

英米法系諸国からみたハイブリッド仲裁

——日本における国際商事仲裁の展望——

坂本 力也

日本大学法学部 教授

I はじめに

国際商事仲裁は、国際民事紛争の解決手段として評価され、その役割を大いに果たしてきたとされる¹。近代的な国際商事仲裁の法と実務は、アメリカ、イギリス、フランスを中心に確立し発展してきたものが多い。その欧米型国際商事仲裁の一般的な特徴として挙げられるのが、「仲裁人が、契約の準拠法のもと、仲裁判断を下し、勝者と敗者をはっきりさせる」ことである（以下、「欧米型仲裁」という）。

近年、中国、シンガポール、香港等のアジア諸国では、欧米型仲裁に調停を連結させるハイブリッドな紛争解決手段が制度化されている。アジア法域におけるこのような動きは、「法の支配」を優先させる「欧米的紛争処理

文化」と、人と人との関係の調和を重んじるとされる「アジア諸国の紛争処理文化」を融合する実効的な紛争解決方法の確立へと向け、積極的に展開されている。

大陸法系諸国ではハイブリッドな紛争解決手段をきわめて肯定的にとらえようとする立場をとる法域（例えば、ドイツ、中国、日本、及びおそらく他のアジア諸国）と、そこまでは肯定的ではない法域とが混在していることが指摘されている²。これに対して、英米法系諸国では、仲裁と調停を連結させる手段が否定的にとらえられているとの見解がある³。

ハイブリッドな紛争解決手段が受け入れられない主たる理由は、調停不調後の仲裁手続において、元々調停人を務めていた者が仲裁人を兼ねる場合、この者が調停を通してすでに紛争に予断をもち、不偏（impartial）であるべき⁴仲裁人としての役割をもち果たせ

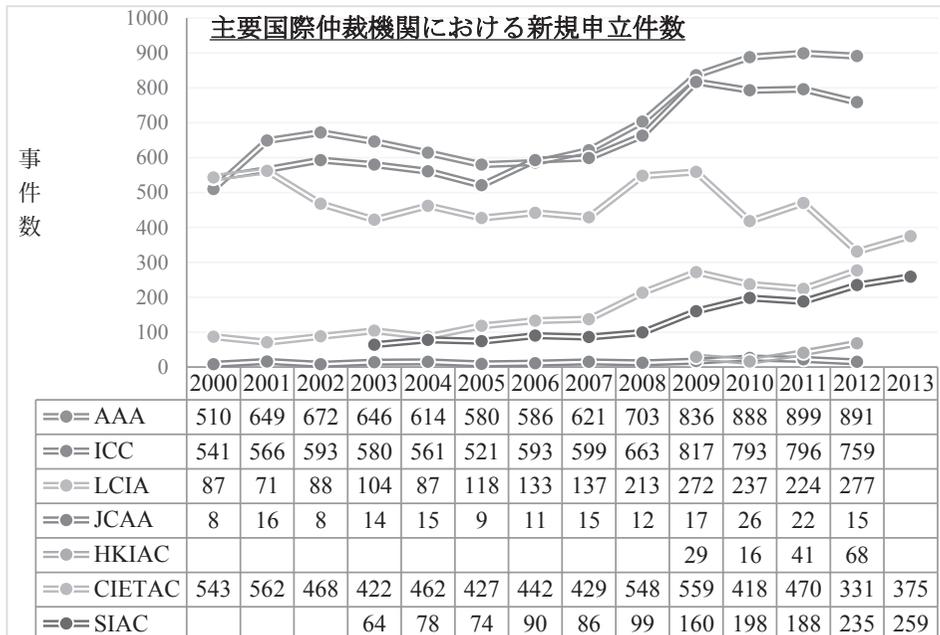
¹ 国際商事仲裁の評価を示す統計としては以下を参照。Queen Mary University of London and PricewaterhouseCoopers, "International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2008," (n.p.: n.p., 2008), 2, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123294.pdf>; Queen Mary University of London and PricewaterhouseCoopers, "2013 International Arbitration Survey, Corporate Choices in International Arbitration, Industry Perspectives," (n.p.: n.p., 2013), 6, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123282.pdf>.

² 例えば、Mark Goodrich, "Arb-Med: Ideal Solution or Dangerous Heresy?" *International Arbitration Law Review* (March 30, 2012) : 4, <http://www.whitecase.com/publications/article/arb-med-ideal-solution-or-dangerous-heresy>を参照。また、Tatsuya Nakamura, "Brief Empirical Study on Arb-Med in the JCAA Arbitration," *JCAA Newsletter* 22 (June 2009) : 10-12は、日本国際商事仲裁が1999年から2008年までに扱った121件のうちの48件（40%）において、当事者の合意に基づき仲裁人が調停を行い、そのうちの25件が和解に至ったこと、そして、不調となった残りの23件では仲裁が行われたが、調停人として働いた仲裁人に対して不偏を理由に忌避が申し立てられたことはないことを示している。さらに、大陸法系諸国出身の仲裁人（特に日本人の仲裁人）が、英米法系諸国出身の仲裁人よりも、仲裁人が調停人を兼ねるハイブリッドな紛争解決手段について肯定的であることが示唆されている。See *id.* at 11-12.

³ Goodrich, "Arb-Med," *supra* note 2, at 4; 澤田壽夫「国際紛争解決の手段としての調停と他の仲裁代替手法」小島武司編『日本法制の改革：立法の実務と最前線 日本比較法研究叢書(74)』361頁（中央大学出版部、2007年）参照。

⁴ UNCITRAL国際商事仲裁模範法12条(2)の一部分は、「仲裁人は、その不偏または独立について正当な疑いを生じさせるような事情があるか、当事者の合意した資格を有しないときに限って忌避される」と定める。近藤昌昭＝後藤健＝内堀宏達＝前田洋＝片岡智美『仲裁法コンメンタール』（株式会社商事法務、2003年）369頁。

2. 英米法系諸国からみたハイブリッド仲裁



本表は、栗田哲郎編著『アジア国際商事仲裁の実務』（レクシスネクシス・ジャパン株式会社、2014年）3項掲載の「図表 I-1: 新規申立て件数の比較」のデータに基づき筆者が作成した。

なくなってしまうためである。とりわけ、調停時に調停人がコーカスによって一方当事者から得た情報は、他方当事者に開示されない。このため、他方当事者は、その非開示情報に対する抗弁の機会が与えられないまま、仲裁判断が当該情報に基づいて下され得るリスクに曝されてしまう。その結果、もしも他方当事者が調停不調後の仲裁で負けてしまった場合には、裁判所で仲裁手続における適正手続（Due Process）や自然正義（Natural Justice）の侵害を争う法的根拠を当該他方当事者に対して与えてしまい、両当事者が期待すべき仲裁判断の有効性や執行性が脅かされることを問題視しているのである。

ところで、日本を除く上述のアジア諸国の

主たる国際仲裁機関では、仲裁件数が増加し続けているがその一方で、日本国内における国際商事仲裁の取扱い件数は低迷しており、その傾向状態が顕著になってきている。

上掲の表⁵は、欧米型仲裁を発展させてきたイギリス、アメリカ、フランス、そして、ハイブリッドな紛争解決手段を制度化している中国、香港、シンガポールの主要国際仲裁機関が、2000年～2013年の間に受けた国際商事仲裁事件の年間新規申立件数を示している。

上記の表によれば、日本の主要国際仲裁機関である国際商事仲裁協会（JCAA）の受件数が一貫して著しく少ないことは一目瞭然である⁶。日本の仲裁法に関する先行研究では、

⁵ AAAは、アメリカ仲裁協会（The American Arbitration Association）、ICCは、フランスの国際商業会議所（International Chamber of Commerce）、LCIAは、ロンドン国際仲裁裁判所（The London Court of International Arbitration）、HKIACは、香港国際仲裁センター（Hong Kong International Arbitration Centre）、CIETACは、中国国際貿易仲裁委員会（The China International Economic and Trade Arbitration Commission）、そして、SIACは、シンガポール国際仲裁センター（Singapore International Arbitration Centre）を示す。

このように日本を仲裁地として国際商事仲裁が行われない原因のひとつとして、日本では仲裁手続における和解または調停が多いことが指摘されている⁷。

II 本稿の構成

本稿の構成は、以下のとおりである。

まず、以下Ⅲにおいて、問題の所在を述べる。そして、Ⅳにおいて、かかる問題の背景として、ハイブリッドな紛争解決手続の概要と当該手続に今まさに着目すべき理由を述べる。次に、Ⅴでは、ハイブリッドな紛争解決手続の概要とそれらに関する用語を整理し、Ⅵにおいては、当該手段の利点と不利点を述べる。Ⅶでは、同手続に伴う法的争点を示し、ⅧとⅨそれぞれで、アジア諸国（中国と日本）と英米法系諸国（アメリカ、イギリス、香港、シンガポール）における当該法的争点に関する立法的および司法的取り組みと、それら各国の主要国際仲裁機関におけるハイブリッドな紛争解決手続の取扱いを概観する。Ⅹでは、同手続が国際商事仲裁の代替として機能する

可能性について言及する。おわりに、今後、海外に向けて日本が発信すべき日本が目指す国際商事仲裁の在り方について若干の私見を述べる。

なお、香港とシンガポールを東アジア系諸国と位置付ける考え方もあるが⁸、本稿では、当該両国の法制度が英法系のコモンロー制度を引き継いでいる点に着目し、英米法系諸国のグループに含めて検討することとしたい。

III 問題の所在

本稿であつかう問題は、ハイブリッドな紛争解決手続が、それを伝統的に受け容れてきた日本において、対外的に発信すべき国際商事仲裁制度のひとつのかたちと成り得るのかどうか、である。

IV 問題の背景

1 アメリカの法学教育による欧米型仲裁の世界的普及

筆者は、2014年から2015年までの1年

⁶ 近年、このような日本の国際商事仲裁の現状をふまえ、国際商事仲裁の日本への誘致と活性化を促す研究が積極的に行われ、その成果が次々と出版されている。例えば、2012年から2015年にかけては、以下の文献が、日本の仲裁制度についての現状や今後の国際的展開に関して詳しい。「特集 仲裁法制の過去・現在・未来」法律時報87巻4号（日本評論社、2015年）4-52頁；三木浩一＝手塚裕之＝弘中聡浩編著『国際仲裁と企業戦略』（有斐閣、2014年）；小島武司＝猪股孝史『仲裁法』（日本評論社、2014年）29頁－52頁；築瀬捨治＝ジョエル・グリアー「国際仲裁のよりよい活用を目指して－仲裁地としての『日本』のポテンシャルとその活性化も見据えて 第1回 日本における国際仲裁：いまだ手付かずの機会」NBL975号（2012年）28頁－31頁；小原淳見「国際仲裁のよりよい活用を目指して－仲裁地としての『日本』のポテンシャルとその活性化も見据えて 第2回 国際仲裁の賢い活用法(上)」NBL976号（2012年）58頁－66頁；小原淳見「国際仲裁のよりよい活用を目指して－仲裁地としての『日本』のポテンシャルとその活性化も見据えて 第3回・完 国際仲裁の賢い活用法(下)」NBL977号（2012年）19頁－27頁。

⁷ 例えば小島＝猪股『仲裁法』、前掲注6、29頁では、「... ICCでは、仲裁事件の大半が仲裁判断で終結し、和解ないし調停がきわめて少ないと言われる。この点に、わが国の現状と比較して考えるべき問題の所在が示唆されているといえよう」と説明されている。また、近藤＝後藤＝内堀＝前田＝片岡『仲裁法コンメンタール』、前掲注4、211頁では、日本の新仲裁法が、UNCITRAL国際仲裁模範法にない仲裁手続における和解の試みに関する規定を設ける理由のひとつとして、「我が国の仲裁実務において、和解が盛んに行われているが、仲裁廷が和解に関与するための要件が明確ではなく、外国人にとって分かりにくくなっているため」であるとしている。その他にも、2004年5月22日に国際法曹協会（IBA）理事会によって承認された「国際仲裁における利益相反に関するIBAガイドライン（日本仲裁人協会による日本語訳）」の一般基準(d)(4)の解説では、「仲裁手続の過程において当事者の紛争が和解に至るよう仲裁廷が斡旋するという概念は、一部の法域では十分に確立しているが、その他では確立していない」との説明がなされている。http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=1979e86d-1212-4bd6-8389-2959411f0a00。

⁸ 例えば、谷口安平「国際商事仲裁の訴訟化と国際化」法学論叢（京都大学）140巻5・6号11頁（1997年）参照。

2. 英米法系諸国からみたハイブリッド仲裁

間、アメリカでの在外研究の機会を得た。その間、以下に述べるように、欧米型仲裁がアメリカのロースクールの留学生をとおしてアメリカ国外に普及しているサイクルを確認した。

毎年、アメリカのロースクールには、アメリカ国外の弁護士、裁判官、及び研究者等が、コモンローの法理とアメリカの法律実務を学ぶために、通常1年間のカリキュラムであるLL.M. (Master of Law (法学修士)) の課程に留学してくる。国際商事仲裁の研究で世界的に著名な複数の研究者⁹が教鞭をとるペンシルバニア州立大学ディッキンソンロースクールでは、アジア、中東、南米をはじめ、世界中から集まった弁護士や裁判官が、「国際訴訟と仲裁 (International Litigation and Arbitration)」のコースを積極的に受講していた。驚くことに、70名近くいた受講生の中で、主にアメリカ人の学生からなるJ.D. (Juris Doctor (法務博士)) 課程の履習者はほんの数名しかおらず、ほとんどが海外の弁護士や裁判官であった。

上述のコースの講義では、カリキュラムの半分が、国際民事訴訟の問題点を理解するために費やされる。特に、国際商事紛争を裁判で解決する際には、「国際裁判管轄権」と「外国判決の承認と執行」に関する法的争点を必然的に伴うため、訴訟が最適な手段ではないことを勉強する。カリキュラムの残りの半分では、主にフランス、イギリス、アメリカの仲裁法と主要仲裁機関の実務及び関連判例が比較分析され、現代の「法の支配」による欧米型仲裁が、上述の訴訟での法的争点のほとんどを解消しうる点で有効な紛争解決手段で

あることを勉強する。そこで学ぶ欧米型仲裁は、私的性、非公開性、裁断性、執行性、専門性、中立性、柔軟性、非国家性を以て、紛争解決の準拠法の下で仲裁判断が下される紛争解決手段である。

本コースを履習していた海外の弁護士や裁判官のなかには、国際投資仲裁の経験者もあり、講義では、彼らの母国での国際仲裁の法と実務が欧米型仲裁のそれらとどう異なるかが積極的に議論され、受講生達は、比較法的観点からアップデートな情報をプロフェッショナルなレベルでグローバルに交換できる貴重な機会に恵まれる。

また、同ロースクールのサマースクールでは、留学生のみを対象とした3週間にわたる模擬国際商事仲裁の集中コースが提供されていた。各参加者は、仲裁人、当事者、代理人弁護士、証人、仲裁機関のセクレタリー等の役割を割り振られ、ICCのルールに従って、契約交渉から仲裁判断の取消までの一連の流れを経験することができる。具体的には、仲裁条項と準拠法条項を含む契約書の交渉と作成、付託事項書 (Terms of Reference) の準備、仲裁人の忌避手続、ヒアリングにおける尋問と反対尋問、仲裁判断の作成、そして仲裁判断内容の審査等を集中的に体験することができる。

筆者もこれに参加したが、当事者対抗型でありながら裁判とはまったく異なった手続を含む欧米型仲裁と、仲裁人や代理人弁護士として欧米型仲裁に臨む心構えを学ぶことができた。例えば、代理人弁護士としては、仲裁判断取消の権利を留保するために、代理する当事者が手続的に他方当事者と平等に扱われ

⁹ 同ロースクールでは、例えば、アメリカ国内仲裁と国際仲裁を研究されているトーマス・E・カボナー (Thomas E. Carbonneau) 教授や国際仲裁と専門家倫理を研究されているキャサリン・A・ロジャース (Catherine A. Rogers) 教授が教鞭をとられている。

なかったことを察知した場合や仲裁手続が当事者間の合意に従っていなかった場合は、適時にその旨を仲裁人、仲裁機関又は裁判所に対して主張しなければならない、といった実務を体験することができた。さらには、英語を母語としない当事者間の通訳を使用しない契約書の交渉やヒアリングにおける尋問や反対尋問の難しさも体験することができ、実務レベルで通用する英語のスキルの習得が、国際商事仲裁の実務には必要不可欠であることが再確認できた。

この模擬国際商事仲裁の集中コースの修了者には、修了証明書がロースクール側から正式に発行される。参加者は、その取得の事実を履歴書の資格欄に付し、自らが国際商事仲裁にあかるとの証とし、キャリアアップのセールスポイントとする。

このような過程を経て、無事LL.M.を修了した海外の弁護士、裁判官、及び研究者等は、帰国後、欧米型仲裁に対応した仲裁制度の構築と仲裁実務やその教育の普及に向けておおいに貢献し、グローバルに機能しうる仲裁制度の担い手となる。

上述のように、アメリカの法学教育は、欧米型仲裁が継続的かつグローバルに発展すること、そして次世代の法律家たちへと絶え間なく引き継がれることを促しており、「法の支配」による当事者対抗型の国際商事仲裁を世界のデフォルトスタンダードに押し上げその地位を維持していると言うことができる。

2 日本の国際商事仲裁制度に関する認識

上述のロースクールで学んでいる海外の法律家や研究者の目には、日本での国際商事仲裁はどのように映っているのだろうか。

筆者は、前述の「国際訴訟と仲裁」のコースにおいて、日本における紛争解決手段に関する講義を2回にわたって行ったが、受講生からの質問に答えていくうちに、当たり前なことではあるが、彼らの日本の国際商事仲裁に関する理解が、当該コースで使用されていたケースブックに書かれている日本人の紛争解決手段に関する描写¹⁰から大きな影響を受けていることに気付かされた。

当該描写から読み取れる日本の紛争解決の特徴は、概ね、日本人は話し合いでの紛争解決を強く好む、日本人は訴訟を好まない、官尊民卑的な考えと階級を重んじる文化から仲裁人よりは裁判官を信じる、日本では国際商事仲裁が少ない、日本では国際商事仲裁を熱心に奨励していない、といった内容である。

これらを総合的に考えれば、おそらく、彼らの目には、「日本では当事者対抗型の欧米型仲裁の法的及び商事的価値は拒否されている」と映っているにちがいない。国際商事仲裁の件数が日本では常に少なく、長期にわたり増加していないことも、かかる認識を深めていく理由となろう。

¹⁰ “The Japanese endorsement of ICA [International Commercial Arbitration] has been circumspect and unenergetic. Institutional centers for the conduct of international arbitrations have existed in Japan for years, but the volume of cases has never been substantial and a strong international arbitration community has never been established . . . Japanese culture has a strong preference for negotiated dispute settlement. The bringing of public court proceedings to resolve a dispute is tantamount to public humiliation under Japanese concepts. Engaging in private forms of adjudication that have no official sanction is an even greater social affront. Unlike judges, arbitrators have no public basis for their authority to rule.” Thomas E. Carbonneau and William E. Butler, *International Litigation and Arbitration: Cases and Materials*, 2nd ed., American Casebook Series (St. Paul: West Academic Publishing, 2013) 592-593; “Government bureaucracy and cultural hierarchies have an all-powerful position in Japan . . .” *Id.* at 49.

3 日本における国際仲裁実務の特徴

1890年に制定された旧仲裁法は、欧米型仲裁の法理と実務を反映しておらず、日本国内での国際商事仲裁件数が増加しない主たる原因とされていた。しかしながら、2003年にUNCITRAL国際商事仲裁模範法に基づいた国際的水準の新仲裁法が制定され、同法が翌年2004年に施行された後も、その状況は変わっていない。

これを受け、最近では、日本における国際商事仲裁が増加しない理由が、仲裁法そのものではなく、対峙することを嫌いビジネス関係の維持を大切にする日本の文化を反映する仲裁実務自体にある、とする先行研究が発表された¹¹。このような分析は、上述の「はじめに」で言及した先行研究と類似の立場を示す。当該仲裁実務とは、仲裁人による和解勧誘である。このプラクティスは、JCAAでの国際仲裁を旧仲裁法の下で経験したアメリカの弁護士から、欧米型仲裁の実務に反するものとして、1990年代に強い批判を受けた実務である。当該アメリカ弁護士は、日本のJCAAにおける和解勧誘の実務を、「基本的に、証拠収集とブリーフィング終了後仲裁判断が下される前に、…仲裁人が和解を得るために調停人・斡旋人となり…他方当事者と一方的に会って事件の価値と実体的事項について話をすることができ、もしも当事者が和解に至

らないときは仲裁人が事件の判断を下すが、日本人の当事者にとっては、とくに…仲裁人による友誼的な和解勧誘は大きな影響力を持つ」¹²と説明した。この実務こそ、旧仲裁法の下での、欧米諸国の視点からみた日本の仲裁実務の特徴であった。

上記批判は新仲裁法を制定する際にも考慮された。新仲裁法は、38条4項及び5項において、それぞれ、「当事者双方の承諾がある場合には、仲裁廷又はその選任した1人若しくは2人以上の仲裁人は、仲裁手続に付された民事上の紛争について、和解を試みることができる」とし、「前項の承諾又はその撤回は、当事者間に別段の合意がない限り、書面でしなければならない」として、当事者による書面による合意を得ることを仲裁人が和解を試みるために義務付け、外国の当事者にも仲裁人が和解に関与する要件を分かりやすくした。

4 仲裁と調停の連結を求めるグローバルな舞台の出現

日本にもみられる仲裁と調停の連結は、和解・調停文化を有すると理解されるアジア諸国のみならず、欧米諸国でも、仲裁に代替する紛争解決手段として、その可能性が積極的に議論されている。

仲裁と調停の連結には、個々の仲裁と調停を「組み合わせる」手続（以下、本稿では、「ハ

¹¹ Cole教授は、日本における国際商事仲裁が活性化しない主たる理由は、法ではなく、実務であるとし、日本の仲裁実務が西洋化しないかぎり、日本における仲裁は増えることはない論じている。“Instead, such an increase will only occur when it becomes clear that Japanese arbitral practice has altered and become more consistent with Western arbitral norms, as it is the practice and not the law that has been the primary obstacle to the success of international commercial arbitration in Japan.” Tony Cole, “Commercial Arbitration in Japan: Contributions to the Debate on ‘Japanese Non-Litigiousness,’” *New York University Journal of International Law and Politics (JILP)* 40 no. 1 (2007): 29-114, 113, <http://ssrn.com/abstract=1083371>.

¹² “Basically, after the evidence-taking and briefing is concluded, but before the preparation of an award . . . , the arbitrator serves as a conciliator/mediator in an effort to obtain a settlement . . . may meet *ex parte* with the opposing sides, and discuss case values and the merits [and that] [i]f the parties fail to reach a settlement, he will then proceed to decide the case, [but] [w]ith the Japanese party especially . . . the arbitrator’s recommendation of an amicable settlement will carry great force.” Charles R. Ragan, “Arbitration in Japan: Caveat Foreign Drafters and Other Lessons,” *Arbitration International* 7, no. 2 (1991): 93-113, 108-109.

イブリッド手続」という)と、ひとつの仲裁手続の中に調停を「混合する」手続(以下、本稿では、「仲調」という)とがあると考えられる¹³。

仲裁と調停を連結させる紛争解決手段に欧米やアジアで注目が集まっている背景には、以下のように、実務的な理由と紛争処理文化的な理由とがあると考えられる。

(1) 実務的理由—欧米型仲裁の「訴訟化」

近年、欧米型仲裁¹⁴における仲裁手続は訴訟化し、仲裁の遅延化と高額化を招いており、批判の対象となっている¹⁵。ハイブリッド手続と仲調は、訴訟の代替として発展してきたはずの仲裁が訴訟化してしまったことへの応急処置と考えられる。

「仲裁の訴訟化」には、実務上必然的に訴訟化してしまった部分と、不必要に訴訟化してしまった部分があると考えられる。

実務上必然的な訴訟化は、特に欧米で発展してきた「法の支配」による仲裁では、原則として、法に基づき勝者と敗者を決定する仲裁判断が当事者から提出された証拠に基づき求められるため、その手続も自然と訴訟同様に当事者対抗型(adversarial)となることから生じるものである。これは、法による判断が下されるからには、適正手続または自然正義を尊重せざるを得ないことから、手続が裁判のように硬直化してしまうために起こる現象であると考えられる。法律による紛争解決であれば、弁護士が代理人や仲裁人となることが求められ、それらの弁護士がローカルな訴訟手続を国際商事仲裁にも持ち込むこと

によって仲裁が訴訟化するのもある程度はいたしかたないことではあろう。

これに対して、不必要な訴訟化とは、国際商事仲裁の手続の知識や経験が不足している代理人や仲裁人が生じさせる現象である。いわゆる近代の国際商事仲裁制度のコンセプトである「非国家的仲裁(anational arbitration)」の下で、国際商事仲裁を行う法廷地が、法廷地の裁判所の手続や国家権力から離れ、中立で客観的なフォーラムを提供するといった概念を、代理人や仲裁人が理解していないために仲裁手続が訴訟化する現象である。アメリカにおける訴訟の開示手続であるディスカバリーをむやみに主張するアメリカ弁護士は、このような不必要な仲裁手続の訴訟化をもたらす。

(2) 紛争処理文化的理由—アジア型紛争処理文化の仲裁化

和解的紛争解決文化を有するとされるアジア法域、特に中国と日本では、元来、法に基づく判断よりも、紛争当事者間の関係に基づく判断を好む傾向があるとされ、仲裁手続の流れの中に調停を混合し、かつ、同仲裁手続の仲裁人が調停人の役割をも兼ね、和解の斡旋や調停案の提示をする手続に抵抗はない、と理解されている。このようなアジアの紛争解決文化を反映した実務として、近年、ハイブリッド手続や仲調を法制度化し、当該アジア法域以外の国々の当事者をも相手として、対外的に発信しているアジアの国々がみられるようになった。

¹³ 澤田「国際紛争解決の手段としての調停と他の仲裁代替手法」、前掲注3、359頁。

¹⁴ 西洋の現代的仲裁の法と実務の起源がアメリカ、イギリス、フランスであることについて、Thomas E. Carbonneau, *The Law and Practice of Arbitration*, 5th ed. (New York: Juris Publishing, Inc., 2014) 593-644参照。

¹⁵ 例えば、谷口「国際商事仲裁の訴訟化と国際化」、前掲注8参照；See Lord Woolf, "Mediation in Arbitration in the Pursuit of Justice," in *ADR, Arbitration, and Mediation, A Collection of Essays*, ed. Julio César Betancourt and Jason A. Crook (Bloomington: AuthorHouse UK Ltd., 2014):516-534, 518.

5 ハイブリッド手続への期待

今後、日本を和解調停の紛争処理文化の国であると理解した海外の法律家や実務家が、日本の当事者との契約交渉の中で、紛争解決手段として、仲裁と調停の連結を考えて契約書の交渉をしていくことは、上述した世界的舞台の出現とともに予想しておく必要がある。

仲裁と調停の連結は、「法の支配」をより優先させる欧米的紛争解決文化と、人と人との関係の調和をより重んじるとされるアジア諸国の紛争解決文化との融合点を反映した実効的な紛争解決手段としての可能性を含んでいることは「はじめに」で述べた。

ところで、国際訴訟法学会が発行する学会誌が、日本の簡易裁判所における民事調停制度を紹介する英語論文を2015年に掲載した¹⁶。同論文は、最高裁判所研修所編「司法研究報告書『簡易裁判所における民事調停事件の運営方法に関する研究』ダイジェスト版」の英訳である。これにより日本における調停文化は、ますます英米法諸国に対して権威的な情報として認識されていく可能性がある。しかしながら、そのような認識のもとでも、国際取引に従事する者が国際商事紛争の解決手段を検討するときは、原則として、まずは裁判所の利用を回避すべきことを検討することから、彼らが日本人と日本の裁判所で調停をしようと考えとは思えない。むしろ、裁判外で行われる民間の調停と仲裁を組み合わせるハイブリッドな手続や仲調を、上述の

論文で調停に肯定的である（裁判所付設型ではあるが）と紹介されているが仲裁は好まないとされる日本の当事者に対して提示してやることは考えられよう。また、当該論文でも示されているように、アメリカやイギリスの裁判所付設型の調停が日本のそれと異なる重要な点のひとつは、日本のみが評価型調停であることである¹⁷。この点のみをとっても日本における裁判所の調停が、今のところは、アメリカやイギリスの当事者によって積極的に選択されることはないと考える。

V 「ハイブリッド」紛争解決手段の態様と用語

調停と仲裁を関係づける混合手続は、ハイブリッド (Hybrid) と呼ばれ、それには3つの態様があることが指摘されている¹⁸。その3つのうちの、「一つは仲裁前置で、仲裁人が仲裁判断を用意したところでこれを封じ、調停を試みる（これは行われることも成功することもきわめて稀なようである）。次は、調停前置で、調停が不調に終れば仲裁を行う。いま一つは、仲裁人が仲裁手続中に一回でも複数回でも調停を試みるもので、この第三の態様のADRが純粹の混合手続である。」¹⁹

本稿では、以下において、一つめの態様を、「Arb-Med」、二つめの態様を「Med-Arb」、そして、三つめの態様を、上述の「仲調」と称することとする。

¹⁶ See "Managing Civil Conciliation Cases By Summary Courts, Justice Research Report," *International Journal of Procedural Law* 5, no. 1 (2015) :96-115; 産経新聞 2015年9月28日3面「日本の『民事調停』世界に発信」を参照。

¹⁷ "Managing Civil Conciliation Cases By Summary Courts, Justice Research Report," at 99.

¹⁸ 澤田「国際紛争解決の手段としての調停と他の仲裁代替手法」、前掲注3、359頁参照。

¹⁹ 前掲注。

VI 「ハイブリッド」紛争解決 手段の利点と不利点

1 利 点

(1) Arb-Med

Arb-Medでは、仲裁審理後にまず仲裁人が仲裁判断を作成するが、通常、それを封筒に入れ封をし、その後、紛争当事者は、自らの紛争を調停に付す。調停が合意にいたれば、その合意が結果となり、調停が不成立の場合、作成して封をした仲裁判断が拘束力を有する。そのことから、まず、紛争の終局性は担保されていることが利点となる²⁰。また、既決定の仲裁判断が存在するため、調停時に秘密情報の開示がより積極的に行われると言われる²¹。そして、ほとんどの場合、調停において紛争が和解にいたると言われており、純粹に仲裁を行うよりも、相互の関係を維持に資することが利点とされている²²。

(2) Med-Arb

Med-Arbでも、調停が組み込まれることから、紛争当事者間の長期的な相互関係を維持することができる²³。また、当事者自治によって、段階的・重層的紛争解決条項を設けることで、紛争解決手段のタイミングをコント

ロールすることが可能となる²⁴。さらに、もしも調停が不調に終わったとしても、仲裁へと移行し最終的な紛争の解決が実現されるため、紛争の終局性が担保される²⁵。最後に、調停人と仲裁人が同一である場合は、新たな仲裁人を見つける必要性がないこと、また、調停においてすでに紛争の争点が絞り込まれているため、仲裁へと移行した際に、再び同一の争点をはじめから争う必要はなくなり、比較的時間と費用を節約できる手続であると考えられている²⁶。

(3) 仲 調

仲調では、紛争の終局性が確実なこと、そして、調停と仲裁を併用することにより両当事者が納得のいく解決策を得られることが利点と考えられている²⁷。また、調停が不調に終わっても、新たに仲裁手続を開始する必要はない²⁸ため、費用と時間が節約される。

2 不利点

(1) Arb-Med

Arb-Medは、すでに仲裁判断が下されているため、調停時に得られた秘密情報を仲裁人が流用することによる適正手続違反や自然正義の侵害の心配はない。しかし、調停人の言動や行動に既決の仲裁判断の内容が仄めかさ

²⁰ See Srikant Deekshitha and Arka Saha, "Amalgamating the Conciliatory and the Adjudicative: Hybrid Processes and Asian Arbitral Institutions," *Indian Journal of Arbitration Law* 3, no.1 (2014): 76-100, 80.

²¹ See *id.* at 80-81.

²² See *id.* at 80.

²³ John T. Blankenship, "Developing your ADR Attitude: Med-Arb, A Template for Adaptive ADR," *Tennessee Bar Journal* (Nov. 2006): 28-42, 34. ("Med-arb has proven to be effective in certain types of cases between corporate disputants. This is particularly true in regard to disputes that are less important than, and thus irritants to, a larger relationship. Proponents firmly believe that the parties' business relationship is more likely to continue after med-arb than some other processes.")

²⁴ ただし、段階的・重層的紛争解決条項は、その執行性に問題が生じることが多いため、実務ではその使用に慎重にならざるをえない。同条項の一般的な法的争点については、岩崎一生「段階的・重層的紛争処理条項について」http://homepage3.nifty.com/Prof_K_Iwasaki/class/upload/JSE02-08.htmが詳しい。

²⁵ See Deekshitha and Saha, "Amalgamating the Conciliatory and the Adjudicative," *supra* note 20, at 77.

²⁶ See *id.* at 78.

²⁷ 澤田「国際紛争解決の手段としての調停と他の仲裁代替手法」、前掲注3、360頁参照。

²⁸ 前掲注参照。

2. 英米法系諸国からみたハイブリッド仲裁

れた場合は、当事者間の和解に影響を与えてしまう可能性がある²⁹。また、調停が成立した場合、既決の仲裁判断が無駄になってしまうため、時間と経費がかかる手続ではある³⁰。

(2) Med-Arb

Med-Arbでは、和解を目的とした調停と、紛争を「法の支配」によって解決する仲裁といった性質を異にする手続を組み合わせることから、調停人と仲裁人が同一人である場合は、仲裁人が紛争につき予断を有することになり、バイアス（偏見）が生じてしまう問題を避けることはできない³¹。

調停が不調となった場合に仲裁へ移行した際、調停時に得られた秘密情報が、仲裁判断を下す際に考慮されると、適正手続の侵害、自然正義の違反を主張され³²、下された仲裁判断が、取消や執行拒絶のリスクに曝される可能性がある。

また、調停人が最終的に仲裁を行う立場にいるため、紛争当事者は、調停人に対して通常の調停であれば開示したであろうはずの情報³³の開示を控えようとする可能性が生じる³⁴。その結果として、調停自体の長所であ

るはずの当事者の立場に適合した紛争解決が難しくなる点も問題となる。そのほかにも、調停段階において和解に至るための情報が不足してしまうことによって、仲裁への移行がしやすくなってしまふとの指摘や³⁵、調停人が、通常は有していない仲裁権限を与えられている点で、通常の調停と異なり、自発的な和解を促すというよりは、むしろ和解の圧力をつよく当事者にかけてくるといったことも懸念されている³⁶。

(3) 仲 調

仲調では、仲裁人と調停人が同一人である場合は、Med-Arb同様、調停が不調に終わって仲裁に移行する際に、秘密情報を扱う際の適正手続ないし自然正義違反の可能性があるため、仲裁判断の取消や執行拒絶の可能性は残る。そして、深刻な問題として、調停時には、特に国際商事紛争の場合を想定すると、少なくとも紛争解決の場に両当事者と調停人のそれを含めた3つの紛争処理文化が関与することになるため、調停人による和解の勧誘はむずかしくなる点が挙げられている³⁷。このような状況に置かれた両当事者からすれば、調停において何が基準とされ、どのよう

²⁹ See Deekshitha and Saha, "Amalgamating the Conciliatory and the Adjudicative," *supra* note 20, at 81.

³⁰ See *id.*

³¹ See *id.* at 88-89.

³² See Edna Sussman, "Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process," *New York Dispute Resolution Lawyers* 71-74 (2009).

³³ 山本和彦＝山田文『ADR仲裁法[第2版]』（日本評論社、2015年）421頁参照。そのような情報には、「自らの過失を認めたり証明方法の不存在を吐露したりして弱みを見せる」内容のものが考えられる。前掲。

³⁴ 前掲注参照。

³⁵ 前掲注参照。Med-Arbにおける仲裁人の葛藤については、小林洋哉「Med-arbにおける仲裁人のジレンマ」名古屋外国語大学現代国際学部紀要第10号（2014年）51頁－82頁が詳しい。本論文は、かかる葛藤に関して日本を含む各国の学者の意見を包括的に抄訳、紹介、検討している。

³⁶ 梶田幸雄『中国ビジネスのリーガルリスク 中国人の法意識と商事・労働紛争解決法』（日本評論社、2007年）137頁では、特に中国における仲裁調停の問題点として、「調停は自発的なものであるが、仲裁人が事実や法が不明確なケースの場合には判断を避けて調停を勧め、時間および労力を減らし、判断後の履行において生じうる問題をなくし、または公正に対する文化的要素および一般概念上の問題を避けたいと考えることがある。ある外国企業は、CIETACで仲裁を行う過程で、調停をし、和解するようにというプレッシャーを感じたという。こうした企業は、彼らが仲裁人の勧める和解勧告を拒否した場合に仲裁人に悪影響を与えるのではないかと懸念する」といった海外からの指摘を紹介している。和解勧告を拒否すると仲裁へと移行するため、中国におけるMed-Arbでは、このような懸念がつきまとう可能性があろう。

³⁷ 谷口安平「和解・国際商事仲裁におけるディレンマ」早川吉尚＝山田文＝濱野亮編著『ADRの基本的視座』（不磨書房、2004）201頁－208頁、206頁参照。

な情報を調停人に提示すれば自分の立場が支持されるのかを判断することは難しく、とりわけ国際ビジネス紛争の場合には、仲調を使用した和解の勧誘は容易ではないと考えられる³⁸。

Ⅶ 「ハイブリッド」紛争解決手段の法的争点³⁹

ハイブリッド紛争解決手段の法的争点は、Med-Arbと仲調において、仲裁人と調停人が同一人物である場合に、調停が不調に終わり仲裁手続へと移行した後に生じる。その法的争点とは、同一人物が仲裁人と調停人を兼ねることができるかどうか、である。当該法的争点は、調停人が、調停時のコーカスで、紛争の予断をもつことからバイアスがかかっていることを理由に仲裁人としての忌避を求められるといった問題へとつながる。調停人は、調停が不調後は、仲裁手続において不偏(impartial)であるべき仲裁人としての機能を果たせなくなっているからである。

UNCITRAL国際商事仲裁模範法12条(2)も、「仲裁人は、その不偏または独立について正当な疑いを生じさせるような事情があるか、当事者の合意した資格を有しないときに限って忌避されうる」と定めている⁴⁰。さらに、当該争点は、調停時にコーカスで得た秘密情報を使用して下された仲裁判断が、UNCITRAL国際商事仲裁模範法34条2項(a)(ii)⁴¹や外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約5条1項(b)⁴²の下で、当事者が防御の機会を逸しているとして、仲裁地の裁判所で取消され、または執行地の裁判所で執行を拒絶される原因にもなりうる重要な問題にもつながっている。かかる問題は、調停時にコーカスによって当事者から得られた秘密情報は、調停人の守秘義務のもと相手方当事者に開示されないため、かかる情報が仲裁判断を下す際に使用された場合に、相手方当事者に対する適正手続(Due Process)や自然正義(Natural Justice)の侵害となることから生じる。

上述の法的争点について、UNCITRAL国際商事仲裁模範法は、仲裁人が調停人を兼ね

³⁸ 前掲注205頁-208頁参照。

³⁹ ハイブリッドな紛争解決手段に関する法的問題点に関して、日本語の文献では、猪股孝史「仲裁と調停の連係許容性とその限界(一)(二)(三・完)」(一)桐蔭法学第5巻第2号(1999)49頁-73頁、(二)桐蔭法学第6巻第1号(1999)147頁-180頁、(三・完)桐蔭法学第6巻第2号(2000)29頁-84頁参照。英文の文献では以下の文献を参照：Kun Fun, *Arbitration in China: A Legal and Cultural Analysis*, China and International Economic Series 5(Oxford: Hart Publishing, 2013), 137-169; Patric McGonigal, "Mediation - A Potentially Ideal But Underused Approach to Resolving Disputes in Japan?" *JCAA Newsletter* 33 (March 2015): 5-10; Mark Baril and Donald Dickey, "MED-ARB: The Best of Both Worlds or Just A Limited ADR Option?(Part One)," *Mediate.com*, August 2014, <http://www.mediate.com/articles/BarilM2.cfm>; Mark Baril and Donald Dickey, "MED-ARB: The Best of Both Worlds or Just A Limited ADR Option?(Part Two)," *Mediate.com*, August 2014, <http://www.mediate.com/articles/BarilM3.cfm>; Ellen E. Deason, "Combination of Mediation and Arbitration with the Same Neutral: A Framework for Judicial Review," *The Yearbook on Arbitration and Mediation* 5(2013): 219-250; Jacob Rosoff, "Hybrid Efficiency in Arbitration: Waiving Potential Conflicts for Dual Role, Arbitrators in Med-Arb and Arb-Med Proceedings," *Journal of International Arbitration* 26, no. 1 (2009): 89-100; Michael F. Hoellering, "Mediation & Arbitration: A Growing Interaction," *Dispute Resolution Journal* 52(1997): 23-25.

⁴⁰ 近藤=後藤=内堀=前田=片岡『仲裁法コメンタール』、前掲注4、369頁。

⁴¹ 同条は以下のように定める。「仲裁判断は、次の各号に定める場合にのみ、第6条に定める裁判所が、取り消すことができる…(ii)取消の申立をした当事者が、仲裁人の選定も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主張、立証することが不可能であったこと。」前掲注381頁-382頁。

⁴² 同条は以下のように定める。「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の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御することが不可能であったこと。」

ること、またその逆についても定めていない。国際法曹協会のガイドライン(The International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration Part I and Part II)でも、当事者による明示の合意があることと、仲裁人が紛争の裁定を下すための資格を失うような行動をとっていないことが求められているにすぎない⁴³。

以下では、アジア諸国と英米法系諸国では、上述の法的争点とその関連問題である仲裁人の忌避や仲裁人による秘密情報の扱いについて、どのような立法的または司法的措置が講じられているか、そして、仲裁機関ではどのような規則が設けられているか、といった観点から検討していく。

Ⅷ アジア諸国における法的争点へのアプローチ

1 日本

日本の仲裁法には、ハイブリッド手続や仲調についての定めがないため、上述の法的争点と関連問題の直接的な答えとなる明示規定をもたない。だが、仲裁法38条4項の類推適用によって、仲裁人は調停を試みることができると考えられている⁴⁴。同項は、「当事者双方の承諾がある場合には、仲裁廷又はそ

の選任した1人若しくは2人以上の仲裁人は、仲裁手続に付された民事上の紛争について、和解を試みることができる」と定める。

また、仲裁法18条4項の下で、「仲裁人は、仲裁手続の進行中、当事者に対し、自己の公正性又は独立性に疑いを生じさせるおそれのある事実(既に開示したものは除く)の全部を遅滞なく開示しなければならない」と定められていることから、まだ定説は見られないものの⁴⁵、当該事実の開示が当事者から求められた際には、調停人としての守秘義務を負っている仲裁人は、実質的に、辞任をしなくてはならない状況に置かれ、同法21条1項2号の下、辞任することができると考えられている⁴⁶。同法18条4項の開示義務に反して下された仲裁判断は、同法44条1項6号により「仲裁廷の構成または仲裁手続が日本の法令に違反するものであったこと」になり、仲裁判断は取消されるリスクがある⁴⁷。しかしながら、このような状況の回避は、同法38条5項の下、手続保障侵害を主張する権利を放棄する書面による合意を当事者から得ておくことで可能となる⁴⁸。

なお、JCAAの仲裁規則は、ハイブリッド手続や仲調を可能にしており、バイアスや仲裁人の忌避の問題や上記の書面の合意の実務にも対応している。国際商事仲裁協会商事仲

⁴³ ガイドラインの4(d)は、以下のように定める。「仲裁人は、手続のいかなる段階においても、紛争の和解による解決を斡旋することができる。しかし、その前に、仲裁人は、そのように活動することが仲裁人としての任務継続につき仲裁人を欠格させるものではないことについて、当事者の明示の合意を得るべきである。当該明示の合意は、当該手続への仲裁人の参加からまたは当該手続において仲裁人が知り得る情報から生じ得るいかなる潜在的な利益相反をも有効に放棄するとみなすものとする。仲裁人の斡旋が事件の最終的な和解に結びつかない場合でも、当事者はその放棄に拘束され続ける。しかし、一般基準2(a)との一貫性から、当該合意にかかわらず、和解手続への関与の結果仲裁人が将来の仲裁手続において不偏または独立を維持する自己の能力に疑いを持つに至った場合には、仲裁人は辞任するものとする。」国際仲裁における利益相反に関するIBAガイドライン(日本仲裁人協会による日本語訳)。

⁴⁴ 小島武司=高桑昭編者『注釈と論点 仲裁法』(青林書院、2007年)168頁参照。

⁴⁵ 前掲注170頁参照。

⁴⁶ 前掲注参照。

⁴⁷ 前掲注169頁-170頁参照。

⁴⁸ 前掲注170頁参照。

裁規則54条は、「当事者は、いつでも、書面による合意により、仲裁事件に係る紛争を協会の国際商事調停規則に基づく調停手続に付することができる」と定める。そして、同規則55条1項は、合意があった上で調停人と仲裁人が同一であることを認めており、仲裁人が調停人を務めたことまたは務めていることを理由として仲裁人の忌避を申し立てることはできないとする。さらに、同規則55条2項は、当事者の合意がないかぎり一方の当事者と個別に協議をすることはできないとしている。ただし、Arb-Medに関する規定はない。

2 中国

中国では、仲裁人と調停人が同一人物であることが認められている。中国仲裁法51条は、「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⁴⁹。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。」⁵⁰と定める。

調停時に得た秘密情報が後の仲裁でどのように扱われるべきかについては、詳細の規定はない。さらに、Med-Arbがどのように行われるかの規定もなく、誰が調停人となれるか

の規定もない。

CIETACの仲裁規則は、当事者の双方の合意によって仲裁人は調停人を兼ねることができるとしている⁵¹。また、CIETACはArb-Medに関する規程をもつ唯一のアジアの仲裁機関である⁵²。

CIETACでは、秘密情報の扱いについて、調停時に取得された全ての情報の援用を認めていない⁵³。このような調停時に得た情報の仲裁における全面的な取り扱いの禁止は、適正手続ないし自然正義の保障を表面的にしているにすぎず、仲裁人が調停時に得た情報に必然的に左右されうるリスクに対応していない。中国は、裁判所でも仲裁でも調停を原則としているため、民事事件を解決する際は一貫してこの原則を貫くと言われていることから⁵⁴、かかる禁止も、調停で紛争を解決することを大前提としたものと思われる。

IX 英米法系諸国における法的争点へのアプローチ

1 アメリカ

アメリカ仲裁協会のCode of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes（商事紛争における仲裁人の倫理規定）（2004）は、仲裁人は、すべての当事者からの請求があるこ

⁴⁹ 日本との相違点は、同条の文言が「…調停を行うことができる」（下線筆者）としていることからわかるように、当事者の合意がなくても仲裁廷は自ら調停を行うことができることにある。この点、中国におけるハイブリッド手続や仲調は、自発的に和解するというよりは、強制的に和解させられる印象を与えかねない。このような実務は、1990年代に、アメリカの弁護士によって欧米の実務と抵触するとの理由で非難された日本の旧仲裁法下での仲裁手続と同類である。この点、欧米の実務家は、中国でのハイブリッド手続や仲調をできるだけ避ける傾向にあるように思われる。

⁵⁰ 本条の和訳の典拠は、王勝明＝帳青華「中国仲裁法逐条解説(6)」JCAジャーナル42巻12号41頁以下（1995）である。

⁵¹ CIETAC Rule Article 47（2015年1月発効）。

⁵² Arb-Medについては、CIETAC Rule Article 47.8参照。

⁵³ CIETAC Rule 47.9は、「調停が不成功の場合、いずれの当事者も、その後の仲裁手続、司法手続及びその他のすべての手続において、いずれかの当事者または仲裁廷が調停の過程においてなしたいかなる意見、見解、または陳述、及び承諾または否定を表明したいかなる提案または提議をも、いかなる請求、抗弁、または反対請求の根拠としても援用することはできない。」と定める。

⁵⁴ 例えば、猪股「仲裁と調停の連結許容性とその限界（一）」、前掲注39、63頁参照。

2. 英米法系諸国からみたハイブリッド仲裁

とを条件に、調停人として行為することができるとしている⁵⁵。

州レベルの裁判所では、Med-Arbに関連した裁判例があり、当事者による権利放棄によってMed-Arbが有効に行われうることが示されている。

*Bowden v. Weickert*事件は、仲裁手続で提出された証拠のみに依拠しない仲裁人は自らの権限を越えたとされると判じ、当事者による権利放棄(Waiver)が無い場合、調停で得られた情報が最終的な仲裁判断を下す際に使用されたことが立証されれば、仲裁判断は無効となると判じた⁵⁶。

本事件では、当事者による権利放棄の要件として、当事者によるMed-Arbへの合意に加えて、以下の3点が必要とされることが示された。それらは、(1)調停が不調になった場合に調停人が仲裁人として機能することに気づいていた旨の証拠、(2)調停が不成立になった場合に紛争に関する事実上の争点を仲裁人に提示する方法について当事者が合意した内容を定める書面、及び(3)紛争が仲裁に付された場合に調停の過程で求められる秘密保持の要請を当事者が放棄したことに関する証拠、である。

また、*Town of Clinton v. Geological Services Corp.*事件では、調停が合意に至らず、もしくは、解決にいたらなかったという単なる事実を以て、調停において当事者が持つ秘密保持特権が自動的かつ黙示的に放棄されたことにはならないとされ、明示的な権利放棄の必要性が確認された⁵⁷。

2 イギリス

イギリスでは、Med-Arbは、よく言及されるものの、実務ではほとんど使用されていないとの報告がある⁵⁸。1996年英国仲裁法は、ハイブリッド手続や仲調について明示的な規定を持たないが、以下の4つの条文が法的枠組を提供する。まず、同法1条は、仲裁の目的を、中立な合議体によって紛争を公平に解決することとし紛争の解決方法について当事者自治を認めている。また、同法24条1項は、当事者は仲裁人の排除を裁判所に求めることができるとし、その事由として、「(a)…中立性に正当な疑いを生じる状況が存在している場合」を定める。また、同法33条は、仲裁廷の一般的義務として、仲裁廷が公平かつ中立に行動すること、各当事者に自らの事件を提示する合理的な機会を与え

⁵⁵ 以下が条文である。

アメリカ仲裁協会：商事紛争における仲裁人の倫理規定（2004）：行為原則

IV：仲裁人は公正かつ注意深く行動するものとする。

F. 仲裁人が当事者に対して和解の可能性、もしくは調停の利用その他の紛争解決手続の利用について議論することを提案することは不適切ではないが、仲裁人は、いかなる当事者に対しても和解または他の紛争解決手続を利用するよう圧力をかけてはならないものとする。仲裁人は、そうすることをすべての当事者に求められない限り、和解交渉に居合わせまたは参加し、もしくは調停人として行為してはならない。

なお、2013年に改正発効されたアメリカ仲裁協会のCommercial Arbitration Rules and Mediation Procedures Including Procedures for Large, Complex Commercial Disputes（大規模、複雑な商事紛争を含む商事仲裁規則と調停手続）の9条は、75,000ドルを超える請求と反対請求は同協会の調停規則の下で仲裁をするものとしており、オプトアウトが可能である。また、当事者の合意がない限り、調停人を当該事件の仲裁人として任命してはならないとしている。

⁵⁶ *Bowden v. Weickert*, 6th Dist. No. S-02-017, 2003-Ohio-3223, 203 WL 21419175; *Weickert v. Bowden*, 188 Ohio App.3d 730, 936 N.E.2d 984, 2010-Ohio-2581, Ohio App. 6 Dist. June 04, 2010).

⁵⁷ *Town of Clinton v. Geological Services Corp.*, 2006 WL 3246464, at s1 (Mass. Super. Nov. 8, 2006 (Unreported Memo)).

⁵⁸ Jon Lang, "Med-Arb - an English Perspective," Paper to be Published by the New York State Bar Association in 2009, available at <http://jonlang.com/articles-papers/>.

ること、各当事者に自らの相手方の主張に対応する機会を与えること、を定めている。また、同法73条は、当事者は、直ちに若しくは仲裁合意、仲裁廷又は同法のPart. I が認める適時に反対を申し出ないと、手続上の瑕疵を申立てる権利を失う、と定めている⁵⁹。

判例や裁判例では、仲裁人の中立性に正当な疑いが生じているかどうかを判断するテストが、「外見上の偏見」が生じる「現実の可能性」を客観的に判断する基準が採用され、調停人を兼ねる仲裁人がバイアスを理由として忌避されやすい方向へと向かっている⁶⁰。なお、LCIAではMed-Arbが認められている。

3 香 港

香港では、香港仲裁令（2011）⁶¹の下で、調停人が仲裁人を兼ねることが認められている。同令32条(3)は、調停人が任命されかつ調停が不調に終わった場合には当該調停人を仲裁人として任命することを仲裁合意の中で定めていることを条件として、調停人が仲裁人を兼ねることを認めている。それに関連して、同令32条(3)(a)は、「仲裁人として行動する者に対して、また、仲裁手続におけるその者の行動に対して、その者が仲裁に付託された紛争に関する事柄の一部または全てに関連して過去に調停人として行動したことのみを理由として不服を申し立てることはできな

い」と定める。その結果、当事者は、上記仲裁合意を結んだことで、仲裁人のバイアスを理由に仲裁人や仲裁手続に不服を申し立てる自らの権利を放棄させられる。

他方、香港仲裁令33条(1)では、全ての当事者の書面による合意がある場合は、仲裁人が仲裁手続開始後に調停を行うことを認めている。そして、同令33条(3)は、調停人としての役割を果たす仲裁人が当事者と個別または集団で会うことを認め、当事者の合意がある場合と同令33条(4)に示される場合を除いて、調停で当事者から得られた情報を秘密として扱わなければならないとする。同令33条(4)は、仲裁人がもしも調停時に当事者から秘密情報を受けており、調停自体が不調に終わった場合には、仲裁が開始される前に、仲裁人は、他の全ての当事者に調停時に得た情報について「重要な (material)」ものを可能な限り開示しなければならないと定める。このような秘密情報の扱いは実務的とは言えない。日本で国際商事仲裁の実務にあたるイギリスの弁護士は、当該基準は、仲裁人の主観に頼りすぎており、調停におけるコーカス自体が行われなくなることを示唆している⁶²。

同令33条(5)においては、「本条の規定により、調停人としての役割を果たしたことがあるということのみを理由に、仲裁人が仲裁手続において行った行為に対し、不服を申し立

⁵⁹ See *id.*

⁶⁰ See *id.* 「現実の可能性テスト (Real Possibility Test)」については、*Porter v. Magill* [2002] 2AC 357 ¶ 103 (House of Lords) 参照。本事件でのテストは、「[W]hether the fair-minded and informed observer, having considered the facts, would conclude that there was a *real possibility* that the tribunal was biased」(公正な考えを有し情報に通じている観測者が、その事実を考慮した場合、仲裁廷が偏見を有する「現実の可能性」があったかどうか)である。*Sierra Fishing Company and others v Hasan Sai Farran and others* [2015] EWHC 140 (Comm) は、「現実の可能性テスト」を適用した事件である。Med-Arbについては *Glencot Development and Design v Ben Barrett & Son*, 2001 WL 239771 (2001) が参考になる。本事件では調停人をつとめた法定判定人が、不調後に再び判定人として判断を下したが、調停時にコーカスを行っていたことから判定人としての不偏性が問われた。本事件の裁判所は、「現実の偏見 (actual bias)」ではなく、「外見上の偏見 (apparent bias)」を適用した。このゆるやかな基準の下ではMed-Arbは紛争解決手段として機能しなくなる可能性が高くなる。

⁶¹ 香港仲裁令 (Hong Kong Arbitration Ordinance (Ord. No. 17 of 2010)) の原文は、www.legco.gov.hk/yr10-11/english/ord/ord017-10-e.pdf を参照。

⁶² Mark Goodrich, "Arb-Med: Ideal Solution or Dangerous Heresy?," *supra* note 2, at 6-7.

てることができない」と定め、ここでも当事者が仲裁人のバイアスを理由に申立てを行う権利を明示的に放棄させている。

他方、香港国際仲裁センター調停規則14条（1999年8月施行）は、同一の契約から生じたその他すべての紛争に関して、調停手続における調停人を、後の仲裁において、仲裁人として任命することを禁止し、ハイブリッド手続きや仲調に必然的に伴う偏見の問題を根本から逃れている。

香港の裁判所では、仲裁人の忌避については、イギリスと同様に、「現実の可能性」テストによって客観的に仲裁人の偏見の有無が判断されることから、仲裁人が忌避される可能性は小さくない。また、最近の香港の仲裁判断の承認と執行に関する裁判例では、仲裁人の偏見や仲裁手続における適正手続の侵害に対する申立ては、当事者が適時に異議権を行使しなかった場合には認めないとする判決も出てきている⁶³。

4 シンガポール⁶⁴

シンガポールでは、シンガポール国際仲裁法17条(1)が、書面による当事者の合意があるかぎり仲裁人が調停人を兼ねることを認める⁶⁵。同法17条(2)(a)では、調停時でのコーカスを認めている⁶⁶。同法17条(2)(b)では、当事者の合意がある場合と同法17条(3)が適用されない場合を除いて、調停時に得た情報を秘密として扱うことを調停人としての役割を果たす仲裁人に求めている⁶⁷。調停時に得た秘密情報の扱いについては、同法17条(3)によって、仲裁手続のために重要であると認める秘密情報を、仲裁手続に参加する他の当事者全員に対し、可能な限り開示するものとしており、香港と同様の立場をとっている⁶⁸。また、これも香港と同様に、同法17条(4)は、「この条の規定により、調停人としての役割を果たしたことがあるということのみをもって、その者による仲裁手続の実施に対し、不服を申し立てることはできない。」⁶⁹と定め、仲裁人のバイアスを理由に申立てを行うことを明示的に当事者に対して禁じている。

⁶³ 例えば、*Gao Haiyan and Xie Heping v. Keeneye Holdings Limited and New Purple Golden Resources Development Limited* CACV 79/2011 参照。本件では、Arb-Medの手続において、仲裁手続において行われた調停手続への異議が当事者によって適時に述べられなかったことで、当該当事者は異議を述べる権利を失ったと判断された。

⁶⁴ 2014年11月に設立されたシンガポール国際調停センター（SIMC）は、シンガポール国際仲裁センター（SIAC）との連携によって、Arb-Med-Arb Protocolを展開している。同プロトコルの日本語での説明については、<http://simc.com.sg/siac-simc-arb-med-arb-議定書/>を参照。

⁶⁵ 同法17条(1)は、「仲裁手続に参加するすべての当事者が書面により同意し、かつ、いずれの当事者もその書面による同意を撤回していない限り、仲裁人又は審判は、調停人としての役割を果たすことができる。」と定める。本稿におけるシンガポール国際仲裁法の和訳の出典は以下である。監修者、児玉実史弁護士、荒川雄二郎弁護士、執筆者 松下外弁護士、「シンガポール国際仲裁法日英対訳」北浜法律事務所（以下、「シンガポール国際仲裁法日英対訳」という）17頁。

⁶⁶ 同法17条(2)(a)は、「調停人としての役割を果たす仲裁人又は審判は、仲裁手続に参加する当事者に対し、集团的又は個別的に連絡をすることができる」と定める。「シンガポール国際仲裁法日英対訳」17頁。

⁶⁷ 同法17条(2)(b)は、「調停人としての役割を果たす仲裁人又は審判は、当事者間に別段の合意がある場合又は第(3)項の規定が適用されない場合を除いて、仲裁手続に参加する当事者から得た情報を秘密にする。」と定める。「シンガポール国際仲裁法日英対訳」17頁。

⁶⁸ 同法17条(3)は、「仲裁人又は審判が、調停手続において、仲裁手続に参加する当事者から秘密情報を取得し、かつ、紛争について当事者が和解することなく調停手続が終結した場合、仲裁人又は審判は、仲裁手続を再開する前に、仲裁手続のために重要であると認める秘密情報を、仲裁手続に参加する他の当事者全員に対し、可能な限り開示する。」と定める。「シンガポール国際仲裁法日英対訳」17頁。

⁶⁹ 「シンガポール国際仲裁法日英対訳」17頁。

シンガポール調停センター（SIMC）とシンガポール国際仲裁センター（SIAC）は、両センターにわたるMed-Arbの手続きを提供しているが、SIMCの調停規則をMed-Arbにおける調停部分に適用し、和解合意へと導くことができる。和解に至らなかった場合は、仲裁へと移行し、SIACの仲裁規則による仲裁をすることになる。当事者が調停段階で紛争を和解したのであれば、調停手続規則6(2)条によって、調停人が仲裁判断に拘束力を付与するためのみに仲裁人として任命される一方で⁷⁰、本規則10条では、調停段階で調停人として任命された者が、後の仲裁手続で仲裁人としての役割を担うことを認めている⁷¹。

裁判所における仲裁人の忌避の基準については、「合理的疑いテスト」が採用されており、客観的に仲裁人の外見上の偏見の有無が判断されるため、裁判所において仲裁人が忌避されるリスクは残る⁷²。

X 国際商事仲裁の代替としての可能性

現時点では、ハイブリッド手続と仲調を日本が発信すべき国際商事仲裁として推奨すべきではない。

まず、ハイブリッドな紛争解決手段に共通の問題として、国際商事仲裁における和解の困難性が理由としてあげられる。国際商事仲裁は、異なる「紛争処理文化」を有する当事

者間で行われるため、和解勧誘が難しいと言われていることについてはすでに上述した⁷³。

次に、原則として「法の支配」による仲裁を推す英米法系諸国では、仲裁人が調停人を兼ねることから生じるバイアスや、適正手続または自然正義違反のリスクを伴う紛争解決手段を、和解・調停文化をもつ中国や日本の当事者ほど容易には享受しないことが考えられる。しかし、だからといって、仲裁人と調停人が同一であるハイブリッドな紛争解決手段においてコーカスを禁止してしまうと、調停の長所を大幅に削減することになってしまい、調停が不調に終わる可能性が高くなる。これでは仲裁と調停を連結させる意味が無くなってしまふ。

では、ハイブリッド手続や仲調を別々の仲裁人や調停人を雇って行えばよいという考えにも行きつくが、そうした場合には、事実関係の説明や立証を新たに雇われた仲裁人や調停人に対してははじめから行わなくてはならないことから、仲裁の訴訟化と同様に時間と費用が問題となりうる。また、日本や中国のように民間の調停制度の発展がみられていない法域では、仲裁人と調停人が別人であるハイブリッド手続の継続的な実現が難しいことも問題である。

さらには、仲裁人と調停人が同一人物の場合には、秘密情報の仲裁判断への流用について当事者間で合意（Waiver）があったとしても、各国の裁判所が、その合意の効力を絶対

⁷⁰ See Deekshitha and Saha, "Amalgamating the Conciliatory and the Adjudicative," *supra* note 20, at 84.

⁷¹ See *id.*

⁷² *Re Shankar Alan s/o Anant Kulkarni* [2006] SGHC 194 ¶ 80

Reasonable Suspicion Test（合理的な疑いテスト）：“[W]ould a reasonable and fair-minded person sitting in court and knowing all the relevant facts have a reasonable suspicion that a fair trial for the applicant was not possible[?]”（裁判所に座りかつすべての重要な事実を知る合理的で公正な考えを有する者が、申立人にとって公正な審理を受けることが可能ではなかった旨の合理的疑義を有するか？）。

⁷³ 谷口安平「和解・国際商事仲裁におけるディレンマ」、前掲注37、206頁参照。

2. 英米法系諸国からみたハイブリッド仲裁

的なものとみなさなければ、仲裁判断の取消と執行拒絶のリスクがつきまとう。現時点では、当該合意の効力を客観的に判断できるほどハイブリッド手続や仲調に関する裁判例や判例が蓄積されていない。

そして、調停が不調に終わった場合は、Arb-Med以外は、通常の仲裁手続に移行することになるが、その仲裁は原則として「法の支配」による仲裁でなければ、すでに失敗した調停を無駄に繰り返すことにならざるを得ない。このことから、「法の支配」による欧米型仲裁は、紛争の終局性と仲裁判断のグローバルな執行を可能とする点で避けて通ることはできない。

とその海外における認識と展望に関する研究」を国際商事仲裁に関連して行う機会を得た。本研究は、当該研究の成果の一部である。

XI おわりに

日本としては、まず、欧米型の「法の支配」による仲裁の原則と実務を理解し、そのうえで、仲裁人と調停人が別人でありバイアスの問題を伴わない英米法系諸国のハイブリッド手続を習得すべきである。それには、プライベートな第三者による調停を同時に活性化させることも必要になってくる。

また、日本の紛争処理文化を理解できる相手方当事者とのビジネスに備えて、香港やシンガポールの仲調に関する法制度を参考に、可能なかぎり適正手続と自然正義を維持しながら、仲裁判断の執行性を損なうことなく、同意に基づく仲調を行える法制度を整えていくべきである。

【追記】 筆者は、日本大学本部から平成25年度海外派遣研究員として、2014年8月から2015年9月までの一年間強の間、アメリカに滞在し、「英米法に特有の法理

坂本報告コメント

浜辺陽一郎

青山学院大学法科大学院 教授

I 本報告は、「アジア諸国の紛争処理文化」に着眼しながら、ハイブリッド仲裁と日本の国際商事仲裁について考察を加えるものである。様々な国々の仲裁の状況を比較・検討しながら、関係者との対話等も踏まえてまとめられている。特に、「法の支配」を優先させる欧米的紛争処理文化と、「人と人との関係の調和」を重んじるとされるアジア諸国の紛争処理文化の違いに着目し、その対比を前提としたハイブリッド仲裁における融合を論じる点に本報告の特徴がある。

ここで「人と人との関係の調和」とは、情緒的なものよりも、可能な限り法的な手続きを回避し、ビジネスにおける初来的な損得勘定などを総合的に考慮して判断する傾向を含むものと解釈できよう。他方、「法の支配」を優先させる欧米的紛争処理文化といえども、法令による解決の限界を見据えつつ、実質的・経済的な視点から戦略を考える発想も様々な交渉戦略論の中で論じられることがあることにも留意すべきであろう。

II 本報告は、日本の紛争処理文化として和解調停を好む傾向にも着目する。ただ、日本に限らず、「法の支配」が重要な理念であることはアジア諸国でも広く受け入れられつつある。そして、和解による紛争解決は相互に譲歩することによって成立するが、それは単に「足して2で割る」だけでなされるべきものではない。また、何らの根拠もなく譲歩をすることが強いられることも合理的とは

言えないであろう。

一般的に、裁判官や仲裁人等の専門家が関与する和解・調停では、一定の心証形成を基本としながら、妥当な解決を図ることがメリットとなる。即ち、対象となる紛争案件において法令解釈が必ずしも明らかでない場合や、事実認定が微妙な場合に、当事者双方が敗訴リスクを考えながら一定の譲歩をすることが合理的であることは、和解による紛争解決の重要な正当化根拠となっている。

こうした和解の機能に鑑みると、事実認定や法令解釈とは全く切り離された譲歩への圧力は、決して妥当ではない。少なくとも日本の紛争処理の実務では、裁判官や仲裁人による一定の心証形成が和解の成立に大きな役割を果たすことが認められている。もしも、何らの心証形成にしないで、「足して2で割る」ような和解を行うだけであれば、法外に多くをふっかけた者が不当に有利となり、法と正義は踏みにじられるような解決が強いられるようなことになりかねない。

III これに対して、英米法諸国においては、調停人を兼ねる仲裁人がバイアスを抱くことが問題として強く意識される。確かに、和解調停の協議における交渉は、証拠に基づく事実認定とは性質の異なるものである。当然のことながら、米国の証拠法では、和解交渉において述べられたことを、紛争関係の事実認定の証拠とすることは認められない。それは陪審員がそうした供述によってバイアスを抱

く危険性を懸念してのことであるが、仲裁人についても同じようなバイアスのリスクが認識されている。

これに関連して、本報告では、調停人の守秘義務の問題に触れ、和解調停における情報が守秘義務の対象と考えられていることも紹介されている。仲裁の非公開性に由来する秘密保持義務とは別に、仲裁人と調停人の間における秘密保持義務はバイアス防止の観点から論じられており、仲裁人や調停人が必ずしも法律専門家とは限らないのであれば、陪審員と同様に考えるという沿革は理解できる。ただ、法律専門家が仲裁人となる国際商事仲裁においても、その問題が妥当するかは更に検討する必要があるかもしれない。

Ⅳ 一方、日本における裁判官や仲裁人らの和解調停の協議は、前述のような事実認定の程度について証拠評価をめぐった対話が行われ、そこで裁判官等の事実誤認を修正したり、当事者双方のリスクについて合理的に検討する材料が提供されたりすることで、妥当な紛争解決の方向性を模索するプロセスとなっている。この背景には、和解協議交渉で譲歩する提案をもって不利な材料とはできないことを、法律専門家である裁判官や仲裁人は十分に理解しており、陪審員のようなバイアスをそれほど受けないと考えられているからなのかもしれない。

Ⅴ 英米法諸国における紛争解決の実務において、調停人と仲裁人が別々であるとか、本報告で指摘されているArb-Medのように仲裁審理後に作成した仲裁判断に封をした上で調停に付すという方法であれば、仲裁人にバイアスを抱かれる問題は回避できる。

しかし、それでは、和解調停の協議において、事実認定の程度について証拠評価をめぐった対話を行ったりすることは困難となる

のではないだろうか。

また、裁判官等の事実誤認を修正したり、当事者双方のリスクについて合理的に検討する材料が提供されたりするといったことも期待できなくなる。一方、調停人と仲裁人が別々である場合には、調停人が紛争に関する事実認定や法令解釈を行うとしても、仲裁人とは別に行うことになる。もしも、調停人がそのような作業をしないのであれば、紛争の実態に応じた法と正義に基づく妥当な解決を目指すことは難しくなる。

Ⅵ 紛争はとにかく解決すればよいというわけではなく、その公正なプロセスを通じて当事者が満足しうる、より質の高い結果をどのように導くかが重要な課題である。

当事者間の対立がどうしても埋まらなければ、最終的には裁判なり仲裁判断なりをもって結論を出すことになるが、その判断がどこまで正義にかなったものであるかを検証することは難しい。和解による解決はその問題を回避ないし克服する手法として使われるのであるが、少なくともあるべき法律専門家によって行われるべき和解は決して正義を無視して強いられるものであってはならないはずである。

さらに、紛争解決手続においては経済性も考慮しなければならない。仲裁人と調停人が別々に心証形成する必要があるとすれば、それだけコストのかかるものとなる。和解による解決は、紛争解決コストを軽減する機能もあるはずであるが、どのようにバランスを取るかも考える必要がある。

Ⅶ ハイブリッド仲裁の考え方は、その運用の仕方によっては、合理的な和解の可能性を模索しながら、最終的には仲裁判断を下す権限を付与することによって実効性が確保できる有効な手法の一つとして検討に値する。

ただ、段階的紛争解決手続の詳細を契約で定めた場合には、その契約の解釈適用をめぐって仲裁手続で紛糾する恐れもある。本報告の注記でも段階的・重層的紛争解決条項の問題に言及されている通り、一般的にも紛争手続条項を細かく定めることは煩瑣であるだけでなく、紛争予防とは逆の効果をもたらすリスクを増大させる点で、実務的にはあまり好ましいものとは評価できない。

Ⅷ 「法の支配」の反対概念は、「人の支配」とか「法によらない支配」ということになりがちだが、国際商事紛争の領域では、適切・妥当な紛争解決に向けた「法の支配」の理念は重要である。真実に合致した法令による解決を図ることに限界があり、当事者が一定のリスクを回避しようする場合に、和解によってビジネス紛争を解決することは、事業者として合理的な行動である。そうした解決を導くために、どのような手続きを選択し、どのように運用していけばよいかを検討する一つの素材として、ハイブリッド仲裁の今後に注目していきたい。