

## 第4回 仲裁法制の見直しを中心とした研究会 議事要旨

(座長) 定刻を過ぎましたので開会したいと思います。まず法務省から資料の説明をお願いします。

(法務省) 事前にお送りした研究会資料4についてご説明します。構成としては、第1の「法整備の必要性について」、第2の「暫定保全措置に係る規律の整備に向けた検討」に大きく分けています。

第2の1の「前提」が2ページから6ページ辺りまでとなっており、外国判決の承認・執行制度との関係などについて、これまでの議論を簡単に拾う意味合いで若干の検討をしています。次に、第2の2の「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」が6ページから69ページまでとなっています。ここでは個別の規律の要否や、試みまでに考えられる規律を提示しつつ検討を加えています。法整備の必要性やその前提論点については、基本的にこれまでの議論の整理の延長にとどまる内容ではないかと思っておりますので、本日はこの点について特段のお気付きの点があればお知らせいただく形にしたいと思います。本日の議題の中心となります、個別の規律の関係では、これまでのご示唆を踏まえて、具体的な規律の在り方についての検討を試みています。

まず第2の2(1)の「暫定保全措置の定義(類型)に関する規律」については、6ページから16ページまでに記載しておりますが、ここでは、モデル法の各類型の内容を踏まえ、我が国の法制に同様の規律を設けるとした場合に考えられる規律の例などを示しつつ、検討を加えています。特に、ここで掲げられているものを限定列挙と見るかどうかといった性質論は前回の研究会でもご指摘があった論点でした。また、各類型において想定される保全措置等の具体的・実質的な内容についても、前回、こういう場面があり得るという事例に基づくご指摘を幾つか頂きましたので、これを踏まえて検討を加えています。このような規律を置いた場面において、例えば、実際に想定され得る暫定保全措置の一部が含まれないことになってしまうようなことがあれば、ご指摘を頂ければと思います。若干先取りですが、限定列挙と理解することの不都合が実際にどこにあるのかということに問題意識がある資料になっています。

次に、(2)の「暫定保全措置の発令要件に関する規律」については、16ページから24ページまでに記載しておりますが、ここでは、これまでのご指摘や我が国における類似の法制を引用しつつ、具体的な規律の文言なども試みまでに提示し、要件の実質などについて検討を加えています。

(3)の「予備保全命令に関する規律」については、24ページから29ページまでに記載しております。これまでのご議論では規律を設けることについては比較的、消極的なご意見も若干あったかと思っておりますので、そういった議論の状況を整理しつつ、規律の要否を中心に検討を加えています。

(4)の「暫定保全措置等の変更、停止、取消しに関する規律」については、29ページから37ページまでに記載しておりますが、現在把握している外国法制の状況などを参照しつつ、職権による変更等の要件や当事者双方の審尋の要否、モデル法上の「suspension」や「termination」の概念等の関係に着目しつつ、規律の在り方についても検討を試みています。

(5) の「事情変更の開示に関する規律」については、37 ページから 40 ページまでに記載しておりますが、これまでのご議論を踏まえつつ、開示が必要になる要件や事情変更の程度について検討しています。

(6) の「暫定保全措置等に係る費用及び損害に関する規律」については、40 ページから 45 ページまでに記載しておりますが、外国法制を見つつ、規律の要否やその在り方の検討を試みています。

最後に、(7) の「暫定保全措置の承認及び執行に関する規律」については、45 ページから 69 ページまでに記載しておりますが、これまでの議論を踏まえ、まずは承認に関する規律の要否や、その在り方について検討を加えています。考えられる規律の例においても、「その効力を有する」といった表現上の変更など、前回の資料から修正を加えています。その上で、暫定保全措置の変更等があった場合の裁判所への通知や、裁判所による担保の変更権限に関する規律、承認又は執行の拒絶事由、例えば拒絶事由がある場合の裁判所の裁量の有無や拒絶事由の対象となる手続の範囲、あえて具体的に申し上げれば、仲裁手続全般か、それとも、仮に暫定保全措置関連の手続といったものを観念することができるということを前提にそういった手続に限られるとするのか、日弁連の法整備要綱試案の内容に触発されている部分もありますが、そういった対象となる手続の範囲の問題や、裁判所による暫定保全措置の変更権限の問題などを取り上げて検討しています。

66 ページから 69 ページの「その他の規律の整備について」では、仲裁判断の執行決定手続などを参考に、いわゆる管轄等の規律についても具体的な案を試みまでに提示しています。

本日の研究会資料についての説明は以上です。

(座長) それでは、資料 4 について議論を行っていきたいと思います。まず 1 ページから 6 ページまでに記載されている、第 1 の「法整備の必要性について」と、第 2 の「暫定保全措置に係る規律の整備に向けた検討」の 1 の「前提」についてです。総論といいますか前提的な部分ですが、前回の議論を踏まえて、法整備の必要性や外国判決の承認・執行制度との関係について、一定の整理がされています。現時点でこの点について補足的にご発言があればお願いしたいと思います。おおむねよろしいでしょうか。もしまた後で振り返って何かあればお願いしたいと思います。特にご意見がないようですので、続いて各論的な部分についてご議論をお願いしたいと思います。

第 2 の 2 の「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」は、(1) から (7) まで大きく七つに分かれています。前回はモデル法を参考にして明文の規律が必要かどうかといった観点から主にご議論いただきましたが、今回はそれを踏まえて、個々の具体的な規律の在り方についても、一定の検討が資料の中で加えられていますので、あわせてご議論いただければと思います。まず、6 ページから 24 ページくらいまでに記載されている、(1) の「暫定保全措置の定義（類型）に関する規律」と (2) の「暫定保全措置の発令要件に関する規律」の部分についてです。両者は密接に関わるとしますので、この定義と発令要件について、まずご議論いただければと思います。

(○) 6 ページの第 24 条第 2 項の規定ぶりについて、これを見ると限定列举の形になっ

ていますが、これで全部カバーできているのかが私はよく分かりません。カバーできているような気もしますし、何かここに当てはまらないけれども仲裁廷が命じるような暫定措置があり得るのであれば、何らかキャッチオール的なものを最後に入れた方がいいのではないかと思いました。定見はありませんが少し疑問に思いました。

(○) ここで全てカバーできているかどうかという点ですが、1巡目で議論したように、ここの中には裁判所が出す保全処分と同じようなものが含まれている必要があると思いますが、それに加えて、仲裁の進行を妨げるような行為についての何らかの措置と、証拠保全的なもの（日本でいうと民事訴訟法上の証拠保全に相当するもの）が入っている必要があるということを議論したと思います。その観点で「考えられる規律の例」に書いてある第24条第2項の各号を見ると、一応全て入っているように思います。あとはキャッチオール的なものを設けるかどうかだと思いますが、1点だけ、私が分からないというか、これでいいのかという点があります。第24条第2項の②は、二つのことが書かれているのではないかという気がしています。日本法でいう仮の地位を定める仮処分と、アンタイ・スーツ・インジャンクション (Anti-suit injunction) のようなもの、すなわち仲裁手続の円滑な進行を妨げる行為を防止することの二つが書かれているように思います。これに対応するモデル法の条文は第17条第2項第(b)号という理解でいいのですか。

(法務省) ご指摘のとおりです。(b)が対応しているのではないかと認識しています。

(○) 2006年の改正モデル法に詳しい方に聴きたいのですが、(b)の英文だけを読むと、仲裁手続自体に対し害を及ぼしたり進行を妨げたりすることを止める措置を規定していると読めるのですが、それプラス日本法上の仮の地位を定める仮処分のようなものも含まれているということでしょうか。

もう一つは、「考えられる規律の例」の第24条第2項の②は、必ずしもモデル法の(b)に厳密に対応していなくてもいいのですが、アンタイ・スーツ・インジャンクション (Anti-suit injunction) のようなものと仮の地位を定める仮処分という性質の異なるものが一緒に書かれていていいのかが少し気になりました。

(法務省) まず、一緒に書かれていていいかどうかという点については、法制的な観点から整理される必要はあるだろうという思いはあるものの、今の段階では、一緒に書くことについては必ずしも排除されていないのではないかと考えています。

(座長) 資料の12ページの2段落目に、第17条第2項第(b)号の解説が書かれています。これだけを見ると、妨害禁止命令や競業禁止命令など、仮の地位を定める仮処分に相当するものが第2項第(b)号に含まれているように見えます。

(○) 英文を読むとどうですか。

(座長) どこまで係っているかですよね。全部が最後の arbitral process に係っているの

しょうか。

(○) 最終的には法制的に整備していただければいいのですが、この資料の 11 ページの 2 段落目に「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の両方を含む）にほぼ対応し」とあって、確かに (a) は民事保全法上の仮処分に対応するように思うのですが、果たして (b) が民事保全法上の仮処分のどれに対応するのかが少し分からなかったです。(c) は仮差押えに対応するということですが、(c) も読み方によっては係争物の仮処分に対応すると見てもいいと思います。そのあたりは説明の問題と、最終的に法文にするときの整理の問題ではないかと思えます。

(座長) その点はモデル法の趣旨を確認する必要があるかと思いますが、最終的に日本の法制としてどのように 1 号、2 号、3 号と区切っていくかは法制的な問題だと思います。

(○) ただ、1 巡目で議論したように、アンタイ・スーツ・インジャンクション (Anti-suit injunction) のようなものは、単に「保全処分」と書くとは出てこないもので、特出しで書いておいた方がよいことと、証拠保全的なものもここに規定しておいた方がよいことは改めて確認しておきたいと思えます。

(○) 今は②のところを議論していたと思いますが、①について素朴な疑問があります。7 ページのモデル法第 17 条第 2 項第 (a) 号は、「Maintain or restore the status quo pending determination of the dispute」と書いてあるので、現状変更禁止や現状維持の保全処分というふうにごく広く見えます。ところが、日本語の第 24 条第 2 項の①を見ると、「係争物の現状の変更を禁止」というふうに係争物が入ってしまっています。

国際裁判管轄についての立法のときに、保全処分の国際裁判管轄について、民事執行法だったか民事保全法だったかの規定に沿うような形で係争物の所在地の管轄を入れたと思いますが、国際的な文脈では、例えばディストリビューター契約で不当に契約のターミネーションの通告を受けた代理店がターミネートされてしまうと損害を被るということで、現状変更自体を禁止することがあるというのが私の理解です。例えば供給を停止しない、他には売らないということで保全処分を求める実例もありますし、実需もあるわけですが、国際裁判管轄の民事保全の管轄については、そこで言っている係争物には法律関係の履行地は入らないのだという議論が結構あって、実務的にも未解決になってしまったのだと思えます。

私の素朴な疑問は、なぜ日本語の方を係争物に限定してしまうのかということです。モデル法はもっと現状変更自体を禁止する、あるいは元に戻すだけでいいと言っているのではないかと思いますが、そこが少し気になります。

(法務省) ご指摘ありがとうございます。最終的には法制上の問題ということになるのかもしれませんが、規律の実質としては、必ずしもモデル法の規定より限定したものにすることを意図したものではありませんので、今のご指摘を踏まえて、引き続き検討して

いくべきものだろうと思います。

(○) ご指摘のご疑問のお気持ちはよく分かります。日本語で現状変更禁止や原状回復の必要という少し広い感じもします。管轄のときは法律関係の履行地を係争物の中に含むべきだというような議論をしましたが、今回は直訳では広過ぎるという感覚もあると思うので、そこを少し検討していただければと思います。

(○) 先ほどの補足です。私も、第24条第2項の①は、(a)をそのまま翻訳するというのは難しいかもしれませんが、①の記載よりももう少し広くして、ここに仮の地位を定める仮処分を含めるような規定ができないのだろうかと考えています。これは本日の検討全体に通じることですが、モデル法に準拠する場合は、できる限りモデル法の規律・規定ぶりを使うことが基本になるのではないかと思います。ただし、そのまま日本語に直すとどうしても不都合が出てくるもの、あるいは現実的ではないものについては修正していくということになるのではないかと思います。

(○) 第17条第2項は、せっかく作ったモデル法が世界でばらばらな理解にならないようにということで書かれている規定で、これをそのまま国内法化することは必ずしも必要ではないのではないかと思います。しかし、日本が2016年のモデル法をきちんと採用しましたと言えるためには、こういったメニューは少なくともやりますということは確保されなくてはなりませんし、仲裁廷はいろいろな人がいて分からないかもしれないので、メニューを書いておいてあげるといった意味があると思います。ですから、第17条第2項にそのまま合うような規定を書かなければいけないという発想自体は要らないのではないかと思います。「interim measure is」という書き方は法文としては普通ではありません。ですから、モデル法だということを踏まえて適宜対応すればいいのではないかと思います。

(○) 先ほどもお話がありましたが、民事保全法の仮の地位を定める仮処分の場合、こういったものができるということをはっきり書いておらず、ぼやっと仮の地位を定めるとしか書いていないのに対して、今回の規律のご提案は、これができるということをかなり詳しく書いているので、現行法の民事保全法の仮の地位を定める仮処分のできるもののうち、捉え切れないものがどうしても出てくるのではないかという感じがしています。例えば、係争物を債権者に事前に渡しなさいという断行の仮処分の中の、第三者の保管ではなく債権者に渡せというものが、今回の提案の規律ではうまく捉え切れていないのではないかという感じがします。場合によっては②に入るかもしれませんが、いまいち、きれいに書き切れていない部分があるのではないかと思います。

(○) 今おっしゃった点を問題提起しようと思っていました。要するに満足的仮処分が、恐らく日本語でも入ってこないし、英文のUNCITRALモデル法でもあまり想定されていないと思うのです。現状維持を念頭に置いた仮処分や、仲裁手続の進行を妨げる行為を禁ずる不作為を命じる仮処分、証拠の破壊を禁止する仮処分などを想定していて、物を渡せとか、お金をまず払えなどという満足的仮処分は想定していないと思いました。そうする

と二つ問題があります。仲裁廷が命じることができる暫定措置の定義から、そのような満足的仮処分を落としていいのかどうかということと、仮にそういうものも命じることができるとして、それについても裁判所が執行に手を貸すことにするのかどうかの2点を追加で検討しなければいけないのではないかと思います。

(座長) 今おっしゃったのは満足的仮処分の中の断行仮処分ですよね。差止めなどは入っているということなので。

(○) 差止めは、物を渡せとか、お金を払えなどという本案の請求に使うような仮処分です。

(座長) それはモデル法の中にも入っていないだろうということですね。

(○) 入っていないと思います。

(座長) そうすると、そこまでやるかどうかということでしょうか。今の点でも結構ですし、別の点でも結構ですので、ご発言があればと思います。

(○) 私の理解では、(b)の著しい損害を避けるために、本当に必要なときは断行的なものも入り得るのではないかと思います。つまり、あるタイミングまでにあるものが来ないととんでもないことになるというものを、どうしても渡さないときに、ハードルが高いただろうけれども、現状維持ではなくて、渡してもらわないと困るのだから渡せというのは、文言上は入り得るのではないかと思うのです。ですから、断行仮処分をモデル法は一切認めていないのだと言ってしまうのはどうかと思います。本当にそのときに断行してもらわないと *imminent harm* があるということもあり得ると思います。しかし、それはごく例外的な場合だと思います。

(法務省) 今の点は、何らか違う見解をお持ちの方がいればぜひご発言いただきたいです。(b)の内容に契約の履行継続のようなものも入り得るものとして12ページの上から5、6行目に書こうとしているのですが、この認識が正しいのかどうか、先生方のご意見も聴いておきたいと思います。

(○) 私は、断行仮処分的なものも、もちろんハードルは非常に高いですが仲裁廷は命じることができ、かつそれは執行にも乗ると認識しています。それを日本法にするときに、法文上うまく書き表すことができるかという問題だと思います。

(座長) 先ほど、断行仮処分が含まれていないという発言もありましたが、委員は、実質論としては断行を認めた方がいい、認めない方がいいというのはあるのですか。

(○) 一般には仲裁廷に断行仮処分の発令権限があると思っています。モデル法第17条

第2項第(b)号の imminent harm は、後段の「imminent harm or prejudice to the arbitral process itself」に係っているのかどうかがよく分かりません。私は係っているような気もして、そうすると仲裁手続に対して imminent harm があれば何かできるけれどもという読み方になります。その読み方がよく分かりません。

(座長) 全部が arbitral process に係っているのだとすると、日本的な仮の地位を定める仮処分のようなものが (b) にはないのではないかというのが先ほどの議論です。しかし、小原先生などの解説ではそれも (b) に含まれているというところからすると、係っていないという読み方になります。英語的には確かに係っていそうに見えますが、そういう読み方もあり得るといふことなのではないでしょうか。

(○) 小原先生の文献が手元にないのですが、これは仲裁廷の一般的な発令権限の議論ではなく、モデル法の解説として小原先生がお書きになっていることから、やはりモデル法の解釈についての質問になります。

(法務省) モデル法の解釈はひとまず措くとして、実質においては、こちらが認識している小原先生の解説にあるような、いわゆる断行仮処分のようなものも、権限としてここで含まれていることが望ましいというご意見が、この場では今のところ強いと理解すればよろしいでしょうか。

(座長) 実質としては委員もそれでよろしいでしょうか。

(○) 委員は、発令はいいと言いましたが、執行についてはどのようにお考えなのか。

(○) 執行は認めてもいいような気もします。しかし、モデル法がそういう趣旨で規定を置いているのだったら日本法も認めてもいいと思いますが、モデル法がそういうものを念頭に置いていないのだとすると、日本法としてそこまでやるのは、やめた方がいいという強い意見ではありませんが、プロコン (Pros/Cons) は考えた方がいい気がします。

(○) 私は両方ポジティブです。

(座長) モデル法が念頭に置いているかどうかにかかわらずということですね。

(○) モデル法は恐らくそれを規定していると私は理解していますし、仮にそこがあやふやでも、断行仮処分も発令できますし、執行にも乗ると思います。もちろん要件として保全の必要性は非常に高いですが、排除する必要はないと考えています。

(座長) 他にこの点でご意見はありますか。それでは、モデル法の趣旨については確認していただくとして、モデル法に含まれているということであれば、先ほどの委員もご異

論はないということかと思えます。モデル法に含まれていないのであれば、もう少し議論は必要かもしれません。

(法務省) 引き続き検討すべきもののご指摘と理解しました。ちなみに小原先生の文献の記載をご紹介しますと、モデル法第 17 条第 2 項の解説として、①現在又は急迫の損害、もしくは、②仲裁手続を害する行為を防止し、又はそのような事態を生じさせるおそれがある行為を差し控えさせる等の措置という表現になっています。現在又は急迫の損害を生じさせるおそれのある行為を防止するという事で、仲裁手続を害するという文言の係り方が限定的な書き方になっている小原先生の文献の記載を念頭に、今回の資料は、このような記載になっていたものでございます。

(○) 手続法の先生に教えていただきたいのですが、そういう場合は執行は間接強制なのですか。契約を従来どおり履行するのが公正だと当事者が言ったのに相手方がこれをしなれば、1 日当たりいくらというのは裁判所が適当な額を決めてかけるというやり方なのでしょうか。それから、英語の読み方が分からないので教えていただきたいのですが、なぜ current の前にカンマがあるのでしょうか。

(座長) 1 点目は給付命令の内容によるのではないのでしょうか。物の引渡しなどであれば直接強制も可能ということになるのだらうと思えます。日本の法制だとそれも間接強制ができますが、直接強制も可能ということになるのだらうと思えます。

(○) 契約を履行せよ、従来どおり物を供給せよと言ったのに供給しなかった場合はどうなるのですか。

(座長) 物が特定されていれば直接強制は可能だと思います。

(○) フランチャイズの店に物を届けるなどということは強制できそうです。

(座長) 代替物のような場合は間接強制なのですかね。特定されたものであれば直接強制は可能ということだと思います。

(○) 今の点は国内の供給的契約の仮処分でも出てくる論点ですが、座長がおっしゃったとおり、契約上の地位があることを仮に確認することだと間接強制しかできません。しかし、債務者が債権者に対し別紙記載の商品 300 個を仮に引き渡せという仮処分が出れば、執行官が債務者の倉庫まで行って物を特定し、それを渡せということはできるので、直接強制が可能だという理解です。

(座長) cause の後のカンマは何かという質問にも、どなたかお答えいただければと思います。



(○) 私もよく分かっていないところがあるかもしれませんが、cause の後のカンマは、前の文章からの続きで「the arbitral tribunal orders a party to:」「Take action」、要するに行為を行うことを命ずることと、「refrain from taking action」、一定の行為を行うことをやめろということがあります、それに対して「Take action that would prevent, …current or imminent harm or prejudice to the arbitral process」となっているのだと思います。「Take action」と「refrain from」が並列の形になっているのでカンマがあるのだと思います。

翻訳の観点からすると、そもそも仲裁廷が一定の行為を命ずることと、一定の行為をやめろということが (b) には書かれているということなので、この翻訳でもいいのかもしれませんが、ややずれがあるような気はします。

(座長) ありがとうございます。定義の点に話がかなり集中していますが、要件の部分も今の段階でご議論いただきたいと思います。17 ページの (2) のところです。

(○) 同じ条のところなので一つだけ申し上げたいことがあります。第 24 条第 2 項の柱書きに「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」と時点の限定があるにもかかわらず、更に 1 号でも時点の限定があるので、どちらかにした方がいいのではないかと思います。また、柱書きの「紛争の全部を解決する仲裁判断」は、英語では finally がここに相当するのだと思いますが、訳と原文に少しずれがあると思うので、そこもご検討いただければと思います。

(座長) ありがとうございます。

(○) ここで発言する問題かどうかというのはあるのですが、根本的な問題として、第三者を名宛人とするような保全処分、日本法でいうと典型的には債権仮差押えのようなものは、できないという理解でよろしいでしょうか。第三者は仲裁合意の当事者ではないので、それに対して保全処分の効力を及ぼすことはできないということになるのだと思いますが、そのことを確認したいです。また、そのことは条文上どこで読めるのでしょうか。仮差押えは③に入っているということでしたが、財産の一つである債権の仮差押えがこれに含まれるのか、もし含まれないとすればそれは条文のどこで読むのかを確認したいです。

(法務省) 原案の部分は、これは現行法と言っていると思いますが、6 ページで引用している仲裁法第 24 条第 1 項に「いずれの当事者に対しても」とあるので、そういう前提で考えられる規律を提示しているということです。同じく「考えられる規律の例」の「2」でも「仲裁廷が当事者に対して」となっていて、今のところ仲裁合意の当事者を想定した規律になっています。

(座長) 原案は、債権の仮差押えのようなもので第三債務者に弁済禁止を命じることはできないという趣旨だという理解ですね。

(法務省) そういうことになってしまうのではないかと思います。それが本日、冒頭に

申し上げた、本当はこういった規律でやるべきなのに、やるべきではないところがあるのかというところについてご指摘を賜ればありがたいと申し上げた趣旨です。

(○) 分かりました。

(座長) 委員も趣旨としてはそういうことでいいですか。

(○) 債権仮差押えがされた債権について取り立ててはならないということは、債権者が当事者であれば言えますが、第三債務者に対して弁済してはならないと命ずることはこの仕組みではできない、仲裁廷は発令できないし執行にも乗らないということになるのだと思います。今ので理解できました。

(座長) ありがとうございます。他にいかがでしょうか。要件の点を含めてでも結構です。

(○) 21 ページに、償うことができない損害の要件の話が出てきます。資料に書いてあるとおり、「not adequately reparable」の訳は「十分に償うことができない」や「適切に償うことができない」になるのですが、ただ、民事保全法の保全処分の要件の文言に合わせて、私は「著しい損害」という文言の方がよいのではないかと思います。

それから、利益衡量的なことを入れるかどうかという点ですが、これは解釈の問題ですから、モデル法にそのように書いてあるのであれば、それが日本法の解釈と合致するのであれば、規定しておいて差し支えないのではないかと思います。

それから、23 ページの日本法の被保全債権の要件の問題も、日本法にはそういう規定はありませんが、日本法の解釈と同じであれば、モデル法の規定に倣った規定を入れてよいのではないかと思います。

最後に、24 ページの証拠保全については、日本の民事訴訟法第 234 条の規定の方が分かりやすいと思うので、こちらを採用してもいいですし、あるいはモデル法そのままという選択肢もあり得るのではないかと思います。

要件については私からは以上です。

(最高裁) 1 点お尋ねしたいのですが、16 ページの暫定保全措置の発令要件に関する規律の 1 の②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」という記載があります。この「法律上理由があるとみえ」というのは、後で裁判所の方でどれぐらい審理することが想定されているのでしょうか。また、「事実上の点につき疎明があること」についても、裁判所の方でもう一回見ないといけないのかどうか、感覚的なことで結構なので教えていただければと思います。この辺は何か確立した考え方があるのでしょうか。

(法務省) 今のご質問は、執行決定の手續においてという趣旨でしょうか。

(最高裁)　そうです。最終的に執行の段階に至ったときに、裁判所がどこまで中身に立ち入るのかについて、この条文だけ拝見するとそれなりに見なければいけないように読めたので、そこを確認したいということです。

(法務省)　執行決定の場面では、執行の拒絶事由を検討するので、もしかすると今のご指摘は、執行決定の手續における執行拒絶事由の有無を判断する際に中身をどこまで見るべきかということをお尋ねになっているというご趣旨でしょうか。

(最高裁)　最終的にはそういうことになるのではないかと思います。

(法務省)　そうなりますと、今回の資料では「考えられる規律の例」として、例えば執行決定の手續の中では、承認の規定を一部準用するような規律を提示していますが、個別のどの要件との関係でそのような懸念があるかを特定していただけるとありがたいのですが。

(座長)　恐らく47ページの⑥「手續が、仲裁地が属する国の法令の規定…に違反するものであったこと」との関係でのお尋ねではないでしょうか。

(最高裁)　そうです。

(座長)　要件を満たさずに発令したということになると、我が国の仲裁法の規定に違反するものであったということになるのではないかという疑問ではないかと思います。

(○)　手續に関する取消しの事由というのは、相手方をきちんと審尋していないなどということを用いるのであり、一定の発令要件を充足したかどうかは手續法の問題ではなく、むしろ本案の問題なので、⑥には該当しないのではないかと思います。あるとすれば拒絶事由としての公序良俗違反で、およそ本案の根拠がないにもかかわらず発令された暫定処分だから執行しないということがあり得ます。ただ、恐らくそういうことはほとんどないだろうと思います。あとは、担保の変更権限を裁判所が認めた場合に、担保を変更するかどうかという判断をする際に、もしかしたら本案の権利の疎明はどれぐらいあったかということ審査しなければいけないのではないかと思います。

(○)　今のご発言とほぼ重なるのですが、裁判所が仲裁手續に保全処分も含めてどう関わるかという大きな問題で、裁判所が仲裁廷の出した保全命令を再審査するわけではないとの理解です。被保全権利や保全の必要性の要件を満たしているかどうかを再審査するのではなく、あくまでも審判の対象は執行拒絶事由の有無になると思います。⑥の仲裁手續については今委員がおっしゃったとおりだと思います。よほどひどい場合は公序などで引っ掛かることがあるかもしれませんが、それも基本的には仲裁廷の判断を尊重していただくことになると考えています。

(座長) ありがとうございます。最高裁としては、そういうことであれば問題はないですか。

(最高裁) そういうことであれば、われわれは安心してできます。ありがとうございます。

(○) 少し戻りますが、先ほどの第 17 条第 2 項第 (b) 号の英語がどこまで係るかについて、UNCITRAL の仲裁規則の 2010 年改正版の第 26 条第 2 項を見ると、(b) のところが「Take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause,」でカンマになっていて、「1 current or imminent harm or」「2 prejudice to the arbitral process itself」となっています。このルールを 1 と 2 に分けているから、current or imminent harm を cause するというのと、arbitral process itself を prejudice するというのを並立のように解釈して書き分けているように見えます。私も少し見ただけですが、一応レイズさせていただきます。

(法務省) 今のご発言を伺って、小原先生はそれを念頭に日本語で解説されている可能性があると感じました。

(座長) 定義、要件の全体について他にいかがですか。

それでは、続いて 24 ページの (3) の「予備保全命令に関する規律」についてです。これについては前回もご議論いただきましたが、基本的には規律は設けないというご意見が大勢だったように思います。また、この予備保全命令に関する規律を設けていない国も多いけれども、そういう国も 2006 年改正後のモデル法に準拠した国とされているということも指摘されていたと思います。本日の資料としては、恐らく、必ずしも規定を設ける必要はないのではないかという提案だと思いますが、この点について、もしご発言があれば伺いたいと思います。特に規律を設けるべきだというご意見があれば、この段階でお伺いできればと思います。

(○) 一言だけよろしいでしょうか。私も設ける必要はないのではないかと思います。そうするとどうなるかということ、仲裁廷が ex parte の予備保全命令を出せるかどうかは仲裁廷が決める問題になります。モデル法は「Unless otherwise agreed」ですから、デフォルトルールとしてはこういうものはできるという前提になっていますが、少なくとも当事者がこういうものをできると合意すれば仲裁廷は恐らく発令できるのだらうと思います。それが無い場合に仲裁廷の判断でできるかどうかは、仲裁廷の判断の問題ということです。当事者間に ex parte の保全命令を出せるという合意がある場合、あるいはない場合でも、仲裁廷がそういうものを出した場合に、それが裁判所の執行に乗るかどうかでまた仲裁法の解釈問題が残る、それはそれでよいのだと思います。

1 点だけ、第 17 条の証拠保全は、密行性が必要な場合も多いと思いますが、皆さんは証拠保全についても解釈問題として任せればよいということでもよろしいでしょうか。私もそれでいいのではないかと考えています。

(○) 発令権限と執行の可否は別だと思えます。発令権限は、例えば資料の6ページにある現行の仲裁法第24条第1項を見ると「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」とされており、審尋することは要件となっておりません。ですから、一方的に発令できるかどうかは解釈問題として残ると理解しています。執行の局面になると、資料だと47ページの④に「当事者が暫定措置の手續において防御することが不可能であったこと」と入っているので、仮に発令するときに審尋しなくてもいいという解釈を取った場合でも、相手方を審尋しないで発令された暫定保全措置は4号の承認拒絶事由があるという整理になるのではないかと思います。

(座長) 証拠保全についても、一方的に行った場合には執行の対象にはならないけれども、それはそれでいいということですね。

(○) やむを得ないという解釈です。裁判所の証拠保全は相手方に通知せずに発令してそのまま執行までしてくれますが、仲裁廷が暫定措置で証拠保全を命じた場合には、立て付けとして執行決定を入れなければいけないとわれわれは思っているので、執行決定を出すときに相手方を審尋しないという制度を作るのは難しいのではないかと思います。

(法務省) 先ほどのご発言の中で、予備保全命令の執行ができるかについては解釈によると聞こえたのですが、その部分については、予備保全命令自体について執行力を付与する手續は用意していないという前提で本資料を書いています。

(○) そこは了解です。

(最高裁) 証拠保全の話が出たので確認のために伺いたいのですが、証拠保全がどのような場合に執行されると想定しているのかが、今の議論を伺ってよく分かりませんでした。日本の法律では証拠保全自体は執行することができず、現地に行つてうまくいかなかったらそれで終わるとというのが実務でよくあるパターンだと思います。資料では第三者を選任して検査するという例が挙げられていますが、例えばこの検査に応じなかった場合に、間接強制まで行うことを想定して考えているのか、そこまでは考えていないのかというところはいかがでしょうか。

(法務省) 実はそこも、予備保全命令としての証拠保全のようなものは、今回の執行決定の対象から外していることが規律上、明らかなのですが、証拠保全に対応するものとしての暫定保全措置がされた場面では、今のところ、本資料の中では明確に強制執行の執行決定の対象になる、ならないの議論について態度がはっきりしていないので、本日のご議論次第ではないかと考えています。

逆に言いますと、暫定保全措置の内容として証拠保全的なものがありますよと言われた場面でも、執行決定の場面が想定されるようなことがここにあるのかないのかについては、ぜひ実際の仲裁の実情等を含めて先生方のご議論を拝聴したいと思っていました。

(○) 仲裁廷の暫定的保全措置という形ではなく、取り分けコモンロー系の仲裁人が含まれている場合には、ある意味、当然のこととして紛争に関わる書類についてはドキュメントホールドしておかないと、後で立証妨害などの理由によって不利益推定を受けることなどがあるので、実際の実務で、2006年モデル法が取り入れられた後であっても、暫定的保全措置の形で当事者の文書を保存しろということは言っていないと思います。むしろ、裁判所をお願いして執行してもらわなくてもいろいろな不利益が働くので、証拠保全的なものとして文書を取っておくことに関しては、実現が図られます。

投資仲裁などの分野では、ICSIDの規定で、仲裁廷ができることの中に証拠保全的なものを暫定的に命じることも含まれるのだと解して、途上国の事件などで政府が合弁企業を強制的に収用し、本来なら帳簿などを見ないと損害の額を確定できないはずのところについて、帳簿を破棄してしまうといったことはあり得ます。そういうことがないように、原告が立証しやすいように帳簿を破棄せずに戻せということが、モデル法ではないですが、ICSIDのルールの一時的措置として命じられたことは結構あるはずで、私もそういう論文を書いたことがあります。そういう仲裁廷のソフトな措置、あるいは普通に行っていることでは足りないようなときに、暫定的保全措置的なものに乗せたことはありますが、文書の保全についてはあまり考えにくいので、ここでどういう必要があるのかは私もよく分かりません。

恐らく工場のインスペクションで写真を撮ることなどはあり得ると思うので、それはそれで条文があれば使いやすいと思いますし、どうしても応じないとき、つまり、文書を破棄することはないでしょうけれども、いつまでも帳簿を出さなかったり侵害製品を作っていたりするときに、裁判所の力を得て特許法などの手続に乗せて強制的に査察を行う可能性も含めて、あればあったで使うかもしれないという感じで私は見えています。

(○) 私も証拠保全的なものを仲裁廷が発令した例は知っていますが、裁判所にまで持って行って執行する必要があるのかということについては、今おっしゃったことと似た感想を持っています。先ほど最高裁がご発言の中で、日本法では証拠保全は執行されないのだとおっしゃっていましたが、もしそうだとすると、仮に当事者がそれを求めてきた場合は、執行の拒絶事由の中のどれかに当たるのではないかとこの観点で見えていました。日本法の下では執行することができないという執行拒絶事由がありましたよね。そこで執行を拒絶することになるのではないかと思います。最高裁のご発言を敷衍して言うとうそいうことになるのではないかと思います。

(座長) 例えば、先ほど例に挙げた工場のインスペクション、日本の特許法の査証のようなものは、今の日本法によって執行することはできないということで、拒絶できるのではないかとこのことですか。

(○) まず、日本の証拠保全は証拠調べとして規定されているので、本来の執行ではないというのはそのとおりだろうと思います。ただ、実際に裁判官と書記官が現場に行き、任意に文書が出ないときには、少なくとも検証物提示命令は出せるという程度の強制力はあると理解しています。仲裁廷が証拠保全をする場合に、通常、証拠を破壊するなという

ことは言いますが、積極的に検証までいくようなことは私も経験がありません。資料の13ページに書いてある、第三者である検査者を選任して工場に査察に行くというのも、理論的にはあり得るのではないかと思います。執行形態としては、例えば相手方がそれに協力しない場合に、不作為義務だと見て間接強制をするなどの形の執行が恐らく想定されるのであって、執行官が現場に行って施錠されているところを無理やり開錠するなどの執行形態は想定されていないのではないかと思います。

(座長) 間接強制はできるということですね。日本の証拠保全は、検証物提示命令でも恐らく制裁は真実擬制なので、強制まではできないと思いますが、そこは間接強制まではできていいのではないかとのご趣旨ですか。

(○) 暫定保全措置の命令の内容次第です。相手方は第三者が工場を訪問して内部の状態を検証することに協力せよとか、それを妨げてはいけないなどという保全措置が出れば、それは一種の不作為を命じる保全措置なので、間接強制というルートに乗ってくるのではないかと思います。

(座長) 分かりました。他にいかがでしょうか。最終的には解釈問題かもしれませんが。

(○) 民事、商事で典型的にありそうなのは、合弁会社をめぐる争いで、支配側の株主が合弁会社の財務諸表などを一方当事者に渡してくれないために、合弁契約、株主間契約の違反を理由として訴えている方の申立人が最初のステートメントクレームを書けないということです。支配側の株主が本来見せるべき財務書類を合弁会社が独り占めして見せないときに、普通は相手に文書提出要求をしますが、それだとワンテンポ遅いですし、ステートメントクレームを書くときに何も手元に証拠がないのもおかしいです。

また、勝手に第三者発行を繰り返して誰にいくら渡したのかよく分からないというときに、通常の仲裁手続における文書開示のタイミングではなく、最初からそれは出してこれということで証拠保全的に、保全処分として求めることはあり得ると思います。そのときに保全処分として求めずに、文書提出命令を2回行うという例もあります。管轄だけ最初に文書提出命令まで出してみるということもあるのですが、普通は2回行うのは面倒なので、本当にその書類だけが必要だというときは需要としてはあり得ます。それを裁判所の力を借りて執行できるようにする必要があるかという、私は常にそうする必要はないと思いますが、どうしても渡さないときに、間接強制で出させないと事件がそもそも始まらない、何がどう不正があったのかも分からないという事件はあり得ると思います。ただ、それはあくまでも個別事例なので、そんなに証拠保全として保全処分的にやらなければならない事件が多いとは思いません。

(法務省) 今の点ですが、お二人の委員のご示唆を念頭に置き、まずそういった強制執行に乗る手続を取るべきニーズがあるのかというご指摘を前提に、仮に解釈問題としての一つの整理を試みると、強制執行の手続が予定され得るものなのかどうかは、典型的な日本法における証拠保全のためとしての決定、保全措置であるとすれば、それは日本法上、

強制執行が想定されていないものだから、資料の 47 ページの⑨の拒絶事由に該当すると考えられますが、ただ、暫定保全措置の内容の実質に鑑みた場合に、これは仮の地位を定める仮処分的なものとして理解できるものになっているとすれば強制執行の対象になり得るといった、暫定保全措置自体の解釈で判断されることになるという整理が考えられるかどうかというのは、いかがでしょうか。

(○) 私もお二人の委員の話をお聴きして、今、法務省が整理したように理解しました。私も最初は証拠保全を狭く捉え過ぎていたのだと思います。そこは発令の仕方によって、もう少しいろいろなバリエーションがあり得るのではないかと思います。

(○) 例えば会社法で、株主総会決議を取り消したいときに、議事録の閲覧請求権などが実体法的に株主にあるわけですよね。しかし、それすら見せてくれないときには、取消訴訟を起こしてから文書提出命令ではなく、株主名簿の閲覧や、議事録を出せということを行います。取締役会議事録が商事の世界では一番、見せろ、見せないということが多いですが、日本では非訟事件になってしまっています。あの種の争いが、例えば合併会社をめぐる国際契約であったときに、契約書の中にはそういう議事録などは見せなくてはならないと書いてあっておかしくないのですが、そういうものを見させてくれないときに、先ほど言ったように通常の手続に乗った証拠の開示をしていたのでは、最初のところでクレームの構成ができません。そういうときには、それを求める実益があり、不利益推定にとどまらず、本来見られるべきものはきちんとタイムリーに見せろという形で、場合によっては裁判所の力を借りながら、議事録の閲覧・謄写を認めよということをしてもらいたいことはあり得ると思います。

しかし、それは先ほどから言っているように、何でもかんでも証拠に関するものだったら保全処分というものでもないし、何でもかんでも裁判所の力がないと機能しないというものでもないと思います。ただ、裁判所の力を借りるようなことは証拠の世界ではないのだとまでも言い切れないということでもよろしいかと思います。

(座長) ありがとうございます。思わず証拠保全のところでは話が盛り上がり、いい議論ができたのではないかと思います。予備保全命令自体については、特段の規定は設けないことにご異論はないという理解でよろしいでしょうか。

それでは、次は暫定保全措置の手続的な部分です。(4) 暫定保全措置等の変更、停止、取消しに関する規律、(5) 事情変更の開示に関する規律、(6) 暫定保全措置等に係る費用及び損害に関する規律ということで、29 ページから 45 ページぐらいまでについて、どの点でも結構ですので、ご意見を頂ければと思います。

(○) 第 1 回で申し上げたことの繰り返しになってしまうかもしれませんが、このあたりの規律について、日弁連の要綱試案は、解釈・運用に委ねればよいではないか、あるいは機関規則に委ねればよいではないかという意見としていましたが、それはこれらの規定を入れることに積極的に反対という趣旨ではありません。モデル法に規定してある以上は、それをできる限り日本法にも取り込むという考え方があってもよいと思いますので、その



点は改めて指摘しておきたいと思います。

それから、事情に変更が生じた場合の開示の問題については、モデル法にも開示義務に違反した場合の効果は特に規定していませんが、多くの場合は相手方の方から情報提供をしてモーションを起こすことになると思いますし、ここはこのままでよいのではないかと思います。

もう一つ、資料4の40ページ以降の費用についても、規定は入れてよいと思いますが、この規定の理解を確認しておきたいです。仲裁の本案に付随的な事項で仲裁廷が損害賠償及び費用負担を命じることができるということなので、理論的に言うと、仲裁合意の客観的範囲の拡張とに類似する話になるのではないかとこのことをここで改めて確認していると理解しています。この規定は今のところ「当事者間に特段の合意がない限り」などという規定ぶりにはなっていないので、仲裁法でいうと強行規定になるのではないかと思います。一つ検討した方がよいかもしれないのが、当事者が別段の合意をした場合を除くかどうかです。私はそれも必要ないのではないかと考えています。別段の合意を許さなくてもいいし、それを明文で除いておく必要もないと考えていますが、そこだけ皆さんのご意見を伺いたいと思います。

(○) 今のご発言の中で、「別段の合意がある場合を除く」と書いていないと強行規定になるという部分が、本当にそうなのかというのが疑問です。その場合は強行規定になるのですか。そもそも、例えば暫定措置は一切認めないという合意をすれば、それはそれで、仲裁法で明文の規定がなくても有効なのですよ。

(○) そこは仲裁法に明文の規定がありますよね。

(法務省) 現行法の仲裁法の説明によると、強行規定か任意規定かという部分については、その手掛かりになる文言が入っているというような一般的な説明がされています。例えば、今ご指摘の暫定保全措置を当事者が合意によって排除できるという部分については、現行法の第24条第1項でも「当事者間に別段の合意がない限り」と文言的な留保がされています。仲裁法の説明では一応の目安として、当事者の別段の合意による定めは許容されるとする趣旨の文言を挿入しているという説明はされています。

(○) さらに言うと、第24条第1項の「当事者間に別段の合意がない限り」というところで、保全処分関係は全てカバーしていることなのかもしれませんね。

(○) 今のご発言は、「別段の合意」と書いてあるので、他の規定についても基本は任意規定で見ていくという趣旨ですか。

(○) オプトアウトは、そういう場合は可能ではないかという解釈になるかもしれません。

(○) だとすると私の理解と同じです。

(座長) 費用や損害の賠償を命じることは、仲裁廷はできないという合意をすれば、それでオプトアウトできているということですか。

(○) はい。

(法務省) モデル法の理解にも関連するかもしれませんが、当事者による合意による排除を許すべきかどうかという実質の点については、今のお話ですと、お二人の委員は、当事者がそういった権限を認めないという合意をすれば、それはそれでよいのではないかとということでしょうか。

(○) そういう理解です。

(○) そういう理解です。そういう合意をすることは、あまり考えられないですよ。

(座長) 現実的には考えにくいかもしれませんが、他に、いかがでしょうか。

(○) 原状回復については範囲に入っていますか。

(座長) 入っています。

(○) 原状回復は資料の44ページですね。ここは意見が分かれるところかもしれませんが、私は、原状回復は解釈に任せてよいのではないかと考えています。

(座長) ありがとうございます。他にいかがでしょうか。変更、停止、取消しの部分でサスペンションという規律が必要かどうかという問題提起もされていますが、基本的にはモデル法どおりでよろしいのではないかという感じでしょうか。

(○) はい。規定するのであれば。

(座長) それでは、残りは承認及び執行、拒絶事由ということで、45ページから資料の最後までです。ここでは承認についての規律の要否や、拒絶事由の具体的な規律の在り方、拒絶事由が存在する場合の裁量の有無、更に管轄その他関連的な規律、日本法独自に定めるべき規律の内容等々が問題として挙がっています。どこからでも結構ですので、ご発言を頂ければと思います。

(○) 細かなところで申し訳ありませんが、57ページに出ている論点で1点だけ質問があります。担保の変更権限について1巡目で議論したと思いますが、もし担保の変更権限を裁判所に認めず、無担保で仲裁廷が発令した場合に、それはあまりにもひどいではない

かと執行を求められた裁判所が考えれば、執行を拒否できる道があるのでしょうか。そして、それはどの事由に当てはまるという整理なのでしょうか。

(法務省) 公序規定で排除するという解釈問題として対応することになるのではないかと想定していました。

(○) 私もそうではないかと思っていました。了解しました。

(○) 細かい点で恐縮ですが、48 ページの承認拒絶事由の⑧は、日本語の文章を読むと「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」と書かれています。他方で、それに対応する英文がその横の (iii) のだと思いますが、こちらの英文だと「The interim measure has been terminated or suspended by the arbitral tribunal or, where so empowered, by the court of the State」ということで、裁判所によって効力を停止されたような場合もモデル法だと含まれています。このところをあえて消したのには何かご趣旨があるのでしょうか。特になければモデル法どおりでもいいのではないかと思います。

(法務省) 諸外国の法制によっては裁判所が効力を停止することもあるので、そこは何か特段の意図をもって消したわけではありません。ご指摘のとおりだと思います。

(○) ありがとうございます。

(○) 49 ページの4の「その他の規律の整備」の①で、日本語による翻訳文を提出しなければいけないことになっています。仲裁判断の執行のようなところで問題になってくると思いますが、そもそも例えば英語であれば日本語はなしにしようという議論もあったと思うので、そちらの方で和訳を不要にするのであれば、暫定措置についても和訳は不要という規律もあり得るのではないかと思います。

(座長) その点は恐らく次回以降に議論されるところですので、それに合わせて規律することになるかと思います。

他にいかがでしょうか。

(○) 55 ページの承認・執行のうち承認に関する規定を設けるかどうかについて、仮に何か効力を設けた場合には、何らかの暫定保全措置を認めるという仲裁廷の判断についてのみ効力を認め、暫定保全措置を講じないという判断については何も効力がないことになるということが前提になっているのでしょうか。

(法務省) 今回の資料上ではそれが前提になっています。

(○) 何か特別な効力を認める必要があるというならそれでもいいですが、認容の場合だけ効力が承認の対象になり、暫定保全措置を認めない場合には承認の対象にならないと

いうことだとアンバランスなので、何か特別にこの効力を認める必要があるということでは、承認の規定は置かずに執行だけの方がいいのではないかと感じています。

もう1点あります。57ページで、暫定保全措置の変更、停止、取消しがあった場合には裁判所に必ず通知するということになっていますが、これはどの裁判部に通知が行き、その後どういう手続が取られることを考えてこのようなご提案になっているのでしょうか。

(法務省) モデル法の規律が念頭に置いているのは、恐らく、例えば執行決定の申立てがされた場合に、その対象となっている暫定保全措置に、その後、変更、停止、取消しがあった場合に、そのまま執行していかどうかを執行決定の申立てを受けている裁判所において判断するための材料として、通知すべきではないかということだと理解しています。その意味では、ここでいう裁判所はまさに執行決定の申立てがされている裁判所を念頭に置いているのではないかと理解しています。そういった裁判所に対し、執行決定の対象となっている暫定保全措置に何かしらの変更があったという通知が来たときに、それをそのまま執行するのかどうかを改めて判断する、その材料を提供するという意味での規定なのではないかと理解していました。

(○) 執行決定の申立てがされている最中であれば今のご説明のとおりなのですが、資料を見ると、執行決定を受けた後の段階についても対象となっているので、その場合にどのような手続を組むことになるのか、少し考えなければいけないのではないかと考えています。

(法務省) ありがとうございます。

(座長) 他にいかがでしょうか。特に先ほど、承認の部分については必ずしも規定は必要なのではないかという趣旨のご意見がありました。

(○) その点は以前も議論になったと思いますが、仮に承認するとした場合に、承認される効力が何なのかがよく分かりません。確定判決であれば、日本法でいう既判力や形成力を承認するということになると思いますが、暫定保全措置の場合にはそのような実体法上の確定力が生じないはずなので、日本の民事訴訟法の観点からすると、承認の対象がはっきりしないのではないかと思います。結論としては、私も承認の規定は要らないと思っています。

(座長) 他にいかがでしょうか。承認の部分については、特段なくても大丈夫という感じですか。

(法務省) 確かに条文上は、例えば確定判決の承認のところも「その効力を有する」と書いてあるだけなので、法制的には「その効力を有する」と書いておき、その効力の実質については解釈に委ねることとすることもあり得るという思いはあったのですが、先ほどご指摘があった、一体そこでどのような効力があると言うべきなのかという点については、

現段階では直ちに答えるのが難しい論点だと考えています。

ただ、一応、論点として取り上げた動機だけ申し上げておくと、例えば仮の地位を定める仮処分が典型だと思いますが、日本の民事保全法に基づく決定によって一定の地位が形成されるという表現は、よく基本書等には書かれており、そういったものを形成力と呼ぶのであれば、何らかの効力は観念されているのではないかと思います。しかし、承認の場面で語るべき効力なのかと言われるとなかなか難しいところがあるということで、現時点では必ずしもこうすべきだという一定の方向までは定めずに、本日このような論点を提示させていただき、ご意見を伺いたいと思った次第です。

(○) 判決については、一般的な理解かどうか分かりませんが、承認の規定があり、日本において外国の判決の存在が認められていて、それに日本で執行力を与えるということで、執行力を与える外国判決が日本に入ってきているというのが第 118 条だと思います。おっしゃるように独自の効果もありますが、執行との関係でも、付与する対象としての存在を認めているのではないかと思います。

それと同じように考えると、これも仲裁廷が言っていることをそのまま認めるわけではなく、そう言っているからそれに合うような執行力を日本で与えてあげるという理解です。ですから、何に執行力を与えるのかを言うためには、承認という形といいますか、例えて言えば、入国管理局を通して日本国内に入ってきているという観念が必要なのではないかと思います。ただ、条文が要るかという点、先ほどおっしゃったように「効力を有する」と書いておけば、「何ですか」と言われても「そういうものなのです」と言えば済むのではないかと思います。

(座長) 他の委員から、本日はマイクがうまく機能しないということで、チャット機能を使って「暫定保全措置に形成力はあり得ると思いますので、承認の排除には慎重であるべきという立場です」というコメントが来ています。

(法務省) 「その効力を有する」という規定は、内実については解釈に委ねる部分があった方がよいのではないかとのご趣旨ですか。「そういうことになります。」との書き込みをいただきました。ありがとうございます。

(座長) 若干、意見が分かれているように思いますが、他にありますか。

(○) 例えばハーグ国際私法会議の話で、和解について承認・執行するかというときに、和解については執行だけしますという規定がジャッジメントプロジェクトのときにはあったのですが、先ほどのご発言によると、そのような規定の場合には、和解を日本で執行しますというときに何か効力を日本で認めていることになるのだというお考えになるのでしょうか。

(○) 細かいことは覚えていませんが、裁判上の和解ですから、執行を認める以上は何かの形が日本に入ってきているということを前提にしているのだと思います。ドイツが

2006年のUNCITRALモデル仲裁法で承認の規定を置いていないので、私が申し上げたことが一般的かどうかは分かりませんが、入ってきてないものに執行力を与えるのはあまり気持ちがよろしくないと考えています。ただ、ハーグ条約との関係はあまり説明できません。覚えていません。

(○) 分かりました。

(座長) 他に承認についてコメントのある方はいますか。よろしいですか。意見がやや分かれたと思いますが、これを踏まえて更に検討を深めていただければと思います。あとは、執行拒絶事由の具体的な規律や、裁判所に裁量があるのかといった問題について、何かご意見はあるでしょうか。

(○) 座長がおっしゃった2点は、仲裁判断の承認・執行についても同様の問題点があるので、恐らくそれと平行的な解釈論になると思います。私の理解では、まず職権調査事項かどうかは拒絶事由の性質による。つまり、当事者の権利義務の擁護の観点から定めたものは職権調査事項ではないが、公益の観点から定めたものについては職権調査事項であるという整理になります。後段の裁量があるかどうかという点については、議論はあるところですが、仲裁判断の承認拒絶の場合には、承認拒絶事由があっても軽微なものであれば承認・執行していいのだというのが多くの理解だと考えていますので、それを前提にすれば、暫定保全措置の執行についても同じ解釈になるのではないかと思います。

(法務省) 冒頭で座長からもご紹介いただきましたが、これまでに検討する中で一つ気になっていたのが、資料の62ページからの通知の欠缺や防御の可能・不可能等について、対象として念頭に置いている手続が何なのかということです。規律の実質としては、仲裁手続というふうに抽象化するのか、あるいは観念し得るとすれば、暫定保全措置に関する手続に限定されるのだといった2通りがあり得るのではないかと考えています。このあたりについて、実務上のご経験や、実際にはこういったことが前提として運用されているといったところも含めてご紹介いただければと思っています。

(○) 62ページの本文の下の方を見ると、「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」と書かれていて、仲裁人の選任における通知の欠缺も拒絶事由に入っています。ですから、暫定措置のところだけ通知を受けても、そもそも仲裁の選任に関与できなかった場合には、仲裁人の決め方自体に関与していないのに、その人の暫定措置について通知を受けて縛られるのはおかしいと思います。ただ、本当に仲裁の選任の手続だけに止まっていいいのかというのも少しあります。例えば、複雑な多数当事者仲裁で引っ張り込みなどがあり得ますし、その後の手続で反訴や請求の変更をされて、300万円の現金の仲裁だと思っていたら、いきなり株式を全部引き渡せという請求になっていたということも、通知がなければ防御のしようがない気はします。ですから、あまり狭くし過ぎない方がいいのではないかと思います。

要するに、当該仲裁手続においてそういう暫定措置が出ることについて、防御のしよう

がなかったということであれば、執行拒絶事由になり得ると考えたらいいのではないでしょうか。

(座長) そうすると、62 ページの「仲裁人の選任手続又は仲裁手続において」というところに委員のご意見は近いのでしょうか。

(○) そうですね。「全ての通知の欠缺」というのが入ると広過ぎないかというのは私も思います。防衛できなかつたときと被ってしまうのか、それとも全く別にするのかなのだと思います。私から見ると、例えば小さい通知を受けていなかったということで拒絶事由になるのはおかしいですが、仲裁の選任や請求の変更、当事者の変更など、重要な通知が欠缺していて、保全のところだけ通知をもらってもどうなのかという感じはします。他国でどうなっているかというのは興味があります。

(座長) 外国法については、まだ分からないですか。

(法務省) 現時点では具体的にこうなっていると行った形で提供することのできるものは持っていません。

(座長) 他にいかがですか。

(○) 今の点ですが、UNCITRAL モデル法の第 17I 条は「may be refused only」として限定列挙しているの、拒絶事由としてこれより広いものを決めてしまうと、2006 年バージョンをコンプライアントしているとは言えなくなります。ですから、まずそこを気にしなければいけません。

それから、今ご議論があった点については、原文だと「Such refusal is warranted on the grounds set forth in article 36 (1) (a) (i), (ii)」となっていて、こういう事情があれば拒絶していいということです。モデル法第 36 条第 1 項第 (a) 号の (i) (ii) は、日本語の翻訳だと「仲裁人の選定もしくは仲裁手続についての的確な通知を受けなかったこと」となっているので、この範囲内で仲裁手続について暫定措置の手続だけに絞るのかどうか、問題となっているのだらうと思います。

私は、条文の決め方はどちらでもよいと考えています。仲裁手続とした方が拒絶事由としては広くなりますが、恐らく先ほどの裁判所に裁量があるかどうかという議論とも関連しますが、仲裁手続のどこか一部で通知がなかったけれども、それは仲裁の選任とも関係がなく、暫定措置とも関係がないということであれば、それ以外の箇所に関する通知の欠缺という瑕疵は、拒絶事由として裁判所は取り上げないのではないかと思います。条文としては、モデル法第 36 条第 1 項第 (a) 号の (ii) と同じでいいのではないかと思います。

(座長) 「仲裁手続」という文言でいいのではないかということですか。

(○) はい。

違う論点ですが、いいですか。先ほど、暫定措置が変更、取消しされた場合に通知しなければいけないという議論がありましたが、これは執行決定の途中であれば、規定がなくても援用したい人は裁判所に通知するのではないかと思います。また、執行決定が出た後に、基となっている暫定措置が取消し、変更された場合の救済方法がどうなっているのかが分からないので、もし教えていただければ幸いです。

(法務省) 執行決定が出た後に変更、取消しの権限を行使するという場面でしょうか。

(○) 執行決定が出てしまうと、執行決定を出した裁判所の任務はもう終わっているの、あとは、例えば執行手続の中で執行停止ができるのかという話ではないかと思えます。単に疑問に思っているだけで、全くどうなるか自分では考えていないのですが、もし教えていただければありがたいと思えます。

(座長) 49ページの「所要の関連規定の例」の②で、「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」とありますが、ここでは「執行決定の申立てを受けた裁判所」とされていますね。

(法務省) 本日は具体的な手続規律まで話を及ぼせると思っていなかったのですが、執行決定を出してしまった後との関係での手続については、引き続き整理が必要な部分であると思えます。

(座長) 何か規定が要りそうではありますよね。

(○) 執行手続中に債務名義自体に変更があった場合なので、執行異議事由などになるのでしょうか。執行抗告ですか。

(座長) 少なくとも違法執行ではないでしょう。ただいま、チャットで「正面から考えると請求異議のような気がします。しかし、これではあまりにあれなので、執行取消文書に追加するような規定が要るのではないのでしょうか。」とのコメントがありました。そうすると、民事執行法を改正しないといけないということになりそうです。

(法務省) この議論は、民事執行法改正の話題になる部分は実益があると思えますが、先ほどの通知の規定との関係は、少なくとも仲裁法のレベルでは議論の実益があるという位置付けなのですか。今、議論していただいている論点の位置付けがどこにあるのかよく分からなくなってきました。

(○) そこまで深く考えて議論しているわけではなく、思い付きで言っていて申し訳ないのですが、要するに変更に通知が要るかという一つの論点があり、その延長線上で、執行決定が終わってしまった後に通知してどうなるのだろうと思ったのが次の疑問です。そ



れが仲裁法の問題ではなく民事執行法の問題だという整理であれば、そういう整理になるのではないかと思います。

(○) 民事執行だと本来は執行取消文書を出す形になるはずなので、執行手続の外で保全措置を変更し、保全措置の変更について問題がないことを認める手続を仲裁法の方で組み、それを民事執行手続の方に出すというのが、民事執行法の執行停止・取消文書を出すという反対名義の形成の観点からすると素直ではないかという感じがします。

(座長) 民事執行法を改正しないと駄目そうでしょうか。

(法務省) 検討すべき部分であると思います。

(座長) 他にいかがですが。手続的なところも含めてご意見があれば頂ければと思います。法務省の方から何かありますか。

(法務省) 手続の対象についてどういう観念があるかが一つ問題としてあり、その点について積極的なご発言を頂きました。他にご発言がないとすれば、一通りご発言は頂いたのではないかと感じています。

(座長) 全体を通して言い落とした点等がありますか。

(法務省) 管轄の規律の在り方についてですが、68 ページ、69 ページあたりにご意見があるかどうか伺いたいです。民事執行法系の規律の実質を取っていくのか、それとも民事訴訟法的、民事保全法的な規律の実質でいくのかについて、何かご感触があれば、ご意見を頂ければと思います。

(○) 個別の意見があるわけではありませんが、基本的には広めに定めておいて、日本で執行決定を求めたいけれども管轄裁判所が見つからないという事態はないようにしておくことが望ましいのではないかと思います。あとは、管轄裁判所が競合した場合には、その間の移送で処理するという態度がよろしいのではないかと思います。

(○) 被申立人が外国企業だけれども日本に財産があったり、法律関係があったりする例が結構あると思います。そのときに、例えば全国で売っていて販売差止めというときは、法律関係所在地は全国の裁判所なのかなど、いろいろな問題があるので、できれば、執行のところではあるけれども、仲裁関係については東京と大阪に持っていくことができるとしていただくのがいいのではないかと思います。

(座長) 専属するわけではなく、東京と大阪に持っていくことができるという趣旨ですか。

(○) 専属になってもいいと思いますが、法制審や商事法務研究会で本当に専属だということによって皆さんが納得するのか、知財と同じ規律でよいのだと言えるのかというのはあります。専門的な処理体制があるとまで言えればいいのでしょうかけれども。

(○) 管轄を集中させるとすると、外国が仲裁地の場合に東京と大阪だけにするというようなことは一つのアイデアとしてあり得るのではないかと思います。

(座長) 今回の裁判所の管轄の点については、次回以降にご議論いただくので、またそのときに関連してご議論いただくことになるかもしれませんが、取りあえずはそういうことでよろしいでしょうか。全体を通してのご発言はよろしいですか。おおむね議論は尽きたという感じでしょうか。

(法務省) これまでの間に、委員からその他の論点に関する提案を内容とする資料の提出を受けております。こちらの準備状況次第ではありますが、次回以降の会議で取り上げさせていただければと思っております。

(座長) 他にご発言がなければ、本日の議論はこの程度とさせていただければと思います。

次回、第5回は5月25日月曜日の17時30分から20時30分を予定しています。調停による和解合意への執行力の付与の問題が議論の中心になるかと思えます。

会議の持ち方としては、緊急事態宣言がどうなっているかによって今回と同様にWeb会議形式となる可能性はありますが、全体の状況に鑑みて、追って事務局から具体的に連絡させていただくことになります。

それでは、これで本日の会議は終了とします。長時間にわたってご議論いただき、ありがとうございました。