

## ADR の正義に関する準備的考察

上田, 竹志  
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<https://doi.org/10.15017/7329603>

---

出版情報 : 法政研究. 91 (3), pp.91-110, 2024-12-18. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン :

権利関係 :



# ADR の正義に関する準備的考察

上 田 竹 志

- I. はじめに
- II. ADR とその価値の現状
  - 1 ADR とは
  - 2 ADR におけるこれまでの正義
  - 3 ADR におけるこれまでの価値概念
- III. ADR の正義の限定
  - 1 法システムの正義と ADR の正義
  - 2 ADR における自己決定
  - 3 ADR における自己決定の具体性
  - 4 紛争システムと ADR の成立可能性
  - 5 紛争に時間を
- IV. おわりに

## I. はじめに

本稿は、ADR（裁判外紛争処理）における正義概念の意義や機能について分析を行う準備作業として、ADRにおける正義概念がいかに限定可能か、分析を試みる。本来の目的はADRにおける正義が何であり、それがADRの設計や運用にどのような指針を与えるかの検討だが、本格的な検討は別稿に委ね、本稿はその準備的な考察にとどまることを、あらかじめお詫びする。

また、検討に際しては必要に応じ、Niklas Luhmannの社会システム理論等など

---

(1) 本稿は、2024年度仲裁ADR法学会大会での筆者の報告において、言及が及ばなかった内容についての補論の意味も持つ。上記大会における報告内容は、別稿にて公表予定である。

を適宜援用する<sup>(2)</sup>。ただし、筆者は社会システム理論の専門家ではなく、その援用には誤りが含まれる可能性があることを、あらかじめお断りする。

正義概念は、きわめて抽象度が高く、そのまま理論分析を行うことは困難を極める<sup>(3)</sup>。そこで、現時点では、正義概念に以下のような形式的な位置を与えるにとどめる（これも、筆者の経験的認識に基づくものにすぎない）。すなわち、少なくとも本稿のような法学の言説領域に属する視点にとって、正義概念に優越する他の価値概念（利得や敬虔さなど）は想定されないし、正義概念の上位概念もまた想定されない。正義は、その内実が何であるかはともかくとして、通常は法の世界における最上位の規範概念または当為概念として扱われ、法の世界全体に妥当する。そこで、ADRの正義を語るのであれば、それはADRの定義に含まれる紛争解決作用の全体に妥当する、最上位の価値概念のようなものでなければならないと思われる。

## II. ADRとその価値の現状

### 1 ADRとは

ADR (Alternative Dispute Resolution) は、そのまま訳せば「代替的紛争処理」だが、現在では「裁判外紛争処理」と呼ばれることが多い。法令上の定義は「訴訟手続によらずに民事上の紛争の解決をしようとする紛争の当事者のため、公正な第三者が関与して、その解決を図る手続」<sup>(4)</sup>（裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律（以下、「ADR法」という。）1条）である。

上記定義中、「訴訟手続によらずに」の文言では、裁判とADRとの差異が強調される（本稿では主に、条文の文言と同様、さしあたり訴訟手続とADRの対比を

---

(2) さしあたり、(a) ニクラス・ルーマン／馬場靖雄＝上村隆広＝江口厚仁訳『社会の法（1）（2）』（法政大学出版局、2003年）、(b) 同／村上淳一＝六本佳平訳『法社会学』（岩波書店、1977年）、(c) 同／馬場靖雄訳『社会システム（上）（下）』（勁草書房、2020年）、(d) 同／馬場靖雄＝赤堀三郎＝菅原謙＝高橋徹訳『社会の社会（1）（2）』（法政大学出版局、2009年）を参考にした。また、その理解に際して、江口厚仁「法・自己言及・オートポイエシス」法政研究59巻3・4号（1993年）389頁に多くを負う。（もちろん、本稿の理解に誤りがあれば、すべて筆者の責任である。）

(3) 法哲学における正義論として、さしあたり、酒匂一郎『法哲学講義』（成文堂、2019年）180頁以下。

(4) 定義に関して、垣内秀介「裁判外紛争処理」『岩波講座 現代法の動態5』（岩波書店・2015年）223頁。

行うが)。その実質的な含意は、裁判が相手方当事者の意思にかかわらず手続開始されるといって強行的紛争解決手段であることに求められる<sup>(5)</sup>。ADRにおいては、相手方を強制的に手続参加させる手段は原則としてない（個別の例外はある）。また、ADRにおける紛争解決は和解によって行われるため（ADR法2条1号）、両当事者の意思が合致しなければ実体法上の和解契約を締結できず、その確定効（民696条）が生じない。広義のADRに含まれる仲裁においても、仲裁合意（仲裁法13条）が有効でない場合は、仲裁判断が取り消される（仲裁法44条1項1号2号）。

また、上記定義にある公正な第三者の関与は、私法上の和解（示談）との差異をなす（ADR論を語るに当たっては、ADR利用段階以前の紛争認知、相談、示談交渉段階等も視野に入れることの重要性が説かれるが、本稿では詳論し得ない）。「公正な」という限定に何が含まれるかは問題である。ADR法は手続の公正な実施を要求し（ADR法6条3号、4号）、広義のADRに含まれる仲裁も、第三者の公正性について既定を置く（仲裁法17条6項2号、18条1項2号。同25条も参照）。このことから見ると、特定の紛争当事者との関係で個別的な不偏性が要求されていると解すべきである。他方で、一部のADRにおいては、一方当事者に有利な制度設計がなされていることもあり（たとえば、交通事故紛争処理センターや金融ADRにおける片面的応諾義務等）、常に一般的な不偏性が要求されているとまで見ることはできない。

ADR概念の外延については、論者によって相当の違いがあるが、典型的には、調停（司法機関が主宰する民事調停・家事調停のほか、行政機関が主宰するもの、民間機関が主宰するものなどを広く含む）が想定される。広義のADRとなると仲裁も含み得るほか、第三者の介入がない相対交渉まで含める見解もあり得る<sup>(6)</sup>。また近時では、AIやアルゴリズムの利用等、現実の第三者が介入しない紛争処理も想定できる。本稿では分析の便宜上、狭義のADR（調停を念頭に置く）を主たる検討対象として、一方当事者のみが登場する相談段階などは、本稿の検討から外すことにする。また、仲裁については独自の考察が必要と思われるため、本稿ではやは

(5) 河野正憲「民事紛争解決システムの全体構造への一視角」新堂幸司（監修）『実務民事訴訟講座〔第3期〕第1巻』（日本評論社、2014年）77頁。

(6) 山本和彦＝山田文『ADR仲裁法〔第2版〕』（日本評論社、2015年）7頁以下。

り検討から外し、その分析は他日を期したい。

## 2 ADRにおけるこれまでの正義

通常の実定法学全体を概観すると、正義概念を直接の分析道具として何らかの議論を展開する局面は、多くない。これは、正義概念の抽象度の高さ、歴史的な議論の蓄積の膨大さによるものではないかと推測する。技術的な法領域である民事訴訟法理論においては、正義概念に論拠を求めるほど抽象度の高い議論が要請されることはさらに少なく、より抽象度を落とした価値概念（たとえば「手続保障」「訴訟経済」や、「権利保護」「紛争解決」など）を用いることが一般である。いわゆる「手続的正義」への言及が、判例において時折みられるものの、<sup>(7)</sup>そこでは、特段の不正義への糾弾が強調され、正義概念が特定の解釈論上の結論を演繹・正当化するわけではないようである。

ところで、ADR論においては、正義概念へ言及されたことがないではない。ただし、筆者の知る限り、最初はネガティブな局面、すなわちADRを「二流の正義」と批判的に位置づける文脈においてであった。これに対して、そのようなネガティブなADR観を克服し、個別紛争の当事者のニーズに合ったオーダーメイドの手続や結果の形成にADR独自の質的優位を見出す点に、ADR理論の発展の意義を見ることが<sup>(8)</sup>もできる。

また、多様なADRと裁判とを一望し、その相互関係を論じる上で、正義概念に言及されることも<sup>(9)</sup>ある。著名なのは、小島武司博士の提唱にかかる、正義の総合システム（示談交渉を底辺に置き、ADR、裁判の階層構造を構想するピラミッドモデル）<sup>(10)</sup>であろう。ここでいう「正義」は、法的正義の意味と解される。<sup>(11)</sup>単純化すれば、「正義の総合システム」は、法的正義の総量を向上させるための、紛争処理制

(7) たとえば、最決平成23年4月13日民集65巻3号1290頁。

(8) 山本=山田・前掲注(6)149頁。

(9) 畑瑞穂「ADRについて」加藤新太郎編『民事司法展望』（判例タイムズ社、2002年）131頁、135頁以下。

(10) (a) 小島武司「紛争処理制度の全体構造」小島武司=萩原金美『講座民事訴訟法①』（弘文堂、1984年）355頁、(b) 同「『正義の総合システム』のなかの調停・苦情処理」法社会学33号（1981年）1頁など。

(11) 小島・前掲注(10)(a)361頁、同・前掲注(10)(b)6頁。

度の全体像に関する司法政策論の性格を持つ議論と解される。

「正義の総合システム」は、法的な立場から見ればオーソドックスな議論だが、異説も複数提唱されている。たとえば、井上治典教授の提唱する八ヶ岳モデルは、紛争処理過程における当事者の自律的な手続形成や、裁判とADRの序列の相対化（このような主張は、いわゆる「第三の波」における判決と和解の序列の相対化などにも通じる）などを強調する<sup>(12)</sup>。そのバリエーションとして、裁判の中心的機能と序列の相対化を併存させるモデルと解される、川嶋四郎教授の阿蘇型モデルもある<sup>(13)</sup>。また、太田勝造教授のプラネタリ・モデルは、取引費用・分配的正義・手続的正義の観点から、当事者の自主的解決から第三者による他律的解決へと至る構造（小島説を逆転させたモデル）を提唱する<sup>(14)</sup>。

ADRを包括的に論じ、また裁判も視野に入れた民事紛争処理システム全体を考察対象とする水準の議論では、具体的な制度設計や解釈論の水準と異なって、正義の概念を用いることもそれほど違和感がないものと推察される。

### 3 ADRにおけるこれまでの価値概念

ADR論においては、これまで様々な価値判断が提唱されてきた<sup>(15)</sup>。裁判所の事件処理の効率化や負担軽減は、かつてのADR論において優勢であり、現在でもいくつかの国で、ADR設置の意義をこの点に求める場合がある。もっとも、日本において訴訟爆発や裁判所の負担軽減がADR設置の契機となったことはそれほど多くなく、現在でも、日本の民事訴訟の新受件数は減少傾向にある。少なくとも、ADR独自の意義が複数見出されるようになった現在、裁判所の負担軽減をADRの主たる目的や意義と考える必要はないように思われる。

司法制度改革においては、ADRの利点として①利用者の自主性、②非公開性、

(12) 井上治典「裁判手続の手軽な利用のために」同『民事手続論』（有斐閣、1993年）67頁、小島武司＝伊藤眞編『裁判外紛争処理法』（有斐閣、1998年）249頁以下〔井上治典〕。

(13) 川嶋四郎「日本におけるADRシステムの現状と課題についての覚書」法制研究74巻3号（2007年）748頁。

(14) 太田勝造「社会的に望ましい紛争解決のためのADR」仲裁とADR7号（2012年）1頁。

(15) ADRの目的論という切り口から、様々な価値概念を整理するものとして、山田文「ADR」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、2002年）62頁、69頁以下、垣内秀介「国によるADRの促進」山田文＝早川吉尚＝濱野亮編『ADRの基本的視座』（不磨書房、2004年）61頁、71頁以下。

③簡易・迅速・廉価性、④専門性、⑤紛争の実情に沿った解決、などが指摘された。<sup>(16)</sup>①はADRの定義に由来する価値であり、②～⑤は個々のADRの設計次第で実現したりしなかったりする価値である。また、①を重視する、または①に関連する価値主張として、当事者のエンパワーメントを重視する見解や、<sup>(17)</sup>win-win resolution、当事者のケア、<sup>(18)</sup>当事者個人の変容や<sup>(19)</sup>当事者間の関係の変容を重視する<sup>(20)</sup>見解もあり、これらの見解は相互に重なり合う部分もある。ただし、それらの価値も、必ずしもすべてのADRにおいて実現されるべきと主張されているわけではない。

### Ⅲ. ADRの正義の限定

#### 1 法システムの正義とADRの正義

以上の状況整理からして、正義概念との関係で、いくつかの点を指摘することができる。

まず、ADRとは、社会における特定の要請を一手に担うようなものではなく、最初から果たすべき機能を限定されている。「裁判／ADR」の区別がそれであり、ADRは、紛争処理のうち、当事者の意思に基づくという限定がかかっているため、社会の紛争（または紛争システム）の処理を担う社会的な仕組みのうち、一部のみを指す概念である。また、ADRの機能は、これまで裁判が担ってきた機能の一部を、そのまま同様に担うわけではない。

以下、ニクラス・ルーマンの社会システム理論を適宜援用しつつ、若干の敷衍を行う。

---

(16) 司法制度改革審議会意見書Ⅱ－第1－8。

(17) たとえば、レビン小林久子『調停者ハンドブック』（信山社、1998年）8頁。

(18) Carrie Menkel-Meadow, TOWARD ANOTHER VIEW OF LEGAL NEGOTIATION: THE STRUCTURE OF PROBLEM SOLVING, 31 UCLA L. REV. 754 (1984).

(19) 和田仁孝「現代における紛争処理ニーズの特質とADRの機能理念—ケアモデルからケアモデルへ—」山田文＝早川吉尚＝濱野亮編『ADRの基本的視座』（不磨書房、2004年）157頁。

(20) ジョン・ウィンズレイド＝ジェラルド・モンク／国重浩一・バーナード紫訳『ナラティブ・メディエーション』（北大路書房、2010年）。

(21) Robert A. Baruch Bush, Joseph P. Folger, THE PROMISE OF MEDIATION: THE TRANSFORMATIVE APPROACH TO CONFLICT, Jossey-Bass (2005). 以上の議論の概観として、山田恵子「メディエーションの理論と特質」和田仁孝ほか編『ADR／メディエーションの理論と臨床技法』（北大路書房、2020年）47頁。

ルーマンによれば、裁判を典型的な作動とする法システムは、全体社会システムのコミュニケーションにおいて、「合法／不法」の区別を基本コードとして、予期を相対的に安定化させる機能に分化したシステムである。<sup>(22)</sup>ここでいう予期の安定化とは、コミュニケーションが時間相関的になされる関係上、現在における予期が、将来において外れた場合（すなわち、「現在における将来」と「将来における現在」が一致しないとき）に、当のコミュニケーションが示す反応にかかわる。ここでは特に、ルーマンが初期に提唱した「認知的予期／規範的予期」の区別を参照する。<sup>(23)</sup>すなわち、ある命題が将来において現実と異なるとき、違背された予期を変更して現実に対応する（学習する）ことを認知的予期と呼び、予期に反した現実によって、当初の予期を維持する（学習しない）ことを規範的予期という。法システムが用意する規範命題は、原則として規範的予期を行い、その違反があったからと言って修正されない。「認知的予期／規範的予期」の配分は、全体社会システムが時間相関的に自己再生産する際の、システム自身の相対的安定性の保持に関わると解される。

そのような法システム（理論）にとって、正義とは何か。<sup>(24)</sup>正義の意味や機能は、それが用いられる社会全体の状況によって左右される。たとえば、古くから有力な正義の一般的な形は、「平等」（均等）であるとされてきた。<sup>(25)</sup>しかし、そこで説かれる配分的正義の構想は、階層化された社会が提供する「等しいもの／等しくないもの」の基準が社会的前提としてあることで、≪各人各人ノモノヲ≫という定式化が意味を持ち得たと指摘される。<sup>(26)</sup>同じように、ヨーロッパ古典期の自然法は、静態的に構築された世界像と連動しており、普遍的で宇宙論的なハイアラーキーによって支えられてきた。<sup>(27)</sup>この世界観の下で、正義は、「事物の本性に従っている」「自然

(22) ルーマン・前掲注（2）（a）（2）712頁以下。福井康太『法理論のルーマン』（勁草書房、2002年）43頁以下。予期概念一般については、ルーマン・前掲注（2）（c）（上）132頁以下。

(23) ルーマン・前掲注（2）（b）47頁以下。

(24) 以下の叙述は、ルーマン・前掲注（2）（a）（1）235頁以下を、筆者が理解した限りで整理したものである。

(25) アリストテレス／高田三郎訳『ニコマコス倫理学（上）』（岩波書店、1971年）169頁、179頁以下。

(26) ルーマン・前掲注（2）（a）（1）247頁。

(27) ルーマン・前掲注（2）（a）（1）22頁以下、255頁以下。近代以前の自然法思想については（ルーマンの理解するそれが正当であるかも含めて）、三島淑臣『法思想史〔新版〕』（青林書院、

にかなっている」という一般的な形を持ち得た<sup>(28)</sup>。以上のルーマンの見立てが正しければ、ADRの正義を求めようとして、たとえばアリストテレスの正義論に遡ることで、何らかの根源的・普遍的な正義概念をADRの中に見出そうとするような試みは、あまり大きな実りをもたらさないことになろう。現代社会において、かつての正義論が前提としていた社会状況まで含めた一般的なコンセンサスを得ることは困難だからである。

それでは、現代社会の法システムにおいて、正義はどのような機能や一般的定式を持っていると言えるか。ルーマンによれば、現代社会において正義は「偶発性定式」の機能を持つ。以下、この機能について敷衍する。

法システムにおいては「合法／不法」という基礎的なコードと、この区別を適用する条件としてのプログラム<sup>(29)</sup>（典型的には、要件効果形式を用いた規範命題が念頭に置かれる）を用いて、上述のように、社会システムにおける規範的予期の貫徹を行う。その際、社会全体で予期内容を一般化する必要がある。しかし、環境は常にシステムよりも複雑性が高く（多様であり）、また法が現在の未来と未来の現在を統合することはできないにもかかわらず、法は自らの作動を一般化しなければならないというアポリアに直面する。そこで、正義という概念が、一定の機能を担うことになる。正義は法システムにおけるプログラムの一つに位置づけられるが、その機能は潜在的であり、そこから導き出される決定は偶発的であって予測できず、規定不能なものから規定可能なものへの移行機能が期待されている（実定法学の立場から見れば、極端に抽象的な一般条項のように機能すると解される<sup>(31)</sup>）。すなわち、ここで期待されている機能は、法システムの自己言及構造から生じる一種の超越論的な運動であり、法規範が実定化されることの裏側で生じる、他の規範・他の決定の可能性を、現在の法規範へ持ち込むことであると解される<sup>(32)</sup>。ただし、「他の可能

---

1993年）91頁、115頁以下、162頁以下（特に189頁）。

(28) ルーマン・前掲注（2）（a）（1）242頁。

(29) ルーマン・前掲注（2）（a）（1）202頁以下。

(30) 一般化の三つの次元（時間的次元、社会的次元、内容的次元）の解説として、江口・前掲注（2）397頁。

(31) ルーマン・前掲注（2）（a）（1）241頁以下。

(32) このような理解に類似すると思われる実定法学の見解として、たとえば内田貴『契約の時代』（岩波書店、2000年）41頁以下。

性」はそれ自体不特定なものであるから、正義概念の機能は、何が正義であるかを積極的に特定するわけではない。むしろ、その時々の特定の法（規範や決定など）において、何が不正義であるかの特定に関わる<sup>(33)</sup>。また、正義は、法システムの中でシステムの統一性を代表＝表出し<sup>(34)</sup>、法システムの個々の作動のうちで、正義であるべきだという予期から逃れられるものはひとつもない<sup>(35)</sup>。

やや乱暴にまとめると、正義とは、法システムにおいて規範的な保持がなされるべき予期の総体を代理表象する概念であり、ルーマン理論においては、全体社会の多様性、動態性に対面しつつ、規範的予期の統一性保持の機能を担うものと目されている。また、法システムにとっての正義は、現代の全体社会システムという高度の複雑性・多様性を備えた社会システムの規範的予期の総体を代理＝表象するため、実体的な内実を欠き、高度の形式性を獲得していると解される。

ADRとして作動するコミュニケーションのうち、法的に語られる事柄のみに着目すれば、ADRが法システムにおける正義を実現する作動の一種として機能することはあり得るかもしれない。その際、ADRの正義について殊更に語る必要はなく、法の正義を語れば足りる。また、ADRにおいて示された規範的な判断が裁判にまで汲み上げられ、社会全体に波及すべしという提言も、前述のとおり有力に主張されている。ただし、ADRは手続についても紛争解決の実体的内容についても、公開の要請がない、個別化された紛争処理手段である<sup>(36)</sup>。予期の統一性の要請について、法的に要請される緩やかな枠（ADR法3条1項「法による紛争の解決」）があるほかは、実的に手続的にも当事者の意思に大きく正当性を委ねる（この点は後に検討する）。そのため、個々のADRでのコミュニケーションにおいて、当事者の意思が尊重されることは当てにできるが、云々の紛争解決がなされるだろうとい

(33) ルーマン・前掲注(2)(a)(1)244頁。高度に抽象的な概念が、特定の対象をポジティブに指示する（「～は正義に適う」）のではなく、特定の対象をネガティブに指示する（「～は不正義である」）機能へ傾斜する傾向は、一般的に見られる。ルーマン・前掲注(2)(c)(下)219頁。小島・前掲注(10)(a)362頁も参照。

(34) ルーマン・前掲注(2)(a)(1)239頁。

(35) ルーマン・前掲注(2)(a)(1)245頁。なお、この点も含め、ルーマンの正義概念の分析は、ジャック・デリダのそれに近接するように思われる。ジャック・デリダ／堅田研一訳『法の力』（法政大学出版局、1999年）49頁。

(36) この点を重視する見解として、入江秀晃「個別化プロジェクトとしての調停」仲裁とADR7号（2012年）114頁。

う具体的な規範的予期は強く働かない。

他方で、ADRにおけるコミュニケーションを法的な側面（特に、実体規範の実現）のみから捉えるのは、すでに紹介したADRの諸価値の多くを取りこぼすおそれがある。そこで、法システム全体の正義とは別に、ADRの正義が独自にあると考える方向性もあり得る（このような概念操作は、分析しようとしている体系なり領域をどこに画するのかという議論の設定に連動する）。

その場合、ADRにおける正義が、法システムにおける正義と同等の機能を担うことは、やや考え難い。ADRが法システム総体と同等の、全体社会の機能分化システムであると考えられる理由はないからである。したがって、ADRにおける正義を、偶発性定式のように高度に形式的なものと捉えるべきではない。むしろ、正義概念がその属する文脈全体の代理表象概念であるという点を考えれば、ADRが裁判との区別によって局限された紛争処理手段であるがゆえに、ADRにおける正義は裁判におけるほど大仰なものである必要がなく、それゆえ抽象度が高すぎず、その内実をよりポジティブな形で定義できる可能性もある。

そこで考えると、上述のように、ADRを当事者の意思に基づく紛争解決手続と捉えれば、当事者の意思に基づく「べき」であることが、ADRの定義上導き出される価値概念と見ることにもできる（これに対して、他の価値概念は、必ずしもすべてのADRについて妥当するわけではない）。当事者の意思を基底的な要素としない紛争解決は裁判等に近接し、ADRの定義から外れることと、ADRにおいて当事者の意思を軽視することが、不正義であることとを結びつけることになる。本稿では、当事者の意思の尊重がADRの唯一の正義であるかはともかく、少なくとも根本的価値の一部をなすとして、以下の検討を進める。

もちろん、このような考えに対して直ちに指摘し得るのが、分類的な定義と当為判断とを短絡できるかという問題であろう。その際に顧慮できるのが、当事者に対する欺瞞的な設計や運用である。つまり、ADRと謳っておきながら、実際には強行的紛争解決手段として設計され、または運用されていれば、当事者の意思を裏切ることになる。そして、当事者の意思決定は、自己決定権という権利言説によって、規範的に予期を保持される。ここでは、法システムにおける自己決定権という規範的なプログラムが、云々の実体的価値実現や手続設計をすべきという直接的な形で

はなく、それを当事者の意思の尊重という形でのみ保障する間接的な形で、ADRにおける規範的予期を裏書きしていると言える。

## 2 ADRにおける自己決定

ADRの定義から導かれる正義として、当事者の意思の尊重、法的な権利言説に引き直せば私的自治や自己決定権の保障（以下、「自己決定」の呼称にまとめる）という価値を承認するとして、この一概念がADRにおける制度設計・運用上の価値判断（または、当事者の行動規範の側面も含まれるか）の最上位概念となり得るだろうか。この問いに対しては、ひとまず可能という回答を与えることができる。しかし、それは必ずしも肯定的な意味からだけではない。規範体系上の最上位概念は、その体系全体の代理表象概念として、当該体系が直面する様々な課題に対応するための機能なり形式なりを持たなければならないからである<sup>(37)</sup>。

まず、多くの下位概念を正当化・包摂する抽象概念は、意味を限定すれば取りこぼしや非生産的な議論へつながる。したがって、体系の複雑性に応じて定義上の内包を乏しくせざるを得ない。その帰結として、当該概念は空疎な概念へと近づき、下位概念の正当化機能が低下する。また、概念の内包の空疎化に伴って、その理念（アイデア）化・神秘化などの現象も生じ得る<sup>(38)</sup>。

当該体系が自己言及性を持つ場合、最上位概念はその自己言及性をも代理＝表象する。たとえば、ADRにおける自己決定は、実体的な紛争解決内容にも、手続的な設計にも、高度の自由化をもたらす。コイントスのように偶然に委ねた紛争解決を行うことも、一方当事者が自己の財産を不利益に処分するような内容の紛争解決も、自己決定という概念の下では正当化可能であろう。そこで、自己決定の限界について様々な疑問を提出することが可能である。手続の公正や中立を損なうなど、設計に問題のある手続を選択する<sup>(39)</sup>意思は尊重されるか、著しく不公平な紛争解決内

(37) この点に関連して、2024年度仲裁ADR法学会大会において、筆者の報告に対し垣内秀介教授（東京大学）から、「自己決定は現実に可能か」につきご質問をいただいた。以下、本文はこの問題に関する分析だが、質問に対する直接の回答になっていないことは自覚している。

(38) 民事訴訟法理論における「棚上げ論」の指摘が想起される。高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2013年）16頁。

(39) たとえば、混合型の手続（Med-Arb等）を当事者の選択対象とすべきかについて、山田文「ハイブリッド型手続の光と影」三木浩一ほか編『民事裁判の法理と実践—加藤新太郎先生古稀祝

容は自己決定によって正当化できるか、などがそれである。このようなパラドックスは、法学や政治理論において珍しいものではなく、当該概念が属する体系の形式によっていつでも生じ得るし、仮に自己決定以外の任意の概念を正義概念と結びつけたとしても、類似の問題は生じ得る。

仮に、自己決定をADRの規範判断における最上位概念に据えたと、その理論体系に生じ得るアポリアの表現が当該概念に集中して代理=表象され（複数の概念による冗長化や分散ができず）、通常概念、法学で言えば、内包と外延の操作による設計が可能な規範概念として扱うことが難しくなるおそれがある。

### 3 ADRにおける自己決定の具体性

ただし、その問題発生の内容や程度は、当該体系がどの程度複雑なもので、どの程度自律的・自閉的なものかという形式上の性質に依存する。では、ADRにおける自己決定の抽象度はどのようなもので、当該概念が担わなければならないADR理論の複雑性やそこから生じる体系上の諸問題は、どの程度純粋形式的なものか。

本稿は、「裁判／ADR」の区別によるADRの限定性からして、ADRにおける自己決定も、完全に無色透明なものではなく、ADR独自の具体性を持つものと考えられる。以下、分析を試みる。

ここで再び、ルーマン理論を援用することにする。<sup>(40)</sup>ルーマンによれば、紛争（コンフリクト）とは相互行為システム的一种である（相互行為システムは社会システム的一种だが、全体社会システムとは異なり、個々に発生・消滅する対面コミュニケーションの自己再生産を指し示す概念であると解される）。紛争システムの単純化されたモデルとして、一方当事者による予期表明に対する否定が相互に継続すること、そのようなコミュニケーションとして二重の偶発性<sup>(41)</sup>が実現されることが描写

---

賀記念論文集』(弘文堂、2020年) 589頁。

(40) ルーマン・前掲注(2)(c)(F) 125頁以下。

(41) 二重の偶発性（不確定性）とは、ルーマン理論における社会的コミュニケーションの最も基本的な構図であり、当事者が互いに相手方の予期を予期し合う（合わせ鏡のように、予期の予期の予期……が無限に連鎖する）状況を指す。その解説として、江口厚仁「法システムの自己組織性」九大法学60号（1990年）1頁、12頁、44頁以下。紛争状況にあっては、相手方が自己の予期をいかに予期しているかを予期しつつ、それを否定する応答をすることで、コミュニケーションが継続してゆく（その継続が強固であるがゆえに、かえって社会的コミュニケーションとしては安定して存続する）。

される。この相手方の予期の否定的態度（これを端的に、「敵対」と呼ぶこともできる）は、紛争の実体的側面・手続的側面を問わない。

この紛争システムに対して、全体社会システムのレベルで免疫機能を果たすのが、全体社会システムの機能分化システムである法システムとされる。法システムは、規範的予期の貫徹、先例の記憶、決定の一貫性や統一性の保持といった機能を持つことで、多数の紛争を全体社会水準で集積・体系化しつつ<sup>(42)</sup>、当該紛争を「合法／不法」という図式の下に（予期を相対的に安定化させる形で）コミュニケーションを継続させる。法システムの典型的な作動場面である裁判においては、実体的にも手続的にも、一定の（法的に予定された）予期が抗事実に保持される。たとえば、債務不履行に対する損害賠償請求権は認められねばならないし、義務者がなおも任意弁済しなければ、強制執行によって判決は貫徹されなければならない。ただしこのことは、規範的に予期された内容が必ず実現しなければならないという意味ではない。たとえ強制執行が空振りに終わったとしても、なお債務主義の執行力は消滅せず、「判決が貫徹されなければならない」という予期自体は保持された状態で、以後の社会的コミュニケーションが接続してゆく。

ここで、前述の「認知的予期／規範的予期」という区別を用いて、やや細かく裁判手続の在り方について考える（ひとまず民事訴訟手続を念頭に置く）。本稿が重視するのは、具体的な手続において、裁判所や当事者の各人に手続上の権能や権限を付与することで、どのような予期の分配がされるかである。たとえば、当事者が手続上の行為について権能を与えられたとき、この権能の尊重は規範的に予期できると言ってもよい（権能行使の機会を与えられなかった場合、当事者が諦めるよう学習する必要はない）。しかし、当事者が手続上の権能によって保障された機会を行使する／しないを、当該当事者以外の者が規範的に予期するわけにはいかない<sup>(43)</sup>。「行使／不行使」のいずれも、尊重されるべきフラットな選択肢だからである。これを<sup>(44)</sup>

(42) ルーマン・前掲注（2）（c）（下）173頁。

(43) 垣内・前掲注（15）78頁。

(44) なお、付言すれば、たとえば裁判所が権限を行使すべき義務があるとの解釈論（民事訴訟法理論で言えば、たとえば釈明権の行使に関する解釈論）は、これと状況が異なる。選択肢は必ずしもフラットではなく、また義務を履行する手段としての権限付与という構成も可能だからである。松本博之『民事訴訟における釈明・指摘義務』（日本加除出版、2022年）、上田竹志「書評」ジュリスト1593号（2024年）47頁。

まとめると、権能の保障は規範的に予期され、権能の行使／不行使は認知的に予期される。

裁判について考えよう。一方当事者が訴えを提起したとする。この提訴行為は、当該当事者に与えられた訴権に基づく。訴権を行使するかどうかは、当該当事者に委ねられ、裁判所が勝手に訴訟手続を開始させることはできないし（訴えなければ裁判なし）、当事者に「訴えを提起しなければならない」と義務付けることもできない。この点はADRもほぼ同様である。すなわち、一方当事者が特定のADRを選択し（ADR選択の場面も検討の対象となり得るが、本稿では割愛する）、手続開始の申立てをするか否かは当事者に委ねられる。ADRは、選ばれ、使ってもらわなければ機能を発揮しない。

しかし、いったん手続開始が意思された後の予期の構造化は、裁判とADRとで大きく異なる。

裁判では、提訴に対して、相手方に応訴拒絶の権能がない。正確には、相手方が訴訟を無視しても手続は進行し、相手方に不利な判決が言い渡される蓋然性がきわめて高くなる。また、相手方が本案について弁論をした後は、訴え提起をした当事者も、もはや自分の意思のみで訴訟を終了させることができなくなる（民訴法261条2項。一方当事者のみの意思で訴訟を終了させることができるのは、その当事者が訴訟対象について完全な敗北を認めたときだけである。同266条1項）。以上をまとめると、裁判はいったん開始した以上、その継続が強く予期されるよう、各当事者の権能が分配・制限されている。

以上に対して、ADRにおいては、いったん手続開始が申し立てられても、相手方当事者の応諾がなければ、その後の手続が進まず、手続自体が終了する。現在、狭義のADR（調停）における相手方の応諾は、ADRの実効性確保のための大きな課題の一つとなっている。しかし、相手方当事者の応諾も相手方当事者の自己決定に委ねられるべきであり（という規範的予期が働く結果）、応諾を規範的に予期することは、民事調停・家事調停（民事調停法<sup>(45)</sup>34条、家事事件手続法258条1項、同51条3項）や金融ADR（たとえば金融商品取引法156条の44第2項2号）のような

---

(45) なお、東京地判令和4年4月15日判時2550号69頁。

個別規定による事前の手当てがない以上、原則としてできない。さらに、一方当事者の申立てと相手方の応諾によりいったん開始した手続も、いつでもどちらかの当事者の意思のみによって終了することができ、手続の継続を規範的に当てるわけにはいかない。

以上を見ると、ADRにおいては手続の継続について認知的予期しか働かないと整理される。ADRは、一方当事者の自己決定のみに基づいては成立せず、両当事者が当該ADRを利用することを選択し、かつ選択し続けるという、規範的に当てるにできない条件に基づいてのみ成り立つ、不安定なコミュニケーションプロセスである。そこにおいて尊重される自己決定は、裁判における自己決定と用語は同じでも、内実異なる。裁判においては、各当事者の裁判利用・継続にかかる意思是単独で貫徹される（その結果、判決による権利保護を強く当てるにできる）一方、裁判の不利用・終了にかかる意思是（白旗を挙げることを除けば）単独では貫徹されない。これに対して、ADRにおいては、各当事者のADR利用・継続にかかる意思是単独では貫徹されない一方、各当事者のADR不利用・終了にかかる意思是単独で貫徹される<sup>(46)</sup>。実体的紛争解決（和解合意）に関する当事者意思も同様である。また、ADR利用・継続にかかる手続的な意思是、両当事者が継続的にADR利用を意思し続けるという、時間的な延長を持ったものであり、一回的な決断といった分かりやすい自己決定のイメージとも食い違う<sup>(47)</sup>。

#### 4 紛争システムとADRの成立可能性

しかし、ADRの手続面において両当事者が協調し、協調し続けるという現象は、その基底にあるコミュニケーションが紛争システムであることを考えれば、蓋然性が低い事態であるように思われる。法が裏書きする自己決定というADRの根本的

(46) ADR手続から降りる自己決定の保障は、「妥協しない自由」ということもできる（垣内秀介「民事訴訟制度の目的とADR」高橋宏志ほか編『伊藤眞先生古稀祝賀 民事手続の現代的使命』（有斐閣・2015年）127頁）。他方で、ADRを利用しないことの帰結は、実体面・手続面において敵対的な紛争システムへの回帰（紛争の放置）と、裁判利用とに分岐する。垣内・前掲注（15）78頁以下。

(47) この点から、ADRにおける当事者の自己決定は一回限りのものである必要がなく、時間的な分散を設計する余地が生じそうだが、その設計にも規範的な課題があり得る。本稿ではこの点について十分な準備がなく、詳論し得ない。

価値の一つが、ADRの不成立の方向へ傾斜する状況を、どのように説明し、そこにいかなる価値の貫徹を見出すことができるか。

いったん敵対状態に至った当事者同士が、いかなる規範的予期も機能させることなく、特定のADRの利用についてだけ協調するという事態は、いかにして可能だろうか。もちろん、紛争における敵対の程度には幅があるから、手続的に協調できるポイントを（認知的な学習に基づいて）探ることはあり得る。しかし、紛争システムは相互不信のコミュニケーションが安定化した状態であり、当事者自身による敵対／協調の整序を行うコミュニケーションも、相互不信の下でなされなければならない（一時的な協調の申出が、背後に隠した攻撃計画のための戦略でない、と、どうして言えようか。また、その戦略に乗ってしまった当事者の協調行動を、自己決定の名の下に正当化できるかも問題たり得る）。また、特に「実体面における敵対／手続面における協調」などのテクニカルな整序は、調停人や法律家でない限り、困難な可能性が高い。

ここで、ADRの定義のもう一つの側面である「公正な第三者が関与して」という、「示談／ADR」を区別する要素に着目する。上述の、いったん敵対状態に至った当事者による手続的協調の困難は、示談においてもADRにおいても変わらない。しかし、中立かつ手続的なスキルを持った第三者の介入は、この協調の形成に貢献し得る。第三者は手続的なスキルを持つことで、個別紛争の手続的協調を探るための分析を行うことが期待でき、また、相互不信の構造から逃れた中立な第三者であれば、ADRの手続面における合意とその継続を促すことが、当の当事者自身より容易である。してみれば、ADRの正義として想定される、自己決定の尊重という当為命題は、当事者にこの手続の開始・継続を促すようにADRの手続設計をしたり、実際の手続において第三者が指揮を行うことを含意すると考えても良さそうである。

ただし、このような制度設計・運用上の要請は、それ自体パラドキシカルな二重の要請に挟まれている。一方で、手続設計や運用は、ADR手続成立の蓋然性を高めるために、当事者の手続的協調を促すものであることが要される。しかし他方で、当事者が手続的協調を行うことは、あくまで各当事者の自己決定の結果としてなされなければならない。各当事者の自己決定権の行使に際して、第三者が状況を整理し、情報を提供し、理解を促し、現実的な選択肢を与えることで、自己決定を支援

することは望ましい。しかし、それを超えて、協調へ向けた法的な規範的予期が働く設計が望ましくないことはもちろん、共同体的・組織的・政治的圧力等々による協調の押し付け、不相当な負担（時間やコスト）分配による不協調への障壁設定などは、自己決定権を侵害するものとして、不正義と評価され得る。近時において注目されるナッジ的な手法を用いてよいかどうか、議論の余地がある。第三者は、当事者間の協調に介入すべきだが、当事者の意思形成に介入すべきではない。ここから、しばしばADR独自の紛争解決作用として称揚される調停人の技法について、その細部にまで不正義の監視を光らせるべき要請が生じる。

しかし、それは上述のとおり二重の要請に挟まれた困難な価値判断を含み、単線的に法的規制の網を掛ければ足りるという問題ではない。場合によっては、協調を促すために、当事者の意思形成に対してある種の介入（表面上は押し付けや欺瞞ともなり得る）を行使しなければならない場面があることも否定できず、そのような介入がいかなる条件の下で許されるのかという規範的判断の是非を、困難であるにせよ検討できるような枠組みが、今後必要であるように思われる（だからこそ、正義概念のような高度に抽象的な判断形式が要請される<sup>(48)</sup>）。

## 5 紛争に時間を

第三者が両当事者に手続の継続を促すと、その結果として何があるのだろうか。ADRが両当事者の不安定な協調の継続に基づく（それゆえ、第三者による整序を必要とする）コミュニケーションだとして、なぜ、上述のような正義判断上のリスク（二重の要請）を冒してまで、ADR手続を成立させることが「良い」ことなのか。

この疑問に対する回答の一つとして、ADRが提供できる紛争解決の実体的内容が、（しばしば裁判のそれよりも）優れているというものが考えられる。たとえば、ADRは専門的知見を反映した判断ができる、紛争の実状に沿った解決案を提示できる、というのがそれであり、その優越性は、自己決定が紛争解決の実体的内容を高度に自由化することを前提とする。本稿もこのような理由付けを否定するものではない。ただし、第三者の介入が不正義の問題を生じさせる（上述の表現によれば、

(48) ごく抽象的・萌芽的な分析として、上田竹志「法は紛争解決を約束できるか」江口厚仁ほか編『圏外に立つ法／理論』（ナカニシヤ出版、2012年）88頁以下。

中立な第三者がある種の欺瞞を用いて手続を継続せざるを得ないような) 限界事例的な場面においても、このような考え方を貫徹できるかは、やや検討の余地がある。結果が手段を正当化するという考え方は、少なくとも手続法的な文脈では、不正義につながりやすい考え方であると解されるからである。<sup>(49)</sup>しかし、コミュニケーション継続の促しの正当化が強く要求される場面とは、まさにそのような限界事例的な場面であろう。

考え得るもう一つの回答の可能性として、両当事者が手続的に協調するコミュニケーションの継続自体に、独自の価値があるというものがある。この点、特に近時提唱されるADRの長所の中に、手続開始の当初時点においては具体的に見通せず、可能性としてしか提示できないような価値が多く含まれていることを指摘できる。具体的には、win-win型の紛争解決や、当事者間の関係の変容、当事者が紛争を了解する物語の変容などを挙げることができよう。手続開始当初において、win-winの中身を具体的に予想することはできないし、手続を通して当事者間の関係や当事者の物語が具体的にどう変容するか、あらかじめ予想し、それを当てにして手続を遂行することなどできないだろう。一部のADRは、これらの可能性を、ADRを通じて実現すべき(ある意味で、実体的な)価値として提唱する。これに対して、裁判においては、手続の開始時点においてその最終的な目的(請求の趣旨)を特定し、その目的に対して単線的に手続を組み立てる基本設計になっているため、少なくとも正面からこのような価値を制度目的に組み入れることは困難であろう。<sup>(50)</sup>

これらの可能性に共通する特徴は、いずれも、これまでの紛争の在り方に対する、広い意味での「見直し」の契機を含んでいることである。<sup>(51)</sup>本稿の道具立てに引き付けていえば、ここでは自己決定またはその条件に対する一種の自己言及が行われる。win-win解決や関係変容は、当事者間のコミュニケーションシステムの特

(49) 少なくともわが国においては、紛争解決の実体的正当性を理由とした、(当事者ではなく)第三者による手続の柔軟化が、かなり広範に容認される文脈があるように思われ、この点は自己決定の抗事実的価値を基礎とした規範的な検討の必要があると解される。山田文「調停における私的自治の理念と調停者の役割」民訴雑誌47号(2001年)229頁、垣内・前掲注(15)など。

(50) しかし、いわゆる「手続保障の第三の波」は、そのような主張を行っているようにも思われる。たとえば、井上治典「紛争過程における裁判の役割」同『民事手続論』(有斐閣、1993年)197頁。

(51) 山田・前掲注(15)81頁は、「当事者がどのように自己の紛争解釈・評価を相対化するかという規範レベルのダイナミクス」と評する。

のレベル（win-winであれば、紛争の客体面についての相互認識、関係変容であれば、その相互認識を成り立たせている当事者間のコンテキスト）に対して、コミュニケーションに対するコミュニケーションが行われる。物語の変容は、そのコミュニケーションに参加する当事者の心理システムにおいて、自己言及が行われる。

このような自己言及的な変容（「手続の当初はAだったが、手続を通じてAではなくなった」）は、必ず一定の時間を要する。なぜなら、その変容を時間的に圧縮すれば、そこには矛盾（「Aであり、かつAでない」）が生じるからである。人格の一貫性や人間関係の安定性の要請との関係でも、矛盾を緩和させるための時間は必要であろう。急激すぎる物語や関係性の変化は、仮にそれが望ましい内容であっても、より高次のコンテキスト（人格の一貫性や関係の安定性）における不信を引き起こすおそれがある。また、自己言及的な変容についても、当事者の自己決定を貫徹するのであれば、そこに第三者の目から見た予定調和的なプロセスやゴールをあらかじめ想定することができず、当事者自身による時間をかけたコミュニケーションプロセスの遂行が必要になる。それは自己言及的な行為遂行であるため、当該紛争システム内、または心理システム内の作動においてのみ実現される。二次の観察＝外部観察によって、客観的な時系列の下で変容を観察することは可能だが、その観察が行われる場合は、自己言及の場ではない。調停人のような第三者は、自己言及的な変容に対して内容に関わる介入をするべきではなく、変容の条件を整える支援に徹することが、自己決定という価値に親和的な態度とならう。<sup>(52)</sup> そのような支援の在り方についても、微細な正義判断の課題があるものと思われる。

上述のように、ADRにおいて可能な紛争解決機能のためには、一定期間の手続の継続を要する。ADRの手続設計や主宰に際して、紛争やその当事者に対して変容の可能性を拓くための時間や条件を与えることは、現代におけるADRの正義の、少なくとも一部に直接かかわる価値であるように思われる。これ以外の、たとえば司法効率化や政策的救済のためのADRも、もちろん否定されるものではないが、それはADRを外在的な観点から道具として利用しようとした場合に可能な立論で

(52) ただし、自己言及に関する自己決定という観念自体が論争的であり、ここでもADRにおける自己決定が、法的な意味での自己決定と意味合いを異にすることになる。

(53) たとえば、Bush / Folger, *supra* note 21, 65-72. 上田・前掲注(48) 94頁以下。

あり、本稿が抽出を試みた「ADR内在的な正義」とは異なる正義の実現を主張していることになる。<sup>(54)</sup>

#### Ⅳ. おわりに

本稿の分析をまとめると、以下の通りになる。

法にとって正義概念は高度に抽象的で特殊な機能を担うが、ADR独自の正義概念は、より具体的な内容を持ったものとして捉えられる。ADRの定義から抽出される自己決定は、ADR全体に妥当する正義の構成要素と見ることができる。その自己決定も、ADRでは、当事者間の敵対関係の中で紛争解決に対して協調するという意味合いが強い。そのような協調は、中立な第三者の関与の下で蓋然性を高めることが期待できる（ただし、第三者の介入の態様に、微細な正義判断がかかわる可能性がある）。そのような協調（を促す介入）を通じて、協調的な手続が継続すること自体から生じる、紛争関係や当事者の自己決定またはその条件に関する自己言及の変容の可能性を高めるといふ、ADR独自の価値実現が（規範的ではないが）期待できる。

本稿は何か新しいADRの正義を発見・提唱するものではなく、その内容のほとんどは、すでに先行研究によって知られた事柄を、これまでと異なる用語で説明し直したにとどまる。準備的考察としても不十分であることは否めないが、ADRの具体的設計にまでかかわる正義の検討は、別の機会に示したい。

（本稿は、民事紛争処理研究基金令和6年度研究助成による研究成果の一部である。）

---

(54) 山田・前掲注(15)72頁は、ADRの正義の多様性・多元性を肯定する。本稿は、ADRの正義の形式的多様性の中で、ADR内在的な正義について仮説を提示したことになる。ADR内在的な正義は、「内在／（多様な）外在」の区別を通じて、特殊な位置にあるものの、ADR外在的な正義との関係を無視してよいわけではない。

異なる諸観点から、同じ「正義」の用語を用いて（すなわち、異なる諸観点がその観点自身を代理＝表象する概念をそれぞれ用いて）単一の対象について語った場合、どのようなコミュニケーションが成立し得るかは、重要な問題と思われるが、本稿で触れることができなかった。この点についての分析は、他日を期したい。