

【論説】

ミディエーターの中立性

小林 学

〈もくじ〉

はじめに

- I ミディエーターの中立性が問題となりうる事案
- II 手続主宰者の中立性ルール
 - 1. 裁断型手続における手続主宰者の中立性ルール
 - 2. 調整型手続における手続主宰者の中立性ルール
 - (1) 民事調停の場合
 - (2) 民間調停の場合
 - (3) アメリカ合衆国におけるミディエーションの場合
- III ミディエーターの中立性
 - 1. 基本的スタンス
 - 2. 具体的局面におけるミディエーターの中立性ルール
 - (1) ミディエーター登録の時点
 - (2) 特定の事件のミディエーター候補となった時点
 - (3) ミディエーション手続開始後の時点
- IV まとめ

はじめに

他人の“ものさし”に振り回されることなく、自己内在的な価値基準に基づく自己決定によって人生を切り拓き、自分の人生の主役を生きることは、意外にも、なかなかの難事である。専門家を前にして、一般人

が自身の事柄であっても、その判断を彼らに委ねてしまいがちであることは、とりわけ専門・技術化の著しい現代社会においては見やすい道理である。そして、そのことは、専門家による説明責任（アカウントビリティ）および専門家への信頼（ラポール）に裏打ちされた本人の自己決定を可及的に尊重しようとする近時の動き（インフォームド・コンセントなど）へと連なる。

これを紛争解決ないしコンフリクト・マネジメントの場面で眺めると、コンフリクトを抱える当事者が法律という一般的抽象的な“ものさし”を基準とする判断を法専門家に仰ぐという構図がやはり一般的であるといえる。しかも、権威の前に当事者は基本的に受動的立場に置かれ、その自己決定権も限定的かつ抑圧された環境の下で行使せざるを得ず、それは恰も最高法規たる憲法の掲げる「個人の尊厳」（同 13 条）を彼方の理想郷に追いやっているかのようでもある。

このような状況にあるコンフリクト・マネジメントにおいて、紛争当事者をエンパワーして潜在する問題解決能力ないし自己決定能力を引き出し、コンフリクトを自主的に克服することができるようにサポートする、いわば当事者が紛争解決において主役となるように援助する方法として注目されるのが、対話自律型 ADR、対話促進型 ADR、あるいは、自主交渉援助型調停なども称される、いわゆるミディエーションである。ここにいうミディエーションという概念は、主に当事者間の対話や交渉の援助・促進を目指す *facilitative mediation* や当事者双方をエンパワーして相互に認知フレームを変容することで合意形成を目指す *transformative mediation* を念頭に置いたものであるが、そうしたミディエーション概念のなかにも、さらにさまざまなモデルが包摂されており、本稿の想定するミディエーション・モデルも、あくまでそのなかの一つの理念型にすぎない。

本稿は、ミディエーションに関する予備的考察を書きとどめた前稿¹⁾に基づき、ミディエーションをめぐる諸課題のうち、「ミディエーターの中立性」を検討することを目的とする。この問題は、一見極めて形式的なようであるが、「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律」（以

下、ADR 促進法という)の認証を受けた各種の「認証紛争解決サービス」の規則・規程等を眺めるかぎり、対話促進型のミディエーション・サービスを提供しようとする ADR 機関においても、精緻な中立性ルールを周到に用意してはいるものの、結局、ミディエーターの中立性の問題を当事者から取り上げ、ときに先回りして、他人の“ものさし”を押し付けているのではないか、さらには、ミディエーションの核心にあるフィロソフィーが等閑視されているのではないかといった懸念に襲われる。なるほど、そうしたミディエーターの中立性ルールは、当事者自身の“ものさし”を引き出すためのミディエーションという舞台の設営段階におけるパターンリスティックな介入として許容されるとの見方もあり得よう。しかしながら、舞台の設営段階から何事も当事者自身の問題として取り組もうとする姿勢を貫かないかぎり、ミディエーションは骨抜きとされてしまいかねない。専門家の独善を廃し、当事者の潜在的な無限の可能性を信頼するという人間観に立つならば、ミディエーターの中立性といった手続的な事項を含めて、すべての問題を当事者自身の物語として判断することができるように当事者をサポートするという姿勢に徹する必要があるであろう。中立性の問題ではないが、そのような姿勢に徹する例として、愛媛和解支援センターにおける調停申込者への対応を紹介しておきたい。同センターは、申込者に対して、相手方に「愛媛和解支援センターで話し合いをしたいので、申込みをしました。愛媛和解支援センターから連絡があるので事情を聞いてください」という連絡を必ずするように求めているが、これは当事者間で連絡を取り合うことが自主的解決の第一歩として重要であると考えられることによるという²⁾。この愛媛和解支援センターは認証を得ていないが、当事者間の連絡を徹底するという同センターの取り扱い、認証制度を前にして決して揺らぐことのないミディエーション・フィロソフィーを堅持した好例であり、中立性の問題を考究するうえにおいても甚だ興味深い。

そうしたことから、本稿は、「ミディエーターの中立性」はどのようなルールによって確保されるのか、あるいは、そのようなルールは本当に必要なのか、さらには、具体的事案のなかで中立性を個別的に判断す

る際の基本的なスタンスは何かといった点について、前稿で到達した視点からの分析を試みることにしたい。もっとも、こうした個別の問題の検討によって、メディアーションに関する前稿の考察がさらに深められゆくことはいうまでもない。

なお、本稿は、桐蔭横浜大学メディアーション交渉研究所主催の「第 1 回研究会」(2008 年 7 月 26 日開催)における筆者の報告に基づく。貴重な機会を与えていただいた関係各位ならびにアンケート調査へのご協力等により有益な示唆を賜った来場者の方々へ、ここに記して深甚なる謝意を申し上げたい。

I ミディエーターの中立性が問題となりうる事案

紛争当事者の一方または双方とミディエーターの間にすでに何らかの関係がある場合に、ミディエーターの中立性が問題となりうる。そこで、以下では、ミディエーター M が AB 間に生じた紛争のメディアーションを行うものとして、メディアーション開始後、M に以下のような各事情のあることが判明した場合について、ミディエーターの中立性に問題がないかを考察するところから始めたい。

【事案³⁾】

- ① M が B の夫の兄である場合
- ② M が過去に B の取引に関して相談を受けたことがある場合
- ③ M が過去に B を当事者とする紛争のメディアーターをしたことがある場合
- ④ M が B に対して 500 万円の売掛債権を有しており、いまだ未回収である場合
- ⑤ M が B の高校時代からの旧友である場合
- ⑥ M の長男が B の長男と同級生である場合
- ⑦ M と B が同じマンションの隣同士である場合

- ⑧ M が B の大学時代の恩師であった場合
- ⑨ M が B の離婚した前妻の父親であった場合
- ⑩ B が M の所属する ADR 機関の会長であった場合
- ⑪ B が M と同じ ADR 機関のミディエーター名簿に名を連ねている場合
- ⑫ AB 間において、A 社に対する B 社の金銭債務の有無が争われており、M が B 社の株主である場合
- ⑬ M と B が同じ宗教団体の信者であった場合

いかがであろうか。いずれの事案においても、ミディエーターの中立性が問題とされうことに疑いはないが、果たして、そのなかで M がミディエーターとしてミディエーションを行ってもよい場合はあるだろうか。当事者の一方または双方とミディエーターとの間にある何らかの関係は、家族関係、経済的な利害関係、友人関係、師弟関係などさまざまであるが、M がミディエーターとしての中立を保つことは極めて困難であると同時に、当事者の不公平感を払拭することは不可能であるという見方が大勢を占めるのではなかろうか。

それでは、このような場合に、M は、ミディエーターを辞さなければならないのであろうか。あるいは、このような場合に備えて、ミディエーション機関はどのようなルールを定めておくべきなのであろうか。この問題を考えるために、以下では、民事訴訟まで含めた紛争解決手続の全体を射程に置き、手続主宰者の中立性に関するルールを眺めることにする。

II 手続主宰者の中立性ルール

1. 裁断型手続における手続主宰者の中立性ルール

裁断型手続を代表する民事訴訟の主宰者である裁判官については、そ

の除斥 (民法 23 条)・忌避 (同 24 条)・回避 (民訴規則 12 条) という中立性ルールが定められていることはいままでもない⁴⁾。

同じ裁断型手続である仲裁についても、概ね同様であり、仲裁人の忌避 (仲裁法 18 条) および辞任 (同 21 条 1 項 2 号)⁵⁾ が規定されている。なお、仲裁人への就任の依頼を受けてその交渉に応じようとする者は、その依頼をした者に対し、自己の公正性または独立性に疑いを生じさせるおそれのある事実があるときは、その全部を開示しなければならないとして、忌避事由開示義務が明定されている (仲裁法 18 条 3 項)。

2. 調整型手続における手続主宰者の中立性ルール

(1) 民事調停の場合

民事調停においては、調停主任や調停裁判官に関して除斥の規定が置かれているが (民調法 22 条、非訟法 5 条、民法 23 条)、忌避・回避の規定はなく、解釈に委ねられているところ、除斥原因のある裁判官は自発的に職務の執行を避けるべきであるとして回避を認めることについてほぼ争いはないが⁶⁾、忌避については見解の対立がみられる。伝統的な見解⁷⁾は消極的であるのに対して、近時の有力説⁸⁾は忌避申立てを認めるべきであるとする。さらに、民事調停委員については、除斥・忌避・回避のいずれについても消極に解するのが通説であるが⁹⁾、反対説も有力である¹⁰⁾。

論者のうち、たとえば、通説的見解の代表ともいえる小山教授は、調停裁判官について除斥・回避を認め、忌避を認めないのに対して、調停委員の除斥・忌避・回避を否定する¹¹⁾。そして、後者について、「実質的に調停委員の除斥が必要である場合はありうるものの、その場合は、当事者が調停委員を信任しないときは、調停において合意をしないことができる」から問題はないという¹²⁾。

民事調停においては、当事者には合意案を拒絶する自由がある以上、その余地のない裁断型手続と同じように考える必要はなく、小山説のよ

うに、調停人のイニシアティブで合意案が作成され、当事者はそれに対する同意を迫られるという側面と、最終的に合意案を受諾するか否かは当事者の自主的判断に委ねられるという側面との両者を調和する解釈論として、調停裁判官について除斥・回避が準用され、当事者からの忌避申立ては認められないとしつつ、その他の調停委員について除斥等は認められないとする立論に合理性を見出すことができ、わが国の司法調停のあるべき姿を反映しつつ、バランスのとれた結論を導くものと評価することができよう。

もっとも、わが国の民事調停実務においては、合意案に対する当事者の自主性の程度に関して相当の幅のあることは容易に想像されるどころ、たとえば、合意案の受諾を事実上強制されるような場合には、調停人の中立性ルールについては、裁断型手続と同程度に厳格に考えなくてはならないのではないかと疑問も完全には払拭しえない¹³⁾。

（２）民間調停の場合

つぎに、民間調停手続における手続主宰者の中立性ルールは、いかにあるべきか。一口に、民間調停といっても、評価型、合意説得型、あるいは、対話促進型などの手続形態があり、本来、中立性ルールは、そうした手続形態に応じて検討されるべきものである。しかしながら、ADR 促進法は、少なくとも明示的には、手続形態に触れることなく、中立性ルールについて定めている。そこで、以下では、このADR 促進法の中立性ルールに関する規定を概観したうえで、それが認証ADR 機関においてどのように具体化されているかを確認することにしたい。

イ. ADR 促進法の規律

まず、ADR 促進法6条3号は、民間ADR 機関の認証要件として、「手続実施者の選任の方法及び手続実施者が紛争の当事者と利害関係を有することその他の民間紛争解決手続の公正な実施を妨げるおそれがある事

由がある場合において、当該手続実施者を排除するための方法を定めていること」を掲げる。そして、法務省の「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律の実施に関するガイドライン」(以下、法務省ガイドラインという)によると、本条号の「手続実施者が紛争の当事者と利害関係を有することその他の民間紛争解決手続の公正な実施を妨げるおそれがある事由」としては、裁判官の除斥事由及び忌避事由(…略…)程度に具体的なものであることが必要であり、その内容は、少なくともこの除斥事由および忌避事由に相当する事由を含むものであることが必要であるとされ、また、本条号の「排除するための方法」とは、当該方法によれば民間紛争解決手続の公正な実施を妨げるおそれがある事由がある手続実施者が排除される蓋然性が客観的に認められる方法をいう。そして、法務省ガイドラインには、その具体的な方法として、①手続の公正な実施を妨げるおそれがある事由のある手続実施者を排除する申立権を紛争当事者に認める方法と、②認証申請者において手続実施者または手続実施候補者に手続の公正な実施を妨げるおそれがある事由の存否を調査・判断するための組織(機関)および手続を定める方法が例示されている¹⁴⁾。

つぎに、民間紛争解決手続の公平性を担保するために、紛争当事者が申請者と一定の関係にある場合には、手続実施者に不当な影響が及ばないための措置を講じる必要があるところ、ADR 促進法 6 条 4 号は、①認証申請者である ADR 事業者の実質的支配者等(申請者の株式の所有、申請者に対する融資その他の事由を通じて申請者の事業を実質的に支配し、またはその事業に重要な影響を与える関係にあるものとして法務省令で定める者をいう)が紛争の一方当事者となる場合、または、②認証申請者の子会社等(申請者が株式の所有その他の事由を通じてその事業を実質的に支配する関係にあるものとして法務省令で定める者をいう)が紛争の一方当事者となる場合において、「手続実施者に不当な影響を及ぼすことを排除するための措置が講じられていること」を認証要件として掲げている。不当影響排除の措置の例として、法務省ガイドラインには、手続実施者が申請者から、申請者・手続実施者間の雇用契約その

他の契約関係に基づく指揮命令等を受けないことを内部規程や契約により確保することが挙げられているが、そのほかにも、利害関係情報の開示、当事者からの忌避、解任請求の定めや、認証解決事業者からの解任、交代手続、手続実施者自らの辞任、回避手続などがあるという¹⁵⁾。

ロ. 認証 ADR 機関における中立性ルール

それでは、以上のような ADR 促進法に定める中立性ルールが実際にいくつかの認証 ADR 機関（かいけつサポート）において、どのように具体化されているかを眺めよう。

まず、認証第 1 号となった「日本スポーツ仲裁機構」においては、「調停人の忌避に関する規則」によって設置された忌避委員会（同 2 条）が当事者・調停人に対する意見聴取に基づいて、民事訴訟法 24 条に定める基準に照らして、忌避を可とするか否かを決定する（同 4 条 1 項 2 項）。

つぎに、「社団法人 日本商事仲裁協会」においては、「商事調停規則」によって、調停人の偏頗事由開示義務（同 11 条 2 項）、調停人に対する協会等第三者の不当影響排除措置（同条 3 項）、調停人の忌避（同 12 条 1 項以下）、調停人の除斥（13 条 1 項以下）、そして、調停人の交替（同 14 条 1 項以下）を定めている¹⁶⁾。

また、愛媛県土地家屋調査士会による「境界問題相談センター愛媛」においても、担当調停委員の除斥、忌避、辞任、回避および解任に関する規定が置かれている（境界問題相談センター愛媛規則 46 条以下）¹⁷⁾。

さらに、神奈川県司法書士会に設置された「神奈川県司法書士会調停センター」においては、手続実施者に対する同会役員や当事者からの不当影響排除措置（神奈川県司法書士会調停センター手続実施規程 19 条 1 項以下）、手続実施者の排除（同 20 条 1 項以下）、手続実施者の忌避（同 21 条 1 項以下）、手続実施者の回避（同 22 条 1 項以下）、そして、手続実施者の辞任（同 23 条 1 項 4 項 5 項）、手続実施者の解任（同 23 条 2 項 3 項）などが定められている¹⁸⁾。

(3) アメリカ合衆国におけるメディエーションの場合

アメリカ合衆国では、裁判所の内外を問わず、メディエーションが広く普及しており、とりわけ、民間会社によるメディエーション・サービスの活況には目を見張るものがある。そうしたアメリカ合衆国におけるメディエーターの中立性ルールに関しては、たとえば、各州における調停法の不統一性に対処すべく統一州法委員会全国会議 (The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) の策定した「統一調停法 (Uniform Mediation Act: UMA)」によると、メディエーター候補者は、メディエーターとしての公平性に影響を与えかねないと考えられる事実の有無について、調査するとともに、その結果を開示しなければならないとされている (同 9 条)¹⁹⁾。

また、CPR (Conflict Prevention & Resolution) 紛争解決研究所の「CPR 調停手続 (The CPR Mediation Procedure)」によると、CPR の調停候補者の偏頗事由開示義務や調停者に対する当事者の忌避申立権が認められている (同 2 条)²⁰⁾。この点、CPR—ジョージタウン大学合同委員会による「中立第三者を務める弁護士の職業的行動に関する模範規則 (Model Rule of Professional Conduct for the Lawyers as Third Party Neutral)」は、弁護士である中立第三者 (調停人) による広範かつ継続的な開示を規定しており、開示範囲に含まれる事項として、調停の結果と関連した金銭的あるいは個人的な利益、各当事者との過去および現在における金銭的、ビジネス上、職業上、家族的あるいは社会的な関係 (これには、過去に当事者、その代理人、あるいは、商人の代理をしたこと、あるいは、いずれかの当事者の紛争において ADR 手続を主宰したことなどの関係が含まれる) を挙げる²¹⁾。

そのほか、アメリカ法曹協会 (ABA)、紛争解決協会 (ACR)、そして、アメリカ仲裁協会 (AAA) による「調停人のための行為基準」(1994 年) では、まず、「①調停手続における当事者の自己決定原則の尊重」が掲げられ、続いて、「②調停人の不偏性 (impartiality)、③利益相反回避のための自己情報開示義務、④紛争解決を行う能力がない場合の事件回避

義務、⑤守秘義務」が定められている²²⁾。

Ⅲ ミディエーターの中立性

以上のように、既存の中立性ルールを眺めるかぎり、裁断型手続であれ、調整型手続であれ、あるいはまた、司法調停であれ、民間調停であれ、手続主宰者の中立性ルールに関しては、大差のないように見受けられるが、果たしてそれでよいのであろうか。

そこで、以下では、協調的・非指示的・未来志向的・自律的アプローチをとる点において、訴訟・仲裁といった裁断型手続のみならず、従来の調停とも異なるミディエーションの手続主宰者であるミディエーターの中立性を考えるうえでの基本的スタンスを探り、それを前提としながら具体的な場面における処理の仕方を検討することにより、ミディエーション独自の中立性ルールのあり方を考究したい。

1. 基本的スタンス

当事者間の自主的な対話を促進することで合意内容が創造されてゆくプロセスであるミディエーションにおいては、手続主宰者たるミディエーターの裁断、いわんや指示的アプローチの要素が存在しないことからすれば、ミディエーターの中立性は、当事者からの指摘をまっぴら問題とすれば足りるという考え方も十分に成り立とう。

しかし、他方で、当事者間の自主的な対話を促進するために、ミディエーターには傾聴などのスキルが求められるが、彼自身の利害に関わる事柄を傾聴することは極めて困難である場合が多く、ミディエーターの中立性については、裁断型手続におけるのとは異質の観点から、(より以上の) 厳格さが求められるようにも思われる。

果たして、どのように考えるべきであろうか。この点については、ミディエーションがその他の紛争解決方法と根本的に異なる点は何か、あ

るいは、ミディエーションの核心にあるものはなにかといった、いわばミディエーションの理念やフィロソフィーに関わる問題であるといえ、ADR、さらには紛争解決方法全体のグランドデザインの描き方や依拠する立場などの影響とも相俟って、論者によってさまざまであり、唯一絶対の正解があるわけでは勿論ない。

そこで、敢えて大胆な見方を示すならば、ミディエーターの中立性については細かなルールは不要であり、ただ、ミディエーションのプロセスのなかでミディエーターの中立性を問題とすることができるように、ミディエーターには（候補者の段階から）偏頗事由を開示させるものとし、当事者から中立性に関する問題提起がなされると、ミディエーションのテーマに「ミディエーターの中立性」が付加され、当該ミディエーターによるミディエーションによって、当該ミディエーターでよいつの合意に至った場合には続投ということになるのに対して、当事者間においてミディエーターの交代ということで話し合いがまとまったり、または、そもそも話し合いがまとまらなかった場合にはミディエーターは交代すると考えるのはいかがであろうか。このようにミディエーションのプロセスのなかでミディエーターの中立性を話し合いのテーマとする根拠は、ミディエーターの中立性も当事者間の対話によって克服しうる問題であることに加えて、ミディエーターの中立性をめぐる当事者間の対話は紛争解決への道を切り拓く場合もあり、大局的にみれば紛争解決への歩みであると位置づけられることに求められよう。

こうした考え方の根底にあるのは、つぎのようなミディエーションのプロセスに関する理解である。すなわち、ミディエーションにおいては同席が一般的であるが、そこでは当事者はお互いに相手方に対して話すべきことをミディエーターに話し、これを相手方はその横で聞いているという構造がとられる。いわば、当事者間の対話がミディエーターを通じて行われているのである。ミディエーターを介在させない純粋な当事者間の対話と異なるのは、ミディエーターが傾聴のスキルを駆使して紳士的かつ受容的な態度で当事者と向かい合うことで、当事者は、感情におぼれることなく、自己の主張を十分に満足のいくまで聴いてもらえる

という点である。こうして当事者間における理性的な対話が援助・促進されることにより、本人もときに気づかないような心の奥底に潜在している欲求や気持ちまでもが対話のなかに滲み出てきたりするなどして、当事者間のコミュニケーションの幅と奥行きが格段に広がる結果、解決の選択肢が増えたり、当事者間に共通するインタレストの発見により表面上の対立が解消したり、あるいは、認知フレームの変容等による相互受容に基づいて合意に至るなどのシナリオの可能性が生み出されるのである。

このような当事者間の対話を促進するというミディエーションのプロセスは、対話しながら一步一步進んでいくうちに、自分たちの内側から自分たちに固有の解決が湧き上がってくるはずであるという信念によって支えられているということができ、自分たちの外側に何らかの正解（解決）が所与の前提として存在しており、その発見を第三者に委ねて、自らはそれに服従するだけであるという他律的な依存体質とは決して相容れない。このような信念は、いかなる事態をも最善のものとして受け容れることのできる徹底した肯定的受容の発想から導かれるものであり、それはまた、人間の潜在的な能力や可能性を信じて疑わない肯定的人間観とも共鳴する。そうすると、ミディエーションのプロセスにおいては、もはや「失敗」はありえず、どのような事態に陥っても、それは当事者にとって辿るべき必要な道程なのであって、これに一般論をもって「成功」や「失敗」といった評価を加えること自体ナンセンスであるということになる。たとえば、烈しい口論やまったくの沈黙のなかで手続が打ち切られ、その後の手続再開の目途が立たないといったような場合、傍からみると、当事者間の関係はミディエーション開始前に比べて悪化しており、恰も紛争解決の目標からは却って遠ざかってしまったかのようであるが、しかし、互いに感情をぶつけあって膿を出したり、沈黙の時間を共有したりして理性を回復することは、その当事者にとっては必要なプロセスなのであって、それがあったからこそ、その後、当事者間の紛争解決コミュニケーションのアプローチを裁判等の他の紛争解決手続に切り替えることができたり、紛争解決への情熱が冷めてしまっ

た両当事者にとって、これ以上お互いに一切係わりたくないという回避 (avoidance) の決断を促すことができたり、あるいは、理性と感性の均衡を取り戻して認知フレームの変容を経た当事者がお互いに相手方を受容して (相互受容)、イシューやポジションの背景にあるインタレストを探求するなどして、より高い次元における人間関係の再構築ないし紛争解決に向けた対話を再開する日が訪れたりもするのである。

要するに、ミディエーターの中立性の問題は、裁断型手続におけるような一般的な枠組みに押し込めるような扱いではなく、当事者間の対話の結果として出てくる個々の判断に委ねられるべきものである。これが本稿の提示する、ミディエーターの中立性を考えるうえでの基本的スタンスである²³⁾。

そもそも、本稿の契機となった先述の研究会において、「ミディエーターの中立性」を報告テーマとして選択したのは、つぎのような動機に基づく。すなわち、当事者間の自主的な対話を促進して、その潜在的な問題解決能力を引き出すこと (エンパワーメント) で創造的な解決を導くというミディエーション・プロセスの本質からするならば、当事者をエンパワーするための傾聴のスキルが中核にあるところ、当事者との利害関係等はミディエーターの傾聴を妨げるおそれがあるため、裁判や仲裁などの裁断型手続とは異なる観点から、厳格な中立性ルールを定めなければならないのではないかという第一印象を確認しようと考えていたのである。しかしながら、これまで縷述してきたように、報告内容は全く異なるものとなってしまった。その要因は、日本臨床心理士会倫理綱領 3 条 2 項の規定によるところが大きい。これは、「近隣地域に自分以外の臨床心理業務を提供する専門家がおらず、既に知人である人に対して、やむを得ず必要な臨床心理業務を提供せざるを得ない場合には、他の関連する専門家・専門機関に紹介を行うことに加えて、既に社会的関係を有している臨床心理士が臨床心理業務を提供することの問題点についても十分な説明を行った上で、対象者の自己決定を尊重すること」と定めているのであるが、そこにみられる専門家の説明責任に支えられたクライアントの自己決定を尊重するというシンプルな発想のなかに、両

当事者が自己決定できるようにエンパワーして創造的な自主的合意を目指すというミディエーションにも通じる普遍性を見出すことができ、ミディエーターの中立性の問題も、当事者間の話し合いの対象として、本来、当事者の自己決定に委ねられるべき事柄であると考えに至ったのである。

ちなみに、このようにミディエーターの中立性の問題をも当事者の自己決定の対象とする考え方は、アメリカのミディエーション実務の指南書においてもみられる。たとえば、Stitt の『ミディエーション実践ガイド』によると、ミディエーターは、利益相反のおそれのある事由を認識したならば、当事者が今後どうすべきかを判断することができるよう、直ちにその事由を開示すべきであるとしたうえで、少なくとも当事者の一方が当該ミディエーターを望ましくないと考えている場合には当該ミディエーターがミディエーションを行うべきではないが、他方で、両当事者が十分な情報をもとに、利益相反を問題とせずにミディエーション手続を進めることに同意した場合には、ミディエーションを行ってもよいとする²⁴⁾。その理由を Stitt は、当事者とミディエーターの役割分担に求める。つまり、ミディエーターは、裁定者（decision-maker）ではなく、創造的な選択肢に辿り着けるよう当事者間の交渉を単に援助するにすぎず、決断をするのはあくまで当事者の役割なのである²⁵⁾。もっとも、利益相反を問題とせずに当事者がミディエーションに同意した場合であっても、公正さを確保する自信のないミディエーターは、ミディエーションをすべきではないという²⁶⁾。

さらに、本稿の基本的スタンスを根拠づけるその他の要因としては、ミディエーションと他の紛争解決手続とのアプローチ²⁷⁾の相違に注目することが挙げられよう。すなわち、一方で、訴訟や仲裁などの裁断型手続および司法調停などの評価型調整手続では、指示的アプローチおよび過去志向的アプローチによることから、手続主宰者と当事者双方との関係性を固定的・静態的に捉えて、抽象的な枠組みに基づいた中立性ルールが必要とされる。他方で、非指示的アプローチおよび未来志向的アプローチによるミディエーションにおいては、ミディエーターは傾聴・受

容によって両当事者の潜在的な問題解決能力を引き出し（エンパワー）、当事者が相互に相手方を受容して人間関係の再構築ないし紛争解決に向けた対話を援助・促進することが求められており、そのためには、結局、当事者双方からの信頼が得られればよいのであって、そうすると、ミディエーターの中立性の問題は手続の動態のなかで個別具体的に判断されることになる²⁸⁾。ミディエーターは、紛争解決に向けて当事者間の対話をファシリテートするものの、その具体的な方向性を操作することがあってはならない。そうした操作がなされるおそれがあるとして類型的に問題とされるのが、ミディエーターによる法情報の提供²⁹⁾、コーカス（caucus）の用い方、または、ミディエーターが評価を示すこと³⁰⁾である。これらは確かに中立性の問題でもあるが、むしろミディエーションの技法ないし運用の課題として独立の検討を要しよう。ミディエーターが当事者間の対話の方向性を操作するか否かは、ミディエーション・スキルの問題であって、ミディエーターと当事者との個々の関係性から帰納されるものではないからである。

2. 具体的局面におけるミディエーターの中立性ルール

それでは、ミディエーターの中立性の問題もミディエーションの組上に乗せて当事者間で話し合えばよいという基本的スタンスをミディエーション実務の具体的な局面において貫くには、どのような仕組みが必要となろうか。以下、ミディエーション時系列のなかで若干の考察を試みることにしたい。なお、その際に前提とされているのは、常設のADR機関におけるミディエーション手続である。

(1) ミディエーター登録の時点

まず、あるADR機関にミディエーターとして登録する際に、履歴書や身上調査書の提出を求めて、その人物のバックグラウンド等を把握しておく必要がある。ADR機関としては、一定のフォームを用意してお

くのが周到であるが、具体的にどこまでの記載を要求するかは、プライバシー等との関係で検討を要する問題である。なお、ADR 機関は、得られたミディエーター登録者の情報をデータベース化しておくことが利益相反等の問題を事前に回避するうえで肝要であろう³¹⁾。

（２）特定の事件のミディエーター候補となった時点

特定の事件のミディエーター候補となった場合には、候補者と当該事件との間に利益相反関係などの偏頗事由の有無を候補者自身、ADR 機関、または、ケースマネージャー（事件管理者）など³²⁾が調査（inquiry）し、その結果を両当事者に開示（disclosure）する。これにより調査結果に関する情報を十分に得た当事者双方が当該候補者をミディエーターに選任するか否かをテーマとして話し合いを行うことになる。

この話し合いは、当該候補者自身がミディエーターをつとめることを原則とすべきである。先行的に当該候補者が自身の中立性をテーマとするミディエーションを実施することで、両当事者がこれから始まるミディエーション本番において当該候補者でよいのか否かを判断する機会が与えられることになるからである。もっとも、ミディエーション開始前であることからすれば、ミディエーションのスキルをもったケースマネージャーが話し合いをミディエートすることも認められてよい。

話し合いの結果、当該候補者をミディエーターに選任する旨の合意を得られないかぎり、その者がミディエーターに選任されることはなく、反対に当該候補者をミディエーターに選任する旨の合意が成立すれば、その者がミディエーターに選任されることになる。ミディエーターが当事者の自己決定を尊重しながら説明責任を尽くし、コミュニケーションをとるなかで信頼関係を構築することができれば、紛争をめぐる当事者間の対話も好転していくことが期待される。なお、当事者間の合意によってミディエーターに選任された者は、ミディエーションを行う自信がないなどの場合には、自ら辞退することが許されよう。

そのほかにも、当事者間の話し合いの結果として、当該候補者をミディ

エーターとすることに加えて、さらに他のミディエーター候補者を指定して共同調停としたり、あるいは、ミディエーションの場にケースマネージャーを同席させるといったオプションも考えられないわけではない。さまざまなメニューを用意して当事者の選択を尊重すべきではあるが、監視の役割を期待するような発想では、自分たちの問題を自分たちで扱うというミディエーションの本旨に悖ることになろう。当事者自身に潜在する問題解決能力や人間関係調整能力を引き出すことを目指してミディエーション・スキルを駆使するミディエーターも、その全パーソナリティをもってミディエーションにコミットメントしており、他者の監視下でその役割を十分に果たすことは期待し難いのではなからうか。

(3) ミディエーション手続開始後の時点

ミディエーターの偏頗事由がミディエーション手続の開始後に判明することも無いわけではない。その場合にも、ミディエーター側からの開示または当事者側からの指摘³³⁾によって、直ちにミディエーションの組上に乗せて、当該ミディエーターの続投を認めるか否かをテーマとする当事者間の話し合いを当該ミディエーターがミディエートすることになる。

ここで重要なことは、ミディエーターの中立性の問題をテーマとするミディエーションを他の第三者ではなく、当該ミディエーター自身が行うということである。その狙いは、候補者段階で当該候補者がミディエーターとなって話し合いをするのと同じく、ミディエーターの中立性をテーマとした当事者間の話し合いを当該ミディエーター自身がミディエートしてみることによって、両当事者が当該ミディエーターが果たしてその事件のミディエーターとしての中立性に問題がないか否かを具体的に判断することができるところにある。換言すると、ミディエーターの中立性の問題は、当該事件の内容やそこにあられる当事者、そして当該ミディエーターその人など、具体的なファクターを離れた一般的・抽象的なものとして語られるべきではなく、両当事者にとっての固有の

物語なのである。

こうした話し合いの結果、当該ミディエーターで構わないという合意が当事者間に成立すれば、ミディエーションは続行されることになり、そのような合意に至らない場合には、ミディエーターの交代となる。なお、当事者間にミディエーター続投の合意が成立した場合であっても、当該ミディエーターが自ら辞任の申出をしたときも、ミディエーターの交代となる。

IV まとめ

さて、冒頭に掲げた事案に関する前述の研究会におけるアンケート調査の結果をみてみよう。なお、問いは、「あなたがミディエーターとなって、AB間のミディエーションを行うことになりました。ミディエーション開始後、①～⑬の事情が判明した場合、あなたは、どうすべきでしょうか？」というもので、その選択肢として掲げられたのは、「事情を開示せず、そのままミディエーションを行う」（対応イ）、「事情を開示するだけで、ミディエーションを行う」（対応ロ）、「事情を開示して、当事者双方の同意を得られれば、ミディエーションを行う」（対応ハ）、「事情を開示して、不利になると思われる当事者一方の同意が得られれば、ミディエーションを行う」（対応ニ）、「事情を開示して、当事者双方の同意を得ても、ミディエーションを行わない」（対応ホ）、そして、「その他」の6つである。

	対応イ	対応ロ	対応ハ	対応ニ	対応ホ	その他
①	1	2	7	1	17	1
②	4	3	9	4	6	2
③	7	1	9	4	5	2
④	2	1	3	1	16	5
⑤	3	1	9	5	3	2
⑥	5	1	9	4	8	2
⑦	4	0	8	5	7	4
⑧	4	0	8	5	8	3
⑨	0	1	5	1	15	4
⑩	3	1	6	6	7	5
⑪	6	3	12	1	5	1
⑫	2	2	5	5	13	1
⑬	4	0	8	3	9	4

*数字は、回答者数を表す。

概観すると、まず、親族関係（事案①、事案⑨）や金銭的な利害関係（事案④、事案⑫）のある場合には、ミディエーターは当事者の同意があっても排除されるという対応ホに回答が集中し、当事者の同意があればミディエーションを行ってもよいとする対応ハ・ニがそれに続くが、このことはこの種の関係における中立性確保の困難さを示しているとみられる。つぎに、コミュニティー関係（事案⑥、事案⑦）や師弟関係（事案⑧）については、対応ハと対応ホにはほぼ二分される。そして、友人関係（事案⑤）については、当事者の同意があればミディエーションを行ってもよいとする対応ハ・ニが多数を占め、それに続いて、開示も不要でミディエーションを行ってもよいとする対応イと、当事者の同意があってもミディエーターは排除されるという対応ホが同数を獲得している。ミディエーターの職務上の関係（事案③、事案⑪）については、最多の対

応ハが当事者の同意を要するとするのに対し、それに次ぐ対応イが開示も不要でミディエーションを行ってよいとするのは注目に値する。相談を受けるという関係（事案②）は、当事者の同意があればよいとする対応ハ・ニが多いが、それについて当事者の同意があってもミディエーターは排除されるという対応ホと開示不要という対応イに二分される点は興味深い。当事者の一方がADR機関の会長の場合（事案⑩）、当事者の同意があればミディエーションを行ってもよいとする対応ハ・ニ、そして、当事者の同意があってもミディエーターは排除されるという対応ホがそれに続いた。

このようにアンケート調査の結果をみるかぎり、当事者とミディエーターとの関係の具体的内容によることは勿論であるが、ミディエーターの中立性に関しては、当事者の同意によっても克服されないという画一的かつ他律的な考え方と、当事者の話し合いの結果いかんで決められるという機動的かつ自律的な考え方に大きく二分されたとみられる。

本稿は、後者の考え方をさらに進めて、ミディエーターの中立性に関する話し合いをも、当該ミディエーターないしミディエーター候補者がミディエートして行うということを提言するものである。確かに、手続主宰者の中立性を確保できない事由を事前に掲げたり、そうした事由の有無を事後に裁定する別個の機関を設けたりするといった中立性ルールは、一見緻密で厳格そうであるが、ミディエーターの中立性の問題を両当事者および当該ミディエーターないしその候補者から取り上げたいえに、その結論には従わせるということになってしまい、自分たちで問題を解決しようというミディエーションの理念とは相容れない面がある。ミディエーターの中立性は、当該ミディエーターないしその候補者を前にした当事者こそがその置かれた状況においてのみ判断できる固有の問題なのであって、外部から見て厳格か否かを評価すべき筋合いのものではなく、したがってまた、一般的抽象的なルール化には馴染まないのである。

紛争を当事者固有の物語のなかで位置づけて解決へと向かうプロセスであるミディエーションにおいては、予め精緻な枠組みを周到に用意し

ておくといった精密司法の発想を転換すべきであって、心配や恐怖を手放して当事者に委ねるといった人間の可能性に対する信頼をもって臨むことが必要なのではなからうか。紛争解決の答えを外側にではなく、当事者の内側に探し求める解決方法があってもよいはずである。J. ロールズによる、純粋な手続的正義 (pure procedural justice)、完全な手続的正義 (perfect procedural justice)、不完全な手続的正義 (imperfect procedural justice) という区分³⁴⁾に従えば、ミディエーションにおける手続的正義は、結果のいかんを問わず、手続が適切に遵守されていればよいという「純粋な手続的正義」に近いといえよう。これに対しては、結果（とくに合意内容）のいかんを問わないという点に対する異論が多いと思われる。当事者の内側から導かれた解決内容であれば、すなわち、当事者の内側から導かれる手続を適切に遵守した結果であれば、その内容は常に正しいという信念がなければ、そうした異論に屈せざるを得まい。この問題は、紛争解決の場面において「神の見えざる手」が働かず、当事者間の合意内容が違法であるときに先鋭化するところ、そうした場合に、法情報の提供など事前の措置に頼るのではなく、事後に他の紛争解決方法、就中、民事裁判によって合意内容の公正さを担保することができるという「正義の総合システム³⁵⁾」の重層的な構造のなかでこそ、「純粋な手続的正義」を目指すミディエーション・モデルを大胆にも構想することが可能となるのではなからうか。

無限の奥行きをもつ当事者の内側には、インタレスト、寛容性、自尊心、道徳心、倫理観、社会通念、善と衡平、条理、規範意識、あるいは、法的基準³⁶⁾等など、さまざまな解決への糸口が詰まっており、ミディエーターは、そうした当事者の内側から自ずと適合的な解決が浮かび上がってくることをひたすら信じて、当事者間の対話を援助・促進する役割に徹することが求められるのである³⁷⁾。そうした、ミディエーターにとって大切なのは、当事者双方との信頼関係を形成することであり、その中立性に関しても、抽象的に偏頗事由を類型化するといったアプローチではなく、個別具体的な状況のなかでミディエーターと当事者双方との信頼関係が形成されるか否かについて、当該ミディエーターを介した当事

者間の話し合いで決すればよいのではないだろうか。

今後ますます組織化・複雑化する社会のしがらみのなかで行われるミディエーションについて、さまざまなモデルがそれぞれの魅力を競い合って展開していくであろうが、そのなかで本稿の前提とした理念型およびその下で構想したミディエーターの中立性ルールはどの程度受容されるであろうか。わが国社会における民主主義の成熟度を示す一つの指標としても注視されよう。

【注】

- 1) 拙稿「ミディエーション・モデルに関する予備的考察」桐蔭法学 14 巻 2 号 (2008 年) 43 頁以下。
- 2) 松下純一「愛媛和解支援センターの歩み」市民と法 53 号 (2008 年) 60-61 頁。
- 3) 事案の出典は、①・②・④・⑤・⑥は経済産業省『調停人養成教材』(これについては前稿 80 頁注 24 掲載の諸文献を参照)の基礎編 5-2-1、⑩は日本司法書士連合会 ADR 対策部編『司法書士 ADR 実践の手引』(新日本法規、2007 年) 86 頁、⑫は Allan J Stitt, MEDIATION: A PRACTICAL GUIDE, Cavendish Publishing Limited, 2004, 41-42、それ以外の③・⑦・⑧・⑨・⑪・⑬はオリジナルである。
- 4) 除斥とは、法定された事由 (除斥原因) があると、裁判官は法律上当然に職務執行をすることができないことをいう (民訴法 23 条 1 項)。忌避とは、除斥原因以外の事由について、当事者の申立てに基づく裁判によって裁判官が職務執行をすることができなくなることをいう (民訴法 24 条)。回避とは、裁判官は、自ら除斥または忌避の事由があると認めて、職務執行を避けることである (民訴規則 12 条)。なお、解釈上、裁判官に忌避事由開示義務を課すべきであるとする見解がある (小島武司「忌避制度再考」吉川大二郎博士追悼論集『手続法の理論と実践【下】』(法律文化社、1981 年) 16 頁、大村雅彦「公平な裁判所」中央大学比較法研究所四十周年記念論集 928 頁。なお、伊藤眞『民事訴訟法〔第 3 版 3 訂版〕』(有斐閣、2008 年) 81 頁注 123)。

- 5) 仲裁法上、仲裁人の辞任に対して特に制限は設けられていないが(仲裁法 21 条 1 項 2 号)、当事者間の仲裁契約や機関仲裁の規則で辞任事由を制限することは許される(出井直樹 = 宮岡孝之『Q & A 新仲裁法解説』(三省堂、2004 年 97 頁 [宮岡])。)
- 6) 最高裁判所事務総局民事局編『(民事裁判資料第 98 号) 民事調停法規逐条解説』(1970 年) 28 頁、小山昇『民事調停法 [新版]』(有斐閣、1977 年) 137 頁、萩原金美「民事調停における当事者権の保障」別冊判タ 4 号 [民事調停の諸問題]、1977 年 10 月) 42 頁、梶村太市 = 深沢利一著『和解・調停の実務 [補訂版]』(新日本法規、2007 年) 254 頁 [深沢] など。
- 7) 東京高決昭 28・5・16 高民集 6 卷 3 号 224 頁、大阪高決昭 36・4・24 調停時報 3 号 2 頁、大阪高決昭 59・5・28 判タ 533 号 168 頁、最高裁民事局編・上掲 (注 6) 27 頁、小山・上掲 (注 6) 137 頁など。
- 8) 萩原・前掲 (注 6) 42 頁、梶村 = 深沢・前掲 (注 6) 253 頁 [深沢] など。
- 9) 最高裁民事局編・上掲 (注 6) 27-28 頁、小山・上掲 (注 6) 143 頁など。忌避につき、同旨・大阪高決昭 36・4・24 前掲 (注 7)。
- 10) 萩原・前掲 (注 6) 41 頁以下、梶村 = 深沢・前掲 (注 6) 273 頁以下 [深沢] など。
- 11) 小山・前掲 (注 6) 136 頁・144 頁。
- 12) 小山・上掲 (注 6) 144 頁。
- 13) 萩原・前掲 (注 6) 41 頁以下、梶村 = 深沢・前掲 (注 6) 253 頁・273 頁以下 [深沢] など参照。また、手続主宰者の中立性ルールに関して、裁断型手続と同程度に厳格に考えなくてよいということになれば、調停は、所詮二流の正義にすぎないとの批判を甘受せざる得ないことにもなるろう。
- 14) これにつき、和田仁孝 = 和田直人編著『ADR 認証制度—ガイドラインの解説』(三協法規出版、2008 年) 52 頁以下を参照。
- 15) 日本弁護士連合会 ADR センター編『最新 ADR 活用ガイドブック』(新日本法規、2006 年) 25 頁。
- 16) 「社団法人 日本商事仲裁協会」【商事調停規則】
第 11 条 (調停人の公正・独立)

- 1 調停人は、公正かつ独立でなければならない。
- 2 調停人は当事者及び協会に対し、自己の公正性又は独立性に疑いを生じさせるおそれのある事実（すでに開示したものを除く）の全部を遅滞なく開示しなければならない。
- 3 調停人は、実施する調停について、法令ならびに認証を受けた調停手続の内容及びその実施方法の定めを遵守させる場合のほかは、第三者（協会を含む）のいかなる命令、指示を受けず、中立性を保持し手続を進めなければならない。

第12条（調停人の忌避）

- 1 当事者は、調停人の公正性又は独立性を疑うに足る相当な理由があるときは、その調停人を忌避することができる。
- 2 調停人を選任し、又は調停人の選任について推薦その他これに類する関与をした当事者は、選任後に知った事由を忌避の原因とする場合に限り、その調停人を忌避することができる。
- 3（略）
- 4（略）
- 5 協会は、当事者及び調停人の意見を聴いた上で、忌避審査委員会に諮り、忌避の当否について、決定する。

第13条（調停人の除斥）

- 1 調停人は、次に掲げる場合には、その職務の執行から除斥される。
 - (1) 調停人又はその配偶者若しくは配偶者であった者が、事件の当事者であるとき、又は事件について当事者と共同権利者、共同義務者若しくは償還義務者の関係にあるとき
 - (2) 調停人が当事者の四親等内の血族、三親等内の姻族若しくは同居の親族であるとき、又はあったとき
 - (3) 調停人が当事者の後見人、後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助人又は補助監督人であるとき
 - (4) 調停人が事件について証人又は鑑定人となったとき
 - (5) 調停人が事件について当事者の代理人又は補佐人であるとき、又はあったとき

(6) 調停人が申し立てられた事件について前審の仲裁判断又は裁判に関与したとき

2 前項に規定する除斥の原因があるときは、協会は、職権で除斥審査委員会に諮り、除斥の当否について、決定する。

第 14 条 (調停人の交替)

1 当事者は、協会による調停人の選定に異議があるときは、理由を添えて、協会の調停人選定通知の受領後 15 日以内に協会にその旨を通知しなければならない。

2 前項の規定により当事者が異議を通知したときは、協会は、遅滞なく調停人を交替し、新たな調停人を選定する。

17) 「愛媛県土地家屋調査士会」【境界問題相談センター愛媛規則】

第 46 条 (担当調停チームの選任)

センター長は、すべての当事者からの調停手続実施依頼が適正になされたときは、当該調停手続を実施するため、速やかに、担当調停チームを組織しなければならない。

2 担当調停チームは、少なくとも、土地家屋調査士の調停委員候補者のうちから 1 名以上および弁護士調停委員候補者のうちから 1 名以上の担当調停委員で構成される合議体でなければならない。

3 (略)

4 (略)

5 センター長は、担当調停チームの選任にあたり、第 47 条が掲げる除斥事由の有無を確認しなければならない。

第 47 条 (担当調停委員の除斥)

当該事件に係る担当受付面談員または担当相談委員もしくは担当調査・測量実施員となった者は、担当調停委員となることができない。

2 (略)

第 48 条 (担当調停委員の忌避)

担当調停委員について、この規則による調停手続の公正を妨げるべき事情があるときには、当事者はその担当調停委員を忌避することができる。

- 2 (略)
- 3 担当調停チームは、忌避の申出があったときは、直ちに調停手続を停止しなければならない。
- 4 すべての当事者から、担当調停委員について忌避の申立がなされたときは、当該担当調停委員は忌避される。
- 5 当事者の一方から担当調停委員について忌避の申立がなされたときは、センター長は、速やかに、運営委員会を招集して、当事者および忌避の申立がなされた当該担当調停委員に対して意見を述べる機会を与えた上で忌避について運営委員会に判断させる。
- 6 (略)
- 7 担当調停委員は、調停手続の公正を妨げるべき事情があるときは、遅滞なく、その旨を当事者に開示しなければならない。
- 8 当事者は、前項の開示を受けたのちに、調停期日において意見の申述をしたときは、当該事由について忌避を申し立てることはできない。

第49条（担当調停委員の辞任、回避および解任）

担当調停委員は、正当な理由があるときは、センター長の承認を得て辞任することができる。

- 2 担当調停委員は、第47条および第48条に定める場合のほか、調停手続の実施者として公正を妨げるべき特段の事情があるときには、センター長の承認を得て回避することができる。
- 3 センター長は、第47条および第48条に定める場合のほか、担当調停委員が担当する調停手続の実施者として公正を妨げるべき特段の事情のあるときには、運営委員会の決議に基づいて、当該担当調停委員を解任しなければならない。

18)「神奈川県司法書士会」【神奈川県司法書士会調停センター手続実施規程】 (不当な影響の排除)

第7条 本会の役員は、手続実施者に対し、法令、設置規則、この規程その他の定めを遵守させる場合を除き、手続実施者が独立して行う職務に関し、直接又は間接にいかなる命令又は指示を行ってはならない。

- 2 手続実施者は、調停手続に関し、法令、設置規則、この規程その他の

- 定めを遵守し、調停手続の実施に当たっては、何人からも命令又は指示を受けず、中立性を保持しつつ公正にその職務を行わなければならない。
- 3 手続実施者は、調停の実施に当たり、本会の役員及び利用者から、不当な影響を受けた場合には、速やかに、センター長に報告しなければならない。
 - 4 前項の報告を受けたセンター長は、速やかに、不当な影響を排除するために必要な措置を講じなければならない。
 - 5 センター長は、前項の措置を講じるに当たり、運営委員会（運営規程第 4 条に規定する運営委員会をいう。以下同じ。）に意見を求めることができる。
 - 6 本会の会長は、候補者との間で、当該候補者を手続実施者名簿に登載した後、速やかに、第 1 項及び第 2 項の規定を遵守することを約する確認書を取り交わすものとする。

(手続実施者の排除)

- 第 20 条 センター長は、候補者が、次の各号に掲げる事由に該当するときは、利用申込みに係る案件を担当する手続実施者に選任してはならない。
- (1) 候補者が利用者（法人の社員であるときを含む。）であるとき、又は当該案件について利用者と共同権利者、共同義務者若しくは償還義務者の関係にあるとき。
 - (2) 候補者が利用者の配偶者、四親等内の血族、三親等内の姻族若しくは同居の親族であるとき、又はあったとき。
 - (3) 候補者が利用者の後見人、任意後見人、後見監督人、任意後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助人又は補助監督人であるとき。
 - (4) 候補者が当該案件について証人又は鑑定人となったとき。
 - (5) 候補者が当該案件について利用者の代理人又は補佐人であるとき、又はあったとき。
 - (6) 候補者が当該案件について利用者から司法書士法第 3 条第 1 項第 5 号及び第 7 号に規定する相談を受けたことがあるとき。
 - (7) 当該案件について利用申込相談員又は事件管理者として関与したとき。

(8) 候補者が利用者と任意後見契約を締結しているとき。

(9) 運営管理者であるとき。

2 センター長は、選任しようとする候補者に対し、第1項各号に規定する事由がないことを適宜の方法で確認しなければならない。

3 センター長は、手続実施者が前項各号のいずれかに該当することが明らかになったときは、当該手続実施者を解任しなければならない。

4 センター長は、前項の規定により手続実施者を解任したときは、後任者を選任しなければならない。

5 (略)

(手続実施者の忌避)

第21条 利用者は、手続実施者に調停手続の公正な実施を妨げるおそれがある事由があるときは、手続実施者の忌避を申し立てることができる。

2 忌避の申立ては、利用者が前項の事由があることを知った日から15日以内に、センター長又は事件管理者に忌避の理由を記載した忌避申立書を提出してしなければならない。

3 事件管理者が忌避申立書を受領したときは、速やかにセンター長に忌避の申立てがあった旨を報告するとともに、当該忌避申立書を本センターに提出しなければならない。

4 センター長は、忌避申立書を受領したときは、忌避の原因の有無について忌避を申し立てられた手続実施者の意見を聴くなどして事実関係を調査し、速やかに忌避をするかどうかの決定をしなければならない。

5 センター長は、前項の決定に当たり、運営委員会に意見を求めることができる。

6 センター長は、第4項の決定をしたときは、利用者に、決定の内容を通知しなければならない。

7 (略)

(手続実施者の回避)

第22条 候補者は、次の各号に掲げるときには、手続実施者となることを回避しなければならない。

(1) 第20条第1項各号に規定する排除事由に該当するおそれがあるとき。

- (2) 調停手続の公正な実施を妨げるおそれがあると自ら判断したとき。
- (3) 手続実施者となることが不相当であると自ら判断したとき。

2 (略)

(手続実施者の辞任)

第 23 条 手続実施者は、次の各号に掲げるときには、辞任することができる。

- (1) 前条第 1 項各号に該当するとき。
- (2) その他手続実施者を辞任することに正当な理由があるとき。
- 2 センター長は、前項第 1 号に該当する場合であって、当該手続実施者が辞任しないときは、運営委員会の決定に基づき、当該手続実施者を解任することができる。
- 3 前項の解任に当たっては、手続実施者に弁明の機会を与えなければならない。
- 4 (略)
- 5 (略)

19) 【UMA】SECTION 9. (ミディエーターによる利益相反事由の開示 [仮訳])

- (a) (1) ミディエーション受諾前に、ミディエーター候補者は、ミディエーションの結果に関する経済的または個人的な利害関係、当事者または関係者との間における現在または過去の関係など、ミディエーターとしての公平性に影響を及ぼしかねないと考えられる事実の有無を調査しなければならない。
- (2) そのような事実が存在するとき、ミディエーター候補者は、ミディエーション受諾前にその事実を開示しなければならない。
- (b) ミディエーション受諾後にそのような事実を知ったとき、直ちにその事実を開示しなければならない。

20) 【The CPR Mediation Procedure】SECTION 2. (調停者の選任)

「調停者は、当事者が別段の合意をしない限り、CPR 中立人名簿から選任される。もし、当事者が調停者の選任についてすぐに合意できない場合には、当事者は、調停者の調停スタイル、紛争の内容並びに専門性及び地理的条件等についての希望を CPR に告げ、調停者の選任についての

援助を求めることができる。…CPR は、調停者の候補者を推薦する前に、調停者の公平性に疑惑を生じさせても無理からぬ事情の開示を調停者の候補者に求める。この結果、明らかな利益相反が判明した者は推薦しない。候補者から CPR に開示されたその他の事情は当事者に開示される。当事者は、調停者の公平性に疑惑を生じさせる何らかの事情が判明した場合には、当該調停者の選任に異議を述べることができる。…」(キャサリーン・M・スキャンロン著〔東京地裁 ADR 実務研究会訳〕『メディエーター・デスクブック』(三協法規出版、2003 年) 160 頁)。

- 21) スキャンロン・上掲(注 20) 18 頁。
- 22) 山本和彦 = 山田文『ADR 仲裁法』(日本評論社、2008 年) 53 頁〔山田〕。
- 23) ミディエーターの中立性に関して、和田仁孝教授は、「ケア」という概念を用いて、「調停者の役割は、法や規範に準拠して問題解決を行うことではなく、より柔軟で創造的な当事者による解決創出を援助するものとして構築されなければならない、そこでは、単純に両当事者から等距離を保持する構造中立的も、法やルールに基づく中立的な裁断も、必ずしも適合的とはならない…。むしろ、調停者が、その中立性を維持し、争っている当事者から同時に信頼を調達するという困難な作業を実現していくためには、…ケアを提供していくことがひとつの可能な答えであるように思われる。…ケアは、…距離を置いた評価者の視線から優越的・超越的な診断や評価を下す形ではなく、まさに各当事者が何を望み何を問題として見ているのか、それを感受性を研ぎ澄まし、同じ目線で感取しながら、なお溺れることなく自律のための抑制された援助を与えていくのである。…そこでは中立性も、信頼も同時に調達されることになる。なぜなら、一方当事者にケア提供し、それによってその当事者の問題管理能力が向上することは、その当事者による他の当事者へのケアの可能性が生じてくることを意味しているからである。…これは…法や制度の枠組みに逃げ込むことなく、調停という場で中立性を構築していく基盤としての方向性を示す理念に他ならない」という(和田仁孝「調停における中立性とケア」レビン小林久子訳・編『紛争管理論』(日本加除出版、2003 年) 193-202 頁)。

- 24) Stitt, *op cit*, n.3, 42.
- 25) Stitt, *op cit*, n.3, 42. なお、それに続けて、Stitt は、「利益相反の問題は、促進型ミディエーション (facilitative mediation) の場合に比べて、評価型ミディエーション (evaluative mediation) の場合の方がより重大である」と述べるが、評価に際して用いられる基準にもよるであろうが、一般的に当事者の自己決定の及ばない評価の正当性は、当事者の信頼によって基礎付けられる場合があるところ、評価人の中立性は当事者の信頼を獲得するためのファクターのうち、きわめて重要度の高いものといえよう。
- 26) Stitt, *op cit*, n.3, 42.
- 27) 拙稿・前掲 (注 1) 54-60 頁。
- 28) 和田仁孝編『ADR—理論と実践—』(有斐閣、2007 年) 72-76 頁〔中村芳彦〕も参照。
- 29) この点については、和田仁孝「ADR 手続における専門性と法情報—日本型法環境と ADR の機能—」仲裁と ADR 1 号(2006 年)9 頁以下、和田編・前掲 (注 28) 34-50 頁〔和田〕など参照。
- 30) この点については、スキャンロン・上掲 (注 20) 115 頁以下とそこに掲載の諸文献参照。
- 31) 利益相反を事前に回避するための情報収集等のノウハウに関して、会計事務所や法律事務所の大規模化の流れのなかでこの問題をすでに経験した公認会計士や弁護士から学ぶべきであろう。
- 32) ケースマネージャー (事件管理者) は、事件を受けてからミディエーション手続を開始するまでの間に、出席した当事者にミディエーションの趣旨を説明したり、期日を設定したりするなど、事件管理 (case management) を行う。田中圭子「ADR 機関におけるケースマネージャーの役割」月刊日本行政 426 号 (2008 年) 1 頁以下など参照。
- 33) これを「忌避申立て」と表現することもできようが、それでは裁断型手続の場合と変わらない印象を与えかねない。本稿では、ミディエーションにおける手続実施者の中立性の問題は当事者間の自己決定に委ねられるべき事項であるということを強調するために、忌避等の裁断型手続における用語を意識的に回避している。

- 34) John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, pp.84-87.
- 35) 小島武司「正義の総合システムを考える」民商法 78 卷臨時増刊号 3 <末川博先生追悼論集> (1978 年) 1 頁、同「正義の総合システム再考」曹時 41 卷 7 号 (1989 年) 1805 頁 [同『裁判外紛争処理と法の支配』3 頁以下 (有斐閣、2000 年) に所収]、Takeshi Kojima, “A Planetary System of Justice —Conceptualizing the Relationship between Litigation and ADR—” in *STORIA E METODOLOGIA E PRINCIPI GENERALI* (Studi in Onore di Vittorio Denti), Vol.1 (CEDAM 1994) 449-466 [T. Kojima, *CIVIL PROCEDURE and ADR in JAPAN*, Tokyo, Chuo Univ. Pres, 3-18 (2004) .] など参照。なお、ミディエーションと正義の総合システムについては、小島武司 = 小林学「ADR の新たな『魅力』—ミディエーション・モデルの可能性—」月刊日本行政 422 号 (2008 年) 15 頁も参照。
- 36) ミディエーションが当事者間の対話によって自主的な合意形成を目指すことと、その合意形成に法的規準や何らかの公正な規準を用いることは決して矛盾するわけではない。たとえば、当事者間で対話を進めるうちに、両当事者がある法的規準の合理性に納得して、これを用いて合意に至ることは十分考えられる。つまり、紛争解決規準は複数存在しており、それを用いるか、用いるのであればどれによるかは両当事者の選択 (自己決定) によるのであって、法的規準が選ばれることも珍しいことではない。選択された法的規準は、当事者によって咀嚼された具体的規範として作用するのであり、法は、当事者の内側から形成されるそうした自律的な規範を生み出す基盤ないし背景として位置づけられようか。なお、当事者の選択の範囲は、私的自治の原則によって限界付けられるため、具体的には公序良俗 (民法 90 条) および強行法規 (民法 91 条) という視点から法的規準が消極的な意味で問題となることがあり、これに関してはミディエーションにおける法情報の提供の問題などの独自の検討を要することになる。
- 37) 現在のところ、ミディエーションの理論的基礎は、心理学に基づくカウンセリングやコミュニケーション論、あるいは、経済学的分析に依拠した交渉理論などの研究成果に求められるが、今後は、さまざまな学問

分野、とりわけ、教育学、脳科学、さらに、文学など人間の可能性に光をあてる研究領域との連携により、さらなるメディアーションの理論的発展およびその技術の刷新が期待される。

(こばやし まなぶ・本学法学部准教授)