

仲裁法制の見直しに向けた検討（3） （モデル法の2006年改正への対応について）

第1 法整備の必要性について

これまでの議論では、法整備の必要性を示す事情として、国際連合国際商取引法委員会(UNCITRAL)が策定した国際商事仲裁モデル法(以下「モデル法」という。)の2006年改正への対応を支持する意見等(仲裁法案に対する附帯決議, 国際仲裁の活性化に向けた関係府省連絡会議の中間とりまとめ, 公益社団法人日本仲裁人協会(JAA)や日本弁護士連合会の意見等)の存在が指摘されたほか、①裁判所の民事保全手続を利用する実務の現状に関し、債権者の権利保護の観点からは、暫定保全措置に執行力を付与することにより、債権者が利用することのできる手続の選択肢を増やすことが重要であるといった指摘¹や、②我が国における(国際)仲裁の活性化の観点からは、我が国を仲裁地とする仲裁合意をしやすくする環境整備の一環として、法制面においても我が国の仲裁法(平成15年法律第138号)が国際標準に合致したものとなっていると評価されることが重要であるといった指摘がされ、モデル法の2006年改正に対応した形で我が国の仲裁法制を整備する必要があることについては、おおむね異論が見られなかった。

その上で、その具体的な法整備の在り方を検討するに当たっては、モデル法の2006年改正の対象とされた項目に対応する諸外国の法制を調査、検討する必要があるのではないかとの指摘がされたところであり、今後の更なる調査結果等も踏まえた上で、引き続き具体的な法整備の在り方についての検討を進める必要があるものと考えられる。

第2 暫定保全措置に係る規律の整備に向けた検討

¹ この点に関しては、仲裁廷による暫定保全措置に執行力を認めることは、①当事者が暫定保全措置を遵守する確率も高まり仲裁手続の効率化に資すること、②当事者が仲裁に関連して裁判所に保全処分を申し立てるケースも減ることで裁判所の負担軽減につながり得ると考えられること、③簡易・迅速性、廉価性、専門性、秘密保持性、柔軟性などに期待して仲裁手続による紛争解決を選択した当事者の本来の意図に合致し得ることなどが指摘されている(研究会資料2の4頁参照)。

1 前提—外国裁判所の確定判決に関する承認・執行制度との関係について

(1) これまでの議論の概要

研究会資料2においては、①仲裁判断と確定判決との異同の視点から執行面における外国裁判所の確定判決（以下「外国判決」ともいう。）と仲裁廷による仲裁判断とを比較した場合には、両者は、第三者による法的紛争を解決する裁決であるという点で共通する一方、確定判決については国家主権の発動であるため内国の裁判所によるものか外国の裁判所によるものかによって承認の問題が生ずるのに対し、仲裁判断については国家主権の発動とは無関係な私的な仲裁人による紛争解決であるため仲裁地が属する国の内外による区別がない等の違いがあること、②暫定保全措置と裁判所による未確定の裁判（保全処分を含む。以下同じ。）との異同についても同様のことが当てはまり得ることが指摘された²。

その上で、研究会資料2においては、仲裁と裁判とを比較した場合には、国家行為としての色彩の有無、当事者の合意（仲裁合意）を不可欠の前提とするか否かといった点において、両者の間には質的相違もあることを念頭に、仮に我が国において仲裁廷による暫定保全措置に執行力を付与することとしたとしても、仲裁が当事者による仲裁合意をその不可欠の前提とするものである以上、事後的に当該暫定保全措置が取り消されるなどした場合に生じ得る問題もあらかじめ想定し、これを受け入れた上で仲裁合意に至っていると評価し得るとの考え方があり得るとした上で、仲裁廷による暫定保全措置についてのみ（内国を仲裁地とする仲裁廷によるものか否かを問わず）承認・執行制度を導入しつつ、外国裁判所による未確定の裁判については引き続き承認・執行制度を導入しないとの考え方もあり得るとの試論が示された。

もっとも、以上のような試論については、第2回会議における議論では、一定の判断が後に覆された場合に問題が生じ得ることは、外国裁判所による未確定の裁判の場合と仲裁廷による暫定保全措置の場合とで異ならないとも考えられ、両者に係る承認・執行制度の有無の違いを仲裁合意の有無によって説明することができるのかは十分に検討する必

² すなわち、仲裁廷による暫定保全措置と外国裁判所による未確定の裁判は、第三者による法的紛争の解決に向けた判断という点で共通する一方、暫定保全措置については仲裁地が属する国の内外によって特段区別する必要がないものと考え得るのに対し、裁判所による未確定の裁判については、それ自体が国家主権の発動である以上、当該裁判所が内国のものであれば承認の問題は生じ得ないのに対し、当該裁判所が外国のものであれば承認の問題が生じ得るといった違いがあり得ることが指摘された。

要がある旨の指摘のほか、仮に仲裁合意をしていたとしても、当事者には裁判所の保全処分を利用する選択肢もあるため、暫定保全措置が取り消されるなどした場合に生じ得る問題もあらかじめ想定しているとまではいえないのではないかと指摘がされた。

また、試論のような考え方については、例えば、日本以外の国が仲裁地となっている場合において、当該仲裁地の法令では暫定保全措置に執行力を付与していない場合であっても、仲裁合意の存在を理由に、その仲裁地の仲裁廷が発令した暫定保全措置を我が国における承認・執行の対象とすることが正当化されることとなるのか（暫定保全措置に執行力を付与していない国を仲裁地とする旨の仲裁合意は、当該暫定保全措置が当該仲裁地以外の任意の国において承認・執行されることを前提とした合意であるということが出来るのか）との指摘がされた³。

これらの指摘に対しては、ある仲裁廷が発令した暫定保全措置を他の任意の国において承認・執行することの可否は、当該暫定保全措置の執行が行われる地の法令により規律される事柄であるから、我が国において外国を仲裁地とする仲裁廷が発令した暫定保全措置の執行力を認めるか否かは、我が国においてどのような法制をとるかという政策判断によって決せられる問題であるとの指摘がされた。このような政策判断の問題であるとする観点からは、仲裁廷による暫定保全措置に基づき裁判所による強制執行を可能とする方向で制度化しなければ、仲裁制度の実効性を十分に向上させることができないとの認識が国際的に共有されており、未確定の裁判とは異なる政策判断はあり得るとの指摘がされた。また、外国裁判所による未確定の裁判については、債務名義として国家行為としての色彩を帯びるという性質上、その承認・執行の場面では相互の保証が問題となり得るため、法制度全般につき必ずしも相互性が担保されているとはいえない現在の国際社会においては、政策判断としても承認・執行制度の導入をあえて行う必要性は低い一方、公権力性の低い仲裁廷による暫定保全措置の承認・執行制度の導入については異なる評価も可能ではないかとの指摘もあった。

³ この点に関しては、暫定保全措置を執行する場面では、仲裁地とされた国等とは異なる国等において手続が行われる場合があり得るため、仲裁合意により当事者が仲裁地の合意をしたとしても、暫定保全措置の執行手続が行われることとなる特定の国等についてまで具体的に合意がされたわけではないとの指摘がされた一方で、暫定保全措置の対象が、基本的には、仲裁合意に係る契約の目的物や関連する証拠、契約の相手方当事者の資産等であることを踏まえれば、仲裁合意に至る過程において、暫定保全措置の執行を要することとなった場合における当該執行手続を行うこととなる特定の国等がどこになるかという点についても想定し得るものということもできるといった指摘もされた。

他方で、暫定保全措置に執行力を付与することの正当化根拠を当事者間の合意の存在によって説明することを試みる観点（上記試論の立場を含む。）からは、問題とすべきは、当事者間における仲裁合意自体というよりは暫定保全措置を利用することについての意思であり、その利用をしないことについて明示的な合意がない限りは、執行力のある暫定保全措置を用いることや、その結果として複雑な問題が生じたとしても甘受することについての意思が推定されるものと考えられるのではないかと指摘がされたほか、仲裁地以外の地において暫定保全措置の承認・執行をすることまでは仲裁合意の内容に具体的に含まれないとしても、執行力を付与することの正当化根拠となるべき合意としては、（仲裁合意とは別の）当事者間における手続の実施に対する合意（当事者が（仲裁地以外の地において承認・執行され得る）暫定保全措置を仲裁廷が発令することを許容する旨の合意）に求めることができると整理することができるのではないかと指摘もされた。

(2) 上記(1)を踏まえた若干の検討

前記第1においてみたとおり、モデル法の2006年改正に対応した形で我が国の仲裁法制を整備する必要があることについては、おおむね異論が見られなかったところであるが、仮に仲裁廷による暫定保全措置についてのみ（我が国を仲裁地とする仲裁廷によるものか否かを問わず）承認・執行制度を導入しつつ、外国裁判所による未確定の裁判については引き続き承認・執行制度を導入しないという方向で規律を整備することとした場合には、（それが最終的には我が国における政策判断の問題であると整理するとしても、）我が国の法制上、承認・執行制度の有無に関して両者に違いを設けることの合理性を理論的にどのように説明するかという点は、なお問題となるものと考えられる。

研究会資料2において指摘したとおり、仲裁と裁判とを比較した場合には、国家行為としての色彩の有無、当事者の合意を不可欠の前提とするか否か（すなわち、仲裁は、紛争解決を第三者に委ねるという合意をその本質的基礎としており、そのような合意が一切存しない裁判とは本質を異にする）といった点において、両者の間には質的相違があるといえることができる。

そして、仲裁廷による暫定保全措置が行われるには、その前提として、①仲裁合意が存在すること、②仲裁合意において暫定保全措置が排除されていないこと（当事者が仲裁合意において暫定保全措置を排除することを定めた場合には、仲裁廷は、暫定保全措置を行う根拠を失い、これ

を行うことができない。)等が必要であるとされており⁴、これらのことからすれば、仲裁廷による暫定保全措置が発せられる場面では、少なくとも、仲裁合意の当事者において仲裁廷による暫定保全措置を排除しない旨の(明示又は黙示の)合意が存在しているものと評価し得ると考えられる。

加えて、モデル法の2006年改正案の審議がされたUNCITRAL第2作業部会(仲裁調停作業部会⁵)においては、既に、仲裁廷による暫定保全措置の執行力について何らかの立法上の国際的調和が必要であることについては参加各国の間で異論が見られなかったこと⁶、モデル法において暫定保全措置に執行力を付与する規定を設けることについては世界各国の仲裁関係者や常設仲裁機関からの強い要望があったこと⁷、同作業部会における審議では、いわゆる予備保全命令に関する規律を除き、ほぼ争いが無い状態であったこと⁸などからすれば、今般、仲裁合意の当事者において仲裁廷による暫定保全措置を排除しない旨の(明示又は黙示の)合意が存在していると評価し得る場面では、(仮に仲裁合意において合意した仲裁地の法令では暫定保全措置の承認・執行制度が存在しない場合であっても)実際に暫定保全措置の承認・執行がされる可能性があることも当事者において想定し得る(更にいえば、このことを想定した上でその可能性を排除しなかった)ものとして評価することが可能である(ないし、そのような評価の上で所要の承認・執行制度を立法政策として採用することは相当である)との考え方があり

4 関戸麦著『別冊NBL No. 167 わかりやすい国際仲裁の実務』(商事法務, 平成31年)60~61頁参照

5 この作業部会の呼称は、第40会期までは「仲裁作業部会」、第41会期以降は「仲裁調停作業部会」とされているが、ここでは呼称変更の前後を問わず後者によった。

6 三木浩一「商事仲裁法制の国際的調和に関する新たな動き(下)」NBL702号(平成12年)37頁参照

7 三木浩一「UNCITRAL国際商事仲裁モデル法2006年改正の概要(下)」JCAジャーナル54巻7号(平成19年)20頁参照

8 内閣に設けられた司法制度改革推進本部の仲裁検討会第5回会議(平成14年5月27日開催)議事録によれば、当時のモデル法の2006年改正における議論の状況に関し、「ただ、17条にしましても次の新条にしましても、先ほど御紹介しました7条の方と違いまして、ほぼ固まったという状態にまでは至っておりません。ただ、至っておらない理由ですが、それは専ら・・・一方当事者の審尋だけで暫定的保全命令が出せるかという問題が専ら大変な議論になっておりまして、そこばかりが争われていると。逆に言うと、それ以外のところではほとんど争いが無いという状態であります。」(<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/tyuusai/dai5/5gijiroku.html>)といった紹介がされている(研究会資料1の3頁参照)。

得ると考えられる。

(3) 小括

以上を踏まえ、仲裁判断（我が国を仲裁地とする仲裁廷によるものか否かを問わない。）及び外国判決について承認・執行制度を設けている現行法を前提とし、今般、仲裁廷による暫定保全措置についてのみ（我が国を仲裁地とする仲裁廷によるものか否かを問わず）承認・執行制度を導入する制度構想について、どのように考えるか。

2 モデル法の2006年改正に対応した規律の要否についての検討^{9 10}

(1) 暫定保全措置の定義（類型）に関する規律

モデル法の2006年改正において暫定保全措置の定義（類型）について明文の規定が設けられたこと（第17条第2項参照）を踏まえ、次のような規律を設けることの当否やその具体的な規律の在り方について、どのように考えるか。

モデル法（2006年改正後）	考えられる規律の例
<i>Article 17. Power of arbitral tribunal to order interim measures</i> (1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures.	【暫定措置又は保全措置の定義】 （暫定措置又は保全措置） 第24条 仲裁廷は、当事者間に別段の合意がない限り、その一方の申立てにより、いずれの当事者に対しても、 【紛争の対象について】 仲裁廷が必要と認める暫定措置又は保全措置を講ずることを命ずることができる。
(2) An interim measure is any	2 前項に規定する暫定措置又は保

⁹ 以下、この項におけるモデル法を踏まえた規律を例示する部分（ゴシック体の部分）の記載については、研究会資料1及び2と同様に、基本的に、中村達也訳「3. UNCITRAL国際商事仲裁モデル法（1985年）2006年改正版」UNCITRALアジア太平洋地域センター（UNCITRAL-RCAP）グローバル私法フォーラム（GPLF）編『これからの国際商取引法—UNCITRAL作成文書の条文対訳』（商事法務、平成28年）15～47頁、第1回研究会参考資料6（日弁連要綱試案）を参照した（モデル法の訳文としては、このほかに、澤田壽夫「UNCITRAL仲裁模範法の改定」ジュリスト1319号（平成18年）145～153頁、三木浩一「UNCITRAL国際商事仲裁モデル法2006年改正の概要（上）」JCAジャーナル54巻6号（平成19年）3～10頁がある。）。なお、加えて参照した文献がある場合には、その部分につき、当該文献を脚注で明示する。

¹⁰ この項における考えられる規律の例は、飽くまで例示であり、法形式について予断するものではない。なお、論点となり得る部分については、ブラケット（角括弧：[]）を付している。

temporary measure, whether in the form of an award or in another form, by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party to:

- (a) Maintain or restore the status quo pending determination of the dispute;
- (b) Take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself;
- (c) Provide a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied; or
- (d) Preserve evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute.

全措置とは、[仲裁判断の形式によるか又はその他の形式によるかを問わず、] 仲裁手続に付された民事上の紛争の全部を解決する仲裁判断がされる前の時点において、仲裁廷が当事者に対して一時的に次の各号に掲げる措置を講ずることを命ずるものをいう。

- ① 仲裁手続に付された民事上の紛争の全部についての仲裁判断がされるまでの間、その係争物の現状の変更を禁止し又はその現状が変更されたときは当該係争物を原状に回復すること。
- ② 現在若しくは急迫の損害を生じさせ若しくは仲裁手続の円滑な進行を妨げる行為を防止すること、又は当該行為をやめること。
- ③ 仲裁判断を実現するために必要な財産を保全すること。
- ④ 仲裁手続に付された民事上の紛争の解決のために必要な証拠を保全すること。

(説明)

ア 暫定保全措置の定義（類型）に関する規律の明文化の必要性

第2回会議においては、モデル法第17条第2項と同様の定義規定については、我が国における執行可能性のあるものに限った形で規定を設けるか、それが法制上困難であるとすれば明文の規定を設けないといった考え方もあり得るのではないかと指摘がされた。

これに対しては、モデル法第17条第2項と同様の規律を設けるべきとする立場から、ある暫定保全措置が我が国の法令によって執行することができないものであるときは、執行拒絶事由に該当するものと

して執行の対象としないこととすれば足りるから、我が国の仲裁法上の暫定保全措置の定義（類型）から我が国における執行可能性のないものを除外することは、その規定ぶりにおいて国際的な潮流に反することとなるのではないかとの指摘¹¹がされた。

ここでモデル法の2006年改正における議論を参照すると、モデル法上、同改正により暫定保全措置に執行力が付与されるため、仲裁廷が発令し得る暫定保全措置の種類と内容が関係者にとって予測可能な程度に明確であると同時に、執行力の付与に値するものでなければならないことから、その定義が明文化されたものであるとされている¹²。

一方で、執行拒絶事由の一つであるモデル法第17I条第1項第(b)号(i)の規定¹³は、暫定保全措置の内容や方法が多様であり、仲裁廷が属する法文化や法システムなどと執行地の裁判所が属するそれらが異なる場合には、仲裁廷が命じた暫定保全措置が裁判所の執行権限と相いれないことがあり得ることから、執行拒絶事由として定められたものであるとされている¹⁴。

以上を踏まえると、仮に我が国の仲裁法において暫定保全措置に執行力を付与する旨の規律を整備することとする場合には、モデル法と同様、「執行力の付与に値する」というべき暫定保全措置の種類と内容が明文により規定されることは、関係者の予測可能性を確保するこ

¹¹ 具体的には、英米法諸国の仲裁廷では、財産（資産）凍結命令（Freezing Injunction 又は Mareva Injunction）のような暫定保全措置が発せられることもあり得るが、仮に我が国における執行可能性のあるものに限定した定義（類型）規定を設けるとすると、そのようなものが日本を仲裁地とする場合には発令することができなくなってしまうとの指摘がされた。

¹² 前掲三木・改正の概要（下）18頁参照

¹³ 「暫定保全措置が裁判所に与えられた権限と相いれないこと。ただし、裁判所が、当該暫定保全措置を執行するために、自らの権限及び手続に適合させるのに必要な範囲において、その実質を変更することなく、当該暫定保全措置を再構成する旨の決定をする場合は、この限りでない。」（前掲三木・改正の概要（上）9頁参照）

¹⁴ 前掲三木・改正の概要（下）20～21頁参照。なお、UNCITRAL第2作業部会においては、いわゆる訴訟禁止命令（Anti-suit Injunction）につき、多くの法システムの下で認められているものとはいえないものの、より一般的なものとなってきており、仲裁手続の保護にとって重要な役割を果たすものであることから、（これを暫定保全措置の一類型とした上で、裁判所に付与された権限と相いれない場合には）モデル法第17I条第1項第(b)号の承認又は執行の拒絶事由の規定をセーフガードとすることとしたものとされている（Howard M. HOLTZMANN et al., *A guide to the 2006 amendments to the UNCITRAL model law on international commercial arbitration : legislative history and commentary* (2015), The Netherlands, Wolters Kluwer Law & Business, p.167）。

とにつながることも考え得る。もっとも、モデル法自体が、仲裁廷が属する地と執行地の裁判所が属する地との間で法文化や法システムなどが異なることを念頭に執行拒絶事由の規律を設けていることに照らせば、モデル法が暫定保全措置の定義規定として想定する「執行力の付与に値するもの」とは、一般的に執行力を付与し得ると考えられるもの¹⁵（したがって、実際の執行地の裁判所が属する国の法制によっては執行可能性がないものを含み得ることになる。）を示したものと理解することができるものと考えられる。

イ 暫定保全措置の定義（類型）に関する規律の性質について

第2回会議では、モデル法第17条第2項の規定は、同条第1項でいうところの暫定保全措置の外延を画するものであるとの指摘がされた一方で、同規定が、その外延から外れる暫定保全措置であっても仲裁廷の判断によって発令し得るという意味において、暫定保全措置について例示列挙をした規定であるとするれば、そのような規定を設けることにメリットがあるといえるのかが問題となり得るとの指摘がされた。この点に関しては、（仮に例示列挙だとしても）モデル法第17条第2項第(b)号（仲裁手続の進行を妨げる行為の防止等）や同項第(d)号（証拠保全）所定の暫定保全措置に相当するものについては、明文の規定を設けておく必要性が高いとの指摘がされた。

そこで、まず、モデル法の2006年改正における議論を参照すると、モデル法第17条第2項は、前記のとおり、モデル法上、2006年改正により暫定保全措置に執行力が付与されることを踏まえ、仲裁廷が発令し得る暫定保全措置の種類と内容が関係者にとって予測可能な程度に明確であると同時に、執行力の付与に値するものでなければならないことから、第(a)号から第(d)号までの4種類の暫定保全措置を限定列挙したものであるとされている¹⁶。そうすると、仮にモデ

¹⁵ UNCITRAL事務局による2006年改正後のモデル法の注釈書（UNCITRAL secretariat Vienna International Centre, *Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006*, Austria: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/MLARB-explanatoryNote20-9-07.pdf>）8頁では、この「第1節 暫定保全措置」（モデル法第17条及び第17A条から成るもの）は、暫定保全措置の一般的な定義を規定するとともに、これを認めるための要件を示すものである（Section 1 provides a generic definition of interim measures and sets out the conditions for granting such measures.）とされている。

¹⁶ 前掲三木・改正の概要（下）18頁参照。なお、UNCITRAL第2作業部会では、当初、限定列挙とすることに反対の意見もあったものの、「暫定保全措置が求められる可

ル法の2006年改正と同趣旨の規律を設けるとすれば、当該規律は、限定列举としての性質を有するものとして理解されることになるものと考えられる（もっとも、モデル法第17条第1項が「Unless otherwise agreed by the parties,」と定め、これを受けた我が国の仲裁法第24条第1項が「当事者間に別段の合意がない限り,」と定めていることを踏まえれば¹⁷、当事者間において別段の合意¹⁸があった場合には当該合意によることを許容する前提での規律となるとの考え方があり得る¹⁹が、仮に、上記の限定列举に該当しないような暫定保全措置が想定され得るとした場合において、仲裁廷が当事者間の別段の合意に基づいてそのような措置を発令したとすれば、当該措置は、おおよそ後記(7)の承認・執行制度の対象にはならないものと考えられる。)

いずれにしても、この規定が仲裁廷の権限をどのように規律するものであるのかについては、仮に限定列举と理解した場合にどのようなものが含まれ得るのかという点を踏まえた上で検討する必要があると考えられることから、その具体的な意義について更に検討することとする。

ウ 暫定保全措置の各類型の具体的な意義について

第2回会議においては、モデル法第17条第2項第(b)号（より具体的には、仲裁手続の進行を妨げる行為の防止等）や同項第(d)号（証拠保全）所定の暫定保全措置に相当するものについては規律の明確化の

能性のある全ての状況を含む柔軟なアプローチを提供する（The current draft thus provided a flexible approach covering all possible circumstances in which an interim measure might be sought.）」との考えに基づき、四つの広い類型を設けることとしたものとされている（同作業部会第39会期報告書（2003年）[\[https://undocs.org/A/CN.9/545\]](https://undocs.org/A/CN.9/545) 第21段落参照）。

¹⁷ 我が国の仲裁法第26条は、「仲裁廷が従うべき仲裁手続の準則は、当事者が合意により定めるところによる。ただし、この法律の公の秩序に関する規定に反してはならない。」と定めているところ、ここでいう「この法律の公の秩序に関する規定」とは、強行法規を意味するとされており、同法では、その一応の目安として、任意規定については、当事者の別段の合意による定めが許容されるとする趣旨の文言を挿入しており、同法第24条第1項及び第2項は、いずれも強行規定ではないものとされている（近藤昌昭ほか著『仲裁法コンメンタール』（商事法務、平成15年）124～125頁、135頁参照）。

¹⁸ 具体的には、そもそも仲裁廷による暫定保全措置の発令を認めないとする合意が想定され得る。

¹⁹ なお、一般社団法人日本商事仲裁協会（JCAA）の策定した商事仲裁規則（以下「JCAA商事仲裁規則」という。）第71条第1項は、「当事者は、書面により、仲裁廷が相手方当事者に対して保全措置を講じるべきことの命令（以下「保全措置命令」という。）を求めることができる。求めることができる保全措置には、以下に掲げるものを含む。」として、例示列举であることを明示しているものと考えられる。

必要性が高いとの指摘²⁰がされたほか、我が国の民事保全法（平成元年法律第91号）上のいわゆる断行の仮処分のようなものは、モデル法第17条第2項各号所定の暫定保全措置に含まれるのかといった点についての指摘がされた。

そこで、モデル法第17条第2項各号の暫定保全措置と我が国の裁判手続とを比較すると、①モデル法第17条第2項第(a)号及び第(b)号は、民事保全法上の仮処分（係争物の仮処分及び仮の地位を定める仮処分²¹の両者を含む。）にほぼ対応し、②同項第(c)号は、民事保全法上の仮差押えにほぼ対応し、③同項第(d)号は、民事訴訟法（平成8年法律第109号）第234条以下に規定されている証拠保全にほぼ対応するものとされている^{22 23}。

それぞれの具体的な内容について更に敷衍すると、①現状維持、原状回復のための暫定保全措置（モデル法第17条第2項第(a)号）とは、仲裁手続中、現状を維持するために暫定保全措置の被申立人による一定の行為を阻止し、又は被申立人がとった行為を原状に戻すよう命ずる措置をいい、仲裁判断が出るまでの間、被申立人に対し㉞係争物の

²⁰ 第1回研究会参考資料6（日弁連要綱試案）5頁においても、仲裁手続の妨害を防ぐ行為や、証拠の保全については、暫定保全措置としてこれらを命ずることができることを明確化しておく意義があるとの指摘がされている。

²¹ 我が国の民事保全法における仮の地位を定める仮処分のうち代表的なものとしては、引渡し・明渡しの断行の仮処分、金員仮払いの仮処分、意思表示を命ずる仮処分、生活妨害行為の差止めの仮処分、抵当権その他の担保権の実行禁止の仮処分、地位保全の仮処分、出版差止めの仮処分、法人の役員の職務執行停止・代行者選任の仮処分などがあるとされている（山本和彦ほか編『新基本法コンメンタール民事保全法』（日本評論社、平成26年）90～92頁〔佐瀬裕史〕参照）。

²² 前掲三木・改正の概要（下）18頁参照

²³ 我が国の仲裁法第24条第1項所定の「暫定措置又は保全措置」は、モデル法上の暫定保全措置とされているものと格段異なるものではないが、主として、仲裁判断の実効性を確保するため、係争物の現状や価値を維持するためのものを「保全措置」といい、仲裁判断によって権利義務関係が確定するまでの間に当事者に生ずるであろう不利益を軽減するため、暫定的又は一時的に、一定の給付や行為を命じたり、臨時の法律関係を形成したりする措置を「暫定措置」ということがあり、「保全措置」の例としては、物品売買取引関係の紛争に関し、係争商品の保全措置・価値の維持措置（第三者への預託、腐りやすい商品の売却など）が挙げられ、「暫定措置」の例としては、請負契約関係の紛争に関し、瑕疵ある部分の応急的補修工事の実施や中断中の建設工事の一部継続などが挙げられるとされている（前掲仲裁法コンメンタール116頁参照）。

本資料においては、便宜上、「考えられる規律の例」に関する部分を除き、基本的には「暫定保全措置」という文言を用いることとしている。

処分又は占有移転²⁴、④契約の解除権の行使²⁵といった行為の禁止や原状の回復²⁶を命ずるものとして整理することができるものと考えられる。

次に、②現在若しくは急迫の損害を生じさせ又は仲裁手続の円滑な進行を妨げる行為の防止・中止のための暫定保全措置（モデル法第17条第2項第(b)号）としては、仲裁期間中、当事者間の紛争が拡大し損害が拡大しないよう、被申立人に対し、⑦妨害禁止命令、⑧競業禁止命令、⑨契約の履行継続（製品の継続的供給、建設工事の続行等）命令²⁷、⑩パフォーマンス・ボンド（契約履行保証）の実行禁止命令、⑪バンク・ギャランティー（銀行保証）の延長命令、⑫株主間契約に則った議決権行使命令、⑬秘密保持義務の遵守命令といった作為・不作為を命ずる措置が挙げられるものとされている²⁸。また、第2回会議では、その具体例として、いわゆる訴訟禁止命令（Anti-suit Injunction）が挙げられた²⁹。これは、仲裁合意に違反して訴訟提起

²⁴ 例えば、仲裁の本案において申立人が被申立人に対し係争物の引渡しを求めている仲裁において、当該本案の被申立人が係争物の占有を第三者に移転してしまうと、係争物が仲裁合意の当事者の手を離れる結果、当該第三者は当該本案についての仲裁判断に拘束されないことから、仲裁判断で申立人の請求が認容されても、申立人が実質的に救済を得られなくなるため、仲裁廷が被申立人に対して係争物の第三者への引渡しを禁ずる命令を発令することは比較的多いとされている（谷口安平＝鈴木五十三編著『国際商事仲裁の法と実務』（丸善雄松堂，2016年）332頁〔小原淳見〕参照）。

²⁵ 例えば、ライセンス契約をライセンサー（実施許諾者）が解除すると、ライセンシー（実施権者）は、ライセンス技術を実施することができず、その事業が立ち行かなくなり、倒産の危険すら生ずることがあり、そのような場合には金銭賠償による救済では十分な補償が得られないとして、少なくとも仲裁期間中はライセンサーによる契約の解除を阻止する暫定保全措置が発せられることがあるとされている（前掲谷口＝鈴木332頁〔小原〕参照）。

²⁶ J C A A 商事仲裁規則における同様の暫定保全措置の例としては、代理店契約の解除が争われている事件において代理店たる地位を仮に定め、当該代理店への商品供給の継続を命じる命令があるとされている（一般社団法人日本商事仲裁協会「コンメンタール商事仲裁規則」（2014年当時の規定に関するもの。以下同じ。）98頁参照）。

²⁷ 例えば、独占的代理店契約の解除が争われている事件において、他の代理店への商品供給を差し止める命令があるとされている（前掲コンメンタール商事仲裁規則98頁参照）。このような契約の履行継続命令を内容とする暫定保全措置については、個別具体的な事案における契約の内容や履行すべき具体的な給付等の内容によっては、前記①にも該当し得るようなものも想定され得るところである。

²⁸ 前掲谷口＝鈴木333頁〔小原〕参照

²⁹ 訴訟禁止命令がこの②に含まれることについては、UNCITRAL第2作業部会第43会期報告書（2005年）〔<https://undocs.org/A/CN.9/589>〕第20段落参照。

なお、コンメンタール商事仲裁規則においても、仲裁手続の進行を妨げる行為を禁ずる命令があるとされている（前掲コンメンタール商事仲裁規則98頁参照）。

及び訴訟追行をすることを禁止し、又は既に係属している訴訟の取下げを命ずる措置のことをいい、同一の争点に関連して複数の紛争解決手続が係属するのは、当事者の手続の負担のみならず、複数の手続で結論が矛盾するおそれもあり、紛争解決の観点から望ましくないことを理由とするものであるとされている³⁰。

また、③仲裁判断を実現するために必要な財産の保全のための暫定保全措置（モデル法第17条第2項第(c)号）とは、例えば、貸金返還請求事件において支払原資となる財産を散逸させることを禁ずる命令があるとされている³¹。

そして、④証拠保全のための暫定保全措置（モデル法第17条第2項第(d)号）としては、例えば、当事者が仲裁廷に提出する証拠を確保するため、第三者である検査者（検査官）を選任して同者に係争物の状況、工事現場の状況等の検査を求めるものがあるとされている³²。

このように、現在の仲裁実務における暫定保全措置は上記の暫定保全措置の種類のいずれかには該当し得るものと考えられる一方、問題のあるものが含まれているとの指摘も見当たらないほか、上記暫定保全措置のほかに、仲裁廷が行い得るものとするのが適切な暫定保全措置の類型を具体的に想定することは困難である。

以上を踏まえると、仮に、我が国の仲裁法においてモデル法第17条第2項と同様の規律を整備する、すなわち基本的に、仲裁廷の暫定保全措置の外延を画する限定列举としての性質を有するものとして規律を整備するものとしても、特段の問題がないとの評価があり得る（本文の「考えられる規律の例」では、実質的にモデル法第17条第2項と同様の規律を整備する観点から、現時点における試みまでの案を提示したものであるが、仮にこの案では実務上想定され得る暫定保

³⁰ 前掲谷口＝鈴木333頁〔小原〕参照。なお、同書では、ある訴えが提起された場合に仲裁合意に反するか否かを判断するのは、本来、受訴裁判所の権限に属し、特に、他の国の裁判所への提訴や他の国の裁判所で係属している訴訟事件につき仲裁廷が干渉する行為は、仮に暫定保全措置の名宛人が当該訴訟事件の当事者であったとしても、他の国の主権を侵害するおそれもあるため、実務上は、提訴や訴訟の係属によって仲裁廷の権限や仲裁手続の遂行が阻害されるおそれがあるような場合に限りて訴訟禁止命令を発動すべきであるとの指摘もあるとされている。

³¹ 前掲コンメンタール商事仲裁規則98頁参照

³² 前掲谷口＝鈴木333頁〔小原〕参照。なお、JCAA商事仲裁規則においても、仲裁手続における証拠の隠匿・改変・毀損その他権利の存否確定の妨げになる変更行為を防ぐことを目的とするものであるとされている（前掲コンメンタール商事仲裁規則98頁参照）。

全措置が一部含まれないこととなり得るのであれば、（執行力の付与の対象とし得るものであることを前提に）そうしたものも含まれるように規律の文言等を更に検討することが考えられる。）。

なお、モデル法の2006年改正では、モデル法第17条第1項についても、「紛争の対象事項について（in respect of the subject-matter of the dispute）」との要件があることによって、仲裁廷がいわゆる訴訟禁止命令（Anti-suit Injunction）や財産（資産）凍結命令（Freezing Injunction 又は Mareva Injunction）といった、必ずしも紛争の対象事項そのものではない事項に係る暫定保全措置を発令する権限を有しないものと考えられてしまうおそれがあることを踏まえ、上記の要件が削除されるに至っている³³。そのため、仮に、前記のような暫定保全措置の定義（類型）に関する規律を整備する際には、現行の仲裁法第24条第1項の「紛争の対象について」との文言を併せて削除することも考えられる。

エ 暫定保全措置の形式について

本文の「考えられる規律の例」では、研究会資料2と同様に、モデル法の規定を参考に、（ブラケットを付した形で）「、仲裁判断の形式によるか又はその他の形式によるかを問わず」との文言を付している。

暫定保全措置の形式について、モデル法第17条第2項は、いずれの形式であってもよいものとしているところ、諸外国の例では、仲裁法で暫定保全措置を仲裁判断として取り扱う旨を規定するものや、仲裁法における仲裁判断には暫定的仲裁判断（Interim Award）も含まれる旨を規定しているものもある³⁴。また、主な仲裁機関の仲裁規則

³³ HOLTZMANN et al., supra, p.166, UNCITRAL第2作業部会第36会期報告書（2002年）〔<https://undocs.org/A/CN.9/508>〕第52～53段落、同作業部会第43会期報告書（2005年）〔<https://undocs.org/A/CN.9/589>〕第25段落参照

³⁴ 例えば、スコットランドでは、仲裁廷は、仲裁の対象事項の全部又は一部に関し、暫定仲裁判断（Provisional Award）という形で暫定保全措置を命ずる権限を有するとされている（スコットランド仲裁規則第53条）。また、香港では、仲裁廷が暫定保全措置を発令した場合、仲裁廷は、いずれかの当事者の申立てにより、暫定保全措置と同様の趣旨で仲裁判断をすることができる（If an arbitral tribunal has granted an interim measure, the tribunal may, on the application of any party, make an award to the same effect as the interim measure.）とされている（香港仲裁条例第35条第3項）。そして、フランスでも、仲裁廷が暫定保全措置を執行可能なものとするためにこれを仲裁判断（award）として行う場合があることが指摘されている（国際法曹協会（IBA: International Bar Association）仲裁委員会が公表している仲裁ガイド（Arbitration Guide。URL :

では、仲裁廷が「命令 (order)」又は「判断 (award)」等の形式で暫定保全措置を発令することができるものと規定しているものが多く、通常は、「手続命令 (Procedural Order)」の一環で「命令」として発せられることが多いものの、暫定保全措置につき外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約(昭和36年条約第10号。いわゆるニューヨーク条約)等の適用対象とすることにより執行しやすくするために「判断」の形式で発せられる場合があるとの指摘もある。³⁵

他方で、我が国の仲裁法において、仲裁廷が行う判断の形式として「仲裁判断」との語を用いようとする場合には、本案を解決する性質(終局性)を有することが含意され得ること(仲裁法第2条第1項、第40条第1項参照)³⁶からすれば、少なくとも、現行法上、同法第24条に基づく暫定保全措置については「判断」の形式で発令されることは想定されていないものと考えられる。

以上を踏まえると、仮に暫定保全措置の定義(類型)についての規律を設けるとしても、その形式については、引き続き現行法の規律を維持し、モデル法のような「仲裁判断の形式によるか又はその他の形式によるかを問わず」との文言を付さない形で規律を整備することが考えられる。

オ 小括

研究会資料2において見たとおり、モデル法第17条第1項と同様に、我が国の仲裁法も、第24条第1項の規定(「仲裁廷は、当事者間に別段の合意がない限り、その一方の申立てにより、いずれの当事者に対しても、[紛争の対象について] 仲裁廷が必要と認める暫定措置又は保全措置を講ずることを命ずることができる。」)を前提に暫

https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Arbcountryguides.aspx のフランス版(2012年3月)9~10頁VI(i)参照)。

他方で、ドイツでは、暫定保全措置は、一般に、(仲裁)判断の形式ではなく、命令の形式により発せられる(Interim relief is typically granted in the form of an order rather than an award.)とされている(前掲仲裁ガイドのドイツ版(2018年2月)10頁VI(i)参照)。

³⁵ 以上につき、前掲谷口=鈴木336~337頁[小原]参照

³⁶ 外国では「arbitration award (仲裁判断)」につき「final award (終局判断)」, 「interim award (中間判断)」, 「interlocutory award (中間判断)」, 「partial award (部分判断)」といった語が用いられることもあり、国際的に定着した「仲裁判断(award)」の定義はないとされているが、我が国の仲裁法では、「仲裁手続は、仲裁判断又は仲裁手続の終了決定があったときに、終了する。」とされていることから、仲裁手続を終了させるような判断が「仲裁判断」であると解されている(同法第40条第1項参照)。なお、同項に対応するモデル法第32条第1項では「final award」の語が用いられている(以上につき、谷口=鈴木336~337頁参照)。

定保全措置の定義（類型）について本文の「考えられる規律の例」記載のような規定を設けることとした場合には、その規定は、当事者間において別段の合意がされずに仲裁法第24条の規定が適用される場合における暫定保全措置の定義（類型）を限定列挙したものということになるものと考えられる。

以上のような検討を踏まえ、本文のような規律を設けることの当否やその具体的な規律の在り方について、どのように考えるか。

(2) 暫定保全措置の発令要件に関する規律

モデル法の2006年改正において暫定保全措置の定義（類型）について明文の規定が設けられたこと（第17A条参照）を踏まえ、次のような規律を設けることの当否やその具体的な規律の在り方について、どのように考えるか。

モデル法（2006年改正後）	考えられる規律の例
<p><i>Article 17 A. Conditions for granting interim measures</i></p> <p>(1) The party requesting an interim measure under article 17(2)(a), (b) and (c) shall satisfy the arbitral tribunal that:</p> <p>(a) Harm not adequately reparable by an award of damages is likely to result if the measure is not ordered, and such harm substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted; and</p> <p>(b) There is a reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits of the claim. The determination on this possibility shall not affect the</p>	<p>【暫定措置又は保全措置の発令要件】</p> <p>1 前記(1)2①から③までの規定に基づく暫定措置又は保全措置の申立てをするとき、次の各号に掲げる全ての事項を証明しなければならない。</p> <p>① 当該暫定措置又は保全措置が命じられなければ、[損害賠償を命ずる仲裁判断によっては十分に償うことのできない][著しい]損害が申立人に生ずるおそれがあり、かつ、[その損害が、当該暫定措置又は保全措置が認められた場合にその名宛人である当事者に生じ得る損害を十分に上回ること][その損害を避けるために当該暫定措置又は保全措置が必要であること]。</p> <p>② 本案について主張した事情が法律上理由があるとみえ、かつ、事実上の点につき疎明があること。[ただし、その判断は、仲裁</p>

<p>discretion of the arbitral tribunal in making any subsequent determination.</p> <p>(2) With regard to a request for an interim measure under article 17(2)(d), the requirements in paragraphs (1)(a) and (b) of this article shall apply only to the extent the arbitral tribunal considers appropriate.</p>	<p>廷が後にする仲裁判断に影響を及ぼさない。]</p> <p>2 前項各号の規定は、前記(1)2④の規定に基づく暫定措置又は保全措置の申立てについて、仲裁廷が適当と認める場合に限り、適用する。</p>
---	---

(説明)

ア 暫定保全措置の発令要件に関する規律の明文化の必要性

第2回会議においては、暫定保全措置の発令要件についてもあえて明文化する必要はないとの指摘（特に、機関仲裁を念頭に置いた場合には、仲裁機関ごとの規則において発令要件に関する規定が設けられていることが少なくないため、我が国の仲裁法に明文の規定を設けた場合に、これが当該仲裁機関の規則と異なる規定ぶりであったときは、両者の適用関係が問題となり得ることから、明文の規定は設けずに各仲裁機関の定める規則に委ねれば足りるのではないかとの指摘）がされた。

他方で、実務的には、モデル法第17A条の規律を念頭に置いた要件で暫定保全措置の発令を行っている仲裁廷が少なくないため、明文の規定を置いたとしても実務上支障はなく、（モデル法及びこれを踏まえた仲裁法の理解として、仮に当事者の指定した仲裁機関の規則がこれと異なるときは、当該規則が優先することとなるとの立場を前提として）むしろ任意規定として明文化しておいた方が、我が国の仲裁法がモデル法に準拠したものであると対外的に発信しやすくなるのではないかとの指摘もあった。

また、仮に仲裁法に暫定保全措置の承認・執行に関する規律を設けることとした場合には、この暫定保全措置の発令要件に関する規律を設けることにより、この発令要件を満たさないときは、その承認・執行の拒絶事由（暫定保全措置の手続が日本の法令の規定に違反するものであったこと）が認められるものと考えられるため、明らかに必要性を欠く場合に発令された暫定保全措置など、我が国の仲裁法制になじまない要件の下で発令された暫定保全措置が我が国において承認・執行されることがないようにするために機能し得るとの指摘もあつ

た。

これらの指摘を踏まえて検討すると、仮に、暫定保全措置の定義(類型)について明文の規律を整備することとした場合には、その発令要件についても同様に、具体的な規律を想定しつつ仲裁実務への弊害の有無を検討し、特段それが認められないというのであれば、関係者の予見可能性を確保する観点から、明文の規律を整備するとの考え方があり得る。

なお、モデル法第17A条第1項は、我が国の民事保全法上の保全処分に相応するモデル法第17条第2項第(a)号から第(c)号までの暫定保全措置の発令要件に関する規定であるとされ、また、モデル法第17A条第1項第(a)号は、我が国の民事保全法に基づく保全処分における「保全の必要性」の要件にほぼ対応し、同項第(b)号は、「被保全権利」の要件にほぼ対応するものとされている。また、同条第2項は、我が国の民事訴訟法に基づく証拠保全に相応するモデル法第17条第2項第(d)号の暫定保全措置の発令要件に関する規定であるところ、この暫定保全措置は、他の暫定保全措置とは性格を異にするものであり、その発令要件についても、証拠の客観的性質や証拠を取り巻く事情に応じて判断すべきものであることから、原則として、仲裁廷の裁量に委ねられたものとされている³⁷。そうすると、暫定保全措置の発令要件に関する具体的な規律の在り方については、我が国の民事保全法や民事訴訟法の規定等を参考にしつつ検討することが考えられる。

イ 暫定保全措置の発令要件に関する規律の具体的な在り方について

(7) モデル法第17A条第1項に対応する要件について

a 第(a)号に対応する要件について

まず、モデル法第17A条第1項第(a)号の要件については、第2回会議において、「Harm not adequately reparable by an award of damages is likely to result」との要件について、一般に、「暫定保全措置が命じられなければ、損害賠償を命じる仲裁判断によっては十分に償えない損害が生じる可能性があ(る)」と訳されている³⁸が、我が国の法制上、「償うことができない損害」という要件は、相当厳格なものと考えられるところであり、我が国の仲裁法に同様の規律を設ける際にはより緩やかな文言とすべきではないかとの指摘がされた。

³⁷ 以上につき、前掲三木・改正の概要(下)18頁、前掲関戸61頁参照

³⁸ 前掲中村訳28頁参照

このような指摘を踏まえて検討すると、モデル法の2006年改正における議論では、この要件について、当初、いくつかの国の法システムにおいて採用されていた「取り返しのつかない損害 (irreparable harm)」との文言を用いる方向で検討されており、その例としては、「金では買えないか、又は唯一の芸術作品の喪失 (loss of a priceless or unique work of art)」、「事業の破綻 (a business becoming insolvent)」、「極めて重要な証拠の喪失 (loss of essential evidence)」、「極めて重要な商機の喪失 (loss of an essential business opportunity)」等が挙げられていたものの、この文言では、解釈が分かれる可能性があり、金銭的な賠償によっては償うことのできない危害がある場合 (in circumstances in which the potential harm cannot be remedied by monetary compensation) のみを指すといった制限的な解釈がされるおそれがあることから、「取り返しのつかない損害」よりも低い要件を提示し、暫定保全措置の発令に必要な損害の程度を決定するに当たり仲裁廷に裁量権を付与する観点から、最終的に「Harm not adequately reparable by an award of damages is likely to result」との文言を用いることとなったものとされている³⁹。

そして、我が国の法制上、「償うことが(の)できない損害」との要件を定めるものとしては、民事訴訟法第403条(執行停止の裁判)第1項第1号及び第2号の規定⁴⁰、民事保全法第27条(保全執行の停止の裁判等)第1項の規定⁴¹、行政事件訴訟法

³⁹ HOLTZMANN et al., supra, pp.169-70 参照

⁴⁰ 民事訴訟法第403条第1項は、「次に掲げる場合には、裁判所は、申立てにより、決定で、担保を立てさせて、若しくは立てさせないで強制執行の一時の停止を命じ、又はこれとともに、担保を立てて強制執行の開始若しくは続行をすべき旨を命じ、若しくは担保を立てさせて既にした執行処分の取消しを命ずることができる。(以下略)」と定めており、同項第1号は「第327条第1項(中略)の上告又は再審の訴えの提起があった場合において、不服の理由として主張した事情が法律上理由があるとみえ、事実上の点につき疎明があり、かつ、執行により償うことができない損害が生ずるおそれがあることにつき疎明があったとき。」と、同項第2号は「仮執行の宣言を付した判決に対する上告の提起又は上告受理の申立てがあった場合において、原判決の破棄の原因となるべき事情及び執行により償うことができない損害を生ずるおそれがあることにつき疎明があったとき。」と定めている。

⁴¹ 民事保全法第27条第1項は、「保全異議の申立てがあった場合において、保全命令の取消しの原因となることが明らかな事情及び保全執行により償うことができない損害を生ずるおそれがあることにつき疎明があったときに限り、裁判所は、申立てにより、保全異議の申立てについての決定において第三項の規定による裁判をするまでの間、担保

(昭和37年法律第139号)第37条の5(仮の義務付け及び仮の差止め)の規定⁴²が挙げられるところ、例えば、民事訴訟法第403条第1項第1号及び第2号でいう「償うことができない損害」とは、単にその損害の回復が困難であるにとどまらず、それが不可能であるか、それに近い場合をいうものとされており、通常、金銭をもっては損害の回復が得られない場合又は債権者(執行停止に被申立人)の財産状態では償うことができない大きな損害を生ずる場合等が挙げられている^{43 44}。

そうすると、仮に「償うことができない損害」との文言を用いて発令要件に関する規律を整備することとした場合には、我が国における既存の規定についての解釈論を参考に、モデル法の2006年改正における議論において懸念された制限的な解釈(金銭的な賠償によっては償うことのできない危害がある場合のみを

を立てさせて、又は担保を立てることを条件として保全執行の停止又は既にした執行処分の取消しを命ずることができる。」と定めている。なお、ここでいう「償うことができない損害」の意義については、基本的に民事訴訟法第403条第1項第1号及び第2号と同様に、事後的に金銭賠償によっては償えないような損害であることを意味するものとされている(前掲新基本法コンメンタール民事保全法120頁〔四宮知彦〕参照)。

⁴² 行政事件訴訟法第37条の5第1項は、「義務付けの訴えの提起があつた場合において、その義務付けの訴えに係る処分又は裁決がされないことにより生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があり、かつ、本案について理由があるとみえるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもって、仮に行政庁がその処分又は裁決をすべき旨を命ずること(以下この条において「仮の義務付け」という。)ができる。」旨を、同条第2項は、「差止めの訴えの提起があつた場合において、その差止めの訴えに係る処分又は裁決がされることにより生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があり、かつ、本案について理由があるとみえるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもって、仮に行政庁がその処分又は裁決をしてはならない旨を命ずること(以下この条において「仮の差止め」という。)ができる。」旨をそれぞれ規定している。

⁴³ 高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法第5巻』(有斐閣、平成27年)849頁〔谷口安史〕参照。なお、秋山幹男ほか著『コンメンタール民事訴訟法Ⅶ』(日本評論社、平成28年)では、この記載を引用した上で、具体的にどのようなものをいうかは一義的には決し難く、常識的にみて、債務者(被告)が事後的に金銭賠償を受けることによって満足すべき場合か否かによって決するほかはないとされており、兼子一編著『条解民事訴訟法〔第2版〕』(弘文堂、平成23年)1920頁〔高田裕成〕でも「償うことのできない損害とは、当該事件の具体的状況に照らして、事後的に金銭賠償によっては補償することのできない種類の損害をいう。」とされている。)。

⁴⁴ なお、行政事件訴訟法第37条の5でいう「償うことのできない損害」とは、「重大な損害」よりも、損害の回復の困難の程度が比較的著しい場合をいうものの、およそ金銭賠償が可能なものが全て除かれるものではなく、むしろ、社会通念に照らして金銭賠償のみによることが著しく不相当と認められるような場合を含むものとされている(小林久起著『司法制度改革概説3 行政事件訴訟法』(商事法務、平成16年)290頁参照)。

指すといったもの)がされるおそれがあるため相当でないとの考え方もあり得ると思われる。

他方で、前記のとおり、このモデル法の要件は、我が国の民事保全法に基づく保全処分における「保全の必要性」の要件にほぼ対応するとの指摘もあることを重視すれば、モデル法第17A条第1項の定める発令要件は、同法第17条第2項第(a)号から第(c)号までの暫定保全措置(第(a)号及び第(b)号は係争物の仮処分及び仮の地位を定める仮処分、第(c)号は仮差押え)に対応するものであることを踏まえ、仮処分命令や仮差押命令の必要性の要件を定める民事保全法第20条⁴⁵や第23条⁴⁶の要件と同様に、「償うことができない損害」ではなく、より低い要件としての「著しい損害」等を要件とするとの考え方もあり得る。

このほか、モデル法第17A条第1項第(a)号では、「その損害が、当該措置が認められた場合にその名宛人である当事者に生じうる損害を十分に上回ること」との要件⁴⁷が併せて設けられている。この点、例えば、仮の地位を定める仮処分についての民事保全法第23条第2項の要件(「争いがある権利関係について債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるためこれを必要とするとき」)については、一般に、仮処分によって債権者が受ける利益と仮処分によって債務者が被る不利益を比較考量して、被保全権利が疎明の段階であっても、仮処分を発令しないことによって生ずる債権者の不利益が著しく大きいと認められるときに保全の必要性が存在すると解されている⁴⁸。このような解釈論

⁴⁵ 民事保全法第20条第1項は、「強制執行をすることができなくなるおそれがあるとき、又は強制執行をするのに著しい困難を生ずるおそれがあるとき」を要件としている。

⁴⁶ 民事保全法第23条は、第1項において、係争物に関する仮処分命令の発令要件として「その現状の変更により、債権者が権利を実行することができなくなるおそれがあるとき、又は権利を実行するのに著しい困難を生ずるおそれがあるとき」との要件を定めるとともに、第2項において、仮の地位を定める仮処分命令の発令要件として「争いがある権利関係について債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるためこれを必要とするとき」との要件を定めている。

⁴⁷ 前掲中村訳28頁参照

⁴⁸ 山崎潮監修『注釈民事保全法【上】』(きんざい、平成11年)314頁〔近藤昌昭〕、竹下守夫ほか編『注解民事保全法(上巻)』(青林書院、平成8年)246頁〔橘勝治〕参照。

なお、行政事件訴訟法第37条の5の「償うことのできない損害」の要件に関しても明文の規定はないものの、本案である義務付けの訴え等につき「損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものと

を前提とすると、民事保全法所定の上記要件は、モデル法第17A条第1項第(a)号所定の上記要件（「その損害が、当該措置が認められた場合にその名宛人である当事者に生じうる損害を十分に上回ること」と）と実質的には同一であるとの考え方もあり得る。そうすると、モデル法第17A条第1項第(a)号所定の上記要件に相応する要件については、民事保全法所定の上記要件と同一の要件（例えば、「その損害を避けるために当該暫定措置又は保全措置が必要であること」と）とするとの考え方もあり得る。

b 第(b)号に対応する要件について

次に、モデル法第17A条第1項第(b)号の要件については、前記のとおり、我が国の民事保全法に基づく保全処分における「被保全権利」の要件にほぼ対応するものとされているところ、モデル法では、「申立人の本案請求が認められる合理的な可能性があること。（以下略）」⁴⁹との要件が設けられている。

この点についても、モデル法の文言そのものを我が国の法制に合わせた形で明文化することには法制上の困難が伴い得ることが指摘されていたところ、我が国の民事保全法は、第13条第1項において「保全命令の申立ては、（略）保全すべき権利又は権利関係（略）を明らかにして、これをしなければならない。」旨を定めるとともに、同条第2項において「保全すべき権利又は権利関係（略）は、疎明しなければならない。」旨を定めているにとどまるが、解釈上は、当該被保全権利の特定のための要素たる事実とともに、これを基礎付ける（理由あらしめる）具体的事実を明らかにすることを要すると解されている⁵⁰。なお、前記aで参照した民事訴訟法第403条について見てみると、同条第1項第1号のように「不服の理由として主張した事情が法律上理由があるとみえ、事実上の点につき疎明があ（る）」との要件を定める例がある⁵¹。

する」との規定が設けられていること（同法第37条の2第2項、第37条の4第2項参照）に照らし、これらの要素を考慮して判断すべきものと解されている（南博方ほか編『条解行政事件訴訟法〔第4版〕』（弘文堂、平成26年）815頁参照）。

⁴⁹ 前掲中村訳28頁参照

⁵⁰ 前掲注釈民事保全法208頁〔畠山稔〕、注解民事保全法135頁〔高野伸〕参照

⁵¹ このほか、仮の義務付け及び仮の差止めに係る行政事件訴訟法第37条の5は、「本案について理由があるとみえるとき」との要件を定めているところ、この要件は、具体的には、本案訴訟である義務付けの訴え又は差止めの訴えに関して主張する事実が、法律上、

これらの解釈論等を踏まえると、モデル法第17A条第1項第(b)号所定の要件との関係では、その日本語訳に相当する規定を設けるとする考え方のほか、民事保全法のように直接の規定までは設けないこととするとの考え方（仲裁廷が一定の暫定保全措置を必要と認める以上、前提として解釈上当然に求められているとの考え方）や、民事訴訟法第403条第1項第1号を参考に「本案について主張した事情が法律上理由があるとみえ、かつ、事実上の点につき疎明があること。」といった文言を用いた規定ぶり⁵²とする考え方などがあり得る。

なお、モデル法第17A条第1項第(b)号では、ただし書として、「但し、かかる可能性に関する決定は、仲裁廷が後に決定を行うに際しての裁量に影響を与えない。」⁵³との要件が併せて設けられている。我が国の裁判手続に関するものとしては、民事保全や仮の救済の場面を念頭に置く限り、それらと本案の場面とで立証の程度を異にしていることもあって明示的にこのような規定を定めた例は見当たらない。もっとも、仲裁実務に照らし、上記規定に相応する規律を設ける必要性が認められるのであれば、上記の「仲裁廷が後に決定を行う」というのは、我が国の仲裁法における「仲裁判断」の場面を指すものと考えられることを踏まえ、例えば、本文の「考えられる規律の例」記載のように、「仲裁判断に影響を及ぼさない」といった形で上記要件に相応する明文の

義務付け又は差止めの判決をする理由となる事情に該当すると一応認められ、かつ、その主張する事実が一応認められることをいうものと解されている（前掲小林292頁参照）。⁵² 暫定保全措置の発令要件である本案の請求権が認容される合理的な可能性（reasonable possibility）については、仲裁廷の命令や文献等では「probability of success（認容される蓋然性）」又は「prima facie case on merits（本案の疎明）」といった表現も用いられるが、50%を超える蓋然性であれば足りるのか、あるいは、70%程度の高度の蓋然性を示さなければならないのか、その基準は必ずしも明確ではないとされており、実際には、どの程度の蓋然性が必要かという点については、申立てに係る暫定保全措置の内容や当該暫定保全措置の発令により被申立人が被る不利益等の様々な事情を総合考慮しながら事案ごとに判断することになる（例えば、満足的仮処分命令に相当する暫定保全措置については高度の蓋然性が求められるのに対し、現状維持や証拠保全を求める暫定保全措置についてはそれほど高度の蓋然性は必要ではないと考えられる）との指摘もある（前掲谷口＝鈴木330頁〔小原〕参照）。

このような指摘も踏まえると、具体的な規定ぶりについては、「本案について理由があるとみえること」（行政事件訴訟法第37条の5参照）といったより抽象的な規定ぶりとするとの考え方もあり得る。

⁵³ 前掲中村訳28頁参照

規定を設けることも考えられる。

(イ) モデル法第17A条第2項に対応する要件について

前記のとおり、モデル法第17A条第2項は、我が国の証拠保全に対応するモデル法第17条第2項第(d)号の暫定保全措置の発令要件に関する規定であり、その発令要件については、上記のとおり、証拠の客観的性質や証拠を取り巻く事情に応じた仲裁廷の裁量に委ねる観点から「仲裁廷が適当と認める場合に限り」といった規律が採用されている。

そして、我が国の仲裁法においても、このような仲裁廷の裁量に委ねられるべきものとされた事項に係る要件については、「(仲裁廷が) 適当と認める方法」といった要件で規律されており⁵⁴、このような仲裁法の規定に照らせば、この局面における暫定保全措置について、仲裁廷の裁量に委ねられるべき事項とするのであれば、本文の「考えられる規律の例」のとおり、「仲裁廷が適当と認める場合に限り」当該暫定保全措置を行うものとする規律を採用することが考えられる(このほか、我が国の証拠保全に関する規定である民事訴訟法第234条の規定に照らし、「あらかじめ証拠を保全しておかなければその証拠を使用することが困難となる事情があると認めるとき」といった規律を採用するとの考え方もあり得る。)

ウ 小括

以上の点を含め、本文のような規律を設けることの当否やその具体的な規律の在り方について、どのように考えるか。

(3) 予備保全命令に関する規律

モデル法の2006年改正において予備保全命令について明文の規定が設けられたこと(第17B条, 第17C条, 第17E条第2項参照)を踏まえ、次のような規律を設けることの当否等について、どのように考えるか。

モデル法(2006年改正後)	考えられる規律の例
Article 17 B. Applications for preliminary orders and conditions for	【予備保全命令】 1 発令要件

⁵⁴ 例えば、仲裁廷が従うべき仲裁手続の準則について定める仲裁法第26条第2項は、「前項の合意がないときは、仲裁廷は、この法律の規定に反しない限り、適当と認める方法によって仲裁手続を実施することができる。」と定めており、また、仲裁地について定める同法第28条第3項は、「仲裁廷は、当事者間に別段の合意がない限り、前二項の規定による仲裁地にかかわらず、適当と認めるいかなる場所においても、次に掲げる手続を行うことができる。」と定めている。

granting preliminary orders

(1) Unless otherwise agreed by the parties, a party may, without notice to any other party, make a request for an interim measure together with an application for a preliminary order directing a party not to frustrate the purpose of the interim measure requested.

(2) The arbitral tribunal may grant a preliminary order provided it considers that prior disclosure of the request for the interim measure to the party against whom it is directed risks frustrating the purpose of the measure.

(3) The conditions defined under article 17A apply to any preliminary order, provided that the harm to be assessed under article 17A(1)(a), is the harm likely to result from the order being granted or not.

① 当事者は、当事者間に別段の合意がない限り、暫定措置又は保全措置の申立てに際し、他のいかなる当事者に対しても通知をすることなく、暫定措置又は保全措置の目的を妨げないことを他方の当事者に対して命ずる旨の命令（以下「予備保全命令」という。）を申し立てることができる。

② 仲裁廷は、暫定措置又は保全措置の申立てをその名宛人である当事者に対して事前に開示することにより当該暫定措置又は保全措置の目的が妨げられる危険があると認めるときは、予備保全命令を発することができる。

③ 前記(2)の要件は、いかなる予備保全命令についても、これを適用する。ただし、前記(2)1①の規定を適用するに当たっては、「当該暫定措置又は保全措置が命じられなければ、損害賠償を命ずる仲裁判断によっては十分に償うことのできない損害が生ずるおそれがあり、かつ、その損害」を「予備保全命令が認められない場合に生じ得る損害」と、「当該暫定措置又は保全措置が認められた場合」を「当該予備保全命令が認められた場合」と読み替えるも

<p><i>Article 17 C. Specific regime for preliminary orders</i></p> <p>(1) Immediately after the arbitral tribunal has made a determination in respect of an application for a preliminary order, the arbitral tribunal shall give notice to all parties of the request for the interim measure, the application for the preliminary order, the preliminary order, if any, and all other communications, including by indicating the content of any oral communication, between any party and the arbitral tribunal in relation thereto.</p> <p>(2) At the same time, the arbitral tribunal shall give an opportunity to any party against whom a preliminary order is directed to present its case at the earliest practicable time.</p> <p>(3) The arbitral tribunal shall decide promptly on any objection to the preliminary order.</p> <p>(4) A preliminary order shall expire after twenty days from the date on which it was issued by the arbitral tribunal. However, the arbitral tribunal may issue an interim measure adopting or modifying the preliminary order, after the party against whom the preliminary order is directed has been</p>	<p>のとする⁵⁵。</p> <p>2 発令手続等</p> <p>① 仲裁廷は、仲裁廷が予備保全命令の申立てについての決定をした後、直ちに、暫定措置又は保全措置の申立てにおける全ての当事者に対し、予備保全命令の申立て、予備保全命令が発令されている場合には当該命令、及び、それらに関連する当事者と仲裁廷との間の口頭による通信の内容を示すものを含むその他あらゆる通信を通知しなければならない。</p> <p>② 前項の通知と同時に、仲裁廷は、予備保全命令の名宛人となる全ての当事者に対し、できる限り早い時期に反論する機会を与えなければならない。</p> <p>③ 仲裁廷は、予備保全命令に対するいかなる異議についても速やかに決定しなければならない。</p> <p>④ 予備保全命令は、仲裁廷によって発令された日から20日を経過した時点で失効する。ただし、仲裁廷は、予備保全命令の名宛人である当事者が通知を受け、反論するための機会が与えられた後に、予備保全命令を承認若しくは変更する暫定</p>
--	---

⁵⁵ この読替規定は、前記(2) 1 ①についてモデル法の日本語訳をベースとした規律を設けることとする考え方を採用した場合を念頭に置いたものである。

given notice and an opportunity to present its case.

(5) A preliminary order shall be binding on the parties but shall not be subject to enforcement by a court. Such a preliminary order does not constitute an award.

Article 17 E. Provision of security

(2) The arbitral tribunal shall require the party applying for a preliminary order to provide security in connection with the order unless the arbitral tribunal considers it inappropriate or unnecessary to do so.

措置又は保全措置を発することができる。

⑤ 予備保全命令は、当事者を拘束する。予備保全命令は、裁判所による執行の対象とはならないものとする。予備保全命令は、仲裁判断を構成しない。

3 担保に関する規定

仲裁廷は、予備保全命令を申し立てた当事者に対し、担保の提供を求めなければならない。ただし、仲裁廷が不適當又は不必要と認める場合は、この限りでない。

(説明)

ア 予備保全命令に関する規律の要否について

この予備保全命令の制度（第17B条、第17C条、第17E条第2項参照）は、暫定保全措置をするにしても当事者に知られないようにする必要がある場合（いわゆる密行性が求められる場面）を念頭に、仲裁廷が、一方の当事者の申立てにより、他方の当事者に通知することなく暫定保全措置の目的を妨げないことを命ずるものであるところ、第2回会議においては、UNCITRAL第2作業部会での審議においても、この予備保全命令に関する規律の導入については強い反対意見もあったこと⁵⁶が指摘されたほか、予備保全命令についてはモデル法上も承認・執行の対象外とされているため、そのような規律を設ける必要性は余りないとの指摘⁵⁷や、仲裁の場合には、既に仲裁手

⁵⁶ 現行の仲裁法制定当時、仲裁検討会第5回会議（平成14年5月27日開催）においても、モデル法の2006年改正における議論の状況に関し、一方当事者の審尋だけで暫定的保全命令を出せるかという問題が専ら大変な議論になっていることが紹介されていた（研究会資料1の3頁参照）。

⁵⁷ この点に関しては、各国の国内法制において、裁判手続としての仮差押えや係争物仮処分については、迅速性を確保して執行妨害を防ぐために、債権者の審尋のみに基づいて発令されることも少なくないことから、仲裁手続においても同様に、一方的手続による暫定保全措置の発令を許すことも立法論的には考えられるものの、当該措置の国際的な執行との関係では、外国裁判所による保全命令を広く執行の対象とするブリュッセル条約についても債務者を審尋することなく一方的手続で命じられた保全処分は条約上執行することができないとする欧州司法裁判所の判決があるなど、双方審尋を経た保全命令に

続が開始されていることが前提となっているため、我が国における提訴前の証拠保全の場合とは異なり、密行性が求められる場面が余り想定されないのではないかと指摘がされた。

これらの指摘を踏まえて検討すると、モデル法第17B条第1項は、予備保全命令が暫定保全措置の目的を実現するための手続上の付随的な命令（実質的には、一方のみの審尋を行って発令することが認められる暫定保全措置）であることを明らかにするとともに、当事者間に別段の合意がないときは、当事者は、予備保全命令の申立てとセットで暫定保全措置の申立てを行う場合に限り、被申立人に通知することなく、暫定保全措置の申立てをすることができる旨を定めるものであり、同条第2項は、暫定保全措置の申立てがあったことを被申立人に通知すれば同措置の目的が妨げられるような事情がある場合に仲裁廷が予備保全命令を発令することができる旨を定めるものである（なお、同条第3項は、モデル法第17A条第1項第(a)号を準用しているため、同条第2項の要件に加え、いわば保全の必要性及び被保全権利に相応すると考えられる要件を満たす必要がある。）⁵⁸。

そして、モデル法第17C条は、仲裁廷が予備保全命令の申立てについて決定を行った場合には直ちに被申立人に通知し、反論の機会を与えなければならないと定めている⁵⁹ところ、この規定については、例えば、最終的にその予備保全命令を承認等する旨の暫定保全措置（例えば、債務者の財産を仮に差し押さえた予備保全命令を承認する旨の暫定保全措置）が発令され（モデル法第17C条第4項ただし書参照）、裁判所による当該暫定保全措置の執行手続が行われる前に、予備保全命令の存在が被申立人に知られることになってしまい、本来の目的である密行性を実現することができないといった批判がされ

についてのみ国境を越えた執行を認めるというのが国際民事保全法の到達点であり、仲裁廷による暫定保全措置についても、基本的にはこれを無視することはできないように思われるとの指摘がある（中野俊一郎「仲裁人による暫定的保全命令とニューヨーク条約」佐藤進＝齋藤修編集代表『現代民事法学の理論 西原道雄先生古稀記念〈上巻〉』（信山社、平成13年）656～657頁参照）。

⁵⁸ 前掲三木・改正の概要（下）18～19頁参照

⁵⁹ モデル法第17C条第1項は、被申立人を含む他の当事者の手続保障の観点から、予備保全命令の申立てについての決定がされ、密行性を確保する必要がなくなった後は、直ちに被申立人を含む全ての当事者に対し、関連する全ての情報を公開すべきことを定めたものであり、同条第2項は、予備保全命令が被申立人に反論の機会を与えることなく発令されるので、発令後はできる限り速やかに被申立人に反論の機会を与える必要があるとの趣旨で定められたものであるとされている（前掲三木・改正の概要（下）19頁参照）。

ているほか、一方当事者のみの手続は、両当事者の公平な取扱い及び反論の機会の確保の要請に反するとの批判もされている⁶⁰。

また、研究会資料2において見たとおり、モデル法の2006年改正に対応しているとされる国のうち、香港では、予備保全命令についてモデル法と同様の規定が整備されている⁶¹のに対し、韓国ではこれに相当する規定が設けられていないことや、ドイツ、フランス、スウェーデン、イギリス、アメリカ、シンガポール、中国といった国々でも予備保全命令に相当する規律は設けられていないと考えられることに加え、仮に予備保全命令について明文の規律を設けなかった場合であっても、仲裁廷が一方の当事者の申立てのみに基づいて暫定保全措置を命ずることができるか否かについては、解釈に委ねられているものと理解するとの考え方もあり得るため、他の規定と比較した場合には、この予備保全命令に関する規定を明文で設ける必要性は相対的に低いとの考え方もあり得る。

イ 小括

以上を踏まえ、本文のような規律を設けることの当否等について、どのように考えるか。

(4) 暫定保全措置等の変更、停止、取消しに関する規律

モデル法の2006年改正において暫定保全措置等の変更、停止、取消しについて明文の規定が設けられたこと(第17D条参照)を踏まえ、次のような規律を設けることの当否やその具体的な規律の在り方について、どのように考えるか。

なお、以下の(4)から(6)までにおいては、暫定保全措置のほか、予備保全命令を含む文脈の場合は、「暫定保全措置等」と記載する。

モデル法(2006年改正後)	考えられる規律の例
Article 17 D. Modification, suspension, termination	【暫定措置又は保全措置 [等] の変更等】

⁶⁰ 前掲関戸62頁、前掲谷口=鈴木334~335頁〔小原〕参照。なお、モデル法第18条(当事者の平等待遇)は、「当事者は平等に扱われなければならない。各当事者は、その主張、立証を行う十分な機会を与えられなければならない。(The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.)」と定めており(前掲中村訳34頁参照)、これを受けて我が国の仲裁法も「仲裁手続においては、当事者は、平等に取り扱われなければならない。」(第25条第1項)、「仲裁手続においては、当事者は、事案について説明する十分な機会が与えられなければならない。」(同条第2項)と定めている。

⁶¹ 香港仲裁条例第37条、第38条、第40条第2項参照(予備保全命令に関するモデル法の諸規定について、それぞれ効力を有するとのみ定めている。)

The arbitral tribunal may modify, suspend or terminate an interim measure or a preliminary order it has granted, upon application of any party or, in exceptional circumstances and upon prior notice to the parties, on the arbitral tribunal's own initiative.

[1] [前記(2) [又は(3)] に規定する要件を欠くことが判明し、又はこれを欠くに至ったときその他の事情の変更があるときは、暫定措置又は [若しくは] 保全措置 [又は予備保全命令] を発した] 仲裁廷は、当事者の申立てにより、[当該] 暫定措置又は [若しくは] 保全措置 [又は予備保全命令] を取り消し、変更し又はその効力を停止することができる。ただし、仲裁廷は、特別の事情があると認めるときは、[当事者にあらかじめ通知した上で、] 職権で、暫定措置又は [若しくは] 保全措置 [又は予備保全命令] を取り消し、変更し又はその効力を停止することができる。

[2 仲裁廷は、前項の規定による取消し、変更又は停止をする場合には、当事者双方を審尋しなければならない。]

(説明)

ア 暫定保全措置等の変更、停止、取消しに関する規律の要否について

第2回会議においては、仮に暫定保全措置の定義(類型)や発令要件についての規律を設けるのであれば、その変更、停止、取消しに関する規律についても整備した方が、制度としてバランスがよいのではないかとの指摘がされたほか、我が国においても当該規律を整備した方が明確であるとの指摘がされ、このような規律を設けることについては特段異論が見られなかった。

もっとも、暫定保全措置の変更、停止、取消しに関する具体的な手続に関し、仮に職権による場合を認めるとした場合にモデル法と同様に当事者への事前の通知を要することとするか、これに加えて、又はこれに代えて当事者の審尋を要することとするかといった点について更なる検討が必要であるとの指摘がされたことを踏まえ、以下、そ

の具体的な手続の在り方について検討する。

イ 暫定保全措置等の変更等に関する具体的な手続の在り方について

(7) 前提—外国法制等の状況

第2回会議においては、仮に暫定保全措置に執行力を付与することとした場合には、その変更、停止、取消しの事実上の効果・影響も大きいものとなることから、当事者の審尋を要することとしてもよいのではないかとの指摘がされた。

研究会資料2において見たとおり、例えば、モデル法の2006年改正に対応しているとされる香港や韓国においてはモデル法第17D条と同内容の規定が整備されているところ、香港では、単にモデル法第17D条を援用するにとどまっている⁶²のに対し、韓国では、(モデル法と同様の)職権による場合の当事者に対する事前の通知のほかに、申立てによる場合か職権による場合かを問わず、変更、停止、取消しの前に当事者を審尋しなければならない旨の規定を設けている⁶³。

また、JCAA商事仲裁規則では、仲裁廷による暫定保全措置の変更、停止、取消しに関し、「当事者の書面による申立てにより、又は特段の事情がある場合には職権で、当事者の意見を聴いて、」との規定が設けられており⁶⁴、職権による場合には、当事者への事前の通知は要しないが(この点はモデル法や韓国仲裁法とは異なる。)、特段の事情が必要とされており⁶⁵(この点はモデル法や韓国仲裁法と同様である。)、また、申立てによる場合か職権による

⁶² 香港仲裁条例第39条は、「UNCITRALモデル法の第17D条(その条文は、以下に記載【略】)は、効力を有する。」と定めている。

⁶³ 韓国仲裁法第18条の3は、「仲裁廷は、当事者の申立てに基づき、又は例外的な状況において当事者に事前の通知をした場合には職権により、自らが認めた暫定保全措置を変更し、停止し又は終了することができる。この場合において、仲裁廷は、暫定保全措置を変更し、停止し又は終了する前に当事者を審尋しなければならない。」と定めている。

⁶⁴ JCAA商事仲裁規則第74条(変更、停止及び取消し)は、「仲裁廷は、当事者の書面による申立てにより、又は特段の事情がある場合には職権で、当事者の意見を聴いて、保全措置命令を変更し、停止し、又は取り消すことができる。この場合には第71条第5項の規定を準用する。」と定めている。

⁶⁵ この規定は、保全措置命令の発令の基礎となった事実と重大な変化があった場合等、保全措置命令をそのまま維持することが相当でない場合において、仲裁廷に保全措置命令を変更し、停止し、又は取り消す権限を与えるものであり、保全措置命令の暫定的な性格を反映したものであるが、この変更、停止、取消しは、原則として当事者の申立てにより行われるべきものであり、仲裁廷が職権でこれを行うのは、特段の事情がある場合に限りされるとされている(前掲コンメンタール商事仲裁規則101頁参照)。

場合かを問わず、当事者を審尋することが必要（この点はモデル法と異なる。）とされている。

他方で、モデル法の2006年改正に対応していないとされるフランスにおいても、（モデル法第17D条と同内容の規律ではないものの）仲裁廷による暫定保全措置の変更、追加に関する規定が設けられているが、その具体的な手続については特段の定めがない⁶⁶。

(イ) 職権による変更等の許否とその要件について

前記(ア)において見たとおり、モデル法第17D条は、職権による場合について「*exceptional circumstances*（例外的な状況）」を要件としているところ、これは、暫定保全措置等の変更、停止、取消しは、原則として当事者からの申立てに基づいて行われるが、当事者の申立てを期待することができない事情がある場合や、緊急の必要がある場合等においては、当事者に事前の通知をした上で、仲裁廷の職権によって行うこともできることとしたものとされている⁶⁷。暫定保全措置等が申立てによって開始される仲裁手続の結果である仲裁判断の実効性を確保することを目的とすることを踏まえれば、具体的な事案において暫定保全措置が必要であるかどうかについても、基本的には、当事者のイニシアチブによるものとするのが相当であると考えられる。そうだとすれば、それが職権で発令される場合というのはおのずと限定されるものと考えられる（UNCITRAL第2作業部会における支配的な見解によれば、職権による発令は、「誤った又は詐欺的な理由によりその措置が発令されたと思われる場合（*where that measure appeared to have been granted on an erroneous or fraudulent basis*）」などに限られるべきであるとされている^{68 69}。）。

⁶⁶ フランス民事訴訟法第1468条は、「仲裁廷は、自らの命じた暫定措置又は保全措置を変更し又は追加する権限を有する。」と定めている。

⁶⁷ 前掲三木・改正の概要（下）19頁参照

⁶⁸ HOLTZMANN et al., *supra*, pp.176-77 参照

⁶⁹ このほか、例えば、当事者において暫定保全措置の変更を求める意思は有しており、変更を認めるべき特別の事情もあるものの、急病等の事情により所定の方式により暫定保全措置の申立てを行うことが困難となった場合なども想定され得ると思われる。すなわち、我が国の仲裁法第26条にいう「仲裁廷が従うべき仲裁手続の準則」についての当事者の「合意」には、仲裁機関が定める仲裁規則も当たり得る（常設仲裁機関を利用して仲裁を行うことを内容とする仲裁合意においては、当該機関の仲裁規則に従う趣旨が明示又は黙示に表示されることが通常であり、この場合には、双方当事者が、仲裁手続の準則について当該機関の仲裁規則による旨を合意したこととなる）とされているところ（前

(ウ) 当事者双方の審尋の要否について

第2回会議においては、韓国仲裁法第18条の3の規定を参考に、暫定保全措置の変更、停止、取消しに当たっては、当事者双方を審尋しなければならない旨の規律を設けてもよいのではないかとの指摘がされた。

この点に関しては、前記のとおり、双方審尋を経た保全命令についてのみ国境を越えた執行を認めるというのが国際民事保全法の到達点であり、仲裁廷による暫定保全措置についても、基本的にはこれを無視することはできないとの指摘があること⁷⁰を踏まえると、(仮に暫定保全措置に執行力を付与する旨の規律を設けるとすれば)当事者双方の審尋に関する規律を設けるとの考え方もあり得る。もっとも、このような考え方に基づき、暫定保全措置の執行力の付与と審尋の要否を結び付けて考えることとした場合には、暫定保全措置の変更、停止、取消しの場合だけでなく、暫定保全措置の発令の際にも当事者双方の審尋、ないし意見を述べる機会を設けることを要する旨の規律を設ける必要があるとの考え方⁷¹もあり得るところであるが、第2回会議において指摘されたように、一旦発令された暫定保全措置の変更、停止、取消しの場面ではその影響が(当初の発令時よりも)大きいとの評価もあり得るとして、当該場

掲仲裁法コンメンタール124頁参照)、例えば、JCAA商事仲裁規則第69条は、保全措置命令の変更等につき「当事者の書面による申立て」によると定めていることから、急病等の事情により書面による申立てが困難であるという場合には、職権による暫定保全措置の変更の規律に基づき、他の方式(電話等)により暫定保全措置の変更を希望する意向を仲裁廷に伝え、仲裁廷が職権により変更をするといった運用を想定することが考えられる。

⁷⁰ 前掲中野「仲裁人による暫定的保全命令とニューヨーク条約」656～657頁参照

⁷¹ なお、JCAA商事仲裁規則第66条第4項は、「仲裁廷は、保全措置命令を発するにあたっては、すべての当事者に意見を述べるための合理的な機会を与えなければならない。」と定めているところ、これは、保全措置命令が、名宛人当事者に一定の負担を強いる可能性があること、名宛人当事者以外の者も、保全措置命令の内容については一定の利害関係を有する可能性があること等に鑑みて、手続保障の機会を確保したものとされている(前掲コンメンタール商事仲裁規則99頁参照)。また、同規則第69条は、保全措置命令の変更、停止、取消しにつき「当事者の意見を聴いて」行うこととしているところ、これは、一旦保全措置命令が発せられた以上、その変更等に当たっては、とりわけそれにより不利益を被る当事者に対する手続保障を図る必要があることによるものであるとされている(前掲コンメンタール商事仲裁規則101頁参照)。

このように、JCAA商事仲裁規則では、(暫定保全措置に執行力がない現行法の下においても)暫定保全措置の発令の際のみならず、変更等の際にも当事者の意見聴取のための手続を設けている。

面においてのみ当事者の審尋を要するとの考え方もあり得るものと考えられる。

なお、本文の「考えられる規律の例」では、「審尋しなければならない」との規律を掲げているのに対し、例えば、JCAA商事仲裁規則第69条では「当事者の意見を聴いて」との規律となっている。もっとも、一般に、「審尋」とは、口頭弁論のように当事者双方を必要性的に対席関与させる構造をとらず、当事者その他の関係人に、個別的に又は双方出席の下に、書面又は口頭による陳述の機会を与えることをいうものとされている⁷²ため、その実質において異なるものではないとの評価もあり得ると思われる。

ウ 「suspension」に関する規律の要否について

モデル法第17D条は、暫定保全措置等につき、「modification」、
「suspension」、
「termination」の三つの類型を定めている。

そして、モデル法の2006年改正における議論では、当初、暫定保全措置等の変更等の規律につき、「modify or terminate」とする提案がされていたところ、完全性を確保し、(当時の)モデル法第17条と第17条bisとの間の整合性⁷³を高めるために、「modify or terminate」の文言が「modify, suspend or terminate」に修正されるに至ったものとされている⁷⁴。

この「suspension」の意義については、文献上必ずしも明らかではないが、例えば、仲裁判断の承認・執行に関する我が国の仲裁法第45条第2項第7号及び第46条第3項は、いわゆるニューヨーク条約第5条第1項第(e)号及び第6条やモデル法第36条第1項第(a)号(v)及び同条第2項の規定における「suspension」の語に相応するものとして「効力(の)停止」という語を用いている。そして、この仲裁判断の「効力停止」の申立てとは、仲裁判断の効力を一時的に停止する

⁷² 前掲条解民事訴訟法366頁〔新堂幸司＝高橋宏志＝高田裕成〕、秋山幹男ほか著『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ〔第2版〕』（日本評論社、平成18年）192頁、裁判所職員総合研修所監修『民事訴訟法講義案―再訂補訂版―』（司法協会、平成22年）101頁参照

⁷³ 当時のモデル法第17条bis第4項（現在のモデル法第17H条第2項に相当）においては、暫定保全措置等の変更等についての裁判所への通知に関する規定として、以前から「modification」、「suspension」、「termination」の三つが並記されていたのに対し、仲裁廷による暫定保全措置等の変更等については、「modify」と「terminate」のみが並記されていたため、この点についての整合性を図ることとしたものと考えられる。

⁷⁴ U N C I T R A L 第2作業部会第39会期報告書（2003年）
〔<https://undocs.org/A/CN.9/545>〕第35段落参照

よう裁判所に求める申立てであり、我が国にはこのような手続はない（我が国の仲裁法には仲裁判断の取消し及び訂正に関する規律のみが存在している。）ものの、国によっては、このような手続が設けられていることから、我が国の仲裁法においても「効力停止」に関する規律が整備されたものとされている⁷⁵。

このことからすれば、我が国の仲裁法上の仲裁廷の権限としては、（仲裁判断につき効力の停止に関する規律が存在しないのと同様に）暫定保全措置の効力の停止（suspension）に関する規律を設けないこととするものの、その承認・執行に関する規律においては「効力（の）停止」という語を用いた規律を整備することも考えられる。他方で、現在の仲裁実務において、暫定保全措置の変更、取消しのほかに、その効力を一時的に停止することが必要とされる場面が具体的に想定されるのであれば、我が国の仲裁法においても、モデル法第17D条と同様に、暫定保全措置の効力の停止（suspension）に関する規律も併せて整備することとすることも考えられる。

エ 「termination」の意義について

モデル法第17D条は、暫定保全措置等につき、「modification」、
「suspension」、
「termination」の三つの類型を定めており、このうち、「termination」の用語については、多くの文献において「終了」と訳されている⁷⁶。

他方で、本文の「考えられる規律の例」においては、JCAA商事仲裁規則第74条の規定⁷⁷を参考に、暫定措置又は保全措置等の変更、停止、取消しに関する規律を提示しており、「termination」に対応す

⁷⁵ 前掲仲裁法コンメンタール272頁参照

⁷⁶ 前掲中村訳、澤田訳、三木訳のいずれも「終了」との語を用いている。なお、UNCITRAL事務局による2006年改正後のモデル法の注釈書等においては、この「termination」の意義について明示的に解説されていないように見受けられる。

⁷⁷ JCAA商事仲裁規則第74条は、「仲裁廷は、当事者の書面による申立てにより、又は特段の事情がある場合には職権で、当事者の意見を聴いて、保全措置命令を変更し、停止し、又は取り消すことができる。この場合には第71条第5項の規定を準用する。」と定めている。

このJCAA商事仲裁規則は、UNCITRAL仲裁規則の規定を基礎にして作成されたものとされており（http://www.jcaa.or.jp/arbitration/arbitration_rules.html）、同規則第26条第5項では、暫定保全措置の「modify」、
「suspend」、
「terminate」に関する規定が整備されている。なお、矢澤昇治訳「4. UNCITRAL仲裁規則（2013年に採択された第1条第4項付）」前掲GPLF編『これからの国際商取引法』69頁では、同項の「modify」につき「修正」、
「suspend」につき「延期」、
「terminate」につき「終了」と訳されている。

るものとしては「取消し」との文言を用いている。

そこで検討すると、我が国の法制上、「取消し」とは、一般に、法律行為の効力を一方的な意思表示によって消滅させることをいうとされているほか、公の機関による公法上の行為の取消しについては、①公の行為がその成立に瑕疵があることによってこれを破棄してその効力を消滅させる場合と、②公の行為の成立には瑕疵がないが、その後発生した事由により、その効果を持続させることが適当でないので、将来に向かってその効力を失わせる場合（上記①と区別する意味で「撤回」ともいわれている。）に用いられるとされている⁷⁸。

他方で、「終了」とは、一般に、ある出来事又は事柄が終わることを意味するほか、ある継続的な法律上の関係が終わり、その存在がなくなること（「消滅」と同義）等をいうものとされている⁷⁹。

そうすると、仮に、我が国の仲裁法においてモデル法の「**termination**」に対応する規律を設けることとした場合に「取消し」と「終了」のいずれの文言を用いるかは法制上の問題ではあるものの、その規律の実質として、上記①のような意味での「取消し」を念頭に置くか、上記②のような意味での「取消し」（実質的には上記の「終了」とほぼ同義と考えられる。）を念頭に置くかが問題（当初の暫定保全措置等に瑕疵がある場合等に限って取り消すという規律を想定するか否かが問題）となり得る。

この点、モデル法の2006年改正における議論では、モデル法第17D条に基づく暫定保全措置等の変更等については、当該措置等が発令された際の状況に変更があった場合や当該措置等の発令に必要な条件が満たされなくなった場合に限られると考えられていたものの、最終的には、そのような限定を付することは、仲裁廷の裁量権を不当に制限するものであると結論付けられたとされている⁸⁰。

このように、モデル法第17D条は、仲裁廷が自らの発令した暫定保全措置等について必要に応じて変更等を行うことができるように

⁷⁸ 角田禮次郎ほか編『法令用語辞典<第10次改訂版>』（学陽書房、平成28年）612頁参照。同書では、①の「取消し」の例として行政事件訴訟法第3条の処分の取消しの訴えや裁決の取消しの訴えが、②の「取消し」の例として免許、許可、認可等の取消しが挙げられている。

⁷⁹ 前掲法令用語辞典391頁参照。同書では、「終了」の例として、賃貸借の終了（民法第608条第2項等）、委任の終了（同法第111条第2項等）等が挙げられている。

⁸⁰ HOLTZMANN et al., *supra*, p.176, UNCITRAL第2作業部会第37会期報告書（2002年）[<https://undocs.org/A/CN.9/523>] 第51段落、同作業部会第39会期報告書（2003年）[<https://undocs.org/A/CN.9/545>] 第36段落参照

したものであると考えられるため、仮に我が国の仲裁法に暫定保全措置等の変更等に関する規律を設けるとした場合においてモデル法と同様の規律を設けようとする場合には、（「取消し」又は「終了」のいずれの文言を用いるかは別として）必ずしも当初の暫定保全措置等につき瑕疵の存在を要件とせずに変更等を行うことができる旨の規律とすることが考えられる。そして、そのような趣旨の規律であることをより明確にする観点からは、本文の「考えられる規律の例」においてブラケットで示したように「前記(2) [又は(3)] に規定する要件を欠くことが判明し、又はこれを欠くに至ったときその他の事情の変更があるとき」といった文言を用いた規定ぶりとすることも考えられる。

オ 小括

以上の点を含め、本文のような規律を設けることの当否やその具体的な規律の在り方について、どのように考えるか。

(5) 事情変更の開示に関する規律

モデル法の2006年改正において暫定保全措置等についての事情変更の開示に関する明文の規定が設けられたこと（第17F条参照）を踏まえ、次のような規律を設けることの当否やその具体的な規律の在り方について、どのように考えるか。

モデル法(2006年改正後)	考えられる規律の例
<p><i>Article 17 F. Disclosure</i></p> <p>(1) The arbitral tribunal may require any party promptly to disclose any material change in the circumstances on the basis of which the measure was requested or granted.</p> <p>(2) The party applying for a preliminary order shall disclose to the arbitral tribunal all circumstances that are likely to be relevant to the arbitral tribunal's determination whether to grant or maintain the order, and such obligation shall continue until the party against whom the order has been</p>	<p>【暫定措置又は保全措置 [等] についての事情変更の開示】</p> <p>[1] 当事者は、暫定措置若しくは保全措置又はその申立ての基礎となった事実に変更が生じたときは、速やかにこれを仲裁廷に開示しなければならない。</p> <p>[2] 予備保全命令を申し立てた当事者は、仲裁廷に対し、当該予備保全命令を認めるか否か又はこれを維持するか否かについての仲裁廷の決定に関連し得る全ての事情を開示しなければならない。この義務は、当該予備保全命令の名宛人となる当事者が自</p>

requested has had an opportunity to present its case. Thereafter, paragraph (1) of this article shall apply.

ら反論するための機会を与えられるまで継続する。当該機会が与えられた場合は、前記 1 の規定を適用する。]

(説明)

ア 事情変更の開示に関する規律の要否について

モデル法第 17F 条は、当事者の情報開示義務を定めるものであり、同条第 1 項は、仲裁廷が、全ての当事者に対し、暫定保全措置の申立てがされたもののいまだ仲裁廷の決定がない時点では当該申立ての基礎となった事情に関連する事情の変更につき、また、仲裁廷による暫定保全措置が発令された後の時点ではその決定の基礎となった事情に関連する事情の変更につき、仲裁廷に速やかに開示することを求めることができることとした規定であるとされている（なお、同条第 2 項は、予備保全命令に関するものであり、これを申し立てた当事者は、予備保全命令が被申立人に通知され反論の機会が与えられるまでの間、仲裁廷の求めの有無にかかわらず、当然に、仲裁廷に予備保全命令の発令又は維持に関連する全ての事情を開示する義務を負うこととした規定であるとされている。）⁸¹。

そして、第 2 回会議においては、（予備保全命令に関する規律の要否は別として）モデル法第 17F 条第 1 項のような事情変更の開示に関する規律を設けることについて、特段の反対意見は見られなかった。

イ 事情変更の開示に関する規律の具体的な在り方について

モデル法第 17F 条は、仲裁廷を主体として、当事者に対して事情変更の開示を求めることができるとする規律を設けており、例えば、モデル法の 2006 年改正に対応しているとされる香港や韓国においてはモデル法第 17F 条と同内容の規定が整備されている⁸²。

他方で、JCAA 商事仲裁規則では、当事者を主体として、「保全措置命令の申立て又は保全措置命令の基礎となった事実に変化があったときは、これを仲裁廷に開示しなければならない。」と定め、当事者の開示義務という形で規律を設けている。

以上を踏まえ、事情変更の開示に関する規律の具体的な在り方につ

⁸¹ 前掲三木・改正の概要（下）20 頁参照

⁸² 香港仲裁条例第 41 条、韓国仲裁法第 18 条の 5 参照。なお、香港仲裁条例第 41 条は、モデル法第 17F 条が効力を有するとのみ定めているのに対し、韓国仲裁法第 18 条の 5 は、同内容の規律を明文により定めている。

いて検討すると、この事情変更の開示に関するモデル法第17F条は、暫定保全措置等の変更、停止、取消しに関する同法第17D条に基づく仲裁廷の判断の前提となる事情の把握を目的としたものと考えられる⁸³ところ、実際上も、こうした事情変更の有無は、仲裁廷よりも当事者（多くの場合には申立てをした当事者）の方が容易に把握することが可能であると考えられる⁸⁴。仮に、仲裁廷が職権により暫定保全措置等の変更等を行うことができることとするならば、その端緒となる事情変更については、当事者から仲裁廷にその判断の基礎となるべき事情等を積極的に開示してもらう必要性がより高いものと考えられ、規律の在り方を検討するにおいて、この点を特に重視する考え方もあり得る。これらを踏まえ、差し当たり、本文の「考えられる規律の例」においては、研究会資料2と同様に、当事者の開示義務を定める形での規律を提示している。

もともと、我が国の法制においては、少なくとも裁判手続に関するものとしては、何らかの裁判をした後に事情の変更があったときは、裁判所が申立てにより又は職権で当該裁判を取り消すことができるといった規定⁸⁵の例はあるが、これを実効あらしめるために、法律上当然に、当該手続の当事者に手続上の開示義務を負わせたものという

⁸³ UNCITRAL第2作業部会では、モデル法第17D条に基づく仲裁廷の職権による暫定保全措置の変更、停止、取消しの権限は、同法第17F条に基づく事情変更の開示義務と関連しているとの指摘がされている（HOLTZMANN et al., supra, p.177 参照）。

⁸⁴ この点に関し、JCAA商事仲裁規則第68条は、保全措置命令が実体的権利義務を確定する前段階において、限定された資料に基づいて仮の命令として発せられるものであることに鑑み、保全措置命令後、仲裁判断前に、状況が変化したような場合には、かかる事実の変化に応じて適切に保全措置命令の内容を見直していくことが必要であることから、保全措置命令の申立て又は保全措置命令の基礎となった事実に変化があったときは、これを仲裁廷に開示することを当事者の義務として規定しているとされており、仲裁廷は、当事者がこの義務に応じて開示した新たな事実を勘案して、保全措置命令前であればその命令の可否や内容を検討し、また、保全措置命令後であれば保全措置命令の変更、停止、取消しの是非を検討することが想定されている（前掲コンメンタール商事仲裁規則100～101頁参照）。

⁸⁵ 事情変更があったときに裁判所が申立てにより又は職権で当該裁判を取り消すことができるとしている規定の例としては、以下のようなものがある。

○家事事件手続法（平成23年法律第52号）

（遺産の換価を命ずる裁判）

第194条（略）

3 前二項の規定による裁判（略）が確定した後に、その換価を命ずる裁判の理由の消滅その他の事情の変更があるときは、家庭裁判所は、相続人の申立てにより又は職権で、これを取り消すことができる。

べき適切な例は見当たらない。

ウ 開示が必要となる「事情の変更」の程度について

研究会資料2において見たとおり、事情変更の開示に関する規律の要否等を検討するに当たっては、どのような場合にモデル法第17F条所定の「material change (重要な変更)」があったというべきかといった点についても検討を要するものと考えられる。

この点に関しては、前記イのとおり、モデル法第17F条は、暫定保全措置等の変更、停止、取消しに関する同法第17D条に基づく仲裁廷の判断の前提となる事情の把握を目的としたものと考えられるところであって、言うなれば、事案に応じて必要な暫定保全措置等の変更等が行われることを企図するものということができ、JCAA商事仲裁規則第68条も同様の趣旨に出たものと考えられる。そうだとすれば、モデル法第17F条にいう「重要な変更」とは、仲裁廷においてモデル法第17D条に基づく暫定保全措置の変更等を行うことが必要な程度の事情変更⁸⁶、例えば、暫定保全措置の発令要件(保全の必要性や被保全権利の存在に相応する要件)を充足しなくなったこと等を指すものであるとの考え方があり得る⁸⁷。

エ 小括

以上の点を含め、本文のような規律を設けることの当否やその具体的な規律の在り方について、どのように考えるか。

(6) 暫定保全措置等に係る費用及び損害に関する規律

モデル法の2006年改正において暫定保全措置等に係る費用及び損害に関する明文の規定が設けられたこと(第17G条参照)を踏まえ、次のような規律を設けることの当否やその具体的な規律の在り方について、どのように考えるか。

モデル法(2006年改正後)	考えられる規律の例
Article 17 G. Costs and damages	【暫定措置又は保全措置 [等] に係る費用及び損害】

⁸⁶ モデル法の2006年改正における議論では、仮に当事者が開示義務に違反した場合には、仲裁廷が、モデル法第17D条に基づいて暫定保全措置の変更、停止、取消しを行い、又は同法第17G条に基づいて損害賠償を命ずる(あるいはその両方を行う)こととなる(ただし、国内法において他の制裁権限を仲裁廷に付与することは排除されない)とされており(HOLTZMANN et al., supra, p.180 参照)、この点も事情変更の程度を検討するに当たって参考になるものと考えられる。

⁸⁷ 例えば、前出の家事事務手続法第194条第3項は、「…裁判の理由の消滅その他の事情の変更」として、裁判の基礎となった理由自体が消滅した場合を例示していることも参考になるものと思われる。

The party requesting an interim measure or applying for a preliminary order shall be liable for any costs and damages caused by the measure or the order to any party if the arbitral tribunal later determines that, in the circumstances, the measure or the order should not have been granted. The arbitral tribunal may award such costs and damages at any point during the proceedings.

- 1 暫定措置又は〔若しくは〕保全措置〔又は予備保全命令〕をした後において、その要件を欠くことが判明したときは、仲裁廷は、いつでも、当該措置〔又は命令〕によって他の当事者に生じた全ての費用及び損害の賠償を命ずることができる。
- 2 前項の命令は、仲裁判断としての効力を有する。

(説明)

ア 暫定保全措置等に係る費用及び損害に関する規律の要否について

モデル法第17G条は、暫定保全措置等によって、その申立人以外の当事者に生じた費用及び損害⁸⁸に関して定めた規定であり、暫定保全措置等が被申立人の権利や利益に重大な制約を及ぼす可能性があることから、事後に当該措置等が不当であったと判明したときは、申立人に無過失責任を負わせることを認めたものであるとされている⁸⁹（もっとも、同条は、その費用及び損害の範囲等について具体的に規律するものではなく、基本原則（the basic principle）を定めるものであるとされていること⁹⁰からすれば、当事者に対して費用及び損害の賠償を命ずる権限を仲裁廷に付与する手続法規としての規定であると解される。）。

そして、研究会資料2においては、このような費用及び損害については、モデル法においても「事情に照らして」(in the circumstances)と規定されているように、個別の事案における具体的な事情に応じてその負担者等を定めることが望ましいとの見方もあり得るところで

⁸⁸ この「費用及び損害」に弁護士費用（attorney's fees）、暫定保全措置（又は予備保全命令）の履行に要した費用（the costs of implementing a measure or order）、重要な直接・間接の損害（direct and indirect consequential damages）といったものが含まれるかといった範囲の問題については、その準拠法に従って解決されるべきものとされている（HOLTZMANN et al., supra, p.180 参照）。

⁸⁹ 前掲三木・改正の概要（下）20頁参照

⁹⁰ HOLTZMANN et al., supra, p.180 では「Article 17G creates a single liability regime for interim measures and preliminary orders. The article establishes the basic principles（以下略）」とされている。

あり、仲裁機関の規則や個別の仲裁合意のほか、個々の仲裁廷の裁量判断に委ねれば足りるとの指摘⁹¹もあることが紹介された。そして、第2回会議においては、(予備保全命令に関する規律の要否は別として)モデル法第17G条のような暫定保全措置等に係る費用及び損害に関する規律を設けることについて、特段の反対意見は見られなかった。

以上を踏まえ、暫定保全措置等に係る費用及び損害に関する規律の要否について若干の検討を加えると、例えば、我が国の仲裁法においては、暫定保全措置に任意に従った当事者が、その後損害を被った場合にその損害を填補する観点から、担保の提供に関する規定が整備されており⁹²(同法第24条第2項参照)、この担保が、これを提供した当事者(暫定保全措置の申立人)が反対当事者(暫定保全措置に従った当事者)に対して負う損害賠償債務の担保としての性質を有するものとされていること⁹³に照らせば、担保に関する規定とは別に、費用及び損害に関する規律を設ける必要はないとの考え方もあり得る。なお、JCAA商事仲裁規則では、暫定保全措置等に係る費用及び損害に関しては、モデル法第17G条に対応した規定は設けられておらず、保全措置命令を発せられた被申立人に損害が発生したときは申立人にかかる損害を賠償する義務が生ずることがあり得ることを前提に、その義務を担保するものとして、担保の提供に関する規定が設けられているにとどまっている⁹⁴。

他方で、現行の仲裁法第24条第2項に基づいて提供された担保については、担保を提供した当事者の相手方当事者が暫定保全措置によって損害を被った場合には、当該担保から優先的に損害相当額の弁済を受けることができるように取り扱われることが期待されるとの指摘はあるものの、その具体的な手続等については仲裁手続の準則に委ねられている⁹⁵。

そのため、当事者に対して費用及び損害の賠償を命ずる権限を仲裁

⁹¹ 第1回研究会参考資料6(日弁連要綱試案)9頁参照

⁹² この担保提供の命令は、民事訴訟法又は民事保全法上の担保ではないため、これらの法律の規定は準用されていない(前掲仲裁法コンメンタール117頁参照)。

⁹³ 前掲仲裁法コンメンタール117頁参照。なお、同書によれば、担保提供を命ずる名宛人たる当事者、担保の額、提供の方法、返還の方法は、仲裁廷の定めるところによるとされており、担保提供の例としては、仲裁機関に金員を提出させる、銀行を定めて仲裁人名義で口座を開設し、当該口座に入金させる等の方法があるとされている。

⁹⁴ 前掲コンメンタール商事仲裁規則100頁参照

⁹⁵ 前掲仲裁法コンメンタール117～118頁参照

廷に付与するモデル法第17G条の規定を参考に、事後に暫定保全措置が不当であったと判明したときは、当該措置によって損害を被った当事者が、仲裁手続において確実に損害の填補を受けられるようにする観点から、当該規定と同様の規律を整備するとの考え方があり得る。

イ 暫定保全措置等に係る費用及び損害に関する規律の具体的な在り方について

外国法制の状況としては、研究会資料2において見たとおり、例えば、モデル法の2006年改正に対応しているとされる香港や韓国においてはモデル法第17G条と同内容の規定が整備されている⁹⁶。他方で、モデル法の2006年改正に対応していないとされるドイツにおいても、仲裁廷による暫定保全措置等に係る費用及び損害に関する規定が設けられている⁹⁷。ただ、この規定は、「当該措置の執行により又はその執行を避けるためにした担保の提供により生じた損害を賠償する義務を負う」といった規定ぶりとなっており、措置の「執行」によって生じた損害のみに限られている点に特徴があるとされている（その理由は、暫定保全措置の発令だけであれば損害の発生は事実上ほとんど生じないと考えられることによるものとされている。）⁹⁸。そのため、仮に暫定保全措置等に係る費用及び損害に関する規律を設けるとしても、ドイツ民事訴訟法と同様の限定を付す必要があるか（限定の有無は、その実質に影響を与えないものと考えてこれを不要とするか）が問題となり得る。

なお、本文の「考えられる規律の例」では、我が国の法制を踏まえ、モデル法上は「暫定保全措置が認められるべきではなかったと事後に判断した」とされているところを「暫定措置又は保全措置をした後において、その要件を欠くことが判明したとき」と、「仲裁手続のいかなる時点においても」とされているところを「いつでも」とするなど

⁹⁶ 香港仲裁条例第42条、韓国仲裁法第18条の6参照。なお、香港仲裁条例第42条は、モデル法第17G条が効力を有するとのみ定めているのに対し、韓国仲裁法第18条の6は、実質的に同内容の規律を明文により定めている。

⁹⁷ ドイツ民事訴訟法第1041条第4項は、「第1項の規定に基づいて命じられた措置が当初から根拠のないものであったことが証明されたときは、当該措置の執行を許可された当事者は、他方の当事者に対し、当該措置の執行により又はその執行を避けるためにした担保の提供により生じた損害を賠償する義務を負う。」などと定めている。

⁹⁸ 春日偉知郎著『比較民事手続法研究—実効的権利保護のあり方』（慶應義塾大学出版会、平成28年）307頁参照。なお、この損害賠償の請求は、係属している仲裁手続において主張することができるため、本案が終局的な仲裁判断によって終了していない限り、損害を被った者は、仲裁廷において請求するか、それとも新たな訴えによって請求するかの選択が可能であるとされている。

しているが、実質的には同内容の規律とすることを念頭に置いたものである（もっとも、モデル法第17G条に基づく判断が、例えば、当事者の申立てに係る本案についての仲裁判断がされた後にされる場合があり得るものと理解する場合には、上記「いつでも」との文言の適否について更に検討を要すると考えられるほか、我が国の仲裁法上、仲裁手続は仲裁判断により終了し（同法第40条第1項参照）、これによって仲裁廷の任務が終了する（同条第3項本文参照）とされていることとの関係についても検討を要するものと考えられる。）。また、その命令の形式についても、モデル法がこの費用及び損害の賠償の命令につき執行力を付与する等の観点から「award（仲裁判断）」の語を用いていること⁹⁹を踏まえ、本文の「考えられる規律の例」では、我が国の仲裁法第38条の規定を参考に、第1項において仲裁廷の発令権限を定めるとともに、第2項において第1項に基づく仲裁廷の命令が仲裁判断としての効力を有するとの規律を提示しているところであり、こうした規定ぶりの当否についても更に検討を要するものと考えられる。

このほか、第2回会議においては、民事保全法第33条の規定¹⁰⁰を参考に、費用及び損害の賠償だけでなく、原状の回復を含む規律とすべきではないかとの指摘がされた一方、そのような原状の回復については暫定保全措置の変更によって対応することとなるのではないかとの指摘がされたところであるが、この点については、上記のとおり、モデル法第17G条が当事者に対して費用及び損害の賠償を命ずる権限を仲裁廷に付与する手続法規としての規定であると解されること（一定の場合に費用及び損害につき責任を負わせるとの基本原則を定めるにとどまり、原状回復の責任を課するといった責任の範囲や要件等についてまで規律するものではないと見受けられること）や、

⁹⁹ UNCITRAL第2作業部会は、モデル法第17G条につき、仲裁廷の判断が不服申立ての対象となり、かつ、執行可能なものとなるように、「仲裁判断」の形式により発せられることとすることについて合意した（The Working Group agreed....that costs and damages should be issued as an “award”, so that the arbitral tribunal’s decision may be challenged and enforced.）ものとされている（HOLTZMANN et al., supra, p.181 参照）

¹⁰⁰ 民事保全法第33条（原状回復の裁判）は、「仮処分命令に基づき、債権者が物の引渡し若しくは明渡し若しくは金銭の支払を受け、又は物の使用若しくは保管をしているときは、裁判所は、債務者の申立てにより、前条第一項の規定により仮処分命令を取り消す決定において、債権者に対し、債務者が引き渡し、若しくは明け渡した物の返還、債務者が支払った金銭の返還又は債権者が使用若しくは保管をしている物の返還を命ずることができる。」と定めている。

外国法制においてもモデル法第17G条に対応するものとして原状回復を認めている例が見当たらないことも踏まえつつ、引き続き検討する必要があるものと考えられる。

ウ 小括

以上の点を含め、本文のような規律を設けることの当否やその具体的な規律の在り方について、どのように考えるか。

(7) 暫定保全措置の承認及び執行に関する規律

モデル法の2006年改正において暫定保全措置の承認及び執行に関する明文の規定が設けられたこと（第17H条、第17I条参照）を踏まえ、次のような規律を設けることの当否やその具体的な規律の在り方について、どのように考えるか。

モデル法(2006年改正後)	考えられる規律の例
<p><i>Section 4. Recognition and enforcement of interim measures</i></p> <p><i>Article 17 H. Recognition and enforcement</i></p> <p>(1) An interim measure issued by an arbitral tribunal shall be recognized as binding and, unless otherwise provided by the arbitral tribunal, enforced upon application to the competent court, irrespective of the country in which it was issued, subject to the provisions of article 17 I.</p>	<p>【暫定措置又は保全措置の承認及び執行】</p> <p>1 暫定措置又は保全措置の承認 暫定措置又は保全措置（仲裁地が日本国内にあるかどうかを問わない。以下、後記2から4までにおいて同じ。）は、後記3の事由のいずれかがある場合を除き、その効力を有する。ただし、当該暫定措置又は保全措置に基づく民事執行をする場合には、後記2による執行決定がなければならない。</p> <p>2 暫定措置又は保全措置の執行決定</p> <p>① 暫定措置又は保全措置に基づいて民事執行をしようとする当事者は、債務者を被申立人として、裁判所に対し、執行決定（暫定措置又は保全措置に基づく民事執行を許す旨の決定をいう。）を求める申立てをすることができる。</p>

(2) The party who is seeking or has obtained recognition or enforcement of an interim measure shall promptly inform the court of any termination, suspension or modification of that interim measure.

(3) The court of the State where recognition or enforcement is sought may, if it considers it proper, order the requesting party to provide appropriate security if the arbitral tribunal has not already made a determination with respect to security or where such a decision is necessary to protect the rights of third parties.

Article 17 I. Grounds for refusing recognition or enforcement

(1) Recognition or enforcement of an interim measure may be refused only:

(a) At the request of the party against whom it is invoked if the court is satisfied that:

(i) Such refusal is warranted on the grounds set forth in article 36(1)(a)(i), (ii), (iii) or (iv); or

② 前記①の申立てをした者又は当該申立てについての執行決定を受けた者は、当該申立てに係る暫定措置又は保全措置の変更、停止又は取消しがあったときは、速やかに、裁判所に通知しなければならない。

[③ 承認又は執行を求められた国の裁判所は、仲裁廷が担保に関する決定をしていなかったとき又は当該決定が第三者の権利を保護するために必要な場合において、適切であると認めるときは、暫定措置又は保全措置を申し立てた当事者に対し、適当な担保の提供を命ずることができる。]

3 承認又は執行の拒絶事由

暫定措置若しくは保全措置の承認又は執行は、次に掲げる事由のいずれかがある場合（①から⑧までに掲げる事由にあつては、当事者のいずれかが当該事由の存在を証明した場合に限る。）に限り、これを拒絶することができる。

① 仲裁合意が、当事者の能力の制限により、その効力を有しないこと。¹⁰¹

② 仲裁合意が、当事者が合意により仲裁合意に適用すべきものとして指定した法令（当該指定がないときは、仲裁地が属す

¹⁰¹ モデル法第17I条第1項第(a)号(i)において準用するモデル法第36条第1項第(a)号(i)前半に対応するもの（仲裁法第45条第2項第1号と同旨）

る国の法令)によれば, 当事者の能力の制限以外の事由により, その効力を有しないこと。

102

- ③ 当事者が, 仲裁人の選任手続又は〔仲裁〕〔暫定措置若しくは保全措置の〕手続において, 仲裁地が属する国の法令の規定(その法令の公の秩序に関しない規定に関する事項について当事者間に合意があるときは, 当該合意)により必要とされる通知を受けなかったこと。

103

- ④ 当事者が, 〔仲裁〕〔暫定措置又は保全措置の〕手続において防御することが不可能であったこと。¹⁰⁴

- ⑤ 暫定措置又は保全措置が, 仲裁合意又は仲裁手続における申立ての範囲を超える事項に関する判断を含むものであること。¹⁰⁵

- ⑥ 仲裁廷の構成又は〔仲裁〕〔暫定措置若しくは保全措置の〕手続が, 仲裁地が属する国の法令の規定(その法令の公の秩序に関しない規定に関する事項に

102 モデル法第17 I 条第1項第(a)号(i)において準用するモデル法第36条第1項第(a)号(i)後半に対応するもの(仲裁法第45条第2項第2号と同旨)

103 モデル法第17 I 条第1項第(a)号(i)において準用するモデル法第36条第1項第(a)号(ii)前半に対応するもの(仲裁法第45条第2項第3号と同旨)

104 モデル法第17 I 条第1項第(a)号(i)において準用するモデル法第36条第1項第(a)号(ii)後半に対応するもの(仲裁法第45条第2項第4号と同旨)

105 モデル法第17 I 条第1項第(a)号(i)において準用するモデル法第36条第1項第(a)号(iii)に対応するもの(仲裁法第45条第2項第5号と同旨)

(ii) The arbitral tribunal's decision with respect to the provision of security in connection with the interim measure issued by the arbitral tribunal has not been complied with; or

(iii) The interim measure has been terminated or suspended by the arbitral tribunal or, where so empowered, by the court of the State in which the arbitration takes place or under the law of which that interim measure was granted; or

(b) If the court finds that:

(i) The interim measure is incompatible with the powers conferred upon the court unless the court decides to reformulate the interim measure to the extent necessary to adapt it to its own powers and procedures for the purposes of enforcing that interim measure and without modifying its substance; or

(ii) Any of the grounds set forth in

ついて当事者間に合意があるときは、当該合意)に違反するものであったこと。¹⁰⁶

⑦ 暫定措置又は保全措置を講ずるについて仲裁廷が相当な担保を提供すべきことを命じた場合において、当該担保が提供されたことの証明がないこと。¹⁰⁷

⑧ [仲裁地が属する国(仲裁手続に適用された法令が仲裁地が属する国以外の国の法令である場合にあっては、当該国)の法令によれば、] 暫定措置又は保全措置が仲裁廷により取り消され、又はその効力を停止されたこと。¹⁰⁸

⑨ 暫定措置又は保全措置が日本の法令によって執行することができないものであること。
[ただし、裁判所が、当該措置を執行するため、その実質を変更することなく、自らの権限及び手続に適合させるのに必要な範囲において、当該暫定保全措置を再構成する旨の決定をした場合は、この限りでない。]

¹⁰⁹

⑩ 仲裁手続における申立てが、

¹⁰⁶ モデル法第17 I 条第1項第(a)号(i)において準用するモデル法第36条第1項第(a)号(iv)前半に対応するもの(仲裁法第45条第2項第6号と同旨)

¹⁰⁷ モデル法第17 I 条第1項第(a)号(ii)に対応するもの

¹⁰⁸ モデル法第17 I 条第1項第(a)号(iii)に対応するもの

¹⁰⁹ モデル法第17 I 条第1項第(b)号(i)に対応するもの

article 36(1)(b)(i) or (ii), apply to the recognition and enforcement of the interim measure.

(2) Any determination made by the court on any ground in paragraph (1) of this article shall be effective only for the purposes of the application to recognize and enforce the interim measure. The court where recognition or enforcement is sought shall not, in making that determination, undertake a review of the substance of the interim measure.

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。

110

⑪ 暫定措置又は保全措置の内容が、日本における公の秩序又は善良の風俗に反すること。

111

4 その他の規律の整備

このほか、仲裁廷が発する暫定措置又は保全措置の執行決定に係る申立ての移送、審尋の要否、即時抗告の可否その他の所要の関連規定を、仲裁判断の執行決定に係る関連規定（仲裁法第46条第2項から第10項まで）に倣って整備する。

（所要の関連規定の例）

- ① 暫定措置又は保全措置の執行決定を求める申立てをするときは、当該措置の命令書の写し、当該写しの内容が当該命令書と同一であることを証明する文書及び当該命令書（日本語で作成されたものを除く。）の日本語による翻訳文を提出しなければならない。
- ② 執行決定の申立てを受けた裁判所は、暫定措置又は保全措置の変更、停止又は取消しを求める申立てがあったことを知った場合において、必要があると認めるときは、執行決定の申立てに係る手続を中止することができる。この場合において、裁判所は、執行決定の申立てをした者の申立てにより、他の当事者に対し、担保を立てる

110 モデル法第17I条第1項第(b)号(ii)において準用するモデル法第36条第1項第(b)号(i)に対応するもの（仲裁法第45条第2項第8号と同旨）

111 モデル法第17I条第1項第(b)号(ii)において準用するモデル法第36条第1項第(b)号(ii)に対応するもの（仲裁法第45条第2項第9号と同旨）

べきことを命ずることができる。

- ③ 執行決定の申立てに係る事件は、仲裁法第5条第1項の規定にかかわらず、同項各号に掲げる裁判所及び〔仮に差し押さえることができる物又は係争物〕〔申立ての目的又は当該措置の対象とされた財産若しくは証拠〕の所在地を管轄する地方裁判所の管轄に専属する。
- ④ 裁判所は、執行決定の申立てに係る事件がその管轄に属する場合においても、相当と認めるときは、申立てにより又は職権で、当該事件の全部又は一部を他の管轄裁判所に移送することができる。
- ⑤ 執行決定に係る事件についての仲裁法第5条第3項又は前記④の規定による決定に対しては、即時抗告をすることができる。
- ⑥ 裁判所は、後記⑦又は⑧の規定により執行決定の申立てを却下する場合を除き、執行決定をしなければならない。
- ⑦ （前記3と同じ）¹¹²
- ⑧ 前記3⑤に掲げる事由がある場合において、当該暫定措置又は保全措置から同号に規定する事項に関する部分を区分することができるときは、当該部分及び当該暫定措置又は保全措置のその他の部分をそれぞれ独立した暫定措置又は保全措置とみなして、前記3の規定を適用する。¹¹³
- ⑨ 裁判所は、口頭弁論又は当事者双方が立ち会うことができる審尋の期日を経なければ、執行決定の申立てについての決定をすることができない。¹¹⁴
- ⑩ 執行決定の申立てについての決定に対しては、即時抗告をすることができる。¹¹⁵

（説明）

第2回会議では、暫定保全措置の承認・執行に関する規律を設けること自体については、特段の異論が見られなかった。以下、個別の規律の在り方について検討する。

¹¹² 実際の規律としては、仲裁法第45条第2項と同様に、承認拒絶事由に関する規律を整備した上で、執行拒絶事由に関する規律としては、「裁判所は、執行決定の申立てがあった場合において、前記3の各号に掲げる事由のいずれかがあると認める場合（前記3①から⑧までに掲げる事由にあっては、被申立人が当該事由の存在を証明した場合に限る。）に限り、当該申立てを却下することができる。」といったものを整備することが考えられる。

¹¹³ 仲裁法第46条第9項において準用する同法第45条第3項と同趣旨である。

¹¹⁴ 仲裁法第46条第10項において準用する同法第44条第5項と同趣旨である。

¹¹⁵ 仲裁法第46条第10項において準用する同法第44条第8項と同趣旨である。

ア 承認・執行の対象とする暫定保全措置を仲裁地が日本国内にあるものに限るか否か

第1回会議及び第2回会議においては、暫定保全措置についても、仲裁判断と同様に、仲裁地が日本国内にあるかどうかを問わず、承認・執行の対象とすることが方向性としては望ましいという点については、おおむね異論は見られなかったものの、その理論的な整理についてはなお検討を要するとの指摘がされたところであり、その指摘を踏まえた若干の検討結果は、前記第2の1のとおりである。

イ 暫定保全措置の承認に関する規律の要否等について

(7) 第2回会議における議論の概要

研究会資料2においては、「考えられる規律の例」の1として、「暫定措置又は保全措置（仲裁地が日本国内にあるかどうかを問わない。以下、後記2及び3において同じ。）は、後記3の事由のいずれかがある場合を除き、拘束力のあるものとして承認されるものとする。」旨の規律を提示したところ、これに対しては、第2回会議において、「拘束力のあるものとして承認される（*recognized as binding*）」との文言は、我が国の法制上、どのような意義を有するかが明らかでないため、不要ではないか（具体的には、外国判決や仲裁判断の場合には、執行力のほかに、本案の権利義務関係につき既判力や形成力が生ずるため、これを我が国において承認することに意義があるのに対し、暫定保全措置については、本案の権利義務関係につき終局的な判断をするものではないため、執行力以外の効力が問題とならないのではないかと）との指摘がされた。

この点に関しては、暫定保全措置についても裁判所の決定のような実質的確定力や形式的確定力といったものが観念し得るのであれば、それを承認するという事は理論上あり得るのではないかととの指摘もされた。

(イ) 仲裁判断の承認に関する規律を設けた際の議論状況等

モデル法上、「拘束力のあるものとして承認される（*recognized as binding*）」との文言は、仲裁判断の承認についてのモデル法第35条第1項にも存在するところ、これに対応する規定である現行の仲裁法第45条第1項は、民事訴訟法第118条が外国判決について同条所定の要件を満たす限り、当然にその効力が承認される旨を定めていることを踏まえ、仲裁判断についても、承認拒絶事由のない限り、特別の手續を必要とせず（自動承認）、「仲裁判断（仲裁地が日本国内にあるかどうかを問わない。以下この章において同

じ。)は、確定判決と同一の効力を有する。」との規定を設けている¹¹⁶。

そこで、このような規定ぶりとなった経緯について、現行の仲裁法立案時の議論を見てみると、まず、仲裁検討会第6回会議（平成14年6月11日開催）においては、モデル法では、仲裁判断の効力については、それがされた国のいかににかかわらず、「拘束力」あるものとして「承認され」、「執行されなければならない」とされているが、ドイツ民事訴訟法や韓国仲裁法のほか、旧法である公示催告手続及び仲裁手続ニ関スル法律（明治23年法律第29号）第800条¹¹⁷の規定ぶりを踏まえ、内国仲裁判断について、「当事者間において裁判所の確定判決と同一の効力を有するものとする」との規律が提案され¹¹⁸、特段異論が見られなかった。

これを受けて、「仲裁法制に関する中間とりまとめ」がされ、その補足説明においては、上記提案の理由として、「仲裁も、訴訟によらずに紛争を最終的に解決する手段の一つであり、その結論である仲裁判断については、裁判における確定判決と同一の効力を認めるべきものと解される。」とされており、「確定判決と同一の効力」の内容としては、既判力、執行力及び形成力が観念されるとの説明がされた¹¹⁹。

¹¹⁶ 前掲仲裁法コンメンタール263頁

¹¹⁷ 公示催告手続及び仲裁手続ニ関スル法律第800条は、「仲裁判断ハ当事者間ニ於テ確定シタル裁判所ノ判決ト同一ノ効力ヲ有ス」と定めている。

¹¹⁸ 仲裁検討会資料20〔13頁〕参照

(<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/tyuusai/dai6/6siryou20.pdf>)。

ここでは、参考として、ドイツ民事訴訟法第1055条（仲裁判断の効果）が「仲裁判断は、当事者間において確定判決と同一の効力を有する。」（ドイツ司法省ウェブサイト掲載の英訳 (https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p3529。以下同じ) では、「Amongst the parties, the arbitration award has the effect of a final and binding judgment handed down by a court.）」と定めていることや、韓国仲裁法第35条（仲裁判断の効力）が「仲裁判断は、当事者間において裁判所の確定判決と同一の効力を有する。」（韓国法制研究院の法令翻訳センターウェブサイト掲載の英訳 (https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=38889&lang=ENG。以下同じ) では、「An arbitral award shall have the same effect on the parties as the final and conclusive judgment of the court.）」と定めていることが紹介されている。

¹¹⁹ 司法制度改革推進本部事務局「仲裁法制に関する中間とりまとめの補足説明」61頁参照 (<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kouhyou/020805hosoku.pdf>)。なお、この補足説明の(注)においては、「枠内の案は、内国仲裁判断を対象とするが、外国仲裁判断についても、承認又は執行の拒否事由のない限り、我が国においてその効力を有することを承認するものとするのが考えられる。」とされている。

もつとも、その後に行われた仲裁検討会第10回会議（平成14年11月7日開催）においては、「仲裁判断は、それがされた国のいかなを問わず、拘束力あるものとして承認され（る）」との規律が提案され¹²⁰、その説明として、「仲裁判断の承認及び執行につき、モデル法第35条第1項の規律に従うものであり、意見結果においても、ほぼ異論がなかったところである。なお、内国仲裁判断については、別に、それが確定判決と同一の効力を有する旨の規定を置く予定である（公催仲裁法第800条参照）。」との記載がされるとともに、「確定判決と同一の効力を有する」との規律を設けることとした場合には、内国仲裁判断の承認との関係や、その強制執行のための手続規律との関係が問題となるとの指摘がされた¹²¹。また、これに関連して、同会議では、ドイツ法や韓国法にも同種の規定が明示的に置かれていることや、旧法にも既に存在している規定であるため、そのような規定を設けないものとする場合には相応の説明が必要になると考えられることが指摘されるとともに、「確定判決と同一の効力」の意味については、既に各国の立法が似たような規定を置いており、我が国も100年以上同趣旨の規定を置いているため、確定判決そのものの効力とは異なることについてはコンセンサスがあると考えられるとの指摘¹²²がされた。また、上記の提案に関しては、国内仲裁判断につき、「拘束力あるものとして承認され（る）」との規定と「確定判決と同一の効力を有する」との規定が並列して存在することとなり、違和感があるとの指摘¹²³がされた。以上を踏まえ、最終的に、仲裁検討会第13回

¹²⁰ 仲裁検討会資料32〔7頁〕参照

(<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/tyuusai/dai10/10siryou32.pdf>)

¹²¹ 仲裁検討会第10回会議では、この記載について、「内国仲裁判断について、確定判決と同一の効力を有するという規定を置く予定であると記載しています。しかし、この考え方を採る場合には、確定判決と同一の効力を有することと、内国仲裁判断の承認との関係や、内国仲裁判断の強制執行のために執行許可の裁判を要することとしたこととの関係についても整理しておく必要があるように思われます。内国仲裁判断について、確定判決と同一の効力を有する旨の規定を置くかどうかについては、なお法制的な問題も含めて検討していかなければならないことだと思うので、この点については事務局の方にお任せいただければと存じます。いずれにしても、国内の仲裁判断についても、実質的には枠内のような規律をすることになると思っております。」との説明がされている（司法制度改革—仲裁検討会〔第10回〕議事録〔近藤参事官発言〕参照（<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/tyuusai/dai10/10gijiroku.html>））。

¹²² 前掲仲裁検討会〔第10回〕議事録〔三木委員発言〕参照

¹²³ 前掲仲裁検討会〔第10回〕議事録〔吉岡委員発言〕参照。これを受けて、第10

会議(平成15年3月6日開催)において示された仲裁法案要綱(案)¹²⁴では、現行の仲裁法と同様に、仲裁地が日本国内にあるかどうかを問わず、仲裁判断は、承認拒絶事由のない限り、「確定判決と同一の効力を有するものとする」との提案がされている。

このように、現行の仲裁法では、モデル法の「拘束力のあるものとして承認される (recognized as binding)」との規定につき、実質的には同趣旨の規定を設けることとしつつ、外国法制や旧法の規定ぶりを参考に、(我が国における確定判決と全く同一のものではないことを念頭に置いた上で)最終的には「確定判決と同一の効力を有する」との規定を設けることが選好されたものといえる。

(ウ) 暫定保全措置の承認に関する規律の在り方について

そこで、上記(ア)及び(イ)を踏まえて検討すると、まず、ドイツ民事訴訟法では、(外国の仲裁廷がした暫定保全措置については特段の規定がないものの)暫定保全措置については、「裁判所は、(略)当事者の一方の申立てにより、前項に規定する措置の執行を許可することができる。(以下略)」と規定されているにとどまり(同法第1041条第2項¹²⁵参照)、承認自体についての規定は設けられていないように見受けられる。なお、外国判決の承認に関しては、ドイツ法では「承認」という文言を用いており、国内裁判所の裁判と同一の効力を有するといった形の規定を置いていないように見受けられる¹²⁶。

回会議では、「おっしゃるとおりで、ここに書いてある規定で、それがされた国のいかに問わず、拘束力のあるものとされ承認されという、これでもう十分なはずなのです、日本で出された場合も。しかし、片や仲裁判断が今まで権威を持って扱われてきたとすれば、それは確定判決と同一の効力を有するという条文があって、それが仲裁判断の執行力の源泉だと考えられていたこととなりますので、これを2つ置くと、確かにこれはどうなるのかなと、吉岡委員がおっしゃるような議論は当然だと思います。私どもも当然考えております。これはまた検討させていただきます。」とされた(同議事録〔青山座長発言〕参照)。

¹²⁴ 仲裁検討会資料39〔23頁〕参照

(<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/tyuusai/dai13/13siryou39.pdf>)

¹²⁵ Section 1041(2) Upon a party having filed a corresponding petition, the court may permit the enforcement of a measure pursuant to subsection (1), unless a corresponding measure of temporary relief has already been petitioned with a court.

¹²⁶ ドイツ民事訴訟法第328条は、外国判決の承認につき、「外国の裁判所によって下された判決の承認は、次に掲げる場合にはすることができない。(Recognition of a judgment handed down by a foreign court shall be ruled out if:)」と定めている。ま

また、韓国仲裁法は、（仲裁地が韓国にある場合に限って適用されるものの、）暫定保全措置については、「仲裁廷による暫定保全措置の承認を求める当事者は、裁判所に対し、当該措置を承認する旨の決定をするよう申し立てることができ（る）（以下略）」と規定されているにとどまり（同法第18条の7第1項¹²⁷参照）、「承認」の文言につき国内裁判所の裁判と同一の効力を有するといった形の規定ぶりにはしていないように見受けられる。また、外国判決の承認に関しても、この点は同様であるように見受けられる¹²⁸。

そして、一般に「承認」の効果については、（例えば、外国非訟裁判を例にとると）当該外国法が認めている効果を付与するのか、日本法の同様の裁判と同じ効果を付与するのかという問題があるところ、当該外国における裁判手続は、当然、当該外国法上の効果を得るために適合的なものとなっているはずであり、これに日本法上の効果を認めてしまうことは当事者等にとって不意打ちとなるおそれがあることから、原則としては、（我が国における公の秩序又は善良の風俗に反しない限り）外国裁判の効果がそのまま認められるもの（ただし、その後日本手続法に従って裁判の取消しや変更があり得ることは別論）とされている¹²⁹。

以上を踏まえると、暫定保全措置の承認に関する規律の在り方については、①特段の規定を設けず、その執行に関する規律だけを設けることとするとの考え方や、②民事訴訟法第118条等の規定を

た、ドイツ家事非訟事件手続法（FamFG）第108条第1項は、「婚姻関係の判決を除き、外国判決は、特別の手続を要することなく承認される（With the exclusion of judgments in marital matters, foreign judgments shall be recognized without the requirement of a particular proceeding.）」と定めている（https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_famfg/englisch_famfg.html#p0564）。

¹²⁷ Article 18-7 (Recognition and Enforcement of Interim Measures) (1) The party who wishes to obtain recognition of an interim measure issued by an arbitral tribunal may file a petition with a court to seek a decision to approve the measure,

¹²⁸ 韓国民事訴訟法第217条は、「外国裁判所によって下された確定判決又はこれと同一の効力を有すると認められた裁判（以下「確定判決等」という。）は、次に掲げる要件を全て満たすときは、承認される。（A final and conclusive judgment rendered by a foreign court or a judgment acknowledged to have the same force (hereinafter referred to as "final judgment, etc.") shall be recognized, if all of the following requirements are met:）」と定めている。

（https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=45913&lang=ENG）

¹²⁹ 山本和彦「国際非訟事件における手続上の諸問題」判タ1361号（平成24年）69～70頁参照

参考に、承認拒絶事由がない限り、特別の手続を必要とせず（自動承認）、その効力を認めるとの考え方（その承認される効力の内実については、更に検討を要する。¹³⁰）があり得ると考えられる。

ウ 暫定保全措置の執行に関する手続について

モデル法第17H条第1項は、「仲裁廷により発令された暫定保全措置は、（略）第17I条の規定に従うことを条件として、管轄を有する裁判所に対する申立てに基づき執行されなければならない。」と定めている¹³¹。

研究会資料2においては、仲裁判断の執行に関する現行の仲裁法第45条第1項及び第46条の規定と同様に、「暫定措置又は保全措置に基づく民事執行をする場合には、後記2による執行決定がなければならない。」とする規律や「暫定措置又は保全措置に基づいて民事執行をしようとする当事者は、債務者を被申立人として、裁判所に対し、執行決定を求める申立てをすることができる。」とする規律を提示したところであり、基本的には、仲裁判断の執行と同様に決定手続によることを想定した規律を提示しているが、この点については、これまでの議論においても特段異論が見られなかった（なお、管轄等の具体的な手続規律については後記キ参照）。

エ 暫定保全措置の変更、停止、取消しがあった場合における裁判所への通知に関する規律について

モデル法第17H条第2項は、暫定保全措置の承認又は執行を裁判所に求めた当事者は、当該措置が仲裁廷によって事後的に変更、停止又は終了されたときは、裁判所においてこれらの事実を自ら知ることができないことから、速やかに裁判所に報告する義務を負うとするものであるとされている¹³²。

第2回会議においては、前記(4)のとおり、暫定保全措置の変更、停

¹³⁰ この考え方に立つ場合には、本文の「考えられる規律の例」の1のように、「その効力を有する」との規律を設けることが考えられるが、執行力のほかに承認の対象となる暫定保全措置の効力が具体的に想定され得るのかがなお問題となる。この点に関しては、例えば、いわゆる形成力が想定され得るところであるが、仮に、我が国の裁判所に対してある訴えが提起された場合に、その被告が、外国を仲裁地とする仲裁廷が発令した訴訟禁止命令（Anti-suit Injunction）の存在を理由に当該訴えの却下を求めた場合には、裁判所がその訴えを却下することがあり得るが、その場合においても、裁判所が当該訴訟禁止命令の効力を我が国において承認したものとみるか、（当該訴訟禁止命令の効力自体を承認することなく、その存在等を基に）不起訴の合意があるとの事実認定をしたものとみるかについては評価が分かれ得るところであると考えられる。

¹³¹ 前掲中村訳32頁参照

¹³² 前掲三木・改正の概要（下）20頁参照

止、取消しに関する規律を設けること自体については特段異論が見られなかったところであり（これに関連して、前記(5)のとおり、事情変更があった場合に当事者から仲裁廷に対する開示を義務付ける規律を整備するか否かも問題となるが、そのような規律の整備の有無にかかわらず）、暫定保全措置に変更、停止、取消しがあった場合には、当該暫定保全措置の承認・執行の可否に影響が生ずると考えられるため、裁判所においてこれを把握することのできる仕組みを設ける必要があると考えられる。

もともと、前記イのとおり、仮に暫定保全措置につき、承認拒絶事由に該当しない限り、特別の手續を要することなく承認される（自動承認）という規律を念頭に置いた場合には、暫定保全措置の承認・執行について裁判所を利用する場面としては、専ら暫定保全措置の執行決定を求める場面のみとなることから、本文の「考えられる規律の例」の2②においては、（モデル法が「recognition or enforcement（承認又は執行）」を対象としているのとは異なり）専ら、執行決定の申立てをした者又は執行決定を受けた者（得た者）を主体とした規律を提示している。

オ 裁判所に担保の変更権限を付与すべきか否かについて

モデル法第17H条第3項は、仲裁廷による立担保の命令とは別に、暫定保全措置の承認・執行を求められた裁判所も担保提供を命ずることができることとするものであり、こうした裁判所による立担保の命令がされる場合としては、①仲裁廷が担保提供に関する決定をしていなかったために、被申立人又はその他の者の権利や利益が侵害されるおそれがある場合、②第三者の権利を保護するために必要な場合が挙げられているところ、この②については、仲裁廷による暫定保全措置は、基本的に当事者しか拘束しないが、裁判所がこれを執行する場合には第三者を拘束する措置も可能であるため、新たに第三者を保護するための立担保が必要な場合があるからであるとされている¹³³。

第2回会議においては、このモデル法第17H条第3項の規律に関し、上記①のように仲裁廷が担保を立てさせないで暫定保全措置を発令している場合に、執行決定の申立てを受けた裁判所が適切に担保の額を定めるには困難な面があり、審理に相当程度の時間を要すること

¹³³ 前掲三木・改正の概要（下）20頁参照

となるおそれがあるとの指摘がされた¹³⁴。また、この規定は、そもそも例外的な場面を想定したものであり、例えば、ある暫定保全措置が無担保で発令されている場合に、このままでは日本における公の秩序に反するものの、担保を立てさせれば執行可能となる余地があるような場面を念頭に置いたものであって、基本的には、担保を要するのであれば、改めて仲裁廷に担保を立てさせた形で暫定保全措置を発令させれば足りるのではないかとの指摘がされた。

このように、仲裁廷において暫定保全措置が無担保で発令された場面（上記①）については、裁判所に別途担保を立てさせる権限を付与することに消極的な意見が多く見られたところであり、以上のような指摘は、暫定保全措置を執行した場合の影響が第三者にも及び得る場面（上記②）についても同様に当てはまるものと考えられる。

なお、モデル法の2006年改正に対応しているとされる香港及び韓国の法制を見てみると、韓国においては、モデル法第17H条第3項と同様の規律が設けられている¹³⁵一方、香港においては、香港仲裁条例第61条の規定がモデル法第17H条に代わって効力を有するものとされており¹³⁶、同条例第61条には裁判所による担保設定権限に関する規律は見当たらない¹³⁷。

¹³⁴ この点に関しては、仮にこのような権限を裁判所に認めることとした場合には、裁判所が被保全権利や保全の必要性のほか、暫定保全措置の当事者及び第三者に対して及ぼす法律上及び事実上の効果・影響について審理・判断することとなり、裁判所に過大な負担を強いることになりかねないことから、このような権限を裁判所に付与すべきでないとの指摘がある（第1回研究会参考資料6（日弁連要綱試案）6頁参照）。

また、研究会資料2〔32頁〕においては、外国（特に英米法諸国）の仲裁廷では（現状維持を内容とするものであること等を理由に）無担保で暫定保全措置の発令がされる例も少なくないのに対し、日本の裁判所が保全命令を発令する場面では個別の事案に応じて損害を十分に補うことのできるような額を担保の額として定めるといった運用がされていることを踏まえると、我が国の裁判所が、外国を仲裁地とする仲裁廷の定めた担保の額が適正か否かを（当該外国における運用等の実情などを踏まえて）適切に判断し得るか否かが問題となり得るとの指摘がされた。

¹³⁵ 韓国仲裁法第18条の7第3項は、「承認又は執行を求められた裁判所は、仲裁廷が暫定保全措置に関する命令をしていないとき又はそのような決定が第三者の権利を保護するために必要な場合において、必要であると認めるときは、申立人に対し、適当な担保の提供を命ずることができる。」と定めている。

¹³⁶ 香港仲裁条例第43条は、「第61条の規定は、UNCITRALモデル法の第17H条に代わって、効力を有する。」と定めている。

¹³⁷ 香港仲裁条例第61条は、次のとおり定めている。

(1) 香港の内外を問わず、仲裁廷による仲裁手続に関して発せられた命令又は指示は、同様の効果を有する裁判所の命令又は指示と同様の方法により執行することができるが、

以上を踏まえ、モデル法第17H条第3項に対応した規律の要否については、外国法制の状況を参考にしつつ、引き続き、その規律の必要性に関する具体的な事情等を踏まえて検討する必要があると考えられる。

カ 暫定保全措置の承認又は執行の拒絶事由について

モデル法第17I条は、暫定保全措置の承認又は執行の拒絶事由を定めたものであり、同条第1項第(a)号(i)は、仲裁判断の承認又は執行の拒絶事由を定めたモデル法第36条第1項第(a)号を準用しているが、仲裁判断の承認又は執行に固有の拒絶事由を定める同号(v)¹³⁸については準用していない。

また、モデル法第17I条第1項第(b)号(ii)は、仲裁判断の承認又は執行の拒絶事由を定める同法第36条第1項第(b)号¹³⁹を準用している。

他方で、暫定保全措置に固有の拒絶事由としては、①モデル法第17I条第1項第(a)号(ii)〔仲裁廷が発令した暫定保全措置に関する担保提供についての決定が遵守されていないこと〕、②同号(iii)〔暫定保全措置が、仲裁廷、又は、仲裁が行われる国の裁判所若しくは当該暫定保全措置の基礎となった法の属する国の裁判所が終了若しくは停止の権限を有する場合は当該裁判所によって、終了又は停止させられたこと〕及び③同項第(b)号(i)〔暫定保全措置が裁判所に与えら

裁判所の許可を要する。

- (2) 香港外で行われた命令又は指示の執行の許可は、その執行を求める当事者が、仲裁廷による仲裁手続について香港でされる可能性のある命令又は指示の類型又は種類に属していることを証明しない限り、付与してはならない。
- (3) 第1項に基づく許可が付与された場合、裁判所は、当該命令又は指示について判決をすることができる。
- (4) 第2項に基づく許可についての裁判所の許否の決定は、不服申立ての対象とならない。
- (5) この条に定める命令又は指示は、暫定保全措置を含むものとする。

¹³⁸ 前掲中村訳46頁によれば、「仲裁判断が、未だ当事者を拘束するものとなるに至っていないこと、又は仲裁判断がなされた国若しくは仲裁判断の基礎となった法律の属する国の裁判所により、取り消され若しくは停止されたこと」とされている。

¹³⁹ 前掲中村訳46頁によれば、モデル法第36条第1項第(b)号は、次のとおりの規定を設けている。

「(b) 裁判所が次のことを認めた場合

- (i) 紛争の対象事項が、この国の法律により、仲裁による解決が不可能であること、又は
- (ii) 仲裁判断の承認又は執行が、この国の公序に反すること。」

れた権限と相いれないこと]がある¹⁴⁰。

そして、これらの拒絶事由については、上記①は、担保提供命令の制度が暫定保全措置の暫定性に照らして被申立人や他の当事者の保護を図るための制度であることから、これが充足されていないことをもって拒絶事由としたもの、上記②は、そのような場合には、暫定保全措置に執行力を付与することはできないことから拒絶事由としたもの（なお、仲裁判断に固有のものとして準用対象外とされたモデル法第36条第1項第(a)号(v)と実質的に同趣旨のもの）、上記③は、暫定保全措置の内容や方法が多様であり、仲裁廷が属する法文化や法システムなどと執行地の裁判所が属するそれらが異なる場合には、仲裁廷が命じた暫定保全措置が裁判所の執行権限と相いれないことがあり得ることから、明示的に拒絶事由としたものであるとされている¹⁴¹。

このように、モデル法第17I条は、基本的には、仲裁判断の承認又は執行の拒絶事由と実質的に同内容の規律を整備するものであり、我が国の仲裁法において暫定保全措置の承認・執行に関する規律を整備するに当たっても、基本的に仲裁判断の承認・執行に関する規律と同内容のものを整備することとなるものと考えられる。

その上で、個々の承認又は執行の拒絶事由に関する規律の具体的な在り方については、例えば、次のような点が問題となり得るものと考えられる。

(7) 承認又は執行の拒絶事由の性質（職権調査事項か否か）について

モデル法第17I条第1項は、当事者が該当する拒絶事由の存在を証明することを求めるもの（同項第(a)号）と、裁判所による職権調査事項としているもの（同項第(b)号）とに分けていることから、本文の「考えられる規律の例」の3の柱書きにおいては、同様の構造を有するモデル法第36条を踏まえて整備された仲裁法第45条第2項と同様に、モデル法第17I条第1項第(a)号に対応する規律については、当事者による証明を要する旨を括弧書きで付記した規律を提示している。

(イ) 承認又は執行の拒絶事由が存在する場合における裁判所の裁量の有無について

また、第2回会議においては、本文の「考えられる規律の例」の

¹⁴⁰ 各規定の日本語訳については、前掲中村訳33頁参照

¹⁴¹ 前掲三木・改正の概要（下）20～21頁参照

3の柱書きが「これを拒絶することができる」としている点に関し、軽微な違反であればある程度裁判所の裁量により承認・執行を拒絶しないことを許容する趣旨なのか、そのような裁判所の裁量を認めない趣旨なのかが問題となる旨の指摘がされた。この点に関しては、後者の立場から、(法制上は、「することができる」との文言が用いられていたとしても)裁判所の裁量を許容するものではないと理解すべきではないかとの指摘や、仲裁判断の承認又は執行の拒絶事由と同様に考えるべきではないかとの指摘がされた。

仲裁判断の執行決定に関する仲裁法第46条第8項は、「申立てを却下することができる」との規定ぶりを採用しているところ、その趣旨については、裁判所は、執行拒絶事由が存すると認める場合にも、裁量により、申立てを却下しないことができることを意味する(申立てを却下しない場合には、同条第7項により執行決定をしなければならない)ものとされており、仲裁判断の取消しの裁判における規律と同一であるとされている¹⁴²¹⁴³¹⁴⁴。

¹⁴² 前掲仲裁法コンメンタール275頁参照。なお、仲裁判断の承認・執行について規定したモデル法第35条及び第36条に関するUNCITRAL事務局による2006年改正後のモデル法の注釈書13頁においても、「モデル法の下で承認又は執行が拒絶され得る事由は、ニューヨーク条約第5条に記載されているものと同一であり」(the grounds on which recognition or enforcement may be refused under the Model Law are identical to those listed in article V of the New York Convention,)、「一般的に、調和の観点から、この条約と同じアプローチと文言を採用することが望ましいと考えられていた。(Generally, it was deemed desirable to adopt, for the sake of harmony, the same approach and wording as this important Convention.)」とされている。

また、この注釈書では、暫定保全措置の承認又は執行の拒絶事由に関しては、特段の解説がされていないが、モデル法第17I条についての解説書では、「第17I条は、裁判所が措置の承認又は執行を拒絶することができる限定的な理由を規定している。(Article 17I sets out the limited grounds under which a court may decline to recognize or enforce a measure.)」(下線は引用者による)との解説がされている(HOLTZMANN et al., supra, p.181 参照)。

¹⁴³ もっとも、その裁量は無制限のものではなく、取消事由・執行拒絶事由の重大性やその判断内容との関連性に配慮したものでなければならず、そのような判断を裁判所が誤ったと認められる場合には、即時抗告審において取消しの申立ての棄却決定又は執行決定の取消しがされることになるとの指摘がされている(山本和彦=山田文著『ADR仲裁法[第2版]』(日本評論社、平成27年)370頁参照)。

¹⁴⁴ なお、このような考え方によれば、承認又は執行の拒絶事由がない限り仲裁判断の効力が承認されること(同法第45条第1項)との関係が問題となるところ、執行拒絶事由があったとしても、裁判所の有権的解釈により、裁量によって仲裁判断の執行決定をした場合には、初めから自動承認されていたものと位置付けられることになると解されるため、自動承認の問題と裁判所の裁量的判断が認められることとの間には必ずしも矛盾はないと考えられるとされている(前掲仲裁法コンメンタール275頁参照)。なお、前

そして、モデル法では、仲裁判断の承認又は執行の拒絶事由に関する第36条と暫定保全措置の承認又は執行の拒絶事由に関する第17I条において、同様の規定ぶり（いずれも「may be refused」という規定ぶり）が採用されていることからすれば、モデル法第17I条に対応した規定を整備するに当たっても、モデル法第36条に対応する仲裁法第46条と同様に「拒絶することができる」との文言を用いることとし、その趣旨としても、同条と同様に、裁判所は、執行拒絶事由が存すると認める場合にも、当該拒絶事由の性質等を踏まえ、裁量（ただし、無制限のものではないことを前提としたもの）により、申立てを却下しないことができるものとするとの考え方があり得る。

(ウ) 必要とされる通知の欠缺の対象となる手続の範囲について（本文の「考えられる規律の例」の3③関係）

モデル法第17I条第1項第(a)号(i)は、モデル法第36条第1項第(a)号(ii)を準用しており、本文の「考えられる規律の例」の3③は、これに対応するものである。

モデル法第36条を踏まえて整備された仲裁法第45条第2項第3号では、「仲裁人の選任手続又は仲裁手続において」必要とされる通知を受けなかったことが拒絶事由とされており、モデル法第17I条第1項第(a)号(i)における通知の欠缺の対象となる手続は、同様に「仲裁人の選任手続又は仲裁手続」であるとする考え方¹⁴⁵もある一方、単に「仲裁手続」としてしまうと暫定保全措置の発令におよそ関係のない通知の欠缺についても主張可能となってしまうおそれがあるため、暫定保全措置の場合には、「仲裁人の選任手続又は暫定措置若しくは保全措置の手続」¹⁴⁶であるとする考え方

掲谷口＝鈴木438頁〔小川和茂〕も、これと同様に、仲裁判断の承認・執行が求められた裁判所（国）には、承認又は執行の拒絶事由が存在していたとしても、当該仲裁判断の承認・執行をする裁量権があると考えられていると指摘する。

¹⁴⁵ 前掲掲谷口＝鈴木340頁〔小原〕参照。ここで想定される「通知」の例としては、現行の仲裁法上、一方当事者の他方当事者に対する仲裁手続に付する旨の通知（同法第29条第1項）、仲裁廷による口頭審理の日時及び場所の通知（同法第32条第3項）などが挙げられるところ、例えば、仲裁手続に付する旨の通知は、仲裁手続の開始という効果をもたらすものであり、（典型的には）暫定保全措置が仲裁廷の存在を前提とし、仲裁廷の具体的な構成は仲裁手続の開始を前提とするものである以上、当該通知を欠く場合にも、暫定保全措置の承認又は執行は拒絶されるべきものとの考え方もあり得る。

¹⁴⁶ モデル法の2006年改正との関係では、（予備保全命令に関する規律についてのものを除くと、）例えば、暫定保全措置の変更、停止、取消しに当たって、職権による場

¹⁴⁷もあり得る。

以上によれば、必要とされる通知の欠缺の対象となる手続については、暫定保全措置との関係で問題となり得る「通知」の具体例等も含め、仲裁実務の実情等も踏まえながら引き続き検討する必要があるものと考えられる。

(イ) 防御が不可能であったことの対象となる手続の範囲について（本文の「考えられる規律の例」の3④関係）

モデル法第17I条第1項第(a)号(i)は、モデル法第36条第1項第(a)号(ii)を準用しており、本文の「考えられる規律の例」の3④は、これに対応するものである。

モデル法第36条を踏まえて整備された仲裁法第45条第2項第4号では、「仲裁手続において」防御することが不可能であったことが拒絶事由とされており、モデル法第17I条第1項第(a)号(i)における、防御が不可能であったことの対象となる手続も、同様に「仲裁手続」であるとする考え方¹⁴⁸もある一方、単に「仲裁手続」としてしまうと暫定保全措置の発令におよそ関係のない場面における防御についても主張可能となってしまうおそれがあるため、暫定保全措置の場合には、「暫定措置又は保全措置の手続」であるとする考え方¹⁴⁹もあり得る。

以上によれば、防御が不可能であったことの対象となる手続については、暫定保全措置との関係で問題となり得る防御の具体的な場面等も含め、仲裁実務の実情等も踏まえながら引き続き検討する必要があるものと考えられる。

(ロ) 手続の法令等違反の対象となる手続の範囲について（本文の「考えられる規律の例」の3⑥関係）

合には事前の通知を要することとするかといった点が問題となっており（前記4参照）、このような「通知」に関する規律を整備することとした場合には、この「通知」が対象として想定され得ることになるものと考えられる。

¹⁴⁷ 第1回研究会参考資料6（日弁連要綱試案）2頁参照

¹⁴⁸ 前掲谷口＝鈴木340頁〔小原〕参照。この点についても、例えば、仲裁廷が、仲裁合意の存否又は効力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（仲裁法第23条参照）をする場面においては、当事者間において攻撃防御方法の提出がされることが想定される場所、暫定保全措置が仲裁合意の存在や仲裁廷の権限の存在を前提とするものであることからすれば、この点についての防御が不可能であった場合にも、暫定保全措置の承認又は執行は拒絶されるべきものとの考え方もあり得る。

¹⁴⁹ 第1回研究会参考資料6（日弁連要綱試案）2頁参照

モデル法第17I条第1項第(a)号(i)は、モデル法第36条第1項第(a)号(iv)を準用しており、本文の「考えられる規律の例」の3⑥は、これに対応するものである。

モデル法第36条を踏まえて整備された仲裁法第45条第2項第6号では、「仲裁廷の構成又は仲裁手続」が当事者の合意や法令に違反するものであったことが拒絶事由とされており、モデル法第17I条第1項第(a)号(iv)における法令等違反の対象となる手続も、同様に「仲裁手続」であるとする考え方¹⁵⁰もある一方、単に「仲裁手続」としてしまうと暫定保全措置の発令におよそ関係のない場面における手続の法令等違反についても主張可能となってしまうおそれがあるため、暫定保全措置の場合には、「暫定措置又は保全措置の手続」であるとする考え方¹⁵¹もあり得る。

この点についても、仲裁実務の実情等も踏まえながら引き続き検討する必要があるものと考えられる。

(カ) 暫定保全措置の取消し又は停止に関する規律の在り方について (本文の「考えられる規律の例」の3⑧関係)

本文の「考えられる規律の例」の3⑧は、モデル法第17I条第1項第(a)号(iii)に対応するものであり、実質的にはモデル法第36条第1項第(a)号(v)後段と同趣旨のものである。

そして、モデル法第36条を踏まえて整備された仲裁法第45条第2項第7号では、「仲裁地が属する国（仲裁手続に適用された法令が仲裁地が属する国以外の国の法令である場合にあっては、当該国）の法令によれば、（中略）仲裁判断がその国の裁判機関により取り消され、若しくは効力を停止されたこと。」と規定されているところ、この括弧書きについては、国によっては、仲裁地が国内にあっても、外国の法律に従って仲裁手続を進めることを認めているものがあり¹⁵²、その場合、仲裁判断の取消しの裁判が当該外国で

¹⁵⁰ 前掲谷口＝鈴木340頁〔小原〕参照

¹⁵¹ 第1回研究会参考資料6（日弁連要綱試案）2頁参照

¹⁵² 仲裁手続の準拠法の問題に関しては、仲裁法第3条第1項は、仲裁地が日本にある仲裁については、日本法によるべきことを定めたものとされており（前掲仲裁法コンメンタール10頁参照）、いわゆる属地主義的性格を強調したものとされている（前掲仲裁法制に関する中間とりまとめの補足説明第2編第3の4参照）。他方で、仲裁の自治的性格を強調して、当事者自治を認める立法例としては、フランスの民事訴訟法が指摘されている（仲裁検討会第4回会議議事録参照）。

(<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/tyuusai/dai4/4gijiroku.html>)

行われるとされるのが通例であることから、そのような場合を含み得るものとするために挿入されたものであるとされている¹⁵³。

この点について、日弁連要綱試案では、承認・執行の対象とすべき暫定保全措置を専ら仲裁地が日本であるものに限定していることから、特段の言及がされていない¹⁵⁴ところであるが、仮に、仲裁地が日本国内であるか否かを問わず、暫定保全措置の承認・執行を認める旨の規律を設けることとする場合には、上記の括弧書きと同様の括弧書きを含む形で規律を整備することの要否についても検討する必要があるものと考えられる。

(キ) 裁判所による暫定保全措置の変更権限について（本文の「考えられる規律の例」の3⑨ただし書関係）

本文の「考えられる規律の例」の3⑨は、モデル法第17I条第1項第(b)号(i)に対応するものである。

第2回会議では、この規定が念頭に置いているのは、仲裁廷による暫定保全措置の内容が債務名義としてやや特定を欠くなど、そのままでは執行することができないようなものを技術的に修正して執行可能なものとする程度の変更であるのか、あるいは、仲裁廷がいわゆる財産（資産）凍結命令（Freezing Injunction 又は Mareva Injunction）のような一切の財産を処分してはならないといった非常に広範な暫定保全措置を発令したような場合に、より限定された我が国においても執行可能なものとするといった変更をも含むのかといった指摘がされ¹⁵⁵、議論の大きな方向性としては、裁判所

¹⁵³ 前掲仲裁法コンメンタール275頁参照

¹⁵⁴ 第1回研究会参考資料6〔7頁〕参照

¹⁵⁵ この点に関連して、第2回会議では、外国判決の承認執行に関する裁判例についての指摘がされたところであり、例えば、東京高裁平成10年2月26日判決・判タ1017号273頁は、米国ミネソタ州裁判所が日本人男女間の子の養育費について給与天引きの方法による支払を命じた外国判決の承認・執行が問題となった事案について、給与天引きの制度は米国の法律によって認められたものであって、我が国には存在しない制度であるから、このような方法による支払を我が国において命ずることができないことは明らかであるとしつつ、当該外国判決によって命じられて養育費については、ミネソタ州法上、支払が30日間以上ないときは、支払請求権者が支払義務者に対して所定の通知をし、支払義務者が支払をするか、所定の手続をとらない限り、執行することができるとされていることから、当該外国判決のうち、給与の天引きと送金を命ずる部分は養育費の支払を命ずるものとして執行力を有しているというべきであるから、当該外国判決のうち養育費の支払を命ずる部分の執行力を我が国においても外国判決の効力として認めることができるとして、当該外国判決に基づき養育費支払義務につき強制執行をすることを許可する旨の執行判決をしたものである。

における審理上の負担等を考えると、裁判所において後者のような変更まではすることができないとすべきではないかとの意見が示されたところである¹⁵⁶。

この点に関し、モデル法第17I条第1項第(b)号(i)は、仲裁廷が命じた暫定保全措置が裁判所の執行権限と相いれない場合を拒絶事由として定めるとともに、当該暫定保全措置の実質を変更することなく、技術的な手直しで執行が可能となる場合には、再度の暫定保全措置の発令を待つのが迂遠かつ無駄であることから、執行地の裁判所が暫定保全措置を一定の限度で変更してこれを執行することができるようにしたものであるとされている¹⁵⁷。

そして、第2回会議では、仮にそのような程度の権限にとどまるのであれば、実務上、裁判所からの示唆を受けて当事者において仲裁廷に対し暫定保全措置を執行可能な形に変更してもらうなどの対応をとることが可能であるとの指摘や、仮に裁判所にもこのような変更権限を認めるとしても、あえて明文化するまでの必要はないのではないかとの指摘もされたところであり、本文の「考えられる規律の例」3⑨ただし書に相当する規律の要否については、仲裁実務の実情等を踏まえて引き続き検討する必要があるものと考えられる。

キ その他の規律の整備について

我が国の仲裁法では、モデル法第35条及び第36条に対応して仲裁判断の承認・執行に関する規律を整備した際には、執行拒絶事由及び執行決定に関する規定(仲裁法第46条第7項及び第8項)のほか、

なお、この東京高裁判決に対しては、ミネソタ州の養育費に関する給与天引きの制度は、公的機関が住民に提供する公共サービスの一つであり、債権者が子を養育するあらゆる権利を公的機関に譲渡することが前提となっている、非常に公権力性の高い制度であり、判旨の説くように債務者の債権者に対する支払義務を前提とはしていないのみならず、当該外国判決は、租税判決同様にそもそも民事執行法(昭和54年法律第4号)第24条所定の「判決」とみなすことのできないものであるから、これらの点において制度の理解に問題があったとの批判がある(横溝大「平成10年重要判例解説国際私法5 給与天引き等を命ずる外国判決の執行」ジュリスト1157号300頁参照)。

¹⁵⁶ 具体的には、仮に、このような裁判所による暫定保全措置の再構成権限を認める旨の規定を設けた場合には、仲裁廷による暫定保全措置の実質には変更を加えないとしても、裁判所が仲裁廷の発令した暫定保全措置の内容に立ち入ることを認めるものであって、裁判所の仲裁手続への不当な介入となりかねないものであるとともに、裁判所に過大な負担をかけるおそれがあるため、採用しないことが相当であるとの指摘がある(第1回研究会参考資料6(日弁連要綱試案)8頁参照)。

¹⁵⁷ 前掲三木・改正の概要(下)20~21頁参照

執行決定の申立ての手続的要件（同条第2項）、仲裁判断取消しの裁判が提起された場合等における執行決定手続の中止等（同条第3項）、管轄（同条第4項）、裁量移送（同条第5項）、移送決定に対する即時抗告（同条第6項）、仲裁判断が仲裁合意又は仲裁手続における申立ての範囲を超える事項に関する判断を含む場合においてこれを区分し得るときの規定（同法第45条第3項）の準用（同法第46条第9項）及び必要的審尋等に関する規定（同法第44条第5項及び第8項）の準用（同法第46条第10項）に関する規定を併せて整備している。

そこで、今般、暫定保全措置の承認・執行に関する規律を整備するに当たっても、本文の「考えられる規律の例」の4記載のとおり、同様の規律を整備することが考えられる。

なお、所要の関連規定に関する個別的な検討事項としては、例えば、次のようなものが考えられる。

(7) 申立ての手続的要件について（所要の関連規定の例①関係）

仲裁法第46条第2項は、モデル法第35条第2項を踏まえ、仲裁判断の執行決定を求める申立ての手続的要件として、①仲裁判断書の写し、②①の写しの内容が仲裁判断書原本と同一である旨の証明文書及び③仲裁判断書が日本語で作成されていない場合にはその訳文を提出しなければならないと定めている¹⁵⁸。

そこで、暫定保全措置の執行決定を求める申立ての手続要件としても、同様に④暫定保全措置の命令書の写し、⑤当該写しの内容が当該命令書と同一であることを証明する文書及び⑥当該命令書が日本語で作成されていない場合にはその訳文を提出しなければならない旨の規律を設けることが考えられる。

他方で、モデル法では、仲裁判断の承認又は執行については同法

¹⁵⁸ なお、モデル法第35条第2項は、仲裁判断の原本又は謄本につき「正当に認証された」との要件を定めていたところ、この要件をめぐっては、正当な認証を行うべき者は誰なのか、何をもって正当な認証とするのかなど、不明確な点多々あり、仲裁判断の執行を不必要に阻害するとの批判もあった上、そもそも文書の真正に関する正当な認証の要否は、一般的な証明の問題に委ねるべきであって、執行の要件とすべきではないとの指摘がされたことから、2006年改正では上記要件が削除されている（前掲三木・改正の概要（下）21～22頁参照）。

もっとも、現行の仲裁法第46条第2項は、もともと訳文の正確性が担保されればよいとの判断から、上記要件に対応した規定ぶりとはしておらず、訳文の正確性が問題になった場合には、仲裁判断の執行決定の裁判手続の中で確定されればよいものとされている（前掲仲裁法コンメンタール270頁参照）。そのため、既に同項は、上記改正後のモデル法第35条第2項と整合するものとなっていると評価し得る。

第35条第2項において提出を要する資料が明示的に定められているのに対し、暫定保全措置の承認又は執行については同法第17H条等において同様の規定が設けられていないことに照らせば、我が国の仲裁法においても、暫定保全措置の承認・執行については、同様の規律を設けないこととするとも考えられる。

なお、仮に同様の規律を設けることとした場合においても、研究会資料1の第3（その他の検討課題について）記載のとおり、外国語資料の訳文添付省略が検討事項の一つとして挙げられているため、今後、具体的な規律の在り方について検討するに当たっては、上記の「その他の検討課題について」に係る検討と併せて、上記㉠から㉡までの資料全ての提出を義務付けるか、㉡については提出不要とするかといった点も検討する必要があるものと考えられる。

(イ) 執行決定を求める申立てに係る事件の管轄裁判所について（所要の関連規定の例③関係）

仲裁判断の執行決定を求める申立てに係る事件については、仲裁法第46条第4項が、同法第5条第1項各号に掲げる裁判所及び請求の目的又は差し押さえることができる債務者の財産の所在地を管轄する地方裁判所の管轄に専属する旨を定めている。このように、請求の目的又は差し押さえることができる債務者の財産の所在地を加えたのは、外国判決の執行判決を求める訴えについて、第二次的な管轄として、債務者の財産所在地等が挙げられていること（民事執行法第24条第1項参照）を参考としたものであるとされている¹⁵⁹。そして、民事執行法第24条第1項がこのような第二次的な管轄を定めたのは、執行判決訴訟が当然に日本における執行手続を予定していることに鑑み、執行手続の目的物との関連性を考慮したものであるとされている¹⁶⁰。

そこで、暫定保全措置の内容が必ずしも仮差押えや特定の物を対象とするものに限られないなど、多岐にわたり得るものであることを踏まえると、現行の仲裁法第46条第4項の文言等も参考に、例えば、「申立ての目的¹⁶¹又は当該措置の対象とされた財産若しく

¹⁵⁹ 前掲仲裁法コンメンタール272頁参照

¹⁶⁰ 伊藤真ほか『条解民事執行法』（弘文堂、令和元年）208頁、鈴木忠一＝三ヶ月章『注解民事執行法(1)』（第一法規、昭和59年）425頁参照

¹⁶¹ 財産や証拠の保全を目的とする暫定保全措置の場合には「当該措置の対象とされた財産若しくは証拠の所在地」と同義となるものと考えられるが、例えば、仲裁手続の円滑

は証拠の所在地」などとすることも考えられる。

他方で、仮に、前記(1)において暫定保全措置の定義（類型）としてモデル法と同様の規律を整備することとした場合には、我が国の民事保全法上の保全命令や民事訴訟法上の証拠保全とほぼ同内容のものとなることを見込まれるところである。そして、その管轄についての規律を見てみると、民事保全法第12条第1項は「保全命令事件は、本案の管轄裁判所又は仮に差し押さえるべき物若しくは係争物の所在地を管轄する地方裁判所が管轄する。」と、民事訴訟法第235条第1項は「訴えの提起後における証拠保全の申立ては、その証拠を使用すべき審級の裁判所にしなければならない。（以下略）」と定めている。そこで、これらの民事保全法等の規定を参考に、第二次的な管轄として、「仮に差し押さえることができる物又は係争物の所在地」を掲げるとの考え方もあり得る¹⁶²。

なお、仮に管轄に関する規律を設けることとした場合においても、研究会資料1の第3（その他の検討課題について）記載のとおり、仲裁手続に関与する裁判所の管轄集中が検討事項の一つとして挙げられているため、今後、具体的な規律の在り方について検討するに当たっては、この点に係る検討結果も踏まえる必要があるものと考えられる。

ク 小括

以上の点を含め、本文のような規律を設けることの可否やその具体的な規律の在り方について、どのように考えるか。

な進行を妨げる行為を防止することを目的とする暫定保全措置の場合には、「申立ての目的・・・の所在地」が当該行為が行われている場所を指すものと考えられるため、「当該措置の対象とされた財産若しくは証拠の所在地」とは別個の管轄原因として定めておく意義があるともいい得るものと考えられる。

¹⁶² 証拠保全の関係では、民事訴訟法第235条第1項にいう「その証拠を使用すべき審級の裁判所」に相応するものとして、その証拠を使用すべき主体は、基本的に仲裁廷であると考えられるところ、我が国の仲裁法においては、仲裁廷は、当事者間に別段の合意がない限り、仲裁地にかかわらず、適当と認めるいかなる場所においても審理を行うことができる（同法第28条第3項参照）。そのため、民事訴訟法第235条第1項の規定に相応する管轄の規定は特段提示していない。