

民事手続法としてのADR法

—— 裁判所との関係を中心に ——

河 崎 祐 子^{*}

はじめに

- I 制度改革の可能性——自主性と活性化
 - II 制度内改革の模索——ADR観の対立
 - III 制度内改革の断念——「法による」紛争解決
 - IV 考察——ADR法制定の意義
- おわりに——民事手続法としてのADR法

はじめに

2014年3月17日、「ADRに関する検討会報告書」が公表された。同報告書は、2004年11月19日に成立した「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）の施行から7年を経て、同法附則2条が予定する施行後の実施状況及び所要の措置についての検討結果をまとめたものである¹⁾。全34条から成るADR法は、冒頭4条の総則規定を除いたその大部分を民間紛争解決手続業務の認証に関する規定が占めており、ゆえにこのたびの検討も認証制度に議論が集中した。同報告書によれば、2014年3月17日現在で認証事業者数は128に上り、その取扱分野也多岐に渡るが、事業実績には事業者間で大きなばらつきがあり²⁾、全般的にみると停滞感を否めない。そこで、こうした現状にあ

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第13巻第3号 2014年11月 ISSN 1347-0388

※ 信州大学法曹法務研究科准教授

- 1) 同報告書及びADRに関する検討会の議事録等は、法務省の以下のホームページで公開されている（http://www.moj.go.jp/housei/adr/housei09_00036.html）。同報告書の概要については、鈴木昭洋「認証ADRの現状とADR法に関する検討会報告書の概要」法律のひろば67号（2014年）14頁以下参照。

る認証ADRのより一層の活性化のために、ADR立法時に法制化を見送られた幾つかの法的措置についても改めて検討がなされたが、いずれも具体的な改正提言には至らなかった。この一方で、検討にあたったある委員からは、非認証ADRについては「かなり拡大して」いるので、非認証ADRを含めた日本のADR制度全体を鳥瞰し、認証ADRの位置や機能を再構成していく場を設けてはどうか³⁾といった声もあがった。確かに、認証制度が一定程度定着したいま、大きくADR全体を捉えてADR法の意義を改めて問い直してみることは十分意味のあることであろう。そのためにはまず、裁判外で行われるADRに「広く網をかぶせ」る⁴⁾取組みがどのように進められ、その結果ADRはなぜ認証／非認証に二分されることになったのかを振り返っておかなければならない。

ADRの法制化は、司法制度改革審議会が2001年6月12日に内閣に提出した司法制度改革審議会意見書（以下「審議会意見書」という）において、「裁判外の紛争解決手段（ADR）の拡充・活性化」を提言したことに始まる。すなわち、「国民が利用しやすい司法を実現するためには」「司法の中核たる裁判機能の充実に格別の努力を傾注すべきことに加えて、ADRが、国民にとって裁判と並ぶ魅力的な選択肢となる」ことが期待され、そこで「多様なADRについて、それぞれの特徴を生かしつつ、その育成・充実を図っていくため」に、関係機関等の連携強化と並んで、共通的な制度基盤を整備すべきというのであった⁵⁾。ADR法の制定はこの基盤整備の一方策であり、その検討のために設置されたのがADR

2) 同報告書添付の資料6に2007年から2011年までの認証事業者の事業実績がグラフ化されている。そのグラフ5によれば、直近3年間の受理件数が5件以下の認証事業者が認証事業者全体の7割以上を占め、しかもそのうちの4割が0件であった。この一方で、2009年度以降、全体の取扱事件数の6割以上は上位3事業者（証券・金融商品あっせん相談センター、愛知県弁護士会、総合紛争解決センター）が占めており、全体的な取扱実績の増大にも大きく貢献していると思われる（ADR法に関する検討会第2回配布資料1グラフ5～7参照）。

3) ADRに関する検討会第11回議事録〔渡部章〕。

4) ADR検討会（後述）第13回議事録〔青山善充〕。同検討会の議事録等は、首相官邸の以下のホームページで公開されている（<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/03adr.html>）。また、その議論の経過を紹介したものとして、佐藤鉄男・川嶋四郎両教授によるカウサ1号（2002年）～12号（2004年）の連載がある。

5) 審議会意見書Ⅱ第1の8（1）参照。

検討会（以下「検討会」という）である。検討会での作業は約 3 年の長期に及んだ⁶⁾。もちろん、ADR が「国民にとって裁判と並ぶ魅力的な選択肢」となるべきことも、裁判所が一般的かつ強制的な紛争解決を行う現行法制における最後のよりどころであることも、一度たりとも疑われたわけではない。ただ、ADR をどのようなものとして捉えるかという ADR 観が、検討会委員によって異なっていた。そしてその違いは、ADR の拡充・活性化をどのように図るのか、それによってどのような ADR 法制を望むのかをめぐってますます互いに大きく隔たり、具体的な制度の構築にあたってしばしば激しくぶつかり合ったのであった。その意味で、検討会の作業過程は、審議会意見書によって大きく広かれた ADR 法制の可能性を探究し、その基礎に据えるべき ADR 観を取捨選択していくプロセスであったということができる。

以上の問題認識に基づいて、本稿では、検討会での議論を通して ADR 法制の基礎がどのように形成されていったのかを明らかにすることで、ADR 法の民事手続法としての意義を考察することを目的とする。そのための具体的な方法として、検討会の節目で司法制度改革推進本部事務局（以下「事務局」という）が取りまとめた四つの構想を取り上げ、それぞれどのような議論を経て次の構想へと進展していったのかを、特に裁判所との関係に注目しながら辿る（Ⅰ～Ⅲ）。というのも、ADR 観の違いは、裁判所・司法との関係において最も顕著に表れているからである。そして最後に、以上の成果を踏まえて ADR 法制定の意義について考えてみたい（Ⅳ）。

Ⅰ 制度改革の可能性——自主性と活性化

全 38 回開催された検討会での検討は、審議会意見書の提言を踏まえて事務局が具体化した検討課題に即して進められ、まずは率直な意見交換を二廻り行った

6) 竹下守夫博士はこの長期化の直接の理由を「審議会における議論が、ADR 基本法の具体的内容をイメージできる程度にまで煮詰められないまま」審議会意見書の提言がなされたことに見出している。竹下守夫「司法制度改革審議会における審議過程からみた ADR 法の状況」仲裁と ADR5 号（2010 年）5 頁。

折り返し地点で、パブリックコメントの募集に向けて、それまでの検討状況の整理（以下「中間試案」という）がなされることとなった。ここでは、基本的事項、一般的事項、調停手続法的事項そして特例的事項という四つの大項目が立てられ、そのそれぞれについて網羅された論点ごとに、委員から寄せられた意見やアイデアがきめ細やかに併記ないし注記された。というのも、パブリックコメント募集にあたっては、あらゆる考え方をオープンにして幅広く意見を募りたいというのが事務局の意向だったからである。このように、この段階では、ADR 法制をどのようにデザインするのかをめぐって多様な可能性が開かれていた。

1. 二つの ADR 観——補完派と自律派

中間試案の取りまとめに向けて検討会では様々な意見が出された。その基礎には、ADR とはどのようなものかをめぐる、大きく分けて二つの ADR 観があったとみることができる。そうした違いは、ADR の定義や理念をめぐる議論のなかに浮き彫りになっている。

まず一つは、事務局の ADR 観である。最初に提示された事務局の定義では、当事者以外の第三者が介在し、この者の働きかけによって合意形成が促進されるという、第三者を間に挟んだ紛争解決手続の構造に着眼して ADR が捉えられていた。これはいわば裁判官を囲む訴訟の手続と平行な形で、訴訟の延長線上の紛争解決手続として ADR を把握していたことを意味する。こうした認識は、中間試案で用いられた ADR の「主宰者」という語法にもよく表れており、これを訴訟の場の設営者である裁判所に対応するものとして位置付けていたといってもよい。したがって、事務局の ADR 観とは、裁判所の延長線上にあって紛争解決機能を裁判所と分担する、その意味で裁判機能を補完するものとしての ADR といえるだろう。同様の ADR 観は検討会の委員の発言のなかにもみられ、例えば、必要性だけを理由に「制度的整理がないまま色々な法的効果だけを与えようという議論になっていく」ことに強い懸念を表明して、民事訴訟制度その他の既存の制度と整合性のとれたものであるべきことを主張する意見（第3回検討会議事録；綿引万里子〔以下、検討会議事録からの引用は、開催回と発言者名で示す〕⁷⁾や、あくまでも ADR で解決できない問題であつたら裁判にあげれ

ばよいのであって、ADRが裁判と同レベルであるかのような議論になってしまったら少しずれるのではないかといった意見（3；安藤敬一）は、この立場に連なるものといえるだろう。

これに対してもう一つのADR観は、ADRにおける当事者の自主性や主体性、自治を特に重視してその拡充・活性化を志向するものである。これは裁判所との関係でいえば、ADRを自律したものとして捉える立場であり、この立場を突き詰めれば、ADRとは「当事者同士が主体的に、自主的に解決できる紛争システム」であって、裁判の「単なる代替手段的に選択をできるという」ことを目指しているわけではない（25；原早苗）、ということになる。その根底にあるのは、「私的な紛争は私的自治の領域で解決するといった理念」（3；横尾賢一郎）であり、この立場からすれば、ADRの基本理念をめぐる事務局がADRを相対交渉や訴訟制度の「限界」を補完するものと位置付けたことは、ADRがあたかもそれらと主従の関係における従であるかのようなあらぬ誤解を招くと懸念されたのであった。また、この考え方は、民間ADRと公的ADRを区別しないでADRの基本法制としてのADR基本法を志向する方向につながりやすい⁸⁾。

このようにみても、二つのADR観の違いの中心には、裁判所との関係性をめぐる考え方の違いがあったということが出来る。すなわち、事務局に代表されるような、裁判所を補完するものとしてADRを捉え、裁判制度に類比させて考える立場（補完派）と、こうした考え方を批判しつつ、ADRの活性化のため

7) 同委員は検討会開始当初から「現状を十分に認識しないで」法的効果等を論じては「地に足のつかない議論になってしまう」（2；綿引）との危惧を表明しており、具体的論点においても常に、現在ある憲法上の制約や民事訴訟法の原則との整合性に配慮した議論を展開していた。というのも、「裁判と並ぶ競争力をつけるということよりも、裁判に持ち込まないで済むはずの紛争の解決のための機関としてのADRをどう位置づけていくかという視点が、ここでの議論で一番大事」（4；綿引）と捉えていたからである。

8) ADR基本法制の適用対象をめぐることは、基本理念にかかる基本的事項が広くADR一般に適用されるべきことにはおよそ異論がなかったものの、「基本的に契約を補完する」ものである一般的事項（20；小林徹参事官）や調停手続法的事項については特に民間ADRを対象を限定し、強力な法的効果の付与に関する特例的事項については規定ごとに検討すべきというのが事務局の考えであった。というのは、個別法令の定めを優先させるとともに、民間型についての考え方を踏まえて見直しの必要が生じた段階で公的ADRも見直されることになると考えられていたからである。

にその自主性や主体性を強調し、裁判所との関係において自律した新たな制度としてADRを把握しようとする立場(自律派)である。この二つのADR観の違いが意味していたのは、一方で前者が、裁判所の補完という形でADRを既存の制度のなかに位置付けようとしていたのに対して、他方で後者は、裁判所からの自律という形でADRを既存の制度外に位置付け、新たな制度構築を模索しようとしていたということだろう。ただ、新たな制度構築は、執行力付与の問題に顕著に表れるように、既存の制度との関係を考えることを通じて既存の制度のあり方を問い直すという側面を含んでいたから、ADRを裁判所から自律した制度とするには、既存の制度を改革し、新たな制度をそこに接合するための新たな理論枠組が必要であった。そこで次に、中間試案の具体的な論点のうち後々まで議論的となった二つに絞って、制度改革を目指した自律派がこの理論的枠組に関してどのような議論を展開していたのかを、特に既存の制度、裁判所との関係を中心に概観してみたい。

2. 自律派の二つの立場

(1) ADR法の理念

裁判所との関係をめぐるADR観の対立は、中間試案においてまずADRの理念をめぐって表れた。

当初事務局案では、ADRに関する基本理念の一つとして「訴訟制度の限界を補完し、多様かつ広範な国民の紛争解決ニーズに対応すること」をあげるとともに、国民の責務を定める規定との関係で「民事に関する紛争については当事者間の合意を基礎として自主的に解決していくべきものである」という基本認識¹⁷が提示されていた。これに対して裁判官である委員は「全面的に賛成」(17; 綿引)の立場を表明したが、自律派の立場からは少なからず批判が寄せられた。

例えば、当事者が主体的に解決するのがADRであるとする立場からは、「訴訟制度に『限界』という言葉を使っているのか」という批判があった。というのも、この立場からすれば「訴訟制度のみでは満たし得ない多様で広範な」という部分が主眼であって、「ADRの拡充・活性化をしてほしいということは、司法をないがしろにしろ」ということではなく「司法にも頑張っていただきたいと」

いう思いでいる(11; 原)からである⁹⁾。換言すれば、「ADR そのものが自主的に、私的自治という原則で活性化していく方に行く」ことがあくまで「結果的にそれなりに補完する」(17; 龍井葉二)のであって、ADR と訴訟とはいわば棲み分けて、それぞれの論理に即して「頑張って」いる関係として捉えられているということになろう。ただ、棲み分けと捉えるならば、ADR の拡充・活性化に伴って変化を余儀なくされることになる両者の関係を改めてどのように位置付けるのが別途考察されなければならないのだが、この点については議論は及んでいない。

この一方で、民事紛争を「自主的に解決していくべきもの」又は「当事者の合意を基礎として」と書くのは望ましくないという指摘もあった。というのも、訴訟を始めとする裁断型の紛争解決が「二次的な紛争解決であるかのように誤解され」かねないと懸念されたからである(17; 三木浩一、17; 山本和彦)。この立場は、ADR と訴訟は「一方が主で一方が従という関係にはないことは明らか」とする点では上記の立場と立脚点を同じくするものの、「当事者の主体性、紛争解決の主体は当事者であるという点を強調する分には」処分権主義や弁論主義によってたつ「訴訟制度とも矛盾はしない」との指摘をみると、訴訟制度との関係ないし裁判との連続性をめぐっては微妙に ADR 観に違いがあるようにみえる。この点は、検討会で最も議論の集中した次の論点においてより明確となる。

(2) 適格性の確認方法

審議会意見書が ADR 基本法策定にあたり具体的に検討を期待した事項、すなわち ADR に対する時効中断効や執行力の付与、裁判手続との連携強化に係る諸方策、あるいは非弁護士専門家の活用のための弁護士法 72 条の適用除外といった特例的措置については、全ての ADR に無条件に認めてよいという考えは皆無であって、こうした特例に与る ADR の適格性をどのように確認するのが検討会での大きな争点となった。

9) 他方で同委員は、事務局が用いた「司法制度への入口に位置し」という表現に対しては、「紛争解決は最終的にはすべて司法に行くのだというのとは少し違うのではないか」とも指摘している。

この点について事務局からは、それまでの検討会での議論を踏まえつつ、行政機関を確認主体とする事前確認¹⁰⁾の方式(後のADR法における「認証」制度の原型)と、ADR後の訴訟における当事者による立証(裁判官の自由心証)の方式の二つをあげて、これらを別々に用いるかあるいは併用する考え方が示された。これに対して、委員の間で立場は分かれた。

裁判官である委員は、時効中断制度の導入との関係を論じるにあたり「適格性の要件は必要で、それについて事前認定の制度を入れるべきである」(18; 綿引)としており、特例措置の内容次第ではあるが、事前確認制度の導入自体には積極的であった。というのも、「やはり定型的に時効中断効があると言っていいだけの実態があるような申立てに限るようにするべきで」、「ADR全般に、それは話し合いを求めているのだから」民法151条の規定する「和解と同じだというような雑な議論はここでしていただきたくない」(4; 綿引)と考えていたからである。

これに対して自律派の委員からは、私的自治に基づくADRに規制的なものは不要である、ここまでの措置が必要となるのはせいぜい執行力くらいであってそれ以外については導入の必要はないし、適格性というものの弊害が大きいのであればむしろその法的効果の適用を断念する方が望ましいこともあり得る、「本当にきちとした要件を設けて認定できるのか、誰が認定するのか、本当に認定する能力がある個人や機関があるのかというと」全く疑わしく、「そうした問題をすべてネグって、強引に導入すべきような問題ではない」(24; 三木)、あるいは、現行の仕組みで実態に応じた制度があるのだから敢えてそれを必要としないのできる道もあるのではないか(24; 龍井)、といった指摘が寄せられた。執行力付与を強く望みながらも、事前確認制度を導入してまでする必要は今回はない(24; 廣田尚久)、という意見もこの立場に属するといえるだろう。

ところがこの一方で、自律派のなかでも法的措置こそがADR活性化には必要であると考えた委員からは、利用者及びADR主催者の双方の予測可能性を担保する必要性が高いからこういう枠組で行かざるを得ないという事前確認を肯定す

10) この語法については、中間試案以前には「事前認定」と表現されていたが、認定を受けないとすべての業務が行えなくなるという印象を与えるとの指摘(9; 原)を受けたため、確認という表現へと改めた(20; 小林)と説明されている。

る主張がなされ、自律派の立場は明確に二つに分かれた。

このうち前者の ADR の拡充・活性化を自主的に進めることを志向する立場は、規制につながりうるものを極力排除しようとするものであって、ADR の拡充・活性化を進めるにあたっても当事者の自主性や主体性、自治が損なわれることはあってはならないと捉えている。ADR を自律したものとするならば、これは論理的にも一貫性の認められるものであろう。それゆえこの立場からすれば、自律派でありながら事前確認制度を受け入れようとする委員の意見は、法的効果付与のために行政機関による認定が必要であるということと、ADR の信頼性確保の問題とをいつの間にか混同しており、特に信頼性確保の問題は「市場の競争、市場の淘汰の中に任せよう」という考えで進んできたはずなのにと違和感を覚える(19; 原)ものであった。他方で後者は、ADR の主体性・自主性や自治の価値は認めながらも、民間 ADR の活性化のためには少々の規制はやむを得ないとする立場であり、その根底には「自主性、主体性を育てるために規制を極力排除するというのは」非常に望ましいが「国民が本当に多様な ADR の中からニーズに在った自由な選択をするために」そのようなことが「本当に実効的に可能かどうか」疑わしい(13; 高木佳子)という認識がある。ADR の自主性を引き換えにした規制を受け入れながら拡充・活性化を進めようとするこの後者の立場は、前者を「自主」派と呼ぶとするなら、「活性」派ということができる。

では、「活性」派の委員は ADR の拡充・活性化をどのようなものとして捉えていたのだろうか。この点について、例えばある委員は、「ADR というのは私的自治をベースにしているかもしれない」が、「準司法機関的」なものであり、少なくとも「アウトプットに関しては、司法機関と共通するところがある」(1; 高木)として、将来的には「だんだん司法が大きくなっていく」と「必ず司法の運営委託とか民営化というのが問題になってくる可能性もあり、これが『司法の独立』の観点を考えるとどのように問題になっていくのか」はともかく、「そういったときの素地とか、受け入れやすさとか、そういうことも頭に入れて考えられることがないか」(8; 高木)という問題意識、さらには、事前確認制度を認めないことで、個別法令に基づいて既に時効中断効を認められている「行政 ADR と民間 ADR とのアンバランスというのが、異常に拡大していったら、益々、

競争的環境とか裁判との選択肢とかということとは程遠いことになる」(24; 高木)との危機意識があった。こうした立場からすれば、任意の事前確認制度は「ADR 機関の業務に多様性を与える方法」(24; 山本)と捉えられるのである。このように、「活性」派の主張は法政策的色合いの強さを特徴としており、必ずしも理論的に裏付けられたものではなかった。

「活性」派の主張のこの法理論的な脆弱さは、執行力付与の是非をめぐるやりとりによく表れていた。まず、裁判官の委員からは「ADR というのは自主解決だったはずなのに、何で最後に来て突然国家権力に結び付くのか」(6; 綿引)という率直な疑念とともに「やはり理論的に見て、なぜ執行力というものが与えられるのかというのは、やはり国家機関の関与の下で請求権の確定なり何なりがされているということに基本的な根拠がある」だろうとして「いわば私法上の和解に執行力を与えるという理論的な根拠が本当にあるのだろうかというまず理論的な問題がある」し、さらに金融業者と消費者のような関係での紛争を想定して「実際上の弊害のおそれということは、よほど慎重に考えないといけないのではないか」(16; 綿引)といった問題提起がなされた。これに賛同する委員からは、パブリックコメントでニーズがどの程度あるかを見極めてからでもよいのではないか(16; 原)という指摘もなされたが、「活性」派は、ADR の拡充・活性化のためには執行力付与がとりわけ必要かつ重要なものであるとして、審議会意見書でも具体的に検討項目としてあげられていたことを強調した。それゆえ上記の問題提起に対しては、「非常に限定した ADR 機関に認めればいい」のだし「執行力を付与した方が利用促進になると思う」、実務上もこれが付与されていれば「履行を促進するのであって、必ずしも執行するわけではない」(16; 廣田)、「弊害論というのはすべての ADR に執行力を与えようというのであれば勿論弊害はあるが「そのために要件を設定して、その厳しい要件の下で執行力を与えようというのであれば、弊害の問題は起こらない」と楽観的見通しを示しつつ、理論的根拠については、これ「をこの検討会に求められると、この人的体制ではなかなか難しいし」、「検討会では政策的な選択の結論を出せばいいのであって」、「公正証書の例もあり、公務員でないこともあり、通常の和解であっても執行力を与えることが、仕組み方によっては全然できないことはなかろう」(24; 高木)と

反論することしかできなかった。

このように、結局、自律派（特に「活性」派）は、新しい ADR 法制の理論的根拠を十分に構築・提示することができなかった。そのことが、後のヒアリングやパブリックコメントの結果も相俟って、新制度の構築ではなく、制度内での改革を模索する道へと事務局を進ませることとなったのであった。

II 制度内改革の模索——ADR 観の対立

パブリックコメントの結果を受け、新たな ADR 法の構想が第 25 回検討会において事務局より提示された（以下「第一次構想」という）。この段階ではまだ法案の形にはなっておらず、引き続き検討を必要とする事項が複数残されたままではあったが、ADR が置かれている現実を見据えて、今回の法制化でどこまで踏み込むことが社会的に許容されるのかという観点から全体像を描き出したものであって、後の ADR 法に引き継がれた部分が少なくない。

この第一次構想の基本的なスタンスは、「総合的な ADR の制度基盤の整備に向けた、まずは第一歩として」「裁判外における紛争処理制度（ADR）に関する基本的な法制」を定めること、であった。それゆえ、①「ADR の健全な発展を図るために必要と考えられる」措置を「積極的に検討する」こととしつつも、「新たな規制的な措置の導入については慎重に考え」、②「現時点では国民の間に導入について不安感がある措置や、現行制度との整合性が図りがたい措置の導入については慎重を期し、場合によっては将来の検討課題とした上で、当面法的措置以外の改善策を積極的に検討する」こと、また、③法的措置を講じるにあたっては「民法を始めとした現行法制との整合性が確保されなければならない」、という慎重さの際立つ方針が示された。この方針は立法の目的にも反映され、審議会意見書が用いた「裁判と並ぶ魅力的な選択肢」との表現は、「解決方法を選択する機会の拡充を図ること」へと転換した¹¹⁾。かくして、執行力付与や調停手

11) このほか異論の多かった国民の役割や ADR 提供者等の義務に関する規定も見送りとなった。

続の規律といった異論の強い事項は、基本的にこの第一次構想の段階で総じて将来的課題と位置付けられた。そしてこれと引き換えるかの如く、この法制の適用範囲をめぐっては、相談という業務形態が除外され、特例的事項に限り司法型ADR及び仲裁が適用外とされたほかは、司法型・行政型の公的ADRも広く視野に収められており、ADR一般を対象としたADR基本法の法制化という当初からの目標は維持されていた。

さて、第一次構想ではなぜこのような慎重な方針が打ち出されたのだろうか。その理由としては、併行して議論の進められていた新仲裁法が一足先に制定に至ったことと並んで、次の二点の背景事情が少なからず影響したものと推測される。第一に、パブリックコメントの結果として実際に接したADRについての一般的な評価が、必ずしも好意的なものばかりではなく、いわんや検討会が活性化の重要な手段と捉えていた法的効果付与については濫用や弊害を危惧する声が大きくて、意外にも必要とされていないことが明らかとなった。そして第二に、パブリックコメント後、第一次構想提示の直前に実施された関係機関ヒアリングの結果も影響したのではないかと思われる。なかでも、在日米国商工会議所特別顧問兼理事から国際仲裁に新たな法的規制が及ぶことへの強い懸念が表明され、また法務省からも、司法型・行政型はADR法の対象から外すべきとの見解とともに、現行法制との整合性や規定趣旨を踏まえた検討を進めるよう注文が突き付けられるという形で、国内外から厳しい要請が寄せられたことは、到底無視し難かったのではないだろうか。しかも法務省は、検討会内で多々意見が分かれていた法的効果付与にかかる事項全般について、現行法制との整合性や理論的根拠の曖昧さを指摘し、現行制度の枠内で対応できるのになぜ制度化が必要なのかに疑念を呈したうえで、仮に法的効果付与を認めるならば、対象となるADRが一定の適格性を有することを要件とする必要があり、特に時効中断については事前確認方式を採用して予測可能性を確保すべきとの立場を表明したのであった。ここで指摘された広範な法制上の難点を改めて議論しクリアするには、検討会に残された時間はあまりにも短かった。

1. ADR 法の目的——第一次構想をめぐる対立

(1) 「社会的に許容される」基本法に対する評価

委員の受け止め方は様々だった。肯定的に捉えた委員からは、「今できることはこんなところ」であって、それ以上の問題については「後々 ADR 制度が発展してから、自主的にみんなが考えることでいいので」「今回は触れなくてもいいのではないか」(25; 廣田) という声があがった。というのも、「あるべき ADR の姿というもの」について、「委員の中でも確実に一体化しているというわけではないし、国民の間でも「現段階ではまだコンセンサスのようなものがない」現状において「一定の方向付けを与えるということが本当に妥当なのか」(25; 佐成実)、そうした「イメージがない中で、とりあえず立法しなければいけないとすれば、この程度にとどまるのもやむを得ない」(25; 綿引)、と考えられたからである。こうした声は、補完派の立場からはもちろん、自律派のうちの「自主」派からも聞かれた。つまり、ADR 活性化の方策としての「法効果の付与ということ自体はあくまで手段」であって「それ自体は目的ではないのだから」、「ニーズが限定的ということであれば、敢えてそこにコストをかけてまでやるというのは少し本末転倒」(25; 佐成) だとされたのである。

これに対して、「今まで出てきた議論の中の最大公約数なものを取りこ」もうとしたことでこれまで「散々議論をした」あれもこれもが「落ちてしまった」(25; 青山) ことが諦めきれない委員も少なくなかった。例えば、「ユーザー」の立場から ADR 法に「メッセージ性」を期待するある委員は、「社会的認知のためのお墨付き」こそが ADR 活性化につながるはずであり、そのための段階的な「マル適マーク」すら必要ないというならば、「基本法自体も必要なくなってしまう」(25; 龍井) と主張した。別の委員もこの主張に便乗する形で、正に執行力を付与するかどうかを議論すること自体が審議会「意見書に対する大きな後退であるという評価」になるとしつつ、「この ADR 法の実際上の効果としては、決定的におそらくは大きな点」である執行力を付与する方向で検討をすべき(25; 山本) との自説を展開した。さらに、第一次構想は特例措置のほとんどを先送りにした「現状追認法以下」のものであり、「一番最初の立法目的・趣旨」であったはずの「民間の ADR の拡充活性化」が「全くここでは考えられていない」し、

「更にこの ADR が司法制度の中で検討されているという意味が全く意識されていないイメージ案になっている」(25; 高木) との冷淡な感想をぶつける委員もあった。

こうした意見の対立を事務局は「ADR の拡充・活性化に対する基本的な考え方」における差異と捉えて、前者の肯定的な見解を「利用者の選択・評価を通じた ADR の信頼性向上に主眼を置くべきという考え方」、後者の否定的な見解を法的効果付与の前提として「適正な ADR であることを公的に確認する制度を設けるべきではないかという考え方」(28; 小林) とまとめている。これを別の観点からいえば、国の関与を否定的に捉える現在のあるがままの ADR の自主的な発展か、未来においてあるべき ADR のためのいわば裁判所の権限の委譲か、ということになろう。もっとも、後者の選択をするならば、そのような強力な権限移譲に値する ADR とそうでない ADR とを区別するための法的な枠組が必要なのであり、そのことについては委員の間に争いはなかった。かくして自律派内の対立は、こうした枠組のあり方をめぐっての対立としてさらに顕著な形で表れることになる。

(2) 事前確認制度導入をめぐる攻防

第一次構想では法的効果付与にかかる特例的事項の多くは将来的課題として規定を見送られることとなったが、なお法制化を念頭に検討を進めるべきとされたものの一つとして時効中断効付与の問題があり、そのための有力な制度枠組の一つとして、事前確認制度の導入が提案されていた。時効中断効付与の必要性については委員の間でもパブリックコメントの結果でも概ね認識が共有されていたので、ここでの議論の実質的な中心はこの事前確認制度導入の是非に置かれることとなった。

後の認証制度となるこの事前確認制度の導入については、パブリックコメントの多くの回答と同様、検討会の委員の間でも消極的な立場が多数を占めていた。なかでも断固反対の立場を表明したある委員は、「時効中断効程度のものをどうして裁判と同じようなレベルに持っていないのか」として、事前確認を必要とすることなく司法型・行政型 ADR と民間型 ADR を「一本でカバーできる」独

自の構想を提示して、次のように主張した。すなわち、事前確認制度を事務局が提示したような確認基準をもって導入すれば、実務が動かなくなって「間違いなく日本の ADR は壊滅状態にな」るし (25; 廣田)、考え方としても、自身の提案を支持できないのは「行政型 ADR、民間型 ADR、特に民間型を裁判所の下位に置こうという気持ちが働いている」からであって、「実質的な中身は変わらないのに、裁判所より下位に置こうというのはいかがなもの」か、「自主性、独立性を重んじ、合意と私的自治を尊重する ADR の精神とは全く正反対」(26; 廣田)である、というのである。この委員にとっては、事前確認は「ADR とこれほど合わないものはない」(26; 廣田)という代物なのであった。こうした反対意見は第一次構想の提示以前から根強くあり、例えば、「事前確認では限界がある」ので「最終的には事後の裁判所が出てきて、個別で立証していくということにかかってくる」だろうし、「ADR の自由度とどうバランスを取るのか」(24; 原)、「本当にきちっとした要件を設けて認定できるのか。誰が認定するのか」といった「問題をすべてネグって、強引に導入すべきような問題ではない」(24; 三木)と指摘されていた。

これに対して、踏み込んだ法的効果付与の措置を盛り込みたい「活性」派の立場からは、「今、官にしかできないことを民に許すという大きな規制緩和を行うという以上、多少の規制はやむを得ない、それは当たり前のこと」であるから、「事前確認」の制度は「大きな規制緩和に向かって積極的に考えるべき」ものであり、いまこの導入をしないまま基本法を作ったら「民間の ADR は活性化しないで、行政 ADR のみ活性化する」という「逆の方向に行く結果になる」との主張がなされた。「場合によっては、民事調停と代わり得る民間の ADR があってこそ、本来の司法制度の機能発揮も考えられる」(25; 高木)というのである。そしてこの考え方はさらに、事前確認制度の導入は「ADR の信頼性、適正性の確保」のための当然の前提であるという議論へと展開した。というのも、第一次構想では「義務というのがほとんど」規定されておらず、信頼性の確保は広く弁護士によりかかる形で図られているが、このような「当事者保護のためのセーフティーネットが全然ないようなものを ADR の基本法として置」くことは看過しがたいというのである。そもそもこの立場からすれば、パブリックコメント後

「社会的に受容されるのか」という観点から事前確認制度の導入について議論が慎重になったことからが問題(26; 高木)であった。なぜならば、事前確認は「別に、国による選別ということではな」く、あくまで任意の事業分野ごとのものであるがゆえに「むしろ ADR 機関の業務に多様性を与える方法」、「武器を付与するというシステムなので」(24; 山本)あって、ADR 機関が「さまざまある中で、ユーザーが自分のニーズに応じて選択できるというのが、本来の立法目的」(25; 高木)だからである。つまり、ここで国による事前確認とは、消費者としての紛争解決当事者に対して ADR 機関が提供する“商品”としての紛争解決手続につき、差別化を図るための付加価値と同義である。これを、審議会意見書が ADR の長所としてあげた「利用者の自主性を生かした解決」「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生かしたきめ細やかな解決」「実情に沿った解決」と比較してみれば、ここで ADR の“商品価値”に微妙な質の変化が生じていることが分かる。

こうした議論状況を踏まえると、自主性を尊重して国の関与を極力拒否する「自主」派と、活性化のために裁判所＝国の権限移譲を求める「活性」派との自律派内部における意見対立は、司法概念との関係において次のように整理できる。すなわち、一方で「自主」派は、ADR を従来の司法概念の外部に位置付けているのに対して、他方で「活性」派は、拡大された新しい司法概念を想定して、そのなかに ADR を位置付けているということである。

2. 現行制度内での位置付け——第二次構想をめぐる攻防

事前確認制度導入の是非に象徴される意見の対立は、相互に譲歩の姿勢を示すことなく、検討会の議論は「袋小路」(28; 原)に陥った。そこで事務局は、この状況に対処するため「もう少し全体の枠組みについての選択肢を広げ」て(28; 小林)検討する方向で仕切り直しを図ることを提案し、第 29 回検討会において、民間 ADR の拡充・活性化に軸足を移す形で第一次構想から方向性を切り替えた構想を改めて提示した(以下「第二次構想」という)。

第二次構想が前提としている裁判外紛争解決手続の全体像について、事務局は

次のように説明した。すなわち、裁判外の紛争解決手続の健全な発展は、「裁判所の機能充実」、「行政機関による紛争解決機能の充実」、そして「民間による紛争解決の機能の充実」という三つの機能の充実（「広い意味での司法の紛争解決機能の充実」）により達成されると捉えられるところ、前二者に比べて「民間による紛争解決の機能充実」は審議会意見書も認めるとおり利用状況の停滞がみられるので、ADR 法をもってこの部分の法制整備を図る必要がある。そこで、ADR 法により法制面で対応すべきこととしては、一方で基本理念等を定めて国民の理解を向上させつつ、国民が安心して質の高い ADR を利用できる環境を提供できるようにすること、つまり「国民に選択の目安」を提供し、「専門家を主宰者として活用していく」とともに、「手続の実効性を確保」するための「法的効果の付与」が考えられるというのである（29；小林）。このような考え方を反映して、第二次構想における基本理念は、これまでとは違って「民間の行う紛争解決業務の多様化が抑制されることのないように留意しつつ」という事業者視点の表現に改められたのであった。

さて、ADR 法の役割をこのように位置付けるならば、信頼性の目安として、また法的効果を付与されるべき民間の ADR を限定するために、ADR 機関の適格性を確認する制度の導入が有力な方策の一つとして検討されなければならない。すなわち、民間の ADR 機関について「あくまでも ADR としての最低限の基準を満たしているかどうかということを確認」するための任意の「認証制度」¹²⁾の導入（29；小林）である。こうして第二次構想において初めて同制度の導入が事務局から直接的に提案されるに至り、さらに、この検討に入るならば、認証によって付与される法的効果についても併せて全般的に検討すべきこととなるので、第一次構想においていったんは法制化の見送りが結論された執行力付与の問題もここで再び検討の視野に浮上してきたのであった。これに激しく抵抗する委員もあったが、こうしてこれ以外の適格性確認の方法はここで事実上選択肢から外さ

12) 「認証」について事務局は「基本的な考え方としては、一定の法令で定める要件を設定して、その適合性をクリアしていれば認証が受けられる。クリアしていなければ認証が受けられないという基準の適合性の判断は、法律的に、それがクリアしているかしていないかの確認的判断をすること」を意味する（31；内堀宏達企画官）、としている。

れたのであった。

このように、第一次構想ではADR基本法としての法制化が目指されていたが、第二次構想において「民間ADR推進支援法」(31;高木)へとADR法の性格は大きく転換した。この転換、特に認証制度を前提とした法的効果付与の積極的な検討は、第一次構想の方針に不満を持っていた委員から熱烈的な歓迎を受けた。そこで彼らは、「基本理念だけを定める法律では、現状とはほとんど変わら」ず進展がないし、「自主性を言うときに、ADR機関の自主性に偏っていた向きがある」がむしろ「利用者の視点がやはり重要で、まず、不安感の解消からやっていたかなければならない」(29;高木)、あるいは、既に裁判所、あるいは司法型、行政型のADR機関があるため「そもそも紛争解決サービス市場というのは、完全な自由市場の下には置かれていない」なか、「民間型ADRの充実・活性化ということを考える」ならば、法的効果の付与によって、直ちにとはいかなくとも「やはり中長期的な視野に立てば、ADRにそういう意味での裁判とのイコール・フットイングを与えるということは、徐々にボディーブローのように少しずつADRの拡充・活性化への方向の助けになる」、「国の規制を望まないADR機関は認証を受けずに、ご自分の努力」で「クライアントを誘引すればよいわけで」、「認証というような形で顧客を誘引するか、それ以外のマーケティングの方法によるかというのは、ADR機関のまさに自由、業務上の判断、ビジネス・ジャッジメントに委ねられている」(29;山本)、といった信念を力強く語るのだった。

これに対してむしろ大勢は、認証制度の導入に慎重な姿勢を崩さなかった。例えば、「私的自治に反するだけでなく、ADR、特に民間型ADRのような私的自治に立脚した制度に事前認証制度を導入するということは、行政が私的自治の分野に介入することを認める悪い先例」となるし「時代に逆行する」、「事前認証制度を導入するということと、促進するということとはジレンマに立って」るので「促進法を作るつもりで認証制度を導入し」ても「それは規制法になる」(29;廣田)といった強硬な反対意見、また、法的効果の付与を想定するなら認証の主体は国の行政機関とならざるを得ないとの事務局の考えに対して、「民間のADRの多様性を生かした形」を残すためには「行政が監督するということよ

り」も「消費者とか利用者が市場で選択できるということが」よほど重要だし、「行政が出てきて重い仕組みになる」ことがないよう「効率的に第三者機関のようなところを絡ませる」方向が図れないか (29; 原)、あるいは、法的効果付与のために高いハードルを設けるなど「あまり無理をして作るよりは、第一段階」ではまず「マル適マーク的なことからスタートして」、「そこから次の姿というのは、またその次の段階で考えればいい」のではないか (29; 龍井)、といった懸念や意見が寄せられた。しかし結局、このような異論があるなか、とりあえず認証制度の導入をした場合の具体的な制度内容について議論が進められることとなった。

その後の認証制度の制度構築をめぐる議論では、認証主体たる行政への根強い不信が表明されたほか、「認証というのは行政処分」だから「緩い基準はあり得ない」(31; 廣田) との指摘や、「認証制度そのものが比較的業法に近いような形で作られてい」ることに鑑みた他の業法との比較 (30; 佐成)、あるいは、刑罰に関わる弁護士法 72 条との関係で認証対象は機関ではなく個人とすべきこと (30; 三木)¹³⁾ などが議論された。しかしこうした批判的意見のいずれについても、事柄の性質上現状においてはやむを得ない、あるいは技術的に対応が困難というのが事務局の姿勢であり、認証基準が「規制」という形にならないように努める旨の発言が繰り返された。また委員からも、ADR の質の向上のためにはやむを得ないとして事務局の立場を支持する声も聞かれたのであった。

認証制度を前提とした法的効果付与のなかでも、特に執行力付与をめぐって意見は拮抗した。執行力付与を必要とする立場からは、将来的な民間 ADR の拡充・活性化のための必要性が引き続き強く主張され、例えばある委員は、「裁判との車の両輪」に喩えられる ADR を「裁判と同等の仕事ができるよう」に育て、「必ずしも裁判所で行う必要がないもの」はそこに「回付する」という形で将来的に「裁判の受け皿になりうるようなものを制度基盤として用意するというのが、ここでの役割」であるとして、その場合の「出口の処理」のために「過重要件と

13) そもそも同委員は認定制度自体を「このような認定制度がかなり正面に据えられて ADR の振興策が議論されるというのは、国際的に見ても比較法的に見ても、割と異例な展開」(19; 三木) と評していた。

して執行力を与える」べき(29; 高木)と力説した。こうした必要性の主張に対して反対の立場からは、濫用の危険性への懸念や、「執行力のような最後の法的手段を行使するときに法律によらないでそんなことをしてはいけない」(30; 廣田)といった非難が寄せられた。特にこの後者の批判は、市場の活性化の観点から必要性を唱える論者にその法的な正当性を問うものだったが、結局、両者の議論がかみ合うことはなかった。

こうして、認証制度の導入の是非については敢えて最終結論を出さないまま、具体的な法案化を目指して、認証制度の枠組と付与される法的効果についての議論が徐々に煮詰められ、その過程での委員からの意見や批判を反映させて第二次構想の部分的な修正が行われた。これはADR法の原型となるものであって、そこでの特に大きな修正点は次のとおりである。まず、第二次構想におけるADR法は、専ら民間による紛争解決の機能充実のための法制整備と位置付けられていたが、複数の委員からの強い要望を容れる形で、その総論部分に限り再びADR基本法としての性格が与えられた。この点についての事務局の説明は、「法律全体としてのバランスという法制的な制約があることは事実」だが、「裁判と並ぶ紛争解決手段としてのADRの意義、重要性を明らかにし、司法型、行政型を含め」て「ADRが公正・適確に実施されていく道筋をつけていくということは」重要な任務であるとの観点から、一般的事項については幅広く検討していく(31; 小林)ということであった。この結果、修正された第二次構想では、総論部分がADR基本法、各論部分は民間ADR推進支援法というハイブリッドな構成となった。また、総論部分に「自主性、自立性」あるいは「当事者同士が主体的に解決をする」というメッセージ性のある表現を盛り込んでほしいとの複数の委員からの希望は、最終的に「紛争当事者」の「自主性・自立性を最大限尊重した紛争解決手続であること」を目的規定のなかに明示するという約束(35; 小林)へと実った。しかしこれに対して、かねてより希望されていた消費者や労働者といった「弱者への配慮」規定については、検討が約束されたものの、結局その後の法案に具体化されるには至っていない。同様に「主宰者」から改められた「手続実施者」の語についても、なお当事者の主体性の観点からは望ましくないとして注文がつけられていたが^{s14)}、最終的に措置されることはなかった。

Ⅲ 制度内改革の断念——「法による」紛争解決

認証制度の導入に象徴されるように、修正された第二次構想の内容についても結局委員全員の意見の一致には至らなかったが、推進本部設置期限が切迫していたため、この方向で法案策定作業を進めることについて検討会としての了解がとられた。かくして第 35 回検討会をもって ADR 法制化のための検討は終了したはずであったが、その後さらに、「タイミングとして異例」ながら、策定中の法案の進捗状況について「中間的なご説明をお伺いする機会」(36；山本) が設けられ、「これまであまり議論にな」らなかった部分について(36；小林) 説明がなされた。というのは、ADR 法の対象を「『法による』紛争の解決のための手続」に修正すること、つまり「裁判外紛争解決手続」に「法による」縛りをかけることになったからである。

この趣旨について事務局は、「『裁判外における紛争の解決』とだけ申し上げると、概念的には、例えば暴力団による紛争の解決のような、不法なものも含まれてくる」ので、「ここで言う『法による』というのは、不法な解決ではないとの趣旨を明記したもの」であると説明した。これは「綜合法律支援法、いわゆるネット法においても」用いられている文言であって、「『法』というのは、必ずしも実定法に限られるものではなく、「慣習法や条理なども当然入って」くる「広い意味で用いられる『法の支配』における『法』のようなものであると御理解いただ」きたい(36；小林) というのである。

これに対して検討会委員からは多々批判的な意見が表明された¹⁵⁾。事務局は、「両当事者の紛争の解決に向けた努力を助長・促進し、紛争をお互いが満足するように解決することにこそ ADR の妙味、エッセンスがあるとお考えの方からすると、そもそも『法なんぞ何するものぞ』という感じもないわけではないことは十分意識しております」が、「『法による』というのは、本来的な意味として、

14) その趣旨は、「主宰者という言葉に比べれば不適切さは軽減している」が「手続を実施するのは調停人や仲裁人だけではなくて、当事者もまた手続の実施の一旦を担うというような意見も聞こえて」くるから、「あえて疑義のある手続実施者という言葉を使わずに、調停人とかあっせん人といった言葉を使えばよいのではないか」(35；三木) ということであった。

その判断基準が実定法であるということまで限定したものではなく、「特に不法なものでない限りは、きちんとこの法律の中に位置付けられるもののご理解いただいてよい」(36; 小林) ととりなしに終始した。そこでさらに畳みかけるように「判断基準の意味でないとしたら何なのか」、「判断基準を意味せずに違法なものを排除、違法なものは含まないという意味しかない」のであればなおさら「このような文言が入る奇妙さが際立ってくる」(36; 三木) と問われては、ただ同じ弁明を繰り返すほかなかった。というのも、この修正の背後には、「ADRについて得体が知れない形で紛争が解決される、うやむやにされてしまうといったようなことを懸念する」声があがっていたという事実があり、こうした方面からは「非常にそうしたものを除くという点が明確になったので、むしろ望ましいという御意見があった」(36; 小林) からである。この結末が意味するのは、裁判所との関係において自律した新たな制度としてADRを位置付けようとする自律派のADR観は、ADR法には採用されえなかったということである。すなわち、「自主」派は国の関与を排除する自主性のあり方についての、「活性」派は国の権限委譲を正当化する活性化のあり方についての、それぞれが示すべき理論的根拠を十分明確に示すことができなかったために、いったん目指された既存の制度内での改革さえも、最終的には断念せざるを得なかったのである。

IV 考察——ADR法制定の意義

1. ADR法のADR観

こうしてできあがったADR法のADR観は、結局、事務局が当初想定していた補完派のそれに近いものとなった。これはすなわち、引き続き公共の制度基盤

-
- 15) 例えば、「前回の検討会までは議論に上っていなかったところで」、特に法律のタイトルへの挿入は「非常に落ち着きが悪い」のだが「何かやむを得ない事情によりこの言葉が入らざるを得ないのか」(36; 原)、「当初からこの検討会のキーワードとしてやってきた自主的解決の促進、バックアップであるとのニュアンス、正当性といったところ」が「非常にわかりにくい」(36; 龍井)、「ADRでは、法によらないで解決する場合がたくさんあり」、「ADRは法による紛争解決がどうにもならなくなったところから生まれたという側面もあるから」、「そのような事情を踏まえていないと」、この語の挿入によって「今後の運営、実務上において、非常な支障を来すことになる」(36; 廣田) などがあった。

としての司法の枠内で、第三者を間に挟んだ訴訟の延長線上の紛争解決手続として ADR を捉えるものである。かくして自律派の ADR 観は検討会のプロセスで淘汰され、裁判の「単なる代替手段」にはとどまらない「当事者同士が主体的に、自主的に解決できる紛争システム」を構築する、あるいは「私的自治でないともっていけないという歴史的な過程に入ってきた」(4; 廣田) のでゆくゆくは ADR が裁判制度に代替する、という「自主」派の ADR 観も、他方、「紛争解決サービス市場」を念頭に国による認証を経て委譲された司法の権限という付加価値のついた紛争解決機能という“商品”を流通させようとした「活性」派の ADR 観も、ともに採用されなかった。つまり、ADR 法制を現行制度のなかに組み込むのであれば、「制度的整理がないまま色々な法的効果だけを与え」ることは許されないということである。

したがって、ADR の置かれた状況は ADR 法制定以前とは大きく変わらず、ADR 法の制定は結果として司法の概念そのものを揺るがすことにはならなかった。もちろん、ADR 法では新たに、検討会の多くの委員やパブリックコメントにおける反対意見を押し切る形で認証制度が導入され、認証に一定の効果が付与されたという意味では、ADR 法の ADR 観は補完派と全く同じであるともいえない。しかし、「活性」派が本来目指した司法権限の委譲が実現されたかというわけでもないのだから、認証制度の存在が補完派の ADR 観に本質的な影響を及ぼしたとみなすことはできないのである。

2. ADR 法と裁判所・司法

その一方で、ADR 法を制定しようとする試み自体は、司法の概念の問い直しを意味していたといえる。というのも、ADR の拡充・活性化及びそのための法制化を提唱した審議会意見書は、ADR による紛争解決機能を広い意味での司法の一部と捉えており、司法の概念に従来にはない膨らみが想定されていたからである¹⁶⁾。この新しい司法概念について、審議会意見書はその役割を論じる以上に立ち入った説明をしていないが、例えば「国家権力の赤裸々な発現」(6; 青山) である執行力の民間 ADR 業者への付与が具体的な検討課題にあげられたことは、おそらくこれと無関係ではない。そうであるならば、司法制度改革あるい

はADR法制によって揺らぎつつある司法の概念について、これからどのように考えていけばよいだろうか。

戦後民事訴訟法理論の礎を築いた兼子一博士は、近代国家における司法を定義して、「原則として法規の適用によってなされる法律判断」である裁判「に具現される国家作用」であり、「抽象的な法規を定立する立法に対」置されるもの、とした¹⁷⁾。ただ兼子博士はこの一方で、民事訴訟制度の存在目的について、「私人間の生活関係は、大部分は相互の交渉により、無事に済んでいくのであって、この限りにおいては、国家社会としても通常これに介入する必要はない」が、「任意的な解決」が成立しない場合に、「国家権力に基づき私人間の生活関係上の紛争又は利害の衝突の解決調整を図ることによって、これに基づく私人の生活上の障害や危険を除去するとともに、社会の秩序を保持すること」¹⁸⁾、と説明している。ここからは、民事紛争をめぐる国家権力を発動する主体としての裁判所と、任意的な解決と並ぶ（又は同時に支える¹⁹⁾）紛争解決機能を営む主体としての裁判所とは、区別して考える余地があることが示唆されているように思われる。少なくとも、国家権力の行使としての強制力を、行政機関の認証を介して特定の民間業者に付与することの意義と、それを正当化する論理については、真摯に考えてみる必要があるだろう。というのも、それが現代における「市場」の要請であるというならば、近代国家の体系性に関わるものとして、「市場」という新たな体系と国家の体系との関係について、一歩踏み込んだ考察が不可欠と思われるからである。

このように考えてくると、司法の規制緩和という旗印の下に、行政の領域拡大が行われたこともまた注目に値する。まず、これまで規制の対象外であったADR機関に対して、認証という「行政処分」を創設することによって新たな管

16) 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1208号(2001年)18-20頁参照。また、小島武司博士は、審議会意見書の中には「狭義の司法のほかに、広義の司法というべきコンセプトがその姿を現わしつつある」と指摘して、後者を「大文字の司法」「汎司法」とする再定義を試みている(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1207号(2001年)10頁参照)。

17) 兼子一=竹下守夫『裁判法[第4版]』(1994年)11頁参照。

18) 兼子一『民事訴訟法体系』(1954年)25頁参照。

19) 三ヶ月章『民事訴訟法研究5巻』(1972年)154-155頁参照。

理の契機が設けられたという意味で、これはいわば、存在しなかった規制を「緩和」するために新たに行政による管理を創出するものであった。したがって、ADR 法は、規制法とならなかった代わりに新たな管理法となったのであり、ここでの ADR の自治は管理の枠内での自治である。もちろん、認証を受けるか否かは ADR 機関による任意の選択であるから、管理された自治を望まない ADR 機関は認証を申請しなければよい。しかしこれを逆の立場からみるならば、反対意見を押し切って導入された認証制度こそが、従来からの実績ある ADR 機関及びその利用者によって「選別」され、「淘汰」されていくこともあるのだということに覚悟しておかなければなるまい。

おわりに — 民事手続法としての ADR 法

ADR 法制の整備は、司法制度改革のなかで最も時間を要したテーマの一つ²⁰⁾だといわれる。その理由は様々ありうるが、司法としての ADR をどのように位置付けるかといういわば議論の前提について、十分な共通認識を得ないままに技術的・政策的な議論が重ねられたことも、その一つとしてあげられるだろう。もちろん検討会において、司法領域の規制緩和によって ADR を拡充・活性化すること、それが司法機能の充実につながるということについての認識は共有されていたし、司法の中心には（将来的にはともかく）裁判所があることを疑う者もなかった。ただ、自戒の念をも込めていえば、この二つを架橋する理論的基盤については、未だ十分な議論がなされているとはいえないのである。実際に検討会での議論の過程で、裁判官である委員は事務局に対してすら「理論的根拠が説明できるのか」というところを詰めておかないといけないのではないか」（18；綿引）と注意を喚起していたし、さらに消費者の立場で検討会に参加していた委員からは、「消費者とか利用者によって、どれだけニーズがある話だったのか」、「あまりにも手続法的なところに偏った議論をしてこなかったか」（25；原）、という問い直しの声があがっていた。こうした指摘は、現状を見据えた理論研究の必要性

20) 小林徹『裁判外紛争解決促進法』（2005 年）3 頁。

を改めて教えてくれるものといえるだろう。というのも、かつて竹下守夫博士が民事訴訟の目的論について指摘したように²¹⁾、制度の存在理由を何に求めるかは、立法的・解釈的に「改革を押し進める方向を左右することとなる」からである。

審議会意見書においてADRが裁判所を中核とする司法の一部と位置付けられていた²²⁾ことは、司法という「概念」そのものがいま問い直しを迫られていることを意味している。それゆえADR法制化の試みは、その拡充・活性化だけでなくより根本的に、近代国家における司法の意義や機能を理論的に問い直す契機でもあった。そして、このようにADR法の制定が司法（概念）の問い直しを含んでいるということは、ADR法を民事手続法として捉えることによって初めてみえてくるものでもある。その意味で、ADR法制定あるいはそのプロセスは、司法概念の枠組を再検討する必要性を研究者に突きつけるものだったといえることができるだろう。

21) 竹下守夫「民事訴訟の目的と機能」民事訴訟法の争点〔第3版〕(1998年)7頁。

22) 竹下・前掲注6)2-3頁(ただし竹下博士自身は「ADRを司法制度ないし司法作用の一部と見るべきかは問題であるが」(6頁注2)と含みを残している)。