

仲裁法等の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討（1）

第1 暫定保全措置に関する規律

1 暫定保全措置の定義（類型）及び発令要件【P】

仲裁地が日本国内にある場合において、仲裁廷が命ずることができる暫定保全措置の定義（類型）及び発令要件について、次の規律を設けることとしては、どうか。

(1) 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、仲裁判断があるまでの間、いずれの当事者に対しても、次の各号に定める措置を講ずることを命ずることができる。

① 金銭の支払を目的とする債権について、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に、当該金銭の支払をするために必要な財産の処分その他の変更を禁止すること。

② 財産上の給付（金銭の支払を除く。）を求める権利を実行することができなくなるおそれがあるとき、又は当該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に、当該給付の目的である財産の処分その他の変更を禁止すること。

③ 申立てをした当事者に損害が生じ、又は生ずるおそれがあるときに、その発生の原因となる行為を停止し、若しくは予防し、又は当該行為の停止若しくは予防に必要な措置をとること。

④ 仲裁手続における審理のために必要な証拠の隠滅、偽造又は変造その他の仲裁手続における審理を妨げる行為を禁止すること。

(2) 暫定保全措置（前記(1)④の類型を除く。）の申立てをするときは、保全すべき権利又は権利関係及びその申立ての原因となる事実を疎明しなければならないものとする。

○中間試案第1部、第1、1「暫定保全措置の定義（類型）」及び2「暫定保全措置の発令要件」

1 暫定保全措置の定義（類型）

(1) 仲裁法第24条第1項を、次のように改める。

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、暫定措置又は保全措置を発することができる。

(2) 仲裁法第24条第1項に規定する暫定措置又は保全措置とは、仲裁判断があるまでの間、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対象の現状を変更しない措置又はその現状が変更されたときはこれを原状に回復する措置
- ② 現に生じ若しくは急迫した損害若しくは仲裁手続の円滑な進行の妨害を防止する措置又はこれらの損害若しくは妨害を生じさせるおそれのある行為をやめる措置
- ③ 仲裁判断を実現するために必要な財産を保全する措置
- 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措置

2 暫定保全措置の発令要件

(1) 前記1(2)①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は、次の各号に掲げる事項を証明しなければならない。

- ① 申立人に生ずる著しい損害を避けるため当該暫定措置又は保全措置を必要とすること。
- ② 本案について理由があるとみえること。

(2) 前記1(2)④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は、前記(1)各号の規定は、適用しない。

(説明)

1 提案の趣旨

本文1(1)及び(2)は、暫定保全措置の定義(類型)及び発令要件について、改正モデル法第17条及び第17A条の規律を参照した中間試案の提案の実質を維持しつつ、我が国の法制も踏まえ、暫定保全措置として命ずることができる内容、発令要件及び証明の程度を明確にした規律とすることを提案するものである。

2 暫定保全措置の定義(類型)及び発令要件

中間試案では、改正モデル法第17条第2項各号の規律を参考に、仲裁廷が発令し得る暫定保全措置の内容について、次の四つの類型を限定列挙することが提案されていた。具体的には、当事者に対し、①紛争の対象の現状維持又は原状回復、②現に生じ若しくは急迫した損害の防止又は中止、仲裁手続の円滑な進行の妨害の防止又は中止、③仲裁判断の実現に必要な財産の保全及び④仲裁手続の審理に必要な証拠の保全を命ずるものとするのが提案されていた(以下、単に「提案①」などという。)

(1) 本文1(1)①及び②の類型の暫定保全措置

中間試案の提案①及び③について、我が国における他の制度と対比すると、おお

むね、提案①は民事保全法上の係争物に関する仮処分に対応するもの、提案③は民事保全法上の仮差押えに対応するものということになる。そして、裁判所の執行決定により暫定保全措置に執行力を付与し得る制度を構想するのであれば、我が国における他の制度との整合性という観点も考慮する必要があると考えられる。また、

5 中間試案の提案に対しては、パブリック・コメントにおいて、暫定保全措置の発令要件の内容を一定程度明らかにすることが望ましいとの意見が寄せられた。

そこで、暫定保全措置として命ずることができる内容及びその発令要件を明確にするという観点から、本文1(1)①では民事保全法上の仮差押えを、同②では係争物に関する仮処分を（注）、それぞれ念頭に置いた規律を提案している。

10 (注) 本文1(1)②にいう「財産」は、民事保全法第23条第1項にいう「係争物」と同様、物に限られず、権利も含むものとするを想定している。

(2) 本文1(1)③の類型の暫定保全措置

中間試案の提案②のうち「現に生じ若しくは急迫した損害」の防止又は中止を命ずる部分について、我が国における他の制度と対比すると、これは、厳密には、本案の権利関係について仮の地位を定めることまでを想定した規律であるとはいえず、

15 損害を生じさせる原因となる行為の差止め（停止）や予防に加え、これらに必要な措置を命ずることを内容とする規律であると考えられる。

そこで、改正モデル法第17条第2項(b)の規律の趣旨を踏まえつつ、暫定保全措置として命ずることができる内容を明確にするという観点から、本文1(1)③の規律を提案している。

20

(3) 本文1(1)④の類型の暫定保全措置

中間試案の提案④は、我が国の民事訴訟法上の証拠保全に対応するものといえるものの、提案④の暫定保全措置は、仲裁廷が当事者に対して証拠の保全を命ずるものであるのに対し、民事訴訟法上の証拠保全は、裁判所があらかじめ証拠調べるものであるという違いがある。そこで、本文1(1)④では、暫定保全措置として命ずることができる内容を明確にする観点から、「証拠の隠滅、偽造又は変造」の禁止を命ずることができる旨の規律を設けることを提案している。

25

そして、上記規律と、中間試案の提案②のうち「仲裁手続の円滑な進行の妨害」の防止又は中止を命ずる部分とは、当事者に対して仲裁廷における審理を妨げる行為の禁止を命ずるものである点で共通していることから、本文1(1)④に「その他の仲裁手続における審理を妨げる行為を禁止すること」との規律を設けることを提案している。なお、中間試案と同様、本文1(1)④の類型の暫定保全措置については、その発令の可否の判断を仲裁廷の裁量に委ねることとし、特段の要件を設けないこととしている。

30

35 3 証明の程度

中間試案の提案に対しては、パブリック・コメントにおいて、どの程度の証明が必要になるのかを明確にすべきであるとの意見が寄せられた。

改正モデル法第17A条は、暫定保全措置の申立人が発令要件を「satisfy」しなければならないものとしているが、この規律は、要求される証明の程度について一定の立場を示すものではない(a neutral formulation of the standard of proof)との解説がされている。もっとも、同条は、同条所定の損害が「生じる可能性があること (likely to result)」や、本案請求が認められる「合理的可能性 (reasonable possibility) があること」を発令要件としていることに照らすと、同条が要求する証明の程度は、日本法上の証明 (当該事実が存在する高度の蓋然性が認められること) ではなく、疎明 (当該事実の存在が一応確からしいと認められること) に相当するものであると考えられる。

そこで、本文1(2)は、民事保全法第13条第1項を参考に、暫定保全措置の発令要件の立証については疎明で足りる旨の規律を設けることを提案するものである。

2 暫定保全措置の変更等及び事情変更の開示

暫定保全措置の変更等及び事情変更の開示について、次の規律を設けることとしては、どうか。

- (1) 暫定保全措置の発令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、仲裁廷は、申立てにより、暫定保全措置を取り消し、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、暫定保全措置を取り消し、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、暫定保全措置の申立ての根拠となる事実に変更があると認めるときは、当事者に対し、速やかにその旨を開示することを命ずることができる。
- (3) 当事者が前記(2)の命令に従わないときは、仲裁廷は、前記(1)の事情の変更があると認めることができる。

○中間試案第1部、第1、5「暫定保全措置の変更等」及び6「事情変更の開示」

5 暫定保全措置の変更等

仲裁廷は、当事者の申立てにより、仲裁法第24条第1項の規定により発した暫定措置又は保全措置を取り消し、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、暫定措置又は保全措置を取り消し、変更し又はそ

の効力を停止することができる。

6 事情変更の開示

仲裁廷は、いずれの当事者に対しても、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係る重要な変更について、その速やかな開示を求めることができる。

(説明)

1 暫定保全措置の変更等 (本文 2(1))

5 中間試案では、暫定保全措置の変更等に関する判断は、事案に応じた仲裁廷の裁量に委ねることが相当であるとの考え方から、特段の要件を定めないものとするのが提案されていたが、この提案に対しては、パブリック・コメントにおいて、暫定保全措置の変更等の申立てが認められる場合がどのような場合であるのか明確にすべきであるとの意見が寄せられた。

10 そこで、本文 2(1)は、暫定保全措置の変更等の要件について、「事情の変更があるとき」の例示として「暫定保全措置の発令要件を欠くことが判明し、又はこれを欠くに至ったとき」を明示することを提案するものである。

2 事情変更の開示 (本文 2(2)及び(3))

15 本文 2(2)は、中間試案の提案と同様、暫定保全措置の申立ての根拠となる事実について、暫定保全措置の変更等を要する程度の「重要な変更」がある場合には、仲裁廷がその開示を命ずることができる旨の規律を設けることを提案するものである。

20 本文 2(3)は、仲裁廷の開示命令に違反した場合の効果を明らかにする規律を設けることを提案するものである。本文 2(3)の規律の下では、当事者が仲裁廷の開示命令に従わないときは、仲裁廷は本文 2(1)の「事情の変更」があると認めることができることから、本文 2(1)の規律に基づく暫定保全措置の変更等の要件が満たされることとなる。さらに、開示命令の違反の態様いかんによっては、本文 2(1)の「特別の事情」があると認められる場合もあり得るものと考えられる。

3 暫定保全措置に係る費用及び損害

25 暫定保全措置に係る費用及び損害について、次の規律を設けることとしては、どうか。

30 (1) 仲裁廷は、暫定保全措置を取り消し、変更し、又はその効力を停止した場合において、その申立てをした者の責めに帰すべき事由により当該暫定保全措置を発したと認めるときは、当事者間に別段の合意がない限り、申立てにより、いつでも、その者に対し、これにより他の当事者が受けた損害の賠償を命ずることができる。

(2) 前記(1)の命令は、仲裁判断としての効力を有する。

○中間試案第1部, 第1, 7「暫定保全措置に係る費用及び損害」

7 暫定保全措置に係る費用及び損害

(1) 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は、仲裁廷は、いつでも、暫定措置又は保全措置の申立てをした当事者に対し、当該措置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) 前記(1)の命令は、仲裁判断としての効力を有する。

(説明)

5 1 提案の趣旨

中間試案では、改正モデル法第17G条を参考に、仲裁廷に、不当に発令された暫定保全措置によって生じた費用及び損害の賠償を命ずる権限を付与する旨の規律を設けることが提案されていたが、この提案に対しては、パブリック・コメントにおいて、どのような場合に当該賠償を命ずることができるのかを明確にすべきであるとの意見が寄せられた。

そこで、本文3(1)は、仲裁廷が損害賠償を命ずる権限を行使するための要件を明示することを提案している。

2 提案の内容

15 (1) 改正モデル法第17G条は、仲裁廷は、事情に照らして暫定保全措置は認められるべきではなかったと事後に判断したときに、当該暫定保全措置によって当事者に生じた費用及び損害の賠償を命ずることができる旨の規律を設けている。

もっとも、仲裁廷は、暫定保全措置の発令が不当であったと事後的に判断した場合には、仲裁手続が進行している限り、暫定保全措置の変更等を行うことが可能であり、かつ、これを行うことが想定されるところ(前記本文2(1)参照)、仲裁廷が、
20 暫定保全措置の変更等をせずに、不当な暫定保全措置の発令によって生じた損害の賠償のみを命ずるべき場面は特に想定されていない(注1)。

そこで、本文3(1)では、暫定保全措置の変更等がされたことを要件とする旨を提案している。

(注1) 改正モデル法第17G条は、仲裁廷は、仲裁手続における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ものとしていることから、同
25 条の規律に基づき、仲裁手続の終了後に、仲裁廷が損害賠償を命ずることは想定されていないものと考えられる。

(2) また、当初から暫定保全措置の発令要件を欠いていた場合のみならず、事後的に

発令要件を欠くに至った場合その他の事情の変更があった場合にも、暫定保全措置の変更等がされることがある（前記本文2参照）ことに照らすと、暫定保全措置の変更等がされた場合に、当然に仲裁廷が暫定保全措置によって生じた損害の賠償を命ずる権限を行使することを認めるのではなく、申立人の責めに帰すべき事由により当該暫定保全措置が発令されたときに限って、当該権限の行使を認めることが相当であると考えられる（注2～4）。

そこで、本文3(1)では、申立人の責めに帰すべき事由により暫定保全措置が発令されたことを要件とする旨を提案している。

(注2)改正モデル法第17G条の解説において、UNCITRALの作業部会では、

①過失のある当事者が責任を負うものとするべきか、それとも仲裁廷が誤った判断をした場合にも当事者が責任を負うものとするべきかについては合意に至らなかったが、②同条の定める要件該当性を判断するに当たって、仲裁廷が最終的にどのような判断をしたのか（仲裁判断において本案が棄却されたか否か）を本質的な要素とすべきではないとの考え方が示されたものとされている。

(注3)本文3(1)は、改正モデル法第17G条と同様、仲裁廷の権限について規律するものであるが、本文3(1)の規律は仲裁地が日本国内にある場合に適用されるものであることから、損害賠償の要件等については日本法によって定まることを想定している。

(注4)なお、民事保全法に基づく仮処分命令が不当であるとして取り消された場合においても、申立人にその点について故意又は過失があったときに、申立人は民法第709条により損害を賠償すべき義務を負うにとどまり、仮処分命令が取り消されたことをもって直ちに申立人に過失があったものとするとはできないとした判例がある（最高裁第三小判昭和43年12月24日民集22巻13号3428頁参照）。

(3) 中間試案では、「他の当事者に生じた全ての費用及び損害」との文言が用いられていたが、暫定保全措置の被申立人に生じた「費用」も、同人が受けた「損害」に含まれるものと考えられることから、本文3(1)では「他の当事者が受けた損害」との文言を用いることとしている。

4 暫定保全措置の承認及び執行

(1) 暫定保全措置の承認及び執行については、暫定保全措置の執行決定及び執行拒否事由に関する規律を設けることとし、暫定保全措置の承認に関する規律を設けないこととしては、どうか。

(2) 前記本文1(1)①、②及び④の種類の暫定保全措置（仲裁地が日本国内にあるかどうかを問わない。）に関する執行について、次の規律を設けることと

しては、どうか。(注)

ア 仲裁廷は、当事者が上記各類型の暫定保全措置に違反したときは、当事者間に別段の合意がない限り、申立てにより、当該違反をした者に対し、当該違反によって害されることとなる利益の内容及び性質等を勘案して相当と認める金額の支払を命ずることができる(以下「仲裁廷による支払命令」という。)

イ 仲裁廷による支払命令により命じられた金銭の支払があった場合において、上記各類型の暫定保全措置の違反により生じた損害の額が支払額を超えるときは、当事者は、その超える額について損害賠償の請求をすることを妨げられない。

ウ 仲裁廷は、上記各類型の暫定保全措置を取り消し、変更し、又はその効力を停止した場合には、申立てにより又は職権で、仲裁廷による支払命令を取り消し、変更し、又はその効力を停止することができる。

エ 仲裁廷による支払命令につき、執行決定及び執行拒否事由に関する規律を設ける。

(注) 前記本文1(1)③の類型の暫定保全措置については、仲裁廷による支払命令の手続を経ることなく、当該暫定保全措置が執行決定の対象となる。他方、前記本文1(1)①、②及び④の類型の暫定保全措置については、当該暫定保全措置ではなく、それに違反した場合に命ぜられる仲裁廷による支払命令が執行決定の対象となる。

○中間試案第1部、第1、8「暫定保全措置の承認及び執行」

8 暫定保全措置の承認及び執行

(1)ア 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、この(1)及び(2)において同じ。)は、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には、後記(2)による執行決定がなければならない。

イ 前記アの規定は、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。)には、適用しない。

①～⑧ (略)

ウ (略)

(2)ア 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。

(説明)

1 暫定保全措置の承認

5 中間試案では、改正モデル法第17H条第1項に暫定保全措置の承認に関する規律が設けられていることを踏まえ、暫定保全措置により一定の法律関係が形成されると観念することは可能であり、承認すべき一定の効力を認めることができるとの考え方を前提に、「承認」に関する規律として、暫定保全措置は、所定の拒否事由がない限り「その効力を有する」との規律を設けることが提案されていたが、この提案に対しては、パブリック・コメントにおいて、「その効力を有する」では何を定めているかが分かりづらいとの意見が寄せられた。

10 これまでの部会の議論においても、上記意見と同様の指摘があったほか、そもそも、暫定保全措置は、外国裁判所による確定判決や仲裁廷による仲裁判断とは異なり、本案の権利関係につき既判力や形成力が認められるものではないことから、「承認」の概念を用いることは相当でないとの指摘もあった。また、改正モデル法第17H条第15 1項の「as binding (拘束力を有するものとして)」との文言に着目するとしても、拘束力の内実の理解や拘束力が及ぶ範囲については様々な意見がみられ、見解の一致をみなかったことに加え、むしろ、暫定保全措置の発令によって当事者間に実体法上の効力が認められるにすぎず、それを超えて、手続法上の効力を観念する意義は乏しいとの考え方が有力に主張されていたところである。

20 そして、暫定保全措置の承認の規律が設けられていない現行法の下においても、暫定保全措置の被申立人が当該暫定保全措置に違反したときは、申立人は、仲裁廷又は裁判所に対し、仲裁合意の債務不履行（仲裁合意の内容として、仲裁廷による暫定保全措置を遵守することも含まれるとの考え方がある。）又は不法行為に基づく損害賠償を求めることができるものと考えられている。この考え方によれば、暫定保全措置25 の実体法上の効力を認めることで、執行以外の局面に対応することができることとなり、上記の有力に主張された考え方と整合的であるといえる。

以上を踏まえると、暫定保全措置の承認については、規律を設けないこととすることも考えられるが、どのように考えるか。

2 仲裁廷による支払命令

(1) 提案の趣旨

30 本文4(2)は、前記本文1(1)①、②及び④の類型の暫定保全措置（財産等の保全を命ずる暫定保全措置）について、当該各類型の暫定保全措置の実効性を確保するなどの観点から、仲裁廷に、当該各類型の暫定保全措置の違反を理由として金銭の支払を命ずる権限を付与する（仲裁廷による支払命令）とともに、仲裁廷による支払

命令の執行の規律を設けることを提案するものである。

(2) 問題の所在

ア 我が国の法制上、仮差押命令、係争物に関する仮処分命令及び証拠保全決定については、当該命令等に基づく民事執行を行うことや、強制執行の例により保全執行をすることは基本的に認められていない（注1）。そうすると、当該命令等に相当する内容の暫定保全措置（財産等の保全を命ずる暫定保全措置）について

も、典型的に民事執行（強制執行）を認めることになじまないとの考え方がある。（注1）ただし、占有移転禁止の仮処分のうち、債務者の占有を解いて執行官に引き渡すことを命ずる部分の保全執行は、強制執行の例によるものとされている。

しかしながら、暫定保全措置として、仲裁廷が、我が国の執行官に対する物の引渡しを命ずることは、想定されていないものと考えられる。

イ 仮に、財産等の保全を命ずる暫定保全措置に基づく民事執行を認めることとするのであれば、当該暫定保全措置は、被申立人に対して財産の処分禁止等の不作為義務を課すものであるとして、間接強制（民事執行法第172条）の方法によることが考えられる。その場合には、当該暫定保全措置の執行を求める申立人は、我が国の裁判所において、仲裁法の規定に基づく執行決定及び民事執行法の規定に基づく間接強制決定を受ける必要がある。

しかしながら、執行決定及び間接強制決定がされるまでには、裁判所での審理のために相応の時間を要するところ、その間に、被申立人が保全すべき財産を処分等した場合には、被申立人が負う不作為義務は履行不能となり、間接強制決定をすることはできないものと考えられる。したがって、被申立人が自ら財産の処分等をすることにより、上記暫定保全措置に基づく執行を回避することができてしまうおそれがある。

(3) 検討

ア 仲裁廷による支払命令の規律の概要

前記(2)の問題意識を踏まえ、財産等の保全を命ずる暫定保全措置について、仲裁廷による支払命令の制度を設けるとともに、仲裁廷による支払命令の執行の規律を設けることが考えられる。これは、当事者が上記暫定保全措置に違反した場合には、仲裁廷による支払命令を発令することができることとし、両者を一体のものとして、上記暫定保全措置に基づく民事執行を可能とする制度を設けることにより、上記暫定保全措置の実効性を高め、仲裁手続を利用する当事者の利便性を向上させることを目的とするものである。

イ 仲裁廷による支払命令の規律を設ける必要性等

仲裁廷による支払命令の発令要件は、当事者が財産等の保全を命ずる暫定保全措置に違反したと認められることであるから、当該暫定保全措置の発令後に、被

申立人が保全すべき財産を処分した場合等には、仲裁廷による支払命令の発令時までに暫定保全措置において命ぜられた内容が履行不能となっていたとしても、仲裁廷による支払命令を発令することができるものと考えられる。すなわち、仲裁廷による支払命令の制度を設けることにより、前記(2)の執行回避のおそれを減らすことができるといえる。

また、上記暫定保全措置を発令した仲裁廷は、当該事案の内容を把握しており、暫定保全措置違反の有無、当該違反を理由として支払を命ずる金額等について、迅速かつ適切な判断をすることができるものと考えられる。

したがって、仲裁廷による支払命令の規律を設けることにより、財産等の保全を命ずる暫定保全措置に基づく執行の実効性を高め、仲裁手続における紛争解決を促進することに資するものと考えられる。

なお、上記のとおり、仲裁廷を判断の主体として、財産等の保全を命ずる暫定保全措置の実効性を確保するための制度を設ける必要があることに照らすと、暫定保全措置に基づく執行に固有の制度として、仲裁廷による支払命令の規律を設ける相当性を認めることもできると考えられる。

仲裁廷の支払命令の規律は、暫定保全措置の実効性を高め、仲裁手続を利用する当事者の利便性を向上させることを目的とするものであることから、当事者間で「別段の合意」がされた場合には、当該規律を適用しないこととしている（本文4(2)ア。なお、前記本文1(1)では、暫定保全措置の規律全体につき、当事者間に「別段の合意」がされた場合には、当該規律を適用しないこととしている。）。
ウ 仲裁廷による支払命令の発令要件

本文4(2)アは、当事者（被申立人）が財産等の保全を命ずる暫定保全措置に違反したことを、仲裁廷による支払命令の発令要件とすることを提案している。

本文4(2)ア及びエの規律の下では、適法に発令された暫定保全措置に違反したことが仲裁廷による支払命令の発令要件となることから、当該暫定保全措置について執行拒否事由が認められる場合には、その違反を理由とする仲裁廷による支払命令についても、執行を拒否し得ることを認めることを想定している。

他方、当該暫定保全措置の発令時に、当該各暫定保全措置によって命ぜられた義務（財産の処分禁止等の不作為義務）が履行可能であった場合であって、被申立人が当該義務に違反したと認められるときは、仲裁廷による支払命令の発令時までに当該義務が履行不能となっていたとしても、仲裁廷による支払命令を発令することができるものとするを想定している（前記(2)参照）。

エ 支払を命ぜられた金員の法的性質

仲裁廷による支払命令に基づき支払われた金員は、当該暫定保全措置の違反を理由とする法定の違約金という性質を有するものであり、申立人が、当該金員を

收受する権限を有するものとするを想定している。

また、申立人は、当該暫定保全措置の違反によって被った損害額が、支払額を超える場合には、その超える額について、さらに損害賠償の請求をすることができ（本文4(2)イ）、逆に、支払額が上記損害額を超える場合には、その超える額を被申立人に対して返還する義務を負わないものとするを想定している。

オ 仲裁廷による支払命令の変更等

本文4(2)ウは、仲裁廷は、財産等の保全を命ずる暫定保全措置の変更等をした場合（前記本文2参照）には、当該暫定保全措置の違反を理由とする仲裁廷による支払命令の変更等を行うことができる旨の規律を提案している。

この提案は、仲裁廷が暫定保全措置の変更等をした場合においても、その裁量により、当該暫定保全措置の変更等の理由に応じて、仲裁廷による支払命令の変更等を行うか否かを判断することが相当であるとの考え方に基づくものである。例えば、暫定保全措置の発令時点において保全すべき権利が存在しなかったことが判明し、仲裁廷が、これを理由に暫定保全措置を取り消した場合には、基本的に、当該暫定保全措置に違反したとして発令された仲裁廷による支払命令を取り消すこととなるものと考えられる（この場合には、当該支払命令に基づいて金員が支払われていたとすれば、その金員の返還請求が認められるものと考えられる。）。他方、暫定保全措置の違反があった後に事情の変更（保全すべき権利に係る弁済等）が生じ、仲裁廷が、これを理由に当該暫定保全措置の変更等をした場合には、仲裁廷による支払命令の変更等を行うことが相当でない事例も想定し得るものと考えられる。

カ 仲裁廷による支払命令の執行

本文4(2)エは、仲裁廷による支払命令又はその原因となる暫定保全措置に執行拒否事由がない限り、裁判所の執行決定を得た上で、仲裁廷による支払命令に基づく民事執行を認める旨の規律を設けることを提案している（注2）。

また、本文4(2)エの規律の下では、仲裁地が日本国外にある場合であっても、仲裁廷による支払命令に相当する命令がされたときは、当該命令が、我が国の裁判所における執行決定の対象となる。

（注2）確定した執行決定のある仲裁廷による支払命令を、民事執行法上の債務名義とすることを想定している。

第2 仲裁合意の書面性に関する規律

他の法律における書面性に関する規律等に照らし、仲裁合意の書面性に関する規律を改めることの当否について、どのように考えるか。

○中間試案第1部、第2「仲裁合意の書面性に関する規律」

1 仲裁法第13条第2項を、次のように改める。

仲裁合意は、書面によってしなければならない。

2 仲裁法第13条第3項として、次の規定を加える。

仲裁合意は、その内容が何らかの方式で記録されているときは、仲裁合意が口頭、行為又はその他の方法により締結されたとしても、書面によってされたものとする。

(説明)

中間試案では、仲裁合意は書面によってしなければならないものとしつつ、仲裁合意の内容が何らかの方式で記録されているときは書面によってされたものとする旨の規律を設けることが提案されていた。

もつとも、我が国の法制上、「合意の内容が何らかの方式で記録されているとき」に書面要件を満たすものとする例はなく、「合意がその内容を記録した電磁的記録によってされたとき」に書面要件を満たすものとする例があるにとどまる(注1)。「仲裁合意がその内容を記録した電磁的記録によってされたとき」に書面要件を満たす旨を定める仲裁法第13条第4項の規律は、我が国の法制に沿うものと考えられる。

また、中間試案の提案に係る規律の下では、例えば、口頭で仲裁合意が成立してから相当期間を経過した後に、一方の当事者が、他方の当事者の関与を経ることなく、その内容を書面に記載した場合(仲裁法制部会第2回会議〔議事録33-34頁〕参照)に書面要件を満たすか否かという新たな問題が生じ得る(注2)。他方、改正モデル法の規律の下で書面要件を満たすとされる例として、口頭で仲裁合意が成立したことを音声によって記録した場合があるところ、現行仲裁法第13条第4項の規律の下でも、この場合に書面要件を満たすと解する余地があることなどから、同項の規律を改めることなく、その解釈によって適切な結論を導くことができないか(注3)についても、検討する必要がある。

以上を踏まえ、仲裁合意の書面性に関する規律を改めることの当否について、どのように考えるか。

(注1) 民法第151条第4項、民事訴訟法第3条の7第3項及び第11条第3項、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律第36条第3項等。

(注2) 仲裁合意の書面性に関する規律は、後に仲裁合意の存否等が争われた場合に備えて証拠を保存するという趣旨で設けられていると考えられるところ、例示した場合においても、この趣旨が満たされるものといえるかが問題となるものと考えられる。

(注3) 仲裁法制定時の議論を踏まえ、現行仲裁法第13条第2項の括弧書きの中で「文字による」との限定が付されていることから、音声による記録は同項の「書面」及び

同条第4項の「電磁的記録」のいずれにも含まれないとの考え方がある一方、同条第4項の「電磁的記録」の定義に照らし、音声による記録も「電磁的記録」に含まれる余地があるとの考え方もある。