

\*平成19年3月23日に行われた「ソフトウェアADRセミナー」での講演録である。

## ADRの概要

一橋大学 大学院法学研究科  
教授 山本和彦

### 1 ADRとは何か？

ただいまご紹介にあずかりました一橋大学の山本でございます。私からは「ADRの概要」ということで、このADRというものについてごく概括的なあるいは教科書的なお話をし、この後ビデオで具体的な調停の様子が放映される、それをご理解いただく際の参考にしていただき、あるいはさらにこの後のシンポジウムで理解を深めていただく前提としてのお話としてお聞きいただければということです。お手元のレジュメに従ってお話をしていきたいと思っております。

まずADRとは何かということでありまして。先ほど鍛冶課長からお話がありましたように、今度ADR法というものが施行されるようになって、ある程度社会のいろいろなところでADRという言葉が用いられるようになってきているわけでありまして。漠然としたイメージというのは多くの人にお持ちいただけなくなったのではないかというふうに思いますけれども、それが一体どういうことを意味するのかということ、正確にといいますか、理解している人はまだまだ少ないということかと思っております。

#### (1) ADR (Alternative Dispute Resolution) の意義

日本語では裁判外紛争解決手続という長い名称ですけれども、ちなみに雑談ですが、司法制度改革という中でADRの法制度を検討していたわけですけれども、その中でADRという外国の、それも頭文字をとった略称を使うというのは、ADRというものを日本の社会の中に普及させていくという点からすれば如何なものか、もっとわかりやすい何か日本語なりでこれを表現することはできないのか。当時司法改革の推進本部というのがありましたが、その本部長は内閣総理大臣だったわけですが、当時の小泉首相は「ADRといったって全然わからん。もっとちゃんとわかるような言葉をつくれ」と言われたというふうに伺っています。しかし、3年とか、あるいはもっと長い間議論したわけですが、国民から公募したらどうかという話もありましたけれども、結局、適切な言葉が浮かばずに今でもADRという言葉が使われているわけです。日本語にするのが非常に難しい概念であるということです。

#### 何に代替するか(何の“alternative”か)?

これは言うまでもないことですがAlternative Dispute Resolutionという英語の頭文字、略称ということになるわけです。直訳すれば代替的紛争解決、Alternativeですから代替的ということになるわけです。

ADR というのは何かということ、結局 Alternative というのは何に対して Alternative なのかということによるということになります。これについては幾つかの理解があるわけですが、以下のように考えることができます。

- ・最広義（裁判上の和解を含む）＝「判決」に代替
- ・広義（裁判所調停を含む）＝「訴訟」に代替
- ・狭義（民間型・行政型のみ）＝「裁判所の手続」に代替

一番広い理解は、裁判所においてなされる判決にかわるものであるというふうに考える。これは結局、一旦、訴えを起こしてもその中で、日本では裁判所がよく和解をやるということがありますが、和解がなされればそれも ADR であるというふうに理解する考え方があります。判決以外の紛争解決すべてが ADR だという理解です。これが一番広いわけです。

もう少し狭い考え方としては、裁判所での訴訟にかわるものである。訴えを提起することにかわるものであるという考え方。そうすると、訴訟手続の中で行われる裁判所の和解などは含まないということになるわけですが、同じ裁判所で行われている調停のようなものは含まれるということになります。

もっと狭くとると、裁判所の手続にかわる Alternative であるというふうに理解するとすれば、裁判所の調停も含まない。裁判所の建物の中でやっている一切手続は ADR ではないとふうに考える考え方もあります。

これは定義の問題ですから、決め方の問題なわけですが、現在の ADR 法の基本的な考え方は広義の考え方、つまり裁判所の調停は ADR の中に含む。しかし裁判所の和解のようなものは ADR ではないという理解ではないかというふうに思います。以下、ここでは広義の理解を前提にしてお話をしていきたいと思います。

訴訟との相違：合意の存在（手続前の合意＝仲裁、手続後の合意＝調停・斡旋）

こういう ADR が訴訟と違う点がどこにあるかということですが、一言で言えば、ADR というのは紛争の解決に必ず当事者の合意が必要であるということであり、どの段階であれ、いずれかの段階で当事者が合意する必要があるということです。それは逆に言えば、裁判というものは、当事者間の合意を必要としないということでもあります。

原告が訴えを提起して、被告が「裁判所なんていうのは、おれは絶対に認めん。そんなもので紛争解決は許さん」といって裁判所の手続に一切出ていかなかったとします。その場合でも、裁判所は手続を進めることができるわけです。欠席すれば、相手方の言い分をすべて認めたものとみなして民事訴訟法は判決することを裁判所に認めています。裁判所は判決することができます。そしてその判決は、それに基づいて強制執行する力を持っているわけです。つまりその被告の財産を差し押さえて、その財産を強制的に売却して原告の債権の回収に当てることができるわけです。つまり、いかに自分は日本の裁判などというものは絶対に認めないと頑張ったとしても、最終的には強制的な権力、差し押さえをするということであ

れば執行官とか、場合によっては警察権力によってそれが行われるわけですが、実現されてしまうということになるわけであります。つまり裁判というのは、言うまでもないことですが国家権力の行使であるということであります。

それに対して ADR というのは国家権力の行使ではないということであります。これは裁判所において行われる調停においてもそうであります。必ず当事者の合意がなければ、最終的な解決結果を強制することはできないということであります。現在の近代法の世界においては当事者に対して何かを強制するとすれば、その根拠は権力によるか合意によるかしかないわけであります。したがって、この ADR においては合意というものが存在基盤をなす唯一の正当な根拠であるというふうにいえるわけであります。その合意をどの段階でなすかということによって、手続が行われる前の段階で紛争解決を第三者に預ける合意がなされた場合を仲裁の手続といい、手続が行われて最終的な解決結果に対して両当事者が合意をする場合の手続のことを調停とか斡旋というふうに呼ぶわけですが、これについてはまた後で話をしたいと思います。

## ( 2 ) ADR の種類

次に ADR の種類ですけれども、現在日本においては多種多様な ADR が存在します。お手元のパンフレットの「各種 ADR 機関の御案内」を見ていただくと、現在日本に存在する主要な ADR 機関が紛争分野別にまとめられています。これを幾つかの切り口で分類できるわけですが、まず設置の主体のあり方による分類としましては司法型、行政型、民間型というふう大きく分けられると思われます。

- ・設置主体による分類：司法型、行政型、民間型（公益型・業界型・営利型）

司法、行政というのは国が主体となってやっているわけですが、それと民間型があります。司法が主体となってやっているというのは要するに裁判所の調停のことであります。例えば、民事一般として、全国各地の簡易裁判所の民事調停というのがありますし、家事一般としては、全国各地の家庭裁判所の家事調停があります。これらは要するに司法型の ADR 調停であります。

それから行政がやっている ADR というのも日本には多数あります。例えば、建設・不動産という分野で、中央建設工事紛争審査会とか都道府県建設工事紛争審査会というようなものがあります。あるいは消費生活ということでの全国各地の消費生活センター、労働ということでの労働委員会とか労働局、あるいは環境公害のということでの公害等調整委員会等があり、こういったものは行政が主体となっている行政型 ADR といわれるものであります。

残りのものが民間型ということで、民間が主体になってやっている ADR であります。いろいろなものがあります。公益型といわれるような、公益的な団体が主体となっている、例えば商事・知財ということでは日本商事仲裁協会というようなものであるとか、弁護士会がやっている弁護士会の仲裁・あっせんセンターというようなものは公益的な団体が主体になっているわけです。

それから業界型 ADR というのは、日本に非常に多数あります。いろいろな業界が業界内の紛争解決のために ADR 機関を設けるというもので、有名なものは製造物責任についての PL センターというものがありますし、あるいは金融関係の ADR として、業界ごとに銀行、証券、生命保険、損害保険等々いろいろな ADR があります。

そのほか理論的には営利型の ADR、つまり ADR で儲けるというタイプの ADR が考えられます。アメリカなどでは、実際に株式会社組織で ADR をやって、全米に多くの支店を出して、ADR を商売としてやって多くの儲けを出しているというところもあるようであります。日本には現状では、少なくともそのような ADR は存在しないと思っています。純粋に営利を目的とした ADR というものは存在しないというふうにいいかと思っています。その理由についてはいろいろありますけれども、ここでは省略したいと思います。

それから手続の中身による分類という観点からいえば、仲裁、調停、斡旋というものが中心的なもので、これらについてはそれぞれ後でお話しますが、そのほかに相談とか苦情処理というようなものも広い意味での ADR に含まれます。

・手続の中身による分類：仲裁、調停、斡旋、相談等

これは、調停、あっせん、仲裁等を実施している機関、狭義のあるいは純粋なといえますか ADR をやっている機関ですが、相談、苦情処理のみを実施している機関というのも広い意味での ADR 機関に含まれ、日本には多数存在します。そして、日本では實際上相談や苦情処理というのが ADR の機能、件数レベルで見ても、あるいは活動レベルで見ても大半を占めているのが現状であります。實際上、調停、あっせん、仲裁等を実施している機関であっても、その活動の大半は、実は相談とか苦情処理にあてられているというふうにいいわけで、正式な調停、あっせん、仲裁というようなものは、件数的には非常に少ないという状況にあります。

### (3) ADR の利点

これについてもそれぞれ仲裁、調停、あっせんのところで詳しくお話ししたいと思いますけれども、一般に言われることとして以下のようなものがあります。

- ・ 簡易・迅速性、廉価性、秘密性、専門性、宥和性、柔軟性（ADR 法 3 条）
- ・ ADR の利点がある分野：少額紛争、企業秘密紛争、プライバシー紛争、知的財産紛争、建築紛争、医療紛争、家族間紛争、隣人紛争、中小企業間紛争等

ADR 法の中で、裁判外紛争解決手続の基本理念について定めた条文がありまして、そこには、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、となっています。これは法律

の条文ですので、かたい書き方をしているわけですがけれども、その中に、ここに掲げたような簡易・迅速性、あるいは廉価性、秘密性、専門性、宥和性、柔軟性といったようなものをADRの利点を前提として、それらを達成できるようなものとしてADRがあるべきであるということを含めたものというふうにいえると思います。

このようなADRの利点が認められるような分野の紛争解決には、裁判に比べてADRに利点があるというふうに一般的にはいえるわけであります。例えば、簡易・迅速性というのが特に重要な少額紛争であるとか、秘密保護というものが重要な企業秘密に関する紛争やプライバシーに関する紛争、あるいは専門性というものが重要な知的財産関係、建築関係、医療関係の紛争、あるいは宥和性、柔軟性というものが要求されると思われる家族間の紛争であるとか、隣人間の紛争、中小企業間の紛争などについてはADRというものが非常にその利点を発揮できるというふうと考えられます。

このように見ると、日本社会の中に生起している紛争のかなりの部分についてADRというものが紛争解決に適したものであるということができるとはならないかというふうに考えられるわけであります。そこからADRによる紛争解決というものをできるだけ充実、促進していくべきであるというふうに考えられるということになります。

以上がADRについての概説的なお話です。

## 2 仲裁

次に、個別のADRの種類として仲裁と調停、あっせんに分けてもう少し踏み込んだお話をしたいと思います。

### (1) 仲裁手続の意義

まず仲裁ですがけれども、概要としては以下のようになります。

- ・ 民事上の紛争の解決を当事者が合意により仲裁人に委ね、その判断に服すること
- ・ 仲裁法(2004年施行)により規律：原則として個々のADR機関の規則に委ねる(デフォルト・ルールが中心)が、一定の範囲で強行規定を含む
- ・ 仲裁合意の存在 = 妨訴抗弁(仲裁法14条)
- ・ 適用されない紛争類型：和解できない紛争、離婚・離縁(仲裁法13条)
- ・ 仲裁合意 仲裁人の選定 仲裁手続 仲裁判断：執行力・既判力(仲裁法45条)

仲裁の定義としては、民事上の紛争の解決を当事者が合意によって仲裁人に委ねて、仲裁人の判断、仲裁判断に服することを約するものであります。その意味で、これは手続が開始する前の段階で当事者間に合意があるわけで、この仲裁人に紛争の解決を預けようというものです。その仲裁人が判断すれば、その判断内容がどのようなものであったにせよ、それに服従するということが両当事者があらかじめ合意することになるわけであります。つまり、いわば私的な裁判所を当事者間でつくるというようなイメージだというふうについていいかと思えます。

この仲裁については、法律としては仲裁法というものが存在しまして、そこで規定が置かれています。仲裁法は全部で 55 条ぐらいある法律ですけれども、その大半はいわゆるデフォルトルールであります。基本的には、両当事者が自由に仲裁の手続を構成できる、合意でその内容を定めることができるということになっております。非常に自由な手続であるということでもあります。ただ、一定の範囲内で強行規定があるということです。

例えば仲裁法の 25 条には、仲裁手続においては、当事者は平等に取り扱わなければならない、あるいは仲裁手続において当事者は事案について説明する十分な機会が与えられなければならないと規定されていますが、これは強行規定だというふうに理解されております。例えば、両当事者が合意で当事者を不平等に扱っていいという合意を仮にしたとしても、それは効力がないということでもあります。当たり前といえば当たり前のことですが、紛争解決手続が手続であるための基本的な部分は強行規定として、当事者の合意があっても、そこは譲れないということになっているわけですが、大半の部分は、当事者の合意でかえるのであればかえて結構ですということになっているわけでもあります。

これが同じ紛争解決の手続を定める法律でも、裁判所の紛争解決の手続を定める法律、民事訴訟法という法律がありますが、私は民事訴訟法を専門としているものでありますが、考え方は基本的に逆なわけです。民事訴訟法においては、当事者が合意しよう何しよう基本的には民事訴訟法の定めているルールに則って手続が進められるわけでもあります。それに対して、仲裁法というのは、基本的には当事者の合意によって手続を定めていくわけです。ただ、当事者間に合意ができないとき、あるいは合意がないときに、それを補充するルールとして仲裁法というものが設けられているということで、法律の位置づけが全然違うわけです。

そういう意味で、この仲裁手続においては仲裁法の規定というのはもちろん重要であります。それと並んで、あるいはより重要なものとして仲裁機関の手続に関するルールというものがあるわけで、それが非常に重要な役割を果たすということです。お手元の資料の中に、ソフトウェア仲裁センターについての「仲裁手続及び和解あっせん手続規則(案)」というものがありますが、この規則が規則として成立すれば、これが仲裁手続においては一種の法律と同じ役割を果たすということになるわけです。これが仲裁法の強行規定に反しない限りは、この規則は法律と同じように当事者間のルールになっていくということでもあります。

仲裁合意が存在しますと、当事者は裁判に訴えることはできなくなります。そこに妨訴抗弁という難しい言葉を使いましたが、訴訟を妨げる抗弁になるということです。したがって、仲裁合意があるにもかかわらず一方の当事者が訴えを起こしたとしても、その訴えは却下されます。門前払いになるわけでありまして、もはや訴訟に行くことはできなくなるということでもあります。この仲裁手続というのは、基本的には民事上の紛争全てに適用されますが、一定の種類の紛争には適用がないとされておりまして、和解ができない紛争とか、離婚、離縁に関する紛争、あるいは労働関係の紛争もそうですけれども、それはしかし非常に例外的であるということで、通常の民事上の紛争はすべて対象になり得るということです。

仲裁の合意に基づいて仲裁人が選定される、これは当事者間で仲裁人を予め定めておくということもありますし、仲裁機関に仲裁人の選定を委ねるということもありますけれども、仲裁人が選定されて仲裁の手続が開始され、最終的に仲裁判断が行われるということでもあります。仲裁判断は、基本的には判決に替わるものですから、判決と同じ効力を持っています。ただ強制執行をしようとする、裁判所に行って執行決定という、いわば裁判所のお墨付きをもらわなければいけませんけれども、それは、勿論もう一回裁判をやり直すということではなくて、仲裁判断がちゃんとした仲裁手続に基づいているものである、例えば仲裁合意がきちんと行われた上でなされたものであるとか、先ほどのような仲裁手続がおかしなものではないというような、そういった基本的な点を確認して、執行決定がなされるということで、比較的簡易な手続で強制執行を行うことができるということになっております。

## ( 2 ) 仲裁手続の利点・欠点

- ・メリット：迅速性、専門性、秘密性、柔軟性（主に手続）
- ・デメリット：仲裁合意の調達の困難、（場合によって）費用

仲裁手続のメリット、デメリットですが、先ほど触れた ADR の利点として迅速性、専門性、秘密性、柔軟性といったようなものが挙げられると思われま。訴訟手続はやはり法律に縛られた手続ですので、どうしてもある程度の時間がかかります。それに対して、仲裁は当事者間で自由にその手続を定めることができ、迅速に進めることができるわけですし、裁判官のような法律の専門家だけでなく、技術の専門家、その紛争分野の専門家を交えて専門的な判断をしてもらうことができるわけです。また、訴訟手続は憲法上その口頭弁論を公開して行うということが定められていますけれども、仲裁手続においては、当事者が合意すれば非公開で手続を進めるということができるとなっております。

先ほど課長から情報システム関係の紛争解決については迅速性、専門性、秘密性というものが非常に重要であるというお話がございました。そういう点からすれば、この ADR、仲裁にこのような紛争類型というのは非常に馴染みやすい分野ではないかというふうに思われます。ただ、仲裁にはデメリットがあるわけで、最大のデメリットは、仲裁合意を調達することが困難であるということでもあります。

いわばその紛争解決を、先ほど申しましたように私的な裁判所をつくって、その人に全面的に預けてしまって、もはや仲裁判断を下された後は一切不服申し立てはできない、控訴も上告もできない、裁判所にいくこともできないということになるわけですから、よほど信頼できる第三者でないと仲裁合意というのは難しい。通常、利害が対立する紛争の両当事者が合意して、ある人を仲裁人に選任するというのは非常に困難であるということとはご理解いただけるだろうと思います。

したがって仲裁が使われる場合、多くの場合は、まず紛争が起こって当事者間でこの人に紛争を預けましょう、仲裁しましょうというように教科書などでは説明される一般的な仲裁

のイメージなのですが、そういうことが起こることは殆どないわけです。使われる場合として、1つは予め契約の中に仲裁合意というのを入れておく場合です。日本で仲裁が非常に活用されている分野の1つは、国際的な仲裁の分野であります。これは国際的な契約の場合には、通常そういう紛争解決を定める仲裁条項というのが、予め契約書の中に書き込まれているわけです。

あるいは国内紛争においては、先ほどご紹介した建築工事紛争審査会というのがよく仲裁手続で使われるわけですが、それは建設工事の約款の中に、先ほどモデル契約というお話がありました。モデル約款のようなものが建設工事にはあるわけですが、その約款の中に建設工事紛争審査会での仲裁が合意されている条項が入っているからです。ですから紛争が起こればそこで仲裁をするということになって、よく使われるわけです。

そうでなければ、いきなり仲裁の合意を調達するのはなかなか難しく、まず調停で話し合いをしてみて、その調停をしてくれる人が信頼できると両当事者から信頼を受けた場合に、そこで当事者が仲裁の合意をして、この人に最終的に解決してもらおう。いまさら裁判所に行くよりは、この人に解決してもらおうという形で仲裁合意が成立するというのが一般的ではなからうかと思われま。

### 3 調停・斡旋

#### (1) 調停・斡旋手続の意義

最後に調停、あっせんについてお話をしておきたいと思えます。概要は以下のとおりです。

- ・ 民事上の紛争について、当事者が中立の第三者に合意による解決の仲介を委託し、当事者間の和解による解決を模索すること
- ・ 裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律（ADR法、2007年4月施行）：民間紛争解決手続の業務の認証制度を創設
- ・ 認証ADR合意の存在 = 訴訟手続中止の可能性（ADR法26条） 最終的に和解合意が成立しなければ、紛争は解決しない
- ・ 適用されない紛争類型：和解できない紛争（ADR法2条1号）
- ・ 和解合意：民法上の和解としての効力 執行力・既判力はない
- ・ 認証ADRの効果：弁護士法72条の適用除外、時効中断効等

調停、あっせんは、民事上の紛争について当事者が中立の第三者に、合意による解決の仲介を委託し、当事者間の和解による解決を模索するという事です。これは手続の最後の段階、つまりあっせん案とか調停案について両当事者が合意して、それによって和解契約の成立を目指すものであります。

この調停、あっせん手続については、ADR法というものができて、そこに民間紛争解決手続の業務の認証制度というものが定められております。これは法務省のパンフレット「法務大臣のADR認証制度」という資料を見ていただくと、そこにADR法の説明が載っております。

す。そこに挟まれている資料を見ていただくと、ADR 法というのは基本的には基本理念を定める条文と認証制度を定める条文と、大きく2つに分かれております。大半は認証制度を定めるものであります。この認証制度によって、認証を受けた手続には一定の法的な効力が認められ、また利用者から見れば、「選択の目安」というふうに書かれていますけれども、信頼できる ADR であるということの1つの目安を提供するということとなります。

どういものが認証されるかということについては、基本的には専門的な知識、能力等を活用するというでありまして、さまざまな要件が最低限の ADR を提供するに相応しいものであるということを示すような手続実施者に関する要件とか、手続の進行に関する要件、あるいは秘密保持について一定の定めをしているとか、紛争解決手続についての苦情の取り扱いについての規定を置いているというようなことが、認証の要件にされているということでもあります。

認証を受けた場合には、その ADR での合意に一定の効力が認められるということであり、ます。ただあくまで調停、あっせんである以上、最終的に合意が成立しなければ紛争は解決しないということは間違いのないわけでありまして、当事者間の合意が調達できなければ紛争解決には至らないということでもあります。また、紛争解決の合意がなされても、それは民法上の和解としての効力を持つだけでありまして、それに基づいてただちに強制執行ができるというところまでの効力は現段階では認められていないということでもあります。

## (2) 調停・斡旋手続の利点・欠点

最後に、調停・あっせん手続の利点と欠点ということですが、

- ・ メリット：簡易・迅速性、専門性、秘密性、廉価性、柔軟性（手続・解決内容）宥和性
- ・ デメリット：調停合意・和解の調達の困難、強制力の不存在（証拠収集、解決結果）

メリットは概ね仲裁のメリットと重なるところですが、特に、調停・あっせんというのは簡易性、廉価性、費用が安くて簡易な手続であるということですが、それから解決内容についても非常に柔軟性が認められるというような点に大きなメリットがあるということになります。他方、デメリットとしては、やはり合意を調達することが非常に困難であるということですが、これは仲裁の場合と同じことですが、合意調達はやはり非常に難しいということでもあります。そして強制力が存在しないということで、当事者を無理にテーブルにつかせるということもなかなかできないし、解決結果を受け入れさせるということも難しいということですが、

そのためにさまざまな工夫がなされているところでありまして、例えば、業界型の ADR であります金融関係の ADR などでは、消費者のほうで申し立ててきた場合には基本的に業者の側はそれを受けなければならない、解決の話し合いのテーブルにつかなければいけないということになっています。また、ADR 機関が解決案を提示した場合には、基本的にそれを

受諾しなければいけないというような義務を、ADR 機関のルールの中で定めていることがあります。正当な理由なくテーブルにつかないとか、あるいは解決結果に合意しないという場合には、その企業の名前を公表するというような制裁を課しているような ADR 機関もあります。どのような方法で合意調達の困難さ、強制力が存在しないという点を補うかというのは、それぞれの ADR 機関の工夫に委ねられているところであります。

以上、私からの ADR の概要のお話とさせていただきます。