

保全命令の国際裁判管轄に関する一考察

的場朝子
ま と ば あ き こ

神戸大学法学部講師

- 1 はじめに
- 2 条約(案)等における保全命令の国際裁判管轄の規律
- 3 「実効性」の問題なのか、その他の要素の問題なのか
- 4 「対人的措置」という方法による域外財産の保全
- 5 裁判所の対人的・域外的命令と外国主権侵害性
- 6 本案管轄と保全命令管轄
- 7 おわりに

1 はじめに

日本法上、保全命令の国際裁判管轄を一般的に定めた明文規定は存在しない。そこで、民事の通常の訴訟と同様に考えるならば、当事者間の公平・裁判の適正・迅速を期するという理念に従って条理によって定められるべきこととなり、具体的には、通説的立場は、民事保全法12条1項の土地管轄の規定⁽¹⁾を類推的に適用することで国際裁判管轄の有無が原則的に決められるべきとする。ただし、「特段の事情」がある場合は例外を認める⁽²⁾。

他方、この通説的立場からはアンチテーゼとして挙げられることが多いのが、現行の民事保全法成立前の池原教授の説⁽³⁾である。この説の特徴は、仮差押についても仮処分についても管轄地が「実効性」をあげうる地であることを重視されている点である。そして、この「実効性」を特に重視されているように見えることこそが、現在の通説的見解から批判されている原因であると考えられる。しかし、たしかに「実効性」だけを基礎とするのであれば違和感があるものの、「実効性」という要素を完全に無視して保全命令の国際裁判管轄を決することができるという意見にも疑問がないわけではない。また、本案管轄が日本

に認められるが目的物が日本に所在しない場合の仮差押事件の国際裁判管轄について、「裁判実務上は、執行期間内に執行することが不能であることが明らかである事案について、保全命令を発することにはためらいを感じざるを得ない」⁽⁴⁾といった法実務上の感覚も表明されている。そこで、本稿では、保全命令の国際裁判管轄の規律にあたって「実効性」という要素及びその他の要素がどのように位置づけられるかをテーマとして究明を試みてみたい。

ただし、本稿の考察の指針としては、日本の裁判所が適用する国際裁判管轄ルールの検討というよりも、国際社会に在るべきルールとしての保全命令の国際裁判管轄の規律の探求というアプローチをとる。そのような前提で保全命令の国際裁判管轄を考察するにあたって、特に留意されるべき、もしくは、検討されるべきと考えている点が3点ある。

第一に、各国法上の（ないしは、各法域における）保全措置には多様な種類のものがあり、たとえ類似したタイプの措置であっても、必ずしも同じ要件で発令されるとは限らない。そして、申立てを受けた裁判所は、その所属国の法が認めている種類の措置をその要件が充たされる限りで発令することができるにすぎない。そこで、管轄の国際的分配を考える際にも、そもそも如何なる範囲の措置を「保全措置」と概念づけて管轄ルールを定めるのかという問題を同時に検討せざるをえない。さらに、問題を複雑化しているのは、保全命令が発令されるに至るまでに勘案される諸要素の各国の手續上の位置づけが国によって異なりうるということである。

すなわち次のようなことである。保全措置の目的という観点からは、たとえば日本の民事保全法上の「仮差押」のように金銭的権利について本案判決の執行を保全する目的の措置⁽⁵⁾と「仮の地位を定める仮処分」のように争いがある権利関係について債権者に生じうる損害・危険を避けしめることを目的とする措置⁽⁶⁾とに分けて考えることができ、この両種の保全措置を並存させる法域は少なくない。ところで、ここで「仮差押」に分類されるような措置の制度を有する場合であっても、法域により、仮差押命令段階で既に対象の特定を要求する法制と執行段階まで特定性を要求しない法制とがある⁽⁷⁾。また、「仮の地位を定める仮処分」の種類の制度を有する場合も、たとえば「緊急性」があるこ

とは必ずしも措置の発令要件と位置づけられるわけではなく、例外的場合に裁判管轄を認めるための要件として位置づけられている例もあるという⁽⁸⁾。

このような各国の保全法制の違いは、国際社会における保全命令管轄の在り方を検討する際にも考慮せざるをえないのではないかと思われる。

第二に、保全命令は一種の裁判ではあるが、その本質として、迅速に裁判の内容を実現させることが求められている。とすれば、本案判決と強制執行との関係と同じように保全命令と保全執行との関係を把握して十分といえるのかが問題となる。さらに、もし保全命令と保全執行とが非常に密接に繋がっている、もしくはある意味でミックスされた部分もあると考えられるのであれば、保全執行管轄の局面においてのみならず保全命令管轄についても、国際法上の国家の執行管轄権の制限に沿う形での限界が現れるのではないとも考えられる。

第三に、第二点とも関係するが、条約・諸国の法制や裁判例をみても、保全命令の国際裁判管轄の有無の判断基準として、①被保全権利と保全の必要性等の審理を適正に行うのか否か（適正性：審理事項との十分な関連性の存在）、②求められている保全措置の類型に応じた実効性を確保できる可能性があるか（実効性）、という2つの基準の存在が浮かび上がってくる⁽⁹⁾。では、この2つの基準の関係はどのようなものか。2つの基準を共に満足させる場合にしか保全命令管轄は認められないと考えられるべきなのだろうか。特に、「本案管轄を有する裁判所」に保全命令管轄を認める法制を、これらの2つの基準との関係でどのように説明できるのかが問われる。

以下、前述のような問題意識を踏まえ、まず、条約や条約案などの形で保全命令の国際裁判管轄についての規律がおかれた比較的最近の例とその傾向を概観し（本稿2）、その後、第一に、保全措置の類型や措置の対象の特定の要件といった各国法上の保全制度の内容と域外的保全命令の可能性との対応関係について（本稿3）、第二に、域外的保全命令の可能性について、及び、域外的保全命令が可能だとしても適正ないしは適法性の問題が残ることについて（本稿4、5）、第三に、保全命令管轄を認められる国が本案管轄を有する場合とそうでない場合とで如何なる違いがあるのかについて（本稿6）順に検討し、保全

命令の国際裁判管轄の規律についての基礎的考察を行う。

なお、本稿では保全命令の国際裁判管轄についての国際的な議論や状況の把握に焦点を当てるため、日本法やその概念は国際的な状況のうちの一として触れるにとどまり、裁判例等についての詳細を省略せざるをえなかったことをお断りする。

2 条約(案)等における保全命令の国際裁判管轄の規律

(1) 各々の内容

民・商事の分野一般につき保全命令管轄を定めている比較的最近の条約(案)等においては、次のような規律がなされている。

民・商事分野における裁判管轄と外国判決執行に関するブリュッセル条約⁽¹⁰⁾ 24条(以下、「ブリュッセル条約」と呼ぶときはこの条約を指す。なお、ブリュッセル規則 I⁽¹¹⁾ 31条の内容もこれとほぼ同じ)は、①条約上の本案管轄を有する国の裁判所、および、②締約国法上、自らの保全命令管轄が認められる国の裁判所、に条約上の保全命令管轄を認める。国際法協会(ILA)の採択したヘルシンキ原則⁽¹²⁾では、①本案管轄を行使している裁判所、及び、②財産所在地国の裁判所、に保全命令管轄を認める。そして、欧州委員会によるブリュッセル条約改正提案⁽¹³⁾では、①条約上の本案管轄を有する国の裁判所、及び、②当該保全措置の執行地となる国の裁判所、に管轄が認められるべきとして従来の24条の規定内容からの改正が提案された。また、ハーグ国際私法会議によるハーグ条約草案⁽¹⁴⁾では、①条約上の本案管轄を有する裁判所、②対象財産の所在地国の裁判所(当該財産との関係でのみ)、③当該保全措置の執行地となる国の裁判所(本案との関係での暫定性が必要)、を保全命令管轄とし、ブリュッセル条約とその改正提案との双方を合わせたような規定ぶりになっている。他方、少し他と体裁の異なる提案としては Storme 提案⁽¹⁵⁾があり、①本案訴訟開始前は当該保全措置の執行地又は債務者の住所地の裁判所、②本案訴訟開始後は本案訴訟の係属する裁判所(専属的に)、に保全命令管轄を認める。

(2) 類似点など

これらの条約ないしは条約案等の規律を比較すると、いくつかの類似点が見えてくる。

(i) 保全措置の種類による区別を置かないという点

第一に、保全措置の種類に関係なく管轄ルールが立てられていることを共通点として挙げられる。この主要な理由としては、仮差押や仮処分といった保全措置の種類と保全目的との対応関係が必ずしも国際的に同一ではないことが考えられる。つまり、次のようなことである。

債権者の権利が本案判決によって決されるまでの間、債務者財産を保全して本案判決の執行を確保する目的の措置としては、イングランドの資産凍結命(マレーバ・インジャンクション)⁽¹⁶⁾、フランスの *saisies conservatoires*⁽¹⁷⁾、ドイツの *Arrest*⁽¹⁸⁾ などの法制がある。そして、これらの目的は日本法の仮差押の目的にあたるものである。ところが、このうちで特にイングランドの資産凍結命令については、日本法の下で同様の効果を得るためには「債務者に対して外国所在の財産の処分を禁止する仮処分を、不作為を命じる仮処分として」⁽¹⁹⁾ 発令することが考えられると提案されている⁽²⁰⁾ ように、日本法の類型上は「仮処分」に分類されるような性格の措置であるといえる。大陸法系の国の法制にも細かな異同は存在するが、特にイングランドが関係する場合、仮差押や仮処分といった類型を基にした分類は混乱を招くおそれがあると懸念されるのである。

保全措置の分類という観点から付け足しておく、措置の条約上の規律の区分としては現れていないものの、分析の枠組みとしては、①措置の目的による分類の他、②措置の対象による分類、がなされることがある。後者の分類によると、(a) 債務者に対して一定の作為・不作為を命じたり、第三者に対して債務者に財産を返還しないように、または、債権者のために財産を手放すよう指示したりするような「对人的措置」(*measure in personam*) と、(b) 措置の効果が仮に差し押さえられた物ないしは財産に主にかかっていく「対物的措置」(*measure in rem*) とが区別される⁽²¹⁾。本稿では、便宜上、日本の仮差押と同様の目的のための措置、例えばフランスの *saisies conservatoires* やドイツの *Arrest* を「仮差押」もしくは「仮差押の類型にあたる措置」などと呼称するが、これらが

日本の仮差押と同一の制度であるという意味ではもちろんない。

なお、多種の措置を統合的に考える必要性をもって、裁判管轄の規律を保全措置の種類ごとに区別しない理由とすることもできるだろうか。一つの法域において、「本案判決の執行確保のために保全措置」と「仮に本案判決が下されたのと同様の状態を創り出す保全措置」との双方の類型の制度が存在する場合、前者の措置が強力であれば後者の措置が弱くても補完されうるし、その逆のケースもありえるというように、複数の制度が合わさって全体としてのシステムが機能している⁽²²⁾とも考えられる。したがって、各法域の措置を比較する際には、一種類の措置だけに焦点を合わせることなく、各法システムが有する多種の措置を統合的に見ていく必要はある。ただ、管轄の規律との関係ではこの理由付けは成り立たないように思われる。

(ii) 本案管轄を有する国の裁判所に保全命令管轄をも認める点

第二の特徴は、被保全権利につき本案管轄を有する国の裁判所に広く保全命令管轄をも認め、そこで発令される保全措置の実効性如何による条件づけや制限を行わない趣旨の規定になっていることである。このように本案管轄を有する国の裁判所に広く保全命令管轄を認めると、保全命令の対象が発令裁判所所属国の領域内に存在しなくても、もしくは、当該保全命令の執行がなされる地が発令裁判所所属国の領域外であっても、保全措置をとることができそうである。しかし、保全命令の対象が発令裁判所所属国の領域内に存在しない場合、保全措置がとられたとしても、実効性の点で疑問のある命令しか発令しえないケースが生じうる。そこで、前述の池原説のように実効性を重視した保全命令管轄ルールを是とする立場との違いが問われるのである。

ただし、本案管轄を有する国の裁判所に広く保全命令管轄を認めていても、例えば、債務者の審尋を全く欠く等により債務者の手続保障の点で問題のある保全命令は発令国以外の国で承認・執行されえないといった形で（実効性欠如ではなく手続権に関する瑕疵を根拠として）、域外発令に対して実際上一定の制限を付す結果をもたらししている例⁽²³⁾はある。

なお、「本案管轄を有する」の意味については、ここで挙げた条約（案）等における規定のされ方に若干の違いが見られる。ブリュッセル条約・ブリュッセル

ル条約改正提案・ハーグ条約草案においては、本案訴訟が既に係属していることを要さず抽象的・論理的に本案管轄を有すれば足るようにも解しうる規定ぶりであるが、ヘルシンキ原則の規定では「本案管轄を行使している裁判所」⁽²⁴⁾という表現がされ、実際に係属していることを要するように読める。さらに、Storme 提案は本案訴訟開始後か否かで保全措置をとりうる裁判所を区別し、本案訴訟開始後は明確に「本案訴訟が係属する裁判所」のみに保全命令管轄を認めようとする。

(iii) 本案管轄を有していない国の裁判所の保全命令管轄の制限

第三の特徴として、前述の条約(案)等のほとんど全てが、本案管轄を有さない国の裁判所であっても一定の場合については保全命令管轄を認める規律を置く。財産所在地国の裁判所(ヘルシンキ原則、ハーグ条約草案)や保全措置の執行地となる国の裁判所(ブリュッセル条約改正提案、ハーグ条約草案)等がその例である。また、ブリュッセル条約24条は、締約国法に保全命令管轄の規律を任せる形の抽象的な規定になっている点で異質であるが、締約国法上、保全命令管轄が財産所在地や保全執行地に認められていれば他の条約(案)等の規律と同様の結果が導かれる⁽²⁵⁾。

そして、注目されるのは、これらの条約(案)等が本案管轄を有さない国に保全命令管轄を認める場合、本案管轄を有する国の裁判所に保全命令管轄を認める場合の扱いと区別して、付加的な制限を置く例が散見されることである⁽²⁶⁾。例えば、ハーグ条約草案では保全措置の執行地となる国の裁判所に保全命令管轄を認めるものの、本案との関係での暫定的保全目的⁽²⁷⁾のためである必要があるという条件を付す。また、ヘルシンキ原則では、合理的期間内に本案訴訟が提起されることが保全命令管轄行使の条件であり、自国に本案管轄が認められない場合は外国裁判所の本案判決が自国で執行されうる合理的可能性がない限りは保全措置はとれないものとされる⁽²⁸⁾。さらに、ブリュッセル条約24条に関する欧州司法裁判所の先決判断⁽²⁹⁾でも、条約上の本案管轄を有さない国の裁判所に保全命令管轄が認められるには、措置の対象と裁判所の属する国の領域との間に「真の関連性」⁽³⁰⁾が存在することが必要であるとの解釈が示され、ここでも付加的な条件づけがなされているといえる。

(iv) 措置の執行地国の保全命令管轄

第四に、「措置の執行地」という概念を保全命令管轄原因として挙げる規律が目立つ。端的に「執行地」に裁判管轄を認めるという規定の仕方は、日本の民事保全法上の保全命令管轄の規定とはかなり異なり、新鮮に見える。

趣旨としては、措置の対象となる財産所在地に保全命令管轄を認めるのと同様に、措置の執行地に保全命令管轄を認めることも措置の実効性をあげることに資するということだと考えられる。ただし、「措置の執行地」という概念を管轄原因として用いることを疑問とする論者もあった⁽³¹⁾。執行地がどこであるかという判断は、特に間接強制を執行方法とする場合なども勘案すると、申立て段階で必ずしも一義的に決まるとは限らないというのである。また、管轄を過剰に認めることになるおそれもあるため、何らかの歯止めが必要となる。先に挙げた条約(案)等の例としては例えばハーグ条約草案が、保全措置の執行を発令国の領域内国に限ったうえで、本案請求を暫定的に保全する目的の措置であることを条件として⁽³²⁾保全命令管轄を認めている⁽³³⁾。

3 「実効性」の問題なのか、その他の要素の問題なのか

前節で挙げた条約(案)等の傾向の1つは、本案管轄を有する国の裁判所に保全命令管轄をも広く認めるというものであった。しかし、そうすると問題になるのが、本案管轄を有する国の領域外に保全措置の対象が所在する場合であっても保全命令管轄を認めてよいのか、という点である。保全命令を発令したとしても、発令国の領域内に対象がないのであれば実効性に欠ける措置となってしまうのではないか。そこで、一案として、求められている保全措置に応じて、当該措置に必要な実効性を確保しうるのかどうか、を保全命令管轄の有無の判断に際して考慮すべきなのではないかとも考えられる⁽³⁴⁾。

(1) 「実効性」の勘案に対する疑問

裁判管轄の有無の決定段階で裁判の実効性を勘案することについては批判もありうる。これは、裁判に関係する両当事者及び裁判所の各観点から、裁判の実効性を管轄決定段階で問う必要性に疑問を呈するものである。すなわち、①

債権者にとっては、自らそこで裁判が行われることを望んでいる以上、裁判に実効性がなくても構わないはず、であり、②債務者にとっても、裁判に実効性がないほうが望ましいはず、であり、③裁判所にとってのみ、裁判を行う負担という点から裁判の実効性を問う必要性があるかもしれないが、裁判所の負担はそれほど重視されるべき要素なのだろうか、と⁽³⁵⁾。また、④本案訴訟の場合には特に裁判管轄の決定に際して実効性を考慮しないにもかかわらず、なぜ保全命令管轄については裁判の実効性を勘案する必要があるのか、という疑問もある。

これらの疑問に対しては、①については、裁判所の選択を誤った債権者が無駄な申立てに時間とお金を浪費することを止めるため、②については、無意味な裁判のために手続に巻き込まれる債務者を救うため、また、③については、裁判所の負担という観点のみではなく、実効性のない裁判を下すこと自体が裁判所への信頼失墜の危険性を孕むという点で、さらに、④については、裁判とその執行との関係に焦点をあてた場合、迅速な対応を要する保全命令と保全執行との関係は、本案判決とその執行との関係に比べて特に密接に結びついている、と反論することもできそうではある。ただし、「裁判所への信頼」というものを裁判所が実際上どの程度意識しているのか、また、保全命令と保全執行との関係の近接性が保全措置の種類によらず一般的に認められるのか、が検証されねばならない。

そもそも、裁判の実効性とは如何なるものなのだろうか。以下では、「実効性」の種類と保全措置の類型とについて、もう少し具体的に検討を行いたい。

(2) 「実効性」 Effectivity の意味

裁判の実効性（の可能性）という要素を考慮するとしても、「実効性」が認められる態様としては多様なものがあり、実効性がえられる可能性の程度にも違いがある。ざっと挙げてみると、①発令国の領域内での迅速かつ直接的な執行可能性、②債務者が発令国の領域内に何らかの財産を有することによる間接強制可能性、③債務者が発令国に住所を有し、そこでの債務者の活動ないしは将来的に得る財産をコントロール下に置く可能性があることによる間接強制的効

果の可能性、④本案訴訟係属国で保全命令申立てがなされた場合の、当事者行動の潜在的コントロール可能性、⑤当事者の任意の服従可能性、⑥とりあえず発令することで、外国の裁判所に対しての保全裁判所からの意思表示としての効果を期待しうる可能性、⑦域外的発令を外国が承認してくれる可能性、等が考えられる⁽³⁶⁾。

このうちで、外国保全命令の承認・執行許可というルートを通じた実効性の取得は、外国保全命令の承認・執行を認める条約等がない場合は必ずしも期待できるわけではない⁽³⁷⁾。しかし、ここで挙げた実効性の態様のうちのいくつかは、日本の実定法上も既に織り込み済みである。まず、仮差押の対象財産所在地に保全命令管轄を認める規律は、①の実効性を勘案したものであると考えられる。また、本案管轄を有する裁判所に保全命令管轄をも認める規律については、たとえば、債務者の住所地に本案管轄が認められることから保全命令管轄も同地に認める場合は、②または③または④の実効性を勘案したのものであるともいえる。さらに言えば、ここで挙げるような多様な種類の「実効性」の態様を念頭に置かならば、事案と裁判地との間に一定の関連性がある場合、その関連性の存在にもかかわらず如何なる意味でも裁判の実効性が認められないケースの方が例外的であるかもしれない。

しかしながら、本来、各国の保全措置は、その措置の種類ごとに執行方法が予定されているものであろう。とすれば、ある保全措置の実効性（実効性をあげうる可能性）を問う場合、当該類型の措置の執行方法に鑑みた実効性があるかどうか問題とされるべき⁽³⁸⁾ようにも思われる。

では、裁判所の保全命令管轄ないしは権限との関係で「実効性」の欠如が問題視されるのは、具体的に如何なる場合なのか。

(3) 問うべきは命令の実効性なのか対象財産の特定性なのか

フランスでは領域外所在財産に対する仮差押（saisies conservatoires）は認められない傾向があるといわれてきた⁽³⁹⁾。フランス法の定め⁽⁴⁰⁾にかかわらず法実務の現実として、仮差押財産がフランスの領域内に存在する場合こそがフランスに仮差押許可の国際裁判管轄が認められる場合であるとする趣旨の判示が

散見されてきたからである⁽⁴¹⁾。しかし、対象となる財産所在地国で執行許可を得る必要があることはさておき、フランス裁判所が他国で執行されるべき仮差押を許可すること自体を不可能と解する理由はない、とするのが少なからぬ数の法学者の見解である⁽⁴²⁾。

では、仮差押許可の裁判の「属地性」を肯定する実務の傾向はどのように説明されうのか。ここでは、仮差押の許可をも強制執行の範疇に含めて理解する有力な主張⁽⁴³⁾に注目したい⁽⁴⁴⁾。この有力説によると、仮差押の「属地性」は、仮差押が強制執行の範疇に入るものであること、及び、執行管轄権は執行地国に専属すること、から導かれると説明される。

また、スイスにおいても、スイスに所在する債務者財産のみが保全措置 (sequestration order, séquestre)⁽⁴⁵⁾の対象となるとされている。一説では、やはり、これは強制執行について適用のある属地性の原則のためであるといわれる⁽⁴⁶⁾。が、別の説明をつける論者もある。この論者によると、スイスにおける séquestre が領域内に債務者財産が存在する場合にしか認められない理由として重要なのは、スイスの法制上、séquestre が特定財産を対象とすることであるという⁽⁴⁷⁾。

(4) 裁判と執行との分離

仮差押の対象財産をどの段階で特定する必要があるかについては、執行段階特定説と命令段階特定説とがある⁽⁴⁸⁾。フランスの法制は後者を採用している⁽⁴⁹⁾。フランスと異なって仮差押命令段階では必ずしも対象財産の特定を要求しないドイツの法制でも、対象の特定を仮差押執行段階では必要とする。では、仮差押の対象の特定は法的に如何なる意味をもつのか。また、「裁判と執行との分離 (保全命令と保全執行との分離)」の論理との関係で、仮差押の対象の特定の時期は如何なる意味を持つのであろうか。

(i) 仮差押許可の裁判の性格

日本・ドイツでもそうであるが、フランスの法制においても、仮差押命令申立てを認めるか否かの判断に際しては被保全権利や保全の必要性が (本案訴訟におけると同程度ではないにしても) 審理される⁽⁵⁰⁾。このことをもって、仮差押

許可の裁判（ないしは、仮差押命令）も民事の通常の訴訟事件の裁判と同様のものと一応考えることもできそうである。しかし、前述のフランス法上の仮差押の属地性を説く論者は、これに反駁する。理由は次のような点にある。

通常訴訟の裁判の場合と異なり、仮差押許可の裁判と強制措置としての仮差押とは切り離して考えられない。すなわち、通常訴訟は権利についての裁判であり、この場合、権利が裁判所によって確認された後にその任意の履行というのが可能である。しかし、仮差押の許可の場合、許可の裁判が下されたとしても、債務者による任意の履行というのは考えられない。仮差押は強制力をもってするしかないのである⁽⁵¹⁾。

では、仮差押許可の裁判は強制執行の範疇に含まれるものと言うべきか。

この点、フランス法上、外国判決等の執行命令（*exequatur*）の裁判は執行行為（*un acte d'exécution*）ではないことが判例上明らかにされている。そこで、仮差押許可の裁判もこの外国判決等の執行命令の裁判と同様に執行行為とは区別して考えられるのではないかとの主張もあるが、これに対しても、仮差押の属地性を説く論者は次のように反論する。

いわく、確かに執行命令の裁判は執行行為ではないが、フランスにおける執行命令の申立てはフランスの裁判所に対してしかなしえない。これは、執行命令がフランスでの執行措置に不可欠な前提となっているからである。ところで、執行命令と仮差押許可とを比べると、執行を一般的に許可するにすぎない執行命令よりも（特定の財産への）仮差押を行うことの許可の方が債務者にとっては直接的な脅威となる。とすれば、執行許可はフランスの裁判所によってしか与えられないにもかかわらず、より直接的脅威を与える仮差押許可を外国裁判所が与えうとするのは変であろう、と⁽⁵²⁾。

(ii) 仮差押許可段階での対象財産特定の意味

このように、フランス法上の仮差押の属地性を説く論者は、「仮差押許可の裁判」と「その後に執行されることになる仮差押という措置」とが切り離しがたく結びついていることを強調する。そして、おそらくは、仮差押許可の裁判と仮差押措置との結びつきは、仮差押許可が特定の財産に対してのもの⁽⁵³⁾であることによって、より一層強くなっていると理解される。別の見方をすれば、仮

差押命令段階での対象財産の特定は、或る意味で「執行」手続の一部を前倒しして行っているようなものであるともいえそうである。

(5) 「对人的措置」と「対物的措置」との間

前述のように学説上の争いはあるものの、フランスの法実務は領域外財産に対する仮差押の許可にはこれまでのところ消極的であった。そして、フランスの仮差押の制度は「対物的措置」に分類されうる。

ところで、ドイツの仮差押 (Arrest) の法制はイングランドの資産凍結命令のような「对人的措置」とフランスの仮差押のような「対物的措置」との中間的(折衷的)なものであるという性質付けがなされることがある⁽⁵⁴⁾。Arrest はそれ自体としては対物的措置ではなく、対物的な効果をもたらすのは一定の執行措置 (the specific enforcement measures) なのであると指摘される⁽⁵⁵⁾。ここで注目されるのは、Arrest の裁判は債務者財産に対して一般的に発せられ得、財産が特定されていなくても有効になされうるという点である⁽⁵⁶⁾。そして、Arrest については、数は多くはない⁽⁵⁷⁾が、債務者財産がドイツ国内に所在するか否かを問わず命じうるとした裁判例がある⁽⁵⁸⁾。

他方、「对人的措置」と性質づけられるイングランドの資産凍結命令においては、ワールドワイド・マレーバ・インジャンクションという名でも知られるように、場合によっては、一定額の範囲であれば発令裁判所所属国の領域内に財産が所在するか否かを問わず資産凍結命令の対象とすることも可能⁽⁵⁹⁾であるとされる。

このように保全措置の性質と措置の効果範囲との対応関係をみてみると、保全措置の法制が对人的な命令という類型をとっているのか対物的措置の類型をとっているのか、さらに、措置が特定の財産に対して直接に効力を及ぼしうるといった法制なのか否かにより、領域外財産に対する措置が認められやすいか否かに差が生じているという図式が描ける⁽⁶⁰⁾。そして、裁判所の保全命令管轄という観点から言えば、本案管轄を有する国の裁判所による保全命令でありながら措置の実効性が問題とされうるといった状況は、特定の物に対する対物的措置の法制を前提とする場合に特に顕著なのではなかろうか。

4 「対人的措置」という方法による域外財産の保全

(1) フランスにおける議論とその限界

イングランドの資産凍結命令が領域外財産についても効果を及ぼしやすいのは、これが裁判所侮辱 (contempt of court)⁽⁶¹⁾ という実効性担保制度の存在を背景とする対人的命令という形をとり、債務者財産に対しては間接的な効果しか有さないためであると考えられる⁽⁶²⁾。そして、この理解を基に、フランスの法制下でもイングランドと同様の形で域外財産へも効果を及ぼすことは可能なのではないかとの見解⁽⁶³⁾がある。フランス法上は対物的措置として構成されている仮差押 *saisie conservatoire* の目的を、対人的命令+アストラント⁽⁶⁴⁾ (*astreinte*; 一種の間接強制の制度) という形で達成することも可能なのではないか、という示唆である。

対人的命令にすぎないイングランドの保全措置が領域の制限を超えて実効的に機能している理由がその実効性担保措置としての裁判所侮辱の制度の存在にあるとすれば、フランス法上も、同様の形でアストラントを実効性担保措置として、イングランドの資産凍結命令類似の構成で域外的保全命令を発令することができるかもしれない⁽⁶⁵⁾。ただし、この可能性について1つ、さらに、可能だとしても適正性の観点から1つ、問われるべき点もある。

まず、可能性の問題として、フランス法上のアストラントがイングランドの裁判所侮辱の制度と同じような実効性担保措置として本当に機能しうるのだろうか、という疑問がある。フランス法上は、イングランドの制度と異なって身柄の拘束のような形で裁判所の命令への服従を強制することはできない。とすれば、フランスの領域内に債務者財産が存在しない場合、アストラントによってもフランス裁判所の命令の実効性は必ずしも確保されるとは限らないように思われる⁽⁶⁶⁾⁽⁶⁷⁾。

第二に、域外財産へ効果を及ぼすことが可能だとしても、可能性の他に域外発令の適法性 (適正性) を検討する必要があると考えられる⁽⁶⁸⁾。イングランドにおけるような対人的命令の形を用いれば執行管轄権の国際法上の制約と抵触せずに域外的効果を得られうるとの可能性を主張している論者自身、可能性と

は別に国際秩序という観点からの適法性（適正性）の検討が必要である⁽⁶⁹⁾，ことを認めている。そもそも，イングランド法や裁判例も，裁判所侮辱の制度の存在によって実効性を担保しうることからといって無制約な域外発令を認めているわけではない⁽⁷⁰⁾。

(2) 日本法に基づく提案とその限界

さらに日本法上の主たる金銭的権利保全（仮差押）の制度についても，「現在では外国所在の債務者の財産に対して直接，保全執行を行うことは困難」⁽⁷¹⁾であることを前提に，イングランドにおける「方法を我が国に應用するならば，債務者に対して外国所在の財産の処分を禁止する仮処分命令を，不作為を命じる仮処分として発し，保全執行を間接強制の方法で実施することが考えられる」との主張がある⁽⁷²⁾。

ただし，「強制金の額が相当な額であり，かつ，違反行為があればただちに強制金の取立てがなされるかぎり」⁽⁷³⁾と，この方法によって実効性が確保される場合を主張者自身が条件づけている。債務者財産が外国にのみ所在して発令国に存在しない場合の実効性確保は，日本の現在の間接強制の法制を前提とすると，イングランドの場合よりも困難を伴うことになるのではなかろうか。前述のフランス法に基づく提案に対する「可能性」「適法性（適正性）」双方の観点からの限界の指摘はここでも当てはまるように思われる。つまり，ある国の保全措置の領域外での実効性確保がどの程度可能かという点は，その国の既定の法制度によって限界づけられる。また，実効性確保が可能であるとしても，国際的観点からも適法（適正）と言えるか否かは，次にみるように別途検討の余地があると考えられる（後出，本稿5）。

5 裁判所の対人的・域外的命令と外国主権侵害性

(1) 如何なる行為が問題になるのか

裁判所の域外的保全命令（その裁判所所属国の領域外に在る財産に対して保全措置の効果を及ぼすこと，ないしは，その所属国領域外での一定の作為・不作為を債務者に仮に命じること）は当該裁判所所属国以外の国の主権を侵害するのか，とい

う形で問題提起がなされることがある。この類の問題提起は、①保全措置の裁判管轄を認めて域外財産にも効果が及ぶ形で保全措置を命じる(許可する)こと自体が主権侵害を構成する、②領域外財産を対象とする保全措置に関する送達主権侵害を構成する⁽⁷⁴⁾、③領域外財産を対象とする保全措置を実効的にするための実効性確保措置が主権侵害を構成しうる、等に分けて考えることができる(ただし、②については本稿ではこれ以上触れない)。

ところで、国際法上、「執行管轄権⁽⁷⁵⁾に基づく強制措置は、原則としてそれぞれの自国領域内に限りみとめられる」⁽⁷⁶⁾。もし国家機関がその所属国以外の国に所在する財産に対して直接に強制執行を行ったとすると、おそらく、許されるべからざる物理的強制力の行使として問題視(相手国の主権の権能の侵奪⁽⁷⁷⁾)されるはずである。このように「外国の領域に立ち入って執行管轄権を行使」⁽⁷⁸⁾するようなケースに問題があるのは明らかであって、通常、域外的保全命令として問題にされるのは、実効性確保措置自体は自国領域内でとられるものの強力な実効性確保の制度の存在を背景として保全命令の効果が領域外にも及ぶ場合である。特にイングランド法では、裁判所の命令に従わない者に対する裁判所侮辱の制裁として、身柄拘束の措置までもとりうるとされる。このように場合によっては刑事的制裁の色彩を有するような実効性確保の制度を有する国の裁判所による域外的保全命令は全体として国際法上許されないもの(執行管轄権侵害)となるのだろうか。

この点の議論状況を見るときには、第一に、先に挙げた中の特に①と③とをひとまず区別⁽⁷⁹⁾しておくことが必要であるように思われる。領域外所在財産に対する保全措置自体とそれを実効あらしめるための刑事的色彩のある実効性確保措置とは、実際上セットで機能することが多いとしても常にセットで考察しなくてはならないわけではあるまい。理論的にも、保全措置自体と実効性確保措置とはひとまず分け、その上で、実効性確保措置の法的性格が保全措置に対して影響を与えると考えるべきか否かについて検討を加えるほうが緻密に議論できるのではないだろうか(後述の5(3)(i)のフランス破産院の判示)。

第二に、裁判所の債務者に対する命令が域外的効果を有する場合といえども、命令の内容によって外国主権侵害性の判断が異なってくる可能性がある。その

命令が「保全措置」ないしは「暫定措置」の概念にあてはまるかどうかはともかく、命令の内容によって如何なる違いがありうるだろうか（後述，5(2)）。

(2) 債務者に対する一定の作為・不作為命令

(i) 対人的命令と実効性の確保（類似点）

イングランドの資産凍結命令（マレーバ・インジャンクション）、訴訟差止命令（anti-suit インジャンクション）には共通性がある。すなわち、第一に、これらは裁判所による債務者等に対する⁽⁸⁰⁾対人的な命令であって、また、債権者に優先権や物権的権利（proprietary rights）を付与するものでもない⁽⁸¹⁾という点、第二に、命令に従わない場合は裁判所侮辱等の制裁を受けることになりかねないという意味で、命令の実効性を確保するための仕組みが制度として用意されているという点、である。

(ii) 命令の内容（相違点）

資産凍結命令と訴訟差止命令とは枠組みとしては共通性があるものの、命じられる内容には違いがある。資産凍結命令の場合、債務者に対する命令は、一定額の範囲でその財産処分を禁じたり財産の国外持ち出しを禁じたりするものである。それに対し、訴訟差止命令は、「同一当事者間で同一の紛争をめぐる訴訟が複数の裁判所に係属している場合に、一方の裁判所（……）が、当事者に対し、他方の裁判所での手続の追行を禁じるもの」⁽⁸²⁾である。

この内容的な違いの結果、一方は命令すること自体が主権侵害性の問題を生じさせ他方は生じさせないと言えるのかどうかまでは明らかではない⁽⁸³⁾。が、例えば、外国においてこれらの命令が承認されうるか否かを考えればどうであろうか。まず、これらの命令の実効性担保措置としての制裁が刑事的色彩を有するものであるとき⁽⁸⁴⁾、この制裁自体は（資産凍結命令との関係でのものであれ訴訟差止命令との関係でのものであれ）、通常の民事裁判の承認と同様に他国で承認されるとは考えがたい⁽⁸⁵⁾。次に、訴訟差止命令も、「競合訴訟手続の追行を禁じるというその本質において通常の民事の判決とは著しく性格を異にして」⁽⁸⁶⁾いることからすると、他国で承認されうるかは疑問である。

しかし、資産凍結命令自体は民事的な性格のものである⁽⁸⁷⁾。裁判の承認要件

として外国裁判の確定性が要求される場合は別として、暫定措置であっても外国裁判を承認することを定めた条約等の下では、資産凍結命令自体をその実効性担保措置とは切り離して承認することは可能であろう⁽⁸⁸⁾。

(3) 間接強制と主権侵害性

(i) イングランドの域外的資産凍結命令の承認

実際、ブリュッセル条約やルガノ条約⁽⁸⁹⁾の適用があるケースでは、イングランド裁判所の域外的資産凍結命令は、主権侵害性を問われることなく他国で承認されてきている。

まず、2003年7月30日、スイス連邦最高裁判所はイングランド裁判所の資産凍結命令はルガノ条約24条（ブリュッセル条約24条に相当）の保全措置にあると認め、執行を許可した⁽⁹⁰⁾。

また、2004年、フランス破産院⁽⁹¹⁾もイングランド裁判所の域外的資産凍結命令の執行許可を是認した。ここでは、域外的資産凍結命令の承認が公序（国際公序）に反するか否かの判断に際して主権侵害性の問題にも触れられている。

破産院はまず、イングランドの資産凍結命令は民事的性格を有する保全措置であると述べ、これが承認されうるかどうかにあたっては、発令国において資産凍結命令と結び付けられている刑事的制裁（「裁判所侮辱」）とは独立に審理されねばならない、として、資産凍結命令自体と制裁とを区別する。その上で、イングランドの資産凍結命令は、債務者の基本的人権（un droit fondamental du débiteur）を侵害するものではないし、外国主権（une prérogative de souveraineté étrangère）を間接的にでも⁽⁹²⁾侵害するものでもなく、Anti-suit インジャンクションと異なり、外国の裁判管轄権（la compétence juridictionnelle de l'Etat requis）を侵害するものでもない（ne saurait porter atteinte）、と説く。

このように、フランス破産院は、イングランドの資産凍結命令が裁判所侮辱の制裁を実効性担保措置としているからといっても外国主権を間接的にも侵害するものとはいえないと明確に述べている。さらに、わざわざ「資産凍結命令」と「Anti-suit インジャンクション」とを比べ、資産凍結命令にはAnti-suit インジャンクションのような弊害はないと指摘している点も興味深い。共に対人的

命令という形で域外的にも効力を有しうるイングランドの措置ではあるが、対人的に命じられる内容によっては、債務者との関係だけではなく影響を受ける外国との関係でも問題視されうることを示唆しているものとも理解できる。

(ii) 域外発令と人権保障

もうひとつ、フランス破産院の判示で注目されるのは債務者の人権侵害の有無という点にも触れていることである。域外発令の適法性を外国との関係とは別に債務者(または第三債務者)の人権保障の観点から論じるのは極めて妥当だと思われる。ただ、いかなる場合に債務者の人権侵害となりうるのかについてはフランス破産院の判示からは明らかではない。

(iii) 域外発令と「本案管轄を有する国の裁判所」

なお、イングランドの資産凍結命令の執行を許可した前述のスイス・フランスの事例では、共にイングランドに条約上(ルガノ条約・ブリュッセル条約)の本案管轄があると認められていた。

スイスの事例では、本案訴訟は米国の裁判所に係属していた。が、スイス連邦最高裁は「条約上の本案管轄を有する国」として保全命令を付加的制限なく発令するためには具体的に本案訴訟が係属している必要はなく「潜在的な管轄」(die virtuelle Zuständigkeit)があれば足る、との解釈を示す。その上で、イングランドを「条約上の本案管轄を有する国」と認めたのである。もしイングランドが「本案管轄を有する国」と認められていなければ、域外的資産凍結命令のスイスでの執行が許可されたかどうかはわからない。

(4) 「本案管轄を有する国の裁判所」による「域外的効果を有する保全命令」と条約の規律

例えばブリュッセル条約上、「域外的」効果を有する保全命令の発令を禁じる規定は存在しない。ブリュッセル条約の解釈を求められた欧州司法裁判所の先決判断⁽⁹³⁾でも、域外的効果を有する保全命令が発令国以外の締約国で承認されうるとは否定されていない。

さらに、ブリュッセル条約上の保全命令管轄の規律についてのリーディングケースである Van Uden 事件先決判断⁽⁹⁴⁾は、条約上の本案管轄を有する国の裁

判所には保全命令管轄を広く認め、条約上は何の制限も加えていない。そこで、少なくとも現状では、「本案管轄を有する国の裁判所」による域外的保全措置は条約上は制限されない。制限をするとすれば、第一次的に締約国法上の問題であるということになる。すなわち、この制限は、第一に各国の保全措置の法制やその執行に関する法制により、第二に、一般国際法上の規制原理（人権侵害にならないか、外国の執行管轄権の侵害にならないか）の観点から、検討されるものと考えられる。

では、「本案管轄を有さない国の裁判所」の保全命令についてはどうであろうか（後述、6(3)）。そもそも、本案管轄を有するか否かで区別するのは如何なる理由からか（後述、6(1)(2)）。

6 本案管轄と保全命令管轄

(1) 本案管轄を有する国に保全命令管轄をも認めることの意味

本案管轄を有する国に保全命令管轄をも認める理由としては、保全の本案に対する付随性が挙げられることが多い。しかし、「付随性」とは如何なることを意味しているのかは必ずしも明らかではない。

思うに、具体的には次のような複数のことを意味しうるのではないだろうか。

①紛争解決の分断を防止することにより、異なる国で異なる手続きに巻き込まれる債務者の負担を軽減しうること、②保全手続と本案手続との判断（特に被保全権利・争いのある権利関係について）の統一性を図りうる可能性が高い⁽⁹⁵⁾こと、③本案管轄を有すると認められるに足る関連性（申立てを受けた裁判所の属する国の領域と事案ないしは当事者との関連性）の存在によって、当該国の裁判所が被保全権利の存在等について判断をするのにも適当であると考えられること、④本案で不利に扱われることを恐れる債務者が保全命令に服従することを期待しうること。

しかし、第一に、保全手続において審理・判断が必要となるのは、被保全権利（もしくは、争いのある権利関係）に関する事項に限られるわけではない。保

全措置の対象やその状況を吟味して保全の必要性・担保提供の要否及びその額などを適切に判断せねばならない。そして、これらについては、本案管轄を有するか否かにかかわらず仮差押の対象財産所在地や仮処分の目的物所在地を管轄する裁判所のほうが適切な判断を期待しうるとも言える。この意味では、本案管轄を有さない国の裁判所であっても、保全措置の対象が領域内に存在する等によって対象との一定の関連性を有する裁判所は、保全審理を行うのに適当な裁判所であると認めうることになる。

第二に、被保全権利等についての「審理」と言っても、審理がなされるか否か、及びその程度、は法制によって異なりうる。審理がなされるとしても、「保全手続」の迅速性の要請からして、保全手続において本案訴訟におけると同程度の審理がなされるのが一般的とは考えられない。また、被保全権利等の存在についての審理の程度は、たとえば「仮差押」類型と「仮の地位を定める仮処分」類型とでは違いがありえ⁽⁹⁶⁾、満足的仮処分のような場合は審理が特に慎重になされる必要があるともいわれる⁽⁹⁷⁾。このように審理の程度についての法制の違いや措置の類型による違いを鑑みると、審理を行う裁判所として適当だからという観点から一律「本案管轄を有する国の裁判所」に保全命令管轄を独占させる必然性があるとは考えられない。

さらに、第三に、「本案管轄を有する国の裁判所」に保全命令管轄を認めたとしても、保全手続と本案訴訟とで判断の統一を図りうる確実性があるわけではない。

(2) 「本案管轄を有す国の裁判所」と「本案管轄を有さない国の裁判所」

(i) 「本案管轄を有さない国の裁判所」の保全命令に関する問題性

前述の条約(案)等(本稿2)について指摘したように、「本案管轄を有さない国の裁判所」にも保全命令管轄を認める規律が置かれることが一般であった。これは、迅速かつ実効的に保全措置をとる必要性に基づくものであると考えられる。すなわち、本案管轄を有する国で迅速かつ実効的な保全措置をとれば何も問題は無いのであるが、常にそのような状況になるとは限らない。そこで、本案管轄を有さずとも、迅速かつ実効的に保全措置をとる必要性という趣旨に

対応した形で「措置の対象財産所在地」や「措置の執行地」に保全命令管轄を認めるという規律が登場するわけである。

しかし、本案管轄を有する国の保全命令管轄が措置の実効性等の観点から問題を抱えうる（本稿の3で取り上げた問題）のとは逆に、本案管轄を有さない国に保全命令管轄が認められるケースでは本案管轄を有さないことに起因する困難な問題が生じうる。たとえば、①保全措置をとった国では本案訴訟を行うことができず、外国本案判決が承認されうるか否かも確かにはわからない場合に、本案判決の執行を確保するための保全措置をとることについての疑問（特に「仮差押」類型の措置の場合）、②保全手続の中で実体的審理をも行うことになっている場合、本案管轄を有さないにもかかわらず本案にかかわる実体判断を行うことへの疑問⁽⁹⁸⁾、③本案管轄を有さないにもかかわらず満足の仮処分のような措置をとり、それが裁判所による実際上の最終的判断であるかのように当事者に受け止められると、結果的に本案訴訟の裁判管轄ルールを歪曲するおそれがある、等である。

これらの問題が保全命令の裁判管轄決定段階で対処可能な事項であるかどうかは各国の法の枠組みにもよると考えられ、全てを管轄決定段階で解決しうるといえるか否かについては更なる検討を要す。裁判管轄の規律と併せて保全措置の要件や効果の規律をも行うことで初めて対処可能な問題もあるようにも思われる。どのような形で対処するのかはさておき、前述（本稿2）の条約（案）等の規律において、ここで挙げたような問題に対処しようとしたものと考えられる例がいくつか存在する。以下、そもそも「本案管轄を有する」とは何を指すのかについて概観し（6(2)(iii)）、その上で、条約（案）等における対処方法（6(3)）をみてみたい。

(ii) 「本案管轄を有す」とは？

問題となることとして、①具体的に本案訴訟が係属していることを要すのか、②ある国の裁判所に一度本案訴訟が先に係属してしまうと、本来ならば本案管轄を有したはずの他の国の裁判所は「本案管轄を有さない」ことになるのか、の2つがある。

もし①のように「本案管轄を有す国の裁判所」と認められるためには具体的

に本案訴訟が係属していることを要すると解すのであれば、単純に考えると、本案訴訟がどこかに係属するまでは全ての国の裁判所は「本案管轄を有さない」ことになり、本案訴訟係属後は1国のみが「本案管轄を有す」ことになる。たとえば前述の Storme 提案では、本案訴訟開始前は保全措置の執行地又は債務者の住所地の裁判所を保全命令管轄地とし、本案訴訟開始後のみ本案訴訟の係属する裁判所に保全命令管轄を認めており、具体的な係属を基準にしているものと考えられる。

しかし、本案訴訟についての管轄原因を有し、すなわち、保全審理においても被保全権利(ないしは法律関係)の存在について適正な判断を下すことが期待しうる裁判所を「本案管轄を有す国の裁判所」と考えるならば、実際に事件が係属していなくても、ひいては、既に他の国の裁判所(ないしは裁判機関)に何らかの本案管轄原因に基づいて当該事件が係属しているとしても、論理的に本案管轄が認められるだけの関連性を事案もしくは当事者との関係で有すかぎり、「本案管轄を有す国の裁判所」として保全命令を発令できるはずである。が、例えばブリュッセル条約の先決判断⁽⁹⁹⁾では異なる立場がとられたものと理解されている。すなわち、当事者間に仲裁合意が存在し仲裁手続が開始されようとしている場合⁽¹⁰⁰⁾、いかなる国家裁判所も「本案管轄を有する国の裁判所」として保全命令を発令することはできないとの解釈を欧州司法裁判所は示した。これによると、ブリュッセル条約上は、本案訴訟(仲裁手続を含む)が係属するまでは抽象的・論理的に本案管轄を有する複数の国の裁判所が「本案管轄を有する国の裁判所」でありうるが、本案訴訟が一国の裁判所にかかる(もしくは仲裁合意の存在、又は仲裁手続が開始されると)、本案訴訟が具体的に係属する国のみが「本案管轄を有する」ことになる⁽¹⁰¹⁾。

ブリュッセル条約におけるこの解釈を前提にすると、「本案管轄を有さない国の裁判所」でありながら保全命令管轄が認められうるパターン⁽¹⁰²⁾としては、①仲裁合意があるとき又は仲裁手続が開始されたとき、②本案管轄の合意があるとき、③国際的訴訟競合のような形で別の国に先に訴訟が提起された場合、④条約上は本案管轄原因として認められていない要素(財産所在地、申立人(債権者)住所、申立人の国籍、等)に基づく保全命令管轄が締約国法上認められる

場合、が考えられる。

(3) 「本案管轄を有さない国の裁判所」の保全命令についての付加的要件

前述のように、本案管轄を有さない国の裁判所に保全命令管轄を認めると、本案管轄を有さないことに伴う問題を抱えうる。そこで、保全命令管轄の規律をするにあたり、予め生じうる問題への対処を行っている例もみられる。

問題への対処の例の1つは、ヘルシンキ原則にみられる。前述のように（本稿2(2)(iii)）、財産所在地の裁判所も保全命令管轄を有するとされるものの、合理的期間内に発令国ないしは外国で本案訴訟が提起されることが保全命令管轄行使の条件であり、特に発令国に本案管轄が認められない場合、外国裁判所の本案判決が発令国で執行されうる合理的可能性がない限りは、外国訴訟を支援するために(in aid of a substantive action abroad)保全命令を発令してはならない、とされる⁽¹⁰³⁾。このような対処は、本案判決の執行確保を目的とする保全措置の場合に整合的であろう。

第二に、ヘルシンキ原則におけるのとは少し異なる対処の仕方としてイングランドの例がある。イングランド法上⁽¹⁰⁴⁾、イングランドに本案訴訟が係属していない場合にもイングランドの裁判所は資産凍結命令等の保全措置(interim relief)を命じうる(CJJA 1982のSection 25)。ただし、本案訴訟の係争事項につきイングランド裁判所が管轄を有さないことにより当該裁判所が保全措置を命じることが不適當(inexpedient)と認められる場合、裁判所は救済を与えることを拒否することができる旨、明示的に裁量規定が置かれている(同Section 25(2):「inexpedient」テスト)⁽¹⁰⁵⁾。

なお、イングランドに本案訴訟が係属していない場合で、かつ、ブリュッセルI規則の適用がある場合には、イングランド裁判所が資産凍結命令を発令するかどうかは、イングランド法上の「inexpedient」テストとブリュッセルI規則31条(ブリュッセル条約24条)の保全命令管轄に関する解釈上の要件である「真の関連性」⁽¹⁰⁶⁾テストとの双方をパスするかどうかによることになることと解されている⁽¹⁰⁷⁾。ただし、「inexpedient」かどうかの判断とブリュッセル規則(条約)上の「真の関連性」の要件との関係については議論がある⁽¹⁰⁸⁾ものの明確な

答えは出ていないようである⁽¹⁰⁹⁾。

第三に、特に満足的仮処分といわれるタイプの保全措置については、本案管轄を有さない国の裁判所が一定の場合に発令できるとしても、措置の暫定性を確保しなくてはならないという条件をつける例がある。ブリュッセル条約24条に関する欧州司法裁判所先決判断の条件づけ(Van Uden 事件)⁽¹¹⁰⁾⁽¹¹¹⁾がこの例である。

満足的仮処分は本案判決を先取りする性格を有す。にもかかわらず、満足的仮処分をあくまで「保全措置」として扱って「本案管轄を有さない国の裁判所」の発令も認めるためには、発令国に措置の「暫定性」「保全性」を確保⁽¹¹²⁾させることにより当該措置の本案判決化を防ぐ趣旨であると考えられる。管轄の条件づけというより、命じうる「保全措置」についての条件づけであるとの理解もある⁽¹¹³⁾。

第四に、条約(案)等の規律には見当たらないが、満足的仮処分のような保全措置については、「本案管轄を有さない国の裁判所」に付加的条件の下で発令を認めるよりも、端的に「本案管轄を有する国の裁判所」のみに発令権限を認めるという制限も考えられなくはない。

ただし、満足的仮処分と言っても、高度に技術的判断を求められる場合か否か⁽¹¹⁴⁾、また、被保全権利が金銭の権利かどうか、で違いがあるかもしれない。

なお、もしこのように「本案管轄を有さない国の裁判所」の管轄を原則として制限するとしても、緊急性の強い場合は特別に「本案管轄を有さない国の裁判所」に満足的仮処分の保全命令管轄を認めるという対処もありうる⁽¹¹⁵⁾。

7 おわりに

最後に、冒頭で掲げた問題意識との関係で本稿における考察を振り返ってみたい。

第一に、「実効性」という要素が保全命令の国際裁判管轄の規律にあたって如何に位置づけられるか、という点である。本稿2に挙げた最近の条約(案)の規定からは、実効性という要素が保全命令の国際裁判管轄ルールに常に組み込まれているとは言えないようにも思われる。というのは、措置の対象財産所在

地国や措置の執行地である国に保全命令管轄を認める規定については実効性が勘案されていると言えても、何も条件を付すことなく「本案管轄を有する国」に広く保全命令管轄を認める場合、実効性の考慮を踏まえているとは必ずしも言えないからである。

ただ、条約によって管轄を定める場合、当該ルールに則って発令された措置は発令国以外の締約国で原則的に承認・執行されることが前提とされるのが一般的である。とすると、本稿2で取り上げた条約(案)上の管轄規定についても、少なくとも他国での「承認」という形で実効性をもたらしうることは織り込み済みであると言えなくはない。

しかし、他国での承認・執行手続きを経るにはどうしても時間がかかるので、迅速性の要請が大きい措置については承認・執行手続きを経る形で実効あらしめることが制度に馴染むのかどうか疑問もある。また、「対物的措置」に分類される大陸法系の仮差押のような類型の保全措置で、とりわけ裁判所の命令段階で対象財産が特定されていることを要求する法制の下では、当該特定財産が発令国の領域内に所在する場合にのみ仮差押を許可するのが法実務であるとの主張もあった(本稿3)。このように、たとえ条約の規定によるとA国に保全命令管轄があるとされても、求められている保全措置の種類によって、また、A国がどのような保全措置の法制を有するかにより、A国裁判所が当該措置を命じることができないとされることはありうる。

そもそも本稿2で取り上げた条約(案)の管轄規定は保全措置の種類ごとに区別を置いていない。が、保全措置の種類に応じた実効性・迅速性の要請の程度は措置の発令に至る審理段階のどこかでは考慮されるのではないだろうか。ただ、手続中の如何なる段階で考慮されるのかは、あらゆる法制を超えて普遍的に決まっているわけではなく、保全命令管轄の規定のされ方や保全措置の発令要件の規律の在り方にもよって変わりうると考えられる。

第二に、域外的保全措置を命じることが外国の主権的権能の侵奪となる場合があるか、という点はどうだろうか。主に問題となるのは、各国の領域内でのみ認められるとして行使が制限される執行管轄権であり、これについては、保全措置のうちでも対物的措置の類型と对人的措置の類型とでは区別して説明さ

れうる。

すなわち、一方で、対象財産との関係が直接的である対物的措置については、発令国の領域外にある財産を対象として仮差押を命ずる(許可する)こと自体に執行管轄権の行使に近似した性格を認めることができなくはない。特に「特定」財産に対する仮差押の場合にはそうした性格が顕著である。

他方、対人的措置の類型では、外国所在財産に効果が及ぶとしても間接的である。したがって、対人的措置の形で保全措置を命じること自体が外国の主権的権能の侵奪となるとは考えにくい。ただし、対人的措置たる保全措置の実効性確保措置が刑事的色彩を有する場合、そのような制裁手段を背景として域外の効果を取得することが全体として物理的強制力の行使・執行管轄権の行使と同視されるのかどうかはさらに問題となる。しかし、イングランド裁判所による域外的資産凍結命令がルガノ条約やブリュッセル条約の他の締約国で承認されうかが問われた事例(スイス・フランス)では、イングランド裁判所の命令が外国の権能侵奪にあたるとして承認・執行が否定されることはなかった(本稿5)。

このように、対物的措置という形をとるよりも対人的措置という形での発令のほうが域外的効果を及ぼしやすい。そこで、金銭的権利の保全目的のために仮差押という対物的措置たる保全措置の法制のみを有する国でも、保全の効用を上げるためにイングランドの法制に倣った形で「金銭的権利保全目的の仮処分」を認める必要性ないしは可能性が説かれるに至っている(本稿4)。ただし、イングランドのような強力な実効性確保措置(裁判所侮辱の制度)を持たない国でイングランドと同じような保全制度を採用したとしても限界がありうること、また、域外的効果を実効的に広く及ぼすことが可能であるとしても発令の適正・適法性の観点からの制約を考慮すべきこと、に留意すべきであろう。

第三に、本案管轄を有する国の裁判所に保全命令管轄をも認めることを如何に説明するか、である。本案管轄を有する国の裁判所に保全命令管轄をも認めることは、これを保全の本案への付随性という言い方で一纏めにすることが妥当か否かはともかくも、合理性はある。しかし、本案管轄を有する国の裁判所に保全命令管轄を独占させるほどには、本案管轄を有するという要素が保全命

令管轄にとって絶対的なものとは考えられない。本稿2で挙げた条約(案)の多くの規定ぶりがそうであったように、「本案管轄を有する国」の裁判所に保全命令管轄をも認めつつ、債権者が選択的に、実効性の点で優れる「財産所在地国」や「措置の執行地たる国」に保全命令を申し立てることをも認める規律が登場する所以である。ただし、本案管轄を有する国に広く保全命令管轄を認めると実効性の観点から問題が生じうるし、実効性の観点を強調しすぎると発令の適正・適法性の点で問題が生じうる。そこで、本案管轄を有さない国に保全命令管轄を認めるとしても、発令に至る手続過程のどこかの段階(管轄決定段階かどうかはともかく)で付加的要件を課すことが考えられる。実際、そのように何らかの付加的要件を課している例も、条約や諸国の法のうちに散見される(本稿6)。ただ、保全措置発令要件や保全手続の在り方は国によって異なるので、常に裁判管轄決定段階ですべての要素を勘案しうるとは限らない。また、法的安定性の見地からも、管轄決定段階で全てを決することが望ましいともいえまい。

- (1) 「保全命令事件は、本案の管轄裁判所又は仮に差し押さえるべき物若しくは係争物の所在地を管轄する地方裁判所が管轄する。」
- (2) 「特段の事情」の考慮を保全命令の国際裁判管轄の有無の判断に際しても行うべきか否か等については異論もあるが、原則的に民事保全法12条の規定を基に保全命令の国際裁判管轄を検討するという方向性が通説的立場といえると考えられる。保全命令の国際裁判管轄について論じた日本語文献としては、道垣内正人「保全訴訟の国際裁判管轄」高桑昭・道垣内正人編『新・裁判実務大系 国際民事訴訟法(財産法関係)』(2002年)399頁、中野俊一郎「国際民事保全法の現状と課題」国際法学会編『日本と国際法の100年 第九巻 紛争の解決』(2001年)、渡辺惺之「仮差押の裁判管轄権」涉外判例百選〔第3版〕(1995年)208頁、小林秀之「国際民事保全法の構築に向けて——国際民事手続法の谷間」ジュリ1052号53頁(1994年)、小林秀之「国際民事保全法序説——国際民事保全法の理論的構築に向けて」上智法学論集38巻1号33頁(1994年)、中村也寸志「不作為を命ずる仮処分命令と国際裁判管轄」判例タイムズ798号43頁(1993年)、等。なお、民事保全法成立前の法状況下での論考としては、道垣内正人「涉外仮差押・仮処分」澤木敬郎・青山善充編『国際民事訴訟法の理論』(有斐閣、1987年)465頁がある。

- (3) 池原季雄「国際的裁判管轄権」鈴木忠一・三ヶ月章 監修『新・実務民事訴訟講座7』(1982年)3頁,特に39-40頁。
- (4) 東京地裁保全研究会・大阪地裁保全研究会『民事保全実務ノート』(1995年,判例タイムズ社)30頁。
- (5) この類型の措置としては,ドイツの Arrest, フランスの saisies conservatoires, スイスの séquestre などの大陸法型のほか, イングランドのマレーバ・インジャンクション(資産凍結命令)も同様の目的のための措置として挙げられる。
- (6) おそらくこの類型の措置といえるものとしては, オランダの kortgeding 手続を通じた金銭仮払命令や仮差止命令が挙げられる。しかし, kortgeding 手続を通じて得られる措置が「保全(暫定)措置」として性格づけられるか否かは自明とはされず, 欧州司法裁判所に対して何度か判断が求められてきた。これまでの先決判断によると, 欧州司法裁判所は, 民・商事分野における裁判管轄と外国判決執行に関するブリュッセル条約24条の保全措置概念との関係でも, TRIPS(知的所有権の貿易関連の側面に関する協定〔世界貿易機関を設立するマラケシュ協定附属書1C〕)50条の暫定措置概念との関係でも, kortgeding 手続を通じた命令の「保全(暫定)措置」としての性格を一応認めている。また, フランスの référé 手続を通じて得られる命令もオランダの kortgeding 手続を通じた命令の場合と同様に考えることが可能である。この点については, 拙稿「欧州司法裁判所による保全命令関連判断——ブリュッセル条約24条(規則31条)の解釈」神戸法学雑誌58巻2号99頁(2008年)で紹介している。
- (7) これについては後述する(本稿3(4))。
- (8) Xandra E. Kramer, “Case C-80/00, Italian Leather SpA v. WECO Polstermöbel GmbH & Co., Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 6 June 2002, [2002] ECR I-4995”, Common Market Law Review 2003, p. 953, esp., p. 963, footnote 29.
- (9) 高橋宏司「仮差押命令の国際裁判管轄権——日米比較」JCA ジャーナル46巻2号2頁(1999年),特に3-4頁は,論考の目的の一つとして「国際裁判管轄権を正当化するための要請として,付随性から派生する要請と命令の実効性の要請の相互補完関係を検証すること」を挙げられる。つまり,そこでは,「付随性から派生する要請」と「命令の実効性の要請」との2つの軸が想定されている。高橋教授のいわれる「付随性から派生する要請」と拙稿でいう「適正性」とは一部重なっていると思われるが,異なる部分もある。「付随性」は基本的に本案との関係で問題となると考えられるが,拙稿でいう「適正性」は本案との関係のみならず措置の対象財産やその状況についての審理との関係をも問題としている。
- (10) La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judi-

ciaire et l'exécutions en matière civile et commerciale.

- (11) Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 12/1 of 16. 1. 2001
- (12) ILA Report of the sixty-seventh conference held at Helsinki (1996); Kessedjian, *Measures provisoires et conservatoires: A propos d'une résolution adoptée par l'Association de droit international*, JDI 1997, 103; 「資料 国際法協会第 67 回 (1996 年) ヘルシンキ (フィンランド) 大会報告」国際法外交雑誌 96 巻 1 号 (1997 年) 58 頁, 特に 66 - 69 頁 (高桑昭)。
- (13) Commission communication, OJ C 33/3 of 31. 1. 98 with suggested amendments (OJ C 33/20).
- (14) Hague Conference on PIL, Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters adopted by the Special Commission on 30 October 1999; ピーター・ナイ＝ファウスト・ポカール (道垣内正人＝織田有基子訳)「民事及び商事に関する国際裁判管轄権及び外国判決の効力に関する特別委員会報告書」国際商事法務 Vol. 29, No. 6, p. 751 (2001).
- (15) Marcel Storme (edited by), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne* (1994, Martinus Nijhoff Publishers), p. 204-205.
- (16) Sec. 37 (3), Supreme Court Act 1981.
- (17) フランス民事執行手続法 (Loi n. 91-650 du 9 juillet 1991) 67 条。
- (18) ドイツ民事訴訟法 916 条。
- (19) 長谷部・後掲注(7) (2002 年), 411 頁。
- (20) 本稿 4 (2)。
- (21) Kessedjian, *infra* note 46, para 3.
- (22) このような考え方への示唆を与える論考として, Richard Aird, "The Scottish Arrestment and the English Freezing Order", 2002 ICLQ 51, p. 155, esp., chapter II。ただし, ここで Richard Aird は, 保全命令の国際裁判管轄の問題についての検討をしているわけではなく, 早期に終局判決を下すタイプの救済 (remedy) と申立人の権利を保全するタイプの救済との関係について述べているにすぎない。すなわち, イングランドでは, summary judgment を手続の早い段階で可能とする強力な措置が発展させられた反面, マレーバ・インジャンクションの制度はようやく 1975 年になって生み出された。他方, スコットランドでは, Arrestment は長い歴史を有するが summary decree procedure は 1984 年になってようやく導入された。このように, 複数の措置ないしは制度が合わさってシステムが構成されている。そこで, スコッ

トランドの Arrestment とイングランドの資産凍結命令とを比較する場合も両者の法域における他の制度と一緒に見ていく必要がある、とする。

- ㉓ ハーグ条約草案28条1項d号。また、ブリュッセル条約に関する欧州司法裁判所先決判断 (Denilauler 事件; Bernard Denilauler v. S. n. c. Couchet Freres, ECJ case 125/79, (Judgment of 21 May 1980), 1980 ECR 1553; Revue critique DIP 1980, pp. 787 et s. (note Mezger)) で示された解釈。
- ㉔ ヘルシンキ原則16条。"Where the court is properly exercising jurisdiction over the substance of the matter,"; "Un tribunal qui exerce légitimement sa compétence au fond....." なお、この点も含め、ヘルシンキ原則にはコモン・ロー系、特にイングランドの法制の影響が見受けられるように思われる。「原則」のフランス語訳を担当した Kessedjian も同様の趣旨のコメントをしている。V., Kessedjian, supra note 12, p. 105.
- ㉕ ただし、過剰管轄規定であると条約が指定している締約国法上の規定も保全命令管轄の根拠としては排除されないため、申立人である債権者住所地に保全命令管轄を認めるような例も出てくる (cf., Van Uden 事件におけるオランダ民法に基づく保全命令管轄)。Van Uden Maritime BV v Firma Deco-Line and Another, ECJ C-391/95 (Judgment of November 17, 1998), ECR I-7091; Rev. crit. DIP 1999, pp. 340 et s.; Revue de l'arbitrage 1999, pp. 143 et s. この事件について評釈ないしは紹介をしている日本語文献としては、野村秀敏「EC管轄執行条約24条による仮の処分の命令管轄とその執行可能領域」国際商事法務 Vol. 29, No. 3 (2001年) 332頁、越山和広「ヨーロッパ民事訴訟法における国際保全処分の新動向」『石川明教授古稀記念論文集 EU法・ヨーロッパ法の諸問題』(信山社, 2002年) 471頁、越山和広「ブリュッセル条約24条における保全処分について」石川明・石渡哲編『EUの国際民事訴訟法判例』(信山社, 2005年) 155頁、がある。また、前掲注⑥の拙稿128頁以下でも紹介を試みた。
- ㉖ これについては、後述する (本稿6(3))。
- ㉗ Art. 13(3)(b).
- ㉘ 原則No12.
- ㉙ Van Uden case, supra note 25.
- ㉚ この条件づけの理解として、「真の」関連性なのか「物的」関連性なのか等の解釈の相違の存在については、前掲注⑥の拙稿の中で検討している。
- ㉛ Oliver Merkt, Les mesures provisoires en droit international privé, 1993, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, p. 117-118.
- ㉜ Art.13(3).

- ㉓ 後述(本稿6(3))のように、欧州司法裁判所のVan Uden事件(supra note 25)の先決判断も、本案管轄を有さない国の裁判所であっても一定の条件の下で執行地に仮払命令の管轄を認めたものと理解されている。
- ㉔ V., Andreas Bucher, infra note 68, p. 130. なお、M. Bucherがここで論じているのは、ルガノ条約(後掲注㉑)24条やスイス連邦国際私法(Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987)10条との関係で、保全措置の裁判管轄を有するのは如何なる裁判所なのかを決するための考慮要素である。スイス連邦国際私法10条は、本案管轄を有さない場合であっても保全措置を命じることができる旨を規定するのみで、具体的な基準を示していない。
- ㉕ 2007年秋季国際私法学会での筆者の報告時に高橋宏司教授からいただいた質問が同趣旨のものであった。ただ、問題提起という意味でのご質問であって、高橋教授ご自身は、裁判所の負担というものを考慮する必要性はある程度は認めておられるようである。
- ㉖ ①から⑦の態様の中でどれが最も実効性があると言えるのかは、保全措置や実効性担保のための制度として如何なるものが利用可能であるのかを考えずして判断できるものではない。たとえば日本の仮差押の法制を前提とするならば、①の「発令国の領域内での迅速かつ直接的な執行可能性」の存在が第一次的な実効性の有無の基準となると言えよう。また、比較法的に見て、諸国の間接強制の制度には違いがある。そこで、如何なる間接強制の法制を有するかによって②③の態様が存在するかどうかは変わってくる。なお、⑥については、文脈は異なるものの、渡辺・後掲注㉒文献249頁の「ある種のコミュニケーション手段としての効用」というフレーズから示唆を受けた。
- ㉗ 中野俊一郎「外国保全命令の効力」高桑昭・道垣内正人編『新・裁判実務大系3 国際民事訴訟法(財産法関係)』(2002年、青林書院)414頁。
- ㉘ 外国での承認・執行ルートによる場合は別である。外国保全命令が承認される場合は、承認国での執行に際し、発令国の執行ルールによっては認められない執行方法を用いることができるのかが問題となりうる。この点につき、ブリュッセル条約の解釈問題として欧州司法裁判所に先決判断が求められた例としては、Italian Leather事件(Italian Leather SpA v WECO Polstermöbel GmbH & Co., ECJ C-80/00, (Judgment of 6 June 2002), 2002 ECR I-4995; Rev. crit. DIP 2002 pp. 713-, note Horatia Muir Watt; 安達栄司『民事手続法の革新と国際化』(2006年、成文堂)193頁(初出は国際商事法務32巻5号[2004年]))がある。なお、後述のようにフランス法タイプの仮差押の「属地性」を認める立場からは、少なくともフランス法に基づく仮差押命令の外国での承認・執行の問題は考える必要がないことになる。

- (39) Gilles Cuniberti, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger* (LGDJ, 2000). この著書は, Cuniberti のこの問題意識から出発している。
- (40) 仮差押許可の裁判管轄としては債務者住所地管轄が原則で, 例外的にのみ財産所在地にも管轄が認められる(フランス新民事執行手続法の適用に関する1992年7月31日アクレ〔以下, 「新民事執行手続法アクレ」〕9条2項が新民事執行手続法アクレ211条1項との関係でも適用されると解されるためである。V., Roger Perrot/Philippe Théry, *infra* note41, p. 699)。
- (41) Roger Perrot/Philippe Théry, *Procédure civiles d'exécution*, 2e édition, 2005, Dalloz, p. 41 に比較的新しい例が紹介されている。
- (42) *Ibid.*
- (43) Roger Perrot/Philippe Théry, *supra* note41, p. 40-43. ただし, Roger Perrot/Philippe Théry がこのように属地性を肯定するのは, フランス法上の保全措置の中でも新民事執行手続法に根拠規定を有する仮差押 (*saisie conservatoire*) や司法抵当 (*sûreté judiciaire*) といった措置についてのみである。新民事執行手続法に根拠を有さない仮払レフェレ (*référé-provision*) 等についてまで属地性を肯定しているわけではない。保全措置 (*mesures conservatoires*) といっても一枚岩ではないことにつき, Roger Perrot/Philippe Théry, *supra* note 41, p. 39.
- (44) 域外財産に対する仮差押に関する消極的姿勢は, 措置の「迅速性」の観点からも説明されうる。仮差押の許可の裁判を或る国で得て, そこで取得した裁判については, 今度は財産所在地である別の国で執行命令(執行許可)を得て初めて執行できるのでは, とても迅速な保全は期待しえない。保全制度の在り方として, 債権者にそのような愚かな行為をさせるような解釈は妥当でない, という考え方だと理解される。ブリュッセル条約24条の解釈に際しても, 条約上の特別規定としての24条に基づく保全命令管轄は措置の執行地国にのみ認められるべきという立論の根拠としても主張された。この点につき, Hélène Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3e édition, 2002, LGDJ, pp. 249-252. なお, 「迅速性」という観点からは, 被保全権利の存在に関する審理に際して法の抵触の問題を解決する必要があるような場合も, 迅速な判断が出来ない以上はその申立てについての裁判権限が認められない, という帰結を導きうる。被保全権利につき法の抵触の問題の解決が必要であった場合に管轄を否定した例として, *Consorts Denney c Mme Denney et autre*, Cour de cass., 1re Ch. civ., 16 avril 1996, Rev. crit. DIP 1997, p. 716, note Pascal de Vareilles-Sommières.
- (45) Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Art. 271 et s.
- (46) Catherine Kessedjian, "Note on Provisional and Protective Measures in Private In-

- ternational Law and Comparative Law”, Preliminary Document No. 10 for the attention of the Special Commission (Hague Conference of Private International Law) of November 1998 on the question of jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters (1998), para 123.
- 47) Merkt, *supra* 31, p. 110.
- 48) 福永有利「仮差押えにおける目的物の特定」ジュリスト臨時増刊 969号 (1990年) 201頁。
- 49) 新民事執行手続法デクレ 212条。
- 50) 山本和彦「フランス新民事執行手続法について (下) ——日本法との比較を中心として」ジュリ 1041号 (1994年) 61頁, 特に 64頁。吉野正三郎=安達栄司「ドイツにおける民事保全」『民事保全講座 第1巻——基本理論と法比較』(1996年, 法律文化社) 124頁。
- 51) Roger Perrot/ Philippe Théry, *supra* note 41, pp. 41-42.
- 52) Roger Perrot/ Philippe Théry, *supra* note 41, p. 41.
- 53) 新民事執行手続法の適用に関する 1992年7月31日デクレ 212条。
- 54) Catherine Kessedjian, *supra* note 46, para 72.
- 55) *Ibid.* また, Kessedjian は別のところでは (*supra* note 12, p. 105), 「ドイツ法の措置は債務者に向けられ (la mesure est dirigée contre le débiteur), その後差押えがなされて初めて第三者との関係で効果を持つ」という趣旨の説明をしている。
- 56) *Ibid.*
- 57) Cuniberti, *supra* note 39, p. 138.
- 58) Catherine Kessedjian, *supra* note 46, para 81. Kessedjian が挙げているのは Oberlandesgericht of Karlsruhe の 1972年4月26日の裁判例 (OLGZ 1973, p. 58) である。Kessedjian の紹介によると, 債務者財産が領域内になくても Arrest を命じると述べたカールスルーエの高等裁判所は, (領域内に債務者財産が所在しない場合) ドイツ裁判所が命じた措置の実際の執行は当該措置の執行権限を有する外国当局が執行してくれるかどうかにかかっているわけだが, それはドイツで Arrest を命じる裁判所が心配することではない, と説いたという。Cuniberti, *supra* note 39, pp. 127 et s. は, このようなドイツ裁判所の在り方を, 執行地となる外国で承認されるかどうかを具体的に要件としないで仮差押を認めるという意味で “La reconnaissance de laissée” との小題の下で紹介している (ただし, このような評価に対する留保は, Cuniberti, *supra* note 39, p. 142)。
- 59) もちろん, 何の制約もないわけではない。制約の在り方は後述 (本稿 6(3))。
- 60) Kessedjian, *supra* note 46, p. 3, footnote 6 は, 保全措置の域外的効力が認められる

かどうかは、对人的措置なのか対物的措置なのかといった措置の性格によってほぼ決まる、と指摘する。

- (61) 資産凍結命令に債務者が服従しない場合は civil contempt of court が問われる。この civil contempt of court の役割は、裁判所の命令の実現（執行）を補助することである。See, C. J. Miller, *Contempt of Court*, 2000, Oxford University Press, p. 4.
- (62) P. シュロッサー（小島武司編訳）『国際民事訴訟の法理』（1992年、日本比較法研究所）94-95頁 [坂原正夫=越山和広・訳]（初出は「法学研究」64巻9号）も、マレーバ・インジャンクションとの比較で「大陸法系」の仮の権利保護の手段の効用の低さを次のように指摘していた。「ドイツ法によれば、そして多くの『大陸法系』の法規においてもそのかぎりでは異なるが、本案の請求権が金銭債権である場合には、仮の権利保護の手段として『仮差押え』だけが利用できる。しかし仮差押えはそもそもその本質上自国の領域内に制限される。仮差押えがもともと個別物件に対してのみ命じられる国々では、このことは自明である。いかなる裁判所も外国の領域内に存在する物を差押えることはできない。」「確かにドイツでは、仮差押えは一般的な命令であり、それに基づき個別行為を通じて初めて個別差押えが行われなければならないものである。しかし……。」そして、ここで言われる「仮差押えがもともと個別物件に対してのみ命じられる国々」には、フランスも含まれると理解できる。
- (63) Horatia Muir-Watt, “Extraterritorialité des mesures conservatoires in personam (à propos de l’arrêt de la Court of appeal, Crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi)”, *Revue crit. DIP* 1998, pp. 27 et s.
- (64) アストラントについては、大濱しのぶ「フランスのアストラント——日本の間接強制への示唆」民訴雑誌 50号 245頁（2004年）；同「ヨーロッパ民事訴訟モデル試案におけるアストラント——フランスのアストラントとの比較及びベネルクス諸国のアストラント統一法の紹介も兼ねて」『EUの法的課題』299頁（1999年）；同「1991年7月9日の法律によるアストラントの改正」法学研究 68巻 12号 577頁（1995年）；同「アストラントの制度的確立——1972年7月5日の法律の成立」慶応義塾大学大学院法学研究科論文集 26号 235頁（1987年）；George Vlavianos, “Specific Performance in the Civil Law: Mediating between Inconsistent Principles Inherited from a Roman-Canonical Tradition via the French Astreinte and the Québec Injunction”, *Revue Général de Droit* (1993) Vol. 24, No. 4, p. 515, を主に参照した。
- (65) Roger Perrot/ Philippe Théry, *supra* note 41, p. 45 は Muir-Watt 教授のこの考え方に触れているが、「フランスのアストラントが、イングランド裁判所の判例によって域外的効力を与えられたマレーバ・インジャンクションに類似する」ことを指摘す

るものであるとの理解を示す。

- 66) 本稿3(2)で列挙した中の例えば③のような実効性で足るとするのであれば、領域内に財産が現実に所在しなくても債務者が住所を有する等の事実によって実効性を認めることができなくはないかもしれない。なお、発令裁判所所属国に債務者財産が所在しない場合の限界のみでなく、もっと一般的に、裁判所による一定の作為・不作為の命令への服従を強制するための手続的な制度としてアストラントが本当に実効性を有しているかどうかを疑問とする論者もある。See, Ulla Jacobsson and Jack Jacob (edit.), *Trends in the Enforcement of Non-money Judgments and Orders: The First International Colloquium on the Law of Civil Procedure* (1988, Kluwer Publishing), p. 39.
- 67) P. シュロッサー・前掲注62)の95-96頁も、「もし仮差押えが不十分なものであるならば、仮処分によってその間隙を埋めなければならない」として、「金銭債権保全目的の仮処分の必要性」を説く。この方向性は、フランス法に基づく提案 (Muir-Watt, supra note 63) と基本的に同じであると考えられる。しかし、P. シュロッサー教授の「条件づけ」は少々 Muir-Watt 教授とは異なり、「当事者双方がドイツ国籍を有しておらずまた住所もドイツになく、単に資産がドイツに存在する可能性があるという場合にもこのことが当てはまるかどうかは留保しておきたい」とされる。
- 68) Perrot/Théry, supra note 41, p. 48; Andreas Bucher, *Droit international privé Suisse* Tome I / 1: Partie générale-Conflicts de juridictions, 1998, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, p. 122 (本案訴訟と十分な関係を有さない国の裁判所による域外的効果を有する命令は人権侵害となるおそれがあるとする)。
- 69) “il faut encore vérifier sa licéité au regard des exigence de l'ordre international” (Muir-Watt, supra note 63, p. 40).
- 70) イングランド裁判所が本案管轄を行使しない場合の保全命令に関する「inexpedient」テストについては後述 (本稿6(3))。そもそも、人的保全措置の域外的効果の在り方に関する Muir-Watt 教授の論考 (Supra note 63) で題材とされたイングランドの *Crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi* 事件においても、無制約に域外的発令が認められるとされたわけではない。
- 71) 長谷部由起子「保全の必要と被保全権利の存在」高桑昭・道垣内正人編『新・裁判実務大系3 国際民事訴訟法(財産法関係)』(2002年, 青林書院) 406頁, 特に411頁。なお, このような主張の背景としては, 従来から保全命令の域外的効力を広く認める立場が日本でも有力ではありながら, その実効性をいかにして確保するかについては殆ど議論されていなかったという状況についての問題性の認識がある。この問題提起は, 長谷部由起子「執行対象財産の保全——イングランドにおける国

際民事保全」『変革の中の民事裁判』(1998年, 東京大学出版会)(この初出は、「イギリスにおける民事保全」『民事保全講座第1巻 基本理論と法比較』[1996年, 法律文化社] 199頁)。

- (72) なお, 銀行の海外支店にある預金債権については, 現在の我が国の法制の下でも日本での保全執行が可能であるとされる。この点, 長谷部・前掲注(71)文献(2002年) 409-410頁。
- (73) 長谷部・前掲注(71)文献(2002年) 411頁。
- (74) 仮差押や仮処分にして当局の文書を外国に送達することが当該外国の国家高権への干渉になるか, という問題の立て方とその議論状況については, Sabine Kofmel Ehrenzeller, *Der vorläufige Rechtsschutz im internationalen Verhältnis*, 2005, Mohr Siebeck Tübingen, S. 319ff. また, 主に債権差押につき, 日比野泰久「債権差押えの国際管轄と差押命令の送達」名城47巻1号99頁(1997年)。債権差押と仮差押との双方につき, 野村秀敏「国際的債権執行と仮差押えに関する二つの問題点」『現代社会における民事手続法の展開 上巻』(2002年, 商事法務) 331頁。
- (75) 山本草二『国際法』(1985年, 有斐閣) 191頁によると, 「行政機関が逮捕, 捜査, 強制調査, 押収, 抑留など物理的な強制措置により国内法を執行する権限」のことをいうとされる。
- (76) 山本・前掲注(75), 199頁。
- (77) 山本・前掲注(75), 199頁。
- (78) 山本・同上。
- (79) ②の送達についての議論状況としても, 発令国で仮差押がなされることの報告という意味で仮差押命令の送達が行なわれる場合と罰則付きで不作為を命じる仮処分等についての送達の場合とは異なる, という形で議論されることがあるようである(Sabine Kofmel Ehrenzeller, oben, Fn. 74, S. 320)。
- (80) 第三債務者(銀行など)に対しても効果が及びうるが, 第三債務者との関係では制裁発動はより制限的であるといわれる。“Babanaft proviso”等につき, Neil Andrews, *infra note 96*, p. 440-443。
- (81) Neil Andrews, *infra note 96*, p. 438。
- (82) 古田啓昌「訴訟差止命令」高桑昭・道垣内正人編『新・裁判実務大系3 国際民事訴訟法(財産法関係)』(2002年, 青林書院) 153頁。ただし, 基本的には米国の連邦裁判所の訴訟差止命令を前提とした論考である。なお, 渡辺惺之「外国訴訟差止命令——日本の裁判所は命令できるか」松井芳郎=木棚照一=薬師寺公夫=山形英郎編『グローバル化する世界と法の課題』(東信堂, 2006年) 229頁, 特に248頁が示唆に富む。

- ⑧③ イングランドの訴訟差止命令のブリュッセル条約との整合性が問題とされた Turner 事件の欧州司法裁判所先決判断 (Gregory Paul Turner v Felix Fareed Ismail, Harada Ltd and Changeport SA, ECJ C-159/02 (Judgment of 27 April 2004), OJ C 118, 30. 4. 2004, p. 21-22; Rev. crit. DIP 2004, pp. 654 et s., note Horatia MUIR WATT) によると, 当事者の一方に対して外国訴訟提起またはその継続を禁じることは外国裁判所の裁判管轄権への干渉となり, ブリュッセル条約のシステムの在り方に反する, とされた (先決判断第 27 節)。
- ⑧④ 刑事的色彩を有するかどうかの判断が問題とはなりうる。ブリュッセル条約 (同規則) では, 間接強制の一種であるアストラント (間接強制のための金銭の支払いを命じる裁判) は金額が確定することを条件として他国で執行されうることとされている (同条約 43 条)。
- ⑧⑤ 古田・前掲注⑧②, 155 頁。
- ⑧⑥ 古田・前掲注⑧②, 154 頁。
- ⑧⑦ *Infra* note 91 のフランス破産院の理由付けの 1 つである。
- ⑧⑧ ただし, 承認可能であるとしても, 承認国における執行方法が具体的にどのようなものかという問題はあある。
- ⑧⑨ *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclue à Lugano le 16 septembre 1988 (Entrée en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1992)*.
- ⑧⑩ *Uzan gegen Motorola Credit Corporation, BGE129 III 626*. このケースの存在については Adrian Briggs 教授からご教示いただいた。記して感謝申し上げたい。なお、このケースについては、同教授の "Freezing orders in aid of proceedings in foreign courts: Motorola Credit Corp v Uzan", *British Year Book of International Law* 2003 (2004), p. 541 以下でも触れられている。
- ⑧⑪ *M. Wolfgang Otto Stolberg c. CIBC Mellon Trust Company et autres, Cour de cassation, 1re Ch. civ., 30 juin 2004, Bulletin des arrêts, I, n° 191, pp. 157-159*.
- ⑧⑫ イングランドの資産凍結命令についてのこのフランス破産院の判示がイングランドの訴訟差止命令についての欧州司法裁判所の Turner 事件先決判断 (Supra note 83) の判示を意識していることは明らかだと思われる。この「間接的にも」という言い回しは Turner 事件先決判断の第 28 節を、この後の「外国の裁判管轄権を侵害」という部分の判示は Turner 事件先決判断の第 27 節を受けている。
- ⑧⑬ *Cavel I* 事件 (Jacques de Cavel v Louise de Cavel, ECJ C-143/78 (Joudgment of 1979), 1979 ECR 1055. Hartley, *European Law Review* 1979, pp. 222-224); *Denilauler* 事件 (supra note 23); *Mietz* 事件 (Hans-Hermann Mietz v Intership yachting Sneek

BV, ECJ C-99/96 (Judgment of 27 April 1999), 1999 ECR I-2277; JDI 2001, pp. 682-, note Leclerc (F. L.)).

94 Van Uden case, supra note 25.

95 1つの国(法域)では同一の国際私法ルールによって準拠法が決まると考えられるため、保全手続における被保全権利の審理に際して適用された準拠法が本案訴訟段階でも本案の権利の審理に際して適用されると想定されるからである。ただし、被保全権利の審理に如何なる法を適用するか、そもそも国際私法の適用を認めるのか、という点については議論がある。フランスにおける議論の一端は、後掲注96の裁判例及び文献に表れている。

96 たとえばイングランドでは、仮差押の類型にあたる資産凍結命令等は実体的紛争には関わらないとされる(“The specialized interim injunctions known as freezing injunctions and search orders, formerly known as Mareva injunction and Anton piller orders” “do not concern the substantive dispute but instead operate in a ‘protective’ fashion to maintain the monetary or evidential viability of pursuing or enforcing the main claim.” [Neil Andrews, English Civil Procedure, 2003, Oxford University Press, p. 474-475]) が、資産凍結命令申立てが認められるための要件としては、基礎となる cause of action の確立(「確立」している必要があるかどうかについては異論もある)について裁判所を納得させる必要はある(Neil Andrews, ibid p. 430)。また、判断の適正性は判断の迅速性とバターの関係にも立つ。迅速性を重視すれば、ある種の適正性を犠牲にせざるをえない。なお、フランスでは、仮差押許可手続における被保全権利の審理にあたって法の抵触の問題を解決する必要がある場合に、裁判権限(管轄)自体を否定した裁判例(前掲注94の Consorts Denney 事件, Cass.1re civ., 16 avr. 1996, Rev. Crit. DIP 1997, p. 716)があった。法の抵触の問題の解決と迅速性の要請とが両立しないからという論理であると考えられるが、これではあまりに債権者の保護に欠けるとして批判される。この点につき、Horatia Muir Watt, “Au pays des merveilles: Le contentieux du provisoire dans l’ordre international”, Justice 1997, p. 175.

97 ドイツでの議論につき、吉野=安達・前掲注90, 127-129頁。

98 また、被保全権利の存在についての判断(保全審理の範囲での判断とはいえ)が本案判決における判断と異なる可能性が、同一国で保全・本案手続が行われる場合に比べて高くなる。

99 Van Uden case, supra note 25.

100 この事件の事実関係として、仲裁手続が「始まった」と言ってよい事案であったかについては疑問がある。

- (00) このような解釈がとられたことに鑑みると、欧州司法裁判所にとって、「本案管轄を有する」ということは必ずしも「適正」な審理・判断の担保という意味だけで捉えられるわけではないと理解される。どこかで本案訴訟が開始された後は、「本案管轄を有する」ということは、本案についての審理権限の衝突を心配しなくてもよいという意味を持ちうるし、保全措置と本案判決との関係に調和がとれる可能性が高いという意味をも含むということになろう。
- (01) これらは、各々、「本案管轄を有さない」とされる理由に違いがある。そこで、これらを一括して「本案管轄を有さない」場合として同じ扱いをすることに合理性があるかどうかについては疑問もある。
- (02) 日本の旭川地方裁判所決定（旭川地決平成8・2・9判時1610号106頁）で示された条件に類似する。外国本案判決の承認・執行可能性（ないしは、少なくとも承認要件の一部の充足）を問題とすることには批判もある。この事件については、改めて別稿で検討したい。
- (03) WalesやNorthern Irelandも同様。Section 25, 26は、England, Wales and Northern Irelandに適用があるSectionである。
- (04) Scotland裁判所については、England等の裁判所による保全命令の場合に適用される裁量規定（25(2)CJJA 1982）に類する規定は置かれていない。が、だからといって、Scotland裁判所が不適切な（inexpedient）命令を発令する可能性が増すということではない。本案訴訟が自らの法域に係属していない場合の保全命令に関するEngland裁判所とScotland裁判所の裁量行使の在り方はむしろ類似しており、本案につき管轄を行使している裁判所への協力と配慮（従属）を示している（“supportive of and subordinate to the court with jurisdiction over the substance of the case”）（以上の指摘は、Richard Aird, *supra* note 22の注(9)と対応する本文）。
- (05) 欧州司法裁判所のVan Uden事件先決判断（*supra* note 25）で示された、ブリュッセル条約24条（同規則31条）に基づく保全命令管轄が認められるための一般的条件である。
- (06) Louise Merrett, “Worldwide Freezing Orders in Europe” (Case and Comment), [2007] Cambridge Law Journal 495.
- (07) *Ibid.*
- (08) 「真の関連性」テストが示されたVan Uden事件における事実関係や先決判断の文言に注目するならば、保全措置の対象が発令国の領域内に所在して保全執行を発令国の領域内で行いうる可能性があることが「関連性」の意味であるように理解される。そして、この執行可能性を間接強制による執行をも含めて考えるのであれば、イングランド法上の「inexpedient」テストの結果と「真の関連性」テストの結果と

は重なってくるようにも思われる。しかし、「inexpedient」テストではさらに、本案訴訟が係属している国の裁判所が同様の保全措置をとりえないのか等の要素も勘案されうるようである。「inexpedient」テストと同様に、「真の関連性」テストが本案訴訟係属国裁判所の対応等の要素までも含めた複雑な「関連性」判断をさせるテストでありうるかについては、ブリュッセル I 規則（同条約）の是とする法的安定性の見地からは否定的に解されるのではないだろうか。

- (10) Van Uden 事件で債権者が求めていたのは金銭仮払命令であった。先決判断の判示の文言は、管轄を条件づけたというよりも、ブリュッセル条約 24 条の保全措置と認められるための条件づけという形をとっている。すなわち、仮払命令は 2 つの条件（①措置が発令国の領域内に存在するか存在しうる特定の債務者財産にかかること、②債権者が本案訴訟で敗訴した場合に金銭を返還できるよう担保提供すること）を満たすときのみブリュッセル条約 24 条の措置となりうる、とした。暫定性確保に関わるのは特に②の条件である。
- (11) ハーグ条約草案 Art. 13 (3) も同様。
- (12) 暫定性の確保の在り方としては、一定期間内の本案訴訟提起を義務付けるという方法もありうると思われる。この点、ブリュッセル条約に関するものではないが、欧州司法裁判所の *Hermès* 事件先決判断（*Hermès International v FHT Marketing Choice BV*, ECJ C-53/96 (Judgment of 16 June, 1998), 1998 ECR I-3603）が示唆的である。
- (13) Van Uden 事件先決判断は、暫定性の要件を課すと同時に保全措置の執行が領域内で可能なことをも条件としたと解されている。これらについては、保全命令申立てを受けた裁判所所属国の法制と事実関係の下、①求められた措置の暫定性を確保する手段がない、もしくは、②領域内での保全執行可能性がない、場合は保全命令管轄が認められないという形で、管轄について条件をつけたものと説明することも可能であるように思われる。
- (14) 米国のプレリミナリー・インジャンクションについては、次のように紹介されている。「トレード・シークレットとか商標権侵害のような知的所有権等の訴訟においては、その侵害が回復し難いと考えられる場合でも、プレリミナリー・インジャンクションはしばしば否定され、パーマネント・インジャンクションで審理されるのが普通である。これは、完全な審査をせず本案についての判断をしないままプレリミナリー・インジャンクションを出すことによる将来の誤りを裁判官は避けたがるからであるといわれている」（石川正「アメリカにおける民事保全」『民事保全講座 第1巻 基本理論と法比較』[1996年、法律文化社] 173頁、特に183頁）。
- (15) たとえば、フランス判例によると、仲裁手続開始後（仲裁廷構成後）は国家裁判

所（裁判所長）が仮払レフェレを命じることは原則として出来ない。が、①当事者の反対の意思表示がない、②仲裁廷が構成されておらず本案手続が実効的に係属していない、③緊急性がある、④債権者の権利に真の争いがない、の4つの要件を充たす場合は、仲裁合意が存在するからといっても例外的に国家裁判所の仮払レフェレを命じる権限は排除されるものではない、とされる。V., Société Horeva c. société Sitas, Cour de cassation, 1re Ch. civile, 6 mars 1990, Revue de l'arbitrage 1990, pp. 633 et s. この判断の流れを作った裁判例については、中野俊一郎「国際商事仲裁における実効性の確保(一)——仲裁と保全処分の関係、ならびに仲裁判断の『終局性』の概念について」神戸法学雑誌 38 巻 2 号 [1988 年] 29 頁, 特に 107 ~ 109 頁) に紹介がある。