慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

| | |
|---|---|
| Title | いわゆる外国仲裁判断の効力に関する試論的考察 |
| Sub Title | A basic study on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards |
| Author | 山田, 恒久(Yamada, Tsunehisa) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 1988 |
| Jtitle | 法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.61, No.7 (1988. 7) ,p.32- 62 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 論説 |
| Genre | Journal Article |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19880728-0032 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

法学研究61巻7号（'88：7）

# いわゆる外国仲裁判断の効力に関する試論的考察

山田恒久

一、はじめに
二、従来の考え方
三、学説の疑問点
四、民事訴訟法の直接適用
五、おわりに

## 一　はじめに

ある私的な法律関係において、その法律関係が円滑に継続している間はともかく、一旦なんらかの摩擦が生じると、その修復は困難なものとなる。まして、渉外法律関係においては、多くの障害が存在していることは否めない。この摩擦が修復されず、ついには法的な紛争に発展してしまったとき、私的渉外法律関係の紛争を解決するためになされる訴訟では、各国における手続の相異のゆえに、当事者は外国における不慣れな訴訟を強いられる結果となるうえに、

下された判決の承認及び執行の点でも、多くの難しさを含み、現時点では、甚だ心もとないものと言わざるをえない。こうした状況の下で、多くの渉外取引においては、現在の紛争あるいは将来起こる紛争を解決し又は予防する手段として、訴訟とは異なった仲裁制度に、これを委ねようとする動きが顕著である。とりわけ、各国の商工会議所などが中心となって整備しつつある各国の仲裁協会[1]の発達には、めざましいものがあり、国家の枠組みを越えたこれらの仲裁協会の活動は、とかく難しいものとなりやすい私的渉外法律関係の紛争を、解決する手段として、大きく貢献するであろうことは、想像に難くない。又、判決の承認及び執行に関する条約[2]の整備の立ち遅れに比して、ジュネーブ議定書、ジュネーブ条約、ニューヨーク条約という一連の、仲裁判断の承認及び執行に関する条約の存在[3]は、仲裁制度に対して多大な期待がかけられる、大きな要因となっているといえよう。

しかし、このような、陽の社会的要因に対して、我国においては、国内でなされる仲裁制度そのものが、十分機能してきたとはいえず、その理論的発展も、利用頻度の低さゆえに、十分であったとはいいがたい点が、少なからずあるように思われる[4]。

本稿は、右のような意識から、仲裁制度、とりわけ、いわゆる外国仲裁制度の若干の考察を、目的とするものである。とはいえ、この仲裁制度の諸問題を、すべて網羅的に扱うには、その問題が広範にわたりすぎるため、検討が不十分となる危険性が少なからずある。そこで、本稿では、その問題領域を、手続の終点である仲裁判断の承認・執行、殊に、その効力の問題に限定する。そもそも、手続とは、一定の目的に向けられた行為の連鎖であり、個々の行為は、その手続の終点たる目的との関係において、初めて意味をもつものであるから、仲裁制度の考察の手はじめとして、仲裁手続の終点たる仲裁判断に、議論の焦点を据えることも、あながち不当では無いように思われるからである。

## 二　従来の考え方

### (1)　通説

民事訴訟法には、明文の規定がない事を理由に、いわゆる外国仲裁に対しては、民事訴訟法第八編の規定の直接の適用はないと、考えるのが、通説である。(5)

通説の論旨を要約すると、私法上の契約に類似した仲裁契約を契機としてなされた、私的な裁判とも言うべき仲裁判断は、訴訟地の手続法に服せしめるのは妥当ではなく、一般の債権的行為と同様に、我国の指定する準拠法の下で、その有効性が判断されるべきであり、この外国仲裁判断の効力を認めるためには、当該仲裁判断が、その準拠法上、有効に成立していることが必要であるとする。換言すれば、この仲裁判断に取消原因があるか否かは、まさに仲裁判断の成立、効力にかかわる事柄であり、それは、判断の執行を求められた国の法律ではなく、その仲裁判断の準拠法にてらして考えるべきであるということになる。

ところで、通説をいわゆる外国仲裁判断の承認の段階と、執行の段階にわけて検討してみると、論者によって、若干の相異が見られる。ここでいう承認の問題とは、既判力の付与の段階の問題であり、執行の問題とは、執行判決手続の段階の問題のことである。かつて、外国判決について、承認と執行とが明確に区別されておらず、執行判決に関する規定しか持たなかった民事訴訟法が、これを承認するための要件を、新たに設けたように(大正一五年の改正)、承認することと、執行を許すことのあいだには、単なる概念的な問題として、両者の区別が可能であるというだけではなく、その取扱いのためには、仲裁判断に関しても、この区別が、明確に為されねばならない必然性があるように思われる。また、例えば、ニューヨーク条約三条には、「各締約国は、次ぎの諸条に定める条件の下に、仲裁判断を拘束力のあるものとして承認し、かつ、その判断が援用される領域の手続規則に従って執行するものとする……」と定

められており、[6] 承認の要件は、ニューヨーク条約に定められる（同条約四条以下）要件により、執行の手続は、各国の手続規則によるというように、両者はその取扱いの上から明確に区別されている。従って、右のような区別を前提に、意識的に両者を区別して考察することも、あながち不当ではないように思われるのである。

通説のなかには、右のように承認が執行と独立してなされると考える所説があり、これによれば右に掲げた要件を満たせば、仲裁判断は執行判決を経ずに、既判力を認められる結果、他の訴訟の先決関係の基準ともなる。[7] しかし、他方で、通説のなかには、執行判決手続を経て、初めて既判力も付与されると考える所説もある。[8] 後説によると、執行判決以前には、仲裁判断は基準性を持たない。換言すれば、後説では執行判決手続が、承認手続をも兼ねていることになる。そのうえ、前説に従えば、既判力の発生自体は、民事訴訟法にはよらないにしても、執行判決手続以前に、我国において既判力が認められている結果、我国において効力を有する仲裁判断として、「仲裁判断ニ因リ為ス強制執行ハ執行判決ヲ以テ其許ス可キコトヲ言渡シタルトキニ限リ之ヲ為スコトヲ得」とする民事訴訟法八〇二条一項が、直接適用される。これに対して、後説では、執行判決手続が、承認手続をも兼ねるので、執行判決以前には、我国において、有効な仲裁判断と評価してよいか否かは、未だ明らかとは言えず、執行についても、直接にこの規定を適用することは、許されない。従って、本来なら外国仲裁判断の執行を許すための、特別な手続規定が必要ではあるが、我国には、その明文の規定がない。とはいえ、国際的な条理からみて、何等かの方法により、一定の要件の下で、この執行を許すほかはない。この方法として、内国の手続規定が類推される方法が、とられている。いわば、この両者の立場の相異は、執行判決手続の条文根拠についての相異につながる。この相異は、両者を一概に、一つの説としてくくることを許さない。とはいえ、多くの論者は、承認手続を執行判決手続に含ませていると理解できるので、以下には、一般に通説と考えられている所説のうち、特に承認を執行手続内で行うとする所説を、通説として扱うことにする。

（2）判例

我国において、いわゆる外国仲裁判断の承認・執行を扱った判決の数は、ごく僅かである。最近の唯一の例外を除けば、一貫して、外国仲裁判断にも、民事訴訟法の適用ないしは準用があるという立場に立ってきたとされている。しかし、一貫しているとされる、この従来の判例の立場は、必ずしも明瞭ではないように思われる。

イ、大審院大正七年四月一五日判決（民録二四輯八六五頁）

ドイツ人と英国人との間で、仲裁の準拠法を英国法とする合意のもとで、我国の神戸で為された仲裁判断の執行が求められた事例では、民事訴訟法が、直接適用されることに、何等の疑いも挟まれていない。判旨は、「……民事訴訟法第七八六条以下ニ規定セル仲裁契約ハ仲裁人ヲシテ民事上ノ争訟ヲ判断セシムル合意ニシテ其結果当事者ハ妨訴抗弁ヲ有スルニ至リ又此契約ニ基キテ為サレタル仲裁判断ハ確定判決ト同一ノ効力ヲ有スルニ至ルカ故ニ斯ル契約ハ民事訴訟法上ノ契約ニシテ実体法上ノ契約ニアラス……」と判示して、民事訴訟法の直接適用の論拠とした。もともと、一部の通説が民事訴訟法を直接適用せず、当該仲裁の準拠法の下で有効に成立するか否かによりその効力を判断せざるを得ないとした理由は、当該仲裁の仲裁契約が、訴訟契約に対置される、いわば、私法契約（ないしは、準私法契約）として、構成されているからであり、[9] 判旨と通説の差異は、この仲裁契約の評価の差異に由来しているともいえる。とはいえ、その相異が、総ての外国仲裁の取扱いにあてはまるものであるか否かは、未だ明らかとは言えない。というのは、判旨が果たして本件仲裁を、外国仲裁として把握していたかどうかは、明らかでないからである。一般に、外国仲裁か否かは、仲裁契約の準拠法によるとされる。ところが、判旨は、本件で仲裁手続の準拠法を定めた点については、当事者がその意思に基づいて、手続を定めうる事を理由に、英国の仲裁手続を指定したものと解して、手続の準拠法が外国法であるとしても、仲裁契約の準拠法と、仲裁手続の準拠法は、分離できるため、本件仲裁を短絡的に外国仲裁であると認めることは、妥当ではないと考えているようにも、みうけられる。[10] 結論的にいえば、判旨

は当該仲裁を、外国仲裁と把握していないように思われるのである。換言すれば、本件仲裁はいわゆる内国仲裁として、民事訴訟法が適用されて当然であるという理解の下に、下されたものとも言えるのである。従って、本件判旨から、外国仲裁に関する法理の何がしかを、抽出する試みには無理がある。(11)

ロ、東京地裁昭和三四年八月二〇日判決（下民集一〇巻八号一七一一頁）

イタリヤ会社と日本会社との間の、船舶の売買の紛争に関する仲裁が、ロンドンでなされ、この仲裁判断に基づき我国に執行判決が求められた事例で、判旨は、本件のロンドン仲裁判断は、ジュネーブ条約の適用を受けるため、執行判決のための要件は、民事訴訟法八〇一条（取消事由）、八〇二条二項（執行判決の要件）によらず、この条約の掲げる要件によると判示した。本件での主要な争点は、ジュネーブ条約一条の「……仲裁判断が援用された領域の手続規定に従って執行されるものとする。」という規定は、外国仲裁判断の執行に関する特別の規定を持たない我国においては、どのように理解されるべきなのかという点であった。特に、本稿との関係のある点で、明らかにされている点は、外国仲裁についても、民事訴訟法八〇二条一項に基づいて、執行判決がなされ得るという点と、執行判決を許すか否かについての要件は、国際的な条約がある場合には、民事訴訟法の規定ではなく、この条約の方が適用されるという点の二点であろう。

ハ、東京地裁昭和三四年一〇月二三日判決（下民集一〇巻一〇号二二三二頁）

米国法人と日本法人との間の傭船契約に関する紛争について、ニューヨークで下された仲裁判断の執行判決が求められた事例で、当事者の争いが、当該仲裁判断が当事者双方に支払いを命じていることから、その差引額のみの、執行判決を求めることが、許されるか否かに、終始したため、本判決は、執行判決が許されることを当然の前提として、この差額のみを主文に掲げる執行判決を下した。従って、執行判決の要件、承認の要件を明らかにしたものとは、考えにくい。

ニ、大阪地裁昭和三六年一一月二七日判決（海事判例六巻五号一一八頁）

ニューヨーク法人と日本会社との間で缶詰の売買契約に関する紛争につき、ニューヨークでなされた仲裁判断の執行判決が求められた事例で、当事者の自主的解決の手段を承認すべき理由は、内国、外国の仲裁判断で異なるものではないとして、外国仲裁判断にも民事訴訟法八〇二条一項（仲裁判断の強制執行は執行判決による旨を定める）の適用があることを判示したものである。判旨はこれに加えて、その要件としては、本来民事訴訟法八〇二条二項、八〇一条（取消の訴に関する規定）が適用されるところ、本件では、日米友好通商航海条約が、民事訴訟法に優先して適用されると判示している。判旨は、（ロ）事件と同様、条約が存在する場合には、民事訴訟法に優先して条約が適用される旨を明らかにしたものである。又、承認が、内外を問わず、同様の理由でなされることを判示した点でも、注目に値する。

ホ、大阪地裁昭和五八年四月二二日判決（判例時報一〇九〇号一四六頁）

英国法人と、日本法人との間の傭船契約に関する紛争につき、ニューヨークでなされた仲裁判断の執行判決が求められた事例で、当該仲裁判断については、ニューヨーク条約三条により、執行判決を求めることができ、その要件は、もっぱら同条約の定めるところ（四条、五条、六条）によると判示した。本判決は、ニューヨーク条約についても、国内法規に優先して、条約が適用されるという方針が妥当する旨を、明らかにしたものである。

以上総合するに、判例は、基本的に二つの立場をあきらかにするものと考えられる。まず第一は、国際的な条約がある場合には、その規定にしたがって、承認・執行を考えるというものである。その二は、そうでないときに限り、民事訴訟法八〇二条を適用するというものである。ただし、執行判決手続に承認手続も含まれると考えるか否かについては、必ずしも明らかではない。

### (3) 有力説

最近、従来の通説と判例の相異を分析し、両者の合理的な接合点を見いだそうとする所説がある。[12] 所説は、従来の通説の考え方を、外国仲裁判断の承認・執行を規定する明文の実定法規は存在しないため、条理によって解決せざるを得ず、この条理の内容として、仲裁契約の準拠法上有効であること、我国の公序に反しないこと、仲裁手続において当事者が審尋されていること、適法に代理されたことなどを、承認・執行の要件とするものと理解している。一方、判例に関しては、条約が存在しないときには、民事訴訟法八〇〇条ないし八〇二条を、外国仲裁判断の承認・執行についても準用し、国際条約、二国間条約が存在するときには、もっぱらその条約によるとの考えをとっていると、理解している。

所説は、判例と通説の対立を、「理論的に鋭い対立」としながらも、まず第一に、両者の対立する場合が、現在ではかなり稀な現象となりつつあること、第二に、両者の対立は、理論上のものであって、実際の取扱いにおいては、大差がないという点を指摘して、この対立が、実益のある議論とは言い難いと結論する。[13]

第一の指摘である、両者が対立する場面が稀であるということの説明として、論者は次のように説く。すなわち、このような鋭い理論上の対立にもかかわらず、ニューヨーク条約をはじめとする、多国間の条約と、対アメリカをはじめとする通商条約などの二国間条約の存在により、多くの場合には、条約に定められた要件により処理され、この点での両者の対立はない。換言すれば、民事訴訟法との関係が問題となるのは、当該外国仲裁に適用される条約が存在しないときのみであり、その例は局限されるということなのである。

第二の指摘である、両者の対立は実際の取扱には大差がないということの意味は、両者の定立する承認・執行の要件は、ほぼ同一のものになるということである。[14] 所説によれば、我国の民事訴訟法八〇〇条ないし八〇二条を準用した場合、外国仲裁判断の承認・執行の要件としては、八〇一条が準用されることになり、通説が、要件として挙げる、

（イ）「仲裁契約の準拠法上、仲裁契約が有効で無い場合」は、八〇一条第一号の「仲裁契約ヲ許ス可カラサリシトキ」にあたるし、（ロ）「我国の公序良俗に反しない場合」は、同条第二号「仲裁判断カ法律上禁止ノ行為ヲ為ス可キ旨ヲ当事者ニ言渡シタルトキ」、同条第六号の「第四二〇条第四号乃至第八号ノ場合ニ於テ再審ノ訴ヲ許ス条件ノ存スルトキ」にほぼ一致し、（ハ）「当事者が審尋され、かつ、適法に代理されたこと」と、同条第三号、第四号とは、同一になり、殆んど通説の要件は満たされることになる。尚、同条第五号の「仲裁判断ニ理由ヲ付セサリシトキ」という民事訴訟法に固有の要件は、同条二項によって、当事者が理由を付さなくてもよいという、別段の合意をしたと解釈することにより、執行要件からはずれるために問題にならないとする。[15]

このように、両者の対立点と思われる諸点を、詳細に分析したうえで、両者の接合可能性を指摘し、通説の基礎となる条理というものが、あまり明確ではない点、民事訴訟法を準用しても、通説と同様の解釈が得られる点、準用により、公序などの概念が明確化される点などを理由として、所説は、民事訴訟法の準用を結論している。[16]

## 三、学説の疑問点

### （1）民事訴訟法が内外を区別していないことの解釈

かつて指摘した通り、我国の外国判決の承認制度は、外国判決にも可能な限り、我国の判決と同様の効力を与えようという姿勢を、持っているように思われる。[17] しかし、このような、超国家的とも言える姿勢は、主権国家を前提とする現段階では、来るべき時代に向けて、先導的な意味を持つとはいえ、時代にそぐわないきらいがあることも否めない。学説は、この現状と、制度の姿勢との溝を埋めるべくその運営に苦慮しているという点も、かつてみたところである。[18] とはいえ、我国の外国判決の承認制度が極めて先導的ですらあるという点は、そこに、我国の民事訴訟法が

指向する渉外私法社会における、国家のあるべき姿を見いだしうるという意味で、注目に値するように思われる。そうして、訴訟とともに、これとあいまって、私的な紛争を解決する手段として仲裁を位置付けるならば、民事訴訟制度の、制度全体の一貫性を失わせないためには、この外国判決の承認制度と同様の意識が、いわゆる外国仲裁判断にも含まれていると考えざるを得ない。すなわち、我国の民事訴訟法が、外国仲裁の規定をあえて置かずに、単に仲裁としての規定を置くにとどめたのは、この内外の区別をせず、仲裁に関しては、いわゆる内国仲裁と外国仲裁とで、異なった取扱をしないというような、意図を読み取ることも、不可能なことではない。[19]

仲裁手続を定める我国の民事訴訟法第八編七八六条以下には、外国仲裁に関する規定は見当たらない。外国仲裁に関する特別の規定を置く他国の立法例と比較して、これを立ち遅れと評し、条文の整備が緊急の課題であるという旨が、多くの論者によって主張されている。この立場に立つ学説は、民事訴訟法を、外国仲裁判断の承認の、直接の条文根拠として求めることを断念し、条理によって解釈する方法を採る（但し、内国仲裁判断と同じく、執行のためには、民事訴訟法八〇二条に定められている、執行判決が必要であるという点については、あまり疑われていない）。[20]

確かに、多くの論者によって指摘されるように、立法以来殆ど全くといって良いほど、改正の無かったことも事実であり、[21] 仲裁に関する国際条約の締結により、英国、[22] 米国、[23] フランス、[24] ドイツの諸国が、[25] その内国仲裁法規を充実させていったこととも対照的である。これに対して、従来の学説が、ことさらに内外の仲裁を区別し（実はこの区別自体に大きな疑問があるが、その点については、後述）、一方は、民事訴訟法に服せしめ、他方はこれから除外しうるというのは、条文に忠実な解釈とは言いがたい。もし、外国仲裁判断に、民事訴訟法を直接適用する事によって、何等かの弊害が生じるのならば、両者を別個に取扱う必要性も認められる。しかし、この弊害が、実際に存在するか否かという点について、十分な検討もなしに、直接適用を否定するのは、早計であるように思われる。実際に、多くの国々で採られつつある基本的な方向は、いわゆる外国仲裁を、いわゆる内国仲裁と同列に扱おうとするものである。[26] 多くの困

難があるとしても、両者を区別しない我国の方法が、他国に比較してそれほど劣るとも思われない。この意味で、直接適用の可能性を無視する通説の立場には、賛同することができない。

### (2) 仲裁判断の承認の二重性

通説は、当該仲裁の準拠法にてらして、それが有効に成立することを、承認の一要件とする。[27] しかし、我国では特に禁止されていない仲裁方法によった仲裁が、当該準拠法においては許されないという理由で、我国で承認されないというのでは、余りにも奇異であろう。実際、準拠法にてらして、有効であるという意味は、非常にあいまいである。一般には、手続の準拠法が、その対象とされているが、[28] 場合によっては、実体の準拠法に関しても、考慮しようとする考えかたも、無い訳ではない。[29]

まず、従来から問題にされているとおり、実体と手続の区別がどのようになされるのかは、必ずしも明確ではない。たとえ、何等かの基準を得たとしても、それが、普遍的なものである保証はないから、A国における、実体と手続の区別とB国のそれとが、別個なものになる危険性が十分にある。この場合に、いずれの地の基準を是として、いずれの準拠法（実体か手続か）による判断を採用してするのかについて、決定的な結論は得られない。これは、その判断が不可能だからではなく、もともと、そういう問いかけ自体が、無意味なものだからに、外ならない。[30] 実体の準拠法との関係で有効か否かを判断することは、当該仲裁判断の、実体判断の根拠となる準拠法が我国の考えるそれと、同一であるか否かを、審査するものである。これは、実体について、いわば二重の判断をすることで、事実関係の存否の判断以外の場面で、すなわち法の適用の面で、介入することである。これでは、重要な部分で、仲裁判断の効力を認めないのも同然である。[31] また、この種の介入は、いわゆる友誼的仲裁[32]の許容を、完全に否定するのと、同じである。これは、いわゆる外国仲裁判断の効力を、出来る限り認めようとする諸外国の傾向に、逆行するものであり、賛成で

きない。また、手続の準拠法の審査も、かつて、外国判決の承認の要件として不適切であるとして、排斥された、いわゆる手続規則の規則適合性の問題[33]と同一の事柄であって、これを要件とすることには、疑問を持たざるを得ない。

### (3) 仲裁の外国性の判断

仲裁を内国仲裁と外国仲裁に分別する基準についても、疑問がある。ある仲裁が、いわゆる外国仲裁であると評価する基準としては、「当事者の国籍」、「仲裁人の国籍」、「仲裁地」、「仲裁契約の準拠法」、「仲裁手続の準拠法」などが考えられる[34]。これらは、いずれも、仲裁にとって重要な要素である。当事者の国籍が、いずれも外国であったとしても、それだけでいわゆる外国仲裁と評価する学説は、現在の我国にはない[35]。仲裁人の国籍についても同様で、我国にはない議論だが、このような考え方が、ありえない訳ではない[36]。我国の、多くの学説は、仲裁地または仲裁手続が、直接評価の基準となると考えるか（いわゆる手続地説[37]）、仲裁契約の準拠法によるか（いわゆる準拠法説[38]）のいずれかの立場にたつ。両者の差異は、仲裁判断の性質を「判決」と理解するか（手続説）、「契約」と理解するかの相異により、生ずるとされている[39]。いずれの評価の基準も、決定的なものとはいえない。こうした、外国仲裁か否かという点に関する判断基準の錯綜は、単にその決定が困難であるというよりは、むしろこの種の問いが、無意味であることを、明らかにするもののように思われる。

元来、仲裁とは、いわば国家の判断権から離脱したものである。通常は、すくなくとも私法関係に関する限り、しかるべき手続に基づき、しかるべき判断が国家によってなされ、この判断は、しかるべき方法で、国家の責任の下で、実現されるという一連の制度が、訴訟として、国家によって設営されている。仲裁は、単に、この訴訟制度からの離脱のみならず、こうした国家の主権に基づく紛争解決制度からの離脱をも意味するものに外ならない。その意味で、およそ仲裁とは、超国家的な存在である。この超国家的な仲裁に、内国と外国の区別など、本来ありえようはずはな

い。もとより細目の点では、考慮すべき事情も全く考えられないではないが、これとても、両者の間に埋めることのできない懸隔を、生ぜしめるものではない。従って、我国の民事訴訟法が、ことさらに両者を区別していないとして、法の不備を非難することは不当である。

### （4） 適用することの意味（準用との本質的な相異）

従来の判例の立場と通説とを、承認の要件に大きな差異の無いことを理由に、接合し、民事訴訟法の準用を解釈論として採用する所説が、最近主張されていることは、既に触れた。[40] ここでいう所説の主張は、あくまでも民事訴訟法の準用である。この準用を主張することと、直接適用を主張することの差異は、単なる用語の問題ではない。もともと、準用は、一旦、内国の仲裁判断と外国の仲裁判断を区別した上で、それらを、類似のものとして把握する事によってのみ許される。一方、直接適用は、いわば、仲裁について内外の区別をしない事を前提にする。[41] この区別が、不可能というよりは、むしろ無意味であることは、既に指摘したところである。のみならず、同様に仲裁判断であるように見えるとはいえ、どのような点で内外の仲裁判断が類似であり、どのような点で異なるのかは、未だ明らかではない。その上、この点が明らかにされなければ、内外の仲裁判断の取扱いの異同も明らかとはいいきれない。準用を主張する所説が、実際上の要件が概ね合致することを理由に、接合しようとした通説と従来の判例の立場は、その取扱いの点で、大きく異なる可能性もありうる（挙証責任に関して決定的な差異があることは後述）。所説のように、要件が概ね一致することだけを理由に、準用によって両者を接合することができると考える結論には首肯しがたい。

### （5） 債務名義との関係

民事執行法の二二条六号には、債務名義の一つとして、「確定した執行判決のある外国裁判所の判決又は仲裁判断」

が、挙げられている。ここにいう執行判決のある仲裁判断とは、基本的には民事訴訟法八〇二条に基づくそれを指す。[42] 本条で、判決に関しては明瞭に「外国裁判所の」と断りながら、仲裁判断については内外の区別に触れなかった理由としては、二つの解釈の可能性しかない。その一は、あえて外国仲裁判断を除外することで、外国仲裁の執行を制度として拒否する意図をもつとするものである。いま一つは、両者の区別を最初から設ける意図はなく、いわゆる外国仲裁は、民事執行法の二二条六号にいわゆる仲裁に含まれると考えるものである。[43] この議論の帰趨は、いわゆる外国仲裁判断に関して、民事訴訟法の直接適用が許されるか否かの議論の結論いかんによって、決せられるように思われる。ところが、通説は、民事訴訟法の直接適用の方法を否定して、独自の要件に基づく承認・執行を考えるものである。従って、通説の立場にたつと、ここにいわゆる「確定した執行判決のある仲裁判断」に、いわゆる外国仲裁判断を含ませることはできず、民事執行法の規定する債務名義に該たらないため、同法に基づく執行をなすことは不可能になる。[44] 従って、執行法によらない執行を考えなければならないことになるわけで、そうした通説には、疑問を持たざるをえない。

## 四、民事訴訟法の直接適用

右のような理由から、民事訴訟法第八編仲裁の規定を、いわゆる外国仲裁にも、直接に適用することが、許されるとした場合に、その取扱いの実態が、どのようなものになるかを、若干検討しておくことにする。

### (1) 承認

#### (イ) 自動承認

民事訴訟法八〇〇条は、「仲裁判断ハ当事者間ニ於テ確定シタル裁判所ノ判決ト同一ノ効力ヲ有ス」と規定した後、

これを取消す訴の規定である八〇一条を置いている。この規定の順序は、明らかに、仲裁判断が八〇〇条により効力を付与され（いわゆる承認）、これを前提として、取消が問題となるという発想を、表明するもののように思われる。その意味で、仲裁判断の承認は、通説の考えるように、取消原因の不存在を前提に為されるのではなく、[45] いわば、自動的に承認されると、言うべきであろう。

実際、八〇一条一項には「仲裁判断ノ取消ハ左ノ場合ニ於テ之ヲ申立ツルコト得……」と規定されているが、仲裁判断が、民事訴訟法上何等の効力を持たないのなら、取消を許すこと自体無意味である。取消は、あくまでも民事訴訟法上の効力を前提としていなければおかしい。その意味で、取消要件は、あくまでも取消要件であって、承認要件とはなりえないように思われる。

さらに、八〇一条一項第六号に取消要件として掲げられた「第四二〇条第四号乃至第八号の場合ニ於テ再審ノ訴ヲ許ス条件ノ存スルトキ」とは、単に、刑事上罰すべき行為が有ったというだけでは足りず、この行為に対する有罪、過料の裁判が確定するか、又は、証拠不十分以外の理由でこの判決を得ることができない場合（不起訴処分等があった場合）を指す。この規定により、仲裁判断の取消は、既判力ある判決を対象とする再審に、接近するものであると、考えざるをえない。[46]

以上のような理由から、我国の民事訴訟法は、仲裁判断を自動的に承認するシステムを採用していると、考えざるをえない。

（ロ）　効力の範囲

客観的範囲は、民事訴訟法八〇〇条が、確定判決と同様の効力を有するとする規定の趣旨から、民事訴訟法一九九条を準用して考えることになる。民事訴訟法一九九条一項は、「確定判決ハ主文ニ包含スルモノニ限リ既判力ヲ有ス」と規定している。主文とは判決の結論部分を指すから、仲裁判断に関しても、既判力は、その結論となる部分にのみ

生じ、理由中の判断には生じない。この場合、判決のように、実務上にみられる定型的な文言が用いられないために、結論部分がいずれであるか、不明瞭となる危険性もあるが[47]、紛争を解決するための方策を命ずる部分を、合理的に解釈すれば良い。

主観的範囲に関しては、若干問題がある。本来、確定判決は、民事訴訟法二〇一条によって、その主観的範囲が、当事者以外の第三者に拡張される場合がある。ところが、民事訴訟法八〇〇条には、「仲裁判断ハ当事者間ニ於テ確定シタル裁判所の判決ト同一ノ効力ヲ有ス」と規定されており、仲裁判断の効力は、当事者間限りであると解さざるを得ない。

この点について、仲裁の私法的性格から、説明する見解がある[48]。所説の論旨は、「民事訴訟法上仲裁判断に認められた当事者に対する訴訟上の効力は、その法的根拠をあくまで表示された当事者意思に置くのであって、決して通常の判決のように、国家の主権（裁判権）に置くものではない。仲裁判断は、私人たる仲裁人が、当事者の合意（仲裁契約）によって授与された権限に基づいてなす私の判断行為であって、この私人の裁判が当事者を拘束するのは、当事者が仲裁契約において相互的にこれに服従して敢えて異議不服を申立てないことを約束しておくからに外ならない。従って、仲裁判断の拘束力は、確定判決の既判力とは全然同一の性質並びに範囲のものでなく、その及ぶ範囲は、判決に関する民訴二〇一条の規定によらず、専らその根拠たる仲裁契約そのものの効力上の限界に従って決せられると見るべきである。」というものである[49]。

一般に、仲裁判断の性質に関しては、訴訟法説（判決説）と私法説（契約説）との対立がある[50]。所説は、その主張から窺えるとおり、仲裁判断に関する私法説に接近する立場に立ち、仲裁契約の私法的拘束力を基礎として、訴訟法上の拘束力の範囲が決定されると説くのである。確かに、仲裁判断は、契約に基礎を置き、その意味で、私法的な性質を否定することはできない。しかし、私法的な契約の効力は、そのまま訴訟法上の拘束力になるのではない。当事者が

私人たる仲裁人に判断を委ね、これに不服を申立てない旨の約束をしているとしても、その約束は、あくまでも私法上の拘束力を持つにすぎない。例えば、訴訟上、貸借物の引渡義務を命じる判決が下されたとすると、その基本たる私法関係では、賃貸借契約という、当事者同士にのみ拘束力をもつ関係が、民事訴訟法二〇一条により、第三者に拡張される場合がある。また、所有権の確認訴訟は私法上排他的な効力を有する所有権を、当事者間限りに切断して、訴訟法上の効力を認めるものである。つまり、私法上の効力の範囲が、直接訴訟法上の範囲を決定するとは限らない。訴訟上の和解は、実体法上の処理を仲裁人の判断に委ねてしまう仲裁に比べ、当事者自らが、その処理を約するという意味で、一層私法的な性格を持つといえよう。ところが、私法的な性質を有するという意味では、より私法的と思われる訴訟上の和解について、民事訴訟法二〇三条は、特にその効力を当事者に限定する規定を置いてはいない。所説のように、私法的性格を指摘し、基本的契約の効力の範囲を根拠としても、仲裁判断の効力を当事者間に限定する理由を、説明することはできないように、思われる。その意味で、仲裁判断の私法的性格をもって、この効力の範囲を説明する所説に賛成することはできない。

内容的にはより私法的な訴訟上の和解が、訴訟法上の効力をあたえられるのは、裁判所の関与を得るからである。仲裁判断の効力が、当事者に限られるのは、仲裁には訴訟上の和解よりも、裁判所の関与の契機が少ないからに外ならない。実際に、仲裁手続に対する関与は、仲裁人の選定の補助(民事訴訟法七八九条二項、同七九一条)、証人・鑑定人に供述の命令を出す（民事訴訟法七九六条）という後見的なものしかない。例えば、独立当事者参加、補助参加、訴訟の承継という方法は、当然、認められない。[51] 当事者は、あえて、これらの方法が予定されている訴訟手続を避け、仲裁手続を欲したものであり、これらの方法を予定できない仲裁判断に、既判力の拡張を許すことは許されまい。それが、仲裁の限界なのであろう。[52]

（ハ） 承認の要件

取消事由の存在は、仲裁判断の効力を否定する結果を引き起こすが、自動承認を前提にすると、いわば、一旦生じた既判力を消滅させるという意味で評価されるべきであるから、承認がなされたあとに問題となる事柄であり、仲裁判断に既判力を生じさせるという、狭義の承認要件とは言い難い。承認要件として、民事訴訟法八〇一条各号の事由を挙げることは、適切ではない。基本的には、我国からみて、およそ仲裁判断として適式であるかぎり、自動的に承認されると考えられる。具体的には、一名又は数名の人に争いの判断をなさしむる合意に基づいて、なされた何等かの判断の存在が、ここでいう要件である。[53] もとより、その「争いの判断をなさしむる合意」が、何等かの法に従って有効であるか否か、争いが、仲裁になじむものであったか否かというような、有効性の問題は、取消事由として、承認後に判断される。

この場合、いわゆる外国仲裁判断との関係で、若干問題となるのは、七九九条が規定する預託の制度の理解についてである。七九九条二項の規定の趣旨から、当事者への仲裁判断の正本の送達と、仲裁判断の管轄裁判所への預託は、絶対的に要求されているようにも見える。しかし、その意味を、仲裁手続の終了のための行為と見るならば、問題になるのは、当該仲裁判断の手続が、終了しているか否かであって、預託自体が問題となる訳ではない。もとより、我国と、同様の規定を有する、ドイツやフランスのように、預託が手続の終了の意味を持つ制度の下では、それをまって、考えればよいと思われるし、英米の様に、これを持たない制度の下では、[54] 仲裁判断が当事者へ送達されたときに手続が終了するから、その時点で承認の対象となると、考えれば良い。但し、この場合に、誤解してはならないのは、これが、当該国家において、有効に成立しているか否かを、判断しているのではなく、当該手続の終了としているか否かという視点からの判断であるという点である。

（ニ）　通説との相異

自動承認であるとすると、通説とは二つの点で異なった結果が生じる。

まず第一に、通説では、執行判決手続内で承認をも行うとされているので、すべての仲裁判断に関して、執行判決を求める訴が起こされなければならなくなるのに対して、自動承認と考えれば、確認判断を含む仲裁判断や、形成判断を含む仲裁判断については、執行が不要なため、執行判決手続を待たずして、仲裁判断に既判力が生じることになる。従って、すべての仲裁判断に関して、執行判決を求める訴訟が起こされるという現象はなくなる。[55]

第二に、挙証責任の分配に相異が生じる可能性がある。もとより、各要件には、当事者に重要なものと、公序則のように、当事者だけでなく、裁判所にも重要な意味を持つ要件もあるから、一概には言えない。しかし、基本的には、既に承認によって生じた既判力を、取消すという点から考えれば、取消事由の挙証責任は、債務者の側にある。[56] 一方、通説のように、取消事由と同様の要件が承認要件となるときには、基本的には、債権者側が挙証責任を負う。[57] 実際に、例えば、通説の場合、「仲裁契約が有効であること」が承認要件となるのに対して、民事訴訟法八〇一条一項第一号からは、「仲裁契約が成立していないとき」が、取消事由として読み取れる点に、その消息が明らかである。もとより、問題は挙証責任の所在が、論理的に異なるという点に止まらない。実際上重要なのは、むしろその挙証責任が機能する場面、すなわち、真偽不明になった場面での処理が、正反対になるという点であろう。通説では、承認要件が充足されず、承認が拒否され、既判力が生じない。一方、自動承認を前提とするなら、取消要件が充足されず、取消が認められないため、既判力は生じたままとなるからである。

### (2) 取消

#### (イ) 取消事由

取消事由は民事訴訟法八〇一条が規定する。

第一号の「仲裁手続ヲ許ス可カラサリシトキ」とは、具体的には、七九七条が例示している。法律上有効な仲裁契

約が、成立していないとき、仲裁契約が紛争に関係しないとき、仲裁人が権限を有しないときなどが、これにあたる。法律上有効な仲裁契約の成立に関しては、民事訴訟法七八六条（和解可能か否か）、同七八七条（将来の紛争に関する仲裁契約の制限）という規定がある。[58]

第二号の「……法律上禁止ノ行為ヲ為ス可キ旨ヲ当事者ニ言渡シタルトキ」は、概ね公序に反することと同旨と考えてよい。

第三号の代理権の不存在、第四号の審訊の要件は、いわゆる手続公序の問題であるが、[59] 既に述べたとおり、いわゆる「公序」とは区別されなければならない。[60] とりわけ、第四号に関して、公序の問題なら、当事者による処分は不可能であるにも拘わらず、同条の二項で、別段の意思表示をしたときには、取消事由とならず、処分可能であることが規定されているということには、注意しておく必要がある。

第五号の「理由の必要性」は、およそ判断である限り、本来ならば、その判断のよって立つ論理の筋道を明らかにしなければ、判断自体の存立さえ危ぶまれるという基本的な理解に基づく要件である。[61] とはいえ、先に述べたように、判決の既判力が、主文に限って生じるのと同様に、仲裁判断でも、判決主文と同一の価値をもつ結論部分にだけ既判力が生じるので、既判力の内容の点からは、結論部分さえ明らかであればよいことになる。したがって、判断によって説得されるべき立場にある当事者が、このように説得の過程を省略した仲裁判断でもよいと考えるならば、省略も可能であろう。[62]

第六号の刑事上罰すべき行為が有った場合の要件については、既に触れているので、ここでは特に述べない。

（ロ）　外国仲裁判断の取消

外国仲裁判断の取消は、その実効性に疑問があるとして、我国においては不可能であると考える所説がある。[63] 確かに、我国でなされた取消判決が、他国において当然に効力を持つとは限らない。しかし、一般に説かれているように、

執行判決手続内で、承認も為されるとするならば、確認判断のみを内容とする仲裁判断にまで、執行判決手続を認めない限り、承認、非承認の判断がつかないことになるが、それを不当とするならば、確認判断が例えば公序に反しているときに、その効力を消すために、どのように処理することになるのか不明である。その上、外国仲裁判断にも、執行判決を要求する点では、争いがないから、これを前提にすると、所説は、矛盾せざるをえない。すなわち、執行判決請求が、取消事由のために棄却されたときには、結局、取消の判決が下されたのと、同様の状況になり、ことさらに、取消を否定した根拠が見いだせないからである。

もともと、自身の判断ではない判断を、当該判断の判断主体でもないものが、取消し得ると考えることは、無意味である。その点で、所説にも一理ある。しかし、民事訴訟法を直接適用する立場にたてば、既に承認により有する効力（既判力）を、我国が付与した範囲で、否定するという意味しかもっておらず、それ以上に強い効力として、普遍的に取消の効果をおよばさせようというのは、無理である。従って、我国で承認できない場合には、この取消判決を下すことによって、いわゆる取消ではなく承認拒否の場合として理解することになろう。

### （3）執行

#### （イ）債務名義

一般に、債務名義との関係から、いわゆる外国仲裁判断にも、執行判決を要することに関して、争いはない。本来ならば、承認により既判力を有する仲裁判断は、既判力が発生すると同時に、執行力も持つにいたると考えるべきであろう。従って、この手続は、執行力の新たな付与と言うよりは、既に存在する執行力を公証するという意味あいが強く、その点から、執行文の付与の制度に、非常に接近したものであると言われている。[64] とはいえ、強制執行に、執行文が必要である旨を規定する民事執行法二五条は、外国判決・仲裁判断のための執行判決をも、除外していないの

で、これら執行判決のある外国判決・仲裁判断にあっても、執行文は必要と考える外はない。従って、現在の法制度の下では、執行が許される旨の宣言である執行判決に加えて、執行文の付与を受けなければならないと、解さざるを得ない。このような、二重の手間が適切であるか否かは、疑わしいと言わねばならないが、制度論にかかわる問題なので、ここではしばらくおく。ともあれ、執行判決が、執行の許容性を審査するという意味で、執行文の付与の制度に、接近するものであるなら、本来は、申立により、口頭弁論を開かずに為しうる筈であろう。しかし、規定上は判決手続を要求されている。執行判決を規定する民事訴訟法八〇二条二項によれば、取消事由が存在すると、執行判決が許されないことからみて、執行判決請求訴訟の重点が、取消事由の存否に関する当事者の応酬にあると考えざるをえない。[65] これに続く民事訴訟法八〇三条には、執行判決が下された後には、取消事由の主張が、大幅に制限され、いわゆる再審事由のみがその対象となると規定されている。このことから推して、他の取消事由が、執行判決手続を契機に、失権すると考えられることも、一つの例証であろう。

（ロ）　強制執行ができる者の範囲

民事執行法二三条一項三号は、同条同項の一号（債務名義に表示された当事者）、二号（債務名義に表示された当事者が他人のために当事者となった場合のその他人）に掲げられた者の、債務名義成立後の承継人（債務名義の種類によっては、口頭弁論終結後の承継人）が、強制執行の当事者となる旨を規定する。同法二二条六号には、確定した執行判決ある仲裁判断は、債務名義となることが、規定されているから、これらの規定を前提とすると、執行判決のある仲裁判断は、その判断の当事者以外にも、執行力が及ぶと考えなければならない。ところで、この民事執行法二三条一項は、民事訴訟法二〇一条の、既判力の主観的範囲の拡張の規定をうけて、既判力と執行力の範囲を一致させるべく設けられた規定である点については、争いがない。そうであるとするならば、既判力と執行力の主観的範囲の一致という観点からは、民事執行法を見る限り、仲裁判断は、当事者の承継人にも、既判力が拡張されると理解しなければならないこと

になる。しかし、既に述べたとおり、仲裁判断の既判力は、民事訴訟法八〇〇条に従えば、当事者間に限定されるから、この点の理解に関して、疑問が生じる。

この疑問の解消の方策としては、二つの解釈の可能性があろう。その一つは、民事訴訟法八〇〇条の解釈として、仲裁判断の既判力は、当事者に限定されず、民事訴訟法二〇一条の規定が適用されて、既判力の拡張が、許されるとするものである。今一つは、執行力は、仲裁判断にではなく、執行判決の方にあり、たとえ、仲裁判断の既判力の主観的範囲が当事者のみに限定されるとしても、執行力に関するかぎり、主観的範囲が拡張されると解するものである。

しかし、第一の解釈の可能性はない。既に指摘したとおり、仲裁判断の既判力の主観的範囲は、民事訴訟法八〇〇条の規定の体裁からして、当事者のみに限定されなければならない。実際、仲裁付託は、ある意味で、訴権の放棄を伴わざるを得ない。この訴権の放棄されたことに基づく仲裁判断の結果が、訴権の放棄をしていない者に及ぶことには、疑問を持たざるを得ない。

また、第二の解釈も、成り立たない。民事執行法二二条が債務名義として掲げているのは、確定した執行判決のある仲裁判断であって、執行判決そのものが、債務名義として扱われるのではないからである。

外国判決には、その承認を規定する民事訴訟法二〇〇条の位置から考えて、主観的範囲を定める二〇一条の適用があり、既判力の主観的範囲の拡張が推論できる。しかし、仲裁判断については、いわゆる外国仲裁判断に関しても、民事訴訟法二〇〇条が直接適用されることは、考えられていない。仲裁判断の承認は、民事訴訟法八〇〇条に基づくから（たとえ、本稿の趣旨と異なる見解に立つとしても、内国仲裁判断に関しては、八〇〇条によらざるを得ない）、あえて、この八〇〇条で、仲裁判断の効力の主観的範囲を、当事者に制限したにもかかわらず、二〇一条によって、拡張することには無理がある。従って、既判力の主観的範囲、又、これと一致する形で論じられなければならない執行力の主観的範囲は、仲裁判断では狭く、外国判決では広いというように、異なるものである。以上の検討により、仲裁判断に

関する民事訴訟法八〇〇条と、民事執行法二三条とのあいだには、うめることのできない決定的で重要な矛盾を感じざるを得ない。

## 五、おわりに

ギリシャ・ローマ時代から、制度として確立されていた仲裁の歴史は、訴訟よりも古いと言われる。そうして、訴訟の多くの原理が、この仲裁において、培われていったとも言われている。仲裁が、基本的には国家の存在を必要とせず、私人間における紛争の解決制度として機能する点から推して、当然の事のようにも思われる。国家の枠組みを前提にしながら、その枠組みを越えて、頻繁に渉外取引が行われるようになれば、国家が何等かの形で、これを規律しなければならないとしても、そこには多くの困難が存在している。その際に、もともと国家の存在を必然としない仲裁が果たす役割は、大きなものと言わざるを得まい。歴史は繰り返されて、国際的な訴訟制度の発展に、先行するかのように、仲裁は、その運用で得られた多くの原理を、訴訟法へ伝えてくれるであろう。しかし、仲裁の将来が希望に満ちているとは言え、困難を極めることも否めない。多くの、紆余曲折が繰り返されることも、想像に難くないのである。そして、その着実な発展は、まず、現時点の正確な把握なしにはなりたたない。

本稿は、その一つの方策として、仲裁と民事訴訟法との関連を探るという意識に基づいて、書かれたものである。仲裁制度を制度として認める以上、その仲裁制度が持つ国家の存在を前提としない、いわば超国家的な性格も、既定の事柄である。従って、我国の民事訴訟法が、仲裁を制度として認めるからには、超国家的ないわゆる外国仲裁も、その射程に入っていなければ、一貫しない。これを前提にした解釈によれば、従来考えられてきた諸説との異同は、どのように立ち現れるのかが、検討されなければならない。実定法の解釈なしに、制度は語れないからである。

その考察の結論として、民事訴訟法の直接適用が可能なこと、直接適用を前提にすると、従来の通説との間に、若干の相異があること、通説と判例とを接合しようとする試みは不当であることなどが、結論として得られた。今後は、この結論を踏まえて、仲裁制度全体を、民事訴訟法との関係で、再構成していきたいと思う。

(1) 例えば、一九七四年に設立されたドイツ仲裁協会 (Deutsches Institutfür Schiedesgerichtswesen)、一九二六年設立のアメリカ仲裁協会 (American Arbitration Association)、一八九二年設立のロンドン仲裁裁判所 (London Court of Arbitration) など、我国には、国際商事仲裁協会（一九五〇年設立）がある。

(2) 例えば、「民事及び商事に関する外国判決の承認及び執行に関するハーグ条約」(Convention sur la reconnaissance et l'execution des jugurnents étrangers en matière civile et commerciale) は、一九七一年に成立しているが、未発効である。国際的な条約の例としては、EC内で効力を持つ条約がある。

(3) ジュネーブ議定書は、「仲裁条項に関する議定書 (Protocole relatif aux Clauses d'Arbitrage)」として、一九二三年にジュネーブで署名（我国は当初より加盟）された。またジュネーブ条約は一九二七年に「外国仲裁判断の執行に関する条約 (Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères)」として、ジュネーブで署名された（サンフランシスコ講和条約に関連した政府宣言で加盟の意思を表明、一九五二年我国に関して発効）。この条約には、若干問題があったが（川上「外国仲裁判断の執行に関するジュネーブ条約」神戸大学国際経済研究年報Ⅱ一七三頁、同「外国仲裁判断の承認及び執行に関する国連条約と日本国の加入」民商法四五巻五号六〇七頁）、これを発展させる形で、「外国仲裁判断の承認および執行に関するニューヨーク条約 (Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards)」が一九五八年に成立した。我国は、一九六一年に加入している。この条約は、先のジュネーブ議定書、同条約をより整備したものと考えられており、実際にも、ニューヨーク条約への加盟により、先の条約は失効する（ニューヨーク条約七条二項）。

(4) この点は、多くの学説によって指摘されている。特に、三ケ月「仲裁研究の現状と課題」法律時報五四巻八号一七頁。

(5) 川上「仲裁」国際私法講座第三巻八六〇頁、中田「外国仲裁判断の承認・執行」訴訟及び仲裁の法理四一三頁、小山・仲裁法（新版）二二二頁以下。

(6) 該当する部分は以下の通り、"Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the awards is relied upon, under the conditions laid

down in the following articles. . . .

(7) 中田・前掲四三一頁は、明瞭にではないが、「わが民事訴訟法は外国仲裁判断に対しても内国仲裁判断に対すると同様に既判力を認めるものと解すべきだから、当事者はこれを訴訟上攻撃防御何れの方法としても主張することができる。但し、これに基いて強制執行を申立てるには、先ずわが国の管轄裁判所に対し執行判決の訴を提起することが必要であって……」と記されていることから推して、区別しているように見える。

(8) 小山・前掲二二七頁で「裁判所が、訴えに基づき、執行許否の判決をすることの中に承認の肯否が含まれる。」とする。

(9) 小山・前掲三七頁、川上・前掲・民商法四五巻五号五九四頁。

(10) 高桑「ニューヨーク条約によって仲裁判断を承認した事例並びにわが国における外国仲裁判断承認の要件」JCAジャーナル一九八四年三月号一三頁注（九）。

(11) 但し、当事者が任意に手続を定められるという点の実例として、外国の仲裁法でもよいと判示したということはいえる。

(12) 小林・国際取引紛争一九五頁以下、同「外国仲裁判断の承認・執行についての一考察」判例タイムズ四六八号五頁以下、貝瀬「渉外判例研究」ジュリスト八二六号一一二頁。

(13) 小林・前掲論文九頁。

(14) 小林・前掲論文一二頁、貝瀬前掲論文一一二頁。

(15) 小林・前掲書二〇〇頁。

(16) 小林・前掲論文一二頁、同・前掲書二〇二頁。

(17) 拙稿「いわゆる手続公序に関する一試論」法学研究五九巻一〇号八八頁。

(18) 拙稿「間接管轄に関する若干の考察」杏林社会科学研究三巻二号一〇頁以下参照。

(19) 同様の解釈として、阿川「外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約について（下）ジュリスト二三二号四二頁。

(20) 例えば、三ヶ月「国際仲裁」新・実務民事訴訟講座（7）二三五頁。

(21) 改正は、三箇所で、八〇一条一項第六号と、八〇五条一項第六号、七九九条二項に関するものではあるが、重要な改正ではない。

(22) 英国は、ジュネーブ議定書、ジュネーブ条約に加入しており、一九五〇年法は、これを前提とした規定となっていた。我国、米国などから遥かに遅れて、一九七五年に、ニューヨーク条約の加入にともない、一九七五年法として、改正された (D. Rhidian Thomas, International Commercial Arbitration Agreements and the Enforcement of Foreign Arbitral

Awards - A commentary on the Arbitration Act 1975, [1981] Lloyd's Maritime and Commercial Law 17)。さらに英国に独特なものとなっていた、裁判所の仲裁手続への介入を、当事者の合意によって、拒絶できるなどの、画期的な改正が、一九七九年法によってなされた(R. Clark and D. G. Lange, Recent Change in English Arbitration Practice Widen Opportunities For More Effective International Arbitration, 35 The Business Lawyer, 1626 [1980])。この改正により、諸国家により、形成されつつある、国際商事仲裁制度が、英国にも導入され始めたといえる。

(23) 米国は、ジュネーブ議定書、ジュネーブ条約には参加せず、一九二六年に、独自の州際、国際の仲裁法を、連邦仲裁法(The United States Arbitration Act)として制定した。この法律は、その当時まで、米国の多くの州では、ジュネーブ議定書に既にみえており、いまでは疑い無く認められる、将来の紛争を仲裁に付託する旨の合意も、いつでも解除できると考えられていた。この類の契約を、外国貿易に関する紛争に、有効と認めたものである。我国の加入から遅れること約一〇年にして、ようやくなされたニューヨーク条約の加入にともない、この連邦仲裁法には、ニューヨーク条約が適用される場合の規定として、第二章が挿入された。この挿入により、当該外国仲裁判断への条約の直接適用(二〇一条)、条約が適用される事件の管轄裁判所(二〇三ないし二〇五条)、仲裁契約の強制(二〇六条)、執行方法(二〇七条)、一般規定として条約の適用が無い場合の仲裁制度に関する規定の準用(二〇八条)の規定が、新たに加えられた。一般規定では、仲裁判断後一年以内に、仲裁判断の確認が求められなければならないのに対して条約の適用される外国仲裁では、この期間が、三年以内となっているが、その他の点については、大きな差異はない。

(24) 仏国の仲裁制度は、新民事訴訟法典の改正作業の一貫として、一九八一年の五月一二日のデクレにより、ようやく完成した。この改正により、多くの国々で既に認められ、ニューヨーク条約でも認められている(二条一項)、将来の紛争に関する仲裁付託が、商事に限定されることなく(商事に関して認められたのは一九二五年一二月三一日法)、認められることになった。しかし、我国も含めて、一般には認められていない制度として、仲裁判断の裁判所への上訴(appel)が許されている点で(一四八二条、但し、当事者が上訴権を放棄する合意をしていたり、友誼的仲裁の場合—仲裁人が amiable compositeur として行動した場合—を除く)、他国とは若干異なっている。

(25) ドイツ仲裁法(ドイツ民事訴訟法第一〇編)は、我国の母法であったが、我国では継受以後殆ど手が入れられなかったのに比して、ドイツでは頻繁に改正され、我国とは若干異なった形態となっている。例えば、執行は我国では執行判決により為されるが、ドイツでは、通常は執行決定により、取消事由が主張されたときのみ、口頭弁論を開き判決を下す(Z. P. O. §1044-II)、執行宣言の拒

否の事由は、内国の仲裁に関する取消事由（Z. P. O. §1041）と殆ど重複し（異なるのは、国内の仲裁では、理由不備、再審事由が取消事由となっているのに対して、外国仲裁では、執行拒否要件として挙げられていないという点のみ）、その取扱いが、国内仲裁に接近しているように思われる。

(26) 例えば、Z. P. O. 1044-I、米国連邦仲裁法第二〇八条など。

(27) 小山・前掲書二二七頁、川上「外国仲裁判断の承認・執行」渉外判例百選（増補版）一八七頁。

(28) この点は、微妙であり、あまり明確な表現は見いだせない。中田・前掲四一九頁は、「……仲裁契約において又はこれに付属する後の契約において、仲裁手続の準拠法の指定に関する明示又は黙示の合意があるときは、この意思に従わなければならない。……」として、手続法を意識しているように思われる。

(29) 小山・前掲二二九頁は、仲裁契約の準拠法を意識しているように、読み取れる（契約の準拠法と手続の準拠法とは、論理上分離可能）。さらに三井「外国仲裁判断の承認及び執行に関する若干の問題に就いて」民訴雑誌一六号一二七頁は、我国の抵触法によって指定される準拠法によっているか否かを要件の一つに挙げる。

(30) 実際上、一般に制度的仲裁とよばれるような仲裁にあっては、各仲裁協会が、独自の仲裁手続規則を整備していることは、周知のとおりで、これらの規則にまで、その国籍を問うことにそれほど意味があるようにも思われない。

(31) 外国判決の承認との関係で、この要件の不当を指摘したものとして、Nadelmann, French Courts Recognize Foreign Money-Judgments: One Down And More To Go, 13 The American Journal of Comparative Law, 72.

(32) 仲裁人が amiable compositeur として、善と公平に基づいて、判断を下したとき。

(33) H. Batiffol, Droi International Privé, 6e ed., t. II, p. 485.

(34) 小山・前掲二二九頁、三井「外国仲裁判断の承認及び執行に関する若干の問題に就いて」民訴雑誌一六号八七頁。

(35) 但し、米国では、最近、ニューヨーク条約との関係で、合衆国内でなされた仲裁でも、両当事者が外国人の場合には、外国仲裁と考えるとする判例も現れている(Bergesen v. Joseph Muller Corporation 710 F. 2d 928 (2nd. Cir. 1983)).

(36) 三井・前掲論文八九頁。

(37) 小山・前掲二二九頁、三井・前掲論文九〇頁以下、英国では、仲裁地を基準とする（Cheshire & North, Private international law 11ed. [1987], p. 440）。又、ドイツでは、仲裁地ではなく、仲裁手続の準拠法が基準となると考えられている（Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl., 1979, S. 222ff.）。

(38) 実際には、準拠法説が優勢である。小山・前掲二二九頁。

(39) 三井・前掲論文八七頁、若干疑問もあるが、本稿の主題である仲裁判断の効力と、直接の関係はないので、ここでは立ち入らない。
(40) 小林・前掲論文一二頁、貝瀬・前掲一一二頁。
(41) 小林・前掲論文一三頁。
(42) 三ヶ月・民事執行法八五頁、田中・新民事執行法の解説〈増補改訂版〉六三頁
(43) 浦野・条解民事執行法一〇六頁は、明らかに外国仲裁判断も債務名義とする。
(44) 小山・前掲二六七頁は、内国仲裁判断の執行に関する法規定の意味のなかに、見出すことができるものであろう。」という、微妙な表現を用いている。また、同書二二七頁は、内国仲裁判断執行法の「類推適用」と言う表現を用いている。三ヶ月・前掲八六頁は、さらに微妙で、条約が、国内規定に優先して適用される結果、執行もこの条約によりなされるとする。しかし、たとえば、ニューヨーク条約では、承認は条約によるとしても、その執行は各国が行うことになっているので、あまり適切な表現とは、思えない。
(45) 小山・前掲二二七頁。
(46) 上告理由として再審事由が主張されるときには、この条件は必要ではないと思われる。拙稿「上告理由として、民訴法四二〇条一項六号の事由が主張され、二項後段の要件が具備された場合の、上告審のとるべき措置」法学研究五二巻九号一〇七八頁。
(47) 三ヶ月・民事訴訟法四四四頁は、同様の規定を持つ、裁判上の和解の既判力について、これを指摘する。
(48) 田中「商事仲裁制度の概観」岡山大学法経学会雑誌三号二三頁。
(49) 中田・前掲（48）論文二四頁。
(50) 中田・前掲（法理）三九九頁以下。
(51) 実際には、これらの制度が認められるか否かは、いずれの仲裁法によっても、常設仲裁機関の規則によっても、明瞭ではない。唯一、フランス民事訴訟法一四六五条は、中断の規定を準用する。
(52) 先に触れたように、仲裁の付託行為は、訴権の放棄を伴うものであるため、訴権を放棄しない他人にその結果が及ぶことには、耐え難い困難があると思われる。とはいえ、この点は、仲裁の性質論と密接に関係しており、いわゆる「契約説」にはなじまない考えかたともいわれており、十分な検討を要する。中田・前掲（法理）四〇七頁。
(53) 小山・前掲二五頁。

(54) Z.P.O. §1039. 仏・新民事訴訟法一四七七条二項。

(55) 連邦仲裁規則一三条は、執行のために「登録」が必要であるとするが、同九条には、その「登録」までの期間は、仲裁判断後一年（外国仲裁判断に関しては、二〇七条により、三年）と規定されており、効力発生の要件ではないと思われる。

(56) 勿論、登記の移転を求める場合は、確認ではなく給付の判断が必要であろう（最判・昭五四・一・二五民集三三巻一号一頁）。

(57) ニューヨーク条約で、承認拒否要件を定める五条は、一項で当事者能力がなかったこと、仲裁契約の有効でなかったこと、（判断が不利益に援用される当事者に）防御の機会がなかったこと、仲裁付託を越える判断がなされたこと、仲裁機関の構成・手続が合意に反していたこと、判断が取消ないしは停止されていることについての挙証責任を、執行債務者に負わせることを明示するとともに、二項で紛争が執行国の法令によれば仲裁になじまないときと、公序に反するときとを、職権調査事項とする。

(58) ニューヨーク条約五条二項が、職権調査事項である旨を規定するとしても、それが解決するのは、主張責任の問題であって、真偽不明の場合に、いずれと取扱うべきかという、本来の意味での挙証責任（いわゆる客観的挙証責任）の問題は、依然として残り、論理的には、本文のように考えざるを得ない。

(59) 仲裁契約の準拠法如何については問題がある。民事訴訟法の直接適用の結果、我国の実質法が、直接適用されるとも限らない。

(60) 小林「判例評論」三〇一号四九頁注(20)。

(61) 拙稿・前掲・法学研究五九巻一〇号六六頁以下参照。

(62) 判決理由に関する点で、伊東・民事訴訟法の基礎理論一五五頁。

(63) それならば、判決も仲裁判断もともに理由を排除できるかという疑問が生じるが、仲裁の場合と異なり、判決の場合には、当事者の説得に加え、第三者をも納得させなければならないから、判決理由を省略することはできない。伊東・民事訴訟法の基礎理論一五六頁以下参照。

(64) もともと、執行判決手続が承認手続をも兼ねる通説の立場では、承認以前に、取消を考えることになり、この点を論じること自体が、無意味であろう。

(65) 三ヶ月・前掲(42)八五頁。

(66) 母法である Z.P.O. §1042は、執行許容宣言を、決定の方式で下し、取消事由の主張があったときだけ、口頭弁論を開いて、裁判をする。

〔付記〕 本稿の脱稿後、従来の判例の立場とは異なった判決（名古屋地裁一宮支部昭和六二年二月二六日判決・判時一二三二号一三八頁）に触れた。この判決に関しては、拙稿「渉外判例研究」ジュリスト九〇一号一一一頁を参照されたい。