

ロバート・グロンディン氏

ヒアリング資料



viewpoint

在日米国商工会議所意見書

仲裁、調停・あっせん等裁判外の紛争解決手
続(ADR)に関して自由な活動を認めよ
Allow All Persons and Organizations
to Work Freely in Arbitration,
Mediation, and Other Alternative
Dispute Resolution

仲裁・ADRタスクフォース
法務サービス委員会

Arbitration-ADR Task Force
Legal Services Committee

2004年8月まで有効
Valid Through August 2004

英語正文

在日米国商工会議所 / **the american chamber of commerce in japan**

〒106-0041, 東京都港区麻布台 2-4-5, メソニック39mtビル10階
masonic 39 mt bldg. 10f, 2-4-5 azabudai, minato-ku, tokyo 106-0041
<http://www.accj.or.jp/details.php?id=viewpoint>

Abby Pratt / U.S. Government Affairs Manager
phone: (+81) 3 3433 8549, fax: (+81) 3 3433 8454

ライアン・アームストロング / 渉外室日本政府担当マネージャー
phone: (+81) 3 3433 8547, fax: (+81) 3 3433 8454

accj viewpoint

Recommendation

The American Chamber of Commerce in Japan (ACCJ), the European Business Community (EBC), the Japan Subcommittee of the East Asia Branch of the Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), the German Institute of Arbitration (DIS), the Foundation for International Dispute Resolution (FIDR), and the Foreign Lawyers Association of Japan unanimously urge the Japanese government to permit all persons and organizations to work freely in arbitration, mediation, and other forms of alternative dispute resolution (ADR) and dispute avoidance. All should have the right to work as a professional arbitrator or mediator regardless of whether they are admitted as lawyers or otherwise registered or licensed by the government.

Issue

The organizations that join in this viewpoint applaud the Judicial Reform Council and its successor, the Judicial System Reform Promotion Headquarters (JSRP Hombu), for their excellent work to date. These bodies have improved legal procedures, increased the number of legal professionals in Japan, moved toward unrestricted freedom of association between foreign lawyers and Japanese lawyers (bengoshi), and designed other measures that serve the needs of the general public and international commerce. Particularly welcome are the recent enactment of the new Arbitration Law and the current efforts of the JSRP Hombu's ADR Study Group to develop a comprehensive alternative dispute resolution framework to cover all disputes not directly decided by the courts, including arbitration, mediation, and court- or government-annexed procedures.

The declared objective of the ADR Study Group and the JSRP Hombu to expand and improve ADR in Japan is a worthy goal. Better access to ADR will help businesses and individuals resolve disputes more quickly and economically and serve Japan and its economy well. Enacting a basic ADR law that clarifies the duties, responsibilities, and rights of ADR neutrals—particularly in such areas as disclosing conflicts

提言

在日米商工会議所(ACCJ)、欧州ビジネス協会(EBC)、英国勅許仲裁人協会(東アジア支部在日小委員会)(CIArb)、ドイツ仲裁協会(DIS)、国際紛争解決財団(FIDR)、外国法事務弁護士協会は日本政府に対し、仲裁、調停・あっせん等裁判外紛争解決手続(ADR)や紛争回避に関し、いかなる人または組織にも自由な活動を認めるよう、提言する。弁護士の資格を有しているもしくは政府により登録・許認可されているか否かにかかわらず、何人にも業として仲裁人もしくは調停人・あっせん人として活動する権利が与えられるべきである。

背景

本意見書作成に参画する各組織は司法制度改革審議会(以下、「審議会」)ならびにその後継組織たる司法制度改革推進本部(以下、「JSRP本部」)の今日迄の素晴らしい功績に敬意を表す。審議会及びJSRP本部は司法手続を改善し、日本における法曹人口を増加し、外国弁護士と日本弁護士との間に自由な共同事業の道を開き、また一般市民ならびに国際通商のニーズに応えるべく、対処してきた。最近制定された新しい仲裁法や、JSRP本部のADR検討会が現在力を注いでいる仲裁、調停・あっせんならびに裁判所や官庁に付属した手続等を含んだ、裁判所で直接決定されない紛争を網羅する総合的な裁判外紛争解決制度の枠組を整備しようという動きは、特に喜ばしい進展である。

日本のADRを拡充し改善する、というADR検討会及びJSRP本部の目標はきわめて有意義なものである。ADRへのよりよいアクセスはビジネスならびに個人のより迅速かつ経済的な紛争解決を支援するのみならず、日本国ならびに日本経済にも貢献するものである。特に利益相反の開示義務やADRにおいて開示された情報の秘密保持等といった課題においてのADR主宰者の義務、責任や権利を明確にする基本的なADR法の制定は日本におけるADRの基盤並びに環境の強化に向けての重要な一歩となるであろう。

しかしながら、2003年7月29日に公表されたADR検討会報告書「総合的なADRの制度基盤の整備について」に関して、われわれは深く懸念している。ADR検討会は国際慣習と逆方向の進言をしているように受けとれる。これは国際通商に支障を与える可能性があり、かつ日本での健全なADRの発展を育もうとするADR検討会の目標そのものを妨げる可能性があると考えられる。

accj viewpoint

of interest and protecting the confidentiality of information divulged to them—can be an important step toward strengthening the foundations and environment of ADR in Japan.

However, the ADR Study Group report released on July 29, 2003, concerns us deeply. It appears the Study Group is recommending a direction contrary to accepted international practice. This would be potentially harmful to international commerce and may prevent the Study Group from achieving its declared goal of fostering the healthy development of ADR in Japan. Briefly, the Study Group's report suggests that the new legislation might:

- Require the licensing of ADR neutrals (arbitrators, mediators, experts, etc.)
- Require the licensing of ADR advisors, representatives, consultants, and industry experts
- Establish a restrictive system of licensed organizations that would provide or administer ADR services, and require the use of such licensed institutions
- Create a new bureaucratic agency to license and regulate ADR

We oppose these proposals because they will result in unnecessary costs and barriers to market entry that promise to cripple the healthy development of ADR in Japan. In particular, such moves threaten to undermine international, cross-border ADR processes, since foreign arbitrators, mediators, and arbitral institutions will not have easy access to the requisite licenses to practice here.

Most of these ill-advised ideas stem from the ADR Study Group's premise that the practice of ADR inherently involves the practice of law. Almost everywhere else in the world, acting as an arbitrator, mediator, or other neutral, or serving as an ADR administrator, is not viewed as the practice of law. Moreover, regardless of how Article 72 of the Lawyers' Law is interpreted, non-bengoshi do act as arbitrators and mediators on a regular basis in Japan. For many years, in fact, institutions such as the Japan Commercial

ADR検討会報告によれば、新しい法案が下記のことを想定しているように受けとれる。

- ADR主宰者(仲裁人、調停人・あっせん人、専門家等)の許認可を必要とする
- ADRアドバイザー、代理人、コンサルタントならびに業界専門家の許認可を必要とする
- ADRサービスを提供または管理する機関を制限的な許認可体制に服させ、許認可された機関の使用を必要とする
- ADRを許認可し、統括するための政府機関を設置する

我々は、この様な提案に反対する。なぜならば実現されれば不要なコストと市場参入障壁が作り出され、必ず日本におけるADRの健全な発展が妨害される結果となるからである。また、外国の仲裁人、調停人・あっせん人や仲裁機関は日本で活動するのに必要となる許認可を簡単に取得できないため、こうした動きは特に国際的な、国境をまたがるようなADR手続過程を煩雑にする危険性がある。

報告書の中の問題と思われる提案の多くは、ADR検討会による、ADR実務に法律事務の取り扱いが不可欠という前提から生じるものと思われる。日本以外の世界中の殆どの国では、仲裁人、調停人・あっせん人、その他の主宰者やADR管理者として活躍することは法律事務の取り扱いとされていない。また、弁護士法第72条の解釈にかかわらず、日本では弁護士でない者が仲裁人や調停人・あっせん人として頻繁に活動している。実際には長年にわたり日本商事仲裁協会や東京海事仲裁センターは仲裁人の役割を果たすには何ら法的資格も必要ないと提示してきている。ADR検討会による弁護士法第72条の解釈が正しければ、日本におけるADRに発展の機会を与えるにはADR主宰者もしくは管理者としての活動に関する規制撤廃の法改正を直ちにおこなうことが必要である。

同様に、特に国際調停においてはADRにおける代理人を弁護士に限定しない事を提言する。歴史的にも、連合王国やアメリカ合衆国を含む多くの国や州は、現地の弁護士の資格を有していない者でもADRアドバイザーやADR代理人として業務することを認めてきている。日本等のわずかな例外を除いて、現状では、ADR実務家の間でADR代理人になるためには現地の法的資格は必要ないという広いコンセンサスが得られている。

自主性のある当事者はどう紛争を回避するか、またどのように裁判外で事件や論争を解決するかを契約や合意に

accj viewpoint

Arbitration Association and the Tokyo Maritime Arbitration Center have indicated that no legal qualifications are required to act as an arbitrator. If the ADR Study Group's interpretation of Article 72 is correct, immediate amendment to eliminate restrictions on acting as a neutral or administrator in ADR is imperative if Japanese ADR is to have any chance to flourish. Likewise we urge that the right of representation in ADR, particularly in international mediations, should not be limited to bengoshi. Historically, many jurisdictions, including those in the United Kingdom and the United States, permit persons not locally admitted as lawyers to practice both as ADR advisors and representatives. There is a wide consensus among ADR practitioners that local legal qualifications should not be required of ADR representatives. With few exceptions outside Japan, that is the situation today.

Autonomous parties are capable of deciding by contract or agreement how they will avoid a dispute or settle a case or controversy out of court. Around the world, new methods and processes are constantly being discovered to avoid disputes and achieve settlements. Japan should pursue deregulation to enable that to happen here, avoiding the creation of new and stifling licensing requirements and bureaucracy. The JSRP Hombu and ADR Study Group have an historic opportunity to create a thriving ADR market in Japan by adding one simple legislative provision declaring that arbitrators, mediators, and other neutrals are not engaged in the practice of law. Furthermore, representation of or advising parties involved in ADR processes should not be deemed the practice of law.

Unfortunately, the practice of ADR can be open to abuse. However, such abuses should be addressed not by prior restraint and the creation of costly new institutions and requirements, but by measures to curb the abuses and foster a healthy free market for dispute resolution services. We suggest the following approach:

- Allow (and indeed encourage) voluntary organizations to raise ADR standards in Japan through training programs, experimentation, and codes of conduct for their members. As

よって決めることができる。紛争を回避し、和解に到達しようとするための新しい方法やプロセスは世界中で常に見いだされている。日本においてもこのようなことが起こるよう、規制緩和を推進し、煩雑な新規の許認可条件や政府機関の設置を回避すべきである。

JSRP本部及びADR検討会は、仲裁人、調停人・あっせん人やその他の主宰者は法律事務を取り扱っていない、というごく簡単な法改正の条項を追加することにより、日本において活発なADR市場を創出するための重要な機会を与えられている。なお、ADR手続に関係している当事者の代理や助言も法律事務の取り扱いとされるべきではない。

残念なことに、ADRの実務が濫用される可能性があるのは事実である。しかしながら、事前規制やコストのかかる機関や要件を構築するのではなく、紛争解決サービスの健全な自由市場を育成するといった措置で濫用に対処すべきである。我々は下記のアプローチを提案する。

- 任意団体に一任(奨励)し、訓練プログラム・実験や会員倫理規定等を通じ日本のADR基準を向上させる。アメリカやヨーロッパでの例が示す様に、ADRはそうした環境でこそ育成される。どのような方法、プログラムや専門家が成功するか否かは市場が判断するであろう。
- 不正を働いた者や制度を濫用した者に対し民事ならびに刑事責任を追求し、制裁を課すこと。これは特に威圧、脅迫、強要やその他当事者が自主的に案件を解決できる能力を剥奪するような悪質な業者を含んだケースに適用されるべきである。多重債務者を「助言」しながら多くの場合その当事者の借金を増やすような「整理屋」や「示談屋」等によってなされた、威圧や詐欺、利益相反に関する不完全な開示でもって得られた和解契約等は、法律上、民法第90条並びに第96条の下で遡及的に無効とされるべきである。そうした和解に対し民事、刑事双方の全ての関連ある法令は積極的に適用されるべきである。
- 既存の法律や手続が不十分な場合、政府は、ADRに関連した犯罪行動に適用されるべきより明確な法律を制定し、より厳重な制裁を制定すると共に、国民に対する教育ならびにADRを濫用するような悪質な業者の除去に多くの力を注ぐべきである。同時に、信頼性のあるADRサービス提供者利用の促進は国民が不審な紛争解決手続に頼らざるをえないという事態を減らすことになると考えられる。

accj viewpoint

experience in the United States and Europe demonstrates, ADR flourishes in such an environment, and the market will soon sort out which techniques, programs, and professionals

- are successful and which are not. Subject those who misbehave or abuse the system to civil and criminal liability and sanctions. This is particularly applicable to criminal elements that employ coercion, intimidation, extortion, or other methods that rob parties of their ability to settle cases voluntarily. Coerced settlement agreements, or settlement agreements obtained by fraud or without full disclosure of conflicts of interests—such as those arranged by some *seiri-ya* and *jidan-ya* who “advise” insolvent parties while often increasing their indebtedness—should be considered void from their inception under Articles 90 and 96 of the Civil Code as a matter of law, and all relevant statutes, both criminal and civil, should be
- vigorously enforced against such settlements. If existing laws or procedures are insufficient, the government should enact clearer laws and more severe penalties applicable to ADR-related criminal behavior, and devote more resources to public education and the elimination of criminal elements abusing ADR. At the same time, increasing the availability of alternative, reputable providers of ADR services will reduce the public’s need to resort to such dubious methods of dispute resolution. Japan has won international recognition for the great strides it has made in judicial system reform. In the area of ADR, Japan should emulate other countries that have, in the course of a very few years, permitted market forces to create a vibrant dispute settlement culture. Conversely, creating more regulation, bureaucracies and barriers to voluntary, private ADR will stifle the development of ADR in Japan and further complicate Japan’s legal infrastructure.

司法制度改革における現在までの大いなる躍進により日本は国際的に高い評価を得ている。ADRの分野において日本は、市場の原理によってわずかな時間に活発な紛争解決手続の文化を創り上げてきた他の国々を見習うべきである。これ以上の規制や政府機関の設置、あるいは任意的・私的なADRに対する壁の作成は日本におけるADRの発展を抑制し、日本の司法基盤をより複雑にするだけだと思われる。

(日本語訳：予稿のため英語正文を参照)

2003年8月25日

東京都千代田区永田町 1-11-39
永田町合同庁舎 3階
司法制度改革推進本部事務局 ADR 意見募集係 御中

司法制度改革推進本部の「裁判外の紛争解決手続（以下「ADR」という。）検討会」の報告書に対するアメリカ法曹協会紛争解決部門のコメント

関係者各位：

この度アメリカ法曹協会紛争解決部門（以下「当部門」という。）は、司法制度改革推進本部の「ADR 検討会報告書」に対するコメントを提出させていただきます。

日本経済における ADR の活用を促し、円滑にする ADR 基本法の作成という重要な目標に向かって取り組んできた司法制度改革推進本部および ADR 検討会の努力に高い敬意を表します。

しかしながら、報告書が、仲裁人または調停人の役割を有償で、かつ業として行なう、日本法により日本の弁護士資格をもった者に限定するという前提にたっていることに、私たちは懸念を抱かざるを得ません。勿論私たちは日本法の解釈にコメントすることはできません。しかし、私たちは米国における状況について当部門がとっている立場について留意を促したいと思います。これは、この点に関する更なる検討材料として、ADR 検討会の役に立つだろうと思います。私たちがこの問題の研究とその影響の検討に費やした長年月が、日本における健全な政策の形成に役立つことを願っています。

当部門としては、アメリカ合衆国における「法律事務の取扱い」について一般的に承認されている定義を検討し、報告された州の倫理意見書ならびに裁判所規則を調査したところ、アメリカ合衆国で調停または仲裁業務を行なうことは、「法律事務の取扱い」には該当しないという立場を取ります。私たちは、このようなアプローチが、アメリカ合衆国における ADR の促進のために、重大かつ有益な効果をもたらしたと信じています。

調停および仲裁の定義

仲裁と調停は全く異なる手続ですが、仲裁人と調停人の役割においては、いずれも「法律事務の取扱い」に該当しないというほぼ同じ分析がされています。調停は裁定力のないプロセスであり、紛争を解決できるように、中立の第三者（調停人）が当事者間の協議を援助します。仲裁人と異なり、調停人は当事者を拘束する判断を下す権利を有しません。つまり調停とは、紛争当事者が自発的な合意に至れるよう、公平な第三者が紛争解決の手助けをするプロセスです。これに対し、仲裁は裁定力のあるプロセスであり、当事者は仲裁人に対し、両当事者の権利と義務につき、拘束力を有する最終的な形で裁定する権利を付与します。尚仲裁人の裁定には連邦仲裁法または州の仲裁法に基づいたごく限られた異議申立の権利しか認められません。

調停人や仲裁人と紛争当事者との間に「依頼」関係は存在しないので、調停および仲裁のプロセスは「法律事務の取扱い」とみなされるべきではない。

アメリカ合衆国の裁判所は、「法律事務の取扱い」に関する明確な定義を打ち出すのに苦労してきました。アリゾナの最高裁判所が「弁護士が通常の職務遂行の中で行なうと考えられるすべての行動を列挙して『法律事務の取扱い』を遺漏なく定義するのは不可能に近い」と述べたことから明らかなように、「法律事務の取扱い」を包括的に定義することは困難です。（*State Bar of Ariz. v. Arizona Land Title & Trust Co.*, 366 P.2d 1, 8-9 (Ariz. 1961) (“*Arizona Land Title*”)判決から引用。）多くの裁判所が「法律事務の取扱い」とみなした典型的な活動として、他人を裁判所で代理すること、自己を弁護士であると称すること、法的手続において書面を作成したり、申立を行ったり、文書に署名したりすること、依頼者のために、相手方に対し、訴訟を提起すると警告すること、依頼者のために、法的要求または司法取引に関する交渉を行なうこと、法的助言を与えること、証言録取書を作成すること、権利証書を作成すること、依頼者と面談すること等を列挙しました。尚 G. Hazard, Jr. & W. Hodes, 2 *The Law of Lawyering* § 46.4 (3d ed.2002 Supp.); R. Rotunda, *Legal Ethics* §39-1 (2000)をもご参照下さい。

裁判所は、「法律事務の取扱い」であるか否かを判断するためにいくつかの具体的な「基準」もしくは「テスト」を定立してきました。一つの基準では、「専門的な判断」の活用の有無が検討されます。この基準は、問題となっている行為を行なうには一般人が有していないような専門的な法律教育または能力を要するか否かを検討します。*Oregon State Bar v. Smith*, 942 P.2d 793, 799 (Or. Ct. App. 1997) 判決で裁判所は「法律事務の取扱い」に該当するには、ある個人の要求の解決のための援助や助言を行なうにあたり、法的原則を適用する際に「専門的な判断」の活用が必要、と判断しました。尚「専門的な判断」は、法律家の有する「法律の一般原則（原理）と法哲学を依頼者の特定の法律問題にあてはめる為の教育能力」とも定義されました。（*Committee on Prof'l Ethics & Conduct of Iowa State Bar Ass'n v. Baker*, 492 N.W.2d 695, 701 (Iowa 1992)から引用。）

「法律事務の取扱い」であるか否かを判断するもうひとつの基準として、「依頼人の信頼・依存度基準」があります。これは、依頼人が法的サービスの提供を受けていると信じているか否かを検討するものです。アリゾナの最高裁判所などの裁判所では、「一定の行動が実際に「法律事務の取扱い」であるか、あるいはそうとみなされるかを判断するにあたり...依頼人が提供された助言およびサービスを信頼し、依拠したか否かがより決定的である」と判断した。

これは *Florida Bar v. Brumbaugh*, 355 So.2d 1186 (Fla.1978)でのフロリダ最高裁判所の判決で例証されました。本件では、被告はさまざまな法的手続における個人用法律文書の作成などの秘書事務的サービスを行っていました。彼女はサービスを提供した相手方に

対して自分が弁護士であるとは称さなかったものの、法律文書の作成自体が無許可の「法律事務の取扱い」とみなされました。この判決の根拠事由は被告がどの文書を使用すべきかを個人に助言したことにありました。彼女のサービスを利用した個人は法的手続における適切な文書の選択につき彼女を信頼し、依拠していたので、この行為は無許可の「法律事務の取扱い」であるとみなされたのです。

裁判所はまた、「法的補助を求める者は、法律分野の専門能力を持つと称する個人に信頼を置きがちである。このため、裁判所はこうした弁護士 – 依頼人関係を規制する必要がある、助言する者に最低限の法律教育および経験を要求するのである」と判断しました。（*同上* 1193）ある行為が無許可の「法律事務の取扱い」であるか否かを判断する際における「信頼・依存」の重要性が本件により明確に打ち出されたといえるでしょう。裁判所の説明によると、

「マリリン・ブランバウは一度も自分が弁護士であるとは称さなかったものの、彼女の依頼人は、解散手続に必要な文書を正しく作成するために、彼女に**依存**していたことは明確です。」

同上 1193-94（強調は執筆者補足）

「依頼人の信頼・依存度基準」と類似した基準が「弁護士 – 依頼人関係基準」です。このテストでは、問題となっている関係が「弁護士 – 依頼人関係」に相当するかどうかを検討の対象となります。この基準によると、「弁護士と依頼人の関係と同程度の関係」である個人的な関係が形成された場合には、「法律事務の取扱い」であると判断されます。（*State Bar of Mich. v. Cramer*, 249 N.W. 2d 1, 8 (Mich.1976)判決参照。）

ある活動が「法律事務の取扱い」であるか否かを判断する上で裁判所が考慮に入れるもうひとつの重要な要素は、その活動が重要な法的権利に影響を及ぼすか否かの問題です。例えば、法的権利を保証する法律文書および契約書を準備することは「法律事務の取扱い」とされました（*State Bar of N.M. v. Guardian Abstract & Title Co., Inc.*, 575 P.2d 943 (N.M. 1978) 判決参照）。*Palmer v. Unauthorized Practice Comm. Of the State Bar of Tex.* 438 S.W. 2d 374 (Tex. Ct. App. 1969) 判決では裁判所は、特に「親族関係における秘密のやりとりが必要な場合が多い」ので、法律教育を受けていない一般人が遺言書の書式を販売することは、無資格の個人が排除されている「法律事務の取扱い」の禁止行為に該当する、と判断した（*同上* 376）。

これらに共通の基本的前提は、消費者または「依頼人」が「法的」サービスの提供者に信頼を置き、自分達の個々の利益を守るために法的サービスの提供者を信頼し、依拠している、ということです。いうなれば、サービス提供者が、弁護士の役割を果たしているかと信じてしまうような信頼関係が存在するかということです。（*re Pappas*, 768 P.2d 1161, 1167-68 (Ariz. 1988) 判決引用、「ある者が、ある法律家が自分の代理人として行動しているという客観的・合理的な信頼を抱き、その信頼とその関係に依存し、その法律家はその信頼を覆さない場合は、その関係は弁護士と依頼人との関係として取扱われる。」、*G&S Inv. V. Belman*, 700 P.2d 1358, 1365 (Ariz. Ct. App. 1984)判決引用、「弁護士 – 依頼人間の秘匿特権があるか否かについては、「依頼人が資格を有する法律家に相談していると信じているか、また、専門的な法的助言を求めていることが明示されているか否かによる。」）

裁判所規則および倫理意見書

調停人または仲裁人が、「法律事務の取扱い」に従事しているか否かという具体的な問題に対し、S. Cole, N. Rogers & C. McEwen, *Mediation: Law, Policy & Practice*, § 10:5 (2d ed. 2001)はじめ、いくつかの裁判所規則および倫理意見書が見解を出しています。これらの裁判所規則および倫理意見書を検討しました上で、調停人または仲裁人が「法律事務の取扱い」に従事しているか否かという問題に対する一般的な見解はここで提示させて頂く通りです。すなわち、調停および仲裁において、当事者は、調停人または仲裁人が自己の個々の利益を守ってくれると期待はしていません。調停人または仲裁人が中立の立場にあると理解しているからこそ、調停人または仲裁人が自分達の代理人の役割を果たすという客観的・合理的信頼を両当事者がもつことはあり得ません。

この考え方は、コロンビア特別区内で無許可の「法律事務の取扱い」に関する規定を定めるに際して、コロンビア特別区高位上訴裁判所によって明確に採用されました。「法律事務の取扱い」は、「依頼人とある信頼または依存の関係がある中で、依頼人に専門的な法的助言またはサービスを提供すること」と定義されています（コロンビア特別区裁判所規則 Rule 49 (a)(2)）。特に裁判手続外の紛争解決手段の問題に関し、コロンビア特別区裁判所規則の注釈は以下のように述べています。

「規則は、調停または裁判手続外の紛争解決手段（「ADR」）業務の提供を包括しようと意図しておりません。これは『法律事務の取扱い』の定義の最初の一文で述べられており、それによると『法律事務の取扱い』には、二つの極めて重要な要素、すなわち、第一に法律上の助言またはサービスの提供、そして第二に依頼人との信頼または依存の関係が必須です。信頼または依存の依頼人関係が存在する状況においては ADR サービスは行われることはなく、実際に一般慣行として、ADR サービス提供者が参加者に対し、自分たちは法的代理人としてのサービスを提供しているのではない、と明示することがしばしばである。」

同上注釈（強調は執筆者補足）

コロンビア特別区裁判所規則の中に示されている結論は、私たちが研究した多くの法曹倫理意見書および裁判所規則でも採用されています。（例えばコネチカット州弁護士協会の職業倫理[Prof'l Ethics]委員会の非公式意見書 97-12 号 (1997 年 6 月 4 日)においては（「手続のいかなる時においても弁護士は、一方当事者の支持者としてではなく、当事者の調停人の役割を果たさなければならない。」）又インディアナ州における[倫理意見書] 5 号 (1992 年)においては「最高裁判所が弁護士以外の者に調停人としての役割を果たすことを容認しており、性質上・・・調停は『法律事務の取扱い』と実質的に異なるため、調停サービスは『法律事務の取扱い』ではない。」）規則 901(d)引用、カンザス州最高裁判所規則（「調停人の役割を果たしている弁護士は、当事者の法的代理人ではなく、両当事者と弁護士たる調停人との間にはいわゆる弁護士 - 依頼人関係は存在しない。」）ケンタッキー州弁護士協会における[倫理意見書] 377 (1995 年) 引用、（「調停は『法律事務の取扱い』に該当しない...。」）メイン州弁護士協会規則 3.4(h)(2) 引用、（「調停人の役割は、どの当事者とも弁護士 - 依頼人関係を形成することはなく、いかなる法的代理をも構成しない」）ミシガン州弁護士協会の[職業倫理(Prof'l Ethics)]および司法上の倫理における常設委員会の意見書 RI-256 号 (1996 年 4 月 8 日)引用、（「そもそもの定義からして、中立的な仲裁人または調停人は、仲裁または調停にかかっている問題について依頼人というものを有しない。」） ミシシッピ州弁護士協会における意見書 241 号 (1997 年 11 月 20 日)引用、（「現時点では、調停および仲裁サービスは、『法律事務の取扱い』とみなされない。」） ニューヨーク州弁護士協会の[職業倫理(Prof'l Ethics)]委員会の意見書 736 号 (2001 年 1 月 3 日) 引用、（「過去にも認めてきた通り、将来的紛争の解決援助のために調停人として活躍する弁護士は、利益相反規則や弁護士 - 依頼人関係を規律するその他の規則からしての、いわゆる当事者の『代理』をしない。」）ペンシルベニア州弁護士協会

の[法曹倫理 (Legal Ethics)]および[職責 (Professional Responsibility)]に関する委員会の非公式意見書 96-167号 (1996年12月30日) 引用、(「弁護士以外の者によって調停が行われる場合、調停は『法律』サービスとはみなされない。」) ユタ州弁護士協会の[倫理に対する勧告意見書の委員会 Ethics Advisory Opinion Comm.]の公式意見書 97-03(1997年4月25日) 引用、(「ADRサービスは、ユタ州議会では法的サービスもしくは『法律事務の取扱い』とみなされていない。」)ワシントン州弁護士協会理事会によって採用されたワシントン州弁護士協会の「法律事務の取扱い」の定義に関する委員会の最終報告書 (1999年7月) 引用、(「調停人、仲裁人、調停官、ファシリテーター」の役割を果たしている者は『法律事務の取扱い』に従事していないとする。)」サウスカロライナ州弁護士協会倫理勧告委員会の倫理に対する勧告意見書 97-03号 (1997年3月) 引用、(「仲介者としての役割を果たしている弁護士は、仲介者としての役割を果たしている間は法律事務に従事していないとする。さらに、仲裁人の倫理上の義務は、弁護士よりも裁判官の義務に類似している。」)。反対に、アイオワ州の最高裁判所における[職業倫理]および職業上の行為に関する委員会の意見書 96-30号 (1997年6月5日)により、(「弁護士以外の者による裁判手続外の紛争解決手段は『法律事務の取扱い』とみなされてこなかった。…しかし、弁護士がこれを行なう場合、『法律事務の取扱い』となる」とされたものの、ニュージャージー州最高裁判所における[職業倫理]および職業上の行為に関する委員会の意見書 676号 (1994年4月4日)では、弁護士が第三者主宰者を勤める場合、その弁護士は「弁護士として活躍している」とされています。)

2002年2月5日にアメリカ法曹協会によって採択されたアメリカ法曹協会の弁護士行動準則模範規程 (以下「模範規程」という。)の最近の改正は、調停人または仲裁人を勤めることは「法律事務の取扱い」に該当しないという見解を一層強化するものです。模範規程ははじめて、弁護士が代理人以外の役割を果たすことを承認しました。規則 2.4では、弁護士が「自分の依頼人ではない二名以上の当事者間に生じた紛争あるいはその他の問題の解決を援助するために第三者主宰者としての」の役割を務めることができると規定しています。模範規程の注釈では、「第三者主宰者」を「紛争の解決や取引を成立のために・・・当事者を援助する調停人、仲裁人、調停官または鑑定人」のような者と定義しています。主宰者が「代理人を立てていない当事者に対して、弁護士が自らを代理していないことを告げなければならない」と規程 2.4(b)で述べているからも明らかのように、この規則は、主宰者の役割は弁護士 - 依頼人関係を形成するような「法律事務の取扱い」に該当しないことを認めています。

規程はしかし、双方の当事者が法的代理人を立てている場合、主宰者にそのような義務を課しません。恐らく規程草案者は当事者がそれぞれの弁護士に代理されている場合、主宰者の役割について誤解が生じることはなく、主宰者が自分達の代理人の役割を果たしていると信じることはないと考えたのでしょう。模範規程の注釈に、双方の当事者が代理人を立てなかった場合、弁護士の役割に誤解が生じる可能性があるとの留意点が示されている。従って注釈は、必要に応じて、代理人を立てていない双方の当事者に対して、「弁護士 - 依頼人間の秘匿特権が適用されないことも含んだ、第三者主宰者としての弁護士の役割と依頼人の代理人としての弁護士の役割との重要な相違」につき告げるよう、弁護士に指示している。

これらの判決、規則や倫理意見書に沿って、当部門は、調停業務が「法律事務の取扱い」に該当しないと宣言する決議を採択しました。当該決議の抜粋を下記に提示します。

「調停は「法律事務の取扱い」に該当しない。調停とは、公平な立場にある個人が、当事者が自発的合意に至るよう、援助するプロセスです。こうした援助は『法律事務の取扱い』には該当しません。調停に参加する当事者は調停人に代理人されません。」

「調停人による法律問題に関する協議。」当事者の法律上の権利や義務が問題となる紛争では、調停人と当事者間の協議には、法律問題が含まれる可能性があります。そのような協議は弁護士 - 依頼者関係を成立させることはなく、調停人が弁護士であるか否かにかかわらず、法律上の助言には該当しない。」

決議を基礎づける根拠は、注釈に以下のように記されている。

「『法律事務の取扱い』の一般的な定義の中で最も重要なことは、『弁護士 - 依頼人関係』の存在です。調停人は『弁護士 - 依頼人関係』を形成しないため、調停サービスを提供する際、これは『法律事務の取扱い』に該当しません。」

さらに、注釈は、調停の当事者は、調停人から自己の個人的な利益を図るための法律上の助言を得ようとは思っていないという点に着目します。

「紛争におけるある当事者にとっての有利または不利な点について協議する資格を有している調停人が、非弁活動規則に抵触することなく自由にその能力を発揮できることが重要である。実際に、多くの紛争当事者およびその弁護士は、自分たちの案件についての意見を求めるために、調停人を依頼する。こうした協議に関与した調停人は、紛争が和解に至ることができなかった場合に生じ得る結果について協議したり、当事者の立場についての評価を含んだ意見を提供したりすることにより当事者を援助することもあるものの、調停人がある当事者のためにだけに助言を提供する、ということを経る合理的根拠がないため、こうした行為は『法律事務の取扱い』とはみなされません。これこそ調停人と弁護士の役割における重要な違いです。当事者は自分達の弁護士が自分の利益だけを代理し、自分だけを助言することを期待しますが、調停人はあくまでも主宰者であり、各個々の当事者に対していかなる忠実義務をも負うことはありません。」

調停において交渉による解決を支援したり、仲裁において紛争を裁定したりして、両当事者の利害を公平に調整する主宰者（調停人または仲裁人）の義務は、弁護士がその依頼人に対し負う倫理上の義務とは根本的に相容れないものであります。

裁定的な調停

主宰者による無許可の「法律事務の取扱い」に関する問題について、有意義な議論が行われたのはただ一つ分野しかありません。調停が「法律事務の取扱い」であると主張する者たちは、いわゆる「裁定的な調停人」だけを取り出して論議を進めます。「裁定的な調停人」とは、ある案件においての双方当事者の有利な点、不利な点を評価することを助け、両当事者間が満足のいく解決に到達できるように、予測できる訴訟の結果、その費用、遅延、中断、不安などをより明確に検討できるように援助します。伝統的に弁護士も同様の方法で依頼人を援助することから、この見解は、調停人による事案の評価および結果の予想は「法律事務の取扱い」であるという立場をとるのです。

良質な「裁定的な調停人」は、当事者が、その立場を詳しく分析し、問題に対する法的側面を十分に理解し、控訴を含め紛争が裁判官または陪審員の前でどのように展開するか、紛争から予想されるあらゆる結果を十分に理解できるよう、当事者を援助します。主宰者の意見、分析、印象が双方の当事者に対し、問題に関する新たな情報源となります。このことは、問題を別の視点から考察させ、相手方の主張をより明確に理解できるようにさせ、より公平な和解についての一層共通した理解を得る上で極めて重要です。

いわゆる「裁定的な調停」が「法律事務の取扱い」であるという見解は、ノースカロライナ州弁護士協会およびバージニア州弁護士協会による調停および無許可の「法律事務の取扱い」についてのガイドライン（以下「ガイドライン」という。）¹によって明らかにされています。1999年に公表されたガイドラインは、調停人が「法的助言」をすることを禁止しています。それによると、

「最低でも、調停の中で、調停人は法律原則を適用して...（１）法律問題に対する具体的な解決を予想したり、（２）法律問題を解決する方法として、紛争当事者に対してある行動を指示、助言、催促または薦めたりした時には、...法的助言を提供する。」

同上 14. バージニア州弁護士協会による見解は正しくはないものの、検討に値するものではある。ガイドラインは、弁護士の役割において重要なのは、具体的な事実法律を適用し、特定の問題に対して裁判所がどのような判断を下すかを予想する能力であるという考え方に基づいているようである。しかし、上記で説明したように、「法律事務の取扱い」に従事しているというためには「依頼人」がいる、あるいは少なくとも、自己のためだけに「法的」サービスと助言を提供する者に対して信頼を置く者が存在しなければならない。調停の当事者は調停人の「依頼人」ではないので、ガイドラインによって示されているような評価機能は「法律事務の取扱い」には該当しません。

ガイドラインは、「法律事務の取扱い」についての様々な定義の核心が、依頼人または法的サービスを求める消費者は、弁護士または法的サービスの提供者を自分の代理人とみなし、自己の利益を守ってくれるものと信頼していることにあるのを見落としているように思えます。そうしたい信頼・依存関係は調停人および仲裁人と紛争当事者との間には存在しません。

調停および無許可の「法律事務の取扱い」に関する問題は、調停人による和解合意書の作成においても生じます。法的な文書の作成は通常、「法律事務の取扱い」に該当することは認めます。一方、和解文書の作成において調停人が紛争当事者を助力することも一般的慣行です。当部門の決議においてもことについて触れています。

要約および結論

ある個人が調停または仲裁サービスを提供した場合、「法律事務の取扱い」に従事したことに該当しない、というのが我々の出した結論です。「法律事務の取扱い」に該当するには、弁護士 - 依頼人関係が成立され、当事者が自分の法的ニーズを満たすため、他人の援助を求め、合理的な信頼をその者によせることが必要です。調停人も仲裁人もこうした役割を果たさない為、彼らは「法律事務の取扱い」を行なうとはいえません。

¹ 反対意見を持つ者は、特定の種類の調停を「法律事務の取扱い」と定義する弁護士団体による規定は、弁護士資格を有していない者が調停を行えないようにする弁護士協会の企みであると示唆する。当部門はこうした見解を受け入れないものの、当部門の副委員長であるデイビッド・ホフマンが議論したように、調停を「法律事務の取扱い」であると定義する規定は、必然的に他の専門家がこの分野に立ち入ることに影響を与えるものである。D. Hoffman & N. Affolder, “A Well-Founded Fear of Prosecution: Mediation and the Unauthorized Practice of Law,” 6 Disp. Res. Mag. 20 (Winter 2000)

このようなコメントを提出できる機会に厚く御礼申し上げます。

ブルース・マイヤーソン

Cc: 紛争解決部門委員会
ジャック・ハナ

AMERICAN BAR ASSOCIATION
Section of Dispute Resolution
740 Fifteenth Street, N.W.
Washington, D.C. 20005-1022
Main Phone: (202) 662-1680
Fax: (202) 662-1683
E-mail: dispute@abanet.org
Web: www.abanet.org/dispute

Celebrating Ten Years of Service to the Dispute Resolution Field

Chair (2002-2003):

Chair-Elect:
Vice-Chair:
Secretary:
Budget Officer:
Long Range Planning Officer:
Director:

Bruce Meyerson, Phoenix, Arizona
Richard Chemick, Los Angeles, California
David Hoffman, Boston, Massachusetts
John Bickerman, Washington, D.C.
Robyn Mitchell, Atlanta, Georgia
Phyllis Bernard, Oklahoma City, Oklahoma
Jack Hanna, Washington, D.C.

August 25, 2003

ADR Public Comment Team
Judicial System Reform Promotion Headquarters
Nagatacho Godochosho, 3d Floor
1-11-39 Nagatacho
Chiyoda-ku
Tokyo 100-0014

Re: Comments of the American Bar Association Section of Dispute Resolution to the Report of the Alternative Dispute Resolution (ADR) Study Group of the Judicial System Reform Promotion Headquarters

Ladies and Gentlemen:

The Section of Dispute Resolution of the American Bar Association (the "Section") is pleased to submit these comments on the Report of the Alternative Dispute Resolution (ADR) Study Group of the Judicial System Reform Promotion Headquarters (JSRPHQ).

We very much appreciate the efforts of the JSRPHQ and the ADR Study Group in working towards the important goal of crafting an ADR basic law that will best promote and facilitate the use of ADR in the Japanese economy.

It has been called to our attention, however, that an important premise of the Report is that acting as an arbitrator or mediator for compensation and as a profession is limited by Japanese law to locally qualified Japanese lawyers. We cannot of course speak to the interpretation of Japanese law. However we wish to bring to your attention information about the position of the Section on the situation in the United States in this respect, which may be of use to the ADR Study Group in its further consideration of these matters. We hope that the long period of time we have spent studying these issues and considering their implications will contribute to the formulation of sound policy in Japan.

It is the position of the Section, based upon our review of the generally accepted definitions of the "practice of law" in the United States, and our examination of reported state ethics opinions and court rules, that one who provides mediation or arbitration services in the United States is not engaged in the practice of law. We believe that this approach has had an important beneficial effect in fostering wide resort to alternative dispute resolution in the United States.

Mediation and Arbitration Defined

Although the processes of arbitration and mediation are quite different, the analysis demonstrating that neither the role of an arbitrator nor the role of mediator constitutes the practice of law is virtually the same. Mediation is a nonadjudicative process in which a neutral third person—the mediator—helps the parties discuss and try to resolve the dispute. Unlike an arbitrator, the mediator does not have the power to make a binding decision for the parties. Stated simply, mediation is a process in which an impartial third party facilitates the resolution of a dispute by promoting a voluntary agreement by the parties to the dispute. Arbitration, on the other hand, is an adjudicative process in which the parties grant to the arbitrator the power to determine their rights and obligations in a final and binding way, subject to very limited appeal rights under the Federal Arbitration Act or a state arbitration act.

Neither of these processes should be considered to constitute the practice of law because in both arbitration and mediation, no “client” relationship exists between the mediator or arbitrator, and the parties to the dispute.

Courts in the United States have struggled with developing a clear definition of the “practice of law.” The difficulty in providing one comprehensive definition of the practice of law was articulated by the Arizona Supreme Court when it stated that “it is impossible to lay down an exhaustive definition of ‘the practice of law’ by attempting to enumerate every conceivable act performed by lawyers in the normal course of their work.” *State Bar of Ariz. v. Arizona Land Title & Trust Co.*, 366 P.2d 1, 8-9 (Ariz. 1961) (“*Arizona Land Title*”). Typical activities that have been held by many courts to constitute the practice of law include the following: representing another in court; holding oneself out as a lawyer; preparing, filing or signing documents in legal proceedings; threatening to file suit on behalf of clients; negotiating settlement of legal claims or plea agreements on behalf of a client; giving legal advice; taking depositions; recording deeds; and interviewing clients. *See generally* G. Hazard, Jr. & W. Hodes, 2 *The Law of Lawyering* § 46.4 (3d ed. 2002 Supp.); R. Rotunda, *Legal Ethics* § 39-1 (2000).

More specifically, courts have developed a number of “tests” to determine whether an activity constitutes the practice of law. One such test is to examine whether “professional judgment” is being used. This test considers whether the activity in question requires specialized legal training or skills not ordinarily possessed by the average person. In *Oregon State Bar v. Smith*, 942 P.2d 793, 799 (Or. Ct. App. 1997), the court held that the practice of law involved the utilization of “professional judgment” in applying legal principles in the giving of assistance or advice to address an individual’s needs. Professional judgment also has been defined as the lawyer’s “educated ability to relate the general body and philosophy of law to a specific legal problem of a client.” *Committee on Prof’l Ethics & Conduct of Iowa State Bar Ass’n v. Baker*, 492 N.W.2d 695, 701 (Iowa 1992).

Another test employed to determine if an activity falls within the practice of law is the “client reliance test” which examines whether or not the client believes that they are receiving legal services. Courts such as the Arizona Supreme Court have found that “[r]eliance by the

client on advice or services rendered . . . is more pertinent in determining whether certain conduct is the purported or actual practice of law.” *Arizona Land Title*, 366 P.2d at 9.

This test is illustrated by the Supreme Court of Florida’s decision in *Florida Bar v. Brumbaugh*, 355 So.2d 1186 (Fla. 1978). In that case, the respondent ran a secretarial service that prepared legal forms for individuals in various legal proceedings. Although she did not hold herself out as an attorney to the individuals for whom she provided this service, the preparation of the various forms itself was deemed the unauthorized practice of law. The rationale for this decision was based on the respondent having advised individuals regarding which form they should use. Because the individuals utilizing her services relied on her to select the appropriate forms needed in their legal proceedings, the activities were deemed to constitute the unauthorized practice of law.

The court reasoned that the “tendency of persons seeking legal assistance to place their trust in the individual purporting to have expertise in the area necessitates this Court’s regulation of such attorney-client relationships, so as to require that persons giving such advice have at least a minimal amount of legal training and experience.” *Id.* at 1193. The importance of reliance in determining whether conduct constitutes the unauthorized practice of law is illustrated clearly in this case. The court explained:

Although Marilyn Brumbaugh never held herself out as an attorney, it is clear that her clients placed some **reliance** upon her to properly prepare the necessary legal forms for their dissolution proceedings.

Id. at 1193-94 (emphasis added).

Similar to the client-reliance test is the attorney-client relationship test. This test assesses the activity being performed by evaluating whether the relationship in question is the equivalent of the attorney-client relationship. Under this test, the practice of law is implicated if a personal relationship is formed that is “tantamount to that of attorney and client.” *State Bar of Mich. v. Cramer*, 249 N.W.2d 1, 8 (Mich. 1976).

Another important factor courts consider in determining whether activity is the practice of law is if the activity affects important legal rights. For example, preparing instruments and contracts by which legal rights are secured has been found to be the practice of law. *State Bar of N.M. v. Guardian Abstract & Title Co., Inc.*, 575 P.2d 943, 948 (N.M. 1978). In *Palmer v. Unauthorized Practice Comm. of the State Bar of Tex.*, 438 S.W. 2d 374 (Tex. Ct. App. 1969), the court found that the sale of will forms by untrained laymen fell within a statutory prohibition barring unlicensed individuals from practicing law particularly because “confidential communications regarding family relations are often necessary.” *Id.* at 376.

In our view, common to all of these tests is the underlying premise that the consumer or “client” has placed trust and confidence in the provider of the “legal” service and is relying upon the provider of the legal service to protect their individual interests. In other words, there exists a relationship of trust and confidence between the two parties such that a reasonable person

would believe that the provider of services was, in effect, functioning as that person's attorney. *See, e.g., In re Pappas*, 768 P.2d 1161, 1167-68 (Ariz. 1988) (“[W]here a person holds an objectively reasonable belief that a lawyer is acting as his attorney, relies on that belief and relationship, and the lawyer does not refute that belief, we will treat the relationship as one between attorney and client”); *G & S Inv. v. Belman*, 700 P.2d 1358, 1365 (Ariz. Ct. App. 1984) (the existence of the attorney-client privilege “hinges upon a client’s belief that he is consulting a lawyer in that capacity and upon his manifested intention to seek professional legal advice.”).

Court Rules and Ethics Opinions

There are a number of court rules and ethics opinions addressing specifically the question of whether a mediator or arbitrator is engaged in the practice of law. *See generally* S. Cole, N. Rogers & C. McEwen, *Mediation: Law, Policy & Practice*, § 10:5 (2d ed. 2001). Based upon our review of these rules and opinions, the prevailing view is the one we have expressed here—in mediation and arbitration, the parties do not rely upon the mediator or arbitrator to protect their individual interests, and because the parties know and understand that the mediator or arbitrator is neutral, the parties cannot hold an objectively reasonable belief that these individuals are functioning as their attorney.

This view has been expressly adopted by the District of Columbia Court of Appeals in promulgating its rule on the unauthorized practice of law within the District of Columbia. The practice of law is defined as the “provision of professional legal advice or services where there is a client relationship of trust or reliance.” Rule 49(a)(2), District of Columbia Court Rules. Specifically addressing alternative dispute resolution, the Comments to the Rule state:

The Rule is not intended to cover the provision of mediation or alternative dispute resolution (“ADR”) services. This intent is expressed in the first sentence of the definition of the “practice of law” which requires the presence of two essential factors: the provision of legal advice or services and a client relationship of trust or reliance. ADR services are not given in circumstances where there is a client relationship of trust or reliance; and it is common practice for providers of ADR services explicitly to advise participants that they are not providing the services of legal counsel.

Comment, *Id.* (emphasis added).

The conclusion found in the District of Columbia rule has been adopted in the majority of bar ethics opinions and court rules we have studied. *See, e.g.,* Connecticut Bar Ass’n, Comm. on Prof’l Ethics, Informal Op. No. 97-12 (June 4, 1997) (“At all times in the process, the lawyer acts as mediator between the parties, not as an advocate for either one.”); Indiana Ethics Opinion No. 5 (1992) (“Thus, because the Supreme Court permits non-attorneys to act as mediators and because the nature of . . . mediation is substantially different from the practice of law, mediation service is not the practice of law.”); Rule 901(d), Rules of the Supreme Court of Kansas (“An attorney acting as a mediator is not the legal representative of the parties and there is no attorney-

client relationship between the parties and the attorney-mediator.”); Kentucky Bar Ass’n Ethics Op. 377 (1995) (“Mediation is not the practice of law”); Maine Bar Rule 3.4(h)(2) (“The role of mediator does not create a lawyer-client relationship with any of the parties and does not constitute representation of any of them.”); State Bar of Michigan, Standing Comm. on Prof’l and Judicial Ethics, Op. No. RI-256 (April 8, 1996) (“By definition, a neutral arbitrator or mediator has no client with respect to the matter being arbitrated or mediated.”); Mississippi Bar, Op. No. 241 (Nov. 20, 1997) (“At the present time mediation and arbitration services are not considered the practice of law per se.”); New York State Bar Ass’n, Comm. on Prof’l Ethics, Op. 736 (Jan. 3, 2001) (“As we have recognized in the past, a lawyer who serves as a mediator to assist in the resolution of a possible dispute does not ‘represent’ either party as a client for purposes of the conflict-of-interest rules and other rules governing the lawyer-client relationship.”); Pennsylvania Bar Ass’n Comm. on Legal Ethics and Prof’l Responsibility, Informal Op. No. 96-167 (Dec. 30, 1996) (mediation is not considered to be a “legal” service when provided by a nonlawyer); Utah State Bar Ethics Advisory Opinion Comm., Formal Op. 97-03 (April 25, 1997) (“ADR services are not considered by the Utah Legislature to be legal services or the practice of law.”); Washington State Bar Ass’n, Comm. to Define the Practice of Law, Final Report (July 1999), adopted by Washington State Bar Association Board of Governors, September 1999 (“[P]ersons acting in [the] capacity of [mediator, arbitrator, conciliator or facilitator] are not engaged in the practice of law.”); South Carolina Bar Ethics Advisory Comm., Ethics Advisory Opinion No. 97-03 (March 1997) (“A lawyer serving in the role of an intermediary is not engaged in the practice of law while acting as the intermediary. Moreover, the ethical obligations of an arbitrator may be more nearly analogous to those of a judge, than of a member of the Bar.”); *contra* Iowa Sup. Ct. Bd. of Prof’l Ethics and Conduct, Op. No. 96-30 (June 5, 1997) (“Alternate dispute resolution done by others than lawyers has not been held to be the practice of law. . . . But when done by a lawyer it becomes the practice of law.”); *but cf.* New Jersey. Sup. Ct. Advisory Comm. Prof’l Ethics, Op. No. 676 (April 4, 1994) (holding that when a lawyer serves as a third party neutral, he or she “is acting as a lawyer”).

The recent revisions to the American Bar Association Model Rules of Professional Conduct (the “Model Rules”), adopted by the ABA House of Delegates on February 5, 2002, provide further support for the view that serving as a mediator or arbitrator does not constitute the practice of law. For the first time, the Model Rules acknowledge that a lawyer may serve a role different than in a representational capacity. Rule 2.4 provides that a lawyer may serve as a “third-party neutral when the lawyer assists two or more persons who are not clients of the lawyer to reach a resolution of the dispute or other matter that has arisen between them.” The Comments define a “third-party neutral” as a person such as a “mediator, arbitrator, conciliator or evaluator who assists the parties . . . in the resolution of a dispute or in the arrangement of a transaction.” The rule clearly recognizes that this neutral role does not constitute the practice of law by creating an attorney-client relationship, as Rule 2.4(b) states that the neutral “shall inform unrepresented parties that the lawyer is not representing them.”

The Rule places no such duty upon the neutral when the parties are represented. Presumably, the drafters believed that when parties are represented by their own counsel, there could be no confusion over the neutral’s role, and the parties could not reasonably believe that the neutral was serving as their attorney. The Comments to the Rule note that when the parties

are unrepresented, however, it is conceivable that there could be confusion over the lawyer's role. Thus, the Comments instruct the lawyer, where appropriate, to inform the unrepresented parties of the "important differences between the lawyer's role as a third-party neutral and a lawyer's role as a client representative, including the inapplicability of the attorney-client evidentiary privilege."

Consistent with these many court decisions, rules and ethics opinions, the Section of Dispute Resolution adopted a resolution also declaring that the practice of mediation is not the practice of law. The resolution provides, in part:

Mediation is not the practice of law. Mediation is a process in which an impartial individual assists the parties in reaching a voluntary settlement. Such assistance does not constitute the practice of law. The parties to the mediation are not represented by the mediator.

Mediator's discussion of legal issues. In disputes where the parties' legal rights or obligations are at issue, the mediator's discussions with the parties may involve legal issues. Such discussions do not create an attorney-client relationship, and do not constitute legal advice, whether or not the mediator is an attorney.

The rationale underlying the resolution is found in the Comments, which note that:

Essential to most of the common definitions of the practice of law is the existence of an attorney-client relationship. Because mediators do not establish an attorney-client relationship, they are not engaged in the practice of law when they provide mediation services.

Furthermore, the Comments focus on the critical point that parties in mediation do not expect the mediator to provide them specific legal advice for the protection of their personal, individual interests:

It is important that mediators who are competent to engage in discussion about the strengths and weaknesses of a party's case be free to do so without running afoul of UPL statutes. Indeed, many parties, and their counsel, hire mediators precisely to obtain feedback about their case. Even though mediators who engage in these discussions do sometimes aid the parties by discussing possible outcomes of the dispute if a settlement is not reached and providing evaluative feedback about the parties' positions, this conduct is not the practice of law because the parties have no reasonable basis for believing that the mediator will provide advice solely on behalf of any individual party. This is the important distinction between the mediator's role and the role of an attorney. Parties expect their attorney to represent solely their interests and to provide advice and counsel only for them. On the other hand, a mediator is a neutral, with no duty of loyalty to the individual parties.

Indeed, it is clear that a lawyer's ethical duties to a client, are fundamentally incompatible with the obligation of a neutral—a mediator or arbitrator—to fairly balance the interests of all parties in either facilitating a negotiated settlement in mediation, or adjudicating a dispute in arbitration.

Evaluative Mediation

There has been only one area where a meaningful debate has emerged with respect to the issue of the unauthorized practice of law by neutrals. Those who argue that mediation is the practice of law single out so-called evaluative mediators—mediators who assist the parties in evaluating the strengths and weaknesses of their case, and who help the parties reach an acceptable resolution by assisting them in seeing more clearly the probable results of the litigation and its attendant costs, delays, disruption, anxiety and so on. Because lawyers traditionally assist clients in this very same way, this view takes the position that the evaluation by a mediator of a party's case and the assessment of outcomes constitute the practice of law.

Good evaluative mediators assist the parties to carefully analyze their positions, to understand the legal aspects of their problem fully, to consider how their dispute will play out before a judge or jury, and to look into the future to understand all possible outcomes of the dispute, including appeals. It is the feedback, analysis and impressions of the neutral that provide the parties with new information about their problem. This is critical in causing them to examine the problem from another perspective, thereby enabling them to see the other side's point more clearly, and thus moving toward a more common understanding of a fair settlement.

The view that so-called evaluative mediation is the practice of law has been expressed by the North Carolina Bar Association, and by the State Bar of Virginia in its Guidelines on Mediation and the Unauthorized Practice of Law (the "Guidelines").¹ Published in 1999, the Guidelines prohibit mediators from giving "legal advice." According to the Guidelines:

[A]t a minimum, a mediator provides legal advice whenever, in the meditation context, he or she applies legal principles . . . that (1) in effect predicts a specific resolution of a legal issue or (2) directs, counsels, urges, or recommends a course of action by a disputant or disputants as a means of resolving a legal issue.

Id. at 14. The position advanced in Virginia is incorrect, but warrants discussion. The Guidelines are presumably based on the rationale that an important aspect of a lawyer's role is his or her ability to apply law to specific facts and predict how a court might rule on a particular issue. As explained above, however, in order for one to be engaged in the practice of law, one must have a "client" or, at a minimum, someone placing their trust, confidence and reliance on the provider of "legal" services to give advice and assistance solely on their behalf. Because the parties in

¹ Some skeptics have suggested that rules by bar organizations defining certain types of mediation as the practice of law constitute an attempt by the bar to exclude nonlawyers from mediation. Although our Section does not embrace this view, in fact, as our Section Vice-Chair David Hoffman has argued, rules defining mediation as the practice of law, of necessity impact the opportunities of other professionals to enter this field. D. Hoffman & N. Affolder, "A Well-Founded Fear of Prosecution: Mediation and the Unauthorized Practice of Law," 6 *Disp. Res. Mag.* 20 (Winter 2000).

mediation are not the "client" of the mediator, the type of evaluative function addressed by the Guidelines does not constitute the practice of law.

The Guidelines fail to recognize that the various definitions of the practice of law have at their core the principle that the "client" or consumer of the purported legal services views the lawyer or other provider of legal services as their representative, placing their trust and confidence in, and reliance upon, that person to protect their personal interests. That relationship of reliance does not exist between a mediator and arbitrator, and the parties they serve.

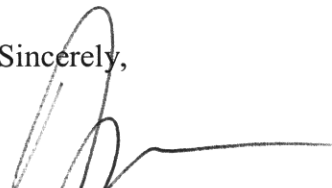
The issue of mediation and the unauthorized practice of law also arises in connection with the preparation of settlement agreements by mediators. We recognize that the preparation of legal documents can, and ordinarily does, constitute the practice of law. You should be aware, however, that it is common for mediators to assist disputants in the preparation of settlement documents. This subject is addressed in the Section's resolution.

Summary and Conclusion

In conclusion, when an individual provides mediation or arbitration services, that individual is not engaged in the practice of law. The practice of law involves the creation of an attorney-client relationship in which a party reasonably places their trust and confidence in another for assistance in meeting their legal needs. Neither mediators nor arbitrators serve in this capacity.

We appreciate this opportunity to submit these comments.

Sincerely,



Bruce Meyerson

BEM/eg

cc: Council, Section of Dispute Resolution
Jack Hanna

司法制度改革推進本部 ADR 検討会の報告書に対する合衆国政府のコメント

2003年8月22日

アメリカ合衆国政府は、ここに敬意をもって司法制度改革推進本部 ADR 検討会の報告書に対する右コメントを提出するものです。米国政府は、日本経済における ADR の活用を出来るだけ促進・円滑化する ADR 基本法制を整備するという重要な目標へ向けて、司法制度改革推進本部及び ADR 検討会が一般のコメントを求めていることを高く評価するものです。ADR は、法制度を改革・近代化し、民事紛争の解決を迅速化するために日本政府がすでに採用した有意義な措置を補完する重要なものであり、米国政府としても、これを全面的に支持するものです。

米国は、裁判外の紛争解決の手続き・メカニズムに関し、広範囲にわたる経験を有しています。米国では、官民双方で多様な ADR プログラムが提供されています。地域社会の紛争調停から、裁判所管理の調停 (court-annexed mediation)、個別分野における ADR プログラムと、多岐にわたっており、雇用紛争、保険紛争、電子商取引紛争等に関する ADR が含まれています。政府が ADR の諸アプローチを支持することが重要ですが、商業部門・社会全体のニーズに柔軟に対応できるよう、ADR 制度の自由な発展を可能にすることも等しく重要であることを我々は学んで来ました。この意味で、政府はこの分野に軽く関与するだけで、ADR が栄えるための基本的土台を整備することにその役割をとどめるべきであることを悟りました。多様な ADR の利用、あるいはその創意工夫に溢れた発展を押さえ込んでしまうような、厳格かつ柔軟性を欠いた規制は避けるべきです。

米国政府は、二つの大きな目標を念頭に置きつつ右コメントを提出するものです。第一に、日本が商業に関する ADR の中心地になることができるよう、国際的に受け入れられた慣行に完全に整合した ADR 制度を採択することを日本に求めるものです。世界経済及びアジア太平洋地域における日本の主要な役割に鑑み、近代的商慣習に整合し、増大する日本関連の貿易・投資に資する、健全かつ効果的な ADR 制度を含めた法制環境を日本が確立することが重要と思われます。第二に、柔軟な ADR メカニズムがその成長を左右する要素となる経済部門、特に電子商取引部門が繁栄できるように日本政府が担保するべきです。やたらに制限的で、柔軟性を欠いた ADR 規則が、紛争解決の費用あるいは難しさに輪をかけることによりこれらの経済部門の発展を制約することがないようにせねばなりません。

米国政府は、数年間にわたり、電子商取引に関する ADR を検討して来ました。そのために、オンライン ADR 主宰者、オンライン・マーチャント、消費者団体等の利害関係者との意見交換を行って来ました。また、オンライン ADR の目録を作成し、オンライン ADR の

潜在的当事者の手引きとなる一連の設問を作成、オンライン ADR により紛争を解決するにあたって考えられる法的課題をまとめるべく、米国政府は日本政府と OECD の消費者政策委員会ならびに情報コンピュータ通信政策委員会の場で協力して来ました。

電子商取引の分野で ADR を奨励して行くことを日本政府として確約していることに米国政府は留意しています。日米間の「規制改革及び競争政策イニシアティブ」に関する日米両国首脳への第 2 回報告書(2003年5月23日)には、「オンライン関係紛争の解決のための公正で実効性のある裁判外の紛争解決手続(ADR)の基本的枠組みを整備することが、電子商取引の発展を図っていく上で重要である」ことを日本政府として認識している旨記されています。同報告書の中で、日本政府は、「2004年3月までに、ADR に関する総合的な制度基盤を整備するための所要の措置を講じ、オンライン市場の要請に適った、民間主導の ADR サービスを含む ADR の発展を促進する助けとなるような、柔軟で、開かれた法制環境の創設を図る」旨確約しています。(注:下線は、強調のため米政府が加筆)。

更に、米国政府は、日本政府が、多国間の企業主導のフォーラムである Global Business Dialogue on Electronic Commerce (GBDe)の作業を支持していること、そして、同フォーラムの場で GBDe ならびに民間部門として、ADR メカニズムを含めた、好ましいオンライン商慣習を採択するよう慫慂していることにも留意しています。

以上の背景を念頭に置きつつ、ADR 検討会報告書に対する具体的なコメントを以下に記します。

具体的コメント

1. 弁護士以外の者が第三者を務めることを許す(論点29、30)

米国政府は、ADR 手続きにおいて弁護士以外の者が第三者を務めること(そして、ADR 機関を主宰すること)が許されるべきであるという ADR 検討会の考えを全面的に支持します。それゆえ、弁護士以外の者が日本で第三者を務めること(或いは、ADR 機関を主宰すること)が日本で弁護士法第72条の法律事務の取扱いの制限に触れるのであれば、この目的のために第72条の例外規定を設ける立法措置が緊急に求められものと思われれます。法律に関する専門的知見は、良き第三者を務めるための最も重要な資格ではないことがしばしばあり、多くの状況の下では全く必要とされていません。むしろ、才能、訓練、紛争解決の経験、更にはかかわっている ADR プロセスの関係分野における経験と言った要素の方が、信用され、成功する ADR 制度を実現するためには遥かに重要であろうと思われれます。

世界の大方の先進国では、第三者として役務を提供することは法律事務の取扱いとみなされていません。GBDe の ADR ガイドラインは、「ADR 主宰者は、必ずしも公式の弁護士資格または免許を取得していることを義務づけられるべきではない」と提言しています。アメリカでは、一般論として、ほぼすべての州で、弁護士以外の者が仲裁、調停、その他の ADR 手続きで第三者を務めることが許されています。一つ重要な例外は、裁判所管理の ADR (court-connected ADR) について、連邦裁判所及びいくつかの州では、法律ないしは裁判所規則によって、裁判所の調停人名簿に掲載されるための資格の一つとして、ADR 主宰者となる者は弁護士であるべきであると定めています。しかし、その他のすべての ADR については、連邦法も、ほとどの州法も第三者が弁護士でなければならないとは定めていません。

米国政府は、弁護士以外の者が第三者として関わることのできる ADR 手続きの外延の問題について、「原則自由、必要な場合のみ例外的に規制」という原則を適用するよう求めるものです。米国政府は、原則として、弁護士以外の者が ADR 手続きにおいて第三者として関わることを認める一般規定を設けることを提言します。特定種類の ADR が、弁護士のみが有している法律の専門的知見を必要としていると判断された場合には、法律として、あるいは望むらくは、各特定 ADR 機関ないしは ADR 主宰者紹介主体が設定する ADR 第三者登録簿適格基準において、「原則自由」のルールの例外規定を設けることができると考えます。

弁護士以外の第三者に弁護士と相談することを義務づけるべきか、または、弁護士以外の第三者が主宰する ADR 手続きを弁護士がモニターするべきかという問題に関しては、弁護士以外の第三者が弁護士と相談することが適切な事案もあると思われませんが、弁護士の関与が不要、あるいは不適切でさえある事案も多々あると考えます。弁護士との相談を義務づける厳格な規定を強制することは、余計な時間、煩雑さ、経費の原因となり、特に電子商取引の分野において国境を越えた紛争の解決に対する ADR の利用を阻害することになり得ると思われれます。米国政府としては、弁護士との相談あるいは弁護士によるモニタリングを義務づける規定を採用するべきではない旨提言します。

2. 三者の適格基準(論点30、31)

論点30及び31に関する報告書の記述は、ADR 検討会として、ADR 手続き主宰者の最低適格基準を法律として定めることを検討していることを示唆しています。報告書の他の文言を見ると、一部の検討会委員は、ADR 主宰者に関し、免許付与基準ないしは適格基準の継続的な遵守を調査し、モニターする権限を有する政府官庁の官僚が管理・施行する、政府による免許制度を考えていることが示唆されています。

米国政府は、ADR サービスを提供しようとするすべての者を対象とした強制的な ADR 主宰者免許制度を採択することがないように提言します。このような制度は、事業環境の規

制緩和を目指す日本政府の政策に逆行するものであり、柔軟性を欠いた、十把一絡げの対応になりかねません。これでは、オンラインで(例えば、インターネットやイー・メールを使って)行われる ADR のような革新的なアプローチを含んだ多岐にわたる文脈における特定 ADR メカニズムの特別のニーズを考慮することはできないものと思われます。このような制度はまた、国際的電子商取引の分野における ADR を含んだ国際的 ADR の拡大も阻害することになります。さらに、免許制度は潜在的な第三者候補群を不当にせばめることになりかねず、ADR に参入する ADR 主宰者の不足を惹起し、限られた少数のグループによる ADR 業務の支配をもたらすことが危惧されます。

急速な変化の進む ADR には、「原則自由、必要な場合のみ例外的に規制」というルールを適用する方がより整合した対応であると考えます。このような対応の下では、一般論として、政府は、紛争当事者がその特定事案に最適の第三者を選ぶことに干渉するものではありません。特定の適格基準を法律によって定めねばならないと日本政府が判断するような例外的な分野(例えば、裁判所管理の調停等)が存在する場合は、それぞれの紛争解決分野の特別の事情を勘案し、特定事案ごとに適格基準を設けることが考えられます。あるいはまた、法律の中に、一定の調停人としての研修と経験の組み合わせを有していること、利益相反は避けるべきこと等、すべての第三者に適用される推奨指針を規定することも考えられます。なんらかの一律に適用される法律が必要と判断される場合には、米国政府としては、日本政府が(例えば、日本の社会環境の下で、受刑者が拘束力を持つ ADR 手続きを主宰することを禁ずることが必要と判断した場合)ADR に関する基本法の中に ADR 主宰者としての適格性の絶対的除外項目をしたためることを提言します。この不適格性ルールは、免許制度ではなく、ルール違反者に対し刑事罰、あるいは民事責任を課すことによって適確な施行を担保することができると考えます。

3. ADR 機関に対する規制(論点 11、12、13、35)

論点 11、12、13 は、一定の情報の開示を ADR 機関に義務づけ、これらの機関が雇用する第三者の有能さを確保させるといった一定の法的要件を課すために法律を定めるべきか否かという問題を提起しています。論点 35 の記述は、ADR 機関そのものが免許の対象となり、政府官庁による継続的な監視・監督を受けるべきであるとしており、さらに広く規制を適用する考え方を示しています。

米国では、一般論として、連邦、州のいずれの政府も、ADR 機関を許認可することはありません。むしろ、米国でとられている対応は、一般的に、自主規制と市場の競争圧力に依存するものであり、それによって ADR 業務に対する信頼感を浸透させるような方針を ADR 機関自体がとるように担保しようとするものです。

米国政府として、ADR 検討会に対し、ADR 機関が最低限の基準を満たすよう奨励していくために、許認可ないしはその他の政府規制ではなく、自主規制・民間の自主的認証制

度に委ねる可能性を検討するよう求めるものです。このような対応であれば、ADR 手続きの革新を押さえ込んでしまう可能性が減るであろうし、煩雑な規制的対応や自主的「事前チェック」制度よりも、全世界的に通用する ADR 制度の発展により整合すると思われる。ADR 主宰者は、紛争の規模と性質、紛争解決手続きの性質、関係当事者等、紛争の状況に合わせて基準を調整できるよう、十分な柔軟性を与えられるべきであると考えます。柔軟性と適応可能性の必要は、動きの速いインターネット、電子商取引の世界ではことさら重要です。

4. 調停手続きに関する事項(第四)

米国政府は、報告書の「第四 調停手続法的事項」の導入部に記されている見解、つまり「個々の ADR の手続きがどのようなルールに従って開始され、進行され、また、どのような基準に従って解決策が示されるべきであるか」という点については、当事者に委ねられるべきであるという見解を支持するものです。オンラインのような分野では、柔軟で革新的な ADR 制度・手続きが奨励されるべきであり、殊にこういった分野では柔軟性を欠いた調停手続きを要件として課すことは特に問題です。

結論

米国政府は、司法制度改革推進本部ならびに ADR 検討会が ADR に関連した諸問題を検討するために払われた努力を高く評価するものです。米国政府として、ADR 検討会の報告書に対するコメントを提出する機会を与えられたことを多とするものです。また、ADR 検討会ならびに司法制度改革推進本部には、いかなる関連法の整備に当たっても、上記コメントならびに世界各地で ADR 制度に関する経験を有している民間部門、非政府団体、その他の団体のコメントを真剣に考慮されるようお願いするものです。今後とも、日本政府とは、電子商取引分野における ADR メカニズムを含む日本における ADR 制度の促進について、我々の経験、見解を分かち合えることを期待しています。

COMMENTS OF THE GOVERNMENT OF THE UNITED STATES
on the
REPORT OF THE ADR STUDY GROUP OF THE
JUDICIAL SYSTEM REFORM PROMOTION HEADQUARTERS

August 22, 2003

The Government of the United States (USG) hereby respectfully submits these comments on the Report of the Alternative Dispute Resolution (ADR) Study Group of the Judicial System Reform Promotion Headquarters (JSRPHQ). The USG commends the JSRPHQ and the ADR Study Group for soliciting public comments on the important goal of crafting an ADR basic law that will best promote and facilitate the use of ADR in the Japanese economy. We fully support this important complement to the significant measures already taken by the Government of Japan (GOJ) to reform and modernize its legal system and to expedite the resolution of civil disputes.

The United States has a vast range of experience with alternative dispute resolution procedures and mechanisms. In the United States, both the public and the private sectors offer a variety of ADR programs. These programs range from mediation of community disputes and court-annexed mediation to ADR programs for particular sectors, including ADR for employment disputes, insurance disputes and electronic-commerce disputes. We have learned that, while it is important for the government to support ADR approaches, it is equally important that ADR mechanisms be allowed to develop freely in order to respond flexibly to the needs of the commercial sector and of society as a whole. In this vein, we have found that the government should exercise only a light touch in this area, creating a basic foundation for ADR to flourish, but avoiding heavy-handed, inflexible regulation that can stifle the use and creative evolution of ADR options.

The USG is submitting these comments with two broad goals in mind. First, we would urge Japan to adopt an ADR regime that is fully consistent with accepted international practice so that Japan can become a center for commercial ADR. Given Japan's key role in the world economy and the Asia-Pacific region, it is important that Japan establish a legal environment – including a sound and effective ADR regime – that is consistent with modern commercial practices and conducive to increased trade and investment with Japan. Second, the GOJ needs to ensure that sectors of the economy in which flexible ADR mechanisms may be a crucial component for their growth – in particular the electronic commerce sector – are allowed to flourish, and are not constrained in their development by overly restrictive and inflexible rules on ADR that increase the costs and difficulty of resolving disputes in these sectors.

The USG has been examining ADR for electronic commerce transactions for several years now, consulting various stakeholders such as online ADR providers, online merchants and consumer groups.¹ The USG has also worked with Japan in the OECD Committee on Consumer Policy and Information, Communications and Computer Policy to inventory online ADR mechanisms, develop a series of questions to guide potential parties to online ADR, and

¹ FTC/Department of Commerce Workshop on Alternative Dispute Resolution for Online Consumer Transactions, <http://www.ftc.gov/bcp/altdisresolution/>

summarize legal challenges to resolving disputes through online ADR.

With respect to electronic commerce, we note that the GOJ has committed to encourage ADR in this sector. In the Second Report to the Leaders on the U.S.-Japan Regulatory Reform and Competition Policy Initiative (May 23, 2003), the GOJ recognized “that establishing a framework that allows for fair and effective ADR for online dispute settlement is important to the development of e-commerce.” In that Report, the GOJ committed to:

“put in place necessary measures for establishing a comprehensive institutional base for ADR by March 2004 to create a supportive, flexible and open legal environment that promotes the development of ADR services, including private-sector led ADR services, that meet the demands of the online marketplace.”
[emphasis added]

The USG also notes the GOJ’s support for the work of the Global Business Dialogue on Electronic Commerce (GBDe), a multilateral business-led forum, and its encouragement in that forum for the GBDe and the private sector to adopt good online business practices, including alternative dispute resolution mechanisms.²

With this background in mind, we now turn to our specific comments on the ADR Study Group Report.

Specific Comments

1. Permitting Non-Lawyers to Act as Neutrals (Issues 29 and 30)

The USG fully supports the proposition of the ADR Study Group that non-lawyers should be permitted to act as neutrals in ADR proceedings (and to lead ADR service organizations.) Therefore, to the extent that a non-lawyer acting as a neutral (or leading an ADR service organization) in Japan contravenes the practice of law restrictions of Article 72 of the Lawyers Law (*Bengoshi-ho*), legislation creating an exception to Article 72 for these purposes is urgently needed. Legal expertise is often not the most important qualification of being a good neutral, and in many situations is not necessary at all. Instead, such factors as talent, training and experience in dispute resolution and in the particular subject area of concern in the ADR process at hand are probably of much greater importance to creating a credible and successful ADR system.

The practice of most developed countries around the world is not to consider the provision of services as a neutral to be the practice of law. The ADR Guidelines of the Global Business Dialogue on Electronic Commerce recommend that “it should not be required that

² Fourth Annual Conference of the Global Business Dialogue on Electronic Commerce (GBDe), Brussels, 29th October 2002. See, in particular, Article 11. In keeping with this recommendation, the GBDe and Consumers International will soon announce their agreed-upon “ADR Guidelines,” which include recommendations to governments, Internet merchants and ADR service providers on good practices concerning online ADR.

dispute resolution officers necessarily have formal lawyer qualification and license.” In the United States, almost every state, as a general matter, permits non-lawyers to serve as neutrals in arbitrations, mediations or other ADR proceedings. One important exception is with respect to court-connected ADR, where federal courts and a number of states, either by law or court rule, include as one of the qualifications to be placed on court mediation rosters that the person be a lawyer.³ However, for all other types of ADR, neither federal law, nor the law of virtually all of the states, requires that neutrals must be lawyers.

The USG urges the JSRPHQ to apply the principle of “freedom in principle, restriction only as an exception where necessary” to the question of the scope of ADR proceedings in which non-lawyers should be permitted to act as neutrals. The USG recommends that general legislation be introduced that will, as a matter of principle, permit non-lawyers to act as ADR neutrals. Where specific types of ADR are identified that clearly require the legal expertise that only lawyers may have, then exceptions to the “freedom in principle” rule -- such as, for the U.S., court ordered mediation -- could be set out, either in law or, preferably, through roster qualification criteria for neutrals determined by each specific ADR service organization or referring entity.

On the question of whether non-lawyer neutrals should be required to consult with lawyers or whether lawyers should monitor ADR proceedings presided over by non-lawyer neutrals, we note that, while there may be cases where it is appropriate for non-lawyer neutrals to consult with lawyers, there are also many situations where lawyer involvement is unnecessary or even inappropriate.⁴ To impose a rigid rule obliging consultations with lawyers could, especially in the electronic commerce context, deter the use of ADR for cross-border disputes because of added time, complication and expense. Therefore, the USG recommends against adopting a requirement for lawyer consultation or monitoring.

2. Qualification Criteria to Act as a Neutral (Issues 30 and 31)

The discussion in the Report relating to Issues 30 and 31 implies that the ADR Study Group is considering recommending that minimum qualification criteria for a person to act as a neutral in ADR proceedings be set out in legislation. Other language in the Report implies that some of the Study Group members are considering the creation of a government licensing system for ADR neutrals, possibly regulated and enforced by bureaucrats in a government agency with power to investigate and monitor continued compliance with the licensing or qualification criteria.

³ This may be understandable, as court-connected or “court-annexed” ADR mechanisms are in essence the extension of, or an intervention into, the litigation process.

⁴ For example, the shortage of international lawyers in Japan has been identified as creating serious problems for international commercial transactions involving Japan. One problem created by this shortage is that the “international *bengoshi*” often face potential conflicts of interest because of the lack of qualified alternative counsel. In the ADR context, any consultation or monitoring requirement could result in confidential information being disclosed to the lawyer that would create conflict of interest problems.

The USG strongly recommends against the adoption of a mandatory ADR neutral licensing system applicable to all persons seeking to provide ADR services. Such a system runs counter to the GOJ's policy to move toward a deregulated business environment and could result in an inflexible, one-size-fits all approach that would fail to take into account the special needs of particular ADR mechanisms in a multitude of different contexts, including innovative approaches such as ADR conducted online (e.g. through the Internet and/or e-mail.). It would also impede the expansion of cross-border ADR, including ADR in the cross-border electronic commerce context. A licensing system could also unduly narrow the field of potential neutrals, leading to an insufficient number of ADR providers entering the field, and could actually lead to domination of ADR services by a small and exclusive group.

An approach that might be more consistent with the fast-changing area of ADR would be to follow the rule of "freedom in principle, restriction only as an exception where necessary." Under this approach, the government would not, as a general matter, interfere with the ability of parties to choose neutrals that are most suitable to their particular issue. If there are exceptional areas where the GOJ determines that it is necessary to legislate specific qualification criteria (such as, for example, court-connected mediation), then those qualification criteria could be set out on a case-by-case basis, taking into account the special circumstances of each such area of conflict resolution. Alternatively, the legislation could set out some recommended guidelines applicable to all neutrals, such as that they should have some combination of training and experience as mediators, should avoid conflict of interests, etc. If some general, across-the-board rules are deemed necessary, the USG recommends that the GOJ consider including in the basic ADR legislation only essential exclusions from eligibility to provide ADR neutral services (for example, if deemed necessary in the Japanese context, prohibiting convicted criminals from acting as a neutral in binding ADR proceedings). These ineligibility rules might most appropriately be enforced, not through a licensing system, but through criminal penalties or civil liability on persons who breach those rules.

3. Regulation of ADR Service Organizations (Issues 11, 12, 13 and 35)

Issues 11, 12 and 13 raise the question of whether legislation should be enacted to impose certain legal requirements on ADR organizations, such as a duty to disclose certain information and to ensure the competence of neutrals they employ. More far-reaching is the suggestion in the discussion to Issue 35 that ADR organizations should themselves be subject to licensing and continued monitoring and oversight by a government agency.

In the United States, neither the federal government nor the states, as a general matter, license ADR service organizations. Instead, the approach adopted in the United States is generally to rely on self-regulation and on competitive market pressure to ensure that such organizations adopt policies that will instill confidence in their services.⁵

⁵ A rare exception at the federal level is the Magnuson-Moss Warranty Act, which requires the Federal Trade Commission to establish minimum requirements for dispute resolution procedures included in written product warranties. 15 U.S.C. §§ 2301, 2310. See also, FTC's Rule on Informal Dispute Settlement Procedures, 16 C.F.R. Part 703.

We urge the ADR Study Group to examine the possibility of relying on self-regulation and voluntary private certification systems, rather than licensing or other government regulation, to promote minimum standards by ADR service organizations. Such an approach, we believe, would be less likely to stifle innovation in ADR procedures and would be more compatible with the development of globally applicable ADR systems than would a cumbersome regulatory approach, or even a voluntary “pre-check” system. ADR providers should have enough flexibility to adjust their standards as circumstances dictate, depending on such factors as the size and nature of the dispute, the nature of the dispute resolution process and the parties involved. This need for flexibility and adaptability is particularly important in the fast-paced world of Internet and electronic commerce.

4. Matters Regarding Mediation Procedures (Section 4)

The USG supports the view expressed in the Background to Section 4 of the Report that the rules, process and standards to be applied in ADR proceedings should generally be left up to the parties. Inflexible requirements for mediation procedures could be particularly problematic, especially in areas, such as in the online context, where flexible and innovative ADR systems and procedures need to be encouraged.

Conclusion

The USG commends the JSRPHQ and the ADR Study Group for their efforts in examining issues related to ADR. The USG appreciates being afforded the opportunity to comment on the ADR Study Group Report, and urges the ADR Study Group and the JSRPHQ to give serious consideration to these comments, as well as those submitted by the private sector, non-governmental organizations and other institutions that may have experience with ADR systems in other parts of the world, in the development of any related legislation. We look forward to continuing to share our experiences and perspectives with the GOJ regarding the promotion of ADR systems in Japan, including ADR mechanisms in the electronic commerce area.

国際紛争解決財団 理念表明

任務

国際紛争解決財団は、多国間訴訟や裁判所による仲裁に代る信頼でき且つ経済的な法廷外紛争解決 特に調停や紛争回避の如く、当事者の合意に基づく紛争解決手段の実現を目的とする

当財団は研究機関として、主に日米の経済紛争に焦点を当てつつ国際経済紛争を調整する為の、妥当且つ健全な理論を構築する

最終的には、当財団は各種多国間経済紛争の有効的解決を推進することによって、世界経済統合の触媒として貢献を追求していく

目的と方針

当財団の目的は、完全に非営利、教育的、科学的なものであり、具体的には下記の通りである

- 国際紛争解決の研究を助長し、其の手法の完成を目指し、それを紛争回避の為に提供する
- 紛争解決及び紛争回避の手法と国内外の競争関連法規との間の調和を図る
- 多様な形態の紛争解決及び紛争回避を評価の為、実験的プログラムを実施する
- 紛争解決、紛争回避手法の活用につき、調停人並びに産官、法曹、学界に対する教育活動を行う
- 紛争解決手法に対する理解と受容を促進しつつ、そのレベルを向上させる

FOUNDATION FOR INTERNATIONAL DISPUTE RESOLUTION MISSION STATEMENT

MISSION

The Mission of the Foundation for International Dispute Resolution (FIDR) is to make alternative dispute resolution (ADR) -- especially consensual processes such as mediation and dispute avoidance -- reliable and economically viable alternatives to transnational litigation and court-enforced arbitration.

As a research organization, the Foundation develops a sound conceptual framework for the adjustment of international economic disputes, focusing initially on U.S.-Japan economic disputes.

Ultimately, the Foundation will seek to serve as a catalytic force in the integration of the world economy by promoting the efficient handling of transnational economic disputes of all types.

PURPOSES AND OBJECTIVES

The purposes of the organization are exclusively charitable, educational and scientific. The specific objectives are to:

- Foster the study of international dispute resolution, perfect its techniques, and extend those techniques to dispute avoidance,
- Harmonize dispute resolution and dispute avoidance techniques with national and international competition and other laws,
- Conduct experimental programs to test various forms of alternative dispute resolution and dispute avoidance,
- Educate mediators as well as the business, government, legal and academic communities in the use of dispute resolution and dispute avoidance, and
- Advance the science of dispute resolution generally, while fostering its understanding and acceptance by the general public.