

《論 説》

独占禁止法と仲裁

——仲裁可能性と仲裁判断の実体的公序審査——

中 村 達 也

1 はじめに

仲裁法施行後初めて仲裁判断を取り消した裁判例として東京地決平成23年6月13日判時2128号58頁がある。この事件では、仲裁判断の内容が独占禁止法に反する状態を許容するものとして、仲裁法44条1項8号の取消事由に該当するかが重要な争点の1つとなったが、この争点とは別に、裁判所は、仲裁廷が当事者間に争いのある仲裁判断の主文に影響を及ぼす重要な事実を争いのない事実として仲裁判断をしたと認定し、これがわが国の手続的公序に反することを理由に仲裁法44条1項6号に基づき仲裁判断を取り消したため、前者の争点については判断をしなかった。しかし、裁判所は、仲裁判断の内容が独占禁止法に反すると判断した場合、わが国における公序良俗に反するとして仲裁判断を取り消すことになるか、という重要な問題を提起した。

仲裁判断の終局性を重視する場合、裁判所は、仲裁判断の内容が独占禁止法に反すると判断したとしても、取り消し得ないと考えられようが、独占禁止法の公益性を重視する場合には、裁判所は、独占禁止法違反の法状態を作出した仲裁判断の効力を認め、かかる状態を維持することは許容し得ないとして、仲裁判断を取り消すことになると考えられよう。

本稿は、この実務上重要な問題を検討しようとするものであるが、この問題の前提として独占禁止法に関する紛争が、仲裁法13条1項が定める「当事者が和解をすることができる民事上の紛争」に該当するか、すなわ

ち、仲裁可能性を有するかが問題となる。そこでまず以下では、この仲裁可能性の問題から考察を始める。

2 和解可能性の意義

(1) 旧法との関係

仲裁法は、「仲裁合意は、法令に別段の定めがある場合を除き、当事者が和解をすることができる民事上の紛争（離婚又は離縁の紛争を除く。）を対象とする場合に限り、その効力を有する」と規定し（13条1項）、仲裁可能性は和解可能性を基準に判断すると定める。仲裁法制定前の旧法下においても、仲裁合意は、「当事者カ係争物ニ付キ和解ヲ為ス権利アル場合ニ限り其効力ヲ有ス」（公示催告手続及び仲裁手続ニ関スル法律786条）と定め、和解可能性を基準に仲裁可能性を判断することとし、仲裁法13条1項の規定は、この旧法の規定と同趣旨の規定であるとされる⁽¹⁾。

もっとも、旧法とは違い、「法令に別段の定めがある場合」を除くと定め、立法政策上の判断から、法令により、当事者が和解をすることができない紛争に仲裁可能性を認め、あるいは、当事者が和解をすることができる紛争に仲裁可能性を認めないことを明文で許容し、後者に関しては、附則4条の将来において生じる個別労働関係を対象とする仲裁合意がこれに当たるとする⁽²⁾。

(2) 自由処分権と仲裁判断の相対効

ここにいう「和解」の意義に関しては、旧法の立法過程によれば民法上の和解と考えられているところ⁽³⁾、従来から学説上諸説があり⁽⁴⁾、13条1項に關しても、仲裁法独自の概念とする見解が有力に主張されているが⁽⁵⁾、和解可能性の存否の基準が明確に示されているわけではなく、法的安定性や予測可能性を欠き、また、これらの諸説も、個別の紛争の仲裁可能性の存否に関しては、基本的には民法上の和解可能性を基準に判断しているようで

⁽⁶⁾あり、仲裁法13条1項の和解可能性の解釈としても、旧法の解釈と同様に、立法者の意思に従った民法上の和解と解し、政策的判断から、和解可能性のない紛争に仲裁可能性を肯定し、あるいは、逆に和解可能性のある紛争に仲裁可能性を否定する必要がある場合には、「法令に別段の定めがある場合」で処理すれば足りるのではなからうか。⁽⁷⁾以下、民法上の和解と解し考察を進める。

民法上の和解と考える説は、「仲裁契約が係争物に関する間接の処分行為たるの実質を有するとの見地から、その有効要件に付き和解に関する民法の規定を援用するのである」⁽⁸⁾といい、この意味するところは必ずしも明らかではないが、その理由に関し「仲裁においても、実定法が必ずしも判断基準とはならないこと、及び、判断の主体が裁判官ではなく仲裁人であることから、仲裁判断で実体に反する規律が示され、当事者間で権利が処分されたのと同様の結果になることがありうることから、仲裁の対象も和解対象たりうる処分可能なものでなければならないとされているものと思われる」⁽¹⁰⁾との見解があるが、通常、実務において、訴訟の場合と同様、法律に精通した仲裁人から成る仲裁廷が実定法に基づき審理、判断しており、この根拠が必ずしも説得的であるとは思われない。むしろ、次のように理解することが妥当ではなからうか。

当事者が民法上の和解をすることができる紛争、すなわち、当事者が自由に処分することができる紛争であれば、当事者は、合意によって法律関係を確定することができ、また、合意による紛争解決に代えて、紛争の解決を第三者（仲裁人）に委ね、その判断（仲裁判断）に服する旨の合意（仲裁合意）に基づき仲裁判断によっても紛争を解決し、法律関係を確定することができる。しかし、当事者が自由に処分することができない紛争の場合には、かかる法律関係は、当事者の合意によって確定することができず、利害関係を有する第三者との関係で画一的に確定する必要があり、仲裁による解決の場合にも、仲裁判断の効力を当事者以外の第三者にも及ぼさなければならないが、仲裁の制度上、訴訟とは違い、仲裁判断には対

世効が生じる余地はなく、したがって、かかる紛争には仲裁可能性を付与することはできない⁽¹¹⁾。つまり、仲裁が当事者の仲裁合意に基づく当事者間の紛争の解決を目的とし、仲裁判断が相対的効力しか有し得ないという仲裁の制度的性質から明らかなように、仲裁法は、和解可能性のある紛争についてのみ仲裁可能性を認めることにしたものと理解するのが妥当ではなからうか。

(3) 公序良俗違反の存否に関する紛争の和解可能性

和解可能性を民法上の和解を基準に判断する場合、公序良俗違反の存否に関する紛争、たとえば、賭博行為に基づく債務の存否に関する紛争の仲裁可能性が問題となる。すなわち、仲裁可能性を私法上の和解の有効・無効を基準に判断する通説によれば、公序良俗違反の存否に関しては仲裁可能性が否定されることになるが、仲裁廷の審理の結果、かかる債務が賭博行為に基づくものではないことが明らかになれば、仲裁可能性を否定する理由はなくなり、また、賭博行為に基づくものであったとしても、仲裁判断の内容如何により、それを取り消すことで公序良俗は確保されるので通説を採用することはできないとの指摘がある⁽¹²⁾。

この問題について、確かに、公序良俗に反する行為を違反としない処分権は否定されるが、反対に、公序良俗に反しない行為を違反とする処分権は否定されないと解され、第三者との間で画一的に法律関係を確定する必要がある場合とは異なり、和解可能性が全面的に否定されるわけではなく、和解の内容により、それが公序良俗に反する場合、無効となり、かかる処分権は当事者に認められないが、そうでない場合には、和解可能性は否定されず、かかる処分権が当事者に認められることになる。したがって、公序良俗違反の存否に関する紛争については、和解可能性が全面的に否定されるわけではなく、かかる観点から和解可能性を基準とする仲裁可能性を肯定すべきか否かを検討する必要があると考える。この問題については、以下の3において検討する。

3 独占禁止法に関する紛争の仲裁可能性

（1）学説

旧法下での学説は、独占禁止法に違反した事業者に対する被害者の損害賠償請求（独禁法25条）は、消費者の保護という強度の政策目的を推進するための強行法規であるが、そこに規定されている損害賠償請求権そのものは、当事者が処分可能な私法上の権利であることを理由に、仲裁可能性を肯定する見解がある⁽¹⁴⁾。また、独占禁止法をめぐる紛争は種々のものがあるが、たとえば、一定の取引契約に定められた違約金の支払いをめぐる紛争において、独占禁止法により当該契約は無効であるとの抗弁が提出された場合や独占禁止法違反行為により損害を被った者が民法709条により損害賠償を請求する場合などは、独占禁止法はいわゆる公取委中心主義をとっているが、このような事件における仲裁判断は、公正取引委員会による独禁法上の権限行使を妨げることがないことを理由に、仲裁可能性は認められるとする⁽¹⁵⁾。また、仲裁法の下でも、独占禁止法違反に基づく差止めや損害賠償請求について仲裁可能性を否定する見解はない⁽¹⁶⁾。

これに対し、独禁法は、その執行手段発動のイニシアティブの大部分を公取委に委ね、公取中心主義を採用していることを重視し、私人による紛争解決の過程で独禁法の解釈が公取以外の者（仲裁人）によって行われることを是認するには無理があると言わざるを得ないとの立場を示す一方、独禁法は、その執行上第一次的解釈、運用する機関として公取を据えたが、それが裁判所の独禁法判断の権限を一切排除するものではないことを理由に、仲裁可能性を肯定する旨を示唆した上で、その場合であっても、国家がその社会秩序維持のための最終手段たる刑罰権の行使を予定してまで禁圧しようとする私的独占と不当な取引制限などに当たる行為に関わる紛争の仲裁可能性を肯定することは、かかる国家の公共政策を無視することになり決して容認し得ない、との見解がある⁽¹⁷⁾。

(2) 私見

(a) 独禁法違反と公序良俗違反

当事者は独禁法違反に関する紛争の解決を仲裁廷に委ねることができるか。上記のように学説の多くは、独占禁止法に関する紛争の仲裁可能性を肯定するが、独禁法違反について刑罰規定のあるものに関しては仲裁可能性を否定する見解がある。

上記学説が述べるように、独禁法違反を理由とする独禁法25条または民法709条に基づく損害賠償請求権そのものは、当事者が処分可能な私法上の権利であり、和解可能性があり、仲裁可能性も肯定されようが、その前提問題である独禁法違反の存否に関しては、仲裁可能性が問題になると考える。また、独禁法違反に基づく損害賠償請求ではなく、独禁法違反を理由に契約の無効確認が請求される場合、あるいは、独禁法違反を理由に契約の無効が抗弁として主張される場合も、同様に仲裁可能性が問題となる。

まず、独禁法違反の契約の効力に関し、判例は、この問題に関する唯一の最高裁判例として、「独禁法19条に違反した契約の私法上の効力については、その契約が公序良俗に反するとされるような場合は格別として、……同条が強行法規であるからとの理由で直ちに無効であると解すべきではない。けだし、独禁法は、公正かつ自由な競争経済秩序を維持していくことによって一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とするものであり、同法20条は、専門的機関である公正取引委員会をして、取引行為につき同法19条違反の事実の有無及びその違法性の程度を判定し、その違法状態の具体的かつ妥当な取捨、排除を図るに適した内容の勧告、差止命令を出すなど弾力的な措置をとらしめることによって、同法の目的を達成することを予定しているから、同法条の趣旨に鑑みると、同法19条に違反する不公正な取引方法による行為の私法上の効力についてこれを直ちに無効とすることは同法の目的に合致するとはいい難いからである。」と判示し、独禁法に違反す

る契約であっても、公序良俗に反しない限り、無効とはならない旨の判断を示している。

しかし、これは、独禁法に違反する法律行為であっても公序良俗に反しなければ民法90条により無効とはならない、という枠組みを示したものであり、その後の下級審裁判例の大勢は、独禁法に違反する行為はほとんどの場合、公序良俗に反し民法90条により無効となる、としている旨の見解があり、また、少なくとも、独禁法違反の行為については、原則として無効と解することに、大方の同意は得られている、との指摘もある⁽¹⁹⁾。かかる見解により独禁法に反する契約が公序良俗に反し無効となると解する場合、独禁法違反の存否を当事者が自由に処分し得るか否かが問題となる⁽²⁰⁾。

(b) 独禁法違反の仲裁可能性と経済秩序維持のための国家裁判所の関与
先述したように、公序良俗に反する契約を違反とせず、これを有効とする処分権は、公序良俗に反する法状態を作出することになり許されないが、それ以外の場合は、当事者に自由処分権があると解され、公序良俗違反の存否に関する紛争は、人事訴訟事件のように、第三者との関係で画一的に確定する必要があることから、その性質上、原則として当事者の自由な処分が許されず、和解可能性がなく（人事訴訟法19条2項、民事訴訟法267条）、仲裁可能性が否定されるのとは異なり、公序良俗に反する法状態を作出しない限り、自由処分権が認められる。

したがって、独禁法違反の存否に関しては、当事者間の紛争解決に止まらず社会一般の利益、とりわけ、経済秩序維持という公益に影響を及ぼし得るといふ紛争の性質上、和解可能性がない紛争と解する余地がある一方で、公序良俗に反する法状態を作出する場合に限り、自由処分権は制約を受けるが、自由処分権が一律否定されるわけではない点に着目して、自由処分権が否定される性質の紛争ではないと解する余地もあると考えられる。いずれの解釈が妥当か。この点について立法者の意思は明らかではなく、仲裁制度の果たすべき役割、目的に従って妥当な解釈を探求することにな

る。

その場合、仲裁は訴訟に代替する国家が法認した紛争の終局的解決手続であり、仲裁においても、独禁法違反の存否が当事者間で紛争となった場合、かかる紛争の解決の必要性、当事者の紛争解決利益を考慮すると、これを裁判所の専属的な管轄として仲裁による解決を否定する理由はなく、独禁法違反の存否に関し仲裁可能性を肯定すべきではないかと考える。

しかし、仲裁可能性が肯定されると解する場合、仲裁が仲裁合意の当事者間の紛争を解決することを任務とし、当事者は仲裁判断に服することになる一方で、仲裁判断の結果生じる法状態が経済秩序維持という社会一般の利益にも作用し得ることとなるが、社会一般が当事者間の紛争解決手続である仲裁制度を認めつつも、仲裁判断の結果生じる法状態を当然に受け入れているとまでは言えず、したがって、仲裁可能性を肯定するとしても、仲裁判断の結果生じ得る経済秩序侵害から国民を守るため国家裁判所が一定の司法審査をする必要があるのではないかと考える。その場合、刑罰権行使により経済秩序を維持すべく高度の公益に係る独禁法違反に関しては、国家裁判所の関与がより重要となると考える。

(3) 問題の具体的局面

この問題は、仲裁判断後、当事者が仲裁判断の取消しを裁判所に求めた際に、具体的に顕在化することとなる。すなわち、仲裁廷は、独禁法違反の存否に関する紛争について事実を認定し、独占禁止法を解釈、適用し、その結果、仲裁判断をすることになるが、その後、当事者が、仲裁廷が事実認定や独禁法の解釈、適用を誤り、契約が独禁法に違反しないとした仲裁判断が独禁法違反、すなわち、公序良俗に反する法状態を作出し、これがわが国の公序良俗に反するとして仲裁法44条1項8号に基づく仲裁判断の取消しを裁判所に求めた場合、裁判所は、仲裁廷が事実認定および独占禁止法の解釈、適用を誤ったか否かを審査し、その結果、仲裁廷に過誤が認められ、仲裁判断が公序良俗違反の法状態を作出している場合、仲裁判

断を取り消すべきか。

また、裁判所は、仲裁廷に過誤がない場合であっても、仲裁廷の事実認定や法の解釈、適用とは別に、自ら新たに事実認定、法の解釈、適用をし、その結果、仲裁廷の判断とは異なり、契約が独禁法に違反し、仲裁判断が公序良俗違反の法状態を作出していると判断したときは、仲裁判断を取り消すべきか。

これに対しこのような仲裁廷の判断を実質的に再審査することは、仲裁判断の終局性に反するとし、かかる終局性を尊重し、仲裁廷に過誤があっても、手続的公序違反、たとえば、仲裁廷が独禁法を無視しそれを意図的に適用しなかったこと⁽²¹⁾、その他取消事由が認められない限り、これを理由に仲裁判断を取り消すべきではなく、また、仲裁廷が過誤なく独禁法違反の存否に関し事実を認定し、法を解釈、適用して判断をしている場合も、仲裁判断の当否を審査すべきではなく、仲裁判断の取消請求を棄却すべきか。

また、当事者が独禁法違反を主張せず、仲裁廷もこれを取り上げなかったが、仲裁判断の後、当事者がこれを主張して仲裁判断の取消しを裁判所に求めた場合、裁判所は事実認定、法の解釈、適用を行い、仲裁判断が独禁法に違反しているときは、それを取り消すべきか。

このように、仲裁判断の取消しという局面において裁判所が仲裁判断を如何に審査すべきかが問題となる。次にこの問題について検討する。

4 仲裁判断の実体的公序審査の在り方

(1) 学説

(a) 旧法下の学説

この問題に関する学説を見ると、旧法下において、公序に係わる取消事由を定めた公示催告手続及び仲裁手続ニ関スル法律801条1項2号⁽²²⁾に関し、仲裁判断の取消しは、外国判決の承認と同様に、実体的判断の当否を問題

としない点で共通しているが、法のもとでの存在である仲裁が、如何なる理由によるかを問わず、違法な状態を作出するための道具となることは許されないのは当然であるから、この取消事由は、仲裁廷の実体的判断内容の当否を問題にしているというよりは仲裁判断によって公序に反する状態を作り出すことを直接に問題としているとされる⁽²⁴⁾。

また、裁判所は、公序良俗に反するか否かの判断をするにあたって、仲裁人の意見に拘束されることなく、事後的審査としての裁判所の役割に鑑み、独自に判断をしなければならないとされるが、公序良俗に関する法規についての仲裁廷の解釈が裁判所の見解と異なる場合にはすべて公序良俗違反を意味するとは限らず、仲裁廷の法の見解の前提となる事実確定については、仲裁廷が弁論主義を排除して認定した場合にはこれを前提とすべきであり、裁判所は、仲裁廷による事実認定についての判断理由に重大な欠陥があるか、間違った認定がなされたことが明らかな場合は格別、そうでない限り、全事実を独自に確定すべき義務を負うことはないとも指摘されている⁽²⁶⁾。また、先に取り上げた独禁法に関する紛争の仲裁可能性を一部肯定する見解は、仲裁可能性が肯定される場合であっても、私法上の効力を無効とする独禁法の規定と両立しない仲裁判断は公序違反を理由に取り消されることになるとする⁽²⁷⁾。

(b) 強行法規違反と仲裁法44条1項8号の公序良俗違反

仲裁法44条1項8号が定める仲裁判断の取消事由である公序良俗に関しては、国内法上の強行規定に反しまたはこれを潜脱することになるときはこれに反すると解すべきであるという見解に対し、「強行法規違反であるというだけで、直ちに8号の公序違反になるわけではな⁽²⁸⁾く、「超個人的な利益に関わる法規、すなわち公の利益にかかわる規定に違反した場合には公序違反になり得るが、強行法規の中には個人的な利益を保護するための強行法規もあり、そのような規定に違反しただけでは、原則として公序違反にならない⁽³⁰⁾」、あるいは、強行法規に反する仲裁判断が直ちに公序に

反するものとはならず、⁽³¹⁾ 具体的状況に応じて検討する必要があるとの見解もある。

（２）私 見

旧法下の学説によれば、裁判所が仲裁判断を実質的に再審査し、仲裁判断が公序良俗に反すると認めた場合、仲裁判断を取り消すことになるが、仲裁廷が職権探知によって認定した事実についてはこれを前提に判断すべきこととなる。また、私法上の効力を無効とする独禁法の規定と両立しない仲裁判断は公序違反を理由に取り消されることになるとする見解もある。

これらの見解は、国家の裁判所が公序違反の法状態を阻止するため仲裁判断を実質的に再審査するという立場を基本とするものであると考えられるが、仲裁可能性を肯定しつつも、仲裁判断の当否を実質的に審査し、仲裁判断の終局性を否定することに関しては特に見解は示されていない。また、強行法規に反する仲裁判断が仲裁法44条1項8号の取消事由である公序良俗に反するか否かについては見解が分かれている。

仲裁廷の事実認定や法の適用の誤りは仲裁判断の取消審査の対象とはならず、⁽³²⁾ 仲裁廷がかかる誤りを犯したとしても、その仲裁判断に当事者は服することになるが、強行法規に反する契約が民法90条の公序良俗に反し無効となる場合において、⁽³³⁾ 仲裁廷が事実認定、法の解釈、適用を誤り、その結果、本来であれば、かかる契約を無効とする仲裁判断をすべきところ、かかる契約を有効とする仲裁判断をしたときは、当事者がかかる契約を有効とする合意をしたときと同様に、公序良俗に反する法状態を作出し、かかる違反の存否の判断を仲裁廷に委ねていない社会一般の利益を害することになるので、⁽³⁴⁾ 仲裁判断は同8号の公序良俗違反を理由に取り消されるべきであると考えられる。

民法90条の公序も仲裁法44条1項8号の実体的公序も、わが国の法秩序を維持、確保することを目的とするものであるが、⁽³⁵⁾ 後者は、涉外事案においては、民事訴訟法118条3号が定める外国判決の承認要件の1つである

実体的公序と同じ機能を果たすことになる⁽³⁶⁾と解される。もっとも、外国判決の承認においては、仲裁判断の承認とは違い⁽³⁷⁾、外国国家の尊重、外国国家裁判権に対する信頼・礼讓により⁽³⁸⁾、裁判の当否を調査することは禁じられ、民事執行法24条2項がこの実質的再審査禁止の原則を定めており、外国裁判所の事実認定、法の解釈、適用に過誤がないか否か、それが正しいか否かを審査することは許されず、この原則との関係で、仮にそれを審査した結果、過誤や間違いが見つかり、外国判決を承認することが、たとえば、わが国の経済秩序を害する法状態を作出することになっても、その承認を拒否することは許されないことになるのかが問題となるが、外国判決の事実認定に関しては、これに拘束されないとする見解が主張されている⁽³⁹⁾。

これに対し仲裁廷が、公序良俗違反の存否に関する紛争について事実を認定し、強行法規を解釈、適用し、仲裁判断をした場合、かかる事実認定や法の解釈、適用に過誤がない場合であっても、裁判所は仲裁廷の判断を実質的に再審査し、仲裁廷の判断が裁判所の判断と食い違うときは、仲裁判断を取り消すことになるか、という問題については、上記学説はこれを肯定しているようにも解されるが、仲裁廷が職権探知によって認定した事実についてはこれを前提に判断すべきであるとする。しかし、この点に関し十分な見解を示しているとは言えない。他方、判例は、未だこの問題を扱った裁判例はない。

以上わが国の学説を概観したが、公序違反の存否に関する仲裁判断の実体的公序審査を如何に行うかという問題について十分な検討がされているとは言えないように思われる。他方、欧米、とりわけ欧州においては、EU競争法違反の存否をめぐる判例とともに、学説上も既に検討がされている。そこで以下では、これら判例、学説の見解を概観し、それらを参考に考察をしたいと考える。

(3) 諸外国の判例・学説

(a) 反トラスト法に関する判例

（i）Mitsubishi 事件連邦最高裁判決

米国においては、周知のとおり、三十年近く前に遡るが、反トラスト法の仲裁可能性を肯定した1985年7月2日の米国連邦最高裁判所による⁽⁴⁰⁾Mitsubishi 事件判決がある。この事件において連邦最高裁判所は、反トラスト法違反の存否を日本の仲裁廷が判断し得るとし、反トラスト法上の請求に関し仲裁可能性を肯定したが、米国の裁判所は、仲裁判断の執行の段階で、反トラスト法を執行する正当な利益が扱われたことを確かめるための機会を有することになり、ニューヨーク条約（外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約）は、各締約国に対し、「仲裁判断の承認・執行がその国の公序に反する場合」、仲裁判断の執行を拒否する権利を与えているが、その審査は最小限に止めるべきであり、裁判所は、仲裁廷が反トラスト法を認識し、実際にこれについて判断したことを確認するために侵入的な調査（intrusive inquiry）⁽⁴¹⁾まで要求されていないと判示し、仲裁判断の事後的公序審査を行う権利を留保しつつ、反トラスト法上の請求に関し仲裁可能性を肯定した。

しかし、仲裁判断の司法審査の範囲については、裁判所は反トラスト法を執行する正当な利益が扱われたことを確かめることになると述べる一方で、仲裁廷が反トラスト法を認識し、実際にこれについて判断したことを確認するために最小限の審査に止めるべきであると述べ、前者の見解を重視する場合、裁判所は、実質的な再審査をすることになるが、後者の見解を重視する場合には、仲裁廷が反トラスト法について審理、判断した事実を確認するという形式的な審査に止まることになり、両者は両立し得ない⁽⁴²⁾ようにも解され、国家裁判所による仲裁判断の公序審査に関し不確かさを残したと考えられる。⁽⁴³⁾

（ii）Bexter 事件連邦高裁判決

この反トラスト法違反の存否に関する仲裁廷の判断を裁判所がどこまで審査し得るかという問題に関し、連邦第7巡回区控訴裁判所は2003年1月16日、以下のように判断を示している。⁽⁴⁴⁾

この事件では、米国企業と日本企業との間の麻醉薬の製法特許ライセンス契約から紛争が生じ、契約中の仲裁条項に基づき米国で仲裁手続が開始され、ライセンス契約が定める競業避止義務条項がシャーマン法1条に違反するか否かが争点の1つとなったが、仲裁廷は、シャーマン法に違反しないと判断した。その後、これを不服とするライセンサーが仲裁判断の取消しをイリノイ州北部地区連邦地方裁判所に求めたが、この請求は棄却され、控訴審である連邦第7巡回区控訴裁判所は、ライセンス契約が適法であるとした仲裁廷の判断にライセンサーは拘束されるとして控訴を棄却した。

この判決において裁判所は、2対1で意見が分かれたが、多数意見は、反トラスト法違反の存否に関する仲裁廷の判断を裁判所が審査し得る範囲に関し、ニューヨーク条約上はもとより、国内法上も、仲裁廷の判断に法律上、事実上の誤りがあったとしても、これは仲裁判断の取消事由とはならないとし、Mitsubishi 事件連邦最高裁判決は、仲裁手続が終了した後、仲裁判断を肩かごに投げ、反トラスト法上の争点について新たに審理をやり直すことを命じておらず、審理をやり直すということは、別の言い方をすれば、反トラスト法に関する事項について仲裁可能性を否定することに等しい旨を判示した。また、ライセンス契約が適法であるとする仲裁判断の効力は契約当事者にしか及ばず、国民一般が市場独占を甘受しなければならないものではなく、米国、連邦取引委員会（FTC）または契約製品の購入者は、ライセンス契約がシャーマン法に違反しているとして提訴し、救済を求めることができるとも判示した。

これに対し反対意見は、契約当事者は、合意によって自己の権利義務関係を調整し、また、仲裁を手段として仲裁廷が命じる権利義務関係に服することができ、その場合には、裁判所も仲裁廷の判断に従い、司法介入をし得ないが、公序に係わる規範を仲裁廷が解釈し、その違反を当事者に命じる場合には、別の考慮が必要となると述べた上で、多数意見は、Mitsubishi 事件判決が反トラスト法上の請求の仲裁可能性を肯定したのみ

ならず、不適法な行為を命じる仲裁判断の執行を拒否する裁判所の権限を否定したと解するが、これは正しくなく、また、Mitsubishi 事件判決およびその後の判例は、仲裁廷による紛争の解決を尊重するが、仲裁廷に対し、事後の司法審査で裁判所に仲裁廷の判断に従わせる特権を与えるものではなく、裁判所は、仲裁判断が命じた結論の効果を審査し司法上の責務を遂行しなければならず、本件において競業避止義務を課すライセンス契約が反トラスト法に違反するか否かを判断することになると判示した。

その上で反対意見は、反トラスト法上の請求の仲裁可能性を肯定し、裁判所の事後の司法審査も限定的であるべきとする多数意見には同意するが、仲裁判断が違法な行為を命じることを禁じる司法審査の枠組みから反トラスト仲裁を除外するという多数意見には反対であるとし、違法な行為を命じる本件仲裁判断は、これを執行すべきではなく、事件を原審に差し戻すべきであるとした。

このように、裁判所の意見は分かれたが、多数意見が、反トラスト法上の請求に関し仲裁可能性を肯定した上で、裁判所が事後的審査において仲裁廷が命じた判断の当否を実質的に審理、判断することは、仲裁廷に法律上、事実上の過誤があっても、仲裁可能性を肯定することと相容れず、許されない旨の判断を示したのに対し、反対意見は、反トラスト法上の請求について仲裁可能性を肯定しても、公序に係わる反トラスト法違反の存否は、当事者間だけで処分し得る法律関係ではなく、公益的見地から裁判所が常に反トラスト法違反の存否を審理、判断する責務があり、事後的審査において仲裁廷の判断に従うのではなく、裁判所が自ら反トラスト法違反の存否を判断することになるとの見解を示したものと解される。

(b) EU 競争法に関する判例

他方、欧州においては、裁判所は、仲裁廷が公序に係わる法規を適用したか否かを審査するのではなく、仲裁廷がそれを正しく適用したか否かを審査し、仲裁廷が正しく適用しなかった場合には、仲裁判断を承認しない

としていとされる⁽⁴⁵⁾。また、当事者がかかる争点を仲裁手続で主張しなかった場合であっても、裁判所は、職権または当事者の主張により、仲裁判断の承認が公序に合致しているか否かを審査する義務があるとする点で見解が一致しているとされる⁽⁴⁶⁾。しかし、少なくとも前者に関しては、これと異なる見解を示す判例もある。以下判例の概況を見る。

(i) オランダ

たとえば、オランダにおいては、特許、ノウハウ等のライセンスをめぐる紛争がアメリカ仲裁協会による仲裁に付託され、仲裁判断がされた後、その執行がオランダの裁判所に求められ、その手続で初めて当事者がライセンス契約が EC 条約の競争法に違反し、仲裁判断の執行は、ニューヨーク条約 5 条 2 項 b 号の公序に反し拒否すべきであると主張した。

ハーグ控訴院は、2005年3月24日、以下で取り上げる欧州司法裁判所の Eco Swiss 事件判決に依拠し、EC 条約 81 条の規定は、ニューヨーク条約が定める公序に係わる問題であり、裁判所は、仲裁判断の効力を判断することを求められた場合、同 81 条の解釈問題について審査を行うことになり、また、仲裁判断の取消手続において、仲裁判断が同 81 条に違反する場合、公序違反を理由にかかると仲裁判断を取り消すことになるとともに、外国仲裁判断の承認・執行が求められた場合においても、同様に審理、判断することになる旨判示し、その上で、事実関係を再審理した結果、ライセンス契約が EC 条約 81 条に違反するとし、仲裁判断の執行を拒否した原審の判断を支持した。

したがって、この判例は、仲裁判断の取消し、執行のいずれの局面においても、裁判所は、仲裁判断が EU の競争法に違反するか否かを実質的に再審査するという立場を示しているものと解される⁽⁴⁹⁾。

(ii) フランス

これに対しフランスにおいては、当事者が仲裁手続において EU の競争法違反を主張せず、また、仲裁廷もこれを職権で取り上げることを怠った

事件においてパリ控訴院は2004年11月18日、Eco Swiss 事件判決に照らし、EC 条約81条がフランスの国際公序に係る問題であると述べた上で、当事者が仲裁手続で競争法違反を主張しなかった場合であっても、公序に係わる問題は仲裁手続における当事者の行為に左右されるものではないから仲裁判断の取消手続においてこれを主張することができるが、公序審査においても実質的再審査の禁止から逸脱することはできず、公序違反は、実際に甚だしく具体的でなければならず、本件において当事者が提出した主張、証拠からかかる事情は認められないとし、仲裁判断取消しの請求を棄却し⁽⁵⁰⁾た。したがって、判例は、仲裁手続で競争法違反の存否が審理、判断されなかった場合であっても、裁判所は職権でこれを調査し、判断するとの見解を示している。

またこれ以外の裁判例として、化学原料の供給契約をめぐる紛争の解決がブリュッセルを仲裁地とする ICC 仲裁に付託され、仲裁廷は審理の結果、同契約が定める排他的取引条項が EC 条約の競争法に違反すると認定した上で当事者の一方に損害賠償を命じる仲裁判断をし、その後、仲裁判断の執行がフランスの裁判所に求められ、その執行を許可した第一審の決定に対する上訴を棄却したパリ控訴院は、次のように判示している。すなわち、競争法違反の存否を審理、判断した仲裁判断が公序に反し執行を許可すべきであるか否かの審査に関し、裁判所は、仲裁判断の公序審査において事実、法律の両面から制限なく公序違反の存否を審査することになるが、本件において仲裁廷は競争法の争点を理解し、これに EU 法を適用し判断していることに争いはなく、裁判所に仲裁廷の判断が正しいか否かを再審査する権限はなく、公序違反は実際に甚だしく具体的でなければならないが、かかる事情がなく、仲裁判断の執行を拒否する理由はない旨の判断を示し⁽⁵¹⁾ている。

したがって、この判例は、仲裁廷が競争法を適用し判断している限り、その判断の当否について実質的再審査はしない立場を示したものと解される。

(iii) ドイツ

また、ドイツにおいては、EUの競争法およびドイツ独禁法違反の存否を判断した外国仲裁判断のニューヨーク条約に基づく承認・執行における公序審査に関し、裁判所は、仲裁廷の事実認定および法の解釈、適用に拘束されず、仲裁判断が公序に反するか否かを審査することになる旨の判断を示す裁判例がある⁽⁵²⁾一方で、外国仲裁判断の公序審査においても、外国判決の場合と同様に、実質的再審査の禁止の原則が適用され、裁判所は、仲裁廷の判断が正しくなかったとしても、これを受け入れざるを得ず、EU競争法違反に関する仲裁廷の判断の当否は裁判所の審査に服さない旨の判断を示したと解される裁判例がある⁽⁵³⁾。

(iv) ベルギー

これに対し、上記フランスの裁判所がベルギーの仲裁判断の執行を許可した事件において、仲裁判断の取消しがベルギーの裁判所に求められ、ブリュッセル第一審裁判所は、EC条約81条、82条がEU構成国において公序を構成することに争いはないと述べた上で、仲裁判断の取消手続における裁判所の審査は、本案の審理をやり直すのではなく、仲裁判断を精査し、仲裁廷が認定した具体的事実に基づき仲裁廷がEC条約81条、82条に違反していないか否かを審査することになる旨の判断を示し、仲裁廷の法的判断が正しくないとして仲裁判断を取り消した⁽⁵⁴⁾。

したがって、この判例は仲裁廷が認定した事実については再審査しないが、競争法の解釈、適用の当否については裁判所が再審査するという立場を示している点に特徴があると考えられる。

(v) 欧州司法裁判所による Eco Swiss 事件判決

上記判例が引用し、依拠した欧州司法裁判所による Eco Swiss 事件判決を見ると、この事件では、一定の商標を付した時計の製造ライセンス契約の解除をめぐる紛争がオランダの仲裁に付託され、当事者は仲裁手続においてライセンス契約がEC条約81条に違反する旨の主張をせず、仲裁廷も職権でこれを取り上げず、ライセンス契約が有効であるとする一部仲裁判

断をした後、損害賠償を当事者の一方に命じる最終仲裁判断をしたところ、これを不服として当事者が、ライセンス契約が81条に違反し無効である旨主張し、ハーグ地方裁判所に両仲裁判断の取消しおよび仲裁判断の執行の中止の申立てを行った。これに対しハーグ地方裁判所は、いずれの請求も認めなかったが、控訴審のハーグ控訴院は、後者の請求についてこれを認めたため、両者がオランダ破棄院に上告した。その手続において破棄院は手続を中止し、欧州司法裁判所に先行的判決を求めた。⁽⁵⁵⁾

これに対し同裁判所は、EC条約85条は、欧州共同体に託された任務を達成させるため、とりわけ共同体内部の市場を機能させるために必須である基本的規定を構成し、この規定の重要性に鑑み、EC条約は85条2項において、本条の規定により禁止される協定および決定は、自動的に無効であると明文で規定し、その結果、国内の手続法が公序に基づく仲裁判断の取消しを認めている場合、条約85条1項違反による場合も、仲裁判断の取消しを認めなければならず、また、85条の規定は、ニューヨーク条約が定める公序にも当たると判示した。

また、仲裁廷は国家裁判所とは異なり、共同体法の解釈問題に関し司法裁判所に先行的判決を求めることができないが、共同体の規定は、解釈の相違を防止するため、それが適用される状況に関係なく、統一的に解釈されることが明らかに共同体の法秩序の利益となり、したがって、共同体法によって、本件の場合、仲裁判断の効力を判断することを求められた国家裁判所は、85条1項違反に関する解釈問題を審査し、必要に応じて、これを先行的判決のため司法裁判所に付託することが求められる旨の見解を示した。⁽⁵⁶⁾

この判決の後、破棄院は、一部仲裁判断は取消申立期間後に取消しの申立てがされたため、その既判力により EC条約85条違反に基づく最終仲裁判断を取り消すことはできないとし、仲裁判断の執行を中止した原審判決を破棄し、仲裁判断を取り消さなかった原審判決については上告を棄却し、事件をアムステルダム控訴院に差し戻したが、その後当事者が和解し、訴

訟は終了した。

この判決は、競争法違反の存否を判断する国内裁判所の審査範囲に関しては判断を示していないとの見解がある一方で、⁽⁵⁷⁾ 仲裁判断が EC 条約85条 1項に違反する場合、公序違反を理由に仲裁判断は取り消され、また、裁判所は共同体における共同体法の解釈の統一を図るため司法裁判所の先行的判決を求めることができると判示していることなどから、仲裁判断の審査を行う裁判所は、仲裁判断が共同体法に違反しているか否かについて実質的な審理、判断をすることになる旨の判断を示していると解釈すべきであり、⁽⁵⁸⁾ このことは、EU 加盟国が、EC 条約10条が定める相互協力義務に基づき、EC 競争法に関する仲裁判断が欧州委員会の決定に反している場合、⁽⁵⁹⁾ それを取り消すことになることから支持される、⁽⁶⁰⁾ という見解がある

(c) 不正取引等に関する判例

上記は米国の反トラスト法および EU の競争法に関する判例であるが、これ以外に贈収賄等を目的とする契約の違法性の存否を判断した仲裁判断の実体的公序審査に関する判例の立場も、仲裁判断の当否を実質的に再審査するものとそうでないものと大別される。以下判例の概況を見る。

(i) フランス

まず、実質的再審査を行うという立場は、フランスの裁判例に見られる。⁽⁶¹⁾ たとえば、フランス控訴院は1993年9月30日、パリを仲裁地とする ICC 仲裁判断の取消しを求める当事者が、賄賂を目的とする契約を有効とする仲裁判断は公序に反し取り消されるべきであると主張したのに対し、国際仲裁において契約の違法性を判断する仲裁廷の権限は認められるが、仲裁判断の取消しにおける公序審査において法律、事実の両面から仲裁判断を実質的に審査することが裁判所の責務である旨の判断を示し、その上で、実質的再審査を行い、準拠法であるフランス法に照らし、かかる事実は存しないとした仲裁廷の判断に誤りはないと結論付けた。⁽⁶²⁾

この判例の立場は明らかに上記の EU 競争法に関するフランスの判例の立場とは異なるものであり、同判例は、実体的公序審査一般に関し判例を

変更したと解すべきか、そうではなく、EU 競争法に係わる公序審査に限定して判断を示したものと解すべきか、この点は明らかではないと指摘されている。⁽⁶³⁾

（ii）スイス

これに対しスイスにおいては、スイスを仲裁地とする国際仲裁判断の取消訴訟において、連邦最高裁判所は1994年12月30日、当事者間のコンサルティング契約がクウェート政府高官に賄賂を贈ることを目的としており、かかる契約を有効とした ICC 仲裁判断はスイスの公序に反するという当事者の主張に対し、国際仲裁について定めるスイス国際私法に関する連邦法の立法趣旨に照らし、仲裁廷が、賄賂を供与する契約は、契約の準拠法であるスイス法上無効であり、また公序違反となるという法理に従った上で、かかる事実は認められないと判断しているところ、当事者は仲裁判断の取消手続において仲裁廷が認定した事実を争うことはできない旨の判断を示している。⁽⁶⁴⁾

したがって、この判例は、仲裁廷の判断を尊重し、その終局性を認める立場を採っているものと解される。

（iii）英国

英国においては、上記スイス連邦最高裁判所の裁判例と同一の Westacre 事件において当事者が仲裁判断の執行を英国の裁判所に求めたのに対し、高等法院のコールマン裁判官は1997年12月19日、仲裁廷は、当事者が提出した主張、証拠に基づき審理した結果、コンサルティング契約が賄賂を目的とするものではなく違法でないと判断をしたところ、新証拠によってかかる判断を覆すことが公序に反しないか否かが問題となるが、この問題は、国際仲裁において仲裁判断の終局性を維持すべき公序と不正取引を阻止すべき公序との衡量的判断によることになり、不正取引は承認し得ない行為であるが、その非難の程度は、麻薬取引に比べると小さいと考えられる旨を判示した。

その上で、本件では国際仲裁判断を維持する公序が国際商事不正行為を

阻止する公序に勝るとし、優秀な ICC 仲裁廷が不正行為を理由とする契約の違法性の存否を十分に判断している以上、ニューヨーク条約の締約国の裁判所がその問題を再度審理することは妥当ではない旨の判断を示した。⁽⁶⁵⁾

この判決は控訴され、控訴院は1999年5月12日、2対1で意見が分かれたが、多数意見は原審の判断を支持し、控訴を棄却した。⁽⁶⁶⁾ 反対意見を表明したウォラー裁判官は、原審のコールマン裁判官が示した公序の衡量的判断に関し、違法性の性質、違法性の主張の強さ、仲裁廷が違法性を審理、判断した範囲を考慮することになるとした上で、不正取引が麻薬取引に比べ非難の程度が小さいとするコールマン裁判官の見解に反対し、不正取引を阻止すべき公序を重視すべきであるとして、仲裁廷が審理、判断しなかった新たな証拠により違法性を審理、判断しなければならない旨の見解を示した。⁽⁶⁷⁾

(iv) シンガポール

また、シンガポールでは、当事者が文書偽造等のタイ検察局への告訴の取消しを約する契約を有効とする仲裁判断が公序に反すると主張して、仲裁判断の取消しを求め、高等法院がその当否を実質的に再審査し、公序違反を理由に仲裁判断を取り消した。

これに対し控訴院は、上記英国判例を検討し、Westacre 事件第1審のコールマン裁判官および控訴審の多数意見の立場が仲裁手続の自律性を尊重し、仲裁判断の終局性を支持するシンガポール国際仲裁法の立法政策に合致するとした上で、仲裁判断および仲裁手続が詐欺等により腐敗していない限り、仲裁廷が認定した事実を当事者が争うことはできず、公序違反の審査は、仲裁廷の法律判断に限定されるとの見解を示し、文書偽造等の告訴取消しを約する合意は存しないとする仲裁廷の事実認定を争うことはできないとし、控訴を認容した。⁽⁶⁸⁾

この判例は、仲裁廷の事実認定について終局性を認めるが、法の解釈、適用に関しては、裁判所がその当否を審査することになると判示した点で、先に見たベルギーの判例と同じ見解に立っているように解される。

(d) 小 括

以上、独禁法、不正取引等に係わる公序違反の存否に関する仲裁判断を裁判所が如何に審査するかという問題を扱い、この問題について見解を示した判例を概観したが、判例は、①仲裁判断の終局性を尊重し、仲裁廷の事実認定、法の解釈、適用が正しいか否かを審査すべきではないという立場、②仲裁可能性を肯定しても、公序を維持、確保するため、裁判所が公序違反の存否を審理、判断する責務があるとする立場、③仲裁判断の終局性と公序の維持、確保という両者の法益を公序の性質に応じて比較衡量し、判断すべきであるという立場、および、④仲裁廷の事実認定は尊重し、法の解釈、適用に関しては仲裁廷の判断に拘束されず裁判所が自ら判断するという立場の4つに大別⁽⁶⁹⁾することができる。

もっとも、①に関しては、仲裁廷の判断に過誤があり、それにより仲裁判断の内容が公序に反する場合であっても、仲裁判断の終局性を尊重し、その効力を否定しないと解される立場があるが、先述したとおり、仲裁判断が公序に反する法状態を作出している限り、かかる仲裁判断は取り消されるべきであると考えられ、この判例の立場は支持し難い。また、判例は、仲裁廷が公序違反の存否を判断しなかった場合、裁判所はかかる存否を審理、判断し、仲裁判断が公序に反する場合、これを取り消すことになる⁽⁷⁰⁾と解していると考えられる。後述するように、この判例の立場は妥当である⁽⁷⁰⁾と考える。

(e) 学 説

独禁法違反の存否に関する仲裁判断の司法審査の在り方について、従来から独禁法違反の存否、すなわち、公序違反の存否について実質的再審査を行うべきであるとするいわゆる最大限主義者 (maximalist) の立場と仲裁廷の判断を尊重し、それを否定するいわゆる最小限主義者 (minimalist) の立場とに見解は大きく2つに分かれている⁽⁷⁰⁾。両者の立場が挙げる根拠は以下のように整理することができる。

まず、裁判所が仲裁判断の実質的再審査を行い、独禁法違反の存否に関

し仲裁廷の事実認定、法の解釈、適用が正しいか否かを審理、判断するという立場は、仲裁は、当事者間の私的利害を解決することを託されているのであって、国家の裁判所と異なり、公序を守るための機関ではなく、独禁法が公序に係わり、競争法秩序を維持するため、仲裁廷が独禁法の適用を無視し、その執行を妨害することを阻止するため、国家の裁判所が独禁法違反の存否について、仲裁廷が正しく事実認定をし、法を解釈、適用したか否かを審理、判断することになるとし、仲裁可能性を肯定したことの引き換えに、裁判所が仲裁判断を再審査することになり、仲裁廷は第一次的判断権を有するに過ぎないという⁽⁷¹⁾。

これに対し、仲裁廷の判断を尊重し、裁判所の審査は、仲裁廷が独禁法の問題を取り上げ、それを確かな方法で判断していることを確認することに限られ、裁判所は、独禁法違反の存否について仲裁廷が正しく事実認定をし、独禁法を解釈、適用したか否かを審査すべきではないという後者の見解の根拠としては、まず、仲裁可能性を肯定するということは、必然的に裁判所は仲裁廷の判断を尊重することになり、また、仲裁は国家が法認した訴訟に代替する訴訟と同等の終局的紛争解決手続であり、仲裁判断は終局的であり、裁判所の実質的な審査に服することはないという⁽⁷²⁾。

また、仲裁廷が「正しく」独禁法を解釈、適用したか否かという点に関し、法を正しく解釈、適用したか否かを明白に区別することが常に可能というわけではなく、裁判所の事後的判断が仲裁廷の判断に比べてより正しいという保証はなく、間違った判断をすることもあり⁽⁷³⁾、事後的審査を行う者の性来的傾向として、裁判所は仲裁廷と異なる見解に立つことが多くなるという問題があり、また、不利な仲裁判断を受けた当事者に対し遅延策や不誠実な戦術を与えることになり⁽⁷⁴⁾、さらに、仲裁判断の審査によって独禁法違反が是正されないとしても、独禁法当局により法執行がされ、また、仲裁合意の当事者以外の第三者においても、損害賠償請求訴訟を別途提起する権利が保障されているという⁽⁷⁵⁾。

（４）検 討

（a）仲裁判断の終局性と経済秩序維持との利益衡量

以上、わが国の学説および諸外国の判例、学説を概観した。独禁法違反の存否を判断した仲裁判断に対し実質的再審査を肯定する最大限主義者は、まず、その根拠として、仲裁廷は仲裁合意の当事者間の紛争を解決することが任務であり、裁判所と違い、公序を維持、確保するための機関ではないことを挙げる。確かに、仲裁は、当事者が訴訟に代わる紛争解決手段として紛争の解決を仲裁廷に委ね、仲裁判断に服する旨の合意によって紛争を解決する制度であるから、社会一般の利益である公序の維持、確保を直接の目的とはしない。

しかし、本来的に裁判所で解決されるべき紛争が当事者の合意によりその解決が仲裁に付託されることになり、独禁法違反に関しても仲裁可能性が肯定される限り、かかる紛争の解決は、訴訟ではなく、それに代替する仲裁によることになり、当事者間の紛争を最終的に解決することを保証している仲裁の制度趣旨に鑑みると、仲裁制度の終局性を認め裁判所の実質的審査を排除すべきであると考えられよう。

また、実質的再審査を肯定する立場は、仲裁可能性を肯定することと引き換えに、裁判所は実質的再審査をすることになるというが、独禁法違反の存否に関する仲裁可能性を肯定した上で、仲裁判断の取消手続において裁判所が仲裁廷の事実認定、法の解釈、適用に関し実質的に再審査することを肯定することは、独禁法違反の存否について仲裁廷、裁判所の両者が重複して審理、判断することになり、これを許容することは、明らかに当事者、裁判所、仲裁廷の労力、費用、時間等の負担を増やすことになり、訴訟経済に反し妥当ではなく、仲裁可能性を肯定する意味がなくなるようにも思われる。

さらに、裁判所が実質的再審査をする場合、これを否定する立場が指摘するように、仲裁廷の判断と裁判所の判断に食い違いが生じた場合、常に後者の判断が正しいと言うわけではなく、また、国家裁判所で法の解釈、適

用の統一を図るため、仲裁判断についても、裁判所が常に再審査をするという考え方もあるが、その場合、法の統一的解釈、適用を図るためには、欧州司法裁判所による先行的判決制度のような、これを担保するための制度が用意されていなければならない。しかし、かかる制度的担保がなく、また、上訴が常に当事者の選択にのみ委ねられている制度の下では、法の解釈、適用の統一は上訴制度の付随的⁽⁷⁶⁾目的に止まり、かかる統一のため、仲裁判断の当否を裁判所が常に審査しなければならないことにはならないと考える。

先に見た判例の中には、仲裁廷の事実認定は司法審査の対象とならないが、仲裁廷の法の解釈、適用に関しては、裁判所が独自に審理、判断し、自己の判断と仲裁廷の判断とが食い違う場合には、仲裁判断を取り消すという立場を採るものがあるが、法の解釈、適用の統一を図る制度を採用していない場合には、このような司法審査を根拠づける理由はないように思われる。また、公序の維持、確保を目的としても、事実認定が当然公序違反の存否の判断を左右することになり、法律問題のみ裁判所の審査に服するということが妥当であるとは思われない。

したがって、実質的再審査を否定する立場が妥当なように解されるが、先述したように、公序違反の存否に関する仲裁判断が、当事者間の紛争を終局的に解決すると同時に、それによって作出された法状態が公序に作用する場合には、仲裁制度が国家の法認した紛争解決制度であるからと言って、社会一般がかかる作用を受け入れることに同意していない、換言すれば、公序違反の存否の判断を仲裁廷に委ねていない限り、仲裁判断の結果、すなわち、それによって作出された法状態を受け入れなければならないとは解されず、国家の司法機関である裁判所が仲裁によって社会一般の利益つまり公益が害されないよう、仲裁判断の当否を再審査し、仲裁廷が法の適用を誤っている場合はもとより、裁判所の判断と食い違う場合、かかる仲裁判断を取り消すことになると考えるのが妥当ではないかとも考えられよう。

しかし、本来取り消されるべきでない仲裁判断が社会一般の利益を保護するため取り消された場合、仲裁合意の当事者の利益は逆に害されることになるので、仲裁判断の終局性による紛争解決当事者の利益も考慮する必要がある。かかる利益は主として直接的には紛争当事者が享受するものであるが、仲裁判断により紛争を終局的に解決する利益は、単に特定の紛争当事者の利益保護のみならず、司法秩序における一般的な利益であると解することもできよう。

したがって、裁判所は、経済秩序の維持、確保という公益と仲裁判断の終局性を維持する公益との両者を衡量的に考慮した上で、仲裁判断が公序に反し取り消されるべきであるか否かを判断することが妥当ではないかと考える。この両者の利益衡量による公序審査は、先の英国の Westacre 事件第一審のコールマン裁判官の見解と軌を一にするものである。また、この判断枠組みは、内国仲裁判断の取消しの局面のみならず、仲裁法46条に基づくその執行の局面はもとより、仲裁法、ニューヨーク条約に基づく外国仲裁判断の承認・執行の局面においても、承認・執行地国は、その終局性を認めつつ、その内国法秩序への影響を顧慮し、両者の調整を図る必要があるので、妥当すると考える。

(b) 公序侵害の重大性の考慮

民法90条の公序は、社会一般の利益を保護法益とするものと、主として当事者の私益を保護法益とするものとの2つの類型に分類されており、前者は社会規範への抵触（反社会性）に着目する類型である⁽⁷⁷⁾。前者は私法秩序の中核をなすものであり、後者に比べ公益はより重大であり、また、前者、後者それぞれの公序においても、それに反する行為による公益侵害の重大性の度合いは異なると考えられる。したがって、仲裁判断の公序審査においては、仲裁廷が公序違反の存否を確かな方法で審理、判断していることを確認した上で、仲裁判断によって害され得る公序の性質に応じて公序侵害の重大性を考慮した上で、法秩序を維持、確保する社会一般の利益である公益と紛争解決当事者の利益保護を主たる目的とする公益との利益

衡量によって公序違反を理由に仲裁判断を取り消すべきか否かを判断すべきであると考える。

たとえば、賭博金の支払いを目的とする契約に関し、仲裁廷が賭博金ではないと事実認定をし、契約が有効に成立しているとして、金銭の支払いを命じた仲裁判断は、反社会性に係わる紛争であり、わが国の国民経済観念、勤労観念を害し得るが、かかる侵害利益が、賭博の規模や賭博金の多寡等その重大性に鑑みても、仲裁判断により紛争を解決する当事者の利益より小さいと認められる場合は、当事者の一方がかかる事実認定が誤りだとして、仲裁判断の取消しを裁判所に求めたとしても、裁判所は、その当否を判断すべきではないと解される。

また、涉外事案においては、内国関連性の度合いも公序侵害の重大性に影響を及ぼす。たとえば、射倖契約は民法90条の公序に反し無効となるが、賭博行為が外国で行われ、わが国との関連性が弱く、かかる契約を有効とする仲裁判断の効力を認めることがわが国の公序に反しない場合⁽⁷⁹⁾、仲裁判断が賭博行為に該当する事実が認められないとしてかかる契約を有効としたときであっても、わが国の公序を維持、確保するために仲裁判断の実質的再審査をする必要はない。これに対し、内国関連性がある程度以上になり、かかる契約を有効とする仲裁判断の効力を認めることがわが国の公序に反する場合には、内国関連性の度合いによって公序侵害の重大性は異なり、仲裁判断が賭博行為に該当する事実が認められないとしてかかる契約を有効としたときは、かかる重大性に依じて、仲裁判断が害し得る法秩序を維持、確保する利益と当事者の仲裁による紛争解決利益との調整が必要となる。また、反公序性が著しく強い契約、たとえば、殺人請負契約を有効とする仲裁判断は、内国関連性の度合いに関係なく公序に反しその効力は認められず、仲裁判断がこれに該当する事実が認められないとしてかかる契約を有効としたときは、仲裁判断が害し得る公序の重大性から、当事者の紛争解決利益はかかる秩序維持利益に譲らざるを得ず、仲裁判断の実質的再審査は肯定されるべきであると考える。

次に、独禁法違反の存否に関しては、わが国には独禁法の専門的機関である公正取引委員会があり、独禁法違反の行為に対し同委員会による排除措置命令や課徴金納付命令という行政上の措置があり、また、民事上、被害者には損害賠償請求訴訟や差止請求訴訟による救済も可能であり、これら仲裁とは別の法執行の途が用意されている点や、刑罰権行使の対象となる行為であるか否か、刑罰の根拠となる行為であれば、経済秩序維持がより重要となり、また、独禁法違反の存否が過去の行為に関するものであり、たとえば、仲裁判断が、契約が独禁法に違反せず、有効であるとして契約違反に基づく損害賠償を命じた場合、独禁法違反の法状態を現出していない限り、公序の発動の可能性はないことになり⁽⁸¹⁾、これらの事情その他経済秩序に及ぼす具体的影響の大きさ等を考慮し、仲裁判断が害し得る経済秩序維持の利益と仲裁判断の終局性を維持する利益との比較衡量をし、独禁法に反しないとした仲裁判断を実質的に再審査すべきか否かを決すことになるかと解される。

その場合、両者の比較衡量が容易であるとは言い難いが、たとえば、冒頭で挙げた判例で問題となった事案、すなわち、公正取引委員会が公表している「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（平成19年9月28日公表、平成22年1月1日改正）によれば、ライセンサーがライセンシーに対して、技術に係る権利が消滅した後においても、ライセンス料の支払義務を課す行為は、一般に技術の自由な利用を阻害するものであり、公正競争阻害性を有する場合には、不公正な取引方法に該当する（一般指定第12項）とされ、これに該当する場合、一般消費者の利益を害することになるので、これに違反しないとした仲裁判断は、わが国の経済秩序に影響を及ぼし得るが、公正取引委員会による排除措置命令があり、また、被害者による民事訴訟も可能であり、刑罰の根拠とならない不公正な取引方法に関しては、経済秩序に与える影響が相対的に小さいと考えられることから、原則として独禁法違反を否定した仲裁判断の当否の実質的再審査は許されないと解するのが妥当ではなかろうか。⁽⁸²⁾

(c) 独禁法違反の存否は裁判所が職権で取り上げるべきか

最後に、独禁法違反の存否は裁判所が職権で取り上げるべきか、という問題を取り上げる。この問題に関連し、仲裁手続において当事者が独禁法違反の主張をしない場合であっても、仲裁廷は、職権で独禁法違反の存否を取り上げる義務があるか否かという問題もある。この問題に関しては、訴訟の場合、公序違反の存否は、高度の公益性から、当事者が主張しない場合であっても、職権探知主義が妥当すると考えられている⁽⁸³⁾。仲裁の場合、仲裁は訴訟に代わる国家が法認する紛争解決手続であり、独禁法違反の存否に関しても当事者の仲裁合意により裁判所の管轄権が仲裁廷に移ることから、仲裁廷は、訴訟の場合と同様に独禁法違反、すなわち公序違反の存否に関し当事者が主張せずとも、裁判所に代わって職権でこれを取り上げ、審理、判断する責務があると解すべきではないかと考える。

このことは国際仲裁の場合も同様で、仲裁地がわが国にある限り、仲裁はわが国の司法秩序に組み込まれ、仲裁廷は、裁判所と並んで、わが国の経済秩序を維持、確保するため、絶対的強行法規であると解される独禁法⁽⁸⁴⁾を適用する義務があると解される⁽⁸⁵⁾。また、先に取り上げた米国連邦最高裁による Mitsubishi 事件判決において見られるように、仲裁廷による仲裁地以外の第三国の強行法規の適用が問題となる。この問題に関しては、第三国の強行法規を特別連結により適用すべきであるという見解もあるが、⁽⁸⁶⁾紙幅の関係もあり、本稿とは別に検討したい。

仲裁廷が職権で独禁法違反の存否を取り上げる義務があるとして、かかる義務を仲裁廷が怠り、当事者も仲裁手続で独禁法違反を主張せず、仲裁廷がそれを審理、判断せず、仲裁判断の取消しの局面で初めてそれを当事者が主張し、公序違反を理由に仲裁判断の取消しを求めることができるか。

この問題については、当事者は信義則上失権し、かかる主張は許されないとする考え方もあろうが、⁽⁸⁷⁾仲裁法44条1項8号の公序良俗違反の取消事由は、職権調査事項であり、⁽⁸⁸⁾仲裁判断により紛争を終局的に解決するという当事者の利益を考慮しても、わが国の法秩序の維持、確保を図るため、

裁判所は職権でこれを取り上げ、審理、判断し、仲裁判断の効力を認めることがわが国の公序に反する場合には、仲裁判断を取り消すべきであると考える。

5 おわりに

本稿では、まず、独禁法違反の存否を仲裁廷が判断することができるか、仲裁可能性の問題を取り上げ、仲裁可能性を民法上の和解可能性、すなわち当事者の自由処分権の存否を基準に判断すべきであるとした上で、独禁法違反の存否については、自由処分権は一律否定されず、仲裁による当事者の紛争解決の必要性、利益を考慮し、仲裁可能性を肯定すべきであると考えた。

その場合、仲裁判断が仲裁合意の当事者の紛争を解決するのみならず、わが国の経済秩序に影響を及ぼし得るため、社会一般の利益との調整が必要となる。すなわち、社会一般が独禁法違反の存否の判断を仲裁廷に委ねているなら格別、そうでない限り、仲裁判断によって社会一般の利益が害されないようにしなければならない。したがって、経済秩序の侵害から社会一般の利益を守るため、仲裁廷の過誤によって仲裁判断が独禁法違反の法状態を作出している場合、裁判所は仲裁判断を取り消し、独禁法違反の法状態を解消する責務があると考えられる。

また、仲裁廷に過誤がない場合であっても、経済秩序を維持、確保するため、仲裁判断によって独禁法違反の法状態が作出されていないかを実質的な審査によって確認する必要がある。しかし、このような上訴に相当する再審査を認めることは、仲裁可能性を認めながら仲裁判断の終局性を否定するものであり、仲裁制度が保証している紛争解決利益を害することになり、経済秩序を維持、確保する社会一般の利益は、この司法秩序における一般的利益との調整が必要となり、裁判所は、両者の利益考量を図った上で、実質的再審査を許容すべきか否かを決すべきであり、独禁法違反に

関しては、刑罰権行使により経済秩序を維持すべく高度の公益に係る独禁法違反でない場合には、原則として、実質的再審査は否定すべきである。以上が本稿の一応の結論である。

本稿では実質的再審査の許否を判断する枠組みを示したが、具体的事案における利益考量による判断が容易であるとは言い難く、仲裁法13条1項が定める「法令に別段の定めがある場合」による立法的解決が望ましいことは言うまでもない。

- (1) 近藤昌昭ほか『仲裁法コンメンタール』46頁（商事法務、2003）。
- (2) 同上48頁。出井直樹ほか「新仲裁法について（上）」JCA ジャーナル50巻10号（2003）29頁〔近藤昌昭発言〕参照。
- (3) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書22巻（民事訴訟法草案議事筆記）』589頁（商事法務研究会、1985）。
- (4) 小島武司『仲裁法』94-95頁（青林書院、2000）、山本和彦＝山田文『ADR仲裁法』283頁（日本評論社、2008）。
- (5) 山本＝山田・前掲注（4）283頁、出井ほか・前掲注（2）28頁〔三木浩一発言〕、三木浩一＝山本和彦編『新仲裁法の理論と実務』52頁〔上野泰男発言〕（ジュリスト増刊）（有斐閣、2006）、猪股孝史「仲裁合意の本旨そして仲裁可能性」JCA ジャーナル53巻7号（2006）7頁。また、黄霆「特許紛争の仲裁適格性とその準拠法」帝塚山法学10号（2005）73-74頁は、仲裁と訴訟の関係を規律する法政策と具体的な紛争を解決する個別実質法上の法目的との比較衡量を含めた総合的判断によるという見解を示し、ほぼ同旨か。
- (6) 旧法下の学説に関し上野泰男「仲裁可能性」松浦馨＝青山善充編『現代仲裁法の論点』106頁（有斐閣、1998）は、「個別的には、依然、実体法上の和解可能性によって仲裁可能性を決するものが多いといえよう」という。また、小島・前掲注（4）96-99頁、谷口安平＝井上治典編『新・判例コンメンタールVI』623-625頁〔青山善充〕（三省堂、1997）も、個別の紛争について和解可能性を基準に仲裁可能性を判断していると解される。仲裁法13条1項に関しても山本＝山田・前掲注（4）283頁は、「具体的には、民事上の紛争は、通常和解可能なものであり、原則として仲裁適格が認められよう」といい、人事訴訟関係事件については、身分関係は当事者の自由な処分委ねることができないことを理由に仲裁可能性を否定し、基本的には和解可能性を基準に仲裁可能性を判断するものと解しているように考えられる。
- (7) この私見に立てば、離婚・離縁の紛争にも仲裁可能性が認められるべきで

あるが、山本＝山田・前掲注（4）284頁が指摘するように、政策的判断からこれを否定したものと解される。この点に関し、猪股・前掲注（5）5頁は、当事者が合意で解決できる紛争であっても、紛争解決方法についてまで自由に合意できるというわけではなく、離婚・離縁の紛争について、訴訟上、当事者が自らの意思で合意する和解は認めても、第三者の判断に委ねる方法による和解は認められないことから、仲裁法上「和解をすることができる紛争」ではなく、仲裁可能性が認められないと解しているようである。確かに、民訴法265条は、身分関係の変更は、最終的に本人の意思に委ねられるべきであり、第三者の判断に委ねる態様の和解は許されないという考え方に立った規定であるが、仲裁は、かかる和解ではなく、仲裁合意に基づき、当事者が仲裁人の判断手続に関与して自己の攻撃防御を尽くし、その結果である仲裁判断に拘束力を認める手続であるから、和解の態様による和解可能性の否定が仲裁可能性の否定に繋がるとは解されないのではなからうか。

- (8) 中田淳一『特別訴訟手続第1部』118頁（日本評論社、1938）。
- (9) 田邊誠「民事紛争の仲裁適格について」民訴雑誌42号（1996）69頁、73頁。
- (10) 同上73-74頁。
- (11) 当事者が自由に処分できない紛争の場合、人事訴訟事件で要求されるように、真実に基づく事実の認定のための職権探知主義の採用のほか、第三者の手続参加が問題となるが、仲裁の場合、制度上、第三者の手続関与は保障されていない。この人事訴訟の原則に関しては、松本博之『人事訴訟法〔第2版〕』82-87頁、44-45頁（弘文堂、2007）を参照。
- (12) 上野・前掲注（6）107-108頁。
- (13) 山本和彦「狭義の一般条項と弁論主義の適用」太田知行＝中村哲也編『民事法秩序の生成と展開』82-84頁（創文社、1996）参照。
- (14) 谷口＝井上・前掲注（6）624頁、青山善充「仲裁」高桑昭＝道垣内正人編『新・裁判実務大系第3巻』430頁（青林書院、2002）。同旨、齋藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法〔第2版〕（11）』408頁〔河野正憲〕（第一法規出版、1996）、小島・前掲注（4）98頁。
- (15) 上野・前掲注（6）114頁。もっとも、同頁は、独禁法25条が定める無過失損害賠償請求をめぐる紛争については、独禁法26条、84条の規定に加え、85条2号が第一審裁判所を東京高等裁判所と定め、かつ87条が5人の裁判官から成る特別合議体による審理とし、現実には仲裁可能性を肯定するには、これに匹敵する仲裁機関の整備が前提となろう、という。
- (16) 出井直樹＝宮岡孝之『Q&A 新仲裁法解説』51頁（三省堂、2004）、小島武司＝高桑昭編『注釈と論点 仲裁法』62頁〔小島武司＝清水宏〕（青林書院、2007）、山本＝山田・前掲注（4）283-284頁。

- (17) 土佐和生「独占禁止法に係る紛争の仲裁適格について—公益的規制と私的紛争処理の衝突—」香川法学13巻1号(1993)103頁、137-141頁。同「競争法と仲裁適格をめぐる諸問題」(日本商事仲裁協会、1999)23頁参照。
- (18) 最判昭和52年6月20日民集31巻4号449頁。
- (19) 白石忠志『独占禁止法〔第2版〕』651頁(有斐閣、2009)。
- (20) 伊従寛=矢部丈太郎編『実務解説 独禁法 Q&A』631頁〔石田英遠=中野雄介〕(青林書院、2007)。
- (21) 拙稿「判批」最先端技術関連法研究12号(2013)145頁、152-155頁参照。
- (22) 齋藤ほか・前掲注(14)548頁は、同2号は、旧ドイツ民事訴訟法808条2号に由来し、その内容は「公序」に反する仲裁判断が取消しの対象になるとする。
- (23) 谷口安平「仲裁判断の取消し」松浦馨=青山善充編『現代仲裁法の論点』356頁(有斐閣、1998)。齋藤ほか・前掲注(14)548頁も、仲裁判断が「公序」に属する規範を誤って適用したか否かが問題ではなく、仲裁判断を承認することが「公序」違反の結果をもたらすことが重要であり、経済法違反の仲裁判断は公序に反するといひ、この見解も、仲裁判断という仲裁廷の審理、判断の結果を問題とし、それが公序に反するときには、仲裁判断は取り消されることになるとする。
- (24) 谷口・前掲注(23)357頁。
- (25) 小島武司=高桑昭編『注解 仲裁法』〔吉村徳重〕190頁(青林書院、1988)、小島・前掲注(4)345頁。
- (26) 小島=高桑・前掲注(25)190頁。
- (27) 土佐・前掲注(17)「独占禁止法に係る紛争の仲裁適格について—公益的規制と私的紛争処理の衝突—」143頁。
- (28) 小島武司=高桑昭編『注釈と論点 仲裁法』265頁〔高桑昭〕(青林書院、2007)。
- (29) 三木=山本・前掲注(5)343頁〔三木浩一発言〕。
- (30) 同上。旧法下における同じ見解として、小島=高桑・前掲注(25)189頁。
- (31) 山本=山田・前掲注(4)340頁。
- (32) 小島武司=高桑昭編『注釈と論点 仲裁法』243頁〔谷口安平〕(青林書院、2007)。
- (33) 公序良俗の「公の秩序」と「善良の風俗」の意義について、前者が国家社会の一般的利益を意味し、後者は社会の一般的道徳概念を指すが、両者の区別は必ずしも明瞭ではなく、両者が合して行為の社会的妥当性を意味するものと考えて差支えないとされる(我妻榮ほか『我妻・有泉コンメンタール民法—総則・物権・債権—〔第2版追補版〕』198頁(日本評論社、2010))。以

下では、公序良俗を単に「公序」と略すことがある。

- (34) 仲裁法44条1項8号は、ニューヨーク条約（外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約）5条2項b号が外国仲裁判断の承認・執行拒否事由として定める「判断の承認及び執行がその国の公の秩序に反すること」および仲裁法が準拠した UNCITRAL 国際商事仲裁モデル法34条2項b号(ii)が仲裁判断の取消事由として定める「判断がこの国の公序に反すること」と実質的に同一であると解されており（近藤ほか・前掲注（1）242-243頁。寺井昭仁「仲裁法44条1項4号『防御不能』、同条項8号『公序良俗』及び同条2項の解釈（下）」JCA ジャーナル58巻10号10頁、11頁参照）、このモデル法の立法過程の議論によれば、公序は、正義の基本的概念・原則（fundamental notions and principles of justice）であると理解されており（See PETER BINDER, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION AND CONCILIATION IN UNCITRAL MODEL LAW JURISDICTIONS (Sweet & Maxwell 3d ed. 2010) para. 7-023）、モデル法採用法域においても、これと同様の見解に立つ裁判例がある（UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, para.137）。したがって、モデル法を採用したわが国の仲裁法の解釈としても、44条1項8号の公序良俗違反は、仲裁判断の効力を認めることがわが国の基本的法秩序を害するか否かを基準に判断すべきであると考える。
- (35) 岡田幸宏「外国判決の承認・執行要件としての公序について（3）」名古屋大学法政論集151号（1993）406頁参照。
- (36) 小島＝高桑・前掲注（28）265頁参照。
- (37) 岡田・前掲注（35）403頁は、外国仲裁判断については、外国判決と同じような考慮が介在するという。
- (38) 岡田・前掲注（35）398頁、岡田幸宏「外国判決の承認・執行要件としての公序について（6）完」名古屋大学法政論集156号（1994）449頁、早川吉尚「実体的公序」高桑昭＝道垣内正人編『新・裁判実務大系第3巻 国際民事訴訟法（財産法関係）』358頁、362頁参照。See also Gordon Blanke, Chapter I: The Arbitration Agreement and Arbitrability - EC Competition Law Claims in International Arbitration in CHRISTIAN KLAUSEGGER, PETER KLEIN, ET AL. (EDS), AUSTRIAN ARBITRATION YEARBOOK 2009, (C.H. Beck, Stämpfli & Manz 2009) 3, 89.
- (39) 岡田・前掲注（38）447頁、中西康「外国判決の承認執行における révision au fond の禁止について（4）完」法学論叢136巻1号（1994）15頁。また、鈴木正裕＝青山善充編『注釈民事訴訟法（4）』〔高田裕成〕384頁（有斐閣、1997）参照。また、岡田・前掲注（35）408頁は、外国判決が準拠法として

日本法を適用していた場合に、外国裁判所による日本法の解釈がわが国における解釈と異なり、当該判決の承認がわが国の私法秩序に混乱をきたすような内容になった場合、その承認が拒絶されるという。

- (40) *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614.
- (41) 473 U.S. 638.
- (42) See Gordon Blanke, The “Minimalist” and “Maximalist” Approach to Reviewing Competition Law Award: Never-ending Saga, 2 STOCKHOLM INTERNATIONAL ARBITRATION REVIEW (2007) 51, 72.
- (43) Brenda M. Williamson, Recent Development, BAXTER INTERNATIONAL, INC. v. ABBOTT LABORATORIES, 19 OHIO STATE JOURNAL ON DISPUTE RESOLUTION 1119. この点に関し森脇純夫『仲裁と独占禁止法』（日本商事仲裁協会、1990）26頁は、米国の裁判所は、仲裁廷が反トラスト法を正しく適用しなかったと判断する場合、米国の公序に反するものとして拒否することができるとの考え方を示したと解している。
- (44) *Baxter Intern., Inc. v. Abbott Laboratories*, 315 F.3d 829.
- (45) Pierre Mayer, The Second Look Doctrine: The European Perspective, 21 THE AMERICAN REVIEW OF INTERNATIONAL ARBITRATION (2010) 201, 203.
- (46) *Id.*
- (47) 欧州連合（EU）の競争法は、EEC 設立条約（1993年に発効したマーストリヒト条約により EC 設立条約と呼称変更された。以下単に「EC 条約」と略す）85条、86条に定められていたが、1999年5月1日に発効したアムステルダム条約12条の規定により、85条は81条、86条は82条にそれぞれ条文番号が変更され、さらに、2009年12月1日に発効したリスボン条約により EC 条約は EU 機能条約に改められ、その結果、81条、82条は、条文番号が101条、102条にそれぞれ変更されている。
- (48) *Netherlands No. 29, Marketing Displays International Inc. (US) v. VR Van Raalte Reclame B.V. (Netherlands)*, *Gerechtshof [Court of Appeal], The Hague*, 24 March 2005 in ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed), XXXI YEARBOOK COMMERCIAL ARBITRATION 2 (Kluwer Law International 2006) 808; 2 STOCKHOLM INTERNATIONAL ARBITRATION REVIEW (2006) 201.
- (49) Diederik de Groot, *Observations*, 2 STOCKHOLM INTERNATIONAL ARBITRATION REVIEW (2006) 217, 227.
- (50) *Thalès Air défense v. GIE Euromissile*, *Cour d'appel de Paris (1e Ch. C)*, 18 November 2004, 4 REVUE DE L'ARBITRAGE (2004) 986.
- (51) *France No. 38, SNF SAS (France) v. Cytec Industries BV (Netherlands)*, *Cour d'Appel, Paris, First Chamber*, 23 March 2006 in ALBERT JAN VAN

- DEN BERG (ed), XXXII YEARBOOK COMMERCIAL ARBITRATION (Kluwer Law International 2007) 282-289. また、上告審においても、この控訴審の判断は支持されている (France No. 47, Cytec Industries BV (Netherlands) v. SNF sas (France), Cour de Cassation, First Civil Chamber, Appeal No. 06-15320, 4 June 2008 in ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed), XXXIII YEARBOOK COMMERCIAL ARBITRATION (Kluwer Law International 2008) 489)。
- (52) Germany No. 98, Licensee v. Licensor, Oberlandesgericht [Court of Appeal], Düsseldorf, VI Sch (Kart) 01/02, 21 July 2004 in ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed), XXXII YEARBOOK COMMERCIAL ARBITRATION (Kluwer Law International 2007) 315.
- (53) Germany No. 113, Company A (Japan) v. Company S (Germany), Company X (Germany), Oberlandsgericht [Court of Appeal], Thuringia, 4 Sch 03/06, 8 August 2007 in ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed), XXXIII YEARBOOK COMMERCIAL ARBITRATION (Kluwer Law International 2008) 534. See Luca G. Radicati di Brozolo, Chapter 22: Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcements Proceedings in GORDON BLANKE AND PHILLIP LANDOLT (EDS), EU AND US ANTITRUST ARBITRATION: A HANDBOOK FOR PRACTITIONERS (Kluwer Law International 2011) para.22-047.
- (54) Société SNF SAS v. Société Cytec Industrie, Tribunal de Première Instance de Bruxelles, 8 March 2007, 2 REVUE DE L'ARBITRAGE, (2007) 303; 2 STOCKHOLM INTERNATIONAL ARBITRATION REVIEW (2007) 79. その後、ブリュッセル控訴院は仲裁延の判断を審査し、この判決を取り消している。この点に関し、Stefan Kröll, The Public Policy Defence in the Model Law Jurisprudence: The IIA Report Revisited, FRÉDÉRIC BACHAND AND FABIEN GÉLINAS, THE UNCITRAL MODEL LAW AFTER TWENTY-FIVE YEARS: GLOBAL PERSPECTIVE ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (Juris 2013) 164.
- (55) Eco Swiss China Time v. Benetton International NV, Hoge Raad [Supreme Court], 25 February 2000 in ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed), XXV YEARBOOK COMMERCIAL ARBITRATION (Kluwer Law International 2000) 443.
- (56) Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV, [1999] ECR I-03055. また、同裁判所は、共同体法は、一部仲裁判断が有効と認めたライセンス契約が EC 条約85条により無効であるか否かを審査する必要があるとしても、取消申立期間を経過した仲裁判断に既判力を与える国内手続法の適用を排除することを要求していない旨の判断を示した。
- (57) T. Diederik de Groot, Chapter 16: The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators in GORDON BLANKE AND PHILLIP LANDOLT (EDS),

EU AND US ANTITRUST ARBITRATION: A HANDBOOK FOR PRACTITIONERS (Kluwer Law International 2011) para. 16-042; Christoph Liebscher, Chapter 23: EU Member State Court Application of Eco Swiss: Review of the Case Law and Future Prospects in GORDON BLANKE AND PHILLIP LANDOLT, *id.*, para.23-098; Radicati di Brozolo, *supra* note 53, para. 22-015.

- (58) Blanke, *supra* note 42, at 61-67.
- (59) *Id.*, at 75.
- (60) Liebscher, *supra* note 57, para. 23-109 は、欧州司法裁判所は、先行的判決によって EC 条約の解釈の統一を図っているが、仲裁廷はかかる判決を求めることができず、加盟国裁判所が仲裁判断の審査に重要な役割を担うことに好意的であるという。
- (61) ABDULHAY SAYED, CORRUPTION IN INTERNATIONAL TRADE AND COMMERCIAL ARBITRATION (Kluwer Law International 2004) 408-412.
- (62) European Gas Turbines SA v. Westman International Ltd., Cour d'Appel, Paris, 30 September 1993 in ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed), XX YEARBOOK COMMERCIAL ARBITRATION (Kluwer Law International 1995)198.
- (63) JEAN-FRANÇOIS POUDRET AND SÉBASTIEN BESSON, COMPARATIVE LAW OF INTERNATIONAL ARBITRATION (Sweet & Maxwell 2nd ed. 2007) para. 940.
- (64) State agency A and State owned bank B v. Consultant X, Tribunal Fédéral [Supreme Court], First Civil Chamber, 4P 115/1994, 30 December 1994 in ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed), XXI YEARBOOK COMMERCIAL ARBITRATION (Kluwer Law International 1996) 172.0
- (65) [1998] C.L.C. 409; UK No. 51, Westacre Investments Inc. v. Judoimport-SDPR Holdings Co. Ltd., Beogradska Banka and others, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court), 19 December 1997 in ALBERT JAN VAN DEN BERG (ed), XXIII YEARBOOK COMMERCIAL ARBITRATION (Kluwer Law International 1998) 836.
- (66) [1999] C.L.C. 1176.
- (67) *Id.*, at 1194-1195.
- (68) AJU v AJT, [2011] SGCA 41.
- (69) これに対し Sayed は①から③の 3 つに分類する (SAYED, *supra* note 61, at 393-394)。
- (70) Blanke, *supra* note 42, at 52; Luca G. Radicati di Brozolo, Mandatory Rules and International Arbitration, 23 AMERICAN REVIEW OF INTERNATIONAL ARBITRATION (2012) 49, 54; Radicati di Brozolo, *supra* note 53, para. 22-015; Alexis Mourre, Chapter 1: Arbitrability of Antitrust Law from the European

- and US Perspectives in GORDON BLANKE AND PHILLIP LANDOLT (EDS), EU AND US ANTITRUST ARBITRATION: A HANDBOOK FOR PRACTITIONERS, (Kluwer Law International 2011) para. 1-179-175.
- (71) Radicati di Brozolo, supra note 53, paras.22-017-019; Mayer, supra note 45, at 207; Blanke, supra note 42, at 81. See Piero Bernardini, The Scope of Review in Annulment Proceedings, 2 STOCKHOLM INTERNATIONAL ARBITRATION REVIEW (2008) 59, 71.
- (72) Radicati di Brozolo, supra note 53, para. 22-022; Mourre, supra note 70, para. 1-164,175.
- (73) de Groot supra note 57, para.16-052; Blanke, supra note 42, at 82.
- (74) Radicati di Brozolo, supra note 70, at 57.
- (75) Radicati di Brozolo, supra note 70, at 58; Mourre, supra note 70, para. 1-175. See also Kröll, supra note 54, at 157.
- (76) 山本和彦「上訴の目的」青山善充＝伊藤眞編『民事訴訟法の争点〔第3版〕』（有斐閣、1998）286頁参照。
- (77) 山本・前掲注（13）82頁。
- (78) 内田貴『民法Ⅰ〔第4版〕総則・物権総論』282頁（東京大学出版会、2008）。
- (79) この点に関し山本＝山田・前掲注（4）340頁は、「たとえば、日本の利息制限法に反する仲裁判断も、当該事件が市場利率の高い外国の企業間の取引である場合と日本国内の消費者取引である場合とでは公序の判断が異なりえよう」という。また、外国判決の承認に関し、鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法（1）』（青山善充）402-403頁（第一法規出版、1984）、鈴木＝青山・前掲注（39）382頁。
- (80) 国際私法上の公序に関し道垣内正人『ポイント国際私法 総論』260-261頁（有斐閣、1999）参照。これに対し、岡田幸宏「外国判決の承認・執行要件としての公序について（4）」名古屋大学法政論集152号（1994）439頁、447頁は、外国判決の承認に関し、「そもそも内国関連性のない事件では、判決の承認結果の反公序性を問題とするまでもなく、自国の公序を持ち出す必要がない」という。
- (81) See Mayer, supra note 45, at 209; Radicati di Brozolo, supra note 70, at 61.
- (82) 中野俊一郎「独占禁止法に基づく請求と国際仲裁」仲裁とADR（第7号）107頁、111頁は、ドイツの学説として「Schlosserによると、準拠経済法規の不適用や誤った適用により異なった結果が生じた場合には一般に公序違反を認めうるが、強行法規には核心的部分と周辺的部分があり、後者については、仲裁廷の判断と取消し・執行裁判所の解釈が違ったとしても、それをも

って直ちに公序違反と見るべきではないとされる」という。もっとも、本稿で述べた私見によれば、仲裁廷が独禁法の適用を誤り、本来であれば、契約が独禁法に反せず有効であると判断すべきところ、独禁法に反するとして契約が無効であると判断したとしても、独禁法違反の法状態を作出することにならないので、仲裁判断は公序違反を理由に取り消されないと考える。

- (83) 竹下守夫＝伊藤眞編『注釈民事訴訟法（3）』66頁〔伊藤眞〕（有斐閣、1993）、伊藤眞『民事訴訟法第4版』296-297頁（有斐閣、2011）山本・前掲注（13）86-89頁参照。
- (84) 櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法第1巻』（横溝大）37頁（有斐閣、2011）参照。
- (85) See Hans van Houtte, *The Application by Arbitrators of Articles 81 & 82 and Their Relationship with the European Commission in GORDON BLANKE (ED), 19(1) EUROPEAN BUSINESS LAW REVIEW SPECIAL EDITION - ARBITRATING COMPETITION LAW ISSUES, EUROPEAN BUSINESS LAW REVIEW SPECIAL EDITION: ARBITRATING COMPETITION LAW ISSUES (Kluwer Law International 2008) 63, 64.* これに対し、de Groot *supra* note 56, para.16-093,102 は、仲裁廷が仲裁地の強行法規を適用しなければならないという伝統的見解は、法廷地を有しない仲裁には妥当せず現在では支持されていない旨を指摘するが、仲裁が仲裁地の国家法秩序に組み込まれていることは否定できないと考える。この点に関しては道垣内正人「国際商事仲裁 —国家法秩序との関係」国際法学会編『日本と国際法の100年 第9巻 紛争の解決』79頁、82-84頁参照。
- (86) 中野・前掲注（82）109頁、de Groot, *supra* note 57, para. 16-094.
- (87) 中野・前掲注（82）111-112頁。
- (88) 近藤ほか・前掲注（1）253頁。