

司法制度改革とADR

——「法の支配」と私的自治——

吉田 勇

I はじめに

II 司法制度改革と「法の支配」の理念

1 司法制度改革に向けた三つの流れ

- (1) 「市民の司法」の実現に向けた流れ
- (2) 「透明なルールと自己責任の原則」に立脚した社会の実現に向けた流れ
- (3) 「法の支配」の実現に向けた法理論の流れ

2 今般の司法制度改革の特徴

- (1) 今般の司法制度改革の画期的な性格

III 「意見書」における「法の支配」の理念の問い直し

1 「法の支配」の再定義

(1) 「法の支配」と「法による支配」

(2) 「法の支配」の制度理念性と法思想性

2 三つの過程における「法の支配」

(1) 政治・行政過程における「法の支配」

(2) 司法過程における「法の支配」

(3) 社会過程における「法の支配」

3 「法の支配」をめぐる二つの問題点

(1) 「法の支配を貫徹する社会」と「潤いのある社会」は両立可能か。

(2) 法曹における「法の支配」志向と国民への応答性は両立可能か。

IV ADRの理念とADR法

1 「意見書」にみるADRの位置づけ

2 ADRの理念的基礎づけ

(1) ADRに関する代表的な理念論

(2) 当事者の「自律」・「納得」と第三者の関与としての「正義」・「ケア」

3 ADR法の概要とその問題点

I はじめに

紛争がすべて司法的に解決されているような社会はどこにも存在しない。紛争のすべてが司法的解決を必要としているわけでもなければ、紛争の司法的解決が最も適切な解決であるわけでもない。日常的に経験される紛争の大半は当事者間の相対交渉によって解決されているか、身近な第三者の援助を受けながら解決されている。この点では、過去と現在に違いはない。

しかし、相対交渉では到底解決しない紛争が少なくないし、そのような紛争が増加しつつあるように思われる。相対交渉が行き詰まるか決裂すれば、関係を絶つのでなければ、身近な第三者に応援を求めたくなるが、好意で援助してくれる身近な第三者を見出すことも、そのような身近な第三者が効果的に援助をすることも難しくなっている。相対交渉もできない、身近な第三者の援助も得られないそれでも泣き寝入りはしたくないとき、私たちは直ちに訴訟を利用しようと思うだろうか。訴訟利用や弁護士利用のコストが大きく裁判所や弁護士へのアクセスが難しいとなれば、訴訟利用にも弁護士利用にもよほどの覚悟と経済的余裕がなければ踏み出せない。そのようなときに、調停をはじめ、もつと利用しやすく、利用コストもかからない裁判外紛争解決制度（ADR）があれば、私たちは、その利用を考えるのではなからうか。

もちろん、司法的解決を求めなければ、解決の糸口も得られない紛争や、相手方を責任追及の場に引き出すこと

すらできない紛争も少なくない。大企業や行政（国・県など）の法的責任を求める場合などはその典型である。水俣病事件を考えてみるとよくわかる。未曾有の公害を引き起こした原因企業チッソもそのチッソに対する規制権限をもっていたはずの国・県も、水俣病患者らの訴えに対して自らの法的責任を認めようとはしなかった。原因企業チッソに法的責任を認めさせるには重症患者らによる訴訟提起とその全面勝訴判決が不可欠だったし、行政の法的責任を確定するためには、関西訴訟の原告らが二〇年以上もかけて最高裁まで争わねばならなかったのである。それでも、チッソと行政の法的責任が確定したからといって、水俣病事件が終わったわけではない。それどころか、関西訴訟の高裁判決が新しい医学的研究に基づく水俣病認定基準をはじめて認め、最高裁もその判決を追認したにもかかわらず、環境省は、最高裁によって実質的に否定されたはずの従来の行政上の認定基準を変えようとしていない。最高裁判決により行政の法的責任と新しい水俣病の認定基準が確定した以降に、新たな認定申請者が五〇〇〇名を越えているのである。公害の被害がひとたび起きると、迅速に手を打たなければ、その解決がいかに困難になるかがわかる。公害訴訟における被害者の権利利益の保障がどの程度なされてきたかを考えると、司法の役割の意義と限界があわせてみえてくるはずである。五〇年にわたる水俣病事件史を見ると、よくわかる。

ところで、訴訟による責任追及を望んでも、それをためらう理由が、訴訟利用と弁護士利用のコストの大きさと弁護士へのアクセスの困難さにあるとすれば、訴訟利用のコストを適正化し弁護士へのアクセスを容易にするための制度改革が急務になるの言うまでもない。法や裁判へのアクセス障害は何としても克服される必要がある。

しかしこのような制度改革は必要不可欠であるが、充分ではない。司法的解決では適切に対応しきれない紛争やそもそも訴訟による解決にはなじまない紛争も少なくないからである。司法制度への資源配分にも法的解決の質的内容にも限界があるという事情がこれに加わる。このような紛争を解決するために、どのような裁判外の紛争解決

システムを設けたらよいのが改めて問われる。全体として言い換えれば、裁判制度と裁判外紛争解決制度は、紛争当事者が利用しやすい選択肢としてどのように制度化されるのが望ましいのが政策的に問われるのである。

この政策的な課題に精力的に取り組んだのが一九九九年六月に内閣に設置された司法制度改革審議会であった。この審議会の提言に基づいて、わが国では、現在も、半世紀ぶりの大きな司法制度改革が進行中である。この改革は、わが国の明治以降の司法制度史において画期をなすものと思われる。これからの司法政策を進めるためにも、この審議会意見書が重要な出発点になるのは疑いない。

この意見書に結実した司法制度改革論議の位置づけ方や解説の仕方には、ある幅がありうる。司法改革は政治改革や行政改革と統合的なものとして理解すべきだという考え方もあれば、司法改革を社会改革と密接に関連づけて理解すべきだという考え方もある。ここでは、日本の政治的意思決定システムのあり方ではなく、日本社会の「法化」に応答的な紛争解決システムのあり方に焦点を当てることにする。

このような視点からみると、この意見書について二つの問題が思い浮かぶ。ひとつは、司法制度改革の理念に関わる問題である。意見書では司法制度改革のために「法の支配」が理念とされているが、この理念は五〇年前に制定された日本国憲法の理念のひとつであった。二一世紀のわが国にふさわしい司法制度改革を主導する理念がなぜ「法の支配」なのだろうか。「法の支配」の理念はどのような意味において現代的に再生されているのだろうか。

もうひとつは、紛争解決システムに関する問題である。司法制度改革審議会意見書が、国民の利用しやすい司法制度の構築と並び、裁判外の紛争解決手段（ADR）の拡充・活性化を提案したことが注目される。ADRへの政策的な関心が高まってきた最も大きな理由も、司法制度改革審議会がADRの拡充・活性化を取り上げたことにあるのは疑いない。ADRが司法政策に明確に組み込まれたのである。それではこのADRはどのように理念的に基

礎づけられているのだろうか。ADRの理念は「法の支配」の理念とどのように関連づけられているのだろうか。これら二つの問題に答えるために、Ⅱでは、司法制度改革審議会の設置に向けた三つの大きな流れを簡単に見たうえで、司法制度改革審議会がどのような課題に取り組んだのか、司法制度改革の理念として「法の支配」がどのように提唱されているか、を明らかにする。Ⅲでは、司法制度改革を導く「法の支配」の理念を問い直し、この理念にどのような問題性があるのかを検討する。Ⅳでは、ADRの拡充・活性化がどのように提言されているかを確認し、そのうえで、ADRを理念的に基礎づけている代表的な見解を検討する。そして今年の四月から施行されているADR法の概要とその問題点を簡単に取り上げる。おわりに、今後の課題にごく簡単に触れて稿を閉じることにする。

Ⅱ 司法制度改革と「法の支配」の理念

1 司法制度改革に向けた三つの流れ

一般の司法制度改革を導いたのは二つの政治経済社会的な流れと一つの法理論的な流れであったというのが、私の仮説である。第一は「市民の司法」の実現に向けた流れである。この流れのなかで一般の司法制度改革に直接つながったものとして重要なのは、一九九〇年の日本弁護士連合会の「司法改革に関する宣言」を出発点とする動きである。

第二は、経済界および自由民主党が推し進めてきた流れである。そしてこの流れが今回の司法制度改革の動きを

内閣の政策に押し上げる直接の役割を果たしたといつてよい。² これら二つの流れとはやや性格をことにするが、「法の支配」の実現に向けた法理論の流れも看過されてはならないであろう。この第三の流れは司法制度改革を実際に促すほど大きな思想運動になったわけではないが、司法制度改革の理念を準備したのは確かであり、前述の二つの流れと距離を保ちながらも改革の必要を増幅させるといふ機能を果たしたのではなからうか。つぎに、これら三つの流れを簡単にみておきたい。

(1) 「市民の司法」の実現に向けた流れ

日本弁護士連合会（以下日弁連という。）は、一九九〇年に中坊公平氏が会長に就任してから司法制度改革に積極的に取り組み始めたようにみえる。日弁連総会で「司法改革に関する宣言」が最初に採択されたのは、一九九〇年五月のことである。その宣言には、国民に身近な開かれた司法の実現のために、司法の人的・物的拡充のための司法関係予算の大幅な増額、国民の視点からの司法の組織運営問題の是正、国民の司法参加の観点からの陪審や審制度の導入と法曹一元の実現が盛り込まれていた。

その翌年の「司法改革に関する宣言（その二）」には、日弁連が国民の要求に応える姿勢が明確に示されるとともに、弁護士と弁護士会のあり方を改革するという決意が書かれている。一九九四年の「司法改革に関する宣言（その三）」には、市民の目に見える大きな目標が、弁護士偏在の解消と司法の物的・人的規模の拡充、陪審や参審など市民に開かれた司法の促進、法曹一元の実現等として挙げられている。³

最初の宣言には「国民のための司法を実現するため、国民とともに司法の改革を進める決意である」とあり、二回目にも「国民」が使用されていたが、³ 回目の宣言以降に用いられているのは「市民」である。「国民」から

「市民」へと用語の変更は何らかの積極的な意味が込められているかどうかは確かではないが、司法改革の理念の深化を読み取ることができるともいえない。宣言のその一とその二には「国民主権の下でのあるべき司法、国民に身近な開かれた司法」が掲げられているが、宣言その三には、「司法改革は、市民にとって身近で、利用しやすく、納得のできるものにすることを目指すものであって、本来その担い手は市民である」とまで明言されている。司法改革の本来の担い手は市民自身であると見た上で、弁護士と弁護士会には市民に身近な利用しやすい存在への自己改革することが求められているのである。もつとも、これらの宣言には「法の支配」の理念は見られない。

一九九八年一月には、日弁連は「司法改革ビジョン——市民に身近で信頼される司法をめざして——」を提言した。そこには、法が社会の隅々にまで行きわたり、行政や企業活動、そして社会生活が法と正義にそって営まれることが必要とされている。ここに、日弁連の公式の総合的司法改革の全体像が提示されたと言つてよい。

それに続く日弁連の「司法改革実現に向けての基本的提言」においては、一九九〇年以来日弁連が追求してきた司法の全体像は「市民の司法」として提示されている。「市民の司法」の「改革の基本的枠組みは『市民による司法』の実現」であり、そのために重要なのが「市民のための司法制度」の内容の整備充実である。

具体的に見ると、「市民による司法」とは、制度的には法曹一元と陪審・参審の実現のことである。この時点で提唱された法曹一元とは、地域市民が委員の過半数を占めた裁判官推薦委員会が社会経験の豊かで市民感覚を備えた実務法律家を裁判官に推薦しようとする制度のことであり、陪審・参審の実現とは、まず刑事の重罪事件に、続いて国や自治体に対する損害賠償請求などの一定の民事事件と刑事軽微事件に陪審制の導入を検討し、少年事件に参審制の導入を検討し、順次それらを広げていく、というものである。当面の刑事陪審は、戦前の陪審法の復活改善を意図したもので、陪審か裁判官による裁判かを被告人が選択する選択的陪審制度が考えられている。

「市民のための司法」とは具体的には、司法予算の大幅な増額、法律扶助制度の抜本的改革、国費による被疑者弁護制度の実現、公設事務所の設置と法律相談センターの拡充、行政事件訴訟法・行政手続法の抜本的改正、などである。「官僚の司法」から「市民の司法」への根本的な転換を求めて、日弁連は「市民による司法」と「市民のための司法」を合わせて提唱していることがわかる。その理念が「市民の司法」なのである。

もうひとつ注目されるのは、日弁連が総会で、弁護士と弁護士会の自己改革プログラムを提唱したことである。弁護士自治も市民から負託されたものであって、その基盤は市民の信頼と支持にある、というのである。日弁連の司法制度改革の提言の基礎にも、市民の必要性に対する応答的な姿勢があったことがわかる。市民に最も身近な法律実務家として市民の負託に応えるために、良質な法的サービスを市民に提供するよう、これまで以上に努力しなければならぬという姿勢が示されているのである。

また、「法の支配を社会のすみずみまで貫徹させる観点」からも、弁護士が社会のあらゆる分野と地域に進出することが極めて重要であるとも、「法の支配」が徹底される社会の実現をはかるとともに、「市民の司法」の実現を展望するとも述べられているが、「法の支配」の理念はやや控えめに援用されているようにみえる。

日弁連が二〇〇〇年五月に出した「司法改革に関する宣言——「市民の司法」の実現を目指して——」は、「これまで行政主導型の社会における『小さな司法』からわが国の社会の隅々まで『法の支配』がゆきわたる『大きな司法』への転換をとげる抜本的な改革運動を進めてきた」という。なによりも「市民の司法」の実現のために法曹一元と陪審制度の導入がここでも強調されているが、今まで以上に「法の支配」が重要な理念として援用されているのは確かである。簡潔な決議だからかもしれないが、この宣言にはADRの拡充への言及はない。日弁連の二〇〇〇年十一月の決議（「日本弁護士連合会臨時総会議案書 法曹人口、法曹養成制度並びに審議会への要望に関

する決議」¹⁾をみると、日弁連が司法制度改革のどこに力を入れていたかがわかるが、ここにもADRへの言及は見られない。

(2) 「透明なルールと自己責任の原則」に立脚した社会の実現に向けた流れ

経済界の各団体は、市場経済のグローバル化に対応するために、規制緩和の推進とともに司法改革を求める提言を重ねていった。経済同友会が一九九四年に「現代日本社会の病理と処方」を発表したのがその最初であった。同じく経済同友会は一九九七年には「グローバル化に対応する企業法制の整備を目指して——民間主導の市場経済に向けた法制度と立法・司法の改革——」を公表したのに対して、「こうして日本を変える——日本経済の仕組みを変える具体策——」のなかで構造改革の三つの理念として「民主主義」、「市場原理」およびこの二つを制度的に支える「法治主義」を説き、その前提となる社会通念をパブリックマインドと表現したのであった。経済団体連合会も司法制度改革を促すために一九九八年に「司法制度改革についての意見」を発表した。

自由民主党は一九九七（平成九）年七月に、政務調査会の内部に司法制度特別調査会（のちに司法制度調査会と改称。）を設置し、同年一月には「司法制度改革の基本方針——透明なルールと自己責任の社会に向けて——」を発表した。この報告書によれば、わが国は国際社会と共存しうるには、「透明なルールと自己責任の理念」というグローバル・スタンダードに立脚しうる能力と体制をもたねばならないが、国民の美德とする「和」のコンセプトと調和させながら、訴訟社会の弊に陥ることなく、世界にも誇りうる信頼される司法を築かねばならないのである。¹⁵⁾

同年の一月三日には、行政改革会議が最終報告で次のように提言した。「『法の支配』こそ、わが国が、規制

緩和を推進し、行政の不透明な事前規制を廃して事後監視・救済型社会への転換を図り、国際社会の信頼を得て繁栄を追求していく上でも、欠かすことのできない基盤をなすものであり、政府においても、司法の人的及び制度的基盤の整備に向けて本格的検討を開始する必要がある」と。行政改革会議も、規制緩和、事後監視・救済型社会への転換、国際社会の信頼の獲得および構造改革にとって不可欠の基盤をなすものとして「法の支配」を理念とする司法制度改革を政府に迫っていたことがわかる。

一九九八（平成一〇）年六月には、自由民主党司法制度特別調査会が「司法制度特別調査会報告——二一世紀の司法の確かな指針——」を取りまとめ、政府に対して司法制度改革のための審議会の設置と司法関係予算についての格別の配慮とを求めた。同年十一月には、自由民主党政務調査会法務部会・司法制度調査会合同会議は「司法改革に関する決議」を小渕内閣総理大臣に提出した。その翌年の二月五日には「司法制度改革審議会設置法案」を国会に提出し、内閣に司法制度改革審議会の設置を求めたのである。

直接にはこの自由民主党の提言を受けて、司法制度改革審議会が内閣に設置された。一九九九年六月三〇日のことである。その背後に働いていた規制緩和の流れに應じるための改革であったから、この第二の流れはしばしば「規制緩和的司法制度改革」と名づけられている。¹⁶この流れがグローバル化への対応だけを求めているわけではなく、自民党司法制度調査会が二〇〇〇年五月に、司法制度改革審議会の審議の方向に影響を与えるために、二つの視点を強調したことからもわかる。ひとつは、「透明なルールと自己責任の原則というグローバルスタンダードに立脚した新たな事後監視・救済型社会に的確に対応することのできる司法制度の構築」という視点である。もうひとつは、「一国の司法制度は、各国の歴史的、社会的、政治的、文化的背景の下に、それぞれの国に最も適したものが採用されるべきもの」という視点である。¹⁷これら二つの視点を調和させることが肝要なのである。「我が

国には、これまでの長い歴史の中で築き上げられてきた我が国独自の司法文化」が存在するという。それは「法的ルールによって黑白を決するよりも、できるだけ平和的に問題解決を図るといふ伝統的な考え方に表れている」¹¹⁸のであり、それが、わが国が「訴訟社会の弊」に陥ることを防いできたという。伝統的な考え方がそのまま現代に通用すると考えられているわけではないが、これからも、わが国が「訴訟社会」にならないような日本社会の二一世紀像の再構築が求められている。言わば矛盾するような二つの観点がどのように両立させられるかが問われることになる。

日弁連の意見書と対比してこの自民党調査会のそれが注目されるのは、多様な法律サービスの提供を説き、裁判外紛争解決制度の充実を提唱していることである。しかも、調査会は、ADRは「裁判と異なり、当事者の意思を尊重した調整的な解決を可能にする点で、わが国の司法文化にも適合性が高い」¹¹⁹と指摘しているのである。ADRも国民の法的ニーズに的確に対応するものであり、私的紛争の解決に多様な選択肢を与えるものである。

経済団体連合会のシンクタンクである二一世紀政策研究所の「二一世紀日本の民事司法制度を構想する」¹²⁰も、二〇〇〇年五月に、国民が紛争解決手段を自由に選択できる社会の実現を望み、裁判所を紛争解決機関の中核と位置づけながら、ADRを裁判所と連携するものとして積極的に意味づけている。裁判所の負担軽減になるように、そして裁判官が司法判断を行う法律のプロとしての仕事に徹することができるように、多様なリーガルサービスを提供しうるADRの設置が望まれている。しかもADRの機能が、裁判所との連携のもとに考えられているのである。

この提言は紛争解決の効率性や利用者の利便性のために、裁判とADRの有機的な連携を提唱しているだけでなく、独立の第三者機関が認証を行うというADRの認証制度の導入を提案しているのも注目される。裁判所によるADR利用の推奨とこれを通じた裁判所とADRの有機的な連携が提案されるとともに、弁護士法第七二条の見直

しも提言されている。

市民的司法改革論は、「官僚の司法」から「市民の司法」へという方向を、規制緩和的司法改革論は官主導のシステムから民主主義と市場原理へという方向をそれぞれ示したが、後者の方向には、経済界と政界の意向が強く反映されているものの、その改革構想のなかには前者の方向も盛り込まれているのは確かである。これら二つの流れは、司法制度改革審議会においてどのように理念的に方向づけられたのであろうか。ここであえて三つ目の流れとして取り上げたいのは、「法の支配」の理念を説いてきた著名な法学者達の法理論である。

(3) 「法の支配」の実現に向けた法理論の流れ

司法制度改革に向けた緩やかな法理論的な動きとして、「市民の司法」の実現に向けた流れにも、規制緩和を目指す流れにも合流していない法学者らの動きがあった。「法の支配」の理念をもとに司法制度改革の必要を説いた法学者らのことである。ここでは、この流れを四人の法学者の見解に代表させたい。

第一は、日本国憲法の「法の支配」の理念を現代社会に蘇生させようとする佐藤幸治氏の見解である。¹³⁾氏は戦前の「法治国家」の理念は、日本国憲法の制定により「法の支配」の理念に転換されたとみる。戦後は戦前の「形式的法治国家」が「実質的法治国家」になったという考え方に対しては、佐藤氏は、「実質的法治国家」が現代的な「法の支配」と接近していることを認めながらも、両者の法秩序形成観には無視し得ない違いがあるという。佐藤氏は、その違いにこだわるとともに、日本国憲法の基礎にある「法の支配」の理念が現代においてこそ実現される必要があると考えている。法曹界と大学は同じテーブルについて「法の支配」の拡充発展のための具体像を描く時期ではないかというのが、佐藤氏の呼びかけである。

氏は、一九九六年に行政改革会議の委員になり、報告書の「行政改革の理念と目標」を執筆したのに加えて、一九九九年には司法制度改革審議会の会長になった。氏の説く「法の支配」の理念は司法制度改革に大きな理念的な基礎づけを与えることになった。²¹⁾

第二は、わが国の「法化」に対応する司法戦略としての「法の支配」の理念が重要であることを説いてきた田中成明氏の見解である。氏は、現代社会の「法化」が進み、法システムはその社会的機能を拡大し構造的変容を遂げつつあることを見据えて、二一世紀における法システムは「法の支配」の下で相互主体的視座によって用い動かされる「多元的調整フォーラム」であることを目指すべきであると提言した。氏によれば、日本国憲法が理想とする「法の支配」が前提としている法類型は基本的に「自立型法」であり、この「自立型法」を核とする「法の支配」を確立しない限り、いくら規制緩和や行政改革を推進しても、自由で公正な社会を実現することはできないのである。²⁵⁾氏は「法化」への司法政策的戦略を説くときにはつねに、「法の支配」を空洞化するおそれがある、あるいは「法の支配」の存立基盤を崩すおそれがあるという理由で「非法化」傾向や「反法化」傾向を批判し続けてきたのである。しかも、田中氏は、転換期にある複雑な日本法の状況分析を可能にする理論的枠組みを構築するとともに、民事司法制度改革の推進のための理念的基礎づけに努めてきたのであった。²⁶⁾

第三は、「正義の総合システム」論において「法の支配」を説いてきた小島武司氏の見解である。司法制度改革審議会の議論を横に見ながら、時宜を得て出版された氏の書物の題名は『裁判外紛争処理と法の支配』であった。²⁷⁾小島氏はわが国の司法制度改革の大きな胎動を感じ取りながら、このような展開にあつては「法の支配の再定義とその普遍化が、切実な課題となる」と述べて、司法制度改革を後押ししている。氏が構築したいと考えているのは「新たな法の支配システム」であり、「法的正義が社会の隅々まであまねくいきわたる自由で公正な社会の構築」で

ある。小島氏はこの書物に至る多くの著作において一貫して紛争解決システムの全体像に関心を向け、「正義の総量の増大とその内実の豊饒化」を目指してきている。小島氏は「法の支配」という概念をそれほど使用しているわけではない。氏が用いているのは、「マクロ・ジャスティス」であり、「社会における正義の総量の最大化」であり、憲法理念としての「正義への普遍的アクセス」の保障である。氏によれば、ADRは訴訟手続の利用を得策としない人々にも正義へのアクセスを開くものである。しかも、ADRは、裁判によるゼロサム的手法では適切な解決に達しない局面においてより事案適合的な内容の解決を用意することができる。²⁴⁾

小島氏によれば、「訴訟Ⅱ判決による紛争解決は氷山の一角にすぎない」のであり、裁判Ⅱ判決によらない紛争解決が原則である以上、紛争解決システムの全体像を取り上げて、裁判外紛争解決や相対交渉にも周到な理論的検討を加えるべきである。このように考える氏の裁判外紛争解決に関する先駆的な研究は、司法政策の中にADRを理論的に位置づけるのに大きく寄与したものと言うことができる。

第四は、司法改革を政治改革と統合されるべきものと考えながら「法の支配」を理念的に新しく基礎づけようとする井上達夫氏の見解である。氏は「規制緩和論的司法改革」と「弱者保護的司法改革論」の対立という形では捉えられない日本社会の病理を見据えて、「法の支配」の確立を目指そうとしている。その病理とは、中間集団の専制によつて個人と国家が無力化されているということである。井上氏は「毅然たる法治国家」を作るために公共的フォーラムとしての政治と司法を再生させようとしている。氏は、「何のための司法改革か」の論議を深化させる必要を説き、日本社会における「法の支配」の確立のために司法改革が貫徹されなければならないと説いてきているのである。²⁵⁾

ここでは四名の法学者を代表的に取り上げたが、いずれの法学者にも共通だったのは、「法の支配」という理念

を現代的に再生させる必要を説いただけではなく、この理念のもとに現在の司法制度を積極的に改革する必要を説いていたことである。確かに、四氏の間では「法の支配」の理念の説き方には違いがある。しかし、大きく捉えれば、「法の支配」の理念は共通に説かれていると言つてよい。そのなかでも、とりわけ佐藤幸治氏は、司法制度改革審議会の会長になり、氏の説く「法の支配」論が司法制度改革の理念として「意見書」に取り込まれることになったのは注目される。³² しかも、佐藤氏の「法の支配」論は、わが国では管理型法運用が強いために「法的なもの」が危機的になっている、だから自立型法の支配がもっと確立される必要があるという田中氏の状況認識とも、「公共的フォーラム」として司法を把握する井上氏の考え方とも共鳴するところが見られるのも確認される。それではつぎに司法制度改革の特徴を取り上げることになろう。

2 今回の司法制度改革の特徴

(1) 司法制度改革の画期的性格

司法制度改革審議会の意見書³³に基づく司法制度改革は、少なくとも次の四つの意味で画期的なものであったと思われる。

第一は、戦後最大の司法機能拡大強化策が提言されたことである。歴史的な文脈のなかに置いてみると、一般の司法制度改革は、明治国家における近代法体制の確立、占領期における戦後改革に次ぐ三つ目の大きな改革であり、戦後改革以降では最大の司法制度改革であったことがわかる。³⁴ 一九六二年に臨時司法制度調査会が設置され、一九六四年にその意見書が出されたが、そのときには日弁連が最も強く求めていた法曹二元制度の実現は時期尚早として見送られた。その後はいわゆる法曹三者協議の時期が長く続いたが、そこでの改革論議はおもに司法試験制度に

焦点を当てたものにとどまっていた。³⁵

それに対して、今般の司法制度改革の論議は、法曹三者を中心とするいわば司法界の内輪の議論と違って、経済界や政府与党の積極的な主導によって、二世紀の日本社会の基本的なインフラとしての司法制度の全般にわたって本格的に展開された。およそ二年間に六三回の審議会が開催された。³⁶国民の利用しやすい司法制度の整備、質量ともに豊かな法曹を養成するための法科大学院の創設、国民の司法参加のための裁判員制度の導入という改革の三本柱は、いずれも画期的な提言であったのは疑いない。³⁷

第二は、司法制度改革審議会意見書の提言した改革案が内閣主導で短期間に制度化されたことである。二〇〇一年六月一二日に司法制度改革審議会から意見書を受け取った政府は、早くも一五日には「司法制度改革審議会意見に関する対処方針」と「政府声明」を閣議決定として公表したが、そのなかでこの意見書を最大限に尊重して司法制度改革に取り組み固い決意を表明するとともに、国民各位に対して理解と協力と支援を求めたのであった。

同年一月六日に、三年間の時限立法として司法制度改革推進法が成立し、立法化の作業が熱心に進められることになる。³⁸内閣官房に二月一日に設置された司法制度改革推進本部は、二〇〇二年三月一九日に「司法制度改革推進計画」を策定し、二〇〇二年三月にそれが閣議決定された。この計画のなかで政府は、最高裁判所に対して司法制度改革に関する施策の総合的策定・実施を、日本弁護士連合会に対して司法制度改革の実現に必要な取り組みを期待した。³⁹この期待に答えて、最高裁は二〇〇三年三月二〇日に「司法制度改革推進計画要綱——着実な改革推進のためのプログラム——」を、日本弁護士連合会も同月一九日に「日本弁護士連合会司法制度改革推進計画——さらに身近で信頼される弁護士をめざして——」をそれぞれ策定して公表した。⁴⁰いずれも政府の司法制度改革推進計画に沿って策定されたものである。

司法制度改革推進本部内に設けられた事務局と一一の検討会（それぞれ一名の委員から構成された。）が関連法案の立法作業を積極的に進めていったが、その結果、三年間という短期間に実に二五の法律が成立することになった。¹² もちろん、制度設計の具体的な内容については、批判や異論があるのは当然であるが、二一世紀のわが国の司法制度を整備拡充する方向に大きく踏み出したこと自体は高く評価されるべきであろう。

第三は、司法制度を運営する法曹の視点ではなく、司法制度を利用する国民の視点が重視されていることである。国民の視点が重視されたことは、何よりも審議会委員の顔ぶれに端的に現れていた。一三人の審議会委員のうち法曹関係者は三人（元高裁長官、元高検検事長、元日弁連会長各一人）にとどまり、法学者を含めても法律関係者は六人と半数未満に抑えられ、現役の裁判官も検察官も委員に加わっていなかったのである。¹³ 審議会委員の選定に法務省と最高裁事務総局がどのように関係したのかは不明であるが、政治主導で委員が選定されたものと推測される。¹⁴ 審議内容が発言者の名前入りで直ちに国民に公開されたことも、国民重視の姿勢の表れとみることができるといえる。¹⁵

第四は、これまでの法曹三者のあり方に対する反省と自己改革が厳しく求められていることである。法曹三者を中心に進められてきた司法制度改革が、わが国の社会・経済等の変化に柔軟に対応してきたとは言いがたいこと、しかも、法曹三者のそれぞれの思惑と意向が司法制度改革を妨げてきたことに対して、真摯な反省が求められているのである。法曹人口の増員をはじめ、法曹三者協議による自主的改革方式で実現しなかった諸々の改革が今回一気に実現できたのは、田中成明氏がすでに指摘しているように、わが国の司法や法曹の実情があまりに貧弱で、これでは内外の環境変化に適切に対応できないという危機意識が法曹関係者の内外に広がっていたから、もはや改革に抵抗できなかつたものと思われる。¹⁶ そして何よりも重要なのは司法制度の利用者の意見・意識を十分に汲み取るように提言されていることである。¹⁷

第五は、国民は統治主体・権利主体であるとされていると同時に、国民が負うべき役割と責務が明確に打ち出されていることである。司法の国民的基盤を強固なものとして確立するために、国民は法曹とともに司法の運営に参加することが求められている。それだけではない。より基底的には、「自律的かつ社会的責任を負った主体として協力しながら自由かつ公正な社会を築き、それを基盤として国際社会の発展に貢献すること」¹⁶⁾が国民には求められているのである。しかも、二一世紀のこの国の発展を支える基盤は、「究極において統治主体・権利主体である我々国民一人ひとりの創造的な活力と自由な個性の展開、そして他者への共感に深く根ざした責任感において他にない」とまで説かれている。

「究極において」という言い方はともかく、司法機能が十全に果されるためには国民からの幅広い支持と理解が必要であるのは疑いない。それと同時に、国民に対して法曹と協働することが求められている。国民の司法参加の場面において法曹との相互信頼のもとに充分かつ適切なコミュニケーションをもつように、国民の側に求められているのである。確かに、自律的主体、統治主体、権利主体、責任主体であれ、人間としての誇りと尊厳をもて、と言われると、戸惑いを隠せない国民も少なくないかもしれない。しかし、国民の多くは、主体的たらざるをえない、自己責任を引き受けざるを得ないと思うようになってきているのではないか。このように言えば、現実の国民があるべき国民へと理念化されすぎていると言えるかもしれない。むしろこのように理念化された国民の期待に応えるためにこそ、法曹には反省と自己改革が求められていると言っただけではなからうか。国民の役割と責務が強調されたことは、法曹に自己改革が促されたことと対応しているのは確かだと思われる。

ただ戦後の近代化の過程で説かれた主体性・責任性とは違った意味合いがこの意見書には感じられる。「法化」が生活世界にまで浸透してきていることを前提にしているからである。日本社会の市民社会的成熟があるからこそ、

主体性や責任性は戦後初期のような啓蒙すべき徳目ではなくなっている。二一世紀に踏み出した日本社会では、主体性や自己責任性は引き受けるほかない現実、主体的であらざるをえない、自己責任を引き受けざるを得ない現実になってきているのである。だからこそ、ひとたび紛争当事者になると、私たちは主体性や自己責任性を引き受けるとともに、他者の責任を問うための法的ニーズをかかえこまざるをえないのであり、それゆえに、法曹への期待も、司法制度への期待も大きくならざるをえないのである。司法制度改革審議会は、このような社会的現実に向き合うことを法曹にも国民にも求めているのは確かだと思われる。

このように五つの特徴を見ただけでも、今回の司法制度改革が戦後の司法制度改革史のなかで画期的な意義をもっていることは明らかである。改革の具体的な制度設計の内容に対して異論や批判があつたとしても、これらの画期性は軽視されるはならない。司法制度改革を推進した関係者の情熱と改革構想の提言までに費やされた膨大な労力にまずは心からの敬意を表さなければならぬ。

(2) 司法制度改革審議会の課題と「法の支配」の理念

司法制度改革審議会意見書が、二一世紀のわが国社会に適合した司法制度を実現するために改革構想を提示しようとして試みたことは、「二一世紀の日本を支える司法制度」という副題に象徴されている。この意見書にはどのような改革の課題が示されているのだろうか。

最も根本的な課題は、つぎのように設定されている。「法の精神、法の支配がこの国の血肉となる」ために、「自由と公正を核とする法（秩序）があまねく国家、社会に浸透し、国民の日常生活において息づくようになる」ために、司法制度とその担い手である法曹のあり方をどのように改革すべきかと⁵⁰。より具体的には、その改革の理念と

された「法の支配」との関連において重要なのは、つぎの四つの課題である。

第一は、二一世紀のわが国の国家体制ないし統治構造（「この国のかたち」）をどのように構築するかという課題である。司法制度改革は、政治改革、行政改革、地方分権推進、規制緩和等の経済構造改革など、「この国のかたち」の再構築に関わる一連の諸改革の「最後のかなめ」と位置づけられている。⁵⁴ これらの諸改革を有機的に組み合わせるために援用されたのが、憲法の基本理念の一つである「法の支配」の理念にほかならない。政治部門（国会と内閣）と並んで司法部門（司法）も、「公共性の空間」を支える柱にならなければならない、その理念が「法の支配」であるというわけである。これは日本国憲法を支える「個人の尊重」と「国民主権」を真の意味で実現することでもあるというのであるから、その意味では「法の支配」の理念の提唱は日本国憲法の理念の実質化を目指すものと意味づけられていることがわかる。⁵⁵ 審議会は、日本国憲法の「法の支配」の理念を呼び覚まして司法制度改革の理念に据えて、司法機能の強化を目指そうと試みているが、この司法改革は、一連の構造改革の「最後のかなめ」と位置づけられているように、司法制度改革は行政改革と社会経済構造改革を実現するために不可欠の重要な政策課題なのである。⁵⁶ このことは、一連の構造改革と関連づけて司法制度改革の改革が進められねばならないことを意味する。他方では、司法制度改革は最後の「かなめ」であるということとは、司法制度が一連の構造改革を支えるわが国の基本的な社会的インフラの整備だと位置づけられてもいるのである。

第二は、二一世紀のわが国の司法制度をどのように構築するかという課題である。国家体制の中でも、司法制度改革に焦点が定められているのは審議会の趣旨からして当然のことである。

国民が容易に自らの権利・利益を確保・実現でき、「事前規制の廃止・緩和等に伴って弱い立場の人が不当な不利益を受けない」ためには、何よりもまず「様々な紛争が公正かつ透明な法的ルールの下で適正かつ迅速に解決さ

れる仕組み」の整備が必要である。そのためには二つの条件がある。ひとつは、国民が利用しやすい司法制度の整備、すなわち、司法へのアクセスの拡充、公正・適正・迅速な審理、多様なニーズに対応した多様な紛争解決制度の構築である。これらは、司法機能の拡大であるか、準司法機能の拡充を意味している。もうひとつは国民が利用しやすい法曹の存在である。「国民が自律的存在として多様な社会生活関係を積極的に形成・維持し発展させていくためには、司法の運営に直接携わるプロフェッションとしての法曹がいわば「国民の社会生活上の医師」として各人の置かれた具体的な生活状況ないしニーズに即した法的サービスを提供することが必要である」⁵⁴⁾。ここで言われる法曹とは「法の支配」の理念を共有した専門家集団のことであるが、国民のニーズに応える司法制度にするためには、質量ともに豊かな法曹の存在が不可欠というわけである。

第三は、司法制度の国民的基盤をどのように整備するか、司法制度を支える国民に何が求められているかという課題である。これにも二つの局面がある。ひとつは国民と司法制度との関係という局面である。この関係を再構築するためには、国民に身近で利用しやすく、国民の期待と信頼にこたえる司法制度の実現が政策的な課題になるが、それだけでは足りない。国民の理解と支持を確保するために提言されたのが、国民の司法参加制度として裁判員制度の創設である。

もうひとつは、国民と法曹との関係という局面である。司法の国民的基盤を確保するためには、司法制度の担い手である法曹が国民から信頼されなければならない。「法の支配」の担い手である法曹は、国民に対して説明責任と応答責任をもつ。意見書が法曹に求めているのは、「不断に自らの質を高め」ることと、国民の良き社会の形成に向けた国民の主體的・自律的な営みに貢献することである。注目されるのは、さらにその先があることだ。

この意見書は、国民に対しても、法曹との豊かなコミュニケーションの場の形成・維持に努め、国民のための司

法を国民自らが実現し支えていくよう求めているのである。法曹が国民のニーズに応答すべきだというだけではない。国民に対しても法曹に協力するように求めているのである。

第四は、グローバル化にどのように対応し、国際社会にどのように寄与するかという課題である。この課題にも二つの局面がある。ひとつはグローバル化に対応しうる専門的能力をもつ法曹の養成という課題であり、もうひとつは「多様な価値観を持つ人々が有意的に共生することのできる自由かつ公正な国際社会の形成」に国民が積極的に寄与するという課題である。

社会の複雑多様化と国際化等が一層進展するなかで、「自由で活力のある健全な経済・社会システム」を確立するため、「明確なルールと自己責任原則に貫かれた事後監視・救済型社会」への転換を進めることが求められている。この課題は経済界と政界の司法制度改革への期待に呼応した部分である。グローバル化に対応しなければならぬ企業が求める法的サービスを提供しうる質の高い法曹が求められているのである。しかも、「わが国は、国際社会との価値観の共有を深め、公正なルールに基づく国際社会の形成・発展に向けて主体的に寄与すること」と同時に、「我々が自らのうちに多様・異質な意見や生き方を許容する、独創性と活力に満ちた、自由で公正な社会を、法の支配の理念の下に形成・維持すること」が不可欠と考えられているのである。

以上のような改革構想の理念が「法の支配」であるが、この理念は、司法政策や専門の法律家の職務を意味づけているだけでなく、市民の権利実現の推進も意味づけていることがわかる。もともと、「法の支配」といっても、私がここで取り上げるのは、「法の支配」の英米における rule of law としての歴史的な意味でもなければ、現代の英米における「法の支配」の規範的意味でもない。ここで試みたいのは、「法の支配」の理念が日本社会における司法制度改革の理念としてどのような現代的な意味をもっているのか、さらには「法の支配」の理念は日本社会

においてどのような現代的な意味をもっているのかを検討することである。

III 「意見書」における「法の支配」の理念の問い直し

1 「法の支配」の再定義

(1) 「法の支配」と「法による支配」

「法の支配」という言葉は多義的である。最も狭義では、「法の支配」は英米における伝統的な「人の支配でなく、法の支配を」という「Rule of Law」原理と同じものというのが一般的理解であるといわれる。⁶¹⁾最も広義では、「法の支配」は、ドイツの「法治国家」も含めて「法による支配」とほぼ同じ意味で用いられる。通常の用語法では、「法治主義」も「法による支配」とほぼ同義であると考えてよい。このように見ると、「法による支配」は、「法治主義」ないし「法治国家」の代替概念であって、「法の支配」とは異なるというのが一般的理解であるとさえそうである。⁶²⁾私も「法の支配」と「法による支配」を区別したいと考えるが、その理由を、両者が歴史的に区別されていることではなく、現代社会においても両者が異なるように再定義されていることに求めたいと思う。

「法の支配」には「法による支配」以上の意味が込められているのが普通である。「法の支配」も「法による支配」も、「法」によらなければ市民の自由や権利を奪うことはできないと考える。それでは「法」によるならば市民の自由や権利を奪うことができるのか。「法による支配」の考え方は「できる」と答え、「法の支配」の考え方は「できない」と答えるにちがいない。その違いが大きいとすれば、両者の区別には意味があると言つてよい。

「法の支配」は、「法」が「人」（≡支配者）よりも優越していること、したがって、いかなる「人」（≡支配者）も「法」によって支配されなければならないという規範的な意味をもつ。しかし、立法議会によって制定される「法律」の比重が増大してくると、「法の支配」は「法律の支配」に変容していくようにみえるが、そうではない。「法」は「法律」と区別されねばならない。しかも、「法律」よりも「法」が優越するという法思想があつてはじめて、「法の支配」は「法による支配」と区別される固有の意味をもつ。それに対して、「法による支配」は、支配者が「法」を用いて支配すること、あるいは「法」に準拠して支配することを意味するが、立法議会によって制定される「法律」が重要になっていくと、「法による支配」は「法律による支配」と同一化されがちになり、支配者が「法律」を支配の道具として使用することを意味しがちになる。この場合に、支配者が「法」によって支配されているかどうかが明確に問われない点が、「法の支配」と異なるところである。もつとも、「法による支配」も、支配者が「法律」によってではなく、「法」によって根拠づけられていると考えるのであれば、両者はほとんど同じ意味に近づくことになる。

「法による支配」も「法の支配」も「イメージ的言説」として経験的検証の対象にしなければならないと考えているのは和田仁孝氏である。氏は、近代法理念としての「法による支配」を脱構築しようとして試みている¹⁴。司法改革理念とされている「透明なルールによる支配」は近代法の基本理念である「法による支配」と重なっているが、その「透明性」は事実上法専門家集団内部での問題処理枠組みの「透明性」を意味するだけであつて、制度を利用する当事者からみた「透明性」ではないという¹⁵。そこで和田氏は、「透明なルールによる支配」イメージの「透明性」の担保主体を、法制度の運用者からユーザーの手に転換してはどうかと提案する。氏が示唆するのは、利用者にとって「不透明」な近代司法のシステムを、利用者にとって「透明」な制度へと組み替えていく方向性である¹⁶。

和田氏は、「法の支配」も「法による支配」も「近代法的な夢想」であるとみているように思われる。私の考えでは、「法の支配」に比べると「法による支配」には「夢想」性が少ないが、和田氏の視点からみれば、両者の「夢想」性にはそれほど差がないにちがいない。しかし「法の支配」は、制度の理念としても法思想としてもいわば「夢想」としてのリアリティをもつ限りにおいて、現代的意義を有するのではなからうか。「法の支配」の「夢想」のリアリティを解体すると同時にそのリアリティを生かすためには「法の支配」の「夢想」性の批判的解析が必要であるが、この作業と「夢想」性の思想的理念化の可能性の追求との違いは紙一重ではなからうか。「法の支配」の現代的再生のために必要なのは、このような意味における理念化を進める思想的な構築作業である。

総じて言えば、「法の支配」の制度理念や法思想の現代的再生の必要を積極的に説いている法学者には、わが国において「法の支配」の基盤を掘り崩している動き（日本社会の「非法化」および「反法化」）に対する危機意識が強い。そうは言っても「法の支配」の理念を現代的に再生させようという試みが、わが国の危機的状況を改善するのに効果的かどうかは確かではないと言える。少なくとも和田氏には、「法の支配」という近代法の理念は、そのままでは現代の都市的社會における意識状況に応答する力を持ちえないと見えている。和田氏は「透明なルールによる支配」の観念を脱構築的に再編する必要があるから、「法の支配」の理念よりもより現実に検証可能な「法による支配」の理念を批判的に捉えようとしたものと推測される。

しかし、考えてみると、「法による支配」によりも「法の支配」にこそ、より強い制度理念的な意味と法思想的な意味が込められてきたのであり、「意見書」においてもそうである。「法による支配」と比較して「法の支配」には、日常的理解との間に距離があるために、それだけ理念的な意味が込められやすいのは確かである。しかも、歴史的にも理論的にも、「法による支配」よりも「法の支配」の理念のほうが繰り返し説かれてきたのである。ここ

では「意見書」における司法制度改革の理念として「法の支配」が取り上げられた意味を考えることにする。

(2) 「法の支配」の制度理念性と法思想性

「法の支配」は制度理念と法思想という二つのレベルに区別される。制度理念とは、政治、行政、司法および社会における「法の支配」である。きわめて一般的に言えば、政治における「法の支配」とは国家権力（政治支配者）が法的に拘束されることであり、それを担保するのが違憲立法審査権の働きである。行政における「法の支配」は、行政が法によって根拠づけられるとともに、行政が司法的コントロールに服することである。司法における「法の支配」は、裁判所が国民の権利・自由を最終的に担保する場であり、法秩序を維持する場でもあるということである。社会における「法の支配」は、国民の司法へのアクセスが容易であることと弁護士への援助によって国民の権利利益が確保・実現されることを意味している。制度理念である以上、「法の支配」がどのように制度的に具体化されているのかが重要になる。というのも、具体的に制度化されていなければ、「法の支配」は単なる抽象的な制度理念にとどまるか法制度に関わらない法思想にとどまるからである。

法思想としての「法の支配」とは、人は「法」に従わなければならないという考え方のことである。支配者の意思や決定や権限は「法」によって根拠づけられ、正当化されねばならないという思想である。「法」はいかなる支配者の意思にも決定にも権限にも還元されえないレベルに妥当すべきという思想でもある。このような法思想が制度理念としての「法の支配」を支えているのである。これと対照的なのが、法は政策を実現するための合理的な道具にすぎないという法思想である。

「法の支配」には制度理念としての側面があるだけでなく、「法の支配」の理念を「法律」として制度化する法

思想としての側面もあれば、「法の支配」の理念の望ましくない制度化に抵抗する法思想としての側面もある。市民の利用しやすい司法制度の整備は直ちに「法の支配」の実現につながるとは限らない。法曹の自己改革が提言されていることを抜きに、「法の支配」の実現を安易に語ることはできない。法や裁判へのアクセス障害があるときに、その障害を克服しても、それだけで直ちに「法の支配」が実現されるというわけでもない。「法の支配」が「法曹の支配」にならないようにするためには、どのような法思想でなければならぬかが改めて問われるのである。

「法の支配」の思想は、社会における不法・不正、法違反、多様な暴力を批判するために説かれるのが常である。「法」に従わねばならないという法思想は、おもに他者に向けて説かれることが多い。日本社会でも、紛争当事者は紛争解決過程で自分の方から「法」や「権利」を積極的に援用することには抵抗感は少なくなりつつあると思われるが、他者が自分に対して「法」や「権利」を持ち出すことに対しては依然として相当に抵抗感を持つのが常である。

そして法学者や法実務家が「法の支配」を説くときには、「法の支配」の存立基盤が失われつつあるという危機意識に基づいているのが常であるが、「法の支配」の理念が危機的状況にあるという意識を持つている場合にも、ふたつの対応がありうる。ひとつは、「法の支配」の理念のなお残っているリアリティをもとにその現代的再生を目指すことであり、もうひとつは、「法の支配」の理念のリアリティが喪われた限りでその「夢想」性を批判することによって紛争事案に適合した「法」の具体的実現の可能性を追求することである。両者が目指しているのは対極的であるように見えるが、「法の支配」の危機に向き合う視点に違いがあるものの、その危機的状況に向き合つてその現実に働きかけようと試みている点では、両者は意外に近い位置にあるのではなからうか。

ところで、日本社会では、しばしば「法律万能思想」ともいうべき擬似的な「法の支配」の思想がみられる。これは、「法律」はその内容を問わず「法律」だから守らなければならないという思想である。住民の生命や健康を守るためであっても、「法律」に規定されていないというそれだけの理由で行政が望ましい権限行使を拒むのも消極的な「法律万能思想」である。これはしばしば公務員の思考態度を規定している考え方である。「法律」に禁止されていないことは何をやってもよいという法思想もあるが、これもしばしば一般の人々が抱いている、いわば裏返された「法律万能思想」である。これらの「法律万能思想」を克服しなければ、「法の支配」という法思想は成立しないであろう。⁶⁵

「意見書」には「法の支配」がもつばら既存の司法制度と日本社会を改革するための理念として説かれているが、改革の理念は高く掲げられなければ、何のための改革かがよく見えないにちがいない。⁶⁶とくに、肥大化している不透明な行政に対する司法機能の拡大を説くためには、ひとまず改革の理念および現状批判の理念として「法の支配」の理念を高く掲げる必要があったのは疑いない。⁶⁷

「法の支配」の制度理念は、日本社会の現代的な文脈のなかでも多面的に論じられうるし、実際に積極的に「法の支配」の制度理念を現代的に再生させようという多面的かつ本格的な議論が重ねられつつあるが、ここでひとまず確認しておきたいのは、司法制度改革の理念としての「法の支配」のもつ一般的な意義である。

「法の支配」には「法」の内容を問うことがなくても、二つの意義があることを確認することができる。ひとつは、「人の支配」⁶⁸、「権力の支配」、「武力の支配」または「暴力の支配」と対比される「法の支配」の意義である。このレベルで問われているのは「人の支配」に対する「法の支配」であり、「恣意の支配」、「無法の支配」や「武力の支配」に対する「法の支配」である。この場合には、「法の支配」は最低限でも「人の支配」＝「恣意の支配」

に対する予測可能な法の支配という意味をもつが、これは歴史的にも説かれてきた「法の支配」の最も原初的な意義であると言つてよい。

もうひとつは、「透明で公正なルールの支配」にまで抽象化された「法の支配」の意義である。「意見書」では、法曹は、個人や企業等の諸活動が法的ルールに従つて行われるように助言し、紛争の発生を未然に防止するとともに、紛争が発生すれば、法的ルールの下に適正・迅速かつ実効的に解決することが期待されている。ここでは「法の支配」の意義は、法曹がルールに基づいて事を処理することのよき面と同一視されている。「ルール」には人為的に作られたものという意味が込められているから、「ルールの支配」は支配者が人為的に創造した「ルール」に準拠して支配する」という意味における「ルールによる支配」に近い意味をもつ。

「公正なルール」に基づく国際社会の形成・発展とか、「透明かつ公正なルール」のもとで、ルール違反を的確にチェックする必要があるとも語られている。「ルール」という用語の中立的で透明なイメージが利用されていると言える。ここで「透明なルール」の「透明」は行政的規制や行政指導の「不透明」と対比されているのであるが、行政過程がルール化されると、それだけで行政の「不透明」がなくなるかのような印象があるのは否定できない。しかし、法曹から見れば「透明なルール」も、利用者から見れば依然として「不透明」であり続けるのが常ではないかという疑問がある。この疑問に取り組んだのが和田氏であったのはすでに簡単に触れたとおりである。

「法の支配」の理念を現代的に再生させようという意欲的な試みもなされているが、ここでは取り上げることができない。ここで私たちが試みるのは、「意見書」では「法の支配」の理念がどのように具体的に説かれているかを検討することである。

「意見書」では、制度理念としての「法の支配」は、司法過程において法曹によつて最もよく実現されるものと

されている。「法の支配」は政治・行政過程と司法過程において実現されるべきものとされるのが常であるが、社会過程においても「法の支配」が実現されるべきものとされているところに、「意見書」の特徴がある。

そこで、つぎに政治・行政過程、司法過程および社会過程の三つに分けて「法の支配」がどのように位置づけられているかをみることにしよう。

2 三つの過程における「法の支配」

(1) 政治・行政過程における「法の支配」

政治・行政過程は、従来から「法の支配」が重視されてきた領域である。国家内部において政治・行政に対する司法的コントロールが重視されてきた領域と言い換えてもよい。

「意見書」がまず重視したのは、政治部門（国会、内閣）と並んで司法部門が「公共性の空間」を支える柱にならなければならないということである。これを理解するには、佐藤幸治氏自身が「意見書」の考え方を説明するために、「政治部門が国民主権の下における『公共的討論』の場である」と同じように「司法部門も独自の『公共的討論』の場である」と述べているのが示唆的である。これは政治部門と司法部門の共通性に焦点を当てた表現である。佐藤氏の関心が政治部門に対する司法部門のチェック機能とは違った局面、すなわち司法部門の公共政策的局面に向けられていることがわかる。

すでに田中成明氏は、「意見書」が「法の支配」の市民社会的側面を取り上げたことにより、「従来のいわば公法的側面に偏った『法の支配』の理解が矯正されたとみてもよいのではないかとさえ考えられる」と指摘しているが、この点に「意見書」の「法の支配」論の現代的な特徴があるのは疑いない。しかも、田中氏が指摘しているように、

「法の支配」に対する国民の支持がなければ、行政に対する司法的コントロールの実効的な確保は難しいというほかない。その意味では、「意見書」は「法の支配」の国民的な存立基盤を重視しているということができる。

このような現代的な特徴を踏まえたくえで、「法の支配」の理念は政治・行政過程にどのように実現されるべきだとされたかを見ておこう。

第一に、裁判所には、三権分立ないし抑制・均衡システムの一翼を担うために、戦後日本国憲法によって行政事件の裁判権と違憲立法審査権が与えられたが、この二つの権限によって国民の権利と自由が最終的に担保されること、憲法を頂点とする法秩序が維持されることが期待されている。司法権は、その期待に充分応えてきていないがゆえに、「立法と行政に対する司法のチェック機能の充実・強化」が提言されたのである。

第二に、行政に対する司法審査のあり方が問題にされている。「司法の行政に対するチェック機能」を充実強化し、国民の権利・自由をより実効的に保障するという観点から、行政訴訟制度の見直しが提言されている。⁷⁶ 「法の支配」の基本理念の下に、司法と行政の役割を見据えた総合的多角的な検討を行う必要があると提言されているが、これらは具体的な提言というよりも、「今後本格的な検討を早急に開始すべきである」という一般的提言にとどまっている。

行政訴訟制度の見直しの必要性といい、司法および行政の役割を見据えた総合的多角的な検討の必要性といい、審議会の議論のなかで指摘されたことが列記されている感がある。そうは言っても、「意見書」は総論としては「法の支配」の理念が行政過程にもっと貫徹される必要があると提言しているのは確かである。ただこの総論が各論に具体化されていない点に疑問がある。

住民が行政の法的責任を問う訴訟を提起することが難しいこと、さらにはその訴訟において行政の法的責任を認

めることに司法が消極的であることを考えると、国民の権利と自由を確保するために、不透明な裁量行政に対する司法的コントロールの強化が必要不可欠である。国民に対する行政の説明責任と応答責任も、これまで以上に重視されねばならないであろう。

第三は、透明な行政の実現である。このためには、予測可能で透明性の高い公正なルールの設定が必要になる。具体的には、行政情報の公開、国民への説明責任の徹底、政策評価機能の向上が必要となるという。⁷⁶⁾

第四は、法曹が「国家社会の様々の分野で幅広く活躍すること」⁷⁷⁾が期待されていることである。行政に関与して法曹が活躍することは、行政過程における「法の支配」の実現に大きく寄与するのは確かであろう。

ところで、「意見書」の以上のような提言に対しては、注目される批判がある。ここではふたりの批判を取り上げることにする。ひとりが高橋和之氏、もうひとり萩原金美氏である。高橋氏は、すでに司法制度改革審議会の「中間報告」⁷⁸⁾の司法観に対して批判的なコメントを寄せていた。氏によれば、司法の役割を考える場合に二つの場面が区別される。国家が社会の法秩序を維持・形成していくという場面と、国家内部で政治部門と司法部門が対抗し、政治を法のもとに服さしめていくという場面である。氏によれば、「中間報告」は前者の視点から司法を捉えている。その司法観によれば、政治部門のなかで行政が法秩序形成の中心であった事前規制型社会を改革して、司法が市民社会の隅々まで法を及ぼしていくのが「法の支配」の実現ということになる。高橋氏によれば、このような「法の支配」の理解は、従来の憲法学が考えてきた伝統的な「法の支配」とは非常に異質である。これまでの「法の支配」の中核的イメージは、法が国家権力をコントロールすることであったのに対して、「中間報告」の「法の支配」のイメージは、社会の隅々にまで「法の支配」を及ぼすというものだからである。

「中間報告」に対する高橋氏の以上のような分析は、最終の「意見書」に対してもそのまま妥当する。高橋氏の

批判の趣旨が、「意見書」では国家とくに政治・行政に対する司法のコントロールが軽視されているという点にあるとすれば、氏の批判に同意できる。しかし、すでに見たように、「意見書」が司法による社会の法秩序形成、したがって「法の支配」の市民社会的側面を重視したことは、「法の支配」より基礎的な局面を解明したものととして、田中氏とともに、積極的に評価されうると考える。⁴⁰⁾

司法制度改革審議会への期待が大きかった分だけ、「意見書」に対して厳しい批判を提示しているのは萩原金美氏である。氏によれば、「意見書」の最大の問題は「法の支配」に関する総論と各論の乖離にある。「法の支配」の理念をもっと徹底させるべきだという視点から見て、この理念が各論のなかに十分に活かされていない、というのが氏の批判である。具体的には、各論の問題点は三つに集約されているが、その問題点のひとつが、「司法の行政に対するチェック機能の強化」に関する具体的提言がないことである。もうひとつが準法曹問題について基本的な態度決定がなされていないことである。「法の支配（教）の愚鈍な信奉者」を自認している萩原氏の「意見書」批判は注目される。氏は、準法曹問題Ⅱ規制行政問題にみられる「擬似法の支配」（規制する行政官庁と準法曹との癒着・馴れ合い）を真の「法の支配」へと変革することを求めているのである。というのも、今のままの準法曹の権限拡大は監督官庁の権限拡大を意味する、というのが氏の認識だからである。この問題は、今般の司法制度改革が大きな課題を積み残していることを示唆している。

具体的な改善案が示されなかったことに対しては、ほかにも批判が多い。「総花的な意見書を本当に具体化できるか、どの部分が実現できるかはこれからの運動にかかっている」という意見なども、今後はこの「意見書」の抽象的な提言には期待できないので、今後の「運動」に期待をかけているのである。「意見書」の内容がこのような抽象的になった原因のひとつは審議会が内閣のもとに置かれたことにある、と指摘するのは斉藤浩氏である。もう

ひとつの原因は、司法の行政へのチェック機能の強化は行政総体として好ましくないと見られたからであるという。⁸¹

なお、このような「意見書」の内容にもかかわらず、司法制度改革推進本部は「行政訴訟検討会」を設置し、行政行為に不満がある場合に住民が提起しうる行政訴訟制度の見直しを求めた結果、「行政事件訴訟法の一部を改正する法律」の制定を見ることになった。当初の予想を超えた行政訴訟制度の改革が進められたのは注目される。

(2) 司法過程における「法の支配」

「意見書」によれば、「法の支配の理念は、すべての国民を平等・対等の地位に置き、公平な第三者が適正の手續を経て公正かつ透明な法的ルール・原理に基づいて判断を示すという司法の在り方において最も顕著に現れている」⁸²。

司法部門も「公共性の空間」を支える柱であるということは、司法も「公共的価値」の実現という側面を有しているということである。司法は、国民の権利・自由の保障機能や紛争解決機能のみに還元できない法秩序の維持・形成機能あるいは公共政策的機能を果しているのである。しかも、司法の直接の担い手が法曹であるということは、法曹もまた公共政策的機能を担っているということの意味するはずである。

司法の国民的基盤の整備が一般の司法制度改革の柱の一つであるが、「意見書」は「国民のための司法を国民自らが実現し支えなければならぬ」と述べて、司法の運営に主体的に参加することを国民にも要請している。国民の各種の司法参加制度が提言されているが、そのなかでも代表的なものが一般の司法制度改革の三本柱の一つである裁判員制度にほかならない。この導入により、国民の司法への支持と理解が深まり、司法の国民的基盤はより強固になると期待されている。

司法の直接の担い手であり、司法の運営を中心的に担っているのは法曹であることは言うまでもない。「司法が国民的基盤を確保するには、法曹が国民から信頼を得ていなければならない。その信頼の源は、法曹が、国民の期待に応える司法のあり方を自覚的に作り上げていくことにある」³⁶⁾。法曹の力で司法が国民の期待に応えるものに改革されることによって、国民は司法を信頼するようになる。それと同時に、国民の広い支持と理解なしには、司法はその役割を十分に遂行することができないのである。

それゆえにこそ、「意見書」は、国民に対して、法曹との豊かなコミュニケーションの場の形成・維持に努めるように求めているのであり、とくに国民が司法に参加する場面において、国民と法曹の協働を求めているのである。

(3) 社会過程における「法の支配」

「意見書」は、「法の支配」がこの国の血肉となること、「自由と公正を核とする法（秩序）があまねく国家、社会に進行し、国民の日常生活において息づくようになる」³⁷⁾ことを目指しているからこそ、「法の支配」が政治・行政過程と司法過程だけでなく、社会過程にも貫徹されることを期待していることがわかる。

国民が容易に自らの権利・利益を確保・実現するためには、「国民の間で起きる様々な紛争が公正かつ透明な法的ルールの下で適正かつ迅速に解決される仕組みが整備されなければならない」³⁸⁾。これは裁判制度が整備されるだけでなく、利用されることを含むことは言うまでもない。この裁判制度の利用を支援するという役割を担うのが法曹である。「国民が自律的存在として主体的に社会生活関係を積極的に形成していくためには、各人の置かれた具体的生活状況ないしニーズに即した法的サービスを提供することができる法曹の協力を得ることが不可欠である」³⁹⁾。

法曹は、個人や企業等の諸活動が法的ルールに従って行われるように助言して紛争の発生を未然に防止し、紛争が発生した場合には、これを法的ルールのもとで適正・迅速かつ実効的な解決・救済を図るという役割を果たすことを期待されるのである。

「法の支配」の直接の担い手としての法曹が「国民の社会生活上の医師」と位置づけられるためには、法曹人口の大幅増加が必要である。「法の支配」を全国あまねく実現する前提となるのが、弁護士人口の地域的偏在の是正（いわゆるゼロ・ワン地域）の解消）による弁護士へのアクセスの拡充である。さらに、国民的基盤の確立のためには条件整備が必要である。わが国の基本的な法令の内容、判決書および法廷弁論を国民にとってわかりやすいものにする、学校教育等において司法教育を充実させること、司法に関する情報、特に判例情報の公開が推進されること、などである。これらの条件整備と並んで、一般の人々と「法の支配」の理念とを直接つなぐために提言されたのが「司法の利用相談窓口（アクセス・ポイント）」の充実である。注目されるのは、紛争解決手続に関する総合的情報をワン・ストップで取得することができる相談窓口の必要が説かれたこと、しかも各種の司法機関、行政機関および相談機関などに設けられている相談窓口のネットワーク化が提唱されたことである。⁹¹⁾

3 「法の支配」の理念をめぐる二つの問題点

「意見書」には、気になるところがある。ここでは二つの問題点を取り上げる。いずれの問題点も、緊張関係を孕むはずの二つの要素が両立可能なものとされているが、本当に両立可能なのだろうか。

(1) 「法の支配の貫徹する社会」と「潤いのある社会」は両立可能か。

ひとつは、司法部門が「法の支配の貫徹する潤いのある自己責任社会」⁹²⁾を構築するには法曹の役割が格段に大き

くなるという表現に関するものである。司法部門が社会に「法の支配」を実現するには法曹の役割が重要であるという認識はよく理解できるが、司法部門による「法の支配の貫徹する自己責任社会」の構築と「潤いのある社会」とはどのような意味で両立するのかという問題がある。というのも、私たちの日常感覚に照らしてみると、「潤いのある社会」の像は「法の支配の貫徹する」社会および「自己責任社会」の像と当然に両立するとは考えがたいからである。「潤いのある」という言葉は地域づくりや街づくりの報告書のなかにもしばしば用いられるが、この言葉にはどのような意味が込められているのかはひとつの問題になる。

法曹が「ただ一人の声であつても、真摯に語られる正義の言葉には、真剣に耳」を傾けてくれること、法曹と国民との豊かなコミュニケーションが確保されていることが期待されている。その前提は、法曹が「かけがえのない人生を生きる人々の喜びと悲しみに対して深く共感しうる豊かな人間性」を備えていることであろうか。このような豊かな人間性を備えることと「法の支配」の理念を信奉することとの関連がさらに深く問われるはずである。

紛争解決と関連づけて言えば、「法の支配の貫徹する社会」像は紛争の「法的解決」および自己責任の原則に基づく法的責任の追及に関連するのに対して、「潤いのある社会」像はむしろ「非法的解決」と密接に関連するのではなからうか。少なくとも、紛争の人間関係的な軋轢や感情的もつれが強い場合には、関係調整的配慮や誠意ある謝罪や再発防止の約束などの「非法的解決」が得られてはじめて、「潤いのある社会」と言えるのではなからうか。法曹が「潤いのある社会」を形成する担い手となるためには、法曹像と法曹が果たすべき役割があらためて問われることにならう。

(2) 法曹における「法の支配」志向と国民への応答性は両立可能か。

もうひとつは、法曹が「法の支配」の理念に仕えることと、法曹に期待されている国民への応答性とはどのような意味で両立可能なのかという問題である。法曹は「法の支配」の理念を職業倫理ないし法思想として共有する専門職業集団であるが、その法曹には国民の多様なニーズに応答することが期待されている。法曹、なかんずく弁護士には、国民の期待に応えるために、ひとつは職業倫理の一層の確立が、もうひとつは社会の日常的ニーズおよび専門的ニーズに応答するための自己改革が、それぞれ求められている。この国民の期待への法曹の応答性が強調されているところにも、意見書の特徴がみられる。

一般的には、「法の支配」の理念と国民のニーズへの応答性が両立しやすいのは、国民が法曹に対して法的ニーズを期待している場合である。国民のニーズが法的なものとは限らないときには、両者は具体的な場面では対立することがあるのではないか。その場合にはその対立は調整される必要がある。そうであれば、「法の支配」の理念を担う法曹は国民の多様なニーズにどこまで応答的たりうるのか、応答的たらねばならないのが、その都度具体的な場面で問い直される必要がある。

国民の利用しやすい司法制度への改革、弁護士へのアクセス可能性の拡大、ADRの拡充・活性化などが提言されているのがあらためて想起される。法曹と国民は「法の支配」をめぐる緊張関係に立つこともあれば、対立せざるをえないこともある。国民の期待する法的サービスと法曹が国民に提供しうる法的サービスとが対立することも当然にありうる。

このようにみると、「法の支配」の理念は、司法制度改革を推進する理念として魅力的であるとはいえず、現代日本社会の文脈の中ではつねに望ましい理念というだけではすまないように思われる。この理念を無条件に主張

するだけでは、適正な司法制度改革が推進できるとは限らないからである。

行政に対する司法的コントロールの強化と司法機能の拡大を促す理念として「法の支配」は重要な意義をもつ。しかし、国民の多様なニーズに応答するためには、法曹はもっぱら「法の支配」の理念の信奉者であれば足りるといっわけではない。

私見によれば、国民の多様な紛争解決ニーズに対する応答性と、法曹が共有すべき「法の支配」とは、具体的な場面ではしばしば緊張関係を生むはずである。「意見書」が強調しているように、法曹はこれまで以上に国民のニーズへの応答性を高める必要があるのは疑いない。「法の支配」はしばしば「専門家支配」を正当化する機能を果たすからである。「法の支配」は「法曹の支配」であってはならないからこそ、「意見書」では、国民の期待に対する法曹の応答性が強調されたのではなからうか。「法の支配」の理念を明示的・默示的に信奉していると思われる法曹は、国民利用者に對する「専門家支配」に陥るおそれがあることを自覚しておく必要がある。

ここで、社会過程における「法の支配」に関する二つの見解をみておこう。ひとつは、「法の支配」を貫徹するために「中間集団の専制」を批判する井上達夫氏の見解である。³⁴氏は、「中間集団の専制」のまえには国家も個人も無力化されていることを「現代社会の日本の病巣」と見る。様々の中間集団が個人と国家の間に介入するが、国家はそれらの中間集団に公共性の規律を課すことができず、これらの調整役に墮していること、また、中間集団内部では批判的・異端的な個人に対してインフォーマルな社会的専制圧力が加えられ、国家はそれを放任しているという。³⁵特殊集団のエゴイズムを公益の観点から規制するという行政の本来の力をもつ「毅然たる法治国家」が必要になるのである。このような国家が普遍主義的な正義理念と人権原理を核とする「法の支配」を貫徹させる、というのが氏の考えである。そして、中間集団内部での社会的専制による人権侵害から諸個人を保護するために、司法

が憲法の私人間適用などの形で積極的に介入することが要請される。⁹⁶

井上氏は、司法改革は政治改革と統合することによってはじめて司法改革たりうると考えている。井上氏が求めるような「司法機能の強化は民主的政治過程の健全化と相補的・相互依存関係にある」という。⁹⁷ここで氏が提示しているのは、政治と司法の關係に焦点を当てた司法改革構想であるが、司法と社会の關係に焦点を当てた司法改革構想を否定しているわけではない。ただ最も本質的でありながら、議論されてこなかった視点から司法改革構想を提示しようとして試みているものと思われる。

つぎに取り上げたいのは、「意見書」には企業法務の担当者の独立性に対する配慮がないという萩原金美氏の批判である。法令遵守を含むコーポレート・ガバナンスの確立は、日本企業の国際競争力を強化するために急務とされるが、企業法務担当者にも法曹資格を与えて、その独立性を担保することが必要であると萩原氏はいう。⁹⁸企業経営者からの企業法務の担当者の独立性、したがって、転職の自由が保障されていなければ、企業法務担当者は企業経営から自由にはなりえないからである。企業法務における「法の支配」の実現には、法務担当者が企業外においても通用する法曹資格が認められる必要があるというのが萩原氏の考えである。企業法務担当者に企業からの自立性があるかぎりでのみ、企業法務の法律職としての専門性が認められることになるのは疑いない。氏の批判に対してどのように政策的に応えるかはこれからの重要な課題のひとつである。このような氏の「意見書」批判は、司法制度改革が積み残した問題があることを示唆している。ただ見通しとしては、法曹人口の増加に伴い、弁護士自身が企業法務に関与することが増えていくことが予想される。

それではつぎに、「法の支配」の理念についての以上の検討をふまえて、「意見書」がADRの拡充・活性化をどのように提言しているのかを検討することにしよう。

IV ADRの理念とADR法

二〇〇七年四月からADR法が施行されているが、ADR法が制定されるまでの経過を明らかにするためには、日本社会の中でADRの整備はどのように説かれてきたのか、司法制度改革審議会におけるどのような審議を経てADRの拡充・活性化が「意見書」に結実したのか、ADR検討会におけるADR法案の作成過程でどのような論議がなされたのか、などが重要な課題になる。しかし今はそれらの課題を論じる用意が私にはない。ここでは「意見書」のなかでADRの拡充・活性化がどのように提言されているか、その場合にADRはどのように理念的に基礎づけられているか、その理念的基礎づけの射程はどのようなものか、「意見書」におけるADRの提言はどのようにADR法に制度化されているか、を順次みることにしたい。

1 「意見書」にみるADRの位置づけ

「意見書」の提言した司法制度改革は三つの柱からなっていた。すなわち、「国民の期待に応える司法制度」、「司法制度を支える法曹のあり方」および「国民的基盤の確立」である。「国民の期待に応える司法制度」における「民事司法制度の改革」には、①「民事裁判の充実・迅速化」、②「専門的知見を要する事件への対応強化」、③「知的財産権関係事件への総合的な対応強化」、④「労働関係事件への総合的な対応強化」、⑤「家庭裁判所・簡易裁判所の機能の充実」、⑥「民事執行制度の強化」、⑦「裁判所へのアクセス」が並び、それに続くのが、⑧「裁判外

の紛争解決手段（ADR）の拡充・活性化」であり、最後に提示されたのが⑨「司法の行政に対するチェック機能の強化」である。

①⑤⑥⑦は、国民の利用者の司法へのアクセスを容易にし、国民による司法の効果的利用を可能にしようとするものであり、②③④は法曹に対して専門性の強化を求めるものである。⑧は、国民の多様なニーズに応じて多様な紛争解決手段の選択肢を提供すること、その担い手として非法曹の専門家を活用することを提言している。⑨についてはすでに「法の支配」と関連づけて言及したところである。

ここでは、ADRが「意見書」のなかにどのような文脈で登場しているのかを確認するのにとどめ、先に進みたい。私がここで取り上げるのは、ADRが「法の支配」という司法制度改革の理念とどのように関連づけられているのかという問題である。

司法制度改革審議会が「論点整理」においても「中間報告」においてもADRを取り上げたこと、最終の「意見書」に「裁判外の紛争解決手段（ADR）の拡充と活性化」を提言したことは、ADRに対する司法政策的な関心を著しく高めたのは疑いない。「意見書」のなかでADRに割り当てられた紙幅は小さなものではあったが、二一世紀に向けた民事紛争解決システムの再構築という視点からみると、「ADR基本法」の制定も示唆しながらADRの整備を積極的に推進しようとしたのは、時宜を得た画期的なことであった。⁸⁰「意見書」がADRに関して司法政策的に提言したのは三つのことである。第一は、ADRが「国民にとって裁判と並ぶ魅力的な選択肢」となるように、ADRの拡充・活性化が必要であること、第二は、ADRに関する関係機関等の連携強化が必要であること、そして第三は、ADRに関する共通的な制度基盤を整備すべきこと、である。⁸¹

「意見書」によれば、国民がより利用しやすい司法を実現するために、まずは「司法の中核たる裁判機能」の拡

充が必要なのであり、これに加えて「裁判と並ぶ魅力ある選択肢」としてADRが拡充・活性化される必要があるのである。ADRの拡充・活性化は、民事司法制度改革の重要な一環として位置づけられているのは明らかである。裁判所へのアクセスが司法へのアクセスの中核に位置づけられ、ニーズに応じて多様な紛争解決手段が選択できるように、ADRの拡充・活性化が説かれているのである。¹¹⁾ ADRの整備は、「司法を国民に近いもの」にするために、司法の周辺に位置づけられている。ADRは広義の司法の中に組み入れられていることがわかる。「紛争の深刻化を防止する」ために大きな意義を有するのがADRでもある。国民が利用しやすい司法の実現のために、裁判とADRが選択肢として競合するものと同時に連携するものと位置づけられているのは明らかである。

この場合には、ADRは「法の支配」とゆるやかに関連づけられているようにみえるが、「意見書」以上に「法の支配」の理念と直接結びつけてADRを理解しようとする見解もある。わが国におけるADR研究の先駆者である小島武司氏は、司法制度改革審議会は、裁判とADRが「独自性を持って競争しかつ全体的に調和することが法の支配の確立にとって不可欠である」というメッセージを発している¹²⁾と述べているが、この理解は、やや理念に重きを置いて「意見書」を解釈していると言えそうである。

「意見書」は、ADRを理念的に基礎づけるよりも、多様な紛争解決ニーズへの対応を重視しているように思われる。ADRがどのような解決に適した手続なのかは、つぎのように例示されている。「利用者の自主性を活かした解決、プライバシーや営業秘密を保持した非公開での解決、簡易・迅速で廉価な解決、多様な分野の専門家の知見を活かした決め細かな解決、法律上の権利義務の存否にとどまらない実情に沿った解決¹³⁾」である。これらの例は異論はないであろう。自主的解決、非公開での解決、簡易・低廉・迅速な解決、専門的知見に基づく解決、柔軟な解決のいずれも、ADRに適合しているのは確かである。

ADRは、裁判と異なり、紛争当事者双方の自発的な意思によつてはじめて利用可能になる紛争解決手続である。ADRの場合には、裁判手続と違つて、自分の意思に反して手続への参加を強制されることもなければ、判決とは違つて、第三者の判断を自分の意思に反して強制的に押し付けられることもない。いつでも自分の意思だけでADR手続に乗ることもADR手続から降りることもできる。ADRの手続に乗るか乗らないかは紛争当事者が自由に決められるとはいへ、実際には、紛争当事者は紛争を未解決のままにしておくことや裁判を利用することと比較しながら、多少ともADRの利用を余儀なくされているのが常であることも看過されてはならない。紛争が未解決なままであることは、その紛争が深刻なものであればあるほど、紛争当事者に大きなコスト負担を強いるものである。とくに自分の権利や利益を侵害されている当事者、とくに不法行為によつて深刻な損害を被っている当事者は、紛争が未解決であり続ける限り、耐えがたい精神的苦痛と身体的被害と経済的不利益を強いられ続けることになる。相対交渉による解決ができず、訴訟利用も回避したのであれば、相手との合意によりADRの利用を選択することは充分合理的でありうると言つてよい。

ADRの拡充・活性化は、利用者の多様なニーズに対応するために、紛争解決のための選択肢を提供しようという司法政策的な提言である。これは、利用者の選択意思を当然の前提にしているとはいへ、紛争解決ニーズの多様化に対応するために司法機能を拡張する政策なのである。

ADRが「国民にとつて裁判と並ぶ魅力ある選択肢」となるように提言されたのは、日本社会にも多様なADRが存在してきたにもかかわらず、ADRに対する司法政策的な関心がそれほど高まることがなかったことへの反省によるものと推測される。だからこそ、「ADRに関する関係機関等の連携強化」や「ADRに関する共通的な制度基盤の整備」が提言されているのだと思われる。

ただ、「意見書」を読むかぎり、ADRが裁判と並ぶ選択肢とされているのは、どのように理念に基づくのかは必ずしもはっきりしていない。司法制度改革の理念である「法の支配」とADRの理念との関連も説明されているわけではない。そうであれば、もう少し丁寧にADRの理念的基礎について考えてみる必要がある。

その手がかりは、ひとつの「意見書」批判に求めることができる。萩原金美氏は、「意見書」にはADRを上から制度構築するという発想が中心で、ADRが個別的紛争処理という地平から自生してくるという面の認識が希薄であると批判する。⁶⁴ADRは「執行段階でも私的自治を貫徹するほうが一般的には望ましい」という視点から、萩原氏はADRの担い手としての隣接法律専門職種⁶⁵非法曹に対する警戒感を隠さない。非法曹は、ADRを自己完結的なものとして運用する危険性がある、「訴訟回避の方向にそのベクトルを向け、法の支配にマイナスの影響を生じさせかねない」、というのがその理由である。「法の支配」の理念を重視するがゆえに、そのための教育を受けた法曹を重視し、行政官庁に規制された準法曹に警戒感を示しているものと思われる。先述の小島氏の解釈とは違って、「法の支配」の理念は、ADRの制度設計にまでは貫徹されていない、というのが萩原氏の批判である。これまで非法曹が担ってきたADRが訴訟抑止の機能を果たしてきた面を冷徹に認識すべきというのが萩原氏の考えの基礎にある。充分理由のある批判だと思われるが、氏が重視しているはずの「私的自治」の貫徹と「法の支配」の理念の貫徹がどのような関連にあるのかは氏によっても明確にされていないように思われる。ここに見られるのは、過去のADRの現実から学んだ教訓であり、非法曹の果たしてきた役割の問題性であり、ADR手続担当者の養成という問題である。ここではADRの制度設計論、人材養成論を取り上げることではできないので、ADRの理念論に立ち返ることにしよう。

2 ADRの理念的基礎づけ

(1) ADRに関する代表的な理念論

司法制度改革審議会はADRを広義の司法に含めていたが、紛争当事者双方の合意がなければ、ADRの利用を進めることはできない。ADRは、「意見書」にみるように、広義の司法に含まれる紛争解決手続なのだろうか、それとも「私的自治」に基づく交渉による紛争解決を公正な第三者が支援する手続なのだろうか、

現代社会では、相対交渉による解決も難しいが、訴訟による適切な解決も難しい紛争が増加している。利害関係の複雑化と価値観の多様化に伴い、紛争自体も複雑多様なものになってきているので、紛争解決ニーズも複雑多様化している。紛争を未解決のまま放置することができないうえに、「私的自治」に基づく相対交渉も難しく、量的にも質的にも訴訟には限界があることを考えると、司法政策的にもADRの拡充・活性化が求められることになる。

司法制度改革審議会はすでにみたように「法の支配」を理念として国民に利用しやすい司法制度への改革を目指したが、その一環としてADRの拡充・活性化が提言されているとすれば、ここで改めてADRの理念が「法の支配」の理念とどのような関連にあるのかを考える必要がある。ADRはAlternative Dispute Resolutionの略であり、直訳すれば「代替的紛争解決」であるが、通常は「裁判外紛争解決」と訳されることが多い。私もADRを裁判外紛争解決ないし裁判外紛争解決制度と名づけることにする。ADRのAという言葉の由来からすれば、ADRは裁判の代替を意味すると思われるが、紛争当事者の視点から紛争解決過程に即してみれば、相対交渉の代替としてADRを意味づけることもできる。以上のような二重の意味における代替をふまえて、ADRは公正な第三者の関与する裁判外紛争解決手続ないし制度を意味するものと考えることができる。公正な第三者ではなく、身近な第三者が当事者の相談者または代理人として関与する場合は、相対交渉に含めることにする。相対交渉による紛争

解決と裁判手続による紛争解決の間に理念的に位置づけられるのが、ADRと呼ばれる紛争解決手続である。ADRは裁判と相対交渉の双方に対してどのように理念的に区別されるかを明らかにするために、「意見書」から離れて、ADRの理念論にも少し踏み込む必要がある。

そこで、相対交渉とADRと裁判の全体を包括した民事紛争解決システムを視野に入れてADRの理念論を展開している二つの代表的な見解を最初に取り上げることにする。ひとつは小島武司氏の見解¹¹⁴、もうひとつは廣田尚久氏の見解である。小島氏の見解を修正している大澤恒夫氏の見解にも言及する。さらに最近のADR研究にも言及しながら、ADRの理念論を司法および「法の支配」と関連づけることにする。

小島氏は、マクロ・ジャスティスの視点から、紛争解決システムのパラダイム転換を意図して、「正義への普遍的アクセス」を紛争解決システムの理念として提唱している。裁判を中心に、その周りにADR（仲裁、調停、訴訟上の和解）、さらにその外に、相談（行政相談、消費者相談、オンブズマン）、最も外側に相対交渉が、同心円的構造をなすように配置されている。裁判が中心で、裁判の基準がADRと相談を経て相対交渉へと「波及」すると同時に、社会の規範が相対交渉から相談とADRを経て裁判へと「汲み上げ」られるというように、規範の交流が動的に説明されている¹¹⁵。

小島氏は、社会における「正義の総量」の最大化を図るためには、顕在的な事件だけでなく、潜在的な事件も含めて、社会のすべての紛争の運命に関心を持つ必要があるという。社会に存在する被害が全体としてどこまで救済されているかに着目し、救済の総和の最大化による正義の総量の最大化を全体として考察するのが、氏の立場である。弁護士的法的サービスの普遍化もADRの利用の拡大も「正義の総量」の拡大に寄与することになる。ということは、ADRは準司法的制度であって、決して司法や「法の支配」の外にあるわけではないということになる¹¹⁶。

小島氏は、ADRの理念的位置づけ方を、ADRと裁判所を切り離す「司法純化モデル」と、ADRを司法的コントロールのもとに置く「汎司法的モデル」に分けているが、氏自身が採用するのは後者であり、前者のモデルを展開しているのが廣田氏であるということになる。しかし両モデルは排斥しあうわけではなく、重なりあう部分もあるという意味では、理念型モデルである。小島氏によれば、紛争当事者にとっては、裁判とADRは同等の選択肢であって、価値の序列のうえでアブリオリに優先順位が存在するわけではない。それだけではない。「私的自治」の支配するところでは、相対交渉が紛争解決の常道であって、それが功を奏さないときに裁判やADRが利用されるのだと、小島氏は明言しているのである。¹¹¹

以上のような小島氏のADR理念論の特徴は、第一に、紛争解決システムの全体が「正義への普遍的アクセス」という包括的な理念のもとに統一的に捉えられていること、第二に、裁判が中心に位置づけられるとともに、裁判、ADR（仲裁、調停、裁判上の和解）、相談および相対交渉の間の規範の相互交流が動的に説明されていることである。それにもかかわらず、第三に、紛争当事者の視点と「私的自治」もまた重視されていることである。

紛争解決システムの全体を鳥瞰できる小島氏の構図には抗しがたい魅力があるのは否定できない。しかしながら、紛争当事者の視点から見れば、疑問もある。第一は、ADRも「正義への普遍的アクセス」の中に包摂されているという構図は、「ADRの強みは、法が規定する範疇の外に、自在に広がっていることにある」という氏自身の認識と矛盾しないのかという疑問である。司法の外にあることをADRの強みと考えながら、ADRを広義の司法と見なすことは矛盾しているのではなからうか。第二は、裁判を中心とする同心円的な構造のなかにADRが位置づけられると、裁判とADRに価値的序列はないとはいっても、それがあがるかのようにみえてしまうということである。第三は、小島氏の構図は紛争解決過程の実情と対応させることが難しいことである。小島氏自身もこの点を自

覚している。「正義の総合システム図は、各紛争解決方法の間における規範的交流を示す理論的枠組み」であって、図の中の矢印は「事件処理の流れ」を示すものではなく、「規範的交流の相互性」を示すものであると、氏は述べているからである。¹⁸しかし氏の構図の修正は難しいのではなからうか。

このような疑問をおそらく意識しているためであろうか、大澤恒夫氏が「正義の総合システム」を横糸とし、個人の尊重に基礎を置く「対話」を縦糸とする理論的枠組みを構築している。氏によれば、「法の支配」を実現するための「正義の総合システム」も、「個人の尊重」に立脚した社会運営にとつて不可欠な「対話」も、憲法の理念の実現に仕えるものである。¹⁹「対話」はあらゆる社会的なプロセスに活かされるからといって、紛争当事者は「対話」によつてつねに「合意」に到達しうるとは限らない。それでも、法の正当性の根源は、法律家が関与する中心的なプロセスだけでなく、当事者間の相對交渉の場面における「対話」にも求められるべきなのである。このような真の「対話」のプロセスを通じて得られた「合意」は、それ自身が「法」として尊重されるべき価値を有するものになる、というのが大澤氏の考えである。²⁰

大澤氏は、適切な「対話」プロセスは、広大な裾野を持つ「正義の総合システム」にあつて、「当事者の納得に支えられた『法の支配』と法の豊穡化を実現するであろう」と考へる。「対話」の主役はあくまで当事者本人であつて、弁護士は当事者が自律的な解決をなしうるよう援助する者であるという考へ方は、小島氏の「正義の総合的なシステム」の理論モデルにおける「規範的交流」論を実質的に修正しているように思われる。²¹大澤氏の見解はむしろつぎに取り上げる廣田氏の見解に近づいているように思われる。

廣田尚久氏は、紛争解決システムとしてのADRを「私的自治」を理念的基礎としてきわめて精神的に論じているが、氏のADR論の前提には二つの基本的な認識がある。ひとつは、たいていの紛争は訴訟によらずに解決され

てしまうから、ADRこそ本来的であるという現実的な認識である。氏は、ADRという概念を便宜上使用してはいるものの、この概念に本来的な紛争解決という意味を込めている。もうひとつは、近代には国家の司法と「私的自治」という二つの流れがあったという理論的な認識である。³³

廣田氏は、近代社会の基本理念としての「私的自治」に基づいて設立・運営されるADRを「理念型ADR」と名づけている。氏の考え方の著しい特徴は、「理念型ADR」とわが国の現実のADRとの大きな乖離をふまえて、現実のADRを「理念型ADR」へと発展させる制度的可能性を大胆かつ緻密に構想している点にある。³⁴ 廣田氏の改革案は、わが国で最も利用されている裁判所内の調停制度を改造して最終的に「理念型ADR」としての「和解仲裁所」を実現しようという制度設計案である。³⁵

廣田氏は「ADRは司法の範疇に入るのか」と問い、「否」と答えている。³⁶「ADRの基本理念は、当事者の意思と責任で紛争を解決する私的自治である」。³⁷ わが国で最もよく利用されているADRは裁判所内の調停であるという事実があるが、廣田氏はこの事実のうちに、国家の統治権のひとつである「司法」が「ADRの基本理念である私的自治を飲み尽くしている構図」³⁸ を見ている。裁判所における調停の著しい活用は、本来ADRが担うべき領域まで「司法」が担当していることを意味するからである。これは裁判所が負担過重になっていることをも意味している。

一般の司法制度改革は、司法機能の拡大によって現在の裁判所の負担過重を解決しようとしているが、このような司法政策は、現在よりも「大きな司法」を目指しているとはいえず、その限度が示されないかぎり最終的な解決にはならない。廣田氏によれば、ADRを整備すれば、裁判所には裁判所でなければ解決できない紛争だけを割り当てることができる。わが国の社会が「大きな司法」を維持することができなくなる日が将来やってくるから、いず

れは「小さな司法」を目標にしなければならなくなるのである。⁸⁵

裁判所の負担過重を解決するために廣田氏が考えているのは、「私的自治」のうえに基礎づけられるADRを整備することである。そしてこのADRの発展によつて裁判所の過重負担も適正化されることになる。しかし、裁判所の負担軽減のためだけにADRを整備しようというわけではないのはもとよりである。ADRの整備の結果、裁判所の負担軽減が実現されるということである。

「私的自治」の原則は近代私法の柱であるから、民事紛争は本来国家権力の介入なしで解決すべきであるというのが、廣田氏の基本的な考えである。³¹ 国家の司法権と「私的自治」とはそれぞれ固有の存在根拠をもつから、「理念型ADR」は本来「司法」と無関係だということである。実際にはわが国の調停は裁判所内に設けられているという意味でも準司法的ADRになっているから、本来のADR＝「理念型ADR」に組み替えられる必要があるというのである。

この「理念型ADR」は「司法」の範疇に入らないのに、わが国で最もよく利用されている現実のADRは裁判所内の民事調停と家事調停であるから、現実のADRは「司法」に埋め込まれているといつても過言ではないのである。そこで廣田氏は、現実のADRを「司法」から切り離して、「理念型ADR」へと段階的に実現していく構想を提言しているのである。この考え方は、小島氏の分類によれば、ADRと裁判所を切り離す「司法純化モデル」に相当するが、このモデルの名称は誤解されやすい。ADRを積極的に基礎づけるためには、「司法・ADR分離」連携モデルあるいは「司法」から切り離して「自立型ADRモデル」と名づけるのが望ましい。

廣田氏の以上のような見解をよりよく理解するためには、二つの論点についてもう少し踏み込んで検討する必要がある。第一の論点は「理念型ADR」と「私的自治」との関連はどのように説明されるか、第二の論点は「理

念型ADR」と「法の支配」との関連はどのように説明されるか、である。

第一の論点について考えるために、ADRを、①「法化」以前の前近代的・伝統的ADR、②「法化」以前の近代的ADR、および③「法化」以降の現代的ADRに区別してみると、廣田氏の考えがわかりやすくなる。氏のいう「理念型ADR」は、理念的には近代の源流のひとつである「私的自治」に基礎をおくと考えられているから、②に該当しているようにみえる。しかし現代社会に適合したADR、すなわち現代的ADRを基礎づけているのは、近代法の理念的な源流としての「私的自治」ではなく、現代社会の成熟に基礎をおいた「私的自治」である。廣田氏自身も「現在の私的自治は「近代」に設計されていた私的自治とは違うものである」と明言しているのである。近代に起源を持つ「私的自治」は現代社会になってはじめて社会的な存在基礎を獲得したのではなからうか。現代社会の市民社会的成熟ゆえに、「私的自治」が「理念型ADR」の社会学的基礎になったのである。廣田氏のいう「理念型ADR」は、法理念的には②に起源をもつとはいえず、社会学的には③を基礎にしている、というのが私の理解である。

廣田氏のいう「私的自治」はどのような意味なのだろうか。「個々人が法的主体性を獲得することを社会システムの原理としてとらえらるゝとすれば、それは『私的自治』ということになる⁵⁴」。個々人の身分や財産に関する私法の分野で、その法律関係を個々人の自由にかまかせることでもある。「私的自治」に基づく紛争解決とは、第一次的には、紛争当事者双方の意思と責任で相対交渉によって紛争解決を図ることであり、第二次的には、公正な第三者の援助を受けて、当事者間の交渉と合意による紛争解決を図ることであるが、いずれの中にも、法的解決も含まれているのである。

廣田氏のADR理念論は、一面では「私的自治」に関する近代法的な見方を基礎にしたものであり、「私的自治」

は「近代私法の基本原理として確立されるべきものであった」⁵⁴。しかし他面では、氏のADR論は、現代市民社会の成熟により「私的自治」が現代的文脈の中で確立されたという社会学的理解を前提している。「近代がはじまって早々に唱えられた『私的自治』が、…今日になってはじめて、現代的な装いを新たににして、ここで蘇ってきたのである。その私的自治を支える重要な基礎としてADRが存在するのである」⁵⁵。ここからみると、社会学の意味における「私的自治」は現代社会においてはじめて成熟したものであると言える。ADRが「私的自治」を支えている、というのは、物事の一面である。というのは、「私的自治」がADRを支えている面があるからである。ADRと「私的自治」がお互いに支えあっているという意味で相補的になったのは、現代社会においてなのである。廣田氏によれば、「当初『近代』に設計されていた『自由』にウェイトを置いた私的自治は、『現代』においては『平等』を取り込んだものになっている点に、近代と現代の違いがある。

第二の論点に移ろう。「司法」に含まれないとされるADRは「法の支配」とどのように関連づけられるのだろうか。廣田氏によれば、「私的自治」とは、「法」を自己の中に取り込んで自ら適用する作業だから、「私的自治」が確立すればするほど「法の支配」が浸透し徹底することになる。「ADRは法の支配のためにも必要とされる紛争解決システム」である。「ADRでは自らの納得のもとに解決するのであるから、すべての当事者が法を自分のものにするのが可能になる。そしてその方がはるかに『法』は浸透し、法の支配はよりいっそう貫徹するようになる」⁵⁶。大胆な言い方であるが、廣田氏の趣旨は、ADRの利用拡大は「法の支配」の確立を脅かす恐れがあるというADR批判に反論することにあつたのではないかと推測される。物理的強制力が発動されるという事態は、社会的には「法の支配」が貫徹していないことを意味しているという指摘は正しいと思われる。ただ、廣田氏がこのとき「法を自分のものにする」可能性が大きくなることを重視しているのであるから、「法の支配」の貫徹という

よりも、紛争当事者による「法」の実現であると言い表わすのが適切ではなからうか。

廣田氏によれば、「私的自治」の確立はつねに「法の支配」の内面化を意味することになりそうであるが、紛争当事者間や契約当事者間の合意による紛争解決も規範形成も「法の支配」の内面化でありうるとしても、常にそうとは限らないのではなからうか。このような表現によつて廣田氏が説いているのは、国家の司法権の利用による法的解決でなくとも、「法的解決」がありうるということではなからうか。紛争当事者間の相対交渉によつても紛争の「法的解決」はありうるし、ADRによつても、紛争の「法的解決」はありうる。裁判による紛争解決は「法的解決」であり、ADRによる紛争解決は「非法的解決」である、というわけではない。ADRが「私的自治」に基づく「法的解決」がありうることを強調しているものと思われる。

以上に見てきたように、小島氏と廣田氏の見解は、いずれもそれぞれ時間をかけて練り上げられてきた考え方であると思われる。小島氏は「正義の総合システム」のなかにADRを準司法的紛争解決制度として位置づけているのに対して、廣田氏は「私的自治」に基づいた「理念型ADR」を、本来的には「司法」の範疇に含まれない紛争解決制度として位置づけている。このような違いにもかかわらず、両氏はともに「法の支配」を重視している点では共通である。

相対交渉による紛争解決が、純粹に「私的自治」に基づくものとすれば、ADRは本来的には、紛争当事者の「私的自治」に基づく紛争解決が可能になるように、公正な第三者が援助するものである。問題はADRの紛争解決援助機能をどのように理解するかである。ADRが広義の司法に含まれるとすれば、ADRによる援助は、何らかの程度において司法権に由来する権力的な力をもつ第三者の関与のもとになされることになる。¹⁶⁾

訴訟を利用することは、国家の司法権のもつ強制力を利用することであるのは明らかであるが、裁判所内のADRは、廣田氏のいう「理念型ADR」のように非権力的な第三者が関与するADRとは区別されなければならない。相対交渉による紛争解決が純粹に「私的自治」に基づく第一次的な紛争解決であるとするれば、「理念型ADR」は、公正な第三者が紛争当事者の「私的自治」による合意形成を援助する第二次的な手続であるということになる。

この場合に、ADRの提供する援助には二つの類型がある。ひとつは、調停のような裁判所内のADRにみられるように、司法権が関与するという意味において権力性を帯びた第三者による援助であり、もうひとつは権力性をもたない第三者が当事者間の対話と合意形成を援助するものである。

ADRの全体を理念的に位置づけるのであれば、二つの類型を区別しながら、あわせて考察しなければならない。

(2) 当事者の「自律」・「納得」と第三者の関与としての「正義」・「ケア」

ADRの理念的基礎づけの両極をなす考え方を、小島氏の見解と廣田氏の見解を通して見てきた。小島武司氏は、「正義」という視点からADRを理念的に基礎づけていたのに対して、大澤恒夫氏は小島氏の「正義」に「対話」を加えて理念的修正を試みた。廣田尚久氏は、「私的自治」を理念的基礎としてわが国のADRを「理念型ADR」へと制度的に再編することを目指したのである。ここでひとつの疑問が思い浮ぶ。両者の鍵概念ともいうべき「正義」と「私的自治」は、いずれもADRの全体を理念的に包括しきれているのだろうかという疑問がそれである。

この疑問に答えるために、ここでは、さらに別のふたりのADRの理念論を取り上げることにする。棚瀬孝雄氏は「正義」と「自律」をADRの社会的な理念として論じながら、いずれにもディレンマが含まれていることを明らかにしているし、和田仁孝氏は、「自律」を基礎にしながら、「ケア」という新しい援助の理念をADRの基礎

づけに導入しているのが注目されるからである。

紛争当事者の「私的自治」という法理念は、紛争解決システムの社会学的な意味における理念的基礎に置き換えてみると、「自律」と「納得」であると言い表わされるのではないか。それに対して、ADRにおける第三者の関与は、広義の司法的関与から非権力的な第三者の関与まで含まれるが、社会学的な意味におけるその理念的な両極は、「正義」と「ケア」であると言い表わすことができるのではないか、というのが私の仮説である。いずれの理念もあらゆるADRに貫徹されるわけではない。しかも、ADRの理念論も、その理念が社会関係のなかで余儀なくされるダイレンマを認識する必要がある。

これまで見てきたのは、紛争当事者の「私的自治」の実現を公正な第三者が援助する紛争解決と広義の司法に属する第三者が提供する援助に基づく紛争解決との対比であったが、この対比は法理論的なレベルから社会学的なレベルへと実質化されてないのだろうか。

小島氏の考え方では、「法の支配」が「正義の総合システム」の全体に拡大されることにより、広義の「法の支配」の理念は裁判手続だけでなく、ADR手続にも制度化されることになる。これに対して、廣田氏の考えでは、「法の支配」が国家の司法権によって強制的に実現される裁判手続と、「法の支配」が紛争当事者の「私的自治」を通して内面的に実現されるADR手続とが明確に区別されることになる。したがって、廣田氏の考え方では、「私的自治」と「法の支配」とが直接的に対立しているわけではない。両者の関係づけには二つの類型が区別される。ひとつは、広義の司法権に裏付けられた「法の支配」の制度的な実現を援助するADR（現実のADR）、もうひとつは、「私的自治」による「法の支配」の内面的な実現を援助するADR（理念型ADR）である。しかしADRによる紛争解決は当然に「法的解決」でもありうるが、ADRは必ずしも「法の支配」の内面的実現を援助す

るとは限らないのであるから、当然に「非法的解決」でもありうるのである。

①「私的自治」から「自律」と「納得」へ

ここでもう少し紛争解決システムと紛争解決行動を社会学的にみてみたいと思う。

「私的自治」という法理念は、社会学的には「自律」と「納得」であると言い換えることができる。棚瀬氏によれば、「自律」という手続理念は、「納得のいく解決」に通じている。¹⁴ADRを考える場合には、「当事者が自分で納得のいく解決を見つけ出していくということが根幹に置かれなければならない」¹⁵。しかも、当事者のイニシアティブは、紛争の最終段階で出てきた解決案に同意するときだけでなく、解決案が形成される過程においても働くのである。解決案に対する同意から解決過程への参加へと、当事者の姿勢が変わると、手続も両当事者の関心にあわせる必要が出てくるはずである。「納得のいく解決を求めて、手続そのものをも意欲していく強い形の自律」がADRのなかに広く見出される、という。¹⁶このような「自律」は当事者のニーズに応答しうる手続の柔軟さを求めるにちがいない。「…使いやすい手続が用意され、その手続の中で柔軟に当事者の紛争解決ニーズが汲み上げられることは自律を理念とした裁判外紛争処理にとって大切な課題である」¹⁷。しかしながら、当事者が手続を選択し、解決を選び取っていくことを過信してはならないと、棚瀬氏はいう。なぜかといえは、「合意は、実際には、合意を可能にする背景的強制の上に、合意を調達しようとする働きかけを通して実現されるものだからである」¹⁸。氏が鋭く指摘しているのは、「合意でなければ自分の意思も実現できないという不都合のリスクをあえて引き受けることによってのみ、合意は可能なのである」¹⁹という事情である。「納得」のいく解決を可能にする「自律」と、その「自律」を脅かしている背景的強制とがかわせて見据えられているのが注目される。

和田氏も「自律型ADR」を基礎づけているが、氏のいう「自律性」とは、近代法が想定してきた自律的人間のもつ「自律性」ではない。¹⁵ 和田氏の立論の基礎にあるのは、現代の都市社会状況における人間の存在状況と紛争当事者の紛争行動に関する実態分析である。「自律性」とは、紛争当事者が「等身大の人間」のもつ「自分の声」を挙げるという意味における「自律性」のことである。¹⁶ 「法の中に日常的感觉に根ざした自らの声」を届けることであり、「法の中に自分の声を届けようとして、法の抑圧に抵抗する形の自律性」である。¹⁶ さらに氏は言う。「自力では解決できない」と訴える当事者の——それはしばしば「自力で解決したい」という意思の表現である——隠れた自律的主体性とそれへの尊重を求めるニーズを満たしていくことが、ADRにとってとりわけ重要である。¹⁷ ADR機関は紛争を「解決」する主体ではないのはもちろん、紛争を「処理」する主体でもないのである。紛争を「処理」する主体は当事者自身である。¹⁸ その当事者のニーズと自律意欲と主体性の回復を尊重することをADRの機能理念にすることが、現代のADRにとって重要なのである。「自分で解決したい」という紛争当事者の思いが強いことは、和田氏の指摘するとおりである。その思いを尊重しなければ、ADRは発展していかないと思われる。

しかしそれだけにとどまらないように思われる。紛争当事者には、「紛争を自力で解決したい」という思い（自主的な紛争解決志向）に加えて、「自分が納得できるように解決したい」という思い¹⁹が強いと言ってよい。紛争当事者の口からしばしば語られるのが、「納得」という言葉である。この言葉は、「自分に納得できる解決をしたい」、「納得のいく解決を求めたい」、「それでは納得できない」といった文脈で語られている。紛争当事者は、自分が「納得」できない場合には、たとえ公正な第三者の判断や助言があつたとしても、容易には合意によって解決しようと思わないほど、「納得」には強い思いを込めているのが常である。したがって、自分が「納得」できなければ、受けた被害が重大であればあるほど、専門家の知識はもとより、裁判所の権威ある判断であっても、受け入れがた

いものになる。

自分が「納得」のいく解決を求めるという傾向は、深刻な被害に遭っている公害被害者などにみられるだけではない。ごく日常的な紛争の当事者にも、ほぼ共通に見られる。

自分の紛争経験にこだわる紛争当事者にとっては、自分が「納得」できるかどうか、法や裁判が信頼できるかどうかを判断するよりどころになっているのである。その意味では、「法の支配」や「正義」と最も対極的に位置づけられるのが、紛争当事者の求める「納得」であると思われる。その意味では、「私的自治」という法的原則を社会的に言い換えたものが、紛争当事者の「納得のいく解決」志向であるといつてよい。紛争当事者には、「自分で解決したい」という思いと「納得のいく解決をしたい」という思いが複合しているのである。

「納得」は、「説得されること」でも説得の受け入れでもなければ、説得が功を奏した状態でもない。「納得」は自分の主体性が基底にある点では、「自律」の延長上にあるが、他者に対する自己の個人的かつ関係的主張を中心とする「自律」に対比すると、「納得」は社会的共同性を基盤とするより社会的かつ人間学的な性格をもったものである。

「納得」が、自分の心からの納得へと徹底されていくと、相手が納得することとの距離が大きくなるのが常である。「納得のいく解決」とは自分が「納得」できる解決であつて、相手も納得できる解決とはちがう。自分の「納得」へのこだわりは、他者との関係性を切ってしまうことがある。しばしば、他者に対する拒否が自己の深みから表現されることになる。「それでは私は納得できない」というように。

「納得」には深さと強さがある。「納得」には受容的なところ、なにかを積極的に受け入れるところがある。それは他者による説得の受容ではない。心の深みにおいて「説得」を拒むものである。その意味では、「納得」は相

手方との関係性のレヴェルにおいて得られるのではなく、その関係性を取り巻く社会的共同性の広がりや深みのレヴェルにおいて自発的な受容によって得られるものである。

棚瀬氏のいう「自律」はそのまま「納得のいく解決」につながっているようにみえるが、両者は区別されるほうがよい。「自律」の理念は自己と他者の関係のひとつのあり方を理念化したものである。「自律」の理念と矛盾しない「援助」の仕方は、「自律」の理念が当事者の紛争状態によって脅かされているのに対して、「自律」回復のために「援助」することである。

個人の「自律」への「援助」の仕方は、「自律」のゆらぎに対する内的な自律回復への援助である。援助には、公正な第三者による判断の提供もあれば、他者によるケア的な援助もある。単純化して言えば、「自律」は「自分で解決したい」ことの理念化であるのに対して「納得」は「納得のいくように解決したい」という思いの理念化である。「自分で解決したい」のは「自分で納得のいく解決をしたい」からであるのが常であるから、「自律」から「納得」への過程を想定することができる。この過程は紛争解決のための手続的過程からより実質的過程への社会化的過程でもある。

日本社会の成熟により、「自律」と「納得」は統合されるようになるのではないか。「自律」と「納得」の統合がADRにおいても重要になりつつあるのは確かである。しかしこの統合はつねに安定的に得られるわけではない。というのも、他者との関係性がつねに「自律」と「納得」を脅かすからであるが、それだけではない。社会からの共同的な反応(強制や抑圧)もまた紛争当事者の「自律」と「納得」を脅かすからである。その意味では、この二つは社会の中では自己完結的な理念ではありえない。紛争解決過程において他者との関係性と共同性をどのように受け止めるかがあらためて問題になるのはここにおいてである。紛争当事者がADRを利用するのは第三者による援

助を求めるためである。そこでつぎに問題になるのが「正義」的判断の提供と「ケア」的援助である。

②「司法」から「正義」と「ケア」へ

すでに検討した小島武司氏の「正義の総合システム」論は「正義」をADRの理念としていたが、ここではさらに、「正義」の理念を社会的文脈の中で検討している棚瀬孝雄氏の見解を取り上げてみよう。棚瀬氏によれば、ADRの理念的基礎を「正義」に置くとはい、「紛争を法に従って解決することが正義である」という理念をADRの基礎とすることである。裁判の理念である「正義」がADRの理念でもあるとすれば、ADRは裁判に代替する機能を果たすか、裁判を補完する機能を果たすことになる。裁判によらなくても、裁判へのアクセスの困難なケースでも、ADRが裁判による解決を先取りすることができるならば、ADRは「正義」を自力で実現することを援助することができる。⁵³紛争当事者は判決予測に関する情報を手に入れることができれば、あえて高いコストを払わなくても、自分で「正義」を実現することができる。これは当事者にとって望ましいことであるが、決して容易なことではない。当事者も弁護士も党派的な関心で紛争に関わるために、裁判の見通しにも客観性を欠きがちになるからである。そのために、「裁判と、裁判の影で交渉を行おうとする当事者の間に、中立的な立場で当事者の議論を聞き、裁判でなされるであろう解決を予測し、当事者にフィードバックする制度」⁵⁴が必要になる。今日のアメリカにおけるADRの主要な部分を占めているのが「裁判のシミュレーションを早期に、かつ低コストで行う手続」であるという。⁵⁵中立的な第三者には、低いコストで専門的な情報や裁判になった場合の判決予測（裁判の情報化）を行う役割が期待されているのである。裁判になった場合に予想される判決内容を先取りすることが、「正義」を理念とするADRの特徴になる。

裁判内容を情報化することによって「裁判の影での交渉」を促進する媒体としてADRが位置づけられることは、紛争当事者がADRを利用することによって「正義」になかった解決を得ることができるとを意味する。しかも、社会的にはADRを通して「法の支配」が貫徹されることを意味していると棚瀬氏はいう。¹⁵⁶

このような好ましい機能が充足されるためには、ADRは「裁判を情報化して正確に伝達する限りなく透明な媒体でなければならない」という。しかし、そうすると、棚瀬氏が指摘しているように、裁判を予測しうる第三者の情報や判断が権威化されることになりはしないかという問題が生じる。ADR手続を裁判類似の手続や裁判所で行われる手続にすることによって、ADRに裁判の権威が付与されることが期待されるようになれば、「裁判外紛争処理の判断は、当事者による自発的な承認をこえて重く当事者の上のしかかってくる」ことになる。¹⁵⁷これは、紛争当事者の「自律」と「納得」を重視するADR手続の理念と矛盾することになる。しかし、これは避けられない矛盾である。「正義を理念として裁判のシミュレーションを行おうとする裁判外紛争処理に宿命的なものである」¹⁵⁸。

このことは、「正義」もそれだけでは、ADRの理念的基礎にならないことを意味する。「正義」の理念はADRにおける第三者関与のあり方を全面的に代表するわけではないのである。それでは、第三者の関与にはどのような可能性があるのだろうか。第三者の役割を紛争当事者の「自律」を援助することに求める考え方が注目されるのはここにおいてである。「正義」という理念とは対極的な形でそのような第三者の役割論を展開している和田仁孝氏の「ケア」論が注目される。

和田氏は、日常的なニーズに対応するADRの場合には、準司法的モデルは機能的ではないから、準司法モデルからケア・モデルへの転換を試みている。紛争当事者は自分たちで解決できないからADRを利用するとはいえ、第三者の援助を得て、再び自律的な問題処理を実現していこうと試みているという。それゆえに、ADRの機能理

念は、「紛争当事者の自律的問題処理を可能にすべく、当事者の自律的交渉能力を高めるように援助すること」に求められる。⁸⁵

それでは、第三者関与者の役割理念としてのケア・モデルはどのように提示されているだろうか。ケアの提供者とケアの受給者が同じ人間として主体性を尊重しつつ関係を取り結ぶ関わり方が問われることになる。ケアは「自律的紛争交渉の回復を求める現代的ADRニーズに対応する「関わり」のあり方」⁸⁶のことなのである。

和田氏は、最も典型的ADRは調停であるから、ADRを担う調停者がメイヤロフ的なケアの提供を役割理念とすることを提唱している。⁸⁷ その理念とは、当事者の自律的対処能力回復ニーズに応答的なケアの理念のことである。そのような役割理念であれば、両当事者が調停者との関わりを「誠実で信頼の置ける中立的なものとして、受け留めてくれる可能性がある」という。⁸⁸ もちろん、和田氏は、紛争当事者が調停者に対してケアの提供を求めているからといって、専門的判断や専門情報をも求めているという事実を軽視しているわけではない。というのも、それらの判断や情報は当事者の自律的紛争交渉の活性化の有力な手がかりとして作用しうるからである。⁸⁹ 第三者が判断提示、情報提供という形で関与することによって、当事者間の自律的紛争交渉、関係整序の可能性を開いていくことが必要なのである。ただ、日常的なニーズに応答的なADRの場合には、第三者の役割は法や規範に準拠した問題解決を援助するものとしてではなく、当事者によるより柔軟で創造的な紛争交渉と解決創出を援助するものとして構築される必要があるというのが、和田氏の考えである。⁹⁰

このようなケア・モデルが第三者の役割理念とされながらも、第三者の判断や専門的情報提供にもその役割が認められていることがわかる。第三者の役割理念としてみると、「正義」と「ケア」は対極に位置するものであるとはいえ、紛争当事者の多様なニーズに対して、「正義」か「ケア」のいずれかひとつの理念によって対応できると

は限らない。和田氏の提示したケア・モデルが重要なのは、第三者の援助が「ケア」の理念に基礎づけられるADRの必要性が明確にされたことにあると言つてよい。

もうひとつ重要なのは、「自律」の理念と「自律」援助としての「ケア」の理念の間には緊密な相互性があることである。「自律」の理念とは、すでに存在する「理念」というだけではなく、脅かされた「自律」の回復を重視する理念でもある。「ケア」の理念は「自律」の理念と相補的であつて、「ケア」の理念だけでADRを理念的に基礎づけることができるわけではない。

すでに棚瀬氏は指摘したように、「自律」という理念も「正義」という理念も、「自らの理念を裏切らざるを得ないような矛盾」の中にあるのは確かである。しかも、それぞれの理念を素朴に前提すれば、「自律」の理念に対しては「正義」の理念からの批判が、「正義」の理念に対しては「自律」の理念からの批判がそれぞれありうる。しかしどちらの理念も相手の理念を批判し切ることができない。いずれの理念によつても、原理的にADRの実務を包括しきれないとすれば、ADRの現実のほうに問題があるのではなく、理念のほうに問題があると考えなければならぬ。棚瀬氏が説いているのは、このような発想の転換である。ADRはいずれも、社会の紛争解決ニーズに応答する現実的な必要から生まれてきたことを重視しなければならぬのである。ケア・モデルが求められているのも、紛争解決ニーズに応答するためにはケアが必要とされている実践的な場面があるからである。

これらの理念は、「自律」と「正義」だけでなく、「納得」も「ケア」も含めて、社会関係性と共同性の中で実現されるといふ事実が重視されなければならない。というのも、棚瀬氏が指摘するように、「正義が必要とする法を語る権威」、「自律が必要とする他者との合意」は決して社会的真空の中で実現されるわけではないからである。どのような理念も社会的実践を包括することはできないのである。

ここでも棚瀬氏の試みは私たちに重要な示唆を与えてくれる。氏は、発想を転換して、現実のADRに近づくために、権威づけと合意づけの与件の側面を注意を向ける。与件とは「私たちは誰かが法を語る前に法を知っているわけではないし、合意する前にたくさんのことを『合意』してしまっているから合意できる」といったことである。

権威と権威づけとの両義的関係が、「法が社会に普遍的な真理として現前するという『正義』の理想が媒体の不透明性のゆえに否定されるということ」とパラレルな現象であるともいう。合意を志向する手続の中で、社会生活の中にある合意への契機を積極的に引き出していくことはADRの本来的な役割とみる。自分の意思したものか合意になるという「自律」を大切にするリベラルな社会のユートピアは、常に裏切られざるをえないことも見通されている。棚瀬氏は「自律」と「正義」の理念について考察しているのであるが、その考察は、どのような理念であってもその理念が社会の中で実現されるときに見られる普遍的なダイレンマを示唆していると思われる。ADRの多様な制度的可能性は、「自律」の理念と「正義」の理念を基本にしながらも、これらの理念に包括されえない「納得」の理念と「ケア」の理念をも組み入れながら、構想される必要がある。ADRの理念を社会的実践の多様性の観点から問い返す作業は別稿に譲らざるをえない。

つぎの章では、この四月から施行されているADR法を簡単にみておきたい。すでにみてきたように、ADRの理論には大きな対立がありうるが、そのような理念的な対立に由来する激しい論議が、「意見書」を制度化するために設置されたADR検討会においてもなされている。その本格的な検討は別稿に譲り、ここでは、ADR法の概要とその問題点について簡単に触れるにとどめるしかない。

4 ADR法の概要とその問題点

「意見書」をもとに、司法制度改革推進本部事務局に設置されたADR検討会（座長：青山善充氏）が平成十四年二月五日の第一回検討会から約二年一〇か月あまりの検討を経て作成した案を下に、最終的に平成十六年二月一日に「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律」⁶⁷（以下、ADR法という。）が公布された。

認証制度の導入をめぐる検討会委員の間に意見の大きな開きがあったために、当初目指された平成十六年通常国会への法案提出は見送られた。さらに検討を重ねた法案が平成十六年一月一二日の臨時国会に提出され、平成十六年一月九日に衆議院において、一月一九日に参議院においてそれぞれ全会一致で可決成立した。実に三回の検討会が開催されたことがわかる。なお、今後のADRの検討に資するために、積み残された中長期的な課題を整理した座長レポートが公表された。⁶⁸

ADR法の附則第一条には、公布の日から二年六か月を超えない範囲内において政令で定める日から施行されると規定されていたが、その後政令により、ADR法は平成十九年四月一日に施行されることになった。

この法律にいう裁判外紛争解決手続（ADR）とは、「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」をいう（第一条）。つぎに、ADR法の概要を簡単にみておきたい。第一条は、ADRの基本理念と国・地方公共団体の責務を定めるとともに、民間紛争解決手続に関する認証制度を導入し、紛争当事者の手続選択を容易にすることにより、国民の権利利益の適切な実現

に資することを目的とすると規定している。第二条は、民間紛争解決手続、手続実施者および認証紛争解決手続事業者を定義する。そして第三条は、「裁判外紛争解決手続は法による紛争の解決のための手続として、紛争の当事者の自主的な紛争解決の努力を尊重しつつ、公正かつ適正に実施され、かつ専門的な知見を反映して紛争の実情に即した迅速な解決を図るものでなければならない」と基本理念を提示し、さらにADRを行う者の相互の連携協力への努力義務を定めている。

第四条は、国と地方公共団体の責務としてADRについての国民の理解の増進に努め、ADRについての情報提供その他の必要な措置を講ずることを規定している。注目されるのは、第五条から最後の第三四条まで、もっぱら民間紛争解決手続事業者にかぎって採用される認証制度に関する規定が続くことである。第六条の「認証の基準」、第七条「欠格事由」をはじめ、認証に関連した規定が第二四条まで続き、第二五条から第二七まで「認証紛争解決手続の利用に係る特例」として「時効中断」、「訴訟手続の中止」、「調停の前置に関する特例」に関する規定が続く。なお、第二四条に、法務大臣が民間紛争解決手続の業務の特性を配慮しなければならないと規定されたのは、ADRが当事者の自主的な紛争解決を重視するものであるがゆえに、認証制度による行政の監督機能によって規制されるおそれが見通されているからであろう。

以上からわかるように、ADRの基本理念と国・地方公共団体の責務は、広くADR全般を対象にしているが、認証制度は民間型ADRのみを対象にしている。したがってわが国のADRのなかで最も多く利用されている司法型ADRと行政型ADRは、ADR法に基づく認証の対象とされていない。

認証制度の導入によって目指されているのは、民間型ADRの利用を促進することである。すなわち、認証制度のねらいは、国民に紛争解決手続の選択の目安を提供すること、弁護士でない法律専門家を手続実施者として活用

できるようにすること、時効中断効などの法的効果を付与し、紛争当事者が安心して民間紛争解決手続での和解交渉に専念できる環境を整えること、にある。⁹⁰⁾

ADR法が制定された前提には、民間型ADRが利用されていないのは、国民がADRの信頼性に不安を抱いているからだという認識がある。特に民間のADRの利用不安の解消のためにかなり厳格な認証制度が導入されたのであり、認証された民間型ADRには、ADRの利便性の向上のために、一定の法的効果が付与されることになったのである。

このように見てくると、「意見書」に提言されたADRの構想がADR法に適切に制度化されたのかどうかは気になるところである。

意見書のADR構想とADR法の間には介在したのが、三八回にわたるADR検討会による審議と立法作業である。このADR検討会における議論について本格的に検討する用意は私にはない。それに、ADR法もこの四月から施行されたばかりなので、認証制度の運用の実態もまだ全く不明である。したがって、まだ確定的なことはいえないとはいえ、現時点でもADR法の内容からみて、少なくとも四つの危惧または疑問を感じざるを得ない。⁹¹⁾ このような危惧または疑問が現実にならないように願いながら、危惧の念と疑問を暫定的に書き記しておきたい。

第一は、法務大臣による認証制度は民間型ADRの利用促進を目的とはいえず、かえって民間型ADRの活動を規制するおそれがありはしないか、という危惧である。⁹²⁾ この認証制度こそが民間型のADRの信頼性を保障して、市民によるADR選択の目安を提供するものと期待されている。しかし、ADRが認証を得るために法務大臣の監督に服することは、ADRに対する事前規制の機能をもつおそれがあるのではなからうか。⁹³⁾ 認証の申請は任意であるとしても、認証を申請しなかったADRや申請したが認証されなかったADRは、認証制度によって悪

影響を受けることも予想される。その意味では、ADR法は認証制度により、全体としてみると民間型ADRの利用を促進するよりも規制する働きをするおそれがあるように思われる。

第二は、弁護士以外の手続実施者の資質・能力を認めることと、弁護士法第七二条との調整が十分になされていないのではないかとこの疑問である。非弁護士が報酬を得て法律事務を業として取り扱うことを禁止している弁護士法第七二条の改正問題には手がつけられていないからである。手続実施者が弁護士でない場合には、「民間紛争解決手続の実施に当たり法令の解釈適用に関して専門的知識を必要とするときは、弁護士の助言を受けることができるようにするための措置を定めていること」と規定されている。これは、非弁護士を弁護士法第七二条の適用除外にするための条件ということであろうが、手続実施者が弁護士の助言を受ける必要がつかねにあるといえるのだろうか。「法令の解釈適用」を必要とする法的紛争の解決援助を目的としないADRの場合であっても、認証を受けるには、弁護士の助言を受けられる措置が必要になる。法的解決に限定されない柔軟な解決を特色とするのがADRであり、民間型ADRの利用促進を目指すのであれば、なにゆえに弁護士の助言がつかねに不可欠とされなければならないのだろうか。

ADR法の考え方には、弁護士以外の法律専門職をはじめとする紛争解決手続実施者に対する不信が前提されていることがわかる。そうであれば、弁護士の関与によつてADRの信頼性を確保するよりも、もっと重要なのは、信頼できるADRの担い手を養成することではなからうか。というのも、ADRの中には、法的解決とは異なる柔軟な紛争解決ニーズに応えようと試みるADRがあると思われるからである。

第三は、紛争当事者がADRを利用したくなるのは、ADRによる解決内容に法的諸効果が付与されているからなのか、という疑問である。ADR法は、時効中断効を認めること、訴訟手続の中止を決定できること、調停前置

の規定を適用しないことなどの特例を定めているが、これらは本当にADRの利便性を向上させるのだろうか。これらの法的諸効果を付与するために、認証の基準がそれだけ高く設定されているように思われる。民間型ADRがあまり利用されなかったのは、法的諸効果が認められなかったからなのかどうかは検証してみなければわからない。あらためて紛争当事者⇨利用者の視点から紛争解決手続の選択可能性をどのように広げるかを考える必要があると思われる。

以上のような危惧や疑問があるとはいえ、ADR法はすでに政令により二〇〇七年四月一日から施行されている。したがって民間ADR機関が認証を受ければ、紛争当事者は、認証ADRを紛争解決手続の選択肢の一つとして利用することができるようになる。認証ADRがどの程度利用されるようになるかは、今後のADR法の運用の仕方によっても影響されるのではないかと思われる。ADRの利用を促進するような運用が望まれるのである。

ADR法は、第三条に規定されているように、「法による紛争の解決のための手続」であることと「紛争当事者による自主的紛争解決努力の支援」という二つの理念を内包しているが、認証制度の導入は前者の方向を進めるという意味で「市民の紛争形成過程を法化」するのは事実であろう。^mしかし、守屋明氏が指摘しているように、認証された民間型ADRがその利用者に対してどの程度法的妥当性を保障できるかは確かではない。もちろん法的妥当性が保障されれば足りるわけではない。ADRのもうひとつの理念である「紛争当事者による自主的紛争解決努力の支援」という視点からみれば、ADRに期待されるのは法的争点に限定されない紛争解決であるから、認証ADRによる「法化」はかえって「紛争当事者の多様な自主的努力を制約してしまうこと」になりかねないという指摘は重要である。^m

第四は、民間型ADRのみが認証制度の対象とされ、司法型ADRと行政型ADRは対象から除外されているこ

とは、ADR全体の利用促進になるのだろうかという疑問である。すでに廣田氏は、「司法制度改革の論議の中で」「裁判所におけるADR、すなわち民事調停、家事調停がほとんど対象になっていない」点を批判している。ADRの拡充・活性化が論じられるときに、裁判所におけるADRが対象から除外されていることを不思議だという。¹⁹⁾

廣田氏の考えによれば、ADRのなかで最も多く利用されている裁判所内の民事調停と家事調停を除外して司法改革やADRの拡充・活性化を論じても真の改革は達成できないからである。廣田氏の言う本来の「理念型ADR」は「司法」の範疇に入らないが、わが国の実際に利用されているADRの大半は裁判所におけるADRであるから、司法制度改革は当然に裁判所におけるADRも対象にしなければならぬはずなのである。

以上四つの点についてみてきたが、「意見書」が期待していた「ADR基本法」に相当するのはわずかに「総則」部分のみで、あとの残りのほとんどは民間型ADRのみを対象とした認証制度に関する部分であった。今後、ADR法の更なる整備が期待される。

V おわりに

国民の利用しやすい司法制度への改革、法曹人口の大幅増加、法科大学院の設置および裁判員制度の創設などを考えると、司法制度改革審議会意見書は実に大きな役割を果たしたことがわかる。大きな改革であればあるほど、改革の目的がどのように達成されているかをこれから検証していく必要がある。もちろん、どんなに精神的な審議会であっても、積み残しの課題があつて当然である。二年間という限られた期間に、すべての司法政策上の課題を

取り上げることができないからである。これからも社会の「法化」に応答的な司法制度にするための改革が進められていく必要がある。

「意見書」が、利用しやすい司法制度の整備と並んで、魅力ある選択肢としてのADRの拡充・活性化を提言したことが、ADRに対する司法政策的な関心を高めたのは間違いない。ADRに対する社会的関心が高まっているのは、医療などの専門分野に限られているようにみえるが、社会の紛争解決ニーズが多様化していることを考えると、様々の分野でADRに対する社会的関心がこれから次第に高まっていくことは十分に予想される。

ところで、「意見書」は「ADR基本法」の制定を示唆していたように思われるが、ADR検討会の審議を経て制定された「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律」（「ADR法」）は、「意見書」から想像される「ADR基本法」とはかなり違ったものになったのは確かであろう。ADR法は、ADRの基本理念を掲げてはいるものの、民間型ADRのみに導入する認証制度に関する規定を中心にした法律になったからである。ADR法は二〇〇七年四月から施行されているが、このADR法の趣旨に則って、これからどれくらい民間型ADRの手続実施者が積極的に認証を申請するのだろうか。認証制度によって民間型ADRが発展するかどうかはあまり樂觀を許さないように思われる。そうはいっても、社会の「法化」と成熟化に伴い社会の多様な領域における紛争解決ニーズが多様化していくのは明らかであるから、民間型ADRのみではなく、司法型ADR（とくに調停）や行政型ADRも含めたADR全体の発展が、今後ますます期待されるのは疑いない。ADR法が制定されたことによってADRに対する司法政策的関心だけでなく、社会的関心もまた高まったのは間違いないが、認証制度の活用によって民間型ADRの発展が促進されるかどうかは確かではない。むしろ、ADR法の活用によってというよりも、ADR法の制約があるにもかかわらず、日本社会の多様化する紛争解決ニーズに応答するためには、民間型ADRの発

展が社会的に期待されているのではなからうか。

今回、司法制度改革審議会が司法政策としてADRの拡充・活性化を提言したのは、二一世紀のわが国の社会の「法化」に応答的な紛争解決システムの構築にとつて望ましい第一歩であつた。ただ、ADRの可能性を汲み上げるためには、二〇〇七年四月から施行されているADR法に期待するだけでは充分ではないと思われる。ADRの拡充・活性化を提言した「意見書」と、ADR法制定に向けたADR検討会の審議資料にもう一度立ち返る必要がある。さらには、アメリカのADR研究に刺激されて展開されてきたわが国のADRの理念論にも繰り返し立ち返る必要がある。

どのような理念論を説くのであれ、ADRを紛争解決システムの魅力ある選択肢とするためには、どうしても検討されなければならない三つの政策的な課題がある。第一はADRの運営コストをどのようにして確保するか、紛争当事者による利用コストをどのようにに設定するかという課題である。第二は、紛争解決の質を確保するためにADRの担当者をもどのようにして養成するのかという課題である。そして第三は、ADRの手続運営の公正性と納得性をどのように確保するかという課題である。

第一のコストについてみると、どのような民間型ADRも、現在の裁判所内の調停よりも安く利用できるとは到底考えられない。というのも、現在の調停には司法予算が投入されているために、紛争当事者はきわめて安い費用で調停を利用することができるからである。民間型ADRの運営コストが利用者以外から充分に確保できるのであれば、利用コスト問題も相当程度解消されるが、それが難しいとすれば、民間型ADRの援助が調停よりも高価な利用コストに見合う紛争解決の質をどのように利用者に提供できるかが問われることになる。²¹⁾

第二は、どのようにしてADR担当者に人を得るかという課題である。この課題は、ADRの発展にとつて決定

的に重要である。ADRに対する信頼性が得られるかどうかは、ADR担当者の質とその働きによるからである。ADRの発展には、とくに交渉促進型の調停者養成の仕組みと関係者向けの継続的な研修プログラムの実施が期待される。研修プログラムに基づく新しいタイプの調停者の養成がすでに始められているが、今後さらに、信頼できるADR担当者の養成の必要が拡大していくものと期待される。

第三はADRの手続過程をどのように制度設計するかという課題である。ADR自体は「自分で解決したい」「納得のいく解決」を求めたいという二重の意味における自主的解決への援助を求めて利用されるのであるから、両当事者が納得のいく解決を図ることができるように、合意によって手続を柔軟化することが必要になるが、それに加えて、両当事者がADR担当者と手続運営を信頼することができるとともに、手続の公正さもまた必要になる。ADRに対する社会的信頼性を得るためにも、手続運営が第三者から見た公正さを備えておくことが必要である。それをどのように確保するかが課題になる。³⁴ 紛争解決システム全体の中でのADR手続の理念的意義、裁判手続とADR手続との連携、相対交渉と裁判手続の間に位置づけられる多様なADR手続をどのように理論的に位置づけるかについては、すでにさまざまな研究が蓄積されつつあるところである。³⁵

以上の三つの課題は、いずれも、ADRの理念的基礎づけの如何に関わらず、政策的に検討されなければならない制度設計上の課題にほかならない。このように言ったからといって、ADRの理念的基礎づけが重要ではないということではない。紛争解決システムのあり方を考えるとき、その理念的基礎づけに違いがあることが、重要な意味をもつことは疑いない。理念的基礎づけの違いは、ADR担当者の養成という課題と手続運営のあり方をどうするかという課題の解決の仕方にも現れるという意味においても、重要なのである。本稿でADRの理念論にこだわったのも、そのためである。

本稿を閉じるにあたり、ADRの発展が、市民社会における紛争解決と社会秩序にもたらす社会的効果にも触れておきたいと思う。ADRの利用がもたらすのは、裁判のほかに紛争解決のために利用できる選択肢がひとつ増えるというだけではない。紛争当事者はADR担当者の援助の下で対話・交渉を積み重ねることによって、交渉能力、紛争解決能力および合意形成能力を高めることができるはずである。紛争当事者は、ADRによる紛争解決を経験することによって身につけた実践知を、その後の自分の社会生活のなかで再活用することもできるし、援助を求め他者に伝えることもできる。訴訟による紛争解決の場合には、裁判官と弁護士という専門家がもつばら職業的に法的実践知を身につけていくのが常であるのに対して、ADRによる紛争解決の場合には、ADR担当者（とくに調停者）と紛争当事者の双方が、それぞれの経験を通して、対話と交渉によって紛争を解決する実践知を豊かにすることができるといえる。それらの経験は、対話と交渉による紛争解決・政策形成・社会運営の可能性を拡大することに寄与するはずである。廣田氏もこのことを社会像に引き寄せて「極端に言えば、訴訟は公権力による介入と裁断型社会を構想し、調停は自己責任に基づく自律型社会を構想する」と述べている。このように、ADRの発展が、望ましい社会秩序形成や対話による社会運営と深い関わりをもちうるとすれば、その可能性を研究することも今後のADR研究の重要な課題になる。³⁶

- 1 これら二つの流れの前に、法曹三者が中心になった法曹養成制度改革の動きがあったのが想起される。一九八七年に法務大臣の私的諮問機関として「法曹基本問題懇話会」が発足して、一九八八年にその意見書が出された。しかしそれは司法試験制度の改革を中心とするものであった。したがって、私はここでは暫定的に、日弁連の司法改革に関する宣言を、

わが国の司法制度改革の新しい動きが登場してきた起点と考えている。というのも、この司法改革宣言のなかには、これまでの日弁連の主張と区別される改革志向が読み取られるからである。なお、田中成明氏は、司法改革論議の経過を三つに区分し、法曹基本問題懇話会の設置による一九八〇年代末から一九九〇年前半を第一ラウンド、一九九〇年代中頃からの規制緩和的司法改革論の台頭を第二ラウンド、審議会設置過程以降の改革論議を第三ラウンドと位置づけている（田中成明「司法制度改革の背景と課題について——審議会中間報告を機縁とする覚書——」『法学論叢』（二四八巻三・四号、二〇〇二）二六頁―三七頁参照。私が試みるのは、田中氏のいう第三ラウンドを用意した動きを大まかに把握することである。

2 司法制度改革に向けた動きについては、渡辺千原・葛野尋之・和田真一・上田寛「資料解説 司法制度改革の経緯と到達点」『法律時報増刊 シリーズ司法改革Ⅰ』（日本評論社、二〇〇〇）（以下「司法改革Ⅰ」という。）二一八頁―二三九頁が詳しい。土屋美明「市民の司法は実現したか」（花伝社、二〇〇五）第二部「改革への助走」も参考になる。

3 日本弁護士連合会「司法改革に関する宣言」『司法改革Ⅰ』三〇八頁。

4 日本弁護士連合会「司法改革に関する宣言」『司法改革Ⅰ』三〇四頁。すでに最初の宣言の中に、国民の司法参加の形態として陪審や参審制度の導入、抜本的には法曹二元制度の採用が提言されていた。

5 日本弁護士連合会「司法改革に関する宣言（その三）」『司法改革Ⅰ』三〇八頁。

6 斉藤浩「司法制度改革——二つの流れの合流点」『月刊司法改革一〇』五一頁参照。

7 これは一九九九年一月一九日に公表された。

8 「市民の司法」には二つの意味があるという。ひとつは官僚である裁判官が運営している司法を市民主体の司法にすること、もうひとつは中央集権的な司法を地方分権的司法へと編成しなすこと、である（宮本康昭「日弁連はどのような

司法改革を指すか」〔司法改革Ⅰ〕四〇頁参照。

9 日本弁護士連合会「司法改革実現に向けての基本的提言」〔司法改革Ⅰ〕三三〇頁。

10 宮本康昭「日弁連はどのような司法改革を目指すか」〔司法改革Ⅰ〕四二頁参照。

11 宮本、前掲論文、四二頁―四三頁。

12 これまで取り組んできた司法制度改革の内容と到達点を検証した日弁連司法改革実現本部編「司法改革——市民のための司法をめざして——」（日本評論社、二〇〇五）の出版は注目されるが、この書物の副題は「市民のための司法」となっている。なお、「市民による司法」の中心に置かれていたのは市民が裁判官を選ぶ法曹一元制度の導入であったが、これは実現を見なかった。しかし「国民の司法参加」制度としての裁判員制度が創設されことは、日弁連の立場から見ても、「市民による司法」の第一歩が実現されたことになろう。インタヴューのなかで、久保井一匡元日弁連会長は、裁判員制度が導入されたことはきわめて画期的であると評価している（日弁連司法改革実現本部編、前掲書、四四頁）。

13 「法律時報増刊・司法改革Ⅱ」（日本評論社、二〇〇一）（以下「司法改革Ⅱ」という。）一八九頁。

14 「司法改革Ⅱ」一九〇頁―一九九頁参照。

15 「司法改革Ⅰ」三三四頁参照。この報告書には「法の支配」の理念は説かれていない。

16 この第二の流れが、第一の「市民的司法改革」という流れと対比して「規制緩和的司法制度改革」と説明されているのは、「司法改革Ⅰ」二二八頁においてである。

17 自由民主党司法制度調査会「二一世紀の司法の確かな一歩―国民と世界から信頼される司法を目指して」〔司法改革Ⅱ〕（日本評論社、二〇〇二）二三八頁―二三九頁参照。なお、この報告書では、西欧的司法文化は判決により決着をつけること（法的ルールによって黑白をつけること）を基礎とする紛争解決方式であるのに対して、わが国の司法文化は「できる

だけ平和的に問題解決を図る」ものであると、ふたつの司法文化がやや図式的に対比されている。もちろんわが国の司法文化は不透明な問題解決になっている点は問題とされているのであって、わが国の司法文化が手放して正当化されているわけではない。

- 18 自由民主党司法制度調査会、前掲報告書、「司法改革Ⅱ」二二九頁。
- 19 自由民主党司法制度調査会、前掲報告書、「司法改革Ⅱ」二四〇頁。
- 20 経済団体連合会二一世紀研究所「二一世紀日本の民事司法制度を構想する」『司法改革Ⅱ』二五四頁—二五八頁参照。
- 21 経済団体連合会二一世紀研究所、前掲報告書、二五七頁参照。
- 22 佐藤幸治「日本国憲法と「法の支配」」（有斐閣、二〇〇二）、とくに第一章「法の支配」の意義を再考する」（初出は一九九五年）参照。
- 23 行政改革については、佐藤、前掲書、第五章「行政改革と「この国のかたち」」を参照。
- 24 「法の支配という理念に基づく司法改革の必要性を説いてきた代表的論者が、憲法学者佐藤幸治である」と指摘するのは、田中成明氏である（田中成明「司法制度改革の背景と課題について——審議会中間報告を機縁とする覚書——」『法学論叢』（一四八巻三、四号、二〇〇二）三三六頁）。
- 25 田中成明「転換期の日本法」（有斐閣、二〇〇〇）九〇頁—九二頁参照。
- 26 田中「転換期の日本法」とくに二五一頁—二六一頁。
- 27 小島武司「裁判外紛争処理と法の支配」（有斐閣、二〇〇〇）。なお、この書物の表題は、明せずして「法の支配」とADRの拡充の提案という「意見書」の趣旨を先取りしたものになっているといえるかもしれない。
- 28 小島「裁判外紛争処理と法の支配」一頁。「はしがき」

29 小島氏のいう「法の支配」が「正義の総量の増大」を意味することから、これは「法の支配」の「拡散した意味」に親和的であるように見えると指摘しているのは、垣内秀介「国によるADRの促進」早川吉尚・山田文・濱野亮編著「ADRの基本的視座」（信山社、二〇〇四）八三頁である。

30 小島「裁判外紛争処理と法の支配」六頁参照。

31 井上達夫「何のための司法改革か—日本の構造改革における司法の役割」井上達夫・河合幹雄編「体制改革としての司法改革」（信山社、二〇〇二）八五頁—三三頁参照。

32 土井真一氏は「審議会の議論に対して理論的・実践的側面から多大の影響を及ぼしたのが、佐藤幸治教授の憲法論と田中教授の法理論である。」と指摘している（土井真一「法の支配」論の射程—司法制度改革と法の支配」『民商法雑誌』（一三四巻）号、二〇〇六）三頁参照。なお、私には、佐藤氏と田中氏の影響力の大きさについての土井氏の指摘には全く異論はないが、「法の支配」論の流れをもう少し広く考慮したいと考えている。なお、土井氏のこの論文は、「意見書」の「法の支配」論に対する憲法学的理論からの批判に対して丁寧に反論したものである。これは「意見書」の「法の支配」論の理解を助けてくれる（土井、前掲論文、一頁—三頁参照）。

33 司法制度改革審議会意見書（以下「意見書」と略する。）は二〇〇一年六月二日に公表された。この審議会の委員長はじめ3人の中心メンバーが、有斐閣編集部との質問に答える形で意見書の内容を説明したものに、佐藤幸治・竹下守夫・井上正仁「司法制度改革」（有斐閣、二〇〇二）がある。「意見書」の公表直後に、「意見書」に対するさまざまな受け止め方が公表されている。「特集 司法制度改革審議会意見書をめぐって」『ジュリスト』（No.二〇八、二〇〇二）二五頁—八四頁、「法律時報増刊シリーズ司法改革Ⅲ 最終意見と実現の課題」（日本評論社、二〇〇二）（以下「司法改革Ⅲ」という。）、「審議会「最終意見書」を読む 各界の意見集」『月刊司法改革二二』（現代人文社、二〇〇二）三四頁—六一頁、阿部昌樹・

- 馬場健一・斉藤浩編「司法改革の最前線」(日本評論社、二〇〇二)、戒能道厚監修「みんなで考えよう 司法改革」(日本評論社、二〇〇一) 反町勝夫「司法改革Ⅱ——新時代を築く人々」(東京リーガルマインド、二〇〇一) などがある。
- 34 司法制度改革審議会意見書を受けて発表された閣議決定「政府声明」をみると、政府も、今般の改革が半世紀ぶりに司法制度を抜本的に見直す大改革であると意識していることがわかる(「司法改革Ⅲ」二七五頁参照)。
- 35 渡辺千原ほか「資料解説 司法制度改革の経緯と到達点」(「司法改革Ⅰ」二一九頁―二二〇頁参照)。
- 36 司法制度改革審議会の六三回分の審議経過と議題については、「ジュリスト」(No.二二〇八、二〇〇一) 二三七頁―二四二頁参照。
- 37 田中成明氏は、法曹人口の増員、法曹養成制度改革、裁判員制度という司法への国民参加制度の導入など、法曹内部の自主的改革によって実現困難な改革が一気に実現されたことを、今般の司法制度改革の成果として評価している(田中成明「法への視座転換をめざして」(有斐閣、二〇〇六) 九六頁参照)。
- 38 土屋「市民の司法は実現したか」第二章以下を参照。
- 39 閣議決定された「司法制度改革推進計画」の「Iはじめに」の三では、「最高裁判所、日本弁護士連合会における取組」が期待されている。松永邦男、前掲書、二〇八頁参照。
- 40 最高裁判所と日本弁護士連合会の司法制度改革推進計画の内容については、松永邦男、前掲書、二二三頁―二六七頁参照。
- 41 一一の検討会一覧および各検討会メンバーの名簿については、松永邦男「司法制度改革推進法 裁判の迅速化に関する法律」二五頁―三一頁参照。
- 42 改革の成果として成立した二五の法律については、土屋、前掲書、一六頁―二〇頁を参照。法律案の中で唯一廃案になっ

たのは、弁護士報酬の敗訴者負担制度を導入しようとした「民事訴訟費用等に関する法律の一部を改正する法律案」である（土屋、前掲書、二二二頁）。

43 司法制度改革審議会の委員名、司法制度改革推進本部の関係者名については、土屋、前掲書四五九頁―四六三頁参照。司法制度改革審議会の委員構成について法曹からの批判があったのは当然といえば当然であろう。しかし、司法制度改革のための法曹三者協議が容易に合意に達しなかったという事実を考えると、審議会の委員構成において法曹三者の比重が小さかったからこそ、これだけ大胆な司法制度改革案がとりまとめられたと言っても過言ではないであろう。

44 水野邦夫「司法制度改革審議会はどのように設立されたか」『月刊司法改革 No. 1』五六頁参照。

一九六二年の臨時司法制度調査会の委員構成との対比が興味深い。今回の審議会と大きく異なるのは、臨時司法制度調査会の場合には、二〇名の委員のうち法曹三者からの委員が三人ずつ計九人を占めていたことである。

45 審議会を公開した理由については、インタビューへの佐藤幸治氏の回答が明快である。一連の政治改革・行政改革の一環として司法改革があったこと、政治改革・行政改革の重要な柱が情報公開制度の確立であること、司法改革は国のかたちにかかわる改革だから、その審議状況を国民に公開するのは当然であること、この点について審議会の委員に異論が無かったこと、が語られている（佐藤幸治「最終意見にこめられた意味」『司法改革Ⅲ』三三頁―四頁参照）。今回の審議内容の公開の仕方が画期的であったことは、「臨時脳死および臓器移植調査会」の場合と比較してみると、よくわかる。脳死臨調のときには、委員の発言内容が公開されたのは、審議されてかなり経過した後であり、しかも発言者は匿名であった。もともと、今回の場合に、意見が大きく分かれた重要な論点については、委員個人の補足意見の表示を認めるべきではなかったかという批判もある。少数意見や補足意見の公表もひとつの見識だったといえるかもしれない（萩原金美「法の支配と司法制度改革」〔商事法務、二〇〇二〕一六頁参照。その点では、脳死臨調が多数意見と少数意見を意見書に掲載した

のは先例にならう。しかし、佐藤氏によれば、司法制度改革審議会の場合には、最初の会議では決定は過半数で決めることにされたが、議論を重ねて全員一致の結論をみたという。審議の途中には厳しい意見の対立もあったが、議論を重ねて収斂していった全員一致を見たようである（佐藤幸治「最終意見にこめられた意味」『司法改革Ⅲ』四頁参照）。

なお、司法制度改革への理解を普及させることを考えるとき、「月刊司法改革」という雑誌の発刊も特筆に値する。この雑誌は、司法制度改革に関して迅速な情報提供と時宜を得た批評を掲載することにより、司法制度改革の動きを望ましい方向に推進するのに大きな役割を果たしたといつてよいと思われる。法律時報の臨時増刊として出版された「司法改革」のⅠⅡⅢも、資料編が充実しており、司法制度改革や制度設計の動きの理解を大きく助けたのは疑いない。

46 田中「法への視座転換をめざして」九五頁—九六頁参照。

47 田中成明氏は、今般の司法制度改革には、法曹三者のギルド的体質に対する不信と批判を背景としているという消極的な面と同時に、司法の運営に携わるプロフェッションとしての法曹の役割について積極的なウイジョンを示している面があることを強調している。後者の面に関する意見書の法曹観は、国民を保護の客体と捉えがちな法曹の従来のパターンリズム的な姿勢の転換を促すという観点からも、一般の人々の法に対する相互主体的な姿勢の強化、行政から司法への法運用の主導権のシフトという法システム・法文化の転換を支援するという観点からも、きわめて重要な意義をもっているという指摘は重要である（田中「法への視座転換を目指して」九四頁参照）。

48 「意見書」『ジュリスト』No.二〇八、一八七頁。

49 「意見書」『ジュリスト』No.二〇八、一九〇頁。

50 「意見書」『ジュリスト』No.二〇八、一八七頁。

51 「意見書」『ジュリスト』No.二〇八、一八七頁。司法制度改革の背景と目的、改革の成果とその意義については、田中

「法への視座転換をめざして」とくにⅢ「日本法の行方——ポスト司法改革——」参照。

52

「意見書」の全体を貫く理念として「法の支配」が採用された事情については、佐藤氏の証言がある。それによれば、審議会でも当初は「法の支配」という言葉を使うことに若干の抵抗を覚えられる委員がおられたという。「法の支配」に代わるものとして思い浮かぶ「法治国家」という言葉はやや手垢がついた言葉であるのに加えて、「法治国家」は上からの秩序形成であるのに対して、「法の支配」には「自律的な個人から出発して、そういう自律的な個人が共生するためにどのようにして秩序形成を図るかという発想」または「個人をもう少し重視して社会の秩序形成を考えていくという姿勢」が込められていることがわかる（佐藤幸治・青山善充「特別対談 司法制度改革審議会を振り返る」『ジュリスト』No. 二二〇八（二〇〇一、一七頁—一八頁参照）。なお、「法の支配」という言葉に抵抗感をもったひとりの中坊公平氏であったことが、中坊氏の証言からもわかる。法というのは「社会生活上の道具」だから、鋸やノミのように自分たちが作って自分たちが使う道具にすぎないのに、日本人にはそういう発想がないという。中坊氏は、法は社会を合理的に運営するためのルールという道具であるという。「なるべくどこでも使っている言葉を使うべきだ」、だから「法の支配」という言葉は使わない、と述べている。さらに、今の社会では「法の支配」といった抽象的なことでは何も解決しない、「正直に『法の支配』と叫びたい」は誰も聞きません」ともいう（中坊公平「司法はなぜ変えなければならないのか」『司法改革Ⅰ』一三頁参照）。その中坊氏も「意見書」を見るかぎり、「法の支配」という言葉に同意したものと思われる。

53

「意見書」が司法制度改革の理念として掲げた日本国憲法の「法の支配」を理解するためには、佐藤幸治「日本国憲法」と「法の支配」が参照されるべきである。この著書を通して、司法制度改革審議会の会長としての佐藤氏の思想が、どのように学問的に裏付けられていたのかがよくわかる。

54

司法改革は最も根底的には体制改革として論じられるべきだという見解を批判精神も旺盛に説くのは井上達夫氏である。

その根本的な課題は「政治的意思決定システムの構造転換」であるという。このような井上氏の視点から見れば、司法制度改革をおもに紛争解決システムの再構築という視点から捉えるのは司法改革を矮小化しているように見えるかもしれない。政治改革、行政改革と連動するものとして司法改革を捉えてはじめて、体制改革の一環として司法改革を捉えることになるのである（井上達夫・河合幹雄編「体制改革としての司法改革」(信山社、二〇〇二)。もともと、体制改革として捉えるだけでは司法改革の全体が見えるわけではないであろう。なお、この書物には、同時代の司法改革論議が様々な視点から批判的に吟味されており、井上氏の論文をはじめとして刺激的な論文が収められている。

- 55 「意見書」〔ジュリスト〕No.二二〇八、一八九頁。
- 56 「意見書」〔ジュリスト〕No.二二〇八、一八九頁。
- 57 「意見書」〔ジュリスト〕No.二二〇八、二三〇頁。
- 58 「意見書」〔ジュリスト〕No.二二〇八、一八八頁。
- 59 「意見書」〔ジュリスト〕No.二二〇八、二〇九頁。
- 60 田中成明「法学入門」(有斐閣、二〇〇五)二四八頁。六本氏の見解も参照(六本佳平「市民が向き合う 法の世界」(放送大学教育振興会、二〇〇四)一九三頁―一九七)。
- 61 田中氏は、英米の「法の支配」とドイツの「法治国家」を統合して「法治主義」と理解することも理論的には十分可能であるが、両者には無視できない相違もあるから、「法の支配」と「法治国家」を区別するのが適切だという(田中「法学入門」(有斐閣、二〇〇五)二四八頁)。
- 62 和田仁孝「法治化社会における自律型ADRの可能性——法による支配の脱構築——」〔吉村徳重先生古稀記念論文集 弁論と証拠調べの理論と実践〕(法律文化社、二〇〇二)一三〇頁―一三六頁参照。

63 和田「法化社会における自律型A D Rの可能性」一三五頁—一三六頁参照。

64 和田「法化社会における自律型A D Rの可能性」一三六頁参照。

65 ここで私のいう「法律万能思想」は萩原金美氏のいう「特殊日本的な形式的法治主義」または「擬似的法の支配」の思想に相当するかもしれない（萩原金美「法の支配と司法制度改革」一四二頁参照）。萩原氏は真の意味における「法の支配」と擬似的な「法の支配」を鋭く区別する。氏は、擬似的な法の支配を打破する各論を提言しなければ、真の意味における法の支配を確立することはできないと考えている。意見書にはその各論的な提言がないというのが萩原氏の批判である。氏はA D Rを行政的規制の下に置くのではなく、民間サイドから自生してゆくA D Rの成長・発展、個別的紛争処理の地平から自生してゆくという意味での私的自治の貫徹を重視している（萩原「法の支配と司法制度改革」五八頁も参照）。

66 たとえば、中坊公平氏が「理念先行型」という表現を採用していたのが想起される。氏は裁判は納得であるという考えと、法は社会生活上の道具だという考えを強調する。それゆえに、「私は、とにかく「法の支配」という言葉は使わない。なるべくどこでも使っている言葉を使うべき」と述べている。氏は「法の支配」という言葉の使用に、社会を合理的に運営するための道具にすぎない法を、なにか道具以上のものと考えたいという意図を読み取っている。氏は法を徹底して道具とみることにより、社会にも弁護士にも強固にみられる「お上依存、官依存」思想の克服を求める。自分の頭で考え、自分が理解できる言葉で語ること、法が道具である以上、固定的に見てはいけないうこと、自分たちが使いやすいように作ることができることを強調しているのである。法の呪縛を解く必要をこれだけわかりやすく説得力をもって説くことは難しいに違いない（中坊公平「司法はなぜ変えなければならないか」「司法改革Ⅲ」九頁—一五頁参照）。

67 田中成明氏は、「…法システムの中枢に位置すべき司法制度の強化充実を導く理念もまた、法システム内在的なものではないならば、このような法内在的な理念としては、日本国憲法の基本的理念でもある「法の支配」において他にないで

- あろう」と指摘している（田中「司法制度改革の背景と課題について——審議会中間報告を機縁とする覚書——」三六頁。）
- 68 たとえば、「法の支配」を特集している『社会科学研究』（東京大学社会科学研究所紀要、第五六巻五・六合併号、二〇〇五）号、日本法哲学会編『現代日本社会における法の支配 法哲学年報二〇〇五』（有斐閣、二〇〇六）、高橋和之「司法制度と憲法的枠組み——法の支配と司法権——」『公法研究』六三号（二〇〇二）、井上達夫「法の支配——死と再生——」『法の臨界（Ⅰ） 法的思考の再定位』（東京大学出版会、一九九九）、小堀樹・吉野正・寺井一弘「法の支配と弁護士役割」日本弁護士連合会編『二一世紀弁護士論』（有斐閣、二〇〇〇）、阪本昌成「法の支配——オーストリア学派の自由論と国家論」（勁草書房、二〇〇六）などを参照。
- 69 「法の支配」という法思想は法思想史の文脈の中に繰り返し立ち現れてきていることは注目される。三島淑臣「法思想史（新版）」（青林書院、一九九三）のうち、とくにプラトンの「人の支配」から「法の支配」への推移（七一頁）、中世における「法の支配」（二六二頁）、ルソーにおける「法の支配」（二六四頁）を参照。
- 70 「意見書」「ジュリスト」No.二〇八、一八九頁。
- 71 「意見書」「ジュリスト」No.二〇八、二〇八頁。
- 72 そのひとつが井上達夫氏の「法の支配」の理念化プロジェクトと名付けられた構想である。氏は「法の支配」に現代的な再生可能性を理論的に根拠づけようと試みている。民主政における「法の支配」の現代的再生のために、これまで試みられてきた形式化、実体化、プロセス化の各プロジェクトの批判的な吟味の上に立って、新たに「理念化プロジェクト」が提示されているのは注目される（井上達夫「法の支配——死と再生——」『法の臨界（Ⅰ） 法的思考の再定位』二〇七頁—二三三頁）。
- 73 佐藤幸治・竹下守夫・井上正仁「司法制度改革」（有斐閣、二〇〇二）一九頁。

74 田中成明「法への視座転換をめざして」九七頁。

75 この総論的な提言がなされたにもかかわらず、総論に対する各論としての具体的提言が全く示されていないと厳しく批判しているのは、萩原金美氏である。氏は「意見書の総論と各論の間には甚だしい乖離がみられる」と指摘する（萩原金美「法の支配と司法制度改革」(商事法務、二〇〇二)三頁。

76 「意見書」『ジュリスト』No.二二〇八、一八七頁。

77 「意見書」『ジュリスト』No.二二〇八、一八九頁。

78 この「中間報告」について検討したものに、『臨時増刊 司法改革と国民参加 司法制度改革審議会中間報告をめぐって』(『ジュリスト』No.二一九八(二〇〇二))。

79 座談会「司法制度改革審議会中間報告をめぐって」『ジュリスト臨時増刊』No.二一九八(二〇〇二)一〇頁―一一頁の高橋和之氏の発言参照。この高橋氏の基礎にある考え方、とくに「法の支配」に関する考え方については、高橋和之「司法制度と憲法的枠組——法の支配と司法権」『公法研究』六三号(二〇〇二)一頁―三三頁も参照。高橋氏は、日本国憲法の「法の支配」を、フランス的な国民主権モデルで捉え直そうと試みている。なお、この高橋氏の批判に対しては、佐藤幸治氏の憲法學理論をふまえた土井真一氏の丁寧な反論がなされていて、教えられることが多い。土井氏の論文は「法の支配」に関する憲法學的見解の違いについても理解を助けてくれる(土井真一「法の支配」論の射程」『法学論叢』(一三四卷一)号、二〇〇六)一頁―三一頁)。

80 田中「法への視座転換をめざして」九七頁。

81 萩原「法の支配と司法制度改革」一九頁。これは「法の支配」の理念を積極的に推し進める立場から、意見書の各論を批判するものである。

- 82 萩原「法の支配と司法制度改革」二〇頁参照。
- 83 齊藤浩「司法改革と民主主義―改革におけるいくつかの構造的論点」阿部昌樹・馬場健一・齊藤浩編「司法改革の最前線」(日本評論社、二〇〇二)一八頁―二二頁参照。
- 84 齊藤「司法改革と民主主義」一九頁。なお、齊藤氏は、この論文に行政に関する改革要綱案を提案しているが、その提案には説得力がある(齊藤、前掲論文、二二頁)。
- 85 「意見書」[ジュリスト] No.二〇八、一八八頁。
- 86 「意見書」[ジュリスト] No.二〇八、一九〇頁。
- 87 「意見書」[ジュリスト] No.二〇八、一八七頁。
- 88 「意見書」[ジュリスト] No.二〇八、一八九頁。
- 89 「意見書」[ジュリスト] No.二〇八、一八九頁。
- 90 「意見書」[ジュリスト] No.二〇八、一九九頁。
- 91 「意見書」[ジュリスト] No.二〇八、二〇三頁参照。なお、この「意見書」を制度化するために、司法制度改革推進本部に設けられた司法アクセス研究会の検討を経て、「総合法律支援法」が制定され、それに基づいて「日本司法支援センター」が創設されたのは、特筆に値する。
- 92 「意見書」[ジュリスト] No.二〇八、一八九頁。なお「潤いのある」という表現は、「潤いのある」生活環境、「潤いのある」まちづくりなどとして、自治体などの報告書などにしばしば登場する。法や裁判との関連では、戦後初期に、三宅正太郎「裁判の書」に「裁判のうるおい」という短いエッセイがあったのが想起される。表題では「うるおい」であるが、文中では「潤い」となっている。故三宅氏のこの書は著作集の一冊として復刻出版された(三宅正太郎「裁判の書」(慧文

社、二〇〇六）七三頁―七五頁参照）。それによれば、司法官が一般の行政官から独立して裁判に専念できることには弊害もあるという。その弊害とは「潤いのない」裁判のことである。徳川時代のように裁判官が行政官でもあって、裁判の基礎をなす社会事情についても自分に一半の責任があると裁判官が考えているとしたら、「その裁判には多分の潤いがあるであろう」と、故三宅氏は考えている。現在は裁判官の独立が保障されているので、国民の責任を厳しく問うことに裁判官の力が注がれることになりがちである。しかも裁判官が国民の訴えを聴こうとしないのであれば、国民は泣き寝入りや余儀なくされてしまう。「潤いのある」裁判とは、裁判官が法だけを過酷に適用するのではなく、被告人の責に帰すべきでない事情は被告人に有利に配慮しうる裁判のことであろう。

93 「意見書」『ジュリスト』No.二二〇八、二二四頁参照。

94 井上氏は、「何のための司法改革か」を虚心坦懐に考え直してみる必要があると述べるとともに、「規制緩和論的司法改革論」と「弱者保護的司法改革論」のいずれによっても的確に捉えることができない現代日本社会の病理に焦点を当て、社会過程における「法の支配」の意義を明らかにしようとしている（井上達夫「何のための司法改革か——日本の構造改革における司法の役割」井上達夫・河合幹雄編「体制改革としての司法改革」（信山社、二〇〇二）二八五頁）。

95 井上「何のための司法改革か」二八九頁参照。

96 井上「何のための司法改革か」二九二頁参照。

97 井上「何のための司法改革か」三一九頁。

98 「意見書」『ジュリスト』No.二二〇八、一八七頁。萩原、前掲書、二二頁―二五頁参照。

99 これについては、高橋裕「司法改革におけるADRの位置」『法と政治』（五一巻一号、二〇〇〇）における詳しい検討が参考になる。とくに三八〇頁―三九四頁参照。

100 国によるADRの推進とはどのような意味を持ち、どのような問題性をはらむのか、という基本的な政策問題を真正面から論じているのは、垣内秀介氏である。氏は、ADRに対する国の態度には、国によるADRの推進と、国によるADRの規制という二つの方向があることを明確に区別したうえで、前者の方向に限定して問題の整理をしている。ADRの推進の制約原理として「私的自治」「裁判を受ける権利の保障」「法の支配」が論じられているのは興味深い。(垣内秀介「国によるADRの推進」早川ほか編著『ADRの基本的視座』六一頁―九二頁参照)。

101 「意見書」『ジュリスト』No.一二〇八、二〇一頁―二〇三頁参照。

102 すでに、自由民主党司法制度調査会は、すでに二〇〇一年四月五日の「中間提言1」のなかに、司法制度改革審議会の大詰めの審議に影響を与えることを意図して、「裁判外紛争処理制度の充実」を提言していた。そのなかに、「ルールと自己責任」に基づくこれからの社会では、実情に即したきめ細やかな解決策をもたらすことの可能なADRの意義はますます高まると指摘されていた(『司法改革1』二八三頁―二八四頁参照)。

103 「意見書」『ジュリスト』No.一二〇八、六五頁―六八頁参照。

104 多様な制度を用意することは、市民に多様な法的解決の場を提供するという意味で重要であることから、「法の支配を貫徹するのがADRの存在意義」であるという意見もある(東京弁護士会法友会編『司法改革の到達点と課題』(現代人文社、二〇〇五)三〇頁参照)。しかしながら、「意見書」はここまで強く「法の支配」とADRを結び付けていないと思われる。

105 小島武司「仲裁とADR」の創刊によせて」仲裁ADR法学会『仲裁とADR Vol.1』(商事法務、二〇〇七) i頁。

106 「意見書」『ジュリスト』No.一二〇八、二〇一頁。

107 萩原「法の支配と司法制度改革」五九頁。

108 廣田氏は、ADRは訴訟の代替であるというADR理解は、ADRが訴訟の従たる存在であると認めているという印象

を与え、ADRの真の姿を見えにくくしている、と指摘する。氏によれば、ADRには裁判と異なる独自の存在理由があるから、そのことを明確にするような用語法が採用されるべきなのである。したがって、いわゆるADR法が、裁判を意識するような「裁判」の語や、裁判を上位におくような「裁判外」の語を用いているのは適切ではない、ということになる（廣田尚久「紛争解決学（新版増補）」（信山社、二〇〇六）三二八頁—三二二頁参照）。ただ、適切な用語法がないことと、便利であることから、「紛争解決学（新版増補）」のなかでも、ADRおよび裁判外紛争解決という用語法が用いられている。廣田氏のこのような用語法へのこだわりは、ADRに対する理念的意味づけと無関係ではないのもちろんである。

109 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・大田勝造・阿部昌樹編『交渉と紛争処理』（日本評論社、二〇〇二）六九頁—七三頁参照。そこには、司法効率化説、政策的救済説、質的優位説の三つが取り上げられている。ADRの目的論のこの三分類については、垣内秀介「国によるADRの推進」早川ほか編著『ADRの基本的視座』が参考になる。氏はこれらの三つを「国によるADRの推進」という観点から検討している。なお、ADRだけでなく、全体システムにおける裁判の位置づけについての論文も、ADRの位置づけを考えるときに参考になる。たとえば、佐藤彰一「裁判は何のためにあるか」和田仁孝・大田勝造・阿部昌樹『交渉と紛争解決』参照。

110 小島武司「司法制度改革とADR—ADRの理念と改革の方向—」『ジュリスト』No.1207、一一頁—一二頁、小島武司「紛争処理制度の全体構造」『講座民事訴訟①民事紛争と訴訟』（弘文堂、昭和五九）、小島武司編著「調停と法 代替的紛争解決（ADR）の可能性」（中央大学出版会、一九八九）三頁—七頁参照、小島武司「裁判外紛争処理と法の支配」参照。

111 小島氏の「正義の総合システム」を表わす同心円的構造図については、小島武司「紛争処理制度の全体構造」編集代表

新堂幸司／編集責任小島武司・萩原金美「講座民事訴訟①—民事紛争と訴訟—」（弘文堂、昭和五九）三六〇頁を参照。なお、小島説に対しては、故井上治典氏の批判がある。井上氏によれば、第一に、小島説が裁判の基準に着目して、裁判による法的基準が裁判外に波及していくことを重視しているのに対して、井上説は法的基準の過大視に懐疑的で、裁判外の「日常的コミュニケーションの論理」を裁判に取り入れて裁判を「裁判外化」することを課題とする。第二に、小島説は裁判を突出した一峰とみる「富士山志向」であるのに対して、井上説は裁判を他の方式と同等と見る「八ヶ岳志向」である。第三に、小島説は裁判まで来れば最終項と見る立場に結びつきやすいのに対して、井上説は裁判は解決過程の中間項であつて、裁判から出た後も交渉やあつせんが続いていくことを当然のこととみる。第四に、訴訟を法的基準による裁断として他の方式と異質のものとして捉えるのに対して、井上説は訴訟も他の方式と同質の連続的なものにとらえ、そこにも当事者の自律性を取り込む必要があるとみる（井上治典「講&Q 紛争と手続き——民事裁判とその周辺——」（放送大学教育振興会、一九九三）八三頁—八四頁参照）。

井上説と小島説を対比しながら、井上氏の小島説に対する批判は一面的であると指摘しながらも、それぞれのメリットを汲み上げているのは、田中成明氏である。氏は「正義の総合システム構想のほうに、実体と手続の両面を視野に入れている点で、考え方の基本的な枠組みとしては適切だと思われる」と評価したうえで、小島説では、裁判機能が判決中心にとらえられている、その手続過程の独自の意義が必ずしも十分に位置づけられていない、訴訟と調停を対比的にとらえすぎている、と批判している（田中成明「転換期の日本法」（有斐閣、二〇〇〇）五六頁参照）。氏は、「訴訟と訴訟外方式とを当事者間の理性的な対話に基づく自律的な紛争解決活動として総合的にとらえ、複数の紛争解決方式間の相互乗り入れの選択を強調する井上の見解を機軸に据えて、実務担当者や利用者の意識変革をはかることが先決」と書いている（田中「転換期の日本法」五六頁）。

廣田氏も、小島説との対比において、氏自身の見解を提示するとともに故井上治典氏および和田仁孝氏の見解に対する検討を試みている（廣田「紛争解決学（新版増補）」二〇二頁―二〇七頁参照）。和田氏も、「全体的な紛争処理システムの連関と機能化という論点」に着目する小島氏の功績が大きいことを認めたくえで、小島説を序列型全体システム・モデルとみてその問題性を批判している（和田仁孝「民事紛争処理論」（信山社、一九九四）九七頁―一〇二頁参照）。氏によれば、小島説の問題性は、紛争処理機関間の序列構造を前提としていること、規範レベルの交流に焦点を絞ったことに起因する（和田「民事紛争処理論」九九頁）。和田氏は、井上説に対しても、小島説の紛争処理機関の序列的モデルを批判する並列的なモデルは紛争当事者の機関利用行動に近いことに、親近性を示す。また、廣田説に対しても、親近性を示しながら、紛争「解決」規範の多様性に着目したきわめてダイナミックなモデルが提示されているという。両氏のモデルにおいても、和田氏は、いかなる紛争処理手続も紛争処理主体＝当事者の水平的交渉のなかに動員されていくものにはすぎないという点が充分に表現されていないと批判する。和田氏が重視するのは、当事者間の水平的交渉関係に正当な重みを与え、各紛争処理機関をそこに動員される通過点として措定することである（和田「民事紛争処理論」一〇〇頁―一〇一頁参照）。

112 このような見解は少なくないと思われる。

113 小島武司「司法制度改革とADR—ADRの理念と改革の方向—」『ジュリスト』No.二二〇七、一二頁。

114 小島、前掲論文二二頁。

115 小島、前掲論文一八頁。

116 小島「裁判外紛争処理と「法の支配」」一二頁参照。

117 大澤恒夫「法的対話論」（信山社、二〇〇六）二〇頁参照。「対話」とは「憲法の要請する「個人の尊重」に基づく自己決定の相互的な尊重に立脚した社会運営にとつて不可欠のプロセス」である（大澤「法的対話論」二二八頁）。

- 118 大澤「法的対話論」五四頁―五五頁参照。
- 119 大澤「法的対話論」六四頁。
- 120 大澤氏は、小島氏の「正義の総合システム」の図を修正して、「正義の総合システムと弁護士との役割」対話を通じた予防と解決の援助」と題した図を掲載している（大澤「法的対話論」六四頁参照）。
- 121 民事紛争解決制度を設計するに際して、ADRのあり方を検討するためにはまず調停を対象に選び、「調停を、調停者の援助を受け、当事者が交渉を行い、私的自治の再生を図る制度と再構成」しようと試みたものとして、山田文「調停における私的自治の理念と調停者の役割」『民商法雑誌』四七号（二〇〇一）二二八頁―二三四頁を参照。氏は、調停を、「裁判との関係で捉えるよりも、私的自治の原点に立ち戻って、当事者間の交渉を促し権利関係の改訂・創設を目指す制度として再規定することが有益」と述べている。さらに氏は、当事者の手続的地位の保障と交渉の円滑化に重点を置き、その自律的決定を実質化する方向を採用しながらも、当事者に過剰な自己責任を負わせないように、調停者の積極的な手続運営と情報提供を重視している。なお、山田氏は、「司法の一翼たる民事調停」の手続的考察が「調停者のパートナーリスト」クナ介入と私的自治の緊張を、常にはらむ」ことを鋭く認識している。
- 122 廣田「紛争解決学（新版増補）」二八五頁―二八六頁参照。
- 123 ADRも訴訟も近代から発するこれら二つの流れに基礎をおくというのは歴史的認識のようにみえるが、近代では国家の司法作用としての訴訟と当事者間の合意を基本とする自主的解決は同等の価値をもつものとして設計されていたはずというのであるから、これは理論的な認識と考えるのがよいと思われる。
- 124 廣田尚久「紛争解決手段としてのADR——訴訟との比較を通して——」『ジュリスト』二二〇七号（二〇〇一）二二頁―二三頁参照。氏はADRの「理念と現実の乖離」から、ADRの「理念への回帰」への動きを簡明に論じている。

125 「和解仲裁所」構想については、廣田「紛争解決学（新版増補）」三三八頁―三三六頁に簡潔な説明が示されている。より詳しくは、廣田「民事調停制度改革論」、廣田尚久「和解仲裁所」の構想について」小島武司・伊藤眞編「ADRの実際と理論Ⅰ」（中央大学出版会、二〇〇三）を参照。これらの著書・論文を通して、氏のいう「理念型ADR」の制度的構想がどのようなものかを知ることができると同時に、ADRの制度設計を根底的に考えるところのようなことを学ぶことができる。

126 廣田「紛争解決学（新版増補）」三二五頁―三二八頁参照。なお、廣田氏は、ADRの基本的理念を考察するにあたって、最初に発せられる問いは「ADRは司法の範疇に入るか否かというものでなければならぬ」と述べているのが注目される（廣田「民事調停制度改革論」七八頁）。廣田氏はわが国ではADRの本質に関する理解が貧弱だと認識しているが、その理由はおもに「ADRは司法の範疇に入るか否か」を曖昧にしたままADR論議が進められている点に求められている。

127 廣田「紛争解決学（新版増補）」三二七頁。

128 民間型ADR、行政型ADR、司法型ADRのそれぞれがどの程度利用されているかの実績による比較については、廣田「紛争解決学（新版増補）」二九〇頁―二九二頁参照。二〇〇四年の数値で見ると、裁判所の扱っている事件数（民事調停、家事調停、裁判上の和解）は全部で約六九六〇〇件、行政型ADRと民間型ADRはあわせて年間約一五〇〇〇件と試算されている（なお、この試算に際しては、消費生活センターや消費者センターはADR機関に含まれていない。したがってこれらのセンターでのあつせん件数なども含まれていない）。

129 廣田「民事調停制度改革論」二三頁。

130 廣田「民事調停制度改革論」一七九頁―一八〇頁参照。

131 廣田「紛争解決学（新版増補）」三二七頁。廣田氏は、「少なくとも国家権力の介入なしで解決する方が望ましい」と続

- けている。なお、権力的紛争処理システムと非権力的なそれとを対比して考察したものとして、早川吉尚「紛争処理システムの権力性とADRにおける手続の柔軟化」早川ほか編著「ADRの基本的視座」三頁―二〇頁が参考になる。
- 132 廣田「紛争解決学（新版増補）」二六頁。
- 133 廣田氏は、規制緩和や自己責任が叫ばれるようになってきたことは、「私的自治」の発動を促し、その価値に期待を寄せようになってきたことでもあるという。
- 134 廣田「紛争解決学（新版増補）」一五頁。
- 135 廣田「紛争解決学（新版増補）」一五頁。社会的基盤が整った社会における現実的な「私的自治」を社会学的な意味における「私的自治」と名づけておこう。
- 136 廣田「民事調停制度改革論」八七頁。
- 137 廣田「紛争解決学（新版増補）」三〇一頁。
- 138 廣田「紛争解決学（新版増補）」九二頁―九三頁参照。
- 139 紛争解決システムの権力性の有無に着目して、裁判システムという権力的紛争処理システムとそれに対するアンティテーゼとしてのADR（権力性を孕まない形で生み出された調停 mediation）とを対比して考察したものとして、早川尚吉「紛争処理の権力性とADRにおける手続の柔軟化」早川ほか編著「ADRの基本的視座」三頁―二〇頁参照。
- 140 棚瀬孝雄「裁判外紛争解決の理念と実践」小島武司・伊藤眞編「裁判外紛争処理法」（有斐閣、一九九八）一九頁。
- 141 棚瀬、前掲論文、一九頁。
- 142 棚瀬、前掲論文、一九頁。
- 143 棚瀬、前掲論文、二二頁。

144 棚瀬、前掲論文、二二二頁。

145 棚瀬、前掲論文、二二二頁。

146 和田仁孝「法化社会における自律型ADRの可能性——法による支配の脱構築——」〔吉村徳重先生古稀記念論文集 弁論と証拠調べの理論と実践〕（法律文化社、二〇〇二）一三八頁参照。

147 和田「法化社会における自律型ADRの可能性」一三八頁。

148 和田「現代における紛争処理ニーズの特質とADRの機能理念——キユアモデルからケアモデルへ——」早川ほか編

「ADRの基本的視座」一七七頁。

149 和田「現代における紛争処理ニーズの特質とADRの機能理念」一八〇頁。

150 和田氏が「解決」ではなく、「処理」を自覚的に用いていることには充分な理由があるが、私自身は、廣田氏に倣い、当事者が「自分の紛争を解決したい」と思っていることを重視して、「処理」よりも「解決」が望ましいと考えている（吉田勇「紛争解決システムの競合と連携——紛争の「法的解決」と「非法的解決」——」吉田勇編「法化社会と紛争解決」（成文堂、二〇〇六）二五頁—二七頁参照）。

151 和田「現代における紛争処理ニーズの特質とADRの機能理念」一八〇頁。

152 棚瀬、前掲論文、一四頁—一五頁参照。

153 棚瀬、前掲論文、一四頁—一五頁参照。

154 棚瀬、前掲論文、一五頁。

155 例示されているのは、一定の訴訟事件を審理の前に弁護士の仲裁に回し、異議あるものだけを審理に回す強制仲裁制度、退官した裁判官の前で模擬弁論を行い、その判断をみて当事者が話し合いを進める *rent-a-judge* といわれる制度、医療過

- 誤事件における専門家パネルが事件のスクリーニングを行う制度などである（棚瀬、前掲論文、一五頁参照）。
- 156 棚瀬、前掲論文、一八頁。
- 157 「二流の正義」の押し付けというADR批判が生じるのも、ここにおいてである（棚瀬、前掲論文、一八頁参照）。
- 158 棚瀬、前掲論文、一八頁。
- 159 和田「現代における紛争処理ニーズの特質とADRの機能理念」一八〇頁。
- 160 和田、前掲論文、一八七頁。
- 161 和田、前掲論文、一八八頁―一九二頁参照。
- 162 和田、前掲論文、一九二頁。
- 163 和田、前掲論文、一九三頁。
- 164 和田、前掲論文、一九七頁。
- 165 棚瀬、前掲論文、二四頁。
- 166 棚瀬、前掲論文、二四頁。
- 167 棚瀬、前掲論文、二三頁。
- 168 ADR法の逐条的な解説としては、内堀宏達「ADR法 概説とQ&A（別冊NBL No.100）」（商事法務、二〇〇五）、日本弁護士連合会ADRセンター編集「最新ADR活用ガイドブック―ADR法解説と関係機関利用の手引」（新日本法規、二〇〇六）参照。逐条的解説に加えて、立法にいたる経緯と立案段階の各種資料を収録したものとして、小林徹「裁判外紛争解決促進法」（商事法務、二〇〇五）が有益である。
- 169 青山善充「日本におけるADRの将来に向けて――「ADR検討会」座長レポート――」小林「裁判外紛争解決促進法」

五一五頁―五三二頁。この座長レポートは、ADRに関する学問的蓄積も十分でない中で、全く新しい法律を創造する難しさを何とか乗り越えて「ともかくもADR法を世に送り出すことができた」安堵感も感じさせるが、それと同時に「多くの中長期的な課題」が積み残されていることの十分な自覚も示している。

170 小林「裁判外紛争解決促進法」一五四頁参照。

171 廣田「紛争解決学（新版増補）」三三〇頁―三三八頁参照。氏はADR検討会の委員のひとりであったが、ADR検討会の審議状況の問題点について証言している。そのうえで、氏はこの法律に反対である理由を二項目にわたって明らかにしている。ADR法にこれほど多くの重要な欠陥がある以上、「この法律によってADRが拡充・活性化する姿を、思い浮かべることはできない。もしADRを発展させようとするのであれば、この法律の外にその可能性を求めなければならぬであろう」という厳しい見方が示されている。ADR検討会委員としてADR法の立法作業に加わった廣田氏の無念さがこの表現から伝わってくる。私の感じている危惧も、廣田氏がすでに指摘した理由に教えられたものである。

172 廣田「紛争解決学（新版増補）」三三〇頁―三三二頁参照。氏は規制色の濃厚な条項が定められていることを指摘している。規制面の強いADR立法論議を批判したものととして、中村芳彦「ADR立法論議と自律的紛争処理志向」（早川ほか編著「ADRの基本的視座」）三三三頁―三七九頁参照。

173 ADR法の「認証制度」の問題性を指摘するものとして廣田「紛争解決学（新版増補）」のほかに、福井康太「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——」（『版大法学』（第五四卷第三号、二〇〇四）八四頁）九四頁がある。

174 廣田「紛争解決学（新版増補）」三三三頁参照。廣田氏は、もともと司法制度改革審議会意見書では弁護士法第七二条の規制を緩和することによってADRの拡充・活性化することが期待されていたという。しかし日本弁護士連合会も弁護

士以外の法律専門職のおかたの全国組織も、認証制度の導入に賛成したという。さらに、認証制度の導入によってADRのイニシアティブをとろうとする日弁連と、ADRに参画することによって弁護士法第七二条の規制を緩和させようとする弁護士以外の法律専門職との異趣同舟であるという指摘も注目される(廣田「紛争解決学(新版増補)」三三三頁)。

175 ADR法第六条「認証の基準」の五の規定である。

176 廣田「紛争解決学(新版増補)」七二頁―七三頁。調停人・仲裁人に人を得るために、教育カリキュラムの編成、調停人・仲裁人をトレーニングする手法の確立、継続教育を受ける機関の設置が必要とされている。なお、萩原氏は、ADRの担い手としての非法曹の専門家に対する警戒感を隠さない。氏は「ADRの担い手としては法曹と非法曹の専門家の協同を考えるのが正しいと思う」と述べている(萩原「法の支配と司法制度改革」五九頁)。氏の心配は、「ADRの担い手としての準法曹は過去の経験に徴してADRを自己完結的なものとして運用する傾向ないし危険性」に向けられている。準法曹によるADRの運用において氏が心配するような傾向がみられるならば、ADRを利用する紛争当事者自身もはや納得しなくなっていくのではなからうか。ADR担当者に対する研修等によって、氏の心配はかなりの程度解消されていくのではないかと期待したい。

177 シンポジウム「ADR法の評価と課題」における守屋発言(仲裁ADR法学会「仲裁とADR」Vol.1(商事法務、二〇〇六)九〇頁)を参照。

178 守屋明発言を参照(仲裁ADR法学会「仲裁とADR」Vol.1、九〇頁)。守屋氏は、認証ADR制度のディレンマは、「身近でかつ専門的な法的手続であるとともに、その利用者の紛争解決ニーズにこたえるという、いわば二兎を追っているところにある」と指摘する。問題はこのディレンマをどのように乗り切るかである。守屋氏は民間型ADRがこのディレンマを乗り切ることは困難であることを自覚しているが、ディレンマを克服する方向も示唆している。ひとつは、ADR

に固有の権利保障機能を論じることができると、もうひとつは、ADRの当事者支援機能を、当事者間の合意形成を助けた当事者自身による私的な関係調整の援助という側面に限定したうえで、ADRの関与の公平性を確保するために、ADRが実質的に依拠する処理基準を当事者に明示するということを重視すること、であるという。守屋氏は、裁判のもつ狭義の権利保障の代替的機能を担うのでもなければ、純粹な当事者支援を実施するのでもない、中間的なADR領域を積極的に確認しようとしているのが注目される（『仲裁とADR』Vol.1、九二頁）。

179 廣田「民事調停制度改革論」、九二頁。

180 廣田「民事調停制度改革論」九二頁。

181 「解決の質を論ずるときに、その尺度を短い言葉で表現するとすれば、正義の実現と当事者の納得であろう」という廣田氏の指摘は重要である。

182 制度利用者の視点から当事者主導のADRの手続過程を論じたものとして、中村芳彦「ADRの立法論議と自律的紛争処理志向」（早川ほか編著「ADRの基本的視座」二二三頁―二七九頁）が参考になる。氏は、手続過程のあり方がADRの質を担保する重要な要素であることを認めたくえて、手続過程の重視は手続規律のルールの法制化と同じではないと指摘する。氏の用語法からすれば、ADR法の認証制度は「いわば権威としての信頼性」を重視したものとなるが、中村氏は利用者にとつてのADRの信頼性の基盤を「利用しやすさ、親切、わかりやすさ、自主性の尊重、納得といった点」に求めているのは示唆的である。なお、アメリカにおけるADRのルールの動きについては、山田文「ADRのルールの意義と変容——アメリカの消費者紛争ADRを例として——」（早川ほか編著「ADRの基本的視座」二二頁―四〇頁）参照。

183 守屋明氏は、多様なADR手続を、権利生成の過程の多元性に着目しながら、「裁判補完的ADR」と「市民応答的ADR

「R」に類型化しているのは興味深い。氏は二つの類型のADR手続をいずれも司法システムに組み入れているが、多様なADRをすべて司法システムに組み入れて理論化するのは、ひとつの有力な司法政策的な立場であるが、ADR手続の多様性をもう少し重視する見解もありうるのではなからうか。ただ「非法化的権利生成」の意義を明確にしている点には教えられるところが多いが、「ADR手続も含む紛争処理システムが市民の権利実現への諸配慮を制度化したシステムである」というるためには、当該システムにおいて実現される利益や価値が実体的もしくは手続的に見て法的に正当なものとなされることが必要である」(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)二二四頁。)という考えであるとすれば、ADRに権利生成の過程を読み取るために、法的正当性が少し強調されすぎているのではなからうか

184 廣田「民事調停制度改革論」六一頁。廣田氏のADR論には、法理論が展開されているというだけでなく、社会哲学的な基礎づけがなされていることが、このような箇所にも明らかである。

185 廣田氏のADR論も大澤恒夫氏のADR論も、望ましい社会像を描いているのは注目される。なお、ADRを現代市民社会論のなかに位置づけた論文として、井上匡子「ADRの現代的意義と市民社会——社会構想としてのADR論」名和田是彦編「社会国家・中間団体・市民権」(法政大学出版会、二〇〇七)三九頁―六五頁も参照。