

紛争処理における私的自治

横溝 大
よこみぞ だい

名古屋大学大学院法学研究科教授

はじめに

1. 仲裁判断は法規範か否か
2. 仲裁判断に関する抵触法的規律

おわりに

はじめに

本稿の目的は、紛争処理における私的自治の代表格である仲裁を抵触法上どのように取扱うべきかという問題につき、とりわけ仲裁判断を法規範と看做すべきか否かという観点から検討することにある。

仲裁は、当事者の合意により第三者である私人に紛争の解決を委ね、当事者がその第三者の判断に従うという紛争処理手続であるが、国際取引紛争に関する解決手段として益々その存在感を増している⁽¹⁾。当事者が仲裁地や言語、仲裁人を自由に選択出来るといった手続面での柔軟性、手続の非公開性、また判断の基となる実体規範に関しても当事者の合意による規範の選択・設定が広く認められている点、さらに外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約（以下「NY条約」とする）による執行における実効性の高さ等が、実務家により仲裁の利点としてしばしば指摘される⁽²⁾。

こうした手続に従って下される仲裁判断は、先例拘束性はないものの、事後の他の仲裁廷に対し一定的事実的影響を及ぼしており、そのような相互作用の結果、国際取引に関する統一的な規範を形成しつつあるのだとして、世界社会における仲裁の規範形成機能を積極的に評価する見解がある⁽³⁾。そうした見解は、国家以外の主体も法規範を形成する能力があることを前提として、概してそのような規範を法規範であると主張する。

だが、仮にそうした国際取引に関する統一的な規範が仲裁により形成されているとしても、当該規範が法規範であるかどうかは別問題である。二当事者間の合意のみによって法が形成されるという嘗ての純粋な主観主義的見解⁽⁴⁾を採らない以上、これらの規範が法規範であるというためには、何らかの方法で当該規範が法としての正統性を備えていることを論証する必要がある。

実際、仲裁判断を具体的法規範⁽⁵⁾として主張する立場からは、後述のように様々な正統性の根拠が示されている。もしこれらの主張が説得的であれば、抵触法上も仲裁判断を外国判決と同等の具体的法規範として扱い、仲裁手続を外国裁判所の訴訟手続と同等に扱う必要があるだろう。例えば、仲裁手続と自国の訴訟手続との競合の調整につき、国際的訴訟競合に関する調整の枠組を援用することが考えられる⁽⁶⁾。また、仲裁判断の法としての正統性をどのような形で説明するかという点は、具体的な問題に対する取扱いに影響を与えずには措かない。例えば、後述のように仲裁廷を仲裁地の国家法秩序における裁判所と同視する形で仲裁判断が法規範であることを説明しようとするれば、仲裁地国裁判所によって取り消された仲裁判断の効力といった現在活発に議論されている問題についても⁽⁷⁾、ある外国判決が上訴により破棄された場合と同様に処理されるべきだということになるだろう⁽⁸⁾。

そこで本稿では、仲裁判断が法規範であると主張する見解を採り上げ、その根拠について考察することで、仲裁判断を抵触法上も法規範として取り扱うべきかどうかについて検討したい(1.)。私見によれば、仲裁判断を法規範と看做すことは矢張り困難であり、寧ろ法規範の規律の対象となるべき私的行為・法的事実と看做すべきであるということになる。その上で、このような前提に立って、仲裁判断に対する抵触法上の取扱いにつき、若干の提言を行うこととしたい(2.)。最後に、残された問題の幾つかに言及して結語とする。

1. 仲裁判断は法規範か否か

さて、仲裁判断を法規範と看做すべきであると主張する見解は、その多くが、その根拠を仲裁廷や仲裁人がある法秩序に属していることに求めている。そのような見解は、仲裁を国家法秩序に属するとするものと(1)、国家以外の法秩序

に属するもの(2)とに大別される。これに対し、システム理論に基づき、*lex mercatoria* という自生的法システムにおける裁定者としての仲裁人の役割にその根拠を求める見解もある(3)。以下、それぞれの見解を紹介した上で、検討する。

(1) 仲裁が仲裁地国法秩序に属すると看做す考え方

まず、仲裁が仲裁地国法秩序に属すると看做す考え方がある。これは、仲裁人が裁定機能を行き出来るのは仲裁が行われる物理的領域に存在する国家から委任されたからであるとして、仲裁に関する仲裁地国法秩序の支配的役割を認める考え方である。

この見解を主張する代表的論者である Mann は、仲裁の国家法からの自由を提唱する Goldman の見解に対する反論とも言える論文において⁽⁹⁾、以下のように述べる。法的な意味においては国際商事仲裁というものは存在せず、全ての仲裁は国家的仲裁であり、ある特定の国家法体系に属するものである⁽¹⁰⁾。仲裁準拠法 (*lex arbitri*)こそが当事者自治も含め私人に権利や権原を付与するのである⁽¹¹⁾。そして、仲裁準拠法としては仲裁地国法秩序しかあり得ない。何故なら、一方で、「仲裁は法廷地法として当事者が選択した法による」という言明は、そのような法準則がどこにも存在しない以上如何なる有効性も有しないし、他方で、仲裁人は、仲裁廷が置かれる国家の立法管轄権に不可避免的に属するからである。当事者の意思が如何なるものであれ、仲裁地の立法的・司法的権威が仲裁廷の存在・構成及び活動を管理するのであり、仲裁地法こそが本来 (*primarily*) 仲裁が認められるか否か、また如何なる条件で認められるかを決定するのである。仲裁地国以外の如何なる国も、仲裁廷に関し完全且つ実効的なコントロールを有しない。最後に、仲裁地国が当事者が行ったどのような取極め (*arrangements*) をも覆すことが出来ないという考えは我慢出来ない。仲裁地の主権がそれらの取極めに譲歩するのは、当該主権自らが認めた自由の結果としてのみである⁽¹²⁾。領域主権に属するという点において、国家的裁判官と仲裁人との間には顕著な類似性 (*pronounced similarity*) がある⁽¹³⁾。

仲裁判断の法規範としての正統性を仲裁地国からの仲裁人に対する司法的機

能の授権に求めるこのような考え方は、現在でも多くの支持を集めており⁽¹⁴⁾、また現在の我が国においても一般的であると言える⁽¹⁵⁾。例えば、道垣内正人教授は、仲裁が実効的な紛争解決を齎すことが出来るのは、仲裁が国家法秩序に組み込まれ、仲裁判断の効力が国家法により認められているからであり⁽¹⁶⁾、そして、仲裁と国家法秩序を結び付ける連結点は仲裁地であるとする⁽¹⁷⁾。

だが、この考え方に対しては、次のような批判がなされている。すなわち、外国領域内で自国のために活動する領事等の例からも明らかなように、仲裁人がある国の領域内で活動するというだけでは当該国の裁判官と同様である理由にはならず、そのように看做されるためには、仲裁人が当該国により司法的機能を実際に授権されている必要がある⁽¹⁸⁾。だが、裁判所については、ある個別事件に対する管轄がなくとも司法的機能が依然として法廷地法秩序から制度的に授権されていると看做し得るのに対し、ある個別事件に関する管轄がなければ仲裁人は如何なる権限も有しないのであり、司法的機能が仲裁地国法秩序から制度的に仲裁人に授権されていると看做すことは出来ない⁽¹⁹⁾。仲裁人への裁定機能の授権は仲裁契約により約定的になされているのであり、国家法秩序から如何なる授権も受けていない以上、仲裁判断を仲裁地の国家法秩序に組み入れることは出来ない⁽²⁰⁾。

仲裁人が仲裁地国法秩序により実際に裁定機能を授権されているわけではなく、当事者の意思によってこれを授権されているに過ぎないという上述の批判は説得的であるように思われる。また、仲裁手続は必ずしも実際に仲裁地で行われるわけではなく、当事者による仲裁地の選択は何れの法秩序の手続法に従うかを定めるために過ぎない⁽²¹⁾。そこで、そもそも仲裁が仲裁地国法秩序に不可避免的に所属すると言える程の強固な関係が両者の間にあるということが出来ないように思われる⁽²²⁾。以上から、仲裁判断を仲裁地国の判決と同視するこの考え方を採ることは、現在では理論的に困難であると考えられる⁽²³⁾。

(2) 仲裁が国家以外の法秩序に属すると看做す考え方

次に、仲裁が国家以外の法秩序に属すると看做す考え方がある。この考え方は、世界社会において仲裁に関する固有の非国家的法秩序が存在することを論証

することで、当該法秩序が仲裁判断に関し法規範としての正統性の根拠となることを主張するものである。この考え方は、Goldman 以来の *lex mercatoria* の存在を主張する従来の見解と、仲裁に固有の「仲裁法秩序」の存在を主張する比較的近時の見解とに区別することが出来る。

(a) *Lex mercatoria*

先ず、法秩序としての *lex mercatoria* の存在を主張する見解についてであるが⁽²⁴⁾、初期の代表的論者である Goldman は⁽²⁵⁾、法が法であるためには公的機関により制定されることは必ずしも必要ではないこと、また、仲裁判断に従わない者に対し特定集団内において道徳的な制裁が存在することを指摘しつつ、手続の目的や対象分野という実質面からも、また権威者による判断の形成及び制裁という形式面からも、*lex mercatoria* は「法」であると主張した⁽²⁶⁾。そして、仲裁人はこのような商人法秩序の基盤であり、仲裁判断は当該法秩序における決定 (*décision*) であると唱えたのである⁽²⁷⁾。

この見解は、Romano の法秩序論に明示的・黙示的に依拠するものである⁽²⁸⁾。Romano に依れば、法秩序とは、①外的に個別化される客観的・具体的実在であり、②個人間の関係ではないという意味で社会的性質を有し、③自己完結的であり、④安定的で恒常的な一体のことを意味する⁽²⁹⁾。このように広く法秩序を定義する結果、Romano においては、国際社会、国家、教会、学校、家族等様々な国家以外の共同体が法秩序と看做されることになり⁽³⁰⁾、Goldman は、*lex mercatoria* もその一つであると主張したのであった。

しかしながら、とりわけ Lagarde により、*lex mercatoria* はこの Romano の定義を前提としても法秩序としては実在しないという批判がなされている⁽³¹⁾。すなわち、商慣習や仲裁センターは一定の職業や一定の法的階層毎に個別に成立しているのであって、そうである以上全体として単一の法秩序を形成しているとは言えないという批判である⁽³²⁾。このような批判の結果、*lex mercatoria* を法秩序であると主張する見解は、現在ではあまり支持を得ていないように見受けられる⁽³³⁾。

(b) 仲裁法秩序

これに対し、近時、仲裁そのものが固有の法秩序、すなわち仲裁法秩序を形

成しているのだという見解を主張する論者が次第に増えている⁽³⁴⁾。

例えば、代表的論者である Gaillard は、仲裁人の裁定機能の行使についての正統性を、諸国家間の集団的合意や規範的活動に見出そうとする⁽³⁵⁾。すなわち、各国の動向を見れば、NY条約に従い各国は実質再審査をすることなく仲裁判断を承認・執行しており、また国家自身も自ら仲裁手続に服し仲裁判断に従う例も多く見られ、さらに最近では仲裁判断が如何なる国家法秩序にも連結されないという判決も登場しており⁽³⁶⁾、これらの点からすれば、諸国家の共同体は国際仲裁に真の自律性を付与し、仲裁法秩序の存在を認めているのだ、と主張するのである⁽³⁷⁾。

また、Weller は、国際仲裁法秩序を諸国家がその執行代理人を務める非集権的な共同体として主張しているが⁽³⁸⁾、そこでも、NY条約や各国法の諸原則により仲裁に関し当事者自治の原則が保障されていることが、仲裁法秩序の存在の根拠とされている⁽³⁹⁾。

これらの見解は、執行機関としての国家を仲裁法秩序に加えるか否かという点では異なるものの、世界社会に成立している仲裁法秩序という非国家的法秩序こそが仲裁判断の法規範としての正統性の根拠となると考える点、また、当該法秩序の成立の有無を仲裁に関する諸国家の規範的対応に求めている⁽⁴⁰⁾点で共通する。

このような考え方については、仲裁法秩序の意味するものが論者により異なる点⁽⁴¹⁾、またその実在性に関する論証が不十分である点⁽⁴²⁾が批判されると共に、前述のように仲裁廷に対する裁定権限の授権行為が制度的ではなく約定的なものである以上、仲裁は如何なる法秩序の機関とも区別されざるを得ないと指摘されている⁽⁴³⁾。

(c) 小括

以上のような、仲裁の法規範としての正統性の根拠を *lex mercatoria* 又は仲裁法秩序といった非国家法秩序の存在に求める考え方に対しては、2つの点が指摘出来る。

第一に、その実在性の論証が困難であることである。前述のように、*lex mercatoria* を単一の法秩序として主張することは、国際商取引に関する規範形

成に携っているアクターの多元性を無視するものと言える⁽⁴⁴⁾。また、仲裁法秩序の存在を主張する論者が依拠する諸国家の規範的対応については、確かにNY条約の枠組は、仲裁判断につき各国が実質再審査を行うことなくその承認・執行を義務付けているという点で、仲裁判断に対し外国判決に類似させた取扱いを採用しているが、そのことが直ちに仲裁法秩序の存在を証明しているとは言えない。というのも、仲裁判断を一定の私的行為・法的事実と見た上で、当事者間に第三者によって一定の規範的判断が下された点を考慮して、抵触法上外国判決承認執行と類似の取扱いを仲裁判断についても採用した、と説明することも出来るからである⁽⁴⁵⁾。このように、非国家的法秩序の存在を論証することは必ずしも容易ではないだろう。

第二に、そもそもある共同体が法秩序であるか否かを決定する判断基準自体が議論されなければならないということである⁽⁴⁶⁾。前述したRomanoの法秩序の定義の他にも、例えばMayerは、抵触法上の法秩序足り得る条件として、準則、裁判所、執行機関を挙げている⁽⁴⁷⁾。また、Schultzは、ある規範秩序を法秩序と看做し得るか否かの基準としてFullerの「法の支配」概念を採用し、ルール的一般性や安定性、公的な確認可能性、事前予測可能性といった形式的合法性に関する幾つかの要素が仲裁判断には欠けていることから、仲裁法秩序の存在を否定している⁽⁴⁸⁾。この点につき、筆者は、抵触法上の法秩序と看做されることの条件として、共同体構成員である私人相互間の行動様式をあらゆる法律関係に亘って規律し社会生活のモデルを構成する準則と、当該準則を個別的な法的問題に適用し判断を下す固有の裁判所を有していること⁽⁴⁹⁾、また、政府に対する法による制限、形式的合法性、人の支配ではないこと、という3つの観点を基軸とした一定程度以上の「法の支配」の確立を提案している⁽⁵⁰⁾が、このような基準からしても、仲裁に固有の実体法上の準則が存在しないという点一つをとっても仲裁法秩序の存在を肯定するのは困難だろう。

ここではこの問題にこれ以上踏み入ることは避け、仲裁の法規範としての正統性の根拠を非国家法秩序の存在に求める考え方には未だ多くの検討課題があり、説得的でないということを指摘するに止める。

(3) 自生的法システムとしての *lex mercatoria*

以上のように仲裁判断の法規範性を何らかの法秩序との関連で説明しようとする試みとは別に、*lex mercatoria* という自生的法システムにおける裁定者としての仲裁人の役割に仲裁判断の法規範性の根拠を求める見解がある。

すなわち、Teubner は、システム理論に基づき⁽⁵¹⁾、契約はそれ自体では拘束力がないものの、拘束されるために外的な国家的法秩序をも必要とせず、契約自体が自らの法秩序を形成するのだと主張する⁽⁵²⁾。というのも、特定の契約上の権利義務に関する一次規範と、当該一次規範に妥当性を付与する二次規範とを結び付けることにより、契約はその内部に階層を含んでいるからである⁽⁵³⁾。すなわち、契約は、その内部に含まれている仲裁合意や当該合意に基づく仲裁判断により客観化されるのであり、それ自体が一つの制度となっているのである⁽⁵⁴⁾。さらに、仲裁には多くの場合アド・ホック仲裁ではなく機関仲裁が用いられ、そのような仲裁機関は多くの契約を扱うことから、個々の契約を超えた「公的な」法秩序が生じる⁽⁵⁵⁾。このように、*lex mercatoria* はそれ自体で自律的な非国家的法システムを形成する、と Teubner は主張している⁽⁵⁶⁾。このような自生的な法システムとしての *lex mercatoria* が裁定者である仲裁人に正統性根拠を提供すると共に、法システム間の抵触という事実状況がシステム間抵触を解消するために仲裁人が新たな実質法規範を形成する正統性根拠となるのである⁽⁵⁷⁾。

このようなシステム理論に基づく Teubner の見解に対しては、*lex mercatoria* という超国家的な取引システムが、国家法が全く関与することなく自律的に存在するとされていることに疑問がある⁽⁵⁸⁾。仲裁判断はその執行に関する国家裁判所の担保があって機能しているのであり⁽⁵⁹⁾、また、仲裁判断においては、裁判所の判決や国家法が参照・利用されている⁽⁶⁰⁾。さらに、そもそも国際取引に関する法が経済システムを反映しているとすれば、ある準則の選択は効率性の観点からなされる筈であり、国家法か非国家法かは特に意味を持たない筈である⁽⁶¹⁾。従って、超国家的な取引システムを考察する際には、国家法秩序の果たす役割を視野に入れて検討すべきであり、Teubner のいう自生的法システムとしての *lex mercatoria* は、現実的にも存在せず理論的にも不十分であると

いうことが出来るだろう⁽⁶²⁾。

(4) 結論—私的行為・法的事実としての仲裁判断

以上のように、仲裁判断が法規範であると主張する見解の根拠は、何れも不十分であると思われる。従って結局、仲裁判断は如何なる法秩序にも属さない単なる私的行為・法的事実であると考えらるべきなのではないだろうか。すなわち、仲裁判断を判決のような具体的法規範と考えるのではなく、契約や不法行為等と同様に法規範が適用される対象である私的行為・法的事実の一つであると考えるのである。このような見解を採る Bollée は、法秩序における規範と規範の対象となる法律行為・法的事実との区別に基づき⁽⁶³⁾、仲裁判断は判決のような具体的法規範ではなく、単なる事実・私的行為に過ぎないと主張する⁽⁶⁴⁾。すなわち、仲裁による権利義務関係は、仲裁判断それ自体ではなく、それに適用される法準則こそが発生させるのであり⁽⁶⁵⁾、その意味で、仲裁は法秩序の外部にあり如何なる法秩序にも属さず、それ故如何なる国家法秩序も仲裁判断にとって本質的でないとするのである⁽⁶⁶⁾。

結局、仲裁判断に対し如何なる抵触法的規律をすべきか、という点については、仲裁判断を仲裁地国法秩序で下された判決と同視するのも、またこれを非国家的法秩序で下された決定と看做すのでもなく、契約や不法行為に関する規律と同様、基本的には私的行為・法的事実として扱うべきである、ということになるだろう⁽⁶⁷⁾。

2. 仲裁判断に関する抵触法的規律

以上述べて来たことを前提に、以下では、仲裁判断についてあるべき抵触法的規律に関し、基本的な考え方、及び、仲裁地国法秩序の位置付けの2点について簡単に触れることとしたい。

(1) 基本的態度

仲裁判断については、NY条約により一定の限定的な要件の下で各加盟国が外国仲裁判断を承認執行する枠組が確立し、現在でも加盟国は増え続けてい

る⁽⁶⁸⁾。また、自国での国際仲裁ビジネスの発展を目指して、仲裁に好意的な立法を各国が競う傾向も見られる⁽⁶⁹⁾。このような仲裁に好意的な傾向を、抵触法はどのように評価すべきなのだろうか。

一方で、仲裁地の中立性や仲裁手続の柔軟性、仲裁人の当該取引に関する専門性、準拠法選択の容易さ、仲裁判断の執行可能性の高さ等、仲裁が国際取引に携る者に対し魅力的な紛争解決手段であることは事実であり、とりわけ準拠法選択をすることが契約関係の複雑な特性に反するような契約が問題になる場合等において⁽⁷⁰⁾、当事者が紛争処理手続として仲裁を選択することを妨げる理由は基本的にはないように思われる。けれども、仲裁には以下のような問題がある。

まず、制度的に安定した存在である裁判所が裁決において法廷地法秩序の公序や第三者に対する影響を考慮する傾向があるのに対し、ある具体的な紛争解決のために指名される仲裁人は紛争当事者間にとって妥当な解決を重視し⁽⁷¹⁾、第三者に対する影響を重視しない傾向があることが指摘されている⁽⁷²⁾。また、国家法システムから相対的に自由な仲裁に依拠することにより、国際取引のアクターが各国法に従う動機を次第に失って行くことも指摘される⁽⁷³⁾。このことは各国抵触法・実質法の権威を低下させることに繋がると言えよう⁽⁷⁴⁾。さらに、手続的な観点から見ても、仲裁は、その非公開性から、紛争当事者の事業活動に関する価値ある情報や、国家法の判例を通じた発展、さらに事故率のような事項に関する情報に公衆がアクセスする機会を失わせる⁽⁷⁵⁾。

このような負の外部性に関する懸念からすれば⁽⁷⁶⁾、現在の一般的な傾向とは逆に、仲裁判断の承認執行の際、とりわけ公序判断を活用することにより、承認国法秩序に対する影響に関し慎重な審査が求められるべきなのではないだろうか⁽⁷⁷⁾。また、同様の考慮からは、一定の公共性を有するセクター（例えば金融分野）においては仲裁の利用を制限する等、立法論上は一定の取引分野における仲裁付託可能性に関する事項的限定を今後検討することも考えられるのではないだろうか。

(2) 仲裁地国法秩序の位置付け

また、仲裁判断に関しあるべき抵触法上の規律を考える上で、仲裁地国法秩序をどのように位置付けるかも問題となる。仲裁判断に関する規律が各国抵触法の法政策に委ねられた問題であるという点を強調すれば、各国が仲裁地国法秩序における仲裁判断に関する裁判所の判断を考慮することなくそれぞれ独自の規律を採用し、その結果、仲裁判断の有効性につき各国毎に矛盾した判断が下される可能性も否定出来ない⁽⁷⁸⁾。

この点につき、Bolléeは、国際仲裁の規整に相応しい国家的法秩序間の調整のあり方について考察し、効率的な規整のためには、各国法秩序は、それぞれ勝手に国際仲裁に介入するのではなく、一定の国家的法秩序に中心的な役割を付与する必要がある、そのような法秩序は、実務上殆ど仲裁地国法秩序しかあり得ないとする⁽⁷⁹⁾。但し、問題は、解決の国際的調和及び当事者の予測という仲裁機能の実務的効率性という観点から見て、仲裁地国法秩序にどこまで中心的な役割を与えるべきかであり、この点は具体的に検討される必要があると述べている⁽⁸⁰⁾。

Bolléeが、解決の国際的調和を仲裁の規整について各国法秩序が目指すべき目標として掲げていることについては疑問もある⁽⁸¹⁾。だが、各国抵触法が目指すべき目標を、仲裁に関する裁判所の判断をも含んだ各国実質法の權威の保障とそのための当事者の正統な予測の確保という点に求めれば⁽⁸²⁾、仲裁の規律に際し仲裁地国法秩序に一定の範囲で中心的役割を付与すべきであるとするBolléeの主張には基本的に賛同することが出来よう⁽⁸³⁾。

おわりに

以上、仲裁を抵触法上どのように取扱うべきかという問題につき、とりわけ仲裁判断を法規範と看做すべきか否かという観点から検討した。仲裁判断は抵触法により適用・承認されるべき法規範ではなく、何れの法秩序にも所属しない単なる私的行為・法的事実として扱うべきである、また、仲裁判断に関してあるべき抵触法的規律を考慮する際には、仲裁判断による負の外部性に対処するために、承認執行の段階でより慎重な公序審査がなされるべきであり、セク

ターによっては国際仲裁を利用させないといった選択肢も検討すべきではないか、また、仲裁地国法秩序に中心的役割をどの程度担わせるべきかを具体的問題毎に検討すべきである、以上が本稿の骨子である。最後に、本稿で論じられなかった2つの点に言及する⁽⁸⁴⁾。

先ず、仲裁については、本稿のように法規範としての正統性という観点から論じるだけで不十分であり、規範としての実効性の観点からも論じる必要がある⁽⁸⁵⁾。とりわけ国際仲裁が他の利害関係人と共に国際取引に関する規範を形成する過程やその要因を分析することは、国際取引に関する社会の実態を把握する上で重要な作業であると思われる⁽⁸⁶⁾。

次に、仲裁判断を如何なる法秩序にも属さない純粋な私的行為・法的事実と捉えた場合、各国抵触法は何故仲裁判断につき、外国判決の場合と同様に、準拠法選択のアプローチではなく承認のアプローチを採用しているのか、その正当化根拠が問題となる⁽⁸⁷⁾。この点は、仲裁判断に関する抵触法的規律を検討する上で避けて通れない問題であるが、抵触法の理論的構造に深く関る問題であるため、その本格的検討は別の機会に行うこととしたい⁽⁸⁸⁾。

【付記】 本稿は、国際私法学会第126回(2013年度春季)大会(2013年6月1日、中央大学)において筆者が行った報告「紛争処理における私的自治」を基にしている。また、本稿は、基盤研究(B)(平成24-27年度)「グローバル化に対応した公法・私法協働の理論構築-消費者法・社会保障領域を中心に」(代表・藤谷武史)の研究成果の一部である。

(1) M. L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (2nd ed., Cambridge University Press, 2012), p. 1.

(2) *Ibid.*, pp. 3-4.

(3) 例として、A. Fischer-Lescano/G. Teubner, "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", 25 *Michigan Journal of International Law* (2004), p. 999, p. 1022. Cf. M. Weller, "Mandatory Elements of the Choice-of-Law Process in International Arbitration: Some Reflections on Teubnian and Kelsenian Legal Theory", in E. Gott-

- schalk/R. Michaels/G. Rühl/J. von Hein, *Conflict of Laws in a Globalized World* (Cambridge, 2007), p. 243, p. 256.
- (4) 純粋な主観主義的見解につき, P. Mayer/V. Heuzé, *Droit international privé* (10^e éd., Montchrestien, 2010), pp. 538-539.
- (5) 本稿では, 一般的規範とは「AならばBである」又は「AならばBでない」といった一般的・抽象的・仮言的な規範 (= 準則) を, 具体的規範とは, 「Bである」又は「Bでない」といった個別的・具体的・定言的な規範 (= 決定) を意味する。Cf. Pierre Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé* (Dalloz, 1973), pp. 35-55.
- (6) Cf. E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international* (ADI- Poche, 2008), p. 127.
- (7) 我が国における議論として, 中村達也「仲裁判断の取消と執行との関係について(1)(2) (3・完)」JCA ジャーナル 44 巻 3 号 18 頁, 4 号 38 頁, 5 号 36 頁 (1997 年), 中村達也「外国で取り消された仲裁判断の効力—フランス破棄院の Hilmarton 事件判決について—」JCA ジャーナル 45 巻 2 号 (1998 年) 46 頁, 早川吉尚「ICCA Conference 2000」JCA ジャーナル 47 巻 5 号 (2000 年) 9 頁, 中村達也「取り消された仲裁判断の国際的効力」矢崎幸生編『田島裕教授記念 現代先端法学の展開』(信山社・2001 年) 551 頁, 小川和茂「仲裁地国裁判所により取消された仲裁判断の我が国における承認及び執行の可否 (上) (下)」JCA ジャーナル 50 巻 6 号 16 頁, 7 号 28 頁 (2003 年), 三木浩一 = 山本和彦編『新仲裁法の理論と実務』(有斐閣・2006 年) 383 頁以下, 小川和茂「取り消された仲裁判断の承認執行—近時の国際商事仲裁をとりまく状況の変化の中での再検討」日本国際経済法学会年報 16 号 (2007 年) 172 頁, 小島武司 = 高桑昭編『注釈と論点 仲裁法』(青林書院・2007 年) 268 頁以下〔早川吉尚 = 小川和成執筆〕, 山本和彦 = 山田文『ADR 仲裁法』(日本評論社・2008 年) 361 頁, 中野俊一郎「国際仲裁における仲裁判断の取消し」伊藤眞 = 高橋宏志 = 高田裕茂 = 山本弘 = 松下淳一『民事手続法学の新たな地平』(2009 年・有斐閣) 1139 頁。
- (8) Cf. Gaillard, *supra* note 6, p. 188.
- (9) F. A. Mann, “*Lex Facit Arbitrum*”, in Pieter Sanders (ed.), *International Arbitration: Liber Amicorum For Martin Domke* (Martinus Nijhoff, 1967), p. 157.
- (10) *Ibid.*, p. 159.
- (11) *Ibid.*, p. 160.
- (12) 以上, *ibid.*, p. 161.

- (13) *Ibid.*, p. 162.
- (14) とりわけ参照, Roy Goode, "The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 17, No. 1 (2001), p. 19, pp. 29-30. 但し, Gaillard, *supra* note 6, p. 35 では, この見解は最も古い, 現在最早全く支持者がないと考えるのは間違いであるとし, また, S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales* (Economica, 2004), p. 18 では, 多くの論者の反論にも拘らず現在でも一定の支持者がいると述べており, その位置づけのニュアンスは論者によりかなり異なる。
- (15) 中野「前掲論文」(注7) 1151頁, 中野俊一郎「国際仲裁と国家法秩序の関係」国際法外交雑誌110巻1号(2011年)53頁, 63頁, 道垣内正人「国際商事仲裁—国家法秩序との関係」国際法学会編『日本と国際法の100年』(三省堂・2001年)79頁, 82頁以下。
- (16) 道垣内・同上82頁。
- (17) 道垣内・同上84頁。但し, 連結点が仲裁地となる根拠としては, 仲裁判断に確定判決と同様の効力を付与する旧公示催告仲裁法800条の対象が日本を仲裁地とする仲裁と考えられること, 及び, この考え方がNY条約における内外の仲裁判断の区別とも整合的であること, が挙げられており(道垣内・同上84頁以下), Mannと異なりその根拠が日本の立法政策に求められている点には注意を要する。
- (18) S. Bollée, *supra* note 14, pp. 21-24.
- (19) *Ibid.*, pp. 23-24.
- (20) *Ibid.*, pp. 24-25. また, 国内判決の場合と異なり, 仲裁地国における仲裁の執行には外国判決と同様常に執行判決が必要とされていることも, 仲裁判断が仲裁地国法秩序に属していない点を裏付ける根拠として挙げられている。*Ibid.*
- (21) 中村達也「国際仲裁における『仲裁地』の虚構性について」JCAジャーナル47巻3号(2000年)28頁, 29頁。
- (22) Bollée, *supra* note 14, pp. 27-28は, 勿論仲裁人の管轄の有無や仲裁判断が法的に存在するために一定の法秩序の関与が必要であるのは事実だが, それが仲裁地国法秩序である論理的必然性はないとする。
- (23) 尚, 仲裁地国による取消権限の濫用という事態の出現からこの考え方を貫徹することが困難になったと指摘するのは, 中野「前掲論文」(注15)69頁。
- (24) *lex mercatoria*を巡る議論の概要については, 参照, C. P. Pamboukis, "Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé", *Recueil des cours de l'académie de droit international*, Tome 330 (2007), p. 9, pp. 296-333. 尚, *lex mercatoria*のもう一人

- の提唱者として著名な Schmitthoff は、lex mercatoria の体系性や完全性について論ずることは特になかったので、ここでは採り上げない。Schmitthoff の見解については、N. E. Hatzimihail, “The Many Lives – And Faces – of *Lex Mercatoria*: History as Genealogy in International Business Law”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 71 (2008), p. 169, pp. 175–181.
- (25) B. Goldman, “Frontières du droit et ‘*lex mercatoria*’”, *Archives de philosophie du droit*, Vol. 9 (1964), p. 177, pp. 187–192; B. Goldman, “La *lex mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage internationaux: réalité et perspectives”, *Journal du droit international [Clunet]*, 1979, p. 471.
- (26) *Ibid* [1964]., pp. 187–192; *Ibid* [1979]., p. 471. 当初は、lex mercatoria は全体として自律的な法体系を形成するには至らないとされていたが (*Ibid* [1964]., p. 189), 後には lex mercatoria が法準則全体の機能を担うとまで主張されることとなった (*Ibid* [1979]., p. 499)。
- (27) *Ibid*.
- (28) S. Romano, *L’ordre juridique* (2e éd., 1945, traduit par L. François/P. Gothot, Réédition, Dalloz, 2002).
- (29) *Ibid*., § 12. 簡単には、参照、横溝大「抵触法の対象となる『法』に関する若干の考察—序説的検討—」筑波ロー・ジャーナル6号(2009年)3頁, 20頁。
- (30) *Ibid*.
- (31) P. Lagarde, “Approche critique de la *lex mercatoria*”, in *Le droit des relations économiques internationales – études offertes à Berthold Goldman* (Litec, 1982), p. 125.
- (32) *Ibid*., pp. 135–139. 他の批判につき、Bollée, *supra* note 14, p. 84.
- (33) 例として、Goode, *supra* note 14, pp. 28–29. 但し、「国際(商事)仲裁をめぐる問題は一律に仲裁地法によって規律されるべきであるという命題に反省を迫り、むしろ個別相対的に妥当な解決を探求していくべきだとの方向性を明確に打ち出す契機となった」と一定の評価をするのは、比較民事訴訟法研究会「民事紛争解決の手続法的課題(1)」比較法雑誌30巻4号(1997年)21頁, 29頁。
- (34) 次に述べる Gaillard の他、例えば、J.-B. Racine, “Réflexions sur l’autonomie de l’arbitrage commercial international”, *Revue de l’arbitrage*, 2005, No. 2, p. 305; L. Chedly, “L’exécution des sentences internationales annulées dans leur pays d’origine: cohérences en droit comparé et incohérence du droit tunisien”, *Clunet*, 2009, p. 1139.
- (35) Gaillard, *supra* note 8, pp. 76–77.
- (36) *Ibid*., pp. 92–100.
- (37) *Ibid*., p. 92.

- (38) Weller, *supra* note 3, p. 262.
- (39) *Ibid.*, p. 263.
- (40) このような発想も、基本的には Romano の法秩序論に依拠していると位置付けることが出来る。横溝「前掲論文」(注 29) 20 頁以下。
- (41) シルヴァン・ボレ (荻村慎一郎訳)「国際仲裁の自律と『効率性』の考慮」吉田克己＝ムスタファ・メキ『効率性と法・損害概念の変容』(有斐閣・2010年) 143 頁, 152 頁。
- (42) 同上, 152 頁以下。
- (43) Bollée, *supra* note 14, p. 84. その他, 仲裁法秩序は *Lex mercatoria* と切り離されて存在せず, 仲裁は既存の *lex mercatoria* の機関に過ぎないと批判するものとして, E. Loquin, “À propos de l’ouvrage d’Emmanuel Gaillard : Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international”, *Revue de l’arbitrage*, 2009-2, p. 317, p. 321.
- (44) Pamboukis, *supra* note 24, p. 311.
- (45) Bollée, *supra* note 14, pp. 199-217.
- (46) 横溝「前掲論文」(注 29) 19 頁以下参照。
- (47) P. Mayer, “Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé”, *Recueil des cours de l’académie de droit international*, Tome 327 (2007), p. 9, pp. 27-28.
- (48) T. Schultz, “The Concept of Law in Transnational Arbitral Legal Orders and some of its Consequences”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1 (2011), p. 59. 但し, Schultz に対する批判的考察として, P. Zumbansen, “Debating Autonomy and Procedural Justice: The *Lex Mercatoria* in the Context of Global Governance Debates- A Reply to Thomas Schultz”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 2 (2011), p. 427; R. Michaels, “A Fuller Concepts of Law Beyond the State? Thoughts on Lon Fuller’s Contributions to the Jurisprudence of Transnational Dispute Resolution- A Reply to Thomas Schultz”, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 2 (2011), p. 417.
- (49) 横溝「前掲論文」(注 29) 22 頁以下。
- (50) 横溝大「『法の支配』の確立と法整備支援－抵触法的観点から－」国際法外交雑誌 111 卷 3 号 (2012 年) 26 頁, 38 頁以下。
- (51) トイプナーのシステム理論については, 参照, G. Teubner, *Law as an Autopoietic System* (translated by A. Bankowska/R. Adler, Blackwell, 1993).
- (52) G. Teubner, “ ‘Global Bukowina’: Legal Pluralism in the World Society”, in G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State* (Darmouth, 1997), p. 3, p. 18.
- (53) *Ibid.*

- (54) G. Teubner, "Review Essay, Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 45 (1997), p. 149, pp. 162-65.
- (55) *Ibid.*, pp. 164-165.
- (56) Fischer-Lescano/Teubner, *supra* note 3, pp. 1009-12.
- (57) Cf. Weller, *supra* note 3, pp. 256-257.
- (58) R. Wai, "The Interlegality of Transnational Private Law", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 71 (2008), p. 107, pp. 114-115; R. Michaels, "The True *Lex Mercatoria*: Law Beyond the State", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, No. 2 (2007), p. 447.
- (59) C. A. Whytock, "Litigation, Arbitration, and the Transnational Shadow of the Law", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 18 (2007-2008), p. 449, pp. 451-452; Wai, *supra* note 58, p. 114.
- (60) Michaels, *supra* note 58, p. 459.
- (61) *Ibid.*, p. 464.
- (62) Cf. *Ibid.*, p. 451.
- (63) Bollée, *supra* note 14, p. 7.
- (64) *Ibid.*, p. 11, pp. 37-38. 既に, P. Mayer, "L'autonomie de l'arbitra international dans l'appréciation de sa propre compétence", *Recueil des cours de l'académie de droit international*, Tome 217 (1989), p. 319, p. 392.
- (65) 次も参照, Mayer/Heuzé, *supra* note 4, p. 520.
- (66) Bollée, *supra* note 14, p. 38. 同旨, Johanna Guillaumé, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé* (L. G. D. J., 2011), p. 58.
- (67) 横溝大「効率性と抵触法—Rémy, Bollée 報告へのコメント」吉田=メキ編『前掲書』(注41) 275頁, 293頁。このことは, 仲裁判断の承認・執行に関し外国国家行為承認のアプローチを用いていることにつき, 正当化する必要を齎す。結語参照。
- (68) 2013年12月現在の加盟国は149箇国である。 < http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html > (最終確認日: 2013年12月22日)。
- (69) Y Dezalay/B. G. Garth, *Dealing in Virtue* (Chicago, 1996), p. 7; R. Wai, "Transnational Liff-off and Judicial Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 40 (2002), p. 209, 220-222.
- (70) P. Zumbansen, "Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law",

European Law Journal, Vol. 8, No. 3 (2002), p. 400, p. 424.

- (71) 尚, 「多国籍の仲裁廷が一審限りの手続で複数国に関わる事件を判断する国際仲裁にあっては, 仲裁地国内での紛争解決制度の統一性・安定性よりも, 紛争ごとの解決が関係当事者にとって説得的であることが重要性をもつ」と指摘するのは, 中野「前掲論文」(注15) 57頁。
- (72) R. Wai, “Conflicts and Comity in Transnational Governance: Private International Law as Mechanism and Metaphor for Transnational Social Regulation Through Plural Legal Regimes”, in C. Joerges/E.-U. Petersmann, *Constitutionalism, Multilevel Trade and International Economic Law* (Hart Publishing, 2011), p. 229, p. 245. 尚, 仲裁が一般利益や弱者の利益を危険に曝していると指摘する者として, Guillaumé, *supra* note 66, p. 131.
- (73) *Ibid.* See also, R. Wai, *supra* note 69, pp. 258-260.
- (74) 尚, 抵触法と各国実質法の権威との関係につき, 参照, バンジャマン・レミイ「効率性と国際私法」吉田=メキ編『前掲書』(注41) 115頁, 140頁以下。横溝「前掲論文」(注67) 283頁以下も参照。
- (75) Wai, *supra* note 69, pp. 245-246.
- (76) Whytock, *supra* note 59, p. 474.
- (77) *Ibid.* とりわけ各国の強行的適用法規が仲裁により潜脱される可能性という観点から, 仲裁判断の承認執行に関し厳しい審査を課すことを主張する者として, Guillaumé, *supra* note 66, pp. 479-482.
- (78) Gaillard, *supra* note 6, pp. 55-57.
- (79) ボレ「前掲論文」(注41) 155頁。
- (80) 同上, 157頁以下。
- (81) Gaillard, *supra* note 6, p. 44 は, 解決の国際的調和が実際に実現されるためには, 仲裁に関する各国法の統一が必要であるが, 実際に各国法が多様である現状では実現され得ない, として疑問を示している。
- (82) 横溝「前掲論文」(注67) 294頁。
- (83) 国際仲裁の仲裁地国法秩序への「弱い」組込みを志向する中野「前掲論文」(注15) 71頁以下も基本的には同様の方向を示していると思われる。尚, 仲裁における仲裁人の関心が, 適用される準拠法が当事者の正統な期待に合致することを示し, 法の適用を正統化することにあると主張するものとして, Yves Derains, “Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d’arbitrage commercial international”, *Travaux du comité de droit international privé, Année 1984-1985* (1987), p. 81, p. 88. また, 仲裁判断を取消す仲裁地国裁判所の判決の承認可能性という具体的な問題に

ついてではあるが、当事者の正統な予測の尊重を主張するものとして、中村達也「取り消された仲裁判断の国際的効力」矢崎幸生編『田島裕教授記念 現代先端法学の展開』（信山社，2001年）551頁，579頁。

- (84) 尚，Michaelsは、仲裁の国家法秩序からの自律性という主張が如何に根拠がないかが既に多くの批判により明らかにされたにも拘らず、猶も主張されている現象に注目し、ユートピア文学との対比によりその解明を試みている。参照，R. Michaels, “Dreaming Law Without a State – Scholarship on Autonomous International Arbitrations as Utopian Literature”, *London Review of International Law*, Vol. 1 (2013), p. 35.
- (85) そのような研究として，C. R. Drahozal/R. W. Naimark (eds.), *Towards a Science of International Arbitration* (Kluwer Law International, 2005); T. Eisenberg/G. P. Miller, “The Flight from Arbitration: An Empirical Study of Ex Ante Arbitration Clauses in the Contracts of Publicly Held Companies”, *DePaul Law Review*, Vol. 56 (2007), p. 335; T. M. Stipanowich, “ADR and the ‘Vanishing Trial’: The Growth and Impact of ‘Alternative Dispute Resolution’”, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 1 (2004), p. 843.
- (86) Cf. Dezalay/Garth, *supra* note 69.
- (87) 実際，仲裁判断を実体契約と見る川上太郎「仲裁」国際法学会編『国際私法講座 第三巻』（有斐閣・1964年）840頁，861頁では、「わが国際私法上準拠せられるべき国法にしたがってなされた仲裁判断であってこそ，わが国法上存在するものとして取り扱われるべきこととなる」と準拠法選択のアプローチが採用されている。
- (88) この点につき，Bollé, *supra* note 14, pp. 165-197は、何を承認の対象とするかは結局法廷地抵触法の政策問題であり，国家が関与していない法律行為であっても，他の点で「決定 (décision)」と看做せるものについては，法的擬制によりこれを承認の対象とする余地があるのだと主張する。これに対し，Bolléeに賛同しつつも状況の承認のヴァリエーションとしてこれを位置付けるのは，P. Mayer, “Les method de la reconnaissance en droit international privé”, in: *Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde, Le droit international privé: esprit et méthodes* (Daloz, 2005), p. 547, p. 558.