

仲裁と調停の連係許容性とその限界（三・完）

猪股 孝史

- 一 はじめに
- 二 仲裁と調停を連係させる魅力・あるいは背景事情……………（以上、五巻二号）
- 三 仲裁と調停を連係させた手続の態様
- 四 仲裁と調停の連係をめぐる問題点と立法例
 - 1 仲裁から調停への移行
 - 2 仲裁・調停における和解合意の成立……………（以上、六巻一号）
 - 3 調停から仲裁への移行
- 五 おわりに……………（以上、本号）

四 仲裁と調停の関係をめぐる問題点と立法例 (承前)

3 調停から仲裁への移行

(一) いつ・どのようにして仲裁を開始するか

もともと調停は、当事者が自主的に和解できるよう、調停人が当事者自身による交渉を促進・援助し、もって和解を成立させることで紛争を解決しようという手続なのであるから、調停合意を締結し、現に調停手続が進行しているかぎり、調停によって友好的に紛争を解決しようという意思が当事者双方にあり、または、少なくとも調停手続の開始時点においてあつたはずである。そうであるならば、まずもって調停によって和解を成立させようという当事者の意思は尊重されてしかるべきだから、調停手続から仲裁へ移行するのは、調停が失敗し、和解が成立しなかった場合であるのが通常である、ということになる。

それでは、調停手続がまだ進行中で、和解の成否が明らかとなっていないときでも、仲裁合意が締結されているからといって、仲裁を申し立て、仲裁手続の開始を求めることは許されるのかどうか。この点について、仲裁・調停法ないし調停規則は、原則として、調停が行われているうちは仲裁手続の開始を求めることを許さない、とする。たとえば、つぎのような規定がそうである。⁽¹⁵⁾

インド仲裁・調停令七七条

「調停が行われている間は、当事者は、調停に付託されている紛争について、権利を保護するために必要となる仲裁または訴訟を開始することができるときを除いては、仲裁または訴訟を開始し

てはならない。」

バミューダ国際調停・仲裁法 一条 「当事者の書面による別段の合意がないかぎり、紛争を調停に付する旨の当事者の書面による合意は、調停手続の開始から終了まで、すべての訴訟または仲裁手続を停止する旨の当事者間での合意となる。」

UNCITRAL 調停規則 一六条 「当事者は、調停手続中、その手続の対象である紛争に関して、仲裁手続または司法手続を開始しないことを約束する。ただし、一方の当事者がその権利を守るために仲裁手続または司法手続が必要であると認めたときは、その当事者はその手続を開始することができる。」

JSE 調停規則 一九条 「当事者は、調停手続中、その手続の対象である紛争に関して、仲裁手続……または司法手続を開始してはならない。ただし、時効の中断など一方の当事者がその権利を守るために必要であると認めるときは、その当事者は仲裁手続、司法手続またはその他の法的手段をとることができる。」

調停が和解をもって紛争を解決しようとする、当事者の意思に基盤をおく手続である以上、そこでは当事者双方が、調停手続および調停人に、誠実な態度で協力することが要請されてしかるべきである。現に、調停規則の多くは、このことを明文をもって規定している。このことを前提とするならば、調停の成否がまだ判明していないのに、当事者の一方が仲裁を申し立てるなどという行動に出たことは、もはや調停における和解成立に向けて、当事者双方の誠実な協力が得られなくなったものと評価されてよいのではなからうか。少なくとも、そのような行動をとる当事者には、調停によって和解を成立させようとする真摯な意欲は失われたものと解することに合理性がある。調停人としても、調停をこれ以上、続行しても和解の成立の見込みはないと判断して、より端的に、その時点で調停を打ち切り、

調停は失敗に終わったものと扱うこともできる。⁽⁹⁾したがって、調停が進行中であるうちは、仲裁を申し立て、仲裁を開始することは許さないとする、仲裁・調停法ないし調停規則にみられる原則には、理由があるといふべきであろう。もつとも、工業所有権仲裁センター仲裁手続規則に、つぎのような規定がおかれていることは興味深い。

工業所有権仲裁センター仲裁手続規則二九条二項 「調停手続の進行中に、当事者双方が仲裁の合意をし、仲裁合意書を提出したときは、調停手続は仲裁手続に移行する。」

ここでの規整は、きわめて特色あるものである。工業所有権仲裁センターにおける手続の特徴として説明されていくところによれば、「仲裁合意がない段階を調停とし、仲裁合意がとれた段階を仲裁として手続きを連続させ」、「調停手続きの進行中仲裁手続きに移行する意思の有無を確認することができ」⁽¹⁰⁾る、というのである。こうした運用は、同センターで取り扱われる紛争について事前に仲裁合意が締結されていることが実際上は少ないであろうこと、また、当初から仲裁合意を調達するのは困難であろうことを予想して、そのような場合にも同センターの利用を容易なものにすべく、さしあたり、より柔かな合意を得て調停手続として開始することができるようにし、⁽¹¹⁾イン・テークの拡大を図ろうとする配慮に基づくものといえよう。

調停から仲裁への、柔軟かつ円滑な移行を念頭においた、こうした手続的規整に問題はないのかどうか、さしあたり措くとしても、工業所有権仲裁センター仲裁手続規則四三条によれば、仲裁合意が締結され、仲裁手続に移行した後は、調停手続は終了したものと扱われるのである。⁽¹²⁾そうであれば、結局のところ、調停手続から移行して仲裁が開始されるのは、調停が失敗した場合、または、失敗したと評価され、そのように扱われる場合である、といつて差し

支えないことになろう。⁽¹⁸⁾

なお、以上のような原則の例外として、権利を保護するために必要がある場合には、調停手続が進行中であっても仲裁などの手続開始を求めることができる⁽¹⁹⁾とされている。この点について、JSE調停規則一九条では「時効の中断」が明示的に掲げられているが、これは、調停の申立てによっては時効中断の効果は生じないことが前提にあつて、そのことへの配慮からであろう。⁽²⁰⁾

(二) 誰が仲裁人となるか

つぎの問題は、調停が失敗した後に移行する仲裁では誰が仲裁人となるのか、である。これは、より端的にいえば、それまで調停人であつた者をそのまま仲裁人とすることが許されるかどうか、という問題である。そこでまず、調停人であつた者はいかなる規整を受けるか、調停規則におかれた規定から検討する。

(1) 調停人についての調停規則における規整

調停規則をみると、(B)それまで調停人であつた者は仲裁人となることはできない、とするものがある。たとえば、つぎのような規定がそうである。

UNCITRAL 調停規則一九条 「当事者および調停人は、調停手続の対象である紛争に関する仲裁手続また

は司法手続において、調停人が仲裁人または一方の当事者の代理人もしくは弁護士とならないことを約束する。」

JSE調停規則二二条一項 「調停人は、調停手続の対象である紛争に関する仲裁手続（本規則第一六条によ

る仲裁手続の場合を除く¹⁶⁾ または司法手続において、仲裁人または一方の当事者の代理人となつてはならない。」

もつとも、 $\langle B \rangle$ 当事者の合意がないかぎり、それまで調停人であつた者は仲裁人となることができない、との規定をおく調停規則もみられる。¹⁶⁾

ICC 調停規則一〇条 「当事者間に別段の合意がないかぎり、調停人は、調停手続の対象とされた紛争に関する訴訟または仲裁手続において、仲裁人、代表者または代理人として行動してはならない。」

HKIAC 調停規則二二条 「調停人は、当事者が書面をもって合意しないかぎり、その争いから生じたものであれ、同一の契約から生じたものであれ、その当事者間での以後の仲裁において、仲裁人として選定されてはならない。」

以上のような調停規則におかれた規定をみるかぎり、結局のところ、調停が失敗して仲裁に移行する場合、 $\langle B \rangle$ 調停人であつた者を仲裁人として選定することはできないとする原則が、調停規則の全体の基調をなすものである、ということができよう。 $\langle B \rangle$ 当事者の合意がないかぎり、それまで調停人であつた者は仲裁人となることができない、とする規定は、裏を返せば、 $\langle A \rangle$ 当事者の合意があれば、それまで調停人であつた者を仲裁人として選定することができる、との趣旨であることにはなるが、こうした消極的な表現にとどめられているのは、やはり例外的扱いではないとみるのが、素直だろうからである。

(2) 仲裁と調停の連係を認める法・規則における規整

それでは、仲裁と調停の連係を認める規定、あるいは、連係を視野に入れた規定をおく、仲裁・調停法ないし仲裁・調停規則では、調停が失敗した後に移行する仲裁において、それまでの調停人をそのまま仲裁人として選定することができるかどうかについて、どのような規整がされているか。

まず、中国仲裁法は、すでに紹介したように、仲裁手続において仲裁人が調停を行うことができるとする規定をおくものであるが、その調停が失敗したときには、へA調停人であった者がそのまま仲裁人となって仲裁判断をすべきであることを明示的に定めている。

中国仲裁法五一条 「仲裁法廷は仲裁判断を下す前に、まず調停を行うことができる。当事者が調停を希望する場合は、仲裁法廷が調停しなければならない。調停が成立しない場合には、速やかに仲裁判断をしなければならない。」

つぎに掲げる工業所有権仲裁センター仲裁手続規則も、仲裁手続において、当事者の同意を得て、仲裁人が調停を行うことを許す規定をおくものであるが、調停が失敗した後に移行する仲裁における仲裁人については、基本的に中国仲裁法と同じ立場によりつつも、へA当事者の合意があれば、調停人であった者を解任し、別の者を新たに仲裁人として選定する余地を認めている。

工業所有権仲裁センター仲裁手続規則二九条五項 「第二項及び第三項の場合、調停手続における調停人は、

仲裁手続における仲裁人となる。但し、当事者双方が合意のうえ調停人の全部又は一部の解任を申し出るときは、委員会は当該調停人を解任し、仲裁手続において新たな仲裁人を選任する。」

以上に対して、仲裁手続の途中で仲裁人が——当事者の同意を得て——調停を行うことを許しながらも、その調停が失敗した後に移行する仲裁において、^(B)当事者の同意がないかぎり、調停人であった者は仲裁人となることのできない、とする規定をおくものがある。たとえば、つぎのような仲裁・調停法ないし調停規則がそうである。

インド仲裁・調停令八〇条 「当事者が別段の合意をしないかぎり、(a) 調停人は、調停手続で対象となつた紛争に関する仲裁手続または訴訟手続において、仲裁人または代理人として行動することはできない。」

バミューダ国際調停・仲裁法一四一条一項 「調停人となつた者は何人であれ、すべての当事者が書面で同意し、または、調停や仲裁のために同意された規則が定めていないかぎり、同一の紛争についての仲裁手続、訴訟手続のため、仲裁人として選定され、または、関与することはできない。」

台湾仲裁法四五条 「調停が成立しない場合に、調停人は当事者双方の同意を得なければ、同一事件の仲裁人になつてはならない。」^(B)

世界的所有権機関 (WIPO) 調停規則二〇条^(B) 「司法裁判所 (court of law) または当事者の書面による授權をもって要請されるのでないかぎり、調停人は、対象となつた紛争に関して、訴訟、仲裁その他の何であれ、係属中のまたは将来の手続において、調停人以外の資格で行動してはならない。」

これらの規定は、失敗した調停から仲裁に移行し、連係させるにあたって、調停人であつた者を仲裁人とするには当事者の同意が必要であるとするのであるから、原則はむしろ、 $\langle B \rangle$ 調停人であつた者は仲裁人となることはできない、とする態度だといふことができよう。つぎの KCAB 商事仲裁規則の規定も、仲裁合意はあるが、調停を仲裁に先行させるといふ連係手続を予定しつつ、その調停が失敗した後に移行する仲裁において、こうした原則によるべきことを前提にしているようにみえる。

KCAB 商事仲裁規則一八条一項・二項・四項 「基準日 (the Basic Date) から国内仲裁のときは一五日以内、国際仲裁のときは三〇日以内に、当事者双方からの調停の申立てに基づいて、事務局 (The Secretariat) は、紛争が仲裁に付託される前に調停手続を行う(一項)。調停手続は、仲裁人名簿の中から一人または三人の調停人を事務局が選定することによって行われる(二項)。調停が調停人の選定から三〇日以内に紛争を解決するのに失敗したときは、調停手続は終了し、仲裁人の選定を含めて、この規則のもとでの仲裁手続が直ちに開始する(四項)。」

このように、仲裁・調停法ないし仲裁・調停規則におかれた規定を通覧してみると、そこに一貫してみられるのは、調停人であつた者と仲裁人とは同一人であつてはならない、とする基本的態度である。

仲裁手続の途中で調停を行うにしても、もともと $\langle B \rangle$ そこでの調停人は本来の仲裁人と同一人であつてはならないとする立場をとるかぎり、調停人であつた者を仲裁人とすることができるかどうか、というここでの問題は、通常は生じない。仲裁人と調停人とは、そもそも分離・独立している存在である以上、調停が失敗した後は、その本来の仲裁人が仲裁を再開、続行して、仲裁判断をすれば済むはずのことだからである。

これに対して、仲裁手続の途中で行う調停において、 $\langle A \rangle$ 仲裁人は——当事者の同意を得て——調停人として行動することができるとする立場による時は、その者がそのまま仲裁人として仲裁判断をすることができるか、という問題が生じる。仲裁人が調停人として行動することを許すのであれば、中国仲裁法のように、調停が失敗した後に移行する仲裁においても、そのまま仲裁人として仲裁判断をすることも許されるとするのが、むしろ本則であるべきだし、手続のフローとしても明解であろう。

にもかかわらず、法・規則がとる原則は、調停人であった者は——当事者の合意がないかぎり——仲裁人となることはできない、というものである。では、何故にこのような原則がとられるのか、そこではいかなる事情が考慮されているのか。このことが、つぎに検討されなければならない。

(3) 調停人であった者と仲裁人が同一人であってはならないとする原則——それぞれの役割

第一には、すでに述べたことであるが、調停人と仲裁人にはそれぞれ果たすべき固有の役割があるのであって、その期待されている機能が異なる以上、これらは両立しないはずである、と理解されていることを挙げることができよう。

確かに、仲裁手続の途中で調停を行うという、仲裁から調停に移行する局面で、同一の者が異なる役割を果たすべきことを要求するのは無理ではないか、との批判はありえよう。そのような者が、将来的に、調停が失敗したときには仲裁人として仲裁判断をしなければならなくなることを念頭におきつつ、現に進行中の手続において調停人であり、かつ仲裁人でもある、という二重的な機能を同時に果たさなければならぬ、という要求を正当化することにもなりかねないからである。

しかしながら、調停から仲裁に移行した局面では、調停は失敗に終わっていて、すでに過去のものとなっているのである。以後は仲裁人としての固有の職務に専念すればよい、ということであれば、調停人と仲裁人の役割をめぐる議論がこの局面においても必ずしも同じように妥当することにはならない、といってよいのではなからうか。調停が失敗に終わった後で、新たに仲裁を開始する場合には、調停人であった者はもともと調停人としてのみ行動していたのであり、仲裁に移行した後は仲裁人としてのみ行動することになるのだけであるから、なお一層そのようにいえるだろう。このように考えてくるならば、仲裁人と調停人の役割ないし職務をめぐる議論だけを根拠とするのでは十分な合理性に欠けるように思われる。⁽⁸⁾

（4）調停人であった者と仲裁人が同一人であってはならないとする原則——仲裁人の忌避

そこで、第二に、調停人であった者と仲裁人が同一人であってはならないとする原則を根拠づける理由として、調停手続において、当事者と和解条件について議論するなどした調停人は、以後の仲裁手続において忌避の対象となりうるからである、ということが指摘される。⁽⁹⁾ すなわち、調停人として行動した者は、当事者による自主的な和解成立のための交渉を促進し、和解条件を協議するなどして、その事件について相当程度まで深く関与しているから、すでにその事件について仲裁判断をするのに予断を抱えていることになるのでないか、そうだとすれば、そのような仲裁人は忌避されるべきではないのか、というのである。

仲裁人が調停人として行動して、当事者の一方のみと和解条件について議論したにもかかわらず、その調停が失敗した後には再開、続行する仲裁においては、そのような仲裁人は忌避の対象となりうることにについては、仲裁人のための倫理規範が正当にも示唆しているところでもあり、つぎのように注意を喚起している。

IBA による国際仲裁人のための倫理規範八条後段

「当事者の合意があるときは、いかなる手続も可能であるとしても、仲裁廷は、相手方当事者が不在のときに、仲裁人が一方当事者と和解条件について議論するのは望ましいことではない旨を当事者双方に指摘すべきである。なぜなら、このことの故に、こうした議論にかかわった仲裁人は、将来、仲裁の関与から忌避される (disqualified) という結果を、通常は、生じさせるだろうからである。」

こうした事態が生じうることに対処すべく、仲裁手続の途中で行う調停において、当事者の同意をもって、仲裁人が調停人として行動することを許す立場をとる、仲裁・調停法には、つぎのような規定がおかれている。^⑧

香港仲裁令二A条二項 (a)

「仲裁契約が調停人の選定を定め、さらに、調停手続において当事者双方に受け入れられるような和解に至ることができなかったときには、そうして選定された者が仲裁人として行動することを定めているとき、(a) その者を仲裁人として選定すること、および、その者の仲裁手続での行動に対して、仲裁に付託された紛争の一部または全部に関連して調停人として以前に行動していたという理由からだけでは、異議を申し立てることはできない。」

香港仲裁令二B条四項

「仲裁人、審判人が本条にしたがって調停人として以前に行動していたという理由からだけでは、仲裁人、審判人が仲裁手続を実施することに対して異議を申し立てることはできない。」

シンガポール国際仲裁法一六条三項 (a)

「仲裁合意が、調停人の選定を定めており、さらに、当事者に受け入れられるような和解をもたらすのに調停手続が失敗したときは、そうして選定された者が仲裁人として行動す

る旨を定めている場合、(a)仲裁付託された事項の一部もしくは全部に関して、以前に調停人として行動していたという理由からだけでは、その者を仲裁人として選定することに対し、または、その者の仲裁手続における行動に対して、異議を申し立てることはできない。」

シンガポール国際仲裁法一七条四項 「本条にしたがつて以前に調停人として行動していたという理由からだけでは、そのような者が仲裁手続を行うことに対して異議を申し立てることはできない。」

バミューダ国際調停・仲裁法一四條二項 「当事者が調停人として選定した者が仲裁人として行動することにつき書面で同意した場合、調停が当事者に受け入れられるような和解に至るのに失敗したとき、そのような者を仲裁人として選定することに対して、または、仲裁手続におけるその者の行為に対して、また仲裁判断に対して、仲裁に付託された一部または全部との関係で調停人として以前に行動していたという理由からだけでは、異議を申し立てることはできない。」

オーストラリア・ニュー・サウス・ウェールズ州商事仲裁法二七条二項 「(a) 仲裁人もしくは審判人 (umpire) が調停人 (mediator, conciliator) もしくは非仲裁的な仲介者 (non-arbital intermediary) ……として行動し、そして、(b) そうした行動が、紛争当事者にとって受け入れられる紛争解決を与えることに失敗した場合、その後の仲裁手続において仲裁人もしくは審判人として行動することに対して、その仲裁人もしくは審判人が以前にその紛争に関係して行動をとったという理由だけで、異議を申し立てることはできない。」

カナダ・アルバータ州仲裁法三五条二項 「仲裁廷の構成員は、第一項に規定するテクニックを用いた後も、忌避されることなく (without disqualification)、仲裁人としてその役割を再開することができる。」

これらいずれの規定も、当事者の同意があることを前提として、仲裁手続の途中で行う調停において仲裁人が調停人として行動することを許しつつ、その者が、調停が失敗した後に移行する仲裁において、仲裁人として行動することに対して、そのような仲裁人が以前は調停人として行動していたことだけを理由にして異議を申し立てることはできない、すなわち忌避を申し立てることはできない、とするものである。あらかじめ当事者の同意が得られていることをもって、仲裁人忌避を封じ込めようとの意図によるものである。そのような仲裁人が、以後の仲裁において忌避されうる余地を残しておくのでは、再開、続行された仲裁を、結局のところ、頓挫させる結果となってしまうからである。^⑧

問題は、それにしても、こうした忌避申立権の放棄という方策が果たして適切なものであるのか、あるいは、それで十分だといえるのか、ということである。

仲裁が、裁判とならんで、国家司法の一翼を担う制度として位置づけられていることにかんがみるならば、仲裁人も、裁判官と同じく、公平中立の立場を保持すべきことが要請されてしかるべきである。そうでなければ、仲裁判断の公正を確保することが難しいからである。しかながら、裁判官の除斥・忌避制度が、当事者の利益だけでなく、裁判の公正という、裁判に対する国民一般の信頼確保を目的とするのに対し、仲裁人の忌避制度は、一方当事者に偏頗な仲裁判断を回避するという目的をもつものであって、そこではもっぱら当事者の利益が考慮されている点で、これら両者は異なるものである、と理解されている。^⑨ 言い換えれば、「仲裁人、仲裁裁判所及び仲裁制度がはらんでいる『正義を歪める危険』は、偏頗な裁判官による司法の歪曲とは別な次元にある、^⑩ ということなのである。

仲裁法が、仲裁人の除斥といった絶対的排除原因を定めることなく、また、かりに仲裁の公正を妨げるような「事由の存する者であつても、これらの事由を知りながら、これを仲裁人に選定することは妨げられない」ということは、

たとえば、つぎの UNCITRAL モデル法の規定にもよく示されている。

UNCITRAL モデル法一二条

「仲裁人となることについて交渉を受けた者は、自己の公正又は独立について理由のある疑いを生じさせるようなあらゆる事情を開示しなければならない。仲裁人がそのような事情を当事者に知らせていないときは、仲裁人は選定された時及びその後の仲裁手続において、遅滞なくこれをすべての当事者に開示しなければならない（一項）。当事者は、仲裁人の公正又は独立について理由のある疑いを生じさせるような事情のあるとき、又は仲裁人が当事者の定めた資格を有しないときは、仲裁人を忌避できる。当事者は、自ら選定し又は選定に關与した仲裁人については、その選定がなされた後に知った事由に基づいてのみ忌避することができる（二項）。」

仲裁人忌避の制度を、以上のように、もつばら当事者の利益保護に資するものであると理解するかぎり、当事者自身がその利益を放棄することは許されてよいはずであろう。そうであれば、当事者の合意によって、一定の場合について仲裁人忌避の申立権を放棄する旨の規定をおくことも必ずしも不当ではない、ということになろう。

しかしながら、当事者の同意による許容があれば、すべての免罪符となりうるのかどうか、なお疑問がないわけではない。

調停人として行動した仲裁人に対して忌避を申し立てないことを、当事者があらかじめ同意したという、その意思は、そのような仲裁人が、調停人として行動したときに取得した情報や資料によって、予断をもつたうえで仲裁判断をすることになっても、それはそれで構わない、ということであろう。しかし、だからといって、そのことと、そうした資料や情報のうち、とりわけ自己に不利益なものについて反論する機会が与えられないまま、仲裁判断の資料と

して利用されることになっても構わない、ということとは、また別論なのではないだろうか。もつぱら当事者の利益保護を目的とする仲裁人の忌避については、その申立権を放棄することは認められようと考えるにしても、調停人として行動したときに取得した情報や資料につき反論の機会を与えないまま流用してなされた仲裁判断であっても許容されるとするのは、もはや当事者の利益だけにかかわるとはいえず、仲裁という制度そのものの公正に対する信頼確保にもとることになりはしないか、と考えられるからである。

このようにみえてくると、調停が失敗した後に移行する仲裁における仲裁人をどうするか、という問題は、深いところで、調停手続において取得、提供された資料を、いかに適切にコントロールすべきか、という問題につながっていることになる。

(三) 調停資料をどのように扱うべきか

仲裁手続の途中で行った調停において取得された資料や情報は、調停が失敗した後に移行する仲裁において、どのように扱われるべきであるのか。この問題を解明するために、調停手続ではどのように審理が行われるのか、そして、そこで取得され、あるいは提供された資料や情報などは、どのような規整を受けているのか、まずこの検討から始める。

(1) 調停手続における審理——コーカス (caucus)

調停手続の審理において、調停人は、事件の実情を把握し、和解条件を提案するなどして、当事者の交渉を促進し、自主的な和解の成立を援助するため、当事者と面接し、情報の提供を受け、あるいは意見を求めることができる。調

停人が当事者と面接するにあたって、調停規則の多くは、必ずしも当事者双方の対席を要求せず、一方当事者のみと非公開で個別的にする交互面接、いわゆるコーカスも許している。

UNCITRAL 調停規則九条一項 「調停人は、両当事者一緒に、または各当事者別々に、面接または通信することができる。」

AAA 商事調停規則一〇条^原 「調停人は、当事者双方と合同でまたは個別に面会し、和解のため、口頭でまたは書面により、勧告することができる。」

HKIAC 調停規則一一条 「調停人は、争いの実情や事実を把握するために、合同でまたは個別に、当事者と面会することができる。」

JSE 調停規則九条 「調停人は、調停手続のいかなる段階においても、全当事者の同席する場所において、または各当事者個々に、当事者の意見を求めることができる。」

調停においてコーカスが許されるとすると、調停人は、相手方当事者には知らされない情報を一方当事者から取得することができるようになる。このような情報を、調停人は、どのように扱うべきであるかについて、UNCITRAL 調停規則および JSE 調停規則は、つぎのように規定し、コーカスで取得された情報は、相手方当事者に対して反論の機会を与えるために開示すべきことを原則としている。

UNCITRAL 調停規則一〇条 「調停人が一方の当事者から紛争に関する事実上の情報を受け取ったとき

は、調停人が適当と認める説明を他方の当事者が提出する機会を得ることができるよう、調停人は他方の当事者にその情報の内容を開示する。ただし、一方の当事者が、情報を他に開示しないことを特に条件として、調停人にその情報を提供したときは、調停人はこれを他方の当事者に開示しない。」

JSE 調停規則一〇条二項 「調停人が一方の当事者から紛争に関する事実上の情報を受け取ったときは、他方の当事者とその情報の内容を開示して釈明の機会を与えなければならない。ただし、一方の当事者が、情報を他に開示しないことを特に条件として、調停人にその情報を提供したときは、調停人はこれを他方の当事者に開示しない。」

そのような場合でも、これらの調停規則は、相手方当事者には開示しないとの条件付きで情報が提供されたときには、例外的に秘密扱いとし、開示しないものとしている。この趣旨の規定は、AAA 商事調停規則にもみられる。

AAA 商事調停規則一二条 「調停手続において、当事者または証人が提供した秘密の情報を、調停人は公表してはならない。」

以上のような規定をみるかぎりでは、調停手続においては、当事者双方を対席させないで面接し、会合するコーカスが許されていることから、そこで提供された情報について反論の機会を与えるため、相手方当事者に対して開示することを要求する、UNCITRAL 調停規則および JSE 調停規則のもとであれば格別、そうでなければ、相手方当事者には知らされない情報を調停人は取得することがありうることになる。あるいは、コーカスで提供された情報は開示

することとしても、相手方当事者には開示しないとの条件付きであるときには、その秘密が保護されるのであるから、結果として、調停人が、いわば内密情報を取得する余地は依然として残されている、ということになる。⁽⁸⁾

(2) 調停資料についての調停規則における規整

それでは、調停手続において取得され、提供された情報や資料は、以後の訴訟手続や仲裁手続との関係では、どのような規整を受けるか。

多くの調停規則は、以後の訴訟手続、仲裁手続などにおいては利用することを許さない、という態度を示す。たとえば、つぎのような調停規則におかれた規定がそうである。⁽⁹⁾

UNCITRAL 調停規則二〇条

「当事者は、仲裁手続または司法手続が調停手続の対象である紛争に関する否とを問わず、その手続において、次の事項を主張の根拠としないことまたは証拠として提出しないことを約束する。(a) 紛争の解決のために、他方の当事者が表明した意見または示唆した提案 (b) 調停手続中に、他方の当事者が認めた事項 (c) 調停人が行った提案 (d) 他方の当事者が、調停人が提案した解決案を受け入れる意思を示したという事実」

ICC 調停規則二一条 「当事者は、証拠であるか否かを問わず、以下を訴訟または仲裁手続に提出しないことに同意したものとす。(a) 紛争解決のため当事者が表明した意見または示唆 (b) 調停人が示した提案

(c) 調停人が示した調停案を受諾する用意がある旨を当事者が表明したという事実」

AAA 商事調停規則二二条 「調停人がその職務に就いている間に受領した、すべての記録、報告または文書

は、秘密とされるものとする。調停人は、他の対論的手続 (adversary proceeding) または裁判所において、そのような記録を公表し、調停に関して証言することを強制されない。当事者双方は、調停の秘密を維持するものとし、仲裁、裁判、その他の手続で、以下のものを援用し、または証拠として提出することはできない。(a) 争いの和解可能性に関して、相手方当事者が表明した意見または示唆 (b) 調停手続において相手方当事者がなした承認 (c) 調停人がなした提案または表明した意見、あるいは、(d) 相手方当事者が、調停人がなした和解案を受け入れる意向を示した事実、または示さなかった事実」

HKIAC 調停規則一八条 「調停手続中に表明されたいかなることも、以後の仲裁や訴訟において、争いの当事者の権利に影響を与え、または、その地位を害することを意図するものではないし、いかなる方法であってもそのようなことがあつてはならない、そして、こうした一般原則から逸脱するものでなく、たんに以下のような場合、たとえば、(a) 調停人が勧めた意見や和解条件は、仲裁人または裁判所に対して開示されてはならない。(b) その性質が何であれ、情報が調停人にとって利用可能なものであつたという事実は、以後の仲裁や訴訟において、その特権、すなわち秘密とされるべきことを放棄したことを意味するのではない。そして、(c) 情報の正確さ、文書の価値または意味が調停手続中に争われなかつたという事実は、以後の訴訟や仲裁においてこれらを争うことを妨げるものではない。」

JSE 調停規則二二条 「当事者は、仲裁手続 (本規則第一六条による仲裁手続の場合を除く) または司法手続が調停手続の対象である紛争であると否とを問わず、その手続において、次の事項を主張の根拠としないことおよび証拠として提出しないことに合意する。(イ) 紛争の解決のために、他方の当事者が表明した意見または示唆した提案 (ロ) 調停手続中に、他方の当事者が認めた事項 (ハ) 調停人が行った提案 (ニ) 他方の当事者が、調停人

が提案した解決案を受け入れる意思を示したという事実」

調停手続において、当事者から調停人に対して提出された事実や証拠、表明された提案や意見、または、調停人が提示した調停案に対してもった当事者の好意的態度、ないしは非好意的な態度などは、調停において取得、提供された資料であるという意味で、調停資料とでもよぶことができよう。こうした調停資料について、以上のような調停規則が示すのは、調停資料の秘密は調停終了後も維持されなければならない、という態度である。

もとより、調停手続における審理は非公開で行われ、調停手続について記録することも禁止されるなど、秘密主義がとられるのが原則である。すなわち、調停の秘密保持が徹底して保障されることよって、「当事者は、より深度ある情報の交換を行うことができるようになり、調停成立の可能性は高まる」であろうことが期待されるのである。調停資料はその調停かぎりのものなのであって、以後の訴訟や仲裁などの手続を通じることも含めて、外部には一切、公表されないことが担保されているだけでなく、さらには、すでに掲げておいたように、秘密とすべき条件を付けたうえで提供した情報、いわば内密情報は相手方当事者にさえ開示しないことが保障されて、そうした二重の秘密保護の保障を受けられているからこそ、当事者は胸襟を開いて、自らの弱みを暴露することになるかも知れないような情報であっても、進んで調停人に提供できる環境が整えられることになる。そうして、調停人が紛争の実情をより正確に把握できるならば、調整可能な幅の拡大を図ることもでき、和解の途をより容易に探ることができるようになる、というのである。

（3）仲裁と調停の連係を認める法・規則における規整——コーカスと調停資料

ところで、仲裁と調停との関係を認め、あるいは、それらの関係を予定した規定をおく、仲裁・調停法ないし調停規則の中にも、仲裁から移行する調停において、あるいは、仲裁に先行する調停において、コーカスが許される、とする規定をおくものがみられる。たとえば、つぎのものがそうである。

香港仲裁令二B条二項(a) 「調停人として行動する仲裁人または審判人は、(a) 当事者と合同でまたは別個に通信することができる。」

シンガポール国際仲裁法一七条二項(a) 「調停人として行動する仲裁人または審判人は、(a) 仲裁手続の当事者と合同して、もしくは個別に通信することができる。」

インド仲裁・調停令六九条一項 「調停人は、当事者を召喚し、口頭または書面で当事者と通信することができる。調停人は、当事者双方と合同で、または一方と個別に、面会し通信することができる。」

WIPO 調停規則一条 「調停人は、当事者と自由に個別に面会および通信し、そのような面会や通信において、当事者の明示的な授権がないかぎり、相手方当事者に対して開示しないことを条件として、情報の提供を受けることができる。」

これらのうち、WIPO 調停規則では、調停人は、コーカスにおいて、相手方当事者に対しては開示しないとの条件が付けられた情報の提供を受けることが許されることについても規定されている。この趣旨は、いま一つの条項をもって、当事者がそのような条件を付けて情報を提供することができる旨を規定し、重ねて確認されている。

WIPO 調停規則一二条(c) 「当事者は、調停人だけが考慮すべきものとして、秘密とされるべき、書面による情報や資料を、いつでも調停人に提出することができる。調停人は、その当事者の書面による授権がないかぎり、相手方当事者に対して、そのような情報や資料を開示してはならない。」

この WIPO 調停規則におかれた規定は、同時に、調停における内密情報は、原則として開示しないとの立場によりながらも、その当事者の授権、すなわち同意があれば、相手方当事者に開示できる余地を認めている。このような態度は、香港仲裁令とシンガポール国際仲裁法にも、同じくみられるものである。

香港仲裁令二B条二項(b) 「調停人として行動する仲裁人または審判人は、……(b) 当事者が別段の合意をするか、第三項が適用されるときを除いて、⁽⁶⁾面会した一方当事者から獲得した情報は秘密のものとして扱うものとする。」

シンガポール国際仲裁法一七条二項(b) 「調停人として行動する仲裁人または審判人は、……(b) 仲裁手続の一方当事者から取得した情報は、当事者が別段の合意をするか、第三項が適用されるときを除いて、⁽⁶⁾秘密のものとして扱うものとする。」

以上に対して、インド仲裁・調停令は、コーカスにおいて提供された情報については、反論の機会を与えるため相手方に開示するものがあくまで原則であるが、ただし、開示しないと条件付きで提供された内密情報については例外として秘密裡に扱う、とする立場である。⁽⁶⁾

インド仲裁・調停令七〇条 「調停人が紛争について一方当事者から事実情報を受け取った場合、調停人は、相手方当事者が自ら適切と考える弁明を提出する機会をもてるようにするために、その情報の実質的部分(substance)を開示する。一方当事者から調停人に対して、秘密であることが維持されるよう特別の条件のもとで情報が提供された場合、調停人はその情報を相手方当事者に開示してはならない。」

したがって、仲裁と調停との関係を認める規定をおく、仲裁・調停法ないし調停規則のもとでも、仲裁から移行する調停——あるいは、仲裁に先行する調停——において、調停人は、相手方当事者には知らされない、内密情報を取ることがありうる、ということになる。すなわち、とくに秘密とすべき条件付きで提供された情報、および、ケースにおいて提供された情報で、かつ相手方当事者には開示されなかった情報がそうである。

それでは、こうした内密情報も含めて、調停資料は、調停が失敗した後に移行する仲裁において、どのように扱われるのか。

(4) 調停が失敗した後に移行する仲裁における調停資料の取扱い——とくに相手方に不利な内密情報

仲裁・調停法ないし調停規則におかれた規定をみるかぎり、調停における内密情報、および、調停資料についての秘密は、基本的には——当事者の合意がないかぎり——調停が失敗した後に移行する仲裁においてもなお維持されるべきである、と考えられているようではある。

しかしながら、失敗した調停から移行する仲裁において、〈B〉調停人であった者は仲裁人となることができない、

とする立場をとるのであればともかく、⁽⁸⁾へA調停人であった者が——当事者の同意を得て——仲裁人となることを許す場合には、同一人である以上、調停資料についての秘密保持原則を貫徹することはできないのではないかの疑いが、当然、生じる。仲裁である以上、調停資料が、仲裁手続における審理や仲裁判断などを通じて、外部一般に対して公表されることは原則としてないとしても、当事者が調停かぎりという担保のもとで提供した調停資料を調停かぎりのものとする秘密が保持されないで、仲裁判断をするにあたって調停資料が顧慮されてしまうことにならないか、との懸念を否定することはできないからである。とりわけ、調停における内密情報のうち、相手方当事者にとって不利な内密情報についていえば、秘密裡に扱われるのが本来のあるべき原則であるとしても、それでは、かえって相手方当事者に反論の機会が与えられないまま、仲裁判断をするにあたり流用されてしまう危険を避けられないことになる。

これは、いわゆる自然的正義 (natural justice)、あるいは、適正手続の保障 (due process) との関連で議論されている問題である。⁽⁹⁾すなわち、コーカスが基本的に許されている調停手続においては、必ずしも相手方の反論権が保障されない内密情報を調停人は取得することがありうるのであって、そうした調停における内密情報を相手方当事者のコントロールが及ばないまま、仲裁判断の資料として流用することは、自然的正義、あるいは適正手続の保障に反するのではないか、というのである。

相手方当事者に反論の機会が与えられなかった事実に基づいてなされた仲裁判断は、取り消しうべきものとなり、あるいは、そのような仲裁判断の承認・執行が拒否されうるものであることは、たとえば、つぎに掲げるような規定からも、明らかである。⁽¹⁰⁾

UNCITRAL モデル法三四条二項 (a) (ii) 「仲裁判断は、次に掲げる場合にのみ、第六条に定める裁判所がこれを取り消すことができる。(a) 取消の申立てをした当事者が次の事実を証明した場合…… (ii) 取消の申立てをした当事者が、仲裁人の選定若しくは仲裁手続について適当な通告を受けなかったこと又はその他の理由により防禦することが不可能であったこと」

外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約五条一項 (b)^(註) 「判断の承認及び執行は、判断が不利益に援用される当事者の請求により、承認及び執行が求められた国の権限ある機関に対しその当事者が次の証拠を提出する場合に限り、拒否することができる。…… (b) 判断が不利益に援用される当事者が、仲裁人の選定若しくは仲裁手続について適当な通告を受けなかったこと又はその他の理由により防禦することが不可能であったこと」

そこで、調停人であった者が——当事者の同意を得て——仲裁人となることを許す場合には、その者が、秘密とされるべき調停資料、とりわけ相手方当事者にとって不利な内密情報に対して反論する機会を与えることなく流用して、不正な仲裁判断がされてしまう危険を何としても回避する必要があるものであり、そのために何らかの方策が講じられなければならないことになる。

仲裁と調停との関係を認め、あるいは、これを予定した規定をおく、仲裁・調停法ないし仲裁規則をみると、この問題に対する方策は、大きく二つに分かれる。

一つは、へ△仲裁を再開する前に、調停資料を開示するものとする、香港仲裁令およびシンガポール国際仲裁法^(註)の措置である。もともと、これらの仲裁法では、すでに指摘したように、当事者の同意があるか、調停が失敗して仲裁に移行する場合には、調停人が取得した内密情報であっても秘密扱いされなくてよい、というものであったから、

相手方当事者に反論の機会を与えるため開示する、という方策をとるのである。

香港仲裁令二B条三項 「仲裁人または審判人が調停手続中に面会した一方当事者から秘密の情報を取得し、調停手続が紛争の和解合意に至ることなく終了したとき、仲裁人または審判人は、仲裁手続を再開する前に、仲裁手続にとって重要である (material) と考えるだけの情報をすべての相手方当事者に対して開示するものとする。」

シンガポール国際仲裁法一七条三項 「調停手続中に、仲裁人または審判人が仲裁手続の一方当事者から秘密の情報を取得しており、かつ、当事者が紛争について和解する合意に至ることなく調停手続が終了した場合は、仲裁人または審判人は、仲裁手続を再開する前に、仲裁手続にとって重要である (material) と考えるだけの情報を仲裁手続のすべての当事者に対して開示するものとする。」

これに対して、いま一つのもは、 $\langle B \rangle$ 一切の調停資料を援用することを許さない、とする措置で、CIETAC仲裁規則^(a)とインド仲裁・調停令におかれた規定がそうである。

CIETAC 仲裁規則五〇条^(a) 「調停が不成立の場合、調停手続において、いずれかの当事者または仲裁廷が主張し、提出し、提案し、承認し、受け入れ、または拒否した、いかなる陳述、意見、見解、提案も、その後の仲裁手続、司法手続その他の手続において、その請求、防御、反対請求の根拠として援用されてはならない。」

インド仲裁・調停令八一条 「当事者は、その手続が調停手続の対象となった紛争に関するかどうかにかかわらず、仲裁または訴訟手続において、以下のものを証拠として援用し、または提出してはならない。(a) 紛争の和

解可能性について相手方当事者が表明し、示唆した見解 (b) 調停手続中に相手方当事者がなした承認 (c) 調停人がした提案 (d) 調停人がした和解の提案を相手方当事者が受け入れる意思を示したという事実」

基本的にはこれらと同じ立場によるものといえようが、(B) 当事者の合意がないかぎり、調停資料を利用することはできない、とするのは、バーミューダ国際調停・仲裁法と WIPO 調停規則におかれた規定である。

バーミューダ国際調停・仲裁法一〇条一項 「当事者の書面による別段の合意がないかぎり、調停を行うとの書面による合意には、調停手続の対象となった紛争に関する手続であるかどうかにかかわらず、仲裁または訴訟手続において、当事者は、以下のものを援用し、証拠として提出しないと約束が含まれる。(a) 可能な和解についていずれかの当事者が表明した意見や示唆 (b) 調停手続中にいずれかの当事者がした承認 (c) 調停人がした提案 (d) 相手方当事者または調停人がした和解の提案の全部または一部を受け入れる意思を示したという事実」

WIPO 調停規則一七条 「当事者が別段の合意をしていないかぎり、調停人と当事者は、訴訟や仲裁手続において、証拠または他のいかなる方法であれ、以下のものを提出してはならない。(i) 争いの和解可能性に関して、当事者が表明した見解または示唆 (ii) 調停手続中に当事者がした承認 (iii) 調停人がした提案、または表明した見解 (iv) 調停人または相手方当事者がした和解のための提案を、当事者が進んで受け入れようとし、または受け入れようとしなかった事実」

調停と仲裁とは別個の手続なのであって、調停資料についての秘密保持は、以後の仲裁においても貫徹されなければ

ばならないと考えるならば、(B)相手方当事者にとって不利な内密情報も含めて、一切の調停資料を利用してはならない、とすることが論理的ではある。しかしながら、その禁止は、どの程度まで実効性をもつのか、はなはだ疑問であるといわなければなるまい。一切の調停資料を利用することなく、仲裁手続において提供され、取得した資料や情報のみに基づいて、調停人であった者は仲裁判断をせよと命じることが、實際上、あながち全く不可能ではないとしても、調停において提供された情報がその紛争の根本にかかわる重要なものであることがありうることを考えると、そのような情報を仲裁判断をするにあたって排除し、斟酌しないことを期待するのは、非現実的であろう。いたずらに「仲裁人の公平に信頼せよ、さすれば疑心暗鬼から解放されよう」といわれても、やはり何らかの具体的担保がないかぎり、調停資料が仲裁判断に流用される疑いを否定することは難しいといわなければならない。

そうであるならば、相手方にとって不利な内密情報も含めて、調停資料を開示し、相手方当事者に反論の機会を与えたいので、これらを仲裁判断に利用できるようにするほうが、むしろ実際的であろうし、手続的にみてもフェアなのであって、より望ましい規制のありかたであるといえよう。

さらに、こうした開示手続に加えて、相手方当事者にとって不利な内密情報も含めた、調停資料について「あらためてその認否を確認し、いわば再度争点決定をした後に仲裁手続に移行することが必要ではなからうか」、との指摘もされている。そもそも調停資料というものは、調停かぎりのものとして調停人に対して提供されたものであり、それは調停における和解成立という目的に向けられたものでしかなく、仲裁判断を求めることを念頭において主張されたものではないから、仲裁判断を前提とするときには、また当事者の態度は異なったものとなるのが通常であろうからである。

問題は、それでは、仲裁判断をするにあたって、いかなる調停資料が開示されなければならないか、である。

香港仲裁令およびシンガポール国際仲裁法の文言によれば、開示されなければならないのは「仲裁手続にとって重要である (material)」と考えるだけの情報」である。インド仲裁・調停令が、調停におけるコーカスで提供された情報のうち、相手方当事者に開示すべきものを「情報の実質的部分 (substance)」とするのも、これと同じ趣旨であろう。そもそも、仲裁に先行する調停手続において取得、提供された情報や資料を、調停が失敗した後に移行する仲裁において開示し、そして相手方当事者に対して反論の機会を与えなければならぬのは、そうでなければ「防禦が不可能であったこと」を理由に、そのような仲裁判断は取り消され、その承認・執行が拒否されることになるという危険があるからである。こうした観点からすれば、相手方当事者にとって防禦の機会を保障しなければならぬ事実とは、訴訟でいえば、攻撃防禦方法ないし要件事実^①に該当する事実で、かつ、相手方当事者にとって不利な事実である、ということができ、それ以外の事実、すなわち、あえて自らの弱みを暴露した事実などについては、かつて調停人であった、現在の仲裁人のほうから開示する必要は必ずしもない、というべきであろう^②。

(5) 調停が失敗した後に移行する仲裁における調停資料の取扱い——自己に不利な調停資料

それでは、自己にとって不利な内密情報や調停資料は、どのように扱われるべきであるのか。

自己に不利となることを覚悟のうえで、調停かぎりのものとして調停人に提供した内密情報が、そのまま仲裁判断に流用されてしまうことにならないか、といった危険は、調停が失敗した後に移行する仲裁において、調停人であった者が——当事者の同意を得て——仲裁人となることを許す場合には、すでに検討した、相手方当事者にとって不利な内密情報のときと同じように、やはり否定できない。このことは、コーカスで提供され、あるいは、開示しないとの条件付きで提供された、自己に不利な内密情報にかぎらず、当事者双方の対席のもとで提供された調停資料であつ

でも、変わりはない⁽⁸⁾。

ここでもやはり、調停における和解成立を前提にしたときの情報提供ないし態度表明は、仲裁判断を得ることを前提にしたときのそれとは異なるのが通常であろうことを考慮するならば、相手方当事者が主張する事実についての認否をし直して、いかなる事実を争うのか、また、自己が主張するのはいかなる事実であるのか、すでに提出されている調停資料について改めて争うことができる、としなければならない⁽⁹⁾。

しかしながら、このような方策は、決して十分なものではないであろう。相手方にとって不利な内密情報については、仲裁に移行するにあたって仲裁人から開示されるべきであるとしても、ここでは、自己にとって不利な事実が問題とされている以上、そうした事実の仲裁判断への流用を避けるためとはいえ、自ら開示せよ、と要求するのは難しいであろうからである。しかも、コーカスではなく、当事者双方対席のもとで提供された、自己に不利な調停資料については、相手方はそうした情報をもはや入手してしまっている以上、調停が失敗した後に移行する仲裁において、そうした情報についての心証を抹消し、影響を排除するのは、實際上、困難であるといわなければならない。

問題は、さらに残されている。それがつきに検討されるべきものである。

(6) 仲裁における調停資料の取扱いが調停に与える影響

検討されなければならないのは、すなわち、調停が失敗した後に移行する仲裁において、本来的に秘密とされるべき調停資料ないし内密情報が開示され、秘密性が失なわれるであろうことを知っている当事者は、そのような事態をおそれ慎重になるため、和解成立という目的に向けて、コーカスにおいて内密情報なども自在に提出できたはずの調停手続が柔軟性を失うことになるのではないか、という問題である。調停資料についての秘密保持が担保されない

ことが、当事者の調停手続における情報提供に対して抑制的に働くのではないか、何よりも調停を成功させるための重要な鍵となるべき、当事者の自発性をそいでしまうことになるのではないか、その結果、和解成立の可能性の幅を狭めてしまうことにもなりかねず、そもそも調停を行う意味がなくなってしまうのでは本末転倒ではないのか、というのである。

こうした指摘には、もつともなところがある。しかし、調停が失敗して移行する仲裁において、自己にとって不利な内密情報が相手方に開示され、自らの弱みが暴露されるであろうことをおそれる当事者であるならば、コーカスにおけるのではないかぎり、そもそも自己に不利な情報を提供したりはしないのではないだろうか。調停における、調停人と当事者の面接が対席のもとで、自己に不利な事実が提供されたのであれば、相手方はそのことを知ってしまったのであって、すでに秘密は暴露されてしまっている以上、手続が調停から仲裁に移行したところで、その開示をおそれる理由はないはずだからである。そうだとすれば、当事者双方の対席のもとで提供された自己にとって不利な情報にかぎっていえば、調停が失敗した後に移行する仲裁において、開示という措置がとられることによる抑止的効果は、さほど大きなものではない、とみてもよいのではなからうか。

このように考えてくるならば、やはり問題とすべきは、コーカスで提供されたが、相手方には開示されなかった情報、および、開示しないと条件付きで提供された情報、こうした内密情報の提供が、仲裁に先行する調停において抑制されることになる、という問題であろう。

そこで、調停におけるコーカスは許さない、とするならば、こうした問題が生じることを、ある程度まで避けることができることにはなろう。もともと、コモン・ロー諸国の実務家からは、コーカスに反対する意見が率直に表明されているほか、コーカスはそのも行わべきではないし、以前ほどには行われなくなってきたとの指摘があるも

の、他方で、別の地域ではあるが、コーカスは依然として重要な意味をもっており、よく行われているという報告もある⁽³⁰⁾。コーカスに対する意識やその可否をめぐっては、法文化、あるいは地域ごとに相当の違いがあるのである。調停手続においても、仲裁手続と同じように、自然的正義ないし適正手続の保障を重視しなければならぬと解するかぎり、相手方当事者の反論する機会を奪うことにもなりかねない危険をもつコーカスは、やはり許されるべきではない、ということになる⁽³¹⁾。しかしながら、仲裁手続であればともかく、調停手続においては、調停人の裁量が広く認められており、これに依存する面が少なくないことをも考慮に入れるならば、さしあたっては、当事者の同意があるかぎり、コーカスを行う余地を残してもよいのではなからうか⁽³²⁾。

それでは、コーカスにおいて提供されたが、相手方には開示されなかった情報、および、開示しないとの条件付きでされた情報について、どのように考えるべきか。もともと、コーカスであるからという理由で情報を提供する、あるいは、相手方当事者には開示しないとの条件付きで情報を提供するの、逆にいえば、できればそのような情報提供はしたくない、という当事者の意思の現れであり、躊躇である。そうであれば、戦略的にみて、そのような情報提供が必要な場合もあろうが、それは相手方としても同じ状況にあることに変わりはなく、将来、開示されるかも知れないことをおそれた結果として、そのような性質の情報提供が抑制されることになっても、それはそれで、やむをえないのではなからうか。調停においては、和解の成立を目的とするのだからといって、自己にとって不利な情報までもすべて提供しなければ、当事者の自由なコミュニケーションができない、というわけでもなからう。調停にかかわる当事者は、調停人に対して、すべての手持ちカードを見せたくないのならば見せなくても構わないのであって、見せられたカードの範囲で、調停人は、友好的な和解のために、「調停における、よき行動をとることはできる」⁽³³⁾はすだからである⁽³⁴⁾。

【注】

(136) 本文に掲げたものの他に、ナイジェリア仲裁・調停令五五条は、「本令の規定にもかかわらず、国際商事契約の当事者は、書面をもって、その契約に関する紛争を、本令別表第三に規定される調停規則のもとでの調停によって解決することを合意することができる。」と規定する。ここにいう「本令別表第三に規定される調停規則」とは UNCITRAL 調停規則を指すから、本文で示すとおり、その一六条によって、やはり原則として仲裁を開始することはできないことになる。

(137) こうした当事者の調停人への協力義務を定める調停規則として、たとえば、UNCITRAL 調停規則 一一条は、当事者は「善意をもって協力」すべきこと、WIPO 調停規則 一〇条は、各当事者は「十分な信頼をもって (in good faith)」協力すべきこと、HKIAC 調停規則八条は、当事者は調停人に対して「十分な援助」をすべきこと、JSE 調停規則 一二条は、当事者は「誠意をもって」調停人に協力すべきことを、それぞれ要請している。この点、猪股・前掲注 (8) 一六五頁、および一六八頁注 (30) 参照。

(138) 調停規則には、一方当事者の意思のみによって、または、和解成立の見込みがなくなつたなどの理由から調停人が調停を進める理由がないと判断することで、調停は終了する旨の規定がおかれている。たとえば、UNCITRAL 調停規則 一五条、WIPO 調停規則 一八条、ICC 調停規則 七条、AAA 商事調停規則 一〇条・一四条、HKIAC 調停規則 一六条、JCAA 商事調停規則 三条五項、JSE 一五条調停規則である。この点、猪股・前掲注 (8) 一九三頁以下参照。

(139) 弁理士会のホーム・ページ、<http://www.jpaa.or.jp/jpaa/arbcp.html> による。また、早川吉尚「米国からみた日本の ADR とその問題点 (2)」JCA ジャーナル 四六巻八号三七頁 (一九九九年) にも、こうした工業所有権仲裁センターにおける手続の運用、および、そこでの模擬仲裁手続の状況についての紹介がされている。

(140) 仲裁合意がなく、調停の申立てがあつた場合、調停手続を開始するには、相手方のその手続に対する応諾が必要であることはいうまでもなく、相手方にもその意思がないと認められるときには、調停手続は終了することになる(工業所有権仲裁センター仲裁手続規則四三条一号)。

(141) こうした工夫は第二東京弁護士会仲裁センターでも試みられており、仲裁合意がないまま、仲裁の申立てがあつた場合、仲裁人予定者は相手方に仲裁に応じる意思があるかどうかを確認し(同センター仲裁手続規程九条一項)、その結果、「相手方が明確に仲裁を拒んでいないときは、仲裁人予定者は、争点整理、和解あつせんその他の紛争の解決を図るため事件を準備手続に付することができる」(同センター仲裁手続規程九条二項)ものとされている。これにつき、さしあたり、那須弘平「弁護士会仲裁における二つの『合意』」、大川宏「調停的仲裁と仲裁人の役割」(いずれも、第二東京弁護士会編『弁護士会仲裁の現状と展望』(一九九七年 判例タイムズ社)に所収)参照。

(142) 工業所有権仲裁センター仲裁手続規則四三条五号では、調停手続の終了事由の一つとして、「第二九条の規定により仲裁手続に移行したとき」を掲げる。

(143) もつとも、紛争解決センター (CEDR) モデル調停手続 (Centre for Dispute Resolution Model Mediation Procedure) 一五条「調停手続の対象である紛争に関する訴訟または仲裁は、調停にもかかわらず、当事者が別段の合意をしていないかぎり、開始し、または続行することができる。」のような規定が存在することは興味深い(邦訳は「DIRECTORY at 241-242 (英文)」に基づく私訳である)。この一五条についてのガイダンス・ノートは「和解のためには(仲裁手続などを)停止するのがよりよい環境を作り出すことになるかも知れないが、調停の対象とされた紛争に関する手続はすべて停止されるべきだとするのは本質的なことではない。」と説明しており(DIRECTORY at 244)「ここでは、調停を行うことと仲裁を行うことが必ずしも矛盾するものではないと考えられているようである。なお、この点に関して「Schneider, *supra* note 1, at 11は、異なる手続での相互関係が、紛争解決に向けての努力にとって好ましい影響を与えることがあるし、また、仲裁の申立てを受けて仲裁人を選定し、仲裁廷の形成に至るまでには、少なからず時間がかかることを配慮する必要もあることを指摘している。

(144) たとえば、鳥取・前掲注(134)三三三頁参照。もつとも、調停申立てに時効中断効を認めることは、解釈論として無理であるのかどうか、いまま少し検討を深める必要はあろう。この点につき、さしあたり、石川明「梶村太市編『注解民事調停法』第一九条の注釈(小島武司)二七九頁以下(一九八六年 青林書院)、小島伊藤・裁判外紛争処理法三八頁(萩原

金美) など参照。

(146) ここにいう「本規則第一六条による仲裁手続の場合」というのは、前掲注(134)およびそこの本文において指摘したように、調停において和解合意が成立したとき、その和解合意を仲裁判断とするため、形式的に借用される仲裁手続の場合を指す。したがって、こうした場合は本来的な仲裁手続ではないとして除く趣旨であろうから、「(14)調停規則の立場としては、調停人であった者は仲裁人となることができず、というものであることにならう。

(146) 本文で掲げたものの他に、CEDR モデル調停手続一八条「調停合意のいかなる当事者も、調停人または CEDR(またはその被用者、相談員、事務員、代理人)を、調停の対象とされた紛争に関する訴訟や仲裁において、証人、代理人、仲裁人、鑑定人 (expert) として召喚することはないし、調停人および CEDR は、すべての当事者の書面による合意がないかぎり、そのような資格で自発的に行動することはない。」も同旨である。

(147) この点につき、前掲注(91)およびそこの本文参照。

(148) 工業所有権仲裁センター仲裁手続規則二五条を参照。

(149) なお、工業所有権仲裁センターにおける調停手続は、弁護士および弁理士の二名の調停人で行われるのが原則であるのに対し(同センター仲裁手続規則六条一項)、仲裁手続は、三名の仲裁人によって行われる(同センター仲裁手続規則七条)。そこで、本文で指摘するような、調停から仲裁に移行する場合には、さらに新たな一名の仲裁人を選定することになる(同センター仲裁手続規則二五条六項)。

(150) 工業所有権仲裁センター仲裁手続規則二九条五項にいう「第二項の場合」というのは、調停手続において仲裁合意がされ、調停手続から仲裁手続に移行する場合のことである。この点につき、前掲注(139)およびそこの本文参照。

(151) 工業所有権仲裁センター仲裁手続規則二九条五項にいう「第三項の場合」というのは、調停手続において和解が成立し、仲裁合意をしたうえで、その和解内容を主文とする仲裁判断を求めるため、調停手続から仲裁手続に移行する場合のことである。この点につき、前掲注(135)およびそこの本文参照。

(152) 本文に掲げた台湾仲裁法四五条の文言は、前掲注(128)およびそこの本文で示したように、「仲裁契約がないときは、

仲裁機関は当事者の申立てにより、相手方の同意を得て、双方に調停人を選定させ、調停を行うことができる。」に続く部分である。したがって、ここでの局面として想定されているのは、まず調停手続が先行し、これが失敗した後に仲裁が新たに開始される場合であることになる。

(151) World Intellectual Property Organization Mediation Rules. これは、一九九四年に制定されたもので、邦訳は、DIRECTORY at 223-226; February, Industrial Property and Copyright, at 117-121 (1995) (必ずしも英文に基づく私訳である。この規則は、基本的には、WIPO仲裁センターにおける調停手続のための規則ではあるが、調停だけでなく、仲裁との連係手続についても視野に入れ、これを予定する規定をおくものである。この点については、前掲注(70)、後掲注(214)およびそこでの本文参照。

(154) なお、ここにいう「基準日」とは、KCCAB商事仲裁規則二二条一項により「二二条二項の規定にしたがつて、通知を発信した日」を指すのであり、その二二条二項では「事務局は、仲裁の申立てを受けて、通知を当事者双方に発信する」とする。

(155) この点につき、前掲注(103)およびそこでの本文以下を参照。

(156) なお、ここでの仲裁人と調停人の固有の役割をめぐる議論は、仲裁から調停に移行する局面においても、必ずしも十分に説得力があるとは思われない。現に進行している手続が、仲裁ではなく調停であるということが、調停人、すなわち仲裁人にとって、明確に意識されているかぎり、何をすべきか、何ができるか、十分に理解されているはずで、そうであれば、果たすべき役割を切り替えればよいだけのことだからである。もともと、Burton, *supra* note 1, at 654 が指摘するように、よき仲裁人とよき調停人とは、それぞれに求められる資質や技術は異なるのであって、その双方を兼ね備えている人は少ない、という現実はあるのかも知れないが、それは多分に仲裁人として選定される者の能力ないし資質にかかわる問題でしかなく、そうした切り替えがその者にとって困難である、あるいは不可能である、というのであれば、それはまた別論というべきである。

(157) *E.g.*, see, Burton, *supra* note 1, at 655; Tashiro, *supra* note 1, at 128.

(158) 本文に掲げたものと同旨の規定は他にもみられる。たとえば、ブリティッシュ・コロンビア国際商事仲裁センター (British Columbia International Commercial Arbitration Centre) 国際商事仲裁・調停手続規則 一一條五項がそうである。この点について Elliott, *supra* note 20, at 180 ; Schneider, *supra* note 1, at 14 参照。

(159) See, Burton, *supra* note 1, at 655.

(160) 以上の点につき、小島 II 高桑・注解仲裁法一〇六頁 (森勇) 参照。

(161) P・シュロツサー (春日偉知郎 II 豊田博昭訳) 「仲裁人と忌避」P・シュロツサー (小島武司編訳) 「国際仲裁の法理」一〇三頁 (一九九二年 日本比較法研究所)。

(162) 小山昇「仲裁法 (新版)」一三三頁 (一九八三年 有斐閣)。

(163) このようにいえるためには、当事者がその仲裁人に忌避事由があることを知っている、というのが前提となるのはいうまでもない。その意味で、UNCITRAL モデル法 一二條一項にも規定されており、仲裁人による忌避事由開示義務は必要な手当てである。そして、そうであるかぎり、忌避申立権を放棄する旨の規定がおかれていなくても、当事者双方が同意している以上、忌避できないというべきであろう。

(164) American Arbitration Association Commercial Mediation Rules. この規則は、一九九二年に改正されており、条文の邦訳は、DIRECTORY at 231-232 (英文) に基づく私訳である。

(165) 小山・前掲注 (39) 二一〇頁では、こうした内密情報を調停人が取得することになるのは、「仲裁におけるほど反対すべきことではない。不漏洩を約することにより当事者は調停人と自己の強みと弱みを論ずることを欲する場合にそれを実現することができ、そのことが、調停人が当事者の受諾しうる調停条項を見出すことに役立つ、ということがありうるからである」とされている。

(166) もっとも、CEDR モデル調停手続 一六條は「調停にかかわる各当事者は、秘密を保持し、併行する、または将来の目的のために利用してはならない。」と規定しながら、CEDR モデル調停手続 一六條ないし一八條のガイダンス・ノートでは「CEDR の行為規範は、調停人はいかなる他の当事者に対しても、秘密のものととして一方当事者から調停人に提供された

すべての情報を、その当事者の明示的な同意がないかぎり、開示してはならない旨を定める」と説明している。

(167) [S]調停規則一六条による仲裁手続というのは、前掲注(134)およびそこでの本文で指摘したように、調停において和解意が成立したときに、これを仲裁判断とするため、形式的に借用される仲裁手続のことを指している。なお、この点については、前掲注(145)も参照。

(168) 審理を非公開とする旨を規定するのは、AAA商事調停規則二一条、HKIAC調停規則一七条、JSE調停規則七条などである。

(169) 調停についての記録を禁止する旨を規定するのは、WIPO調停規則一四條、AAA商事調停規則一三条、HKIAC調停規則二二条などであり、さらにWIPO調停規則一六条は、当事者が提出した資料などはすべて返却すること、調停人と当事者との会合に関するメモは調停が終了したときには、すべて破棄することを命じている。

(170) 調停手続の秘密性につき規定するのは、UNCITRAL調停規則一四條、WIPO調停規則一五條、ICC調停規則六條、AAA商事調停規則二二條、HKIAC調停規則二二條、JSE調停規則二〇條などである。これらの点につき、前掲注(168)および(169)も含めて、猪股・前掲注(8)一八三頁・一八四頁参照。

(171) 小島II猪股・前掲注(13)三〇五頁。シャーマン・前掲注(35)二二頁も、「秘密性のゆえに、当事者は調停においてより率直になり、和解の質を高める」としている。

(172) もっとも、常に調停にかかわる事項の秘密保持が貫徹できるわけではなく、そこには限界もあることについて、E・シャーマン「萩澤達彦訳」「アメリカの訴訟に不可欠な部分としてのADR」E・シャーマン「大村雅彦編訳」『ADRと民事訴訟』三五頁・三六頁(一九九七年 日本比較法研究所) 参照。

(173) なお、鳥取・前掲注(134)三〇頁によれば、相手方当事者への開示を制限するような条件付きで情報提供がされたような場合には、「調停成立は難しくなることが予想される」との指摘がある。

(174) WIPO調停規則は、そこで主として規整しているのは、いうまでもなく調停手続なのではあるが、調停が失敗した後に仲裁に移行することの可能性を視野に入れた規定を設けている。この点につき、前掲注(70)、後掲注(214)およびそこ

での本文参照。

- (175) この点については、後掲注 (182) およびそこでの本文参照。
- (176) この点については、後掲注 (182) およびそこでの本文参照。
- (177) したがって、この立場は、すでに掲げた UNCTRAL 調停規則および JSE 調停規則と共通するものである。
- (178) もっとも、調停人であった者が、調停終了後に行われる訴訟や仲裁などの手続において、証人として呼び出され、証言を求められることはありえようが、このことは、本文において検討するものとはまた別の問題である。
- (179) *E.g.*, Schneider, *supra* note 1, at 37-38 ; Burton, *supra* note 1, at 655 ; Elliott, *supra* note 20, at 176-177 ; Hoellering, *supra* note 24, at 25; Tang, *supra* note 105, at 17.
- (180) 仲裁判断には法律上の効果が与えられることとの権衡上、国家法秩序の観点から、適正ないし公平を欠く仲裁手続によつてされた仲裁判断の効力は承認しない、としておかなければならないからである。したがって、基本的に、仲裁判断の取消事由と承認・執行のための拒否事由とは、表裏の関係にあることになる。
- (181) Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. 5 わるニターヨーク条約であり、一九五八年、国際商事仲裁会議において採択されたものである。条文の邦訳は、小島・高桑・注解仲裁法三七八頁・三七八頁〔高桑昭〕にしたがう。
- (182) この点につき、前掲注 (175)、前掲注 (176) およびそこでの本文参照。
- (183) 中国仲裁法には、CIETAC 仲裁規則五〇条に相当する条文がおかれていない。それは、松浦・前掲注 (19) 六八〇頁注 (86) によれば、中国仲裁法は国内仲裁に、CIETAC 仲裁規則は国際仲裁に適用されるのであるが、国際仲裁の場合には、仲裁判断の承認・執行という局面を視野に入れておかなければならず、ニューヨーク条約の適用にあたって当事者の反論する機会を保障しておいたことが重要問題となるために、外国が抱くかも知れない危惧を制度的に防止できるような措置を講じておく必要があるからである、とされる。
- (184) 本条は、一九九八年改正前の旧規則五一条に該当するものであり、条文の邦訳は、DIRECTORY at 162 (英文) に基

づく、私訳である。なお、長谷川＝劉・前掲注(95) JCAジャーナル四六巻一号六頁によれば、本条に関するかぎり、実質的な改正はなされていないようである。

(185) Elliott, *supra* note 20, at 177.

(186) 松浦・前掲注(19) 六五〇頁。

(187) なお、こうした状況は、A/B当事者の合意がないかぎり、調停資料を利用することはできないとする規定をおく、バーミューダ国際調停・仲裁法とWIPO調停規則のもとでも、基本的には、変わらないであろう。これらの規則では、逆にいえば、A/C当事者の合意があれば、調停資料を利用することができるのだから、当事者の合意さえ得られれば、調停資料についての秘密保持が破られることについて問責する理由はなくなる。しかし、規定の文言をみると、逆の場合でもなお、相手方に開示しないとの条件付きで提供された内密情報についても利用できる、というわけではないようであるから、そうした内密情報が仲裁判断にあたって利用されてしまうのではないか、という懸念は残されていることになる。

(188) 松浦・前掲注(19) 六五〇頁、小島＝猪股・前掲注(13) 三〇六頁、Schneider, *supra* note 1, at 40; Tang, *supra* note 105, at 20.

(189) もともと、Tang, *supra* note 105, at 20-21によれば、CIETACにおける仲裁と調停の連係手続においては、仲裁手続の途中で行われる調停におけるケースで、一方当事者から提供された事実については相手方当事者に対して常に通知しているし、調停が失敗した後に移行する仲裁においても、当事者が先行した調停でいかなる事実を主張したのか、再び仲裁で主張させ、議論させることで、自然的正義違反の問題が生じないように配慮し、そのような運用がされている、とのことである。

(190) 松浦・前掲注(19) 六五〇頁。

(191) しかも、調停手続において、当事者双方の対席のもとで情報提供がされたとしても、調停人は必ず証拠調べなどをして、それらの事実について確信を得なければ、当事者の和解交渉を促進することができないわけではないだろうから、そうし

た、ある意味で、不確実な事実に基づいて仲裁判断をすることは避けられるべきである、ということへの考慮も必要となるといえよう。この点につき、Elliott, *supra* note 20, at 177.

(192) 小山・前掲注 (39) 二一〇頁・二一二頁参照。

(193) 松浦・前掲注 (19) 民商一一五巻六号八九二頁。もっとも、相手方当事者にとって不利な内密情報の仲裁判断への不当な流用が、自然的正義ないし手続保障の問題に直接かかわるものであったのに対し、ここでの自己に不利な内密情報の流用は必ずしもそうではない、とするのは、Schneider, *supra* note 1, at 38.

(194) 松浦・前掲注 (19) 六五〇頁参照。

(195) Schneider, *supra* note 1, at 40.

(196) Hoellering, *supra* note 24, at 25.

(197) もっとも、早川・前掲注 (139) JCA ジャーナル四六巻九号七頁・八頁は、調停で「提示した自分に不利なものも含む一切の事情が後の仲裁手続に流出しないことは、極めて重要である。それが担保されなければ、当事者は自分に不利な事情を絶対に話したりはしないし、それでは自由な話し合いなど決しておぼつかない」という。

(198) したがって、このことは、調停資料を調停かぎりのものとするという秘密保持の原則が、調停から仲裁に移行したときにも、担保される、担保されない、にはかかわらないことになる。確かに、調停から仲裁に移行することで、調停資料を「調停かぎりのもの」とするという秘密保持の原則は破られることにはなるが、秘密とされるべき調停資料は、仲裁判断に姿を変えただけのことであり、これが公表されるなどの特別の事情がないかぎり「仲裁かぎりのもの」として、外部との関係では、やはり秘密は保持されることになるのであって、相手方との関係ではもはや秘密ではなくなっている以上、秘密保持原則が貫徹されないことを、とりたてて問題とする必要はないように思われる。

(199) Schneider, *supra* note 1, at 34-35.

(200) Elliott, *supra* note 20, at 177.

(201) Tang, *supra* note 105, at 19.

(202) なお、その本質からみて、調停と変わるところのない、日本における訴訟上の和解(和解勧誘)において行われている交互面接につき、その危険性ないし問題点をすでに指摘していたものとして、さしあたり、西理「民事裁判における訴訟指揮の理論と実際(中)」判時二一〇四号一頁以下(一九八四年)、木川統一郎「交互尋問制度の運用と将来」新実務民訴講座第二巻七五頁以下(一九八一年 日本評論社)、同「訴訟促進政策の新展開」九六頁以下、二八五頁以下(一九八七年 日本評論社)、坂元和夫「交互方式による和解の問題点」谷口安平・坂元和夫編「裁判とフェアネス」一七〇頁以下(一九九八年 法律文化社)など参照。また、「座談会」当事者本人からみた和解——実態調査の結果を踏まえて」判タ一〇〇八号四頁以下(一九九九年)は、訴訟当事者に対して訴訟上の和解についてアンケートを行い、その結果を分析・検討したもので、興味深い示唆を与えてくれる。

(203) Hoellering, *supra* note 24, at 25 が、「多くの複雑な人間関係の問題が解決されるのは、まさしく秘密を共有することを通してである」と述べていることは、印象的である。

(204) Tang, *supra* note 105, at 22.

(205) さらに、前掲注(173)も参照。なお、この点に関連して、先行する調停に与えることになる、いま一つの影響として、早川・前掲注(139) JCAジャーナル四六巻九号八頁は、調停が失敗して、和解が成立しなかった場合、そこでの調停人が仲裁人となるため、「自らの死命を決する権限を有する者の心証を慮らざるを得ず、結果、不本意であってもその勧めを拒絶することが非常に難しくなってしまう」ことを指摘する。そのような問題が内在するのは事実かも知れないが、それは、当事者のメンタリティ、そのような調停人・仲裁人の調停技術ないし資質、さらには調停人倫理の問題にもかかわり、全く改善の余地がないものではないように思われる。

五 おわりに

1 仲裁と調停を連係させた手続の限界とその克服

(一) 仲裁と調停を連係させた手続の限界

もともと仲裁と調停を連係させようとする構想は、法文化的な要素が背景にある場合をさしあたり除くとすれば、すでに述べたように、「仲裁の訴訟化」という危機的現状を打開して、紛争処理過程におけるコントロールを当事者自身の手に回復させ、より迅速で、より費用のかからない手続を模索する、というところから生まれている。

そのためには、仲裁と調停を単純に接続するだけでは不十分なのであって、有機的に連係させることが考えられなければならない。すなわち、仲裁人と調停人とを同一人が兼任することを許し、そのような仲裁人が、仲裁の途中で調停を行い、あるいは、仲裁に調停を先行させ、その調停が失敗した後は仲裁に移行する、そして、その場合に、仲裁資料と調停資料の相互的な利用を許す、という態様で連係させることが、当事者の自主性の尊重、紛争処理のための総体的なコストという視点から、もつとも実効的であることに疑いはないのである。

しかしながら、問題は、それほど単純ではなかった。

少なくとも、これまでの伝統的な仲裁および調停という概念を前提とするかぎり、これら二つの紛争処理手続が異質なものであることは承認せざるをえない。そうであるならば、仲裁と調停を連係させるにしても、仲裁人と調停人とは、そこで果たすべき役割ないし機能は同じではなく、むしろ対立するとさえいえることができる以上、同一人がこれを兼任して、その職務を両立させることは困難であるし、矛盾するものとなる。調停が、友好的な当事者間の関係を将来にわたって維持し、自発的に和解を成立させることができるよう、当事者が主体性をもって交渉する場であることから、必ずしも対論主義的な手続構造はとられず、たとえば、コーカスにおいて内密情報なども提供されることがあるのに対して、仲裁では、あくまで当事者が自己に有利な事実を主張しつつ、第三者の判断を仰ぐという手続構造がとられるのであるから、自己に不利な事実に対して反駁を加えることはあっても、自ら提出することは通常では考えにくい。にもかかわらず、調停を仲裁に連係させ、同一人が調停人と仲裁人を兼任するとなると、調停における

内密が守られないばかりか、調停で提供された事実や情報によつて予断をもち、これが不当に流用され、不正な仲裁判断がされてしまうおそれを否定できず、その結果、そのような仲裁判断は取り消され、または、その承認・執行が拒否される、といった事態になりかねないのである。

仲裁と調停とを連係させることを許しながらも、調停が失敗した後に開始・移行する仲裁では、調停人であった者は仲裁人となることはできないとして、同一人の兼任を禁止する原則を貫徹するならば、以上のような弊害は避けることができる。調停と仲裁とは連係させられつつも、手続として明確に分断され、調停人であった者は以後の仲裁手続における関与から排除されることになるからである。むしろ、以上のような事態が生じることを制度的に回避するために、調停人であった者は仲裁人となることはできない、とする原則を立てるのであり、したがって、このこと自体には合理性があるといわなければならない。

その反面で、仲裁人と調停人の兼任も、調停資料と仲裁資料の相互的利用も禁止してしまうのでは、結局のところ、仲裁と調停とで、二重の費用や時間、紛争処理のための努力を要することになり、これら二つの手続を連係させようとした実践的意味は失われてしまう。調停人であった者は、その後開始・移行する仲裁で仲裁人となることができなければ、当事者は、仲裁人の選定も含めて、紛争処理のための手続を最初からやり直さなければならなくなる。これまで調停での和解成立を目指して行ってきた結果が、その後の仲裁における仲裁資料として利用できないとするならば、調停資料の内密は守ることはできるかも知れないが、それまでの調停資料は、やはり全くの無駄になってしまうのである。

(二) 当事者の合意は限界を超えるか

これまでの、いわゆる伝統的な仲裁と調停という概念を前提とするかぎり、そこでとられている諸原則には、それなりの正当性があり、合理性もあることは、やはり否定できない。

しかしながら、仲裁も調停も、結局のところは、プライベート・ビジネスなのであり、当事者の利益に資するサービス業 (service industry) にすぎないのではないだろうか。そうであるならば、仲裁と調停を有機的に関係させようとするときに生じる、原則論からの批判ないし限界、すなわち、仲裁人と調停人は兼任できない、コーカスが行われた場合に調停人であった仲裁人は予断をもつことになる、調停資料の内密が守られないなど、その多くのは当事者自治の原則の問題として処理することが許される、と解してよいのではなからうか。もともと、仲裁も調停も、当事者の合意に基礎をおく自律的な紛争処理方法であるのだから、これらをどのように組み合わせる行うか、または、組み合わせないで行うかについても、やはり当事者の合意に委ねられてよいはずだからである。

もともと、当事者の合意があれば、いかなる手続であっても許される、とまでいえるかどうか、留保は必要である。原則論を前提とするときに生じるであろう限界を克服するために、例外事由として当事者の「合意」を要求するにしても、その実質は、地域や仲裁機関ごとに相当の違いがありうることに予想されるし、少なくとも、当事者が「合意」の意味を十分に理解したうえで合意するものでなければ、合意があるとは到底いえないのは当然である。その意味で、仲裁人が、仲裁手続において調停との関係を示唆して、調停に移行するための合意を求めるときには、そうした手続のもたらす意味を、利点だけでなく難点も含めて、十分に教示し、理解させることは必要不可欠である。そのようにして得られた当事者の「合意」こそが、その後が続く手続を基礎づけ、正当化するのにふさわしい「合意」となりうるのである。

これまでに検討してきた、仲裁と調停の関係を認め、またはこれを視野に入れた規定をおく、仲裁・調停法ないし

仲裁・調停規則は、原則論によるときに生じるであろうさまざまな弊害も、当事者の合意をもつて注意深く対処すれば全く回避できないわけではないことをよく示しているといえるのではないだろうか。そうした法・規則の中でも、つぎに掲げるWIPO調停規則の規定に調停に仲裁を連係させた手続の一つのモデルを見出すことができる。

WIPO調停規則一三条（b） 「調停人が当事者間の争点が調停による和解には親しまないものであると考

えるときは、争いの状況や当事者間のビジネス関係を配慮して、もつとも実効的で、もつとも経費がかからず、もつとも生産的な和解に至るために、もつとも適切であると考えられる手続や方法を、調停人は提案し、当事者に熟慮を求めることができる。とりわけ、調停人は、以下のことを提案できる。（i）一つまたはそれ以上の争点についての専門家による判断（ii）仲裁（iii）各当事者による和解のための最終案の提出、そして、調停において和解に至らないときは、それらの最終案のいずれがよりよいものであるかを判断することに仲裁廷の役割が限定された仲裁手続にしたがうという、当事者の最終案に基づいて実施される仲裁、または（iv）当事者の明示的な合意を得て、調停人が単独仲裁人として行動する仲裁で、かつ、その調停人は、調停手続中に取得した情報をその仲裁手続において考慮することができると考えられる仲裁」

調停人は、それまでの調停の過程において、和解成立に向けて努力してきたのであつて、調停の対象となつた争いの状況や内容、争点などを相当程度までは把握できているはずである。そうであるならば、調停人は、当事者を和解に導くことができず、調停に失敗したとはいっても、どのような解決策が望ましいのか、あるいは、少なくとも紛争を処理するためには今後、どのような方法が最善であるのか、といったことについて示唆することができる最適の人

材であるはずである。こうした事情を考慮に入れて、WIPO 調停規則は、調停が失敗したときに調停人が提案できるものとして、以上のような規定をおいたのである。⁽¹⁰⁾ここでは、当事者の同意が得られるかぎりで、失敗した調停から仲裁に速やかに移行させるという、調停と仲裁を「架橋する手続が保障されている」ということになる。

仲裁にせよ調停にせよ、ADR である以上は、どこかの時点で当事者の合意が得られないことには、それらの手続を進めていくことはできないのである。そうであるかぎり、当事者双方が、仲裁に調停を連係させることの意味を十分に理解したうえで、そのような手続を利用したいと望み、その旨を合意した場合に、これを封じ込めなければならぬとする理由は見当たらない。しかも、当事者双方の、そのような手続を利用したいと望む意思が真摯なものであるならば、調停において和解が成立するであろうことが期待されるのであり、そのときには、これまでに検討してきたような、調停が失敗した後に移行する仲裁において生じるであろう困難には直面しなくてすむのである。

2 新たな紛争処理手続の可能性とその手続設計

仲裁は、確かに、訴訟と同じ手続構造をもつ紛争処理手続ではあるが、訴訟ではない。こうした仲裁のアンビヴァレンスを、紛争処理システム全体の中にどのように位置づけ、理解するかによつて、仲裁と調停の連係をめぐって生じる、さまざまな問題への対応は異なったものになるであろう。かりに、仲裁をより訴訟に近いものと捉えたとしても、その訴訟においてさえ、世界各国の司法裁判所は、さまざまな ADR を組み合わせることを模索し、実践している。仲裁に他の ADR を組み合わせることは許されない、とする理由はない。⁽¹¹⁾仲裁と訴訟との違いをより緩やかに捉えるならば、仲裁に他の ADR を自在に組み合わせる可能性はさらに拡がったものになるといえる。

このような視座からは、仲裁と調停を連係させる手続は、どのように理解されることになるか。

もともと、仲裁に調停を係させた手続は、紛争処理過程におけるコントロールを当事者自身の手に回復させ、迅速で、かつ費用のかからない手続とすることを意図したものである。それだけでなく、この手続は、当事者が望み、その意思があるかぎり、当事者間の関係を友好なまま維持しつつ、当事者双方がより多くを得ることができると、将来に開かれた解決を与えうる、そうした手続となる可能性を秘めている。すなわち、伝統的な仲裁は、紛争解決交渉モデルとしてみたとき、訴訟と同じく、過去指向的・一次的な解決を目指す「論争主義的交渉モデル」に分類され、いかに相手方から多くを取るか、ゼロサム・ゲームが展開されることになるのであるが、仲裁に調停を係させることで、将来指向的・継続的な解決を図ることができる「統合的交渉モデル」の要素を取り入れることが手続構造上、より容易で可能なものとなるのである。そこで、当事者は、かぎられたパイを奪い合うだけでなく、パイそのものを大きくすることができないかどうか、についても議論される。そうして、パイを大きくすることができたなら、当事者双方にとつては、それが真に実効的な紛争解決となることには疑いがないのである。

このように考えてくると、仲裁と調停の係をめぐる問題の核心は、要するに、いかなる紛争処理手続として合理的に設計するか、ということにあるといえよう。これまでの仲裁および調停という伝統的な概念のもとで、これらを係させるときにさまざまな弊害が生じるというのであれば、仲裁と調停の伝統的概念にいたずらに固執することを止め、新たな手続として創造すればよいのである。実効的な紛争処理手続というのは、それが、当事者の個別的なニーズに応え、柔軟で、注意深く設計されたシステムであるかどうかにかかっているからである。

仲裁も調停も自律的な紛争処理方法であり、そこでの手続準則は基本的に当事者の合意に委ねられている以上、仲裁と調停を係させた手続の具体的な態様も、当事者の合意いかんで実にさまざまなものを構想することができるし、また、いくつかの類型のものは実践されているのは、すでに紹介したとおりである。前述のWIPO調停規則一三条(b)

に規定された調停人がすることのできる提案のうち、(iii)と(iv)に示されているものは、いずれもカテゴリーとしては仲裁に含められてよいのであろうが、しかし、いわゆる伝統的な仲裁とはいえない。他方、調停もさまざまな角度から検証を受け、現代調停として再生させようとする動きがみられるのである。⁽²⁰⁾ 伝統的概念の桎梏から解放されたとき、新しいパラダイムを拓くことができる、という証左でもあろう。

ところで、どのように手続設計したとしても、それだけでは手続は機能しない。仲裁と調停を連係させた手続が成功するかどうかは、これにかかわる者いかなのであり、とりわけ、その鍵は、当事者双方の仲裁人・調停人に対する信頼にある。そこで、一つの問題は、当事者双方の十分な信頼に耐えうるような仲裁人・調停人を見出すことができるかどうか、であろう。とりわけ、法文化を異にする当事者間での国際商事仲裁の場合には、いずれの法文化にも属しない中立の仲裁人・調停人であることが望ましいとしても、かえってその故に、いずれの当事者とも法文化を共有することができないために、「仲裁が文化的にこのように拡散したものになればなるほど」「和解勧誘が困難になることを否定できない」というジレンマが生じることになる。困難な問題ではあるが、こうした手続の設営者サイドとしてとりうる方策の一つは、仲裁人・調停人が、当事者双方の法文化について十分に理解したうえで手続に臨めるよう、適切な教育とトレーニングのためのプログラムの構築を、手続設計と併せて、進めていくことであろう。⁽²¹⁾ 十分に信頼に耐えうる資質ないし能力を備えた仲裁人・調停人を見出すことができたとしても、その者が、さまざまな理由から、こうした手続を好ましいとは考えないこともありうるから、そのような者にまで強制することはできない。⁽²²⁾ その意味では、仲裁と調停を連係させた手続には、いかに合理的に手続設計され、当事者の合意が得られたとしても、なお限界は残されていることになる。

3 日本法への示唆

仲裁と調停を係争させるといふより、むしろ仲裁と調停とを渾然一体のものとして行い、仲裁人が調停人として行動することを認める実務と哲学は、とりわけ中国においては、長い伝統に支えられてきただけでなく、容易に受けられているものでもある。⁽¹⁰⁾これに対して、世界の他の地域、たとえばアメリカにおいても、いわゆる〈Med/Arb〉とよばれる手続は実践されており、支持されている、との評価はあるものの、依然として、このような手続に対して強い拒絶感を抱く仲裁実務家がいる、というのもまた事実であるし、また、仲裁と調停とは、それぞれが別個の目的とモラリティに支えられているのだから、別個の手続として利用されるときに最善の機能を發揮する、という意見もある。⁽¹¹⁾

仲裁と調停を係争させた手続について、その有用性が少なくないことが認識され始めたにもかかわらず、このように、世界の国や地域によって毀誉褒貶相半ばするという状況であるのは、仲裁も調停もADRであるために、そこには、当事者、仲裁人や調停人、仲裁センターなどの関係機関の意向、そしてさらには、その背景にある法文化の違いが色濃く反映され、それぞれの国・地域ないし法文化のもとでの仲裁や調停の概念に相当の違いがあることによるのである。⁽¹²⁾したがって、仲裁と調停を係争させた手続が将来的にみて世界的な主流となっていくのかどうか、現時点では未知数である。

それでは、これまでの検討から、近い将来の改正が待望されている日本の仲裁法にとって、どのような示唆が得られるだろうか。

日本の現行仲裁法である「公示催告手続及び仲裁手続ニ関スル法律 第八編」には、仲裁と調停の係争を認める旨の規定はおかれていないし、改正に向けて仲裁研究会が一九八九年に公表した一つの試案である「仲裁法試案」にも、その趣旨の規定はみられない。⁽¹³⁾それでも、中国と全く同質とはいわれないまでも、これに近い文化を共有する日本に

においては、仲裁と調停の連係を許容する素地はあるということではできよう。現行法には、仲裁人による和解の試みを認める規定がおかれていないにもかかわらず、解釈上、当然のことと理解されているし、^⑧ 実際にも、日本の仲裁機関には、仲裁人による和解の試みを許し、この枠組みを用いることで、実質的に、仲裁と調停を連係させた手続をすで行っているものがある、といつても、あながち誤りではないのである。^⑨ 法には規定がおかれていないにもかかわらず、いわば仲裁人による手続裁量として和解の試みが行われているという実態は、外から眺めたとき、きわめて不透明な仲裁手続に映るおそれがないとはいえない。

それ故に、現実がそうなのであるから法をこれに合わせ、日本の改正法に仲裁と調停の連係を認める旨の規定を設けるべきである、という素朴で、かつ雑駁な議論をするつもりはない。しかしながら、経験に裏打ちされた実務には何がしかの叡智があるはずである。これまでしてきた検討からみて、仲裁と調停を連係させた手続に相当程度の有用性を認めることができ、全く問題がないわけではないにせよ、そこでの問題も、当事者の合意を得ることによって周到に対処すれば、多くのものは解決不能なわけではない、と解されるのであれば、いま一度、当事者の「合意」を中核に据えて、その意味を問い直すことから始めるのが建設的であるし、また、立法論として健全な態度なのではないか。そうした手続の当事者となるであろう利用者の側からすれば、紛争処理手続の選択肢は多ければ多いほどよいのであって、紛争の内容や類型、成熟度などに応じて、当事者が適切と考える処理手続を自在に選択できるよう、紛争処理カタログを豊穡化させていくことは、司法制度に課せられた使命の一つであろうからである。

仲裁——および、調停を連係させたときの——手続の透明性ないし明確性を維持し、予測可能性を確保するために、必要最低限の手続的規整について、仲裁法において定められてあることが求められる、というべきである。^⑩

【注】

- (206) この点につき、前掲注(40)およびそこでの本文以下を参照。
- (207) Tang, *supra* note 105, at 22.
- (208) Sanders, *supra* note 1, at 173; Tang, *ibid.*
- (209) Elliott, *supra* note 20, at 178; Tashiro, *supra* note 1, at 127. Also, Karl-Heinz Bockstiegel, *The Role of Party Autonomy in International Arbitration*, Summer 1997 *Dispute Resolution Journal* 24(1997), at 25.
- (210) Schneider, *supra* note 1, at 38. は「当事者が同意しているかぎり、これに反する、いかなる原則も正当な反論とはなりえない」という。しかしながら、司法システムの一翼を担うものとして位置づけられている以上、基本的手続権である手続保障と当事者の平等は強行規定に属するのであり、当事者の合意をもってしても侵すことは許されない、というべきである（たとえば、谷口安平「仲裁手続における手続基本権」松浦〓青山・現代仲裁法「三七頁以下、谷口安平〓井上治典編『新・判例コンメンタル民事訴訟法（6）』六七九頁「青山善充」（一九九五年 三省堂）など参照）。紛争処理手続における合意については、議論が多いが、さしあたり、山田文「ADR手続の正当性に関する予備的考察」判タ八二五号四四頁以下（一九九三年）、同「裁判外紛争解決制度における手続法的配慮の研究」法学五八巻一号四五頁以下（一九九四年）で連載、棚瀬孝雄編著『紛争処理と合意』（一九九六年 ミネルヴァ書房）、ミニ・シンポジウム「訴訟手続における合意」民訴雑誌四三号一一三頁以下（一九九七年）など参照。
- (211) 小島〓猪股・前掲注(13)三〇三頁・三〇四頁。
- (212) 早川・前掲注(139)JCAジャーナル四六巻一一号三四頁・三五頁も、このことを指摘する。
- (213) Schneider, *supra* note 1, at 12.
- (214) 北川善太郎「紛争解決モデルとWIPO仲裁ルール(下)」NBL六〇九号四一頁（一九九七年）。なお、このWIPO調停規則一三条に規定された手続を「仲裁併用調停 (mediation followed, in the absence of a settlement, by arbitration)」とよぶのは、北川善太郎「WIPO仲裁センターとチューリッヒ会議——裁判外紛争解決の二段階過程論」『知的財

産の潮流——知的財産研究所五周年記念論文集」一四〇頁(一九九五年 知的財産研究所)である。ほかに、小林秀之「知的財産紛争と仲裁(下)」[NBL 五五九号二〇頁(一九九四年)は、「調停前置型仲裁(mediation and default arbitration)』』とい、林田・前掲注(37)八九頁は、「調停に続く仲裁」とよんでいる。

(215) Tang, *supra* note 105, at 13.

(216) 近時、大きな展開をみせている法的交渉理論について、さしあたり、太田勝造「民事紛争解決手続論」(一九九〇年 信山社)、和田仁孝「民事紛争交渉過程論」(一九九一年 信山社)、小島武司編「法交渉学入門」(一九九二年 商事法務研究会)、「交渉と法」研究会(代表||新堂幸司・井上正三・小島武司)編「裁判内交渉の論理」(一九九三年 商事法務研究会)、守屋明「紛争処理の法理論」(一九九五年 悠々社)、猪股孝史「法的交渉」小島武司編「裁判キーワード(新版)」二二二頁(一九九八年 有斐閣)など参照。なお、太田勝造「仲裁センターの一事例」第二東京弁護士会・前掲注(14)五頁以下は、当事者双方がともに満足できるような解決をウィン・ウィン・ソリューション(win win solution)とよび、第二東京弁護士会仲裁センターで処理された一事例を取りあげ、こうした解決が実現される可能性の高い優れたものとして評価している。

(217) Elliott, *supra* note 20, at 183.

(218) この点につき、前掲注(69)およびそこでの本文参照。仲裁と調停の連係手続を設計するにあたって、具体的に考慮すべき項目として、つぎのような点が指摘されていることが参考となろう。すなわち、(i)そこでの手続対象を当事者の請求ないし反対請求のレベルだけで捉えるか、それとも争点も加えるのか、(ii)手続のどの時点で移行するのか、それの開始前か、ある程度まで進行させてからなのか、(iii)手続の移行にあたって時間的な制約を設けるのか、自在に移行できるとするのか、(iv)手続を主宰する第三者を同一人とするか、別人とするのか、(v)それぞれの手続で得られた情報の相互利用を禁止するのか、認めるのか、さらに、(vi)伝統的な仲裁ないし調停という手続枠組みを維持するのか、それとも、拘束力のない意見を表明するなど、何らかの工夫を加えたものにするのか、である。以上の点につき、See, Elliott, *supra* note 20, at 181-182. Also, see, Donahay, *supra* note 44, at 78.

- (219) たとえば、アメリカにおける「現代調停」としての再生の動きについて、レビン・小林久子「ニューヨークにおける調停の動き」JCAジャーナル四六卷六号四五頁以下（一九九九年）参照。
- (220) 谷口安平「和解・国際商事仲裁におけるディレンマ」JCAジャーナル四六卷四号五頁（一九九九年）。
- (221) 谷口・前掲注（220）五頁・六頁参照。こうした異文化間コミュニケーションの必要性は、グローバリゼーションが急速に進展する現代にあつては、ビジネスにかぎらず、つとに指摘されているところである。
- (222) なお、当事者の同意をもつて、仲裁人が仲裁手続中に調停を行うことを許し、かつ、その調停が失敗した後は、引き続き、その仲裁人が仲裁判断をすることになるといふ連係手続を予定している仲裁・調停法は、加えて、以下のような規定をおき、そのような仲裁人の職務を好ましいとは考えない者に拒否権を明文をもつて与えている。たとえば、香港仲裁令二A条二項（b）は、「そのような者が仲裁人として行動することを拒否するときは、仲裁人として選定された者は、仲裁契約に反対の意図がみられないかぎり、まず調停人として行動することを要求されない。」と規定する。同旨の規定は、シンガポール国際仲裁法一六条三項（b）、バミューダ国際調停・仲裁法一四条二項にもみられる。
- (223) Tang, *supra* note 105, at 23.
- (224) E.g., Schneider, *supra* note 1, at 14 では「アメリカでは、とりわけ労働紛争コミュニティ調停センター（community mediation centres）にますます利用されようとする。」And also, see, Hoellering, *supra* note 24, at 25.
- (225) E.g., Schneider, *supra* note 1, at 21, 41; Elliott, *supra* note 20, at 176.
- (226) Hoellering, *supra* note 24, at 25.
- (227) See, Schneider, *supra* note 1, at 2.
- (228) この点、前掲注（79）参照。これに対して、松浦・前掲注（19）民商一一五卷六号八九一頁は、「調停と仲裁の組み合わせの規定が、わが国で見受けられないのは、奇異な感じさえする」と指摘する。また、同「仲裁研究会『仲裁法試案』の特徴と問題点（下）」NBL四八頁（一九九四年）も参照。
- (229) 立法論的研究八九頁（高橋宏志）は、試案三三條の和解についての説明において、「仲裁手続内で仲裁人が関与する形

でなされてもよいし、仲裁手続外で自主的にされたものでもよい。仲裁人が和解を勧めることも許される」とする。現に、日本の常設仲裁機関による仲裁規則には、仲裁人による和解の試みを許す規定がおかれていることについて、前掲注(81)以下およびそこでの本文参照。

(230) この点につき、前掲注(139)以下およびそこでの本文以下を参照。

(231) 具体的な手続準則については、当事者自治が許され、あるいは仲裁人の裁量が認められていることを考慮すれば(なお、前掲注(210)も参照)、法律としての仲裁法においては、「当事者の権利義務に重大な影響を及ぼす事項」(法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』三〇頁参照(一九九六年 商事法務研究会))を定めるべきことになろう。少なくとも、必要最低限の手続的規整として、仲裁と調停を連係させた手続において、どのようにしてフェアネスを担保するのか、を明確にしておくことが必要であろう。

(いのまた たかし・本学法学部助教授)