



Title	国際商事仲裁における実体準拠法決定の違反と仲裁判断の取消
Author(s)	高杉, 直
Citation	国際公共政策研究. 2016, 21(1), p. 51-61
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/57772
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

国際商事仲裁における 実体準拠法決定の違反と仲裁判断の取消

Defect in Determination of Applicable Law to the Merits in International Commercial Arbitration and Annulment of the Resulting Award

高杉 直*

Naoshi TAKASUGI*

Abstract

This paper addresses the question whether or not the arbitral award rendered in Japan can be set aside when it has a defect in determination of applicable law to the merits of the dispute. In the author's opinion, the answer is in principle negative in deference to the autonomous character of arbitration, but there are some exceptional cases where the resulting award can be set aside based on Article 44, paragraph 1, item 6 of the 2004 Arbitration Act in Japan.

キーワード : 仲裁、準拠法、仲裁判断の取消

Keywords : arbitration, applicable law, setting aside of arbitral award

*同志社大学法学部教授

1. はじめに

国際取引の紛争を解決するために仲裁（国際商事仲裁）が利用されることが多い。日本を仲裁地とする仲裁廷は、その仲裁手続に関して、日本の「仲裁法（平成 15 年法律 138 号）」（以下「法」と略）に従うことを要する（法 1 条、3 条 1 項）¹。

仲裁廷が本案を判断する際の基準（実体判断基準）は、法 36 条に規定されている²。同条によれば、第 1 に、法による仲裁が原則とされ、「衡平と善」による仲裁は、当事者双方の明示された求めがある場合に限られる。第 2 に、当事者が準拠法（適用法規）を合意している場合には、その法による。第 3 に、当事者間に準拠法の合意がない場合には、仲裁廷は、最も密接な関係を有する国の法令を適用しなければならない。

問題となるのは、法 36 条に違反して、仲裁廷が準拠法を決定した場合である。この場合に、その準拠法に基づいて下された仲裁判断は、取消事由（法 44 条 1 項）に該当するものと解され得るか³。本稿の目的は、この問題⁴を検討することである。

仲裁廷の準拠法決定違反が仲裁判断の取消事由となるかという問題については、日本の判例・学説上も未だ定説が見られない⁵。筆者は、「仲裁法 36 条を遵守していない仲裁判断は、『仲裁手続が、日本の法令（その法令の公の秩序に関しない規定に関する事項について当事者間に合意があるときは、当該合意）に違反するものであった』場合（44 条 1 項 6 号）に該当するとして、取消可能と解すべきではなかろうか」と、かつて主張したが⁶、本稿は、これを敷衍するものでもある。

以下では、まず、日本における従来の議論を確認した上で、次に、1985 年「国際商事仲裁に関する UNCITRAL モデル法」⁷（以下「MAL」と略）と 1958 年「外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約」⁸（以下「NYC」と略）における実務上の取扱いを参考にしつつ、最後に、日本の仲裁法における解釈を論じたい。MAL を参考とするのは、日本の仲裁法が MAL に準拠して作成されたものだからであり⁹、NYC を参考とするのは、MAL の取消事由の規定が NYC の承認拒絶事由の規定を基礎とするものだからである¹⁰。

2. 日本における従来の議論

仲裁廷の準拠法決定違反が仲裁判断の取消事由となるかという問題については、仲裁法の制定以前

¹ 仲裁法 1 条は、「仲裁地が日本国内にある仲裁手続……については、他の法令に定めるもののほか、この法律の定めるところによる」と規定し、法 3 条 1 項は、「次章から第 7 章まで……の規定は、次項及び第 8 条に定めるものを除き、仲裁地が日本国内にある場合について適用する」と規定する。

² 仲裁法 36 条との関係で、1980 年「国際物品売買契約に関する国際連合条約」（ウィーン売買条約）や 1999 年「国際航空運送についてのある規則の統一に関する条約」（モントリオール条約）などの日本が締約国となっている条約を仲裁廷が適用する義務を負うかも問題となる。高杉直「国際商事仲裁におけるウィーン売買条約の適用」立命館法学 363=364 号 296 頁（2016）を参照。

³ その仲裁判断が承認拒絶事由（法 45 条 2 項）に該当するかも問題となる。

⁴ 本稿では、仲裁廷による実体判断基準の違背に関するすべての問題を含めて、準拠法決定違反の問題と呼ぶ。

⁵ 三木浩一＝山本和彦編『新仲裁法の理論と実務』（有斐閣、2006）115 頁〔中野俊一郎発言〕は、「まだ十分に明らかでない問題」と評している。

⁶ 高杉直「国際商事仲裁における仲裁判断の準拠法—仲裁法 36 条に関する覚書—」同志社商学 65 巻 5 号 131 頁（2014）147 頁。

⁷ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985). 2006 年に改訂されている。採択国については、UNCITRAL のウェブサイト参照。

⁸ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). 締約国については、UNCITRAL のウェブサイト参照。

⁹ 近藤昌昭ほか『仲裁法コンメンタール』（商事法務、2003）(i)頁、(iii)頁などを参照。特に仲裁判断の取消事由を定める法 44 条 1 項については、MAL34 条 2 項と実質的に同一である。同・242 頁を参照。

¹⁰ UNCITRAL, 2012 *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration* (2012), p.134. ただし、NYC5 条 1 項(d)と MAL34 条(2)(a)(iv)との間の実質的相違点に注意を要する。MAL には、「但し当事者の合意がこの法律の規定のうち、当事者が排除することのできない規定に反している場合はこの限りでない。」との文言が付加されている。Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary* (Kluwer Law International, 1989), p.915 以下を参照。

においても、民事訴訟法ないし公示催告手続及び仲裁手続ニ関スル法律（公示催告仲裁法）の規定を前提とした検討がなされていたが¹¹、仲裁法の解釈を論ずる本稿では、仲裁法の規定を前提とする議論を主対象とする。また、仲裁法の下で、仲裁廷の準拠法決定違反を理由に仲裁判断の取消を申し立てた事案に関する公表裁判例は、筆者の調べた限りでは見当たらない。従って、以下では学説を中心に考察する。

2.1：取消事由となり得るか

学説の多数は、仲裁廷の準拠法決定違反があっても、それは原則として仲裁判断の取消事由とならないと解している。その理由として、「仲裁判断の当否について裁判所による実質的再審査を許すとなると、自律的な紛争解決手段としての仲裁の機能を損なうことになるからである」¹²とか、仲裁廷の準拠法決定違反の効果について法 44 条 1 項に「直接には規定されていない」こと¹³などが挙げられている。

他方で、仲裁が当事者の合意に基礎をおく制度であることから、当事者の合意に反した準拠法決定に基づく仲裁判断は、正当性の基盤を欠くとして、例外的に取消事由になり得るとの結論を導くことができる主張されている¹⁴。この取消事由となり得る例外的な場合として、①当事者が合意で準拠法を決めているときに仲裁廷がそれを適用しないで仲裁判断をした場合、②当事者が法による仲裁を望んでいるときに仲裁廷が「衡平と善」によって仲裁判断をした場合、が指摘されている¹⁵。これらの場合には、当事者が実体判断基準を合意しているにもかかわらず仲裁廷がこれを無視しており、仲裁の特色である当事者自治の最大限の尊重に反しているからである¹⁶。

当事者が準拠法を定めていない場合の客観的連結に関しては、③「仲裁廷が最も密接な関係がある」と判断した国の法が最も密接なものではなかった場合」も日本の法令に反する手続として取消事由になると広く解する説¹⁷と、④仲裁人が全くその事案に関係のない自分の本国の法律を適用して仲裁判断をしたなどの極めて恣意的な法適用をした場合に限り、例外的に取消事由となり得ると狭く解する説¹⁸が対立する。

2.2：どの取消事由に該当するか

仲裁廷の準拠法決定違反による仲裁判断が取消事由となり得るとして、次に問題となるのは、法 44 条 1 項の内のどの事由に該当するかである。この点については、当事者が準拠法を定めている場合（前

¹¹ 中野俊一郎「国際仲裁における実体判断基準の決定と仲裁判断取消」国際商事法務 30 巻 10 号 1347 頁（2002）などを参照。

¹² 小島武司＝猪股孝史『仲裁法』（日本評論社、2014）513 頁。三木浩一教授も、「仲裁の場合は、仲裁廷の実体判断に裁判所は介入しないという建前」であることを理由に、「法適用の誤りを理由として、裁判所が仲裁判断を取り消すことができるというのは、仮にそれが認められる場合があるとしても、かなり例外的な場合に限られる」と主張する。三木＝山本編・前掲書（理論と実務）・注（5）116 頁 [三木浩一発言]。中野俊一郎教授も、「取消訴訟は上訴のような通常の不服申立手段ではありませんし、また外国判決の承認・執行に関しても、判決国手続での法適用違背は、実質的再審査禁止の見地から、基本的には問題にしないという建前が採られており……こういう点からしますと、基本的な考え方としては、仲裁廷における判断基準の適用違背は取消事由にすべきもではない、と言える」とする。同・115 頁 [中野俊一郎発言]。なお、公示催告仲裁法を前提にする議論であるが、谷口安平「仲裁判断の取消し」松浦馨＝青山善充編『現代仲裁法の論点』（有斐閣、1998）345 頁、356 頁も「実質的再審査の禁止」を根拠とする。

¹³ 柏木昇「仲裁判断の基準（国内関係）」小島武司＝高桑昭編『注釈と論点・仲裁法』（青林書院、2007）209 頁、211 頁。

¹⁴ 小島＝猪股・前掲書・注（12）514 頁。

¹⁵ 三木＝山本編・前掲書（理論と実務）・注（5）115 頁 [中野発言]、小島＝猪股・前掲書・注（12）514 頁。山本和彦＝山田文『ADR 仲裁法（第 2 版）』（日本評論社、2015）384 頁・385 頁は、①②が「取消しの対象となることに異論はない」とする。なお、「衡平と善」による旨の合意があるのに仲裁廷が法による仲裁をした場合には、取消事由とはならないと指摘されている。その理由として、同上 [中野発言] は、法による仲裁も「衡平と善」に含まれることを挙げる。同・385 頁も、「仲裁廷は当該法によることが衡平と善にかなうと判断したものと認められ」と説明する。近藤ほか・前掲書・注（9）202 頁は、法 36 条 3 項で「するものとする」との文言が用いられたのは、取消事由とならないことを明確にするためであると説明する。道垣内正人「仲裁判断の基準（国際関係）」小島武司＝高桑昭編『注釈と論点・仲裁法』（青林書院、2007）211 頁、214 頁も同様である。小島＝猪股・前掲書・注（12）515 頁も参照。

¹⁶ 三木＝山本編・前掲書（理論と実務）・注（5）115 頁 [中野発言]。

¹⁷ 山本＝山田・前掲書・注（15）385 頁。

¹⁸ 三木＝山本編・前掲書（理論と実務）・注（5）115 頁・116 頁 [中野発言]、小島＝猪股・前掲書・注（12）515 頁。

述の①と②の場合)を念頭に議論がなされてきた。

第 1 に、4 号の「仲裁手続において防御することが不可能であったこと」に該当するとの説(4 号説)がある¹⁹。4 号説は、「例えば、当事者は、当然にフランス法が適用されると考えており、それに従ってフランス法を前提として攻撃防御活動をしてきたときに、突如として違う法律を基準にされたことになるわけですから、実質的な意味での防御権は奪われている」と主張する²⁰。

第 2 に、5 号の「申立ての範囲を超える事項に関する判断を含むものであること」に該当するとの説(5 号説)がある²¹。5 号説は、仲裁廷の準拠法決定違反だけでは足りず、「仲裁の終局性確保の観点から……結果に重大な影響を及ぼすものである場合という要件が付加されるべきである」と主張し、その根拠として、5 号が MAL34 条 2 項(a)(iii)と実質的に同一の規定であること、及び、「5 号が基本的には FAA [米国の連邦仲裁法] 10 条(a)(4)と同趣旨の規定」であり、米国では「FAA10 条(a)(4)という仲裁人の『権限踰越』に『法の明らかな無視』が含まれる」と考えられていることを挙げる²²。

第 3 に、6 号の「仲裁手続が、日本の法令(その法令の公の秩序に関しない規定に関する事項について当事者間に合意があるときは、当該合意)に違反するものであったこと」に該当するとの説(6 号説)がある²³。6 号説は、「本来適用されるべき法規範が適用されなかったという意味で、日本(仲裁地)の法令に反する手続」であると主張する²⁴。

なお、いずれの見解も、仲裁廷の準拠法決定違反が他の取消事由にも該当し得ることを認めている点には留意を要する²⁵。

2.3: 小括

以上の通り、日本の学説上、原則として、仲裁廷の準拠法決定違反は仲裁判断の取消事由には該当しないが、例外的に、仲裁廷が当事者の準拠法合意を無視した場合(前述の①②)や、少なくとも極めて恣意的な客観的連結を行った場合(④)には、取消事由に該当し得ると解されている。もっとも、どの取消事由に該当するかについては、見解の一致をみない。

なお、準拠法決定違反とは異なり、準拠法の適用・解釈の誤りについては、取消事由に該当しないと解するのが通説である²⁶。

3. MAL 及び NYC における取扱い

3.1: MAL

MAL は、28 条に仲裁廷の実体判断基準を、34 条に仲裁判断の取消事由を定めている。

MAL28 条と法 36 条との最大の相違点は、客観的連結につき、MAL28 条 2 項では、仲裁廷が適当と認める抵触法により実質法を決定して適用すると定められているのに対して、法 36 条 2 項では、仲裁廷が「紛争に最も密接な関係がある国の法令」を適用しなければならないと規定されている点で

¹⁹ 三木=山本編・前掲書(理論と実務)・注(5)116 頁[三木浩一発言]。

²⁰ 同上。

²¹ 中林啓一「仲裁人による法の適用違背と仲裁判断の取消—当事者が選択した法の適用違背を中心に—」修道法学 36 巻 1 号 167 頁(2013)185 頁。

²² 同上 184 頁-185 頁。

²³ 近藤ほか・前掲書・注(9)199 頁、山本=山田・前掲書・注(15)385 頁、中村達也「仲裁判断取消しの裁量棄却について」立命館法学 363=364 号 1078 頁(2016)1726 頁。

²⁴ 山本=山田・前掲書・注(15)385 頁。

²⁵ 三木=山本編・前掲書(理論と実務)・注(5)116 頁[三木発言、中野発言]を参照。

²⁶ 山本=山田・前掲書・注(15)385 頁。中林・前掲・注(21)186 頁は、「当事者が選択した法が適用されたという時点で当事者の自律性は確保されており、また、法適用に誤りによる取消訴訟を認めることは仲裁の終局性を確保する観点から適切でない」と言う。

ある²⁷。

仲裁判断の取消事由を定める MAL34 条 2 項は、法 44 条 1 項と実質的に同一である²⁸。

MAL を作成した「国際連合国際商取引法委員会 (UNCITRAL)」は、MAL の解釈統一を図るため、MAL を解釈・適用した諸国の裁判例を客観的に整理した「ダイジェスト」²⁹を公表している。以下では、このダイジェストに依拠して、MAL における実務上の取扱いを考察する。

仲裁判断の取消の審査につき、第 1 に、諸国の裁判所は、MAL (及び MAL を採用した国内法) の主目的が仲裁判断の終局性の尊重であることを考慮して、仲裁判断の取消を容易に認めるべきではないと考えている。それ故、仲裁手続の自律性を保護し、裁判所の介入を最小限にしなければならないと解されている³⁰。第 2 に、多数の裁判所は、MAL が実質的再審査を禁止していると解している。そのため、仲裁判断の取消訴訟において、事実認定と法適用のいずれに関しても、裁判所による再審査が禁止される³¹。第 3 に、取消事由に該当する場合であっても、裁判所が仲裁判断の取消を認めない裁量権を有すると解する国もある³²。

実務上、防御の機会の不存在という取消事由 (MAL34 条 2 項(a)(ii)) が頻繁に主張されるが、この場合には、手続的公序 (同項(b)(ii)) や手続違反 (同項(a)(iv)) も同時に主張されることが多い。裁判所は、これらの取消事由の間に明確な境界線を示しておらず、当事者が主張すべき取消事由を誤ったという理由で申立てを退けていない³³。

付託範囲外の判断を理由とする取消事由 (MAL34 条 2 項(a)(iii)) に関して、当事者による明示の授權がないにもかかわらず仲裁人が「衡平と善」に基づいて下した仲裁判断につき、その取消を認めた判決がある。他方で、当事者間の準拠法合意を無視したことが付託範囲外の判断に該当するとの主張に対して、裁判所は、実質的再審査を求めるものであるとして、その申立てを退けることも多い³⁴。また、仲裁人による準拠法の不適用 (これは、当事者の意思の無視と考えられる) と、準拠法の適用に関する瑕疵とを区別する³⁵。

仲裁廷の準拠法決定違反の問題は、主に仲裁手続の違反を理由とする取消事由 (MAL34 条 2 項(a)(iv)) との関係で取り上げられる³⁶。第 1 に、当事者の合意した法とは異なる法を仲裁廷が適用した場合、裁判所は、仲裁判断の取消を認めている。第 2 に、裁判所が審査できるのは、当事者が合意した法を仲裁廷が判断の根拠としたか否かの点のみであり、合意した法を仲裁廷が正確に適用・解釈したかの点については審査できない³⁷。第 3 に、明示の授權がなかったにもかかわらず仲裁人が「衡平と善」に基づいて下した仲裁判断について、その取消を認めた判決がある³⁸。

なお、「仲裁手続の違反」を理由とする承認拒絶事由を定める MAL36 条 1 項(a)(iv)に関するものであるが、「仲裁廷が遵守すべき手続規則には、本案の準拠法の決定に関する規則をも含む」と説明されている³⁹。

²⁷ MAL28 条 2 項と異なる定めをした趣旨は、法 36 条 2 項の規律が「より実務の運用に沿っていると判断されたこと、紛争との関連性を要件として適用すべき法を直接決定する方が、当事者の予測可能性と法的安定性の確保により視すると考えられたことにある」。近藤ほか・前掲書・注 (9) 201 頁。

²⁸ 近藤ほか・前掲書・注 (9) 246 頁。

²⁹ UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration (1985, with amendments as adopted in 2006). ダイジェストは、UNCITRAL のウェブサイトから入手可能である。

³⁰ Digest, *supra* note (29), Art.34, para.24.

³¹ *Id.*, para.25.

³² *Id.*, para.30.

³³ *Id.*, para.47.

³⁴ *Id.*, para.88.

³⁵ *Id.*, para.89.

³⁶ *Id.*, paras.114-115. “Failure to apply the law applicable to the substance of the dispute”との表題が置かれている。

³⁷ *Id.*, para.114.

³⁸ *Id.*, para.115.

³⁹ *Id.*, Art.36, para.41.

3.2: NYC

NYC は、仲裁廷の実体判断基準も仲裁判断の取消事由も定めていない。NYC5 条で、承認拒絶事由を定めるのみである。しかし、NYC5 条に定める承認拒絶事由は、MAL34 条の仲裁判断の取消事由の基礎となっているため、NYC5 条の解釈が MAL34 条の解釈にも一定の示唆を与え得る⁴⁰。

以下では、各国の裁判例・仲裁判断例に基づく「NYC の注釈書」⁴¹に依拠して、仲裁廷の準拠法決定違反が仲裁判断の承認拒絶事由となるかの問題に関する NYC における実務上の取扱いを考察する。

仲裁判断の承認執行に抵抗する当事者は、NYC5 条 1 項(c) (付託範囲外の判断) の主張をすることが多い。第 1 に、この承認拒絶事由も、実質的再審査を導いてはならない。NYC5 条 1 項(c)を狭く解すべきであり、裁判所は、準拠法の不適切な適用によって仲裁廷の権限踰越があったか否かの問題を審査すべきではない⁴²。契約が「国際法」の適用を定めていたのに仲裁廷が「商人法 (lex mercatoria)」を適用した事案で、裁判所は、仲裁廷の権限踰越があったとの主張を退けた。この主張を審査するためには裁判所が「法選択条項の解釈」を改めて行う必要があり、実質的再審査を行うことになるからである⁴³。

第 2 に、仲裁廷は、仲裁合意の対象範囲を超えない限り、申立てで指定されていない法の適用や、当事者が主張していない法理に基づく判断を行うこともできる。この場合には、NYC5 条(1)(c)と抵触しない⁴⁴。

第 3 に、裁判所は、一般に、仲裁廷の法選択を理由とする仲裁判断の承認拒絶に消極的である。例えば、仲裁廷が UNIDROIT 原則及び信義誠実の原則を適用した事案で、裁判所は、当事者が国際法の一般原則と商慣習の補充的・補完的な適用に合意していた以上、NYC5 条 1 項(c)の仲裁廷の権限踰越が認められないと判示した。また、英国法上の広範な論点が問題となっていた事案で、裁判所は、当事者が仲裁手続中に法選択問題を主張する機会があったのにこれを主張しなかった以上、仲裁人が英国法を適用したとしても権限踰越には当たらないと判示した⁴⁵。さらに、当事者による明白な法選択がなかった事案で、裁判所は、仲裁廷が「商人法」を適用したとしても、NYC5 条 1 項(c)の権限踰越に当たらないと判示している⁴⁶。

次に、仲裁判断の承認執行に抵抗する当事者が、NYC5 条 1 項(d) (仲裁手続の違反) を理由とすることも多い。この承認拒絶事由は、適正手続ないし防御の不可能を理由とする承認拒絶事由 (NYC5 条 1 項(b)) と重なりあう⁴⁷。

第 1 に、仲裁手続の違反を判断する基準は、当事者間の合意である。当事者間の合意がない場合には、仲裁廷法による⁴⁸。NYC5 条 1 項(d)の場合には、仲裁地法の強行規定に反する当事者間の合意についても、その合意が仲裁地法に優先する⁴⁹。

第 2 に、仲裁手続とは、仲裁の申立てから仲裁判断の言い渡しまでの過程を含み、仲裁判断自体も仲裁手続の一部である⁵⁰。

⁴⁰ 取消事由と承認拒絶事由との関係については、小島＝猪股・前掲書・注 (12) 475 頁以下を参照。

⁴¹ Herbert Kronke et al. (eds), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (Kluwer Law International, 2010).

⁴² Kronke et al., *supra* note (41), p.260.

⁴³ *Id.*, p.261.

⁴⁴ *Id.*, p.272.

⁴⁵ *Id.*, p.272.

⁴⁶ *Id.*, p.273.

⁴⁷ *Id.*, p.282.

⁴⁸ *Id.*, p.282.

⁴⁹ *Id.*, p.283-284; Holtzmann & Neuhaus, *supra* note (10), p.915.

⁵⁰ *Id.*, p.293.

第3に、当事者が合意で定めたものではない法令を、仲裁廷が紛争の本案に適用する場合、当事者の準拠法の選択も手続に関する合意の一部であることから、仲裁判断は、第5条(1)(d)の承認拒絶事由に該当する⁵¹。また、仲裁合意が準拠法を定めているのに、当事者の明示の求めがないまま、仲裁廷が「衡平と善」のみに基づいた判断を行った場合には、その判断は、仲裁手続の違反として第5条(1)(d)の承認拒絶事由に該当する⁵²。これに対して、仲裁廷が抵触法規を誤って適用したため、本案に誤った法令を適用した場合には、NYC5条(1)(d)の承認拒絶事由には当たらない。この点は、同条がMALと異なり、仲裁地法を合意に劣後させている点が影響しているものと解される。さらに、準拠実質法の適用の誤りも、実質的再審査になるため、NYC5条(1)(d)の承認拒絶事由には当たらない⁵³。

3.3: 小括

以上のようなMALとNYCにおける実務上の取扱いは、次のように要約できよう。第1に、実質的再審査の禁止から、裁判所は、仲裁廷の準拠法決定違反を理由とする仲裁判断の取消や承認拒絶を認めることにつき、基本的に消極的な立場を採っている。第2に、当事者間の準拠法合意に反して仲裁廷が準拠法決定を行った場合には、仲裁判断の取消や承認拒絶が認められる。この場合、仲裁廷の権限超越も理由となり得るが、実務上は、仲裁手続の違反を理由とすることが多い。第3に、仲裁廷が抵触規則の解釈・適用を誤って準拠法決定をした場合には、NYCの下で仲裁判断の承認拒絶を認めることには消極的である。第4に、準拠法の適用・解釈の誤りは、取消事由や承認拒絶事由とならない。

4. 検討

4.1: 実質的再審査の禁止との関係

日本の従来の議論も、MALやNYCにおける取扱いも、実質的再審査の禁止を理由に、仲裁廷の準拠法決定違反を理由とする仲裁判断の取消について消極的な見解が一般であった。実質的再審査の禁止の根拠は、「自律的な紛争解決手段としての仲裁の機能」に求められる。

日本は、NYCの締約国であるとともにMALに準拠した仲裁法を制定しており、仲裁の尊重という法政策を採用しているものと解される。仲裁法の解釈上も、「自律的な紛争解決手段としての仲裁の機能」を損なわないよう、仲裁判断の取消訴訟において実質的再審査が禁止されると解すべきである。

もっとも常に仲裁判断が無制約に尊重されるわけではない。仲裁制度を認めた趣旨に合致する範囲内で、仲裁判断の法的効力が認められることに留意すべきである⁵⁴。本来、裁判権を独占する国家が私的な紛争解決制度である仲裁を認めた趣旨は、仲裁判断の取消事由や承認拒絶事由から読み取ることができる。

第1に、仲裁による紛争解決が認められるのは、日本の公序・公益を侵害しない範囲に限定される。公序の要件(法44条1項8号)や仲裁適格の要件(同7号)は、この趣旨を示すものである⁵⁵。公序・公益に関係しない場合には、紛争解決を当事者にゆだねても問題ない。むしろ当事者にゆだねることで、裁判所という国家の限られた資源の節約にもなる。第2に、当事者による判断者(専門家な

⁵¹ *Id.*, p.296.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ 小島＝猪股・前掲書・注(12)472頁は、「当事者が仲裁判断に拘束されるのは、和解が許される権利関係についての仲裁合意が有効に成立していて、かつ、正当な仲裁廷による適法な仲裁手続を経たという基礎が存するからである」という。

⁵⁵ これらの事由は、職権調査事項とされている。法44条6項を参照。

ど)の選択や手続の柔軟化などを認めることは、そのような手続を求める当事者の利益に適う。対等な当事者間の合意がある場合には、そのような私的な紛争解決手続を認めても差し支えない。例えば、仲裁合意の有効性の要件(同 1 号・2 号)や付託範囲内の判断の要件(同 5 号)は、この趣旨を示すものである⁵⁶。他方で、第 3 に、自由な手続を無制限に認めるわけにはいかない。手続の結果である判断の効力を認めるためには、その手続自体が訴訟手続と等価であることが求められる。すなわち、公正・中立の判断者により、公正・中立な手続に基づいて判断が下されなければならない。この趣旨は、通知の要件(同 3 号)、防御の機会の要件(同 4 号)及び仲裁廷の構成と手続の適法性の要件(同 6 号)に示されている⁵⁷。

以上のような要件を満たしている場合には、紛争解決の一回性・終局性を考慮して、法的確実性の見地から、仲裁判断の効力を認めることができる。他方で、いずれかの取消事由に該当する場合には、仲裁判断の効力を認める正当性が欠けることになる⁵⁸。その意味で、実質的再審査の禁止は、取消事由の有無の審査には及ばないと解すべきである。言い換えれば、許されない実質的再審査とは、仲裁廷と「同じ作業、すなわち本案請求が認められるか否か、当事者間の権利義務の存否の判断をやり直すこと」⁵⁹であって、取消事由とされている問題については、裁判所が審査を行うことが可能である。

もっとも仲裁法は MAL を基礎とするものであることから、MAL (及び NYC) における取扱いにも気配りをする必要性があるかもしれないが、MAL (及び NYC) においても仲裁廷が当事者の合意した準拠法とは異なる法を適用した場合には、仲裁判断の取消や承認拒絶が認められていることから、私見の立場と反するものではなかろう。

4.2: どの取消事由に該当するか

取消事由の審査が実質的再審査の禁止に触れないとすれば、次に問題となるのは、仲裁廷の準拠法決定違反がどの取消事由に該当するかである。

日本の学説上、4 号説(防御の機会の不存在説)、5 号説(付託範囲外の判断説)、6 号説(仲裁手続の違反説)が対立している。4 号説に対しては、4 号が手続保障の規定であって法適用の問題を含まないとの批判⁶⁰が、5 号説に対しては、「申立ての範囲」というのは通常は訴訟でいえば訴訟物を指すものであって、準拠法決定の違反を含むと解するのは強引であるとの批判⁶¹が、6 号説に対しては、仲裁手続というものは手続法規を指すのであって判断の実体基準を含まないとの批判⁶²が、それぞれなされている。

⁵⁶ これらの事由は、当事者が主張・立証しなければならない。法 44 条 6 項を参照。また、これらの事由は、合意の有無や合意の範囲内か否かという点で、明確な線引きが可能な事由である。

⁵⁷ これらの事由も、当事者が主張・立証しなければならない。法 44 条 6 項を参照。また、これらの事由は、公正・中立な手続という「程度問題」が生じるため、明確な線引きは容易ではない。

⁵⁸ その意味で、当事者の準拠法合意に反する仲裁廷の準拠法決定が取消事由となり得る根拠は、当事者自治の尊重という仲裁制度の趣旨ではなく、公正・中立な手続の保障という点に求めるべきである。

⁵⁹ 中西康「外国判決の承認執行における *révision au fond* の禁止について(4・完)」法学論叢 136 巻 1 号(1994) 9 頁以下を参照。これは、外国判決の承認執行における実質的再審査の禁止についての解釈であるが、仲裁判断の取消や承認についても妥当する。なお、外国判決の承認の場面では、外国裁判所による準拠法決定の再審査が行われないが、これは準拠法決定違反がどの承認要件にも該当しないためである(もっとも例外的な事案については、当事者が手続的公序違反として主張することはあり得る)。これに対して、仲裁判断の取消事由については、権限踰越や手続違反などの事由が規定されているため、当事者がこれらの事由を理由に主張すれば、裁判所は審査をしなければならない。

⁶⁰ 中林・前掲・注(21) 185 頁は、「4 号……の取消事由は手続保障に関するものと解すべきであり、当事者間で選択された準拠法を仲裁人が適用しなかったことによる仲裁判断の取消しの根拠とはならない。」という。

⁶¹ 三木=山本編・前掲書(理論と実務)・注(5) 116 頁[三木発言]は、「ここでの「申立ての範囲」というのは、通常は、訴訟でいうところの訴訟物とか、救済の類型のようなものを指すのでしょから、これもかなり強引な解釈になると思います。」という。

⁶² 同上[三木発言]は、「6 号の仲裁手続というものは、普通の解釈では、まさに手続法規を指しているのだらうと思います。しかし、いま問題にしているのは、判断の実体基準のほうですから、かなり拡張的な解釈になります。」という。また、中林・前掲・注(21) 185 頁は、「6 号の取消事由は手続保障に関するものと解すべきであり、当事者間で選択された準拠法を仲裁人が適用しなかったことによる仲裁判断の取消しの根拠とはならない。」という。なお、同上[山本発言]は、「客観連結の場合も含めるとすると、6 号ではやや読みにくくなりますね。」という。

私見は、4号説や5号説を排斥するものではないが、仲裁廷の準拠法決定違反の場合には、主として6号の取消事由に該当すると解する。その理由としては、第1に、仲裁廷の準拠法決定違反は、強行法規である法36条に違反するものであって、文理解釈として、法44条1項6号の文言に該当するからである。仲裁廷の準拠法決定が「手続」に該当しないとの批判があるが、法44条1項6号の「仲裁手続」とは、仲裁の申立から仲裁判断の言い渡しまでの過程をいい、仲裁廷による仲裁判断の内容決定過程も含むのであって、この批判は当たらない。この点は、MALやNYCの実務上の取扱いからも明らかである。仲裁廷に対して準拠法を指示する規則は手続規則である。各仲裁機関の仲裁手続規則でも、準拠法決定の規定が置かれている。第2に、MALやNYCにおいても、仲裁廷の準拠法決定違反の問題は、主に仲裁手続の違反の問題と解されていることも根拠である。仲裁法の基礎となったMALとも平仄が合い、国際調和にも適う。第3に、仲裁法の立法者意思を推認できる立案担当者の解説でも6号説が採られていることである⁶³。第4に、以下に述べるように、6号説を採ることで実際上も妥当な解決が図られることである。

4.3: 日本の法令に違反する仲裁手続

私見によれば、取り消される仲裁判断は、「日本の法令に違反する仲裁手続」に該当するものに限られる。

第1に、仲裁手続が「仲裁法36条」に違反する場合である。

まず、当事者の準拠法合意がある場合には、仲裁廷は、その準拠法を適用しなければならない（法36条1項）。当事者による準拠法の指定があつたにもかかわらず、仲裁廷が、この指定を無視して別の法を適用したり、「衡平と善」に基づいて判断したりした場合には、法36条1項に違反する。当事者が仲裁機関の手続規則によるべきことを合意している場合には、当該規則中の準拠法決定ルールに従って準拠法を決定する必要がある。これに違反した場合も法36条1項の違反となる。

法36条1項に違反する準拠法決定に基づく仲裁判断は、法44条1項6号によって取消が可能である。

次に、当事者による準拠法合意がない場合には、仲裁廷は、当該紛争に最も密接な関係を有する国（最密接関係国）の実質法を適用しなければならない（法36条2項）。当事者が法44条1項6号を根拠とする場合には、仲裁廷が適用した法が実際に最密接関係国法であつたか否かについても、取消訴訟で争うことができるが、実質的再審査の禁止との関係で、仲裁廷による最密接関係国の認定が尊重されるため、取消が認められるのは仲裁廷が明らかに法36条2項に従っていない場合に限られる。重要なのは、客観的にみて仲裁廷が適用した国の法が事後的・客観的にみて「最も密接なものではなかった場合」ではなく、仲裁廷が最密接関係国法を適用すべきとのルールに従わなかったことである。明らかに恣意的な準拠法決定をした場合に限られる。

さらに、当事者双方が明示的に「衡平と善」による判断を求めた場合（法36条3項）であっても、当事者が法による判断を排除していない限り、仲裁廷は、法による判断を行うことは可能である。「衡平と善」による判断の中に、法による判断も包含されるからである。

第2に、仲裁法36条以外の準拠法決定ルールに違反する場合がある。

日本が締約国となっている条約の中には、日本を仲裁地とする仲裁廷を拘束するものがある。例え

⁶³ 青山善充「推薦の言葉」近藤ほか・前掲書・注(9)(i)頁によれば、「本書は、その事務局メンバーによる新法の逐条解説書である。新法の運用に当たって最も頼りになるコンメンタルであるだけでなく、立法者意思を明確に伝える書物として今後長く資料的価値を持ち続けるであろう」と記載されている。

ば、モントリオール条約は、貨物運送契約の当事者が仲裁で紛争解決することを認める（34 条 1 項）が、条約に基づき裁判管轄が認められる条約締約国で仲裁手続を行わなければならない（同 2 項）、仲裁廷は、条約を適用する義務を負う（同 3 項）。そして、2 項及び 3 項と抵触する仲裁合意は無効であり、2 項及び 3 項の規定が仲裁合意の内容とみなされる（同 4 項）。

従って、日本を仲裁地とする仲裁廷は、モントリオール条約の適用範囲内にある紛争については、仲裁法 36 条によって準拠法を決定するのではなく、モントリオール条約を適用することになる。理論的には、仲裁法 1 条の「その他の法令」にモントリオール条約が含まれると解することになる。仲裁廷には、モントリオール条約によって同条約の適用義務が課される。もしも仲裁廷がモントリオール条約を適用しなかった場合には、同じく、仲裁手続が「日本の法令に違反するもの」（法 44 条 1 項 6 号）として、仲裁判断が取消されることになる。

日本法上の強行的適用法規（絶対的適用法規）を適用しなかった場合も、同様である。

第 3 に、法 44 条 1 項 6 号の「仲裁手続の違反」については、一般に、単なる違反では足りず、[1] 違反の結果の重大性と [2] 違反と結果との間の相当因果関係が付加的に要求されている⁶⁴。違反結果の重大性を判断する基準として、支配的な見解は、その違反がなければ、仲裁判断と異なる結果を導くことになったか否かの基準を主張する。手続違反がなくとも同一の結論を導く場合には、仲裁判断を取り消す必要がないからである⁶⁵。仲裁廷の準拠法決定違反の場合には、本来の準拠法とは異なる法によって判断されることから、仲裁判断の結論が異なってくることも多いであろうし、違反行為と結論との間に相当因果関係が認められるのが通常であろう。もっとも各国の契約法の内容が大きく異なることから、たとえ仲裁廷が準拠法決定を誤ったとしても、最終的な結論自体は異ならないという場合もあり得る⁶⁶。

第 4 に、仲裁手続の違反があったとしても、その仲裁手続において当事者が異議申立てを行う機会があった場合には、後の取消訴訟においてその主張ができないとの実務が NYC5 条 1 項(d)の下で認められている⁶⁷。この考え方は、法 44 条 1 項 6 号においても、一定の場合には妥当し得るように思われる。

5. おわりに

以上、仲裁廷の準拠法決定違反による仲裁判断の取消の問題について検討した。私見によれば、法 36 条に違反した準拠法決定に基づく仲裁判断は、法 44 条 1 項 6 号の取消事由に該当するが、仲裁判断の内容が本来の準拠法の適用した結果・内容と異なる場合に限り、仲裁判断の取消が認められると解される。

実務上、日本を仲裁地とする仲裁廷は、当事者双方が「衡平と善」による仲裁を求めている場合を除き、法による仲裁を行わなければならない。仲裁地で取消しされない仲裁判断を下すという仲裁人契約上の義務を負う仲裁人としては、仲裁地である日本の準拠法決定ルールに従わなければならない。この準拠法決定ルールには、法 36 条だけでなく、日本が締約国となっている統一私法条約など、日本の「他の法令」にも注意する必要がある。もっとも仲裁廷が、準拠法を明確に提示した上で当事者

⁶⁴ NYC5 条 1 項(d)に関する議論として、Kronke et al., *supra* note (41), p.298.

⁶⁵ *Ibid.* 中村・前掲・注 (23) 1726 頁も参照。

⁶⁶ 例えば、ウィーン売買条約の適用義務があるにもかかわらず仲裁廷が法 36 条によって準拠法を決定・適用した場合、本来適用すべきであったウィーン売買条約による結論と仲裁廷が決定した準拠法を適用した結論とが異なることも多いであろう。

⁶⁷ Kronke et al., *supra* note (41), p.299.

による異議申立の機会を与え、当事者による異議申立がなかったことを前提にその準拠法を適用した場合には、後の取消訴訟において当事者が仲裁廷による準拠法決定違反を主張することは妨げられる。

国際商事仲裁に携わる関係者の中には、準拠法の問題を軽視したり、無自覚だったりする者がいると仄聞するが、「法による仲裁」を行う以上、適用法規の問題にも注意を払う必要がある。