国際商事紛争の予防と解決

Vol.70 No.3

JCAジャーナル

March 2023

■新連載：企業法務のための調停技法講座（1）
対話型調停と新しい法務／入江秀晃

■執行判決請求訴訟の審理範囲について
——2020年9月16日フランス破毀院判決を契機として／的場朝子

■企業間の特許権侵害訴訟における訴訟上の和解の効力と独占禁止法／堀清史

THE JAPAN COMMERCIAL ARBITRATION ASSOCIATION
JCAA
日本商事仲裁協会

海外での商談や見本市など“持ち込みが一時的な物品”は、ATAカルネを
ご利用いただければ **輸入税だけでなく付加価値税も免税** となり、
また税関への申告もスムーズです

物品の一時輸出入免税には

通関手帳

ATA カルネ が便利です！

ATAカルネは国際条約（ATA条約）に基づくもので
加盟国は約80カ国、これまでに延べ26,000社と
多くの皆様にご利用いただいております

使用できる物品や用途

- ビジネスのための **商品見本**
- プロが使用する道具 **職業用具**
- **展示会** への出品物

カルネ発給申請は便利な**オンライン申請**になりました

オンライン申請のご利用には**事前の登録手続き**が必要です
詳細はウェブサイトhttps://carnet.jcaa.or.jpをご覧ください

◇ **ご自宅やオフィスからいつでも申請！**
＊申請受付は、カルネ事業部の営業時間内
◇ **書類印刷や押印が不要！**
◇ **申請送信後の進捗状況はオンラインで確認！**

発給所要日数は**48時間後***
当協会有料会員の場合は**24時間後****
とスピード発給！

＊審査完了の営業48時間後　＊＊審査完了の営業24時間後

一般社団法人 日本商事仲裁協会 カルネ事業部　TEL：03-5280-5171　E-mail：ata-carnet@jcaa.or.jp

カルネ ウェブサイト　YouTube　Twitter

AIが
判例検索の
次世代を拓く！

圧倒的シェアを誇る「判例秘書」が、

AIによる判例検索アシスト機能を装備！

さらなる進化をし続けております。

AIを搭載した
判例秘書の
動画説明はコチラ

判例秘書

リモート説明
実施中！

5〜10分の隙間時間を利用してWebツールを
使用したリモート説明をご体験いただけます。

判例秘書リモート説明　検索

https://www.hanreihisho.com/form_remote.html

■開発・提供

株式会社 LIC Legal Information Center

ISO/IEC 27001認証取得　ISO 9001認証取得

MSA-IS-380　ISMS-AC ISMS ISR016　MSA-QS-4625　JAB MS CM024

■販売会社

株式会社EOC.com

●東京オフィス　〒107-0062 東京都港区南青山2-6-18　TEL 03-3401-5181　FAX 03-5412-0535

●大阪オフィス　〒530-0047 大阪府大阪市北区西天満3-14-6　TEL 06-6365-5701　FAX 06-6365-5740

そのまま使えるモデル英文契約書シリーズ
「全 13 種類の英文契約書」(CD-ROM 付)

監修:仲谷栄一郎弁護士、中川裕茂弁護士(アンダーソン・毛利・友常法律事務所)

「そのまま使えるモデル英文契約書シリーズ」は、英文契約書作成時に検討すべき一般的条項を網羅した、経験豊富な渉外弁護士監修による英文契約書のひな型です。英語及び日本語の契約条文と各条文の解説を掲載しています。また、国際契約に必須の仲裁条項のドラフティングについても詳説しています。付属のCD-ROM(WINDOWS対応)に英語及び日本語の契約書サンプルがMS-Word形式で収録されており、簡単に契約書を作成することができます。

書 名	頁数	書 名	頁数
委託販売契約書(CD-ROM付)	52頁	総代理店契約書【輸出用】(CD-ROM付)	48頁
委託加工契約書(CD-ROM付)	60頁	合弁契約書(CD-ROM付)	52頁
購入基本契約書(CD-ROM付)	48頁	実施許諾契約書【許諾者用】(CD-ROM付)	58頁
販売基本契約書(CD-ROM付)第二版	48頁	実施許諾契約書【被許諾者用】(CD-ROM付)	54頁
OEM(委託者側)製品製造供給契約書【輸入用】(CD-ROM付)	68頁	秘密保持契約書・共同開発契約書(CD-ROM付)第二版	60頁
OEM(製造者側)製品製造供給契約書【輸出用】(CD-ROM付)	72頁	技術ライセンス契約書【中国語版付】(CD-ROM付)	56頁
総代理店契約書【輸入用】(CD-ROM付)	52頁		

B5判(送料無料) **一般価格** 2,200円(本体2,000円+税) **JCAA会員価格** 1,650円(本体1,500円+税)

JCAA 日本商事仲裁協会

<お問い合わせ>
〒101-0054 東京都千代田区神田錦町3-17
廣瀬ビル3階 TEL:03-5280-5181
Email:planning-consulting@jcaa.or.jp
URL:www.jcaa.or.jp

<ご購入>
書店/JCAAのウェブサイトまたは窓口(東京本部)にてご購入いただけます。なお、JCAA会員割引は、JCAAからの直接購入の場合にのみ適用されます。

JCAジャーナル

2023年3月号 Vol.70 No.3

contents

仲裁／ADR

3 企業法務のための調停技法講座(1)
対話型調停と新しい法務／入江秀晃

8 海外紛争解決トレンド(34)
仮想通貨を巡る紛争の動向／早川晃司、赤川圭

11 中国商事紛争解決の理論と実務(34)
使用言語に関する仲裁合意に違反して、仲裁人が仲裁廷で他の言語により証人等と交流した場合、その態様等から仲裁判断に影響を及ぼしておらず、執行すべしとされた事例
／白出博之

17 国際商事仲裁の基本実務講座(6)
手続の開始／大貫雅晴

24 中国における紛争解決の基本と実務(10)
株主代表訴訟と仲裁条項の適用／孫彦

29 投資協定仲裁判断例研究(153)
旧協定の有効期間中の被申立国の作為・不作為に起因する紛争を新協定の下で仲裁に付託できないとした事例
／前田基寛

36 JCAA仲裁ウェビナーシリーズ(4)
「国際仲裁活用に向けてあと一歩」3回シリーズ
第3回「手続準拠法・仲裁地・仲裁機関の選び方 ～ドラフティングに関する検討事項～」(2022年10月6日開催)セミナーレポート
／緑川芳江

41 国際商事仲裁ADR判例紹介(31)／長田真里

43 国際商事仲裁ADR文献紹介(35)／酒井一

訴訟

45 執行判決請求訴訟の審理範囲について――2020年9月16日フランス破毀院判決を契機として
／的場朝子

54 企業間の特許権侵害訴訟における訴訟上の和解の効力と独占禁止法／堀清史

Contents of March 2023

Arbitration / ADR

3 Mediation Skills Course for Corporate Legal Departments (1)
Facilitative Mediation and the Future of Legal Matters / Hideaki Irie

8 Trend in Dispute Resolution Overseas (34)
Trends on Cryptocurrency Disputes / Kohji Hayakawa, Kei Akagawa

11 Theory and Practice of Chinese Commercial Dispute Resolution (34)
An Approved Case of the Hong Kong Arbitration Award for Decisions on Matters, Despite the Existence of a Usable Language Clause, the Arbitrator Spoked to the Witness in Other Language, in a Case Involving Alleged the Award Having No Influence
/ Hiroyuki Shirade

17 Guide to International Commercial Arbitration Basics (6)
Commencement of Arbitral Proceedings / Masaharu Onuki

24 Basic and Practice for Dispute Resolution in China (10)
Shareholder Derivative Suit and Arbitration Clause / Yan SUN

29 Case Notes on Investment Treaty Arbitration Awards and Decisions (153)
A Case in which Acts and Omissions of the Respondent State while an Old Treaty was in Force Were Found Not to Be Actionable under a New Treaty
/ Motohiro Maeda

36 JCAA Arbitration Webinar Series (4)
3 Seminars: "One Step Closer to International Arbitration"
Report on the 3rd Seminar “Drafting Considerations for Choosing the Governing Law, Place of Arbitration, and Arbitration Institution” (October 6, 2022)
/ Yoshie Midorikawa

41 Introduction of the Court Precedents Relating to International Commercial Arbitration and ADR (31)
/ Mari Nagata

43 Introduction of the International Commercial Arbitration and ADR Literature (35)
/ Hajime Sakai

Litigation

45 Regarding the Scope of Examination of *Exequatur* Proceedings: Consideration inspired by a Decision of the French Court of Cassation of 16th September 2020
/ Asako Matoba

54 Relationship Between Settlement in Business-to-Business Patent Infringement Litigation and Antitrust Law / Kiyofumi Hori

企業法務のための調停技法講座（1）

対話型調停と新しい法務

九州大学大学院法学研究院・法科大学院教授
入江秀晃 Hideaki Irie

Ⅰ．はじめに

この度、JCAジャーナル編集部の依頼を受け、調停技法の基礎講座についての連載を担当させて頂くことになった。2013年から2015年まで24回に亘る「調停技法誌上講義」という連載がある[1)]。内容的に重複の部分も出てくるが、今回は全体としてコンパクトに、かつ、当面のところ調停人になる予定がない方を主たる読者像として、新たに執筆を試みる。今回の連載も、調停人実務家を読者として妨げるわけではないが、より細かな説明に関しては「調停技法誌上講義」もご覧いただきたい。今回は、基本的な考え方が短時間で平易に理解できるように、コンパクトな解説を試みる。

Ⅱ．対話型調停とは

この講座では、対話型調停モデルに基づいて、調停技法を概説する。英語では、facilitative mediationという概念があり、対話型調停はこれに相当する。調停モデルの違いについては、回を改めて解説することとするが、ここでは、評価型調停（evaluative mediation）と対照的なモデルとして扱われるという点に絞って解説を加える。評価型調停では、調停人が裁判官に似た立ち位置で、当事者の主張を聴き、妥当な解決内容を判定した上で、両当事者にその結論を受け入れるように促すような関わりを持つ。他方、対話型調停では、調停人が両当事者にどのような認識を持っていて何を求めているかについてそれぞれの声（voice）で語ってもらい、調停人が両当事者の話し合いが噛み合うように支援し、両当事者に解決内容を選択（choice）してもらう手続を目指す。語呂が良いので、ボイスとチョイスの手続だと言うこともある。

つまり、話合いに際して、ファシリテーターとして調停人が関わり、紛争を解決できるように支援していくという内容になる。このような調停モデルがどのような社会的背景で生まれ、育ってきたかについての解説も回を改めて述べる。

対話型調停では、「話合いのプロセスに構造を与える」のが、その中心的な役割になる。場づくり、プロセスづくりについて、調停人が役割を果たすからこそ、当事者はボイスとチョイスを取り戻し、自ら主体的に紛争解決に取り組めると考えるのである。

Ⅲ．今、なぜ、調停技法か

(1) 紛争解決手続のグローバリゼーション

企業法務の文脈で、今、なぜ、調停技法を学ぶ必要があるのか。

まず、海外では、対話型調停モデルを念頭にお

1）入江秀晃「調停技法誌上講義 第1回 調停技法を学習する意味」JCAジャーナル60巻4号（2013年）2-5頁。

いた自己決定支援型の調停（メディエーション）がかなり普及した。国によって濃淡はあるが、自己決定支援型の調停を前提とする調停制度の整備が進んだ。また、2019年のシンガポール調停条約[2]締結に見られるように、調停手続を国際商事紛争の解決に活用される環境整備は今後もますます進んでいくと思われる[3]。もっとも、ビジネス分野においても現実の調停手続の実態は様々で、特定の調停モデルの適用というだけで運用されない場合がむしろ一般的だ。これさえ押さえておけばすべて大丈夫だと言えるほどの考え方は存在しない。しかし、現在、世界で議論されている調停は、今回説明する対話型調停モデルがひとつの中心的な存在に位置づけられている。対話型調停モデルの方法について、正しく深く理解し、またその限界についても考えておくことは、グローバルな文脈での紛争解決手続を選択していく上では不可欠な要素になっている。

ところが、古くから調停が広く深く活用されている日本社会では、この自己決定支援型の調停モデルに関する理解はかなり乏しいと言わざるを得ない。こうした新しい調停モデルは、1980年代に早くも日本に紹介されており、1990年代半ばや2000年代のADR法施行前後など注目度が高まった時期もある。ADR専門家の間ではそれなりに認知されているが、現在でも実務面で主流化しているとは言えない。しかしながら、現在は紛争解決手続のグローバリゼーションの流れを受けており、日本の企業が外国の調停手続を利用する確率が増えている。また、国内調停に関しても、ここに来てようやく対話型調停についての理解が広がる兆しも見える。

(2) 企業法務の発展段階

もうひとつの背景として、日本の企業法務そのものが変化の途上にある状況を考えるべきである。外国向けのビジネスをしていないとしても、新しい法務の取り組みの方向性を確立していくことが求められる。

表に示したように、隠蔽的処理→予防的取組→積極的取組へと、企業法務そのものが発展の過程にあると見ることができる。

かつての典型的な企業法務では、紛争そのものがあってはならないものとして、表面化させない

表：企業法務の発展段階（筆者作成）

	ステージ1： 隠蔽的処理	ステージ2： 予防的取組	ステージ3： 積極的取組
企業文化	紛争はあってはならない。	紛争予防に一応全社で取り組む。	紛争を学習機会と見なし、積極的に取り組む。
企業内制度	事後処理を秘密裏に粛々と行える体制。弁護士への外注は必要最小限。	社内広報などの啓発への取組。 相談窓口の設置。	トレーニングされた支援担当者。 相談者（当事者）保護を徹底した多段階の支援手続（相談、対話支援、調査その他）
問題点	隠蔽の自己目的化。喧嘩両成敗的発想で被害者も処罰の対象に。モラル低下。研修は抽象的事項に留まる。	相談窓口のスキル不足。相談者保護の不徹底。手続利用の不活性。 研修は禁止事項の羅列。	制度運用にコストがかかる。顕在化した問題に対応する必要性が生じる。
制度整備の意図	紛争・問題はないはずだから、制度整備をしない	アリバイ作り／ 右へならえ	組織にとってメリットがあるから実施

2）たとえば、山田文「シンガポール調停条約の意義」仲裁・ADRフォーラム7巻（2021年）111-122頁。
3）たとえば、西原和彦「企業間紛争交渉に、国際商事調停を活用すべき理由」JCAジャーナル69巻11号（2022年）3-10頁。

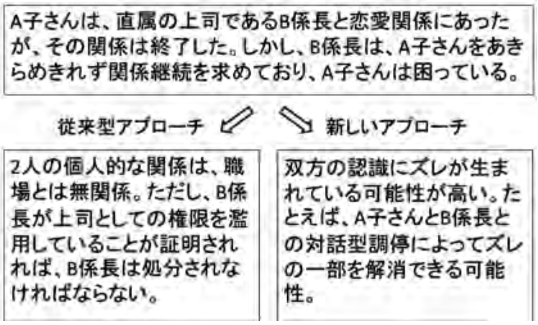
ために活動してきたように思われる。しかし、そのように見ないふりをするという姿勢はしだいに遅れていると見なされるようになり、全社を挙げた取組を明確に行うべきだという段階に至る。それでも、典型的には、一般的な啓発と相談窓口設置に留まり、いざ相談の段階に進んだ相談者にとってはあまり頼りがいのない手続に留まることも多いようである。コンプライアンス重視といったお題目と、不十分な形での相談窓口設置だけでは、表面的取組の段階に留まっていると言うべきである。この段階から一歩踏み込むためには、相談担当者に対するスキルトレーニングの提供や、相談者・当事者保護のための権限を含めたルール化（たとえ組織の上位者からの問合せであっても守秘義務が守られる等）、さらには、必要に応じた支援メニューの整備といった段階に進む必要がある。見せかけの取組に比べてコストもかかるし、利用しやすくなると組織上の問題も表面化する。言ってみれば、組織の民主化に伴う混乱を受け止めるだけの、文化的にも財務的にも基礎体力が必要な段階が、積極的取組の段階と言える。現実の企業法務では、ステージが進んだはずが後退するなど様々な混乱が生じえるが、長い目で見れば、こうした発展段階を進んでいるし、また進めるべきであろう。

Ⅳ．問題の見方を変える

対話型調停モデルは、第一義的には調停人の調停期日内での当事者への関わり方を規律する技法のセット集ということになる。しかし、紛争解決手続を質的に改善するに留まらず、紛争に対する認識・見方そのものの見直しにつながってる。これは組織文化をも変革する可能性があるとも考えられている。近年、紛争システムデザイン（Dispute System Design：DSD）という分野の研究・教育・実践が広がりつつあるが、対話型調停モデルをひとつのプロトタイプとして見て、その考え方と発想で、組織が持つ紛争予防や解決手続をトータルに考え直してアプローチしていこうというものである[4)]。

さて、抽象的な解説はほどほどにして、具体的な状況を考えてみよう。

図：職場恋愛の終了



図に示したシナリオを見て頂きたい。皆さんの組織では、どのような対応がとられているだろうか。

オフィシャルな対応としては、「2人の個人的な関係は、職場とは無関係。ただし、B係長が上司としての権限を濫用していることが証明されれば、B係長は処分されなければならない。」という、従来型のアプローチが、現在でも多いのではないか。

そして、このアプローチそのものは何ら間違っていない。しかし、たとえば、困っているA子さんにとってはどうだろうか。「B係長の権限濫用の事実の証明」まで求められたら、現時点ではそこまでは示せないということかもしれない。また、A子さんにとっては、B係長が罰せられることよりも、A子さん自身が安心して働きたいということだけが重要なのかもしれない。従来型アプローチでは、こうした文脈を詳しく理解しようというよりは、B係長の行動がハラスメントに該当するか否かという問題に焦点化させた上で白黒をつけようとしてしまいがちになる。そして、従来型アプローチで解決できなさそうな場合には、たまたま仲介した人自身の価値観や好みの押しつけなどで、二次被害的なことが生じうる。

4）入江秀晃「紛争システムデザイン―クラウド時代の可塑的な手続設計」NBL1071巻（2016年）24-37頁、渡邉真由「海外文献紹介：Janet K. Martines et al., Dispute System Design : preventing, managing, and resolving conflict (Stanford University Press, 2020), pp.592」仲裁とADR15巻（2020年）45-48頁。

「B係長なんかとそもそも交際したのが間違いだ」、「A子さんがB係長を勘違いさせちゃったんでしょ」、「A子さんが新しい恋人を見つければB係長だってわかってくれる」、「逆にB係長に別の人を紹介してあげれば」などなどの、見当違いな助言やお説教が生まれてくるのは、従来型のオフィシャルな対応での解決の狭さゆえとも言える。結局のところ、従来型アプローチがいかに精緻であったとしても、その白黒をつけるということと、A子さん本人にとってのニーズを満たすことには齟齬がある。いくら良かれという善意の動機に基づいていたとしても、安易で見当違いな助言ばかりでは、解決にならないだけでなく、支援を必要とする人を傷つけることになりかねない。固くて狭いオフィシャルな対応では解決できないからと言って、放置するべきではないのである。

では、どうすればよいか。A子さんの言い分を聴き、A子さんがどうしたいかを詳しく話してもらうのが最初に必要になる。つまり、情報提供や助言ではなく、当事者本人が問題に向き合う支援という考え方が重要になる。当事者本人が真に求める事項を見つけた上で、最善の次の一手を支援者と当事者が一緒に考えようとする。そして、次の段階で、A子さんとB係長がもう一度直接話をするのが良いのか、共通の知人等の第三者に入ってもらってインフォーマルな話合いを持つのか、社内調停の手続とするのか、むしろそうしたコミュニケーションを行わずにB係長の処罰を求める準備を行うのか、こうした様々な選択肢をA子さんとともに考える。社内調停に進むとして、そこでの手続がどのように進行するかも問題になる。特にオフィシャルな手続では、事実関係を確定して、話合いに白黒をつけるべきという考え方は根強いと思われる。これは、いわゆる評価型調停の発想と同じものである。しかし、会社の中での手続で、B係長の行動の悪質性を判定するといっても、なかなか明確にならない場合も多いはずである。評価型調停の欠点は、黒でないなら白とせざるを得ない点にある。このケースの場合、B係長の行動が悪質かどうかと、A子さんが困っているかどうかは、独立している。むしろ、A子さんの認識と、B係長の認識が単にズレているだけということも考えられる。これ以上誘い続けられるのは困るということをA子さんとしてはきちんと伝えたつもりでも、B係長には伝わっていなかったのかもしれない。第三者である（対話型）調停人が話合いに介入して、相互の誤解を解きほぐすことができれば、B係長の行動の悪質性を判定せずとも、今後は同様の行動が止むというA子さんにとっての真の解決が得られる。B係長にとっても、その段階で解決するなら、自身のメンツを保つことができる。

念のために申し上げるが、すべての問題が、このような当事者主導の話合いベースで簡単に解決するという話をしているわけではない。B係長が悪質で、むしろしっかり処罰を受けるべきということが判明するかもしれない。悪質な行動への処罰のプロセスは必要である。しかし、当事者間の対話なしに、いきなり事実認定の段階に飛んでしまうと、こじれる必要がなかった問題もこじれさせるリスクを当事者に負わせる。つまり、狭い解決メニューしか提供しないということは、結局、困っている人を泣き寝入りに誘導しているのである。

現在の企業では、社内の窓口等は様々な形で整備されているにも関わらず、問題解決に役立っていない場合が少なくない[5)]。本稿で筆者が述べている積極的取組は、単に理想論をふりまわせというものではない。実態を直視し、企業の真の利益を追求するためには何を為すべきかを考える実践に他ならないのである。

なお、この事例は、従業員間のトラブルであって、企業間トラブルではない。しかし、B係長が

5）たとえば、厚生労働省『職場のハラスメントに関する実態調査報告書』（2021年）86頁によれば、セクハラ・パワハラを受けた場合の、社内相談窓口への相談実施割合は5％程度に留まる。この調査では、企業側がハラスメントかどうかの判定が難しいことも明らかにしている。同調査結果の報告を含めた厚生労働省シンポジウム資料はWebに公開されていて参考になる。https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000165756.html　https://www.no-harassment.mhlw.go.jp/symposium_2021　2023年1月18日アクセス。

直属の上司ではなく取引先の顧客のキーパーソンで、A子さんが当該顧客の担当者であれば、すでに企業間紛争になる。この場合、A子さんの会社が取り得る選択肢の自由度は減り、解決の難易度は増す。Bさんの会社にとってのコンプライアンス問題でもある。そして、難易度の高い問題こそ、当事者ニーズ及びその他関係者のニーズに基づいて丁寧に解きほぐす手法の意義が大きくなるのである。

V. 新しい法務のプロトタイプ（原型）としての対話型調停モデル

さて、これまでひとつのシナリオを使って、従来型アプローチではなぜ不十分か、当事者のボイスとチョイスを活かす紛争システムデザインがなぜ重要になるかを説明してきた。

これは、単にテクニックだけで問題を小手先で処理していこうというものではない。問題を正面から受け止めつつ、当事者自身の解決能力を最大限に活用して、力（権力）を使った問題解決手段を最小限に組み合わせていこうという考え方に基づいている。そして、相談や調停の手続においても、そのような考え方に整合した関与・介入を行っていく。ここまで理解できれば、特段珍しいというよりは、むしろ極めて常識的なアプローチであると了解頂けると思われる。しかし、このような手続を実施するには、担当者が技法に習熟していることと、それら担当者に充分に権限が与えられた上で制度が整備されていることが必要になってくる。

とはいえ、先進的な企業で、対話型調停モデルや紛争システムデザインという概念を知らなかったとしても、自然に近年取り組んできていた方向性と一致しているという場合もあるはずだ。その場合には、新しい調停を体系的に学ぶことで、より自信を持って自分たちの取り組みを貫徹させられるようになるはずである。

次回以降では、対話型調停モデルを具体的に進める技法についての解説を行う。

海外紛争解決トレンド(34)

仮想通貨を巡る紛争の動向

アンダーソン・毛利・友常法律事務所　アソシエイト・英国弁護士
早川晃司 Kohji Hayakawa

アンダーソン・毛利・友常法律事務所　パートナー弁護士
赤川 圭 Kei Akagawa　（監修）

Ⅰ．はじめに

近時、仮想通貨（暗号資産）は再び「冬の時代」を迎えていると言われており、2021年のピーク時から見るとその価格が下落傾向にある。直近では仮想通貨取引所の倒産等により、世界各国で仮想通貨を巡る紛争の数が増加している。本稿では、そのような仮想通貨を巡る紛争について、想起し得る論点及びその実例を概観することを目的とする[1]。

Ⅱ．仮想通貨を巡る紛争と仲裁手続

仮想通貨を巡る紛争と一口に言っても多種多様な類型が考えられるため、ここでは対仮想通貨交換所を相手にした紛争を念頭において検討を進める。対仮想通貨交換所を相手にした紛争の場合、各利用規定の中に仲裁規定が置かれているケースが多いことから、ユーザーは仲裁手続を利用する前提で検討を進める必要がある。例えば、現在の世界最大の取引所であるBinanceの取引規定を見ると、同規定は香港法準拠であるところ、香港国際仲裁センター（HKIAC）の規則による香港での仲裁が予定されている[2]。また、Coinbaseの取引規定を見ると、同規定はカリフォルニア州法準拠であるところ、米国仲裁協会（AAA）の規則による仲裁が予定されている[3]。

(1) 相手方当事者の選択

仮想通貨交換所の運営には様々な主体が関わっており、一様ではない。Binanceの取引規定を見ると、取引規定上はユーザーと”Binance Operators”の間に契約関係があるとされているが、”Binance Operators”には、単に法人のみならず法人格のない団体等も含むものとされ、かつ、将来的に変更があり得ることも示唆されており、広い定義規定となっている[4]。ユーザーは、仲裁申立ての提起時に自身が利用しているサービス等に照らして適切な相手方を選択しなければならないが、仮想通貨交換所は世界各国に複数のentityを有していることが多く、その実態も明らかでない場合も見られることから、回収可能性の観点も考慮しつつ適切な相手方を選択する必要がある。

(2) 保全手続の可否

仮想通貨交換所の主要な資産は仮想通貨そのものであると考えられるところ、仮想通貨は瞬時に送金が可能であり逸失しやすいことから、紛争提

1）本稿の文責は執筆者個人にあり、所属事務所の見解を表するものではない。
2）https://www.binance.com/en/terms. Binance Terms of Use（2023年1月18日最終改訂）X.2条参照（2023年1月27日最終検索。以下同様）。
3）https://www.coinbase.com/ja/legal/user_agreement/united_states. Coinbase User Agreement（2022年12月15日最終改訂）9.5条及びAppendix 5: Arbitration Agreement参照。
4）Binance Terms of Use, I.4条及びII.1.a条参照。

起時において適切な保全措置を講じておく必要がある。ここで、そもそも仮想通貨は差押え可能な財産といえるか、という議論は依然として各国に存在するものの、裁判所による判断においても、例えば英国、香港、シンガポールなどの多くの国で差押えを認める判断が出ていることから、仲裁手続においても一般的に許容される可能性が高いと考えられる。ユーザーとしては、参照される仲裁規則に緊急仲裁人による保全措置命令の規定が置かれているか否かを確認したうえで、適切に利用していく必要がある。

(3) 価値算定の問題

債務不履行や不法行為に基づく損害賠償請求を行う際の損害額の算定にあたり、請求対象となる仮想通貨の種類によっては、その価値算定が難しい場合がある。価値算定をする上で、適切な財務情報を提供している仮想通貨取引所の運営会社は極めて少ない上、他に参照すべき要素もボラティリティが大きく、その価値算定は容易でないことから、早い段階で適切な専門家証人の採用を検討する必要がある。また、価値算定の基準日をいつにするかは、特に価格変動が激しい仮想通貨においては価値算定の際に大きな影響を及ぼすため、準拠法における考え方も考慮しつつ、適切な主張を検討する必要がある。

(4) 執行可能性の検討

一般的な仲裁判断の場合、ニューヨーク条約により世界各国において執行可能であることが予定されている。一方、仮想通貨に関する仲裁判断については、それを執行する国の裁判所が、執行を承認することは国内での仮想通貨の利用を許容することとなり、それが公序に反するとの理由により、執行を拒否することがある。例えば、中国の裁判所は2020年に[5]、ギリシャの裁判所は2021年に[6]、いずれも仲裁判断の執行を認めなかった。このような裁判所の判断は、各国の仮想通貨に対する政策と密接に結びついていることから、ユーザーとしては、各国の政策やかかる不承認事例の有無も念頭におきつつ、仲裁手続を利用するか否かを検討する必要がある。なお、実際の執行の際は、実効性確保の観点から、仮想通貨の送金に必要な秘密鍵の開示も求めておく必要があるだろう。

(5) 集団的仲裁手続の可否

仮に、仮想通貨交換所が何らかの理由により一時的に取引不能となったことにより損害が生じたが、ユーザー1人当たりの損害額はさほど大きくないような場合において、個々の債権者を代表する者が、全員のために手続を行うという集団的仲裁手続（Batch Arbitration）は検討に値する。もっとも、そのような集団的な手続を許容するか否かは各国の法制によっても異なるうえ、取引規定において使用予定とされている仲裁規則の中に集団的仲裁手続に関する特別規定がある場合もあるため注意が必要である。例えば、Binanceの取引規定では、かかる手続はBinanceを含むすべての当事者が同意しない限り許可されないこととなっている[7]。一方、Coinbaseの取引規定では、AAAの規則に従い、100以上の類似する申立てがあった場合に、1つの仲裁手続の中で審理を進めることを認める"Batch Arbitration"を許容している[8]。

Ⅲ．仮想通貨を巡る紛争と倒産手続

もっとも、仮想通貨交換所の財務状況が悪化し、倒産手続の申立てを行うような事態に至った場合には、倒産手続を通じた回収を考える必要がある。

2022年11月11日、米仮想通貨交換業大手のFTXは、デラウェア州の破産裁判所に対してChapter 11（日本の民事再生手続に類似する手続）

5) Gao Zheyu v Shenzhen Yunsilu Innovation Development Fund Enterprise (LP) and Li Bin, The Supreme People's Court of China
6) No 88/2021 decision of the Court of Appeal of Western Central Greece
7) Binance Terms of Use, X.3条参照。
8) Coinbase User Agreement, Appendix 5: Arbitration Agreement, 1.8条参照。

の適用を申請した。仮想通貨交換所で開設した仮想通貨の口座については、銀行に対する預金とは異なり、連邦預金保険公社（FDIC）の保護対象とはならないことから、政府による介入は期待できず、ユーザーは連邦破産法の手続に基づいて投資した資金の回収を図る形となる。具体的な回収金額については、各ユーザーの口座にある仮想通貨の所有権が顧客にあるのか、それとも交換所側にあるのかでその金額が大きく変わり得ることになるため、2023年1月現在、破産裁判所においてかかる審理が進行している。

Ⅳ．仮想通貨の有価証券性

ここで、仮想通貨は有価証券として金融規制に服するべきか、という注目すべき論点が問題となっている事案として、2020年12月に米証券取引委員会（SEC）が米リップル社に対して連邦裁判所に提訴した事件を紹介したい（Securities and Exchange Commission v. Ripple Labs Inc. et al.）。

本件において、SECは、米国においてある物が有価証券か否かを判断する際に基準として用いられているHowey Testに基づき、米リップル社のXRP（イーサリアム）は証券法の規制を受けるべき「投資契約」に該当すると主張している。Howey Testでは、①資金を集めている、②投資者と主催者の共同事業である、③他社の努力による収益期待を伴う、の3つの要件を満たした場合、当該商品は有価証券に該当するとみなされるところ、リップル側は、イーサリアムはかかる要件にいずれも当てはまらないとして強く反対している。

そのような審理が継続中の2022年9月、SECのゲンスラー委員長は「PoS型（ブロックチェーン上の仮想通貨取引を承認するコンセンサスアルゴリズムの類型のこと）の仮想通貨は有価証券である可能性が高い」などと発言し、同時期にPoS型に移行していたイーサリアムは大きく価値を下げる事態も発生した。この点については、イーサリアムがPoW型（代表的な仮想通貨であるビットコインが採用するコンセンサスアルゴリズムのこと）からPoS型に移行したことにより、ステーキングと呼ばれる分配要素が加わったことから、③の要件を満たすようになったとの見方もあるが、その後、米ブロックチェーン協会などの業界団体がリップル社を支持する旨の法廷助言書を提出するなど、仮想通貨業界全体を巻き込んだ紛争になっている。

2023年1月時点ではまだ判決は出ていないが、年内には判断が下される見込みであり、その内容が注目される。

Ⅴ．おわりに―ブロックチェーン技術と他分野への波及

仮想通貨の管理には、上述のとおり、ブロックチェーンと呼ばれる一定の検証作業を経ることで事後的な改ざんが技術的に極めて困難となる分散型取引記録台帳が用いられている。ブロックチェーンは、仮想通貨のみならず、株式や債券などの証券取引、船荷証券、裁判書類、クラウドファンディングなど、多くのビジネスにおいて利用可能なものであり、実際にその利用や実証実験も数多く行われている[9]。

本稿においては深く立ち入ることはできなかったが、仮想通貨を巡る紛争における諸論点は、将来的に他分野のビジネスに関わる紛争においても大いに参照される可能性があることから、今後の動向を注視する必要があると考えられる。

9）一例として、2021年には、貿易決済の分野でブロックチェーン技術を活用し、電子船荷証券と仮想通貨等の同時移転を可能とするサービスの実証実験が行われている。https://www.tokiomarine-nichido.co.jp/company/release/pdf/211227_01.pdf.

中国商事紛争解決の理論と実務（34）

使用言語に関する仲裁合意に違反して、仲裁人が仲裁廷で他の言語により証人等と交流した場合、その態様等から仲裁判断に影響を及ぼしておらず、執行すべしとされた事例[1)]

名古屋経済大学法学部教授　弁護士　JICA国際協力専門員　現代アジア法研究会会員
白出博之 Hiroyuki Shirade

本件のポイント

本件は、仲裁審理過程において英語を使用する旨の仲裁合意の定めに違反して、仲裁人が韓国語により当事者の関係者及び証人と交流した場合に、当該交流が短時間であり、仲裁廷審理記録に記載がないこと、仲裁判断の根拠とされたことを証する証拠がないこと等から、仲裁判断に影響を及ぼしていないとし、他に不執行を可能とする事由がない以上、執行すべしと最高人民法院が判断した事例である。

Ⅰ．当事者等

申立人（執行被申請人）：河南協鑫光伏科技有限公司（以下「X」という）
被申立人（執行申請人）：半導体材料株式会社（以下「Y」という）
仲裁機関：香港国際仲裁センター
受訴法院：河南省漯河市中級人民法院

Ⅱ．事案の概要

1. 実体部分

2010年12月30日、Xは韓国所在のYから多結晶シリコンインゴット生産用設備を購入する「SM-150PV単結晶製造装置購入契約」（以下「購入契約」という）を締結した。「購入契約」第17条では「契約の存在、効力及び解除を含め、本契約を理由として発生し又は本契約に関連する全ての紛争は、香港国際仲裁センターに申し立て、3名の仲裁人がその有効な規則に基づき仲裁を行わなければならない。仲裁場所は香港とし、仲裁過程で使用する言語は英語とする」と定めた。契約締結後、XはYに商品代金総額の80％（2444万米ドル）を支払ったが、Yによる設備の引渡、設置・試運転の過程において契約所定の生産基準を終始みたすことができなかった。2012年8月31日、XはYに「解除通知書」を発出して「購入契約」と全ての関連合意を解除した。

2. 仲裁申請と仲裁判断

（1）2012年9月6日、Xは契約紛争について香港国際仲裁センターに仲裁を申し立てた。その内容は、①Yがその「購入契約」による法律責任に違反したことにより、Xは「購入契約」を終了させる権利を有することを宣言する。②YはXが「購入契約」に従って支払った全額を返還し、利息と損失を賠償し、全額を完済後にXの工場から全ての設備130式を引き揚げる。③違約賠償金3805万1200米

1）出典：最高人民法院「半導体材料株式会社の香港仲裁判断の執行申請事件に関する回答」最高人民法院民事審判第四庭編『渉外商事海事審判指導　総第34輯』（人民法院出版社、2019年）59頁～65頁。

ドル、逸失利益4774万4066.64人民元、設備価格減少額1億2718万5000人民元、特別損失と費用5216万1636.24人民元及び利息を支払う。④仲裁費用、弁護士費用及びこれにより発生した費用、である。

(2) 仲裁廷はXが指定した仲裁人・蘇某徳（フランス人）、Yが指定した仲裁人・金某猷（韓国人）及びX、Yが共同で指定した主任仲裁人の莫某（中国香港人）から構成された。2013年4月2日、Xの代理人が香港国際仲裁センターに質疑申立てを提出し、金某猷はその勤務している某韓国法律事務所のパートナーであり、さらに当該事務所が代理人を務めるその他の当事者はYのその他の事件の債権者でもあり、Yの財産上の利益の認定において、Xと当該事務所の間に両立できない利益相反関係が存在することから、Xはこれに基づき金某猷の本件仲裁からの回避を要求した。2013年6月24日、香港国際仲裁センター理事会が「香港国際仲裁センター機構仲裁規則」「香港国際仲裁センター質疑規則」の規定に基づき、Xの上述の質疑を棄却した。

(3) 2014年3月17日、反対にYが損害賠償を請求する仲裁申立てを提出した。その内容は、①Xの請求を否決する。②Xが「購入契約」及び関連合意に違反した旨を宣告する。③Xは契約金額の残額である20％の611万米ドル、違約賠償金152万7500米ドル及びその他の損失と費用957万1606米ドル、5億2836万4734.47韓国ウォンを支払う。④2013年9月に証拠保全により発生した費用と仲裁費用、である。

(4) 2015年2月6日、香港国際仲裁センターは上述の契約紛争について一部判断を下した。①YはXに次の金額を支払う。(a) 納期遅延のリフティングヘッド12式の違約金72万8406米ドル、(b) 設備設置遅延の違約金27万6,360米ドル、(c) 技術文書の引渡し遅延の違約金30万5,500米ドル。②YはXのその他費用の賠償として、47万5373.45元と49万7540.32元を支払わなければならず、これはYが義務に違反した結果である。③XはYに、「購入契約」中の契約代金の未払い分の20％に相当する611万米ドルを支払わなければならない。④XはYに元本611万米ドルの利息を、単利で年6％、2012年10月31日から本判断日までの期間について支払わなければならない。⑤本判断における全ての金額の利息は、判断日から支払うべき全ての金額をその完済まで香港の年利8％（単利）により支払わなければならない。⑥「購入契約」及びその関連合意は2012年8月31日に解除されたとみなさなければならず、双方は当該日から契約及びその関連合意の下のさらなる義務から免除される。⑦仲裁費用（当事者双方の費用を含む）と本判断の費用は今後の1件又は2件以上の仲裁判断において解決しなければならない。⑧当事者双方の全てのその他の提訴、反訴及び異議は棄却する。

(5) 2015年6月15日、香港国際仲裁センターは費用に関する終局的判断を下した。①XはYに同社の仲裁費用と仲裁補佐人に関する支出として141万1087.55米ドルを支払わなければならない。②XはYに仲裁廷の費用と支出及び仲裁補佐人に関する費用として328万441.65香港ドルを支払わなければならない。③XはYに香港国際仲裁センターの事務管理費とその他の費用として21万1485.39香港ドルを支払わなければならない。④その他の全ての賠償請求と請求を棄却する。

Ⅲ．当事者の申立て及び答弁意見

(1) Xの不執行申立ての内容は次のとおり。①香港国際仲裁センターのHKIAC/A12167号事件の仲裁過程において、仲裁廷の構成が管轄地の法律規定及び仲裁規則に適合せず、仲裁人に重大な利益相反及び独立性の問題が存在する。②仲裁人が審理中に仲裁合意の定めに違反して、韓国語によりYの関係者及び証人と交流を行ったことから、仲裁手続は仲裁合意に反する。③判断書における双方の契約解除を認定した結論は申立人の解決付託事項の範囲を逸脱し、申立人の権益を侵害する。④仲裁判断の結論に相互矛盾があり、契約法の原則に違反し、かつ明らかに公平を失する。⑤弁護士費用に対する一部判断の認定過程は仲裁規則に違反する。⑥Yが提供した判断書の中国語に翻訳の誤りが多数存在する。よってXは当該判断書の

不執行を請求する。

(2) Yの答弁内容は次のとおり。本件仲裁手続において、仲裁廷の構成は仲裁合意の定めと「香港国際仲裁センター機構仲裁規則」の規定に適合しており、Xが韓国籍の仲裁人に対して提出した質疑も香港国際仲裁センターが法に基いて処理し、棄却した。仲裁手続中は全て英語を使用した。Xは仲裁申立書及び仲裁過程において契約解除を明確に請求しており、判断書はその解決付託事項の範囲を逸脱していない。判断の結論の相互矛盾及び弁護士費用の認定の規定違反に関する事由は法定の法院審査事項に該当しない。よってYはXの申立の棄却を請求する。

Ⅳ．漯河中級人民法院の審査意見

(1) 漯河中級人民法院は審判委員会の議論を経て次のように判断した。Xの申立理由における「判断の結論に相互矛盾があり、契約法の原則に違反し、かつ明らかに公平を失する」及び「弁護士費用に対する一部判断の認定過程は仲裁規則に違反する」は≪最高人民法院・内地と香港特別行政区の仲裁判断の相互執行に関する協定≫（以下､｢協定」という）第7条に定める審査範囲に該当せず、これに対して審査を行わない。

(2) Yが指定した仲裁人・金某猷について、Xがその公正性と独立性に対して質疑を提出した後に、香港国際仲裁センター理事会は「機構仲裁規則」第11条と「質疑規則」の規定に基づき、3名を指定して委員会を設置し、Xの質疑に対して判定を行った。当該委員会は「報告と建議」を発行し、香港国際仲裁センター理事会はこれに基づきXの質疑を棄却した。Xの質疑に対して、香港国際仲裁センターは関連規則に基づきすでに処理を行い、当該処理行為はその職権の範囲内であり、当該質疑手続もすでに終結したことから、漯河中院はXのこの問題に関する申立理由を支持しない。

(3)「仲裁一部判断書」第6項「当事者の救済請求」における､Xの請求内容は次のとおり。すなわち、Yの違約の確認、支払い済代金の損失と逸失利益の賠償、違約金の支払い、その他の費用と利息損失の賠償等。Yの請求内容は次のとおり。すなわち、相手方の全ての請求の否決、Xの違約の確認、商品代金残額の支払い、その他の費用・損失の賠償、違約金の支払い等。双方はいずれも契約解除を明確に要求していないが､紛争が発生した後に、Xは仲裁を申し立てる前にすでに明確に書面によりYに契約解除を通知し、仲裁判断書の分析部分でも仲裁過程においてXが契約解除要求を提起したことが明示され、Yもこれを認めていることから、これに基づき、仲裁廷は双方の契約解除の事実を確認したに過ぎず、同時に双方の請求事由も契約がすでに解除された結果に基づき提出されたものである。よって、仲裁判断書第6項における双方がすでに契約を解除したことを確認する旨の結論が｢当事者の解決付託事項の範囲を逸脱した」と認定することはできず、Xの当該項の申立理由は成立しない。

(4)「香港国際仲裁センター機構仲裁規則」第16条の規定によると、開廷審理では当事者が定めた言語を使用しなければならないとし、「購入契約」第17条では「仲裁過程で使用する言語は英語とする」と定める。しかし香港国際仲裁センターの開廷記録で明らかにされているが、2014年9月25日の審理において、韓国籍の仲裁人・金某猷が韓国の当事者Yの証人（韓国人）への質問時に、その他の仲裁人と仲裁参加者の同意を得ない状況下で韓国語を直接使用して質問を行い、書記官が韓国語を理解することができないことからその質問内容を書面に記録せず、X、その他の仲裁人及び書記官のいずれも質問内容を知ることができなかった｡当該行為はすでに｢香港国際仲裁センター機構仲裁規則｣に定める仲裁手続に違反しており､「協定」第7条第（4）号に定める「仲裁廷手続と当事者間の合意が一致しない」事由に該当する。このため、漯河中級法院審判委員会の検討意見は次のとおりである。すなわち、香港国際仲裁センターがHKIAC/A12167号事件に対して下した「一部判断」及び「費用に関する終局的判断」「費用に関する終局的判断の訂正と解釈に関する備忘録」の不執行裁定を下す。

Ⅴ. 河南省高級人民法院の香港仲裁判断の不執行申請に関する伺い（要旨）

2016年6月22日

（2016）豫民他2号

最高人民法院宛

河南省漯河市中級人民法院（以下、「漯河中院」という）は2015年9月21日に申請人半導体材料株式会社による香港国際仲裁センターがそれぞれ2015年2月6日、2015年6月15日に下したHKIAC/A12167号事件の「一部判断」及び「費用に関する終局的判断」「費用に関する終局的判断の訂正と解釈に関する備忘録」の執行申請を受理した。当該事件の立件・執行において、執行被申請人の河南協鑫光伏科技有限公司は2015年11月30日に当該仲裁判断の不執行を申請した。漯河中院は審査を経て香港国際仲裁センターの上述の仲裁判断を執行しないこととした。≪最高人民法院の人民法院による渉外仲裁及び外国仲裁事項に係る問題の処理に関する通知≫の規定に基づき、漯河中院は当院に伺いをした。当院は審査を経て、漯河中院の意見に同意し、当該仲裁判断を承認せず、執行しないことを支持するが、貴院に対して伺いをする。

1. 河南省高級人民法院の審査意見

(1) 当院の見解は次のとおり。本件に関する仲裁判断は香港国際仲裁センターが下したものであり、「協定」の具体的規定に従って審査しなければならない。「協定」第7条では内地（中国メインランド）の人民法院が香港特別行政区による仲裁判断に対して不執行裁定を下すことができる5種類の事由が定められており、そこには(4)「仲裁廷の構成若しくは仲裁廷の手続と当事者間の合意が一致しないこと、又は関連の当事者間にこのような合意がないときに仲裁地の法律と一致しないこと」が含まれる。審査を経た結果、韓国籍の仲裁人・金某猷（以下「金氏」）が開廷審理において韓国語を直接使用して韓国の当事者Yの証人（韓国人）に質問したことは、「購入契約」第17条「仲裁過程で使用する言語は英語とする」との規定、及び「香港国際仲裁センター機構仲裁規則」第16条「開廷審理では当事者が定めた言語を使用しなければならない」規定に適合しない。

(2) また、仲裁の質疑手続において、「報告と建議」では「金氏は某法律事務所（BKL）のパートナーであり、当該事務所はある韓国の裁判所の再審手続でYに対して賠償請求訴訟を提起した債権者の代理人を務めている」事実を確認しているが、Xが「BKLの顧客はYの債権者であり、金氏には、BKLの顧客の地位がXより上位にあることを確保し、かつ仲裁事件においてXに対抗することによりBKLの顧客が再審手続において確実により多くの収穫を得るという『内在的誘因』がある」との質疑を提出したが、「報告と建議」では金氏に「無意識の偏向が存在する可能性は比較的低い」としている。その理由は、金氏自身が当該事件に関する事情を知らず、その弁護士事務所が当該会社の代理人を務めることと仲裁事件において提出された事項の間にいかなる関連性も見られないと述べていることである。委員会が金氏に質疑への所見を求めた際の返答において、金氏はその独立性と公正性を重ねて言明している。「報告と建議」では「我々の経験に照らせば、専業の仲裁人は本件における金氏に似た状況に置かれた場合は、事件を処理するときに特に注意深く慎重になる可能性が高い。別の観点から見ると、無意識の偏見が存在したり、それを感じたりすることは絶対にありえない」としている。最終的に、「報告と建議」では事件の事実に基づけば次のいかなる結論も導き出すことはできないとしている。①金氏に現在又は将来偏見が生じる真の可能性が存在すること。②金氏が事件の是非に関する以外の要素の影響を受ける真の可能性が存在すること。「報告と建議」では「香港仲裁条例」において「仲裁人は現在、かつ終始一貫して各当事者に対して公正性と独立性を保持する」ことを要求していること、「香港国際仲裁センター機構仲裁規則」第11.4条において「任命に対して質疑することができる」場合の判断要件は「その公正性又は独立性に対す

る合理的な疑いが存在する」ことであると指摘する。しかし「報告と建議」ではXが指摘する金氏の「内在的誘因」に基づき存在する固有の利益相反問題に対する回答がなく、Xの金氏に公正性が存在することに対する合理的な疑いに関する回答があるだけで、金氏に独立性が存在することに対する合理的な疑いに関する回答はない。金氏はBKLのパートナーであり、BKLはYの再審手続における債権者の代理人であり、つまり金氏とBKLの間には利害関係が存在し、BKLとYの間には利害関係が存在し、当該関係の下でXに金氏の公正性と独立性に対する合理的な疑いが生じたものであり、「報告と建議」の評価が「香港国際仲裁センター機構仲裁規則」第11.4条の規定に適合するか否か及び内地の法院が「報告と建議」に対して審査を行うことができるか否かについても、当院は併せて伺う。

(3) 当院は漯河中院が提出した意見に同意し、≪最高人民法院の人民法院による渉外仲裁及び外国仲裁事項に係る問題の処理に関する通知≫の規定に従い、特に貴院に報告し、貴院の審査・決定を仰ぐ。

Ⅵ. 最高人民法院の回答（全訳）

2016年12月23日

（2016）最高法民他75号

河南省高級人民法院宛

貴院の（2016）豫民他2号≪申立人河南協鑫光伏科技有限公司と被申立人半導体材料株式会社の香港の仲裁判断の不執行申立事件に関する伺い≫を受領した。検討を経て、以下のとおり回答する。

本案は、香港国際仲裁センターがそれぞれ2015年2月6日、6月15日に下したHKIAC/A12167号事件の「一部判断」及び「費用に関する終局的判断」「費用に関する終局的判断の訂正と解釈に関する備忘録」について、執行申請人半導体材料株式会社が河南省漯河市中級人民法院に執行を申請し、執行被申請人河南協鑫光伏科技有限公司が上述の仲裁判断の不執行を請求した案件であり、その理由のひとつは、仲裁人が仲裁審理において韓国語により半導体材料株式会社の従業員及び証人と交流を行い、これが仲裁合意における仲裁過程で英語を使用するという約定に違反し、仲裁手続における仲裁合意の違反事由に該当するというものである。判明した事実によると、1名の仲裁人がその他の仲裁人と当事者のいずれもが仲裁廷の現場に居合わせた中で韓国語を短時間使用したことを除けば、仲裁過程で使用した言語は終始英語であり、仲裁合意に適合する。仲裁廷審理記録には韓国語を使用した問答内容に関する記載はなく、事件に関係する仲裁判断が韓国語の問答内容を判断根拠のひとつとしたことを証明する証拠も存在しないことから、上述の事由は仲裁判断に影響を及ぼしていないとすべきである。また河南協鑫光伏科技有限公司も仲裁中に手続の不当性を速やかに提起していない。したがって、不執行が可能なその他の事由がなければ、本件の仲裁判断は、≪最高人民法院・内地と香港特別行政区の仲裁判断の相互執行に関する協定≫に従って執行すべきである。

以上の通り回答する。

Ⅶ. 解　説

(1) 不執行は、法院が仲裁判断等の執行申請書又は外国裁判所の判決、裁定の執行申請書についての審査又はその執行過程において、法定原因の発生により執行停止を裁定し、執行手続を終了する行為である[2)]。仲裁判断の不執行は、当事者が仲裁判断の執行を申し立てた場合、執行被申請人が証拠を提出して仲裁判断に中国民事訴訟法第237条所定の事由[3)]のひとつがある旨を証明したと

2）江偉＝肖建国主編『民事訴訟法（第８版）』（中国人民大学出版社、2018年10月）481頁参照。

き、法院が合議体による審査・確認を経て、不執行を裁定する。

(2) 香港の仲裁判断の不執行申請事件については、≪最高人民法院・内地と香港特別行政区の仲裁判断の相互執行に関する協定≫が不執行事由を規定しており（第7条1項1～5号）、関連法院が、執行地の法律に基づき、紛争事項が仲裁によって解決することができないものであると認める場合に、当該仲裁判断を不執行とすることができる(同条2項)。

(3) 本件は、使用言語に関する仲裁合意に違反して、仲裁人が仲裁廷で他の言語により証人等と交流した場合につき、Ⅰ）当該行為は「香港国際仲裁センター機構仲裁規則」に定める仲裁手続に違反し、上記「協定」第7条第（4）号所定の「仲裁廷手続と当事者間の合意が一致しない」事由に直ちに該当するとして不執行とするか、それともⅡ）当該行為だけでは「協定」所定の「仲裁廷手続と当事者間の合意が一致しない」に該当せず、さらに「当該仲裁判断に影響を及ぼしたこと」を要求して初めて不執行事由とするかが、受訴法院・高級人民法院と最高人民法院の判断枠組みの差異である。

そして最高人民法院が要求する仲裁手続違反行為が「当該仲裁判断に影響を及ぼしたこと」といういわば具体的危険発生の判断要素としては、当該行為の時間的長さと仲裁手続過程の全体に占める割合、そして仲裁判断形成に影響し得る仲裁廷審理記録への記載の有無、事件関連の仲裁判断が当該違反行為による問答内容を判断根拠としたことの証拠の有無等を主な要素としており、さらには相手方当事者から手続の不当性について適時に提起されていないことも補充的に指摘している。

(4) 最高人民法院の上記判断枠組みについては、仲裁判断一般の不執行事由に関する「仲裁廷の構成又は仲裁手続が法定手続に違反したこと」（中国民事訴訟法237条3号）の解釈が参考となる。同号の「法廷手続に違反」とは、狭義では「仲裁法の定める手続に違反すること」を指し（仲裁法70条)、広義では「仲裁法の規定する仲裁手続と当事者の選択した仲裁規則に違反して、事件の正確な判断に影響を及ぼす可能性がある場合」（仲裁法解釈20条）を指す。具体的には①仲裁法の規定する仲裁手続に違反、②当事者の仲裁手続についてした特別の約定に違反、③当事者の選択した仲裁規則に違反することが含まれる。もっとも、注意を要するのは仲裁法・仲裁規則の関連する仲裁手続規定は極めて多数存在しており、その全ての手続違反が不執行に至るわけではなく、仲裁手続の違反が、仲裁判断の正確性に影響する又は影響する可能性があること、換言すれば、仲裁の公正価値が実現できなくなり、当事者の権利が実質的に損害を受ける場合に、はじめて司法的救済の機会としての仲裁判断の不執行が必要とされる点である[4]。

3）不執行事由について、中国民事訴訟法237条2項は、1）当事者が契約において仲裁事項を定めておらず、又は事後に書面による仲裁合意に達しなかったこと（同1号)、2）判断事項が仲裁事項の範囲に属さず、又は仲裁機関が仲裁権限を有しなかったこと（同2号)、3）仲裁廷の構成又は仲裁手続が法定手続に違反したこと（同3号)、4）仲裁判断の根拠である証拠が偽造であること（同4号)、5）相手方当事者が仲裁機関に対して公正な判断に十分な影響を与える証拠を隠蔽したこと（同5号)、6）当該事件を仲裁した際に、仲裁員が汚職・収賄行為・私利を目的とする不正行為、法を枉げた判断行為をしたこと（同6号）を定める。また民事訴訟法237条3項は、法院が当該判断の執行が社会公共利益に違反すると認める場合に不執行裁定する旨を定める。仲裁判断の一部が、民事訴訟法237条2項、3項に規定する事由に該当する場合、法院は、当該部分について不執行裁定を下し、執行すべきでない部分とその他の部分が不可分である場合には、法院は仲裁判断全体の不執行裁定をしなければならない（最高人民法院「中華人民共和国民事訴訟法」適用に関する解釈477条)。

4）江＝肖主編・前掲注2）481頁参照。

国際商事仲裁の基本実務講座(6)

手続の開始

GBCジービック大貫研究所代表　公益社団法人日本仲裁人協会理事

大貫雅晴 Masaharu Onuki

Ⅰ．仲裁手続の概観

国際商事仲裁の仲裁手続について、各国の仲裁法は、仲裁手続を規律する一連の手続上の規律を置いている。その内容は各国毎に異なるが、近年、多くの国の仲裁法がUNICTRAL国際商事仲裁モデル法を採用しており、仲裁手続のグローバル化、標準化が進んでいる。また、常設仲裁機関が備える仲裁規則もUNCITRAL国際商事仲裁モデル法、UUCITRAL仲裁規則の影響をうけて仲裁手続の国際的標準化、調和化が進んでいる。

仲裁手続に関しては、当事者は、原則として、自由にその手続を合意することができる。仲裁廷は、仲裁手続を主宰して、手続上の問題を決定する権限を有している。但し、強行規定、公序に関する規定に反してはならないとされる。

仲裁手続の開始、仲裁手続について、どのような流れですすめられるのか、契約書に常設仲裁機関による機関仲裁の仲裁条項が規定されていて、当該契約から紛争が発生した場合を前提にして、手続の開始から仲裁判断までの仲裁手続の流れの概観を図式で紹介する。

Ⅱ．仲裁手続の開始（Commencement of Proceedings）

仲裁手続の開始は仲裁の重要なステップであり、各種手続期限の開始日となる。

また、仲裁手続の開始日は時効の中断とも関係してくる。時効の中断は仲裁にも適用されるので、請求の対象となる債権の消滅時効が近い場合には仲裁手続の開始日は特に重要である。

1. 仲裁手続の開始日

仲裁手続の開始が認められるためには、仲裁付託の通知が相手方にされる必要がある。仲裁手続が何時開始されたとされるのか、当事者は仲裁手続を有効に開始するための手続開始時期について合意することができる。

UNCITRAL国際商事仲裁モデル法（モデル法）及び各国の仲裁法には、「当事者間に別段の合意が無い限り」として仲裁の開始日の規定を置いている。モデル法21条では、「当事者が別段の合意をしていない限り、特定の紛争に関する仲裁手続は、かかる紛争を仲裁に付託すべき申立てを、被申立人が受領した日に開始する。」としている。

日本仲裁法29条１項では、「仲裁手続は、当事者間に別段の合意がない限り、特定の民事上の紛争について、一方の当事者が他方の当事者にたいし、これを仲裁手続に付する旨の通知をした日に開始する。」としている。「通知した日」とは、民法の意思表示の到達主義の原則（民法97条1項）に従い、相手方への到達の日である。

当事者の合意の中で常設仲裁機関を利用して仲裁を行うことを合意した場合には、当該常設仲裁機関の仲裁規則が仲裁手続の準則となる。例えば、

（図）常設仲裁機関による機関仲裁の仲裁手続の概観

国際商取引紛争の発生（当該契約書には機関仲裁条項）
⇩
仲裁申立て（仲裁手続の開始）
⇩ ← 緊急仲裁人による緊急保全措置
← 申立人による申立書の提出
⇩ ← 被申立人への手続開始の通知
⇩ ← 被申立人の答弁 ①答弁書
⇩ ②反対請求の申立て
⇩ ③相殺の抗弁
仲裁人の選任（仲裁廷の構成）
⇩
仲裁審理手続 ← 仲裁廷の管轄権
⇩ ← 仲裁廷による暫定的保全措置
審理予定表の作成（procedural orders, terms of reference）
主張書面・証拠提出
⇩
口頭審問会（証人尋問）
⇩ ← 仲裁手続中の調停（和解）
審理の終結
⇩
仲裁判断（仲裁判断書の作成と当事者への送付）

JCAA商事仲裁規則14条6項では、「仲裁手続は、仲裁申立書がJCAAに提出された日に開始されたものとみなす。」としている。アドホック仲裁では、当事者が手続規則にUNCITRAL仲裁規則を合意している場合には同規則が手続準則となるが、同規則3条2項では、「仲裁手続は、仲裁の通知が相手方により受領された日に開始するとみなされる。」としている。

2. 時効の中断

仲裁手続において、時効は訴訟に適用されるのと同様に仲裁にも適用される。時効の中断は仲裁法に規定が置かれている。例えば、日本仲裁法では仲裁手続において、請求の対象とされる債権について消滅時効が中断する効力が生ずることを定めた規定が置かれている。同29条2項では、「仲裁手続における請求は、時効中断の効力を生ずる。ただし、当該仲裁手続が仲裁判断によらず終了したときは、この限りではない。」としている。モデル法には仲裁の開始日の規定はあるが、時効の中断の規定は置かれていない。時効については各国法制に委ねられている。

消滅時効の期間は、3年、5年、6年など各国の制度により異なり、また、仲裁の対象となる請求の内容によっても異なってくる。国際商事仲裁は、主に国境を越える紛争（cross border disputes）をその対象としているため、時効に関しては、如何なる法が適用されるのか、適用されるべき法の選択、準拠法の決定が問題となることに留意すべきである。また、時効の制度は、シビルロー諸国

とコモンロー諸国では異なる。シビルロー諸国では時効は実体法上の制度であり時効（time bar）という、一方、コモンロー諸国では手続法上の制度であり出訴制限（limitation of actions）という。

3. 仲裁申立ての内容

仲裁手続の開始の通知に伴う仲裁申立ての内容については、請求の趣旨と救済だけの簡単な内容から、仲裁申立ての詳細な内容までと様々であり、適用される仲裁法、仲裁規則により要求される仲裁申立ての内容は異なる。モデル法、日本仲裁法には仲裁申立ての内容についての規定が置かれていない。アドホック仲裁に利用されるUNCITRAL仲裁規則、また、常設仲裁機関の仲裁規則には、具体的な記載内容が規定されている。

(1) UNCITRAL仲裁規則による仲裁申立ての内容

UNCITRAL仲裁規則では、仲裁の開始に必要とされる仲裁の通知には以下に揚げる事項を含むものとしている（同3条3項）。

①紛争を仲裁に付託するとの請求
②当事者の氏名と住所
③援用される仲裁条項又は仲裁付託合意
④紛争が発生した、または、関連する契約書
⑤請求の趣旨と可能な場合は請求金額
⑥請求する救済
⑦当事者が事前に合意していない場合、仲裁人の数（例えば1人又は3人）の提案

(2) 常設仲裁機関（JCAA）への仲裁申立て

常設の仲裁機関に対して仲裁申立てをする場合は、仲裁申立書の記載事項、提出物、申立料金、管理料金などの仲裁手続費用については、それぞれの仲裁機関の仲裁規則に規定が置かれている。

JCAAの商事仲裁規則に基づく仲裁申立て（同14条）における申立書の記載事項、提出すべき書類、支払うべき手続費用について紹介する。

(a) 仲裁申立書の内容

JCAA商事仲裁規則による仲裁申立書に必要とされる記載内容は以下のとおりである（同14条1項）。

①紛争をこの規則による仲裁に付託すること
②援用する仲裁合意（仲裁人の数、仲裁人の選任方法、仲裁地及び仲裁手続に用いる言語の全部又は一部につき当事者間に合意がある場合には、かかる合意を含む。）
③当事者の氏名（当事者が法人その他の団体である場合には、その名称及び代表者の氏名）、住所、及び判明しているその他の連絡先（当事者が個人の場合における勤務先住所等の書面送付場所、電話番号、ファクシミリ番号及び電子メールアドレス）
④代理人を定める場合、その氏名、住所及びその連絡先（書面送付場所、電話番号、ファクシミリ番号及び電子メールアドレス）
⑤請求の趣旨
⑥紛争の概要
⑦請求を根拠づける理由及び証明方法

(b) 申立書の追記事項、他書類

申立書に追加的に記載することができる事項は以下のとおりである（同14条2項、3項)）。

①仲裁人を3人とする旨の事前の合意がある場合には、申立人が選任する仲裁人の氏名、住所及びその他連絡先、
②仲裁人の数、仲裁人の選任方法、仲裁地及び仲裁手続に用いる言語の全部又は一部に関する申立人の意見、
③本案に適用すべき準拠法に関する申立人の意見

その他の書類として、申立人は、仲裁申立書とともに仲裁合意を含む仲裁条項又は仲裁合意書の写しを、また、代理人によって仲裁手続を行う場合には、委任状をJCAA提出しなければならない。

(c) 申立時に支払う費用

申立人は、仲裁申立ての際、管理料金を納付しなければならない。申立人が管理料金をJCAAに納付しないときは、仲裁申立てがなかったものとみなされる（同5項)。

(d) 仲裁手続中に支払う予納金の納付

当事者（申立人、被申立人）は、手続中において、仲裁人報奨金、仲裁人費用その他仲裁手続の

ために合理的に充当するためのJCAAの定める金額をその定める方法に従い、その定める期間内にJCAAに予納しなければならない（同82条1項）。

4. 被申立人への通知

仲裁の開始の通知は、アドホック仲裁では、申立人から被申立人に直接行われる。機関仲裁では、通常は仲裁機関から被申立人へ仲裁開始の通知がなされるが、仲裁機関によっては、当事者から直接に被申立人に仲裁開始の通知がなされる場合もある。仲裁開始の通知の手段は、訴訟とは違ってフレキシブルであり、配達証明付き郵便、クーリエ、ファックス、メールなどが利用されている。

JCAA商事仲裁規則16条1項では、「JCAAは、第14条1項から第5項までの規定（第2項を除く）に適合した仲裁申立てがされたことを確認した後、遅滞なく、被申立人に対し、仲裁申立てがあったことを通知する。この通知は、仲裁申立書を添付して行うものとする。」としている。

5. 被申立人の答弁

仲裁申立ての通知を受けた被申立人は、定められた期限内に、被申立人の立場、主張、反論を述べなければならない。被申立人は、答弁において、存在する反対請求の申立て、相殺の抗弁を行うことができる。仲裁合意の成否、効力に異議がある場合には、早期に主張しなければならないので、通常、仲裁廷が仲裁権限を有しない旨の主張は答弁書に記載される。

⑴　答弁書の記載事項

JCAA商事仲裁規則では、被申立人は、仲裁申立ての通知を受領した日から4週間以内に以下に揚げる事項を記載した答弁書をJCAAに提出しなければならないとしている（同18条1項）。

①当事者の氏名（当事者が法人その他の団体である場合には、その名称及び代表者の氏名）、住所及び被申立人のその他の連絡先（書面送付場所、電話番号、ファックシミリ番号及び電子メールアドレス）

②代理人を定める場合、その氏名、住所及びその他の連絡先（書面送付場所、電話番号、ファックシミリ番号及び電子メールアドレス）

③答弁の趣旨

④紛争の概要

⑤答弁の理由及び証明方法

⑵　答弁書の追記事項

被申立人は答弁書に以下の事項も記載することができるとしている（同2項）。

①仲裁人を3人とする旨の事前の合意がある場合に、被申立人が選任する仲裁人の氏名、住所及びその他の連絡先（書面送付場所、電話番号、ファックシミリ番号及び電子メールアドレス）

②仲裁人の数、仲裁人の選任方法、仲裁地及び仲裁手続に用いる言語の全部又は一部に関する被申立人の意見

③本案に適用すべき準拠法に関する被申立人の意見

6. 反対請求

被申立人は、答弁と平行して、申立てに記載された契約から生じる反対請求（counter claim）の申立て、また、相殺の抗弁（set-off defense）を、定められた期間内に行うことができる。反対請求は、それ自体ひとつの申立てと同様であるから、その申立ての記載に関する規定が準用される。仲裁は仲裁合意に基づいて行われる手続であり、当該仲裁合意の範囲、対象外の紛争や請求を反対請求として受理し、当該仲裁手続で仲裁判断をすることは出来ない。

同19条1項では、「被申立人は、以下の各号に揚げる場合には、仲裁申立ての通知を受領した日から４週間以内に限り反対申立てをすることができる」としている。

①当事者全員の書面による合意がある場合

②申立人の請求と反対請求が同一の仲裁合意に基づくものである場合

③（a）申立人の請求と反対請求が同一又は同種の法律問題又は事実を含み、（b）いずれの請求についてもこの規則による仲裁又は

JCAAにおける仲裁に付する旨の合意があって、(c) 仲裁地、仲裁人の数、言語等の合意内容に照らして、同一の手続で審理することに支障がないと認められる場合

7. 相殺の抗弁

被申立人が有する申立人に対する請求権の行使には反対請求の他に相殺を目的とする抗弁を行使する方法がある。

同20条では、「被申立人による相殺の抗弁の提出は、仲裁申立ての通知を受領した日から4週間以内に限り、書面によりすることができる」としている。

Ⅲ. 仲裁手続の審理における基本原則

当事者は、仲裁廷が手続を進めるにあたって従うべき手続準則を自由に合意して定めることができる。仲裁廷は、当事者合意を前提に、自己の指揮の下、公正かつ合理的な方法で審理手続を進行させなければならない。実務上は、審理手続について、利害の対立する当事者が合意して手続を進めることは難しく、仲裁廷が審理手続の諸事項を定めて手続を進行させることになる。以下では、仲裁廷が審理手続を進行させるうえで考慮しておかなければならない仲裁手続の審理における基本的原則を紹介する。

1. 当事者自治と仲裁手続の準則

仲裁は当事者自治による紛争解決制度であり、仲裁手続の準則は当事者合意によって定められるものである。当事者間でそのような合意がないときは、仲裁廷が合理的と考える方法で仲裁手続を実施することができる。但し仲裁が適正かつ公正に行われることを確保する目的で、各国の仲裁法は、公序に関する規定、強行規定を設けており、当事者の合意による定めも、また、仲裁廷が実施する手続も、仲裁地の仲裁法の公序の規定、強行規定に反してはならないとされる。

仲裁法第26条1項は、「仲裁廷が従うべき仲裁手続の準則は、当事者が合意により定めるところによる。ただし、この法律の公の秩序に関する規定に反してはならない。」としている。

機関仲裁が定める仲裁規則は当事者間の合意に相当する。仲裁機関が定める仲裁規則は、当事者が当該仲裁機関の仲裁規則に従う趣旨の合意をすることで、当事者合意による仲裁手続の準則となる。アドホック仲裁では、当事者が、当事者自治を行使して、手続準則を決定することができるが、UNCITRAL仲裁規則を手続準則として合意していることが多い。その場合は、UNCITRAL仲裁規則が当事者合意による手続準則となる。

2. 当事者の平等待遇

仲裁廷は、審理手続の進行において、当事者を平等に取り扱わなければならない。

仲裁廷は、仲裁手続の主宰者であり、最終の仲裁判断を下す者であるので、当事者を平等に取り扱うことは、仲裁廷の基本的義務であり、仲裁における、適正手続保障（due process）の最も重要な原則である。

当事者の平等待遇は、一方の当事者だけを有利に扱うことを制限するものであり、仲裁廷は、当事者に対する主張、立証の機会及びそれらの反論の機会を当事者に平等に与えなければならない。

仲裁法25条1項では、「仲裁手続においては、当事者は、平等に取り扱わなければならない」、また、同2項で「当事者は、事案について説明する十分な機会が与えられなければならない」としている。

当事者が仲裁手続について適当な通告を受けなかったこと、又は、その他の理由により主張、立証が不可能であったことは、仲裁判断の取消事由となる（仲裁法第44条1項3号及び4号）。

3. 仲裁廷の手続指揮と迅速な紛争解決

仲裁廷は、仲裁手続において広く裁量権限をもっており、当事者合意を前提に、仲裁廷が合理的と考える方法で手続を進行させることができる。但し、仲裁廷の権限は仲裁法の強行規定、当事者平等の原則を越えてはならない。

仲裁廷は、審理手続の指揮権を持ち、審理手続の進行を図る。当事者は、仲裁廷の指揮に服さな

ければならない。仲裁廷は、手続を不当に、不必要に遅らせることなく、また、公正かつ効率的な手続を進行させるために、迅速に審理手続の進行に努めなければならない。

仲裁廷は、迅速な解決を図るうえで、通常、当事者を交えて手続準備会合を開催して、

審理手続の予定を書面で作成する。これは、仲裁廷が行う審理手続の初期作業として重要な役割をもつ。多くの仲裁機関の仲裁規則には、仲裁廷に、審理手続の予定表の作成を義務づけている。

4. 審理手続の非公開原則

仲裁手続の非公開は仲裁のメリットに挙げられる。審理手続及び仲裁判断は、原則、非公開である。審問期日においては、当事者及びこれに準ずる者以外の者は出席できない。

非公開は、営業秘密に関する事件、社外には公開したくない事件においてその意義は大きい。日本の仲裁法には、非公開の規定は設けられていない。他国の仲裁法も殆どが非公開の規定を設けていない。

仲裁機関の仲裁規則には、通常、非公開、秘密性の規定が設けられている（例えばJCAA商事仲裁規則42条〔非公開・守秘義務〕）。当事者は、合意した仲裁規則の非公開、守秘義務規定に拘束されることになる。非公開、守秘義務の範囲は仲裁機関の仲裁規則により異なるが、通常、審問期日、提出された書面、証拠、審問記録、仲裁判断は、通常、裁判所の開示命令などの法律上の要請の場合を除き、仲裁廷及び当事者の同意がない限り開示することができない。しかし、非公開、守秘義務の規定を置いていない仲裁規則、また、審理手続は非公開としても、仲裁判断については、一定の条件の下で、公開することができる規定を置く仲裁規則もみられるので、そのような場合は、仲裁手続、仲裁判断の秘密性、非公開を当事者間で予め合意しておくべきである。

5. 仲裁地

仲裁地の決定については、当事者が合意により定めることができる。当事者の合意がないときは、仲裁廷が、当事者の利便その他の紛争に関する事情を考慮して、仲裁地を定めることになる。仲裁地が日本にある仲裁については、日本の仲裁法が適用される。

仲裁地（place of arbitration）は、物理的場所と法的な意味を含む場所の2つの概念をもつ。①物理的な場所（venue）とは、仲裁事件の審理を行う物理的な場所を意味する。②法的な意味を含む場所（place, 又はseat）とは、仲裁手続の準拠法の基準、また、仲裁判断の取消事由、執行拒絶事由の存否の判断要素を意味する。

仲裁地は、必ずしも、審理手続を行う場所を特定するものではなく、仲裁地以外の場所でも、審理を進めることができる。当事者の陳述、証人及び鑑定人の陳述の聴取などを行う審問会も、当事者合意に基づき、仲裁地以外の場所で行うことができる。

仲裁人、当事者が複数の国に所在するような仲裁では、審理や仲裁人会等を仲裁地のみで行うこととすると、審理の遅延、過大な費用の負担を招くことになるので、これを避けるために、例えば、仲裁廷の評議、また、仲裁廷と当事者を交えての準備会等は、仲裁地に集合することなく、電話会議、テレビ会議、また、最近では、口頭審問会や証人尋問もZoomやTeams等を利用したオンライン会議によりおこなわれている。

仲裁判断書には必要的記載事項として「仲裁地」が記載される。仲裁判断書に記載される仲裁地は法的意味を含む場所として記載される。仲裁手続の準拠法に関して、仲裁地は、どの国の仲裁法が適用されるかを決定する基準となる。仲裁判断が拘束力を有するに至ったか否かは、仲裁判断がされた仲裁地の国の法律により判断され、また、仲裁判断の取消訴訟の管轄裁判所は仲裁地の裁判所となるなど仲裁地の概念は重要な役割をもつ。

6. 仲裁言語

仲裁の言語は、当事者が合意によって定めることができるが、当事者間の合意がないときは、仲裁廷は、仲裁手続に使用される言語とその使用範囲を決定しなければならない。言語の使用範囲は、

通常、当事者が行う書面による陳述、通知、仲裁廷が行う書面による決定、仲裁判断、通知、また審問会における言語に及ぶ。

仲裁廷は、使用言語に書かれていない証拠書類等について、審理、判断に支障が生ずることを防止するために、それらの翻訳文を添付することを命ずることができる。仲裁においては、翻訳文を添付することは、裁判とは違って当事者の当然の義務ではなく、仲裁廷が証拠書類等の言語を理解できる場合には、翻訳文の添付を要求しないことも少なからずある。

7. 当事者の陳述の時間的制限

仲裁手続を円滑、迅速に進行させるため、当事者による陳述、証拠提出等の提出期限が設けられる。提出期限に関して、当事者間に合意がない場合は、仲裁廷がその提出期限を定める。申立人は、仲裁廷が定める期限内に、申立ての趣旨、申立ての根拠となる事実及び紛争の内容を陳述し、また、証拠を提出しなければならない。被申立人は、仲裁廷が定める期限内に、申立人が陳述した事項について、反論し、自己の主張を陳述、証拠を提出しなければならない。

機関仲裁では、通常、仲裁機関の仲裁規則において、仲裁手続の開始は、仲裁申立ての趣旨とその根拠を纏めた仲裁申立書の提出を前提としており、当事者に対して仲裁申立書を添えて仲裁申立の通知を行い、同時に、被申立人に対する答弁、反対申立てについては、その提出期限が当該規則に定められている。

8. 当事者の怠慢

仲裁手続を円滑に進めるためには全当事者が協力して手続を進めることが求められるが、一方当事者、通常、被申立人が非協力的で仲裁手続を拒否、無視する姿勢をとることがある。仲裁廷としては、このような状況の場合にどのような手続をとるべきかが問題となる。

当事者の怠慢による手続（default proceedings）において、申立人の怠慢による手続と被申立人の怠慢による手続が異なることに留意しなければならない。

(1) 申立人の怠慢

申立人が、仲裁申立てをしたにもかかわらず、仲裁廷が定めた期限内に、正当な理由がなく、申立ての紛争の根拠となる事実、紛争要点を陳述しない、審問期日にも出席しない場合は、仲裁廷は仲裁手続を終了させなければならない。申立人が、申立ての趣旨、事実を陳述しなく、審問期日に出席しない場合は、審理の対象が定まらず、手続を進めることができないため、仲裁手続を終了させることになる。日本仲裁法では、申立人が申立ての趣旨、申立ての根拠となる事実及び紛争の要点のいずれかの陳述をしないときは、仲裁廷は、仲裁手続を終了しなければならないとしている（同33条1項）

(2) 被申立人の怠慢

被申立人が、仲裁廷が定めた期限内に、自己の主張を陳述しないときは、仲裁廷は、被申立人の主張を認めたものとして取り扱うことなく、仲裁手続を進行させて審理を続行したうえで仲裁判断をしなければならない。被申立人の主張の懈怠に対しては、仲裁手続では、訴訟手続における「擬制自白」は認められていないことによる。

当事者の一方が、正当な理由なく、審問期日に出席せず、また、証拠等を提出しないときは、仲裁廷は、手続を進行し、審理終結して、その時までに提出された申立人の陳述及び証拠などに基づき仲裁判断をすることができる（同33条2項）。一方当事者の主張の懈怠による懈怠仲裁判断（default award）は有効な仲裁判断となる。

中国における紛争解決の基本と実務(10)

株主代表訴訟と仲裁条項の適用

中国律師、外国法事務弁護士(中倫律師事務所東京オフィス)
孫 彦 Yan SUN

Ⅰ. はじめに

「株主代表訴訟」とは、会社の正当な権益が侵害を受けたにもかかわらず、会社が侵害者の責任追及を怠った、又は拒絶した場合に、株主が会社の利益のために自己の名義をもって、会社に代わり侵害者に対して訴訟を提起できる制度をいう。中国では、「株主派生訴訟」とも呼ばれる。

今回は、中国の「株主代表訴訟」に関する制度を解説する。また、会社が当事者となる契約書に仲裁条項がある場合の「株主代表訴訟」への影響も紹介する。

1. トラブルの増加

近年、中国では、次のようなトラブルが増加傾向にあり、またコロナの影響も受け、これらトラブルの発生数は更に加速している。

①合弁企業の経営期間満了に伴う各種トラブル(期間延長や解散・清算等)

②コンプライアンスの強化に伴う不正調査にかかわるトラブル

③プライベート・エクイティ(PE)とベンチャー・キャピタル(VC)によるテクノロジー・メディア・通信(TMT)業界への投資に関するトラブル

なお、これらのトラブルの当事者は、会社(投資先企業又は合弁企業)、会社の出資者(株主)、並びに会社の董事、監事及び高級管理職であるものが多い。

2. 問題の所在

前記1のトラブルにおいて、侵害者が会社の支配株主や支配株主が指名又は任命した董事、監事、高級管理職である場合は、会社が当事者間の利害関係(特に大株主と会社の関係)を考慮するため、侵害者を相手取って訴訟や仲裁を起こし、その責任を追及する可能性は低い。

これは少数株主にとって不利な状況になる。そのため、少数株主がこのような問題を解決し、会社の利益及び間接的に自己の利益を保護するため、会社の代わりに「株主代表訴訟」を起こすケースが少なからず見受けられる。

また、筆者の経験から、合弁企業の株主会又は董事会がデッドロックに陥る、又は合弁企業の法定代表者や印鑑が中国側にコントロールされていると、出資比率の多少に係わらず、事実上合弁企業が正常に機能せず、訴訟や仲裁の手続を行いたくともできない状態となる。そのような場合に外国投資家が積極的に検討する問題解決の方法が、「株主代表訴訟」である。

Ⅱ. 株主代表訴訟制度

1. 法律根拠

中国では、2005年の「会社法」改正時[1]に、コーポレートガバナンス制度の強化の一環として、「株主代表訴訟」の制度が正式導入された。導入の背景には、会社不祥事や支配株主の権利濫用により

損害を被った少数株主による提訴事件が相次いだことがある。

その後、最高人民法院は、2017年8月25日に「『会社法』適用の若干問題に関する規定（四）」（以下「会社法司法解釈（四）」という）を公布し、「株主代表訴訟」の当事者、利益の帰属及び費用負担等の細かなルールを明記した。具体的には、下表の条文を参照されたい。

「会社法」第149条、第151条	第149条（賠償責任） 董事、監事、高級管理職が会社の職務を執行するときに、法律、行政法規又は会社定款の定めに違反し、会社に損害を与えた場合、賠償責任を負わなければならない。
	第151条（株主代表訴訟） 董事、高級管理職に、本法第149条に定める事由がある場合、有限責任会社の株主、連続180日以上単独で又は合計で会社の1%以上の株式を保有する株式会社の株主は、書面により監事会又は監事会を設けない有限責任会社の監事に、人民法院への訴訟の提起を請求することができる。監事に本法第149条に定める事由がある場合、上記株主は、書面により董事会又は董事会を設けない有限責任会社の執行董事に、人民法院への訴訟の提起を請求することができる。 監事会、監事会を設けない有限責任会社の監事、又は董事会、執行董事が前項に定める株主の書面による請求を受領し、訴訟の提起を拒否する場合、又は請求を受領した日から30日以内に訴訟を提起しない場合、又は情況が緊急であり、直ちに訴訟を提起しなければ会社の利益に回復しがたい損害をもたらしうる場合、前項に定める株主は会社の利益のため、自己の名義により人民法院に直接訴訟を提起する権利を有する。 他人が会社の適法な権益を侵害し、会社に損失をもたらした場合、本条第1項に定める株主は、前2項の規定に基づき、人民法院に訴訟を提起することができる。

「会社法司法解釈（四）」第24条、第25条及び第26条	第24条（株主代表訴訟における訴訟当事者） 会社法第151条第1項に定める条件に合致する株主が、会社法第151条第2項、第3項の規定に基づき、董事、監事、高級管理職又は他人に対して直接訴訟を提起した場合、会社を第三者として訴訟に参加させなければならない。 一審の法廷弁論終結前に、会社法第151条第1項に定める条件に合致するその他の株主が、同一の訴訟請求により訴訟への参加を申し立てた場合、共同原告としなければならない。
	第25条（株主代表訴訟における勝訴の利益） 株主が会社法第151条第2項、第3項の規定に基づき直接訴訟を提起した事件における勝訴の利益は会社に帰属する。株主が被告に対し、直接株主に民事責任を負うよう請求した場合、人民法院はこれを支持しない。
	第26条（株主代表訴訟における費用負担） 株主が会社法第151条第2項、第3項の規定に基づき直接訴訟を提起した事件で、その訴訟請求の一部又は全部について人民法院の支持を得た場合、会社は、株主が訴訟への参加により支払った合理的な費用を負担しなければならない。

2. 訴訟当事者

「株主代表訴訟」における当事者は、前記1の法律根拠に基づき、以下のとおりとなる。

①原告：会社の株主

株式会社の場合、原告となれる会社の株主は、連続180日以上単独又は合計で、1％以上の会社の株式を保有する株主に限定されている。一方、有限責任会社の場合は、出資比率や出資持分の保有期間に関する制限規定はない。

②被告：会社の董事、監事、高級管理職、又は第三者（会社の株主や実質支配者を含む）

③第三者：会社

会社は第三者として株主代表訴訟に参加しなければならない。

1）中国の現行の「会社法」は、1993年12月に制定されたもので、その後、1999年及び2004年に一部改正、2005年に全面改正、2013年及び2018年に一部改正が行われてきた。また、2021年12月24日、第13期全国人民代表大会常務委員会第32回会議は、「中華人民共和国会社法（改正草案）」を公布し、2022年1月22日まで意見募集を行った。現在も、「会社法」の改正作業は継続中である。

3. 要件事実

株主は、株主代表訴訟の要件事実として、次に掲げることを主張し立証する必要がある。

①董事、監事、高級管理職が会社の職務を執行するときに、法律、行政法規又は会社定款の定めに違反し、会社に損害を与えたこと、又は、

②第三者が法律、行政法規又は会社との契約に違反し、会社に損害を与えたこと、

③上記①又は②にかかわらず、会社が董事、監事、高級管理職又は第三者の責任を追及することを怠った又は拒絶したこと

4. 前置手続

一方、上記3の要件事実が存在する場合でも、訴訟提起の前提条件として、次に掲げることが求められるため、原則として株主が直ちに「株主代表訴訟」を提起することは認められない。

①董事、高級管理職又は第三者が会社の権益を侵害した場合、株主が書面により監事会又は監事会を設けない有限責任会社の監事に、人民法院への訴訟の提起を請求すること。

②監事が会社の権益を侵害した場合、株主が書面により董事会又は董事会を設けない有限責任会社の執行董事に、人民法院への訴訟の提起を請求すること。

上記前提条件があり、かつ監事会、監事会を設けない有限責任会社の監事、又は董事会、執行董事が、株主からの書面による請求を受領後、訴訟の提起を拒否する、又は請求受領日から30日以内に訴訟を提起しない場合に限り、株主は、会社の利益のため、自己の名義により人民法院に「株主代表訴訟」を提起することができる。

なお、例外として、情況が緊急であり、直ちに訴訟を提起しなければ会社の利益に回復しがたい損害をもたらしうる場合、株主は、上記書面による請求手続を経ずに、直接「株主代表訴訟」を提起することができる。但し、かかる場合の立証責任は株主が負い、かつ例外への該当性を証明し得る充分な証拠を提出しなければ、提訴が却下される可能性が大きいといわれている。

Ⅲ．仲裁条項の適用

「株主代表訴訟」においては、会社と被告との間で契約書が存在し、且つかかる契約書に紛争を仲裁にて解決することを定めている（即ち、仲裁条項が存在する）ケースが少なからず見受けられる。この場合、株主が、当該仲裁条項を適用するか否かが実務上よく問題になる。具体的には、株主が仲裁条項を無視し、「会社法」第151条に基づき「株主代表訴訟」を提起することが可能かという問題や、株主とは即ち会社の代表である、ということから、会社と同様に、仲裁条項を優先して適用し、あくまでも仲裁にて紛争解決をしなければならないのか、という問題である。

中国の現行法上に、この点に関する明確な法律根拠はない。実務上は、地方によって、人民法院や仲裁委員会の意見が分かれており、株主は契約の当事者ではないため、会社が当事者である契約書に定める仲裁条項が株主に対し当然に適用されるものではないという意見もあるし、株主とは会社の利益のためにあり、会社の代表であることから、会社が当事者である契約書に定める仲裁条項は株主にも等しく適用されるべきであるという意見もある。

1. 仲裁条項が株主に適用された例

会社が当事者である契約書に定める仲裁条項は、株主にも適用される。即ち、株主は先ず仲裁条項に基づき「株主代表仲裁」を申し立てるべきという考えである。現況、中国の実務上は、この意見が主流である。

深圳市中級人民法院の「株主代表訴訟案件の審理に関する裁判ガイドライン」第3条は、「会社と他人との間で書面による仲裁合意があり、株主が仲裁合意に定める仲裁事項について他人に対して『株主代表訴訟』を提起する場合、人民法院はこれを受理しない」と明記している。また、同法院は、「他人と会社との間の契約紛争について、会社自らが提訴することと株主が代表して提訴することは事実上同じである。『株主代表訴訟』において、仲裁合意の適用が除外されると、公平を保

てないおそれがあり、会社が『株主代表訴訟』制度を悪用して、手続上の不当な利益を図ることも考えられる」との意見を示している。

また、上海市宝山区人民法院も、ごく最近の案件（〔2022〕沪0113民初611号）で、同様の意見を示している。

本件は、株主が会社と第三者との間で締結された「増資引受契約」を根拠として、「株主代表訴訟」を提起し、第三者に対し損害賠償等を請求した事件である。

同院は、本件にかかる「増資引受契約」には仲裁条項が定められており、当該仲裁条項は株主にも適用されるべきと判断し、「株主代表訴訟」を却下した。

このような意見は、「（2015）深中法商終字第2106号」「（2016）粤民終468号」「（2019）鄂民辖終150号」「（2021）粤19民終5102号」等の裁定書にも示されている。

なお、上記の意見は、現在行われている「仲裁法」の改正作業にも反映されている。2021年7月30日に、司法部より公布された「仲裁法（改正）（意見募集稿）」第25条は、「会社の株主、パートナシップ企業の有限責任パートナーが、法律の規定に基づき、自己の名義で会社・パートナシップ企業を代表し、相手方当事者に権利を主張する場合、当該会社、パートナシップ企業が相手方当事者と締結した仲裁合意は、それに対して有効である。」と定めており、「株主代表仲裁」の考えが取り入れられている。

2. 仲裁条項が株主に適用されなかった例

一方、前記1の主流意見とは真逆の意見も散見される。

以下は、西安市中級人民法院が「（2019）陝01民特6号民事裁定書」にて、西安仲裁委員会の仲裁判断「西仲裁字（2017）第2000号仲裁判断書」を取り消したものである。同院は、本件において株主と被告間に契約関係はなく、株主が「会社法」第151条に基づき「株主代表訴訟」を提起することに問題はないと判断している。

事件名	陝西硒穀産業発展有限公司による仲裁判断取消申立事件
裁定書番号	（2019）陝01民特6号
裁定年月日	2019年7月25日
人民法院	陝西省西安市中級人民法院
当事者	申立人：陝西硒穀産業発展有限公司（以下、「A社」という。） 被申立人：陳氏、朱氏
案件概要	✓陝西省に所在するA社は、B社とC社の共同出資により設立された。 ✓B社はA社への現物出資として、同社保有の採鉱権を含む資産をA社に譲渡した。その際、採鉱権譲渡手続の一環としてA社と「採鉱権譲渡契約」を締結したが、当該契約には、仲裁条項が含まれていた。 ✓B社の株主である陳氏と朱氏は、同契約の締結によりB社の合法的権益が侵害されたとして、西安仲裁委員会に仲裁を申し立て、同契約の無効の確認及び採鉱権の返還を求めた。 ✓西安仲裁委員会は「西仲裁字（2017）第2000号仲裁判断書」にて、当該契約は無効であると認定し、A社は採鉱権をB社に返還すべきと判断した。 ✓A社は上記仲裁判断を不服として、西安市中級人民法院に仲裁判断の取消しを申し立てた。 ✓また、調査によると、陝西省安康市当局の2011年の行政処罰決定に基づき、朱氏はB社の株主ではないことが判明した。
裁定要旨	✓B社とA社が締結した本件「採鉱権譲渡契約」には仲裁条項が定められており、当該仲裁条項は契約の当事者のみに拘束力を有する。 ✓B社の株主である陳氏は、A社と契約関係はなく、当然に仲裁条項もない。そのため本件は、「仲裁法」第58条1項に定める仲裁判断の取消事由に該当する。 ✓本件は株主代表訴訟である。「会社法」第151条第3項の規定に基づき、株主代表訴訟は、人民法院が管轄すべきである。 ✓陳氏は株主代表訴訟を提起したのであり、仲裁の申立てにはあたらない。また、陳氏による仲裁申立ては法律根拠に欠ける行為である。 ✓更に、本件は、「仲裁判断の事項が仲裁条項の範囲に含まれていない、又は仲裁委員会が仲裁を行う権限がない」という仲裁判断の取消事由にも該当する。 ✓以上より、西安市中級法院は、西安仲裁委員会の仲裁判断を取り消した。

また、仲裁委員会と人民法院で意見が分かれ、当事者が板挟み状態に置かれた例もある。

佛山仲裁委員会は「(2016) 粤民終468号民事裁定書」で、会社と被告間の仲裁条項は株主には適用されないとして、「株主代表仲裁」を受理しないと判断したが、佛山市中級人民法院と広東省高級人民法院が、会社と被告間の仲裁条項は株主にも適用されると判断して「株主代表訴訟」を却下したのがそれである。

3. 契約上の問題ではないとされた例

少数事例であるが、「株主代表訴訟」は権利侵害訴訟であり、契約紛争ではないとし、会社と第三者の契約書にある仲裁条項は適用されないと主張し、人民法院の支持を得たケースもある。「(2020) 雲民轄終98号民事裁定書」に係る案件がその例であり、本件では株主側のかかる主張が雲南省高級人民法院に認められた。

Ⅳ. おわりに

「株主代表訴訟」と仲裁条項の衝突問題については、作業中の「仲裁法」の改正にて、「株主代表仲裁」を正式に認めるという方向にあることから、いずれ解決すると見られている。しかし、改正「仲裁法」の公布時期は不明である。

現行の混乱が続く間は、「株主代表訴訟」を提起する前に、まず対象会社と被告との契約書に仲裁条項があるかないかを確認し、仲裁条項がある場合は、管轄権を有しうる人民法院と仲裁機関のそれぞれの管轄権の有無に関する情報等を収集し、その上で、「株主代表訴訟」を提起するのか、それとも直接仲裁を申し立てるのか検討が必要であろう。

紛争を効率的に解決するためには、専門家と共に段階を踏んで検討し、戦略を練ることが肝要である。

投資協定仲裁判断例研究（153）

旧協定の有効期間中の被申立国の作為・不作為に起因する紛争を新協定の下で仲裁に付託できないとした事例

西村あさひ法律事務所　イングランド法弁護士
前田基寛[1] Motohiro Maeda

申 立 人：LSF-KEB Holdings SCA、LSF SLF Holdings SCA、HL Holdings SCA、Kukdong Holdings I SCA、Kukdong Holdings II SCA、Star Holdings SCA、Lone Star Capital Management SPRL（以上ベルギー）、Lone Star Capital Investments S.à.r.L.（ルクセンブルグ）
被申立国：大韓民国
事件番号：ICSID Case No. ARB/12/37
仲裁廷判断：2022年8月30日
仲 裁 廷：Ian Binnie（長・加）、Charles N. Brower（申立人選任・米）、Brigitte Stern（被申立国選任・仏）
出　　典：https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170701.pdf

管轄に関する本判断のポイント

・保護される投資財産の範囲を限定している投資協定の解釈に当たっては、限定する意図で挿入されている文言は制限的に解釈される。
・問題視された措置が取られた時点で投資家の資産が投資協定により保護されていなかった場合、後に同じ締約国の間で発効した新しい投資協定の下で当該措置にかかる紛争を仲裁に付託することは、そのような付託を明示的に許可する文言が新協定にない限り不可能である。
・ひとつひとつが単体で不法と認定しうる、新しい投資協定の発効前後の一連の作為・不作為を集めても、全体として当該新協定の違反と認定されうるような複合行為や継続行為は構成されない。

Ⅰ．はじめに

本件投資仲裁は、米投資ファンドの韓国への投資及びその撤退に対する韓国当局の作為・不作為に起因する案件である。申立人は、韓国とベルギー・ルクセンブルグ経済連合の間の1976年発効の投資協定（以下「1976年協定」又は「旧協定」という）及び2011年発効の投資協定（以下「2011年協定」又は「新協定」という）の下で保護された権利が、被申立国当局の2005年から2012年の作為・不作為により侵害されたと主張し［para. 1］、損害額及び利息に加え将来的に賠償額に対し課されうる課税額を請求した（請求総額は約47億米ドル）［para. 12］。

申立人は主に、①LSF-KEBが所有していた韓国外換銀行（以下「KEB」という）株式のHSBC

1）日本未登録。本稿は個人の見解であって、所属組織の意見を反映するものではない。

（香港上海銀行）への譲渡が韓国金融委員会（以下「金融委員会」という）に阻害され、②韓国のハナグループ（以下「ハナ」という）への同株式の売却に際しては金融委員会が取得対価の減額を強要した、③申立人が株式等の売却により得た利益や配当金などに対する撤退後の韓国国税庁（以下「国税庁」という）による課税措置が、韓国とベルギーの間の二重課税防止条約（以下「韓白租税条約」という）に違反する形で行われた、と主張した。

被申立国は、時的管轄の欠如、課税措置に起因する紛争についての当事者適格の欠如、韓白租税条約上の仲裁付託合意の欠如等の抗弁を行い、投資協定上の責任も否定した。

本稿では、管轄にかかる仲裁廷の判断を考察し、次稿では、被申立国の2011年協定違反の有無及び当事者間の責任分配にかかる判断を考察する。

Ⅱ．当事者

申立人は、米国テキサス州に拠点を置くローン・スター・ファンド（以下「ローンスター」という）の関連事業体であるベルギーの7法人及びルクセンブルグの1法人である［paras 4-5, 115-116］。申立人は金融、不動産及び建築業に従事する韓国企業の株式を取得し、仲裁付託前に既に第三者に株式を譲渡していた。

被申立国は大韓民国である。

Ⅲ．事実概要

1. KEB株式の取得及び売却に関連する韓国当局の措置及び国内裁判所の判決

KEB株式の取得：LSF-KEBは2003年10月にKEB株式51％を取得した［paras 150-151］。当時、外国法人による韓国銀行株式の取得には制限があり、「特段の事情」がある場合を除き、本国において銀行や金融持株会社である外国法人のみが韓国銀行の総議決権の10％超を所得することができた。「特段の事情」の一例として、所得対象の銀行が債務超過の状態や再建を要する緊急状態にあることが挙げられていた［para. 156］。LSF-KEBは韓国銀行株式取得の要件を充たしていなかったが、KEBの緊急状態を理由に10％超の取得への許可を金融委員会に申請した。KEBは、自己資本比率が規制上求められる8％を下回るとの予測を当局に通告し、金融委員会は、この予測に基づき緊急状態を認定、2003年9月26日、LSF-KEBによる株式取得を許可した［para. 160］。

外換カード社の救済：KEBが50％超を保有していた外換カード社は、LSF-KEBによるKEB株式取得の段階で既に深刻な流動性不足に直面していた［para. 166］。LSF-KEBは、外換カード社を救済する過程で、同社株式の25%を保有していた少数株主Olympus Capitalに対し、KEBが外換カード社に対する資金注入を予定しておらず、同社の破綻を甘受する覚悟を有している旨を告げた［para. 174］。その後、Olympus Capitalは、外換カード社の株式を市場価格でKEBへ譲渡することに合意したが、既に外換カード社の倒産危機が広く知られていたため、同社株式の市場価格は暴落していた［para. 175］。

LSF-KEBへの検査開始：2006年初頭より、LSF-KEBはKEB株式の売却先の選定を開始、同時期に韓国当局がKEB株式及び外換カード社株式取得に関し捜査を開始した。

- 監査院は、KEBが意図的に資産を低く査定しそれをもとに株式売却価格を計算、同時にローンスターが財務省金融政策局長に違法に働きかけて金融委員会の許可を得られるようにした、と認定した（以下「虚偽予測疑惑」という）。金融委員会に対しても、同疑惑に関し進行中の刑事訴訟に鑑み、2003年許可の取消しを検討すべきと勧告した［para. 201］。
- 2003年のKEB株式取得に関し、ローンスター、その弁護士及び財務省金融政策局長に対し収賄罪で刑事訴訟が開始された。金融政策局長は無罪とされたが、KEBの頭取が有罪となった［paras 162-164］。
- LSF-KEB及びKEBの幹部などが外換カード株式の株価を操作したとして起訴された（以下「株価操作疑惑」という）［para. 176］。2008年6月

に高等法院が原審の有罪判決を覆すが、後にも記すように、2011年3月11日に大法院は差戻しを決定し［para. 235］、同年10月6日にはソウル高等法院が有罪判決を下した［para. 239］。ローンスター側は上告しないことを決定した［para. 240］。

HSBCへのKEB株式譲渡計画：HSBCはLSF-KEBと2007年9月3日にKEB株式の譲渡契約を結んだ［para. 216］。同日、金融委員会は、虚偽予測疑惑及び株価操作疑惑にかかる刑事訴訟が進行中であり、これらにかかる法的不確実性が解決されるまではKEB株式譲渡の審査を開始できないと発表した［para. 217］。ローンスターは、2008年7月に、許可が下りなければKEB株式を市場で売却し国際仲裁に提訴する旨を金融委員会に通告した［para. 226］。同月に金融委員会は、HSBCの承認申請の審査においては法的不確実性の解消の程度を考慮すると述べ［para. 227］、審査終了の期日につき明言を拒み続けた［para. 228］。別途取得対価の見直しを求めていたHSBCは、世界経済の悪化を理由に、2008年9月18日に譲渡契約を終了させた［para. 229］。ローンスターは2009年2月にも投資仲裁を申し立てる旨を書簡にて金融委員会に通知した［para. 231］。

ハナへのKEB株式譲渡：2010年11月25日、ハナはLSF-KEBからKEB株式を総額42億米ドルで取得することに合意し、同年12月に金融委員会に承認を申請した［para. 233］。翌2011年3月16日の委員会会合において本件審査が付議される予定であったが、3月10日に大法院が株価操作疑惑に関し差戻しを決定、この判決を受け、金融委員会は3月16日の会合において、LSF-KEBの「売主」としての適性の解決の必要性を確認し、承認を延期した［paras 234-236］。（2011年協定はこの会合の11日後、3月27日に発効した［para. 1（b）］。）7月8日にハナとLSF-KEBは譲渡契約を6カ月延長し、また、KEB株式の市場価格の下落を反映するために取得対価を総額約41億米ドルに減額した［paras 238, 574］。10月6日に高等法院は株価操作疑惑に関し有罪判決を出し、10月12日、ローンスターは上告の意思がないことを発表した［para. 240］。金融委員会は、10%を超える議決権を行使することを禁止する遵守命令を下し、次いで、6カ月間の猶予期間を設けたうえでLSF-KEBに10%を超える株式保有分の売却を命令した［paras 241-242］。12月3日にハナとLSF-KEBは株式譲渡契約を改正、取得対価を総額約37億米ドルに減額することで合意した［para. 244］。ハナは新契約の承認申請を12月5日に提出、2012年1月27日に金融委員会の承認が下りた［paras 244-245］[2)]。

2. ローンスターに対する課税措置

韓国国税庁は、①Star Holdings SCAによる不動産会社の株式の譲渡（2004年）、②Kukdong Holding I SCA、Kukdong Holdings II SCA、LSF-SLF Holdings SCA及びHL Holdings SCAによる所有株式の譲渡（2007年）、③LSF-KEBによるKEB株式13.6%の市場での売却（2007年）及び④2012年の同銀行株式のハナへの譲渡の際の譲渡収益、並びに⑤2004年から2007年に申立人が投資対象の韓国企業から受け取った配当及び⑥2008年から2011年にLSF-KEBがKEBから受け取った配当のそれぞれに課税した［para. 430］。LSF-KEBを除いては、申立人ではなくそれらに資金を注入する米国やバミューダの有限責任組合に対して課税がなされた[3)]。

Ⅳ. 判断要旨

1. 1976年協定下の管轄

（a）1976年協定下で保護される投資財産

1976年協定1条1項は、「一方当事国の自然人や法人に直接又は間接的に帰属する、全ての現存又

2）仲裁廷は、金融委員会が自己の政治的理由を追及するという不当な理由で譲渡の承認を遅延し、ハナを通じてローンスター側に取得対価の減額に応じるよう圧力をかけたと認定し、被申立国の責任を認めた。この部分に関する事実概要については次稿で補足する。

3）仲裁廷の管轄判断に基づき、措置④及び⑥が管轄内とされたため、これら2つの措置を次稿で解説する。

は将来の投資財産、物品、権利及び利益（investments, goods, rights and interests）は、他方の当事国の領域内で公正かつ衡平な待遇を受ける。」と規定する。「投資財産」（investments）」は3条1項 に「agriculture, industry, mining, forestry, communications and tourism」分野の企業（enterprise）に投資又は再投資された、直接又は間接的な資金その他の財産の拠出、と定義されている。

「industry」という単語を他の5種の分野との文脈で解すると、どの分野にも当てはまらない残りの全ての産業を広く含むと解釈することはできない［para. 289］。3条1項が保護しない分野での権利及び利益を1条1項の「権利及び利益」として解釈することは、3条1項の効力をはく奪するものであり、申立人の取得した株式がそれらに当たるとは解釈できない［para. 282］。

(b) 新旧両投資協定の継続性

2011年協定12条4項は、同協定の発効と共に1976年協定が終了され、新協定に取って代わられると規定し、11条は、1976年協定の下で既に紛争解決手段に付託されている紛争については引き続き旧協定が適用されることを確認する。仲裁廷は、12条4項は旧協定下で存在しなかった保護や紛争を遡及的に作り出すものではない［para. 283］。

以上の理由から、新協定が発効した2011年3月27日以前の被申立国の作為・不作為につき、1976年協定の下で仲裁廷は管轄権を有しない［para. 291］。

2. 2011年協定下の管轄

被申立国は、申立人の請求は2011年協定発効以前に既に確定した紛争に関するものであり、また、同協定発効以前の被申立国の作為・不作為を協定違反として追及することはできない、として、2011年協定下での管轄も否定する主張を行った［para. 306］。新協定下での管轄にかかる主な争点は、①紛争が2011年3月27日以前に既に確定していたか否か、②2011年3月以前の作為・不作為は、同日以後の作為・不作為と一体のものとして2011年協定発効違反ととらえうるか否か、である。

(a) 紛争確定の時期

2008年及び2009年のローンスターから被申立国への書簡が、2011年協定以前に紛争が存在したことを証明する、という被申立国の議論は理解するが、同協定発効以前の紛争の存在が、2011年3月以降に起こったハナへの譲渡計画にかかる管轄権をも否定するわけではない［para. 321］。

(b) 新協定発効以前の作為・不作為の意義

申立人は2011年協定発効前後の作為・不作為が全体として複合行為（composite act）、あるいは新条約発効後も継続している行為（“continuing” act）として新協定の下で判断可能であると主張した［para. 323］。

申立人はまず国家責任条文15条1項に依拠し（次章で別途考察）、被申立国の作為・不作為が全体として韓国当局によるローンスターに対してのハラスメント、脅迫や懲罰的行為を構成する複合行為であると主張した［para. 328］。被申立国は、それぞれの作為・不作為が単体で違反を構成しうるという申立人の主張と複合行為の主張は相いれず、またハラスメントが証明できたとしても、2011年協定違反を構成するものではないと反論した［para. 329］。継続行為に関しては、申立人は国家責任条文14条に依拠し（次章で別途考察）、LSF-KEBのKEB株式売却計画に対し一貫して承認を行わず行政上の障壁を作り出したことが、継続的な性質を有するものだと主張した［para. 332］。これに対し被申立国は、申立人は違反を構成する継続行為と継続的な効果を有する行為を混合しており、いずれにせよ、紛争は2011年3月27日以前に既に確定していた（crystallised）と反論した［para. 335］。

複合行為の主張に関しては、申立人が抗議する作為·不作為は同種の行為の繰り返し（repetitive）であり、全体として別個で独自の性質（separate and distinct）を有する行為となったわけではない［paras 354-355］。継続行為の主張については、本件におけるそれぞれの作為・不作為は別個の行為ととらえられるべきである［paras 356-358］。

3. 課税措置にかかる管轄

被申立国は課税措置に関する仲裁廷の管轄を否定する主張を行い、その理由として、①課税措置は、LSF-KEBに対するものを除き、申立人ではなくそれを所有する米やバミューダの有限責任組合であり、新協定の保護を受けない法人であること、②当該課税措置による申立人自身の投資への損害が立論されていないこと、③課税措置が取られた際には既に資産を売却済みであり、韓国に投資を有していなかったこと、などを挙げた［para. 363］。

（多数意見）責任論の前段階として当事者適格の問題を議論するにあたり、米やバミューダの有限責任組合への課税が合法なものであったか否かがそもそも紛争の核となる点であり、被申立国がベルギー法人ではなくその所有者に対し課税したことが正しかったと推測すべきではない［para. 366］。また、LSF-KEBが課税問題の解決前に韓国内の資産を処分できたことは2011年協定上の当事者適格を損なうものではなく［para. 370］、課税措置が取られた時点で既に韓国から退却していたことは申立人の当事者適格をはく奪するものではない［paras 366-370］。結論として、LSF-KEBだけではなく申立人全般につき、課税された投資財産の法的所有者である限りにおいて当事者適格を有する［para. 372（g）］。

Ⅴ．解　説

1. 1976年協定の解釈

本仲裁廷は、一定範囲内の投資財産のみを保護することを意図する1976年協定の解釈を求められた。現行の投資協定や投資章を含む条約は、「投資財産」を幅広く定義しており、特定の財産がそのような条約で保護される財産に当たるか否かという解釈上の議論は生じにくいと思われる。しかし、特定の産業分野や特定の権利に関して投資協定上の義務の適用を除外する例はあり[4]、本判断は、そのような文言をどう解釈すればよいかという論点を提起する。

1976年協定3条1項に関し本仲裁廷は、*ejusdem generis*（同種文言の原則）及び*expressio unius est exclusio alterius*（ある事柄に言及するということは他の全てを除外することを意味する）という格言に基づく原則に依拠し、「industry」の意味は他の5種の分野との文脈で理解されるべきだと述べた。*expressio unius est exclusio alterius*に則ると、明記された6種の分野に含まれない分野への投資が保護の対象とならないという解釈が引き出され、また*ejusdem generis*は、industryが「産業」一般ではなく、他の5種の分野と同じく特定の分野を指し示すとする解釈の基礎となりうる。従って、両原則共に、「industry」が何を含まないかという議論に指標を与えうるが、この単語が何を含有するかを決定する指標とはならないと考えられる。実際、仲裁廷も被申立国も、industryが何を意味するか明確に示しておらず、「金融や不動産分野など申立人が投資した分野を含まない」とするに留まった。

同じ6種の分野への投資のみを保護するベルギー・ルクセンブルグ経済連合とエジプトとの投資協定下で付託された*Jan de Nul v. Egypt*事件では、スエズ運河の浚渫が英語の「communications」に含まれるか否かが焦点となった。被申立国は「communications」が情報の交換（exchange of information）を意味し、浚渫工事を含まないと主張したのに対し、申立人は、被申立国が依拠した辞書はこの文言を浚渫工事を含みうるように定義していると主張し、仲裁廷は被申立国の主張を退

4）*Global Telecom v Canada*事件では、「social services …; services in any other sector; government securities …」への投資に対しカナダが内国民待遇を与えないことを規定したカナダとエジプトの間の投資協定（1997年発効）の下で、携帯電話キャリアに対し内国民待遇が適用されるか否かにつき仲裁人の意見が分かれた。多数派は、services in any other sectorが並列されている他の分野との文脈で理解すべきとしながら、携帯電話のサービスを提供することは同文言に含まれるとして、申立人の投資に内国民待遇義務が適用されないとした。*Global Telecom Holding* S.A.E. v. *Canada*, ICSID Case No. ARB/16/16, Award, 27 March 2020. 清水茉莉「投資協定仲裁判断例研究（131）」JCAジャーナル68巻4号（2021年）23頁。

けた[5)]。ある単語が広くも狭くも解釈しうるときに広義の解釈を採用しうる根拠は示されていない。

1条1項については、仲裁廷は、「権利」を「投資財産」とは別個の概念と解釈することは保護すべき投資財産を限定していることの意義を失わせるものだとするが、これもまた、文言解釈のみから得られる結論であるかは疑問の余地が残る。被申立国は、「権利」が保護される「投資財産」に関連するものに限定されると主張し、仲裁廷もこれに同意したと思われるが、その制限的な解釈の根拠は明らかにされていない。これに対し、例えば4条1項 は「the investments or goods, rights, and interests, connected with such investment」（下線筆者）に関して資本移転の自由を確保しており、この文言にはrightsやinterestsがinvestmentに関するものと限定する必要があることを明示的に示そうという当事国の意図を読み取ることが可能である。

2. 複合行為と継続行為

申立人は、2011年3月以前の作為・不作為に関する被申立国の責任を2011年協定の下で追及する手段として、同月以前と以後の複数の作為・不作為が全体として「複合行為」又は「継続行為」を構成すると主張した。複合行為や継続行為は、本件のように依拠する投資協定の発効前から一連の作為・不作為が始まっている場合や、請求を付託できる期間が投資協定で定められているときに申立人がよく主張する。そのような行為が認められれば、協定発効以前の作為・不作為や既に申立ての期限を過ぎている作為・不作為についても違反を追及することが可能になる、というのがその理由である。

複合行為：国連国際法委員会起草の「国際違法行為に対する国家の責任に関する条文」（以下「国家責任条文」という）は[6)]、15条1項で「他の作為又は不作為を伴って、作為又は不作為が違法行為を構成するのに十分な場合、集合体が不法と定義される一連の作為又は不作為を通して、国家の国際義務違反は生じる。」と定める。複合行為による違反が認定される場合、15条2項が定めるとおり、「違反は、一連の最初の作為又は不作為に始まり、これらの作為又は不作為が国際義務に違反する状態が繰り返され、且つ存続している最後までにわたり、生じる。」従って、複合行為の存在が証明されれば、2011年協定発効後に同協定の違反が生じ、HSBCとの契約下の取得対価約60億米ドルとハナが最終的に支払った取得対価約37億米ドルとの差額がLSF-KEBが被った損害である、とする申立てに関し管轄が認められる可能性があった。

各々の作為・不作為は必ずしも国際法違反を構成する必要はないが[7)]、複合行為と同じ国際法違反を単体で構成してはならない[8)]。作為・不作為が只の繰り返しではなく、全体で見た際に個々の作為・不作為とは異なる性質の行為と昇華することが、複合行為の条件であり、そのように昇華させる要因は、一連の作為・不作為の基礎となる体系的な政策（systemic policy）や、そのような政策から導き出されるような、ある結果をもたらそうとする意図や意思である。従って、投資仲裁廷は一般に、それぞれの作為・不作為を結びつける一定のパターンや目的が必要と判断する[9)]。

本仲裁廷は、申立人が問題視する事実の寄せ集め（a cluster of facts）により法的に性質の違う

5）*Jan de Nul N.V and Dredging International N.V.* v. *Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006, paras 98-104。山本晋平「投資協定仲裁判断例研究（5）」JCAジャーナル57巻2号（2010）8頁。

6）本件では申立人及び被申立国の双方が国家責任条文の14条及び15条に依拠して立論をしており、これらの条文の本件紛争への適用可能性につき議論がなされた形跡は仲裁判断には見受けられない。

7）*PAO Tatneft* v. *Ukraine*, PCA Case No. 2008-8, Award on the Merits, 29 July 2014, para. 462; *The Rompetrol Group N.V.* v. *Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Award 6 May 2013, para. 271. 石戸信平「投資協定仲裁判断例研究（61）」JCAジャーナル61巻10号（2014年）46頁。

8）*Infinito Gold* v. *Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/14/5, Award, 3 June 2021, para. 230.

9）*The Rompetrol Group N.V.* v. *Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Award 6 May 2013, para. 271.

別個の協定違反が生じたとはいえないとして、複合行為の存在を認めなかった。特に本仲裁廷は、申立人が抗議する2011年以降の作為・不作為は過去の同種の措置の繰り返しであり、全体として何ら別の行為を生み出すものではないとした。実際、被申立国も主張する通り、申立人はHSBCへの譲渡計画が頓挫した時点で既に協定違反が起こっているとして被申立国に抗議の書簡を送っており、これも複合行為の存在を認めない一要因となったと考えられる。

継続行為：国家責任条文14条2項は「継続的性質を持つ国家の行為による国際法義務違反は、国際法義務に従わない状態の継続、且つ、存続している全期間にわたる。」と定める。申立人が依拠した*Pac Rim v. El Salvador*事件では、規制上の条件を満たしているにも拘らず被申立国当局が鉱業権を付与しなかったという不作為が継続行為に当たると認定した[10)]。本仲裁廷は*Pac Rim*事件を考察していないが、①HSBCへの譲渡に関する決定を行わず、②ハナへの譲渡の承認に一年以上かかったことそれぞれについては、*Pac Rim*仲裁廷が判断したように継続行為の存在が認められるかもしれないが、2つの不作為を合わせてLSF-KEBによるいかなる譲渡をも承認しないという継続的な不作為を証明することはできない、と判断したと推測できる。

3. 当事者適格

先に述べたように、被申立国は、申立人が自らへの課税措置ではなくそれに出資する米やバミューダの有限責任組合への課税に異議を唱えているとして、当事者適格を否定する主張を行ったが、被申立国の主張は簡略に退けられた。申立人に対するものではない措置に関する当事者適格の有無につき、その判断の根拠は明らかにされていない。

2011年協定2条1項は投資家の投資財産が「いかなる時も」公正かつ衡平な待遇を受けると規定し、3条2項は「投資財産の運営、経営、維持、使用、共有及び売却その他の処分」につき内国民待遇と最恵国待遇を与える義務を定めている。申立人の撤退後の課税措置に関する請求が管轄内と認められた根拠は示されていないが、申立人による投資財産の「処分」についての措置と位置付けられたからではないかと推測される。

10) *Pac Rim Cayman LLC* v. *Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, paras 2.91-2.92. 猪瀬貴道「投資協定仲裁判断例研究（45）」JCAジャーナル60巻5号（2013年）54頁。

JCAA仲裁ウェビナーシリーズ(4)

「国際仲裁活用に向けてあと一歩」3回シリーズ
第3回「手続準拠法・仲裁地・仲裁機関の選び方 〜ドラフティングに関する検討事項〜」
(2022年10月6日開催)セミナーレポート

三浦法律事務所パートナー弁護士
緑川芳江 Yoshie Midorikawa

Ⅰ．はじめに

仲裁手続は単純化していえば、契約違反の有無や損害額といった法的な争いについて終局的な判断を得るために行われる。しかし、実際の仲裁手続では、仲裁条項のドラフティングが不十分であったために、契約違反の有無や損害額という中核的な論点に至る以前に、手続的なハードルに直面することもある。例えば、存在しない仲裁機関名が仲裁条項に記載されていると、仲裁手続が有効なのかどうかが論点に加わってしまう。そのような場合、仲裁当事者の代理人は手続的な論点についての主張をまとめた文書を準備し、相手方と交渉したうえで仲裁廷に判断を仰ぐことになる。そのため、手続的な論点が増えるほど、費用と時間が余計にかかることになりうる。見方を変えれば、仲裁条項のドラフティングがしっかりしていればこういった付随的な紛争を避けられるのであり、費用対効果の点からしても仲裁条項のドラフティングに注意を払うことには意義があるはずだ。本セミナーはこの点について、お伝えする絶好の機会であると考え準備に取り掛かった。

本セミナーはJCAA仲裁ウェビナーシリーズ「国際仲裁活用に向けてあと一歩」全3回の最終回であり、幸い300名を超える方々の参加を得た。また、セミナー後には多くの質問が寄せられるなど、仲裁手続に対する関心の高さを実感した。以下、本セミナーの概要を報告するが、本稿のうち意見にわたる部分は筆者の個人的見解であり、筆者が所属する組織としての意見ではないことを付言する。

Ⅱ．仲裁条項がなぜ重要か

1. 仲裁条項を適切にドラフティングすることで避けられる紛争

仲裁条項を工夫しても、例えば契約の不履行に関する紛争の発生自体を防止したり、仲裁手続で自動的に勝利できる訳ではない。しかし、それは仲裁条項に注意を払う必要がないということを意味するものではない。適切な仲裁条項を規定しておくことで、契約違反の有無や損害額といった紛争の中核的論点以外の、手続的な紛争の発生を避けられるのである。とはいえ、手続的な紛争と言ってもイメージが湧きにくいかもしれない。本セミナーでは事例紹介を通じて、どのような仲裁条項が、どのような手続的な紛争を引き起こしてしまうのかについて触れた。

2. 仲裁条項の適切なドラフティングで避けられる手続的な紛争例

仲裁条項のドラフティングに問題があり、紛争解決手続が複雑化する例をいくつか挙げた。まず、ひとつの契約書に仲裁条項と裁判管轄を定める条項が両方規定されてしまう場合がある。紛争解決について定める条項は、一般的には、契約交渉の

最後に議論されあまり慎重に検討されることがないのではないだろうか。最後に検討されるということでmidnight clauseと呼ばれることもある。そのために、よく読めば矛盾した条項がそのままになってしまう例も稀ではない。例えば、仲裁条項と裁判管轄条項が併存する場合、仲裁を申し立てたところ、相手方が裁判を提起し、二重に紛争解決手続を抱える事態も生じてしまいかねない。

あるいは、複数の契約を締結する場合に契約ごとに仲裁条項が区々になっている例も比較的よく見られる。仲裁地や仲裁機関が異なる関連契約が存在する場合、ある契約に基づいて東京でJCAA仲裁を申し立てたところ、相手方が実質的に同じ紛争について別の契約に基づきシンガポールでSIAC仲裁を申し立ててしまうという事態もありうる。

また、クロス条項と呼ばれる仲裁条項が置かれる例もある。これはお互いに相手の所在地で紛争解決手続を行うという考え方で規定されるものであるが､相手の所在地を仲裁地とするに留まらず、異なる仲裁機関を選択したり、三者間契約でのクロス条項など複雑な紛争解決条項にすると、実際に紛争が発生したときに想定していなかった問題に直面することもある。

こういった事態を避けるためには、契約締結前に少し立ち止まって、紛争が発生したときに仲裁条項が紛争解決のために機能するかどうかを検証してみることが必要である。とはいえ、世界中の訴訟制度やあらゆる仲裁機関の手続について理解することは事実上困難である。そこで、できるだけ単純な条項にすることが無用な紛争を避けるためのひとつの指針となるはずである。

Ⅲ．JCAAなど主要な仲裁機関の特徴

1. 当事者自治と各仲裁機関の特徴

仲裁条項のひな形を用意しようとする企業から主要な仲裁機関の特徴を聞かれることも多い。また、相手方から提案された紛争解決条項に対してどのような対案を提示すべきかという質問をいただく場合もある。仲裁手続の本質は当事者自治にあるため、当事者間で合意できる限り、基本的に仲裁手続の柔軟性は高いものの、複数の仲裁機関を比較すると、それぞれの特徴と呼べる点も見えてくるのではないか。そこで本セミナーでは、日本企業から問い合わせを受けることが比較的多い仲裁機関での仲裁手続を簡潔に紹介した。具体的には､JCAA（日本商事仲裁協会）のほか､ICC（国際商業会議所）、SIAC（シンガポール国際仲裁センター）、及びHKIAC（香港国際仲裁センター）に言及した。

2. 日本企業が活用する主要な仲裁機関の手続比較

(a) JCAA仲裁規則

JCAAは、利用者のニーズに応じて手続を選択できるよう2019年に3つの仲裁規則（商事仲裁規則､UNCITRAL仲裁管理規則及びインタラクティヴ仲裁規則）を整備し、その後2021年に規則改正を実施した。仲裁合意においてこれらのうちいずれとするか特定しない場合には、商事仲裁規則が適用となる。また、インタラクティヴ仲裁は、日本の裁判手続の特徴を採り入れ、仲裁廷が手続の途中で当事者に対して暫定的な心証を開示するという仕組みとなっている。

迅速仲裁手続、緊急仲裁人手続、複雑手続などの取扱いについての規定が置かれるだけでなく、仲裁人報酬の減額や仲裁人補助者の利用についても明文規定があるなど、より柔軟で効率的な手続を提供するものとなっている。これらに加えて、充実した仲裁人名簿の作成や、オンライン審問の採用など、国際水準のプラクティスが実現できるものとなっている。

更に､JCAA商事仲裁規則の2021年改正により、迅速仲裁手続の範囲が拡大された。その結果、係争額3億円以下の請求は原則として迅速仲裁手続に付され、早期の紛争解決を促進するものとなった。JCAA仲裁は費用面でも優位性を有しており、例えば、係争額3億円規模の紛争で比較した場合、手続管理費用や仲裁人報酬の水準がICC、SIAC、HKIACよりも低く設定されている。その他、必ずしもルールには表れないものの、電話やメールを通じて事務局から英語だけでなく日本語で細や

かなサポートを受けることができる点も、特に国際仲裁手続に不慣れな企業にとっては、仲裁機関を選択するうえで実務上重要なポイントとなるのではないだろうか。

(b) 他の主要な仲裁機関の仲裁規則の比較

JCAA仲裁と比較する形で、日本企業が選択することも多い他の代表的な仲裁機関の手続の分析を行った。ICCは、2021年の仲裁規則改正で、手続のオンライン化を明文で採り入れるなどいち早くコロナ禍への対応を行っている。また、付託事項書の作成や、仲裁裁判所による仲裁判断ドラフトの審査など、比較的慎重な手続進行とする傾向があるように思われる。SIACは、JCAA同様に単独仲裁人を原則とし、迅速手続の対象となる係争額を比較的高く（600万シンガポールドル）設定し、また、他の仲裁機関に先駆けて濫用的な仲裁申立てをけん制する早期却下の制度を導入するなど、迅速な紛争解決を重視する傾向が見て取れる。歴史的に日本企業は特に中国企業との契約においてHKIACを選択する傾向があったとみられるが、中国での仲裁判断の執行を想定した場合のHKIAC仲裁の強みなどについても言及した。

また、実務上関心の高いポイントとして、仲裁に要する費用、迅速仲裁手続や緊急仲裁人制度などについて、JCAA、ICC、SIAC、HKIACそれぞれについて金額、期間、手続の概要をまとめた表を用いてそれぞれの仲裁機関の特徴を比較した。

Ⅳ. 仲裁条項で定めるべき事項

1. 定めるべき事項

(a) 通常定める事項

仲裁条項を検討する際には、仲裁機関、仲裁地、及び仲裁言語を指定するのが一般的であるので、本セミナーでもこれらの項目を採り上げた。これらに加え、仲裁人の数や後述の仲裁合意の準拠法について規定する例もある。また、仲裁条項は、紛争に備えるものであるから、いざ紛争が発生したときに自社にとって使いやすいものでなくてはならない。その観点で自社にとって対応しやすい内容にする（本セミナーでは「ホームゲーム」という表現を用いた）ことを意識する必要性についても言及した。仲裁条項の内容は交渉を通じて確定していくものであるので譲歩せざるを得ない場合ももちろんあるが、自社に選択権がある場面ではホームゲームを意識することが有用ではないだろうか。

(b) 仲裁機関

本セミナーでは日本企業が選択することの比較的多い仲裁機関としてJCAA、ICC、SIAC及びHKIACの特徴を概説した。また、想定される紛争の性質に応じて、慎重さと迅速さのいずれを優先させるかなど選択の際のポイントを提示した。仲裁機関の所在地と仲裁地は必ずしも一致させる必要はないが、実務上これらを一致させる形で仲裁条項がドラフトされることも多いという点についても触れた。この点は、後述する仲裁合意の準拠法の考え方にも関連する。

(c) 仲裁地

例外的場合ではあるものの仲裁判断の取消しなどが問題になるような場合には、仲裁地の裁判所に判断を仰ぐことになるため、仲裁に好意的（pro-arbitration）とされる法域を選択することが重要となる。日本の裁判所は、基本的に仲裁手続を尊重する立場を採っている。したがって、日本を仲裁地とすることは、日本企業にとってホームゲームの観点から馴染みのある環境で紛争解決に臨むことができるという点からも、そして仲裁手続の安定性の点からも望ましい。なお、仲裁地は通常、都市名で合意されるので、日本を仲裁地とする際の規定としては東京、大阪などと指定する。

交渉上、相手方の国や第三国を仲裁地として選択する場合には、仲裁に好意的な法域であるかという点に加え、自社のオペレーションのある国など、法制度やその法域での法律実務に馴染みのある方がいざ仲裁手続を行うことになった場合には対応しやすい。各国の仲裁実務は、その国の訴訟制度や弁護士制度の影響を受けている面があるからである。例えば、香港では弁護士は法廷弁論を専門とするバリスタと、主に事務手続を行うソリシタという日本にはない区分があり、香港仲裁で

はソリシタに加えバリスタも代理人に選任することもある。あるいは、前述のように、日本の裁判実務では裁判官が当事者に心証を開示して和解を促すことはよく行われているので、仲裁人が心証を開示する進め方にも違和感はないだろう。他方、コモンローの国では必ずしも馴染みのある手続進行ではないので、コモンロー国の当事者は戸惑うこともあるかもしれない。

(d) 仲裁言語

裁判の場合にはそれぞれの国の訴訟法によって使用言語が定まる。日本では裁判所法によって、裁判での使用言語は日本語とされている。仲裁の場合には、当事者の合意に従うことが原則となるので、仲裁手続開始後に仲裁言語の選定でもめることがないよう、仲裁条項で言語を指定しておく方が望ましい。

2. 仲裁条項のドラフティングで意識すべき3つの準拠法

(a) 3つの準拠法

仲裁条項をドラフティングする際に、念頭に置くべき準拠法には3種類ある。契約内容について解釈する際に基準となる「契約準拠法」だけでなく、仲裁手続をどのように行うかを定める「手続準拠法」がある。また、仲裁条項は、契約の中に置かれる条項ではあるが、本体の契約とは別の合意（仲裁合意）を形成するというのが一般的な解釈である。本体の契約が仮に無効だったとしても仲裁合意まで自動的に無効になってしまうと紛争解決ができなくなってしまうため、仲裁合意については本体の契約とは独立に有効性が判断されると解されており、仲裁合意については本体の契約とは別に「仲裁合意の準拠法」があると考えるのである。

(b) 3つの準拠法のバランス

仲裁条項を検討する際に関連するこれら、契約準拠法、手続準拠法、そして仲裁合意の準拠法は一致させなければならないものではない。

国際契約の場合には、実体法となる契約準拠法を指定するのが一般的である。手続準拠法は、仲裁手続に適用される法で、仲裁地の手続法となるのが原則であり、仲裁条項で特定する必要性は乏しい。交渉の中で、当事者の一方が契約準拠法を、他方が仲裁地を選択するという場合もあるかもしれない。その結果、契約準拠法と手続準拠法（仲裁地の法）が区々になることも稀ではない。

必ずしもそれ自体が問題ということではないが、仲裁合意の準拠法について解釈する必要が出てきた場合にはやや不確実性が増すことになる。仲裁合意の準拠法とは、仲裁合意の有効性や範囲などが争いになった場合に基準となる法であるが、仲裁条項で明示的に指定される場合はむしろ少ない。そのため、仲裁合意の準拠法が問題となった場合には、契約準拠法または手続準拠法を手掛かりとして判断されることがある。したがって、契約準拠法と仲裁手続の準拠法が一致するようにしておけば、仲裁条項で仲裁合意の準拠法が定められていない場合であっても、契約準拠法と手続準拠法と同様の法であるという判断が導かれやすくなる。

Ⅴ. 仲裁条項のドラフティング

本セミナーの最後のセクションでは、より実践的に複数の事例を用いて仲裁条項のドラフティングを検討した。契約交渉の場面を想定して、自社提案による仲裁条項を契約相手に受け入れてもらうための交渉例や、相手国での仲裁判断の執行を意識した条項の交渉例を紹介した。しかし、実務においては、既に締結済みの契約について紛争が発生し、改めて契約書を確認してみると仲裁条項に問題があったという場面も想定される。そこでそのような場合の対処の一例についても紹介し、本セミナーを締めくくった。

Ⅵ. 結　び

本セミナーには多くの方々に参加いただき、また時間内に回答しきれないほど多数の質問を頂戴し、日本企業の国際仲裁への関心の高まりを肌で感じることができた。これは、国際ビジネスを展開する企業にとって、ビジネス紛争は避けられる

ものではなく、いつか起こるものでありそれに備えるべきである、という認識が広まってきていることの表れではないだろうか。事業部門や法務部門が協力し、労力をかけてできる限り自社に有利な形で契約を締結し、相手方との取引を開始したはずである。そして、いざ紛争が起こったときに迅速かつ効果的に契約上の権利を行使する場を提供するのが仲裁条項に期待される機能である。国際仲裁に備えるというフレーズに込められた意味の一端を、仲裁条項のドラフティングという形で具体化してお伝えすることができたとすれば望外の喜びである。

国際商事仲裁ADR判例紹介(31)

大阪大学大学院法学研究科教授
長田真里 Mari Nagata

アメリカ合衆国連邦最高裁判所2022年5月23日判決（Morgan v. Sundance, Inc. 142 S. Ct. 1708〔2022〕）
仲裁を求める権利の放棄にかかる要件が問題とされた事例

【事実の概要】

XはY社が所有するAフランチャイズでパートタイム労働者として働いていた。Xは、Yに雇用される際、当該雇用契約にかかる全ての紛争につき仲裁に付するとの同意書に署名していた。それにもかかわらず、XはYが残業代支払いに関する連邦法（公正労働基準法29 U.S.C. §207(a)）に違反したと主張し、全米の労働者と共に集団訴訟を提起した。Yは当初、仲裁合意の存在には全く触れず、Xの訴えに対して抗弁した。その後、Xを含む集団訴訟の原告とYは調停を行ったが、和解には至らなかったため、XとYはその後の訴訟のスケジュールについて話合いを始めた。提訴から8カ月が経過した時点で、Yは方針を転換し、連邦仲裁法3条および4条に基づき、訴訟のステイと仲裁の強制を求めた。Xは、Yが、既に長期間訴訟に参加することにより、仲裁をする権利を放棄したと主張した。Yはそれに対して、連邦最高裁がLamps Plus, Inc. v. Varela, 587 U.S. __ (2019)において、仲裁は集団的ではなく二者対立で行われるべきであると示した直後に、自らの仲裁をする権利を主張したものであると主張した。

下級審は、第8巡回区の先例によるテスト、すなわち、当事者は、その者が自らの仲裁をする権利を知っており、「その権利と矛盾する行動をとったこと」、かつ、「その矛盾する行動により他方当事者の権利を侵害したこと」との基準に従い、権利の放棄がなされたか、を検討した。権利侵害の要件は、一般的な権利の放棄につき連邦法で認められている要件ではない。第8巡回区は、連邦の政策が仲裁を奨励していることからこの要件を仲裁の文脈に採用してきた。

地裁は権利侵害の要件が満たされていないと判断したが、控訴審はそれに同意せず、本件を仲裁に付託した。控訴審の多数意見によると、当事者はまだディスカバリーを始めておらず、本案に関する事項については未だ争っていなかったからとされたが、反対意見は、YがXの主張に反論し、実りのない調停に服させることで時間と費用を浪費させたとした上で、第8巡回区の権利侵害要件に疑問を呈した。すなわち、反対意見によれば仲裁の文脈以外では権利の放棄について権利侵害の要件は必要とされないし、巡回区によっては、権利侵害を示さずとも仲裁をする権利の放棄が認められる。

連邦最高裁は、このような巡回区による判断の違いを解消するために上告を受理した。

【判旨】

第8巡回区を含む9つの巡回区では仲裁を奨励する強い連邦の政策を援用し、仲裁する権利を放棄するために権利侵害の要件を必要とするが、2

つの巡回区ではそのような要件を認めない。我々も後者と同じ立場である。

この問題を、連邦仲裁法の仲裁を奨励する政策に基づき、連邦の手続規則に、権利の放棄に関して、仲裁特有の特別なルールを作り出すことが許されるのか、という問題として捉え、それは許されないと判断する。このため、第8巡回区控訴審は仲裁をする権利の放棄のために権利侵害の要件を示す必要があると要件づけるという間違いを犯した。

仲裁の文脈以外では、連邦裁判所は、権利の放棄について一般的に権利侵害を問うことはしない。権利の放棄（waiver）とは、我々の先例に拠れば、「既知の権利の意図的な放棄（intentional relinquishment or abandonment）」である。権利の放棄がなされたかを判断するために、裁判所は権利を有していた者の行為に焦点を当てるが、その行為が相手方当事者に及ぼす影響を考慮することはほとんどない。この分析は、契約上の権利の放棄にも、他の権利の場合と同じように適用される。控訴審の反対意見が述べたように、契約上の権利の放棄は、「有害な信頼」を証明することなく「通常有効である」。したがって、仲裁をする権利の放棄を判断する前にそのような証明を必要とすることで、第8巡回区控訴審は、他のどの分野でも見られないルール、すなわち仲裁のための権利放棄の特別なルールを適用しているといえる。

第8巡回区の仲裁の特別ルールは、連邦仲裁法の中にこのルールを根付かせた数十年前の第2巡回区の判決に由来するものである。第2巡回区は、ある判決（Carcich v. Rederi A/B Nordie, 389 F. 2d 692〔CA2 1968〕）で、仲裁を奨励する連邦の規則が優先する、と判断し、それゆえ、仲裁をする権利の放棄は軽々しく推論されるものではないとしたのである。同判決によると、訴訟のステイを求めるのが「単に遅れただけ」であり、「相手方当事者に何らかの権利侵害の効果を与えたのでなければ」、権利の放棄にはならない。このルールと理由付けは、長年に亘って広まり、様々な巡回区が、次々に「仲裁を奨励する自由な国家政策に基づいて」権利侵害の要件を採用することを正当化してきた。

しかし、連邦仲裁法の「仲裁を奨励する政策」により、連邦裁判所に仲裁を優遇する特別な手続規則を発明する権限が与えられるわけではない。我々がすでに説明してきたように、「政策とは、仲裁する合意を強制することを長きにわたり拒否してきた司法の姿勢に打ち勝ち、仲裁する合意を他の契約と同じ立場に置くという連邦仲裁法のコミットメントを認めるのみである」。あるいは言い換えると、政策とは、他の契約と同じように仲裁をする合意に強制力を認めることであるがそれ以上のことを意味するのではない。したがって、裁判所は他の契約におけると同じように、当事者の交わした仲裁契約を当事者に守らせるようにしなければならない。しかし、同時に、裁判所が、訴訟よりも仲裁を奨励するような新しいルールを考案することは許されないのである。通常の手続規則が仲裁契約の強制に不利に作用するのであれば、仕方がない。連邦の政策は、仲裁契約を他の契約と同じように扱うことであり、仲裁を促進することではない。

そして、実際にも、連邦仲裁法の条文は、個々で取り上げているような仲裁に特有の手続規則を作り出してはならないと明確に述べている。すなわち、連邦仲裁法6条は、他に別段の定めがない限り、訴訟のステイや仲裁の強制の申立てを含む、同法の下での全ての申立てについて、申立てをなし審理をするために定められている手続に従い、申立てがなされ、審理されなければならないとする。他の申立てについて定められている手続にしたがって、仲裁の申立てを取り扱うべきとの連邦裁判所に対してなされる指示は、申立ての適時性に関する規則を含め、通常の連邦手続規則を適用するべきとの単純な指示である。あるいは逆に言えば、仲裁に有利な（あるいは逆に不利な）状況になるように、カスタムメイドされた規則を使うことを禁じているのである。すでに説明したように、権利の放棄に関する通常の連邦規則には権利侵害の要件が含まれていない。したがって、連邦仲裁法6条によれば、権利侵害は、当事者が、余りにも長く訴訟を続けることによって、連邦仲裁法の下で訴訟をステイしたり仲裁を強制したりする権利を放棄したかどうかを判断するための要件とはならないのである。

国際商事仲裁ADR文献紹介（35）

関西大学大学院法務研究科教授
酒井 一 Hajime Sakai

法的紛争の解決を担う裁判手続において法の解釈・適用がされることは当然である。紛争解決制度のひとつである仲裁においても、多くは法的紛争が処理対象とされ、判断を示す際には、法の適用が必要となる。純粋な国内事件においては、内国法である日本法に従い判断することに疑問はないが、仲裁のように国際的な事件を処理するにあたっては、日本法以外の法適用が問題となる。その際、いずれの法を適用するのかがまず問題となる。国際私法的表現をすれば、準拠法の問題ということができる。少し前のものになるが、仲裁法の解釈問題を扱う**山本和彦「仲裁判断における準拠法について」上野泰男先生古稀祝賀論文集『現代民事手続の法理』（2017年）737-753頁**が参考となる。

同論稿は、仲裁法の解釈問題として、①準拠法合意した法でない法を適用し、仲裁判断をした場合に、仲裁判断が取消しとなるか、②準拠法合意がない場合に適用される「最密接関連法」に国際私法が含まれるか、また複数の最密接関連法を観念できるか、③最密接関連法について当事者間に争いがない場合の自白の成否につき検討する。

仲裁法36条1項前段の「当事者の合意」は、要式行為とする明文規定がなく、非要式行為であり、黙示の合意でも足りる。合意の時期についても、特段の弊害がない限り、合意は尊重されるのが相当であり、紛争発生の前後あるいは仲裁手続開始前後を問わず、仲裁手続中の合意によって手続が遅延するとしても、費用の増大等の不利益を当事者が甘受するのであれば、認めて構わないという。

①合意法の適用は、仲裁廷に対する準拠義務を設定する規範であり、合意法の不適用あるいは非合意法の適用は、日本の法令違反となる。準拠法の適用と異なり、準拠法選択の誤りは、仲裁法36条の適用の誤りとなる。仲裁法36条は、「仲裁手続」について規定しており、準拠法選択の規律が含まれる。当事者が合意した準拠法に基づいて攻撃防御活動を展開したにもかかわらず、仲裁廷が異なる法規範に基づき仲裁判断をすることが不意打ちとなり、手続保障を害することは明らかという。重大な手続的瑕疵を不問に付して仲裁判断の効力を維持することは相当でないという。学説は一致して、取消事由と解している。

②仲裁法36条2項の最密接関連法が実質法をさすことは明らかである。UNCITRALモデル法28条と異なり、ドイツ法・韓国法に倣った規定であるという。少なくとも仲裁事案全体について1つの最密接関連国のみを観念する考え方は相当でなく、最密接関連法を一国の法に限定する解釈は相当でないとする。また、36条2項は厳密な抵触法の適用を避ける趣旨であるが、抵触法を介して再密接関連法を探求することは、仲裁廷の裁量の範囲内であり、国際私法上、複数の準拠法が重畳適用される場面において、複数の準拠法を最密接関連法と解する余地が認められるべきとする。

仲裁廷が最密接関連法を適用しなかった場合、準拠法合意がある場合と同様に、日本の法令に違反することになり、仲裁判断取消事由になるという。最密接関連法によるとする仲裁法の趣旨は恣意的な法適用の排除と当事者の予測可能性の確保にあり、仲裁廷が最密接関連法を適用しなかった場合、当事者がその違反を問えないならば、仲裁廷の裁量に委ねたのと同じ結果になり、立法趣旨に反する。準拠法合意がない場合に最密接関連法

を適用しない仲裁判断には取消事由が認められるという。最密接関連法の判断を誤った場合には、学説では例外的な場合を除き取消事由にはならないと解されているが、例外とされる根拠と限界は不明確であり、例外的に軽微なものを除き、仲裁判断の取消事由と解すべきとする。

③最密接関連法に関する自白については、手続準則を含む準拠法について合意が認められており、手続自体が当事者の合意を根拠としている点から、準拠法自体についての合意がない場合であっても、その連結点について合意があるのであれば、それは尊重されるべきとする。仲裁廷が当事者の合意に反してまで客観的に正しいとして最密接関連法を探知する必要はないという。かくして、自白及び擬制自白の成立を肯定する。仲裁廷が自白に反する最密接関連法を認定した場合にも、仲裁判断は取り消されるとする。

仲裁判断の準拠法が定まったとしても、仲裁判断をするには、準拠法の内容を明らかにされなければならない。仲裁廷における準拠法の適用問題である。これを扱った最近の論考として、**中野俊一郎「国際仲裁における準拠法の調査・適用」本間靖規先生古稀祝賀『手続保障論と現代民事手続法』（2022年）701-720頁**がある。

本論稿は、基本的対立軸として、外国法事実説と外国法法律説があるとしながら、検討の出発点に過ぎないと断じ、準拠法の適用が問題となる手続や利益状況の多様性から、準拠法の役割も変わりえることによる多様なバリエーションの存在を指摘する。準拠法の調査について仲裁地の国際民事訴訟での扱いと同じにする考え方については、訴訟における法廷地と仲裁地の意味的相違があり、仲裁では内国法と外国法の区別がなく、法曹資格を持たない仲裁人にあっては仲裁地法の内容を知らないことも稀ではなく、仲裁人は当事者の合意した手続規則に従い、法適用の過誤は不服申立ての対象とならないことから、仲裁地の訴訟での扱いとは異なって考えるべきとする。

仲裁手続独自の扱いの出発点として、UNCITRALモデル法19条に倣った仲裁法26条に従い、第一次的には当事者の合意により、合意がない場合には仲裁廷が適当と認める方法によりうるとする。合意があるのは稀であり、適当と認める方法の問題に帰着する。

準拠法の調査・適用が仲裁廷の職権に属することは、実務でも認められてきたが、職権調査を仲裁廷の義務とする考え方には実務は好意的でないとする。抵触法や準拠法の正確な適用による瑕疵のない仲裁判断をすることは仲裁人にとって最上位の要請ではなく、(i) コストの増大や手続の遅延、(ii) 仲裁人の介入が一方当事者の有利に働く可能性、(iii) 仲裁人への負担増加といった問題や (iii) 過度の職権主義的な扱いによる当事者の審問請求権侵害などを理由とする仲裁判断の取消・執行拒絶を招くおそれ、(iv) 取消可能性により仲裁判断の終局性の毀損といった見地から、職権による準拠法の調査を仲裁廷の義務とするのは適当でないという。

当事者主義が仲裁手続の原則であることから、準拠法の確定につき職権的手法を取る余地はないとする主張も散見されるが、当事者の主張・立証しない準拠法を一切適用できないという結果の妥当性は極めて疑わしいという。外国法事実説を取る英国法にも緩和した規定がある。1996年英国仲裁法34条や香港仲裁条例7条は稀な明文規定であるが、当事者自治を許したうえで、合意がない場合に職権的手法を取る権限を仲裁廷に与えたとみる。すなわち、基本的には当事者のイニシアチブに委ねながら、それが十分に機能しない場面では仲裁廷の職権的介入の余地を許すハイブリッドなアプローチとする。

仲裁廷の権限としての職権的介入というアプローチは、不明確さを残すが、手続の柔軟性を保ちつつ具体的妥当性を確保しうる点で、実務に適合的であり、学説の多くも支持しているという。仲裁廷は、まず当事者に自らの請求・主張の根拠となる法規範を提示させ、明らかにさせたうえで、疑問が残る場合には当事者に補充を命じ、あるいは自ら調査を行うことができると帰結する。

諸外国における審問請求権侵害を理由とする仲裁判断取消事例を参考として、仲裁における当事者審尋の特別な重要性を再認識させるものであり、準拠法の内容確定や適用について職権的手法を採用する問題点を示唆する。職権的手法を採用する場合の審問請求権の保障や不意打ち防止の重要性を指摘する。

紛争解決の脱国家化がみられ、日本の国際私法の趣旨・目的を強調することに意味はなく、国際紛争解決の円滑化･迅速化､当事者の満足度といった観点から、準拠法の内容確定や適用のあるべき姿の検討の必要性を説く。この筆者の視点は、紛争解決一般に妥当する適切なものと評価すべきであろう。

執行判決請求訴訟の審理範囲について

——2020年9月16日フランス破毀院判決を契機として

京都女子大学法学部教授

的場朝子 Asako Matoba

Ⅰ．本稿の目的

わが国の国内法上、外国裁判所による民・商事判決は、一定の要件を充足すれば特別の手続を経ることなくその効力が内国で認められるものと解されている。しかし、外国判決に基づいて強制執行を行うためには、日本の裁判所で執行判決を取得することが必要となる[1]。

日本での執行判決請求訴訟において民事訴訟法118条の要件が審理されることは法文上も明らかであるが、外国判決が、当該外国の裁判所の審理に基づいて言い渡された後[2]、日本の裁判所で執行判決を求める訴えが提起されるまで、さらに、日本での執行判決請求の手続係属中も、事実関係は変わり得るし、また、外国判決が得られたことの帰結として、関連する法律関係を裁判所に決してもらう必要が生じることもあり得る。そうした外国判決後の事情を執行判決請求訴訟において審理することが可能なのかどうか、また、如何なる範囲で、どのようにそれが可能と解され得るのかについては、わが国における判例・学説上、まだ議論の余地があるように思われる。

比較的最近の最高裁判決でも、外国判決承認要件としての実体的及び手続的公序や外国判決後の事情の扱いが問題となり、注目を集めている[3]。個人的にも、外国判決に基づく法的効力の日本における現実化・具体化の在り方[4] について関心を持っていたところ、ちょうど、外国判決の執行許

1）民事執行法24条。本間靖規＝中野俊一郎＝酒井一『国際民事手続法〔第2版〕』（有斐閣、2012年）197頁以下、高桑昭「外国判決の承認及び執行」鈴木忠一ほか監修『新・実務民事訴訟法講座７』（日本評論社、1982年）125頁、高桑昭「外国判決の執行」高桑昭＝道垣内正人 編『新・裁判実務大系3 国際民事訴訟法（財産法関係）』（青林書院、2002年）387頁、中野貞一郎＝下村正明『民事執行法〔改訂版〕』（青林書院、2021年）186頁以下、伊藤眞＝園尾隆司 編集代表『条解 民事執行法〔第2版〕』（弘文堂、2022年）202頁以下、等を参照。ドイツ法の観点からは、芳賀雅顕『外国判決の承認』（慶應義塾大学出版、2018年）、特に429頁以下を参照。

2）むしろ、外国判決が基礎とする事実が提出され得た最終時点ということで、口頭弁論終結時と考えるべきかもしれない。

3）まず、最判平成31年1月18日民集73巻1号1頁。これについての評釈としては、長田真里「判批」JCAジャーナル66巻4号10頁（2019年）、酒井一「判批」法学教室464号121頁（2019年）、中西康「判批」私法判例リマークス60 (2020)〔上〕138頁、中野俊一郎「判批」民商法雑誌156巻1号227頁（2020年）、がある。また、ドイツ法の観点からの最高裁判決への疑問について、安達栄司「外国判決承認における手続的公序と手続原則——ドイツ法の復習」三木浩一＝山本和彦＝松下淳一＝村田渉 編『民事裁判の法理と実践——加藤新太郎先生古稀祝賀論文集』（弘文堂、2020年）533頁以下も参照。さらに、差戻し後のものとして、最判令和3年5月25日判タ1489号36頁。これについての評釈としては、渡辺惺之「判批」ジュリスト1566号174頁（2022年）、鷹野旭「判批」ジュリスト1565号109頁（2021年）、中野俊一郎「判批」民商法雑誌158巻2号361頁（2022年）、道垣内正人「判批」令和3年度重判解262頁、を参照。

4）的場朝子「差止めを命じる外国判決等の承認・執行の在り方についての一考察」国際私法年報23号140頁（2021年）。

可に関する最近のフランス破毀院の判断[5] が類似の問題を扱っていたので、本稿では、これを紹介しつつ、執行判決請求手続の審理範囲について若干の考察を行う。

なお、日本法上の執行判決請求訴訟に相当すると考えられるフランス法上の手続（la procédure d'exequatur）の日本語表記としては、以下では、原則、執行許可請求手続という呼称を用いる。

Ⅱ．2020年9月16日フランス破毀院判決

1. 事実関係

ソフトウェアの販売を業とする米国の会社Xは、1996年4月2日、フランス会社Yとの間でコンピュータ製品の販売等（la commercialisation et la distribution de produits informatiques）に関するライセンス契約（以下、本件契約と呼ぶ）を締結した。ところが、後に使用料の額についての争いが生じ、X社は、本件契約上の合意管轄条項に基づき、米国カリフォルニアの地方裁判所（la Cour de district de Californie：以下、「本件米国裁判所」）において、Y社を相手取って金銭支払い（契約上の未払金や契約に関する損害賠償金）を求める訴えを提起し、2014年9月22日、本件米国裁判所は、Y社に対し、約50万2391米ドルの支払いを命じる判決（以下、「本件米国判決」）を下した。なお、本件米国裁判所での訴訟の開始にあたりY社は適法に召喚を受けていたが手続に欠席し、本件米国判決やその登録に関する通知はY社には送られなかった。その後、2016年3月10日、X社は、Y社の銀行口座に対し仮差押の措置（saisie conservatoire）をとったうえで、2016年3月16日、フランスのポントワーズ大審裁判所（le tribunal de grande instance de Pontoise）において、本件米国判決の執行許可（exequatur）を求める訴えを提起した。（なお、この手続の係属中の2018年3月26日の決定で、Y社は司法的清算手続に置かれ、Kが清算人〔liquidateur〕に指名されている。）

原審であるヴェルサイユ控訴院は、米国法上、判決の送達が要求されず、上訴期間が判決日から1年に制限されていたことを認定し、本件米国判決は国際公序に反するとして執行許可請求を棄却し、さらに、X社に対し、手続的信義（la loyauté procédurale）に反したことを理由とする1万ユーロの損害賠償金の支払いを命じた。

そこで、X社は、主に以下の2つの理由を挙げて、原審判決の破棄を申し立てた。

第1の理由は、被告が適法に召喚状の送達を受けて訴訟の開始を知っていた場合、被告が手続を放置し、その後の判決の通知を受けていなくても、欧州人権条約（la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales）6条、13条で保障される公正な手続と実効的救済を受ける権利が尊重されなかったとはいえず、フランスの手続的国際公序に反するとはいえなかったのであって、原審は、同条約6条・13条、及び、フランス民事訴訟法509条に違反する、というものであり、第2の理由は、執行許可請求の手続において、執行許可請求手続とは関係のない損害賠償請求を審理することはできないはずであり、原審は民事訴訟法509条[6] に違反している、というものであった。破毀院は、次節に記載するような理由により、原判決を破棄した。

2. 2020年フランス破毀院判決[7] の判旨

（1）執行許可請求について

5）Cour de Cassation, 1re Ch. civ., 16 sept 2020, n° 19-11.621; David Sindres, *Revue Critique DIP* 2021, pp. 169 et s. ; Aurelia Piacitelli-Guedj, *La Semaine Juridique –Edition Générale*, N°49, 2020, pp. 2153 et s. ; Fabien Marchadier, *Journal du Droit International*, 2021, pp. 578 et s. ; Macros Povoa, *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2021, pp. 449 et s.

6）「外国裁判所によって下された判決、及び、外国官吏によって受理された（reçus）文書は、法律によって定められた方法・場合において、共和国の領土で執行可能である。」（フランス民事訴訟法509条：法務大臣官房司法法制調査部編『注釈フランス新民事訴訟法典』（法曹会、1978年）303頁の訳出を参照している。）

7）以下での「2020年フランス破毀院判決」との記載は、本稿で取り上げている2020年9月16日フランス破毀院判決のことを指す。

原審は、次のような理由で、執行許可の付与を拒絶した。すなわち、原判決は、まず、特に第一審判決が被告欠席のまま下された場合、当該判決に対する控訴を法廷地法が必ず可能としていることが、フランス国際公序の要請であるとする。そして、カリフォルニアの法が、判決の送達を要求することなく、控訴期間を、判決言渡しから起算して1年と定めていることを確認する。さらに、手続を欠席した被告がこの控訴を行い得るのは、被告が通知によって判決を知った場合のみであり、通知を行う法的要請がないことは、被告が実効的救済を得ることを不可能にしているとして、こうした制度的担保の欠如は、人権条約6条および13条で保障される公正な裁判と実効的救済の権利を侵害している、と判断した。

しかし、Y社が本件米国裁判所への召喚と訴訟を知っていた場合、判決が下されてから1年の期間が控訴のために与えられていた以上、事件の事実関係に鑑みると本件米国判決は手続的国際公序に反していない可能性があり、判決の通知がなくても人権条約6条、13条で保障される公正な手続と実効的救済を受ける権利が尊重されたといえるのではないか、についての審理がなされることなく上述のような判断が下されている点で、原判決は法的根拠を欠いている。

(2) 損害賠償請求について

民事訴訟法509条に照らすと、執行許可請求手続を審理する裁判所（le juge de l'exequatur）の権限は、執行許可の要件の審理（vérification）に限られており、執行許可請求手続の審理中になされたのではない事由（faute）に基づく責任を問う反訴を審理することはできない。

本件においてX社の帰責事由とされた事由は、執行許可請求手続には関係していなかった。控訴期間経過後にようやく本件米国判決について通知を行いY社の銀行口座に仮差押を行ったX社の行為が手続的不正行為にあたるとしてX社の責任を認める判断を下した点で、原審の判断は民事訴訟法509条に反している。

Ⅲ. フランス執行許可請求手続における審理範囲

1. フランスにおける外国判決承認要件

フランス民事訴訟法509条自体に要件が規定されているわけではないが、特別の定めを置く国際条約がない場合、外国判決にフランスにおける執行許可を付与するためには、フランス裁判所は、外国判決の適正性（régulalité）の審査として、3つの要件が充足されることを確認せねばならない。すなわち、①外国裁判所が間接管轄を有していたこと、②外国判決の内容および手続が国際公序に適合していること、そして、③詐欺がなかったこと（l'absence de fraude）である[8)]。そして、執行許可請求手続における審理は、外国判決の実質再審査になってはならない。

日本でも既に紹介されているように、フランスにおける執行許可付与要件として、以前は、準拠法要件も課されていた。この要件が明確に排除され、現在は基本的には3つの要件に収れんしている[8a)]のであるが、準拠法要件が排除されたことは必ずしも執行許可請求手続の審理の簡易化を意味するわけではないとも指摘されている[9)]。ある意味で、国際公序の要件の重要性が増したともいえ、また、間接管轄の存在や詐欺の不存在の要件の意味や位置づけが変わってきているとも考えられるからである[10)]。

ただ、そもそも、執行許可請求手続の役割や要件審理の枠組みが従前のような国境警備的なものから時代と共に変容してきているとの認識[11)]が

8) この点は、本稿で取り上げている2020年フランス破毀院判決でも前提とされている。フランスにおける外国判決承認要件の変遷についての邦語文献として、矢澤昇治『フランス国際民事訴訟法の研究』（創文社、1995年）、笠原俊弘「フランス破棄院判決における外国判決の承認」東洋法学56巻2号277頁（2013年）参照。

8a) *See*, l'arrêt Cornelissen, Cour de Cassation, 1re Ch.civ., 20 février 2007, n°05-14082.

9) Pierre Chevalier, «La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères», *Revue critique DIP* 2014, pp. 1et s., esp., p. 41. D'Avout, *infra* note 10), *esp*., p. 340.

共有されているせいなのか、EUのブリュッセルIbis規則（民・商事事件の裁判管轄と判決承認・執行に関するブリュッセルIbis規則）が外国判決の執行前の中間手続を廃止するというドラスティックな変革を行ったためにフランスの国内法としての制度の柔軟化も少しずつであれ進められやすくなっているせいなのか、司法経済性の重視のためなのか、真の理由は明らかではないが、フランス学説は、執行許可請求手続の審理範囲を一定範囲で広げることに比較的好意的であり、その限りで、外国判決実質再審査禁止原則の射程はしぼられる方向で考察される傾向にあるように見受けられる。他方、フランス破毀院の立場は、少なくとも執行許可請求手続の審理範囲については、(限られた例外は除き[11a)]）かなり制限的である。

本稿で取り上げている2020年フランス破毀院判決は、米国判決についての執行許可を求めて提起された手続に関するものであり、そこでの争点のうちの1つは、上述の②の手続的公序の要件に関係するものであった。具体的には、本件米国裁判所による欠席判決（懈怠判決）後の判決送達等の欠如が、フランスにおける執行許可付与のための手続的公序要件との関係で問題とされ、原審たる控訴院が本件米国判決は手続的公序に反すると判断したのに対し、破毀院は、訴訟開始を被告が知っていた場合、たとえ判決の送達が法的に要求されておらず、判決送達がなされていないとしても手続的公序に反するとは認められない可能性がある等として、原審判決を破棄して差戻しを命じたものである。この1つ目の争点については、類似の事案のもとで、最近、日本の最高裁の判断[12)]も下されている。

そして、2020年フランス破毀院判決のもう1つの争点は、XからYに対するフランスでの執行許可請求手続において、YからXに対する損害賠償請求の反訴を併せて審理してもらうことができるか否かという執行許可手続の審理範囲の問題であった。以下では、筆者の関心にしたがって、主に執行許可請求手続における審理範囲の問題に焦点を当てて考察する。

2. 執行許可請求手続の審理範囲についての議論

フランスでの執行許可請求手続における審理範囲については争いがある[13)]ものの、執行許可要件の充足如何（la vérification des conditions de l'exequatur）が審理範囲に含まれることは明らかである。問題は、執行許可要件に関するもの以外の事情である。すなわち、外国手続における請求の対象とは別の実体法上の請求（追加的請求、反訴請求、予備的請求など）を、執行許可手続の審理・判断権限を有する裁判所が併せて審理・判断することができるのか、また、執行許可付与が求められている外国判決を変更する結果をもたらすような事情（弁済、国有化、新たに生じた損害、扶養権利者の収入減、等）について執行許可請求手続の審理範囲に含めて判断を下すことが可能な

10）さらに、公序に反しているかどうか等の審理にあたっては、実質再審理禁止原則との兼ね合いが問われることもある。実質再審査禁止原則についての邦語文献としては、中西康「外国判決の承認執行におけるrevision au fond の禁止について(1)-(4・完)」論叢135巻2号・4号・6号、136巻1号（1994年）が詳細である。なお、実質再審査禁止原則と外国判決承認要件との関係について、*see*, Lilian Larribère, «Pouvoir de révision du juge de controle et compétence indirecte du juge étranger », Revue crit.DIP 2021, pp. 652 et s., *esp*., pp. 659-661. さらに、実質再審査についての過去・現在の状況についての考察や特に将来展望について、Revue crit. DIP 2009, pp. 331 et s., *esp*. P. 341, note Louis D'Avoutを参照 (実質再審査禁止原則に反したとして破棄される場合についての新たな類型の指摘が興味深い)。

11）Pierre Chevalier, *supra* note 9, *esp*., pp. 1-2.

11a）*See*, Mayer, Heuzé et Remy, *infra* note 14), p. 304 (この文献の脚注118では、例外として、被告の濫用的抵抗（résistance abusive）に対する損害賠償請求等が挙げられている。こうした請求はまさに執行許可請求手続の存在に基づいており、執行許可請求手続との関連性も認められる). *See*, also, Pavoa, *supra* note 5, p. 460 (note 27).

12）前掲注3）に記載している最高裁判決のうち、特に、平成31年1月18日判決を参照されたい。なお、フランス法実務では、この1つ目の争点についてのフランス破毀院の判断は、米国での訴訟を安易に放置（無視）することに対して警鐘を鳴らすものである、として受け止められている。

13）Fabien Marchadier, *supra* note 5, p.585.

のか、については議論が続いている。

フランス破毀院は、執行許可請求手続の審理範囲を広げることには躊躇している[14)]が、下級審では、執行許可請求につき管轄を有する裁判所が審理権限を有するかどうかは、追加的請求や反訴請求などの付加的請求の対象が「外国判決の必要な帰結（une conséquence nécessaire de la décision étrangère）」であるか否かによって決せられるとの基準[15)]が用いられるなど、付加的請求等も執行許可請求手続の審理範囲に含まれ得ることを肯定する例も見られる。また、学説としても、こうした基準を是とするかどうかはともかく、執行許可請求手続の審理範囲を広げることに賛成する論者は少なくない[16)]。

そもそも、執行許可請求手続の審理範囲を制限する立場（制限説）の根拠としては、①執行許可請求の性質（le contentieux objectif）に鑑みて、執行許可請求と実体法上の付加的請求との間の関連性は欠如していると解さざるをえないこと、②実質再審査禁止の原則からして、外国判決の内容を変更することは禁じられること、等が挙げられる[17)]が、他方、制限説に批判的な立場の論者は、後述するように、①関連性と、②実質再審査禁止原則に反しないこと、については一定の制限のための要件を課すべきことも認めたうえで、③手続の複数化と費用の増大を防ぐ必要があること、④執行許可請求の性質と実体法上の付加的請求等の性質とが相容れないとは必ずしもいえないこと、⑤1972年7月5日法律によって単独裁判官による裁判所に執行許可請求手続の管轄が認められたことが、実体法上の付加的請求等の審理権限を認める妨げになるとは必ずしもいえないこと[17a)]、等の理由から、執行許可請求手続の審理範囲を広げる方向性を支持する[18)]。

3. 2020年フランス破毀院判決の評価と位置づけ

(1) 従前の破毀院判決との関係

フランス破毀院は、2013年の判決[19)]でも、執行許可請求につき管轄を有する裁判所の権限につき制限的立場をとっていた。すなわち、カナダの裁判所による離婚判決についてのフランスでの執行許可の判決後に求められた夫婦財産の清算等のための公証人指定の申立て等につき、執行許可請求手続の管轄裁判所の審理権限を制限的に解し、公証人指定の申立て等は、別訴（le juge compétent au fondに対してであるが、ここでは具体的にはle juge aux affaires familialesに対して）の形で申し立てる必要があると判断していた。この2013年判決は、1度、外国離婚判決についての執行許可が付与された後、あらためて、フランス民事訴訟法462条に基づいて判決を後から補完(compléter)してもらうため、執行許可請求につき管轄を有する大審裁判所に夫婦財産清算のための公証人指定などを求める申立てがなされた事件であったが、最初から執行許可請求の申立て段階で公証人の指名を求める申立て等が併せてなされていたとしても、結論は同じであったであろう[20)]といわれている。

この事件の離婚判決を下したカナダ裁判所は、カナダ所在財産についてしか夫婦財産分割の判断

14）Pierre Mayer, Vincent Heuzé et Benjamin Remy, *Droit International Privé*, 12e édit., 2019, LGDJ, p. 304.

15）フランス破毀院2013年判決（後掲注19））が引用する原審判決も参照。

16）Mayer, Heuzé et Remy, *supra* note 14, p. 304; Dominique Bureau & Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, Tome1, 5e édition mise à jour, 2021, pp. 381-382; David Sindres, *supra* note 5, p. 183.

17）*See*,. Mayer, Heuzé et Remy, *supra* note 14, p. 304.

17a）必要があれば、合議制での審理に廻すこともできるからであるという。この点、*See*, also, Mayer, Heuzé et Remy, *supra* note 14, p. 305.

18）David Sindres, *supra* note 5, p.179.

19）Cour de Cassation, 1re civ., 28 mars 2013, n°11-19.279. 1966年にイランで婚姻をした夫婦がこの事件の当事者（共にイラン系カナダ人）であった。2000年にカナダで離婚し、2003年、夫が、カナダ裁判所の離婚判決につきフランスのナンテール大審裁判所に執行許可請求を行い、ナンテール大審裁判所がこれを認容、さらに、控訴院や破毀院も執行許可付与を是認し、この判決が確定した。問題は、その後の補完的な請求についてであった。

を下す権限を有していなかったと考えられる場合であって、少なくともフランス所在財産の分割を行うためには、フランス裁判所で清算人たる公証人の指定をしてもらう必要があった。そこで、原審は、外国判決によって離婚した夫婦のフランス所在財産の清算のための公証人指定は、外国離婚判決の「必要な帰結」であるとして、執行許可請求につき管轄を有する裁判所が審理・判断する権限を有すると解していた。しかし、破毀院は、これを否定した。

2013年の破毀院判決に対しては、①司法経済性の観点、さらに、②離婚判決と夫婦財産清算との間にはある程度の関連性があること、等を理由とする批判もありえる[20a]。他方、そもそも、この事件では、執行許可付与を申し立てる必要はなかったとも指摘されている[21]。先例によると、離婚を認める外国判決が夫婦財産の清算について何も判断していなかった場合、端的にフランス裁判所に夫婦財産清算を申し立て、もし外国離婚判決の承認要件につき争いが生じれば、夫婦財産清算についての手続の中で承認要件を審理してもらうことができたはずだという[22]。

このように、2013年の破毀院判決は、その事案自体に少し特殊性があったようにも思われるが、執行許可請求の管轄裁判所の権限や審理範囲の問題との関係で破毀院の立場を示す比較的最近の例の1つとして扱われている[23]。そして、2020年フランス破毀院判決も、方向性としては2013年の破毀院判決と軌を一にしていると指摘される[24]。

(2) 下級審で用いられていた基準への批判

では、フランスにおいて、2020年フランス破毀院判決はどのように評されているのであろうか。

Sindres教授は、2013年破毀院判決の原審でとられたような執行許可請求手続における付加的請求の審理の可否についての基準には問題があったとし、破毀院としては、そうした下級審で用いられていた基準を積極的に変える必要があった、として、その限りでは2020年フランス破毀院判決を評価する[25]。

すなわち、前述のように、下級審では、付加的請求が「外国判決の必要な帰結」か否かという基準を用いて執行許可請求手続の管轄裁判所の審理範囲を広く認める例が存在した。しかし、この基準は曖昧であり、そのために、①判断が不統一になって当事者の予測可能性を害するおそれがあり、また、②隠れた形で外国判決の実質再審査が復活してしまうのではないかとのおそれもあった。そのため、破毀院は、そうした基準の蔓延に歯止めを置く必要があったとして、2020年フランス破毀院判決の立場に一定の理解を示すのである[26]。

しかし、とはいえ、2020年フランス破毀院判決の立てた基準（本稿のⅡ2 (2) の判旨部分：

20) Christine Bidaud-Garon, «Divorce à l'étranger: quel juge peut désigner le notaire liquidateur ? », *La Semaine Juridique: Notariale et Immobilière*, N° 30-34, 2013, pp. 37 et s., *esp*., p. 39. フランス民事訴訟法462条に基づいて、本来、元の判断を下した裁判所の管轄範囲に属するものであったとして判断の補完が求められたものであったからである。*See*, Isabelle Barrière-Brousse, *Journal du Droit International*, 2013, pp. 1153 et s., *esp*., p. 1155.

20a) Sarajoan Hamou, *Gazette du Palais, Edition Spécialisée*, 2013, N° 151 à 152, pp. 23 et s., esp., p. 24は、国際的私法交通の円滑化の観点から、破毀院の判断は残念であるとするものと理解できる。

21) Christine Bidaud-Garon, *supra* note 20, p. 39.

22) *Ibid*.

23) Pierre Chevalier, *supra* note 9, *esp*., p.19. なお、家族関係事件裁判官は大審裁判所の内部構成（formation interne）にすぎず、大審裁判所と区別される別の裁判所ではないとの解釈もあり得る（この点、*See*, Mayer, Heuzé et Remy, *supra* note 14, p. 305.）。他方、家族関係事件裁判官が専門特化する現状に着目すると、執行許可請求について審理する裁判所は、家族関係事件に属する付加的請求について審理することをますます躊躇するのではないか、といった見方もある（この点の指摘につき、*See*, Barrière-Brousse, *supra* note 20, pp. 1159-1160）。

24) Fabien Marchadier, *supra* note 5, p.585.

25) Sindres, supra note 5, esp., p. 183.

26) Sindres, *supra* note 5, esp., p. 183. また、Povoa, *supra* note 5, esp., p. 458は、2020年フランス破毀院判決の立場を、執行許可の制度趣旨に照らして理があるという理由で支持する。

時期的にも極めて強い関連性のある場合のみとする）は制限的すぎる、と批判される[27]。

(3) 新たな基準の提案

前述のように、執行許可請求の管轄裁判所の審理権限を制限する立場は、その根拠の1つとして、外国判決の実質再審査禁止原則との整合性を問題とする。しかし、外国判決前の事実等については別としても、外国判決後の事情の変動に基づく付加的請求の審理であれば、実質再審査禁止原則に反するものとはいえないはずである、との指摘がある[28]。

また、そもそも外国判決の内容は、執行許可請求手続において裁判所が下す判決の「基礎（le fondement)」とされるだけではないか、との考えもある[29]。このように単なる「基礎」と考える場合、外国判決がそのままフランス法秩序に入りこむのではないので、外国判決後の事情等の審理に寛容になりえよう。

他方、Sindres教授は、基本的にフランス民事訴訟法70条[30]に基づきつつ、しかしながら同法70条で要求される以上に十分に「関連性」審査をすることで、執行判決請求手続における付加的請求の審理の可否を判断すべきと提案する[31]。ここでの「関連性」は、同法70条の趣旨からすると、「外国判決の対象となった請求」と「フランスでの付加的請求」との関連性の有無ではなく、「フランスでの執行許可請求」と「フランスでの付加的請求」との関連性であると解される[31a]。さらに、実質再審査禁止原則に反しないこと、及び、フランスでの付加的請求についての国際裁判管轄がフランスに認められること、も要件として考えられているようである。ただし、実質再審査禁止原則に反するリスクは、次の2つの場合にはない、と指摘されている。第1に、執行許可請求が棄却された場合に備えて、原告が、外国判決の対象となった請求を執行許可請求手続において予備的に請求する場合[32]である。第2に、外国裁判所で主張されなかった事実などが、フランスでの執行許可請求手続で初めて主張される場合[33]である。

しかしながら、この基準によったとしても、2020年フランス破毀院判決の事案では、執行許可請求手続での反訴請求が適法とされるとは考え難い、とSindres教授はいう。なぜなら、そこでの反訴請求は、米国判決に対する上訴期間が徒過してから初めてX会社がフランスで保全措置をとったことが手続的不正行為にあたるとしてX会社の責任を問うものにすぎず、執行許可請求との間に（また、米国判決の対象となった請求との間にも）十分な関連性があったとはいえないからである[33a]。

4. 外国判決の「適応」とその限界

なお、本稿で取り上げた2020年フランス破毀院判決はEU法の適用がある事案ではなかったが、EU規則たるブリュッセルIbis規則では、外国判決につき内国での強制執行を許すか否かを決する中間手続（執行判決請求訴訟のような手続）の廃止を定めている。そこで、このブリュッセルIbis規則の適用がある場合（執行判決請求訴訟のような手続が介在しない場合)、「外国判決後の事情」等がどのように扱われるのかが、問題となり得る。

27）Sindres, *supra* note 5, esp., p. 183.

28）Dominique Bureau & Horatia Muir Watt, *supra* note 16, *esp*., p. 381.

29）Mayer, Heuzé et Remy, *supra* note 14, *esp*., p. 300.

30）フランス民事訴訟法70条1項は、反訴や付加的請求（les demandes reconventionnelles ou additionnelles）の適法性を、原則として、元の請求（prétentions originaires）との十分な関連性の有無によって決するものとする規定である。

31）Sindres, *supra* note 5, *esp*., p. 183.

31a）他方、Mayer, Heuzé et Remy, *supra* note 14, pp. 304-305は、外国での裁判の対象になっている請求内容と付加的請求との関連性を問うもののように見受けられる。

32）Sindres, *supra* note 5, *esp*., pp. 179-180.

33）ただし、外国裁判所の手続で**主張しえた**事実については、問題があり得るとも指摘されている。

33a）2020年フランス破毀院判決の事案で反訴請求が適法と認められない理由として、そこで反訴の形で申し立てられている請求は、本来、執行裁判所（juge de l'exécution）の専属管轄に服するものであって、執行許可請求との関連性がない、という説明をする論者もある。*See*, Pavoa, *infra* note 5, p. 457.

この点につき、フランスの文献[33b]では、執行裁判所が外国判決を「適応」(ブリュッセルⅠbis規則54条[34])させられれば別として、単純な適応(la simple adaptation)を超える申立てがなされねばならないような場合は、別途、訴え(une nouvelle action au fond)を提起する必要があることになってしまう、と説明されている。

Ⅳ．日本法への示唆

日本法上は、EUのブリュッセルⅠbis規則におけるのとは状況が異なり、中間手続としての執行判決請求訴訟の制度が維持されている。執行判決請求訴訟については、これが外国判決の迅速な執行を過度に妨げるものとなっているのであれば、その限りで改良の余地はあると考えられる[34a]。しかし、外国判決後の事情等を審理範囲に組み込むことで、手続の重層化を防いで司法経済に資することになるのであれば、弊害のない限りで審理範囲を広げる方向性も、必ずしも不当とはいえないのではあるまいか。

わが国での執行判決請求訴訟における「外国判決に掲げる給付請求権の存在または内容について、判決後(厳密には、判決国法に定める判決効の基準時後)に生じた事由をもって争うことの可否」[35]という問題について、日本の学説の多くは、これを可能であるとしている[36]。また、前述の令和3年の最高裁判決との関係でも、「執行判決請求訴訟において、外国判決の既判力の基準時後に生じた弁済等の請求異議事由を抗弁として主張することができるかという点には争いがあったが、現在は肯定説が通説であり、裁判実務も肯定説で固まっている状況であって、……本判決は、この点について明示的には判断を示していないが、本件弁済の事実が抗弁になることを認めており、……」[37]との認識が示されており、前述のように執行許可請求手続での審理対象を原則として執行許可要件に限定するフランス破毀院の立場に比べると、執行判決請求訴訟の審理範囲を比較的広く認めるものであるように見受けられる。

例えば、財産関係事件分野における日本の裁判例としては、外国判決(フランス裁判所の判決)についての執行判決請求訴訟において、損害賠償債権を自働債権とする相殺の主張につき、「外国裁判所の判決の基準時後の事情(請求異議事由)は、執行判決を求める訴えの中で抗弁として主張することができる」との解釈が示されたうえで、しかしながら、準拠法たる「フランス民法において要求される相殺の要件を満たさない」として、結局、相殺は有効とは認められないとした下級審判決[38]がある。

なお、「未だ債務名義の完成がない」執行判決

33b) Bureau & Muir Watt, *supra* note 16), *esp*., p. 382.

34) ブリュッセルIbis規則54条は、外国判決の執行等がなされるEU構成国法上、当該判決国たる別のEU構成国法上は認められる処分・命令の制度が存在しないような場合、判決国法上の処分・命令を、それに相当する執行国法上の処分・命令に適応させることができる旨を定めている。そして、こうした「適応」の可能性は、EU法が適用になる場合以外でも、判決国法と執行国法とが異なる法制を有している場合一般に問題になり得ると解される。外国判決の強制執行のために執行判決の取得を要する日本の法制度の下では、「適応」の問題も、執行判決請求訴訟の審理範囲に含まれると考えられようか。

34a)「執行判決制度は、通常の判決手続によるために、被告側が徹底的に争うと、普通の訴訟よりも時間がかかるといってもいいすぎではない」という問題意識から、「現行の執行判決制度を決定手続に変更することも十分考えられてしかるべきである。」との指摘もなされている(小林秀之＝村上正子『新版　国際民事訴訟法』〔弘文堂、2020年〕174頁)。他方、伊藤＝園尾 編集代表・前掲注1) 215頁は、「簡易な手続を導入するというのも十分検討に値する。」と述べつつ、「執行債権者の利益とともに債務者の利益にも配慮しなければならず、後者の利益保護の観点からみれば執行判決制度を維持しておくことに一定の合理性があることは否定できない。」とされる。

35) 伊藤＝園尾 編集代表・前掲注1)、特に214頁。

36) 高桑(2002年)・前掲注1)、特に389頁、中野(貞)＝下村・前掲注1)、特に191-192頁、伊藤＝園尾 編集代表・前掲注1、特に214頁。

37) 鷹野・前掲注3)、特に、110頁。

請求訴訟の段階では「請求異議の反訴（予備的反訴としても）」の提訴の余地がないことを、外国判決の基準時後に生じた変動事由を抗弁として主張できると解する理由づけとされる[39]など、一般に、外国判決の基準時後に生じた事情に基づく「反訴」を執行判決請求に併せて判断できるとは解されていない[40]。

他方、日本で外国判決につき執行判決を求めて訴え出る原告が、付加的請求を併合提起することは可能だと考えられようか。例えば、外国裁判所から営業秘密侵害差止めを命じられた被告が、外国判決から逃れるために差止判決の対象とされた侵害行為の態様を少し変えて侵害を継続したとする。（外国判決の「適応」によっては対応できない場合、）日本で外国差止判決について執行判決請求訴訟を提起する原告が、被告の新たな侵害態様に基づく営業秘密侵害の差止めを命じる判決を求める訴えを適法に併合提起できれば、迅速な紛争解決と実効的救済につながり得よう。もちろん、被告にとって、あまりに酷とはいえない場合に限られるべきではある。

V．結　語

以上、2020年フランス破毀院判決の基準による執行許可請求訴訟の審理範囲は極めて制限的で、フランスの学説にはこれを批判的に評するものが少なくないことを紹介した。日本法上の執行判決請求訴訟について考える場合も、フランス学説が指摘するような、併合請求の「関連性」の程度、司法経済の観点、実質再審査禁止原則との抵触の不存在、等についての議論は参考になるように思われる。他方、請求異議訴訟といったシステムについての日仏法上の違いの存在の各国学説への影響も念頭に置くべきであろうか。

各々の国の訴訟制度や相殺等の規律には違いがあるので、必ずしも他国における学説が我が国においても妥当するわけではない。しかし、被告への判決の送達がなされなかった米国の欠席判決（懈怠判決）や米国の懲罰的賠償を命じる判決の承認・執行の問題（特に公序要件について）などをはじめ、諸国で注目される事例や各国での分析には、日本法との関係でも示唆を与えてくれるものがある。基礎となる各国の法制度の違いをもっと正確に理解するよう努めつつ、今後さらに分析を進めていきたいと考えている。

（本研究は、JSP科研費JP21K0123, 22H00797の助成を受けている。）

38）東京地判平成25年4月26日判例集未搭載（2013WLJPCA04268001）。この判決については、嶋拓哉「判批」ジュリスト1465号123頁（2014年）、神前偵「判批」平成25年重要判例解説306頁、青木哲「判批」JCAジャーナル61巻5号28頁（2014年）、小池未来「判批」同志社法学66巻4号1113頁（2014年）、手塚裕之「判批」実務に効く国際ビジネス判例精選138頁（2015年）、西岡和晃「判批」国際私法判例百選〔第3版〕（2021年）202頁、がある。また、渉外的要素を含む相殺の問題については、酒井一「相殺の抗弁と国際裁判管轄」判タ936号65頁も参照。なお、フランス民法上の相殺規定は2016年に改正されているが、改正前から「数額の確定」は「法律上の相殺（compensation légal）」の要件である。しかし、鑑定を経ないと「数額の確定」の要件を満たさないために「法律上の相殺」が認められない場合であっても、通常の管轄ルールを排して反訴請求のような形で「裁判上の相殺（compensation judiciaire）」が認められることはあり得る（Alain Bénabent, Droit des Obligations, 15e édition, LGDJ, 2016, pp. 605-607. フランス民事訴訟法典70条とフランス民法典1348条も参照）。東京地判平成25年4月26日の事案における訴訟上の相殺についても、上述の青木哲教授の評釈（特に31頁）では、「本件訴訟上の相殺が裁判上の相殺を主張するものであるとすれば、日本の裁判所において反訴の提起によらずに、フランス法上の裁判上の相殺を行使することができるのか」という問題を指摘されている。

39）中野（貞）=下村・前掲注1)の192頁。

40）「確定した執行判決のない外国判決に対する請求異議の訴えは、不適法な訴えといわざるを得ない」とした東京地判平成23年3月28日判例タイムズ1351号241頁、同様の判断を示していた東京地判平成4年1月30日家月45巻９号65頁（河野俊行「判批」ジュリスト1026号153頁〔1993年〕、櫻田嘉章・平成4年重要判例解説296頁、西野喜一・平成5年度主要民事判例解説（判タ852号）276頁）、も参照。

企業間の特許権侵害訴訟における訴訟上の和解の効力と独占禁止法

龍谷大学法学部准教授
堀 清史 Kiyofumi Hori

Ⅰ．はじめに

本稿は、企業間における特許権侵害訴訟において、訴訟係属中に訴訟上の和解が成立したときの、訴訟上の和解の効力について検討するものである。本稿では主に訴訟法的な観点からこの検討を行うが、実体法的には独占禁止法との関係を問題にする。

本稿で取り扱う、特許権侵害訴訟における和解と独占禁止法との関係では、米国のActavis事件が紹介されることがある[1]ため、ここでこの事件について概観する。基本となる事案は、A社が薬剤甲を発売し、甲についてA社が特許権を保有していたところ、後発（ジェネリック）医薬品メーカーであるB社等が当該特許権が無効である旨主張して薬剤甲の後発品を発売したため、A社がB社等を被告として特許権侵害訴訟を提起（B社はA社に対し、当該特許権が無効である旨の反訴を提起）したというものである。この訴訟において訴訟上の和解が成立したが、その内容は、特許権保有者であるA社が、後発医薬品メーカーであるB社等に対し数億ドルの金銭を支払う代わりに、当該特許権の期限が満了する一定期間前までB社等が薬剤甲についての市場に参入しないことを合意するものであった（この合意を、リバースペイメント、ないしペイフォーディレイというとされる）。この訴訟上の和解について、米国連邦取引委員会（FTC）がこの訴訟上の和解がFTC法5条に違反すると主張して提起した訴訟についての米国連邦最高裁判決が、Actavis判決[2]などと呼ばれる。Actavis判決は、訴訟上の和解が特許権の範囲内である限り反トラスト法が適用されないとする連邦巡回区裁判所の判断に対して、特許権の範囲内での和解についても反トラスト法の適用の可能性を認める基準（合理の原則やrule of reasonテストなどと称される）によるべきだとして事件を差し戻したものである。

本稿では、Actavis判決の、特に実体法的な内容については立ち入らないが、この判決に関連して2点を指摘することができる。まず、訴訟上の和解について、Actavis判決の事案はかなり極端なものであるとは思われるものの、反トラスト法違反の可能性が認められた点である。米国でも、訴訟上の和解が好ましいものであるという観念は存在するようである[3]が、そうであるとしても訴訟上の和解であるとの一事をもって反トラスト法

1）たとえば、星埜正和「特許訴訟の和解と反トラスト法違反　Reverse　Paymentによる和解」国際商事法務41巻11号（2013年）1726頁以下、鞠山尚子「米国反トラスト法におけるリバースペイメントの規制」同志社法学68巻1号（2016年）361頁以下、池田毅「特許訴訟和解の独占禁止法上の評価　米国Actavis最高裁判決の再検討」パテント73巻13号（2020年）61頁以下などがある。

2）Federal Trade Commission v. Actavis, Inc., et al. 570 U.S. 136(2013).

違反が否定されるわけではないということである。つぎに、日本と米国では関連法令や事情等が異なるため、ただちにActavis判決の内容を日本で参照できるか疑わしい点がある。実体的には、米国においてジェネリック医薬品の参入促進と新薬開発促進の両立を目的としたハッチ・ワックスマン法が存在すること[4)]、手続的には、米国において訴訟上の和解についての規制当局への報告手続が存在すること[5)]が重要であると思われる。

もっとも、独占禁止法をはじめとする競争法は国際的な広がりをもつとされ、公正取引委員会と外国規制当局との情報交換などが予定され（独占禁止法43条の2）、また独占禁止法などの国際的な適用が認められている。独占禁止法などの国際的な適用については、たとえば日本と米国の関係では、米国で行われた行為が日本において競争制限を生じる場合には日本の独占禁止法を適用できるし、逆に日本で行われた行為が米国で競争制限の効果を生じさせる場合には米国の反トラスト法の適用があるとされる[6)]。

これらを踏まえると、企業活動が国境を越えて行われることがますます多くなっている今日においては、日本において提起された日本企業同士の訴訟に関する訴訟上の和解について、日本法の観点からはもちろん、諸外国の法律との関係についても検討することが重要であると思われる。ただし、本稿においては、紙幅の制約から、この問題についての日本の民事訴訟法学上の観点からの検討を中心とする。

Ⅱ．訴訟上の和解に関する手続論・効力論

1. 訴訟上の和解の手続・効力についての一般的な議論

訴訟上の和解は、訴え提起後、訴訟手続内で行われる和解をいう。訴訟上の和解については、裁判所は、訴訟係属中いつでも和解勧試を行うことができる（民事訴訟法89条）。和解勧試については、訴訟係属中であれば、第一回口頭弁論期日前であれ、口頭弁論終結後であれ、訴訟のどの段階でも行うことができるが、訴訟の初期段階に和解の意向の有無を確かめたりするほか、争点整理中、争点整理完了後人証調べ前、人証調べ後などに具体的な見通しを持った和解勧試が行われることが多いとされる。訴訟上の和解は、裁判所の面前で和解の合意をするものである。ただし、訴訟上の和解については、民事訴訟法264条、265条が適用され、一定の場合には裁判所が適当な和解条項を定め、当事者がそれを受諾することによっても和解が成立する。なお、訴訟上の和解において、訴訟物以外の事項を和解内容に含めること、及び訴訟当事者以外の者を和解当事者とすることは、いずれも適法と考えられている。後者については、訴訟当事者以外の者が関与する部分について訴え提起前の和解（民事訴訟法275条）が類推適用されるとの見解が多数である[7)]。

訴訟上の和解が成立すると、裁判所書記官が和解の内容を記載した調書を作成し、その記載は確定判決と同一の効力を有する（民事訴訟法267条）。訴訟上の和解について、合意内容が公序良俗に反する場合には無効となるとされ、そのような場合には裁判所は和解が成立したものと扱うべきでなく、和解調書も作成されるべきでないとさ

3）Actavis事件の連邦巡回区裁判所の判決が、この訴訟上の和解の好ましさを強調していたのに対し、連邦最高裁はそれを認めつつ反トラスト法の適用を認めたという関係にある。鞠山・前掲注1）374頁、池田・前掲注1）64頁など。

4）鞠山・前掲注1）363頁など。ただし、鞠山尚子「医薬品特許紛争の和解と独占禁止法　リバースペイメントの独占禁止法上の評価」特許研究72号（2021年）49頁以下によれば、ハッチ・ワックスマン法のようなリバースペイメントを促す規制が存在しないEUにおいても、リバースペイメントが問題となる事例があるとのことである。

5）大瀬戸豪志「特許権侵害訴訟及び特許無効審判の係属中の和解と独禁法上の問題」『村林隆一先生傘寿記念・知的財産権侵害訴訟の今日的課題』（2011年）258頁以下、273頁注29参照。

6）これらについては、菅久修一編著『独占禁止法（第4版）』（2020年）376頁,377頁等を参照。

7）以上につき、三木浩一ほか『民事訴訟法（第3版）』（2018年）481頁～490頁。

れる[8)]。いったん成立した訴訟上の和解について私法上の取消・無効原因が主張される場合、錯誤による取消（民法改正前は無効）や、代理権の欠缺による無効が多いとのことである。このような和解無効（以下では、和解の取消・無効の主張を合わせて和解無効と略称する）を主張する手続としては、①和解をした裁判所に対する期日指定の申立て（最判昭和33年6月14日民集12巻9号1492頁など）、②別訴での和解無効確認の訴え（大判大正14年4月2日民集4巻195頁）、③請求異議の訴え（大判昭和14年8月12日民集18巻903頁）があるとされる。学説上はこの三種の方法について、期日指定の申立て（旧訴訟の復活）を原則とする見解と、和解無効確認の訴え（新訴訟の提起）を原則とする見解に別れる。強制執行の阻止については、民事訴訟法403条を期日指定の申立てに類推することで、期日指定の申立てによって（請求異議の訴えによらずに）執行の停止を求めることができるかが議論されている[9)]。

2. 特許権侵害訴訟における訴訟上の和解[10)] についての議論

(a) 和解勧試の時期

和解勧試の時期については、「通常の民事訴訟における裁判所による和解は…（中略）…比較的早期に和解が勧試される事例も少なくない。しかし、知財訴訟、特に特許権侵害訴訟における和解は、裁判所が一定の心証を形成する前に勧試されることは極めて例外的である。すなわち、通常は、当事者双方が、被告の製造販売する製品又は実施する方法（併せて「被告製品等」という。）が原告の特許権等の権利を侵害するか否かという無効論やその他の抗弁についての主張立証を尽くした後に、裁判所の主導により和解が勧められる」とされる。より具体的には、「特許権侵害訴訟において、損害賠償が求められている場合（製造販売等の差止と併合されている場合と単体請求の場合がある）には、具体的な損害算定に関する議論（損害論）についての主張立証の審理に入る前の段階で、和解の勧試が行われる」[11)] とされている。和解勧試において、多くの場合に心証開示が伴っていることが重要であろう。また、特許権侵害訴訟で審理内容から認容方向の事例については、和解金ないし解決金の算定のために、いったん損害論の審理に入ってからの和解がされる旨の指摘もある[12)]。

(b) 裁判所による和解案の作成

当事者間で訴訟上の和解に関する意向が合致する場合にはそのまま訴訟上の和解が成立するが、当事者間で訴訟上の和解についての意向に隔たりがある場合、和解を打ち切り判決に向かうときと和解を継続するときがあるとされる。和解を継続するときは、「当事者の意向を踏まえた上、裁判所が、和解を打ち切った場合に行う判決を念頭に置いて、それから大きく逸脱しない範囲で合理的と考える和解案を作成することが一般的である。そして、この和解案を当事者に提示して合意が可能かどうか確認する。比較的多くの事例では、この裁判所の和解案に基づいて和解が成立するが、和解案が受け入れられないこともある。その場合には、受け入れられない理由を当事者から聴取し、可能な範囲で和解案を修正したり、…（中略）…和解が成立する場合の合理性を説明して説得したりする」[13)] とされる。

和解案の作成を当事者が主導する場合であれ、裁判所が主導する場合であれ、その内容は裁判所が開示した心証により左右されるところがある。まず、裁判所が認容方向（特許権は有効で、被告

8）三木ほか・前掲注7）486頁～488頁。

9）以上につき、高橋宏志『重点講義　民事訴訟法　上（第2版補訂版）』（2013年）781頁～785頁。

10）髙部眞規子『実務詳説　特許関係訴訟（第3版）』（2016年）、105頁以下、白波瀬文夫「和解」『小松陽一郎先生古稀記念論文集・特許権侵害紛争の実務』（2018年）、1019頁以下、清水節「特許権侵害訴訟における和解について」JCAジャーナル67巻10号（2020年）、33頁以下など。

11）清水・前掲注10）34頁。

12）白波瀬・前掲注10）1023、1024頁。

13）清水・前掲注10）38頁。

による特許権侵害がある）での心証を抱く場合の和解案では、解決金等の金額は判決で認められるべき損害賠償の額の7～8割になることが多く、被告による製品の製造の差止めについても、判決では直ちに命じられるところ、数カ月から半年程度の猶予が設けられることがある、とされる[14)]。なお、認容方向での心証がある場合の和解については、和解案への侵害事実の記載とその開示の有無について争いになることが多いとされる[15)]。

つぎに、裁判所が棄却方向（特許権が無効、もしくは被告による特許権侵害がない）での心証を抱く場合の和解案では、通常金銭の支払い等は行われないとのことであるが、原告が別件の訴訟の提起を示唆するような場合において、被告から原告への低額な解決金の支払いが含まれることもあるとされる[16)]。この場合の敗訴が予想される原告が和解に応じるメリットについて、「原告は、社会的評価の低下を免れるだけでなく、当該特許権が無効の抗弁（特許法104条の3）により相対的な無効と判断されて敗訴となるような場合は、その判断が判決によって社会に公示されることが避けられるという利点がある」とされ、「この場合、原告が、裁判所から和解において無効の判断を示された特許権を、訴訟外であっても他の第三者に対し新たに行使することは事実上困難であるとしても、従前からのライセンス契約などは維持できるものと考えられる」[17)]とされていることが注目に値する。

3. 独占禁止法的観点からの批判

まず、前提として、特許権侵害訴訟における訴訟上の和解は、その合意内容によっては、独占禁止法上の不当な取引制限、私的独占、そして不公正な取引方法に当たりうるとされる。たとえば、「特許権侵害訴訟の当事者が、和解に応じる見返りとして、相互に特許製品等の販売数量や販売地域、さらにはライセンス許諾先や研究開発分野を制限するようなライセンス契約を締結することにより、一定の製品市場又は技術市場における競争を実質的に制限するような場合には、不当な取引制限（定義規定2条6項、禁止規定3条）に該当する」[18)]とされる。

つぎに、「自らが有する特許が無効であることを知りながら差止請求訴訟を提起することによって競争者の事業活動を妨害する行為は、競争手段として不当であり、公正競争を阻害するおそれ（公正競争阻害性）があるので、不公正な取引方法（一般指定第8項、第9項、第14項）に該当する。そうであれば、差止請求訴訟の提起後に、自らが有する特許が無効であることを知りながら和解することによって競争者の事業活動を妨害する行為についても、差止請求訴訟の提起の場合と同様に不公正な取引方法に該当するといってよいであろう」[19)]との主張がある。そして、この点に関連して、裁判所による和解勧試のうち、原告主張の特許権が無効であるとの心証のもとになされる和解勧試には、当事者が無効理由の存在を認識しながら行う特許権侵害訴訟の和解が独占禁止法上の問題を含むものであるから、大きな問題があるとされる[20)]。

さらに、「無効理由の存在についての裁判所の心証が形成された特許に基づく特許権侵害訴訟上の和解については、当該和解に関する独禁法の適用その他の必要な事項について、裁判所から公正取引委員会に意見を求め、これに対して公正取引委員会が意見を述べることができるという体制が構築されるべき」[21)]であるとされる。また、公正取引委員会に関しては、訴訟上の和解成立前に、

14）清水・前掲注10）36頁。
15）高部・前掲注10）108頁注7、清水・前掲注10）36頁。
16）清水・前掲注10）36頁、37頁。
17）清水・前掲注10）36頁、37頁。特に36頁注14。
18）大瀬戸・前掲注5）263頁。
19）大瀬戸・前掲注5）264頁。
20）大瀬戸・前掲注5）266頁。
21）大瀬戸・前掲注5）272頁、273頁。

公正取引委員会の職員を専門委員（民事訴訟法92条の2）として関与させるアイディアも述べられている[22)]。

Ⅲ．議論の評価・検討

1. 訴訟上の和解が独占禁止法違反となる可能性について

訴訟上の和解の基礎として訴訟当事者の合意が含まれ、その内容について制限がない以上、訴訟上の和解であっても合意内容によって独占禁止法に違反する可能性があることは当然であろう。もっとも、独占禁止法違反が認められる可能性の程度については、一般的には高いとも低いとも評価できないであろう。これとの関係で、独占禁止法違反の有無の判断について公正取引委員会に何らかの形で制度的な関与を求めることについては、独占禁止法を含む法の解釈適用が裁判所の職責とされている関係上、公正取引委員会の職員を専門委員とすることは困難だと思われる。他方で、一定の場合に訴訟上の和解が成立したこととその内容を公正取引委員会に報告するという制度については検討の余地がある。もっとも、そのような報告制度がない現在においても、訴訟上の和解において和解内容を秘密にする条項については当事者に争いが生じることが多いというのであるから、公正取引委員会に和解内容を報告する制度の導入については立法によらざるを得ないであろう。

2. 裁判所が特許は無効であるとの心証を抱いた場合の訴訟上の和解、及びその勧試について

前述のとおり、このような場合の訴訟上の和解について、独占禁止法に違反する旨の主張があるが、このような場合であっても訴訟上の和解は独占禁止法に違反せずに成立しうるものであると考えられる。すなわち、訴訟上の和解は、上訴審における主張の追加・変更や、それらを前提とした（あるいは前提としない）上訴審における判断の変更の可能性を留保しつつ行われるものであり、必ずしも確定的に無効との認識のもとで成立するとはいえないからである。他方で、このような理屈からすると、裁判所の和解勧試（特に上告審である最高裁による和解勧試）については、提案する和解内容が競争者の事業活動を妨害するものでない（公正な競争を阻害するおそれがない）ことを明確にしておく必要がありそうである。上告審である最高裁判所においては、自らの判断が日本国内において最終的に通用する見解となることからである。もっとも、特許権者が不利な心証の場合の和解条項案として示されている[23)]ようなものであれば、通常の場合には問題がないであろう。特許権が無効であるとの心証の場合に、将来のありうる別の訴訟の提起を防ぐため、特許侵害訴訟の被告が原告に解決金の支払いを行う条項については、その金額は、弁護士費用等の紛争解決に要する費用と、紛争解決に要するであろう期間等を考慮に入れたうえで、少なくともそれらのコストを下回る低額で定める必要があろう。そのようにして計算される合理的な金額を超える金額の支払いについては、原則として疑わしいものとして扱うべきである。

3. 訴訟上の和解に独占禁止法違反がある場合の対応

まず、訴訟上の和解に独占禁止法違反があり、それが公序良俗（民法90条）違反でもある場合[24)]には、訴訟上の和解を無効とすべきことに異論はないように思われる。和解無効の主張の方法について、いずれにせよ当事者からの申立てによるとされてきたが、裁判所が訴訟上の和解に公序良俗違反があることを看過した場合には、本来、裁判所が職権で期日を指定すべきように思われる。この場合には訴訟は終結しておらず、したがって当事者の期日指定の申立て等は、確認的なものにとどまると考えられる。

つぎに、訴訟上の和解に独占禁止法違反があり、

22）富田淳子「特許侵害訴訟上の和解と独占禁止法」青山社会科学紀要41巻2号（2013年）135頁以下、143頁。
23）高部・前掲注10）110頁など。

それが公序良俗違反とまではならない場合については困難な問題が生じる。まず、合意内容に関連した独占禁止法違反がないことを前提として成立した場合、錯誤による取消の可能性があるように思われる。これはいわゆる法律の錯誤の事例であるが、最判平成元年9月14日判タ718号75号を参照すると、錯誤取消が認められる可能性はあるように思われる（表意者の重過失が認められる可能性があるが、訴訟上の和解であれば通常は民法95条3項2号にいう共通錯誤であると考えられる)。他方、独占禁止法違反が認められることを訴訟上の和解の解除条件とする合意も有効であるように思われる（そのような合意が有効であるとした場合には、それに併せて損害賠償の予定をすることも認められるであろう)。錯誤による取消であれば旧訴訟が復活する期日指定の申立てが可能であり、債務不履行解除であれば新訴提起によらざるを得ないとする見解が有力であるが、和解に解除条件が付されていた場合をどちらに近づけて検討するかには議論がある[25]。この議論に依存するところでもあるが、和解の解除条件等とする方が法的には安定する（さらに予見可能性が確保される）ものと思われる一方で、このような内容についても合意する必要があるとすると、より和解の成立が困難になるようにも考えられる。

最後に、外国の独占禁止法に相当する法律に違反する場合である。これについては、外国の独占禁止法に違反し、かつ日本の独占禁止法にも違反する場合には、日本の独占禁止法違反として考えればよいと思われる。他方で、外国の独占禁止法には違反するが、日本の独占禁止法には違反しない場合、それだけでは直ちに訴訟上の和解の効力には影響がないというべきである。外国で独占禁止法違反によって訴訟上の和解の効力が否定されたり、一定の行政措置を取られたりすることが、訴訟上の和解の目的を達成する上で障害となるかどうかによって錯誤が成立するかどうかが決せられることになろう。和解の解除条件とする場合については、国内の場合と同様であるが、合意の対象がより広範になる関係上、合意がより困難になるとも思われる。

24）最判昭和52年6月20日民集31巻4号449頁は、独占禁止法違反と公序良俗違反を直結させていない。独占禁止法違反行為が公序良俗に反するかどうかについて、東京高判平成9年7月31日判タ961号103頁は、「独禁法に違反する私法上の行為の効力は、強行法規違反の故に直ちに無効となるとはいえないが、違反行為の目的、その態様、違法性の強弱、その明確性の程度等に照らし、当該行為を有効として独禁法の規定する措置に委ねたのでは、その目的が充分に達せられない場合には、公序良俗に違反するものとして民法九〇条により無効となるものと解される」としている（判タ115頁）。独占禁止法に違反する契約等は、第三者が介在するといった取引の安全を考慮する必要がある場合を除き、公序良俗に反し無効と判断されやすいとのことである。以上について、白石忠志＝多田敏明編著『論点体系独占禁止法（第2版）』（2021年）463頁，464頁（長澤哲也執筆部分）。

25）高橋・前掲注9）792頁以下、特に796頁注39。

石井法律事務所

ISHII LAW OFFICE

長年にわたり、多様なニーズを的確に把握し、迅速で質の高いリーガルサービスを提供することを心がけてまいりました。特に、企業法務や企業関係訴訟の分野における経験と実績を有しており、各案件に応じた最適なチームワークによって、最高品質のサービスを提供致します。

弁護士竹内淳（JCAA仲裁人候補者）ほか20名

石井法律事務所

東京都千代田区有楽町1-5-1　日比谷マリンビル11階　03-3580-3581　www.ilo.gr.jp

JCAジャーナル・2023年3月10日発行　第70巻3号（通巻789号）
編集兼発行人●板東　一彦
発行所●一般社団法人　日本商事仲裁協会
〒101-0054　東京都千代田区神田錦町3丁目17番地　電話（5280）5181（編集担当）
製作所●株式会社アイセレクト
〒116-0013　東京都荒川区西日暮里5-30-6　第3宝生ビル　電話（6806）8503（代表）

名古屋事務所	〒460-8422	名古屋市中区栄2-10-19	名古屋商工会議所内	052（223）5721
大阪事務所	〒540-0029	大阪市中央区本町橋2-8	大阪商工会議所内	06（6944）6164
神戸事務所	〒650-0046	神戸市中央区港島中町6-1	神戸商工会議所内	078（303）5806
横浜事務所	〒231-8524	横浜市中区山下町2	横浜商工会議所内	045（671）7406

©日本商事仲裁協会（禁無断転載）

海外での商談や見本市など“持ち込みが一時的な物品”は、ATAカルネをご利用いただければ**輸入税だけでなく付加価値税も免税**となり、また税関への申告もスムーズです

物品の一時輸出入免税には

通関手帳

ATA カルネ が便利です！

ATAカルネは国際条約（ATA条約）に基づくもので
加盟国は約80カ国、これまでに延べ26,000社と
多くの皆様にご利用いただいております

使用できる物品や用途

- ビジネスのための **商品見本**
- プロが使用する道具 **職業用具**
- **展示会**への出品物

カルネ発給申請は便利な**オンライン申請**になりました

オンライン申請のご利用には**事前の登録手続き**が必要です
詳細はウェブサイトhttps://carnet.jcaa.or.jpをご覧ください

◇ **ご自宅やオフィスからいつでも申請！**
＊申請受付は、カルネ事業部の営業時間内
◇ **書類印刷や押印が不要！**
◇ **申請送信後の進捗状況はオンラインで確認！**

発給所要日数は**48時間後***
当協会有料会員の場合は**24時間後****
とスピード発給！

＊審査完了の営業48時間後　＊＊審査完了の営業24時間後

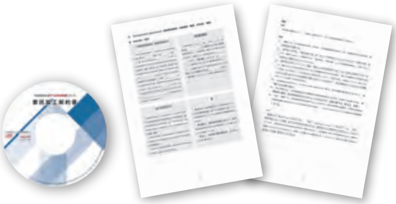
一般社団法人 日本商事仲裁協会 カルネ事業部　TEL：03-5280-5171　E-mail：ata-carnet@jcaa.or.jp

カルネ ウェブサイト　YouTube　Twitter

そのまま使えるモデル英文契約書シリーズ
「全 13 種類の英文契約書」（CD-ROM 付）

監修：仲谷栄一郎弁護士、中川裕茂弁護士（アンダーソン・毛利・友常法律事務所）

「そのまま使えるモデル英文契約書シリーズ」は、英文契約書作成時に検討すべき一般的条項を網羅した、経験豊富な渉外弁護士監修による英文契約書のひな型です。英語及び日本語の契約条文と各条文の解説を掲載しています。また、国際契約に必須の仲裁条項のドラフティングについても詳説しています。付属のCD-ROM（WINDOWS対応）に英語及び日本語の契約書サンプルがMS-Word形式で収録されており、簡単に契約書を作成することができます。



書 名	頁数	書 名	頁数
委託販売契約書（CD-ROM付）	52頁	総代理店契約書【輸出用】（CD-ROM付）	48頁
委託加工契約書（CD-ROM付）	60頁	合弁契約書（CD-ROM付）	52頁
購入基本契約書（CD-ROM付）	48頁	実施許諾契約書【許諾者用】（CD-ROM付）	58頁
販売基本契約書（CD-ROM付）第二版	48頁	実施許諾契約書【被許諾者用】（CD-ROM付）	54頁
OEM（委託者側）製品製造供給契約書【輸入用】（CD-ROM付）	68頁	秘密保持契約書・共同開発契約書（CD-ROM付）第二版	60頁
OEM（製造者側）製品製造供給契約書【輸出用】（CD-ROM付）	72頁	技術ライセンス契約書【中国語版付】（CD-ROM付）	56頁
総代理店契約書【輸入用】（CD-ROM付）	52頁		

B5判（送料無料）　**一般価格** 2,200円（本体2,000円＋税）　**JCAA会員価格** 1,650円（本体1,500円+税）

JCAA 日本商事仲裁協会

＜お問い合わせ＞
〒101-0054 東京都千代田区神田錦町3-17
廣瀬ビル3階　TEL：03-5280-5181
Email：planning-consulting@jcaa.or.jp
URL：www.jcaa.or.jp

＜ご購入＞
書店／JCAAのウェブサイトまたは窓口（東京本部）にてご購入いただけます。なお、JCAA会員割引は、JCAAからの直接購入の場合にのみ適用されます。

JCAジャーナル 2023年3月10日発行（毎月1回10日発行） 第70巻第3号（第789号） ISSN 0386-3042

AIが
判例検索の
次世代を拓く！

圧倒的シェアを誇る「判例秘書」が、
AIによる判例検索アシスト機能を装備！
さらなる進化をし続けております。

AIを搭載した
判例秘書の
動画説明はコチラ

判例秘書

リモート説明
実施中！

5〜10分の隙間時間を利用してWebツールを
使用したリモート説明をご体験いただけます。

判例秘書リモート説明 検索
https://www.hanreihisho.com/form_remote.html

開発・提供
株式会社 LIC Legal Information Center

ISO/IEC 27001認証取得 ISO 9001認証取得
MSA MSA-IS-380 ISMS-AC ISMS ISR016 MSA MSA-QS-4625 JAB MS CM024

販売会社
株式会社EOC.com

東京オフィス 〒107-0062 東京都港区南青山2-6-18 TEL 03-3401-5181 FAX 03-5412-0535
大阪オフィス 〒530-0047 大阪府大阪市北区西天満3-14-6 TEL 06-6365-5701 FAX 06-6365-5740

発行＝一般社団法人 日本商事仲裁協会 定価1000円（消費税込）