

国際商事紛争の予防と解決

Vol.69 No.11

JCAジャーナル

November 2022

- 【新連載 国際仲裁の全体像が分かる！】
国際商事仲裁の基本実務講座（2）仲裁合意／大貫雅晴
- 企業間紛争交渉に、国際商事調停を活用すべき理由／西原和彦
- 香港控訴裁判所 エスカレーション条項に関する画期的見解を判示
／サイモン・チャップマンKC、ジェームズ・オルソップ、本間洋輔
- 対ロシア経済制裁と日本企業における法的リスク対応／松本泉



JCAA
日本商事仲裁協会

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.hanreishiso.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



■ 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12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。



No.	書名	頁数	No.	書名	頁数
1	委託販売契約書(CD-ROM付)	52頁	7	総代理店契約書【輸入用】(CD-ROM付)	52頁
2	委託加工契約書(CD-ROM付)	60頁	8	総代理店契約書【輸出用】(CD-ROM付)	48頁
3	購入基本契約書(CD-ROM付)	48頁	9	合併契約書(CD-ROM付)	52頁
4	販売基本契約書(CD-ROM付)第二版	48頁	10	実施許諾契約書【許諾者用】(CD-ROM付)	58頁
5	OEM(委託者側)製品製造供給契約書【輸入用】(CD-ROM付)	68頁	11	秘密保持契約書・共同開発契約書(CD-ROM付)第二版	60頁
6	OEM(製造者側)製品製造供給契約書【輸出用】(CD-ROM付)	72頁	12	技術ライセンス契約書【中国語版付】(CD-ROM付)	56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)



<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

2022年11月号 Vol.69 No.11

contents

仲裁／ADR

- 3 企業間紛争交渉に、国際商事調停を活用すべき理由／西原和彦
- 11 海外紛争解決トレンド(31)
近時の欧州における国際仲裁:EU法との間の主な相互作用(その1)
／モーガン・グイヨネ、赤川圭
- 16 国際商事仲裁の基本実務講座(2)
仲裁合意／大貫雅晴
- 22 投資協定仲裁判断例研究(150)
エネルギー憲章条約(ECT)のEU域内(intra-EU)性を理由に仲裁管轄権を否定した事例
／二杉健斗
- 30 国際商事仲裁ADR文献紹介(31)／酒井一

訴訟

- 32 香港控訴裁判所 エスカレーション条項に関する画期的見解を判示
／サイモン・チャップマンKC、ジェームズ・オルソップ、本間洋輔
- 36 間接強制金の減額と請求異議訴訟(下)／大濱しのぶ
- 45 中国における紛争解決の基本と実務(6)
中国の「指導性案例制度」について／孫彦
- 51 中国商事紛争解決の理論と実務(30)
中国の解雇事例(日本法と中国法の比較)／加藤文人

その他

- 57 新時代における商事紛争解決の国際的潮流(11)
対ロシア経済制裁と日本企業における法的リスク対応／松本泉

Contents of November 2022

Arbitration / ADR

- 3 Why Japanese Companies Should Use Mediation to Improve Negotiations and Resolve International Disputes / Kazuhiko Nishihara
- 11 Trend in Dispute Resolution Overseas (31)
International Arbitration in Europe: Salient Interactions with European Union Law (Part I)
/ Morgane Guyonnet, Kei Akagawa
- 16 Guide to International Commercial Arbitration Basics(2)
Arbitration Agreement / Masaharu Onuki
- 22 Case Notes on Investment Treaty Arbitration Awards and Decisions (150)
An Award under the Energy Charter Treaty (ECT) that Upheld an Intra-EU
Jurisdictional Objection / Kento Nisugi
- 30 Introduction of the International Commercial Arbitration and ADR Literature (31)
/ Hajime Sakai

Litigation

- 32 Analysis of Hong Kong Court of Appeal's Landmark Ruling Regarding Escalation Clauses
/ Simon Chapman KC, James Allsop, Yosuke Homma
- 36 Indirect Compulsory Execution and Action to Oppose Execution (II)
/ Shinobu Ohama
- 45 Basic and Practice for Dispute Resolution in China (6)
The System of "Guiding Cases" in China / Yan SUN
- 51 Theory and Practice of Chinese Commercial Dispute Resolution (30)
China's Labor Contract Termination Cases / Fumihito Kato

Other

- 57 Global Trends on Commercial Dispute Resolutions in the New Era (11)
Economic Sanctions Against Russia and Legal Risks Mitigation Measures for Japanese
Companies / Izumi Matsumoto

企業間紛争交渉に、国際商事調停を活用すべき理由

弁護士法人本町国際総合法律事務所 所長 弁護士

西原和彦 Kazuhiko Nishihara

I. はじめに¹⁾

国際的な商事紛争の解決手段として、国際商事調停が世界で大きな波となっており、日本でも注目されつつある。UNCITRAL（国連国際商取引法委員会）による、United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation（国際的な調停による和解合意に関する国際連合条約、通称「シンガポール調停条約」）が2020年9月に発効し、2022年8月25日現在、55カ国が調印、10カ国で批准されている²⁾。また日本でも、シンガポール調停条約への対応が進んでいる³⁾。一般社団法人日本商事仲裁協会（JCAA）も新しい「商事調停規則」を施行した⁴⁾。

もともと日本では、「調停」というと裁判所調停のイメージがあまりに強く、国際商事調停の実際の姿や、プロの調停人による調停がなぜ紛争解

決に力を発揮するのか、まだ広く理解されていないように思われる。

日本企業の多くは、企業間で紛争が発生すると、まずは当事者間で粘り強い交渉を続け、紛争を自主的に解決すべく最大限の努力や譲歩を尽くす。そして、その最大限の努力が報われず交渉が決裂すると、もはや組織として訴訟や仲裁で戦う体制になるため、しばらくは交渉や調停の機運が高まることはない。しかし、このような紛争も、当初の交渉段階でプロの調停人を活用することでより早期に解決していた可能性がある。さらに調停を試すのに必要な時間はわずか1カ月～数カ月である。

そこで、京都国際調停センター（JIMC-Kyoto）⁵⁾における筆者の経験等を踏まえて⁶⁾、当事者間の交渉で解決しない紛争がどうして調停で解決する可能性があるのか、国際商事調停と裁判所調停の

1) 本稿の内容は筆者の個人的見解であり、筆者の所属する公益社団法人日本仲裁人協会（JAA）や京都国際調停センター（JIMC-Kyoto）の公式見解ではない。

2) UNCITRALのWeb Page参照。https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status（last visits 2020.8.25）

3) 「調停による和解合意に執行力を付与し得る制度の創設等に関する要綱案」参照。<https://www.moj.go.jp/content/001367205.pdf> なお、岡田春夫「シンガポール国際商事調停条約が日本の国際商事調停に与える影響——日本が条約に早期調印すべき理由とその具体的方策」JCAジャーナル67巻4号（2020年）16頁参照。

4) 「座談会 改正商事調停規則の理論と実務」JCAジャーナル67巻9号（2020年）4頁以下参照。

5) 2018年11月20日、京都国際調停センター（JIMC-Kyoto）は、公益社団法人日本仲裁人協会（JAA）によって、同志社大学の全面的な協力の下に設立された。JIMC-Kyotoの詳細はJIMC-KyotoのWeb Page参照（<https://www.jimc-kyoto-jpn.jp/about2/index.php>）。筆者は2017年1月の設立構想段階から事務局長として関与し、2022年6月30日に退任した。

違い、そして、国際商事調停に臨むための準備について考えを述べてみたい。

Ⅱ. 国際紛争解決手段としての国際調停

国際紛争の解決手段を大きく分類すると、訴訟、仲裁、調停、交渉がある⁷⁾。このうち訴訟、仲裁は、第三者である裁判官や仲裁人の判断に委ねる点で、当事者の合意を必須とする調停、交渉とは大きく異なる。

訴訟や仲裁では、裁判官や仲裁人などの判断権者が、定められた手続に従い、過去の事実を、当事者の主張と証拠そして経験則に基づいて認定し、これに法を適用して、当事者の請求が認容されるか否かだけを判断する。この判断は当事者の意思に関係なく当事者を強制的に拘束する。

一方、交渉や調停では、当事者が、柔軟な手続で、過去の事実や当事者の請求だけでなく、これからどのように紛争を解決できるかに焦点を当てて、自主的に交渉を行い、当事者の判断に基づく合意としてはじめて、当事者を拘束することになる。図にすると以下ようになる。

紛争解決手段	裁判	仲裁	調停	交渉
判断権者	裁判官	仲裁人	当事者	当事者
システム				
手続の柔軟性	厳格	やや柔軟	柔軟	柔軟
焦点	過去	過去	未来	未来

図1

Ⅲ. 交渉の基本技法（分配型交渉と統合型交渉）

交渉と調停（メディエーションとも呼ばれる）がどの点で共通し、どの点で異なるのかを説明する前提として、交渉の基本技法（分配型交渉と統合型交渉）につき、まず説明する。

1. 分配型交渉

(1) BATNAと留保価値

「分配型交渉」とは、一般的には、限られた大きさの利益を当事者間で分配する際に用いられる交渉技法であり、「ゼロ・サム交渉」とも呼ばれる⁸⁾。

分配型交渉において特に大切となる準備として、自身のBATNA（Best Alternative to a Negotiated Agreement）と相手のBATNAの見極めがある⁹⁾。

BATNAとは、交渉が決裂した場合に採りうる最善の代替策をいう。たとえば、不動産売却交渉で、1億円で購入を希望する別の買主候補者を見つけているなら、目の前の交渉ではこの事実がBATNAとなる。自身のBATNAは交渉の事前準備でより強くすることができる。たとえばその別の買主候補者と交渉して購入希望額を1億2000万円にできた場合、1億2000万円の買手の存在がBATNAになる。

このBATNAに基づいて、目の前の交渉を決裂させるべきラインである「留保価値（Reserved Value）」を決定する¹⁰⁾。

6) 筆者はヨーロッパで著名な調停機関であるCentre for Effective Dispute Resolution（CEDR）およびシンガポールに本拠を持つSingapore International Mediation Institute（SIMI）の認定調停人であり、シンガポール国際調停センター（SIMC）、大阪簡易裁判所、民間総合調停センターの調停人候補者でもある。また交渉については、薬害肝炎訴訟大阪弁護士会や全国B型肝炎訴訟大阪弁護士会の原告弁護団員として国との様々な和解交渉に深く従事した。

7) 日本のADRは詳細に分類されるが（山本和彦＝山田文『ADR仲裁法第2版』（日本評論社、2015年）8頁参照）、本稿においては特徴を強調するため単純化している。

8) 小林秀之編『交渉の作法 交渉学入門』（弘文堂、平成24年）26頁以下、デーバック・マルホトラ＝マックス H. バイザーマン著（森下哲朗監訳）『交渉の達人』（日本経済新聞出版、2010年）15頁以下、小倉隆『国際交渉・調停論』（商事法務、2022年）25頁以下参照。なお、ロジャー・フィッシャー＝ブルース・パットン＝ウィリアム・ユ－リー著（金山宣夫＝浅井和子訳）『新版ハーバード流交渉術』（ブリタニカ、1998年）147頁以下でも、分配型交渉の技法が説明されている。

9) BATNAやZOPAは分配型交渉に限られず、統合型交渉でも用いられる。もっとも統合型交渉では、複数の論点につきBATNAを検査し総合的な留保価値を計算することになるだろうが、迅速な判断が要求される実際の交渉において計算は容易ではない。

忘れてはいけないのが、交渉相手のBATNAや留保価値を探る努力である。相手は自身のBATNAや留保価値を容易には明かさないが、交渉の事前準備において、相手の経営状況や関心の強さなど、実行可能なあらゆる調査を行う。また交渉に入ってから、相手の言動から相手のBATNAや留保価値を探ることになる。たとえば先の例において、相手が隣地も所有しており本件不動産と一緒にホテル用地として転売する計画であり、1億8000万円までなら購入できると考えているらしいと探知できれば、正確に相手のBATNAや留保価値を測定できることになる。

(2) ZOPAとアンカリング

自身と相手の留保価値を考慮して、当事者が受け入れられる合意可能領域をZOPA (Zone of Possible Agreement) という。

交渉当事者は、このZOPAの領域内において、利益の最大化に向けて、様々な個々の交渉技法を駆使する。もっとも、自身のBATNAを事前準備により強力にすること、そして相手のBATNAを見極めることが、交渉の結果に大きな影響を与えるため、「交渉の8割は事前準備が決める」と一般的にいられている。

個々の交渉技法のうち、有名なものに「アンカリング¹¹⁾」がある。この効果は絶大で、どのような交渉人も、その影響から完全に逃れられないといわれており、その観点から「ファースト・オファー」の重要性が強調される¹²⁾。ファースト・オファーの内容は、相手の留保価値を超えて、相手が侮辱 (Insult) されたと怒って交渉を打ち切らない範囲 (Credible Zone) ギリギリを狙うことになる。これを図にすると以下のようなになる¹³⁾。

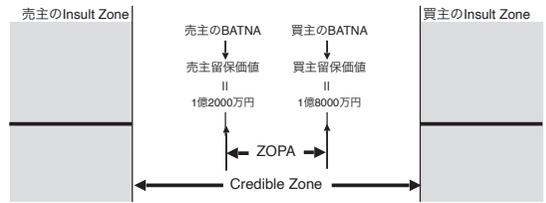


図2 ※BATNAと留保価値を同一とした場合

2. 統合型交渉

「統合型交渉」とは、表に現れる当事者の主張や立場ではなく、それらの裏に隠されている「真の利益 (Interest, Needs)」に焦点を当て、新たな価値を生み出し、その獲得を目指す交渉技法をいう。「価値創出型交渉」、「Win-Win交渉」とも呼ばれる¹⁴⁾。

真の利益を知るためには「どうして (“Why?”)」という問いかけが重要となる、また、交渉当事者が互いに真の利益を開示することが前提となる。これを図にすると図3のようなになる。



図3

統合型交渉の説明でよく用いられる話として、オレンジをめぐる姉妹の喧嘩がある。「ある朝、姉妹が冷蔵庫に残った1個のオレンジをめぐる喧嘩をしていた。ふたりともオレンジ1個全部を自分が使うと言い争っている。そこに母親が来て『姉妹なんだから喧嘩なんかやめなさい。仲良く互譲の精神で半分ずつにしなさい』と言ってオレンジを半分ずつ姉妹に分け与えたが、ふたりとも

10) 留保価値は抵抗点 (Resistance Point) とも呼ばれる。
 11) アンカーとは錨のことであり、アンカリングとは、一般的に先行する数値が心理的に錨の効果を持ち、その後の判断や交渉に影響を及ぼすことをいう。
 12) デーバック・マルホトラ他・前掲注8) 28頁以下に詳しい。相手のBATNAと留保価値を見極めて初めて、ファースト・オファーは力を発揮する。情報が少ない場合、ファースト・オファーは控えるべきだろう。
 13) 小倉・前掲注8) 25頁の図を参照した。
 14) 統合理論はMary Parker Follett(1868-1933)により提唱され、「ハーバード流交渉術」で世に広く知られるようになった。統合型交渉については、ロジャー・フィッシャー他・前掲注8) 63頁以下、小林編・前掲注8) 68頁以下、デーバック・マルホトラ他・前掲注8) 52頁以下に詳しい。

不満で泣き出した。そこに祖母がやってきて『どうして(“Why?”)、あなたたちはオレンジが1個必要な?』と尋ねた。すると姉は『昨日テレビで見たオレンジのマーマレードを作るのにオレンジ1個が必要な』と言い、妹は『オレンジジュースを飲みたいの。半分では足りないの』と言う。祖母は『じゃあ、どうしたらいい?』と姉妹に尋ね、ふたりは、妹がオレンジ1個全部を絞ってオレンジジュースを作り、姉がオレンジの皮を使う解決策を見つけた。』¹⁵⁾

統合型契約交渉の準備としては、自身と相手の真の利益を探索することに加えて、様々な代替案の可能性について可能な限りの事前の検討が必要となる。また、分配型交渉よりも深い信頼関係の醸成が統合型交渉では必要となる。前出の留保価値も、論点ごとではなく包括的に検討することになる。

3. 分配型交渉と統合型交渉のジレンマ

実際の交渉では、分配型交渉と統合型交渉が併用される。しかし、分配型交渉では、自身の留保価値を相手に把握させずに交渉を進めることが、利益の最大化のために必要とされるのに対し、統合型交渉では反対に、自身の真の利益を相手に把握させて、協働して価値を創出する(パイを大きくする)ことが求められる。このように、分配型

交渉の基本技法と統合型交渉の基本技法は、根本的なところで衝突する¹⁶⁾。この衝突の克服方法について数多くの研究がなされているが¹⁷⁾、この基本的な交渉技法の構造的な矛盾の存在は、プロの調停人が力を発揮できる大きな理由のひとつとなる。

4. 人間の感情や認知に対する理解の重要性

離婚などの家事事件と比べると、商事、特に国際商事交渉において、当事者の感情が交渉に与える影響は小さい。しかし、国際商事交渉であれば、常に経済性や合理性に基づいて計算され、冷静に意思決定がなされるかといわれれば、そうとも限らない。会社も人の集合体であり、人は感情の生き物であるから、相手企業の理不尽に見える言動に対して、感情的に反応することもありうる。

また、人は生まれながらの性格やそれまでの人生に基づき、それぞれの価値観を持ち、驚くほど異なるものの見方(認知)をしている。まさに、「事実のひとつでも、(認知の結果である)真実は人の数だけ存在する」のである。その一方で、人の認知の傾向には、「勝ちたい」という欲望は行動をエスカレーションさせる、「相手の利益は自分の不利益」という考えに捕らわれ柔軟な思考をしにくい、などといったものがある。このような人の認知バイアスに対する理解も、交渉、特に統合型交渉を進めるためには重要となる¹⁸⁾。

15) ロジャー・フィッシャー他・前掲注8) 88頁参照。オレンジの話は統合型理論の説明に多用され、様々なバリエーションがある。

ところで、姉妹がオレンジを欲しい理由を言わず裁判になれば、オレンジの所有権に基づく引渡請求訴訟になるだろうか。その場合、誰がオレンジを購入したのか、親の許可の有無やその先後関係が問題となるかもしれない。たとえば前晩に、父親が姉に、母親が妹に、それぞれ許可を与えていたら、父親と母親の家庭内における権限争いにまで発展するだろう。そして、オレンジは腐って使い物にならなくなる。

16) 小林編・前掲注8) 104頁以下で、この矛盾は「交渉のジレンマ」として説明されている。「囚人のジレンマ」と同様の状況である。

17) 小林編・前掲注8) 110頁以下、デーバック・マルホトラ他・前掲注8) 62頁以下、アラン・ランブルウ＝オウレリアン・コルソン(奥村哲史訳)『交渉のメソッド』(白桃書房、2014年) 112頁以下、ウィリアム・W・ベイパー＝チャヴィ・CY・フレッチャー・チェン(東川達三監訳)『世界標準のビジネス交渉』(経済産業調査会、2022年) 8頁以下等参照。一般的に、切り分ける前にパイを大きくすべきとされる。

18) 交渉における人の感情や認知に対する理解の重要性については、ロジャー・フィッシャー他・前掲注8) 28頁以下及び87頁以下、小林編・前掲注8) 166頁以下、デーバック・マルホトラ他・前掲注8) 111頁以下に加えて、マックス・H・ベイザーマン＝マーガレットAニール(奥村哲史訳)『マネジャーのための交渉の認知心理学』(白桃書房、1997年)、ロジャー・フィッシャー&ダニエル・シャピロ『新ハーバード流交渉術 感情をポジティブに活用する』(講談社、2006年)等参照。

IV. 交渉決裂案件が調停で解決できる理由

1. 交渉が決裂するいくつかの理由

合意できたはずの交渉が決裂する理由は様々ではあるが、主なものとして、次に掲げるものがある。

(1) ZOPAに関する当事者の認知バイアス

交渉はZOPA内で行われる。しかし実際には、自身のBATNAや留保価値も、認知バイアスや感情によって正確に見極めることは困難なことが多い。仮に社内に正確に見極める人がいても、社内にも様々な利害関係があり、それが組織で共有されないこともある。

相手の留保価値を正確に見極めることは、さらに困難である。加えて相手も自身のBATNAな留保価値を測定するにあたり、認知バイアスや感情によって影響を受けている。

そのため客観的に存在するZOPAを当事者が認識できずに交渉が決裂することも多い。

(2) 統合的交渉が困難な構造

交渉では当事者の力が正面から衝突することになる(図1参照)。価値を増やす交渉には統合的交渉の基本技法の実践が不可欠であるが、当事者の力が正面から衝突する状況で、「相手の利益は自分の不利益」等の認知バイアスを超えて、統合的交渉を両当事者が行うことは容易ではない。

このような構造的な理由からも、当事者間の交渉による合意は難易度が高くなる。

2. 調停人が交渉を合意に導ける構造的な理由

(1) 傍目八目効

中立な立場の調停人は、両当事者の認知バイアスや感情から離れて、傍から冷静に紛争を見ることのできる立場にある。そのため当事者の認知や感情のバイアスに影響されず、統合型交渉の技術

を使って、様々な柔軟な選択肢を発見することができる。これを筆者は「調停の傍目八目効」と呼んでいる。

すなわち、交渉人と調停人が仮に同じ交渉能力を持っていたと仮定しても、調停人の方が当事者より、八目先を見通せるのである。

(2) 対立構造の解消

交渉では当事者の力が正面から衝突するが、中立な調停人が参加することによって、力の向きが斜めに逸れることになる(図1参照)。この調停の構造により、当事者は認知バイアスや感情の問題を乗り越えやすくなり、統合的交渉による高いレベルでの合意に至ることができる¹⁹⁾。

(3) 調停人の守秘義務

調停人は調停の内容について外部に開示しないことはもちろん、一方当事者から聞いた内容も、明確な同意がない限り、相手に開示しない義務を負う。この調停人の守秘義務により、当事者は相手に秘密にしたい内容も調停人には開示することができ、調停人は当事者の真の利益を把握できることになる。

(4) プロの調停人の能力

プロの調停人は当事者の交渉を合意に導くための特別のトレーニングをしている。通常、5日間で交渉技術や心理学その他の交渉・調停理論を学び、さらに調停人と当事者の役割をロールプレイで何度も実践することで、当事者の心理を体験し、コミュニケーションにおける「言葉」が占める重要性はわずか数割に過ぎないこと、しかし言葉ひとつの違いで交渉が大きく動きうることを体験する²⁰⁾。その上で、各自、調停人としてのトレーニングを積み、技能を高めていくことになる。

調停人が身につける基本的な調停技法としては、傾聴力(アクティブ・リスニング)、パラフレーズ、サマライズ、リフレーミングなどがある²¹⁾。

19) JIMC-Kyoto設立プレシンポジウムのキーノートスピーカーで、JIMC-Kyotoの国外アドバイザーでもある高名な国際調停人Anthony Piazza氏は、交渉と調停の物理的な法則の違いとしてこの点を強調していた。

20) 調停トレーニングについて、齋藤彰=ジェームス・クラクストン「国際商事調停人のスキルトレーニング(上)(下)」JCAジャーナル64巻10号(2017年)22頁以下、64巻11号(2017年)3頁以下、宮武雅子「グローバル時代の調停人養成」JCAジャーナル67巻7号(2020年)11頁以下参照。

21) レビン小林久子『調停の理念と技法 調停者ハンドブック』68頁以下参照(信山社、1998年)。なお、同著には調停人が学ぶべき表現の具体例なども多く掲載されている。

(5) 交渉技術、調停技術の習得について

交渉技術や調停技術はプロレーサーの運転技術にたとえられる²²⁾。車の構造、エンジンやハンドルの仕組みの知識、物理学や運動学の理解、レース鑑賞だけでは車の運転技術は上達しない。これら座学に加えて、教習所でトレーニングを受けて運転免許を取得し、毎日車を自分で運転し、失敗を反省して次の改善に繋げるトレーニングを積み重ねて、初めて技術は上達する²³⁾。交渉技術や調停技術には、心理学、経済学、社会学等の理論的裏付けがあり、ロールプレイの活用など正しいトレーニング方法も世界的に確立されている。つまり調停は技術であり、トレーニングで高めることができる²⁴⁾。

(6) 対話促進型（ファシリテイティブ）と評価型（エバリュエイティブ）

調停には、調停人が当事者の交渉を促進することに専念し、自らの評価を当事者に伝えない対話促進型調停と、調停人の評価を当事者に伝えて調停を進める評価型調停がある。英米法系の調停は対話促進型が主流である一方、日本の裁判所調停などは評価型といわれる。多くのプロ調停人は調停の各段階でこれらを使い分ける。調停人の評価を伝える場合でも、その表現方法（質問形式にして当事者に悟らせるか、より直接的に伝えるのかなど）によって当事者の受け止め方も大きく異なる。両者の境界線は必ずしも明らかではない。

V. 1カ月で終わる国際商事調停の流れ

国際商事調停では、申立てから結論まで早ければ1カ月、遅くても数カ月である。コロナ禍によってオンライン調停が一般的となり、当事者や調停人のスケジュール調整が容易となり、解決スピードも速くなった²⁵⁾。

一般的な国際商事調停の流れは以下のとおりである²⁶⁾（図4参照）。

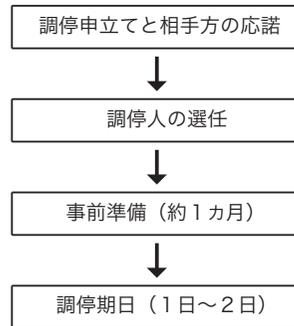


図4

1. 申立てから調停期日まで

(1) 調停の申立てと相手方の応諾

機関調停の場合、申立人側から調停機関事務局に対し手続等について事前相談を行うことが多い。その後、申立人から調停申立てを受け、調停機関は相手方に連絡し、調停手続や調停のメリットについて丁寧に説明し応諾を促す。応諾があれば、想定する調停のスケジュールを両当事者から聴き取る。

22) CEDRトレーニングの講師で、CEDRアジア地区Director、JIMC-Kyotoの国外アドバイザーであるDanny McFadden氏の説明による。なお同氏は、説明はできるが実行は難しい調停技術を「逆立ち歩き」にもたとえていた。

23) 筆者は、JAA主催のレビン小林久子氏の調停トレーニングに2013年からアシスタントとして毎年参加していたが、ロールプレイで受講者による調停がデッドロックとなったとき、小林氏が調停人として入っていくつかの質問をするだけで当事者が合意に至る場面を頻繁に目撃した。当事者役の受講者（弁護士であることも多い）も、自身の変化に「何故だか分からない。ミラクルだ！」と感嘆する。筆者も当初は理解できなかったが、トレーニングを重ねたことで、プロの調停人は人の心を動かす表現のストックを数多く持っており、それを適切な場面とタイミング、適切なトーンで活用し、当事者のものの見方、考え方を前向きに変える技術を習得していることを認識できるようになった。

24) JAAでは、数多くの海外機関から協力を得て、また同志社大学や慶應義塾大学とも提携し、数多くの調停人トレーニングを提供している。JAAのWeb page参照。https://arbitrators.jp/

25) JIMC-Kyotoにおける事例紹介は、小倉・前掲注8) 158頁以下参照。ここで説明されているように、JIMC-SIMC Covid-19 Joint Protocolの案件（解決まで47日）は、日本とインドとの時差の関係で調停期日は3日（開催は隔日）となった。

26) 調停は多種多様であり、あくまでひとつの代表的なモデルケースに過ぎない。

(2) 調停人の選任

イギリスなど調停先進国では、当事者同士で適切な調停人を捜すことが多いが、日本では、多くの調停機関が調停人選任のサポート（リストの交付や推薦など）を行い、合意できない場合には、調停機関が調停人を選任する。事前に調停人に利益相反が無いことの確認を行い、当事者および調停人の守秘義務などを定めた調停実施合意書を締結する。

(3) 調停人による事前準備

両当事者は、調停人と調整して、10頁程度の書面と重要書証を提出する。

仲裁と調停が異なる点に、準備段階で調停人が当事者と直接、個別にWeb会議や電話で会話し、調停の進め方や事案の内容について実質的な意見交換を行うことがある。調停人は事案の判断権限を持たず、また守秘義務を負うことからこれが可能となる。通常、事前打合せは1回～2回程度で各回1時間程度である。

2. 調停期日

調停期日は朝から晩まで続き、1日で解決する場合も多い。なお、仲裁のように証人調べや証拠開示を行うことは予定されていない。

調停期日の代表的な流れは以下の通りである²⁷⁾。

(1) 調停人の挨拶

調停は調停人の挨拶から始まる。調停人はそれぞれ独自の挨拶のフォーマットを持っているが、基本的な挨拶の内容は、①調停を始めることへの感謝、②調停は自発的な話し合いの機会であり当事者が判断権者であること、③調停人は判断権者ではなく、あくまで当事者の交渉を促進する公平な立場であること、④最終的に合意するまで交渉の内容は拘束力を持たないこと、⑤当事者はいつでも調停から退席できること、⑥相手が話をしている場面では遮らないで欲しいこと、⑦調停人の守秘義務の説明、⑧調停内の話はその後の訴訟や仲

裁で利用されないこと（当事者間の守秘義務の合意の確認）、⑨調停手続やスケジュール、⑩調停出席者に合意する権限が与えられていること（たとえば権限に制約がある場合にはその旨の開示と、取締役会の承認を得られるように努力すること）の確認である。

(2) 当事者の主張と議題の設定

多くの調停では、当事者が同席して口頭で主張を行い、調停人がそれを口頭で要約する。感情的になっている当事者も、信頼する公平な調停人から語られる相手の主張は冷静に耳に入りやすい。

その後、調停人は合意に向けて当事者と共に課題（イシュー）を設定する。どのように課題を設定するか、どの順番で話し合いを進めるかは調停の成否に大きく影響するため、調停人の力量が試される²⁸⁾。

(3) 合意に向けた交渉

家事調停では同席調停で進めることも多いが、商事調停では、対話促進型調停であっても、別席調停が原則で、調停人が各当事者の部屋を行き来することが多い。

一般的に、調停の前半では統合型交渉の技術を使って様々な選択肢を探る方向で進められ（Exploration）、徐々に選択肢を絞って具体的な交渉（Bargaining）に進む。

(4) 書面による合意

合意ができれば、各当事者の代理人が合意書案を作成し、当事者が署名をして調停は終了する。シンガポール調停条約批准国では、和解に基づく合意に執行力が認められる（日本が批准している必要はない）。

当事者が納得の上で合意をしているので、合意内容が不履行となるケースは極めて少ないが、長期にわたる履行が必要となる場合には、強制執行が可能となるシンガポール調停条約は力を発揮する。

27) SIMCのWeb Pageにあるロールプレイは非常に分りやすく作られている。

<https://simc.com.sg/dispute-resolution/mediation/>

28) 課題（イシュー）の設定の重要性については、入江秀晃「調停技法紙上講義第9回 課題の特定1」JCAジャーナル60巻12号（2013年）3頁以下参照。

3. オンライン調停

コロナ禍によって世界中でオンライン調停が広がった。当初、世界のプロ調停人の間では、オンラインでは空気を共有出来ないこと、表情や態度などの非言語情報が減ってしまうことなどから、懐疑的な意見が多かった。しかし、実際に始めてみると、オンラインでも対面でも成功率に差はなく、世界の調停人のオンライン調停への認識は変わったと思われる。地球温暖化対策（SDGs）の観点からもオンライン調停の活用が望ましいといえる²⁹⁾。

4. 裁判所調停との違い

このように、裁判所調停とは、①当事者が調停人を選択できること、②調停期日が1日～数日であること、③判断権者の出席が求められること、④調停期日前に調停人と当事者が事案について個別に協議をすること、⑤手続に必要な時間が1カ月～数カ月、調停期日が1日～数日と迅速である点で大きく異なる。

VI. 企業間紛争解決に調停を活用するために

1. 調停の利用は「交渉技術のひとつ」である

本稿で触れたように、調停には交渉にはない、交渉理論に基づく構造的な長所が存在する。だからこそ、交渉が決裂するような事案でも、調停で解決する可能性がある。つまり、仮に交渉がデッドロックとなり、その後の調停で和解が成立したとしても、それまでの交渉に問題があった訳ではなく、交渉担当者が責任を問われることはない。

また、調停では判断権者である経営陣の主体的な関与が不可欠である。裁判や仲裁であれば、その結論は裁判官や仲裁人次第であり、手続も法務部や代理人弁護士に任せなければならないが、国際商事調停では判断権者の出席が求められるた

め、紛争解決の内容を経営陣が直接コントロールすることができる。

加えて、仲裁では仲裁判断が出たとしてもそれで終わりではなく、相手国での執行手続が必要となることも多い。この点、調停で合意した内容は自主的に履行されることがほとんどである。

このように、交渉のために費やした時間と社内リソースを無駄にしないためにも、当事者間の交渉に、プロ調停人を利用するメリットは大きい。世界の大きな流れに対応し、日本企業も調停の利用を「交渉技術のひとつ」として位置づけるべきと思われる。

2. 国際商事調停に向けた準備について

調停を利用するに当たって、国際商事調停の仕組みや流れ、そして交渉の技法について理解をすることが重要である。調停ではあらゆる選択肢が検討の対象となるため、事前に検討すべき項目が多岐に亘る。加えて、調停期日において、それまで考えてもいなかった解決策について意思決定が必要となる場合もある。国際商事調停は柔軟でダイナミズムに富み、かつ極めて進行が速いため、それに対応できる事前準備と社内体制の確保が必要となる。

3. 代理人の役割

国際商事調停の代理人には、調停人選任における情報提供、調停手続に参加する交渉団組成に対するアドバイス、BATNAの探索や事案の法的な弱みや強みに関するアドバイス、交渉を前提とする提出書面の作成、提出証拠や調停人に開示する情報の範囲に関するアドバイスなどが求められる。また、調停期日における適切な交渉の先導、交渉中に生じる様々な選択肢に関する法的、税務的論点の検討、合意書案の作成など、求められる役割は非常に大きい。

29) 筆者は「Mediators Green Pledge」を宣誓している。<https://womacc.org/mediators-green-pledge/>

海外紛争解決トレンド(31)

近時の欧州における国際仲裁:EU法との間の主な相互作用(その1)

アンダーソン・毛利・友常法律事務所 外国法共同事業 アソシエイト(フランス)
モーガン グイヨネ Morgane Guyonnet

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 (翻訳協力、監修)

I. はじめに

欧州連合の法律(EU法)と国際仲裁との関係は、「2つの国際的な法制度間の、長い歴史において最も劇的な対立」と言われて来た¹⁾。国際法の断片化に端を発し、以前は独立していたこれら規範の対立は、欧州の仲裁手続を多くの法的難題を抱える状況へと徐々に追い込んでいく。

2000年代初頭以来、欧州連合(EU)の公共政策と、ニューヨーク条約に照らしたEU加盟諸国の裁判所による判決の承認及び執行との間に重複があったため²⁾、仲裁手続に影響するEU法の規定の範囲は拡大され続けて来た。こうした緊張がさらに具体化したのが2009年のリスボン条約の公布であり、この条約により、EU法と、EU諸国間投資協定(BIT)が関わる投資家-国家間の紛争解決(ISDS)手続との不整合に関する議論が加熱している³⁾。

今日では、EU法は欧州で実施される商業仲裁

及び投資仲裁の両方に干渉するのみならず、累積的である場合もそうでない場合もあるが手続面や実体面についても規定する場合がある。さらに、一部のEU法の規定は欧州を拠点とする手続に関わるすべての仲裁参加者に対し、当該参加者が物理的に欧州域内に所在するか否かにかかわらず強制力を有する。ますます強まるEUの法制度と政策の影響を記録することは、すべての仲裁実務者の関心事と思われるため、本稿は過去10年間にEUの仲裁の状況に見られた最も重要な変化、及び今後注目すべきその他の展開について概説する。

II. EUデータガバナンス規則の遵守

「世界で最も厳格なプライバシー・セキュリティ関連法」⁴⁾と言われるEU一般データ保護規則(GDPR)は、2018年5月25日の施行後、欧州経済地域(EEA)の30カ国にまたがる一貫した体制を確立した⁵⁾。GDPRは日本の個人情報保護法

1) G. A. Bermann, *European Union Law and International Arbitration at a Crossroads* (岐路に立つEU法と国際仲裁)、*Fordham International Law Journal*, Vol. 42(3) (2019). (<https://core.ac.uk/download/pdf/216959312.pdf>)

2) 例えば、*Eco Swiss China Time v. Benetton International NV* (1999)、(ECJ Case C-126/97)、1999年6月1日判決 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0126&from=en>) のEU競争法と外国仲裁判断の承認及び執行に関するニューヨーク条約(ニューヨーク条約)に関する議論を参照のこと。

3) 2007年12月13日にリスボンで調印され2009年12月1日に発効した、欧州連合に関する条約及び欧州共同体設立条約を修正するリスボン条約(2007/C 306/01)(2009年リスボン条約)、外国直接投資に関する事項を取り扱うEUの排他的権限に関する第2条、3条及び207条。(<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:FULL:EN:PDF>)

4) 個人データの取扱いと関連する自然人の保護に関する、及び、そのデータの自由な移転に関する、並びに、指令95/46/ECを廃止する欧州議会及び理事会の2016年4月27日の規則(EU)2016/679(一般データ保護規則)。(<https://gdpr.eu/what-is-gdpr/>)

に基づくものと同様の保護基準を規定し⁶⁾、現地データ保護法が補足的又はより制限的である場合には現地法とともに、EEA域内で自動的に適用される⁷⁾。

1. GDPRの適用範囲

GDPRは、「個人データの取扱いに関連する自然人の保護に関する規定及び個人データの自由な移動に関する規定⁸⁾」を定めている。GDPRでは「個人データ」の概念が幅広く定義されており、個人の氏名や写真など、個人を識別する特性に該当するすべての情報を対象とする⁹⁾。重要な点は、GDPRが域内と域外の両方を対象としているという点である。すなわち、データ処理者がEEA域内外いずれに設置されているかにかかわらず、データ処理がEEA域内で発生する限り、GDPRは適用される（その逆も同様である）¹⁰⁾。

GDPRは、「管理者」又は「処理者」、すなわち、個人データの収集、利用、転送若しくは削除を行うあらゆる個人又は法人に対し、様々な義務を定めている¹¹⁾。義務を負う者が管理者であるか処理者であるかに応じて、これら義務には、個人デー

タが「データ主体との関係において、適法であり、公正であり、かつ、透明性のある態様で取り扱われる」ことの確保、GDPRの基準¹²⁾に満たない第三者へ個人データの転送の保護、GDPRの遵守を確保するための契約上の枠組みの遵守、定期的なコンプライアンスの監視、及び管轄する現地監督当局への違反の滞滞ない報告¹³⁾などが含まれることになる。管理者と処理者を区別することなく、GDPRに基づく遵守を怠った場合は、対象者の前年度のグローバルな収益の4%又は2千万ユーロのいずれか大きい方の金額以下の罰金が科せられる場合がある¹⁴⁾。

2. 欧州で実施される仲裁手続に対するGDPRの影響

仲裁の過程においては、膨大な量のデータのやり取りが行われ、その結果、特に仲裁廷の選任（例：Levineスケジュール）、両当事者による事実及び裏付けとなる証拠の提示、証人の陳述書及び専門家の報告書の提出、並びに仲裁判断書の作成及び発行が行われる間、GDPRに基づく様々な義務が発生する¹⁵⁾。したがって、その適用の物理的及び地

5) EEAは、EUに加盟する27カ国（オーストリア、ベルギー、ブルガリア、クロアチア、キプロス、チェコ、デンマーク、エストニア、フィンランド、フランス、ドイツ、ギリシャ、ハンガリー、アイルランド、イタリア、ラトビア、リトアニア、ルクセンブルグ、マルタ、オランダ、ポーランド、ポルトガル、ルーマニア、スロバキア、スロベニア、スペイン及びスウェーデン）並びにアイスランド、リヒテンシュタイン及びノルウェーで構成される。

6) 個人情報の保護に関する法律、平成15年法律第57号、最終更新 平成27年6月5日。（<https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/APPI.pdf>）

7) 例えば、GDPR、第3条第3項及び第6条を参照のこと。

8) GDPR、第1条。

9) GDPR、第4条『「個人データ」とは、識別された自然人又は識別可能な自然人（『データ主体』）に関する情報を意味する。識別可能な自然人とは、特に、氏名、識別番号、位置データ、オンライン識別子のような識別子を参照することによって、又は、当該自然人の身体的、生理的、遺伝的、精神的、経済的、文化的又は社会的な同一性を示す一つ又は複数の要素を参照することによって、直接的又は間接的に、識別されうる者をいう。』

10) GDPR、第2条及び第3条。

11) GDPR、第4条、「管理者」とは、個人又は法人であって、個人データの取扱いの目的及び方法を決定する者を指す。一方、「処理者」とは、管理者に代わって個人データを取扱う個人又は法人を指す。

12) 2019年1月23日、欧州委員会（EC）は、個人情報保護法がGDPRと同程度の保護を確保するものであるとする十分性の認定を行った。（https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2019.076.01.0001.01.ENG&toc=OJ.L:2019:076:TOC）

13) GDPR、第5条、25条、及び28条。

14) GDPR、第83条。

15) 「Managing arbitral data under the GDPR (GDPRに基づく仲裁データの管理)」、*Global Arbitration Review* (2018年5月29日)。（<https://globalarbitrationreview.com/article/managing-arbitral-data-under-the-gdpr>）

理的範囲の広さを考慮すると、仲裁機関、弁護士、当事者、仲裁人、証人及び鑑定人などの仲裁参加者がいずれかの時点で個人データを保持する場合、管理者又は処理者のいずれかとして、それら仲裁参加者にGDPRが適用される可能性がある¹⁶⁾。GDPRに規定される義務は、COVID-19のパンデミックにより加速する仲裁手続のデジタル化、特にライブ録音、資料の電子提出などを要するバーチャル審理の利用の増加を踏まえ、より一層適用可能性が高まっている。

GDPRと仲裁手続との関係はまだ初期段階であり、その実際の適用については、ソフト・ローが有益なガイダンスを与えているが¹⁷⁾、いまだ多くの疑問が残る。例えば、開示請求に応じることを拒否するための防衛手段としてのGDPRの正当な利用や、GDPRの域外適用の制限について、分かっていることは少ない¹⁸⁾。経験則として、より後の段階で提起される適正手続違反の主張から裁定を保護するために、当事者間のデータポリシー契約案の作成が、各仲裁手続について規定されている¹⁹⁾。

Ⅲ. EU域内仲裁メカニズムに対するEU法の優位性

EU法とEU諸国間BITとの間の不整合性の問題は最近に始まったことではなく、欧州委員会は2006年に既に法的不確実性のリスクを強調していたことを示す記録があるが²⁰⁾、加盟国及びその他のEU機関には知られていない²¹⁾。その後10年を経て、知られているだけで200件近い仲裁がEU域内で実施され²²⁾、EUはこの問題で劇的な転換点を迎えた。

EU法の面では、特に2009年リスボン条約 第344条²³⁾に基づく欧州連合司法裁判所 (CJEU) の3件の判決に端を発して、変化を求める声が上がることになった。2018年のAchmea事件で、CJEUはEU諸国間BITがEU法と合致しないことを認めた²⁴⁾。2021年のKomstroy事件では、CJEUはEU加盟国間のエネルギー憲章条約 (ECT) に基づいた仲裁、並びに加盟国に所在しEU域内に拠点を置く投資家との仲裁手続及び／又はEU法の解釈を伴う仲裁手続を明確に禁じた²⁵⁾。2021年のPL

16) Managing arbitral data under the GDPR (GDPRに基づく仲裁データの管理), *Global Arbitration Review* (2018年5月29日)。(<https://globalarbitrationreview.com/article/managing-arbitral-data-under-the-gdpr>)

17) 例えば、「ICCA-IBA's Roadmap to Data Protection in International Arbitration (国際仲裁におけるデータ保護に向けたICCAとIBAの共同プロジェクトチームのロードマップ)」(<https://www.arbitration-icca.org/icca-iba-joint-task-force-data-protection-international-arbitration>) を参照のこと。

18) 仲裁裁判所が「EU及び加盟国のいずれも当事者となっていないNAFTA第11章に基づく仲裁は、推定上、GDPRの実質的な適用範囲には該当しない」と判断した、*Tennant Energy, LLC v. Government of Canada*, PCA Case No. 2018-54 (<https://pcacases.com/web/sendAttach/3741>) を参照のこと。

19) 例えば、ICC Model Data Protection Clause for Procedural Order One for arbitrators (仲裁人のための手続命令1発行のためのICCデータ保護モデル条項) (<https://iccwbo.org/publication/model-data-protection-clause-for-procedural-order-one/>) を参照のこと。

20) *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004、2007年3月27日付け部分的裁定、第126段落。(https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0259_0.pdf)

21) D. Vis-Dunbar、「EU Member States reject the call to terminate intra-EU bilateral investment treaties (EU加盟国がEU諸国間BITの終了請求を却下)」(2009年2月10日)。(<https://www.iisd.org/itn/en/2009/02/10/eu-member-states-reject-the-call-to-terminate-intra-eu-bilateral-investment-treaties/>)

22) 国際貿易開発会議 (UNCTAD) (<https://investmentpolicy.unctad.org/publications>) 及びICSID (<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>) のデータ。

23) 2009年リスボン条約 第344条は、「加盟国はEU法に定めるもの以外の紛争解決方法」、すなわち、加盟国及びEU裁判所「に対する [EU法] の適用の解釈に関する紛争を提起しないことを約束する」と定めている。

24) *Slovak Republic v. Achmea B.V.* (CJEU Case C-284/16)、2018年3月6日付判決。(<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-284/16>)

25) *Moldova v. Komstroy* (CJEU Case C-741/19)、2021年9月2日付判決。(<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&td=ALL&num=C-741/19>)

Holdings事件では、CJEUは、無効となったEU諸国間BITの仲裁規定と同じ効力を有する特別仲裁契約にまでこの禁止を拡大した²⁶⁾。

急速に発展しているCJEUの判例法がEU法をEU諸国間仲裁メカニズムに優先する法として認定したことと並行して、当時のEU加盟28カ国は、Achmea判決に従い、2019年1月にすべてのEU諸国間BITを終了することを約束した（共同宣言）²⁷⁾。この趣旨の多国間条約のための協定は、EU加盟国によって2019年10月24日に締結され、2020年5月5日に調印され²⁸⁾、2020年8月29日に発効した（終了協定）²⁹⁾。各加盟国による批准を経て³⁰⁾、終了協定はすべてのEU諸国間BIT、すなわち、合計で130を超える協定に終止符を打った³¹⁾。同様に、当該BITの終了以前に行われた投資に対する保護を5年から20年の間与えていた同協定のサ

ンセット条項も失われた³²⁾。

こうした状況の中、Achmea判決にもかかわらず、50を超える仲裁裁判所が被申立加盟国によるEU域内の異議申立てを却下し³³⁾、その理由として、共同宣言は適用あるBITを終了するための正当な手続を経ていないこと、又はAchmea判決はICSID条約及び／若しくはECTに基づく紛争に適用されないことを挙げている³⁴⁾。2022年6月、ストックホルムのSCC仲裁機関は、太陽光発電に関する紛争の審理でスペインに有利な判決を下し、EU法が優先される法であるとの主張が初めて仲裁裁判所によって支持された³⁵⁾。

その結果、EUの投資家は現在、紛争解決戦略を再考する必要に迫られている。これには、例えば (i) EUを拠点とする投資紛争解決のために新たな場（例：EU加盟国の裁判所若しくはEUの司

26) *Republic of Poland v. PL Holdings SARL* (CJEU Case C-109/20)、2021年10月26日付判決。(https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?lgrec=fr&td=%3BALL&language=en&num=C-109/20)

27) Achmea判決の投資保護に対する法的影響に関する加盟国の宣言、2019年1月15日。(https://finance.ec.europa.eu/publications/declaration-member-states-15-january-2019-legal-consequences-achmea-judgment-and-investment_en及びhttps://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7320128/achmea-declaration.pdf)

28) 終了協定の調印国は、ベルギー、ブルガリア、クロアチア、キプロス、チェコ、デンマーク、エストニア、フランス、ドイツ、ギリシャ、ハンガリー、イタリア、ラトビア、リトアニア、ルクセンブルグ、マルタ、オランダ、ポーランド、ポルトガル、ルーマニア、スロバキア、スロベニア及びスペインである。EU離脱を理由に調印しなかった英国のほかに、オーストリア、フィンランド及びスウェーデン（これらの国は合意による終了を選択）、並びにアイルランド（有効なBITを持っていない）が非調印国である。

29) EU加盟国間のBIT終了に関する協定、2020年5月29日。(https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22020A0529(01))

30) 2022年9月10日時点の終了協定の批准の詳細 (https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2019049&DocLanguage=en)。終了協定は、これまでにポルトガルを除くすべての批准国に対して発効している。

31) 終了協定 第2条及び附属書類A、終了予定のEU諸国間BITの一覧。(https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22020A0529(01))

32) 終了協定 第2条及び附属書類B、既に終了した12のEU諸国間BIT（主にポーランド及びイタリアのBIT）の一覧が記載され、これらのサンセット条項は各EU加盟国の終了協定発効時に効力を失う旨が明記されている。(https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22020A0529(01))

33) Spain celebrates win on intra-EU objection (EU域内仲裁の異議申立てでスペインが勝訴)、*Global Arbitration Review*、2022年6月22日。(https://globalarbitrationreview.com/article/spain-celebrates-win-intra-eu-objection)

34) 例えば、*Masdar Solar et al v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/14/1) 2018年5月16日付裁定、第312～342段落 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9710.pdf)；*UP (formerly Le Chèque Déjeuner) et al v. Hungary* (ICSID Case No. ARB/13/35) 2018年10月9日付裁定、第257～267段落 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10075.pdf) 及び*Eskosol S.p.a in liquidazione v. Italian Republic* (ICSID Case No. ARB/15/50)、イタリアの終了請求及びEU域内の仲裁に対する異議申立てに対する判決、2019年5月7日 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10512.pdf) などの判断を参照のこと。

35) *Green Power Partners K/S et al v. Kingdom of Spain* (SCC Case No. 2016/135) 2022年6月16日付裁定、第413～478段落。(https://globalarbitrationreview.com/article/tribunal-upholds-spains-intra-eu-objection)

法制度など)を選定すること、(ii) EU域外のBITの範囲に該当するよう、先んじて投資を再構築すること、及び/又は (iii) 潜在的紛争をEU域外で仲裁するようEU加盟国と交渉すること、

などが含まれる。注目される展開のひとつに、EU法に沿ったEU域内の投資紛争のための手続きの枠組みを提供する、多国間投資裁判所(MIC)の迅速な設立がある³⁶⁾。(続く)



36) 欧州議会「Multilateral investment court: Framework options (多国間投資裁判所: 枠組みの選択肢)」(2021年6月)。
([https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690642/EPRS_BRI\(2021\)690642_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690642/EPRS_BRI(2021)690642_EN.pdf))

国際商事仲裁の基本実務講座(2)

仲裁合意

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

目次

- I. 仲裁合意
- II. 仲裁合意の成立とその方式
- III. 仲裁合意の独立性 (autonomy/independent) と分離性 (separability)
- IV. 仲裁合意の準拠法
- V. 仲裁合意の効力、妨訴抗弁
- VI. 仲裁適格

I. 仲裁合意

仲裁合意は仲裁の全ての基礎であり、根拠となる。仲裁合意は、当事者間の紛争を国家裁判機関によらないで、仲裁で解決するという当事者の意思を表明した合意である。

有効に成立した仲裁合意は次のような機能を有する。

- ①当事者間の紛争を仲裁に付託する当事者合意の証拠となる。
- ②仲裁人の仲裁権限の根拠となる。
- ③裁判所の管轄権を越えて仲裁廷の管轄権を創設する。
- ④仲裁合意は当事者間の裁判管轄権の排除の合意であり、仲裁合意の一方の当事者が仲裁合意の範囲にある紛争を裁判所に提訴した場合は、他方当事者の抗弁によりその訴えを却下または停止する仲裁合意の抗弁の効果がある。

日本仲裁法の定義では、「この法律において仲裁合意とは、既に生じた民事上の紛争又は将来において生ずる一定の法律関係（契約に基づくものであるかどうかを問わない）に関する民事上の紛争の全部又は一部の解決を一人又は二人以上の仲裁人にゆだね、かつ、その判断（仲裁判断）に服する旨の合意をいう。」としている（同2条1項）。

UNCITRAL国際商事仲裁モデル法（モデル法）の定義では、「仲裁合意とは、契約に基づくか否かを問わず、一定の法律関係につき、当事者間で既に生じたか又は生じうるべき、全ての又はある種の紛争を仲裁に付託する旨の当事者の合意をいう。仲裁合意は、契約中の仲裁条項又は別個の合意のいずれの形によってもすることができる。」としている（同7条1項）。

仲裁合意の形態は、①当事者間で既に発生している紛争を仲裁に付託する合意である仲裁付託合意 (submission)、②将来発生するかもしれない紛争を仲裁で解決する旨の合意がある仲裁条項 (arbitration clause) がある。

国際商事仲裁では、仲裁合意の成立、効力を巡って仲裁廷の管轄権（仲裁権限）の有無が当事者間で争われることがある。また、仲裁判断の取消訴訟、仲裁判断の承認、執行における執行拒絶事由、仲裁条項の妨訴抗弁で争われることも少なからずある。本稿では仲裁合意に関連する問題として、①仲裁合意の成立とその方式、②仲裁合意の独立性と分離性、③仲裁合意の準拠法、④仲裁合意の

効力と妨訴抗弁、⑤仲裁適格を取り上げる。

Ⅱ. 仲裁合意の成立とその方式

仲裁合意は、当事者間の紛争を仲裁によって解決する契約であり、当事者間の合意によって成立する。仲裁の対象となる紛争は仲裁で解決できる紛争でなければならない。その合意の形態に仲裁付託合意と仲裁条項がある。契約の成立には、特別の方式は要求されていない。仲裁合意の成立は書面による場合、口頭による場合もある。

国際商事仲裁では、条約、モデル法、国内仲裁法により、書面性を要件とする仲裁法もあれば、書面性の要件を緩和化、ないしは撤廃してより広い範囲の方式を認めている仲裁法もある。

1. 仲裁合意の書面性要件

ニューヨーク条約では仲裁合意は書面性を要件とする。ニューヨーク条約2条1項は、「各締約国は、契約に基づくものであるかどうかを問わず、仲裁による解決が可能である事項に関する一定の法律関係につき、当事者の間に生じているか、又は生じることのある紛争の全部又は一部を仲裁に付託することを当事者が約した書面による合意を承認するものとする。」としている。

日本の仲裁法では、仲裁合意は書面でなされなければならないとされており、①当事者の全部が署名した文書、例えば、契約書に規定される仲裁条項、②当事者が交換した書簡又は電報、ファクシミリなどによる合意、③e-mail等による電磁的記録による合意文面、④書面による契約において仲裁条項にある文書を契約の一部として引用している場合、⑤仲裁手続において当事者双方の主張書面の一方に仲裁合意の存在が記載され、他方にその存在を争う旨の記載がない場合等が挙げられる（仲裁法13条）。

1) 要綱案では、仲裁法13条に次の規律を設けるとしている。

「書面によらないでされた契約において、仲裁合意を内容とする条項が記載され、又は記録された文書又は電磁的記録が当該一部を構成するものとして引用されているときは、その仲裁合意は、書面によってされたものとみなす。」
口頭合意による仲裁合意の成立がZOOMやTEAMS等によるWeb会議の画録、電話会議の録音などが残されている場合も含まれることになる。

モデル法（1985年版）では、仲裁合意は、書面によらなければならないとしている（モデル法7条2項）。

2. 書面性要件から書面性緩和へ

最近では、仲裁合意の書面性要件を緩和する傾向にある。改正モデル法（2006年版）では書面性要件を緩和している。

改正モデル法7条はオプション1（書面性緩和）とオプション2（書面性撤廃）の選択規定が設けられている。オプション1の7条3項では、「仲裁合意は、その内容が何らかの方式で記録されているときは、仲裁合意又は契約が口頭、行為又はその他の方法により締結されたとしても、書面によるものとする。」としている。また、オプション2の7条では、「仲裁合意とは、契約によるか否かを問わず、一定の法律関係に関し、当事者間で既に生じたか又は生じうるすべての又は特定の紛争を仲裁に付託する旨の当事者間の合意をいう。」としている。

書面性要件を緩和化ないしは撤廃している国家法としては、シンガポール、香港、韓国、フランス他の仲裁法が挙げられる。日本においては、2021年10月に「仲裁法の改正に関する要綱案」が発表され近く仲裁法が改正される予定である。改正案では改正モデル法7条のオプション1を採用して仲裁合意の書面性緩和がみられる¹⁾。

Ⅲ. 仲裁合意の独立性 (autonomy/ independent) と分離性 (separability)

仲裁合意の独立性、分離性に関して、仲裁付託合意は、独立性、分離性の問題は生じない。仲裁付託合意は既に発生している紛争を仲裁に付託する合意である。例えば、当事者間の取引契約から発生する紛争の場合、仲裁付託合意は当該取引契

約と関係はするが、当該契約からまた関連して発生した紛争を特定して仲裁で解決するということだけに限定されており、かつ当該契約書とは異なる別個独立した仲裁付託合意書が作成される。従って、仲裁付託合意は当該契約とは異なる独立、分離した合意であることは明白である。

仲裁合意の独立性、分離性で問題となるのは主たる契約、又は主たる契約に付随する書面に挿入される仲裁条項である。仲裁条項は紛争が発生する前に、将来発生する紛争を仲裁で解決する合意である。例えば、主たる契約が無効、不法である場合、また主たる契約が終了した場合、そのような契約に挿入されている仲裁条項はどのような扱いをうけるかが問題となる。仲裁合意の独立性、分離性とは、主たる契約が無効、不法であっても、また、契約が終了しても、仲裁合意は主たる契約から独立、かつ分離して、そのような争いを含み主たる契約から発生する紛争はかかる仲裁合意に基づき仲裁により最終的に解決できる原則をいう。仲裁合意の独立・分離性は仲裁合意の準拠法にも関係してくる。

日本仲裁法13条（仲裁合意の効力等）6項では、「仲裁合意を含む一の契約において、仲裁合意以外の契約条項が無効、取り消しその他の事由により効力を有しないものとされる場合においても、仲裁合意は、当然には、その効力を妨げられない。」としている。

モデル法16条1項では、「仲裁廷は、仲裁合意の存在又は効力に関する意義を含む自己の管轄に関して決定する権限を有する。この場合、契約の一部を構成する仲裁条項は、契約の他の条項から独立した合意として扱われる。契約を無効とする仲裁廷の決定は、法律上当然に仲裁条項を無効とするものではない。」としている。

仲裁条項の独立性、分離性に関して、ライセンス契約から発生するロイヤルティの計算、支払いを巡る紛争で、当該ライセンス契約を解除して、東京地方裁判所に提訴した紛争について、被告となる当事者から仲裁条項の妨訴抗弁が提起され、契約書中の仲裁条項の当該契約書からの分離、独立性を巡り仲裁条項の有効性が争われた。判決で

は、仲裁法13条6項が引用され、「仲裁合意を含む一の契約において、仲裁合意以外の契約条項が無効、取り消しその他の事由により効力を有しないものとされる場合においても、仲裁合意は、当然には、その効力を妨げられない。」として、妨訴抗弁を認めて、当該訴訟が却下されている（東京地判平成17.10.21判時1926号127頁）。

IV. 仲裁合意の準拠法

国際商事仲裁では、仲裁合意の成立、効力を巡って仲裁廷の管轄権の有無が当事者間で争われることが少なからずある。仲裁廷は、当事者から仲裁合意の成立、効力の問題で仲裁廷の管轄権に異議が申し立てられた場合は、仲裁廷は、それらに関する主張についての判断その他自己の仲裁権限の有無についての判断を示すことができる（仲裁法23条）。

仲裁合意の成立、効力は仲裁判断の取消原因であり、仲裁判断の承認、執行における執行拒絶事由でもある。また、一方当事者が訴訟を提起し、他方当事者が妨訴抗弁を主張した場合にも仲裁合意の成立、効力が問題となる。

国際取引契約では、紛争解決関係条項として、仲裁合意（仲裁条項）と契約の準拠法が規定されることが多い。仲裁合意の成立、効力の問題は適用される法によりその解釈は異なってくる。仲裁合意の成立、効力の問題は、仲裁合意の成立、効力について適用される法である仲裁合意の準拠法の決定に基づき判断される。従って、仲裁合意の準拠法の決定について理解することがきわめて重要になる。

仲裁合意の準拠法は、①第一義的には当事者が明示的に選択した法があるか否かが探られる。仲裁合意の準拠法の指定がある場合は当該法によることになる。②当事者の明示的選択が明らかでない場合には、第二義的に当事者の黙示的に選択された法を探る。黙示的選択としては、仲裁地法を当事者による仲裁合意の準拠法の黙示選択と解する説と、主たる契約の準拠法を仲裁合意の黙示的選択とする説がある。

代表的な判例として、日本のリング・リング・サーカス事件（最判平成9年9月4日民集51巻8号3657頁）とイギリスのEnka判決（連合王国最高裁判所2020年10月9日判決、Enka Insaat Ve Sanayi As v 000Insurance Company chubb, 2020, UKSC 38.）が参考になる²⁾。

仲裁合意の準拠法の明示的選択の実務的方法としては、主たる契約に挿入される仲裁条項に仲裁合意の準拠法を明記する方法がある。具体的には仲裁条項の追加規定として次のように規定する：“The law of this arbitration clause shall be the law of _____.”。

最近では仲裁合意の準拠法を定めた仲裁条項を見かけることが多くなっている。香港国際仲裁センター（HKIAC）のスタンダード条項の追加合意規定に仲裁合意準拠法の規定欄が設けられている。

仲裁合意の準拠法の明示的選択が明らかでない場合は、上述のように、当事者による黙示の選択として、仲裁地の指定を仲裁合意の準拠法として、また主たる契約の準拠法が仲裁合意の準拠法として解される場合があり個々のケースによってその解釈は異なる。

実務上は、当事者が主たる契約の準拠法を指定していない場合は、仲裁地の法が仲裁合意の準拠法となる可能性が高い。仲裁地の指定がなく、当事者が主たる契約の準拠法を指定している場合は、主たる契約の準拠法が仲裁合意の準拠法の選択として認められると解される可能性が高い。仲裁条項の仲裁地と主たる契約の準拠法が一致しない場合には、仲裁合意の準拠法の判断が不確実になる。そのような場合の仲裁条項の起案における対応としては仲裁合意の準拠法を明記することが望ましい。

V. 仲裁合意の効力、妨訴抗弁

1. 仲裁合意の妨訴抗弁とは

仲裁は、有効な仲裁合意の存在が前提条件となる。仲裁合意は、当事者間の紛争を裁判によらな

いで、仲裁で解決する旨の合意である。例えば、「本契約から、または関連して発生する本契約当事者間の紛争は……日本において、日本商事仲裁協会の商事仲裁規則に従い最終的に仲裁により解決される。」とする仲裁条項が契約書に挿入されているのにもかかわらず、これに反して、当該契約から発生した紛争に関して、一方当事者が裁判所に訴えを提起した場合、被告となる他方当事者は、仲裁合意の存在の抗弁を主張して、訴えの不適法却下を求めることができる。これを仲裁合意の存在の抗弁、いわゆる妨訴抗弁という。この場合、有効な仲裁合意が存在すれば、訴えの利益がなくなるものと解され、訴えは却下される。

仲裁合意の妨訴抗弁は、仲裁法、モデル法、ニューヨーク条約により明文規定が設けられている。日本仲裁法第14条は、仲裁合意の対象となる民事上の紛争について訴えが提起されたときは、受訴裁判所は、被告の申立てにより、訴えを却下しなければならないとしている。モデル法8条1項では、仲裁合意の対象である事項についての訴えの提起を受けた裁判所は、当事者の一方が本案に関する自己の最初の陳述より前にその旨を申し立てたならば、仲裁に付託すべき旨を当事者に命じなければならないとしている。また、ニューヨーク条約2条3項では、当事者が本条にいう合意をした事項について訴えが提起されたときは、締約国の裁判所は、その合意が無効であるか、失効しているか、又は履行不能であると認める場合を除き、当事者の一方の請求により、仲裁に付託すべきことを当事者に命じなければならないとしている。

日本仲裁法では、「訴えを却下しなければならない。」としているが、モデル法、ニューヨーク条約では、「仲裁に付託すべきことを当事者に命じなければならない。」としており微妙に異なる。米連邦仲裁法では、「訴えの却下」ではなく、「訴訟手続の停止」としている。米連邦仲裁法3条は、「書面による契約により仲裁に付託すべきものとされる係争につき、訴訟が何れかの連邦裁判所に

2) 高杉直「仲裁合意の準拠法・再論」JCAジャーナル68巻1号（2021年1月）。

提起されたときは、当該訴訟が係属する裁判所は、当該訴訟に係る係争が、上記契約により仲裁に付託すべきものであると認めた場合、当事者の一方の申請があれば、上記契約の定めに従い仲裁が行われるまで、訴訟手続を停止しなければならない。ただし、その停止の申請をした仲裁手続に参加していないときは、このかぎりではない。」としている。

2. 妨訴抗弁の主張

仲裁合意の存在に係る問題は職権調査事項ではなく抗弁事項である。提訴された被告は、仲裁合意の存在の抗弁を主張することも、また、抗弁を放棄することもできる。被告が仲裁合意の存在の抗弁を適宜に主張しない場合は、仲裁合意の放棄として、訴訟手続が遂行されることになる。被告が仲裁合意の存在の抗弁を主張する場合、抗弁の提出時期は、原則として、訴えが提起された後、本案についての実質的な弁論が開始される以前とされる。しかし、抗弁を提出できる時期的制限は一律ではなく、国によっても異なる。日本においても、信義則に照らして相当とされるときは、本案について審理を開始した後でも、仲裁合意の抗弁を主張することはできるとする日本での裁判例がある（名古屋地判平5.1.26、判7859号251頁）。

VI. 仲裁適格

1. 仲裁適格 (arbitrability) とは

仲裁適格とは、どのような類型、範囲の紛争が仲裁に付託し、解決することができるのか、又はできないのかという問題である。仲裁可能性ともいう。公序、公益に反する紛争、刑事紛争は仲裁適格がない。仲裁で解決できる仲裁の対象となる紛争の類型、範囲は各国毎に異なる。

仲裁は私的自治による解決手段であり、当事者は合意によって如何なる紛争も仲裁に付託することができるのが原則であるが、各国の法は仲裁

に付託し、解決できる事項を規制、制限をしており、仲裁適格の問題は各国の司法政策的判断によって最終的に決められる問題である。どのような類型、範囲の紛争が仲裁適格を認められるかについては国により異なっている。

仲裁適格について、日本は和解可能性の有無を基準として比較的狭い範囲の紛争を対象としている。日本仲裁法13条1項は、「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。」としている。仲裁により解決できる紛争は、和解可能性を基準としており、和解可能性のない民事上の紛争を対象とする仲裁合意は無効とされる。離婚及び離縁の紛争については、仲裁合意の対象から除外されている。また、個別労働関係紛争を対象とする仲裁合意は無効である（仲裁法附則4条）。消費者と事業者との間に成立した仲裁合意については、消費者は仲裁合意を解除することができる（仲裁法附則3条2項）。一方、アメリカ、スイス等では、和解可能性の有無を基準としないで、公序、公益に反する争いを除き、より広い範囲の紛争を対象としている。

国際商事仲裁において仲裁適格が問題となるビジネス上の紛争としては、①特許権侵害、特許有効性の紛争、②独占禁止法上の違反による紛争、③会社法上の会社関係の紛争、④証券取引法違反の紛争などがあげられるが、これらのタイプの紛争の仲裁適格の有無については国により異なる。例えば、特許有効性、特許侵害に係る紛争について、日本では、特許侵害については当事者間で和解できる紛争であり仲裁適格は認められているが、特許有効性の争いについては、特許庁の専属的管轄の問題であり、対世効の問題を含み仲裁適格性は否定的である。アメリカでは、連邦特許法294条に任意仲裁規定が設けられており、特許権侵害、特許有効性の争いは、当事者間において仲裁適格を認めている³⁾。独禁法上の当事者間の争いにつ

3) 米連邦特許法294条 (a) (任意仲裁)「特許権又は特許権に基づく全ての権利を内容とする契約は、契約に基づき生ずる特許の有効性又は侵害に関連する紛争が現に存在する当事者は当該紛争を仲裁で解決できる。

いては、日本では否定的であるとされるが、アメリカでは国際的独禁法上の当事者間の争いについては仲裁適格を認めている⁴⁾。

2. 仲裁適格の判断基準

国際商事仲裁では、仲裁適格が問題とされる局面は複数ある。仲裁適格のない紛争についてなされた仲裁判断は取消原因となる。日本仲裁法44条7項では、取消事由として、仲裁手続における申立てが、日本の法令によれば、仲裁合意の対象とすることができない紛争に関するものであることとしている。モデル法34条では、「紛争の対象事項がこの国の法の下では仲裁による解決が不可能であること。」(同IV (b) (i)) として取消事由に挙げている。

外国仲裁判断の承認及び執行の局面において、ニューヨーク条約5条(2)(b)では、「紛争の対象である事項がその国の法令により仲裁による解決が不可能なものであること」としている。

仲裁判断以前の局面においても、裁判所に妨害抗弁が提起された場合、仲裁の対象となる紛争の

仲裁適格が問題となる。また、仲裁廷の管轄権を巡る争いにおいても仲裁適格が問題となることもある。

仲裁適格の判断基準は各局面により異なり一様ではなく、①仲裁適格の判断基準を仲裁合意の準拠法の国にもとめるのか、②実体法の準拠法の国に求めるか、③仲裁地の準拠法の国に求めるのか、④法廷地法によりその判断を求めるか、⑤また他の根拠を求めるのか、いずれの基準によって判断すればよいのかが問題となる。

以上に仲裁適格の判断基準を一応挙げたが、①、②の仲裁合意の準拠法や実体法の準拠法を仲裁適格の判断基準に求めることには問題があると思われる。実際的には、裁判所において仲裁適格が問題となっている場合は、法廷地である自国の法に従って決定されると考えられる。仲裁廷が下す仲裁判断に仲裁適格の判断を求められている場合は、仲裁適格の判断基準については、仲裁判断の取消を考慮すると、仲裁判断取消の管轄裁判所は仲裁地の裁判所でもあり、仲裁地の国の法に従って決定することが適切ではないかと思われる。



4) 独禁法の係争についての仲裁適格を認めた米最高裁判決として、Mitsubishi Motor Corp. v. Solar Chrysler Plymouth Inc., 473 US614, 105s. ct. 3346, 1985.

投資協定仲裁判断例研究(150)

エネルギー憲章条約(ECT)のEU域内(intra-EU)性を理由に仲裁管轄権を否定した事例

投資協定仲裁研究会 大阪大学大学院国際公共政策研究科准教授

二杉健斗 Kento Nisugi

申立人：Green Power Partners K/S & SCE
Solar Don Benito APS

被申立国：スペイン王国

事件番号：SCC Arbitration V (2016/135)

仲裁判断：2022年6月16日

仲裁廷：Hans Van Houtte (長・ベルギー)
Inka Hanefeld (申立人選任・ドイツ)
Jorge Viñuales (被申立国選任・アルゼンチン・スイス)

出典：https://www.italaw.com/cases/9471

本判断のポイント

- ・ストックホルムを仲裁地とする本仲裁においては、EU法が仲裁地法の一部として仲裁管轄の問題を規律するため、ECTの仲裁条項のもとでEU構成国が行った仲裁申込みを、他のEU構成国の国民が受諾することはできない。
- ・ECTを解釈する際には、EU法およびEUの一部構成国の宣言を考慮することができる。

I. 事実関係

申立人はともにデンマーク企業であり [para. 1]、2008年から2011年にかけて行ったスペインでの太陽光発電関連投資に関するスペインの措置が、エネルギー憲章条約(ECT)および国際法に

違反するとして金銭賠償を請求している [para. 5]。申立人は2016年9月8日にECT 26条4項cに基づきストックホルム商業会議所(SCC)仲裁協会に仲裁を申し立てた [para. 6]。同協会理事会(Board)は、SCC仲裁規則(2014年)20条に基づきストックホルムを仲裁地と定めた [para. 12]。

これに対し、被申立国は仲裁廷の管轄権および一部請求の受理可能性に対する4つの抗弁を提出した [para. 119]。仲裁廷はその内、ECT 26条にEU法が優位するためECT上の仲裁申込みが不適用となり、合意に基づく仲裁管轄を欠くという抗弁 [para. 121] を認容し、管轄権を否定した。

II. 判断要旨

A. 管轄判断のアプローチ [paras. 125-172]

管轄の問題は職権探知事項であり、仲裁当事者でない欧州委員会の*amicus curiae*文書も「十分考慮」する [paras. 125-127]。

管轄問題の準拠法につき、被申立国はEU法が、申立人は国際法の一般原則および両当事者が合意した法(ECT)が、それに当たると主張する [paras. 135, 137-139 & 144]。まず、ECT 26条6項が仲裁廷は紛争の争点をこの条約および適用される国際法の規則および原則に従い決定する旨定めるが、これは本案のための法選択条項であり、管轄権の問題には関係がない。よって、管轄権の準拠法選択合意は存在しない。SCC仲裁規則22条も、本案

の適用法にしか関係がない [paras. 154-158]。

よって仲裁廷はECT 26条を出発点として管轄権の準拠法を決定する。ただし、同条に加え、ECTの他の規定や他の国際法も関連し適用され得る。ICSID仲裁廷と異なり、「UNCITRAL仲裁規則やSCC仲裁規則の下での仲裁 […]」では、仲裁廷の管轄権は仲裁地の国内仲裁法によって制限 (circumscribed) され得る」(Vattenfall v. Germany, para. 127) [para. 161]。申立人は、ICSID仲裁を選択し得たにも拘らずSCC仲裁を選択し、その提案により仲裁地はストックホルムに置かれたため、スウェーデンにおける仲裁に關する法、特にSwedish Arbitration Act (SAA) が適用される [para. 162]。仲裁地法は、狭義の仲裁手続だけでなく管轄問題にも適用される [paras. 159-164]。

SAA 48条によれば、両当事者の合意がない場合、仲裁合意の準拠法は仲裁地法であり、本件ではEU法を含むスウェーデン法である [paras. 165-166]。Electrabel v. Hungaryが述べるように、「EU法は疑いなく […] スウェーデン法体系の一部であり、ゆえにSAAの下で生ずるいくつかの問題、例えば仲裁可能性、公序および仲裁合意の有効性に関する。よってEU法は本件で仲裁廷の管轄権を決定するために適用されなければならない。」 [para. 172]

B. 人的管轄に対する一般的抗弁 [paras. 173-195]

[Charanne v. Spain¹⁾ やForesight v. Spain²⁾ と同旨のため省略。]

C. 合意管轄に対する一般的抗弁

問題は、デンマークとスペインとの間の関係において、ECT 26条により、デンマークの投資家がスペインによる一方的な仲裁申込みを援用できるか否かである [para. 334]。

1. ECT上の検討 [paras. 336-412]

仲裁廷はまずECTの関連規定の通常の意味を条約法条約 (VCLT) 31条に従い検討する。26条3項aの文言上、当事国の仲裁申込みは「無条件」であり、EU域内仲裁を除外してはいない。26条5項aからは、仲裁合意の有効性の判断に他の規範も適用され得る [paras. 338-342]。

通常の意味の検討の際には、本件の事情にも特に留意しなければならない。条約は文字通りではなく、条約目的が達成されるよう合理的な方法で適用しなければならない。そのためVCLT 31条および32条の他の要素も検討する [paras. 343-345]。

考慮すべき文脈には、ECT本体に加え、条約締結時の関連文書 (VCLT 31条2項b)、後の合意および慣行 (同3項a-b) ならびに当事国間で適用可能な国際法の関連規則 (同c) を含む [para. 349]。

地域的経済統合機構 (REIO) に関するECTの規定 (1条2-3項・25条) は、当事国の一部集団が特別な法関係のネットワークに入ることを明示的に認めている。25条は、REIO域内紛争を26条の射程から直ちに除外するものではないとしても、26条の意味に新たな光を当てる文脈となる。スペイン、デンマークおよびスウェーデンを含むEU構成国間では、国家補助金とEU法に関する先決裁定の2点で特別な要件が存在する。これらがECTの規律事項に関係することを、ECTそれ自体が認めている [paras. 347-355]。

ECT批准の際、EU (当時はEC) はECT 26条3項b (ii) に従いエネルギー憲章事務局に声明を提出した。その第6段落によれば、「共同体の法体系がそうした [投資家による] 請求に救済を与えていることに鑑み、欧州共同体は国際仲裁又は調停に対し紛争を付託することへの無条件の同意を与えていない」。つまり、EUはEU法体系で解決される投資家の請求について、無条件の仲裁同意を与えなかった。第4段落では、EUと構成国は他

1) 井口直樹「投資協定仲裁判断例研究 (79)」JCAジャーナル63巻6号 (2016年) 5頁。

2) 小川和茂「投資協定仲裁判断例研究 (114)」JCAジャーナル66巻10号 (2019年) 45頁。

の締約国との関係で一体のものとして扱われている。また第5段落ではEC司法裁判所がEU法の解釈適用について管轄権を持つとされており、批准時においてAchmeaおよびKomstroy判決と同様の立場がとられていたといえる [paras. 356-363]。

後の合意・慣行として、両当事者は国際エネルギー憲章署名時の欧州委員会の宣言（2015年5月20日。「宣言I」）、Achmea判決の法的帰結に関する22構成国の宣言（2019年1月15日。「宣言II」）およびAchmea判決の執行に関する5構成国の宣言（同16日。「宣言III」）に言及する。ECT解釈に関して参照すべきは宣言IIである [paras. 364-369 & 384-387]。

宣言IIは、22の署名国（デンマークとスペインを含む）間の法関係に関するそれら諸国の有権的解釈（an authentic interpretation）を表す。曰く、Achmea判決の理由付けはECTにも完全に妥当し、ECTの仲裁条項はEU条約に抵触するが故に「適用されない」。逆に、EU構成国でないECT当事国の投資家がEU構成国に仲裁を申し立てることはできる。この解釈は、EU条約との抵触が生じた日から妥当しており、宣言IIは、特に投資仲裁で問題になるような、ECTの文言の意味を遡及的に変える試みではない [paras. 370-383]。

EU法は、VCLT 31条3項c上の国際法の関連規則にあたる。解釈対象の条約のすべての当事国が考慮対象となる他の条約の当事国である必要はないと解される。ただし、非EU構成国との間の関係ではEU法は考慮できない。EU法は仲裁申込みの有効性ないしは適用可能性の問題を扱っており、同じくその問題を扱うECTの解釈に関連する。Vattenfall仲裁廷はEU法の考慮を拒否したが、本仲裁廷は26条の解釈につき立場を異にし、またいずれにせよEU法は管轄権の準拠法としても適用されると考える [paras. 388-398]。

ECTの趣旨および目的は曖昧であり、EU法の検討なしには結論は出ない。準備作業および締結の際の事情も確定的ではなく、有用性は限られる [paras. 399-411]。

以上より、EU法を参照せずにECT 26条を解釈

しても、本件の事情では結論が出ない。26条はEU域内紛争では適用されないと解釈できる可能性はある。よって、EU法の関連規範に照らせばその解釈が正しいといえるか検討する。またEU法は仲裁地法としても適用される [para. 412]。

2. EU法の関連規範の適用 [paras. 413-478]

管轄権の有無を判断するには、EU法が国際法としても仲裁地法としても関連する。よって、EU法の関連性を検討した上でEU法の適用を行う [paras. 413-415]。

Achmea判決は、EU構成国による仲裁申込みの有効性判断にEU法が適用され、EU域内投資仲裁条項はEU運営条約（TFEU）267条と344条に抵触するとする。BITとECTとを性質上区別する理由は存在せず、同判決は本件に関連する。この点の争いは、今ではKomstroy判決により解消されている。Achmea判決がECT 26条に関連することは、デンマークとスペインの署名した宣言IIおよび欧州委員会によっても認められている [paras. 416-445]。

EU法は、国際法の一部として、または仲裁地法に従った仲裁合意の準拠法の一部として、被申立国の仲裁申込みの有効性を検討するために適用されなければならない [para. 447]。

ECT 1条3項は、ECT当事国がECTの規律する問題に関する権限をREIOに移譲することを明示的に認めており、国家補助金はそうした問題の1つである。仲裁廷が本件請求について管轄権を行使すれば、欧州委員会に排他的権限がある問題について判断をすることとなり、EU法に照らして解釈されたECT上の権限の逸脱となる。本抗弁が禁反言に反するとの申立人の主張は認められない [paras. 448-453]。

またいずれにせよ、仲裁廷はEU法秩序の自律性と優位性により管轄権を持たず、被申立国はTFEU 267条および344条のために本件紛争を仲裁に付託する申込みを行うことができない。ECT 26条がAchmea判決で禁止された条約にあたることは、宣言IIから確認されるスペインとデンマークの意思から示される。これは既存の法関係

の遡及的修正ではなく、EU司法裁判所（CJEU）が繰り返し認めてきた原則を述べたものに過ぎない。同条のEU法不適合性は、Komstroy判決が確認している [paras. 456-467]。

EU構成国間において、EU条約は、特別法や後法としてではなく、上位法としてECTを含む他のEU規範に優先する。申立人はECT 16条に依拠してECTの適用を主張するが、ECTがEU法に対する上位法だと認める事由は本件では存在しない。EU法の自律性が悪影響を受けない場合には、EU加盟国が紛争を国際裁判に付託することは妨げられないものの、EU域内紛争に関してはEU法の優位性は完全に適用される [paras. 468-475]。

よって、EU構成国が、他のEU構成国の投資家との間の紛争をECT 26条のもとで仲裁することを申し込むことは、当該仲裁廷によるEU条約の解釈適用を伴うため、排除される。故に、申立人が受諾し得る被申立国による一方的申込みは存在しない [para. 477]。

D. 結論 (paras. 478-493)

以上より、仲裁合意の欠如により仲裁廷は管轄権を持たない。他の抗弁を検討する必要はない。仲裁費用は各申立人が25%ずつ、被申立国が50%を負担し、当事者の費用は各自が負担すること。

Ⅲ. 解 説

A. 背景

CJEUのAchmea判決は、EU法の自律性とEU

構成国間での相互信頼原則および誠実協力原則のために、「[オランダ・スロヴァキア] BIT 8条のような、構成国の間で締結された国際協定」に基づく投資仲裁（以下、EU域内投資仲裁）は、TFEU 267条および344条により排除されると判断した³⁾。他方、EUが第三国と締結した混合協定であり、かつ脱退したイタリアを除くEUの全構成国が当事国となっているECTにもその趣旨が妥当するかについては、学説上争いがあるものの⁴⁾、実務上はECTを射程外とする判断が続いており、「Achmea判決の影響はECTとの関係ではほぼない」と言える状況にあった⁵⁾。

その中で、2021年9月2日、CJEUのKomstroy判決は、EUが締結したECTはそれ自体EU法の一部であり、投資仲裁廷がそれを解釈適用するとEU法の自律性が損なわれるとして、ECT 26条のEU法不適合性を判示した⁶⁾。本件は、Komstroy判決後初めてのECT上のEU域内非ICSID条約仲裁廷による管轄権判断であり、かつEU域内抗弁を認容した初めての投資条約仲裁判断である点で、その結論において画期的である。

B. 仲裁地法を通じたEU法の適用

仲裁廷は、仲裁地がストックホルムにあるため、SAAの定めによりスウェーデン法を管轄権の問題の準拠法に指定した。一部異なる先例もあるものの⁷⁾、非ICSID条約仲裁においては当該投資条約に加えて仲裁地法も仲裁管轄に関係するとの理解は一般的である⁸⁾。そして、EU法はスウェーデン法の一部をなし、しかも他の規範に優位する

3) Judgment of 6 March 2018, Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158, para. 60.

4) 肯定説として、Steffen Hindelang, “Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law – The CJEU’s Judgment in Achmea Put in Perspective,” *European Law Review*, Vol. 44 (2019) 384, pp. 393-394. 否定説として、Gloria M. Alvarez, “Redefining the Relationship Between the Energy Charter Treaty and the Treaty of Functioning of the European Union: From a Normative Conflict to Policy Tension,” *ICSID Review*, Vol. 33, No. 2 (2018) 560, p. 570; Julien Berger, *International Investment Protection within Europe: The EU’s Assertion of Control*, Routledge, 2020, pp. 143-146.

5) 小川和茂「投資協定仲裁判断例研究（114）」JCAジャーナル66巻10号（2019年）45頁。他の事例につき、Szilárd Gáspár-Szilágyi & Maxim Usynin, “The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice’s Achmea Judgment,” *European Investment Law and Arbitration Review*, Brill/Martinius Nijhoff, 2019, p. 29.

6) Judgment of 2 September 2021, Komstroy, C-741/19, EU:C:2021:655, paras. 65-66.

7) Novenergia v. Spain, SCC Arbitration (2015/063), Final Arbitral Award, 15 September 2018, para. 461.

ことから、スペインがECT 26条に基づき行った仲裁申込みはEU法に抵触する（その結果、仲裁可能性が否定され、または仲裁合意が公序に反する）ため「排除」され、仲裁合意は無効であるとされた。これに対し、ICSID条約上の仲裁では依然として、Komstroy判決は仲裁管轄権に影響しないと判断されている⁹⁾。ここに、国際法のみを基礎を置くICSID条約仲裁と国内法にも基礎を置く非ICSID条約仲裁の法的性質の違いが明確に表れている。

本件と同じくストックホルムを仲裁地とするECT仲裁でも、Komstroy判決前に判断がされたSunReserve Luxco対イタリアでは、スウェーデン法上、仲裁可能性の否定や仲裁合意の無効による管轄の否定は明確な規則なしに軽々に行うべきではないところ、ECT仲裁のEU法不適合性は十分明確ではないとして管轄権が肯定されていた¹⁰⁾。これに対し本件仲裁廷は、Komstroy判決がこの点に関する不明確性を拭い去ったと理解した。同判決の理由付けには批判もあるものの¹¹⁾、本件仲裁廷はEU法上の最上級審であるCJEUのEU法解釈を所与の判断として受け入れたようである。

もっとも、同判決のEU域内性に係る判断は、何らEU域内性を持たない紛争に関して示された傍論であることから、それに従わない仲裁廷が出てくることもあり得¹²⁾、ECTに基づくEU域内非ICSID条約仲裁の息の根が完全に止まったのかは実行を注視する必要がある。

いずれにせよ、本件はEU域内投資紛争について仲裁地をEU域内に置くことの投資家にとっての実務的リスクを浮き彫りにした。実際、スイスが仲裁地となった事例では、仲裁可能性はスイス法に基づき判断され、EU法上の公序は考慮されないとしてEU域内抗弁を棄却したものがある¹³⁾。通常、仲裁可能性は仲裁合意の準拠法または仲裁地法により判断されるため、仲裁地がEU外にあれば、外国強行法規の特別連結などがなされない限りEU法は度外視されることになろう¹⁴⁾。

C. 条約解釈を通じたEU法の考慮

さらに本件仲裁廷は、EU域内では「無条件の同意」は与えられていないとの解釈が国際法上も妥当し得る余地があるとの立場を示した点に特徴がある。ECT 26条3項は、「締約国は、(b) 及び (c)

8) *Electrabel v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Award, 25 November 2015 para. 4.112; *Eureko (Achmea) v. Slovakia*, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 October 2010, para. 225; *Vattenfall v. Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue, 31 August 2018, para. 127; *Cube Infrastructure v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 February 2019, para. 143; *SunReserve v. Italy*, SCC Arbitration V (2016/32), Final Award, 25 March 2020, para. 367 (玉田大「投資協定仲裁判断例研究 (124)」JCAジャーナル67巻12号〔2020年〕21頁)。学説として、Jens Hillebrand Pohl, “Case Note: Intra-EU Investment Arbitration after the *Achmea* Case: Legal Autonomy Bounded by Mutual Trust?,” *EuConst*, Vol. 14 (2018), p. 774, fn. 38.

9) *Sevilla Beheer v. Spain*, ICSID Case No. ARB/16/27, Decision on Jurisdiction, Liability and the Principles of Quantum, 11 February 2022, para. 668; *LSG v. Romania*, ICSID Case No. ARB/18/19, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Reparation, 11 July 2022, para. 761.

10) *SunReserve v. Italy*, *supra* note 8, paras. 418, 427, 436. また、仲裁地がEU域内（ハーグ）だったにも拘らず、仲裁地法はIIA仲裁廷の独立性を損なわないよう解釈すべきだとしてEU域内抗弁を退けた事例もある。*Fynerdale Holdings v. Czech*, PCA Case No. 2018-18, Award, 29 April 2021, para. 351 (田村侑也「投資協定仲裁判断例研究 (143)」JCAジャーナル69巻4号〔2022年〕29頁)。

11) *E.g.*, Mathias Audit, « Extension de la solution de l’arrêt Achmea à l’arbitrage d’investissement intra-européen fondé sur la Charte de l’énergie, » *Journal du droit international*, t. 3/2022 (2022) 222, pp. 239-241.

12) *Sevilla Beheer v. Spain*, *supra* note 9, paras. 666-667; *LSG v. Romania*, *supra* note 9, para. 758.

13) *Photovoltaik Knopf Betriebs v. Czech*, PCA Case No. ARB/2014-21, Award, 15 May 2019, para. 351 (梶間茂樹「投資協定仲裁判断例研究 (121)」JCAジャーナル67巻5号〔2020年〕34頁) ; *A.M.F. Aircraftleasing v. Czech*, PCA Case No. 2017-15, Final Award, 11 May 2020, paras. 402-403.

14) See, Bernard Hanotiau, “What Law Governs the Issue of Arbitrability?,” *Arbitration International*, Vol. 12, No. 4 (1996) 391, pp. 396-397.

の規定にのみ従うことを条件として (Subject only to)、紛争を「…」国際的な仲裁又は調停に付託することについて無条件の同意を与える」(強調追加)と定めており、これまでの仲裁廷はこうした解釈を一貫して退けてきた¹⁵⁾。本件仲裁廷は、仲裁地法のみならず、国際法上も管轄権が否定される可能性があるとする示すことで、後続のICSID条約仲裁やEU域外を仲裁地とする仲裁にも影響を与えようとした可能性がある。

もっとも、そうした解釈をとった仲裁先例が皆無であり、かつ本件仲裁廷もその解釈を直接明示的に採用しなかったことが示すように、条約解釈としての妥当性には疑義がある。まず仲裁廷は、EUが「無条件の同意を与えていない」と述べたECT 26条3項b (ii) に基づく声明 (1997年)¹⁶⁾ がそうした解釈を示唆すると言うが、説得的でない。そもそも26条3項b (ii) とは、同 (i) が、既に他の手続に付託された紛争は (EU域内紛争であるかを問わず) 仲裁への「無条件の同意」の対象外とするfork-in-the-road条項であるところ、「この点に関する」(条件付きでの同意を与えるかといった) 政策・実務・条件の通告を義務づける

規定である¹⁷⁾。つまり1997年声明の趣旨は、CJEUに既に付託された紛争については「無条件の同意」を与えていないことを改めて確認するものであり、EU域内紛争全般について26条3項a上の「無条件の同意」を与えないとするものではない¹⁸⁾。

また仲裁廷は、当事国の間での解釈合意としてのEU構成国22カ国宣言および適用される国際法の関連規則としてのEU法を考慮した。従前は、EU構成国 (ましてやその一部) にしか妥当しない事情を、EU外の国も当事国に含むECTの解釈の際に考慮することはできないとする先例が多かったところ¹⁹⁾、本件では、申立人本国と被申立国にさえその事情が妥当していれば考慮できると判断した。その前提には、実質的に二国間化可能な多数国間条約は、任意の二国間の合意を考慮できるという理解²⁰⁾があるように思われる²¹⁾。

この理解を前提とすれば、EU法を考慮できるかは、外交的保護分野の義務を課す相互主義的条約²²⁾としてECTを理解するのか²³⁾、エネルギー安全保障という「共通利益」(エネルギー憲章[1991年]前文11項)の実現手段(国際エネルギー

15) 「EU法のみ論理で同条約上の紛争解決規定を排除することは国際法の観点からはできない」というのが国際法学者の一般認識であると思われる。西村弓「国際法判例の動き」『令和3年度重要判例解説』(有斐閣、2022年) 247頁(強調追加)。

16) Statement submitted by the European Communities to the Secretariat of the Energy Charter pursuant to Article 26(3)(b)(ii) of the Energy Charter Treaty, [1998] O.J. L69/115.

17) Kaj Hobér, *The Energy Charter Treaty: A Commentary*, Oxford University Press, 2020, pp. 432-433 & 437-438; Rafael Leal-Arcas (ed.), *Commentary on The Energy Charter Treaty*, Edward Elgar, 2018, p. 348.

18) AES Solar v. Spain, PCA Case No. 2012-14, Preliminary Award on Jurisdiction, 14 October 2014, para. 184; RWE v. Spain, ICSID Case No. ARB/14/34, Decision on Jurisdiction, Liability, and Certain Issues of Quantum, 30 December 2019, para. 331 (濱本正太郎「投資協定仲裁判断例研究(124)」JCAジャーナル67巻8号[2020年] 30頁)。

19) Landesbank v. Spain, ICSID Case No. 15/45, Decision on the “Intra-EU” Jurisdictional Objection, 25 February 2019, para. 163; InfraRed v. Spain, ICSID Case No. ARB/14/12, Award, 2 August 2019, paras. 267-268; Sevilla Beheer v. Spain, *supra* note 9, para. 670; Vattenfall v. Germany, *supra* note 8, para. 158; SunReserve v. Italy, *supra* note 8, para. 392; Renergy v. Spain, ICSID Case No. ARB/14/18, Award, 6 May 2022, para. 371.

20) ILC, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law – Report of the Study Group of the International Law Commission,” U.N. Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006, para. 472.

21) Green Power v. Spain, SCC Arbitration V (2016/135), Award, 16 June 2022, paras. 244-245; Komstroy, *supra* note 6, para. 64.

22) Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrê, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3, par. 33

23) Danae Azaria, “Community Interest Obligations in International Energy Law,” in Eyal Benvenisti et al. (eds.), *Community Interests Across International Law*, Oxford University Press, 2018, p. 299.

憲章〔2015年〕22項）として投資を保護する一体的条約と捉えるのか²⁴⁾により決まることになるが、この点の議論は深められていない。容易に判断の分かれ得るこうした抽象論に仲裁の可否という重要な問題をかからしめるべきなのかも、議論を要しよう。

上述のように、EU法を考慮した結果どのような解釈に行き着いたのかを仲裁廷は明らかにしていない。仮に、ECT 26条はEU域内仲裁の根拠にはならないとの結論を採用しているならば、その理由づけには問題がある。後の合意や国際法の関連規則は「文脈とともに考慮」（VCLT 31条3項柱書）されるべきものであり、他の解釈要素に当然に優位するものではないところ²⁵⁾、条約文、文脈および趣旨目的からは解釈を特定できないとする本件仲裁廷は、22カ国宣言とEU法から示唆される「解釈」が他の解釈要素とどの程度整合的なのかを検討しておらず、EU法の考慮を通じたECTの修正であるとする先例からの批判に何ら応じていないためである²⁶⁾。条約解釈としての本件の先例的価値はこの点で減じられると言える。

D. EU域外仲裁への含意

Achmea判決およびKomstroy判決に対しては、EU域外の投資・商事仲裁も、EU構成国法や

ECTを解釈適用する限りにおいて、両判決の射程に含まれるとの見解がある²⁷⁾。これに対して本件では、Komstroy判決はEU域外仲裁には影響しないとの理解をとっており、EU域内仲裁を超えた影響はない²⁸⁾。

その前提に立つと、EU域内投資家は、域外企業を介して域内に投資をすることでECT仲裁手続をなお利用できるかが問題となる。CJEUは、PL Holdings判決で、域内BITの仲裁条項と同内容のアドホック仲裁合意を域内投資家と他のEU構成国が締結することは、Achmea判決の迂回に当たるため無効であると判断した²⁹⁾。同様の理由から、特に仲裁地がEU域内に置かれた場合には、EU法を迂回する目的で域外化された投資紛争に関してEU構成国が行う仲裁申込みも無効となる可能性は否定できない。仮にそう判断された場合、当該「域外」投資家の形式的な国籍国と仲裁地国またはEUとの間でECTの違反に関する国家間紛争が生じる可能性も考えられる。

E. その後の動き

2022年6月24日、ECT現代化交渉につき原則合意が成立し、26条はEU域内紛争に適用されないことを「明確化」する規定が置かれることが発表された³⁰⁾。これが同条の既存の解釈の確認として

24) See, *Sunreserve v. Italy*, *supra* note 8, para. 389; *Eiser v. Spain*, Civil Action No. 1:21-cv-02463-RJL, Expert Declaration of Andrea K. Bjorklund, 25 April 2022, para. 125. 例えば、二国間合意による修正を認めると、市場原理に基づく平等な競争を阻害し、効率的で持続可能なエネルギー市場の構築というECTの目的を害する、という議論もあり得よう。

25) ILC, “Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries,” 1966 *ILCYb II*, pp. 219-220; ILC, “Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties,” 2018 *ILCYb II*, Part Two, Conclusions 2.5 & 7.1.

26) *Vattenfall v. Germany*, *supra* note 8, para. 154; *InfraRed v. Spain*, *supra* note 19, para. 270; *Reenergy v. Spain*, *supra* note 19, para. 370; *RREEF v. Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Annulment Application, 10 June 2022, paras. 83-86.

27) *E.g.*, Szilárd Gáspár-Szilágyi, “It Is Not Just About Investor-State Arbitration: A Look at Case C-284/16, *Achmea BV*,” *European Papers*, Vol. 3, No. 1 (2018) 357; Quentin Declève, “Achmea: Consequences on Applicable Law and ISDS Clauses in Extra-EU BITs and Future EU Trade and Investment Agreements,” *European Papers*, Vol. 4, No. 1 (2019) 99; *Audit*, *supra* note 11.

28) 同様の結論を支持する事例として、*CMC v. Mozambique*, ICSID Case No. ARB/17/23, Award, 24 October 2019, para. 336 (石戸信平「CMC対モザンビーク共和国仲裁判断——EU加盟国と非EU加盟国との間の投資保護協定の仲裁条項の有効性を認めた事例」国際ビジネス法エグゼクティブ・サマリー-27号〔2020年〕4頁；猪瀬真道「投資協定仲裁判断例研究（123）」JCAジャーナル67巻7号〔2020年〕27頁）。

29) Judgment of 26 October 2021, *PL Holdings*, C-109/20, EU:C:2021:875, para. 56.

援用される可能性もあり、実行の注視を要する。

（本稿作成にあたりJSPS科研費20K13330の助成を受けた。）



30) Energy Charter Conference, “Public Communication Explaining the Main Changes Contained in the Agreement in Principle,” CCDEC 2022 10 GEN, 24 June 2022, p. 7 < <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2022/CCDEC202210.pdf> > (2022年9月8日最終閲覧)。

国際商事仲裁ADR文献紹介(31)

関西大学大学院法務研究科教授

酒井 一 Hajime Sakai

1996年英国仲裁法29条は、仲裁人が、その職務遂行における背信性が示されない限り、免責されるとしながら、仲裁人の辞任に基づく責任には影響しないと規定する。また、25条3項において、仲裁人は辞任による責任の免除を裁判所に申し立てることができる旨を規定する。仲裁人が、どのような場合に、いかなる要件のもと、責任を負い、あるいは免責されるのかについて、わが国では十分な議論がされていない状況である。当事者が裁判所に仲裁に関して何らかの申立てを行った場合に、仲裁人が裁判の費用負担を命じられるかについて、判例をもとに検討するNathan Tamblin, *Arbitrator Immunity and Liability for Court Costs*, *International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 88, Issue2, pp225-239を紹介したい。内容は以下のとおりである。

冒頭で、古い判例を参考として、背信性 (bad faith) の認められない限り免責されるとする1996年英国仲裁法29条の根拠を尋ねる。Pappa v. Rose事件において、Kelly判事は、仲裁人が合理的注意を払う明示又は黙示の義務を負わないとし、Blackburn判事は、仲介人が誠実かつ公平であるべきとし、Mellor判事も誠実に行為すべきとした。Tharsis Sulphur & Copper Co. Ltd v. Loftus事件は、Pappa v. Rose事件を踏襲した。Stevenson v. Watson事件において、Denman判事は、仲裁人が詐欺的又は一方当事者との共謀行為については責任を負うが、軽過失 (negligence)

に関する責任は生じないとした。以上の先例からすると、仲裁人は公平かつ誠実に行動しなければならないが、他方で、合理的注意をもって行動する義務はないことになる。しかし、仲裁人が明示的に合理的注意及び技能をもって職務遂行することを約し、あるいは、状況によっては黙示的に義務が含まれるものとされることがあるのかは、明らかでない。

Sutcliffe v. Thackrah事件において異なった根拠が示された。仲裁が司法的性質を持つことを根拠として、裁判所が軽過失に関して免責されるのと同様に、仲裁人も責任を負わないとした。また、裁判所が判断の取消しや法適用の誤りの訂正を通じて仲裁に対して十分にコントロールすることができることや、仲裁人が裁判官とほぼ同様に位置づけられることが指摘されている。Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.事件では、仲裁人が司法的機能を果たさない場合には、責任を負うとされた。さらにKilbrandon卿は、仲裁人がその機能によって免責されるのではないとして、軽過失責任を肯定する。裁判官は、国家によって任命され、国家に対して責任を負い、当事者に対して責任を負わないという。しかし、この区別は適切でない。当事者は、裁判官を選択できないが、裁判所を選択し、裁判官の範囲を限定することができる。税負担によって、間接的に裁判官の費用を負担している。Kilbrandon卿は、仲裁人は受任に当たり免責の合意をすることを認めるが、その有効性については議論の余地がある。

1996年仲裁法によって、仲裁人がある範囲で免責を享受することが明らかになった。アドバイザリー委員会 (DAC) の報告書によると、中立的判断機能を果たし、紛争解決手続の終局性を確保するため、裁判所と同じ理由で仲裁人は免責される。

スコットランドでは英国の状況を反映し、仲裁人が背信的でない限り、免責される。アイルランドは、仲裁人を完全に免責するために背信条項が削除されるまでは、同様であった。諸外国では、背信条項の有無は別として、仲裁人の免除が一般的である。

筆者によると、仲裁が裁判権を排除できるのは、国が仲裁に権限を付与し、紛争に関する究極的な管理権限を保有しているからである。この観点からすると、国が裁判官に与えた免責は、仲裁人にも与えられることになる。免責と背信条項とは別の問題である。

1996年仲裁法が認める免責にもかかわらず、仲裁人が責任を負うことを認めた3つの判例がある。

Wicketts v. Brine Builders事件では、裁判所は仲裁人を解任し、仲裁手続の停止命令の申立て及び仲裁人解任の申立てにつき争った仲裁人に裁判費用の負担を命じた。停止の申立てに関しては、裁判所は、仲裁法24条3項にもかかわらず、仲裁人が手続を延期すべきと考えた。解任の申立てに関しては、仲裁人が免責されると述べたことが記録されているだけであり、仲裁法の免責規定にもかかわらず、費用負担の責任を生じることに関する議論はない。

仲裁人は辞任することができるが、その場合は免責を失うとした。もっとも仲裁法に規定はなく、DACが解任の場合にも免責を過小評価すべきでないとしている。

仲裁法は、辞任によって免責されることはないとしながら、辞任に合理性が認められることを(最低限の)要件として、裁判所に免責や報酬支払いの申立てを認めている(25、29条)。さらに、DACが3種類の合理的辞任を挙げているが、判例もなく明確でない。少なくとも、一方当事者が辞任を望んだり、当事者が仲裁人の中立性を疑ったり、信頼の喪失を表明しただけでは、合理性は認められない。仲裁人は費用負担の危険から、辞任しにくい。

一方当事者が解任を主張し、他方当事者がこれを争った場合に、仲裁人が辞任すると、自動的に免責を失うことになる。仲裁人は、解任申立手続の当事者とされる。

背信とは不誠実(dishonesty)又は腐敗(corruption)を意味するが、Wicketts事件は背信性が明らかでない例外的事案であった。

Cofely v. Bingham事件では、仲裁人が一方当事者の事務弁護士との関係に関する質問に適切に回答しなかったことを理由に、裁判所が解任事由を認めた。裁判所は、偏頗性が明白であるとしながら、背信性はないとしたが、仲裁法29条は裁判手続に適用されないとし、Wicketts判決及び仲裁人協会(CI Arb)の指針を援用しただけで、解任を争った仲裁人に費用負担を命じた。筆者によると、Wicketts事件は例外事案であり、仲裁人協会の指針は、免責が認められる場合と否定される場合について矛盾を含む可能性がある。Cofely事件では、具体的な偏頗性や背信性ではなく、明白な偏頗性を理由に解任された。裁判官が明白な偏頗性を理由に忌避された場合に、裁判官が費用の負担を命じられることはないであろう。仲裁人の責任を肯定するにはさらなる理由付けが必要であろう。

C Ltd v. D事件では、仲裁人が争った解任手続の費用負担を仲裁人に命じることは、仲裁法29条によって排斥されないとされた。裁判官は、Wicketts判決及びCofely判決を引用するのみで、これが原則として正当であるとし、それ以上の理由を示していない。仲裁人に費用負担を命じるのは、究極的に稀であるとするが、理由や適用される基準を示していない。この事案では、仲裁人が辞任し、解任申立ては不要となった。申立てにつき判断されたならば、おそらく棄却された。仲裁人に費用負担は命じられず、かえって、申立人に仲裁人報酬の支払いが命じられた。

筆者は、裁判官に認められる範囲での免責は仲裁人にも付与されるべきであり、判決に対して上訴がされたとしても、裁判官が上訴費用を負担することはない。かくして3つの判例を批判する。仲裁人は費用負担について免責されるべきとする。不合理な辞任であることが証明されない限り、仲裁人は免責される、との法改正を提案する。

香港控訴裁判所 エスカレーション条項に関する 画期的見解を判示

ハーバート・スミス・フリーヒルズ(香港) パートナー
サイモン・チャップマンKC Simon Chapman KC

ハーバート・スミス・フリーヒルズ外国法事務弁護士事務所 オブ・カウンセル 外国法事務弁護士(連合王国法)
本間洋輔 Yosuke Homma

ハーバート・スミス・フリーヒルズ外国法事務弁護士事務所 パートナー 外国法事務弁護士(連合王国法)
ジェームズ・オールソップ James Allsop

I. はじめに

この度ハーバート・スミス・フリーヒルズは、代理人を務めた「当事者C v 当事者D [2022] HKCA 729」という訴訟において、香港の控訴法院から「エスカレーション条項」と呼ばれる条項に関する重要な判決の言い渡しを受けた。エスカレーション条項とは、当事者のいずれかが正式な法的手続に踏み切る前に交渉または調停を実施することを要件とする契約の規定をいう。

こうした規定は、効率的な紛争解決を促進する目的で定められるが、実務では高額な費用を伴う訴訟に発展することも少なくない。特に、紛争が最終的に仲裁に付託された場合に、所定のエスカレーションの手順が遵守されなかったという主張によって手続が頓挫し、仲裁人の判断に対する異議申立てが裁判所に提起されるという事態につながる可能性もある。

上記の訴訟事件では、香港の控訴裁判所がこの点について判断を示し、エスカレーション条項をめぐる紛争は、基本的には裁判所ではなく当事者が選任した仲裁人によって解決されるべきであるとしてこの問題に決着がつけられた。仲裁廷がこの問題について下す判断は、最終的かつ拘束力のあるものと看做され、特段の事情がある場合を除き、エスカレーション条項が遵守されなかったことは、最終的な仲裁判断に異議を申し立てる事由にはならないと裁定したのである。

本稿では、本訴訟の事案概要および法廷でこの点をめぐる主張を展開し、裁判所の支持を獲得した私どもの弁護団による主張理由について詳しく解説する。

II. 事実概要

紛争の対象となった契約には、当事者間で紛争が生じた場合は「紛争を交渉によって解決することを誠実かつ迅速に試みるものとする」と定められていた。同契約ではさらに、「いずれの当事者も、相手方当事者に書面による通知を行うことにより、紛争の解決を当事者の最高経営責任者に付託することができる」と定め、紛争を「同当事者による同交渉に関する書面による要請の日付」から60営業日以内に友好的に解決することができない場合は、紛争を仲裁に付託することができると規定されていた。

当事者間では、いずれの当事者もこれらの規定に基づき紛争に関して誠実に交渉をする義務を負うという点については争いはなかった。しかし、仲裁開始前にCEOに紛争を付託することも義務かという点で主張が分かれた。

この問題について仲裁廷の判断を仰いだところ、仲裁廷は、誠実に交渉するという一般的な要件は義務だが、紛争をCEOに付託するかどうかという点は任意であるという見解を示した。仲裁廷は同見解に基づき、規定は遵守されており、本

件に関する仲裁廷の管轄権についても疑義はないという結論に至り、審理を進め、紛争の本案に関する仲裁判断を下した。

Ⅲ. 第一審判決

仲裁手続において請求が認められなかった当事者Cは、香港の第一審裁判所に対し、UNCITRAL 仲裁モデル法第34条を導入した仲裁規則第609章第81条に基づき管轄権不存在を理由に仲裁判断の取消しの申立てを行った。

当事者Cは、相手方当事者Dはエスカレーション条項の手順を遵守しなかったため、仲裁廷には管轄権がなかったはずであると主張した。これに対し当事者Dは、契約は完全に遵守されたが、いずれにしても本件は仲裁廷の管轄権の問題ではなく請求の許容性の問題であると反論した。すなわち、当事者らが最終的には仲裁により紛争を解決すると合意したことについては疑う余地はなく、唯一争いがあるのは、請求が「満を持していた」か否か、つまり仲裁への付託が時期尚早だったかどうかという点であり、かかる点はモデル法の第34条とは無関係である、と主張したのである。

裁判所は当事者Dの見解を支持し、仲裁申立てのための前提条件の不履行は、管轄権ではなく許容性の問題であるというのが「国際法廷および海外の国内裁判所の一般的見解」であると判示した。従って香港法上、仲裁判断を取り消すことはできないという結果となったのである。

Ⅳ. 上訴審で争われた問題点

第一審裁判所は、この点は「香港の仲裁法において一定の一般的重要性を有する」問題であるという認識に立ち、当事者Cに上訴することを許可した。

上訴は次の3つの点を事由として提起された。

- ①まず、当事者Cは申立てのための前提条件が遵守されなかったことは「仲裁判断が、仲裁付託の条件において想定されていない、またはその射程外の紛争を扱」ったことを意味するものであり、よって本件仲裁判断はモデル法第34条2

項 (a) 号 (iii) に基づき取り消されるべきであると主張した。とりわけ当事者Cは、許容性と管轄権の区別は第34条2項 (a) 号 (iii) の文言を反映していないため無関係であるが、いずれにしても両者の区別が存在したとしても、上訴の事由は管轄権をめぐる不服であると述べた。

- ②さらに当事者Cは、モデル法第34条2項 (a) 号 (iv) には「仲裁手続が当事者の合意に従っていなかった場合」に仲裁判断を取り消すことができる旨定められており、この場合「仲裁手続」は仲裁開始のための前提条件をも包含すると主張した。前提条件が満たされなかったため、仲裁も当事者の合意に合致したものではなかったと述べたのである。
- ③最後に当事者Cは、契約規定を適切に解釈するならば、当事者Dは紛争をCEOによる決定に付託する義務を有していたものであることから、仲裁の前提条件は満たされなかったと主張した。

Ⅴ. 控訴審の判決

控訴裁判所は上記3つの事由をすべて却下し、第一審判決を支持した。

1つ目の事由について、控訴裁は許容性と管轄権の区別については、イングランドおよびウェールズ、シンガポール、オーストラリア、米国を含む国々の「判例法および学説において既に認められている」との見解を示した。両社の区別は仲裁規則の具体的文言には表れていないが、「仲裁の本質に根差した概念」であり、それ故必然的に「規則ではその区別はなされていないものの、第81条の解釈および適用」の根幹をなすものであると述べた。

裁判所はこの認識に立った上で、仲裁廷の管轄権ではなく請求の許容性をめぐる争いは、第34条2項 (a) 号 (iii) の規定における「仲裁付託の規定の範囲内」に属する争いと看做されるべきであり、司法による仲裁への介入を最小限にする流れにも合致すると付け加えた。

裁判所は、異議申立てはいずれにしても本質的に管轄権をめぐるものであるという当事者Cの主張を退けた。当事者Cは、契約上の義務に停止条

件が付されている場合、かかる停止条件の充足前は同義務を履行する責任はないと説明した。つまり、仲裁付託のための停止条件が充足されるまでは、仲裁の申立ての同意もなければその責任もないと述べたのである。

裁判所は、この主張は問題を「過度に単純化している」と考えた。仲裁は合意に基づく手続であり、真に問われるべき点は、停止条件の充足をめぐる疑義を仲裁廷が判断することを両当事者が意図していたか否かであり、これが肯定されるならば、かかる点は「仲裁付託の規定の範囲内」に含まれると述べた。

当事者Cの異議の内容は、当事者Dの本案請求を仲裁に付託することはできないというものではなく、仲裁への付託が時期尚早だということであった。裁判所はこれを踏まえ、異議は仲裁廷に対してではなく請求そのものに対して申し立てられたものと判断した。当事者間に別段の合意がない限り、当事者Cの異議は仲裁廷の管轄権ではなく請求の許容性に関するものであり、それ故仲裁判断は第34条2項(a)号(iii)に基づく再審査の対象とはならないと判断した。

控訴裁はさらに踏み込んで、この結論には許容性と管轄権の区別に関係なく達したであろうと述べた。裁判所は、Fiona Trust & Holding Corporation v Privalov [2007] Bus LR 1719という事件における有名な英国貴族院の判決で示された「ワン・ストップ・ショップ」の法理を引用し、両当事者間の合意から生じた一切の争いを単一の裁定者に付託するという意図が当事者間にあったことが推定されると述べた。本件においては、仲裁に付託可能な争いを契約から生じる実体的事項に関する争いのみに限定し、仲裁に付託するための前提条件が遵守されたかどうかをめぐる争いを除外する理由はないと判示した。

裁判所は、異議申立ての2つ目の事由も退けた。裁判所は次のように考えて、当事者Dが「仲裁手続」を遵守しなかったとは認定しなかった。すなわち、仮に仲裁に踏み切る前の条件も第34条2項

(a)号(iv)の対象に含まれるという認識が正しなかったとしても、本件において当事者らが、仲裁前の前提条件の遵守をめぐる疑義について仲裁人の決定に委ねることを意図していたことは明らかである。従って、前提条件が遵守されなかった場合は仲裁開始が完全に妨げられるというのは両当事者の意図するところではなかったと思われる。裁判所はこのような理由から、「仲裁手続」が遵守されたことは明白であると認定したのである。

裁判所は、以上の認定に照らし、契約解釈に関する仲裁廷による当初の認定の正当性に基づいて、当事者Cの3つ目の異議申立事由を考慮する必要はないと判断した。

VI. 解 説

本件は国際的にも重要な意義を有する判決である。仲裁付託の前提条件に関する争いを、仲裁廷の管轄権の問題ではなく請求の許容性の問題として位置づけることにより、仲裁への司法による介入を最小限に抑えようとする傾向の世界的な高まりを反映する結果となっている。これは他国の裁判所においても検討された問題であるが、香港の控訴裁判所の本判決は、UNCITRALのモデル法を採用している国の裁判所がこの具体的な争点に関し下した判決のうち、先例として最高権威を有する裁定である。

日本の仲裁法にも、完全に同一内容ではないが、モデル法の第34条2項(a)号(iii)および(iv)に相当する規定が、それぞれ第44条1項7号と6号として取り入れられている。私どもは仲裁判断が同44条1項7号に基づいて取り消された例は認識しておらず、また第44条1項6号に基づき取り消された例は、上記の当事者C v 当事者D事件判決のような仲裁付託の前提条件に関する事案ではなかった。東京高裁が示した「わが国仲裁法の解釈においては、……諸外国の仲裁法と共通の解釈、国際的に通用する解釈を心がけるべきである」という見解¹⁾に照らすならば、当事者C v 当事者D

1) 東京高決平成30年8月1日金融・商事判例1551号13頁。

事件判決は日本、そして香港以外の国々においても仲裁付託の前提条件が遵守されなかった場合の法的効果について大きな重要性を持つであろう。

ただし、これはエスカレーション条項が重要ではない、または強制執行可能ではないということの意味しているわけではない。第一審裁判所が明示したとおり、仲裁廷にはこれらの規定遵守を確保するために利用できる多くの手段がある。例えば、当事者が契約を遵守するまでは紛争の審理を行うことを拒否することや、交渉または調停を実施させるために仲裁手続を一時停止することもできる。その他、エスカレーション条項に違反した当事者に対し費用面の制裁を科すことや、規定を遵守したとしても無益であろうとの理由で最終的には一切措置を講じない判断をすることもできる。ここでの重要なポイントは、これらの問題は仲裁人の判断に委ねるべき事項であり、その決定については裁判所による再審査を行うべきではないという点である。

VII. 例外の可能性はあるか？

控訴裁判所が慎重に強調したように、基本的にこれらは全て、当事者が特定の仲裁合意を作成した際に何を意図していたかということに帰する問題である。そのため、極端な場合、エスカレーション条項で、規定が守られなかった場合は仲裁廷の管轄権に関し影響が生じると明記される場合もあるかもしれない。例えば、契約で当事者が紛争を仲裁に付託する前に、30日間誠実に交渉を行う旨の規定を設け、この規定が厳格に遵守されなかった場合にはその後当該紛争が仲裁に付託されたとしても仲裁廷に管轄権はないと定めることも、理論上は可能である。ただ、そのような規定を置くことは極めて稀であり、まさに香港控訴裁判所の判決が回避しようとした高額な訴訟の誘因となりかねないため、推奨されない。



間接強制金の減額と請求異議訴訟(下)

慶應義塾大学法学部教授

大濱しのぶ Shinobu Ohama

Ⅲ. 考 察

Ⅱ.では、間接強制決定がされた後の請求異議訴訟において、間接強制金の一定の金額を超える部分につき、強制執行が権利濫用に当たるとして、請求の一部を認容した4つの裁判例（①から④の判決）をみた。これらの裁判例は、間接強制金が累積して過大化し過酷執行となる事態から、債務者を救済するための実務の工夫として注目すべきものと思う。以下、これらの裁判例について、基本的には、共通する傾向に着目して考察する。もっとも、大きな違いとして、Ⅱ（4）末尾でも触れたように、①②③判決は、間接強制決定（債務名義となる。民事執行法22条3号）に基づく強制執行の一部を不許とするものであるのに対し、④判決は、確定判決、別言すれば、間接強制決定の基礎となる債務名義（原債務名義）に基づく強制執行の一部を不許とするものである点が挙げられる。この点に関しては最後にとりあげる。なお、①から③の事案の原債務名義も、④と同様、確定判決である。

(1) 間接強制の対象となる債務の類型・間接強制金の額

①から④のいずれの事案も、間接強制の対象となる債務は、不代替的作為債務と解しうるものであり、かつ、一回の作為により履行を完了する一回的な債務である。すなわち、①は（債務者の管理する）掲示場及び債務者の発行する報告書への謝罪広告の掲載¹¹⁾、②は取引履歴の開示、③は（債務者の運営する）ウェブサイト上の複数の記述の削除¹²⁾、④は発信者情報の開示である。②から④は情報の開示や削除という点で類似する。作為債務についての間接強制決定は、Ⅰ.あるいは①から④の事案でみたように、債務者に対し、この決定の送達から一定の期間（以下、「猶予期間」という）内に履行しないときは、履行済みまで1日につき〇万円の割合による間接強制金の支払を命じる内容とするのが普通である。このような間接強制決定の場合、1日当たりの間接強制金の額は低額でも、履行しないと、間接強制金が毎日増えていくので、その累積額が過大となりやすく、過酷執行となるおそれが大きい。更にいえば、このような間接強制決定を債務名義として、間接強制金を取り立てるための金銭執行をするには、不作

11) 謝罪広告の掲載は、通常は、代替的作為であり、代替執行によることができる（最大判昭和31年7月4日民集10巻7号785頁）が、債務者の編集・発行する出版物への謝罪広告のように、債務者の協力を要する場合は、不代替的とされる。香川・前掲注3) 183頁〔富越〕。

12) ウェブサイト上の記述の削除について、本文では、債務者の協力を要するものと解して不代替的作為としたが、代替性の有無は必ずしも明らかではない。技術的にみて、債務者の協力を要しないとすれば、代替的作為である。

為債務の場合のように、補充執行文（条件成就執行文。民事執行法27条1項）の付与を受ける必要はなく、単純執行文で足りる¹³⁾ので、債務者は、間接強制金取立ての執行を受けるおそれが高いともいえよう。

①から④の事案をみると、1日当たりの間接強制金の額は、①では2つの債務それぞれにつき1万円（計2万円）、②では5万円、③では2名の債権者各自につき10万円（計20万円。なお債務者は5名で連帯債務）、④では1万円である。間接強制金の累積額は、①では3480万円余り、②では2000万円を超える額、③では670万円（計1340万円）に達していることが判文からわかる（④は不明）。なお、①と③では間接強制金取立ての執行が開始されている。②④では、間接強制決定後比較的早期に請求異議の訴えが提起されており、明らかではないが、間接強制金取立ての執行には至っていないようである。そして、請求異議訴訟の結果、①では180万円を、②では200万円（ただし、100万円の間接強制金は支払済みのため、結局100万円）を、③では80万円（計160万円）を、④では60万円をそれぞれ超える額についての強制執行が権利濫用に当たり、許されないとされている。①から③の上記の間接強制金の累積額は、正確なものではないが、これを一応の目安にしてみれば、間接強制金の総額は、概してその1割前後の金額に、実質的に減額されたことになる。

（2）債務者が間接強制を受けても履行しなかった理由

間接強制は実効性がないといわれることもしばしばあるが、債務者が財産を有し、かつ、損得の計算に基づいて行動することが想定される場合には、間接強制により速やかな履行を期待しうる。実際、①③の事案では、間接強制決定後、猶予期間内に一部の履行はされている。すなわち、①では2つの債務のうち掲示場への謝罪広告の掲載（掲示）が、③では5件の記事の一定の記述を削除

する債務のうち、4件の記事の該当する記述の削除が、猶予期間内に行われている。①から④の事案で、債務者が猶予期間経過後も履行しなかった又は履行を遅滞したのは、間接強制に実効性（履行を強制する効果）が欠けていたからではなく、次のような事情によるものとみられる。

①の事案では、謝罪広告を報告書に掲載すべきところ、債務者は、謝罪広告を掲示場に掲示した旨を報告書に掲載したことにより履行したものと主張しており、不履行の理由は、債務者が、専ら自らの責めに帰すべき事由により、債務の内容を誤解して（債務の解釈を誤って）履行したものと認識していたためとみられる。③の事案で、5件の記事のうちの1件（記事5）につき、該当する記述の削除が遅れた理由も、債務者が債務の内容を誤解して履行したものと認識していたためであるが、この誤解の原因は、記述の削除を命じた確定判決及び間接強制決定の（記事5のURLの）誤記にあることから、③の不履行は、①のように専ら債務者の責めに帰すべき事由によるものとは異なる。少なくとも一定の期間については履行が実際には困難な状況にあり、その期間の不履行には相応の事情が認められる。上記一定の期間としては、債務者が間接強制決定の更正決定の送達を受けた日を基準にして猶予期間が経過するまでの期間とみるのが相当であろう。間接強制金は、間接強制決定に含まれる履行命令に違反したことによる制裁と解する私見の立場（前述Ⅰ）によると、③の上記期間の不履行については、履行命令に瑕疵があるため、制裁である間接強制金を課すに足る債務者の帰責性が欠けている又は乏しいと考えられる。③判決は、上記誤記があっても債務の履行（削除を命じられた記述が記事5の一部であることを認識すること）は可能であるが、上記誤記の原因の一端は債権者にもあり、確定判決の更正決定が確定するまでの間については債権者が不履行を非難するのは相当ではなく、その後の不履行による間接強制金の発生は債務者の過失によるも

13) このように解するのが多数説であり、実務も同様の立場によるものと思われる。田中・前掲注3) 377頁、香川・前掲注3) 297頁〔富越〕、山本和彦ほか編『新基本法コンメンタール民事執行法』（日本評論社、2014年）432頁〔大濱しのぶ〕等。反対、中野＝下村・前掲注4) 860頁等。

のとする。もっとも、③判決も、確定判決の更正決定確定後の不履行が、直ちに間接強制金を発生させると解しているわけではない。確定判決の更正決定確定後約60日間履行がないとし、「このうち間接強制金が発生する期間は約40日間」とする。③判決がいつから間接強制金が発生すると解したかは不明であるが、上記私見と同様、債務者が間接強制決定の更正決定の送達を受けた日から猶予期間経過後の不履行をもって間接強制金が発生するとしたものとみることも可能であろう¹⁴⁾。

一方、②④の事案における不履行の理由は、(開示すべき情報の消去等により)事実上の履行不能(履行が著しく困難)となっていたためとみられる。履行不能となった時期は、作為(情報の開示)請求権の存否が争われた訴訟の口頭弁論終結前と推測される。②④の事案では、上記訴訟の口頭弁論終結前に履行不能となっていた旨の主張は、確定判決の既判力により遮断され、これを請求異議の事由とすることはできない(民事執行法35条2項)。このような事態は、債務者の訴訟活動が招いたものである¹⁵⁾にしても、事実上の履行不能の場合、直接強制や代替執行であれば、執行不能として執行は終了するのに対し、間接強制では、一般的にいて、執行不能として執行を終了させることは想定されていないため、過酷執行となり、債務者の救済を図る必要があると考えられる。この点に関し、②判決は、履行が現実には著しく困難なことが口頭弁論終結後の事情によって明らかになったとみることができるとした上で、事後的に履行が著しく困難なことが判明した義務の履行を強制するために、間接強制金の支払を命じ続けることは、債務者にとって過酷な事態であるという。④判決は、履行不能(発信者情報2は既に消去した旨)の主張につき、その真偽はともかく、

不合理というほどのものではないし、履行は期待できない結果、間接強制金が半永久的に累積し続ける状況にあるという。

以上のように、①を除き、②③④の事案では、債務者にとって履行することは実際には困難である又はできないという事情があり、間接強制金支払義務を課すに足る債務者の帰責性が欠けている又は乏しいと考えられる。

(3) 強制執行の権利濫用の成否・考慮要素

①から④の判決は、間接強制金の一定の金額を超える部分について、強制執行が権利濫用に当たると判断するにあたり、主に次のような点で、共通する立場をとる。まず、(i) 諸般の事情を総合的に考慮して判断すること、(ii) 強制執行が債務者に過酷となること(①③判決は「過酷な結果」、②判決は「過酷な事態」、④は「過大な負担」という)、すなわち過酷執行となることが、権利濫用に当たるとする決定的な理由となっているとみられること、(iii) 強制執行が債務者に過酷となる判断においては、累積した間接強制金の額が、強制執行(間接強制)により実現されるべき権利に係る損害賠償の額を、大幅に上回ることがとくに重視されていることが挙げられる。また、(iv) 上記の損害賠償は、債務名義に表示された作為義務自体の不履行による損害賠償には限らないことも挙げられる。すなわち、間接強制金との比較の対象とされているのは、③判決では、(記述の削除及び損害賠償を命じた確定判決に係る訴訟の口頭弁論終結日以降の)記事5の削除すべき記述に係る慰謝料の額である(Y1につき2万円、Y2につき4万円。なお記述の削除と共に命じられた損害賠償のうち、記事5の記述に係る慰謝料はY1につき5万円、Y2につき10万円。間接強制

14) ③の事案では、確定判決の更正決定が確定したのは平成29年4月26日で、記事5の該当部分が削除されたのは同年6月24日である(この間は約60日)。間接強制決定の更正決定については、原告らのうち最も早い者は、同年5月9日にその送達を受け、同月19日に確定したとされる。猶予期間は間接強制決定の送達から1日である。

15) ②④の事案では、情報の開示請求権の存否が争われた訴訟において、X(債務者)が当該情報の消去等不存在を主張したものの、その証明ができなかったものとみられる(④では、上記訴訟の控訴審において、当該情報を消去した旨のXの主張につき、自白の撤回に当たり、反事実及び錯誤の主張立証がないから、自白の撤回は許されないとされた)。情報の不存在の証明が困難であることが窺われる。

金の累積額はY1・Y2各自につき670万円）が、①判決では（謝罪広告不掲載ではなく）名誉毀損自体の慰謝料の額（200万円。間接強制金の累積額は3480万円余）、②判決では、取引履歴不開示による慰謝料（10万円）に加えて、現実の取引経過を踏まえて試算した過払金の額（取引履歴の開示を命じた確定判決で併せて支払を命じられた過払金46万円余を除くと、100万円未満。間接強制金の累積額は2000万円を超える）、④判決では（発信者情報不開示ではなく）著作権及び著作者人格権の侵害による損害賠償の額である（Yの主張によっても20万8000円。間接強制金の累積額は不明）。

また、(v) 債務者にとって履行が実際には困難である又はできない事情がある②③④判決では、その事情が重視されている（前述（2）参照）。(vi) 債権者（の権利）保護の必要性も、①③④判決で、権利濫用の成否を判断する際の考慮要素として明示されている。①判決は、強制執行が、債権者の権利保護の必要性を配慮しても、債務者に過酷な結果となる場合は、権利濫用となるとし、③判決も、同様の考え方を示している。とくに①④判決は、以下のような具体的な事情を挙げて、当該事案においては強制執行により債権者の権利を保護する必要性が乏しいことを考慮しているとみられる。すなわち、①判決は、謝罪広告という名誉回復措置は早期に履行されねば本来の請求権の実現の意味を失うところ、債権者は間接強制金が累積するに任せており、名誉毀損行為から長期間（9年余）経過していること、債権者は間接強制金の累積をもって当該債務以外の交渉を間接的に強制しようとしていること、名誉回復措置の一部は実現されていることを挙げる。④判決は、発信者情報開示請求権について、本来的には損害賠償相当額の金銭的な満足を得ることで目的を一応達すること、現時点では、経由プロバイダがアクセスログを保存している可能性は極めて少なく、発信者情報の開示を受けても、発信者の氏名及び住所を知ることが期待し得ず、当該情報の開示を受ける必要があるか疑問であることを挙げている。

以上の（i）から（vi）につき若干補足する。

①から④の判決は、強制執行が権利濫用に当たるときは、請求異議の訴えにより債務名義の執行力の排除を求めることができることを前提として、強制執行の権利濫用の成否につき、(i)のように、諸般の事情を総合的に考慮して判断する立場をとる。これは、従来の最高裁判例の立場に従ったものである。①②④判決が引用する昭和37年判決は、上記最高裁判例のうちの先駆的なものであるが、とくに、③判決が引用する昭和62年判決の判旨は、総合的な考慮により判断すべき旨を端的に示している。なお、昭和37年判決は、自動車事故により負傷した者が、将来の営業活動不能による損害賠償を命じる確定判決を得た後、快癒して堂々と営業する一方、加害者は損害賠償債務の負担を苦にして自殺するなどの事故があったにもかかわらず、判決確定後5年を経て、加害者の相続人である父母に対し強制執行に及んだとすれば、この強制執行は権利の濫用にあたらないとはいえないとしたものである。昭和37年判決は、強制執行が債務者に過酷となる事情を重視するとみられるが、とくにこの点で①から④の判決に影響を与えているようにも思われる（(ii) 参照）。

①から④の判決は、強制執行の権利濫用の成否につき総合的な考慮により判断するにしても、考慮要素の例として挙げるものは、次のように若干異なる。昭和62年判決も③判決も、「当該債務名義の性質、同債務名義により執行し得るものとして確定された権利の性質・内容、同債務名義成立の経緯及び債務名義成立後強制執行に至るまでの事情、強制執行が当事者に及ぼす影響」を挙げるのに対し、②判決は、「判決後の事情の変更」を挙げるにとどまる。①判決と④判決は類似しており、④判決は、間接強制金の一定額を超える部分について強制執行が権利濫用に当たるとした先駆的な裁判例である①をとくに基礎にしたものとみられる。①判決は、「債権者の権利保護の必要性を配慮しても、強制執行としての処分が実現されるべき権利の内容を超過し、あるいは執行処分の目的を超え、その結果、債務者に過酷な結果となる場合には、権利の濫用として請求異議の対象となる」とした上で、考慮要素として「実現される

べき権利の内容、その現在における意味、当事者双方の現在の状態」を例示する。④判決も、考慮要素の例として「実現されるべき権利の趣旨・内容、債権者の権利保護の必要性、当事者双方の現在の状況」を挙げ、強制執行による処分が、実現されるべき権利の内容を著しく超過し、債務者に過大な負担をもたらす場合には、権利の濫用になるとしており、当該事案への当てはめに際しては、「債権者の権利保護の必要性」の代わりに、債権者が「本来得られる損害賠償金の額」を挙げる。

④判決が挙げる考慮要素は、①から④の判決が考慮している事情を概ね総括的に示したものと見えよう。しかし、次の点に留意すべきである。(v)で指摘したように、②③④判決とりわけ②③判決は、債務者には履行が実際には困難である又はできない事情があることを重視する。この点は、④判決が挙げる考慮要素のうち「当事者双方の現在の状況」に含まれることになるが、間接強制に関し債務者に過酷となるか否かを判断する上では、とくに重要な事情と思われる。また、④判決は、債権者が本来得られる損害賠償の額を、専ら債権者の権利保護の必要性((vi)参照)に結び付けているようにもみえなくはないが、①から④の判決を総じてみれば、損害賠償の額は、むしろ、強制執行が債務者に過酷となるか否かの判断の目安として重視されているとみられる((iii)(iv)参照)。

以上のことからすると、①から④の判決では、間接強制金の一定額を超える部分につき、強制執行が権利濫用に当たると判断するにあたり、考慮要素として、権利の内容・性質、損害賠償の額、債務者の履行上の困難、債権者の権利保護の必要性が重視されているとみることができよう。

(4) 間接強制金の上限額の算定

次に、間接強制金の一定額を超える部分につき、強制執行が権利濫用に当たると判断するにあたり、①から④の判決は、上記の一定額(以下、[間接強制金の]「上限額」という)をどのように算定しているかをみておく。この点は、③判決を除けば、明らかではない。③判決も、明言している

わけではないが、Ⅱ(3)の末尾でも触れたように、間接強制決定では、5件の記事の記述の削除についての1日あたりの間接強制金が債権者各自につき10万円と定められているところ、確定判決及び間接強制決定の誤記のために債務者が誤解して削除しなかった記述は、1件の記事に関するものであるから、その削除についての1日あたりの間接強制金を5分の1である2万円とし、間接強制金の発生する期間とされた40日分に相当する額である80万円を、債権者各自につき上限額としたものと考えられる。

このように、③判決は、間接強制決定で定められた1日あたりの間接強制金の額を基準に上限額を算定しているとみられるが、他の判決は、損害賠償の額を基準にしているのではないかと推測される。①判決は、上限額を180万円とし、これを1日1万円の間接強制金の180日分と述べているが、180日分とする理由は示さない一方、名誉毀損自体の慰謝料が200万円である旨を強調することから、上限額の算定では、この200万円が目安とされているように思われる。なお、名誉毀損自体の慰謝料200万円は、間接強制決定の発令前に弁済されている。

②判決は、1日5万円の間接強制金の40日分として200万円を上限額とした上で、100万円(20日分)の間接強制金は支払われていることから、結論としては上限額を100万円と算定する。②判決も、①判決と同様、40日分とする理由は示していない。一方、Ⅱ(2)の末尾でも触れたように、②判決が示す上限額は、Xの予備的主張と一致するため、この主張を容れたもののようにも思われる。Xは、間接強制金は命令違反に対する制裁と債務不履行による損害賠償の性質を併有するため、間接強制金の上限額は損害賠償の額から著しく乖離することは許されず、間接強制金の累積額が損害賠償の額99万円余の2倍を超えて200万円に至った部分は、権利の濫用となるとする。なお、上記損害賠償の額(99万円余)は、弁済された損害賠償の額を除いたものである。Xの主張と①判決を比較すると、間接強制金の上限額の目安となっているであろう損害賠償の額につき、弁済し

たものか否かに違いがある。この点に着目すると、Xの主張は、①判決を参考に、制裁としての間接強制金の上限は、損害賠償と同額とする考え方のようにもみえる。

④判決の上限額60万円の算定の根拠は、①②判決よりも一層不明である。憶測するに、④判決は、事案へのあてはめの際に、考慮する事情として、あえて「Yが本来得られる損害賠償金の額」を挙げていること、その額（著作権・著作者人格権の侵害による損害賠償の合計額）は、Yの主張によっても20万8000円とされていることからすると、間接強制金の額が、未払とみられる損害賠償の3倍程度の額に至れば、権利濫用となるとする考え方であろうか。

以上のように、間接強制金の上限額の算定には、(a) ③判決のように、間接強制決定で定められた金額を基準とする方法と、(b) ①②④判決のように、損害賠償の額を基準とする方法があるといえそうである。(b)の方法については、②の事案のXの主張のように、間接強制金を損害賠償と制裁の性質を併有するものとする考え方にに基づくものとみることでもできるが、他方、間接強制金を専ら制裁とする考え方によっても、間接強制金の上限額算定の基準となる適当な金額が見当たらないため、便宜的に損害賠償の額を用いるものとみることでもできよう。なお、以上の考察からすると、間接強制金の累積額も上限額も、その実態は、もはや（補償的な）損害賠償によって説明がつくものではないことがわかる。間接強制金をしいて損害賠償と結び付けるならば、懲罰的損害賠償の一種ということになろうか。

(5) 請求異議の訴えの対象となる債務名義

(ア) 履行等を主張する場合の間接強制決定に対する請求異議の訴えの許否

①②③判決は、間接強制決定に基づく強制執行の不許を求める請求異議の訴え（以下、「間接強制決定に対する請求異議の訴え」という）が提起

され、一定の金額を超える部分について、当該間接強制決定に基づく強制執行を許さないとしたものであるのに対し、④判決は、作為を命じる確定判決（原債務名義）に基づく強制執行の不許を求める請求異議の訴え（以下、「原債務名義に対する請求異議の訴え」という）が提起され、一定の金額を超える部分について、当該確定判決に基づく強制執行を許さないとしたものである。間接強制決定に対する請求異議の訴えにおいては、作為義務（又は不作為義務等、原債務名義に表示された義務。作為義務に限らないが、ここでは、便宜上、作為義務という）の不存在や消滅を主張することができるか否かについては、議論がある。まず、この議論をみておく。

学説上は、否定する説（消極説）が多数説である。消極説は、履行等を主張して、作為義務の存否を争うには、原債務名義に対する請求異議の訴えによらなければならないと、間接強制金を支払ったこと等、間接強制金支払義務については、間接強制決定に対する請求異議の訴えにより主張することができるとする¹⁶⁾。

一方、大阪高判昭和54年7月20日判例時報949号123頁（民事執行法施行前のもの）は、積極説をとり、次のようにいう。「間接強制決定が基本たる債務名義（原債務名義）に表示された非代替的作為義務等の強制執行の方法として発せられるという一面を有することは否定できない。しかし他面、間接強制決定は、債務者が一定の期間内にその作為義務を履行しないときは債権者は債権者に対し一定の金銭を……支払うべき旨、原債務名義には存在しない新たな一定の給付義務を表示した」裁判であって、「それ自体別個の債務名義としての性質を有する」。「したがって、原債務名義に表示された作為義務の消滅などの実体上の事由が生じた場合、それについては原債務名義に対する請求異議の訴え……において審理判断されるのが本則であるが、実体上の事由であってもそれが間接強制決定に表示された金銭の給付義務自体の

16) 菊井維大『強制執行法（総論）』（有斐閣、1976年）223頁、上原敏夫「判批」判例評論258号（1980年）47頁、中野＝下村・前掲注4）861頁、伊藤眞＝園尾隆司編集代表『条解民事執行法』（弘文堂、第2版、2022年）1627頁〔青木哲〕等。

不発生、消滅等の事由として構成できるものである限りは、債務者はこれを異議事由として間接強制決定に対する請求異議の訴えを提起し、同決定に基づく損害賠償金（筆者注：間接強制金）の取立を免れることができると解するのが相当であり、このように解することは、間接強制決定の前記の性質に反することにはならないし、それが債務者に対する救済の方法としてより直截かつ適切である」。私見も上記判決の立場に賛成である¹⁷⁾。

消極説の根拠については、上原敏夫教授が上記判決の評釈の中で詳論されており、これによれば、以下のようなものである¹⁸⁾。主な根拠は、間接強制決定が原債務名義に基づく強制執行の執行方法としてされた具体的執行行為の性格を有する点にあり、一般に具体的執行行為の排除のみを目的とする請求異議の訴えは許されないから、間接強制決定に対する請求異議の訴えも許されない¹⁹⁾。また、間接強制決定が原債務名義の内容である実体上の請求権の存否を審査して発せられるものではないことを、消極説の根拠のひとつとして挙げる見解もある²⁰⁾。上原教授は、御自身の見解として、作為義務の履行を主張する場合、間接強制決定に対する請求異議の訴えを許すべきではない理由として、主に次の3点を挙げられる。(i) 間接強制決定に対する請求異議の訴えを許しても、債務者の救済として不完全である。この訴えが認容されても、当該間接強制決定に基づく強制執行が許されなくなるだけで、債権者は原債務名義に基づいて新たに間接強制決定を得ることが可能であり、債務者は再度請求異議の訴えを提起する必要があ

る。(ii) 間接強制決定に対する請求異議の訴えを許す実際上の必要性も乏しい。すなわち、(i) は具体的執行行為の排除のみを目的とする請求異議の訴えを許容する場合の共通の難点であるが、この訴えを許す実益は、主に、高額な債務名義に基づき少額の財産に対して執行がされた場合に、訴訟費用が廉価で済むことにある。しかし、原債務名義は作為を命じるものであるため、これに対する請求異議の訴えの訴額は、民事訴訟費用等に関する法律4条2項により一律に35万円（現行同項によれば160万円）とされる²¹⁾ のに対し、間接強制決定は金銭の支払を命じるものであり、その金額は相当に高額となるから、これに対する請求異議の訴えの訴額も35万円よりはるかに高額になる。(iii) 金銭執行の停止・取消の手續からみても、間接強制決定に対する請求異議の訴えを許すことが、債務者にとって便宜とはいえない。「債務者が金銭執行の停止・取消を得るためには、請求異議訴訟で出された執行停止決定又は勝訴判決の正本を金銭執行の執行機関に提出することが必要であり」「このことは何を対象とする請求異議の訴えであっても変わらない」。

(i) に対しては、間接強制決定に対する請求異議の訴えに勝訴し、作為義務の不存在が明らかにされると、その後の強制執行も事実上阻止することができるであろうから、このような訴えを否定する理由として(i)は十分ではないように思われる。同様のことは、具体的執行行為の排除のみを目的とする請求異議の訴えを許容する根拠のひとつとして指摘されている²²⁾。なお、具体的執

17) 山本ほか・前掲注13) 432頁〔大濱〕。

18) 上原・前掲注16) 47頁。

19) 菊井・前掲注16) 223頁。

20) 代替執行の授權決定に対する請求異議に関するが、岩野徹ほか編『注解強制執行法(1)』（第一法規、1974年）409頁〔吉井直昭〕。

21) 請求異議の訴えの訴額は、債務名義に表示された請求権の価額とされる（金井繁二ほか『訴額算定に関する書記官事務の研究』（法曹会、補訂版、2002年）180頁）。作為を命じる原債務名義に対する請求異議の訴えの訴額は、民事訴訟費用等に関する法律4条2項（非財産権上の請求・財産権上の請求で訴額算定が極めて困難なものの場合）により定まることが多いであろうが、例外もあるように思われる。作為請求の場合の訴額につき、金井ほか・前掲書71頁以下参照。

22) 石川明『強制執行法（総論）概論』（鳳舎、1967年）162頁、原田和徳＝富越和厚『執行関係等訴訟に関する実務上の諸問題』（法曹会、1988年）15頁。

行行為の排除のみを目的とする請求異議の訴えの許否については、通説は否定する²³⁾が、反対説も有力であり²⁴⁾、判例には古くから許容するものがある²⁵⁾。(ii)に対しては、間接強制決定に対する請求異議の訴えの訴額が高額となりうることはそのとおりであるとしても、この訴えを許容する実際上の必要性は、訴訟費用の削減のみではないように思われる。(iii)については、首肯できない。原債務名義についての執行停止・取消文書が、間接強制決定についての執行停止・取消文書になるか否かは議論があり、肯定する見解（直接効力説）²⁶⁾と否定する見解（間接効力説）²⁷⁾がある。間接強制手続と間接強制決定の執行手続（金銭執行）は、別個の手続であり、執行機関も別であるから、間接効力説が妥当と解する。間接効力説によれば、次のようになる。債務者は、原債務名義に対する請求異議の訴えで出された執行停止決定又は勝訴判決の正本を、直接、金銭執行の執行機関に提出しても、その執行の停止・取消を得ることはできない。これを間接強制手続の執行裁判所に提出して、間接強制決定の執行の停止又は取消の裁判²⁸⁾を得る必要がある。この裁判の正本が間接強制決定に基づく執行の停止・取消文書となるから、これを金銭執行の執行機関に提出し、その執行の停止・取消を得ることになる。一方、間接強制決定に対する請求異議の訴えで出された執行停止決定又は勝訴判決の正本は、金銭執行の執行機関に提出して、その執行の停止・取消を得ることができる。したがって、間接効力説を

前提にする限り、金銭執行の停止・取消の手続からみると、間接強制決定に対する請求異議の訴えは、債務者に便宜といえよう。

（イ）強制執行の権利濫用を主張する場合

（ア）でとりあげた議論は、作為義務の不存在や消滅を主張する場合の間接強制決定に対する請求異議の訴えの許否に関するものである。この問題について消極説に立つ見解であっても、累積した間接強制金の額が著しく過大であるとして、強制執行の権利濫用を主張する場合には、間接強制金の金額を争うものであるから、間接強制決定に対する請求異議の訴えによることができるという考え方もあり得よう²⁹⁾。もっとも、前記消極説は、具体的執行行為の排除のみを目的とする請求異議の訴えは許されないこと（上原教授の挙げられる根拠（i））を主な根拠とすることに鑑みると、前記消極説に立つ見解は、基本的には、上記のような権利濫用を主張する場合であっても、間接強制決定に対する請求異議の訴えによることはできないとする結論に至るのではないと思われる。

しかし、累積した間接強制金の額が著しく過大であるとして、強制執行の権利濫用を主張する場合、原債務名義に対する請求異議の訴えによらなければならないとすると、（ア）で述べたような金銭執行の停止・取消に関する問題のほか、次のような問題も考えられる。間接強制決定に対する請求異議の訴えに対し、間接強制金の一定の金額を超える部分について執行を許さないとする趣旨の一部認容判決をする場合の主文は、「被告から

23) 菊井・前掲注16) 242頁、田中・前掲注3) 92頁、中野＝下村・前掲注4) 228頁、伊藤＝園尾・前掲注16) 363頁〔青木〕等。

24) 香川保一監修『注釈民事執行法（2）』（金融財政事情研究会、1985年）393頁〔宇佐見隆男〕、原田＝富越・前掲注22) 15頁、山本ほか・前掲注13) 98頁〔山本研〕等。

25) 大判大正3年5月14日民録20輯531頁、東京高判平成7年5月29日判例時報1535号85頁等。

26) 鈴木忠一ほか編『注解強制執行法（4）』（第一法規、1978年）170頁〔山本卓〕、浦野雄幸編『基本法コンメンタール民事執行法』（日本評論社、第6版、2009年）502頁〔小林昭彦＝榎本光宏〕。

27) 香川・前掲注3) 298頁〔富越〕、鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法（5）』（第一法規、1985年）113頁〔富越〕。

28) 香川・前掲注3) 299頁〔富越〕、鈴木＝三ヶ月・前掲注27) 112頁は、間接強制決定の執行停止の方法につき、間接強制決定を取り消すべきものとする。

29) このような考え方とみる余地があるものとして、中野＝下村・前掲注4) 861頁。間接強制金支払義務の存否・金額・期間を争って間接強制決定に対する請求異議の訴えを提起できるとし、定期払の期間が不相当に長期にわたる範囲で請求異議を認容した例として、①判決を挙げる。

原告に対する××に基づく強制執行は、〇〇万円を超える部分についてはこれを許さない。原告のその余の請求を棄却する」とし、××の部分で間接強制決定を表示することになる(①判決が維持した原判決・③判決参照。②判決の主文はやや異なる)。一方、原債務名義に対する請求異議の訴えに対し、上記の趣旨の一部認容判決をする場合の主文は、④判決によれば、××の部分で原債務名義を表示することを除くと、上記主文と同じになり、債務名義が金銭の支払を命じるものである場合の請求異議の訴えの一部認容判決の主文³⁰⁾と変わらない。このような主文では、作為を命じる(原)債務名義と〇〇万円の関係は不明であり、矛盾しているようにも見える。そもそも原債務名義に対する請求異議の訴えに対し、間接強制金の一定の金額を超える部分について執行を許さないとする一部認容判決をすることは、処分権主義との関係で問題はないのであろうか。

更なる検討を要するが、間接強制金の支払義務は、間接強制決定に基づくものであること(前掲大阪高判参照)、上述のような金銭執行の停止・取消の手續や一部認容判決の主文に鑑みると、(とくに金銭執行開始後)請求異議の訴えにより間接強制金の累積額が過大であるとして強制執行の権利濫用を主張して争う方法としては、原債務名義に対する請求異議の訴えより、むしろ間接強制決定に対する請求異議の訴えの方が適している面があるように思う。

IV. 結びに代えて

日本の間接強制の制度には、間接強制金が累積し過大化することを防止する仕組みが欠けているため、過酷執行となるおそれが大きく、債務者の救済を図る必要があると考えられるところ、近年、権利濫用法理を用いて、このような救済を図る実務の工夫がみられる(I.)。その一環として、本稿では、間接強制決定の発令後の請求異議訴訟において、間接強制金の一定の金額(上限額)を超

える部分につき、強制執行が権利濫用に当たるとして請求の一部を認容した裁判例に着目し、共通する傾向を中心に考察した。これらの裁判例では、強制執行が権利濫用に当たると判断するにあたり、考慮要素として、権利の内容・性質、損害賠償の額(当該債務の不履行による損害賠償に限らない)、債務者の履行上の困難、債権者の権利保護の必要性が重視されているとみられること(Ⅲ.(3))、間接強制金の上限額は、概していえば、累積総額の1割前後の金額にあたりとみられ、実質的に大幅な減額がされていること(Ⅲ.(1))、上限額の算定方法は、明らかではないが、間接強制決定で定められた金額を基準とするものと、損害賠償の額を基準とする(既払の損害賠償と同額・未払の損害賠償の倍額又は3倍程度の額をそれぞれ目安にしているのではないかと推測される)ものがあること等を指摘した(Ⅲ.(4))。また、上記裁判例には、間接強制決定に対する請求異議の訴えにおいて請求を一部認容したものと、原債務名義に対する請求異議の訴えにおいて請求を一部認容したものがあることに注目した。原債務名義に表示された債務の履行等を主張する場合、前者の訴えによることには消極的な見解が多い。累積した間接強制金の額が著しく過大であるとして、強制執行の濫用を主張する場合についても、同様ではないかと思われるが、私見としては積極的に解し、後者の訴えによることにも問題になりうる点がある旨を述べた(Ⅲ.(5))。上記の2種類の請求異議の訴えの関係や事実上の履行不能に陥っている場合(Ⅲ.(2))の間接強制金の扱い等、本稿では検討しなかった問題も多い。これらは今後の課題としたい。

なお、上述のように、間接強制に関する過酷執行の問題は、制度の不備に由来することから、権利濫用のみに頼って、債務者の救済を図ることには、限界があると思われる。本稿で考察した裁判例も、間接強制の制度の不備を補うものとみることができ、本来の強制執行の権利濫用の問題とは区別して、捉えるべきもののように思われる。

30) 原田=富越・前掲注22) 129頁参照。

中国における紛争解決の基本と実務(6)

中国の「指導性案例制度」について

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

2022年7月4日、中国の最高人民法院は、人事労務分野に関する7件の「指導性案例」を公表した(第32回指導性案例、第179号～第185号)。これらの指導性案例は、コロナ禍で増加した類似の労働紛争に対する判断基準を示すもので、日系現地法人はもとより、中国ローカル企業も注目するものとなっている。なお、中国では、判決が出された裁判例を「案例」と言う。

今回は、企業人の各位も未だ聞き慣れないであろう中国の「指導性案例制度」を改めて整理し、指導性案例と英米法の「判例」との区別、「典型的案例」及び「参考性案例」との違い等を紹介し、中国における紛争解決実務の参考に供したい。

II. 指導性案例制度

中国の指導性案例制度は、最高人民検察院と最高人民法院が2010年7月30日と同年11月26日にそれぞれ公布した「案例指導業務に関する規定」¹⁾により、正式に発足した制度である。かかる規定に基づくと、「検察機関の指導性案例は、全国検察機関の業務を指導する方法の一つとして、最高人民検察院がこれを公布する」及び、「全国の法院における裁判及び執行業務に対して指導的役割

を有する指導性案例は、最高人民法院が確定し、かつ統一的に公表する」とされている。

なお、本稿では、最高人民法院より公布される各級人民法院に対する指導性案例にフォーカスして紹介し、最高人民検察院より公布される各級検察院に対する指導性案例は割愛する。

1. 法律根拠

上記のとおり、最高人民法院が公布した指導性案例に関する最初の根拠は、2010年11月26日付の「案例指導業務に関する規定」(以下「規定」という)である。但し、当該規定は最高人民法院が公布した規範性文書に過ぎず、法律上の根拠とは言い難い。その冒頭部分には、「裁判経験を総括し、法律適用を統一し、裁判の質を高め、司法の公正を維持保護するため、『中華人民共和国人民法院組織法』等の法律に基づき、案例指導業務の展開に基づき、本規定を制定する」と記しているが、2010年時点の「人民法院組織法」には指導性案例に関する明文の規定はなかった。もっとも、中国の「憲法」第132条及び「人民法院組織法」第10条に基づくと、最高人民法院は、中国の裁判制度の頂点に位置する最高機関であり、全ての下級人民法院の裁判活動に対して監督権を有することから、規範性文書ではあるが、その意味は小さくない。

1) 「最高人民検察院の案例指導業務に関する規定」は2015年12月30日、2019年4月4日に改正された。

その後、指導性案例制度を推進するために、2015年5月13日、最高人民法院は、『『案例指導業務に関する規定』実施細則』（以下「実施細則」という）を公布し、指導性案例の選定や引用等のルールをより明確にした。更に、2018年10月の「人民法院組織法」の改正時には、これを法的に裏付けるため、「最高人民法院は指導性案例を公布することができる」（第18条2項）と初めて明記し、指導性案例制度を法律レベルで明文化した。

2. 導入の目的

指導性案例制度の導入目的は、規定によれば、「裁判経験を総括し、法律適用を統一し、裁判の質を高め、司法の公正を維持保護する」ためとされているが、実質的には、中国の裁判実務における「同案不同判」（直訳すると、「同様事件につき異なる判決がなされる」）問題を解決するためであると言われている。

「同案不同判」とは、同様又は類似する紛争事件にもかかわらず、人民法院の別、同人民法院内の裁判官別、又は同裁判官の審理の時期別により、異なる判決が下される問題を指す。裁判官の過剰な自由裁量によるこれら問題は、司法の統一性を欠くこと、またそれにより中国における紛争解決の予見可能性が得られないことの要因として、中国国内外から批判を受けていた。

かかる問題の解決策としては、新たな立法や法改正の他、従来からの最高人民法院による司法解釈（解釈、規定、規則、回答、決定）²⁾の公布が考えられるが、全ての問題を網羅的にカバーすることは現実的ではなく、社会環境の急激な変化がもたらす問題に対応しきれない。そこで新たに模

索されたのが、2000年以降に鄭州、成都及び天津等の各地での案例指導制度の試験的实施である。最高人民法院はこれを経て、2005年に「人民法院第2回五カ年改革要綱」において、初めて「案例指導制度の確立と整備」という目標を明らかにした。

なお、同様の事件について異なる判決がなされる原因は、ルールの欠如のみならず、ルールからの逸脱によるものもある。人民法院の体制腐敗の問題や、司法権の健全な行使を制約するその他の構造的要因を克服しなければ、「同案不同判」の根本的解決には至れず、指導性案例制度への過度な期待は楽観的すぎると指摘もある³⁾。

3. 判例・典型的案例・参考性案例との比較

(1) 判例との区別

コモンロー法系の米国や英国等では、判例は法的拘束力があるのは当然のことである。これに対して、大陸法系に属する中国では、人民法院による判決は法令に基づくものでなければならず、案例に対して法的な拘束力を持たせていない。一方、大陸法系の国でも、日本のように、法的安定性の見地及び同種事件との公平性に鑑み、案例が事実上の拘束力を有するとするのが一般的な考えもある。この点は、中国も同様である。

指導性案例制度を導入するにあたっては、中国で、指導性案例に法的な拘束力を認めるべきか否かをめぐって活発な議論が行われた。結果として、最高人民法院が公表した指導性案例についての最初の規定は、「各級人民法院が類似事例を裁判するときに参照⁴⁾しなければならない」（第7条）と内容にとどめたが、その後の実施細則では、更

2) 審判活動においてある法律を如何にして具体的に適用するか、又はある種の事案、ある種の問題について法律を如何にして適用するかを制定する司法解釈は、「解釈」の形式を採用する。立法精神に基づく審判活動における要求を制定する規範又は意見等の司法解釈は、「規定」の形式を採用する。人民法院による審判・執行活動等を規範化する司法解釈は、「規則」の形式を採用する。高級人民法院又は解放軍軍事法院の審判活動における具体的な法律適用の問題についての伺いを制定する司法解釈は、「回答」の形式を採用する。司法解釈の修正又は廃止は、「決定」の形式を採用する。

3) 陳興良（金光旭訳）「中国における案例指導制度」（アジア太平洋研究 No.37）（2012年11月）69頁。

4) 「参照」の意味について、最高人民法院研究室の胡雲騰主任は、「参照とは、参考にして遵守するという意味である。即ち、裁判官は裁判活動において、もし当該事件に類似した案例があれば、その案例の示す基準に従って裁判を進めなければならない」としている。

に一步踏み込んで、「関連する指導性事例の裁判要旨を参照して判断を下さなければならない」、また「指導性事例を裁判理由として引用しなければならない」と明記した（第9条と第10条）。しかしながら、ここで留意すべきなのは、指導性事例を「裁判理由」として引用しなければならないとしつつ、「裁判根拠」として引用することはしない点である。

中国における指導性事例は、いわゆる、中国の特色のある制度である。指導性事例は司法解釈と異なり、法的な拘束力があるとは認められていないが、基本的な法論理や法原則を下級審に提供するものとして、コモンロー国の判例の性格を有すると評価できる。

(2) 典型的な事例や参考性事例との違い

中国では、指導性事例のほか、典型的な事例や参考性事例といった裁判例も多く見受けられる。

最高人民法院は、公式ウェブサイトにて、定期的に大量の典型的な事例を公表している⁵⁾。これらの事例は、指導性事例がもつ「典型性」（下記4を参照）を有し、一定の参考価値があるが、下級人民法院を指導するためというより法令の周知が目的で、事例の典型性を利用し、かかる法令遵守に関する注意喚起をするためである⁶⁾。なお、典型性事例は、指導性事例として選定される可能性もある。

一方、参考性事例は、各地方の高級人民法院がその管轄範囲内の中級人民法院及び基礎人民法院の裁判実務を指導するために、公表するものである。そのため、法律上の根拠はないものの、各地方の中級人民法院や基礎人民法院に対して事実上の拘束力があると思われる。なお、最高人民法院が管理する「中国審判プロセス情報公開網」(China Judicial Process Information Online)⁷⁾では、網羅的ではないものの、各地方の高級人民法院により公表された参考性事例が検索できる。

4. 指導性事例の選定

指導性事例の審査、選定等を担当するのは、最高人民法院内に設置される案例指導業務事務室であるが、事例の候補は各地方の人民法院から募集している。

指導性事例は、まず専門家・学者、弁護士等による、指導性事例の条件に合致する事例の判決を下した原審人民法院への推薦があり、次に地方の中級人民法院及び基礎人民法院による、高級人民法院への推薦があり、最終的に最高人民法院による指導性事例の決定となる。勿論、外部の専門家・学者や弁護士等からの推薦がなくても、人民法院が自らの裁量で指導性事例の候補を選定し、順次最高人民法院まで推薦することもできる。

指導性事例の条件は抽象的なものであるが、次に掲げることが求められている（規定第2条）。

- ① 社会が広く注目しているもの、
- ② 法律の定めが比較的原則的なもの、
- ③ 典型性を有しているもの、
- ④ 判断が難しく複雑なもの又は新しい類型のもの、又は
- ⑤ 指導的役割を有するその他のもの

上記に加え、指導性事例は、その判決が法的効力を生じているものでなければならない、かつ、「事実認定が明確で、法律適用が正確で、裁判における理由の説明が十分で、法的効果及び社会的効果が良好で、類似事件の審理に対して普遍的な指導的意義を有する」ものでなければならない（実施細則第2条）。

なお、2022年9月現在、最高人民法院は、合計185号の指導性事例を公布している⁸⁾。

5. 指導性事例の構成

指導性事例の内容は、標題、キーワード、裁判要旨、関連条文、事案の概要、裁判結果、裁判理由及び効力を生じた裁判の裁判人員の氏名を含む注記等により構成される（実施細則第3条）。その

5) <https://www.court.gov.cn/zixun-gengduo-104.html>

6) 李勇「三つの傾向を重要視し、事例の指導性を強化する」（2021年9月13日検察日報）。

7) <https://splcgk.court.gov.cn/gzfwfw/>

8) <https://www.court.gov.cn/fabu-gengduo-77.html>

中で特に注目に値するのは、裁判要旨と裁判理由の部分である。裁判要旨は、指導性事例によって示された規範であり、裁判理由は、その規範が拠って立つ根拠だからである。

以下に、指導性事例第184号を例として、指導性事例の構成を紹介する。

標題	馬氏 ⁹⁾ による北京搜狐新動力信息技术有限公司に対する競業禁止紛争事件
キーワード	民事／競業禁止／期限／約定無効
裁判要旨	使用者と従業員の間の競業禁止契約において、競業禁止の義務履行に関して紛争が生じた際には、その仲裁申立てや訴訟提起の期間は競業禁止の期間に算入しないと約定するものは、「労働契約法」第26条1項2号に定める「使用者が自らの法定責任を免れ、労働者の権利を排除した場合」に該当し、無効と認定すべきである。
関連条文	労働契約法第23条2項 ¹⁰⁾ 、第24条 ¹¹⁾ 、第26条 ¹²⁾ 1項
事案の概要 ¹³⁾	<p>✓馬氏と北京搜狐新動力信息技术有限公司（以下「雇用主」という）が締結した競業禁止契約は、①競業禁止の期間は、馬氏の離職時から計算し、12カ月を超えない、②但し、競業禁止契約の履行に関して紛争が生じた際には、仲裁申立てや訴訟提起の期間は上記12カ月の競業禁止の期間に算入しない（即ち、競業禁止期間＝離職後12カ月＋仲裁や訴訟の期間）、と規定されていた。</p> <p>✓2017年2月28日に、労働契約の期間が満了し、双方の雇用関係が終了した。</p> <p>✓2017年3月中旬、馬氏は、雇用主の競業他社と提携開始。</p> <p>✓2017年3月24日、雇用主は、馬某にレターを送付し、競業禁止義務の履行を求めた。</p>

裁判結果	<p>✓北京市海淀区人民法院は、雇用主の金銭請求の一部のみ（2017年3月と4月の経済補償金の2倍）¹⁴⁾ 認めたが、馬氏が引き続き競業禁止義務を履行する必要はないと判断した。</p> <p>✓雇用主は一審判決を不服とし、北京市第一中級人民法院に上訴したが、棄却された。</p>
裁判理由	<p>✓競業禁止期間に関する約定は、馬氏の職業選択の自由を一定期間制約し、その期間も予測できない。</p> <p>✓一方、当該競業禁止期間に関する約定に基づく、雇用主は、自らの判断により仲裁や訴訟を起こすことで、馬氏の競業禁止期間を一方向的に延長できるが、当該の延長された競業禁止期間について、馬氏へ経済補償を支払う責任は負わない。即ち、雇用主は仲裁や訴訟の期間において競業禁止により秘密が保持されるという利益を享受するにも係わらず、相応の法定の経済補償を馬氏へ支払わないことから、その法定責任をある程度不当に免除したといえる。</p> <p>✓よって、競業禁止期間については、競業禁止契約に明記されている離職後12カ月間のみと認め、仲裁や訴訟の期間は当該12カ月に含まないという約定は無効とすべきである。</p>
裁判人員	趙氏、王氏、何氏

6. 指導的役割の喪失

上記4のとおり、2022年9月現在、最高人民法院は、合計185号の指導性事例を公布しているが、かかる指導性事例がずっと指導的役割を有するわけではない。実施細則第12条によれば、①新たな法律、行政法規又は司法解釈に抵触するとき、②新たな指導性事例に代替されたとき、指導性事例は指導的役割を失う。

9) 本表には氏名の明記を避けたが、開示された指導性事例には当事者や裁判官の氏名が明記されている。

10) 秘密保持及び競業禁止に関する規定。

11) 競業禁止の対象者及び期間に関する規定。

12) 労働契約の全部又は一部無効に関する規定。

13) 紙面の制限により、事案の概要、裁判結果及び裁判理由は、中文の日本語訳ではなく、筆者によるサマリーである。

14) 中国の「労働契約法」及びその司法解釈（四）に基づく、労働契約終了後に労働者に競業禁止義務を負わせる場合、使用者は、労働者に対して経済補償金を支払わなければならない。なお、経済補償金の金額基準は、全国統一のルールがなく、地方によって異なる。実務上は、競業禁止契約において、労働者が違約時に受領した経済補償の2倍を雇用主に支払うと定めるケースが多く見受けられる。本件もそれに該当すると推測される。

例えば、指導性事例第9号（売買契約に関する紛争）及び第20号（特許権に関する紛争）は、「民法典」等の施行に伴い、2021年1月1日から参照しないとされており（法 [2020] 343号）、その指導的役割を失っている。

Ⅲ. 類似案件検索制度

法律の適用を統一し、司法の社会的信頼性を向上させるために、最高人民法院は、2020年7月27日に「法律適用統一化のための類似案件検索を強化する指導的意見」（2020年7月31日試行）（以下「指導的意見」という）を、2021年11月13日に「統一的法律適用業務実施弁法」（2021年12月1日施行）（以下「実施弁法」という）をそれぞれ公布した。

この類似案件検索制度は、人民法院における類似案件の取扱いに整合性を持たせる（「同案不同判」問題の改善や解決）ための仕組み作りの一環として発出されたものである。

1. 類似案件

指導的意見における類似案件とは、判決待ちの案件と基本事実、争点、法律適用問題等について、類似性のある確定判決が下された案件を指す（指導的意見第1条）。

2. 人民法院が検索すべき案件

案件が以下のいずれかに該当する場合は、人民法院が自ら類似案件を検索すべきとされている（指導的意見第2条及び実施弁法第6条）。また、案件の担当裁判官は、類似案件を検索する担当者となり、検索結果の真実性、正確性に対して責任を持つ（指導的意見第3条）。

- ① 専門裁判官会議・裁判長会議又は審判委員会にて審議される事件の場合
- ② 明確な裁定規則が存在しない場合又は統一的な裁定規則が形成されていない場合
- ③ 重大・判断が困難なもの・複雑・センシティブ

な事件の場合

- ④ 集団的な紛争事件、又は社会の広範的な注目を集め、社会安定に影響するおそれのある事件
- ⑤ 最高人民法院の類似案件と矛盾するおそれのある事件
- ⑥ 関連単位又は個人が裁判官は法に反して審理を行ったことがあると主張した事件
- ⑦ 最高人民検察院が告訴した事件
- ⑧ 審理において、公訴機関、案件当事者及びその弁護人、訴訟代理人等が指導性事例又は最高人民法院の確定判決を訴訟理由（抗弁理由）として提出した事件
- ⑨ 人民法院院長又は裁判長が審判監督管理権限に基づき類似案件調査を行うよう求めた場合
- ⑩ その他検索する必要がある場合

3. 検索範囲と優先性

指導的意見第4条は、案件検索を行う際には、下記4段階に分けて、①から順に類似案件の有無を確認するよう求めているが¹⁵⁾、その後で公布された実施弁法第6条2項に基づくと、最高人民法院が公布した指導制事例及び最高人民法院の判決が確定した事例のみを検索することができるとされている。

- ① 最高人民法院が公布した指導性事例
- ② 最高人民法院が公布した典型的な事例及び判決が確定した事例
- ③ 高級人民法院が公布し参考性事例及び判決が確定した事例
- ④ 上級人民法院及び当該人民法院において判決が確定した事例

4. 検索の結果

検索の結果、類似案件と認定された事例が指導性事例であった場合、裁判官は上記Ⅱ. の1にある規定及びその実施細則に従い、これを参照したうえで判断を下さなければならない。一方で、類似案件と認定された事例が指導性事例には該当しないもの（典型的な事例や参考性事例等）であった

15) なお、指導性事例以外のものについては、直近3年以内のものを優先的に検索する。

場合、裁判官は裁判の参考とすることができる(指導意見第9条)。

また、公訴機関、案件当事者及びその弁護人、訴訟代理人等が指導性事例を訴訟理由(抗弁理由)として主張する場合、人民法院は、判決において回答し、類似案件の観点を採用するか否かに関し理由を述べなければならないが、指導性事例以外の事例を主張する場合、説明等の形で回答することができる(指導意見第10条)。

なお、指導性事例や最高人民法院の確定判決と異なる判決を出す場合、又は新しい法律適用基準を示す判決を出す場合は、担当裁判官(合議廷)¹⁶⁾は専門裁判官会議又は裁判委員会¹⁷⁾の検討に提出するよう提案しなければならない(実施弁法第10条)。

IV. おわりに

指導性事例制度は正式導入から10年以上経っ

ている。これまでに公布された185号の指導性事例は、会社法、知的財産法、刑法、国家賠償法、労働法(労働契約、就業促進、労災、競業避止等)、民法典(契約、物権等)、環境保護法等、各方面を幅広くカバーしている。かかる指導性事例は、裁判実務における判断基準の統一化、裁判結果の予見可能性に繋がっており、裁判の効率性や透明性を高める役割を持っていることから、類似案件検索制度の実施と強化はこれらの効果を更に顕在化させることが期待できる。

また、類似案件の検索は、本連載の中国における紛争解決の基本と実務(2)で紹介した、「中国裁判文書ネット」等の構築や運用により、格段に容易になっている。企業は、中国での訴訟や仲裁において、これら検索システムの利用や弁護士等の専門家との連携により類似案件を収集することで、より効果的な理論武装が可能であることを事前に知っておくべきである。



16) 人民法院の事件審理は、原則として、裁判官と陪審員共同、又は裁判官のみで構成する合議廷により行われる。
17) 秘密保持等の理由により専門裁判官会議での検討が適切でない場合。なお、中国の各級人民法院は、裁判委員会を設け、民主集中制を実施している。裁判委員会の任務は、裁判の経験を総括し、重大事件又は難事件及びその他の裁判活動に係る問題を検討することである(「人民法院組織法」第10条1項)。

中国商事紛争解決の理論と実務(30)

中国の解雇事例(日本法と中国法の比較)

高の原法律事務所 弁護士 現代アジア法研究会会員

加藤文人 Fumihito Kato

はじめに

日本法の実務家であれば、「正社員を解雇（＝使用者からの一方的な意思表示による、労働契約の終了）することは、相当に困難」と認識していることが通常と思われる。

すなわち、日本の「労働契約法」第16条が、「解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合は、その権利を濫用したものとして、無効とする」（＝解雇権濫用法理）と、「懲戒解雇」のみならず、いわゆる「普通解雇」や「整理解雇」を含めて、「解雇」に対する全体的な規制を定めているからである。

日本法では、例えば「労働基準法」第20条が、「使

用者が労働者を解雇しようとする場合においては、少なくとも30日前にその予告をしなければならない。30日前に予告をしない使用者は、30日分以上の平均賃金を支払わなければならない。」と定めているところ、やはり解雇は、労働者とその家族の生活に重大な影響を及ぼすことから、判例法理として、厳格な解釈が採用され、解雇権濫用法理が発達し、2007年の労働契約法制定の際に、第16条として明文化された¹⁾。

これに対し、中国法では、中国の「労働契約法²⁾」が、「使用者による一方的な労働契約解除（第39条）³⁾」「使用者による予告解除（第40条）⁴⁾」「人員削減（第41条）⁵⁾」等を明記しており、日本法の解雇権濫用法理と比べて、「使用者による労働

1) 日本法の場合、具体的には、(1)客観的合理性の審査として、「当該従業員につき、雇用関係を継続し難いほどの勤務態度不良等があったか否か」等を実質的に判断し、また、(2)社会的相当性の審査として、「会社は、当該従業員の配置転換等の解雇以外による対処が可能であったのではないか」「当該従業員にとって有利なあらゆる事情を考慮しても、解雇をやむを得ないといえるか」等を実質的に判断すると考えられている。

2) 全人代常務委員会2007年6月29日制定、同日公布、2008年1月1日施行（同2012年12月28日改正、同日公布、2013年7月1日施行）

3) 第39条（使用者による一方的な労働契約解除〔過失性解雇〕）

労働者が次の状況の1つに該当する場合、使用者は、労働契約を解除することができる。

(1) 試用期間中に採用条件に適合しないことが証明された場合

(2) 使用者の規則制度に重大な違反をした場合

(3) 重大な職務怠慢、私利のための不正行為があり、使用者に重大な損害を与えた場合

(4) 労働者が同時に他の使用者と労働関係を構築し、当該使用者の業務上の任務の遂行に重大な影響を与え、又は使用者から是正を求められたが、これを拒否した場合

(5) 本法第26条1項1号（※訳注：詐欺、脅迫等による労働契約の締結）に定める状況によって、労働契約が無効になった場合

(6) 法に基づいて刑事責任を追及された場合

契約の解除事由」を明確化しているといえる。

以下では、これらの条項のうち、特に包括的、抽象的な条項といえる、同法第40条3号等に着手して、中国の裁判例を確認し、日本法に基づく考え方と比較する。

I. 中国の裁判例1 (IBM中国事件：解除否定)

1. 事件 (上訴審) の表示

事件名：国際商業機器 (中国) 投資有限公司と韓衛との労働争議の二審民事判決書⁶⁾

審理法院：北京市第三中级人民法院

事件番号：(2018)京03民終10193号

判決日：2018年8月31日

上訴人 (原审原告)：Y社 (法人)

被上訴人 (原审被告)：X (個人)

出典：中国裁判文书網 (<https://wenshu.court.gov.cn>)⁷⁾

2. 事案の概要

Xは、2011年12月27日にY社と固定期間のない労働契約を締結し、双方はXの部署をAdvisory

I/T Specialistとし、基本月給を1万6000人民元と約定した。その後、Xの部署は、PDAソフトウェア製品サポート部門のTechnical Account Manager (技術顧客マネージャー) (以下「TAM」)に変更となり、月給は、これに合わせて月額 (税引き前) で2万8105人民元に調整された。

2016年2月、Y社の米国本社は、Y社に対し、一部の技術顧客マネージャーの部署の廃止を通知した。Y社は、Xの部署の廃止を決定し、Xが担当する業務を他の部門に引継ぐこととした。Y社は、Xに対し、新しい部署への応募を推薦し双方で労働契約解除について協議したが、合意に達しなかった。

同年4月26日、Y社は、Xに電子メールを送り、「Xが従事しているPDATAM事業が終了し、その元の職場であるTAM業務が2016年3月31日に廃止され、Xの業務を再び手配する必要があることから、新しい部署としてPDAアフターサービスサポート部門を提供する。給与は、月額1万8000人民元とする。Xが2016年4月27日に新しい部署に出頭することを求める。」と通知した。

Xは、賃金引下げに異議を述べて、同年5月11日に、北京市労働人事争議仲裁委員会に仲裁を申

4) 第40条 (無過失性解雇)

次の状況の1つに該当する場合、使用者は、30日前に書面形式で労働者本人に通知するか、又は労働者に1か月分の賃金を追加で支払った後、労働契約を解除することができる。

- (1) 労働者が病を患い、又は業務外の理由で負傷し、規定の医療期間満了後も元の職務に従事できず、使用者が別途手配した業務にも従事できない場合
- (2) 労働者が業務に不適任であり、研修又は業務部署の調整を経ても依然として業務に不適任である場合
- (3) 労働契約締結時に依拠した客観的状況に重大な変化が発生し、労働契約の履行が不可能となり、使用者と労働者との協議を経ても、労働契約の内容変更について合意に達することができない場合

5) 第41条 (経済性人員整理)

1 次の状況の1つに該当する場合で、20人以上の人員削減又は20人未満であるが企業の従業員総数の10%以上を占める削減をする必要があるとき、使用者は、30日前までに労働組合又は全従業員に対し状況を説明し、労働組合又は従業員の意見を聴取した後、人員削減案を労働行政部門に報告して、人員を削減することができる。

- (1) 企業破産法の規定に従い、更生 (*原文は「重整」) をする場合
- (2) 生産経営に重大な困難が生じた場合
- (3) 企業の生産転換、重大な技術革新又は経営方式の調整によって、労働契約の変更後も、なお人員削減の必要がある場合
- (4) その他、労働契約締結時に依拠した客観的状況に重大な変化が発生し、労働契約の履行が不可能となった場合 (*以下省略)

6) 原題：国際商業機器 (中国) 投資有限公司与韩卫劳动争议二审民事判决书

7) このウェブサイトは、現時点で「日本国内の携帯電話番号を登録することによって、日本国内から閲覧することが可能」となっている。

立て、「毎月2万8105人民元の賃金待遇を回復すること」等を求めた。

同月19日、Y社は、電子メールで、Xに対し、「労働契約解除通知書」を发出し、「会社と貴殿が労働契約を締結する際に依拠した客観的状況に重大な変化が発生し、元の労働契約を履行することができなくなり、労働契約を変更することについて協議を経たが、会社は貴殿と合意に達することができなかった。」として、同日付で労働契約を解除することをXに通知した。Xは、Y社に対し、「労働契約の解除に同意しない。」と意思表示した。

仲裁委員会は、基本的にXの主張を認め、

「Y社は、Xとの固定期間のない労働契約を継続して履行し、Xとの労働契約を違法に解除した期間の賃金として、6万2671人民元を支払う。」と裁決した。

Y社は、裁決を不服とし、一審法院に訴訟提起した。

3. 一審の判断（請求棄却、上訴）

一審法院は、同じく基本的にXの主張を認めて、「経営政策の調整は、企業の自主行為であり、客観的状況に変化が発生したことには属さない。」「したがって、本件は、労働契約法第40条3号の状況に属さない。」等と判断し、次のとおり判示した。「①Y社とXは、締結した固定期間のない労働契約を継続して履行する。

②Y社は、判決の効果発生後7日以内に、Xに対し、2016年5月20日から2017年7月26日⁸⁾までの期間の給与損失として、6万2671人民元を支払う。

③Y社の訴訟請求を全部棄却する。判決の指定する期間内に金銭義務の給付を履行しない場合、民事訴訟法第253条⁹⁾の規定に基づき、履行遅延期間の債務利息の倍額を支払わなければならない。」

4. 上訴審（終審）の判断（上訴棄却）

二審法院は、争点の第一として、「本件が、『労

働契約締結時に依拠した客観的状況に重大な変化の発生』に該当するか否か」を挙げ、次のとおり判断した。

『労働契約の締結時に依拠した客観的状況に重大な変化が生じた場合』とは、労働契約締結後に、使用者と労働者が契約締結した時点では予見することができなかった変化が発生し、双方が締結した労働契約の全部又は主要な条項が履行できなくなった、或いは、これを継続して履行すると高額に過ぎるコストになる等の公平を欠く状況が発生し、労働契約の目的が実現困難となることを指す。

前述の『重大な変化』には、例えば、地震、火災、水害等の自然災害が形成した不可抗力を含み、また、法律、法規、政策の変化による使用者の移転、資産の移転又は生産停止、生産転換、制度転換（変更）等の重大な変化や、フランチャイズ経営の性質を有する使用者の経営範囲等に変化が生じた等の状況をいう。

Y社の上訴審での主張は、「TAMの部署廃止は、米国本社が下した決定であり、Y社の意思による移転ではなく、かつ当該部署を維持する資金は米国本社が提供するものであって、企業の自主的行為に属さない。」というものである。

これについて当院は、もしも使用者が、本部命令を理由に『労働契約締結時に依拠した客観的状況に重大な変化が発生した。』と主張することができるとすると、会社に対し、労働者の所属する部署が必要か否かについての任意の解釈権を与え、労働者を随時に離職となる可能性がある不安な状況に置くことに他ならないと判断する。

本件の労働者が固定期間のない労働契約を締結していることから、当院は、事件にかかわる状況が『労働契約法』第40条3号の状況に属しないと認定する。Y社がXとの労働関係を解除したことは、違法解除に属する。」

よって、結論としては、「上訴棄却し、原判決を維持する。」となった。

8) 「Y社が違法な解雇をした日の翌日」から「北京市労働人事爭議仲裁委員会の裁決日」までである。

9) 中国の「民事訴訟法」（*訳注：2021年改正前の規定）第253条

被執行人が判決、裁定、その他の法律文書の指定する期間内に金銭給付の義務を履行しない場合、履行遅延期間の債務利息の倍額を支払わなければならない。

Ⅱ. 中国の裁判例2 (上海ミシュランタイヤ事件：解除肯定)

1. 事件 (上訴審) の表示

事件名：李志強が上海ミシュランタイヤ有限公司を訴えた契約紛争案件の二審民事判決書¹⁰⁾

審理法院：上海市第一中級人民法院

事件番号：(2018) 滬01民終2327号

判決日：2018年5月8日

上訴人 (原審被告)：A (個人)

被上訴人 (原審原告)：B社 (法人)

出典：前同

2. 事案の概要

Aは、2001年4月に以前の勤務先が買収されたことから、B社での勤務を開始した。AとB社は、2007年12月1日を始期とする、固定期間のない労働契約を締結した。

2015年6月30日、B社は「人事通告」を发出し、「Aは、2015年7月1日からDM-TC部門タイヤ設計師の職務を担当する」旨を社内に伝え、同日、Aは、同部門のタイヤ設計師に着任した。

同年9月23日、AとB社は、「研修承諾書」を締結し、その内容は、次のとおりであった。

「Aは、2015年10月5日から同年11月30日まで、タイ国でOGEP (研修) を学習する。検収費用の見積り：59,000人民元。Aは、真剣に研修に参加することを承諾し、研修の全ての課程を完了し、関連する考査に通過し、関連する証明書を取得することを承諾する。ただし、B社が別途に同意又は要求する場合を除く。Aは、研修終了日から、B社で少なくとも満2年は服務につくことを承諾する。」

2016年1月26日、B社は、Aに対し、「最後の書面警告通知書」を发出した。「貴殿は、2015年10月4日から同年12月1日までのタイ国での研修期間中、主観的に努力せず、研修に対し消極的に対応し、最終的にタイヤ設計師の考査に通過しなかった。貴殿の行為は、B社の「従業員手帳」の

関連規定に違反することから、会社は、最後の書面警告処分とすることを決定した。この警告は、人事部に送付され、檔案に2年間、留保される。B社の「従業員手帳」及び関連規定に基づき、2年以内に貴殿が改めて何らかの違反行為をした場合、会社は、貴殿との労働契約を解除する。」

2016年2月26日、B社は、Aに対し、「労働契約解除処理通知」を发出した。

「工場の運営組織構造の変化によって、貴殿の元の部署である、製造方法部門のBib標準推進員の部署が廃止された。会社は、貴殿と協議して、タイヤ設計部門のタイヤ設計師の部署へと転任する意向で合意に達し、2015年7月1日から、貴殿に着任前の研修を実施した。同年8月26日に、貴殿自身が、研修が困難であることを報告し、部門責任者が貴殿に対し個別指導を行い、貴殿のために英語の研修授業に応募し、2015年10月5日から同年12月2日まで、タイヤ設計研修に参加するため、貴殿をタイ国に派遣した。同月17日に、タイ国の認定人員は、貴殿が職務認証に通過しなかったことを確認し、貴殿自身も、タイヤ設計師になれないことを確認した。会社は、同月21日に、貴殿に対し、工芸エンジニアの部署を推薦したが、貴殿本人が拒絶した。その後、貴殿本人の意向を得て、2016年1月6日に貴殿を本部販売管理者の職位の面接に推薦したが、面接に通過していない。

貴殿と労働契約を締結した状況に重大な変化が発生したことに鑑みて、元の労働契約で約定した部署での業務を継続して履行することができなくなり、協議して業務部署を変更し、研修を経たが、貴殿は、当該部署の就任条件を具備していない。また、これまでに2回の協議をしたが、業務部署を変更することができなかった。

会社は、2016年2月24日に、貴殿と労働契約解除を協議したが、合意に達しなかった。

国家の関連法律法規及び会社の関連規定に基づき、労働組合に通知した上で、会社は、同月26日に、貴殿との労働契約関係を解除することを決定した。

10) 原題：李志強诉上海米其林轮胎有限公司劳动合同纠纷二审民事判决书

会社は、法に基づき、労働契約解除経済補償金として、19万7840人民元を支払う。また、もう1か月分、通知期間に代わる賃金として、8704人民元を支払う。」

2017年2月21日、Aは、本件について上海市労働人事紛争仲裁委員会に仲裁を申立てた。

同委員会は、2017年4月21日に裁決を下し、

「B社は、Aに対し、違法な労働契約解除の賠償金20万3612人民元を支払え。」等と判断した。

B社は、これを不服として、一審法院に訴訟提起した。

3. 一審の判断（請求認容、上訴）

一審法院は、次のとおり判断して、B社の請求を認容した。

「労働契約法が規定する、客観的状況に重大な変化が生じた状況があるか否かにかかわらず、B社が発出した『人事通告』によれば、双方が協議を経て2015年7月1日からAの部署をタイヤ設計師に変更することで合意したことを十分に証明できる。

B社は、Aがタイヤ設計部門に移籍した後、Aに対し研修を実施したが、Aはタイ国での研修認証を通過しておらず、このような状況下で、B社が、Aは業務を担当することができないと認定したことは、妥当である。

規定に基づき、労働者が業務に不適任であり、研修又は業務部署の調整を経ても依然として業務に不適任である場合、使用者は、30日前に書面形式で労働者本人に通知するか、又は労働者に1か月分の賃金を追加で支払った後、労働契約を解除することができる¹¹⁾。

本件において、Aは、タイ国での研修認証を通過しておらず、タイヤ設計師の部署を担当することができないという状況下で、B社は、相次いでAを工芸エンジニア及び本部の販売管理者の部署に推薦したが、Aは工芸エンジニアの部署を拒絶し、また、販売管理者の部署は面接試験に合格していない。

このような状況下で、B社がAの労働契約を解

除したことは、法律の規定に合致しており、違法な解除は存在しない。

したがって、B社は、Aに対し、違法な労働契約解除についての賠償金を支払う必要がない。一方で、B社が労働契約解除後にAに支払った労働契約解除の経済補償及び通知代替期間の賃金も、法定基準を下回っていない。」

以上から、一審法院は、2017年11月14日に、次のように判決を下した。

「B社は、Aの労働契約の違法解除による賠償金差額として、20万3612人民元を支払う必要がない。」

4. 上訴審（終審）の判断（上訴棄却）

二審法院は、次のとおり判断して、上訴棄却した。

「当院は、本件の争点は、B社の解除行為が違法解除を構成して賠償金を支払う必要があるか否かであると認める。

Aが所属していた推進員の部署は、業務内容が完了し、そのため、B社は、この部署の廃止を決定した。本院は、これは客観的状況に重大な変化が発生して労働契約の履行ができなくなった状況に該当すると認める。

その後、B社は、Aをタイヤ設計師の部署に配置しようとしたが、Aは海外での専門研修で審査を通過せず、B社は、Aが当該部署に勤務することはできないと認めた。したがって、タイヤ設計師の部署について、双方は最終的に合意に達しなかった。

B社は、Aの部署について別の計画を作成し、工芸エンジニアの部署を推薦したが、Aが拒絶した。B社は、また、本部の販売管理者の部署を推薦したが、Aは面接試験に不合格であった。

以上の事実から明らかとなり、双方は、多数回の協議を経たが、Aが二度の考査を通過せず、新たな部署も拒絶したことは、双方が労働契約内容の変更につき、合意に達することができなかったことを示している。

B社が『労働契約法』第40条3号の規定に基づ

11) この部分は、「労働契約法第40条2号」を指していると思われる。B社がAに対して2016年2月26日に発出した「労働契約解除処理通知」の内容からして、一審判決は、「同条2号、3号に基づく解除」を判断していると思われる。

いて労働契約を解除したことは、違法な解除に属せず、違法な労働契約解除の賠償金を支払う必要はない。

「上訴を棄却し、原判決を維持する。」

Ⅲ. 検討（私見）

1. 両判決の比較

裁判例1は、「労働契約法第40条3号に基づく解除を否定する人民法院の判断」として、典型的なものといえる。筆者の知る限り、その他の同種の案件で、同様の判断基準でもって解雇の効果を否定している人民法院の裁判例が、複数、存在する¹²⁾。

これに対し、裁判例2は、「従業員が所属していた部署が、業務完了したことから、会社において、この部署の廃止を決定したこと」「会社において、当該従業員の配置転換につき、研修の実施や、他部署への推薦を複数回にわたって実施していたこと」「当該従業員が、試験に合格せず、配置転換も拒絶したこと」等を認定し、このような事案につき、同条3号による解雇を認めたものとして、個別事案についての個別判断をしたものと思われる。

いずれにせよ、これらの裁判例は、「日本法の解雇権濫用法理に照らしても、同様の結論になる」と考えられる事案であり、結論として妥当と考える。

2. 日本と中国の雇用形態の違い等

もっとも、これらの紛争に関し、理解しておくべきこととして、「日本での正社員の雇用と、中国での一般的な雇用との形態の違い」がある。

すなわち、日本では、一般的な正社員の労働契約において、「職務（ジョブ）の限定がない」という大きな特徴がある。

これに対し、欧米諸国では、従業員の採用時点で、「営業」「製造」等と、種類毎に職務を特定し

て労働契約書に明記し、当該業務にのみ従事させることが通常であって、中国の一般的な労働契約も、こちらに分類される。

これは、日本では、「会社の業務全般へと従事させること」を目的として正社員を採用していることから、このような「正社員としての労働契約」においては、原則として、労働者は、会社における何らかの労働の全てに従事する義務があり、会社は、これを要求する権利があることになる。

そうすると、日本法の場合は、「その時点で正社員が担当していた職務が不採算、目標達成等の理由で終了したとしても、会社は、当該従業員を他の部署に配置することで、その労働者としての地位を確保しなければならない。」ということになり、日本法では、いわゆる整理解雇等が、比較的困難といえる。

これに対し、欧米諸国等で一般的な労働契約に基づく、「職務を特定して労働契約を締結した以上、不採算等の理由によって当該職務が確保できなくなった場合、『倒産の危機にある』とまで証明できなくとも、当該労働契約を会社が一方的に終了することにつき、正当な理由があると認められやすい。」と考えられる。

中国法では、労働契約法第41条が、いわゆる「整理解雇」について定めており、整理解雇の事由を限定しているところ、同法第40条3号が、会社から一方的に個別の労働契約を解除できる場合として、包括的、抽象的な条項を定めていることから、その適用が争点となった事案において、人民法院は、原則として厳格な判断をし、中国の労働者を保護しているといえる。

日本企業の中国子会社において解雇を検討する場合は、これらの裁判例を確認、検討しておくことを推奨する次第である。

12) 例えば、次のような裁判例がある。

「赛门铁克软件(北京)有限公司与董振宇劳动争议二审民事判决书」(北京市第一中级人民法院2018年9月17日判決、(2018)京01民終6870号)

「北京慧清科技有限公司等劳动争议二审民事判决书」(北京市第一中级人民法院2019年5月17日判決、(2019)京01民終4487号)

新時代における商事紛争解決の国際的潮流(11)

対ロシア経済制裁と日本企業における法的リスク対応¹⁾

ペーカー&マッケンジー法律事務所(外国法共同事業) 弁護士²⁾/米国ニューヨーク州弁護士

松本 泉 Izumi Matsumoto

I. はじめに

本年2月21日のロシアによるウクライナ領内のドネツク共和国及びルハンスク共和国の国家承認を契機として、日米欧を始めとする西側諸国によるロシアに対する経済制裁が格段に強化され、現在に至るまで継続されている。また、こうした経済制裁に対抗すべく、ロシアによる対抗措置が次々と実施されるとともに、侵攻を受けるウクライナ自身によるロシアへの対抗措置も実施されているところである。

本稿においては、日米欧による今般の対ロシア経済制裁の法的枠組みについて概観するとともに、日本企業が留意すべきポイントの例について解説を行うこととする。なお、本稿は、現在、ロシアとウクライナの間で生じている出来事について何らかの価値判断を加えるものでないことはもちろん、弊所としての見解を示すものでもないことを、念のため付言する。

II. 米国による対ロシア制裁

1. 経済制裁に係る法的枠組の概要

通常、経済制裁は、大きく、制裁対象国への送

金制限や制裁対象者の資産凍結等の金融関連の制裁と、制裁対象国に対する製品・技術の輸出又は提供の禁止等の輸出入関連の制裁とに大別される。米国においては、前者は財務省国外資産管理局 (OFAC) によって実施され、後者は主に商務省産業安全保障局 (BIS) によって実施される。

そもそも米国憲法上、外国との通商に係る権限は議会に与えられており (第1編第8節第3項)、議会による明示的な授權がない限り、行政府は経済制裁を定める行政命令 (大統領令や行政規則等) を発出することができないのが原則である³⁾。その上で、実際のところは、経済制裁は迅速性の観点から個別の大統領令又は行政規則によって詳細が定められており、上記の憲法上の制約を受け、経済制裁の根拠となる法律として当該制裁対象国に関する個別法が定められたり、1976年国家緊急事態法 (NEA) 及び1977年国際緊急経済権限法 (IEEPA) が用いられることとなる。この点、ウクライナに関する対ロシア制裁に係る個別法としては、2014年ウクライナの主権・統一・民主主義・経済安定法 (SSIDES)、2014年ウクライナ自由支援法 (UFSA)、2017年対敵制裁法 (CAATSA)、2019年欧州エネルギー安全保障法 (PEESA) 等が定められている⁴⁾。

1) 本稿の執筆は、2022年9月20日時点の情報に基づく。

2) 本稿の内容は筆者個人の見解であり、筆者が所属する組織とは一切の関係がない。

3) この点に関するリーディングケースとして、*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952)を参照。

4) 2022年2月以降に強化された対ロシア制裁の根拠法としては、NEA、IEEPA、及びPEESAの3つが挙げられている。

米国における経済制裁の特徴として、1次制裁 (primary sanctions) と2次制裁 (secondary sanctions) の区別が極めて重要である。前者は米国内法の管轄に服する者に対する制裁法上の義務違反に対する法的制裁を指し⁵⁾、後者は米国内法の管轄に服さない者に対して課され得る潜在的な不利益を意味する⁶⁾。2次制裁は、その定義上、米国民ではない外国人に対して課されることとなり、第三国の個人・企業等が制裁対象とされている個人・企業と取引を行った場合等には、最も深刻なケースでは当該第三国民自身が後述のSDNリストに掲載され、米国系銀行の銀行口座を含む米国資産が凍結されたり、米国民との取引が禁止されたりする可能性があるほか、米国への入国禁止や米国政府の調達プロセスからの排除といった、様々な不利益措置が課される可能性がある。

米国の経済制裁に係るもうひとつの特徴として、近年、個別法に基づき、制裁対象国の個人・企業等との取引等を包括的に禁止するのではなく、制裁対象の個人・企業・機関を個別に特定し、米国民に対してそれらの制裁対象者との取引等を禁止する、「スマート制裁」の法的枠組みが取られることが増えている点が挙げられる⁷⁾。そして、こうしたスマート制裁の手段として最も頻繁に活用されるものとして、「SDNリスト (Specially Designated Nationals And Blocked Persons List)」が存在する。これはOFACが維持・管理する制裁対象者リストのひとつであり、同リストに掲載された場合、①当該掲載者の米国内資産、及び米国民 (米国系銀行等) が米国外で保有する資産の凍

結、②資金の受領や支払いを含む米国民との一切の取引禁止、③当該掲載者が自然人の場合には、米国への入国禁止や査証取得の制限、といった不利益が課されることになる。また、リスト掲載者に50%以上の持分を直接・間接に保有される企業等との取引は、当該企業等がリストに明示的に掲載されていなくても同様の制約が課される (50%ルール)⁸⁾。これらの義務に違反して制裁対象者と取引等を行った米国人等には、100万ドル以下の罰金又は20年以下の懲役あるいはそれらの併科といった刑事罰や、違反毎に25万ドル又は取引額の2倍以下のいずれか大きい額を超えない制裁金といった民事罰が科される可能性がある⁹⁾。

2. 今般のウクライナ侵攻を受けた経済制裁の概要

2022年2月以前の米国の対ロシア制裁は、2014年のクリミア侵攻を受け、大統領令13662号等に基づくセクター別制裁が限定的に課されるに留まっていた。具体的には、金融サービス、エネルギー、国防・武器関連の3つの部門において、セクター別のSSIリスト (Sectoral Sanctions Identifications List) に掲載された者との間で、米国民等による一定期間以上の返済期間を超える債務に係る取引 (融資等) や、新規の株式引き受け等が禁止されていた¹⁰⁾。

一方、本年2月以降は、金融面では、2月22日のロシア開発・対外経済活動銀行 (VEB) 及びPSB銀行等のSDNリストへの追加を皮切りに、現在までに多くのロシア企業・金融機関等がSDNリストに追加され、実質的にドル取引から

5) 米国民 (US persons) に加え、米国民以外の者 (foreign persons) であっても、米国内に滞在する場合又は米国内に財産ないし財産上の利益を有する場合等には、1次制裁が課され得る点に留意が必要である。

6) 米国内法の管轄が及ばない以上、厳密には法的義務は存在しないものの、仮に米国の制裁規範に違反した場合には、本文中で述べるような各種の不利益措置が課され得ることから、外国人に対しても米国の経済制裁を遵守する強いインセンティブが生じることとなる。Jeffrey A. Meyer, *Second Thoughts on Secondary Sanctions*, U. Pa. J. Int'l L. 30:3, 926 (2009)参照。

7) その背景として、制裁対象国に対して包括的に課される従来の制裁枠組みは、当該国の支配層よりも一般市民の生活に悪影響をもたらす効果が大きいという認識が高まった点を指摘するものとして、佐藤丙午「エコノミック・ステイトクラフトの理論と現実」日本国際政治学会編『国際政治』205号 (2022年) 21-22頁を参照。

8) Department of Treasury, *Revised guidance on entities owned by persons whose property and interests in property are blocked* (August 13, 2014).

9) 50 U.S.C. § 1705及び31 CFR § 587.701を参照。

排除された¹¹⁾。また、3月8日付の大統領令14066号により、米国民によるエネルギー部門への新規投資が禁止され、その後、4月6日付の大統領令14071号によってロシアへの新規投資全般の禁止へと拡大された。また、輸出入面では、2月24日の一定の汎用品の輸出管理品目への追加とロシア向けライセンス発給の原則拒否方針の公表、及び複数の企業・機関等の「エンティティリスト¹²⁾」への追加以降、これまで原則として輸出可能であった非軍事関連品目を含め、広範な製品・技術のロシアへの輸出・再輸出が事実上禁止されることとなった。加えて、3月8日付の大統領令14066号により、ロシアからの原油、天然ガス、石炭等の輸入が禁止されるとともに、3月11日付の大統領令14068号により、ロシアからの海産物、アルコール類、宝石等の輸入も禁止され、ロシアの主要輸出品目の米国への輸入もできなくなった。これらは、包括的な禁輸措置（エンバargo）が課されている対キューバ制裁に次ぐ、あるいは同制裁と実質的に同等の効果を有する、これまでにない規模の大国に対する経済制裁措置であると評価し得るものと考えられる。

3. 日本企業が気を付けるべきポイントの例

1で述べたように、米国における経済制裁の法的枠組みにおいては、米国の管轄権に服さない者に対しても2次制裁による不利益が課され得るこ

とから、日本企業がロシア関連の取引を行うに当たっては、米国制裁への抵触可能性に留意する必要がある。日本企業が特に気を付けるべきポイントの例として、ここでは次の3点を指摘したい。

第1に、「50%ルール」の適用である。前述のように、SDNリストへの掲載に伴う取引禁止等の義務は、当該掲載者との取引のみならず、当該掲載者によって直接・間接に50%以上の持分を保有される者との取引においても適用される。そのため、ロシア企業等と取引を行う前には、当該ロシア企業等がSDNリスト等に掲載されていないかどうかの確認に加え、それらの企業等の株主などがSDNリスト等に掲載されていないかを確認することも必要となる。

第2に、「ドル取引」に係る米国民の関与である。ドル通貨建ての取引それ自体が米国の管轄権拡張をもたらすわけではないものの、当該取引に伴うドル建ての支払・送金等の過程においては、中継銀行等の形で米国系金融機関が関与する可能性がある¹³⁾。通常は当該米国系金融機関によってドル建ての送金等が拒絶されるケースが多いものの、万が一取引が成立してしまった場合には、「米国民に制裁違反を生じさせた（cause）」として、当該送金等を依頼した日本企業にも制裁違反の責任が生じるリスクがある。

第3に、米国原産品目を25%以上組み込んだ品目や米国原産の技術又はソフトウェアの直接製品¹⁴⁾

10) 指令1号（金融サービス部門）：返済期間14日を超える債務に関する取引（融資を含む）及び新規株式引き受けの禁止

指令2号（エネルギー部門）：返済期間60日を超える債務に関する取引（融資を含む）の禁止

指令3号（国防及び武器関連資材部門）：返済期間30日を超える債務に関する取引（融資を含む）の禁止

指令4号（エネルギー部門のうち、一定の原油生産部門）：原油生産の可能性のあるロシアの深海、北極海沖合、シェールプロジェクトでの生産等を支援する物品・サービス・技術提供の禁止

11) 米国による本年2月以降の制裁措置を簡潔にまとめたものとして、CISTEC 事務局「米国・EUの対ロシア制裁概要と関連諸動向について（改訂6版）」（2022年8月）も参照。

12) エンティティリストに掲載された場合、米国民又は第三国民が、リストに掲載された品目（通常はEAR規制対象の全品目）をBISの許可なくリスト掲載企業に輸出・再輸出・（国内）移転することが禁止され、その際のBISによる許可方針も、「原則不許可（presumption of denial）」又はケースバイケースの判断となる。15 CFR § 744.16参照。なお、エンティティリストについては、SDNリストとは異なり「50%ルール」は存在しないことにも注意。

13) 国際送金を行う場合にはもちろん、ロシア国内におけるドル送金においても米国系金融機関を経由するケースがあるため、留意が必要である。

14) 今般の制裁により、従来、ファーウェイ向けにのみ適用されていた「拡大された直接製品ルール」が、一定の内容の修正を伴い、ロシア向けの再輸出に適用されることになった点にも留意が必要である。15 CFR § 734.9(f)及び(g)参照。

の日本等からの再輸出にも、米国輸出管理規制が適用される点である。そのため、米国製の部品・技術等が用いられている自社製品を日本又は第三国からロシア向けに輸出・再輸出する場合には、日本及び輸出国の制裁措置ないしは輸出管理規制を確認するのみならず、米国の制裁措置にも留意する必要がある。

Ⅲ. EU及び英国による対ロシア制裁

1. 経済制裁に係る法的枠組みの概要

EUにおいては、首脳級の欧州理事会 (European Council) が定める目標 (EU条約第22条1項及び第26条1項) に基づき、理事会 (Council of the European Union) が共通外交・安全保障政策 (CFSP) を策定し、その実施に必要な決定を行うことを通じて (同第26条2項)、米国と同様に、制裁対象者の資産凍結や渡航制限、制裁対象国への禁輸措置といった各種経済制裁措置を課している。今般の対ロシア制裁に関しては、資産凍結及び取引禁止がEU規則269/2014、輸出管理を始めとする各種行為規制がEU規則833/2014において、それぞれ定められている。

EU制裁についてまず押さえておくべき点は、米国の経済制裁と異なり、EUには2次制裁の枠組みが存在せず、あくまでEUの管轄に服する者に対してのみ、制裁法上の義務が課され得る点である。具体的には、①EU領域内に存在する者、②EU加盟国の管轄に服する飛行機・船舶に搭乗・乗船している者、③EU加盟国民 (国外にいるケースを含む)、④EU加盟国の法に基づき設立された法人 (外国企業の欧州子会社を含む)、⑤全部又は一部の事業をEU領域内で行っている法人、が制裁法上の義務に服する (例えば、EU規則833/2014第13条を参照)。

また、もうひとつ重要な点として、資産凍結及び取引禁止の対象となる資産の範囲が米国の経済制裁と比較して広く、米国においては、前述のように、SDNリストに掲載された者及び当該掲載者が直接・間接に50%以上の持分を保有する企業等の資産が凍結されるのに対して、EUにおいては、EUの制裁リスト¹⁵⁾に掲載された者が所有する資産、及び当該掲載者が50%以上を保有する又はコントロールする企業等の資産が凍結される (例えば、EU規則269/2014第2条1項を参照)。この「コントロール」の有無は事実関係に照らしてケースバイケースで判断され、例えば、リスト掲載者が、①法人の過半数の役員・取締役を任免する権限を有する場合、②当該法人に支配的影響を及ぼすことができる場合、③当該法人の全部又は一部の資産を活用することができる場合、④当該法人の金融債務を連帯して負う場合等に、原則として当該法人はリスト掲載者にコントロールされていると判断される¹⁶⁾。

英国は2020年2月までEUに加盟していたことから、EUと類似した制裁枠組みを有しており、2018年制裁・反資金洗浄法に基づき、制裁国毎に個別規則を定める形で経済制裁を実施している。今回の対ロシア制裁については、2019年ロシア制裁規則において詳細が規定されている。

英国制裁が重要な理由は、英国の海外領土には多くのグローバル企業及びその子会社等が登記上の本社を有するケイマン諸島やバージン諸島等が含まれており、それらの海外領土にも英国制裁の大半の規定が適用されるとともに¹⁷⁾、各海外領土の当局に英国制裁を実施する義務が課されているためである。従って、英国及び英国の海外領土において設立された法人については、英国の制裁法も遵守する必要がある。

15) 正式には、制裁対象国毎に個別のEU規則のAnnexに掲載されることとなるが、便宜上、これらをまとめた "Consolidated Financial Sanctions List" がEU当局によって作成されている。

16) Foreign Relations Counsellors Working Party, *EU Best Practices for the effective implementation of restrictive measures* (May 4, 2018) paras. 63-64.

17) 今回のロシア制裁については、2018年制裁・反資金洗浄法に基づき、対ロシア制裁の海外領土への適用に係る2022年ロシア制裁令が定められている。

2. 今般のウクライナ侵攻を受けた経済制裁の概要

EUにおいては、本年2月23日以降、現時点までに第1弾から第7弾の制裁パッケージが公表・施行されている。内容面では、制裁対象者の資産凍結やそれらの者との取引禁止、汎用品を含めた様々な品目の輸出入の禁止といったように、米国の経済制裁と類似したメニューが課されているが、全体的な特徴として、EUの方が行為規制が細かく、例えば、ロシアとの貿易・投資全般に係る各種金融支援（EU規則833/2014第2e条）や個別分野の技術的支援（例えば、同第2条2項（a））なども禁止されており、米国において制裁対象とならない行為であるからと言って、EUにおいても制裁対象でないと安易に推察することは出来ない。一方、現時点では、米国においては既に禁止されている原油及び天然ガスの輸入やエネルギー以外の分野における新規対外直接投資がEUでは禁止されておらず、EU制裁の方が緩いと言っている部分もある。

また、今般のEUの対ロシア制裁において重要と考えられるものとして、ロシア最大手のズベルバンクや同第2位のVTB銀行などの10のロシアの金融機関をSWIFT網から排除したことが挙げられる（EU規則833/2014第5h条）。SWIFTは国際金融取引を仲介するメッセージサービス等を提供する機関であり、ベルギー法上の協同組合として設立されているため、EU法とベルギー法の規律の下に服している。SWIFT網から排除されてしまうと事実上国際金融取引から排除されてしまうことから、これまで2012年に対イラン制裁で1度行われた以外に（EU規則267/2012第23条4項）、SWIFT網から排除された金融機関は存在しなかったが、今回EUは、事態の重要性に鑑み、本年3月2日にロシアの7金融機関のSWIFT網からの排除を決定し、同月12日より実施している（その後、6月14日に3金融機関を追加）。

3. 日本企業が気を付けるべきポイントの例

今般のEU及び英国による対ロシア制裁はこれまでにない規模と速度で実施されており、日本企業が特に気を付けるべきポイントの例として、次

の3点を指摘しておきたい。

第1に、前述のようにEU／英国制裁は域外適用がなされないものの、取引の一部がEU領域内又は英国内で行われている場合にも制裁法が適用され得るため、各種の打ち合わせを含め、当該取引の一部がEU又は英国の管轄内で実施されていないかについて、事前に確認する必要がある。

第2に、前述のようにEU／英国制裁における資産凍結及び取引禁止の対象となる資産の範囲は米国制裁よりも広範であるため、単にリスト掲載者が取引先企業の持分の50%以上を保有していないことを確認するのみならず、取引先企業を実質的にコントロールしていないかという実態についても確認する必要がある。

第3に、ケイマン諸島やバージン諸島といった英国の海外領土において設立された企業と取引を行う際には、英国の制裁法も確認する必要がある。英国制裁はEU制裁と類似しているものの、英国のEU離脱以降は独自の法体系を有することとなったため、EUにおいて禁止されていない行為であるからと言って、英国においても禁止されていないと考えることはできず、別途確認を行う必要がある点に留意すべきである。

IV. 日本による対ロシア制裁

1. 経済制裁に係る法的枠組みの概要

日本においては、外国為替及び外国貿易法（以下「外為法」という）に基づき、各種の資産凍結や資本取引、輸出入等の禁止措置などの経済制裁が講じられている。日本単独で制裁を課するためには、「我が国の平和及び安全の維持のため特に必要があるとき」という要件を充たした上で、対応措置を講じる旨の閣議決定を経る必要がある（外為法10条1項参照）、日本の安全保障が脅かされる事態が生じている必要があるため、法的なハードルが高くなる。ただし、我が国の安全保障に直接的な脅威が存在するとまでは言えない場合においても、国連安保理決議がある場合、又は国際社会と協調して経済制裁を課す必要があると認められる場合等には、「国際平和のための国際的な

努力に我が国として寄与する」(同法16条1項、21条1項、25条6項、48条3項、52条)ために経済制裁を講じることが可能である¹⁸⁾。

具体的な措置としては、主に、日本から制裁対象国に向けた支払等や日本の居住者と制裁対象国の非居住者との間における金銭貸借契約及び各種証券取引等の資本取引に対する許可制(実質的な資産凍結措置)が財務省により実施されるとともに(同法16条1項・3項及び21条1項)、制裁対象国との間における各種品目の輸出入及び技術提供の承認制(事実上の禁輸)が経済産業省により実施され(同法25条6項、48条3項、52条)、法制上は米欧と遜色のない経済制裁措置を講じることが可能となっている。

2. 今般のウクライナ侵攻を受けた経済制裁の概要

まず、財務省が実施する経済制裁措置は、本年2月26日以降、その都度事前に閣議了解を経た上で、外務省告示において指定された特定のロシア連邦関係者及びベラルーシ共和国関係者に対し、資産凍結等の措置が講じられている。また、本年4月20日には、制裁対象者から第三者へ暗号資産を移転する取引等を「みなし資本取引」として許可対象に加える外為法の改正が行われ¹⁹⁾、本年5月10日より施行された。更に、本年5月12日より、ロシア連邦向けの新規の対外直接投資が許可制にされるとともに、本年9月5日以降に開始されるロシア連邦向けの信託サービス、会計・監査サービス、経営コンサルティング・サービスの提供にも許可が必要となった。

次に、経済産業省が実施する経済制裁措置としては、本年3月18日、ワッセナーアレンジメント等の国際輸出管理レジームの対象品目に加え、半

導体、コンピュータ、通信機器等の一般的な汎用品及びそれらに係る関連技術の一部が経済産業大臣の承認対象となり、事実上輸出等が禁止されることとなった。また、5月20日には、量子コンピュータ、3Dプリンター等及びそれらに係る関連技術といった先端的な物品等のロシア向け輸出等が承認対象にされるとともに、6月17日には、貨物自動車、ブルドーザー等のロシアの産業基盤強化に資する物品が輸出承認対象とされることとなった。輸入面においても、4月19日より、アルコール飲料、木材、機械類・電気機械のロシアからの輸入が経済産業大臣の輸入承認対象とされたほか、関税暫定措置法が改正され、本年4月21日から令和5年3月31日までの間、ロシアへのWTO協定税率の適用が撤回され、全ての輸入品について基本税率又は暫定税率による関税が課されることとなった。

3. 日本企業が気を付けるべきポイントの例

今般の日本国政府による対ロシア制裁は、これまでにない対象品目や措置を含んでおり、ロシア関連のビジネスを行う日本企業が特に気を付けるべきポイントの例として、以下の3点を指摘しておきたい。

第1に、自社の輸出品目が、これまで外為法上のリスト規制品目ではなかった場合においても、今般の輸出承認対象の品目として追加されていないかを予め十分に確認し、仮に対象品目に該当する可能性があると判断した場合には、それが輸出承認が得られる可能性のある日米欧の法人が全ての株式を有する法人向けの輸出でないかどうかや、部分品特例(「輸出貿易管理令の運用について」1-1(7)(イ))の活用ができないか等を検討す

18) ただし、今回のように国連安保理決議が存在しない場合に、国内法上は合法であるものの、各種の経済制裁措置が国際法上も違法性が阻却されるかについては見解が分かれており、筆者は、本件の事実関係に照らすと、国連安保理決議が存在しないまま行われた今般の日米欧の経済制裁措置も、国際法上違法性が阻却されると考えているが、ここでは詳細については論じない。

19) 日本からロシア及びベラルーシにおける制裁対象者への暗号資産による支払は、従前から既に外為法の規制対象とされていたところであったが(「外国為替法令の解釈及び運用について」16-1-1)、暗号資産の管理の委託や暗号資産の貸付等は、当該取引によって金銭債権・債務が発生しないことから、「資本取引」(外為法20条)には含まれない可能性があったため、今般、これらの取引を「みなし資本取引」(同法20条の2)として規制対象とする旨の外為法の改正がなされた。

べきである。なお、外務省告示によって指定されたロシア及びベラルーシの特定団体（軍事関連団体）向けの輸出は、一部を除き全ての品目が輸出承認対象とされており（輸出貿易管理令2条1項1号の6及び1号の7）、取引先に特定団体が含まれていないかの確認も必要となる点に留意が必要である。

第2に、本年5月12日より許可が必要とされた「ロシア向けの新規の対外直接投資」の対象範囲である。外為法上、「対外直接投資」とは、居住者による出資比率が10%以上の外国法人（新たに株式又は出資の持分を取得することにより出資比率が10%以上になる外国法人を含む）や居住者が役員を派遣していたり、長期にわたる原材料の供給又は製品の売買等を行っている外国法人等の証券の取得又は当該外国法人等に対する貸付期間が1年を超える金銭の貸付と定義されており（外為法23条2項、外国為替令12条4項）、これらに該当しない取引は、制裁対象者との間における資本取引に該当しない限り、許可対象とはならない。また、許可が必要となるのは「新規の」対外直接投資であることから、本年5月12日より前に締結された契約に基づく貸付等も許可対象とはならない。ただし、本年5月12日以降に既存の契約を改訂等した場合には許可対象となり得ることから、具体的な事実関係を十分に検討する必要がある。

第3に、本年9月5日より許可対象とされた役務取引の範囲である。仮に自社が提供しているサービスが財務省告示（平成十年三月大蔵省告示第百号）8号イ又はロに掲げられた業務に該当する場合においても、それが契約関係に基づかず、かつ無償で提供される自社及びグループ会社間にお

ける役務の提供である場合には、当該取引は外為法上の「役務取引」に該当せず、許可対象にもならない可能性がある。また、同告示7号イ又はロに掲げるロシア法人に対する役務の提供も許可対象とはならないが（8号柱書但書）、規定上は、自社が間接的に10%以上の株式を保有する孫会社等に対する役務提供は許可対象とされている点にも留意が必要である。

V. 終わりに

本稿においては、日米欧による今般の対ロシア経済制裁の法的枠組みについて概観するとともに、それらに係る日本企業が留意すべきポイントの例について、簡潔に解説を行った。他方、こうした日米欧の経済制裁措置を受けて、ロシアによる日米欧などの「非友好国」の企業等に対する各種の対抗措置（例えば、融資の供与、有価証券取引、不動産取引等の許可制や、債務のループル建て「C口座」への弁済等）が公表・実施されるとともに、ウクライナ自身もロシアに対する各種対抗立法（例えば、ロシアと一定の経済的つながりを有する多国籍企業に属するウクライナ法人に課される法人税を18%から27%に変更する税法草案等）を検討・策定する等、グローバルに活動する日本企業にとって検討が求められる制裁関連の法的リスクは本稿で述べた事項に留まらない。紙幅の都合上、本稿においては、日米欧による経済制裁措置の詳細やロシア及びウクライナによる対抗装置については論じることが出来なかったが、これらについては改めて別の機会に詳細な解説を行うことを検討している。



国際契約・貿易実務相談 (JCAA会員限定)

経験豊富な専門家による国際契約・国際取引法律相談および貿易実務相談を実施しています。その際、相談したい弁護士をご指名いただくことができます。ご指名がない場合は、JCAAが相談内容に応じて適宜ご紹介させていただきます。費用は無料です。詳しくは、JCAAのウェブサイト (www.jcaa.or.jp) をご覧ください。

【ご予約 & お問い合わせ】

東京本部広報部 (03) 5280-5181 / planning-consulting@jcaa.or.jp

JCAジャーナル・2022年11月10日発行 第69巻11号 (通巻785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

“JCAA/日本商事仲裁協会”
YouTubeにて動画配信中

そのまま使えるモデル英文契約書シリーズ

「全12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。



No.	書名	頁数	No.	書名	頁数
1	委託販売契約書(CD-ROM付)	52頁	7	総代理店契約書【輸入用】(CD-ROM付)	52頁
2	委託加工契約書(CD-ROM付)	60頁	8	総代理店契約書【輸出用】(CD-ROM付)	48頁
3	購入基本契約書(CD-ROM付)	48頁	9	合併契約書(CD-ROM付)	52頁
4	販売基本契約書(CD-ROM付)第二版	48頁	10	実施許諾契約書【許諾者用】(CD-ROM付)	58頁
5	OEM(委託者側)製品製造供給契約書【輸入用】(CD-ROM付)	68頁	11	秘密保持契約書・共同開発契約書(CD-ROM付)第二版	60頁
6	OEM(製造者側)製品製造供給契約書【輸出用】(CD-ROM付)	72頁	12	技術ライセンス契約書【中国語版付】(CD-ROM付)	56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)



<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。

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.hanreishiso.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



■ 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