

国際取引法における Lex Mercatoria の理論(3・完)

桑原 康行

VI

本稿Ⅱ～Ⅴで、Bonell氏が特にその著書において¹²¹⁾展開されている所説を紹介した。その所説を要約すると、次のようになるであろう。

国際取引は、国家法によって規制されるべきでも、Lex Mercatoriaによって規制されるべきでもない。国際取引は、トランスナショナル・ローすなわち、当該取引と直接的関連性を有する国家法に共通する原則・規範からなる特別法(秩序)によって規制されるべきである。このようなトランスナショナル・ローは、私人間の法律関係に国家がますます介入しようとしているという事実を無視することなく、国際取引の有する国際的広がりを正当に考慮することができるのである。そして現に、仲裁人および国家裁判官は、事件ごとに、関連性を有する国家法の比較法的検討によって共通する原則・規範を形成し、適用してきているのである。

国際的約款の法的性質・個別契約における効力如何といった問題は、トランスナショナル・ローによって解決されることになるが、かかる約款自体が法であるわけではなく、個別契約における効力もケース・バイ・ケースに判断されることになる。

Bonell氏は、トランスナショナル・ローが、単なる紛争解決方法にとどまらず—国家法および国際法と同じように一法(秩序)であることを積極的に論

121) Bonell, op. cit. p. 217~297.

証しようとしてされている。

そして、この点にこそ、氏の見解の独創性が存していると言えよう。もっとも、その論証が成功しているかどうかについて疑問がないわけではない。

トランスナショナル・ローの具体的内容とされているのは、I.C.Cを中心とする仲裁裁判所による仲裁判断および国家裁判所（特にフランス）の判例であるが、このうち後者に対しては — その内容がいかにトランスナショナルなものであろうとも — あくまで当該国法の一部にすぎないとの批判がなされよう¹²²⁾。Bonell氏自身もその後このことを認めておられる¹²³⁾。すると、トランスナショナル・ローの具体的内容をなすのは、各種仲裁判断だけであるということになる。

トランスナショナル・ローが国家法とは異なる法（秩序）であるかという問題と — 法であるとしても — 国家（裁判所）がかかる法に対していかなる立場をとるべきかという問題とは、別個独立の問題であると考えられる¹²⁴⁾。このことからすれば、トランスナショナル・ローが法（秩序）であるとの見解を一概に否定することはできないように思われるが¹²⁵⁾、Bonell氏は、最近では、この見解には必ずしも固執されず、むしろトランスナショナル・ロー（より正確にはトランスナショナル・アプローチ）の国際取引規制方法としての妥当性を強調されているようである¹²⁶⁾。

122) この点に関して、次の文献、参照。PICONE E SACERDOTI, *DIRITTO INTERNAZIONALE DELL'ECONOMIA* (1982) p. 85~86 ; ANGELICI, *《CONSEGNA》 E 《PROPRIETÀ》 NELLA VENDITA INTERNAZIONALE* (1978) p. 108 nota (103).

123) Colloque de Bâle sur la loi régissant les obligations contractuelles (1983) p.162における同氏の発言参照。

124) この点に関して、多喜寛「lex mercatoriaに関する若干の問題」法学第52巻5号（昭和63年）113頁、参照。

125) なお、国際取引法の法源については、ブラウロック「国際取引法の法源」法政論集第18巻3号（平成3年）1頁以下も参照。

126) 特に、IL DIRITTO APPLICABILE ALLE OBBLIGAZIONI CONTRATTUALI : RECENTI TENDENZE NELLA DOTTRINA E GIURISPRUDENZA ITALIANE (ANCHE CON RIGUARD ALLA NUOVA CONVENZIONE C.E.E. IN MATERIA), 78 *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* (1980) I p.228.

そこで、以下においては、かかるアプローチの規制方法としての妥当性を批判的に検討することにしたい。

次にこの検討を行う前に、Bonell 氏の所説といわゆる Lex Mercatoria の理論との異同を明らかにしておこう。Lex Mercatoria の理論は、論者によってその主張が異なり一般化することが困難であるため、ここではその代表的論者である Goldman 氏の理論を中心に考察をすすめることとしたい¹²⁷⁾。

彼によれば、国際取引は、法の一般原則および国際商慣習から成る Lex Mercatoria (商人法) によって規制されている。このうち、法の一般原則は、主として仲裁裁判所によって形成されてきたものであり、かかる一般原則のなかでは、pacta sunt servanda の原則が最も有名である。これに対して、Lex Mercatoria のもう一つの構成要素をなす国際的商慣習は、主として各種同業組合・国際機関等が形成してきたものであり、国際的約款および援用可能統一規則が含まれる。国際的約款の代表例としては、ロンドン穀物取引協会作成の各種約款を、統一規則の代表例としては、I.C.C. 作成の荷為替信用状に関する統一規則及び慣例を挙げることができる。以上述べたところから、Lex Mercatoria の理論においては、かかる約款・統一規則自体が法であると考えられていることが理解されよう。これに対して、Bonell 氏の所説においては — トランスナショナル・ローの法源性の問題をどう考えるにせよ — かかる約款・統一規則自体が法であることは否定されることになる。そしてこの点に、Bonell 氏の見解と Lex Mercatoria の理論の大きな相異点を見出すことができよう。

Bonell 氏は、Lex Mercatoria の理論に反対し、本理論を承認したとされる各国の判例に対して批判的立場をとられている¹²⁸⁾。

127) Goldman 氏の見解については、前掲注15)の諸文献の他、次の文献も参照。Goldman, *The applicable law : general principles of law - the lex mercatoria in* : Lew, ed., *Contemporary Problems in International Arbitration* (1987) p. 113.

128) フランス、オーストリアの判決については、多喜・前掲注15) 16頁以下に詳しい。なお、Lex Mercatoria の理論を承認したと思われるイタリア破産院の判決として、8, 2, 1982, n.122, Ditta Fratelli Damiani s.c.n. c. Ditta August Topfer & Co GmbH, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*

それでは、トランスナショナル・アプローチは、国際取引を規制するアプローチとして妥当なものであろうか。以下では、国家裁判所（官）がこのアプローチをとるとした場合と、仲裁裁判所（仲裁人）がそれをとるとした場合に分けて、検討することにしよう。

まず、前者の場合には、主として、次の3つの批判がなされよう。第一に、国際私法体系との不適合、第二に、裁判官の過重負担、第三に、法的安定性の欠如である。¹²⁹⁾

かかる批判およびそれに対する反論についてより詳しく検討する。

第一の批判は、トランスナショナル・アプローチが国際私法体系と適合するかどうか疑問であるとの批判である。

国際私法は、渉外的法律関係を規制すべき実質法を指定する法である。まず、準拠法の決定は、連結点を媒介として抽象的に行われ、準拠実質法の内容が問われる（考慮される）ことはないものとされている。次に、財産的法律行為については、準拠法はその成立および効力につき単一であることが要請される（準拠法単一の原則）。さらに、準拠法として指定されるのは、いずれかの国の実質法でなければならないと考えられている。してみれば、トランスナショナル・アプローチが果して国際私法体系と適合しうるかが疑問とされるのも無理からぬように思われる。

しかしよく検討してみると、前述の原則は一応妥当するにすぎないものであることがわかる。

国際私法は、準拠法として指定される実質法の内容を問うことはない（その内容を考慮することはしない）と言われる。しかし、この点に関して、例外が存在しないわけではない。

米国国際私法においては、いわゆる抵触法革命によって、準拠法の決定にあ

(1982) p. 829～ 本判決に対する批判的評釈として, Giardina, ARBITRATO TRANSNAZIONALE E LEX MERCATORIA DI FRONTE ALLA CORTE DI CASSAZIONE, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (1982) p. 754～

129) Langen, *Transnationales Recht*, 前掲注75) SS. 24～28 参照。

たり、実質法の内容を考慮しなければならないとの見解が有力に主張された。かかる見解を最初に提唱したのは、Cavers であると言われているが、彼によれば、準拠法の決定にあたり、裁判所は、(i) 事件の具体的な索連関係を調査し、(ii) その適用が問題となる法規の内容とその適用の結果を比較検討し、(iii) これらの結果を、訴訟当事者の公正さと、抵触する法規の達成しようとする社会的政策からすれば、どの法がどの索連関係と結び付くかを考慮して、評価すべきことになる¹³⁰⁾。

また、Leflar は、いわゆる “better law” approach を主張し、実質的にみてより良い法を適用すべきものとされる。そしてこのアプローチを採用した判例も若干存在していると言われる¹³¹⁾。

さらに、v. Mehren は、法廷地州 (国) 法および関係諸州 (国) 法上の政策的利益を分析して準拠法を決定すべきものとする機能的分析 (論) を主張しているが、それに加えて、関係諸州 (国) 法の比較検討によって新たな内容を有する涉外実質法を形成すべきことをも主張している¹³²⁾。

このように抵触法革命¹³³⁾後の新たな理論は、さまざまであるが、準拠法決定にあたり、いずれも事件に関連を有する州 (国) の実質法の内容およ

130) 松岡博『国際私法における法選択規則構造論』(昭和62年) 57頁。なお、Cavers の見解については、丸岡松雄「ケイヴァースの法選択手続理論 (一)(二)(三・完)」国際法外交雑誌第70巻1号1頁、2号45頁、4号43頁以下(昭和47年)に詳しい。

131) Leflar の better law approach については、以下の文献参照。廣江健司「アメリカ抵触法におけるより適切な準拠法準則の適用」法経研究第1巻1号(平成元年) 41頁以下、Mühl, *Die Lehre vom »besseren« und »günstigeren« Recht im Internationalen Privatrecht* (1982)。

132) von Mehren, *Special Substantive Rules for Multistate Problems – Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology*, in : *Harv. L. Rev.* 88(1974–75)347 ; von Mehren – Trautman, *The Law of Multistate Problems* (1965)。

133) 抵触法革命において中心的役割を果たした Currie の見解については、以下の文献参照。丸岡松雄「カリーの政府利益の理論 (一)(二)(三)(四)(五・完)」法学会雑誌第23巻1号1頁、2号1頁(昭和48年) 3・4号91頁、24巻1号33頁、2号1頁(昭和49年)。

びその法目的を考慮しなければならないとしている点においては違いはない¹³⁴⁾。

米国におけるかかる展開は、同国固有の要因 — まず議論の対象とされるのが国際事件ではなく州際事件であること、しかもその多くが不法行為（典型的には好意同乗者に関するもの）に関するものであること — から生じたものであることを看過すべきではないであろう¹³⁵⁾。

米国国際私法と一見したところきわだった対象をなしているのが、ヨーロッパ型の国際私法である。ヨーロッパ型の国際私法においては、準拠法の決定にあたって、「暗闇への跳躍」がなされることになる。しかし、かかる国際私法においても実質法の内容が問われるケースがないわけではない。そのようなケースのうち、最も重要なものは、いわゆる国際私法上の公序であろう。国際私法上の公序は、今日においては一般的に、国際私法規定によって準拠法として指定された外国法の適用を例外的に排除する基準であると理解されている¹³⁶⁾。このような理解のもとでは、公序（則）の例外的性質が強調され、その発動は慎重であるべきことが要請される。なお、公序の場合には、実質法の内容の考慮は、準拠法決定後、適用の段階になされることになる。

続いて、公序の他にも、実質法の内容が考慮されるケースが存在している。いわゆる選択的連結方法¹³⁷⁾を採用している規定がこれに該当する。

134) 松岡・前掲注130) 60頁。

135) 石黒一憲「現代国際私法の歴史的位相をめぐって」法協百年論集3巻（昭和58年）所収、565～566頁；同『現代国際私法〔上〕』（昭和61年）66～67頁；同『国際私法〔新版〕』（平成2年）23頁。

136) 折茂豊『国際私法の統一性』（昭和30年）346頁以下；池原・前掲注1) 251～252頁；山田・前掲注1) 126頁。イタリアにおいても、公序を国際私法規定を原則的に定める基準とみる Mancini の見解は克服され、今日では、公序は例外的基準と考えられている。この点につき、VITTA, *DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO, VOLUME I* (1972) 391 sgg.

137) この他、実質法の内容を考慮した連結方法として、補充的連結方法がある。この点につき、奥田安弘「スイス国際私法における若干の基本的問題（一）」北大法学論集第40巻2号（平成元年）56頁。

イタリア国際私法(民法典前加編)は、第26条で、行為の方式の有効性は、行為地法または行為の実質を規制する法もしくは行為者の本国法または契約者の共通本国法によって決定されるとする。同条では、行為の有効性に最も有利な内容の実質法が優先されるべきものとされているのである¹³⁸⁾。

わが国の法例においても、改正前すでに、選択的連結方法を採用した規定が存在していた¹³⁹⁾が、改正後増加するに至っている¹⁴⁰⁾。

まず、婚姻の方式については、挙行地法による方式だけでなく、当事者の一方の本国法による方式も認められている(13条)。本条は、方式についてできるだけ有効なものとして取り扱う内容の実質法を優先すべきものとしているのである。

次に、親子関係の諸規定においても、嫡出親子関係・非嫡出親子関係・準正のそれぞれにつき、選択的連結方法を採用し、子の保護に有利な内容の実質法を優先することが認められている(法例第17条, 18条, 19条)。

選択的連結方法は、各国国際私法上だけでなく、国際条約においても採用されている。その例として、為替手形及び約束手形に関し法律のある抵触を解決するための条約(1930)第2条、小切手に関し法律のある抵触を解決するための条約(1931)第2条および、遺言の方式に関する法律の抵触に関する条約(1961)第1条を挙げることができる。

実質法の内容を考慮した規定を含む国際条約のなかで注目すべきものとして、ECの契約債務の準拠法に関する条約¹⁴¹⁾(以下、EC準拠法条約と略称)がある。本条約は、消費者契約、労働契約に関して、それぞれ次のような規定を設けている。まず消費者契約について、第5条は、当事者による法選択が

138) VITTA, 前掲注136) p. 286~287.

139) この点については、松岡・前掲注130) 227~228頁, 258~259頁参照。

140) 澤木敬郎・南敏文編著『新しい国際私法—改正法例と基本通達—』(平成2年) 7頁。

141) 以下の文献参照。岡本善八「国際契約の準拠法—EEC 契約準拠法条約案に関して—」同志社法学第32巻1号1頁以下(昭和55年) ; TREVES, *VERSO UNA DISCIPLINA COMMUNITARIA DELLA LEGGE APPLICABILE AI CONTRATTI* (1983).

あっても、消費者の常居所地国の強行法規が与えている保護を消費者から奪うものではない、と規定している。また、労働契約について、第6条は、当事者による法選択は、選択がない場合に準拠法たるべき法の強行法規によって与えられる保護を労働者から奪うものではないと規定している。これらの規定は、いずれも実質法の内容を考慮することなく適用することはできない規定である。

国際私法上、準拠法単一の原則が存在しており、財産的法律行為は、その成立・効力とも、同一の準拠法によるべきであるとされる。

しかし、抵触法革命以降の米国国際私法においては、争点ごとに準拠法を決定すべきとの考えが有力に主張されているところである。

これに対して、ヨーロッパ型の国際私法のもとでは、準拠法単一の原則が維持され、その根拠として、統一的処理の必要性が説かれている¹⁴²⁾。しかし、契約についてみても、準拠法が単一であるというわけではない。

イタリア国際私法上、当事者の契約締結能力は、第17条によって本国法によって決定される。また、契約の方式については、第26条によって準拠法が指定される。

これらの問題を別とすれば、契約の成立および効力は、当事者自治の原則を承認している第25条に基づき、当事者が指定した法によって判断されることになる。しかし、意思表示の有効性の要件については、法廷地法が適用されるし、履行の態様については、履行地法が適用されることになる¹⁴³⁾。

法例のもとでも、当事者の契約締結能力の準拠法は、契約の実質（成立および効力）の準拠法とは異なるものと考えられているし、契約の方式についても、第8条によって、行為地法の適用も認められている。

契約の成立および効力については、第7条に基づき準拠法が決定されることになる。通説は、契約の成立と効力が本来原因と結果の関係にあることを理由に、両者の準拠法は同一であるべきものとしているが、異なる準拠法を指定で

142) 松岡・前掲注130) 218頁。

143) VITTA, *DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO*, VOLUME III (1975) 282 sgg.

きるとする少数説も存在している。

さらに、申込および承諾などの意思表示について、多数説は、申込・承諾が契約と密接な関係にあることを理由に、意志表示の準拠法も契約の実質の準拠法と同一であるべきものとするが、有力説はこの点についても別個の準拠法を指定できるとしている。

その上、契約上特定の問題につき、契約準拠法以外の法（補助準拠法）によることが認められている。通説は、補助準拠法を実質法的指定と理解しているようであるが、抵触法的指定と解する少数説の立場をとるなら、契約準拠法が複数存在することになるであろう¹⁴⁴⁾。

準拠法単一の原則との関連で注目すべきは、EC準拠法条約第3条1項の規定である。本項によれば、当事者は、契約の全部または一部のいずれについても準拠法を指定することができる。

このように、ヨーロッパ型の国際私法においても、準拠法単一の原則が完全に妥当しているわけではない。

第三に、国際私法規定によって指定される法は国家法でなければならないと考えられている。

イタリアにおいて、国際私法とは、渉外的要素を含む事件に適用される国家法（自国法または外国法）を決定する法規範の総体であるとされており¹⁴⁵⁾、当該事件を — 自国法であれ外国法であれ — 国家法によって解決することが当然の前提とされている。

わが国においても、国際私法が国際社会に並存している国家法秩序相互間の場所的適用関係を定める適用規範であることを根拠として¹⁴⁶⁾、あるいは法例7条が「国ノ法律」と規定していることを根拠として¹⁴⁷⁾、国家法以外の法（例え

144) 契約準拠法に関するこれらの議論の要領のよいまとめとして、岩崎一生『国際取引法要説』（平成2年）77頁以下。なお、補助準拠法に関しては、次の文献も参照。横山潤「補助準拠法」『国際私法の争点』（昭和55年）所収、102～103頁。

145) VITTA, 前掲注136) p. 2, 10.

146) 澤木敬郎「国際私法と統一法」『国際取引と法』（昭和63年）所収、141頁。

147) 同上139頁；多喜・前掲注124) 114頁。

ば、Lex Mercatoria) を準拠法として指定することはできないと考えられている。

しかし、これに対して、Lex Mercatoria の理論の出現以降、E Cの契約準拠法条約に関連して、準拠法が国家法に限定されるべきかという問題が議論の対象となっている。

以上述べたところから明らかなように、財産的法律行為につき単一の国家(実質)法を、その内容を考慮することなく準拠法として指定するのが国際私法であるとの理解は必ずしも絶対的なものではない。それゆえ、トランスナショナル・アプローチ(の採用)が国際私法体系と適合しえないものであるとは言いきれないであろう。

次に、トランスナショナル・アプローチに対する第二の批判すなわち裁判官の過重負担について検討してみよう。

伝統的国際私法のもとでは、涉外事件は、次のようなプロセスを経て解決されることになる。すなわち — 国際的裁判管轄権の問題を別とすれば — まず法廷地の国際私法によって準拠法が決定され、次にこの準拠法の内容が調査・確定され、最後に準拠法が当該事件に適用され、事件は解決されることになる。このように、伝統的なアプローチにおいては、(一国の)実質法が準拠法として決定されたあとではじめて、その内容の調査・確定がなされることになる。

これに対して、トランスナショナル・アプローチによれば、事件は次のようなプロセスを経て解決されることになる。すなわち、まず、当該事件と直接的関連性を有する複数の国家の実質法が選択され、つづいて、かかる実質法の内容が調査・確定され、さらに、内容の判明した実質法の比較法的検討から共通の原則・規範が発見・形成され、最後にかかる原則・規範が当該事件に適用され、事件が解決されることになる。

トランスナショナル・アプローチにおいては、伝統的アプローチと比較した場合、国家裁判官の行うべき仕事の量が著しく増加することになるが、裁判官がかかる仕事をよくすることができるか少なからず疑わしいとの批判が加えられる。

トランスナショナル・アプローチでは、裁判官は、第一に、涉外事件と直接関連性を有する複数の国家の実質法を選択しなければならないわけであるが、そのさい、裁判官は少なからぬ困難を感じるであろう。というのは、「直接関連性」概念が不明確だからである。

もっとも、国際私法上この種の概念が使用されるケースがないわけではない。第一のケースが、当事者自治の原則の量的制限論である。量的制限論は、当事者が指定する法を当該事件と密接な関連性を有する法に限定しようとする考えである。しかし、この量的制限論に対しては、密接関連性概念の不明確性に対して批判がなされているところである¹⁴⁸⁾。

第二のケースは、いわゆる強行法規の特別連結理論である。本理論は、契約準拠法上および法廷地法上の強行法規の他に、第三国の強行法規の適用を認めるものである。そのような条件の一つとして、強行法規の所属第三国と当該事件との間に密接な関係がなければならないということを挙げることができるよう。

強行法規の特別連結理論に対してもさまざまな批判がなされているが、その一つが、まさにこの密接関連性概念の不明確性に向けられているのである¹⁴⁹⁾。

ところで、強行法規の特別連結理論を採用した代表的立法例として、EC準拠法条約を挙げるができる。本条約は、第7条で次のように規定している。「本条約によって、特定国法が適用される場合にも、密接な関係を示す第三国の強行法規に効力を認めることができる。」と。しかし、この規定をめぐって、多くの批判が存在しており、その上、本条約第22条1項で本条を不適用とする留保も認められているのである¹⁵⁰⁾。

148) 当事者自治の原則に対する量的制限論およびそれに対する批判については、折茂・前掲注2) 102頁以下、参照。

149) 強行法規の特別連結理論およびそれに対する批判については、以下の文献参照。折茂・同上186頁以下；井之上宜信「国際私法における特別連結理論について」高岡法学第1巻1号(平成2年)267頁以下。

150) 石黒一憲「国際運送保険契約」『現代契約法大系 第8巻 国際取引契約(1)』(昭和58年)所収、251頁注⑦、253～254頁注⑧。なお、岡本・前掲注141) 45頁以下も参照。

このように、当時者自治の原則の量的制限論も、強行法規の特別連結理論も、その密接関連性概念が、裁判官の負担を増加させるものであることを理由の一つとして、必ずしも多くの支持を得ることができないでいる。

次に、国家裁判官は、当該事件に直接関連性を有する複数の国家法を選択した上で、それらの法の内容を調査・確定しなければならない。もっとも、この点は外国法の適用における裁判官の役割の問題と深く関係していよう。そこで、この問題について少し検討することとしたい。

裁判官が準拠法たる外国法を適用するためには、当事者が当該外国法の存在を主張し、その内容を証明しなければならないのか、それとも、裁判官が、職権で、当該外国法の存在および内容を調査、適用する権利および義務を有するのであろうか。

コモン・ロー諸国においては、比較的最近に至るまで、当事者が外国法の存在を主張し、その内容を証明しなければならないとされてきた¹⁵¹⁾。この立場のもとでは、トランスナショナル・アプローチの言う直接関連性を有する複数の国家法の存在を主張し、その内容を証明すべき義務を負うのは当事者であるということになると考えられるので、裁判官の過重負担との批判は、必ずしも決定的ではないようにも思われる。しかし、コモン・ロー諸国においても、現在では、かかる考えが完全に貫かれているわけではない。そこには幾多の例外が存在しているのである。

イギリスでは、次の二つの場合には、外国法は職権でその内容を確定され、かつ適用されることになる¹⁵²⁾。まず第一に、Maintenance Orders Act (1950) や Civil Evidence Act (1972) などの特別法によって judicial notice が要求される場合であり、第二に、モンテ・カルロで認められているルーレットのように、外国法が裁判所(官)に顕著であり、それゆえその内容を確定する必要がない場合である。

151) 神前禎「準拠外国法の「不明」をめぐって」法協第107巻6号(平成3年)110頁；川又良也「我国裁判所における外国法の適用」法学論叢第62巻5号(昭和31年)4～5頁。

152) Schnyder, *Die Anwendung des zuständigen fremden Sachrechts im Internationalen Privatrecht* (1981) S.48.

前述したコモン・ロー上の原則は、米国にも受けつがれたが、最近の制定法によって若干変更をうけるに至っている¹⁵³⁾。このような制定法のなかで特に注目に値するのは、Federal Rules of Civil Procedure (連邦民訴規則) の Rule 44.1 (1966) である。それによれば、「…裁判所は外国法を確定する際に、当事者により提出されたか否か、また連邦証拠規則により許容されるか否かに拘わらず、証明を含むいかなる関連ある資料を考慮することも許される……。」¹⁵⁴⁾

もっとも、この規定のもとでも、裁判所は外国法の内容を確定する義務を負うわけではなく、そのような権利を有するにすぎないものとされている。換言すれば、この点に関しては、裁判官の裁量に委ねられているのである。

これに対して、大陸法系諸国のなかでも、(西)ドイツにおいては、裁判官が外国法の内容を調査し、かつ適用しなければならないとされている¹⁵⁵⁾。わが国においても、この考えが通説であると言えよう¹⁵⁶⁾。

この立場のもとでは、トランスナショナル・アプローチが裁判官の過重負担をもたらすとの批判は、説得力をもつように思われる。しかし、ドイツにおいても、外国法の調査にあたり、裁判官の負担を軽減しようとする試み — 例えば、その調査にあたり、当事者に協力を求めることの許容 — がいろいろとなされており、成果をあげている¹⁵⁷⁾。

コモン・ロー(の原則)とドイツ法の中間的立場にあるのが、フランス法であっ

153) 神前・前掲注151) 118頁以下; Schnyder, 同上 S.46 ff.

154) この訳は、神前・同上118~119頁による。

155) Schnyder, 前掲注152) SS. 40~41; 川又, 前掲注151) 3~4頁。このような理解に対する疑問を提起するものとして、三ヶ月章「外国法の適用と裁判所」澤木他編『国際民事訴訟法の理論』(昭和62年) 所収, 239頁以下。これに対する反論として、石黒一憲「外国法の適用と裁判所」『民事手続法学の革新 上巻』(平成3年) 所収, 441頁以下。

156) 池原・前掲注1) 231頁以下; 山田・前掲注1) 117頁以下。通説に対する批判として、三ヶ月・同上239頁以下。

157) かかる試みについては、丸岡教授がフレスナーの任意的抵触法論に対する批判のなかで、きわめて詳細に紹介・検討されているところである。丸岡松雄「フレスナーの任意的抵触法 (一)(二)(三)(四・完)」法学会雑誌第30巻1号1頁, 2号93頁(昭和55年) 3号1頁, 4号41頁(昭和56年) 参照。

て、フランスでは、裁判官は、自らの裁量で調査・確定する権利を有するけれども、職権でそうする義務はないとされている¹⁵⁸⁾。フランス法の立場のもとでは、トランスナショナル・アプローチの採用は、裁判官に、職権による外国法の調査・確定を思いとどまらせるという結果をもたらしてしまうのであろう。

トランスナショナル・アプローチによれば、裁判官が当該事件と直接関連性を有する複数国法を決定し、それらの法の内容を調査・確定しただけでは十分でない。彼は、さらに、それらの法に共通する原則・規範を発見・形成し、それを当該事件に適用して、紛争を解決しなければならないのである。

伝統的国際私法のもとでも、裁判官がこのような役割を担うべきであると考えられるケースが若干存在している。第一は、準拠外国法（の内容）が不明のケースであり、第二は、普遍的公序発見・形成のケースであり、第三は、公序則発動のさいの、欠缺補充のケースである。

第一に、準拠外国法の内容が不明の場合に、裁判官がどのように対処すべきかに関しては、さまざまな説が対立している。大別して請求棄却説と代用法適用説が存在しており、後説は、何を代用法と考えるかによってさらに細分される。このなかで、法の一般原則説は、代用法を特定の国家法体系から導き出すのではなく、近似しているものとして考慮すべきすべての諸法秩序（あるいはこれらのうちで最も重要な諸法秩序）を比較法的かつ批判的に概観することによって確定することが望ましいと主張している¹⁵⁹⁾。この説に対しては、裁判官の過重負担となるとの批判が存在している¹⁶⁰⁾。

第二に、国際私法上の公序に関して、普遍的公序説を支持する¹⁶¹⁾場合には、

158) Schnyder, 前掲注152) S.44 ; 川又・前掲注151) 5～6頁。

159) Kötz, 前掲注73) S.674. わが国で類似する見解を主張する者として、特に、田中（耕）前掲注21) 372頁以下；実方正雄『国際私法概論』（昭和17年）99頁。

160) 法の一般原則説に対する批判およびそれに対する反論については、丸岡・前掲注157)「フレスナーの任意的抵触法（四・完）」42頁以下に詳しい。

161) 普遍的公序説を支持する論者として、BARILE, *I PRINCIPI FONDAMENTALI DELLA COMUNITÀ STATALE ED IL COORDINAMENTO FRA SISTEMI (L'ORDINE PUBBLICO INTERNAZIONALE)* (1969) p. 61 ssg. 91 ssg. わが国では、田中（耕）・前掲注21) 299頁以下；折茂・前掲注136) 404頁以下；同『国際私法講和』（昭和53年）59頁以下。

その内容は、諸国法の比較法的検討に基づいて導き出されなければならないことになろう。しかし、この普遍的公序説にたいしても、その導出の困難性から疑義が提出されている¹⁶²⁾。

第三に、公序則が発動され、準拠外国法が排除された場合に、欠缺肯定説に立つならば、その欠缺をどのようにして補充すべきかがさらに問題となる。この点について、かかる欠缺を一般的な条理によって補充すべしと説が主張されている¹⁶³⁾が、この説によるならば、一般的な条理は、比較法的方法によって見出されなければならないであろう。この一般的条理説に対しても、普遍的公序説に対するのと同種の批判がなされている¹⁶⁴⁾。

以上の3つのケースにおいて、かかる考えがいずれにせよ裁判官にとって負担となることは否定できないであろう。しかし、準拠外国法が不明であるという事態や公序則を発動するという事態がひんぱんに生ずるとは思われぬ¹⁶⁵⁾。

ところで、トランスナショナル・アプローチに類する考えは、国際私法の他、国際的統一法条約にも見出される¹⁶⁶⁾。ULISは、その第17条に次の規定を置いている。「本法により規整される事項に関する問題であって、本法中に明示的に解決されていないものは、本法を基礎づけている一般原則に従って解決されなければならない。」¹⁶⁷⁾このような一般原則をどのようにして探求すべきかに関しては、見解の対立がみられる¹⁶⁸⁾。第一の見解は、一般原則をULISそれ自体（換言すれば、ULISの諸規定）のなかから導き出そうとする。これ

162) 田村精一「公序則の適用」『国際私法の争点』(昭和55年)所収、63頁。

163) 田中(耕)・前掲注21) 299頁以下；実方・前掲注159) 110頁。

164) 田村・前掲注162) 64頁。

165) もっとも、公序則に関しては、学説上は、その例外的性質ゆえに、その発動には慎重であるべきことが強調されているが、判例においては、その「濫用」の例もみられると言う。この点につき、池原・前掲注1) 264～265頁。なお、準拠外国法の不明に関連して、神前・前掲注151) 107頁注17) 参照。

166) Bonell氏は、ULIS第17条がトランスナショナル・アプローチを採用しているとして理解されている。Bonell, 前掲注126) p. 230～231.

167) この訳は、谷川・前掲注98) 7頁による。

168) 以下の文献参照。石黒一憲「統一法による国際私法の排除とその限界」海法会誌復刊第24号(昭和56年) 31頁以下；奥田安弘「国際的統一法条約の解釈」国際法外交雑誌第86巻5号(昭和62年) 48～49頁。

に対して、第二の見解は、それに加えて、かかる一般原則を比較的方法によって導き出そうとする。第一の見解に対しては、それだけでは満足すべき成果をあげることができない場合が少なくないとの批判が加えられているし、第二の見解に対しては、比較的方法をとるさいに、検討すべき国家法の数如何によっては、裁判官に過大な負担がかかるとの批判がなされている¹⁶⁹⁾。

ULIS 第17条に関する各国の判例¹⁷⁰⁾を概観すると、これら二つの見解のうち、第一の見解を前提としていると思われるものが多いようである。ただ、ある判例において、オランダ民法典第1374条およびイタリア民法典第1375条に言及している点が注目されるが、その言及は、ULISの個々の規定から得られた一般原則を補強するためなされているにすぎない¹⁷¹⁾。

したがて、ULIS 第17条がトランスナショナル・アプローチを採用したとは必ずしも言えないのではないだろうか。

さらに、たとえこの点を肯定するとしても、ULIS 第17条に関してさらに指摘しなければならないことがある。それは、本条の適用される場合が限定されていることである。第一に、その適用範囲に関する第一章の諸規定から明らかのように、ULISの適用される国際的売買は限定されている。第二に、ULIS 条約上で認められている留保（第4条・5条）を行った場合にも、ULISの適用が限定されることになる¹⁷²⁾。

それゆえ、ULIS 第17条も、その適用されるケースは必ずしも多くないと言えよう¹⁷³⁾。

169) 石黒・同上32～33頁；石黒・前掲注135) 『現代国際私法〔上〕』40頁。

170) 1986年までの各国の判例は、Schlechtriem / Magnus, *Internationale Rechtsprechung zu EKG und EAG* (1986) S.182 ff. に収められている。それ以降の判例として、ドイツの判例が *Uniform Law Review* (1987) p.784～789 に掲載されている。

171) Schlechtriem / Magnus, 同上 ss. 182～184.

172) 石黒・前掲注168) 23頁以下。

173) なお、本稿では省略したが、本条採択に至るまでの議論については、Dölle / Herber, *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht* (1976) SS. 123～124 参照。なお、星野英一「売買法の国際的統一 — 法学国際協会コロキウム報告」『民法論集 第三巻』(昭和47年) 所収、268～270頁も参照。ULIS 第17条の規定は、「国際

以上述べたところから明らかなように、たしかに伝統的国際私法においても、トランスナショナル・アプローチに類する考えが有力に主張されているとはいえ、かかる考えは、いずれかと言えば例外的・特殊なケースに限定されている。

トランスナショナル・アプローチが上述のようなケースにのみ採用されるべきであるとの立場をとる限り、裁判官の過重負担との批判は、必ずしも重大視する必要はないかもしれない。しかし、かかる批判は、トランスナショナル・アプローチを国際取引（に伴う紛争）一般にまで拡大しようとする Bonell 氏の所説に対しては、きわめてよくあてはまるであろう。

トランスナショナル・アプローチに対する第三の批判は、法的安定性の欠如ということである。そこで、次にこの点に関して検討しよう。

国際取引法¹⁷⁴⁾においても、他の法分野においてと同じように、具体的妥当性の確保とならんで、法的安定性の確保も重要な目標とされる。そして、この両者をいかに調整すべきかは大きな問題である。

トランスナショナル・アプローチは、このうち、具体的妥当性の確保を重視するものであるのに対し、伝統的国際私法は、法的安定性の確保を重視するものであると一応は言えよう¹⁷⁵⁾。

トランスナショナル・アプローチによれば、涉外事件は、その都度発見・形成される共通原則・規範に基づいて、ケース・バイ・ケースに判断されることになるので、当事者が判決の結果を予測することができず、ひいては法的安定性を確保することができなくなってしまう。

Bonell 氏は、トランスナショナル・アプローチが法的安定性の欠如をもたらすことは認められながらも、その程度は、伝統的国際私法ほどではない、換

的動産売買契約に関する国連条約」(1980)の第7条に受けつがれた。本条約第7条選択に至までの議論については、Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention* (1987) p. 65~71に詳しい。

174) 「国際取引法」概念については、道田信一郎「国際商法の世界的統一と国連総会決議」『国際取引と法』(平成2年)所収、113頁以下参照。

175) 松岡・前掲注130) 216頁以下。なお、折茂豊『涉外不法行為法論』(昭和51年) 361頁以下も参照。

言すれば、伝統的国際私法のもとでも、法的安定性はすでに確保されていないと主張されている¹⁷⁶⁾。

たしかに、伝統的国際私法が法的安定性を確保していると言えるかは疑わしいであろう。伝統的国際私法のもとでも、特に判例は、抵触規則の機械的・盲目的適用がもたらす不当な結果を回避するために、法律関係の性質決定論、反致論、公序論を — その本来の機能を超えて — 援用してきたと言われている¹⁷⁷⁾。

さらに、契約準拠法の決定についてみても、今日、多くの国々で、当事者自治の原則が承認されていると言われるが、本原則の支配する範囲、明示の指定・黙示の指定のない場合の準拠法決定の方法については、国によってその解決を異にしているのである¹⁷⁸⁾。

そこで、これらのケースにおいては、法的安定性の確保は実現されず、具体的妥当性の確保という要請の背後にしりぞいていると言えよう¹⁷⁹⁾。

このように、法的安定性の確保という視点からみる限り、トランスナショナル・アプローチも、伝統的国際私法も、必ずしも満足すべき結果をもたらさないように思われる。これに対して、具体的妥当性の確保という視点からは、トランスナショナル・アプローチの方が、伝統的国際私法よりも優れているようにも思われる。というのは、後者は、本来あくまで国際私法的正義の実現をめざすものであり、実質法的正義の実現（具体的妥当性の確保）は、原則として目標とされないからである。

ところで、具体的妥当性を確保したと評価されている¹⁸⁰⁾前掲フランス判例

176) 拙稿「国際取引法における Lex Mercatoria の理論(2)」商学討究第42巻1号(平成3年)118頁。

177) 池原・前掲注1)118~119頁,212頁,264~265頁。松岡・前掲注130)220頁。米国の抵触法革命を指導した Cavers, Currie は、いずれも、伝統的国際私法に対する批判のなかで、この点を強調していた。丸岡・前掲注130)「ケイヴァースの法選択手続き理論(一)」9頁以下;同・前掲注133)「カリーの政府利益の理論(一)」29頁以下,参照。

178) ヨーロッパ大陸諸国法を概観したものとして, VITTA, 前掲注143) p.218 sgg.

179) 松岡・前掲注130)220~224頁,参照。

180) 金約款や国際商事仲裁をできるだけ有効なものとして取り扱うことが、具体的妥当性の確保につながるとの認識が存在しているようである。

が、妥当な結果を達成するために、トランスナショナル・アプローチをとらなければならなかったか、より正確には、特別実質規範を形成、適用しなければならなかったかは少なからず疑わしい。

金約款に関する *Messageries Maritimes* 判決は、しばしば特別実質規範の形成、適用に基づき、事件を解決したものと理解されているが、伝統的国際私法に基づき事件を解決したものとして理解することも可能だからである¹⁸¹⁾。

次に、国際商事仲裁に関するフランス判例を検討してみよう。仲裁判断に理由を付すべき仲裁人の義務に関する判例のうち、*Elamassian* 判決は、伝統的国際私法—国際私法上の公序—に基づいて事件を解決したものであるし、*Gerstlé* 判決も、仲裁準拠法をニューヨーク州法であると決定した上で、かかる準拠法上認められている限り、理由の欠如それ自体はフランスの国際的公序に反しないとして、事件を解決することができたように思われる¹⁸²⁾。

つづいて、国・公法人の仲裁契約締結権に関する判例のうち、伝統的国際私法に基づいて事件を解決した *Sté Myrtoon Steamship* 判決及び *San Carlo* 判決を別とすれば、残る判決は、*Galakis* 判決だけである。ただ、本件も、契約準拠法をイギリス法であると考えることができたわけであり、とすれば、*Sté Myrtoon Steamship* 判決および *San Carlo* 判決と同じ処理が可能であったことが指摘されている¹⁸³⁾。

最後に、仲裁契約の主契約からの自治性に関する判例である。このうち、*Gosset* 判決は、仲裁契約の準拠法をイタリア法であると考えることができたため、そのようにして仲裁条項の有効性を確保することも可能であったとされている¹⁸⁴⁾。すると、結局のところ、特別実質規範の形成・適用によってのみ、具体的妥当性を確保することができたのは、*Impex* 事件および *Hecht*

181) Fouchard, *La loi régissant les obligations contractuelles en droit international privé français* in : Colloque, 前掲注123) p. 98~99. なお、関口・前掲注49) 651頁。

182) cf. Bonell, op. cit. p. 230~231 nota (27).

183) 多喜・前掲注49) 71頁。

184) 同上・71~72頁。

事件だけであることになろう。

このようにみてくると、伝統的国際私法に基づいても、具体的妥当性を確保することが可能だったケースも少なくないが、フランスの判例が、特別実質規範の形成、適用に積極的であったことは否定できないであろう¹⁸⁵⁾。

以上の検討から、トランスナショナル・アプローチに対する批判のうち、国家裁判官の過重負担との批判は、決して無視しえないように思われる。かかる負担を回避するため、国家裁判官がトランスナショナル・アプローチの名のもとに、結局は、法廷地法を適用する危険性は否定できないであろう。

ところで、Bonell氏によれば、国家裁判官は、涉外事件につき直接関連性を有する国家法を比較検討して、それらの法が争点につき実質的に同じ解決を与えている場合には、自国法（法廷地法）を適用すればよいとされている。しかし、トランスナショナル・アプローチは、そもそも国家法が国際取引の特質を考慮しておらず、国際取引を規制する適格性を有していないとの認識を、その出発点としていたはずである。とすれば、国際取引の特質を考慮せず、国際取引を規制する適格性を有していない複数の国家法がたまたま争点につき同じ解決を与えていたとしても、裁判官は、自国法（法廷地法）を適用すべきではなく、あくまで、トランスナショナル・アプローチをとり、特別実質規範の形成、適用をめざさなければならないであろう¹⁸⁶⁾。この点に関して、おそらく裁判官の負担（軽減）が考慮されたのであろうが、論理一貫性を欠くとの批難を免れないように思われる。

トランスナショナル・アプローチに対する前述した3つの批判は、国家裁判官の場合だけでなく、仲裁人の場合にも、一応妥当するであろう。かかる批判とは、第一に、国際私法体系との不適合、第二に、仲裁人の過重負担、第三に、法的安定性の欠如である。しかし、仲裁人の場合には、国家裁判官

185) 同上・79頁；関口・前掲注49) 656頁。

186) 複数国法が同じ解決を与えていても、その解決が国際取引の場合にも妥当かは、さらに検討を要するよう思われる。この点に関連して、以下の文献参照。AN-GELICI, 前掲注122) p. 103~104；多喜・前掲注15) 13頁。

の場合ほど、強い反対はないようにも思われる。その大きな理由は、仲裁人が — 国家裁判官と比較すると — 広範な権限を有していることに求められよう。

国家裁判官は、国家機関として、自国（法廷地国）の国際私法を適用して、準拠法を決定しなければならない。さらに、国際私法によって指定される準拠法も、いずれかの国の法（国家法）でなければならないとされている。これに対して、仲裁人は、国家機関ではなく、いわば当事者の機関であることから、特に法による仲裁の場合、適用すべき国際私法および準拠法に関して、疑問が生ずる。

まず第一に、いかなる国際私法を適用して準拠法を決定すべきかについて、見解の対立がみられる。なぜなら、仲裁人は、法廷地国際私法なるものを有していないからである。

最近では、適用すべき国際私法の決定を仲裁人自身に委ねる規定も増えつつある。例えば、まず仲裁規則では、I.C.C. 仲裁規則が、第13条3項でかかる定めを置いている。「…仲裁人は、適当と認める国際私法により準拠法として指定された法を適用する。」¹⁸⁷⁾

次に、立法では、UNCITRAL 国際商事仲裁模範法が、第28条2項で次のように規定している。「当事者がいかなる指定もしていないときは、仲裁裁判所は、仲裁裁判所が適当と認める抵触規定によって決定される法律を適用しなければならない。」¹⁸⁸⁾

特に I.C.C. 仲裁判断を中心とする仲裁判断の研究¹⁸⁹⁾ によれば、仲裁人が適用すべき国際私法として — 当事者による指定がある場合を別とすると — 1. 仲裁裁判所所在地法, 2. 関係諸国の国際私法, 3. 国際私法の一般原則が主張されていると言う。また、仲裁判断のなかには、いかなる国際私法を適用した

187) 日本語訳は、I.C.C. 日本国内委員会訳による。

188) この訳は、高桑昭『国際商取引法委員会の国際商事仲裁に関する模範法』（昭和62年）9頁による。

189) Felix Dasser, *Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria* (1989) S.172 ff.

かを明らかにすることなく、紛争を解決しているものも存在しているようである¹⁹⁰⁾。

さらに、国際私法の適用を必ずしも仲裁人に義務づけない立法も登場するに至っている。その代表例として、フランス民事訴訟法を挙げることができる。本法第1496条によれば、「仲裁人は、当事者が選択した実体法の規定に従って紛争を判断し、この選択がないときは、仲裁人が適当と認める実体法の規定に従って紛争を判断する。」¹⁹¹⁾

仲裁人が国際私法を適用する必要がないという立場をとる限り、トランスナショナル・アプローチに対する第一の批判は、あてはまらないことになろう。

仲裁人の広範な権限は、準拠法、より正確には、実体法的判断基準の決定においても、存在していると言えよう。

友誼仲裁人がいかなる権限を有するかは、必ずしも明確ではないものの、友誼仲裁人は、公平に反しないかぎり、法に基づき紛争を解決することもできると理解されている¹⁹²⁾。とすると、友誼仲裁人は、公平によっても、法によっても、紛争を解決することができるわけである。したがって、友誼仲裁人は、実体法的判断基準の決定につき、広範な権限を有することが認められよう。

仲裁人が友誼仲裁人としての権限を付与されていない場合に、実体法的判断基準の決定にあたり、広範な権限を有するか否かについては、見解の対立がある。この問題は、主として、仲裁人が判断基準となしうるのは、国家法だけなのか、それとも、国家法以外の法（規） — 例えば、Lex Mercatoria — であってもよいのかという形で論じられている。

後者の見解を支持するとおもわれる立法としてオランダ民事訴訟法を挙げる

190) 同上, S.177 ff.

191) この訳は、国際商事仲裁協会『仲裁法規集2』I-263頁以下による。フランス民事訴訟法の翻訳は、以下もこの文献によっている。

192) LATTANZI, *L'IMPUNATIVA PER NULLITÀ NELL'ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE* (1989) p.263~267; 多喜寛「フランス判例における友誼仲裁人の権限」JCAジャーナル1986年11月号2頁以下。なお、多喜寛「国際取引と友誼仲裁」JCAジャーナル1984年1月号22頁以下も参照。

ことができよう。本法は、第1054条で、実体法的判断基準につき、次のように規定している。「(1項) 仲裁裁判所は、法規に従って仲裁判断しなければならない。(2項) 当事者が法を選択しているとき、仲裁裁判所は、当事者が選択した法規に従って仲裁判断をしなければならない。そうした法の選択が存在しないとき、仲裁裁判所は、適切と認める法規に従って仲裁判断をしなければならない。」¹⁹³⁾

本条に言う「法規」の意義に関して、政府報告書は、Lex Mercatoria も法規に含まれることを確認している。そして、ここで Lex Mercatoria とは、「一般的に認められた商慣習」および「超国家的・普遍的法原則・法規」から成るものと理解されている¹⁹⁴⁾。

さらに、フランス民事訴訟法第1496条も — オランダ仲裁法と同じように — 「法規」を判断基準とするが、 — 若干異論はあるものの — その中に Lex Mercatoria が含まれるとするのが多数説のようである¹⁹⁵⁾。

仲裁人が判断基準となしうるのは何かという問題について、さまざまな見解があることは、UNCITRAL の国際商事仲裁模範法第28条の起草過程における議論からもきわめて明瞭となる¹⁹⁶⁾。

したがって、仲裁人が友誼仲裁人としての権限を与えられていない場合には、その権限はいかなる見解をとるかによって大きく異なるであろう。

ところで、仲裁裁判所による仲裁判断の内容に不服の当事者が、国家裁判所に対して、当該判断の取消を求めることもありうる。

仲裁判断の取消事由につき、各国法の規定は、異なっている。しかし、かかる事由は、大きく4つに分類できよう¹⁹⁷⁾。すなわち、第一に、仲裁付託違反、

193) この訳は、貝瀬幸雄『1986年オランダ新仲裁法研究』(昭和63年) 60頁による。

194) 同上・26～27頁；Dasser, 前掲注189) S.319.

195) 小鳥・高桑編・前掲注120) 538～540頁；Dasser, 同上, S.309.

196) この点については、次の文献参照。多喜寛「国際商事仲裁における実体法的判断基準—UNCITRAL 国際商事仲裁モデル法を中心にして—(1)(2) (3・完)」JCA ジャーナル1991年11月号2頁以下, 12月号8頁以下, 1992年1月号9頁以下。

197) Dasser, 前掲注189) S. 278 ff.

第二に、法律上の審問違反、第三に、不当な手続き、第四に、公序違反である。

まず第一に、仲裁付託違反を取消事由とする若干の立法を次に挙げよう。オーストリア民事訴訟法は、第595条1項で、次のように規定している。「仲裁判断はつぎの場合に取り消される。…(5号) 仲裁裁判所が付託された事項以外の事項について判断したとき」¹⁹⁸⁾。

フランス民事訴訟法は、この点に関して、次のような規定を置いている。同法第1504条によれば、「国際仲裁事案について、フランスにおいてなされた仲裁判断に対しては、第1502条に定める場合には、取消の訴えを提起することができる。…」さらに同法第1502条によれば、「仲裁判断の承認または執行を許可する決定に対する上訴は、次の場合にのみ、提起することができる。…(3号) 仲裁人が、自己に与えられた職務に従うことなく、判断したとき」とされる。

スイス国際私法第190条2項は、「〔仲裁〕判断は、以下の場合にのみ取消され得る」とし、C号で「仲裁裁判所が、付託されていない争点につき判断を下したか、または、申立〔の一部〕につき判断をしなかった場合」¹⁹⁹⁾を挙げている。

第二の、法律上の審問違反を取消事由とする立法として、例えば次のものを挙げることができる。

オーストリア民事訴訟法は、第595条1項2号でこの点につき規定し、「仲裁判断取消の訴えを提起しようとする当事者が、仲裁人の面前における仲裁手続で自己の主張を述べることができなかつたとき」とする。

フランス民事訴訟法第1502条は、4号で、「対審制の原則が守られなかつたとき」と規定している。

スイス国際私法第190条2項は、取消事由の一つとして、d号で「両当事者の平等取扱いの原則、または審問請求権保障の原則に対する違反があつた場

198) この訳は、服部弘「世界各国の商事仲裁制度：オーストリア(2・完)」JCAジャーナル1984年11月号21頁による。

199) 同法の翻訳は、石黒一憲『スイス新国際仲裁法について』(平成元年)21頁による。

合」を掲げている。

第三の、不当な手続きを取消事由とする立法としては、ドイツ民事訴訟法があり、同法第1041条1項は、仲裁判断の取消を申立てることができる一つの場合として、1号で「…仲裁判断が不適法な手続きに基づくとき」²⁰⁰⁾と規定している。

第四に、公序違反を取消事由とする立法として、例えば次のものがある。オーストリア民事訴訟第595条1項6号は、この点につき次のように規定している。「仲裁判断がオーストリアの法律制度の基本的原則に合致しないとき、または国際私法に関する連邦法第35条による外国的要素が含まれている事件において当事者が選択した法律によってさえもその適用を排除できないオーストリアの法律の強行規定に抵触しているとき」。

フランス民事訴訟法は、第1520条5号で、「仲裁判断の承認または執行が国際的公序に反するとき」と規定している。さらに、スイス国際私法も、第190条2項の取消事由の一つとして、「〔仲裁〕判断が公序と相容れない場合」を挙げている。

Lex Mercatoria に基づく仲裁判断の取消が国家裁判所に求められた事件のなかで、トランスナショナル・アプローチの立場から見ても注目に値すると思われるのが、Pabalk 対 Norsolor 事件である。

本件は、次のような事件であった²⁰¹⁾。フランスの会社 Ugilor (後に Norsolor) とトルコの会社 Pabalk が、代理商契約を締結し、本契約に基づき Pabalk はトルコでなされた売買につきコミッションを請求したが、Ugilor / Norsolor は、その支払を拒絶して、トルコ法の解約告知規定に従って契約を解除した。これに対して、Pabalk は、未払いのコミッション、契約不履行に基づく損害賠償および契約解除に基づく損害賠償を求めて、I.C.C. 仲裁条項

200) この訳は、国際商事仲裁協会編・前掲注188) I-143頁による。

201) 本件については、なお、以下の文献も参照。Dasser, 前掲注189) S.212 ff.; Kap-pus, >Lex mercatoria< in Europa und Wiener UN-Kaufrechtskonvention 1980 (1990) S.90 ff.; Paul-Frank Weise, Lex Mercatoria (1990) S.152 ff.; 本件に関する邦語文献としては、多喜・前掲注15) 16頁以下がある。

によって、仲裁手続を進めた²⁰²⁾。

ウィーンでなされた仲裁判断は、契約解除によって Pabalk が被った損害に関して、次のように論じている²⁰³⁾。「Pabalk を Ugilor/Norsolor に結びつける代理商契約の準拠法という先決問題が解決されなければならない」とし、続いて、比較法的考察を行った後で、次のように述べている。「当裁判所の見解によれば、その適用を強く求められる国家法を選択することは困難であるので、契約の国際的性格を考慮して、特定立法 — トルコ法であれフランス法であれ — への強制的準拠をすべて排除し、かつ、国際的 *lex mercatoria* を適用することが相当である。

この後者を設吹する原則の一つは、契約の成立および履行を支配すべき信義誠実の原則である。しかも、契約上の信義を強調することは、各国立法が一致していることを示す支配的傾向の一つなのである。(G. Cornu, 《Regards sur le titre III du Livre III du Code civile : des contrats et des obligations conventionnelles en générale : Cours D. E. A. droit privé, Paris II, 1976-77, p. 200, n° 260》。)

そして、仲裁裁判所は、信義則を適用して、Ugilor/Norsolor が契約破棄による損害賠償責任を負うものとし、その額を80万フランスフランと決定した。

本件仲裁判断を不服とする Ugilor/Norsolor は、その取消を求めて、オーストリア（ウィーン）で提訴した。その根拠は、当該仲裁判断がオーストリア民事訴訟法第595条5号、6号に違反しているというにある。1983年改正前の同法第595条は、以下の場合には、当事者は、仲裁判断の取消を申し立てることができるとし、その5号、6号で次のように規定していた。「(5号) 仲裁裁判所がその権限を超越した場合 (6号) 仲裁裁判所が法律の強行規定に違背している場合」²⁰⁴⁾。

202) Rev. arb. (1983) p. 525～

203) 同上, p. 528～531.

204) この訳は、『国際商事仲裁の理論と実際—西ヨーロッパ諸国の商事仲裁制度—』(昭和57年) 19頁による。

第一審ウィーン商事裁判所は、訴えを棄却した。

仲裁判断が公平に基づいてなされたとの主張に対し、同裁判所は、同法第595条5号ではなく、6号のみが問題となると指摘した上で、次のように判示している²⁰⁵⁾。「当裁判所の見解によれば、〔仲裁判断〕は、単なる公平ではなく、むしろ法的根拠に基づいていたのである。裁判所が準拠法上の問題を詳細に検討したという事実だけからも、同裁判所が公平に基づいて解決しようとしなかったことが明らかである。当該請求権を基礎づけるために仲裁裁判所によって主張された《Lex mercatoria》は…法の一般原則をなすものであって、かかる原則に基づく判断は公平に基づく判断とはならない。この法の一般原則が特定国法秩序上の特別規定の代わりに適用されたか否かということは、本件手続の審査対象とはならない。」

Ugilor/Norsolor は、本判決を不服として、控訴した。第二審である上級地方裁判所は、Ugilor/Norsolor の主張を一部認めた。同裁判所は、公平に基づく仲裁判断は、民事訴訟法第595条の6号ではなく、5号のもとで検討されなければならないとし、次のように結論づけている。「仲裁裁判所が当事者による授權なくして、特定国法秩序に連結することなく、判断を下した場合には、同裁判所は、仲裁契約によって付与された権限を踰越したことになる。」²⁰⁶⁾と。

本判決は、トランスナショナル・アプローチに明示的に言及している点で、特に注目すべきもののように思われる。すなわち Lex Mercatoria の理論と「同様の考えを、Eugen Langen は、その著書 “Transnational Commercial Law” で詳述している。彼によれば、トランスナショナル・ローとは、国際取引に適用される法規則、一種の慣習法、lex mercatoria のような概念的超国家法秩序である。彼は、国際契約を国家法から解放すること (Entnationalisierung) が必要であると考えており、例えば信義誠実の原則のような一

205) Rev. arb. (1983) p. 516

206) AG 6/1982, SS. 166~167.

般原則の重要性を強調している(Lewald, NJW 1975, 481)。これに対して、Beitzkeが、Eugen Langenの著書“Transnational Commercial Law”の書評(Zeitschrift für Rechtsvergleich 1975, 69に掲載)においてを正当に述べているように、仲裁裁判所は、当事者によって付与された決定の自由の範囲内で活動することができる。これに対して、国家裁判官は、法律および法に拘束され、それゆえいかなる法が適用されるのかを表明しなければならない。」²⁰⁷⁾

第二審判決に対して、Pabalkが最高裁判所に上告した。同裁判所は、商事裁判所の見解を支持した。最高裁判所は、まず6号の取消事由を検討している。「仲裁裁判所は、本件で、商事代理契約の解除によって原告が被告に与えた損害の、賠償義務の問題の解決のために、信義誠実の原則を援用し、そして本件で考慮している国々の強行法規に決して矛盾しない、私法秩序に内在する原則を適用したのである。」²⁰⁸⁾ 結局、6号の取消事由は存在しないものとされた。次に、5号の事由に関連して、当事者の授権なくして、仲裁裁判所が裁量権を正当に行使しても、権限踰越とはならないし、申立範囲を越えることにもならないと判示されている²⁰⁹⁾。

第一審判決の言う「法の一般原則」、最高裁判決の言う「私法秩序に内在する原則」が、各国法の比較法的検討によって導き出されたものであるとすれば、両判決は、仲裁人によるトランスナショナル・アプローチの採用をも支持しているものと理解されよう。

仲裁判断が自発的に履行されない場合には、当事者は、その承認・執行を国家裁判所に求めるであろう。

(外国) 仲裁判断の承認・執行については、— その取消についてと異なり — きわめて重要な国際条約が存在している。ニューヨーク条約がそれであって、本条約は、第5条で承認・執行の拒否要件を定めている。

207) 同上, S. 166.

208) RIW 11/1983, S. 869.

209) 同上, S. 870.

同条によれば、仲裁判断が承認・執行されないのは、第一に、当該判断に、仲裁付託の条項に定められていない紛争もしくはその範囲内でない紛争又は仲裁付託の範囲を越える事項に関する判定を含む場合である。

第二に、仲裁機関の構成又は仲裁手続が、当事者の合意に従っていなかった場合又は、そのような合意がなかったときは仲裁が行われた国の法令に従っていなかった場合である。

第三に、仲裁判断が当事者を拘束するものとなるに至っていない場合又は、その判断がされた国若しくはその判断の基礎となった法令の属する国の権限ある機関により、取り消されたか若しくは停止された場合である。

第四に、仲裁判断の承認・執行が承認国・執行国の公の秩序に反する場合である。

Lex Mercatoria に関する仲裁判断の承認・執行が国家裁判所に対して求められた事件のうち、トランスナショナル・アプローチの立場からも重要と思われるのが、Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrergesellschaft m. b. H 対 Ras al Khaimah National Oil Co. and Shell International Petroleum Co. Ltd. 事件である。

本件は次のような事件であった²¹⁰⁾。1973年、R'as Al Khaimah 政府と探査会社は、石油およびガスの探査につき、コンセッション協定を締結した。その後1974年に、両当事者は、経営協定に署名した。1976年に、政府、Rakoil およびコンソーシアムすなわち探査を引き受けた会社グループは、譲渡協定を締結した。1979年 Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrergesellschaft m. b. H (以下、D.S.T. と略称)が、探査会社を継承した。紛争が生じたので、D.S.T. は、会社グループを代表して、政府および Rakoil を相手として、I.C.C. による仲裁を申立てた。

仲裁裁判所は、本件協定の準拠法につき、1976年の協定、譲渡協定、コンセッション協定のいずれにも準拠法約款がないこと、および、いずれかの国の

210) Yearbook Commercial Arbitration, Vokume XIV-1989 p.111~113.

法に準拠することがいくつかの理由から相当でないことを指摘し、I.C.C. 仲裁規則第13条3項を引用した²¹¹⁾後で、次のように判示している。

「〔18〕 仲裁裁判所は、特に石油ドリル・コンセッションの分野における国際仲裁上で一般的慣行となっているところ、および、とりわけスイスで行われている仲裁に依拠するであろう。実は、この慣行は、当事者が知っていなければならないものであり、彼らの黙示意志を表明しているものとみなされるべきである。依拠されるべきなのは、とりわけ、リーディング・ケースである Sapphire International Petroleums Ltd. 対 Natipnal Iranian Oil Company 事件 (International Law Reports 1967, 136 ff) および Texaco Overseas Petroleum Company 対 The Government of Libyan Arab Republic (International Law Reports 1979, 389 ff) である。なお、以下の文献も参照、Lalive, 'Les Règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par arbitre international siégeant en Suisse', L'arbitrage international privé et la Suisse, 1979; さらに次の文献参照、Derains, 'L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressé au litige', in Revue de l'arbitrage 1972, p. 100.

〔19〕 “それゆえ、仲裁裁判所は、契約関係を支配する一般的に認められた法原則が本件本案に適用されるプロパー・ローであると考える。”²¹²⁾ と。

イギリスで D.S.T. に対して付与された仲裁判断執行許可を不服として、Rakoil は、控訴院に上訴したが、棄却された²¹³⁾。Rakoil は、次のように主張した。「当事者の権利・義務を、特定国法に基づいてではなく、不特定かつ不明確な国際的に認められた法の原則に基づいて決定するものとする仲裁判断を執行することは、イギリスの公序に反する」²¹⁴⁾ と。

211) 同上, p.117.

212) 同上

213) 2 Lloyd's Rep.1987, p.246~

214) 同上, p.252.

Donaldson 判事は、本件仲裁判断をニューヨーク条約（第5条）を国内法化した1975年仲裁法（第5条）に照らして検討する。公序違反という仲裁判断拒否事由につき、同判事は次のように論じている。「…当事者が法的強制力のある権利・義務を作り出そうとしていたこと、および、本件仲裁判断の執行が公序に反するものでないことを、私は確信している。残された問題は、本件協定が必要な確実性を備えているかどうかということだけである。I.C.C. 規則特にその第13条3項に基づく仲裁を選択することによって、当事者は、プロパー・ローの決定を仲裁人に付託し、かつ、協定中でその決定を国家法秩序に限定しなかった。仲裁人による準拠法の決定、すなわち、契約関係を支配する各国法の基礎にある共通原則（common denominator of principles）の決定が、当事者が仲裁人に付託した決定範囲を超えるものと結論づける理由を、私は見出すことができない。」²¹⁵⁾

このように、Donaldson 判事によれば、仲裁人が本件協定に「契約関係を支配する一般的に認められた法原則」を適用しても、仲裁付託の範囲を超えるものでないことが明らかにされている。さらに、かかる原則の適用がイギリスの公序に反するものでないことも明らかにされている。その理由は、かかる原則が、「契約関係を支配する法の基礎にある共通原則」であることに求められる²¹⁶⁾。

本件判決は、仲裁人がトランスナショナル・アプローチをとったことを裁判所が承認していると理解することもできよう²¹⁷⁾。もっとも、このように考える場合であっても、その承認は、外国でなされた仲裁判断の承認・執行が、イギリスの裁判所に求められたケースに限定されるであろう。

215) 同上, p. 254.

216) Lattanzi, 前掲注192) p. 263.

217) かかる理解を示す論者として, Kappus, 前掲注201) 114頁。

結びに代えて

Bonell 氏の所説は、国際取引上の問題、例えば、国際的約款の性質・個別契約におけるその効力等の問題は、トランスナショナル・アプローチによって解決すべしというにある。このトランスナショナル・アプローチは、国際取引に直接関連性を有する国家法を比較検討して、かかる国家法に共通する原則・規範を発見・形成し、事件を解決しようとするものである。

かかるアプローチは、Bonell 氏によれば、国際取引における国家法の役割を否定することなく、国際取引の特質を考慮することを可能とするものなのである。

しかしながら、VIで検討したように、特に国家裁判官がトランスナショナル・アプローチをつねにとることを要求することは、裁判官に難きをしいることになるであろう。

トランスナショナル・アプローチは、— Bonell 氏自身の論述からも明らかかなように — 同氏の独創というわけではなく、これまでの仲裁判断においても学説においても主張されていたところである。しかし、かかる仲裁判断および学説の的確な整理・分析に基づき、国際取引規制方法としてのトランスナショナル・アプローチの妥当性を詳細に論証しようとしたこと、および、国際的約款の法的性質・個別契約における効力の問題につき、かかるアプローチを適用して、その解決を示していることの2点に、Bonell 氏の最大の業績があるように思われる²¹⁸⁾。

218) Bonell 氏の所説に関しては、同氏自身からいろいろとご教示を受けた。ここに深く感謝する次第である。