国際商事仲裁と公益

――強行的適用法規の取扱いを中心に

横　溝　　大

一．問題の所在
二．準拠法選択に関する国際民事訴訟と国際仲裁との相違
三．国際仲裁における強行的適用法規の取扱い
（1）国際民事訴訟における強行的適用法規の取扱い
（2）国際仲裁の場合
四．国際仲裁に対し国家が採り得る対応とその限界
（1）仲裁付託可能性の制限
（2）仲裁判断の取消またはその承認執行の拒絶
（3）国家による対応の限界
五．結語－国際仲裁自体を変革する可能性

一．問題の所在

本稿の目的は，国際商事仲裁（以下，「国際仲裁」と略す）において，各国の強行的適用法規[1)]がどのように適用・考慮されるのかを検討した上で，公益[2)]実現のために国際仲裁に対し国家が採り得る対応とその実効性について考察することにある．

国際仲裁は，仲裁地の中立性，仲裁手続の柔軟性，当該取引に関し専門知を有する仲裁人を指名出来ること，準拠法選択の容易さ，仲裁判断の執行可能性の高さといった特徴か

1）その公権力性の高さ故に，準拠法選択規則により選択される準拠法如何に拘らず，通常常に適用される法規．「絶対的強行法規」，「渉外実質法」，「介入規範」等様々な名称で呼ばれるが，本稿ではこの用語を用いる．「国際私法の範囲」櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法（1）』（有斐閣・2011 年）35 頁参照［横溝大執筆］．
2）本稿では，個々の主体の利益ではなく，一体として理解される社会の利益という意味で「公益」の語を用いる．

ら，国境を越える取引に関する紛争解決手段として，その需要が益々高まっている[3]．だが，国際仲裁においては，主として紛争当事者の便宜という観点から大幅に当事者自治が認められているため，紛争解決のために適用される法は，国家の裁判所において適用されるものとは必ずしも一致しない．とりわけ，国家の裁判所が，自らが属する国家の強行的適用法規を一定の密接関連性を有する事実・行為に対して適用することにより，当該国家の経済的・社会的政策の実現に貢献しているのに対し，仲裁廷は仲裁地国法秩序といった一定の国家法秩序に制度的に属しているとまでは言い難く[4]，そのため，国際仲裁が，ある国家の経済的・社会的政策の実現に資するかどうかは必ずしも明らかではない[5]．そこで，次のような疑問が生じる．現在，我が国も含め[6]，各国は国際仲裁の発展を支援しているが，そのような国際仲裁の発展が，各国の経済・社会政策の実現の妨げとなることはないのだろうか．また，もし妨げになり得る場合には，各国はどのように対応することが出来るのだろうか．さらに，各国が何らかの対応をするとして，そのような対応にはどの程度実効性が伴うだろうか．

そこで，本稿では，国際仲裁における強行的適用法規の取扱いという点を中心に，上述の問題について考察することにした[7]．このような考察は，国際仲裁の発展が社会全体に対して齎す利益と不利益とを明確にし，国際取引に携わる者以外の利益が損われる可能性に注意を喚起するという点で，一定の意義を有するだろう．

以下では，先ず，強行的適用法規の適用を論じる前提として，国際仲裁における準拠法の適用につき，国際民事訴訟における通常の準拠法選択との相違を確認する（二）．その上で，国際仲裁における強行的適用法規の取扱いに関する議論を分析し，各国の経済

3）国際仲裁の利点につき，とりわけ参照，Gilles Cuniberti, *Rethinking International Commercial Arbitration* (Edward Elgar, 2017), pp. 19-28.

4）拙稿「紛争処理における私的自治」国際私法年報 15 号（2014 年）111 頁，119 頁.

5）また，国家の裁判所が，法廷地の社会秩序を保護するために公序則により準拠法として選択された外国法の適用を排除するのに対し，仲裁廷がそのような排除をするかどうかも必ずしも明らかではない．尚，強行的適用法規の適用につき，法廷地の強行的適用法規に関し中立的ではないという点で裁判所が仲裁と根本的に異なると指摘するのは，Bernard Audit, “How Do Mandatory Rules of Law Function in International Civil Litigation?” in George A. Bermann/Loukas A. Mistelis (eds.), *Mandatory Rules in International Arbitration* (Juris, 2011), p. 53, 54.

6）日本政府は，国際仲裁の活性化に向けた基盤整備のための取組を進める方針を示している．「経済財政運営と改革の基本方針 2017 ～人材への投資を通じた生産性向上～」（骨太方針）（平成 29 年 6 月 9 日）< http://www5.cao.go.jp/keizai-shimon/kaigi/cabinet/2017/2017_basicpolicies_ja.pdf>(最終閲覧日 2018 年 1 月 9 日).

7）公益を保護するために国家が採り得る方策としては，公序則の発動による準拠法の排除・仲裁判断の取消又は承認執行の拒絶も挙げられる．だが，公序則の発動は基本的に準拠法の排除といった場面に限定され，公益の保護との関係では消極的な機能しか果たさないのに対し，強行的適用法規は，より積極的に私法的法律関係に介入し，一定の社会的目標の実現に貢献する．そこで，本稿では後者を中心に扱うこととした．とは言え，本稿における議論の基本線は，公序則に関しても当てはまるものである．

的・社会的政策について国際仲裁が如何なる影響を齎し得るかという点について考察する（三）．以上の考察を踏まえ，国際仲裁に対し国家が採り得る対応とその限界について論じる（四）．最後に，国際仲裁自体を変革する可能性について触れて結語とする（五）．

予め結論を示せば，国際仲裁における各国の強行的適用法規の適用は当事者の意思に依存するため相当程度限定的なものとなり，それに対し考えられ得る国家の対応策も，仲裁地・準拠法・執行地に関し当事者に広範に与えられている選択の自由のために，十分に実効的にはなり得ない，ということになる．

二．準拠法選択に関する国際民事訴訟と国際仲裁との相違

さて，先ずは通常の準拠法選択に関する国際民事訴訟と国際仲裁との相違について確認しよう．

周知のように，国際民事訴訟については，原告が訴えを提起した法廷地裁判所の国際裁判管轄が認められた場合[8]，裁判所は，基本的には国内法の一つである準拠法選択規則（我が国では法の適用に関する通則法［以下「通則法」とする］である）に従い準拠法を選択・適用する．そこでは，通常当事者による準拠法選択は契約・不法行為等に限定されている[9]．また，そこで準拠法として選択される法は，現在でも猶国家法のみであるとするのが国際的な実務動向である[10]．

これに対し，国際仲裁においては，当事者は基本的に如何なる地をも仲裁地にすることが出来る上，実体問題の準拠法については広範な当事者自治が認められている[11]．また，

8）我が国裁判所の国際裁判管轄については，民訴法３条の２以下がこれを定める．

9）我が国では，財産関係では，契約（7 条），及び，事務管理・不当利得（16 条），不法行為（21 条）について認められている（但し，契約以外は事後的な場合のみ当事者による選択が認められている）．

10）但し，2015 年にハーグ国際私法会議において採択された国際商事契約の準拠法選択に関するハーグ原則（The Hague Principles on Choice of Law in International Contracts）３条では，国家法以外の法を当事者が選択することが認められている．同原則については，西谷祐子「国際商事契約の準拠法選択に関するハーグ原則」NBL1072 号（2016 年）23 頁参照．我が国でも所謂非国家法の適用を主張する見解があることにつき，拙稿「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（元永和彦教授追悼論文集）（2009 年）３頁参照．

11）例として，UNCITRAL 国際商事仲裁モデル法 28 条１項（「仲裁廷は，当事者が紛争の実体に適用すべく選択した法の規範に従って紛争を解決しなければならない．…」）．我が国については，仲裁法 36 条１項．尚，我が国においては，仲裁法 36 条１項が契約上の問題についてのみ適用されるという制限的解釈を主張する見解が少くない．例えば，小島武司＝高桑昭編『注釈と論点　仲裁法』（青林書院・2007 年）213 頁［道垣内正人］212 頁以下，澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第７版〕』（有斐閣・2012 年）359 頁以下，Shunichirô Nakano, ”International Commercial Arbitration Under the New Arbitration Law of Japan”, *The Japanese Annual of International Law*, No. 47 (2004), p. 96, 111，高桑昭「新たな仲裁法と渉外仲裁」法曹

準拠法として選択される法も国家法に限定されず，例えばUNIDROIT国際商事契約原則といった所謂非国家法も当事者は選択することが出来る[12]．

このように広範な当事者自治が国際仲裁に認められているのは，国際商取引固有の要請に適切に対応するため，国家法の適用という国家主義を超え，また，抵触法上の複雑な準拠法選択の方法により生じる不測の事態を避けるためである[13]．換言すれば，国際取引において紛争が生じた場合に迅速で効率的な解決が得られるという事業者の利益を重視したためである[14]．

だが，このように国際取引に従事する事業者の利益を前面に出した国際仲裁という紛争解決システムは，強行的適用法規に体現される各国の経済・社会政策の実現にどのような影響を及ぼすのだろうか．次節ではこの点について検討する[15]．

三．国際仲裁における強行的適用法規の取扱い

(1) 国際民事訴訟における強行的適用法規の取扱い

国家の経済的・社会的政策を体現する強行的適用法規の適用又は考慮という問題は，とりわけ20世紀後半，私法的関係に対する国家の干渉が増加するに伴い抵触法上議論され

時報56巻7号(2004年)1598頁，1608頁以下，新堀聰＝柏木昇『グローバル商取引と紛争解決』(同文館出版・2006年) 167頁[中村達也執筆]．だが，日本の仲裁法が依拠したモデル法における28条の起草過程では，事案を規律する如何なる準則をも当事者が選択出来る完全な自治を当事者に認めることが関係者間で合意されていたのであり（Howard M. Holtzmann/ Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary* (Kluwer, 1989), p. 765），特定の抵触法規則との整合性が要求されてはならないと考えられていた（Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions* (3rd., Sweet & Maxwell, 2010), 6-009）．

12）我が国の場合につき，小島武司＝猪俣孝史『仲裁法』(日本評論社・2014年) 395頁（「法律の規程その他の規範を指すのであり，実定法にかぎらず，それ以外の規範も広く含む」)，山本和彦＝山田文『ADR仲裁法』(日本評論社・2008年) 354頁．

13）Philippe Leboulanger, “La notion d’ «intérêt» du commerce international”, *Revue de l’arbitrage*, 2005 n’ 2, p. 487, 491.

14）*Ibid*., 489.

15）尚，同一の国際民事紛争につき，訴訟と仲裁とで同じ法が適用されない可能性が少からず存在することを，手続法における実体法の実現という観点からどのように評価するかという点が，そもそも問題になる．だが，①我が国仲裁法36条1項のような国際仲裁における広範な当事者自治を認めた規則は，当事者自治を出来るだけ尊重するという国際仲裁の理念に基づいており，仲裁手続の特性と密接に結び付いた手続的抵触規則ということが出来る（尚，手続的抵触規則については，拙稿「フランス国際私法の現状と問題点－準拠法に関する当事者の合意について－」国際私法年報4号（2002年）74頁参照）．そして，民事訴訟においても，外国法の不明の場合における処理のように，当事者間の紛争解決の便宜という観点から準拠法選択規則により選択さ

るようになった[16]．財産関係においては，とりわけ競争法，輸出入規制，為替管理規制等が問題となる．

国際民事訴訟において，裁判所が，準拠法が外国法である場合にも，対象となる行為・事実がその適用範囲に含まれるのであれば法廷地の強行的適用法規を適用せねばならないということに学説上争いはない[17]．これに対し，準拠法国の強行的適用法規の適用については争いがある[18]．さらに，法廷地国でも準拠法国でもない第三国の強行的適用法規については，契約等に関する準拠実質法上履行不能や（国内法上の）公序の解釈において事実として考慮するか，それとも一定の要件を課した上でこれを直接適用するか，という方法論上の対立がある[19]．

国際仲裁と対比する上で重要なのは，当事者自治との関係であろう．すなわち，法廷地の強行的適用法規が適用されるべき事案において，外国裁判所を指定する国際的専属管轄合意が存在している場合に，それでも法廷地の国際裁判管轄が認められるか否かという問題である．この点は，国際裁判管轄の判断において法廷地の経済・社会政策の実現と当事者の予測可能性とのバランスを如何に取るかという点に関っているが，各国の対応は異なっている[20]．近時，我が国独禁法の適用が問題となった事例において，裁判所は，専属的管轄合意が無効となるのは，当該外国裁判所が「準拠する全ての関連法規範を適用した場合の具体的な適用結果が」，日本における「具体的な適用結果との比較において，独禁法に係る我が国の公序維持の観点からみて容認し難いほど乖離したものとなるような場合」に限られると述べ，米国ミシガン州裁判所を指定する各専属的管轄合意を有効とし，

れた準拠法以外の法が国際民事訴訟において適用されることは許されており，これと対比すれば，国際仲裁におけるこのような準拠法選択も一応肯定出来よう．②また，適用される準拠法が我が国での訴訟の場合と異なる可能性があるという点では，外国における訴訟も同様であり，我が国の準拠法選択規則で指定されるべきものとは異なる準拠法に従った外国判決を我が国において承認執行することが認められていることからしても（民訴法 118 条・民執法 24 条），国際仲裁における独自の準拠法選択が制度的に問題であるとまで言うことは出来ないだろう．とは言え，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で，国際取引のアクターが各国法に従う動機を次第に失い，それに伴って各国法の権威が低下するという可能性は残る．拙稿・前掲注 (4) 120 頁．

16）拙稿・前掲注（1）34 頁以下，Moritz Renner, *Zwingendes transnationales Recht* (Nomos, 2010), pp. 49-54.

17）拙稿・前掲注（1）40 頁．また，Hannah L. Buxbaum, “Mandatory Rules in Civil Litigation: Status of the Doctrine Post-Globalization”, in Bermann/Mistelis, *supra* note (5), p. 31, 32.

18）準拠法選択により指定された法秩序において当該法的問題を規律する全ての法規範が（強行的適用法規をも含めて）適用されるべきであるとする見解と，準拠法選択における連結素は（強行的適用法規を除く）私法的な法規範（任意的強行法規）を指定するために採用されており，強行的適用法規の適用については，別途検討すべきであるという見解とが対立している．拙稿・前掲注（1）41 頁以下．Renner, *supra* note (16), pp. 58-60 も参照．

19）拙稿・同上．簡単には，中西康＝北澤安紀＝横溝大＝林貴美『国際私法』（有斐閣・2014 年）136 頁以下．

20）Cf. M. Weller “Choice of court agreements under Brussels Ia and under the Hague convention”, *Journal of Private International Law*, Vol. 13, No. 1 (2017), pp. 104-107.

訴えを却下した[21]．我が国学説上は，ニュアンスは異なるものの，外国裁判所を指定する専属的管轄合意により我が国強行的適用法規の適用が回避・潜脱される場合に，公序要件により当該合意の有効性を否定する余地を認める見解が幾つか見られる[22]．この点につき，筆者は，改正民訴法における当事者の予測可能性重視の姿勢及び専属管轄規定の導入という点を根拠として，我が国強行的適用法規の適用との関係で外国裁判所を指定する専属的管轄合意が無効とされるのは，①本来我が国の専属管轄とされるべきであった程の公益性の高い法規の適用が問題となる請求の場合，または，②当該管轄合意において我が国の強行的適用法規を潜脱する意図が明らかな場合，に限定されるべきであるとの見解を示している[23]．

国際仲裁においては，強行的適用法規の適用が問題になる法的紛争については，嘗ては仲裁付託可能性がないとされて来た[24]．だが，とりわけ1980年代以降，国際仲裁に対し好意的な政策を各国が採用するに連れて仲裁付託可能性は拡張される傾向にあり[25]，そのため，国際仲裁において強行的適用法規の介入が問題となる事例が増加していると言われている[26]．それでは，国際仲裁において，各国の強行的適用法規はどのように扱われているのだろうか[27]．

21）東京地判平成28年10月6日金商1515号42頁．同判決については，拙稿〔判批〕ジュリ1509号（2017年）6頁，同〔判批〕リマークス56号（2018年）142頁参照．尚，控訴審判決である東京高判平成29年10月25日（平成28（ネ）5514号）判例集未登載（D1-Law.comで閲覧可能）も原判決の判断枠組を維持し，控訴を棄却している．

22）澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第7版〕』（有斐閣・2012年）310頁，横山潤『国際私法』（三省堂・2012年）355頁，手塚裕之「管轄権に関する合意（応訴管轄含む）」別冊NBL138号（2012年）74頁，高橋宏司〔判解〕櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選［第2版］』（別冊ジュリ210号・2012年）201頁等．

23）拙稿・前掲注（21）ジュリ7頁，同・前掲注（21）リマークス参照．尚，この問題についてのさらなる検討は別稿で行う予定である．

24）上野泰男「仲裁可能性」松浦馨＝青山善充編『現代仲裁法の論点』（有斐閣・1999年）99頁，113頁は，「独占禁止法をめぐる紛争が仲裁可能性を有するかについては，これまで日本においては全くといっていいほど議論がみられなかったが，それが一国の基本的経済秩序にかかわるため，仲裁可能性は否定されていたのではないかと推測される」と述べる．

25）一般的には，例えば，William Grantham, “The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 14 (1996), p. 173, pp. 179-180．フランスの状況につき，Jean Billemont, *La liberté contractuelle à l’épreuve de l’arbitrage* (LGDJ, 2013), pp. 28-36. 我が国においても同様の傾向が見られる．例えば，「仲裁の実効性を高め，仲裁制度の新興を図るためには，今後の解釈の方向性として，少なくとも財産上の請求については可能な限り広く仲裁可能性が認められるよう考察されるべきであ」ると述べるのは，小島武司＝高桑昭編『注釈と論点　仲裁法』（青林書院・2007年）60頁以下［小島武司＝清水宏執筆］．

26）ある論者は，正確な統計を示してはいないものの，仲裁人が扱う事例の半数以上が強行的適用法規の介入という問題に関るとさえ述べている．Marc Blessing, “Mandatory rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, No. 4 (1997), p. 23, pp. 23-24.

27）尚，国際仲裁においては，国家を超えた超国家的公序（transnational public policy）の存在がしばしば主張され，またそれがある国の法の適用を排除する消極的な機能だけではなく，積極的に適用されるべき超国家

(2) 国際仲裁の場合

国際仲裁における強行的適用法規の取扱いという問題は，近時盛んに議論されている[28)]．そこでは，実務上，仲裁人が仲裁地の強行的適用法規を適用せねばならないことは一般的に受け入れられており，準拠実体法中の強行的適用法規は適用すべきであるとされるが，第三国の強行的適用法規の取扱いについては対応が不明確であると言われている[29)]．だが，国際仲裁に関する多くの論稿は，仲裁地が何処であるかに関係なく国際仲裁一般を論じる傾向があるため，その法的根拠は必ずしもはっきりしない[30)]．その中で，最も説得力があると見受けられる根拠は，当事者の合意である．すなわち，仲裁廷の裁決権限は当事者の合意に基づいているのであるから，当事者がその適用を望む限りにおいて各国の強行的適用法規を適用すべきである，という説明である[31)]．この見解に依れば，契約に関する準拠法国の強行的適用法規は，当事者が明示的にその適用を排除する旨を示していなければ仲裁廷により適用されるべきであり[32)]，また，仲裁地国の強行的適用法規も，仲裁地を選択したことで当事者が当該法秩序の支配に服することを選んだと言い得るので，適用されるべきであるということになる[33)]．さらに，準拠実体法において第三国の強行的適用法規の影響を事実として考慮することについては，国際仲裁においても可能であるとされる[34)]．

だが，上述の見解にも問題がないわけではない．一つは，強行的適用法規の適用による当事者自治の制限の範囲が，とりもなおさず当事者の合意により決定されることになってしまうという点である[35)]．もう一つは，当事者が明示的に強行的適用法規の適用を排除し

的な強行的適用法規をも構成すると主張されることもある．その概要につき，Renner, supra note (16), pp. 106-108. だが，その内容は不明確であり，仮令超国家的公序の存在を認めたとしても，競争法上の保護に関する一般原則といったしばしば国際取引紛争で問題となる規範がどれ程含まれているかは明らかではない．*Ibid*., pp. 107-108. そこで，本稿では国際仲裁におけるこのような超国家的な強行的適用法規の適用については扱わない．

28) 例として，Bermann/Mistelis, *supra* note (5). また，*Franco Ferrari (ed.), The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration* (JURIS, 2017) にもこの問題に関する論文が少からず含まれている（第6章から第13章）．

29) Laurence Shore, “Applying Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration”, in Bermann/Mistelis, *supra* note (5), p. 131, pp. 131-132.

30) 尚，国際仲裁における研究論文がしばしば実務の拡張であり宣伝であることを指弾する者として，Ralf Michaels, “Roles and Role Perceptions of International Arbitrators”, in Walter Mattli/Thomas Dietz (eds.), *International Arbitration & Global Governance* (Oxford, 2014), p. 47, 63.

31) Alan Scott Rau, “The Arbitrator and ‘Mandatory Rules of Law’”, in Bermann/Mistelis, *supra* note (5), p. 77, pp. 91-92.

32) *Ibid*., pp. 98-99.

33) *Ibid*., p. 110.

34) *Ibid*, p. 106; Cf. Renner, *supra* note (16), p. 102.

35) Renner, *supra* note (16), p. 102.

た場合には，当該法規が適用出来ないことになってしまうという点である[36]．これらの点を踏まえ，国際仲裁において当事者の合意に依らない強行的適用法規の特別連結を提唱する見解もあるが[37]，これらの見解については，当事者により委ねられた仲裁人の権限を越えるものであると批判されると共に[38]，強行的適用法規の判断基準やその適用要件に関し実務上の困難を抱えている点が指摘される[39]．

国際仲裁が当事者の合意に基づいた紛争解決手段であるという一般的理解に従えば[40]，当事者の合意を越えた法の適用を仲裁廷に要求することは理論上困難であるように思われる[41]．そこで，当事者が明示的に準拠法国の強行的適用法規の適用を排除している場合には，当該法規の適用を仲裁廷が正当化することは困難だろう[42]．また，仲裁地国の強行的適用法規についても，当事者による仲裁地の選択は当該国の仲裁手続に関する法に従うことを意味するのみであり，実体的法律関係に関する強行的適用法規に服することを意味するものでは必ずしもないのではないだろうか[43]．従って，仲裁廷が実体的法律関係に関する仲裁地の強行的適用法規を適用することは，当事者の合意からは導かれないと考えるべきであろう[44]．このように，国際仲裁においては，仲裁廷の視点からすれば[45]，各国の強行的適用法規を適用する義務があるか否かは当事者の合意に依存し，その意味で，国際仲裁における強行的適用法規の適用可能性は，相当程度限定されたものであるということが出来よう．

36）Renner, *supra* note (16), p. 102; *id*., “Private Justice, Public Policy: The Constitutionalization of International Commercial Arbitration”, in Mattli/Dietz, *supra* note (30), p. 125.

37）とりわけ，Shore, *supra* note (29), pp. 135-142 に紹介される見解を参照．

38）Rau, *supra* note (29), pp. 91-92.

39）Renner, *supra* note (16), pp. 103-106; *id., supra* note (36), p. 125.

40）仲裁人の権威が当事者の合意から即座に派生するとするのは，Arthur Taylor Von Mehren, “To what Extent Is International Commercial Arbitration Autonomous?” in *Le droit des relations économiques internationales: Études offertes à Berthold Goldman* (Litec, 1982), p. 217, 222.

41）だが，そもそも当事者の合意が仲裁人の裁決権限の範囲を決定する根拠となる規範は何処にあるのだろうか．この点につき，国際仲裁における当事者自治の根拠が実定法にはなく，国際的慣習抵触法（internationales Gewohnheits-Kollisionsrecht）にあるとするのは，Renner, *supra* note (16), p. 83.

42）Michaels, *supra* note (30), p. 70.

43）尚，Shore, *supra* note (29), p. 131 が挙げる，仲裁費用の支払いに関する紛争発生以前の合意を無効とする英国の規定は，仲裁手続に関する法規であり，ここで問題としている実体的法律関係に関する強行的適用法規には含まれない．従って，仲裁地法の一部として適用されることに特に問題はないように思われる．

44）尚，国際仲裁においては，仲裁地＝法廷地というわけではないため，そもそも仲裁地の強行的適用法規の適用さえ保障され得ないとするのは，Johanna Guillaumé, *L’affaiblissement de l’État-Nation et le droit international privé* (L. G. D. J., 2011), pp. 479-482. Hélène Gaudemet-Tallon, “L’autonomie de la volonté: jusqu’où?” in *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer* (L. D. G. J., 2015) p. 255, 267 も略同旨．また，仲裁廷を仲裁地国法秩序の司法機関と同視することが困難であることにつき，拙稿・前掲注（4）114 頁．

45）尚，国際仲裁について検討する際に仲裁廷の視点と国家裁判所の視点とを区別する必要があることにつき，Renner, *supra* note (16), pp. 80-81.

最後に，それでは実際に仲裁廷はどのように各国の強行的適用法規を適用・考慮しているのだろうか. この点につき, Alec Stone Sweet & Florian Grieselは近時の共著において，仲裁廷が強行的適用法規を解釈・適用したり他の方法で公益を考慮したりした殆ど全ての仲裁判断は，その秘匿性の故に利用不可能であり，仲裁人がどのように公益を考慮しているかは，誰にも分からないと指摘する[46]．このように，実際にも，国際仲裁において各国の国家政策が強行的適用法規の適用を通じて実現されていると考えることについては，躊躇せざるを得ないだろう.

四. 国際仲裁に対し国家が採り得る対応とその限界

周知のように，各国は，国際仲裁を自国に惹き付けるため，競って仲裁に対する規制を緩和している[47]．このような政策は，仲裁による迅速で衡平な解決が国際取引の拡大・容易化に繋がり，自国の社会的利益に資するという考えに基づいていると言えるが[48]，上述のように，国際仲裁における強行的適用法規の適用が当事者の合意に依存し適用されたりされなかったりする以上, 国際仲裁の発展は, 国際取引における利益を促進することになっても，他の社会的・経済的政策の実現にとって障害になる可能性がある[49]．それでは，国家は, このような可能性を除去するために, どのような対応を採ることが出来るのだろうか.

国際仲裁に対し国家が介入出来る場面としては，仲裁付託可能性（1）という仲裁手続の最初の段階と，仲裁判断に対する取消または承認執行の拒絶（2）という仲裁手続終了後の段階が考えられる．だが，これらの場面において国家がその介入の度合いを強めるとしても，その実効性は必ずしも十分だとは言えない（3）.

46）Alec stone Sweet/Florian Griesel, *The Evolution of International Arbitration* (Oxford, 2017), p. 186. 尚, Renner, *supra* note (16), pp. 110-127 は，国際商業会議所（ICC）仲裁裁判所が仲裁判断の公表に非常に抑制的であることを認めつつも，1990 年から 2006 年までに公表された 219 の ICC による仲裁判断を調査し，うち 46 件で何らかの形で強行的適用法規の適用が問題となったとし, その分析を試みている．だが, 結論として,「今のところ，ICC 仲裁裁判所における介入規範〔ここでいう強行的適用法規 - 筆者注〕についての一貫した教義は形成されていない」と述べる（*Ibid*., p.124).

47）Von Mehren, *supra* note (40), pp. 220-221; Billement, *supra* note (25), pp. 6-8.

48）Billement, *supra* note (25), p. 6.

49）Leboulanger, *supra* note (13), p. 506. そもそも，仲裁人が紛争当事者間にとって妥当な解決を導くことを重視し，第三者に対する影響を重視しない傾向があることを指摘する者として，Robert Wai, “Conflicts and Comity in Transnational Governance: Private International Law as Mechanism and Metaphor for Transnational Social Regulation Through Plural Legal Regimes”, in Christian Joerges/Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutionalism, Multilevel Trade and International Economic Law* (Hart Publishing, 2011), p. 229, 245.

(1) 仲裁付託可能性の制限

先ず，仲裁付託可能性を拡大する現在の一般的傾向を変更し，国家が，自国の強行的適用法規による経済的・社会的政策の実現を重視し，公共性を有する一定の事項またはセクター[50]に関する紛争について仲裁付託可能性を認めなくするという方策が考えられる[51]．

この点につき考慮すべきであるのは，先に触れた通り，国際民事訴訟に関しても，次第に当事者自治による裁判所の選択が，法廷地裁判所における自国強行的適用法規の適用に優先される傾向にあるという点である[52]．外国裁判所を指定する国際的専属管轄合意も仲裁合意も，共に自国の国際裁判管轄を否定するという点で共通すると考えるのであれば，両者を整合的に考え，国際的管轄合意との関係において自国の国際裁判管轄を維持すべき事項[53]についてのみ仲裁付託可能性を否定するという処理も或いは考えられよう．

だが，管轄合意については，外国裁判所が国際協力の観点から自国の強行的適用法規を適用・考慮する可能性が理論的に開かれているのに対し[54]，国際仲裁における強行的適用法規の適用・考慮は当事者の意思に依存する．また，手続的にも，国際仲裁の秘匿性は，当該手続における強行的適用法規の適用・解釈に関する外部からの評価を不可能にし，国際取引に従事する事業者がこれらの法規に従う動機を次第に失わせることになる[55]．このような両者の相違を考慮するならば，仲裁付託可能性については，外国裁判所を指定する管轄合意に関し当該合意を認めない範囲よりもさらに広い範囲の事項についてこれを否定することが，自国の強行的適用法規による国家政策の実現という観点からは各国にとって適切であるように思われる．

(2) 仲裁判断の取消またはその承認執行の拒絶

50）例えば金融分野が考えられる．拙稿・前掲注（4）120 頁．だが，途上国が金融分野に関する紛争の仲裁付託可能性について慎重であるのに対し，先進国が，当該紛争が第三者や国家利益に悪影響を及ぼし得るものであるにも拘らず全ての金融上の契約紛争について仲裁付託可能性を認めていることにつき，Ilias Bantekas, “Arbitrability in Finance and Banking”, in Loukas A. Mistelis/Stavros L. Brekoulakis, *Arbitrability : International & Comparative Perspectives* (Wolters Kluwer, 2009), p. 293, pp. 314-315.

51）Cf. Billement, *supra* note (25), p. 125.

52）Horatia Muir Watt, “Économie de la justice et arbitrage international (Réflexions sur la gouvernance privée dans la globalisation)”, *Revue de l’arbitrage*, 2008 No 3, p. 389, 403; Buxbaum, *supra* note (17), p. 44-52.

53）前掲注（23）に対応する本文参照．

54）経済のグローバル化の下での当事者自治の拡大に対する対応として，国家裁判所が国際協力の観点から外国の強行的適用法規を積極的に適用すべきであると主張するのは，Guillaumé, supra note (44), pp. 429-434.

55）Cf. Robert Wai, “Transnational Liftoff and Judicial Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”, *Colombia Journal of Transnational Law*, Vol. 40 (2002), p. 258-260. 拙稿・前掲注（4）120 頁も参照．

第二に，仲裁地の裁判所は仲裁判断に対する取消手続において，また，仲裁地以外の国の裁判所は仲裁判断の承認執行手続において，要件審査を厳格にすることにより，自国の強行的適用法規が体現する政策を尊重しない仲裁判断を取消し乃至拒絶するという方策が考えられる．

確かに，現状では，仲裁判断に関する取消手続において法適用の適切性を争える法秩序は非常に限られている[56]．また，仲裁判断の承認執行については，我が国も含め 150 箇国以上が加盟する，外国仲裁判断の承認及び執行に関するニューヨーク条約（以下「NY 条約」とする）では，実質再審査禁止の原則が採用されており[57]，裁判所が審査出来る要件は限定されている．とは言え，各国裁判所が仲裁判断につき，仲裁付託可能性の有無，及び，公序違反性について審査することは認められている[58]．そこで，この場面において，一定の事項についての仲裁付託可能性を否定することにより，また，強行的適用法規の適用により導かれる帰結とは異なる判断を下した仲裁判断を公序違反とすることにより，自国の強行的適用法規による法政策の実現を担保することが考えられよう[59]．

（3）国家による対応の限界

しかしながら，仮にある国家が国際仲裁に好意的な現在の方針を変更し，経済的・社会的政策を実現するために強行的適用法規の適用を確保しようとして上述のような対応を行ったとしても，その実効性は限定されたものにならざるを得ない．というのも，ある国家が仲裁付託可能性の範囲を狭めるのであれば，国際取引に従事する事業者は，仲裁に対しより好意的な別の国家を仲裁地或いは紛争に関する実体準拠法として選択すれば済むだけの話であり[60]，また，仲裁判断の承認執行における審査も，当該国で実際に仲裁判断の承認執行手続が求められた場合のみに限定される[61]．すなわち，ある国で仲裁判断の執行が困難であるとしても，敗れた相手方の財産が別の NY 条約加盟国にも存在している場合には，申立人は当該国において執行手続を求めればいいのである[62]．

56）英米の状況を含め，森下哲朗「仲裁判断の取消し」谷口安平＝鈴木五十三編著『国際商事仲裁の法と実務』（丸善雄松堂・2016 年）385 頁，407 頁以下参照．我が国については，仲裁法 44 条参照．

57）Von Mehren, *supra* note (40), p. 224.

58）仲裁判断の取消につき，我が国仲裁法 44 条 1 項 7 号・8 号，また，仲裁判断の承認執行につき，NY 条約 5 条 2 項 (a)(b) 参照．

59）公序判断において，外国の強行的適用法規の適用について考慮することも或いは可能であろう．この点を肯定する近時の見解として，Guillaumé, *supra* note (44), pp. 479-482. 尚，公序による仲裁判断の承認・執行の拒絶は，それ自体としては外国判決の承認・執行の場合と大きく異なるところはない．

60）Sweet/Griesel, *supra* note (46), pp. 185-186.

61）Muir Watt, *supra* note (52), p. 408.

このように，当事者が自由に仲裁地，準拠法，執行地を選択出来ることから，裁判所の介入を通じた国家による国際仲裁に対する規律の実効性は，限定的なものにならざるを得ない[63]．こうして，国家の強行的適用法規の強行性は，国際仲裁によって大幅に相対化させられてしまうのである[64]．

五．結語－国際仲裁自体を変革する可能性

以上，国際仲裁において各国の強行的適用法規がどのように適用・考慮されるのかという点を検討し，公益実現のために国際仲裁に対して国家が採り得る対応とその実効性について考察した．国際仲裁における各国の強行的適用法規の適用は当事者の意思に依存するため相当程度限定的なものとなり，それに対し考えられ得る国家の対応策も，仲裁地・準拠法・執行地に関し当事者に広範に与えられている選択の自由のために，十分に実効的にはなり得ない，というのが本稿の結論である．

それでは，各国の強行的適用法規が実現しようとして来た公益に関る政策目標は，どのようにすれば達成出来るのだろうか．一つの方向性は，国家に代わって国際仲裁自体が自律的に第三者の利益や社会的利益についても考慮するシステムを創出することである[65]．そのような「国際仲裁の立憲化（constitutionalization of international arbitration）」[66]の可能性についての本格的検討は，次の課題とすることとしたい．

【付記】 本稿の一部は，2016 年 12 月 9 日，神戸大学で行われた科研費ミニシンポジウム「国境を越えた / 私的自治による紛争解決と法の実現－仲裁を素材として」において筆者が行った報告に基づいている．また，本稿は，科研費基盤研究（B）「政策実現過程のグローバル化に対応した法執行過程・紛争解決過程の理論構築」（代表　原田大樹），及び，科研費基盤研究（B）「トランスナショナル・ローの法理論―多元的法とガバナンス」（代表　浅野有紀）の研究成果の一部である．

62）Sweet/Griesel, *supra* note (46), p. 186.

63）Sweet/Griesel, *supra* note (46), p. 185.

64）Muir Watt, *supra* note (52), p. 408.

65）Muir Watt, *supra* note (52), pp. 412-413 は，自ら理想主義的と断りつつ，国際仲裁における公開性の導入や先例の公表を提言する．また，Von Mehren, *supra* note (40), p. 227 は，国際仲裁固有の lex mercatoria としての抵触規則の検討を提唱する．さらに，国際仲裁に関するより具体的な改革提案として，Sweet/Griesel, *supra* note (46), p. 238-252; Cuniberti, *supra* note (3), pp. 139-198.

66）Michaels, *supra* note (30), pp. 71-72; Peer Zumbansen, “Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law”, *European Law Journal*, Vol. 8 (2002), p. 400, pp. 430-432; Moritz Renner, “Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law?”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 26 (2009), p. 533, 554.