

裁判外紛争処理の動向とその分析

吉村, 徳重
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1834>

出版情報 : 法政研究. 51 (3/4), pp.251-282, 1985-03-25. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

裁判外紛争処理の動向とその分析

吉村 徳重

- 一 問題の所在
- 二 裁判外紛争処理手続、とくに調停手続の諸類型
- 三 裁判外紛争処理過程分析の若干の視点
- 四 むすび

一 問題の所在

一 裁判所の裁決による以外の紛争処理を裁判外紛争処理とよぶとすれば、これは今や世界的に注目を集めている潮流であるといえる。⁽¹⁾ 市民の利用し易い紛争処理方法をめざす、いわゆる「正義へのアクセス」運動の第三の波ともいわれるこの動向は、その主唱者たちがいうように、裁判に代るもの (alternatives to the judicial system) となりうるであろうか。⁽²⁾

もちろん、裁判所の裁決以外の紛争処理方法には、裁判上の和解 (settlement)、『仲裁 (arbitration)』、『調停 (mediation)』、『あっせん (conciliation)』、『事実調査 (fact finding)』、『示談交渉 (negotiation)』、『回避 (avoidance)』な

どさまざまなものがある。これらの諸制度は、ことにわが国では早くから、裁判所の裁判による強制的紛争処理に対する自主的紛争処理として、裁判と並びあるいはそれ以上に紛争処理機能を果たしてきた。なかでも、調停制度は、わが国固有の紛争解決方法としてさまざまな評価をうけてきた。ところが、この調停を中心とする裁判外紛争処理方法が、わが国だけでなく、一九七〇年代以降の欧米ことにアメリカ合衆国においても活用されているのである。

二 この裁判外紛争処理の動向は、いかなる背景と特徴をもっているのであろうか。³⁾この動向の背景となっているのは、裁判所における事件の山積およびその結果としての大巾な訴訟遅延であり、さらに紛争当事者にとっては、弁護士費用を含む訴訟費用の高騰による裁判利用の困難さである、といわれる。裁判外紛争処理方法の活用によってこれらの難点を解消しようというのである。

しかし、この動向がことに一九七〇年代のアメリカ合衆国において顕著になってきたことについては、さらにその基礎となる社会的な背景があることはいうまでもない。第一は、産業化の進展につれて共同社会（コミュニティ）の崩壊現象がますます進行し、従来は共同社会内で処理されてきた紛争の殆んどが、もはや内部では処理できなくなったことである。家事紛争、借家紛争、近隣紛争のような共同社会紛争が多数裁判所にもち込まれるようになった。第二は、一九六〇年代以降のアメリカ合衆国において、消費者紛争、環境紛争などのいわゆる現代型紛争が続発するようになったことである。裁判所はこれらの事件の対応に追われ、未済事件が裁判所に山積するようになっただけでなく、これらの紛争について救済を求める人々も、多くは弁護士費用を払って裁判所に訴えを起すだけの経済的なゆとりがないか、あるいは、高い訴訟費用を払っていたのでは費用だおれになる場合が多く、その対応策が求められていたのである。

いわゆる「正義へのアクセス」運動の第一の波が、法律相談や法律扶助などにより、貧しい紛争当事者の訴訟上の救

濟手段につき助言助力をするものであり、第二の波は、クラス・アクションなどのように、分散した諸利益を救済するいわゆる「公共利益法」(public interest law)の救済制度を整備しようとする運動であつた。⁽⁴⁾これらは右の社会的背景の展開に対応したものであつた。そして第三の波は、これを在来の裁判制度によってではなしに、裁判外の紛争処理方法によって対処しようとするのである。アメリカ合衆国の裁判外紛争処理は初め労使関係仲裁や商事仲裁から出発した。しかしやがて、家事紛争、借家紛争、近隣紛争についての調停を含めた処理手続へと展開した。そしてさらに、消費者紛争や環境紛争などについても調停を中心とした紛争処理手続が工夫されているのである。

同様の社会的背景の変動はわが国においてもみられる。わが国では、古くからの家事調停や民事調停の制度が第一の社会的變動に対応してきたものと思われる。第二の背景に対してはわが国でも、消費者生活センター、公害等調整委員会、交通事故紛争処理センターなどの対応がなされてきたことは周知の通りである。⁽⁵⁾

三 たしかに、紛争が多発し、裁判所に救済を求める事件数が激増したのであれば、在来のままの人的物的設備による裁判組織ではこれに対応しえないのは明らかである。それにもかかわらず、裁判所がその人的物的設備の質量を拡充することなしに、あるいは事件数の増加にみあうだけ十分に拡充することなしに、裁判外紛争処理手続によって対応しようとしているのはなぜか。たしかに国家の財政支出にも限度があろう。しかし、それにもまして、裁判外紛争処理運動の推進者たちは、さらに、従来の裁判制度ではこうした型の紛争には対処しえないという積極的な主張をしているようである。それは一言でいえば、裁判所における法的処理(legalism)には限界があるという認識である。⁽⁶⁾

いわゆる法的処理(リーガリズム)は、社会における政治的、宗教的あるいは道徳的規範とは区別された自立的な法規範を前提とし、これを維持したまま、複雑化した生活紛争にあたらうとする。しかし、現代社会において複雑にからみ合った紛争について、紛争の背景にまで立ち入ることなしに形式的な法規範だけを基準として紛争の一部だけ

を表面的に切り取って処理しようとする法的対応（リーガリズム）では、真の紛争の「解決」にはならない場合が多い。そこで、裁判による紛争の法的処理にかえて裁判外手続による紛争の非形式的処理（informalism）さらには非法的処理（delegalism）によるべきである、というのである。

裁判による法的紛争処理は、組織化された裁判所において官僚的、法律専門家集団により行われる、形式的、非個人的、法的処理（legalism）である。これに対して、裁判外紛争処理は、素人による自発的、個人的、非形式的紛争処理（informalism）であって、さらに徹底すれば、共同社会志向の非法的な紛争処理（delegalism）となる。そして事実、こうした共同社会志向の裁判外紛争処理手続の試みが具体的に実施されているのである。

四 しかし、一九世紀初頭の比較的小規模な共同社会を理想化した共同社会志向の紛争処理手続が、産業化された現代都市社会にそのまま妥当するとは思われない。⁽⁷⁾現代都市社会においては、こうした共同社会は崩壊し、共同社会の内部規範もさまざまに分裂しているはずだからである。現代社会における紛争の多発する原因の一端もそこにあったのである。その現代社会において、共同社会志向の非形式的紛争処理、さらには非法的紛争処理の試みをするにはどのような意味をもつのであろうか。

もっとも、裁判外の非法的紛争処理といっても、これは、裁判による法的紛争処理に対置された一つの理念型であって、現実の裁判外紛争処理は両極の中間にあつて、両者の要素をさまざまに併せて備えたものといえる。具体的な裁判外紛争処理手続も、裁判所内に併置されて法律専門家が関与するものから、裁判所とは全く独立した素人関与のものまでさまざまである。本稿はその多様な裁判外紛争処理手続の盛況化の傾向がみられるアメリカ合衆国を中心に、手続の類型を明らかにしたうえで（二）、紛争処理過程の分析視点とその問題点を検討する（三）ことを目的とする。⁽⁸⁾

- (1) M. Capelletti, *Access to Justice and the Welfare State*, 1981, p. 1, 14, 147 f. 参照。なお M. Capelletti and B. Garth, *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective, A General Report; Access to Justice*, Vol. 1, 1978, p. 59ff. カペレッティ・ガース・小島武司訳「正義へのアクセス・権利実効化のための法政策と司法改革」有斐閣、一九八一年、二七頁、カペレッティ編、谷口安平・小島武司訳「裁判・紛争処理の比較研究(上)」中央大学出版部、一九八二年、三頁も参照。
- (2) cf. F. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, 70 F.R.D. 79, p. 111f. (1976)
- (3) cf. E. Johnson, Jr., V. Kantor and E. Schwartz, *Outside the Courts, A Survey of Diversion Alternatives in Civil Cases*, 1977, p. 1 f.; J. Marks, E. Johnson, Jr. and P. Szanton, *Dispute Resolution in America: Process in Evolution*, prepared for National Institute of Dispute Resolution, 1983, p. 1f.; K. Röhl, *Rechtspolitische und ideologische Hintergründe der Diskussion über Alternativen zur Justiz*, in Blankenburg, et. al., *Alternativen in der Ziviljustiz*, 1982, S. 15f.; J. Lieberman, *The Litigious Society*, 1982, p. x, 3ff.
- (4) cf. Capelletti and Garth, op. cit., 1978; Capelletti, op. cit., 1981.
- (5) わが国における裁判外紛争処理機関の現状を伝えるものとして、青山善充「裁判外紛争処理機関の現状と展望(一)」「自由と正義」三二卷九号三三頁、一三号一〇二頁(一九八一年)、米津進「現在の紛争処理システム」自由と正義三二卷九号五六頁(一九八一年)、第二東京弁護士会紛争処理機関等対策委員会「紛争処理機関等の研究1~4」判例タイムズ三五九号四九頁、三六〇号五〇頁、三六一号五一頁、三六二号二二頁(一九七八年)など参照。また新堂幸司「民事訴訟の目的論からなにを学ぶか」(12)法学教室一二号三五頁以下(一九八一年)が、交通事故紛争処理センター誕生の経過を詳しく分析しているところを参照。
- (9) M. Galanter, *Legality and its Discontents: A Preliminary Assessment of Current Theories of Legalization and Delegalization*, in Blankenburg, et. al., *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. VI, 1980, S. 11f. は、新しい社会的な変動に対する対応策として、「リーガリスト」的、「テクノクラット」的、「共同社会」的という三類型の対応があるとして、分析の視点を提供している。裁判外紛争処理手続は、この中の「共同社会」的対応の要素をもつことが多く、本稿ではその視点に

立って分析を試みた。もちろんこの類型はあくまで理念型の視点によるものであって、現実の対応はそれぞれの要素を含むものであることはいうまでもない。この点につき、井上正三「現代における裁判の機能―本シンポジウム・テーマの背景と意図」法政研究五一巻一号（一九八四年）一三二頁参照。

(7) その批判的検討として、R. Abel, Delegalization, A Critical Review of its Ideology, Manifestation and Social Consequences, in Blankenburg, et. al., Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, 1980, S. 27 ff. 参照。

(8) 最近のアメリカの裁判外紛争処理を紹介しないし分析するものとして、和田安弘「多元的紛争処理の試み―アメリカにみるひとつの動き―」東京都立大学法学会雑誌二二巻一号一頁（一九八一年）、和田仁孝「現代都市社会における紛争処理と法―裁判外紛争処理と戦略的法使用―」法学論叢一一二巻二号六七頁、六号五八頁、一一二巻三号七二頁（一九八二年）、櫻村志郎「自主的解決」基本法学8紛争、岩波書店（一九八三年）九一頁など参照。

二 裁判外紛争処理手続、とくに調停手続の諸類型

一 裁判外紛争処理手続にはさまざまなものがある。⁽¹⁾最も典型的なものとして、前述の通り、裁判上の和解、仲裁、調停、あっせん、事実調査による苦情処理、示談、回避などをあげることができる。このうち、示談と回避とは第三者の介入なしに紛争当事者間において、相互の交渉によって合意に達するか、あるいは一方的に争いを避けることによって紛争を処理する方法である。例えば、近隣紛争では、引越しや転勤などによって争いを回避するのが後者である。事実調査による苦情処理は、苦情処理所が紛争当事者の苦情を受けつけて事情を聞き、相手方とも連絡をとって事実を調査し、その結果を通知ないし公表することなどにより、事実上紛争処理に寄与する手続である。行政庁やマスコミなどの苦情処理機関やオンブズマン (ombudsman) などがその例である。

その他の裁判上の和解、仲裁、調停、あっせんは、すべて第三者の関与による当事者間の紛争処理を目的とする手続である。⁽²⁾ 裁判上の和解が、裁判官の仲介により裁判手続における当事者間の合意形成を目ざす手続であるのに対して、仲裁や調停（あっせん）は裁判官以外の第三者の関与による裁判手続外での紛争処理手続である。もともと、仲裁や調停（あっせん）が裁判の前段階手続として前置されることもある。⁽³⁾ この場合には、裁判上の和解と同様に、裁判内容の予測のもとに、これらの紛争処理はきわめて法的処理（リーガリズム）の色彩の濃いものとなる。ことに、仲裁人や調停委員などの第三機関が法律専門家である場合にはその法的側面はさらに増幅される。

仲裁は、事前の仲裁契約あるいは仲裁の申立に應ずる相手方の同意を前提とする仲裁人の裁定による紛争処理である。⁽⁴⁾ 第三者機関の裁定（adjudication）による紛争処理である点では裁判と異なるところはない。そこで仲裁の専門家（問家が仲裁手続にあたることが多い。アメリカ仲裁協会（American Arbitration Association）はこうした仲裁専門家の集まりであるが、伝統的に労働紛争や商事紛争あるいは交通事故紛争の処理にあたってきたし、最近では各地に仲裁による一般事件の紛争処理プロジェクトを設けている。さらに、消費者紛争や地域社会紛争にも仲裁を活用する傾向がある。仲裁専門家による仲裁手続は、例えば労働仲裁手続におけるように、裁判手続と近似するものとなる傾向があり、この場合にはむしろ法的処理に近いものといえる。

これに対して、調停（あっせん）が、裁判手続とは別個の独立の手続によって行われる場合には、ことに調停（あっせん）委員に専門家でない素人があたることになれば、法的な基準にこだわらない非法的処理（ディリーガリズム）の色彩を帯びることになるものと思われる。したがって、裁判外紛争処理手続としての調停（あっせん）は、これが裁判手続と密接にかかわりあっているか否か、調停（あっせん）委員が法律専門家であるか否かなどによって、法的側面と非法的側面との濃淡の度合いが異なってくるのである。

二 調停とあつせんは、第三者が紛争当事者間の示談交渉による合意形成を促すその役割の強弱およびその手続の整備の程度による名称の区別であつて、相互に明確な限界はない。⁽⁵⁾ 調停は狭義には、調停委員が当事者に調停案を提案するなどの積極的役割を果し、当事者との相互折衝手続がより整備されている場合である、ということになる。

調停（以後はあつせんを含めた広義を意味する）が裁判外紛争処理手続として活用される態様はさまざまである。広い地域にまたがる一般事件の処理を行う調停プロジェクトも多いが、家事紛争、借家紛争、消費者紛争、環境紛争のよくな特定の紛争処理にかぎる調停もある。また、仲裁手続の前提として調停が前置される場合（労働調停）や調停不調の場合に当事者の同意をえて仲裁手続を接続する場合もある。しかし、ここでは調停が裁判手続とかわり合う密接度の程度によって三つの類型を分類し、その典型といえるいくつかの調停プロジェクトを簡単に見ることにしよう。⁽⁶⁾ 調停がこの三類型のいずれに属するかによって、その法的側面と非法的側面の濃淡の度合いが異なると考えられるからである。

(1) 裁判所付設の調停 裁判所内に調停を導入して、裁判官以外の素人を含む第三者機関による紛争処理を可能にしたところにこの手続の特徴がある。すなわち、少額事件や離婚紛争のような一定の事件について、裁判所が申立を受理してこれを調停手続に送付し、調停委員による調停に付され、そこで調停が成立すれば、裁判官がこれを審査したうえで判決として宣告するというものである。これはアメリカ法に伝統的な裁判官の独自の権限に基づくもので、格別の規則なしに試みられているものである。

例えば、サン・ホセの近隣少額裁判所 (San Jose Neighborhood Small Claims Court) では、少額裁判手続内において、弁護士からなる調停委員による調停手続を導入し、調停が成立すると裁判官が審査して判決として宣告する手続がとられている。⁽⁷⁾ この調停手続は、名目的な手数料と簡単な書式による一方当事者の申立に基づき、期日を定めた

呼出しと申立書の送達を受けた相手方当事者に異議がなければ、開始され、異議があれば、通常の少額裁判手続に移行する。この手続には弁護人の出席を認めず、当事者も自然人にかぎることによって、企業の集金機関となることを防止している。また、期日は非公開であり、一般市民の利用の便宜を考え、通常は夕方5時から9時まで週三日開廷される。少額裁判手続において、相手方に異議がなければ、調停前置が必要的とされているわけである。

さらに、調停が不調となり、当事者の同意があれば、他の仲裁人のもとでの仲裁手続が開かれ仲裁裁定が言渡される。当事者が仲裁手続に同意しないか、裁定後五日内に異議を申立てれば、通常の少額裁判手続に移行することになる。

この調停手続においては、調停委員が紛争の背景にまで立ち入る種類の紛争処理ではなく、その法律専門家としての特質から法的処理の傾向の強い手続となっている。すなわち、紛争当事者双方が事実を陳述し証拠を提出した後に妥協が成立しなければ、調停委員独自の調停案を提出するなど、裁判官による和解勧告手続と類似している。調停成立後の裁判官の関与の点でも、「準司法」手続として顕著な法的処理（リーガリズム）であるといえる。

他方、メイン州の地方裁判所における調停手続（Mediation in Maine's District Court）も、裁判手続内に取り込まれた紛争処理手続である。⁸⁾まず、裁判官が期日において調停の意味を説明したのちに、当事者の同意があれば調停委員による調停手続が開始され、調停が成立すれば裁判官の承認をえて判決となる。ただ、ここでは調停委員に法律専門家でない素人をあてている点に特質がある。これは調停にもち出される事件は通常の間人間関係をめぐるもので法的判断を求めるものは少いから、人間性のある経験に富んだ一般人の方がふさわしい、と説明されている。だから、サン・ホセに較べてここでの調停手続はより融通性のあるものとなり、それだけ法的側面は後退したといえよう。メイン州の調停手続も初めは少額紛争にかぎられたが、後に離婚後の家事紛争にも拡張された。ここでは当事者に弁護人を付すことが許され、離婚後の紛争には弁護人の付くことが多い。そのかぎりで手続の法化（リーガリゼーシ

ヨンの可能性が生まれるものと思われる。

(2) 近隣ジャスティス・センター (Neighborhood Justice Center)⁽⁹⁾ 一九七六年のいわゆるパウンド会議 (司法行政に関する民衆の不满原因についての全国会議) を契機にして、著るしい進展をみた紛争処理手続である。近隣ジャスティス・センター (以後NJCとよぶ) は、近隣社会ないし地域社会に根ざした紛争処理プロジェクトであって、その一部はやがて連邦司法省のバックアップにより、LEAA (Law Enforcement Assistance Administration) の財政的支援をうけるようになった。

各地に散在しその名称もさまざまであるNJCは、第一に、地域社会において小規模な紛争を効率的に処理する手続を設けて、一般の近隣者や地域社会成員の利用し易いものとともに、裁判所における山積事件の解消を目指したものといえる。そして第二に、NJCは地域分権的に地域社会内に定着するだけでなく、地域社会内の日常生活を基盤としその成員も一緒に参加した紛争処理をめざしている。⁽¹¹⁾ この二つの目的を達成するためには、地域社会内の紛争が直接その成員によってセンターに持ち込まれ、地域社会の成員からなる調停委員会によって処理されることが期待される。

しかし、現実にはNJCでは手数料をとらないにもかかわらず、その基盤とする地域社会から直接持ち込まれる事件数はごく少数にかぎられる。⁽¹²⁾ そこで、NJCでは、相当の事件数を確保するために、直接地域住民から申立てられた事件だけでなく、裁判所に提起された事件を、他の地域の事件も含めてセンターに送付してもらうところが多いのである。⁽¹³⁾ この場合、NJCは、その係員を裁判所に派遣し、裁判所で調停に適するとされた事件につき、当事者の調停手続への同意をたしかめさせたうえで、調停委員による調停手続を開始することになっている。調停が成立すればその旨を裁判所に通知し、事件は処理されたものと取扱われる。調停手続の具体的内容については次節で検討するが、

調停委員には素人があてられ、調停の進め方などにつき事前にトレーニングをうけるのが一般である。このようにして、NJCは事件数確保のために裁判所から事件の送付をうけ、裁判所との結びつきを強化し、地域社会との一体化は薄れる傾向にある。その結果、裁判所付設の調停手続と大差はないものとなっているようである。

例えば、ボストンのドーチェスター都市裁判所（Dochester Urban Court in Boston）は、⁽¹⁴⁾一九七五年に開設当初から、ドーチェスター市裁判所の財政と行政機構の中に組み込まれて出発した。場所は商店街にあり、地域社会の成員を調停委員とし、隣人助言委員会をもっているが、裁判長のコントロール下にあった。手続は非形式的であっても、共同体志向ではなく、裁判所の必要性に奉仕するものであった。それでもなお地域社会の範囲内で機能したのは、もともとボストンの裁判所が地方分権的であるためであった。

これに対してマンハッタンの調停紛争処理研究所紛争センター（Institute for Mediation and Conflict Resolution Dispute Center）は、⁽¹⁵⁾一九七五年の発当時はハーレムの一定地域社会の紛争処理センターであった。しかし、一九七九年には管轄を全ニューヨーク市に広げ、事件はマンハッタン全地域の裁判所から送付されるようになった。LEAAの基金援助が四年間で打ち切られた後は市の財政に組み込まれている。外部からの財政援助は費用効率を問題にし、効率が悪ければ打ち切られるおそれがあるため、紛争センターは管轄を拡大し受理件数を増加させていったのである。そのために裁判所依存の度合いはますます強まり、地域社会からは遊離することになった。

(3) 共同社会委員会（Community Board Program in San Francisco）⁽¹⁶⁾ サンフランシスコの共同社会委員会プログラム（CBP）は、紛争当事者の住む近隣社会において隣人の参加のもとに集団的に紛争を処理することによって、都市における近隣社会の形成にも寄与しようとする紛争処理機関である。このCBPは、地域社会における草根運動として評価されているものであって、一方では、組織的に、初めから地域社会の住民が参加して計画し、これ

を發展させ、遂行し、さらにコントロールすることを不可欠とし、他方では財政的に大きな特定の基金源、ことに裁判所の予算から独立することを重視する。そうでないと、経費の効率性と事件処理数いかによってプログラムの成否が評価されることになってしまふからである。

このようにCBPは他のNJCと異なり、地域住民をまき込んだ「下からの計画」である。しかし、多様な価値感をもつ異質な現代の大都市の近隣社会において紛争を処理するには、そのために必要な統一的な規範的背景を形成する一致点を見出すことが前提となる。CBPは、この統一できる価値感とは伝統的な意識内容ではなく、むしろ紛争社会学や心理学に根ざしたものであるという。その内容は五つの項目にまとめられている。⁽¹⁷⁾つまり、①社会に紛争が存在すること、②これを平和的に表現すること、③紛争の責任を個人的かつ社会的に引きうけること、④関係人が紛争を自律的に規律すること、これらのことは積極的な価値である。⑤さらに、近隣社会に食い違いがあることおよび他の価値感に寛容であることは積極的な価値であるというものである。

この結果、CBPでは他の近隣センターとは多くの点で異なった紛争処理が行われている。⁽¹⁸⁾その特徴は裁判所に依存した強制的な手続処理を徹底的に避け、近隣社会の中から選出された調停委員会と紛争当事者双方との公開の討論を通じて、近隣社会もかかわった自律的な紛争処理をはかろうとするところにある。具体的には、①CBPのそれぞれの管轄地域からの事件だけを受けつけ、一度裁判所に訴えられた事件は受けつけない。②関係人を電話や文書で呼出すことなく、係員が訪問して参加を勧める。③当事者本人が自分で討論をするようにするため弁護人の関与は歓迎されない。調停委員は3人から5人のパネルからなり、一方当事者だけとの個別的話合いはさき、双方との公開の討論が重視される。④合意に達すれば、当事者双方だけでなく、調停委員会とも一緒に取り決めたものとみなされ、近隣社会自体がこれを守るようにすると考えられる。⑤調停委員会は調停成立後も当事者を訪問し調停内容の実施状況

を尋ねるなどのアフターケアをする。

このようにCBPはNJCとは対象的に裁判所との関係を切断し、近隣社会内での自律的な紛争処理を徹底する。⁽¹⁹⁾ その結果、紛争の法的処理や効率的な処理の圧迫から解放され、非法化傾向はかなり進んだものといえる。この傾向をいかに評価するかは節を改めて論ずるが、CBPの当面の最大関心事は運営基金の確保の問題のようである。⁽²⁰⁾ かなり高額にわたる運営基金（各近隣ごとに毎年、\$ 145,222）を公的支援に頼らず分散的に集めることは容易なことではない。さればといって政府基金に頼るとすれば本来の目的と矛盾することにならないかが問題となる。

三 以上のように、第三者関与型の裁判外紛争処理だけを取りあげても、①裁判手続に組み込まれたもの、②裁判手続外でも裁判所と密接に関連しているもの、③裁判所とは全く別個のものなどの典型がある。このうち、第三の共同社会委員会（CBP）型はむしろ例外であって、これを維持するためにはボランティア達の熱気ある支えを要するようである。多くは、第一の裁判所付設型か第二の近隣ジャスティス・センター（NJC）型である。ただ、NJC型の中には、これがもともと「上からの計画」に基づくものであるにもかかわらず、近隣社会との関連を維持するためにさまざまな試みをしているものもみられる。

ロング・アイランドのサフォーク共同社会調停センター（Community Mediation Center, in Suffolk County, Long Island）は、その例である。⁽²¹⁾ まず、LEAAからの基金の名目的受領者をYMCAとし、調停委員と地域社会のリーダーを理事とする独立の監視機関を設立した。ついで、調停委員はマスコミなどを通じて公募によるボランティアをあてている。事件の多くは裁判所からの送付によっているが、裁判所の強制的要素はできるだけ排除している。仲裁は強制的要素があるから、調停だけを行い、調停が成立しても、裁判所には報告するだけで、裁判所による履行の強制によらず、当事者の任意の履行をまつにとどめる、などである。さらに、二つの支所を設けたが、これを正式の支

部としてその地域住民が直接事件を持ち込むように宣伝を強化すれば、共同社会型のものに近づくものと思われる。

そうした方向をたどったものに、ロス・アンゼルス近隣ジャスティス・センター (Neighborhood Justice Center in Venice, Los Angeles) がある。⁽²²⁾ これはやはりロス・アンゼルス弁護士協会の後援による「上からの計画」によるものであるが、その実施過程では地域社会リーダーの助力をうけて、すぐれて共同体志向のものとなっていた。調停委員や職員を地域住民から選任し、彼らが第一線に立ってプログラムを地域住民に周知させるように努めて、すべての事件を直接地域社会からの申込事件にしようとしたのである。しかし、他の裁判所従属型に較べて処理事件数が不十分と評価され、基金の再交付を受けることができず閉鎖せざるをえなかったようである。⁽²³⁾

(1) F. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, 70 F.R.D. 79, p. 111f. (1976); D. McGillis and J. Mullen, *Neighborhood Justice Centers, An Analysis of Potential Models*, 1977, P. 1f.; E. Johnson, Jr., et. al., *Outside the Courts, A Survey of Diversion Alternatives in Civil Cases*, 1977, p. 1f. esp. 25ff.; L. Nader, *No Access to Law, Alternatives to the American Judicial System*, 1980, p. 3ff. など参照。

(2) 裁判上の和解はトライアルの前段階の紛争処理として活用され、さまざまな工夫がこらされているようである。専任の裁判官だけでなく、非常勤の裁判官や下級裁判官 (advocates など) が和解協議 (settlement conference) にあたったり、電話による協議をするなど多彩な試みがなされている。cf. J. Marks, et. al., *Dispute Resolution in America; Processes in Evolution*, 1983, p. 29

(3) 例えば、フィラデルフィアのように一定額以下の事件につき仲裁前置を必要とするいわゆる「強制仲裁」をとるところがある。See, E. Johnson, Jr., et. al., *Outside the Courts*, p. 41f.

(4) E. Johnson, Jr., et. al., op. cit., p. 39ff.; 小島武司「アメリカ合衆国における仲裁法の現状と課題」判例タイムズ三五五号四一頁以下 (一九七八年) 同「アメリカにおける仲裁」法律時報一九八二年八月号三四頁以下参照。

(5) See Sander, op. cit., 115; McGillis and Mullen, op. cit., p. 10f.; See further, L. Fuller, *Mediation-its Forms and Function*, S. Cal. L. Rev. 44, p. 305 (1971)

- (9) W. Gottwald, *Streitbeilegung ohne Urteil*, 1981, S. 82 が調停 (Vermittlung) を同様の視点により分類してゐる。以下の叙述は同書に負つてゐるが大抵である。なお McGillis and Mullen, *op. cit.*, 47 f. 参照。
- (10) R. Beresford and J. Cooper, *A Neighborhood Court for Neighborhood Suits*, *Judicature* 61, p. 185(1977); K. Röhl und S. Röhl, *Neighborhood Justice Centers in den U.S.A. — eine Alternative zur Justiz?*, *DeutscherZ*, 58, S. 425 (1980); Gottwald, a.a.O., S. 89 f, 参照。
- (11) A. Greason, *Humanists as Mediators: An Experiment in the Court of Maine*, *A. B. A. J*, 66, p. 596 (1980); Gottwald, a.a.O., S. 106 f. 参照。
- (12) 和田安弘「多元的紛争処理の試み」前掲論文四頁以下はこのNJC運動を詳しく紹介してゐる。
- (13) McGillis and Mullen, *op. cit.*, p. 89 ff. が個別的に取りあげた六ヶ所のNJCのそれぞれの名称(発足年度)奉任すべく地域社会)を①Boston Urban Court Project (1975, Dochester District in Boston, Mass.) ②Columbus Night Prosecutor Program (1971, Franklin County, Ohio) ③Miami Citizen Dispute Settlement Program (1975, Dade County, Florida) ④Institute for Mediation and Conflict Resolution Dispute Center (1975, Manhattan and Bronx, N.Y.) ⑤Rochester Community Dispute Service Project (1973, Monroe County, N.Y.) ⑥Community Board Program (1976, 4 selected sections in San Francisco) である。このほか⑦⑧⑨⑩については本稿でも取りあげるが、⑥は他のNJCとは違ひ共同体志向を徹底してゐるので、別個に取り扱うべきである。
- (14) この二つの視点を強調するものとして P. Wahrhaftig, *An Overview of Community-oriented Citizen Dispute Resolution Programs in the United States*, in R. Abel, *The Politics of Informal Justice*, Vol 1. 1982, p. 75 f.; Gottwald, a.a.O., S. 124参照。
- (15) W. Felstiner, "Neighborhood Justice" in *Dorchester, Massachusetts*, in Blankenburg, et.al., *Alternativen in der Ziviljustiz*, 1982, S. 142 によれば、DorchesterのNJCでは一九七六—一九七七年にわずかに4件の本人申し立てがなく、他のNJCでも同様に少数であった。つまり、一九七八年五月中旬から九月までで、*Atlanta* 22 (7%), *Kansas City* 4 (2%), *Los Angeles* 27 (55%) であつた。Los Angeles NJCは地域社会の事件に限るよう努めたので割合は多いが、後述のように処理件数が不十分であるために閉鎖せざるをえなくなったようである。

- (13) Gottwald, a. a. O., S. 125 f. 参照。
- (14) Wahrhaftig, op. cit., p. 78 f. ; McGillis and Mullen, op. cit., p. 90 f. 安田安弘・前掲論文九頁参照。
- (15) Wahrhaftig, op. cit., p. 76 ff. ; McGillis and Mullen, op. cit., p. 138 ff. 参照。
- (16) Gottwald, a. a. O., S. 185 f. ; Wahrhaftig, op. cit., p. 89. ff. このCOPDはサンフランシスコ大学ロースクールの clinical associate であった Ray Shonholtz によって展開されている計画である。筆者も本部を訪ね、インタビューをして説明を聞き、多くの資料を入手したが、その殆んどはパンフレット類である。その一つの fact sheet : Community Boards of San Francisco によると、一九七七年に設立され、三八〇名のボランティアがサンフランシスコの二つの異った近隣地域で活躍している。すでに二千件以上を取扱ってきたが、事件の種類は、近隣紛争(45%)、虐待・暴行(15%)、借家紛争(10%)、家族婚姻紛争(7%)、同居者紛争(5%)、消費者紛争(3%)、団体間紛争(2%)である」といふ。also see, Shonholtz, Community Conciliation System (Spring, 1984)
- (17) R. Shonholtz, The Ethics and Values of Community Boards, Developing Concept Tools for the Work of Community Members, (1981) ; Gottwald, a. a. O., S. 193
- (18) Gottwald; a. a. O., S. 194 ff. ; Wahrhaftig, op. cit., p. 90 f
- (19) R. Shonholtz, Should Dispute Resolution be attached to the Courts?, Dispute Resolution Forum, June 1984, 3f. は「市民が自ら責任をもつことを主張することによって、民主社会における地域社会の本質的な紛争処理機能回復されるのだ」と結んでいる。
- (20) Wahrhaftig, op. cit., p. 92
- (21) Wahrhaftig, op. cit., p. 83
- (22) Wahrhaftig, op. cit., p. 88 f.
- (23) K. Röhl, Rechtspolitische und ideologische Hintergründe der Diskussion über Alternativen zur Justiz, in Blankenburg, et. al., Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 18 は「これは社会改革よりも効率性を重視する現連邦政府が裁判代替制度について興味を失ったことの結果であると評価している。

三 裁判外紛争処理過程分析の若干の視点

一 分析の視点と問題の提起

(1) 前節においては、裁判外紛争処理手続が裁判といかに密接な関連をもつかを視点として、これを分類した。そして裁判外紛争処理も、理念的には、裁判に近い法的な処理（リーガリズム）がなされる場合と、裁判とは切離した非法的処理（ディリーガリズム）がなされる場合とがあり、具体的な手続の多くは、この両極の中間にあってそれぞれの側面の濃淡の度合いが異なるものであると述べてきた。

しかし、この分類視点はなお極めて曖昧で不明確なところが多い。ことに、ここで法的処理（リーガリズム）というのは、裁判による紛争処理の特徴を一つの理念型として把える視点であって、形式的法的処理（フォーマル・リーガリズム）であった。ところが裁判外紛争処理はすでに手続上は非形式的処理（インフォーマリズム）であるのに、なお法的処理がなされるとすれば、法規範は一体いかなるメカニズムによって作用するのであるか。⁽¹⁾ 法規範以外の条理や習俗などの社会的規範はどうか。そして、これらの規範は当事者の主体的な合意形成につきどのような作用を及ぼすのであろうか。

(2) つぎに、裁判外紛争処理においても、なお法的処理（リーガリズム）の作用する余地があるとするれば、これを非形式的手続（インフォーマリズム）によって処理しても、手続保障に欠けるところはないか。⁽²⁾ ことに法的処理のサクションの下で行われる調停手続の具体的内容は、当事者の主体的地位を尊重し、自律的討論手続を保障するものになっているのか。

(3) さらに、裁判外紛争処理が共同体志向を徹底して、非法的処理（ディリーガリズム）に転換したとしても、すでに共同社会の内部規範が多様化した現代社会において、何をよりどころとして紛争当事者の合意形成ができるとい

うのであろうか。「共同社会委員会」(C B P)型紛争処理は、近隣社会をもまき込んだ調停委員会と紛争当事者双方の討論によってこれが可能であるというが、その際に当事者の合意形成のきめ手となるものは何か。近隣社会における多様な社会規範はそこでどのように作用するのか。

二 法的処理(リーガリズム)の意味と限界

(1) 周知のように、近代民法を典型とする法的処理(リーガリズム)は、権利義務の法体系を制定することによって、政治的、宗教的ないし道徳的な強制から、少くとも形式的には自由・独立・平等な市民の地位を確得するための法イデオロギーであった。かつて川島教授は、従来のわが国の社会生活においては義理人情などの前近代的な社会規範が支配して、近代的な権利意識が浸とうしないことを問題にされたが、それはこのリーガリズムの積極的な評価を背景とするものであった。そして、従来、わが国では、調停制度の活用によって、この前近代的な法意識による紛争処理が行われてきたが、共同体社会の解体につれて、次第に「近代的な法意識が形成され成長しつつある」から、欧米におけるように、裁判による法的処理が重要となるであろうと展望されている。

しかし、前述したように、まさにその欧米において、裁判によるリーガリスティックな紛争処理をさげ、調停を中心とした裁判外紛争処理を活用する傾向がみられるようになったのである。これは、従来共同体の規範によって内部的に処理されてきた家事紛争、近隣紛争あるいは借家紛争などについては、法規範による表面的な紛争処理では、紛争の背景となる当事者関係(underlying relationship)にまで立ち入って将来の継続的關係を配慮した紛争の「解決」はできないためである、と主張されている。⁽⁴⁾

(2) それにもかかわらず、裁判外紛争処理において法的処理の色彩が濃いといわれる場合には、法規範はどのような役割を果しているのだろうか。

まず、裁判外紛争処理においても、第三者機関が法規範に従って紛争処理を規律すべきであるという立場が考えられる。⁽⁵⁾つまり、第三者機関は裁判上の和解や調停においても紛争当事者の合意形成のために積極的に関与し、手続法や実体法に従って紛争処理手続を規律すべきであって、適切な時期に事案の仮定的蓋然的な判断に従って法規範に即した和解案や調停案を提案し、当事者を説得すべきである（説得機能）⁽⁶⁾というものである。

たしかに、裁判手続と密接に関連する裁判外処理である裁判上の和解や裁判所付設の調停手続においては、このような和解案や調停案は、裁判の予測として当事者に対して強制機能をもつものと思われる。⁽⁷⁾しかしこれでは、法的処理をさけ紛争の背景への配慮を求めている紛争当事者を説得することは困難であり、強引な説得では当事者の納得のゆく合意には達し難い。そうして、結局は、当事者の強制された「合意」⁽⁸⁾を担保として、手続保障の十分でない簡易な裁判手続を認めたのと等しいことになろう。

(3) そこで、つぎに、裁判外紛争処理を規律すべき規範は条理であって、実情に即した紛争処理をはかるべきであるという考え方がある。これは少くともわが国では、調停に関する一般的な見解である⁽⁹⁾（民調法一条参照）。そうして、この条理の内容は、法と無関係ではなく、むしろこれと「同心円の重なり合い、ただ、条理の外延が法の外延より広いという関係にあるにすぎぬ」とし、「法の中には条理が宿り、条理の中には法へと昇華して行く萌芽が常に存する」というように、多重規範相互の間に波及作用と汲上げ作用という交流関係が認められる、という見解が有力である。⁽¹⁰⁾

たしかに、この見解によれば複雑な背景をもつ社会的紛争の処理が、法規範だけでなしに条理などの社会規範によって規律されることになり、法的処理のもつ形式的、表面的限界を回避することができよう。しかし、これがいかなる意味で裁判外紛争解決規範として作用するかは、必ずしも明らかでない。

ことに共同体の崩壊した現代社会においては、条理や社会規範もまた多様化しており、紛争当事者間でその点の了解に食い違いがあることが多い。その場合には、弁論過程において当事者双方が夫々に主張する社会規範をつき合わせて、いわゆる「日常的弁論規範」を抽出することができると思えば、これが裁判外紛争処理過程を規律すべき規範となろう。⁽¹¹⁾しかし、それが不可能であれば、多様な社会規範を含んだままの利益調整紛争として当事者の自律的調整による合意形成をはかるほかない。⁽¹²⁾

しかしその場合にも、当事者としては共通の客観的な基準としての法規範に遡り、⁽¹³⁾これを大枠として多数の社会規範を含む諸利益を調整するための弁論を展開するのが一般であろう。そうして、その弁論過程において法規範と条理ないし社会規範とのいわゆる交流作用により、統一的な紛争処理規範を形成していくものと思われる。つまり、一方で法規範の大枠の中に条理をくみあげて法規を補充具体化するとともに、他方で法規の大枠を核として多様な社会規範についての合意を形成していくという形での規範統合ないし具体化の過程が考えられるのである。しかしこの過程が詰められなければ合意形成ができないということはない。この統一的な規範の具体化についてはある程度曖昧さを残しながらも、なお、すべての事情を背景としたうえで、⁽¹⁴⁾諸利益を計算した弁論における取引交渉過程をへて合意形成に至ることもできるし、むしろその方がより容易な場合もある筈である。⁽¹⁵⁾

(4) 裁判外手続における紛争処理規範であるといわれる条理や法規範は右のような意味で紛争処理過程を規律するのである。そこで、いずれの場合にも、紛争当事者は裁判外手続では条理にかかわりのある事情を含めた、いわゆるふくらみのある弁論を行うことになる。その中から当事者に共通の日常規範がまとまればそれによって弁論交渉を展開し、そうでなければ、法規範の大枠をふまえたうえで、諸利益を計算した弁論交渉を進めることにより、合意を形成するわけである。

これに対応して、第三者機関の役割も、一方では、紛争処理過程における当事者の自律的な弁論交渉の促進をはかることにあり（交渉促進機能）、他方では、当事者の合意形成を促すために、共通の社会規範や法規範についての判断を示し、当事者を誘導し説得することにある（誘導・説得機能¹⁶）。ただ、両者の関係については、説得機能が先行すると当事者の主体的地位をそこない、当事者自身の主体的な参加による納得をうることが難かしくなる。そこで、むしろ交渉促進機能に主眼をおき、当事者の主体的交渉能力を促進するための情報提供として必要なかぎり、第三者機関の規範的な判断を示すべきものと考えられる（誘導機能）。近隣ジャスティス・センター（CJN）における調停手続の進め方をめぐる後述の議論は、第三者機関のこの両機能の役割矛盾を反映したものと見える。

三 非形式的処理（インフォーマリズム）の問題点

(1) 裁判による紛争の法的処理（リーガリズム）は、手続上は訴訟法によって整備された形式的手続によって行われるのに、裁判外紛争処理は融通性のある非形式的手続によって行われている。それにもかかわらず、裁判手続と不可分に結びついた裁判外紛争処理では、実体的には極めて法的色彩の濃い処理が行われている、といえる。つまり、予想される裁判によるサンクションが当事者の合意形成過程を規制するという形での法的処理となるものと思われる。そうであれば、当事者としては裁判外手続においても主体的に自己の法的地位を弁論する対論手続の保障を必要とする¹⁷。しかし、裁判外の非形式的紛争処理手続ではこのような対論手続過程を保障するような何らの法的担保もない。

元来、裁判手続における形式的対論手続の複雑さと費用高の弊害をさけて、その代替手続として非形式的な裁判外手続を活用しようとしているのであるから、その際のこの非形式的手続において、裁判に近い強制的要素を含む処理をしようとするところに基本的な矛盾があるのである¹⁸。それにもかかわらず、第三者機関の関与する裁判外手続が一

定の強制的要素を伴うものであるとすれば、裁判手続のように形式化された対論手続ではないが、これにかわる実質的な対論手続を考案すべきことにならう。

(2) ところで、各地の近隣ジャスティス・センター(NJC)では、調停紛争処理研究所(IMCR)におけるトレーニングに倣って、調停手続の一般的なマニュアルが確立しているようである。⁽¹⁹⁾ それによれば、

第一段階では、一人又は数名(通常は2名又は3名)からなる調停委員は、はじめ自己紹介をし調停手続につき説明することなどによって当事者の信頼をうるように努めたいうえで、双方当事者がそれぞれに紛争についての自分の考えを中断なしに述べる機会を与える。その後、調停委員は争点につき当事者と討論をし、必要であれば、補充的な質問をして、とくに紛争の原因を問題にするようにする。

第二段階では、調停委員が合議のために退席し、今後の戦術について検討して、今度は当事者のそれぞれと個別に話し合う。この段階では調停委員は双方の合意をかちとるために、かなり戦術的に行動するようである。一方から同意できそうなことを聞きだせば、これをどのような形で相手方に伝えるかを配慮し、合目的々とみれば全部は伝えないうちもある。行きづまったときは、不調の場合の現実的結果などを指摘して、当事者が現実的となることを強調する。

第三段階は、調停委員が合意の徴候を認めれば、再び当事者双方を集め、直ちに合意の結果を書面にし、当事者双方および調停委員がこれに署名をする。

(3) このNJCを中心にかなり一般化しているIMCR型調停手続については問題がないわけではない。ことに法社会学者の次のような批判は注目に価する。⁽²⁰⁾ つまり、この調停手続は、一方で、当事者双方が対話を通じて自ら紛争をコントロールし解決できる能力を身につけるようにするやり方(対話的治療方法)と、他方で、かけ引きの術策をつ

かつて合意を形成して行くやり方（売付け方法）との混在物である、というのがその要点である。その結果、調停手続は任意性と強制性とのアンビヴァレンツに陥っている。つまり、一方では、紛争当事者の任意の手続への関与と自主的な合意の形成が強調されるのに、他方、手続の後半では、事情を曖昧にして対立を抑制し、裁判手続への移行の圧力を利用するなどの強制力が行使される。調停委員はこうした異なった行為の要請のもとに役割矛盾に直面することになる、というのである。

これは基本的には前述のように、第三者関与の裁判外紛争処理手続において、第三者機関の役割として交渉促進機能と説得機能の二面性を反映した矛盾でもある。手続の主導性を当事者と第三者機関のいずれがもつかについての見解の差異にも連なる。しかし、手続的には、非形式的手続における個別的聴問方式の問題でもある。わが国でも調停や和解期日において活用されている個別的聴問方式は、第三者機関への一方当事者の陳述が相手方に十分に伝わらず、効果的な反駁の機会を奪われることになって、対席弁論のもつといわれる「二重の情報の流れ」の長所を失うことになる。⁽²¹⁾

そこで、IMCR型調停手続の第二段階における個別折渉方式を廃止し、これにかえて、調停委員の前での双方当事者間の直接の対論手続を行うべしとの提案がある。⁽²²⁾これは調停委員の誘導による当事者双方の直接の対論を通じて、当事者自身が紛争解決技術を習得し、解決能力を備えることによって自ら合意を形成できるという考え方を背景にしている。サンフランシスコの「共同社会委員会」（CBP）の調停手続はその具体的な試みである。

(4) すでに共同体的サンクションを喪失した現代産業化社会において、法的処理の間接的サンクションをも排除した共同体志向の調停手続が、もっぱら紛争当事者間の直接対論を通じて、いかにして自律的な合意形成を実現できるかは、未だ未知数である。CBPは、この紛争処理活動を通じて、地域社会内に新しく共通の規範的な背景を作りあ

げようとする一種の街づくり運動である、といえよう。しかし、この運動の将来を展望するためには、さらに非法的処理（ディリーガリズム）の問題点をみる必要がある。

四 非法的処理（ディリーガリズム）の問題点

(1) 裁判外紛争処理手続が、共同体志向を徹底し、非形式的な手続の中になお残されていた法的対応（リーガリズム）の役割をも否定した形で、紛争を処理する場合に、これを非法的処理（ディリーガリズム）とすることができる。⁽²³⁾ 前述の「共同社会委員会」はその一つの試みである。一般的に非法化運動（delegalization）は、社会的統制の手段としての国家法の役割を否定し、部族社会や一九世紀初頭の小企模社会における共同体の自律的社会への回帰を説くことから出発する。そうして、最近では、経済への政府の介入コントロールからの自由を主張する自由化論者（libertarianism）の流れにも関連している、といわれる。⁽²⁴⁾

(2) しかし、非法的処理の傾向は多面的であり、未だ流動的なところが多い。ただ、その中にもすでに二三の特徴を指摘することができる。

第一は、紛争当事者が双方の対論（コミュニケーション）を通じて、すべての法的規制から自由で自律的な合意を形成する過程を保障しようという考えがみられる。⁽²⁵⁾ これはいうまでもなく法的処理（リーガリズム）の典型である近代市民法における私的自治の原則と共通するところが多い。ただ、市民法は私的自治を貫徹するために、いかなる政治的、宗教的あるいは道徳的な強制からも自由、独立、平等な権利主体たる地位を保障する法体系を整備して、これらの法外的強制に対する武器を提供しているのである。⁽²⁶⁾

これに対して、非法的処理は、紛争当事者の自由で自律的な合意形成を保障するために、これら法的規制のすべてを否定し、当事者間の対論手続の保障だけを置きかえるというのであろうか。しかし、その場合に、当事者間の対論

による自律的な合意形成の手續を保障するものは何であろうか。裁判手續における対審主義（アドバーサリー・システム）の保障は、少くとも形式的には自由平等な対論手續を保障するものであった。この形式的な対論手續の法的保障をも否定したうえで、一体何を担保として実質的な対論手續を保障しようというのであろうか。また、実体法規は、そうした対論手續において、当事者の権利主体としての地位を具体化するための武器である攻撃防禦方法の大枠を規定する役割を果たしてきた。いまその大枠をも放棄して、これを非法化するとすれば、結局は、形式的な武器すら奪われて、裸のまま政治的、社会的あるいは経済的力にさらされることにならないのだろうか。⁽²⁷⁾

(3) 第二に、非法的処理は、共同体志向による紛争処理を目ざしているという特徴がある。⁽²⁸⁾ 紛争当事者が自由な対論による自律的な合意を形成する過程は、共同体における集団的な紛争処理手續の中で保障される、というのである。

しかし、すでに共同体が崩壊し、多様な社会規範の対立がみられる現代産業化社会において、紛争当事者間の実質的に自由な対論を保障し統一的な規範を形成して行くという合意が存在するといえるだろうか。あるいは、共同体志向の紛争処理機構を通じて、共同体内にそのような統一的な規範を形成して行けるという確かな見込みがあるのか。⁽²⁹⁾

この多様な社会規範の対立があるからこそ、法規範は最低限の形式的対論手續を保障し、当事者間の自律的な合意形成を担保するとともに、最低限の統一的な実体規範を定めて、合意形成を規律するのである。いま、これらの法的処理機構を否定して、非法的紛争処理がなされるとすれば、非法的処理手續においては、譲歩と合意が強調され、事実上は共同体内の最も強力な政治的、宗教的、あるいは道徳的な規範が直接支配して、少数派の発言を圧えることにならないのか。⁽³⁰⁾

(4) 第三に、非法的処理は、法的処理による公式の強制的コントロールではなく、非公式の社会的コントロールに

よって紛争を処理できるという観念を前提としている。⁽³¹⁾ だから、非法的処理はすべての公式の強制力の行使を拒否する処理手続を作る傾向がある。しかし、このような非公式の社会的コントロールを可能にするような社会的機構は、一部の特殊な例を除けば、もはや存在しない。だから、非法的処理が、すべての国家的強制力の行使を拒否する処理手続によつたとすれば、紛争処理能力を欠くがために縮少して行き、無力な手続に終ることが多い。⁽³²⁾ それにもかかわらず、非法的処理が多様な価値感の対立の中で、公式の強制的コントロールなしに、非公式の社会的コントロールを形成して行こうとするのであれば、(3)で論じたと同じ問題に直面することになる。

(1) 和田仁孝「現代都市社会における紛争処理と法—裁判外紛争処理と戦略的法使用—(三)完」法学論叢一一二巻三号八八頁以下が、「フォーマル—インフォーマル」要素と「法的—非法的」要素を軸として紛争処理メカニズムの諸類型を分類しその特徴を分析しているところを参照。

(2) わが国でも調停手続における当事者権ないし手続保障として論じられてきたところである。例えば「座談会・調停制度改正法をめぐって」民商法雑誌七一巻二号二九三頁、三号四七九頁(一九七四年)、竹下守夫「調停制度における非訟的処理をめぐる課題」法律のひろば二七巻八号一一頁(一九七四年)、萩原金美「民事調停における当事者権の保障」民事調停の諸問題(別冊判タ四号)三九頁、上田徹一郎「民事調停と直接主義、口頭主義」同四五頁(一九七七年)参照。

(3) 川島武宜「日本人の法意識」岩波書店(一九六七年)

(4) 例えばF. Sander, Varieties of Dispute Processing, 70 F. R. D. 79, p. 115, 120f. (1976) 参照。

(5) Vgl. M. Wolf, Normative Aspekte richterlicher Vergleichstätigkeit, ZZP 89, S. 260ff. (1976)

(6) M. Wolf, Rechts- und Verfahrensgarantien beim Prozessvergleich. in W. Gottwald, et. al., Der Prozessvergleich, 1983, S. 153, bes. 154f. は、社会規範が和解提案の基礎となりうるのは、社会規範に関連する事情につき争がない場合でしかその社会規範が双方に認められているために提案を受け入れる可能性が高い場合であるとしている。

(7) そうした強制機能につき、棚瀬孝雄「裁判外紛争処理機関」新・実務民訴講座I(一九八一年)一二三頁、とくに一四四頁以下参照。

- (8) K. Röhl, Der Vergleich im Zivilprozess—Eine Alternative zum Urteil? in Blankenburg, et al., *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, 1980, S. 279, 282
- (9) 例えば、萩原金美「調停理論の再検討」講座民事訴訟法一卷(一九八四年)二七三頁
- (10) 三ヶ月章「紛争解決規範の多重構造—仲裁判断基準についての裁判法学的考察—」同、民事訴訟研究九卷(一九八四年)二三五頁、小島武司「紛争処理制度の全体構造」講座民事訴訟一卷(一九八四年)三五五頁参照。なお、吉村徳重「民事紛争処理の多様性と訴訟機能の展望」法政研究五一巻一号一五三頁、一五九頁(一九八四年)参照。
- (11) 棚瀬孝雄・本人訴訟の研究、弘文堂(一九八三年)五二頁、とくに五九頁以下参照。
- (12) 棚瀬・前掲書八〇頁以下参照。
- (13) 和田(仁)・前掲論文(二)八〇頁以下は、法規範は社会外在的なシンボル化のため、当事者の利益追及のための戦略的武器として機能するという興味ある指摘をする。これは法規範が裁判手続過程における攻撃防御の大枠を定めるという意味で、当事者の利益追及の武器となり、これが裁判外手続にも一定の作用を及ぼすかぎりにおいて評価できる、と私はいえる。
- (14) 例えば、訴訟費用、裁判利用可能性の難易、当事者間関係(継続的關係か一時的關係か)などさまざまな事情が考慮される。和田(仁)・前掲論文(三)七二頁以下がこの諸要因を詳論するのを参照。
- (15) 規範対立の調整は困難であるがこれを利益対立におきかえると妥協が容易になるという社会学者の指摘が参考になる。
W. Aubert, *Competition and Dissensus: Two Types of Conflict and of Conflict Resolution*, J. of Conflict Resolution, 7, p. 26 (1963).
- (16) 棚瀬・前掲論文二二九頁、一三五頁以下参照。
- (17) 調停手続における当事者の手続権の保障についての前注(2)の文献参照。
- (18) そのような指摘として、R. Abel, *Delegation, A Critical Review of its Ideology, Manifestations, and Social Consequences*, in Blankenburg, et. al., *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, 1980, S. 38 参照。
- (19) W. Felstiner and L. Williams, *Mediation as an Alternative to Criminal Prosecution: Ideology and Limi-*

- tations, in Blankenburg, et. al., *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, 1980, S. 195, esp. 198f.; W. Gottwald, *Streitbeilegung ohne Urteil*, 1981, S. 129f.; K. Röhl u. S. Röhl, *Alternativen zur Justiz?*, *Deutsche RZ* 57, S. 33, bes. 37f. (1979)
- (20) R. Rosellen, *Mediation: Verfahren zwischen Gesprächstherapie und Hard Selling*, in Blankenburg, et. al., *Alternative Rechtsformen*, 1980, S. 215 f.; W. Felstiner, "Neighborhood Justice" in Dochester, Massachusetts, in Blankenburg, et. al., *Alternativen in der Ziviljustiz*, 1982, S. 129 f.
- (21) 上田・前掲論文四七頁、棚瀬・前掲書五三頁以下参照。
- (22) W. Felstiner, a. a. O., S. 132; Rosellen, a. a. O., S. 216
- (23) Vgl. M. Galanter, *Legality and its Discontents: A Preliminary Assessment of Current Theories of Legalization and Delegalization*, in Blankenburg, et. al., *Alternative Rechtsformen*, 1980, S. 16
- (24) R. Abel, op. cit., p. 29f.
- (25) キヤランターが共同体的対応 (communal response) の中に自発性 (spontaneous) をその特色としている点がそれぞれある。Galanter, op. cit., p. 16
- (26) R. Abel, *The Politics of Informal Justice*, Vol 1, 1982, Introduction, p. 10
- (27) R. Abel, *Delegalization*, p. 41 は、その結果、弱者保護の手段が奪われることになる、と説く。
- (28) K. Röhl, *Rechtspolitische und ideologische Hintergründe der Diskussion über Alternativen zur Justiz*, in Blankenburg, et. al., *Alternativen in der Ziviljustiz*, 1982, S. 21
- (29) R. Abel, *Delegalization*, p. 40. は、すでに、非法化運動には法制度外に行なう規範についての実質的な合意があることが前提とされているという。しかし、そうではなくて、規範の対立を認めただけで、なお統一的規範形成の可能性を前提にしている、と見える。
- (30) R. Abel, *Delegalization*, p. 42
- (31) R. Abel, *Delegalization*, p. 40 f., 42
- (32) 前述した、ロス・アンゼルスでの NJC のたどった途がそのことを象徴している。K. Röhl, a. a. O., S. 18, 22 は、だ

から、共同体におけるインフォーマルコントロールによる裁判外手続は現実性が乏しいとする。

四 む す び

一 法社会学者によれば、紛争概念として、客観的紛争概念と主観的紛争概念とがあるようである。⁽¹⁾客観的紛争概念によれば、裁判に持ち込まれる紛争は社会的な対立に基づくものであり、例えば、労働紛争は労働者対使用者間の対立、借地紛争は借地人対土地所有者間の対立に由来する。そして、これらの紛争は根本的には構造的な対立状態の除去なしには解決しないことになる。

しかし、裁判手続はこうした社会的な対立の展がりからみれば表面的現象のみを把握する主観的紛争を取扱うのであって、個人対個人あるいは個人対組織の間の緊急の紛争だけを取りあげ、これが終息すれば紛争は解決したといわれる。裁判外紛争処理が裁判の代替手続として紛争の原因にまで立ち入って解決をはかるといっても、紛争当事者の周辺事情に遡るといふにすぎず、構造的な対立状態自体にまでふみ込んだ解決をはかるわけではもちろんない。裁判外紛争処理もその意味では表面的解決である。

二 それにもかかわらず、裁判外紛争処理が裁判手続による法的処理の限界性をカバーして、より生活に密着した、より速い、より安い、より近付き易い、将来志向の紛争処理手続を提供する途を開いたことは疑いがなく、その意味で、裁判外紛争処理手続は裁判手続にとって代るものではないが、その限界を補完して、総体としては相互に補充し合った紛争処理の体系を形成することになるものと思われる。⁽²⁾

ただその際に、裁判手続と裁判外手続とを一方は強制的紛争処理手続であり、他方は自主的紛争処理手続であると

して対比しただけでは、両者の関連を明らかにしたことはない。裁判外紛争処理手続は基本的には紛争当事者の任意の手続関与と自律的な合意を担保とする手続であるとしても、なお、その手続過程において法的要素が当事者の合意形成を規律して行く強制的なサンクションとして作用するのである。

しかし、それにもかかわらず、裁判外手続は、法規範のもつサンクションだけでなく、多様な社会規範をも含めた諸利益をも計算に入れた当事者の自律的取引交渉過程を保障する手続である。当事者双方は弁論過程において十分の情報収集に基づいた諸事情をふまえて対論交渉を展開したうえで、主体的な合意形成に至るのである。裁判外手続における対論手続をいかに具体的に保障するかは、このような意味で今後の重要な課題になるものと思われる。⁽³⁾ただ、裁判手続における対審手続の複雑さが、その代替手続を求める契機であったことを考えると、それとは異なった実質的対論手続の工夫が要請されるのである。

三 裁判外手続における紛争当事者の主体的地位を保障するためには、第三者機関の役割をいかに解するかが重要である。第三者機関は説得機能よりもむしろ交渉促進機能を主眼とすべきことはすでに述べたが、さらに、双方当事人との関係で中立的補助的役割にとどまるべきか、あるいは、さらに後見的補償的役割をも果たすべきかという困難な問題がある。⁽⁴⁾裁判外手続の基本は紛争当事者双方が対論手続による取引交渉を回復し促進するなかで、みずから紛争処理能力を備え自律的に合意を形成して行くところにある。そこで、第三者機関としては、こうした当事者の交渉能力を補助し助力するかぎりでの役割を果せばよく、中立的補助的役割にとどまるのが原則である。

しかし、紛争当事者が真に主体的な交渉能力を備えるためには、十分な法的情報などの提供をうける必要がある。ことに両当事者の社会的、経済的な地位に大きな隔差があるときにはこれをいかに補充して実質的に平等な交渉能力を備えるように調整するかが問題となる。対論手続自体によって補償的機能を充足できるのであれば格別、そうでな

ければ外部からの補償が必要となる。しかし、第三者機関としては、当事者の交渉能力を補充促進するために必要な最少限の情報提供にとどめ、後見的補償的機能までも果すべきではあるまい。第三者機関の過度の介入は、その中立性に対する当事者の信頼をそこなうだけでなく、当事者の主導的な手続関与の意欲をそぐことにもなりかねないからである。この点ではむしろ、アクセス運動の第一の波が目ざした法律相談や法律扶助制度の充実完備による情報提供が必要となるものと思われる。

四 このように裁判外紛争処理手続は、法的志向—非法的志向、形式性志向—非形式性志向、裁判所志向—共同体志向、第三者機関主導—当事者立導などさまざまな矛盾対立要素をはらんでいる。具体的な手続は、この多面的なベクトルの複合の中のいずれかに位置づけられることになろうが、いずれか一方的な要素だけで割り切ることは無理であると思われる。矛盾的要素をはらんだものを、総体としていかに有機的に構成して行くかが今後の課題であろう。

- (1) K. Röhl, *Rechtspolitische und ideologische Hintergründe der Diskussion über Alternativen zur Justiz*, in Blankenburg, et. al., *Alternativen in der Ziviljustiz*, 1982, S. 20
- (2) サンフランシスコの「共同社会委員会」(CBP)も、自ら、決して裁判所による処理にとって代ろうとするものではなく、むしろ、裁判所の地位を強化するものと主張している。つまり、元来、紛争が重大になる前に、第一のかけ込み場所 (the first resort) として、近隣社会内で自律的に解決することを目ざすものであって、裁判所はこれによって却って最後のちりびこり (the last resort) として本来の任務を果す能力を回復できることになるからである、という。
W. Gottwald, *Streitbeilegung ohne Urteil*, 1981, S. 188f.; N. Peirce, *San Francisco's Court of First Resort*, S. F. Sunday Examiner and Chronicle, June 20, 1982 参照。
- (3) M. Rosenberg, *The Adversary System in Dispute Processing by Adjudication and Alternative Mechanisms*, an unpublished paper, 1984, p. 1 ff. は、裁判外手続が任意的な合意を目ざすものであれば、当事者—弁護人の立

場も対立的なものではなく協力的なものとなり、裁判外手続は法的、形式形要素を後退させる、と説く。しかし、それに合わせるべき実質的対論手続の展望は示されていない。

- (4) これは裁判手続における裁判官の役割をめぐる見解の対立であるが、裁判外手続における第三者機関の役割についても同様の対立が考えられる。裁判手続について、R. Wassermann, *Der soziale Zivilprozess*, 1978, S. 89 f. 155 ff., 177 は、裁判官の後見的補償的役割、つまり当事者の地位の不平等から生ずる欠陥を補充して実質的な武器平等を実現すべき役割を強調する。これに対して通説は、裁判官は中立性を維持するために、両当事者から一定の距離を保つべきであるとす。Vgl. R. Stürner, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess*, 1982, S. 22 ff.

※あとがき 本稿では裁判外紛争処理手続について、とくに調停手続を中心に、アメリカ合衆国での最近の試みの展開状況を紹介するとともに、その手続過程の若干の分析を試みた。これは筆者が短期のアメリカ合衆国出張の機会に見聞したところを手元にある資料によって確認したものである。帰国後、時間的なゆとりがないままにまとめた、さしあたっての中間報告であり、今後の補完を期す次第である。