

資料

アメリカにおける代替的紛争  
解決—調停 (Mediation)

—その概観とミニ・トレーニング

ジョン・バーキー  
田邊 誠(訳)

〔著者紹介〕 John BARKAI: ハワイ大学ウィリアム・リ  
チャーズン・ロー・スクール教授, B. B. A. 1967, M. B.  
A. 1968, J. D. 1971, ミシガン大学

—はじめに

「アロン」というのが、ハワイでの挨拶です。皆様に対する講  
演の機会を与えていただいたことに感謝いたします。わたくし  
は、A D R (Alternative Dispute Resolution) すなわち、代替的紛  
争解決についてお話ししようと思つます。<sup>(1)</sup>

「ここで、教授は一枚の絵(略)を提示する」これは、いわゆる  
「だまし絵」です。「事実」は同じでも、いろいろな見方があり  
ます。黒沢明の映画「羅生門」でもわかることですが、物事の  
見方はひとつだけではないことを皆様知っていただきたいと思  
います。

まず、私のこれまでの経験についてお話ししましょう。  
私はハワイで、紛争解決・刑法・証拠法、そして国際商事取引  
の講座を担当しております。その大部分は「臨床的な」講義で  
す。臨床的な講義においては、「実践を通して学ぶ」ことが最も  
大切です。臨床的な講義では、学生は法律家になったつもりで  
行動し、その技術を実践的に習得するのです。

私の臨床的な講義の中には、「検察実習」もあります。そこで  
は、学生はホノルルの裁判所で実際の刑事事件の訴追を行いま  
す。そして、「交渉と代替的紛争解決」の講義では、学生は模擬  
の交渉・調停・仲裁を行います。また、今年の夏には、特に日  
本との交渉に重点をおいて、国際的交渉に関する講義を行いま  
す。これはハワイ大学ビジネス・スクールで新しいJ E M B A  
(日本に重点をおいた上級経営管理学修士)のプログラムの一部とし  
て行われます。

日本の法学教育に関する私の理解によれば、日本の法学部に  
は、臨床的な講義がないようです。日本においては、民事訴訟  
の講義の一部としてA D Rがありますが、これは「臨床的」で  
はありません。日本では、法律家の技術は司法試験に合格し、  
司法研修所に入った人々に授けられます。

今月の初め、私はミクロネシア連邦のコスラエ (Kosrae) 州  
で、ミクロネシアで初めての調停の実習を行いました。この実  
習は、土地紛争の解決に重点をおいたものでした。これは、通  
訳者を介して行いました。本日も私は、必要ならば通訳を介し

料  
て、調停の実習を行ってみたいと思います。

資  
本日、私は、二つのことを行います。まず、皆様は、ハワイの地域社会における調停の基本的なモデルをご紹介します。そして、また、アメリカの臨床的な法学教育の体験をしていただきたいと思います。

最初に、ハワイの調停の基本的なモデルについてお教えいたします。次に、私がロー・スクールで、地域社会で、実務研修で、そして、最近ではミクロネシアのコスラエの裁判所及び土地委員会(Land Commission)で、というように、これまで何度も行ったと同様の、調停のロール・プレイ(役割練習)を行っていただきます。

臨床的教育方法、すなわち、「実践を通して学ぶ」方法を、法学部の教育方法として受けるのは、皆様の中の何人かにとっては初めてのことかもしれません。しかし、これは大変に効果的で、記憶に残りやすい方法です。一例をお示ししましょう。

私がするように、胸の前で腕を組んで下さい。次に腕の組み方を変えて下さい。いま、あなたは腕組の新しい仕方を書いてみました。たとえば、変な感じがするとしても、あなたは新しいやり方を会得したわけです。新しいやり方を学ぶことには違和感があるかもしれません。しかし、違和感があることが、すなわち、それがまずいやり方だということを意味するわけではありません。このことを理解することが大切です。

腕の組み方についていえば、そのいずれかのやり方が他より

も優れているということはありません。しかし、我々のほとんどは、どちらかの方法がより落ち着きがいいと感じます。私はいから、ハワイの調停モデルを用いて、日本におけるとは異なる紛争解決の方法を皆様にお示ししようと思います。この調停が、皆さんがすでに行っているものよりも優れているというわけではありません。新たな方法を学ぶことで、これまでには味わったことのない感じを得られることを保証いたします。

## 二 調停の理論 (Mediation Theory)

調停は、合衆国におけるADRの中心です。まず、いくつかの用語について定義を示しておくのが有益でしょう。

訴訟 当事者が紛争を裁判所に持ち込み、裁判官または陪審員が判断を下します。

代替的紛争解決 (ADR)

裁判所における訴訟以外の紛争

解決の方法を指します。調停・仲裁、そして、交渉もすべてADRです。「代替的」というのは、どういう意味でしょうか。何に対する代替なのでしょう。事件が裁判所に提起される場合でも、裁判官または陪審員の判断が示されるのはわずかです。たとえば、ハワイでは、裁判所に提起されるのはわずかです(陪審員の評決)で決着がつけられるのは、5%にすぎません。また、判決に至るのは民事事件の3%、刑事事件の8%だけです。ほとんどの事件は当事者間の交渉で解決されます。

仲裁 仲裁人と呼ばれる中立の第三者が紛争について判

断を下します。この「私的裁判官」の判断に対しては、通常、不服申立てはできません。両当事者はこの判断に拘束されます。

**交渉** 紛争の当事者が、みずからの紛争を解決するものです。

**調停** 調停者と呼ばれる中立の第三者が、紛争をめぐる両当事者の交渉を助ける方法です。調停者には紛争を解決する権限はありません。紛争の当事者が、交渉を通じて、みずから紛争を解決するのです。

調停者は、当事者の交渉を助ける中立の第三者です。調停者は当事者間のコミュニケーションを制御し、互いが効果的に交渉できるように手助けをします。調停者はこの役割を果たすために、コミュニケーションの基本的な多くの技術を駆使します。新しく調停者になった人は、自己の判断を差し控えながら当事者の手助けをすることに、しばしば困難を覚えることになります。

調停者には判断を下す権限がないということを、肝に銘じておくことが重要です。調停はある意味で、当事者対審構造(adversarial system)に内在する問題点に対する解決策です。裁判所の手続は、時間がかかり、費用がかさみ、堅苦しいものがあり、弁護士が必要のために高くつき、しかも当事者の一方が非難するものと見られています。

裁判所は、紛争当事者に調停を試みるように求めることはできませんが、当事者は紛争を調停で解決しなければならないわけ

ではありません。調停の利用は任意なのです。

調停は、これまで全くなかった新しい手続ではありません。調停には数百年の歴史があります。ADRの動きは、古くからある一連の考え方を取り上げて、それに生氣を吹き込んで、新たな装いを与えるものです。

調停は厳密な科学ではありません。むしろ、それは、技術的な形式です。決まったルールのない非公式の手続なのです。それは、コミュニケーションと交渉と前向きの問題解決との組み合わせです。

合衆国では、人々はトレーニングを経て調停者となります。ボランティアの非法律家を調停者とする地域社会の調停プログラムでは、トレーニングは特に重要であると考えられます。調停者になるにあたって、年齢はほとんど関係がありません。私は四五歳ですが、国によっては私の年齢では、有能な調停者となるには若すぎるとされるでしょう。

このように、国によっては、調停者になるためには、年齢・人生経験・地位または権力が問題とされます。昔ながらの紛争解決形式を維持している社会には、実際には仲裁や調停といった方式を利用していないところも多いでしょう。そのようなところでは、年長者・族長・「大物」あるいは共同体の中で、とくに尊敬を受けている人が当事者の紛争について事情を聴取して、特定の解決を強力に勧めます。そして、紛争当事者は、調停者の権力または地位に敬意を表して、その「調停者」の解決

### 三 調停の実習

調停の理論は以上で十分です。それでは、実践を通して学ぶことを始めましょう。調停者は何をするのでしょうか。調停者は湖の上を泳ぐアヒルのようなものです。アヒルは水面を滑るように見えますが、その足は前に進むために水面下で忙しく動いているに違いありません。

調停者の役割としては、次の四つが重要です。

- (1) 当事者から紛争の事情について聴くこと
- (2) 当事者が交渉をして合意に達するのを助けること
- (3) 当事者間のコミュニケーションを制御すること
- (4) 両当事者出席のもとに話し合いの場を持つこと、また、当事者ごとの個別面談をすること

調停には、二つの主要な段階があります。すなわち、情報収集の段階と交渉の段階です。新しく調停者になった人のほとんどは、最初の情報収集の段階に十分な時間をかけません。彼らは余りにも早急に、交渉の段階に移ります。

アメリカの地域社会の調停の本質は、

- (1) 当事者間のコミュニケーションを促進すること
- (2) 利益を基礎にした交渉において紛争当事者を手助けすること

にあります。

#### 調停技術の練習 (Skill Exercises) (1)

調停を試みる前に、オープン・エンディッドな質問をするための練習をしてみましょう。これは、調停の第一段階で用いる、非常に重要な技術です。このような概念は日本にもあるのでしょうか。OPEN ENDED and CLARIFYING RESPONSES (別紙A) という表題の頁を開けてください。

#### 別紙 A

調停において、当事者の利害・要求・言い分を明らかにするために用いる、自由回答方式の、事情の解明を促すような応答 (OPEN ENDED and CLARIFYING RESPONSES) 最初の質問をして、その後は追加の質問及びコメントをすることによって、その話題に関するパートナーの考え方をできるだけ深く知るように努めます。注意すべきことは、以下の応答だけを用いることです。応答はどんな順序で行ってもよいし、繰り返してもよろしい。

#### 最初の質問

「これからの一〇年間で、日本が直面する最も重要な問題の一つは何だと思えますか。」

#### 以後の応答 (順不同)

「それについてもう少し話して下さい。」

「どういう意味ですか。」

「どうしてそうなるのですか。」

「どうすべきであると思えますか。」  
『……』とは、どういう意味ですか。」  
「それについてどう感じますか。」  
「それはなぜですか。」  
「それは、あなた自身に対してどんな影響を与えますか。」

### 調停技術の練習(二)

次に、調停の第二段階、すなわち、当事者の交渉を助ける段階で非常に有用なブレイン・ストーミング(創造的集団思考法)の技術を見てください<sup>(4)</sup>。ブレイン・ストーミングは、当事者が紛争についてみずから解決を見出すための手助けをするものです。「これからの一〇年間で、日本が直面する最も重要な問題の一つは何だと思えますか。」という問題に戻ってみましょう。あなたのパートナーがブレイン・ストーミングによって答えを見出すのを助けるために、次の三つの質問を試みて下さい。

「他にはどうですか。」  
「他にはどうですか。」  
「他にはどうですか。」  
もう少し完備した調停モデルは、少なくとも四つの部分から成ります。

(1) 導入 (2) 情報の収集 (3) 交渉への手助け (4) 合意の形成  
四段階の調停モデル (The 4 Part Mediation Model)  
以下に挙げるのは、本格的な調停手続についてのより完全な概観です。最初の導入の顔合わせの後、調停者は両当事者出席の話し合いと、一方当事者ごとの個別面談とを繰り返し行います。

### (1) 導入

各人の紹介

調停手続についての説明

調停者が、解決するのではなく、解決するのは両当事者であること

調停者は中立であること

調停者は秘密を厳守すること

信頼の構築

コミュニケーションの制御

感情の融和

(2) 情報の収集

両当事者による紛争の事情についての説明

自由回答方式の、事情を明らかにするような質問

各当事者との個別面談

事実の認識

感情についての認識

紛争の経過についての認識

個人的な動機、両当事者の要求、地位と利害との対立、個性の衝突

交渉者の背後にあるものについての認識

「なぜか」という問いかけ、理由の追求

(3) 交渉への手助け

複数の争点間に優先順位をつけることに関する手助け

当事者のブレイン・ストーミングによる解決への手助け

楽観的かつ前向きな対処

解決の示唆は、行うとしても、調停のごく遅い段階で行うこと

当事者の「顔」を立てること

調停者の判断を示さないこと

(4) 合意の形成

効力を生じるために必要かつ十分な明確性を備えた合意の形

文書化した執行可能な合意が必要か、握手・謝罪が必要かという問いかけ

成

#### 四 調停の実践——友人間の金銭の貸借

(バーキー対ミラー)

「参加者には、事実関係を示した、次のような書面が配付される」

友人間の金銭の貸借

事実 バーキーは、ミラーに対して、五万円のお金  
支払請求の訴訟を提起した。ミラーは五万円を貸したが、  
返済がないというのが、バーキーの主張である。

ミラーとバーキーは、数年前からの友人である。二人は  
少額のお金を貸し借りしてきたが、一年以上前に、バー  
キーはミラーに多額のお金（バーキーは五万円程度であったと  
主張するが、ミラーは約三万円程度しか借りた記憶がないという）  
を貸した。この点に関して、二人の主張は一致している。  
ミラーは、バーキーがそのお金を返してもらいたがって  
いるとは知らなかった、と主張している。これに対して、バ  
ーキーは、ミラーがそのことに触れるのをさげている、と  
主張している。

先週、バーキーは、ミラーの事務所に行って、数人の人  
がいる前で、貸金の返済を求めた。ミラーは、バーキーに  
そこから出て行くように求めた。バーキーは、「裁判沙汰  
にする」と脅かした。バーキーは訴訟を提起した。  
裁判官は、トライアルに行かずに解決するように努力す  
べきだと言ったが、二人はまだ大変に憤慨している。

#### (一) 訴訟

調停というADR手続を試みる前に、訴訟ならばどうなるの  
かを見ましよう。まず、バーキーが、そして、ミラーが、あな  
たに各々の言い分を示します。あなたは裁判官です。あなた

決定及びその根拠を、単語二五語以内で書いてください。書き終わったら、それを私に渡して下さい。

(二) 調停

それでは、調停の試みを始めましょう。皆さんは四人のグループを作ってください。各グループの中で、二人が調停者になります。我々はこれを「共同調停 (co-mediation)」と呼びます。あとの二人はパーキーとミラーの役を演じます。グループの中で最年長の人と最年少の人が調停者の役割を演じて下さい。各人はそれぞれの指示を書いた書面をもって下さい。他の人には、その指示を見せないようにして下さい。

「参加者には、それぞれの役割に応じて、次のような書面が配付される」

ミラー「秘匿すべき事実」

以下の事実は、最初の面談の際に、パーキーに告げてはならない。以下の事実は、調停者との初めての顔合わせの際に、当該紛争に関して質問を受けたときに、調停者に話すべきである。

パーキーがあなたの事務所を訪れて厄介なことを持ち出したとき、あなたは驚き、かつ、腹を立てた。「そんなことは、しなくてもよかったはずだ。」パーキーは、この問題についてあなたと内密に話し合いをすべきであった。パーキ

ーは、あなたに謝るべきである。確かにあなたは、何がしかのお金を借りている。あなたは、少なくとも三万円借りた覚えがある。あるいは、それ以上の金額かもしれない。あなたは、自分の借金を返すために、そのお金が必要であった。

あなたはお金を困っているが、月五千元は支払うつもりである。あなたは、友人関係を壊さずに、この問題を解決できることを願っている。

パーキー「秘匿すべき事実」

以下の事実は、最初の面談の際に、ミラーに告げてはならない。以下の事実は、調停者との初めての顔合わせの際に、当該紛争に関して質問を受けたときに、調停者に話すべきである。

ミラーの事務所に行って、返済を要求したのは、やりすぎだったかもしれない。あなたはお金に困っていて、すぐにそのお金が要る。あなたは、いまずぐに、少なくとも二万円必要で、二カ月以内に残りのお金が必要になる。あなたの妻は何週間も前から「ミラーさんの所へ行ってお金を返してもらいなさい」と言っている。あなたはもう、このことについて妻からうるさく言われるのがいやになっている。それに、ミラーは、実際にあなたからお金を借りてい

なのだ。

ミラーから、事務所から出て行けと言われて、あなたは当惑した。その金を返せない理由も聞かされていないので、あなたは憤慨している。しかし、この問題さえ解決できれば、ミラーとの友人関係を維持したいと思っている。

あなたは、銀行から二万五千円を引き出したことを示す銀行のレシートを持っている。

そして、ミラーには、確かに現金であと二万円ないし二万五千円を渡したはずである。

### 調停者

この紛争を解決するために、四段階の調停モデルを用いる。あなた以外にも共同の調停者がいる場合には、調停の各段階でそれぞれが何らかの役割を果たすようにする。

#### (1) 導入

各人の紹介

調停の系統についての説明

私は、解決するのではない、中立で、秘密を厳守する

#### (2) 情報の収集

紛争について両当事者から説明を受ける

自由回答方式の (open-ended)、事情を明らかにするいく

つかの質問

各当事者と個別に面談する

事実・感情・紛争経過・要求・利益状況・各人の言い分について尋ねる

それぞれについて、その理由を尋ねる

当事者間のこれまでの関係及び将来の関係の見通しについて尋ねる

#### (3) 当事者の交渉(話し合い)の手助け

当事者のブレイン・ストーミングによる解決を助ける  
客観的に、前向きに対処する

当事者の「顔」を立てる

結論を判断してはいけない

#### (4) 合意の形成

明確な合意を得る

問いかけ「いつ、どのようにしてお金を返すか。」

それでは、調停を始めて下さい。調停を試みる時間は二〇分です。その後で、調停内容について議論をしましょう。決着がつかなくても、気にしないで下さい。

#### (三) 結果聴取のための質問

合意に達したのはどのグループですか。<sup>(5)</sup>

それはどんな合意かを単語二五語以内で述べて下さい。

別のグループの方々も、合意について教えて下さい。

解決を示唆したのは誰でしたか。



調停者の方に聞きます。当事者に共通していた利害は何でしたか。

合意に到る過程での問題は何でしたか。

その問題をどうやって克服しましたか。

あなたが、次に調停を行う人に対して一番助言したいことは何ですか。(7)

## 五 ハワイ及び合衆国におけるADRの利用(7)

ハワイでは、ADRは、裁判所・地域社会・学校・行政機構及び商取引において利用されています。合衆国において、調停が主として利用されるのは、離婚、とりわけ子供の監護や訪問権の問題についてです。

調停が広く利用され始めたのは、ハワイでは、一九七九年にホノルルの近隣司法センターができて以後です。私は、一九七九年に調停者の最初のグループの一人としてトレーニングを受け、地域社会での調停を行いました(近隣住民間の調停)。

また、私は、約二千万円までの不法行為事件に関して仲裁を行う、ハワイの裁判所に付置された仲裁プログラムで、仲裁人を務め、かつ、このプログラムの評価を行う役目をも引き受けてきました。これは、訴訟に要する費用を節約し、トライアル前の手続の遅滞を緩和することを狙った他に類例をみない計画です。私の研究によれば、これによって、時間と費用の両方が節約できましたが、節約の程度は大方の人々の予想を下回るも

のでした。これは、合衆国における最も興味深い研究のひとつであると思います。この研究では、訴訟での実際の出費額についての「確かなデータ」を集めました。プログラム評価のための作業のほとんどは質問による意見の聴取でした。訴訟費用についてのデータがそろう前の、初期の評価の結果は、広島法学に公表されています。(8)

ADRの利用で最も興味深いものの一つは、いわゆる「グループ形成の促進」または「話し合いの場の運営」です。調停の技術を用いる人々は、相反する利害を有する人々のために話し合いの場を設けます。過去六ヶ月以上に渡って、私は、ハワイの五つの公益事業(電気・ガス)を含む二〇の異なる組織を代表する約四〇人の中の、グループ形成を促進する役割を担ってきました。これらの事業を規制するハワイ公益事業委員会は、これら公益事業に対して、今後三〇年間に渡る事業運営計画を提出するように要求しました。この「協力手続」に加わるグループはあと一五グループあって、それは、環境保護グループ・私企業の地熱開発業者のような第三者的なグループ、及び、連邦・州ならびに地方政府のグループです。

アメリカ仲裁協会では、調停は仲裁の前に用いられます。

調停については、学校でも教えられています。小・中・高校の生徒は、生徒間のもめごとを調停で解決することを教えられます。これは将来への大きな期待を持たせる試みです。

ハワイではまた、略式陪審審理(summary jury trial)ミニト

ライアル、非常勤の裁判官 (Cent. Judge)、調停仲裁 (mediator) といった、伝統的なADRも行われています。

以上のADR及び調停に関する概観が、合衆国のADRに関する皆様の理解の助けになれば幸いです。ハワイ及び合衆国における調停及びその他のADRの、以上に述べた以外の用いられた方についても、お話しすることにやぶさかではありません。また、日本におけるADRについて、とりわけ日本人との交渉に関する皆様の考えをお聞かせいただければと存じます。ありがとうございました。

(1) 本稿は、平成三年五月二三日に、広島大学法学部で行われた講演の原稿の翻訳である。実際の講演は、時間の関係で一部を省略して行われたが、講演者の意向にしたがい、もとの原稿を翻訳する。

(2) 見方によって、若い女性と老婆の両方に見える多義図形 (ポリングの『嫁か舅か』と呼ばれる) が呈示された。

(3) 教授は、調停者が紛争に関する情報を当事者から聞き出すことが重要であることの例として、オレンジをめぐる姉妹の争いという有名な寓話を引用する。この寓話については、たとえば、ロジャー・フィッシャー・ウィリアム・ユリー (金山宣夫・浅井和子訳) 『ハーバード流交渉術』八八頁・一一三頁 (一九八二) 参照。

(4) 参加者に配付された資料の中でこれに関連するものとして、次のような内容の別紙Bがある。

別紙B 調停の技術

ブレイン・ストーミングの技術

個別面談において、A氏を助けるためにB氏にできることは何かをA氏に尋ねる。回答があったら、それ以外にないか

を尋ねる。同様の過程をB氏との個別面談においても繰り返す。

個別面談における質問

(1) 「この問題に関してあなたを助けるためにB氏にできることは何ですか。」  
 「そのほかにはどうですか。」  
 「そのほかにはどうですか。」  
 「そのほかにはどうですか。」  
 (2) 「この問題に関してB氏を助けるために、あなたには何ができますか。」  
 「そのほかにはどうですか。」  
 「そのほかにはどうですか。」

(5) 当日は、四つのグループのうちで三つのグループが合意に至った。

(6) 参加者の感想として多かったのは、調停者はどうしても自分の判断を示したくなってしまうことであった。この点で、参加者はいずれも、判断を下さない調停者の立場の難しさを再認識させられた。

(7) ハワイにおけるADRに関して言及するものとして、小島武司編著『調停と法』二五九頁以下 (一九八九)。

(8) ジョン・パーキー・ジョン・カッスバウム (紺谷浩司訳) 『ハワイ州における COURT-ANNEXED ARBITRATION について』広島法学一三巻三号一三三頁以下。

(9) 小島編著・前掲二六九頁では、「MEDARB」とされている。

(10) なお、参加者には、以上に挙げた書面以外にも、次のような書面が配付された。

別紙C

調停から得られる利益は何であらうか。

紛争解決の他の方式に比べて調停が優れている理由として挙げられる典型的なものは、調停は裁判に比べて迅速であること、及び、調停は裁判に比べて安価であることである。人々は、押しつけられた合意よりも、自らが形成に関与した場合の方をより良く履行する。

調停は、しばしば当事者間の関係を回復させることができる。調停は、どのような点で他の紛争解決方式と異なっているであろうか。

(1) 調停者は、紛争をより深く知るため、自由回答形式の多くの質問をする。

(2) 調停者は、解決を示唆するのではなく、当事者がブレイン・ストーミングによって解決を探る手助けをする。

(3) 調停者は、当事者が自ら見出した解決であれば、自分では最良の解決とは思わない場合でも、それを受け入れる。