

日本「仲裁法試案」の特徴と問題点

松浦 馨[☆]

〈目 次〉

- I 「仲裁法試案」の作成について
- II 「仲裁法試案」の特徴
 - 1 仲裁に対する裁判所の規制・監督と後見・援助について
 - 2 仲裁と訴訟との関係
 - 3 仲裁人
 - 4 仲裁判断の執行と取消し
 - 5 国際仲裁と準拠法
- III 「仲裁法試案」の問題点
 - 1 はしがき
 - 2 問題点
- IV 結語

[☆]日本 名古屋大教授

I 「仲裁法試案」の作成について

「仲裁法試案」は、仲裁法研究会の作成にかかるもので、1989年1月15日号(417号)NBL誌上に公表されました。そして同誌418号以降に逐条解説と参考資料を連載しました。その連載が完結して間もない、同年5月20日明治大学で開催された日本民事訴訟法学会のシンポジウムで取り上げられ、活発な討議がなされました。

御承知のように、日本民事訴訟法は、1890年に、1877年制定のドイツ民事訴訟法を継受したのですが、その立案に際して、第1編から第6編までは相当慎重に検討した上立法したといえますが、第7編公示催告手続と第8編仲裁手続の部分は、立法課程の最後段階で、即席にドイツ民事訴訟法の該当編を翻訳して加えられたようです^(注1)、しかもそれから百年以上も経っていますのに、実質的な改正は皆無といってよい^(注2)。

他方、仲裁をめぐる環境の変化には、とくに近年顕著なものがありますし、仲裁法改正の機運は益々高まりつつあります。すなわち、国際取引、国際交流の急激な進展と国際商事紛争の増加、紛争の増大と多様化に伴うADRの評価ないし再評価の動き、仲裁に関する多国間および二国条約の発達、UNCITRAL仲裁規則(1976)と模範法(1985)の制定、世界各国における仲裁法改正の動きなどを指摘することができます^(注3)。

日本でも、非常に古くなった民事訴訟法第8編仲裁手続の全面改正の声が強いのですが、法制審議会民事訴訟法部会としては、とりあえず民事訴訟手続(判決手続)の改正を取り上げることとし、1995年までに審議を終えることを目処に現在審議中であります^(注4)。その後の予定は定まっていますが、仲裁が取り上げられる可能性は大きいと思います。なお、最近通産省のイニシアチヴで、「国際商事仲裁システム高度化研究会」(会長、

注(1) 兼子一「民事訴訟法の制定」民事法研究第二巻7頁。

(2) 松浦馨「西ドイツにおける仲裁」法時54巻8号(1982)47頁、小島武司＝高桑昭編・注解仲裁法(1988)546頁〔松浦〕参照。

(3) 「シンポジウム・仲裁」民訴雑誌36号(1990)84頁以下〔松浦・報告〕参照。

(4) 柳田辛三「民事訴訟手続の見直し作業の開始に当たって」NBL455号(1990)6頁以下参照。

三ヶ月章東大名譽教授)が発足しました。

このような流れの中で、仲裁研究会がいち早く民事訴訟法第8編仲裁手続の全面的改正草案として提案したものが、「仲裁法試案」であります。

ここで、仲裁研究会について簡単に触れておきます。本研究会は故菊井維大東大名譽教授を中心に1979年に発足いたしました、民事訴訟法・商法・国際私法学者と若干の実務家からなる約20名の研究グループです^(注5)。発足当初は鈴木竹雄東大名譽教授にもメンバーに加わっていただき、御指導いただきました。大体2ヶ月に1回のペースで東京で研究会開いて参りましたが、最近では3ヶ月に1回くらいの間隔になっています。目下、アジア諸国の仲裁法と仲裁規則等の研究に重点を置いています。その他主要国における最近の仲裁立法や常設仲裁機関の新しい仲裁規則改正等にも注目しています。仲裁研究会のメンバーが個別に仲裁に関する論文等を発表したものは枚挙にいとまありませんが、研究会じたいがまとめて公表した業績としては、1982年「仲裁制度の総合的研究」法律時報54巻8号、1981年菊井維大＝松浦馨「仲裁邦言文献目録」法律時報53巻2号、1982年菊井＝松浦「仲裁邦語文献目録・追補」法律時報54巻8号、1989年「仲裁法試案とその解説」NBL417号以下などがあります。この「仲裁法試案とその解説」は、試案の英独仏訳を加え、全体的に若干の補正を施して近日中に単行本として刊行する予定です。なお、本研究会は1978年以来今日まで毎年多額の助成金を末延財団により頂き、運営を賄ってきました^(注6)。

注(5) そのメンバーは現在次のとおりです。

小山昇北海道大名譽教授〔代表〕、池原季雄上智大教授、三ヶ月章東京大名譽教授、宮脇幸彦前学習院大教授、鴻常夫東京大名譽教授、松浦馨名古屋大教授、澤木敬郎立教大教授、澤田寿夫上智大教授、谷口安平京都大教授、飯塚重男上智大教授、岩崎一生名古屋大教授、小島武司中央大教授、青山善充東京大教授、河野正憲東北大教授、高橋宏志東京大教授、上野泰男関西大教授、道垣内正人東京大助教授、貝瀬幸雄名古屋大助教授、中野俊一郎神戸大助教授、小川建・服部弘国際商事仲裁協会仲裁部長、谷本裕範日本海運集会所常務理事。

(6) なお、日本証券奨学財団から、1979年から、1981年まで造成金を頂いた。

II 「仲裁法試案」の特徴

ここで「仲裁法試案」の特徴とは、主として現行日本仲裁法と対比して、それと異なる点という意味ですが、本試案の起草に当たっては、UNCITRAL模範法や仲裁規則、英米独仏その他の立法例をも参酌しましたので、適宜それらとの比較で、いかに異なるかということも指摘することになるでしょう⁽⁷⁾⁽⁷⁾。

1 仲裁に対する裁判所の規制・監督と後見・援助について

裁判所の規制・監督とは、裁判所が国の法律の正当な解釈・適用を確保するために仲裁へ介入することであり、イギリスやイギリス法系の国で行われたいわゆるスペンアルケースの制度などがその著例ですが、近年はこのような厳しい裁判所の規制・監督が緩和ないし廃止されつつあるというのが一般的傾向となっています^(注8)。UNCITRAL模範法も、5条で、「この法律に定める事項については、裁判所はこの法律に定めのある場合を除き、介入してはならない」と規定して、むやみに裁判所が規制・監督に乗り出してはいけないという原則を宣言しています。ただ、日本法はもともとイギリス法のような積極的介入の態度とは無縁でしたので、模範法5条の趣旨はむしろ当然自明のことで

注(7) 前述のように、日本仲裁法は、1890年に、当時のドイツ仲裁法を翻訳的に継受したものであり、制定当初は、ごく僅かな例外を除き、ほとんど同内容であった。ところがその後百年経った今日では、両者の間に相当の開きが生ずるに至っている。ていうのは、ドイツではその後折々の国内的または国際的要請に即応して、屢々規定の改正が行われたのに対し、日本ではこの一世紀の間、実質的な改正は皆無であったためである。現行日本仲裁法との対比におけるドイツ仲裁法の特徴については、小島＝高桑・前掲(注2)547頁以下[松浦]参照。なお、ドイツ仲裁法の1986年の改正については、上野泰男・ドイツにおける仲裁法の1986年改正について(1991年3月、国際商事仲裁協会)参照。

(8) 小島＝高桑・前掲(注2)499頁以下(谷口)、松浦馨「東南アジア仲裁の特徴と問題点」名大法政論集141号(1992)111頁以下参照。

あると考えられ、従って「試案」でもその趣旨の明文の規定は置きませんでした。しかし外国人から見れば介入禁止の明規があった方が、安心して日本の仲裁を利用することになるのかも知れません^(注9)。

他方、裁判所の後見・援助については、これを促進するという方向で、注目すべき改正がされています。

(1) 管轄——どこの裁判所が担当すふか 現行民訴805条は、仲裁契約で合意すればその合意した地裁または簡裁。合意がなければ、請求を裁判上主張するとすれば管轄を有すべき地裁または簡裁(訴訟管轄準拠主義)。そういう裁判所が複数あれば、当事者または仲裁人が、最初に関係せしめた裁判所が管轄する(管轄固定主義)という立場です。

これに対し、「試案」3条は、必ずしも管轄固定主義をとらず、むしろそれぞれの事項に最も密接する地を選んで管轄裁判所を定めておりますし、その際、現行法の認めていない仲裁地を重視しているのが特徴です(仲裁地中心主義)。またこの管轄の定めを専属的と規定し、合意管轄の余地を排除している点も注目されます。

ちなみに、仲裁地(Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens, le lieu de l'arbitrage)とは、主たる仲裁手続及び仲裁裁判所がそこでなされるべきものとされた地であります。現実の審問または証拠調べの手続が他の地で行われることは妨げられません^(注10)。

(2) 後見・援助の事項と手続 (a) 仲裁人の選定(民訴789Ⅱ・805、「試案」15Ⅲ・Ⅳ) 現行法では選定の訴えにより判決手続で選定されますが、「試案」では決定手続により、しかも不服申立は認められません。(b) 証拠調べ(民訴796、「試案」25) 現行法では実際に証拠調べを実施するのは裁判所なのか、仲裁人なのか明確ではありませんが、「試案」では明確に仲裁人であると定めています^(注11)。(c) 執行力の付号(民訴802、「試案」38・41・48) 現行法には民訴802条だけしか規定がなく、内国仲裁判断の執行力付号についても、外国仲裁判断のそれについても、本条の解釈によってまかなわれています。またそこでは執行判決を求める訴えが必要であり、判決手続で審理されます。これに対し、「試案」で

注(9)「シンポジウム・仲裁」前掲(注3)103頁[青山]。

(10) 小山昇・仲裁法(新版)(1983)155頁以下参照。

(11) UNCITRAL模範法や仲裁規則やその他の立法例については、「仲裁法試案とその解説」NBL第25条の解説2参照。

は、国内仲裁判断と外国仲裁判断について別個の規定を設けましたが、その実質的要件はむしろほぼ同じものになっています。いずれもニューヨーク条約の要件に合わせたわけです。また、執行力の付号を受けるためには、執行許容宣言を求める申立てをすればよく、原則として決定手続で審理されます。これらについては、後でも少し詳細に説明します。(d) 仲裁人の忌避(民訴798、「試案」16)現行法では、仲裁人の忌避事由としていろいろいっておりますが、「試案」では「仲裁の公正を妨げるべき事由」といっています。これだけで十分かは議論のあるところですが^(注12)。なお、現行法では裁判所に対し忌避の訴えを提起しなければなりません、「試案」では忌避の申立てをすればよいわけです。

2 仲裁と訴訟との関係

(1) 仲裁と保全手続 保全処分についての規定は現行法にはありませんが、「試案」は、UNCITRAL模範法9条にならって、10条で「当事者は、仲裁契約がある場合においても、仲裁手続前又は仲裁手続中に、裁判所に保全処分を申し立てることができる」と決めました。これは、仲裁事件に関連して、裁判所が保全処分を命ずる場合の定めであり、仲裁裁判所自ら保全措置(中間的仲裁判断 interim award)を発する場合とは区別されます。後者については「試案」24条が規定していますが、もとよりこのような規定も現行法にはなく、UNCITRAL模範法17条にならって新設されたものです。ただし、「試案」24条3項「前2項の命令は、執行力を有しない」のような規定は、模範法17条にはありません。

裁判所の保全処分と仲裁裁判所の保全措置の相違と相互関係については、別稿に譲ります^(注13)。

(2) 仲裁契約があるのに、訴訟が提起されたとき 現行法にはとくに規定がないが、ドイツの実務と同様、訴え却下の判決がされるものと解されています。「試案」9条は、決定で、訴訟手続を中止(stay)しなければならないとし、それに関連して詳しい具体的手続を定めています。9条1～4項は、ほぼアメリカ法やイギリス法に倣ったものです。同条5項UNCITRAL模範法8条3項と同趣旨です。

注(12) たとえば、「シンポジウム・仲裁」前掲(注3)133頁[ハーブシャイト]。

(13) 「仲裁法試案とその解説」前掲(注11)第10条の解説4、松浦馨=日比野泰久・仲裁と保全手続(1989年3月、国際商事仲裁協会)15頁以下、18頁以下、27頁以下[松浦]参照。

3 仲裁人

(1) 資格 仲裁人は自然人に限るか、あるいは法人その他の団体でもなれるかについては争いがありますが、「試案」13条は自然人に限るということを宣言しました。

(2) 人数 民訴788条は、仲裁契約に仲裁人選定に関する定めがないときは、「当事者は各一名の仲裁人」を選定する旨定めているが^(注14)、「試案」14条はその場合には、仲裁人は三人とするとしています。UNCITRAL模範法10条と同じです。

(3) 辞任・解任 「試案」17条は、UNCITRAL模範法に倣って辞任・解任についての規定を新設しています。

(4) 忌避 忌避については、忌避事由などのお話しをすでにしましたが(前掲1(2)(d))、ここでは忌避手続についてお話しします。現行法では、忌避事由のあると思われる仲裁人に対して管轄地裁又は簡裁ヘダイレクトに忌避の訴えを提起するものとされていますが(民訴805条参照)、「試案」16条によりますと、忌避申立てはまず仲裁人に対してなされ、仲裁人が申立てを却下したり、決定をしないときに、裁判所へ決定の申立てをすることにしております。

これに関連して、たとえば、ICC規則による仲裁を日本で行うときに、ICC裁判所の忌避に関する決定後に、さらに日本の裁判所に忌避申立てができるかという問題があります。恐らくできないと解すべきでしょう^(注15)。

4 仲裁判断の執行と取消し

(1) 仲裁判断の執行について 現行民訴802条によれば、執行判決の訴えという慎重な手続を経なければならぬのに対し、「試案」では原則として決定手続によって、執行許容宣言を受ければよいことは、先ほど(前掲1(2)(c))申し上げましたが、ここではもう少し詳しく説明いたします。「試案」38条3項は「執行許容の宣言を求める申立てについては、裁判所は、口頭弁論を経ないで、決定をもって裁判する。この場合においては相手方を審尋しなければならない。裁判所が特に必要と認めて口頭弁論を開いた場合には、判決をもって裁判する」とし、同条4項は、「仲裁判断の許容の宣言には、仮執行の宣言

注 (14) 「シンポジウム・仲裁」前掲(注3)110頁(澤田)、小島=高桑・前掲(注2)553頁参照。

(15) 「シンポジウム・仲裁」前掲(注3)114~5頁(澤田)。

を付さなければならない」とし、同条5項は、「執行許容を宣言する決定に対しては、異議を申し立てることができる。異議の申立てがあったときは、裁判所は、口頭弁論を命じ、判決をもって裁判しなければならない」としています。

「試案」起草の過程では、このような、いわば原則決定手続・例外的に判決手続という折衷案ではなく、民事保全法の保全命令に関する手続で採用されたオール決定手続方式も検討されましたが、結局、仲裁判断の場合は外国仲裁判断も含まれており、外国仲裁判断の場合は、その取消の訴えの管轄がわが国にはなく、執行許可の手続が事実上それに代わることになるので、すべてを決定手続とすると手続保障を軽くしすぎる恐れもあるということで、折衷案を採用したわけです。これはドイツ民訴1042条、1042条a、1042条cの立場と同じです^(注16)。

(2) 仲裁判断取消しの要件 仲裁判断取消しの要件と執行許容の要件とはリンクさせるのが通例であり、現行法も「試案」も例外ではない^(注17)。従って、仲裁判断取消しの要件と執行許容要件は同じとってよい。

(a) 民訴801条1項第4(仲裁手続に於いて当事者を審尋せざりしとき)および第5(仲裁判断に理由を付せざりしとき)並びに同条2項について まず、1項第4の当事者を審尋しなかった場合でも、両当事者が合意していたときは取消理由とならないという2項の規定は基本権たる審尋請求権を侵害する恐れがあるとの指摘がされていますが、「試案」ではもちろんかかる規定は引き継がれていません。1項第5号の理由を付さない

注(16) 私も折衷案に賛成した。しかしその理由は多数説と異なる。私見によれば、オール決定主義をとることとし、裁判所は必要と認めれば(任意的)口頭弁論を開いて審理するが、その場合も決定で裁判するものとする。ただしその決定に対しては異議ではなく、抗告を認めることによって、同一審級における重複審理を避けるべきである。決定手続でも口頭弁論を開いて審理すれば、執行許容宣言の手続としては十分であって、手続保障を害することはないと考えられる。ただ、同じ決定でありながら、口頭弁論を経ない場合は異議、経た場合は抗告という振り分けは、形式的平等を尊重する日本では通りにくく、大方の賛成を得ることができなかった。これと同様なことは民事保全法の制定のときにも、手形訴訟の再導入のときにもあった。とすれば、上記の折衷案もやむなし、と考えるわけである。

(17) 「シンポジウム・仲裁」前掲(注3)117頁〔高橋〕。

ときもメンションされています。これは、理由を付してないときは、「試案」34条の仲裁判断の訂正で処理しようと考えたためです。

(b) 民訴801条1項第6(第420条第4号乃至第8号の場合に於いて再審の訴を許す条件の存するとき) とくに仲裁判断の基礎となった判決等が変更された場合ですが、公序で処理できないかと考えるわけです。

(c) 取消の訴えの提起期限 現行民訴803条、804条によりますと、たとえば仲裁人の収賄とか、偽証があれば、執行判決が確定した後も5年間、仲裁判断取消しの訴えが提起できることになっています。これに対し、「試案」ではこの種の期間制限はありませんが、その代わり41条3項で、当事者が仲裁判断の正本を受領した日から3ヶ月を経過した後は取消しの訴えは提起できないとされています。しかし偽証とか収賄とかいうのは、3ヶ月以上経ってから明らかになるのが普通でありまして、3ヶ月で遮断することはどう見ても不合理です^(注18)。恐らく、「試案」41条と民訴420条を比較対照しつつ、「試案」4条に基づき、民訴424条を準用すべきでしょう。疑問はありますが、その結果、3ヶ月経過後は、民訴420条1項4号ないし8号に掲げた理由に基づく場合に限り、5年以内であれば(その理由が3ヶ月経過後に生じたときは、その理由発生後5年以内であればよい)、取消しの訴えを提起できる、と考えます。

5 国際仲裁と準拠法

国際仲裁とは何かという問題は難しい問題ですが、ここではとりあえず、仲裁事件が、当事者、係争物、仲裁地、仲裁手続準拠法などの点で複数の国又は法秩序に関係している場合の仲裁を指すということで、広く解しておきます。現行法では国際仲裁への配慮は皆無といって差し支えありません。従って、「試案」第7章準拠法及び国際裁判管轄が国際仲裁と準拠法について4ヶ条の規定を設けているのは、全く新しい規定です。この「試案」は、国内仲裁はもとより、日本を仲裁地とする国際仲裁にも適用されます。後者の場合に第7章の規定が適用されるわけです。

(1) 仲裁契約の準拠法 仲裁契約の効力が問題となるのは、仲裁契約があるのに一

注(18)「シンポジウム・仲裁」前掲(注3)120～121頁(高橋)、「仲裁法試案とその解説」・前掲(注11)第41条の解説4(4)[谷口]参照。

当事者が訴訟を提起した場合、相手方が仲裁契約を理由とする妨訴抗弁を提出するときと、仲裁人の全面手続で仲裁人の権限ないし仲裁付託の範囲が争われたときなどです。これらの場合に裁判所や仲裁人が仲裁契約の成立や効力について判断するとき、どの国の法律によって判断するかという問題です。「試案」42条は、学説や国際条約の傾向に従って、まず当事者の指定によることとし、指定がなければ仲裁地、仲裁地がなければ行為地としています。

ところで、国際私法上の通説によりますと、行為能力(契約締結能力)の準拠法と、契約の準拠法とは別個に定められるのが原則だといわれますが、UNCITRAL模範法34条2項(a)(i)は両者をひっくくめて規定しており、「試案」42条は概してUNCITRAL模範法に倣ったものと解されるため、仲裁契約締結能力も42条によって律せられる余地が十分あります。しかし他方で、国際私法学者からは疑問が提起される可能性も大きいでしょう(注19)。

なお、仲裁契約の方式の準拠法としては、抵触法的処理をせずに、涉外実質法としての「試案」7条が適用されるものとされました(「試案」43条)。UNCITRAL模範法に倣ったものです。また仲裁適格ないし仲裁可能性の準拠法としては、従来、紛争の実体関係の準拠法説、仲裁地法説、仲裁契約の準拠法説、承認国法説が主張されてきましたが、「試案」44条は、仲裁契約の準拠法と法廷地法を累積的に適用することとしました(注20)。

(2) 仲裁手続の準拠法 仲裁手続の準拠法という場合、仲裁裁判所が実施する仲裁手続の準拠法は何かという問題と、仲裁について援助または協力する裁判所が実施する手続や仲裁判断取消訴訟手続の準拠法は何かという問題に分かれる。そして「試案」45条2項が定めているのは前者についてであります。後者については同条項は直接には言及しておりません。従って解釈が分かれる余地があります(注21)。

(3) 仲裁の判断基準 一般に仲裁の判断基準について特段の合意がないときに、法と正義と公平その他のうち、いずれを判断基準とするのかについて、現行法には規定がない。そしてかつては、むしろ正義と公平によるべしとの見解が有力であったが、近年

注 19) 「仲裁法試案とその解説」前掲(注11)第42条の解説4(4)[澤木]参照。

20) 「仲裁法試案とその解説」前掲(注11)第44条の解説1[澤木]参照。

21) 「仲裁法試案とその解説」前掲(注11)第45条の解説4[澤木]参照。

においては法によるべしとの見解が支配的であるといわれています^(注22)。「試案」30条は後説を採用しています。

問題は、国際仲裁の場合に、どこの国の法律により仲裁判断をなすのか、ということです。訴訟事件の場合は、当然法廷地国の国際私法により準拠法が定まります。しかし仲裁の場合は必ずしもそうとは決まりません。訴訟の場合と同じように、仲裁地国の国際私法によって決まるとする見解もありえますが、当事者が合意できるし、その合意がなければ仲裁人が決定できるという見解もありえます。

Ⅲ 「仲裁法試案」の問題点

1 はしがき

「仲裁法試案」は仲裁研究会が十年以上の年月をかけて熱心に検討を重ねたうえ作成したものであり、比較法的観点からも、立法政策的視点からも十分な議論を経ています。とくに貴中と思われるのは、民事手続法学者のみならず、国際私法学者、商法学者、仲裁実務家の方々をも含む共同研究ができたことでした。私じしん、これらの方々から貴中な、思いがけない意見や発想を教わったことは非常に多いと思います。ただ、昨今の仲裁、ことに国際商事仲裁はまさに日進月歩の有様ですし、仲裁研究会の研究で手薄なところも少なくありません。幸か不幸か、日本の仲裁法改正は早くとも数年先です。そこで、その後の世界の仲裁法改正の動きや比較的手薄であった研究領域、とくにアジア・太平洋地域の仲裁の研究を補完しながら、「仲裁法試案」を再検討する余地と必要性は少なくないといえるでしょう。その意味で私の思いついた問題点をいくつか指摘しておきたいと考えます。

2 問題点

(1) 国内仲裁と国際仲裁を区別して立法するか否か 「試案」は、国内仲裁と国際仲裁を区別せず、従ってまた国内仲裁手続と国際仲裁手続を分離して規定を設けるということもしてなりません。むしろ国内仲裁であると国内仲裁であるとを問わず、共通の規

注 (22) 小島＝高桑・前掲(注2)548頁以下(松浦)参照。

定が適用されることを前提にしています。現行法やオランダ法^(注23)もそうです。

これに対し、フランス^(注24)、スイス^(注25)、カナダ^(注26)、香港^(注27)などでは、国内仲裁と国際仲裁を区別し、国内仲裁手続と国際仲裁手続を分離してそれぞれ別個の規定を設けています。とくにカナダと香港では、UNCITRAL模範法をごく僅かの修正を施しただけで、その国際仲裁手続規定として継受するという方針がとられました。ドイツでも根本的改正が問題となっているようですが、両手続を分離する立場が優勢のようです^(注28)。

仲裁法を制定しようとするときは、仲裁法の主たる適用領域が国際仲裁、とくに国際商事仲裁であり、外国人も利用者となりますために、世界共通的・世界統一的規定であることが望ましいといえますが、他方国内仲裁だけのことを考えますと、従来の伝統とかその国の特殊事情を急激に変えることは難しいというところがあります。そうだとしますと、国内仲裁手続と国際仲裁手続を分離してそれぞれ別個の規定を設けるものとし、後者については思い切ってできるだけUNCITRAL模範法をまるごと継受するという仕方が望ましいように思われます。もっとも多数の国がこの方針をとらない限り、その実効は生じませんが、その方向へ多数の国が進むであろうとの機運はすでに生じているのではないのでしょうか。もしこのような方向で各国が改正作業を進めていけば、国際仲裁の利用者は仲裁結果の予測がより容易になり、より多く仲裁制度を利用するようになるの

注 (23) 貝瀬幸雄・1986年オランダ新仲裁法研究(1988年3月、国際商事仲裁協会)およびそこに掲記の文献参照。

(24) 小島=高桑編・前掲(注2)529頁以下〔多喜〕及びそこに掲記の文献参照。

(25) 石黒一憲・スイス新国際仲裁法について(1989、国際商事仲裁協会)、小島=高桑編・前掲(注2)570頁以下〔柏木〕など参照。

(26) 道垣内正人「カナダの国際商事仲裁法」JCAジャーナル1988年3～5号、マーク・ラロンデ(大貫雅春訳)「カナダにおける商事仲裁の新環境」JCAジャーナル1987年9号、Thomas Nöcker, Das Recht der Schiedsgerichtsbarkeit in Kanada(1988)およびそれらに掲記の文献参照。

(27) 松浦・前掲(注8)およびそこに掲記の文献参照。

(28) K.H.Schwab, Das Uncitral-model law und das deutsche Recht, FS für Heinrich Nagel zum 75.Geburtstag(1987) S.445, Vgl. auch Nöcker, aaO.(Note 26)S. 7.

ではないでしょうか。その際、国際仲裁にはいわゆる国際商事仲裁のほか、いわば国際民事仲裁ともいうべきものが含まれますが、これをも国際手続規定のもとに包括するか否か、国際仲裁の範囲をどのように限定するかなど慎重に考慮しなければならないでしょう。

(2) 条約と仲裁法との関係 「試案」5条は、「仲裁に関し、条約に別段の定めがあるときは、その規定による」と規定しています。これに対し、ハーブシャイトはいち早く、「条約が常に国内法に優先するというのはおかしいのではないか。有利な方を優先適用できるというべきではないか」と批判していますが、正当と思われます^(注29)。同教授はまた、同条の位置について、第1章総則よりは、第7章準拠法及び国際裁判管轄のあたりが適切ではないかとされています^(注30)。そうかも知れません。

(3) コンペテンツ・コンペテンツの問題 これもハーブシャイトが指摘した問題点です。「試案」20条1項は、「仲裁人は、付託された事件について仲裁判断をする権限を有するか否かを決定することができる」と規定し、同条3項は、「仲裁判断をする権限を有する旨の仲裁人の決定は、仲裁判断取消しの訴えによって、又は執行許容の宣言を求める手続における抗弁によってのみ、争うことができる」と規定しています。そうだとしますと、仲裁判断をする権限を有するかどうかの決定について、これを争う場合に、仲裁判断取消しの訴えまで待たなければならないのか、という疑問が生ずる、と彼はいうのです。

彼によりますと、スイス法では、仲裁判断をする権限を有するが否かについては、中間仲裁判断によって判断することになっており、この中間仲裁判断に対しては、裁判所に対し取消しの訴えを提起することが認められており、仲裁判断取消しの訴えまで待つ必要はないようです。ドイツでは、当事者は裁判所に対し仲裁契約不存在確認の訴えを提起して対抗できますが、スイスではかかる訴えは認められません。恐らくその必要がないためでしょう^(注31)。

注 (29) 松浦馨「外国仲裁判断の承認と執行の問題点」染野博士古稀・民事訴訟法の現代的構築 225頁(1989)参照。

(30) 「シンポジウム・仲裁」前掲(注3)133頁[ハーブシャイト]。

(31) 「シンポジウム・仲裁」前掲(注3)134頁[ハーブシャイト]。

この点については、「試案」起草の過程でも議論をしました。そして、スイス式の中間仲裁判断の制度は置かないことにしました。それは、日本では中間判決に対する独立の上訴を認めるような制度を認めていないからです。結局、当事者としては、仲裁判断取消しの訴えまで待っていてもよいけれど、その以前に仲裁契約の不存在・無効・履行不能・仲裁権限欠缺等の確認の訴えを提起することはできる。ただし、上記確認の訴えを本案訴訟として、相手方当事者に対して仲裁申立ての取下げを命じたり、仲裁人に対して仲裁手続の中止を命ずる仮処分を申請することは許されない、と解されていると思います^(注32)。ただ、スイス式の中間仲裁判断の導入については、再考の価値があるかも知れません。

(4) 訴訟と仲裁の消極的権限の抵触 当事者が訴訟を提起したところ、裁判所は有効な仲裁契約ありとして訴えを中止又は却下し、他方、仲裁申立てをしたところ、仲裁人は仲裁契約は無効だとして仲裁申立てを却下したという場合、どうするか。

裁判所が中止決定又は却下判決をしたときは、上訴すればよいでしょう。仲裁人が仲裁申立てを却下したとき、その当事者は相手方当事者を被告として(共同被告として、仲裁人を加えることも可能)、仲裁手続が許されること(仲裁契約の有効・履行可能・仲裁権限の存在等)の確認の訴えを提起することは可能でしょう。しかし相手方当事者に対して仲裁手続への応訴を命じたり、仲裁人に対し仲裁手続の進行を命ずる仮処分を申請することは許されないでしょう。また、仲裁人に対し仲裁手続の進行を求める通常給付訴訟も許されないでしょう。相手方当事者に対する応訴を求める通常給付訴訟も同じです^(注33)。

ただ、今お話したこと法文上明確に表示されているわけではないので、別の解釈が導かれる恐れもあります。別の立法例もないわけではありません。従ってさらこ検討を加えた上、明確な条文を設けた方がよいかも知れません。

(5) 執行許容宣言手続と仲裁裁判取消しの訴の関係の調整 前にお話したとおり、仲裁判断の執行許容宣言の要件と、仲裁判断取消しの訴えの要件とは同一ではありません

注(32)「シンポジウム・仲裁」前掲(注3)135～6〔松浦〕、「仲裁法試案とその解説」前掲(注11)

第9条の解説4(5)頁参照。

(33)「仲裁法試案とその解説」前掲(注11)第9条の解説4(5)後半参照。

ので、両手続間の調整の問題が生ずるのです。まず第一に、執行許容宣言手続が先行した場合です。その手続で、取消事由が主張されたが排斥された、あるいは取消事由を主張しなきまま執行許容宣言がなされてしまったとします。さて、その後に仲裁判断取消しの訴えを提起して改めて取消事由を主張することができるか、という問題です。

これに対する回答は二通り考えられます。① 決定で執行許容宣言がされた場合は提起できるが、判決でされた場合は提起できない、とするものと、② いずれで執行許容宣言がされた場合でも提起できないとするものです^(d.34)。私は①に賛成しますが、解釈が分かれる可能性がありますから、はっきりさせた方がよいと思います。

第二は、逆の場合で、仲裁判断取消しの訴えが先行し、執行許容宣言手続が後続する場合です。もっとも通常の場合は既判力の問題として処理できます。問題は、債務者側が仲裁判断取消しの訴えの出訴期間(「試案」41条3項)を徒過した後に、債権者が執行許容宣言の申立てをしてきた場合、債務者はすでに出訴期間は過ぎてしる取消事由を、当該執行許容宣言手続の中で主張することができるか、です。

仲裁研究会では主張できると解しています^(注35)。私もそのように考えます。債務者もはや仲裁判断取消しの訴えは提起できませんが、執行許容宣言手続の中では取消事由を主張できる です。その主張を妨げる、先行する確定判決は全く存在しないわけですから、その主張を妨げる既判力も存在しえないからです。

(6) 調停前置注意について 調停というものに対する考え方は、欧米、中国、日本、その他でかなり異なるものと思われる。しかし概してアジア諸国においては、調停に対して親近感を持つ場合が多いように思います。そうだとしますと、日本の仲裁法としても、調停を何らかのかたちで取り込んだ立法をすべきではないでしょうか。といっても法律上当然調停前置主義をとるようなことは考えられないでしょう。恐らく香港仲裁令が採用しているような、双方当事者の特段の合意によって仲裁の前に調停を前置することが可能ということにして、その場合の手続を誰が見ても無理がない程度のもので規定することになるでしょう。

注(34) 「シンポジウム・仲裁」前掲(注3)118頁〔高橋〕、「仲裁法試案とその解説」前掲(注11)

第41条の解説4(4)参照。

(35) 「シンポジウム・仲裁」前掲(注3)118頁〔高橋〕。

ので、両手続間の調整の問題が生ずるのです。まず第一に、執行許容宣言手続が先行した場合です。その手続で、取消事由が主張されたが排斥された、あるいは取消事由を主張しなきまま執行許容宣言がなされてしまったとします。さて、その後に仲裁判断取消しの訴えを提起して改めて取消事由を主張することができるか、という問題です。

これに対する回答は二通り考えられます。① 決定で執行許容宣言がされた場合は提起できるが、判決でされた場合は提起できない、とするものと、② いずれで執行許容宣言がされた場合でも提起できないとするものです^(注34)。私は①に賛成しますが、解釈が分かれる可能性がありますから、はっきりさせた方がよいと思います。

第二は、逆の場合で、仲裁判断取消しの訴えが先行し、執行許容宣言手続が後続する場合です。もっとも通常の場合は既判力の問題として処理できます。問題は、債務者側が仲裁判断取消しの訴えの出訴期間(「試案」41条3項)を徒過した後に、債権者が執行許容宣言の申立てをしてきた場合、債務者はすでに出訴期間は過ぎてしる取消事由を、当該執行許容宣言手続の中で主張することができるか、です。

仲裁研究会では主張できると解しています^(注35)。私もそのように考えます。債務者もはや仲裁判断取消しの訴えは提起できませんが、執行許容宣言手続の中では取消事由を主張できる です。その主張を妨げる、先行する確定判決は全く存在しないわけですから、その主張を妨げる既判力も存在しえないからです。

(6) 調停前置注意について 調停というものに対する考え方は、欧米、中国、日本、その他でかなり異なるものと思われる。しかし概してアジア諸国においては、調停に対して親近感を持つ場合が多いように思います。そうだとしますと、日本の仲裁法としても、調停を何らかのかたちで取り込んだ立法をすべきではないでしょうか。といっても法律上当然調停前置主義をとるようなことは考えられないでしょう。恐らく香港仲裁令が採用しているような、双方当事者の特段の合意によって仲裁の前に調停を前置することが可能ということにして、その場合の手続を誰が見ても無理がない程度のもので規定することになるでしょう。

注 (34) 「シンポジウム・仲裁」前掲(注3)118頁[高橋]、「仲裁法試案とその解説」前掲(注11)第41条の解説4(4)参照。

(35) 「シンポジウム・仲裁」前掲(注3)118頁[高橋]。

その場合に注意すべき点として二つのことを指摘しておきたいと思います。一つは、香港仲裁令も十分意識したもので、調停となれば、各当事者と調停人は個別に接触することができますが、その際内密に (confidential) 調停人の取得した情報が、相手方当事者の知らないまま仲裁判断に影響するようなことがあってはなりません。そこでいよいよ調停が不調ということになれば、調停人が内密に取得した情報については、仲裁手続にとって重要なものはすべて相手方当事者に開示されなければならない、ということです (香港仲裁令 2 B 条(3)項)。

もう一つは、争点の再確認ということですが、先行する調停手続では、その目的は円満な自主的解決にあるのですから、相手方の主張事実を一々争うことは避けることもありますし、自ら主張する事実も、調停の目的から取捨する余地があるのは当然です。それ故調停手続が不調になり、仲裁手続へ移行することになれば、あらためて仲裁判断を求めることを前提として、相手方の主張事実についてどの範囲で争うか、自らの主張事実としてどのような事実を提出するかを確かめた上で、争点整理をやり直すべきです^(注36)。

「試案」では調停の導入のことについて全く触れていませんが、今お話したような諸点を考慮しながら、導入を検討することが必要と考えます。

(7) その他 以上のほか、保全処分(「試案」10条)や保全措置(「試案」24条)に関する規定は簡潔すぎ、両者の関係も必ずしも明確でない嫌いがありますので、より詳しい規定を検討すべきでしょう。ただしこの点については別稿^(注37)を援用します。そのほかいろいろあろうかと存じますが、本日はこの程度に止めたいと存じます。

IV 結語

以上で『仲裁法試案』の特徴と問題点」という私の講演を終わりたいと存じますが、皆様一言お願い申し上げたいことがございます。私たちは、ひき続き仲裁研究会を基盤として仲裁の研究、とくにアジアの仲裁の研究に取り組みたいと考えています。そのほか、ごく最近、通産省の肝入りで国際商事仲裁システム高度化研究会が発足いたしましたし

注(36) 松浦・前掲(注8)121頁以下参照。

(37) 松浦＝日比野・前掲(注13)1頁以下〔松浦〕参照。

た。また少し前から名古屋大学法学部に、アジア・太平洋地域研究プロジェクト・チームが組織され、法律・政治にわたり広汎な研究活動を行っていますが、その研究の一部として、私はアジアの仲裁の研究を担当しています。そのために韓国の仲裁についても大きな関心を持っており、こればかり韓国の仲裁についても色々調査・研究したいと考えております。ついでには、皆様方の御教示と御支援をお願いしたいと思いますし、もし皆様方が日本の仲裁について調査・研究をされたり、日本の仲裁に対する御意見や御要望がございましたら、私たちは心から歓迎し、協力を惜しまない積もりですし、虚心坦懐に承る積もりですので、どうか御遠慮なくお申しこしいただきたいと存じます。文科系科学も共同研究という形成がかなり定着して参りましたが、今後は国際共同研究が推進されなければならないのではないのでしょうか。韓国と日本の共同研究が一步でも二歩でも前進することを願いながら、私のお話を終わることにいたします。御静聴有難うございました。〔完〕