

仲裁と調停の連係許容性とその限界（二）

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、五卷二号）
- 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、本号）
- 五 おわりに

三 仲裁と調停を連係させた手続の態様

1 仲裁と調停を連係させた手続の具体相

仲裁と調停を連係させるということは、要するに、紛争処理過程において仲裁と調停を組み合わせることを意味する。仲裁も調停も自律的な紛争処理方法であり、原則として、その手続的規程は当事者の意思に委ねられているといえるから、一口に仲裁と調停の連係といっても、それぞれを、いつ、どのように組み合わせるのかによって、その具体相はさまざまに構想することが可能である。

実のところ、一般に〈med/arb〉あるいは〈arb/med〉とよばれる、仲裁と調停を連係させた手続は、常にそうであるというわけではないが、(i)一人の者がまず調停をし、これが失敗したときには仲裁をするという態様を典型としながら、さまざまなヴァリエーションが試みられるようになっており、具体的には、以下のような態様のものが行われているとされる。^④すなわち、(ii)仲裁を進行させ、その過程のある時点で調停を行う、(iii)いくつかの争点について調停を行い、他のものについては仲裁を行う、(iv)調停を行い、そこで解決されなかった争点について仲裁をしてから、また調停に戻る、(v)調停を行ってこれが失敗したときは、当事者のいずれかが一定期間内に拒否しないかぎり裁定として拘束力をもつ「勧告的意見 (advisory opinion)」を調停人がする、などのほか、一般的になりつつあるのは、(vi)調停が失敗したときは、各当事者は最終的な提案をし、その内容に議論を限定したうえで、調停人が仲裁人となって、当事者がした提案のいずれか一方を選択して仲裁判断とする、^⑤という態様のものであるという。

2 仲裁と調停を連係させた手続の類型化

仲裁と調停を連係させた手続の類型を考えると、より一般的には、当事者が締結している紛争処理についての基本となる合意に着目して、それが〈A〉仲裁合意である場合と〈B〉調停合意である場合とに分けて考えるのが便宜であろう。¹¹⁾

(一) 仲裁合意に基づき仲裁申立てがされた場合

〈A〉仲裁合意に基づいて仲裁申立てがされた場合に、その仲裁手続に調停を連係させる手続にはどのような態様がありうるか。一つの指標となるのは、仲裁手続のどの時点で調停を組み合わせるか、である。

通常、考えられるのは、〈Aa〉仲裁手続に先行させて、まず調停を行う、あるいは、〈Ab〉仲裁手続を進行させつつ、その途中のある時点で調停を行う、のいずれかの態様であろう。仲裁審理を終結し、仲裁判断を言い渡してしまえば、紛争は仲裁判断をもって終局的に解決されることになる以上、〈Ac〉仲裁手続が終了した後に、さらに調停を行う、という態様で連係させる余地はなくなるからである。

もつとも、そうであるならば、〈Ac〉仲裁審理を終結しながらも仲裁判断の言渡しを留保したまま、調停を行う、という態様での連係は考えられないではない。¹²⁾ こうした態様で仲裁に調停を連係させるのは、当事者があくまで自主的に和解できるような途を模索すること、そこに意義を見いだすことができるといえよう。このことを重視するならば、全く意味がないものと断定することはできないであろうし、また、当事者が合意するかぎりでは、どのような態様での連係も許されてしかるべきだと、いうこともできる。しかし、紛争処理に要する総体的なコストという観点からすれば、いささか合理性を欠くきらいがあるというべきではあるまいか。¹³⁾ したがって、〈Ac〉仲裁手続が終了した後

にさらに調停を行う、あるいは、その亜種といえる〈Ac〉仲裁審理を終結しつつも仲裁判断の言渡しを留保して調停

を行う、という連係態様は、一般的にみて必ずしも望ましい態様であるとは思われず、あくまで例外的なものとなすべきものであろう。

ところで、 $\langle Aa \rangle$ 仲裁手続に先行させて調停を行ったとき、 $\langle Aa-1 \rangle$ 調停が成功して和解が成立すれば、その和解合意をもつて紛争は解決をみることになる。このことは、 $\langle Ab \rangle$ 仲裁手続の途中で調停を行って、 $\langle Ab-1 \rangle$ 調停が成功して和解が成立したときも、やはり同じである。

これに対して、 $\langle Aa \rangle$ 仲裁手続に先行させて調停を行ったが、 $\langle Aa-2 \rangle$ 調停が失敗したときは、そこではじめて仲裁手続を開始することになる。また、 $\langle Ab \rangle$ 仲裁手続の途中で調停を行ったが、 $\langle Ab-2 \rangle$ 調停が失敗したときは、それまでの仲裁手続を再開し、続行する、というのが通常の手続経過であることになる。新たな仲裁の開始か、それまでの仲裁の再開かの違いはあるにせよ、仲裁が行われ、仲裁判断が言い渡されれば、紛争の終局的解決を確保できるところになる。

(二) 調停合意に基づき調停申立てがされた場合

では、 $\langle B \rangle$ 調停合意に基づいて調停申立てがされた場合はどうか。

調停手続に仲裁を連係させるといふときには、 $\langle Ba \rangle$ まず調停手続を行い、 $\langle Ba-1 \rangle$ 調停が成功して和解が成立すれば、その和解合意をもつて紛争は解決されたことになるが、 $\langle Ba-2 \rangle$ 調停が失敗したときは、仲裁を開始し、仲裁判断をもつて終局的に紛争解決を図る、という態様が、基本型とされるべきものである。そうではなく、 $\langle Bb \rangle$ 調停手続の途中で仲裁を行う、 $\langle Bc \rangle$ 調停手続に先行させて、まず仲裁を行う、という態様では、仲裁判断が言い渡されてしまえば、もはやそこに調停を連係させる余地はなくなるからである。

したがって、このような場合にも仲裁との連係を考えるとすれば、すでに述べたように、 $\langle Bb \rangle$ 調停手続の途中で仲裁を行うが、仲裁判断の言渡しはしない、 $\langle Bc \rangle$ 調停手続に先行させて仲裁を行うが、仲裁判断の言渡しはしない、という意味での仲裁との連係であって、いずれも再び調停に戻ったうえで和解合意を目指す、という手続経過をたどることになる。⁽¹⁶⁾あるいは、調停手続の対象である本案としての紛争ないし法律関係について仲裁を行うのではなく、調停手続を進めていくうえで前提問題となる争点について仲裁を行うという意味なのであれば、やはり連係させることが考えられないではない。事実認識や法的問題について当事者間で不一致があり、これを確定させるための仲裁、いわば争点整理のための仲裁ということであるが、⁽¹⁷⁾こうした意味の仲裁であれば、仲裁判断をもって紛争を最終的に解決することにはならないからである。

このように考えてくると、調停に連係させるべき仲裁が、以上でみたような、ある意味で変種の仲裁ではないのであれば、 $\langle Bb \rangle$ 調停手続の途中で仲裁を行うといっても、その手続経過は、 $\langle Ba \rangle$ まず調停手続を行うという態様と結局は同じことなのであって、調停の成否が判明してから移行するのか、そうでないのかは、さしたる意味をもたないことになる。⁽¹⁸⁾ましてや、 $\langle Bc \rangle$ 調停手続に先行させて仲裁を行うというのは、仲裁だけを行うのと手続経過だけみれば何ら変りはないのである。結局のところ、 $\langle Bb \rangle$ 調停手続の途中で仲裁を行うといい、 $\langle Bc \rangle$ 調停手続に先行させて仲裁を行うといっても、こうした態様での連係が考えられるとするならば、必ずしも一般的でない意味における、仲裁との連係であるといわなければならないであろう。仲裁判断の言渡しを留保する仲裁にせよ、争点整理のための仲裁にせよ、通常の仲裁とは、少なからず異質なものであり、また別に検討されるべきものであろう。

(三) 仲裁と調停を連係させた手続類型と問題状況

以上のことから、仲裁と調停とを連係させた手続の態様には、一般的にいつて、 $\langle Aa \rangle$ 仲裁手続に先行させて調停を行う、 $\langle Ab \rangle$ 仲裁手続の途中で調停を行う、 $\langle Ba \rangle$ まず調停手続を行う、これら三つのものが考えられることになる。

もつとも、これらのうち、仲裁と調停の連係をめぐって生じるであろう問題は、 $\langle Ab \rangle$ 仲裁手続の途中で調停を行う、という連係態様の手続に集約されているといえる。すなわち、ここでの手続経過は、時系列的にみると、(i) 仲裁から調停への移行、(ii) 調停における和解合意の成立、(iii) 失敗した調停から仲裁への移行、これら三つの局面に分けることができるのであるが、 $\langle Aa \rangle$ 仲裁手続に先行して調停を行うときでも、調停が失敗すれば仲裁に移行するのであるし、このことは、 $\langle Ba \rangle$ まず調停手続を行うときにも、やはり同じことだからである。ただし、 $\langle Aa \rangle$ 仲裁手続に先行させて調停を行うときと、 $\langle Ab \rangle$ 仲裁手続の途中で調停を行うときで異なるのは、(iii) 失敗した調停から仲裁へ移行する局面で、仲裁を新たに開始するのか、これまでの仲裁を再開し、続行するのか、という点であること、また、 $\langle Aa \rangle$ 仲裁手続に先行させて調停を行うときと、 $\langle Ba \rangle$ まず調停手続を行うときとは、それぞれの手続の基礎にある当事者間の合意が仲裁合意であるのか調停合意であるのか、この点が異なっているにすぎない。したがって、 $\langle Ab \rangle$ 仲裁手続の途中で調停を行うという連係態様を中心において、 $\langle Aa \rangle$ 仲裁手続に先行させて調停を行う、 $\langle Ba \rangle$ まず調停手続を行う、これら二つの連係態様の手続においてみられる、固有の事情については、それぞれの局面において、別途、検討に加えれば足りるというべきであろう。

それでは、それぞれの局面で、どのようなことが問題となりうるのか。

まず、(i) 仲裁から調停へ移行する局面では、そもそも仲裁手続において調停を行うことができるのかどうか、これが問題である。ここでの基礎にあるのは仲裁合意であり、調停合意ではないからである。かりにこれが許されるとするならば、仲裁手続のどの時点で、どのようにして調停を開始するのか、誰がそこでの調停人となるのか、これら

が検討されるべき問題となる。

つぎに、(ii) 調停において和解合意が成立した局面では、その和解合意をどのように扱うのか、言い換えれば、どのような効力を与えることができるのか、問題となる。すでに述べたように、和解合意には契約以上の拘束力は認められないとされているのだが、それだけでよいのであれば、調停を連係させる実践的意味はないのである。また、調停合意があるだけのときでも何らかの方策がありうるか、考えてみる必要がある。

さらに、(iii) 失敗した調停から仲裁へ移行する局面で、大きな問題となるのは、仲裁人をどうするか、である。新たな仲裁の開始であれ、これまでの仲裁の再開であれ、失敗した調停での調停人をそのまま仲裁人とすることができるとどうか。かりに調停人が仲裁人となること許されるとするならば、手続は連続性をもつことになるため、たとえば秘密とされるべき、調停で提供された情報が仲裁に不適切に流用されることにならないか、あるいは、そもそも調停人として行動していたことで予断をもった仲裁人は忌避されるはずでないか、これらの問題に解を与えなければならぬであろう。

以上で指摘したような問題を中心に、改めて、各国の最近の立法動向を踏まえつつ検討することとする。

【注】

(69) 以下の本文に掲げる、仲裁と調停を連係させた手続の具体相については、Elliott, *supra* note 20, at 175 参照。

(70) 本文に掲げた (vi) の仲裁は、最終提案仲裁 (final offer arbitration; MEDALOA: mediation and last offer arbitration) とよばれることがある。これについて、たとえば、新堂幸司「最終提案仲裁」ジュリ八二二号(巻頭言)五頁(一九八四年)によれば、この方法はアメリカの労働争議で考案されたもので、カナダでも家賃紛争で採用されていた、

という。なお、こうした態様の仲裁は、WIPO 調停規則一三条(b)〔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」のように、規則のうちに取り入れられてもいる。

(71) 仲裁も調停も、自律的な紛争処理手続であるから、当事者がいずれかの合意を締結しているのでなければ、仲裁であれ調停であれ、そもそも手続を開始できないからである。当初より仲裁と調停を連係させた、複合的な紛争処理の合意が締結されていることがありうるとしても、その基礎にあるのは仲裁と調停なのだから、一般論として検討するときには、ここから出発せざるをえないであろう。

(72) こうした仲裁と調停の連係手続は、以下に示すように、アメリカ仲裁協会が推奨する〈Arbitration/Mediation〉条項が予定しているものである。「本契約から、もしくはこれに関して生じた紛議、またはその違反は、まず、アメリカ仲裁協会がその〔準拠すべき〕規則にしたがって実施する仲裁に付託されるものとする。その規則のもとで仲裁人がした仲裁判断は、〔一定の〕日数、封印され、その間、当事者双方はその紛議について調停を試みる。その調停は、アメリカ仲裁協会がその〔準拠すべき〕調停規則のもとで実施するものとする。調停人は、以前に事件を審問するために選定された仲裁人であつてはならない。調停が成立したときは、当事者は、仲裁人による仲裁判断は破棄されるべきこと〔情報として交付されるべきこと〕を合意する。調停が不調のときは、仲裁人による仲裁判断は当事者に交付され、その仲裁判断に基づき判決は、これにつき管轄権をもつ裁判所に登録することができる。」この点、猪股・前掲注(8)一五九頁・一六〇頁参照。

(73) もっとも、へAc)仲裁審理を終結しつつ、仲裁判断の言渡しを留保したままで調停を行ったが、和解合意が成立しなかったときは、留保していた仲裁判断を言い渡すだけのことであるから、それほど紛争処理のコストを総体的に増大させることにはならない、といえないではない。

(74) この場合、改めて仲裁人を選定し直して、新たな仲裁手続を開始する、という選択肢がないわけではないが、手続

全体のコストを考へるならば、必ずしも合理的とはいえない嫌いがあろう。

(75) この点につき、前掲注(72)およびそこの本文参照。なお、これらいずれの場合も、結局、和解合意が成立しなかつたときは、留保していた仲裁判断を言い渡すだけのことにならうが、そうであるとしても、前掲注(73)およびそこの本文で述べたところと同じ問題があることには変わりがない。

(76) こうした、いわば争点整理のための仲裁を調停に連係させる態様の手続は、前掲注(69)の本文で示した(iv)にみられるものである。なお、WIPO 調停規則一三条(b)「(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」は、このような態様についての規定であるといえる。

(77) もっとも、 $\langle Bb \rangle$ 調停手続の途中で仲裁を行うとき、調停の成否はまだ判明していないとすると、そのかぎりで調停と仲裁とが併行して進められることを意味する。このような紛争処理手続の重複が許されるかどうかは、また別に問題とされるべきものではある。この点については、また後に検討する。

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

(一) 仲裁人は和解の試みができるか

もともと、仲裁合意を締結し、これに基づいて仲裁を申し立てたからといって、仲裁手続上で、あるいは仲裁手続外で、当事者が和解することまで禁止されるわけではない。仲裁⁸⁸においても、訴訟と同じように、紛争解決にあたって当事者の意思が尊重されてよいはずだからである。そうであるならば、訴訟手続において裁判所がするのと同じように——少なくとも日本の裁判所はすることができる(日本・民訴法八九条)——、仲裁人も仲裁手続において和解

の試みをすることができるとするならば、仲裁手続において和解合意が成立することが期待できるのであるから、わざわざ仲裁手続に調停を連係させるまでもないと思われ⁽⁸⁷⁾ない。

そこで、仲裁人は、仲裁手続において和解の試みをすることができるとするかどうか、まずこの問題から取りあげる。この点について、仲裁法・仲裁規則には、つぎのような規定がみられる。

オランダ仲裁法一〇四三条⁽⁸⁸⁾ 「仲裁廷は、手続のいかなる段階にあつても、情報提供のため、または、和解に至るよう (to arrive at a settlement) 試みるため、当事者自身が出頭するよう命じることができる。」

日本海運集会所 (JSE) 海事仲裁規則二八条二項⁽⁸⁹⁾ 「仲裁人会は、仲裁手続の進行の程度を問わず、当該紛争の全部又は一部を和解によつて解決するよう当事者を斡旋することができる。」

東京第二弁護士会仲裁センター仲裁手続規程一九条二項⁽⁹⁰⁾ 「仲裁人は、仲裁手続の進行の程度を問わず、紛争の全部又は一部につき和解の勧告をすることができる。」

工業所有権仲裁センター仲裁手続規則三八条二項⁽⁹¹⁾ 「仲裁人は、仲裁手続の進行の程度を問わず、紛争の全部又は一部につき和解を試みることができる。」

オランダ仲裁法のほかは、日本の常設仲裁機関による仲裁規則なのであるが、いずれの規定も、仲裁人が、仲裁手続において、その進行程度のいかんを問わず、和解の試みをすることを許している。これに対して、仲裁人が和解の試みをするにあたっては、当事者の同意を得ることが必要である、とする規定もみられる。つぎの規定がそうである。

国際商事仲裁協会 (JCAA) 商事仲裁規則三九条⁶⁴⁾ 「仲裁裁判所は、必要があると認めるときは、当事者の同意を得て、仲裁裁判所を構成する仲裁人の一人または数人に……和解の斡旋をさせることができる。」

また、仲裁法・仲裁規則ではないが、つぎのような仲裁人のための倫理規範の存在は注目値する。

アメリカ仲裁協会およびアメリカ法律家協会 (AAA・ABA) による商事紛争における仲裁人倫理規範4条H項⁶⁵⁾ 「仲裁人が、事件の和解の可能性について話し合うことを、当事者に対して示唆することは不適切なことではない。しかしながら、仲裁人は、すべての当事者がそうすることを求めるのではないかぎり、和解の話し合いに出席し、または、関与すべきではない。仲裁人は、和解のために、当事者に圧力をかけてはならない。」

法律家国際協会 (IBA) による国際仲裁人のための倫理規範8条前段⁶⁶⁾ 「当事者双方がそのように申し立て、または、仲裁廷によるこうした効果についての示唆に同意していた場合には、仲裁廷の全体が（または適切なときは首席仲裁人が）、当事者双方に同時に、むしろ望ましいのは各当事者の面前で、和解の提案をすることができる。」

仲裁手続の過程において、仲裁人または当事者の一方が和解の可能性が開けてきたとの感触を得た場合でも、仲裁人は仲裁手続において和解の試みをするのが許されないとすれば、和解のためのイニシアティブをとるのは、そのような当事者の他にはいないことになる。しかし、当事者の一方が和解を望んでいるかのような言動をとることは、戦略的にみて必ずしも得策ではないし、また実際に容易なことだともいえない。不利な仲裁判断を恐れているから和解に持ち込もうとするのだ、という印象を相手方当事者に与えかねないし、自らの弱みを曝すことになるのでないか、

という危惧を否定することができないからである。そうであれば、仲裁手続の進行程度や状況をにらみながら、仲裁人が和解の試みをすることは、さしあたり、許されてよいということができるとはなからうか。

もつとも、他方で、仲裁人が仲裁手続において積極的に和解の試みをし、これに終始するのでは、仲裁の申立てをした当事者の期待に必ずしも応えていることにはならないのも確かである。当事者が仲裁を申し立てたのは、いうまでもなく紛争につき仲裁判断をしようためであつて、和解を望んでのことではない。和解が当事者の自由な意思による紛争解決である以上、いずれか一方でも和解を望んでいない当事者がいるときに、これを仲裁人が押し付けるというような状況は避けるべきものであろう。にもかかわらず、仲裁人が和解の試みを積極的に行うことになれば、当事者は、そのような仲裁人は仲裁判断をするのに躊躇を覚えているとか、抵抗を感じているなどといった余計な詮索をすることになり、そうした仲裁人に対する信頼感は揺らぐことになろう。あるいは、和解の試みが奏功しなかつたときに下されるであろう仲裁判断の結果を、暫定的なものであるとはいえ、一方の当事者にもみ仲裁人が示すことは、その当事者に対する無言の圧力だとの印象を与える恐れさえある。

仲裁人のための倫理規範が、仲裁人が和解の試みすることを禁止してはいないが、当事者双方からの申立てがあるか、同意があることを要求し、しかも当事者双方の面前で和解の試みすることなど、より慎重な態度で臨むべきことを求めているのは、こうした事情を考慮してのことなのである。すなわち、仲裁手続において和解の試みがされるとき仲裁人はきわめて微妙な立場にある、ということを、これらの倫理規範はよく示しているのである。

(二) 誰が・いつ・どのようにして仲裁手続における調停を開始するか

仲裁手続において仲裁人がする和解の試みが、以上のような問題をはらむものであるとすると、仲裁手続において

行う調停はどうであるのか。

つぎに掲げる、仲裁法・調停法の規定は、仲裁手続において、より積極的に調停を行うべきことを勧めるもののようにである。

ブラジル仲裁法二一条四項⁸⁸⁾ 「仲裁人または仲裁廷は、手続のはじめに当事者を調停するよう努め (try to conciliate)」、できるかぎり、本法二八条の規定を適用する。」

バミューダ国際調停・仲裁法三条⁸⁹⁾ 「国際仲裁契約の当事者は、調停によって (through conciliation)」、その紛争を解決することを奨励される。」

しかしながら、調停が、仲裁とは別個で異なる手続であつて、当事者の交渉を援助し、自主的な和解が成立するよう導く手続であると考えられる以上、仲裁手続において調停を行うには、仲裁人が仲裁手続において和解の試みをするのと同じように、否むしろより一層、当事者の意向が尊重されなければならない、というべきではなからうか。調停によつて和解合意を成立させようとする、そのような意思が当事者にないのであれば、そもそも調停を行う意味はなく、かりに行つても徒労に終わるだけのことであろうからである。このことを示す仲裁法・仲裁規則には、つぎのような規定がみられる。

中国仲裁法五一条⁹⁰⁾ 「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

ない。」

ナイジェリア仲裁・調停令三七条⁽⁶³⁾ 「本令の他の規定にもかかわらず、契約の当事者は、本令本編の規定のもとでの調停によってこの契約に関する紛争の友好的な解決を求めることができる。」

インド仲裁・調停令三〇条一項⁽⁶⁴⁾ 「仲裁廷が、紛争の和解を奨励する(encourage settlement of the dispute)ことは仲裁合意と両立しないものではなく、仲裁廷は、当事者双方の同意を得て、和解を奨励するために、仲裁手続中いつでも、調停またはその他の手続 (mediation, conciliation or other procedures) を用いることができる。」

カナダ・アルバータ州仲裁法三五条一項⁽⁶⁵⁾ 「仲裁廷の構成員は、当事者が合意するときは、紛争の対象について和解を勧める(encourage settlement)ため、仲裁において、調停またはその他これに類するテクニック(media-
tion, conciliation or similar techniques)を用いることができる。」

中国国際経済貿易仲裁委員会 (CIETAC) 仲裁規則四五条⁽⁶⁶⁾ 「双方当事者が調停を希望する場合、又は一方当事者が調停を希望し、かつ仲裁廷を経て他方当事者の同意を得た場合には、仲裁廷は仲裁手続の進行中において、審理する案件につき調停を行うことができる。」

工業所有権仲裁センター仲裁手続規則二五条 「当事者間に仲裁の合意がないときは、調停手続を開始する。但し、当事者間に仲裁の合意がある場合にも、当事者双方が希望するときは、調停手続を開始することができる。」

これらの規定はいずれも、当事者双方の希望によって、または、当事者双方の同意を得て、仲裁人は仲裁手続において調停を行うことを許すものである。言い換えれば、これらは「A」調停人は仲裁人と同一人であってよい、ということを意味している規定でもある。もっとも、仲裁手続において調停を行うにあたって、「A」当事者の同意がある

ことを要件として、仲裁人は調停人として行動することができる、とする規定もみられる。⁽⁹⁶⁾ すなわち、仲裁人と調停人とが同一人であることを当事者の意思にかからせる、ということであり、たとえば、つぎのような仲裁法の規定がそうである。⁽⁹⁷⁾

香港仲裁令二B条一項⁽⁹⁸⁾ 「すべての当事者が書面をもって同意し、いずれの当事者もその同意を撤回しないかぎり、仲裁人、審判人 (umpire) は調停人として行動できる。」

シンガポール国際仲裁法一七条一項⁽⁹⁹⁾ 「仲裁手続の当事者が書面をもって同意し、かつ、いずれの当事者も書面をもってその同意を撤回しないかぎり、仲裁人または審判人 (umpire) は、調停人として行動することができる。」

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一項⁽¹⁰⁰⁾ 「仲裁合意をした当事者双方は、仲裁の手続開始の前後を問わず、そして、仲裁の手続進行中であると否とを問わず、(a) その紛争を調停またはその他これに類する方法によつて解決することを求めることができる。または、(b) 仲裁人もしくは審判人 (umpire) に、調停人 (mediator, conciliator) もしくは非仲裁的な仲介者 (intermediary) として行動する権限を与えることができる。」

仲裁人のための倫理規範も、消極的表現ながら、このことを許すものようである。

AAA・ABA による商事紛争における仲裁人倫理規範四条一項 「すべての当事者が、そうすることを求め、または、適用されるべき法律または規則によつてそうすることが認められ、または求められているときに、仲裁人と

して選定されている者が、その紛争での調停人として行動することはできないとする意図は、この規範には一切ない。これに対して、仲裁手続において調停を行うこと自体は認めつつも、仲裁人が調停人として行動することは許さない、すなわち〈B〉調停人には仲裁人と別人を選定しなければならない、とする規定もある。つぎの仲裁規則がそうである。

アメリカ仲裁協会(AAA) 商事仲裁規則一〇条三項^④ 「アメリカ仲裁協会は、手続のいかなる段階においても、和解を促進するため、当事者の同意を得て、商事調停規則にしたがい、調停のための協議(a mediation conference)を手配することができる。調停人は、その事件について選定された仲裁人であってはならない。」

以上のように、仲裁手続において調停を行うことは許されるとしながら、そこでの調停人をどうするかについて、〈A〉仲裁人と同一人でもよいのか、それとも〈B〉仲裁人とは別人でなければならないのか、仲裁法・仲裁規則の立場は、大きく二つに分かれている。〈A〉当事者の同意があれば仲裁人は調停人として行動することができるという立場もあるが、このことは、逆にいえば、当事者の同意がないかぎりには調停人は仲裁人と別人でなければならない、ということでもある。したがって、ここでは、むしろ〈B〉調停人と仲裁人とは別人であるべきことを原則とするという態度が表明されているのだ、とみることもできよう。

仲裁手続から調停に移行し、これらに係る手続で、もつとも実効的であるものは、それまで仲裁手続を進行させていて、その事件内容や問題状況に通じており、当事者双方の強みや弱みを十分に把握している仲裁人が調停人

を兼ねるといふ手続、すなわちへAへ調停人は仲裁人と同一人でよい、仲裁人が調停人として行動することを許す、という手続であろう。⁽¹⁰⁾しかし、以上でみたかぎりでは、仲裁法・仲裁規則の多くは、へBへ調停人は仲裁人と別人でなければならぬことを原則とするものであるようにみえる。そこで、その意味が検討されなければならぬ。

ここでの、仲裁人と調停人が同一人でもよいか、仲裁人が調停人として行動できるのか、という問題は、一つには、調停人の役割は果たして仲裁人のそれと両立するかどうかという問題にかかわっている。⁽¹¹⁾すなわち、仲裁人の職務はもつぱら仲裁判断をすることにあるのだから、仲裁人の関心、当事者に対する尋問事項は、当事者の和解交渉を援助することを職務とする調停人のそれとは自ずから異なったものになるのではないか、また、仲裁人は当事者の主張を理解したうえで、これにつき確信をもたなければ仲裁判断することはできないが、調停人が自分自身では十分に当事者の主張を理解できなくても交渉を促進することの妨げにはならないのであつて、より重要なことは、当事者双方がそれぞれの主張を互いに理解できるように環境を整えることにあるのでないか、というのである。⁽¹²⁾

確かに、仲裁人が仲裁手続において和解の試みをすることでさえ必ずしも積極的には許すことができないとするならば、⁽¹³⁾仲裁手続から移行した調停において仲裁人が調停人として行動することに対しては、なおさら慎重にならざるをえないであろう。実のところ、この問題は、仲裁人と調停人の果たすべき役割についての法文化的な違い、さらにいえば、裁判官が訴訟において果たすべき役割、すなわち和解に積極的に関与できるかどうかについての法文化の違いに根差している、ということができる。⁽¹⁴⁾このことの故に、法律家や仲裁実務家には、仲裁人と調停人が同一人であることに對する、感覺的な抵抗感が生まれるのではないかと考えられ、仲裁人が調停人として行動することに対するもつとも大きな障害は専門家の確固たる信念である、⁽¹⁵⁾とさえいわれることがあるのは、その証左であるように思われる。

しかしながら、ここでの仲裁人が調停人として行動できるかという問題は、ただ、仲裁人と調停人の役割のありかたをめぐる問題だけにとどまるものではない。すなわち、この問題はさらに、いま一つの問題に深くかかわっている。それは、仲裁手続において調停を行ったが不調に終わり、当事者間で和解合意の成立をみなかったときに再開されるであろう仲裁において、そこでの仲裁人をどうするか、調停人がそのまま再び仲裁人として仲裁判断をすることができるとかどうか、という問題である。調停では必ず和解合意を成立させることができるといふ保障がないために、調停不調後における仲裁の再開という事態を想定しなければならぬからである。仲裁人と調停人が同一人であることに対する違和感、ないしこれを拒絶する確固とした信念というものは、結局のところ、調停不調後には、その調停人であった者が仲裁人となってその事件について仲裁判断をすることになる、そうした事態に対する違和感、拒絶でもある、ということである。この問題は、したがって、調停から仲裁に移行する局面にかかわるものであり、後に改めて検討することとする。

なお、仲裁手続のいかなる時点で調停を行うか、については、当事者間の仲裁合意において、またはそこで援用される仲裁法・仲裁規則において、定めがおかれているときはそれにしたがうべきことになろうが、⁽¹⁸⁾ そうでないかぎり、仲裁手続の進行状況などに応じて、柔軟であつてしかるべきものであろう。そうだとしても、仲裁と調停とは手続構造が異なり、したがってそこでの手続原則も異なるということを前提として考えると、どの時点から仲裁から調停に移行するのか、また、移行したのか、当事者双方に対して明確に告知するなど、最小限の形式性を要求する必要はあろう。⁽¹⁹⁾

【注】

(78) たとえば、中国仲裁法四九条「当事者は仲裁の申立て後に、任意に和解することができる。」や、JSE 海事仲裁規則二八条一項「仲裁の申立て後においても当事者は和解によって紛争を解決することができる。」など、このことを明示的に規定する仲裁法・仲裁規則は、比較的によくみられる。

(79) たとえば、立法論的研究八九頁〔高橋宏志〕は、「仲裁人が和解を勧めることは許される。」としたうえで、同・九〇頁で、仲裁研究会による「試案では、仲裁人による調停は規定していないが、この仲裁人による和解勧誘で賄われると思われる。」という。実のところ、ここにいる「和解の試み(和解勧誘)」は「調停」と、その手続において具体的にどのような異なるのかは必ずしも明確ではないのである。たとえば、小島・伊藤・裁判外紛争処理法六二頁〔山本克己〕では、いわゆる ADR のうち調停型に属する紛争処理手続として、民事調停や家事調停のほか、「民事訴訟手続内で受訴裁判所が行う和解勧誘活動なども、ここで言う調停型にあたる」とされる。日本の民事訴訟手続において行われる、いわゆる和解勧誘というものの具体的な手続実践ないしその意味を、より周到に検証してみる必要があるといわなければなるまいが、前掲注(一)で述べたように、調停の本質は「当事者の交渉を援助し、自主的に和解が成立するよう導くもの」であると捉えるかぎり、「和解の試み」といい「調停」といっても、その実質においては異ならないとみるべきでなからうか。さしあたり、本稿では区別して検討することにすが、後掲注(105)およびそこでの本文で述べるように、それぞれにおける問題が重なり合っているのは確かである。

(80) オランダ仲裁法は、正確には、オランダ民事訴訟法のうちの「第四編 仲裁」(Code of Civil Procedure Book Four: Arbitration)であり、一九八六年に改正されている。邦訳は、INTERNATIONAL HANDBOOK ON COMMERCIAL ARBITRATION [hereinafter cited as INTL. HANDBOOK ON COMM. ARB.] (英文) に基づく私訳である。

(81) 条文は、一九九六年四月一七日改正のものである。

(82) 条文は、一九九〇年一〇月一日改正のものである。

(83) 条文は、一九九八年四月一日に施行されたものである。なお、工業所有権仲裁センターは、日本弁護士連合会と弁理士

- 会との共催により、工業所有権専門の紛争処理機関として、一九九八年(平成一〇年)四月に設けられた仲裁センターである。東京本部事務局のほか、関西(大阪)と名古屋にそれぞれ支部事務局をおいている。
- (84) 条文は、一九九二年一〇月一日施行のものである。
- (85) The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes. これは、一九七七年に制定されたもので、邦訳は、<http://www.adr.org/code.html> に基づく私訳である。
- (86) Rules of Ethics for International Arbitrators. これは、一九六四年に制定されたもので、邦訳は、292-294 (英文) に基づく私訳である。
- (87) Schneider, *supra* note 1, at 29.
- (88) Schneider, *supra* note 1, at 16.
- (89) Law NO 9.307 OF 23 September 1996. 邦訳は、INTL. HANDBOOK ON COMM. ARB. (英文) に基づく私訳である。なお、ブラジル仲裁法二八条は、いわゆる和解的仲裁判断についての規定である。
- (90) the Bermuda International Conciliation and Arbitration Act 1993. 邦訳は、INTL. HANDBOOK ON COMM. ARB. (英文) に基づく私訳である。なお、この三条は「第二編 調停」におかれた規定であり、国際仲裁に服する紛争は、同じくその四条が定めるように「本編の規定は、当事者の書面による別段の合意がないかぎり、適用される。」こととなる。
- (91) 中華人民共和国仲裁法は、一九九四年に改正されている。邦訳は、王勝明、張青華「中国仲裁法逐条解説(6)」JCA ジャーナール四二巻一二号四一頁以下(一九九五年)に於ける。
- (92) the Arbitration and Conciliation Decree 1988. 邦訳は、INTL. HANDBOOK ON COMM. ARB. (英文) に基づく私訳である。なお、この三七条は、「第二編 調停」におかれた規定である。
- (93) The Arbitration and Conciliation Ordinance, 1996. 邦訳は、INTL. HANDBOOK ON COMM. ARB. (英文) に基づく私訳である。

- (94) Alberta Arbitration Act 1991. 邦訳は 'Elliott, *supra* note 20, at 178. に基づく私訳である。
- (95) 条文は、一九九八年五月六日改正、五月一〇日施行のものである。邦訳は、長谷川俊明・劉健薇「中国国際経済貿易仲裁委員会仲裁規則の改正(2)」JCA ジャーナル四八巻二号四五頁(一九九九年)による。
- (96) もっとも、 $\langle A \rangle$ 調停人と仲裁人は同一人であつてよいという規定と、 $\langle A \rangle$ 当事者の同意があれば同一人でもよいという規定とは、その実質的な意味としては、それほど大きく違わないのではないか。すなわち、 $\langle A \rangle$ は、仲裁人と調停人が同一人であることについて当事者の同意があれば許される、ということではあるが、そのことは同時に、仲裁手続において調停を行うことについても同意することを意味し、または、そのような同意を含んでいるとみるのが通常であろうと考えられるからである。同じように、 $\langle A \rangle$ は、当事者の同意があることを前提として、仲裁手続において調停を行うことを許す、ということなのであるが、その同意には仲裁人が調停人として行動することについての同意も、やはり含まれているといえるからである。
- (97) 本文の以下で掲げたものの他に、Donahy, *supra* note 44, at 77 によれば、カナダ・ブリティッシュ・コロンビア州国際商事仲裁法 (International Commercial Arbitration Act of British Columbia 1986) 三〇条一項は、当事者双方の同意があるとき、仲裁人は、手続のいかなる段階においても、調停人 (conciliator) として行動することができる旨を、明示的に規定している、という。
- (98) The Arbitration (Amendment) Ordinance 1996. 邦訳は 'INTL. HANDBOOK ON COMM. ARB. (英文) に基づく私訳である。なお、松浦馨「香港仲裁法の沿革」民商一一五巻二号二八九頁(一九九六年)によれば、仲裁と調停との組み合わせについての香港仲裁令二A条が新設されたのは、一九八二年改正においてであり、おそらく中国を含むアジア東部地域で調停が多用されていること、アメリカでは仲裁と調停の組み合わせが成功しているといわれていることを意識してのことであろうとされる。
- (99) The Singapore International Arbitration Act 1994. 邦訳は 'INTL. HANDBOOK ON COMM. ARB. (英文) に基づく私訳である。

- (101) the 1990 Amendment to the New South Wales Amendment to the Arbitration Act. 邦訳は、Elliott, *supra* note 20, at 179 に基づく私訳である。
- (102) 条文は、一九九二年一月一日改正、発効のものであり、邦訳は、DIRECTORY at 112-118 (英文) に基づく私訳である。
- (103) *E.g.*, see Schneider, *supra* note 1, at 21.
- (104) Schneider, *supra* note 1, at 13 は、伝統的には、調停人としての役割は、同一手続内での仲裁人の役割とは矛盾するものであると考えられてきたし、また、フランス・パリの控訴院判決 (Decision of 28 March 1991) もこの旨を判示しているところ。
- (105) See, Elliott, *supra* note 20, at 177.
- (106) この点について、前掲注 (79) およびそこでの本文参照。
- (107) Schneider, *supra* note 1, at 22-23 によれば、仲裁人と調停人との役割が果たして両立するかどうか、仲裁人が調停人として行動することが許されるか、また勧められているか、についての立法態度の違いには、コモン・ロー諸国では、伝統的に裁判官は和解に積極的にかかわることは許されていないのに対して、シビル・ロー諸国では、裁判官の役割として調停、ないし紛争の友誼的な解決を図ることが許されているとしたりうえで、こうした裁判官の訴訟において果たすべき役割、和解に積極的に関与できるかどうか、という法文化が如実に反映されている、と指摘されている。
- (108) Schneider, *supra* note 1, at 21.
- (109) たとえば、調停を行う時期について、KCAB 商事仲裁規則一八条一項「……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。」のように規定するものがある。
- (110) とりわけ仲裁人がそのまま調停人となって調停を行うことを許すときには、一連の手続が連続して行われるように当事者には映るおそれがあることから、より明確なものでなければならぬ。この点について、see, Schneider, *supra* note 1, at 30.

2 仲裁・調停における和解合意の成立

(一) 仲裁手続において成立した和解合意を仲裁判断とすることができるか

すでに述べたように、仲裁を申し立てた後でも、仲裁手続上でまたは仲裁手続外で、当事者が和解することまで禁止されるわけではない。そうして当事者間に和解が成立した場合、仲裁人がその和解合意の内容を主文として仲裁判断の形式で作成することを認める旨の規定をおく仲裁法・仲裁規則は多い。たとえば、つぎのような規定がそうである。⁽¹⁰⁾

UNCITRAL モデル法三〇条一項⁽¹¹⁾ 「当事者が仲裁手続において、紛争について和解した場合には、仲裁裁

判所は、仲裁手続を終了し、かつ、当事者の要請により、仲裁裁判所に異議がないときは、その和解を合意に基づき仲裁判断の形式で記載しなければならない。」

UNCITRAL 仲裁規則三四条一項⁽¹²⁾ 「仲裁判断が行われる以前に、当事者が紛争について和解をした場合には、仲裁裁判所は、仲裁手続終了の決定書を交付し、または両当事者の要請により、かつ、仲裁裁判所が相当と認めるときは、仲裁判断に和解条項を記載する。この場合には、仲裁判断に理由を付することを要しない。」

香港仲裁令二〇条 「仲裁契約の当事者がその紛争について和解合意に至り、和解条件を含む書面による合意(和解合意)を作成したときは、その和解合意は、執行のために、仲裁契約に基づく仲裁判断として扱われるものとし、裁判所または裁判官の許可を得て、同等の効力をもつ判決や命令と同等の方法で執行することができる。そのような許可が与えられたときは、判決を合意の文言で登録することができる。」

シンガポール国際仲裁法一八条 「仲裁合意の当事者が、その紛争について和解する合意に達し、仲裁廷が

UNCITRAL 国際商事仲裁モデル法三〇条にしたがい、合意した条件に基づき仲裁判断の形式で和解条件を記載したときは、その仲裁判断は、仲裁合意に基づいてされた判断として扱われるものとし、高等法院 (High Court) またはその裁判長 (Judge) の許可を得て、判決または同じ効力をもつ命令と同じ方法で執行することができる。そのような許可がされたときは、判決を仲裁判断の文言で登録することができる。」

ブラジル仲裁法二八条^(註) 「当事者双方が、仲裁手続の途中で、共同の合意によって紛争につき和解したときは、仲裁人または仲裁廷は、当事者双方の申立てにより、かかる事実を宣言し、本法二六条に定める要件を充たす、仲裁判断をするものとする。」

国際商業会議所 (ICC) 仲裁規則二六条^(註) 「……一件書類が仲裁廷に送付された後に当事者が和解した場合、当事者からの要求があり仲裁廷が同意する限り、その和解の内容は、当事者の同意による仲裁判断の方式により記録されなければならない。」

こうした仲裁判断は、いわゆる「和解的仲裁判断 (consent award ; award by consent)」とか「同意に基づく仲裁判断 (award on agreed terms)」とよばれる。^(註) 「和解にも仲裁判断の衣を着せる」^(註) ことで、和解合意の内容について執行力を確保し、これが任意に履行されなかったときにも容易に強制執行することができるようになる。ただし、この和解的仲裁判断は、本来的な仲裁判断とは異なるものであるから、いくつかの問題を生じさせることにはなる。^(註)

(二) 仲裁手続における調停で成立した和解合意を仲裁判断とすることができるか

以上のことは、仲裁手続において調停が行われ、そこで和解が成立した場合にも、同じく許されてしかるべきものである。和解成立に至った契機が何であれ、その基礎には仲裁合意が存する以上、仲裁手続から移行した調停で成立した和解と、仲裁手続において成立した和解とを区別しなければならぬ理由はないからである。したがって、和解的仲裁判断についての規定がおかれているならば、この規定を仲裁手続から移行した調停で和解が成立した場合にも適用することができるのであって、別途、仲裁手続において行われた調停で成立した和解について仲裁判断とすることを許す規定はなくても、とりたてて問題は無いといえよう。そうではあっても、この旨を明示的に認める仲裁規則もある。たとえば、つぎのような規定がそうである。

CIETAC 仲裁規則四九条 「仲裁廷の調停を経て和解をした場合には、双方当事者が書面による和解合意を調印しなければならぬ。当事者に別に合意がある場合を除き、仲裁廷は、当事者の書面による和解合意の内容に基づき、仲裁判断書を作成して案件を終結させなければならない。」

大韓商事仲裁院 (KCAB) 商事仲裁規則一八条三項^⑧ 「調停が紛争を解決するのに成功したときは、調停人は、当事者の合意のもとで選定された仲裁人とみなされる。そして、調停の結果は、規則五三条の規定のもとで和解による解決に基づいて与えられ、下された仲裁判断と同一のものとして扱われ、仲裁判断と同一の効力をもつ。」

このような規定の存在は、すでに述べたように、調停だけでは当事者間に和解が成立してもその和解合意に終局的な拘束力をもたせることができないため、和解合意に仲裁判断としての形式を借用させるということが、調停に仲裁を連係させることの魅力、すなわち実践的意義の一つとしてある、ということを示すものといえよう。もつ

とも、つぎのように、いささか異なる規程をする仲裁法・調停法の規定もある。

中国仲裁法五一条 「調停によって合意を成立させる場合には、仲裁法廷は調停書または協議の結果に基づき、仲裁判断書を作成しなければならない。調停書と仲裁判断書は、同等の法的効力を有する。」

台湾仲裁法四四条 「仲裁事件については、仲裁判断をなす前に和解をすることができ、和解が成立したときは、仲裁人が和解書を作成する。前項の和解は仲裁判断と同一の効力を有する。但し、申立てにより裁判所が執行決定をなしたときに限り強制執行をすることができる。」

バミューダ国際調停・仲裁法二〇条 「仲裁合意の当事者が調停その他の方法によってその紛争の和解に至り、その合意を和解条件を含む書面（「和解合意」(settlement agreement)）に作成するときは、その和解合意は、バミューダにおける執行のために、裁判所の許可を得て、仲裁合意に基づく仲裁判断として扱われ、同等の効力をもち判決または命令と同じ方法で執行することができる。許可がされたときは、判決は四八条にしたがって、合意条件のまま登録することができる。」

これらの規定は、和解合意を仲裁判断の形式に作成することを認めるといふものではなく、そのまま「和解書」「和解合意」ないし「調停書」の形式としながらも、これに仲裁判断と同一の効力を与えようとするものである。「仲裁判断書」といい「和解書」「調停書」といっても、そこに与えられる効力が同一のものであるならば、その狙いとしたところは達せられてみるとみてよいのであろう。^④

(三) 調停手続で成立した和解合意をどのように扱うか

それでは、調停合意に基づき調停が申し立てられ、そこで成立した和解合意はどうか。

すでに述べておいたように、調停手続において当事者間に和解が成立したとき、その合意にはあくまで契約としての拘束力しか認められないというのが、つぎに示すように、調停法・調停規則の基本的な立場である。^④

インド仲裁・調停令七三条二項・三項^⑤

「当事者が紛争の和解合意に達したときは、書面による和解合意を起草し、これに署名する。当事者の申立てにより、調停人が和解合意を起草し、または当事者が起草するのを援助する(二項)。当事者が和解合意に署名したとき、当事者……に対して、終局的かつ拘束的なもの (final and binding) となる(三項)。」

UNCITRAL 調停規則一三条二項・三項^⑥

「当事者が和解の合意に達したときは、和解合意書を作成し、これに署名する(二項)。当事者は、和解合意書に署名することにより紛争を終結させ、その合意書に拘束される(三項)。」

国際商業会議所 (ICC) 調停規則七条^⑦

「(a) 当事者が和解契約に署名した場合。当事者はこの契約に拘束されるものとする。」

香港国際仲裁センター (HKIAC) 調停規則一七条^⑧

「調停が成立したときは、和解条件は、その契約の付則的な合意 (supplemental agreement to the contract) として記録されるものとする。」

調停による紛争解決の実質は、あくまで当事者による和解、すなわち契約であるのだから、そこには契約以上の拘束力は認められないとするのが、ある意味では、確かに論理的な帰結ではある。しかしながら、つぎのような規定も

みられることは注目されてよいであろう。

台湾仲裁法四五条 「本法の定めに基づく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。調停が成立したときは、調停人が調停書を作成する。……その調停は仲裁判断と同一の効力を有する。但し、申立てにより裁判所が執行決定をなしたときに限って強制執行をすることができる。」

インド仲裁・調停令七四条 「和解合意は、三〇条にしたがつて、仲裁廷が紛争の実体について下す、同意に基づく仲裁判断と同一の地位と効力を有する。」

すなわち、台湾仲裁法四五条は、仲裁契約がないときは、当事者の同意を得て調停を行うことができ、そこで和解が成立した場合、その和解合意には仲裁判断と同一の効力を与えるという規定である。また、すでに掲げておいたように、インド仲裁・調停令七三条は、和解合意は当事者に対して終局的かつ拘束的なものとするものだが、七四条では、その和解合意に、同意に基づく仲裁判断、すなわち和解的仲裁判断と同一の効力を認めている。いずれも国家法におかれた規定であるが、これらの規定によって、調停手続において成立した和解合意の効力を、仲裁判断に与えられている効力にまで高めることが認められている、ということである。

これらに類する規定は、改めて指摘するまでもなく、すでに日本の民事調停法に見いだすことができる。

日本・民事調停法一六条⁽¹⁶⁾

「調停において当事者間に合意が成立し、これを調書に記載したときは、調停が

成立したものとし、その記載は、裁判上の和解と同一の効力を有する。」

すなわち、調停調書には裁判上の和解と同一の効力、したがって、確定判決と同一の効力が認められるということである(日本・民訴法二六七条¹⁰⁾)。もつとも、日本の民事調停法での調停は、いわゆる司法調停であつて、台湾仲裁法やインド仲裁・調停令が規定し、予定している調停とは、必ずしも同列に論じることができないことに注意する必要はあろう。

調停において成立した和解合意にどのような効力を認めるかという問題は、そこでの手続的規整も含めて、その国家法が、調停ないし調停制度に、どのような意義を与え、どのように司法システムに位置づけるかという問題に帰着するといつてよいであろう。すでに述べたように、和解合意の内容を仲裁判断に取り込んだ、いわゆる和解的仲裁判断というものが許されていることとのバランスを考へるならば、調停で成立した和解合意であつても、そこに適切な規整を設けながら、契約としての拘束力を超える効力、あるいは少なくとも和解的仲裁判断と同一の効力を認めることとしても、必ずしも不当なことではないように思われる¹¹⁾。

このような規定が国家法におかれていないとき、和解合意は、やはり契約としての拘束力に甘んじるしかないことになるのだろうか。調停による紛争解決の実効性をいくらかでも高めるための、何らかの方策を模索してみる必要はあろう。

仲裁手続から移行した調停において、これが成功し、当事者間に和解が成立した場合、その和解合意を仲裁判断という形式にしても、このことが必ずしも論理的に背理であることにならないのは、もともと当事者間には仲裁合意があるからであろう。そうであるならば、調停において和解が成立した後に、当事者双方から仲裁合意を調達すること

ができるならば、和解合意を仲裁判断の形式とするだけの理論的基礎は整えられることになる。つぎのような規定は、このことを明らかにするものである。

日本海運集会所 (JSE) 調停規則一六条^⑧

「紛争について和解の合意に達した全当事者が、紛争の解決を確実なものとするために、仲裁判断を作成することに同意する場合には、調停人は、直ちに調停手続を終了させるものとする(二項)。前項の場合に、当事者は、別に規定する書式による仲裁契約に署名捺印し、調停人を仲裁人として選任しなければならない(二項)。仲裁人は、選任後直ちに仲裁手続を開始し、全当事者の和解の合意の内容に従い仲裁判断書を作成するものとする(三項)。」

工業所有権仲裁センター仲裁手続規則二九条三項・五項

「調停手続において和解契約が成立し、当事者双方が仲裁合意書を提出してその和解の内容を本文とする仲裁判断を求めるときは、調停手続は仲裁手続に移行する(三項)。……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(五項)。」

すなわち、JSE 調停規則一六条がとっている方策は、和解合意を単なる契約としての効力にとどめるのではなく、より強化された効力を獲得することを狙って、仲裁判断という形式として残すため、あくまで形式的に仲裁という手続を借用する、というものである^⑨。また、工業所有権仲裁センター仲裁手続規則二九条も、仲裁合意を得て、調停人を基本的にそのまま仲裁人としつつ、仲裁手続に移行させることで、和解的仲裁判断とする途を開くものである^⑩。法・規則などに、こうした便法を認める規定がおかれていなくても、当事者双方が和解合意についてより強力な効力を与えることを望み、仲裁合意することに異存がないならば、運用として十分に活用されてよいものであろう。

【注】

(110) 他にも多くの仲裁法・仲裁規則がこれを認めている。たとえば、Houzi Tang, *Is there an expanding culture that favours combining arbitration with conciliation (mediation) or other ADR procedures?* : Report for the ICCA Conference Seoul, 10-12 October 1996, at 12-13 によれば、フランス、ベルギー、スペイン、バミューダ、ナイジェリア、オランダ、アメリカ、スイス、イタリア、スウェーデン、ドイツ、ロシア、オーストリア、クロアチア、カナダ、香港、日本、シンガポール、韓国、中国、エジプト、マレーシア、ニュージーランド、ベトナムなどにおいて、それぞれ仲裁法ないし仲裁規則で認められているという。なお、仲裁研究会による仲裁法試案も三三三条に、これを認める規定をおいている。この点、仲裁研究会・立法論的研究八九頁〔高橋宏志〕参照。

(111) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. 一九八五年六月二一日、国際連合商取引法委員会第一八会期で採択されたもので、邦訳は、小島Ⅱ高桑・注解仲裁法九〇四頁以下〔高桑昭〕にしたがう。

(112) UNCITRAL Arbitration Rules. 一九七六年四月二八日、国際連合商取引法委員会第九会期で採択されたもので、邦訳は、小島Ⅱ高桑・注解仲裁法八八六頁以下〔高桑昭〕にしたがう。

(113) なお、ブラジル仲裁法二六条の規定とは、仲裁判断の書式・必要的記載事項についての規定である。

(114) Rules of Arbitration of The International Chamber of Commerce. 条文は、一九九八年一月一日より施行されたもので、邦訳は、国際商業会議所日本委員会『ICC 仲裁規則・ICC 調停規則』（一九九八年）にしたがう。

(115) なお Sanders, *supra* note, at 172 によれば、一九九三年の ICC 報告によれば、一〇年間で下された終局的仲裁判断九〇一件のうち、一六六件が和解的仲裁判断によるものであるという。

(116) 仲裁研究会・立法論的研究八九頁〔高橋宏志〕。

(117) すなわち、当事者間で成立した和解合意を仲裁人が仲裁判断の形式とするときに何らかの要件が必要とされるべきか、それらの要件を充たさないとき仲裁人は拒否できるか、仲裁人が拒否したときはどうなるか、仲裁判断書に理由の記載が

要求されているときその記載はどうするか、和解的仲裁判断の効力をめぐると争いをどうするか、その無効主張はどのようにするか、かりに和解が無効であったとき仲裁手続は復活することになるか、などであり、いずれも重要な問題ではあるが、本稿においては直接の関心とするところではなく、これらを指摘しておくにとどめる。これらの点については、さしあたり、仲裁研究会・立法論的研究九〇頁〔高橋宏志〕、小島〓猪股・前掲注(13)三〇〇頁以下など参照。

(118) 条文は、一九九六年八月五日改正のものである。邦訳は、DIRECTORY at 177-87, at 179〔英文〕による私訳である。

(119) この点につき、前掲注(43)およびそこの本文参照。

(120) 中国仲裁法の邦訳として本稿が準拠し、引用する、王〓張・前掲注(91)四一頁によれば、この部分の語は「仲裁書」となっているが、文脈から判断して「調停書」の誤りであろうと考えられ、本稿ではそのようにした。

(121) 台湾仲裁法は、一九九八年六月二四日に公布、同年一月二四日に施行されている(この点につき、早川吉尚〓陳一〓新台湾仲裁法〕JCA ジャーナル四六卷二号二〇頁(一九九九年)参照)。邦訳は、早川吉尚〓陳一〓新台湾仲裁法の動向(5・完)〕JCA ジャーナル四五卷九号一四頁(一九九八年)による。

(122) ただし、仲裁判断書というか和解書というかは、たんなる名称の問題でしかないと言してよいのかどうか、疑問がないわけではない。少なくとも、仲裁判断書の形式とすることでなく、和解書のままでよい、ということであれば、たとえば、仲裁判断書とするために要求される形式的記載事項を充たす必要はないであろう。しかし、そうだとすると、同一の効力を与えられながらも和解書とする場合には、仲裁判断の形式として存在させるために必要な規整を、ある意味で、免れることができるということでもある。和解書などの場合には、また別途の記載事項を要求するなど必要な規整をすることになるのだろうか、前掲注(117)で指摘したような問題が、ここでもそのまま妥当するとはかぎらないにせよ、やはり生じてくることには変わりがないであろう。

(123) この点については、猪股・前掲注(8)一九六頁・一九七頁参照。

(124) このインド仲裁・調停令七三条の規定は、「第三編 調停」におかれている規定である。

(125) UNCITRAL Conciliation Rules. 条文は、一九八〇年七月、国際連合商取引法委員会第一三会期で採択されたもので、

邦訳は、服部弘「UNCITRAL 調停規則について」JCA ジャーナル二八巻四号二八頁以下（一九八一年）にしたがう。

(126) ICC Rules of Optional Conciliation. 条文は、一九八八年一月一日に施行されたもので、邦訳は、国際商業会議所日本委員会・前掲注(112)一〇〇頁以下にしたがう。

(127) Mediation Rules of Hong Kong International Arbitration Centre. 条文は、一九九一年に制定されたもので、邦訳は私訳である。

(128) なお、早川川陳・前掲注(121) JCA ジャーナル四五巻九号一四頁によれば、この四五条にいう「調停人」の原文は「仲裁人」であるが、これは調停人を指してそのようによんでいるにすぎず、仲裁人が調停手続を進めることを予定したものである、とのことである。

(129) なお、インド仲裁・調停令三〇条は、仲裁手続における和解についての規定である。

(130) 平成三年法九一号。もつとも、一六条の規定は、昭和二六年の制定当時ですでおかれていたものである。

(131) なお、日本における一般的な民事紛争に関する調停には、民事調停法が規定するもののほか、家事審判法による家事調停もあるが、家事審判法二二条一項は、「調停において当事者間に合意が成立し、これを調書に記載したときは、調停が成立したものとし、その記載は、確定判決と同一の効力を有する。」と、より直接的に規定している。ただし、ここには「確定判決と同一の効力」に果たして既判力が含まれるかどうかについては議論があるのは、周知のところである。

(132) もつとも、調停での和解合意に、契約としての拘束力を超えて、判決や仲裁判断と同一の効力を認め、任意の履行がされないときに備えて強制執行を可能にする途を開くことは、果たして友好的な解決を目指す調停の意義に反することにならないか、という疑問がないわけではない。しかし、この点について、小山・前掲注(39)二二三頁で、「真摯な解決は一つの full commitment (公約に由来する拘束) である。すなわち、調停は、当事者がぎりでの商議 (negotiation) 以上のものである。調停人の能動的な巻込まれが存するからである。この点から、調停は仲裁における解決の合意(当事者の合致「accord desparties」)に類似する。しこうして、仲裁における解決合意は、通例、仲裁判断として、執行可能なのである。」とされていることが参考にならう。

(133) 条文は、二九九二年四月三〇日に制定、同年七月一日に施行されたものである。

(134) 鳥取壮宇「社団法人日本海運集会所『調停規則』制定について」海事法研究会誌一〇九号三二頁(二九九二年)参照。

(135) 調停手続から仲裁手続に移行することで、工業所有権仲裁センター仲裁手続規則四一条一項「仲裁手続において和解が成立したときは、当事者双方は、和解契約書を作成する。但し、当事者の合意があるときは、仲裁人は、和解内容の全部又は一部を主文とする仲裁判断書を作成する。」の適用が可能になり、和解的仲裁判断とすることができるようになる。

(いのまた たかし・本学法学部助教授)