

民事仲裁の最近の問題

フリッツ・パウアー

中村英郎
坂本恵三 共訳

民事仲裁は、たゆみのない発展をとげています。このことは、国際的な場面においても、また、国内的な場面でもいえることです。確かに、このことを正確に裏づけるはつきりした数字はありません。しかし、地方裁判所商事部に係属している事件数が比較的少ないということが、ある程度それを裏づけているといえるでしょう。地方裁判所に係属中の事件数全体のうち、商事部の係属事件数は、およそその一〇パーセント、絶対数でいえば、年間約四〇〇〇件にすぎません。仲裁が、ある領域では国家の裁判権を「干からびさせている」ということを耳にすることもしばしばです。この表現は大げさかもしれませんが

民事仲裁の最近の問題

が、商法および会社法に関する法律上・事実上、重要な訴訟事件の多数が、国家の裁判権を「素通りしている」のは確かです。立法者が、折にふれ、制限を設けているにもかかわらず、この状態は変わっていません。将来の法的紛争に関する仲裁条項の作成に際し、通常の裁判と仲裁裁判との選択権を定めることを強制するカルテル法九一条および労働法において、仲裁の合意の可能性を労働協約当事者と常設仲裁裁判所 (Bühen-schiedsgericht) のような伝統的な仲裁裁判所だけに制限する労働裁判所法一〇一条以下を考えてみて下さい。

仲裁裁判が好まれる理由を考察することが、ここでの私の課

題であるとは考えていません。⁽¹⁾ なぜなら、手続や裁判の迅速性、仲裁人の専門知識、弁論の非公開による営業・会社・家庭の内部事情の保護、費用の経済性などを述べたてる論証は、決して完全なものではありませんし、また、常に適切であるわけでもないからです。いづれにせよ、仲裁裁判の好まれる理由を論証するには、詳細な研究が必要です。むしろ私は、仲裁裁判権の領域において生じる若干の問題を、皆さんに報告するだけにしたいたいと思います。これらの問題は、国内および国際仲裁裁判所の非常勤仲裁人としての私の経験からいって、実務上重要であり、最近の学説・判例においても——大変争いのある部分もありますが——問題とされているものです。その問題とはつぎのようなものです。

1 仲裁人の独立性

2 公の秩序条項、とりわけ手続違反の場合の公の秩序条項

3 仲裁裁判所の形成的判断とこの判断の再審査

4 仲裁裁判権の領域における仮の権利保護

皆さんのうち、国の裁判所で仕事をされていらっしゃる方々にも、このテーマによって、何がしか貢献できるものと思っています。なぜならば、どんな仲裁判断についても、通常の裁判所に取消の訴を提起することができ、また同時にここでの研究対象の一つでもある執行文付与を申し立てることができるとい

うダモクレスの剣がかかっているからです。仲裁手続で敗訴した当事者が、最後に、国家の裁判所の面前で、自己に有利な逆転を得ようと試みることもまれではありません。それゆえ、仲裁裁判所の判断は第一審のものにして最終審のものであるという命題も、無制限に正当というわけではありません。仲裁裁判所が、その構成、手続、判断について、常に国の裁判所の監視を受けるものであるとしても、当事者は、幻滅も怒りもさほど感じることはないでしょう。

一 仲裁人の独立性について

このテーマについては、連邦通常裁判所が一九七五年に裁判した事件を手がかりにしたいと思います。⁽²⁾ これは少しかわった事件ではありません。しかし、まさにそれだからこそ、この問題において基準となるべき観点を検討するのに適しております。〔事実関係〕 仲裁申立人は、リヒテンシュタイン法上の信託会社であります。代表機関の構成員は、弁理士H博士を含む三人であり、この役員会の二人の構成員により、そのつど代表が行なわれていました。被仲裁申立人は、仲裁申立人とライセンス契約を締結しましたが、この契約から争いが生じたのです。そこで当事者は仲裁契約を締結し、H博士——すなわち仲裁申立人の代表機関の構成員——を単独の仲裁人とする旨を合意し

ました。H博士は、申立人、すなわち自己の会社に不利な判断をしました。そこでこの会社は、会社の代表機関の構成員たるH博士は、単独で仲裁人たりえなかったということを理由として、仲裁判断取消の訴を提起したのです。地方裁判所、上級地方裁判所はこの理由を認め、請求を認容しましたが、連邦通常裁判所は、この取消事由を理由ありとは認めませんでした。連邦通常裁判所がその理由とするところは、「同意は違法を阻却する」(volenti non fit iniuria)という命題にとりまとめることができます。当事者は、紛争事件発生後に、その仲裁人を選定しました。——連邦通常裁判所の言葉をかりれば——「このような場合、仲裁人の公平性について厳格な要件を定める必要はない」のです。これが将来の法的紛争についての仲裁条項であれば、違った考え方も可能です。しかし、将来の法的紛争の場合にも、仲裁人の公平性に関しては、一般的準則を定めることはできません。確かに将来の法的紛争についても「公平な司法の要請」が妥当しますが、——連邦通常裁判所の言葉をかりれば——「問題となっている仲裁条項の内容、および仲裁裁判所の設置、仲裁人選定にとって決定的であった具体的事実に応じて、仲裁人公平の原則の適用が厳格であるのが正しいのか、それともゆるやかなのが正当なのかが定まる」ということになります。

民事仲裁の最近の問題

既にこの簡潔な引用文は、ここであげられている区別が法的に大変不確かであることを物語っています。ここでもいろいろことは、連邦通常裁判所も上述の事件において、その要点につき必ずしも確信をもっていなかったらしいということです。なぜならば、連邦通常裁判所は、判決の末尾でつぎのように述べているからです。すなわち、H博士——単独の仲裁人——は、特許法およびライセンズ法の領域で、原告の特定の職務を担当していたにすぎない。それゆえ、必要とされる経済的な考察方法によれば、原告の代表機関の共同署名権を有する構成員としてのH博士の地位は「どちらかといえば形式的な性質」のものであったといえる。もし、事実上、郵便受箱会社を経営するLが、合意により単独の仲裁人に指名されたのであれば、違った判決がなされたであろう、といっております。連邦通常裁判所では一体どのような考え方、つまり、両当事者は、H博士を原告会社におけるその地位を知りながら、紛争発生後に仲裁人を選定したのだから公平性の問題は生じないとしたのか、それとも、H博士は実際には当事者の機関ではなかったため除外されなかったというのか、どのように考えていたのか、聴いてみたいところです。

議論の行なわれている法的基盤がいかに不確かなものかということは、連邦通常裁判所とハンブルク上級地方裁判所とで判

断を異にした問題、つまり、社團構成員だけで構成する仲裁裁判所が、社團構成員と非構成員の間の紛争を判断するという仲裁契約が有効かという問題で説明されるでしょう。連邦通常裁判所は、コルンブルム (Kornblum) の考えに従い、それは「明らかに、仲裁裁判所にも妥当する……公平な司法の要請」に違反しているとして問題を否定しました。これに対し、ハンブルク上級地方裁判所の一九七五年の判決は、——この判決はロンドン金属株式市場に関するものですが——仲裁裁判所を不公平と思わせる事情が明白でなく、また、当事者からも陳述されていない場合には、このような仲裁裁判所の構成に疑義はないとしました。これらの判決に対する学説の反応は、この問題について、いかに見解が区々に分かれているかを示しています。ベッターマン (Bettmann) は、ハンブルク上級地方裁判所の判決を歓迎しています。ベッターマンの言葉を引用すれば、その理由は、「世界商業都市の最先端にある審級裁判所が、片田舎に居を構える連邦通常裁判所の世間知らずに反論している」からです。しかし、ハーブシャイト (Habscheid) は、「基本法九七条に根拠をもつ司法の公平性の要請は、これを放棄することはできない。ハンザ都市の上級地方裁判所の判決の意義は、結局、同意は違法を阻却するという原則を援用している点である」としています。最後に、シュロッサー (Schloss-

er) は、これは連邦通常裁判所の「官僚的な考え方」が問題である、⁽⁴⁾といっています。

これでたとえは充分でしょう。いくら例を挙げてみきりがありません。確かに、判例における程度の基準線は認識できます。しかし全体的には、法の著るしく不明確な像が示されています。この法の不明確さは、まず第一に、法律自体の中にあります。なぜならば、法律は、仲裁手続においては、自動的に作用する除外事由をあげず、仲裁人の忌避を規定しているにすぎないからです。仲裁人の忌避は、もちろんドイツ民事訴訟法の規定する除外事由のある場合に認められます。しかし、この忌避権は、重大な弱点をもっているのです。まず第一に、この忌避権は明示的に、仲裁裁判所に対する表示により行使されなければなりません。つまり、心理的な関所が克服されなければならぬのです。なぜなら、忌避事由が、国の裁判所により認容されなかったような場合、仲裁裁判所の心証を害するのではないかという心配は、杞憂とはいえません。⁽⁵⁾このため、少なからぬ当事者は、忌避を用いて除外事由を主張することをあきらめ、仲裁判断が自己に不利に下された場合には、むしろ取消の訴に最後の逃げ道としての望みを託すのです。もちろん、この望みも当にはなりません。なぜなら、仲裁裁判所の面前で当事者が留保なく応訴すれば、それは忌避事由の消滅を意味し、

手続終了後、通常は、忌避は不可能だからです（連邦通常裁判所民事判例集七卷一八七頁、一七卷七頁、二四卷一、六頁）。

そこで、ドイツ民事訴訟法の除斥事由は、仲裁裁判所にとっても自動的に作用するものだというのを、不適法な仲裁手続とか、公序違反とかの、取消事由を逃げ道として明確に説明しようと試みることも不思議ではありません。しかしこの方法も、最後に残った重要な問題については解答しなければなりません。この問題とは、民事仲裁を司法と考え、したがってまた基本法においても確認されている裁判官の人的および物的独立性を民事仲裁の場合にも強行的なものと考える場合、この独立性を担保する規定と、仲裁条項および具体的な仲裁契約の根拠となる私的自治の原則とはいかなる関係にあるのか——別の表現をすれば——関係者の処分自由は、いかなる範囲にまで及ぶのかという問題です。この問題について、ゆるやかな線を追求するか厳格な線を追求するか、つまり、自動作用を主張するか、個別化を主張するのにかよって、結論は異なります。我々の出発点となった例、——リヒテンシュタインの郵便受箱会社を思い出して下さい——それは、この二つの差異を非常に明瞭に示しています。審級裁判所は、全く当然のこととして、当事者の機関は仲裁人たりえないとの原則を主張したのです。しかもこれを、他の主張された取消事由を審理するまでもない程当

然のことと考えました。これに対し、連邦通常裁判所は、個別化の立場をとったのです。

私は、ここに、ある程度、それだけで救いとなるような解答を見い出せるとは思っておりませんし、個別化傾向にある従来判例を根底から覆えすことができるとも思っておりません。ただ私は次のように考えます。我々の例は、ここに支配している著るしい法の不明確さを指摘しています。そして、人は、関係者の仲裁に対する基本的心構えに圧力をかけるよう試みることににより、この法の不明確さを除去すべきです。この基本的な心構えというのは、しばしば——通常とまではいいませんが——次のようなものです。すなわち、仲裁裁判所の構成が、既に将来の仲裁判断の内容を決定するとか、だから、その方向でこの人員配置に影響を及ぼすよう努めなければならないとか、あるいはそれどころか——社団もしくは団体の定款においてはまれでないように——仲裁裁判所の構成にあわせて「プログラムを組む」よう努めなければならないという内容のものです。非常設仲裁裁判所 (ad hoc-Schiedsgericht) においても、自己の信頼する人を派遣するよう努める——これに対しては何ら異論はありません——だけでなく、自己と個人的もしくは経済的に関係があり、または当事者が以前、法的助言を求め、あるいは当事者のために法的鑑定人として活動したことのある者を

仲裁人として選定するということが見うけられます。私の経験から申しますと、当事者の夢みた花が、常に実を結ぶわけではありません。——これは、この方法で選定された仲裁人も自己の負う中立的使命を果たすことができるからです。しかしそうだとしても、従属の外観が存在するというだけで、既に好ましいことではありません。時として、仲裁判断で敗訴した当事者が、後になってから、まるで仲裁裁判所内の合議が仲裁裁判所の面前における弁論の続行に他ならないかのように、「私の仲裁人は明らかに役に立たなかった」というのを耳にすることもあります。

このような態度には戦いを挑むべきです。この戦いは決して勝目のないものではありません。なぜならば、このような態度をとる人には、どんなに手ぎわよく操作をしたところで、結局は国の裁判所により、仲裁判断の取消をすることができるのであり、したがって「最終的顧慮の命題」(respite finem)が、この場合にもその意義を有することを明瞭に説明できるからです。

問題の根源を把握しなければならないと考えられるようになってくるようです。たとえば、ドイツ仲裁裁判制度委員会の常設仲裁裁判所についての仲裁規則八条二項が、仲裁人が、紛争の結果に実質的に関係し、または、ドイツ民事訴訟法四一条の他

の事由の一つが存在し、または、何らかの理由で偏見を有していると感じている場合、仲裁人にその職務を回避する義務を負わせているのは興味深いことです。アメリカ仲裁協会の商事仲裁規則一八条は、仲裁人に対し、場合によっては自己の公平性に影響を及ぼす可能性のあるすべての事情を委員会に報告する義務を課しています。それには、すべての先入観、仲裁手続の結果についての財政上もしくは人間的な利益、当事者もしくは当事者の法律助言者との過去もしくは現在のすべての親族関係が含まれています。スイスにおける規制はさらに厳格です。スイスのいわゆる仲裁に関する協定の一八条では、連邦司法機構に関する法律の二二条、二三条を準用しているため、ドイツ民事訴訟法四一条より広範な連邦裁判官についての除外事由が、仲裁にも適用されます。他方、パリ国際商業会議所の仲裁法廷の使用頻度の高い手続規則には、残念ながら、これに該当する規定はありません。一九七五年の改正によっても事情は変わりませんでした。右の手続規則は、忌避の語を用いていますが——ところでこの忌避については、仲裁法廷が終局的判断を下しますが、これはドイツにおける有力な見解とは違っています——除外事由および忌避事由については、何ら触れていません。こうした規定を必要でないとするのは、仲裁法廷が、自己の規則に従って構成された仲裁裁判所につき、全般的に監督権を有す

ることを理由としています。たとえば、仲裁判断は、仲裁法廷が方式に従って許可しなければ、下されません（二二条）。しかし、この監督権は——これについてはシュロッサーが指摘しています⁽⁹⁾——仲裁裁判所の具体的公平性を考察する場合、疑がわしいものです。

仲裁人の独立性の問題について、検討の成果を総括してみましよう。

学説・判例は、国の裁判官の独立性に妥当する基準を、仲裁の領域において同一の厳格さで適用してはいません。個々の事例を基準として細分化された考察方法が優勢です。この考え方には著るしい法の不明確さがつきまとい、それは、取消の訴、したがって国の裁判所への道を開いています。仲裁条項、仲裁契約の作成および仲裁裁判所の構成に關与する者すべてが、自己の心の中で、仲裁裁判所の完全な公平性の必要性を確信し、それに従って行動することにより、改善は達成されるでしょう。

二 公の秩序条項について

この問題についても、一九七二年の連邦通常裁判所の判決⁽¹⁰⁾を例にとつてはじめることにしましょう。

氷菓子を製造する仲裁申立人は、逆輸入の禁止および同一も

民事仲裁の最近の問題

しくは類似商品のフランスでの販売禁止という条件で、被仲裁申立人にフランスでの独占販売権を付与しました。被仲裁申立人は、この禁止に違反したので、仲裁裁判で損害賠償を命ぜられ、この仲裁裁判は、執行文の付与をうけられるはずでした。これに対し、この仲裁裁判は、EWG条約八五条、したがって公の秩序条項に違反するという主張がなされたのです。連邦通常裁判所は——既に以前の判決⁽¹¹⁾におけるのと同様に——カルテル法上の禁令（これにはEWG八五条も含まれます）は、公の秩序の留保（*ordre public Vorbehalt*）に含まれるという前提に立ちましたが、禁令違反についての事実上の基礎が充分確認されていないとの理由で、事件を原審に差戻しました。

判決は訂正され、国家の裁判権の監督機能を完全に明瞭にしました。このことは、つぎのことからとりわけ明瞭です。すなわちドイツ民事訴訟法一〇四〇条は、仲裁裁判に、裁判所の確定判決と同一の効果を付与していますが、それにもかかわらず、連邦通常裁判所は、公の秩序の審理の枠内では、通常裁判所は、仲裁裁判所の事実の確定もしくは法律上の見解に拘束されないことを認めたのです。つまりこの場合、仲裁裁判所が、EWG条約八五条の事実について調査し、これに基づいて、法的観点において、指摘された規定の適用可能性を否定するに至ったのだとしても、これはすべて、通常裁判所を拘束するもの

ではないのです。これについてハーブシャイト⁽¹³⁾は、「それゆえ、留保条項という迂回路を通じて、事実上 (au fond) の上訴が行なわれる」と論じています。

連邦通常裁判所は、そのような次第で、その判決では——その他の既に早い時期の判決⁽¹⁴⁾においてと同様——カルテル法上の強行規定は公の秩序に属するということから出発しています。すべての国内の強行法規が公の秩序に属するという意味で、この命題は一般化されるべきなのでしょう。もしそうだとすれば、これは国内の実体的強行法と訴訟法とに程度の差なくあてはまることなのでしょう。この問題が一般的に肯定されるものでないということは、前に述べたことですが、裁判官の独立性についての憲法上かつ法律上の保障は、限定的かつ差異を伴って仲裁人に転用されるにすぎないということから明らかです。あるいはこれは——さらに問題とすれば——実体法上の公の秩序の領域では、手続法上の公の秩序よりも厳格な基準が設けられるべきことを意味しているのでしょうか。あるいは、いわゆる国内仲裁裁判なのか、それとも国際仲裁裁判なのかによって、さらに区別をしなければならないのでしょうか。

もし人が——これらの問題に答え、公の秩序の領域を限定するために——国際協定に手がかりを求めても、失望するだけです。たとえば一九二四年の仲裁条項に関するジュネーブ議定書

は、仲裁裁判の執行については、これを関係国の法律に委せています。国連協定五条二項は、承認および執行について、これが承認国の公の政策に反する場合、拒絶することを許しています。このことはしかし、国内仲裁裁判であれ、国際仲裁裁判であれ、各仲裁裁判が、場合によっては乗り越えなければならぬ障害が、国内の公の秩序であるということの意味しています。その際さらに注目すべきことは、仲裁裁判自体が公の秩序に違反しているか否かが問題なのではなく、一致した見解によれば、仲裁裁判の「承認」あるいは「執行」が、公の秩序に違反するか否かが基準となっている点です。これはつぎのことを意味しています。すなわち、仲裁裁判所は国際私法上の原則に従って外国法を適用したが、当該外国法には国内法規に相当する条文がなかったという場合、仲裁裁判は内容の上では完全に正当けれども、国内の強行法規違反を理由として、その承認あるいは執行は拒絶されることがありうるということです。

ところで、公の秩序の内容はどのように理解されるべきでしょうか。学説・判例を一瞥してみますと、再三にわたりつぎのきまり文句が見いだされます。すなわち公の秩序とは、「ドイツの立法者により、国家的かつ経済的生活の基盤にかかわる問題につき、単に合目的理由からではなく、一定の国家政策

的、社会的もしくは経済的観点から公布された法律⁽¹⁶⁾である。

この定義は、注意しなければならない基本的な性向を示唆しているかもしれませんが。しかし具体的な事件における程度正確な判断の手がかりとはなりません。たとえば、価格拘束規定、賃料規制、輸出入規定などは、経験上、短期間のものであることがまれでなく、また国のそれぞれの機関により経済状態に応じて変化するものであるにもかかわらず、そのままで公の秩序の領域に属すべきものなのでしょうか。あるいは、手続法上の公の秩序の領域では、国家の裁判所に妥当する裁判所構成法および訴訟法の強行規範は、もしこれらの規範を侵して仲裁裁判がなされたとき、その裁判は承認を拒絶されなければならないという意味で、強行的なのでしょうか。これらの問題が一般的に肯定されえないものであるということは、手続公開の原則の例がこれを示しています。この原則は、国家の裁判官に拘束力をもっています。裁判所および当事者は、それにつき、処分権をもっています。それにもかかわらず、仲裁手続では、非公開性がその長所の一つとして称賛されるものですから、仲裁裁判所の面前での弁論が公開されなかったことを理由として、仲裁裁判の承認を拒絶すべきだと考える者は一人もおりません。

この問題についても、一般的に満足のいく解答を提供するこ

とは、私の力量を越えるものです。とりわけ、このテーマが——程度の差こそあれ対立しながら——既に長い間、文献において論争され、判例においても扱われているのでなおさらです。⁽¹⁸⁾しかしおそらく若干の基準線を明らかにすることはできません⁽¹⁹⁾。

1 国内の公の秩序と外国の公の秩序とを区別すべきでしょう。⁽¹⁹⁾すなわち、国内の仲裁裁判と外国の仲裁裁判とは扱いを異にすべきです。法律自体も、国内仲裁裁判と外国仲裁裁判とは、執行文付与を区別し、後者については国内での承認と執行の拒絶だけを規定し、その取消を規定しないことにおいて、この問題についての考え方の基準を示しています。もちろんこの基準は、公の秩序が両規範の中に存在するため、弱いものになります。しかし、基本的な出発点は——とりわけシュロツサー⁽²⁰⁾が明らかにしたように——別のものなのです。国内の仲裁裁判の場合には、国内の国家裁判権が仲裁により代替されます。それゆえ、すべての人に同一の法秩序を保障するため、国内仲裁裁判の場合、国家の裁判所の監督機能は、外国仲裁裁判の場合よりも厳格に実施されなければなりません。私の考えによればこのことは、外国の仲裁裁判についていえば、とくにつぎの場合にあてはまらなければなりません。すなわち仲裁の取決めが存在しない場合で、ドイツの国際訴訟法によれば国内の裁判

所に管轄権が認められず、ドイツの国際私法によればドイツの実体法も適用されない場合、すなわち国内関係では仲裁裁判の国内での効果、特にその執行だけが問題となるにすぎない場合です。このことは、外国仲裁裁判は、たとえば方式強制のような公益のために公布された国内強行規定が無視された場合、国内仲裁裁判であればその承認が妨げられるような場合でさえも、国内において執行されうるといふ結果を導くことになりません。もちろん、外国仲裁裁判をゆるやかに判定するからといって、国内の公の秩序を完全に排除することにはなりません。すなわち、これはドイツ民事訴訟法一〇四四条二項に違反するのです。この規定は、公の秩序違反の例として、「仲裁裁判が当事者の一方に、ドイツ法によればその実行を禁止された行為を命じる場合」という法律要件を明文をもって挙げております。このことはまた、国内の経済法上の強行規定が、公の秩序の構成要素であることも意味しております。⁽²¹⁾そこで仲裁裁判が、この規定を、ドイツ法が適用されないため遵守しなかったとき、この仲裁裁判は内容上正当なものではありませんが、ドイツ連邦共和国においては執行力をもたないのです。多くの人は、この結論を、ますます多くなる国内の経済的管理統制を前にして、残念に思うかもしれません。しかし、議論の現状では、この結論を変えることはできません。

2 私 の 指 摘 し た い 二 番 目 の 基 準 は つ ぎ の こ と で す 。 す な わ ち 手 続 法 上 の 公 の 秩 序 の 領 域 に お い て も 、 今 我 々 が 論 じ て き た の と 同 じ 理 由 で 、 国 内 仲 裁 判 断 と 外 国 仲 裁 判 断 と が 区 別 さ れ な け れ ば な ら な い と い う こ と で す 。

a 国内の公の秩序に関するものとして法律は一〇四一条一項三号乃至六号において、仲裁判断の取消をもたらす一連の手続違反を明文をもって列挙しています。これらのうちで最も重要な事由は、法律上の審問をやらなかったということです。公の秩序は、国の裁判所に適用される手続規定により充たされるか、そしてそれはどの範囲においてかという問題に解答する際、まず留意しなければならないのは、すべての訴訟法上の原則および訴訟法上のすべての強行規定が、これについて考慮されるのではないということです。訴訟法上のすべての原則が考慮されるのではないというのは、これら原則が、しばしばその正当性については争いうる目的性の衡量に由来しているからです。つまり、口頭主義を考えることもできますが、また、書面主義を考えることもできます。公開主義と非公開主義、同時提出主義と口頭弁論一体の原則についても同様です。すべての強行規定が考慮されるわけではないのは、これら規定が、国の裁判所の面前での手続を基準として設けられているからです。仲裁裁判所の独立性に関する考慮を推察するならば——これについ

て我々は既に報告しました——基本的には、法律に列挙された法律要件が維持されましよう。とりわけ、法律に明文をもって掲げられた法律上の審問原則が、当事者双方を平等に扱う公平な訴訟という一般的な意味で、判例においてどれほど広く解釈されてきたかを顧慮するならば、そういうことになります。

b 国際的な手続法上の公の秩序は、既に論じてきた理由により、国内の公の秩序よりも厳格な基準で評価することはできません。他面において、ここでは、手続違反による公の秩序の「充足」が重要となりうるのです。それもとりわけ、国家間の条約および国際協定において、公の秩序違反だけが拒絶事由と認められているにすぎず、ドイツ民事訴訟法一〇四四条に列挙されているような、その他の基本的な手続上の瑕疵が拒絶事由として認められていない場合、たとえば一九五四年の独・米協定六条二項第三文におけるような場合はそうです。ハンブルク上級地方裁判所は、一九七五年にこの問題を扱わなければなりません⁽²³⁾。アメリカ仲裁協会の準則に従って行なわれた仲裁手続において、単独の仲裁人は口頭弁論を開かず、書面手続で裁判をしました。その際この仲裁人は、他の当事者に知らされていない書類を利用したのです。ドイツでの見解によれば、これは法律上の審問原則に対する明白な違反であり、このためハンブルク上級地方裁判所は仲裁裁判の執行を拒絶しまし

た。ここでは、公の秩序条項は——たとえそれが国際的法取引においては制限的に適用されるにすぎないにしても——ドイツ国民を保護するために、ドイツの根本的な手続原則を適用する手段であることを示しています。

これとは反対に、公の秩序条項を用いて東側諸国の制度上認められた仲裁裁判所の仲裁裁判を失効させる試みは、成功しませんでした。連邦通常裁判所は、ユーゴスラビアの仲裁裁判につき、このような仲裁裁判所は既に制度に内在する原因から紛争事件を公平に判断するのに適さないとか、ドイツの当事者はベルグラード貿易仲裁裁判所の仲裁人としてドイツ人を選定できなかった⁽²⁴⁾、ということを理由としてその承認を拒絶すること否定しました。連邦通常裁判所は、「たとえば、外国の仲裁裁判所が、当事者の合意に何らの根拠もないのに、自己の管轄を恣意的に認めた場合」のように、極端な場合に例外が認められるという公式を表明しているにすぎません。連邦通常裁判所はその後、アメリカの仲裁裁判に関する判決において、この公式を繰り返しています。私は、これらの判決のそれぞれが正当かどうかについて疑問をもっています。とりわけ一つの判決については、ドイツ人もしくは——国籍の点からみて——完全に中立な仲裁人を名簿に記載できたにもかかわらず、なぜユーゴスラビア側が、自国の人間だけを名簿に載せたのかということ

を考えてみますと疑問があります。私はこの点につき態度を留保しておきます。といひますのは、ここでは国際的な手続法上の公の秩序が、すべての点で、国内の公の秩序と比較しうるわけでないということを説明することだけが問題であるからです。

三 仲裁裁判所の形成的裁判とその再審査

この問題につきましても、私は実務上の若干の事実を最初に述べておくことにします。

一九七四年、連邦通常裁判所は次のような事件につき裁判しました。⁽²⁷⁾ ガソリンスタンドの土地に関する賃貸借契約において、当事者はつぎのような合意をしました。

「給付と反対給付の経済的価値関係が、合意された賃貸借条項での契約の継続を当事者に期待できない程著しく変更をきたした場合には」、F 商工会議所が仲裁鑑定をするものとする。ところで仲裁鑑定人の確定した賃料は、国の裁判所により、明白な不公正を理由として減縮されました。

事情のよく似た事件において、——同様にガソリンスタンドの賃貸借に関するものですが——当事者は、生活費指標の一定の上昇を超過したため合意できないケースにつき、判断を仲裁裁判所に任せました。仲裁判断についての執行文付与の手続に

おいて被告は、これが仲裁裁判ではなく仲裁鑑定であり、執行文の付与は受けられないと抗弁しました。連邦通常裁判所は一九七六年の判決において、仲裁裁判であったとの裁判をしたのです。

おわりに、電気の供給を目的とする国際契約の中から一つの条項をあげておきましょう。

「経済関係が著しく変化し、契約の適用が、契約当事者のいづれかにとって期待できない程過酷なものである場合で、合意ができないときは、仲裁裁判所が仲裁人として、すべての関係者に対し拘束力を有する判断をする」。

これらの例は、つぎのことを明らかにしています。

1 事情変更の原則の法律要件を、国家の裁判権の外にある「機関」(the *tribunal*) に任せるといふ、他の分野においても観察される傾向があります。人は、そこにより大きな事件管轄と経済的な事件についてのよりよい理解があると考えております。

2 仲裁鑑定人が判断したのか、それとも仲裁裁判所が判断したのかは、明らかに不確かであり、また重要でもあります。重要だというのは、とりわけつぎの理由からです。すなわち、仲裁鑑定人については、法律が、仲裁裁判所の構成およびこの裁判所の面前での手続につき設けた強行規定が適用されません。⁽²⁸⁾——仲裁鑑定は、公正な裁量により適用されるべき法則

が、明らかに不正である場合には、ドイツ民法三一十九条により裁判所の再審査(Nachprüfung)に服します。これに対し、ここにあげたような事例における仲裁判断については、公序良俗違反の場合に限り、その取消が問題となります。つまり、仲裁鑑定は仲裁裁判に比べてはるかに裁判上不安定なものなのです。おわりに、仲裁裁判だけが執行文の付与を受けられるのです。

それゆえ区別が大変重要です。それはどのように行なわれるのでしょうか。連邦通常裁判所は、⁽³⁰⁾当事者の意思を基準としています。すなわち、当事者の意思は、ドイツ民法三一十九条による通常の裁判所による審査が存在するものとしていたのか、それとも、(国の裁判所による)内容上の再審査なしに、ただちに判決と同様の終局的裁判がなされるものとしていたのかを基準としています。連邦通常裁判所の見解によれば、文言にはある種の徴憑機能があるにすぎません。しかし、我々があげた二つの事例を考えてみますと、文言には重要な意義のあることを否定できません。なぜならば、事実関係(ガソリンスタンドの新しい賃料の確定)はほとんど同一だからです。すなわち、この二つの事例においては、仲裁鑑定契約を認めることも仲裁契約を認定することもできたでしょう。ところで結論は以上述べたように異なっていたのですから、このような条項を作成しな

ければならないすべての方々には、どのような効果を当事者が判断に付与しようとしているのか、一義的に明確にすることをお奨めします。二つの選択肢を選ぶのに際し、さらに注目すべきことは、判例が、「ドイツ民法三一十九条の非拘束条項を、仲裁鑑定法において、できるだけ広く適用する」⁽³¹⁾傾向にあるということです。つまり、仲裁裁判は、いずれにせよこのような終局性について長所と短所をもつ仲裁鑑定よりも安定性が高いのです。

確かに、事情変更の原則についての合意(Clausula rebus-Andecten)が、今日の情況下では、仲裁契約において特に頻繁に行なわれます。しかし、仲裁裁判所の形成的活動が、この合意に限定されると誤解してはいけません。仲裁裁判所の形成的活動は、会社の存続条件の確定に関する会社定款や死亡による共同相続財産の分割のための処分、⁽³²⁾長期供給契約等においてもみうけられます。仲裁裁判所の形成的判断のための基礎は、関係者についていえば、⁽³³⁾法律が当事者に処分自由を認めているすべての場合に存在します。その際——⁽³³⁾なにもこの場合に限ったことではありませんが——仲裁裁判所には、「公正に従った」あるいは「公正な裁量による」判断が委託されていることがまれではありません。これについても簡単にふれておきましょう。

仲裁裁判所が公正に従った判断、したがって公正に従った形式的判断も下すことができるか否か、またこれはいかなる要件の下においてかという問題は、仲裁裁判所は実体法に拘束されるかという争いのある問題と密接に關係しています。国家の承認を得た司法機関として、仲裁裁判所も実体法に拘束されると論証することもできましようし、他方、仲裁裁判所はいわゆる親切な紛争解決者 (amiable compositeur) として、まさに事案に則し、かつ、公正な判断のために設けられていると論証することもできましよう。この問題の解決を試みるにあたり、まず若干の限界線を示すことができます。当事者が、仲裁裁判所に実体法遵守の義務を負わせることができるのは明らかです。さらに、当事者が任意法規の維持から仲裁裁判所を解放できることも明らかです。最後に、公正に従った判断は、当事者がこのような判断を許可した場合にだけ問題となるということも明らかです。これらはすべて明示的になすこともできますが、周囲の状況からそうなることもあります。たとえば、当事者が、非法律家を仲裁人に選定した場合、これは、公正に従った判断の許可を暗示しています。当事者の合意から、直接的にも間接的にも結論を得られない場合、多数説によれば、仲裁裁判所は法律に基づく判断をする義務、すなわち、実体法秩序の強行法規も任意法規も適用する義務を負います。ここでもまた疑問で

あるのは、以上の見解が守られなかった場合の制裁です。多数説によれば、仲裁裁判は、ドイツ民事訴訟法一〇四一条一項一号により、仲裁契約においてなされた授權が遵守されなかったことを理由として、取消されうるものとされています。逆に、当事者が公正に従った判断を合意している旨表示する場合、仲裁裁判所は任意法規から解放され、公の秩序の限界が遵守される限り、強行法規からも解放されることは明らかです。

以上の簡潔な指摘の予防司法上の実質的意義を、最後に一つの例により論じましよう。ある合名会社の社員 A が同僚 B を相手方とし、合意された仲裁裁判所の面前で、会社からの除名を求めて訴を提起したとしましよう。実体法に拘束される場合には、ドイツ商法一四〇条の要件の存否に応じて、仲裁裁判の内容は、B の除名か請求棄却かのいずれかでしかありません。これに対し、仲裁裁判所に公正に従った判断が付託されていた場合には、仲裁裁判所は除名をしないで、会社定款を変更し、会社の安定した存続のための予防処置をとることができるのです。疑問のある場合には、仲裁裁判所が当事者に、いずれの選択肢を選ぶのか明言させることが奨められます。この選択が既に仲裁の合意の中で明らかにされていけば一層良いでしょう。すなわち、ここでも、仲裁条項もしくは仲裁裁判契約の作成が決定的に重要であることが明らかです。

さて、我々の研究の最後の問題点に移りましょう。

四 仲裁手続における仮の権利保護

この問題についてもある判決、それは連邦通常裁判所の判決⁽³⁷⁾ですが、それから出発することにします。

当事者は商社会社の経営について会社定款を作成しました。

ついで、被仲裁申立人による、会社の解雇通知がなされ、仲裁申立人は、通知の無効確認を求めて訴を提起しました。手続の進行中、仲裁裁判所は、被仲裁申立人は仲裁申立人に仲裁手続係属中、月額三〇〇ドイツマルクの損金を支払わなければならぬとの裁判を下したのです。この中間仲裁裁判の理由において仲裁裁判所は、婚姻事件手続における扶養料支払いについての仮の命令を援用しました。この「中間仲裁裁判」は、それについての執行文付与を求めて、国の裁判所にもちこまれ、連邦通常裁判所は、執行力を肯定しました。確かに——連邦通常裁判所はそう言うのですが——仲裁裁判所が、仮処分もしくは仮の命令をしたのであれば、執行文は付与されません。なぜならば、ほとんど異論のない見解によれば、仲裁裁判所は、これにつき権限をもたないからです⁽³⁸⁾。しかし、本件での判断は、一部仲裁裁判であり、これは執行文の付与を受けることができるのです。

この事件は、仲裁手続における仮の権利保護の本案に対する関係の問題を暗示しています。まず、仮の権利保護を仲裁裁判所に付託することはできないという命題を前提としますと、困難な問題のあることは明白です。それは、二つの手続が、「前後」的に（まず通常の裁判権による仮の権利保護、ついで仲裁裁判所の面前での本訴手続）行なわれたときにも、また「並列」的に（仲裁手続中に仮の規制の必要性が明らかとなった場合）行なわれたときにも生じます。この問題は、ドイツ民事訴訟法の規定によれば、仮処分手続が、後からもしくは同時に起こされる本訴の本案訴訟に結びつけられていることに由来しています。私は、差押えもしくは仮処分がはじめから不当であったことが後に判明した場合の本案についての訴提起のための期日指定と損害賠償訴訟とを挙げるにとどめます。さて、これらについては、仲裁裁判所が判断を下すべきなのでしょう。あるいは、差押えもしくは仮処分は、本訴本案訴訟において異なる判断が下された場合、ドイツ民事訴訟法九二七条により取消されるべきなのでしょう。その場合、これについて、仲裁裁判所は「本案の裁判所」として判断するのでしょうか。

仲裁裁判所は仮の権利保護をすることができないという命題を基礎としながら、そこに生じる困難を緩和する試みがなされてきました。とりわけエルマン⁽³⁹⁾ (Erman) は、ドイツ商法一

一七条、一二七条の訴の範囲において——つまり人的会社の範囲において——つぎのように提案しています。すなわち、会社の定款において、除名手続につき、仲裁裁判所は、仲裁手続係属中の期間につき被申立人はこの期間中その権能の行使を差し控えるという、あるいはさらに、仲裁裁判所は期間を限って除名の裁判をするという事前の確定をなしうべき旨の合意をすることができ、というのです。しかし、服従しない被申立人に対するこのような裁判の実施が、この場合には再び国の裁判所の仮処分の方法に委ねられなければならないという点を除けば、これは実際には、まさに仲裁裁判所には権限がないとされる仮の権利保護の処置であります。これは、この規制がそのつど仲裁手続係属中に限って行なわれるものとされている点から既に明らかです。

私の考えでは、人はその立場を明らかにすることを避けるわけにはゆきません。すなわち、仮のものとしてのこのような処置は、もっぱら国家に留保されているという立場か、——この場合には、エルマンのような提案もそれ以上役に立ちませんが——あるいは、当事者は、仮の権利保護も仲裁裁判所に付託する権限をもっているという立場のいずれかです。後の方の選択肢を否定する——すなわち、仮の権利保護の領域において仲裁裁判所は管轄権をもたないとする——ために主張される理由づ

けは充分なものではありません。つぎのように言われています。すなわち、仮処分は、相手方を審問しないで行なうこともできるが、仲裁手続については審問の保障が強行規定で定められている。この論証は、説得力あるものではありません。なぜならば、もし、仲裁裁判所に仮の権利保護の裁判の権限を認めるとすれば、審問の原則は、仲裁手続における仮の権利保護にも妥当するからです。それゆえ、欠席仲裁裁判も不法なのです。さらにつぎのように言われています。国の裁判所の仮処分については、単なる疎明で十分であり、そのため仮処分が誤まりであったことが後で証明される可能性がある。これに対し、仲裁裁判所は、確定した裁判だけを下すことができる。この論証もまた、説得力がありません。なぜならば、国の裁判所の仮処分も、仮の措置の訴訟対象の枠内では、既判力を生じ、この場合にも、仲裁裁判所の仮の命令と同様だからです。この点を除いても、仮の処置は、国の裁判所が執行文を付与した後ににおいてのみ執行されるにすぎません。つまり、確定仲裁裁判の場合と同一の制禦可能性が存在するのです。最後に、つぎのような議論。すなわち、仲裁裁判所の仮の措置と確定判断とのかみ合わせは、ここで明らかとなった大きな問題のため、法律により規制されなければならないという議論がなされています。これに対しては、この問題は、通説に従った場合にも小さくなら

ないといわなければなりません。なぜならば、通説に従う場合にも、国の裁判所の下す仮の措置と本案についての仲裁裁判所の手続および判断とが調整されなければならないからです。

全体として、私はつぎのように考えております。既にエルマンや通説に与し、ある種の仮の規制を許すとすれば——初めに挙げた例を参照して下さい——、国の裁判所と競合するという意味においてであれ、あるいは、仲裁裁判所が専属的に管轄するという意味においてであれ、仮の権利保護をも仲裁裁判所に付託するための措置を完全にすすめ、これを当事者に認めるべきでしょう。仮の権利保護は通常の争訟的民事裁判権の裁判所構成法上の構成要素であり、手続上は略式民事裁判手続です。ですから、当事者は、自分の「法的紛争」のこの部分を仲裁に付託することはできないというように理解されてはなりません。非常設仲裁裁判所の場合には、仮の手続のもつ促進効果が、仲裁裁判所の構成の遅延によって害される可能性のあることは認めなければなりません。しかし、当事者がこの危険を負担する意思があるかないかは、当事者にまかせるべきです。報告の最後に、若干の総括を試みたいと思います。

民事仲裁は、実体法上の当事者自治の原則が、手続法の領域に、首尾一貫して延長したものです。それは、司法権を裁判官——国の裁判官——に委ねている基本法の定めにもかかわら

ず、その存在を主張することができました。このような慣習も、もちろん民事仲裁裁判制度が敵視されており、そしてひょっとすると、それは将来さらに増大するかもしれないということとを直視しなければなりません。その理由は様々です。民事仲裁の反対者は、まず第一に、基本法の今あげた条文に関連して憲法上の疑義があるとしています。ここでは特に、いわゆる団体・企業司法の領域を論じてきました。この領域では刑罰権を伴うこの種の仲裁裁判管轄権が、国家の刑事司法の領域に接近するため、特にそのことが強調されることもまれではありません。しかし、反対の理由は、より基本的な政治的な、それもイデオロギー的な性質のものであります。国家によって指導された社会秩序および国家的計画経済に賛成する者は、民事仲裁についても理解を示さないでしょう。しかしまた、自由な社会秩序、経済秩序においても、公開性を拒絶する仲裁手続に対して、しばしば不信の念が示されることを軽視してはなりません。それだけに一層、こうした不信に根拠を提供しないことが望まれます。仲裁裁判制度に関係のあるすべての人々は、ですから特に、仲裁人の独立および中立原則の厳格な遵守と、できるだけ厳密な手続秩序とを重視すべきです。仲裁裁判制度が、その構成および効果において国家の裁判制度に比肩することができさえすれば、仲裁裁判制度は、将来もなお存続することでしょう。

註

- (1) ハルビヒツツバシ「Kohler, Die moderne Praxis des Schiedsgerichtswesens in der Wirtschaft, 1967; Domke, The law and practice of commercial arbitration, 1968. 参考文献」。
- (1a) NJW 1976, 109 = JZ 1976, 245. 後掲見解ハハナチキーシテハハナシ。
- (2) BGHZ 51, 255.
- (3) Kornblum, Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit, 1968, 231 ff. 同見解ハハナシ。Habscheid, KTS 1959, 113 参考。NJW 1962, 5 参考文献。
- (4) MDR 1975, 409. ハルビヒツツバシ「マターンの解説」ハハナシ。キーシテハハナシ。Habscheid KTS 1976, 1, 3 f.
- (4a) ZZZ 92, 125, 138.
- (5) ハルビヒツツバシ「Stein/Jonas/Schlosser 101111」ハハナシ。参考文献。ハルビヒツツバシ Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, I 1975, Rz. 458 ff. (ハナシハハナシ。同見解ハハナシ。参考文献)。
- (6) 田中ハナシ「ハルビヒツツバシ」ハハナシ。Schlosser JZ 1976, 248.
- (8) 田中ハナシ「Stein/Jonas/Schlosser § 1032 I 2. 参考文献」。
- (9) Stein/Jonas/Schlosser § 1032 III 5 参考ハハナシ。同見解ハハナシ。参考文献。
- (10) Peter Schlosser in FS für Reinhardt, 1972, 137.
- (11) NJW 1972, 2180.
- (12) NJW 1969, 978 (「ハルビヒツツバシ」ハハナシ。BGHZ 46, 365.
- (13) KTS 1973, 235. 田中ハナシ「Kornblum ZZZ 86, 219 ff. 参考文献」。
- (14) ハルビヒツツバシ「BGHZ 46, 365, 367.
- (15) BGHZ 46, 365, 369; BGH NJW 1969, 978; Kornblum NJW 1969, 1793, 1796.
- (16) ハルビヒツツバシ「Baumbach/Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, 2. A. 1960, S. 182. 参考文献」。
- (17) ハルビヒツツバシ「Stein/Jonas/Schlosser § 1041 III 2 b). 参考文献」。
- (18) Stein/Jonas/Schlosser Bem. zu § 1041 III 2 u. § 1044 III B 2. 参考文献」。
- (19) ハルビヒツツバシ「Stein/Jonas/Schlosser § 1044 III 2 a. 田中

須知等° 和心 Fasching, Schiedsgericht u. Schiedsverfahren im österreichischen und internationalen Recht, 1973, 153 ff.

(20) 指掌(指し方)° 匠 Intern. Schiedsgerichtsbarkeit Rn. 744.

(21) 仲裁のついで° Schlosser, Intern. Schiedsgerichtsbarkeit Rn. 749; Altenmüller, Die schiedsrichterliche Entscheidung kartellrechtlicher Streitigkeiten, 1973.

(22) Baur in FS Guldener, 1973, 1. 参照°

(23) MDR 1975, 940. 仲裁のついで Habscheid KTS 1979, 9.

(23a) BGHZ 52, 184.

(24) BGHZ 55, 162 (仲裁のついで Habscheid KTS 1972, 209, 216).

(25) BGHZ 52, 184, 190. 仲裁のついで° Habscheid KTS 1972, 209, 213 (仲裁のついで° 参照)°

(26) BGHZ 57, 153, 158.

(27) NJW 1974, 1235.

(28) KTS 1977, 42.

(29) 争うがなうがなうがなう° Stein/Jonas/Schlosser vor § 1025 II 3b; Habscheid in FS Laufke, 1971, 303.

民事仲裁の最近の問題

参照°

(30) 仲裁のついで° BGHZ 6, 335; BGH LM § 1025 ZPO Nr. 7; BGH KTS 1977, 42 参照°

(31) 仲裁のついで° Habscheid KTS 1976, 1. 9.

(32) Stein/Jonas/Schlosser § 1025 II 1a. 参照°

(33) BGH KTS 1959, 155 参照°

(34) Stein/Jonas/Schlosser § 1034 I 2. 参照°

(35) Baumbach/Schwab S. 121 f.

(36) Stein/Jonas/Schlosser § 1034 I 2 b; Baumbach/Schwab S. 122 (仲裁のついで° 参照)°

(37) ZZP 71, 427, 436 ff.

(38) Stein/Jonas/Schlosser § 1025 V 1. 参照のついで 仲裁のついで° 参照° Lindacher. Zeitschrift für das Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1979, 201.

(39) FS Möhring, 1691, 1.

(40) Ermann 前掲書 I 四四六上°

(41) Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, 1967, 86 ff.

(42) 既述同様の結論をみるのついで° Lindacher 前掲書° Brinkmann, Schiedsgerichtsbarkeit und Maßnah-

men des einstweiligen Rechtsschutzes, 1977, 41 (管轄が競合するところの意味においてある)。Nicklisch RJW/AWD 1978, 633 (国の裁判所の補充的管轄という意味においてである)。

〔訳者あとがき〕

本稿は、Fritz Baur, Neuere Probleme der privaten Schiedsgerichtbarkeit (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e. V. Berlin; H. 61) de Gruyter, 1980 の邦訳である。

バウアー(一九一一年 Dillingen〈西独〉生まれ)は、一九六七年以降、数年にわたりドイツ民事訴訟法学会の会長を務めたこともある、現代ドイツにおける斯界の最長老である。ここに訳出した論文は、彼が一九七九年六月二〇日、ベルリン法律家協会において行なった講演を基礎とするものであるが、民事仲裁についての最近の問題点を要領よく摘示しており、この分野の研究に役立つところが多いと思われる。訳者の翻訳許可要請に対し、著者は快く承諾を与えられた。その厚意に謝意を表する。