慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	アメリカにおける代替的紛争解決運動に関する一考察
Sub Title	A study of alternative dispute resolution movement in America
Author	大沢, 秀介(Osawa, Hideyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1988
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.61, No.5 (1988. 5) ,p.327- 358
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	法学部政治学科開設九十周年記念論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19880528-0327

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

アメリカにおける代替的紛争解決運動に関する一考察

大沢秀介

第一章　はじめに
第二章　代替的紛争解決運動の成立とその背景
第三章　代替的紛争解決運動をめぐる議論
第四章　第二段階における代替的紛争解決運動をめぐる議論
第五章　現代的な訴訟の基盤に関する議論
第六章　結語にかえて

第一章　はじめに

筆者は、これまで別稿において、アメリカにおけるいわゆる公共訴訟についていくたびか論じてきた。[1] 公共訴訟については、しばしばその代表例として、公立学校における人種差別解消訴訟や、精神病院の患者や刑務所の収容者に対する非人道的ないし残酷な取り扱いを止めさせ、それらの制度改革を通して人権の救済をはかるという制度改革訴訟のみが取り上げられてきた。しかし、公共訴訟には制度改革訴訟と並ぶもう一つのタイプの訴訟として、ファロンの指摘するように、[2] 伝統的な財産権の侵害をめぐってではなく、イデオロギー上の主張を提起する非ホッホフェルデ

ィアン原告による訴訟も含まれている。公共訴訟は、この非ホッホフェルディアン原告による訴訟という側面を通して、日本における現代型訴訟と類似した特色を共有することになる。(3)

そして、この共通する特色を持つ日本の現代型訴訟とアメリカにおける公共訴訟の両者を通じて、最近目につく傾向は、事件が最終的に判決を通してでなく、和解によって解決される場合が多いことである。(4) 現代型訴訟においては、「既存の法的基準や司法的救済の枠を越えて被害救済の要求を貫徹するにあたって、裁判内外の和解が持つ可能性と重要性」を認識することが必要だとされている。(5) たしかに、このような指摘には十分耳を傾ける必要があろうが、他方現代型訴訟は行政権ないし大企業の責任を、訴訟という場で公的に追及するという側面を有している。そのことを考えると、和解という形で訴訟を終結することについては、若干問題があるように思われる。

本稿では、現代型訴訟を和解で解決する道も探るべきであるという主張がなされる際に、その理由の一つとしてあげられるアメリカでの動向(6)、すなわち訴訟によらない紛争解決の在り方として最近注目されつつある代替的紛争解決（Alternative Dispute Resolution, 英語の頭文字をとってＡＤＲと呼ばれることが多い）について、とくに学界で大きな反響を呼んだフィス（O. Fiss）の見解を中心に検討を行っていくことにしたい。

(1) 大沢秀介・現代アメリカ社会と司法（一九八七）。

(2) Fallon, *Of Justiciability, Remedies, and Public Law Litigation: Notes on the Jurisprudence of Lyons*, 59 N. Y. U. L. Rev. 1 (1984).

(3) たとえば、これまで現代型訴訟の特色としては、新堂教授により、つぎのような点が指摘されてきた。①当事者についてみると被告は、公共事業の主体たる国や公共団体であるとか、消費物資を大量に生産する大企業であるとか、さらに、これらの企業を監督する地位に立つ国、地方公共団体であることが多い。他方、原告側は、そのような被告側の事業活動によって同じ内容の被害を受けたり、受ける恐れのある市民の集団である。②訴訟の請求面―訴訟を通じて直接得ようとする救済内容はなにかという面―からみると、ⓐその訴訟における請求は、過去に起きた損害の賠償を求める型から、現に受けている、また

は受けるおそれがある侵害を将来受けないように、その侵害の防止を求めるものに移りつつある。(…しかも請求の)波及効果を考えると、一国の政策全体に対する挑戦という性格をもたされることになる。その結果、立法権や行政権と司法権の相剋という形で論戦が展開されることになるし、空港や新幹線の社会的意義が問い直され、行政権の旗印としての「公共性」の判断の内容が原告らの侵害利益の重さとの関係で洗い直されることになる。(b)差止の対象とされる被告らへの侵害についてみると、侵害の性質や態様は、可視的で特定的で明確な重度のものから、次第に微視的で認識困難な、不特定多数に生じる微量な、あるいはより精神的なものへと拡散していく傾向が見られる。新堂幸司「現代型訴訟とその役割」岩波講座基本法学8—紛争三〇五頁、三〇九頁—三一一頁(一九八三)。

(4) 田中茂明・現代日本法の構図—法の活性化のために二一三頁(一九八七)。日本で現代型訴訟における和解が見直されるきっかけを作り出したのは、スモン訴訟における東京地裁の可部恒雄裁判官の勧告に基づく「可部方式」と呼ばれる和解案であったとされる。すなわち、そこにおいては、「法的責任かどうかはともかく国と製薬会社に問題解決の責任があることが明記され、反省・陳謝・遺憾の意が表明されており、いわゆるスライド付き定期金支払いによる介護費用など、判決では不可能な恒久的救済措置に関する条項も盛り込まれて」いたからである。

(5) 田中・前掲書二一四頁。

(6) 田中・前掲書二一七頁。

第二章　代替的紛争解決運動の成立とその背景

アメリカにおける代替的紛争解決運動については、すでに日本においてもいくつかの研究がなされている[1]、本稿でも、それらの研究をも参照しながら、まず最初に代替的紛争解決運動の成立とその展開について見ていくことにしたい。代替的紛争解決運動は、紛争解決にあたって裁判によらない手段を模索しようというものであるが、それはどのような成立の背景を有しているのであろうか。

現在論議されているような代替的紛争解決手段の使用が検討されるようになったのは、それほど古いことではない[2]。

すなわち、一九六〇年代後半から七〇年代にかけて、裁判所での訴訟遅延と訴訟費用の高騰が顕在化するにつれて、市民の間に小規模な民事、刑事の事件を裁判所を通して解決するということに不安がもたれるようになるとともに、裁判所に対する信頼が低下する恐れが生じてきたため、代替的紛争解決運動は、そのような事態に対処する一つの手段として考え出されたのである。

このような流れの中で、一九七六年に開かれたのがパウンド会議（Pound Conference）である。この会議において、訴訟に代わる新たな代替的紛争解決手段の提唱が行われた。すなわち、そこで一つの代替的紛争解決手段として、当時の合衆国最高裁判所（以下、最高裁という）のバーガー（W. Burger）長官によって主張され、後に連邦司法省のベル（G. Bell）長官の強力な後押しを得て生まれたのが、近隣ジャスティス・センター（Neighborhood Justice Center）である。この会議の後、各地に設けられることになった近隣ジャスティス・センターは、「都市であるが故に生ずる紛争（刑事事件を含めて）を当該『地域』の問題として捉らえ、調停や仲裁を手段としてその解決をめざす」[3]ものとして考え出されたものである。

しかし、現在の代替的紛争解決運動は、後述するように、この近隣ジャスティス・センターだけには限らない。多様な各種の代替的紛争解決手段が、検討され実行されつつある。その運動の拡がりの大きさには、目を見張るものがある。学問的にも多くのロー・スクールにおいて、代替的紛争解決に関する講義が、カリキュラムの中へ取り入れられ、また、いくつかの教科書もすでに出版されており、この点でも注目される[4]。

代替的紛争解決運動は、紛争解決にあたって裁判によらない手段を模索しようというものであるが、現在その内容の多様さもあって、一義的に定めることはなかなか困難である。たとえば、つぎのようなリーバーマンとヘンリー（J. Lieberman & J. Henry）による定義も、作業仮説として示されているにすぎない。「代替的紛争解決運動とは、①法的紛争がすべての紛争当事者（Disputants）の利益のために、裁判所外で解決されることを認め、②訴訟の費用と訴

訟に通常伴う遅延を減少させ、あるいは③裁判所に提起される可能性のありそうな法的紛争を未然に防ぐということを目的とする一群の慣行と手段である[5]」。

このリーバーマンとヘンリーの作業仮説に従っただけでは、代替的紛争解決の具体的内容は必ずしも明確な形であらわれてこない。それは、代替的紛争解決手段として広く知られてきた、仲裁(Arbitration)、調停(Mediation)[6]、斡旋(Conciliation)、示談交渉(Negotiation)などに加えて、それらの混合物ともいえる新しい手段を含んでいるからである。たとえば、その例としてカリフォルニア州の rent-a judge プラン、ミニ・トライアル(mini-trail)[7]、後述する簡易陪審トライアル(summary jury trial)[8]をあげることができる。さらに裁判所によって任命される補助裁判官や特別補助裁判官やオムブツマンまた勧告的陪審(advisory jury)[9]なども、代替的紛争解決の手段として用いられる場合がある。

代替的紛争解決運動は、その対象となる事件の種類についても、今日大きな拡がりを見せるにいたっている。すなわち、これまで仲裁や調停が用いられていた労使間の紛争だけでなく、小規模な民事、刑事事件、離婚や子供の養育をめぐる紛争(Child Custody Disputes)、消費者保護や環境保護をめぐる紛争、職場での差別についての苦情、刑務所収容者の不服申立て、さらには州間あるいは州と連邦政府間の抗争をめぐる問題などにまで、代替的紛争解決手段が用いられ、その範囲は拡張されつつある[10]。

代替的紛争解決運動発展の契機を直接的に与えたのは、前述したように訴訟遅延、訴訟の費用の高騰とそれに伴う裁判所への信頼感の低下ということに求められる[11]。この点を捉らえて、アメリカでは訴訟の爆発(Litigation Explosion)[12]、現象が指摘され、アメリカ社会は訴訟社会(Litigious Society)[13]であるとか、過剰な訴訟のために法過剰症(Hyperlexis)[14]に罹っているとかいわれることになった。さらに、このような傾向に拍車をかけたのが、一九六〇年当時において見られた様々な学問領域における研究からの影響である。そのような種類の研究として、少なくとも二つのものをあげ

ることができよう。[15]

一つは人類学において研究がなされていた小規模社会における調停の研究であり、またもう一つは、この当時関心が強まっていた社会主義諸国における人民裁判（People's Court）の在り方についての研究である。たとえば、代替的紛争解決運動、とくにその初期において大きな影響を与えたダンツィッヒ（R. Danzig）の研究[16]の中にも、ギブス（J. Gibbs）のリベリアにおけるケペレ（Kpelle）族の裁判に関する研究の影響とともに、キューバやソ連などの社会主義国における裁判の在り方に関する研究への注意が見られる。[17]

現在の代替的紛争解決運動は、かつてのようにアフリカの部族社会における紛争解決を一つの手本として、アメリカ社会にも同様な小規模な紛争についての紛争解決手段を制度として作り定着させようとするものではない。[18] このような運動の方向は、運動の初期においては見られたが、現在の代替的紛争解決運動は、訴訟に代わる紛争一般について積極的にその解決手段を制度化（institutinalized）しようとする方向へと進みつつある。[19] すなわち、代替的紛争解決運動は、それぞれの地域における代替的紛争解決手段のプログラムを作り出すという第一段階から、それらのプログラムを裁判所が規則制定権を行使することなどによって、その手続の中に取り込むという第二段階へと入りつつある。[20]

この第二段階に入った代替的紛争解決運動の中では、いろいろな形での代替的紛争解決手段の方法が模索されている。それらのいくつかをあげれば、裁判所によって執行される仲裁（court-administered arbitration）[21]や早期中立的紛争評価（early neutral evaluation）プログラム[22]などのほか、ミニ・トライアルなどが指摘できるが、これら第二段階における代替的紛争解決の手段として、いま注目されているのが、簡易陪審裁判である。以下、現在の代表的な代替的紛争解決手段としての簡易陪審トライアル[23]について、簡単に見ておくことにしたい。

簡易陪審トライアルは、一九八〇年に合衆国オハイオ州北部地区地方裁判所のランブロス（T. Lambros）裁判官によって創出され、用いられるに至ったものである。ランブロスは、一九八三年に改正された連邦民事訴訟規則第一六

条(c)(七)を根拠に[24]、裁判官がプリトライアル段階でより主体的な形で参加し、和解を促進する方法を提唱しようとする。ランブロスによれば、このプリトライアル段階に裁判官が参加する目的は、紛争当事者に対して事前に陪審がトライアルで下す判断に近いものを知らしめることにある。そのためランブロスは、弁護士による陪審への主張の提示とそれに対する陪審の判断をまとめた、現実のトライアルにかなり近い簡易陪審トライアルを構想する。そしてランブロスは、この簡易陪審トライアルの結果を知ることによって、双方の当事者が和解することを期待するのである。もちろん、この簡易陪審トライアルでは、陪審による裁判の権利を保障する修正第七条との関連から、陪審の答申は拘束力を持たず、当事者が望む場合には、正式の陪審裁判を受けることができるとされる。ただ、この簡易陪審トライアルが、自発的なものではなく、訴訟におけるプレトライアルの局面の強制的な部分を構成するということに注意しておく必要があろう[25]。

この簡易陪審トライアル[26]については、積極的に評価する立場[27]もある反面、懐疑的な見解も存在する。たとえば、ポーズナー(R. Posner)は現在裁判所が過重負担に陥っているということについては、ランブロスとその認識を共有しながら、この簡易陪審トライアルは手続上の改革を評価するための四つの基準[28]を充たしていないとして批判する。しかし、本稿での直接の課題は、この簡易陪審トライアルにのみ限定されない。本稿の目的は、より広く代替的紛争解決運動全体をその評価の対象とすることにある。この目的は、現在アメリカにおいて、代替的紛争解決のための機構として、ほぼ全州にわたって一五〇以上の小規模紛争調停センター(minor dispute mediation center)が創設され、また裁判所付設の仲裁(court-annexed arbitration)が連邦、州を問わず活用されている[29]現状においては、一つの大きな意味を持つことになろう。したがって、本稿ではそのような観点から、最近行われている代替的紛争解決運動全体に関する議論を検討していくことにする。

(1) 和田安弘「多元的紛争処理の試み—アメリカにみる一つの動き—」都立大法学会雑誌二二巻一号一頁(一九八一)、和田

仁孝「現代都市における紛争処理と法(一)(二)(三)—裁判外紛争処理と戦略的法使用—」法学論叢一一一巻二号六七頁、一一一巻六号五八頁（一九八二）、一一二巻三号七二頁（一九八三）、吉村徳重「裁判外紛争処理の動向とその分析」法政研究五一巻三・四号七一一頁（一九八五）、小島武司「現代社会における代替的紛争解決手段—interviews with Stephen J. Carroll, William L. F. Felstiner and Deborah R. Hensler—(at The Rand Corporation The Institute for Civil Justice)」判例タイムズ五九八号一八頁（一九八六）。

(2) Merry, *Disputing without Culture* (Book Review), 100 HARV. L. REV. 2057 n. 5 (1987).

(3) 和田（安）・前掲論文註(1)四頁。なお、Neiborhood Justice Center プログラム一般について、この和田（安）論文を参照されたい。

(4) たとえば、教科書としては以下のようなものがある。S. GOLDBERG, E. GREEN, & F. SANDER, DISPUTE RESOLUTION; L. RISKIN & J. WESTBROOK, DISPUTE RESOLUTION AND LAWYERS (1986); L. KANOWITZ. CASES AND MATERIALS ON ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (1986).

(5) Lieberman & Henry, *Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement*, 53 U. CHI. L. REV. 424, 424-25 (1986).

(6) クーリーによれば、仲裁と調停の最も大きな違いは、紛争当事者以外の第三者が、決定を下すか否かにあるとする。さらにクーリーは、調停は当事者が第三者の援助によって合意に到達することができるであろうことが、合理的に期待でき、かつ紛争解決後も当事者の関係が続くような場合に用いられる。一方、仲裁は示談交渉による合意が合理的には期待できず、かつ紛争解決後は当事者の関係が継続しないことが見込まれる場合に用いられるとする。また、調停における第三者と仲裁における第三者との相違について、調停の場合には、第三者は一般にだれがあるいは何が正しいかあるいは間違っているかにかかわりなく、当事者が従来の関係を回復し、合意に到達するように試みる行動的な存在であり、他方、仲裁における第三者は、正しい判断をなすことが期待されるが、受動的な存在であるとする。Cooley, *Arbitration vs. Mediation - Explaining the Differences*, 68 JUDICATURE 263, 263-264, 269 (1986). この意味で独特な歴史を持つ日本における調停と仲裁の相違とは異なるといえよう。この点につき、なお和田（安）・前掲論文註(1)四頁を参照のこと。

(7) ミニ・トライアルについては、小林秀之・アメリカ民事訴訟法二二二—二二四頁（一九八五）に紹介がある。

(8) Lambros, *The Judge's Role in Fostering Voluntary Settlements*, 29 VILL. L. REV. 1363 (1983-84).

(9) Note, *Practice and Potential of the Advisory Jury*, 100 HARV. L. REV. 363 (1987).

(10) Merry, *supra* note 2, at 2058.

(11) たしかに、最近における連邦裁判所の訴訟数の増大は、かなり急激なものがある。たとえば、一九四〇年と一九八一年を比較した場合に、連邦地裁レベルでは受付訴訟事件数が、三万五千件から一八万件に増加し、裁判官一人当たりの担当事件数は、一九〇件から三五〇件へと倍増している。このような傾向は、連邦高裁や州の裁判所の場合においても同様に見られる。バーガー前連邦最高裁長官によれば、連邦高裁レベルにおいては、一九五〇年と一九八一年を比較した場合には、年間受付事件数において二八〇〇件から二六〇〇〇件へ、また一人当たりの裁判官の担当事件数は、四四件から二〇〇件へと増加している。また、州の裁判所のレベルを比較した場合にも、一九六七年と一九七六年との間では、上訴訟数は人口の増加率の八倍にのぼり、また第一審にあたる事実審のレベルでも人口増加率の二倍にのぼるとされる。Burger, *Isn't a Better Way?*, 68 A. B. A. J. 274, 275 (1932). もちろん、この点については連邦最高裁の場合もこの傾向の例外ではない。このように事情を受けて、現在連邦最高裁の訴訟遅延を解決するための制度改革の必要性が議論されている。Baker & McFarland, *The Need for a New National Court*, 100 HARV. L. REV. 1400 (1987); Ginsburg & Huber, *The Intercircuit Committee*, 100 HARV. L. REV. 1417 (1987).

(12) Barton, *Behind the Legal Explosion*, 24 STAN. L. REV. 567 (1975).

(13) J. LIEBERMAN, LITIGIOUS SOCIETY (1981).

(14) Manning, *Hyperlexis: Our National Disease*, 71 NW. U. L. REV. 767 (1977).

(15) Merry, *The Social Organization of Mediation in Nonindustrial Societies: Implications for Informal Community Justice in America*, in 2 THE POLITICS OF INFORMAL JUSTICE 17, 19 (R. Abel ed. 1982). メリーは、ここであげた二つのほかに、アメリカにおいて、すでに行われていた労使紛争をめぐる仲裁制度の研究をあげる。ただし、そこにおいてあげられているフラーの調停に関する研究においては、人類学の研究の成果がかなり参照されている。Fuller, *Mediation-Its Forms and Functions*, 44 S. CAL. L. REV. 305, 337-39 (1971).

(16) 和田（安）・前掲論文註(1)九—一〇頁。

(17) Danzig, *Toward the Creation of a Complementary, Decentralized System of Criminal Justice*, 26 STAN. L. REV. 1, 42 n. 118 (1973).

(18) Hensler, *What we know and don't know about Court-Administered Arbitration*, 69 JUDICATURE 270 (1986). ハンドラーによれば、地域社会を基盤とした紛争解決プログラムは、あまり用いられてはいない。

(19) Alfini, *Alternative Dispute Resolution and the Courts: An Introduction*, 69 JUDICATURE 252 (1986). アルフィニは、

この第二段階の代替的紛争解決運動の前掲を用意したものとして、第二次世界大戦後に、パウンド（R. Pound）の主張の影響を受けて、ヴァンダービルト（A. Vandervilt）の主導の下に行われたニュージャージー州をはじめとする司法制度の改革をあげる。この時の改革では、州裁判所の一元化とその一元化された司法制度を運営するために政治から切り離された専門家集団としての司法部づくりが目的とされた。

(20) 吉村・前掲論文註(1)七二三頁は、第三者関与型の裁判外紛争処理について、現在①裁判手続に組み込まれたもの、②裁判手続外でも裁判所と密接に関連しているもの、③裁判所とは全く別個のものがあり、その多くは①の裁判所付設型か、②の近隣ジャスティス・センター型であるとする。

(21) Hensler, *supra* note 18, at 270.

(22) Brazil, Kahn, Newman & Gold, *Early Neutral Evaluation: An Experimental Effort to Expedite Dispute Resolution*, 69 JUDICATURE 279 (1986).

(23) Posner, *The Summary Jury Trial and Other Method of Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations*, 53 U. CHI. L. REV. 366 (1986).

(24) 一九八三年に改正された連邦民事訴訟規則第一六条(c)(七)は、「プリトライアル・カンファレンスの参加者は、この規則の下で、紛争解決のために和解の可能性あるいは訴訟外の手続に関して考慮し、行為しうる」と規定する。

(25) Posner, *supra* note 23, at 368-69.

(26) 簡易陪審トライアルの具体的な手続としては、まず開示手続（Pretrial Discovery）が終了し、プリコンフェレンスが開かれた後でも、トライアルにおいて和解することが困難だと思われる陪審事件が、この簡易陪審トライアルの対象として取り上げられることになる。簡易陪審トライアルにおける出席者は、裁判を主宰する裁判官あるいは裁判官によって任命されるマジストレイト(Magistrate)、当事者とその弁護士・そして陪審である。陪審の選択は通常の方法によってなされる。そして、当事者双方の弁護士は、陪審の前においてそれぞれの側の主張をなすことになる。その際に弁護士は、トライアルにおいて予想される証人の証言の要約をその中に含めることができる。但し、証人の証言については開示手続においてなしたものに基づかなければならない。証拠に関するルールや手続上のルールは、厳格には適用されない。陪審は、双方の主張を聞いた上で、通常と同じ形で答申を行う。この陪審の答申について、当事者は、答申の出された後に、陪審員に対してその意味について話しを行うことができる。以上の手続にかかる時間は、半日程度とされる。*See generally* Lambros, *supra* note 8.

(27) Lieberman & Henry, *supra* note 5, at 436 n. 51. によれば、現在一〇州に及ぶ各地区の連邦地裁において簡易陪審ト

ライアル制度が用いられているという。

(28) ポーズナーは、その四つの基準として、①改革のための手続が、合理的な訴訟当事者のモデルに合致していなければならないこと、②社会科学において確立した仮説検証方法によってその手続の成功か失敗かが判断できること、③トライアルに対する代替手段は、関連する法的、制度的制約、たとえば憲法上の原則である権力分立制に由来する制約を尊重しなければならないということ、④提唱されているあらゆる改革は、法制度を正しい方向へ動かすものでなければならず、そこにおける正しさとは改革が成功があるかいなかを判断するための、狭い視野による細かい技術的なものというような基準ではなく、広範な公共政策に一致したものとして定義されなければならないということをあげる。Posner, *supra* note 5, at 367-68. このような主張は、ポーズナーが Law and Economics の提唱者であることと強く関係していることはいうまでもない。*Id.* at 393.

(29) Edwards, *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?*, 99 HARV. L. REV. 668 (1986).

第三章　代替的紛争解決運動をめぐる議論

代替的紛争解決運動は、すでに述べたように、今日では一種流行とまでいえるほどにアメリカ国内に拡がりつつある。しかし、また同時にこれまですでにいくつかの批判が加えられてきた。たとえば、そもそもこの代替的紛争解決運動の契機となったアメリカ社会における訴訟の急増、訴訟の爆発ともいえる現象が生じているということ自体、確かなことかどうかが問われている。

この点について、ギャランター(M. Galanter)は疑問を呈する。[1] ギャランターは、まず訴訟が過剰に提起されているという主張に対して、過剰であるかないかの判断基準としての過去の歴史との比較、[2] 他国との比較[3]などが十分な検討を経ずに行われているということを指摘する。そして、ギャランターはアメリカ社会が過去に比べて、より訴訟を引き起こしやすい性質を帯びつつあるという指摘を否定し、訴訟の爆発という現象は見られないとする。トルーベックらはこのギャランターの説をさらに進め、自らの調査結果をもとに紛争の中で訴訟にまでいたるものは少なく、また

訴訟費用それ自体も費用と効果という観点で考えれば、過大ではないと結論する。[4]

このギャランターやトルーベックらの主張に従えば、当初多くの人々に抱かれた代替的紛争解決運動の基本的認識、すなわち訴訟の増大によってこれまで紛争を自律的に処理してきたコミュニティが崩壊しており、したがって、それに代わる地域的な紛争解決機構を作り出すべきであるという考え方は否定されることになる。

また、代替的紛争解決運動を作り出す一つのきっかけを与えた文化人類学の立場からも、代替的紛争解決運動に対する批判が行われている。たとえば、サリー（E. Sally）は、人類学の研究が示していることは、紛争の当事者が、その社会的関係において複数の関係によって結び付けられていると感じる場合には、当事者同士はその紛争について妥協しようとするが、単一の関係によって結び付けられているにすぎない場合には、妥協よりは当事者が対立した形の中で紛争に決着を付けようとすることにある。すなわち、紛争解決の際にとられる手段は、その社会関係、さらにいえば紛争解決のルールに関する文化的背景を抜きにしては語りえないとするのである。[5]

アウエルバック（J. Auerbach）は、歴史的な観点から批判する。アウエルバックによれば、建国当時にみられたフォーマルな法制度に頼ることなく、コミュニティ内部で紛争を解決しようとする状況は、その後の経済的、社会的発展にともなう法制度の整備、法律家の地位の確立という段階を経て、アメリカ社会全体の法化（legalization）が進んだ今日では見られないとする。その意味では今日の代替的紛争解決運動が、法律家たちの手によって提唱されているのは歴史的観点からは、自己矛盾であると批判するのである。[6]

このサリーやアウエルバックの批判を、批判的法学（Critical Legal Studies）の立場から、さらに鋭く深化させたのがアベル（R. Abel）である。このアベルの見解については、すでに一部日本においても紹介されている[7]ので詳しく述べることはしない。ただ、その見解の要点は、現在の代替的紛争解決運動が、アウエルバックの説くように、単に法曹階級の利益を擁護するために主張されているのではなく、従来裁判所を通しては及ぼしにくかった国家の支配を貫徹

する手段として使用される一方、それまで不十分な形であるにせよ、形式的には平等に与えられていた法的な保護、救済を、資力のないものから奪うものとして働くものであるとすることにある。それら両者は、資本主義の要求をみたすものとして存在すると批判するのである。[8] このような批判は、さらに代替的紛争解決運動あるいはそこで提供される代替的紛争解決手段は、富裕なものと資力のない者を区別し、いわば貧しい者に対してセカンドクラス・ジャスティス(second class justice)、すなわち一段低い正義を与えようとするものであるとの批判につながることになる。[9]

いま述べたような批判は、たしかに代替的紛争解決運動に対して重要な問題点を提起している。ただ、本稿でこれまで述べてきたところに従えば、これらの批判は主として第一段階における代替的紛争解決運動に対するものとして有意義なものと考えられる。[10]

たとえば、トルーベックらはその議論を進めて、訴訟は増加していても、その多くは調停等により解決されている以上、新たな紛争解決機関を設ける必要はないとする。[11] しかし、このような考え方は、現在の第二段階の代替的紛争解決運動が、代替的紛争解決を裁判所の手続の中に取り込んでいくという、制度化への過程をたどり始めつつある時期においては、必ずしも有効な批判とはなりえないように思われる。また、人類学的見地からする批判についても、トルーベックらの批判と同様なことがいえるように思われる。

最後に、批判的法学からする批判については、第一段階における代替的紛争解決運動ばかりではなく、第二段階における制度化された代替的紛争解決運動への批判としても成り立つ部分も多いように考えられる。しかし、それらの批判は、必ずしも細かい点にまでは及んでないように思われる。したがって、つぎに第二段階における代替的紛争解決運動に対して、とくに加えられる意見、批判について見ていくことにしたい。

第二段階における代替的紛争解決運動に対しては、好意的な評価が加えられている場合がかなり多い。たとえば、ドッティ(E. Doty)はしばしば裁判所付設の強制調停の例として言及される、[12] ペンシルヴェイニア州法の下で設けら

れたフィラデルフィア仲裁プログラム(Philadelphia Arbitration Program)[13]について、事件が事前に決められたスケジュール通りに迅速に、事件の重要度に応じて解決され、その結果フィラデルフィア市にとっても、かなりの公費の節約になっているとする。[14] またドッティは、仲裁に関係した人々の間で、このプログラムは高い評価を得ているとする。[15]

しかし、逆に第二段階における代替的紛争解決運動に否定的な見解も根強く存在する。たとえば、簡易陪審トライアルについては、すでに紹介したようにポーズナーの批判が存在するが、第二段階における代替的紛争解決運動に対する一つの代表的な批判としては、レズニック(J. Resnik)の見解がある。レズニックは第二段階における代替的紛争解決運動は、代替的紛争解決手段が、裁判所の中に取り込まれ、裁判官が自ら行うという点で、もはや裁判(adjudication)に対する代替的手段ではなく、それにとって代わる手段になってしまっているとする。[16] すなわち、裁判官が代替的紛争解決手段の手続に従事し、監督することによって、裁判とその他の活動との境界が不明瞭なものとなってしまったと批判するのである。代替的紛争解決における裁判官の新たな役割が、結果においてこれまで考えられてきた裁判というものとは異なったものを、裁判として再び定義し直す必要を示すことにならざるをえないからである。

レズニックは、さらに代替的紛争解決運動で主張されている各種の手続が、紛争解決においてその主人公は当事者であり、弁護士ではないという前提に立っており、この点で連邦民事訴訟規則が弁護士を中心的なものと位置付けていることと対照的であるとする。しかも、このような代替的紛争解決運動で見られる考え方は、当事者の同意(consent)に基づく紛争の処理の方が、裁判による解決よりも、より良いということを前提にしているものであり、結局において裁判を回避することにつながると批判するのである。

このようなレズニックの批判は、第二段階における代替的紛争解決運動が、発足当初の時期に比較して、裁判所との関係をより深めていくにつれて、裁判の持つ意味に対する理解の重要性を浮き彫りにしている。次章でその点についてフィスの議論を中心に見ていくことにしよう。

(1) Galanter, *Reading the Landscape of Disputes: What we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious Society*, 31 U. C. L. A. L. Rev. 4 (1983).

(2) ギャランターによれば、民事事件の一件あたりの審理日数は、今世紀初頭に比較すれば一九八〇年の場合にはむしろ減少しており、また裁判官一人あたりの処理件数も第二次大戦後はそれほど大きな増加は見られないとする。その理由として、ギャランターは、一九八〇年度の連邦司法部の職員数が、一九六〇年度に比較して二倍以上増加しているという点をあげる。*Id.* at 37.

(3) ギャランターは、この点について、とくにアメリカと対極に位置する国として日本を取り上げてしばしばなされる比較について、日本の訴訟率の低さを国家的政策の結果もたらされたものであるとするヒーリー(J. Haley)の議論などによりながら、その有効性を否定する。なお、ヒーリーの議論については、Haley, *The Politics of Informal Justice: The Japanese Experience*, 1922-1942, in 2 The Politics of Informal Justice 125 (R. Abel ed. 1982) 参照。

(4) Trubek, Sarat, Felstiner, Kritzer & Grossman, *The Costs of Ordinary Litigation*, 31 U. C. L. A. L. Rev. 72 (1983).

(5) Merry, *Disputing without Culture* (Book Review), 100 Harv. L. Rev. 2057, 2060-61 (1987).

(6) J. Auerbach, Justice without Law? (1983).

(7) 吉村徳重「裁判外紛争処理の動向とその分析」法政研究五一巻三・四号七一一頁、七三四—三八頁(一九八五)。

(8) Abel, *The Contradictions of Informal Justice*, in 1 The Politics of Informal Justice 267 (R. Abel ed. 1982).

(9) Merry, *supra* note 5, at 2067.

(10) 吉村・前掲論文註(7)七二三頁によれば、第三者関与型の裁判外紛争処理に関しては、①裁判手続に組み込まれたもの、②裁判手続外でも裁判所と密接に関連しているもの、③裁判所とは全く別個のもの、に分けられるが、現在その多くは①の裁判所付設型か②の近隣ジャスティス・センター型であるとする。したがって、本稿でいう第一段階における代替的紛争解決運動と多くを共有する近隣ジャスティス・センター型の代替的紛争解決手段に対する批判としては、ギャランターらの議論は依然として有効であろう。

(11) Trubek, Sarat, Felstiner, Kritzer & Grossman, *supra* note 4, at 122.

(12) 小島武司「現代社会における代替的紛争解決手段—Interviews with Stephen J. Carroll, William L. Felstiner and Deborah R. Hensler—(at The Rand Corporation The Institeute for Civil Justice)」判例タイムズ五九八号一八頁、一九頁(一九八六)。

(13) このプログラムは、その起源を一七〇五年にまで遡ることができる。しかし、近代的な形で整備されたのは一九五八年からであり、ドッティによって取り上げられ、検討されたプログラムは、一九八一年にフィラデルフィア郡のコモンプリー裁判所の裁判官ブラッドレイ(E. Bradley)によって、大幅に手直しされたものである。*Id.* at 1457. なお、フィラデルフィア仲裁プログラムに関する邦語による説明として、小島・前掲論文二〇頁参照。

(14) Doty, *Philadelphia's Compulsory Arbitration Program*, 29 Vill. L. Rev. 1449, 1460 (1983-84).

(15) とくに、ドッティは弁護士の間で賛成の声が高いことをあげている。*Id.* at 1461.

(16) Resnik, *Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline*, 53 U. Chi. L. Rev. 494, 536 (1986).

第四章　第二段階における代替的紛争解決運動をめぐる議論

第二段階における代替的紛争解決運動をめぐる議論として、まず取り上げなければならないのは、フィスの議論である。フィスは、代替的紛争解決運動を、前述した連邦民事訴訟規則第一六条の改正等とあわせて、訴訟当事者が和解するように促しあるいは和解するように圧力をかける働きとして捉らえようとする。(1) その上で、フィスはつぎのように代替的紛争解決運動を批判する。まず第一に、フィスは訴訟の社会的機能についての理解を、代替的紛争解決運動の提唱者達(以下、提唱者達という)は誤って捉えているとする。フィスによれば、提唱者達は裁判を紛争を解決するためのプロセスとして、すなわち裁判は第三者が紛争を解決するために権力を行使するプロセスであると考え、裁判所はその第三者を制度化したものとして理解している。したがって、そこでは第三者たる裁判官が判断を下す前に当事者同士が合意して、すなわち、両当事者の同意にもとづき紛争を解決する方が、裁判所の判決によって紛争を解決するよりも好ましいことになり、結果においてもトライアルの費用負担を回避することにもつながることになるとされる。(2)

フィスは、このような見解に対して、それは裁判に対する誤った理解の上に立つものであるとする。すなわち、フィスは和解において同意が強制されること、裁判官のように権威のある者がそこに介在しないこと、さらにトライアルや判決が存在しないために、事件のその後に対する司法の関わりを困難なものにするという点で、裁判のプロセスとは異なるとする。またフィスは、費用を負担することのできない者にとっては、和解は裁判と異なり、紛争解決過程において直接当事者同士の力関係が働くものであり、貧困な者にとって不利だとする。(3)

このような考え方に立った場合、同意判決(consent decree)のように、裁判官が確認する和解の場合はどのように考えられるであろうか。同意判決では、裁判官の関与の程度において、和解は判決に類似してくることになるが、フィスはこのようなプロセスをたどったとしても和解は裁判とは異なるとする。それは、フィスによれば、代替的紛争解決運動が裁判の重要な側面である救済を不当に無視することになるからである。すなわち、代替的紛争解決運動においては、判決をもって訴訟が終了するものと見ているが、このような考え方は誤りであるとする。フィスによれば、判決は訴訟の終わりではなく、むしろ始まりであるとする。したがって、裁判が当事者のどちらが正しいかいなかを判断することに尽きるとすれば、和解は判決に代わるものとしてうまく捉えることができるが、構造改革裁判(Structural Reform Adjudication)に代表されるような現代の訴訟においては、判決後も裁判所が関わりを持たざるをえず、同意判決は判決後の裁判所の関わりのための適切な基盤を提供しえず、判決に代わる存在とはなりえないとするのである。(4)

最後にフィスは、提唱者達が裁判の目的を当事者間の平和(peace)を回復することにおいていることに対して、より広い観点から捉えるべきであるとする。すなわち、「裁判官の職務は、当事者の目的を最大化することや単純に平和を確保することにあるのではなく、憲法や法律などの権威を有するテキスト(authoritative texts)に具現化された価値を説明し、有効なものとすることにある」(5)とする。そして、この職務の性格と裁判所が政治機関と異なり、訴訟の

提起を待ってはじめてその活動を開始するという受動的な性格を有するということを考え合わせた場合には、和解というものは裁判所が法解釈を行う機会と能力を事前に奪うものと考えられると批判する。[6] このような裁判の意義の観点からするフィスの考え方は、裁判所が代替的紛争解決を取り込むという第二段階の代替的紛争解決運動について、最も的確な形であてはまることは疑いがないであろう。[7]

このフィスの考え方に対しては、かなりの反論が提唱者達から加えられている。ここでは、それらの中からキャノヴィッツ(L. Kanowitz)の反論とリバーマンとヘンリーの批判について取り上げることにしたい。まずキャノヴィッツは、フィスの主張の要点を裁判所の方が私的な紛争解決機構（private dispute mechanism）よりも公共的利益（public interest）に奉仕すると見ることにあるとする。[8] その上で、キャノヴィッツは、代替的紛争解決が、人々の要求を充たし、個人間の紛争を解決することを通して、裁判所が本来取り扱うべき紛争を考慮する余裕を与えることによって司法の効率を高め、公共的利益に奉仕することになるとする。[9] また、キャノヴィッツは、当事者が受け入れうる形で、紛争が迅速かつ確実に処理されるならば、それはすべての人々に利益を与えることであり、公共的利益に奉仕することになるとする。[10]

このようなキャノヴィッツの批判に対し、リバーマンとヘンリーの反論は、裁判所の機能に関するフィスの理解の仕方に焦点をあてたものである。リバーマンとヘンリーは、フィスの理解についてつぎのように批判する。第一に、多くの事件は判例集に掲載されないようなごく定型的な事件であり、トライアルに至らずに解決されている。第二に、代替的紛争解決は富裕な人々によって選択されているわけではなく、また代替的紛争解決手段の選択は、当事者によって自律的に選択されている。第三に、紛争に関連して裁判所が公共的な価値を明らかにすることを常になさなければならないというわけではなく、場合によってはその機会をむしろ後の時期まで留保しておくことが必要である。その場合、判決よりも和解の方がふさわしい場合が多い。最後に、裁判所の判決が、和解よりも正しい結果を生み出す

ということを立証することは困難であるとする。[11]

いま述べたフィスの議論とそれに反対する議論を理解するためには、現代の裁判所が中心的にとり扱うべき事件は何かという点についての、両者の間の認識の相違を知ることが必要である。リバーマンとヘンリーは、代替的紛争解決運動においても、ある種の型に属する事件においては、法廷外での解決になじまないということを認めているとし、フィスのいう構造改革裁判に属する事件はそれにあたるとする。しかし、彼等によれば、そのような事件はまれであり、多くはルーティンによって処理しうるものであるとするのである。[12]

代替的紛争解決に関する現在のところの代表的な教科書の編者であるサンダー(F. Sander)らも、この区別がきわめて重要であるとし、[13]裁判と代替的紛争解決手段のいずれかを選択する際には、紛争当事者間の関係、紛争の性質、争点の新しさ、係争額の大きさ、紛争解決のプロセスの迅速さと費用、公費の適切な使用、当事者間の力関係などの要因を考慮すべきであるとしている。

これに対し、フィスはつぎのように反論する。すなわち、彼が問題とする事件は、①重要な配分的不平等に関わる事件、②権威のある同意を生み出すのが困難である事件、③裁判所が判決後も当事者を監視し続ける必要がある事件、④権威的な法解釈をすることが純粋に必要である事件の四つのいずれかを満足するものであり、それらは訴訟数において支配的であるとする。これらの中で、構造改革裁判は連邦裁判所の訴訟において、とくに重要な意味を有しているとする。[14]それは、構造改革裁判においては、裁判所が大規模な官僚的組織の構造を再び作り直すことによって、公共的な価値を保護しようと求めているからである。[15]このフィスの見解は、彼の唱える構造改革裁判が公立学校における人種別学解消訴訟などごく限られた一連の事件にすぎず、裁判所に訴訟として持ち込まれる多くの事件は、いわば周辺的な事件であるということに対して、一つの反論をなすものである。

このような両者の議論について、どのように考えることができるであろうか。まず、第一に注目すべきことは、こ

れまで小規模な民事、刑事の事件を扱うものと考えられてきた代替的紛争解決が、その領域を拡大させつつあることである。たとえば、メリーは今日の代表的な代替的紛争解決に関する教科書が代替的という言葉をはずし、紛争解決という題名を使用していることについて、リーガル・プロセスについてこれまで代替的紛争解決の名の下で語られてきたものは、もはや代替的存在でないという認識を著者達が示したものであるとする。[16]

また、リバーマンとヘンリーは、前述のフィスへの反論の中で、構造改革裁判において裁判所自身が、代替的紛争解決のプロセスを使用していること、すなわち、裁判官が調停者として行動し、当事者が交渉して決めた救済を、同意判決と言う形で裁判所が当事者に与えている点をとらえて、訴訟において代替的紛争解決運動のプロセスが役立つものならば、裁判所外の紛争解決においても用いられるべきであると指摘する。[17] しかし、このような批判は、逆に代替的紛争解決で取り扱われる事件が、フィスのいう事件と重なり合う可能性を示すものと考えられる。

実際においても現代的な問題を争点とする訴訟において、代替的紛争解決が用いられつつある。たとえば、ワルドー（P. Wald）は、環境保護の問題において、近年大規模で複雑な環境保護の計画が出現しつつあり、その計画の成功の鍵が環境保護庁（Environmental Protection Agency）とその規制を受ける者との間での、協同的な紛争解決の手段としての仲裁や交渉に握られるようになったため、かつてのように裁判所が環境保護問題の解決において中心的な役割を占めるということは見られなくなっているとする。

第二に、構造改革裁判をはじめとする現代的な訴訟が、いま述べたように代替的紛争解決によって徐々に取り扱われつつあるとした場合に、どのような問題が生じるのであろうか。まず、この点について問題となるのは、代替的紛争解決によって得られた判断に対して、あらためて訴訟（a trial de novo）が提起できるかどうかということであろう。もし、この点について問題があれば、それは、デュープロセス条項、平等保護条項さらには陪審裁判を受ける権利を保障した修正第七条[18]との関連で憲法問題を生じよう。しかし、この点については現在のところ代替的紛争解決の手続

の中に、そのような問題は見られない。むしろ、そこでの批判の中心は、現在の代替的紛争解決運動の目指すものが過度に大きくなり過ぎ、裁判との境界が不明瞭になりつつあるという点である。

この点について、たとえば、エドワーズは代替的紛争解決が憲法あるいは公共性の高い法 (public law) に関する、影響力の大きな困難な問題を解決するために用いられた場合、法的ではない価値が問題を解決するために利用されたり、法が規制しようとする人々によって逆に公共的権利 (public right) の限界が定められることになるという問題が生じるとする。[19] また、エドワーズは少数派の権利を司法を通して発展させていくという道が狭められていく可能性もあるとするのである。[20]

このようなエドワーズの考えは、現代の訴訟を支える政治的、社会的基盤に関するフィスの考え方に多分に影響されている。この点に関するフィスの考え方は、すでに若干触れたが、次章においてはフィスの議論に加えて、レズニック(J. Resnik) の議論についても、もう少し詳しく検討することにしたい。

(1) Fiss, *Comment: Against Settlement*, 93 YALE L. J. 1073. 1074 (1984). なお、フィスはここでは和解と代替的紛争解決運動を同種のものとして使用している。*See* McThenia & Shaffer, *For Reconciliation*, 94 YALE L. J. 1660 n. 3 (1985). さらに、フィスは法的な紛争について、司法的な解決を回避するように当事者を促し、導きあるいは強いるすべてのプロセスを対象として、反対していると考えられる。Kanowitz, *Alternative Dispute Resolution and the Public Interests: The Arbitration Experience*, 38 HASTINGS L. J. 239 (1987).

(2) Fiss, *supra* note 1, at 1075.

(3) *Id.* at 1075-76.

(4) *Id.* at 1082-84.

(5) *Id.* at 1085.

(6) *Id.* at 1085.

(7) Kanowitz, *supra* note 1, at 294.

(8) *Id.* at 244.
(9) *Id.* at 295.
(10) *Id.* at 303.
(11) Lieberman & Henry, *Lessons from Alternative Dispute Resolution Movement*, 53 U. Chi. L. Rev. 424, 433-34(1986).
(12) *Id.* at 433.
(13) Goldberg, Green & Sander, *ADR Problems and Prospects: Looking to the Future*, 69 Judicature 291, 293 (1986).
(14) Fiss, *supra* note 1, at 1087.
(15) Fiss, *supra* note 1, at 1083.
(16) Merry, *Disputing without Culture*(Book Review), 100 Harv. L. Rev. 2057 n. 6 (1987).
(17) Lieberman & Henry, *supra* note 11, at 435.
(18) エドワーズは、裁判所付設の仲裁はその判断が拘束力を有しないことが修正第七条に違反しないための重要な要素であるとする。Edwards, *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?*, 99 Harv. L. Rev. 668, 674 n. 22 (1986).
(19) *Id.* at 677.
(20) *Id.* at 679.

第五章　現代的な訴訟の基盤に関する議論

まず、最初に前章でのエドワーズの議論にも影響を与えたフィスの議論を取り上げることにしよう。フィスはまず構造改革裁判と紛争解決モデルとを対比させる。フィスによれば、紛争解決モデルは、二人の個人が財産の所有権をめぐって紛争を起こし、話し合いをしても解決しないために第三者のところへその解決を頼み込むという性格のものである。フィスによれば、このモデルにおいて裁判所は第三者を制度化したものであり、裁判は司法権が行使されるプロセスとして理解されることになる。[1] さらに、この紛争解決モデルの下においては、権力の正当化を各人の同意に

求め、各人の行動がその私的目的の観点から説明されるなど、その特徴は社会契約論に裏付けられた、いわゆる夜警国家の思想と共通するものがあるとする。[2] フィスによれば、このような紛争解決モデルにおいては、公共的価値の役割は否定ないし極少化して捉えられ、現代国家の官僚制による脅威から司法が自らを保護する手段を失うことになり、その結果として憲法の意義が低下することになるとするのである。[3]

これに対し、フィスの唱える構造改革裁判は、現代の積極国家 (activist state) と共通する政治理論を有するものとされる。その内容は、フィスによれば、社会学的現実を考慮し、アメリカ社会における権力と特権の配分についての現状に対して懐疑を示し、政府権力の積極的な行使によって、新たな秩序を創出することにある。

この考え方の根底には、公共的価値の存在とその重要性に対する深い信念が存在するとともに、公共的価値を政府権力の行使を通して、社会的現実へと変換させていくことが必要であるという認識が存在する。[4] 構造改革裁判においては、このような理論の下で、社会的な実在としての集団（グループ）という観念が導入され、訴訟における当事者構造の変化が見られ、その結果として、救済のプロセスの性質の変化と複雑化がもたらされることになる。また、この考え方の下では、公共的価値を具現化したものとしての憲法の意義が強調され、積極的に価値を実現するために、当事者適格その他の訴訟要件の緩和が説かれることになる。[5] このような考え方にあっては、公共的価値の実現にあたって積極的な国家権力の行使を伴うことになるから、フラーのように、裁判の正当性をそのプロセスに参加する権利という、高度に個別化された同意の形態の上に築こうとする立場は否定されることになる。[6]

フィスは、いま述べたような問題を政治状況の変化との関連で捉える。すなわち、フィスによれば、一九六〇年代後半から七〇年代初期にかけて、憲法訴訟の範囲は現代国家において生じる全ての問題にまで拡げられたが、一九七〇年代後半に入り市場経済と自由放任主義の理論に対する再度の新たな関心によって特色付けられる政治状況の中で、その範囲が狭められることになったとするのである。この点について、フィスは端的に一九八〇年代の代替的紛争解

決運動の目的は、コミュニティの擁護ではなく、積極国家に対する別種の攻撃であり、別のタイプのデレギュレーション政策であるとする。(7)

この点について、やや異なった角度から同様の問題点を捉らえようとするのが、レズニック(J. Resnik)である。レズニックは、かつて現代におけるアメリカの裁判官が、これまでの両当事者の間にあって、中立的な立場から判断を下すという、いわばアンパイアーとしての役割から、訴訟の提起から終結まで、とくにプリトライアル・コンフェレンス、ディスカヴァリ、トライアル後の救済形成を中心に積極的・能動的に関与し、その事件についての管理者としての役割を有するにいたったとする認識を示したことがある。レズニックは、このようなタイプの裁判官を「管理者型裁判官」(managerial judge)と呼んだが、(8)その際、レズニックは管理者型裁判官の提唱の背後に迅速かつ低廉な訴訟の終結を促すという目的が存在するとしていた。

レズニックは、代替的紛争解決運動の提唱について、それは管理者型裁判官の提唱者と同様に、迅速かつ低廉な訴訟の終結という目標では共通しており、ただその強調点が、訴訟の大型化によって急激に生じた困難にどのように対処すべきかという点から、訴訟をいかに早くうまく処理すべきかという点に移ったにすぎないとする。すなわち、裁判官が管理者型裁判官に移行するにともなって和解の形での訴訟終結を望み始め、その目標が当事者主義的活動を抑制し、事件を裁判によらずに処理することになったとするのである。(9)

レズニックによれば、管理者型裁判官像や代替的紛争解決に見られることは、裁判に対する関心の低下である。レズニックは、裁判とはその定義上裁判官が行うものである以上、裁判官が代替的紛争解決を用いようとする努力は、部分的にせよ裁判を新たに定義し直そうとする努力として理解されなければならないとする。(10)すなわち、現在の代替的紛争解決運動の提唱者達は、和解が同意に基づいていることをもって、裁判に勝るゆえに訴訟よりも良いとするが、そのような主張の中には単に同意の徳(goodness)を以てその根拠とするばかりではなく、現在、弁護士が主体となっ

て行っている裁判所への情報の提出、提示と結び付いた形での裁判に対する評価の低下が存在するとするのである。

レズニックはこのような裁判に対する信頼の低下を、一九二〇年代から三〇年代にかけて勃興したプロセスを重視する法学的思考、すなわち、より良い手続は、より良い事実を生み出し、それはさらに好ましい結果を与えることになるとする考え方が生まれ、その考え方が一九六〇年代後半から七〇年代初期にかけてのいわゆるデュー・プロセス革命の時に語られたにもかかわらず、その成果が必ずしも充分に得られなかったことに起因するとする。[11]

レズニックは、このような裁判に対する信頼の低下を示す管理者型裁判官の考え方と代替的紛争解決運動に対して、懐疑的である。それは基本的には代替的紛争解決運動が同意というものに基礎をおくことによって、当事者間の力のアンバランスなど、既存の条件を同じくしたままで、判決よりも良い結果をもたらすのであろうとはいえないからである。なぜならば、裁判の場合には裁判官の判決は少なくとも合理的な理由を明瞭な形で示した判断を要求され、さらにその判断に対して上訴も可能であるという、その結果の正当性を保障する制度があり、その点で代替的紛争解決手段よりも、裁判の方がより好ましいからである。[12]

このようなフィスやレズニックの批判に対して、代替的紛争解決運動の提唱者達はつぎのように反論する。まず、フィスの批判に対しては、紛争の当事者同士が現在でも関係を有している場合、あるいは紛争が多中心的な(polycentric)場合には、仲裁が裁判よりもはるかに紛争当事者のニーズに応じるものであるとする。[13] また、現在の代替的紛争解決運動においては、紛争の性質に応じた解決手段を模索しているに過ぎず、裁判と代替的紛争解決の区別は維持されているとすることになる。[14] 一方、レズニックの批判に対しては、現在必要なことは紛争処理の公平かつ迅速な処理であり、手続を過大に重視しすぎる時には、結果よりも手続のほうが重要であるとする過度の形式主義に陥ると指摘することになる。[15]

ところで、これまで見てきたような議論は、どのように評価されるであろうか。その点に関して、まず指摘してお

かなければならないのは、すでにこれまで部分的には本稿の中でも触れておいたが、フィスの議論、レズニックの議論、さらに代替的紛争解決運動の提唱者達の議論が、それぞれ裁判についての異なった考え方を基盤にしているということである。フィスの考え方が、憲法上の価値を極めて高く重視し、その実現を司法を通してはかっていこうとしていることは、これまで既に述べてきた通りである。したがって、そこにおける裁判は、憲法ないしこれに準ずる法によって規定された公共的価値をどの程度実現するかにその存在意義があり、本質があるとされることになる。このようなフィスの考え方は、代替的紛争解決運動の提唱者達の採るところではない。彼等の依拠する裁判の観念は、前述したように伝統的なフラーの定義である。この両者は本稿のフィスの議論の中においても指摘したように、鋭く対立するものと考えられる。

それでは、レズニックの議論はどのように考えられるであろうか。代替的紛争解決運動を批判しているという点では、フィスと同一歩調を採っており、結果においては類似している。しかし、フィスがフラーの議論とともに、憲法訴訟における司法の役割を政治過程のプロセスの欠陥の補強さらに維持に求めるイリーの議論に反対していること、[16] またフィスの議論に従った場合には、現在の民事訴訟の規則は柔軟に解さざるをえないことなどから見て、代替的紛争解決運動の提唱者達ばかりではなく、フィスの立場ともレズニックの見解は一致しないと考えられる。

つぎに、これら三者の考え方を評価するにあたっては、現実の訴訟がどのような形で終結しているかを知る必要がある。この点については、すでに日本でも小林教授によって指摘されているように、アメリカにおいては、その訴訟の九割以上は、訴訟終結以前に解決しており、その意味で和解が広く行われてきている。[17] このような土壌が代替的紛争解決運動にとっての好条件を提供することになったのであろう。そして、このような雰囲気は、最近ではギャランターの指摘するように、裁判官の間に拡がりつつある和解を積極的に奨励しようとする意識の高揚[18]につながったと考えられる。このことは、最近の合衆国最高裁判所の仲裁に対する積極的な態度[19]とも無関係ではないであろう。このよ

うな点を考慮に入れるならば、皮肉にも社会学的な現実はフィスの意図するところとは、大きく異なっていると考えられる。

さらに、フィスの議論等を評価する場合には、現代国家の性格とそこにおける司法の意味が問題とならざるをえない。この点についてのフィスの見解は前述したように明確である。ただ、この問題にあっては積極国家化を推進すべきかいなかに加えて、その推進役をどの機関が引き受けるべきなのかという根本的な問題が存在していることに注意しておく必要があろう。

以上述べてきた点を考慮にいれた場合、どのようなことがいえるであろうか。結論的に言えば、エドワーズの述べるように、代替的紛争解決は現在試行錯誤の段階にあり、今後の動向をなお見守った上で判断を下す必要があるということになるように思われる。[20] たしかに、代替的紛争解決運動は、一九八〇年代という現実の状況をよく反映しており、また伝統的な裁判の概念にもあてはまるように考えられる。しかし、代替的紛争解決運動の中には、なおいくつかの問題点が存在するように考えられるからである。

たとえば、現在の代替的紛争解決における有力な考え方一つは、それぞれの紛争の性質に応じて包括的かつ多様な紛争機構を、裁判所庁舎内に政府の手によって公的なものとして設置していこうという、紛争解決センター (Dispute Resolution Center) あるいは端的にマルチ・ドアの裁判所庁舎 (multi-door courthouse) 構想である。[21] このような考え方は、初期の代替的紛争解決運動の目的である。地域社会を通しての紛争解決という点に反する点でまず問題とされよう。さらに、このような構想の下においては、紛争がどの解決手続によってなされるかの判断が裁判所側に委ねられることになり、裁判による解決を望む当事者が裁判所へのアクセスを阻まれることになる可能性がある点で問題とされざるをえない。その結果、代替的紛争解決が裁判の本質について、フラーの考え方に則っていると主張しても、裁判と代替的紛争解決が混乱した形で使用される恐れがあり、実際においては必ずしも、フラーの考え方を尊重しない

ことにならざるをえないと思われる。さらに、このような考え方が、レズニックの説くように代替的紛争解決運動が手続に対する不信の上に成立しているとすれば、この問題はなお一層深刻なものとならざるをえない。

つぎに、この紛争解決センターが、資金的にさらに制度的にも公的な存在になるとすれば、そこではつぎに調停者をどのような層から選択するかが問題となる。具体的には、どのような資格、訓練をそれら潜在的な調停者に要求するか、どのような職業倫理を要求するか等が重要となる。この点で注目されるのは、最近アメリカのロー・スクールで代替的紛争解決に関する講座が、カリキュラムの中に取り入れられつつあることである。もし、かりに調停者がロー・スクール出身者で占められることになれば、それはアウエルバックの指摘するような法律家による改革となり、代替的紛争解決運動はこれまで潜在的であった訴訟にまで至らないような紛争を掘り起こし、弁護士の活動領域を増加させることにすぎなくなってしまう。このような事態は、代替的紛争解決運動が問題とした法の過剰現象を自らの手で引き起こすことという皮肉な状況を引き起こすことになろう。

最後に、代替的紛争解決運動がフィスらの描く一九六〇年代から七〇年代におけての司法の積極主義とは異なる意味ではあるが、積極主義を表現していると考えられる点を注意すべきである。すなわち、現在連邦裁判所の裁判官の間では、和解を積極的に推進していこうという立場が強くなりつつあるが、このような連邦司法部の立場は、連邦政府による代替的紛争解決への財政的援助を認める紛争解決法(Dispute Resolution Act)が、議会で一九八〇年に通過したものの予算措置が取られなかったことを考えるとき、[22] 一種の積極的な活動を議会に先立って行うものと考えることができよう。

以上のような問題点ないし今後の動向の不安定さを考えるとき、代替的紛争解決運動がアメリカにおいて非常に盛んになりつつあることを認めつつ、なおその結論を留保すべき必要性を感じるのである。

(1) Fiss, *The Social and Political Foundations of Adjudication*, 6 Law & Hum. Behav. 121, 122 (1982).

(2) *Id.* at 128.
(3) *Id.* at 128.
(4) *Id.* at 128.
(5) *Id.* at 124.
(6) *Id.* at 125.
(7) Fiss, *Out of Eden*, 94 YALE L. J. 1669, 1672 (1985).
(8) このレズニックの管理者型裁判官については、小林秀之・アメリカ民事訴訟法二〇九—二二一頁(一九八五)に詳しく記述されているので参照されたい。
(9) Resnik, *Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline*, 54 U. CHI. L. REV. 494, 497 (1986).
(10) *Id.* at 536.
(11) *Id.* at 541.
(12) *Id.* at 546.
(13) Goldberg, Green & Sander, *ADR Problems and Prospects: Looking to the Future*, 69 JUDICATURE 293 (1986).
(14) *Id.* at 297.
(15) Resnik, *supra* note 9, at 541.
(16) Fiss, *supra* note 1, at 125.
(17) 小林秀之・前掲書註(8)二〇六頁。
(18) Galanter, *The Emergence of the Judge as a Mediater in Civil Cases*, 69 JUDICATURE 257 (1986).
(19) 最高裁は、最近のThomas v. Union Carbide Agric. Prods, Co., 105 S. Ct. 3325 (1985) において、合衆国憲法第三条は、合衆国議会が、連邦法 (Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act) の下における駆除剤の登録計画の参加者の間における補償をめぐる紛争を解決するための機構として、拘束力をともなった仲裁を選ぶことを禁じてはいないとした。
(20) Edwards, *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?*, 99 HARV. L. REV. 668 (1986).
(21) Goldberg, Green & Sander, *supra* note 13, at 296.
(22) *Id.* at 297.

第六章　結語に代えて

本稿では、日本における現代型訴訟が、最近和解で解決される例が多く見られるようになってきたことに関連して、裁判外紛争処理を積極的に目指すアメリカの代替的紛争解決運動の動向がかなり注目されつつあることを受けて、その代替的紛争解決運動の実際やその運動に対する評価あるいは議論について、検討を行ってきた。

その結果、つぎのようなことが明らかになった。すなわち、代替的紛争解決運動は一九七〇年代後半に、訴訟遅延の解消を直接の目的に、文化人類学の影響などを受けながら見られるようになってきた。そして、当初は主として地域社会の規範にもとづく紛争解決が目標とされたが、のちにはむしろ全国的な規模での裁判所と関係を強くもった機構として構想されるようになった。具体的には、現在裁判所が代替的紛争解決をその手続の中に取り込み、裁判官が自らないしは深く関わる形で行われるようになるという制度化の過程をたどりつつある。

そして、この制度化の段階、すなわち、代替的紛争解決運動が第二段階に入るにつれて、代替的紛争解決は、すでにそれ以前に存在した批判を含めて批判的論議の対象となっている。代替的紛争解決運動に対しては、すでに第一段階において、文化人類学、歴史学、批判的法学などの立場から強い批判が存在していた。しかし、代替的紛争解決運動に対する批判者として、現在最も注目を浴びているのは、フィスである。フィスの批判は、代替的紛争解決運動の原理的な部分、すなわち、裁判の意義と代替的紛争解決との関連、法律家の利益と代替的紛争解決運動との関連、さらに裁判所ないし裁判官の代替的紛争解決運動における役割、などに焦点があてられている。このフィスの批判に対して、代替的紛争解決運動の提唱者達も、それなりの反論を有しているが、運動それ自体が依然として発展中のゆえの将来に対する見通しの悪さも手伝って、必ずしも有効なものとはなっていないように思われる。以上がこれまでの本稿のほぼ概略である。

ところで、従来日本においては、昭和四〇年代にいたるまで、紛争処理機関としては、ほぼ裁判所のみに注意が向けられ、それ以外の紛争処理機関にはほとんど関心が払われなかった。[1] わずかに、昭和五〇年頃に交通事故裁定センターの設立をめぐって生じた弁護士界を中心とする議論が、大きな社会的反響を呼んだにすぎない。ただ、この議論を契機として行われた調査の結果[2]には、興味深いものがある。

それは、この調査の結果を通して、すでに交通事故裁定センターの誕生以前から多くの裁判外の紛争処理機関が誕生していたという事実が明らかになったからである。すなわち、昭和四〇年代における公害問題、消費者問題、交通事故の多発という、産業化、都市化の進展に伴う歪みが表面化するにいたって、裁判外の紛争処理機関が多数設立ないし従来の機能が強化されていた。さらに注目すべきことは、裁判外紛争処理機関の中でも行政型、公益法人型、業界型のうちで、「行政型がすぐれて積極的」であり、「権力的決定（行政的拘束性）をともなわない、もっぱら調停、仲裁という私的自治を基礎とする分野での活動をする機関も出現した」[3]とされることである。

この種の事態を生じた原因の一つとして、棚瀬教授が指摘するように「これらの紛争は、たんなる過去の被害の賠償よりも、将来の被害の予防・回避、対立する利害の調整といった側面が強いこと、また紛争処理のために高度の専門技術的知識が必要となること、さらに被害の深刻さから、あるいは逆に係争額の小ささからとくに簡易迅速な処理が要求されることなど、多かれ少なかれ伝統的な訴訟手続にはのりにくい特質をもっている。その意味では、裁判が有効にカバーしきれない係争領域にたいして、裁判を補完し、代替していく機能をこれらの機関が期待されている」[4]という側面が無視できないであろう。

しかし、本稿で検討を加えてきたアメリカにおける代替的紛争解決運動に関する議論を見るとき、日本においてもこれまでに比べて、この点についてより慎重な考慮が必要に思われる。とくに、フィスの取り上げる訴訟とかなりの共通性を有する現代型訴訟の場合には、これまでに比べてより慎重な検討を加えるべきであろう。

そして、その際には本稿で取り上げたようなアメリカでの議論が参考になるように思われるのである。

（1）第二東京弁護士会紛争処理機関等対策委員会「紛争処理機関等の研究」判例タイムズ三五九号四九頁（一九七八）（大野正雄執筆部分）。

（2）青山善充「裁判外紛争処理機関の現状と展望(一)(二)」自由と正義三二巻九号三二頁、一三号一〇二頁（一九八一）。

（3）米津進「現在の紛争処理システム」自由と正義三二巻九号五六頁（一九八一）。

（4）棚瀬孝雄「裁判外の紛争処理機関」新実務民事訴訟講座(1)一二三頁（一九八一）。

（本稿の作成にあたっては、昭和六二年度慶應義塾学事振興資金による研究補助を受けた。記して感謝の意を表したい。）