

## 仲裁と調停の連係許容性とその限界（一）

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、本号）
- 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
- 五 おわりに

### 一 はじめに

最近、新しく立法・改正された仲裁法のうちには、直接的か間接的かの違いはあるにせよ、仲裁 (arbitration) と調停 (mediation or conciliation)<sup>1)</sup> の連係についての規定をおくものがみられる。仲裁と調停を連係させた段階的・複合的な手続は、文字通り、これらをそのまま連結させ、一般に〈med/arb〉または〈arb/med〉とよばれている。

「仲裁法ないし制度は、いわゆる『改革の時代』(generation of reform)を迎えた」と評される今日<sup>2)</sup>にあって、このような動向は、注目されるべきものの一つに数えることができよう。というのも、一九八五年、UNCITRAL・国際連合国際商取引法委員会 (United Nations Commission on International Trade Law) が、国際商事仲裁に関するモデル法 (以下、UNCITRAL モデル法という) を採択してから、仲裁法を新たに立法し、あるいは、旧来の仲裁法を改正するという動きが世界的規模で加速しているのであるが、仲裁と調停を連係させた手続についての規定は、すぐれて現代的・国際的な仲裁法のモデルとして、一つのグローバル・スタンダードを提示した、UNCITRAL モデル法には設けられていないからである。

なるほど、各国仲裁法の現代化・国際化を推進させる、一つの契機となったのは、UNCITRAL モデル法の採択であったというのは確かなのであろう。仲裁法の立法・改正に各国を駆り立てた大きな潮流の基底には、社会経済の一層のグローバル化が進展した現代にあって、国際的企業活動に必然的に伴う国際商事紛争の紛争処理方法として、仲裁の果たす役割が重要性を増してきている、という認識がある。すなわち「仲裁制度の充実とその対外的信用がその国の国際経済社会における地位を象徴するものとさえ理解されるに至って」<sup>3)</sup> いるために「各国は経済的立場の強化のために、自国を国際仲裁地とするよう誘致に努め」<sup>3)</sup> ているのである。

国際商事仲裁を自国に誘致するという狙いを達成するためには、よりよい仲裁法・仲裁制度を構築する必要がある。国際商事仲裁においては、仲裁地が、その仲裁によって適用されるべき法が決定されると、おおむね考えられているからである。<sup>4)</sup> 国際商事仲裁についての法の調和を目指して、よりよい仲裁法を追求し、望ましいモデルというかたちで具現化された UNCITRAL モデル法であるが、その採択後に立法され、改正された新しい仲裁法のすべてが、これを全面的に採用しているわけではない。しかしながら、UNCITRAL モデル法を基礎とした新しい仲裁法は、発展途

上国や東欧諸国だけでなく、仲裁につき確固とした伝統をもつ先進諸国も含めて、すでに多くの国々にの支持を得ており、一九九八年一月一日現在で三二の法域に及んでいるという事実は、この成功を明らかに物語っている。<sup>(7)</sup>

それでは、UNCITRAL モデル法には設けられていないにもかかわらず、仲裁と調停を連係させた手続についての規定を新しい仲裁法に取り入れているのは何故なのか。すでに一言したように、中国、香港、韓国、カナダ、オーストラリアなどが、立法に取り入れている国・法域であるが、そうでない国においても、すでに実施されていたり、常設仲裁機関によってその利用が推奨されていたりするのである。<sup>(8)</sup> その理由の一つには、仲裁地の決定にあたって、今日では、そこでの仲裁法のもとで仲裁以外の ADR・裁判外紛争処理方法 (alternative dispute resolution) が利用可能かどうかも考慮されるべきである、<sup>(9)</sup> と示唆されていることがあるのではなからうか。そうであるならば、仲裁に調停を連係させた手続を許容する規定をおくことで、その仲裁法は、よりすぐれた魅力的なものと映り、自国に国際商事仲裁を引き込むための誘因となりうるだろうからである。<sup>(10)</sup> ICCA・国際商事仲裁協議会 (International Council for Commercial Arbitration) は、一九九六年、韓国・ソウルで開催した会議において、仲裁と調停の連係をテーマの一つに取りあげ、「仲裁に調停やその他の紛争処理手続を組み合わせることを好意的に受け止める文化は拡がりつつあるか (Is there an expanding culture that favours combining arbitration with conciliation or other dispute resolution procedures?)」と題するセッションを設けたが、<sup>(11)</sup> これも、最近みられる動向への関心の現れとみることができよう。

そこで、本稿は、以上のような関心のもとに、仲裁と調停の連係がどのような意味がもつのか、検討したうえで、仲裁と調停の連係についての最近の立法動向を紹介しながら、問題点を指摘し、その許容性と限界について考察するものである。<sup>(12)</sup>

【注】

(一) 本稿では 'conciliation' と 'mediation' も 'mediation' と同じ「調停」という語を当て、同義のものとして理解することとする。これらの語は 'BLACKS LAW DICTIONARY, 5th ed., West, 1979' conciliation とは「紛争を友好的に、敵対的でない方法で解決する」と 'mediation' とは「関与・介入・すなわち、争っている当事者を説得し、もって紛争を解決する」という意図のもとに第三者が仲介すること」と説明されている。MARTINDALE-HUBBELL INTERNATIONAL ARBITRATION AND DISPUTE RESOLUTION DIRECTORY 1997, Martindale-Hubbell International, Exeter, [hereinafter cited as DIRECTORY] では 'conciliation' という語は「交渉過程に中立の第三者を関与させ、交渉を促進する手続と類似のもの」として用いられるが、いくつか異なる点もある (at 15) 'mediation' とは「紛争に関与することによって交渉を促進すること」(at 11) と説明されている。また Steven J. Burton, *Combining Conciliation With Arbitration of International Commercial Disputes*, 18 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 637 (1995), at 638 footnote 2, は「コンテキストによつては 'conciliation' とは「第三者による解決案の提示をもつて最終する mediation」として言及されることがある」とする。小島武司「調停適合事件の選別基準」『調停と法』三七頁(一九八九年 日本比較法研究所)(以下、調停と法として引用する)では 'conciliation' と 'mediation' も関係は必ずしも一義的ではないとして、二つの見解を示しつつ 'conciliation' は「当事者間の緊張をやわらげ、問題点を明らかにし、当事者に対話をはじめさせるもの」だとされるが、同「日米調停制度の比較」調停と法二七九頁には「これらの語はアメリカでも「絶望的なほど混沌としている」と認識されていることが示されている(バーンス発言)。

Michael E. Schneider, *Combining Arbitration with Conciliation: Report for the ICCA Conference Seoul, 10 - 12 October 1996*, at 9, では 'mediator' という語はアメリカで多く用いられるように思われるのに対して 'conciliator' という語は英国系で用いられるように思われるものの、アメリカでも使われているし、また 'mediation' は「時としてより積極的で評価的(evaluative)な手続として記述されることがあるが、そうではない用法も

みられる」という理由から、これを二つの語を同意語として用いよう。また Kenji Tashiro, *Conciliation or Mediation during the Arbitral Process: A Japanese View*, 12 J. Int'l Arb. 119 (June 1995), at 119 footnote 1, は conciliation と mediation の「違いは、一般的にみて、そこの国家法や民間の(仲裁機関の仲裁)規則における言明(wording)や規定のしかたにしか存しないといえる」として、同意語として扱っている。Pieter Sanders, *THE 1996 ALEXANDER LECTURE Cross-Border Arbitration - A View on the Future*, 62 Arbitration 168 (1996), at 171, は「mediationとconciliationとは私見では互換的(interchangeable)である」とする。

これに対し、Robert J. M. Morgan (金祥洙訳)「返還後の香港仲裁(2)」JCA ジャーナル四五巻六号三八頁(一九九八年)では、conciliation を「調停」、mediation を「斡旋」として「これらは実際上はしばしば同意語として扱われるが厳密には異なるもので、「調停人(conciliator)は、一般的に手続においてより積極的な役割を演じると理解されている」とする(同・四二頁注(2))。The language of ADR, 1992, Academy of Experts, London を引用する)。しかし、田中信幸・金祥洙「オーストラリアにおける ADR の現状(2)」JCA ジャーナル四三巻七号二九頁以下(一九九六年)は、conciliation と mediation とは、仲介する第三者が解決案を提示するかどうかの違いがあり、提示しないのが「斡旋」であると前提したうえで、mediation を「斡旋」、conciliator を「調停」とするが、それにもかかわらず、オーストラリアの実情としては、conciliation と mediation は「同意語であるといえよう」(同・三二頁)と結論づける。赤羽智成「オーストラリア Mediation 制度の概要とその問題点」石川明・三上威彦編著『比較 裁判外紛争解決制度』一四四頁・一四五頁(一九九七年 慶應義塾大学出版会)も、conciliation と mediation の概念がきわめて不明瞭であること、よって、定義は困難であることを指摘する。

こうしてみると、問題は、conciliation と mediation とはどのように概念規定されるか、ということだけでなく、日本の用語として「調停」と「斡旋」はどうか異なるか、ということもかかわり、なかなか複雑である。

日本における法文上、「調停」については、民事調停法といった法令が存することもあって、わが国で一般に調停といえば、裁判所の関与のもとで行われる司法調停を指すのであるが、他に、家事審判法三章(二七条以下)、労働関係調整

法三章（一七条以下）、公害紛争処理法三章二節三款（三一条以下）などにもみられ、いわゆる司法調停だけにかぎられるものではない。これに対して、「斡旋」は労働関係調整法二章（一〇条以下）、土地収用法二章の二（二五条の二以下）などにみられるほか、証券取引法七章（一七二条以下）などには、これに類似する語として「仲介」という語もみられる。これらについて、内閣法制局法令用語研究会編『法律用語辞典』（一九九三年 有斐閣）は、「調停」とは「種々の紛争について第三者が当事者間を仲介し、その紛争の解決を図ること」、「斡旋」とは「一般には、うまく進むよう間に入って世話をし、とりもつこと」、「仲介」とは「当事者間に紛争がある場合に、第三者が介在してその解決のために尽力すること」と説明する。また、小島武司Ⅱ伊藤眞編『裁判外紛争処理法』三四頁（萩原金美）（一九九八年 有斐閣）（以下、裁判外紛争処理法として引用する）は、「斡旋」を「当事者間に争いがあるとないつかかわらず、当事者間の交渉や話し合いが円満にいくように第三者が間に入って、とりもち、あるいは世話をすること」とし、「仲介」は「一般に当事者の申立てにより、当事者間に介在してその争いの解決のために尽力するあつせん行為をいう」としつつ（小島和夫『法令類似用語辞典』（一九七五年 ぎょうせい）を引用する）、「いずれもいわゆる調停作用（調停合意の成立のあつせん）にほぼ等しいが、あつせんは紛争の有無を問わない点で、範囲が広いことになる」という。

結局のところ、conciliation と mediation、また、日本における用語としての「調停」と「斡旋」「仲介」の定義いかにについては、それぞれニュアンスの違いはあるものの、必ずしも明確であるとはいえないようである。したがって、これらの語の用法などについて、より慎重にみきわめる必要はあろうが、関与する第三者が積極的か否かというメルクマーも、かりにその第三者が積極的に行動して解決案を提示したとしても、これが最終的なものではなく、また拘束力もなく、当事者双方の合意が得られないのでは紛争は解決されないというかぎりでは、いずれも「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、いわゆる交渉型の紛争処理方法なのであって、そこに同質性を認めることができようし、少なくとも、いわゆる裁断型に属する仲裁との対比においては、そのように理解することも許されてよいのではなかろうか。

(2) 松浦馨「マレーシア仲裁法の特徴と問題点」判夕九六一号八六頁（一九九八年）。

(3) 『国際商事仲裁システム高度化研究会報告書——商事仲裁の新たな発展に向けて——』JCA ジャーナル増刊四三巻八号二頁(一九九六年)〔以下、高度化研究会報告書として引用する〕。

(4) Sanders, *supra* note 1, at 168. もっとも、国際商事仲裁における準拠法(仲裁手続の準拠法)が、ただちに仲裁地によって属地的に決定されるのか、当事者自治の原則の適用は許されないのか、について争いがないわけではない。この点は、本稿の直接の関心ではないので、詳細に触れることはできないが、さしあたり、小島武司「高桑昭編『注解仲裁法』二二六頁以下〔澤木敬郎〕(一九八五年 青林書院)〔以下、注解仲裁法として引用する〕、高桑昭「仲裁手続の準拠法」松浦馨「青山善充編『現代仲裁法の論点』三八一頁以下(一九九八年 有斐閣)〔以下、現代仲裁法として引用する〕」など参照。

(5) 道垣内正人「早川吉尚『諸外国における UNCITRAL 仲裁モデル法の採用状況』(一九九七年 国際商事仲裁協会誌三頁以下では、大きく、(a) UNCITRAL モデル法の採用を明言する国(これは、国際商事仲裁のみに採用する国と、国際・国内とを問わず一般的に仲裁法として採用する国とがある)と、(b) 採用を明言してはいないが、立法にあたって参照した(であろう)国とに分けたうえで、各国仲裁法につき概観している。なお、一九九六年英国(イングランド、ウェールズおよび北アイルランド)仲裁法についていえば、UNCITRAL モデル法を全体として採用した体裁になっていないとしても(田島裕「ウルフ最終報告書の公刊と一九九六年仲裁法の制定」JCA ジャーナル四三巻一三三頁—一三九頁(一九九六年)参照)、その実質をみれば、改革の基準として採用しているとの見方のほうがむしろ一般的であろうとの指摘がある(佐藤安信「紛争処理の民営化? 実務家のための一九九六年英国仲裁法概説(一)』JCA ジャーナル四五巻六号三頁(一九九八年)参照)。また、一九九八年一月一日に施行された改正ドイツ仲裁法についても、UNCITRAL モデル法の採択を契機にして、これを受容しようという改正論議が活発化したという(春日偉知郎「ドイツ仲裁手続法の『政府草案』について」判タ九二四号二頁・二二頁(一九九七年)。ドイツ改正法については、石川明ほか「ドイツ連邦共和国仲裁手続改正法案」国際商事法務二五巻一号四八頁以下(一九九七年)も参照。

もっとも、支持を得られた理由は必ずしも一様なものでない、との指摘がある。たとえば、道垣内「早川同一〇頁に

よれば、発展途上国や旧東欧諸国の場合には、投資をよびこむための法的インフラを早急に整備する必要があったのに対して、仲裁につき確固とした伝統をもつ先進諸国の場合には、すでに時代遅れとなっていた仲裁法の改正のための抛り所としての役割を果たした、という。なお、UNCITRAL モデル法が、近い将来に改正されるであろう日本法に与える示唆については、さしあたり、青山善充「仲裁法改正の基本的視点と問題点」三ヶ月古稀(上) 五五一頁以下(一九九一年 有斐閣) 参照。

(6) 佐藤・前掲注(5) 二頁。

(7) たとえば、岩崎一生「UNCITRAL 国際商事仲裁模範法の各国国内法に与えた影響」現代仲裁法六九頁は、UNCITRAL モデル法は、法のモデルではないから、各国がそれぞれの国内法制に依じて、修正ないし変更を加えたうえで国内法として採用できるため、条約ではなくモデル法の形式をとったことの優位性・妥当性が立証されつつあり、成功であったと評価している。また Sanders, *supra* note 1, at 170.

(8) 猪股孝史「調停規則の比較検討」桐蔭法学四巻二号一五三頁(一九九八年)。なお、アメリカ仲裁協会が推奨している <med-arb> および <arb-med> のモデル条項について、同・一五九頁注(9) 参照。

(9) Sanders, *supra* note 4, at 173.

(10) 高度化研究会報告書一六頁・一七頁も、国際商事仲裁協会による、より高度な仲裁サービスの提供のため「仲裁手続に調停手続を柔軟に組み合わせるなど、コストパフォーマンスの高い手続の設計」をすることを提言している。

(11) ICCA 韓国会議(Seoul Conference 1996) は、一九九六年一〇月一〇日から一二日まで開かれた。このセッションのチャームンは Mr. Arthur Marriott(英国)、レポートは Mr. Michael E. Schneider(スイス)と Mr. Houzi Tang(中国)、コメンテーターは Mr. Yves Derains(フランス)、Mr. Michael Hoellering(アメリカ)、Mrs. Tinuade Oyekunle(ナイジェリア)、Mr. Carlos Nehring Netto(ブラジル)であった(日本海運集会所の松元俊夫・書式仲裁部長のご好意により、この会議資料を参照させていただいた)。このソウル会議については、たとえば G.H.J. Critchlow, *The ICCA Conference, Seoul, October 1996*, 63 Arbitration 56 (1997) など参照。

(12) なお、本稿は、一九九八年に広島大学において開催された、第六八回民事訴訟法学会での研究報告に（その要旨は、民訴雑誌四五号に掲載）、加筆・補正を加えたものである。

## 二 仲裁と調停を連係させる魅力・あるいは背景事情

仲裁も調停も、等しく、いわゆるADRに属するといっても、本質は異なるのであるから、それらの手続構造も相応に異なったものになっている。<sup>(13)</sup> にもかかわらず、一つの紛争処理手続のうちに仲裁と調停を組み込んで、これらを連係させる魅力はどこにあるのか。その背景にはどのような事情があるのか。それが、まずもって検討されるべき問題である。

### 1 「仲裁の訴訟化」の緩和・是正

#### (一) 仲裁が直面している危機

まず、仲裁に調停を連係させることによって、現在の仲裁制度が直面している「仲裁手続の圧倒的な訴訟化」<sup>(14)</sup>を緩和し、是正することができるのでないか、という期待があることが指摘されなければならないであろう。

仲裁はADRのうちでも裁断型に属するから、当事者が事件について主張・立証し、これに基づいて議論したうえで、仲裁人が紛争について判断する、という二段階の手続をもって構成される(two staged process)、と広く解されている。<sup>(15)</sup> すなわち、その手続構造は基本的に訴訟と同一である、ということである。しかも、現在では、かつてのよ<sup>(16)</sup>うな「善と衡平」による仲裁ではなく、「法」による仲裁が、むしろ原則であると考えられていることから、<sup>(16)</sup>そこでは

法律家の関与が必然的に求められるようになる。当事者は、自らに有利な判断を得るためには、そのような法律効果を導く法律要件にそつて主張立証しなければならなくなり、この種の作業を専門とする弁護士に代理人となつてくれるよう依頼するであろうし、他方、仲裁人は、そうした主張立証のもつ法的な意味を理解できなければならぬから、法律家から選定されるべきものとなる。<sup>(17)</sup> その結果として、仲裁は、本来的に当事者の自律的な紛争処理方法であつたはずであるのに、当事者の手を離れて、法律家の集団によつて牛耳られるようになってしまふ。そうした仲裁に、日頃から慣れ親しんでいる訴訟実務が惰性的に、かつ漫然と持ち込まれ、仲裁は実質的に訴訟と何ら変わらないものになるであろうことはみやすい道理である。<sup>(18)</sup> こうして、仲裁における当事者の対決的姿勢は、いよいよ強められるのである。

こうした「仲裁の訴訟化」という現象は、いまや世界的な傾向であるようにみえる。「今日の仲裁制度は、決して迅速でも、低コストでもなく、また勝訴の予測の点でも満足のいくものではなくなつてゐる。しかも、企業のトップ管理層と経営実施責任者との間には溝ないし壁があり、後者は前者にフランクに紛争処理の実状を伝えないため、トップ管理層は常に蚊帳の外に置かれてゐるというのが実感ないし実情であり、今日の仲裁制度は極めて問題적であるとみている」<sup>(19)</sup>と厳しく指摘されるのも、決して理由のないことではないのである。

仲裁の現実がそうであるならば、当事者が、訴訟に代替する紛争処理方法として、仲裁を選択するインセンティブを欠くに至るのはごく当然の成り行きである。「ほとんどの人は、紛争の初期段階で、時間がかかり費用もかかる、そして多くの場合、失望するような、論争的な (adversarial) 手続である、仲裁や訴訟にかかわることは望んでいない」<sup>(20)</sup>からである。仲裁がもともと訴訟に代替する紛争処理方法であつたはずなのに、その仲裁にさらに代替しうる紛争処理方法が渴望されているという現今の事態は、きわめて深刻な状況だといわなければならない。<sup>(21)</sup>

もつとも、「仲裁の訴訟化」を現在の仲裁制度が直面している危機であるとして消極的にだけ捕えるのは、いささか一面的な見方であるとはいえよう。「法」による仲裁判断が原則化されたことは、同時に、当事者には手続保障が与えられなければならないという要請と相まって当事者主義的な手続構造を要求することをも意味するのであって、これ自体は、「普遍的な動き」として評価されてよいはずだからである。問題は、「必然的な訴訟化」と「慣性的な訴訟化」を区別し、当事者の手続保障を全うしながら、仲裁の特徴をどのようにして發揮させることができるか」ということなのである。仲裁は遅い、費用が高くつく、あまりに対立的である、当事者のコントロールから離れて法律家が動かしている、という危機が仲裁を襲っているという現実があるかぎり、これらを打開する必要性に迫られていることに変わりはないのであって、どのようにすれば「仲裁への伝統への回帰」を実現できるのか、模索されなければならないのである。<sup>(24)</sup>

## (二) 調停の隆盛

そうした状況にあつて、ADR の代表格と目されてきた仲裁に代わつて、訴訟化した仲裁の難点を回避し、克服する可能性を秘めているものとして、調停が、欧米諸国において注目を集めており、日本でも再評価されてきているのは疑いがないところである。<sup>(25)</sup>

実のところ、ADR のうちでも、仲裁が注目を浴びるようになったのは第二次世界大戦後なのであり、フランス・パリに本部をおく、ICC・国際商業会議所 (International Commercial Chamber) では、それまでは、仲裁人よりも調停人の指名や選定を求める申立てのほうを多く受理していたようだが、<sup>(26)</sup>との指摘があるし、アメリカ・ニューヨークに本部をおく、AAA・アメリカ仲裁協会 (American Arbitration Association) でも、一九三〇年代、州際的な商事

件は調停で解決されるのが通常であった、とされている。しかし、その後、いわゆるニューヨーク条約を批准する国が次第に増加していき、各国仲裁法も現代化され、加えて、各常設仲裁機関は利便性を向上させ、改善を図るなど、実効的な国際的な仲裁のための環境・条件が整備されていくにつれて、仲裁は、国際的な取引紛争の紛争処理方法としての地歩を固め、調停を超える存在となつていった、というわけである。そうして仲裁が多く利用された結果、「伝統的仲裁の手法よりも訴訟に熟達した法律家が数多く参加するようになって」、仲裁の訴訟化が進み、かえって、現状の仲裁制度では紛争当事者のニーズに答えられなくなったという事実は、ある意味で、皮肉なことではある。それでは、調停が評価されるようになった背景には、どのような事情があるのか。

調停も ADR の一つであり、そこにみられる一般的特性を備えているはずであるから、いわゆる ADR 運動が隆盛を誇り、展開をみせるにしたがつて、紛争処理のため選択される手続が訴訟から仲裁へと移行してきたのと同じ事情が調停にも妥当するとはいうまでもない。しかし、調停に特有なのは、当事者が自己決定・自律性を回復する場として位置づけることができる、ということであり、この自由意思 (voluntariness) にこそ調停の絶対的な優位性が見出される。調停においては、当事者は、紛争処理過程におけるコントロールを自らの手に取り戻すことが可能なのである。調停は「現代においては紛争を理性的に解決するという機能を発揮するはず」のものとして、評価を得るに至つたといえよう。

調停をこのようなものとして捕えるとき、当事者が望むならば、友好的で継続的な関係を保持しながら紛争を解決すること、正式な手続を顧慮する必要のない柔軟さを享受することができるのである。相対的ではあるにせよ、一般的にいつて、手続を柔軟にできるのであれば、それだけ時間や費用を節約することも可能となろう。そうであればこそ、ビジネス・ライクで、かつ合理的な紛争解決手続をより好ましいものとする、ビジネスマンからすればごく当

然のニーズとも合致する<sup>31)</sup>。しかも、調停の核にあるのは当事者の合意であることから、その「合意が当事者自身の手によるものであれば当事者の満足が高まり、したがってよりよく守られることになる」と信じられている<sup>32)</sup>。ただでなく、実際にも、和解が成立したときには、任意の履行が確保されやすいことを示す調査研究も存在するのである<sup>33)</sup>。

こうした理由から、アメリカにおいても、いまや調停は支持され、多く利用されているに至っている<sup>34)</sup>。かつては、極東を別にすれば、一般的に、家事事件や労働事件などでしか行われていなかった調停であるが、現在では、状況が一変し、その守備範囲はきわめて広い。環境権事件、消費者事件、学園紛争事件、公民権事件、近隣紛争、借地借家事件なども、その射程に入っていることからみれば、調停が適切かどうかは、事件類型によってでなく、それぞれの事件特性を考慮して判定されるべきであつて、そうすることで、その紛争にとつてより適切なフォーラムを提供することが可能になるといふことなのである<sup>35)</sup>。

しかしながら、その反面で、調停では終局的な紛争解決が確保されない、という難点がある。裁断型の紛争処理手続である訴訟や仲裁と大きく異なり、交渉型の手続である調停では、当事者が自主的な和解に達しなからといって、いつまでも無制限に続けられるおそれがあるだけでなく、結局、和解が成立しなければ不成功のうちを終了するほかないからである。かりに当事者が和解に達したとしても、この和解合意は、一般的に、契約でしかなく、それ以上の拘束力はないとされているから、任意の履行が得られないときには、結局のところ、また他の紛争処理方法に頼らざるをえない。そのことの当然の結果として、調停に費やした時間や費用は無駄であったことになり、終局的で強制力を備えた紛争処理のために必要となるコストは、調停を行ったことでかえって逆に増大し、はじめから訴訟や仲裁を選択したほうがよかつた、ということにならざるをえないのである。

(三) 仲裁と調停を連係させる魅力

このようにみてくると、仲裁と調停を連係させる魅力がどこにあるかは容易に理解されよう。

仲裁は遅い、費用が高くつく、あまりに対立的である、当事者のコントロールから離れて法律家が動かしているという、現在の仲裁の危機ともいえるべき「仲裁の訴訟化」を打開するため、そうではない手続、すなわち調停を組み合わせることで、紛争処理過程における当事者のコントロールを弁護士など法律家の手から取り戻して、ある程度まで確保できるようにし、当事者の対決色をより薄めることができ、迅速で、より費用のかからないような手続、そうした新たな複合的で段階的な手続を構想しようとする試みの一つが仲裁と調停の連係手続なのである。<sup>(4)</sup>

すなわち、調停のもつ良さを最大限に活用しながら、紛争解決の終局性が確保されず、和解合意にも強制力がないという、調停の難点を、仲裁という手続の枠に組み入れることで補完し、解消できるのでないか、ということである。裁断型である仲裁が魅力的なのは、仲裁判断によって明確な紛争解決の終結点を示すことができるという点であり、その意味で、仲裁は、交渉型である調停における当事者の交渉の限界を超えることができる。<sup>(4)</sup> しかも、仲裁判断には、一般に、契約以上の拘束力が与えられることが承認されているのである。かりに調停が失敗に終わり、仲裁判断を求めざるをえない結果となったとしても、調停において当事者が和解を目指して真摯な交渉を行うことには意味がある、<sup>(4)</sup> という指摘もされるが、仲裁と調停とを連係させる実際上の有利さは、やはり、調停だけではだらだらといつまでも続いてしまうことがあるのに、仲裁は終局的かつ拘束力のある紛争解決を強制することができるということにある、<sup>(4)</sup> というべきであろう。

2 仲裁と調停の連係を支える法文化

（一）「礼」を基礎におく紛争処理の文化

もつとも、アジア諸国の場合、仲裁と調停を連係させた手続が行われることの背景にある事情は、いささか異なっているようである。西洋社会からみれば、「アジアの伝統は、紛争解決にあたって対決的方法を嫌う」ものであり、「アジア諸国には、合意に基づく解決を求める、深遠で社会的かつ哲学的な選好が存在する」と評されているのが、その証左であるといつてよいのだろうが、紛争処理の法文化という観点からすれば、アジアの文化である「和」を説く儒教圏文化」とは、すなわち「調停の文化」なのである。

とりわけ、中国では、儒教という伝統的な思想が色濃く、社会における調和を維持するために、紛争解決にあたって、「法」に訴えて解決を求めれば強制力は得られるが、それでは相手方の体面をつぶすことになるから、文化的な倫理である「礼」に基づいて、合意をもって友好裡に和解すべきことが求められている、と広く解されている。すなわち、中国における民事事件を解決するにあたっての最重要の基本原則は、法院（裁判所）であると仲裁委員会であるとを問わず、「調停を主とする」という原則なのであり、この原則は、民事事件を解決する全過程を通じて貫徹されなければならない、とされているのである。こうした友好的解決を中心におく、中国の法文化は、「社会が革新し、経済環境が変化した現在においても法の中に維持されており」、仲裁法のみならず、他の法律の中にもみられる、という指摘はきわめて印象的である。こうした法文化のもとであれば、仲裁と調停を連係させることに何ら違和感がないはずであるし、むしろごく当然のこととして「調停と仲裁は昔から渾然一体として組み合わされて実施されるべきものと解されてきた」ということなのである。

それでは、香港についてはどうか。香港は、地理的にはともかく、長らく英国の属領であったこともあって、文化的にみて中国と同列に考えてよいかどうか、にわかには断定できないようにも思えないではない。法についてだけみ

ても、香港では、中国法よりも英国法の影響が強く、現に仲裁法についていえば基本的に英国仲裁法が行われていたからである。しかしながら、最近、香港仲裁法を改正するにあたって、仲裁に調停を連係させる手続を取り入れ、明示的な規定を設けるに至った。これは、香港が、世界的な動向をみつめつつも、他方で、一九八二年の立法当時、やがて香港は中国に返還されることを視野に入れつつ、また、将来のアジアにおいて占める香港の位置の重要性を考慮して「中国的要素を仲裁法の中に取り込むのが得策かつ必要とする意図があつたことは、明らかである」、と考えられている。そしてそうだとすれば、これと同じことが、仲裁と調停の連係手続について香港仲裁法とほぼ同一の規定を仲裁法の立法にあたって取り入れた、シンガポールについても妥当するとみてよいであろう。

台湾や韓国も、それぞれの仲裁法において、仲裁における調停との連係可能性を認め、規定をおいている。ただし、その具体的な手続についていえば、後述するように、必ずしも中国において行われているのと同じではないことに注意しなければならない。すなわち、台湾で法律上その存在が認められている唯一の仲裁機関である中華民国商務仲裁協会は、中国におけるような調停と仲裁とを混在一体とさせて行う手続を明確に否定しており、欧米型の手続を指向している、というのである。<sup>55)</sup> その意味では、韓国も同じであり、仲裁において、まず調停を行うことが認められているが、そこでの具体的な手続は、中国におけるものとは異なっている。<sup>56)</sup>

## (二) 西洋社会への波及から国際的調和へ

実のところ、仲裁と調停を連係させた手続を明文をもって認めている国は、アジア以外にもみられる。たとえば、カナダのブリティッシュ・コロンビア州の国際商事仲裁法がそうであるが、これは、その首都・バンクーバーが、北米においてもっとも大きなアジア系人口をもち、太平洋に面した多忙な港の一つであることから、そのアジアの取引

相手との経験やアジアのバックグラウンドをもった市民によって、立法者が影響を受けたのは明らかである、とみられている。すなわち、アジアの文化の影響を受けて、伝統的な西洋の考え方も変わりつつある、ということの一つの例証である、というのである。<sup>65)</sup>

それでは、こうしたアジア的な文化、すなわち儒教を基礎においた法文化に共感し、これを共有できない国・法域では、仲裁と調停を連係させた、柔軟かつ複合的な手続は、よく機能することができないのだろうか。

なるほど、調停という紛争処理手続がどれだけ実効性を発揮できるかは、友好的な和解というものを支えている社会的規範に、多かれ少なかれ、依存する部分がある、ということを否定できないのは確かであろう。<sup>66)</sup> しかしながら、だからといって、仲裁に調停を連係させた手続が成功をおさめるためには、友好的な和解を重視する法文化がそこでの基盤にあることが絶対的な必要条件である、とみることは、必ずしも適切ではないように思われる。というのも、これらの議論において所与のものとして前提されている法文化を、どのようなものとして把握し、どのようにして認識するのかという問題ともかかわり、到底ここでは扱い切れないことはさしあたり措くとしても、法文化的な基盤があることを、仲裁と調停を連係させる理由・背景事情として理解することに對して異論がないわけではないからである。すなわち、アジア諸国で、仲裁に調停を連係させることが選択されるのは、友好的な解決がより好ましいものと考えられたからではなく、ビジネス社会では、そこでのダイナミズムに對処できるよう絶えず ADR を変革させていかなければならない以上、仲裁にかかる費用や時間が考慮されたからで、むしろ紛争処理手続における合理性・効率性が指向された結果である、とする指摘もみられるのである。中国においてさえ、「調停を主とする」原則が確立された背景において、もつとも重要な要因となつたのは友好的な和解が望ましいと考えられたことであるとしても、これと併せて「訴訟当事者の時間と人力、物力の節減と法院の案件軽減がある」という事情が指摘されているのは、このことを

裏付けるものとみてよいであろう。

仲裁に調停を連係させる柔軟かつ複合的な手続、さらにいえば、仲裁と調停を渾然一体のものとして行う手続の背景にある事情の一つには、調停を重視し、友誼的な和解を重んじる、いわゆるアジア的な法文化という基盤があった、ということは否定できないであろう。他方において、欧米において、現状の仲裁制度が抱える難点を改善すべく、その改革の旗手として、調停という紛争処理手続に注目し、これを仲裁に連係させるという手続が構想されるに至ったのも、また事実なのであろう。しかし、アジア諸国が、手続に要するコストを全く考慮していないわけではないのであるし、西洋にあつても、一般的には、「仲裁者を通したインフォーマルな和解は、正式な法に訴えるよりも『良い方法である』と考えられて」<sup>(62)</sup> いることが、うかがえる。「一般に、私的自治の原則に支配される民事上の法律関係をめぐる紛争について、紛争当事者の合意に基づく解決（和解的解決）が基本であるとする考え方には、一定の合理性がある」とみられているのである。

こうしてみると、二つの源流は全く異なるものであつたとしても、いわば、法文化的中立性が行き着く先にある、柔軟で低廉・迅速な紛争処理を実現するため、仲裁と調停を連係させた複合的手続のあるべき姿というものは、それほどかけ離れたところに存在するのではない、とみても、あながち誤つてはいないのではなからうか。

仲裁が、いずれの法文化にも属さない紛争処理手続としての性格をもつことができ、いわば法文化的中立性がその大きな特徴であることは、つとに指摘されているところである。<sup>(63)</sup> しかしながら、現在、すでに世界で有数の事件処理を誇るまでに成長した中国の状況を無視して、国際商事仲裁をめぐる問題を論じること、そして国際商事仲裁の調和の問題を考えることは、おそらく適切ではない、といわなければならぬ。<sup>(64)</sup> 仲裁と調停を連係させた手続の合理性・実効性が承認されていくにつれて、初めは一定のかぎられた地域における仲裁モデルであつたものが、調停に対して

好意的な法文化を備えているかどうかという違いを超え、やがて世界的規模で広く普及し、実践されるようになるならば、それは「非西洋的なものが西洋の伝統的仲裁のあり方に影響」を与えたことが直接的な契機となつて、まさしく仲裁の国際的調和が進展していく一つの過程である、といえるのであろう。ただし、仲裁と調停を連係させるといふ、その手続枠組み自体は同じであるとしても、そこで想定される調停の実質的な意味が西洋とアジアとは必ずしも同一のものではないことを考えると、後に検討するように、実際の運用にあたって微妙な、あるいは死活的な違いが現われるであろうことは容易に想像できるところである。

【注】

(13) UNCITRAL 仲裁規則と UNCITRAL 調停規則に基づいた具体的な手続的規整の比較については、小島武司「猪股孝史」仲裁手続と和解・調停」松浦＝青山・現代仲裁法二九六頁以下参照。

(14) 谷口安平「国際商事仲裁の訴訟化と国際化」法学論叢一四〇巻五・六号八頁（一九九七年）。

(15) See, Schneider, *supra* note 1, at 3.

(16) たとえば、高桑昭「仲裁判断の基準」松浦＝青山・現代仲裁法三二七頁以下。なお、UNCITRAL モデル法二八条三項、UNCITRAL 仲裁規則三三条一項は、ともに、仲裁判断における基準について、当事者による指定を認めながらも、原則としては法律を適用すべきものとしている。仲裁研究会（代表・菊井維大）による仲裁法試案三〇条一項も「仲裁判断は法律によるものとする。」と定める（これにつき、仲裁研究会「仲裁法の立法論的研究——仲裁法試案とその解説——」NBL 別冊二五号八六頁〔高橋宏志〕（一九九三年）参照（以下、立法論的研究として引用する））。

(17) もっとも、仲裁廷を構成する、すべての仲裁人が法律家である必要はない。この点、澤田壽夫「仲裁の課題と ICC 規則の改訂」NBL 六三九号七頁（一九九八年）は、法律家の関与が望ましいというより、しばしば必要なことであつて、「適用すべき準拠実体法の指定がある場合の第三仲裁人は法律家が適任である」という。

- (18) 谷口・前掲注(14) 九頁。なお、オーストラリアにおける仲裁の訴訟化について、田中信幸・金祥洙「オーストラリアにおける ADR の現状 (一)」JCA ジャーナル四三巻六号三頁(一九九六年)も参照。
- (19) 松浦馨「香港仲裁法の特徴と問題点 (二)」民商雑誌一一五巻四・五号六四七頁・六四八頁(一九九七年)。
- (20) David C. Elliott, *Med/arb: Frayght with Danger or Ripe with Opportunity?*, 62 *Arbitration* 175(1996), at 175.
- (21) 谷口・前掲注(14) 八頁。イギリス貴族院裁判官マスティル卿は、一九九六年八月五日、国際商事仲裁協会大阪支部で開催された招聘講演会において、仲裁は、その根本にある精神を失っており、もはや実効的な商事紛争の解決手段ではないという意見が、仲裁利用者からだけではなく、仲裁実務家からも広く聞かれており、そのため、紛争関係当事者は、仲裁に代替するものとして、訴訟や ADR と一般に称される分野において、訴訟や仲裁以外のさまざまな手段を真剣に検討している、と警鐘を鳴らしている(これにつき、「仲裁NEWS」JCA ジャーナル四三巻一〇号一三頁(一九九六年)参照)。
- (22) 谷口・前掲注(14) 九頁・一三頁。
- (23) 谷口・前掲注(14) 一〇頁。
- (24) 澤田・前掲注(17) 七頁によれば、仲裁が抱えている危機を解決する方策はいくつか考えられるとしても、「仲裁の訴訟化」という問題は「仲裁は訴訟とは基本的に異なることを関係者に徹底しなければ解決しない」とされる。
- (25) たとえば、小島・伊藤・裁判外紛争処理法六二頁(山本克己)など参照。すでに一言したとおり、UNCITRAL が一九八〇年に調停規則を採択したのを初めとして、多くの常設仲裁機関や仲裁センターが、その本来の業務にかかわる仲裁規則の他、独自の調停規則を制定するに至ったのは、その具体的な現れだともてよい。この点について、猪股・前掲注(8) 一五三頁・一五四頁参照。
- (26) Alan Shliston, *Med-arb? - Why Not Try Arb-med?*, 62 *Arbitration* 161 (1996), at 161.
- (27) Michael F. Hoelering, *Mediation & Arbitration*, Spring 1997 *Dispute Resolution Journal* 23 (1997), at 24.
- (28) 一九九八年九月三〇日現在で、ニューヨーク条約の加盟国は一一九か国である(「仲裁に関する国際条約・通商条約締

- 約国一覽表」JCAジャーナル四五卷一〇号五九頁(一九九八年)参照)。
- (29) See, Hoellering, *supra* note 27, at 24.
- (30) 澤田・前掲注(17)七頁。
- (31) さしあたり、たとえば、小島||伊藤・裁判外紛争処理法六二頁以下、六四頁(山本克己)など参照。
- (32) See, Judith P. Meyer, *The Pros and Cons of Mediation*, Summer 1997 *Dispute Resolution Journal* 9 (1997), at 13.
- (33) 小山昇「調停制度の現代的機能と課題」『民事調停・和解の研究』四三頁(一九九一年 信山社)。なお、佐々木吉男『増補 民事調停の研究』一三七頁以下(一九七四年 法律文化社)も、民事調停では、「紛争自体を直接かつ全体的に対象とし」、そのときの判断基準は条理以外にありえないが、それは「当事者の合意ないし意思の機能によつてその公正を担保」されるのであり、「公正な全体的根本的解決志向」に民事調停制度の存在理由が求められるべきであるところ、「簡易迅速低廉性や円満性に求めることは論理的に誤っているのみならず」、「現代国家の紛争解決制度としての存在理由を自ら否定するような『マア〜調停』『折半調停』を横行せしめる結果を招来するであろう」という。
- (34) Burton, *supra* note 1, at 638.
- (35) E・シャーマン「大村雅彦||清水宏訳」『合衆国におけるADR——過去十年間の実験の成果を中心に——』E・シャーマン「大村雅彦編訳」『ADRと民事訴訟』九頁(一九九七年 日本比較法研究所)。
- (36) たとえば、シャーマン・前掲注(35)一九頁・二〇頁によれば、家事事件における調停で成功したときの和解遵守率は判決によるときよりも高率である、という。また、菅原郁夫「紛争解決手続とその後の義務の履行に関する一考察——アメリカにおける実証研究の紹介を中心にして——」法学五七卷六号二五〇頁以下(一九九四年)も参照。ここでは、少額裁判所に関する事件、紛争解決センターで処理された事件についての調査研究に基づいた分析がされており、興味深い。
- (37) Hoellering, *supra* note 27, at 24. によれば、一九九六年にAAAが扱った調停事件数は、合計で二、一七〇件に上るといふ。また、林田学「知的財産権紛争の処理手続——WIPOの仲裁、米国のADR——」自由と正義四六卷四号八六

頁(一九九五年)では、JAMS/Endispute などのアメリカの民間会社における ADR 手続の利用状況をみると、圧倒的に調停が多いこと、最近では特許弁護士の間でも仲裁より調停を望む傾向がみられること、が紹介されている。林田・同頁によれば、調停が支持される理由として、本文中で指摘したこと他に、これと関連するものとして、調停が裁断型でないという気楽さもあつて、仲裁に比べて手続開始の合意が得られやすいこと、を指摘している。

(38) 小島・調停と法三七頁・三八頁。なお、調停に適合するかどうかの具体的基準については、小島・調停と法四一頁以下、また Meyer, *supra* note 32, at 12-14, など参照。

(39) この点は、要するに、調停を国家法がどのように規整するか、その国の法秩序においてどのように位置づけるか、ということに帰着する問題であろうが、多くの調停規則では、当事者間の契約としての拘束力としてしか扱っていないようである(調停規則の比較については、猪股・前掲注(8)一九六頁以下、一九八頁参照)。なお、小山昇「仲裁から調停へ?」『仲裁の研究』二〇五頁(一九九一年 信山社)では、友好平和的な示談の成立が調停であるとみて、示談には「精神的な力と価値」があり、「フランス仲裁法に古くから存する amiable composition の基礎にそれがある」と理解しつつ、他面で、仲裁には拘束力があるとしても「amiable composition」という表現はこれと両立しない」という洞察が示されていることが紹介されている。

(40) 松浦・前掲注(19)六四八頁。なお、澤田・前掲注(17)七頁でも、「談話室でのくつろいだ手続という仲裁の一面を十分に生かし、和解努力は仲裁と両立しないという考えを棄てるならば、『あまりにも対立的である』という批判も克服できるであろう」とされる。

(41) 谷口・前掲注(14)二頁参照。

(42) 田中・金・前掲注(1)三三三頁参照。

(43) See, Burton, *supra* note 1, at 638-639.

(44) M. Scott Donahy, *Seeking harmony: Is the Asian concept of the conciliator/arbitrator applicable in the West?*, April-June 1995 *Disputes Resolution Journal* 74 (1995), at 74.

- (45) Burton, *supra* note 1, at 637-638.
- (46) 谷口・前掲注(14)一一頁。
- (47) See, Burton, *supra* note 1, at 638 footnote 1; Donahay, *supra* note 44, at 75.
- (48) 小島Ⅱ高桑・注解仲裁法六〇一頁・六〇二頁(何天貴)参照。
- (49) 大隈一武「中国仲裁判断の承認および執行(一)」JCA ジャーナル四四卷九号四頁(一九九七年)。大隈・同頁によれば、こうした思想は、中国仲裁法だけでなく、中外合資経営企業法一四条および同法実施細則一〇九条、中外合作経営企業法二六条、涉外経済契約法三七条などの文言に現れているという。
- (50) 松浦・前掲注(19)六四八頁。したがって、調停と仲裁とを組み合わせる法文が制定されたのは最近のことではあるが、「そのはるか以前から不文の実務慣習として長年行われてきたもの」が「立法的に認知された」のだと解してよいであろう、という(松浦・同頁)。
- (51) なお、谷口・前掲注(14)一二頁によれば、中国の場合にも、やはり仲裁の訴訟化はみられるのであるが、そこでの訴訟化とは、中国での訴訟手続に仲裁もしたがう傾向があるということの意味するのであり、「現代中国の民事訴訟では裁判官は自ら事件の現場に赴いて関係者に尋ね回り、その結果に基づいて協力に和解を奨める、というのが伝統的なパターンである」とされていることから、結局、仲裁でも和解が協力に勧められるということになる、とされる。この点、小島Ⅱ高桑・注解仲裁法六〇一頁(何天貴)も参照。
- (52) なお、中国に返還された後の香港仲裁法については、一九九六年香港仲裁令一八条の規定により、一九九七年六月二十七日以前に開始された仲裁を除いて、当初の仲裁令三一条が適用される限度において、すべての仲裁に適用される、とのことである。この点について、Morgan・前掲注(1)三八頁参照。
- (53) 松浦・前掲注(19)六四八頁・六四九頁。
- (54) 谷口・前掲注(14)一一頁は、「香港とシンガポールは英国法の伝統が強いとはいえ、人口的には中国系が多数を占め、文化的には東アジア域に属する」という。

(55) 早川吉尚 II 陳一「台湾仲裁法の動向 (I)」JCA ジャーナル四五巻五号六頁 (一九九八年) 参照。

(56) Donahay, *supra* note 44, at 76. によれば、中国で行われている連係手続が、他のアジア諸国での連係手続と異なっているものであり、一般的なのは、韓国やインドネシアで行われる連係手続の態様であるという。

(57) Donahay, *supra* note, at 77.

(58) *Ibid.*

(59) See, Burton, *supra* note 1, at 638.

(60) Tashiro, *supra* note 1, at 124, 132-133.

(61) 小島 II 高桑・注解仲裁法六〇二頁〔何天貴〕。

(62) シャーマン・前掲注 (35) 九頁。また、Sanders, *supra* note 1, at 174, も「争うな、仲裁するな、和解せよ」とはよく知られた言葉であり、極東の叡知は、次第にわれわれの〔西洋〕世界にも導入されつつある、という。

(63) 小島 II 伊藤・裁判外紛争処理法四二頁〔加藤新太郎〕。ここでは、イエーリング〔村上淳一訳〕『権利のための闘争』五二頁・五三頁 (一九八四年 岩波書店) を引用し、権利感覚ではなく純然たる利害の問題については、「勝訴の場合の利得と費用・労力、それに敗訴の可能性を衡量した上で訴訟を起こすか起こさないか、はたまた和解の途をとるかをきめるのは、全く正当」なことであると、述べられていることを指摘している。

(64) さしあたり、小島武司「国際仲裁と法文化的中立性」三ヶ月古稀 (上) 五八九頁以下 (一九九一年 有斐閣) など参照。

(65) 谷口・前掲注 (14) 一頁参照。なお、大隈一武「中国仲裁判断の承認および執行 (2)」JCA ジャーナル四五巻一〇号二四頁 (一九九七年) によれば、中国において国際商事仲裁を一手に引き受けている中国国際経済貿易仲裁委員会が取り扱った件数は、世界の仲裁機関と比べて第二位ないし第三位というところに位置する、という。

(66) 小島武司「国際商事仲裁の太平洋地域モデルの可能性——Pacific Transnational Court の提言をめぐって——」中山信弘 II 小島武司編『知的財産権の現代的課題』二五頁 (一九九五年 信山社) は、「こうした地域仲裁モデルが、普遍的モデルを構築するための道程において、中間的スキームとして有意義であるはずだ、という。

(67) 谷口・前掲注(14) 一三頁。

(68) See, Burton, *supra* note 1, at 641; Sanders, *supra* note 1, at 172.

(いのまた たかし・本学法学部助教授)