Kobe University Repository : Kernel

PDF issue: 2026-11-09

仲裁人の法適用義務（1）

王, 欽彦

(Citation)
六甲台論集. 法学政治学篇,53(3):75-89

(Issue Date)
2007-03

(Resource Type)
departmental bulletin paper

(Version)
Version of Record

(JaLCDOI)
https://doi.org/10.24546/81001047

(URL)
https://hdl.handle.net/20.500.14094/81001047

KOBE UNIVERSITY

仲裁人の法適用義務（1）

王　　欽彦
ausfo@yahoo.co.jp

第1節　はじめに
　1　問題の所在
　2　考察の方法
第2節　仲裁の判断基準に関する日本従来の視点
　1　学説の概観
　2　三ヶ月章「紛争解決規範の多重構造」の考察
　3　小括　　（以上本号）
第3節　ドイツ法の考察
　1　1877年民事訴訟法（ZPO）の制定と仲裁人の判断基準
　2　20世紀以降の仲裁基準論争
　3　小括
第4節　フランス法の考察
　1　古代の仲裁
　2　1806年仲裁法（民事訴訟法第2部第3編）
　3　小括
第5節　結語
文献表

第1節　はじめに

1　問題の所在

裁判における法の適用過程は、一般に、具体的な事実関係を確定する「事実認定」と、個々の事実関係に適用すべき法規範を選択し、その意味内容を解明する「法の解釈」という二つの作業に分けられる。伝統的に、適用されるべき法規範を大前提、具体的な事実を小前提とし、法規範に事実をあてはめて判決が結論として導き出されるという「法的三段論法」が用

いられる。三段論法は様々な角度から批判されており、判断過程に影響する要素を説明しきれていないという面もあるが、判断の正当化方式として、殆どの法システムのもとで堅持されている[1]。三段論法の図式の下で、理念上、裁判官による法適用は客観的であって、裁判官個人の主観的な意見は表に出てこない。仮に具体事案における法適用の結果に対して、裁判官が個人として公平さに欠けると思っても、それを調整する法律根拠がない限り、裁判官はそのまま判決しなければならない。

仲裁において、仲裁人は紛争をどう判断するのか。裁判官は法律に拘束されることが法定されているのに対し[2]、日本では、従来、仲裁人の判断基準に関する法律規定がなかった。判例・学説は、仲裁は裁判と異なって、法律の規定にのみ依拠することなく、種々の事情を参酌して公平の見地より判断をすることができる、とした[3]。ところが、2003年に国連国際商取引委員会（UNCITRAL）の「国際商事仲裁模範法」（以下ではモデル法と呼ぶ）に倣って制定された仲裁法の第36条は、当事者双方が「衡平と善」による判断を明示的に求めない限り、仲裁人が法律を適用しなければならないと定める。この規定は、仲裁人に法適用義務を課するものである。

もっとも、仲裁人の法適用義務とは、どのような性質のものなのか。仲裁人は法律を適用するものであるとすれば、仲裁人の判断活動は裁判官のそれに準ずる、と理解することができる。すなわち、法の文言およびその解釈・適用に関する学説・判例を参考し、法規範に事実をあてはめて客観的に結論を導き出すものである。仮に仲裁人個人が判断基準となる法規定自身、確立した判例法理、ないし法適用結果の妥当性に対して異見を抱いても、なお法規範を忠実に適用すべきである、ということになろう。

しかし、仲裁制度に対する日本従来の理解によれば、仲裁は厳格な法適用を行う裁判と異なって、「柔軟的な」「実際的な」判断を志向すべきであり、これは裁判と区別される仲裁の価値であるとされる。このような仲裁観は、1890年の旧々民事訴訟法以来仲裁の判断基準に関する規定の欠如に依拠するものではなく、仲裁制度の性質に対する理解に由来するものである[4]。そのため、新仲裁法36条は仲裁人の法適用義務を定めるが、その意味についてどう理解すべきかが問題となる。従来の理解に整合して、それは厳格な法適用を意味しないと解すべきか。それとも、仲裁法36条は仲裁人に対して裁判官と同様な法適用義務を課し、従って仲裁制度に対する従来の理解を改めるものと解すべきか。この問題は、仲裁制度の価値や位置づけに対する理解にも影響するものであり、本稿は、これについて比較法的見地から検

（1） 田中成明『法理学講義』（1994）305頁以下。
（2） 日本国憲法76条３項。
（3） 後述第２節参照。
（4） 後述第２節参照。

討を行うものである。

2　考察の方法

本稿は、まず次節において、仲裁の判断基準に対する日本従来の理解を確認する。次に、日本の仲裁制度は1877年ドイツ民事訴訟法（ZPO）上のそれを翻訳的に継受したものであり、母法ドイツ法では仲裁制度はどう理解されるかを確認するため、第3節においてはドイツ法の状況について考察を行う。続いて、日本の新仲裁法36条は、「法」と「衡平と善」という二つの判断基準を設ける(5)。このような「2元制」（dual system）の仲裁法は(6)、近代では1806年のフランス民事訴訟法第2部第3編の仲裁編が最も早いものであろう。2元制の仲裁制度において、仲裁人の法適用義務はどのような性質のものなのかを知るために、第4節においてはフランス1806年仲裁法について考察を行う。最後に、結論を述べる（第5節）。

第2節　仲裁の判断基準に関する日本従来の視点

1　学説の概観

一　戦前から、仲裁人は法律を厳格に適用しないと解される。1928年の大審院の判決は、傍論ではあるが、「仲裁判断ハ裁判所ノ判決ト異リ専ラ法律ノ規定ニノミ依拠スルコトナク種々ノ事情ヲ参酌シ公平ノ見地ヨリ判断ヲ為スコトヲ得ル……」、とした(7)。学説では、池田寅二郎『仲裁と調停』（1932、岩波書店）54頁は、準拠法の規定に拘泥しないことを仲裁の特色とみて、法律の適用は仲裁の本質に合わず、厳格に法令を適用するものとすれば、仲裁より裁判によるべきである、と主張する。教授は、ドイツと日本の立法例が「仲裁制度本来の性質」に合うと評価する(8)。中田淳一1938：147頁も、裁判官のような法適用は仲裁手続には妥当せず、判断基準に関する当事者の意思が明らかでない場合、当事者は厳格な法適用を望まないという。戦前の仲裁観は、ZPOの立法理由に依拠するところが大きいと窺える(9)。

（5）　もっとも、厳密に言えば、1項の広義の「法」、2項の「国の法令」および3項の「衡平と善」の3種類がある、ということもできる。

（6）　世界各国の仲裁制度は、法による仲裁もしくは衡平仲裁のいずれの1種類の仲裁しか予定されない制度と、法による仲裁と衡平仲裁の2種類の仲裁を定める制度に分けられる。René David, Arbitration in International Trade, 1985, p.87, para.96；Sanders 1999, p.35参照。

（7）　大審院昭和3年10月27日判決大審院民事判例集第7巻848頁、861頁。

（8）　さらに、末広厳太郎・田中耕太郎編『法律学辞典』（第3巻、1936）1887頁において、池田寅二郎はドイツの1924年の法改正に鑑み、日本法は母法ドイツ法よりも仲裁の性質に適するという。

（9）　早期の学説は、しばしばドイツZPOの立法理由を引用する。中田淳一1938：148頁、村本一男「仲裁裁判に現れた法律思想」貿易クレームと仲裁1956年3巻5号10頁参照。

戦後、仲裁人の法に拘束されない判断自由を強調する見解が見られる。依田信太郎「仲裁裁定に関する諸問題」貿易クレームと仲裁1956年2号4頁、6頁は、仲裁人は法律に拘束されず、自由に当事者の権利を決定することができ、これは仲裁に固有な大きな利益である、という。森井清『貿易クレームと対策』（第3版、1976）118頁も、「訴訟の場合、裁判官は法と判例に拘束され、定められた規定の方式を忠実に守らなければなりません。これに対して、仲裁人の判断はまったく自由で、自らの良識に従って判断すればよいのです。極言すれば、法律を無視してもさしつかえないことになっています」、という(10)。

他方、喜多川篤典1965：232頁によれば、仲裁は和解と同じく互譲に基づく紛争解決であり、黒白を決する裁判より、弾力的な衡平な解決を見出すことができる。また、法による仲裁も、裁判所による法の適用ほどの厳格さは要求されず、取消事由が限定されるため、「裁判より以上に法の運用につき弾力的たりうる」。教授はさらに、「仲裁が実体法を手がかりとしながら、実体法の厳格な字句に拘束されず、先例にも拘束されず、思いきって衡平の理念ないしポリシーを正面から振りかざしていける」、という(11)。

二　80年代になって、国際仲裁に限って「法による仲裁」の主張が現れた。当時、法による仲裁の原則は国際的にすでに確立され(12)、日本にも影響が及んだはずである。小林秀之「国際仲裁に関する序説的考察」上智法学論集23巻2号53頁（1980）、70頁によれば、国際仲裁の場合、もし準拠法条項がなければ、仲裁人は自分が正しいと考える国際私法によって準拠法を決定し、それを適用する。小林教授は「このように法による判断を原則とするのが、条理ないし『善と公平』と言っても国によってある程度違うことに鑑みれば実際上妥当である」と説明し、従来の仲裁観からの背離を正当化する。

小山昇『仲裁法〔新版〕』（1983）178頁以下も、当事者の合意がなければ、仲裁人は「法の適用により判断する」と主張する。しかし、小山教授の言う「法」とは、「実定私法」、「法の一般原則」、「善と衡平」の3者を含むものである。教授によれば、「善と衡平による仲裁」は、「法による仲裁」と質において変わりがない。また、小山昇「仲裁の法理」『仲裁の研究』（1991）3頁（初出1984）22頁は、当事者が判断基準を合意していない場合、仲裁法が法の

---

(10)　森井氏はこのような仲裁観の根拠について、「①仲裁人が必ずしも法律の専門家でないこと、②歴史的に、仲裁が訴訟からの逃避という形で発展してきたこと、③本来、杓子定規な法律の適用ではなく、実情に合致した柔軟な解決を求めてきたこと」、をあげる。

(11)　喜多川篤典「仲裁――国際商事仲裁に重点をおきつつ」三ヶ月章ほか『経営訴訟』（1966、ダイヤモンド社）293頁、310頁。

(12)　1961年の欧州仲裁条約、1966年の世銀条約、1976年の UNCITRAL 仲裁規則は、共に「法による仲裁」を原則とする。三ヶ月章1983：264頁。

適用を定めても、仲裁人が厳格に法の規定に拘束されない、という。

他方、三ケ月章教授は、弾力性のある解決を求めるのは仲裁の目的であるはずなのに、何故国際的に「法による仲裁」が原則とされているのかという問題意識に基づき、1983年に「紛争解決規範の多重構造」という論文を発表した[13]。教授によれば、仲裁は裁判の論理からの逸脱の要素を本質的に帯有する。また、仲裁の判断基準としての「法」は、裁判における法より広い概念であり、「善と衡平」とそれ程違っているものではない。さらに、仲裁規範としての法は、決して裁判規範としての法と一致することがなく、「そうなってしまっては、裁判にくらべての仲裁の特異性は消失してしまうといってもよいのであって、それでは仲裁制度の自殺にほかならぬが故である」、という[14]。

日本で初めて全面的に法による仲裁の原則を主張するのは、高桑昭「仲裁判断の規準」小島武司・高桑昭編『注解仲裁法』(1988) 231頁であろう。教授によると、国内仲裁の場合、「実定法秩序と異なる規準をもって判断することが当然であるとする十分な理由があるとは思われない」。国際商事仲裁の場合、客観的かつ予測可能な基準が適当であるので、法による仲裁を原則とすべきである。教授は、「法による仲裁を原則としたからといって、仲裁制度の存在理由がなくなるものではない。仲裁が当事者にとって利用される理由は、仲裁判断の基準が柔軟であることのみにあるのではなく、手続が公開でないこと、自己の信頼する者または特定の取引に通じている者を仲裁人として選ぶことのできること、仲裁手続が訴訟手続に比べて簡易であることなどにもあるからである」、という。

もっとも、仲裁の主要な価値は専門家による「善と衡平」に基づく判断である、という認識が一般的と言えよう[15]。小山昇「仲裁制度の現状と問題点」『仲裁の研究』(1991) 26頁 (初出1988)、28頁は、「仲裁の特色の比重」は簡易、安価、迅速などよりは、解決の妥当性に置かれるべきである、という。「訴訟の判決はどちらかといえば解決の法規適合性をもって満足する。仲裁判断には解決の事案適合性が期待されている」。判例も同様に、判断基準に関して裁判と仲裁の異質性を説いている[16]。

---

(13) 三ケ月章『民事訴訟法研究』第9巻 (1984) 235頁所収 (初出1983)。

(14) 三ヶ月章1983：255頁、277－278頁。

(15) 例えば、小島武司・高桑昭編『注解仲裁法』(1988) 120頁〔上田徹一郎〕参照。

(16) 東京地裁平成元年2月16日判決判例タイムズ711号259頁、262頁は、「仲裁手続が当事者間で締結された仲裁契約をその前提とし、仲裁人を信頼してその妥当な裁断を求めた結果である……仲裁人の判断も、必ずしも実定法の定めに厳格に拘束されるものではないのであって、当該事件における具体的な事情を総合的に考慮して公平の見地から判断を加え、事案に即した妥当な結論を導くことが求められているものというべきである」、という。

三　90年代以降、法による仲裁を主張する見解が増えた。しかし、その意味・理由について不明確性が存在する[17]。仲裁人は裁判に準ずる法適用をすべきと示唆する見解は、90年代後半から増えているが[18]、仲裁の判断基準は厳格な実体法ではなく拡大された概念であり[19]、仲裁人は裁判所と同じような法適用をすべきではない等の見解はなお一般的だといえよう[20]。小島武司2000：284頁以下は、「実定法規」と「善と衡平」は明確に区別できず、当事者合意の要素を含む仲裁と調停の類似性を考慮すれば、「仲裁判断の基準としての『善と衡平』を率直に承認すべきであろう」、という。但し、「立法論として、原則として法による旨を明定すべきであろう。このような法制の下でも、仲裁判断取消訴訟の機能的制約（取消原因が狭いことなど）からして、法的形式主義の抑制は十分可能であろう。仲裁判断は、法律にしたがうべきであるとしても、機械的な法適用にこだわるべきものではな」い、と。2003年に仲裁法の改正が行われ、36条において法の適用が定められた後でも、仲裁人が法律のみを判断基準とする必要がないと示唆する見解が見られる[21]。

---

(17)　青山善充「仲裁と裁判所」民訴雑誌39号（1990）100頁、103頁は、仲裁人が適用する法は「民事訴訟の判断基準と同じ」であるとし、これは「国家、裁判所からの規制の緩和」を正当化する手段であるという。しかし、仲裁人が適用する法と、裁判官が適用する法と同質でないとする三ヶ月説を否定しない。他方、高桑昭・江頭健治郎『国際取引法』（1991）85頁〔道垣内正人〕、仲裁研究会『仲裁法の立法論的研究』（1993）86頁は、理由の説明なしに法による仲裁を原則とする。

(18)　松岡博編『現代国際取引法講義』（1996）350頁〔酒井一〕は、「仲裁人が付託された紛争について下す仲裁判断は、法的紛争に関する判断で、実体的な権利義務の存否を宣言するものである。したがって、仲裁人は実体的な権利義務の準拠法を適用して、仲裁判断を下すことになろう」という。道垣内正人2001：92頁は、「仲裁が裁判の代替的な手段である以上、法による仲裁が原則である。手続法は実体法秩序を明確に示すことがその基本的役割であり、仲裁判断は原則として裁判による判断結果と同じ結果がもたらされることが正義に合致し、法秩序の安定に資すると考えられるからである」と述べる。高桑昭「仲裁判断の基準」松浦馨・青山善充編『現代仲裁法の論点』（1998）317頁、325頁以下も参照。

(19)　斎藤秀夫ほか編『〔第2版〕注解民事訴訟法（11）』（1996）397頁〔河野正憲〕参照。

(20)　クレイム研究会報2（1998）においては、廣田富男のみが実定法の適用を強調するが、同会報の他のすべての論稿に反対されている。谷口茂昭によれば、当事者が裁判ではなく紛争を仲裁に付託した以上、仮に準拠法の合意があっても、その厳格な適用が求められるわけではなく、仲裁人が法と契約を考慮にいれつつも、善と衡平の見地から、裁判所におけるような厳格な法適用の枠から出て柔軟な解決を導くのである。荻原金美も、「法」と「善と衡平」の截然たる区別は容易でないとし、仲裁と調停の類似性を認識すれば、「仲裁判断の基準として善と衡平＝条理を率直に承認する」ことが容易になり、特に実定法のみを基準とする合意がなければ、仲裁は「その本質・目的から当然に由来すると考えられる若干の実定法からの解放は当事者が予期しているところとみるのが相当であろう」、という。他に、中村芳彦、原後山治の論稿も概ね同旨。

(21)　佐藤鉄男ほか『民事手続法入門〔第2版〕』（2005）32頁は、「仲裁廷が争いを判断する基準は、公平・適正の理念であり、必ずしも実定法化された実体法に限らない」という。井上治典『ブリッジブック民事訴訟法』（2006）6頁も、「仲裁人は、法的基準にとらわれずに、その事案に即した『善と衡平』の理念で調整をめざすものとされる」、と認識している。

四　以上で見たように、裁判と同じような法適用をしないことが仲裁の制度趣旨に合致するとの理解が少なくない。本来、裁判所が行う法適用は「厳格な法適用」「機械的な法適用」というべきか、疑問もある[22]。裁判における法適用を厳格な法適用と見て、仲裁では柔軟な法適用をすべきとの主張は、仲裁人は法規定に拘束されないことを意味する[23]。このような仲裁観の下では、仮に現役の裁判官が仲裁人になっても、仲裁である以上、彼は裁判の場合のような法適用をする必要がない、ということになろう。

このような仲裁観の根拠について、「仲裁と調停の類似性」は一つの理由とされる[24]。しかし、仲裁人の役割と調停人の役割は異なる。当事者の合意を前提に、仲裁と調停を組み合わせる様々な手法があるが[25]、仲裁人としては慎重な態度を取る必要があり[26]、また、調停が整わない場合、仲裁人は法的分析に従って判断し、調停案において考慮される利益考量を考慮すべきではない[27]。従って、このような見解には疑問がありえよう[28]。

また、「法」と「善と衡平」は明白に区別できず、仲裁規範としての法は裁判規範としての法と異なる、という理解が少なくない。そのような理解の根拠は何かを知るために、以下ではそれを詳論した1983年の三ヶ月論文を取り上げて考察を行う。

2　三ケ月章「紛争解決規範の多重構造」の考察

三ヶ月章「紛争解決規範の多重構造」は、仲裁の判断基準に対する「裁判法学的考察」で

---

(22)　喜多川篤典1965：232頁参照。

(23)　「弾力性のある解決」は、「厳格な法適用の緩和」を意味する。三ヶ月章1983：243頁。

(24)　学説の一部は仲裁と調停・和解の類似性を説いている。喜多川篤典1965：232頁、三ヶ月章1983：255頁、荻原金美・前掲注20、小島武司2000：284頁参照。また、日本では仲裁と調停を混同する現象があると指摘される。早川吉尚「わが国のADRの問題点」ジュリスト1207号（2001）35頁、（反論）荻原金美「仲裁と調停――弁護士会仲裁の手続法的考察を中心として」『現代社会における民事手続法の展開・下巻』（2002）351頁、（再反論）早川吉尚「再論・日本のADRの批判的考察」JCAジャーナル2002年12月号2頁。また、猪股孝史「仲裁と調停」小島武司編『ADRの実際と理論・I』（2003）102頁も参照。

(25)　Klaus Peter Berger, Integration of Mediation Elements into Arbitration, Arbitration International, Vol. 19, No. 3, p. 387.

(26)　Michael Collins, Do International Arbitral Tribunals have any Obligations to Encourage Settlement of the Dispute Before Them?, Arbitration International, Vol. 19, No. 3, 2003, p. 333.

(27)　Christopher Koch and Erik Schaefer, Can it be sinful for an arbitrator actively to promote settlement?, The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, 1999, p. 153, 182参照。

(28)　また、仲裁法38条4項は、仲裁人による調停を原則的に――当事者双方の書面承諾がなければ――禁止する。当事者双方の承諾なく和解を勧めれば、和解が成立し、これを仲裁判断にしたとしても、当該仲裁判断は、仲裁法44条1項6号（仲裁手続が日本の法令に違反する）により取り消されうる。近藤昌昭ほか2003：210頁。

ある。その論点は広範囲にわたるので、議論の混迷を避けるため、ここではその核心的な論拠について幾つかを析出して考察を行う。

(1)　まず、三ヶ月論文の出発点と到達点を確認する。三ケ月論文は、「仲裁制度をめぐる日本的発想と西欧的発想」の対立を指摘することから始まる。すなわち、西欧では、裁判以外の紛争解決制度をも裁判制度の方に無意識のうちに引きつけて考え、元来は裁判規範であった筈の法が、そのまま仲裁規範に転化せしめられる。他方、日本では、裁判と同じく法を適用することは「却って仲裁の妙味を殺す」と見られる。ところが、日本における通説的理解である仲裁規範と裁判規範の分化は、世界では少数派である。母法国のドイツですら、「衡平仲裁」から「法による仲裁」の強調という仲裁制度の理念の転回が行われた。法による仲裁の原則は国際的に確立され、当時制定中のモデル法も「法による仲裁の原則」を採用するようになるため、教授はこの問題を突き詰める必要性を感じる。「法を適用することを本旨とする訴訟＝裁判に対比して、むしろ非法律家による、より実情に合致した解決を志向するところにこそ仲裁のメリットがある」としてきた日本は、「諸外国の動向に歩調を合わせる方向で仲裁の本質についての認識を修正すべきなのか、それとも、こうした方向への表面的な進展にもかかわらず、仲裁の本質はいささかも変わるものではなく、『法による仲裁』が表面上はいかに高調されても、そこにいう『法』と、法律家により、訴訟＝裁判で厳格に適用される『法』との間には、概念の外延に広狭の差があるのであって、西欧的認識の方が却って皮相であり、むしろ日本人の把握の方が法概念を深化する……というべきか」[29]。教授は、後者の方向に進むべきとする。そして、結論として、教授は、仲裁規範は裁判規範（実定法規）と条理（善と衡平）の中間に位置すると指摘するのに加えて、仲裁には裁判の論理からの逸脱の要素を本質的に帯有し、厳格な法適用は仲裁の特異性を消失させ、それが仲裁制度の自殺である、という[30]。

次に、このような結論の根拠について、批判的な考察を行う。

(2)　仲裁の本質に関しては、教授は次のように述べ、仲裁は「まさにその制度の持つ裁判所からの逃避という性格の故に、裁判の論理からの逸脱の要素をも本質的に帯有せざるをえない」と指摘する[31]。

「もし、当事者が真に法による解決を希求するならば、当然訴訟の道を選ぶ筈である。そこでは、法による解決の保障は、……徹底しているからである。にもかかわらず、あえてその道を選ばず、法による解決の保障はすべての点で裁判にくらべれば弱いところの仲裁の道を選んだということの背後には、迅速・価廉・秘密保持といった訴訟との対比における利点

(29)　三ヶ月章1983：247頁。
(30)　三ヶ月章1983：255頁、274頁以下参照。
(31)　三ヶ月章1983：243頁、255頁。

もさることながら、それと並んで、場合によってはより優越な動機として、法の適用による硬直的な解決を避ける――むしろ、法律家ではないそれぞれの専門分野の専門家による、実際的な判断を望む――ということがひそむということも見失ってはならないであろう。仲裁にかけるこうした期待の度合が増大するのに比例して、仲裁の判断基準もまた、裁判規範との同質性をはなれて、調停規範への接近を示すといわざるをえないわけである」。

これを見る限りでは、仲裁が本質的に帯有する「裁判の論理からの逸脱の要素」は、訴訟をせずに仲裁を選ぶ当事者は法の厳格適用を望まない、という命題から演繹されるものであろうと思われる。これは、中田説（1938）に共通する日本の伝統的な見方であるが、三ヶ月教授が、当事者の期待の度合いが増大するのに比例して、仲裁の判断基準も裁判規範から離れると論じた点は新しい(32)。この見方は、教授の「紛争解決の多重構造」論の礎石的な要素と見ることができよう。

しかし、仲裁は様々な点において訴訟と異なるので、「法の適用による硬直的な解決」を避けたいという動機はすべての当事者間に共有されると断定できるか疑問がありえよう(33)。そうであれば、仲裁は法適用の正確性を保証しない「特異性」(34)をもつとはいえ、裁判の論理からの逸脱の要素を本質的に帯有すると見るべきか、疑問が残る。もし当事者が手続の柔軟性、秘密性、解決の迅速性などに着目して仲裁を選んだのであり、正確な法適用による解決をも望むのであれば、規範としては、仲裁人はそれを目指すべきである。このような視点からすると、厳密な法適用が保障されないことを仲裁の欠点と見て(35)、それが判断規範のありかたを演繹的に導き出せない、という見方も可能である(36)。

もっとも、仲裁制度の本来の趣旨では法の適用が求められない、という議論が可能である。

---

(32)　もっとも、ドイツでは仲裁人の判断基準の問題を「法を適用するか、どの程度の適用か」として捉えるのが一般的である。Schönke 1938, S. 382 ; Maier 1979, S. 340参照。

(33)　仲裁を選択する理由に関する最近の調査につき、澤井啓「国際商事仲裁に対する企業の姿勢と実務」JCA ジャーナル2006年９月号12頁、15頁参照。谷口安平「国内仲裁と国際仲裁――日本の商事仲裁の現状と今後」JCA ジャーナル2003年４月号10頁によれば、日本人の一般的な紛争行動の特徴は、「紛争をできるだけ当事者限りで解決しようとし、そのために妥協を厭わない」、「紛争の処理の過程で『誠意』が重んじられる」といったことである。交渉が決裂すると、正義を求めるために争うことになるので、３審制をとる訴訟より１審限りの仲裁は分が悪い。これが日本で仲裁が好まれない原因である、という。これが正しいのであれば、自主的な交渉が決裂して仲裁を申し立てた当事者は厳格な法適用を望む、と仮定することもできよう。

(34)　すなわち、非法律家の仲裁人の容認、上訴の欠如、手続の自由など。三ヶ月章1983：273頁。

(35)　例えば、宮脇幸彦・林屋礼二編集代表『民事手続法事典（中巻）』(1995、ぎょうせい) 1096頁〔飯塚重男〕参照。

(36)　また、仲裁は調停を伴うことも可能であるが、互譲による解決を図る調停が失敗し、仲裁判断による強制的裁断を必要とする場合、当事者がなお法適用により得られうる権利を堅持しないと見る必然性もない。

教授は、1877年のドイツ仲裁法は、仲裁の素朴な形態である ad hoc 仲裁を想定したものであり、そこでは、仲裁が法ではなく「善と衡平」に基づくというのは、きわめて実態に即していたという。しかしその後、ad hoc 仲裁の退潮と機関仲裁の発展に伴い、当事者と仲裁人の信頼関係が希薄化し、仲裁人の無拘束な裁量（善と衡平）より、客観的な基準が求められるようになった。また、仲裁人の多くは法律家が担うようになった。ドイツの通説が衡平仲裁説から法による仲裁説へと移行したことの背景には、このような事態がひそむという[37]。教授はこのように、「法による仲裁」は後発的に興起したものであると説明する。これは、法の適用は仲裁の本来の趣旨ではないという見解の有力根拠になりうるが、引用文献がないため、それを確かめることができない[38]。これについて、次節で改めて考察を行う。

(3)　また、教授は、仲裁の判断基準とされる「法」と「善と衡平」の対立について、次のように述べる。

「『法による仲裁』を如何に強調するとしても、そこで用いられている法概念の厳密さという点では、『法による裁判』というときのそれとの間にかなりの開きがあることを率直に認めなくてはならない。主体・手続の差異、理由付けの要否ないし精度のちがい、法適用の事後的統制の制度、すなわち上訴制度の存否等の諸点できわ立つ裁判と仲裁の無視できぬちがいは、そのまま、『仲裁における』法と『裁判における』法の、いうならば精度のちがいを導かねばおかぬ、というのが裁判法学の立場からみた真理であるというべきだからである。その開きを直視すれば、仲裁の判断基準としての『法』は、裁判基準としての『法』よりも緩和された形のものであった、実は『善と衡平』に大きく接近するという面がある」[39]。

この見解は、「法」と「善と衡平」の対立を「多重構造論」に整合させる点において重要性を有する。もっとも、確かに、主体、手続、事後統制の欠如などの要因により、仲裁における法適用の厳密性と正確性は裁判より劣るかもしれない[40]。しかし、法適用の結果における「精度のちがい」をもって、逆に仲裁人の判断基準を論じえないはずである。もし教授の趣旨が、仲裁人による法適用が厳密なものではなく、また、自分の衡平感覚に合わせて法適用を操作することもできるため、現実においてその判断基準となった「法」は裁判の場合と異なる、というのであれば、この場合の「判断基準」は規範的意義を持たなくなる。これは、「紛争解決規範」の議論とは意味が異なるようになる。

(4)　「法による仲裁の原則」の意味について、教授は、国際仲裁では「法による仲裁」が一

---

(37)　三ヶ月章1983：258頁。

(38)　もっとも、中田淳一『訴訟及び仲裁の法理』（1953、有信堂）306頁以下は類似した視点を示唆する。

(39)　三ヶ月章1983：256頁。

(40)　国際仲裁においては、準拠法国出身の法律家を仲裁人に任命することで、他の国で訴訟する場合より正確な法適用を得られるかもしれない。

般化しているが、「『善と衡平による仲裁』の実質は、形を変えてでも、制度の本質的な要請として決して消滅することはない」、という[41]。教授はこの命題を次のように検証する。まず、抵触法の次元において、UNCITRAL 仲裁規則33条１項は、当事者による準拠法指定がない場合、仲裁人が適切と考える抵触法規則を適用して準拠法を決めると定め、抵触法規則の選択を仲裁人に委ねる。教授は、これは裁判官による「法による解決」とは異質なものであり、仲裁が善と衡平によるという見方こそ、こうした仲裁人の大幅な裁量権を素直に説明できる、という[42]。次に、実質法の次元において、教授は仲裁基準とされる法と裁判基準とされる法の「のっぴきならぬ異質性」を次のように検証する[43]。すなわち、第一に、当時のモデル法草案31条は、当事者が未発効の国際条約、統一法等を準拠法に指定することを認める。これは、仲裁における「法」概念は裁判のそれより広いということを意味する。第二に、仲裁では衡平仲裁――法からの乖離――が常に認められる。これは衡平仲裁が仲裁の核心であることを示唆するものである、という[44]。

もっとも、これらの諸点に対して次のような見方も可能である。まず、裁判所は自国の国際私法を適用するのに対し、現在のモデル法28条のように、仲裁人に国際私法の選択を認めるのは、通常では仲裁地の中立性により説明される。また、仲裁廷は仲裁地の国際私法を適用すべきとする見解も存在する[45]。従って、これを国際仲裁の特殊性と認めても、仲裁は「善と衡平」によるという見方を取る必然性がないように思われる。

次に、確かに、仲裁において当事者が「非国家法」を準拠法として合意することが一般に認められる。これは、仲裁法または仲裁機関の仲裁規則における「法」(law) と「法の規定」(rules of law) の使い分けに依拠するのが一般的である[46]。広義の「法の規定」が仲裁の

---

(41) 三ヶ月章1983：266頁。

(42) 「『法による仲裁』の強調の背後に、こうしたのりこえ難い異質性を伴わざるをえぬところにこそ、仲裁と裁判の本質的差異がはっきり現れている」。三ヶ月章1983：268頁。

(43) 三ヶ月章1983：268－270頁。

(44) 「仲裁が仲裁である以上、『善と衡平』による仲裁の魅力も決して失われることがない」。そのため、当事者の同意を要件とはするが、「善と衡平による仲裁を認めざるをえぬ」。国際仲裁にあっては、「善と衡平」を判断基準として正面から認めることへの拒否感が強いが、「法による仲裁のみに徹底しきれぬこと」と「法からの逸脱の道が常に開かれていること」の中に、「裁判とくらべての仲裁の核心が顔を出している」。三ヶ月章1983：271頁。

(45) これらについて、拙稿・国際仲裁：64頁以下参照。

(46) 日本仲裁法36条１項の「法」も、２項の「一国の法令」より広い概念とされる。近藤昌昭ほか2003：199頁。他方、非国家法の準拠法適格を否定する見解もある。高桑昭「新たな仲裁法と渉外的仲裁」法曹時報56巻７号１頁(2004)、20－21頁、Otto Sandrock, 'To Continue Nationalizing or to de-nationalize? That is Now the Question in International Arbitration', The American Review of International Arbitration, Vol. 12, No. 3 － 4, 2001, p. 301, 320参照。非国家法を「法」と見るのではなく、単に衡平仲裁の例に倣ってそれを判断基準として認めるとの見解も有力である。Claus-Wilhelm Canaris, Die Stellung der ››UNIDROIT Principles‹‹ und der ››Principles of European Contract Law‹‹ im System der Rechtsquellen, Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, S. 5, 20参照。

判断基準として認められることは、仲裁と裁判の違いと言えよう。しかし、裁判の場合でも、当事者意思の尊重を根拠に、非国家法の準拠法適格性を認めようとする見解がある(47)。欧州連合では、立法により非国家法の準拠法適格を認める動きがある(48)。これらに鑑みれば、一般論として仲裁と裁判における「法」概念に異質性が存在すると論じうるか、疑問が残る(49)。また、法による仲裁の意味を、仲裁人は与えられた、若しくは仲裁のための国際私法特別規定(50)に従って決定された法（もしくは非国家法――未発効の条約等）を忠実に適用することとして捉え、（仲裁人が諸般の事情を考慮して判断基準の適用を緩和・修正できることを認められる）衡平仲裁と区別すれば(51)、仲裁人は当該判断基準に拘束されるという意味で、法による裁判と性質が異ならない、と見ることも可能である。

最後に、衡平仲裁が認められるのは、その価値が承認され、且つ、当事者間の紛争解決方式としてそれを否定する理由もないからである(52)。しかし、「法からの逸脱の道が常に開かれている」という理由で仲裁と裁判の判断基準の異質性を論じることは、法律のみが仲裁の判断基準とされる立法例の存在（例えばロシア法、または英国旧法）、および裁判において衡平仲裁と類似する制度を設ける立法例の存在に鑑みれば(53)、疑問の余地があろう。また、大多数の国では、法による仲裁が原則であり、衡平仲裁が例外とされる。例え例外が常に認められるにしても、例外が核心であると見るべきか、疑問もありえよう。

(5) 三ヶ月教授の「紛争解決の多重構造」の論拠には上掲諸点からすると疑問があるので、「仲裁規範の中間的性格」、「法と衡平の連続性」、「裁判の法と仲裁の法の異質性」などの理解は、必ずしも確実な論理的な根拠に基づくものではない、と見ることが可能であろう。

---

(47) 高杉直「国際開発契約と国際私法――安定化条項の有効性と非国家法の準拠法適格性」阪大法学52巻3・4号(2002) 1007頁、1023頁、中野俊一郎「非国家法の準拠法適格性」神戸大学 CDAMS ディスカッションペイパー（2004） 3頁参照。

(48) 2005年12月15日に欧州委員会が提出した、現在欧州議会審議中の「契約義務に適用する法律（ローマⅠ）に関する欧州議会と理事会規則の提議案」(2005/0261) 第3条第2項参照。

(49) また、非国家法を法として認めず、単に衡平仲裁の例に倣ってそれを判断基準として認めるとの見解に従う場合、法の概念に変わりがない。英国1996年仲裁法46条1項aは、当事者が国家法（law）を準拠法に合意できると定め、同項bは「その他の判断基準」の合意を認め、「非国家法」を「善と衡平」と同じ範疇に収めている。Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 2006, para. 16-052以下、Mustill/Boyd 2001, p. 124参照。

(50) 拙稿・国際仲裁：64頁以下参照。

(51) 拙稿・衡平と善：98頁以下参照。

(52) 道垣内正人2001：92頁参照。

(53) 拙稿・衡平と善：100頁参照。

3　小括

日本では、従来、仲裁人が厳格な法適用をすべきではなく、「実情に合致した解決を志向する」と把握される傾向がある。当事者が特に「法の厳格な適用」に合意していない限り、仲裁である以上、仲裁人は法に厳格に拘束されないと解される(54)。もっとも、上掲の考察からすると、仲裁制度の趣旨に対するこのような理解は、必ずしも十分な論理的な根拠を有するとは限らない、ということができよう。

仲裁合意は、当事者が紛争の解決を仲裁人に委ね、その判断に服する旨の合意である(55)。旧法は仲裁人の法適用義務を定めておらず、また仲裁人は法律家に限定されていないため、仲裁合意を「当事者が仲裁人の個人的識見に基づく判断に服する合意」として把握されることもありえよう。特に、仲裁の雰囲気は裁判ほど対立的ではないということも、当事者が厳格な法適用を求めないという認識を助長すると思われる。もっとも、2003年の仲裁法36条は、仲裁人が法を適用しなければならないと定め、衡平による判断は、当事者双方の明示された求めがある場合に限って認められる。これにより、当事者の意思を理由に仲裁人の判断自由を根拠付けることができなくなる。仲裁の合意は――いわば不控訴の合意と似たような――単なる手続面の合意であり(56)、仲裁人個人が妥当とする解決を求める意味がなく、従って仲裁人は裁判官と同じように法適用による判断をすべきである、と解することができよう。しかし、前掲の考察からすると、仲裁では裁判のような厳格な法適用をしないという見方は、判断基準に関する旧法の規定の欠如に依拠するものではなく、仲裁制度そのものに対する理解である。それに従って36条の規定を解釈する場合、「法による仲裁の原則」は単なる表面的な進展であり、仲裁の本質に関する日本の伝統的認識を修正する必要がない、ということになろう(57)。

明治時代において裁判制度とともに輸入された日本の仲裁制度は、十分には発達していないと昔から指摘されている。これについて色々な要因が指摘されているが(58)、仲裁の性質に対する従来の理解の適切性について、改めて検証する余地もありえよう。日本の仲裁制度は

---

(54)　荻野・前掲注20参照。

(55)　仲裁法２条１項、小島武司『仲裁・苦情処理の比較法的研究――正義の総合システムを目ざして』（1985）214頁参照。

(56)　通説は、仲裁合意が認められる範囲内であることを条件に、判決前の不控訴の合意の有効性を認める。新堂幸司『新民事訴訟法』（第３版、2004）810頁。ここには、訴訟制度と仲裁制度の相互的影響が見られる。他方、判決言渡前の不控訴の合意を不適法と解する見解もある。松本博之・上野泰男『民事訴訟法』（第４版補正版、2006）498頁。

(57)　三ヶ月章1983：247頁。仲裁法改正後でも、仲裁人が法を厳格に適用しないとの見解が見られる。前掲注21参照。

(58)　松田二郎「独逸商事裁判制度の一考察（二・完）」法曹会雑誌９巻11号（1931）67頁、73頁、島田和夫1978：457頁、特に注14を参照。また、谷口・前掲注33参照。

ドイツのそれを移植したものであり、ドイツにおける仲裁の性質に対する理解は重要な参考になるため、以下では節を改めて、ドイツの状況を考察する。

（次号につづく）

文献表

喜多川篤典1965： 喜多川篤典「仲裁制度」三ヶ月章編『現代の裁判』（1965）229頁。

喜多川篤典1973： 喜多川篤典「商事仲裁」『国際商事仲裁法の研究』（1978）72頁（初出1973）。

小島武司2000： 小島武司『仲裁法』（2000年）。

近藤昌昭ほか2003： 近藤昌昭ほか『仲裁法コンメンタール』（2003年、商事法務）。

島田和夫1978： 島田和夫「フランスにおける商事仲裁の法認過程（一）――現代商事仲裁の発生史的解明をめざして」東京都立大学法学会雑誌18巻1・2合併号451頁（1978年）。

道垣内正人2001： 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『紛争の解決』（日本と国際法の100年、第9巻）（2001）79頁。

中田淳一1938： 中田淳一「第三編仲裁手続」『特別訴訟手続・第一部（1）――督促手続・公示催告手続・仲裁手続』56頁（1938年、日本評論社新法学全集）。

三ヶ月章1983： 三ケ月章『民事訴訟法研究』第9巻（1984）235頁所収（初出1983）。

王欽彦・国際仲裁： 王欽彦「仲裁法と国際私法――仲裁法36条2項について」六甲台論集53巻2号（2006）63頁。

王欽彦・衡平と善： 王欽彦「衡平と善による仲裁」神戸法学年報第22号（2006）97頁。

Baumbach/Lauterbach 1954： Adolf Baumbach / Wolfgang Lauterbach, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 23. Aufl., 1954.

Baumbach/Schwab 1960： Adolf Baumbach / Karl Heinz Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., 1960.

Breit 1918： James Breit, Schiedsrichter und staatliches Recht, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, 1918, S. 1176.

Bangert 1932： Johann Bangert, Die Bindung des Schiedsrichters an das materielle Recht, 1932.

Clay 2001： Thomas Clay, *L'arbitre*, 2001, Dalloz.

Conrady 1929： Otto Conrady, Ist der Schiedsrichter bei der Entscheidung eines Rechtstreits an das materielle Recht gebunden?, Inauguraldissertation Universität Jena, 1929.

Dannenbring 1952： Rolf Dannenbring, Über die Bindung der privaten Schiedsgerichte an das materielle Recht, Zeitschrift für Zivilprozeβ, 65. Band, S. 135, 1952.

Geimer IZPR 2005： Reinhold Geimer, Internationales Zivilprozeβrecht, 5. Aufl., 2005.

Kessler 1964： Joachim Kessler, Die Bindung des Schiedsgerichts an das materielle Recht, 1964.

Leo 1926： Gutachten des Herrn Rechtsanwalts Dr. Carl Leo–Hamburg, Verhandlungen des Vierunddreiβigsten Deutschen Juristentags, 1926；Erster Band, S. 179.

Locré 1838： Jean–Guillaume Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, tome 10. (neu herausgegeben und eingeleitet von Werner Schubert, Frankfurt am Main : Keip Verlag, 1990).

Loquin 1980： Eric Loquin, *L'Amiable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non–droit dans l'arbitrage commercial*, 1980.

Lüdemann–Ravit 1919： Lüdemann–Ravit, Schiedsrichter und staatliches Recht, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, 1919, S. 553.

Maier 1979： Hans Jakob Maier, Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit, 1979.

Mayer 2001： Pierre Mayer, 'Reflections on the International Arbitrator's Duty to Apply the Law', Arbitrational International, Vol. 17, No. 3, 2001, p. 235.

Mustill/Boyd 2001： Sir Michael J. Mustill / Stewart C. Boyd, The Law and Practice of Commercial Arbitration in England, 2001 Companion Vol.

Nikisch 1952： Arthur Nikisch, Zivilprozeβrecht, 2. Aufl., 1952.

Nussbaum 1926： Nussbaum, Schiedsgerichte und Rechtsordnung, Juristische Wochenschrift, 1926, S. 13.

Oertmann 1917： Paul Oertmann, Schiedsrichter und staatliches Recht, Zeitschrift für Zivilprozeβ, 1917, S. 105.

Oertmann 1919： Paul Oertmann, Schiedsrichter und staatliches Recht – Eine Entgegnung, Leipziger

Zeitschrift für Deutsches Recht, 1919, S. 947.
Riedberg 1962: Peter Riedberg, Der amiable Compositeur im international privaten Schiedsgerichtsverfahren, 1962.
Riehe 1950: Joachim Riehle, Probleme des schiedsrichterlichen Verfahrens, Neue Juristische Wochenschrift, Helf 22, 1950, S. 853.
Rosenberg/Schwab 1969: Leo Rosenberg / Karl Heinz Schwab, Zivilprozessrecht, 10. Aufl., 1969.
Rosenberg/Schwab/Gottward 1993: Leo Rosenberg / Karl Heinz Schwab / Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., 1993.
Rosenberg/Schwab/Gottwald 2004: Leo Rosenberg / Karl Heinz Schwab / Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., 2004.
Sanders 1999: Pieter Sanders, Quo Vadis Arbitration ?, 1999.
Sandrock 1988: Otto Sandrock, „Ex aueqo et bono"?— und „amiable composition"--Vereinbarungen? : ihre Qualifikation, Anknüpfung und Wirkungen, Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit, Band 2, 1988, S. 120.
Schönke 1938: Adolf Schönke, Zivilprozessrecht : eine systematische Darstellung, 1938.
Schwab 1979: Karl Heinz Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl., 1979.
Schwab/Walter 2005: Karl Heinz Schwab / Gerhard Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., 2005.
Stein 1920: Friedrich Stein, Nochmals: Schiedsrichter und staatliches Recht, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, 1920, S. 265.
Stein/Jonas 1926: Friedrich Stein / Martin Jonas, Die Zivilprozeβordnung für das Deutsche Reich, 1926.
Stein/Jonas: Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung