申請がいかなる意味でもそれぞれのＡＤＲ機関の任意だというのであれば、弊害は少ないようにも思える。しかし、実際には、認証を受けたＡＤＲ機関と認証を受けないＡＤＲ機関との区別が生ずることになれば、一般の利用者に対して後者のＡＤＲ機関はあたかも公正・的確な手続を実施する機関ではないという印象を与えることになり、結局は事実上認証の申請を強制される結果になる。

また「諸方策」は、認証の要件として、「暴力団員等の反社会的勢力が関係している等一定の事由がないこと」等を例示的に列挙している。こうした内容は、民間型ＡＤＲ機関がまともに活動できるためには当然の内容であり、あえて事前認証の要件として規定する必要はない。というのも、そのようなＡＤＲ機関はすぐに淘汰されるであろ

うし、そうでないにしても、個別に事後的コントロールによって対処すれば十分だからである。これまでのところそのような悪質な民間型ＡＤＲがとくに登場していない以上、そのような要件を明示的に設けるとすれば、それは主務官庁による介入の口実を設けるためであるとの疑いをぬぐい去ることはできないであろう。

この点、さらに問題をはらんでいるのは、「諸方策」が認証の要件のひとつとして求めている「適切な手続実施者が選任され、かつ、公正・的確な手続の進行が確保されるための適当な措置が講じられるものと見込まれること」の内容である。同要件に付された注記によれば、「適切な措置」とは、①手続実施者のうち少なくとも一名は弁護士とすること、また、②手続実施者のうちに弁護士が含まれない場合には、手続段階で弁護士の助言を受けることができること等、公正・的確な手続の実施のために必要な体制が整備されていることだとされる。要するに、民間型ＡＤＲ機関が認証を受けるためには、紛争解決手続になんらかの形で弁護士が関与しなければならないというのである。だが、紛争解決手続への弁護士の関与によって、民間型ＡＤＲ機関がこれまで培ってきた紛争への柔軟で多様な関与のあり方に特定の方向へのバイアスがかかってしまう危険性は大きい。さきほど検討したように、ＡＤＲにおける紛争解決は、「狭義の司法」の延長上にあるものではなく、それとは異なる原理にもとづいて行われるものと理解されなければならない。弁護士の関与を認証の要件に組み込むことは、異なる原理を無理矢理に「狭義の司法」の延長上に置くことにもつながる。この要件は、弁護士法七二条（非弁活動の禁止）の規制を緩和するために設けられるものとも考えられるが、逆に、民間型ＡＤＲ機関に対する弁護士会の介入を容易にし、民間型ＡＤＲ機関の業務の柔軟性と多様性とを損なうおそれが大きいことに留意する必要があろう。[58]

(3)　「認証事業者」の義務の問題について

さらに「諸方策」は、認証を受けた紛争解決事業者（以下「認証事業者」）に対して、①「認証業務」（認証にか

かる紛争解決業務）の実施方法に関する一定の事項の公表、②「認証手続」（利用者に対する「認証業務」にかかる紛争解決手続）の内容の説明、③手続準則の遵守、④暴力団員等の業務従事者または補助者としての使用の禁止、⑤業務上知ることができた秘密の保持、⑥利用者等からの苦情の適切な処理といった義務を課すとしている。こうした義務は、これまで適正に実績を積み上げてきた多くの民間型ＡＤＲ機関が自主的に遵守してきた義務である。そして、そのような義務をあえて明示的に列挙するということは、こうした点について主務官庁がとくに重点的に監督を行い、逐一介入してくるということを意味している。今後新たに参入してくるＡＤＲ機関の業務が適切であるという保証がない以上、認証ＡＤＲ機関になんらかの義務を課さざるをえないことは理解できなくはないが、あえてこのような義務を明示的に列挙することがなくとも、問題が発生した場合に、個別に事後的コントロールを行うことで十分に対処できるのではなかろうか。いずれにしても、そのような外からの義務づけは、慎重を期さないかぎり、民間型ＡＤＲ機関の業務内容の柔軟性と多様性を損なうことになるおそれが大きいことに留意が必要である。

⑷　「認証事業者」の監督の問題について

「諸方策」は、「認証制度の実効性および認証業務の適正性を確保するために必要な範囲で、主務大臣による監督に関する制度を設けるものとする」とし、そうした監督の一環として、①「認証事業者」による「認証業務」に関する帳簿書類の作成保存、事業報告書の作成提出・備置および報告等、②主務大臣による報告徴収等、③主務大臣による業務の改善命令、認証の取消等、といった制度を設けることを検討している。主務大臣としては、認証を与える以上、「認証制度の実効性」と「認証業務の適正性」に関心をもたざるをえないのだろうが、逐一事業報告書等を作成して主務大臣の審査を受けるために要する事務的コストは想像以上に大きく、本来的業務におよぼす影

響は小さくないだろう。また、「主務大臣の報告徴収」については、注記において、「認証業務」についての認証要件の不適合や法令違反の疑いのある場合にのみ実施され、個々の事案処理における和解案の内容等の当否を問うことを目的とするものではないとの留保が述べられているものの、やはり認証を受けた民間型ＡＤＲ機関の業務の柔軟性と多様性とを損なうおそれがあることに変わりはない。調停・斡旋による紛争解決は、手続を主催する「第三者」と当事者とのデリケートな信頼関係に依存するところが大きく、主務大臣による監督が見え隠れするだけでも、現場には大きな萎縮的効果をもたらす。「柔軟である」ということは、同時に「萎縮しやすい」ということを意味しうることに注意すべきである。

(5)　「認証民間紛争解決業務にかかる特例」は必要か

最後に、「諸方策」は、民間型ＡＤＲ機関が認証を受ける場合には、そこでの「認証手続」に「時効中断」や「訴訟手続の中止」、そして「調停前置の例外」といった特別の法的効果を認め、さらに「認証手続」で成立した和解に執行力を付与することで、ＡＤＲ利用者にとっての利便性の向上を図るとともに、ＡＤＲと裁判制度との連携を容易にすることを検討している。[59] これは、ＡＤＲと裁判とのあいだで手続の空白や重複がなくなり、さらに、ＡＤＲでの和解に執行力が与えられれば、手軽で便利なＡＤＲの利用が促進されるという考え方に依拠している。しかしながら、ＡＤＲ機関に持ち込まれる事案の多くは、必ずしも訴訟と同様の厳格な法的効果を志向するものではない。ＡＤＲ機関に持ち込まれる事案の多くは「苦情相談」の延長上にあり、往々にして合意の成立への要求も「実現すればそれに超したことはない」という程度に留まることが多い。少なくとも、訴訟類似の厳格な法的効果が求められる場合が多い商事仲裁等の場合と、苦情相談等の延長にある身近な「もめごと」調停の場合とを区別して検討することは必要なのではないか。さらに言えば、そもそもＡＤＲの調停・斡旋の手続は、当事者の自主的な

参加がなければ成立しない。そうした手続に厳格な法的効果を付与することは、相手方当事者の手続参加へのインセンティブを損ない、かえってＡＤＲの利用を阻害するとさえ考えられる。民間型ＡＤＲ機関における「認証手続」に厳格な法的効果を付与しようとすれば、そこでの調停・斡旋手続は訴訟手続に類似した厳格なものとならざるをえず、そうなれば、柔軟できめの細かい、それぞれの紛争の個別具体性に十分に配慮した、「オーダーメード」の紛争解決を実現することは不可能になってしまうだろう。民間型ＡＤＲ機関のメリットを失わせ、かえって利用の促進を阻害する可能性がある以上、「認証手続」に対するこのような特例の導入については、十分に慎重でなければならないと考える。

㈢　小括・ＡＤＲの柔軟性と多様性への配慮の難しさ

以上の検討を通じて、目下司法制度改革推進本部のＡＤＲ検討会で法制化の検討が進んでいる「民間紛争解決業務の認証制度」の問題点が明らかになった。ＡＤＲの機能を「狭義の司法」の延長上に置き、たんに「狭義の司法」の機能を補完するだけの存在とみて、その紛争解決業務の内容をもっぱら訴訟手続に近づける方向でのみ検討を進める「認証制度」は、ＡＤＲにおける紛争解決の柔軟で多様なあり方に対する配慮が不十分であり、弊害ばかりが目立つものとなってしまっている。「ＡＤＲに関わる共通的な制度基盤」の整備は、とりわけ「狭義の司法」との密接な連携に重心を置く場合には、ＡＤＲの手続内容を訴訟手続に類似した厳格なものにせざるをえず、その結果、民間型ＡＤＲの生命の源泉である紛争解決の柔軟性と多様性とを損ない、民間型ＡＤＲの存在を危ういものにしてしまう。かりにＡＤＲを「国民にとって裁判と並ぶ魅力的な選択肢」にしようと欲するのであれば、ＡＤＲの役割の固有性を認め、「狭義の司法」との連携を過度に意識することなく、できるかぎりＡＤＲの柔軟で多様な

あり方を容認していくということが必要なのではないだろうか。そのようなあり方を認めたとしても、ＡＤＲによる調停・斡旋による合意の成果をこれまでどおり民事上の和解ととらえ、訴訟上援用する方法を広く認めることで、民間型ＡＤＲと「狭義の司法」との連携を実現していくことは十分可能である。ここでもまた、ＡＤＲの柔軟で多様なあり方を最大限尊重することによってはじめて、トータルな正義の実現としての「広義の法の支配」が実現されるということが強調されなければならないだろう。

結びに代えて

本稿では、まず「狭義の司法」による紛争解決を、法社会学的紛争モデルを用いて分析した。そこでは、「狭義の司法」は「法規の整合的な解釈適用」の要請から離れられない以上、「適切な紛争解決」（ないし「適切なコンフリクト・マネジメント」）の要請を必ずしも十分に満たすことが困難であるということを明らかにした。そしてつぎに、「適切な紛争解決」の要請を十分に満たすためには、紛争解決の機能の多くを「狭義の司法」枠にとらわれないＡＤＲにゆだねていくことが必要であることを論証した。すなわち、「狭義の司法」は、実際には「適切な紛争解決」のうちのかなり限定された役割しか果たさず、それ以外の役割はむしろＡＤＲによってこそ担われるべきだということを明らかにした。さらに、「狭義の司法」とＡＤＲとは異なる機能を担っているのであり、両者の連携を図っていく場合にも、前者の延長線上に後者を位置づけることはできないということを論証した。その際、「狭義の司法」とＡＤＲとの連携を考える場合には（ＡＤＲ機関同士の連携を考える場合もそうだが）、ＡＤＲの柔軟性と多様性に対する配慮が最大限払われなければならないということを明らかにした。そして最後に、目下司法制度改革推進本部のＡＤＲ検討会で検討されている「ＡＤＲ法」が盛り込もうとしている「民間紛争解決業務の

認証制度」がそうした配慮とは相反するものであることを解明した。

二一世紀の日本社会においては、社会の複雑化にともなって、ますます多様な紛争が発生するようになるであろう。社会のなかの価値観の多様化や、科学技術によってもたらされる社会的リスクの増大、そして、社会のグローバル化による紛争の複合化がもたらす、これまでとは比較にならないほど多様な紛争に、「狭義の司法」と、その延長上に位置づけられる使い勝手の悪い「認証ＡＤＲ」とによって対処していくことには、自ずと限界があるように思われる。多様な紛争に「オーダーメード」の解決を与えることに対するニーズは、今後増えることはあっても、減るとは考えられないのであり、人々がそうしたニーズに対応しようと自ら動き出しているときに、その動きを妨げる「認証制度」の問題性は、いくら強調してもしすぎることにはならないだろう。とはいえ、ＡＤＲ検討会における「裁判外の紛争解決手続の拡充・活性化を図るための諸方策」の検討作業はほぼ終わっている。もはや「認証制度」の存在を一応の前提としたうえで、次善の策として、その弊害をできるかぎり少なくしていく方向を模索していくほかない。

この点、民間型ＡＤＲの「認証制度」の弊害は、主務大臣の監督によってもたらされるものがとりわけ大きいと考えられる。たしかに、各ＡＤＲ機関の主務大臣としては、認証を与えるからには、その業務の効率性や手続の適正性について、なんらかの関心を持たざるをえないだろう。もちろん、主務大臣が特別の意図をもって民間型ＡＤＲの業務に介入してくるということそれほどないと信じたい。だが、それでもなお、ＡＤＲの業務の柔軟性と多様性がＡＤＲの生命の核心部分に属している以上、主務大臣がその監督権限を通じてＡＤＲの業務のあり方に口出ししてくることには十分な警戒が必要である。実際上、そうした「介入」に対抗する有効な手段は民間型ＡＤＲ機関の側には用意されていない。可能な方策としては、市民団体や業界団体が主体となって支えるオンブズマン機関等

が、主務大臣の監督のあり方ついて折に触れて異議申立していくといったことしか残されていないかもしれない。とはいえ、主務大臣としても、所管の民間型ＡＤＲが全く魅力のないものになってしまうことを望むわけではないだろう。だとすれば、主務大臣もそうした異議申立をむげに退けていくことはできないはずである。いずれにしろ、そうした異議申立等の努力を通じて、主務大臣等による「介入」の弊害をできるだけ少なくし、民間型ＡＤＲが今後ますます増大する多様な紛争解決ニーズに応え、さらに発展していくことを願ってやまない。

（1）　本稿は、本年二月に大阪大学大学院法学研究科の欧文紀要に執筆させていただいた拙稿において展開した理論図式を用い、目下司法制度改革推進本部のＡＤＲ検討会が準備を進めている「ＡＤＲ法」（仮称）の問題点について検討を試みる一試論である。See my article : Justice System Reform in Japan. The Connection between Conflict Management and Realization of General Rules of Law, *Osaka University Law Review*, No. 51, 2004, pp. 55–76. 関連論文として、拙稿「紛争処理と法の一般性の両立可能性をめぐって―司法制度を考える視点―」法哲学年報一九九九（日本法哲学会、二〇〇〇年）一三一―一四一頁、および、拙稿「紛争処理と法の一般性は両立するか？」法の科学28号（民主主義科学者協会法律部会、一九九九年）一五七―一七二頁。本稿では、司法制度改革審議会設置前後にＡＤＲに関する議論の流れが大きく変化していることに鑑み、比較的に最近の文献を中心に参照している。司法制度改革推進本部のＡＤＲ検討会における検討が急ピッチで進んだこともあり、網羅的な文献の検討はできなかった。

（2）　こうした検討のきっかけとなったのは、当時の経済団体連合会（現・日本経済団体連合会）の影響のもとに設立された二一世紀政策研究所が一九九八年一二月に公表した提言「民事司法の活性化に向けて」であろう。URL : http : //www.21ppi.org/japanese/thesis/19981222/teigen.pdf/ なお、これとあわせて、同研究所が二〇〇一年一月に公表した提言「民事司法改革へ向けての意見」も参照のこと。URL : http : //www.21ppi.org/japanese/thesis/200101/shihou.pdf/

（3）　九〇年代以降司法制度改革審議会が設置される時期までのわが国におけるＡＤＲの位置づけに関する議論は、高橋裕「司法改革におけるＡＤＲの位置」法と政治五一巻一号（関西学院大学法政学会、二〇〇〇年）三六三―四一六頁（とくに三八〇頁以下）に詳しい。

（4）　司法制度改革審議会の審議概要等は、司法制度改革推進本部のホームページからダウンロードすることが可能である。URL : http ://www.kantei.go.jp/jp/shiouseido/index.html/ 本文中でも述べたとおり、同審議会による「司法制度改革審議会意見書」は、それ以降の改革法制検討の基本方針となっている。URL : http ://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/index.html/

（5）　司法制度改革に関連してすでに成立している法令等については以下を参照：http ://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/hourei/index.html/ さらに、平成一六年度（第一五九回国会）に提出された法案については以下のとおり：http ://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/houan/16index.html/

（6）　司法制度改革推進本部における検討会の開催は平成一三年一二月一七日（知的財産訴訟検討会については平成一四年一〇月二日）に決定され、具体的な法制化等の検討は、一一の検討会に分かれて行われることになった。ＡＤＲ検討会もそのうちのひとつである。ＡＤＲ検討会の議事概要、配付資料等も、司法制度改革推進本部のホームページからダウンロードすることができる。URL : http ://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/03adr.html/

（7）　こうした考え方の代表として、たとえば佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』有斐閣（二〇〇二年）六四頁以下。

（8）　「私的自治」がＡＤＲの基本原理であるという考え方については、廣田尚久『民事調停制度改革論』信山社（二〇〇一年）七八頁以下。関連する論文として、同「紛争解決手段としてのＡＤＲ―訴訟との比較を通じて―」ジュリスト一二〇七号（二〇〇一年九月）一九―二五頁、および、同「『和解仲裁所』の構想について」小島武司編『ＡＤＲの実際と理論Ⅰ』中央大学出版部（二〇〇三年）六四―七九頁（とくに六四―七〇頁）。ＡＤＲの目的論については、山田文「ＡＤＲ―裁判外の紛争処理機関―」和田仁孝／太田勝造／阿部昌樹編『交渉と紛争処理』日本評論社（二〇〇二年）六二―八五頁（とくに六九頁以下）。

（9）　「狭義の司法」の抱えるアポリアとＡＤＲの機能拡充との関係について、「法化」、「非＝法化」、「反＝法化」という分析図式を立てて検討する興味深い論考として、田中成明『現代社会と裁判―民事訴訟の位置と役割―』弘文堂（一九九六年）九八―一六三頁（第三章）。

（10）　See my article : Justice System Reform in Japan, op. cit., pp. 58-59. もっとも、それぞれの含意については、問題意識の変化にともなって、若干の修正が施されている。

(11) Vgl. N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts : Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main (Suhrkamp) 1981, S. 92ff.

(12) 「適切な紛争解決」と「法規の整合的な解釈適用」のあいだのアポリアについては、兼子一「民事訴訟の出発点に立返つて」法学協会雑誌六五巻二号（一九四七年）以来、一貫して訴訟目的論の中心テーマであり続けている。

(13) たとえば、伊藤眞『民事訴訟法〔第三版〕』有斐閣（二〇〇四年）四六三頁以下、新堂幸司『新民事訴訟法』弘文堂（一九九八年）五七四頁以下や、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（新版）』有斐閣（二〇〇〇年）五〇二頁以下などを参照。

(14) この点、ルーマンは『社会システム理論』のなかでコンフリクト概念についてかなり詳しく論じている。それによれば、コンフリクトは「矛盾がコミュニケーションを通じて自立化するオペレーション」(N. Luhmann, *Soziale Systeme : Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main [Suhrkamp] 1984, S. 530f. 佐藤勉監訳『社会システム理論（下）』恒星社厚生閣［一九九五年］七〇八頁以下）とされ、コミュニケーションの動態の中で常に変化するひとつの特殊な「社会システム」として理解されている。そうしたコンフリクトは、期待されたコミュニケーションが相手によって拒絶され、それがフィードバックしてくる場合、とりわけそうした「拒絶」のやり取りが複合化していく場合に見いだされる。それは決して拡散的なものではなく、むしろ高度に統合的である。そこで述べられている社会学的コンフリクト概念が、法学が関心をもつ紛争にそのまま対応するわけではないが、基本的な構造は同様である。ただし、紛争の拡大再生産は必ずしも「矛盾」によってもたらされるとはかぎらない。より小さな「すれ違い」から生ずる場合の方が多いのではないか。なお、「社会システム」としての紛争概念は比較的に以前から見いだされる。たとえば川島武宜「紛争解決と法的制御」同編集『法社会学講座5』岩波書店（一九七二年）一二頁以下、同「争いとその処理」『川島武宜著作集・第三巻』岩波書店（一九八二年）一六一頁以下など。

(15) 以上については、別の観点からの説明であるが、和田安弘「トラブルの展開―紛争の展開過程―」前掲『交渉と紛争処理』二七―四二頁が示唆に富む。

(16) 拙稿「『秩序』としての紛争」『自由と正義の法理念―三島淑臣教授古稀祝賀』成文堂（二〇〇三年）四三〇頁以下を参照。

(17) 以上の紛争解決観については、若干観点を異にするが、和田仁孝「交渉と合意」前掲『交渉と紛争処理』一〇―二六頁（とくに一五頁以下）。

(18) 「狭義の司法」が「紛争を判決によって終結させる」という意味での「紛争解決」を念頭に置いているとしても、それが実際に紛争を終結させることができるということではない。ただし、紛争の「法的解決」には独自の法社会学的意味がある。この点については、前掲拙稿「『秩序』としての紛争」四三八頁を参照。

(19) As to the separate treatment of conflicts by the Justice System, see my article : Justice System Reform in Japan, op. cit., pp. 68–76.

(20) Siehe dazu N. Luhmann, *Soziale Systeme*, a. a. O., S. 532 ff. 邦訳七一一頁以下。

(21) この点について、ルーマンは「矛盾の機能」という形で論じている。Siehe dazu N. Luhmann, *Soziale Systeme*, ebenda, S. 501ff. 邦訳六七三頁以下。

(22) このように紛争を肯定的にとらえる見方は、社会学の領域ではかなり古くから見られる。Siehe dazu Georg Simmel, *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung, Gesamtausgabe Band II*, Frankfurt am Main (Suhrkamp) 1992, S. 284ff. 居安正訳『社会学―社会化の諸形式についての研究（上巻）』白水社（一九九四年）二六二頁以下。

(23) As to the conflict management, see my article : Justice System Reform in Japan, op. cit., p. 65.

(24) 法は、シンボルによって一般化されたメディアの一種としても理解されうる。Siehe dazu N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1993, S. 193f., 255f. 馬場靖雄／上村隆広／江口厚仁訳『社会の法1』法政大学出版局（二〇〇三年）二〇九頁および二七七頁以下。Siehe zu der symbolisch generalisierten Kommunikationsmedien, N. Luhmann, *Soziale Systeme*, a. a. O., S. 205f. 邦訳二三二頁以下。

(25) 「司法制度改革審議会意見書」もまたＡＤＲの多様性を前提として議論を進めることを提言している。この点については、「意見書」Ⅱ―第一―8「裁判外の紛争解決手段（ＡＤＲ）の拡充・活性化」(1)を参照。URL : http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/iken-2.html/ 同様に、司法制度改革推進本部のＡＤＲ検討会もまた、理念としてはこれを前提としているところである。URL : http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/pc/0729adr/1.pdf/ ＡＤＲの

多様性については、山田文「ＡＤＲの可能性―正義の多元化・豊饒化の契機として―月刊司法改革二〇〇〇年四月号二六頁以下。

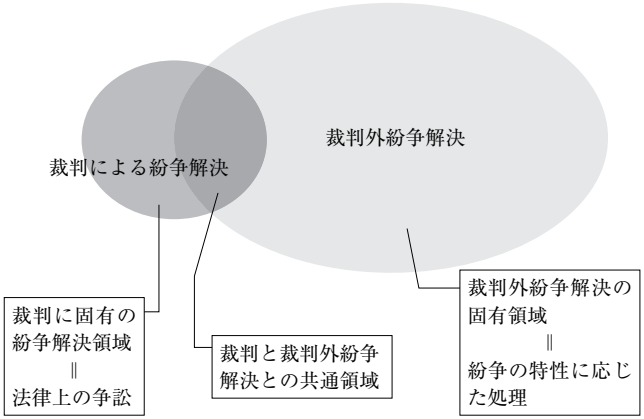
(26)　ＡＤＲの機能の一般的説明としては、たとえば小島武司『ＡＤＲ・仲裁法教室』有斐閣（二〇〇一年）一七頁以下。

(27)　「狭義の司法」による紛争解決と、ＡＤＲによる紛争解決の関係を図示するとつぎのようになるであろう。裁判による紛争解決と裁判外紛争解決とのいずれにも固有の紛争解決領域があり、両者が重なり合っているのは一部分に過ぎないということを強調するのが、この図式の特色である。なお、これと異なる図式として、小島武司教授の「正義の総合システム」がある。「正義の総合システム」は、裁判による紛争解決を中心とし、外側に行けば行くほどインフォーマルな紛争解決方式に広がっていく「同心円モデル」として、両者の関係を捉えようとしている。小島教授の関心は、中心である裁判が周辺であるＡＤＲに対してもたらす「波及効果」と、周辺にあるＡＤＲが中心である裁判に対してもたらす「汲み上げ効果」の分析に向けられているのだろうが、だからといって、紛争解決の中心に裁判による紛争解決が置かれなければならない理由はない。この点については、裁判と裁判外紛争解決とが相互に影響を与えあうという言い方をすれば十分であるように思われる。また、「正義の総合システム」の図式は、裁判の延長上にはない裁判外紛争解決の固有領域が存在していることを看過している点で、問題があるように思われる。裁判外紛争解決のうちで、裁判の延長上にあるといえるのは、拙稿本文中の分類にしたがえば、仲裁的関与と調停的関与のごく一部にすぎない。「正義の総合システム」については、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―」民商法雑誌七八巻臨時増刊号３（一九七八年）一―一七頁。「正義の総合システム」についての最近の議論は、たとえば同『裁判外紛争処理と法の支配』有斐閣（二〇〇〇年）六頁以下および一八六頁以下。

(28)　そのほかの分類の視点について、たとえば前掲小島武司『ＡＤＲ・仲裁法教室』四六頁以下、および、前掲山田文「ＡＤＲ―裁判外の紛争処理機関―」六六頁以下。

(29)　紛争への予防的関与は、これまでＡＤＲの役割としてはあまり論じられてこなかったが、専門ＡＤＲなどが常時コンサルタント的に当事者と関わりを持つ場合には、かなり重要となってくる関与のあり方である。実際、社団法人国際商事仲裁協会などは「商事紛争の処理および未然防止に関する普及および啓発」といったことも行っており、表に現れないところでそれはすでにＡＤＲの重要な機能となり始めている。この点について、小林正浩「（社）国際商事仲裁協

会における実情と課題」前掲ジュリスト一二〇七号八八頁。さらに、各ＡＤＲ機関がインターネット上のポータルサイト等を利用して情報を共有することで、紛争の未然防止が可及的に図られていくということも期待されている。実際、国民生活センターと各消費者センターをオンライン・ネットワークで結んで、消費者行政に関する情報や全国レベルの消費生活相談情報などの各種生活情報を収集してデータベース化している PIO-NET (Practical Living Information Online Network System 全国消費生活相談情報ネットワーク・システム）には、紛争の未然防止がその役割として期待されている。以上について、佐藤鉄男／吉田史晴／橋本誠志「司法制度改革とＡＤＲ」前掲『ＡＤＲの実際と理論Ⅰ』三八頁以下。



(30) このような関与のあり方は、実際上「苦情相談」のかなりの部分を占めているのではないか。たとえば、国民生活センターの場合について、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」前掲ジュリスト一二〇七号八四―八七頁、また、消費生活用製品ＰＬセンターの場合について、三枝繁雄「製造物責任関連の紛争処理の現状と課題」前掲『ＡＤＲの実際と理論Ⅰ』一九五―二二六頁（とくに二〇一頁以下）を参照。

(31) 「狭義の司法」は「事後収拾的関与」に特化された紛争解決のあり方であり、それがかなりの程度実効的であることについては疑う余地はない。この点については、たとえば佐藤彰一「裁判は何のためにあるか」前掲『交渉と紛争処理』一〇五―一三五頁（とくに一〇六頁）。

(32) すでに確認しているように、ＡＤＲは「狭義の司法」とは異なる制度的特質を有しており、それゆえにこそ「事後収拾的関与」の場合にもＡＤＲの利用に対するニーズは高いのである。ＡＤＲの制度的特質については、たとえば前掲小島武司『ＡＤＲ・仲裁法教室』七頁以下。

(33) 心理面での勘所を押さえることによって紛争それ自体が解決されることもある。たとえば、廣田尚久『紛争解決学〔新版〕』信山社（二〇〇二年）六二頁以下を参照。

(34) 本文でも述べたように、医療過誤紛争やいじめによる被害のような事案が持ち込まれる場合、往々にして最初に行わなければならないことは、依頼人の心理面での安定を回復させ、冷静に問題を受けとめられるようにすることである。また、依頼人の個性にもよるだろうが、倒産や解雇のように依頼人の人格的アイデンティティーに関わるような案件の場合にも、心理ないし社会生活面でのケアが必要となる。もっとも、ＡＤＲの行うカウンセリングは生活指導が中心で、心理カウンセラーとは業務内容がかなり異なっている。この点、クレジットによる多重債務者のカウンセリングについて、坂本佶三「(財) 日本クレジットカウンセリング協会における現状と課題」前掲ジュリスト一二〇七号、九五―九九頁。

(35) 国民生活センターなどの苦情相談等の利用が非常に多い状況とその評価については、前掲小島武司『裁判外紛争処理と法の支配』一二二頁以下。この点、国民生活センターの PIO-NET に寄せられた二〇〇二年度の消費生活相談件数は八三二、六四四件であった。消費生活年報二〇〇三年度版概要を参照。URL : http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20031003_3.pdf/

(36) 調停の技法の包括的な見取り図については、井上治典／佐藤彰一共編『現代調停の技法』判例タイムズ社（一九九九年）。とくに同書三―八二頁のシンポジウム本文を参照。

(37) 民事調停の新受件数は、平成一四年度のもので四八九、九五五件と大変に多い。この数字が民事調停の使いやすさによってもたらされているのか、日本人特有の「お上」意識によるのかは別途検討を要する問題であるが、民事訴訟の新受件数（五四四、〇〇八件）と見劣りしない数字であることは注目しなければならない。もちろん、このような状況であるために、民間型ＡＤＲの発展が妨げられているという問題がある。統計上の数字については、最高裁判所のホームページの司法統計年報のサイトを参照。URL : http://courtdomino2.courts.go.jp/tokei_y.nsf/view_webminji/60799E8FBC72B16F49256B6900314 EFE/$File/B14 DMIN 1-1.pdf?OpenElement/ 民事調停等が民間型ＡＤＲの発展を阻害しているという問題点については、前掲廣田尚久「『和解仲裁所』の構想について」六七頁以下。

(38) ＡＤＲにおける調停的関与の具体的技法については、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（一九九八年）が興味深い。

(39) 「アドホック仲裁」については、たとえば前掲廣田尚久『民事調停制度改革論』一七頁などを参照。

(40) たとえば、土地を利用したい敷地所有者と、当該借地上に建物を所有する借地人との利害が深刻に対立している場合に、仲裁人が「高層ビルを建てて借地人もそこに入居することをみとめる」という仲裁案を出せば、当事者双方に満足のいく解決につながるだろう。このような解決は裁判では実現できない。こうした「ウィン・ウィン・ソリューション」については、たとえば太田勝造「仲裁センターの一事例―ウィン・ウィン・ソリューション―」第二東京弁護士会編『弁護士会仲裁の現状と展望』判例タイムズ社（一九九七年）五頁以下、および、前掲小島武司『ＡＤＲ・仲裁法教室』八〇頁以下。

(41) 仲裁を規律する法規は、これまで旧民事訴訟法の一部が残された「公示催告手続及ビ仲裁手続ニ関スル法律」であったが、これについても司法制度改革推進本部の仲裁検討会において新法制の検討が進められ、すでに昨年度のうちに新「仲裁法」が制定され（平成十五年法律第百三十八号）、今年三月一日に施行されている。仲裁検討会での議論の概要等も司法制度改革推進本部のホームページからダウンロードできる。URL：http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/04tyusai.html/

(42) ＡＤＲにおける仲裁と調停の手続は実際上渾然一体となっている場合が多い（いわゆる「ミーダブ」）。また、当事者の一方のみ「第三者」と仲裁契約を交わす「片面的仲裁」も、調停と仲裁の中間的形態であるといってよいだろう。さらに、仲裁人が当事者双方から提示された和解案のいずれかを選択するという「ファイナル・オファー・アービトレーション」も大変興味深い紛争解決手法と評価できる。ＡＤＲにおいては、このような柔軟な手続設計が可能であるからこそ、当事者のニーズに合わせて「オーダーメード」の解決を行うことができるということが強調されなければならない。このような工夫が可能であるという点について、たとえば前掲小島武司「司法制度改革とＡＤＲ」一五頁。だが他方、ＡＤＲによる調停が原則としてそれ自体では執行力をともなわない「インフォーマル」な紛争解決（本文で後述するように、ＡＤＲの調停手続による和解への執行力の付与も検討されており注意を要する）であるのに対して、仲裁はその裁定には執行力がともなう、裁判類似の「フォーマル」な手続である。それゆえ、両者を渾然一体として扱うことに対しては、批判的な見解もある。たとえば早川吉尚「わが国のＡＤＲの問題点」前掲ジュリスト一二〇七号三五―

四一頁を参照。

(43) 裁判官や弁護士といった法律専門家以外の関与を認めていくことを「ディプロッフェッショナリゼイション」という。これは、仲介する「第三者」の常識的なバランス感覚などが紛争解決に反映される点で評価できるが、無制限にこれを認めることには批判がないわけではない。この問題は、紛争解決ニーズに応じた法律家と非法律家との役割分担の問題として理解されるべきではないのか。この点について、たとえば前掲小島武司『ＡＤＲ・仲裁法教室』八―九頁。

(44) たとえば、大阪地裁の民事一七部と一九部には「医療集中部」が設けられており、合理的な鑑定方法等の工夫を通じて、医療過誤訴訟の迅速化・適正化を実現している。そこでの実務については、佐々木茂美『医事関係訴訟の実務』新日本法規出版（二〇〇二年）に詳しい。さらに、大坂地裁のホームページからも「医療集中部」の業務の一端を垣間見ることが可能である。URL：http://courtdomino2.courts.go.jp/K_intro.nsf/678119cba3b9dfd649256b13000e54bc/9db07506f62513e0492256c99000f6a2e?OpenDocument/

(45) 目下のＡＤＲ化の背景にあるのが、このような専門家的関与への社会的ニーズの増大であるとする見解として、前掲高橋裕「司法改革におけるＡＤＲの位置」四〇二頁以下を参照。

(46) こうした考え方は田中成明教授の「多元的調整フォーラム」という考え方と相通ずるものがある。この点については、田中成明『転換期の日本法』岩波書店（二〇〇〇年）一二五―一五二頁（第四章）を参照。

(47) たとえば、前掲小島武司『裁判外紛争処理と法の支配』七五―七六頁。小島教授は「紛争処理機関は、いたずらにインフォーマリティの方向に流されることなく、事件の特性に応じて適切な方法を選択するという態度を堅持して紛争処理にあたるべき」と主張されるが、同箇所で自ら指摘しておられるように、「インフォーマリティの高い紛争解決方法ほどよく用いられて」いるということを重視すべきである。

(48) 様々な紛争とそうした紛争にあわせて形成されてきた各ＡＤＲ機関の詳細については、たとえば守屋明「様々な紛争とＡＤＲ」前掲『交渉と紛争処理』八六―一〇四頁、および、大川宏／田中圭子／本山信二郎編『ＡＤＲ活用ハンドブック：相談・紛争解決機関ガイド』三省堂（二〇〇二年）などを参照。

(49) ＡＤＲの多様なあり方を認めつつ、ＡＤＲと裁判制度との有機的な結びつきについて検討している最近の論文として、守屋明「多元化する紛争処理システムにおける権利の生成について―非法化的権利生成の意義づけに関する試論的

考察―」田中成明編『現代法の展望：自己決定の諸相』有斐閣（二〇〇四年）二一三―二五二頁。守屋教授は、ＡＤＲ手続を「裁判補完的ＡＤＲ」と「市民応答的ＡＤＲ」とに区分し、さらに、正当性基準への関心、法・権利への関心、第三者への期待という三つの軸を用いて立体図式を立て、その図式のなかで濃淡様々な権利が生成してくるあり方を分析しておられる。本稿の議論は、守屋教授の分類によれば、市民応答的ＡＤＲにより適合的であるように思われるかもしれない。しかし、本稿の趣旨は、そのような区別をも含めて多様なＡＤＲを一律に取り扱おうとする「ＡＤＲの共通的な制度基盤」の議論を批判的に検討するところにあるのであり、とくに「市民応答的ＡＤＲ」のみに関する議論を展開しているつもりではない。

(50) 前掲「司法制度改革審議会意見書」Ⅱ―第一―８「裁判外の紛争解決手段（ＡＤＲ）の拡充・活性化」(3)を参照。

(51) 同前「司法制度改革審議会意見書」Ⅱ―第一―８「裁判外の紛争解決手段（ＡＤＲ）の拡充・活性化」(1)を参照。

(52) 諸外国と比較してのわが国でのＡＤＲ利用状況については、データが若干古いが、たとえばＡＤＲ検討会第一回会合配付資料一―二―(8)「主なＡＤＲの利用状況（諸外国比較）」を参照。URL：http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/adr/dai1/1siryou1_2_08.html/

(53) ＡＤＲ機関は、設立主体に応じて「司法型ＡＤＲ」、「行政型ＡＤＲ」、「民間型ＡＤＲ」の三種類に大別される。この点につき、ＡＤＲ検討会第一回会合配付資料一―二―(3)「ＡＤＲの分類（例）」などを参照。設立主体によるさらに詳細な分類については、たとえば、小島武司／伊藤眞編『裁判外紛争処理法』有斐閣（一九九八年）一二頁、および、前掲小島『ＡＤＲ・仲裁法教室』四七頁以下などを参照。

(54) たとえば、ＡＤＲの拡充・活性化関係省庁等連絡会議において検討され、平成一五年四月一四日に司法制度改革推進本部顧問会議で報告された「ＡＤＲの拡充・活性化のための関係機関等の連携強化に関するアクション・プラン」を参照。URL：http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/adr/h14actionplan/hontai.html/

(55) ＡＤＲ検討会第二九回会合配付資料三（「民間紛争解決業務の認証制度」［仮称］の導入等に関する主要な論点）などを参照。URL：http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/adr/dai29/29siryou3.pdf/

(56) たとえば、司法制度改革推進本部が平成一五年七月二九日に提出した「総合的なＡＤＲの制度基盤の整備について―ＡＤＲ検討会におけるこれまでの検討状況等―」（URL：http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/pc/0729adr/5.pdf)

について募集したパブリック・コメントの「9　特例的事項の適用におけるＡＤＲの適格性の確認方法【論点三五―四〇】」（ＡＤＲ検討会第二三回会合配布資料四）を参照。URL：http://www.kantei.go.jp/jp/singi/shou/kentoukai/adr/dai23/23siryou4.pdf/

(57)　以下については、ＡＤＲ検討会第三五回会合配付資料一（URL：http://www.kantei.go.jp/jp/singi/shou/kentoukai/adr/dai35/35siryou 1.pdf/）を参照。

(58)　前掲『ＡＤＲ活用ハンドブック』に掲載されている七一機関のＡＤＲのうち、担当者の資格として弁護士を明示していないものは三八機関であり、また、そのうちの一四機関が「和解斡旋・調停」をその業務として行っており、うち四機関が仲裁を行っている。弁護士を「担当者の資格」と謳っていないそれ以外の機関の主な業務は「説明」「助言」「相談」とされる。この点、さらに検討を必要としようが、調停や仲裁だからといって必ずしも弁護士が担当しなければならないというわけではなく、その適否は業務の内容を具体的に見てみないことには判断できない。「説明」「助言」「相談」を主な業務にするＡＤＲについては、とくに弁護士の関与が必要であるとは考えられない。以上について、前掲佐藤鉄男／吉田史晴／橋本誠志「司法制度改革とＡＤＲ」三五頁以下を参照。

(59)　「認証制度」とこうした特例とをリンクさせることを早い段階から検討していた論考として、山本和彦「ＡＤＲ基本法に関する一試論―ＡＤＲの紛争解決機能の強化に向けて―」前掲ジュリスト一二〇七号二六―三四頁。

【付記】本稿の執筆にあたっては、日本学術振興会の科学研究費補助金・基盤研究（Ｂ）（2）「紛争回避と法化の法理論的・実証的検討」（平成一六―一八年度・研究代表者 福井康太・課題番号 16330003）から助成を受けている。

【付記2】本稿脱稿後の七月三〇日に、早川吉尚／山田文／濱野亮編著『ＡＤＲの基本的視座』が公刊された。同書には重要な論文がいくつも掲載されているが、校正段階での大幅な補充は困難なため、同書所掲の論文の検討は割愛せざるをえなかった。

（二〇〇四年七月二〇日脱稿）