

国際商事仲裁の研究

喜多川篤典 著

東京大学出版会
学術書刊行基金

著者略歴

喜多川篤典

1916年 生まる
1941年 東京帝国大学法学部卒業
1942年 東亜同文書院大学助手
1948年 東京大学社会科学研究所助手
1952年 東京都立大学講師（人文学部）
1953年 東京都立大学助教授（人文学部のち法経学部）
1957年 東京都立大学教授（法経学部のち法学部）
1976年 8月31日逝去

国際商事仲裁の研究

1978年3月31日 初版

検印
廃止

著者 喜多川 篤典

発行者 加藤 一郎

発行所 財団法人 東京大学出版会

113 東京都文京区本郷 東大構内 電話 (811)8814・振替東京6-59964

整版：三和印刷・印刷：三栄印刷・製本：矢嶋製本

3022-36245-5149

は し が き

本書は、故喜多川篤典教授の仲裁に関する既発表の論文のうちから、国際商事仲裁の研究上必要不可欠と認められるものを選別収録したものである。

著者は、昭和32年、米国のイエール大学に留学した機会に、研究の主たるテーマとして国際商事仲裁を選び、以来20年間、一貫してこの領域の研究に没頭してきた。昭和37年には、「商事仲裁の法理序説」なる論文によって東京大学から法学博士の学位を受け、その後も、この方面で着々と業績をあげ、仲裁といえは喜多川教授というのが、いつしかわれわれの間の常識となる程の権威者となった。それはひとり日本だけでなく、国際的にもそうであった。米国留学でみがいた語学を駆使して、多くの国際会議に出席し、国際商事仲裁会議、国連、国際法協会、ローエイシア、法による世界平和会議等々は、まさに著者の大活躍の場であった。しかるに著者は、昭和51年8月末、折しも国際法協会のマドリッド総会に向けて出発する直前に、残念にも急逝された。

わが国における国際商事仲裁の分野における本格的な学術論文は、まことに寥々たるものであるが、著者は、国際的商取引において生ずる紛争の解決方式としての仲裁の重要性に着目して、いち早く研究に着手、爾来これをライフ・ワークとして継続し、その仕事は逝去の直前にまで及んだのである。著者のかかる研究の成果である本書所収の諸論文は、詳密精確な文献的研究を経とし、屢次の海外出張、仲裁関係の国際会議への参加、諸外国の権威者との書簡の交換を通じて獲得しえた該博な知識とみがかれた感覚、確固とした哲学を緯として、国際商事仲裁をめぐる主要な問題点を理論的に深く掘り下げて解明するとともに、比較法的手法により、広く世界の仲裁法、仲裁制度の現状と動向を明らかにしている。

したがって、本書の刊行は、それ自体が学界に貴重な寄与を遺し、また、実務界に適切な指針を与えるものなることを信じて疑わないが、同時に、私にとって個人的感懷なきをえないのである。というのは、喜多川教授が終戦後シベリヤ抑留から帰還し東京大学社会科学研究所の助手として商法の研究を始めた

とき、私は田中耕太郎先生に代って教授の指導にあたったので、多年親交を重ねた教授の急逝は私にとって絶大な衝撃であった。ことに、まだ還暦をすぎたばかりで、将来の大きな学問的計画を胸にいだきつつ斃れたのは、ただただあわれというほかない。したがって、せめて教授が遺した業績をまとめて公刊したら、教授の霊をいくらかでもなぐさめることができるのではないかと考えていたところ、教授の商事仲裁に関する研究を民事訴訟法学の立場から評価しておられた菊井維大、三ヶ月章両教授が右の計画について私を激励し、その実施を進めて下さった。何ともありがたいきわみで、心からお礼申し上げる。

私は、本書を両教授とともに、喜多川教授の霊前に捧げたいと思う。

昭和53年3月

東京大学名誉教授

鈴木竹雄

目 次

はしがき (鈴木竹雄)

第 1 部 商事仲裁の基礎

I 商事仲裁の法理序説	3
——仲裁法廷の自主性——	
1 商事仲裁の法理序説	3
2 自主法廷としての仲裁	10
——私的紛争解決ないし権利救済 remedial 面における私的自治——	
(1) 仲裁法廷は国家の裁判主権の授權 authorization によるのか、 それとも自主法廷 autonomy か	10
(2) 仲裁は実体 substance か、手続 procedure か	14
(3) 仲裁法廷の「自主性」——法人の「自主性」論をふまえて——	23
(4) 仲裁における契約の自由とその限界	25
む す び	31
II 商事仲裁の法機能	32
——仲裁制度の善用と悪用——	
序 説——問題の一般的背景 一標準契約と仲裁約款——	32
1 裁判と仲裁 一商人団体の自主法廷としての「仲裁」一	36
(1) 緒 説	36
(2) 仲裁の基本的性格とその長所	36
(3) 仲裁の短所と裁判所によるコントロールの必要性	40
(4) 仲裁の必然性——自主的団体あるところ仲裁法廷あり——	41
2 仲裁の制度的発達 一商人団体の自主性と仲裁立法の整備——	44
——アメリカをモデルとして——	
(1) アメリカにおける仲裁立法の先駆——イギリスにおける仲裁	

制度の確立をふりかえりつつ	44
(2) アメリカにおける商人の各種団体における仲裁制度の確立	45
(3) ニューヨーク仲裁法・連邦仲裁法と American Arbitration Association	47
(4) Uniform Arbitration Act 方式と連邦国家の複雑性	48
3 仲裁制度の現実的機能 —仲裁制度の善用と悪用—	50
(1) 緒 説	50
(2) 仲裁の効用が承認されている分野	50
1) 証券取引所(50) 2) 繊維業協会(52)	
(3) 仲裁が濫用される恐れのある場合	55
1) 緒説(55) 2) 支配・従属関係確立のための仲裁法廷(55)	
3) 商品取引所その他同業組合(56) 4) 渉外的仲裁について(59)	
(4) 仲裁を利用してはいけない領域	62
1) 緒説(62) 2) 株式会社内部における仲裁(62)	
3) 特許権・商標権等の効力(63)	
4 仲裁上の法的諸原則の現実的機能とその法的評価	65
1) statement of case(65)	
2) separability doctrine の適用範囲(66)	
3) irrevocability doctrine(68)	
4) 仲裁人の公平性(68)	
5) 仲裁判断の自主的執行 self-enforcement of awards(69)	
結 語 —若干の感想—	70
Ⅲ 商 事 仲 裁	72
1 問題の所在	72
2 法の支配と仲裁——lex mercatoria とは、中世の商事裁判所 とは	73
(1) 仲裁とは	73
(2) 仲裁と裁判との接点——中世における定期市等における裁決は裁判 なりや仲裁なりや	76
(3) 法の支配と仲裁——特殊西欧的感覚?	77
3 商事仲裁の本質——商法 lex mercatoria の国家法への吸収と 国家法よりの解放	80
(1) 商法 lex mercatoria の国家法への吸収と仲裁	80
(2) 商法と商事仲裁——商法の国家法よりの解放と常設仲裁法廷	82
(3) 国際取引と国際商事仲裁	84

4 国際取引と国際商事仲裁——new lex mercatoria と国連の役割	86
(1) 国際取引と国際的法秩序——equity と ex bono et aequo	86
(2) UNIDROIT, ECE の作業の必然性——new lex mercatoria と UNCITRAL	89
(3) 再び、「法の支配と仲裁」——国際商事仲裁と仲裁判断における 「理由」の必要性	91

第2部 国際商事仲裁と国際私法

IV 商事仲裁と法の抵触	97
——米法に重点をおきつつ——	
は し が き	97
1 商事仲裁と統一条約	98
——国連「国際商事仲裁会議」を省みて——	
2 英米における商事仲裁法概観	107
(1) 英 国	107
(2) 米 国	111
3 英米における商事仲裁と法の抵触	124
(1) 渉外的仲裁契約の効力に関する準拠法決定の問題性——とくに米に おける実体 substance と手続 procedure の 区別に関する混乱——	124
(2) 英国における渉外的仲裁	127
(3) 米国における渉外的仲裁契約の効力に関する準拠法	129
(4) 米国における渉外的仲裁契約の特定履行 (specific performance)	136
(5) 米国における外国(州)仲裁判断の執行	138
V 国際商事仲裁における準拠法の指定	144
——国際商事仲裁と国際私法——	
1 問題の所在——国際商事仲裁において準拠法の指定 (Choice of Law Clause) は不可欠であるのか? ——	144
2 国際商事仲裁において準拠法の指定は理論的に矛盾であるのか? ——国際商事仲裁と国際私法——	147
3 何故に、国際商事仲裁において、準拠法(実体的)の指定が 一般に問題とされるのか?	151

第3部 東西貿易と国際商事仲裁

Ⅵ 国営貿易と商事仲裁	159
——東西両世界の平和的共存の一つの条件——	
は し が き	159
1 国営貿易と最恵国条款	160
——最恵国条款の経済的・政治的・法的意義——	
2 国営貿易と商事仲裁	165
——sovereign immunity と商事仲裁——	
3 共産圏の国際商事仲裁機関についての欧米裁判所の法的評価	171
——Amtorg Trading Corp. v. Camden Fibre Mills, Inc., Firma Ligna v. Baumgartner & Co. A. G.——	
結 語	180
——共産圏国との商事仲裁についての見通し——	
Ⅶ 東西貿易に関する法律上の諸問題	184

第4部 国際投資と国際商事仲裁

Ⅷ 国際投資の基本問題	197
——間接投資としてのプラント・ノウハウの輸出と仲裁——	
序 問題の所在——間接投資とは？	197
1 在来型の投資—直接投資と、新しい型の投資—間接投資 すなわちプラント・ノウハウとの輸出の対比	202
2 国有化の理論的基礎と補償額の適正化についての問題点 ——いわゆる投資契約とは国際契約なりや国内契約なりや	208
3 国有化の理論的基礎と補償額の適正化についてのデッドロッ クの回避——コペルマナス教授による間接投資（プラント輸 出）を手がかりとしての直接投資の類比的分析	217
4 投資紛争と仲裁——投資紛争を通して仲裁の本質の再検討	221

Ⅸ 「技術紛争と仲裁」序説	225
——仲裁の本質の再検討——	
1 技術紛争と仲裁——国際貿易 international trade から国際投資 international investment へ——	225
2 仲裁の本質——法の支配の限界と仲裁に固有の分野——	234
(1) 法の支配と仲裁・調停	234
(2) 和解的仲裁	237
(3) 法の支配の限界と仲裁に固有の領域	239
(4) 共産圏諸国における仲裁	241
3 英・米・仏・伊・独・日における仲裁の比較法的検討	243
——仲裁の法技術的概念と実務の理解のために——	
(1) イギリス	243
(2) アメリカ合衆国	246
(3) フランス	248
(4) イタリアにおける仲裁法	249
(5) ドイツと日本における仲裁法	250
4 仲裁に関する統一条約・統一法・統一規則 ——統一条約・統一法・統一規則の解釈原理？——	254
むすびに代えて——技術とUNCITRAL——	262
 X 技術紛争と仲裁	265
1 国際投資の基本問題としてのプラント・ノウハウの輸出と仲裁	265
(1) 国際商事仲裁の一般的性格	265
(2) 国際投資の基本問題としてのプラント・ノウハウの輸出と仲裁	267
(3) 技術紛争としての投資紛争と仲裁	271
2 国際投資契約と仲裁条項との現実の問題点の若干	275
(1) 投資契約締結過程における仲裁条項の効用	275
(2) 技術紛争に対して仲裁制度の当面する問題	276
3 国連欧州経済委員会（ECE）によるシビルエンジニアリング・プラント建設に関する国際契約締結手引（Guide on Drawing up Contracts for Large Industrial Works）	287
結 語	290

XI	世界銀行の国際投資紛争解決センターの仲裁判断 の超国家性とその問題点	291
	——国際社会より普遍人類社会へのキザシ? ——	

第5部 海事仲裁

XII	傭船契約における仲裁約款と船荷証券上の一般的 指示文句	325
	——英米の判例の批判的検討を通じて——	
1	序——海事仲裁とは	325
2	傭船契約における仲裁約款と船荷証券上の一般的指示文句	329
(1)	問題の提起——日之出化学工業株式会社対三光汽船株式会社損害賠 償請求事件	329
(2)	イギリスにおける判例の動向とその批判的考察	334
(3)	アメリカにおける判例の動向とその批判的考察	345
3	保険代位と仲裁約款——海上保険業者間の仲裁協定は 可能か——	354

第6部 国際商事仲裁の現状と課題

XIII	商事仲裁とローエイシア	361
1	序説——商事仲裁とローエイシア	361
2	インドネシアにおける商事仲裁	364
3	オーストラリア、ニュージーランドにおける商事仲裁	367
4	仲裁法統一の方法	379
5	ローエイシア決議	381
XIV	国際商事仲裁の当面の課題	383
	——UNCITRAL Arbitration Rules——	
1	国連商取引法委員会 UNCITRAL と商事仲裁	383

2	JOINT ICCA-UNCITRAL Committee on Uniform	
	Arbitration Rules	391
3	UNCITRAL Arbitration Rules とその検討	395
	むすびにかえて	407
	あとがき（菊井維大）	411
	論文初出一覧	
索 引		415

第1部 商事仲裁の基礎

I 商事仲裁の法理序説

——仲裁法廷の自主性——

1 商事仲裁の法理序説

(1) 19世紀末葉以降の法発展の普遍的傾向の一環として、大陸法的にはいわゆる普通契約條款 *Allgemeine Geschäftsbedingungen* ないし 付合契約 *contrat d'adhésion*、英米ことに米国においてはいわゆる標準化契約 *standardized contract* がまずわれわれの頭に浮び上る。契約は自由な意思の自律的合致を理念像とするが、現実には *persuasion* から *coercion* に至るまでそこには種々のニュアンスと段階があることは始めから前提とされている。ただこの付合契約ないし標準化契約となると、両当事者間の社会的・経済的力関係、あるいはその契約当時おかれた両当事者の *situations* 等々のファクターから、その歪みが強く表面におし出されるところからここに司法的、行政的、立法的規制の上に種々の問題を生みだしてきたことは周知のことに属し、わが国においても、石井照久教授の「普通契約條款」(昭和32年)、米谷隆三博士の「約款法の理論」(昭和29年)などを始め、すぐれた研究が積み重ねられてきたことは、今更ここに繰り返すまでもないであろう。

このような標準化契約の現象と歩調を合わすかのごとく、契約より発生する紛争解決の一つの方法としての仲裁 *arbitration* も、紛争ごとに両当事者が仲裁人を選定し、また仲裁法廷の組織および手続を定めるといった *ad hoc* な仲裁法廷 *arbitration tribunal* といったようなものではなく、商業会議所、海運集会所、その他同業者の組合、各種商品市場、証券市場における仲裁法廷のごとく恒常的な制度化された *institutional* な仲裁法廷がむしろ支配的意味をもってきつつあるかのごとく見受けられるのである。したがって、たとえば契約中の

仲裁条項のうちに、契約より発生する紛争は American Arbitration Association に付するとあれば、仲裁人の選定、仲裁手続等はすべて当事者が特段の定めをしていない限りは、この協会の定めた standard form によることになるわけである。そのみならず、仲裁契約に違反して自己の属する業界の仲裁法廷による以外の方法（裁判所に提訴する等）によって紛争を解決しようと試みたり、またその仲裁法廷が下した仲裁判断に従わないときには当該同業者の団体から除名されたり、また他の関連業者からの一切の取引を停止されたりする不利益をその制裁として受けざるをえないことがしばしばある。かくては社会的存立を脅やかされるところから、それは裁判所の判決以上に強力な強制力をもっているのである。これいわゆる moral sanction としての強制である。またこの故に仲裁強制 compulsory arbitration と名付けられるのである¹⁾。

そこで、これらの団体の内部が民主的に運営されているならばともかく、もし一部のボスによって支配されているならば、弱少会員は裁判所による法の保護から締め出される恐れさえなくはない。この危惧がもっともシリアスに感ぜられるのは、異種の業者、たとえば問屋と小売商、製造業者と販売業者間といった経済的・社会的に、ときには、支配・依存関係のある業者間の継続的取引関係における標準化契約の採用に伴う仲裁強制である。なるほど標準化契約が現実の実効性を保持しうるためには、仲裁強制の裏付けを必要とすることは十分考えられる。仲裁条項および仲裁判断に従わない相手方には penalty を課し、あるいは信用払いの特典を剥奪し、さらには業界全体として取引を拒否する (collective refusal) などの手段に出ることも時には必要であろう。事実、米国においては今世紀に入ってから産業の急速な発展は、既述の標準化契約およびそれらの実効性の裏付けとしての仲裁強制、ならびにこれを奨励した自主的規制 self-regulation、すなわち Federal Trade Commission (連邦取引委員会) 主催の下に協定行動 concerted action によって、悪質な取引慣行を排除することを目的とする取引慣行会議 trade practice conference によって推進されてきたといわれている。しかしながら仲裁強制は、ときには自由な競争の不当な抑圧となり、Sherman Act (§1) 違反となる恐れもなくなかった²⁾。米国においてこのことがとくに問題となったのは、映画フィルムの製作・配給会社 distributors の団体と上映者 exhibitors ないし映画館の所有者との間の標準上

映契約 standard exhibition contract に伴う仲裁強制, すなわちこの契約に伴う紛争を仲裁条項に定められた仲裁人に付することを拒み, またはその仲裁人が下した仲裁判断に従わない上映者には現金払いを要求し, それを履行しなければフィルムの配給を停止するといった制裁およびかかる制裁を課することについての配給会社間の協定行為のいずれもが, U.S. Supreme Court から Sherman Act (§1) 違反であるとされた有名な Paramount Famous Lasky Corporation et al. v. United States of America, 282 U.S. 30 (1930) であった. こういったケースを契機として, 仲裁, なかんずく仲裁強制に対する批判的検討の必要性が感じられるようになってきた³⁾.

さらに, 国際的な業者の団体は自らの仲裁法廷を梃子として「国家外の国家」ないし「私的国家」たりうるのである. 否, 国際的取引においてはその必要性すらありと云うるのであろう. もし裁判によって紛争を解決せんとするならば, 国際民事訴訟, 国際私法の迂路を通して始めて管轄裁判所および準拠法が決定されるのであるが, かかる国際的商人の自主法廷においてはそんな必要はなく, かつ仲裁判断の執行は通常は特定国の裁判所による執行をまたずとも, その業界のいわば moral sanction によって実現されるのである. これが国際的カルテル形成の有力な武器となり, その反面, 法の規定の外に逃れてしまふ恐れのあることは否定しえないであろう. 結局は国際公法の領域において多数国間の条約によって解決する以外はないであろう. Merrifield, Ziegler & Company v. Liverpool Cotton Association, 105 L.T.R. (n.s.) 97(1911)において, プレーメンにおける綿花取引所の仲裁判断に従わなかったイギリスの商社 Merrifield を同取引所の要求によって Liverpool Cotton Ass'n が除名したことを, イギリスの裁判所も, かかる除名処分も右協会の定款に定められた権能の範囲内に属するとして, 有効と判決した例にもみられるように, その法理的理付けはいかにあれ, 国家はかかる国際的商人団体の私的法廷を現実には承認せざるをえなかったのである. また Gilbert v. Burnstine, 255 N.Y. 348, 174 N.E. 706 (Court of Appeals of New York, 1931) は両当事者ともニューヨークに在住するが, “Arbitration in London” clause に基づき, ロンドンでイギリス仲裁法に準拠してなされた仲裁判断を, 従来は渉外的仲裁については lex fori によるとしていたのを, 当事者自治の原則に切り換えたが, その法