

Title	ADRにおける法律家の投割
Author(s)	孫, 京漢
Citation	阪大法学. 2009, 59(2), p. 202-224
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55099
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

ADRにおける法律家の役割

孫 京 漢

〈仮想事例〉

甲と乙は、コンピューター部品の製造・販売に関する業務提携契約を締結し、契約期間中、甲の背任行為と新規部品事業の進出問題で甲と乙の間で紛争が発生した。本件業務提携契約第三〇条は、当事者間の紛争解決に関して下記のように規定している。

- ① 当事者間で紛争が発生した場合、当事者は信義誠実の原則と互譲の精神により誠実な交渉を通じてこれを解決する。
- ② 第一項の規定による努力にも関わらず解決できない紛争は、●●●を調停人とする調停手続により解決する。
- ③ 第二項の規定に依拠した調停によって解決できない紛争は、大韓商事仲裁院の仲裁により解決する。

貴方はADR専門弁護士であり、大韓商事仲裁院の仲裁人として活動している●●●である。貴方は本件紛争をどのように処理するのか。貴方はADRの専門家として韓国と国際ADR制度の改善と発展のために何をしているのか。

(一) ADRによる紛争解決の歴史

ア 共同体内紛争のADRによる解決

裁判外紛争解決手続 (Alternative Dispute Resolution : ADR) の歴史は、人類の歴史ほど長久である。伝統的に一つの共同体 (community, Gemeinschaft) 内で発生した紛争には、国家の司法権が及ばないか、国家が司法権の行使を自制し、その共同体の紛争解決手続に委ねてきた。昔から一つの村落内で発生した紛争は、その村落の村長が主宰するADRによって解決されてきており、家族間紛争や宗教団体内の紛争も同じであった。共同体内紛争のADRによる解決の代表的なものは、中世ヨーロッパの自由都市での商人ギルドで行われたADRである。商人法廷の判定に対しては、その自由都市の当事者たちが承服するのはもちろん、近辺の自由都市でも承認・執行された。

イ ADRの萎縮と国際紛争におけるADRの増加

近代主権国家の登場により、あらゆる紛争の国家司法権への服従が強調された。これにより、伝統的に共同体内紛争のADRによる解決が萎縮する結果となったが、国際取引の増加に伴い、国際取引において発生する紛争のADRによる解決が好まれるようになった。その理由は、国際取引の当事者は、相手方の国家の司法権に服従することを躊躇したからである。ロンドン国際仲裁法院やスイス仲裁法廷、国際商業会議所仲裁法院 (ICC Arbitration Court) などのADR機関で多くの国際取引紛争が解決されている。

(二) ADRの重要性

ア 法院による紛争解決の問題点

訴訟は、公開法廷で厳格な手続と証拠法則により進行され、法に準拠して判決が下されるため、公開を避ける当事者間の紛争や継続的取引等の長期的関係を結んでいる当事者が互譲により円満に解決しなければならない紛争の場合は、法院にその解決を任せるのは適切ではない。また、司法手続においては、代理人の選任、印紙代の納付等巨額の訴訟費用が所要され、判決の確定にも多くの時間が費やされることが多い。

また、現代社会で新しく発生する類型の紛争は、一般的な常識を持つ法官だけでは適切に紛争を解決することは難しく、当該分野の専門家によって解決する必要がある。また、法院に提訴する事件の集中により、迅速で適切な裁判を受けることができない場合も増えている。従って、法院による裁判に代わるADRが国際的だけでなく、国内的にも必要であり、また、その領域が拡大されてきている。

イ 新しい共同体の登場

二〇世紀後半、国家権力に対処する非政府機構 (Non-Governmental Organization: NGO) が多数生まれ、ADRは自分たちの組織内で発生した紛争を自ら解決するメカニズムを構築するようになった。このような新しい共同体の登場を加速化させたのがサイバースペースの登場である。サイバー上で数多くのコミュニティが形成され、そのコミュニティの中心にはポータルが存在している。このようなサイバーコミュニティの主宰者は、立法・行政・司法の権限を行使しながら、サイバーコミュニティの構成員を支配している。サイバーコミュニティで行われる自主的な紛争解決方式も一種のADRであるといえる。

ウ 迅速な紛争解決の必要性

社会が進歩すればするほど時間の重要性は大きくなり、企業においては『市場に復帰する時間 (Time to Market)』をいかに減らすのが、企業の勝敗を左右する要素として登場した。発生した紛争の適切な解決よりは迅速な解決のほうが要求されており、電子商取引紛争の解決がその代表的な例であるといえる。ADRが必要な理由はここにある。

エ 専門家による紛争解決の必要性

社会が進歩するに伴い、複雑で多岐な現状が多く発生しており、それに関連して発生した紛争は、当該分野の専門家により迅速で適切に解決すべき必要性が大きくなった。法院がそのような紛争を解決するのは難しく、また、それに努めることができるとしても多くの時間を必要とする。従って、このような紛争はADRで処理するのが解決の早道であるといえる。

オ 公人の増加とADRによる紛争解決

メディアの発達により、政治家、芸能人、運動選手だけでなく、ある程度社会活動をしている人たちは、大衆に露出されており、プライバシーが保障されないのが実情である。彼らは自分たちに発生した紛争が社会に露出されることを嫌がっており、ADRにより秘密裏に解決することを望む。

カ 小 括

現在、韓国は、調停天国と呼ばれている。行政府に設置された各種の行政調停、すなわち、消費者紛争調停委員会、環境紛争調停委員会、金融紛争調停委員会、電子取引紛争調停委員会、著作権委員会、コンピュータープログラム保護委員会等での調停がその例である。このように多くの紛争が法院外でADRによって解決されている。一方、法院も紛争のADR化に参加しているので、下記でこれを検討することとする。

(三) 裁判におけるADR活用の増加

ア 提訴前ADR

(1) 提訴前の民事調停

民事調停とは、第三者である法院所属の調停機関が簡易な手続に従い、当事者を説得し、当事者間の相互了解を通じて、条理に基づいて実情に合わせて民事に関する紛争を解決する制度を意味する（民事調停法第一条）。提訴の前に、当事者は、管轄法院に調停を申請することができる（同法第五条）。調停担当判事は、職権により強制調停後、調停に代わる決定に対する当事者による異議がなければ、裁判上の和解と同一の効力を認めることができる（同法第二十九条、第三四条第四項）。調停が成立しなかった場合は、訴訟に移行する（同法第三六条）。

(2) 提訴前の和解

提訴前の和解は、民事上の争いが訴訟に発展することを防止するために、訴訟継続の前に当事者が法院に出席し、和解することを指す（民事訴訟法第三八五条以下）。当事者は、提訴前に相手方の所在地法院に和解申請ができる（同法第三八五条）、和解が成立し、調書に記載した場合は、その調書は確定判決と同じ効力を持つ（同法第二二〇条）。和解が成立しなかった場合、当事者は訴訟の提起申請をすることができる（同法第三八八条）。提訴前の和解手続では、強制調停を行えない点から民事訴訟と異なる。裁判上の和解では、当事者が主導権を持って、自主的に紛争を解決する一方、民事調停は、調停機関が手続の進行に積極的に後見的介入をする。

イ 民事裁判上のADR

(1) 法院の民事調停回付

法院は、第一審だけでなく、第二審の訴訟手続においても、その事件を訴訟に回付することができる。その調停

の手続は、民事訴訟法に従うため、上記で説明した提訴前の民事調停手続と同じである。

(2) 訴訟上の和解

訴訟上の和解は、訴訟継続中に受訴法院、受命法官、又は受託判事の面前で、当事者が訴訟物である権利又は法律関係に関して相互にその主張を譲歩することにより、争いを解決する訴訟上の合意をいう。相互譲歩を必要とする点から調停とは異なる。その他、訴訟上和解では、当事者間の合意の内容が相当でなくても違法でなければ和解が成立する一方、民事調停では、成立された合意の内容で違法でなく、相当でなければならぬという点で異なる。(民事調停法第二七条参照)。

(3) 和解勧告の決定

二〇〇二年改正民事訴訟法は、和解勧告決定制度を新設し、訴訟のどの段階においても、法院が当事者に和解勧告の決定を送り、当事者がこれに対して二週間以内に異議申請をしないと和解により訴訟手続が終了されたとみなす(民事訴訟法第二二五条以下)。

ア 行政裁判上のADR

民事紛争は、民事調停法によって解決できる一方、行政裁判では、民事調停法が準用されない。しかし、行政事件が増大し始めた一九九〇年代以降、行政訴訟において裁判部が当事者の合意を誘導し、合意に達した後、裁判部が調停勧告文を提示すると、原告は、訴を取り下げ、被告の行政庁は処分を変更する方式を通じて解決する事実上の調停制度が活発に活用されている。

イ 刑事裁判上のADR

(1) 刑事和解制度

訴訟促進等に関する特例法は、「民事上の争いに関する刑事訴訟手続の和解」を規定している（同法第三二八条）。すなわち、刑事和解を認めているということである。刑事手続での和解制度は、刑事判決の宣告以前に関連民事紛争に関して双方が合意した内容を当事者の申請によって公判調書に記載することで確定判決と同様の効力を持つことになる。これにより、被告人には、量刑を判断する条件として有利な資料となり、被害者には、別途に民事訴訟を提起しなくても、紛争を簡単に確定的に解決する利点がある。

(2) 検察の刑事調停制度

告訴事件に対して検察庁が告訴人と被告訴人間の合意を誘導する制度である。二〇〇七年ソウル南部地方検察庁等、一部の検察庁でモデル的に実施されて以降、二〇〇八年から順次全国の検察庁に拡大している。検察庁には、弁護士、医者、建築士、大学教授、会計士、建設会社の役員等、各分野の専門家三〇～六〇名からなる刑事調停委員会が構成されているので、告訴状が受け付けられると告訴人と被告訴人の同意を受け、この調停委員会に調停を依頼する。調停の合意が行われると被告訴人は起訴を免除され、告訴人は合意金等をもらうことになる。刑事和解制度とは異なって、その合意に確定判決と同一の効力は認められないが、被告訴人が合意した内容を履行しないと、起訴される危険があるので、事実上、その履行を強制する結果となる。

二 ADRにおける法律家の素養とその養成

(一) ADRにおける法律家の役割

裁判外紛争解決の手続において、法律家は、まず、紛争当事者の代理人として交渉、調停、仲裁手続を進行することができる。裁判外紛争解決手続において、代理人は訴訟代理人とは少し異なる役割を遂行しなければならない。

また、法律家は、裁判外紛争解決手続の仲裁者となり、その手続を進行できる。調停手続の調停人、仲裁手続の仲裁人がそれである。調停と仲裁を成功させるために法律家である調停人、仲裁人は、非法律家と協力して、又は単独で裁判官とは異なる役割を遂行しなければならない。裁判外紛争解決手続における法律家の役割に関しては以下で詳細に検討することとする。

(二) ADRに關与する法律家の素養

裁判外紛争解決手続に關与する法律家は、何よりも説得能力を備えなければならない。説得能力を備えるためには、根気強さ、相手に対する配慮、人間に対する理解、心理学的素養などが必要であり、普段の努力を通じて、説得能力を涵養すべきである。ひいては、裁判外紛争解決に關与する法律家は、ADRに対する十分な理解をもつべきである。ADRが裁判とどのように異なるかを明確に知っていなければならない。また、原則に対する哲学が必要である。ADRが中途半端に紛争を解決するものではないことを理解する必要がある。原則に基づいていない説得は成功しない。最後に、当該分野に対する専門知識と共に一般法理に關しても博識であり、当事者がどんな主張をしてもこれを法理的に説得しなければならない。

(三) ADRに關与する法律家の養成

ア ADR専門家の養成機関

韓国の法学教育にはADRのための教育は殆ど行われていないといえる。司法研修院で選択科目一単位のADR講座があるだけである。むしろ、貿易学科等で国際商事仲裁等の講座を開設し、国際的商事紛争に対処できるよう

にしているのが実情である。今年から始まるロースクールでは、裁判外紛争解決科目を必修科目として学生が実習できるように教科課程を設ける必要がある。ADRに対する教育は、弁護士の素養教育としても非常に効果的である。法曹となった後にも、ADRに関する実務的な技術や交渉能力等の開発のための教科課程と再教育課程を弁護士会又はADR機関で運営することも考慮すべきであり、ひいてはロースクールや専門教育機関で所定の教育を履修しなかった法律家は調停人や仲裁人として活動できないようにする必要がある。

イ ADR分野別の専門家養成

裁判外紛争解決手続を交渉、調停、仲裁に分けて、交渉人、調停人及び仲裁人を養成するプログラムを別に運営する必要がある。仲裁人の養成は、大韓商事仲裁院で担当できるが、調停人や交渉人の養成のための適切な機関がないので、今後、ロースクールやその他の専門機関でこの分野の専門家養成機関を設置する必要があると思われる。

三 ADR手続の代理人としての役割

(一) ADR手続の代理人としての地位

ADR手続における代理人とは、当事者に代わって、又は当事者を補助してADR手続における当事者の権利、利益を代弁する者を指す。各分野に分けて、仲裁代理人、調停代理人、交渉代理人があり得る。

(二) 交渉代理人としての役割

法律家は、交渉代理人としての交渉戦略の樹立、当事者との役割分担と多様な代案を準備しなければならない。交渉代理人は、相手を尊重する姿勢を持って、代理人間の対話を行い、相手方の代理人と相手方を根気強く説得す

る役割を担当すべきである。

(三) 調停代理人としての役割

調停代理人である法律家は、交渉代理人と類似した面があるが、調停人を前提としている点で大きな差異がある。調停においては、仲裁とは異なって、当事者が主導的な役割を担い、調停代理人はこれに対する補助的役割を務めるにすぎない。ひいては調停代理人は、当事者が調停人と対話をする際に、法的な根拠を提供する役割をする。調停人が調停案を提示すると、調停代理人は、これに対する評価をし、当事者がこれを受容するかどうかの判断を手伝う。また、調停案上の調停主文が執行可能か否かを検討し、執行可能な調停になるように協力しなければならない。

(四) 仲裁代理人としての役割

仲裁代理人の役割は、むしろ訴訟代理人と類似している。訴訟代理人よりも口頭弁論と集中審理により上手に対処しなければならない。仲裁手続進行中にも和解の可能性があるので、相手方又はその代理人とうまく交渉できる交渉能力を備える必要がある。和解をした方がよい事件では、当事者を説得する能力も、また必要である。仲裁人の中には、非法律家も含まれるので、簡潔でありながら核心を突く最終弁論ができなければならない。

四 ADR主宰者としての役割

資

(一) ADR主宰者の地位

ADR手続の進行を仲裁し、ADRが円満に行われるようにする者である。仲裁人、調停人が該当する。

(二) 仲裁人としての役割

仲裁人は、一種の裁判官であるといえる。特に、「仲裁は即ち仲裁人自身である」という法諺のように、法官より広い裁量をもって手続きを進行し、仲裁判定を下すことができる。仲裁人の数を基準に単独仲裁人と複数仲裁人に分けることができ、その役割も異なる。単独仲裁人は、一人で裁判の負担を負わなければならないので、その責任が重い。したがって、仲裁の書記を適切に活用し、その負担を減らす必要がある。

複数仲裁人の中には、議長仲裁人と陪席仲裁人がおり、議長仲裁人の役割は非常に重要である。陪席仲裁人は、議長仲裁人の手続き進行を補佐し、議長仲裁人に不足な専門知識を補充し、手続上、実体上、当該仲裁判定が適正に下されるよう、努力すべきである。

(三) 調停人としての役割

ア 法院調停における役割

法院での調停において、調停人は判事の補助者といえる法律家である調停人であるとしても、法的な問題は判事が処理できるので、非法律的な調停の専門家として判事を補助しなければならない。

イ 法院外の調停における役割

法院外調停において、法律家である調停人は、法律専門家及び非法律専門家の役割を兼ねている。仲裁人の役割でみたように、単独調停人と複数調停人の一人としての役割に差異があることに注意し、複数調停人の場合、法律専門家である他の調停人と相互補完関係を維持し、適切な調停案を提示できるようにすべきである。

五 国際的ADRにおける役割

(一) 国際紛争のADRによる解決

国際紛争を裁判で解決する場合、国際裁判管轄及び準拠法決定の理念により、裁判地や準拠法が決定されるとしても、当事者の一方には、外国又は外国法になるため、訴訟遂行の効率が欠けるし、判決が下されるとしても外国判決の承認・執行手続きを経なければならない手間が伴う。しかし、ADRの場合、言語、準拠法、仲裁人、仲裁地の選択において、両当事者の立場が中立的に反映される。このような背景のもとで、国際商事紛争を解決するために、前述したようなADRが活性化された。

ADR制度の代表的な類型は、仲裁と調停であるので、以下では、韓国の国際商事仲裁と国際紛争の調停に関して述べることにする。国際紛争の仲裁では、国際仲裁の準拠法、仲裁地、国際仲裁の代理、外国判定の承認・執行について検討し、国際紛争の調停では、国際調停紛争の調停と貿易紛争調停について検討することにする。

ア 国際紛争の仲裁

(1) 国際仲裁の準拠法

(ア) 仲裁合意の準拠法

仲裁合意が存在・無効・効力喪失、又は履行不能であることを判断する際に基準となる実質法は、仲裁合意に適用される実質法として、概念上、主な契約に適用される実質法と区別され、両者は必ずしも一致しない。仲裁合意の準拠法に関する当事者の指定がある場合には、その合意に従うこととなり、合意がない場合には、① 法廷地法説、② 仲裁地法説（仲裁判断予定地法説を含む）、③ 法廷地国際私法説、④ 仲裁合意地法説、⑤ 紛争の準拠法説等に見解が分かれる。仲裁合意の準拠法は、紛争の実体関係に適用される法とは区別され、法廷地によって適用される法律が異なってはならず、法的概念としての仲裁地は、恒久性があるという点、仲裁適格は仲裁合意の有効性、又は限界の問題として仲裁地国法（又は執行国法）によるのが妥当である点、また、当事者の推定的意思もそのような場合が多いという点から仲裁地法説が妥当であると思われる。

(イ) 仲裁手続の準拠法

元々「手続は法廷地法による」との原則が認められてきたが、仲裁手続に関しては、当事者自治が拡大されてきた。

韓国仲裁法第二〇条は、「この法の強行規定に反しない限り、当事者は、仲裁手続に関して合意できる」とし、当事者自治を認めており、この当事者自治の原則には、当事者が仲裁手続の準拠法を指定することも含まれると解釈する。同条第二項で、当事者間の合意がない場合には、仲裁判断部がこの法の規定により、適切な方式で仲裁手続を進行できるとし、仲裁地法適用の原則を明らかにしている。

仲裁手続きに民事訴訟法の規定を適用できるかについて、民事訴訟法第一〇編にあるドイツ仲裁に関する規定、日本の仲裁研究会の一九八九年仲裁法試案第四条等の規定と仲裁法の手続法としての非完結性等を根拠に、民事訴訟法の規定を準用することが望ましいとの見解があるが、仲裁は、その性格において訴訟とは異なり、また、当事

者自治の原則が支配しており、仲裁人に手続進行の権限があるため、民事訴訟法の準用を認めてはならないと考える。

(ウ) 仲裁紛争の準拠法

仲裁紛争の準拠法とは、仲裁の対象となる紛争の実体関係に適用される法律を意味する。周知のように、モデル法第二八条第一項は、「The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute」とし、当事者が選択できる規範を特定国家の法律ではなく、法規範 (rules of law) とし、特定取引分野の商慣習法や *lex mercatoria* (商人法) を紛争解決の準拠規範として指定できるとしている。

しかし、仲裁法第二九条第一項は「仲裁判断部は、当事者が指定した法によって判定を下さなければならない。特定国家の法、又は法体系が指定された場合、他に明示がない限り、その国家の国際私法ではなく、紛争の実体に適用できる法を指定したものと看做す」として、紛争に適用される基準として「法」が適用されると明示し、その法は、当事者が指定した特定国家の実質法になるとした。したがって、韓国仲裁法上、当事者が *lex mercatoria* 等を準拠規範とすることができるのかは疑問ではあるが、当事者自治の原則に照らして新仲裁法の規定にも関わらず可能であると解釈しても問題ないであろう。当事者が紛争の実体関係に適用される法律を指定しなかった場合に関しては、① 仲裁地国際私法説 ② 仲裁手続準拠法国の国際私法説 ③ 仲裁人国際私法説等の抵触規範の仲介を経て実質法を定める見解と ④ 最密接関連国法説 ⑤ 仲裁人選定国法説等、抵触規範の仲介なしで直接実質法を決める見解が対立する。韓国仲裁法は、最密接関連国法を採択した。

(2) 仲裁地

韓国の仲裁法の全面改正時、仲裁地は、事実上の概念というよりは、法的、擬制的 (Fictitious) な概念であるので、「仲裁地とは、仲裁の法的場所として、主な仲裁手続が進行され、仲裁判断が下された国家又はその国家の領土を指す」という定義規定を置くべきであるとの意見があったが、仲裁地に関する実体的な概念定義が難しく、学説上の論議も多いので、定義規定を置くのはむしろ混乱を招く余地があるため、定義規定を置かなかつた。仲裁地の機能の重要性に照らして、仲裁地に関する定義規定は置くべきであると思われる。

(3) 国際仲裁の代理

当事者は、国際仲裁においても仲裁規則による手続の代理を弁護士、又は相当であると認められる者に行わせることができる。しかし、仲裁判断部が代理人を仲裁手続の代理に不相当であると判断する場合、同代理人を拒否することができる。

(4) 外国判断の承認・執行

(ア) ニューヨーク条約が適用される外国仲裁判断の承認・執行

全面改正前の韓国仲裁法には、外国仲裁判断の承認及び執行に関して明文の規定がなく、外国仲裁判断に直接適用できるのかの疑問があり、明文化が要求された。これにより、改正韓国仲裁法は、ニューヨーク条約の適用を受ける外国仲裁判断の承認・執行は同条約が適用されるところだが、ニューヨーク条約の内容を条文化せず、これをそのまま引用した。その理由は、ニューヨーク条約のように憲法によって締結・公布された条約は、国内法と同様の効力を持ち、ニューヨーク条約は既に翻訳されているので、新しく条文化する場合、解釈上、混乱を招く恐れがあるからであった。

(イ) ニューヨーク条約の不適用の外国仲裁判断の承認・執行

韓国仲裁法の改正委員会の論議の過程において、すべての外国仲裁判断の承認と執行に対してニューヨーク条約を適用しようとの意見もあったが、韓国がニューヨーク条約に加入した際、相互主義を条件としたため、同条約との抵触を避けるために同条約に加入しなかった国家で下された仲裁判断は、外国判決と同等に扱い、その執行に外国判決の執行に関する民事訴訟法等の規定を準用するようにした。しかし、外国仲裁判断と外国判決は、国家公権力の介入及び当事者の合意を不可欠な前提とするか否かの点で質的な差異があるので、外国仲裁判断の承認・執行を外国判決の承認・執行と同一に扱うことはできない。外国判決の効力に関する規定を外国仲裁判断に準用することにおいては、複雑な解釈上の変形が必要となるので、法律案の文言だけを見ると、準用の範囲から離れたものと考えられる。立法論としては、現在ブラジルと台湾を除いては、韓国と国際取引の相手国になるような国家はすべて加入国になっていることに照らして、判断がニューヨーク条約の締約国であるか非締約国であるかの区別なくニューヨーク条約を適用するのが望ましいと思われる。

ニューヨーク条約は、周知のように、執行国の領土以外で下された仲裁判断と執行国が内国判断として認めない仲裁判断の承認・執行に適用されるので（同条約第一条第一項）、韓国仲裁法上、韓国で下された仲裁判断であるとしても、仲裁手続の準拠法が外国法である仲裁判断又は紛争が韓国と無関係な渉外的要素だけを持っている場合には、外国仲裁判断とみて、ニューヨーク条約を適用できるのが問題となる。この点に関して、ニューヨーク条約の適用を肯定し、その判断の執行を求める当事者は、韓国仲裁法第三八条に従い内国仲裁判断として、又は、ニューヨーク条約に従い外国仲裁判断として選択的にその執行を求めることができるという見解があるが、韓国仲裁法が領土主義を採択している以上、このような解釈は不可能であり、韓国内で下された仲裁判断は、すべて韓国仲裁法第三八条に従って執行されるとみるべきである。また、韓国仲裁法第三六条第二項が規定する仲裁判断取消

又は執行拒否事由は、ニューヨーク条約上の執行拒否事由を国内法化したものであるので、内国仲裁判断と外国仲裁判断を区別する実益もそれほど大きくない点からも第三八条に従って執行されるべきであるといえる。

イ 国際紛争の調停

(1) 国際調達紛争の調停・国際契約に関する紛争の調停委員会

(ア) 国際契約紛争の調停委員会

韓国の「国家が当事者である契約に関する法律」は、国際入札による政府調達契約過程で当該中央官庁の長又は契約担当公務員の国際入札による政府調達契約の範囲、入札参加資格、入札公告及び落札者の決定等に関連する行為により不利益を被った者は、その行為の取消、又は是正のための異議申請ができ、当該中央官庁の長の異議申請に対する是正などの措置に対して異議のある者は、国際契約紛争調停委員会に調停のための再審を請求できるようにしている（同法第二八条）。再審請求を審査・調整するために財政経済府に国際契約紛争調停委員会を設置することになっている（同法第二九条）。

WTO政府調達協定では、特定調達に関連して、この協定の違反が問題とされる場合の当事者の異議申立手続について規定している（同協定第二〇条）。

(2) 貿易紛争調停委員会

(ア) 貿易紛争調停委員会

韓国の対外貿易は、韓国知識経済部長官が貿易取引者間の貿易紛争の迅速な解決のために紛争を調停により解決し、紛争の解決のための仲裁契約の締結を勧告できると規定している（同法第四一条六項）。韓国の在外公館の長が、交易相手国の貿易取引者又は貿易紛争解決機関の長から貿易紛争の申告を受けたか、又は業務遂行上、これを

知った場合には、直ちにその事実を知識経済部長官に通知し、その場合、知識経済部長官は、その紛争の迅速な解決のために必要であると認められる、調停又はあっせんを行うことができる（同法第九三条二項）。

知識経済部長官は、同法第四一条第四項、及び第四二条第二項の規定により、貿易取引者間、又は輸出者と船積前の検査機関の間で発生する紛争を解決するために、紛争調停委員会を構成し、紛争を調停させることができる（同法第九五条一項）。調停委員会は三名の調停委員で構成される（同法第九六条一項）。

貿易取引又は船積前の検査に関連した紛争が発生した場合には、当事者の一方又は双方は、同法第四一条第四項、又は同法第四二条第二項の規定により、知識経済部長官に紛争の調停を申請することができる（同法第九八条一項）。知識経済部長官は、調停申請を受けた場合には、七日以内に調停委員会を構成し、調停委員会構成後、原則として二〇日以内に調停案を作成し、当事者に提示しなければならない（同法第一〇〇条一項）。

世界貿易機構の協定上の紛争解決手続との関係に対しても規定を置いているが、この法による船積前の検査と関連した紛争の解決手続は、世界貿易機構協定上の紛争解決手続を妨害しないと明記している（同法第一〇五条）。

同法第四三条第一項の規定による貿易取引者に対する調停命令に関する知識経済部長官の諮問に応じるため、知識経済部に調停命令諮問委員会を置いている（同法第一〇七条一項）。知識経済部長官は、調停を命じる場合、企業の営業秘密を侵害する憂慮等の特別な事由のない限り、調停を命じる理由・対象・内容等を公告しなければならぬとする（同法第一〇七条三項）。調停の効力に関する規定を置いていない。

(二) 国際的ADR制度における法律家の役割

ア 国際紛争に関する私的なADR機関

(1) ICC International Court of Arbitration

前述のように、フランスのパリに本部を置いている国際商工会議所 (International Chamber of Commerce) に設置された仲裁法院が国際取引紛争を仲裁によって解決する代表的な ADR 機関である。

(2) WIPO 仲裁・調停センター

国際知的財産権機構 (World Intellectual Property Organization : WIPO) は、一九九四年知的財産権のライセンスに関して発生する紛争を含む商事紛争を訴訟外の方法によって解決するために仲裁調停センターを設立し、仲裁以外にも調停・簡易仲裁・調停と仲裁の混合形態 (Med-Arb) も共に運営している。WIPO 仲裁規則は、知的財産権の紛争を念頭において作られたものではあるが、紛争の対象を知的財産権紛争に限定する明文規定は置いていない。

(3) UDRP によるドメインネームの紛争解決

ドメインネームの紛争に関連して、国際インターネットアドレス管理機構 (ICANN) は、ドメインネームの先占に関連する国際的な紛争解決機構と手続の準備のために、WIPO の提案に基づいて一九九九年八月二六日に迅速なオンライン紛争解決手続である、統一ドメインネーム紛争解決政策 (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, 以下 UDRP とする) を採択したが、このような UDRP により、四つの国際的なドメインネーム紛争機構でのドメインネーム紛争を調停している。

UDRP によるドメインネーム紛争解決手続の法的な性格は仲裁とみるべきである。韓国の判例の中にも、これと同様の立場に立っていると理解されるものがある。同判決では、ドメインネーム紛争に関連して、WIPO 仲裁調停センターが下した決定に対して「たとえ、その決定に不当な点があるとしても、上記決定の効力がないと争う

ことはできない」と判示しながら、紛争の実体に適用されるUDRPの判断の内容に対しては審査の対象としなかった。

イ 国際紛争に関する公的なADR機関

国際紛争に関する公的なADR機関としては、ハーグに設置されている常設仲裁裁判所 (Permanent Court of Arbitration) とワシントンに設置されている投資者国家紛争解決センター (ICSID for Investment Disputes) が代表的である。

(三) 国際的なADR手続における法律家の役割

ア 序

国際的ADR専門家は、国家間の文化的・制度的な差異を認識し、当事者がそのような差異を理解した後、紛争を解決できるようにすべきである。多くの国際的紛争は、このような文化的・認識的・制度的な差異に基づくため、この点について理解できれば、紛争解決の道も開けるのである。

イ 国際仲裁手続における法律家の役割

前述のように、仲裁人は、一種の裁判官であるので、国際規範と準拠法に関する専門知識を持っていなければならない。仲裁代理人の場合、当事者に対して国際規範と準拠法による適用結果をうまく説明しなければならない。仲裁人である法律家は、法的知識だけでなく、国際的な名声を積むことに努力し、当事者が信頼して紛争解決を依頼できるようにすべきである。

ウ 国際調停手続における法律家の役割

国際調停手続においては、国際規範と準拠法に対する専門知識より、当事者を理解する国際感覚と説得能力がより重要であるといえる。言語上の疎通障害を克服し、口頭で着実に合理的な解決へと誘導する役割が期待される。

エ サイバーADRの準備

国際紛争のADRでは、今後オンラインで進行される事件の比重も増えてくるであろう。これは、両当事者と仲裁人や調停人が皆異なる国家に所在し、一か所に集まってADR手続を進行することに多くの時間と費用が要される一方、サイバーADRは、そのような不便がないからである。サイバーADRの代表的な例が、前述したドメインネーム紛争に関連するUDRPによる紛争解決手続である。ADR専門家は、このようなサイバーADRを適切に行役できる専門的な能力を備えるべきである。

六 ADR制度の整備における役割

(一) ADR関連立法整備への参加

ア ADR基本立法の制定過程への参加

法律家は、ADRの有用性に基づいた制度的整備のため、立法、行政、司法のすべての機関にADRの尊重と利用の促進のため、努力する義務を負い、ADRの利用促進を総括する機関を設立して基本的な立法に参加しなければならない。

イ 仲裁制度の改善立法への参加

韓国は、一九九九年、UN国際取引法委員会(UNCITRAL)の国際仲裁モデル法を受け入れ、旧仲裁法を全面的に改正した。しかし、仲裁判定の執行に再度弁論を経た法院の判決を要件とすることで、仲裁制度の効用を

著しく減少させている。また、選択的な仲裁合意に関する法院の偏狭な解釈により当事者の仲裁選択権を制約しているという実情があるので、ADRに従事する法律家は、このような現行仲裁制度の問題点を改善するための立法活動に積極的に参加しなければならない。

ウ 調停基本法の制定

現在、韓国には、前述の通り行政機関の下に多数の調停委員会が構成されているので、調停委員の資格、調停手続、調停の効力等が多岐にわたっており、重複しているので、調停に関する個別立法を統合する、いわゆる調停基本法の制定が必要であり、ADR専門の法律家は、調停基本法の制定に努力すべきである。

(二) ADR関連の機構整備における法律家の役割

ア 特別機構の創設

現在、韓国では、大韓商事仲裁院が殆ど唯一の機関仲裁機構であり、アドホック仲裁 (Ad Hoc Arbitration) は殆ど活用されていないため、各専門分野別に仲裁機構の設立を検討する時期であると思われる。例えば、エンターテインメント紛争、S/W関連紛争、保険、証券関連の紛争等が検討の対象となるであろう。

イ その他のADR機構整備

まず、ADR機構のADR規則を整備し、ADR事務局を整備し、専門的な人材を事務局に配置すべきである。また、ADRに関連して、交渉機関及び制度の整備にも法律家が寄与する部分が多い。

料

(三) ADR 専門家養成への参加

まず、ADR 教育機関を設立し、その教育機関で ADR 専門家を教育できる ADR 教育者を養成し、その教育者に ADR 主宰者と ADR 代理人を育成させ、ひいては非法律家に対する ADR 教育とともに法曹に対する ADR 教育までも担当させることができるであろう。

七 結 論

以上のように、情報化・専門化・グローバル化が進行すると ADR の重要性はより大きくなってくる。法律家は、紛争解決の手段としての ADR の重要性を深く認識し、ADR に関する手続的・実体的な両側面の専門家になるべきである。ひいては、紛争の友好的・究極的な解決のメカニズムとしての ADR に奉仕する法律家にならなければならず、グローバルな観点からは、国際的・超国家的なサイバー紛争の ADR による解決能力を持った法律家として国際的な紛争解決に寄与すべきである。