

## 紹介

# 仲裁廷による保全処分の審理手続

——一方審尋を中心として——

A Study on the Arbitral Procedure in Interim Measures:

Focusing on the Ex Parte Proceedings

カノパン・チョルチャワリット\*

### 目次

- I 問題の所在
- II 仲裁廷による保全処分の一方審尋手続
- III 一方審尋をめぐる仲裁法・規則の概観
- IV 小括

## I 問題の所在

仲裁が利用されるようになると、仲裁廷による保全処分もさらなる利用が期待されることになる。民事保全手続において、裁判所が命じる保全処分では「*ex parte*」、いわゆる一方当事者のみとの審尋（以下「一方審尋」という。）で行うことが認められているが、仲裁廷による保全手続における一般的な考え方では、一方審尋は認められない。仲裁の場合は、「主張立証の十分な機会付与の原則（Full Opportunity to Present Case）」及び「両当事者の平等取扱いの原則（Equal treatment of parties）」が、仲裁手続の基本原則である。相手方当事者に意見を述べる機会を与えないのは、これらの原則に反すると考えられることから、結果として、一方審尋は許されず、「双方審尋（*inter partes*）」が原則となる。

---

\* 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

しかしながら、保全手続において、相手方当事者に保全処分の申立てを事前に通知すると、保全処分の目的が妨げられる危険がある状況が考えられることから、このような場合には密行性が要請される。それゆえに、仲裁廷による保全手続でも、裁判所における保全手続と同様に、一方審尋を認めるべきかどうか、いまだに議論されている。そのため、実務上も仲裁廷による一方審尋保全処分に対する不安は大きい。よって、現状では、一方審尋が要請される保全処分を求めようとすれば、唯一の選択肢は裁判所であることになる。

本稿は、仲裁廷の保全手続における一方審尋の可否を検討するために、比較法的研究の手法により仲裁廷による一方審尋保全処分をめぐる仲裁法・規則を紹介・分析し、その後、日本仲裁法及びその改正案についての検討を行うことを目的とするものである。

## II 仲裁廷による保全処分の一方審尋手続

### 1 民事手続と仲裁手続の比較

民事訴訟において、当事者に十分な手続上の権限を保障し(手続保障)、裁判の公正を実現し、訴訟の結果に対する当事者の満足・納得や、裁判制度に対する社会の信頼が確保できるように<sup>1)</sup>、手続的正義(procedural justice)という思想が生まれた。もともと当該思想は刑事裁判手続との関連において、正式の訴追手続に基づき、陪審による裁判を保障する意味に使われていたが、後に当該思想の影響を受けて、その適用範囲が拡大され、刑事訴訟・民事訴訟・行政訴訟においてあらゆる当事者の利益を確保するために、それぞれの法域は、憲法又は国内法において、裁判を受ける権利、適切な告知及び聴聞など、訴訟における手続的正義に関する規定を設けている<sup>2)</sup>。英米法系でも大陸法系でも、いずれにも手続的正義という

1) 三木浩一ほか『民事訴訟法(第2版)』143頁(有斐閣, 2015)。

2) 例えば、日本憲法32条、民事訴訟法169条、タイ憲法(2017年)26、68条、ドイツ基本法103条など。なお、谷口安平「手続的正義」岩波講座『基本法学

思想が存在するが、それぞれの民事手続のあり方が異なるので、手続的正義にかなう方法についても異なる観点から決められるのである<sup>3)</sup>。

英米法における手続的正義の思想は、適正手続（due process of law）という大原則から発達した。そのきっかけは英米法系の訴訟手続において、陪審制が運用されているからである。すなわち、英米法がこの観念を生み出した要因として、陪審裁判とこれにしたがう当事者主義的裁判手続、先例拘束主義による判例法主義及び衡平法（エクイティ）の発展、これら三者を挙げることができる<sup>4)</sup>。陪審裁判は、一般市民の集団たる陪審の面前で対立する両当事者が互いに自己が主張するところを証明し合い、陪審の判定に委ねるやり方である<sup>5)</sup>。陪審の評決は、ほとんど絶対的な権威を与えられ、理由を示さず、結論のみであるから、このようなシステムの下では結果の正しさは検証する余地がなく、もっぱら手続の正しさによって結果の正しさを間接的に根拠づけるしかないのである<sup>6)</sup>。さらに、先例拘束主義とは、無数に存在する過去の裁判例の中から、現在の事件と類似の事件を見つけ出し、先例と同じ解決をするというやり方である<sup>7)</sup>。陪審が事実の認定に関わるのに対し、先例拘束原則は、事件に適用すべき法原理に関わる<sup>8)</sup>。ここでも当事者の役割は、自己に有利な先例を見つけ出し裁判所を説得するために弁論することである<sup>9)</sup>。真に同じ事件は二つとあり得ないから、裁判官に対する説得の技術と手続が重要性を帯びることになる<sup>10)</sup>。これらの英米法の特徴はすべて、裁判の結論を他の何らかの基準に照らしてその正しさを検証するというよりも、手続自体を充実させること

---

8—紛争』35頁，38頁（岩波書店，1985）。

3) 本稿 IV 1 「英米法系及び大陸法系の比較検討」参照。

4) 谷口・前掲注2) 38頁。

5) 谷口・前掲注2) 38頁。

6) 谷口・前掲注2) 38頁。

7) 谷口・前掲注2) 38-39頁。

8) 谷口・前掲注2) 39頁。

9) 谷口・前掲注2) 39頁。

10) 谷口・前掲注2) 38-39頁。

によって裁判の結論の正しさを納得しようとの発想につながり易いものとなる<sup>11)</sup>。

他方、大陸法国においては、制定法が第一次的な法源であって、訴訟手続では、当事者の説得力より、一定の法典及び信頼される裁判官に任せることになる。裁判官が自由にそれぞれの事件に該当する制定法を適用し、適切と考える救済を決めて、判決を下すことができるのである。

要するに、手続的正義にかなうかどうかについて、一方で英米法系では、当事者の主張立証が訴訟手続の主役であるから、厳密な手続、とりわけ「双方審尋主義」を厳守するのに対し、他方で大陸法系では、制定法のもとで、手続的正義にかなうためには、当事者の説得力より、適切な法律と裁判官の裁量に依存するのである。

いずれにせよ、手続的正義のために、判決手続のみならず、裁判手続一般において、手続の主体あるいは手続に関わる当事者に、平等かつ十分に主張立証の機会を常に与えるべきは、最小限の手続的権利である<sup>12)</sup>。

双方審尋主義は、手続的正義を担保するため、民事訴訟における各種の権利原則の中で最も重要な原則と言われ<sup>13)</sup>、それは、当事者双方に、攻撃防御方法の提出(主張や立証)を十分に尽くす機会を平等に与えることである<sup>14)</sup>。訴訟手続において、口頭弁論のみならず、当事者が審理の場に出席する機会を与えられ、かつ、出席した場合には攻撃防御方法を提出する権限を保障されるということを意味する<sup>15)</sup>。したがって、双方審尋主義は、手続の性質に応じて可能な限り妥当されるべきである<sup>16)</sup>。もっとも、双方審尋主義は原則であり、当事者の一方が何らかの理由で出席しない場

---

11) 谷口・前掲注2) 39頁。

12) 新堂幸司『新民事訴訟法(第6版)』133頁(弘文堂, 2019)。長屋幸世「民事訴訟に見る手続的正義—最決平成23年4月13日を参考に—」北星学園大学経済学部北星論集52巻2号(通巻第63号)113頁, 122頁(2013)。

13) 三木ほか・前掲注1) 143頁。

14) 三木ほか・前掲注1) 143頁。

15) 三木ほか・前掲注1) 143頁。

16) 三木ほか・前掲注1) 187-188頁。

合などに対応すべく、一方審尋が許されるいくつかの例外はある。

それとは別に、民事保全の審理手続は、一方審尋か、又は双方審尋により行う<sup>17)</sup>。まず、仮差押命令と、係争物に関する仮処分命令の申立てについては、密行性の要請から、債権者のみの審尋、いわゆる「一方審尋」が行われる<sup>18)</sup>。法律上禁止されているわけではないから、どのような審尋を行うべきかについては事案の性質や経緯に応じて裁判所の裁量に委ねられ、債務者審尋が必要とされる場合でも、双方審尋を行うことができる<sup>19)</sup>。もっとも、仮の地位を定める仮処分の申立てについては、手続保障の観点から、原則として、口頭弁論又は債務者が立ち会うことのできる審尋の期日を経なければこれを発することができない<sup>20)</sup>。

ところで、仲裁にあっても、民事訴訟におけるのと同様に、手続的正義を確保しなければならない。仲裁手続においては、「主張立証の十分な機会付与の原則」及び「両当事者の平等取扱い原則」が、基本原則である。

しかも、仲裁における手続準則は、訴訟とは異なり、基本的には当事者の合意にしたがい、当事者の合意がないときには、仲裁廷が、仲裁法の規定を遵守しつつ、合理的な裁量によって手続準則を定め、審理を進めることになる<sup>21)</sup>。仲裁は、当事者間の仲裁合意に基づいて行われるものであるから、仲裁廷は両当事者を平等に扱わなければならない。当該考え方からして、仲裁廷と一方当事者のみとの接触は、基本的に禁止される。また、本案手続だけでなく、保全手続も含めて、双方当事者に通知しなければならない。仲裁廷が何らかの決定を下す前に双方当事者の意見・反論を十分に聴取しなければならないのが原則とされる。仲裁の場合、「手続的正義」は、訴訟手続の場合より重い意味をもっていると考えられるのである。

17) 瀬木比呂志『民事保全法（新訂第2版）』[220]（日本評論社，2020）参照。

18) 瀬木・前掲注17) [234] 参照。

19) 瀬木・前掲注17) [220]，[233] 以降参照。関述之『民事保全手続』71-72頁（金融財政事情研究会，2018）参照。

20) 瀬木・前掲注17) [220]。

21) 小島武司＝猪股孝史『仲裁法』323頁（日本評論社，2014）。

もっとも、本案手続や保全手続において、当事者が適宜な通知を受けながら、正当な理由なくして、審問に出頭しない又は書証を提出しないと、仲裁廷は、手続を続行し、仲裁廷に提出されている証拠に基づいて判断を決定することができる<sup>22)</sup>。つまり、最初から当事者に知らせずに一方審尋手続を行うのではなく、通知をした上で、当事者が協力しないのであれば、仲裁廷は一方審尋手続でもって判断することができるのである。こうした状況のもとで一方審尋手続で行った仲裁判断を認めた判例がいくつか存在する<sup>23)</sup>。この場合、当事者に主張立証の機会が与えられたが、自ら任意に手続に関与しないのであるから、仲裁廷が、主張立証の十分な機会付与の原則に反することにはならないと理解されている。それに加えて、仲裁廷は、出頭しない当事者を強いて審理に参加させる権限をもたないし、一方当事者の懈怠又は非協力の行為によって仲裁手続を阻止することを認めるわけにもいかないため、仲裁手続を進めるために、仲裁廷の裁量により、一方当事者のみの審尋で仲裁手続を行うことが許される<sup>24)</sup>。よって、この場合は、一方審尋手続を行っても、手続的正義違反の原因になるものではない。

これに対して、保全手続における一方審尋とは、仲裁廷が、事前に相手方当事者に保全申立てに関する通知をせず、保全申立てについて決定するものである。前述したように、仲裁における保全手続は、双方審尋が原則であるので、一方審尋で保全手続を進めるのは、仲裁の大原則に反する

---

22) 例えば、2006モデル法25条3項、日本仲裁法33条3項（不熱心な当事者がいる場合の取扱い）、タイ仲裁法31条3項など。

23) See *Lagos State Development and Property Corporation v. Adold/Stamm International Nigeria Limited* (1994) 7 NWLR (Pt. 358) 545 (ナイジェリア最高裁判例, 1994). タイ最高裁判例698/2521 (1978年)。

24) 小島 = 猪股・前掲注21) 342頁参照。See also, นฤมล กิจสินธพชัย, *มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ, (สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๗), น.๑๒๙-๑๓๐.* [Naruemon Kitsintapachai, *Interim Measures in International Commercial Arbitration* 129-130 (Chulalongkorn University publishing 2004).]

とみられることから、仲裁廷が一方審尋で保全処分を発令することができるか否かは、長い間ずっと議論されている<sup>25)</sup>。

現状では、仲裁法・仲裁規則には、当事者に対する平等な取扱いかつ主張立証の十分な機会の付与を保障する規定が置かれているので、一方審尋手続を行うのは当該規定に反すると考えられ、その結果、仲裁廷による一方審尋保全処分手続を認める旨の明示的な定めがない限り、当該手続は認められないと解釈するのが通例である<sup>26)</sup>。むしろ、一方審尋が許されないとする明示的な規律を設けている仲裁規則も存在する<sup>27)</sup>。こうしてみると、仲裁廷による保全処分において、一方審尋手続が許されないのが主流であることになろう。そういった中でも、一方審尋保全処分を認めているとみられる仲裁法や仲裁機関は、いくつか存在する。本稿第 III 章では、仲裁法や仲裁機関の規則の状況を紹介し、検討する。

## 2 緊急仲裁手続の場合

保全処分手続に関する問題を検討するのであれば、仲裁廷による保全処分だけでなく、仲裁廷構成前の緊急仲裁手続についても検討すべきと思われる。

近時、多くの国際仲裁機関が緊急仲裁制度を提供している<sup>28)</sup>。緊急仲裁

---

25) See Julian D M Lew et al., *Comparative International Commercial Arbitration* para. 23-70 (Kluwer Law International 2003); Paul Michell, *Interim Measures in Canadian Commercial Arbitration*, 32 ADVOC. Q. 413, 424 (2007).

26) 例えば、SCC 規則 (2017) 37条、TAI 規則 (2017) 39条など。なお、このような解釈は一般的であるものの、それと異なる仲裁法・規則の解釈もある。本稿 III 「一方審尋をめぐる仲裁法・規則の概観」参照。

27) 例えば、JCAA 規則71条4項、LCIA 規則25.1条など。なお、関戸麦『わかりやすい国際仲裁の実務』62頁 (商事法務, 2019) 参照。See also, CIArb, *International Arbitration Practice Guideline-Applications for Interim Measures*, 19-20 (2015) (<https://www.ciarb.org/media/4194/guideline-4-applications-for-interim-measures-2015.pdf> (last visited Oct. 26, 2022)).

28) なお、緊急仲裁制度については、Cholchawalit Kanokpan 「緊急仲裁制度」中央大学大学院研究年報第50号法学研究科編2020, 67頁, 67-84頁 (2021) 参照。

手続とは、仲裁廷が構成される前に保全処分を必要とする場合に、当事者の申立てにより、仲裁機関が緊急仲裁人を選任し、緊急仲裁人が当該保全申立てについて決定するというものである。緊急仲裁手続は、仲裁手続の一部であるので、保全処分を発令する場合には仲裁廷によるのと同様に、すべての当事者の意見・反論を十分に聴かなければならないのが原則とされる。

現在の傾向をみると、緊急仲裁手続で一方審尋を認めるのは、仲裁廷の場合より難しいと思われる。もっとも、緊急仲裁手続で一方審尋を認める仲裁規則もある<sup>29)</sup>。

### III 一方審尋をめぐる仲裁法・規則の概観

本章では、仲裁廷による一方審尋保全処分について仲裁法及び仲裁規則はどのような規定を置いているのか、その概要を紹介する。それに加えて、現状では一方審尋手続を認めないが、立法段階で一方審尋手続が検討された仲裁法及び仲裁規則も紹介する<sup>30)</sup>。

#### 1 仲裁法

(1) 明示的な定めを置いて認める仲裁法

(a) UNCITRAL (国際連合国際商取引法委員会) 2006モデル法<sup>31)</sup>

1985モデル法は仲裁廷による保全処分の発令権限に関する定めを置いた

---

29) 本稿 III 2(1)(b)「Swiss 規則(2021)」・2(2)(c)「LCIA (ロンドン国際仲裁裁判所) 仲裁規則(2020)」参照。

30) なお、本稿において参照されるモデル法や仲裁規則は、次のとおりである。UNCITRAL モデル法(1985年版, 2006年版), UNCITRAL 仲裁規則(2010年版), CAS スポーツ仲裁規則(2021年版), DIS 規則(2018年版), HKIAC 規則(2018年版), JCAA 規則(2021年版), LCIA 規則(2020年版), Swiss 仲裁規則(2021年版), WIPO 仲裁規則(2021年版), WIPO 緊急救済規則(1996年草案)。

31) 本論文において、UNCITRAL モデル法(2006年版)の日本語訳は、三木浩一「UNCITRAL 国際商事仲裁モデル法2006年改正の概要(上)」JCA54巻6号2

が<sup>32)</sup>、保全手続における一方審尋については論及されなかったため、仲裁廷による保全処分で、裁判所による保全処分手続と同様に一方審尋を許すべきかどうか、見解が分かれていた<sup>33)</sup>。この論点について長く議論された結果、1985モデル法が改正され、2006モデルでは、仲裁廷による保全手続で一方審尋を認めるようになった。

2006モデル法の下での保全処分は、暫定保全措置 (interim measures) (以下、「暫定措置」という。)と予備保全命令 (preliminary orders) (以下、「予備命令」という。)という二つの種類に分別され、これらのうち、一方審尋が許されるのは予備命令のみになる<sup>34)</sup>。すなわち、2006モデル法にしたがって、保全処分の申立てにつき決定する際は、原則としてすべての当事者の意見・反論を聴取しなければならないが、例外的に保全処分の目的が妨げられるおそれがある場合のみ、一方審尋で予備命令を発令することができるのである。

予備命令の申立ては、暫定措置の申立てと同時に提出する<sup>35)</sup>。すなわち、予備命令を求める申立てだけを提出することはできず、暫定措置の申立てとともに提出しなければならない。

予備命令を求める場合、これを申し立てた当事者は、仲裁廷に一定の事項を証明しなければならない。まず、予備命令が発令されないと損害が生じる可能性が大きく、かつ、その損害が認められた場合に措置の対象となる当事者に生じうる損害を実質的に上回ること、そして、申し立てた当事者が、請求事件の本案において勝利する合理的な見込みがあることである<sup>36)</sup>。

そして、仲裁廷は、暫定措置の申立てを事前に相手方当事者に通知すれ

---

頁, 5 頁 (2007) にしたがう。

32) 1985モデル法17条。

33) See Michell, *supra* note 25, at 424-425.

34) 2006モデル法4A章参照。

35) 2006モデル法17B条1項。

36) 2006モデル法17B条3項・17A条1項(a)。

ば、同措置の目的が妨げられるおそれがあると認める場合、相手方当事者の意見を聴くことなく、予備命令を発令することができる<sup>37)</sup>。これに対して、仲裁廷は、暫定措置の申立てを事前に相手方当事者に通知しても、同措置の目的が妨げられるおそれがないと判断した場合、すべての当事者の意見を聴いて、暫定措置の申立てについて決定することができる。要するに、予備命令を発令するか否かについては、暫定措置の目的を確保するために一方審尋手続が必要か否かを検討しなければならない。暫定措置の目的が妨げられるおそれがないことを理由として予備命令の申立てを認めないときでも、暫定措置を認めるための要件が満たされれば、仲裁廷は、当該暫定措置の申立てにつき決定することができる。

2006モデル法のもとでの予備命令は、暫定措置と異なり、仲裁廷が一方審尋により保全処分を発令することから、一定の限界が設けられている。暫定措置については、執行力が付与され、そして、変更、停止又は終了されない限り、仲裁判断が出るまで効力を有するのに対して、予備命令については、当事者を拘束するものの、裁判所による執行の対象とはならず、さらに、発令された日から20日が経過した時点で失効する<sup>38)</sup>。簡単に言えば、予備命令とは、仲裁廷が相手方当事者の意見を聴いて暫定措置を発令するまでの間に、その望ましい暫定措置の目的を確保するために予備的に発令されるに過ぎず、有効期間及び執行力の限界がある暫定措置と考えられる<sup>39)</sup>。

2006モデル法においては、予備命令の対象となる当事者（被申立人）の利益を保護する制度も整えられている。仲裁廷は、予備命令の申立てについての決定を行った後直ちに、暫定措置の申立てにかかるすべての当事者に対し、予備命令の申立て、予備命令が発令された場合には当該命令、及び、口頭によるコミュニケーションの内容を示すものを含む、それらに関

---

37) 2006モデル法17B条2項。

38) 2006モデル法17C条4、5項、17H条参照。

39) See Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions* 298-299 (4th ed., Wolters Kluwer 2019).

連するあらゆる当事者と仲裁廷との間のすべてのやり取りを通知しなければならない<sup>40)</sup>。そして、当該通知と同時に、仲裁廷は、予備命令の対象であるすべての当事者に対し、できるだけ早い時期に自ら反論するための機会を与えなければならない<sup>41)</sup>。予備命令に対し反論がある場合、仲裁廷は、あらゆる異議について速やかに決定しなければならない<sup>42)</sup>。仲裁廷は、担保が不適當又は不必要と認めない限り、申し立てた当事者に対し、予備命令に伴う担保の提供を求めなければならない<sup>43)</sup>。

予備命令を発令した後、仲裁廷は、予備命令の対象とされた当事者に通知し、反論の機会を与えた後に、予備命令を承認又は変更する暫定措置を発令することができる<sup>44)</sup>。また、予備命令を発令するのに必要な状況になると判断すれば、当該命令を変更、停止、終了させることができる<sup>45)</sup>。前述したように、予備命令は裁判所による執行の対象とはならないが、仲裁廷は、規定される期間内にすべての当事者の意見・反論を聴いた上で、当該予備命令を承認する暫定措置を発令することができるから、結果として、予備命令を承認した暫定措置を執行することができることになる。

ところで、予備命令に執行力が付与されないとされている他の理由は、一方審尋に賛成する側と反対する側との妥協にあるとの指摘がある<sup>46)</sup>。しかし、一方審尋に対する反論の核心は、執行力の付与だけでなく、一方審尋自体が主張立証の十分な機会付与の原則に反し、許されないからという観点もある。2006モデル法を採用して立法する法域がいまだに少ない理由は、これがその一つでもあると考えられる。国内仲裁法を立法するのに

---

40) 2006モデル法17C条1項。

41) 2006モデル法17C条2項。

42) 2006モデル法17C条3項。

43) 2006モデル法17E条2項。

44) 2006モデル法17C条4項。

45) 2006モデル法17D条。

46) See Peter Yuen, *The Hong Kong Arbitration Ordinance Commentary and Annotations* 221, 240 (Choong, J. & Weeramantry, R. eds., 2d ed. Sweet & Maxwell 2015).

2006モデル法に準拠した法域も、必ずしも予備命令に関する規定を導入しているわけではない<sup>47)</sup>。

(b) 香港仲裁令

香港仲裁令の下では、仲裁廷又は香港裁判所のいずれにおいても、保全処分として、差止命令のほかにも、証拠及び財産保全命令などを得ることができる<sup>48)</sup>。香港仲裁令は、予備命令に関する規定を含め、2006モデル法に倣って改正されたため、2006モデル法と同様に、保全処分の広範囲な利用が可能である。

予備命令の申立て及びそれを認めるための要件について、香港仲裁令は、2006モデル法17B条を変更・修正することなく採用したので<sup>49)</sup>、その結果、仲裁廷は、保全処分の目的を妨げることを回避するために、一方審尋により予備命令を発令することができる<sup>50)</sup>。

予備命令の執行力については、香港仲裁令は、2006モデル法と同様に、予備命令は暫定措置とは別のものとして、予備命令の執行については、暫定措置の承認及び執行に関する定めとは別に<sup>51)</sup>、香港仲裁令38条に定めている。同条は2006モデル法17C条を採用して、予備命令が裁判所による執行の対象とはならないことを明示的に定めているので<sup>52)</sup>、予備命令は同仲裁令61条が定める暫定措置にかかる執行範囲の外にあると理解される<sup>53)</sup>。香港仲裁令の下では、2006モデル法と変わらず、仲裁廷は予備命令を発令する権限があるものの、その予備命令に執行力を付与されないと理解され

---

47) 例えば、韓国仲裁法やオーストラリア仲裁法は、2006モデル法に倣ったが、予備命令に関する規定を導入しないことにした。

48) 吉田武史「香港仲裁法制から考える日本仲裁法改正点の一考察」JCA 67巻4号3頁，5頁（2020）。

49) See Yuen, *supra* note 46, at 234.

50) 香港仲裁令37条。

51) 香港仲裁令43条，61条。

52) 香港仲裁令38条5項。

53) See Yuen, *supra* note 46.

る<sup>54)</sup>。

なお、香港仲裁令が一方審尋による予備命令の発令を認めているのに対して、香港国際仲裁センター（HKIAC）の規則（2018版）には、予備命令に関する規定は置かれていない。

(c) 英国仲裁法（1995法案）

1996仲裁法案の報告によれば、1995年7月の英国仲裁法の法案において、39条（暫定措置の発令権限）に一方審尋保全処分を認める旨の条文が含まれていた<sup>55)</sup>。しかしながら、保全処分を発令する際、とりわけ一方審尋により保全処分を発令する際には、当事者の申立てが権利の濫用とならないように、仲裁廷は、保全処分を発令するのに細心の注意を払うべきであり、このような強大な権力は、裁判所に留保されるべきであるという批判が数多く述べられた。さらに、多くの仲裁人からは、仲裁廷がこのような権限をもつ必要がなく、当該権限を与えられても、行使するつもりはないという反応が寄せられた。結局のところ、1996年英国仲裁法は、当該規定を採用しなかった。もっとも、このような仲裁廷による保全処分発令権

---

54) なお、香港仲裁令43条は、暫定措置の承認及び執行について、2006モデル法17H条に代えて香港仲裁令61条を適用する旨を定めている。香港仲裁令61条によれば、仲裁地が香港であるか否かを問わず、仲裁手続における仲裁廷の命令又は指示は、香港裁判所の執行許可に基づいて、裁判所による命令又は指令と同様に執行することができるものと定めていて、「仲裁廷の命令又は指示」に暫定措置を含むと規定している（61条5項）。

当該条文によって、仲裁廷による予備命令も61条における「仲裁廷の命令又は指示」に含まれると解釈されて、暫定措置と同様に執行することが可能であるというような解説がされる（吉田・前掲注48）参照。しかし、前述したように、香港仲裁令では、予備命令の執行力は、暫定措置と別に定められ、予備命令は裁判所による執行の対象とはならないと明示的に定めるから（38条）、予備命令を暫定措置と同様に「仲裁廷の命令又は指示」に含まれるものとして執行力を認めるという解釈は難しいように考える。

55) See Saville, *Departmental Advisory Committee on Arbitration Law 1996 Report on the Arbitration Bill*, 13(3) *Arbitration International* 275, 306-307 paras. 200-203 (1997).

限の拡大は、キャッシュフローが特に重要である貿易や産業界などの場合に極めて有用な目的を果たすことができると予想されることから、引き続き検討課題として残ると指摘される<sup>56)</sup>。

(2) 解釈によって認められていると考えられる仲裁法

(a) ドイツ仲裁法

ドイツ仲裁法は、1985モデル法に倣って民事訴訟法において制定されている(以下「ドイツ法」という)。仲裁廷が一方審尋により発令する保全処分はドイツ法の下で許容されるかどうかについては、見解が分かれている<sup>57)</sup>。

ドイツ法は、1985モデル法と同様に、仲裁廷による一方審尋の保全処分に関する規定を置いていない。むしろ、ドイツ法1042条1項において仲裁手続総則が定められ、当事者を公平に扱われなければならない、いずれの当事者も法的審問を保障されなければならないと規定されている<sup>58)</sup>。要するに、1042条1項は、当事者に対する公平な扱いかつ主張立証の十分な機会の付与を保障するものであることから、当該規定にしたがって、ドイツ法は、当事者間に特段の合意がない限り、保全手続に双方審尋が必要である

---

56) Ibid., para. 203. See also, Schäfer, *infra* note 60.

57) 中野俊一郎「仲裁廷による保全命令の執行—ドイツ民訴法1041条の解釈・運用について—」JCA49巻8号9頁, 10頁(2002)。

58) ドイツ民事訴訟法1042条(仲裁手続総則)：

「(1) 当事者については公平に扱われなければならない。いずれの当事者も法的審問を保障されなければならない。

(2) 弁護士が代理人となることを排斥してはならない。

(3) このほかに、当事者は、本編の強行規定に反しない限り、手続を自ら規律し又は仲裁手続規定を引用して規律することができる。

(4) 当事者の合意がなく、かつ、本編に規定がない限り、手続規定は仲裁廷によって自由な裁量に従って定められる。仲裁廷は、証拠調べの許容性について裁判し、証拠調べを実施し、かつ、その結果を自由な心証に従い評価する権限を有する。」

本論文において、ドイツ法の日本語訳は、法務大臣官房司法法制部『ドイツ民事訴訟法典』(法曹会, 2012)にしたがう。

という見解がある<sup>59)</sup>。

これに対して、「一方審尋許容説」を支持する根拠は、二つあると指摘される。

一つは、1042条の定める総則は原則であり、原則であるからには、明示的な定めがなくてもこれに対する例外があるとの理解である<sup>60)</sup>。このような原則と例外との関係の例として、ドイツ基本法103条1項が挙げられる<sup>61)</sup>。すなわち、同条においては、法的審問に関する原則が定められ、何人も、裁判所において、法的審問を請求する権利を有すると規定していることから、これにしたがい、裁判所による一方審尋保全処分はドイツ基本法103条に反すると主張して上告した事案において、裁判所は、損害の発生を防止するのに一方審尋が必要である場合、一方審尋で行う裁判手続は憲法違反ではなく、本案判決の実効性を確保するために一方審尋を行うことができること判示したのである<sup>62)</sup>。この判例に挙げられた事由は、ドイツ法1042条にも対応できると指摘される<sup>63)</sup>。

いま一つは、仲裁廷の一方審尋保全処分発令権限を支える規定として、ドイツ民事訴訟法1063条3項1文の存在がある<sup>64)</sup>。同条にしたがって、裁

59) See Jan K. Schäfer, S. 1041– *Interim Measures of Protection, in Arbitration in Germany-The Model Law in Practice* 226, 230–231 (Karl-Heinz Bockstiegel et al. eds., 2d ed. Kluwer Law International 2015).

60) See Jan K. Schäfer, *New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German and Hong Kong Law Compared*, Electronic Journal of Comparative Law (Aug. 1998) (<https://www.ejcl.org/22/abs22-2.html>)

61) ドイツ連邦共和国基本法、いわゆる「ドイツ基本法」は、ドイツの憲法に相当する法律である。

62) See Schäfer, *supra* note 60.

63) Ibid.

64) ドイツ民事訴訟法1063条（裁判上の手続—通則）；

〔1〕裁判所は、決定により裁判する。裁判に先立って、相手方を審尋しなければならない。

〔2〕〈略〉

判長は、被申立人を事前に審尋することなく、申立人が、その申立てに関する裁判が出るまで1041条による仲裁廷の保全処分を執行することができる旨を命じることができる。要するに、仲裁廷による保全処分の執行を裁判所に求める段階において一方審尋が認められるということである。この規定は、当該保全処分を執行するまでの間に、被申立人に事前に知らせると、保全処分の目的が失なわれる可能性がある場合に適用される。そこで、仲裁廷による保全処分の発令段階で一方審尋を認めないとすると、裁判所における執行段階で一方審尋を行う意味がなくなるから、仲裁廷による保全処分の発令段階でも一方審尋が許容されると理解されることになる<sup>65)</sup>。

以上の根拠のほか、DIS規則もドイツ法が一方審尋保全処分を認めている一つの裏付けとなると思われる。すなわち、後に紹介するDIS規則においては、仲裁廷による一方審尋保全処分を認める規定が置かれているのである<sup>66)</sup>。なお、2018年に改正されたDIS規則は、緊急仲裁制度をまだ導入していないが、その理由の一つは、ドイツ仲裁法が遠からず改正され、緊急仲裁制度に関する規定を設けると予想されることから、DIS規則がドイツ仲裁法に反することを回避するために、ドイツ仲裁法が改正されるまで待って、緊急仲裁制度を導入しようとするものであると説かれている<sup>67)</sup>。この改正の背景を踏まえると、法に一定の手続を認める根拠がない

---

(3) 民事部の裁判長は、相手方を事前に審尋することなく、申立人が、その申立てに関して裁判があるまでに仲裁判断に基づく強制執行を行うこと又は1041条による仲裁廷の暫定的若しくは保全的措置を執行することができる旨を命じることができる。仲裁判断に基づくこの強制執行は、保全のための措置を超えて行うことはできない。申立人の相手方は、申立人が執行することのできる額の担保を提供することにより強制執行を免れることができる。」

65) See Schäfer, *supra* note 60; Lew et al., *supra* note 25, paras. 23–98 to 23–99.

66) 本稿 III 2(1)(a)「DIS (ドイツ仲裁協会) 仲裁規則 (2018)」参照。

67) See Markus Burianski & Alexandra N. Diehl, *New DIS RULES after 20 years*, (Feb. 28, 2018) (<https://www.whitecase.com/publications/alert/new-dis-rules-after-20-years> (last visited Oct. 26, 2022)).

のであれば、基本的にDISはその手続を提供しないと考えられる。よって、DIS規則に仲裁廷による一方審尋保全処分を許容する根拠は、ドイツ法が当該手続を認めているからであると考えられる。

(b) スイス仲裁法 (CCP・PILA)

スイスでは、仲裁制度が実効的に機能するように、極めて効果的で柔軟な仲裁法を提供している。仲裁に係る法は、スイス民事訴訟法 (CCP) 及びスイス国際私法 (PILA) において定められている<sup>68)</sup>。

裁判所に保全処分を申し立てる場合、CCP 265条が適用される。同条1項に基づいて、裁判所は、特別な緊急の場合、とりわけ保全処分の執行を、妨げる危険があると認めるとき、相手方当事者に意見を述べる機会を与えずに、保全処分を命じることができる。

他方、仲裁廷による保全処分については、国内仲裁と国際仲裁とに分かれて、前者はCCP 374条1項に、後者はPILA 183条に、それぞれ規定されている。

国内仲裁の場合、CCP 374条1項は、裁判所又は、当事者間に特段の合意がない限り、仲裁廷は、一方当事者の申立てにより、証拠保全を含む、保全処分を発令できると規定している。

また、国際仲裁の場合は、PILA 183条が適用され、以下のように定めている。

「第183条 (暫定措置・保全措置)

---

68) スイス国際仲裁法は、スイス国際私法 (PILA) 第12章 (176条~194条) に定められている。

なお、CCPの条文は、スイス政府の公式サイトで参照可能である (<https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/2010/262/20220701/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-2010-262-20220701-en-pdf-a-1.pdf> 2022年10月26日最終閲覧)。

PILAの条文は、スイス仲裁協会のホームページで参照可能である ([https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/05/20210129-Chapter-12-PILA\\_Translation\\_English.pdf](https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/05/20210129-Chapter-12-PILA_Translation_English.pdf) 2022年10月26日最終閲覧)。

- (1) 当事者間に特段の合意がない限り、仲裁廷は、一方当事者の申立てにより、暫定措置又は保全措置を発令することができる。
- (2) 暫定措置又は保全措置の対象である当事者は、同措置に任意にしたがわない場合、仲裁廷又は当事者は、裁判所の支援を求めることができる。その際に、裁判所は、自らの法を適用するものとする。
- (3) 仲裁廷又は裁判所は、適切な担保の提供を命じるのに伴って、暫定措置又は保全措置を発令することができる。]<sup>69)</sup>

以上の CCP 374条と PILA 183条のとおり、一方審尋に関する明文規定は置かれていないが、それでも、申立当事者が、特別な緊急の事情、とりわけ一方審尋保全処分の必要性などを仲裁廷に証明できれば、仲裁廷による一方審尋保全手続が許されると解説されている<sup>70)</sup>。ただし、一方審尋保全処分を求める場合、申立当事者は、保全申立てとともに一方審尋の申立てを提出しなければならない。仲裁廷は、緊急な状態に応じて相手方の意見を述べる権利を延期することが正当であって、かつ、保全申立てを事前に相手方に開示すれば、当該保全処分の目的が妨げられるおそれがあると認めるときは、一方審尋により保全処分を発令することができると言われている<sup>71)</sup>。もっとも、一方審尋を認めるとはいえ、真に当該手続が必要な

69) 本論文において、PILAの日本語訳は、スイス仲裁協会のホームページによるPILAの条文(英語版)、*supra* note 68に基づく私訳である。

70) *See* Gabrielle KAUFMANN-KOHLER & Antonio RIGOZZI, *International Arbitration – Law and Practice in Switzerland* para. 6.124 (Oxford 2015); Sebastiano Nesi, *Anti-suit injunctions in international arbitration: the Swiss approach* (Part 1/2) (Feb. 21, 2019) (<http://arbitrationblog.practicallaw.com/anti-suit-injunctions-in-international-arbitration-the-swiss-approach-part-1-2/> (last visited Oct. 26, 2022)). *See also*, Urs Feler et al., *Arbitration procedures and practice in Switzerland: overview* (Feb.1, 2020) ([https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-502-1047?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#co\\_pageContainer](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-502-1047?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#co_pageContainer) (last visited Oct. 26, 2022)).

71) Bernhard Berger & Franz Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland* para. 1260 (3d ed., Stämpfli Publication 2015).

状況は極めて稀であるとの指摘もされている<sup>72)</sup>。このような状況は稀なのであるから、例外的な事情がある場合、仲裁廷は、当該保全処分の適用範囲及び有効期間を制限し、すべての当事者にできるだけ早い時期に自ら反論するための機会を与えるべきと説かれている<sup>73)</sup>。さらに、仲裁廷は、一方審尋手続による場合、一方当事者のみとの協議を不公正又は不独立な行為として、忌避の原因にならないように注意を払うべきであると指摘されている<sup>74)</sup>。

## 2 仲裁規則

(1) 明示的な定めを置いて認める仲裁規則

(a) DIS (ドイツ仲裁協会) 仲裁規則 (2018)

DIS は、2018年に DIS 規則を改正した。改正の趣旨は、訴訟の代替として仲裁がさらに採用されるように、仲裁制度の柔軟性を高めることにある。新しい複数の規定が設けられた中で、2018 DIS 規則は、仲裁廷による保全処分を発令する際に一方審尋を認める規定をも導入した<sup>75)</sup>。

DIS 規則25条は、以下のように定めている。

### 「第25条 (保全処分)

(1) 当事者間に特段の合意がない限り、仲裁廷は、当事者の申立てにより、暫定措置又は保全措置を発令し、また、当該措置を変更し、停止し又は取り消すことができる。仲裁廷は、他の当事者の意見を聴取するために、当該措置の申立てを他の当事者に伝えなければならない。仲裁廷は、いずれの当事者に対しても、当該措置に伴う適切な担保の提供を求めることができる。

(2) 保全処分の目的が妨げられるおそれがあると認める場合、仲裁廷

---

72) KOHLER & RIGOZZI, *supra* note 70.

73) *Ibid.*

74) *Ibid.*

75) DIS 規則25条。See also, Burianski & Diehl, *supra* note 67.

は、このような例外的な状況の下で他の当事者に対する事前の通知又は意見の聴取をせずに、DIS 規則25条1項による暫定措置又は保全措置の申立てを認めることができる。なお、この場合、仲裁廷は、遅くとも当該措置の発令と同時に、保全処分の申立てにおける他の当事者に通知しなければならない。仲裁廷は、速やかに、他の当事者に反論を述べる機会を与えなければならない。その後、仲裁廷は、当該措置を承認し、変更し、停止し又は取り消すものとする。

(3) 当事者は、いかなる時点においても、管轄を有する裁判所に対し、暫定措置又は保全措置を申し立てることができる。]<sup>76)</sup>

以上のとおり、DIS 規則25条にしたがい、原則として双方審尋を行わなければならないが、保全処分の目的が妨げられるおそれがある場合は、それを例外として、一方審尋が認められることになる。

なお、ドイツ法にDIS 規則25条2項に対応する規定はないが、仲裁地がドイツである場合、当事者間に特段の合意がない限り、仲裁廷は一方審尋保全処分を発令することができるという思想が一般に認められていると理解される<sup>77)</sup>。旧DIS 規則（1998年版）には、現行規則25条2項のような規定がなかったことから、ドイツで仲裁廷の一方審尋保全処分を実際に認めているかどうかの問題は明確に解決できなかったために、現行規則は、DIS 仲裁規則を利用する当事者に法的安定性（legal certainty）を提供し、かつ、その一方審尋保全処分に対する思想を明らかにして確認する目的で、25条2項を制定したとの解説がされている<sup>78)</sup>。

---

76) 本論文において、DIS 仲裁規則の日本語訳は、[https://www.disarb.org/fileadmin//user\\_upload/Werkzeuge\\_und\\_Tools/2018\\_DIS-Arbitration-Rules.pdf](https://www.disarb.org/fileadmin//user_upload/Werkzeuge_und_Tools/2018_DIS-Arbitration-Rules.pdf) に基づく私訳である。

77) 本稿 III 1 (2)(a) 「ドイツ仲裁法」参照。

78) See Christopher Boog & David Quinke, *Interim Relief, in The DIS Arbitration Rules – An Article-by-Article Commentary* 385, 389, 407 (Gustav Flecke-Giammarco et al. eds., Kluwer Law International 2020).

さらに、DIS 規則25条は、仲裁廷に一方審尋保全処分の発令権限を付与するとともに、当該保全処分を決定した後、仲裁廷は、他の当事者に通知し、すべての当事者に対して速やかに自ら反論するための機会を与えてから、その保全処分を承認し、変更し、停止し又は取り消すことができることを明らかにしているのもので、このような制度は、法的安定性を提供するほか、当事者の聴聞を受ける権利も保護するものとなっていると説かれている<sup>79)</sup>。

(b) Swiss 規則 (2021)<sup>80)</sup>

Swiss 規則では、仲裁廷に保全処分を申し立てる場合、29条がこれを規定する。同条3項にしたがって、仲裁廷は、例外的な事情がある場合には、他の当事者に対して保全処分の申立てを通知する前に、当該申立てに対する決定を予備命令の形式で発令することができるが、他の当事者への通知は、遅くとも当該予備命令の発令と同時になされなければならない、直ちにその他の当事者に意見を述べる機会を与えなければならない。

Swiss 規則は、他の多くの仲裁規則と比べても極めて例外的であって、緊急仲裁手続においても一方審尋が許されている。Swiss 規則43条は、当事者間に特段の合意がない限り、仲裁廷が構成される前に29条に基づく保全処分を緊急に求める当事者は、緊急保全措置手続の申立てを行うことができること定めている。その結果、緊急仲裁手続には29条3項が準用され、一方審尋保全処分を発令することができる。

その関連で注目すべき点は、以前にも述べたように<sup>81)</sup>、多くの仲裁規則の下では、保全処分の申立てにつき判断する前に、申立書又は緊急仲裁人の選任通知をすべての当事者に送付しなければならないと定めているから、他の当事者の意見を聴取しないで保全処分を発令することはできない

---

79) Ibid., pp. 387, 411.

80) なお、Swiss 仲裁規則 (2021年版) (以下「Swiss 規則」という。) はスイス仲裁協会のホームページで参照可能である (<https://www.swissarbitration.org/resources/swiss-rules-2021/> 2022年10月26日最終閲覧)。

81) 本稿 II 2 「緊急仲裁手続の場合」 参照。

のであるが<sup>82)</sup>、Swiss 規則では、このような規定、つまり他の当事者に事前に通知する定めが置かれていないから、その結果、緊急仲裁人は、仲裁廷と同様に、一方審尋手続で予備命令を発令することができる と理解されることになるのである。

要するに、Swiss 規則では、例外的な事情がある場合には、仲裁廷 (Swiss 規則43条) 及び緊急仲裁人 (Swiss 規則43条・29条3項) はいずれも一方審尋保全処分を発令することができる。

(c) CAS (スポーツ仲裁裁判所) スポーツ仲裁規則 (2021)<sup>83)</sup>

スポーツ仲裁裁判所、いわゆる CAS (Court of Arbitration for Sport) は、IOC (国際オリンピック委員会) によって、1983年にスイスのローザンヌにおいて設立され、仲裁手続によってスポーツ競技又はその運営をめぐる紛争を解決する目的とするスポーツ専用の仲裁機関である<sup>84)</sup>。

CAS 仲裁規則37条4項の文末において、保全処分に関し、以下のよう に定められている。

「〈略〉。極度に緊急である場合、関連する部門長 (仲裁パネル長に申立てを送付する前の場合) 又は仲裁パネル長は、申立当事者一方のみの審尋を行って、保全処分を発令することができる。ただし、後に相手方当事者の意見を述べる機会を与えなければならない。」<sup>85)</sup>

CAS における仲裁手続は、原則としてあらゆる当事者の意見を聴取しなければならないが、極度に緊急である状況を認めるときは、CAS 仲裁規則37条4項により、他の当事者の意見を聴取する前に、一方審尋保全処分を発令することが許されることになる。

---

82) 例えば、JCAA 規則76条6項、KCAB 仲裁規則 (2016年版) 別紙3・2条、など。

83) なお、CAS スポーツ仲裁規則 (2021年版) (以下「CAS 規則」という。) は、CAS の公式サイトで参照可能である ([https://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/CAS\\_Code\\_2021\\_EN\\_.pdf](https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Code_2021_EN_.pdf) 2022年10月26日最終閲覧)。

84) KOHLER & RIGOZZI, *supra* note 70, para. 1.122.

85) 本論文において、CAS 規則の日本語訳は、CAS スポーツ仲裁規則 (2021年版)、*supra* note 83 に基づく私訳である。

CASでは、相当以前から一方審尋手続を提供している。スポーツ関連紛争、例えばアンチ・ドーピング紛争における保全処分の内在的性質からして、極度の迅速性が必要と理解されているので、このことが、スポーツ界で仲裁廷による一方審尋保全処分が許される理由の一つと考えられる。

(d) CIArb (英国仲裁人協会) 仲裁手続ガイドライン

CIArbは、裁判外紛争解決、とりわけ国際仲裁手続の実効性を高めるために、世界中からの仲裁人が集まり、様々な仲裁に関する活動を提供している国際的な商事仲裁大手の仲裁人協会である。そこでは、保全処分の申立てに関する仲裁手続ガイドラインを提供しているので、仲裁規則そのものではないが、一方審尋保全処分に関する定め参考の一つとしてここで紹介したい。

同ガイドライン7条は、以下のように定めている。

「第7条 (一方審尋保全処分の申立て)

- (1) 保全処分は、一方審尋で又は双方当事者の意見を聴取して、発令することができる。
- (2) 一方審尋により発令された保全処分は、後に双方審尋を行わなければならない。<sup>86)</sup>

このガイドラインの解説によれば、多くの仲裁法と仲裁規則に仲裁廷の一方審尋保全処分発令権限に関する規定は置かれておらず、むしろ「仲裁廷は、当事者を平等に扱い、当事者が主張、立証及びこれに対する防御を行うに十分な機会を与えなければならない。」との趣旨の規定が置かれるのが通常であることから、その結果、仲裁廷による一方審尋保全処分が許されないと解釈されるのであるが、しかし、仲裁合意、仲裁規則及び準拠法に反しない限り、特に緊急である場合又は保全処分の目的を達成するの

---

86) See CIArb, *supra* note 27. なお、本論文において、CIArb 仲裁手続ガイドラインの日本語訳は、CIArb, *supra* note 27 に基づく私訳である。

に一方審尋手続が必要と認められる場合には、一方審尋手続を認めるべきであると指摘しつつ、その際、被申立当事者の利益を保護する方策、すなわち、適切な担保提供を請求すること、意見を聴取する機会を設けることなども用意すべきだと提案している<sup>87)</sup>。

(2) 解釈によって認めていると考えられる仲裁規則

(a) UNCITRAL 仲裁規則（2021）

UNCITRAL 仲裁規則と UNCITRAL モデル法とには、仲裁廷の保全処分発令権限を認めていることを含め、多くの共通点がある<sup>88)</sup>。それにしても、UNCITRAL 仲裁規則には、予備命令に関する規定が置かれていない。その理由は、UNCITRAL 仲裁規則は、英米法系と大陸法系の双方の法制度に受け入れられやすい標準的な仲裁規則を目指していることから、いまだに激しく議論されている予備命令を採用してしまうと、その目標を達成できない懸念があるからだと指摘される<sup>89)</sup>。保全処分に一方審尋手続を認めていない法域が多くある現状を踏まえると、予備命令を認める定めを置くと、当事者は UNCITRAL 仲裁規則を採用しないおそれがあるというのである。

さらに、2006モデル法と UNCITRAL 仲裁規則とでは、その具体的な使途が異なることもある。すなわち、2006モデル法は、国内仲裁法のまさにモデル、模範となるべく作成されたものであるので、それぞれの国内法の下で予備命令を認めるか否かによって、当該保全処分の執行力の問題にもつながり、モデル法のように予備命令の発令段階から執行段階まで全体的な制度を設けておく意味があると考えられる。他方、UNCITRAL 仲裁規則は、基本的にアドホック仲裁を利用する当事者に向けた仲裁規則であるので、各仲裁事件に適用される準拠法はそれぞれである。仲裁規則に、仲

---

87) See CI Arb, *supra* note 27, at 20.

88) UNCITRAL 仲裁規則26条。

89) See Lee Anna Tucker, *Interim Measures under Revised UNCITRAL Arbitration Rules: Comparison to Model Law Reflects both Greater Flexibility and Remaining Uncertainty*, 1(2) International Commercial Arbitration Brief 15, 15-23 (2011).

裁廷の予備命令発令権限を認める定めを置くと、当該仲裁の準拠法において仲裁廷による予備命令を認めていない場合も、仲裁廷は予備命令発令権限を有するという解釈が生じるおそれも考えられるので、このような問題を防止するために、予備命令に関する規定は置かない方がふさわしいのだとの指摘がされる<sup>90)</sup>。それにしても、国内準拠法が禁止していない限り、UNCITRAL規則自体は、仲裁廷による予備命令の発令を禁止していないとの指摘もある<sup>91)</sup>。

(b) WIPO（世界知的所有権機関）

WIPO 仲裁調停センター（以下「WIPO」という。）は、スイスのジュネーブにあり<sup>92)</sup>、独立かつ公正な国際的な紛争処理機関である。WIPOは、国際的な紛争、とりわけ商事紛争や知的財産に関する紛争につき四つの裁判外紛争解決の手続、すなわち、調停・仲裁・簡易仲裁及び専門家による決定を用意している<sup>93)</sup>。

(i) WIPO 仲裁規則（2021）<sup>94)</sup>

仲裁手続における保全処分に関しては、WIPO 仲裁規則48条（仲裁廷による保全処分）及び49条（緊急仲裁手続）に定めがある。

WIPO 仲裁規則48条は、仲裁廷による保全処分を定めているが、一方審尋保全処分に関しては何らの定めがない。それにしても、WIPO 仲裁規則の解説によれば、仲裁廷は、申立当事者に対し適切な担保を提供することを条件として、保全処分を発令することができ、そして、保全処分を発令

---

90) Ibid., p. 20.

91) A\_CN.9\_641, para. 59.

92) スイスのジュネーブにある本部のほか、支部がシンガポールにも開設された。

93) WIPO「WIPO 調停規則・仲裁規則・簡易仲裁規則・専門家による決定規則および WIPO 推奨紛争処理条項」2020年 ([https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ja/wipo\\_pub\\_446\\_2020.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ja/wipo_pub_446_2020.pdf) 2022年10月26日最終閲覧)。

94) なお、WIPO 仲裁規則（2021年版）（以下「WIPO 規則」という。）は、WIPO の公式サイトで参照可能である ([https://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/arbitration\\_rules\\_and\\_fees\\_2021.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/arbitration_rules_and_fees_2021.pdf) 2022年10月26日最終閲覧)。

した後でも、早い時期に被申立当事者に自ら反論するための機会を与えることができるなどの対策を整えているのに、如何なる場合にも一方審尋手続を禁止するとしたら、それは合理的ではないとの指摘がされている<sup>95)</sup>。それに加えて、48条と49条の条文を比較すると、48条は、49条のように、他の当事者に対する通知又は事前に各当事者に意見を述べる機会を与えることを要件とすることを定めるものではないことから、仲裁廷による一方審尋保全処分が許されるのではないかとの解釈が生まれる<sup>96)</sup>。一方審尋が必要であるとき、すなわち、求められた保全処分の目的が妨げられる危険があると認めるときは、仲裁廷は一方審尋保全処分を発令することができるという理解である。

というのも、まさにWIPO仲裁規則49条b項は、緊急仲裁手続が請求された場合、緊急救済の申立ての受領を相手方当事者に通知するものとし、さらに同条g項でも、緊急仲裁人は、各当事者がその立場を述べる公平な機会を与えられることを確保しなければならないと明示的に規定しているからである。その結果、WIPO仲裁規則の下では、緊急仲裁人は、

---

95) See Phillip Landolt & Alejandro García, Commentary on WIPO Arbitration Rules para. 48.12 (WIPO 2017) (<https://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/2017commentrulesarb.pdf> (last visited Oct. 26, 2022)); Lew et al., *supra* note 25, para. 23–73; Marc Blessing, *The Conduct of Arbitral Proceedings Under the Rules of Arbitration Institutions; The WIPO Arbitration Rules in a Comparative Perspective [Articles 37 to 47 of the WIPO Rules in a Comparative Perspective]*, in WIPO/ASA Conference on Rules for Institutional Arbitration and Mediation, Geneva 1995, 41, 54 (<https://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1995/blessing.html> (last visited Oct. 26, 2022)).

96) See Landolt & García, *supra* note 95. See also, Richard A. Horning, *REPORT: Interim Measures of Protection; Security for Claims and Costs; and Commentary on the WIPO Emergency Relief Rules (in Toto): Article 46*, 9 Am. Rev. Int'l Arb. 155, 166 (1998). なお、同文献は、1998年に出版され、当時に実施されていたWIPO規則をもとにして著されたが、仲裁廷の一方審尋保全手続に関する論点は、現在のWIPO規則と変わらない。なお、当時は、46条に規定された。

一方審尋保全処分発令権限がないと理解されることになる<sup>97)</sup>。WIPO 仲裁規則の解説によれば、その理由は、当事者の観点からすると、仲裁廷による一方審尋保全処分は、緊急仲裁人による一方審尋保全処分より効率的であるからと指摘され、それよりさらに一層、執行力のある裁判所による保全処分が効率的だと考えられるから、と解説されている<sup>98)</sup>。つまり、緊急仲裁人に一方審尋保全処分の発令権限を与える必要はないということであって、WIPO は、一方審尋保全処分の必要性を意識していて、仲裁廷による一方審尋保全処分を認めつつも、それを緊急仲裁手続にまで許す必要はないと考えているのであろう。

(ii) WIPO 緊急救済規則 (1996草案)<sup>99)</sup>

仲裁手続が開始される前に保全処分を必要とする当事者の要請に対応できるように、1996年にWIPOは、WIPO 緊急救済規則の草案（以下「緊急規則」という。）を提案して、1999年12月に可決する見込みだったが、いまだに当該草案は実施されていない。いずれにせよ、この緊急規則は、緊急仲裁手続に関する最も包括的な規則の一つであると言われている<sup>100)</sup>。この緊急規則では、当事者の権利を保護するために緊急に判断・命令の決定が必要であると認めるときに、迅速に緊急仲裁人を選任すること、そして、双方審尋とともに、一方審尋の手続も提供している<sup>101)</sup>。

緊急規則 XIII 条に、一方審尋保全処分の申立て及びそれを認めるための要件が定められている。緊急規則 XIII 条によれば、緊急保全手続の目的が妨げられる危険がある状況にある場合、申立人は、事前に被申立人に

97) See Landolt & García, *supra* note 95, para. 49.12.

98) See Landolt & García, *supra* note 95.

99) See Horning, *supra* note 96. なお、この WIPO 緊急救済規則 (1996草案) は、解釈論ではなく、立法論によって明示的に緊急仲裁人の保全処分を認めることを提案した例であるが、ここに WIPO の現行仲裁規則を紹介したので、本機関の草案を現行仲裁規則とともに紹介することにした。

100) See Yesilirmak Ali, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration* para. 4-20 (Kluwer Law International 2005).

101) See Horning, *supra* note 96, at 169.

保全処分の申立てを送付せず、その申立てを WIPO 機関にのみ送付することができる<sup>102)</sup>。なお、申立人は、申立書に当該保全処分の目的が妨げられる危険があるとみられる事項を説明しなければならない<sup>103)</sup>。このような場合、WIPO に選任された緊急仲裁人は、その申立てや関連事情を考慮した上で、申し立てた当事者のみを審尋することができる<sup>104)</sup>。

なお、ニューヨーク条約 V 条(1)(b)項に基づいて、一方審尋で行った「判断」には執行力が付与されないから、緊急規則が作成された当時、この問題を避ける必要があるとして、保全処分は「判断」(award)の形式ではなく、「命令」(order)の形式で発令することが定められている<sup>105)</sup>。また、緊急規則 XIII 条 c 項において、相手方当事者に自ら反論するための機会を与える権利が確保されている。

(c) LCIA (ロンドン国際仲裁裁判所) 仲裁規則 (2020)<sup>106)</sup>

LCIA 規則13.4条では、仲裁廷は、一方当事者のみと協議することが禁止されている。

さらに、同規則25.1条において、仲裁廷は、当事者の申立てにより、すべての当事者に自ら反論するための機会を与えた後に、保全処分を発令することができる<sup>107)</sup>と定めている。よって、LCIA 規則の下では、仲裁廷による一方審尋保全処分は認められていないと理解されている。

他方、緊急仲裁手続の場合、LCIA 規則9.5条によれば、保全申立ては、

---

102) See Yesilirmak, *supra* note 100, para. 4–88.

103) See Horning, *supra* note 96, at 172.

104) See Yesilirmak, *supra* note 100, para. 4–88.

105) See Horning, *supra* note 96, at 173. See also, Yesilirmak, *supra* note 100, para. 4–89. 緊急規則を作成した当時、立法者は、保全処分を仲裁判断として、ニューヨーク条約の下で執行することができる<sup>108)</sup>と考えたようである。なお、仲裁廷による保全処分が、ニューヨーク条約に基づく仲裁判断として執行できるか否かはなお議論がある。

106) なお、LCIA 仲裁規則 (2020版) は LCIA のホームページで参照可能である ([https://www.lcia.org/Dispute\\_Resolution\\_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx](https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx) 2022年10月26日最終閲覧)。

直ちに他のすべての仲裁合意の当事者に送付し又は通知しなければならない。そこで、原則として、一方審尋手続は認められていないと理解されている。しかしながら、同規則9.7条は、「緊急仲裁人は、状況に応じて適切と判断する方法で緊急手続を行うことができる。その際、そのような緊急手続の性質、そして、可能であれば各当事者に（その機会を利用するか否かに関係なく）緊急救済の請求に関して意見を述べる機会を与える必要性、緊急救済の請求および理由、並びに当事者のその他の主張を考慮に入れるものとする。」と定めている<sup>107)</sup>。この条文があることによって、同規定は黙示的に一方審尋手続を認めているとか、「可能であれば」とある点を捉え、そうであれば例外的状況においては被申立人に審問の機会を与えずに決定を下すことも可能であるなどとする解釈がされる<sup>108)</sup>。また、LCIAの緊急仲裁手続に関する注意事項においても、「緊急仲裁手続についての定めがないが、むしろ、緊急仲裁人は、緊急手続の性質、（可能であれば）各当事者に救済の請求について相談する機会を与える必要性、緊急救済の主張と理由及び当事者による提出物を考慮した上で、適切と考える方法で手続を行う。」と指摘されている<sup>109)</sup>。これらの解説によれば、緊急仲裁手続では一方審尋が許されると理解されている。仲裁廷による保全手続では一方審尋を認めないのに、緊急仲裁手続において一方審尋を許すのは、極めて例外的な規則であると思われる。

## IV 小 括

### 1 英米法系及び大陸法系の比較検討

ある国の民事訴訟の実務はその国で行われる仲裁手続にそのまま移され

107) 野村秀敏『国際的民事紛争と仮の権利保護』220頁（信山社，2017）。

108) 野村・前掲注107) 220-221頁。

109) See LCIA, LCIA Notes on Emergency Procedures, para. 46 (2020) (<https://www.lcia.org//adr-services/lcia-notes-on-emergency-procedures.aspx> (last visited Oct. 26, 2022)).

ることが多いことから<sup>110)</sup>、民事手続の異なる法文化の影響により、一方審尋手続の問題を含め、仲裁手続に対する観点にも相違が生まれると考えられる。つまり、大陸法系では、裁判所による保全処分に密行性を要する場合、一方審尋が一般に承認されているが、英米法の国では、当事者対審主義の伝統の下で、一方審尋手続は双方当事者が互いに自己の主張を証明し合う機会が十分ではないとみられるので、一方審尋に対して強い反対があるのである<sup>111)</sup>。

英米法系及び大陸法系のいずれにも手続的正義という思想が存在するが、それぞれの民事訴訟のあり方が異なるので、手続的正義の概念とそれにかなう方法についても異なる観点をもっている。英米法系では、当事者対審主義がとられ、前述したように、民事訴訟手続において、陪審制との関係によって当事者側の主張立証の機会や説得の技術などの対審的な手続が関心事となり、訴訟の進行は当事者側に任せて、裁判官が自分の中立的立場を徹底している。これに対し、大陸法系は、職権主義を採用していて、法原理が整然とした法典の中に用意され、裁判官はそれをすべて知り尽くしているという前提で、適用すべき法原理について当事者を不確定性の中に陥れ、自己の立場をただ訴えるという立場に置くものである<sup>112)</sup>。それに、大陸法系では、裁判官はあらゆる事情を斟酌して、事情によって職権探知を行って、自由に適切と考える救済を与えることができ<sup>113)</sup>、必要と認めるときに一方審尋を行うことが手続的正義を保障する方法の一つであるとも考えられる。こうしてみると、なぜ英米法系の法域では、大陸法系の法域よりも、一方審尋手続を受け入れがたいのが理解できるであろう

110) 谷口安平=坂元和夫『裁判とフェアネス』10頁〔谷口安平〕(法律文化社、1998)参照。

111) 司法制度改革推進本部事務局「仲裁検討会(第5回)議事録」(平成14年5月27日)(<https://warp.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/12019971/www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/tyuusai/dai5/5gijiroku.html> 2022年10月26日最終閲覧)参照。

112) 谷口・前掲注2) 39頁。

113) 谷口・前掲注2) 39頁。

う。仲裁廷による一方審尋保全処分の問題を国際的に一致させることが極めて困難であるのは否定できないが、以下では、仲裁廷による一方審尋保全処分を認める法域のその法のあり方を分析した上で、日本法制のもとで仲裁廷による一方審尋保全処分を認める余地があるのかどうかについて検討したい。

## 2 仲裁法・仲裁規則の比較検討・私見

### (1) 一方審尋保全処分を認めるときの法のあり方

第III章に紹介した仲裁法・仲裁規則をみると、一方審尋保全処分を、明示的な定めを置いて認めるものと、解釈によって認めていると考えられるものに分けられる。

#### (a) 明示的な定めを置いて認める場合

2006モデル法、香港仲裁令、そして、DIS、Swiss、CASの仲裁規則は、明示的な定めを設けて一方審尋手続を認める。

まず、DIS、Swiss及びCASの仲裁規則は、例外的の場合にのみ一方審尋保全処分を許し、そして、当事者の手続保障を遅滞なく行わなければならない旨を定める。

他方、2006モデル法と香港仲裁令は、一方審尋保全処分を認める規定のほか、それに関する要件や特有な制度を設け、一方審尋保全処分は、例外的な状況、つまり保全処分の目的が妨げられる危険がある場合にのみ許されるとしつつ、さらに二つの段階に分ける。

第一は、保全処分の目的を保護する段階である。まず、債権者は一方審尋保全処分を申し立てるにあたって、暫定措置の申立てとともに、予備命令の申立てをしなければならない。保全申立てを認めるには、基本的な暫定措置の要件を満たすほか、事前に相手方に開示すれば暫定措置の目的が妨げられるおそれがあることをも満たさなければならない。仲裁廷は、当該事項を認めれば、保全処分の対象となる当事者に意見を述べる機会を与えられるまでの間、さしあたり予備的な保全処分として予備命令を発令し、その予備命令は当事者を拘束する。

予備命令は、その名称のとおり、予備的な保全処分として発令されるに過ぎず、当事者の手続保障がない限り、執行力は付与されないから、第二の段階で、債務者の手続保障が確保されなければならない。予備命令の対象となる当事者の手続保障を確保するために、仲裁廷は、当事者に通知と聴取を行ってから、その予備命令の決定を再検討して、予備命令を承認するか又は終了させるかを判断する。この段階で、当事者の手続保障が確保されたことから、予備命令を承認するのであれば、当該予備命令を承認する暫定措置を発令することができ、その結果、発令した保全処分に執行力が付与されることとなる。

(b) 解釈によって認めていると考えられる場合

明文規定はないが、解釈によって一方審尋保全処分を認めていると考えられるのは、ドイツ法、スイス法、そしてWIPO仲裁規則である。

まず、ドイツ法では、裁判所における執行段階で一方審尋を認めるので、同規定の目的を達成するために、これに付随して、仲裁廷による保全処分でも一方審尋が許されると考えることになる。つまり、一方審尋による保全処分が認められるだけでなく、執行力も付与されると理解される。

次に、スイス法においては、ドイツ法のような規定はないが、解釈論を通じて一方審尋保全処分を認めている。もっとも、仲裁廷による保全処分に執行力が付与されるが、一方審尋の場合はどうなるかは明確に解決されていない。

また、WIPO仲裁規則における基本的な考え方は、必要であるときに許されるべきという考えであるから、一方審尋保全処分を認めることになる。

これらの仲裁法・仲裁規則のいずれも、一方審尋保全処分を認めるのに、当事者に意見を述べる機会を与えなければならないという要件を付けている。

ここで注目すべきなのは、仲裁廷に一方審尋保全処分を発令することができることを解釈によって認めているドイツ法及びスイス法は、いずれも大陸法系だということである。

(2) 一方審尋保全処分を認めている仲裁法・仲裁規則の共通点

仲裁廷による一方審尋保全処分を認め、又は認めていると考えられる仲裁法・仲裁規則には、以下のような共通点をまとめることができる。

① 一方審尋手続は例外的場合にのみ許される。つまり、双方審尋主義はなお保全手続の原則である。

裁判所における民事保全手続では、一方審尋が原則となる場合はあるが、仲裁においては、一方審尋は例外的場合のみとされる。仲裁は、両当事者の平等取扱い原則が強く支持されているので、できる限り双方審尋主義を遵守するものとし、やむを得ない場合にのみ一方審尋を許すのが正当であると考えられる。

② 「例外的場合」とは、基本的に保全処分の目的を相手方当事者が妨げる危険がある場合である。

保全処分の目的を相手方当事者が妨げる危険がある場合でなければならぬのは、特に緊急性と密行性が要請される場合であるのに、頑なに一方審尋を拒むと、仲裁を行う意味が損なわれかねないと考えられることから、法文でこれを例外的場合として、明確に定めるのが適切であると思われる。

③ 仲裁廷に一方審尋保全処分の発令権限を付与するとともに、当事者の手続保障を担保している。すなわち、一方審尋保全処分を発令した後、仲裁廷は、他の当事者に通知し、すべての当事者に対して速やかに自ら反論するための機会を与えることが条件として付されているのである。一方審尋手続を認めるのは、被申立当事者の手続保障を無視することではなく、その権利が延期されることによって、被申立当事者に損害が発生することを防ぐための機能も有している。このようなあり方は適切であると考ええる。

④ そのほかに、2006モデル法と香港仲裁令においては、執行力と効力期間についても言及している。当事者に手続保障の手当てを講じた後に、発令した予備命令が承認されれば、予備命令は執行力ある暫定措置に変わるので、一方審尋保全処分の執行力の問題も解決される。そして、予備命

令の効力期間は、20日間に設定されているが、それは、なるべく早く債務者の十分な手続上の権限を保障するためのものとみられる。

⑤ また、各仲裁規則によれば、仲裁廷は、一方審尋保全処分を認める際、基本的に、当該保全処分に対する適切な担保を求めるかどうかについて検討しなければならないと規定されている。なお、2006モデル法と香港仲裁令の下では、暫定措置を発令する場合、担保を求めるか否かは仲裁廷の裁量に委ねられるが、予備命令を発令する場合には、担保の提供の請求は原則とされる。この規定によって、一方審尋保全処分に際して、適切な担保の提供は、双方審尋保全処分の場合より、必要であることを指摘しているものと理解される。債務者の権利を保障する方法の一つであり、担保提供を原則とするのは、正当であると考ええる。

こうして以上の仲裁法・仲裁規則の一方審尋手続のありようをみれば、裁判所における一方審尋保全処分の基準と、ほぼ同様なものとなっていると考えられる。

### 3 日本仲裁法制

#### (1) 日本仲裁法・改正案の概要

日本の現行仲裁法は、1985モデル法に沿って立法されたため、仲裁廷の保全処分発令権限を認める旨の規定が置かれているが、一方審尋手続に関しては定めていない。

モデル法が改正されたこともあり、日本の仲裁法について改正の機運が高まり、令和元年12月から令和2年7月にかけて、2006モデル法に準拠した仲裁法改正に向けた研究会が行われた<sup>114)</sup>。その後、当該研究会を引き継ぐかたちで、法制審議会仲裁法制部会（以下「部会」という。）は、仲

---

114) 商事法務編『仲裁法の見直しを中心とした研究会報告書〔付・諸外国等における仲裁法制についての調査報告書〕』別冊商事法務172号（2020）参照。なお、仲裁法制の見直しを中心とした研究会の資料は、商事法務研究会のホームページで参照可能である（<https://www.shojihomu.or.jp/kenkyuu/tyusaiminaoshi> 2022年10月26日最終閲覧）。

裁法制の見直しに関する検討を開催し<sup>115)</sup>、令和3年10月に「仲裁法の改正に関する要綱案」(以下「改正案」という。)を取りまとめた<sup>116)</sup>。本部会では、2006モデル法に設けた「予備命令」の規定を含め、仲裁廷による一方審尋保全処分の可否が、仲裁法制の見直しにおける検討事項の一つとして取り上げられた<sup>117)</sup>。

改正案によれば、予備命令に関する規定は導入しないことが提案されている。その理由として、次のように述べられている<sup>118)</sup>。

一方当事者のみの手続は、仲裁の基礎にある原則である主張立証の十分な機会付与の原則と両当事者の平等取扱い原則に反するという批判も述べられ、この点については2006モデル法の作業部会での審議に際しても、予備命令に関する規律の導入について強い反対意見があったところである<sup>119)</sup>。

2006モデル法17C条によれば、最終的に予備命令を承認又は変更して暫定措置を発令することができるが、その前に予備命令の対象であるすべて

---

115) 法務省、法制審議会—仲裁法制部会の資料は、法務省のホームページで参照可能である ([https://www.moj.go.jp/shingil/housei02\\_003006.html](https://www.moj.go.jp/shingil/housei02_003006.html) 2022年10月26日最終閲覧)。

116) 法制審議会仲裁法制部会「仲裁法の改正に関する要綱案」(令和3年10月8日) (<https://www.moj.go.jp/content/001361100.pdf>)。

117) 法制審議会仲裁法制部会「部会資料1-1・仲裁法制の見直しにおける検討事項の例」2頁(令和2年10月23日) (<https://www.moj.go.jp/content/001331811.pdf>)。

118) 法制審議会仲裁法制部会「第2回会議・議事録」2頁〔吉川慶発言〕(令和2年11月20日) (<https://www.moj.go.jp/content/001338527.pdf>)、法制審議会仲裁法制部会「部会資料2・仲裁法等の改正に関する論点の検討(2)」4-5頁(令和2年11月20日) (<https://www.moj.go.jp/content/001333276.pdf>)、法制審議会「第190回会議配布資料：民3-3・仲裁法等の改正に関する中間試案の補足説明」11頁(令和3年5月20日) (<https://www.moj.go.jp/content/001349059.pdf>)。

119) 前掲注118)。なお、司法制度改革推進本部事務局「仲裁検討会(第5回)議事録」・前掲注111)参照。

の当事者に通知して、当事者が自ら反論するための機会を与えなければならないのであるから、裁判所による暫定措置の執行手続が行われる前に、当初想定した密行性を実現することができなくなると指摘され、予備命令を承認した暫定措置に基づいて強制執行をする時点では被申立人に知られることとなり、密行性は十分に担保されていないことになるのである<sup>120)</sup>。

しかも、2006モデル法改正に対応したとされる国々は必ずしも予備命令に相当する規定を設けるのではないこと<sup>121)</sup>、他の国、すなわち、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、予備命令に相当する規律は設けられていないと指摘されていた<sup>122)</sup>。

これらの理由を踏まえ、今回の改正案では、予備命令に関する規定を導入しないことを提案したとのことである<sup>123)</sup>。

もっとも、予備命令に関する明文の規定を定めないことは別として、仲裁廷が一方の当事者の申立てのみに基づいて保全処分を発令することができるか否かについては、引き続き解釈に委ねられているものとして残されると指摘している<sup>124)</sup>。

(2) JCAA (日本商事仲裁協会) 仲裁規則 (2021)<sup>125)</sup>

JCAA 規則71条4項によれば、仲裁廷は、保全処分を発令するにあつ

---

120) 前掲注118)。

121) 商事法務編・前掲注114) 35頁。法制審議会仲裁法制部会「第2回会議・議事録」・前掲注118) 2頁、法制審議会仲裁法制部会「部会資料2・論点の検討(2)」・前掲注118) 5頁、法制審議会「第190回会議資料：民3-3・補足説明」・前掲注118) 11頁。なお、前掲注47) 参照。

122) 商事法務編・前掲注114) 35頁。

123) 法制審議会「第190回会議資料：民3-3・補足説明」・前掲注118) 11頁。

124) 法制審議会仲裁法制部会「部会資料2・論点の検討(2)」・前掲注118) 5頁。

125) JCAA 規則はJCAAのホームページで参照可能である ([https://www.jcaa.or.jp/en/common/pdf/arbitration/Commercial\\_Arbitration\\_Rules2021\\_jp.pdf](https://www.jcaa.or.jp/en/common/pdf/arbitration/Commercial_Arbitration_Rules2021_jp.pdf) 2022年10月26日最終閲覧)。

て、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。これは、保全処分が保全処分の対象である当事者に一定の負担を強いる可能性があること、その当事者以外の者も保全処分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すべく制定されたものであるから、裁判所における仮差押命令とは異なり、保全処分は、相手方当事者に知られることなく行うことはできないと解説されている<sup>126)</sup>。つまり、JCAA 規則において、仲裁廷による一方審尋保全処分を許さないのは明らかである。

さらに、JCAA 規則は、緊急仲裁手続も提供しているところ、保全申立てにつき決定する際は、仲裁廷の場合と同様に JCAA 規則71条が適用されることから<sup>127)</sup>、緊急仲裁手続においても一方審尋手続は許されないと理解されている。

(3) 改正案の下での一方審尋保全処分の可否についての検討・私見

前述したように<sup>128)</sup>、今回の改正案は、予備命令の定めを導入しないというものであるが、仲裁廷の一方審尋保全処分権限については、引き続き解釈に委ねられているものとされたことから、解釈論によって、仲裁廷は一方審尋により保全処分を発令する余地はあるのか否かについて検討したい。

改正案の第1の1では、暫定保全措置の定義（類型）及び発令要件について定められ、その(1)1項に「仲裁廷は、当事者間に別段の合意がない限り、仲裁判断があるまでの間、その一方の申立てにより、他方の当事者に対し、次に掲げる措置を講ずることを命ずることができる。〈略〉」とある<sup>129)</sup>。

---

126) 道垣内正人ほか・コンメンタール商事仲裁規則99頁（日本商事仲裁協会、2014）。なお、同コンメンタールは、JCAA 規則2014年版のコンメンタールであるが、一方審尋に対する見解は、現行規則（2021版）と変わらない。

127) JCAA 規則77条1項、71条4項。

128) 本稿 IV 3 (1)「日本仲裁法・改正案の概要」。

129) 法制審議会仲裁法制部会「仲裁法の改正に関する要綱案」・前掲注116)。

では、この定めの下で、仲裁廷は、一方審尋による保全処分を発令することができるのかどうか。

ところで、日本では、民事保全の審理手続において、保全処分の類型によっては、一方当審尋によることができる<sup>130)</sup>。この点について、2002年に行われた仲裁検討会の議事録によれば、UNCITRALの作業部会において、モデル法改正当時に一方審尋保全処分の問題が取り上げられたときに、「日本では、裁判所による保全処分で一方当事者の審尋によって出さなければいけない場合もあるということが——密行性を要する場合ですが——一般に承認されておりますので、またそれは大陸法の他の諸国においても同様でありまして、余り問題意識を感じない」という観点が述べられている<sup>131)</sup>。つまり、日本では、多くの大陸法系の国と同様に、そもそも明示の定めがなくても、保全手続において一方審尋が許されることから、仲裁手続の場合も民事訴訟法のその思考と同じように、解釈によって仲裁廷による一方審尋保全処分を禁じていないという立場にあったと理解されているのである<sup>132)</sup>。この背景を考慮すれば、改正案の下で、仲裁廷は一方審尋保全処分を発令することができるかと解釈する余地はあるものと考えらる。

ただし、一方審尋保全処分を発令することができるとしても、では改正案の下で、一方審尋保全処分を執行することはできるのか、検討する。

一方審尋保全処分を発令したことによって、その名宛人とされた当事者は、執行認可決定を求める段階において防御不可能を主張する可能性が考えられる。

この点について、改正案の第1の5(1)キ④においては、当事者が、仲裁手続において防御することが不可能であったことを証明できる場合、裁判所は、仲裁廷による保全処分の執行を求める申立てを「却下することがで

---

130) 本稿II1「民事手続と仲裁手続の比較」参照。

131) 司法制度改革推進本部事務局「仲裁検討会(第5回)議事録」・前掲注111)。

132) 法制審議会仲裁法制部会「第2回会議・議事録」・前掲注118) 7頁〔三木浩一発言〕参照。

きる」と定められている。これによれば、防御不可能という事由がある場合でも、裁判所が当該保全処分の執行を求める申立てを却下するかどうかは、裁判所の裁量に委ねるとの趣旨であると理解することができるのではないか。すなわち、防御不可能という事由を主張して一方審尋保全処分の執行を求める申立ての却下を求めることができる場合だとしても、裁判所は、当該保全処分は一方審尋により発令する必要があると判断した場合、つまり、一方審尋によるのでなければ保全処分の目的が妨げられるおそれがあると判断した場合には、密行性という価値を優先させて、当該保全処分の執行認可決定をすることができるかと解することもあながち不可能ではないのではないかと考えておきたい。

加えていま一つ検討すべきは、改正案の第1の5(1)コの定めである。これは、「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、前記ア（保全処分の執行）の申立てについての決定をすることができない。」と定めているので、裁判所における保全処分の執行認可決定の段階では双方審尋でなければならないとの趣旨であると理解される。

保全処分を発令するにあたり一方審尋が必要となる場合は、密行性が求められる場合であるので、執行認可決定の段階において双方審尋をしなければならないのであれば、保全処分の発令までは一方審尋であったとしても、強制執行をする時点で相手方当事者に知られることとなり、結局のところ、密行性を貫徹できないのではないかと疑いが残る。

この点について、一方審尋保全処分につき執行段階まで密行性を貫徹することができるようにするために、改正案の第1の5(1)コのような定めではなく、ドイツ法のように、執行段階にあっても、裁判所が密行性を優先すべき必要があると判断すれば、被申立人を審尋することなく、執行認可申立人が、その申立てに関する裁判がされるまで仲裁廷の保全処分を執行することができる旨の規定を置くこととして、一方審尋で足りるとするか、双方審尋でなければならないかについては、裁判所の裁量に委ねるとする方が、それぞれの事件の実情に適切に対応できるのではないかと考え

る。

もっとも、このように考えるとしても、保全処分の相手方に反論する機会を与える制度的な必要があることについては留意しておかなければならない。さらに今後、検討していきたい。