

# 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」(1)

河野 憲一郎 訳

## 【訳者前注】

ここに訳出したのは、*Gerhard Wagner, Grundfragen der Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen*, in: Böckstiegel/Berger/Bredow (Hrsg.), *Die Vollstreckung von Schiedssprüchen*, Schriftenreihe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit Bd. 22, S. 1 ff. である。原著は、著者が2007年4月19日にドレスデンで行なった講演のテキストに加筆し、脚注を補足したものである（ちなみに、報告の原題は「仲裁判断の執行宣言の法的性質」(Die Rechtsnatur der Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen)であった)。なお、著者は1999年よりボン大学法律・国家学部の民法、民事訴訟法、国際私法及び比較法講座の教授である。

わが国の仲裁法（平成15年8月1日法律第138号）の解釈にあたって、ドイツ法の持つ意味はきわめて大きい。というのも、仲裁手続に隣接する判決手続にしる、民事執行手続にしる、ドイツ民事訴訟法が母法なのであり、ドイツ法と基本構造を同じくするとともに、そこでの議論が理論的に決定的な影響を及ぼしているため、仲裁法の議論においてもこれを離れて論じることはおよそ考えられないからである。原著は、著者が《訴訟契約論》に関する教授資格論文（*ders.*, *Prozeßverträge - Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Verlag J. C. B. Mohr, 1998）において展開した入念な判決手続・執行手続に関する基礎理論的な研究を踏まえつつ、仲裁法の基本問題にアプローチするものであり、わが国におけるこの分野の議論の展開にとっても、きわめて示唆的なものと思われる。また、新しいオーストリアの仲裁法も検討の対象とされている点も注目

に値する。広くわが国においても学界の共通財産として重要な意味を持つものと思われるので、その全文をここで紹介する次第である。

## I. 事例と問題

ドイツ人の大学教授がある制度の《法的性質》に対して意見を述べることを試みる場合には、慎重であることが適切である。かつて、まず第一にある法制度の《本質》を決定し、その次に発見された前提条件から実務的な個別問題の解決のための結論を引き出すことを目的とした時代があった。たとえこのような見方が、概念法学の時代を適切にというよりもむしろ冷やかして記述したものだとしても、演繹的な行動様式の危険は、やはり看過することはできない。実際的な基礎づけが見失われないためには、個別事例が、執行宣言の法的性質についての研究の冒頭に立てられるべきである。これらの個別事例は、執行宣言の法的性質が一定の役割を演じうる様々な局面がはっきりと照らし出されるように選び抜かれている。

\* \* \* \* \*

### 〔事例1〕

あるドイツの仲裁判断の中で、被告らは仲裁原告に担保目的物の換価金をドイツ倒産法（以下「InsO」とする）171条にもとづく確定費用・換価費用の控除の下で一定の最高価額まで支払うことを義務付けられている。ベルリン高等裁判所は、強制執行の基礎として考慮するためには主文が特定されていないとの理由で、執行宣言を拒絶した。連邦通常裁判所（以下「BGH」とする）はこれをまさにそのように〔＝主文が特定されていないと〕見たが、しかしそれにもかかわらず執行許可手続は強制執行を可能にするという目的にのみ資するわけではないとの理由で、執行宣言付与の申立てを全ての範囲で認容した<sup>1)</sup>。

1) BGH, SchiedsVZ 2006, 278, 279; 同旨, OLG München, SchiedsVZ 2006, 165, 166; Schlosser in Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl. 2002, §1060 Rdnr. 2.

## 〔事例2〕

合意文言付きの仲裁判断の中で、ある建設業者がショッピングセンター Dresden-Gorbitz に二種の修繕作業の義務を負っている。執行宣言の付与を求める申立てに対して、建設業者は抗弁し、彼は修繕作業の一方に対応する金銭の支払いによって交代する準備ができており、かつ、もう一方に関しては引き受けた義務を履行したという。ドレスデン高等裁判所は、申立ての相手方が任意の給付に応ずる意向を示した限りでも、仲裁判断の執行宣言の権利保護の必要性を肯定した。裁判所は、本案の中で、実行されたと主張される修繕作業が仲裁判断の前提要件に合致するかどうかを再審査し、ドイツ民法（以下「BGB」とする）362条による履行の効果を肯定し、執行許可手続の申立てをその限度で棄却した<sup>2)</sup>。

## 〔事例3〕

仲裁手続において敗れた当事者が、執行宣言の付与を求める申立てに対して、仲裁合意に含まれず、それゆえ仲裁廷の前で主張されえなかった反対債権の相殺でもって対抗している。バイエルン高等裁判所は相殺を執行許可手続で審査することを拒絶し、申立ての相手方に請求異議訴訟を指示した<sup>3)</sup>。

## 〔事例4〕

スイスの国際仲裁手続で（スイス国際私法法律（以下「IPRG」とする）176条1項）、ドイツ人の被告は仲裁廷の管轄を争っている。IPRG186条3項による先行的判断の中で、仲裁廷は有効な仲裁合意が存在するとの理由で自らの管轄を肯定している。被告はこの先行的判断を IPRG190条3項、同2項b文にもとづいて〔スイス〕連邦裁判所で取り消すこと（IPRG191条1項1文）を放棄している。ドイツでの執行宣言付与の申立てに対して、被告はニューヨーク

2) OLG Dresden, Beschl. v. 9.2.2005, 11 Sch 03/04, unter II 2.

3) 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, 1363.

条約5条1項a)文にもとづく有効な仲裁合意の欠缺を援用している。ハム高等裁判所は、被告が誠実な訴訟追行命令に違反している、すなわち被告は先行的判断をスイスにおいて取り消しておくべきであった、との理由でこれを排斥している<sup>4)</sup>。

〔事例5〕

ドイツを本拠地とする企業が、ウクライナの商工会議所の国際商事仲裁廷から30.000ユーロ弱の支払いを命じられた。ドイツにおける仲裁判断の執行許可に対して、前の仲裁被告は、仲裁廷が法的審尋を付与せず、内容上恣意的な判断がなされたとの主張でもって防御している。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)文の承認拒否事由にもとづく取扱いを拒絶し、むしろ、申立ての相手方がウクライナにおいて仲裁判断をそこで予定されている法的救済でもって取り消さなかったとの理由で、念のために審理しているにすぎない<sup>5)</sup>。この法的救済は、仲裁判断の言い渡し後3か月以内になされなくてはならず、執行許可手続での判断の時点においてもはや許されなかった。

\* \* \* \* \*

上述の裁判所の判断は、すべて数年前になされたものであり、したがって時事性の点で望みがあるかどうかは分からないのだが、執行宣言をめぐる問題がどのくらい多様でありうるかを示している。明らかになった法律問題は以下のとおりである。すなわち――

- － 執行許可手続は、執行力のある内容の仲裁判断に限定されるのか、あるいは仲裁判断が、内容上、強制執行には全く適さないものであっても利用できるのか？
- － 仲裁債務者は、ZPO307条の認諾の表示によって執行許可手続を簡略化し、このやり方で、ZPO93条のその他の要件の存在する場合に敗訴の費用負担

4) OLG Hamm, SchiedsVZ 2006, 106 に依拠。

5) OLG Karlsruhe, SchiedsVZ 2006, 335, 336; 同旨, OLG Karlsruhe, SchiedsVZ 2006, 281, 282 f.; OLG Stuttgart, Beschl. v. 14.10.2003, 1 Sch 16/02 und 1 Sch 6/03, unter B II 1 a.

を免れることができるのか？

- ZPO767条の請求異議訴訟に対する執行許可手続の関係は、どのように決められなくてはならないか？ 仲裁手続において処理されなかったか、又は処理されえなかった実体法上の抗弁は、仲裁判断の執行宣言を求める手続において処理され、又は請求異議訴訟での提出を指示されなくてはならないか？ 外国仲裁判断の場合には、さらなる問題が付け加わる。すなわち——
- 外国仲裁手続において敗れた当事者は、その者が対応する異議を提出せず、利用可能な上訴を利用しなかったとの理由で、ドイツにおける仲裁判断の執行宣言に対して、仲裁地ではもはや主張できない手続的瑕疵を援用することによって、防御することができるか？
- 申立ての相手方は、外国仲裁判断についての執行許可手続において、仲裁判断の中で確定された実体法上の請求権に関する抗弁でもって防御することはできるか？

上述の裁判所の判断は、この問題への解答を与えたにもかかわらず、確実な法状態は述べることができていない。執行力のない内容の仲裁判断の事例を除いて<sup>6)</sup>、BGHの判断は未解決であるが、高等裁判所は正しい解決をめぐる対立している。BGHはまた、学説上、執行許可手続の目的というその広い観点について批判されている。これらすべての意見の相違の背景には、ひょっとするとあるいは古くさく感じられる、執行宣言およびそれに向けられた手続の《法的性質》に関する問題がある。

## II. 判決の執行力

強制執行は、国家の強制による権利の実現であるが、これは権力の独占自体を要求する法治国家においては、個人の自力救済に代わって生じる<sup>7)</sup>。しかし

6) これについてはとりあえず、BGH, SchiedsVZ 2006, 278; 詳細は、後記 VII。

7) *Baur/Stürner/Bruns*, 13. Aufl. 2006, Rdnr. 1.1; *Brehm*, in Stein/Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Aufl. 2003, Vor §1 Rdnr. 9; *Rosenberg/Gaul/*

その場合に、国家の強制機関は自ら活動するわけではなくて、利害を有する私的な当事者——債権者——によって作動させられなくてはならない。強制執行の要求は、いまや簡単に実体法上の請求権で理由づけられうるのではない。というのは、そうだとすると執行機関は強制執行手続の枠内で債権者の実体法上の請求権を確定しなければならなくなるからである。このことを回避するために、権利行使手続は2つの段階に分離されている。すなわち、〔民事訴訟法上の〕判決手続と独自の強制執行手続である<sup>8)</sup>。判決手続においては実体法上の請求権が裁判所によって争訟的な対立によって確定されるが、強制執行機関はこのような任務を免除されている。そのための技術的な手段はいわゆる強制執行の形式化であり、その核心は、執行機関による審査は文書——いわゆる債務名義——の存在に限定される、という点にある。強制執行は、債権者が執行機関に、実現されるべき請求権が執行可能であると証明する公的文書を提出しえた場合にのみ、なされうる<sup>9)</sup>。

学説および実務においてもっとも重要な執行名義は裁判所の判決であり、したがって、法律の起草者はZPO第10編の強制執行の規律をそれに合わせた。ZPO704条1項によれば、強制執行は確定し又は仮執行宣言の付された終局判決にもとづいて実施される。《仮執行宣言の付された》という選択肢にもかかわらず、ZPO704条で話題にされている内国裁判所の判決の場合、《執行宣言》は存在しない。内国裁判所の判決はむしろ、確定すれば直ちに執行することができる。たしかに未確定判決はただちに執行力を有するわけではないが、しかし執行名義としての適性は特別の手続において付与されるのではなくて、受訴裁判所によって、その判断の流れの中で付与される。その際に事前の担保提供の必要性和額のみが判断されなくてはならない（ZPO708条以下）。仮執行宣言には特別の費用はいらない。

---

*Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11 Aufl. 1997, S. 4; BVerfGE 88, 118, 123 = NJW 1993, 1635 も参照。

8) いわゆる強制執行の形式性；*Baur/Stürner/Bruns* (Fn. 7) Rdnr. 6.53 参照。

9) *Rosenberg/Gaul/Schilken* (Fn. 7), S. 99; *Baur/Stürner/Bruns* (Fn. 7), Rdnr. 13.1.

### Ⅲ. 仲裁判断の確定力と執行力

#### 1. 仲裁判断と確定力を有する判決の等置

ZPO1055条によれば、仲裁判断は当事者間において《確定した裁判所の判決の効力》を有する。仲裁判断を確定した裁判所の判決と等置することは、新仲裁法（Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes）の発明ではなく、長い伝統を有する。既に1877年のその当初の形式における帝国民事訴訟法（以下「CPO」とする）は仲裁判断に《確定した裁判所の判決の効力》を与えており、この規律はあらゆる改正を超えて1998年の改正の前夜まで実質的に変更することなく当時のZPO旧1040条の中に残された。

ZPO1055条の定式は簡潔かつ明確なようであるが、まさにこの性格のゆえにそれは現実の問題を超えて〔人を〕欺く。規定の文言にもかかわらず、仲裁判断は、その言渡し又はZPO1054条の形式性を満足することによって、確定判決と等置されているわけではない。

#### 2. 仲裁判断の形式的確定力か？

確定力はそれがいかなる上訴によってももはや取り消されえないということによって特徴づけられる。このいわゆる形式的確定力は、仲裁判断にはない。けだし、それはZPO1059条の取消の訴えに服するからである。たしかに確定判決もまた、すなわちZPO578条以下の再審手続の枠内において、なお除去されうるとするのは正しい。しかし、ZPO579条以下に列挙された無効事由と原状回復事由のリストは、明らかにZPO1059条2項による取消事由の範疇の背後にとどまっている。根本的に、無効の訴えにとっては裁判所が適正に構成されず又は当事者が適法に代理されなかったというケースが問題なのであり、これに対して、原状回復の訴えは判決が刑法上重大なやり方で詐取された場合に認められ、そのために、そこでは当然の帰結として刑事裁判所の有罪判決が必要とされている（ZPO581条1項）。ZPO1059条2項の範疇を一瞥するだけで、仲裁判断がはるかに広い要件の下で取り消されうることが分かる。

### 3. 抗弁による第二の手續に対する遮断効

判決の既判力は職権で顧慮されなければならないが<sup>10)</sup>、このことは通説によると仲裁判断には妥当しない。1998年の改正法の資料の中で明示的に示されているように<sup>11)</sup>、これは第二の手續で抗弁にもとづいてはじめて効力を生じる。判決の既判力が当事者にとって処分可能ではないのに対して<sup>12)</sup>、通説によれば、紛争を二度目に私的な仲裁廷又は国家裁判所の面前で判断させるために仲裁判断の既判力を放棄することは、当事者の自由に委ねられている<sup>13)</sup>。このような判決について妥当する基本原則の修正は、仲裁判断の既判力は《2級の》それであってはならない、とのスローガンでもって争われている<sup>14)</sup>。決定的なのはむしろ両当事者がいつでも国家裁判所による紛争解決へ立ち返ることができるということであり、他方では、しかし、乏しい司法資源の効率的な利用という利益において、裁判所はただ一回限りでその当事者の法的争訟に

10) BGHZ 82, 246, 247 f.; BGH, LM Nr. 5 zu §514 ZPO; NJW 1984, 126, 127; 1985, 2535, 2536; NJW-RR 1987, 642, 643; FamRZ 1990, 280, 281; BGH, NJW 1991, 2295, 2296 (= JR 1992, 281 mit Anm. *Schilken*); BVerwG, MDR 1962, 427 f.; BSG, JZ 1961, 504 f.; *Reichold*, in Thomas/Putzo, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 28. Aufl. 2007, §322 Rdnr. 13.

11) BT-Drucks. 13/5274, S. 56 f.; RG, JW 1920, 703, 704 mit zust. Anm. *Kisch*; BGH, NJW 1958, 950; *Münch*, in MünchKommZPO, 2. Aufl. 2002, §1055 Rdnr. 8; Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1055 Rdnr. 5; Thomas/Putzo-Reichold (Fn. 10), §1055 Rdnr. 2; 異説は, *Voit*, in Musielak, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Aufl. 2007, §1055 Rdnr. 5; *Geimer*, in Zöller, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 26. Aufl. 2007, §1055 Rdnr. 8.

12) 詳細は, *Wagner*, Prozessverträge – Privatautonomie im Verfahrensrecht, 1998, S. 711 ff.

13) RGZ 146, 262, 267 f.; RG, JW 1920, 703, 704 mit zust. Anm. *Kisch*; BayObLG, MDR 1984, 496; OLG Bremen, NJW 1957, 1035, 1036; Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1055 Rdnr. 4, 5; MünchKommZPO-*Münch* (Fn. 11), §1055 Rdnr. 15; Thomas/Putzo-Reichold (Fn. 10), §1055 Rdnr. 2; Zöller-*Geimer* (Fn. 11), §1055 Rdnr. 10; 異説は, Musielak-*Voit* (Fn. 11), §1055 Rdnr. 6.

14) しかし、このように述べているのは, *Walter*, FS Schwab, 1990, S. 539, 555; *ders.*, in: *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 21 Rdnr. 6 f.; *W. Bosch*, Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren, 1991, S. 54, 78 ff.; *Loritz*, ZJP 105 (1992), 1, 12 f.; 古くは既に, *Habscheid*, KTS 1958, 177, 178 f.; *Lindacher*, KTS 1966, 153, 156 f.



ついて要求に応えることが許されるにすぎない<sup>15)</sup>。結局、当事者はZPO1032条1項によればいつでも合意によって仲裁合意の実現を無視することができる。当事者に仲裁判断の免除による処分の自由が認められるべき理由については、明白ではない。

#### 4. 執行力の欠如

特に明確なことは、判決の効力と仲裁判断の効力が、執行力の点で食い違っている点にある。確定判決とは反対に、仲裁判断からはただちには執行はなされず、むしろそれにはZPO1060条による国家裁判所による執行宣言が必要である。もし裁判所が申立てにもとづいてそのような宣言をただちに発することができるのであれば、この要求を単なる形式として処理することもできようが、しかし、まさのこのことが妥当しないのである。むしろ裁判所はZPO1059条2項に列挙された取消事由が存在する場合には、執行宣言の付与を拒絶しなければならない。取消事由はこのようにして承認拒否事由に活用されている。

そのような法状況は確定判決の場合には考えられないであろう。たしかに、確定判決のみならず仮執行宣言の付された判決をも強制執行のための適切な債務名義として承認しているZPO704条2項が既に示しているように、執行力は既判力の必然的な構成要素ではない<sup>16)</sup>。それにもかかわらず、学説上、一部では既判力と執行力の間のあらゆる関係が否定され、〔その〕証明のために、たしかに既判力を有するが、それにもかかわらず執行力を有しない、例えば確認判決および形成判決のごとき判決があると指摘されているのは行き過ぎである<sup>17)</sup>。この債務名義は、執行力を有する判決主文をもたないがゆえに本案において執行力をもたないが、費用請求権にもとづく強制執行はただちに可能だからである。確定判決は執行力ある内容を有してはじめて、常に執行すること

15) 詳しくは、*Wagner* (Fn. 12), 1998, S. 715 f.

16) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, 16. Aufl. 2004, §148 Rdnr. 4.

17) *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 16), §148 Rdnr. 4.

ができる。

執行宣言の手続は、例えば強制執行の一部分ではなく、反対に判決手続に属している<sup>18)</sup>。それは国家的な強制を用いた請求権の実現という意味での強制執行を規律しているのではなく、強制執行のために必要な債務名義をまずは作り出しているのである。すなわち、執行宣言の手続の任務は債務名義の作成であって<sup>19)</sup>、強制的な使用ではない<sup>20)</sup>。ZPO1060条以下の執行許可手続についての特別な規定は首尾一貫してZPO704条以下ではなく、一般に判決手続について妥当しているZPOの第1編の諸規定を修正しているのである<sup>21)</sup>。もちろん特別な判決手続として執行許可手続を性質決定することは、いかなる内容を求められた判断が本来持つべきか、換言すれば執行許可手続の訴訟物は何であるかについては、未だ説明をしていない。

## 5. 仲裁判断の有効性と完全性

結局、仲裁判断の場合には——判決の場合とは異なって——単なる《有効性 (Wirksamkeit)》と《完全性 (Vollwirksamkeit)》が区別されなければならない。単なる仲裁判断の有効性は、ZPO1059条3項2文から推して考えられるように、既に一方当事者による仲裁判断の受領でもって生じる<sup>22)</sup>。国家裁判所および強制執行機関にとって拘束力を有するという意味での仲裁判断の《完全性》は、これに対して、原則として仲裁判断がZPO1059条の中で列挙

18) このように述べているのは、外国判決の執行許可につき、BGHZ 118, 312, 316; Münzberg, in Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl. 2002, §722 Rdnr. 3; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn.16), §181 Rdnr. 2; Schwab/Walter (Fn. 14), Kap. 27 Rdnr. 3.

19) Wolff, in Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Band III, Teilband 2, 1984, Kap. IV Rdnr. 14.

20) MünchKommZPO-Münch (Fn. 11), §1060 Rdnr. 3.

21) BGH, NJW-RR 2002, 933, 933; Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1063 Rdnr. 1; Zöller-Geimer (Fn. 11), §1060 Rdnr. 1.

22) Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1054 Rdnr. 13; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl. 2002, Rdnr. 1022.

された欠陥がないということを前提としている。既に述べたように、仲裁判断の完全性は、ZPO1055条の文言にもかかわらず、単なる有効性のみから生じるわけではない。

#### IV. 取消、承認および執行許可

##### 1. 外国判決と仲裁判断：承認の場合のみの執行許可

執行宣言は内国仲裁判断の場合だけではなく、ZPO1025条1項、1043条1項の意味における外国仲裁判断の場合及び外国判決の場合にも必要である。外国の国家裁判所の判決は、ZPO722条、723条にもとづく自律的なドイツの国内民事訴訟法の措置によるか、「民事及び商事事件における裁判管轄及び裁判執行に関する EC 規則 Nr. 44/2001」（以下「EuGVVO」とする）38条以下にもとづくヨーロッパ統一法の措置によるかのいずれかの執行宣言が必要である。自律法によれば、内国における執行許可は、外国判決が判決を下した国の法的規律によると確定したということが前提である（ZPO723条2項1文）。それとは反対に、EUの域内領域においては、EuGVVO32条によって判決を下した国では仮執行可能であるにすぎない判断も、内国において執行宣言を付与されなくてはならない。ZPO723条2項2文、EuGVVO45条による外国判決の執行宣言は、承認拒否事由が存在する場合は拒否され、又は債務者の法的救済にもとづいて破棄されなくてはならない。したがって、例えば、債務名義を作り出した裁判所が内国法によれば管轄権を有しない場合（EuGVVO35条1項、ZPO328条1項1号）、法的審問が無視された場合（EuGVVO34条2号、ZPO328条1項2号）又は判決の承認が内国の公序と一致しない結論に到達する場合（EuGVVO34条1号、ZPO328条1項4号）には、判決の執行許可は拒否されなくてはならない。

ZPO723条2項2文が執行許可手続とZPO328条1項の承認拒否事由とを咬み合わせているので、自律法による執行許可手続は外国判決の単なる有効性の問題に限定されるということが排除される。判決の執行許可の訴訟物は外国の

債務名義のコントロールでもあり、著しい瑕疵のない手続の結果かどうか、および内容的に正当かどうかということにある。しかし、ZPO723条1項は実質的再審査 (*révision au fond*) を明示的に排除しているので、内国の法廷地法的手続的かつ実体的基本原則に対する重大な侵害のみを承認および執行許可手続を拒絶するためのきっかけとするという、非常に限定された審査基準が妥当している。

承認手続と執行許可手続の咬み合わせに EuGVVO のレジームももつづいているが、迅速な執行に対する債権者の利益とヨーロッパの域内市場における裁判所の平等価値の主張に義務を負わされているという特殊性が妥当する。こうした理由から、債権者は、EuGVVO41条1項による執行許可を裁判所が外国裁判の単なる有効性を確かめたとき既に手に入れるが (EuGVVO53条)、EuGVVO43条1項、45条による判決の完全性は、債務者のイニシアティブにもつづいてはじめて審査される<sup>23)</sup>。

ZPO1061条によればニューヨーク条約の規律によって執行宣言を付与されるべき ZPO1025条1項、同1043条1項の意味における外国仲裁判断の場合にもまた、自律法による外国判決の執行の場合と全く同様の関係にある。ニューヨーク条約5条もまた、承認と執行宣言を、手続的な最低限の基準を侵害し、執行国の公序に対する侵害がある場合には執行宣言は拒絶されなければならないというやり方で結び合わせている。

## 2. 模範法：内国仲裁判断の承認および執行許可

模範法の起草者はニューヨーク条約という手本をじっくりと観察し、内国仲裁判断と外国仲裁判断の間の鋭い違いを埋めようという関心を追求した<sup>24)</sup>。起草者はそれにしたがってニューヨーク条約5条の規律技術を国内の法的取引

23) 単なる有効性と完全性の区別については、前記 III. 5。

24) *Holtzmann/Neuhaus*, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1989/94, S. 915; 《仲裁地の重要性を減少させるという模範法の基本ポリシー》。

に拡大した。UNCITRAL 模範法によれば、仲裁判断の効力はまず第一に、両当事者相互の債務法上の関係に限定されている。それが完全に効力を獲得するには、仲裁判断は模範法35条1項によれば管轄権を有する国家裁判所による執行又は執行宣言だけではなく、さらに《拘束力があるものとしての》承認も必要である。模範法35条1項にはっきりと明示されているように、承認の要件は、外国仲裁判断だけではなくて、内国仲裁判断についても妥当する。要するに、《どの国でそれ（仲裁判断）が下されたかどうにかかわりない》と言っている<sup>25)</sup>。

仲裁判断の承認と執行宣言は、模範法36条により、模範法34条が仲裁判断の取消しを可能としているのと同じ理由にもとづいて拒絶されなくてはならない。一方で取消手続と他方で承認・執行許可手続が全く対称的に構成されており<sup>26)</sup>、その結果、執行許可手続の訴訟物は取消手続のそれをも含んでいる。

訴訟物の広範囲の一致にもかかわらず、取消手続と執行許可手続の間には、唯一、模範法36条2項が執行許可を実施する裁判所に、それに係属している手続を取消手続についての判断に至るまで中止する可能性を与えているということを除けば、結局のところいかなる結びつきも存在しない<sup>27)</sup>。その他の点では、両手続は完全に独立している。したがって、取消の訴えについて模範法34条3項の中で定められた3か月の期間の経過は、執行許可手続に関して遮断効を意味するものではなく<sup>28)</sup>、したがって、仲裁債務者が模範法34条の取消の訴えを既に既判力をもって棄却されているときでもなお、模範法36条は執行許可手続おける承認拒否事由の主張を許している<sup>29)</sup>。両方の事例において、債務者は全ての点で、模範法34条2項の取消と一致する模範法36条1項の承認拒否事由に依拠することができる。そのことから、仲裁判断の拘束力が問題となって

25) 理由については、*Holtzmann/Neuhaus* (Fn. 24), S. 1007。

26) *Holtzmann/Neuhaus* (Fn. 24), S. 1057 ; 鏡像 (mirror image)。

27) *Holtzmann/Neuhaus* (Fn. 24), S. 1062。

28) *Holtzmann/Neuhaus* (Fn. 24), S. 1062 f.; *Solomon*, Die Verbindlichkeit von Schiedssprüchen in der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2007, S. 219 ff.

29) 前掲注28)。

いる時でさえ承認拒否事由は主張されうる、という結果となる。取消手続の遮断効を放棄する決定的な理由は、内国手続で敗訴した当事者が、外国仲裁判断を受けた当事者よりも不利に取り扱われてはならない、という考慮であった<sup>30)</sup>。

## V. 現行ドイツ法における承認と執行許可手続の結合

### 1. 承認主義の拒絶

新仲裁法は模範法に広範囲において追随しているが、しかし内国仲裁判断の効力の構成に際してはそうではない。新仲裁法の起草者は、それが彼の眼から見て《後退》を意味したであろうから、模範法35条の中で予定された承認主義の取り込みを拒絶した<sup>31)</sup>。

模範法と ZPO の根本的な相違は、それにもかかわらず存在しない<sup>32)</sup>。結局、ZPO1060条2項1文によれば、同1059条2項の構成要件が現実化したときは執行宣言は拒絶されなければならないので、承認拒否事由は取消事由と一致する。その限りにおいて、模範法の承認の解決と内国仲裁判断について妥当する ZPO のレジームの間の相違は、単に起訴責任の転換に存在するにすぎない。すなわち、取消手続は逆転した当事者の役割をともなった承認手続である。仲裁廷の面前で勝利した当事者が裁判所で仲裁判断の承認を得ようとするのではなく<sup>33)</sup>、起訴責任は敗れた当事者の側にある。裁判所で自分に不利益な仲裁判断の取消しを申し立てるのは、敗れた当事者の問題である。

30) *Holtzmann/Neuhaus* (Fn. 24), S. 1062.

31) Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts, hrsgg. vom BMJ, 1994, S. 202; BT-Drucks. 13/5274, S. 60 f.; *Calavros*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 1988, S. 168.

32) *Wagner*, in Weigand, Practitioner's Handbook on International Arbitration, 2002, Rdnr. 403; *Solomon* (Fn. 28), S. 209 f.

33) 外国判決のための独立の執行許可手続を ZPO はもちろん知らず、はじめから実務上もっとも重要な判決効——執行力に集中している (ZPO722条以下)。

## 2. 取消手続と執行許可手続の相互の結合

模範法と ZPO の間の客観的に重要な相違は、命名法ないし承認の概念への固執ではなくて、取消手続と執行許可手続の手続的な結合である。新仲裁法の起草者は、取消手続と執行許可手続における判断に相互の拘束力を付与した。

すなわち――

- ZPO1059条 3 項 4 文によれば、仲裁判断の取消しを求める申立ては、仲裁判断が内国裁判所によって執行宣言を付与された後は、もはや行われてはならない。したがって、執行を許可する旨の判断は取消申立てを遮断する。
- 反対に、ZPO1060条 2 項 2 文によれば、執行宣言を求める申立ての送達時点において、それにもとづいて取消申立てが既判力をもって棄却されている限りにおいて、取消事由は執行許可手続の中で斟酌されてはならない。したがって、棄却された取消判断は、執行許可手続においてその取消事由を援用することを排除している。
- 取消申立てについて ZPO1059条 3 項によって妥当する 3 か月の期間の徒過は、ZPO1060条 2 項 3 文のゆえに、ZPO1059条 2 項 1 号の取消事由が執行許可手続についても失われてしまうという帰結をもたらす。

ZPO1059条 3 項 4 文、同1060条 2 項 2 文、3 文による取消手続と執行許可手続の相互の結合は、仲裁判断のありうる瑕疵は一度しか、すなわち最初に利用されたその手続でしか主張されえない、という帰結をもたらす<sup>34)</sup>。

## 3. 潜在的な取消事由についての争いの事前の取扱い

同じような事前取扱いの効果が ZPO1027条にもとづいて生ずる。この規定によれば、ある手続的な瑕疵が仲裁手続中に不服当事者によって遅滞なく異議を述べられなければ、責問権は喪失される。したがって、取消申立てをそのような瑕疵にもとづいてなすことができず、またそれから執行許可拒否事由を引き出すこともできない。このような規律は、できるだけ早い時期に主張させる

34) 取消手続と執行許可手続の競合につき、詳細は、後記 VI 2。

こと、および後に仲裁判断に対して異議が申し立てられ、仲裁判断を実行するにあたって仲裁手続に関して行われた時間的・金銭的な出費が無にさせられてしまうような瑕疵を明確化することを場合によっては目的としている。

また、BGHが、仲裁廷が自らの管轄を肯定した中間的裁判を国家裁判所の面前でZPO1040条3項2文にしたがって取り消すことを懈怠した一方当事者の救済を拒絶する場合には、同じ原理に依拠している。それによれば、ZPO1040条3項2文による申立ての懈怠は、ZPO1059条2項1号a)という取消事由の後の援用を排除する、すなわち不服当事者はもはや仲裁判断が有効な仲裁合意を欠いていると主張することはできない<sup>35)</sup>。このことは取消の訴えと執行許可手続について等しく妥当する。

#### 4. 仲裁判断の存続効<sup>訳注1)</sup>

ここで追求された認識上の関心にとって中心的なのは、模範法とZPOの間の第二の重要な相違である。この相違は、仲裁判断の完全性についての規律を基礎とした基本原則に関係しているが、これは基本的推定と呼ぶことができよう。ZPOの取消モデルが内国仲裁判断には重大な欠陥はなく、それゆえに承認されなければならないだろうという推定に依拠しているのに対して、承認モデルは仲裁判断が場合によっては欠陥があり、それゆえ承認されてはならないという懐疑的なモデルから出発している。取消モデルが仲裁判断は誤りが無い

---

35) BGH, SchiedsVZ 2003, 133 f. = MDR 2003, 890 ; 同旨, BGH, SchiedsVZ 2005, 259, 260; OLG Schleswig, RIW 2000, 706, 707 f.; OLG Celle, IHR 2004, 83, 85; OLG Koblenz, SchiedsVZ 2005, 260, 261.

訳注1) この部分は原著ではBestandskraft des Schiedsspruchsとなっている。以下でのWagner教授の議論における一つの重要な役割をなすこの《Bestandskraft》という概念の意味するところについて同教授に伺ったところ、既判力とは異なるが、仲裁判断に終局性(finality)を与える効力を指す語として、行政行為の効力として言われるところにヒントを得て(ドイツ行政手続法(VwVfG)43条以下参照)、この概念を用いている、とのことであった。《存続効》と訳されているようであり(南博方『行政手続と行政処分』(弘文堂, 1980年)269頁参照)、ここでもこの訳語を用いておくこととする。



ことにもとづき、したがって、形成的に作用する承認を放棄している限りにおいて、それは同じく一括承認を示している。まさにそれゆえ、取消モデルは仲裁判断が取り消されない場合、いかなる効力を仲裁判断に与えるのかを示す規律を必要とする。

仲裁判断に確定判決の効力を与える ZPO1055条がこの規律を定めている。既にみたように、この形式化は様々な観点において、殊に仲裁判断の取消の可能性を考慮するならば目的を超えている。このような事実に戻れば、ZPO1055条の規定は、以下のように読みなおされなければならない。すなわち、《仲裁判断が1059条又は1060条2項1文によって取り消されない限りにおいて、それは当事者間で確定した判決の効力を有する》。

## VI. 内国仲裁判断の場合の執行許可手続の訴訟物

### 1. 取消手続と執行許可手続の訴訟物の部分的同一性

前記の考察から執行許可手続の法的性質が逆推論される。すなわち、仲裁判断の執行宣言を求める手続は、仲裁判断債権者に強制執行のための債務名義だけではなくて、取消事由との関係で、仲裁判断のコントロールをも創り出しているのである。ZPO1060条2項のゆえに仲裁判断において勝った当事者のイニシアティブにもとづいて提起された執行許可手続は、逆転した当事者の役割をともなった取消手続であるが、しかし訴訟物は部分的に同一である。当事者の役割分担は、さらにもう一步進められうる。もし取消手続が逆転した当事者の役割をともなった承認手続であり、執行許可手続が新たな逆転した当事者の役割をともなった取消手続であるならば、内国仲裁判断の場合の執行許可手続はその内容から言ってやはり承認手続であることが判明し、したがって、仲裁判断の執行許可はその承認を含んでいる。他方で、取消事由の存在する場合には執行宣言が拒絶されなければならないばかりではなく、さらに ZPO1060条2項1文によれば仲裁判断が取り消されなくてはならないということ及び ZPO1059条3項4文による執行宣言が取消手続を排斥するということは説明

されえない<sup>36)</sup>。仲裁判断は両方の手続においてその完全性を審査されなくてはならないので、取消手続と執行許可手続の訴訟物は部分的に同一である<sup>37)</sup>。

## 2. 競合する申立てについての帰結

### a) 執行許可申立ての優先

取消手続と執行許可手続の訴訟物の同一性は、両手続相互の関係についての帰結をもたらす。ZPO1059条の手続の中で斟酌されるべきあらゆる取消事由は、執行許可手続においては障碍事由として審査されなければならない、仲裁判断が場合によって取り消されなければならないので、執行許可手続の訴訟物は取消手続のそれを完全に含んでいる。

執行許可手続と取消手続との間の関係は、確認訴訟と給付訴訟との関係に類似しており<sup>38)</sup>、したがって、両手続の競合がこれに対応して規律されなければならない。学説上通用している一方又は他方の手続を中止しなければならないという提案<sup>39)</sup>は、間違いを犯している。けだし、同時に係属した給付訴訟と確認訴訟の場合にもこの競合をZPO148条を用いて解決しようとは誰も考えないであろうからである<sup>40)</sup>。そうではなくて、ここで執行宣言がもついでいるところのより広い申立てが貫徹されなければならない。

---

36) MünchKommZPO-Münch (Fn. 11), §1059 Rdnr. 41; Musielak-Voit (Fn. 11), §1059 Rdnr. 33.

37) 賛成するのは、MünchKommZPO-Münch (Fn. 11), §1059 Rdnr. 41; また、Zöller-Geimer (Fn. 11), §1059 Rdnr. 20 ff. も参照。

38) これについて詳細は、Schumann, in Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Aufl. 1997, §256 Rdnr. 124 ff.; Zöller-Greger (Fn. 11), §256 Rdnr. 7d.

39) Schwab/Walter (Fn. 14), Kap. 25 Rdnr. 4; Zöller-Geimer (Fn. 11), §1059 Rdnr. 23; Thomas/Putzo-Reichold (Fn. 10), §1060 Rdnr. 2; Harbst, Die Rolle der staatlichen Gerichte im Schiedsverfahren, 2002, S. 186.

40) 賛成するのは、Musiellak-Voit (Fn. 11), §1059 Rdnr. 33; おそらく MünchKommZPO-Münch (Fn. 11), §1059 Rdnr. 41 も同じ。

### b) 執行宣言付与の反対申立て

まず取消申立てがなされたのであれば、仲裁判断債権者は執行宣言を求める対抗申立て又は反対申立て（ZPO33条）でもって応答することができる。執行宣言を求める申立てはより広い申立てなので、取消申立ての訴訟係属はその妨げとはならず、したがって反対に、執行許可申立てが単に相手方の同意のみによって取り下げられうるにすぎない場合には、取消申立てにとつては権利保護の必要性を欠くことになるが、そのことはZPO269条1項にもとづいて判断されるべきである<sup>41)</sup>。判例において消極的確認訴訟と給付訴訟の競合について承認された、確認訴訟は裁判に熟しているが、給付訴訟はそうではないという事例についての例外は、審理プログラムが広く同一であるから、ZPO1059条、同1060条の手続においてはほとんど生じえない<sup>42)</sup>。執行許可申立てについての争訟的弁論でもって取消申立ての訴訟終了が生じ、その結果、ZPO91a条による両当事者の訴訟終了宣言の場合、単に費用についてのみ判断されなくてはならない。まさに取消手続と執行許可手続における審査基準は部分的に同一であるので、通例は費用分配も同一であろう。すなわち、取消事由を理由とした執行許可の拒絶は仲裁判断債権者の費用負担という結果になるが、これに対して執行宣言という逆の事例では仲裁判断債務者が費用を負担しなくてはならない。

両方の手続が連続する場合の競合状況は、法律によって規律されている。ZPO1060条2項2文によれば、それにもとづいた取消申立てが執行宣言を求める申立ての送達時点において確定的に棄却されていれば、取消事由は執行許可手続について遮断される。この規定は、取消判断の既判力が遅くとも執行許可申立てについての判断の時点で生じるときにもそれが妥当するという点で、学説上部分的に修正されている<sup>43)</sup>。実際のところは、いまここで示された競合

41) BGHZ 99, 340, 342; BGH, NJW 1999, 1544, 1546; 2006, 515, 516.

42) 注41)における証明を参照。

43) MünchKommZPO-*Münch* (Fn. 11), §1059 Rdnr. 41; Thomas/Putzo-Reichold (Fn. 10), §1060 Rdnr. 2.

の規律に照らすと、このような修正の必要はない。すなわち、執行許可申立てはその裁判所の前でなされなくてはならず（ZPO1062条1項4号）、合目的にZPO33条による反対申立てとして申し立てられるということが斟酌されなくてはならない。取消申立てについては執行許可申立ての訴訟係属時点では判断されていないという限りにおいて、取消手続についての権利保護の必要性が欠け、その限りで訴訟終了が生じる<sup>44)</sup>。この執行許可申立てが取消手続における確定した裁判に優先しているというこの事例においては、失権規範は必要ではないので、ZPO1060条2項2文は、その文言と一致して、取消手続が執行許可申立ての係属の時点で既に既判力をもって排除されていたという事例に限定される。取消申立てが理由があり、ZPO1059条1項による仲裁判断が取り消されるのであれば、執行許可手続の基礎が失われる。それに反して、裁判所が取消事由を却けるのであれば、取消事由は執行許可手続についても失われる。

### c) 取消に対する執行許可の遮断効

既に執行許可手続が進行しているのであれば、取消申立てはZPO261条3項1号を理由にもはや申し立てられえないが、このことは、同じ本案について既に給付訴訟が係属しているならば消極的確認訴訟は不適法であるのとまさに同様である<sup>45)</sup>。ZPO1059条3項4文は、まさに取消申立てがなされたときには執行許可手続が終了していた場合を、執行宣言が既に存在するときは取消手続は不適法であるという形で規律している。ZPO1059条3項4文の文言とは逆に、少なくとも単なる執行許可裁判の存在が取消申立てを排除するわけではなく、この裁判の既判力がはじめて排除するのである<sup>46)</sup>。この時点以前には取消申立ては遮断されず、それに対して、ZPO261条3項1号の二重起訴の禁止がそれを妨げるのである。

44) Schwab/Walter (Fn. 14), Kap. 25 Rdnr. 4; Zöller-Geimer (Fn. 11), §1059 Rdnr. 4; Harbst (Fn. 39), S. 186.

45) BGH, NJW 1989, 2064 f.; Zöller-Greger (Fn. 11), §256 Rdnr. 16.

46) 賛成するのは、MünchKommZPO-Münch (Fn. 11), §1059 Rdnr. 41.

最後に、執行宣言が棄却されて確定した場合、仲裁判断はこのケースではZPO1060条2項1文によって既に執行許可手続の中で取り消されるべきであったので、それに続く取消手続もまた訴訟物を剥奪される。

## Ⅶ. 執行力のない仲裁判断の執行許可とZPO1059条3項の期間の意義

### 1. 史的展開と学説状況

執行宣言が仲裁判断の承認を取り込み、かくして逆転した当事者の役割をともしなう取消手続を意味しているということが正しいとすれば、この前提条件は執行許可手続が執行力のある内容の仲裁判断に限定されず、一般にあらゆる仲裁判断について利用できるということを推論させる。その場合、確認を求める仲裁判断、例えば、契約上の合意の有効性に関するそれや根拠と額の点で争いのある損害賠償請求の場合の責任根拠の固定のためのそれが問題である。さらなる重要な事例群は、特に会社法において見いだされるような形成力をともなった仲裁判断であり、例えば、職務執行権限の剥奪についての判断（ドイツ商法（以下「HGB」とする）117条）、HGB133条による人的会社の解散又はHGB140条の基準による社員の除名についての判断である。さらに実務上重要なのは、請求を棄却した仲裁判断の執行宣言の問題である。

旧法下では、債権者の申立てにもとづいて、執行力のある内容をもたないような仲裁判断にも執行宣言が付与されるということが承認されていた<sup>47)</sup>。また、かつては取消事由が存在し（ZPO旧1042条2項）、かつ確定した執行許可が取消の訴えを遮断し又は再審事由の主張（ZPO580条1－6号との結びつきにおける旧1041条1項6号）を限定する場合には、執行宣言が棄却されなければ

---

47) 基本的には、RGZ 16, 420, 421, さらにRGZ 99, 129 ff., 149, 45, 51 参照; また, Schlosser, in Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Aufl. 1994, §1042 Rdnr. 2; Schütze, in Wiczorek/Schütze, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1995, §1042 Rdnr. 7 (Fn.15におけるさらなる証明を伴っている) も参照。

ばならなかった。ドイツ大審院（以下「RG」とする）が簡潔に確認したように、執行力ある内容をもたない仲裁判断もまた《取消事由——ZPO〔旧〕1041条6号に掲げられたものは例外——の主張を排除するために（ZPO〔旧〕1043条）》執行宣言を付与されたとされる<sup>48)</sup>。1886年の原理的な判断の中で、RGは、執行許可手続は債権者に仲裁判断の強制的な実現をしてやるだけではなく、さらに《仲裁判断の有効性を裁判官の判決で確認させる》という目的にも奉仕すると述べている。債権者は取消の訴えを待つ必要はなく、仲裁手続で敗れた者に、執行許可手続という努力によって取消事由の提出を強いることができる、というのである<sup>49)</sup>。注目すべきは、RGが完全に後の模範法35条の線上にある所見を付け加えていたことである。すなわち、《仲裁判断の妥当は〔……〕定められた法的手段において承認され〔なければならない〕》、という<sup>50)</sup>。

RGによって基礎づけられた見解にBGHは従い<sup>51)</sup>、新法についての最近の判断においてもこれを維持している。これによれば、執行宣言は仲裁判断が執行力を有する内容を持つかどうかにかかわらず許容されなければならない<sup>52)</sup>。執行宣言は、以前と同様に、強制執行を可能にするだけではなく、仲裁判断が取消事由の主張に対して確保されるべきことに奉仕するのだ、という<sup>53)</sup>。

しかし、新法の下では異論が出されている<sup>54)</sup>。〔それは次のように言う。〕執行宣言手続が取消事由の遮断にも資するというテーゼは、新仲裁法前の旧法

48) RGZ 149, 45, 51.

49) RGZ 16, 420, 422; 詳細かつZPO旧1041条から1043条を考慮して、さらにRGZ 99, 129 ff.

50) RGZ 16, 420, 422; 本質において同旨、RGZ 99, 129 f.

51) BGHZ 99, 143, 148; BGH, JZ 1962, 287.

52) BGH, SchiedsVZ 2006, 278, 279; 同旨, OLG München, SchiedsVZ 2006, 165, 166; Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1060 Rdnr. 2; Lachmann (Fn. 22), Rdnr. 1275.

53) BGH, SchiedsVZ 2006, 278, 279; それ以前に既に、BGHZ 99, 143, 148.

54) KG, SchiedsVZ 2006, 310, 311; MünchKommZPO-Münch (Fn. 11), §1060 Rdnr. 3, 4; Musielak-Voit (Fn. 11), §1060 Rdnr. 2; Zöllner-Geimer (Fn. 11), §1060 Rdnr. 2; Wolff/Falk, SchiedsVZ 2006, 280 f.

下でのみ適切であった。ZPO 旧1041条の取消の訴えは期間の制限なしに適法であったので、債権者は仲裁判断の有効性を拘束力をもって明らかにするという正当な利益を有していた。この法状況は新仲裁法によって変更された。執行力を有しない仲裁判断の執行宣言は、債権者が単なる期間の経過によっては取得しないようなものを決して与えるわけではないので、ZPO1959条3項1号から3号で定められた通常3か月の取消申立ての期間は、執行許可手続を利用することによって、取消事由の遮断に対する利益を失わせしめることになる。結局、仲裁判断債権者は既に3か月の経過前に執行許可判決を取得しうる状況にはなかった<sup>55)</sup>。しかし、期間の経過後取消の訴えは排除される、すなわちZPO1059条2項2号の取消事由を含めてそのようになる。取消事由は、ZPO1060条2項3文のゆえに、たしかに常に執行宣言を求める申立てに対抗されうるかもしれないが、債権者は内容上執行能力のない仲裁判断の場合にはただちにこれに執行力を宣言してもらうようには指示されるわけではないので、このことは債権者を害するものではない<sup>56)</sup>。この理由から執行力ある内容を持つような仲裁判断にだけ執行許可は与えられなくてはならない、と。

## 2. 取消申立て期間

上述のごとく、執行許可手続は逆転した当事者の役割をともなった取消手続である<sup>57)</sup>。訴訟物の部分的同一性、ZPO1060条2項1文によって作り出された審理プログラムの同一性及びZPO1059条3項4文によって保障された取消手続と執行許可手続の効力の競合は、新法の下で従来通りの立場にとどまること、そして債権者に対して仲裁判断の完全性それ自体を執行宣言によって確定せしめるという可能性を許していることに賛成している。そのような解決は、武器対等と当事者間の訴訟上の平等を保証している。仲裁判断原告は、仲裁判断債務者が取消申立てをZPO1059条1項にもとづいて行ったかどうかをなす

55) *Wolff/Falk*, SchiedsVZ 2006, 280.

56) *Wolff/Falk*, SchiedsVZ 2006, 280 f.

57) 前記 VI. 1。

すべもなく見守っている必要はなく、自らイニシアティブを取ることができる。これら全てのことは、取消の申立てが——以前とは異なり——ZPO1059条3項の基準により期限付きとされなかったならば、おそらく今日でも争われなかったであろう。

取消申立ての期間制限は、仲裁判断が不服当事者による受領以来3か月の経過でもって攻撃できなくなるという結果をもたらす。この時点から、ZPO1055条が誇らしげに述べているように、仲裁判断は確定した裁判所の判決と同一の効力を持つということになる。取消申立ての提起のための短い期間に鑑みると、おそらく執行宣言は取消判断に実際には決して優先していないということができようか。この関連を考慮すると、仲裁判断に執行宣言が付される場合には何を債権者は本来付加的に取得するのかが問題提起されなくてはならないとされる。ZPO1059条2項2号の特別の取消事由は、同1060条2項3文にしたがって取消申立て期間徒過後も執行許可手続の中で審理されなくてはならないというBGHの指摘<sup>58)</sup>に対しては、学説上誠に当然のことながら執行力のない仲裁判断は執行宣言を必要とはせず、したがって執行許可拒否事由としてこの取消事由を維持することは無意味であるという異議が出されている<sup>59)</sup>。BGHの議論はその限りで循環論法であることが明らかになる。

かくして中心的な問題が浮き彫りにされる。すなわち、ZPO1059条3項による取消申立ての期間の徒過は、ZPO1055条による同等取扱いと同1060条の執行許可の要件の間の緊張関係において、いかなる意義を有するか？

### 3. 仲裁判断の完全性と存続効

上で浮き彫りにされたように、単なる仲裁判断の外的な有効性とその完全性——取消事由の不存在として理解されていた——とが区別されなければならない<sup>60)</sup>。仲裁判断の完全性は取消手続の訴訟物であり、さらに執行許可手続

58) BGH, SchiedsVZ 2006, 278, 279.

59) *Wolff/Falk*, SchiedsVZ 2006, 280 f.

60) 前記 III. 5参照。



の訴訟物の本質的な部分である。取消申立てが棄却されてそれが確定し、又は執行許可が確定した場合、仲裁判断はその取消という結果になりうるような欠陥はないということが確定する。完全であると確認された仲裁判断は、かくして《存続効》をもつ。しかし、前記のごとく、この意味での存続効は、ZPO1059条3項1文の取消期間の経過によっても生じる。たしかにこの場合、取消手続の枠内においてであれ、執行許可手続の枠内においてであれ、仲裁判断の完全性は裁判所によって確認されてはいない。しかしながら、取消申立てはもはやなされえないので、仲裁判断はおそらく取消不能であり、かくして存続効をもつ。

かくして、存続効という概念を組み込むことで、いまや次のように具体化されるところの上で提案されたZPO1055条の修正解釈が確認された<sup>61)</sup>。《仲裁判断が取り消されず、かつ（ZPO1059条3項のゆえに）もはや取り消されえない限りにおいて、それは当事者間で確定判決の効力を有する》。

単なる期間の経過によって仲裁判断の存続効が発生するということは、解釈論的な気晴らしにも、仲裁判断に判決と等しい権威を付与するという必要にも起因しない。法律の起草者がこのような動機に左右されていたということが排除されてはならないにもかかわらず、それはZPO1055条、同1059条3項に重要な実際上の帰結をもたらす。とりわけそれは著しい範囲で費用を節約させることを可能にする。もし執行力を宣言された後にはじめて仲裁判断が効力を生じるのであれば、当事者は執行許可手続の費用を常に考慮に入れなければならなかったことであろう。執行許可手続においては訴額が仲裁判断において認定された請求に対応している<sup>62)</sup>ので、本来の仲裁手続の費用に対してさらに国家裁判所のための費用が付け加わることになろう。そうすると、仲裁手続による紛争処理の費用全体は多くのケースで二重になる。執行力を有しない仲裁判断の執行宣言の原則を最後まで一貫するならば、執行宣言それ自体はその請求

61) 前記 III. 5参照。

62) 執行許可手続の訴額と費用について詳細は、後記 IX. 1。

権が争いなく既に履行された場合には排除されなければなるまい<sup>63)</sup>。——両当事者にそのような嫌がらせをすることは立派な理由になるに違いない。

#### 4. 広義の執行力についての帰結

##### a) 概念と事例群

ZPO1055条の重要性に対する試金石は、いわゆる広義の執行力がZPO1060条による仲裁判断の執行宣言を前提としているか、あるいは既にZPO1055条にもとづいて生じているかどうかという問題である。広義の執行力をもつのは、その内容上執行力をもちえないが、公の登録、登記および目録への記入にとつての基礎となる終局判決および仮執行宣言を付された判決である<sup>64)</sup>。一部では、ZPO894条の擬制の効果も広義の執行力に数え上げられている<sup>65)</sup>。われわれの関連において好都合な例は、請求異議訴訟を認容した判決である。すなわち、同時に仮執行宣言が付与されなくてはならない形成判決が問題となっている。けだし、その場合にのみ執行機関はZPO775条1号によって債務名義にもとづく強制執行を停止する義務を負うからである。

ZPO708条の諸事例は仮の執行力が述べられているが、これに対して仲裁判断はZPO1055条によって確定判決と等置されていることによって、ZPO708条の諸事例は仲裁判断から区別されうる。しかし、確定判決にとって特別の《執行命令》は存在しない。同じく仲裁判断の執行宣言が国家の強制による履行行為の強制という狭義の強制執行について必要とされるだけではなくて、上述された広義の執行についても要求されるのは、アプリアリに妨げとはなっていない。

63) このように述べているのは、実際 OLG Celle, LZ 1914, S. 1405, Nr. 8.

64) *Baur/Stürner/Bruns* (Fn. 7), Rdnr. 13.7; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, (Fn. 7), S. 100; *Stein/Jonas-Münzberg* (Fn. 18), Vor §704 Rdnr. 46 ff.

65) *Stein/Jonas-Münzberg* (Fn. 18), Vor §704 Rdnr. 49.

### b) 意思表示をなすことの強制 (ZPO894条)

債務者が仲裁判断の中で意思表示をすることを命じられたのであれば、ZPO894条による強制執行によることとなる。その際に、擬制の効果がZPO1055条の意味における仲裁判断の確定力のみを前提としているのか<sup>66)</sup>、あるいはさらにZPO1060条によるその執行宣言が必要かどうか<sup>67)</sup>、争われている。

ZPO894条の擬制の効果は、正しい見解によれば、広義の執行力の問題ではない。けだし、この制度の場合には単に法技術的に特別に構成されたにすぎないところの履行強制の制度が問題だからである。すなわち、債務者をしてZPO888条の方法で表示させるように強いるのに代えて、表示が単純に擬制されているのである<sup>68)</sup>。法的安全という利益において、ZPO894条は擬制の効果の発生のために裁判所の判決の確定力を要求し、仮執行では足りないとしている。仲裁判断への転用は、このことを意味している。すなわち、擬制の効果の発生にとってZPO1055条による仲裁判断の《単なる》確定力は十分ではないし、ZPO1060条による執行宣言も要求されてはならない。むしろこの意思表示をなすことが、仲裁判断が完全性という意味での存続効を獲得するとただちになされたものとする効果を生じる。この要件は、取消事由が存在しないことが同時に確定されるので (ZPO1060条2項1文, 同1059条3項4文)、それが確定力をもって執行力ありと宣言されたときか、あるいはZPO1059条3項1文の期間が徒過されたときのいずれかに満たされる。仲裁判断に対する攻

66) このように述べているのは、OLG Dresden, BB 2001, Beil. 7, 22 f.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 16), §179 Rdnr. 36 ; *Loritz*, ZJP 105 (1992), 1, 18; *Schlosser*, in Böckstiegel (Hrsg.), *Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten*, 1996, S. 105 ; *Stein/Jonas-Schlosser* (Fn. 1), §1060 Rdnr. 2.

67) このように述べているのは、BGH, JZ 1962, 287, 288 = ZJP 75 (1962), 119 mit Anm. *Schwab* ; BGH, KTS 1961, 31 f.; *MünchKommZPO-Münch* (Fn. 11), §1060 Rdnr. 3; *Musielak-Voit* (Fn. 11), §1060 Rdnr. 2; *Schilken*, in: *MünchKommZPO*, 2. Aufl. 2001, §894 Rdnr. 9; *Walter*, FS Schwab, 1990, S. 539, 557 f.; *Zöllner-Geimer* (Fn. 11), §1055 Rdnr. 2.

68) *MünchKommZPO-Schilken* (Fn. 67), §894 Rdnr. 1.

撃不可能性以上のものがZPO894条についても要求されてはならない。

### c) 登記簿への登記

疑う余地なく、登記簿への登記(HGB16条)は広義の執行に数えられる<sup>69)</sup>。この裁判にとって既にZPO1055条の確定力で十分だとすることも可能であるが<sup>70)</sup>、広義の執行力は仲裁判断の執行許可に依存するということも十分に成り立ちうる<sup>71)</sup>。正しくはここでも必ずしも確定力ある執行宣言を前提とはせず、ZPO1059条3項によって単なる期間の経過によっても生じうるところの仲裁判断の存続効に照準が合わせられなければならない。

### d) 形成力

同様のやり方で、例えばHGB133条、140条のケースにおけるがごとく、法律が一定の法律効果を裁判所の判決の形成力に結びつけている事例が解決される。形成力の発生は、対応する国家裁判所の判決の場合、その既判力によって左右され、したがって、仮執行では足りない<sup>72)</sup>。ZPO1055条とのパラレルな取り扱いもまたきわめて当然であったとしても<sup>73)</sup>、しかし、該当する仲裁判断の形成力を単にこのような一方当事者による受領によって発生せしめるというのは、間違いであろう。この判決の既判力への固執についての決定的な根拠は、すなわち、これによって付与される判断の終局性である。仲裁判断への

69) *Rosenberg/Gaul/Schilken* (Fn. 7), S. 100.

70) このように述べているのは、*Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 16), §179 Rdnr. 36; *Loritz*, ZZP 105 (1992), 1, 18; *Walter*, FS Schwab, 1990, S. 539, 555 f.; *Musielak-Voit* (Fn. 11), §1060 Rdnr. 3; *Zöller-Geimer* (Fn. 11), §1055 Rdnr. 2.

71) このように述べているのは、*MünchKommZPO-Münch* (Fn. 11), §1060 Rdnr. 3; *Thomas/Putzo-Reichold* (Fn. 10), § 1060 Rdnr. 7.

72) *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl. 2006, §133 Rdnr. 14; §140 Rdnr. 22; *Carsten Schäfer*, in: *GroßKommHGB*, 4. Aufl. 2004, §133 Rdnr. 64.

73) 仲裁判断を既判力に結びつけることに関しては、*Walter*, FS Schwab, 1990, S. 539, 554; *MünchKommZPO-Münch* (Fn. 11), §1060 Rdnr. 3; *GroßKommHGB-Ulmer* (Fn. 72), §117 Rdnr. 72.

転用の意味するところはこうである。すなわち、仲裁判断の存続効は執行許可又はZPO1059条3項において規律されている取消期間の経過のいずれかによって与えられる。したがって、HGB133条、同140条の形成力の発生が、仲裁判断が確定的に執行力ありと宣言されるということにかからしめられているとすれば、正しくない<sup>74)</sup>。

## 5. 執行許可手続の妥当領域

### a) 執行許可と存続効

第3民事部は、執行力ある内容をもたない仲裁判断の執行許可の資格を、仲裁判断は執行宣言を付与されてはじめて裁判外での紛争処理を容易にする完全な《存続効》を与えられるのだということでもって理由づけた<sup>75)</sup>。このことはたしかに正しいのだが、しかし、等しくない効力が単なる期間の経過によっても発生するのかどうかという問題が提起されなくてはならない。仲裁判断の《存続効》は、ZPO1059条3項によれば既に取消期間の経過によって付与されるのであって、執行宣言が問題なのではない<sup>76)</sup>。

BGHが指摘した事情も、3か月の期間の開始とその経過も個々のケースでは問題視される場合がありうるということは何一つ改めるものではない<sup>77)</sup>。同様の状況は判決の場合も指示されえ、それにもかかわらず、そこではその《存続効》を明確にするためのさらなる手続は存在しない。もっとも、当事者間で実際に期間経過について争いが起こったならば、確認訴訟が正当な手段であり、それは仲裁判断の完全性の確定に向けられなければならないことにならうか。完全性を有するのは、ZPO1059条3項の期間が徒過されるか、取消事由の存在しない仲裁判断である。

---

74) このように述べているのは、しかし、BayObLG, WM 1984, 809, 810; Baumbach/Hopt-Hopt (Fn. 72), §133 Rdnr. 19; §140 Rdnr. 22; K. Schmidt, ZGR 1988, 523, 536; ders., JZ 1989, 1077, 1083.

75) BGH, SchiedsVZ 2006, 278, 279 f.

76) 前記 VII. 3 参照。

77) BGH, SchiedsVZ 2006, 278, 279.

**b) 《外観》のための執行宣言のないこと**

BGHと同様に、学説上広く支持されている見解は、ZPO1060条における執行力の狭い概念とZPO1055条のそれに対応した広い理解を、執行許可は執行力ある内容をもたないような仲裁判断にも与えられるというテーゼに結び付けている<sup>78)</sup>。しかし、ZPO894条についても、広義の執行力についても、執行許可が問題とならないのであれば、何のために債権者は執行宣言を必要とするのか？これについての満足のゆく回答は明らかではない。それぞれの実際上の意味はなく、《外観》のみのための執行宣言は、それを当事者に甘受させるには高価すぎる。

**c) ZPO1055条の解釈の変更か？**

したがって、結論において、それによれば狭義の執行が可能であるような仲裁判断のみが執行宣言を付与されなければならない。BGHが執行力ある内容を有しない仲裁判断の執行宣言を許容するのであれば、対抗策としてZPO1055条の規律は修正されなくてはならない。この修正は、有効な——すなわち無効でも取消済み又は取消可能なでもない——仲裁判断が既判力を取得するのではなくて、執行宣言を付された仲裁判断にはじめて生じるという点にある。規定は次のように読まれるべきではなかろうか。すなわち、《執行宣言の付された仲裁判断は、当事者間で確定した判決の効力をもつ》。

そのような修正は、ZPO1055条の文言とは合致しないかもしれない。もっと鋭く言えばZPO1055条の修正は何もを残さないこととなるように定式化されるのだろうか。けだし、実際には仲裁判断には何物も生じず、執行宣言によってはじめて確定判決の効力が付与されるからである。はたしてBGHが実際にそこまで進もうとしたのかどうかは、明らかではない。もしもそうでなかったとすれば、しかし、執行力のない仲裁判断の執行許可は、実際には、仲裁判断が裁判所によって完全であると確認された場合に、ひよっとすると《よりよく

---

78) Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1060 Rdnr. 2.

感じる》仲裁判断債権者の認識上の利益を満足せしめる結果をもつにすぎない。そのため権利保護の必要性は付与されない。その限りでは、その適法性が同じく否定されなければならないところの抽象的法律問題および孤立した事実の確認の訴えの場合と異なることはない<sup>79)</sup>。国家の司法機構はまさしく《外観のための》活動はしていない。

かくして事例1はBGHがしたのとは異って判断されなければならない。仲裁判断が執行力ある内容を持たなかった限りにおいて、執行宣言は拒絶されなくてはならない<sup>80)</sup>。

## 6. 具体的問題：公序に反する仲裁判断の存続効

### a) 取消手続と執行許可手続の非対称

内容上執行力のない仲裁判断の執行許可をめぐる不明確性と見解の対立は、深刻な具体的問題、すなわち立法者が取消手続と執行許可手続を不完全にし相互に調整しなかったということを覆い隠している<sup>81)</sup>。

もし取消手続と執行許可手続の完全な対称を確立するのであれば、既判力をともなった取消申立ての棄却だけではなく（ZPO1060条2項2文）、さらにZPO1059条2項3号による期間の懈怠の排除効にも執行許可手続についての拘束力を認めることが要求されていたであろう。しかし、まさにこのことはZPO1060条2項3文において部分的に、すなわちZPO1059条2項1号の取消事由を顧慮して、命じられているにすぎない。もし取消申立てがなされることなくZPO1059条3項の3か月の期間が徒過されるのであれば、ZPO1059条2項1号の取消事由は執行宣言手続についても失われる。つまり、それはもはや執行許可拒否事由としても問題とはならない。しかし、このことはZPO1059条2項2号の取消事由について妥当しない。つまり、それは取消の訴えのため

79) BGHZ 68, 331, 334 ff.; BGH, NJW-RR 1992, 252; Stein/Jonas-Schumann (Fn. 38), §256 Rdnr. 27 ff.; Zöller-Greger (Fn. 11), §256 Rdnr. 5.

80) 注1) とともに、前記Iを参照。

81) 前記V. 2参照。

の期間の徒過後も、執行宣言に対する防御として、なお持ち出されうる<sup>82)</sup>。仲裁手続法改正委員会はもう一歩先へ進むことを欲し、ZPO1059条3項の期間の懈怠の場合にZPO1059条2項2号a)文による仲裁適格の欠缺という取消事由をも執行許可手続について失われるとしたが<sup>83)</sup>、政府草案はこの点では異なった決断をした<sup>84)</sup>。

かくして、なぜZPO1060条2項3文は、ZPO1059条2項2号の取消事由をZPO1059条3項の取消期間の徒過の事例において執行許可手続についてのみ維持し、取消手続自体について維持しなかったのかという問題が提起される。もしZPO1059条3項の取消事由が、執行許可手続において期間徒過にもかかわらず斟酌されなくてはならないほどに重要であるのだとすれば、なぜ、それで理由づけられた取消申立ては、それにもかかわらず3か月の期間の経過でもって不適法なのか？委員会草案の起草者は、ZPO1060条の政府草案の起草者同様に、この問題を見て、ZPO1059条3項の遮断効は同じようにZPO1059条2項1号（および場合によっては2号a文も）の取消事由に限定されると考えた<sup>85)</sup>。少なくともZPO1059条2項2号b)文の取消事由を期間制限なしに自由に使わせるという解決策は、仲裁判断それ自体の取消不可能性が《債務者にとって直接的な不利益を》伴わないとの理由づけで許否された<sup>86)</sup>。

公序に違反した仲裁判断に対する取消申立ての懈怠が債務者にとっては不利益ではないというこの判断は、債務者がZPO1055条の既判力の効果にさらされたままであるので、不適切である。そこでは第二の手続に対する遮断効、す

---

82) Begründung zum Entwurf eines Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes, BT-Drucks. 13/5274, S. 61; BGHZ 142, 204, 206; BGHZ 145, 376, 380 = ZZZ 114 (2001), 351 mit Bespr. *Voit*.

83) Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts, hrsgg. vom BMJ, 1994, S. 65, 204 f.

84) BT-Drucks. 13/5274, S. 61.

85) Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts (Fn. 83), S. 205; BT-Drucks. 13/5274, S. 61.

86) Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts (Fn. 83), S. 205; BT-Drucks. 13/5274, S. 11, 61.



なわち第二の判断との関係での先決的効力又は拘束力が問題である<sup>87)</sup>。この両方の判決の効力は、公序違反の仲裁判断の場合にも取消申立てが ZPO1059 条 3 項によって期間徒過されるとただちに明示的に生ずる。

#### b) オーストリア法の解決

ZPO1059 条 2 項 1 号の放棄可能な取消事由については期間徒過の遮断効は適切であるが、おそらく取消手続のみならず執行許可手続においても職権で斟酌されなくてはならないところの ZPO1059 条 2 項 2 号の放棄不能な取消事由の場合には、その妥当性に疑いが持たれる<sup>88)</sup>。当事者の処分が否定されている取消事由が、—— 期間を遵守して —— 提起された取消申立て又は執行宣言について判断されるべき場合にのみ考慮され、仲裁判断の効力が顧慮されるべきその他全てのケースにおいてはそうではないということは正しくは理解できない<sup>89)</sup>。

オーストリア法はこの点において、4 つの判断を一貫したやり方で相互に組み合わせることで、ドイツ法よりも本質的に説得力がある。すなわち ——

1. オーストリア民事訴訟法（以下「öZPO」とする）607 条によれば、仲裁判断は国家裁判所の確定判決と同様の効力をもつ。
2. 国内仲裁判断の場合、当然の帰結として執行許可の必要性はない（öZPO606 条 6 項参照）。
3. 取消の訴えは öZPO611 条 4 項によって 3 か月の期間制限にかかる。
4. 仲裁適格の欠缺および公序に対する違反という職権で斟酌されるべき取消事由は、取消期間が経過する場合、öZPO613 条により執行手続又はその他の後続手続の障碍となる。

öZPO613 条は、取消の訴えの期間徒過に関するドイツの ZPO1059 条 2 項 2

87) *Schwab/Walter* (Fn. 14), Kap. 21 Rdnr. 5; *Stein/Jonas-Schlosser* (Fn. 1), §1059 Rdnr. 8 f.

88) *Solomon* (Fn. 28), S. 210 f.

89) *Solomon* (Fn. 28), S. 210 f.

号という特別の再審事由を維持しているので、仲裁判断の副次的な審査が国家による権利保護の独占と公の秩序の保護のために可能になっている<sup>90)</sup>。かくして職権で斟酌すべき取消事由が存在する場合には常に、仲裁判断の全ての効力が停止されるということが保証されている。

### c) ドイツ法における修正の可能性

#### a a) 提案

ドイツ法は、一方で、なぜ公序違反を執行宣言がずっと後になってもなお仲裁判断の同時的な仲裁判断の取消によって拒絶されなければならないほど重視しているが、しかし既判力の効力をその他の点では維持し続けるのかが、問われなくてはならない。学説上この矛盾を一掃するために、2つの異なった提案がなされている。

- ZPO1059条2項2号による取消事由が主張されうる限りにおいてのZPO1059条の期間の経過を超えた取消申立ての許容<sup>91)</sup>。
- 仲裁判断の中で確定された法律効果が第二の訴訟で有用になる限りにおいての公序に違反した仲裁判断の副次的な審査の開始<sup>92)</sup>。

#### b b) 副次的審査か？

二番目に言及された、誤りのある仲裁判断の先決的効力を制限するという解決は、ZPO1055条と公然たる対立関係に立つ。もしも仲裁判断が副次的にありうる瑕疵を審査されたとすれば、判決と仲裁判断の同等取扱いを可能にする最終的な要素が取り去られることになる<sup>93)</sup>。

しかし、ZPO1055条との適合可能性を除いても、仲裁判断の副次的なコン

---

90) 詳細は、*Oberhammer*, in: *Rechberger* (Hrsg.), *Entwurf eines neuen Schidtsverfahrensrechts*, 2002, S. 142 ff. 参照。

91) このように述べているのは、*Gaul*, FS *Sandrock*, 2000, S. 285, 297.

92) このように述べているのは、*Solomon* (Fn. 28), S. 211 f.

93) *Solomon* (Fn. 28), S. 208.

トロールを許容することは困難な考慮にぶつかる。なぜならば、それはほとんど公序に対する違反に限定されないだろうからである。したがって、ZPO1060条2項3文は単にZPO1059条3項の期間の拘束の公序に対する違反の異議からだけではなくて、同じく仲裁適格の欠缺（ZPO1059条2項2号a文）の抗弁からも解放する。少なくともこのような取消事由にもとづいて副次的なコントロールが拡大されなくてはなるまい。これもまたオーストリア法の解決に合致していることは、ほとんど驚くべきことではない<sup>94)</sup>。

これに対して、ドイツ法では取消事由の副次的審査は問題にならない<sup>95)</sup>。仲裁判断の既判力は、予定された法的救済についてのみ除去がなされ、したがってまずはZPO1059条による取消申立てによってなされ、またしかし、執行許可申立ての失敗の結果としても除去がなされる（ZPO1060条2項1文）。仲裁判断が取り消されない限りにおいて、それは判決と同様の効力を生じさせる<sup>96)</sup>。

c c) 期間徒過にもかかわらずのZPO1059条2項2号による取消申立てか？

法律の修正のための両方の提案の前者、すなわちZPO1059条2項2文の取消事由のみが主張されうところのZPO1059条3項において規律された期間を超えて取消申立てを許容することもまた<sup>97)</sup>、正当にも通説によって拒絶されている<sup>98)</sup>。立法者は、ZPO1059条3項におけるそのような留保をまさにすることなしに、ZPO1059条2項2号による取消事由を執行許可手続についてのみ存続させたのである<sup>99)</sup>。このことは注意の欠如のゆえにではなく、完全

94) 前記 VII. 6. b) 参照。

95) MünchKommZPO-Münch (Fn. 11), §1055 Rdnr. 7, 16; Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1055 Rdnr. 7, 8, §1059 Rdnr. 25 ff.; Musielak-Voit (Fn. 11), §1059 Rdnr. 1.

96) W. Bosch (Fn. 14), S. 90 ff.; Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1059 Rdnr. 28; MünchKommZPO-Münch (Fn. 11), §1055 Rdnr. 7, 16.

97) このように述べているのは, Gaul, FS Sandrock, 2000, S. 285, 297.

98) MünchKommZPO-Münch (Fn. 11), §1059 Rdnr. 28; Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 1), §1059 Rdnr. 25; Musielak-Voit (Fn. 11), §1059 Rdnr. 37.

99) BT-Drucks. 13/5274, S. 60.

に法的安定性と仲裁判断の存続効に対する関心のゆえに行われた<sup>100)</sup>。たしかにもっともな理由が期間徒過の効果を緩和することにプラスの材料を提供しており、それは、すなわち、とりわけ ZPO580条による原状回復事由の存在する場合にである<sup>101)</sup>。理由なしにではなく、オーストリアの立法者は、これらのケースについて、öZPO611条4項1文の厳格な3か月の期間を規定の3文において再審訴訟について妥当しているöZPO534条の期間によって置き換えたが、その期間というのは、まず刑事裁判所の有罪判決の確定によってはじめて進行を開始する<sup>102)</sup>。この解決が非常に説得力のあるものであったとしても——ドイツの立法者はそれを検討し、拒絶したのである<sup>103)</sup>。法解釈論はこの決断を避けて通ることはできない。

#### d d) 損害賠償法上の解決

これら全てによれば、ZPO1055条は仲裁判断に確定判決の効力を付与するということを維持し続けている。この説明は、たしかに、既判力の効力が仲裁判断の有効性ではなく、正当にもその存続効に結びつけられている限りでは正しい。しかし、仲裁判断の存続効は必然的に執行宣言を必要とするわけではない。けだし、同一の結果は、ZPO1059条3項の取消期間の経過でもって生じるからである。

ZPOの仲裁手続法の中に見られる綻びは、ZPO1060条2項3文による公序に違反した仲裁判断は執行宣言を付与されてはならないが、取消申立ては3か月の期間の経過の後はおそらく不適法であるという点にある。それによって惹起された厳格さを立法者は少なくとも部分的に認識しており、それを不法行為法の枠組みでの解決に引き入れようと欲した<sup>104)</sup>。BGB826条という民事訴訟

100) 詳細は、Schlosser, FS Gaul, 1997, S. 679 ff.

101) 有力なのは、Gaul, FS Sandrock, 2000, S. 285, 293 ff.

102) ドイツに関して、ZPO586条1項、同2項1文参照。

103) 注121) とともに、後記 VIII. 3. を参照。

104) 注121) とともに、後記 VIII. 3. を参照。

上の異種は、ここでは重大な誤りのある仲裁判断の強制執行の場合と既判力の拘束の場合の耐え難い硬直性を避けるための《非常の救済措置》としての役割を演じている。ここでこの解決がいまやさらに詳しく検討されなくてはならない。

## Ⅷ. 非常の救済措置：悪意による仲裁判断の詐取又は利用による損害賠償

### 1. 判決の場合の法状況

既判力ある判決はもはや上訴によって取り消されえないが、しかしZPO588条以下の再審法理に服する。後者は、特に重大な瑕疵を有する既判力を除去し、新たな判決のための道を空けるために奉仕する。その際に、法律は、裁判所の適正な構成や適法な当事者の代理が問題であるところのZPO579条1項のいわゆる無効事由とそのテーマが広い意味での判決詐取であるところのZPO580条の原状回復事由とを区別している。実務における原状回復訴訟の有効性は非常に限定されているが、それはZPO581条1項によれば常に判決詐取行為にもとづく刑事裁判所の確定有罪判決が要件とされているからである。

おそらくまたそれゆえに、判例は、とりわけ債務名義を有する債権者が真の事実関係について裁判所を欺罔することによって実体的に不当な判決を詐取したか、又は不当判決が不愉快なやり方で利用されたという、濫用的な訴訟上の行態という重大な事例をカバーしうるためにBGH826条を活用した<sup>105)</sup>。これらの要件が存在する場合に、例えば既判力が打破されて、手続が再び開始されるのではない。名義債務者はその者に不利な判決の取消しも強制執行を許さない旨の宣言も(ZPO775条1号)要求することはできず、《単に》強制執行をしないことおよび債務名義の返還を要求し得るにすぎない<sup>106)</sup>。良俗に反し

105) 詳細は、MünchKommBGB-Wagner, 4. Aufl. 2004, §826 Rdnr. 130 f.

106) RGZ 61, 359, 364 f.; BGHZ 26, 391, 394; MünchKommBGB-Wagner (Fn. 105), §826 Rdnr. 133.

て損害を受けた判決債務者は、BGB242条による権利濫用の抗弁でもって、後訴における先決的効力の主張に対処することができる<sup>107)</sup>。

## 2. 仲裁判断に対する取消事由としての判決の場合の原状回復事由

判決について妥当する ZPO580条 1号から 6号の原状回復事由は、かつては ZPO 旧1041条 1項 6条によって明示的に関連付けられ、それによって取消事由へ転換されていた。新仲裁法の起草者は、模範法に依拠することを選択し、ZPO という《国家法的性質の》部分を参照することを避けようとしたので、ZPO1041条 1項 6号を維持することを放棄した<sup>108)</sup>。しかし、注目すべきことには、取消事由の範疇から旧 ZPO1041条 1項 6号を削除することによって、本質においては何一つ変更されてはいない。立法理由によれば、ZPO1059条 2項 2号 b) 文の手続法上の公序の枠内で、再審事由が斟酌されなくてはならない<sup>109)</sup>。

仲裁判断が偽造文書 (ZPO580条 2号) の利用によって、あるいは訴訟詐欺もしくは仲裁人の取賄 (ZPO580条 4号, 5号) によって詐取された場合、又は仲裁人が法の歪曲 (ZPO580条 5号) の罪を犯した場合には、したがって常に、—— 手続法的な —— 公序に対する違反が存在する。そこから、とりわけ仲裁判断債務者が、ZPO1060条 2項 3文による仲裁判断の執行宣言を ZPO1059条 3項の期間の経過後もなお回避することができ、裁判所が原状回復事由を職権で審査しなければならないということが導かれる。たしかに ZPO580条 1号及び 3号の原状回復事由は、仲裁手続法のコンテキストにおいて、通常は無意

107) BGH, NJW 1993, 3204, 3205; 1995, 967, 968; NJW-RR 1996, 826, 827.

108) Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts (Fn. 83), S. 199; Begründung zum Entwurf eines Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes, BT-Drucks. 13/5274, S. 59.

109) Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts (Fn. 83), S. 199; Begründung zum Entwurf eines Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes, BT-Drucks. 13/5274, S. 59; BGHZ 145, 376, 380 = ZJP 114 (2001), 351 mit Bespr. Voit; Schlosser, FS Gaul, 1997, S. 679, 681 ff.; これに対して批判的なのは, Gaul, FS Sandrock, 2000, S. 285, 293 ff.

味である<sup>110)</sup>。仲裁廷の面前では何人もドイツ刑法（以下「StGB」とする）153条以下による偽証の罪を犯しえない。けだし、仲裁廷は本条の意味における《裁判所》でもなければ——それは単に国家裁判所のみが考えられているからである<sup>111)</sup>——、宣誓をさせる資格もないからである<sup>112)</sup>。ある国家裁判所がZPO1050条1文に基づいて仲裁廷の援助のために活動をしているという場合に、これに対して偽証罪が行われ、仲裁廷がこれにもとづいて自らの判断を行った場合は別である。

BGHは、先ほど略述した、新仲裁法の起草者たちによって意図された法状況を確認したが、しかし他方で、第3民事部はZPO581条の制限をZPO1059条2項2号b)文の公序の留保に読み取ることによって、それを緩和した<sup>113)</sup>。ZPO580条1号から5号に掲げられた事由による仲裁判断の取消は、そこで要件とされた刑事上罰すべき行為を理由に刑事裁判所の確定した有罪判決がなされた場合のみ考慮される。このような要件が満足されるのは全く稀なことなので、債務者が不正な手段で獲得された仲裁判断に対して取消手続又は執行許可手続を選択しようとする場合に、ZPO580条にもとづく救済申立ては、通常は問題とはならない。

### 3. 仲裁判断に対する BGB826条に基づく法的救済

第3民事部がZPO1059条2項2号b)文に基づく仲裁判断の取消に対するドアをZPO581条に対応した刑事裁判所の有罪判決の要件へ固執することによって閉ざした限りにおいて、BGHは同時に他のドアを、すなわちBGB826条を利用して仲裁判断を攻撃するというドアを開いた<sup>114)</sup>。それによれば、仲

110) *Geimer/Nacimiento*, SchiedsVZ 2003, 88, 91; *Rüßmann*, FS Schlosser, 2005, 785, 788 f. もこのように述べている。

111) 多くに代えて, *Lenckner*, in Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, §154 Rdnr. 7 参照。

112) BGH NJW 1965, 298, 300; *Zöller-Geimer* (Fn.11), §1042 Rdnr. 32; §1050 Rdnr. 1. §1035 Abs. 2 ZPO a. F. は、明確な規律を含んでいた。

113) BGHZ 145, 376, 381 = ZZZ 114 (2001), 351 mit Bespr. *Voit*.

114) これについて一般的には, *MünchKommBGB-Wagner* (Fn. 105), §826 Rdnr. 128 ff.

裁判断の執行宣言は、ZPO1059条2項の拒否事由を超えて、《申立ての相手方にとって有利に良俗に反した故意の侵害の抗弁（BGB826条）が利用された場合》にも拒絶されなくてはならない<sup>115)</sup>。ZPO1059条2項2号b)文による公序の抗弁と全く同様に、この執行許可障碍もまた、ZPO1059条の期間の経過に対抗しうる<sup>116)</sup>。要件上、国家の判決の場合も一定の役割を演ずる事例群、すなわち判決の詐取と不当と判断された債務名義の悪意による使用が、問題である<sup>117)</sup>。たしかにBGB826条の法律効果は損害賠償に向けられているが<sup>118)</sup>、しかし申立ての相手方はその者に生じた賠償請求権を仲裁判断債権者の執行許可申立てに対して対抗することができ、かくしてBGHの理解によれば、そもそも仲裁判断が、最初に執行宣言を付与されるということを阻止することができる<sup>119)</sup>。

明白な誤判の訂正のためにBGB826条を活用することは、判決の場合には、非常に厳格な再審法を修正することに奉仕し、まさにそれゆえに、今日に至るまでその正当さの点において激しく争われている<sup>120)</sup>。このような争いは仲裁手続法のコンテキストにおいては役割を演じていない。なぜならば、立法者自身がZPO1059条2項における取消事由の限定された形成とZPO1059条3項の基準にもとづく期間設定を正当化するために、《損害賠償法》を指示したからである。判決の詐取という例外的な事例について、《損害賠償法は》適当な解

---

115) BGHZ 145, 376, 381 f. = ZZZ 114 (2001), 351 mit Bespr. *Voit*.

116) BGHZ 145, 376, 382 = ZZZ 114 (2001), 351 mit Bespr. *Voit*.

117) BGHZ 145, 376, 382 = ZZZ 114 (2001), 351 mit Bespr. *Voit*; 一般的には、MünchKommBGB-*Wagner*, §826 Rdnr. 130 f. (Fn. 105) がさらなる証明を伴っている。

118) MünchKommBGB-*Wagner* (Fn. 105), §826 Rdnr. 133 参照。

119) BGHZ 145, 376, 383 = ZZZ 114 (2001), 351 mit Bespr. *Voit*.

120) *Gaul*, Die Grundfragen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe, 1956, S. 99 ff.; *Jauernig*, ZZZ 66 (1953), 398 参照; BGH は BGHZ 50, 115, 117 ff. において批判に答えた; MünchKommBGB-*Wagner* (Fn. 105), §826 Rdnr. 129; *Rosenberg/Schwab/Gottwalt* (Fn. 16), §161 Rdnr. 4 ff., はそのつどさらなる証明を伴っている; *Leipold*, in Stein/Jonas, ZPO, 21. Aufl. 1998, § 322 Rdnr. 270 も参照。



決を提供する、という<sup>121)</sup>。言うまでもなく、起草者の理解は批判されているが、それは、BGB826条の適用が仲裁判断の既判力(ZPO1055条)とは両立しない<sup>122)</sup>というテーゼから、おそらくは引き出されている。すなわち、現行仲裁手続法のコンテキストにおいて、BGB826条に基づく法的救済は放棄不可能である。仲裁判断が著しい瑕疵を有する場合でさえ3か月経過後の取消し排除するZPO1059条3項の規律は、必然的に修正的な作用を有する法的救済による釣り合わせを必要とする<sup>123)</sup>。このようなものとして期間経過後の取消申立ても、仲裁判断の完全性の副次的審査も考慮されないが、それはZPO1055条、同1059条の法律のシステムを破壊するだろうからである<sup>124)</sup>。それゆえ、起草者の観念と完全に一致してBGB826条に基づく解決をもたらす以外の道は残されていない。この解決は、かてて加えて、BGB826条が強制執行を妨げるばかりではなく<sup>125)</sup>、BGB242条を介して仲裁判断の先決的効力をも排除しているので<sup>126)</sup>、それが仲裁判断のあらゆる効力を排除するという重要な長所を有している。

#### 4. 執行許可手続の訴訟物にとっての帰結

最後に、仲裁判断が判決同様にBGB826条にもとづく攻撃に服するということから執行許可手続の訴訟物にとって生じる帰結が検討されなければならない。BGB826条が問題であるところの事例群に鑑みて、この法的救済がまさにZPO1059条の取消事由と同様に取り扱われなくてはならないということは自明であり、その結果、ZPO1059条3項の期間の経過は、執行許可手続の中でそれを斟酌することを排除していない。

これに対して、学説上、BGB826条にもとづく請求に関しては、執行許可手

---

121) BT-Drucks. 13/5274, S. 60.

122) *Gaul*, FS Sandrock 2000, 285, 292, 295.

123) 前記 VII. 6。

124) 前記 VII. 6 c。

125) 注106) 参照。

126) 注107) 参照。

続で判断されるべきではなくて、独立して実施される ZPO767条による請求異議訴訟へ指示されるべきだとする見解が主張されている<sup>127)</sup>。かくして、仲裁判断において債務名義化された請求権に対する実体法上の抗弁は、一般的に請求異議訴訟の手続へ指示されるだろうという、広く認められている立場に服することが確立される。この問題についてはさらに後に立ち入るであろう<sup>128)</sup>。仮に実体法上の抗弁が執行許可手続に属さないということが正しいとしても、少なくとも BGB826条の法的救済は、それにもかかわらず ZPO1060条の枠内で斟酌されなくてはならないのではなからうか。すなわち、この制度が損害賠償法的な外観をまとっているにもかかわらず、ここでは取消事由という全く発育不全の範疇の付属物が問題であり、それについては ZPO1059条、1060条の評価が基準になっている<sup>129)</sup>。しかし、もし ZPO580条の原状回復事由が、表明された立法者の意思によればその場所を ZPO1059条 2 項 2 号 b) 文の中に見つけ、ZPO1060条 2 項の関係で全く独立に執行許可手続において斟酌されるべきであるとするならば、BGB826条による法的救済を、請求異議訴訟の手続へ指示することに代えて、まさにそのように取り扱うことは規範的に一貫し、実際のかつ経済的である。

## 5. 仲裁判断の執行宣言後にもかかわらずなされる保護

仲裁判断が既に執行宣言を付されたが、しかし裁判所の判断が既判力を生じる前に仲裁判断の債務者が申立人の悪意による行態を経験するならば、ZPO1065条の不服申立てが、BGB826条に基づく請求権を主張するための正しい道である。

執行宣言を含む決定が既に既判力を生じているならば、BGB826条がまだ利用できる。さもなければ、強制執行の不作为と債務名義の返還を求める訴えが

127) *Borris/Schmidt*, SchiedsVZ 2004, 273, 276 f.

128) 後記 X 参照。

129) *MünchKommBGB-Wagner* (Fn. 105), §826 Rdnr. 129.

提起されなくてはならない<sup>130)</sup>。この意味における債務名義は、ZPO794条1項4 a号による強制執行の基礎をなす《裁判》としての執行許可決定である。裁判所の判決と同様に、不当な判断が下された手続には、BGB826条という非常の救済に対する遮断効は存しない。結局、窃盗犯人は、所有者に対して、所有者が彼に容易に窃取させたということを援用することができないのと同様である。もっとも、BGB826条は欠陥のある訴訟上の行態を正すために濫用されてはならないということは、常に顧慮されなくてはならない。既に執行許可手続において陳述されえたであろうし、そうすべきであったであろう抗弁は、BGB826条に基づく訴えを補強するのに適切ではない<sup>131)</sup>。

かくして以下のことが明らかになる。すなわち、執行宣言は仲裁判断を後になって提出された攻撃から不完全に保護することを可能にする。たしかにBGB826条にもとづく法的救済は形式上は仲裁判断（ZPO1055条）と執行許可決定の既判力を打破しないが、しかし、それはこれらの文書から事実上その効力を取り除く<sup>132)</sup>。ZPO1059条3項によって命じられた取消申立ての期間徒過も、決してそれを変更するわけではない——判決の場合に控訴又は上告期間の経過がBGB826条の主張を排斥するのと全く同じくらいにわずかである。このような法状況は決して異常なものではなくて、1998年の仲裁手続法改正の施行まで法律の中にあった。旧ZPO1040条は、ZPO580条1号から6号の原状回復事由を援用することを、仲裁判断が既に執行宣言を付された場合にもなお、明示的に許容していた<sup>133)</sup>。

この法状況が、例えば上で発見された、内容上執行することのできない仲裁判断が執行宣言を付されえないという結論を変更しうるかどうかという問題が

130) 後掲注106)。

131) MünchKommBGB-*Wagner* (Fn. 105), §826 Rdnr. 130.

132) MünchKommBGB-*Wagner* (Fn. 105), §826 Rdnr. 129 a.E., (RGZ 78, 389 を援用) 参照。既判力の効力は、《この既判力が違法性を認識して、不法に法の外観を与える目的で惹起されたところでは作用させられてはならない》。

133) Stein/Jonas-*Schlosser* (Fn. 47), §1043 Rdnr. 2; Wieczorek/Schütze-*Schütze* (Fn. 47), §1043 Rdnr. 4.

提出されうるかもしれない。答えは消極的である。まさに BGB826条の法的救済が ZPO1059条 3項の期間の経過後も仲裁判断の執行宣言とちょうど同じように存続するがゆえに、債権者が執行許可によって、その限度で法的安定性の増大を享受することはない。BGB826条にもとづく法的救済に対する仲裁判断の《存続効》は、したがって、その執行宣言によっても担保されえない。

## 6. 管 轄

不法行為の訴えに関する土地管轄は、原則的に ZPO32条から生ずる。本条の意味での行為地は、そこで強制執行が迫るか又は既らに実施された地である<sup>134)</sup>。しかし、ZPO1059条 2項 2号の取消事由および執行許可事由と BGB826条にもとづく法的救済の緊密な内的関連に鑑みて、その限りで、特に ZPO1062条 1項 4号を類推適用するということの根拠を示すことになる<sup>135)</sup>。それによれば、仲裁手続について管轄を有する高等裁判所は、仲裁判断の取消及び執行宣言だけでなく、BGB826条でもって指示され、強制執行の不作为と債務名義の返還が要求される訴えについての裁判をも義務付けられている。かくして、債務名義を作出したまさにその裁判所が、その返還について、強制執行を阻止するための裁判をもするということが保証される。

[未完]

---

134) OLG Hamm, NJW-RR 1987, 1337; OLG Koblenz, NJW-RR 1989, 1013; OLG Schleswig, NJW-RR 1992, 239, 240, OLG Köln, OLGR 2001, 226; Zöller-Vollkommer (Fn. 11), §32 Rdnr. 17.

135) Schlosser, FS Gaul, 1997, S. 679, 688; Nelle, Anspruch, Titel und Vollstreckung im internationalen Rechtsverkehr, 2000, S. 565 f.