

<コメント> 実務家の視点から

国際私法における当事者自治について ——仲裁実務を含めて、クロスボーダー実務的視点から

高取 芳宏
たか とり よし ひろ

オリック東京法律事務所・外国法共同事業 訴訟部代表パートナー弁護士

はじめに

- 1 第一の切り口—私的自治のモチベーションについて
 - 2 第二の切り口—私的自治を可能にするベース（基盤）について
 - 3 第三の切り口—私的自治の利用と拡大がもたらす現象と効果について
- おわりに

はじめに

本稿では、クロスボーダービジネスを中心にリーガルサービスを提供する実務家としての視点から、「当事者自治」の中心的役割を担う仲裁実務を含めて、3つの切り口からコメントさせて頂くとともに、今後の課題等について言及する。

第一の切り口として、仲裁等 ADR の拡大要因すなわち利用のモチベーション（動機づけ）の側面がある。このモチベーションを高める大きな要因の一つとしては、紛争解決及び米国海外腐敗行為防止法（FCPA）、英国賄賂防止法（UKBA）といった各国、各管轄におけるコンプライアンス要請の顕著なクロスボーダー化が挙げられる。企業の中には、例えば、紛争解決条項として、発展途上国において裁判管轄を選択をすることにより惹起されうる賄賂提供のリスクを回避するために、仲裁条項等私的自治のシステムに解決を委ねる傾向も見られてきている。

第二の切り口としては、これらのデバイス（道具）の利用を可能にするベース（基盤）について、仲裁人の質に対する信用性と、良質の仲裁人の利用を容易にするアクセスビリティの確保が重要であり、実務上直面する最も難しい問題でもある。

第三の切り口として、その利用と拡大がもたらす現象と効果について、ディスカバリー（証拠開示）等コモンローベースの制度の拡大とシビルロー的文化との現実的衝突、また、それらの調整を含めて、仲裁等の当事者自治がより柔軟性を求められていると言えるので、その観点から若干論じる。

1 第一の切り口——私的自治のモチベーションについて

近時のビジネス・取引の国境を超えたクロスボーダー化のさらなる進行によって、紛争を想定した、ないしは予防するための手段としての、紛争解決条項をめぐる契約当事者間の攻防の進化が挙げられる。裁判のような、一つの管轄、公権力下での紛争解決では実現できない、公正・中立な紛争解決手段として、仲裁等の私的自治的紛争解決の重要性が増している。この意味では、「私的自治」と多少文脈は違うが、私人対公権力を想定する投資協定仲裁の役割への期待が高まってきており、現実的な利用が多くなってきていることも特記すべきである。

そして、そのような公権力による管轄の壁が立ち上がる一方で、逆に FCPA や UKBA 等、各国の公権力による行政的規制が国境を越えて及ぶエリアが増しており、さらには行政・規制当局間のネットワークのグローバルな緊密化も推進役をなしていると言えよう。藤谷教授が指摘されたような市場に対する国際的なレギュレーションの高まりの現状を捉えた時、国際的な紛争解決を、国境を越えてどう公正・中立に行うか、また、企業をはじめとする紛争解決手段の利用者の側からすれば、いかにそのようなレギュレーションに合致する行動をとっていくかが直面する課題であり、仲裁等の ADR の利用を推進しているようである。例えば、日本の企業が、司法手続についてまで賄賂のやり取りが蔓延する国における取引について、どのような紛争解決条項を入れるか、という検討段階において、そのような国で地元の弁護士を使って裁判官やその他公権力と贈賄行為を疑われるような行為を誘発するリスクがあるとする。そのような場合は、近時の FCPA, UKBA といった国境を超えた法規制が及ぶ可能性があり、それを防ぐために敢えて、公権力を紛争解決プロセスに入れず、仲裁条項を選択する要請も、現場では議論されているようである。これは、まさ

に西谷教授が指摘された「国家主権の機能が後退している」事象の一例ではなからうか。

さらには、これら私的自治的紛争解決の Flexibility = 柔軟性も、私的自治の大きな魅力の一つであり、特にコモンロー系とシビルロー系の法文化がぶつかり合うクロスボーダーの紛争解決場面では、有効な紛争解決の手段となることが注目されている。この点、管轄によっては、公権力 = 裁判所による判決に比べて、仲裁手続や仲裁判断の信頼性が欠けるという懸念が度々指摘されるところであり、仲裁判断に対する公権力 = 裁判所による司法審査を許容する合意が有効かというような論点も提示されているところである⁽¹⁾。

2 第二の切り口

—私的自治を可能にするベース（基盤）について

私的自治を可能にするための要件としては、①紛争解決等の判断権者の質の向上と維持、②私的自治的紛争解決プロセスに対する信用性の維持、そして③そのような手続、選択へのアクセス容易性が重要と考えられる。

①と②については、例えば仲裁人を適格にトレーニングし、その質を国際的に向上させ、十分な仲裁人のリソースを確保することが不可欠であり、それなくしてプロセスへの信頼は得られないことから表裏一体の要件とも言える。特に、日本では、まだまだ国際仲裁の案件数が少ないこともあり、仲裁人の実質的なトレーニングやリソースの確保ができていない状態である。日本仲裁人協会（JAA）や英国仲裁人協会（Chartered Institute of Arbitrators-CI Arb.⁽²⁾）等、仲裁人や調停人の国際的なレベルを上げるための研修やセミナー等の努力がされているところではあるが、さらなる国際的なトレーニングの実施と強化が望まれるところである。

また、それに伴って、裁判所を含めたリーガルマーケットにおける、仲裁や私的な調停等の「私的自治」に対する信用と尊厳なくして、私的自治は機能しない。例えば、本来、一回きりの終局判断であり、控訴などのアピールが許されないことを本質とする仲裁判断について、公権力である裁判所が、あたかも控訴審の如く、取り消したり、覆すような事態が頻発しては、およそリーガル

マーケットにおける信用性は維持できない。最近の東京地裁と東京高裁による仲裁判断を取り消した事案は⁽³⁾、この点大きな問題を提起しており、仲裁判断の質を維持するとともに、裁判所による仲裁判断の尊重と、そもそも「私的自治」による解決についての本質的な理解の必要性を痛感させるところである。この点、横溝教授が提起された「仲裁判断は法規範か」という問題提起とも関連するが、まさに「国家法秩序との関係や正当性」が吟味される局面となる。特に、公権力対私人の紛争において機能すべき投資協定仲裁が注目され、利用が促進されようとする今日、裁判所による理解の不十分さは、国際リーガルマーケットにおける日本の管轄地としての停滞や機能不全をもたらしかねない。そのためには、司法研修等の裁判官のトレーニングにおいても、公権力による判断や手続のみならず、私的調停や仲裁などを含め私的自治に対する正確な理解と、グローバルな視野を持った見識が重要視されなければならない。

さらに、そのような仲裁手続や判断の内容・効力について、利用者側、つまり例えば企業の法務部等が信頼を置かなければ、そもそも企業が紛争解決手段として選択する意思決定を行う機会が極めて減少することになる。筆者が日常的に依頼を受けている企業法務部担当者からも、「仲裁を使ったことはあるが、ひどい判断を受けた。社内でも説明がつかないで困った。」という話や、「仲裁のメリットや、具体的な進め方がわからず、また、そもそも仲裁人として誰を選任すればよいのかもわからない。」等の声を耳にすることが多い。すなわち、現実の具体的な実務運用では、仲裁人の裁量・権限がコントロールする力が大きく、企業をはじめとする利用者の最大の関心事であるとともに最大の懸念点でもあるのである。企業の顧問弁護士や社内弁護士を含め、広く仲裁のメリットやデメリットについての理解を浸透させると同時に、せっかく本来あるべきメリットが減殺されないようなプラクティスの地盤を築いていくことが肝要である。

また、これらの利用者側の声からは③のアクセス容易性の問題も窺える。すなわち、紛争解決条項ないし管轄条項として、仲裁条項を規定していたとして、いざ紛争が顕在化した場合に、誰を仲裁人として選べばよいのか、そもそもどのようなリソースがあるのか、について、多くの弁護士でさえも殆どアイデアがない、という現状がある。また逆に日本の企業が仲裁人候補になりうるよう

な実務家について情報を十分に持っている場合には、利益相反が存在するなど、実務的なジレンマや困難性もある。

社団法人日本商事仲裁協会(JCAA)等の各仲裁機関も名簿の改正や刷新を図り、利用者の便宜に供する努力をしているところであるが、各国の仲裁機関やCIArb.等のトレーニング機関と連携及び情報共有を行い、利用者のアクセス容易性が促進されることが切に望まれる。

3 第三の切り口

—私的自治の利用と拡大がもたらす現象と効果について

紛争解決における、仲裁、私的な調停など、私的自治が機能することにより、どのような現象や効果が現われてくるか。

まずは、コモンロー系の管轄ないし法文化と、シビルロー系の管轄ないし法文化の、両者の間にある壁を超えた、より根本的な紛争解決におけるクロスボーダー化が進化してくる。

例えば、証拠開示(Discovery)の採否、書面・データ提出やデポジションまたは証人尋問の実施の方法や程度、などいずれを採っても、コモンロー系の考え方とシビルロー系の考え方やプラクティスの方法が衝突する場面が多い。特に米国等はコモンロー系の中でも広範な証拠開示や、多数のデポジションを当たり前としている法文化であり、国際仲裁の場面においても、その範囲や程度については、その法文化でプラクティスをする実務家は、かなり広範な証拠開示を前提とし、ないしは要求をしてくる傾向が強い。逆に、シビルロー系の当事者、ないしは代理人は、一般的にこれとは逆に、証拠開示そのものを行わないことを主張したり、行うとしてもかなり限定的な範囲や程度を主張する傾向がある。また、仲裁廷の構成も、それら異なる法文化からの出身で構成されることが珍しくなく、特に、当事者の国籍がまたがる場合には、両国に加えて第三国の仲裁人と併せて、3カ国の法文化の違いが反映され、衝突や調整が要請される場面が多い。そのような場合、近時の傾向としては、IBAの証拠採用規則を、そのガイドラインとして使用する等、折衷的な調整を行い、柔軟な運用を行う等の努力が行われているのが現状である。このような衝突と調整は、国

家や管轄を超えた紛争解決手続であるからこそ可能なものであり、私的自治の最大のアドバンテージとも評価できよう。

さらに、証拠開示を限定的に行うとしても、いわゆる弁護士・依頼者秘匿特権の有無やその範囲、そもそも誰に対する関係で、どのようなコミュニケーションが行われている場合に証拠開示の対象からはずすのか、といった非常に細かい論点ではあるが、結果を大きく左右しかねない点についても、国家・管轄によって法制度や考え方が大きく異なる場面が登場する。そのような場合、異なる法制度や法文化の調整に多くの経験を有する仲裁人がその経験と力量により効率よく運営できれば、まさに私的自治の積極面としての仲裁のメリットが活きてくることになる。

また、仲裁等の私的自治としての紛争解決においては、デポジション、審問、証人尋問等、訴訟と同様のないしは類似の手続が行われるものの、かなり柔軟な進行がなされる。上記のようなコモンローとシビルローの調和が図られると同時に、紛争解決の方法そのものとして、専門性やスピードといった仲裁特有の効果を最大限に発揮する工夫がなされる。例えば、筆者が米国の JAMS⁽⁴⁾ における仲裁手続で経験した進行方法としては、デポジションの形を取りながらも、当事者の申請により仲裁人自らがデポジションに立ち会い、実質的に証人尋問と同様に心証を採る手続を行ったことがある。一見乱暴な手続のように捉えられる向きもあるが、当事者の合意を基に選任された仲裁人の柔軟な判断により行われたこの手続により、早期に和解が促進され、国境を超えた紛争解決が速やかに行われたケースの例である。

その他、筆者が仲裁廷の一人を構成した JCAA の仲裁事件でも、審問手続の中で行われた証人尋問の途中で、第三仲裁人が争点の不明瞭さを感じ、当事者代理人双方に主張と防御の点を明確にするよう求め、争点整理し直した上で証人尋問を再開するという手法を採ったことがある。このように、同一期日内で集中的に主張・争点の整理と平行して証人尋問を行い、迅速かつ効率的な解決が促された。

もちろん、私的自治的紛争解決には、このようなメリットのみでなく、仮に第二の切り口で述べたような信用性、判断権者の質に問題があるような場合に

は、真実発見の機能も低下し、紛争解決プロセスとしての実効性を持たなくなる危険性を常にはらんでいることを忘れてはならない。また、実際に私的な調停や仲裁の現場を経験していると、公的機関による紛争解決、すなわち裁判の場合と比べて、仲裁条項の有効性、範囲、仲裁人の選任や進行に伴う利益相反、手続の進め方等、内容面とは次元の違うプロセスの面で争いになる割合がかなり高く、当事者や代理人も、そのような手続上の争いを戦略として用いる傾向がある、という印象を受ける。これは、そもそも契約締結の段階から私的自治的紛争解決としての仲裁条項の設定について、弁護士も含めて不慣れであったり、仲裁手続の進行についても経験のある弁護士や実務家が少ないという背景も影響していると思われる。また、仲裁で不利な判断を下された当事者が、本来例外的な手続として利用されるべき仲裁判断の取り消しや、執行の拒絶を、まるで訴訟における控訴のように利用する傾向もあり、それを受け取る裁判所側の姿勢や理解の程度も、私的自治の効率的な運用と成果を可能にするかどうかの鍵を握っていると言えよう。

おわりに

以上、実務家の視点から、特に、国境を超えるクロスボーダーの実務における、当事者私的自治の、モチベーション、基盤及び効果について、具体的なコメントを心がけた。これらの論点については、確かに学術的な、あるいは論理的な議論や整理も重要であるが、さらに、現実の国際紛争でどのような問題が生じ、私的自治の利用者である、国際的なビジネスを行う企業等の実際の声や懸念を踏まえた具体的な議論がなされる必要がある。例えば、日本法人と外国法人間の紛争という抽象的な場面を想定したとしても、その中で現実にプレイヤーとなる「日本法人」の実態としては、そのオーナーや役員が現実には外国人であり、「日本法人」の仮面を被った外国人の集団である、というような場合も現実には存在しうるのである。そのような場合に、ひとくくりに「日本法人」についてはこうあるべき、「外国法人」についてはこうあるべき等と抽象的に議論しても、現実の紛争解決としては方向を見誤り、実態と乖離することもあり得る⁽⁵⁾。その意味からしても、今回このような場での発表と論稿掲載の

機会を頂いたことに感謝する。

- (1) 「仲裁判断に対する司法審査の可否に関する合意について—近時の日米における議論の比較的な観点から—」(JCA ジャーナル 2009 年 5 月 第 56 巻 5 号) 高取芳宏 John E. Porter
- (2) CIArb. の訳語として、「英国仲裁人協会」という名称は必ずしも正確ではないが、実務的に常用されていることから表記とした。同協会では、日本支部を創設し、初心者コース、中級コース、上級者コースの 3 段階のトレーニングコースを各国で行い、トレーニング終了と試験合格者に対して、Associate member, Member, Fellow, Chartered Arbitrator 等の呼称の使用を認めている。
- (3) 東京高裁 平成 23 年(ラ)第 1334 号 仲裁判断取消決定に対する抗告事件。原審は東京地方裁判所平成 21 年(仲)第 6 号。当事者間に争いのあった事実について、争いのない事実として仲裁判断に記載した事案について、両裁判所は、「公序に反する」手続があったとして、仲裁判断を取り消した。日本の仲裁機関関係者、外国の仲裁実務家を中心に、多くの批判がなされているところである。
- (4) 米国カリフォルニア州アーバインに本社を置く、仲裁・調停機関であり、フルタイムのパネリストにより紛争解決が図られている。
- (5) 例えば、私的自治ないし仲裁の事案ではないが、筆者が担当した、クロスボーダーの偽造・模造品に関し、外国法を適用した東京地裁平成 23 年 3 月 25 日判決についても、日本法人の役員を規律する法規範として外国法を安易に適用した判決との学術的批判もあるが、実態としては、「日本法人」の仮面を被った外国人の偽造犯罪集団に対して外国法を適用してその責任を追求した事案であり、筆者としては、現場の実態を捉えた至極合理的な判決であると考えている(知財管理 Vol.63. No 4 2013 参照)。