

和解的仲裁判断の効力

中村 達也

The Effect of a Consent Award

Tatsuya Nakamura

要約：仲裁は、現在、国際商事紛争の解決手段として広く利用されているが、それに要する費用の高額化、手続の遅延化という問題を抱えており、それに対処するための紛争解決手段として調停が利用され始めており、わが国においてもその利用が注目されている。また、国内外において、調停手続において成立した和解に執行力を付与するための法整備に向けた動きが進んでいるが、その一方で、実務上、仲裁手続中に和解が成立した場合のほか、調停手続において和解が成立した場合において、和解の内容を仲裁判断とするいわゆる和解的仲裁判断により紛争を解決する要請もある。本稿は、このような内外の動きがある中、和解的仲裁判断の実務上の重要性に鑑み、和解的仲裁判断の効力について検討を試みたものである。その結果、まず、当事者間の交渉や調停の結果、仲裁手続前に和解が成立した場合であっても、その和解の内容を仲裁判断とすることができる。和解的仲裁判断は既判力を有し、和解合意の無効・取消原因は仲裁判断の取消事由・承認拒絶事由となる。仲裁判断の既判力の性質について、制限肯定説、当然無効否定説はUNCITRAL国際商事仲裁モデル法（モデル法）に準拠して制定されたわが国の仲裁法の規定と整合せず、仲裁法上、当然無効肯定説が妥当する。また、仲裁法は、モデル法と同様、仲裁判断で不利な判断を受けた当事者に対し、仲裁判断の取消しの申立てと仲裁判断の執行決定手続における執行拒絶事由の主張のいずれを選択するか、救済方法の選択を与えており、信義則により執行拒絶事由の主張が遮断されることはごく例外的な場合に限られる。以上が本稿の一応の結論である。今後の議論の一助となれば幸いである。

キーワード：仲裁、和解、調停

1. はじめに

仲裁判断は確定判決と同一の効力を有する（仲裁法45条1項本文）。この仲裁判断の効力の根拠について、仲裁は、当事者が紛争の解決を第三者である仲裁人に委ね、かつ、その判断（仲裁判断）に服する旨の合意（仲裁合意）に基づく紛争解決手続であるので（仲裁法2条1項）、当事者は仲裁判断に従う仲裁合意上の義務があるが、仲裁法14条1項が仲

裁合意に基づく妨訴抗弁を認め、仲裁合意の対象となる紛争について裁判所の審判権を排除していることから明らかであるように、国家は仲裁を訴訟に代替する紛争解決制度として法認していることから仲裁判断に確定判決と同一の効力が与えられるのは当然のことであると言えよう¹⁾。また、確定判決と同一の効力を与える以上、国家は訴訟の場合と同様に、仲裁判断は、手続保障の下、当事者の主張・立証に基づき公正な仲裁人によってなされることを要

1) 小山・仲裁195頁、小島＝高桑・注解仲裁〔福永有利〕159頁、河野・仲裁530頁、青山善充「仲裁判断の効力」松浦＝青山・論点332頁、小島＝猪股・仲裁421頁、猪股孝史「和解的仲裁判断－仲裁判断との同質性と異別性」桐蔭法科大学院紀要3号（2009）3頁、20頁参照。

求し（仲裁法25条²⁾、仲裁判断がそれを欠く場合、確定判決と同一の効力を与えない（同45条1項、2項³⁾）。

仲裁判断は、当事者間に別段の合意がない限り、上訴は認められず、その成立によって仲裁手続が終了し（仲裁法40条1項）、形式的確定力を有することになるが、この形式的確定力に加え、既判力（実体的確定力）、執行力、形成力を有する⁴⁾。

仲裁廷は、当事者の主張、立証に基づく仲裁判断（以下「真正仲裁判断」ということがある）をする以外に、仲裁手続中に当事者が和解をした場合、和解における合意を内容とする決定をすることができ（仲裁法38条1項）、その決定は仲裁判断としての効力を有する（同2項）。すなわち、仲裁廷は和解の内容に基づく仲裁判断（以下「和解的仲裁判断」ということがある）をすることができる。したがって、和解的仲裁判断は、実体法上の効力しかない和解に確定判決と同一の効力が与えられることから、実務上、仲裁人が仲裁手続中に調停を行い当事者間で和解が成立した場合のほか、当事者が交渉により、あるいは、調停人の関与によって調停手続において当事者間に和解が成立した場合、その和解の内容を仲裁判断にすることが考えられる。この場合、仲裁判断は、当事者の主張、立証に基づき仲裁廷が審理、判断し、当事者間の紛争を終局的に解決するものではなく、当事者の意思に基づき法律関係を終局的に

確定するものであり、仲裁判断の効力を正当化する根拠は当事者の意思に求めることになる⁵⁾。このように仲裁判断の効力の根拠において、和解的仲裁判断は真正仲裁判断と異なるが、それによって仲裁判断の効力は真正仲裁判断と異なるのであろうか。

周知のとおり、仲裁は、現在、国際商事紛争の解決手段として広く利用されているが、それに要する費用の高額化、手続の遅延化という問題を抱えていることから⁶⁾、それに代わる紛争解決手続として、未だ本格的な利用までには至っていないが、調停が国際商事紛争の解決手段としても利用され始めており⁷⁾、わが国においても、その利用が注目されている⁸⁾。

このような国際商事紛争の解決手段としての利用が注目されつつある調停について、国連国際商取引法委員会（UNCITRAL）は既に2002年に、国際商事調停モデル法（UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation（2002））を作成し、諸外国でこれに基づく国内法が制定されてきている⁹⁾。このモデル法は、調停によって当事者間に成立した和解合意の執行力については規定を置かず、国内法に委ねているが、UNCITRALは、2014年の第47会期において、この執行力の問題について作業部会Ⅱに対し、国際商事調停によって成立した当事者間の和解に執行力を付することの検討を諮問し、その後、この和解に執行力を付与するための規定を追加する

2) 青山・前掲注（1）332頁、中田・仲裁152頁、河野・仲裁532頁、渡部美由紀「仲裁判断の既判力について」法学志林101巻2号（2004）1頁、16頁、小島＝猪股・仲裁424頁、猪股・前掲注（1）20頁参照。

3) 道垣内正人「国際商事仲裁－国家法秩序との関係」国際法学会編『日本と国際法の100年 第9巻 紛争の解決』（三省堂、2001）82－84頁参照。

4) 山本＝山田・ADR 仲裁358－359頁、小島＝猪股・仲裁420頁以下参照。

5) 猪股・前掲注（1）23頁参照。

6) 拙著『国際取引紛争 紛争解決の基本ルール〔第2版〕』（成文堂、2016）231－233頁参照。

7) もっとも、利用件数は、仲裁と比べて非常に少ない状況にある。たとえば、ICC Dispute Resolution Bulletin（2018 Issue 2）64によれば、ICC International Centre for ADRに申し立てられた2017年の調停申立件数は30件である。また、2018年11月20日に開催された京都国際調停センターのオープニングセレモニー「国際紛争解決の新時代：京都国際調停センターの使命」においてなされた記念講演の1つである岡田春夫「国際紛争解決の新時代：京都国際調停センターの使命」の配付資料によれば、シンガポール国際調停センター、香港国際仲裁センターに申し立てられた2017年の調停件数は、それぞれ22件、15件である。

8) 日本で初めてとなる国際調停機関として、2018年11月20日に京都国際調停センターが設立され、事業を開始している。この点に関し岡田・前掲注（7）参照。また、同センターについて、2018年7月14日に開催された第14回仲裁 ADR 法学会大会において、高杉直教授が「『京都国際調停センター』と調停人の育成」と題するテーマで報告されている。

9) UNCITRAL のウェブサイト http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation_status.html（last visited 10 December 2018）。

ための2002年国際商事調停モデル法の改正案とともに、そのための条約案の作成について検討が重ねられ¹⁰⁾、その結果、2018年の第51会期において「調停による国際的和解合意に関する国際連合条約案 (draft of United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation)」を確定するとともに、2002年 UNCITRAL 国際商事調停モデル法を改正する2018年 UNCITRAL 国際商事調停および調停による国際的和解合意に関するモデル法 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002)) を採択し、同条約案については、2018年12月10日現在、2018年の国連総会で採択され、その後、署名開放される予定である¹¹⁾。

同条約案および同モデル法によれば、仲裁判断として記録され執行し得る和解合意 (settlement agreements that have been recorded and are enforceable as an arbitral award) は適用対象から外れており¹²⁾、調停により成立した和解の内容を仲裁判断として執行し得る場合、同条約および同モデル法が適用される余地はなく、和解的仲裁判断として執行を求めることになる¹³⁾。わが国が発効後同条約の締約国となる、あるいは、モデル法を採用して国内法を制定する場合であっても、国際商事調停に

より成立した和解の内容を仲裁判断とし得るときは、仲裁判断としての効力を有することになり、同条約、かかる国内法の適用を受けないことになる。また、同条約の締約国とならず、モデル法を採用した国内法も制定しない場合であっても、国際商事調停により成立した和解の内容を仲裁判断とし得るときは、同様に、仲裁判断としての効力を有することになる。

また、わが国においては、裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律 (ADR 法) が施行後10年を経過し、ADR 法制の改善の必要から、日本 ADR 協会が「ADR 法制の改善に関する提言」(2018年4月25日)を取り纏め、法務大臣に提出しているが¹⁴⁾、その中で、ADR における和解合意に対し、執行を受諾する当事者の意思を書面により確認することを条件に、裁判所の執行決定による執行力の付与を可能とすべき提言がされている¹⁵⁾。この提言を受け ADR 法が改正された場合、認証 ADR 機関の認証紛争解決手続において成立した和解については、裁判所に執行決定を求めることができ、それにより執行力が付与されることになるが、その場合であっても、認証を受けていない調停手続において成立した和解の執行力は、和解の内容を仲裁判断とし得る場合は、それにより得られることになる。

このように、現在、国内外において、調停手続において成立した和解に執行力を付与するための法整備に向けた動きが進んでいるが、その一方で、和解

10) 山田文「ADR 和解への執行力付与に関する総論的検討 — UNCITRAL 国際商事調停和解の執行に関する審議からの示唆」加藤哲夫ほか編『現代民事手続の法理 (上野泰男先生古稀祝賀論文集)』(弘文堂、2017) 723頁, 724頁参照。

11) See UNCITRAL Press releases, UNIS/L/264 16 July 2018, UN Commission on International Trade Law concludes 51st Session in New York, <http://www.unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2018/unis1264.html> (last visited 10 December 2018). 同条約は、シンガポール調停条約 (Singapore Convention on Mediation) と呼ばれ、2019年8月1日、シンガポール政府主催の調印式で署名開放される予定となっている。

12) 同条約案1条3項 (b)、同モデル法16条3項 (b)。

13) 仲裁判断として記録された和解合意が仲裁判断として執行し得るか否かを、裁判上の和解と同様に (条約案1条3項 (a)、モデル法16条3項 (a))、仲裁地法により決するか、あるいは、執行地法により決するかは、議論されたが、執行地国の裁判所の判断に委ねることとなったようである (U.N. Doc. A/CN.9/929, para. 27; A/CN.9/934, para. 24)。仲裁地法による場合、調停により成立した和解合意が、仲裁地法上、仲裁判断として記録され執行し得る、すなわち、和解的仲裁判断の資格を有し得るときは、仲裁地国以外の執行地国では、同条約、モデル法の適用はなく、執行地国の仲裁法、外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約 (昭和36年7月14日条約第10号) 通称ニューヨーク条約 (以下「ニューヨーク条約」という) による執行の可否が問題となる。同条約案、モデル法については、U.N.Doc. A/73/17, Report of the United Nations Commission on International Trade Law Fifty-first session, Annex I, IIを参照。

14) 日本 ADR 協会ウェブサイト (<https://japan-adr.or.jp/>) (2018年12月10日)。

15) 日本 ADR 協会「ADR 法制の改善に関する提言」(2018年4月25日) 20頁。

的仲裁判断により紛争を終局的に解決する可能性もあり、その実務上の要請もあると思われる¹⁶⁾。

本稿は、このような調停手続において成立した和解に執行力を付与するための法整備に向けた動きがある中、和解の内容を仲裁判断とする和解的仲裁判断の効力という問題を取り上げ、この問題を扱った先行研究を参照しつつ若干の検討を試みるものである。まず、以下では、仲裁手続前に、当事者の交渉により、あるいは調停手続において和解が成立した場合において、仲裁手続中に成立した和解と同様に、当事者はその和解内容に基づく仲裁判断を求めることができるかという問題を取り上げる。その上で、和解的仲裁判断の効力について、真正仲裁判断との違いを見ていくこととする。

2. 和解的仲裁判断 — 仲裁手続前に成立した和解に基づく場合も仲裁判断となるか

1で述べたように、仲裁法38条1項は、「仲裁廷は、仲裁手続の進行中において、仲裁手続に付された民事上の紛争について当事者間に和解が成立し、かつ、当事者双方の申立てがあるときは、当該和解における合意を内容とする決定をすることができる」と定め、この規定に基づき、仲裁手続の進行中に当事者間に和解が成立した場合、当事者双方の申立てがあるときは、仲裁廷は、その和解における合意を内容とする決定をすることができ、その決定は仲裁判断としての効力を有する（同2項）。この和

解的仲裁判断は、民事訴訟法267条の訴訟上の和解に相当する。これ以外に、民事訴訟法275条の起訴前の和解（即決和解）に相当するものとして、当事者間に和解が成立し、当事者が権利の実行を確保するため、仲裁合意を締結し、それに基づき仲裁人を選任し、仲裁廷が仲裁法38条1項に基づき、その和解における合意を内容とする決定をすることが考えられるが、この場合、仲裁廷の決定に仲裁判断としての効力を与えることに否定的な見解がある。すなわち、ADR和解の執行力を検討する文脈において、「和解が成立してから仲裁合意を結び決定することは、仲裁法38条に言う『仲裁手続の進行中において』成立した和解と言えるか、疑義が否めない。いずれにしろ、脱法行為としての側面が強¹⁷⁾い、あるいは、「和解成立後に仲裁合意を得ることは、制度が本来予定していない方法である¹⁸⁾」という見解が主張されている¹⁹⁾。

これと同様の否定的見解は、ニューヨーク条約の適用を受ける仲裁判断の意義をめぐる議論においても見られる。すなわち、ニューヨーク条約の適用を否定する見解は、仲裁廷に紛争を付託するには、仲裁人選任時に紛争が存在していることが必要であり、仲裁人選任時に当事者間で和解が成立している場合には、仲裁人に付託すべきものではなく、当事者による仲裁人の選任は無効であり、仲裁廷は仲裁判断を行う権限を有しないと²⁰⁾い、当事者が調停手続において成立した和解の内容をニューヨーク条約の適用を受ける仲裁判断とするのであれば、調停手

16) たとえば、シンガポール国際仲裁センターの仲裁手続において、当事者の合意により、仲裁手続開始後、仲裁廷が仲裁手続を中止し、当事者がシンガポール国際調停センターの調停による紛争の解決を試み、当事者間に和解が成立した場合、仲裁廷が和解的仲裁判断を行う仕組みが用意されている。詳細は、SIAC-SIMC Arb-Med-Arb Protocolを参照 (<http://simc.com.sg/siac-simc-arb-med-arb-protocol/>, last visited 10 December 2018)。また、調停手続において当事者間で和解が成立した場合、当事者は、調停人を仲裁人に選任し、その仲裁人が和解的仲裁判断をする旨の規定を置く調停規則として、たとえば、ストックホルム商業会議所仲裁委員会の2014年調停規則14条、日本商事仲裁協会の2009年国際商事調停規則11条がある。

17) 山本和彦「ADR和解の執行力について（下）」NBL868号（2007）24-25頁。

18) 徳田和幸ほか「シンポジウム ADR法の改正課題」仲裁とADR 9号（2014）68頁、87頁〔濱田陽子報告〕。

19) これに対し、山本=山田・ADR仲裁365頁は、「和解の成立は、仲裁手続中に仲裁廷が関与して成立した場合はもちろん、仲裁廷が関与せず成立したものも含む（仲裁手続前に当事者間にある程度の合意がある場合であって、それに基づく和解が仲裁手続中に成立したものも含むと解してよい）」という。

20) Christopher Newmark & Richard Hill, Can a Mediated Settlement Become an Enforceable Arbitration Award?, 16(1) Arbitration International (2000) 81, 83; Yaraslau Kryvoi & Dmitry Davydenko, Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement, 40 Brooklyn Journal of International Law (2015) 827, 863-867; James T. Peter, Med-Arb in International Arbitration, 8 American Review of International Arbitration (1997) 83, 89.

続を開始する前に仲裁人を選任する必要がある、これによって和解的仲裁判断は同条約の適用を受ける仲裁判断となるという²¹⁾。

わが国の仲裁法上、仲裁廷は、和解が仲裁手続中に仲裁人が関与して成立した場合のみならず、仲裁人が関与しない場合も和解的仲裁判断をすることができる²²⁾、仲裁手続前に成立した和解も、仲裁人が和解に関与しないという点において後者の場合と異ならず、仲裁手続中の和解か、仲裁手続前の和解かによって和解的仲裁判断の可否を決するのは形式的に過ぎるように思われる。また、起訴前の和解に必要とされる争いの存在の意義について、一般的に緩やかに解する傾向にあり、これと同様に、「少なくとも和解の内容を債務名義とする必要を当事者が認識しているかぎりにおいて、なお紛争は存するとみてよい」²³⁾と解される。したがって、当事者間で和解が成立している場合にも、仲裁廷に付する紛争は存在していると解され、当事者は、その合意の内容を仲裁判断にするため、仲裁合意を締結し仲裁手続を開始した上で、仲裁廷に対し、その和解の内容に基づく仲裁判断を求めると考えられる²⁴⁾。もっとも、この点について疑義を払拭するには立法的解決が望ましいことは言うまでもない。

3. 和解的仲裁判断は既判力を有するか

先述したとおり、仲裁判断の成立によって仲裁手

続は終了し（仲裁法40条1項）、仲裁判断は、形式的確定力に加え、既判力、執行力、形成力を有することになるが、和解的仲裁判断の場合、仲裁判断の既判力の有無をめぐる争いがある²⁵⁾。

(1) 学説

まず、肯定説の根拠について見ると、仲裁法は、「和解的仲裁判断は『仲裁判断としての効力』を有するとの明文規定（仲裁38条2項）をおいたのであるから、和解的仲裁判断は、仲裁判断が有する効力を有する、したがって仲裁判断の既判力を有する」と読むのが、きわめて素直な解釈である、和解的仲裁判断によっても仲裁手続は終了するが、仲裁判断であれば得られたであろう既判力が、和解的仲裁判断では得られないことになっては、均衡を失することになる、仲裁判断の効力を正当化する実質的な根拠である適正な手続保障の代わりに、当事者が和解合意を成立させたことが正当化のための実質的な根拠となる旨が主張されている²⁶⁾。

これに対し否定説は、当事者の合意を中核とするという性質上、和解的仲裁判断を和解調書と同様に扱い、和解調書が確定判決と同一の効力を有することについて、既判力の正当化根拠が、当事者に対する手続保障の下、裁判所が実質的に審査したものであることに求められ、裁判所の形式的な審査にとどまる和解調書については裁判所の「判断」として手続的拘束力を認める根拠を見出すことは困難である

21) See, e.g., Newmark & Hill, *supra* note 20, at 85.

22) 仲裁コンメ209頁。

23) 小島＝猪股・仲裁453-454頁。また、理論と実務307頁〔三木浩一発言〕は、「紛争というのは、客観的な存在というよりは主観的なものであって、第三者の目から見て紛争がないと思われたとしても、当事者が主観的に紛争があると考えていけば、それは紛争があるということになる」といい、また同頁〔谷口安平発言〕は、民訴法275条が定める訴え提起前の和解いわゆる即決和解の場合における争いの存在について、下級審判決が緩やかに解しており、仲裁の場合も同様に解してよいとする。

24) 理論と実務306頁〔山本和彦発言〕、〔近藤昌昭発言〕参照。わが国と同じUNCITRAL国際商事仲裁法に基づく仲裁法を制定したドイツにおいても、賛否が分かれている。この点について、Fabian von Schlabrendorf and Anke Sessler, Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter VI: Making of the Award and Termination of the Proceedings, § 1053 - Settlement in Patricia Nacimiento, Stefan Michael Kroll, et al. (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd edition (Kluwer Law International 2015) 331-332を参照。

25) 小島＝猪股・仲裁457-458頁参照。

26) 猪股・前掲注(1)22-23頁。また、三木浩一「仲裁法制定と理論的課題」法律時報77巻2号(2005)41頁、44頁は、「訴訟上の和解に既判力があるかどうかについては争いがあるが、38条決定の場合は当然に既判力が生じる」という。また、理論と実務304頁〔山本発言〕も既判力は当然に生じることになるという。

ことから、和解的仲裁判断についても既判力は生じないという²⁷⁾。

また、民事訴訟法89条が定める裁判上の和解と仲裁法38条が定める決定は、「いずれも第三者による紛争裁断手続の過程で、紛争裁断権者の一定の関与の元に、当事者間の合意により紛争が解決される、という点において相似している」ことから、「その効力についても、特段の事情がない限り、なるべく同様に整理するのが合理的である」とした上で、「38条決定の基礎となった和解に実体法上の瑕疵（詐欺・強迫、錯誤、代理権の欠缺など）があった場合でも、そのような瑕疵は仲裁法44条1項各号所定の仲裁判断取消事由（ないし仲裁法45条2項各号所定の承認拒絶事由）には該当し難く「(少なくとも、文言上、明確に該当する取消事由はない)」、[そもそも本来の仲裁判断（そこでは、仲裁廷による争訟裁断行為の存在が当然の前提とされている）を取り消すための制度（あるいは承認するための制度）として用意された仲裁法44条（あるいは仲裁法45条）の規定を、そのまま38条決定（そこでは、仲裁廷による争訟裁断行為は存在しない）に流用しようとする方法論自体に、無理がある」などと指摘して、「38条決定の基礎となった和解に実体法上の瑕疵がある場合には、それが仲裁判断の取消事由（ないし承認拒絶事由）に該当するか否かにかかわらず、当該38条決定の既判力は否定すべきである」とし、裁判上の和解の既判力の有無について見解が分かれる3つの立場、既判力肯定説、制限的既判力説、既判力否定説の3つのうち、既判力肯定説は採り得ないとして、「現行法の文言との整合性を重視するのであれば、判例の立場（制限的既判力説）に与することも、（理論的にも、実際の適用結果においても）大きな問題はない」としつつも、「裁判上の和解にも38条決定にも、そもそも既判力はないと解するのが、（理論的にも、実際の適用結果におい

ても）最も妥当である」との見解も主張されている²⁸⁾。

（2）検討

仲裁法上、38条1項の決定は、仲裁判断としての効力を有し（38条2項）、仲裁判断は確定判決と同一の効力を有する（45条1項）以上、和解的仲裁判断も真正仲裁判断と同様に、既判力が肯定されるように思われるが、（1）で見たように、既判力を肯定する立場と否定する立場とに見解は分かれている。

否定説は、和解的仲裁判断が、当事者の合意を中核とするという性質上、和解的仲裁判断を和解調査と同様に扱い、手続保障の観点から、形式的審査にとどまることから、和解的仲裁判断についても既判力を否定し、あるいは、和解的仲裁判断の裁判上の和解との相似性から、裁判上の和解と同様に整理するのが合理的であるとした上で、理論的にも、実際の適用結果においても、既判力否定説に依拠して和解的仲裁判断の既判力を否定するのが最も妥当であるという。

周知のとおり、訴訟上の和解の既判力の有無については、既判力肯定説、制限的既判力説、既判力否定説の3つの見解に分かれ、少数有力説である既判力肯定説は、訴訟上の和解にも確定判決と同じ既判力を認め、和解の無効または取消しの主張は、判決の無効原因または再審事由に準ずる瑕疵がある場合に、再審の訴えに準ずる訴えによってのみ許されるとし、制限的既判力説は、訴訟上の和解は、それが実体法上有効である場合にのみ、既判力を有し、当事者は訴訟上の和解の既判力を争うために実体法上の無効・取消原因を主張することが許されるとし、判例も最高裁がこの見解を採っているとされるのに対し、既判力否定説は、訴訟上の和解に既判力を否定し、これが多数説であるとされる²⁹⁾。

既判力肯定説については、和解の有効性を担保す

27) 渡部・前掲注(2) 1頁、8-11頁、17頁。出井直樹=宮岡孝之『Q&A 新仲裁法解説』（三省堂、2004）145頁〔出井直樹〕は、「仲裁判断とは言っても、実質は和解ですから、裁判上の和解に既判力がないのと同様、和解的仲裁判断に既判力はないと解するのが合理的なように思」うという。

28) 古田啓昌「仲裁法38条に基づく決定の効力」仲裁・ADRフォーラム1号（2007）29頁、30頁、40頁、43-44頁、46-48頁。

29) 兼子一ほか『条解 民事訴訟法〔第2版〕』1479-1480頁〔竹下守夫=上原敏夫〕（弘文堂、2011）。

る裁判所の関与は必ずしも十分ではなく、裁判所の積極的な勧誘に基づくものではなく、当事者間の交渉で既に成立した和解の調書化を求められる場合には、裁判所の審査に限界があり³⁰⁾、和解の成立過程における当事者の意思表示に瑕疵がある場合に、当事者に実体法上の無効・取消原因の主張を許さないことは、当事者にとって酷であり³¹⁾、合意についての瑕疵が認められるにもかかわらず、拘束力を維持することは不適切であると批判される³²⁾。制限的既判力説については、無効・取消事由がない限り既判力があるとすると帰し、瑕疵の主張を超越するはずの既判力概念に矛盾し³³⁾、また、再審によらない当然無効の主張を許さないとするとともに既判力を認める実益があるのに、そのような主張を許しながら既判力を認めるのは背理であると批判される³⁴⁾。

このように裁判上の和解の既判力の有無に関し見解は分かれるが、以下の理由により、和解的仲裁判断にも真正仲裁判断と同様に、既判力を認めるべきであると考えられる。

まず、仲裁法は、38条1項において、仲裁廷が和解における合意を内容とする決定をできると定め、同2項において、その決定は、仲裁判断としての効力を有すると定める。そして、45条1項、2項において、仲裁判断は、承認拒絶事由がない限り、確定判決と同一の効力を有すると定め、民事訴訟法114条1項は、確定判決は既判力を有すると定めていることから、先に見た肯定説が根拠として挙げているように、条文上、和解的仲裁判断にも既判力が肯定されると解されよう。これに対し否定説は、先に見たように、和解調書と同様、当事者に対する手続保障の下、仲裁廷が実質的に審査したのではない形式的審査にとどまる和解的仲裁判断に

は既判力を認めることはできないという。しかし、訴訟上の和解に関する制限的既判力説において「既判力の根拠が手続保障の付与にあるとすれば、和解における手続保障はまさに当事者の意思表示の真正を中核とし、……そのような真意性が認められないときは、既判力の根拠は失われよう」³⁵⁾という見解が示しているように、和解的仲裁判断の場合における手続保障は、当事者の意思表示の真正を確保するためのものであり³⁶⁾、真正仲裁判断の場合における手続保障とは異なるが、かかる手続保障が既判力を付与する根拠であると解されよう。また、仲裁法は、仲裁判断として、仲裁廷が当事者の主張、立証に基づき審理、判断した真正仲裁判断に加え、仲裁廷が仲裁手続中に当事者間で成立した和解に基づく和解的仲裁判断を定めている以上、紛争解決機能として、真正仲裁判断の効力と同じ効力を和解的仲裁判断にも付与し、それによって当事者間の紛争を仲裁により終局的に解決することを意図していると考えるのが妥当ではなかろうか。もっとも、仮に既判力が否定されても、和解合意に実体法上確定効があるので³⁷⁾、その内容を蒸し返すことはできず、既判力が肯定される場合とほぼ同一の結果になるが、既判力が第三者に拡張する場合と和解合意としての効力が第三者に拡張する場合とで相違があり得るとすれば、既判力を認める意義がある³⁸⁾。

和解的仲裁判断における手続保障に関しては、これを確保するため、仲裁手続を遂行する上で善管注意義務を負っている仲裁人は、仲裁判断が取り消されないために、和解合意が公序に反しないかどうかを審査するとともに、当事者が和解合意の内容を十分正確に理解し、真に納得して和解したかどうか当事者の真意を確認することが求められていると解さ

30) 鈴木正裕＝青山善充編『注釈民事訴訟法(4)』486頁〔山本和彦〕(有斐閣, 1997)。

31) 高橋宏志『重点講義 民事訴訟法(上)』684頁(有斐閣, 2006)。

32) 伊藤眞『民事訴訟法〔第5版〕』488頁(有斐閣, 2016)。

33) 高橋・前掲注(31) 685頁。

34) 新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』373頁(弘文堂, 2011)。

35) 鈴木＝青山・前掲注(30) 487頁〔山本〕参照。

36) 山本和彦「決定内容における合意の問題－訴訟上の和解と裁判上の自白の手続的規制」民訴雑誌43号(1997) 127頁、133-138頁は、訴訟上の和解における手続保障は、判決手続における手続保障とは異なり、和解を締結する当事者の意思表示の真正を担保することを目的とするという。

37) 中田裕康『契約法』596頁(有斐閣, 2017)参照。

38) 山本＝山田・ADR仲裁225-226頁、伊藤・前掲注(32) 488頁参照。

れる³⁹⁾。また、仲裁人が当事者の和解交渉に関与する場合には、当事者の錯誤を防止するなど和解成立に向けた交渉の過程に瑕疵が生じないように注意して手続を進めなければならない。しかし、仲裁人が当事者の和解交渉に関与すると言っても、その程度、内容は、事件によって異なり、特に、仲裁人が当事者の和解交渉に関与せず、当事者間の交渉で既に成立した和解に基づき仲裁判断をすることを求められる場合には、仲裁人の審査にも限界があり、裁判上の和解に関する制限的既判力説が、当事者は訴訟上の和解の既判力を争うために実体法上の無効・取消原因を主張することが許されるとするのと同様に、和解の成立過程に瑕疵があり、和解合意が当事者の真意を欠くときは、仲裁判断としての効力を与えるべきでなく、和解合意に実体法上の無効・取消事由がある場合には、その効力を否定すべきであると考ええる。

4. 和解合意の無効・取消原因は仲裁判断の取消事由・承認拒絶事由となるか

3で見たように、裁判上の和解では、実体法上の無効・取消原因として詐欺、強迫を再審事由として主張することは実務上かなり困難であり、錯誤の主張は再審事由に該当しない、という問題があり⁴⁰⁾、これが既判力肯定説の問題点であり、これに対し、制限的既判力説は、和解合意が実体法上有効である場合にのみ、既判力を有し、当事者は既判力を争うために実体法上の無効・取消原因を主張し得るとし、仲裁の場合にも、これと同様に解する余地がある⁴¹⁾、実体法上の無効・取消事由は、仲裁法44条1項6号が定める取消事由に当たると解すること

ができるのではないかと考える⁴²⁾。

すなわち、仲裁法44条1項6号は、「仲裁廷の構成又は仲裁手続が、日本の法令（その法令の公の秩序に関しない規定に関する事項について当事者間に合意があるときは、当該合意）に違反するものであったこと」を取消事由と定め、仲裁判断が成立する過程に瑕疵がある場合を取消事由としており⁴³⁾、和解の成立過程における当事者の意思表示に瑕疵がある場合、すなわち、本来、実体法上、有効に成立すべき和解合意が、錯誤、詐欺、強迫、代理権の欠缺などの無効・取消事由によって無効となる場合もまた、和解的仲裁判断が成立する過程において瑕疵がある場合に当たると解することができると考えられ、このように解する場合、仲裁手続は仲裁法に反したものとなる⁴⁴⁾。また、当事者の意思表示の瑕疵とは別に、当事者が実体法上処分権を有しない紛争が和解による合意の対象となっている場合は、仲裁可能性の欠缺を理由に（仲裁法44条1項7号）、和解合意の内容、和解に至る手続が公序に反する場合は、公序違反を理由に、それぞれ仲裁判断は取り消されることになる（同44条1項8号）と考える⁴⁵⁾。

また、仲裁人が調停人を兼務し、あるいは、仲裁人とは異なる調停人による調停手続において成立した和解に基づく和解的仲裁判断が成立する過程において、仲裁人、調停人が従うべき調停手続の準則に違反した場合、それだけでは仲裁判断の取消事由とはならず、かかる違反が当事者の意思に影響を及ぼし、錯誤、詐欺などの実体法上の無効・取消事由が認められることが必要であると考えられる⁴⁶⁾。

この点に関し冒頭で取り上げたUNCITRALの条約案、モデル法は、国際商事調停によって当事者間に和解が成立した場合、当事者は、同条約の締約

39) 小山・仲裁143-144頁、小島＝猪股・仲裁235-236頁、454-456頁、山本＝山田・ADR仲裁340頁、理論と実務305頁〔三木発言〕参照。

40) 古田・前掲注(28)32頁。

41) 小島＝高桑・注釈仲裁〔谷口安平〕246頁参照。

42) 小島＝猪股・仲裁458-460頁参照。

43) 小島＝猪股・仲裁509頁参照。

44) 小島＝猪股・仲裁460頁、理論と実務315頁〔山本発言〕、出井＝宮岡・前掲注(27)155頁〔出井〕参照。これに対し、古田・前掲注(28)40頁、43頁は、少なくとも、文言上、明確に該当する取消事由はなく、該当し難いという。

45) 小島＝猪股・仲裁460頁参照。

46) 山本・前掲注(17)28頁参照。

国, 同モデル法の採用国の権限のある機関に対し, 当事者, 調停人が署名した和解合意書を提出して, その執行を求めることができる(同条約案4条, 同モデル法18条)。その場合, 同条約の締約国, 同モデル法の採用国の権限のある機関は, 執行が求められる当事者の請求により, 調停人による深刻な行動基準違反(その違反がなければ, 和解合意を締結していなかった場合), 調停人による公正性, 独立性に正当な疑いを生じさせる事情の開示義務違反(その違反が当事者に対し重大な影響を与え, または不当に威圧し, その違反がなければ, 和解合意を締結していなかった場合)が認められる場合, 執行許可の申立てを却下することができるとするが(同条約案5条1項(e), (f), 同モデル法19条1項(e), (f))。このような場合には, 錯誤, 詐欺, 強迫など和解合意の締結過程に瑕疵があり, 不本意な意思表示をした当事者は, 和解の意思表示の無効・取消事由を主張することになり, これが認められるときは, 仲裁判断は取り消され, 無効となると解される⁴⁷⁾。

また, 「ADR 法制の改善に関する提言」(2019年4月25日)において示されているADR法改正研究会による改正提案(2013)は, ADR和解に基づき民事執行を行う場合, 裁判所の執行決定が必要となるが, 裁判所は, 執行決定の申立てがあった場合, ADR和解が, 日本の法令によれば, その効力を有しないこと, ADR和解の成立過程で公正かつ適正な手続の実施を妨げるような事由が存在したことのいずれかがあると認める場合には, 当該申立てを却下することができることと定め, 債務者への手続保障が希薄なADR和解に執行力を付与するということは, 執行力の実質的な根拠を欠いたまま強制執行を認めることになることから, ADR和解に執行力を付与する要件として, 実体法上の無効に加え, 手続の公正性・適正性を要求しているとされる⁴⁸⁾。

以上, 当事者は, 真正仲裁判断の場合と同様に,

実体法上の無効・取消原因を取消事由として主張して, 和解的仲裁判断の取消しを求めることができると解される。また, このことは, 仲裁判断の取消事由と共通する承認拒絶事由についても妥当すると考える。

その場合, 仲裁法は, 仲裁判断取消しの判決手続を決定手続に, 執行判決手続を執行決定手続にそれぞれ改めたため, 決定手続において実体法上の主張を審理判断することは適切ではないとの指摘がある⁴⁹⁾。

この問題に関し, 憲法82条1項は, 裁判の公正さを確保するため「裁判の対審及び判決は, 公開法廷でこれを行ふ」と定め, 最高裁は, 憲法82条が定める裁判とは, 「現行法が裁判所の権限に属せしめている一切の事件につき裁判所が裁判という形式をもってするすべての判断作用ないし法律行為を意味するものではなく, そのうち固有の司法権の作用に属するもの, すなわち, 裁判所が当事者の意思いかんにかかわらず終局的に事実を確定し当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定することを目的とする純然たる訴訟事件についての裁判のみを指すものと解すべき」⁵⁰⁾であるとされ, 性質上, 純然たる訴訟事件は, 公開法廷における対審および判決の必要がある⁵¹⁾。この見解によれば, 仲裁判断取消手続および執行決定手続は, 実体法上の主張について審理判断する場合であっても, 取消事由, 承認拒絶事由に基づく取消し, 執行決定の可否を判断するものであり, 実体的権利義務の存否を直接確定することを目的とするものではなく, 憲法82条が定める裁判には当たらないと解する余地があるのではないかと考える⁵²⁾。また, 現行法下の決定手続は旧法下の判決手続の機能を引き継いだものであり, 手続の略式化ではなく, 口頭弁論または当事者双方が立ち会うことができる審尋の期日を経なければ, 仲裁判断の取消しの申立ておよび執行決定の申立てについての決定をすることができず(仲裁法44条5項, 46条10

47) 山田・前掲注(10)734頁脚注(24)参照。

48) 徳田ほか・前掲注(18)89頁〔濱田報告〕。

49) 古田・前掲注(28)42頁。

50) 最大決昭45・6・24民集24巻6号610頁。

51) 伊藤正己『憲法〔第3版〕』572-573頁(弘文堂, 1995), 佐藤幸治『日本国憲法論』605-607頁(成文堂, 2011)参照。

52) 山本=山田・ADR仲裁370-371頁参照。

項)、当事者に実質的な手続保障が十分に配慮されていると考えられ⁵³⁾、仲裁判断の取消決定手続、執行決定手続において和解合意の無効・取消原因を審理判断することは許されるのではなからうか⁵⁴⁾。

5. 和解合意の無効・取消原因を主張する方法

和解合意に無効・取消原因がある場合、当事者は、仲裁判断の取消手続以外の手続においてこれを主張して和解的仲裁判断の効力を争うことができるか。訴訟上の和解においては、期日指定の申立て、和解無効確認訴訟、再審訴訟、請求異議訴訟などの方法が挙げられているが⁵⁵⁾、仲裁の場合はどうか。

まず、裁判上の和解の場合と同様に、和解合意の無効を主張する当事者は、38条決定が実体法上の瑕疵により無効であるとする、仲裁判断の取消しの申立てではなく、仲裁廷に対し続行期日指定の申立てをすることになるという見解があるが⁵⁶⁾、当事者が無効を主張しても、それだけで和解合意の無効が確定しておらず、これを前提とする続行期日指定はあり得ず、また、仲裁廷が真正仲裁判断はもとより

和解的仲裁判断をすることによって仲裁手続は終了し、仲裁廷の任務も終了していると解されるので(仲裁法40条1項、3項)、仲裁廷が仲裁手続を再開、続行する余地はないと考える⁵⁷⁾。

また、この問題に関連して、和解合意上の債務が履行されない場合、債務不履行により和解合意を解除することができ、その場合、和解合意によって成立した法律関係は、遡及的に消滅し、現状に復し和解合意前の法律関係が復活することになるが⁵⁸⁾、和解的仲裁判断の後、和解合意が債務不履行により解除された場合、和解合意に瑕疵がある場合と同様に、仲裁廷が和解的仲裁判断をすることによって仲裁手続は終了し、仲裁廷の任務も終了していると解されるので、仲裁廷が仲裁手続を再開、続行する余地はないと考える⁵⁹⁾。また、和解合意を解除した当事者が紛争を改めて解決する場合、元の契約中の仲裁合意の効力がかかる紛争にも及ぶか否か、これは仲裁合意の解釈問題であり、仲裁合意の効力が及ぶ場合は、仲裁を申し立てることになるが、そうでない場合には、訴訟による解決を求めることになる⁶⁰⁾。

次に、仲裁判断の取消しの申立てとは別に、仲裁判断の無効確認の訴えを提起することはできるか。

-
- 53) 中野貞一郎=下村正明『民事執行法』187-188頁(青林書院、2016)、小島=猪股・仲裁523-524頁、550頁、小島=高桑・注釈仲裁249頁〔谷口〕、274-275〔高田裕成〕参照。
- 54) 執行決定手続において請求異議事由を主張し得るかという問題ではあるが、これを肯定する見解として猪股孝史「執行判決・執行決定と請求異議事由」法学新報119巻9=10号(2013)132-134頁がある。また、安達栄司「外国仲裁判断の取消、承認・執行 - とくに執行決定手続について - 」JCA ジャーナル51巻12号(2004)71頁は、執行決定手続において請求異議事由を主張するか否か、それとも別に請求異議訴訟を提起するかについて、債務者の選択に委ねることができるという見解を立つ。また、小島=猪股・仲裁562頁参照。
- 55) 兼子ほか・前掲注(29)1480-1481頁〔竹下=上原〕参照。
- 56) 古田・前掲注(26)40頁、小島=高桑・注釈仲裁222頁〔小島武司〕。また、旧法下において河野・仲裁505頁。
- 57) 小島=猪股・仲裁461頁、猪股・前掲注(1)75頁参照。谷口安平「仲裁判断の取消し」松浦=青山・論点351-352頁は、旧法下において、「仲裁手続がまだ終了していないとして仲裁手続の続行をすることは、仲裁が事件限りで仲裁人を選任して行うものであることから、否定すべきであろう」という。
- 58) 中田・前掲注(37)600頁、小島=猪股・仲裁462頁、猪股・前掲注(1)80頁参照。
- 59) 小島=猪股・仲裁462頁、猪股・前掲注(1)80-81頁参照。
- 60) 小島=猪股・仲裁462頁は、「和解の解除をめぐる争いそのものや、その解除を前提とした請求については、基本的には、裁判所において訴えを提起することとなる」と述べ、仲裁合意の効力は及ばないとする。同旨、猪股・前掲注(1)79-81頁。しかし、和解の解除を前提とした場合、当事者の合理的な意思解釈としては、元の仲裁申立てにかかる紛争は未解決となり、元の仲裁合意に基づき仲裁により解決されることになると解するのが妥当ではなからうか。また、和解の解除をめぐる紛争が、元の仲裁合意の対象となるか否かについても、当事者の意思解釈の問題であるが、当事者間にかかる紛争を仲裁に付託する合意が認められない限り、仲裁合意に基づき仲裁手続を進める前提問題となり、仲裁廷が審理判断する権限、すなわち、仲裁権限の有無をめぐる紛争であり、仲裁法23条の問題として処理されることになると解される。契約から生じた紛争が和解で解決された後にその和解をめぐる更に紛争が生じた場合、その紛争に契約中の仲裁条項の効力が及ぶか否かという問題については、理論と実務330-331頁、猪股・前掲注(1)74-76頁参照。諸外国の判例について、Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd edition (Kluwer Law International 2014) 1377-1378を参照。

また、執行決定の手続その他仲裁判断が援用される訴訟手続において和解合意の無効・取消原因を主張して仲裁判断の効力を争うことができるか。この問題は、仲裁判断に承認拒絶事由がある場合、仲裁判断の取消申立てを経由せずに仲裁判断の効力を争うことができるか否かという既判力の性質にかかわる問題であり、従来から議論のある仲裁判断の効力をめぐって仲裁判断の当然無効を肯定する立場、これを制限的に肯定する立場、これを否定する立場のいずれの立場に立つかよって結論が変わってくると考える。そこで、以下ではこの3つの立場を取り上げ、仲裁判断の既判力の性質について考える。

6. 仲裁判断の既判力の性質

(1) 当然無効をめぐる見解の違い

訴訟の場合、確定判決には既判力があり、それにより確定された権利関係の内容を争うことはできないが、その判決の基礎となった訴訟手続に重大な瑕疵があるときは、再審の訴えにより確定判決の効力を争うことができる。また、判決が無効であると認められる場合には、たとえば、判決によって確認され、または形成される権利関係が强行法規や公序良俗に反する場合、判決が確定しても効力は生じないとされる⁶¹⁾。したがって、確定判決は再審によらなければその効力を争うことができないが、無効事由

がある場合には、既判力が生じないので、再審手続を経なくても当事者は判決において確定された法律関係と抵触する主張をすることができる⁶²⁾。

これに対し仲裁の場合、仲裁法は、仲裁判断は、仲裁法44条1項が定める取消事由と共通する承認拒絶事由がない限り、確定判決と同一の効力を有すると定めており（仲裁法45条1項、2項）、私見としては、仲裁判断は、承認拒絶事由に基づき承認が拒絶されるべきである場合には⁶³⁾、効力を有せず、当事者は取消手続以外の手続において仲裁判断の承認拒絶事由を主張して仲裁判断の効力を争うことができ、裁判所はその仲裁判断が未だ44条によって取り消されていなくても、直接45条2項により既判力を否定することができる⁶⁴⁾。この仲裁判断に取消事由がある場合、取消事由の如何を問わず、仲裁判断取消しの申立てによるまでもなく、当然に無効であるという立場（以下「当然無効肯定説」という）に対しては、旧法の時代からこれと異なる見解があり、仲裁判断に当然無効を観念することはできないが、取消事由のすべてについて認められるのではなく、極めて重大な瑕疵を帯びる取消事由に限られるとする立場（以下「制限肯定説」という）、仲裁判断は、取り消す裁判が確定して初めて無効となるのであって、仲裁判断の不存在という状態はあり得ても、当然無効を観念することはできないという立場（以下「当然無効否定説」という）が主張され

61) 伊藤・前掲注(32)518頁。兼子ほか・前掲注(29)[竹下守夫]561-562頁参照。

62) 秋山幹男ほか『コメンタール民事訴訟法Ⅱ〔第2版〕』440頁（日本評論社、2006）。

63) 青山善充ほか「座談会 新仲裁法の制定について」判タ1135号（2004）140頁、162頁〔中野俊一郎発言〕が指摘するように、仲裁法45条は、承認拒絶事由がある場合、仲裁判断は承認されない旨を定める一方、同46条は、執行拒絶事由がある場合であっても、執行決定の申立てを却下することができる⁶³⁾と定め、裁判所は裁量により執行決定を却下しないことができ、両者の関係が問題となる。後者において、仲裁法45条2項の承認拒絶事由の存在が認められても、執行を許可する場合があるが、理論と実務306頁、373-374頁〔近藤発言〕が述べているように、裁判所の裁量の範囲は、無制限なものではなく、手続違反の重大性、仲裁判断の結果との因果関係の有無などを基準に仲裁判断の効力を否定すべき正当な理由があるか否かという点から規範的に評価して客観的に決せられるべきものであると解され、承認拒絶事由に基づき仲裁判断に確定判決と同一の効力を認めるべきであるか否かも、これと同様に決せられるべきである⁶³⁾と考える。

64) 仲裁コメ264-265頁、小島=高桑・注釈仲裁〔谷口〕243頁参照。青山ほか・前掲注(63)140頁〔青山善充発言〕、163頁〔内堀宏達発言〕をも参照。旧法下においてこの見解に立つものとして、青山・前掲注(1)337-339頁がある。これに対し、小島=高桑・注釈仲裁〔高桑昭〕272頁は、「取消事由のあることをもって当初から仲裁判断を無効とすることは、当事者にとっても、また、仲裁判断を前提として行動した者にとっても適当とはいえないであろう。この立場では仲裁判断の無効と取消しの差がなくなり、取消しの裁判は無効確認と同じことになる。仮にそれを認めるとしても、問題は列挙された取消事由のほかに、当初から仲裁判断を無効とすべき場合があるかということであり、この点の説明はない。したがって、取消事由のあることをもって当然無効とする立場は支持し得ない」という。

ている⁶⁵⁾。

後者は、仲裁判断の取消しの申立ては、訴訟の場合の再審の訴えと同様であるとし、仲裁判断は取り消されるまでは有効に存在するという立場であると考えられる⁶⁶⁾。前者は、明らかに仲裁適格を欠くときや仲裁合意を欠くときなど仲裁判断の基礎を欠くことになる瑕疵がある場合、あるいは、仲裁手続が実質的に行われなかったときなど追認すら不可能である瑕疵がある場合、仲裁判断は極めて重大な瑕疵を帯びることになり、仲裁判断の無効を主張することができる⁶⁷⁾。また、後者の見解に立った場合であっても、このような極めて重大な瑕疵があるときは、仲裁判断は不存在であると観念すれば、仲裁判断の無効を主張することができるという⁶⁸⁾。

判例は、旧法下のものであるが、東京地判平16・1・26判時1847号123頁が、「当事者間において仲裁契約が締結され、これに基づく仲裁判断がされた以上、当事者は、当該仲裁判断について取消理由が存するとしてこれを取り消す旨の判決が確定しない限りは、仲裁判断の既判力により、仲裁判断に反する主張をすることが許されず、当事者が仲裁判断で棄

却されたのと同一の請求に係る訴えを裁判所に提起しても、裁判所も既判力に反した当事者の主張を排斥し（その点の審理に入らず）、したがって、請求を棄却すべきことになる」と判示しているが⁶⁹⁾、最判昭52・5・2金商 548号41頁は、約束手形金請求事件において、「仲裁契約が締結されていないのにされた仲裁判断は、確定判決と同一の効力を生じないものと解するのが相当である」と判示し、制限肯定説に立っているように解される⁷⁰⁾。

仲裁法45条1項が定める「仲裁判断は、確定判決と同一の効力を有する」という規律は、旧法の規定（公示催告手続及び仲裁手続ニ関スル法律800条）を踏襲したものであるが⁷¹⁾、この規定は、ドイツ1877年民事訴訟法866条に由来するものであることから⁷²⁾、わが国の議論においてドイツ法の影響が見られる⁷³⁾。すなわち、ドイツは、UNCITRAL 国際商事仲裁モデル法を採用して1998年仲裁法（民事訴訟法第10編（仲裁手続））を制定し、モデル法の下では、仲裁判断の既判力は、承認拒絶事由がない場合に認められるが、ドイツ法の下では、伝統的に、内国仲裁判断は、重大な瑕疵がある場合には仲裁判断は不存在で

65) 三木・前掲注(26) 46頁、理論と実務372-382頁、青山ほか・前掲注(63) 161頁-163頁〔三木浩一発言〕参照。旧法下において当然無効否定説、制限肯定説に立つものとして、それぞれ、河野正憲「仲裁判断の承認・執行とその取消」青山善充ほか編『現代社会における民事手続法の展開（下）』277頁（商事法務，2002）、谷口・前掲注(57) 347-348頁がある。また、現行法下において、制限肯定説に立つものとして、小島＝猪股・仲裁475-477頁、猪股・前掲注(1) 61頁、渡部・前掲注(2) 34頁がある。三木・前掲注(26) 46頁は、極めて重大な瑕疵を帯びる場合、仲裁判断は不存在であると考えたとすれば、当然無効否定説は制限肯定説と実質的にはほとんど同じであるとした上で、当然無効否定説が相当であるという。

66) 青山ほか・前掲注(31) 162頁〔青山発言〕参照。

67) 三木・前掲注(26) 46頁。小島＝猪股・仲裁473頁は、仲裁判断は、これに取消事由が存するときでも、当然に無効なだけでなく、その取消しがあるまでは有効に存在するのが原則であるが、例外はあるとし、たとえば、仲裁判断の内容が公序良俗に反する場合、仲裁判断が仲裁可能性のない紛争について判断した場合などを例外として挙げる。同旨、猪股・前掲注(1) 61頁。

68) 三木・前掲注(26) 46頁。

69) これと同様に、東京地判平元・2・16判時1334号211頁が「……仲裁判断がなされた以上は、当事者は、当該仲裁判断について取消事由が存するとしてこれを取り消す旨の判決が確定しない限りは、原則として同一の権利義務に関する争訟について裁判所の判断を求めることは許されないものと解するのが相当である」と判示した。もっとも、いずれの事件も、取消事由が存しないとして仲裁判断の取消請求を棄却した上で、仲裁判断の既判力により、仲裁判断に反する主張をすることが許されないとし、当然無効肯定説に立ったとしても、結論において違いはない。

70) また、岡山地判昭53・12・13判タ377号133頁は、商業登記申請却下処分取消等請求事件において、株式会社の少数株主による株主総会招集請求権にかかる裁判所の許可に代わる仲裁判断は、「裁判所の許可に代置し得ないことは明らかであるから」、「これに基づき招集された株主総会は、裁判所の許可がないため招集権限のない者によって招集された不存在のものであり、右総会における議決もまた不存在というほかはない」と判示し、仲裁可能性がないことを理由に仲裁判断の効力を否定している。

71) 青山ほか・前掲注(63) 161頁〔内堀宏達発言〕参照。

72) 渡部・前掲注(2) 3頁参照。

73) 小島＝高桑・注解仲裁162頁〔福永〕、177頁〔吉村徳重〕、河野・前掲注(65) 277頁。

無効となるという例外を認めつつも⁷⁴⁾, 取消事由が存在するか否かにかかわらず, 取り消されない限り仲裁判断は有効で既判力を有するとされる⁷⁵⁾。

(2) 当然無効否定説の問題点 — 取消申立期間経過後の執行拒絶事由の主張の可否

当然無効否定説, すなわち, 仲裁判断は取り消されなければ有効であるという見解によれば, 当事者が仲裁判断の取消しの申立てをせず, その申立期間が経過した場合, 仲裁判断は有効に存在し, 既判力を有するが, 仲裁判断の執行決定の手續において執行力を争うことができるという問題が生じ⁷⁶⁾, 当然無効否定説は, 仲裁判断の執行決定手續における執行拒絶事由の主張を時間的に制限していない仲裁法46条の規定と整合しないのではないかと考える。また, 制限肯定説も, 極めて重大な瑕疵がある場合を除き, 仲裁判断の無効を主張できず, 当然無効否定説と同様に, 仲裁法46条の規定と整合しないと考えられる。

これに対し, 制限肯定説に立っていると解される論者からは, 抗弁権の永久性から「仲裁判断取消しの申立てについての期間制限は, 取消しの申立てを妨げ

るとどまり, 執行決定の手續において取消事由を執行拒絶事由として主張することまでも失権させるものではない。この期間制限は攻撃に対する制限であり, 防御には及ばないと考えられるし, 実質的には仲裁判断の執行が求められた局面で初めて抗弁権を発動する必要が現実化するからであり⁷⁷⁾, また, 仲裁判断が援用される訴訟においては, 「仲裁判断の既判力を否定するには, 裁判所での訴訟において審理され, 裁判所によって判断がされれば理論上は十分なはずであると考えらるならば, 仲裁判断の取消事由を抗弁または再抗弁として主張することはできるとする結論が支持されることになろう」といい, 仲裁判断の既判力によっても取消事由と共通する承認拒絶事由を抗弁, 再抗弁として主張することは妨げられないという⁷⁸⁾。

しかし, 制限肯定説は, 仲裁判断に極めて重大な瑕疵がある場合は格別, そうでない限り, 仲裁判断は, 取消事由が存在するか否かにかかわらず, 取り消されるまでは有効として扱われ, 既判力を有するという見解に立っていると解され, そうであるならば, 抗弁権の永久性の法理に拠ったとしても⁷⁹⁾, 仲裁判断取消期間経過後, 執行決定手續や仲裁判断が

74) Stefan Michael Kroll and Peter Kraft, Part II : Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter VII : Recourse against the Award, § 1059 – Application for Setting Aside in Patricia Nacimiento, Stefan Michael Kroll, et al. (eds), Arbitration in Germany : The Model Law in Practice (Second Edition), 2nd edition (Kluwer Law International 2015) 383, 390.

75) Stefan Michael Kroll, Part II : Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter VIII : Recognition and Enforcement of Awards, Introduction to §§ 1060, 1061 ZPO in Patricia Nacimiento, Stefan Michael Kroll, et al. (eds), Arbitration in Germany : The Model Law in Practice, 2nd edition (Kluwer Law International 2015) 421, 424 – 426.

76) 理論と実務378頁〔山本発言〕は, 仲裁判断に既判力があっても執行できないという問題を指摘する。

77) 小島＝猪股・仲裁477頁, 499頁。同旨, 猪股・前掲注(1)72–73頁。

78) 小島＝猪股・仲裁500–501頁。旧法下においても, 小島武司『仲裁法』361頁(青林書院, 2000)は, 「仲裁判断の取消訴訟の提訴期間を定めた場合, この期間経過後に相手方が執行判決を申し立てた場合, なお取消事由を主張して執行判決の阻止を図ることができるか否かが問題となる。同様に, 確認の仲裁判断について相手方が既判力を援用した場合, 取消事由を主張して対抗できるか否かという問題がある。取消訴訟の出訴期間は, 取消訴訟の提起を妨げるにとどまり, 取消事由の主張までも失権させるものではない(抗弁権の永久性)と解するのが妥当であろう。……けれど, 出訴期間の制限は, 攻撃措置に対する制限であり, 防御には及ばないと考えられるし, 実質的には, 仲裁判断の執行または援用があった局面で初めて抗弁権発動の必要性が現実化するからである」という。また, 谷口安平「仲裁判断の取消し」松浦＝青山・論点362頁も同旨。これに対し, 猪股・前掲注(1)73頁は, 「仲裁判断は, 取消決定が確定するまでは有効なものとして存在するのであるから, 和解的仲裁判断の内容となった和解合意においてその存在を合意した債務につき, ……債務不存在確認の訴えが提起されたときでも, 被告から, その和解的仲裁判断の既判力が抗弁として主張されるかぎり, その既判力によって, 取消事由があることを再抗弁として主張することは妨げられ, 争うことはできないこととなる」といい, 仲裁判断が援用される訴訟においては, 仲裁判断が既判力として援用される場合には, これに対抗して承認拒絶事由を主張することを認めない立場を採る。

79) 通説, 判例はこの法理を否定するとされる。この点に関し, 川井健『民法概論1(民法総則)[第3版]』(有斐閣, 2005)367頁, 加藤雅信『新民法大系 民法総則(第2版)』(有斐閣, 2005)416–418頁等参照。従来の議論の詳細は, 山崎敏彦「抗弁権の永久性」星野英一など編『民法講座 第1巻 民法総則』(有斐閣, 1984)593頁参照。

援用された訴訟手続において、執行拒絶事由を主張して、執行力、既判力を争うことを許容することは、この制限肯定説の見解と矛盾することにはならないか。また、両者に矛盾はなく、「取消事由が当然に無効事由となるものではなく、取消決定の確定をもって仲裁判断は遡及的に無効とな」ることと、執行決定手続において執行拒絶事由を主張できることは、別論であるとしても⁸⁰⁾、このような例外を認めるのであれば、結局、当然無効肯定説との違いがなくなるようにも思われる。

この問題に関し、ドイツ仲裁法は、1061条において、外国仲裁判断の承認・執行については、ニューヨーク条約その他の条約による旨を定め、他方、内国仲裁判断の承認・執行については、1060条2項後段において、仲裁判断の取消しの申立てをせずに、その申立期間が経過した場合、仲裁判断の執行宣言を求める申立てにおいて、1059条2項1号の取消事由（職権調査事項でないもの）は斟酌してはならないと定め、モデル法の規定に修正を加えているが、わが国の仲裁法はこのような規定を置いていない。また、職権調査事項である仲裁可能性の欠缺、公序違反を除いているのは、これらについては、重大な瑕疵に当たり、仲裁判断は当然に無効となるため、仲裁判断取消手続で当事者が主張しなくても執行決定手続で裁判所は職権で調査し、これに該当すると認められる場合には、仲裁判断の執行を拒絶することになると解しているからであると考えられる。

わが国の仲裁法は、ドイツ仲裁法と違い、仲裁判断の承認・執行に関し、内国仲裁判断と外国仲裁判断とを区別して扱わず、また、仲裁判断の取消しの申立てをせずに、その申立期間が経過した場合、仲裁判断の執行決定を求める申立てにおいて、職権調査事項でない取消事由は斟酌してはならない旨の規

定を置いていない。したがって、わが国の仲裁法の規定によれば、文言上、当事者が仲裁判断の取消しの申立てをせずに、その申立期間が経過した場合であっても、仲裁判断の執行決定手続において仲裁判断の執行拒絶事由を主張することはできると解され、わが国の仲裁法上、当然無効肯定説が妥当すると考えられる⁸¹⁾。

また、仲裁判断は、承認拒絶事由がある場合、原則として当然無効となると解されるが、「仲裁法が仲裁判断の取消し制度を設けている以上、当事者がそれを全く利用せずに、後に仲裁判断の無効を主張することが、場合によっては信義則に反すると解される余地はあり、少なくともその瑕疵が重大なものでない場合には、取消期間の経過後には主張が許されなくなる場合がありうるものと解されよう」という見解⁸²⁾があり、この見解によれば、仲裁判断の取消制度の趣旨から信義則により仲裁判断の執行決定手続において仲裁判断の承認・執行拒絶事由を主張することはできない場合があることになる。しかし、わが国の仲裁法が採用したモデル法の立場からは、信義則の適用の余地はほぼないものと解される。

なぜならば、モデル法の準備作業において、34条3項の申立期間内に仲裁判断の取消しの申立てがされない場合、その後、仲裁判断の承認・執行が申し立てられた当事者は36条1項(a)(i)もしくは(v)または(b)が定める承認・執行拒絶事由を除きいかなる異議も主張することはできないとする提案に対し、審議の結果、当事者の異議の主張を不当に制限することになる、仲裁判断の取消しを申し立てることと仲裁判断の承認・執行拒絶事由を主張することは目的、効果が異なることを考慮し、当事者は、外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約（ニューヨーク条約）により認められた承認・執行拒絶事由

80) 小島=猪股・仲裁477頁。

81) 制限肯定説、当然無効否定説に依拠し、仲裁判断は取り消されるまでは有効に存在し、既判力を有するという見解に立つ場合、仲裁判断の取消申立期間経過前であっても、仲裁判断が取り消されていない限り、仲裁判断の執行決定の手続において執行力を争うことはできないという問題が生じると考える。また、旧法下においては、執行判決後の取消訴訟提起については期間の制限があったが（公示催告手続及び仲裁手続ニ関スル法律804条1項、2項）、それ以外の場合には制限がなく、また、執行判決訴訟において防御方法として仲裁判断の取消事由を主張することができると定めており（同802条2項）、現行法下と同様の問題が生じる。もっとも、執行判決訴訟に対し、仲裁判断の取消しの反訴を提起することにより、当事者は仲裁判断の効力を争うことができ、この問題を回避することができ、現行法下においてもこれと同様に考えることができよう。

82) 山本=山田・ADR 仲裁360-361頁。

を主張することを選択することができ、モデル法においてもこれを維持すべきである、この規定を内国仲裁判断の承認・執行に限定して適用することは、仲裁地の如何にかかわらず仲裁判断を等しく扱うモデル法の政策に合致しなくなるという指摘がされた結果、この提案は支配的見解によって採用されなかったとされる⁸³⁾。

したがって、モデル法の下では、当事者は、外国仲裁判断のみならず内国仲裁判断についても積極的にその取消しの申立てをせず、仲裁判断の承認・執行の段階で初めて防御的に承認・執行拒絶事由を主張してその拒絶を申し立てることができ、当事者にはこの2つの救済方法のうちいずれを選択するか、

いわば救済方法の選択 (choice of remedies) が与えられていると解される⁸⁴⁾。上述したとおり、モデル法を採用したドイツ仲裁法は、このモデル法の立場を変更するために必要な規定を加えているが⁸⁵⁾、わが国は仲裁法を立法するに当たり、このような変更を加えていないので、わが国の仲裁法の解釈としては、モデル法と同様に、当事者は救済方法の選択を有していると解される⁸⁶⁾。このように解する場合、当事者は、仲裁判断の取消しを申し立てず、執行決定手続において初めて執行拒絶事由を主張することが許され、信義則によりかかる主張が遮断されることはごく例外的な場合に限られると考える⁸⁷⁾。

以上により、確定判決の場合、再審によらなければ

83) U.N. Doc.A/CN.9/246, UNCITRAL, Report of the Working Group on the Work of Its Seventh Session (1984), para.154.

84) Born, *supra* note 60, at 3382. これを肯定するモデル法採用国であるシンガポールの判例として、PT First Media TBK v Astro Nusantara International BV [2013] SGCA 57, para. 71がある。この事件では、内国国際仲裁判断の執行を許可した高等法院の決定に対し、仲裁被申立人が申立人として仲裁手続に参加した当事者との間に仲裁合意が存在しないとしてその決定を争った。控訴審において裁判所は、原審の判決を取り消し、国際仲裁法が依拠するモデル法は当事者に救済方法の選択を認めており、これは、当事者の救済方法の選択を認める英国1950年仲裁法に由来する同国の仲裁法上、国際仲裁法の制定前から認められており、モデル法を国際仲裁法に導入したことによっても変更されていないとして、当事者が仲裁判断の取消しの申立てをせず、その期間経過後、執行拒絶事由を主張して執行を許可する決定を争うことができるとの判断を示した。この点に関し、Michael Hwang, Lawrence G.S. Boo, et al., National Report for Singapore (2018) in Jan Paulsson and Lise Bosman (eds), ICCA International Handbook on Commercial Arbitration (Kluwer Law International 1984, Supplement No. 99, June 2018) 43を参照。また、この判例を紹介する邦語文献として、松下外「シンガポール国際仲裁に関する重要裁判例のご紹介(1) First media TBK v Astro Nusantara International BV and Ors [2013] SGCA 57」北浜法律事務所・国際紛争解決ニューズレター2号(2014)1頁がある。

85) See Born, *supra* note 60, at 3382.

86) この選択を認める立場として、小島=高桑・注釈仲裁〔谷口〕243頁、小島=猪股・仲裁542頁がある。また、小島=猪股・仲裁477頁、三木・前掲注(26)46頁は、当然無効肯定説による場合、法的安定を著しく損なうものとなると指摘するが、反対に、青山・前掲注(1)338-339頁が述べているように、仲裁は私人による裁判であり、その適法性の担保は訴訟に比べて高くなく、3か月の取消申立期間内に仲裁判断の取消決定を得なければ、取消事由を主張し得ないことが当事者の権利を害することにもなり兼ねないという懸念もある。また、Born, *supra* note 60, at 3384-3385は、米国連邦仲裁法上、当事者の救済方法の選択を肯定する判例と否定する判例があり、第3次国際商事仲裁リステイトメント案はこれを肯定するが、リステイトメント案が仲裁判断取消期間が仲裁判断後3か月という短期間のため当事者が仲裁判断の取消しの申立てを怠る危険があると指摘するのに対し、このような指摘は妥当せず、当事者に救済方法の選択を与えることは望ましくないとしてこれを否定する立場を採る。このように、この問題に関し価値判断が分かれるが、モデル法の立場を変更せず採用したと解されるわが国の仲裁法上、当然無効肯定説を採ることが妥当であると言えよう。

87) 小島=猪股・仲裁542頁参照。なお、仲裁判断の効力に関し、三木・前掲注(26)46頁は、「仲裁法は、45条2項に定める承認拒絶事由のいずれかがある場合には、仲裁判断に確定判決と同一の効力を認める45条1項を適用しないとする、モデル法や諸外国には例のない規定を設けたために、この規定の解釈をめぐって新たな問題を生ずることになった」と指摘するが、モデル法は、35条、36条において、内国仲裁判断と外国仲裁判断を区別せず、36条の承認拒絶事由がない場合、仲裁判断は拘束力あるものとして承認されると定めているところ、わが国の仲裁法45条は、仲裁判断は、いずれの地でなされていても、2項の承認拒絶事由がない限り、内国で承認され、法的効力を生じることになるとしており、両者に実質的な違いはなく、この仲裁法の規定はモデル法の規定に沿ったものであると解されるのではなからうか。また、仲裁判断の承認の意義について、小島=高桑・注釈仲裁258頁〔高桑〕は、「仲裁判断の承認とは、仲裁判断に法的効力を認めることをいう。仲裁は内国裁判所の関与しない紛争解決方法であるから、仲裁判断がいずれの地でなされていても、それが内国で承認されることによって法的効力を生ずることになる」という。これに対し青山ほか・前掲注(63)162頁〔中野発言〕は、「従来は一般に、外国の判決や仲裁判断が内国で効力を持つかどうかは承認の有無によるけれども、内国仲裁判断については承認は必要でない、当然無効の場合は別として、方式要件を満たして確定した内国仲裁判断は当然に効力を生じ、取り消された場合にはじめて遡及的に効力を失う、と理解されていた」という。

ばその判決の効力を争うことができないが、無効事由が認められるときは、再審手続を経なくてもその効力を争うことができるのに対し、仲裁判断の場合には、仲裁判断は、取消事由が認められるときは、その効力を有せず、当事者は、仲裁判断の取消手続のみならず、それ以外の手続においても仲裁判断の承認拒絶事由を主張して仲裁判断の効力を争うことができると解され、和解的仲裁判断について、当事者は、仲裁判断の取消しの申立てをせず、仲裁判断の執行決定手続において和解合意の実体法上の無効・取消原因を執行拒絶事由として主張して執行決定の申立てを却下することを求めることができることになる。もっとも、仲裁判断の無効確認の訴えについては、その実質が和解的仲裁判断の効力を否定することにある以上、少なくとも仲裁判断の取消しの申立てが可能である期間内は、確認の利益を欠き、許されないと考えられる⁸⁸⁾。

そして、執行決定の申立てに対し、これを却下する決定については、執行拒絶事由の存在が既判力をもって確定し、他方、執行決定が確定した場合は、執行拒絶事由が存在しないことが確定され⁸⁹⁾、前者の場合、執行拒絶事由と共通する取消事由の存在が確定するが、仲裁判断を無効とし、法的安定性を得るために仲裁判断の取消しの申立てをすることは許されよう⁹⁰⁾。これに対し、後者の場合には、それは許されない(仲裁法44条2項)⁹¹⁾。

また、請求異議訴訟において和解合意の無効・取消原因を主張することは許されるかという問題がある。この問題については次の(3)で取り上げる。

(3) 請求異議訴訟において和解合意の無効・取消原因を主張し得るか

確定した執行決定のある和解的仲裁判断を債務名

義とする強制執行の不許を求める請求異議訴訟において、和解合意の実体法上の無効・取消原因を主張することができるかという問題がある。

すなわち、真正仲裁判断については、当事者は、仲裁判断の成立に瑕疵がある場合、仲裁判断の執行決定を求める申立ての手続において争うことができ(仲裁法46条8項)、執行決定に対しては即時抗告をすることができる(同46条10項、44条8項)。また、当事者は、仲裁判断の承認拒絶事由と共通する仲裁判断の取消事由がある場合、仲裁判断の取消しを裁判所に求めることができ(同44条1項)、仲裁判断の取消しの申立てについての決定に対しては、即時抗告をすることができる(同44条8項)。したがって、請求異議訴訟において、債務名義の成立過程に存する瑕疵について異議を主張する機会を債務者に与える必要はなく、「確定した執行決定のある仲裁判断」は、上訴制度、再審制度を有する訴訟における「確定判決」と同様に、その成立過程に存する瑕疵を異議の事由とする民事執行法35条1項が定める「裁判以外の債務名義」には当たらず、また、当事者は、確定判決の場合と同様に、仲裁判断の既判力によって、仲裁判断で示された権利関係の存否・内容を争うことが許されないので、異議事由は、既判力の基準時後に生じたものに限られ、同2項による時間的制限を受けることになると考えられ⁹²⁾、判例もこの見解に立つものがある⁹³⁾。和解的仲裁判断もこれと同様に考えよいか。

裁判上の和解については、3で述べたとおり、既判力の有無に関し見解が対立しており、制限的既判力説、既判力否定説によれば、民事執行法35条2項の制限を受けず、債務名義の成立前から存した実体法上の異議事由を主張することができるが、既判力肯定説によれば、和解調書作成後に生じた異議の事

88) 小島=猪股・仲裁460頁、猪股・前掲注(1)70頁参照。なお、古田・前掲注(26)41頁は、「38条決定無効確認の訴えは、過去の法律関係の確認を求めることになるので、和解無効確認の訴えと同じく、確認対象の適切性(債務不存在確認の訴えなどによって現在の法律関係の確認を求めるべきではないか)が問題となる」という。

89) 小島=猪股・仲裁568頁、小島=高桑・注釈仲裁281-282頁〔高田裕成〕、猪股・前掲注(1)71頁、中野=下村・前掲注(53)189頁参照。

90) 小島=高桑・注釈仲裁282頁〔高田〕参照。

91) 仲裁コンメ248頁は、「紛争の蒸し返しと取消し及び執行決定の各裁判(第46条)の矛盾の防止のためである」という。

92) 拙稿「判研」最先端技術関連法研究17号(2018)51頁参照。

93) 東京地判平28・7・13判時2320号64頁、東京高裁平29・5・18(控訴審)判例集未登載(2017WLJPCA05186002)。

由のみ主張が許されることになる⁹⁴⁾。これに対し、和解的仲裁判断については、先に検討したように、和解調書と異なり、真正仲裁判断と同様に、仲裁判断に基づく強制執行に必要な執行決定手続、また、仲裁判断取消手続において、仲裁判断の成立、すなわち、和解の成立過程における錯誤、詐欺などの瑕疵について異議を主張し、仲裁判断の執行の排除を求める機会が保障されているので、請求異議訴訟の制度目的に照らし、民事執行法35条1項の「裁判以外の債務名義」には当たらず、和解的仲裁判断の成立についての異議、すなわち和解合意の実体法上の無効・取消原因を主張することはできないと解される。また、異議事由の時間的制限については、確定判決の場合、口頭弁論終結後に生じたものに限られるのに対し、真正仲裁判断の場合、実務上、仲裁廷は審理終結を決定しており、その場合、審理終結時が仲裁判断の既判力の基準となり、この審理終結後に生じたものに限られる⁹⁵⁾、和解的仲裁判断については、和解の内容に基づき仲裁判断がされることから、和解成立時が基準となると解するのが妥当であり⁹⁶⁾、異議の事由はその後に生じたものに限られると考えられる。

7. おわりに

以上、本稿では、和解的仲裁判断の効力について検討を試みた。その一応の結論としては、まず、当事者間の交渉や調停の結果、仲裁手続前に和解が成立した場合であっても、その和解の内容を仲裁判断とすることができる。和解的仲裁判断は既判力を有し、和解合意の無効・取消原因は仲裁判断の取消事由・承認拒絶事由となる。仲裁判断の既判力の性質

について、制限肯定説、当然無効否定説はモデル法に準拠した仲裁法の規定と整合せず、仲裁法上、当然無効肯定説が妥当する。また、仲裁法は、モデル法と同様、仲裁判断で不利な判断を受けた当事者に対し、仲裁判断の取消しの申立てと仲裁判断の執行決定手続における執行拒絶事由の主張のいずれを選択するか、救済方法の選択を与えており、信義則により執行拒絶事由の主張が遮断されることはごく例外的な場合に限られる。

冒頭で述べたように、本稿は、調停手続において成立した和解に執行力を付与するための法整備に向けた内外の動きがある中、かかる和解の内容を仲裁判断とする和解的仲裁判断の効力について若干の検討を試みた。今後の議論の一助となれば幸いである。

〔引用文献の略記〕

- 中田・仲裁 中田淳一『特別訴訟手続 第3編 仲裁手続』(日本評論社, 1938)
- 小山・仲裁 小山昇『仲裁法〔新版〕』(有斐閣, 1983)
- 小島＝高桑・注解仲裁 小島武司＝高桑昭編『注解仲裁法』(青林書院, 1988)
- 小島＝高桑・注釈仲裁 小島武司＝高桑編『注釈と論点 仲裁法』(青林書院, 2007)
- 小島・仲裁 小島武司『仲裁法』(青林書院, 2000)
- 青山・仲裁 谷口安平＝井上治典編『新・判例コンメンタール民事訴訟法6』(三省堂, 1996)〔青山善充〕
- 河野・仲裁 斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法〔第2版(11)〕』(第一法規出版, 1996)〔河野正憲〕
- 松浦＝青山・論点 松浦馨＝青山善充編『現代仲裁法の論点』(有斐閣, 1998)
- 仲裁コンメ 近藤昌昭ほか『仲裁法コンメンタール』(商事法務, 2003)

94) 石川明ほか編『注解 民事執行法 上巻』361頁〔石川明〕(青林書院, 1991)。もっとも、同頁は、35条は、裁判以外の債務名義の成立の瑕疵につき、請求異議の訴えによってこれを争えることを明文で規定したので、和解調書には既判力が認められないという立場にたっているという。また、中野＝下村・前掲注(53)229頁は、和解合意の無効・取消原因の主張について、多くは本来型の請求異議の事由として構成できるが、本来型と転用型のいずれに属する事由かを論ずる実益はないという。

95) 拙稿・前掲注(92)62頁参照。

96) 訴訟上の和解について、鈴木＝青山・前掲注(30)488頁〔山本〕は、和解締結時を基準時とする。これに対し古田・前掲注(28)44頁は、当事者が38条決定の申立てをした後、仲裁人が何時38条決定をするか予測がつかない等の事情があること、および、判決の既判力基準時が口頭弁論終結時とされていることとの整合性から、38条決定の既判力の基準時は、当事者間で和解が成立した時または38条決定の申立てがされた時と解すべきであるという。

理論と実務 三木浩一＝山本和彦編『新仲裁法の理論と実務』ジュリスト増刊（有斐閣，2006）

小鳥＝猪股・仲裁 小鳥武司＝猪股孝史『仲裁法』（日本評論社，2014）

山本＝山田・ADR 仲裁 山本和彦＝山田文『ADR 仲裁法〔第2版〕』（日本評論社，2015）