

## 契約の改訂と仲裁

吉 政 知 広

- 一 はじめに
- 二 契約の改訂の特殊性と仲裁
- 三 仲裁における契約の改訂の可能性
- 四 最後に——仲裁と二つの契約観の交錯

### 一 はじめに

契約の締結後に事情の変動が生じた場合、契約当事者としては、契約を当初の内容のまま履行するのではなく、新たな状況に対応した内容に改訂したいと考えることがある。当事者の間で、契約の改訂が認められるべきなのか、あるいは、どのような内容に契約を改訂すべきなのか、紛争が生じた場合に対応するために、各国の法制には様々な法理が存在している。契約の改訂をめぐる紛争が裁判所に持ち込まれた場合には、各国の裁判所がこれらの法理を適用して紛争の解決を行なうことになる。

これに対して、契約当事者の間に仲裁合意が存在する場合、当該契約をめぐる紛争は仲裁手続を通じて解決される。この場合、契約の改訂を認める様々な法理は各国の裁判所において適用されることを想定して形成されてきたものであるところ、仲裁人にも、裁判所と同様に当事者が締結した契約を改訂する権限が認められるのかという点が問題となる。

この問題は、これまで日本では主として民事手続法の領域において取り上げられてきた<sup>(1)</sup>。しかし、契約法を取り巻く今日の状況の下では、契約法学の観点からこの問題を取り上げることにも一定の意義が認められるように思われる。

第一に、改めて指摘するまでもなく、今日の世界では国際的な取引が重要な役割を果たしているが、その紛争解決手段としては主に仲裁が利用されている。国際的な取引は、長期にわたることが多く、国内取引とは異なった種類・規模の事情変動に直面する危険をはらんでいるため、当事者の間で契約の改訂をめぐる紛争が生じる可能性が高い。契約法理論がこうした紛争にも対応しようとするならば、契約の改訂を認める諸々の法理が仲裁手続においてどのように適用されるのか、検討を避けてとおることはできない。

第二に、近時、ユニドロワ国際商事契約原則 (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts)<sup>(2)</sup> に代表されるように、契約法の国際的な統一・調和を目指す様々なイニシアチブが現れており、日本を含めた各国における議論や立法の動向に大きな影響を及ぼすようになってきている。これらのイニシアチブは、国内および国際レベルにおける立法のモデルとして機能することが予定されているだけでなく、実際の契約から生じる紛争の解決のために主に仲裁手続において利用されることが想定されている<sup>(3)</sup>。従って、これらのイニシアチブに定められた<sup>(4)</sup> 規律の意義を理解するには、それが利用される仲裁手続との関係も視野に入れることが必要だと考えられる。

以上のような状況を踏まえて、本稿では、仲裁人による契約の改訂の可否をめぐってどのような議論が展開されてきたのか、国際仲裁とドイツ仲裁法をめぐる議論を概観する。このような作業を通じて、市場のグローバル化が進む中で契約法理論が直面している課題の一断面の素描を試みることにしたい。

## 二 契約の改訂の特殊性と仲裁

### 1 契約の改訂と補充

まず、仲裁人にも契約を改訂する権限が認められるのかという点がそもそもなぜ問題となるのか、問題が意識されるに至った経緯から確認しておこう。この問題は、一九七〇年代以降、国際仲裁に関するいくつかの国際会議などで取り上げられ、広く意識されるようになっていった。とりわけ大きな影響力を持ったのが、一九七五年にニューデリーで開催された I C C A (International Council for Commercial Arbitration) の第五回国際仲裁会議における諸報告である。

ベルニーニ (Giorgio Bernini) は、その報告<sup>5)</sup>において、長期にわたる契約の欠缺 (lacune, gap) の補充という問題を取り上げ、欠缺には、原始的な欠缺 (lacune initiale, initial gap)、すなわち当事者が契約を締結する際に規律しなかった部分がある場合と、後発的な欠缺 (lacune survenante, supervening gap)、すなわち契約締結時に予見されていなかった事態が発生し、それに対応するための条項が契約に定められていない場合があるという分類を示

している。後発的な欠欠とは、契約の改訂が必要とされる場面に他ならない。

ベルニーニによると、原始的な欠欠の補充は、伝統的な意味での仲裁の権限を越えるものである。<sup>6)</sup> 仲裁とは、第三者が裁判所に代わって紛争に関する判断を示すものであるところ、契約の補充は当事者に代わって契約の内容を定めることを意味しており、当事者が契約の補充を行なう権限を第三者に与えたとしても、それは仲裁とは区別されるべきものだからである。この区別は歴史的・比較法的にも認められており、仲裁における仲裁人が *arbitrator* の系譜に連なるものであるのに対して、契約の補充を行なう第三者は *arbitrator* の系譜に連なるものとして位置づけられる。<sup>7)</sup> さらに、ベルニーニは、多くの国において仲裁人の権限が裁判所の権限を越えることは認められないと考えられており、このような観点からも、契約の補充を行なう権限を与えられた第三者を仲裁人と位置づけることは適切でないと指摘している。<sup>8)</sup>

これに対して、後発的な欠欠について、ベルニーニは、当事者が問題の解決を仲裁人に委ねる旨の合意をしている場合、仲裁人は契約の改訂を行なう権限を有すると考えている。<sup>9)</sup> この場面においては、契約の改訂に関する条項の効力をめぐって当事者の間に紛争が存在しており、当該紛争を解決するというのは、仲裁が果たすべき機能に他ならないからである。また、事情の変動を理由に契約の改訂を行なう権限を裁判所に認める法制は多数存在しており、そのような法制を前提とすると、仲裁人の権限が裁判所よりも大きなものになるといふ問題が生じることもない。

以上のように、ベルニーニは、契約の補充と改訂を隣接する問題として位置づけた上で、仲裁手続において両者を行なおうとする場合、次の二点が問題となりうることを指摘した。すなわち、仲裁の対象となる紛争が存在するののかという点と、裁判所の権限との均衡をどのように考えるのかという点である。こうしたベルニーニの議

論は、仲裁手続による契約の改訂をめぐるその後の議論を大きく規定することになった。<sup>(10)</sup>

## 2 国際的ルールにおける契約の改訂

仲裁に関する国際的なルールにおいては、ベルニーニが指摘した問題を踏まえつつも、仲裁人などの第三者に契約を改訂する権限を認めようとする試みが見られた。次に、そのような試みを概観することによろう。

### (1) ICCの契約改訂規則

ICC (International Chamber of Commerce; 国際商業会議所) は、一九七八年に、「契約の改訂 (Adaptation of Contracts)」と題された公表物において、契約関係の規律に関する規則 (Rules on the Regulation of Contractual Relations)<sup>(11)</sup> (以下、「契約改訂規則」という) を公表した。契約改訂規則は、国際的な取引において長期にわたる契約が重要な役割を果たすようになっていくという状況を踏まえ、契約締結後の新たな状況に応じて契約関係を調整したいという当事者のニーズに応えるために、新たな手続を設けるものである。<sup>(12)</sup> 同規則によると、契約当事者は、契約条項の適用に関して当事者が合意に達することができないとき、ICCの契約関係の規律に関する常設委員会 (Standing Committee for the Regulation of Contractual Relations) に対して紛争解決を図る第三者の選定を定めることができる旨を定めることができる。当事者の申立てを受けて選定された第三者は、当事者の選択に従って勧告 (recommendation) または決定 (decision) を行なう (同規則 一条一項)。勧告がされた場合、当事者は信義誠実に従ってこれを考慮するべきものとされる (同条二項)。決定については、当事者は第三者の決定が自

らの意思と同様の効力を持つことに合意しているものとして扱われ、当事者に対して契約と同様の拘束力を持つ（同条三項）。

ICCは、すでに一九七五年にICC仲裁裁判所規則<sup>(13)</sup>を定め、ICC仲裁裁判所を設置していたところ、契約の改訂に関して新たな手続が設けられたのは次のような理由による。第一に、ベルニーニも指摘していたように、各国の法制には、契約的仲裁と司法的仲裁を区分し、後者のみが厳密な意味での仲裁であると考えるものがあるからである。そのような法制の下では、第三者による契約の改訂は契約的仲裁に該当するとされ、狭義の仲裁に関する規律は適用されないことになる。こうした点を踏まえて、契約改訂規則に基づく契約の改訂は、仲裁判断ではなく、純粹に当事者間の契約としての性格をもつものであると位置づけられている<sup>(14)</sup>。第二に、契約の改訂という問題の解決にあたっては迅速性が求められ、通常の仲裁手続では時間がかかり過ぎるという問題がある。このような理由から、契約改訂規則は、手続に関して仲裁裁判所規則よりも簡潔な規律を定めている<sup>(15)</sup>。

以上のように、契約改訂規則は実務におけるニーズに応えるために制定されたものであったが、一五年以上もの間、全く利用されることがなかった。その原因として、仲裁手続および調停手続との相互関係が明確でなく、両手続と重複しているように受け止められたことなどが指摘されているが、第三者による契約の改訂を狭義の仲裁とは別の制度において認めようとする試みが実務において支持されることはなく、ICCは、一九九四年に、契約改訂規則を撤回するに至っている<sup>(17)</sup>。

## (2) UNCITRALモデル法

一九八五年に採択されたUNCITRAL国際商事仲裁モデル法 (UNCITRAL Model Law on International

Commercial Arbitration)（以下「モデル法」という）の起草過程においても、契約の改訂と補充に関する規定を置くべきか議論が展開された。<sup>(18)(19)</sup>

モデル法の下で契約の改訂が認められるべきかという問題について、一九八三年一月一二日付の事務局覚書において論点が次のように整理されている。<sup>(20)</sup>

第一に問題となるのは、契約の改訂が仲裁の事項的範囲（domain of arbitration）に含まれるかという点である。まず、契約の改訂を認めることの障害となりうる点として、契約の改訂に関する判断は契約上の義務の違反に関する判断とは異なった特別の性格を有しており、どのように契約を改訂するべきなのか実体的な規範も存在しないことが指摘されている。さらに、多くの国において裁判所による契約の改訂は認められておらず、裁判の代替手段である仲裁においても同様に考えるべきであるという理由もあげられている。これらの理由は、基本的に、ベルニーの議論に対応するものだということができよう。以上のような指摘に対する反論としては、各国の裁判所とは異なり、仲裁人の権限の根拠は当事者の意思に存在するのであるから、当事者が第三者を信頼し、契約を改訂する権限を付与しようとするのであれば、そのような当事者の意思を尊重するべきであると指摘されている。<sup>(21)</sup>

第二に、契約の改訂が仲裁の事項的範囲に含まれるとした場合、契約を改訂する権限の付与は明示的に行なわれる必要があるのか問題となる。この点については、契約が改訂されると当事者は新たな内容の義務を負担することになるため、当事者が義務を課される根拠は同意を与えた点に求められるという一般原則に照らして、第三者に対する明示的な権限の付与が必要だという理解が示されている。

第三に、契約を改訂する第三者の判断の法的性質が問題となる。この点については、第三者の判断によって新たな契約条項が作り出されると考えるアプローチ（契約アプローチ）と、第三者による判断を仲裁判断と位置づ

けるアプローチ（仲裁判断アプローチ）が存在し、いずれを採用するかによって不服申立ての方法が異なっていると指摘されている。

以上のような整理を踏まえて、モデル法の起草を担当したワーキンググループ（UNCITRAL Working Group on International Commercial Practices）において検討が進められた。ワーキンググループの検討結果は、一九八三年七月五日付の第三草案<sup>(23)</sup>においてまとめられている。それによると、ワーキンググループにおいて、契約を改訂する権限を第三者に付与することについて実務的なニーズが存在することは広く意見の一致を見たものの、それが仲裁の事項的範囲に含まれるのか意見が分かれた。仲裁手続において契約の改訂を認めることに反対する理由としては、すでに触れたとおり、各国の裁判所の権限との均衡が問題となりうるほか、多くの国の法制において仲裁以外の手続によって契約の改訂が認められていることが指摘された。これに対して、契約の改訂を認めるべき理由としては、仲裁廷と裁判所の権限が同じである必要はないことのほか、契約の改訂を支援する第三者に関して手続的な規律を設けることが望ましいこと、契約の改訂をめぐる紛争が生じた場合には事後的な裁判手続などに問題を委ねるのではなく、契約の改訂に関する判断を迅速に示したほうが望ましいことが指摘された。以上のような意見の相違を踏まえて、第三草案においては、仲裁廷が当事者の求めに応じて契約の改訂を行なうことができる旨を明らかにする案と、権限を付与された第三者が契約を改訂した場合、その判断が仲裁判断であるか否か明確にしない案が併記されていた。<sup>(24)</sup>

以上のような検討が行なわれたものの、ワーキンググループは、最終的に、モデル法に契約の改訂に関する規定を置かないという決断を下した。<sup>(25)</sup> その理由として、多くの国の法制において仲裁手続の外で第三者による契約の改訂がすでに認められていることや、契約の改訂は手続法と実体法の両方にかかわる問題であり、手続面のみを規律



するモデル法に規定を置くべきではないことがあげられている。もともと、ワーキンググループの報告書では、今後、各国の法制において国際取引におけるニーズを汲み取った規律が採用されるようになるならば、将来的に契約の改訂に関する規律についても統一を図ることが可能になるかもしれないという見通しも示されている。

### 3 小括

ここまで見てきたように、一九七〇年代に、契約の改訂をめぐる紛争が通常の紛争とは異なった性質を有していることや、歴史的な経緯からして、仲裁人による契約の改訂を認めることができるのか問題となりうることが指摘された。このような指摘は、国際的ルールにおいて契約を改訂するための手続の整備が試みられた際にも、強い影響を及ぼしていたということができらるだろう。

## 三 仲裁における契約の改訂の可能性

### 1 ドイツ仲裁法における契約の改訂

#### (1) 契約の改訂の可能性

本節では、仲裁人による契約の改訂を認めようとする動向を取り上げる。まず、仲裁人による契約の改訂が一

般的に承認されている法制として、ドイツ法の状況を確認することしよう。

ドイツ法においては、ほぼ争いなく、仲裁人は契約を改訂する権限を有すると考えられている。<sup>(26)</sup> ドイツ法には、契約締結後の事情変動を理由に契約の改訂を認める実体法上の法理として、判例によって確立され、二〇〇二年の債務法改正によってドイツ民法典三二三条に規定されるに至った行為基礎論が存在する。<sup>(27)</sup> そのため、仲裁人がドイツ法を適用すべき場合、仲裁人は、裁判官と同様に行為基礎論を適用して、新たな状況に応じた内容に契約を改訂することができる。<sup>(28)</sup>

仲裁人による契約の改訂に関してしばしば問題とされるのは、仲裁鑑定 (Schiedsgutachten) との関係である。ドイツにおいては、仲裁鑑定の種類として権利変更型仲裁鑑定 (rechtsänderndes Gutachten) という類型が承認されており、当事者が第三者に契約の改訂を委託した場合、仲裁ではなく、仲裁鑑定に該当する可能性がある。当事者の合意が仲裁鑑定契約に該当すると、第三者による給付の決定に関するドイツ民法典三一七条以下の規定が適用され、同三一九条が定める裁判所の事後的な審査に服することになるため、両者をどのような基準で区別すべきか議論されてきた。<sup>(31)</sup> この問題について、近時は、当事者の意思を基準とする見解が支持を集めている。<sup>(32)</sup> それによると、当事者が裁判所の事後的な審査を排除する意思を有している場合には仲裁に該当し、裁判所の事後的な審査を予定している場合には仲裁鑑定に該当することになる。このように、近時の有力な理解によると、仲裁と仲裁鑑定のいずれに該当するかは当事者の合意の内容によって定まるのであり、権利変更型仲裁鑑定が承認されていることと、仲裁人に契約を改訂する権限が認められることは、何ら抵触するものではないと考えられている。<sup>(33)</sup>

（2）紛争の特殊性

それでは、ドイツ法においては、前節で取り上げた動向のように、契約の改訂をめぐる紛争の特殊性が仲裁手続において契約の改訂を認めることの障害になるとは考えられていないのであろうか。前述のとおり、ドイツ法では行為基礎論が判例法として定着しており、裁判所が契約を改訂する権限を有することが明らかであるため、契約の改訂に関してこの点を正面から問題視する議論はないようである。ただし、契約の補充については、前節で取り上げた動向と類似の議論が見られる。

まず、紛争の特殊性に関して、古い判例の評釈には、契約の補充という活動は、当事者に代わって契約の内容を定めるものであつて、事実を法規範に包摂するものではないため、ドイツ民事訴訟法が仲裁人に委託することを認めている法的紛争の判断に該当しないと指摘するものが見られた。<sup>(34)</sup> しかしながら、このような指摘に対しては、ドイツ民事訴訟法にいう法的紛争の判断には、裁判官に広範な裁量の認められる形成判決なども含まれるのであり、契約の補充という活動が当事者間の権利義務関係の形成という側面をもつとしても、そのことによつて、仲裁人が契約の補充を行なうことができないと考えるべきではないと反論されている。<sup>(35)</sup>

さらに、裁判所の権限との均衡については、契約の内容の決定を裁判官に委ねることはできないと考えられているところ、裁判官に代わつて活動する仲裁人に同様の委託することも認められないという見解も主張された。<sup>(36)</sup> しかしながら、このような議論は、裁判官と仲裁人の権限の根拠を無視するものだと批判されており、今日では支持を集めていない。つまり、国家の設立する裁判所の権限を考える際には公的な利益などを考慮しなければならないのに対して、当事者の私的自治に根拠をもつ仲裁においては、当事者が和解をすることができる紛争であれば仲裁の対象とすることを認めてよく、仲裁人が契約の内容を決定することも妨げられないと考えられている。

る。<sup>(37)</sup> 契約の改訂についても同様のことが妥当し、裁判官には認められないような形で契約の内容を変更する権限を仲裁人に付与することも可能だと考えられている。<sup>(38)</sup>

## 2 国際仲裁をめぐる議論動向

### (1) 契約の改訂と当事者の合意

次に、国際仲裁をめぐる近時の議論動向に目を向けると、契約を改訂する権限を仲裁人に付与する旨の合意が当事者の間に存在するか否かによって区別して考えるのが一般的である。

まず、契約を改訂する権限を付与する合意が存在する場合、仲裁人は新たな状況に応じた内容に契約を改訂することができると考えられている。<sup>(39)</sup> その理由として、このような場合に契約の改訂を認めることは、契約を守らなければならないという原則に抵触するものではなく、むしろ当事者の意思に合致するものであると指摘されている。<sup>(40)</sup> ここでは、当事者の意思を根拠に契約の改訂が認められるべきだと考えられており、契約の改訂をめぐる紛争の特殊性がその障害になるとは考えられていない。

これに対して、契約を改訂する権限を付与する合意が存在しない場合、国際仲裁の判断例は契約の改訂を行わない傾向にあると指摘されている。<sup>(41)</sup> 仲裁人による契約の改訂が認められない理由としては、国際取引にかかわる当事者は能力の高いプロであり、契約を守らなければならないという原則を重視するべきだと指摘されている。つまり、当事者としては、必要であれば適切な条項を契約に定めることによって事情変動に対応することができずであり、そのような条項が定められていないとすれば、当事者は事情変動にもかかわらず契約の内容が変

更されずに効力を持ち続けることを予定していると解釈するのが合理的だというわけである。

もつとも、当事者の合意が存在しない限り契約の改訂は認められないという結論が、契約の解釈というだけで正当化されるのか議論の余地があるように思われる。実際、契約の改訂の可否は、仲裁手続の準拠法において仲裁人による契約の改訂が許容されているかという点<sup>(4)</sup>、および、仲裁判断において準拠すべき法によると契約の改訂が認められるかという点に照らして判断されるべきであり、当事者の合意の有無を重視するべきではないという主張も見られる。<sup>(4)</sup>しかしながら、このような主張にもかかわらず、国際仲裁の判断例は当事者の合意の有無を重視する傾向にあり、準拠法によると契約の改訂が認められるように思われる事例においても、予見可能性の要件を厳格に適用するなどの方法を通じて、契約の改訂を否定することが多いと指摘されている。<sup>(4)</sup>

## （2）契約の調整手法としての仲裁

以上のような動き一方で、当事者が契約の内容を調整するための手段として仲裁を活用していこうとする議論も現れている。こうした議論は、必ずしもまとまった形で主張されているわけではないものの、仲裁の利点を活用して、事情変動に応じて契約の内容を柔軟に調整したいという当事者のニーズに 대응することを目指そうとするものである。つまり、今日の仲裁手続は、様々な点において裁判手続に近づいており、もっぱら契約関係が解消された後の過去志向的な紛争解決手段として利用されている状況にある。しかしながら、仲裁手続には、裁判手続と比較して、迅速性、仲裁人の専門性、非公開性などといった利点が備わっているのであり、これらの利点が十分に活かされるならば、契約関係が継続している間に契約の内容を調整するための手段として、仲裁手続が広く活用されるようになるはずである。このような観点から、仲裁人による契約の改訂にも、より積極的な位置づ

けを与えるべきだと主張されている。<sup>(45)</sup>

このような議論との関係で注目されることとして、ベルガー (Klaus Peter Berger) は、仲裁人による契約の改訂が認められるべき根拠として近時の契約法理論の動向に言及している。<sup>(46)</sup>ベルガーによると、伝統的な契約法理論は、契約の内容が契約締結時に固定的に定まっているという理解に立脚し、契約は守られなければならないという原則を重視してきた。これに対して、近時は、契約関係の継続中にわたって、契約の内容の公正さが保たれることを重視する、より柔軟かつ実践的な契約観が台頭している。具体的な動きとしては、関係的契約理論がマクニールによって提唱されているほか、英米法においても、信義誠実の原則などの非形式的な規律が重視される傾向を見出すことができる。ベルガー自身は、当事者の合意の有無を基準とする近時の一般的な理解を前提に議論を展開しているものの、ベルガーの指摘する契約法理論の動向に立脚する場合、より広い範囲において契約の改訂が認められる可能性が出てくることになるだろう。

#### 四 最後に——仲裁と二つの契約観の交錯

##### 1 議論のまとめ

本稿では、仲裁手続における契約の改訂をめぐる議論の動向を概観してきた。一般的な傾向としては、かつて、契約の改訂をめぐる紛争の特殊性や歴史的経緯を理由に契約の改訂が認められるのか疑問視する議論が見られた

のに対して、近時は、当事者の私的自治を重視し、仲裁人による契約の改訂を認めようとする議論が一般的になっているとまとめることができるであろう。

このような動向を契約法学の観点から眺めた場合、仲裁人による契約の改訂を認めようとする動きの背後に、二つの異なる契約観を見出すことができる。すなわち、一方で、当事者の合意の有無を基準に改訂の可否を判断する動向に端的に示されているように、契約が締結された時点における当事者の意思を重視する、古典的な契約観を見出すことができる。他方で、契約の改訂を望む当事者のニーズに応えようとする動きが繰り返し現れているように、契約締結時の合意の内容に重きを置くのではなく、その後の事情変動に応じて契約の内容を柔軟に調整していくことを重視する契約観も、議論の中で顔をのぞかせているといえることができる。

## 2 議論の意義と背景

こうした二つの契約観のせめぎ合いは一般的に見られるものだが、仲裁手続における契約の改訂の可否をめぐる議論において問題が先鋭化する原因はどこにあるのだろうか。この点を理解するにあたっては、市場の構造と契約観の関係について明確な理論枠組みを提示したウィリアムソン（*Oliver E. Williamson*）の議論が有益だと思われる。<sup>(47)</sup>

すでに紹介されているとおり、ウィリアムソンは、取引の頻度<sup>(48)</sup>——反復的であるか、散発的であるか——と、当該取引のための投資の性質——取引特殊なものであるか否か——という二つの要素によって、契約当事者が当該取引においてどのような統治構造（*governance structure*）を採用するのか決まってくることを論じた。

まず、投資が取引特殊的な性質をもたない場合、市場による統治 (market governance) が最も適合的な統治構造となる。ウィリアムソンは、この場面における当事者の契約行動を、マクニールの議論を引きつつ、単発性 (discreteness)、現在化 (presentation) という特徴をもつ古典的契約法に基づくものと位置づけている。そして、この場面においては、相手方が機会主義的な行動をとったとしても契約当事者は市場における代替取引を通じて救済を手にすることができるので、裁判は大きな意味をもたない。裁判の意義は、当事者が訴え出た場合に権利の実現を認めるという点にのみ存在することになる。<sup>(50)</sup>

これに対して、取引の頻度は散発的であっても、投資が取引的特殊的な性質をもつ、<sup>(51)</sup> または、混合的な性質をもつものである場合、投資を移転させることに伴う費用が高くなる。そのため、当事者としては、契約関係を継続しつつ、契約の内容の柔軟性を確保したいと望むようになる。この場面においては、関係の解消につながる裁判所への提訴という手段がとられることはなく、仲裁人などの第三者の関与の下で契約の柔軟性を確保する統治構造、すなわち三当事者統治 (trilateral governance) が採用される。<sup>(52)</sup> このような当事者の契約行動は、新古典的契約法に基づくものとして位置づけられている。

このように、ウィリアムソンの提示した枠組みによると、仲裁手続は当事者が契約の内容の柔軟性を確保したいと考える場面、すなわち当事者が新古典的契約法に基づく契約行動をとる場面において利用される。こうしたウィリアムソンの議論は、上記の二つの契約観のうち、契約の内容を柔軟に調整していくことを重視する契約観に親和的だといえることができるであろう。しかしながら、三で見たように、国際仲裁をめぐる議論においては、契約締結時の当事者の意思を重視する古典的な契約観が強い影響力をもっていた。ウィリアムソンの枠組みとの間に相違が生じる理由は、国際取引の特性にあると考えることができる。すなわち、ウィリアムソンの提示した



枠組みは、裁判所による権利の実現が保障されていることを前提としたものであったが、国境をまたぐ取引においては、そのような前提が確保されていないことが多い。国際的な取引において仲裁が利用される主たる理由は、中立的なフォーラムにおける紛争解決や、ニューヨーク条約（外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約）に代表される国際条約によって仲裁判断の執行を確保する点に存在する。このように、国際的な取引においては、ウィリアムソンの枠組みにおいて前提とされていた裁判所を代替するために仲裁が利用される結果として、市場による統治が採用され、当事者が古典的契約法に基づく行動をとる場面においても、仲裁手続を通じて紛争の解決が図られることになるのである。<sup>(53)</sup> 国際仲裁をめぐる議論において、仲裁手続の特性を活用して契約内容の柔軟性を確保しようとする視点が繰り返し示されながらも、ウィリアムソンのいう古典的契約法に対応する契約観が依然として有力である理由も、以上の観点から理解することができるであろう。

以上のように、仲裁手続における契約の改訂の可否という一見技術的な問題の背後には、市場のグローバル化が進む中で、契約法理論がいかにして『法』的な視角から市場機構についての新たな把握の仕方<sup>(54)</sup>を提示するのかという大きな課題が存在している。

注

(1) 小山昇「Adaptation of contracts と仲裁」同「小山昇著作集第六卷 仲裁の研究」（信山社・一九九一年）一六五頁（初出一九八五年）、飯塚重男「契約の適応と仲裁」同『契約的仲裁の諸問題』（有斐閣・一九九八年）六二頁（初出一九八八年）。

(2) 二〇一〇年版の邦訳として、私法統一国際協会（内田貴Ⅱ曾野裕夫Ⅱ森下哲朗Ⅱ大久保紀彦訳）『ユニドロワ国際商事契約原則 二〇一〇』（商事法務・二〇一三年）。

(3) ユニドロフ国際商事契約原則について、私法統一国際協会・前掲注(2)二頁以下。同原則一・二一条は、同原則にいう「裁判所」には仲裁廷が含まれる旨を定めている。

もっとも、実際の国際商事仲裁における国際的なイニシアチブの利用は限られているという指摘も見られる。この点については、Christopher R. Drahozal, *Is Arbitration Lawless?*, 40 *Loy. L.A. L. Rev.* 187 (2006); Fabian P. Sosa, *Cross-Border Dispute Resolution from the Perspective of Mid-sized Law Firms: The Example of International Commercial Arbitration*, in *Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges* 107 (Volkmur Gessner ed., 2009) など<sup>25)</sup>を参照。

(4) 多くのイニシアチブにおいて、契約締結後の事情変動を理由に契約の改訂を認める規律が定められている。ユニドロフ国際商事契約原則六・二・三條四項、ヨーロッパ契約法原則 (*Principles of European Contract Law, PECL*) 六・一・一一条三項などを参照。仲裁においてユニドロフ国際商事契約原則が参照される場合、ハードシップに関する規定が参照されることが多いことを指摘するものとして、森下哲朗「UNIDROIT国際商事契約原則の現状と課題」上智大学法学部創設五〇周年記念『変容する社会の法と理論』(有斐閣・二〇〇八年)二二五頁、同「国際商取引における非国家法の機能と適用」国際法外交雑誌一〇七巻一号二九頁(二〇〇八年)。

(5) Giorgio Bernini, *Les techniques permettant de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et de l'exécution des contrats à long terme*, *Revue de l'arbitrage* 1975, p.18. 本報告を重複する内容の論稿として、Giorgio Bernini, *Techniques for resolving problems in forming and performing long-term contracts*, *Droit et pratique du commerce international*, 1976, n. 3, p. 487, n. 4, p.631 がある。Giorgio Bernini, *Adaptation of Contracts, in New Trends in the Development of International Commercial Arbitration and the Role of Arbitral and Other Institutions* 193 (Pieter Sanders ed. 1983) (本論文の元となった報告の紹介として、小山昇「事情変更と仲裁——第七回国際仲裁会

- 議から」同・前掲注(1)八九頁（初出一九八三年）がある）も参照。
- (6) Bernini, *supra* note 5, *Revue de l'arbitrage*, pp. 18 et s.
- (7) *arbitrer* と *arbitrator* の区別について、小山・前掲注(1)一七五頁以下を参照。小山は、前者の行なう裁定を司法的裁定、後者の行なう裁定を契約的裁定と呼んでいる。飯塚・前掲注(1)七五頁以下は、これに依拠しつつ、司法型仲裁と契約型仲裁を区別し、契約の改訂に関する仲裁を後者に位置づけている。
- (8) Bernini, *supra* note 5, *Revue de l'arbitrage*, pp. 39 et s.
- (9) Bernini, *supra* note 5, *Revue de l'arbitrage*, pp. 41 et s.
- (10) 小山・前掲注(1)一七二頁以下は、主にフランスの文献を参照しつつ当時の議論状況を整理しているが、そこで仲裁による契約の改訂を認めるために克服する必要があると指摘されている問題点のうち、重要なものは上記の二点だといえるであろう。
- (11) ICC, *Publication No. 326* (1978). 同規則の紹介として、飯塚・前掲注(1)八一頁以下、同「事情変更と契約の適応——ICC適応規則を中心として」神田博司先生追悼論文集『取引保護の現状と課題』（蒼文社・一九八九年）三六〇頁がある。同規則を検討する論稿として、Ernst Mezger, *The ICC Rules for the Adaptation of Contracts, in Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance 205* (Norbert Horn ed., 1985) も参照。
- (12) ICC, *supra* note 11, at 4.
- (13) ICC, *Rules on the ICC Court of Arbitration*, *Publication No. 291* (1975).
- (14) ICC, *supra* note 11, at 8. もっとも、契約当事者としては、仲裁手続において契約の改訂が認められている法制を想定して、契約の改訂をめぐる紛争について仲裁合意をすることを妨げられるわけではない。
- (15) この点に関して、飯塚・前掲注(1)八五頁は、契約改訂規則は仲裁裁判所規則の「いわば略式手続たる性格をもつ」と評価してい

- る。
- (16) 契約改訂規則に関するレポートである。Yves Derains, A Report on the ICC Rules on the Regulation of Contractual Relations (ICC Publication No.326), 5 The ICC International Court of Arbitration Bulletin 31 (1994) は、この他の原因として、契約の拘束力を重視する国際取引において「契約の改訂」という題名が嫌がられたこと、不服申立の可能性がない点が危険視されたことを指摘している。
- (17) Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration para. 40 (Emmanuel Gaillard & John Savage eds., 1999) は、ICCの契約改訂規則が受け入れられなかったことを捉えて、契約的仲裁と司法的仲裁を区分する根拠が薄いことが示されていると論じている。
- (18) モデル法の起草過程における契約の改訂をめぐる議論を紹介するものとして、小山・前掲注(1)一八五頁以下、北山修悟「契約の改訂——資源開発契約を中心として」法学協会雑誌一一二巻一号九八頁以下(一九九五年)がある。
- (19) モデル法の起草過程に関する資料集としてA Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary (Howard M Holtzmann & Joseph E. Neuhaus eds., 1989) が公表されており、以下の引用は同書による。
- (20) Third Secretariat Note: Possible Further Features of a Model Law (A/CN.9/WG.II/WP.41) (=Holtzmann & Neuhaus, *supra* note 19, at 1125-1128).
- (21) それ以前の段階の議論状況について、青山善充「国際商事仲裁の現代的課題と問題点2——UNCITRAL国際契約実務作業部会の資料と会議の紹介を兼ねて」法律時報五四巻九号一一八頁以下(一九八二年)、小山・前掲注(1)一八五頁以下を参照。
- (22) Holtzmann & Neuhaus, *supra* note 19, at 1126-1127.
- (23) Third Draft (A/CN.9/WG.II/WP.44) (=Holtzmann & Neuhaus, *supra* note 19, at 1129-1134).
- (24) Holtzmann & Neuhaus, *supra* note 19, at 1134.

- (25) Fourth Working Group Report (A/CN.9/245 (22 Sep. 1983)) (=Holzmann & Neuhaus, *supra* note 19, at 1134-1135). ワーキンググループの判断に対する批判として、Tadeusz Szurski, Arbitration Agreement and Competence of the Arbitral Tribunal, *in* UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration 53, 66-68 (Pieter Sanders ed., 1984) を参照。
- (26) Friedrich Stein/Martin Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 9, 22. Auf., 2002, § 1029, Rn. 25. (Peter Schlosser); Karl Heinz Schwab/Gerhard Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Auf., 2005, Kap. 3 Rn. 7 を参照。比較法の動向を含む記述として、Peter Schlosser, Right and Remedy in Common Law Arbitration and in German Arbitration Law, 4 *Journal of International Arbitration* 27, 30-32 (1987); ders., *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2. Auf., 1989, Rn. 29f. を参照。
- (27) ドイツ民法典三二二三条の内容「および、同条の成立に至る経緯については、吉政知広「契約改訂規範の構造（一）——契約改訂プロセスにおける法の介入と支援」名古屋大学法政論集二一六号四六頁以下（二〇〇七年）を参照。
- (28) ドイツはモデル法の採用国の一つであり、仲裁における準拠法に関してZPO一〇五一一条が日本の仲裁法三六条とほぼ同じ内容の規律を定めている。
- (29) Stefan Kröll, *Ergänzung und Anpassung von Verträgen durch Schiedsgerichte*, 1998, S. 174f. のような理解を前提として、上述のUNCITRALモデル法の起草に際して、ドイツ（当時西ドイツ）の代表団は、モデル法に契約の改訂に関する規定を置くことはしないという判断に賛意を示しつつも、仲裁合意の趣旨から仲裁人の契約を改訂する権限が導き出される場合があるという意見を表明している（Sixth Secretariat Note: Analytical Compilation of Government Comments (A/CN.9/263 (19 March 1985)) (=Holzmann & Neuhaus, *supra* note 19, at 1136)）。
- (30) Walther J. Habscheid, *Das Schiedsgutachten: Ein Grenzgebiet zwischen materiellem Recht und Prozedrecht*, in: *Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag*, Bd. II, 1956, S. 789, 792ff. に由来する用語法である。ヴァルター・ハーブシャイド（吉野正三郎訳）「紛

争の解決及び予防の手段としての仲裁鑑定——比較法的研究」民事訴訟雑誌二九号一三三頁以下（一九八三年）も参照。

(31) 学説および判例の紹介として、豊田博昭「仲裁鑑定契約の法構造（一）」修道法字一三卷一号一一頁以下（一九九一年）。飯塚重男「仲裁鑑定契約」同・前掲注(1)二七頁以下（初出一九九二年）も参照。

(32) Habscheid, a.a.O. (Fn. 30), S. 796f.; Ulrich Loewenheim, Arbitrage als Verfahren zur Vertragsrevision, in: Deutsche zivil-, kollisions- und wirtschaftrechtliche Beiträge zum X. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Budapest 1978, 1978, S. 72, 81; Kröll, a.a.O. (Fn. 29), S. 256f. 近世のロハンスタール類に「J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neub. 2009, § 317, Rn. 25 (-Volker Rieble); Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 6. Auf., 2012, § 317, Rn. 12 (-Markus Widingger); Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 3, 4. Auf., 2013, vor § 8 1025ff., Rn. 56 (-Joachim Münch).

(33) Loewenheim, a.a.O. (Fn. 32), S. 79f.; Stein/Jonas (-Schlosser), a.a.O. (Fn. 26), § 1029, Rn. 25 参考。

(34) Martin Jonas, Anmerkung zu RG 22.12.1936 (RGZ 153, 193), JW 1937, S. 532f.

(35) Kröll, a.a.O. (Fn. 29), S. 50f.

(36) Habscheid, a.a.O. (Fn. 30), S. 797.

(37) Loewenheim, a.a.O. (Fn. 32), S. 79f.; Kröll, a.a.O. (Fn. 29), S. 54ff.

(38) Stein/Jonas (-Schlosser), a.a.O. (Fn. 26), § 1029, Rn. 25 参考。

(39) Fouchard, Gaillard and Goldman, *supra* note 17, para. 41; Klaus Peter Berger, Power of Arbitrators to Fill Gaps and Revise Contracts to Make Sense, 17 *Arbitration International* 5 (2001); Christoph Brunner, Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration 493 (2009) 参考。

- (40) Berger, *supra* note 39, at 5.
- (41) Fouchard, Gaillard and Goldman, *supra* note 17, para. 36; Berger, *supra* note 39, at 9.
- (42) オランダ仲裁法などの例外を除いて、多くの仲裁法には契約の改訂の可否に関する明示的な規律は定められていない。このような場合、仲裁人による契約の改訂の可否は、仲裁地の裁判所が改訂の権限を有しているかによって決まるといふ理解が有力である (Kröll, a.a.O. (Fn. 29), S. 19; Berger, *Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit*, 1992, S. 64; Berger, *supra* note 39, at 10; Brunner, *supra* note 39, at 495 など)。それによつて、結局、仲裁地の実体法が裁判所による契約の改訂を認めている場合に仲裁人による契約の改訂も認められることになつた。
- (43) Joachim G. Frick, *Arbitration and Complex International Contracts: With Special Emphasis on the Determination of the Applicable Substantive Law and on the Adaptation of Contracts to Changed Circumstances* 193-199 (2001).
- (44) 国際投資契約に関する指摘として、Stefan Kröll, *The Renegotiation and Adaptation of Investment Contracts, in Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects* 425, 465-466 (Norbert Horn ed., 2004).
- (45) Frick, *supra* note 43, at 268-272 を参照。より早く時期の議論として、Fritz Nicklisch, *Instrumente der Internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zur Konfliktregelung bei Langzeiterträgen*, RIW 1978, S. 633, 704 に「仲裁制度全般を念頭に置いた議論として」Kröll, a.a.O. (Fn. 29), S. 285ff. を参照。
- (46) Klaus Peter Berger, *Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators*, 36 *Vand. J. Transnat'l L.* 1347, 1377-1378 (2003) (本論文のドイツ語版として、ders., *Internationale Investitionsverträge und Schiedsgerichtsbarkeit: Äquivalenzstörungen, Neuverhandlungsklauseln und Vertragsanpassung*, ZYgJRWiss 102 (2003), S. 1 が 46-49)。ders., *Neuverhandlungs-, Revisions- und Sprechklauseln im Internationalen Wirtschaftsvertragsrecht*, RIW 2000, S. 9f.; Berger, *supra* note 39, at 16-17 を参照。

- (47) 以下で参照するのは、Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism* ch. 3 (1985) (初出は *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 *J.L. & Econ.* 233 (1979)) における議論である。
- ウィリアムソンは、自らの議論を下のように図示している。
- (48) 契約法学の観点からウィリアムソンの議論を紹介するものとして、内田貴『契約の再生』(弘文堂・一九九〇年)一六五頁以下、森田修「ウィリアムソンの契約理解について——法と市場の制度分析のために(その一)」(社会科学研究四八巻一号二一九頁以下(一九九六年))を参照。
- (49) Ian R. Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 *Nw. U. L. Rev.* 854 (1978).
- (50) Williamson, *supra* note 47, at 73-74.
- (51) ウィリアムソンは、取引の頻度が散発的で、投資が取引特殊的な性質をもつ場合の代表例として、ブランドの建設契約をあげている (*Id.* at 73)。これは、紛争解決手段として仲裁が利用される国際投資契約の代表例だということができるであろう。
- (52) *Id.* at 70-71, 74-75.
- (53) 以上について、ウィリアムソンが法による権利の実現が確保されていない状況 (lawlessness) におけるガバナンスを論じた Oliver E. Williamson, *The Economics of Governance*, 95 *Am. Econ. Rev.* 1, 14-15 (2005) を参照。
- また、ウィリアムソンの議論を基礎として、国家を超越する取引秩序を把握するための枠組みを提示

	非特殊的	混合的	取引特殊的
散発的	市場による統治 (market governance) 【古典的契約法】	三当事者統治 (trilateral governance) 【新古典的契約法】	
反復的		二当事者統治 (bilateral governance)	統合による統治 (unified governance) 【関係的契約法】



「試みる試み」 Graff-Peter Calliess, *Transnational Civil Regimes: Economic Globalisation and the Evolution of Commercial Law, in Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges* 215, 223-231 (Volkmar Gessner ed., 2009); Graff-Peter Calliess & Peer Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law* 112-123 (2010) も参照。

(54) 「シンポジウム… 転換期の民法学——方法と課題」(平井宜雄コメント) 私法六〇号五一頁(一九九八年)。

本稿は、JSPS 科研費(課題番号: 25780066)の助成を受けた研究成果の一部である。

