

第2回 仲裁法制の見直しを中心とした研究会 議事要旨

(座長) 定刻になりましたので、研究会を始めたいと思います。

それでは議事に入ります。まず法務省から資料の説明をお願いします。

(法務省) 席上には、本日の議事次第と、「仲裁法制の見直しを中心とした研究会資料2」をお配りしています。

本日の議題である資料2の内容をご説明します。今回も前回の資料と同様の構成で、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」に大きく分けています。第2の1では、「前提」として外国判決の承認・執行制度との関係についての検討を試みています。第2の2では、モデル法の2006年改正に対応した個別の規律の要否について、前回の検討の内容を踏まえた続きの検討をしています。

まず、第1の「法整備の必要性について」では、前回の議論の概要を整理しています。そして、前回の会議での先生方のご示唆を踏まえ、外国法制の状況について、現時点での暫定的な調査結果を記載しています。

次に、第2の1の外国判決の承認・執行制度との関係については、前回の議論を整理し、7ページ以下で若干の検討を試みています。前回、暫定保全措置については、仲裁合意を不可欠の前提としているという点から、外国裁判所による未確定の裁判とは異なるといった説明ができないかという切り口でご意見を頂いたので、それを踏まえた検討結果を試みまでに記載しています。

最後に、第2の2の個別の規律の要否の検討についても、前回の議論の概要を整理するとともに、個別に外国法制の状況などを紹介し、問題になり得る点などを記載しています。

今後、これらの個別の規律の要否や、仮に規律を設けるとしたらどのような内容のものとするかを議論するに当たっては、その規律の実質について検討する必要があると思っています。例えば、本日のご議論の中でも、規律自体について抽象的に要るか要らないかという議論だけではなく、こういった場面ではこのような規律を設けることが重要であるというような、事案のご紹介でも結構ですので、規律の実質についての経験談、考え方を披露いただければ非常にありがたいと思っています。簡単ではありますが、以上が資料のご説明です。

(座長) ありがとうございます。それでは議論に入りたいと思います。まず第1の法整備の必要性について、資料2でいうと1ページから5ページまでの部分についてご議論をお願いします。ここでは、前回、かなり立法事実に関する点、あるいは外国法との関係等についてご議論いただき、それを踏まえて資料の内容を補足していただいています。更に本日の時点で補足的なご議論があれば足していただければと思います。

(○) 1点確認ですが、前回の議論では、2006年のモデル法対応だけではなく、他にもいろいろ検討していることがあるのではないかという議論が出たと思います。今回の資料はそこが入っていませんが、その扱いはどうなったのか、分かる範囲で教えていただければと思います。

(法務省) 今回の資料は、第2以下でモデル法の2006年改正に対応した暫定保全措置に関する個別の規律の要否についての検討を展開しており、第1では、その前提となる部分についてのみ整理しています。先回の皆さまのご議論からすれば、研究会の進行としては、今回の暫定保全措置にまつわる論点の他に、関連する論点についても本研究会で扱えるものと感じていますので、その部分については今後取り上げることを念頭に置いています。

(座長) 前回、シンガポール条約の話なども出たので、シンガポール条約については次回に取り上げて、それ以外の裁判所の日本語の話などは今後順次取り上げるということで、今日は仲裁手続における暫定保全措置に関するモデル法の2006年改正への対応を中心にご議論いただくという趣旨です。

他にいかがでしょうか。よろしければ次の点に移ります。第2の暫定保全措置に係る規律の整備に向けた検討です。ここは大きく前提と具体的な規律の要否の検討に分かれています。まず前提は、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ということです。前回、外国の裁判所の保全処分のようなものについて承認・執行制度がないこととどのように整合性を取るのかという点についてご議論いただき、そこで、仲裁手続は基本的には合意に基づいており、暫定保全措置も究極的には合意が根拠となるとすれば、裁判所の処分とは違うこともあり得るのではないかとのご示唆があったことを受け、法務省として一定の整理を試みたというのが5ページから10ページです。特に8ページ以下の試論とされているところは、まさに試論という趣旨で書かれているものだと思います。この点について、もう少しこういう説明があるのではないかと、この辺はさすがにおかしいのではないかなど、何でも結構ですのでご発言いただければと思います。

(○) 外国判決の承認・執行や外国裁判所の保全処分の執行というのは、要するに日本の国家権力として、外国の公権力の行使をどれぐらい日本国内で強く認めるかという話なのに対して、仲裁というのは公権力の行使性がないので、仲裁人が下す仲裁判断なり暫定保全措置についてどういう手続法上の効力を日本に認めるかは、外国裁判所の判断の場合とは別の枠組みで考えていいのではないかと思います。

(○) 8ページのウの括弧のところですが、ここでの議論は、外国裁判所の未確定の裁判への執行力付与の問題と、内外を問わず仲裁廷による暫定保全措置への執行力の付与の問題がパラレルだと考えてしまうと、外国裁判所の未確定の裁判に執行力を付与するところでゴーサインが出ない限りは、2006年のUNCITRALモデル法は拒否するということになります。そういう議論は、私はグローバルには理解されないと思います。ですから、並べて比較して、こちらを認めないのだったらこちらも反対だという議論はしない方がいいと思います。その理由はなかなか一言では言いづらいですが、世界的に見て、外国の未確定の裁判に執行力を原則付与するという制度はそれほどないと思います。日本の制度も、ドイツなどから来ているのだと理解していますが、そちらを変える実務上の実需もないわけですから、理論的にパラレルに考えた方がいいから共倒れか両方生きるかどちらかだという議論にはしない方がいいと思います。

(座長) 資料の趣旨もそういうことだと思います。それを何とか理論的に説明しようと苦慮されているのではないかと思います。

(○) テクニカルな点で、今、委員が指摘された 8 ページの下の「一方、現行法の下では」というところですが、これは、外国裁判所の未確定の裁判で強制執行した場合に、本案で違う判断が出たらどうするかということが書いてあります。国内法制上も、何らかの断行の仮処分をしてしまった後で、本案判決で違う判断が出ることは現にあり得て、その場合についてどう処理するかという手当ても現行法制上されているわけですから、この点は必ずしも外国なり日本を仲裁地とする仲裁廷の暫定措置の執行を認めない理由にはならないと思いますし、外国裁判所の保全処分の執行を認めない理由も、本当にここにあるのかというのは、かなり疑問だと思います。

(○) 私も結論的にはモデル法の国内法化は最低限してほしいと思いますが、説明が必要だというのは確かにそうです。その場合、どのように区別するか、日本の国家法制度から見て外国裁判所と仲裁廷がどう違うかということですよ。専属管轄と仲裁付託適格性の二つは違うのです。日本の裁判所がぜひやりたいのだという話としては同じなのですが、仲裁の方がより優しいのです。和解できないものはやっっては駄目だけれども、それ以外はやってもいいですという感じです。一方、専属管轄は私権がらみもあって、外国に委ねるわけにはいかないという少しこわもてな感じです。ですから、仲裁の方が制度としては優しく対応しているということの一環としてここも説明できれば、少しは裁判とは違うということが言えるのではないかと思います。書くときはもう少し上手に書いていただければと思いますが、言うとなればそこが違うのではないかと思います。

(○) 外国判決と仲裁は何か違うような気がするのですが、どこが違うのかはまだよく分からない部分があるということをお前提として、その上で合意によって区別できるかどうかについて申し上げたいことがあります。今回の資料では、事後的に取り消される場合に生じ得る問題点も想定して受け入れているのだったらいいのではないかと思います。保全処分については、仲裁合意があるから保全処分を出せるかということとそうではなく、任意規定ということになっているので、仮に仲裁合意をしていたとしても、当事者には保全処分を使うかどうかで二つの選択肢があります。そうすると、仲裁合意があるから一般的に暫定保全措置について取り消されることも想定しているとまでは言えないのではないかと、そこに少しずれがあるのではないかと気がしています。

そして、仮に保全措置が取り消されることを想定するならば、外国の裁判所であっても、事前に保全措置をしてもいいと当事者間で合意があれば、それは恐らく日本の裁判所でも外国裁判所の保全処分を承認・執行するという話になるので、そこまでの含意を検討した方がいいのではないかと気がしました。

(○) 今の最初の点は、仲裁合意自体というよりは保全処分を利用するかどうかの意思が重要だという話だと思います。そうすると、保全処分を留保しないことが明示されてい

ない限りは執行力のある保全処分を使い、それで複雑な問題が生じたとしてもそれは甘受するという意思が推定されてよいという正当化ができるのではないかと思います。

それから、外国裁判と仲裁の区別については、日本国としての政策の話になるのではないかと思います。外国で裁判をして仮処分が出て、それについて複雑な問題が出て日本国の執行力を付与してほしいという当事者を日本国としてどれだけ面倒を見てあげることかという話で、そこは面倒を見ないという選択はあり得るのではないかと思います。つまり、仲裁については日本の政策として優遇するけれども、外国の裁判についてまで優遇する必要性はないのではないかと。そういう政策判断として区別することはあり得るのではないかと思います。

(○) 私もそうと思いますが、仲裁制度そのものが、裁判外での当事者の合意による紛争解決制度を利用した紛争解決であるということで、当事者の意思を尊重し、ただし単に尊重するのではなく、つまり裁判を起さされたら却下するとか、証拠調べに裁判所が協力するなどということだけではなく、実効性を保つためには最後のところで裁判所が仲裁判断を執行する制度が必要なだけではなく、近時のいろいろな紛争の実態を見ると、仲裁廷に保全措置を出してもらい、それを裁判所が執行してあげるところまでセットで制度として入れておかないと実効性として不十分だという認識が国際的にあり、どの国もそういう形で仲裁制度の実効性を高めようという話なのだと思います。ですから、それはそれとして実需があるのだと思います。裁判所の保全処分だけだと、発展途上国その他、公正な裁判が期待できない国や裁判制度が未整備な国もあるので、仲裁廷に保全措置を出してもらい、それを執行するのは財産がある国だけではないのだと思います。コモンロー系の国だと、執行するという事になると、法廷侮辱など、いろいろな形で従わせる仕組みがあり得るわけです。仲裁制度は、そういう仲裁を支援する、実効性を高めるための制度の一環であり、それと未確定の裁判所の判断をどこまで執行するかは別問題だと思います。

(○) 資料の6ページの上の「この点に関しては」というところで、合意を端緒とするか否かという観点から区別する場合、合意管轄とどう違うのだという議論があります。仲裁判断に当事者が拘束されるのは、最初の手続の時点で両当事者が仲裁判断に服することを約しているから、要するに合意があるからであって、保全措置についても、例えばUNCITRALモデル法だと、仲裁合意すれば仲裁廷は原則として暫定保全措置を発する権限があるとされていて、それに服する当事者の合意が推定される、あるいは黙示的な合意があるということになるので、やはり合意が基礎になっています。

ところが、管轄裁判所の判決がなぜ当事者を拘束するかというと、通常はその国の民事手続法などに既判力や形成力があることによって拘束が生じるので、前提は違っているのだと思います。これは裁判所が出す保全処分も同じで、国々の保全法等に保全処分の効力に関する規定があり、それが強行法規的に適用されることによって保全処分が生じます。ですから、どの裁判所を選ぶかという合意はもちろんあり得ますが、その裁判所の判断に拘束力が生じる理由としては、当事者の合意が基礎になっているのではなく、国家権力が基礎になっているのだと思います。

それから、本案の裁判所は世界的に当事者の合意で選べることが多いですが、保全の裁

判所についてはそれほど自由ではないと認識しています。例えば日本の民事保全法は、基本的に合意管轄は認めない制度設計になっています。そういう意味でも、仲裁廷が出す暫定措置とはかなり性質が違うものだろうと思います。

(座長) 国際私法の観点からなのですが、合意で説明するといったときに、当事者が仲裁合意をして、その仲裁手続の中で暫定保全措置がされ、それが執行力を持つところまで受け入れることに根拠を見いだすときに、仲裁合意の準拠法が暫定保全措置に対して執行力を認めていることが前提になるのでしょうか。仲裁合意の準拠法では強制執行ができるという規定が仲裁法にない場合であっても、そこでされた暫定保全措置を日本が受け入れるときに、それについて承認・執行する余地を認めるというのは、それほどおかしい話ではないのでしょうか。

(○) 立法としてはどちらもあると思うのです。同じ議論は外国判決の承認・執行でもあります。わが国で民事訴訟法第118条で外国判決を承認するときに、日本で認める効力というのを、外国判決の本国における効力が日本に及ぶと見るのか、あるいは日本の判決に入れ替わったような形で日本の民訴法上で効力を認めると見るのかという議論があり、通説は本国法説だといわれているのですが、実務では日本の判決になると思っている人が多いのではないかと思います。私もそう思っています。

今、座長がおっしゃった仲裁地の手続法がどうかという問題ですが、仲裁地の手続法が認める以上の効力を日本の仲裁に認めることは国際法上は否定されていないので、日本の立法政策で認めてもいいですし、あるいは現地では認められないものまで日本で認めるのは too much だということで、要するにどちらかより少ない方で認めるのだという立法政策もあり得るだろうと思います。ただ、UNCITRAL モデル法自体は、仲裁地の手続法のことは考慮せずに、モデル法を採用した国は、自分の立法として、外国を仲裁地とする仲裁廷の暫定措置であっても執行力を認めるという法制度にしているので、恐らく日本がこれから立法するときの望ましい立法政策としては、モデル法に沿った立法をする。つまり、仲裁地法の手続法による制限は設けない方が望ましいのではないかと思います。

(座長) 私もそう思っているのですが、それと、合意によってそれを説明することとの間に抵触関係が生じないのかどうかを確認したいだけです。

(○) それは生じないのではないのでしょうか。そういう立法立てをして当事者は仲裁合意をするのだという、まさに意思の推定のような形になるのではないかと思います。

(法務省) それは、準拠法の仲裁法制の内容を含むという意味で準拠法という言葉を使っていますが、仲裁合意の準拠法上、執行力を認めているかどうかという問題と、わが国において仲裁の暫定保全措置等に執行力を認めることの正当化の根拠として合意を持ち出すこととは、次元が異なるということをおっしゃっているのですか。

(○) まず質問の前提ですが、仲裁合意の準拠法の問題ではなく、仲裁手続の準拠法の

問題だと思います。

(○) そうなのですが、座長のご質問は、仮に暫定保全措置について承認・執行の制度を設けることができるかどうかの根拠を合意に求めるとすると、合意の効力の問題になる余地はないのかということだと思います。

(○) それはならないのではないですか。

(○) 正当化の根拠になるという議論は排除できるのかというご質問だと理解したのですが。

(座長) そういうことです。

(法務省) 正当化の説明と合意の準拠法の関連性はないと言ってよいのかというご質問ですね。

(座長) こういうふうにしたときに、それならなぜしないのかと突っ込む人はいるのではないかと思うのです。

(○) 要するに準拠法の守備範囲の問題です。例えば、仲裁合意の合意としての有効性や、どの訴訟物に及ぶのかという客観的範囲の問題、あるいは誰に対して拘束するかという主観的範囲の問題を規律しているのが仲裁合意の準拠法の問題であって、今、議論している、仲裁廷の判断にどういう効力を与えるかというのは手続法上の問題なので、仲裁合意の準拠法の守備範囲の問題ではなく、仲裁手続の準拠法の守備範囲の問題だと私は整理しています。ですから、仲裁合意の準拠法上認めることは合意の範囲を越えるのではないかという議論に対しては、問題の局面が違うのだという回答になるのではないかと思います。

(座長) 合意で説明しようとする、仲裁合意をする以上は、暫定保全措置は世界中のどこかで執行されることがあり得べしということ的前提に合意しているということになるのですか。

(○) 一般的には、仲裁合意をして仲裁地を決めた場合を念頭に置けば、仲裁地の仲裁法に従った仲裁廷の判断に従うことを含めて合意したというふうに合意を解釈することになるのだと思います。

(座長) それでも仲裁地では暫定保全措置の執行力は認めていないとしたときに、そこでされた暫定保全措置を日本が執行すると。

(○) そういうものとして仲裁合意をしたということになります。UNCITRAL モデル法

はそれを前提にしているのです。

(座長) 全世界のどこかで強制執行される可能性はあるということを前提にして合意していると考えerということですか。

(○) はい。

(○) 仲裁合意の守備範囲という話は私も同感です。それは合意の有効性だけの問題であって、判断の効力までは及ばない。仲裁判断の根拠は何かというと、きちんとした合意があったからだというのは一つの根拠で、その「きちんと」というときの法律は何だったかは問わないということです。

ただ、それが仲裁手続の準拠法の問題かということ、必ずしもそうではないのではないかと思います。仲裁判断の効力なので、まずは仲裁地の法が与える効力だと思いますが、判決のときと平行で考えると、外国判決は当該裁判国の与えた効力がまずあるわけです。既判力と形成力は、どういう手続をとったか、どういう法律に基づいたかによるので、当該裁判国が与える効力を認めることとなります。執行力は、日本で与える効力なので、向こうの執行力がどれくらい及ぶかは関係なく、日本の執行力の範囲で勝手に与えることとなります。ただ、そのときに、そもそも執行できない判決なのに日本で執行していいのかという問題は残ります。それは判決のときもある話です。しかし、それでも日本の政策としてそれを執行してもいいのではないかというときに、やっpてはいけないということはないと思います。ただ、やっpていいのかと言われると、それは政策問題だと思います。同じことが仲裁判断についても言えて、仲裁判断の既判力のような話は、どのような手続をとったのか、誰を呼んだのかという主観的効力の問題や、客観的にどのような問題を判断したのかによるので当該国が基本になると思いますが、執行力については、日本でふさわしいと思っpてやることなので、勝手にしてもいいのではないかと思います。

(○) 今のご意見を聞いて、少し軌道修正します。要するに手続法の問題なので、仲裁地においては仲裁地の手続法で規律されますし、執行を求める場合には執行を求める地の手続法で規律することになるので、各国によって法制が違っpても構いません。例えば、よくあるのが、取り消された仲裁判断の執行という問題です。エジプトを仲裁地とする仲裁判断がエジプトで取り消されても、フランスでは執行できるということが許容されているので、そういう形で、国ごとにどういふ効力を与えるかは各国の自国の法制で決めていいのだという整理がされているのであれば、暫定措置の執行力についても同じように考えてもいいのではないかと思います。

(○) 私が理解する限りにおいては、例えば、シンガポールは、仲裁廷の暫定措置について執行力を認めています。例えば、日本のように、その国の仲裁法では執行力のある暫定保全措置を認めていないような国を仲裁地とする仲裁についても、シンガポールでは執行力を認めているらしいのです。今、委員がおっpしゃったことと私は全く同じで、当事者がどこを仲裁地として仲裁するかを合意し、その選ばれた仲裁地の仲裁法で出された仲裁

廷の暫定措置がその国で執行しようとしても、あるいは執行力がないから執行しないとしても、そこで出た仲裁廷の暫定措置に他の国で執行力を与えるかどうかは他の国の仲裁法制の問題で、当事者は仲裁合意をする際に、どの国だったら外国の仲裁判断を認める、認めないということまで考えていないと思います。ですから、そこまで当事者の意思を擬制して説明しようとするより、海外の国を仲裁地として仲裁を行う合意をしたときに、そこを仲裁地として出した暫定保全措置に日本として執行力を認めるかどうかは、日本で勝手に決めていい問題だと考えた方がいいと思います。世界のある程度の潮流としては、なるべく仲裁の実効性を高めるという観点で、そういうものも裁判所として執行するという国は結構あると思います。

日弁連の要綱草案のときはとにかくコンパクトに急いでやった方がいいと思っていたので海外のものは措いてしまったのですが、今、もし抜本的にというのだったら、私は、日本の政策判断として海外のものも執行するということでおかしくはないと思います。

(○) 国際私法ということで、合意を根拠とするといったときに、座長がおっしゃるとおり、仲裁合意自体を根拠として、仲裁合意の効力として暫定保全命令が執行できる効力までも含まれるというようになってくると、確かに、準拠法の射程に入ると整理もできなくないと思いますが、多分、先ほどご発言があったとおり、仲裁合意の準拠法自体はそこまでの効力範囲は射程としていないと思います。恐らくここで言っている合意というのは手続に対する合意がメインになっていて、例えばシンガポールを仲裁地としたときに、その仲裁手続をどうするか合意のところ当事者は暫定保全命令を仲裁廷が出してもいいと言っている。仲裁地がシンガポールであれ、シンガポールがそれを執行するかどうか、その合意を尊重するかどうかは、合意の効力の直接の問題というよりはシンガポール政府の問題なので、合意の効力の話からは切り分けられる。すなわち、仲裁地でどう扱われているかという問題は合意の効力とは切断されて、国家の政策として尊重するかどうかが決まってくるのだと思います。

日本として、例えばシンガポールが仲裁地となっているときの合意を尊重するかどうかも、それを日本が尊重するという一定の政策判断を行うとすれば、それはシンガポールで尊重されていなくても尊重することはできるというのは先生方のおっしゃるとおりで、合意といったときに、その合意は仲裁合意というよりは手続の実施に対する一定の合意のことを指していると整理した方が、専属管轄合意などの場合と明確に区別して議論を組み立てることができるのではないかと思います。

いずれにせよ、一般論としては仲裁合意の効力にここまでの話は含まれないというのはおっしゃるとおりですから、合意を根拠とするといったときの合意というのは、仲裁合意自体というより、手続の実施に対する合意として見ていった方がうまく整理できるのではないかと思います。

(○) 外国裁判所の未確定裁判との関係の話を出したのは私だったような気がしますが、それは、そこでの議論をパスできなければこれができないという議論ではないのだろうと思います。逆に今回これをやるとすると、他の分野にも影響を与えかねないのではないかと心配があります。ですから、仮に仲裁のかかる暫定措置のみの立法をすれば、

仲裁だけは特別だというふうに、他に影響を与えないような議論が必要ではないかという趣旨で申し上げたと個人的には思っています。

もう1点は、今までの議論には私も全く異論はないのですが、今までの議論との関係でいくと、外国裁判所の未確定裁判について承認しないという理屈付けが必ずしもはっきりしていなくて、取りあえず今まで出てきているのは、内国の裁判と違って外国の裁判は原状回復が大変だという議論があるということだったと思います。そうすると、原状回復を伴う複雑な問題を回避することが最大のポイントではないかという気もします。複雑さの回避という点で裁判と仲裁を差別化できるかという問題が残っている気がしますが、それを合意で解消できるのかどうか。当事者間においてはそれなりに納得してくださいという議論ができるのだらうと思いますが、ここでいう複雑さの回避が当事者間の利益の問題に限られているのかどうか。仮に日本国の法秩序に影響を与えるとすると、当事者間の合意では解消できず、仲裁については、そうした複雑さを招いてもなお執行すべきだという議論が組み立てられるかが一つのポイントだと思います。私は可能だとは思いますが、そこは一応、慎重な議論をしておいた方がよろしいのではないかという印象を持ちました。

(○) 合意の話とは別の話になってしまいますが、外国の未確定裁判の執行をすることになったときに個人的に気になるのは、確定裁判ですら相互の保証の要件がある現状において、あくまで理論的な話ではなく実際上の話として相互の保証を考えたとなると、現時点で外国の未確定裁判の執行まで日本がしたとしても、およそ相互性は担保されない。そういう立法をしたとしても、仮に相互の保証を要件としたとすれば、ほとんど意味がないということです。外国の裁判所の未確定判決の承認の問題は、個人的には全ては政策判断のような気もしているので、できなくはないと思うのですが、少なくともそちらについて機が熟していない現在の国際社会においては、日本として何か先走ってするような強い政策的インセンティブもないと思います。仲裁であれば仲裁地はもちろんあるのですが、仲裁地と仲裁地国とのつながりといいますか、公権力性の関連は低いと考えられて、恐らくあまり相互の保証という話にならないと思うので、そこはもしかしたら何か区別の材料になるのではないかというぐらいだと思います。

(○) 先ほど出た点ですが、原状回復の関係が複雑だから外国の裁判所の未確定判決を承認・執行しないということではないと思っています。それは国内でも同じです。では、なぜ日本の民訴法が外国裁判所の保全処分を承認しないかという点、多分、比較法的にやっているところがそんなにならぬからだろうと思います。実務上もそれほど必要性はないのではないかとと思っています。例えばハーグの判決条約の議論のときにも、判決の他の裁判上の和解の執行力が議論されましたが、保全処分に執行力を与えるという話はあまり議論されていないように認識しています。ですから、必要性が乏しいという点があるのだと思います。それに対して仲裁廷の暫定措置については、UNCITRALモデル法で規定されているので、それなりの必要性が世界的に認識されているという違いが大きいのではないかと思います。

(○) 恐らく日本がこのルールを作るとすれば、EU はいいけれども中国と韓国は駄目などと世界を分け隔てることはしないでしょうから、委員がおっしゃるように、なかなかオープンな形で未確定判決の承認や保全処分の承認・執行まではされていないという現在の国際的な状況はそのとおりなのではないかと思います。

(○) 今のご議論は、結局、複雑性は議論しなくてよいということですか。

(○) 私の個人的な発想だけで言えば、実際に日本がポリシーとしてやろうとすれば乗り越えられないことはない。複雑であったとしても乗り越える可能性はあるのかもしれないものの、ということです。

(○) 複雑性は根拠にならないというのが、お二方の説明なのですか。

(○) 複雑性のところについては、私はノーコメントです。

(座長) なぜ韓国はやっていないかという理由としては、あり得ると思いますけれども。

(座長) 合意に基づいて説明していくというこの資料の立場について、ある程度サポートもあったかと思いますが、裁判所における未確定の裁判の場合との区別についての幾つかの論拠も挙げていただいたと思いますので、この資料の中身を高化していただくことはできたのではないかと思います。何か法務省の方からありますか。

(法務省) 先ほど座長からあった仲裁合意という言い方について、そこには幾つかの段階があるということでした。今回の資料では、法政策論、立法を制度化する要素、言い方を変えればわが国の立法政策として暫定保全措置に執行適格を認める根拠としての合意という概念と、いわゆる仲裁合意の準拠法の適用範囲の議論のような効力論、個別的な議論との区別がつかなくなってしまうような言語遣いになっている面がありましたので、今後留意してまいりたいと思います。

(座長) それでは、総論的な議論についてはここで一区切りということにして、もう少し各論的な議論にまいりたいと思います。前回時間がなくて十分にご議論いただけなかったように思いますが、10 ページ以下の個別の規律の内容についてです。基本的にはモデル法の規定に従った形で考えられる規律の例が挙げられていますが、まずは、こういった規律がそもそも必要かどうかといった比較的大きな観点からご議論いただければありがたいと思います。特に実務における実例、こういった事例を念頭に置くとこの点は明文の規定が必要であるとか、不要であるとかといったことをご紹介いただければ、今後の検討に大変有益なのではないかと思います。具体的な文言についても、可能であれば後の段階で議論の時間を取りたいと思いますが、この研究会の議論の時間がかなり限定されていて、もしかすると難しいかもしれないので、この場でご発言いただいても結構ですし、別途法務省にお知らせいただいても構わないと思います。今日の段階では、比較的大きめの議論を

していただくことを念頭に置いて、ご議論を頂ければと思います。

まずは2の(1)の暫定保全措置の定義、あるいは類型についての規律、それに関連して14ページから17ページの(2)の発令要件に関する規律についてご意見を頂ければと思います。

(○) 手続法の先生がたくさんいらっしゃるので、ぜひ教えていただきたいのですが、裁判所の保全についても世界中を見るとすごく違うそうですね。一国内でも、例えばフランスなどは歴史的にもすごくたくさん種類があって、私も国際会議で説明しようとしてできなかった人を見たことがあります。そのときに、日本の民事保全法は当然、日本の保全命令を対象に作られているので、日本の執行の仕方になじまないようなこと、例えば執行の仕方がすごく自由な国の仲裁人が非常に自由な判断をしてしまったときに、それを代わりに執行してくれと言われても、どれに当たるのかということになってしまいます。あらゆるタイプの仲裁の保全措置に対応する執行手続ができるわけではないので、そうすると、日本の執行手続に乗るものでないと駄目という制約があるのではないかと思うのです。ですから、モデル法はこう書いていますが、これをそのまま書いたのでは機能しないのではないかと思うのですが、いかがでしょうか。

(法務省) ご指摘されているのは、例えば27ページの執行力付与の場面の話ではないのでしょうか。

(○) そうではなくて、私が言っているのは10ページから11ページです。どのような種類のもを対象とするのかというときに、日本にないようなものは対象にできないのではないかと思うのです。

(座長) 例えば30ページの執行要件の⑨は、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場合には日本としては執行しないという規律になっていると思いますが、これだけでは十分ではなく、そもそもどういうものを出せるかということですか。

(○) そうであれば定義など置かなくてもぼやっと書いておけばいいわけですよ。種類を書くのだったら「これはやります」という書き方でないといけません。執行手続に乗るものしか駄目という書き方ができないのであれば、何も書かないか、むしろ駄目というところで書くのでもいいかもしれません。それでいいかどうか聞きたいのです。

(○) 日本でどこまで仲裁廷の暫定措置を執行するかという話と、仲裁廷がどういう暫定措置を発令できるかは別の問題だと理解しています。今、議論されている10ページの方は発令権限の話で、モデル法は割と広めの暫定措置の内容を定めていて、恐らく日本の民事保全法という仮処分より広いだろうと思います。立法政策は多分それでいいと思います。特に仲裁廷を構成する仲裁人には大陸法系の人もいればコモンロー系の人もいて、コモンロー系だと、いわゆるマリーバ・インジャンクション (Mareva Injunction) のような資産凍

結命令は普通に出すという人もいるので、それを日本を仲裁地にした途端に駄目だというのは、グローバル・スタンダードからすると相当違和感のある立法だろうと思います。

ただ、日本の執行法上、債務名義を加えることは想定していますが、執行手続自体を変えることは想定していないので、日本でいう不動産執行、動産執行、債権執行、間接強制のどれにも乗らないものは座長のおっしゃった 30 ページの執行拒否事情に当たるということで、日本では執行決定を出さないという整理になるのではないかと思います。

(○) 私も全く同意見です。定義のところを日本の執行制度に乗るようなものに限定するというのは、誤ったメッセージになりかねないと思います。執行制度に乗らないけれども仲裁廷が暫定保全措置として出すことに意味のあるものもあると思います。例えば資料 2 でいうと (b) のように、仲裁合意があるのにどこか不便な所で訴訟を起こすなど、仲裁手続のインテグリティを害する妨害行為を止める、いわゆるアンタイ・スーツ・インジャンクション (Anti-suit Injunction) のようなこともできると書いてあるのです。

実は JCAA でも私は 1 件そういうことをしたことがあって、執行力はないのですが、タイで訴訟を起こしそうな相手方に対して仲裁廷に出してもらいました。そのときに、実は日本の仲裁法の基になったモデル法は 2006 年より前のものなので、(b) に相当するような文言はなかったのです。しかし、2014 年の JCAA の規則改正では、早晩、モデル法の 2006 年版が反映される可能性はあるのだし、元々できないという趣旨でもなかったのだから、先んじて入れてしまおうという議論をした記憶があります。仲裁廷はその辺もきちんと踏まえて、JCAA 規則に書いてあることは今の仲裁法でもできるのだということを出していました。ですから、多分、外国での訴訟を禁止するようなものは日本の裁判所では出せないのですが、仲裁だったら別に出して構わないと思いますし、それをどういう場合に日本で執行できるかというのは別問題だと思います。ただし、広く出てしまっているものについて、裁判所が自分の責任で執行できるように変更してあげるような親切的な制度設計にするかどうかは、また別問題ではないかと思います。

(○) 10 ページ、11 ページの定義は、仲裁廷の権限を書いているのですか。というのは、こういうことは書かなくても構わないと思うのです。例えば、従前どおりの取引量でしばらくは仲良く取引していなさいという命令を出す仲裁人がいても構わないし、それを執行せよと言われてもできるはずがないですよ。それも書かなければいけないというのなら、すごく大変です。私はこれが執行と直結しているという前提で申し上げたので、直結しているものでこんなことを書くと、できなくなってしまうのではないかと思ったのですが。

(座長) 外延は画しているのではないですか。つまり、ここに書いていないものは、この定義によるところの暫定措置、保全措置には当たらないということではないですか。

(○) 定義する意味がどこにあるかですね。判断が出るまでは取引を従前どおりやりなさいということは、ここには当たらないですよ。

(座長) 「係争物の現状を維持し」という。

(○) いや、係争物は違うところにあるのだと思います。

(座長) 係争物というと、かなり広く解釈されているのではないですか。

(○) (b) の前段の部分は結構広いのではないですか。いわゆる満足的仮処分のようなものは、それを出しておかないと回復不能な損害が生じ得るような場合には、「prevent from taking action that is likely to cause, current or imminent harm」と書いてあるので、これは仲裁手続のインテグリティと別の問題で、重大な損害が生じるのだったらそういう行為はやめさせろということが入っています。ですから、(b) の前段はとても広いのではないかと思います。

(座長) 逆に言えば、全部が全部入るのなら、なぜ書く必要があるのという議論にもなりますよね。

(○) ただ、やはり (b) の後段は書いてほしいです。

(○) 仲裁廷の基本的な権限は、双方の有益で本案の判断をすることなのです。ですから、アドホックに中間的な決定をする権限があるかということ、そこは必ずしも自明ではないので、仲裁法の中に暫定措置の規定を置き、デフォルトでそういう権限があるということを書くことには意味があると思います。かつ、モデル法が更に進んだ場合にどういう要件で発令するのか。要するに本案の一定の疎明が必要だとか、それをどういう場合に変更できるかということで一つ一つ規律を課しているのが、仲裁法における暫定措置の規律の対象を特定する意味で、冒頭にこういう定義を置くことは、立法として確かに意味があることだと思います。

(○) モデル法は相当な途上国も対象にしているので、作っている人たちは、教えてあげなければいけないという気持ちもあるのです。日本は別に教えてもらわなくても分かっているのだから、これを真に受けるのもちょっと間抜けな感じがします。

(○) 日弁連の意見ではそういう気持ちであまりこの辺を書いていないのですが、ただ、あってはいけないかということ、日本のユーザーは委員のような人ばかりではないので、あった方が、法律としてはより親切ではないかという気はします。なければならぬということではありませんが、あって困るかということ、別にあっていいのではないですかと思います。

(座長) 困ることはないですよ。

(○) 仲裁法の 24 条はモデル法から引っ張ってきたのだと思いますが、これは日本語で読むと、「紛争の対象について」仲裁廷が必要と認める暫定措置を講ずることを命ずること

ができるとあるので、アンタイ・スーツ・インジャンクション (Anti-suit Injunction) は「紛争の対象について」の保全処分なのかという議論はあり得ると思うのです。サブジェクトマターについての保全処分と言えるのかと。ですから、2006年のモデル法は、仲裁で問題になっている権利そのものに関してでなくても、仲裁手続自体を害するような行為を止めるところまで入っているのだということを念のため言っているというのが私の理解です。

(○) 手続法の先生や実務の先生に教えていただきたいのですが、これで外延を画したとすると、ここから外れるものは具体的にどういうものがあり得るのでしょうか。外れるものが、仲裁廷の権限・判断で場合によっては出しても問題がないぐらいのものであれば、(a) (b) (c) (d) を例示列挙にすることや、外延という形でしっかりと確定することによってどこまで合理性があるかというのは、そのとおりのような気がしています。実際にこれで外延を画することによって何かメリットがあるのか、ないのか、私は想像がつかないので、あえてこういうものを外すためにこの文言にしたなど、ご存じの先生がいらっしゃれば教えていただきたいです。

(○) この文言には、断行の仮処分は入ってこないのではないですか。現状維持は入っていますが、現状を変更する仮処分は入っていないと思います。

(○) 「切迫した損害を避ける」という意味のところに入ってきます。

(座長) 日本の民事保全法はこれで断行をしています。

(○) 何でもできるのではないですか。

(○) 断行の仮処分もできますか。

(○) できるのではないですか。ただ、どれぐらい意味があるのかというのはありますが。

(座長) このあたりは UNCITRAL の方では全く解説はないのですか。

(法務省) モデル法についてはエクスプラナトリー・ノート (Explanatory Note) が公表されていますが、今の点について逐条的には解説されていません。そのため、資料には JCAA の商事仲裁規則を記載し、かつ、その解説を注に記載して、UNCITRAL モデル法の規律の実質を逆推知して検討を試みたところがあります。ですから、ご指摘のあったように、これでは足りないということや、エピソード的なものを頂けると、われわれとしても検証することができるのでありがたいと思います。

(○) 遅れて来たので、付いていけないかもしれませんが、外延を画するかどうかという話は、外延を画していないのなら仲裁廷が命ずればいいではないかという整理と、

アンタイ・スーツ・インジャンクション (Anti-suit Injunction) などが機関規則に規定してあればそれはそれでいいという整理でいいのですか。というのは、仲裁法は任意規定と強行規定を形式的に分けていて、「当事者間に別段の合意がない限り」といった文言のあるものは任意規定で、その他は強行規定という整理だったような気もするので、機関規則や仲裁合意に定めればいいということであれば別にそれでいいのかもしれませんが、やはりアンタイ・スーツ・インジャンクション (Anti-suit Injunction) などで証拠保全的なものは普通の感覚からは出てこないかもしれないので、それは法律の中に規定しておいた方が親切ではないかと思うのです。

(○) 証拠の保全も、ICSID なども仲裁廷の保全処置のようなところで証拠保全命令を出していると思います。こういうものも実務上、状況によっては必要なのだと思いますが、昔の文言だと、サブジェクトマターに関する保全ではなく、専ら手続的な保全措置ですよ。12 ページの脚注 21 に出ていますが、日弁連の方では、仲裁手続の妨害を防ぐ行為と証拠の保全については、どう書こうがそういうものはできるのだということは明確化してほしいということを希望しています。

(○) そうでしたね。それは私が言ったのでした。すみません、きちんとここに書いてありました。

(座長) 裁判所の執行決定、強制執行については、皆さん、特段の違和感はないということですか。

(○) 証拠保全の仮処分は、普通はしないですよ。証拠保全は証拠保全で、執行官に行ってもらって写真を撮ったり、別の手続がありますよね。

(座長) しかも強制力がないというか、直接は強制できないというのが日本の民事訴訟法の理解だと思いますが、仲裁の場合はそれが強制できるということですよ。

(○) 当然には裁判所による強制執行に乗ってこないのではないかと思います。

(座長) これはそういうものと理解するということですか。証拠の保全は先ほどの規定で、執行決定は出ないということですか。

(○) 仲裁廷は暫定保全措置で命令は出せるのですが、ただ、それに違反しそうなときに裁判所にどうしてもらうのかは、まだ議論の余地があります。

(座長) 日本の法令によって執行することはできないという解釈ですか。

(○) 執行として、例えば裁判所が執行官保管で文書を取り上げて保管しておくことができるかというのは別の問題なのだと思います。

(○) 日本の執行法上は証拠保全が執行できず、ただ、違反すると本案の判断に不利益な心証を構成するということだと思います。アンタイ・スーツ・インジャンクション (Anti-suit Injunction) は不作為義務を課しているのです、間接強制は可能だと思います。違反して外国訴訟を提起すれば、それを是正しなければいけないので間接強制金の支払を命じられるという形の執行は可能ではないかと思います。

(座長) 他にいかがでしょうか。次の要件のところも対象ですので、そちらでも結構です。

(○) 確認ですが、大勢は (a) (b) (c) (d) をいうのでよいということなのですか。それとも、これを含むということですか。JCAA の方はこれを含むものなのですか。

(法務省) これまでのご議論を聞いている限りでは、一つは、例示列举にしたかどうかというご意見と、もう一つは、当事者が合意する場面は別だというような、付加的なものを更に許すような形にするというご意見があったかと思えます。

(○) 合意がなくても、仲裁廷が創造的に考えて自由にやっていたのではないですか。

(法務省) どちらかという例示に近いイメージですね。

(○) 私はそれでいいのではないかと思います。そこを縛る意味がどこにあるのでしょうか。現行法より狭くなるのではないですか。現行法は何も書いていないに等しいですからね。

(座長) 「紛争の対象について」というところで限定しているのではないかというご意見が先ほどありましたね。

(○) そこが狭く読めると嫌だということです。

(○) 紛争の対象について、必要と認めているのではないですか。

(座長) そういう読み方もできますね。議論としては3通りぐらいあったのですかね。広く解釈されると、それぞれは結論的にはそれほど違わないのかもしれませんが。

(○) 一番広いのは、24条をそのまま置いておいて、その次に「24条に規定する保全措置には以下のものを含む」といって (a) (b) (c) (d) を並べるという立法なのでしょうね。

(法務省) そのような形の立法をするとした場合には、当事者の予見可能性等を加味して、明確化したという位置付けになりましょうか。

(○) 例えばアンタイ・スーツ・インジャンクション (Anti-suit Injunction) が入るかどう
か、証拠保全が入るかどうかは、規定を置けば入るという方向で明確になるので、そうい
う意味では明確化されているのだと思います。

(座長) それでは、要件の方をご議論いただけますでしょうか。

(○) これも、何も知らない人に教えてあげているだけで、書かなくてもいいと思いま
す。

(○) 訳なのですが、原文は「Harm not adequately reparable by an award」で、翻訳が「十
分に償うことのできない損害」と書いてあります。日本の法制上、償うことのできない損
害というのは相当ハードルの高い要件なのですが、原文の「adequately reparable」はそれほ
ど高いものではないので、翻訳語の選び方が強過ぎるのではないかと思います。

民事保全法の仮の地位を定める仮処分も、償うことのできない損害でしたっけ。

(○) 一つありますね。

(○) 普通の仮処分は著しい困難を生じる恐れで、仮の地位は著しい損害ですよ。著
しい損害ぐらいならいいですが、償うことができないと言われると、お金で償えないもの
はないだろうというような話になってくるので、それで認められるのは、子どもを保育園
に入れるとか、そういう話ですよ。

(座長) 行政事件訴訟法の保全処分の要件がそういう感じですか。それだとちょっと強過
ぎることですかね。

(○) 「著しい損害」「急迫の危険を避ける」「権利の実行が著しい困難を生じる」ぐら
いの用語にした方がいいのではないかと思います。

(○) 民事保全法第 39 条の、特別の事情による保全取消しは、かなり変わった言葉遣い
だという印象があります。

(座長) こういう要件は要らないのではないかというご意見もありましたが、他の方々
は規定があった方が明確になるという感じでしょうか。

(○) 実務的には、仲裁廷の皆さんは、割とこういう要件でやっているもので、これが規
定されたからといって困る人はいないと思いますし、むしろあった方が安心感につながる
気がします。

(座長) 逆に言えば、この要件に従わずに出されていれば、執行の対象にならなくなる

ということですよ。

(○) 執行拒否事由になってくるでしょう。日本の法令に反するということになるのでしょうね。

(座長) そこをどう考えるかというのは、いかがですか。

(○) セーフガードになるという考え方もありますか。

(座長) あまりにも変な、何の必要もないようなものを出していることになればということですか。

(○) 日本の仲裁は多くのものが JCAA や ICC などの機関仲裁のルールになっていて、そのルールの中に、保全措置の発令権限に関する規定と要件に関する規定が入っているものもあると思います。要件についてここで書いておくと、例えば ICC のルールで言うこととこれが微妙にずれているときに、どちらでいくのかということが問題になるかもしれません。ICC のルールも、今あるものがずっと続くわけではなく、変わるかもしれませんよね。ですから、実務的にはこれがなくても、多くの場合は適用される仲裁機関のルールに従えばいいと思います。もしこれを入れると、仲裁廷は、日本の仲裁法の要件と ICC の規則の要件の両方を見て、どの範囲でどうなのだとすることを考えなければいけなくなり、結構面倒くさい気がするのですが、私はなくてもいいように思います。ドイツやフランス、イギリス、シンガポールもないようですから、そこは仲裁廷なり当該規則に任せておけばいいのではないかという気がします。

(○) ICC のルールでは、暫定保全措置の要件の規定はどうなっていましたか。あまりなかったような気がするのですが。今のお話は、機関規則の要件立てと食い違っていたときに、いろいろと面倒くさいことが起こるのではないかということですよ。

(○) そうです。仲裁機関のルールが今後どうなるかも分からないのでということです。大きなもので言うと、AAA-ICDR でも日本の仲裁地のものはありますよね。

(○) 最近、ICC でインテリム・メジャーズ (Interim Measures) のものをやったのですが、日本が仲裁地で日本の仲裁法が適用されるものですから、そのときに当事者が援用してきたのが、UNCITRAL の 2006 年改正の要件だったのです。もちろん参考ですが。ですから、ICC でははっきりしたルールがなかったのではないのでしょうか。

(○) 要件が付いた現行規則はないのですかね。

(○) いずれにしても、この要件に違和感が全くないというのは、皆さん異論のないところだと思います。一般的な暫定保全措置の要件を言うのであればこうなるということなの

だと思えます。15 ページには日弁連の意見として、仲裁廷の解釈に委ねることで対応可能であるとして日弁連の要綱試案の中には入れてないと書いてありますが、逆に入れたら何か問題があるかという、私はそんなに大きな問題はないのではないかという気がします。確かに、機関規則で規定したものが食い違った場合はどうなるのかという問題はありますが、そんなに大きく食い違うことはないと思えます。

(座長) 任意規定だとすれば問題があるということですかね。

(○) これは任意規定なのですか。

(座長) それは規定するときに考えればいいのではないですか。

(○) 暫定措置を発令する権限を認めるかどうかや、どういう場合に暫定措置を発令していいかは当事者の合意で決めていいというのが任意規定なので、機関規則と食い違えば機関規則が原則優先するという整理になるのだと思えます。

(○) なるほど。それはクリアですね。そうすると、これを入れることにはあまり害はないということになるかもしれません。日弁連は必要ないのではないかということでもめました。

(座長) 今のところは、特に必要ないかもしれないけれども、特に害もないという感じでしょうか。

(○) デフォルト・ルールとして入れておくというのはあるのだと思えます。「UNCITRAL モデル法と同じなのです」と言えることは、日本の法制度に対する信頼をアピールするためには意味があると思えます。

(座長) どちらもないのだったら、入れる方向にいくのかもしれませんが、よろしいでしょうか。それでは、休憩を挟んで6時15分に再開します。

—休憩—

(座長) それでは再開します。続いて、17 ページから 22 ページの (3) の予備保全命令に関する規律についてです。ここはかなり独立していると思えますし、要るのかどうかという議論があると思えます。この点についてご議論いただければと思えます。

(○) これは要するに「ex parte」で、一方的に審尋しないで出す予備保全命令ですよ。

(座長) そうです。

(○) ここは UNCITRAL モデル法を作るときに、そもそもこんなものを認めていいのかということで議論があったと聞いています。個人的には、ここまで日本の仲裁法で規定するのはやり過ぎではないかという気はしています。しかも、「ex parte」のものは執行拒否事由に当たるのでしたっけ。

(座長) そもそも執行の対象にならないです。

(法務省) モデル法でも予備保全命令については承認・執行の対象外です。

(○) そうすると、今回の立法でここをわざわざ取り込む必要性はあまりないし、むしろやり過ぎではないかという印象はあります。

(座長) 実務的にはあまり必要がないということでしょうか。

(○) 私は「ex parte」の経験がありませんが、緊急仲裁は割と審尋して出しています。基本的には合意に基づく手続なので、片方の言い分だけで何かを命ずるのは、通常は結構抵抗があるのではないかというのが私の理解です。

(○) 片方だけというのはなかなかないですが、いろいろな場合があり得るので、われわれに経験がないからといって、それは別ということではないですよ。

(○) しかし、規定しなかったからできなくなるというわけでもないですよ。

(○) そこは解釈に任されています。

(○) 「imminent peril」ではそういうことがあり得ます。むしろ、規定があるからどんどんやっていいのだというメッセージがあることの方が、弊害が多いのではないかという印象があります。

(○) ここは海外の法制ではどうですか。

(法務省) 資料で取り上げている9カ国の中では、予備保全命令についての規律を設けているのは、香港だけです。

(○) 多分、こういう規定が問題になるということは、そういう実例がどこかの国では結構あるのでしょうか。結構というのは、100年に1回などではなくて、1年に1回ぐらいの頻度で。

(座長) 私の記憶でも、このモデル法を作るときは、イタリアなどで憲法違反とまで言って絶対に駄目だと抵抗していたものを、手続的にはかなり譲歩して入れたので、それな

りに必要性を感じていた国はあったということだろうと思います。

(○) 証拠保全なども、日本の発想だと、密行性がないと改ざんを誘発するということがあるのですが、仲裁の場合は先にそれが始まっていることが前提なので、日本の訴訟前の証拠保全とは状況が違って、密行性が必要なものはあまり仲裁では想定していないのではないかというのが私の認識です。

(座長) 他にいかがですか。よろしいですか。それでは、検討は引き続きするということかと思いますが、次にまいりたいと思います。

次は少し付随的な規律になるかと思いますが、22 ページの (4) の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、(5) の事情変更の開示に関する規律、(6) の暫定措置又は保全措置に係る費用及び損害に関する規律について、ご意見を頂ければと思います。どの規定でも結構です。

(○) ここも脚注に書いてあるように、日弁連の意見としては特になくてもいいということですが。ただ、先ほどの予備保全命令などと違い、この部分はあってもいいけれども、なくともいいという感じですが。

(○) むしろ暫定措置の定義や発令要件の規定を置くのであれば、これを置かないとバランスが悪いのですよね。日弁連の意見は、そもそも発令要件も置かなくても大丈夫という前提で書かれています。

(○) そうです。規定の内容も、特におかしなところはなかったと思います。

(○) 1点、解釈についての疑問ですが、26 ページで、第 17G 条の規定を置いた場合の考えられる規律として、仲裁手続のいかなる時点においても費用及び損害の賠償を命ずることができるか書いてあります。これは英文だと「award」になっているので、費用と損害の賠償を命じるというのは、仲裁判断として執行の対象になるという整理ですか。

(座長) そういう整理ではないでしょうか。

(○) 最後の本案の仲裁判断との関係では、「partial award」のような位置付けになるのですか。

(座長) そうかもしれません。

(○) 23 ページの最後の「韓国においては」のところに、変更、停止又は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と書いてあります。日本法でも、この条文自体はあった方が明確だと思うので、あってもいいのではないかと思います。時間がかかるなどの問題があるかもしれませんが、取消しや変更の大きさ、特に執行力付与

に係ることを考えると、審尋があってもいいのではないかという感じがしています。とりわけ要件において、職権で変更する場合もあるという話なので、考えてもいいのではないかという感じがしました。

(座長) モデル法は、職権で行う場合は当事者に事前に通知するということですが、当事者の申立てによる場合は特に手続が書いてありません。JCAAの方は、当事者の意見を聴いてということを書いているということですか。

(法務省) いずれの場合にも当事者の意見を聴いて、とされています。

(座長) 手続のところは更に検討が必要かもしれませんが、おおむね、これらの規定についてはあってもよいのではないかという方向のご意見かと思えます。

それでは、最後の部分かつ最も大きな問題にまいりたいと思います。前回も少し議論いただきましたが、27ページ以下の承認・執行に関する規律についてです。これは規定が要ることが前提で、このような内容でいいのかが議論の中心になるかと思えます。ご自由にご意見を出していただければと思います。

(○) 28ページの考えられる規律の例の1に「拘束力のあるものとして承認される」という文言が入っていて、原文でも「recognized as binding」とありますが、私はこの意味がよく分かりません。外国の本案判決の場合は、執行力以外に例えば既判力や形成力があり、これを独自のものとして承認する意味があります。例えば後訴においてそれと矛盾する主張は当然排除するという意味があるわけですが、仲裁判断も同じで、仲裁判断についても本案の判断をしているので、本案の権利義務関係について既判力が生じ、それを日本でも承認するという意味があると思えます。しかし、保全措置というのは、本案の権利義務関係について終局的な判断はしていない前提です。今回、執行力を認めるかどうかという議論をしていますが、執行力の問題以外に、「recognized as binding」というときの「binding」とは何のことを言っているのかがよく分からないので、どなたか教えていただけないでしょうか。

(○) その点は私もよく分からなかったのですが、あり得るとしたら、普通の決定にあるような実質的確定力や形式的確定力が暫定保全措置にあるとしたら、それが承認されるということは考えられるのかもしれませんが。

(○) ただ、仲裁は、後日、変更・取消しができるので、自己羈束力的なものはないですよ。

(○) 本来はないのですが、そういったものが観念的には考えられます。ただ、実際に何かの役に立つのか、あるいは、あった方がいいのかというと、よく分かりません。

(○) 「binding」というのは、「parties」に「binding」というように読めるのですが、今

の委員の発想は、仲裁廷自体が「binding」するということですか。

(○) 当事者です。あるいは当事者に「binding」された結果、もしかしたら反射的に承認あるいは執行を求められた裁判所にも何かかかるものがあるのかもしれませんが。實際上、思い付くものはないですが。

(○) ないですよ。原文にも入っているので、翻訳の問題ではなく、モデル法を作ったときに何か考えていたはずなのですが、法務省の方で何か情報をお持ちであれば。

(法務省) その部分は、エクスプラナトリー・ノート (Explanatory Note) には特段の記載がありません。

(○) 今の委員の話の聞いていると、日本の民事訴訟法の考え方だとそういうことになるのでしょけれども、UNCITRAL でそこまで考えていますかね。

(○) 考えていないかもしれませんが、日本で立法すると、日本の手続法なので、日本の民事訴訟法の理論を前提にして考えることになりますよね。例えば承認であれば、民法 118 条に承認という制度があるわけですから、それとの整合性は問題になってきますよね。

(○) ハーグの条約のときは、裁判所の和解については承認規定だけで、執行は全部落ちていました。

(○) そうなのです。あれはきちんと整理されているのです。

(○) 執行だけで、承認が全部。

(○) そうです。なので、それと同じようにすれば、すっきりするのにと考えていました。

(○) 単に UNCITRAL はそこを考えていなかっただけのことなのですかね。

(座長) 全く議論がなかったということはないと思いますが。

(○) 日本の条文に「拘束力があるものとして承認される」という文言を入れるのはどうかと思いますし、入れるのであれば、それがどういうことかを解明してから入れないといけないと思います。

(座長) もっともなご指摘だと思います。

(○) 私は、削ってしまっていていいと思います。

(座長) 削るという可能性はあるでしょうね。他にいかがでしょうか。

(○) 執行決定を求める裁判所の管轄はどこかに決めているのでしたっけ。

(座長) それは31ページの「このほか」の部分に入るのではないですか。

(法務省) そうです。決めていくことになるだろうということです。

(○) ちなみに、どういう管轄を置くことが想定されているのですか。

(座長) 現在の仲裁法の46条4項だと、当事者が合意により定めた地方裁判所などとなっていますね。

(○) 仲裁地や相手方の普通裁判籍の所在地を管轄する裁判所などですね。

(座長) あとは、債務者の財産の所在地を管轄する地方裁判所。かなり広いですね。

(○) 前回も少しありましたが、そもそも東京地裁と大阪地裁の専属管轄にしてはどうか、付加管轄についてはどうかという議論は、次回以降でしょうか。

(座長) そうですね。財産所在地は保全などと別にあるのかもしれませんがね。

(○) 係争物に関する仮処分などはありますよね。

(座長) あり得るでしょう。他にいかがでしょうか。執行の拒否事由は、皆さん、あまり違和感はないですか。

(○) これは現在の45条や46条と大体、対応しているのですか。

(座長) そうです。少し保全風にモディファイしています。

(○) 8号は取り消されたことがあった場合ですね。

(○) あとは担保の提供。7号ですね。

(座長) 9号のただし書は、先ほど否定的なご意見があったと思います。日本法でできないようなものを日本が親切に日本風に変えてやることまでは要らないのではないかと、うご意見だったと思います。

(○) 例えば、当事者の仲裁合意の中で保全処分は申し立てないという合意がされていた場合には、拒否事由のどれかに当たるのですか。それにもかかわらず仲裁廷が暫定保全命令を出した場合は公序違反になるのですか。

(○) それは手続違反になるのではないですか。

(○) 6号違反ですか。なるほど。

(○) 「当該合意」というのが入っていますから。

(○) これも机上の空論というか設例ですが、当事者が保全命令を発令する権限は認めているけれども執行力はないことの合意をしていた場合、不執行の合意があった場合は、6号に入りますか。9号の、日本の執行法上、執行できないものになるのでしょうか。実務上あまりないので、どれだけ必要な議論か分かりませんが。

(○) 民事執行法では、どういう扱いでしたっけ。

(○) 判決主文の中で給付は命じるが執行はできないと書けというのが最高裁の判例です。

(○) ここは執行の拒否事由ですが、拒否事由に当たらなくても請求異議でやることはできるということですかね。

(○) 拒否事由をあらかじめ取り込むということはあるのですかね。

(○) 保全命令の執行をしたら、請求異議ですか。

(座長) そうなのかもしれません。

(○) そもそも執行を認めるべきではないなどという一般論で却下するのですかね。

(○) しかし、それは拒否事由のどれかに当たらないとおかしいでしょうね。

(○) しかし、当たりそうなものが見当たりません。

(座長) 論理的には、保全執行に対する請求異議はあり得るのですよね。ちょっと大仰に過ぎる感じがしますが。

(法務省) どこかの拒否事由に取り込んだ方がいいのではないかというご意見になりま

しょうか。

(○) 解釈でいいのではないですか。それを書くのも変です。

(○) 現在は保全がないので、それは解釈で問題ないと思います。

(座長) 他にいかがですか。

(法務省) 拒否事由としてどうすべきかとは直接関係なく、こういう事例は適切ではないのではないかと、何か事例やご示唆があれば、それがまさに実質の議論をしていることとなりますので、よろしくお願いします。

(○) 特に強い意見があるわけではないのですが、「できる」規定にしている点について、現在の仲裁判断の承認・執行でも、拒否「できる」規定になっていて、ささいな違反だったらという議論があったような気がします。新法を作るときにも、ささいな違反では、ある程度の裁判所の裁量のようなものを許容することでいいのではないかと思う反面、少なくともニューヨーク条約で拒否「できる」と書いてあるのは、裁量を認めるというよりは、各国が拒絶事由を使うか使わないかは自由であるというだけの話で、国内法として立法するときに裁判所にそういう権限を与えることにするのか、むしろ外国判決の承認のように要件を明確化して裁判所の裁量の範囲をなくすのかは政策判断のような気がしています。私はどちらにプリファレンスがあるということではないのですが、指摘だけさせていただければと思います。

(○) そこは管轄規定のときにも議論がありました。民訴法第3条の9は、特別の事情の却下ができるという条文なのですが、私の理解だと、一般的に日本の裁判所は、できると書いてあるのは「can」ではなく「must」だと脳内翻訳して読んでいるのです。例えば民訴法第3条の9だと、特別の事情があれば却下してもしなくてもいいのではなく、しなければいけないと読み替えているようなので、そうであれば仲裁法でも日本の裁判所は、できると書いてあるものは、この要件に該当すれば「must」と読むのだと理解しています。他の法制との兼ね合いで、ここだけ別の用語を使うのは法制的に難しいのではないかと気がします。

(○) 本当の「できる」の場合はどのように書くのですか。

(○) 本当の「できる」の場合は、してもよいと書くのですかね。

(○) 権限規定か裁量規定かは解釈が分かれると思います。

(○) 第3条の9のときは、割と「mandatory」なのだという議論がありました。特別の事情があるけれども却下しないという選択はないということでした。

(○) おっしゃるとおり、権限規定だと理解しています。これも裁量規定と理解するのは難しそうな気がします。私もそういう議論があったことはかすかな記憶があります。

(○) 仲裁法第45条2項には、ささいなものであれば適用しないと明確に書いてありますが、ニューヨーク条約の中に「may」と書いてあって、その「may」の趣旨を国内法に反映させて、仲裁法第45条2項の拒否事由については、ささいな違反であれば執行していいのだ、承認していいのだというような議論があった気がします。そのところが、今回の規定はそもそもどういう趣旨なのでしょう。

(○) その話は取消しのところもそうでしたし、46条の執行拒否もそうでした。

(○) まさにそうです。仲裁地で取り消された仲裁判断を執行していいというのは、取消事由には挙がっていますが、それは「may be refused」なので、裁判所の裁量で「refused」しなくてもいいのだという理論です。

(○) そういう裁量棄却せずを認めるかどうかというところで違うのではないですか。

(○) 私は、特に何かポリシーがあるわけではないのです。

(座長) 暫定保全の場合は仲裁判断と区別すべきだという意見はありますか。

(○) 基本的には、仲裁判断の方でそういう議論になっている以上、あまり強いとする理由はない一方で、そもそも暫定措置の執行と考えたときに本当に要件をここまで重くしているのかというのは、もしかしたら論点としてはあり得るかもしれません。より明確性が求められるような気がしなくもないです。他方で、それもあまり区別することの有力な根拠にはならない気がしていて、個人的には横並びではないかと思っています。

(最高裁) 若干関係するところで教えていただきたいのですが、裁判所が、仲裁廷が出したのを見たときに、保全レベルであったとしても債務名義としてやや特定を欠いているなど、技術的にそのまま執行に持っていくと執行できないのではないかといったときに、これをいじれるのかどうかというのは問題ではないかと思っています。9号のただし書のようなものは、そういった部分も含むのかどうかということと、この文言を読んだときに、どういった場面を想定してこのような規定があるのかがイメージできなかったのも、そこについてこういった場面が考えられるのではないかということ、あるいはテクニカルな部分については、仲裁廷の責任でやったものなので執行できなければそれで仕方がないという考え方なのか、そこは日本の裁判所の方である程度救済した方がいいという考え方なのかについて教えていただければと思います。

(○) 前提として、仲裁廷が出した暫定措置が、日本の執行法上、例えば間接強制する

にしても、義務の内容があまり特定されておらず、何があったら間接強制になるのか分からないような場合には執行できないということになる事例はあり得ると思います。そういう場合にモデル法では、執行を求められた国の裁判所がそれをモディファイして、より特定の暫定措置だと解した上で執行するという規定があるのですが、日弁連で検証を出すときは、それは裁判所が重くなるのでやめておこうと。あるとすれば、作為義務や不作為義務での非常に広範な命令、例えば一切の財産を処分してはいけないというマリーバ・インジャンクション (Mareva Injunction) ですね。しかし、日本でやるときには、例えば日本のどこそこにある建物を処分してはいけないという命令だと読み替えて、それを執行することができるかどうか。日弁連はそこまで裁判所に負担を掛けられないので、そういう場合は、日本では、執行できない広範な命令だということで執行を拒絶しようという立て付けにしています。

(○) 最高裁がおっしゃっているのは、マリーバ・インジャンクション (Mareva Injunction) レベルではなくて、もう少しマイナーな話というか、もう少し特定してくれば債務名義になるのにとというぐらいの話ですよ。

(最高裁) そうですね、和解条項の作り方がいまひとつなので執行できないけれども、少しいじれば何とかかなりそうだということはよくあると思うのです。

(○) 登記を命ずる主文が少し間違っているとか、登記原因が抜けているので補えば執行できるなどというものですかね。

(座長) 私の感覚だと、そういうことがあると裁判所から示唆があり、当事者は仲裁廷の方に持ち帰り、仲裁廷が命令を変更して執行できるようなものを持ってくることになりそうな感じがします。

(○) それでいいと思います。外国判決の承認の執行のときも、外国の裁判所の主文が少し下手で日本で執行できないものがあるのですが、それを日本の裁判所が善解してあげて執行するというはしていないのです。外国仲裁判断や暫定措置の場合はそれをする必要性はあまりなく、座長がおっしゃったように、そういうことがあれば仲裁廷に変更命令を出してもらえばいい話なので、あえて規定を設ける必要はないのではないかと思います。

(○) 逆に言うと、先ほどの外国判決の執行のことを参考にすると、一字一句変えないということですか。

(○) 執行判決はそうですね。ベースの外国判決は日本で執行許可「する」だったか、「できる」だったか、執行判決の主文はそういう主文ですよ。

(○) 一字一句ではなく、私の記憶が間違っているかもしれませんが、支払方法につい

て誰かを介して支払えという判決が外国から来たときに、それを日本の裁判所で「直接払え」と読み替えて執行すると許可した例が確かありました。

(○) それは扶養料か何かでしたよね。

(○) 確か扶養料だった気がします。ですから、全く一字一句ではなく、若干。

(○) それならそれで対応できますし、仲裁廷が出し直すということでも対応できるので、ただし書がなくても実務上は困らないけれども、マリーバ・インジャンクション(Mareva Injunction)を特定のものに変えるところまで認めるといろいろと問題があるだろうし、裁判所も大変だろうということですかね。

(最高裁) このただし書が想定しているのは、そういった場面だということですか。

(○) マリーバ・インジャンクション(Mareva Injunction)というのが一番大きなところで、一番細かなところでいうと、文言を若干変えるなどということまでもここに含ませ得るのです。ただ、それはただし書がなくてもできそうな気はします。

(○) 扶養料の例は、外国の裁判所が変更したのではなく、そういう趣旨だと善解したという判決ではなかったですか。

(○) 外国判決の主文はそうなのですが、直接払えということだと解釈してしまったというものでしたか。

(○) 私の解釈だと、第三者を介してというのと、直接払えの両方があって、下の方は日本でうまく執行できるからそちらだけ取ったということだったと思いますが、間違っているかもしれないので今後確認しましょう。

(○) 確認ですが、変更はできないけれども、幾つかある保全処分命令主文のうち、これは執行できるけれどもこちらは執行できないというのは、ただし書がなくてもできるのですか。

(○) それは可分なものであればできるのではないですか。

(座長) 他にいかがでしょうか。前のところにさかのぼってもいいので、今日の議論の中でお気付きの点があれば何でもおっしゃってください。

(○) 26 ページの第 17G 条の部分は、民事保全法第 33 条の類似の規定では損害の賠償までいっておらず、原状の回復が入っているので、渡したものを戻してもらうのは損害賠償では読みにくい面があります。そのあたりは 33 条に書いてあることも含めるような条

文にした方が好ましいのではないかと感じました。

(座長) 原状の回復、物の返還や支払った金銭の返還なども明文化した方がいいのではないかといいのでしょうか。

(○) はい。

(○) それは暫定保全措置の変更でできるという理解なのではないかと思えます。

(○) そこは変更でいいのですか。

(○) UNCITRAL モデル法が、そういうことができない趣旨で規定されていると思えないので。

(○) しかし、変更といっても、暫定保全措置に伴う原状回復請求は別の権利になりませぬよ。

(○) 変更しても、あげてしまったものは戻ってこない気がするのですが。それは変更して更に執行するということですか。あげたものを戻せという執行をするということですか。

(○) 戻せという保全措置を出すということです。

(座長) 別個の保全措置を新しく出すということですか。

(○) 更なる保全措置で戻させると。

(○) その戻せという保全措置を執行するという整理なのではないかと思えます。

(○) それは一般的には保全とは考えないはずですが。その関係でいくと、第 17G 条に執行力を与えるかどうかの問題になるのではないかと、話を聞いていて思いました。

(座長) これは award だから仲裁判断だろうという話だと思います。

(○) なるほど。

(座長) 問題提起として考えていただければと思います。他にいかがでしょうか。その周りのところでも結構ですが。

(○) award になるかどうかで、確定判決と同一の効力が生じるかどうかは違ってくる

思います。あげたものを戻してもらうことについて、第 17G 条だと「award」になっているので、当然、既判力が生じるということになりますよね。

(○) 17 条は金銭だけですから。

(○) 物については原状回復請求権なので、本来であれば、戻せという点でいえば、既判力を生じさせるという形にした方がいいのではないのでしょうか。

(○) 保全措置なので、別に請求権があるわけではないですよ。要するに、係争物に関する仮処分も、それを処分してはいけないという請求権があるわけではないですよ。

(○) 係争物に関する仮処分はそうですが、何か渡した場合にそれを戻してもらう権利があるというふうに一般的には考えられると思います。

(○) それは実体的には関係なく、暫定措置で命じたからそうなるのだということではないですか。

(○) 命じたのですが、元の暫定措置がなくなった以上は返してもらう実体法上の権利があります。

(○) それは、暫定保全措置の変更の中で、仮に渡したものを仮に戻せとまた言うという整理を私はしています。ただ、私が UNCITRAL モデル法を作ったわけではないので、作った人がどういう気持ちかはよく分かりません。

これは全く実務サイドからの感覚ですが、モデル法準拠といいながらモデル法にないことをいろいろ付け加えると、モデル法と異質なものだという印象になるので、モデル法で読み込めるのであればそれで読み込んでいく方がいいのではないかと思います。

(最高裁) 28 ページの③の、担保が付いていないときに必要があれば裁判所の方で担保を決めることについては、31 ページの注 46 で紹介されている日弁連からのご指摘にもあるとおり、通常、国内の保全事件では担保金の考え方はかなり定まっているのですが、定型的でないものが来ると国内の事件でも相当悩むものですから、そういったことを考えると、裁判所の方に、特に国際的な広がりがないようなものについて担保金を決めろというのは難しい部分もありますし、審理でかなり時間がかかってしまう可能性があります。他の皆さまも同じ方向を向いているのかどうかといった辺りはいかがでしょうか。

(○) 私の理解では、元々、この条文自体は、よほど例外的な場合だけ発動することを予定しているのです。この保全措置は担保なしでは日本の公序に反するので、このままでは執行を拒否するしかないという場合に、それを救うために担保すれば執行するというぐらゐの位置付けなので、100 件あったら 1 件ぐらい発動すればいいというイメージです。ただ、皆さんは真面目で、そういう条文を作ると、100 件なら 100 件ともじっくりご覧にな

るので、確かにそれであれば削除してしまってもいいのではないかという気はしています。日弁連の意見としても、そういう前提で要らないのではないかという結論に達しています。

(座長) 逆に、例えば無担保でもものすごい暫定保全措置を発令しているときは、公序に反して執行しないということによいだろうということですかね。

(○) そうです。

(座長) 今の点について、いかがでしょうか。積極的にサポートする意見はありませんか。

(○) 確かに当事者としては、担保を裁判所で更に積ませて執行する道もあった方がいいという意見はあるかもしれませんが、先ほど指摘のあったような運用になってしまう恐れがあるので、それならそこは割り切った方がいいのではないかと思います。

(○) 仲裁廷に戻って「担保を積むことにしてくれ」と言えばいい話です。

(最高裁) 私は無責任なことを言えないのですが、一般的に裁判所は、例えば担保が 400 万円で、これが 500 万円だったら出すのにとというレベルの話であれば、無担保でこれはさすがにないでしょうといった公序の話になるような事案でなければ、口は出さないという考え方をすることが多いのではないかという気はするので、そういう観点からご検討いただければいいのではないかと思います。

(○) 大前提の議論でもう終わった議論かもしれませんが、暫定保全措置の要件や変更のあたりは仲裁法に規定するのでしょうかけれども、最後の執行のところは、仲裁判断についての執行は仲裁法に規定して、保全措置についても仲裁法で規定するということですか。

(○) 民事保全法ではないかということですか。単行法にしるということですか。

(○) いや、単行法は。

(○) 民事保全法か仲裁法かということですか。

(○) そうですね。

(法務省) 法制的な問題は、少なくともこの研究会のマンデートではないとも思っていますが、委員ご指摘の観点からすれば、もちろん仲裁法に規定するという手段も一つの考え方としてはあり得ると思っています。

(○) そこは UNCITRAL モデル法に則して改定するということから、仲裁法の改正

ということを入れてもらわないと世界的にも世間体が悪いというか、見栄えがあまりよろしくないのではないかと思います。

(○) 私も、できれば仲裁法に規定した方がよいのではないかと考えていました。

(座長) 分かりました。他にいかがでしょうか。よろしいでしょうか。先ほども少し触れましたが、もし、より細かな点でお気付きの点等があれば、適宜、法務省の方に個別にご意見等を伝えていただければ、次の資料にはそれが反映されるのではないかと思います。それでは、本日の議論は、ここまでとさせていただきます。

(法務省) 本日は、席上に委員作成の資料があります。このように、この研究会において検討すべきその他の論点については、この研究会の時間の許す限り議論し得るものだと考えています。今回、席上に置かせていただいた資料の論点についても、研究会の中でご議論を賜りたいと考えていますので、そういうものとしてご覧いただければと思います。

(座長) 各委員、お考えのところがあれば、このような形でお出しいただければと思います。次回は、第1回で出されたご意見を踏まえ、シンガポール条約への対応を中心とした調停に関する論点について取り扱いたいと考えています。それでは、これで終了します。ありがとうございました。