

② 講演「司法制度改革における裁判外紛争処理制度の意義と公害紛争処理」

中央大学教授 小 島 武 司

I はじめに	IV 公害紛争処理制度
・ 歴史的な問い	・ 仕組み
・ 法の支配	・ 調整・あっせん
II 司法制度改革における国家的選択	V ADR利用促進法の制定
・ 主体的個人の視点、民主制	・ ADR促進の方策
・ 裁判とADR	・ ADRにおける豊かな選択肢
・ 異別の枠組みとしてのADR	VI 将来の展望
III 当事者による選択	
・ 選択自由の原則	
・ 選択の実相	
・ 何が魅力か	
・ 国際比較から何を学ぶか	

ご紹介いただきました小島でございます。

ちょうど昨日、日本学術会議の「循環型社会と環境問題」特別委員会が開かれ、最終報告書がほぼ完成しました。私は、公害問題について研究してきたわけではありませんが、専門である民事訴訟法と接触する面もあるかと思い、その委員会に参加しました。循環型社会が最近の環境基本法でうたわれておりまして、自然科学と人文科学等の諸領域の専門家が多数集まって議論するのに相応しい、複雑系の科学の重要テーマであるとの実感を持つに至りました。それに、一般の生活者の感覚も欠いては適切な方向性を見出せない実にトータルな問題だということを感じたのです。

そういうことで、この重要な環境問題と、公害等調整委員会、それに都道府県公害審査会の皆様方が取り組み、重要なお仕事を担っている方々の前で今日お話できるというのは、大変光栄なことだと思っているわけでございます。皆様のお仕事についての私の理解が、つけ焼き刃で、皮相なことを口走るかもしれませんが、ご寛容のほどをお願いいたします。

I はじめに

まず初めに、最近、司法改革の動きが顕著であり、裁判所や弁護士、あるいは実体法のあり方が問われており、時おり法律界の指導者の間で、大きい議論が巻き起こることがあります。

例えば半世紀あるいは四半世紀前と比べて、我々の住んでいるこの社会はよくなっているのだろうか、むしろ悪くなっているのではないかという問題で意見が分かれます。確かに、アメリカでの議論に言及しますと、コマーシャルイズムに走る弁護士が増えているとか、また首をかしげたくなる製造物責任の迫及訴訟が多くなって、過剰な訴訟社会が現出しているという危惧が語られています。そういう議論の中で、ある有色人種の裁判官が次のように具象的な議論を展開しています。アメリカの社会は少なくともある面で確実によくなっている。例えば、黒人の最高裁判事や国務長官などは、前には考えられなかったし、女性がいろいろな社会の要職で活躍するということもあっただろうか、ストリートロイヤーのように、ホームレス専門の弁護士活動というのはどうだろうか。そういう角度から見ると、社会は確実によくなっているというのです。公害の問題を考えましても、確実に社会的進展が見られるのではないかと感じるわけです。

1960年代に、私はアメリカへ留学した当時すでに公害問題は論議を呼んでおりましたが、日本では、法律家一般の意識としては、公害問題・環境問題などへの認識が浅かったのではないかと感じております。それでも、社会の変化は急であって、公害・環境の問題への取り組みが間もなく本格化してまいります。

もう1つ、日本では司法制度改革審議会の意見書で、「法の支配」がキーワードになってい

ます。この「法の支配」という言葉は、伝統的な英米法で使われてきた「法の支配」とはちょっと違った意味合いで用いられていると思いますが、それが、司法へのアクセス、さらにはADRへのアクセスの再評価に結び付き、相当大きな制度変革がここで起こってきているわけです。その中核にある「法の支配」は、単に技術的な法の支配ではなくて、根底にある正義によって再吟味された応答的な法であります。法津があり、裁判制度があっても、それを享受できない階層がたくさんあって、何らかの実効的な手当ての必要があるということで、深刻な問題になっており、21世紀初頭は、行動すべき時期になっているのではないかという問いが投げかけてられています。

そういう全局的状况の中で、紛争解決に焦点を絞ってみますと、審議会の意見書は、ADRを、裁判と対等な魅力ある選択肢として設定しております。こうしたADRは多様な手法から成り、一方の端に交渉があり、他方の端に裁判があり、その中間に多様な展開がある一つの連続体であり、我々に少なくとも数個の選択肢の集合として提示されているのではないかと思います。この多様な展開によって、裁判制度はよりよいものになるのではないかと思います。

また、この「交渉」という言葉も紛争解決の局面では「示談」という何となく汚れた感じの用語から相対交渉という用語に移って、そこでは法律家その他の専門家の関与の下に、当事者が対等の立場で、公正なバーゲンをすることが

できるようにするのだという方向に動いて、条件整備も進んでいます。例えば、スポーツ界、特に、プロ野球の年俸交渉などでは、最近では代理人が関与するようになってきています。これまで、法とは程遠かったスポーツ界、とりわけオリンピックなども相当に法化が進んでおり、仲裁が世界的に活用されています。スポーツ紛争を仲裁で一夜にして解決するというように、我々法律家の常識にはなかったような、超スピードで紛争を究極的に解決してしまうという仕組みがオリンピックの場でも生まれています。このように、仲裁が存在感があるものとして、定着してきて、国内仲裁から、国際仲裁へと、かつてない広がりを獲得してきています。

もう1つの柱として、交渉寄りのところに調停が存在します。調停も昭和の30年代ごろは、「まあまあ調停」という批判があって、現実の調停もそうになっているという指摘もありましたが、今日ではそういうことは聞かなくなりまして、促進型の調停か、評価型の調停か、またはトランスフォーマータイプの調停というレベルでの問題になってきているわけです。連続体的変容の中で、いろいろな選択肢が生まれていますし、複数の方法の混合型も開発されつつあります。

私は最近、制度比較の視点から興味を持って少し調停のことを調べています。なぜかといいますと、2004年10月に「仲裁ADR法学会」ができ、その前に実務的色彩がより強い「日本仲裁人協会」という組織ができました。後者は学

問研究ということもさることながら、実践的な問題への取り組みを重視しており、その一環として仲裁研修、調停研修を開いており、私もその常務理事として、調停研修の方のプランニングを担当していて、昨年来いろいろと考えてまいりました。そういうこともあって日本の調停を眺めると、細かくいろいろなタイプの調停があることに気付きました。アメリカ流の評価型とか促進型という図式には収まり切らない、豊饒で多様な世界が日本の実務の中に存在するというのを、実感しております。

常識的には、簡易裁判所の調停を中心に考えやすいのですが、家事調停をおくとして、地方裁判所の調停があり、異質性が際立っております。

さらに、公害等調整委員会の調停については、針塚審査官の講演録などが、今日資料としても配布されていますが、ここでは、裁判スタイルの調停だと指摘されており、確かに、ほかのどの調停と比べても相当違った特色を持っています。これまでの調停の枠におさまり切れない、スーパー調停ともいうべきモデルと位置づけられるかもしれない、それほど独特の姿を持っているのではないかと思います。

Ⅱ 司法制度改革における国家的選択

前置きで随分時間を費やしましたが、司法制度改革における国家的選択ということについて、少しお話をさせていただきたいと思います。

実効的な紛争解決制度は、公正な社会の確立のためには、主体的な個人の存在が必要で、そ

の手続の内実には民主主義の哲学といえますか、基本的な考え方が具現していることが大切だと思います。現代の裁判は、当事者主義・弁論主義を基本としていますが、これは社会における民主制と内的に関連しているのだと理解されています。独裁国家では、訴訟手続も職権的で、手続的な保障も軽んじられるという認識があるわけです。現代社会の要請として紛争解決は、すべての人々に開かれる要の制度であるということになってきますと、本格典型の紛争解決方式である裁判だけではうまくいかないことになり、あらゆる紛争に対するアクセスを保障するには、第2の柱としてADRを活性化する必要があります。裁判とADR、この2本の柱が独自の姿で確立して初めて、さまざまな紛争解決へのアクセスが開かれて、紛争の内容にふさわしい多様な解決を提供することができるわけであります。裁判というのは強行的な解決であるに対して、ADRは自主的ないしは自律的な解決であります。そこで、最後の手段としてはどうしても裁判に頼らざるを得ないわけですが、ADRは、合意に基礎を置くだけに、裁判にないいろいろなメリットがありまして、それで一国の紛争解決制度の内実が豊かになっていく、当事者から見れば選択肢がふえる。しかも、こういう2つのルートがあって相互に影響し合うことで、紛争解決の基盤になる法の基準が、時代とともにより公平で柔軟なものに発展していけるということになるのではないかと思います。

調停の中での解決では、例えば、大正期の調停についてみると、先進的な欧米の法律を日本に移植してきたため、そのままは適用できず、部分的に調整しながら社会の法化を進めていくことになり、いわばショックアブソーバーの役割が調停に期待されていたと思います。ところが、現代社会の調停では、そういう後ろ向きの調整ではなく、前向きの調整に独自の可能性がある。公害紛争の分野でも、この種の調整の中に法的な基準を超えた、新しい可能性を開くものがありうるわけで、そういう役割も期待されてよいのではないかと思います。

ところで、裁判とADRを比較した場合に、どんな違いがあるのかと申しますと、両者の間にあるいろいろな違いを生み出すところの根源的なカテゴリーないし枠組みは4つに整理することができます。4つのカテゴリーは特色ある可能性の器であって、哲学、理論、文化などがその源泉となっており、グローバリゼーション時代は新たな創造の温床を提供するのではないかと思います。

第1は、インフォーマリゼーション(informalization)です。民事訴訟では、法律が定めたかたい手続を遵守しなければなりません、ADRの場合には、当事者間であらかじめ自由に手続を定めることが許されているし、また、仲裁人や調停者が幅広い裁量を持っており、そこには便宜訴訟の禁止という民事訴訟の原則が働かない。そういうことで、インフォーマリティという大きい特性を有しています。

第2は、ディプロフェッショナルリゼーション（deprofessionalization）です。民事訴訟は法律専門家の手続であって、代理人も裁判官も原則として法曹有資格者です。しかも、ドイツなどはこの点徹底していて弁護士強制主義が採られていて、当事者本人は訴訟行為はできず、弁護士の代理があって、初めて訴訟が可能になるのです。それに対してADRでは、若干の制限があるものの、調停者であれ仲裁人であれ、弁護士資格のない人たちも、これらの活動をしてきました。これは長い伝統ないし慣行として定着しています。最も古い、海運集会所の海事仲裁では、法律家は3人のうち1人で、後の2人は科学者やビジネスマンなどでして、弁護士法72条の存在にもかかわらず、法律プロフェッショナルでなければならないというおもしは、歴史的に外されてきました。最近の法律では、むしろ逆に、調停者の1人は弁護士有資格でなければならないという規定が置かれるようになって、慣行との合致はあるのですが、そのことがかえって注目を集めているという状況があります。

第3は、ディリーガリゼーション（delegalization）です。民事訴訟が法を基準にするのに対して、ADRでは、法のほかの条理を基準にするということも可能であります。仲裁でも、法律によらない仲裁の合意が可能になっていまして、しかも手続的に、法律違反があっても、公序良俗違反は別として、仲裁判断の取消や和解の無効の余地は狭いわけです。

第4は、プライヴァティゼーション（privatization）です。ADRは任意的な紛争解決なので、当事者間の合意により民営化が可能であるということです。民営化という時流に乗って各国でADRの民営化が進んでいますが、その全体的な性格とのかかわりで、その度合いが異なり、お国柄が多分に現われています。

Ⅲ 当事者による選択

紛争解決の手続については、豊かな選択肢がありますが、裁判に行くかADRに行くかは、あくまでも当事者の選択によるということです。選択の自由ということが原則であり、これに対する例外は少数です。その例外は、家族紛争や特別の民事紛争について、調停前置が定められている程度であり、基本的には選択の自由が認められています。選択の内容を豊かなものにするには、選択肢の違いと多さが大切で、創造的思考がすごく大切です。ADRの分野では、アメリカが後発部隊であるにもかかわらず、先進的な工夫をいろいろと打ち出しています。日本よりも後から来て、追い越して先に行ってしまう観があります。この分野については、いろいろと社会的な実験の可能性があって、例えば最終提案仲裁（final-offer-arbitration）がアメリカにあり、日本でも試行を重ねれば、紛争の効果的かつ公正な解決の進化に寄与するのではないかと思います。ですから、この選択肢を豊饒化することが極めて大切でありまして、更なる課題は、うまみのある選択と

いうことであります。日本では長い間、仲裁は不振で、調停は盛んという実情になっています。特に、裁判所の民事調停は60万件を超えるという盛況ぶりですが、ほかに行政型の調停も相当の活力を示しています。しかし、民間型の調停は低調です。我が国の代表的な常設仲裁機関の一つである日本商事仲裁協会の仲裁でも、長い間年間数件ないし十数件の実績であり、このところで20件を超えるかということで、理事長さんなどもハッピーなようですが、とにかくその状態です。海事仲裁も、大して変わらないという状況です。

これに対して、後発ですが、意外に成果を上げているのが、単位弁護士会が設営している弁護士会仲裁センターです（単位弁護士会ごと名称も実態も相当の違いがある。）。これは、第二東京弁護士会が先陣を切って始めて、その後全国に広がって、今十数の弁護士会が設営しており、従来の民間型ADRの停滞という状況に、一石を投じたと言えるかと思います。

ところで、大切な問題は、紛争解決の手段をだれが選ぶのかです。当然当事者が選ぶのですが、実際には弁護士が選択しているという面が多分にあるわけです。法律実務家がいかにして仲裁とか調停について正しい認識を持ち、訴訟中心主義から脱皮するかが重要です。素人に対する啓蒙啓蒙というだけでは、これだけでは空振りとはいわないまでも不十分です。宣伝はこれまで随分やってきましたが、あまり成果を上げておらず、これだけでは無理なのではないか

と思います。弁護士などの法律専門家、あるいはその他のADR関係者の間で、共通認識が共有されないと、制度の活性化は困難ではないかと思います。この辺の焦点設定をし直すことも、今後のADRの活性化を考える際には、必要ではないかと、私は最近強く感じています。

そこで、当事者なり弁護士界などがADRに対し魅力を感じるが必要になりますが、とりわけプロの目から見て、魅力の源泉はどこか、ツボを発見することを、よく考えてみた方がいいでしょう。これはなかなか重要な問題です。例えば、今一番事件数が多い簡裁調停との関係でも、アメリカの議論が、日本にもすごい速度で入ってきており、そこで何となく、評価型調停から促進型調停へという流れがムード的に広がっているのではないかと感じます。けれども、実際には問題はもっと複雑であり、この流れにはどうもシックリしない部分があるのかなと思います。その点は、紛争の特質に応じて、また、だれが担当するかに応じて、モデルも相当違ってくるわけで、選択は高度に専門的な事項です。先ほどスーパー調停ということに言及しましたが、政策的な観点から、裁判の手法というサービスに匹敵するぐらいの調停を裁判以上の国家資金を投入して、練達の専門家を中に入れてやっていくことが領域によっては考えられてよいのかもしれないということになります。

そう考えてくると、地裁調停は、基本的には、医療過誤や建築紛争などを対象とする専門調

停でして、この場合には、評価型の方向が、適格的ではないか。少なくとも裁判所に一旦訴えが提起され、付調停で調停に移った事件の場合には、評価型モデルが順当な一つの姿として選択されてよいのではないかと思います。もっとも、この分野でも、民事訴訟制度の改革の結果により、専門的な計画審理が可能となっていますので、その関係で将来的には地裁調停の役割の前途は必ずしも定かではないという面があるのも事実かと思います。

そこで、次に何が魅力かというような点を考えてみます。最近の裁判外紛争解決手続利用促進法は、民間の調整型紛争解決の活性化を主な狙いとしており、認証制度を設けていますが、紛争解決一般についても、基本的な原則を提示しております。公害紛争との関係で考えますと、そこでは、専門的知識ということが強調されています。まさしく公害の場合には、専門性を手続に組み入れていくことで、大きな魅力が生まれてこようかと思います。また、ADR機関としてPLセンター（注1）が日本でも十いくつか存在しておりますが、PL事件などでも専門性が重要な要素として働いております。専門性への対応ということで、ADR機関としての独自の価値が決められていくことになります。公害紛争処理法の諸条文を見ましても、きちっとした事実調査をし（33条）、そして専門知識を活用し、その上で調停案をつくり、その受容の説得をし（34条）、場合によっては調停案を公表する（34条の2）という枠組みが盛り込まれてお

ります。これは、特別の調停モデルを提示しているのではないかと思います。

ここで、オムブツマン（ombudsman）的機能という点について触れておきたいと思います。公害紛争は実のところ個別的な争いではなく広域的な争いであり、そしてその解決も、社会生活全体にかかわる公益性ないし公共性を発揮すべきものであります。ひところスウェーデンに由来するオムブツマンという制度に関心が集まり、現にいくつかの地方自治体レベルでオムブツマンが行政苦情処理の場面で設けられております。このオムブツマン制度においては共通意識を基盤に解決の合理性を説得によって受容させていくという一般化機能を副次的に紛争解決制度に内在させるということは、消費者保護の場面などでも指摘されているところでありまして、公害紛争での局面での独自のポイントといえるのではないかと思います。

次いで、国際比較に移りたいと思います。これは、あまり厳密な話題ではなく、一種のエンターティメントと考えていただいてもよいと思います。この種の話は、正確なところはだれもわからない、ある種の印象論である場合が多いのでありまして、軽い気持ちでお聞きいただければと思うのです。

1990年代の初めに日本民事訴訟法学会は、本格的な国際シンポジウムを初めて開きました。海外の主要な学会の会長などと各テーマの指導的学者をお招きしまして、報告と討論を行いました。そのテーマの1つとしてADRと法文

化の問題が取り上げられました。私はたまたまADRのセッションの総括報告者ということで、十幾つかの国のレポートを読んで、シンポジウムでまとめの報告をするという作業をいたしました。そこで、その時に感じた印象をここで話すわけです。

ADRは、90年代には、明らかに世界的な関心事になってきました。その時点では、ドイツでも理論的にはすごい好奇心があつて、研究はあるのですが、実務的にはドイツは、裁判中心のシステムであつたように思います。なぜ裁判中心なのかというと、ADRの持つメリットは多いのですが、それらを魅力的と思わせるだけの病理現象がドイツの訴訟にはないと言えるんじゃないかと思います。ドイツの裁判は極めて効率的で、迅速かつ廉価といえると思います。弁護士も裁判所に協力して、効率的に紛争処理が行われていく。裁判制度が使いやすく、しかも多くの事件が裁判所に持ち込まれて、司法制度は及第点をとっている。だから、ADRということについてあまり切実な関心はないのではないか。それからドイツ人は、結構割り切つて論理を重んじる民族ですから、その点でも裁判がぴたりと国民性にも合っていて、ドイツが一方の極をなしているように思います。

これに対して、他方の極をなすものとして日本などがその代表になるのではないかと思います。裁判所でも調停事件を多数処理しておりますし、行政機関もADR的な活動を盛んにしています。そういうことで、ADRがその

時点で定着している国として、日本は最右翼の国であつたかと思います。70年代から80年代に書かれた外国の書物でも、日本は先進国だと指摘しているものがあります。ADRというものを非常に活用している、先進的な国であり、日本の調停などは非常に興味深く、各国にとって参考になるだろうと指摘も見られます。

これら2つの極の間にアメリカを置いてもよいでしょう。アメリカはずっとドイツ極に近かつたが、ADRへの関心から、ADRを積極的に使う方に移り、中間点に寄つてきたのです。先ほど申しましたように、いろんな実験が自在になされて、実績もだんだん上がつてきているわけです。なぜかといいますと、アメリカの訴訟は、細く純法律的に問題を解決するというだけではなく、大きな社会問題や政治問題なども取り込んで、膨大な資料と時間を使って、骨太に決断するケースも少なくない。そして弁護士も専門分化していて、司法判断を支えており、相当高額の手料を受け取るということが前提になっています。アメリカには、一面において少額裁判のような簡易な手続もありますが、他面においてもものすごく大きい本格訴訟もある。そうするとやはり、重く大きい重装備の訴訟が中心になっている司法風土の下では、専門家の力を抑制して自分たちで解決するという草の根的なミディエーションのニーズが生まれ、また、ビジネス界でも経営者の自主的判断を最大限に活かそうとする動きも出てくる。いろいろのセクターで、自前の解決を掘り起こ

していく、法律離れのADRが重みを増してまいります。それはまさに、アメリカの訴訟運営の現実が、ADRを生み出す基盤になっているという部分があるのです。逆に、ドイツ的な裁判制度のありようを前提とすれば、むしろADRの必要が限定されてくるのが順当なところ、そういう側面があるのではないかと思います。

この大局図の中で、オランダという国を一つ取り上げてみたいと思います。オランダという国は、いろいろの点でドイツに似ているという実感があります。言葉の響きも骨格も似ているし、裁判制度も同様です。だが、ドイツとオランダを比較すると、オランダではADRによる解決が格段に多く、訴訟の利用度は比較的低いのです。それはなぜかという、法運用の全体的な仕組みの中に、例えば日本では、交通事故に基づく損害賠償請求訴訟などで定型的処理の仕組みが定着していて、和解や裁判外の処理が増加しておりますが、これと似た現象が全域にわたっているのです。そこで、国民性などよりも、裁判外の紛争を可能にする制度基盤が存在していて、同じような国でも、司法統計上の数字が離れてしまうことがあるのだと感じるわけです。

ところで、今までの話に出ていない重要な国として、イギリスがあります。イギリスとアメリカは同じコモン・ローですが、制度やその機能には違いがあります。しかし、アメリカに似た司法事情もあり、ADRについての関心は十分強いのです。

全体的な話は別として、イギリスには、おもしろい現象があります。これは、数年前国際学会に出た時に、実態調査をした学者の報告で聞いたエピソードです。ロンドン、法律問題の世界的メッカで、最も高い水準のジャスティスがそこで供給されるという自負がイギリスの本などに書かれていますが、再保険紛争の中心点でもあるのです。その再保険をめぐる紛争は、すごい専門性が高く、事件規模も大きい。大被害がおこると、各国の保険会社が揺れて、最後につけが回って再保険に行きつくということですが、専門性の高い仲裁の、まさしく独壇場ということになっていたのです。それは、当然のことだと皆さんが信じていたのです。ところがある時点から仲裁がぐんと減ってしまい、そして、そういう特殊な領域であるのに、逆に訴訟がぐんと増えたのです。信じられないことが起こったので、調べてみると、極めて優れた開業弁護士が、コマーシャルコート（商事裁判所）の裁判官に任命されたことが主な原因だったのです。つまり、優秀な1人の実務家が仲裁人から裁判所へと移ったため、事件もそれについて移ってしまったということなのです。1人の開業弁護士が裁判官に任用されたというだけで、紛争処理パターンが、仲裁から訴訟へと一変してしまうこともあるわけです。ですから、文化などへの言及で説明するのは後講釈としてそれはとても面白いが、結構リスクな面があるというわけです。しかし、それはとてもおもしろいから、こういう話は尽きないのだと思

うのです。

もう1つ、アジア経済の勃興が、今日本や欧米を揺るがしつつあり、アジアの仲裁は結構活発に動いているのです。これはどうしてかという、欧米ビジネス界がいただく、日本は別として、国家の裁判の不透明さからくる不信感があります。要するに、裁判所へ行くのが心配だから、仲裁の方へ行くということがあるのです。裁判所の信用ということは大きなファクターで、地域別に諸要因を研究することが、ADRと裁判というものを考えるとき、大切ではないかと思います。客観的には事件の動き、主観的には当事者の選択になりますが、不変の部分と可変の部分とがあって、ADRと裁判の間のゆれは、全体的な統計ではとらえきれないものを含むということであります。

IV 公害紛争処理制度

次に、公害紛争処理制度に移りたいと思います。

まず、3つの仕組みが基本的にはあるのでしょうか。公害等調整委員会、それから都道府県公害審査会、これらが公害紛争を対象としており、3番目に市町村・都道府県の公害苦情相談が公害苦情（注2）に対処する（公害紛争処理法49条1項）。先ほどのお話でも、この第3の事件数は、幅広く受け入れていることもあって10万件を超える数になっております（典型7公害の苦情が中心だが、廃棄物、日照障害などの苦情もある。『平成15年度公害苦情調査結果報

告書』（公害等調整委員会事務局）参照）。ちなみに、おもしろいのは、2003年の統計でして、消費者紛争の場面でも消費者苦情等が100万件から140万件ぐらいに激増しているのです。例のおれおれ詐欺、住宅リフォームみたいな、高度の詐欺スキームないし違法ビジネスモデルの開発などもあって、これらが被害者増加の原因になっているようであります。

この3つ以外に、公害苦情との関係は定かではありませんが、例えば東京都の特別区などに建築紛争を処理する機関があり、これも相当の件数を処理しております（中高層建築物をめぐる建築紛争についてのあっせん、調停に関する条例）。建築紛争と公害苦情は、日照権問題などでは、実質的に重なり合う面があるのではないかという印象があるわけです。とりわけ、第3の類型では、処理基準については、受忍限度とか権利濫用の問題では、日影ルールが生まれたりしております。調停の基準をどう考えていくのかは切実なところで、一般的な基準とは別に、具体的処理規範を考えるよい素材がいろいろあると思われます。

この局面においては、斡旋と調停の違い、さらに苦情相談をとらえるかなど微妙な問題もあろうかと思います。調停に関しては、ミディエーション（mediation）とコンシレイション（conciliation）という英語があって、司法調停つまり裁判所の調停にはコンシレイションを当て、その他行政調停にはミディエーションを当てるのが有力ではないかと思います。日本の

調停制度を本格的に研究した最初の外国人学者であるヘンダーソン教授が、そのような用語法を採っており、その影響が大きいと思われます。ヘンダーソン先生と話したときに、迷ったが、語感からいって正解であったのかなとおっしゃっていました。ミディエーションという言葉の方がより広い意味を持ち、あっせんや苦情相談もその射程に入れて考えているということかと思います。地裁の専門調停や公害調停になると、ミディエーションに含まれるにしても特別の類型でとらえた方が、制度の説明としてベターかなという気がしてくるのであります。

ところで、公調委や公害審査会の調停は、調停類型としては特別のものであるように思われます。一面において、裁判モデルに近い運用をしていると指摘される方もあるように、事実の確認をきちっと行い、しかも調停案も文書化して示し、その受容のために説得を積極的に行きます。それに、場合によっては職権による調停もあり得るということもあります。そこには、評価型調停ということにおさまりきれない部分があると解されます。具体的に、調停の手順を吟味していく中で、その姿を明確に把握していくことが肝要ではないかと思われます。もちろん、公害紛争処理についても、幾つかのモデルが並存しているのではないかと憶測されます。

V ADR利用促進法の制定

ところで、先に触れたADR利用促進法が制

定され、その中で、認証制度が誕生しました。これについては、随分強い反対もありましたが、制度としては成立したわけです。この認証は、民間の和解の仲介を対象とする規制でありますから、公害等調整委員会の調停等にはそのまま適用にはなりません。認証の要件について、この法律は、相当細かく規定しておりまして、おそらく間接的には行政型の調停にも何ほどかの影響を与えてくるのではないかと、また、民間の調停や斡旋にもある程度の影響を与えてくるのではないかと思います。実際そちらの方面では、それを意識した議論が行われているわけであります。なお、同法1条から3条まではより一般的に基本原則も定めております。

ところで、これと関係するものに、新しい仲裁法がありますが、これも無視できないものがあります。ご存じのように、仲裁法制定の際に、消費者紛争や労働紛争についての仲裁契約を有効とみるか否かが問題となり、大いに紛糾したのですが、結果的には、消費者仲裁契約は取り消すことができ、また、労働仲裁契約は無効という附則がつき当座の決着に至りました。しかしながら、この附則は、将来紛争が起きたら仲裁によるという、将来紛争の合意についての規律でありまして、現に紛争が起こった事件には、この制限は及ばないわけです。それにしても、この附則で仲裁の大きな領域についてブレーキがかかりましたから、調停などの分野に事件が流れ込んでくることは、将来の動きとしてありうるわけです。そうすると民間型の調停

あるいは行政型の仲裁、調停が、どうニーズを吸収していくかという課題は、いよいよ重要性を増してくるのではなかろうかと思います。

VI 将来の展望

最後に、将来の展望をお話ししたいと思います。日本の紛争解決制度を、将来的な構想をもってとらえるのがいいかについて、ここでは、紛争解決のトータル・システムとの関連で少し申し上げたいと思います。これは、自然の流れの中でおのずと決まっていく面があって、強力な政策でどちらかに誘導していくということには、いささか無理がある領域だと思います。しかしながら、トータルのイメージをどう考えたらよいかを議論することは無益ではないし、少なくともこの問題についての関心を喚起することは有益ではないかと思います。

私の考えを申し上げて、御批判の機会を得たいと思います。これは、先ほど申しました仲裁法学会の創立の折に、私は、その基調講演で、「仲裁の実効化」という理論的な課題について当初話すつもりで、そういうレジュメもつくっていたのですが、参会者が、仲裁法の狭い専門家というよりは、幅広く各界の方々に及んでいたものですから、急遽仲裁という焦点をはずして、むしろ、紛争解決の制度の全体像ということに話の重点を移しました。

私の考え方は、こうであります。ADRの受け皿には司法と行政と民間の3界がある。ところが、民間のADRが日本ではあまりにも小さ

いので、これを大きくまた活力あるものにしていくことが必要である。この意味で、ADR利用促進法も一定の効果を持つと期待できる措置であり、民間に焦点を合せた着目点としては評価に値しますが、問題は、これらの3つの領域においていかなる方法の中軸にすべきかということでもあります。今訴訟が約59万件ぐらい、調停が約61万件で、調停事件の方が大きくなっています。第2次大戦直後にはそういう逆転現象が起こったことがあります。平常時での逆転というのは、ただごとではない。すごい、ニュースになる話だと思われます。しかし、その割には、国内でもまた外国でもあまりニュースになっていません。それはなぜかという、日本の調停はすごい数にのぼっているけれども、特定調停（注3）が八割前後（もっとも、債権者ごとの集計）を占めているということが大きいのではないかと思います。司法調停の件数は、外観上は大きいですが、特定調停を除くと過去と比べていて違っていない。それが実情です。司法調停の可能性はそんなところかもしれない。こう考えると、司法調停が民間調停を圧迫しているということにはならず、民間の活動の余地は極めて広いことになるのではないのでしょうか。

そこで、私の考えでは、裁判所の特質にふさわしいADRは、拘束力のない仲裁があるのではないかと思います。裁判所のアリーナでは一種の強制仲裁というか勧告仲裁の制度を導入していくということで、裁判所の負担は軽く

なってその力量は飛躍的に上がっていくと思います。この場合、民間人を、とりわけ弁護士等が仲裁を担当し、裁判所は仲裁の場を設定すればよい。そうすると、そこで、裁判所の活動としては仲裁が大幅に大きくなっていくと思います。

次に、行政型ADRは、ケースバイケースで、特定の紛争類型を選んで例えば公害紛争国家の政策的観点から特化した大胆な措置を講じていくという形で、超裁判型の調停を含めて、制度の多様な政策的形成を推進していくことが望ましいと思われます。真に、クリエイティブなスキームが社会的に必要なっており、強く提言したいと思います。

その際、公害調停は一つのモデルを提供するのではないかな。

最後に、民間型の方はどうかというと、ADRというものには仲裁は含まれないという考え方もあるほどですが、むしろ民間型ADRとしては仲裁を活性化することが重点政策となるのがよろしいのではないかと思います。これは、法的なルールに従った解決という点でも意味があることですし、また、民間機関が、独立採算の形で紛争解決機構を整備していくためには、調停よりも仲裁の方がコマーシャルベースにのりやすく、独立採算制を確立しやすいのではないかと思います。

そこで、将来の紛争解決システムには、21世紀の風を吹かせて、新基軸の導入を大胆に行い、必要性を見極めつつ全体的な方向転換を図っ

ていくのがよいのではないかと考えております。

どうも、ご清聴ありがとうございました。

* 質疑

〔質問者〕 貴重なお話をどうもありがとうございました。外国の事情をいろいろご存じのようですので、せっかくの機会ですので、民間型ADRの促進について、アメリカでの実験型として、カリフォルニアでADRを行う株式会社の可能性ということについて、具体的に事例を挙げてお教えいただければありがたいのですが。

〔小島〕 私も去年、先ほどの仲裁人協会に、このカリフォルニアの紛争解決株式会社の役員で主要な仲裁人である方の講演を伺いました。独立採算で、成果を上げているということでした。そのときに、なぜ成果が上げられるのかということが皆さんの関心事でありまして、その趣旨の質問も出ました。アメリカの司法制度の状況というのが1つありますが、もう1つ、仲裁人リスト等が適切であるということがあって、裁判官として実績があり、しかも人柄もすごく魅力的であって、社会的にも信頼できる紛争解決エキスパートを集めているということがあります。それから、カリフォルニア州法の規定が1つのファクターであり、私も少し質問したのですが、裁判官の場合には、ビジネスをやっていないし経済的つながりはあまりないわけですが、退職判事や開業弁護士の場合は利害関係が多岐にわたっていて、公正さという

ことを厳しく考えて、経済的利害関係等を積極的に当事者に対して開示し信頼感を高める方針を徹底している、これも印象的でした。

【質問者】 小島教授は、ADRに大変お詳しいわけですが、最後に特に仲裁、アービトレーションがもっと進められるべきだというお話しがありました。私も若いころ、アメリカへ行って勉強したときに、アメリカの仲裁制度は特に商事とか労働等の分野で、非常に機能していてすばらしいので、日本にも何とか持ってこられないかということ考えたことがあります。特にアメリカにはAAA、アメリカン・アービトレーション・アソシエーション（American Arbitration Association）（注4）というのがありまして、多数の各分野のエキスパートを抱えている。ああいうものが日本にもできたらいいだろうなと思ったりもしました。

それで、その後公害関係の仕事をするようになりまして、統計を見ていると、公害審査会も公調委も仲裁はほとんどないのですね。これはなぜだろうかと考えたのです。弁護士会での仲裁について聞いても、不法行為的なケースについては仲裁の例は極めて少なく、難しいように思われます。むしろ商事関係や労働関係のように継続的な関係があるものについては、紛争が起きたら、こういうエキスパートつまりその問題に一番詳しい人に正しい判断をしてもらおうと考えて、仲裁人を頼んでいる。それで仲裁制度が発展しているのだという話を聞いたわけですね。公害も一種の不法行為的なケースなの

で、継続的な関係ということは、あまりない。公害の問題はその時に解決されれば、それで終わってしまい、また全然別の問題として、別の公害問題が出てくるということになるのですね。ですから、こういった種類の紛争について、仲裁というのがどれだけ妥当するのでしょうか。実は私は、調停とかあっせん等についても、仲裁的な進め方がいいのではないかという考え方を持っていて、そういうことを書いたことがありますけれども、そういうことも含めて、小島先生のお考えをお聞きしたいと思います。

【小島】 これはなかなか難しくまた重要な問いだと思います。この問題についてファイナルな答えがあれば、既に解決に至っているわけで、解答は容易に見出せないと思います。ただ1つ、先ほど弁護士会仲裁について触れましたけれども、伝統的な日本の仲裁の組織は、例えば昔の日本国際商事仲裁協会、今の日本商事仲裁協会です。ここは貿易クレームから始まって、国際的な契約紛争を対象にしており、契約締結時に一条項として仲裁条項が入っていて、紛争が起きればその条項に従って仲裁になる。仲裁地の選定にあたっては、仲裁地がアメリカとの貿易なら、アメリカのAAAなどが選ばれていることも結構多いのではないかと思います。日本でやる事件もあると思います。私もこの種の事件で仲裁人等になったことがありますけれども、アメリカの製品を日本側が買って、日本を仲裁地とする仲裁条項が入るようです。また、中国の国際仲裁は、北京、上海と盛況ですが、

買手優位ということの他、裁判と仲裁の比較で後者がベターだということが、判断の要素になっていると思います。それに行政的な規制の介在ということもあるかも知れません。仲裁の振興には、調停よりもいろいろとインフラないし社会状況が前提ないし背景として重要だということになるかと思います。

そういう意味で、アメリカなどと違い、日本の契約には、特別の契約類型（例えば建設関係の契約）を別とすれば、あらかじめ仲裁条項が入っていないことが多い。第二東京弁護士会はその問題を、仲裁をクリアしようと試み、画期的成功を収めたパイオニアだといえるでしょう。結局、第二東京弁護士会の事件には、仲裁条項の入っていない賃貸借や労働関係などの契約紛争に加えて、事前の条項を入れようのない不法行為事件もあって、要するにそこには事前の仲裁条項なき仲裁という範疇が生まれているわけです。どうして仲裁の合意がないにもかかわらず仲裁がある程度の数がなされるのかというと、最初に調停的な話し合いをして、その過程で調停人に対する信頼関係がこの人なら任せてもいいということで形成され、ご判断に従いますという、仲裁合意が成立して仲裁判断になるに至るというケースが相当あるのです。

私も第二東京弁護士会で仲裁をした経験が何件かあるのですけれども、そのうちの一件でその経験をしました。これは、放送大学の教材（井上治典教授担当）にもなった事件ですが、

弁護士会仲裁は、契約なきところに仲裁の可能性を開いたという意味で、仲裁史上、画期的で、イノベーション賞に値するのではないかと思います。消費者仲裁や労働仲裁が取り消しなし無効とされている新仲裁法の下では、二弁方式で、現在の仲裁合意の可能性を広げて、現代的な方式を育んでいけるのではないかと思います。

ところで、アメリカでの経験を1つ申し上げますと、アメリカではコミュニティの紛争についても、仲裁が、相当使われているようです。それは、1968年の古い話ですが、クリーブランドで、昔ミリオネア通りと言われその後古びて貧民窟になってしまった地域において、賃借人である黒人に対する立退訴訟が多く、そこに、弁護士グループが、住民達と大家達と契約を通じて仲裁条項を普及させようという実験的なプログラムとしてやっておりました。生活基盤のしっかりしたコミュニティが存在すれば一つの地域運動として仲裁を広げていくという方法がありうるのではないかと思います。そういう組み合わせでAAAなども成果を上げているという面があるのではないかと思います。そういう角度から、AAAの実態を分析してみたらおもしろいのだろうと思います。

もう1つ、制度的な工夫としては片面的な仲裁も考えられます。これは事前の契約をベースとしますが、消費者ないし労働関係の分野では、企業側には拘束力があるが労働者や消費者にとって拘束力のない片面的な仲裁の合意とい

う書式をつくって、仲裁の普及を図る方法もあるのではないかと思います。つまり仲裁判断が出たとき、企業側はそれに縛られるけれども、消費者側や労働者側は縛られない。そうすれば、仲裁判断の合理性を理解している企業は、全体的なメリットがあるということで、協力的で、他方、消費者や労働者の方はあまり心配しないで、結論が出てから従うかどうかを決められる、そういうソフトな道を開くのも一つのアイデアではないかと思います。

(注1) PLセンターとは：平成6年に制定された「製造物責任法」では、製造品の欠陥により人の生命、身体又は財産に被害が生じた場合、その製造品を製造したメーカーに対し、損害を請求することができることなどを定めている。このような被害が生じた場合に、裁判によって争いを解決するには、費用、日数など手間がかかり大変なこともあるので、裁判によらない方法で解決するため、また、裁判より早く少ない費用で公正な解決をするための機関としてこの法律の施行に伴い設置されたのがPLセンターであり、製品分野別に置かれている。例えば、家電製品PLセンター、医薬品PLセンター、生活用品PLセンターなどがある。

(注2) 苦情処理には、公害行政に関する要望、陳情の形をとるもの及び私的紛争の解決についての協力要請の形をとるものがあり、両者は、アプローチの仕方の違いで、実質的に

は帰一するともいえる。後者には、具体的に「発生源に苦情を取り次いでほしい」、「改善するように伝えてほしい」、「当事者間の話合いに立ち会ってほしい」などの活動が予定されている。(解説公害紛争処理法(公害等調整委員会事務局編著 樹ぎょうせい発行) 273頁) そこには、促進型調整の活動が含まれていて、調停の定義の外延に微妙なものがあることを示している。

(注3) 特定調停とは：裁判所の調停委員、金融会社、債務者の3者により、返済方法と返済計画を考えて調整すること。事件統計上は、金融会社1社につき1件と数えるので、債務者数に比較して特定調停の事件数は非常に多いものとなる。

(注4) アメリカン・アービトレーション・アソシエーション(AAA—American Arbitration Association 全米仲裁協会)とは：1926年に設立されたアメリカ最大のADR団体。本部はニューヨークにある。その業務は、仲裁及び調停を中心に行い、ビジネス、テクノロジー、保険、労使関係、環境、公共政策、家事、証券取引、国際取引などの専門を有する約2万人の中立者(neutral)のリストを持っており、ビジネス、テクノロジー、保険、労使関係、環境、公共政策、家事、証券取引、国際取引などの幅広い分野で、年間約6万件の事件を取り扱っている。また、同協会は、商事仲裁規則、国際商事仲裁規則などの規則を持ち、中立者及び当事者の利用に供している。