

25 多数当事者関与の仲裁に関する諸問題

— 仲裁人の選定の問題を中心として —

ステリオス・クスリス

- I. 多数当事者関与の仲裁の実質的意義
- II. 多数当事者関与の仲裁概念の定義について
- III. 仲裁裁判所の構成の問題について
- IV. 仲裁裁判所の構成に関する解釈論
- V. 仲裁制度全般に与える影響

I. 多数当事者関与の仲裁の実質的意義

仲裁の一つの形態である多数当事者関与の仲裁の数は、最近15年間で特に増加してきており⁽¹⁾、そしてこのような現象は、従来の仲裁法を現実の国際取引の状況に適合させる必要のあることを顕著に示すものといえる⁽²⁾。仲裁が、国際取引において発生する紛争の公的な処理手段にまで高められており⁽³⁾、それゆえに企業の事業発展にとって不可欠の要素になっている⁽⁴⁾という現状を見れば、

(1) この点について、*J. Gillis Wetter*, Overview of the Issues of Multi-party Arbitration, in: *Multiparty Arbitration*, hrsg. von International Chamber of Commerce, 1991, S. 9 参照。

(2) この点に関しては、*A. Bucher*, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 1988, S. 13-18 参照。

(3) *Bucher*, a.a.O., S. 13. なお、*Marc Rich* 対 *Società Italiana Impianti* 事件 (*Marc Rich v. Società Italiana Impianti*, Recueil 1991, 7/I-3855 ff., 3865, Nr. 3) で、*M. Darmon* がヨーロッパ裁判所において陳述した意見についても参照のこと：「国際取引が拡大したことによって、国際仲裁は、世界レベルで、『国際商事紛争を解決するのにますます頻繁に用いられる手段』となっている。」

(4) *Kerameus*, Probleme des griechischen Schiedsverfahrensrechts aus

個別の事例において、仲裁当事者同士が実体法上（特に商法上）いかなる関係にあるかということが、当該仲裁手続の構造に影響を与え、その構造を決定づけることになるのは明らかである。したがって、仲裁手続における伝統的な二当事者対立構造が、仲裁手続へ複数の当事者が参加する（これは多数当事者関与の仲裁という概念の一般的な徴表といえる⁽⁵⁾）ことによって拡張される際には、直接の取引原因が、かかる拡張の基礎となる。というのも、取引原因は、複数の仲裁当事者が直接あるいは間接に義務を負っている実体法上の契約の構造と、直接結び付くものだからである。複数の仲裁当事者が直接あるいは間接に契約上の義務を負う場合とは、第一に、三当事者またはそれ以上の当事者の間に多面的契約関係 (*mehrseitiges Vertragsverhältnis*) が存在する場合（例えば、共同事業体や合併事業の場合）、第二に、二当事者間に主たる契約 (*Hauptvertrag*) があって、その実現のために主たる契約の当事者の一方と第三者との間で従たる契約 (*Subvertrag*) が締結されている場合（例えば、建築工事請負契約において建築工事請負人が建築家と契約を締結する場合⁽⁶⁾）、をいう⁽⁷⁾。要するに、仲裁契約の当事者でない第三者がその仲裁契約に拘束されることになる場合が、おそらくありうるであろう、ということである⁽⁸⁾。

rechtsvergleichender Sicht, ZJP 92 (1979), 413.

- (5) この点について例えば、*K.-D. Mapara*, Les >>tiers-partenaires<< en arbitrage. Essai sur les litiges multi-partites en droit français et en droit allemand (Thèse 1987), S. 15; *I. Dore*, Theory and practice of Multiparty Commercial Arbitration 1990, S. 40; *Gillis Wetter*, a.a.O., S. 10 参照。
- (6) とりわけ建築工事契約 (*Bauvertrag*) から生じる紛争の分野で多数当事者関与の仲裁が発展してきたという点については、*Th. Devitt*, Multiparty Controversies in International Construction Arbitrations, 17 IntL (1983), 669-680; *Th. Stipanowich*, Arbitration and the Multiparty Dispute: The Search for Workable Solutions, 72 IowaLR (1987), 473 ff., 478-482 参照。
- (7) この点について詳細は、*G. Bernini*, Arbitration in Multi-Party Business Disputes, in: International Arbitration in Multi-Party Commercial Disputes. Materials of an International Symposium Warsaw 1980, 1982, S. 12 ff., 13-16 = YCA V (1980), 291 ff. = L'arbitrato nelle controversie commerciali che interessano più di due parti, RassArb 1980, 127 ff.; *J. Jakubowski*, ibid., S. 58-76; *Foustoukos*, Mehrparteienchiedsgerichtsbarkeit, Dike 12(1981), 189-191 (griech.); *P. Bernardini*, Examination of the Issues Involved in Drafting Arbitral Clauses, in: Multi-party Arbitration, ICC, 1991, S. 99 ff.; *K. P. Berger*, Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit 1992, S. 206-207 を参照。

上で述べた二つの場合のそれぞれに、多数当事者関与の仲裁における基本的な問題が要約されている。前者の、三当事者またはそれ以上の当事者の間で一つの契約が締結されている場合⁽⁹⁾、即ち、いわゆる水平的な債権債務関係 (horizontale Verbindung von Schuldverhältnissen) が認められる場合⁽¹⁰⁾には、仲裁裁判所を構成する仲裁人の数が問題となる⁽¹¹⁾。後者の、法律上の依存関係または共通の経済目的によって結び付いている異なる二当事者間の契約関係が複数存在する場合⁽¹²⁾、即ち、いわゆる垂直的な債権債務関係 (vertikale Verbindung von Schuldverhältnissen) が認められる場合⁽¹³⁾、には、二つの重要な問題が生じてくる。第一の問題とは、主たる契約の当事者間に係属している仲裁手続に従たる契約の当事者が参加するための要件は何か、あるいは、既に各契約の当事者間に係属している複数の仲裁手続を併合 (consolidation) することは可能か、という問題である⁽¹⁴⁾。第二の問題とは、仲裁契約の効果が第三者に主体的に拡張される (これは、仲裁契約の性質を基礎として論じられるべき問題である⁽¹⁵⁾) 場合に、利害関係を有する第三者が仲裁手続に参加することは認められるか、そしてもし認められるとすれば、いかなる要件の下で認められるのか、という問題である⁽¹⁶⁾。

(8) この点については、*Mapara*, a.a.O., S. 52-54, 61 を参照。

(9) *F. Laschet*, Die Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, FS Bülow 1981, S. 85 ff., 87-88 も参照。

(10) *I. Szász*, Disputes in joint ventures and with subcontractors, in: International Arbitration in Multi-Party Commercial Disputes 1982, S. 77 参照。

(11) *Bernini*, in: International Arbitration in Multi-Party Commercial Disputes, S. 14 = YCA V (1980), 292-293 = RassArb 1980, 129; *Bernardini*, a.a.O., S. 99; *J. Goedel*, Examination of the Issues Involved in Drafting Arbitral Clauses, in: Multi-party arbitration, ICC, 1991, S. 105-110。

(12) *Laschet*, FS Bülow 1981, S. 88; *Mapara*, a.a.O., S. 72 ff。

(13) *Szász*, a.a.O., S. 77 参照。

(14) *Bernini*, a.a.O., S. 14-15 = YCA V (1980), 293-294 = RassArb 1980, 129-130; *Bernardini*, a.a.O., S. 100-101; *Gödel*, a.a.O., S. 110-113。なお、*Musill/Boyd*, The Law and Practice of Commercial Arbitration in England, 2nd edit., 1989, S. 141 も参照。

(15) この点について、*P. Schlosser*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., 1989, Rdnr. 425, S. 323, Rdnr. 716, S. 523; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 4. Aufl., 1990, Kap. 21 I 2, S. 176 参照。ギリシャ法に関しては、*Kargados*, Die Verkündung des Schiedsprozesses, Nomikon Vema 25 (1977), 1421 ff., 1430 (griech.) を参照。

以上述べたように、多数当事者関与の仲裁に関する基本的な諸問題は、関連する法律関係の構造から抽出されてくるものである。特に次の三つの問題は、多数当事者関与の仲裁の分野で取り上げられ、かつ適切な仲裁秩序によって規制を受けるべき、極めて重要な点といえる。第一は、仲裁手続の一方または双方の側に複数の当事者が含まれている場合における、仲裁裁判所の構成の問題である。第二は、仲裁判断の結果によって自己の実体法上の地位が影響を受ける第三者の、仲裁手続への参加の問題である。第三は、共通の法律問題および事実問題を扱う、係属している複数の仲裁手続の併合の可能性の問題である。これら三つの問題のうち、中でもとりわけ深刻なのは、第一の、多数当事者関与の仲裁の事例において仲裁裁判所を構成する仲裁人の数の問題である⁽¹⁷⁾。というのも、この問題を解決するためには、各仲裁当事者の仲裁人を選定する権利⁽¹⁸⁾の理論的根拠を明らかにする必要がある、かつ同時に、全ての法治国家の仲裁手続にとって本質的な要件である平等の原則 (Gleichheitsgrundsatz) の適用を考慮に入れなければならない⁽¹⁹⁾からである。ここで、仲裁裁判所の構成に際して平等の原則が適用されるということは、次のことを意味する。即ち、仲裁裁判所を構成する際の仲裁人の選定方法は、全ての仲裁当事者に平等なものでなければならない、ということである。この「選定方法の平等」は、1980年のワルシャワ・シンポジウムにおけるはじめての詳細な議論⁽²⁰⁾の結果、多数当事者関与の仲裁の基本的要件として認められた⁽²¹⁾ものである。仲裁裁判所の構成について平等の原則が適用されるとすると、多数当事者関与の仲裁の事例においては、現実的な考慮に基づき、事例ごとに適切な解決策が提言されなければならないという、特別の実務上の問題が現れてくる。申立人側または被申立

(16) この問題について詳細は、*Dore*, a.a.O., S. 40-47 参照。

(17) 具体例につき、*H. Herrlin*, Appointment of the Arbitrators, in: Multi-party Arbitration, ICC, 1991, S. 133 ff., 136.

(18) *P. Schlosser*, Party-Appointed Arbitrators and Multiple Defendants Having Conflicting Interests, in: *Law in East and West* 1988, S. 739 ff., 740, 750 ff 参照。

(19) *Herrlin*, a.a.O., S. 135 参照。

(20) *P. Bellet*, Le symposium international de Varsovie sur l'arbitrage international dans les litiges commerciaux multilatéraux, *RevA* 1981, 50-65.

(21) 特に、*Ph. Fouchard*, in: *International Arbitration in Multi-Party Commercial Disputes*, S. 215-216 参照。また、*Schlosser*, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Rdnr. 563-568, S. 431-435 およ

人側に複数の仲裁当事者が含まれる場合⁽²²⁾、または係属している複数の仲裁手続の併合を命じる規定が存在する場合⁽²³⁾に、共通の仲裁人が選定されるか否か

びこれに関する *A. Kaissis*, *Besprechung von P. Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2. Aufl., R.H.D.I. 1989-1990, 467 ff., 471 も参照。

- (22) この場合に共通の仲裁人が選定されると規定するのは、ソ連邦商工会議所仲裁裁判所法第19条3項 (Statute on the Arbitration Court at the USSR Chamber of Commerce and Industry (14.12.1987), JPSch 2 (1988), 181 ff., 188 = YCA XIV (1989), 290 ff., 299) ; ハンガリー商業会議所付属仲裁裁判所仲裁規則第15条1項および9項 (Rules of Procedure of the Court of Arbitration Attached to the Hungarian Chamber of Commerce (1.9.1989), YCA XVI (1991), 209 ff., 215, 216) ; 国際仲裁裁判所産業経済部仲裁および調停規則 (ウィーン規則) 第10条 (Schieds- und Schlichtungsordnung des Internationalen Schiedsgerichts der Bundeskammer der Gewerblichen Wirtschaft - Wiener Regeln (1.9.1991), JPSch 4 (1990), 214 ff., 218) (これについて, *W. Melis*, *Die neue Schieds- und Schlichtungsordnung des Internationalen Schiedsgerichts der Bundeskammer der Gewerblichen Wirtschaft*, Wien, JPSch 4 (1990), 171 ff., 177 参照 : 「一連の法的問題を未解決にしたまま, 三人の仲裁人からなる伝統的な仲裁裁判所の構成を放棄することは, 仲裁手続の現実の運用可能性を疑わしいものにするであろう, というのが, 新しい手続法の編纂者の一致した見解である。」) ; およびジュネーブ商工業会議所仲裁規則第17条 (Chamber of Commerce and Industry of Geneva Arbitration Rules (1.1.1992), JInt'l Arb 1992.2, 78 ff., 81) (これについて, *G. Kaufmann*, *The Geneva Chamber of Commerce and Industry Adopts Revised Arbitration Rules*, JInt'l Arb 1992. 2, 71 ff., 74 ; *Ch. Imhoos*, *The 1992 Geneva Chamber of Commerce and Industry Arbitration Rules under Scrutiny*, JInt'l Arb 1992.2, 121 ff., 131-132 参照) である。また, ケベックにおける国際仲裁の中核をなす一般商事仲裁規則第5章 (第19条乃至26条) (*Règlement général d'arbitrage commercial*, JPSch 4, 195 ff., 198) およびこの規則の多数当事者関与の仲裁への適用に関する *Th. Nöcker*, *Die Schiedsordnung des Centre d'Arbitrage Commercial National et International du Québec*, JPSch 4, 182 ff., 188 も参照。

- (23) 1982年香港仲裁条例第6B条2項 (Hong Kong Arbitration Ordinance 1982) (同条に基づく仲裁手続の「併合」の可能性については, *Dore*, a.a.O., S. 23-28 および *Shui* 対 *Moon Yik* 事件に対する高等法院 (High Court) の1986年9月12日判決 (*Shui v. Moon Yik*, YCA 1989, 215-223) を見よ) 参照。同条は, 仲裁当事者間に適切な取決がない場合には, 仲裁手続の併合を命じる裁判所は, 同時に一人の共通の仲裁人を選定し, 既に「併合」前に選定されていた仲裁

かは、このような考慮に従って決定される。個々の仲裁事例において予め仲裁契約の当事者間に選定方法につき取決があるときは、その方法が平等の原則に反しない適切なものである場合に限り、その取決が優先すると考えられる。この点に関し特に示唆的であるのは、アメリカの判例である⁽²⁴⁾。著名な *Compañía Española de Petróleos 対 Nereus Shipping 事件*⁽²⁵⁾で、アメリカ連邦最高裁判所は、二つの仲裁手続の併合を命じ、同時に、予め取り決められていた仲裁人の選定方法を、併合後の新たに創設された状況に適合させた⁽²⁶⁾。本件仲裁契約においては、申立人側および被申立人側から各一人の仲裁人が選定され、その二人の仲裁人によって更に一人の仲裁人が選定される（したがって仲裁裁判所は三人の仲裁人で構成される）ことが定められていた。しかし連邦最高裁は、二つの仲裁手続の併合後は、三人の仲裁当事者が各々一人の仲裁人を選定し、その三人の仲裁人が更に二人の仲裁人を選定するという方法がとられなければならない、と判示した。結果的に、本件の仲裁裁判所は五人の仲裁人で構成されることになった。連邦最高裁はまた、このような場合に重要なのは、専ら、多数当事者関与の仲裁手続において相反する利益を調整するのにふ

人に替えることができると規定する（これについて、*Greig/Kaplan*, Hong Kong, IHCA, Suppl. 4, 1985, II 2, S. 6 参照）。同様の規定として、1984年ニューサウスウェールズ商事仲裁法第26条2項（New South Wales Commercial Arbitration Act 1984）および1984年ヴィクトリア商事仲裁法第26条2項（Victoria Commercial Arbitration Act 1984）がある。また、仲裁手続の併合が命じられる場合に、双方の仲裁当事者は、一人または奇数の仲裁人を選定しなければならない、当事者がそれを怠る場合には裁判所によって仲裁人が選定される、と定めるオランダ仲裁法第1046条3項（*holländisches Schiedsgesetz* (1986)）も参照。この規定の意義について、*H. Duintjer Tebbens*, *A Facelift for Dutch Arbitration Law*, *NethILR* 1987, 141 ff., 151-152 参照。

- (24) 多数当事者関与の仲裁の問題に関連するアメリカの判例を詳細に検討するものとして、*G. Aksén*, *The United States Experience*, in: *International Arbitration in Multi-Party Commercial Disputes*, S. 23-46 = *Les arbitrages multiparties aux Etats-Unis*, *RevA* 1981, 98-127; *Stipanowich*, 72 *IowaLR* (1987), 488-495; *Dore*, a.a.O., S. 2-16 がある。

- (25) 527 F. 2d 966 (2nd Cir. 12. 12. 1975).

- (26) 連邦最高裁の判断は非常に特徴的である：「そして、もしこの柔軟でかつ適切な解決策に仲裁手続の併合が含まれるとすれば、当裁判所は、このことには、併合された仲裁手続における仲裁人の選定方法およびその数もこの新たな状況に適合させなければならない、という要請が本質的に含まれているものと考えられる。新たな状況は新たな解決策を求めるのである。」527 F. 2d 975.

さわしい手段は何かということである、と述べた⁽²⁷⁾。

II. 多数当事者関与の仲裁概念の定義について

1. I で述べたことから、多数当事者関与の仲裁に関する二つの主要な問題を読み取ることができる。第一の問題は、多数当事者関与の仲裁とは具体的にいかなる概念を指すのかという問題である。第二の問題は、仲裁裁判所の構成に関する問題である。ここでは第一の問題を扱い、第二の問題については III 以下で検討する。さて、多数当事者関与の仲裁の概念については、*K. H. Schwab*⁽²⁸⁾が、*Habscheid*⁽²⁹⁾の主張した見解に基本的に従いながら、次のような定義付けをしている。即ち、*Schwab* によれば、多数当事者関与の仲裁には狭義と広義の二つの場合がある。狭義の多数当事者関与の仲裁とは、申立人側または被申立人側に複数の当事者が含まれている場合をいうが、重要なのは、訴訟手続きにおける固有の共同訴訟または後発的な共同訴訟の要件を満たしていることである⁽³⁰⁾。他方、広義の多数当事者関与の仲裁とは、既に係属している仲裁手続きに、第三者が任意に、または告知（訴訟手続きにおける訴訟告知に相当する）を受けて参加してくる場合をいう。だが、この場合は純粋な意味での多数当事者関与の仲裁には当たらないことに注意しなければならない。補助仲裁参加人は主たる仲裁当事者ではなく、あくまで仲裁当事者の補助者に過ぎないからである。

以上のような多数当事者関与の仲裁概念を前提としながら、*Schwab* は、狭義・広義のいずれに含めることもできない例外的な多数当事者関与の仲裁事例を数例確認した。中でも、国際商業会議所（I C C）設置の仲裁裁判所が扱っ

(27) 527 F. 2d 975. アメリカの判例においてよく見られるその他の解決策に関しては、*Aksen*, a.a.O., S. 32-33 = *RevA* 1981, 110-112; *A. Austmann*, Commercial Multi-Party Arbitration: A Case-By-Case Approach, 1 *AmRIA* (1990), 341 ff., 350-352; *Dore*, a.a.O., S. 76-80 参照。

(28) *Schwab*, Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit und Streitgenossenschaft, FS W. Habscheid 1989, S. 285-294; *ders.*, Die Gleichheit der Parteien bei der Bildung des Schiedsgerichts, DIS 1992, 17-19.

(29) *Habscheid*, Zum Problem der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, Schweizer Beiträge zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit 1984, 173 ff., 177-178.

(30) ギリシャの学説における一致した見解である。*Kaissis*, Aufhebung von Schiedsurteilen, 2. Aufl., 1989, S. 173-174 (griech.).

た次の事例は特に重要である。本件の事実関係を示すと以下のようになる。注文者Aと請負人Bとの間で請負契約が締結された。この契約が締結された当時、Bは、C会社およびD会社も所属する共同事業体（Konsortium/consortium）の代表者の地位にあった。当該共同事業体の構成員らは、各構成員のあげる利益を全ての構成員の間で分配すること、並びに、構成員間で生じた紛争をI C C仲裁規則に従った仲裁手続によって処理すること、を共同事業契約の中で合意していた。Cと、BおよびDとの間で紛争が発生したとき、Cはこの合意に従い、I C C仲裁裁判所に損害賠償を求める仲裁を申し立てた。この際Cは、BおよびDを共同の被申立人とした。ところが、被申立人BおよびDの間には相反する利害関係が存在しており、したがって適法な共同訴訟の要件はこの場合満たされていない。このように本件は、共同訴訟に相当しないので狭義の多数当事者関与の仲裁ではなく、かつ補助参加にも相当しないので広義の多数当事者関与の仲裁でもない。だが一方で、手続の二当事者対立構造は一応保たれている。これが、Schwabによって、「拡張された(erweiterte)」多数当事者関与の仲裁、と表現された事例である。今一つ例外事例をあげると、二つの契約が垂直的に締結されている場合に、主たる契約について不完全履行があったとして主たる契約の相手方から仲裁を申し立てられる者が、従たる契約については、従たる契約の相手方に対しその履行を求める仲裁を申し立てる場合、がある⁽³¹⁾。

2. 以上の説明から明らかになるのは、事例ごとに実体法上の出発点が異なることが原因となって、多数当事者関与の仲裁は様々の外観を呈する、ということである（前記I参照）。

水平的な関係にある複数の契約当事者間で紛争が生じる場合には、多数当事者関与の仲裁は次の二つの形式のいずれかをとる。第一は、狭義の共同仲裁（複数の仲裁当事者間に共通の利害関係がある）の形式である。第二は、広義の共同仲裁（複数の仲裁当事者間に相反する利害関係が認められる）の形式である。ここで当然生じてくるのが、そもそも仲裁手続において訴訟手続の共同訴訟にあたる共同仲裁といったものは可能なのか、そしてもし可能であるとすれば、それはいかなる要件の下に認められるのか、という疑問である⁽³²⁾。この点に関

(31) Schwab, FS Habscheid, S. 287-288.

(32) これについて、Foustoukos, Dike 12 (1981), 195-196 (griech.) 参照。この問題に関してはまた、A. Oddo, Peut-on introduire le >>litisconsortium<< et l'intervention du tiers dans l'arbitrage ?, in : International Arbitration in

しては、*W. Kisch* によって示された画期的な見解⁽³³⁾が、現在も繰り返し引用される。*Kisch* によると、共同仲裁が認められるためには、各仲裁当事者が仲裁条項に拘束されること、更に、設置される仲裁裁判所が複数の仲裁当事者間のそれぞれの紛争について管轄権を有すること、が必要である。これに対して、併合される複数の仲裁手続間に、通常共同訴訟から必要的共同訴訟を区別する原因となるような実体法上の関係が存在することは必ずしも必要ではない。むしろ、共同仲裁を理由付けるためには、併合される複数の仲裁手続が、法律上または事実上同種の原因に基づくものであるだけで十分であろう⁽³⁴⁾。

垂直的な関係にある複数の契約当事者間で紛争が生じる場合にも、多数当事者関与の仲裁は、次の二つの形式のいずれかを呈することになる。第一は、従たる契約の当事者が主たる契約の当事者間に係属している仲裁手続に参加する形式である。第二は、主たる契約の当事者間および従たる契約の当事者間に係属しているそれぞれの仲裁手続が併合される形式である。

III. 仲裁裁判所の構成の問題について

多数当事者関与の仲裁を、それぞれの事例がどのような訴訟法上の外観を持つかに基づいて、上で述べたいくつかの型に体系的に分類することは、仲裁裁判所の構成という最も争いのある問題を議論するための前提となるものである。

1. 先に述べた、共同事業体を構成する三つの会社が当事者となった仲裁の事例 (*Dutco 対 BKMI / Siemens 事件* (前記 II 1 参照)) を思い起こしてみよう。本件では、I C C 仲裁規則を手続準則とすることが合意されていたが、I C C 仲裁規則は多数当事者関与の仲裁に関する直接の規定を持たないため、何人の仲裁人が選定されるべきか問題となった。I C C 仲裁裁判所は、その実務慣行に従い、複数の被申立人を仲裁手続上一体であるとみなし、ゆえに被申立人全員のために一人の仲裁人が選定されとした⁽³⁵⁾。このような解決策は、既に

Multi-Party Commercial Disputes, S. 130-132 = Il litisconsorzio e l'intervento nell'arbitrato: una lacuna da colmare, *RassArb.* 1980, 165-166; *M. Rubino-Sammartano*, Arbitrato con più parti, *RassArb.* 1980, 171 ff., 172-173 も参照。

(33) *Kisch*, Beiträge zum Schiedsverfahren 1933, S. 46-55.

(34) *Kisch*, a.a.O., S. 49.

(35) *Bellet*, *RevA* 1992, 481. 多数当事者関与の仲裁の問題に対する ICC の態度に

一連の事例において採用されていたが、中でもウェストランド・ヘリコプター
の事例はよく知られている。I C C 仲裁裁判所は、共同事業体の構成員である
被申立人全員に対して一人の共通の仲裁人が選定されることは、被申立人らが
共同事業体の構成員である以上当然の帰結である、と判示した⁽³⁶⁾。この見解は
スイスの（通常の訴訟）裁判所においても維持された⁽³⁷⁾。

Dutco 対 BKMI / Siemens 事件の仲裁契約において合意されていたのは、構
成員間の紛争を処理する仲裁裁判所は三人の仲裁人で構成する、ということであ
った。ところが Dutco は、仲裁を申し立てた際、これら二社に対して一人の
共通の仲裁人を選定するよう求めた。これに対して被申立人らは、自分達には
それぞれ独自の仲裁人を選定する権利があると主張した。もっとも、I C C 仲
裁裁判所が被申立人らのかかる抗弁を容れなかったため、被申立人らは、独自
の仲裁人の選定権につき留保したまま、一人の共通の仲裁人を選定した。その
結果構成された仲裁裁判所は、I C C 仲裁規則 2 条 4 項⁽³⁸⁾を根拠に、当該仲裁
裁判所の構成は適法である、と判断した。同条によれば、各仲裁当事者はそれ
ぞれ一人の仲裁人を選定し、そして二人の仲裁人がその合意に基づき第三の仲
裁人を指名する。本件の仲裁裁判所は、仲裁裁判所において I C C 仲裁規則が
適用されることを当事者は仲裁条項中で予め知り得たのであるから、同条の適
用についても同意していたものと考えられる、と判断した。更に、このように
解することによって、平等の原則および公序 (ordre public) のいずれも侵害さ
れることはない、と述べた。

パリ控訴院は、仲裁裁判所の構成に関する上記の仲裁判断を支持した⁽³⁹⁾。パ

については、S. Bond, The Experience of the ICC International Court of Arbitration, in: Multi-Party Arbitration, ICC, S. 37-46; B. von Hoffmann, Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit und Internationale Handelskammer, FS Nagel 1987, 112-122 を参照。

(36) ICC 3879/1984, YCA XI (1986), 127 ff., 133 Nr. 24. 同事件についてはまた、Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Rdnr. 564, S. 432-433; Ch. Jarrosson, J.D.I. 1992, 734, Nr. 29 も参照。

(37) Cour de Justice Geneva 3. 11. 1987, YCA XVI (1991), 175-180; Trib.Féd. 19. 7. 1988, YCA XVI (1991), 180-182.

(38) 同条に関して、M. Aden, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit 1988, S. 70-72 参照。

(39) Cour d'appel de Paris 5. 5. 1989, RevA 1989, 723-727. 評釈として、Bellet, 727-733 = YCA XV (1990), 124-127 = J.D.I. 1992, 708-712 および Jarrosson, 726-736 がある。

り控訴院は、本件の仲裁条項の内容を具体的に解釈し、その結果、当該仲裁条項には、共同事業から生じる紛争の処理を三人の仲裁人からなる仲裁裁判所に委ねるという当事者の意思が現れている、と判断した。二つの被申立会社に対して一人の共通の仲裁人が選定されることは、被申立会社が当該共同事業体の構成員であることの必然的な結果であり、したがって、平等の原則または法的審問請求権のいずれも侵害されることにはならない、ということが明らかにされた。

これに対して、フランス破毀院は、本件の仲裁裁判所の構成は適法でなかったとして、原判決を破棄した。フランス破毀院は、仲裁人の選定に際して当事者は平等でなければならないという原則は「公序」に属し、この原則を放棄することは法的紛争が実際に発生した後でなければ許されない、と判示したのである⁽⁴⁰⁾。この判決に対しては、具体的な事例の処理よりもむしろ処理公式の普遍性を重視するものであるとして、当初から批判が強かった。フランス破毀院の判決は、本件の法的紛争に限った判断 (*arret d'espece*) ではなく、一般的な法原則を示すもの (*arret de principe*) である⁽⁴¹⁾。だが反面で、今後フランス破毀院が、Dutco 事件判決で示した見解の適用を特定の事例に制限していくであろうこと、および当該見解の一般的な法原則としての性質を否定するであろうこと、が予測されている⁽⁴²⁾。

2. Dutco 事件で二つの相反する判断がなされたことは、ここで扱う問題の困難性をよく表している。この仲裁裁判所の構成の問題に関しては、多くの文献および判例によって異なる解決策が提言されている⁽⁴³⁾。とりわけ *Schwab* は、問題全体の理論的な基礎を築こうと試みている。

(40) Cour de Cassation 7. 1. 1992, RevA 1992, 470-472. 評釈として, *Bellet*, 473-482 = J.D.I. 1992, 712-713 および *Jarrosson*, 726-736 = DIS 1992, 27 がある。本判決の影響について詳細は, *E. Schwartz*, Multi-Party Arbitration and the ICC, JInt'lA 1993.3, 5-19 を参照。

(41) *Bellet*, RevA 1992, 473 ff.; *Jarrosson*, J.D.I. 1992, 732 ff., 735; *Ch. Seppala*, Multi-party arbitrations at risk in France, IFLRev. 1993, 33-35.

(42) *Seppala*, IFLRev. 1993, 35.

(43) これらの学説・判例に対する一般的な評価については, *Laschet*, FS Bülöw, S. 109-111, 127-128 を参照。また, *K. P. Berger*, a.a.O. (Fn. 6), S. 220-221 も参照。イタリアの学説・判例がとる解決策について, *A. Braggion*, Validity of Multi-Party Arbitration Clauses under Italian Law and its Consequences at the Enforcement of Awards through the 1958 New York Convention, Int'lBL 1990, 412-413 参照。

Schwab は、独自の仲裁人を選定する当事者の権利は、仲裁における当事者の基本権として位置づけられうる、という確信から出発する。この基本権の制限が認められるのは、かかる制限を根拠づける規定が、実体法上または訴訟法上存在する場合に限られる、という。なお、*Schwab* に先立ち、*Kisch* は、独自の仲裁人を選定する当事者の権利を制限する要件として、次の二つを求めている。第一は、仲裁の対象が複数の仲裁当事者間で同一であること、である。第二は、仲裁の対象の処分が、複数の仲裁当事者全員の共同でのみ許されること、である⁽⁴⁴⁾。

Schwab は、この見解を訴訟法上の概念に対応させて説明する。つまり、仲裁手続の一方の側に複数の当事者がいる場合に、これらの仲裁当事者の、それぞれ独自の仲裁人を選定する権利を制限するためには、仲裁の対象の同一によって結び付いている複数の仲裁当事者の間に、当該対象の処分に全員の共同を強制するような実体法上の関係が認められなければならない。これは、民事訴訟において実体法上の原因から必要的共同訴訟とされる、いわゆる「管理処分共通」の場合に該当する⁽⁴⁵⁾、という。このような場合には、複数の仲裁当事者は、仲裁手続上共通の行為を義務づけられる。このことから結論として出てくるのは、複数の仲裁当事者は一人の共通の仲裁人を選定しなければならず、そして、これらの仲裁当事者自身が仲裁人の選定を行わない場合には、代わって中立的な立場にある者が仲裁人を選定することになる、ということである⁽⁴⁶⁾。

以上の分析に基づくと、*Dutco* 事件の正しい解決策は自ずと明らかになるであろう。本件の被申立人の間には、民事訴訟における必要的共同訴訟にあたるような関係は何らなく、したがって各被申立人は、独自の仲裁人を選定する権利を有するのである⁽⁴⁷⁾。*Schwab* も、結論的には、同旨の判断を示したフランス破産院の判決を肯定的に評価している。更に *Schwab* は次の点を強調する。即ち、本フランス破産院判決によって、多数当事者関与の仲裁に確かに一定の限界が設けられることになったけれども、一方で、多数当事者関与の仲裁を法治

(44) *Kisch*, a.a.O., S. 47-48.

(45) *Rosenberg/Schwab*, Zivilprozeßrecht, 14. Aufl., 1986, §50 III, S. 287-290 参照。

(46) この点について、*Schwab*, FS Habscheid, S. 291-293; DIS 1992, 18. また、*Schwab/Walter*, a.a.O., Kap. 10 II 2, S. 80 も参照：「この権利を制限することは、訴訟法上の原因に基づくものであれ実体法上の原因に基づくものであれ、必要的共同訴訟の要件が存在する場合に限り考慮される。」

(47) *Schwab*, FS Habscheid, S. 293-294.

国家における訴訟制度にある程度結び付けることは、結果的に仲裁制度自体を成熟させることに繋がる、ということである⁽⁴⁸⁾。

IV. 仲裁裁判所の構成に関する解釈論

1. フランス破毀院、そして *Schwab* は、Dutco 事件という具体的な事例において同一の結論に達したものの、その解釈論上の根拠をそれぞれ異にしている。フランス破毀院の議論は、仲裁裁判所の構成の手續を支配する平等の原則に理論的に依拠している。つまり、平等の原則は公序の一部であるので、仲裁手續の当事者がこの原則を放棄できるのは、紛争が発生した後に限られる、というのである。Dutco 事件の仲裁裁判所の構成がフランス破毀院によって不適法であると判断されたのは、以上のことに反して、法的紛争が現実が発生する以前に、当事者がこの原則を放棄していたためであった。

このようなフランス破毀院の思考過程の出発点にあるのは、仲裁の裁判的機能(rechtsprechende Funktion)である。一般に裁判とは、当事者と利害関係のない第三者によってなされる、紛争に対する判断であると理解される⁽⁴⁹⁾。したがって、純粋な裁判的機能を有する仲裁人の職務の本質は、裁判官の職務の本質と同様に、独立(Unabhängigkeit)、中立(Neutralität)および公正(Unparteilichkeit)であることになる⁽⁵⁰⁾。全ての裁判行為に要求されるこの三つの性質⁽⁵¹⁾は、何人も自己の事件については仲裁人となることはできない⁽⁵²⁾という原

(48) *Schwab*, DIS 1992, 18 (sub 3), 19 (sub 5).

(49) *N. Achterberg*, Rechtsprechung als Staatsfunktion, Rechtsprechungslehre als Wissenschaftsdisziplin: in: Rechtsprechungslehre, hrsg. von N. Achterberg 1984, S. 7.

(50) 特に、*U. Kornblum*, Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit 1968, S. 116-118, 225; *Kaissis*, a.a.O. (Fn. 30), S. 177; *Walter*, Überparteiliche Rechtspflege durch Schiedsgerichte, JPSch. 3 (1989), 140; *G. Henn*, Die Unparteilichkeit des Schiedsrichteramts, DIS/RSP 1993, 13-18. 同旨を述べる判例として、Cour d'appel Paris 5. 5. 1989, RevA 1989, 726:「仲裁の裁判としての価値は、仲裁人の独立の中に見出されることに鑑み……」; Cour d'appel Paris 2. 6. 1989, RevA 1991, 91:「仲裁人の独立は、仲裁人の裁判機能の本質である」; Cour d'appel Paris 6. 4. 1990, RevA 1990, 885; Cour d'appel Paris 28. 6. 1991, RevA 1992, 570 がある。

(51) 一般論については、*B. Schünemann*, Grundbedingungen für ein funktionsfähiges normatives Programm der Rechtsprechung, in: Rechtsprechungs-

則によって守られ、更に、それは、仲裁人の公正性、並びに仲裁裁判所自体の中立性および独立性を通して実現される。仲裁人の公正性を保障するのは、裁判官の忌避事由と類似の事由による仲裁人の忌避を定める規定である⁽⁵³⁾。仲裁裁判所自体の中立性および独立性を保障するのは、次のような原則である。即ち、仲裁裁判所を構成する際の仲裁人の選定方法は、全ての仲裁当事者に平等なものでなければならない、ということである⁽⁵⁴⁾。したがって、一方の仲裁当事者が他方の仲裁当事者の仲裁人を選定する⁽⁵⁵⁾こと、また、仲裁人の選定方法について一方の仲裁当事者の優位を認める⁽⁵⁶⁾ことは、仲裁裁判所の独立性および中立性に反する。

仲裁裁判所を構成する際の仲裁当事者間の平等、並びに仲裁裁判所の独立性および中立性は、仲裁制度の本質的原則であり、そして公序の一部を構成する⁽⁵⁷⁾ものである。これら三つの原則は、具体的事件の妥当な解決を導くのに役立つばかりでなく、とりわけ、国家の裁判権に比肩する制度としての仲裁の発展に資するものである。これらの原則に反する仲裁裁判所の構成は無効である⁽⁵⁸⁾。この無効を主張する権利を仲裁当事者が放棄することは許されない。つまり、平等の原則・独立性・中立性に反する仲裁裁判所の構成を無効と主張する権利を仲裁当事者が放棄した場合に、その放棄のなされた時期（法的紛争発生の前・後）にかかわらず、このような放棄自体が無効となる、ということである。そもそも裁判的機能の行使は、独立かつ中立の機関にしか認められない。

lehre, S. 461 ff., 464 ff. を参照。

(52) *Schwab/Walter*, a.a.O., Kap. 9 II 3, Nr. 6, S. 73.

(53) 比較法的考察をするものとして, *Laschet*, Die Ablehnung von Schiedsrichtern in internationalen Schiedsverfahren, KTS 1985, 231 ff., 241 ff.

(54) 特に, *Kornblum*, a.a.O., S. 191, 225-226.

(55) *Kornblum*, a.a.O., S. 230 ff. 参照。

(56) この点に関する文献は多くあるが、中でも, *R. David*, L'arbitrage dans le commerce international 1982, Nr. 256, S. 319-320; *Kornblum*, a.a.O., S. 243 ff.; *J. Robert*, L'arbitrage, 5e edit., 1983, Nr. 135, S. 114-115; *Schlosser*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Rdnr. 515 ff., S. 394-397; *Schwab/Walter*, a.a.O., Kap. 9 II 4, Nr. 10, S. 74-75 参照。

(57) *Kaissis*, a.a.O. (Fn. 30), S. 177. また, *St. Schwebel/S. Lahne*, Public Policy and Arbitral Procedure, in: Comparative arbitration practice and public policy in arbitration, ICCA 3, 1987, S. 205 ff., 209-216 も参照。

(58) この点については, *Kornblum*, a.a.O., S. 257 ff.; *Schwab/Walter*, a.a.O., Kap. 9 II 5, S. 76 参照。

この点に鑑みれば、将来紛争が発生する際に仲裁裁判所の構成の無効を主張する権利を放棄することを仲裁条項で定めておくこと、あるいは現に紛争が発生した後に放棄するのであればよいとすることは不可能であろう⁽⁵⁹⁾。というのも、平等の原則に基づいて構成される独立・中立の仲裁裁判所にあってはじめて、仲裁人は、その任務を憲法上遂行することが可能になるからである⁽⁶⁰⁾。したがって、当事者による平等の原則の放棄が紛争発生の前になされたか否かによって、仲裁裁判所の構成の適法・不適法を判断したフランス破毀院判決の結論⁽⁶¹⁾は、誤っており、これに賛同することはできない⁽⁶²⁾のである。

2. 以上のように、フランス破毀院の示した解釈論からは、適切な結論を導き出すことはできない。これに対して、以下に述べる *Schwab* の分析は、この問題に関する解釈論上の基礎を明らかにする。*Schwab* によれば、仲裁当事者には独自の仲裁人を選定する権利がある（実際、このような権利を与えられることが、当事者が仲裁を利用する極めて大きな動機となっている⁽⁶³⁾）。独自の仲裁人を選定する権利は、仲裁当事者の基本権である⁽⁶⁴⁾ので、特に重大な理由のない限り、仲裁当事者からこれを奪うことは許されない。この重大な理由とは、実体法上の権利の性質と結び付くものであり、そしてかかる権利の性質の認定は、仲裁人に任されている⁽⁶⁵⁾。仲裁契約が、間接的にであれ実体法上の権利の処分を含む場合⁽⁶⁶⁾には、それは、仲裁手続上の取決として、仲裁手続および仲裁人

(59) *Kornblum*, a.a.O., S. 234-235, 256-257, 259. 仲裁人の独立と当事者の処分の自由との関係については、*F. Baur*, *Neuere Probleme der privaten Schiedsgerichtsbarkeit* 1980, S. 9-10 も参照。

(60) *Kaissis*, a.a.O. (Fn. 30), S. 177 参照：「他方で、仲裁判断を裁判所による判決と同列に置くことはできない。」同趣旨のことを述べるものとして、*Schwab/Walter*, a.a.O., Kap. 9 II 1, S. 72：「憲法レベルでの要請（ドイツ基本法第97条）。」

(61) *Jarrosson*, J.D.I. 1992, 733, Nr. 25 も参照。

(62) *Jarrosson*, J.D.I. 1992, 733, Nr. 26：「当事者の平等は、もちろん仲裁当事者にとって重要なものであるが、それと同程度あるいはそれ以上に、仲裁制度それ自体にとって重要なものである。この原則を単なる当事者の保護規定に限定することは許されない。」；*Bellet*, *RevA* 1992, 478-479 も参照。

(63) *Kaissis*, a.a.O., S. 38.

(64) *M. de Boissésou*, *La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel*, *RevA* 1990, 337 ff., 345-346 も参照。

(65) *K. P. Berger*, a.a.O. (Fn. 6), S. 223, Fn. 570 は、国際仲裁の分野でもこのように解してよいか疑問を唱える。

(66) これについて詳細は、*U. Kornmeier*, *Schiedsfähigkeit und materielle*

の職務に関して直接の仲裁手続上の効果を発生させる処分の効果 (Verfügungswirkung) もまた、含んでいるのである⁽⁶⁷⁾。仲裁契約の締結により、実体法上の権利者は、権利自体、および裁判機関によって権利の存在を確定してもらうこと、の双方について、自己の処分権限を行使している⁽⁶⁸⁾といえる。仲裁人を選定する権利をもつ当事者が、形式的当事者概念(formeller Parteibegriff)で捉えられるべきなのか、それとも実体的当事者概念(materieller Parteibegriff)で捉えられるべきなのか、という問題にはここでは触れないことにする⁽⁶⁹⁾。だが、仲裁裁判所によって存否の確定されるべき権利の構造、および複数の者による権利の行使が実体法上予見されることが、多数当事者関与の仲裁の事例における手続の構造を決定するというのであれば、実体法的な考慮と仲裁手続上の取扱いの間には、必然的な関連性のあることが分かるであろう。各仲裁事例において、仲裁契約の締結によって契約当事者の負担する仲裁人の選定義務⁽⁷⁰⁾もまた、仲裁裁判所によって存否の確定される権利に関する、少なくとも間接的な処分であるとみなされうる⁽⁷¹⁾。

以上の説明に基づくと、複数の仲裁当事者に対して一人の共通の仲裁人を選

Vergleichsbefugnis, ZJP 94 (1981), 27 ff., 31-37 = Vergleichsbefugnis und Schiedsfähigkeit - dargestellt am Beispiel GmbH-rechtlicher Nichtigkeit- und Anfechtungsklagen 1982, 40 ff., 42-48. 一般論に関しては, *K. Soehring*, Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozeßverträgen 1968, S. 35 ff も参照。

(67) 訴訟契約の処分の効果に関する一般論については, *Rosenberg/Schwab*, ZPR, 14. Aufl., §66 II, S. 35 ff 参照。

(68) *Habscheid*, Schweizerisches Zivilprozeß- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., 1990, §69 II 1, Rdnr. 852, S. 525. *M. Knellwolf*, Zur materiellrechtlichen Bedeutung der Schiedsabrede, in: Berti/Knellwolf/Köpe/Wyss, Beiträge zu Grenzfragen des Prozeßrechts 1991, S. 45 ff., 54-57 も参照。

(69) 形式的当事者概念(自己の名において、ある訴訟事件につき裁判所に民事裁判権の行使を求める者およびこれに対立する相手方を当事者と捉える)と実体的当事者概念(訴訟対象たる権利関係の主体を当事者と捉える)の区別を仲裁法に導入するべきかという問題については, *J.-L. Delvolvé*, L'arbitrage et les tiers. Les solutions contractuelles: la clause d'arbitrage multipartite, RevA 1988, 501-502; *Braggion*, Int'lBL 1990, 413; *M. Lemontey*, RevA 1992, 379-380 を参照。

(70) *Stein/Jonas/Schlosser*, ZPO, 20. Aufl., §1025, VI 3, Rdnr. 36, S. 113 参照。

(71) *Kisch*, a.a.O., S. 47-48 が既にこの点を指摘していた:「というのも、そのように(仲裁裁判所が)構成されることにより、訴訟対象に関する何らかの(たとえ間接的にせよ)処分がなされた」と認めなければならないからである。」

定することが肯定されるべき場合として、以下の三つの場合を挙げることができる。第一に、複数の者が特定の実体法上の権利を共同でのみ行使することができる。全員の共同でのみ権利の処分が許される場合には、仲裁手続上もまた、一人の仲裁人を選定するという共通の処分が命じられる。このような場合に当てはまる具体例を、実体法の規定から抜き出してみよう。例えば、約定解除権(Rücktrittsrecht)は、全員により又は全員に対してのみ行使することができる(ド民 356 条 [解除権の不可分性])。同条は、担保責任としての解除(Wandlung)に準用されている(ド民 467 条前段 [解除の実行])。買戻権または先買権が数人に共同に帰属するときは、全体としてのみ(*訳者注 nur im ganzen; 全員が共同してのみ、という意味ではない。このことは、「買戻権または先買権が権利者の一人について消滅し、または権利者の一人がその権利を行使しないときは、他の権利者は、買戻権または先買権を全体として行使することができる」と定めるド民 502 条後段・同 513 条後段からも分かる)これを行使することができる(ド民 502 条前段 [買戻権の不可分性]、同 513 条前段 [多数権利者])。ある組合員を除名する権利は、他の組合員に共同に帰属する(ド民 737 条後段 [組合員の除名])。持分共同関係(Bruchteilgemeinschaft)の目的物全体については、持分権者は、全員の共同でのみ処分することができる(ド民 747 条後段 [持分及び共同の物の処分])。以上のような事例においては、仲裁契約に拘束される複数の共同権利者(Mitberechtigter)⁽⁷²⁾は、一人の共通の仲裁人を選定しなければならない。

第二に、ある共同権利者の一人によって処分権が行使された場合に、その効果が、他の全ての共同権利者にも及ぶ場合である。例えば、不可分給付(ド民 432 条 1 項前段 [不可分給付債権者の多数])、あるいは共有(ド民 1011 条 [共有権に基づく請求])の場合には、各共同権利者が、全員に対する給付または引渡を請求する独自の権利を有する。複数の共同権利者によって仲裁の申立がなされる場合には、これらの共同権利者は、一人の共通の仲裁人を選定しなければならない。このような共通の仲裁手続上の処分は、厳格な意味での実体法上の共同の処分ではなくて、一部の共同権利者による権利行使が実体法上認められている場合に、かかる権利行使によって生じる、全ての共同権利者に対する共同の処分効果(*gemeinschaftlicher Verfügungserfolg für alle Mitberechtigten*)である。更に、例えば、連帯債務者(ド民 421 条)および連帯債権者(同 428 条)も、一人の共通の仲裁人を選定しなければならない。なぜなら、連帯債

(72) Schwab/Walter, a.a.O., Kap. 7 III 1 e, S. 59 を参照せよ。

務者の一人による処分行為、または連帯債権者の一人に対する処分行為は、他の連帯債務者または連帯債権者に対しても効力を生じるからである。

第三に、判決の形成力によって、複数の者に対して処分の効果が生じる場合である。例えば、複数の者に対して、共同して同一の形成訴訟を提起する権利が認められている（言い換えれば、全員が共同して訴訟を提起しなくても当該訴訟は適法である）場合である。ある形成権者に有利な形成的仲裁判断が言い渡されることによって、同じ形成権を有する他の権利者の法的地位もまた影響を受けるような事例においては、複数の仲裁申立人は、一人の共通の仲裁人を選定しなければならない。この場合もまた、共通の仲裁手続上の処分は、形成的仲裁判断の言渡によって全ての形成権者に対して生じる共同の処分効果の結果なのである。例えば、各組合員は、組合に対して組合契約を告知 (*Kündigung*; 解約告知) することができる（ド民 723 条 1 項 [組合員による告知]）。複数の組合員が、組合員による告知を解散事由として組合の解散を仲裁裁判所に申し立てる場合⁽⁷³⁾、これら組合員は、一人の共通の仲裁人を選定しなければならない。

以上に挙げた三つの場合は、複数の仲裁当事者に対して一人の共通の仲裁人が選定される諸々の事例を分類したものである。いずれの事例においても共通しているのは、複数の仲裁当事者が、仲裁手続上の独立 (*prozessuale Selbständigkeit*) とみなされる、ということである。つまり、仲裁手続上独立した当事者とみなされる者だけが、独自の仲裁人を選定する権限を有するのである。そしてこのことは、実体法上の理由から共通の仲裁人を選定すべきなのか、それとも仲裁手続上の理由からそうすべきなのかという議論とは、結局のところ無関係である。これに対して、複数の仲裁当事者が、仲裁手続上の同一または単一 (*prozessuale Identität oder Einheit*) とみなされるのであれば、各仲裁当事者がそれぞれ仲裁人を選定することは一般的に認められないであろう。このような仲裁手続上の単一の一つの例は、既判力の主体的範囲が拡張される場合である。既判力の主体的範囲が拡張される場合には、既判力を及ぼされる利害関係人と主たる仲裁当事者とは、仲裁手続上の単一を形成する⁽⁷⁴⁾。また、第三者が仲裁契約に拘束される⁽⁷⁵⁾場合も、主たる仲裁当事者および第三者に、独自の

(73) Schwab/Walter, a.a.O., Kap. 3 II 2, Rdnr. 7, S. 21-22 参照。

(74) これについて, Koussoulis, Beiträge zur modernen Rechtskraftlehre 1986, S. 124 参照。

(75) Schwab/Walter, a.a.O., Kap. 21 I 2, S. 176 参照。

仲裁人を選定する権利は認められない。仲裁手続上の独立を放棄するということは、同時に独自の仲裁人を選定する権利を放棄するという帰結をもたらすのである⁽⁷⁶⁾。

V. 仲裁制度全般に与える影響

これまで述べてきたことから、仲裁裁判所の構成の問題についての、一つの統一的な理論的根拠が明らかになってきたといえよう。本稿で提言した諸々の解決策は、とりわけ、司法制度としての仲裁の構造を考慮に入れたものであり、民事訴訟の構造とは一定の距離をもつものである。多数当事者関与の仲裁における仲裁裁判所の構成に関して本稿で示された原則によれば、仲裁裁判所の構成の問題は、通常共同訴訟または必要的共同訴訟という、仲裁法の分野には基本的に存在しない訴訟法上の考慮から導き出されてくる⁽⁷⁷⁾訴訟構造の存在・不存在とは、切り離して考えなければならない⁽⁷⁸⁾。このことは、本稿で示した解決の原則が、共同訴訟の基本構造とは全く異なるものであることからまた、確認される。純粋に訴訟経済上の理由から複数の訴訟手続が統合される⁽⁷⁹⁾こと

(76) 少なくとも次のことがいえる。即ち、第三者に及ぼされる判決効の種類が異なることによって、仲裁裁判所の構成の問題の取り扱いが有利・不利になることはない、ということである。したがって、既判力の第三者効(Drittwirkung der Rechtskraft)が認められる事例においては、第三者と主たる当事者との間に訴訟上の同一は全く存在しない(Koussoulis, a.a.O., S. 124)が、確定されるべき実体権の構造からそのように求められる場合には、一人の仲裁人が選定される。例えば、会社債権者が、個人的に会社債務を保証している株主および公開会社に対して請求を申し立てる場合、これらの被申立人は、訴訟上の同一を構成するわけでも、被申立人間に必要的共同訴訟の関係があるわけでもない(Koussoulis, a.a.O., S. 164-166 参照)けれども、一人の仲裁人を選定しなければならない。仲裁裁判所が存在を確定すべき債務が、二つの請求において同一のものであるからである。

(77) これについて、Kisch, a.a.O., S. 46 参照：「ド民訴第59条および60条所定の共同訴訟の要件は、国の機関たる裁判所における訴訟手続に対して適用されるのであり、仲裁手続に妥当するものではない。」

(78) 例えば、Habscheid, Zum Problem der Mehrparteienchiedsgerichtsbarkeit, S. 186-187; これに続く、Kaissis, a.a.O. (Fn. 30), S. 175-176.

(79) 通常共同訴訟の本質はこの点にある。Schilken, Zivilprozeßrecht 1992, §16 II, Rdnr. 662, S. 373 参照。

も、実体法上または訴訟法上の理由から全ての共同訴訟人に対して統一的な判断をする必要がある⁽⁸⁰⁾ことも、実体法に基づく共同の処分効果に対しては、いかなる影響も及ぼさない。そして、共通の仲裁人を選定する際の基準とされるべきは、この処分効果なのである。

更に、共同訴訟の構造に依拠することによっては、適切な結論を導き出すことができない。この点は、共同事業体の構成員間の紛争に関する仲裁を扱った、ギリシャ最高裁判所の判決にも現れている。ギリシャ最高裁は、複数の者が、訴訟対象に関して権利もしくは債務の持分を有し、したがってこれらの者が共同して訴えまたは訴えられることができる(ギ民訴74条)場合には、これらの者は、一人の共通の仲裁人を選定しなければならない⁽⁸¹⁾、と判断した。構成員相互間に相反する利害関係が存在することについては、ギリシャ最高裁は、本件が通常共同訴訟にあたることを重視して、考慮しなかった。しかしながらこの点は、学説の強い批判を受けることになった⁽⁸²⁾。

一方、ギリシャの裁判所が共同訴訟という基準を放棄し、仲裁当事者間の相反する利害関係を考慮に入れた事例⁽⁸³⁾も存在する。その事例の第一審裁判所は、各仲裁当事者の独自の仲裁人を選定する権利を確定するためには、仲裁契約が締結された時点で、これらの当事者間に別個の、かつ相矛盾する利害関係が存在したかどうかを確認しなければならない、と判示した。更に、単に共同訴訟であることだけで、共通の仲裁人の選定が理由付けられることはない、とも述べた。この判断は、仲裁裁判所の構成の問題全体を、民事訴訟における共同訴訟の構造から切り離れた点において、多数当事者関与の仲裁の問題にとって非常に有意義な貢献をしたといえる。このように二つを切り離すことによってはじめて、仲裁制度の本質および理論上の独立性を特に考慮に入れた基準と

(80) このことは、必要的共同訴訟の事例一般に見られる特徴であると考えられる。*Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPR, 15. Aufl., 1993, §49 I, S. 250; *H.-H. Winte*, Die Rechtsfolgen der notwendigen Streitgenossenschaft unter besonderer Berücksichtigung der unterschiedlichen Grundlagen ihrer beiden Alternativen 1988, S. 4, 13-14 参照。

(81) Areopag 1381/1980 Dike 1981, 187 = Nomikon Vema 1981, 685-686.

(82) *Foustoukos*, Dike 12 (1981), 195-196 (griech.); *ders.*, Die Mehrparteien-schiedsgerichtsbarkeit und das Urteil des Areopags 1381/1980, Nomikon Vema 29 (1981), 1458-1459 (griech.).

(83) LG Piräus 727/1987 Dietisia 1 (1992), 72 ff., 75, 78. これに賛同する評釈として, *Foustoukos*, 79-83 (griech.).

解決策を作ることが可能となる。本稿で述べた基準や解決策は、まさにこのようにして導き出されたものである。

* アテネ大学講師ステリオス・クスリス氏 (Lektor Dr. Sterios Koussoulis) は、1994年9月27日シンポジウムにおいて「多数当事者関与の仲裁」について報告をした。それをさらに詳細に論じた論文は、ZZP 107 Band, Heft 2 (1994) S. 195-210 に Fragen zur Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, insbesondere zur Bestellung der Schiedsrichter として掲載されている。本稿はこの論文の翻訳である。

翻訳担当 西澤 繭美
早稲田大学助手