

ゲルハルト＝ヴァーグナー 「仲裁判断の執行宣言の基本問題」(2・完)*

河野 憲一郎 訳

Ⅹ. 執行許可についての処分と手続費用

執行不能な仲裁判断の執行宣言の付与をめぐる問題は、現実と遊離した学問活動 (Gasperlenspiel) ではない。けだし、全ての仲裁判断について、執行許可手続の開始は具体的な金銭的帰結をもたらすからである。ZPO1060条による手続は、一方又は他方の当事者の負担に帰せられるべき著しい費用を生じさせる。執行許可手続の適用領域が大きくなればなるほどますます、敗訴当事者にとって費用がかかることとなる。

1. 執行許可手続の費用

民事訴訟法において常にそうであるように、執行許可手続の費用も裁判所費用と弁護士費用に分けられる。費用を決する訴額 (Gebührensstreitwert) に関して問題となるのは、仲裁廷によって確定された請求の価額である¹³⁶⁾。被告が勝訴した場合には、訴額は原告から償還されるべき費用額に相当する。

裁判所費用を支出する者は、執行宣言の申立ての提出とともに、2つの裁判所費用を予納しなければならない¹³⁷⁾。申立てが取り下げられた場合には、費

*59巻2・3合併号(2008年12月)109頁以下よりの続き。

136) OLG Frankfurt/Main, NJW 1961, 735, 736; MünchKommZPO-Münch (Fn. 11), §1060 Rdnr. 8 a.E.; Stein/Jonas-Schlosser (Fn.1), §1063 Rdnr. 14; Thomas/Putzo-Reichold (Fn. 10), §1063 Rdnr. 5.

137) KV Nr. 1620 と結びついた GKG6 条 1 項, 同22条。

用は返還されなければならない¹³⁸⁾。申立てが棄却された場合には、ZPO1060条2項1文によって同時に宣告されるべき〔仲裁判断の〕取消しは、付加的な費用を生ぜしめない¹³⁹⁾。

執行許可手続が弁護士の間与なしに実施された場合には、そもそも弁護士費用は生じないが、このことはZPO1063条4項、同78条5項によれば、口頭弁論が命じられない限り、高等裁判所の管轄であるにもかかわらず可能である。裁判所が口頭弁論を命じてはじめて（ZPO1063条2項）、両当事者はZPO78条1項2文にしたがって弁護士によって代理されることを義務づけられる。連邦弁護士手数料法（以下「BRAGO」とする。）46条1項とは異なり、弁護士報酬法（以下「RVG」とする。）は、執行許可手続において生じる弁護士手数料についての特別の規律を置いていない。それゆえ、その評価のための基準が争われている。控訴審手続について妥当する手数料の基準が広く主張されているが、執行許可手続は高等裁判所で実施され、機能的に控訴審手続に相当するとの理由づけがなされている¹⁴⁰⁾。これによると、弁護士は手続にかかる手数料1.6と期日にかかる手数料1.2を請求することができる¹⁴¹⁾。反対説は、高等裁判所が第一審の裁判所として活動しており、したがって、報酬はそれゆえに第一審について妥当する基準によって評価されると主張している¹⁴²⁾。これによると、手続にかかる手数料がたったかけるの1.3に、期日にかかる手数料がかけるの1.2になる¹⁴³⁾。

執行許可手続は強制執行の一部ではなくて、逆流型の（vorgesaltetes）判決手続の執行の一部であり¹⁴⁴⁾、これについてZPO788条の費用償還手続は

138) KV Nr. 1627 zum GKG.

139) *Schwab/Walter* (Fn. 14), Kap. 34 Rdnr. 7.

140) *Hartung*, in *Hartung/Römermann/Schons*, *Praxiskommentar zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz*, 2. Aufl. 2006, § 36 RVG Rdnr. 21.

141) VV Nrn. 3200, 3202 参照。

142) *Hartmann*, *Kostengesetze*, 36. Aufl. 2006, VV 3327 Rdnr. 3.

143) VV Nr. 3100, 3104

144) 上記 III 参照。

妥当しない¹⁴⁵⁾。むしろ執行許可手続の費用は、ZPO91条以下にもとづいて分担されなければならない。仲裁判断に執行許可が付与された場合には、費用は申立の相手方の負担とされなくてはならない。執行許可申立てが一部認容された場合には、費用はZPO92条にしたがって割合的に分担されなくてはならない。

2. 認諾の許容性

執行許可手続の訴訟物が強制執行の許容性に限定されるとするならば、ZPO307条による認諾は問題なく適法であるということになる。執行名義を公証人の面前での表示によって作り出すことでさえも両当事者の自由に委ねられているのであれば(ZPO794条1項5号)、これに相当する処分行為によって仲裁判断に執行力を取得させることはますます可能であるに違いない。

しかし、執行宣言の付与を求める手続の訴訟物は、取消手続の訴訟物を含んでいる¹⁴⁶⁾。それゆえ、認諾は常に、執行許可裁判所がZPO1060条2項にしたがって考慮すべき取消事由が仲裁判断に対して対抗し得ないのだという表示を内容としている。ここに含まれているのは、ZPO1059条2項2号の取消事由であり、したがって、とりわけ執行宣言の付与を求める申立てを取り扱う裁判所が職権で顧慮しなければならないところの公序違反の可能性である。事柄がそうであるならば、執行許可手続における認諾が適法かつ有効であるということに対して、疑問が生じてくる。

実際、当事者は公序について処分しえないという民事訴訟法の一般原則が存在する。国家裁判所の面前での法的争訟においても、被告がZPO307条の認諾

145) OLG Frankfurt, BB Beilage 2001, 23, 24; Musielak-Lackmann (Fn. 11), §788 Rdnr. 3; Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1063 Rdnr. 14; Thomas/Putzo-Reichold (Fn. 10), §1063 Rdnr. 5; Wolff, in Hdb. IZVR III/2 (Fn. 19), Kap. IV Rdnr. 169; 異説 Baumbach/Lauterbach-Hartmann, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 65. Aufl. 2007, §788 Rdnr. 47.

146) 上記 VI 参照。

をすることによって裁判所に公の秩序に違反した法的効果を述べるよう仕向けることはできない¹⁴⁷⁾。かくて認諾は当事者による私的自治的な形成と、それゆえその訴訟上の処分権限に服する領域に限定される。

仲裁判断の執行宣言の付与の場合にも同じことが妥当し、したがって、ここでも認諾は公序という限界を守ることを裁判所から免除しない¹⁴⁸⁾。それゆえ、申立ての相手方の認諾にもかかわらず、高等裁判所は、結論において公序に違反する仲裁判断に執行宣言を付与してはならない。公序違反並びに ZPO1059 条 2 項 2 号および ZPO1060 条 2 項 3 文における仲裁適格の欠缺が等置されているため、ZPO1059 条 2 項 2 号 a) 文の取消事由もまた、認諾によって義務を負わせることのできない障壁を意味している。

しかし、ZPO1059 条 2 項 2 号の取消事由のために持ち出された留保は、認諾がその他の点では——したがって ZPO1059 条 2 項 1 号の取消事由については——適法かつ有効であるということを何一つ変更しない¹⁴⁹⁾。既に見たように、認諾はそのほかにも公序の領域にまでは及ぶことはない。それゆえ、ZPO1059 条 2 項 2 号の取消事由とそれの不文の拡張¹⁵⁰⁾に有利な暗黙的な留保は、いずれにせよ民事訴訟における認諾について妥当しているものを明らかにしているにすぎない。

3. 即時認諾の場合の費用問題

a) ZPO93 条の適用可能性

認諾の有効性それ自体よりも、その費用上の帰結の方が、より重要な問題を

147) Thomas/Putzo-Reichold (Fn. 10), §307 Rdnr. 6; Wagner (Fn. 12), S. 110; 本質的にさらに進んでいるのは、Zöller-Vollkommer (Fn. 11), §307 Rdnr. 4.

148) Schwab/Walter (Fn. 14), Kap. 27 Rdnr. 29; Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1059 Rdnr. 6, §1063 Rdnr. 8; Zöller-Geimer (Fn. 11), §1060 Rdnr. 7.

149) OLG Frankfurt, BB Beilage 2001, Nr. 7, 23, 23; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 16), §181 Rdnr. 5; Schwab/Walter (Fn. 14), Kap. 27 Rdnr. 29; Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1063 Rdnr. 8; Zöller-Geimer (Fn. 11), § 722 Rdnr. 7; 異説 Wolff, in Hdb. IZVR III/2 (Fn. 19), Kap. IV Rdnr. 154.

150) 前記 VIII 以下参照。

孕んでいる。たしかに、ZPO93条が仲裁判断の執行宣言の付与を求める手続においても妥当する¹⁵¹⁾ということをも真面目に疑うことはできないし、とりわけ公序によるコントロールのための留保は、ZPO93条の適用を当然のことながら排除しえない——さもなければ、本条はどこにも適用領域を見出しえないであろう。しかしながら、問題なのは、申立ての相手方が《その挙動によって訴えの提起（あるいは執行許可手続という努力）を誘発したのではない》ということがどのような要件の下に語られうるかであり、それはZPO93条が最終的に勝訴した申立人への費用負担の転嫁について前提としているのと同様である。その場合に、期限の到来した債権とその他全ての仲裁廷の命令とが区別されなくてはならない。

b) 期限の到来した義務

申立ての相手方が、仲裁判断の中で宣言された期限の到来した義務を履行しなかった場合には、その者が費用を負担するのがきわめて公平でもある。仲裁廷によってそれについての敗訴判断を下された後に任意の履行をしない者は、債権者が執行許可申立てをするというZPO93条の意味での《誘発をした》。事例2においてドレスデン高等裁判所が正当にも宣言したように、債務者が事実上履行しない限りは、単に口先だけで表示された債務者の給付の準備によって、執行宣言を求める申立てから権利保護の必要が失われることはない¹⁵²⁾。《両当事者の長く、固い輪》は、単に口先だけで準備を表示しただけで満足を与えることを債権者に期待しえないものにする、という¹⁵³⁾。

151) Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1060 Rdnr. 2; Lachmann (Fn. 22), Rdnr. 1295 は、ZPO93条の適用に反対であることを表明している。その際、ZPO93条の排除が純然たる将来の債権の執行宣言の付与についても妥当するかどうかは、明らかではない。

152) 上記Iを注2)とともに参照； OLG Dresden, Beschl. v. 9.2.2005, 11 Sch 03/04, unter I。

153) 上記Iを注2)とともに参照； OLG Dresden, Beschl. v. 9.2.2005, 11 Sch 03/04, unter I。

ZPO93条の目的のために、仲裁手続と執行許可手続は一体として取り扱われなければならない。執行許可手続は、債権者にとっては、その者に生じた債権の執行名義を獲得するための道への最後の段階である。権利の行使は仲裁手続でもって開始するのであり、執行許可手続ではじめて開始するのではない。被告が、手続中より賢明になり、訴求された請求権を履行するための白らの準備を伝えた場合に、通常裁判所の面前での訴訟において ZPO93条を援用しうることがほとんどないのと同様に、債務者が執行許可手続の終了前、しかし仲裁判断の言渡し後に給付の準備を表示することによって、執行許可手続の費用の負担を免れることもほとんどない。その場合に、仲裁債権者による再度の警告と期間の設定は、必要ではない¹⁵⁴⁾。執行許可手続の費用負担を回避するために仲裁判断債務者が採りうる唯一の可能性は、仲裁判断の中で請求された義務を即時に履行することである。

c) 将来の義務づけと確認

仲裁判断の中で言い渡された義務の履行期が未到来の場合に、申立ての相手方が、ZPO93条の意味での即時認諾によって費用の負担を回避しうるかどうかが問題となる。ここで主張された見解¹⁵⁵⁾とは逆に、BGH にしたがって、かつ執行力のない仲裁判断の執行宣言の付与をも可能と考える場合に、同一の問題が提起される。けだし、そのような仲裁判断を敗訴当事者は定義上 (per definitionem) 全く履行しえないからである。その場合には、まず第一に、敗訴当事者が仲裁判断の拘束力を疑い又は争った諸事例が、区分されなければならない。この前提の下で、勝訴当事者は常に執行許可手続の開始のためのインセンティブを持ち、その結果、その開始後ただちに表示された認諾は、もはや敗訴当事者にとって意味を持たない。

将来期限が到来するであろう債権を考慮して、ミュンヘン高等裁判所は、

154) OLG München, Beschl. v. 7.9.2005, 34 Sch 023/05, OLG Frankfurt, BB Beilage 2001, Nr. 7. 23, 24 もそうである。

155) 上記 VII.5。

債務者が期限の到来した債務をも返済しなかった場合には、債務者の給付の準備を信頼することが債権者に必ずしも期待されないとの理由づけで、ZPO93条の適用を拒絶した¹⁵⁶⁾。その他の点では執行宣言の付与のみが仲裁判断を取消事由の主張から守るのに適切であるという。この議論は執行許可手続を取消事由の遮断のための制度として構想することを正当にも排除するところの上で浮き彫りにされたZPO1055条の機能を見落としている¹⁵⁷⁾。したがって、ミュンヘン高等裁判所が事柄を見たように、仲裁判断の完全性について何ら争いがないため勝訴債権者自身の費用〔負担の〕リスクがわずかであるというまさにその場合には、執行許可手続は勝訴債権者によって開始されるであろうから、仲裁合意の当事者は文字どおり予め執行許可手続の費用のことを考慮に入れておかななくてはならないであろう。

仲裁判断の執行宣言の付与の場合と構造の類似した問題は、扶養訴訟において生じるが、それは将来においてはじめて期限が到来する典型的な債権にかかわっている。ここでも扶養義務を負った者がその者の給付の準備の単なる口先だけでの主張によって、扶養権利者を執行名義を放棄するか、ZPO93条による訴訟費用の負担の危険を冒すという窮地へ置くということが回避されなければならない。扶養権利者をこのような脅威から解放するために、請求を認諾した扶養義務者が、ZPO794条1項5号による公正証書を作成することによってその者に対して向けられた請求権を自費で債務名義化するという扶養権利者の要求を履行しなかった場合には、その者は即時の認諾にもかかわらずZPO93条を援用することはできない¹⁵⁸⁾。これを仲裁判断へ転用するということは、将来期限が到来するであろう給付についての仲裁判断の執行力を即時に認諾をした仲裁判断の相手方は、仲裁判断の債権者に対して、仲裁人によって確認された請求権を公正証書で債務名義化することを申し出たときにはじめて、

156) OLG München, Beschl. v. 8.3.2007, 34 Sch 028/06, S. 8.

157) 上記 VI.1参照。

158) OLG Karlsruhe, FamRZ 1984, 584, 585; OLG München, FamRZ 1994, 313, 314; OLG Düsseldorf, FamRZ 1994, 1484; OLG Nürnberg, MDR 2002, 886.

ZPO91条の費用の結果を対抗することができるということを意味している。執行証書の作成のための費用は執行許可手続の費用の20パーセント以下なので、それに対するインセンティブが完全に存在する¹⁵⁹⁾。この解決は、裁判所にとって、裁判所がこれに相当する請求から免除されるであろうという好ましい付随的効果を持つ。

BGHとともに、しかしここで主張されている見解とは逆に、確認的・形成的な仲裁判断の執行宣言の付与が適法とみなされるのであれば、敗訴当事者は同様に執行許可手続の費用の負担を免れる可能性を持つ。これがそうでないとするならば、仲裁手続で勝訴した当事者はまさに明らかな事例において執行宣言を放棄するイニシアティブをもたないであろうし、したがって、その場合に生じた費用は、債務名義化された請求権への課税と同様に、敗訴当事者に有利に作用する。しかし、著しい額の手続費用を無意味に生産することは、仲裁手続を当事者にとって魅力的ではないものにする。そのようなわけで、仲裁判断の完全性に対する債権者の関心を満足させる手段が展開されなくてはならない。その限度で、敗訴当事者によって表示された取消手続の放棄が、いぜんZPO1059条3項の期間経過前もなお仲裁手続に存続効を取得させるのだが、それは選択の手段であると実証される。法律は仲裁判断の取消しについての決断をZPO1059条において全く債務者の手に委ねているので、そのような放棄の適法性に疑念がはさまれてはならない¹⁶⁰⁾。有名義債権者がそれらすべてにもかかわらず執行宣言の申立てを提起し、申立ての相手方がただちに認諾した場合には、債務者はZPO93条による費用の優遇を受ける。けだし、前もって表示された取消手続の放棄にもとづいて債権者は訴えに対する動機づけを与えられないからである。

159) 弁護士費用は計算に際して顧慮されない。なぜならば、これは口頭弁論が命じられた場合にのみ、強制的に生じるからである。

160) 賛成するのは、Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1059 Rdnr. 6; 請求の放棄の適法性について一般的には、Wagner (Fn. 12), S. 439 ff.

X. 執行許可手続における実体法上の抗弁

1. 旧法上の法状況

1998年まで効力を有していた旧仲裁手続法の下では、実体法上の抗弁を執行許可手続において主張することができたし、場合によっては、執行宣言の付与が拒絶されるという結果になるということが認められていた¹⁶¹⁾。こうした解決にとって決定的なのは、執行許可手続の法的性質と訴訟物についての理論的な考慮ではなく、優れて実務的な議論であった。すなわち、《……そのような事例において、申立ての相手方が執行宣言の付与を甘受しなければならず、その者の抗弁を理由として、ZPO767条による新たな法的争訟が係属させられなければならないとするならば、無意味であろう》¹⁶²⁾。ここでは結局のところ、今日 BGB242条で基礎づけられた《人が返還するつもりのもを請求する者は悪意で行動することになる (dolo agit qui petit quod statim redditurus est)》というローマ法諺の訴訟上のヴァージョンが問題となっている¹⁶³⁾。

執行許可手続において実体法上の抗弁を許容することは、ZPO1055条によって顧慮されなくてはならない仲裁判断の既判力と同様に、実質的再審査 (*révision au fond*) の禁止には抵触しないであろう。仲裁判断の場合の既判力の時的限界は、裁判所の判決と同様であり、基準は ZPO767条 2 項である¹⁶⁴⁾。

161) BGHZ 34, 274, 277; 38, 259, 261; BGH NJW 1961, 1627, 1965, 1138 f.; 1990, 3210, 3211; NJW-RR 1997, 1289; BGH, LM Nr. 4 zu §1042 ZPO; Voit, ZJP 114 (2001), 355, 358 f.; RG Gruchot 55 (1911), 1081, 1082 ff.; OLG Hamburg, OLGRspr. 15 (1907), 4 f.; OLGRspr. 35 (1917), 161 f., OLGRspr. 39 (1919), 95, 97; RIW 1975, 645.

162) BGHZ 34, 274, 277; 38, 259, 262; BGH, NJW 1990, 3210, 3211; BGH, LM Nr. 4 zu §1042 ZPO.

163) BGHZ 79, 201, 204; 94, 240, 246; 110, 30, 33.

164) RG, Gruchot 61 (1917), 496, 498; BGHZ 34, 274, 278; 38, 259, 263; OLG Hamm, NJW-RR 2001, 1362, 1363; OLG Köln, SchiedsVZ 2005, 163, 165; OLG Dresden, SchiedsVZ 2005, 210 213; OLG Koblenz, SchiedsVZ 2005, 261, 262; MünchKommZPO-Münch (Fn. 11), §1060 Rdnr. 14; Musielak-Voit (Fn. 11), §1060 Rdnr. 12; Schwab/Walter (Fn. 14), Kap.27 Rdnr. 12; Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1063 Rdnr. 6.

仲裁手続において主張されえたるあらゆる異議事由が仲裁判断の既判力によって遮断されるため、執行許可裁判所が、仲裁廷が正しく判断をしたかどうかを事後審査することはできない¹⁶⁵⁾。したがって、執行宣言の付与に対する実体法上の抗弁もまた、そのような異議事由に依拠することはできない¹⁶⁶⁾。

相殺の場合には、特別の事情が顧慮されなければならない。確立した判例によれば、相殺の抗弁 (BGB389条) の遮断については、相殺の意思表示ではなく、相殺適状が問題であり、したがって債務者は、仲裁廷の面前での最終口頭弁論の時点において既に相殺しえたであろう反対債権を相殺適状の知・不知にかかわらず、遮断されてしまう¹⁶⁷⁾。それにもかかわらず、執行許可手続における相殺は、重要な役割を演じている。すなわち、反対債権が仲裁条項でカバーされないものであり、それゆえ仲裁廷に反対債権の弁論のための権限が欠けていたため仲裁廷が相殺を顧慮しえなかったし、かつ顧慮しえなかったであろう場合には、ZPO1055条、同767条2項の遮断効は及びえないからである¹⁶⁸⁾。結論において、旧法の下では、かくて、仲裁条項でカバーされない反対債権は、仲裁判断の執行宣言の付与を求める請求に対する防御のために適切であったという規律が妥当した。

2. 新法に対する争いの状況

新法の下では、執行許可手続における相殺の抗弁の許容性は、有力説によって否定されている。さらに進んで、仲裁判断の中で確認された請求権に対抗する実体法上の抗弁は、全く一般的に、ZPO767条による請求異議訴訟の手続に委ねられなくてはならない¹⁶⁹⁾。この立場のために、ZPO1062条による仲裁判

165) BGHZ 34, 274, 278; 38, 259, 263; BGH, NJW 1965, 1138 f.; NJW 1990, 3210, 3211; OLG Hamburg, OLGRspr. 39 (1919), 95, 97.

166) BGHZ 34, 274, 278 f.; 38, 259, 263.

167) BGHZ 34, 274, 279 (BGHZ 24, 97, 98 を指示) ; さらに, BGHZ 59, 116, 124.

168) RG, Gruchot 61 (1917), 496, 499; BGHZ 38, 259, 265; OLG Koblenz, SchiedsVZ 2005, 261, 262.

169) BayObLG, JZ 2000, 1170 mit Anm. *Wagner*, Reaktion *Peters* und Schlusswort *Wagner*, JZ 2001, 598 f. = MDR 2000, 968 mit Anm. *Weigel* = NJW-RR 2001, 363;

断の執行宣言は高等裁判所の事物管轄に属するから、今日の形態における執行許可手続は実体法上の抗弁の審査にとって不適當であるということが、とりわけ主張されている。〔それは、次のように言う。〕高等裁判所の役割は上訴裁判所のそれであるのに対して、相殺の場合には包括的な証拠調べを必要としうるところの債権の最初の審査が問題である¹⁷⁰⁾。高等裁判所は ZPO1063条1項1文により決定によって裁判をするが、決定にとっては、口頭弁論が必要的な前提とはされてはいないし (ZPO1063条2項)、BGH に対する法律抗告でのみ取り消されうる (ZPO1065条)¹⁷¹⁾。さらに、新仲裁法の立法者は、執行許可手続を集中させ、促進しようとしたが、この目標は実体法上の抗弁を許した場合には妨げられる¹⁷²⁾。仲裁の本質もまた、そのような抗弁を顧慮することに矛盾する。けだし、それは真正の司法であり、執行許可裁判所は単なるコントロール機能を引き受けているにすぎないからである、と。

これに対して通説は、新法の下でも、実体法上の抗弁は——ZPO1055条の限界の中で——仲裁判断債権者の執行許可申立てに対抗されうるということに固執している¹⁷³⁾。〔通説のいうところはこうである。〕仲裁手続法の改正は、執行力をめぐる紛争が結局 ZPO767条による手続の中で継続されなくてはならない場合には、仲裁判断に執行宣言を付与することは拒絶されなければならないという核心的な実務上の議論を何一つ変更してはいない。すなわち、《相手方にさらなる訴えを強制することも、申立人が実体法上執行することのできない仲裁判断に執行力を付与することも訴訟経済の観点からは意味がない》¹⁷⁴⁾。

OLG Stuttgart, MDR 2001, 595; *Borris/Schmidt*, SchiedsVZ 2004, 273, 276 f.; *Kawano*, ZZPInt 4 (1999), 393, 406.

170) BayObLG, JZ 2000, 1170, 1171.

171) BayObLG, JZ 2000, 1170, 1171.

172) BayObLG, JZ 2000, 1170, 1171; *Kawano*, ZZPInt 4 (1999), 393, 406.

173) OLG Hamm, NJW-RR 2001, 1362 f.; OLG Köln, SchiedsVZ 2005, 163, 165; OLG Dresden, SchiedsVZ 2005, 210, 213 f.; OLG Koblenz, SchiedsVZ 2005, 261, 262; *Münch*, FS Ishikawa, 2001, S. 335, 350 ff.; *Schwab/Walter* (Fn. 14), Kap. 27 Rdnr. 12 f.

174) OLG Düsseldorf, SchiedsVZ 2005, 214, 216.

反対債権については問題なく執行許可手続の枠内で弁論がなされうる。けだし、高等裁判所は ZPO1063条 2 項によればただちに口頭弁論を命じるという状況にあるからである¹⁷⁵⁾。立法者によって望まれた高等裁判所の管轄権は、その他に請求異議訴訟について等しく妥当し、その結果、高等裁判所は反対債権について判断することからいずれにしても免れえないだろう¹⁷⁶⁾、と。

3. 私 見

a) 執行許可手続の適切性

有力説によって執行許可手続における実体法上の抗弁の許容性に反対して主張されている議論は、説得力がない。歴史的な観点からは、執行許可手続がかつて既に、これから実体法上の抗弁を排斥するという契機にされるであろうことなしに決定手続として構成されていたということが指摘されなくてはならない¹⁷⁷⁾。また、執行許可手続が1924年のいわゆるエミンガー改正法で決定手続に切り替えられたときに、実体法上の抗弁が今やこの手続においては不可能であるという見解が主張された¹⁷⁸⁾。RGがこの問題をもはや判断しえなかったのに対して、BGHは旧法の下で、ZPO1042条による決定手続において相殺の抗弁を顧慮することは許容されるとの判断を下した¹⁷⁹⁾。実際、実体法上の問題が判決手続において処理されなければならないということは、どこにも書かれてはいない。

また、執行許可手続においては口頭弁論が必要的ではないという議論も有効ではない。けだし、争われている抗弁の弁論のためには、これが ZPO1063条 2 項において可能にされているように、口頭弁論が命じられうるということで全くもって十分だからである。例として、既判力をもって債務名義化された反

175) OLG Hamm, NJW-RR 2001, 1362.

176) OLG Hamm, NJW-RR 2001, 1362; Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1063 Rdnr. 4.

177) 個別的には, *Münch*, FS Ishikawa, 2001, S. 335, 339 ff.

178) OLG Hamburg, HansRZ 1925, 442 f. 参照; エミンガー改正法 (Emminger-Novelle) については, *Münch*, FS Ishikawa, 2001, S. 335, 341 ff. 参照。

179) BGHZ 38, 259, 261 f.

対債権との相殺のごとき即時に証明可能な抗弁にとって、口頭弁論はそれに反して必要的ではない。仲裁判断の債務者からは決して一審級が《奪われる》わけでもない。けだし、ZPO改正以来、その者にはいずれにせよ唯一の、完全に展開された事実審しか与えられておらず、これに対して、法的争訟が既に高等裁判所で開始するという状況は、不利益ではなく、この裁判所のより高い質のゆえに利益だからである。結局、高等裁判所が事実関係を解明し、証拠評価をする状況にはないということは、問題にはならない。

請求異議訴訟に実体法上の抗弁を委ねることは、これが高等裁判所に戻ってきた場合には、無意味ではなからうか。もっとも、実際、背後にはその限度で区裁判所と地方裁判所が管轄権を有すると断言する試みがある¹⁸⁰⁾。しかしながら、請求異議訴訟のための執行許可裁判所の——専属(ZPO802条)——管轄は、仲裁判断についての特別な発明ではなく、判決の執行許可についても同様に妥当する一般的な法原則である。もし〔外国裁判所で〕判断された請求権について内国裁判所が判断をしなかったのであれば、執行許可裁判所がZPO767条1項、722条2項にもとづいて管轄権を有する¹⁸¹⁾。かつての元東ドイツの裁判所の判決の場合と同様に、執行許可の必要性が欠けている場合には、ZPO722条2項の準用にもとづいて請求異議訴訟のための管轄権が発生する¹⁸²⁾。この管轄権が実体法上の請求異議事由(Vorstreckungsgegeneinwände)の審理の義務を含んでいるということを立法者自身、承認執行実施法(以下「AVAG」とする。)12条1項の中で所与のものとして前提としており、その際に、そのような異議事由について高等裁判所が第一審で判断しなければならないということを認めていた(AVAG11条1項2文)。第12民事部は、法状態がEuGVVO45条1項の準則(Vorgaben)と一致しているということをつい先頃判断した¹⁸³⁾。

180) 賛成するのは、Nelle (Fn. 135), S. 565 f.

181) RGZ 13, 347, 349; RG, Gruchot 48, 829, 831 ff.

182) BGHZ 84, 17, 24 (Beitzke, JZ 1958, 53, 55 を指示).

183) BGH, Beschl. v. 14.3.2007, XII ZB 174/04, Rdnr. 22 ff.

こうした諸原則が、仲裁判断の執行許可についてのみアドホックに効力を失い、その際に、請求異議訴訟についての管轄が確実な法律上の根拠をもたないがためにまた再び争われるということが甘受されるべきだというのは、説得力を欠く。すなわち、若干の高等裁判所が、仲裁判断に対する請求異議訴訟についての裁判籍はZPO12条以下の一般規定によって定められなければならないという見解であるのに対して¹⁸⁴⁾——もっとも、それはZPO767条1項の文言および目的とは全く矛盾するのだが——、他の見解によれば、裁判籍は、ZPO1062条1項、同2項の管轄基準を準用することによって、第一審裁判所に決定されるべきである¹⁸⁵⁾。当事者はこの不安定性から保護されなくてはならないが、それもZPO767条1項によって権限を有する裁判所の管轄権が承認されることによってである。なぜならば、それ、すなわちそのZPO794条1項4 a号による執行許可決定にもとづいて強制執行が行われた高等裁判所が、執行名義自体を作り出したからである¹⁸⁶⁾。

ところで、(この)争いもまた歴史的な沿革を有している。すなわち、19世紀から20世紀の変わり目に外国判決に対する請求異議訴訟について、外国裁判所、ZPO722条、同723条による内国の執行許可裁判所又はZPO12条以下の一般規定によって決定された第一審裁判所が管轄を有するかどうかの問題となった。本案に最も近い裁判所が裁判を担当するというZPO767条1項の目的設定がここでは完全には実現されないということを十分に認識して、RGは、実体法上の抗弁についての裁判管轄を執行許可裁判所に割り当てた¹⁸⁷⁾。

b) 執行許可手続の訴訟物

執行許可手続において実体法上の抗弁を許容することに対しては、執行許可

184) *Voit*, ZJP 114 (2001), 355, 359.

185) *Peters*, JZ 2001, 598; *Borris/Schmidt*, SchiedsVZ 2004, 273, 279; *Münch*, FS Ishikawa, 2001, S. 335, 357.

186) *Wagner*, JZ 2000, 1171, 1173; *ders.*, JZ 2001, 598, 599 f.; *Stein/Jonas-Schlosser* (Fn. 1), §1063 Rdnr. 4; *Nelle* (Fn. 135), S. 564 f.

187) RGZ 13, 347, 349; 165, 374, 379 ff.; RG. Gruchot 48, 829, 831 ff.

の手續の形態ではなく、その訴訟物のみがマイナスの材料を提供する。すなわち、ZPO1060条による執行許可手續の訴訟物は、仲裁判断の完全性および執行力である¹⁸⁸⁾。仲裁判断の中で確認された請求権がなお存在しているのか、それとも事後的に弁済又は相殺によって消滅したのかどうかという問題は、それとは逆に、仲裁判断の完全性に抵触することはない。これはむしろZPO767条にもとづく請求異議訴訟の本来の領域である。債務名義化された請求権は、実体法上の抗弁の結果、もはや存在しないため、請求異議訴訟の訴訟物は、債務名義にもとづく強制執行の不適法性である¹⁸⁹⁾。この両方の前提が総合されるならば、弁済(BGB362条)および相殺(BGB389条)のような仲裁判断の中で確認された請求権に対する実体法上の抗弁は、執行許可手續でカバーされるのではなく、請求異議訴訟の道で主張されなくてはならないということが、ほぼおのずと明らかになる。

執行許可手續の訴訟物を援用することは、単なる概念的な遊戯ではない。ZPO1060条2項1文から推論されるように、仲裁判断の執行宣言の付与は取消事由が存在する場合にはじめて拒否されなくてはならないのであるが、その場合には、執行宣言の付与が拒否されなくてはならないというだけでなく、仲裁判断が取り消されなくてはならない。しかしながら、仲裁判断の債務者が、執行許可手續において、自分は仲裁判断の中で確認された請求権をその間に履行し又は事後的に相殺可能となった反対債権との相殺によって消滅させたとしか主張しない場合には、そのような「仲裁判断の取消しという」措置ははじめから問題にはならない。

188) *Nelle* (Fn. 135), S. 581; 仲裁判断の《完全性 (Wirksamkeit)》ないし《拘束力 (Verbindlichkeit)》の概念 (模範法35条) についての詳細は, *Solomon* (Fn. 28), S. 212 ff.; *Stein/Jonas-Schlosser* (Fn. 1), §1060 Rdnr. 1: 《適正コントロール (Korrektheitskontrolle)》; 外国判決の承認・執行でのこれに対応する問題についてはさらなる証明をともなって, *Stein/Jonas-Münzberg* (Fn. 18), § 722 Rdnr. 3。
189) *Thomas/Putzo-Reichold* (Fn. 10), §767 Rdnr. 3; *Münch*, *Vollstreckbare Urkunde und vollstreckbarer Anspruch*, 1989, S. 321 ff., 345 ff.; *Nelle* (Fn. 135), S. 581; 異なるのは, (債務名義の執行力に限ってではあるが) *Stein/Jonas-Münzberg* (Fn. 18), § 767 Rdnr. 3 ff.

c) 請求異議訴訟の先取り

執行許可手続の訴訟物が、実体法上の抗弁を顧慮することに本来的に対立するのであれば、それにもかかわらず、なぜ、それを主張することが判例と学説の大部分によって許容されているのか？——そのための理由はプラグマティックな性質を持っているが、しかしだからと言ってわずかな重みしかもたないというわけではない¹⁹⁰⁾。債務者が、仲裁判断の中で確認された請求権の履行を主張しているという事例において、この種の抗弁を許容する必要性がとりわけ顕在化する。この事例において、裁判所が、実際に、ただちに債務者の請求異議訴訟とこれに関連した、場合によっては無条件に認容されるであろう、ZPO769条による仮の権利保護の付与を求める申立てと対決させられるためにだけに仲裁判断に執行宣言を付与することを強制されるべきであろうか？場合によっては無資力であるかもしれない債権者による強制執行に債務者をさらすことには危険の急迫性が付き物であり、明日強制執行を不適法と宣言するために、今日執行宣言を宣告することは、訴訟経済上、無意味と思われる。かくて、執行許可手続において実体法上の抗弁を許容することは、《法律によって禁じられていない訴訟法学上の理由にもとづいた ZPO767条の先取り》であることが明らかになる¹⁹¹⁾。

執行許可手続において請求異議訴訟を先取りすることの必要性は、即時証明可能な (liquide) 抗弁が問題となる場合に、したがって債務者が、例えば債務名義化され又は争いのない反対債権で相殺したとか¹⁹²⁾、仲裁判断の中で確認された請求権の履行が疑問の余地なく明らかになる領収書を提出する場合に¹⁹³⁾、とりわけ切実である。しかも債務者の請求異議事由が先取りされ、執行許可手続の中で処理される場合に、その他の点で債権者にとって何ら不当な点は存在しない。

190) 注162) における証明をともなって、既に上記 X. 1 参照。

191) ZPO723条による外国判決の執行宣言を顧慮してこう述べているのは、Stein/Jonas-Münzberg (Fn. 18), §767 Rdnr. 6 a.E.; 事柄の性質上同様なのは、Schwab/Walter (Fn. 14), Kap. 27 Rdnr. 13。

192) OLG Düsseldorf, SchiedsVZ 2005, 214, 215; Wagner, JZ 2000, 1171, 1173.

193) OLG Hamburg, OLGRspr. 15 (1907), 4 f.; Münch, FS Ishikawa, 2001, S. 335, 355.

d) 執行許可手続への請求異議事由の組み入れ

実体法上の抗弁を許容することがいかにして異なった性質をもつ執行許可手続の訴訟物と調和させられるべきかについて、問題は残る。その点では、学説上、たしかに実体法上の抗弁をまずは執行許可手続から除外し、請求異議訴訟に割り当てるが、しかしその場合に、執行許可手続の中で処理されるべき反訴ないし対応する反対申立て (Widerantrag) の形式で請求異議訴訟を許容するという提案がなされている¹⁹⁴⁾。執行宣言を求める手続の訴訟物での体系解釈的な論証を別とすれば、この提案のために、それが債権者の不当な不利益取扱いを回避するということが主張されている。こうした不利益は、執行許可手続において実体法上の抗弁を直接的に許容する場合には、債権者の申立てが事実上の停止効 (Suspensiveeffekt) にかかり¹⁹⁵⁾、債権者はそのうえ不当にも費用のリスクを負担させられるという点にある¹⁹⁶⁾。

それにもかかわらず、債権者の負担になる停止効を回避するという必要性は、実体法上の抗弁を直接的に許容する場合と同様に、よく達成される。けだし、ZPO1063条3項により管轄権を有する高等裁判所の部の裁判長は、相手方を事前に審尋することもなく、仲裁判断にもとづく保全措置の執行 (Sicherungsvollstreckung) を許容することができるからである。裁判長は、申立ての相手方が、例えば争いのある反対債権での相殺のごとく即時証明可能でない実体法上の抗弁を主張する場合に、この権限を行使する。まさに相殺の事例において、執行許可手続の費用負担をともなった債権者の不当な不利益取扱いは、たしかに回避されうる。ここでは、被告が予備的に陳述された相殺を貫徹したとの理由のみで原告が敗訴した場合に、ZPO92条によって費用の分担がなされ、ないし相互に取り消されなければならないということが一般原則に適っている¹⁹⁷⁾。まさに申立ての相手方がZPO1060条2項によって顧慮されなくてはならない取消事由を主

194) Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1063 Rdnr. 4; Nelle (Fn. 135), S. 418 ff., 580 ff.

195) Nelle (Fn. 135), S. 578 f.; Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1063 Rdnr. 4.

196) Nelle (Fn. 135), S. 579 f.; Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1063 Rdnr. 4.

197) Zöller-Greger (Fn. 11), § 145 Rdnr. 27.

張し、かつ予備的に反対債権での相殺を援用する場合には、全くそのように判断がなされなくてはなるまい。

なお検討されなくてはならないのは、判決主文の書き方である。仲裁判断で確認された請求権が、弁済又は相殺のごとき実体法上の事象経過の結果として消滅したのであれば、仲裁判断は（それゆえ）瑕疵を有してはいない。このような状況の下では、裁判所は決してZPO1060条2項1文にしたがったやり方で仲裁判断を取り消してはならず、せいぜいのところ独自に執行宣言の付与を拒否することができるにすぎない。その限りにおいて、反訴モデルの下では、次のような判決主文が提案されている。すなわち――

《申立人の申立てにもとづいて、仲裁判断が……有効であり、取消事由が存在しないということが確認された。その他の点では申立ては棄却される。申立ての相手方の反対申立てにもとづいて仲裁判断にもとづく強制執行は許されないと宣言する》¹⁹⁸⁾。

私見によれば、申立てと反対申立てにおける判決主文の記載の分裂は、実態を何ら改めることなしに放棄されうる。したがって、判決主文は次のような文面になりえよう。すなわち――

《仲裁判断が……有効であり、取消事由が存在しないということが確認された。その他の点では申立ては棄却される》。

仲裁判断にもとづく強制執行が許されない旨の命令を付加することは、そもそもその強制執行がそのときにZPO775条1号を利用して停止されるべきであったところの執行名義が作出されていないのであるから、不必要である。したがって、結論において、反訴モデルによって追求された関心事が、反対申立てにとらわれることなく、顧慮されるということが明らかになる。しかしその場合には、全てが従来の実務を維持し、実体法上の抗弁を執行許可手続において直接的にかつ反対申立てという要件なしに許容することにプラスの材料を提供する。かくして、バイエルン高等裁判所の判断には異議が唱えられなくては

198) Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), § 1063 Rdnr. 4.

ならない¹⁹⁹⁾。

4. 仲裁廷の管轄権?

a) 請求異議訴訟の仲裁適格

BGH は旧法に対して下された判断の中で、請求異議訴訟の仲裁適格を承認した²⁰⁰⁾。請求異議訴訟に関する仲裁廷の仲裁判断では確認請求が問題となっているにもかかわらず、ZPO775条1号による執行措置に影響を及ぼしうるために、これは執行宣言を付与されなければならない²⁰¹⁾。仲裁手続法改正により、仲裁に結びつけられた請求異議訴訟の中心的な弱点、すなわちZPO769条による仮の権利保護に対するアクセスの欠如²⁰²⁾さえもが治癒された。今や仲裁廷も仮の権利保護を付与し、ZPO1041条にもとづいて強制執行の停止を命ずる可能性を有している。もちろんこの命令はそれ自体再びZPO1041条2項、同3項による実施可能性の宣言 (Vollziebarerklärung) を必要とする。

b) 実体法上の抗弁の仲裁条項帰属性 (Schiedsbefangtheit)

請求異議紛争が仲裁適格をもつことは、主張される実体法上の抗弁がそれぞれ仲裁合意で事実上カバーされるのかどうかについては何一つ述べてはいない。BGHによって判断された事例では、この要件は満たされた。けだし、当事者が仲裁上の和解の効力、解釈及び内容についての見解の相違を明確に仲裁廷の判断に委ねていたからである²⁰³⁾。つい先頃判断されたミュンヘン高等裁判所の事例も同様である²⁰⁴⁾。両当事者が、仲裁廷の審査に委ねた反対債権

199) 注3)とともに上記I参照。

200) BGHZ 99, 143, 146 ff.; Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1063 Rdnr. 5.

201) BGHZ 99, 143, 148.

202) なおBGHZ 99, 143, 148参照。すなわち、仲裁廷の面前での請求異議訴訟はZPO769条のゆえに《国家裁判所の面前での請求異議訴訟と同じ効率性をもつわけではない》。

203) BGHZ 99, 143, 144, 149.

204) OLG München, SchiedsVZ 2006, 165 f.

による相殺が主張された実務上意義深い諸事例もまた疑問点はない。債務名義化された主債権の場合と同一の仲裁条項であれ、それ以外のものであれ、それ自体仲裁条項に含まれる自己の争いのある債権での相殺は、執行許可手続においても、請求異議訴訟においても許容されない²⁰⁵⁾。その点で判断は仲裁廷にのみ義務づけられる。

c) 弁済の抗弁

しかし、弁済の抗弁の取り扱いは、大いに問題である。これに関してシュロッサーは、弁済されたと推定される請求権が仲裁条項でカバーされる場合には、弁済の抗弁で理由づけられた請求異議訴訟について仲裁廷が管轄権を持つのが適切であるという見解を主張した²⁰⁶⁾。しかしながら、いつも異議事由としての弁済がZPO1060条の執行許可決定に対する抗弁として主張されるならば、その結果、高等裁判所による審査はあからさまに否定されるであろう、ということになる。仲裁廷のみが判断権限を持つが、シュロッサーの見解によれば、仲裁判断を下したかつての仲裁廷ではない。なぜならば、その職務はZPO1056条1項1選号、同条3項によって終了し、かつそれが継続しているからである、という。むしろ、ただちに弁済の抗弁について判断すべき新たな仲裁廷が構成されなければならない、という²⁰⁷⁾。

弁済の抗弁を執行許可手続において審査することを拒絶したザールブリュッケン高等裁判所の最近の判断はこの線上にあり、当事者に仲裁廷へ行くように指示した²⁰⁸⁾。これに対して、ドレスデン高等裁判所は事例2において執行許可手続における弁済の抗弁を正当にも許容し、かくして旧法についてのBGH

205) OLG Karlsruhe, SchiedsVZ 2006, 281, 283.

206) Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1063 Rdnr. 5: 同旨, *Nelle* (Fn. 135), S. 558 f.; OLG Saarbrücken, OLGR 2006, 220, 221 f.; *Borris/Schmidt*, SchiedsVZ 2004, 273, 279.

207) Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), § 1063 Rdnr. 5.

208) OLG Saarbrücken, OLGR 2006, 220, 221.

の判例を維持した²⁰⁹⁾。弁済の抗弁の審査のためにのみ新たな仲裁廷を構成し、第二の仲裁手続を実施するとするならば、そしてとりわけ仮の権利保護が適時にいずれにせよ国家裁判所でのみ、すなわち ZPO1033条、同769条にもとづいて獲得されなくてはならないとするならば、実際のところ時間と費用の浪費ではなかろうか²¹⁰⁾。おそらくそれゆえにザールブリュッケン高等裁判所でさえもが、とにかく《それが費用のかかる証拠調べなしに、手元にある証拠方法、就中弁済証書 (liquider Urkunden) の提出によって容易に証明されうる場合》には執行許可手続における弁済の抗弁を許容するであろう²¹¹⁾。しかし、この管轄規則はそう容易に扱われてはならないのではなかろうか。

ここで主張されている見解よれば、当事者が仲裁廷の管轄を合意しない限り、高等裁判所が、ZPO1062条1項4号によるその法定管轄にもとづいて、執行許可手続における実体法上の抗弁を許容する義務を負う。特に弁済の抗弁については、私見によれば、あらゆる紛争を仲裁契約との関連においてカバーする慣例的な、広範に形式化された標準的仲裁条項から、BGB362条にもとづく請求異議事由について仲裁法上の管轄権は生じない。ZPO1056条1項1選号の命じるところにもとづいて、仲裁廷の手続は終局的な仲裁判断で終了するのだが、仲裁判断の執行宣言の付与から請求異議事由の処理に至るまでのさらなる進展が国家裁判所の管轄に属するという評価が読み取られる。当然のことながら、何か別な合意すること、特に新たな仲裁廷の管轄権を弁済の抗弁についての判断のために理由づけることは両当事者の自由である。しかしながら、仲裁人への報酬のための資金という形においても、第二の仲裁廷を新たに構成する結果としての時間の浪費という形においても、そのような契約の形成が高額な費用を要することに鑑みるならば、このような合意の推定がなされてはならない。これほどに回りくどくかつ費用のかかる準備を望む者は、それを明示的

209) 注2)とともに上記I参照; OLG Dresden, Beschl. v. 9.2.2005, 11 Sch 03/04; 旧法につき: BGH, NJW 1961, 1627; BGH, LM Nr. 4 zu § 1042 ZPO.

210) *Münch*, FS Ishikawa, 2001, S. 335, 351.

211) OLG Saarbrücken, OLGR 2006, 220, 222.

に述べ、請求異議事由の取り扱いについての明示的な規律を求めた仲裁条項を付加したいという。

5. 遮断

a) 仲裁判断の遮断効

執行許可手続において実体法上の抗弁が許容されるということは、仲裁廷の面前で実施されている紛争が、いまや国家裁判所の面前で新たに繰り広げられるという結果には決してならない。このことは ZPO767条2項によってたしかに妨げられており、同条は、既に仲裁手続において提出しえたであろう抗弁を有する申立ての相手方を遮断させる²¹²⁾。

b) 執行宣言の遮断効

もし執行宣言がそれ自体として請求異議事由に対する遮断効を示しているかどうかという問題が疑問の多いものであるならば、ZPO767条による請求異議訴訟ももはや執行許可手続における最終口頭弁論時において既に理由づけられていた抗弁で根拠づけられえないであろう。既に RG はそれに直面していたのであり、それは執行許可の遮断効を否認し、かくして ZPO767条1項による後訴における請求異議事由の主張を許容した²¹³⁾。しかしながら、RG の理由づけは決定的に決定手続と異議手続への当時の執行許可手続の区分に着目したものであり (ZPO 旧1042a 条, 同1042c 条), それゆえ今日の法には転用されえない。

それにもかかわらず、請求異議事由について執行許可手続の遮断効を拒絶することは、新仲裁法以来の法状況の下でも正しい²¹⁴⁾。執行許可手続において

212) 上記 X.1. 参照。

213) RGZ 148, 270, 274 ff; これについては, *Nelle* (Fn. 135), S. 575。

214) *MünchKommZPO-Münch* (Fn. 11), § 1060 Rdnr. 14, 15; *Münch*, FS Ishikawa, 2001, S. 335, 355 ff.; *Musielak-Voit* (Fn. 11), § 1060 Rdnr. 13; また, *Nelle* (Fn. 135), S. 586 ff. も参照。

実体法上の請求異議事由を許容することは、訴訟経済と債務者保護のためのプラグマティックな解決であり、反対に、これに対応して広く把握されたZPO1060条による手続の訴訟物を認めただけではない²¹⁵⁾。仲裁判断の執行宣言の付与は、ZPO1060条2項によって考慮すべき取消事由が存在しないがゆえに仲裁判断が完全に有効であるということのみを含意しているのであって、これに加えて仲裁判断の中で確認された請求権が実体法上の抗弁にとっての妨げにならないということまでをも含むものではない。かくして訴訟上の《提出責任》は存在せず、したがって、それはZPO767条2項についても作り出されてはならないであろう。

c) ZPO767条3項の異議事由の同時主張強制

戦略的な訴訟上の行態を予防するためには、むしろZPO767条3項に対応して異議事由の同時主張強制に注目することが適切である。すなわち、債務者が執行宣言付与の申立てに対して、仲裁判断の中で確認された請求権に対する実体法上の抗弁で防御をするならば——そしてその場合にのみ——、その者は《主張することができた》あらゆる異議事由を提出しなければならない²¹⁶⁾。請求異議事由が執行許可手続に対する防御として主張されているので、たしかにここではZPO767条3項に列挙されたZPO767条1項による訴え提起の時点に照準は合わされえない。しかしながら、この特殊性はZPO767条3項の背後にある評価を何一つその適切性から奪うことはない。すなわち、債務者がある種の《主張の小出し戦術 (Salamtaktik)》にしたがい、債務名義ないし仲裁判断の執行力を繰り返し新たな異議事由でもって問題にすることを阻止するはずである²¹⁷⁾。債務者がその異議事由を執行許可手続と後続する請求異議訴訟とに分配するならば、まさにこの危険が差し迫る。

215) 上記 VI.1 及び X.3 b 参照。

216) Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), § 1063 Rdnr. 12; Schwab/Walter (Fn. 14), Kap. 27 Rdnr. 14; 異説 Münch, FS Ishikawa, 2001, S. 335, 356; Nelle (Fn. 135), S. 587.

217) BGHZ 124. 164, 172 f.; Stein/Jonas-Münzberg (Fn. 18), § 767 Rdnr. 52.

ZPO767条3項の異議事由の同時主張強制は、むしろZPO1060条による執行許可手続への調整を必要とする。したがって、《訴えの提起》が問題なのではなくて、申立ての相手方が執行許可申立てに答弁をする時点で、したがってある意味においては《訴えに対する答弁》に、照準が合わせられなければならない。しかしながら、ZPO767条3項の文言に反して真正の請求異議訴訟の場合には、なお控訴審における口頭弁論終結までの異議事由の繰り返しも許容されている²¹⁸⁾。ZPO1060条の枠内において異なって判断するというインセンティブは存在せず、したがってここでも執行許可申立てについての最終口頭弁論が問題とならなければならない。

XI. 外国仲裁判断の執行宣言

1. 外国仲裁判断の場合の執行許可手続の訴訟物

外国仲裁判断の場合の執行許可手続の訴訟物は、内国での執行力の付与を求める債権者の請求である²¹⁹⁾。執行宣言の付与は、外国法による執行力の承認ではなく、内国法による独自の執行力の付与を意味している²²⁰⁾。執行力は内国の訴訟上の形成判決によって付与され、それは強制執行の基礎である²²¹⁾。このような理由から、外国判決および仲裁判断は、ZPO794条1項のその他の執行名義の中に列挙されていない。

2. 仲裁地における取消手続との咬み合わせ

a) 取消事由と拒否事由の競合

上で詳細に叙述したように、内国仲裁判断の場合には取消手続と執行許可手

218) Thomas/Putzo-Putzo (Fn. 10), §767 Rdnr. 23; K. Schmidt, in MünchKommZPO, 2. Aufl. 2000, § 767 Rdnr. 85; Stein/Jonas-Münzberg (Fn. 18), § 767 Rdnr. 52.

219) BGHZ 118, 312, 315 f.; Stein/Jonas-Münzberg (Fn. 18), § 722 Rdnr. 3; Geimer, IZPR, 5. Aufl. 2005, Rdnr. 3105.

220) Geimer (Fn. 219), Rdnr. 3100.

221) Geimer (Fn. 219), Rdnr. 3100.

続が相互に密接に咬み合っている²²²⁾。外国仲裁判断の場合には、原則においてそのような関係になる。けだし、ニューヨーク条約5条と結びついたZPO1061条1項によれば、ニューヨーク条約5条において列挙された承認拒否事由が存在する場合には仲裁判断の承認および執行は拒否されなくてはならないからである。ニューヨーク条約5条1項e)文という外国仲裁判断についてのみ意味を持つ構成要件を除いて、内国仲裁判断の場合にもZPO1059条2項により仲裁判断の取消しを正当化し、ZPO1060条2項1文について執行宣言付与の申立てに異議を申し立てうる事由が問題となりうる。競合は偶然ではない。けだし、ZPOの起草者は模範法に、かくして全く意識的にニューヨーク条約にも沿っているわけだが²²³⁾、このニューヨーク条約は、再び取消手続および執行許可手続の領域において模範法の起草者にとっての決定的な参照法典だったからである²²⁴⁾。

b) 取消手続と執行許可手続の咬み合わせ

外国仲裁判断の承認および執行を求める申立てと直面したドイツの裁判所がニューヨーク条約5条による拒否事由が存在するという結論に達した場合には、申立ては拒否されなくてはならない。しかしながら、瑕疵ある内国仲裁判断がZPO1060条により執行宣言の拒否の下で取り消されなければならないのに対して、裁判所は外国仲裁判断を取り消してはならず、単に執行宣言の拒否を言い渡すのみである(ZPO1061条2項)。仲裁判断の取消しについては仲裁地の裁判所が専属管轄を有する²²⁵⁾。

仲裁判断の執行宣言付与後の取消申立てはもはや許されないとするZPO1059条3項4文の規律は、外国仲裁判断の場合には、必然的に対応物を

222) 上記V参照。

223) Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts (Fn. 83), S. 196, 206 f.; BT-Drucks. 13/5274, S. 58, 60 f.

224) Holtzmann/Neuhaus (Fn. 24), S. 911, 1055 f.

225) Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), Anhang § 1061 Rdnr. 131a; Solomon (Fn. 28), S. 513 ff.

もたない。けだし、これに相当する規範を予定することは各外国仲裁手続法の任務だからである。反対に、ドイツの仲裁判断に対する取消訴訟が外国におけるその執行宣言の付与によって排除されないということは、疑いを抱く余地がない。

外国である仲裁地における仲裁判断の取消し後の内国における執行申立てという逆の状況をニューヨーク条約5条1項e)文が規律している。それによれば、〔仲裁〕判断がその仲裁地において取り消された場合には、仲裁判断の承認および執行は拒否され²²⁶⁾。

c) 仲裁地における取消事由の遮断はドイツにおける執行許可手続について
何らかの効力をもつか？

a a) 問題

内国及び外国仲裁判断の場合の取消事由ないし執行許可拒否事由の競合が広範囲に認められるのに対して、取消手続と執行許可手続の手続に合致した関連性の領域においては、その点は問題になりえない。実務上もっとも重要な不一致は、仲裁地において提起された取消手続が功を奏さず、又はそもそも全く提起されなかった場合の取消事由の遮断という問題に関わっている。加えて仲裁廷の面前で敗訴した当事者が、その者に外国仲裁法規によって与えられた権利保護の可能性を仲裁手続中に利用することを懈怠した場合にも、遮断の問題が出てくる。

内国仲裁判断について妥当する ZPO1060条2項2文、3文の規律によれば、取消事由の棄却の確定はこれを執行許可手続についても遮断し、したがって、ZPO1059条2項1号の取消事由について仲裁債務者が ZPO1059条の期間を徒過させてしまった場合にも同様のことが妥当する。ZPO1027条の事例および ZPO1040条3項2文による中間手続の懈怠に ZPO1059条2項1号a)文の取消事由の遮断を結びつけている BGH の判例については、既に指摘しておい

226) 詳細については、Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), Anhang § 1061 Rdnr. 130.

た²²⁷⁾。

取消手続と執行許可手続の部分的な重なり合い (ZPO1060条2項2文, 3文), 異議を述べない応訴を理由とした取消事由の遮断 (ZPO1027条参照) および事前取扱いのなされるコントロール手続を利用しなかったことによる取消事由の喪失 (ZPO1040条3項2文参照) についての相当する諸規定は, 外国仲裁判断を考慮して置かれているわけではない²²⁸⁾。仲裁地における法的救済の懈怠又は却下が, 内国の執行許可手続において推定上の (vermeintlich) 瑕疵を新たに援用することと明らかに対立するというわけではない。たしかにこの法状態は模範法の起草者の観念に合致しているのだが²²⁹⁾, 1998年まで妥当していたドイツ仲裁手続法の下での法状況には合致していない。

b b) 旧仲裁手続法による法状況

旧法によれば, ZPO1044条2項1号の取消事由——仲裁手続について妥当する仲裁判断の法的無効——は, 仲裁判断が, 適用されるべき仲裁手続法の規範に違反し, かつそれぞれの手続的瑕疵が, 適用されるべき仲裁地の訴訟法によってなお主張されえた場合にのみ認められた²³⁰⁾。かくして事柄の性質上, 手続的瑕疵を仲裁手続において責問するだけでなく, さらに仲裁判断の出された国 [仲裁地] において提起されうる法的救済をその国家裁判所に対して提起するという手続法上の負担が存在した。BGHが旧法に対するそのおそらく最後の関係判例の中で明らかにしたように, この手続的瑕疵の責問および《局地的な救済》の提起に対する負担は, 外国でドイツ仲裁手続法および民事

227) 上記 V.3参照。

228) もっとも, 1060条2項2文が外国の裁判も含むかどうかについては, *Solomon* (Fn. 28), S. 529 ff. 参照。ZPO1060条は内国仲裁判断についてのみ妥当するので問題とはならない。しかし, その場合に外国における取消訴訟は存在しえない。

229) 上記 IV.2参照。

230) BGHZ 52, 184, 189 f.; 55 162, 168 ff.; 57, 153, 156 f.; BGH, NJW-RR 2001, 1059, 1060 = LM Nr. 7 Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche mit Anm. *Wagner*; Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 47), § 1044 Rdnr. 14; *Solomon* (Fn. 28), S. 679 ff.

訴訟法においても承認されている《本質において等しい諸原則にしたがって》判断されなくてはならないであろう、という留保の下にある²³¹⁾。

責問と法的救済の懈怠にもかかわらず、ZPO1044条2項2号による公序のコントロールは維持されたままであるが²³²⁾、それは少なくとも手続的瑕疵に場合には《極度な例外事例》に限定されていた²³³⁾。既にこの点について明確になっているように、取消事由ないし執行許可障碍事由の遮断はZPO旧1044条2項1号にのみ関連し、したがってZPO旧1044条2項2号-4号の障碍事由については妥当しない²³⁴⁾。それでもBGHは前述された判断において、——言われるところによる——仲裁人の予断は、公序の援用が許容される前に、まずはじめに仲裁廷の面前で責問され、仲裁地の法的救済を利用し尽くさなければならぬ、と言い渡した²³⁵⁾。したがって、この特別の事例において、仲裁地の手続法が、ZPO旧1044条2項2号に対して優先権を要求した。

c c) 新法に対する学説状況

シュロッサーによれば、ZPO旧1044条2項1号についてのBGHの判例は時代遅れである。彼によれば、《内国における承認は外国における取消手続とは異なる訴訟物を持つので、》仲裁地において上訴を利用しなかったことは執行国における執行許可へのいかなる種類の影響をも有しえない。仲裁地において取消訴訟が棄却され確定した場合に、同様のことが妥当する²³⁶⁾。バイエルン

231) BGH, NJW-RR 2001, 1059, 1060.

232) BGHZ 52, 184, 190; BGH IPRRspr. 1990, Nr. 236b, S. 512; BGH, NJW-RR 2001, 1059, 1060 = LM Nr. 7 Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche mit Anm. *Wagner*.

233) BGHZ 52, 184, 190; 55, 162, 170 f.; 57, 153, 158.

234) BGH IPRRspr. 1990, Nr. 236 b, S. 512; また, BGHZ 55, 162, 174 ff.; OLG München, NJW-RR 2001, 431, 432; Stein/Jonas-Schlosser, 20. Aufl. 1994, § 1044 Rdnr. 10b, 14 も参照。

235) BGH, NJW-RR 2001, 1059, 1060.

236) Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), Anhang § 1061 Rdnr. 75; 同旨 OLG Schleswig, RIW 2000, 706, 708; *Harbst* (Fn. 39), S. 184.

高等裁判所はこの見解にしたがった²³⁷⁾。仮に取消の訴えの棄却が仲裁地において不利益にならず、重要ではないとしても、仲裁判断の執行許可はそれにもかかわらず拒否されうる²³⁸⁾。後者は、新仲裁法がZPO旧1044条2項1号を廃止し、立法者がZPO1061条において外国仲裁判断の承認および執行の自律的規律を作り出すことを放棄したニューヨーク条約7条の有利原則(Günstigkeitsprinzip)が、連結点をもはや見出されないということによって理由づけられる²³⁹⁾。もっとも、最近より多くの高等裁判所がしたがっている反対説によれば、ZPO旧1044条2項1号についてのBGHの判例は、事柄の性質上、新法の下で維持されなければならない。ニューヨーク条約5条と結びついたZPO1061条の妥当する下でも、仲裁地において取消訴訟又はこれに相当する法的救済によって主張されえ、かつされるべきであったような取消事由を援用することは、排除されるべきである²⁴⁰⁾。取消事由ないし承認拒否事由の期間内での主張を仲裁地においてしなかった者は、執行許可手続において〔当該取消事由の主張を〕遮断される²⁴¹⁾。時折り明示的にZPO1060条2項3文の失権規範でさえ準用されると説明されることがある²⁴²⁾。例えば、IPRG186条3項、同190条3項2b文のごとき、ドイツのZPO1040条3項2文の態様による事前取扱いのなされる権利保護の可能性を利用しなかったという事例においても同様のことが妥当する²⁴³⁾。最後に、遮断は当然の帰結として、取消訴訟又は仲裁地におけるこれに匹敵する法的救済が棄却された場合をもカバーしている²⁴⁴⁾。両方の事例において、ニューヨーク条約5条2項b文による手続

237) BayObLG, NJW-RR 2001, 431, 432.

238) Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), Anhang § 1061 Rdnr. 75.

239) Harbst (Fn. 39), S. 184.

240) OLG Karlsruhe, SchiedsVZ 2006, 281, 282 f.; SchiedsVZ 2006, 335, 336; OLG Stuttgart, Beschl. v. 14.10.2003, 1 Sch 16/02 und 1 Sch 6/03, unter B 2 II 1 a; MünchKommZPO-Münch (Fn. 11), § 1061, Rdnr. 7; Musielak-Voit (Fn. 11), § 1061 Rdnr. 20; Solomon (Fn. 28), S. 682 ff.

241) 前注参照。

242) Thomas/Putzo-Reichold (Fn. 10), § 1061 Rdnr. 6.

243) 上記 I 事例 4 参照。OLG Hamm, SchiedsVZ 2006, 106 に依拠している。

244) W. Gruber, SchiedsVZ 2006, 283, 286; Musielak-Voit (Fn. 11), § 1061 Rdnr. 20;

的公序を回避することは申立ての相手方に許されてはいない²⁴⁵⁾。この公序によるコントロールはその他の点では当然のことながら手つかずのままである²⁴⁶⁾。

d d) 私見

(1) 訴訟上の効率性

最後に言及された、ZPO 旧1044条 2項 1号について構築された原則が新法の下でも維持されなければならないという見解には、訴訟上の効率性という観点プラスの材料を提供する。一方の当事者が処罰されずに彼に対して適用される仲裁手続法によれば提起できる法的救済を、手続の終結後、外国における仲裁判断の承認および執行に対して防御するために提起させられなかった場合には、時間と金の消滅と同然である。仲裁地における取消手続及び仲裁当事者に手続の経過中中間の判決に対して提起できる法的救済が優先することが浮き彫りにされることによって、仲裁地における権利保護を利用するインセンティブが作り出される。このようにして仲裁合意の有効性の瑕疵が早期に発見され、手続的な瑕疵が適時に修正され、治癒不能な欠陥のある仲裁手続が早期に終結されるということが保障される。そこに認められる権利保護の事前取扱いは、両当事者にとって十分に納得のゆく利益に存しているが、その両当事者というのは、仲裁判断にもとづいて最終的に執行がなされえない場合には、その仲裁手続が完全な範囲で費用負担されなければならない、この費用も費やされた時間の喪失も填補されることはなくなってしまう。

そのような熟慮にもとづく理由から、立法者は内国仲裁判断との関連で取消事由の剥奪が確定した場合の拘束力を規定し（ZPO1060条 2項 2文^{訳注2)}、取

旧法については、BGH, WM 2001, 787, 789 = BGH, Urt. 1.2.2001, III ZR 332/99, NJW-RR 2001, 1059, 1060.

245) OLG Stuttgart, Beschl. v. 14.10.2003, 1 Sch 16/02 und 1 Sch 6/03, unter B II 4.

246) OLG Stuttgart, Beschl. v. 14.10.2003, 1 Sch 16/02 und 1 Sch 6/03, unter B II 5.

訳注2) 原著では、ZPO1060条 1項 2文となっているが、そのような規定は存在しない。ZPO1060条 2項 2文の誤りと思われる。

消申立ての期間徒過に少なくとも ZPO1059条 2 項 1 号の取消事由についての遮断効を付与し (ZPO1060条 2 項 3 文)²⁴⁷⁾, 仲裁廷の手続的瑕疵の場合の責問の負担を作り出し (ZPO1027条), かつ仲裁合意の有効性と妥当範囲の明確化のための中間裁判手続を導入し (ZPO1040条 3 項 2 文), それに BGH は取消手続と執行許可手続についての遮断効を認めた²⁴⁸⁾。

これらの規律の基礎にある潜在的な取消事由および執行拒否事由を可能な限り早くかつ一回限りで解決するという原則は, 外国仲裁判断の承認および執行が問題になっている場合に, その説得力を失わない。たしかにこのようなやり方で取消手続の利用について一定の強制が作り出されているが, 仲裁地における敗訴当事者が後の執行許可手続のための取消事由の可能性を残しておくためにのみ取消手続を提起する場合には, はるかに度を超えているということが認められなくてはならない²⁴⁹⁾。しかしながら, この種の個別事例における効果は, 膨大な諸事例における具体的な訴訟経済上の利点によってはっきりと浮き彫りにされる。すなわち, 仲裁地での一回限りでの法的争訟であらゆる取消事由を処理してしまうことは, 常にあちこちにたくさんある執行国でのその取消事由ないし承認拒否事由についての並行手続を不必要ないし不可能にする²⁵⁰⁾。

(2) 内国仲裁判断の場合の法状況との競合

判決国において懈怠された法的救済の遮断効についてのかつての判例を維持する場合にのみ, 内国の仲裁判断の執行について妥当する ZPO1060条 2 項 2 文, 3 文の規律と外国仲裁判断の承認および執行について妥当する規律との間の競合が明らかになるということが, さらに重要である²⁵¹⁾。そのような調和

247) 上記 V. 2。

248) 上記 V. 3。

249) *W. Gruber*, *SchiedsVZ* 2006, 283, 285.

250) *W. Gruber*, *SchiedsVZ* 2006, 283, 285.

251) OLG Karlsruhe, *SchiedsVZ* 2006, 335, 336; *W. Gruber*, *SchiedsVZ* 2006, 283, 285; *Musiak-Voit* (Fn. 11), § 1061 Rdnr. 20.

は、自律的なドイツの承認法の任務によっても、ニューヨーク条約には反しない。けだし、ニューヨーク条約7条が条約の承認に親和的な態度にとっての基礎になるからである²⁵²⁾。ニューヨーク条約5条を超えて外国仲裁判断の承認を制限するであろう国の実務のみが、条約に抵触する。

内国仲裁判断の場合と同様に、仲裁地において懈怠された法的救済の遮断効は、ニューヨーク条約5条1項——ZPO1059条2項1号に対応——の承認拒否事由に限定されたままである²⁵³⁾。仲裁判断の中で処理された訴訟物が、ドイツの視点から仲裁適格を欠き又は仲裁判断の内容がドイツの公序に違反するのであれば、これに関する法的救済が仲裁地において提起されない場合にも、執行宣言の付与は拒否されなくてはならない。同様のことが、遮断によってはカバーされないものの、同じくBGB826条にもとづく請求についても妥当する。

(3) 《局地的な救済 (Local remedies)》の優先という限界

前述のようにBGHは、外国の権利保護水準が内国のそれと本質的に等しいとの条件つきで、仲裁地における法的救済を優先させている²⁵⁴⁾。この限定は実際のところ不可欠のものである。けだし、仲裁地自体での瑕疵のコントロールの集中が要求されうるところの効率性の利点にもかかわらず、権利保護の低下という形でのリスクが看過されてはならないからである。外国仲裁判断で敗訴し、今度は少なくとも内国の財産への執行を阻止しようとするドイツの当事者はいつもこのリスクにぶつかることとなる。したがって、例えばカールスルーエ高等裁判所が、事例5においてウクライナの商工会議所での国際商事仲裁に敗訴したドイツ企業を仲裁判断に対する権利保護を求める請願にもとづいてウクライナの裁判所へ行かせることを教示することが実際のところよかったかどうか

252) OLG Karlsruhe, SchiedsVZ 2006, 335, 336.

253) 旧法につき、前注234)の論証を参照。

254) 前注231) 参照。

は疑わしい²⁵⁵⁾。ソヴィエト連邦の後継諸国家において行われている著しい努力を認めなくてはならないにもかかわらず、その司法によって提供されている権利保護のレベルはドイツのそれと(なお)等しいとは言えないのではなからうか。それゆえにカールスルーエ高等裁判所は、ニューヨーク条約5条1項b)文、同条2項b)文で理由づけられた仲裁判断に対する異議事由を審査しなければならなかったのではないか。

一般的に、仲裁地の法的救済にとっての優先権は、内国当事者にとって負担となるそのほかのさし迫った権利保護の切り詰めを避けるために、慎重に適用されなくてはならない。外国の手続の法治国家的なレベルだけでなく、その経過とそれと結びついた不利益にも目が向けられなくてはならない。その際に、敗訴当事者は、事前に(ex ante)かつ短い取消期間に鑑みてしばしば相当な時間的切迫の下で、仲裁地での法的救済の提起について決断しなくてはならないということが考慮されなくてはならない。仲裁地において提供されている法的救済が同質であることに対する疑念が正当であることを理由に、局地的な救済を提起することに反対する決断が是認されうる場合には、この異議は、内国の執行許可手続において許容されなくてはならない。

このいま説明したばかりの内国当事者にとっての安全弁にもかかわらず、仲裁地において提起することができた法的救済を使うという責務が仲裁地の選択を著しく引き上げるという認識に道は決して沿ってはいない²⁵⁶⁾。仲裁地での取消しの負担を承認する場合には、当事者は仲裁地で、適用されるべき仲裁手続法規だけではなく、さらにその上、その裁判所が仲裁手続に付随し、仲裁判断の瑕疵のコントロールの管轄権を有するところの各国家の司法システムをも選択している。したがって選択は、適用されるべき仲裁手続法(ZPO1025条1項)を考慮してなされるだけではなく、付属する国家裁判権の質をも考慮する必要がある。

255) 上記Iを注5)とともに参照。

256) W. Gruber, SchiedsVZ 2006, 283, 285.

3. 終局的な保護としての BGB826条

内国仲裁判断についてなされた考察の結論として、ZPO1059条3項によって惹起された仲裁判断の存続効の保護は、重大な瑕疵のある場合には、BGB826条によって填補・修正されなくてはならないということが、維持されなければならない²⁵⁷⁾。さらに、——一定の法治国家的最低要求が確保されている場合の——取消手続の優先が、外国仲裁判断の場合にも考慮されなくてはならないということが、前に論じられた²⁵⁸⁾。このような前提の下で、次に、取消手続において修正できない重大な瑕疵をともなった外国仲裁判断の場合も BGB826条という非常の救済措置が敗訴当事者の保護のために介入するかどうか問題提起されなくてはならない。

a) ニューヨーク条約5条により BGB826条が排除されないこと

ニューヨーク条約5条によれば、仲裁判断の承認および執行は、仲裁判断がその者に対して主張されている側の当事者の申立てにより、ニューヨーク条約5条1項a)文からe)文又はニューヨーク条約5条2項a)文、b)文の承認拒否事由および執行拒否事由の一つが確認された《場合に限り、拒否することができる》。BGB826条の規定はそこに当然のことながら掲げられてはおらず、その結果、不当な仲裁廷の判断の悪意による詐取又はそのようなものの悪意による利用という構成要件もまた、ニューヨーク条約5条のカタログの中に明示的に述べられてはいない。

ニューヨーク条約5条の中に含まれている承認拒否事由および執行拒否事由のカタログは、《場合に限り、拒否することができる》という定式から分かるように、限定的である。こうした背景に直面して、学説上、外国仲裁判断の場合には BGB826条の法的救済は考慮されないという見解が主張されている²⁵⁹⁾。

257) 上記 VIII。

258) 上記 XI 2.c) dd)。

259) *Kröll*, NJW 2001, 1173, 1184; *ders.*, WuB VII A. § 1059 ZPO 1.101, S. 352, 354; *ders.*, *SchiedsVZ* 2005, 139, 149.

[それは、次のように言う。] 内国仲裁判断の場合とは異なり、故意にもとづく良俗違反の侵害の抗弁を明文化されていない拒否事由として承認することはできない。むしろ、それを実現することが良俗違反の侵害に匹敵する場合にも、外国仲裁判断に執行宣言が付与されなくてはならない、と²⁶⁰⁾。

こうした外国仲裁判断に対する BGB826条の主張を許容しない見解は、BGH が、悪意で詐取した仲裁判断の執行による故意にもとづく良俗違反の侵害を公序違反と性質決定したということを顧慮していない²⁶¹⁾。しかしながら、公序に違反するとの抗弁はニューヨーク条約5条2項b)文によれば、外国仲裁判断の承認および執行を求める手続において何らの疑いもなく許容されている。内国の公序と国際公序とを対抗させることは、この箇所でももはや議論を前進させるものではない²⁶²⁾。けだし、悪意かつ詐欺的な行態によって詐取された判断からの保護は国際的な基準に対応しているからである²⁶³⁾。それに加えて、シュロッサーは、BGB826条を利用することで、外国刑法に対する違反でさえもが制裁を科されるということを正当にも指摘していた²⁶⁴⁾。

さらに BGB826条の機能は、内国仲裁判断の場合には、仲裁判断が相手方によって詐取された場合に ZPO1059条3項、同1060条2項3文の遮断効を克服するという点にのみあるということが顧慮されなくてはならない。しかしながら、外国仲裁判断については ZPO1059条3項、同1060条2項3文はいずれにしても妥当せず、その結果、公序の枠内で BGB826条を主張することがただちに認められる。

260) *Kröll*, WuB VII A. § 1059 ZPO 1.101, S. 352, 354; *ders.*, *SchiedsVZ* 2005, 139, 149.

261) 注109)とともに、上記 VIII. 2 参照。

262) もっとも、*Kröll*, WuB VII A. § 1059 ZPO 1.101, S. 352, 354 は、そのように述べている。

263) *Weigand-Haas* (Fn. 32), Part 3, Rdnr. 109 参照。

264) *Stein/Jonas-Schlosser* (Fn. 1), Anh. § 1061 Rdnr. 150.

b) 抵触法的な適用可能性

内国での外国仲裁判断の執行が BGB826条を利用して阻止されるのは、この規範が抵触法上そもそも適用されうる場合に限られる。ドイツ国際私法によれば、不法行為には原則として行為地法が妥当するが（EGBGB40条1項1文）、しかし被害者は EGBGB40条1項2文によって結果発生地法の方を選択することができる²⁶⁵⁾。仮に判決の詐取ないし仲裁判断の詐取という不法行為の行為地を外国の裁判地〔仲裁地〕に限定しようと望んでも、少なくとも結果発生地はドイツにある。けだし、ここで強制執行が実施され又はされるべきだからである²⁶⁶⁾。このことは内国の執行債務者が、執行許可手続又は独立した防御の訴え（Abwehrklage）においてドイツ法を援用するということによって可能である²⁶⁷⁾。

しかしながら、不正な手段による請求権の実現を複数行為からなる不法行為（mehraktiges Delikt）と性質決定し、かくて既に行為地をドイツに——も——位置づけることがより明確になる。結局、執行債権者は強制執行を実施するために、つまりは不正な手段でもって勝ち取られ又は不当と判断された仲裁判断の承認および執行宣言を獲得したことによって、権利行使のための最後の一步を内国にした。かくて実際のところ以下の命題が妥当する。すなわち、《不法行為法規は、ドイツにおいて司法の主張がなされた場合には、常にドイツのそれなのである》²⁶⁸⁾。

4. 実体法上の抗弁の許容性

a) 外国判決の執行許可の場合の法状況

外国判決について適用されうる ZPO328条、同722条以下というドイツ国際

265) 詳細は、AnwK-BGB-Wagner, 2005, Art. 40 EGBGB Rdnr. 16 ff.

266) Jennissen, InVO 2006, 263, 271; Schütze, JR 1979, 184, 186.

267) ——黙示の法選択については——AnwK-BGB-Wagner (Fn. 265), Art. 42 Rdnr. 8のさらなる論証を参照。

268) Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), Anh. § 1061 Rdnr. 150.

民事訴訟法によれば、執行許可手続における相殺というやり方で実体法上の抗弁を主張することは許容される²⁶⁹⁾。二国間条約についての多数の施行法²⁷⁰⁾およびそれ以外には AVAG12条の中でもそのように明示されている。AVAG12条によれば、実体法上の抗弁は執行許可決定に対する抗告で主張されなくてはならず、その結果、これらは AVAG11条1項2文により高等裁判所に提出される²⁷¹⁾。こうした法状態は、たしかに EuGVVO43条1項、同45条に対して違反していることを理由に EC 法違反と広く性質決定されているのだが²⁷²⁾、BGH は最近の判断の中でこれにしたがってはならず、EuGVVO43条による法的救済の中で実体法上の抗弁を提出することを、少なくともそれが争いがないと確定された場合に限り、許されるものと判断している²⁷³⁾。

ヨーロッパ域内市場の領域では、請求異議訴訟に関するドイツの裁判所の国際裁判管轄権は、EuGVVO 22条5号から生じる²⁷⁴⁾。たしかにこの権限の名義 (Kompetenztitel) は、争いのある反対債権で、その独立した主張に関してドイツの裁判所が EuGVVO 2条以下によって国際裁判管轄を持たないであろうものの審理権限を内国裁判所に付与するためには十分ではない²⁷⁵⁾。したがって、そのような債権は執行許可手続における異議事由としても適当ではない。

b) 仲裁判断

いま外国仲裁判断の執行宣言の付与に目を向けた場合に、上で内国仲裁判断

269) RGZ 13, 347, 349; 114, 171, 173; RG, Gruchot 48, 829, 831 ff.; RG, JW 1904, 41; BGHZ 59, 116, 124; 84, 17, 22; BGH, NJW 1990, 1419; 1993, 1270, 1271.

270) BGH, NJW 1990, 1419; 1993, 1270, 1271 参照。

271) *Münch*, FS Ishikawa, 2001, S. 335, 346 参照。

272) OLG Koblenz, OLGR 2005, 276, 277; OLG Schleswig, OLGR 2006, 690, 690 f.; Thomas/Putzo-*HüBtege* (Fn. 10), Art. 45 EuGVVO Rdnr. 3; Heiderhoff, IPRax 2004, 99, 101; Hub, NJW 2001, 3145, 3147; Nelle (Fn. 135), S. 398 ff., 434 f., 450 f.

273) BGH, Beschl. v. 14.3. 2007, XII ZB 174/04, Rdnr. 22 ff.

274) EuGH, Urt. v. 4.7.1985, Rs. 220/84 (*AS-Autoteile Service GmbH ./ Malhé*), Slg. 1985, 2267, 2277 Nr. 12.

275) EuGH, Urt. v. 4.7.1985, Rs. 220/84 (*AS-Autoteile Service GmbH ./ Malhé*), Slg. 1985, 2267, 2278 Nr. 17.

の執行許可手続において実体法上の抗弁を顧慮することのために主張された根拠²⁷⁶⁾を本質的に改めるものは、何一つない。正当にも BGH は、1998年まで妥当していた法の下で、外国仲裁判断についての執行許可手続で実体法上の抗弁を主張することを許容した²⁷⁷⁾。

内国の執行許可裁判所はいずれにせよ執行宣言の付与を拒否するだけであり、決して外国仲裁判断を取り消すことはできないので、実体法上の抗弁を許容することの理由づけは、ここでは ZPO1060条のコンテキストにおけるよりもっと容易である。仲裁判断の取消手続についてのみ管轄権を有する仲裁地の裁判所とそのつど強制執行の適法性について自らの裁判権の領域において判断する執行国のそれ²⁷⁸⁾との間の国際的な役割分担は、実体法上の請求異議事由の主張が相対的に問題のないものとの外観を与えている。

たしかにニューヨーク条約5条は、承認と執行宣言の拒否を、そこで列挙された事由が存在する場合に《限り》許容している。このことはニューヨーク条約5条の事由はたしかに存在しないが、申立ての相手方が弁済又は相殺のごとき実体法上の抗弁をうまく援用した場合にも執行宣言を付与せずにおくことを排除しうるであろう。しかしながら、ニューヨーク条約3条1文は承認および執行宣言のための手続規定を考慮して法廷地法の参照を指示しており、その結果ニューヨーク条約3条2文は、外国仲裁判断の承認および執行が内国仲裁判断の執行許可よりもより強い要件には関わらしめられないということに配慮している²⁷⁹⁾。まさにこのことが、両方の仲裁判断の類型が執行許可手続における実体法上の抗弁の主張を許容するであろう統一的な規律に服する場合には、当てはまらないのである²⁸⁰⁾。

276) 上記 X.3. 参照。

277) BGHZ 34, 274, 277; BGH, NJW 1965, 1138; NJW-RR 1997, 1289; OLG Hamburg, RIW 1975, 645.

278) *Solomon* (Fn. 28), S. 356 ff.; 600 ff.; *Nelle* (Fn. 135), S. 567.

279) *Stein/Jonas-Schlosser* (Fn. 1), Anh. § 1061 Rdnr. 64.

280) *Nelle* (Fn. 135), S. 568.

c) 遮断

実体法上の抗弁 (Gegeneinwände) の遮断については、上で内国の仲裁判断に着目して浮き彫りにされた諸原則が妥当する²⁸¹⁾。

外国仲裁判断の遮断規定については争いがある。学説では仲裁地の法に結びつけ、仲裁判断の既判力をそこで示された限界に合わせるものが支持されているのに対して²⁸²⁾、判例は ZPO767条2項を適用し、したがって執行国の法廷地法を手がかりにして判断している²⁸³⁾。それによれば、仲裁手続において既に主張されえたであろう全ての異議事由が遮断される。こうした解決にとって、ZPO795条、同794条4 a号が ZPO797条2項による遮断規範を内国仲裁判断と外国仲裁判断とを区別することなく、一般的に適用可能と宣言していることが、プラスの材料を提供する²⁸⁴⁾。外国判決の執行宣言に目を向けると、AVAG12条1項の中に明示的に、実体法上の抗弁は《援用されている事由が判決言渡し後にはじめて成立した限りにおいて》主張されうると述べられている。外国仲裁判断について何一つ異なることが妥当するはずはない。執行国の遮断の規律と仲裁地のそれとの間の相異が相互に異なる結果に至る若干の問題のある諸事例は、効力拡張論への一般的な指向によって解決されるのではなく、それぞれの具体的な実状に対する ZPO767条2項の適応性によって解決されなくてはならない²⁸⁵⁾。

それによれば、ZPO767条2項の基準は、仲裁地の法秩序がドイツ法よりもより広く及ぶ遮断の規律を含んでおり、したがって仲裁地の法による異議事由が許容されないような場合にも妥当する²⁸⁶⁾。内国の裁判所に仲裁判断の執行

281) 上記 X.5. 参照。

282) *Nelle* (Fn. 135), S. 540 ff.

283) RG, Gruchot 61 (1917), 496, 499; RGZ 114, 171, 173; BGHZ 34, 274, 278: 38, 259, 264; 59, 116, 124; 84, 17, 22; OLG Köln, SchiedsVZ 2005, 163, 165; OLG Koblenz, SchiedsVZ 2005, 260, 262; Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), § 1063 Rdnr. 6.

284) BGH NJW 1968, 1138.

285) おそらく賛成するのは, Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), § 1063 Rdnr. 6.

286) BGHZ 38, 259, 264.

宣言を付与するように求める債権者は、債務者がドイツ民事訴訟法によって認められた手段でもって防御するということを計算し、甘受しなければならない²⁸⁷⁾。しかしながら、仲裁地の外国法秩序がより緩やかな態度をとるのであれば、したがってドイツ法よりも広い範囲において異議事由を許容するのであれば、ZPO767条の厳格な適用は、外国仲裁手続での提出責任への移向へと変わる²⁸⁸⁾。仲裁債務者にとっては、仲裁手続の中で適用されうる仲裁手続法規によれば主張されてはならない異議事由を主張するという負担が遡及して生じる。こうした帰結を回避するために、ZPO767条2項が合わせられなくてはならない。当該仲裁手続における主張が許容されず又は不可能であったような異議事由が遮断効から除外されなくてはならない²⁸⁹⁾。これに対して、仲裁手続における異議事由の主張が可能であるが、しかし時機に適っていなかったならば、債務者にZPO767条2項を適用することによって不法は生じないと思われる。けだし、ドイツの法廷地法によって遮断される仲裁地の異議事由を主張することは、債務者に委ねられているからである。債務者にとって仲裁地における仲裁判断の取消しが奏功したならば、債務者はZPO1061条3項によって執行宣言の取消しを内国において要求することができる。

内国仲裁判断の場合と全く同様に、執行許可手続それ自体に請求異議事由に対する遮断効が帰属し、その結果、後の請求異議訴訟の枠内でそれを主張することはもはや不可能になってしまうであろうかどうかという問題が提起される²⁹⁰⁾。しかしながら、実体法上の請求異議事由の許容は、執行許可手続の訴訟物によって強制されるのではなく、プラグマティックかつ訴訟経済的な考慮に基づいたものである²⁹¹⁾。さらに外国仲裁判断の場合には、債務者保護の観点が大きな

287) BGHZ 38, 259, 264.

288) *Nelle* (Fn. 135), S. 548 f.

289) BGHZ 38, 259, 265; BGH, NJW 1968, 1138, 1139; OLG Koblenz, *SchiedsVZ* 2005, 260, 262; *Nelle* (Fn. 135), S. 543.

290) 上記 X. 3., 5参照。

291) 上記 X. 1参照。

重きを有する。かくて外国仲裁判断の執行は、内国のそれのごとく、仲裁請求の中で確認された請求権に実体法上の抗弁が対立するかそうでないかについて述べてはいないので、執行許可手続にはいかなる種類の ZPO767条2項による遮断効も帰属しない²⁹²⁾。

ZPO767条3項の異議事由の同時主張強制は、外国仲裁判断に対する請求異議事由の主張の場合にも、内国仲裁判断の場合²⁹³⁾および ZPO722条、同723条による外国判決の執行宣言の場合²⁹⁴⁾と異なることなく、顧慮されなくてはならない。執行宣言に対して実体法上の抗弁を主張することによって防御することを決断する債務者は、(その)主張しうる状況にあるあらゆる請求異議事由を提出させられる。ZPO767条3項の準用によって、債務者が抗弁を相互に提起された一連の請求異議訴訟に分配し、それによって強制執行を実施している債権者に対して妨害を繰り返すということが阻止される。

XII. 出発点とされた事例の解決

最後に、冒頭で叙述された諸事例に対する立場が明らかにされなくてはならない。すなわち――

事例1においては内容上執行力を有しない仲裁判断も ZPO1060条によって執行宣言を付与されるかどうかの問題であった。BGH はそれを肯定したが、ここで主張されている見解によれば、それは否定されなくてはならない²⁹⁵⁾。

事例2ではドレスデン高等裁判所は、仲裁判断債務者がその者に課せられた義務を履行した場合に限り、仲裁判断に執行宣言を付与することを拒否した。それ以外の場合には、債務者が口頭でその給付の準備を担保したにも関わらず、仲裁判断に執行宣言が付与された。この判断は両方の点における賛成を受ける

292) 上記 X.5.b) 参照。

293) 上記 X.5.c)。

294) Stein/Jonas-Münzberg (Fn. 18), § 723 Rdnr. 7.

295) 上記 VII.5。

にふさわしい²⁹⁶⁾。

事例3はバイエルン高等裁判所の判断に真似て作られたものであり、そこでは裁判所は、仲裁手続における相殺がそれに必要な権限が欠けているためになかった後に仲裁判断の債務者が執行許可手続において相殺に供した争いのある反対債権についての判断を拒んだ。それを請求異議訴訟へ割り当てる代わりに、バイエルン高等裁判所の見解とは逆に、執行許可手続の中で相殺の抗弁について判断がなされなくてはならない²⁹⁷⁾。

事例4はスイスの仲裁手続を対象にしている。仲裁判断の中で敗訴したドイツ人の当事者は、執行許可手続の中で仲裁合意の瑕疵を主張した。ハム高等裁判所は、仲裁被告が自己の管轄権を肯定した仲裁廷の先行的判断(Vorbescheid)を連邦裁判所に対する抗告で取消することを怠ったとの理由で、この異議を拒絶した。この判断は賛成を受けるにふさわしい²⁹⁸⁾。

事例5は事例4と同様の問題を投げかけている。けだし、ここでも執行国における執行許可拒否事由の主張に対する仲裁地での法的救済の優先が問題となっているからである。仲裁手続はむろんウクライナで行われ、その結果、仲裁判断で敗れた当事者は、主張されている手続の瑕疵をウクライナの裁判所の面前で提出するということを放棄した。このような理由からカールスルーエ高等裁判所は、手続の瑕疵を執行許可手続の中で審査することを拒否した。不当である。けだし、ドイツの権利保護とウクライナのそのの同等性に疑いがあるのはもっともなことだからである²⁹⁹⁾。

XII. テーゼの形での要約

1. ZPO1059条による取消手続の訴訟物と執行許可手続のそれは部分的に同

296) 上記 IX.3.b); X.3。

297) 上記 X.3。

298) 上記 XI.2.c) dd)。

299) 上記 XI.2.c) dd)。

一である。取消申立てに対して、執行宣言の申立てはより広い要求である。両手続相互の関係は、消極的確認訴訟と給付訴訟の関係に相当する。執行許可申立ての訴訟係属は、ZPO261条3項1号によって取消申立ての提起を阻害している。仲裁判断債務者の取消申立てに対して、債権者は、取消手続を終了する執行許可の反対申立てでもって対抗する。

2. 内容上執行力を有しない仲裁判断に執行宣言を付与することはできない。仲裁判断の存続効はZPO1059条3項の取消期間の経過でもって既に発生しており、執行宣言の付与を前提とはしない。
3. 公序に違反するがゆえに重大な瑕疵のある仲裁判断も、ZPO1059条3項の取消期間の経過とともに、ZPO1055条によって確定する。仲裁判断の完全性の副次的審査はZPO1055条とは両立しえず、その結果、取消可能性を認めることは、期間経過にもかかわらずZPO1059条に違反する。
4. BGB826条にもとづく法的救済は、重大な瑕疵のある仲裁判断に対する《非常の救済措置》である。この請求は強制執行の差止めと債務名義の返還に向けられており、BGB242条を介してもまた仲裁判断の先決的効力は失われる。この請求権は異議として執行許可手続の係属中に執行宣言の付与に対して主張されるだけではなく、その後もなお執行許可決定自体に対しても向けられている。BGB826条はいかなる種類の遮断の規律にも服さないが、不熱心な訴訟上の行態の修正のための道具として濫用されてはならない。
5. 執行許可は当事者の処分服する。ZPO307条による認諾は適法かつ有効である。ZPO93条の費用の優遇の審査の場合に、いずれにせよ仲裁手続と執行許可手続は一体とみなされなくてはならない。仲裁判断の中で確認された期限の到来した義務をただちに履行しない者は、ZPO1060条による手続の誘因を与えられなくてはならない。仲裁判断において債務者に課せられた期限未到来の義務の場合に債務者がZPO93条の利益にあずかるためには、ZPO794条1項5号による公正証書における裁判外の債務名義化を申し出なくてはならない。
6. 改正仲裁手続法に対して主張された見解とは逆に、執行許可手続における

実体法上の抗弁は訴訟経済および債務者保護という理由から許容される。請求異議事由は、当事者がこのことを明白に合意した場合に限り、(新たに構成されるべき) 仲裁廷の審査に服する。BGB362条による弁済の抗弁の場合には、そのような合意は明白に利益に反し、それゆえ明示的な命令を必要とする。仲裁判断の中で確認された実体法上の請求権の存続は、執行許可手続の訴訟物に属してはいないので、後者には事後の請求異議訴訟についてのZPO767条による遮断効は課せられない。債権者の利益のために、いずれにせよZPO767条3項の異議事由の同時主張強制が顧慮されなくてはならない。

7. 外国仲裁判断の執行許可手続の訴訟物は、法廷地法という内国法による仲裁判断の承認適格と執行力である。仲裁地における取消訴訟と仲裁債務者に仲裁地で利用できるその他の法的救済との咬み合わせは、手続法的な効率性という利益において打ち立てられなければならない。したがって執行国においては、仲裁判断債務者が仲裁地において主張したが認められなかったような手続上の瑕疵のみが執行宣言に対抗されうる。しかしながら、仲裁地における権利保護のレベルが内国のそれと合致しないという重大な疑念が存在する場合には、このことは妥当しない。

8. 実体法上の請求異議事由は、外国仲裁判断の執行宣言のための手続においても許容される。ZPO767条2項は失権の規定であるが、外国との関連性を考慮に入れるための調整を必要としている。執行宣言による異議事由の失権は生じないが、やはりZPO767条3項の異議事由の同時主張強制が顧慮されなくてはならない。

【訳者追記】

1. 本稿における《Bayerisches Oberstes Landesgericht (BayObLG)》の訳語について：バイエルン州には、ミュンヘン、ニュルンベルク、バンベルクの各高等裁判所(OLG)のほかに、従来、《Bayerisches Oberstes Landesgericht》と称する高等裁判所が存在した(2006年6月30日をもって廃止)。

本稿ではこれを「バイエルン高等裁判所」と訳している。同裁判所は、刑事事件、非訟事件では通常の OLG と同様の管轄権を有するが、民事事件については、連邦法の適用が問題にならない限り、上告審としての役割を演じていた。田中英夫＝野田良之＝村上淳一＝藤田勇＝浅井敦編『外国法の調べ方』(東京大学出版会、1974年)195頁(村上執筆)参照。

2. 先に公刊した本稿の前半部分では《Unterlassung der Zwangsvollstreckung》を「強制執行をしないこと」(59巻2・3合併号145頁下から2行目以下)、「強制執行の不作为」(同150頁最終行および152頁13行目)と訳してきたが、日本語としての自然さを考えて、今回より「強制執行の差止め」と改めた。

3. 59巻2・3合併号の以下の箇所を訂正します。

- ・ 112頁7行目：(誤) 30.000ユーロ (正) 30,000ユーロ
- ・ 151頁18行目：(誤) 旧 ZPO1040条 (正) ZPO 旧1040条
- ・ 152頁9行目：(誤) 執行許可事由 (正) 執行許可拒否事由

[完]

【訂正】

拙稿「多数当事者訴訟における裁判上の自白」商學討究59巻4号（2009年）の以下の箇所を訂正します。

- ・ 138頁注11) : (誤) 松本博之 = 上野泰男『民事訴訟法』(弘文堂, 第5版, 2008年) [851] 以下 (正) 松本博之 = 上野泰男『民事訴訟法』(弘文堂, 第5版, 2008年) 668頁以下 (特に670頁)
- ・ 156頁注53) : (誤) *Henckel, a.a.O. (Anm. 53)* (正) *Henckel, a.a.O. (Anm. 52)*
- ・ 162頁8行目以下: (誤) 主張段階と立証段階とて構成される (正) 主張段階と立証段階とで構成される
- ・ 162頁17行目: (誤) 当事者の意思争点の減縮 (正) 当事者の意思にもとづく争点の減縮
- ・ 163頁4行目以下: (誤) 訴訟の基本原則多数当事者訴訟との関係を (正) 訴訟の基本原則と多数当事者訴訟との関係を