

【翻訳】

仲裁の諸問題

ゲルハルト・リュケ

仲裁手続に関する法（民訴法一〇二五条以下）⁽¹⁾は、周知のように実務的にはかなり重要な意義を有しており、将来的にみてもその重要性は減少するどころかむしろ増大する傾向にあり、相変わらず魅力あふれる学問的な問題を投げ掛けている。この仲裁を扱う仕事もまた、Saarbrücken 地方裁判所の日常活動に属していることはいうまでもない。比較的最近の判決例を詳しく調べた結果、民訴法一〇二七条の解釈に関する第四民事部の判決の存在が明らかとなった。そこで取り扱われている諸問題は、仲裁に関する法についての二〜三の争われている問題領域を、比較的新しい文献の光の中で批判的に考察するためのきっかけないし出発点となるものである。

仲裁の諸問題 リュケ

る。まず最初に、方式に関する問題(Formfragen) (I) について論じた後、続いて請求異議及び第三者異議の訴え (Vollstreckungsabwehr- und Drittwiderspruchsklage) に関する仲裁適格 (Schiedsfähigkeit) の問題 (II) 及び国家の裁判所における仲裁条項の対象たる債権を自動債権とする相殺の問題とその逆のケース (III) を扱い、最後に、同じく非常な議論が対立している仲裁裁判所による保全処分 (Einstweiliger Rechtsschutz) 付与の可能性 (IV) について検討する。

(1) これについては、例えは H. Westermann, Festschrift für Fischer, 1979, S. 853; 同 Festschrift für Baur, 1981, S. 723; Baur, Neuere Probleme der privaten Schiedsge-

Richtbarkeit, 1980, S. 5 参照。

I 仲裁契約の方式（民法一〇二七条）について

一九八〇年七月一日付 Saarbrücken 地方裁判所の判決（4060/80）の基礎となった事実関係は次のようなものである。

一九五六年、Saarland のある地方公共団体（Gemeinde）が、被告であるビール醸造会社（Brauerei）との間で、一九二八年以来のあるかなり古い契約の更改に際し、期間三年の水道水供給契約（Wasserlieferungsvertrag）を締結した。それによって、このビール醸造会社は、毎年一〇〇〇〇〇 m³の水を最低量として買い取るべき義務を負った。この地方公共団体の権利承継人である水道目的連合（Wasserleistungszweckverband）が、このビール醸造会社に対し、一九七八年度及び一九七九年度の水道料金の支払いを求めて Saarbrücken 地方裁判所に訴えを提起した。被告は、仲裁条項を援用した。裁判所は、訴えの適法性（Zulässigkeit）に関する弁論の分離を命じ、中間判決において訴えの適法性を肯定した。

1 同裁判所の手続法上の措置は適切であった。有効に合

意された仲裁条項は、典型的な訴訟障害（Prozeshindernis）の一つである。それ故被告がそれを援用すれば、訴えは不適法となる。このような理論的分類については、一九七六年の新簡素化法における「妨訴抗弁（Prozeshindernde Einrede）」の廃止によっても、何ら変更を受けなかった。旧民法二七四条の廃止とそれに伴う同条二項三号の廃止は、次のような結果となっただけである。すなわち、立法者は、民法一〇二七条 a)において、仲裁の合意の手続法上の効力を明示的に、それも既に従来から承認されてきた意味において規定した⁽²⁾。それ故、仲裁条項の有効な場合には、原告は、全水道水供給契約に関し同地方公共団体の権利承継人としてそれに拘束されたのである。

仲裁の合意の主張は訴えの適法性に関わるので、裁判所は、職権で弁論の分離を命じ、中間判決によって、⁽³⁾もつともこの中間判決は弁論を分離しなくても可能ではあるが、訴えの適法性につき裁判することができた⁽⁴⁾（民法二八〇条一項）。この中間判決に対しては被告により控訴の申立てがなされた（民法二八〇条二項前段）。Saarbrücken 高等裁判所第四民事部は、一九八二年一月五日判決（4U116/80）をもつて、原審の中間判決を追認した。

原審の判決本文には、全く疑念がない訳ではない。それは次のようなものである。「一事件法的手段(Rechtsweg)は適法である。本件法律上の争いは、仲裁人により裁判されるべきではない。Ⅱその他の点に関する裁判については、留保する。」民訴法二八〇条一項によれば、全ての訴訟要件及び援用された訴訟障害につき、分離された弁論において裁判することができるのであるから、本件本文は次のように唱われるべきであろう。すなわち、本件訴え(Klage)は適法である。と。しかしながら、適法性に関する要件のうち疑義ありかつ争われているものについてのみ言及すること(5)もまた是認でき、実務においてもそれほど珍しいことではない。それ故、本判決が、訴えの適法性を全体として黙示的に肯定したことも、是認することができる。(6)ただ残るのは、本文の表現中法的手段と仲裁条項の並存から生ずる不明瞭さである。裁判理由では、本件法的手段の適法性については一言も触れられてはいないが、両方の確定が重疊的に意図されたのであろう。(7)

2 従って、この中間判決の実質的正当性は、仲裁条項が当事者間で有効に締結されていたかどうかにか掛かっている。同民事部にとって仲裁の合意の有効性への疑いは、もしかする

と法律上の方式が守られていないのではないかということから生ずるものであった。民訴法一〇二七条一項によれば、仲裁契約は明示的かつ書面によって締結されなければならないとされている。なるほどこれらの方式は遵守されていたのであるが、この規定はさらに、その証書には仲裁手続に関する事項以外の合意が含まれていないことを要求するのである。問題の仲裁条項は場所的⁸に他の合意事項と分離されておらず一連の契約の一部となっていた。それが故に、この条件が満たされていないことを、適切にも裁判所は詳述している。なるほど異論のない支配的見解によれば、仲裁契約は一個の特別な用紙に表現される必要はない。それどころか仲裁条項が同一用紙上であっても主たる契約と明確に区別され特別な署名がなされていることで十分なのである。民訴法一〇二七条一項前段のこのような解釈は是認されるべきである。なぜなら、一個の独立した用紙を要求することは、過度な形式主義とならうからである。契約当事者に仲裁条項の効果を意識させるという規定の目的は、そのための特別な署名によって満たされる。それに対して、特別に署名させることもなく、仲裁の合意を単に一個の特別な条項においてのみ記載させることで足りるとしたならば、この保護規定はその目的を達し

ないであろう。それ故、Saarbrücken 地方裁判所が、この方式規定を支配的見解以上に「緩和すること」を拒否したことは正当であった。民訴法一〇二七条一項後段による方式不備の治癒は、本件では初めから問題にならなかった。

3 民訴法一〇二七条二項によれば、仲裁契約が当事者双方にとって一つの商行為でありかついずれの当事者も商法四條の意味での營業者に属しないときは、同條一項の方式は守られる必要がないとされている。ビール醸造会社は完全商人的事業を営むので、同民事部は、問題の契約を締結した地方公共団体が同じく完全商人か又は少くとも民訴法一〇二七条二項の適用に際してそれと同等化されることのできるものであったかどうかという問題と、取り組まなければならなかった。a) 同地方公共団体の商人資格については、商法一―三条の要件が充たされていないことが明らかであったので、同裁判所は、それを難なく否定することができた。上水道の經營は原始生産に属し、従って商法一條二項の意味での基本的商行為ではない。商法二條による登記もまた存在しない。それ故、考慮されるのは、民訴法一〇二七条二項の準用のみであった。b) 民訴法一〇二七条二項が、契約当事者としての非商人た

る国家的機関の場合にも類推適用できるかどうかについては、学説及び判例において争いがある。議論の出発点は、一九五八年に下された Frankfurt 地方裁判所の一つの判決⁽¹⁰⁾であった。基礎となった事例において、商人である企業 (Betrieb) が、国家的な「穀物及び飼料の輸入及び貯蔵機関」(EVSt) を相手に、通常裁判所に訴えを提起した。民訴法一〇二七条一項の方式規定は遵守されていなかったにもかかわらず、EVSt は、仲裁の合意を援用して国家の裁判所に管轄のないこと (Unzuständigkeit) を主張した。これに対し Frankfurt 地方裁判所は、次のように判示して被告の主張を認容した。すなわち、なるほど EVSt は利潤追求目的を欠くが故に完全商人ではない。しかしながら、EVSt は、私的な法的取引においては完全商人と同様に扱われるべきであり、その限度で自己のために完全商人の権利を主張することも許される。それ故、この場合の仲裁の合意は、民訴法一〇二七条二項によって無方式で取り決められることができた、と。当時、一部の文献がこの判決に賛成した。⁽¹¹⁾

自己の見解の正当化のために、Frankfurt 地方裁判所は、連邦通常裁判所の初期の裁判を引用した。その裁判において、連邦通常裁判所は、ドイツ帝国国有鉄道 (Reichsbahn) の

契約の相手方のために、同鉄道が同鉄道法一六条によれば何らの営利的事業も営まず、それ故商人ではあり得なかつたにもかかわらず、商法三六六条の準用を肯定したのである。それ故、ここで問題となつたのは、同等化ではなくて、非商人も取引において商人らしく見えるときは、その商人資格を信用した第三者にとっては商人と同様に扱われなければならないということであつた。これに対して、非商人自らは、その権利外観 (Rechtsschein) に依拠することはできない。権利外観は、それを信用した者の有利に働くのであつて不利にはない。従つて、この連邦通常裁判所の裁判は、外観上の商人 (Scheinkaufmann) 理論の一適用事例に関するものであつた。

それ故、Frankfurt 地方裁判所が一九五八年に裁判しなければならなかつた事案に対応するその後の事例において、連邦通常裁判所⁽⁸⁾が、Frankfurt 高等裁判所によつて是認された EVSt の民法一〇二七条二項の枠内における商人との同等化を否定したことは驚くに当らない。連邦通常裁判所は、Frankfurt 地方裁判所が一九五八年の裁判において、そこで引用したドイツ帝国国鉄道に関する連邦通常裁判所の判決の意味を誤解した、と明示的に批判した。実際、先の

事例では、私人である原告が国家的な EVSt を Frankfurt 地方裁判所に訴えたのであつた。それによつて原告は、仲裁の合意の方式無効 (Formnichtigkeit) を主張し、従つてこの国家機関をまさに非商人とみなしそう取り扱われることを望んだのであつた。権利外観の援用は、それ故初めから問題にならなかつた。連邦通常裁判所はさらに、EVSt が民法一〇二七条二項の下で商人と同等化されるその他のいかなる可能性も存在しないことを詳述した。それによると、民法一〇二七条一項の方式要件が原則であり、同条二項は限定的に解釈されるべき例外規定である。この例外規定の非商人的な公共企業体 (Betrieb der öffentlichen Hand) への適用は、それが利潤追求をも指向していた場合にのみ可能なのである。学説は、連邦通常裁判所の裁判を是認している⁽¹⁴⁾。

Saarbrücken 地方裁判所もまた、判例及び学説と根本的に取り組むことなく、公法上の団体 (Körperschaften des öffentlichen Rechts) への民法一〇二七条二項の直接的又は類推的な適用及びそれらの団体の完全商人との同等化を否定している。注目すべきは、そのように判示した同裁判所の理由づけである。それによると、法律は、完全商人が確かな法的知識を持つていたことをそれほど前提とはしていない。

それよりもむしろ、商人的活動は、かなり大きな危険の覚悟並びに早急な決断の必要性によって理解されるべきであり、それ故にこそまさにここでは方式規定の遵守がその妨げとなるのである。そう言って、本件裁判所は、連邦通常裁判所の線に従い、その論拠を示している。なぜなら、危険の覚悟と早急な決断への強制は、公共企業体が商人のように利潤を求めそれを想定するときのみ肯定されるべきだからである。

勿論、その他の場合でも完全商人のみが、方式規定の遵守により目指されている保護を拒まれるという指摘は、不完全なものであり、従って説得力のあるものではない。なるほど同民事部は、商法三五〇条、三五一条及び割賦払法八条に言及してはいるものの、完全商人のみならず公法上の法人及び公法上の特別財産に対しても無方式の裁判管轄の合意を認めている民訴法三八条を見落している。私見によれば、まさにこの規定から、非商人たる公共企業体が民訴法一〇二七条二項の枠内での完全商人とそれほど単純には同等化されえないということに対する説得的な論拠を導き出すことができるのである。すなわち、民訴法三八条一項は、文言上及びその意義から、専ら場所的及び事物的な管轄の合意に関するものである。それに対して立法者は、他の諸規定とりわけ民訴法一

〇二七条二項においては完全商人のみに言及し又それを意図したのである。しかしながらこれが、法政策的にみて有意義なものといえるかは、不確かであろう。それに対して、例えば仲裁の合意はその訴訟法上の効力においては当事者にとって単なる管轄の合意以上にはるかに深刻なものであるという理由が挙げられるのであるが、このような疑問を表明したのは、明らかな立法上の決定を無視して論証することは許されないからである。それ故、非商人たる国家的企業体が商人と同程度に利潤を追求し、従って早急な決断の強制の下にあるときは、民訴法一〇二七条二項の適用に際して、同企業体をその限りで商人と同等化することは正当である。

(c) Saarbrücken 地方裁判所第四民事部の事例は、その訴訟形態においてちょうど Frankfurt 地方裁判所及び連邦通常裁判所が裁判しなければならなかった事例と逆のものである⁽¹⁶⁾。すなわち、国家の裁判所に訴えたのは Frankfurt 等の事例のような(外観上の)商人ではない。むしろ私人であるビール醸造会社が、その行為により商人的特徴の外観を引き起こす可能性のあった公共体によって国家の裁判所に訴えを提起され、被告が仲裁の合意を援用してその無管轄を主張したのである。その結果、そこに外観上の商人の権利外観を考

慮する余地のある状況が生じたのであった。この地方公共団体が―初期の連邦通常裁判所の裁判におけるドイツ帝国国有鉄道と同様に―商人であるかのような印象を引き起こしたかどうかについては、Saarbrücken 地方裁判所は論究しなかった。しかしながら、その契約がこの地方公共団体の領域外での被告ビール醸造会社との水道水の供給に関するものであり又その意味でも商人的活動の印象が初めから否定されるべきではなかったが故に、それは容易に推測できたであろう。それどころか、連邦通常裁判所もその基礎となる裁判⁽¹³⁾において外観上の商人の法理を―〇二七条二項の枠内においても適用することに何ら反対していなかったが故に、同民事部は、この連邦通常裁判所の判例を顧慮して、先の検討を行うべきであったろう。⁽¹⁸⁾

この確定は、そもそも民事訴訟法において外観上の商人の理論を顧慮することができるかどうか及びいかなる形で顧慮することができるかという基本的な問いを投げかける。おそらくこの理論の元のままの訴訟への借用は、外観上の商人が原告であるか被告であるか、及びそれに応じて相手方当事者が権利外観を援用するか又は全くそれを認めようとしないうかがどうかによる、ということの承認に行き着くであろう。これ

に対しては、初めから危惧が表明されるべきであろう。当事者の役割が偶々どう分担されるかは、―民法一〇二七条二項と関連して―訴訟上の方式規定の適用にとって決定的であってはならない。むしろ、仲裁の合意の時点での信頼保護が基準とならなければならないので、契約の相手方又は外観上の商人自らのいずれが権利外観を援用するかは、後の訴訟においては重要でない。誤解されてはならないのは、このような婦結が実体法において理解されている外観上の商人の理論からは逸れることである。このような結論は、当事者の平等な取扱いと全ての訴訟関係人にとって明確で予測可能な法状況を必要とする訴訟法の特種状況への考慮から、おそらくは引き出されるに違いない。もしこのような婦結が受け入れられないならば、結論はただ、次のところにのみ存しうるであろう。すなわち、いかなる場合にも外観上の商人を民法一〇二七条二項のようにその文言によれば完全商人を目的とするそのような訴訟上の規範の適用のきっかけとはみなさないということである。⁽²⁰⁾

(2) 民法二八〇条一項の新規定によれば、分離された弁論が以前のように旧民法二七四条二項に規定されたもののみ限られず、全ての訴訟要件及び訴訟障害と関連していることは疑いな

- る。勿論、一部の学説は、既に旧法の下での今日的な法的状況を肯定した。例証として Schiedemair, Jus 1961, 213.
- (3) これが旧法に関する支配の見解であった。異なった見解として、特に例証を含んだ Schwab, Festschrift für F. Weber, 1975, S. 423. 新簡素化法はこの係争問題を解明しなかったの¹⁾、学説はなお分かれてくる。本文と同意見のものとして Jaernig, Zivilprozessrecht, 20. Aufl. (1983), §33VII 2. 異なった見解として Rosenber/Schwab, Zivilprozessrecht, 13. Aufl. (1981), §58 III 2.
- (4) 裁判所が弁論の分離を命じた際、その裁判を旧民法二七五条の場合と同様中間判決によるのみか、本案に関する終局判決に行っても行うことができるかどうかについては争われてくる。支配の見解は、この問題を現行法の下においても前者の意味において処理してやる。
- (5) Saarbrücken 高等裁判所もまた、一九八二年一月五日付判決において同旨を述べる。
- (6) おそらく同旨のものとして BGH, NJW 1979, 427.
- (7) 正文Ⅱの留保は不必要である。それは既に中間判決の内容から明らかである。裁判理由において、同民事部は、抗告の許されなく民法二八〇条二項後段に基づく命令の申立てを排斥した。
- (8) BGHZ 38, 155; Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. (1979), S. 31. 参照。いずれも例証を伴っている。
- (9) 民法二二六条二項に基づく書式の公法上の契約に対する保護機能については、Lütke, SGB 1983, 8 参照。

- (10) NJW 1958, 754.
- (11) Habscheid, KTS 1958, 177; Grimm/Rechitz, Das Schiedsgericht in der Praxis, 1959, S. 25 及らうの点に關して後の判例の考慮なしに Glossner によつて改訂されたその 2. Aufl. (1978), S. 31. 以下 Baumbach/Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl. (1960), S. 69 以下は Schwab 同意見による。
- (12) BGHZ 2, 37(49).
- (13) BGHZ 36, 273.
- (14) Schwab (前注 8) S. 33; Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, 43. Aufl. (1985), § 1027 Ann. 2A. 同旨のものとして Mezger, NJW 1962, 1803. いずれにせよ Mezger は、民法二〇二七条二項に関する立法上の決定を法政策的にみて誤ったものと評価してやる。
- (15) Saarbrücken 高等裁判所は、その一九八二年一月五日の控訴審判決の中で、この点を部分的に補充した。すなわち、同裁判所は、BGHZ 36, 273 との関連で、民法二〇二七条二項の類推適用を検討してやる。
- (16) この点に、連邦通常裁判所は、一つの「根本的な相違」(BGHZ 36, 273[278]) をみている。
- (17) この事情を Saarbrücken 高等裁判所(前注 5)は、水道水供給に対する地方公共団体の法律上の義務に鑑みて、不可欠なものとは考えていない。
- (18) Saarbrücken 高等裁判所(前注 5)は、この検討を行ふ、

否定的な結論に至ったのである。

(19) 外観上の商人の理論を民事訴訟法においては一般的に否定するものとして Brüggemann, Großkommentar z. HGB, 3. Aufl. (1967), Anh. zu §5 Anm. 6. 「強行的な保護規定」⁽¹⁹⁾ 特定民事訴訟一〇二七条に際しては「理論を否定するもの」として Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 181; Capelle/Canaris, Handelsrecht, 19. Aufl. (1980), § 12 I 2; Baumbach / Duden/Hopt, HGB, 26. Aufl. (1985), §5 Anm. 2F; Zöllner/Vollkommer, ZPO, 14. Aufl. (1984), §38 Rdnr. 18; Stein/Jonsas/Leipold, ZPO, 20. Aufl. (1978), §38 Rdnr. 4; Schlegelberger / Hildebrandt / Steckhan, HGB, 5. Aufl. (1973), §5 Rdnr. 19. それに対して外観上の商人の理論を民事訴訟一〇二七条及びその他の強行的な保護規定に対しても適用可能と考えるものとして K. Schmidt, Handelsrecht, 1980, S. 256ff.; Lindacher, ZZP 96, 486ff.; Schlegelberger/Hefernehl, HGB, Rdnr. 15; Schwab (前注⁽²⁰⁾), S. 33; Mezger, NJW 1962, 1803; Schütze/Tscherning / Wais, Handbuch des Schiedsverfahrens, 1985, Rdnr. 80; Maier, Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit, 1979, Rdnr. 39.

(20) 外観上の商人及び外観上の会社の民事訴訟法における取扱いは、未だ論じ尽くされていない入り組んだテーマの一つである。最近のものとして Lindacher, ZZP 96, 486ff. 参照。

II 諸求異議及び第三者異議の訴えの仲裁適格

1 民事訴訟法第八編に規定されている訴え、特に請求異議の訴え(民事訴訟法七六七条)、及び第三者異議の訴え(民事訴訟法七七一一条)に関して仲裁裁判所の管轄が合意せられるかという問題が争われている。少数説は、理由づけなしに⁽²¹⁾、あるいは仲裁手続にも存在する和解の可能性を持ち出すことによつてこの問題を肯定する。それに対して支配的見解は、⁽²²⁾ 国家の裁判所のみがこのような訴えに関する管轄権を持ちうるとの立場に立つ。そのため理由づけは様々である。一部は、民事訴訟法第八編が裁判所について規定するときは、いつも、それによつて専ら国家の裁判所が意図されていると論証する。⁽²³⁾ 一部は、国家の主権行為としての差押えは国家の裁判所によつてのみ取り消すことができるとの理由で、仲裁手続の適法性は排除されると主張する。⁽²⁴⁾ その他、私的な仲裁裁判所は、強制執行が許容できないものである旨を宣言しそれにより国家の執行機関を拘束することはできないことを理由に持ち出す⁽²⁵⁾。最初の論拠は、その誤っていることを容易に証明することができる。民事訴訟法第八編の管轄が専属的である(民事訴訟法八〇二条)ということは、有効な仲裁の合意を妨げるものではない

い。それ故、例えば民訴法二四条が不動産をめぐる争いに対する仲裁裁判所の指定を妨げるものではないことは承認されている。⁽²⁷⁾ 同様に、二番目の論拠も適当ではない。執行処分
の取消しは、訴えに対する管轄裁判所によってではなく、又
同じく仲裁裁判所によってでもなく、とにかく仲裁判断に
基づいて管轄のある執行機関、通常は執行官 (Gerichtsvoll-
zieher) によって行われるのである (民訴法七七五条、七七
六条)⁽²⁸⁾。ただ最後の論拠のみが、請求異議及び第三者異議の
訴えに関する仲裁裁判所の管轄に対する説得的な異議を示し
ている。それについてさらに詳しく扱われるべきである。

2 仲裁裁判所の管轄を肯定するための当然の前提は、当
事者がこの点につき合意したことである。

a) 当事者がこの点につき明示的な合意をすることは極めて
まれであろう。たいていの場合、当事者は、これに関して何
らの特別な考慮をすることなく、単に「この法律関係から生
ずる全ての争い」は仲裁裁判所によって裁判されるべきであ
る、と一般的に表現するのが常であったろう。請求異議及び
第三者異議の訴えのためにも仲裁裁判所の管轄を基礎づける
意思を既にここから引き出すことができるかどうかについて

は疑いがあり、両訴に対しては、各個別的な論究が必要であ
る。

aa) 比較的問題の少ないのが、請求異議の訴えに対する回答
である。この訴えによって、執行名義そのものが、その証
書に「確認された」請求権が最終口頭弁論終結後に変わった
ことを理由に、争われているのである。似たものとしては、
判決の基礎となった法律関係の本質的な変更を理由に、債務
名義の確定力に対して向けられる民訴法三二三条の変更の訴
えの際の法的状況がある。この訴えに関する仲裁適格につい
ては、それほど争いの余地はない。⁽²⁹⁾ 両訴に関する当事者の意
思は、国家の裁判所を仲裁の対象たる債権に関する裁判から
排除すること、及びいずれの訴訟類型の下に仲裁裁判所が裁
判しなければならぬかは別として、当事者によって指定さ
れた仲裁裁判所が専属的に管轄権を持つこと、に向けられて
いるのである。従って、当事者は請求異議の訴えに関する裁
判についてもまた通常は仲裁裁判所に付託する意思であると
するのが首尾一貫している。

bb) 強制執行を妨げる第三者の処分阻止権に依拠する第三者
異議の訴えについては、それほど簡単には債権者と債務者に
よる仲裁の合意に第三者を包含させることはできない。第三

者に、彼がその確定に関与しなかつた仲裁手続に服することを要求することはできないので、そのような包含は拒否されなければならぬ。これと対立する立場は、結局、第三者の犠牲において契約の承認を要請することになるであろう。それは訴訟法においても許容されないものである³⁰⁾。第三者が仲裁の合意に拘束されるための前提は、彼がその合意に方式に則って参加することである³¹⁾。

明示的な参加の場合以外には、第三者異議の訴えに関して、第三者が初めから債権者と債務者による仲裁の合意に拘束されていたような場合のみが考慮される。これらは、例えば、組合員 (Gesellschafter) が組合契約から生ずる全ての争いについて仲裁裁判所を指定したような場合がそれに当る。例えば、組合 (Gesellschaft) がある組合員に対する執行名義に基づいてある他の共同組合員に属する財産を差し押えさせような場合に、その後者による第三者異議の訴えに関しては、所定の仲裁裁判所が裁判するのである。

b) 仲裁裁判所による請求異議及び第三者異議の訴えの裁判に対する疑念は、それによって国家による強制執行が不許容である旨宣言されるべき訴訟上の形成の訴えが問題となつてゐることから生ずる。文献においては、これに関して、強制

執行の領域においては仲裁裁判所の裁判機能は与えられていない、というような大雑把な主張がある³³⁾。このような疑念は、さらに詳しく検討してみると、根拠のしっかりしたものでないことが明らかとなる。

支配的見解は、私的な仲裁裁判所の裁判権能が強制執行においては排除されているという自説の根拠づけに、民法一〇四二条を指示する。この規定に基づき民法一〇四五条により管轄権を有する国家の裁判所が仲裁判断に執行宣言をした場合にのみ、仲裁判断に基づく強制執行が実施されるのである。しかしながら、民法一〇四二条をもって支配的見解を基礎づけることはできない。この規定は、全ての仲裁判断に当てはまるものではないことを見落してはならない。——よく忘れられがちであるが——執行宣言を必要としない形成的仲裁判断³⁴⁾は、それに属さないのである。ここで考えうる循環論法による非難に前もって対処するために、再びそれにつき仲裁裁判所の管轄が疑われていない民法三三三条に基づく訴えに言及したい。この訴えが理由のあるときは、その仲裁判断は形成的の性格を持つ。そして仲裁判断の形成力及びそれとともにいわばその執行が、その形式的確定力 (民法一〇三九条) と同時に生ずるのである³⁵⁾。

それ故、民訴法一〇四二条から生ずるのは、単に、予め国家の裁判所が民訴法一〇四一条に限定された審査を行った場合に初めて仲裁判断の貫徹のための国家的強制手段が開始する（民訴法一〇四二条二項）ということを国家が留保しているということではない。別の表現をすれば、国家の執行機関による私的な仲裁判断の執行のみが、国家の裁判所による事前の審査を前提とするのである。形成的仲裁判断に相当する国家の執行機関によらない事物の執行が可能な限度で、国家的審査は必要でない。それ故、私的な仲裁裁判所が請求異議の訴え又は第三者異議の訴えに基づいて強制執行を許さずと宣言することも、原則的には可能なのである。⁽³⁷⁾

この結論は、国家の執行機関が民訴法七七五条、七七六条によって仲裁判断に拘束されるということを意味する。それ故、このような拘束が国家の裁判所による仲裁判断の審査後に初めて生ずるといふような法的思考を、民訴法一〇四二条から取り出す余地があるかどうかが問われなければならない。執行機関がその執行手続において私人の文書に拘束されるということは、訴訟法ではよく知られていることである。執行契約がその典型的な例である。支配的見解によれば、いづれにしても、執行の制限及び排除契約は有効であり、それは執

行機関を直接拘束する。⁽³⁸⁾ 強制執行を許さずと宣言する仲裁判断のケースで正当と思われる平行線を引くとすれば、そのような仲裁判断への執行機関の直接的な拘束もまた肯定されるべきである。そのような仲裁判断の無視は、執行裁判所に異議を申し立てることのできる一種の手続的瑕疵である（民訴法七六六条）。これは、仲裁裁判所における請求異議の訴えで勝訴した債務者は、執行官がその仲裁判断に従わず、その執行を民訴法七七五条、七七六条に依りて制限又は取り消さないときは、国家の執行裁判所に申立てをすることができるとを意味する。それに対して、私的な仲裁裁判所は、国家の執行機関を直接指図することはできないのである。

なお明らかにされるべきものとして、民訴法七六七条、七七一条に基づく訴えに関する仲裁手続が瑕疵を持つ場合、どう取り扱われるべきかという問題がある。場合によっては起こりうる手続的瑕疵を、民訴法一〇四一条の準用の下に国家の裁判所により審査させることは、執行機関の任務ではない。むしろそれどころか、そのような仲裁判断を承認したくない者が、その不遵守を国家の執行機関のために民訴法七六六条に基づく異議の方法によって主張しなければならぬ。この際、民訴法一〇四一条の直接的な適用による取消しの訴えを

擁護するものは、なほなほ考えられならん訳ではないが、執行手続では適切でなく、それ故否定的な解を採るべくありませぬ。

- (21) OLG Frankfurt, HRR 1929, 1171 (民訴法八七八条に基て「請求を以て圖らば」)。
- (22) Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 20. Aufl. (1981), § 1027a Rdnr. 5.
- (23) Kisch, JW 1933, 1349; Schwab, ZZZ 79, 263; 同 Schiedsgerichtsbarkeit (前註20) S. 45; Thomas, Das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren, 2. Aufl. (1957), S. 24; Grimm/Rochlitz/Glossner (前註21) S. 39; Dastler/Schiffhauer/Gerhardt, ZYG, 11. Aufl. (1978), § 115 Anm. IX; OLG München, BB 1977, 674. 是れを以て「追加の争ひ」に「即ち Schütze/Tscherning/Wais (前註21), Rdnr. 45 (24) 照り次」の文趣と見らるべし。LG Berlin, JW 1933, 1349; Dastler/Schiffhauer/Gerhardt (前註23), § 115 Anm. IX.
- (25) Grimm/Rochlitz (前註21), S. 33; Grimm/Rochlitz/Glossner (前註21), S. 39f.
- (26) Kisch, JW 1933, 1349; Schwab, ZZZ 79, 263; 同 Schiedsgerichtsbarkeit (前註20), S. 45; Thomas (前註23) S. 24; OLG München, BB 1977, 674.
- (27) 照り次 LG Berlin 以下同。Kisch, JW 1933, 1349. 是の即ちの趣旨を以て Stein/Jonas/Schlosser (前註23), § 1025 Rdnr. 27. Becker, ZZZ 97, 318 以下「適切」の仲裁適格を專屬裁判籍に

は、二つの法技術的平面上にあると指摘して居る。

- (28) Lüke, AcP 158, 380. 支配の見解に対して結論的且同回の争ひに「争ひ」を以て Becker, ZZZ 97, 324 Fußn. 35.
- (29) Stein/Jonas/Schlosser (前註23), § 1025 Rdnr. 27. 「民訴法三三三條以下は裁判に関する仲裁裁判所の管轄を當然の争ひとなし得るべし」との變更を採らざるを裁判が國家の裁判所に依りて言ふ渡られた争ひである場合に於て同様と解する。同法の争ひに「Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, 43. Aufl. (1985), § 1025 Anm. C; Schütze/Tscherning/Wais (前註21), Rdnr. 45.
- (30) 争ひの「民訴法三三八條以下に基て」第三者のためは仲裁契約は「罷り」せぬ。Stein/Jonas/Schlosser (前註23), § 1025 Rdnr. 38.
- (31) 第三者が「単に仲裁原告として仲裁裁判所の管轄を主張したに過ぎず」の場合の有効な参加には取つて代われなく。民訴法一〇二七條を以て考へば、仲裁裁判所自身の面前に争ひが「参加」せらる。
- (32) 争ひとは「何れも民訴法一〇二六條の明確性の要請に対する違反なる。Rosenberg/Schwab (前註20), § 174 III 2.
- (33) 明示的によつて主張せらるる OLG München, BB 1977, 674. 争ひを私的な仲裁人は國家の裁判所による判決の正当性を審査するに必要なきと云ふような発言は、仮にそれが正当な場合でやいつて「争ひ」を取り扱われ得る請求異議の訴えの問題性を無視するものじやない。

- (34) 例証をめぐり Stein / Jonas / Schlosser (前注22), § 1025 Rdnr. 16; Erman, Festschrift für Mohring, 1965, S. 4f. (商法一七条、二七条に基く裁判に際し)。
 (35) Stein / Jonas / Schlosser (前注22), § 1042 Rdnr. 2.
 (36) Lüke, Jns 1969, 305.
 (37) Lüke, AcP 158, 380. 仲裁裁判所は、民訴法七六九条による仮の処分を行うことができるとするのが、首尾一貫している。
 (38) 例証をめぐり Lüke, Zwangsvollstreckungsrecht, PdW 13/1, 1985, S. 26, 32.

III 国家の裁判所における仲裁条項の対象たる債権を自働債権とする相殺とその逆の場合

ずっと以前から文献において十分論究されているものに、国家の裁判所において被告が、それに関し仲裁条項が合意されている反対債権をもって相殺する場合、及び逆に仲裁裁判所において仲裁被告が、その手続上の主張については国家の裁判所が管轄権を有する債権をもって相殺する場合だ、どのような取扱いがなされるべきかという問題がある。

1 仲裁条項の対象たる債権をもってする国家の裁判所における相殺は、反対債権が同種性を欠くということ(民法三

八七条)で実体法的にだめになるということはない。⁽³⁸⁾ 同様に、仲裁条項において実体法上の相殺禁止を見つけることもまれである。当事者は、ただ国家の裁判所の代わりに仲裁裁判所がその債権について裁判することを狙っているだけである。従って、そのような債権をもってする相殺の可能性については、それによって何ら排除されてはならない。⁽⁴⁰⁾ その解決策は、むしろ手続上の平面において探究されるべきである。

仲裁条項の対象たる債権に関する国家の裁判所による裁判は、それによって仲裁条項が裏をかかれて無価値になるであろうが故に、問題にならない。⁽⁴¹⁾ それ以外に、二つの解決可能性が残されている。すなわち、国家の裁判所における被告による相殺の抗弁は不適法であるとするか、又は適法であるがその実体的判断については仲裁裁判所にその管轄 (Kompetenz) が認められるとするか、である。後者の目的は、民訴法一四八条により国家の裁判所における手続を中止すること (Aussetzung) によって達することができる。この中止は、管轄権を有する仲裁裁判所により下された裁判に基づいて国家の裁判所に係属中の手続においても相殺を顧慮することを許すであろう。なるほど、民訴法一四八条は、その中止を裁判所の裁量に任せている。しかしながら、公法上の反対債権

による相殺との関連においては、ほとんどの文献は、正当にも（例えば裁判所構成法一三条、一七条、民法法三二二条二項などを考慮して）裁判所がその中止を行う義務のありうることを認めている。⁽⁴⁴⁾ 中止義務は、仲裁裁判所に反対債権に対する裁判の機会を得させるために、仲裁契約及びそれに基づく原告の訴訟上の抗弁から（民法法一〇二七条a参照）、民法法一四八条の類推適用によって生ずるのである。

公法上の反対債権をもってする相殺について詳しく述べられた解決策もまた、仲裁条項の対象たる反対債権の問題に転用することができる。⁽⁴⁵⁾ 被告による仲裁裁判所への申立てを促すために、その徒過の場合相殺が訴訟上顧慮されなくなる期間が設けられるべきである。⁽⁴⁶⁾ 中止と仲裁手続の実施に伴う原告に対する時間的不利益は、国家の裁判所が民法法三〇二条に基づいて主たる債権について留保判決（Vorbehalturteil）を下すことによって避けることができる。仲裁裁判所における申立てが上首尾であれば、留保判決の取消しが国家の裁判所の義務となる（民法法三〇二条四項二段の類推）。

中止と結びついた相殺の抗弁許容の道は可能であり事案に適合した結果を導くにもかかわらず、次のような理由づけが国家の裁判所の面前での手続における仲裁条項の対象たる反

対債権をもってする相殺の却下にプラスの材料を提供する。

すなわち、反対債権に対する仲裁裁判所の管轄（Zuständigkeits）は、両当事者の意思に基づく。当事者は、仲裁契約によって、仲裁判断の成立を促進し、この目的を挫折させる可能性のある全てのことを控える義務を負ったのである。⁽⁴⁵⁾ もしいずれかの当事者が訴え又は相殺の方法によって、そのような合意に基礎を置く訴訟障害を通じて手続法上保護されている仲裁裁判所の合意管轄を排除しようとするれば、彼はこの義務に違反することになる。一方的に仲裁契約から解放されようとする当事者は、結局、国家の裁判所による何らの保護も受けない。そのような申立ては、国家の裁判所の手続においては何ら顧慮されないものである。当事者に対し中止と留保判決というような複雑な方法を認める何らの必要性も存在しない。それに対して、どの機関に法的な救済を求めるかについて（Rechtswegregelung）は、当事者の処分の及ばない強行規定に基づいている。仲裁条項の対象たる債権をもってする相殺と、行政裁判所の管轄に服する公法上の債権をもってする相殺とのこのような異なった取扱いは、法的手段の適法性が訴訟要件の一つであるのに対し、仲裁裁判所の管轄は当事者の主張を要する訴訟障害の一つであるところ

にも現われている。それ故、原告が国家の裁判所において仲裁の合意を援用しないときのみ、仲裁条項に関して当事者に与えられている手続上の処分権能から、仲裁条項の対象たる債権をもってする相殺の許容が導かれるのである。⁽⁴⁵⁾

2 仲裁被告が、仲裁手続において、国家の裁判所の面前で訴訟上主張されるべき債権をもって相殺を主張する場合は、逆に、仲裁裁判所が国家の裁判所の管轄に介入することが避けられなければならない。⁽⁴⁶⁾ 国家の裁判所が相殺の方法で主張された仲裁条項の対象たる債権について裁判してはならないのならば、同じく仲裁裁判所もまた国家の裁判所に掛けられるべき債権については裁判してはならないとされるべきである。

Ⅲ 1 で主張された解決策が転用されうるかについては、疑いがある。ここでは、仲裁契約の結果として生ずる、提起された債権について仲裁判断の成立を促進すべき当事者の義務から、仲裁条項の対象たる債権に関する仲裁判断が国家の裁判所の管轄に属する反対債権をもってする相殺によって妨げられてはならないという手続上の義務が生ずる。従って、この事例の場合も、仲裁裁判所における手続の中止と、全く可

能でありさらに執行宣言されえもする留保裁判⁽⁴⁸⁾というような複雑な解決方法が採られる必要はない。むしろ、国家の裁判所の管轄に属する反対債権をもってする相殺は、仲裁裁判所によって却下されるべきである。この場合、仲裁被告が後でその反対債権を国家の裁判所に持ち出すことは妨げられない。このような解決は、それを通じて法的明確性と法的安定性が促進される逆の場合との手続的調和にも寄与するものである。

(39) これは、公法上の反対債権をもってする通常裁判所における相殺の場合でも当てはまる。Lütke/Huppert, Jus 1971, 170.

(40) 全くの支配的見解。RG, HRR 1941, 561; BGHZ 23, 17; 38, 254; Stein/Jonas/Schlösser (前注32), § 1025 Rdnr. 37; Schreiber, ZZZ 90, 411.

(41) それ故、連邦通常裁判所は、BGHZ 23, 17 で主張した見解を BGHZ 38, 254 で正当でも放棄した。

(42) 参見 BGHZ 16, 124. 同様に G. von Hase, Hase Meyer, Festschrift für F. Weber, 1975, S. 224; Lütke/Huppert, Jus 1971, 170.

(43) Lütke, AcP 162, 537; Miltentzwei, Die Aussetzung des Prozesses zur Klärung von Vorfragen, 1971, S. 158; Schreiber, ZZZ 90, 416. 同様に BGHZ 23, 17 に反対する。

(44) Häsemeyer (前注32), S. 231 Fußn. 80. 同様にこの期間の指定の拠り所を集中主義に求める。

(45) BGHZ 38, 254; Schreiber, ZRP 90, 413.

(46) BGHZ 38, 254 の裁判は、それ故に正しい。Henckel, JZ 1963, 682 の批判は、相殺の抗弁が考慮されないうち、仲裁被告は反対債権を最終的に失ってしまうという点を前提とする。しかしながら、それは必ずしも本件と事例を同じくしない。すなわち例証を以て Lüke/Huppert, JuS 1971, 169; Rosenberg/Schwab (前注⁴⁵), § 106 III 2; Arens, Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozess, 1968, S. 190. の連邦通常裁判所により代表される線路上に NJW, 1979, 2477 の裁判がまた位置している。

(47) この点については、争いがなからずはなから。本文と同旨のものとして Wiczorek, ZPO, 2. Aufl. (1966), § 1025 Anm. Bld 1; Stein/Jonas/Schlosser (前注⁴⁵), § 1025 Rdnr. 37; Schreiber, ZRP 90, 415. それとは異なった見解として Maier (前注⁴⁵), Rdnr. 343; 例証を以て Schwab (前注⁴⁵), S. 17. (48) 例証を以て Stein/Jonas/Schlosser (前注⁴⁵), § 1025 Rdnr. 37.

IV 仲裁裁判所による保全処分

1 仲裁裁判所による保全処分 (einseitiger Rechtschutz) が許されるかどうかは、極めて重要な現在のテーマの一つである。かつてのほぼ一致した見解は、その手続類型の「性質(Natur)」を理由に、それ以上の詳しい理由を示

すことなく、たいていはこの問題を否定的に解していた。⁽⁴⁹⁾ 文献における変化は、Eriman⁽⁵⁰⁾が「予行裁判 (Vorwegentscheidungen)」の可能性を仲裁裁判所に肯定したとき、開けた。これは、仲裁裁判所による緊急措置 (Eilmaßnahmen) であって、なるほどそれにより争いは部分的にしか裁判されないものではあるが、時間的にも制限を伴うときには終局的なものである。それ故、例えばある組合員に対する手続進行中、この者から業務執行権能を剝奪する権限が仲裁裁判所に与えられるということになる。⁽⁵¹⁾ この見解によれば、その他の保全処分上の措置は仲裁裁判所に付託されない。仲裁裁判所には、保全処分上の措置に際しては問題とならない確定力のある終局的な裁判をする権限のみが与えられていることを理由とする。学問的論議の活発化は、最近支配的見解ではないものの、学説をして一段と保全処分上の措置に関する仲裁裁判所の管轄をある一定の範囲で承認させる方向に導いた。⁽⁵²⁾ 連邦通常裁判所は、比較的早期の裁判において、⁽⁵³⁾ 反覆的給付の場合には、その決定の適及的訂正が終局的仲裁判断において放棄される限度で、仲裁手続進行中の債務総額を決定する権限を仲裁裁判所に認めた。そうすることによって、連邦通常裁判所は、二〜三年後 Eriman により詳細に取り扱われ

ることになる「予行裁判」に基づいて、事件を保全的仲裁措置として許容したのである。勿論、連邦通常裁判所は、通常の保全処分は仲裁裁判所の管轄外にあることを明示的に強調した。今日の裁判例もまた、保全手続に関する裁判権能の仲裁裁判所に対する一般的な委譲はありえないとの立場に立つ⁽⁵⁴⁾。しかしながら、傾向は、当事者の合意に基づくと及びその他の団体により設置される仲裁裁判所 (Partei- und Verbandschiedsgerichte) に保全処分権限を認める方向にあるように思われる⁽⁵⁵⁾。

2 仲裁裁判所による保全処分付与の実務的必要性は存在する⁽⁵⁶⁾。それはとりわけ、仲裁裁判所が初めて構成されるべき場合ではなく、制度上永続的な組織として存在する場合に当てはまる。結局、私的仲裁のために一般的に持ち出されうる全ての観点から、保全処分におけるその管轄のためにもプラスの材料を提供する。それ故、問題は、仲裁裁判所の管轄に対し反対の論者により持ち出される論拠を、批判的に明らかにすることである。ここではまず第一に、Baur⁽⁵⁷⁾により一詳しい理由づけなしに――弁護された仲裁裁判所への保全処分委譲の一般的可能性に対して、二―三年前 Schwab により主張

された原則的論拠との対決が考慮に値する。

a) 第一の中心的論拠として、Schwab は、私的な仲裁裁判所は「保全処分の本質 (Wesen)」と相容れないことを持ち出す⁽⁵⁸⁾。それによると、保全処分は、何が正当であるかということの確認に向けられるのではなくて、主たる請求権の執行保全を目的とする。それに応じて、Schwab は、――Leipold⁽⁶⁰⁾を引き合いに出して――保全処分を判決手続と執行手続の間に位置づける。このような出発点は、極めて疑わしいものである。それは、明らかに今日一般的に承認されている満足の仮処分 (Leistungsverfügungen) には当てはまらないし、それどころか問題でさえある。それに対して支配的見解は、保全処分手続を略式的性質で特徴づけられた判決手続の特別な種類の一つとみるのである。さらに疑わしいのは、Schwab が、彼により行われた分類から、仲裁裁判所による保全処分の付与に対する結論を引き出していることである。彼により自説の支持のために挙げられた措置は、国家の裁判所によって保全処分の枠内においてのみ、従って通常の判決手続においては行われえないであろうものであり、それ故彼によればその管轄が専ら判決手続に関するものとされる私的な仲裁裁判所によっても行われえないであろうものではあるが、さらに詳

しい考察に値するものである。

aa) Schwab は、次のように確言する⁽⁶¹⁾。「仮登記（民法八八五条）又は異議（民法八九九条）の土地登記簿への登記を命ずる仮処分は、判決手続においては認められない。」私見では、このような表現はうまくない。実際、判決手続と仮処分手続は異種の手続である。それは明らかに、原告は仮処分において彼に可能であることを判決手続において達することはできないことを意味している。このような主張は、当該の問題には不適切である。勿論、Schwab は、原告が仮登記又は異議の登記のために必要とされる訂正許可の言い渡しを求めて訴えうることを誤解している訳ではない。誤りは、Schwab が、仮処分に基づく登記が命じられる場合にのみ土地登記所への拘束を承認するところにあるように思われる。この際は、必要とされる登記要件が揃っていれば土地登記所は常に拘束されるということを見落している。それは、自発的に述べられた債務者による登記承認に対しても、その確定力（民法八九四条）が土地登記所を拘束する登記承認の言い渡しを内容とする判決と全く同様に当てはまるのである⁽⁶²⁾。

この仮処分は、土地登記所に向けられているものではなく、仮登記又は異議の承認を甘受すべき者に向けられている

のである。国家の裁判所は、なるほどその登記を自ら申し立てることができるが（民法九四一条）、その際裁判所は、申立権能を有する債権者の利益においてそれを行うのである⁽⁶³⁾。債権者の申立権能は、既に法律が仮処分の不執行に結び付けた法律効果として存在する（民法九三六条、九二九条二項）。それ故、訴訟裁判所も、土地登記所が登記しないときは、独自に異議を唱えることはできないのである⁽⁶⁴⁾。これとの関連において、Schwab は、⁽⁶⁵⁾「明らかに Blomeyer に従って—仮登記又は異議の登記に向けられた措置が設権的な（Konstitutiv）行政行為かどうかという問いを正当なものと考えているが、それはさほど有益なものではない。この問いは、当然否定的に解されるべきである。それ故、Schwab の前提が不適當であるということが明らかになれば、判決手続において許されない措置は「当然仲裁裁判所によっても行われえない」という彼の確言もまた無意味なものとなるのである。

bb) 仮処分による保争物保管命令（民法九三八条）への示唆も、同様にそれほど説得的なものではない。保争物保管は、仮処分の執行により獲得しようとする保全目的を達成するために、国家の裁判所により命じられるものである。そもそ

も仲裁裁判所が保全処分への付与に關し管轄権を有するならば、この手段を利用する権限もまた仲裁裁判所に認められる。そのような命令の強制的な貫徹が執行宣言後に初めて許容されることは、別の問題である。

cc) なお残っている Schwab の示唆として、(65) 国家の裁判所が仮処分の方法によって命じうる処分禁止(民法九三八条二項)がある。ここでは事実、仲裁裁判所の管轄に対する疑いが生ずる。処分禁止によって直接第三者が影響を受けるからである。それ故、仲裁裁判所は、そのような措置を命ずる権限を有しえない。さもないと仲裁契約は第三者の負担になるからである。民法一三五条と一三六条との關係及び「官庁(Behörde)」たる要件から、民法一三五条、一三六条の意味における処分禁止は、仲裁裁判所によっては課されえないということになる。仲裁裁判所は、それによって当事者が仲裁裁判所の判断に服することになる仲裁契約に基づいて行動する。処分禁止は、第三者に対する直接的な効果を持つ。これが、仲裁裁判所の管轄を否定的に解するための決定的な理由である。それに対して、仲裁契約の当事者間において処分禁止の債権的効力を認めることに對しては、何らの疑念も存在しない。結局、このような法状況からもまた、保全処分に関

する仲裁裁判所の管轄の原則的な否定に對する論拠を何ら引き出すことはできないのである。

b) その他、Schwab は、執行宣言に關する法律上の規定は、専ら終局的な仲裁判断に合わせて作られている旨主張する。すなわち、終局性の要件が、保全処分上の措置の場合には欠けている。彼によれば、そのような裁判に既判力が生ずるかは、これとの關係で留保される。なぜなら、保全的措置は、いづれにしても種々の取消方法にさらされている(事情変更を理由に、又は不執行あるいは本案において適時の訴え提起がない場合)ので、終局的ではないとされるからである。それ故、形式的確定力を有する保全的措置でさえ、おそらくは執行可能であると宣言されてはならないであろう。(66) 彼にとつて、民法一〇四三条一項により、確定的に執行宣言された仲裁判断は再審事由からのみなお取り消しということが決定的な論拠である。すなわち、もし保全的措置もまた執行宣言が可能であるとされうるなら、この規定は骨抜きとなろうと主張する。なぜなら、この保全的措置の取消しにより、他の事例における確定的な執行宣言もまた影響されるであろうからである。

aa) Schwab による立証は、説得的なものではない。まず、

裁判が仮執行宣言のなされうる場合にのみ、仲裁における保全処分が許容されるべきであるということがはっきりしない。仲裁手続の当事者は、仲裁の合意によって将来の仲裁判断に服しているのである。当事者が通常の場合自発的に仲裁判断に従うのは、それ故、それに由来するというべきである。これは、執行宣言手続に至ることが非常にまれであるという実務により確認されている。⁶⁹ 同じくそれに対応して、国家の裁判所における仮処分も、その執行がありえないが故にかえって許容できないものではないということもあるのである。それ故、支配的見解は、民訴法八八八条二項にもかかわらず、職務又は労務給付の取得を目的とする仮処分を認めている。⁷⁰ さらに、仲裁が Schwab の意味における終局的な仲裁判断とのみ関わり合っているというのも正当でない。それは、ただ民訴法三二三条が仲裁に適用されうること、その変更されるべき裁判が国家の裁判所によって言い渡された場合においてもまたそうだと(71)いうことを想起させるだけである。取消し前の仲裁判断が確定的に執行宣言されていたかどうかは、ささいなことである。仲裁判断の変更は、変更の限度で対象のなくなる執行宣言に関する裁判に影響を及ぼす。それ故、(民訴法一〇四三条三項に対応して) 仲裁裁判所に、執行宣

言に関する裁判の(部分的) 取消権限をも与えることは、首尾一貫したものである。この結論は、みてとれる限りでは、これまで文献においては採られていない。

似たものとしては、民訴法三〇二条に基づく留保仲裁判断がある。仲裁条項に属しない反対債権をもってする仲裁裁判所での相殺の際に、仲裁裁判所が国家の裁判所にその反対債権に関する裁判を留保した場合を考えてみよう。私見では、反対債権に関する国家の裁判所の肯定的な裁判の場合には、仲裁裁判所は、自らの留保裁判を取り消し又は変更しなればならず、その結果国家の裁判所による確定力ある執行宣言にも軽く言及するのである。Schwab は、⁽⁷²⁾この場合、勿論仲裁手続は申立債権に関する留保仲裁判断の言渡しをもって終了したものとみなす。そして、反対債権に関して判定しなければならぬ国家の裁判所に、反対債権に関する裁判の内容に応じて、予め執行宣言されうる留保仲裁判断の変更又は取消権限を認めるのである。従って、執行宣言に関する国家の裁判所の確定力ある裁判に対する仲裁裁判所の介入は、初めからありえない。⁽⁷³⁾

重要な点は、Schwab の解決策によってもまた、国家の裁判所が、民訴法一〇四三条一項の要件が存在しない場合でも

相殺が有効な場合には、執行宣言に関する確定力ある裁判を取り消すことである。⁽⁷⁴⁾ 私見によれば、仲裁裁判所は、仲裁判断の取消しに関するその他の事例においてもまた、執行宣言に関する裁判を取り消すことが可能でなければならぬ。これは、執行宣言と仲裁判断との内容的な相互の関連から結論として出て来るものである。これを、国家の裁判所の管轄に対する不適法な介入とみるべきではない。なぜなら、取消仲裁判断は、再び国家の裁判所の審査を受ける（民訴法一〇四一条一項）ので、「最終的な結論」は依然国家の裁判所の下にあるからである。民訴法九二七条の類推適用により、国家の裁判所に執行宣言の取消しを認めようとする Brinkmann の提案⁽⁷⁵⁾に対し、Schwab は、⁽⁷⁶⁾ そのような方法で補充されるであろう法律の欠缺は何ら存在しないという異議をもって反対する。ここでは、Schwab の論拠は、一種の循環論法に陥っているように思われる。

ど存在する。しかしながら、その危険に対しては、仮に申請人が保全処分を仲裁裁判所又は国家の裁判所に願ひ出る選択権を持つという方法ではないにしても、⁽⁷⁸⁾ 同時に国家の裁判所にも管轄を認めることによって対処することができるものである。もっと正確に言うと、国家の裁判所は、単に補足的のみ管轄権を有し、従って、仲裁裁判所が既に構成され保全処分を効果的に付与しうる状況にある場合には、そのような管轄権を持たないのである。⁽⁷⁹⁾ この要件が満たされる限度で、国家の裁判所の下に提起された保全処分の申立てに対しては、仲裁契約の抗弁が介入する。⁽⁸⁰⁾

3 これまでの論述は、私見によれば、保全処分付与に関する仲裁裁判所の管轄は初めから排除されている訳ではありえないこと、それどころか、そのような管轄を認めることに對して提出されている多くの異議は説得的ではない、との確認を正当化するものである。問題はいかなる意味においても解決されてはおらず、現行法から (de lege lata) ⁽⁸¹⁾ する学問的議論もまた、未だとても論じ尽されてはいない。保全処分の付与に対する仲裁裁判所の管轄の原則的承認に際しては、その範囲に関する問題が個々のに出されている。例えば、人的仮差押命令（民訴法九一八条、九三三条）に対する仲裁裁

判所の管轄は、否定されざるべきである。債務者の人的自由の制限は、国家の裁判所による裁判を前提とする（基本法10四条1項1段参照）。この必要経路は、民事訴訟1041条による仲裁判断の執行同意によるべき補充されるべきである。

- (9) Staff / Schönke, Das Schiedsverfahren nach dem heutigen deutschen Recht, 2. Aufl. (1954), S. 92ff.; Balsler / Bögner, Schiedsvertrag und Schiedsverfahren, 1957, S. 27; Thomas (前掲83), S. 23; Grimm / Rochlitz (前掲1), S. 31f. 参照。
- (10) Festschrift für Mörhring, 1965, S. 3ff.
- (11) Erman (前掲83), S. 18. 民法のドイツ Schwab, Festschrift für Baur, 1981, S. 627f.; Baumbach/Lauterbach / Albers (前掲1), § 1034 Anm. 5.
- (12) Brinkmann, Schiedsgerichtsbarkeit und Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, 1977, S. 48ff.; Nicklisch, RIW 1978, 633ff.; Kornblum, JA 1979, 394; Lindacher, ZGR 8 (1979), 200ff.; Kerameus, ZJP 92, 429f.; Baur (前掲1), S. 22ff.; Herdegen, RIW 1981, 304f.; Stein/Jonas/Schlösser (前掲83), § 1034 Rdnr. 38. 異なるた理解ドイツ Baumbach/Lauterbach/Albers (前掲1), § 1034 Anm. 5; Schwab (前掲1), S. 627ff.; Vollkommer, RdA1982, 21ff. 照應ドイツのドイツ Schütze/Tscherning/Wais (前掲9), Rdnr. 44, 135.

- (13) BGH, ZJP 71, 427 (437).
- (14) 例として OLG Frankfurt, NJW 1973, 2208; LG Frankfurt, NJW 1983, 762.
- (15) OLG Hamm, MDR 1972, 521(邦事者の合意に基づいて仲裁判断所の例); LG München, Urt. v. 13. Oktober 1982-250 1284/82 (民事ドイツ設置による仲裁裁判所の例—上級技術手権への出場禁止に関する)
- (16) このような叙法は、私見では、全体のひなを学問的な修正を必要とする公法上の仲裁の前提は、行政裁判所規則1六八条一項五号—173条参照)。邦語のドイツ Schlösser, Festschrift für Bulow, 1981, S. 189ff. 参照。
- (17) Neuere probleme der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 1980, S. 22ff.
- (18) Schwab, Festschrift für Baur, 1981, S. 627ff.
- (19) Schwab, 前掲書 S. 638ff.
- (20) Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, 1971, S. 83.
- (21) Schwab, 前掲書 S. 639.
- (22) 土地登記所が不動産登記法上の登記要件をのみを審査しては、かながらという意味での絶対的な拘束というものは、仮登記又は異議の登記を命ずる仮処分によるべき招来されるものではない。
- (23) Thomas/Putzo, ZPO, 13. Aufl. (1985), §941 以下は、ドイツの裁判所は、債権者の法定代理人として行われるべき。この見解は、従い、ドイツにすぎない。

- (73) 異なりた見解をとりし Stein / Jonas / Grunsky, ZPO, 20. Aufl. (1981), § 941 Rdnr. 4.
- (74) Schwab, 前掲書 S. 639.
- (75) Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 1963, §119 VI.
- (76) Schwab, 前掲書 S. 633ff.
- (77) Schwab, 前掲書 S. 634.
- (78) そのような手続の種類に関する統計的資料は、極めて少ない。
- (79) 詳細については Lüke, Festschrift für E. Wolf, 1985, S. 459 ff.
- (80) 全く同意のものをとりし Stein / Jonas / Schlosser (前注73), § 1025 Rdnr. 27.
- (81) Schiedsgerichtsbarkeit (前注70), S. 17, 137. BGHZ 10, 325 と同意見。
- (82) それに対し Schwab (前注70), S. 136 が、仲裁裁判所が反対債権に関する裁判を自身に留保する場合は、留保仲裁判断の執行宣言を認めない。同意 BGHZ 10, 325.
- (83) 再審事由が存在しないにもかかわらず確定力ある執行宣言に対する介入を法律自身が予定している一つの例が、民法法一〇四四条四項に規定されている。
- (84) Schiedsgerichtsbarkeit und Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, 1977, S. 104f.
- (85) Schwab, 前掲書 S. 635.
- (86) そう明言するものとして Grimm / Roehlich (前注11) S.

- 31f. 同様じ Grimm / Roehlich / Glosner (前注73), S. 38.
- (87) しかたがない Brinkmann (前注75), S. 41f. が、この方法を主張する。

- (88) 全く同意のものをとりし Stein / Jonas / Schlosser (前注73), § 1027a Rdnr. 6. やびじ Kornblum, JA 1979, 394; Nicklisch, RIW 1978, 638f.; Herdegen, RIW 1981, 304f.
- (89) 異なりた見解として Stein / Jonas / Schlosser (前注73), § 1027a Rdnr. 6. — 仮差押え・仮処分理由の問題に関じ。
- (90) 結局、不明確な法状況を考慮すれば、仲裁契約において仲裁裁判所にその点についての権限を与えられていることが、保全処分付与に関する仲裁裁判所の管轄を認めるための前提要件となる。全く同意のものをとりし Stein / Jonas / Schlosser (前注73), § 1034 Rdnr. 38; Zöller / Geimer (前注77), §1034 Rdnr. 53.

後記

本稿は、Festschrift: 150 Jahre Landgericht Saarbrücken, Heymann, 1985, S. 297ff. に掲載された西ドーン・ザールラント大学ケルハルト・リヒテ教授の論文 „Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit“ の翻訳である。仲裁は、その実務的活用の少なから故に、わが国ではこれまであまり学者による研究の対象とはされてこなかった分野であった。しかしながら、涉外事件の増加とともに近時次第にその重要性が高まるにつれて、国際商事仲裁の研究及びそれに関連する国際

条約化 (UNCITRAL) とそれに伴う国内法整備の必要性等

Prof. Tatsuya Tsutsumi

を皮切りに、その全般的な制度に対する一方で基礎的な他方で個別的な研究への関心を高めつつある。本稿は、仲裁の活用については既に長い歴史と実績のある西ドイツにおいて、従来から議論のあるテーマにつき、あるいは最近とりわけ議論の対象とされている仲裁裁判所の保全処分権能について、最新の文献を下に著者の見解を簡潔にまとめたものであり、西ドイツにおける仲裁法の現状と問題点を概観しうる好論文となっている。

幸いにも二年間リュッケ教授の下で西ドイツ民法法とりわけ仲裁法の研究に従事しうる機会が与えられたのをきっかけに、リュッケ教授にお願ひして、訳者の海外研究の一端としてとりあえず本稿を訳出した次第である。

翻訳を快諾されたばかりでなく、翻訳に際しても色々と貴重なご助言を下された同教授に対し、ここに心から感謝の意を表する次第である。

Ich möchte hier meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Gerhard Lüke, Saarbrücken, der mir die Genehmigung dieser Übersetzung gegeben hat, meinen herzlichen Dank aussprechen.

ザールブリュッケン 一九八七年一〇月

堤 龍 彌