

# シルヴィア・バローナ-ヴィラル 「代替的紛争解決制度（ADR）の法的分類と 訴訟法の発展への影響」

河野 憲一郎 訳

## 【訳者前注】

本稿は、Silvia Barona-Vilar, *Die Eingliederung der Alternativen Streitbeilegung („ADR“) in die Rechtsordnung und ihr Einfluss auf die Entwicklung des Prozessrechts* の全訳である。原著は、2013年春に出版されるドイツ・フライブルク大学のロルフ・シュトゥルナー教授の古稀記念論文集に著者が献呈した論文とのことである。ドイツ語で著わされているものの、著者のシルヴィア・バローナ-ヴィラルは、スペイン人であり、現在ヴァレンシア大学教授、同大学副学長の要職にある。この論文において論じているのも、主としてスペインにおける訴訟法と代替的紛争解決制度（ADR）の現状についてである。

今日の価値観の多様化した社会にあつては、紛争の解決にあたってADRの果たすべき役割がますます重要になってきているが、ヨーロッパにおいて、そうした潮流をもっとも典型的には表わしているのは、いわゆるEUミディエーション指令（Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen）の制定と各加盟諸国におけるその国内法化である。このようなヨーロッパでの動きの中にあつて、とりわけ注目に値するのが、各加盟諸国の間でのミディエーションをはじめとしたADR手続の「調和」の動きであり、そして、そのような国際的な「調和」の動きが、翻って各加盟国におけるそれぞれのADR手続の理論的な精緻化へとフィードバック

クされている点である（なお、こうした動き全般についての注目すべき文献として、Carlos Esplugues/José Luis Iglesias/Guillermo Palao (ed.), *CIVIL AND COMMERCIAL MEDIATION IN EUROPE Vol. I*, Intersentia, 2012 を挙げておく）。

伝統的にわが国の民事訴訟法学においては、比較法研究の対象といえば、ドイツ法およびアメリカ合衆国法を中心に、フランス法、イギリス法に限られており、殊にスペイン法については、日本法と直接的な母法関係に立たないこともあって、ほとんど顧みられることはなかった（そうした中での稀少な例外として、カルロス・エスプルーゲス<sup>〔ママ〕</sup>-モタ=シルビア・バローナ<sup>〔ママ〕</sup> ビラール編『スペイン民事司法制度』（慈学社出版、2009年）が挙げられる〔ただし、本文は英語〕）。しかし、今日の国際化された社会にあっては、EU 全体の司法制度全般をめぐるダイナミックな動きを把握しておくことは、各加盟国の訴訟法や ADR 制度を理解する上で必要不可欠であるし、その際に、EU 全体というモザイク石の一石として、スペインでの司法制度ないし全体としての紛争解決システムをめぐるアクチュアルな動きについても注目する必要がある。

本稿では、スペインにおける民事訴訟法学の発展と今日スペインにおいてますます重要な意味を有してきている ADR の学問的な基礎について、限られた紙幅においてではあるが、論じられている。

\* \* \*

## I. スペインにおける訴訟法の発展についての一般論：

### 訴訟に関する法廷実務から訴訟法へ

スペインの大学教育において、学科としての訴訟法は、直線的にも統一的にも発展してはこなかった。それは最初に「法廷実務」として 1802 年に大学教育に、続いて 1807 年のカリキュラムの中に現れた。その時期、学生は、演述の様式と裁判所での振る舞い方を、したがって裁判上の実務を学んだ。こ

の学科の絶え間ない名称の変更は、法学におけるカリキュラムの内容にとっての帰結に帰着したが、それは責任の移り変わりに存するのではなく、内容の変容に帰せしめられなくてはならない<sup>1)</sup>。したがって、19世紀には「法廷実務」という概念は「裁判上の手続様式」へと改まり、そこでは「手続」が焦点になっている。

名称の変更は、本質的にはアカデミックな理論上の変更にしたがっているが、それは政治的にはフランス革命に、そして法的にはナポレオン民法典に遡るものであった。法律が、裁判所ではどのように弁論がなされなくてはならないかについての意識的かつ詳細な叙述を含んで以来、そのことは手続法からの実体法の識別——そして独立——を惹き起こした。1855年のスペイン民事訴訟法 („Ley de Enjuiciamiento Civil“, 以下「LEC」とする。)は、フランスから影響を受けていたスペインにおけるこの時期に由来している。法典の編纂がされたことは、最初の、碩学たちによって執筆された法律注釈書にとっての基礎であった。フランス人とスペイン人がその法典を「注釈した」のに対して、注釈されるべき法典の存在しなかったドイツの法理論は、手続形式の外の訴訟上の諸問題の起源のことを問うた。かくしてヴィントシャイト (Windscheid), ムーター (Muther), フォン・ビューロー (von Bülow), ヴァツハ (Wach), コーラー (Kohler), ヘルヴィヒ (Hellwig), ザウアー (Sauer), キッシュ (Kisch), ゴールドシュミット (Goldschmidt), ローゼンベルク (Rosenberg) 等々のごとき訴訟法の人物たちに遡る偉大な理論が成立した。これらの理論は直接的あるいは間接的にイタリアの法理論に普及し、訴訟法の成立にとっての基礎を固めた。キョヴェンダ (Chiovenda),

---

<sup>1)</sup> この学科の歴史的発展については、J. Montero Aroca „*La herencia procesal española*“, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994. さらなる文献については、M. Peset Reig, “*La Universidad española de los siglos XVIII y XIX. Despotismo ilustrado y revolución liberal*”, Madrid, 1974, ならびに “*La recepción de las órdenes del marqués de Caballero de 1802 en la Universidad de Valencia*”, *Revista de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Valencia*, Saitabi, 1969, S. 119-148.

カルネルutti (Carnelutti), カラマンドレイ (Calamandrei), レデンティ (Redenti) といった偉大なイタリア法の碩学とその後継者たちは、スペインの碩学たちが引き受けたのとは異なるアプローチを追求した。このイタリアとドイツからの影響によって、スペインでは、スペイン訴訟法を作った最初の訴訟法学者であるフランシスコ・デ・ベセーニャ (Francisco de Beceña) によって「訴訟法学」が成立し<sup>2)</sup>、これにプリエート-カストロ (Prieto-Castro), アルカラ-ザモーラ (Alcalá-Zamora), ガスプ (Guasp), ゴメス (Gómez), オルバネージャ (Orbaneja), ファイレン (Fairén), その他が続いた。この段階においては、基礎的概念としての体系的方法が、(訴訟当事者, 訴訟行為, 手続原則, 手続段階および手続作用についての学問的研究を伴った) 訴訟法理論にとっては決定的であった。訴訟法はそのようにその実体法からの独立性を達成したのであり、— それは後にさらに重要になるが — 激しい議論の対象となるところの独自の法制度にもなったのである。

法秩序のこの領域における訴訟法学者の功績は、**モンテロ** (Montero) も強調しているように明白である。それは訴訟法の独立性を創り出し、かくして、もはや擁護することのできない実体法への従属を終焉させた。それによってこの学問領域は公法へと組み入れられ、それをもって新たな、現実に適合した道が開かれた。さらに、この展開と大いなる学問的努力によって、より多くの正義を追求する法的手段が作り出された<sup>3)</sup>。**モンテロ**は「訴訟法」から「裁

<sup>2)</sup> たとえ彼が教科書を公刊していなかったとしても、彼の、コンプルテンセ大学の学部学生たちによって収集された「民事訴訟法ノート (*Notas de derecho procesal civil*)」は、彼のイタリアとスペインの法文献についての優れた知識を証明している。彼にとって訴訟は社会的現実であった。訴訟法はその規律に還元されるのであり、それは権利保護の要件、条件、内容、形式および効力に関する諸規定の総体として定義される。裁判官と裁判所の構成は民事訴訟の独立した要素とみなされる。これについては、„*Notas del derecho procesal civil*“, hrsg. von Perales und Enciso, Madrid, 1932 (lithografierte Ausgabe), S. 13-14 ならびに J. Montero Aroca, „*Aproximación a la biografía de Francisco Beceña*“, in „*Estudios de Derecho Procesal*“, Barcelona, Bosch, 1981, S. 603 を見よ。

<sup>3)</sup> J. Montero Aroca, „*Derecho Jurisdiccional I*“, Parte General, Bosch, 2. Aufl., Barcelona, 1989, S. 29.

判に関する権利」への歩みを防御し、その際に単なる概念の変更が重要なのではなく、別の、この国家権力、すなわち司法と市民の権利の間の関係にとっての非常に深遠な概念理解が重要なのだということを示した。司法権力がもはや執行権における公行政の一部ではないということを不可避にした変化が重要である。かくして司法は、一国における政治的権力の真の担い手として、その存在を取り戻した。かくして司法の独立が強化され、特に司法の前での市民の権利は、国家権力に従属しなければならない臣下は存在せず、その権利を尊重するように国家に要求する市民のみが存在するにすぎないという基本的な礎によるべきであるという理解が確認された。したがって、国家権力が市民に奉仕すべきなのであって、その逆ではない。したがって、訴訟は、司法にとってはその機能を履行するための手段であり、市民にとってはその権利を効率的に実現するための手段である。それゆえ訴訟はそれ自体が目的たりうるわけではなく、権利保護のための手段であるにすぎない。

## II. 代替的紛争解決 („ADR“) の法秩序への組み込みと 民事訴訟法へのその内容的な影響

市民の欲求、社会的かつ政治的要求ならびに、部分的には人々の社会的、文化的かつ経済的發展の中に存する、あらゆる種類の法律関係での社会的紛争の潜在性の増大は、法システムそれ自体が明らかに拡大した原因であり、それはいつでも、多くのこれまで知られていなかった法律関係の把握を内容としている。このことはいわゆる、そして常に発展している、社会生活全体の「法化」の原因でもある。したがって、さまざまな法システムを市民、集団、法人等々に利用させるさまざまな法的手段の恒常的で一般化された利用が問題となる。これら全ては司法と裁判所の普遍的プレゼンスという結果になり、それらはその力をあらゆる法領域へと拡げているのである。こうした現象が、特別の状況のための具体的解決を必要とするところのコントロールなき争訟の拡散を惹き起こしている<sup>4)</sup>。

裁判所による権利保護と手続のためのさまざまな手段が徐々に導入された。「暗く、周辺の、逸脱しかつ学問的にしっかりとしない基礎」といった概念によって特徴づけられるところの「考えられないことを考えること (*thinking the unthinkable*)」から出発し、一步一步法学部のカリキュラム、大学院課程、専門および博士課程のゼミナールへの普及も見られ、市民の権利保護の可能性にもなっているところのその他のメカニズムが展開している。そこでは異なる速度で、「マルチドア」モデルとしてさまざまな法秩序において市民の権利保護のために導入された権利保護措置が問題となっている。したがって、— 訴訟的に考えて — このような裁判には属さない権利保護措置の展開にもついで効率的な結論も創り出されるべきである。このような背景の下で、その起源、展開および現状の研究が関心の対象である。

### 1. 代替的紛争解決の起源

代替的紛争解決 (ADR) の起源は、アメリカ合衆国および全く一般的にコモン・ロー諸国の 1930 年代までのアングロ・サクソンに典型的な潮流に遡るのだが、それは「法への自由なアクセスのための運動」として特徴づけられるものである。この運動は、各人にとにかく存在する紛争または対立が有効に解決されうる性質の法的救済を利用させることを擁護している。このアプローチは、裁判所と訴訟に対する「代替手段」として成立した<sup>5)</sup>。このための

---

4) V. Hernandez Marti, „*Independencia del juez y desorganización judicial*“, Madrid, Civitas, 1991, S. 165 を見よ：「記述された規律の総体としての法は、より複雑なものとなっている。法規範の範囲は増大している。このことは絶え間なくより多くの規律を創り出しているところの立法者の不合理な傾向に帰せられるのではなく、切に迅速な立法ならびにその絶え間ないアップ・デートを必要としているところの社会の複雑さそれ自体に帰せられる。法律官報とその他の法律の告知に公表された規律は、もはや見通せるものではなく、かつしばしばたいていの法律家たちにとってさえフォローすることはできない。それは良く法律を学ばなかったかもしれない若干のわずかな専門家に帰せられる。」

5) この展開については、以下の筆者の叙述も見よ。„*Solución extrajudicial de conflictos. ADR y Derecho Procesal*“, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, speziell S. 47ff.

基礎は多層的であり<sup>6)</sup>、それは、そこに提起された多くの申立てと訴訟物によって負担加重になっている民事法および刑事法における裁判機関の非効率が存在したことから、予期せざる展開を加速した。裁判所の外で、制度化された形式で正義を追求するところの関係当事者をより強力に組み込んだ紛争解決のためのメカニズムが欠けているという印象は、非常にはっきりしていた。市民が権利保護を付与される手段での法へのアクセスが必ずしも全ての人に保障されているわけではないということは、法システムの内部および全体における明確な欠陥を意味している。

アメリカ合衆国における世界恐慌を伴う 1929 年 10 月 24 日のいわゆる「暗黒の木曜日」と 1930 年代の大不況の間の出来事、アメリカ合衆国の第二次世界大戦への参戦、労働市場の不安定な状況、監獄における状態、人口の変化ならびに経済的かつ社会的諸問題によってこの、そして続く世紀に頂点に達したこれら全ての事情は、第一に、自由意思による、個人的または集団的な、後になって国家が関与するところの紛争解決へと導いた。これら全ての社会的な出来事の最中には、法的リアリズムの中にその基礎を見出し、国家によって与えられた枠組みの外での解決の試みであった、学問的な潮流を生み出した。これらの学問的なアプローチは、本質において、学生運動と国家という枠組みの外で「社会的平和」を考える社会的潮流に関係していた。それゆえに、紛争解決の「代替的」性格が語られている。

時が経つにつれて司法の領域における興味深い議論の展開がはじまり<sup>7)</sup>、こうした議論は、まさにかの司法に対する市民の社会的な不満の諸原因を取扱った。1983 年の連邦民事訴訟規則の改正によって、紛争解決のための裁判

<sup>6)</sup> W. Twining, „Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Angloamerican Jurisprudence: Some Neglected Classics“, *Modern Law Review*, 1993, S. 380.

<sup>7)</sup> 先駆けの 1 人はウォーレン・E・バーガー (Warren E. Burger), アメリカ合衆国最高裁判所裁判官であり、彼は 1976 年に、市民の司法に対する不満の原因を分析するために、いわゆる「バウンド会議」を招集した。全ての参加者が、1970 年代の前半に確認された、量的・質的に増加した法的争訟の中に危険を見出し



外の手続を予定していた規則16条(C)におけるような措置が促進された<sup>(訳註1)</sup>。このことが1990年には民事司法改革法の成立という結果になったのであるが、それによって連邦地方裁判所は、民事訴訟の費用と遅延を減少させ、法領域と事情が許すところではADRの可能性を組み入れるために、自らの提案をまとめ上げることを義務づけられた。それ以来、アメリカ版のADRは現実のものである。その展開はコモン・ローの伝統を有する他の諸国における展開と類似しており、そこではカナダ、ニュージーランド、オーストラリアおよび若干のアジア諸国が、多くの法領域において既にアメリカのものよりも先進的であった。

ヨーロッパ大陸法体系への組入れはゆっくりと実現したにもかかわらず、今日、司法、裁判所および訴訟は、司法と裁判の外の他の手続と並んで存在している。これらのメカニズムは、その大多数が司法に対する補足である。このためには、こうした措置が国内的な局面で自覚されるだけでなく、国際的な機関<sup>8)</sup>またはEUによって、消費者法、民商事法だけでなく、刑法上も被害者保護の領域において与えられるイニシアティブを引き受けることもまた重要であった。

極端な争訟文化から交渉と合意を許容する文化への変遷は、簡単に成し遂げられたものではない。おそらくこうした変遷は、関係人の自由意思をより

---

た。論点の1つは、まさに紛争解決の姿勢と文化における変化に起因し、その原因が裁判の外にある紛争解決方式ならびに利用されえた新たな職業および制度の増加の中にあるところ社会現象であった。これにつき、L. R. Singer, „Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en el ámbito empresarial, familiar y legal“, Paidós, Buenos Aires, 1996, S. 20 参照。

<sup>(訳註1)</sup> 連邦民事訴訟規則16条(C)は、プリトリアル・カンファレンスについての規定である。なお、民事訴訟におけるADRの利用についてはアメリカ合衆国法律集第28編(28 U.S.C.) 651-658条に規定されている。

<sup>8)</sup> ここではとりわけ国連国際商取引法委員会(UNCITRAL)の作業が強調されなくてはならないが、それは1985年に国際商事仲裁手続のためのモデル法を可決し、作業グループ(n. II)は、考えられる「ソフト・ロー」の改革を練り上げ、生命を吹き込み、世界中の40以上の国々がそれを受け入れた。1996年7月7日には1985年の一連の法律の改正が可決され、それはとりわけ仮の権利保護と仲裁合意に関係していた。



どころとするアングロ・サクソン・モデルがはじめに経験した発展段階の結果として生じている。ドイツ、フランス、ポルトガルまたはスペインといった諸国およびラテン・アメリカの若干の国々のような国においては、はじめに一定の領域で、裁判所調停を介して、既にその法秩序において歴史的に根拠を持つところの権利保護手段が作り出された。これに加えて、たしかに手続法的な性質を有してはいるが、訴訟の構成部分ではない権利保護の可能性の多くが、例えば仲裁手続のようなものが、継続的に発展しさえした。それゆえにヨーロッパ大陸法秩序における従来の表面的な ADR の観察は、さまざまな紛争事例の類型に関して存在する ADR の形態全体の体系的かつ一般的研究を必要としている。このような権利保護の可能性が生じうる法領域に属しているのは、国内的および国際的商取引、銀行および金融システム、消費者保護、保険制度、旅行分野、エネルギー分野、建築分野、知的財産権、労働関係、スポーツ、健康、レジャー、一般共同生活の問題、福祉、家族、専門家の賠償責任ならびに一定の刑法上・行政法上の事実関係の諸分野である。そこからの帰結として、実務上さまざまな態様で適用され、それによってその適用領域が非常に拡大したところの ADR の諸形態の雑多な方法が、一般化されるにいたった。したがって、純粋に「裁判所外の」形態を、増大している「裁判所内の」形態から区別している。

## 2. スペインにおける状況

たとえ「ADR」という概念の下で、事件領域、紛争事例、要件および関係人の相違に負っており、法領域に応じて他のものではなくてあるものにより良く投入可能な紛争解決の可能性が包括して取扱われたにしても、目下、調停、ミディエーションおよび仲裁手続が、もっともしばしば問題となる紛争解決手法に属していることは疑いない。

したがって、問題はスペイン法において知られていない手法——あてはまらないもの——が問題となっているかどうかではなくて、基本的な領域へ若干の紛争解決手法を段階的に導入することが、どのような影響を持つかであ

る。すなわち、第一に、司法の改善、簡素化および効率化のための方法論を取り上げている一連の政策的な説明、司法についての戦略文書等を伴うもっとも広い意味での司法の政治的理解においてである。第二に、立法とそれに先行する手続において、そして第三に、アカデミックかつ理論的な領域においてである。

## 2.1 スペインにおける裁判外での紛争解決 (ADR) についての政策的決定

ADR の意義の増大は、スペインにおいては、過去 10 年において、とりわけ中央国家だけでなく、自治州 (*comunidades autónomas*) の官報、決定および提案で示されてきた。そこでは、政策上徹底して、必要な手続保障を伴った ADR を、市民のために司法を改善するため取り入れるという意味が存在した。多かれ少なかれ実施されている仲裁手続とミディエーション手続または調停の単なる確認が問題なのではなく、政策が、これらの紛争解決手続全体を促進され、改善され、そしてますます置き換えられるべきものとして——すなわち単に抽象的にではなく、司法全体の現代化の構成部分として——取扱っていることは興味深い。この包括的な理解が、ADR の新たな叙述手法を示している。以下では、政策的なサイドから示された努力の若干の事例が示される。

1. 司法全体会議 (*Consejo General de Poder Judicial, CGPJ*) の総会の決議による 1997 年 9 月 8 日の司法白書 (*Libro Blanco de la Justicia*) 第 1 章第 3.4 節「法へのアクセス」：目標として調停、和解の締結および仲裁手続を促進することが、そこでは掲げられている。「訴訟回避のための措置」のカタログを導入するための法律提案がそれには付加されており、そこでは仲裁手続の拡充も掲げられている。

2. 2001 年の司法改革のための協定：そこでは「包括的で、一貫した、恒常的で、耐性のある手続形態」の挑戦を「示し、もって市民の権利を適時に保障し、法的安定性を保障することと、……市民の要求にもとづいて設立された統一的で恒常的な解決と 21 世紀スペインにおける現代民主主義社会の

挑戦を諒解させること」が必要であるということが強調されている。項目 19 にまとめられ、「司法の簡素化と促進の特別な重要性」というタイトルで書かれている一連の立法提案には一致があった。ここでは仲裁手続、ミディエーション手続または調停手続といった効率的な紛争解決方式の展開と改善による紛争の回避が強調された。

3. 2009 年 4 月の司法全体会議の司法の現代化のための指針<sup>9)</sup>：提案された法律案は、司法による解決の可能性を改善するための制度上および手続上の改革のための出発点として寄与するものであるが、それは訴訟の準備を減少させ、同時に民事法上および刑事法上のミディエーションを紛争解決のための手段として前進させるという要求を取り上げている。

4. 司法の現代化のための戦略計画 2009-2012：項目 4 でこの計画の重点として市民のための公共サービスの整備が予定されている。このサービスには、項目 4.2.3 「ADR のための新たな措置の展開と導入」に含まれた一連の措置が含まれるとされる。これによれば裁判上の手続に対する代替手段として法的紛争を分離するための手続とシステムを継続的に導入することを許容する、さまざまな機関的かつ立法上の措置を実施することが必要であると考えられている。具体的には、ミディエーション、調停および仲裁手続といった裁判のさまざまな領域における紛争解決方式が、公的制度間の争いを規律するための裁判外の手続と並んで強化された。目標は、一方で現在多くの事例において当事者間の紛争を解決する唯一の可能性として利用できるものであり、他方で社会に新たな問題解決の方式を提案するところの裁判所の「負担軽減」に奉仕することであり、その結果、国家裁判所への道は、最終手段として残ることとなる。

5. 組織と管轄権の規律のための新たな法律のための諸原則の取りまとめのための司法省の専門委員会報告書<sup>10)</sup>：ここでは例えば、ミディエーション、

<sup>9)</sup> 以下でダウンロード可能。

<http://www.icam.es/docs/web3/doc/HojaRutaModernCGPJ.pdf>

<sup>10)</sup> 司法省の報告書は以下でダウンロード可能。

<http://www2.mjusticia.es/cs/Satellite/es/1200666550194/Detalle.html>

仲裁手続および司法機関に前置されるところのプロの行政組織の措置を含む裁判外紛争解決手続の効率的な導入といった同じように基本的な提言が述べられている。

## 2.2 適用可能な法的枠組み

これらの紛争解決手段の若干のものは、例えば、調停または仲裁のごとく、法的観点において長い歴史を有しており、これに対して他のもの、すなわちミディエーションのごときは、比較的最近の規律に依拠しており、依然として非常に大きな立法者による展開の可能性を提供している。

### 2.2.1. 調停

歴史的に考えて、調停は良く機能する訴訟に対しての「理論的共存」を示している。理論的には、調停は歴史的根源にもかかわらず、多くの事例において訴訟をさらに実施しうるために別個に実施しなければならないであろうところの独自の手続へと変遷し、また交渉の文化がわれわれの法システムにおいては欠けているからである<sup>11)</sup>。スペインの法システムにおける歴史の経過の中で展開し、そこから若干の裁判外の制度が受け継がれたところの調停のさまざまな方式の下では<sup>12)</sup>、大部分、裁判所の調停手続が突出しているが、それは LEC (1881) の 460 条乃至 480 条により訴訟の回避のためまたは訴訟前にだけでなく LEC (1881) 692 条により訴額が僅少な訴訟の内部でも実施される<sup>13)</sup>。1984 年 8 月 6 日の法律 34/1984 号にもとづく LEC の改正に

---

<sup>11)</sup> 争訟文化が宗教と関連しているということは明らかであり、それは文化的な枠組みを何百年にもわたって規定した。この意味においてカトリック教会と糾問の影響は、満足の必然性にもとづいて合意を許容し、促進する例えば仏教のごとき他の宗教に対して、強制的な紛争解決——関係人の意思をよりどころとはしない——という結果になる。

<sup>12)</sup> 例えば、土地賃貸借に関する調停委員会、知的財産権の登録所または町の土地占有について公署にて実施される調停である。

<sup>13)</sup> 調停が訴訟係属前に実施される場合には、訴訟の回避が問題となっているのに対して、訴訟係属後の手続中になされた調停は、訴訟の終了を目的としている。

よって、訴訟前の調停が自由意思にもとづく紛争解決方式として導入された。現在の形態におけるスペイン民事訴訟法（LEC/2000）では、第1回期日（audiencia previa）の手段段階の手段中、調停の可能性が開かれている（LEC 415条および428条2項）。

労働裁判権においては、調停手続は労働裁判手続法（LPL）上も63条乃至68条において規律されており、— その後の改正によれば — 対応する行政官庁（IMAC, SMAC）、またはそれを委託された機関での調停の試みを予定している。こうした規律は、歴史的に考えると、裁判所での調停として性質決定されているLPL 84条2項による司法補助官による現代の調停可能性とは独立して妥当する。労働裁判権の規律のための2011年10月10日の新たな法律36/2011号は、前述の調停またはメディエーションと仲裁判断を63条および68条へ引受けた。

刑法においては被害者の刑事訴追にもとづいて追求される名誉棄損罪および侮辱罪の場合に（刑法215条）、刑事訴訟法804条にもとづいて、訴訟のための適法要件として、事前の調停手続の実施が要求されている。調停の試みが奏功しなかったことの証明が提出されなかった場合には、訴訟は不適法である。

### 2.2.2. 仲裁手続

スペインの立法史において、仲裁は非常に大好評を得ている<sup>14)</sup>。その起源はローマ法に遡るが<sup>15)</sup>、仲裁はそこでは一時的に歴史上より大きな、あるいはより小さな意味を持ってきた<sup>16)</sup>。それは1812年のスペイン憲法を含む、あらゆる

<sup>14)</sup> 仲裁手続の歴史についてはA. Meriono Merchán, „*El arbitraje. Estudio histórico jurídico*“, Universität von Sevilla, 1981, 特にS.S. 38-41を見よ。

<sup>15)</sup> M. Wlassak: „*Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*“, in ZSS 25 (1904), Seite 139, Fußnote 1.

<sup>16)</sup> 仲裁手続の史的展開についての概観は, S. Barona Vilar, „*Introducción*“, in: „*Comentarios a la Ley 60/2003, de Arbitraje, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 21 de mayo de 2011*“, Madrid, Civitas-Thompson, 2011 に見ることができる。

る歴史的資料において現実化している。仲裁は、たとえ国家の裁判所での手続が時代とともに成立し、前面へと出て来たことからその実際的意義を失ってしまったとしても、スペインの立法においては一つの現実である。20世紀には立法の領域において再び仲裁への関心が育った。50年のうちに3つの法律が成立し、そのうちの2つが20世紀に、1つが21世紀の初めに、再度の改正を伴うものであった。3つの法律は、共通した政策的理念を追求している。すなわち、民事訴訟法から解放された仲裁を特別の枠組み、すなわち仲裁に関する法律において規律することである。この規律手法は、その法的性質の決定についての重要なヒントを与えている。

具体的には、1953年12月22日の私的仲裁についての法律<sup>17)</sup>、仲裁に関する1988年12月5日の法律36/1988号<sup>18)</sup>および仲裁に関する2003年12月23日の法律60/2003号<sup>19)</sup>が重要であり、それに法律60/2003号の改正と一般国家行政における機関仲裁の規律のための2011年5月20日の法律11/2011号が続いた<sup>20)</sup>。

17) この法律を創案し、仲裁の契約的観念を擁護したのは、J. Guasp Delgado, „*El arbitraje en el derecho español*“, Barcelona, 1956であった。

18) この法律によって、仲裁にとっての、とりわけ一定の法領域における仲裁ならびに、法律上の規準なしにわれわれの法秩序において実施されうところの機関仲裁の形成とっては、規準が与えられている。あらゆる制約にもかかわらず、1988年の法律は一貫した、体系的な仲裁の観念を開いており、それはそれまでスペイン社会においてほとんど認識されてこなかった1つの制度を明らかにするには十分なものであった。法律の施行後の15年は、小さな仲裁文化の形成と並んで仲裁にとっての解釈論上の基礎の創設に寄与した。

19) 明白にUNCITRALモデル法と世界経済との関連における仲裁の傾向によって影響を受けたこの法律は、とりわけスペインの法秩序の外において、仲裁手続の叙述にとって有意味とみなされなくてはならない1つの局面の変化をもたらした。なぜなら、とりわけスペインは国際商事仲裁の中心に容れられたからである。

20) 2000年のスペイン民事訴訟法には、機関仲裁にとっての一つの強い推進力を含んだ若干の規定が挿入された。それによって導入されたいくつかは——仲裁法と民事訴訟法の——二重の規律という結果になり、そこでは民事訴訟法上の規律が1988年の仲裁法を繰り返す、わずかにだが実務に役立つように追いついた。E. Martínez García, „*El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*“, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, Seite 19を見よ。

### 2.2.3. ミディエーション

ミディエーションは、紛争を解決し、除去するための非常にシンプルな形態である。それは、古いが、しかしさらに発展した基礎をもつ「1つの法的なエレメント」として法秩序へと組み入れられており、当事者の関与のための法的規律、手続原則、経過、作用等を整えている。それはおそらく ADR の 3 つの形態でもっとも現代的なものである。それゆえ過去 10 年において、スペインでは、一般的なスペインの民事法においても、刑事法においても、法律による規律が欠けているという致命的な状況にも関わらず、ミディエーションには法秩序の特定の領域において（家族法、消費者法、商法、専門家責任、少年刑法および最近は成年刑法においてさえ）重要なインセンティブが与えられてきた。

ミディエーションは、スペインの法秩序においては一定の法領域に限定されている。とりわけ自治州によって創り出された家族法上のミディエーションについての規律が強調されなくてはならない。すなわち、とりわけ 2001 年 5 月 31 日のガリシア自治州の法律 4/2001 号、2001 年 11 月 26 日のヴァレンシア自治州の法律 7/2001 号、2003 年 4 月 8 日のカナリア諸島の法律 15/2003 号、2005 年 5 月 24 日のカスティーリャ・ラ・マンチャの法律 4/2005 号、2006 年 4 月 6 日のカスティーリャ・レオンの法律 1/2006 号、2007 年 3 月 23 日のマドリード自治州の法律 1/2007 号、2007 年 3 月 23 日のアストゥリアスの法律 3/2007 号、2008 年 2 月 8 日のバスク国 (País Vasco) の法律 1/2008 号、2009 年 2 月 27 日のアンダルシアの法律 1/2009 号および 2001 年 5 月 15 日のカタルーニャの法律で、2009 年 7 月 22 日の法律 15/2009 号によって改正されたものにおいてである（最後の法律は、いずれにせよ、私法全体におけるミディエーションに関係しており、家族法上のミディエーションのみに限られてはいない）。若干の法律、例えばヴァレンシア自治州またはバスク国自治州の法律のごときにおいては、家族法上のミディエーションが家族の中核領域に拡大されているだけでなく、ありうる家族法の全体領域における紛争に際しても適用される。



過去10年に民法典と民事訴訟法典の改正のための2005年7月8日の法律15/2005号が承認されることによって、別居と離婚の領域に確立し、それによってメディエーションが実施された場合の手の停止の可能性が作り出されたところの家族法上のメディエーションに加えて、スペインの法秩序の他の領域にも、少しずつメディエーションが導入されはじめた。このことは、例えば消費者法について妥当するのであるが、そこでは王令（消費者法、貸借法および労働法の領域における規律の変更についての2008年2月15日の王令 [Real Decreto] 231/2008号）も規律についてのインセンティブを与えているというのは、非常にもっともである。労働法においてもこのことは妥当するが、それは2011年の社会法典63条が、裁判外のメディエーションまたは調停の試みを訴訟の追行のための必要不可欠の要件としたからである。同様のことは、自由職の専門家法の領域に関して、また税法において妥当する。その際に、若干の場合においては新たな手続が導入され、これに対して他の場合には既に存在するメディエーションの方式が紛争解決のための手段として構成されている。同様に、刑法においては、刑法21条5項による少年刑法に関するものを除いてメディエーションを規律するための共通規定は存在しないにもかかわらず、司法全体会議によってコーディネートされた一連のパイロット・プロジェクトが、さらに展開されている。そこでは訴訟進行中のメディエーション、したがって裁判長によって訴訟の開始後に実施されるメディエーションが問題となっている。

現存する法状態と並んで、**民商事法におけるメディエーションについての法律草案**への取り組みがなされているが、それは2010年に予備草案として提出され、2011年に法律草案として国会で議論された。それはスペイン政府によってEU指令2008/52/EGの必要な国内法化にもとづいて承認されるべきものであったが、草案として、スペイン議会の解散と新たな選挙による時間の経過のゆえに、もはや国内法化することはできない。法律草案の承認への政治的意思は存在するにもかかわらず、予定された法典への作業は議会の成立後をはじめて継続されうる<sup>(訳注2)</sup>。

刑法上の紛争の解決方式として、刑法上のメディエーションを創設する政策的な意思は、既に存在していた。いずれにせよ、ここではありうる手続の停止についての諸規定、手続段階、手続の停止の時的な作用、メディエーション合意の創設および手続の道（中断、終了、確認的判断）ならびに設定された手続の終了を履行しなかった結果としてのメディエーション和解の解除の可能性等を場合によっては設定する刑事訴訟法を変更することは、このために不可避である。刑法上のメディエーションについての法律を承認する一般的な不可避性を度外視するならば、何がメディエーションなのかを定義し、その諸原則、それぞれの犯罪への制限の有無にかかる客観的要件、メディエーションを実施することのできる人物の制限の有無にかかる主観的要件、手続についての最低限の規律、成立すべきメディエーション和解またはその不奏功の結果を定める規律が欠けている。加えて、刑法の中には新たに考えられた損害回復（Wiedergutmachung）の規律が欠けているが、それは刑法 21 条 5 項におけると同様に、謝罪としてのみまとめられたのか、それとも刑罰、保安処分または刑罰のありうるヴァリエーション——いわゆる第 3 の態様——として導入されたのかのいずれなのかである。

今日に至るまで、スペインの現存する法状態はメディエーションについての立法を考慮して組織化されてはおらず、一定の法領域に限定されている。それゆえ、たとえ 2012 年におけるメディエーションについての法律の承認が、法律適用者には数多くの期待を呼び起こしているとしても、立法者の〔歩むべき〕道は、なお非常に長い。

---

(訳注 2) 現在では、同指令はスペインにおいて国内法化されている。Carlos Esplugues/José Luis Iglesias/Guillermo Palao (ed.), *CIVIL AND COMMERCIAL MEDIATION IN EUROPE Vol. I*, Intersentia, 2012, S. 8 Fn. 12 参照。

### 3. 訴訟法へのADRの諸形態の組入れ：その言い表し方を変更するための必然性は存在するのか？

調停、ミディエーションおよび仲裁の法的性質は、それを訴訟法へと組み入れることが必然であるばかりでなく、それに応える行為でもあるということへの疑念を差し挟ませない。たとえそれが独自の「種」——ミディエーション、調停および仲裁——または特別の形態(裁判所付設型仲裁、裁判所ミディエーション、カンファレンス、サークル、調停仲裁[med-arb]、和解カンファレンス、独立行政機関、オンブズマン等)として取扱われようとも、それはそれが「裁判上の手続」としてではなく、市民にとっての偶発的な、徹底性においてさまざまな国家機関によるコントロールを伴った(公益の関与およびしばしば「裁判上の」手続に関する直接・間接の効果のゆえにである)紛争の解決と処理のための可能性とみなされることから、徹底的な考察は必然的である。以下の理由から、それはそれにもかかわらず訴訟法に属している。すなわち——

1. 第一に、考察にとっての出発点は、法秩序がその市民に開放し、かつそれによって自力救済、当事者の一般的な関与を伴った法的争訟の終了および混合的な紛争処理が区別されるところの権利保護のさまざまな方法である。

自力救済は1つのきわめて原始的な紛争解決形態であり、それは権利者が自らの事件における裁判官としての行為し、彼の利益と要求にもとづいて行動することによって、「人が法を自らの手にする」という点に存在するものである。権利保護のこのような形態は、正当防衛と緊急避難を例外として、法秩序においては禁止されている。

当事者のみによる紛争解決は、自由意思を承認することによって自由に処分されうる法的紛争解決を許容している。紛争解決の態様を自由に決定する可能性のゆえに、当事者たちは、彼らの紛争の解決について、自分たちだけで、または、その判断に従う必要はなく、彼らにとって拘束力はないところの第三者の関与の下でのいずれかで、話し合いをすることができる。当事者に

よる裁判外紛争解決の考えられる形態と特色はさまざまであり、合意の試みに際しての第三者の関与、または当事者にとって有利な譲歩の程度によって左右される。当事者による紛争解決は、ミディエーションと調停の「類概念」としても把握されている。

最後に、混合的な紛争解決は、両当事者を超越して当事者にその判断を課すところの第三者を含んでいる。個々の法秩序において知られている混合的な紛争解決方式の双璧は、裁判官が紛争解決を当事者に下すところの裁判所での訴訟、あるいは仲裁人が紛争解決のために定められ、同様に紛争を拘束力ある解決によって処理する仲裁である。両方の場合において、紛争解決の「異った」態様が存在するが、理由は、当事者と、双方の意向を度外視して当事者の平等のごとき原則に依拠する法的救済の可能性を伴った手続が存在するからである。

2. 仲裁は、訴訟法の現代的な内容の構成部分である。その広範囲な内容は、疑いの余地なく訴訟法上の性質であるが、仲裁のさまざまな構成要素は、仲裁手続の制度の中には多くの法律関係がカバーされるという確認に至る。すなわち、拒絶することのできない契約上の基礎にもとづく法律関係が存在するが、他方で、他の法律関係は明白に公法的な法的性質を有している。この法律関係の錯綜、一定の人物の参加の正当化、仲裁機関または当事者の間に存在する拘束、仲裁手続の全体（成立、進行、終了に関する）の実務的形成の規準としての当事者意思の優先、当事者に対する第三者または手続における仲裁人の関係、仲裁人の機能、仲裁人の義務の法的性質、手続規定の決定、強行的な手続規定の影響の可能性、期間と仲裁人によるそのコントロール、仲裁判断とその構成部分、仲裁判断の送達、考えられる説明、補充または修正、仲裁判断の有効性、仲裁人による仮の権利保護の保障または仲裁合意によるその排除、仲裁判断の執行等々はさまざまな関係から生じ、それが存続し、他のものによって置き換えられる全ての局面である。

そこから既に古典的となっている問題が帰結される。すなわち、仲裁の基礎とは何なのか？ 当事者の意思、したがって、それなくしては仲裁につい

て語ることが不可能であるところの仲裁手続の合意への自由なのか？ あるいは紛争解決に際しての仲裁人の機能，したがってある法秩序内部でのある手続の提供か？ 仲裁合意のない仲裁というものには存在し得るのか？ 訴訟というものなくして，仲裁は存在し得るのか？ ある訴訟において，仲裁人の裁判所的な機能の行使なしに，既判力を有する仲裁判断は下されうのか？ これらの諸問題への回答の全てが，同じ解決へと至る。仲裁は，このような構成諸部分なくしてはあり得ない。このことは「仲裁は，仲裁であり，そこからその法的性質が判明するという結論に至る。結論としては，仲裁は独自の範疇を意味しているということが確認される<sup>21)</sup>。

仲裁手続についての独自の制定法，およびスペイン民事訴訟法と民法に対するその独立した規律内容の存在のごとき単なる理論的研究がそこで問題となっているわけではないということは，全く明らかである。この法状態は，決して障碍を意味しているわけではないが，その理由は，一定の事実関係に関しては，若干の手続上の弁論に際しての法律の欠缺を補充するために，事柄に則した規範が探究されなくてはならないからである。一定の事例に関して，仲裁手続法が，明示的に独自の指摘を述べている。すなわち，仲裁手続法 („Ley de Arbitraje“，以下「LA」とする。) 9条2項は，仲裁手続への参加に関する合意または仲裁判断の執行に関して，LEC44条を指示している。当事者の自己決定の原則が基礎をなしている別なケースにおいては，法の欠缺の補充の参照が役立っているが，例えば責任の場合(LA 21条)，管轄の裁判の場合(LA 22条)，仮の権利保護の諸規定の場合(LA 11条3項および23条)，証拠調べ(証拠方法，証拠申立ての不許用)の場合，費用の確定および／またはその取消しの余地の場合である。とりわけこのことによって「仲裁」の解釈はそれ自体で可能となるのであり，契約理論または訴訟理論によって可能となるのではない。それは独自の (*sui generis*) エレメントであること

---

<sup>21)</sup> 独自の制度としての仲裁の独立性については，筆者の“*Introducción*” in: “*Comentarios a la Ley de Arbitraje*” [Fn. 16], S. 71f. を見よ。

から、この種の解釈を必要としない仲裁の独自のエレメントが存在する。その学問的研究は、明らかに訴訟法学の内容でなくてはならない。

3. さまざまな態様の ADR を概念的に限界づけるための相当の努力が必要である。たとえ仲裁が、既に訴訟法学の付属物として少なくともカリキュラムと教科書の中に存在し、この関連において、調停が訴訟に対する直接的関係——それが訴訟前であれ、訴訟の内部であれ——を持った制度として訴訟法へ組み入れられるとしても、それがトータルな紛争解決手段として、したがって国家と自治州の立法者による概念の定義と用語の混同を回避する目的のために、あるいは司法全体会議または司法省の提案および政治的措置にとって不可欠であろうところの代替的紛争解決、裁判外紛争解決または裁判所とは異質の紛争解決として研究されているわけではない。それゆえ次の段階では以下のことが必要である。すなわち——

— 訴訟と手続の間でより強力な区別がされなくてはならず、それはとりわけ仲裁を識別することに意味がある。けだし、混合的な紛争解決の機能は訴訟から生じるが、これに対してミディエーション、調停および当事者のみによる紛争解決の諸形態で、手続のみが先行するものは、完全に裁判の機能から乖離する。

— 同様に「裁判上の」と「司法上の」という概念の間の区別を、相互に識別することが重要である。この関連において、以下の問題に関心が払われる。

a. 「裁判外の」という概念は、裁判所の関与が欠けているということを示唆しているが、そのことは、若干の態様の裁判官が関与しうる ADR が、それゆえに訴訟でなくてはならないということの意味するものではない。たとえ裁判官が手続に関与するとしても、裁判官は裁判と裁判の執行についての裁判上の機能を用いているわけではない。このことについての一例は裁判所の調停であり、そこでの手続における裁判官の機能は、裁判外の性質である。

b. 「裁判外の」という表現は、裁判の機能の排除を内包している。ミディエーションまたは調停といった紛争解決の態様では、疑いなく裁判の外の紛

争解決方式が問題となっているが、例えば仲裁においては、仲裁人は法的判断に対する裁判の任務を用いるが、これに対応する権限をもたないので執行機関の機能を行行使することはないからである。仲裁においては訴訟と確認的な性格を伴った裁判の機能が存在する。

これらの概念を相互に区別し、それらが全てのADRの態様を包括するように相互に結び付けることの必然性は、訴訟法学に義務づけられた任務である。

－ ミディエーションと調停の間での区別がなされなくてはならない。それらは当事者による紛争解決の2つの態様であるが、ミディエーターと調停人の任務の範囲は、当事者間の紛争解決にもかかわらず、必要とされる行為につき異なった緊張度を要求している。ミディエーターは、当事者たちが一つの合意へと到達するために、交互面接および対席協議において当事者たちに働きかける。ミディエーターは当事者たちの下での歩み寄りに尽力し、消極的見方を積極的見方に変更し、かつそれぞれの立場の利益を分かち。これに対して、調停人は、どのような態様にせよ、当事者を一つの合意へと到達させるが、この者は当事者たちがそこで満足することには尽力しない。多くのケースにおいて、調停人は、たとえ彼の関与が（時間的な観点からさえ）より長く継続するミディエーションよりもわずかであっても、当事者に一つの解決策を提案する。ミディエーターも調停人も判断に関わることはなく、このことをするのは当事者自身である。

－ 同様に、交渉、ミディエーション、およびスペイン法においても他の法秩序においても生じうる混合形象の考え得る形態が分析されなくてはならない。決定的なことは、この紛争解決手段の利用とその可能性が叙述され、識別されるところの法理論上の基礎を形成することである。

－ これらのADRのいくつかについての最近のスペインにおける国家と自治州の立法は、疑いなく、これらの紛争解決手段の全ての本質的原則を分析するのに適した法的枠組みを提供している。結論において、これを深め、「何を、なぜ、何のために」識別し、それらの間の考えうる手続上のつながり



を限定することが不可避である。

— これら全ての手続では、その起源が若干の手続規定の形成にも影響を及ぼしているところの自由の中に求められなくてはならないにせよ、制定法にもとづいて、また少なくとも手続的基礎によって限定される、かの諸規定を検討することが重要である。ここで基礎を強調するということがたとえばほとんど図式的であると思われるとしても、平等の要請および秘密保護ならびに係属中または後の訴訟を考慮したその保障のごとき諸原則は、若干の重要な手続原則である。ここでは重要な手続原則が問題となっているので、それは手続関係人に必要な保障を付与することを許容している。同様に、このADRの形態の態様をあてはめうるために、ありうる手続関係者の働きが、その最小限の基準を超えて確定することが必要である。「考慮要素」は次のとおりである。すなわち、紛争または対立当事者＋当事者間のまたは当事者を超えた第三者（弁護士、代理人、家族構成員、特定の事件における検察官等々）。

— ADRの本質的な点の一つは、その結論の法的有効性である。仲裁の場合にはそれは明確である。すなわち、仲裁判断は執行名義である。もう一つの問題は、調停またはミディエーションによって達成される合意である。単なる譲歩が問題となっているのではなく、ミディエーションの枠内において達成される合意が裁判外の執行名義の価値を有することが、ミディエーションについての法律草案のスペイン版へ示された1つの解決策である。2012年の法律草案によれば、スペインの立法者は、公的に公証人によって公証された執行力ある名義を希望するかどうかの選択を、当事者に委ねている。公証人による公証がなされない場合には、当事者間の契約が問題となる。

これら全ての問題と並んで、そして交渉技術に貢献をなしうる、例えば心理学のような他の領域からの専門家の関与とは別に、この社会自体が法それ自体よりも速く動いており、それが特別の状況における特殊な解決を要求しているにもかかわらず、ADRは今日疑いなく、その価値と意義の政策的、立法者的、学問的かつ実務的確信が存在する唯一の要素を体現している。ADRを分析し、一般訴訟法理論へ組み入れることは、ADRの基礎が依拠するこの

概念の新たな評価を含む ADR の本来の動機（とりわけ市民に訴訟を思いとどまらせる必要性 — それを今日の社会は見かけるところ必要としている）の直観を提供し得る。とりわけわれわれは過去において経験した「訴訟におけるドン・キホーテ」に陥ってはならない。例えば、名称を変更し、「市民の権利保護の可能性の権利」について語ればよかったのだろうか？ この概念は、内容をより良く表現してはいるであろうが、より重要なことはその内容を明確化させることである。

〔完〕