

法の支配と国際商事仲裁

道垣内 正人

- I 序 論
- II 国際商事仲裁の活用による法の支配の獲得
- III 国際商事仲裁の活用による法の支配の潜脱
- IV 結論：あるべきバランス

I 序 論

相当数の国々では、長い歴史を経て、今や法の支配が確立されている。国民の自由な選挙により構成された議会の多数決で制定された法により、一般的な形で行為規範が示され、その法に基づいて行政が行われ、特定の者が罰則を伴う法に反した場合や特定の私人間で法的紛争が生じた場合には、独立公正性が制度的に確保された裁判所が法の解釈適用を行い、その判決は国家権力により強制的に実現されている。しかし、他方、現在でもなお、民主主義を基盤とする法の支配が確立しておらず、人が支配しているように見える国がある。形の上では法の支配であっても、その法が独裁者により一方的に制定されたものである場合には、法は道具として使われているだけであって、人による支配である。このように、世界各国の現状を見れば、法の支配があまねく実現しているとは言えず、その状況の改善の必要性は広く認識され、法の支配がすべての国において確立されることが期待される⁽¹⁾。

(1) 2015年9月の国連総会で採択され、2030年までに達成を目指す「持続可能な開発目標（SDGs）」の16.3では、「国家及び国際的なレベルでの法の支配を促進し、全ての

とはいえ、仮にすべての国において法の支配が確立したとしても、なお残る問題がある。それは、各国の法制度・司法制度はそれぞれその国民のみによって構成されている議会の議決に従って、それぞれの正義の実現を目指していることから、国際ビジネスに着目すると、貿易や投資をめぐる生ずる異なる国に属する者の間での紛争の場合には、いずれか一方は、自らが関与する機会が与えられていないで制定された外国法、運用される外国裁判、行使される外国の強制力に服さざるを得ないことがあるという問題である⁽²⁾。このような状況を克服する手段、すなわち国際的な法の支配を実現する手段として、国際商事仲裁を位置付けること、これが本稿の第1の主題である。国際商事仲裁においては、仲裁人を3人とする合意をしている場合の典型例として、当事者がそれぞれ自国の国籍を有する仲裁人を選任し、そうして選任された仲裁人が協議して第三国の国籍を有する第三仲裁人を選任することにより、まさに自分たちのための国際法廷を作ることができる。これはまさに、国際商事仲裁の光の部分である。

他方、国際商事仲裁には裁判からの逃避という影の部分がある。すなわち、一国の観点から見ると、自国の正義を体现する法を自国の裁判官が適用することによって法の支配が実現されているにもかかわらず、外国籍を有することもある私人が仲裁人を務める仲裁によって、場合によっては「衡平と善」(仲裁法36条3項)により紛争が解決されることにより、その国の正義を体现した法の適用が回避されてしまうという問題である。この観点からは、国際商事仲裁は法の支配を潜脱するものであると映ることになる。これが本稿の第2の主題である。国家法秩序の側では、自国の正義が毀損される

人々に司法への平等なアクセスを提供する。」とされている。この16.3に関し、筆者は、2021年3月11日、第14回国連犯罪防止刑事司法会議(京都 kongress)のサイドイベントとして開催された「法の支配と国際仲裁・調停」において“The Rule of Law and International Arbitration and Mediation”と題するプレゼンテーションを行った。なお、本稿は、科学研究費補助金による「国際ビジネス紛争の仲裁・調停から和解に至るプロセスの解析」研究の成果のひとつである。

(2) 本稿では、国際ビジネス紛争のみを取り上げる。なお、既述のように、SDGsの16.3では、「国際的なレベル」での法の支配も書き込まれているが、これについては国際人権法の観点から議論されているようであり、本稿で問題とするような国境を越えたビジネス活動に係る法の支配まで含むものか否かは定かではない。

のを防止すべく、国際商事仲裁に介入する仕組みを構築しているところ、問題はそのコントロールの度合いである。

このように、国際商事仲裁と法の支配とは、相反する2つ関係性を有している。光の部分だけに気をとられて影の部分を見過ごしてはならないと同時に、影の部分があるからといって光を消してしまうべきではない。国家法秩序と国際商事仲裁との関係の歴史はまさに両者の対立から出発しており⁽³⁾、今や国家法秩序は国際商事仲裁に手厚い保護を与える段階に至っているが、それはやや行き過ぎであるようにも見える。問題は光と影とをどのようにバランスさせるかである。

以下では、まず、Ⅱにおいて、国際商事仲裁が国際的な法の支配の獲得のために果たしている役割を検討する。次に、Ⅲにおいて、これとは逆に、国際商事仲裁が活用されることによって、国家が設定している正義が潜脱されるおそれがあることについて検討する。そして、Ⅳにおいて、2で検討する光の面と3で検討する影の面の両面を勘案し、あるべき方向性について検討する。

Ⅱ 国際商事仲裁の活用による法の支配の獲得

1 外国での裁判に服することによる法の支配の否定

国際社会には国際ビジネス紛争を解決する統一的な司法制度は存在しない。そのため、異なる国に所属する企業間の紛争は、強制力のある解決を求めるとすれば、原則として、いずれかの国の裁判所に訴えを提起することになる。例えば、A国法人XとB国法人Yとの間の売買契約をめぐる、YがXに引き渡した物品の瑕疵により損害が生じたとしてXが契約違反に基

(3) 国際商事仲裁の起源については多くの研究がされている(日本では、森井清『国際商事仲裁』(1970年)、喜多川篤典『国際商事仲裁の研究』(1978)が詳しく論じている。)。それらによれば、中世の封建領主や中央集権化した国王の裁判所での裁判が専横的で商人間の常識に合致しない解決しか与えないものであったことから、それを逃れ、地中海貿易に従事していた商人たち、その間の紛争を商人間の独自の法(*lex mercatoria*)に基づいて自主的に選んだ第三者が解決するようになったことが、今日の国際商事仲裁に直接繋がる起源であるとされている。

づく損害賠償請求訴訟をA国の裁判所に提起した場合、A国法に照らしてA国裁判所の国際裁判管轄が判断され、管轄原因があるとされれば裁判が開始することになる⁽⁴⁾。このことは、B国法人であるYから見れば、自らがその正統性に何ら関与する機会もなく、実際関与していないA国裁判所の裁判に服し、場合によっては損害賠償の支払命令がされるかもしれないことを意味する。

もちろん、A国の裁判所が下した判決がA国法上確定したとしても、B国としては、A国裁判所が管轄を認めたことや、その手続・判決内容がB国から見れば受け入れ難いとか、A国とB国との間には判決の承認執行についての相互性が保証されていないこと等を理由に、A国判決の効力をB国では認めず、またA国判決に基づくB国での強制執行も認めないという扱いをすることはできる⁽⁵⁾。しかし、仮にYの財産がA国に存在していれば、A国裁判所の判決に基づく強制執行がA国内で行われてしまうので、B国がA国判決の承認執行を拒否することはYにとっては何ら助けにはならない⁽⁶⁾。

このように、国家の裁判所による裁判は、その国がいかに法の支配を高い次元で実現していても、その裁判に服することを強えられる外国人・外国法人にとっては、自らの与り知らない正義に基づくものであり、自国内で独裁

(4) A国が日本であるとすれば、この訴えは「契約上の債務の不履行による損害賠償の請求」をするものであるので、「契約において定められた当該債務の履行地が日本国内にあるとき、又は契約において選択された地の法によれば当該債務の履行地が日本国内にあるとき」には日本の裁判所は管轄を有し（民事訴訟法3条の3第1号）、日本で裁判が行われることになる。

(5) A国が日本であるとすれば、外国判決の承認執行のためには、当該外国裁判所に日本から見て裁判権及び国際裁判管轄があること、訴訟開始時の送達が日本から見て適正になされていること、その他の手続や判決内容が日本の公序に反するものではないこと、そして、相互の保証があることが要件とされ、これらの要件をすべて具備している外国判決だけがその既判力・形成力を日本で認められ、また強制執行のための債務名義として認められる（民事訴訟法118条・民事執行法24条）。

(6) Yの財産に対するA国での強制執行が国際法に違反するとされる場合（例えば、それが正当な補償を欠く国有化措置に等しいものとされるとき、AB国間の条約に反するものであるような場合）、B国としてはA国に対してYのために外交保護権を行使することはあり得るが、これはB国としての国際法上の利益の回復のためであって、直接にYの損失補償を目的とするものではない。

者の決めた正義に服することを強えられるのとこの点では同じであって、法の支配のもとでの裁判であるとは言えないことになる。

なお、実務上のことではあるが、裁判手続が裁判所所属国の裁判官によりその国の手続法に従って行われること、手続での使用言語が当該国の言語であることもあること（そのため外国語による証拠書類の翻訳、外国語を話す証人の尋問における通訳が必要となること）、手続に参加するために裁判所所属国まで出向き、その国で資格を認められた弁護士に代理をしてもらう必要があること等、その国に属する当事者と属さない当事者との負担の差は極めて大きいという問題もある。

2 国際商事仲裁による法の支配の獲得

国際商事仲裁は、上記の問題を解消する有力な手段となる。すなわち、①仲裁においては、特定国の国家公務員である裁判官ではなく、私人が仲裁人として判断権者になること、②仲裁人の国籍についても、いずれの当事者とも異なる国の国民ひとりを選任する方法や、3名の仲裁人を選任する場合に、当事者双方が自国の仲裁人を選任し、そうして選任された2名の仲裁人が第三国の仲裁人を選任する方法によることができること、③仲裁に関する諸事項は原則として当事者自治によることが認められており、例外的に国家法が仲裁に介入してコントロールすることはあるものの、当事者としては仲裁地を決めることができるので、例えばそれを第三国とすることにより、当事者のいずれにも片寄らない国の仲裁法に服する仲裁を行うことができること、④仲裁手続で使用する言語や現実の仲裁手続実施地の決定は当事者にその決定が委ねられているので、それを当事者双方にとって同程度でかつ少ない負担で済むようにすることができること（例えば、日本と韓国の企業間紛争の仲裁の手続言語を英語とし、証人尋問の実施地をハワイとすること）等により、当事者双方にとって、自らが関与して決定したことから納得できるものであり、しかも、当事者のいずれにも片寄らない仕組みによる紛争解決を実現することができるからである。

以上の諸点は、一般に、⑤事案に応じた専門性のある仲裁人を選任することができること、⑥短時間で解決が得られること、⑦そのため弁護士費用等

の節約になること、⑧仲裁判断の国境を越えた執行を支える締約国数の多い多国間条約（後述のニューヨーク条約）があること等の国際商事仲裁のメリットと並列的に挙げられるが、本稿の問題意識から見ると、上記の①から④こそが重要である。自らが与り知らない制度に服させられるのではなく、当事者自治に基づき、納得の上で構築される仕組みのもとでの紛争が解決されることにより、国際商事仲裁は異なる国に所属する者の間での法の支配の実現という価値を提供しているのである。

3 仲裁への国家からの支援

歴史を振り返ると、国家の司法制度は仲裁に対して当初は無視し、徐々にその有用性を認めるようになったものの、仲裁が司法制度を損なうおそれに対する国家側の警戒は容易には解けなかった。しかし、次第に両者の関係は変化し⁽⁷⁾、今日では司法制度は仲裁を裁判所に代替する紛争解決手段（ADR）⁽⁸⁾として制度内に組み込むようになっていく⁽⁹⁾。

(7) 司法制度と仲裁との関係について、英国法の歴史を振り返ると次の通りである。17世紀の英国の裁判例によれば、仲裁は裁判所の管轄の侵すものであるとみなされ、仲裁判断が下されるまでであれば、当事者のいずれか一方が裁判所に提訴すれば、いつでも仲裁人の選任を撤回し得るとされていた（*Vynior v. Wilde*, (1609) 77 ER 595）。その後、英国は、1698年に世界最初の仲裁法（*Act for Determining Differences by Arbitration*）を制定して仲裁を国家として認める方向に歩み出したが、その適用は限定されており、18世紀になっても、1698年法の適用がない場合には、裁判所は、当事者の合意では裁判所の管轄権を排除することはできないとの理由で、仲裁を妨訴抗弁としては認めない判断を示していた（*Kill v. Hollister*, 19 Geo. II 1746, 1 Wils. KB 129）。19世紀になると、1833年の民事訴訟法は仲裁により好意的な規定を置き、裁判所も上記の *Kill* 判決を見直す判断を示すようになった（*Scott v. Avery* (1856) 5 H.L. Cas. 809）。しかし、仲裁を尊重する方向に直線的に進んだわけではなく、1854年の法律（*Common Law Procedure Act*）は、仲裁廷による事実の認定又は法の適用に誤りがある旨主張して当事者が裁判所の審査を求めることを可能にし（“*Stated Case*” Procedure）、仲裁に対する裁判所の介入を強化した。そして、この介入手続が廃止されたのは1979年の仲裁法においてであり、ここに至りようやく司法制度は仲裁を信頼し、尊重するようになったといわれている。Paul Sayre, *Development of Commercial Arbitration Law*, 37 Yale L. J. 595 (1928)、喜多川・前掲注(3) 243頁、Gary Born, *International Arbitration: Cases and Materials*, pp. 19-21 (2022) 等参照。

(8) ADR（*Alternative Dispute Resolutions*）という語は1970年代にアメリカで盛んに用いられるようになり、今や一般名詞化している。

仲裁を有効な紛争解決手段とすることは、大多数の国が締約国となっている多国間条約と各国の国内法によって担保されている。多国間条約による担保としては、1923年の「仲裁条項に関する議定書」⁽¹⁰⁾及び1927年の「外国仲裁判断の執行に関する条約」⁽¹¹⁾をその嚆矢とする。そして、この両者の内容を取込み、1958年に「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」）が作成された⁽¹²⁾。ニューヨーク条約2条3項は、仲裁条項に抵触する訴えに対して当該仲裁条項を妨訴抗弁として認めるべきことを定め、また、3条において仲裁判断を承認・執行すべきことを定めた上で、5条において、承認執行拒否事由を定めている。ニューヨーク条約の締約国は170を数え（2022年9月末現在）、仲裁が国際ビジネス紛争の解決手段として世界中で機能する基盤となっている。

他方、国内法による担保の例として、日本の仲裁法14条1項は、原則として、「仲裁合意の対象となる民事上の紛争について訴えが提起されたときは、受訴裁判所は、被告の申立てにより、訴えを却下しなければならない。」と定め、45条1項は、「仲裁判断…は、確定判決と同一の効力を有する。」と定めている。そして、民事執行法22条6の2号は「確定した執行決定のある仲裁判断」を債務名義のひとつとして掲げている⁽¹³⁾。なお、国内法による担保については、国連国際商取引法委員会（UNCITRAL）は、各国の国内法の違いをできるだけ少なくし、平準化された法秩序を基盤として仲裁が一層活用されやすくするため、1985年に「国際商事仲裁モデル法」を作成し、2006年にはこれを一部改正して、それぞれ同年の国連総会においてそ

(9) 仲裁ではなく、調停についてであるが、日本は、2004年に「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律」（平成16年法律第151号）を制定し、法務大臣の認証を受けた事業者による和解不成立の場合には時効の完成猶予を認める等を定めている（2007年4月1日施行）。

(10) 1923年にジュネーブで作成され、1924年に発効。日本については1928年に発効。

(11) 1927年にジュネーブで作成され、1929年に発効。日本については1952年に発効。

(12) 1959年に発効。日本については1961年に発効。ニューヨーク条約7条2項は、1923年のジュネーブ議定書及び1927年のジュネーブ条約は、ニューヨーク条約の締約国の間では効力を失う旨定めている。

(13) 日本の仲裁法のこれらの規定は、ニューヨーク条約の締約国との関係でのみ適用されるわけではなく、一般に適用される。

の各国法への採用を勧告する決議がされている⁽¹⁴⁾。日本の現在の仲裁法も、このモデル法に準拠して2003年に制定され、2004年に施行されたものである⁽¹⁵⁾。

このように、国家法制度は、仲裁合意を妨訴抗弁として認め、仲裁判断に既判力・形成力を与えた上で執行決定を得れば強制執行ができるという効力を与えているわけであるが、それに加え、仲裁手続が円滑に進むように、裁判所が助力を与える仕組みを構築している。例えば、日本の仲裁法のもとでは、当事者間の合意による処理を原則としつつも、合意できない場合、送達（12条2項）、保全処分発令（15条）、仲裁人の数の決定（16条3項）、仲裁人の選任（17条2項から5項）、仲裁人の忌避（19条4項）、仲裁人の解任（20条）、仲裁判断前の独立の決定としてした仲裁廷による自己の仲裁権限ありとの判断に対する不服申立てに対する判断（23条5項）、民事訴訟法の規定による調査の囑託、証人尋問、鑑定、書証及び検証の実施（35条）、以上のような助力を裁判所は仲裁に対して与えている。

さらに、上記のような仲裁を支える制度的担保に止まらず⁽¹⁶⁾、一部の国では⁽¹⁷⁾、仲裁のより一層の利用を促進するために税金を投入する動きもある。日本においても、「経済財政運営と改革の基本方針2017」（骨太の方針）

において、「国際仲裁の活性化に向けた基盤整備のための取組」が謳われ、その具体化のための政府内での検討を経て、2019年度から5年間に約7億8000万円を投じ、日本国際紛争解決センター（JIRDC）に委託して東京と大阪に仲裁の審問のための会議施設を開設した⁽¹⁸⁾。このような積極的な仲裁支援の背景としては、自国で国際商事仲裁が多く行われることによる自国の弁護士需要の増大、外国からの手続関係者の来訪による宿泊飲食という波及効果への期待といった動機もあるが、理念的には法の支配の一層の強化という公益がこのような動きに正当性を与えているといえる⁽¹⁹⁾。

以上の通り、国際商事仲裁には法の支配の国際社会での実現という光の面があり、だからこそ、国家も仲裁を実効的な紛争解決手段とすべく、法的な仕組みを整え、場合によっては税金を投入して支援しているわけである。しかし他方、国際商事仲裁には影の面があること、すなわち、法の支配を揺るがしかねない面があることを看過すべきではない。これについて、章を改めて検討する。

Ⅲ 国際商事仲裁の活用による法の支配の潜脱

1 仲裁の国家法秩序からの逃避を許容する仕組みとその問題点

歴史的に見れば、仲裁の生まれ育ちから明らかなように、仲裁には国家法秩序から逃れようという動機があり、国家法制度は仲裁を危険視する傾向があった⁽²⁰⁾。しかし、今日では、仲裁フレンドリーな法制度であることが一般によいこととされているように見受けられる。国家法秩序の側では、後述のような安全弁を用意しつつ、かなりの自由度を仲裁に認めているところ、これをさらに進める方向での議論が多くみられる。

(14) UNCITRALモデル法を採択した法域の数は、国と国を構成する州等を合わせて118であるとされている（https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status）（2022年9月末現在）。

(15) 後掲注(16)記載の仲裁法改正法案の準備も、UNCITRALモデル法の2006年版に準拠して仲裁廷による暫定保全命令に執行力を与えることが一つの目的となっている。

(16) 上記に加え、日本では、2020年に国際仲裁代理の範囲拡大等のための「外国弁護士による法律事務の取扱いに関する特別措置法」が改正され（川副万代・豊澤悠希「令和2年外弁法改正について」JCAジャーナル2021年1月号3頁）、また、2022年9月末現在、仲裁廷による暫定保全措置に執行力を与えること、仲裁関係事件に係る裁判手続において外国語で作成された書証の翻訳を省略することができるようにすること等を盛り込んだ「仲裁法の改正に関する要綱案」（<https://www.moj.go.jp/content/001358284.pdf>）をベースとして、国会に提出する法案が準備されつつある。

(17) 多くの国で国際仲裁活性化に向けた政府レベルでの動きがあるところ、最も有名なのはシンガポールであり、その発展は目覚ましいものがある。武田彩香「シンガポール国際仲裁センターにおける調査研究報告および最新動向について」NBL1126号48頁（2018）参照。

(18) このような動きについては、杉原隆之「国際仲裁の活性化に向けた政府の取組」NBL1124号4頁（2018）、松本朗「国際仲裁の活性化に向けた政府の取組と今後の展望」NBL1137号47頁（2019）、松井信憲「国際商事仲裁の現状」ジュリスト1535号16頁（2019）等参照。

(19) 例えば、『法の支配』201号（2021）の特集「国際仲裁・国際調停の活性化に向けて」の諸論攷参照。

(20) 前掲注(7)参照。

仲裁を利用することにより国家法秩序から逃避することを許容する仕組みとしては以下のようなものがある。

第1に、国家法によらない紛争解決の許容である。既述の UNCITRAL 仲裁モデル法 28 条 3 項は、当事者双方が明示的に仲裁廷に権限を与える合意をしていれば、仲裁廷は衡平と善により (*ex aequo et bono*) 又は友誼的仲裁 (*amiable compositeur*) として本案を判断すべきことが定められている。これを受け、日本の仲裁法 36 条 3 項は、「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。」と定めている。これは、歴史的に見れば「商人間の独自の法 (*lex mercatoria*)」を適用して当事者の権利義務・法律関係を判断することを肯認するものである。

第2に、仲裁法 36 条 1 項は、「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。」と定めている。条文の文言通り読めば、これは仲裁において判断の対象となる権利義務・法律関係に関する準拠法決定について 100% の当事者自治を認めるということを意味するかのようである。

第3に、国家法秩序は、裁判所であれば適用されるはずの法が正しく適用されていないという一事をもって仲裁判断の効力を認めないという扱いをすることはせず、仲裁判断の取消事由及び外国仲裁判断の承認執行の拒否事由を限定的に定め、仲裁判断の内容については、公序良俗違反か否かの審査だけが認められる（仲裁判断取消事由については仲裁法 44 条 1 項、仲裁判断承認執行拒否事由についてはニューヨーク条約 5 条 2 項 (b)、仲裁法 45 条 2 項 9 号）。したがって、法による仲裁がされたとしても、法が正しく解釈適用されていることはチェック対象とはならない⁽²¹⁾。

第4に、仲裁法 39 条 2 項は、UNCITRAL 仲裁モデル法 31 条 2 項に倣って、「仲裁判断書には、理由を記載しなければならない。ただし、当事者間に別段の合意がある場合は、この限りでない。」と定めている。この点、裁

判所の判決についてそのようなことは許されないことを考えると⁽²²⁾、国家法秩序が仲裁判断に寛容な姿勢をとっていることを示しているといえることができる。

翻って、本稿のテーマである法の支配という観点から、上記の第1から第4のような国家法秩序からの逃避を許容する仕組みを評価すると、それぞれ次のような問題があるように思われる。

上記第1点の仲裁においては国家法によらない紛争解決が許容されていることについては、同じ紛争について、法により判断される裁判と異なる解決が与えられることがあり得る上に、国家法によらない仲裁判断の既判力をどのように法秩序に組み込むのかという問題がある。裁判における法の適用は国際私法によって⁽²³⁾、すなわち日本では「法の適用に関する通則法」によって決定される。確かに同法 7 条は契約準拠法について当事者自治を認めているものの、「法律行為の成立及び効力は、当事者が当該法律行為の当時に選択した地の法による。」と定めており、これは、当事者が選択することができるのは「地」、すなわち法域でなければならないことを意味する⁽²⁴⁾。したがって、施行されている地を有しない「衡平と善」を当事者が指定することは、裁判においては、この 7 条が認める準拠法指定（抵触法的指定）でなく、準拠法の枠内での契約条項（実質法的指定）に過ぎないとされる。このように、裁判では国家法に準拠して判断されるのに対して、同じ紛争について仲裁が行われ、当事者双方が衡平と善によることを明示的に合意して、このことを仲裁廷に求めれば、裁判の場合とは異なる規範が適用され、異なる結論が与えられる可能性がある。確かに、衡平と善による紛争解決は、仲裁の発祥の時から、取引の実態に適合しない恐れがある硬い国家法からの逃避を求める商人の思いであった⁽²⁵⁾。しかし、仲裁法 45 条 1 項は、国家法に基づく仲裁判断と区別することなく、「確定判決と同一の効力」を与えている

(22) 判決書の必要的記載事項とされている（日本では民事訴訟法 253 条 1 項 3 号）。

(23) 純粋国内事案においても、意識されないことが多いものの、国際私法による準拠法の決定がされるとの理解については、道垣内正人『ポイント国際私法・総論（第2版）』5 頁（2007）参照。

(24) 澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門（第8版）』181 頁（2020）。

(25) 前掲注（3）参照。

(21) 既述のように（前掲注（7））、英国では、かつては仲裁廷による事実の認定及び法の適用の誤りについては裁判所に仲裁判断の取消しを求めることができたとされていたが、1979 年になって英国はこれを取り消す事由とはしない改正を行った。

ため、衡平と善に基づいて下された仲裁判断の既判力の範囲をどのように捉えるかが問題となる。すなわち、国際私法により適用されるべき国家法上、請求権 α と請求権 β とが成立し得る場合において、衡平と善に基づき請求が棄却されたとすると、 α や β の請求権行使は遮断されるのか否かという問題である。この点はこれまで議論はされていない未解決の問題であり、論者によって見解が分かれてしまうことになりかねない。このような既判力の範囲といった困難な問題が生ずることが予測されるにも拘わらず、国際取引に携わる企業等が国家法から逃れて衡平と善による解決を望んでいるからといって、それを認めるような国内立法をしてしまったのが上記の仲裁法36条3項である。これによって、法秩序が歪められるおそれがあるのではないかと危惧される。

上記第2の点、すなわち、仲裁における本案（権利義務・法律関係）に適用される法について全面的な当事者自治を認めているように読める仲裁法36条1項も問題である。確かに仲裁においては契約をめぐる争われることが多く、契約の準拠法については法の適用に関する通則法7条も当事者自治を認めているので、この限りでは裁判における法の適用と同じである。しかし、仲裁においても、契約を締結した会社の役員に契約締結権限があったのか否かが争点となることや、契約に基づく債権を担保するために不動産に設定されているとされる抵当権が有効にされているのか否かが争点となることもある。裁判であれば、会社の代表権限は法人の設立準拠法によることになり、また、抵当権の設定の有効性についてはその目的である不動産の所在地法によることになる⁽²⁶⁾。仮に上記の36条1項が仲裁においてはこれらの問題についても当事者が合意により定めた法によるということまで意味しているとすれば、紛争発生前に設立準拠法（A国法）に基づき代表権限ある者が契約を締結し、また、不動産所在地法（B国法）に従って抵当権を設定していても、仲裁において他の法（C国法）を準拠法とする合意をしていると、契約締結権や抵当権設定が否定されることになってしまいかねない。こ

(26) 日本の裁判所での訴訟であれば、会社の代表者の権限については、会社法2条2号・933条2項1号により設立準拠法により、担保物権の成立・効力については法の適用に関する通則法13条により目的物の所在地法によることになる。

れでは徒に混乱を生じさせることになることから、36条1項は契約に関しでのみ妥当する規定であるとの縮小解釈をせざるを得ないように思われる⁽²⁷⁾。このように、準拠法決定について、明らかに不当な結果が生ずるような全面的な当事者自治を認めるかのように読める規定を置く仲裁法（もともとはUNCITRAL仲裁モデル法28条1項）の姿勢には、国家法として仲裁においては当事者に自由を与えることこそが善であるとの安易な発想が根底にあるように思われる。

上記第3の点、すなわち、仲裁廷による法の適用について、適用結果が公序良俗違反となる場合にのみその仲裁判断は取り消され、また、承認執行されないが、法の解釈適用の誤りについてはそのままとされる点については、国家の裁判所が裁判官の資格要件を厳格に定め、さらに審級を設けて複数回の審査をするという慎重な制度設計になっていることと比べ、紛争解決の質について手放しに仲裁廷に信頼を置くことは不均衡であるようにも思われる。もっとも、このことは外国判決の承認執行と同じ程度であること（ただし、外国判決は当該外国の裁判制度のもとでされたものであり、それが日本と同程度の慎重な制度設計がされていることが前提となっていると考えられる）、仲裁判断における法の適用の誤りを裁判所が審査するかつての英国の仕組みは仲裁による紛争解決のメリットを減殺するものとして批判されてきたことに鑑みれば⁽²⁸⁾、あまり問題視することは適当ではないかもしれない。とはいえ、これは、「法」ではなく、仲裁人という「人」による支配を認めるものであるということもでき（仲裁人は当事者に選任権があるので独裁者とは異なるが）、法の支配における「法」の正統性が疑問視される余地を与えているともいえるよう。

上記第4の点、すなわち、当事者の合意があれば、理由を示さない仲裁判

(27) 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』264頁（2012）。

(28) 前掲注（7）参照。当時の英国の制度のもとでは、裁判所は仲裁判断に法適用の誤りがあると判断した場合には、単に仲裁判断を取り消すだけであって、裁判所が判決を下すわけではなかったため、当事者は再び仲裁をするほかなかったという問題もあった（Lord Hacking, The "Stated Case" Abolished: The United Kingdom Arbitration Act of 1979, 14 Int'l Lawyer 95 (1980)）。

断を認めていることについては、国内の判決についてそのようなことは許されないだけでなく、外国判決の承認執行制度においても、理由の記載のない外国判決は公序違反（民事訴訟法118条4号・民事執行法24条5項）を理由に承認執行されないと思われることと対比すると、仲裁だけに特別に理由不記載が認められていることになる。この点、法の支配という観点から見ると、いかに当事者が選任した仲裁人の判断とはいえ、理由が一切示されずに命令だけがされることは、当事者の納得が得られないことになりかねない。裁判においては、裁判官の公正性が制度上確保されていても理由の記載のない判決は許されないのであって、理由の記載のない仲裁判断を有効とすることについては再考を要するように思われる。また、仲裁判断の内容についても、主文だけの仲裁判断ではそのチェックは困難である。また、仲裁合意の有効性についても、後述のように仲裁付託適格性の法定をはじめとして一定の制約を課しているものの、理由の記載がない場合には、その点の審査も困難になってしまう⁽²⁹⁾。理由不記載の合意は、国家法秩序が設けている仲裁に対するコントロールを実際上できなくするという効果があり、このような合意の許容には法の支配が確保できなくするリスクがあるように思われる。

2 仲裁の国家法秩序からの逃避を防止する仕組み

(1) 国家法秩序によるコントロール

上記の通り、国家法は仲裁による紛争解決をしようとする当事者にできるだけの自由を与えるため、そうすることによる弊害に目をつむっているかのごとくである。とはいえ、他方、国家法は仲裁に対するコントロールしないわけではなく、いくつかの点については制約を設けている。そのようなコントロールは、国家法秩序が仲裁判断に確定判決と同一の効力を与えている以

(29) かつて英国において、仲裁判断の事実認定及び法適用の誤りを裁判所が審査する仕組み（Sittated Case Procedure）があった時代には、そのような審査を回避するため、仲裁判断に理由を記載しないという手段がとられていたようである（Lord Hacking, *supra* note 28, at 96）。

上、当然のことである⁽³⁰⁾。

国家法による仲裁のコントロールはいくつかの局面においてされている。第1に、一定の事項については仲裁で解決することを認めず（仲裁付託適格性の法定）、それに反する仲裁合意の効力を認めないこと、第2に、はなはだしく不合理で公序法に違反するような仲裁合意は無効とすること、第3に、仲裁人の忌避や解任の決定をする権限を確保すること、さらに、第4に、仲裁判断について取消しや承認執行拒否の制度を設けていること等である。これらを日本法についてみると以下の通りである。

(2) 仲裁付託適格性

仲裁付託適格性（arbitrability）は、仲裁による解決に委ねることを許容しない紛争を国家法秩序として確保するものである⁽³¹⁾。仲裁法13条1項は、「仲裁合意は、法令に別段の定めがある場合を除き、当事者が和解をすることができる民事上の紛争（離婚又は離縁の紛争を除く。）を対象とする場合に限り、その効力を有する。」と定めている。当事者が和解で解決できる事項であるということは、国家法秩序として、その事項は公の利益の観点から介入しなければならないほどのものではなく、当事者にその処理を委ねてしまってよい程度のものだという趣旨である⁽³²⁾。

(30) 国家法秩序として仲裁判断に確定判決と同一の効力を与えていることから、十分な手続保障のもとで証拠に基づいて仲裁判断がされるように、送達（仲裁法12条2項）、保全処分（15条）、仲裁人の数の決定及び選任（16条3項、17条2項から6項）、仲裁人の忌避（19条4項）、仲裁廷の仲裁権限の判断（23条5項）及び証拠調べ（35条）等の援助を裁判所は与えるべきことを定めている。他方、仲裁判断が確定判決と同一の効力を有する以上は、一定の範囲で裁判所は仲裁に介入する。すなわち、仲裁人の解任（20条）、仲裁判断の取消し（44条）、仲裁判断の承認拒否（45条）及び仲裁人の取崩等の処罰（50条から55条）である。この両者の関係について、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巻79頁（2001）、同「新仲裁法のもとでの国際商事仲裁」日本国際経済法学会年報13号119頁（2004）参照。

(31) 仲裁合意が有効とされるためには、仲裁合意の準拠法（最判平成9年9月4日民集51巻8号3657頁によれば当事者自治が認められる）に照らして合意として有効に成立していることや、書面性の要件（仲裁法13条2項から5項）等も必要であるが、ここでは本稿でいう国家法秩序によるコントロールとして重要な仲裁付託適格性を取り上げる。

(32) 仲裁付託適格性のない紛争の例としては、親子関係の存否、特許無効の確認が挙げ

また、仲裁法には仲裁付託適格性についての特則が存在する。それは、「当分の間、この法律の施行後に成立した仲裁合意であって、将来において生ずる個別労働関係紛争（個別労働関係紛争の解決の促進に関する法律（平成十三年法律第百十二号）第一条に規定する個別労働関係紛争をいう。）を対象とするものは、無効とする。」と定める仲裁法附則4条である⁽³³⁾。この趣旨は労働者保護にあり、個別の労働者と事業主との間の力関係を鑑み、労働者が仲裁合意を押し付けられて、本来保有している裁判を受ける権利を奪われないようにするという趣旨であると解される⁽³⁴⁾。

られている（近藤昌昭ほか『仲裁法コンメンタール』46頁（2003））。

(33) 仲裁法附則3条は消費者仲裁合意についても、消費者に解除権を与える等の方法で事業者がその作成する約款に仲裁条項を置き、消費者から裁判所への提訴という選択肢を奪うことができないようにしている。これは仲裁付託適格性の否定という形での介入ではないが、類似の趣旨の国家法の介入であるといえることができる。

(34) もっとも、この適用範囲は限定されていることに注意すべきである。すなわち、附則4条で引用されている個別労働関係紛争の解決の促進に関する法律1条は、「…労働条件その他労働関係に関する事項についての個々の労働者と事業主との間の紛争（労働者の募集及び採用に関する事項についての個々の求職者と事業主との間の紛争を含む。以下「個別労働関係紛争」という。）…」と定めており、「労働条件その他労働関係に関する事項」についての紛争に限定されている。しかも、この法律によれば、『個別労働関係紛争』については、「都道府県労働局長は、個別労働関係紛争を未然に防止し、及び個別労働関係紛争の自主的な解決を促進するため、労働者、求職者又は事業主に対し、労働関係に関する事項並びに労働者の募集及び採用に関する事項についての情報の提供、相談その他の援助を行うものとする。」（3条）とされ、「都道府県労働局長は、個別労働関係紛争…に関し、当該個別労働関係紛争の当事者の双方又は一方からその解決につき援助を求められた場合には、当該個別労働関係紛争の当事者に対し、必要な助言又は指導をすることができる。」（4条）とされており、さらに、「都道府県労働局長は、前条第一項に規定する個別労働関係紛争（労働者の募集及び採用に関する事項についての紛争を除く。）について、当該個別労働関係紛争の当事者（以下「紛争当事者」という。）の双方又は一方からあつての申請があつた場合において当該個別労働関係紛争の解決のために必要であると認めるときは、紛争調整委員会にあつてを行わせるものとする。」（5条）と定めていることから分かるように、「都道府県労働局長」の管轄事項であり、また、「紛争調整委員会」のあつてが適切な紛争解決に導くようなものに限定されていると考えられる。これに対して、近藤ほか・前掲注（32）312頁によれば、都道府県労働局長による助言等の対象となっている紛争は、この法律1条の紛争の一部であって、1条にいう個別労働関係紛争は広範な意味であるとされている。しかし、世界中の労働紛争についてその仲裁付託適格性を否定しているはずはなく、一定の限定はあるはずであって、日本法として関心を有するのは日本を労務提供地とする雇用契約に係る紛争に限定されていると解され、したがって、結局、都道府県労働局長の管

(3) 公序法違反

不文の要件として、仲裁合意は「はなはだしく不合理で公序法に違反する」ものではあってはならないと解される。この引用は最判昭和50年11月28日民集29巻10号1554頁が外国裁判所を専属的に指定する管轄合意の有効性について傍論として判示したものであり、民事訴訟法3条の7に国際裁判管轄に関する明文の規定が置かれた際には明記されなかったものの、なお妥当することが立法準備段階では了解されたものである⁽³⁵⁾。仲裁合意について同様の要件が適用される旨判示した裁判例は存在しないが、一国の国家法秩序から見て、外国専属管轄合意と仲裁合意とは同様の効果（自国の裁判所の管轄権の排除）をもたらすものであることから、この要件は仲裁合意にも妥当すると考えられる。

この要件に抵触する場合としては、例えば、手続法的観点から不当なものとして、当事者にも紛争にも無関係な遠隔の地での審問を定めているような場合があろう。その地での審問の実施が中立性等の点で有意義であるといった特別の事情があれば格別、そうではなく単に当事者の一方に対して仲裁手続の追行を費用等の点で困難ならしめ、紛争解決を断念せざるを得ない状況に追い込むような場合には、「はなはだ不合理」であって手続法的正義に反するということができよう（不当な合意事項だけを無効とするか、仲裁合意全体を無効とするかは具体的事案ごとの検討を要する）。

さらに本稿の問題意識から見て重要なこととして、国家法秩序から見て、公の利益を守るための実体法秩序を維持すべく、仲裁合意の有効性を否定すべき場合があるように思われる。それは、日本法上の「絶対的強行規」定を回避するために仲裁が使われるような場合である。通常の強行法規は準拠法上のそののみが適用され、外国法が準拠法である場合には日本法上の通常の強行法規は適用されない。これに対して、絶対的強行法規とは、より強い公益を体现している法規であり、準拠法とされている外国法をオーバーライドして適用されるべきものである⁽³⁶⁾。そして、この絶対的強行法規は権利義

轄に属する個別労働関係紛争に限られると解される。

(35) 佐藤達夫・小林康彦『一問一答平成23年民事訴訟法等改正：国際裁判管轄法制の整備』140頁（2012）。

ることになるところ、そこに定められている執行拒否事由も45条2項と同じである。

他方、当事者は、45条の規定により効力が認められないと考えられる仲裁判断であっても、そのことを明確にするため、仲裁法44条により仲裁判断取消しを裁判所に求めることもできる。この場合、当然のことながら、44条1項各号に定める取消事由は45条2項各号と同じである⁽⁴²⁾。これらの事由は、仲裁合意自体が成立していないこと、仲裁手続に瑕疵があること等のほか、既述の仲裁付託適格性を欠くこと⁽⁴³⁾（44条1項7号・45条2項8号）と、「仲裁判断の内容が、日本における公の秩序又は善良の風俗に反すること。」が挙げられていおり（44条1項8号・45条2項9号）、後2者は、申立人が当該事由の存在を証明した場合に限らず、職権調査事項とされていることから⁽⁴⁴⁾、これらが国家法秩序の観点から特に重要視されていることが窺われる⁽⁴⁵⁾。

(41) 近藤昌昭ほか・前掲注(32)264頁。

(42) 仲裁判断の取消しは仲裁地が日本である場合に限られるのに対して（仲裁法3条1項）、仲裁判断の承認執行は仲裁地が外国である場合も含むこと（3条3項）及び確定しない仲裁判断や取り消された仲裁判断は取消しの対象にはならないことから（45条2項7号に相当する規定が44条1項にはない）、規定振りが若干異なる。

(43) 紛争の対象が日本と全く関係がない場合や非常に関係が乏しい場合には、日本法上の仲裁付託適格性をそのまま適用して仲裁判断を取り消す必要は乏しいとの見解もあるが（谷口保平・鈴木五十三編『国際商事仲裁の法と実務』414頁（森下哲朗）（2016））。しかし、確定判決と同一の効力が与えられ、日本の法秩序の一部を形成する以上、仲裁付託適格性を緩和することは日本の公益を損なうことになることから、日本法のルールをそのまま適用すべきであると考えられる。

(44) 仲裁法44条6項・45条2項柱書の反対解釈による。

(45) 仲裁法44条1項8号及び45条2項9号の公序要件について、東京地判平成23年6月13日は手続的公序も含まれる旨判示しており、立法担当者も、この規定がUNCITRALモデル法と異なることを意図したわけではないとし、手続的公序も含まれると解釈する余地があると説明している（近藤昌昭ほか・前掲注(32)253頁）。しかし、外国判決の承認に関する民事訴訟法118条3号の公序要件においては「判決の内容及び訴訟手続」と定められていることから、仲裁法におけるこの公序には手続的公序は含まれないと解される（三木浩一・山本和彦『新仲裁法の理論と実務』（ジュリスト増刊341頁（三木）（2006）、高橋一章・ジュリスト1456号152頁（2013））。手続的公序違反に該当するような事情は、44条・45条の3・4・5・6号でカバーされると思われるので、実際にはあまり違いは生じないであろうが、公序要件は職権調査事項とされ、手続的公序も国家法秩序の観点からは実体的公序と区別して扱うべきではないので、立法論

公序条項は、他の同様の条項と同じく⁽⁴⁶⁾、その濫用は厳に慎むべきであって、重大な公益を害する場合に限定して発動すべきである。とはいえ、例えば、違法な麻薬取引の代金の支払いを命ずる仲裁判断や、懲罰的損害賠償⁽⁴⁷⁾を命ずる仲裁判断のように、国家法秩序の維持のために必要がある場合には公序条項によりその効力を剥奪すべきである。

IV 結論：あるべきバランス

一国内では法の支配が確立していても、その法制度及び司法制度の形成に関与する機会のない外国人・外国企業にとっては、法の支配とは言えない状況にあるところ、国際商事仲裁は、当事者が自ら形成する仲裁廷による判断を仰ぐことを可能とし、しかも、国家法秩序が仲裁判断に裁判所による確定判決と同一の効力を与える等の仕組みを提供することにより、実効的な解決を得ることができ、法の支配を確保する手段となっている。すなわち、国際ビジネス紛争の当事者にとっては、異なる主権者によって設立・維持されている裁判所による解決では達成することができない法の支配を享受する手段として国際商事仲裁は重要な意義がある。

しかし、他方、国際商事仲裁は、国家法秩序からの逃避という面があり、一国の正義が実現されないという問題を生じさせている。そのため、国家法秩序としては、仲裁をコントロールする道具を維持してはいるものの、歴史的趨勢として明らかに観察されるのは、国家秩序と国際商事仲裁との敵対・警戒の関係から友好的関係への変化であり、国家法秩序が仲裁にフレンドリ

としては手続的公序も含むような文言に改めるべきであろう。

(46) 法の適用に関する通則法42条、民事訴訟法118条3号参照。

(47) 最判平成9年7月11日民集51巻6号2573頁は、懲罰的損害賠償の支払いを命ずるカリフォルニア州判決の執行は公序に反するとし、その後は、最判平成26年4月24日民集68巻4号329頁のように、懲罰部分を除き、填補賠償を命ずる部分の執行のみが請求されている。懲罰的損害賠償を命ずる仲裁判断については、当然には執行拒否をすべきではないとの見解もあるが（三木浩一・山本和彦編・前掲注(45)346頁、三木浩一ほか編著『国際仲裁と企業戦略』290頁（手塚裕之・斎藤梓））、判決であれば許されず、仲裁判断であれば許されるという区別は国家法秩序に混乱を生じさせると考えられる。

務及び法律関係という実体法の局面においてその効力を発揮することが強調されるが、それだけではなく、その手続法上の効果として、絶対的強行法規の適用を回避する結果となる仲裁合意は、意図的な回避であるか否かは問わ⁽³⁷⁾ず、その効力を否定してしかるべきであると考えられる⁽³⁸⁾。例えば、日本の裁判所であれば優越的地位の濫用として契約の有効性が否定されるべき場合に、仲裁合意があるために裁判所はそのようなことを求める訴えを却下しなければならないかが問題となる局面において、仲裁合意の存在を理由とする妨訴抗弁を認めないという手続的效果を持つべきであるということである。絶対的強行法規が準拠法をオーバーライドしてまで確保しようとしている公の利益を仲裁合意により奪うことを認めてしてしまうのは、その制度趣旨に鑑みて許容し難いと考えられるからである⁽³⁹⁾。もちろん、仲裁廷が問

(36) 適用される準拠法をオーバーライドして適用されるべき法であり、国家にとって重要度の高い法を意味する。東京地判昭和40年4月26日労民集16巻2号308頁、東京地判平成16年2月24日判時1853号38頁、東京地判平成19年8月28日判時1991号89頁のように、いくつかの裁判例でこのような法規の存在が認められている。ヨーロッパではこれは明文化されており（契約債務の準拠法に関するローマI規則（Regulation (EC) No. 593/2008）9条）、overriding mandatory rulesと呼ばれている。日本でも、法の適用に関する通則法の立法準備段階ではこれについての明文の規定を導入すべきであるとの議論があった（法例研究会『法例の見直しに関する諸問題（1）』別冊NBL 80号65頁（2003））。これについて詳しくは、道垣内・前掲注（23）72頁参照。

(37) 当事者に回避の意図がなかったとしても、公益は侵害されるのであるから、当事者の意図の有無は絶対的強行法規の適用を左右しない。もっとも、一国が絶対的強行法規の貫徹につき強い姿勢で臨むとしても、当事者による回避は容易であり、実効性の点で問題があるとの指摘もある（横溝大「国際商事仲裁と公益」社会科学研究69巻1号129頁〔2018〕）。

(38) 仲裁人はこの点について裁量を有するとの見解について、Ibrahim Shehata, "Application of Overriding Mandatory Rules in International Commercial Arbitration: An Empirical Analysis", World Arbitration & Mediation Review, 2017

(39) 外国裁判所を専属的に指定する管轄合意により同様の結果が生ずることに対処するため、日本の絶対的強行法規の適用を確保すべく、その管轄合意の効力を制限すべきであるとの議論については、道垣内正人「国際裁判管轄合意の有効性——東京地裁平成28年2月15日中間判決をめぐって」NBL 1077号25頁（2016）参照。なお、東京地裁は仲裁合意の対象が「一定の法律関係」（民事訴訟法3条の7第2項）ではないとしてその効力を否定した上で、本案判決では原告の請求を否定したが（東京地判令和元年9月4日判時2491号15頁）、控訴審は、管轄合意は「一定の法律関係」に関するものであるとし、本案の判断に進み、本件訴えは不法行為に基づくものに過ぎず、独禁法を直接の根拠とするものではないとして請求を棄却した（東京高判令和2年7月22日判時

題となっている絶対的強行法規を適用する可能性はあるが、そのような可能性に賭けて、仲裁廷がそのようにしないリスクを国家法秩序として冒すべきではないと思われる⁽⁴⁰⁾。

(4) 仲裁人の忌避・解任

日本の仲裁法によれば、忌避事由の一つとして、「仲裁人の公正性又は独立性を疑うに足る相当の理由があるとき」が挙げられ（仲裁法18条1項2号）、また、解任事由の一つとして、「仲裁人がその任務の遂行を不当に遅滞させたとき」が挙げられている（20条2号）。これらは、仲裁判断に確定判決と同一の効力を与える以上、仲裁人が不適格者であってはならないことから、忌避・解任について裁判所が最終決定権限を持つ仕組みにしているといえることができる。

(5) 仲裁判断の取消し・承認拒否

国家法秩序と仲裁との関係を考える場合、仲裁法の中核となる規定は45条1項である。これは、既述の通り、仲裁地のいかなを問わず、仲裁判断に確定判決と同一の効力を与える規定である。ここでいう効力は既判力と形成力であり、同条2項に定めるいずれかの事由に該当しない限り、自動的にこれらの効力が与えられる。このことは、逆に、45条2項各号のいずれかに該当する仲裁判断は、特別の手続を経ることなく、効力を認められないことになる⁽⁴¹⁾。また、仲裁判断に基づく強制執行をするには、46条の規定によ

2491号10頁）。

(40) これに対して、外国裁判所を専属的に指定する管轄合意についてであるが、東京高判平成29年10月25日LEX/DB25564231は、「一定の訴訟事件について、日本の絶対的強行法規の適用を排斥する結果を生じさせる国際的専属裁判管轄の合意が『はなはだしく不合理で公序法に違反する』と解し、かつ、日本の独禁法が絶対的強行法規に当たると解する立場を採るとしても、そのような理由により当該合意が無効となるのは、単に当該合意における専属管轄裁判所において、日本の独禁法が適用されないというだけでなく、当該訴訟で主張される事実について、当該専属管轄裁判所が準拠する全ての関連法規を適用した場合の具体的な適用結果が、日本の裁判所が準拠する独禁法を含む全ての関連法規を適用した場合の具体的な適用結果との比較において、独禁法に係る日本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解するのが相当である」と判示している。なお、絶対的強行法規と合意管轄との関係について、山本和彦「国際裁判管轄に関する若干の問題」加藤新太郎ほか編『現代民事手続法の課題』385頁〔2019〕参照。

一に振舞う傾向が強くなっている。特に最近の日本はその傾向が極めて強くなっているように思われる。しかし、ここで立ち止まって今一度、仲裁を国家法秩序の中にいかに位置付けるのが最適かを再検討すべきである。

本稿の立場は、仲裁法 45 条 1 項が仲裁判断に確定判決と同一の効力を与えている以上、このような扱いに相応しい仲裁であることを制度的にしっかりと担保すべきであり、現行法において用意されている仲裁に対するコントロール装置を発動することに躊躇うべきではないというものである。仲裁地としての日本の魅力を外国企業等に売り込むため、仲裁に理解のある法制度であることをアピールすることに熱心であり過ぎることから、仲裁に寛大な扱いをし過ぎる結果となり、それが国家法秩序のほころびとなって制度全体を揺るがすことがないようにすることが肝要である。