

# 国際商事仲裁審理をめぐる実効性の確保

——中国国際商事仲裁における証拠と暫定的保全措置を中心に——

胡  
光  
輝

- 一 はじめに
- 二 仲裁における証拠の問題
  - 1 挙証責任について
  - 2 証拠調べ
- 三 暫定的保全措置
  - 1 問題所在
  - 2 諸外国の状況
  - 3 中国の場合
  - 4 仲裁廷による保全措置
  - 5 保全措置の範囲・条件
  - 6 保全措置の執行
- 四 結びにかえて

## 一 はじめに

仲裁手続が柔軟に行われることは仲裁の大きな特徴である。近年、仲裁手続の訴訟化がしばしば指摘されている。その主な原因は、「手続の保障」を強く志向する多くの法律家の仲裁審理における手続の厳格化によって生じたのであろう。厳格な訴訟手続は一つの合理的な手続モデルとして参考に値するが、迅速性ないし柔軟性を求められる以上、訴訟手続のように厳格化してしまうと、かえって仲裁の機能が發揮できなくなる。

仲裁申立てが受理され、仲裁廷が構成されてから、仲裁人は、公正かつ迅速に仲裁審理を行わなければならない。その審理方式は、各国の仲裁法及び仲裁規則を見てもわかるように、大きな違いがあるわけではない。勿論、仲裁手続において仲裁人の裁量に委ねる部分が多いから、具体的な審理方法及び進み方は千差万別であるが、一般的には、国際商事仲裁の審理において「非公開原則及び仲裁人の守秘義務」の点は、国際的な共通認識といっても過言ではない。中国では、仲裁案件は原則として開廷審理すべきであるが、当事者双方の申立てにより、又は当事者双方の同意を得て、仲裁廷も開廷審理する必要がないと認められれば、仲裁廷は書面文書のみに基づいて審理を行い、仲裁判断を出すことができる<sup>(1)</sup>。また、仲裁廷の開廷審理する案件は非公開で行い、当事者双方が公開審理を要求するときは、仲裁廷がそれを公開するか否かを決定する<sup>(2)</sup>。非公開審理する案件については、双方当事者及びその仲裁代理人、証人、仲裁人、専門家、鑑定人、仲裁委員会秘書局の関連人員は、外部に案件の実体と手続の進行状況を洩らしてはならない。それから、仲裁廷開廷の際、一方の当事者が出席しないときは、仲裁廷は欠席審理あるいは欠席仲裁判断を出すことができる<sup>(3)</sup>。

仲裁は、一審終局であるから、訴訟手続のような厳格さは要求されないが、当事者の意向を十分に尊重し、また、

その言い分によく耳を傾けなければならない。意見陳述と証拠提出の十分な機会を当事者に与えるために、仲裁人は、何が重要な点であるかを当事者に開示し、この点に関する認識の共通化に努めなければならない。<sup>(5)</sup>このように、手続審理においては仲裁人に手続裁量権を与えている。たとえば、UNCITRAL 国際商事仲裁模範法は、「この法律の規定に反しない限り、当事者は、仲裁廷が手続を進めるに当って従うべき手続規則を、自由に合意して定めることができる。2 かかる合意がないときは、仲裁廷は、この法律の規定に反しない限り、適当と認める方法で仲裁を進行させることができる。仲裁廷に付与される権能は、証拠の許容性、関連性、重要性及び証明能力について決定する権能を含む<sup>(6)</sup>」と規定している。

しかし、仲裁人に手続の裁量権を与えていると言っても、問題がないわけではない。たとえば、証拠の収集については、仲裁人に裁量権が与えられているが、国際商事仲裁の場合は、仲裁廷は、異なる国の複数の仲裁人によって構成される例が多々あるから、裁量権に対する考えも異なる可能性が出てくる。また、仲裁人は当事者に対して証拠を調べたり、提出を命じたりすることはできるが、当事者以外の第三者がその証拠を所持している場合は、仲裁廷はその第三者に対して証拠を調べたり提出を命じたりすることができるか否か、問題となる。この点に関しては、諸外国は、司法による援助を求めることができるとなっているが、中国法の場合は、依然として不明のままである。さらに、必要な証拠は仲裁地国<sup>(7)</sup>以外の国にある場合は、どのようにその証拠を調べたり、提出させたりすることができるか、問題となる。なお、保全措置に関していえば、諸外国において仲裁人に保全措置を下す権限を認めることは、ほぼ異論ない状況であるが、執行力が問題となっている。この点に関する中国の立場は、このような国際潮流とは逆に仲裁廷は保全措置を命じる権限すらなく、依然として裁判所しかその権限を有しない。また、国境を越える証拠調べの問題と同様に、他国にある証拠ないし財産に対して保全措置を下しても、どこまで実効性を有するか、疑問が多

い。

本稿は、上述した様々な問題をめぐる中国の状況を考察すると同時に、仲裁審理をめぐる司法の役割を分析する。

## 二 仲裁における証拠の問題

裁判では、一定の実体法に基づいて権利義務の存否が判断されるが、実体法を適用するには、構成要件に該当する事実の認定を行う必要がある。裁判官がその事実の存在につき心証を形成するために、当事者に挙証責任が課せられている。この点については、仲裁も同様である。既述したように、仲裁の場合は一審限りであり、かつ仲裁人に裁判官以上の裁量権が与えられているから、証拠の重要性、紛争当事者の挙証責任の重大さは極めて大きい。中国仲裁法においては、仲裁判断の根拠となる証拠が偽造され、又は事実認定を用いる主要な証拠が欠けている場合は、その仲裁判断が取消され又は執行されなくなる。<sup>(8)</sup>しかし、各国の仲裁法においては、証拠に関してはそれほど詳細に規定を設けているわけではない。まさに上述した模範法の規定に示されている通り、「仲裁廷は、この法律の規定に反しない限り、適当と認める方法で仲裁を進行させることができる。仲裁廷に付与される権能は、証拠の許容性、関連性、重要性及び証明能力について決定する権能を含む」のである。言い換えれば、仲裁手続においては、民事訴訟のような厳格な証拠法を排除する、と解することができる。この点は、国際商事仲裁分野においては、一般的な認識となっているといえよう。

しかし、厳格な証拠法を排除するからといって、仲裁手続において証拠法を完全に無視する事ができることにはならず、証拠自体は重要視されないことではない。何故なら、退職した裁判官や弁護士等の法律家が仲裁人となった場合は、それまでに影響を受けた自国の証拠法に基づいた考え方が自然に仲裁手続においても反映されるから、よっ

て、国別の仲裁人である場合は、仲裁人に与えられている裁量権、すなわち「証拠の許容性、関連性」等についてを裁量するとき、食い違いが発生する可能性がある。また、既述したように、仲裁判断において事実認定に足りる証拠がなければ、その仲裁判断が取消されることになる。なお、証拠が不十分であれば、仲裁判断を下す仲裁人の心証が確信まで達せず、真偽不明として挙証責任という問題が生じる。勿論、ここでの「心証の確信」といつても、自然科学的証明とは違って、完全に疑いがないことまでは要求されないが、迅速性を重視する国際商事仲裁においては、当事者がいかに確固たる証拠を提出できるかが決め手となる。確かに、仲裁手続における当事者は、自らの主張又は根拠となる事実を立証する責任を負っているから、積極的に証拠を提供することが期待できるが、当事者以外の証拠所持者に対して証拠の提出を要求するとき、裁判所に依頼して証拠を提出させるほかない。このような場合は、やはり裁判官が厳格な証拠法手続に基づいて仲裁を援助することになる。したがって、証拠法の仲裁手続への影響、係わり合いについて正確に把握する必要がある。

そこで、以下、中国民事訴訟法における証拠の関連制度を概観しながら、仲裁手続における証拠の問題を考察する。

### 1 挙証責任について

挙証責任<sup>(9)</sup>とは、証拠から事実が明確にされない場合にどのように判断するか、という話であり、その場合に不利益を負うことになる当事者は、証明責任を負っているとされる。挙証責任を有する当事者は、挙証責任の適用により被る不利益を回避するために、証拠を集めて証明しなければならぬ。したがって、挙証責任は仲裁審理において、事実の確定が必要とされる場合には、「常に考えなければならぬ極めて一般的な問題<sup>(10)</sup>」である。中国仲裁法及び民事

訴訟法は、「当事者は、自己の行った主張について、証拠を提出する責任を有する」と規定し、また、CJETAC2000仲裁規則も、「当事者は、自分の申立て、答弁や反対申立ての根拠となる事実について証拠を提出しなければならぬ」と規定している。すなわち、仲裁審理の段階において、当事者はその主張、答弁、反申立て等を行うとき、十分な証拠を提出し証明しなければならず、証拠不十分により生じる判断結果は当事者自身が責任を負わなければならない、仲裁における挙証責任は完全に当事者にあるとしているのである。

しかし、上述した規定は証拠が提供されず、及び要証事実が真偽不明である場合については触れていない。国際商事仲裁実務においては、挙証責任については余り問題が生じていないが、司法現場においては、裁判官が挙証責任に關しては正しく理解することができず、当事者が証拠提供できない場合又は十分な証拠を提供できない場合は、どうすればよいのか、裁判官が戸惑ってしまう現象が生じ、さらに、事実が真偽不明の場合は、裁判官が裁判を拒否する事態すら生じてしまう、と指摘されている。<sup>(13)</sup>とりわけ、挙証責任の問題は中国の民事裁判において大きな問題であった。そこで、この問題を解消するため、最高人民法院は「民事訴訟証拠についての若干規定」(以下、「規定」と称する)という司法解释を公布し、改めて挙証責任について規定した。すなわち、「当事者は、自己が提出した訴訟請求の根拠とする事実又は相手方の訴訟請求に対する反論の根拠となる事実につき、証拠を提出して証明する責任を有する。2 証拠がなく又は証拠が当事者の事実に対する主張を証明するに足らない場合は、挙証責任を有する当事者が不利な結果を負う」と規定した。<sup>(14)</sup>

上述した諸法規定によると、仲裁における挙証責任については完全に当事者にあるとしているが、具体的に、ある事実につき挙証責任を負うのが誰か、という挙証責任の分配問題が解明されているわけではない。仲裁人が、仲裁判断が依拠する事実につき、その存在の心証が得られない場合は、その事実を仲裁判断の根拠とすることはできない。

仲裁においても、挙証責任の分配が問題となる。<sup>(15)</sup>次に、中国法における挙証責任の分配問題についての関連規定を見ることが出来る。

挙証責任の分配の問題については、実体法の規定から見る事ができる。たとえば、民法通則は、「高空、高圧、可燃、爆発、劇毒、放射性、高速度輸送手段等の周囲の環境に対して高度の危険を有する作業に従事し、他人に損害を与えた者は、民事責任を負わなければならない。損害が、被害者の故意によるものであることを証明できる場合は、民事責任を負わない」と規定している。また、「建築物又はその他の施設及び建築物上置く物・掛物が倒壊、脱落又は墜落して他人に損害を与えた場合は、その所有者又は管理責任者は、民事責任を負わなければならない。ただし、自己に過失がないことを証明できる場合は、この限りではない」と規定している。<sup>(16)</sup>このような規定は、他の法律<sup>(17)</sup>でもみることが出来る。

しかし、上述の規定は、極めて狭い範囲内に限られており、その限界が明らかである。換言すれば、挙証責任自体は全く重要視されていない。「規定」が制定されるまで長期にわたって、中国では挙証責任の分配に関する明確な基準は存在しなかった。挙証責任の分配問題については、時代の推移とともに、立法当時の挙証責任の分配の考え方は、適用できなくなる可能性がある。仮に、立法当時の規定自体は明確であっても、現代の紛争には立法当時に予定されていない要素があるからである。

そこで、「規定」は、「契約紛争事件において、契約の成立及び効力を主張する当事者の一方は、契約の締結及び効力発生の事実の挙証責任を負う。契約関係の変更、解除、終了、撤回を主張する一方当事者は、契約関係の変動を引き起こす事実の挙証責任を負う。2 契約の履行の有無について生じた紛争の場合は、履行義務を負う当事者が挙証責任を負う。3 代理権の発生について生じた紛争の場合は、代理権を主張する一方当事者が挙証責任を負う」と規

定し、また、「以下に掲げる事実については、当事者は挙証して証明する必要がない。（１）周知の事実。（２）自然法則及び定理。（３）法律の規定又はすでに知られている事実及び日常生活の経験法則に基づき、推定することができるその他の事実。（４）既に人民法院の法的効力を発生した裁判に確認された事実。（５）既に仲裁機関の効力を発生した判断に確認された事実。（６）既に有効な公証文書に証明された事実。２ 前項（１）、（３）、（４）、（５）、（６）号は、当事者が覆すにたる相反する証拠がある場合を除く」と規定している。

上述したように、立法当時の挙証責任の分配の考え方は、必ずしも将来の状況にも適用できるとは限らない。したがって、そのような状態が生じた場合は、証拠の所在、蓋然性、挙証の難易、当事者の挙証能力、信義則等を考慮し、さらに、当事者の利益を衡量して挙証責任の分配を決める必要が生じる。「規定」においてもこのような状況を想定して、それに対応するための規定を設けているのである。すなわち、「法律に具体的規定がなく、本規定及びその他の司法解釈によっても挙証責任の負担を確定することができない場合は、人民法院は、公平の原則及び信義誠実の原則に基づき、当事者の挙証能力などの要素を総合して挙証責任の負担を確定する」としている。因みに、上述した証拠に関する司法解釈については、仲裁実務にとつて参考となるが、あくまでも裁判規範であつて仲裁廷にとつて拘束力を有しない。そういう意味では、裁判にも仲裁にも適用できる証拠に関する立法が必要とされる。

なお、証拠方法については、中国仲裁法は、規定を置いていないが、基本的に訴訟のと同様であると考へてよい。中国民事訴訟法は、「証拠には、次の各号に掲げるものが含まれる。①書証、②物証、③視聴覚資料、④証人の証言、⑤当事者の陳述、⑥鑑定結果、⑦検証記録」としている。ただし、仲裁の場合は訴訟手続と違って、厳格な証明は要求されておらず、証拠調べの手続はより簡易である。もともと、仲裁手続においては、特別の場合でない限り、書証を省略し、当事者間で実質的に争われているところに重点をおいて証拠を調べるべきである。



## 2 証拠調べ

中国仲裁法は、「仲裁廷も必要と認めれば自ら事実を調査し証拠を収集することができる」とし、また、CIETAC2000 仲裁規則によると、「仲裁廷が自ら事実を調査し証拠を収集するとき、その場に当事者の立会いの必要がある認めれば、直ちに当事者双方に通知しなければならない。通知したにもかかわらず、一方あるいは双方当事者が現れないとしても、仲裁廷の事実調査あるいは証拠収集に影響を及ぼすのではない」としている<sup>(23)</sup>。

仲裁廷は、当事者の提出及び主張した事実拘束されることなく、自らの判断いわゆる「自由心証」によってその事実ないし証拠の適格性を判断することができる。とりわけ、仲裁の審理においては、自然科学的証明のような少しの疑いもあつてはならないような証明を要求せず、また、裁判のように厳格な事実証明も要求されることなく、しかも裁判のように弁論主義を採用しているわけではないから、举证責任を負う当事者の立証の不充分を仲裁廷が補うことができる。仲裁廷は事実の調査及び証拠の収集を「必要と認めれば」、当事者が立ち会わなくても職権をもって事実を探知することができる。いわゆる職権探知主義を採用しているのである。ただし、事実認定ないし証拠調べについては、職権主義を採用しているとはいえず、仲裁手続については、やはり当事者の合意に基づくという前提があるから、仲裁廷の裁量権よりも当事者の決定権が尊重されなければならない。したがって、当事者双方で一致している事実については、原則として尊重しなければならない<sup>(24)</sup>。

このように仲裁廷は、仲裁手続において原則として当事者間の合意を尊重しなければならない。当事者の合意によって構成された私的裁判所であるから、証拠調べの権限は極めて限定的であるといえる。何故かというのと、たとえば、証拠調べの段階において、第三者がかかわることになると、その第三者に義務を課する証拠調べや強制力を伴う証拠調べなどといった国家の司法に留保されている権限を有しない。任意に出頭した証人又は鑑定人を尋問し、また、任

意に提出した文書などを調べることができるが、拒否された場合は、強制的に証人や鑑定人に対して出頭を命じることができない、などという問題がある。結果として、証拠調べにおいても裁判所の援助が必要となる。また、裁判所に求める申立ては仲裁廷が行うか、当事者が行うかという問題もある。確かに、当事者は仲裁手続について合意して決めることができるが、仲裁廷は手続の進行に関しては、マネジメントをしなければならない。したがって、当事者が仲裁廷とは相談せず、同意を得ないまま裁判所に証拠調べの申立てを行うと、場合によって仲裁手続の円滑な進行に障碍を与えてしまう可能性が生じかねないから、やはり仲裁廷が何らかの形で関与する必要があるといえよう。<sup>(25)</sup>

この点については、諸外国の仲裁法は、基本的に仲裁廷又は仲裁廷の許可を得た当事者が裁判所に援助を求める申立てを行うことができる旨の規定を設けている。たとえば、UNCITRAL 国際商事仲裁模範法は「仲裁廷又は仲裁廷の許可を得た当事者は、この国の権限ある裁判所に対し、証拠調べのための援助を申立てることができる。裁判所は、その権限内で、かつ証拠調べに関する規則に従い、申立てを実施することができる」と規定している。

ドイツ仲裁法は「仲裁廷又は仲裁廷の同意を得た当事者の一方は、裁判所に対して、証拠調べの際の援助又は仲裁廷の権限に属さないその他の裁判所の行為の実施を要請することができる。裁判所は、不適法と認める場合を除き、証拠調べ又はその他の裁判所の行為について適用される手続に従い、この要請を実施する。仲裁人は、裁判所の証拠調べに出席し、かつ、質問する権限を有する」と規定している。

さらに、これらの仲裁法を参考にした日本新仲裁法は、「仲裁廷又は当事者は、民事訴訟法の規定による調査の囑託、証人尋問、鑑定、書証（当事者が文書を提出してするものを除く）及び検証（当事者が検証の目的を提示してするものを除く）であって仲裁廷が必要と認めるものにつき、裁判所に対し、その実施を求める申立てをすることができる。ただし、当事者間にこれらの全部又は一部についてその実施を求める申立てをしない旨の合意がある場合は、

この限りでない。2 当事者が前項の申立てをするには、仲裁廷の同意を得なければならぬ。3 第一項の申立てに係わる事件は、第五条第一項の規定にかかわらず、次に掲げる裁判所の管轄に専属する。①第五条第一項第二号に掲げる裁判所 ②尋問を受けるべき者若しくは文書を所持する者の住所若しくは居所又は検証の目的の所在地を管轄する地方裁判所 ③申立人又は被申立て人の普通裁判籍の所在地を管轄する地方裁判所（前二号に掲げる裁判所がない場合に限る。）4 第一項の申立てについての決定に対しては、即時抗告をすることができる。5 第一項の申立てにより裁判所が当該証拠調べを実施に当り、仲裁人は、文書を閲読し、検証の目的を検証し、又は裁判長の許可を得て証人若しくは鑑定人（民事訴訟法第二二三条に規定する鑑定人をいう。）に対して質問をすることができる。6 裁判所書記官は、第一項の申立てにより裁判所が実施する証拠調べに<sup>(26)</sup>着いて、調書を作成しなければならない。」と規定している。

しかし、中国仲裁法や民事訴訟法では、当事者以外の第三者に証人として出頭を要請し拒否された場合については何らの規定も設けていない。確かに、実務においては、証拠調べに關しては当事者双方の任意的な協力を期待することができようが、問題が生じないわけではない。いわゆる真実発見のための十分な手段が制度的に担保され、仲裁をより実効性を持たせるためには、裁判所の援助が不可欠であり、その役割も極めて大きいのである。したがって、裁判所に協力を求めることができるように一定の法的な根拠を与える必要がある<sup>(27)</sup>。

なお、証拠調べについては、その対象は同じ国内であれば、問題はないが、国際商事仲裁の場合は、国籍を異にする当事者であるケースが多いから、国境を越える証拠の提供ないし証拠調べ等の問題が生じる場合は、仲裁廷又は当事者がその証拠にある外国の裁判所に対して、直接に援助を求めることができるかどうか、問題となる。たとえば、仲裁地が東京であつて、ヒアリング等の手続を中国で行う場合を想定すると、たまたま証拠を所持する第三者が中国

にいる場合は、中国の裁判所にその第三者に証拠を強制的に提出させることを求めることができるかどうか。確かに、証拠調べに関する問題は殆ど実務において生じないが、仮に上述した例が生じた場合は、解決できるか否かやはいり各国の仲裁制度のあり方、又はどのような政策を持つかという点にかかわるのである。

上述した模範法は、「仲裁廷又は仲裁廷の許可を得た当事者は、この国の権限ある裁判所に對し、証拠調べのための援助を申立てることができる。」という規定からも分かるように、また、「外国が仲裁地となっている仲裁又は外国で行われている仲裁に関して、仲裁裁判所又は仲裁事件の当事者から内国の裁判所その他の当局に直接に証拠調べを依頼してきても、その依頼を受けた内国の裁判所としては如何なる仲裁機関又はいかなる者から、いかなる手續において、またいかなる理由にもとづいて依頼されたかを確認しえないので、このような援助を求める申立てに應ずることとは適当とは思われない。これを確認するためには、依頼方式、その内容、添付の書類等について予め定めておく必要がある。そのためには、結局これらの事項について国家間の合意によって、定める必要がある。したがって、仲裁地又は仲裁手續の現に行われている裁判所からの共助の囑託の方法によることが適当であろう」という指摘があるように、外国で証拠調べを必要とする場合は、まず仲裁地又は現に仲裁手續が行われている地の裁判所に証拠調べのための援助の求めを申立て、その裁判所がさらに国際的司法共助の形で、必要となる相手国の裁判所に援助を求められないといえよう。

因みに、司法共助については、一九九八年一〇月まで、中国は二五ヶ国との間に民商事司法共助条約を締結している。上述したような仲裁地は日本であつて、司法共助の形で中国の裁判所に証拠調べについての協力を求めても、援助してもらえないであろう。反対のケースであつても、結果は同じであるといえよう。何故かという点、中国仲裁に関する法律も、日本の新仲裁法も、このような証拠調べを援助する規定を設けていない。また、以前、両国とも、相

手国の裁判所が出した判決の効力を認めないという前例<sup>(30)</sup>があつたからである。

以上、証拠収集について論じてきたが、仲裁手続において、証拠の重要性は改めて強調するまでもない。公正な仲裁判断のためには、当事者から迅速かつ正確な証拠が提出され、仲裁人が自由な裁量権に基づいてそれを審査する必要がある。ただし、仲裁の場合は、私的自治を原則として掲げているので、仲裁人は、厳格な証拠法の規定に縛られず、より柔軟に証拠収集を行わなければならない。この点については、各国の法ないし仲裁規則においても、同趣旨の規定を設けている例が多い。たとえば、典型的な例としては、上述した UNCITRAL 国際商事仲裁模範法では、当事者が自由に仲裁手続を合意して定める (parties are free to agree on procedure) ことができる、と規定しているが、<sup>(31)</sup>「かかる合意がない場合は、仲裁廷は、この法律の規定に反しない限り、適当と認める方法で仲裁を進行させることができる。仲裁廷に付与された権能は、証拠の許容性、関連性、重要性及び証明能力について決定する権能を含む (The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.)」<sup>(31)</sup>と規定し、UNCITRAL 仲裁規則においても、「仲裁廷は、提出された証拠の許容性、関連性、及び重要性について決定する」と規定している。<sup>(32)</sup>また、模範法を採用した国、たとえば、ドイツ仲裁法、韓国仲裁法も同様な規定を設けている。さらに、証拠に関しては、徹底した当事者主義とも言えるイギリスにおいては、ドイツや中国等の大陸法系の国と比べて極めて厳格なはずであったが、一九九六年の改正仲裁法において、模範法の規定を全面的に受け入れ、証拠に関する仲裁廷の裁量権をはっきりと認めるようになった。すなわち、「両当事者間で合意により取り決める権利を侵害しない限り、仲裁廷はすべての手続及び証拠に関する事項を決定する」<sup>(33)</sup>と規定している。なお、日本新仲裁法も、やはり模範法の規定を受け入れ、仲裁廷が

従うべき仲裁手続の準則は当事者の合意がない場合は、「仲裁廷の権限には、証拠に関し、証拠としての許容性、取調べの必要性及びその証明力についての判断をする権限が含まれる<sup>(34)</sup>」としているのである。

このように、仲裁手続における証拠の問題は、まず当事者の合意によることが、仲裁における当事者自治原則の必然的な要求であるといえよう。なお、このような合意がない場合に、仲裁廷の裁量に委ねることも、多くの国で認められている。こうしてみると、当事者が仲裁廷のいずれか決めることになるのだから、証拠法自体を無視してもよいのではないかと、あるいは仲裁手続に与える影響がないのではないかと、という疑問も生じるかもしれない。しかし、現実には、証拠に関する取り扱い、各国で必ずしも一致しているわけではないから、証拠の許容性や証拠調べなどについては、仲裁地国の証拠に関する法規定を十分に理解する必要がある。また、「厳密な法律の適用問題とは別に、仲裁人や代理人が法律教育や実務経験を通じて慣れ親しんだ国の証拠法が、実際の仲裁手続の進行や、結果に及ぼす影響<sup>(35)</sup>」も無視できない。

### 三 暫定的保全措置

#### 1 問題所在

国際商事仲裁は、私人たる第三者が仲裁人として判断を下し、紛争解決を図る一種の私的裁判である。その審理は、仲裁契約に基づいて、当事者の一方ないし双方の申立てによる。しかし、合意を前提にしているといつて、必ずしも当事者が積極的に仲裁審理に協力するわけではない。当事者間は、あくまでも裁判のように対立関係にあるから、仲裁判断に至る過程において、何らかの暫定的保全措置 (interim measures of protection)<sup>(36)</sup> を講じる必要がある。たとえば、仲裁手続を円滑に行うための証拠保全や、仲裁判断の実効性を確保するために、財産保全措置など

がある<sup>(37)</sup>。暫定的保全措置の目的は、紛争解決されるまでの間の当事者間の現状維持 (preserving the status quo) 及び仲裁判断が下された後の執行のための資産 (assets) 又は財産 (property) の確保<sup>(38)</sup>にあるから、仲裁手続の中で、暫定的保全措置の果たす役割はきわめて大きい<sup>(39)</sup>。

国際的には、暫定的保全措置を命じる権限については概ね以下の三種類<sup>(40)</sup>に分けることができよう。すなわち、裁判所による (power exclusive to the courts) 保全処分と仲裁廷による (power exclusive to the arbitral tribunal) 保全措置及び裁判所も仲裁廷も同時 (concurrent powers) に保全措置を命ずる権限<sup>(41)</sup>である。中国では、一九八二年三月から、「民事訴訟法 (試行)」によって裁判所 (人民法院) に保全措置を行う権限を与えた。それまでに、仲裁委員会が保全措置を行使した (当時の仲裁委員会は完全な行政機関であるからである)。現在では、仲裁機関による保全措置は認められていない。しかも、保全措置を講ずるか否かの裁量権は完全に裁判所に委ねられている。しかし、このようなり方に従うと、本来事件の内容をよく知る仲裁廷が迅速に保全命令を下すことができず、裁判所が一から審理を行うため、時間の浪費のみならず、場合によっては当事者が公開したくない情報をも漏洩してしまう虞すらある。事実関係などについては、仲裁廷がよくわかるから、一定の裁量権を与えた方が妥当であろう。

この点については、世界的にみても、一九七〇年代まで、当事者間に仲裁契約があっても裁判所に保全措置を申立てることが妨げられないという考え方は、疑われることがなかった。しかし、その後、オーダーメイドの紛争解決様式である仲裁の利用が国際商事仲裁の分野において急速に拡大し、理論上も深められるにつれ、その絶対性はすこしずつ緩みはじめるようになった。一方において、仲裁廷による保全措置の発令権限を認めようという動きがある。仲裁人は終局的な仲裁判断だけではなく、中間的あるいは部分的な仲裁判断をも下すことができることによって、仲裁手続の内部において暫定的規制の問題を処理する可能性が開かれるという考えである。他方においては、上述したよ

うに、当事者の合意に基づき、また当事者の自治の原則を尊重することからみると、裁判所に保全措置を求めることは、必ずしも当事者の利益に合致するとは限らないし、場合によっては仲裁契約の意味を損なうことになろう、という認識が拡がりつつある<sup>(42)</sup>。現在では、国際的な流れとしては、仲裁廷が保全措置を下す権限を認めることが、ほぼ定着しているといえよう。

仲裁廷に保全命令の権限を与えることに関しては、それほど難しい問題ではないが、権限に基づいて保全命令を下しても、仲裁廷には強制執行できないので、その保全命令がいかなる効力をもつか、問題となる。また、仲裁廷にも執行力を有する保全命令を下す権限を与えれば、それは裁判所が下した保全命令との間の関係をどのように考えればよいのかも問題となる。さらに、仲裁廷が下した保全命令は、国内で執行されるならば余り問題がないが、国際商事仲裁の場合は、異なる国籍を有する当事者の間で生じたケースが殆どであるから、この場合は相手国で保全命令を執行することができるとか、という問題もある。

## 2 諸外国の状況

仲裁廷に保全措置を下す権限を付与したことは殆ど異論がない。たとえば、模範法は、「当事者が別段の合意をしていない限り、仲裁廷は、当事者の申立てにより、紛争の対象事項に関し、仲裁廷が必要と認める暫定保全措置をとることをいかなる当事者に対しても命じることができる。仲裁廷は、いかなる当事者に対しても、かかる措置に関して相当の担保を提供することを要求することができる<sup>(43)</sup>」と規定し、国際的に仲裁廷による保全措置を命じることができることを認めよう、という流れを作ったのである。そして、現在に行われている模範法の改正作業についての議論は、仲裁廷が発令した暫定的保全措置の執行を裁判所に求めることができるということを前提として、具体的な条



文を作成しているところである。

なお、模範法を採用して作られたシンガポール国際仲裁法は、仲裁廷の権限として、「仮差止め (interim injunction) 又はその他の仮処分」と規定した上、さらに「仲裁手続において仲裁廷によってなされたすべての命令 (order) 又は決定 (direction) は、高等法院 (High Court) 又は高等法院の裁判官の許可によって、裁判所によってなされたのと同じの執行力を有するものと規定している<sup>(44)</sup>。すなわち、裁判官の許可を条件に仲裁廷が下した保全措置の執行力を間接的に認めたのである。

また、シンガポールと同様に、一九九八年改正のドイツ民事訴訟法は、「当事者が異なる合意をしている場合を除き、仲裁廷は、当事者の申立てに基づいて、係争物について必要と認める暫定的又は保全的な措置を命じることができる。仲裁廷は、当事者に対して、このような措置に関連して適当な担保の提供を求めることができる」と規定し、さらに「裁判所は、当事者の申立てに基づいて、第1項の措置の執行を許可することができる。ただし、これに相当する仮の権利保護の措置が裁判所に既に申立てられている場合は、この限りではない。裁判所は、この措置の執行に必要なならば、異なる命令を発することができる<sup>(45)</sup>。」と規定している。このドイツの規定は、「象徴的なできごと<sup>(46)</sup>」であると指摘されている。そもそも、ドイツにおける伝統的な考え方は、一九六〇年頃まで、一般に保全処分を下す権限は裁判所が専有する権限であつて、当事者は合意によって仮差押え、仮処分、仮の命令等を仲裁廷に委ねることができなかつたのである。一九七〇年代後半になってから、仲裁廷が仲裁判断によって保全処分を命じる可能性を認めるドラスチックな説が登場し、伝統的な考え方 (通説) との間で議論が展開されてきた<sup>(47)</sup>。さらに、模範法の制定によって、世界的な動向は、一気に仲裁廷が保全措置を命じる権限を与えよう、という考え方に傾斜するようになった。ドイツもこの趨勢を拒むことなく、全面的に模範法を参考し、仲裁法を改正したのである。しかもさらに一歩進んで仲

裁廷による保全措置の執行も条件付きで認めることになった。

それでは、ドイツ法を継承した日本の立場はどうであろうかというところ、新仲裁法が制定されるまで、保全措置についての明文はなかった。判例では、「仲裁契約が締結されている私法上の権利関係について本案訴訟が提起された場合には、被告の抗弁をまつて訴は不適法として却下される」としながら、民事紛争はあくまで自主的解決が望ましいから、有効な仲裁契約が存在する限り裁判所の手を煩わす必要がないという考えに基づいて訴権を認めないに過ぎない。したがって、「仲裁契約の存在は保全請求権に影響を及ぼさないのであって、保全の必要性があればこれを被保全権利とする仮処分は許されるのであり、かかる仮処分の本案が判決手続の代用手続である仲裁手続となる点に通常の仮処分との相違があるに過ぎない」としたのである。解釈としては、仲裁の抗弁は、本案訴訟において提出することができ、<sup>(48)</sup>「保全訴訟においては提出できないと解する。仲裁に付託したことは保全処分の必要性を阻却するものではない」との解釈が通説の立場であり、判例の見解を支持しているのである。しかし、上述した判例は、仲裁人が保全措置を命じる権限を有するか否かについては判示していない<sup>(49)</sup>、と指摘されている。また、「仲裁裁判所は、仲裁契約があつても、仮差押・仮処分命令(保全措置)を発することはできない。ただし仲裁契約中にその旨の合意がされているときは、この限りではない」と述べられ<sup>(51)</sup>、「最終的に仲裁判断をなすべき仲裁人の保全命令は事実上大きな影響力をもつこと、強制力が必要であれば、当事者として裁判所による保全命令の途を選ぶことができることなどからして、仲裁人の保全措置が執行力を欠いても、さしたる不都合はないとも考えられる」とも述べられている<sup>(52)</sup>。すなわち仲裁人が中間的措置としての保全措置を命じる権限を有する、との見解も多く存在しているのである。このような状況の中、日本新仲裁法は模範法の規定を採用して、「仲裁合意は、その当事者が、当該仲裁合意の対象となる民事上の紛争に関して、仲裁手続の開始前又は進行中に、裁判所に対して保全処分の申立てをすること、及びその申

立てを受けた裁判所が保全処分を命ずることを妨げない」と規定し、さらに、「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、当事者に対して、紛争の対象について仲裁廷が必要と認める暫定措置又は保全措置を講ずることを命ずることができる。2 仲裁廷は、いずれの当事者に対しても、前項の暫定措置又は保全措置を講ずるについて、相当な担保を提供すべきことを命ずることができる」と規定している。<sup>(53)</sup>ただし、日本の新仲裁法では、どのような形で暫定的保全措置の執行を行うかという点については、規定が設けられていないから、一つの課題として残されている。

また、アメリカにおいては、連邦仲裁法には何らの規定も設けられていないが、カリフォルニア、オレゴン、テキサスの各州の仲裁法は、仲裁人の保全措置を命ずる権限を認めるだけでなく、執行力も与えている規定を設けている。<sup>(54)</sup>AAA国際仲裁規則にも明文があり、判例も基本的に仲裁人のこの権限を認めている。<sup>(55)</sup>その他、たとえば、オランダ、スイス、フランス、ベルギー等の国の仲裁法においても、仲裁人が暫定的保全措置を命ずる権限を認めている。

### 3 中国の場合

このように、世界的な流れは、仲裁廷に保全措置を命ずる権限を積極的に認めようとしているが、中国仲裁法は、それを認めていないのである。

中国仲裁法は証拠保全については、「涉外仲裁の当事者が証拠保全を申し出た場合、涉外仲裁委員会は、当事者の申立てを証拠所在地の中級人民法院に提出しなければならない」と規定し、CIETAC2000仲裁規則は、「当事者が証拠保全を申立てるとき、仲裁委員会は当事者の申立てを証拠所在地に人民法院に提出し、裁定をしなければならない

い。<sup>(56)</sup>」としている。また、財産保全については、「当事者一方が相手方の行為又はその他の原因により、仲裁判断を執行することができず、又は執行が困難となる可能性がある場合、財産保全を申立てることができる」とし、「当事者の財産保全の申立てに対し、仲裁委員会は当事者の申立てを民事訴訟法の関連規定によって、人民法院に提出しなればならない<sup>(57)</sup>」と規定している。一九九一年民事訴訟法は、「当事者が財産保全の申立てを行う場合には、中華人民共和国の涉外仲裁機関は、当事者の申立てを被申立人の住所地または財産所在地の中級人民法院に提出し、裁定を付さなければならぬ<sup>(58)</sup>」としている。既述したように、これらの規定によると、仲裁廷が保全措置を命ずる権限を認めないだけではなく、当事者が直接に裁判所に保全措置を申立てる権利も奪われてしまうのである。そこで、以下では、国内における証拠保全及び財産保全についての二つの裁判例を紹介して考察する。

（一） 裁判例

事件 i X（申立人）と Y（被申立人）は、A（合併会社）を設立するため合併契約を締結したが、出資の問題をめぐって紛争が生じたのである。X は、契約の中の仲裁条項に基づいて Y の出資が虚偽であることを理由に中国国際経済貿易仲裁委員会（以下 CIETAC と称する）に仲裁を申立てた。Y は、仲裁申立て書を受領した後、二〇〇一年八月三日、CIETAC に対して証拠保全の申立てを提出し、A に対し、二〇〇一年六月以前の帳簿・証憑につき証拠保全を行うように求めた。その理由は以下の通りである。この仲裁の争点は、出資の虚偽は事実であるか否かについて、A の帳簿からはっきりとみることができると、帳簿・証憑は大事な証拠となるはずである。しかし、A は、現在 X の支配下にあり、これらの証拠は改竄・消滅される可能性が極めて大きい。したがって、合法的権益を維持・保護し、順調に仲裁が進み及び裁決が公正に行えるために、証拠保全を申請する。

CIETAC は、Y の証拠保全申請を受領した後、中華人民共和国仲裁法（以下仲裁法と称する）第六八条の規定に基

づき、二〇〇一年九月六日、Yの証拠保全申請書一式一部を証拠所在地の中級人民法院である江蘇省南通市中級人民法院に提出した。同時に、「仲裁法の関係規定に基づき、保全措置を執るか否かは、南通市中級人民法院の裁定に委ねる」と表明した。

本件は、仲裁機関と人民法院との仲裁証拠保全の審査権の分配及び第三者が所持する証拠に対し証拠保全を行うことができるか否かについての法律問題に係わっているから、南通市中級人民法院はこの申立てを審査すると同時に江蘇省高級人民法院に「請示（意見を仰ぐ）」した後、二〇〇二年二月六日、Aに対して二〇〇一年六月までの財務帳簿・証憑につき証拠保全を行うことに同意する、という裁定を下した。また、財務帳簿、証憑の数量が非常に多いため、人民法院は、現地で密封保存の方式を採り、かつCIETACに対し、人員を派遣するように通知した。CIETACは通知を受け取った後、専門家を組織し、人民法院の関係者が同行して保全されている財務帳簿・証憑に対して調査・鑑定を行ったのである。

なお、本件は、結果として法律に基づいて保全処分を行った。しかし、南通市中級人民法院の合議廷は、本件を審理する段階において、仲裁機関と人民法院との証拠保全の審査権の分配及び第三者が所持する証拠に対して保全措置を取ることができるか否か、また、証拠資料の使用及び保管等の問題については、以下の三つの異なる見解が存在していた。

(i) 仲裁法第四六、六八条の規定に基づき、人民法院が仲裁に関する証拠保全措置の審査権及び裁決権を有する。本件の保全措置の対象たる証拠は、第三者であるA（合併企業であるAは別個の独立した法人格を有する。）に所有しているとはいえ、証拠保全の申立て人であるYにとって、Aは相手当事者であるXの支配下にあるから、実質上当事者間に発生したものである。また、法律上証拠保全の対象は、訴訟又は仲裁の当事者でなければならぬこと

が明確に要求されているわけではない。なお、民事訴訟法及び仲裁法は、証人は証言の義務があることを規定しており、Aが証拠所持人としてなすこともまた例外ではない。さらに、審査を経て、Yが保全を求める証拠は仲裁裁決と重要な関係があり、その証拠が滅失または以後取得することが困難であるという心配は、一定の理論的根拠がある。よって、Yの証拠保全措置の申立ては、認めなければならない、という見解である。

(ii) Yが保全措置を求めた証拠は第三者が所持しているから、第三者に対して証拠保全を行う法的根拠がないため、受理すべきではない。また、CIETACは提出した証拠保全に対して審査もせず、必要性についての見解もなく、機械的に法院に回付している。さらに、法院が本件の審理に携わっているわけではないから、仲裁の全般に対するコントロールができないため、単純に一方当事者の申立てに基づき、保全措置を行うことを判断することができない。したがって、本件の証拠保全申立てを却下すべきである、という主張である。

(iii) 仲裁に関する証拠保全措置の決定権は人民法院に属するとしながら、仲裁委員会は人民法院に申立てる前に、仲裁に関する保全措置と本件保全を求める証拠の関連性及びその証拠の重要性について必要な審査を行い、かつ有効な意見書を添付して人民法院が保全措置を行うか否かの判断の参考に供すべきである。また、第三者が所持している証拠に対しても保全措置を行うことができる、としている。その理由は、(i)の見解と同様である。したがって、本件は、仲裁委員会からの意見や説明がなかったから、一旦差し戻して説明を添付させ、それから保全措置を行うか否かを裁決すべきである、という見解である。

事件<sup>(60)</sup> ii XとYとは広州で、XがYのためにアフリカの某港から三〇万トン石炭を中国広州黄埔港まで運ぶことについての運輸契約を締結したのである。契約の履行過程において、Yの過失により、船舶の運輸期間が延滞し、Xが遅延金一二、二万米ドルを支払う事態を引き起こしたのである。よって、XがYに遅延金及びその利息の賠償を求

め、仲裁条項に基づいて中国海事仲裁委员会に仲裁を申立てたのである。仲裁申立てと同時に財産保全を申請し、広州経済技術開発区工業輸出貿易会社が中国銀行珠江支店を通してYに支払おうとする貸付金七、六万米ドルを凍結するように求めた。中国海事仲裁委员会は本件を受理した後、民事訴訟法第二五八条及び中国海事仲裁委员会仲裁規則の規定に基づいて、Xの申立てを当該貸付金の所在地の広州海事法院に提出し、財産保全の申立ての是非の判断を委ねたのである。

広州海事法院が財産保全の申立てを受理し、Xに関連証拠資料の補充提出を命じた。審査を経て、Xが凍結を求めた貸付金は、Yの期待できる所得財産と認定した。同時に、Xに凍結を求めた貸付金と同額の現金の担保<sup>(6)</sup>を命じたのである。Xが担保を提供した後、広州海事法院が申立てを受理してから七日目、以下のような裁定を下したのである。すなわち、「即日、現地で広州経済技術開発区工業輸出貿易会社が中国銀行珠江支店を通してYに支払おうとする貸付金七、六万米ドルを凍結する。本法院の許可なしに、何人にも当該貸付金を動かしてはならない」のである。

仲裁申立ての日から七ヶ月目、中国海事仲裁委员会はXとYとの間の遅延金をめぐる紛争の仲裁事件に対して仲裁判断を下したのである。すなわち、YはXに対して遅滞料金一二、二万米ドル、Xが支払った遅滞料金の日から仲裁判断を下した日までの間の利息九二三八米ドル、仲裁判断を下した日から実際に履行する日までの年利息率は七%の利息を払わなければならない。

裁決を下した後、Yは任意履行しなかったため、Xは裁決を下した後の二ヶ月目、広州海事法院に仲裁判断の強制執行を求め、財産保全措置により凍結されたYの貸付金七、六万米ドルをXに支払うように求めたのである。

広州海事法院は民事訴訟法第二五九条の規定に基づき、強制執行の申立てを受理し、民事訴訟法第二二〇条の規定

に基づいてYに期間限定履行通知書を送達し、Yに通知を受領した日から一〇以内仲裁判断を履行するように命じ、期限を過ぎても履行しない場合は、強制執行を行うことを通知したのである。また、Yは仲裁判決の指定期間内に履行義務を果さなければ、倍の遅滞履行期限の債務利息を支払うことになる。結局、Yは期限内に履行しなかった。広州海事法院は即ち裁定を下し、広州経済技術開発区工業輸出貿易会社が中国銀行珠江支店を通してYに支払おうとする貸付金七、六万米ドルへの凍結を解除し、Xの所有とし、Xが提供した同額の担保金を返すことにしたのである。

## (二) 検討

両事件とも仲裁における保全措置に関する法律の規定に従って、仲裁委員会が仲裁人の申立てに基づいて、裁判所に保全措置を求めた事例である。したがって、結果自体は問題があると思わない。中国では、仲裁において保全措置が必要な場合は、当事者が直接に裁判所に保全措置を申立てることができないし、仲裁廷もそれを判断する権限が与えられていない。

事件iは、証拠保全に関する裁判例であるが、仲裁における証拠保全の場合は、当事者は、証拠の滅失の可能性があり、又は将来において取得困難と認識した場合は、証拠の保全措置を申立てることができる。<sup>(62)</sup>この点は、訴訟における証拠保全<sup>(63)</sup>の実体的要件と同様であるが、両者の証拠保全手続の方法が異なっているのである。訴訟の場合は、人民法院が自ら証拠保全の必要性を判断し証拠保全手続を取ることができ、それに対し、仲裁の場合は、当事者が証拠保全措置を申立てた場合は、仲裁委員会が証拠の所在する地の人民法院に当事者の申立を提出しなければならぬ。仲裁委員会自ら証拠保全を行う権限が法律上認められていないことは、上述した通りである。したがって、本件のように仲裁委員会が当事者の申立てを人民法院に送付し、人民法院の判断を求めたのである。結果として、法の



趣旨に基づいて人民法院が判断を下したのであるから、異論がないといえよう。

しかし、本件の判断をめぐる人民法院の合議廷の異なる意見の中にもあるように、仲裁委員会が保全措置を人民法院に提出する前に、予めその保全措置を審査し、意見を述べべる必要があるかどうか、及び第三者が所持する証拠について保全措置を取ることができるかどうかについては問題となる。本件に関していえば、そもそも、仲裁委員会が法に基づいて人民法院に保全措置の申立てを回送したのであるから、意見を述べないからといってその申立てを却下するなどといった議論は、妥当性を有しないといわなければならない。ただし、訴訟における証拠の重要性及び必要性については、仲裁の場合と異なる点があることも注目しなければならない。特に事件によって保全措置を求められている証拠は本当に必要であるか、事件の全容について把握していない裁判所にとっては、難しい判断となる。また、裁判所は常に訴訟における証拠保全の視点から判断するので、仲裁の立場から見ると、仲裁判断にとって必要かどうかという問題も生じかねない。このような考えに立つと、やはり実務上便宜のために直接に事件の全般を審理する仲裁廷が予め証拠保全措置の申立てを審査し意見を述べた方が良いと思われる。なお、第三者が所持する証拠に対して証拠保全を行うことができるかどうかについては、確かに法文上、明白な規定を欠いているのであるが、そもそも「証拠が滅失の恐れがあり、後に取得困難の可能性が生じる場合」における証拠保全であるから、法解釈としては、当然に第三者が所持する証拠をも含むと考えるべきである。

事件 ii については、海事事件に関する裁判例である。中国最高人民法院の「海事法院の設立に関するいくつかの問題の決定」によると、海事法院の案件受理範囲は、海事仲裁機関が提出した保全措置の申立てに関する案件、及び当事者が海事仲裁機関が下した仲裁判断の執行申立て案件も含まれる、としているのである。<sup>(64)</sup> 基本的に国際商事仲裁における財産保全措置の場合は事件 i の証拠保全と同様に、「当事者の財産保全の申立てに対し、仲裁委員会は当事者

の申立てを民事訴訟法の関連規定によって、人民法院に提出<sup>(65)</sup>しなければならず、涉外仲裁の場合は、「中華人民共和国の涉外仲裁機関は、当事者の申立てを被申立人の住所地または財産所在地の中級人民法院に提出<sup>(66)</sup>」、保全措置を取ることができるかどうかを判断してもらわなければならない。本件の海事法院は中級人民法院に当るから、管轄権を有することには異論がないのである。

財産保全方法については、民事訴訟法は、「財産保全は、封印、差押え、凍結<sup>(67)</sup>又は法律の定めるその他の方法による」と規定し、また、人民法院は財産保全に当って「申立て人に担保の提供を命ずることができ、申立て人が担保を提供しない場合には、申立てを却下する。申立て人は、敗訴した場合には、被申立て人が仮執行に起因して被った財産の損害を賠償しなければならない<sup>(68)</sup>」と規定している。本件の場合は、保全の対象たる財産も確かに被申立て人の財産であり、金額も請求の範囲を超えていないし、申立て人が担保をも提供したから、財産保全手続上は、問題がないといえる。

上述の両事件からみてもわかるように、中国では、国際商事仲裁に関する保全措置については、以下のようにまとめることができる。

① 保全措置は、当事者によって提出する。この点は訴訟と異なる。訴訟では、当事者が申立てを提出していない場合、人民法院が必要と認めるならば、財産保全措置を裁定することができる<sup>(69)</sup>、としている。

② 保全措置を管轄権の有する中級人民法院に提出するのではなく、まず仲裁機関に提出しなければならない。しかし、仲裁機関が保全措置を行うか否かについては、判断する権限がない。仲裁機関がさらに保全措置の申立てを管轄権の有する中級人民法院に提出し、中級人民法院が保全措置を行うか否かを判断するのである。

③ 提出する時期は、仲裁申立てを提出する時点か、仲裁申立ててから仲裁判断が出されるまでの間、そのいずれ

かである。仲裁を申立てる前に、保全措置の申立てを行うことを認めていない。何故なら、人民法院への保全措置の申し立てが認められない以上、仲裁申立てを行わない限り、保全措置の申立てを行うことは不可能であるからである。しかし、この点については、例外がある。それは中国で「海事訴訟特別手続法」が制定されたことよって、海事事件の場合は、「保全措置の申立ては、当事者間の当該海事事件をめぐる訴訟管轄合意又は仲裁契約の拘束を受けない」こととなる。<sup>(10)</sup>これは、海事事件をめぐる保全措置は、仲裁を申立てる前に海事法院に申立てることができる、という趣旨である。海事という特別分野であると言え、例外が生じること自体は、フェアではないといえよう。また、紛争解決の実効性を確保する面からみると、やはり他の分野でも同様に認める必要があるといえる。

このように、中国法における国際商事仲裁に関する保全措置についての規定は、世界的にみても、非常に遅れているといわなければならない。確かに、かつての仲裁機関の能力ないし信用度が極めて低いという中国なりの事情があったといえるが、今日、多く問題が残されている。仲裁における裁判所の監督ないし援助も大事であるが、あくまでも紛争をより迅速に効率よく解決するためであって、仲裁の妨げとなってはならない。現実には、裁判所だけに保全措置を任せるわけにはいかなかったのである。理論上も、中国においては、この問題についてそう深く分析されていないが、恐らくこのようなやり方に賛成する学者は一人もいないであろう。

それでは、中国における仲裁に関する保全措置の状況を踏まえながら、仮に仲裁廷にも保全措置を命ずる権限を認めるとしたら、それがいかなる効力をもつのか、また、執行力も付与され得るのであるのか、さらに、裁判所による保全措置との関係についてはどうなるか、などの問題を中心に考察を進めたいと考へる。

## 4 仲裁廷による保全措置の権限

仲裁廷に保全措置を命じる権限を与えることは国際的な趨勢だといえる。しかし、何故仲裁廷に保全措置を命じる権限を与える必要があるのか。さらに、到底仲裁廷が当事者以外の第三者に対して強制を図ることができないし、保全措置を命じても執行されなければ強制執行をすることができないから、このような場合はやはり裁判所に援助してもらえない等の事情を鑑みると、裁判所に直接に保全措置を申立てた方が早いのではないか、という見解もある。

しかし、問題はそれほど単純ではない。たとえば、上述した中国の例からみればわかるように、仲裁廷に権限がなければならず、当事者は裁判所に直接に申立てることもできない。まず仲裁委員会に申立ててから、仲裁委員会が裁判所に回送して、その後、裁判所が保全措置を命じるか否かを審査する。極めて迂遠な手続となっている。保全措置の必要性から考えると、仲裁に限つていえば、一般的には、仲裁手続が円滑に行えるよう、仲裁判断の実効性を確保するため等の理由を挙げることができるが、このような場合、特に迅速かつ効率よく対応する必要性（国際取引の要請でもある）が生じる場合は、裁判所では限界があるといえよう。やはり事案の詳細を把握している仲裁廷が適しているのではないかと考える。また、仲裁における保全措置は殆どの場合は任意に履行される状況からみても、仲裁廷による保全措置を命じる権限を与えたほうが合理性がある。さらに、特定の国ないし地方の裁判所ではなく、仲裁人により紛争解決を図りたいという当事者の事情を尊重する観点からも、当然に仲裁人による保全措置も要請されることになる。

したがって、裁判所による仲裁手続における保全措置を命じる権限しか認められていない中国のような状況は、合理性を欠いていると言わざるを得ない。この中国のやり方と同じに仲裁廷に保全措置の権限を与えていない国がほか

にもある。たとえば、オーストリア、チェコ<sup>(71)</sup>、ギリシア、イタリアなどにおいても仲裁人の保全措置を命じる権限を認めていない。イタリアの民事訴訟法典では、明確に「仲裁人は、仮押えその他の保全処分をすることができない<sup>(73)</sup>」と規定している。

また、仲裁廷による保全措置を完全に否定する中国などの国とは異なつて、原則的に否定するが、当事者の合意があれば、仲裁廷がその権限を行使することができるとしている国もある。たとえば、イギリス仲裁法は、「両当事者は仲裁廷が最終判断において認めることができる権限がある救済方法について仮の処分を命じる権限を有することに ついて自由に合意することが」でき、「両当事者が仮処分の判断権限を仲裁廷に与えることに合意しない限り、仲裁廷はこの権限を有しない<sup>(74)</sup>」と規定している。同様にオランダ仲裁法も当事者の合意がない限り、仲裁廷は仮処分を命じる権限を有しないとしている<sup>(75)</sup>。なお、ドイツやスイスや日本などの UNCITRAL 国際商事仲裁模範法を採用した国々においては、当事者間に別段の合意がない限り、当事者の申立てに基づいて保全措置を命じることができるとしている。

ここでは、仲裁人の保全措置を命じる権限について当事者に別段な合意を必要とするか否か、という問題が生じているが、立法上では既述したように必要とする国及び必要とない国に分かれている。学説においては、大よそ当事者の特段の合意がなくても仲裁人が保全措置を命じる権限を有する、という考えに傾いているといえよう。すなわち、保全措置を命じる仲裁人の権限は、当事者の仲裁契約に基づいて選出された仲裁人の固有権限に属するのである<sup>(77)</sup>、という主張である。また、「特段の合意がないときでも、仲裁裁判所は保全措置を為す権限を有する。民法上の保全処分（通常保全処分）が民事訴訟手続が遅延することによって生ずる危険に対し仮救済の措置を講ずるものであるのに対し、いわゆる特殊保全処分は、民事訴訟手続以外の権利救済手続（例、行政訴訟手続、非訟事件手続、民事並び

に家事調停手続、民事執行手続、各種倒産手続、準司法的救済手続等)が遅延することによって生ずる危険に対し仮救済の措置を講ずるものであるが、仲裁裁判所のなす保全措置は正に特殊保全処分の一つに属する<sup>(78)</sup>という主張もある。いずれも仲裁廷が保全措置を命じるに当って改めて当事者の合意を必要としないのである。

確かに、通常の仲裁契約から仲裁人の保全措置を命じる権限についての当事者間の合意が明確に記載されていない。したがって、仲裁が当事者の意思に基づく自主的紛争解決方法であることに鑑みると、むしろ当事者の明示した合意により仲裁人に保全措置を命じる権限を与えることができるものと解すべきである、という考えもありうる。しかし、仲裁契約は殆どの場合、将来に生じうる紛争の解決のために締結されるという性質からみてもわかるように、仲裁手続においていかなる事態が発生し得るか、事前に想定できない。仲裁廷に保全措置を命じる権限を与えないという合意がなければ、そのような権限を与える合意をする必要がないといえる。勿論、時間及び状況の許す限りは、保全措置の被申立て人に通知すべきであるが、緊急性を有する場合及び通知したらかえって保全措置が妨害されるような事態が生じうる場合は、相手方当事者に通知せず仲裁人の自由裁量権を駆使して保全措置を発動するのが筋というべきであろう。さらに、保全措置を命じるときの要件ないし危険回避のための担保提供等の責任制度 (liability regime) を明確に設けて置けば、改めて当事者の合意を得る必要があるとは思えない。

## 5 保全措置の範囲・条件

それでは、一体仲裁廷がどのような保全措置を命ずることができるか、検討する。一般的には、仲裁廷が命じうる暫定的保全措置の種類は、①仲裁手続の円滑な進行を保障するための措置(証拠調べの受忍、証拠保全・秘密保持のための措置など)、②終局的判断までの間の現状を維持するための措置(契約義務の履行継続命令、商品保護のた

めの措置など)、③将来の仲裁判断の執行を確保するための措置(財産保全のための措置、担保提供命令など)<sup>(79)</sup>」の三種に区分できる。この点についての各国の立法をみると、具体的に規定している立法もあり、概括的な条文しか設けていない立法もある。たとえば、UNCITRAL 国際商事仲裁模範法及びこれを採用している国の仲裁法は、仲裁廷が命じることができる保全措置の種類に対して制限を設けている。すなわち、「紛争の対象事項に関する (in respect of the subject-matter of the dispute)」措置<sup>(80)</sup>でなければならず、<sup>(81)</sup>としているが、この条文に対する最新の修正草案は以下のようになっている。すなわち、「(c) An interim measure of protection is any temporary measure, whether in the form of an award or in another form (暫定的保全措置は、判断書又はその他の方式で表すいかなる暫定的保全措置<sup>(82)</sup>を指す)、by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party to: (a) Maintain or restore the status quo pending determination of the dispute; (b) Take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm, [or to prejudice the arbitral process itself]; (c) Provide a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied; or (d) Preserve evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute;」<sup>(83)</sup>としたのである。また、UNCITRAL 仲裁規則においては、「紛争に関し必要と認められいかなる暫定的保全措置を執ることができる。この措置には、物品の第三者への寄託又は腐敗しやうい物品の売却など、物品の保全のために必要な措置を含む (it deems necessary in respect of the subject-matter of the dispute, including measures for the conservation of the goods forming the subject matter in dispute, such as ordering their deposit with a third person or ordering the sale of perishable goods)」<sup>(84)</sup>としている。これらの規定とは異なつて、ICC 国際仲裁裁判所仲裁規則は、「適当と認められいかなる暫定的<sup>(85)</sup>又は保全的な措置を命じる<sup>(86)</sup>ことができる (order any interim or conservatory measures it deems appropriate)」と規定

し、AAA仲裁規則も「必要と認めるいかなる暫定的保全措置を命じることができる (take whatever interim measures he or she deems necessary)」<sup>(84)</sup>と規定している。後者の場合は、紛争の対象事項については言及せず、仲裁人の自由裁量権がより広く認められているといえよう。

中国では、既述したように保全措置については、立法上は証拠保全と財産保全措置の二種類に分けて規定を設けているが、学説上は、主に財産保全を中心に論じられている。しかし、現実には裁判所しか保全措置を命じる権限が認められないから、仲裁人は自由裁量権を有せず、裁判所の厳格審査によって決められる。民事訴訟法は、「財産保全は請求の範囲内に限られ、又は本案に関連する財産」<sup>(85)</sup>に限られると規定する。この点については、「理論上から見ると、保全措置を申し立てる目的は、仲裁判断の執行を保障するためである。したがって、財産の具体的な形式を問わずに、執行対象となりうる被申立人のいかなる財産も財産保全の対象となるべき」<sup>(86)</sup>であり、なお、保全の対象は物に限られ、行為が含まれていないから、実務において当事者又は第三者の行為に対して保全措置を行う必要がある場合は、たとえば、最終判断を下す前に、当事者の一方は自らの権益を守るために相手当事者又は第三者の侵害行為を中止させるための保全措置が必要である、とも指摘されている<sup>(87)</sup>。確かに、上述した各立法と比べると、中国における保全措置の種類ないし範囲は、極めて限定されていると言わざるを得ない。専ら物が中心になっていて、当事者の契約上の地位保全や、損害を引き起こす又は引き起こし得る行為 (action) などに対する保全措置については欠けているといえる。

なお、仲裁人が保全措置を命じる権限とは別に、申立てられた保全措置自体は一定の条件を満たさないと、仲裁人が保全措置を命じる権限があっても、命じることができない。また、既述したように、保全措置は危険を伴っているので、その保全措置が事前に当事者の同意を得ているか否か、にもかかわらず、実効的かつ公正・衡平に紛争解決す



るために、及び二次紛争・損害を避けるためにも、保全措置の発動条件は極めて大事であると言える。

中国では、財産保全については、当事者一方が相手方の行為又はその他の原因により、仲裁判断を執行することができず、又は執行が困難となる可能性がある場合、財産保全を申立てることができ、保全措置の申立ては錯誤がある場合は、申立て人は被申立て人が財産保全によって被った損害を賠償しなければならぬ。また、証拠については、証拠に滅失の可能性があり、又は将来において取得困難と認識した場合は、証拠の保全措置を申立てることができるとしている。<sup>(88)</sup> 民事訴訟法は、「人民法院は、当事者の一方の行為その他の事由によって、判決が執行不能又は執行困難となる恐れのある事件については、相手方当事者の申立てに基づいて、財産保全の裁定を下すことができる。当事者が申立てを提出していない場合において、必要なときは、人民法院は、財産保全措置を執る裁定を下すことができる」と規定している。また、「人民法院が財産保全措置を執る場合には、申立て人に担保の提供を命ずることができる。<sup>(89)</sup> 申立て人が担保を提供しない場合は、申立てを却下することができる」とも規定している。この民事訴訟法の条文において、「当事者が申立てを提出していない場合において、必要なときは、人民法院は、財産保全措置を執る裁定を下すことができる」と規定しているが、この点は、民事訴訟と仲裁の異なる点である。すなわち、訴訟の場合は、裁判所の自由裁量権によって自ら財産保全措置を行えるが、仲裁の場合は、当事者からの申立てがなければ、仲裁委員会も裁判所もこれを行うことができない。いわゆる当事者自治の原則によるものである。

これらの点については、各国の規定は必ずしも一致しているわけではない。特に仲裁廷の保全措置を命じる権限を認めている国の場合は、保全措置は適当か否か、必要か否かについての判断は仲裁廷に自由裁量権を与えている。しかし、自由裁量権の行使について大まかな一定の基準がある。上述した中国の規定及び裁判例にも示されているように、仲裁における保全措置の必要条件については、各国の共通した典型的な条件を以下のように纏めることができよ

う。一つは、緊急性を有する措置である場合。第二は、紛争の目的物は一定の危険にさらされている場合。第三は、仮に申し立てられた保全措置を採らない場合、回復できない（irreparable）重大な害（substantial harm）を被る可能性があり、又は実際の損害（actual damage）を受けている場合。そして、第四は、担保保証金を提供した（that security is provided）<sup>(96)</sup> である。

## 6 保全措置の執行

このように、仲裁手続の円滑の進行及び仲裁判断の執行の確保などの要請から、保全措置は必要不可欠である。また、その緊急性及び重要性からみると、当然に速やかな実行が必要になる。既述した中国の裁判例をみると、専ら裁判所が保全措置の発動権限を行使しているから、国内における保全措置の執行に関しては問題がないといえよう。仮に仲裁廷にも保全措置を命じる権限を認め、国内（仲裁地国）での執行であれば、任意執行が期待できること及び裁判所の協力を得やすいことに鑑みると、ほぼ問題なく実効性を確保できるといえる。しかし、国際商事仲裁の場合には、保全措置の対象は仲裁地以外の国にある場合が考えられる。この場合の執行は、保全措置は任意に履行されなければ、保全措置の対象を有する国の裁判所の協力が得られるか否か、問題となる。

この問題については、上述した証拠調べにおいて外国裁判所に協力を求める場合と同様に、外国からの保全措置の執行を支持するか否か、各国の法制度は外国仲裁に対するポリシーに係わっている。現在、仲裁廷に保全措置を命じる権限を与えるべきことは、国際的にも認められる方向へ傾斜している。したがって、国際的にもその執行力をも与えるべきではなからうかと考える。しかし、保全措置に国際的な執行力を与えることはなかなか難しいのが、現状である。何故かという点、上述した外国における証拠収集の場合は、その国の裁判所が協力をしてくれるかどうか、最

最終的に司法共助に関する条約があるかどうか及び相互主義に基づくしかないのである。確かに、UNCITRAL 国際商事仲裁模範法における保全措置についての議論では、仲裁廷による保全措置の執行力を与えるように改正作業が行われているが、あくまでも一つの方向を示しているだけであつて、採用するか否かは各国の仲裁に対するポリシーによるしかない。将来的には、多くの国に採用されることが期待できるのかもしれない。

現行仲裁法において、外国の保全措置にも執行力を与えることを認めている国もある。たとえば、ドイツ仲裁法は、「仲裁合意中に掲げられた高等裁判所、又はそうした記載がない場合には仲裁地がその管轄区域内にある高等裁判所は、以下の申立てに関する裁判について管轄権を有する。……3 仲裁廷の暫定的又は保全的措置の命令の執行、取消又は変更（第一〇四一条）……」と規定し、「第一項第二号、第三号又は第四号の場合においてドイツに仲裁地が存在しないときは、申立て人の相手方の住所若しくは居所がその管轄区域内にある高等裁判所が、また申立て人の相手方の財産又は仲裁の申立てにより請求し若しくは処分に関係する対象がその管轄区域内に存する高等裁判所が、これらの裁判について管轄権を有し、また補助的にベルリン高等裁判所が管轄権が有する」と規定している。しかし、この法律の第一〇二五条は、この仲裁法の適用範囲は、「仲裁地が本邦にある場合に適用する」と規定し、第一〇四一条の保全措置に関する規定もその例外とはしていないから、一見矛盾しているにも見えるが、ドイツ政府草案理由書が、一〇二五条の趣旨は、仲裁が外国であつても手続準拠法について当事者の自治を認めれば、すなわちドイツ仲裁法第一〇四一条一項の保全命令に関する規定に定めた要件に合致している場合は、執行許可の対象になりうる。<sup>(93)</sup> また、香港仲裁法は、「仲裁裁判所により仲裁手続において又はそれに関連してなされた仲裁判断、命令又は指示は、同一の効力を有する裁判所の判決、命令又は決定と同じように執行することができる。但し、執行するには裁判所又はその裁判官の許可を要する。この許可が与えられたときには、裁判所又はその裁判官は、仲裁判断、命令又

は指示の内容に従って判決を下すことができる」と規定している、<sup>(94)</sup> などのような例を挙げることができるが、世界的にみても僅かな国や地域が国内外を問わずに一定の条件を備えれば、仲裁廷による保全措置の執行力を与えうる規定を置いている。

中国では、裁判所による保全措置を命じる権限しか認めていないから、外国を仲裁地とする仲裁廷が下した保全措置の執行を中国裁判所に強制執行を求めても、認められないであろう。

日本においては以下のように説かれている。すなわち、「仲裁契約中に保全措置について特段の合意がされ、その保全措置が仲裁手続の継続中拘束力があり、かつ事前に相手方を審尋してなされるべきことが認められる限り、また、保全措置につき特段の合意がないときでも、それが仲裁契約当事者の意思に反せず、かつ仲裁裁判所が、その保全措置の仲裁手続継続中の拘束力の存在と事前の相手方の審尋の必要性を認めている場合に限り、承認・執行許容宣言可能な保全措置をなすことが」でき、また、「終局的仲裁判断の段階において正当性を失い、給付したものの返還ないし損害賠償が命じられたとしても、かような措置は手続の継続中については終局的であることは変わりはなく、まさに初めからそのような時間的制限に服するものとして意図されていたのである。それは当事者の本案請求権とは分離することのできる、実体法上の保全請求権について終局的に判断するもの」<sup>(95)</sup> であって、「終局的部分仲裁判断」であると述べられている。

これらの考えに従い、「終局的」仲裁判断と認めれば、ニューヨーク条約に基づいて外国で暫定的保全措置の執行を求めることができよう、<sup>(96)</sup> と言うニューヨーク条約における暫定的保全措置の承認・執行を巡る問題が生じたのである。この問題については、よく挙げられている事例がある。すなわち、リゾート・コンドミニウム事件（Resort Condominium International Inc. v. Bolwell 事件）<sup>(96)</sup> である。この事件において、アメリカで仲裁廷が命じた暫定的保全

措置の執行をオーストラリアのクインズランド州最高裁判所 (Supreme Court of Queensland) に求めたが、同裁判所は、外国で仲裁廷が命じた暫定的保全措置は、仲裁に付託された紛争の一部又は全部についての終局的に判断するものではなく、ニューヨーク条約にいう仲裁判断に当らないし、同条約の国内的实施・適用のための一九七四年国際仲裁法にいう外国仲裁判断にも当らないから、請求を却下したのである。そもそも、ニューヨーク条約における承認・執行の対象は、「専ら取消しの訴えや仲裁判断に対する上訴、二重執行の要否」について議論されていたのであり、仲裁廷による暫定的保全措置については一九七〇年代になってから、実務や学説において漸く問題視され始めたので、この事件の結果はある意味では仕方がないといえよう。しかしながら、ニューヨーク条約は仲裁廷による暫定的保全措置の承認・執行を明確に肯定も否定もしていない点に注目すると、ニューヨーク条約に基づいて仲裁廷による暫定的保全措置を否定しなければならない理由もないといえよう。しかし、仲裁廷による暫定的保全措置は、何時でも仲裁廷がこれを変更又は取消すことができるという性質がある。したがって、このような不安定要素を含んでいる暫定的保全措置が仲裁地とは異なる国で執行された後、仲裁廷によって変更されたら、執行国においてもこれに応じて変更しなければならず、場合によって損害が生じれば賠償もしなければならぬ。このような状況を生じると、暫定的保全措置の承認・執行を許可した国の裁判所にとって、リスクを負うだけではなく、自国の司法の信頼性も損なうことになりかねない。暫定的保全措置が有する不安定な性質は、外国における承認及び執行を阻むことになる一原因となる。また、確かに、上述した学説に述べられたように、暫定的保全措置は一時的に「拘束力」があり、一部分にとっては「終局的」であるといえるかもしれないが、あくまでも紛争解決のための一時的な手段であり、それにより紛争がすべてあるいは部分的に解決されるわけではなく、又はそれを目的として保全措置を命じたわけではないから、「仲裁判断」とみることに賛成できない。したがって、暫定的保全措置の承認及び執行については、ニュー

ヨーク条約を適用するには無理があるのではないかと考える。

国際商事仲裁における暫定的保全措置の承認及び執行については、ニューヨーク条約を適用できる終局的仲裁判断とは異なつて、国際的な執行力がなく、その実効性がかなり問題となつていると言えよう。終局的仲裁判断の実効性を確保するためにも、仲裁廷が下した暫定的保全措置にも執行力を与える必要があることは言うまでもない。しかし一方で、暫定的保全措置の不安定な要素によつて、外国が承認及び執行を与えにくい部分もある点からみると、ニューヨーク条約のような国際的な承認・執行条約を通して執行力を認めることはかなり困難であると言わざるを得ない。なお、国際商事仲裁を支持すると言ふ国際的な潮流の中、上述したドイツのような国及び地域では、仲裁廷による暫定的保全措置にも執行力を与えようという動きが既に起きている。また、UNCITRAL 国際商事仲裁法の暫定的保全措置についての改正が確定されれば、一段と執行力を与えるような方向へと動き出すことが期待できよう。

このように、仲裁廷が下した暫定的保全措置が如何にその実効性を確保できるか、終局的仲裁判断の実効性が確保できるか否かにも直接的に影響を及ぼす。国際商事仲裁にとつてクリアする必要がある問題の一つである。しかし、終局的な仲裁判断とは異なつて、暫定的保全措置が不確定な部分があるので、世界的に統一して承認及び執行を図ることはなかなか難しいのであろう。最終的に各国の法政策に委ねるしかない。

また、暫定的保全措置の承認及び執行の問題は、仲裁分野以外においても、極めて重要視されている。たとえば、国際法協会(ILA/International Law Association)は一九九六年第六七回大会において、「Principles of Provisional and Protective Measures in International Litigation」(the "ILA Principles")を採択した。その中、暫定的保全措置は確かに「暫定的」性質を有し、「終局的」ではないが、これを承認及び執行を与えない原因にしてはならず、各国に国境を越える暫定手保全措置の承認及び執行を積極的に援助するように提唱している<sup>(97)</sup>。また、アメリカ法学会(American

Law Institute/Unidroit) が制定している “Draft Fundamental Principles and Rules of Transnational Civil Procedure” において、二〇〇一年のハーグ国際私法会議 (Hague Conference on Private International Law) によって公表されている “Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters” においても、外国の管轄権の有する裁判所が下した暫定的保全措置も承認・執行の対象としている<sup>(98)</sup>。本来、外国が下した判決は確定したものでなければ、国内での承認及び執行はできないというのは各国における外国判決承認及び執行の基本的な考えであったが、ここに来てこれらの条約又は法律に示されているように、「未確定の本案判決のみならず、本案管轄をもつ裁判所が下した保全命令をも執行の対象」となっている<sup>(99)</sup>。これから、これらの条約や法律などが、どれほどの実効性を有するか注目していきたい。しかし、何れにせよ、暫定的保全措置の承認及び執行を認めることは、国際的な紛争解決<sup>(100)</sup>にとって不可欠であることは否定できない。国際商事仲裁もこれらの視点に立つて考えると、仲裁廷による暫定的保全措置にも国際的な執行力を与えたほうが筋と云うべきである。

#### 四 結びにかえて

仲裁審理において証拠に関する問題及び事案の必要に応じて生じる保全措置の問題は、直接に仲裁判断に影響を及ぼす極めて重要なテーマである。適切な証拠を提出できなければ、自己にとって不利な結果になる。また、状況に応じて迅速かつ適切に保全措置を命じ執行しなければ、仲裁判断の実効性が確保されないことになりかねない。しかし、各国の仲裁法においては、証拠問題や暫定的保全措置の問題に関しては詳細に規定を設けているわけではないので、国際商事仲裁実務において、これらの問題については仲裁人の自由裁量権によって行われている部分は多々あり、証拠の提出も暫定的保全措置の執行も多くの場合は当事者によって任意に行われている。そうであれば、証拠の

収集や暫定的保全措置の承認・執行などの問題をここで議論する必要がないのではあるまいか、との反論もあろう。確かに証拠の提出にしても保全措置の執行にしても任意に履行されることが期待できるが、問題は任意に履行されない場合はどうすればよいのか、また仲裁人の権限を越える証拠収集や保全措置の発動を有する場合はどうすればよいのか、やはり問題となる。

また、国際商事仲裁においては、多くの場合、複数の国や地域に関係し、複数の国の仲裁人によって担当されるのであるから、当事者にとって、準拠する手続法や仲裁人の法文化背景に基づいて、仲裁判断の決め手となる証拠に対する考え方が異なってくるので、注意を要する。仲裁廷にとっては、如何に公正・衡平に紛争を解決するか、またより実効性のある仲裁判断を下すためには、確たる証拠及び暫定的保全措置の実効性を確保した上で、仲裁審理を進めなければならない。既述した仲裁廷による暫定的保全措置の執行力を与えようという傾向があるが、現実において第三者が絡む証拠調べや保全措置の執行など仲裁廷の権限範囲を超える場合は、やはり裁判所の協力が必要となる。しかし、単に執行されるとき裁判所に強制執行を求める事ができる、という裁判所が「補助」的な役割を果たすやり方では仲裁実務においては必ずしも満足する解決を得ることができなくなってしまう。何故かというと、たとえば、企業の秘密などに係わる場合、当事者にとって必ずしも裁判所に執行を求めたいと言わなければならない。また、仲裁廷が命じた暫定的保全措置にも執行力を与えることによって、本来期待できる任意履行を一層履行するように促す役割も果たすことも期待できると考える。したがって、仲裁廷による暫定的保全措置にも執行力を与えるという要請が自然と生じたのである。

しかし、仲裁廷が命じた暫定的保全措置にも執行力を与えることによって裁判所が命じることが否定されるわけではない。仲裁廷が命じる保全措置にも執行力を与えるか否かについての議論に反映されているように、仲裁廷は、あ



くまでも「私的裁判所」に過ぎないので、緊急の場合は仲裁廷が実効的な暫定的保全措置を行うことはできないし、仲裁廷が構成される前においてはやはり裁判所に申立てるしかないといえる。このような状況もあって、仮に仲裁廷による執行力は確保されても、裁判所による暫定的保全措置の必要性を否めることはできない。

既述したように、中国の場合は、仲裁廷による暫定的保全措置を命じる権限すら認めていないから、中国を仲裁地として選択する場合は、証拠保全又は財産保全の申立ては、まず仲裁委員会に提出してから、同仲裁委員会はそれを管轄権の有する人民法院に提出する。申立ては仲裁手続の開始後でなければならぬ（既述したように海事仲裁の場合とは異なる。因みに、国内仲裁も手続の開始後しか証拠保全の申し出ができないと規定している「仲裁法」第六四条）。すなわち、仲裁廷が組織される前において証拠の隠滅・消滅などの恐れがある場合でも、人民法院に暫定的保全措置を申立てることができない。また、仲裁進行中、その他の証人に出頭を要請するとき、あるいは別の方式で証拠を提出させるとき、仲裁廷は強制できないから、裁判所の協力が要になる。しかし、この点については、法律も仲裁規則も規定を設けていない。仲裁の公正な進行及び仲裁発展を促すためにも法律でその旨の規定を設ける必要がある。<sup>(四)</sup>

仲裁は当事者自治を原則としているからこそ、当事者に様々な選択肢を与えることによって、初めて「自治」を実現すると考える。また、仲裁判断の実効性確保は、仲裁手続中に様々な状況・変化に応じて迅速かつ適切に解決できることにかかっている。しかし、残念ながら、この問題に関しては各国の司法政策に深く係わっているので、仲裁地によって対応が異なり、仲裁手続の準拠法に基づいて判断するしかない。

- (1) CIETAC2000 仲裁規則の第三二条。
  - (2) CIETAC2000 仲裁規則の第三六条、仲裁法第四〇条。
  - (3) CIETAC2000 仲裁規則の第三七、四一条。
  - (4) この問題に関する案件例として、粟津光世「十分な陳述の機会が与えられなかったとして、人民法院に仲裁判断取消しの申立てを起した例」JCAジャーナル(二〇〇〇年一月号)二三頁参照された。
  - (5) 小島武司「仲裁法」青林書院二〇〇〇年、二三〇頁参照。
  - (6) UNCITRAL 国際商事仲裁模範法第一九条。また、模範法を採用しているイギリス一九九六年仲裁法第三四条一項は、「両当事者間で合意により取り決める権利を侵害しない限り、仲裁廷はすべての手続及び証拠に関する事項を決定することができる」と規定している。また、日本新仲裁法第二六条は、「仲裁廷が従うべき仲裁手続の準則は、当事者が合意により定めるところによる。ただし、この法律の公の秩序に関する規定に反してはならない。二一前項の合意がないときは、仲裁廷は、この法律の規定に反しない限り、適当と認める方法によって仲裁手続を実施することができる」と規定している。
  - (7) 仲裁地 (place of arbitration) とは、仲裁審理手続や仲裁判断が行われる地である。すなわち、仲裁判断のための資料がそこで収集され、仲裁人がそこで仲裁判断を与え、仲裁の本拠となる地である。仲裁地は当事者の合意により定めるべきものである(小山昇「仲裁法」新版)。(有斐閣一九八三年)一五五頁、松浦馨「青山善充編『現代仲裁法の論点』(有斐閣一九九八年)二六八頁(青山善充編)。小島武司「高桑昭編『注解・仲裁法』(青林書院一九八八年)一二七頁、小島武司・前掲注(5)・二二〇頁参照)。
- 仲裁地の決定については、UNCITRAL 国際商事仲裁模範法第二〇条は、「当事者は仲裁地について合意することができる(The parties are free to agree on the place of arbitration)。その合意がないときは、仲裁地は、当事者の便宜を含む(including the convenience of the parties) 事件の諸事情を考慮して、仲裁廷が決定する。また、「本条の第一項の規定にかかわらず、仲裁廷は、当事者が別段の合意をしていない限り、仲裁人の合議、証人、鑑定人若しくは当事者の審問、又は物品その他の財産又は文書の検認のために、適当と認めるいかなる場所においても会同することができる」と規定している。
- 中国の場合は、民事訴訟法第二五七条一項は「涉外経済貿易・運輸および海事について生じる紛争は、当事者が契約中に仲裁条項をおき、または事後に書面による仲裁の合意に達し、中華人民共和國涉外仲裁機構またはその他の仲裁機構の仲裁に付託するときは、当事者は人民法院に訴えを提起することができない」と規定されている。またCIETAC2000 仲裁規則第三五条は、「当事者が仲裁地についての合意を提出した場合は、仲裁審理は合意した場所で行わなければならない。当事者が他の合意があればこれを除く。仲裁委員会に付託した仲裁案件は北京で審理を行わなければならない。仲裁委員会秘書長の許可を経て、その他の場所で審理することもできる。仲裁委員会分会に付託した仲裁案件は、その分会の所在地で審理を行わなければならない。分会の秘書長の許可を経て、その他の場所で審理することもできる。」と規定している。つまり仲裁委員会秘書長の許可があれば中国の国内で審理してもいいし、外国で審理してもいいと解される。

日本の場合は、新仲裁法が制定されるまで仲裁場所に關してのみを規定している。日本商事仲裁協会(CCA)仲裁規則第一三条第二項は、「協会は、前項の仲裁申立ての受理の通知を行う場合は、その仲裁に關する管理業務を担当する事務所として協会のいづれかの事務所(東京、大阪、神戸、名古屋)を指定し、これを当事者に通知する。」と規定している。しかし、新仲裁法二八条は、「仲裁地は、当事者が合意により定めるところによる。二 前項の合意がないときは、仲裁廷は、当事者の利便その他の紛争關する事情を考慮して、仲裁地を定める。三 仲裁廷は、当事者間に別段の合意がない限り、前二項の規定による仲裁地にかかわらず、適當と認めるいかなる場所においても、次に掲げる手続を行うことができる。①合議体である仲裁廷の評議 ②当事者、鑑定人又は第三者の陳述の聴取 ③物又は文書の見分」と規定している。仲裁地は、仲裁法に連結させる法的概念に過ぎず、虚構の性格を有すると主張されている(中村達也「國際仲裁における「仲裁地」の虚構性について」CAジャーナル(二〇〇〇年三月号)二八頁以下参照)。また、仲裁地は、仲裁場所とは異なる。仲裁場所とは、当事者の尋問や証拠調べなどが行われる具体的な場所であり、原則として仲裁地の区域内にある。國際商事仲裁實務において、仲裁地の合意がない場合は、一方の当事者が先に自己の有利な地に仲裁を申立て、相手方も対抗として、自己の有利な地を申立てるといふ、國際仲裁競合の問題(事例としては、松枝迪夫「國際的仲裁競合、準拠法、契約讓渡の問題」國際商事法務(一九九八年一月号)一一三九頁)が生じることがある。この問題の解消は非常に難しいといわれる(小島武司・前掲注(5)・二二二頁参照)。

(8) 中華人民共和國仲裁法第五八条、第六三条、中華人民共和國民事訴訟法第二七条。

(9) 挙証責任に關する解釈は學者の間では、異なる見解を有する。すなわち、①行為責任説。②結果責任説。③二重概念説(行為責任と結果責任の両者を含む)であり、広く受け入れられ通説となりつつある。(胡夏冰馮仁強編「司法公正与司法改革研究綜述」(清華大学出版社二〇〇一年)三〇〇頁参照)。

(10) 小林秀之「証拠法」(弘文堂一九九八年)一五六頁参照。

(11) 中華人民共和國仲裁法第四三條一項、中華人民共和國民事訴訟法第六四條一項。

(12) CETA(2000)仲裁規則第三八條一項。

(13) 中華人民共和國最高法院立案庭編「立案工作指導与参考」人民法院出版社(二〇〇二年第一卷)七〇頁参照。

(14) 「最高法院關於民事訴訟証拠的若干規定」(二〇〇二年二月六日最高人民法院審判委員會第二二〇一期會議通過・法釈[二〇〇一]三三三號・二〇〇二年四月一日から施行された)第二條。

(15) 小山昇・前掲注(7)・一七七頁。

(16) 中華人民共和國民法通則第一二二條、第一二六條。

(17) 「最高法院關於適用民事訴訟法若干問題的意見」(法発[一九九二]二二號)第七四條。

(18) 「最高法院關於民事訴訟証拠的若干規定」第五條、第九條。

(19) 「最高法院關於民事訴訟証拠的若干規定」第五條、第九條、第七條、第八條は、「訴訟の過程において、一方当事者が他の一方当

國際商事仲裁審理をめぐる実効性の確保(胡光輝)

事者の陳述した案件事実に対して、明確に承認を示した場合は、他の一方当事者は挙証する義務がない。ただし、身分関係の事件を除く。二一方当事者が陳述した事実に対し、他の一方当事者が承認か否認かを未だ示せず、審判人員により十分な説明かつ尋問を行った後、なお肯定又は否定が明確でない場合は、当該事項の事実を承認したものとみなす。三 当事者が代理人に委託して訴訟に参加する場合、代理人の承認は当事者の承認とみなす。ただし、特別に授權されていない代理人の事実の承認で、相手方の訴訟請求を直接導き出す承認を除くが、当事者が、その場でその代理人の承認に否認の表示をしない場合は、当事者の承認とみなす。四 当事者が法廷弁論終結前に承認を撤回し、かつ相手方当事者の同意を得た場合、又はその行為が強迫又は重大な誤解の状況下でなされ、かつ事実と合致しないことが十分な証拠をもって証明された場合は、相手方当事者の挙証責任を免除することはできない」と規定されている。

- (20) 中華人民共和國民事訴訟法第六三條。①書証とは、文字、符号及び図画等により表現した思想内容を以って、案件の真実を証明する書面資料又はその他の物品を指す。②物証とは、案件の真実を証明するのすべての物品及び痕跡を指す。③視聴覚資料とは、録音、録画及びコンピュータなどに記憶された資料を以って事実を証明する証拠を指す。④証人の証言とは、証人が口頭又は書面形式を以って、裁判所に案件について承知している状況を陳述することを指す。⑤当事者の陳述とは、当事者が案件の真実状況について行う陳述である。⑥鑑定結果とは、鑑定人が自己の専門知識又は技能を用いて、専門性問題に対して鑑定を行ったうえ得た科学的な結論を指す。⑦検証記録とは、検証人が案件関連の現場及び物品に対して検証した上作成した記録を指す。この七種類の証拠方法は、「言辭(言詞)証拠」と「実物証拠」の二種類に分ける場合がある(日本でいう「人証」と「物証」である)。言辭証拠とは、証人証言、当事者陳述及び鑑定結果を含む。実物証拠とは、書証、物証、検証記録及び視聴覚資料を含む(譯兵主編『民事訴訟法学』(法律出版社一九九七年)二二六頁以下参照)。日本民事訴訟法(一九九条以下)の場合は、証人尋問、当事者尋問、鑑定、書証、検証の五種類を設けている。

- (21) 小島武司・前掲注(5)・一三七頁参照。  
(22) 中華人民共和國仲裁法第三三條一項。

- (23) CETA(2000)仲裁規則第三八條。日本の場合は、「公示催告手続及び仲裁手続二閱スル法律」第七九四條第二項も同じような規定を設けており、すなわち、「仲裁手続ニ付キ当事者ノ合意アラサル場合ニ於テハ其手続ハ仲裁人ノ意見ヲ以テ之ヲ定ム」である。もつとも、当事者を立ち合わせるのが原則である。当事者が立ち合わせずに証拠調べを行った場合は、当事者に攻撃防禦の機会を与えなければならないと指摘される(小山昇・前掲注(7)・一七二頁参照)。実務においては、以下のような場合は仲裁廷が自ら証拠を収集すべきである。すなわち、①当事者双方が提出した証拠は矛盾を生じ、それらの証拠に基づいて判断できない場合。②ある重要な証拠は客観的な原因によって当事者が収集できない場合。③鑑定を有する専門的及び技術的な問題がある場合(黃進等編『仲裁法学』(中国政法大学出版社一九九九年)二二六頁参照)。

- (24) 小島武司・前掲注(5)・一三七頁参照。

- (25) 高桑昭『國際商事仲裁法の研究』(信山社二〇〇〇年)三五八頁、小島武司・前掲注(5)・一三七頁参照。

- (26) UNCITRAL 國際商事仲裁模範法第二七條、ドイツ仲裁法第一〇五〇條、日本新仲裁法第三五條。これらの仲裁法とは違って、UNCITRAL 國

際商事仲裁模範法を採用していないイタリヤ仲裁法(民事訴訟法典)第八一九条の三は、「仲裁人は、証人の出頭を要請してこれを尋問することができ、証人が同意するときは、証人の住居又はその事務所において尋問することもできる。また、仲裁人は、その定める期間内に質問事項に対し書面により解答するよう要請することにより、証人を尋問することができる(仲裁法制研究会編「世界の仲裁法規」(商事法務二〇〇三年)一〇二頁(大村雅彦訳)参照)と規定している。しかし、「証人の出頭を要請する」ことができても、証人がこれを拒否した場合は、仲裁人が強制的に出頭させることができるか、この点はやはり問題となる。

(27) 最高人民法院「関于民事訴訟証拠の若干規定」は、「当事者双方に争いが無いが、国家の利益、社会公共利益又は他人の合法的權益にかかわる場合は、人民法院は、当事者に関係証拠の提出を命じることができる」(二三条)と規定している。

(28) 高桑昭・前掲注(25)・三六〇頁参照。

(29) 趙相林・杜新麗編「中国国際私法立法問題研究」(中国政法大学二〇〇二年)五三四以下参照。

(30) 粟津光世「中国の判決は、日本において効力は認められないとした判例—大阪高裁平成一五年四月九日判決と中国司法解釈—」国際商事法務(二〇〇三年一〇月号)一四二—五頁参照。また、中国における大連市中級人民法院一九九四年一月五日判決については、同上「日本の判決が、中国の人民法院で承認されなかった事件」国際商事法務(一九九七年三月号)二七五頁、「日本五味見申請中国法院承認と執行日本法院案」最高人民法院公報(一九九六年一期)二九頁、最高人民法院公報編輯部編「最高人民法院公報・典型案例全集」(警官教育出版社一九九九年)九二—四頁等参照。

(31) UNCITRAL 国際商事仲裁模範法第一九条(一)、「UNCITRAL 仲裁規則第二五条(六)」。

(32) ドイツ仲裁法(民事訴訟法典第一〇編仲裁手続 第一〇四—二条四項は、「当事者の合意がなく、かつ、本編に規定がない限り、手続規定は仲裁裁判所によって自由な裁量に従って定めることができる。仲裁裁判所は、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」と規定している。韓国仲裁法第二〇条二項は、「第一項の合意のない場合には、仲裁廷はこの法律に従って適切な方式で仲裁手続を進めることができる。この場合は、仲裁廷は、証拠の能力、関連性及び証明力に関して判断する権限を有する」と規定している。

(33) イギリス一九九六年仲裁法第三四条一項。

(34) 日本新仲裁法第二六条三項。

(35) 小杉丈夫「国際仲裁手続と証拠法」JCAジャーナル(一九九二年二月号)一〇頁参照。

(36) Interim measures of protection are generally temporary in nature, covering only the period up to entry of the arbitration award. Depending upon the measure, the circumstances justifying its continued existence no longer apply at the time the award is made or the interim measure is merged into the award. 暫定的保全措置は「一般に interim measures of protection」に称されるほか、「provisional orders, interim award, conservatory measures, and preliminary injunctive relief」などにも称される(See A/CN.9/WG.II/WP.119, para.14). Alan Redfern & Martin

Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, (Sweet & Maxwell 1999) para.7-11. 中村達也「暫定的保全措置を命じる仲裁人の権限(一)」—契約上の地位保全を中心として—[CAジャーナル(一九九八年八月号)一八頁(注(四))、陳治東「国際商事仲裁法」(法律出版社一九九八年)一七六頁など参照された。]

- (37) 中野俊一郎「仲裁人による暫定的保全命令とニューヨーク条約」『現代民法学の理論・西原道雄先生古稀記念(上)』(信山社二〇〇一年)六五七頁参照。

- (38) See A/CN.9/WG.II/WR.119, para.14.

- (39) 三木浩一「商事仲裁法制の国際的調和に関する新たな動き(下)」NBL(二〇〇〇年二月号)三六頁参照。

- (40) Legal systems take different approaches to the issue of interim measures in support of arbitration and the institution that may be empowered to issue such measures. Broadly speaking, these fall into three main categories: those where the power is reserved to the court; where it is reserved to the arbitral tribunal once it has been constituted or arbitral proceedings initiated; and those where both the court and the arbitral tribunal have such powers (A/CN.9/WG.II/WR.119, para.20).

- (41) その他「たゞしは」"Consecutive powers or Power of courts to issue is uncertain"もある(See A/CN.9/WG.II/WR.119, paras.27 and 28)。

- (42) 中野俊一郎「国際商事仲裁における実効性の確保(一)」神戸法学雑誌三八巻一号(一九九八年)三一頁参照。

- (43) UNCITRAL 国際商事仲裁模範法第一七条。同時に、第九条は、「仲裁契約は、当事者が仲裁手続前又は仲裁手続中に、裁判所に権利保全のための暫定措置を申立てること及び裁判所がそのための措置をとることを妨げない」と規定している。

- (44) シンガポール国際仲裁法(第二二条(一))、(五)。また、二〇〇一年シンガポール仲裁法第二八条においても同じ趣旨の規定を設けてゐる。

- (45) ドイツ民事訴訟法第一〇編(仲裁手続)第一〇四二条(一)。(1)。

- (46) 中野俊一郎「仲裁人による暫定的保全命令とニューヨーク条約」前掲注(37)・六四四頁参照。

- (47) 詳しくは、中野俊一郎・前掲注(42)・三七頁以下参照。

- (48) 東京地判昭和一九年七月一九日下民集五巻七号一一〇頁。

- (49) 小山昇・前掲注(7)・八二頁参照。

- (50) 上野泰男「仲裁手続と保全処分判例の検討」『関大法学論集三九巻四・五号(一九九〇年)三六八頁参照。

- (51) 松浦馨「仲裁事件と仮救済」松浦馨Ⅱ青山善充編・前掲注(7)・一七二頁参照。

- (52) 小島武司・前掲注(5)・二四四頁参照。

- (53) 日本新仲裁法(法律第一二八号)第一五条、第二四條。

- (54) International Arbitration Rules of the American Arbitration Association (As Amended and Effective on April 1, 1997) Article 21 [1. At the

request of any party, the tribunal may take whatever interim measures it deems necessary, including injunctive relief and measures for the protection or conservation of property.]

- (55) 詳しくは、中野俊一郎・前掲注(42)・七七頁以下、中村達也・前掲注(36)・二二頁以下参照されたい。
- (56) 中華人民共和国仲裁法第六八条。CETAC2000 仲裁規則第三二条第二項。
- (57) 中華人民共和国仲裁法第二八条。
- (58) 中華人民共和国民事訴訟法第二五八条。また、CETAC2000 仲裁規則の第三二条は、同じ規定を設けている。
- (59) 杜開林「仲裁証拠保全評析——従一種仲裁証拠保全案看現行法律規定的不足」中国仲裁二〇〇三年第一期 (<http://www.arbitration.org.cn/viewcontent.aspx?id=114>)。日本においても、紹介されている。村上幸隆「仲裁における証拠保全」JCAジャーナル第五〇巻二二号(二〇〇三年)三三頁以下参照されたい。
- (60) 于紹元主編「中華人民共和国常用法案例概覽」(工商出版社 一九九八年)九〇六、九〇七頁参照。
- (61) 「最高人民法院關於適用『民事訴訟法』若干問題的意見」(一九九二年七月一四日)は、「担保を提供させる場合は、その額は、被保全権利の金額と同一でなければならない」(九八条)と規定している。また、その後の「關於經濟審判工作中嚴格執行『民事訴訟法』的若干規定」(一九九四年一月三二日)においても、同様な規定を設けている。
- (62) 中華人民共和国仲裁法第四六条。
- (63) 中華人民共和国民事訴訟法第七四条。
- (64) 最高人民法院「關於設立海事法院幾個問題的決定」(一九八四年一月二八日)。
- (65) 中華人民共和国仲裁法第二八条。
- (66) 中華人民共和国民事訴訟法第二五八条。また、CETAC2000 仲裁規則の第三二条、中国海事仲裁委員会仲裁規則第二二条も、同様な規定を設けている。
- (67) 本件の「凍結」とは、人民法院が法律に基づいて、関連銀行・信用金庫「社」等の金融機関に、被申立て人が口座内の金員を引出し又は処分をさせないように通知し、金員を凍結させ、何人も動かしてはならない。凍結期限は六ヶ月とし、法院が延長の必要を認めれば、期限到来までに凍結継続手続をしなければならない。期間過ぎてても延長手続を行わなければ、凍結解除とみなす(蘇慶揚編「仲裁法及配套規定新釈新解」(人民法院出版社一九九九年)三七三頁参照)。
- (68) 中華人民共和国民事訴訟法第九四条二項、第九八条二項。
- (69) 中華人民共和国民事訴訟法第九二条一項。
- (70) 中華人民共和国海事訴訟特別手続「程序」法(一九九九年一月二五日第九期全国人民代表大會常務委員會第十三次會議採択・二〇〇〇年七月一日から施行)第一四条。

- (71) オーストリア民事訴訟法典第五八九条、チェコ共和国議会「法令全書」の仲裁手続及び仲裁判断の執行についての第二一六／一九九四号法案第二三節 (Section 22 of Act No. 216/1994, Statute Books of the Parliament of the Czech Republic, on Arbitral Proceedings and Enforcement of Arbitral Awards (approved on 1.11.1994, entered into force as of 1.11.1995). (See, A/CN.9/WG.II/ WP.127 (New York, 23-27 February 2004), pp. 3-4).
- (72) ギリシア民事訴訟法典第八八九条、イタリア民事訴訟法典第八一八条 (Alan Redfern & Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, (Sweet & Maxwell 1999) para.7-12)。
- (73) イタリア民事訴訟法典第八一八条。
- (74) イギリス仲裁法第三九条一、四項。
- (75) オランダ民事訴訟法(第四編仲裁法) 第一〇五一一条一項は、「当事者は、第二八九条第一項の制限の範囲内で、仲裁裁判所又はその長に対し略式手続で仲裁判断をなす権限を付与する合意をすることができるとしている。
- (76) ドイツ民事訴訟法典第一〇編(仲裁手続) 第一〇四一条一項、国際私法に関するスイス連邦法第一八三条一項、日本新仲裁法第二四一条一項。
- (77) Gary B. Born, International Commercial Arbitration in the United States (Kluwer1994), pp. 767-768. 中村達也「暫定的保全措置を命じる仲裁人の権限(一)―契約の地位保全を中心として」JCAジャーナル(一九九八年九月号) 三〇頁参照。
- (78) 松浦馨「仲裁事件と仮救済(二)」JCAジャーナル(一九九〇年三月号) 四頁参照。
- (79) 中野俊一郎「仲裁人による暫定的保全命令とニューヨーク条約」前掲注(37)・六五七頁参照。また「During the course of an arbitration, it may be necessary for the arbitral tribunal or a national court to issue orders intended to preserve evidence, to protect assets, or in some other way to maintain the status quo pending the outcome of the arbitration proceedings themselves. Such orders take different forms and go under different names. In the Model Law and in the UNCITRAL Rules, they are known as "interim measures of protection". In the English version of the ICC Rules they are known as "interim or conservatory measures" in the French version, as "mesures provisoires ou conservatoires", whilst in the Swiss law governing international arbitration they are referred to as "provisional or protective measures". Whatever their designation, however, they are intended in principle to operate as holding orders, pending the outcome of the arbitral proceedings」(Alan Redfern & Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, (Sweet & Maxwell 1999) para.7-11.)
- (80) UNCITRAL 国際商事仲裁模範法第二七条。
- (81) UNCITRAL 国際商事仲裁模範法第一七条の修正草案 (Draft of article 17 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration regarding the power of an arbitral tribunal to grant interim measures of protection) (11) 頁 (A/CN.9/WG.II/ WP.131 (Vienna, 13-17 September 2004), p. 2)。
- (82) UNCITRAL 仲裁規則第二三一条一項。



- (83) ICC 国際商事仲裁裁判所仲裁規則第三三条一項。
- (84) AAA 国際仲裁規則第二一条一項。
- (85) 中華人民共和国民事訴訟法第九四条。
- (86) 解常晴「国際商事仲裁中の臨時保全制度及其發展前景」仲裁与法律(二〇〇二年第三期)二五頁、江偉「王國徵」完善我國財產保全制度的設想」中国法学(一九九三年第五期)九一頁。
- (87) 解常晴・前掲注(85)・二六頁參照。
- (88) 中華人民共和国仲裁法第二八条一項・三項、第四六条。
- (89) 中華人民共和国民事訴訟法第九二条一項・二項。
- (90) See: A/CN.9/WG.II/WP.119 (New York, 4-8 March 2002), paras.42-43, 47⑤, 47⑥, 47⑦. "Newly revised draft of article 17 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration regarding power of an arbitral tribunal to grant interim measures of protection" (三) 項以下(4)の(2)の規定による。すなわち、[The party requesting the interim measure of protection shall satisfy the arbitral tribunal that: (a) Harm not adequately reparable by an award of damages is likely to result if the measure is not ordered, and such harm substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted; and (b) There is a reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits, provided that any determination on this possibility shall not affect the discretion of the arbitral tribunal in making any subsequent determination.] (A/CN.9/WG.II/WP.131 (Vienna, 13-17 September 2004), p. 3)。
- (91) 保全措置の承認及び執行についての最新条文草案 (Draft provision on the recognition and enforcement of interim measures of protection (for insertion as a new article of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, tentatively numbered 17 bis). "(1) An interim measure of protection issued by an arbitral tribunal shall be recognized as binding and, unless otherwise provided by the arbitral tribunal, enforced upon application to the competent court, irrespective of the country in which it was issued, subject to the provisions of this article." (A/CN.9/WG.II/WP.131 (Vienna, 13-17 September 2004), pp. 11-12)。
- (92) ドイツ民事訴訟法典第一〇編(仲裁手続)第一〇六一条一、二項。
- (93) 中野俊一郎「仲裁廷による保全命令の執行——ドイツ民訴法一〇四一条の解釈・運用について——」JCAジャーナル(二〇〇二年八月号)一四頁參照。
- (94) 香港仲裁法第二〇六条。
- (95) 松浦馨「仲裁事件と仮救済(二)」JCAジャーナル(一九九〇三月号)八頁、中野俊一郎「国際商事仲裁における実効性の確保(二)・完」神戸法学雑誌三八卷二号(一九九八年)四五八頁、また、中村達也・前掲注(76)・三一頁以下參照された。
- (96) Resort Condominium International Inc. v. Bolwell and Resort Condominiums (Australasia) Pty. Ltd., (1993) 18 ALR 655 9 International

Arbitration Report (1994, no. 4) A1 Yearbook Comm. Arb. Vol. XX (1995), p. 628. この事件についての詳細な分析は、中野俊一郎「仲裁人による暫定的保全命令とニューヨーク条約」・前掲注(37)・六四五頁以下、また、中村達也・前掲注(76)・三四一三五頁も参照されたい。

(97) The International Law Association (ILA) Report of the sixty-seventh Conference held at Helsinki from 12-17 August 1996-Committee on International Civil and Commercial Litigation, Second Interim report on provisional and protective measures in international litigation, published by the ILA, London 1996. (See: A/CN.9/WG.II/WP.119, paras 49-67).

(98) See A/CN.9/WG.II/WP.119, paras 68-71.

(99) 中野俊一郎「仲裁人による暫定的保全命令とニューヨーク条約」・前掲注(37)・六五六頁参照。

(100) 国際裁判における仮保全措置と暫定措置については、内ヶ崎善英「仮保全措置と暫定措置―国際司法裁判所と国際海洋裁判所の比較を通して」桐蔭法学六巻二号(二〇〇〇年)八五頁以下参照されたい。

(101) 勿論、問題は生じないとは限らない。たとえば、CIETACの仲裁規則の改正(主に受理範囲の拡大のため)において、保全措置の申立ての提出先は、仲裁委員会は当事者の申立てを証拠所在地に人民法院に提出し、裁定をしなければならず、「規定されているが、この条文の「所在地の人民法院」は一体どのレベルの人民法院か、という疑問を生ずる。次はこの疑問によって生じた誤解の例を紹介しながら、暫定的保全措置の管轄権を考察して本稿を終える。

事案：一九九三年七月三日、中国内地のX会社と香港のY会社は合作経営契約を結んだ。合作経営の過程で、紛争が生じた。X会社は合作契約中の仲裁条項により、CIETAC深圳分会(現在の「華南分会」)に仲裁を申立てた。Y会社は深圳分会が出した仲裁通知を受け取った後、深圳分会に答弁書と証拠保全申請を提出した。深圳分会は仲裁規則の規定によって、Y会社の証拠保全申請をA市の中級人民法院に提出したのである。

X会社はA市の中級人民法院の証拠保全裁定に対し、深圳分会に異議を申立てた。その異議とは、本件の証拠保全の管轄権はA市中級人民法院にあるのではなく、証拠所在地のB市の基層人民法院に証拠保全申請を提出しなければならないと主張した。その理由とは、CIETAC2000仲裁規則第二章の規定によれば、仲裁委員会は当事者の申立てを証拠所在地に人民法院に提出し、裁定をしなければならず、また、「民事訴訟法」第二章の管轄権の関連規定は、「証拠所在地」は地域管轄であるが、級別管轄ではないから、したがって、本件はN市の基層人民法院に提出しなければならないし、深圳分会は仲裁規則に違反していると主張したのである。

これに対し、深圳分会の回答は、本件は涉外案件であるから、「仲裁法」第六八条の規定によれば、涉外仲裁の当事者が証拠保全の申立てをする場合は、涉外仲裁委員会は当事者の証拠保全の申立てを証拠所在地の中級人民法院に提出しなければならない、としている。また、CIETAC2000仲裁規則二三条は、「証拠所在地の人民法院」とし、「基層か中級人民法院か」をはっきりしなかったのは、国内仲裁と涉外仲裁の両方に適用するからである。(謝衛民「案例研究」簡訊(NEWSLETTER ISSUE 9) 深圳分会二〇〇一年七月参照)。

何故X会社はこのような誤解を生じてしまったのであろうか、単なる仲裁規則に対する理解のすれ違いであるとは思わない。そもそも、誤

解を生じやすい仲裁規則に問題があると考える。涉外仲裁案件の保全措置について、法律及び法解釈は次のようにはつきりと規定している。

「民事訴訟法」第二五八条または最高人民法院「中華人民共和國仲裁法の実施に関するいくつかの問題についての通知」（一九九七年三月二六日）法発（一九九七）四号）第二条は共に、涉外仲裁に関する案件においては、当事者が財産保全を申立てるとき、被申立人の住所所在地又は財産所在地の中級人民法院によって、裁定を行うと規定している。または「仲裁法」第六八条は、「涉外仲裁の当事者が証拠保全を申立てた場合は、涉外仲裁委員会は当事者の申立てを証拠所在地の中級人民法院に提出しなければならぬ」と規定している。

しかし、CEIACの仲裁規則、特に改正後のそれは、涉外仲裁の保全措置の提出先に関してその規定の内容が曖昧になっている。

一九九五年の仲裁規則は「当事者が財産保全を申立てる場合は、仲裁委員会は当事者の申立てを被申立人の住所地又は財産所在地の中級人民法院に提出し、裁定しなければならない。当事者が証拠保全を申立てる場合は、仲裁委員会は当事者の申立てを証拠所在地の中級人民法院に提出し、裁定しなければならない。」（一九九五年CEIACの仲裁規則第三条）と規定していたが、一九九八年改正の仲裁規則は、「当事者が財産保全を申立てる場合は、仲裁委員会は当事者の申立てを被申立人の住所地又は財産所在地の人民法院に提出し、裁定しなければならない。」（一九九八年CEIACの仲裁規則第三条・二〇〇〇年の仲裁規則はそのまま援用した）と規定している。

すなわち、一九九八年の改正条文は、保全措置の提出先は「所在地の中級人民法院」から「所在地の人民法院」に変更した。しかし、改正後の「人民法院」を、単なる「基層人民法院」又は「中級人民法院」とであると理解してはならない。何故かという点、改正後の仲裁規則、特に「CEIAC2000仲裁規則」の場合は、仲裁の受理範囲が大きく拡大され、受理されない紛争（CEIAC2000仲裁規則第二条第二項）以外のすべての国内紛争も受理するようになったのであるから。したがって、「人民法院」は「基層人民法院又は中級人民法院」と解釈しなくてはならない。つまり、国内仲裁の場合は、「基層人民法院」であり、涉外仲裁の場合は、「中級人民法院」であるという解釈である。

このように、国際商事仲裁の実効性の問題は、単に仲裁自身に纏わる問題ではなく、様々な要素によって実現される。中国では、仲裁に限らず裁判においても、その実効性を確保するために法整備を通じて努力してきたが、依然として改善する必要な点は多々ある。