

# インタラクティブ仲裁規則と 仲裁廷の暫定的な考え方の提示について

柏 木 昇\*

## 1. はじめに

日本国際商事仲裁協会（JCAA）の新しい仲裁規則である「インタラクティブ仲裁規則2019年1月1日が発効した。これは従来にない、あたらしい仲裁手続を規定したものである。規則の名前が示すとおり、仲裁人と当事者の密接な情報交換を通じて、効率的で迅速な仲裁を目指している。その特徴は、次に示す第48条と第56条に集約される。第48条<sup>(1)</sup>は、事実と主張と争点の整理を書面で行うことを求めている<sup>(2)</sup>。他方、第56条（仲裁廷の暫定的な考え方の提示）は、他の仲裁機関の仲裁規則に類例を見ない非常にユニークな規定となっている。本稿では、この「第56条（仲裁廷の暫定的な考え方の提示）」に示された新しい仲裁のやり方について論ずる。

### 第56条（仲裁廷の暫定的な考え方の提示）

1 仲裁廷は、当事者が主張立証活動を過不足なく、かつ効率的に行うことができるようにするため、証人尋問の要否を決定する前までに、次に定める事項を可能な限り整理し、当事者に対し書面により提示しなければならない。

(1) 仲裁廷が重要と思路する事実上の争点及びそれについての暫定的な考え方

(2) 仲裁廷が重要と思路する法律上の争点及びそれ

についての暫定的な考え方

(3) その他重要であると思料する事項

2 仲裁廷は、前項に定める各項目について、期限を定めて、当事者に対し、意見を述べる機会を与えなければならない。

3 当事者は、前項により定められた期限までに、書面により、第1項に定める各項目について意見を述べるができる。この意見においては、証人尋問を求めるか否かについての意見も述べるができる。

4 仲裁廷は、第3項に従い提出された当事者の意見を勘案し、証人尋問を行うか否かを決定しなければならない

5 第1項の規定により提示された見解は、その後の仲裁廷の判断を何ら拘束するものではない。

6 当事者は、仲裁人が第1項の規定により見解を提示したことを理由として当該仲裁人の忌避を申し立てることはできない。

## 2. 仲裁人の心証の開示

私は、10件のJCAA仲裁、日本での2件のICC仲裁、ベトナム、ハノイでの1件のベトナム国際仲裁センターによる仲裁について仲裁人を務めた。その経験から気づいたことがいくつかある。

(1) 仲裁判断は最終判断であり、仲裁判断の実体部分については再審査は原則としてしないことになっている。仲裁当事者は、仲裁判断を見るまで

\* かしわざい のぼる  
東京大学名誉教授

仲裁人の考えが分からない。いわゆる一発勝負である。仲裁判断に示された事実認定と判断の理由は、仲裁当事者にとって予想外の取り返しのない不意打ちになる可能性がある。裁判なら上訴して事実認定や判断の理由の不当性について争うことができる。仲裁では、これができないから、後の祭りになってしまう。これは、仲裁の大きなリスクであり欠点である。そのためか、仲裁でも仲裁判断に対する上訴制度をもつ制度がある。WTOの紛争解決処理制度<sup>(3)</sup>やロンドンのGAFTA<sup>(4)</sup>仲裁がその例である。もっとも、仲裁判断が最終判断であり、原則として本案についての上訴は許されないことは、仲裁のメリットとも考えられているから、仲裁当事者に対しての不意打ちを避けるために仲裁判断についての上訴制度を設けるといふ解決策は、関係者から支持されないかもしれない。しかし、上訴の制度がなくとも、仲裁人は、仲裁手続中に事実及び当事者の主張に対する心証を積極的に開示することにより、すくなくとも不意打ちを避けることができる。その開示された心証に対して当事者の異議や反対意見の提示を勧誘し、その提示された異議や反対意見に対して必要があれば仲裁人の心証をさらに提示させるなどの方法により、実質的に二審制度に近い効果が得られるのではないかと考えた。このため、私が経験した自由度の高い単独仲裁人の事件では、当事者の了解を得て、仲裁判断の原稿の事実認定の部分まで予め開示し、当事者のコメントを求めたこともあった<sup>(5)</sup>。いずれの場合も、仲裁判断の事前原稿開示に関して当事者は歓迎こそすれ、異議はなかった。心証はあくまで暫定的心証であるから、異議や反対意見の開示により、心証は変わりうるという前提である。

この方式をある学会で報告したところ、それは当事者にたいする偏見を示すことにならないか、との質問を受けたことがあった。同じ批判は、外国にもある<sup>(6)</sup>。しかし、この考えには理由はない。仲裁人は、心証開示時点での心証に100%確信を持っているわけではなく、当事者の反論を得て、もしその反論に理由があれば心証を変更するという前提であるから、その仮定的な心証開示の故を

もって、当事者に対して偏頗な考えを持っていることにはならない。むしろ、逆に偏頗の傾向があるなら、当事者の指摘をうけて修正の可能性も生まれる。このような対話を通じて仲裁人の心証の誤りを正すことができる。複雑な事件では、仲裁人が100%正確に事実を把握しているか、というと、そうではないことはままたる。そのような誤解も取り除くことができる。とくに事実の摘示や当事者の主張の整理や当事者の表示等事務的問題に関する誤りの指摘は当事者に指摘してもらう方が効率的でもある。そのような手続を経れば「争いのある事実」「争いのない事実」として仲裁判断を書き、あとで判断を取り消される<sup>(7)</sup>ようなことも起こらない。

(2) 最近はますます当事者の主張書面が長大化する傾向にある。とくに、コモンロー系の法律家が仲裁手続をリードする場合にこの傾向が強くなる。これも仲裁費用の増大と仲裁時間の長期化に貢献している。その主張書面の長文化の一つの原因は、当事者が仲裁人の考えが分からないため、あらゆる争点について同じウェイトを置いて渾身の力を込めて争うからではないか、と考えている。これは、弁護士としては当然のことで、獅子は兎を捕らえるにも全力を尽くす、と言われている。当事者代理人は、仲裁人の考え方が分からない以上、念のためあらゆる論点について十分な深さでの議論を展開せざるを得ないからである。他方、仲裁人としての立場からみると、本筋ではない争点について長々とした主張をされ多数の証拠を提出されると、余計なエネルギーを些末な論点に使わないでもっと核心的争点の議論にエネルギーを使って欲しいと感ずることも多い。もし、当事者が仲裁人のそのような心証を理解すれば、ピンポイントで核心的争点に焦点を当てた主張書面を作成することができるだろう。その結果、仲裁の費用と時間を節約することができる。

まれにはあるが、当事者代理人が奇想天外な理論を主張することがある。このような主張も、仲裁人の心証が分かれば、もうすこしまともな理論を中心にして主張することにより、議論も整理

できるであろう。

(3) 私は、仲裁人としては、ほとんどすべての場合に和解を勧めたが、ほとんど成功したことがない。成功した1件では、3人の仲裁人による事件であったが、かなり強く3人の仲裁人の一致した心証を開示したことが早期和解にむすびついたと考えている。すべての交渉について同じであるが、紛争の当事者双方が楽観的で最終解決の期待値が高く、そのため双方が妥協可能点と考える条件に乖離があれば、理論上和解は成立しない。この当事者双方の最低限の妥協点（留保価格）がクロスすると、いわゆる「ZOPA: zone of possible agreement」が生まれ、そのゾーンの中で和解が成立する<sup>(8)</sup>。私の経験では、当事者の留保価格に差が大きく、ZOPAが形成されないからこそ紛争が仲裁にまで持ち込まれたのだから、仲裁手続の中で、仲裁人の努力を通じてお互いの留保価格を近づけクロスさせないと、和解は成立しない。そのためには、仲裁当事者が現実的な自己の立場の強弱をシビアに理解する必要がある。そのためには、仲裁人の心証の開示が必須の要件となる。和解の促進のためには、事実認定と責任論の双方についての心証の開示がのぞましい。

### 3. インタラクティブ仲裁はどこの国の企業との仲裁に向くか

仲裁のやり方は、主任仲裁人の教育と経験に影響される。コモンローをバックとする仲裁人は、コモンローの裁判のやり方に影響を受けるし、大陸法のバックグラウンドを持つ仲裁人は、大陸法の裁判のやり方の影響を受ける。一般的に、コモンローと大陸法の訴訟実務の違いは次のように説明される。「イギリスでは、国家権力に対する不信は大陸法諸国におけるよりも生来的に強い。これはイギリスでの陪審裁判の利用の一つの理由である。・・・歴史的に生成された手続規則は、陪審裁判を念頭においたものが多い。一方、大陸法国の裁判所は、公務員たる職業的裁判によって陪審なしに行われる。・・・コモンローの対審的(adversarial)手続に対して大陸法の糾問的手続が対置される。対審的手続は、裁判官の受動的態度

に特徴的に現れる。糾問的な大陸法の裁判官は、手続の進め方に関してより積極的な役割を果たすことが期待されている。裁判官が受動的役割しか演じないことは、最終判断が裁判官自身ではなく陪審員によってなされるシステムにより適合的である。」「コモンローの手続は、通常口頭弁論(oral hearing)を中心に展開される。口頭弁論の前にやりとりされる書面の訴答書面(pleading)は、主として口頭弁論の準備のためのものであり、必ずしも十分詳細に亘って書かれているわけではない。たとえば、訴答書面には添付書類が伴うことは少ない。当事者が重要と考える事件の詳細は口頭弁論で主張されなければならない。』<sup>(9)</sup>

明らかにインタラクティブ仲裁規則は、手続に関する仲裁人の積極的関与を奨励する大陸法型の法実務に向く。ドイツでも、仲裁人の手続への積極関与を奨励する新しい仲裁規則ができた<sup>(10)</sup>。手続への積極関与は、上述の様に、裁判官が受動的役割しか果たさないコモンローのプラクティスには向かない。しかし、私の仲裁人としての経験からは、大量の書類をぶつけあい、大量の証拠書類の提出を求め、しつこいまでの証人尋問を伴いがちのコモンロー型の仲裁の進め方には、いささか辟易することもある。そのため、コモンロー法律家主導の仲裁事件では、結果的に手続に時間と費用がかかる。多かれ少なかれ、大陸法型の実務家は同様の思いを持っているようである。また、コモンロー系の高名な仲裁人は報酬も高く、その面でも費用の高騰に拍車をかける。仲裁人のケース・マネジメントへの積極的関与により手続をストリームライン化できる可能性の大きいインタラクティブ仲裁規則は、大陸法に本拠を置く企業と弁護士に歓迎されるのではなかろうか<sup>(11)</sup>。そうであるとすれば、大陸法国の企業との取引において、「仲裁人の積極的手続関与により、効率的で迅速な仲裁判断をもたらすインタラクティブ仲裁」というキャッチ・フレーズで、これを採用するよう取引の相手企業に対して説得しやすいのではないか。歓迎してくれそうな国は、アジアでは、韓国、中国、インドネシア、ベトナム、カンボジア、タイとなろう。ヨーロッパでは、ヨーロッパ大陸

の諸国、中南米のすべての国、アフリカでは、エジプト、スーダン、リビア、アルジェリア、アンゴラ、カメルーン、セネガル、モロッコ、コンゴ、コートジボワールなどの国の企業が説得しやすいと思われる。

#### 4. インタラクティブ仲裁の利用の仕方

2019年1月1日施行のインタラクティブ仲裁規則は、これから日本企業が締結する契約中に取り込まれていくことになる。従来型の仲裁条項が挿入されている契約書に関して紛争が発生した場合は、もしインタラクティブ仲裁を利用しようとするなら、インタラクティブ仲裁による紛争解決の書面の合意が必要である。しかも、その合意は「JCAAが確認又は選任した仲裁人が1人もいない段階」で行わなければならない<sup>(12)</sup>。もとの契約が、JCAAの商事仲裁規則による3人仲裁人による仲裁で紛争を解決する旨を取り決めていた場合には、紛争の相手方が仲裁を申し立てると、その申立書には申立人が指名する仲裁人の氏名等が記載されているはずである<sup>(13)</sup>。そこで、もし万一合意で紛争を解決出来ない場合にはインタラクティブ仲裁を利用してみようと思う場合には、紛争が決定的にこじれる前に、相手方に対してインタラクティブ仲裁の利用を申し出て、合意を取り付けておかなければならないことになる。

#### 5. インタラクティブ仲裁で第三国の国籍をもつ仲裁人を選ぶとすれば、どこの国の仲裁人がよいか

インタラクティブ仲裁が始まると、どういう仲裁人を選任すればよいか、ということが問題となる。そもそもインタラクティブ仲裁が、大陸型の仲裁人積極関与型のケース・マネジメントを念頭において作られたものであるから大陸法の法律教育を受けた者が仲裁人になることが望ましい。日本で法律の教育を受けた仲裁人ならベストである。単独仲裁人によるインタラクティブ仲裁を合意した場合には、申立人と被申立人の合意で単独仲裁人が選任される<sup>(14)</sup>。相手方が第三国の仲裁人選任を主張している場合には韓国国籍の仲裁人

が望ましい。韓国は日本と法制度が似ているし、韓国での仲裁は日本より盛んであり、仲裁人のプールも充実していると思われるからである。相手方が韓国企業の場合で、相手方が第三国の仲裁人選任を希望している場合には、ドイツ、フランス等、仲裁の盛んなヨーロッパの大陸法系の国の仲裁人を選任すべきであろう。

3人仲裁人によるインタラクティブ仲裁の合意をした場合には、当事者が選任した2人の仲裁人が合意で第三仲裁人を選定する<sup>(15)</sup>。2人の当事者選定仲裁人が第三仲裁人を合意出来ない場合は、JCAAが第三仲裁人を選任する<sup>(16)</sup>。当事者選任仲裁人が、第三仲裁人を選任するに際しては、原則として当事者の意見を聞くことができないから<sup>(17)</sup>、当事者としては当事者選任の仲裁人が、適切な第三仲裁人を選任してくれることを期待するしかない。

#### 6. 最後に

日本の国際商事仲裁は、他の国が国際仲裁をどんどん活性化させる中で、長らく低迷が続けてきた。日本の国際仲裁の中心となるべき日本商事仲裁協会の手続規則が一新し、とくに日本独特のインタラクティブ仲裁手続が新設されたことは、画期的なことである。これを機に、日本における商事国際仲裁が活性化に転ずることをおおいに期待したい。

#### [注]

(1) 第48条（仲裁廷による当事者の主張整理及び争点の提示）

1 仲裁廷は、手続のできるだけ早い段階で、当事者の請求に関する事実上及び法律上の根拠についての主張を整理し、それを前提として導き出される暫定的な事実上及び法律上の争点とともに、書面により当事者に提示して、期限を定めて、当事者に意見を述べる機会を与えなければならない。

2 当事者は、仲裁廷が定めた期限までに、前項により仲裁廷が提示した当事者の主張の整理及び争点について、同意する部分としない部分とを明らかにして、書面により、意見を述べるものとする。

3 仲裁廷は、前項により当事者が述べた意見を考慮して、当事者の主張の整理及び争点を修正することができる。

4 仲裁廷は、前項の規定により加筆修正された当事者の主張の整理を、そのまま、仲裁判断における当事者の



- 主張の部分の記載とすることができる。
- 5 前項の規定に関わらず、その後の手続の進行に伴い、当事者の主張の整理について加筆修正が必要であると史料する当事者は、その旨仲裁廷に書面により申し出ることができる。仲裁廷は、時機に後れていることを理由にその申し出を退けない限り、その加筆修正後の当事者の主張の整理を仲裁判断における当事者の主張の部分として採用することができる。
- (2) 単独仲裁人あるいは主任仲裁人は、第48条の主張と争点の整理の資料を作るときに、その時点での仲裁判断の原稿を作り、随時、その原稿をアップデートすることが望ましい。それは、仲裁判断の原稿を実際に起草してみると仲裁人に新たな疑問が生ずることがあるからである。審理を終結してしまうと、釈明を求めるチャンスがなくなってしまう。さらに、第67条2項4号で「手続の経緯」を書くことになっている。これも仲裁判断原稿を早い内に用意し、そこに手続の経緯を書き、随時それをアップデートするようにしないと、審理終結後には細部を思い出せないことが多い。
- (3) 投資仲裁の上訴については、谷口安平＝鈴木五十三編・国際商事仲裁の法と実務（丸善雄松堂、2016年）533頁
- (4) The Grain and Feedstock Trade Association : Arbitration Rules No.125, Rule 10 Right of Appeal以下参照
- (5) Noboru Kashiwagi, Drafting Arbitration Award and Asking Parties to Review, 34 JCAA Newsletter (October 2015) 1
- (6) As a consequence, the arbitrator will tend to be rather cautious in expressing his views and eliciting sensitive information. This, in turn, reduces the effectiveness of his mediation attempts. In addition, the prospect of dealing with the person who may later have to decide the dispute can discourage the parties from being honest and candid to the mediator, thus further weakening the effectiveness of the mediation process. : Chiritian Bühring-Uhle, Arbitration and Mediation in International Business, Kluwer Law International (1996) 366, ここでは著者は専らもし調停に移行した場合のことを心配している。: インタラクティブ仲裁規則案に関するパブコメでは、「これはunethicalであるという人もいるかもしれない」というコメントすらあった。(JCAAの3つの仲裁規則改正案についてのパブリックコメント及びJCAAの対応・見解、コメント44、<http://www.jcaa.or.jp/new/docs/5d55b36058ef8523384f114e426967ff80404a97.pdf>)
- (7) 東京地決平成23年6月13日、判時2128号58頁
- (8) 太田勝造＝草野芳郎編・ロースクール交渉学（白桃書房、2005年）23頁

- (9) Stefan N. Frommel and Barry A.K. Rider ed., *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration: Old Issues and New Trends*, Kluwer Law International, (1999) 5-7
- (10) シュティファン・ヴィルスケ＝細川慈子「ドイツ仲裁協会(DIS)の2018年仲裁規則改正について」JCAジャーナル2018年6月号、第65巻6号12頁：とくに「6. ドイツの仲裁人の特徴」の項を参照。
- (11) 柏木昇「日本の仲裁活性化のための提言（座長試案）(上)」NBL No.1126 (2018.7.15)、47頁(e)「日本仲裁のセールスポイントの開発：たとえば重厚長大型のコモロー型仲裁プラクティスに対してスリムな大陸法型（日本型）仲裁プラクティスの検討・実施・広報」参照
- (12) インタラクティブ仲裁規則第3条2項
- (13) 2019年商事仲裁規則第14条2項(1)号
- (14) インタラクティブ仲裁規則第27条1項
- (15) 第28条4項
- (16) 第28条6項
- (17) 第28条5項

