

A D R 検討会（第 17 回）の検討事項 2 - 5 について

平成 15 年 6 月 18 日

廣 田 尚 久

A D R 検討会（第 17 回）の検討事項 2 - 5〔特例的事項（弁護士法の特例）〕について、下記のとおり補足意見を提出いたします。

記

A D R の拡充・活性化をはかるためには、専門家の知見を活かす方向で A D R の制度設計ができるような仕組みをつくる必要があります。弁護士法第 72 条の規制は、専門家が A D R で活動することを制約する働きをもっていますので、結局のところ、A D R の拡充・活性化を阻害する要因になっていると言わざるをえません。

したがって、A D R の拡充・活性化をはかるために弁護士法第 72 条の一部を適用除外にすることは、避けて通ることができないと思われま

す。そこで問題になることは、弁護士法第 72 条の一部を適用除外とするとき、A D R の公正性、適確性をどのように担保するかということです。

A D R の垣根を低くして、人々に利用されやすいものにすることを目的にするのであれば、適用除外の幅を大きくする必要があります。逆に、厳格な公正性、適確性をはかるのであれば、適用除外の幅は小さくなるでしょう。

適用除外の幅の大小は、A D R の拡充・活性化というファクターだけでなく、その他のさまざまなファクターによっても点検されなければならないことです。例えば、柔軟性、多様性の重視の程度は、弁護士法第 72 条の適用除外の幅の大小に影響します。

このような複雑な要因を念頭に置くとすれば、検討事項 2 - 5 について適切な解を出すことは、かなり難しいことのように思われます。

しかし私は、このような問題を解くときには、次のような方法がよいと思っています。

第 1 に、複雑な問題であればあるほど、簡潔で分かりやすい解を求めること。

第 2 に、現状を追認して、さらに一步前進すること。

以上の方法によれば、検討事項 2 - 5 については、以下のようにすべきであると考えます。

1 検討事項 2 - 5 の〔論点 1 - 1〕（以下、単に「論点 1 - 1」という。〔論点 1 - 2〕以下についても同じ）について

論点 1 - 1 は、基本的には賛成です。しかし、ADR 機関の現実を踏まえるならば、弁護士法第 7 2 条の適用除外を認める特例規定は、簡潔で分かりやすいものにする必要があります。

問題になるのは、「専門的知見を有する者」や「専門的知見を活かす ADR」（検討事項 2 - 5 の 4 頁。以下、単に「○頁」と示す）の具体的な範囲を、誰が、どのように定めるかということです。そのことを具体的に明確にしなければ、ADR 基本法を成文にするとき、その作業が困難になると考えられます。

また、考えられる専門的知見として、「紛争分野に関する専門的知見」及び「紛争解決に関する知見」（5 頁）があげられていますが、例えば、調停人の研修制度が確立していないわが国では、紛争解決に関する知見が具体的には何を指すのか、その程度を誰が、どのようにして認めるのかという問題に、解決の道筋が見えてきません。

したがって私は、論点 1 - 1 については、次のような条文を置くことによって解決すべきだと思います。

第〇〇条 あっせん、調停、仲裁を公正かつ適確に行うことができると認められる機関において選任されたあっせん人、調停人、仲裁人が行う業務には、弁護士法第 7 2 条本文を適用しない。

ここで、以下にいくつかの留意点を述べておきたいと思います。

弁護士法第 7 2 条は、刑罰法規ですから、「公正かつ適確に行うことができる」という要件は、刑事事件の中で、裁判所によって認定されることとなります。この要件が曖昧だと言う人があるかと思われませんが、刑罰法規の中には、「正当な理由がないのに」（刑法第 1 3 0 条）、「よって不正な行為をし」（刑法第 1 9 7 条の 3 第 1 項）等、裁判所の判断に委ねているものがたくさんあります。

なお、弁護士法第72条の趣旨を生かすのであれば、どんなADR機関でもよいというわけにはゆかないと思われます。やはり不公正、不適確なADR機関で行われる業務については、弁護士法第72条の適用があるべきです。その場合、弁理士法第4条第2項第2号の表現を借りて、「公正かつ適確に行うことができると認められる」という要件が適切であると考えました。

この条文案によりますと、ADR機関を通さないアド・ホックのあっせん、調停、仲裁は除かれ、業として行えば、弁護士法第72条が適用されることとなります。

そこで問題になるのは、国際事件では、アド・ホックの調停、仲裁が弁護士でない調停人、仲裁人によってかなり行われているということです。そのことに対応する必要があるならば、アド・ホックの国際事件には弁護士法第72条を適用しないことを明確にしておく必要があるでしょう。

しかし、国内のアド・ホックの調停、仲裁事件については、研修制度が充実し、「紛争解決に関する専門的知見」（5頁）の修得について具体的な方策が確立されるまでは、弁護士法第72条を適用することは致し方ないと思われます。

この条文案は、あっせん、調停、仲裁としましたが、これはあくまでも例示であって、裁定、仲裁鑑定のみならず、機関で行われる相談も含まれなければなりません。また、将来わが国でも中立的評価が行われることも予測されますので、そのようなことを含めて、文章に工夫を要することは当然です。

ADR主宰業務（「主宰業務」という言葉の適否についてはここでは触れません）と弁護士法第72条との関係は以上のとおりですが、私は、この条文案のようなもので十分であると考えています。これは、ほとんど現状の追認に過ぎません。現存するADR機関は皆公正かつ適確に運営されていますから、弁護士でない多数のあっせん人、調停人、仲裁人がさまざまなADR機関で活動しているにもかかわらず、弁護士法第72条違反で摘発されたということは寡聞にして存じません。

ADR基本法をつくる機会に、現状よりも弁護士法第72条の規制を強化するようなことがあれば、それはADRの拡充・活性化に悖ることになりますので、そのようなことは避けたいと思ひます。

2 論点 1 - 2、論点 1 - 3 について

論点 1 - 2 と論点 1 - 3 は、「紛争分野又は紛争解決に関する専門的知見を有するものと認められる者」と「相当程度以上の法的知識を有するものと認められる専門家」とに分け、前者には「弁護士の関与・助言」を必要とし、後者にはそれが必要とされないこととなっています（6 頁、8 頁）。

しかし、前者と後者を区分する基準は何か、「相当程度以上の法的知識」とは何を指すか等々の問題があり、これを法文上にどのように表現するのか、その具体的なイメージがつかめません。

ここでは、「弁護士の関与・助言」がキーワードになっています。また、ADR 機関の公正性、適確性を担保するものとして、「弁護士の関与・助言」は重要な意味があることですから、前述の条文案に関連づけながら、「弁護士の関与・助言」を軸にして考察をすすめることが、得策であると思います。

私は、ADR を公正、適確に運営するためには、基本的には弁護士の関与・助言が必要であると考えています。しかしそれは、事案や場合によって、程度の違いがあります。例えば、高度な法的知識を有する専門家が行うのであれば、弁護士の関与・助言はゼロに近いものになるでしょう。

また、弁護士の関与・助言が必要だと言っても、それは、弁護士が中心になるという意味ではありません。例えば、弁護士でも調停技法の研修を受けた人はほとんどなく、すべての弁護士が ADR の業務に習熟しているわけではありません。また、弁護士以外の法律専門職種の業務については、普通の弁護士は詳しくないと言ってよいでしょう。したがって、弁護士は、弁護士以外の専門家と横並びになり、手を携えて ADR の拡充・活性化をはかるのが本来の姿であると思います。

そのような前提を置いたうえでも、ADR 機関の公正性、適確性を担保するために、弁護士の関与・助言が必要であることは確かでしょう。その関与・助言の程度は、機関の性格、扱う事件の種類、事案や場合などによって、100 に近いところからゼロに近いところまでであるとします。そのうえで、弁護士法第 72 条の規制を緩和するという当面の目的があります。

弁護士法第 72 条の規制を緩和する課題は、前述の条文案で一応果たしたことになるからです。残された問題は、ADR 機関の公正性、適確性を担保するために、次のような条文を置くか否かということになると思います。

第〇〇条 ADR機関は、その運営及び手続の公正性、適確性を確保するために、必要に応じて、弁護士の関与・助言を得るものとする。

ここで、いくつかの留意点を述べておきたいと思います。

言うまでもなく、このような条文を置くとすれば、論点1 - 2と論点1 - 3の場合分けは必要でなくなります。また、ゼロあるいはゼロに近い場合があることを想定して、「必要に応じて」という文言を入れる必要があると思います。

現存のADR機関は、現実に、必要に応じて弁護士の関与・助言を得て運営をしています。その意味では、この条文は、現状の追認に過ぎません。

条文案を書いたものの、私の個人的な意見としては、ADR基本法にこのような明文を置くことに消極的です。その理由は、以下のとおりです。

一つは、現存のADR機関が弁護士の関与・助言を得て運営している以上、法律に書く必要はないのではないかと、各ADR機関に任せた方が、ADRの柔軟性という観点からすれば適しているのではないかと、ということです。

二つは、このような条文を置けば、あたかも弁護士の関与・助言をADR機関に義務づけるような印象が持たれることになり、そのことがADR機関を重いものにしてしまうのではないかと、という懸念があるからです。

例えば、弁護士が必ず関与しなければならないとすれば、コストが高くなってしまいますが、事件によっては、弁護士が関与する必要がないものがあります。コストを低くすることは、ADR機関の運営上も必要ですし、利用者の費用負担を少なくして利用されやすいものにするためにも必要ですが、このような条文を置けば、コストが高くなる心配が出てきます。

三つは、弁護士は多忙で（とくに地方によっては、裁判所における調停委員として活動する時間がないと仄聞しています）、ADR機関で活動する時間が不足しています。この弁護士の物理的な限界がADRの大きさを画してしまうようなことになったら、ADRの拡充・活性化をはかることができなくなると思うからです。

したがって、このような条文案を置くことは、私としては消極的ですが、

以上のような懸念があることが認識され、ADR機関を運営する上で配慮されるのであれば、消極意見に固執する気持ちはありません。ADR機関の公正性、適確性を確保するためには、程度に幅があるにしても弁護士の関与・助言は必要なことですし、後に述べる代理業務の規制緩和と関連づけるときにも、弁護士の関与・助言について規定を置く必要性が認められるからです。

このような条文案を置くか否かにかかわらず、「ADR機関が適確な判断能力及び組織的基盤を有することについて、公的に確認する仕組みを取り入れること」（7頁）は、必要でないと考えます。しかし、このような条文案を置けば、その必要性がないことは、一層明確になります。このことについて、以下に付言して置きたいと思います。

現存の各ADR機関は、限られた財源と人手の中で、その創意と工夫によって、ギリギリの線でやりくりしているのが現実の姿です。したがって、いきおい運営委員会の構成メンバーや仲裁人・調停人等のボランティア精神に依存せざるを得ません。そのような実情ですから、「認定」（ここで言われる「公的に確認する仕組み」を仮に「認定」と言うことにします）を受けるための物理的な余裕はほとんどありません。そのようなことをすれば、各ADR機関は、認定を受けるための事務手続に時間と労力を割かなければならなくなり、本来の仕事である調停や仲裁などの業務が疎かになりかねないでしょう。

また、認定が厳しくなれば、本来自由と多様性が求められるADRの長所が阻害されます。逆に認定が容易に得られるのであれば、ほとんど全部のADR機関が認定されて、不公正、不適確なADRにも公のお墨付きがもらえることになって、認定がかえって仇になってしまいます。いずれにしても、認定機関によってADR機関を認定することは、意味がありません。

もし、認定を前提にしてADR基本法を立法するのであれば、その具体的な方法までも定めなければならないでしょうが、そのようなことは、ほとんど不可能だと思います。したがって、「認定」すなわち「公的に確認する仕組み」は当面つくらないことにして、ADR基本法を立法すべきだと考えます。

3 論点 1 - 4 について

不適確者としてどのようなものを想定するかによりますが、各 A D R 機関の自主性に委ねてもよい事項であると思います。

4 論点 2 - 1、論点 2 - 2、論点 3 - 1、論点 3 - 2 について

論点 2 - 1、論点 2 - 2、論点 3 - 1、論点 3 - 2 は賛成です。ただし、「個別法令上に規定を設ける」(10 頁) と同時に、A D R 基本法にその基本方針を定め、それを受けて、個別法令上に規定を設ける方法がよいと思います。弁護士法第 7 2 条がネックになっている部分を緩和して、A D R の拡充・活性化をはかることが目的ですから、その姿勢をここで明確にしておくことが必要であると考えます。

ところで、司法制度改革意見書には、「隣接法律専門職種など非法曹の専門家の A D R における活用を図るため、弁護士法第 7 2 条の見直しの一環として、職種ごとに実態を踏まえて個別的に検討し、法制上明確に位置付けるべきである。同条については、少なくとも、規制対象となる範囲・態様に関する予測可能性を確保するため、隣接法律職種の業務内容や会社形態の多様化などの変化に対応する見地からの企業法務等との関係を含め、その規制内容を何らかの形で明確化すべきである。」(同意見書 37 頁) と明記されています。したがって、この提言に沿って仕組みをつくるためには、論点 2 - 1、論点 2 - 2、論点 3 - 1、論点 3 - 2 を同時に視野に入れるとともに、企業法務との関係をも含めて検討する必要があると思います。

なお、ここにも「個別的に検討し」とありますが、これは全部をバラバラにしなければならないという意味ではなく、グループ分けをして検討することもあり得るものと理解します。

以上のように考えるとすれば、A D R 基本法には、次のような条文を置くことが適切であると思われます。

第〇〇条 公認会計士、司法書士、土地家屋調査士、行政書士、税理士、不動産鑑定士、社会保険労務士、弁理士は、それぞれの資格付与の要件を定めた法律が規定する業務の範囲内の事項に関

して、ADR手続（あっせん、調停、仲裁等）の代理、相対交渉による和解の代理、相談業務を行うことができる。

医師、歯科医師、カウンセラー、技術士、建築士、測量士その他の専門家、法人その他の団体の当該業務担当者および法務担当者は、ADR機関の許可を得て、ADR手続（あっせん、調停、仲裁等）の代理人になることができる。

消費生活に関する専門的知見を有する相談員が行う、消費者問題に関する相談業務、苦情処理業務については、弁護士法第72条本文を適用しない。

以上によって、職種ごとに個別に検討すること、予測可能性を確保すること、規制内容を明確化することという司法制度改革意見書の要請には、ひと通りこたえることができると思います。なお、「会社形態の多様化などの変化に対応する見地からの企業法務等との関係」を折り込むのであれば、

株式会社の法務担当者が子会社その他の関係会社からの求めにより法律相談業務を行うときには、弁護士法第72条本文を適用しない。

というような規定を置けばよいでしょうが、これをADR基本法に置くのか、他の方法で手当するかについては、検討の余地があると思います。

なお、ここで注記すべき点をつけ加えておきたいと存じます。

この条文案の については、それぞれ公認会計士法、司法書士法、土地家屋調査士法、行政書士法、税理士法、不動産の鑑定評価に関する法律、社会保険労務士法、弁理士法に規定があります。現行の法律の施行順に並べました。

ADR基本法にこのような規定を置くと同時に、これを受けて個別法令を改正することも必要だと思えます。それらの手当をすることによって、ADRの垣根が低くなり、ADRの拡充・活性化をはかることが可能になると考えます。

これらの専門職種の人々からADR機関に事件が持ち込まれることがADRの利用促進に繋がることも大切ですが、これまで当事者が諦めたり、不合理な解決しかできなかつた事案が、ADRにおいて合理的で透明性の

高い解決ができるようになるところにいっそうの重要性があります。

現在、弁理士、司法書士、社会保険労務士は、一定範囲の業務につき、特定のADR機関において代理業務を行うことが認められています。しかし、認められているものと認められていないものの区別に、合理的な根拠があるとは思われません。

この条文案に列挙した職種の人々は、それぞれの業務範囲の事項について法律知識、実務経験が豊かで、業務に精通しているはずで、その業務範囲の事項に関しては、それを専門としない一般の弁護士より法律知識も実務経験も豊富です。

いずれにせよ、その業務について法律に根拠があり、資格試験や罰則まであるにもかかわらず、ADRにおいて活動できないということは、合理性のみならず、法の整合性を欠いていると言うべきです。

また、例えば、弁理士は一定の業務に関して、日本商事仲裁協会、日本知的財産仲裁センターでのみ仲裁事件の代理が認められていますが、ADR機関をこのように限定する必要はないと考えます。一例をあげれば、第一東京弁護士会仲裁センターを設立するとき、知的財産事件を扱うことを目的として、仲裁人候補者のリストの中に知的財産事件を専門とする弁護士を加えました。当事者は、それぞれのADR機関の特徴と候補者の顔触れを見て、ADR機関を選択すればよいことですから、ADR機関を限定する必要はなく、またその方がADRの多様性という利点、特徴にマッチしています。

以上により、この条文案の は、現状より一步前進とすることができるでしょう。この一步前進は、当事者にとっては、身近にいる専門職種の人々の力を借りることができますし、それによってADRの利用促進をはかることができるのですから、その意義は大きく、ADR基本法には不可欠の事項であると思います。

医師、歯科医師、カウンセラー、技術士、建築士、測量士その他の専門家と法人その他の団体の当該業務担当者および法務担当者については、この条文案の のように考えてみました。これは民事訴訟法第54条第1項但書と同様の規定ですが、実務のうえでは、とくに団体の当該業務担当者および法務担当者については、だいたいこのように運用されているのが実情です。ただ、弁護士法第72条違反の疑いが生じないように、ここで明確にしておく必要があると思います。

なお、ここに「(あっせん、調停、仲裁等)」とありますが(条文案の
も同じ)、この「等」は裁定、仲裁鑑定、将来導入が想定される中立的
評価などを含むという趣旨です。このことを含めて、用語の定義をするこ
とは必要です。

この条文案の には、相対交渉による和解、相談業務が入っています。
このうち相談業務は、それぞれの職種の業務そのものと言えますから、こ
こに入れることは当然だと思えます。

問題は、相対交渉による和解ですが、この点に関しては、論点 2 - 2 の
趣旨(1 2 頁) に賛成です。

多くの当事者は、身近にいるその業務範囲の法律専門職種の人々に相談
を持ちかけ、その人に相手方との交渉を依頼し、それから A D R 機関に事
件を持ち込むという順序でことを運びたいと考えています。最初の相談と
最後の A D R 手続の代理が法律専門職種の人々に認められても、中間の相
対交渉が抜けていたら、最後の A D R 手続にたどり着くことは事実上不可
能になるでしょう。せっかく A D R 手続における代理が認められても、そ
れでは A D R の利用促進はおぼつかなくなります。その中間の相対交渉に
ついては弁護士でなければ駄目ということになれば、それは当事者に過重
の負担を強いることになり、多くの当事者はその段階で紛争解決を諦めて
しまうでしょう。そのようなことになれば、A D R を拡充・活性化するこ
とによって透明で、公正、合理的な社会を構築しようという目的から外れ
てしまうことになりかねません。したがって、相対交渉による和解をここ
に入れることは、必須のことであると考えます。

消費者問題における相談員の役割の重要性に鑑みて、条文案の を加え
ておきました。これ以外にここに特記すべき専門家が存在するかも知れま
せんが、今すぐに思い当たりませんので、とりあえずこれだけにとどめま
した。

私の意見は、「専門分野又は紛争解決に関する専門的知見を有する者」
(1 2 頁、 1 3 頁) という書き方をしないで、具体的に職種名を特定する
方法で成り立っています。その方が「職種ごとに実態を踏まえて個別的に
検討し」という司法制度改革審議会意見書の文言に合っています。

また、「専門分野又は紛争解決に関する専門的知見を有する者」とした
場合には、専門分野とは何か、その範囲如何、紛争解決に関する専門的知
見とは何か、その知見の有無を誰が判定するのか等々の疑問が沸騰し、そ

れはほとんどエンドレスな議論になってしまうと思われま

す。
なお、ADRの利用促進という観点からすれば、近親者に代理権を認めるか否かという問題も視野に入れておきたいと思いますが、これは業として行うものではありませんから、弁護士法第72条の適用範囲外の問題として各ADRに扱いを任せることで足り、ADR基本法で触れる必要はないものと思われま

す。
検討事項2-5についての私の補足意見は以上のとおりですが、検討事項2-3の論点1-1の「公正な手続運営」と同論点1-3の「研鑽」について明確な規定が置かれるのであるならば、全体として過不足がなく、実務は円滑に運営されるでしょう。すなわち、これらの定めが連動して機能し、ADRの拡充・活性化をはかることができると考えま

以上