

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——

高 杉 直

- I はじめに
- II 仲裁法 36 条の概要
- III 当事者自治 (1 項)
- IV 客観的連結 (2 項)
- V その他の規定 (3 項・4 項)
- VI 適用違背の効果
- VII おわりに

I はじめに

国際ビジネスに関して紛争が生じた場合、どのようにしてその解決が図られるのか。例えば、日本企業 X が外国企業 Y と物品売買契約を締結し、X が約定通りの物品を送したにもかかわらず Y が代金の支払いをしない場合、X として、どのように対処すべきか。

ビジネス紛争の多くは、当事者間のコミュニケーション不足や誤解に起因する¹。例えば、XY 間の契約で支払期日・支払方法を規定していなかったために、この点に関する X と Y の認識に相違があった場合や、物品の品質について十分な情報交換ができていなかった場合などである。従って、紛争発生後の交渉によって誤解が解消され、紛争が解決することも多い。しかし、交渉しても紛争が解決しない場合には、泣き寝入りをしないとすれば、法的・強制的な解決方法に頼るほかない。

法的・強制的な解決方法としては、一般に、訴訟（裁判）と仲裁が考えられるが、国際ビジネス紛争の解決においては、仲裁の方が適切であると指摘され、実際にも仲裁による解決が図られることが多い。というのは、裁判と比較して、仲裁には次のような利点があるからである。すなわち、第 1 に、ある国の判決を他国で強制執行するのは比較的困難であるが、1958 年「外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約」（以下、「ニューヨーク条約」という。）に多数の国が加盟していることから、これら多数の加盟国

1 紛争発生予防のためにも、国際ビジネスコミュニケーションはきわめて重要である。国際ビジネスコミュニケーションについては、Naoki Kameda, *Managing Global Business Communication* (Maruzen, 2005)；亀田尚己『国際ビジネスコミュニケーション再考』（文真堂、2009）など、亀田尚己教授による多数の研究成果を参照のこと。

(締約国)で仲裁判断の執行が可能である²。第2に、裁判の場合には国家権力の発動という観点から、法的安定性や経済性の考慮に基づき、裁判官や訴訟手続を当事者が自由に選定することができないのが通常であるが、私的な紛争解決方法である仲裁の場合には、当事者の合意に基づき、中立的かつ当該紛争に最適な専門家を仲裁人として選定することや、柔軟かつ当該紛争に最適な方法で手続を進めること（証拠調べの簡易化、使用言語の指定、非公開など）が可能である³。また、仲裁廷が当該紛争の実体判断を行う際に基準とすべき法（仲裁判断の準拠法）の決定についても、裁判所における準拠法決定とは異なる扱いが認められている⁴。例えば、日本法上、裁判所による準拠法決定は、主要な国際私法規定を定める「法の適用に関する通則法（平成18年法律第78号）」（以下、「通則法」という。）第3章「準拠法に関する通則」によるが、仲裁廷による準拠法決定については、「仲裁法（平成15年法律第138号）」36条に特則が置かれている⁵。

本稿では、このような国際ビジネス紛争の仲裁（国際商事仲裁）における仲裁判断の準拠法の決定について紹介・検討を行いたい。例えば、[1] 上記のXY間の売買契約の事例で、Yがメキシコ企業であり、XYが契約に適用される法（契約の準拠法）としてスイス法を指定していた場合、仲裁廷は、スイス法を適用して判断しなければならないのか。[2] XYがスイス法ではなく、「ユニドロワ国際商事契約原則」⁶（以下、「PICC」という。）を契約の準拠法として指定していた場合、仲裁廷は、国家の法でもないPICCを適用できるのか。[3] XYが契約準拠法を指定せず、京都において「国際商業会議所（International Chamber of Commerce）」（以下、「ICC」という。）の仲裁によって解決する旨の仲裁合意をしていた場合、仲裁廷は、どの法を適用して判断すべきか。[4] XYが準拠法に関して何らの合意もしていない場合、仲裁廷は、どのようにして準拠法を決

2 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the "New York Convention"). 2014年1月末時点の締約国数は149で、日本を含むほぼ全ての主要国が締約国となっている。国連国際商取引法委員会（UNCITRAL）のウェブサイト（<http://www.uncitral.org>）を参照。

3 Linda Silberman & Franco Ferrari, "Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong" in Franco Ferrari & Stefan Kröll (eds.), *Conflict of Laws in International Arbitration* (sellier, 2011) p.257, p.259の注14掲載の諸文献を参照。

4 *Ibid.* なお、「仲裁廷」とは、「仲裁合意に基づき、その対象となる民事上の紛争について審理し、仲裁判断を行う一人の仲裁人又は二人以上の仲裁人の合議体をいう」（仲裁法2条2項）。

5 仲裁法が制定されるまでは、旧民事訴訟法（明治23年法律第29号）[現行民事訴訟法（平成8年法律第109号）]の制定後は「公示催告手続及び仲裁手続ニ関スル法律」に仲裁に関する規定が置かれていたが、仲裁判断の基準・準拠法についての規定はなく、解釈に委ねられていた。かつての議論については、小山昇『仲裁法[新版]』（有斐閣，1983）175ページ；澤木敬郎（中野俊一郎・補訂）「仲裁判断の準拠法」松浦馨＝青山善充編『現代仲裁法の論点』（有斐閣，1998）387ページ；高桑昭「仲裁判断の規準」小島武司＝高桑昭編『注解仲裁法』（青林書院，1998）231ページ；高桑昭「仲裁判断の基準」同『国際商事仲裁法の研究』（信山社，2000）129ページ；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〈9〉紛争の解決』（三省堂，2001）79ページ；中村達也『国際商事仲裁入門』（中央経済社，2001）89ページなどを参照。

6 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. 私法統一国際協会（Undroit）が1994年に作成したもので、2004年改訂版を経て、現時点での最新版は2010年版である。2010年版の邦訳として、私法統一国際協会（内田貴ほか訳）『UNIDROIT 国際商事契約原則』（商事法務，2013）。

定すべきか。

仲裁判断の準拠法が異なれば、最終的な結論も異なることになる。複数の国が関連する国際商事仲裁においては必然的に準拠法の問題が生ずるため、仲裁判断の準拠法の問題は実務的にも極めて重要な問題の1つである。⁷

仲裁判断の準拠法決定については、前述のとおり、日本法上、仲裁法36条に規定が置かれている。仲裁法36条が適用されるのは仲裁地が日本である場合であるため、仲裁法36条の解釈を検討とする本稿の対象も、仲裁地が日本である場合に限定する。もっとも仲裁法36条は、1985年「国際商事仲裁に関する UNCITRAL モデル法」⁸（以下、「MAL」という。）28条を基礎として制定されたものであり、MALを採用している諸外国においても同様の規定が置かれ、同条の解釈をめぐる学説上の議論も進んでいる。そこで本稿では、諸外国の先行研究をも参照しつつ、仲裁法36条の解釈を論ずることにする。⁹

以下では、まず仲裁法36条の概要について紹介した上で（Ⅱ）、当事者による準拠法指定がある場合（Ⅲ）、それがない場合の客観的な準拠法決定（Ⅳ）に分けて、解釈上の諸問題について若干の検討を行いたい。

Ⅱ 仲裁法36条の概要

仲裁判断の準拠法について、仲裁法36条は、次のとおり定める。

第36条（仲裁判断において準拠すべき法）

（1）仲裁廷が仲裁判断において準拠すべき法は、当事者が合意により定めるところによる。この場合において、一の国の法令が定められたときは、反対の意思が明示された場合を除き、当該定めは、抵触する内外の法令の適用関係を定めるその国の法令ではなく、事案に直接適用されるその国の法令を定めたものとみなす。

7 仲裁判断の準拠法は、主として仲裁廷が仲裁判断を下す場面で問題となるが、この場面に限られる訳ではない。第1に、国際ビジネスの当事者が契約を締結する場面においても、仲裁条項を定めようとする当事者は、仲裁判断の準拠法を予め想定する必要がある。第2に、仲裁判断が下された後、その仲裁判断の取消や承認執行が裁判所に申し立てられた場面においても、仲裁判断の準拠法について裁判所の事後の審査が行われ得る。仲裁判断が国家裁判所でその効力を認められないとすれば、強制執行を行うことができず、仲裁判断は画餅になってしまうため、仲裁廷は裁判所による事後の審査についても一定範囲で考慮する必要があるかもしれない。

8 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985). 高桑昭「国際連合国際商取引法委員会の国際商事仲裁に関する模範法」同『国際商事仲裁法の研究』（信山社、2000）293ページなどを参照。なお、MALについては2006年に一部改正がなされている。

9 仲裁法36条の解説として、近藤昌昭＝後藤健＝内堀宏達＝前田洋＝片岡智美『仲裁法コンメンタール』（商事法務、2003）197ページ；三木浩一＝山本和彦編『新仲裁法の理論と実務』（有斐閣、2006）102ページ；小島武司＝高桑昭編『注釈と論点 仲裁法』（青林書院、2007）206ページ；中村達也『国際取引紛争 仲裁・調停・交渉』（三省堂、2012）164ページなどを参照。

- (2) 前項の合意がないときは、仲裁廷は、仲裁手続に付された民事上の紛争に最も密接な関係がある国の法令であって事案に直接適用されるべきものを適用しなければならない。
- (3) 仲裁廷は、当事者双方の明示された求めがあるときは、前二項の規定にかかわらず、衡平と善により判断するものとする。
- (4) 仲裁廷は、仲裁手続に付された民事上の紛争に係る契約があるときはこれに定められたところに従って判断し、当該民事上の紛争に適用することができる慣習があるときはこれを考慮しなければならない。

仲裁法 36 条によれば、仲裁廷は、原則として「法による仲裁」を行わなければならない（1 項・2 項）、法ではない「衡平と善による仲裁（友誼的仲裁）」が認められるのは、例外的に、当事者双方の明示の求めがある場合に限られる（3 項）。法による仲裁については、当事者自治が原則とされ、当事者が準拠法について合意している場合には、仲裁廷は、当事者が選択した準拠法によって判断しなければならない（1 項）。当事者による法選択の合意がない場合には、仲裁廷は、当該紛争の最密接関係国を認定し、その国の法によって判断する（2 項）。すなわち、最密接関係国法への客観的連結がされるのである。なお、仲裁廷は、契約内容に従い、慣習を考慮しなければならない（4 項）。

この仲裁法 36 条は、前述のとおり、MAL 28 条を基礎とする規定であり、その内容も概ね MAL 28 条と同じである¹⁰。ただし、仲裁法 36 条は、次の 4 点において MAL と

10 MAL 28 条は、次の通り規定する。

Article 28. Rules applicable to substance of dispute

(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.

(2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

(3) The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so.

(4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.

〔第 28 条（紛争の実体に適用される規範）〕

(1) 仲裁廷は、当事者が分素運お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。一国の法又は法制のいかなる指定も、別段の合意が明示されていない限り、その国の実質法を直接指定したものであって、その国の法抵触規則を指定したものではないと解釈しなければならない。

(2) 当事者の指定がなければ、仲裁廷は、適用されると認める法抵触規則によって決定される法を適用しなければならない。

(3) 仲裁廷は、両当事者が明示的に授權したときに限り、衡平と善により、又は友誼的仲裁人として判断しなければならない。

(4) いかなる場合にも、仲裁廷は契約の条項に従って決定しなければならない、取引に適用される業界の慣行を考慮に入れなければならない。」（邦訳は、『解説国際取引法令集』（三省堂、1994）〔澤田壽夫訳〕による）。↗

異なる¹¹。すなわち、第1に、MAL 28条1項が実質法を指定したものと「解釈しなければならない」と規定しているのに対して、法1項後段は、実質法を定めたと「みなす」と規定する。第2に、MALが「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」と規定しているのに対して、法2項は、「紛争に最も密接な関係ある国の法令であって事案に直接適用されるべきものを適用しなければならない」と規定する。第3に、法3項は、MALが定める「友誼的仲裁人」との文言を削除し、かつ、MALの「しなければならない」との文言に対して「するものとする」と規定する。第4に、法4項は、MALの定める「いかなる場合においても」との文言を削除し、かつ、MALの「商慣習」の文言に対して「慣習」と規定する。これらのMALとの相違が仲裁法の解釈にどのような影響を与えるかについては、後述する。

1 適用範囲

仲裁法36条は、仲裁廷が仲裁判断において準拠すべき法を定めるものであり、抵触規則（国際私法規則）の一種である。同条は、仲裁廷による準拠法決定のため規定であり、我が国の一般的な国際私法規定である通則法との関係では、特別法として位置づけられる¹²。なお、仲裁法36条の時間的・空間的な適用範囲については、[1] 仲裁合意の成立時にかかわらず、仲裁法の施行（＝平成16〔2004〕年3月1日）以降に開始された仲裁手続（仲裁法附則5条¹³）において、[2]「仲裁地が日本国内にある場合」（仲裁法3条1項¹⁴）に画定されている。

仲裁法36条が国際商事仲裁を対象としていることは明らかであるが、純国内事案をも対象としているか否かについては争いがある¹⁵。

／ なお、MAL 28条については、多喜寛「UNCITRAL 国際商事仲裁モデル法における実体法的判断基準」多喜寛『国際仲裁と国際取引法』（中央大学出版部、1999）325ページを参照。

11 近藤ほか・前掲書注（9）197ページ参照。

12 三木＝山本編・前掲書注（9）103ページ〔中野発言〕を参照。なお、小島＝高桑編・前掲書注（9）213ページ〔道垣内正人〕は、仲裁法36条1項・2項に加えて、仲裁廷が通則法42条も適用すべきであると主張する。

13 附則第5条は、「この法律の施行前に開始した仲裁手続及び当該仲裁手続に関して裁判所が行う手続（仲裁判断があった後に開始されるものを除く。）については、なお従前の例による。」と規定する。

14 仲裁法3条1項は、「次章から第7章まで、第9章及び第10章の規定は、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。」と規定し、法36条の規定は第6章に置かれているからである。

15 純国内的な事案についても外国法などを準拠法とすることができると解する説は、仲裁法の文言上は国際事案と国内事案の区別・制限が置かれていないこと、1項において国家法だけではなく「法」による仲裁も認められていること、衡平と善による仲裁が認められるのであれば外国法による仲裁を認めても問題ないこと、外国法の適用を認めても絶対的強行法規の適用が確保されるのであれば実際上の弊害がないことなどを理由とする。三木＝山本編・前掲書注（9）103ページ〔近藤発言〕を参照。また、準拠法決定は純粋国内事案においても常に問題となるとの説に立ったものと理解するものとして、小島＝高桑編・前掲書注（9）211ページ〔道垣内正人〕。これに対して、国際私法の通説によれば純国内事案では外国法を準拠法とするような合意はできないと解されていること、純国内事案について外国法による仲裁を認める正当な必要性もなく、むしろ日本の強行法規の潜脱を許すべきでないこと、従来から／

また、仲裁法 36 条の事項的な対象範囲についても、契約問題に限定されるのか、それとも不法行為、物権、法人などの問題も対象とされるのかにつき、争いがある。¹⁶

この点については、①通則法では当事者自治が認められない法律関係にも仲裁法 36 条 1 項による当事者自治を認めることは国家法秩序の中で実効的な解決をもたらさないおそれがある¹⁷とあって適当でないこと、②当事者の予測可能性を損なうおそれがあることなどを理由に、仲裁法 36 条の対象を、契約上の法律関係（ないし日本の国際私法である通則法が当事者自治を認める範囲）に限定するとの見解がある。¹⁸

しかし、当事者が予め契約以外の問題についても仲裁合意の対象として準拠法を定めている場合にまで、これを否定する必要はなかろう。そもそも仲裁廷が判断できるのは、仲裁適格（仲裁可能性）が認められ、かつ、仲裁合意の対象とされている事項であって、これらの制約によって、仲裁地その他の関連国の公益保護も確保され、かつ、当事者の予測可能性も損なわないはずである。MAL 28 条の解釈としても契約に限定しないとの見解が優勢だと思われる。¹⁹ 仲裁法 36 条は、その文言も「仲裁判断において準拠すべき法」と契約に限定していない以上、仲裁廷が判断すべき実体問題すべてを対象とすると解すべきであろう。²⁰

2 法的性格

仲裁法 36 条の法的性格に関して、当事者の合意が優先する旨の文言が明記されていることから、2 項が任意規定であるとの説明が立法担当者によってなされている。²¹ これに対して、仲裁人の恣意を防止し、当事者の予測可能性と法的安定性の確保を図る趣旨

15 も純国内事案については日本法が基準となると解されていたことなどを理由に、純国内事案に関する法による仲裁では常に日本法が適用され、外国法などを準拠法とすることはできないと解する説が有力である。三木＝山本編・前掲書注 (9) 103-104 ページの [中野発言]・[山本発言]；多喜寛「新仲裁法 36 条（仲裁判断において準拠すべき法）に関する覚書」同編著『国際私法・国際取引法の諸問題』（中央大学出版部，2011）1 ページを参照。

16 なお、消費者契約や労働契約などの特例については、附則第 3 条及び第 4 条を参照。

17 高桑昭『国際商取引法（第 3 版）』（有斐閣，2011）398 ページ；小島＝高桑編・前掲書注 (9) 212 ページ [道垣内正人]。

18 道垣内正人「新仲裁法のもとの国際商事仲裁」『日本国際経済法学会年報』13 号（2004）128 ページ；小島＝高桑編・前掲書注 (9) 212 ページ [道垣内正人]；道垣内正人『国際契約実務のための予防法学－準拠法・裁判管轄・仲裁条項』（商事法務，2012）265 ページ；中村達也「日本の新仲裁法」新堀聰＝柏木昇編『グローバル商取引と紛争解決』（同文館，2006）167 ページを参照。なお、三木＝山本編『新仲裁法の理論と実務』105 ページ [中野発言] も参照。

19 三木＝山本編・前掲書注 (9) 105 ページ [近藤発言] も、MAL と同様に解釈すべきであると主張する。

20 当事者の能力や法人などの諸問題は、先決問題として取り上げられることが多いのではなかろうか。先決問題については、当事者が準拠法を指定していることは稀であるから、結局、多くの事案では、仲裁法 36 条 2 項によって最密接関連国法が準拠法とされることになる。

21 近藤ほか・前掲書注 (9) 139-140 ページの図表を参照。任意規定の理由として、1 項後段については「反対の意思が明示された場合を除き」、2 項については「前項の合意がないときは」、3 項については「当事者双方の明示された求めがあるときは」の文言が挙げられている。

から、仲裁人は2項を自由に排除できないとの見解も主張されている。²²

たしかに、2項の規定は、当事者が1項による準拠法選択をしている場合には適用されない（＝当事者の合意によって排除できる）という意味では任意規定の性質を有するが、当事者の準拠法合意がない場合には、2項に従った準拠法決定を仲裁廷は行わなければならない。立法担当者の理解も同様であろう。いずれにせよ1項前段の適用を当事者・仲裁廷は排除できず、1項前段と2項は一体のものであるから、仲裁法36条は全体として強行規定の性質を有すると言えよう。

3 統一私法条約との関係

仲裁地である日本において、国際私法を介することなく直接適用される統一私法が存在する場合、仲裁廷は、当該統一私法を直接適用しなければならないか、それとも仲裁法36条によって準拠法を決定すべきか。例えば、1980年「国際物品売買契約に関する国際連合条約」（以下、「ウィーン売買条約」という。）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」（以下、「モントリオール条約」という。）の適用対象である事案について、仲裁廷が、これらの統一私法条約を直接適用すべきか否かが問題となる。²³

この点については、仲裁先例も割れているようであるが、統一私法条約が仲裁をも対象としている場合には、仲裁廷においても統一私法条約を直接適用すべきであろう。例えば、ウィーン売買条約については仲裁廷をも名宛人とするものであるから、仲裁廷は、ウィーン売買条約の適用要件（1条－6条）を満たす場合には、同条約を直接適用すべきである。モントリオール条約の場合には、そもそも当事者が別段の準拠法を定めて同条約の適用を排除していたとしても、仲裁廷は、同条約を適用しなければならないと規定されている。²⁴

22 王欽彦「国際仲裁と国際私法－仲裁法36条2項について－」『六甲台論集』53巻2号（2006）63ページ，74ページ。

23 中村・前掲書注（9）166ページを参照。

24 モントリオール条約34条は、次のとおり規定する。

「第34条（仲裁）

1 貨物運送契約の当事者は、この条の規定に従い、この条約に基づく運送人の責任に関するいかなる紛争も仲裁によって解決することを定めることができる。そのような合意は、書面によるものとする。

2 仲裁手続は、請求者の選択により、前条に規定する裁判所の管轄のうち一の管轄内で行う。

3 仲裁人又は仲裁裁判所は、この条約を適用する。

4 2及び3の規定は、仲裁について定める条項又は合意の一部であるとみなし、これらの条項又は合意中2又は3の規定に抵触するいかなる規定も無効とする。」

Ⅲ 当事者自治 (1 項)

仲裁法 36 条 1 項によれば、仲裁廷は、準拠法に関する当事者の合意に従って準拠法を決定しなければならない (当事者自治)。仲裁が当事者の合意に基づく紛争解決方法であることから、当事者自治が原則とされている。²⁵

実務上も、契約 (または当事者間の法律関係) に適用される実体法を指定する準拠法条項を契約中に定めることが多い。²⁶ 準拠法条項は、当事者の予見可能性を高め、国際取引の円滑・安全にも資するからである。

仲裁法 36 条 1 項の解釈上、第 1 に、準拠法合意の方法に関して、[1] 方式を含む準拠法合意の有効性の基準、[2] 黙示の合意の可否、[3] 仲裁機関の仲裁規則による旨の合意が「合意により定めるところ」に該当するかなどが、第 2 に、合意の対象である「法」に関して、[4] 非国家法の適格性、[5] 安定化条項の有効性、[6] 国家法の指定の解釈などが、第 3 に、法選択の態様に関して、[7] 分割的な法選択、[8] 変動的な法選択、[9] 累積的な法選択、[10] 準拠法の事後的変更などが、それぞれ問題となる。

1 準拠法合意の方法

(1) 準拠法合意自体の有効性

当事者による準拠法の合意自体も 1 つの契約 (法律行為) であるから、その合意の有効性を判断する基準が問題となる。この問題について、仲裁法 36 条は明文規定を置いていない。

この点については、通則法 7 条における準拠法合意の有効性の判断基準に関する議論が参考になろう。通則法上の議論では、かつては国際私法自体の立場から判断する説が通説であったが、近時は、仮定的に当事者が合意した法によるとの説が有力である。²⁷

なお、準拠法合意自体の方式については、仲裁法 36 条 1 項に言及がないため、理論上は口頭でも合意可能と解される。

(2) 黙示の準拠法合意

仲裁法 36 条 1 項によれば、当事者の準拠法合意は明示のものに制限されていない。通則法 7 条の解釈と同様、いわゆる仮定的な意思に基づく合意は認められないが、現実

25 近藤ほか・前掲書注 (9) 199 ページ。

26 小島=高桑編・前掲書注 (9) 210 ページ [柏木昇]; Silberman & Ferrari, *supra* note 3, p.260. なお、ICC 仲裁においては、2005 年では 81%、2009 年では 88% の事案で契約中に準拠法条項が置かれていた。ICC, 2005 Statistical Report, ICC Ct. Bull. 16(1); ICC, 2010 Statistical Report, ICC Ct. Bull. 22(1).

27 詳細については、櫻田嘉章=道垣内正人編『注釈国際私法 第 1 巻 § § 1~23』(有斐閣, 2011) 195 ページ [中西康] を参照。

的な意思による黙示の合意は認められると解すべきであろう²⁸。

問題となるのは、当事者による仲裁地の選択を、当該仲裁地の実体法を準拠法として選択する黙示の合意と解すべきか否かの点である。この点につき、比較法上も見解が分かれているようである。仲裁地の選択を直ちに仲裁地法の合意と推認すべきではないが、他の諸要素（取引の性格、契約言語、選択した仲裁機関など）と共に考慮すれば仲裁地法の合意と推認できる場合もあり得るのであって、個別の事案ごとに検討すべきであろう³⁰。

（3）仲裁規則の合意

当事者が準拠法自体については合意していないが、適用すべき仲裁規則を合意している場合である。当該仲裁規則において仲裁廷が準拠法を決定する方法が定められているときには、当該仲裁規則によって決定される法が、仲裁法 36 条 1 項の「当事者が合意により定める」法に該当すると解すべきか。

この点については、①準拠法の決定方法の合意（ないしは間接的な準拠法の合意）についても文理上は「当事者が合意により定めるところ」に該当すること、②仲裁法 36 条 1 項が広範な当事者自治を認めている趣旨から、間接的な準拠法選択を認めても弊害がないことなどを理由に、仲裁規則の合意も 36 条 1 項の合意にあたりと解すべきであろう³¹。

2 合意の対象である「法」

（1）非国家法

当事者の一方が国家等である取引（国家契約）において、準拠法として非国家法を指定することがある。国家契約の一方当事者である国家は、他国の法を準拠法として指定することを嫌い、かといって当事者である当該国の法を指定すると、当該国が事後的に自己に有利（＝相手方である私人に不利）な内容に法律の変更を行うことが可能となる。これらの不都合を避ける方法として、非国家法の指定がなされる。

そこで、当事者が合意により定める「仲裁判断において準拠すべき『法』」は、国家法に限定されるのか、それとも条約やモデル法などの非国家法も合意対象となるかが問題となる。

この点につき、①当事者主義の手続を保障するために実体的判断基準の明確化・確実化が要請されること、②「国際商事仲裁人も国家の裁判官と同じように行動しなければ

28 櫻田＝道垣内・前掲書注（27）191 ページ [中西康]；三木＝山本編・前掲書注（9）110 ページの議論を参照。

29 Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice* (Kluwer Law International, 2012) p.250.

30 *Ibid.*

31 See, *Id.*, *supra* note 29, p.236.

ならないという伝統的な理解」が存在することなどを理由に、国家の実定実体法に限定する見解がある。³²しかし、①仲裁法 36 条 1 項の基礎とされた MAL 28 条も非国家法の適用可能性を前提としていること、³³②立法者意思としても、仲裁法 36 条 1 項前段の「法」と 1 項後段・2 項の「国の法令」とを文言上も区別しており、MAL 28 条と同様の趣旨であるとの考えが読み取れることから、³⁴非国家法を含むものと解すべきである（通説である）。

なお、「法」に含まれる非国家法として、MAL 立案時の議論では、未発効の条約、廃止された法律、³⁵モデル法などが挙げられていた。このほか、PICC などもモデル法であるから「法」に含まれよう。また、MAL 28 条の議論に即して、「商人法 (lex mercatoria)」や「法の一般原則」の指定も可能と解すべきであろう。³⁶

(2) 安定化条項・化石化条項

上記のような非国家法の指定という方法のほか、当事者である当該国の法を準拠法とした上で、その法内容に関する将来の変更から影響を受けないような条項を置くという方法も考えられる。契約の準拠法を契約締結時のそれに固定する（以後の立法その他の改正を考慮しない）条項であり、安定化条項とか化石化条項とよばれる。MAL 28 条の立案時の議論でも廃止された法律を指定できるとされており、³⁷多くの仲裁先例においても安定化条項・化石化条項が有効とされていることから、³⁸仲裁法 36 条 1 項の下でも安定化条項・化石化条項を無効な法選択と解する理由はないと考える。

(3) 国家法の指定

上記のとおり、仲裁法 36 条 1 項は、非国家法の指定を認めるが、当事者が通常、準拠法として指定するのは特定の国家の法である。当事者が「一の国の法令」を指定する場合、当事者は、事案と全く関連性のない国の法の指定を行うことも可能であると解される。諸国の国際私法においても事案と物的・量的に無関係である法（例えば、当事者や目的物とは無関係の第三国の法）の選択が認められており、³⁹仲裁法 36 条 1 項の文言

32 谷口安平「仲裁人による準拠法の選択とデュープロセス－損害軽減義務を素材として－」『現代法学（東京経済大学）』11号（2006）14-16 ページ；道垣内・前掲注（18）129 ページ；道垣内・前掲書注（18）265 ページを参照。

33 UNCITRAL, 2012 *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration* (2012) [hereinafter cited as "MAL-Digest"], Art.28, para.1.

34 仲裁法の立案担当者による解説でも、「本項でいう『法』とは、法律の規定その他の規範を指すものである。実定法に限られず、それ以外の規範を含む広い概念である。この点は、モデル法の規律と同様である。」と説明されている。近藤ほか・前掲書注（9）199 ページ。また、三木＝山本編・前掲書注（9）105 ページ [山本発言]；多喜・前掲注（25）5 ページも参照。

35 近藤ほか・前掲書注（9）199 ページ。

36 中村・前掲注（18）168 ページ；多喜・前掲注（25）8 ページ。これに対して、道垣内・前掲注（18）129 ページは、PICC や商人法の指定を 3 項の「衡平と善」によるものと解していた。

37 近藤ほか・前掲書注（9）199 ページを参照。

38 Born (2012), *supra* note 29, p.255.

39 通則法 7 条の解釈上の通説も同様である。櫻田＝道垣内編・前掲書注（27）188 ページ [中西康] な

全面的な累積的適用の合意については、多くの国で有効と考えられている。⁴⁷これに対して、共通部分適用の合意は、法適用の予見可能性や容易さという法選択の利点を活かしておらず、むしろ無用な紛争を招きかねないことが指摘されている。⁴⁸しかし、仲裁法 36 条 1 項では当事者の合意による定めについては文言上の制限もないから、当事者があえて累積的な法選択をした場合にも、仲裁廷はこれに従って準拠法を適用すべきであろう。なお、選択された法の累積的適用によって解決できない問題については、2 項によって準拠法を決定すべきである。

(3) 準拠法の事後的合意と変動的な法選択

仲裁法 36 条 1 項は、準拠法合意の時期・期限について明示していない。従って、仲裁合意の締結後に準拠法について合意することも可能である。また、一旦、合意した準拠法を、当事者間の合意で変更することも可能と解される。

では、将来の展開に応じて準拠法が変わり得るような「変動的な法選択(floating choice of law)」の合意も、仲裁法 36 条 1 項の「合意」と認められるか。⁴⁹例えば、当事者 A が仲裁を申し立てる場合には相手方 B の本拠地国法を、B が申し立てる場合には A の本拠地国法を、それぞれ準拠法とする旨の合意である。

諸外国の裁判例においては、不確実性を理由として、変動的法選択を否定的に解するものがあるが、⁵⁰通則法の解釈上も有効と解し得ること、⁵¹前述のような合意であれば仲裁になった場合に適用される法は明確であることから、文言上の特別な制限を課していない仲裁法 36 条 1 項の解釈としては、⁵²変動的法選択を無効と解する必要はなからう。

IV 客観的連結 (2 項)

1 総説

仲裁法 36 条 2 項は、当事者による準拠法選択の合意がない場合に、当該紛争と最も密接な関係がある国の法令（最密接関係国法）の適用を仲裁廷に命ずる。

比較法上、準拠法合意がない場合の準拠法決定の方法として、直接指定 (voie directe)

47 See G. Born, *International Commercial Arbitration* (2009), 2221–22.

48 Born (2012), *supra* note 29, p.252. See also, *Channel Tunnel Group Ltd v. Balfour Beatty Constr. Ltd.* [1992] 1 Q.B. 656, 675 (English Court of Appeal).

49 変動的な法選択の合意については、中村秀雄『『準拠法不定』条項－準拠法の決定を先送りにする国際商取引契約書の条項をてがかりに、『準拠法の変更』を考える－』『国際私法年報』8号(2006)130ページを参照。

50 See, e.g., *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Ins. Co.* [1983] 2 All E. R. 884, 890–91, 895 (House of Lords); *Astro Vencedor Compania Naviera SA of Panama v. Mabanaft GmbH, The Damianos* [1971] 2 All E. R. 1301 (English Court of Appeal).

51 櫻田＝道垣内・前掲書注(27)191ページ[中西康]を参照。

52 三木＝山本編・前掲書注(9)108ページ[中野発言]。

と間接指定（*voie indirecte*）の2つの方法が認められる。⁵³直接指定は、抵触規則を適用することなく、仲裁廷が適切だと考える実体法を直接に適用する権限を仲裁廷に認める方法である。例えば、フランス民訴法 1511 条は、当事者が選択した法がない場合に、「適切だと考える法規に従い」仲裁廷が解決することができると規定する。この直接指定の方法によれば、抵触法的な分析は全く必要とされない。⁵⁴これに対して、間接指定の方法は、仲裁廷に準拠法決定のための抵触法的な分析を行うように命ずるものである。この間接指定の方法は、さらに、①仲裁地の一般抵触規則の適用、②仲裁地の特別抵触規則の適用、③仲裁廷が選択した適切な抵触規則の適用、の3つに分類可能である。⁵⁵①は、1996 年仲裁法の制定以前のイングランド法で採用されていた方法であるが、今日では、この方法を採用している国はほとんどないと言われている。⁵⁶②の方法は、スイス、ドイツ、イタリアが採用している方法であり、日本の仲裁法 36 条 2 項もこの方法を採用している。⁵⁷③の方法は、MAL 28 条 2 項や英国 1996 年仲裁法 46 条（3）で採用されている。⁵⁸

仲裁法 36 条 2 項が、MAL の採用する③の方法ではなく、最密接関係国法への客観的連結という方法を採用した理由は、仲裁廷に国際私法の厳格な適用を強いるのは適当ではなく、この方法の方が実務の運用に沿っており、当事者の予測可能性と法的安定性の確保により資するからである。⁵⁹

2 最密接関係国法の認定

仲裁法 36 条 2 項は、最密接関係国法への連結を定める。そこで「最密接関係国」の判断基準が問題となる。

この点につき、契約の成立・効力に関して最密接関係地法への客観的連結を定める通則法 8 条 1 項が参考となる。例えば、密接性は必ずしも物理的な概念ではなく、ある契約が他の契約との機能的結びつきから当該他の契約の準拠法と同一の法に客観的に連結されることもあり得る。⁶⁰

同様に、通則法 8 条 2 項の特徴的給付の推定規定を適用・考慮すべきか否かも問題と

53 Silberman & Ferrari, *supra* note 3, p.264.

54 この他に直接指定の方法を採用する法制の例として、オーストリア民訴法 603 条（2）、スロベニア仲裁法 32 条（2）などがある。また、直接指定の方法を採用する仲裁規則の例として、2010 年 UNCITRAL 仲裁規則 35 条、ICC 仲裁規則など多数のものがある。Silberman & Ferrari, *supra* note 3, p.265.

55 Born（2012）, *supra* note 29, p.235.

56 See Born（2009）, *supra* note 47, at 2113–14, 2121–25.

57 Born（2012）, *supra* note 29, p.236.

58 See Born（2009）, *supra* note 47, at 2114–16, 2133–35（2009）.

59 近藤ほか・前掲書注（9）201 ページ。なお、三木＝山本編・前掲書注（9）102 ページ〔近藤発言〕および 109 ページ〔中野発言〕も参照。

60 櫻田＝道垣内編・前掲書注（27）203 ページ〔中西康〕。

なる。この点につき、紛争解決の「国内的調和」の観点から、通則法をできる限り考慮すべきであるとの説もあり得るが、紛争解決の「国際的調和」の観点や国際私法の厳格な適用から仲裁廷を解放するために MAL と異なる方法を採用したという趣旨からは、必ずしも通則法 8 条 2 項に拘泥する必要はないと考える。

なお、契約以外の問題についても、同様に、必ずしも通則法と同様の準拠法決定を行う必要はないであろう。

3 連結の対象

仲裁法 36 条 2 項は、「最も密接な関係がある国の法令であって事案に直接適用されるべきものを適用しなければならない」と定める。

第 1 に、連結の対象は、「国の法令」(＝国家法)に限定される。「法令」とは、国家の法律だけでなく、政令や確立された慣習法なども含むが、非国家法は含まない。⁶²「商人法 (lex mercatoria)」については、ある国で確立した慣習法として成立している場合には、その国の「法令」に該当するが、そうでない場合には、2 項によって適用されることはない。⁶³

第 2 に、仲裁廷が適用するのは、最密接関係国法上の実質法(事案に直接適用される法)である。抵触法は適用されない。

第 3 に、1 つの事案で複数の争点がある場合には、争点ごとに最密接関係国法を認定すること(準拠法の分割)も可能と解すべきである。1 項によって当事者の合意に基づく準拠法の分割が認められる以上、2 項の場合に準拠法の分割を認めて大きな弊害がある訳でなく、また、形式上は 1 つの契約であるが実質的には複数の契約であるなど多様な紛争類型があることを前提とすれば、最密接関係国法の認定単位についても柔軟性を認めるべきだからである。⁶⁴

V その他の規定 (3 項・4 項)

1 「衡平と善」による仲裁 (3 項)

3 項は、一方で、事案によっては専門家である仲裁人の柔軟な判断に委ねた方が紛争解決に資することがありうることを考慮して、「法」による仲裁ではなく「衡平と善」⁶⁵

61 通則法 8 条 2 項ではないが、物権や不法行為に関して通則法に即すべきとの主張として、三木・山本編『新仲裁法の理論と実務』110 ページ〔出井発言〕を参照。

62 三木＝山本編・前掲書注 (9) 111 ページ。

63 三木＝山本編・前掲書注 (9) 111 ページ〔近藤発言〕。

64 松岡博編『国際関係私法入門 (第 3 版)』(有斐閣, 2012) 98 ページを参照。

65 「衡平と善」とは、「その事案に適した具体的正義の原理を適用すること」をいい、「衡平」と「善」を区別せず、「通常、合わせて一語として用いられる」。近藤ほか・前掲書注 (9) 202 ページ；小島＝

による仲裁を認めつつ、他方で、仲裁廷の恣意的判断を防止し、当事者の予測可能性を確保するため、「衡平と善」による仲裁の許容を、当事者双方の明示された求めがあるときに限定する。⁶⁶

MAL 28 条 3 項が衡平と善により「判断しなければならない」との文言を使用しているのに対して、仲裁法 36 条 3 項では「判断するものとする」との文言を使用する。これは、立法担当者の解説によれば、仲裁廷が「法」によって判断したとしても仲裁判断の取消事由とはされない旨を示すためであると説明されている。⁶⁷ また、MAL で使用されている「友誼的仲裁人として判断する」の文言が仲裁法では削除されているが、これは、「友誼的仲裁人」という概念は「衡平と善」と機能的に似ていること、MAL では様々な国での採用を前提にして友誼的仲裁人という文言を使用する必要があったが、仲裁法では日本で馴染みのない「友誼的仲裁人」の文言を使用する必要もなかったことなどを理由にするものであって、MAL と異なる趣旨のものではないと説明されている。⁶⁸

問題となるのは、当事者が仲裁機関の仲裁規則による旨を合意しており、当該仲裁規則では当事者双方の明示の求めがなくとも「衡平と善」による仲裁が認められている場合、仲裁廷は当事者双方の明示の求めがなくとも「衡平と善」によって判断を行うことができるかという点である。換言すれば、1 項と 3 項のいずれを優先すべきかのいう問題である。この点については、当事者が仲裁規則の適用を合意していることから、前述のとおり、1 項の当事者自治の枠内で衡平と善による判断が認められるとの見解も成り立ち得るが、比較法上、「衡平と善」による仲裁を知らない法制もあることから、少なくとも国際商事仲裁においては、当事者間の誤解を避けるためにも、仲裁規則に「衡平と善」によるとの条項があっただけでは足りず、3 項に定めるとおり、当事者双方の明示の求めが必要であると解すべきである。⁶⁹

なお、仲裁合意で「衡平と善による仲裁ができる」と明示的に定めた場合のほか、仲裁規則に同様の文言があり、その文言を明示的に引用した場合にも、「当事者双方の明示された求め」にあたりと解される。⁷⁰ 仲裁廷や仲裁廷外で個別に合意することも可能である。⁷¹ 「商人法（lex mercatoria）による」とか「PICC による」という合意が明示的にな

、高桑編・前掲書注（9）213 ページ [道垣内正人]。

66 近藤ほか・前掲書注（9）201 ページ。

67 近藤ほか・前掲書注（9）202 ページ。

68 三木＝山本編・前掲書注（9）102-103 ページ [近藤発言]。

69 三木＝山本編・前掲書注（9）112 ページ [三木発言・出井発言]。

70 三木＝山本編・前掲書注（9）113 ページを参照。MAL 28 条に関し、仲裁合意において、契約を「紳士協定」（すなわち当事者間で法的に拘束力のない相互理解）として解釈すること、および、判断を行う際に仲裁廷が全ての法的様式から解放されることを定めている場合には、衡平と善による判断を行う旨の明示の授權がなされたものとみなすと判示したカナダの判決がある。CLOUT case No.507 [Liberty Reinsurance Canada v. QBE Insurance and Reinsurance (Europe) Ltd., Ontario Superior Court of Justice, Canada, 20 September 2002], [2002] CanLII 6636 (ON SC). MAL-Digest, *supra* note 33, Art.28, para.4.

71 三木＝山本編・前掲書注（9）113 ページ。

された場合に、衡平と善による合意と扱うことを主張する説もあるが⁷²、この場合は、むしろ1項の「法」の指定と解すべきであろう。

2 契約条項と慣習の考慮 (4項)

仲裁法36条4項は、仲裁廷に対して契約条項と慣習の考慮を求めている。これは、契約および慣習の重要性を強調するための確認規定である。⁷³

MAL 28条4項では「商慣習」となっているのを仲裁法では「慣習」とした理由は、MALが商事仲裁を対象とするのに対して、仲裁法は民事仲裁をも対象としているからである。⁷⁴ また、MAL 28条4項で定められている「いかなる場合においても」の文言を仲裁法で削除した理由は、立法担当者による解説によれば、契約条項に従うべきことを定める4項が、3項の「衡平と善」による判断に対して常に優先するものではないことを明らかにするためである。⁷⁵

法による仲裁との関係では、特に、1項・2項によって指定される準拠法上の強行法規に契約条項が反する場合、契約条項と準拠法との間の優劣関係が問題となる。この点については、もしも準拠法が優先するのであれば4項の存在意義がなくなるとの理由から、契約条項が優先するとの見解もあり得るが、MALから4項だけを削除すると国際的な誤解を招くおそれがあったことから注意的に残したに過ぎないと説明され、準拠法が優先するとの説が通説である。⁷⁶

72 道垣内・前掲注(18)129ページ。

73 近藤ほか・前掲書注(9)202ページ；小島＝高桑編・前掲書注(9)210ページ[柏木昇]。

74 近藤ほか・前掲書注(9)202ページ；三木＝山本編・前掲書注(9)103ページ[近藤発言]。

75 近藤ほか・前掲書注(9)202ページ；三木＝山本編・前掲書注(9)103ページ・114ページ[近藤発言]。なお、MAL 28条の解説では、4項が3項に優先するとされている。MAL-Digest, *supra* note 33, Art.28, para.5; Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration, in UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006, Part Two, at para. 36. MAL 28条に関して、友誼的仲裁人は、契約から生じる権利の厳格な実現を緩和することができるが、契約の実質的な書き換えや契約から当該条項を削除することはできないと判示するカナダの判決がある。Coderre v. Coderre, Montreal Court of Appeal, Canada, 13 May 2008, [2008] QCCA 888 (CanLII). また、当事者がスイス法を準拠法として指定していたにもかかわらず、ウィーン売買条約およびPICCに基づく一般的な実務慣行を適用した仲裁判断について、当事者が長年にわたり国際取引に従事している場合には、超国家的な規範の適用は相当であると判示したスイスの判決がある。Federal Supreme Court, Switzerland, 16 December 2009, Decision 4 A_240/2009. MAL-Digest, *supra* note 33, Art.28, para.7. これに対して、三木＝山本編・前掲書注(9)114ページ[中村発言]は、「優劣関係というのは、モデル法では考慮しないので、したがって『いかなる場合においても』というものがあってもなくても結論としては同じ」と説明する。同[三木発言]は、MALでも、日本の仲裁法と同様、4項の慣習よりも3項の衡平を優先することになるのではないかと述べる。

76 小島＝高桑編・前掲書注(9)210ページ[柏木昇]。

VI 適用違背の効果

仲裁法 36 条は、上述の通り、強行規定と解される。では、仲裁廷が仲裁法 36 条とは異なる方法で準拠法を決定し、当該準拠法を適用して下した仲裁判断は、仲裁判断の取消原因となり得るか。どの規定を根拠に、どのような要件を満たせば、取消が認められるのか。

この点については、仲裁廷の実体判断に裁判所が介入しないのが前提であるから、仲裁廷が仲裁法 36 条に従っていないとも取消事由に該当しないとの見解がある⁷⁷。また、原則として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ではないが⁷⁸、当事者が明示的に準拠法合意をしているにもかかわらず仲裁廷が異なる法を適用した場合、当事者が法による仲裁を望んでいるにもかかわらず衡平と善による仲裁判断を行った場合、客観的連結の際に仲裁人が全く事案と無関係の法を適用した例外的な場合などには取消事由とすべきだとの見解が主張されている⁷⁹。その理由としては、「仲裁合意又は仲裁手続における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」場合（44 条 1 項 5 号）に該当するとの説と「申立人が、仲裁手続において防御することが不可能であった」場合（44 条 1 項 4 号）に該当するとの説が示唆されている⁸⁰。

しかし、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。仲裁法 36 条を遵守していない仲裁判断は、①日本の強行法規である仲裁法 36 条に違反するものであり、②MAL 28 条に関する裁判例でも、同様に解されているからである。この説によれば、準拠法決定に関する違背と準拠法の解釈・適用に関する誤りとを区別する必要がある⁸¹、手続違背となるのは前者のみと解すべきである⁸²。

なお、当事者双方が衡平と善による仲裁を明示的に求めたにもかかわらず、仲裁廷が

77 小島＝高桑編・前掲書注（9）211 ページ [柏木昇]。

78 三木＝山本編・前掲書注（9）115-116 ページ [中野発言]。

79 三木＝山本編・前掲書注（9）116 ページ [中野発言] を参照。

80 三木＝山本編・前掲書注（9）116 ページ [三木発言] を参照。

81 近藤ほか・前掲書注（9）199 ページを参照。

82 MAL-Digest, *supra* note 33, Art. 34, para.114. 当事者が合意した法とは異なる法を仲裁廷が適用した場合に、その仲裁判断が取り消されると判示するものとして、*Brunswick Bowling & Billiards Corporation v. Shanghai Zhonglu Industrial Co. Ltd. and Another*, High Court – Court of First Instance, Hong Kong Special Administrative Region of China, 10 February 2009, [2009] HKCFI 94 を参照。

83 MAL-Digest, *supra* note 33, Art. 34, paras.89 & 114; Art. 28, para.3. CLOUT case No.375 [Bayerisches Oberstes Landesgericht, Germany, 4 Z Sch 23/99, 15 December 1999]; CLOUT case No.569 [Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Germany, 11 Sch 01/01, 8 June 2001].

法によって判断した場合には、取消事由に該当しないと解するのが多数説である。⁸⁴ 仲裁法 36 条 3 項で、この点を取消事由としないことを明らかにするために MAL とは異なる文言を採用したことや、国家法の適用を任務とする国家裁判所が衡平と善に従った仲裁判断かどうかを適切に判断できるか疑問であることなどが、その理由である。

VII おわりに

以上、仲裁判断の準拠法に関する仲裁法 36 条を概観するとともに、同条の解釈上の諸論点について若干の検討を行った。

冒頭の設例に対する回答は、仲裁法 36 条によれば、次のように解される。

[1] 日本企業 X とメキシコ企業 Y の間の売買契約において、契約準拠法としてスイス法が指定されていた場合、仲裁廷は、スイス法を適用して判断しなければならない。当事者は、事案と無関係の国の法を準拠法として選択できるからである。

[2] XY が PICC を契約準拠法として指定していた場合、仲裁廷は、PICC を適用できる。仲裁法 36 条 1 項の「法」には、PICC などの非国家法も含まれるからである。

[3] XY が契約準拠法を指定せず、京都において ICC の仲裁によって解決する旨の仲裁合意をしていた場合、仲裁廷は、ICC 仲裁規則に従って準拠法を決定すべきである。準拠法決定を定める仲裁規則の合意も、仲裁法 36 条 1 項の「当事者が合意により定めるところ」に該当すると解されるからである。

[4] XY が準拠法に関して何らの合意もしていない場合、仲裁廷は、仲裁法 36 条 2 項に従い、当該紛争に最も密接な関係を有する国の法を準拠法として適用すべきである。最密接関係国法を認定する際には、必ずしも通則法を参照する必要はない。

※本研究は JSPS 科研費 25380585 の助成を受けたものです。

[付記] 亀田尚己教授には、国際商取引学会、模擬仲裁日本大会、国際ビジネス法務研究センターをはじめ、さまざまな場において御指導を賜りました。心より厚く御礼を申し上げます。