

# Tokyo Dispute Resolution and Crisis Management Newsletter

December 2017

Edition No. 21

In this December edition, we are delighted to present legal and industry updates from the firm's global network of offices. The selection is based upon our experience of the wide variety of issues faced by our clients in their business operations and investments around the world.

We hope that you enjoy the edition, and would welcome the opportunity to discuss further any matters which impact your business today.



**Chris Bailey**  
Partner, Tokyo  
+81 (0)3 4510 5603  
[cbailey@kslaw.com](mailto:cbailey@kslaw.com)



**Oliver McEntee**  
Associate, Tokyo  
+81 (0)3 4510 5620  
[omcentee@kslaw.com](mailto:omcentee@kslaw.com)

*King & Spalding received special recognition for the high number of leading construction lawyers across its global network, with three partners included in the list of global "top 25" construction lawyers.*

## Who's Who Legal: Construction

### In This Issue:

Lead Article..... Page 1

Resources & Links.... Page 5

Our Team..... Page 6

## Suitability of Arbitration Rules for Construction Disputes

### Introduction

Arbitration continues to be the preferred method of dispute resolution for construction disputes.

With many large infrastructure projects being financed, developed, supplied and constructed by companies from countries other than the one where the project sits, international arbitration is the most attractive option for resolving disputes among the interested parties. The driving reason behind this preference is that international companies involved in construction and engineering would rather look to arbitration to resolve their disputes, as opposed to subjecting themselves to the idiosyncrasies of local court systems and their inherent risks. As a result, construction and engineering projects consistently generate the largest percentage of commercial disputes before international arbitral bodies. For example, in 2015, they made up 25 per cent of all cases before the International Chamber of Commerce, which was the largest percentage of any subject matter by a significant margin.

With respect to construction disputes involving parties from the same country, domestic arbitration remains an attractive option. The use of arbitration, whether domestic or international, provides parties with a large degree of privacy, as most elements of the arbitration process are kept between the parties and are not subject to public scrutiny. It also allows the parties to select and present the merits of their dispute to seasoned arbitrators with significant experience of construction-related issues.

### Are arbitration rules well-suited to construction disputes?

With such a large number of construction disputes being arbitrated on regular basis, it seems appropriate to ask a threshold question: are arbitration rules well-suited for construction disputes?

After all, construction disputes distinguish themselves from other commercial disputes in a number of ways. They can be exceptionally large in scope, involving multiple interested parties with independent contractual relationships and amounts in dispute reaching into the hundreds of millions of dollars, even eclipsing a billion dollars at times. The timelines of these projects – from initial development through engineering, construction and commissioning – span years, with key documentation created daily by dozens of witnesses. This often leads to an enormous amount of data to be reviewed and evaluated as evidence.

Disputes concerning issues of time, cost and quality frequently give rise to the need to analyse and assess the cause of project delays through complex schedule analyses and expert testimony. Technical evaluation and testimony from experts is also often needed to address defects arising from the design and construction of complicated equipment. Complex issues of loss and of quantum of claim are common, requiring the input of expert quantity surveyors or quantum specialists.

Overall, the rules and accepted practices in arbitration are well-suited for the nuances of construction disputes and allow the parties to prepare and present their cases effectively. That said, parties to construction arbitrations need to be aware of the applicable rules and norms, so they can strategically streamline and present their cases within the boundaries of these constraints.

#### *Joinder of necessary parties*

Cost overruns on a construction project can arise from a number of causes, such as delays, inefficiencies and defects, which can be the responsibility of a number of participants in the process. These participants, which include owners, contractors, subcontractors and equipment suppliers, typically enter into a number of separate contractual agreements, each with their own dispute resolution provision. In order to achieve a universal resolution of the entire dispute, parties may want to join all the interested parties into a single proceeding, so an award can be apportioned appropriately and inconsistent decisions avoided.

Arbitration rules generally allow claims arising out of more than one contract to be brought forth and decided in a single arbitration and for multiple arbitrations to be consolidated into one. Consolidation is only appropriate with the consent of the parties or when the disputes arise from the same legal relationship and the arbitration agreements are compatible. While consolidation of all issues arising from the same project presents considerable efficiencies, there are a number of caveats to keep in mind before embracing this approach. First, each of the separate agreements must provide for an arbitration before the same arbitral body. If not, the parties will have to negotiate and agree to a separate dispute resolution agreement that provides for arbitration before the same body or a common ad hoc arrangement if an arbitral institution is not adopted.

Second, arbitrating all disputes among all of the parties should make sense strategically and not compromise a party's ability to effectively present its case. For example, if an engineering, procurement and

construction (EPC) contractor is in an arbitration with an owner over alleged defects in equipment supplied by the EPC contractor, the EPC contractor may not want to join the original equipment manufacturer (OEM) in the arbitration with the owner, but instead pursue a separate arbitration with the OEM under their equipment supply agreement.

The reason for avoiding joinder in this case is that the EPC contractor might find itself in the unenviable position of defending the equipment in order to rebut the owner's claim, while simultaneously pursuing a defect claim related to this same equipment against the OEM. This would allow the owner to 'divide and conquer' – a situation which could be avoided if the EPC contractor waited to bring an arbitration against OEM until after obtaining the results of the arbitration against the owner. This same dynamic could be at work where an EPC contractor is a consortium made up of two different companies (e.g., an engineering firm responsible for design in a consortium with a contractor responsible for construction). These consortium partners may want to air their grievances against one another in a forum to which the owner is not privy in order to avoid making allegations that could help the owner's case against the consortium.

#### *Discovery and document exchange*

Construction arbitrations are often won or lost based on the availability and significance of documents contemporaneously created at the time the issues in the case arose. Examples of such documents and data include cost accounting records, schedules, meeting minutes and site reports.

The party requesting these documents will often need the production of all of these documents in order to recreate a timeline of events for a schedule analysis or to decipher how extra costs were tracked and categorised at the time they were incurred. Requesting all of a type of document can be seen as a 'fishing expedition' by some arbitrators, with the preferred method being requests for the production of specific documents.

There is a basis for making broader requests, however, with the ICDR Rules allowing requests for 'specific documents or classes of documents' and the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (the IBA Rules), which are typically incorporated in the Terms of Reference in many arbitrations, allowing requests for a 'narrow and specific requested category of Documents'. Therefore, practitioners can pursue these documents by requesting them by category, but

will bolster their chances of successfully receiving the documents if they keep the categories specific tailored to issues in the dispute and satisfy the tests of relevance and materiality. For example, a request for all of a contractor's accounting records may be rejected as too broad, while a request for the cost accounting records related to a differing site condition claim being advanced by the contractor is more likely to bear fruit.

Of course, the most voluminous type of document sought in discovery are emails. It is here that the rules governing most arbitrations fall silent and fail to provide helpful guidance. Therefore, it is up to the parties to come to an agreement on a protocol for the production of electronically stored data, such as emails, and the arbitrators to oversee and insist on a process that is both fair and efficient. Such a protocol should recognise the need for metadata showing the provenance of the evidence to be preserved.

Because they are largely silent on the issue of electronic discovery, arbitration rules allow the parties and arbitrators to come to an agreement on methods such as these that will allow for the production of key evidence in way that is commensurate with the overarching goal of 'maintaining efficiency and economy'.

### *Experts*

It is difficult to overstate the importance of experts in the proper resolution of construction disputes. Thorough and convincing expert testimony can help a party prevail on any of the host of issues that typically arise in construction disputes.

Experts in construction matters are often used to decipher engineering standards, analyse schedule delays, perform forensic accounting and find the root causes of defects. Expert opinions are not limited to these core issues, however, and can speak to everything from market conditions for loss of revenue claims to weather patterns for claims of force majeure. At bottom, a single arbitration can find itself dealing with the opinions of a number of experts, each of which will be expected to testify at the eventual hearing.

Fortunately, arbitration rules have been developed to accommodate and fully utilize expert witnesses. The IBA Rules provide that the arbitrators may require experts opining on the same issue to meet and confer and report on the areas on which they agree and disagree. This is only one tool that arbitrators may employ to bring efficiency and clarity to what can be a morass of expert opinion. It is not uncommon for arbitrators to ask parties to have the experts on the same

issues testify together in a panel in front of the arbitrators at the hearing. This practice, which is sometimes referred to as witness conferencing or 'hot tubbing', can also help the arbitrators to make efficient use of the experts in a matter by cutting through posturing and building a degree of consensus.

Finally, arbitration rules also allow for the tribunal itself to appoint an independent expert to advise it on issues in the case. This option allows an arbitral tribunal to be independently educated on issues and form the basis for its decision on a source of information untainted by party bias. A common occurrence with this approach, however, is that parties will still seek to engage their own expert advisors to assist them in making their submissions to the tribunal, which can lead to a proliferation of experts and additional cost.

### *Interim measures*

Recognising that parties cannot always wait the years it will take for an eventual final award to have an exigent issue addressed, arbitration rules allow for interim or conservatory measures.

The International Chamber of Commerce and International Centre for Dispute Resolution Rules both provide for such relief and both allow for parties to also seek interim relief from a judicial authority as well. These rules also provide that the requesting party can be made to furnish the appropriate security, as would be typically required by a court of law in the event an injunction was issued.

There are times when parties to construction cases will have the need for such interim measures to maintain the status quo until the tribunal provides the award based on the full hearing on the merits. This need can arise when a contractor seeks to block a draw on a performance bond or letter of credit by an owner. A draw on a letter of credit can harm a contractor's credit rating and put it in the position of having to wait until the final award to attempt to recoup the amount from what may or may not be an insolvent owner. Therefore, a contractor will often want a determination that the owner should be prevented from making the draw before it happens. A contractor may also want to block an owner from terminating its contract. In either scenario, the parties can get an interim ruling that addresses the exigent issue while the remainder of the case moves towards the full hearing.

It should be pointed out, however, that while these rules can assist the arbitration, there can be many times when

they are not as effective as a party may wish. Tribunals are often unable to enforce the interim or conservatory measures they grant and national courts in some jurisdictions will not enforce partial awards.

### *Case presentation*

Most arbitration rules afford tribunals and the parties considerable flexibility in how they present their cases.

This flexibility can facilitate efficient case management and avoid unnecessary delay or expense. For example, the use of Scott Schedules for tabularizing the positions of parties or experts on multiple headed claims (such as defects, variations or quantum issues) can provide a structured framework for readily assimilating the case as presented and for recording the tribunal's decisions upon it. This sort of flexibility would most likely not be found in the courts of most judicial systems. Practitioners before arbitral tribunals should also expect arbitrators to ask witnesses questions directly. This practice also helps to focus the presentation on the issues the tribunal believes are important to its eventual decision and award.

Although tribunals will allow for flexibility, practitioners will also be held to commonly accepted standards of fairness in presenting evidence. Privileged communication between clients and attorneys will be maintained, although the degree of recognition of this privilege will vary depending on the law governing the dispute. Tribunals are also expected to consider concepts of relevancy, burden, general admissibility, weight of the evidence and fairness in determining what evidence to allow into the hearing. These rules give tribunals considerable leeway as gatekeepers to determine exactly what evidence they will consider. For example, there are no provisions expressly calling for the exclusion of hearsay, however, a tribunal could rightfully exclude such evidence on the grounds of admissibility and fairness.

### *National law*

Notwithstanding the considerable freedom that national laws grant to parties to resolve their disputes in arbitration rather than in state litigation, care must be taken to ensure that applicable arbitration rules are not inconsistent with or contravene provisions of applicable national law. In the Middle East, for example, there are a number of national law requirements, some unstated, with which compliance is mandatory if an award is to be enforceable. Some of these requirements are not addressed or are inconsistent with the rules of some of the international arbitration institutions. These

requirements impact, among others, the giving of evidence of witnesses, the taking of oaths and the timing and signing of arbitration awards.

### *Conclusion*

In conclusion, arbitration has become the preferred method of resolving construction disputes for good reason. Arbitral institutions and their rules generally allow parties and tribunals the flexibility needed to accommodate the unique nature of these disputes, within the overarching goal of achieving economy and efficiency. Furthermore, such rules may be amended or supplemented by agreement to reflect the needs of a particular dispute or the jurisdiction in which it is seated.

In short, the construction industry is well served by arbitration and it follows that construction disputes will remain a significant portion of the caseloads of all major arbitral institutions in the years to come.

### *About the Authors*

David Kiefer is a partner in King & Spalding's International Arbitration Group in New York. Mr Kiefer's practice is focused on construction disputes, primarily arising from energy and infrastructure projects. Mr Kiefer routinely counsels clients on avoiding disputes, resolving claims and, when necessary, preparing for litigation or arbitration. In his nearly 20 years as a litigator, Mr Kiefer has successfully prosecuted and defended large and complex claims before federal and state courts, as well as domestic and international arbitration panels. He has been named one of New York's Best Lawyers in America for Commercial Litigation. Mr Kiefer holds a JD from The George Washington University Law School.

Adrian Cole is a partner in King & Spalding's international arbitration group and leads the Middle East Dispute Resolution Practice. He is a construction law specialist advising on disputes relating to energy and infrastructure development. Prior to becoming a lawyer, Mr Cole qualified as an engineer/quantity surveyor and has first-hand experience of the practical issues in the engineering and construction industries. Mr Cole has been listed by Who's Who Legal as one of the top 25 construction dispute resolution lawyers in the world. He is an experienced arbitrator, adjudicator and mediator and is a Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators and a member of the Chartered Institute of Building.

## Resources & Links

The following links provide access to further King & Spalding Dispute Resolution and Crisis Management publications.

### Legal Updates

**Construction:** Case Note on MT Højgaard A/S v E.ON Climate & Renewables UK Robin Rigg East Limited

**Construction:** Navigating Troubled Waters Towards Substantial Completion

**Construction:** Force Majeure during Construction – Are you Ready? (From the Owner’s Perspective)

**Construction:** Building a Favorable Project Record During Construction Disputes

**Construction:** Thinking Beyond the Dispute Resolution Provision in Construction Disputes

**Litigation:** The UK Shorter Trials Scheme: BP’s Moroccan oil refinery case gets Court of Appeal verdict

**Construction:** Discovery Management For Construction (Or Other) Projects

**Contamination:** The Texas Supreme Court Opens the Door for More Oilfield Contamination Lawsuits

**Construction:** Infrastructure Crisis Management: Maximizing Insurance Coverage

**JOAs:** Practical Issues Under Joint Operating Agreements

### King & Spalding News

**Recognition:** Legal 500 Asia Pacific Again Recognizes King & Spalding with Top-Tier 2018 Rankings

**Recognition :** The American Lawyer names King & Spalding to Annual Asia 50 List

**Recognition:** Chambers, Legal 500 UK Again Rank King & Spalding Among Leading UK Law Firms

**Recognition:** Benchmark Litigation Recognizes King & Spalding as a Leading U.S. Litigation Firm

**Recognition :** King & Spalding Law Firm of the Year for FDA Law, International Arbitration – Governmental

**Recognition:** Legal 500 Deutschland 2018 Recognizes King & Spalding As One of Germany’s Leading Firms

**Firm News:** King & Spalding Elects 17 New Partners and Promotes 12 Counsel Across Seven Offices

**Case News:** John Hooper advises Toyota on 496 alleged unintended-acceleration defect settlements

## The Tokyo Disputes Team



**Chris Bailey – Partner**  
England & Japan\*  
Head of Tokyo Disputes



**Oliver McEntee**  
English Barrister  
Japanese



**Flora Jones**  
London Desk  
Italian & Spanish



**John McClenahan**  
Australia & Japan\*  
Tokyo Managing Partner

## The Asia Disputes Team



**Wade Coriell – Partner**  
Texas  
Energy



**Elodie Dulac – Partner**  
France & Cambodia\*  
Investor Treaty



**Emerson Holmes – Partner**  
English Barrister  
Construction



**Simon Dunbar – Partner**  
New York & England  
Commercial



**Donny Low**  
New York & Australia  
Anti-trust & Investigations



**Hanna Azkiya**  
Indonesia  
Bahasa Indonesia



**William Panlilio**  
New York  
Filipino



**David Park**  
Australia  
Korean



**Jia Lin Hoe**  
England & Singapore  
Mandarin



**Kevin Lim**  
Singapore  
Mandarin



**Xiaomao Min**  
China  
Mandarin



**Alex Lo**  
New York  
Mandarin

## Construction Disputes Leaders



**Reggie Smith**  
Houston



**John Savage QC**  
London



**James Castello**  
Paris



**Adrian Cole**  
Middle East



**Ed Kehoe**  
New York



**Mike Stenglein**  
Austin



**Jan Schaefer**  
Frankfurt



**David Kiefer**  
New York

\* Registered Foreign Lawyer

東京オフィス 紛争解決・  
危機管理ニュースレター

2017年12月

第21号

本12月号では、当事務所のグローバル・ネットワークから法務・業界アップデートをお届け致します。このトピックは、全世界で当事務所のクライアントがその業務や投資において直面した広範な問題に関する当事務所の経験に基づき選択されました。

本号がお役に立つことを願い、今日において皆様のビジネスに影響を及ぼす事項について更に意見交換をさせていただく機会を心待ちにしております。



クリス・ベイリー  
パートナー  
東京オフィス

+81 (0)3 4510 5603  
cbailey@kslaw.com



オリバー・マッケンティー  
アソシエイト  
東京オフィス

+81 (0)3 4510 5620  
omcentee@kslaw.com

キング&スポールドディングは、全世界で「トップ25」に入るパートナー3名を含む、主導的な建設専門弁護士を擁する国際的な法律事務所の一つとして特別な評価を受けています。

## Who's Who Legal: Construction より

本号:

本文..... 1頁

資料&amp;リンク.... 5頁

当事務所チーム..... 6頁

## 仲裁規則は建築紛争に適しているか

## 序論

仲裁は、建築紛争の紛争解決方法として好まれ続けている。

多くの大規模インフラプロジェクトにおいてその所在地以外の国の企業による融資、開発、供給、建設が行われている中で、国際仲裁は関係者間で紛争を解決するための最も魅力的な選択肢になっている。この選好の背後にある大きな理由は、建設工事に携わる国際企業が、紛争を解決する手段として、現地の裁判制度の特異性や固有のリスクにさらされない仲裁に頼ろうとする傾向があることである。その結果、国際仲裁機関に持ち込まれる商事紛争のうち最も大きな割合を、建設工事プロジェクトから生じたものが常に占めている。例えば、2015年には国際商業会議所で争われた全事件の25パーセントに達しており、これは係争対象別で最大の比率で、2位以下を大きく引き離している。

同じ国の当事者間の建築紛争については、国内仲裁が今も魅力的な選択肢である。国内、国際のいずれであっても、仲裁を利用することで、当事者のプライバシーの保護を大幅に強化することができる。仲裁では手続きの大部分が当事者の間だけで行われ、公の目にさらされないからである。また、当事者が紛争の実体的事項を選択して、建築関連の問題に関する経験が豊富な仲裁人に提示することができる。

## 仲裁規則は建築紛争において適切か?

このように日常的に多くの建築紛争が仲裁で解決されているのだから、次のような究極の疑問を呈しても問題はないだろう。すなわち、「仲裁規則は建築紛争に適しているのか?」ということである。

なんといっても建築紛争は他の商事紛争と多くの点で異なっている。範囲が並はずれて広く、独立請負人である複数の関係者が関与し、紛争額は数億ドルに達し、時には10億ドルを超えることもある。このようなプロジェクトにかかる時間は、開発の初期段階から工事、建設、試運転まで何年にもわたり、毎日のように重要な書類が多数の証人によって作成される。その結果、証拠として詳しく調べ、評価すべきデータはしばしば莫大な量になる。時間、費用、品質の問題に関する紛争の場合は、複雑なスケジュールの分析や専門家証言を通じてプロジェクト遅延の原因を分析、評価する必要が生じることも少なくない。込み入った装置の設計や構造から生じた欠陥を扱うために、技術的評価や専門家の証言が必要になることも多い。

損失および請求の数量について複雑な問題が生じることも珍しくなく、その場合には積算士や数量の専門家の投入が必要になる。

全体として、仲裁の規則および受け入れられている慣行は建築紛争の微妙な違いに適応しており、当事者が事件について効果的に主張を提示できるようになっている。とは言え、建設仲裁の当事者は、適用される規則や規範について認識し、その制約の中で戦略的に事件を整理し、主張を提示できるようにしておく必要がある。

### 必要な当事者の併合

建設プロジェクトの予算超過は、遅延、非効率、欠陥などさまざまな原因によって生じ、その過程へのさまざまな参加者の責任である可能性がある。建設過程への参加者（発注者、請負人、下請人、装置の供給者など）は、複数の契約を結び、そのそれぞれに紛争解決規定が含まれるのが一般的である。紛争全体をすべて解決するために、当事者がすべての関係者を1つの手続きに参加させることで、裁定額を適切に配分し、矛盾する複数の判断が出されることを防ぎたいと考えることもあるだろう。

仲裁規則は、一般的に、複数の契約から生じた請求を1つの仲裁で提起し判断すること、および複数の仲裁を1つに統合することを認めている。仲裁の統合が適切なのは、全当事者の同意がある場合、または対象の紛争が同一の法律関係から生じ、それらの仲裁契約の間に矛盾がない場合に限られる。同一プロジェクトから生じるすべての問題を統合することは非常に効率的だと思われるだろうが、このアプローチを受け入れる前に、いくつか注意しておかなければならない点がある。第一に、個別の契約のそれぞれにおいて、同じ仲裁機関で仲裁を行うことが定められていなければならない。そうでない場合は、当事者が交渉し、同じ仲裁機関で仲裁を行うことを定めた紛争解決の合意、または単一の仲裁機関を採用しない場合は共通のその時限りの取決めを別途結ぶ必要がある。

第二に、すべての当事者間の紛争について仲裁を行うことが戦略的に意味をなし、いずれかの当事者が事件について効果的に主張を提示する能力が損なわれないことである。例えば、設計調達建設（EPC）請負会社が参加する仲裁において、発注者がEPC請負会社から供給された装置の欠陥を過度に主張している場合、EPC請負会社は、発注者とOEMとの間の仲裁でOEMに併合されるのではなく、別途装置契約に基づくOEMとの仲裁を進めることを望むだろう。

この場合に併合を避けたい理由は、EPC請負会社が、発注者の請求に反論するために装置について弁護する一方で、OEMに対しては同じ装置について欠陥を主張するというやっかいな立場に立たされる可能性があるからである。これでは発注者に「分割統治」、すなわち被支配者同士を争わせて支配の安定をはかるといった戦略を許すことになる。このような状況を避けるには、EPC請負会社は、発注者との仲裁の結果が出るまで、OEMとの仲裁の提起を待てばよい。EPC請負会社が2つの異なる会社（例えば設計を担当するエンジニアリング会社と建設を担当する請負会社）から成るコンソーシアムである場合も同様の逆境に立つ虞がある。このコンソーシアムのパートナーである2社は、互いに対する苦情の申し立ては、発注者と関係のない紛争の対処法において行うことを望むだろう。自らの主張が、発注者のコンソーシアムに対する言い分に有利に働くことを避けるためである。

### ディスカバリーおよび文書交換

建設仲裁の勝敗は、事件の争点の発生と同時期に作成された文書が入手できるか、またそれが重要なものによって決まることが多い。かかる文書やデータの例には、原価計算記録、スケジュール、議事録、現場報告書などがある。

これらの文書を請求する当事者は、スケジュール分析のために出来事を時系列順に並べ直す、追加費用が発生したときにどのように追跡・分類されたかを解明するなどの目的で、しばしばこれらの文書をすべて提出することを求める。しかしある種類の文書すべてを請求するのは、仲裁人の目には「証拠漁り」と写ることもある。望ましい方法は、特定の文書の提出を求めることである。

ただし、幅広く請求を行う根拠もあり、ICDR 規則では「特定の文書または特定の種類の文書」を請求することを許可しており、多くの仲裁において付託事項書に含められる IBA 国際仲裁証拠調べ規則

（IBA 規則）でも、「狭い特定のカテゴリーの文書」の請求を許可している。したがって、弁護士がこれらの文書をカテゴリーごとに求めることは可能であるが、紛争の争点に合わせて特定のカテゴリーに絞り、関連性や重要性の基準を満たす方が、適切な文書を入手できる可能性は高い。例えば、請負人の会計記録すべてを請求するのは範囲が広すぎるとして拒絶されるかもしれないが、敷地条件が異なるという当該請負人の主張に関連する原価計算記録の請求は、成果をもたらす可能性が高い。

もちろん、ディスカバリーにおいて請求される種類の文書で量が最も多くなるのは、メールである。この点については、ほとんどの仲裁規則が沈黙しており、役立つ指針を与えてはくれない。このため、メールのような電子的に保管されたデータの提出に関する手順について合意に達することは当事者に委ねられ、仲裁人はこのプロセスの公平性や効率性を監督し、これを遵守させることになる。かかる手順においては、保存すべき証拠の出所を示すメタデータの必要性を認めるべきである。

仲裁規則はeディスカバリーについては概ね沈黙しているため、当事者と仲裁人が、「能率と経済性を維持する」という重要な目標を満たすやり方で主要な証拠が提出されるようにする方法について合意することができる。

### 専門家

建築紛争を適切に解決するにあたって、専門家の重要性を強調しすぎることはない。完璧で説得力のある専門家証言は、建築紛争において一般的に生じる多くの問題について、当事者が有利に立つ助けになる。

建築問題の専門家は、工学基準を読み解き、スケジュールの遅れを分析し、フォレンジック会計を行い、欠陥の根本的原因を見つけるために起用されることが多い。ただし、専門家の意見はこのような核心的なものに限られず、収入の損失請求における市場環境から不可抗力請求における天気傾向まで、あらゆる内容を話すことができる。基本的に、1つの仲裁で複数の専門家の意見を扱うことができ、各専門家は場合によっては審理で証言することが期待される。

幸いなことに、仲裁規則は、専門家証人を受け入れ、十分活用できるように作られている。IBA規則では、仲裁人は、同じ争点について意見を述べている複数の専門家に、会合を開いて協議し、意見が一致する部分と一致しない部分について報告するよう求めることができると定められている。これは専門家意見の泥沼にはまった場合にこれを効率的かつ明快に解決するために仲裁人が用い得る一つのツールにすぎない。仲裁人が両当事者に対して、同じ争点に関する複数の専門家に審理中仲裁人の前で専門家団として共同で証言させることを求めるのは珍しいことではない。この方法は、証人会議や「ホットタビング」と呼ばれることもあり、仲裁人が問題解決に専門家を効率的に活用するため、見せ掛けのポーズや駆け引きを避け、一定の合意を形成することにも役立つ。

最後に、仲裁規則は、仲裁裁判所が自ら独立した専

門家を指名し、事件の争点について助言を求めることを許可している。この選択肢によって、仲裁裁判所は争点について独自に知識を得て、当事者の偏見に染まっていない情報源に基づいて判断の根拠を形成することができる。ただし、このアプローチにおいて起こりがちなのは、それでも当事者が、かかる専門家が仲裁裁判所に提出する意見を作成するときに自らが選んだ専門のアドバイザーに支援させることを求め、その結果専門家の数と追加費用が増加することである。

### 暫定措置

緊急の問題が最終的裁定によって解決されるまで当事者が何年も待てるとは限らないため、仲裁規則では暫定措置または保全措置が認められている。

国際商業会議所および国際紛争解決センターの規則には、いずれもかかる救済の規定があり、当事者が司法当局からも暫定的救済を求めることが許可されている。これらの規則では、請求側の当事者に対して、裁判所が差止命令を出すときに通常要求するような適切な担保金の提供を求められることも定められている。

建設事件の当事者が、仲裁裁判所から実体的事項に関する完全審理に基づく裁定が出されるまで現状を維持するために、かかる暫定措置を必要とすることもある。このような必要が生じるのは、請負人が発注者による履行保証証書や信用状の引出しを阻止しようとする場合などである。信用状の引出しによって請負人の信用格付けが引き下げられ、支払い不能になるか分からないかが分からない発注者からその金額を回収するには、最終的裁定まで待たなければならないという状況に立たされる可能性がある。このため、請負人はそうなる前に発注者が引出しを行うことを禁じる決定を求めることが多い。また、発注者が契約を終了することを阻止したいと考えることもある。いずれの場合も、当事者は事件の残りの部分が完全審理に向けて進められている間、緊急の問題に対応する暫定的な決定を得ることができる。

ただし、指摘しておかなければならないのは、これらの規則が仲裁の助けになることはあるものの、当事者が期待するほどの効果はない場合が多いということだ。仲裁裁判所はしばしば自ら与えた暫定措置や保全措置を執行できない。国内裁判所は部分的裁定を執行しない法域もある。

### 事件の提示

ほとんどの仲裁規則が、仲裁裁判所や当事者による

事件の提示方法に、相当の柔軟性を与えている。

この柔軟性は事件の効率的な管理を促し、不要な遅延や費用の発生を防ぐ。例えば、複数の項目を含む請求（欠陥、変更指示または数量を争点とするものなど）において、当事者や専門家の見解を一覧表にする「スコット・スケジュール」を利用することは、事件についての主張を容易に理解し、それに対する仲裁裁判所の判断を記録するための構造化された枠組みを提供する。このような柔軟性は、大多数の司法制度においてまず見られないものである。また、仲裁裁判所に立つ弁護士は、仲裁人が直接証人に質問することも期待できる。この方法も、仲裁裁判所が最終的な判断および裁定を下すために重要であると考える争点に絞って当事者が主張を提示するために役立つ。

仲裁裁判所は柔軟性を斟酌するものの、弁護士は証拠を提示するにあたって、一般に認められた公平性の基準に拘束される。弁護士依頼人間秘匿特権は、その認識の度合いは紛争が準拠する法律によって異なるものの、守られる。仲裁裁判所は、審理において許可される証拠を決定する際に、関連性、負担、一般的な許容性、証拠の重要性、公平性などの概念についても考慮することが期待される。このような規則は、具体的にどの証拠を考慮するかを決定する整理統制者である仲裁裁判所に、かなりの裁量の余地を与える。例えば、伝聞証拠の除外を明示的に求める規定はないものの、仲裁裁判所は許容性や公平性を根拠にかかる証拠を除外する正当な権利を有するのである。

## 国内法

国内法が当事者に紛争を州での訴訟ではなく仲裁で解決する相当の自由を認めている場合であっても、適用される仲裁規則が適用される国内法の規定に矛盾または違反しないかを慎重に確認する必要がある。例えば中東では、裁定を執行可能にするには必ず遵守しなければならない国内法の要件や成文化されていない要件が複数存在する。かかる要件には、一部の国際仲裁機関の規則では扱われていないものや矛盾するものもある。このような要件は、とりわけ証人による証言、宣誓、仲裁裁定の時期や署名に強い影響を及ぼす。

## 結論

結論として、仲裁が建築紛争の解決手段として好まれるのにはもっともな理由がある。概ね仲裁機関やその規則は、当事者や仲裁裁判所に対して、かかる紛争に特有の性質に適応するために必要な柔軟性を、

能率と経済性を達成するという重要な目的の範囲内で認めている。さらに、かかる規則は、特定の紛争またはその所在地である法域の必要を反映するため、合意によって修正または補足することができる。

要するに、建築業界において仲裁は役に立つということであり、したがって、建築紛争は今後何年も主要な仲裁機関における取扱件数のかなりの部分を占め続けられると思われる。

## 著者について

デヴィッド・キーファー（David Kiefer）は、ニューヨークを拠点とする、キング&スポールディングの国際仲裁グループのパートナーです。建築紛争、とりわけエネルギーおよびインフラプロジェクトから生じる紛争に注力しており、常にクライアントに対して紛争の回避、請求の解決、また必要な場合は裁判や仲裁の準備のための助言を行っています。この約20年間に、事実審弁護士として、連邦裁判所、州裁判所、ならびに国内および国際的な仲裁委員会において、大規模かつ複雑な請求を被告および原告のいずれの側でも成功させています。ニューヨークの「Best Lawyers in America」の商事訴訟部門で指名されました。ジョージ・ワシントン大学ロースクールの法務博士号を有しています。

エイドリアン・コール（Adrian Cole）は、キング&スポールディングの国際仲裁グループのパートナーであり、中東紛争解決プラクティスのリーダーです。建設法のスペシャリストとして、エネルギーおよびインフラ開発に関連する紛争について助言を行っています。弁護士になる以前は、エンジニア/積算士の資格を有しており、エンジニアリングおよび建設業界における実務的な問題に直接的な経験を有しています。「Who's Who Legal」で世界の建築紛争解決弁護士トップ25の1人に選ばれました。仲裁人、審判人、および調停人として豊富な経験を有し、英国勅許仲裁協会（CIA）の会員、公認建築生産管理協会（CIOB）のメンバーになっています。

## リソース及びリンク

下記のリンクから、King & Spalding による紛争解決及び危機管理の発表内容にアクセスできます。

### 法務アップデート

**建設:** 判例ノート: MT Højgaard A/S 対 E.ON Climate & Renewables UK Robin Rigg East Limited

**建設:** 実質的完成に向けて荒波を乗り越える

**建設:** 建設中の不可抗力 - 準備はできているか  
(所有者の視点から)

**建設:** 建設紛争中に有利なプロジェクト記録を作る

**建設:** 建設紛争の紛争解決条項を超えて考える

**訴訟:** 英国におけるのトライアルスキーム :  
BP のモロッコ製油所事件が控訴審判決

**建設:** 建設等のプロジェクトのディスカバリー  
管理

**汚染:** テキサス州最高裁が、さらなる油田汚染訴訟のために門戸を開く

**建設:** インフラの危機管理: 保険の補償範囲を最大化する

**JOAs:** 共同運営契約 (JOA) における実務的問題

### 当事務所ニュース

**評価:** Legal 500 Asia Pacific が King & Spalding を  
2018 年度のトップ事務所に再びランク

**評価:** The American Lawyer が King & Spalding を  
Annual Asia 50 List に選出

**評価:** Chambers, Legal 500 UK が King & Spalding  
を英国のトップ事務所に再びランク

**評価:** Benchmark Litigation Recognizes が King &  
Spalding を米国におけるトップ訴訟事務所として  
評価

**評価:** King & Spalding が Law Firm of the Year として  
FDA Law, International Arbitration –  
Governmental において選出

**評価:** Legal 500 Deutschland 2018 が King &  
Spalding をドイツにおけるトップ事務所の一つ  
として評価

**事務所ニュース:** King & Spalding の 7 つのオフィ  
スにおいて、17 名の新人パートナーと 12 名のカ  
ウンセルを選任

**案件ニュース:** John Hooper が、496 件の車両不具  
合 (意図しない加速) 関連訴訟の和解においてト  
ヨタ自動車に助言

## 東京紛争担当チーム



クリス・ベイリー  
英国及び日本\*  
東京オフィス国際紛争 主任



オリバー・マッケンティー  
英国法廷弁護士  
日本語



フローラ・ジョーンズ  
ロンドン  
イタリア語及びスペイン語



ジョン・マッケナハン  
オーストラリア及び日本\*  
東京マネージングパートナー

## アジア紛争担当チーム



ウェイド・コリエル  
(パートナー)  
テキサス  
エネルギー



エロディー・デュラック  
(パートナー)  
フランス及びカンボジア\*  
投資協定



エマソン・ホームズ  
(パートナー)  
英国法廷弁護士  
建設



サイモン・ダンバー  
(パートナー)  
ニューヨーク及び英国  
商業



ドニー・ロウ  
ニューヨーク及びオーストラリア  
反トラスト及び調査



ハンナ・アズキヤ  
インドネシア  
インドネシア語



ウィリアム・パンリリオ  
ニューヨーク  
フィリピン語



デイビッド・パーク  
オーストラリア  
韓国語



ジア・リン・ホー  
英国及びシンガポール  
マンダリン



ケヴィン・リム  
シンガポール  
マンダリン



シャオマオ・ミン  
中国  
マンダリン



アレックス・ロー  
ニューヨーク  
マンダリン

## 建設紛争担当 パートナー



レジー・スミス  
ヒューストン



ジョン・サベージ QC  
ロンドン



ジェームス・キャストロ  
パリ



エイドリアン・コール  
中東



エド・キーホー  
ニューヨーク



マイク・ステングライン  
オースティン



ジャン・シェファー  
フランクフルト



デイビッド・キーファー  
ニューヨーク

\* 外国法事務弁護士