

ゲルハルト・ヴァーグナー 「倒産と仲裁手続」

河 野 憲一郎 訳

【訳者前注】

本稿は、*Gerhard Wagner, Insolvenz und Schiedsverfahren*, KTS 2010, S. 39 ff. の全訳である。

企業や個人の行う経済活動の意義がますます大きくなっている今日の取引社会にあっては、特に国際的な商取引の領域において、仲裁制度による紛争解決の占める比重がますます高まってきている。仲裁手続は〈仲裁合意〉の存在を前提とし、国家裁判所の審判権の排除と私人である仲裁人による仲裁手続の形成とを内容としている。仲裁制度の利用を合意した当事者の一方について倒産手続が開始した場合に、このような当事者間での合意内容と倒産手続による集団的な処理手続との関係は、どのように規律がなされるべきであろうか。

この問題について、わが国でも一部で議論がなされてはいるものの、なお十分な展開を示してはいない。これに対してドイツでは、問題が十分に解決されているかどうかは別として、例えば学生のゼミの議論のテーマとしてもこれが取り上げられるなど——その一例として、2009／2010年冬学期のボン大学でのヴァーグナー教授とイエンス・ブレドー（*Jens Bredow*）弁護士によるゼミナール、「ドイツ仲裁制度および国際仲裁制度の現在的諸問題（Aktuelle Probleme der deutschen und der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit）」において2件の報告があったことを挙げることができる——、比較的議論の蓄積がみられるようである。

著者のヴァーグナー教授は、その ハビリタチオーンズシュリフト 教授資格論文である *ders.*, *Prozeßverträge* (1998) において仲裁契約を含む訴訟契約の基礎理論に関する浩瀚な研究を物

し、その後さらに判決手続のみならず、仲裁手続についての多くの論攷を精力的に発表している指導的立場にある研究者の一人である。したがって本論文は、この問題についてのドイツにおける議論状況の鳥瞰を得るとともに、わが国での解決策を考える上でも有益なものと言うことができよう。もっとも、ここで示された彼の見解自体については、特にわが国における問題の解決にあたってただちに転用可能というわけではなく、なお検証を要するであろう。具体的には、日本法の場合には、民事再生手続や会社更生手続における規律との関係も問題となってくるが、そこでは倒産財団が形成されるわけではないこと、また倒産債権に関する訴訟の中断について、責任財産の管理処分権が債務者から管財人に移転し、当事者適格が移転するからと説明することでは必ずしも十分ではないこと（さしあたり拙稿「破産債権確定手続の基本構造」商学討究60巻2・3合併号（2009年）178頁注40）参照。）を指摘することができよう。このようにさらに検討すべき点はあるが、ここで展開されたドイツの議論からはわが国での問題解決の在り方を探る上で貴重な示唆を得ることができるのではないか。ここにその全訳を試みるものである。

* * *

- | | |
|---------------------|---------------------------------------|
| I. 倒産法と一般民事手続法 | 5. 外国手続 |
| II. 管財人の仲裁合意 | a) 問題の焦点 |
| III. 倒産における仲裁合意の拘束力 | b) ヨーロッパ内の事例 |
| 1. 原 則 | c) ドイツ内国法 (Autonomes deutsches Recht) |
| 2. 財団財産をめぐる訴訟 | IV. 係属訴訟への倒産開始の影響 |
| 3. 倒産債権確定訴訟 | 1. 国内の事例 |
| a) 倒産債権確定訴訟の形態 | 2. 域内市場の事例 |
| b) 仲裁合意の拘束力 | 3. 第三国の事例 |
| c) 倒産債権確定要求の仲裁適格 | V. 仲裁手続終了後の倒産開始 |
| d) 結 論 | VI. 仲裁人契約と倒産 |
| 4. 否認権 | 1. 仲裁人契約 |
| a) 特別事例としての否認権 | 2. 問題提起と学説状況 |
| b) 否認の抗弁 | 3. 私 見 |
| | VII. 要 約 |

I. 倒産法と一般民事手続法

「倒産法と仲裁手続」というテーマは、「特別訴訟法」であると性格づけられうる2つの素材の交差領域にある。仲裁手続法は、国家の民事裁判所での一般の財産訴訟からは区別される特別の権利確認手続（Erkenntnisverfahren）を規律しており、倒産法は、総債権者の平等な満足のための特別の権利実現手続（Vollstreckungsverfahren）を形作っている。両方の素材を子細にみると、直ちに検討されなくてはならない問題が現れるというのは、驚くにはあたらない。

しかし、あらかじめ、以下の考察が導かれるある種の赤い糸を示している2つの問題が強調される。第一にこれは、いかなる範囲で倒産法が——倒産手続外で——債務者によって作り出された法的状態を承認し、いかなる範囲で倒産法はこの法的状態を総債権者のための責任実現という利益において変容しているかという問題である。中核において、ここでは倒産管財人に対しての仲裁合意の拘束力が問題であるが¹⁾、倒産における仲裁人契約の帰趨も問題である²⁾。第二の問題群は、倒産手続は——少なくとも第一次的には——内国法秩序の事象であるが、これに対して仲裁制度の領分はまさに国際的な経済紛争の領域中にもあるという状況の表れである。かくして、ヨーロッパの法秩序が十年来戦ってきた問題が出てくる。すなわち、倒産手続の国境を越えた効力であるが、より詳細には、内国において定められた権利および内国で追行されている法的争訟への外国破産の影響である。すぐに示されるであろうように、ヨーロッパ倒産規則（以下「EUInsVO」とする。）と国際倒産法の残余的規律（Restkodifikation）が、たとえ全ての疑念と全ての意見の相違が除去されるものではないとしても³⁾、ドイツ倒産法（以下「InsO」とする。）343条以下の中にここでは重要な明瞭化をもたらした。

1) 後記Ⅲ。

2) 後記Ⅵ。

3) 後記Ⅲ. 2., 3。

Ⅱ. 管財人の仲裁合意

明らかなことは、倒産管財人がその管理処分権の枠内で、積極財団又は消極財団をめぐる潜在的又は現実の法的争訟に関して仲裁合意を締結する権限を有するということは、何も問題とはされてはいないということである⁴⁾。現行法上、これに対応する権限は、疑いの余地なく InsO160条2項3号から明らかになるが、同条によると、倒産管財人は、彼が多額の訴額を要する法的争訟を解決するために仲裁契約を締結しようとする場合には、債権者委員会の同意を得なくてはならない。仲裁合意が通常の訴額の訴訟物に関わる場合には、そのために債権者委員会の同意すら必要ではない。

ヨーロッパ倒産法原則は、コルトマン (Kortmann) を中心としたワーキング・グループが2003年までに作成したものであるが⁵⁾、それは基本的に、同じく管財人へ権限を委譲することから出発している⁶⁾。原則 § 4.2は、重要財産の管理に関する訴訟は、倒産裁判所又は債権者の同意を必要とする。その注釈は、これについての例として、フランス、ルクセンブルク、イタリア、オランダおよびスペインの各国内法から、法的争訟の追行も挙げている⁷⁾。その限りで、§ 4.2はドイツの InsO160条と一致する。

倒産法上の観点から問題があると思われるのは、かくて、倒産手続開始前の債務者により法状況が作り出されることである。ここでは倒産管財人が債務者によって作り出された状況をさらに甘んじて受け入れ、それに拘束されなくて

4) このことは、債務者によってなされた仲裁合意に対する倒産管財人の拘束をはじめから否定するヘーゼマイヤーによっても承認されている; Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl. (2007), Rn. 13.28 参照。オーストリア法の同じ立場については, Rechberger in: Smid (Hg.), Fragen des deutschen und internationalen Insolvenzrechts (2007), S. 71, 77 f.

5) 成立史につき詳細は, Flessner, ZEuP 2004, 887 ff.

6) McBryde/Flessner/Kortmann, Principles of European Insolvency Law (2003), S. 37, § 3.1, そこでは諸原則は、占有を継続する債務者 (debtor in possession: DIP) をも知っている。

7) McBryde/Flessner/Kortmann (Fn. 6), S. 42.

はならないか、それから解放されうるかどうかという問題が出てくる。倒産手続が開始されることによって、仲裁合意に関して、倒産法には、倒産管財人にとってははじめから (ab initio) 拘束力が生じていなかったというような優位性が与えられなくてはならないかということも、これに加えてさらに認められることになるのだろうか⁸⁾。この判断は、したがって当事者の処分の自由が、倒産において継続するかどうかによってなされなくてはならない。この問題を解決するに際しては、倒産手続が開始された時点で仲裁手続が既に開始しているか⁹⁾、それとも管財人が、財団の債権を実現するために仲裁廷に出向き、ないし財団の債権者によって仲裁廷の前に訴えられることを義務づけられているかどうか¹⁰⁾によって、区別がなされなくてはならない。

Ⅲ. 倒産における仲裁合意の拘束力

1. 原則

中心的な、実務にとってきわめて重要な問題であるのは、債務者がある債権者と倒産手続開始前に締結した仲裁合意に対して倒産管財人が拘束されるかどうかである。そのような仲裁合意の拘束力は、倒産管財人が財団に属する権利を実現しようと努め又は第三者と請求権を争おうとする場合には、職務上、自らの権利にもとづき自己の名において行動しているという根拠をもって疑問とされている。ともかくもドイツ的な理解によれば、倒産管財人自身が積極財団および消極財団をめぐる民事訴訟の当事者となるのであって、これに反して管財人は債務者のみを代理するわけではない。それゆえ——そのように推論されているのだが——破産者にいまだ財産についての管理処分権が帰属した時点でこの者がなした仲裁合意に管財人が拘束されることはない。

倒産法の規律目的は、管財人にとっては事前の仲裁合意に管財人を拘束する

8) これにつき同じく、Ⅲ. 1。

9) 後記Ⅳ。

10) 後記Ⅲ。

こととは相容れないのではないかということが、広範囲に主張されている。仲裁合意が、財団に帰属する請求権を実現し、潜在的な債権者に対して財団を防御することを管財人から妨げているからだという。この（後者の）見解は、ドイツの学説においては——明白な限りでは——ひとりヘーゼマイヤー（Häsemeyer）によってのみ主張されている。すなわち、「それによって〔倒産によって〕、それ〔債務者の法律関係〕は（責任法的に）変更される。この変更は、たしかに遡及することはない、その結果、手続開始前に成立していた訴訟状態が存続する。しかし、将来に関しての争訟条件を用いて（後の）倒産債務者と第三者が倒産管財人を訴訟上拘束することはできない」¹¹⁾。

しかしながら、裁判所とこれに従う学説は、ずっと以前から、管財人は債務者によって締結された仲裁合意を引受けなければならない、無視してはならないという逆の結論に至っている¹²⁾。双方未履行の契約の場合とは異なり、管財人は仲裁合意を履行するか拒絶するかを選択権（InsO103条）も有していない。むしろ債務者の拘束は、管財人自身の中に継続する。このような結論にとっては、仲裁合意はその実現について管財人が処分をなしうる独立の契約ではなく、実体権の訴訟上の取扱いについての取決め、訴訟上の偶素（*accidentalia negotii*）であるという理解が決定的である。当事者が実体法的な付加的条項によってその法律関係を形成しうるのと同様に、この者は権利の実現の態様を契約によって規律する権能をも有している。こうした権能は、たしかに無制限に与えられたものではないが、やはり私的な仲裁制度のために国家の裁判権を契約によって排除することが適法であることについては、ZPO1025条以下に鑑

11) Häsemeyer (Fn. 4), Rn. 13.28.

12) RGZ 137, 109, 111; BGHZ 24, 15, 18; 最後に BGH, ZInsO 2004, 88 であり、包括的な論証を含んでいる; Stein/Jonas-Schlosser, ZPO, 22. Aufl. (2002), § 1029 Rn. 35 ff.; MünchKomm-ZPO-Münch, 3. Aufl. (2008), § 1029 Rn. 50; Musielak-Voit, ZPO, 7. Aufl. (2009), § 1029 Rn. 8; Jaeger-Henckel, InsO (2004), § 35 Rn. 93; Jestaedt, Schiedsverfahren und Konkurs (1985), S. 65 f.; Wagner, Prozeßverträge (1998), S. 583; またその点でもオーストリア法は一致している, Rechberger in Smid (Fn. 4), S. 71, 79 参照。

みて、合理的な疑いは存在しない。

倒産財団について見ると、管財人は包括承継人と同じ、すなわち管財人は債務者によって作り出された法的地位に就く。相続人が遺産を引き受けるのと同様に、倒産管財人は財団を、債務者が作り出したように、すなわち債務者によって正当に得られた権利と既に存在する全ての義務を包括して承継する。倒産管財人は、したがって、手続開始前に債務者によって合意された保障の排除を無視することはできず、したがって債務者によってなされた仲裁合意を脱することはできない。実体法の「付加的条項」は、倒産を経ても変わることなく、したがってこの付加的条項が実体法上又は手続法上の性質であるかどうかを顧慮することなしに変わらない¹³⁾。

この法律状態は、——ヘーゼマイヤー¹⁴⁾が正しく言う限りでは——自然法則的に与えられたものではない。債務者によって作り出された法律関係を引受けないことや倒産の目的のために根本的に変容することは、理論上は可能であるかもしれない。しかし、InsOの立法者は、この道を行くのではなく、債務者によって作り出された法律関係が、責任法的かつ倒産法的に承認されなくてはならないという旧破産法(KO)の命題を変更してはいない¹⁵⁾。倒産管財人を権利承継人と同じに取扱うことを正統化するのは、こうした評価である。

仲裁合意に対して管財人が法的に拘束されるにもかかわらず、これは財団の事実上の無資力の点で挫折する可能性があり、その結果、結局は国家裁判所への道が残されているにすぎない¹⁶⁾。無資力という構成要件は、債務超過又は支払不能の意味における倒産の概念とは反対になっている。なぜなら、当事者が仲裁廷のための予納金とその弁護士による代理のための費用を調達しうるかどうかのみが問題となっているからである¹⁷⁾。もしこのことが可能ではない

13) 詳細は、Wagner, Prozeßverträge (Fn. 12), S. 306 ff.

14) Häsemeyer (Fn. 4), Rn. 13.28.

15) Tintelnot, Vereinbarungen für den Konkursfall (1991), S. 21 f.

16) これにつき詳細は、Wagner, SchiedsVZ 2003, 206 ff.

17) Musielak-Voit (Fn. 12), § 1029 Rn. 12, § 1042 Rn. 12; Schwab/Walter, Schieds-

とするならば、仲裁合意に固執することは、事実上、裁判拒絶という結果になってしまう。なぜなら、仲裁手続の実施のための訴訟費用救助は認められてはいないからである¹⁸⁾。そのような状況において権利保護の保障が完全に拒絶されてしまうことを回避するために、仲裁条項を回避して、国家裁判所による権利保護を利用するという可能性が存在しなければならない¹⁹⁾。旧仲裁手続法についての判例は、当事者に仲裁合意の特別解除を保障したが²⁰⁾、連邦通常裁判所（以下「BGH」とする。）は、新たに規定された ZPO1032条 1 項に対する2000年の裁判の中で、一方当事者が経済的に仲裁手続に参加することができない場合には仲裁合意は実現不可能であり、それゆえ法上当然に無効であると述べた²¹⁾。しかしながら、法的安定性、そしてまた当事者の処分の自由の維持も、解除の必要性を堅持することに賛成している²²⁾。いずれにせよ、仲裁手続の全ての費用を引受け、かくして仲裁合意の実現をやはりなお可能にすることは、支払能力のある相手方当事者の自由である。たしかに BGH は、引用された裁判の中で、仲裁合意は相手方によって手続費用が引受けられる場合には実現不能ではないという留保を持ち出したが、しかしこの選択肢は、法上当然に生じる無効の概念とは相容れない²³⁾。

gerichtsbarkeit, 7. Aufl. (2005), Kap. 8 Rn. 11 参照; 旧法については, BGHZ 41, 104, 108 ff.

18) Musielak-Voit (Fn. 12), § 1029 Rn. 12; Geimer in Zöller, ZPO, 28. Aufl. (2010), § 1042 Rn. 39.

19) BGHZ 77, 65, 69; Wagner, SchiedsVZ 2003, 206, 208.

20) BGHZ 41, 104, 108 f.; 51, 79, 81 ff.; 55, 344, 353 ff.; 77, 65, 66 ff.; 102, 199, 202 ff.; BGH NJW-RR 1995, 1214, 1215.

21) BGHZ 145, 116 ff.; 同旨は, OLG Düsseldorf, ZIP 2004, 1956, 1962; Schwab/Walter (Fn. 17), Kap. 7 Rn. 9 参照; Wagner, SchiedsVZ 2003, 206 ff. 参照。

22) Wagner, SchiedsVZ 2003, 206, 216 ff.; Anm. Wagner in BGH LM Nr. 11 zu § 1032 ZPO; 同旨は Walter, ZZP 114 (2001), 97, 99 ff.; Schwab/Walter (Fn. 17), Kap. 7 Rn. 9; さらに OLG Köln, SpuRt 2004, 110, 111 もまた解除の必要性から出発する。

23) BGHZ 145, 116, 119 f.

2. 財団財産をめぐる訴訟

倒産管財人が、権利承継人と同様に、債務者に代わって債務者により有効になされた仲裁合意へ参入するという原則からは、全く疑う余地なしに、管財人は、財団に属する積極債権をそれぞれ管轄権を有する仲裁廷で主張しなければならない、という結果になる。例えば、管財人が債務者によって提供された財産および役務提供についての代金がおお未払いであることを確認し、かつ基礎となっている契約中に仲裁条項を見出すならば、管財人は仲裁手続を開始しなければならない（ZPO1044条）。国家裁判所への道は管財人には拒まれており、相手方はそのような訴えには、ZPO1032条にもとづいて、仲裁の抗弁を出すことができる。

3. 倒産債権確定訴訟

a) 倒産債権確定訴訟の形態

倒産手続の開始とともに、手続開始前に成立した債権にもとづく強制執行は不適法となる（InsO89条1項）。倒産債権は、InsO87条によれば、むしろ「倒産手続に関する規定によってのみ行使されうる」²⁴⁾。それによって個々の債権は、InsO174条1項1文にもとづいて管財人により債権者表に届け出られなくてはならない。InsO178条3項によれば、倒産債権者表への記載は、管財人および全ての債権者に対して、債権についての確定判決と同一の効力を有する。

いずれにせよこの記載は、債権が倒産管財人によっても、他の債権者によっても争われないときにはじめて効力を生じる。管財人又は他の債権者が記載に異議を出した場合には、「異議者に対する確定を実施するのは」債権者の事柄である。どのようにこの確定が実施されなくてはならないかということについては、InsO180条1項が規律をしている。すなわち、「通常の手続において訴えが提起されなくてはならない」。倒産手続が係属しているか又はしていた区

24) 同様なのは、§ 3.3 *Principles of European Insolvency Law*, McBryde/Flessner/Kortmann (Fn. 6), S. 38.

裁判所が、倒産債権確定訴訟についての専属管轄を有する。訴訟物が地方裁判所の管轄権に属する場合には、上級の地方裁判所が専属管轄を有する。このいわゆる倒産債権確定紛争における判決は、InsO183条1項にもとづき、個々の訴訟の相手方だけではなく、常に管財人とその他の債権者をも拘束する。

b) 仲裁合意の拘束力

債務者が、その債権の確定を求めている倒産債権者と手続開始前に仲裁合意を締結していた場合、例えば仲裁条項を含む契約にもとづく倒産債権が争われている場合には、倒産債権確定訴訟が仲裁廷に提起されなくてはならないか、あるいは倒産債権確定紛争は国家裁判所の管轄権に属するののかという問題を生じる。

その限度で、まず第一に、倒産債権確定訴訟が、——その特別な訴訟上の形態にもかかわらず——手続開始前に成立した債務者の債権を実現するための倒産管財人の積極訴訟の対応物にほかならないということが、顧慮されなくてはならない。積極訴訟の場合にはほぼ争いなく仲裁合意が倒産管財人をも拘束するということから出発するのであれば、倒産債権の実現のための財団に対する倒産債権者の消極訴訟という反対のケースにおいて、結論は同じはずである。倒産管財人が異議を出し、かつこの者に対する倒産債権確定訴訟が追行されるという状況においては、一つの権利承継ときわめて類似した状況が存在するということが、特に明白である。すなわち、財団の積極訴訟の場合と同様に、訴訟物は倒産開始前に成立した債務者と倒産債権者の間の法律関係である。両方の事例において、倒産管財人は債務者によって手続開始前に有効に作り出された法律状態を引受けなくてはならない²⁵⁾。このことをBGHは最近の裁判の中で正当にも述べている²⁶⁾。

25) Stein/Jonas-Schlosser (Fn. 12), § 1029 Rn. 35; Berger, ZInsO 2009, 1033, 1038; Ehricke, ZIP 2006, 1847, 1849; オーストリア法についてであるが、異説は, Rechberger in Smid (Fn. 4), S. 71, 81.

26) BGHZ 179, 304, 307 f., Rn. 11.

倒産管財人ではなく、競合債権者が異議を述べる場合には、一見（*prima facie*）別でなくてはならないように見える。しかし、この見かけは当てにはならない。財団は全ての債権者に責任対象として割り当てられており、さらなる請求定立者が参加をしてくることによって各個人に分配される分け前が削減されることから、競合する他の債権者には異議権を与えられている。競合する他の債権者を本来の利益帰属主体とみなすこの利益状況から異議権と訴訟追行権とが明らかになるが、訴訟物は倒産管財人の異議の場合と同様のそれである。すなわち、債務者が手続開始前に他の債権者に何か債務を負担したかどうかは常に問題である。異議債権者は、したがって債務者によって作り出された財団を自己の名においてその請求定立者に対して防衛する。ここでも明らかに権利承継に対する並行関係が認められる²⁷⁾。

かくて結論においては、次のことが確認される。すなわち、債務者が倒産手続開始前に有効に仲裁合意を締結した場合には、仲裁合意の対象になっている権利をめぐって争いのある限りにおいて、それは倒産開始後も拘束力を有する。このことは倒産管財人が財団に関して手続開始前に成立した権利を主張する積極訴訟についてのみならず、倒産債権者が倒産債権の確定を達成しようと努める消極訴訟についてもまた同じように妥当する。

c) 倒産債権確定要求の仲裁適格

倒産債権確定訴訟の独自の問題は、仲裁合意の拘束力ではなく、訴訟物の仲裁適格である。上述された倒産債権確定手続の法律上の形態に鑑みれば、仲裁合意はその限度で効力を有しえないという結論が出てくる。InsO180条1項2文による各倒産裁判所の管轄権は専属的であるので、それはZPO40条2項1文2号により、合意によっては排除されえない。さらにInsO183条1項の中に

27) 基本的なのは、*Jestaedt* (Fn. 12), S. 128 ff.; 賛成は、*Berger*, ZInsO 2009, 1033, 1038; 異説は、*Ehrliche*, ZIP 2006, 1847, 1854; オーストリア法についてであるが、*Rechberger* in *Smid* (Fn. 4), S. 71, 81 f. も同じ。

定められた既判力の拡張は、明らかに裁判所の判決のみにふさわしく、仲裁判断にはなじまない。このような理由から、オーストリア破産法に関しては、倒産債権確定紛争の仲裁適格が否定されている²⁸⁾。

こうした観点は説得的なようにも聞こえるが、子細に見れば、それは仲裁制度から倒産債権確定紛争を除外するのにすぐれて十分とは言えない。第一に、裁判籍の合意が不適法であること（InsO180条1項2文，ZPO40条2項1文2号）から仲裁合意が不適法であることを推論することは、支持しえない。専属管轄は、当事者の合意から、法的争訟を国家の司法制度の個々の裁判所に対して分配することを守っている。これに対して、専属管轄は私的な仲裁制度に対する国家司法制度の「外縁」を定義するものではない。裁判籍の合意の禁止は、仲裁合意の禁止から区別されなくてはならない。ZPO1025条以下は、同40条を準用することなく、仲裁制度の適法条件を独立して定めている。1997年の新仲裁手続法についての立法資料からは、専属管轄の存在は訴訟物の仲裁適格に矛盾することはないということが明白に引き出される²⁹⁾。むしろ ZPO1030条1項2文によれば、財産上の請求をめぐる争いは、常にそしてただちに仲裁適格を有する。しかし、倒産債権確定紛争は、InsO38条，同174条1項，同179条1項によれば、ともかく「財産上の請求」（同38条）についてのみ可能である³⁰⁾。

かくして InsO183条1項の中に定められた既判力の拡張が、倒産債権確定訴訟における仲裁合意の拘束力に矛盾するかどうか、なお検討されなくてはならない。しかも、この問いもまた、明確に否定されなくてはならない。すなわち、仲裁判断は ZPO1055条において、確定した終局判決と同置されており、したがって仲裁廷が法形成的な判断をなしうということが承認されてい

28) *Rechberger* in Smid (Fn. 4), S. 71, 82; *Konecny* in Konecny/Schubert, KO (1997), § 110 Rn. 6.

29) Begründung zum Regierungsentwurf des SchiedsVfG, BT-Drucks. 13/5274, S. 34 f.

30) 賛成するのは, *Heidbrink/von der Groeben*, ZIP 2006, 265, 268.

る³¹⁾。とりわけしかし、BGH 第 2 民事部は、有限会社における決議の瑕疵をめぐる最近の裁判の中で、InsO183条 1 項に対応する株式法（以下「AktG」とする。）248条 1 項の規定が、仲裁適格に矛盾しないということを明示的に認めた³²⁾。AktG248条 1 項 1 文によれば、会社の決議を無効と宣言する判決は、全ての株主、取締役、監査役の有利にも不利にも作用する。その際に、BGH は「AktG248条 1 項 1 文、同249条 1 項 1 文の効力を顧慮して」、有限会社の決議の瑕疵の紛争の仲裁適格は「裁判官による法形成という方法で開かれてはならない」というかつての見解³³⁾を明示的に放棄した³⁴⁾。

いずれにせよ第 2 民事部は、仲裁廷による権利保護の保障が国家裁判所によるそれと同価値であるということを保障するために、ドイツ民法（以下「BGB」とする。）138条を援用して仲裁合意の形成を強い要求に服せしめた³⁵⁾。とりわけ全ての社員が手続の開始と経過について情報を与えられ、このことによって手続に少なくとも補助参加人として参加するという状況に置かれるということが、保障されなくてはならない³⁶⁾。この要求は、後者に当事者としての参加又は補助参加の可能性を付与するために、係属する取消訴訟についてのその他の社員に情報を与えることを命じる AktG246条 3 項および 4 項という予防措置を義務づけた。

AktG246条 2 項および同 3 項に対応する規定を、倒産法上の倒産債権確定紛争は知らない。異議を述べた倒産管財人は、異議を述べた債権者と同じく、単独で法的争訟を追行する。他の債権者はたしかに当事者として参加することができるが、InsO はこの者に当事者としての参加を容易にすることをしない。倒産債権確定紛争において全体の利益が主張されているにもかかわらず、

31) BGHZ 99, 143; BGH, NJW-RR 1996, 508.

32) BGH, SchiedsVZ 2009, 233, 234 Rn. 13 ff.; 詳細は, *Wagner*, Prozeßverträge (Fn. 12), S. 588 ff.

33) BGHZ 132, 278, 285 ff.

34) BGH, SchiedsVZ 2009, 233, 234, Rn. 13.

35) BGH, SchiedsVZ 2009, 233, 234 f., Rn. 13 a.E., 17 ff.

36) BGH, SchiedsVZ 2009, 233, 235, Rn. 20.

訴訟追行権は各債権者に個別的に与えられている。そこからヘーゼマイヤーは適切にも次のように帰結している。すなわち――

「全ての関係人が訴訟を追行することが許されるが、そのように強制されてはならない。訴訟の準備は、異議の提出によって示される。ここから次のことが引き出される。すなわち、異議を述べない者は、倒産債権確定訴訟において下された判決の既判力に服さない。異議を述べた者は、他の異議者によって追行された倒産債権確定訴訟によってその権利を失うことはない。それゆえ債権者は、全ての異議（InsO178条1項1文も参照）を個別的に又は共同訴訟においてのいずれかで除去しなければならない。その場合にのみこの判決の既判力はその他の異議を述べなかった債権者に拡張される。また、異議追行者が勝訴した場合にのみ、この者によって戦いとられた判決は全ての、異議を述べていない債権者にも及ぶ」³⁷⁾（訳注1）。

決議瑕疵紛争の場合とは異なって、倒産債権確定紛争の場合には、したがって管財人と全ての債権者が各々自ら異議権および訴訟追行権をなお有している。手続の集中は行われてはおらず、唯一つの訴訟へ全ての異議をまとめるためのインセンティブは存在しない。このことは確実に、決議瑕疵紛争の場合には当事者の多数が原告の側に立ち、倒産債権確定紛争の場合には、これとは逆に、被告の側に立つという点にある。倒産債権者が複数の訴訟追行を回避したいのであれば、全ての異議者を共同して訴える以外にはない。

37) Häsemeyer (Fn. 4), Rn. 22.40; 同旨は, MünchKomm-InsO-Schumacher, 2. Aufl. (2008), § 183 Rn. 4; Uhlenbruck in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. (2003), § 183 Rn. 6.

(訳注1) この点に関連して、ドイツの通説によれば、倒産債権確定訴訟については請求棄却判決の既判力のみが第三者に及び、認容判決には及ばないとされていることを指摘しておく必要がある。すなわち、請求の棄却は全債権者のために作用するが、異議者に対して認容された訴えはその異議を除去するにすぎない、というのである。例えば, Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. (2010), S. 246; Schilken, Zivilprozessrecht, 6. Aufl. (2010), S. 323 を参照。ここでの議論でもこのことが当然の前提とされている。

d) 結 論

倒産債権者が手続開始前に債務者とした仲裁合意に対する倒産債権者の拘束というここで検討された問題にとって、この分析から次の結果が導き出される。すなわち、倒産債権確定紛争はその中核において倒産債権の存続をめぐる紛争であり、それが消極的な側面において様々な当事者によって実施されうるという倒産法特有の特殊性を伴っている。確定されなくてはならない債権について債務者により手続開始前に仲裁合意が締結されているならば、これは管財人と異議債権者をも拘束する³⁸⁾。倒産債権者にとっては、異議当事者を——個別に又は共同して——仲裁廷に債務の確定を訴えなければならぬとしても、この者に何ら不利益の怖れはなく、この者はやはりそれを自ら探し出して選び取った。倒産債権者が仲裁制度を断念するつもりであるならば、倒産債権確定訴訟を InsO180条 1 項により管轄権を有する裁判所に提起し、倒産管財人又は異議債権者が ZPO1032条 1 項の仲裁の抗弁を提起しないだろうということを期待するのはこの者の自由である。

4. 否認権

通説は、たしかに債務者が手続開始前に締結した仲裁合意の拘束力を肯定しているが、それにはひとつの重要な例外、すなわち否認請求権があつて、その点では債務者によって締結された仲裁合意はなお無効であるべきだという³⁹⁾。

a) 特別事例としての否認権

管財人が倒産開始前に取得された権利を主張するための積極訴訟も、財団に

38) 賛成するのは, *Heidbrink/von der Groeben*, ZIP 2006, 265, 268; *Ehricke*, ZIP 2006, 1847, 1849.

39) BGH, NJW 1956, 1920, 1921; BGHZ 24, 15, 18; BGH, ZInsO 2004, 88; BGH, ZInsO 2008, 381, 383 Rn. 17 = KTS 2009, 238 (*Wagner/Braem* の批評あり); 賛成するのは, *Jaeger-Henckel*, InsO (2008), §143 Rn. 174; *MünchKomm-ZPO-Münch* (Fn. 12), § 1029 Rn. 50; *MünchKomm-InsO-Schumacher* (Fn. 37), Vorbem §§ 85-87 Rn. 54; *Berger*, ZInsO 2009, 1033, 1036; *Flöther*, DZWIR 2001, 89, 93 f.

対する倒産債権者の消極訴訟も、債務者に対して手続開始前に生じた訴訟物にもとづいている。債務者によって有効に合意された訴訟上の偶素は、管財人と——倒産債権確定訴訟の場合には——異議を述べた債権者を拘束する。なぜならば、これらの者はもはや、あるいはその財産を彼らが管理し、防御するところの債務者とは別の、権利を主張することができないからである。

否認権の場合には、事柄は重要な点で異なっている。この請求権は決して債務者の手中にはなく、倒産手続の開始とともに管財人自身に、財団と、したがって総債権者のために成立する。それゆえ機能的な意味での権利承継は問題ではない。したがって、債務者は給付の名宛人と合意をすることによって (InsO143条) 事前に、倒産手続開始前に、否認請求権について処分しうる地位にはない。債務者は、例えば給付の名宛人と合意をすることによって期間を短縮し又は主観的要件を高く設定することによって、否認権を排除することも、制限することもできない。債務者が実体法上否認請求権についてほとんど処分しえないのと同様に、この者はそれを訴訟上の方法で処分することはできない。否認の訴えの裁判籍を変更すること又は合意によって一定の証拠方法を排除し、もしくは一定の事実を自白することは、債務者の権限には属さない。したがって、仲裁合意を締結する権限も債務者にはない。

学説上、仲裁合意が否認請求権について有効であると主張するために、ZPO1030条1項による仲裁適格のある財産上の請求が問題となっているのだということが主張されている⁴⁰⁾。手続開始前に合意された仲裁条項は、通例、それが否認請求権をも包含するものと解釈されなくてはならない、というのである。——これら全てが正しいとしても、しかし決定的な点ではこれは当たらない。もちろん否認請求権は仲裁適格を有し、その結果、管財人は、場合により債権者集会の決議を得た後 (InsO160条2項3号)、争いを国家裁判所ではなく、私的な仲裁廷に提起することを合意しうる。債務者によってなされた

40) Uhlenbruck-Hirte (Fn. 37), § 143 Rn. 66; *Paulus*, ZInsO 1999, 242, 244 f.; *Adolphsen* in Bork (Hg.), Handbuch des Insolvenzverfahrensrechts (2006), Kap. 19 Rn. 40.

仲裁の合意は、とりわけそれが一般的に広範囲な定式を使用する場合に（「この契約又はその有効性に関して生じるあらゆる紛争」⁴¹⁾）、否認請求権を包含することは全くもって許容される。しかし問題は、仲裁条項を否認請求権に妥当せしめるかどうかではなく、それがこの点で妥当しうるかどうかである。その答えは明白である。すなわち、債務者は管財人の否認請求権を処分する権限を有しない。このことは実体法上の制限についてのみならず、同じく訴訟契約についても妥当する。依然として1956年のBGHの判示が妥当している。すなわち——

「仲裁条項が破産法上の否認権を捕捉しないということについての決定的な理由は、破産者が否認権を処分し、又はいつ、いかにしてそしていかなる地位でそれが主張されなくてはならないかに影響を及ぼす時点において権限を有しないという状況にある」⁴²⁾。

b) 否認の抗弁

上述の諸前提から、BGHは2008年1月の裁判において、仲裁廷は別除権をめぐる法的争訟の中で倒産管財人によって提出された否認の抗弁について判断をする権限を有しないという帰結を引き出した⁴³⁾。それゆえ倒産管財人は、否認の抗弁（Einwand）をZPO1060条、同1062条以下により執行許可手続の中で主張することができ、それがうまく行けば、したがって仲裁判断の取消しを得ることができる（ZPO1060条2項1文）、という⁴⁴⁾。

BGHは、この裁判を仲裁条項でカバーされない反対債権による相殺の場合の法状況についての類似例並びに司法行為請求権（Justitzgewährungs-

41) ドイツ仲裁協会（DIS）によって推奨された仲裁条項を手本にしている。

42) BGH, NJW 1956, 1920, 1921.

43) BGH, ZInsO 2008, 381, 383 Rn. 17 = NJW-RR 2008, 558 = SchiedsVZ 2008, 148 = KTS 2009, 238 (Wagner/Braem の批評あり); これにつき, Heidbrink, SchiedsVZ 2009, 258, 260 f. も参照。

44) BGH, ZInsO 2008, 381, 383 Rn. 18 = NJW-RR 2008, 558 = SchiedsVZ 2008, 148 = KTS 2009, 238 (Wagner/Braem の批評あり)。

anspruch) を援用することによって理由づけた⁴⁵⁾。別な箇所では詳細に説明したように、両方の論拠は説得力がない⁴⁶⁾。司法行為請求権は、まさに必然的に国家裁判所へのアクセスを保障するわけではなく、当事者が別の決断をしなかったという留保の下で〔のみ〕保障する〔にすぎない〕(ZPO1025条以下)。債務者によってなされた仲裁合意が倒産管財人を拘束する限りにおいては、司法行為請求権の減縮は問題とはならない。この要件は、BGHによって判断された事例では充足されていた。けだし、別除権をめぐる争いは、債務者と手続開始前に締結された仲裁の合意の対象だったからである。

いずれにせよ、仲裁廷が管轄権を有しない反対債権との相殺の事例において、BGHが否認の抗弁について有益であるものとしたまさにその解決が有利であるということはたしかである。すなわち、仲裁廷は相殺に関して判断をすることができず、これを執行許可裁判所に委ねなくてはならない⁴⁷⁾。——相殺との比較は、相殺について妥当している解釈モデルが例外を意味し、まさに通常事例ではない限りにおいて誤りである。その通常事例は、単純かつ明白に、訴えの対象について管轄権を有する裁判所は、主張されている請求に対する抗弁について判断をなしうるために、さらなる管轄権限を必要とはしないということ述べている。むしろ次の原則が妥当する。すなわち、「訴えについての裁判官は、抗弁についての裁判官である (Le juge de l'action est de l'exception)」⁴⁸⁾。相殺の場合には、この抗弁によってさらなる訴訟物——反対債権——が訴訟へ引き入れられるというだけの理由で、このことはZPO322条2項でも明白であるが、別異に判断されている⁴⁹⁾。しかし、否認の抗弁によっては、新たな訴訟物が訴訟へ引き入れられることはない。問題となっている経

45) BGH, ZInsO 2008, 381, 383 Rn. 17 = NJW-RR 2008, 558 = SchiedsVZ 2008, 148 = KTS 2009, 238 (Wagner/Braem の批評あり)。

46) Wagner/Braem, KTS 2009, 238, 242 ff.

47) 基本的なのは、BGHZ 38, 254, 258; 38, 259, 261 ff.; 詳細は、Wagner, JZ 2000, 1171 ff.

48) Wagner/Braem, KTS 2009, 238, 242 mwN.

49) 詳細は、Wagner, IPRax 1999, 73; Wagner/Braem, KTS 2009, 238, 243 f.

済的価値は同一である。こうした理由から、裁判所——仲裁廷を含む——は、抗弁が訴えの対象に対して主張された場合には、裁判所が個々の抗弁について管轄権を有するかどうかとはかかわりなく、被告によって訴求された請求に対して提出された全ての抗弁について判断することができるし、しなくてはならないということが、この事例状況では原則的規律にとどまるべきであろう。

5. 外国手続

a) 問題の焦点

このテーマについて最後に、外国で開始された倒産手続は、倒産当事者が手続開始前に有効に締結した仲裁合意にいかなる影響を及ぼすのかが、検討されなくてはならない。この問題は、明らかに常に一定の法秩序のみを考慮して解答される。したがって、内国での権利行使への外国破産の影響が議論されている。その際に、内国において既に係属している仲裁手続への外国破産の効力は、なお除外されている⁵⁰⁾。むしろ外国で既に倒産手続が開始された後に、内国において「新たに」仲裁手続を開始することが許容されるかどうか、問題となっている。

その際に、外国倒産管財人が——外国倒産法規が同じく仲裁合意の拘束力を承認するという要件の下で——この者によって財団のために要求されている権利を実現するために、内国において仲裁原告として登場し、ZPO1044条に叙述された仲裁手続開始申立てをなしうるということは、いずれにせよ明白である。この権限は、〔EUの〕域内市場の事例においては、明白にヨーロッパ倒産規則（以下「EuInsVO」とする。）18条から引き出される。

かくして、すなわち債権者が、外国におけるその財産について外国で倒産手続が開始された債務者に対する債権を実現するために、内国において仲裁手続を開始しようとしている唯一の事例状況が、検討を要するものとして示されるにすぎない。この事例群の解決にとって問題なのは、倒産手続が、デンマーク

50) 後記IV. 2., 3。

を除くヨーロッパ連合の加盟国⁵¹⁾において開始されたか、あるいは第三国において開始されたかどうかである。ヨーロッパ内での問題は、EuInsVO にもとづいて解決されなければならないが、これに対して第三国の事例については、(自律的な) ドイツの国内倒産法が問題となる。

b) ヨーロッパ内の事例

aa) EuInsVO4条2項f号の規定——執行措置の不許用。債務者に対する執行措置を許用しないことと判決手続を停止することは、倒産手続の典型的な効力に数え上げられる。競合する債権者への財団財産の分配のための集団的手続は、そもそも個別執行にもとづいた財団に対しての競争がストップするときにはじめて貫徹されうるにすぎない。しかし、例外を度外視すれば、判決手続は財団への強制執行に対する必然的な第一歩である。

こうした背景の下で、EuInsVO が、内国における判決手続の許容性への外国での手続開始の影響を EuInsVO4条において明示的には示してはいないということは、驚きである。EuInsVO4条2項f号の中で、いずれにせよ「係属中の法的争訟」への効力という例外の下ではあるが、手続開始国の法が、特に「どのように倒産手続の開始が個々の債権者の権利行使措置に作用するか」を規律しているとは少なくとも述べている。それによって、破産地法 (lex concursus) が既に係属している法的争訟について適用されないことはたしかではあるが、このことについてはさらに詳しく触れられなくてはならない⁵²⁾。ここでは、しかし、新たな判決手続の開始が問題となっている事例における当該法規の反対の問題に関心がある。EuInsVO4条2項f号についての学説においては、権利行使措置の下では強制執行のみが理解されなくてはならないと広く論じられている⁵³⁾。

51) Erwägungsgrund Nr. 33 der Verordnung 1346/2000 EG vom 29.5.2000, ABl. EG Nr. L - 160, 1, 4 参照。

52) 後記IV. 2。

53) MünchKomm-InsO-Reinhard, 2. Aufl. (2008), Art. 4 Rn. 27, 29; Kemper in

bb) 内国における判決手続の不許用。しかし、そこから判決手続が許容されることが破産地法以外の法規により判断されなくてはならないという推論は引き出されてはならない。EuInsVO4条, 同17条, 同18条という規律の関連から, すなわち内国における判決手続の許容性は——既に係属している訴訟についての例外を度外視すれば——外国の破産地法によって判断されなくてはならないということが明らかに引き出される。EuInsVO17条1項によれば, 他の各加盟国における倒産手続の開始は, 「本規則が別段の定めをしない限り……, 手続開始国の法が手続に与えた効力」をもつ⁵⁴⁾。それに対して相補関係にあるのがEuInsVO4条1項という一般条項であり, それによれば手続が開始された加盟国の倒産法が, 手続開始の「効力」にとっては決定的である。EuInsVO4条2項の中に含まれている個別問題の詳細なカタログは, どの債権が倒産債権として届け出られ, どのように財団債権として取り扱われなければならないかについて (EuInsVO4条2項g号), 並びに債権の届出, 調査および確定について (EuInsVO4条2項h号) は倒産法規が決定的であるということを示している。もし倒産債権の債権者がそれを倒産法規の基準にもとづいて届け出, 確定させられるということを求められることなく, それらの債権を内国において破産地法の規定と手続を回避して判決手続の対象とし, この

Kübler/Prütting/Bork, Kommentar zur Insolvenzordnung, Stand 2009, Art. 4 EuInsVO Rn. 9; さらに, *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung, 2. Aufl. (2008), Art. 4 Rn. 28.

54) 外国倒産裁判所によって生じさせられた法律効果の効力の拡張には, MünchKomm-InsO-Reinhard (Fn. 53), Art. 17 Rn. 5 ff. によって疑念が提起されている; これに反対するのは, *Virgós/Schmit*, Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren, Ratsdokument 6500/1/96/REV 1, Rn. 153. しかし, 結論においては, EuInsVO4条以下が別段の定めをしていない限りにおいて, 同17条1項が外国倒産手続の効力を拡張するという結論への道を回避することは許されないのではないか。EuGHは, 内国における外国破産の効力を定めるために, EuInsVO4条, 同17条を同じく補足的に引用している; EuGH, Urt. v. 17. 03. 2005, Rs. C- 294/02 (*Kommission der Europäischen Gemeinschaften ./ AMI Semiconductor Belgium BVBA u.a.*), Slg. 2005-I, 2175, Rn. 69 を参照; 後記Ⅲ. 5. b) cc) 以下の注59) にて文言を引用している。

枠内で「確定」させるという選択肢が留保されるのであれば、この個別規定は無意味になるのではないだろうか。個々の債権者が、外国で倒産手続が開始されたにもかかわらず、内国において債務者に対する通常の出訴方法に訴えてよいのだとすれば、内国の二次的手続に関する諸規定もまた、合理的な意味はないのではないか。

EuInsVO4条2項f号が執行措置に限定されるのではなく、同じように手続開始後に開始された判決手続についても妥当するということに対する最後の疑念は、構成要件の英語版およびフランス語版によって除去されている。英語版では、破産地法は「他の債権者によって提起された訴訟への倒産手続の効果 (the effects of the insolvency proceedings on proceedings brought by other creditors)」にとって決定的であると述べられており、フランス語版においては、「倒産手続の効果は個別訴訟に影響を及ぼす (effets de la procédure d'insolvabilité sur les poursuites individuelles)」と述べている。両方の言語における規範の文言——「他の債権者によって提起された訴訟 (proceedings brought by other creditors)」と「個別訴訟 (poursuites individuelles)」——は、強制執行に制限することを認識させるのではなく、判決手続をともに含んでいるのではないか。まさに EuInsVO4条2項f号は、国際的な学説の中でも理解されなくてはならない⁵⁵⁾。

こうした考慮から、ここでの問題関心について、次のような結論が引き出される。すなわち、外国の破産地法が、倒産債権についての判決手続を阻止する InsO87条に相当する規律を含んでいる場合には、その財産について外国で手続が開始された債務者の債権者は、内国でこの債務者に対する判決手続を開始することを妨げられる。この外国での手続の開始の効力は、EuInsVO17条によって、内国にも拡張される。EC裁判所（以下「EuGH」とする。）が既に判断をしているように、内国の判決手続の阻止は、破産地法の基準による手続開

55) *Virgós/Garcimartín*, The European Insolvency Regulation: Law and Practice (2004), Nr. 121 (g).

始が効力をもつことによって既に生じており、EuInsVO40条が倒産管財人に義務づけているこの地に居住する債権者への通知によってはじめて生じるのではない⁵⁶⁾。

cc) 内国の仲裁手続の不許用。それゆえ、仲裁手続では事情は異なるのかどうかという問題を明らかにすることが残されているにすぎない。ZPO1043条の意味での仲裁地がドイツにある場合には、ZPO1025条1項により、仲裁手続はドイツ法に服する。この要件の下で、仲裁手続は国家裁判所での判決手続と同じように取り扱われなければならない。すなわち、破産地法が権利行使を倒産法の基準によってのみ許容している場合に、かつその限りにおいて、外国での倒産手続の開始の後に内国で倒産債権に関する仲裁手続を開始することは不適法である⁵⁷⁾。

この結論は EuGH の判決によって確認されているが、そこで EuGH は、EC 条約238条により当事者によって任命された、欧州委員会と第三者の間の争訟のための仲裁廷としての機能において活動をした⁵⁸⁾。欧州委員会は、被告会社のうちの2社がドイツとオーストリアのその所在地で既に倒産手続を開始された後に、ある契約にもとづいて保証された立替金の償還を求める訴えを提起した。EuGH は、この会社に対する欧州委員会の訴えを不適法であるとして却下し、理由づけのために EuInsVO4条2項 f 号を援用した。すなわち——

「大多数の加盟国の手続法によれば、債権者が倒産手続の対象であるこの者の債権を（倒産手続とは）別にある人物に向けて裁判上主張することができず、適用される手続の規律に従わなければならないということと、この規律が遵守されな

56) EuGH, Urt. v. 17. 3. 2005, Rs. C-294/02 (*Kommission der Europäischen Gemeinschaften ./ AMI Semiconductor Belgium BVBA u. a.*), Slg. 2005-I, 2175, Rn. 71.

57) 適切なのは, *Virgós/Garcimartín* (Fn. 55), Nr. 121 (g) である。すなわち, 「『手続 (Proceedings)』という言葉は, 仲裁手続を含む, 個々の債権者によって提起されたあらゆる種類の手続を包含するに十分なほどに広範である……」。

58) EuGH, Urt. v. 17.3.2005, Rs. C-294/02 (*Kommission der Europäischen Gemeinschaften ./ AMI Semiconductor Belgium BVBA u.a.*), Slg. 2005-I, 2175, Rn. 22, 40 ff.

い場合に訴えが不適法であることは、その限りにおいて明らかである。加盟国は、さらにその国家高権領域において開始された手続を相互に考慮することが義務づけられている。このことは規則1346/2000号から明らかであるが、同規則は第4条2項f号において、個々の債権者の権利行使措置への倒産手続の開始の効力は、手続開始国法、当該事例においてはオーストリア法およびドイツ法によって規律されるということを予定している。さらに、われわれは本規則第16条および同第17条により、ある加盟国における倒産手続の開始をその他全ての加盟国において承認し、そこに手続開始国の法が手続に付与した効力を拡張している⁵⁹⁾。

c) ドイツ内国法 (Autonomes deutsches Recht)

ドイツの国際倒産法によれば、法状態は原則的に同一である。ヨーロッパ倒産法とドイツの国際倒産法の間の主要な差異は、承認の要件に関係し、これに対して承認の効力には関係していない。EuInsVO17条が加盟国に公序違反が存在しない場合 (EuInsVO26条) にはただちに承認を義務づけているのに対して、InsO343条1項は、第三国において開始された手続の承認を公序の確保にではなく、—— 統一的な管轄秩序が欠けていることに鑑みると完全に一貫して —— 付加的に外国倒産裁判所がドイツ法によれば国際管轄権を有するというに依拠させている。この要件もまた存在する場合には、しかし手続が「承認されなければならない」、すなわち、倒産手続開始国と同様の効力を内国において有する。外国倒産手続が、したがって倒産手続外での債務者に対する権利行使を InsO87条に比較可能なやり方で排除する限りにおいて、これによれば内国裁判所での倒産債務者に対する給付の訴えは不適法である。ヨーロッパ倒産法原則もまた、§ 3.3において、倒産開始後には債務者に対する請求は、§ 10において予定された手続においてのみ、想定されうるということを予定している。注釈では、係属する訴訟が中断されるのが基本的であり、その

59) EuGH, Urt. v. 17.3.2005, Rs. C-294/02 (*Kommission der Europäischen Gemeinschaften ./ AMI Semiconductor Belgium BVBA u. a.*), Slg. 2005-I, 2175, Rn. 69.

結果、倒産債務者に対する訴えは例外的にのみ適法であるにすぎないと述べられている。仲裁手続への言及はない⁶⁰⁾。

EuInsVO17条1項とは異なり、InsO343条1項1文は簡潔に規定をしている。すなわち、「外国倒産手続開始の効果は、承認される」。手続は、「手続開始国の法が手続に付与した効力を有する」という命題は、InsOの中には見出されない。そこからInsO343条1項は効力の拡張を命じておらず、その結果、倒産開始の波及効は承認によっては捕捉されないということが帰結されるかもしれない⁶¹⁾。効力拡張に対する別の選択肢は、いずれにせよ対応する内国の法的行為と外国の法的行為とを等置することである⁶²⁾。したがって手続開始後に判決手続を阻止することが外国倒産法規にもとづいて生じないのであれば、それはいずれにせよ、まさにこれを命じているInsO87条の適用にもとづいて生じるのではないか、という。内国倒産手続と外国倒産手続とを等置するという仮説の下でさえ、それゆえ何一つ結論は異なるところはない。すなわち、債務者に対して新たな手続を開始することは、〔倒産〕手続の開始によって不適法となる。

ただ念のために、この箇所では、以下で詳細に検討されなくてはならないZPO352条1項の規定によれば、外国における倒産の開始によって、既に内国において係属している法的争訟が中断されるということが指摘される⁶³⁾。最後に、債務者は倒産手続の開始によって、たいていは、すなわちほとんどの国の倒産法によれば、訴訟追行権を喪失するが、これに対して倒産管財人は、既に係属している法的争訟をさらに続行するかどうかについて決断しなければならない。しかし、そこから必然的に次のことが引き出される。すなわち、――

60) *McBryde/Flessner/Kortmann* (Fn. 6), S. 38.

61) 明らかにこう述べているのは、*MünchKomm-InsO-Reinhard* (Fn. 53), § 343 Rn. 37, Art. 17 EuInsVO Rn. 7であり、それは*Adolphsen in Bork* (Fn. 40), Kap. 20 Rn. 110を援用するが、著者はそこでいずれにせよ伝統的な判決の効力を挙げているにすぎない。

62) とりわけ*Schack*, *Internationales Zivilprozessrecht*, 4. Aufl. (2006), Rn. 791 ff.

63) 詳細は、後記IV. 3。

ドイツの理解によれば——当事者の交代を可能ならしめるために係属訴訟が中断されるときには、手続開始後に初めて開始された訴訟ははじめから不適法である⁶⁴⁾。

InsO352条についての学説が、そもそも仲裁手続を問題にする限りにおいて、仲裁手続法（ZPO1025条以下）は仲裁手続への倒産開始の影響を規律していないので、この規定はこれについては妥当しないという理解が主張されている⁶⁵⁾。このことはたしかに正しいのだが、InsO343条、同352条の適用領域の明確化のためには何一つ貢献をなしえない。決定的な問題は、むしろ次のとおりである。すなわち、たしかにドイツの国家裁判所での法的争訟の試みは不適法になるかもしれないが、しかしドイツに仲裁地のある仲裁廷での仲裁の訴えは不適法にならないという結論によって、内国仲裁手続はInsO343条の承認の効力からは排除されなくてはならないのか？問題を提起するということは、それを否定するということである。すなわち、倒産手続の開始の効力の点では、内国仲裁手続について、国家の裁判所手続と何も異なる点はない。仲裁廷を選択することによって、当事者はその法的争訟を国家の裁判権から除外することはできるが、しかし倒産法の効力を排除することはできない。連邦通常裁判所（以下「BGH」とする。）が、最近の裁判の中で述べたように、債権者平等の原則と、そこから引き出される InsO87条の規律にもとづく個別的権利行使の禁止は、ドイツの公序に数えられさえする⁶⁶⁾。公序がドイツに仲裁地のある仲裁廷についても考慮されなくてはならないということは、しかし ZPO1059条2項2b号を考慮すれば何らの疑いもない。

かくて、結論においては外国で債務者の財産について倒産手続が開始されるとすぐに、この手続が InsO343条1項により承認されなくてはならない限りにおいて、内国での新たな仲裁手続の開始は不適法となる。

64) 結論において、MünchKomm-InsO-Reinhard (Fn. 53), § 352 Rn. 7.

65) MünchKomm-InsO-Reinhard (Fn. 53), § 352 Rn. 15 f.; Stephan in Heidelberger Kommentar zur InsO, 5. Aufl. (2008), § 352 Rn. 7.

66) BGHZ 179, 304, 310 f. Rn. 22.

Ⅳ. 係属訴訟への倒産開始の影響

1. 国内の事例

ドイツの裁判所で訴訟が係属している間に内国で債務者財産に関する倒産手続が開始された場合には、ZPO240条1文により訴訟は中断される。中断は、法的争訟が「倒産手続に適用される規定によって受継され又は倒産手続の解止ある」まで継続する。この規律は、倒産管財人が訴訟の受継について判断することを可能ならしめることに奉仕する⁶⁷⁾。InsO85条以下によれば、管財人は、債務者によって開始された積極訴訟、並びにそれについて財団が責任を負った権利をめぐる債務者に対する消極訴訟を受継するか、しないかの選択を迫られている。管財人が積極訴訟の受継を拒絶する場合には、当該訴訟はいぜん本来の当事者の下で追行されうる (InsO85条2項)。管財人が取戻権もしくは別除権に関する又は財団債権をめぐる消極訴訟を受継しないとしても、その訴訟はそれにもかかわらず債権者によって管財人に対してさらに追行されうる。倒産債権は、結局、InsO87条^(訳注2)により手続開始後はそもそも財団に対して主張されえない。倒産債権者は、倒産債権者表への届出と——異議が述べられた場合には——倒産債権確定訴訟を求められている⁶⁸⁾。倒産債権者は、そのためにはそれに対応した自己の申立てをしなければならず (InsO180条2項)、そのことについてはZPO240条1文が機会を与えている⁶⁹⁾。

完全な通説によると、ZPO240条は仲裁手続には適用されえない。倒産手続の開始は、仲裁手続を中断しないとされる⁷⁰⁾。いずれにせよ仲裁廷は、その

67) Stein/Jonas-Roth, ZPO, 22. Aufl. (2005), § 240 Rn. 1.

(訳注2) 原文ではZPO87条〔代理の解消の規定〕となっているが、InsO87条の誤りと思われる。

68) 詳細は、前記Ⅲ. 3。

69) Stein/Jonas-Roth (Fn. 67), § 240 Rn. 1.

70) RGZ 62, 24 f.; BGH, KTS 1966, 246 = WM 1967, 56; OLG Dresden, SchiedsVZ 2005, 159, 160; OLG Hamm, IPRax 1985, 218; Zöller-Greger (Fn. 18), Vor § 239 Rn. 8; Zöller-Geimer (Fn. 18), §1042 Rn. 48; MünchKomm-ZPO-Gehrlein, 3. Aufl. (2008), Vor § 239 Rn. 10; Musielak-Voit (Fn. 12), § 1042 Rn. 15; Heidbrink/von der

手続裁量の枠内において (ZPO1042条 4 項 1 文), 倒産管財人に法的審尋を保障することを義務づけられる (ZPO1041条 1 項 2 文), という⁷¹⁾。

ZPO240条が, 国家裁判所での手続を対象とした総則規定を含んだ ZPO 第 1 編にあり, 仲裁人による手続を取扱った ZPO 第10編にはない限りにおいて, この立場に賛成すべきである。ZPO1025条以下を除いたそれ以外のドイツ民事訴訟法の全ての諸規範と同様に, ZPO240条は, それゆえ疑う余地なく仲裁手続に直接的に適用することはできない。しかし, この——根本において些細な——事実が, 重要問題を偽ってはならない。重要問題は, 簡潔に言えば, 倒産手続が債務者財産の管理処分権の変更を惹起し, これに訴訟上の訴訟追行権限の交代が対応しているという点にある。訴訟が開始されたところの債務者は, もはや訴訟追行権限を有してはいないため, 裁判所は, 今や訴訟追行権限を有している当事者——倒産管財人——が訴訟の見込みを調査することができるよう「休止をし」なければならない。同様のことは倒産債権にもとづく消極訴訟の場合にも妥当し, その時に, ここで債権者は調査期間および考慮の期間が必要である。この事態に即した観点は, 法的争訟が国家裁判所ではなく, 仲裁廷で実施される場合に, 価値を失うことはない。通説の支持者が, 仲裁廷は倒産管財人に法的審尋を保障しなければならないということに固執するとき, このことを黙示的に認めている。

しかし, 法的審尋によっては事は片付かない。ドイツ大審院 (以下「RG」とする。) は, 「仲裁人の手続の場合」には, 中断によって影響されうるかもし

Groeben, ZIP 2006, 265, 269; Jaeger-Henckel, KO, 9. Aufl. (1997), § 10 Rn. 36; Uhlenbruck (Fn. 37), § 85 Rn. 27; Eberl, InVo 2002, 393; Jestaedt (Fn. 12), S. 21 ff., 44 f.; Raeschke-Kessler/Berger, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 4. Aufl. (2007), Rn. 689; Flöther, Auswirkungen des inländischen Insolvenzverfahrens auf Schiedsverfahren und Schiedsabrede (2001), S. 12 ff.; Flöther, DZWIR 2001, 89, 92; Ehricke, ZIP 2006, 1847, 1850; Stein/Jonas-Roth (Rn. 67), Vor § 239 Rn. 4; Stein/Jonas-Schlosser (Rn. 12), § 1029 Rn. 35; Schwab/Walter (Fn. 17), Kap. 16 Rn. 49; 異説はおそらく Lenzen, NZBau 2003, 428, 430 のみ。

71) Stein/Jonas-Schlosser (Rn. 12), § 1029 Rn. 35; Heidbrink/von der Groeben, ZIP 2006, 265, 269; 詳細は, Jestaedt (Fn. 12), S. 36 ff.

れない「期間と訴訟行為」は存在しないという理解であった⁷²⁾。この命題は、ZPO249条を念頭に置いたものであり、同条は中断の場合において期間の進行は停止し（ZPO249条1項）かつ相手方の訴訟行為は効力を有しないと宣言している（ZPO249条2項）。1905年のRGの裁判の時点でたぶんそうだったのとは異なり、今日の仲裁実務については、それが訴訟行為に関する期間と規律を知らないということは、もはや言うことはできない。ZPOの仲裁手続法の制定規定は、たしかに期間の合意を考慮しているが、実務上広く行われている制度仲裁規定は、徹底してその懈怠には仲裁廷によってサンクションの課される期間を定めている⁷³⁾。さらに、期間の設定は仲裁廷の権限であり、またZPO1042条4項1文によって認められた裁量に属している。ZPO1046条1項1文が、原告は「当事者により〔機関仲裁を指示することによって〕合意され又は仲裁廷により定められた期間」中にその請求を主張し、被告はこれに対して態度決定をしなければならないと述べているとき、両方の可能性を明示的に指している。原告がそのような期間を懈怠する場合には、仲裁廷はZPO1048条によって手続を終了することができ、被告が懈怠する場合には、手続を続行することができる。最後に、ZPO1048条3項は、口頭弁論のための期日における懈怠を取り扱っている。

要するに、仲裁は今日この種の部分領域において著しく法化され、仲裁手続は、倒産管財人が、国家裁判所での手続におけると同様に、ZPO240条の中断効による保護を必要としているということを定式化している。この必要性を考慮するためのもっとも明確かつ確実な方法は、仲裁手続の枠内においてZPO240条を類推適用することである⁷⁴⁾。

72) RGZ 62, 24, 25.

73) 例えば、ドイツ仲裁協会（DIS）の仲裁規則30条との結びつきにおける同9条、同12条、同31条；国際商業会議所（ICC）仲裁規則8条および期間の計算についての同3条を参照。

74) 異説は、Flöther, DZWIR 2001, 89, 92であるが、しかしまとめると回りくどいがZPO240条の適用に匹敵する代替手段を立てている。

仲裁廷での倒産債権確定手続については特に、この結論は、さらに BGH がある最近の裁判の中で、その侵害が ZPO1059条 2 項2b 号による仲裁請求の取消という結果になる公序に InsO87条の規定を数えることによって、さらに強化された⁷⁵⁾。第3民事部にとって、全ての倒産債権者の平等的かつ集団的な満足は、「倒産法の核心」に属する⁷⁶⁾。ZPO240条は仲裁手続においては適用されえず、それは公序には属しないという異議を、法廷は、仲裁手続もまた「債権の届出がなされ、倒産法式の調査手続が実施される機会が存在するまで、続行されてはならない」という論拠で排斥した⁷⁷⁾。実際には BGH は、このことによって仲裁手続における ZPO240条の準用を認めたのである。ただこのことが明言されていないだけである。

2. 域内市場の事例

ヨーロッパ倒産法に関しては、内国に係属する法的争訟への外国倒産手続の影響がまさに明白に規律されているが、それはすなわち EuInsVO4条 2 項 f 号^(訳注3)、同15条においてである。

EuInsVO4条 2 項 f 号は牴触規範 (Kollisionsnorm) であり⁷⁸⁾、一つの原則と一つの例外から成り立っている。この原則は、「倒産手続の開始が個々の債権者の権利行使措置にいかなる影響を及ぼすのか」という問題は、破産地法によって、したがって開始国の倒産法によって支配されるということを述べている。このことはいずれにせよ、倒産法規の適用領域から明示的に除外された係属中の法的争訟については妥当しない。EuInsVO4条 2 項 f 号の本質的な関心事は、財団に対する執行行為の有効性を統一的なその都度適用されうる倒産法

75) BGHZ 179, 304, 310 f., Rn. 22.

76) BGHZ 179, 304, 311, Rn. 23.

77) BGHZ 179, 304, 312 Rn. 28; これには Jaeger-Windel, InsO (2007), § 85 Rn. 68 についての指摘がある; MünchKomm-InsO-Schumacher, 2. Aufl. (2007), Vor § 85 Rn. 53.

(訳注3) 原文では、EuInsVO4条 f 号となっているが、誤りと思われる。

78) MünchKomm-BGB-Kindler, 4. Aufl. (2006), IntInsR Rn. 414, 1145.

に服させる点にある⁷⁹⁾。ある別な国で執られた執行措置は、財団に対して、手続開始地で適用される倒産法の基準によってのみ作用する。

EuInsVO4条2項f号の例外は、係属する法的争訟への倒産開始の効力を定める必要があり、いかなる法秩序がその代わりに適用を見出すかを未解決のままにしておくならば、破産地法は適用されえないということのみを述べているにすぎない。この欠缺へ突き当たるのがEuInsVO15条である。財団の対象又は権利について係属している法的争訟への倒産手続の効力に関しては、したがって「法的争訟が係属している加盟国の法が排他的に適用される」。内国において追行されている法的争訟への外国での手続開始の影響は、かくて法廷地法、つまり内国法によって判断される⁸⁰⁾。法的争訟がドイツで追行されているのであれば、したがって、その限りでドイツ民事訴訟法が適用可能である。その結果、ドイツの裁判所に係属している法的争訟は、ヨーロッパの他の国での倒産手続の開始によって、ZPO240条1文により中断される⁸¹⁾。さらに、誰に財団についての処分権が帰属し、かくて法的争訟の受継についての裁判をするための権限が帰属するのかが、外国倒産法によって判断されなくてはならない⁸²⁾。

全く一致した見解によれば、EuInsVO4条2項f号、同15条の意味における法的争訟には、国家裁判所での訴訟のほかに、仲裁手続も数えられなくてはならない⁸³⁾。仲裁手続係属中に一方当事者の財産につき倒産手続が開始された場合には、仲裁手続へのこの措置の効力は、かくて破産地法ではなく、手続地法 (lex fori processus) によって決定される。その点において国際的に広く広まった属地主義にしたがうドイツ法の観点からは、仲裁地がドイツにある場合

79) MünchKomm-InsO-Reinhard (Fn. 53), Art. 4 EuInsVO Rn. 27; Virgós/Garcimartín (Fn. 55), Nr. 254.

80) MünchKomm-InsO-Reinhard (Fn. 53), Art. 15 EuInsVO Rn. 3; Virgós/Garcimartín (Fn. 55), Nr. 255.

81) この規律の前史と適切性につき, BGH, IPRax 1999, 42, 43 ff.

82) MünchKomm-InsO-Reinhard (Fn. 53), Art. 15 EuInsVO Rn. 13.

83) MünchKomm-InsO-Reinhard (Fn. 53), Art. 15 EuInsVO Rn. 4.

には、内国仲裁が問題となっている（ZPO1025条1項，同1043条1項）。この要件が満たされるのであれば、仲裁廷の開催地と当事者との口頭弁論のための任意の場所が利用されうる。

EuInsVO15条にもとづいて、内国仲裁手続が外国での倒産手続の開始の結果として中断されるか、さらに進められなければならないかどうかという問題は、内国の、場合によってはしたがってドイツの仲裁手続法にもとづいて決定されなければならないということが確実とみなされている。これに対して、内国法が倒産手続と仲裁手続が交錯する一連の問題についても管轄を持つかどうかは明確ではない。このことは、例えば訴訟物の客観的仲裁適格の判断および仲裁合意に対する倒産管財人の拘束について妥当する。学説上は、この点では手続地法ではなく、破産地法が管轄権を有するとの見解が主張されている⁸⁴⁾。手続地法によるとする EuInsVO15条の定めが、破産地法に対して、入念な限定と識別を必要としているということは、たしかに正しい。特に、誰に財団に関する管理処分権が帰属するのかという問題は、外国倒産法によって判断されなければならない、内国訴訟法によるべきではないということは明白である。他方で、EuInsVO15条の評価が紛れ込んでではなく、かつ内国仲裁手続は事実上やはり再び外国倒産法規の下に服するということが、考慮されなくてはならない。殊に、手続開始後の訴訟物の仲裁適格は破産地法にもとづいて判断をされなくてはならないが、これに対して、仲裁手続の開始に際しては、ドイツ仲裁法によっても、UNCITRAL 模範法によっても、またニューヨーク条約の基準によっても、仲裁手続法規、したがって仲裁廷の所在地の法のみが問題とされるべきだとしたのは説得的ではない⁸⁵⁾。それでは本来的には適法かつ合法的な仲裁手続が、他の国での手続開始によって不適法になってしまうかもしれない！ EuInsVO15条の基本命題—— 法的争訟への倒産開始の効果は、手続地法に従う —— に関しては、したがって実際的にはいかなる余地も残されてはい

84) MünchKomm-InsO-Reinhard (Fn. 53), Art. 15 EuInsVO Rn. 4.

85) Schwab/Walter (Fn. 17), Kap. 44 Rn. 1 参照。

ない。

倒産法規の外国での管轄規範を、EuInsVO15条を回避して、内国の仲裁手続に適用し、こうしたやり方で仲裁廷には本来付与されていた管轄権を再び与えるということはますます考慮されない。しかし、スイス連邦裁判所(以下「BG」とする。)がヴィヴェンディ(Vivendi)についての最近の裁判の中で、それがポーランド倒産法において実現されている、仲裁合意は倒産手続の開始により無効となるという規律ルールを当事者能力という範疇を通じた迂回をしてスイスの仲裁手続における有効性を作り出した場合に、まさにそのようになる⁸⁶⁾。

基礎となっている事件においては、まず ICC の仲裁手続が仲裁地ジュネーヴでポーランドの会社に対して開始された後に、ワルシャワの破産裁判所が、この会社の財産についての倒産手続を開始した。ポーランドの破産・再生法(以下「pKSG」とする。)142条^(訳注4)という関連規定は、手続の開始によって債務者によって締結された全ての仲裁合意は無効となり、係属している仲裁手続は停止されると規定している⁸⁷⁾。これに対応したポーランドの法学教授の鑑定意見を援用して、BG は、債務者は「破産の開始によって仲裁手続に当事者として関与する能力を喪失した」という結論に至った。さらに BG は裁判の中で次のように述べている。すなわち、「その限りにおいて当事者能力の特殊な局面を規律している pKSG142条によれば、ポーランドの破産者は、したがって係属する手続における主観的な仲裁適格を剥奪される」。

BG の権威を認めるべきは当然としても、この判断に追随してはならない。BG は、ここで、その次には喪失させ、仲裁手続からその基礎を奪うために、

86) BG, 31. 03. 2009, 4A_428/2008 (*Vivendi SA et al. ./ Deutsche Telekom AG et al.*), unter 3.3.

(訳注4) 原文は172条となっているが、142条の誤りと思われる。

87) BG によって引用された英訳では、ポーランド破産・再生法142条の文言は、以下のとおりである:「Any arbitration clause concluded by the bankrupt shall lose its legal effect as at the date bankruptcy is declared and any pending arbitration proceedings shall be discontinued (破産者によって締結されたいかなる仲裁条項も破産宣告がなされた日に効力を失い、係属している仲裁は停止される).」

アド・ホックに「仲裁手続当事者適格 (Schiedsverfahrensparteifähigkeit)」というこれまで知られていなかった範疇を発明した。しかし、實際上問題となっているのは当事者能力ではなく、ポーランドの破産地法の適用領域とポーランドの倒産管轄権の範囲にすぎない。ポーランド法は明らかに、法定管轄を、逸脱した仲裁手続に対しても貫徹し、引き続き既に開始された仲裁手続を停止することすら考えている。ポーランドの破産法によって要求された包括的な管轄の規律を承認することをスイスの国際倒産法が命じているかどうかは、ここでは確定しておく必要はあるまい。いずれにせよ、EuInsVO15条が、この種の外国に係属している法的争訟にまで破産法規の影響を及ぼすことに反していることはたしかと思われる。並行手続の中で同じ問題について判断をしたイギリスの裁判所は、このことを全く正当に確認し、イギリスにおいてポーランドの当事者に対して開始された仲裁手続を続行することを後続する倒産にもかかわらず許容した⁸⁸⁾。EuInsVOの下では、次の点にとどまっている。すなわち、内国に係属している法的争訟への手続開始の効力にとっては、手続地法が決定的である⁸⁹⁾。この立法的な裁判は、「仲裁手続当事者能力」という〔法律〕構成を介して紛れ込んではならない。

3. 第三国の事例

倒産手続が第三国で開始された場合には、とりわけ検討理由 (Erwägungsgrund) の14号から引き出されるように EuInsVO は適用されな

88) *Syska v. Vivendi Universal SA*, 2008 WL 4125375 (QB, Comm Ct. 2008) = [2009] Bus. L.R. 367 ; これは *Syska v. Vivendi Universal SA*, 2009 WL 1949460 = [2009] EWCA Civ. 677 = 159 N.L.J. 1033 (CA 2009) で確認されている。

89) 適切なのは、*Virgós/Garcimartín* (Fn. 55), Nr. 257。すなわち、「倒産法の規律は、国際的な局面では吸引主義 (*vis attractiva*) が承認されえないということを基礎に置いており、たとえ法廷地の国内法 (*lex fori processus*) が債務者に関わる全ての訴訟の管轄を倒産裁判所へ集中していたとしても (*vis attractiva concursus*)、倒産手続開始の決定に係属する訴訟を処理している裁判所の管轄権に影響を及ぼすことはない」という。

い⁹⁰⁾。したがって、EuInsVO15条は、外国仲裁手続と内国の仲裁手続の間の関係の秩序が問題となっているときには適用されない。その代わりに、ドイツ国際倒産法が援用されなければならない、それは InsO335条以下において成文化されている。その点では InsO352条が関係しており、同条は、その1項1文において次のように規定している。すなわち「外国倒産手続の開始によって、開始の時点で係属している倒産財団に関する法的争訟は、中断される」。InsO352条1項2文によれば、中断は、法的争訟が手続開始国法によればこれを続行する権限を有する一方の当事者によって受継され、又は倒産手続が終了するまで持続する。

紛れもなく、InsO352条1項の規定で問題となっているのは、牴触規範 (Kollisionsnormen) ではなく、実質規範 (Sachnormen) である⁹¹⁾。その規定は、破産地法と手続地法との間の牴触を規律しているのではなく、内国裁判所がどのような態度を取らなければならないのかを直接に規定しているのである。その際に、實際上、内国の法的争訟への内国倒産手続の影響を規律している ZPO240条の規定が受け入れられている。InsO352条1項が、外国倒産手続は内国のそれと同じように取り扱われなくてはならないということを命ずることによって、たとえ別な法技術的な手段によっても、EuInsVO15条の下でも達せられるのと同じ結論が達成されている。

前述のごとく、ZPO240条は、通説によれば仲裁手続には適用されない⁹²⁾。それゆえ、内国での倒産手続の開始が自動的に内国仲裁手続の中断という結果になるわけではない。したがって、InsO352条の下で同じような判断がなされるべきであろうし、この規範は、外国での倒産手続の開始が内国の仲裁手続を

90) 検討理由の14号は、次のように言う。すなわち、「本規則は、債務者の主たる利益の中心点が EC 中にある手続についてのみ適用される」。第三国に対する関係での規則の客観的適用領域という——複雑な——問題についての詳細は、MünchKomm-InsO-Reinhard (Fn. 53), Art. 1 EuInsVO Rn. 15. ff.

91) MünchKomm-InsO-Reinhard (Fn. 53), § 352 Rn. 1; MünchKomm-BGB-Kindler (Fn. 78), IntInsR Rn. 1144.

92) 前記IV.1 参照。

自動的に中断するという意味において、仲裁手続に拡張されるべきではなかろう⁹³⁾。通説によれば、仲裁廷にはここでも、適切な手続形成を選択する裁量がそれに沿って認められている。その際に、当然、倒産した当事者ないし倒産管財人又は破産地法によれば債務者に属する財産についての管理処分権が移転される機関に、法的審尋を保障することが考慮されなくてはならないことは自明のことである⁹⁴⁾。しかし、上述のごとく、ZPO240条を類推適用するというのであれば、ここでもまた全く同じことが妥当する。まさに内国で倒産手続が開始された場合と同様に、外国で倒産手続が開始された場合にも、既に係属している法的争訟が国家裁判で実施されているか又は仲裁廷で実施されているかどうかによって規律の問題が異なるところはない。ZPO240条の場合とは異なって、InsO352条1項の適用領域は地方裁判所の手続に限定されない。「法的争訟」の概念は、気兼ねなく、仲裁手続をInsO352条1項の下に包摂することを許容している。

V. 仲裁手続終了後の倒産開始

債務者がその債務者に対して自己に有利な仲裁判断を獲得した後に倒産手続が開始された場合には、債権の実現をさらに進めることは、InsO80条1項によって倒産管財人に義務づけられる。場合によってZPO1060条以下による執行許可手続を開始し、それから財団債務者に対して執行措置を申し立てることは、この者に帰属する。

したがって倒産手続の開始前に債務者にとって消極的な結果に終わった、したがって債務者が仲裁判断においてある給付を命じられた場合に、受動的な側面〔＝債務者が被告側に立つ局面〕については、事柄はより困難である。もちろんこの場合にも、InsO80条による倒産管財人への財団に関する管理処分権

93) MünchKomm-InsO-Reinhard (Fn. 53), § 352 Rn. 16.

94) MünchKomm-InsO-Reinhard (Fn. 53), § 352 Rn. 16.

の移転が考慮されなくてはならない。債権者は、これに対応して、仲裁判断の執行宣言（ZPO1060条2項1文）の申立てを、管財人に対して向ける。

債務者の財産について倒産手続が開始される前に、なお債権者から ZPO1060条以下による執行許可手続が提起されているか又は仲裁判断が債務者によって ZPO1059条により攻撃されている場合には、新たに ZPO240条の中断効が問題になる。仲裁判断取消手続の場合も、執行許可手続の場合も、国家裁判所の手続が問題となっているのであるから、なぜ ZPO240条の適用可能性がそもそも疑問視されるのかは、全くよく分からない⁹⁵⁾。倒産手続の開始に伴って、訴訟追行権は倒産管財人に移転し、したがって ZPO1059条、同1060条による係属手続との関係においても全く自明であるとしても、その結果、まさに ZPO240条が規律しようとしている状況にある。それゆえ、ZPO240条の適用可能性については BGH とともに肯定しなければならず⁹⁶⁾、すなわち口頭弁論が功を奏したか（ZPO1063条2項）又は管轄権を有する高等裁判所が ZPO1063条1項により相手方を審尋しただけかどうかには関係なく肯定される⁹⁷⁾。

債務者が倒産手続の開始前に仲裁廷によってある給付を命じられ、その後に倒産手続が開始されたのであれば、問題となっているのは倒産債権である。仲裁判断にもとづく債務者財産への強制執行は、それゆえ InsO87条により不合法である。むしろ債権者はその債権を倒産債権者表に届け出ることを求められている。この責務は、仲裁判断がなされたことによっても債権者から免除されてはいない。誰も債権に異議を述べなければ、債権者表に記載がなされる。管財人又は債権者が異議を述べた場合には、これにとってさらなる手続が問題となる。すなわち、通常の場合には、InsO179条1項により、債権者には債権者表に対する債権の確定を訴求することが義務づけられている。しかし、「確定

95) ZPO 240条の適用可能性は、Eberl, InVO 2002, 393, 394 によって否定されている。Schwab/Walter (Fn. 17), Kap. 16 Rn. 49 もまた制限的である。

96) BGH, KTS 1966, 246, 247; OLG Dresden, SchiedsVZ 2005, 159, 160.

97) Heidbrink/von der Groeben, ZIP 2006, 265, 271; 異説は、Schwab/Walter (Fn. 17), Kap. 16 Rn. 49; Eberl, InVO 2002, 393, 394.

した債務名義又は終局判決が存在する」債権については、InsO179条2項が起訴責任を転換しており、その結果、管財人又は異議を述べた債権者が異議に理由があることの確定を求めて訴えを提起しなくてはならない。仲裁判断が既にそれ自体としてInsO179条2項の要件を満たしているか⁹⁸⁾、あるいは執行宣言の付与を必要としているか⁹⁹⁾については、争いがある。執行力を有しない終局判決もまた起訴責任を転換されているということはたしかである。けだし、そうでなければInsO179条2項の2選号は全く適用領域を持たないことになってしまうからである¹⁰⁰⁾。ZPO1055条が、これに加えて仲裁判断それ自体を——執行宣言の付与されていない仲裁判断を——確定した裁判所の判決と同置する場合には、本来的には、仲裁判断それ自体はInsO179条2項2選号でカバーされ、その結果、管財人ないし異議債権者に起訴責任が分配されるということしか意味していない¹⁰¹⁾。学説上反対説に有利な論拠は、そのために「〔国家の〕高権的な確定」¹⁰²⁾が必要であるというものであるが、それはInsO179条の規範のテキストの中には何らの根拠も存在しない。BGHは、ある最近の裁判の中で、InsO178条3項によれば債権者表への確定が既に債務名義を意味しているので、執行可能な名義は作り出されえないにもかかわらず、倒産債権者のイニシアティヴによって執行許可手続を実施することを許容した¹⁰³⁾。BGHの見解によれば、仲裁判断を獲得している仲裁債権者は、「執行許可手続に対するその他の法的に承認された利益」を有している¹⁰⁴⁾。どこに

98) こう述べるのは、*Heidbrink/von der Groeben*, ZIP 2006, 265, 270; *Jestaedt* (Fn. 12), S. 111.

99) *MünchKomm-InsO-Schumacher* (Fn. 37), § 179 Rn. 24; *Pape* in *Kübler/Prütting/Bork*, InsO (Stand 2009), § 179 Rn. 15; *Uhlenbruck* (Fn. 37), § 179 Rn. 14.

100) BGH LM Nr. 1 zu § 146 KO.

101) *Heidbrink/von der Groeben*, ZIP 2006, 265, 270; *Jestaedt* (Fn. 12), S. 111 もこう述べる。

102) *MünchKomm-InsO-Schumacher* (Fn. 37), § 179 Rn. 24.

103) BGHZ 179, 304, 309 f. Rn. 18.

104) BGHZ 179, 304, 309 f. Rn. 18 で、BGH, NJW-RR 2006, 995, 996 = *SchiedsVZ* 2006, 278 Rn. 10 f. についての指摘がある; 最後に挙げた判決に対して批判的なのは、*Wagner* in *Wagner/Schlosser*, *die Vollstreckung von Schiedssprüchen* (2007),

この利益が存在するとされるのかについて、第3民事部は残念ながら何も述べてはいない。それは本来的には、InsO179条2項の法律効果を惹起するという点にのみ存しうる。もしそうであるとするならば、ZPO1055条の規律には、しかしほとんど何も残されてはいない¹⁰⁵⁾。

VI. 仲裁人契約と倒産

1. 仲裁人契約

仲裁人契約は、一方で両当事者と他方で仲裁人との間で締結される契約であり、これにもとづいて仲裁人はその職権を行使する¹⁰⁶⁾。通説によれば、実体法上の契約が問題となっているのであり¹⁰⁷⁾、訴訟契約が問題となっているのではない¹⁰⁸⁾。BGBの典型契約へその契約を位置づけることは争われている。ある見解によれば、雇用契約(Dienstvertrag)が存在するのに対して¹⁰⁹⁾、RGによって理由づけられた見解によれば、独自契約(Vertrag *sui generis*)が問題となっている¹¹⁰⁾。

S. 1, 18 ff. [なお、同論文については翻訳がある。拙訳「ゲルハルト＝ヴァーグナー『仲裁判断の執行宣言の基本問題』(1)(2・完)」商学討究59巻2・3合併号(2008年)109頁以下、同60巻1号(2009年)113頁以下。]

105) *Wagner* in *Wagner/Schlosser* (Fn. 104), S. 1, 25 ff. mwN. 参照。

106) RGZ 59, 247, 249 f.; 74, 321, 323; 94, 210 213; BGH, VersR 1953, 51; OLG Hamburg, MDR 1950, 480; OLG Hamburg, KTS 1961, 174, 175; *Schwab/Walter* (Fn. 17), Kap. 11 Rn. 1, *Stein/Jonas-Schlosser* (Fn. 12), Vor § 1025 Rn. 8; *Kreindler/Schäfer/Wolf*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kompendium für die Praxis (2006), S. 179.

107) RGZ 94, 210, 211 ff.; BGHZ 42, 313, 315; 98, 32, 34 f.; MünchKomm-ZPO-Münch (Fn. 12), Vor § 1034 Rn. 4; *Zöller-Geimer* (Fn. 18), § 1035 Rn. 23; *Staudinger-Richardi*, BGB (2005), Vor § 611 Rn. 96.

108) こう述べるのは、*Schwab/Walter* (Fn. 17), Kap. 11 Rn. 9; *Real*, Der Schiedsrichtervertrag (1983), S. 76.

109) *Schwab/Walter* (Fn. 17), Kap. 11 Rn. 8; *Zöller-Geimer* (Fn. 18), § 1035 Rn. 23; *Staudinger-Richardi* (Fn. 107), Vor § 611 Rn. 96.

110) RGZ 59, 247, 248 f., 74, 321, 323; 94, 210, 213; BGH, ZZP 66 (1953), 152, 155.

2. 問題提起と学説状況

仲裁人契約への倒産の影響についてはほとんど検討されてはおらず、したがってこれについての判例は全くない。ともかく InsO80条1項、同160条2項3号を顧慮すれば、倒産手続が開始された後の「新たな」仲裁人契約の締結権限がもっぱら倒産管財人に帰属するということは疑う余地がないであろう。

議論する価値があるのは、倒産手続が開始される前に仲裁人契約がなお債務者との間で成立した場合のみである。その点につき、学説上はほぼ一致して、InsO103条以下の諸規定は適用されず、その結果、倒産管財人は契約の履行を拒絶する権限を与えられないということが主張されている¹¹¹⁾。さらに、仲裁人契約は、InsO116条以下において有償の事務処理契約について予定されているように、法上当然に失効するものでもないという。唯一キルガー＝カルステン・シュミット (*Kilger/Karsten Schmidt*) は、InsO116条の前規定として妥当した旧破産法 (KO) 23条が有償の仲裁人契約についても適用されるとの見解を主張してきたが¹¹²⁾、やはりこのテーゼは理由づけがなされていないので、学説上、まじめに「見落とし」が問題となっていると推測されてきた¹¹³⁾。

そもそも仲裁人契約の維持についての理由づけが InsO103条、同116条を越えて見出される限りにおいて、InsO116条の法理 (*ratio legis*) は仲裁人契約には適合してはいない、と説明されている¹¹⁴⁾。[次のように言う。] InsO116条は、同80条1項において命じられた倒産管財人への管理処分権の移転を側面から守り、財団を第三者の干渉的な擱取から保護することを目的としている。

111) *Schwab/Walter* (Fn. 17), Kap. 16 Rn. 49; *Musielak-Voit* (Fn. 12), § 1035 Rn. 38; *MünchKomm-ZPO-Münch* (Fn. 12), Vor § 1034 Rn. 47; *Stein/Jonas-Schlosser* (Fn. 12), Vor § 1025 Rn. 15; *Jestaedt* (Fn. 12), S. 66 f.; *Real* (Fn. 108), S. 186 f.; *Flöther* (Fn. 70), S. 125 f.

112) *Kilger/Karsten Schmidt*, *Insolvenzgesetze*, 17. Aufl. (1997), § 23 KO Anm. 1 a.

113) *W. Lüke*, *ZZP* 101 (1988) 92, 97; 後者は、キルガーにもカルステン・シュミットにも当てはまる。けだし、KO23条が仲裁人契約に適用されなくてはならないという見解は、さらに注釈書の原著者からのものだからである。*Böhle-Stamschräder*, KO (1950), § 23 1.

114) *Jestaedt* (Fn. 12), S. 69 f.; *Real* (Fn. 108), S. 187; *Flöther* (Fn. 70), S. 125.

仲裁人契約の場合には、仲裁人が倒産管財人の財団の管理を妨げることはなく、別途管財人自身が、すなわち法的争訟を判断することを引き受けうるような機能も出てはこないのです、そのような危険はもともと存在しない、と¹¹⁵⁾。

3. 私 見

前述の論拠は誤りではないが、しかし InsO116条の規範的な枠内にとどまっている。しかし、まさにこの命題こそが問題をはらんでいるのである。現行法は、ZPO240条、InsO85条、同86条、同87条、同179条以下に、係属する法的争訟への倒産の影響についての詳細な規定を置いている。これらの規律の基本的なモチーフは、債務者が倒産開始前に提起し又は被告として応訴した訴訟の続行について、管財人に自ら判断する機会を与えるという点にある。これまでの考慮によれば、これらの法的規律は、民事の法的争訟に関する規範的な枠から著しく外へはみ出ることのないように、単に争訟判断の特別な態様を意味しているにすぎないところの仲裁手続に一つ一つ転用されなくてはならない。

倒産管財人が法的争訟を続行する限りにおいて、そもそも訴訟費用の償還の問題は生じない。このことは、国家裁判所での訴訟の場合には当然のことである。なぜなら、裁判所費用の徴収と償還はここでは裁判所費用法 (GKG) によって法律上規律されているからである。しかし、仲裁手続についても全く同じことが当てはまりうる。倒産開始の時点で係属している仲裁廷での法的争訟を倒産管財人が InsO85条、同86条によって続行しうる限りにおいて、彼は同時に仲裁人契約の終了を InsO116条によって主張することはできない。ZPO240条、InsO85条、同86条の規律の関連は、InsO116条の適用を排除している¹¹⁶⁾。

結論においては、管財人が手続開始の時点で係属している仲裁廷での法的争訟を受継しない場合とちょうど同じである。この場合、この結論は InsO85条 2 項、同86条によって決定される。積極訴訟の受継が拒絶される場合には、こ

115) *Jestaedt* (Fn. 12), S. 70; *Flöther* (Fn. 70), S. 125.

116) 同旨, *Schlosser*, *SchiedsVZ* 2004, 21, 23.

のことは訴訟物の解放という効果を持つが、それは訴訟追行権が債務者に復帰するという結果を伴っている (InsO85条2項)¹¹⁷⁾。仲裁手続は、その場合にはしたがって債務者によって続行され、したがって仲裁人契約は引続き履行されなくてはならない。結論において、同様のことは、倒産管財人が取戻権もしくは別除権又は財団債務をめぐる消極訴訟を受継しない場合にも妥当する。すなわち、この場合においては倒産管財人は、原告の権利をただちに承認し (InsO86条2項)、そしてそれによって仲裁手続が終了することとなるであろうか、又は対象を解放しなければならず、その結果、債務者が再び訴訟追行権を取得するであろうかのいずれかである¹¹⁸⁾。倒産債権の場合には、訴訟の枠内における対応したメカニズムは、異議により効力を生ずる (InsO180条2項)。

要するに、次のことがなお堅持されなくてはならない。すなわち、倒産手続が開始されることによって仲裁人契約のみが終了するという問題は、InsO116条の基準によれば、考えうる状況にはない。倒産手続開始後の諸関係もまた常に展開しているように、仲裁手続は、通常の経過をたどり、管財人又は債務者のいずれかによって終了させられる。InsO85条以下、ZPO240条^(訳注5)の中で達成された手続開始の時点で係属している法的争訟の処理についての規律は、排他的な規律を意味している。それが仲裁人契約に InsO116条を適用することによって潜脱されてはならない。

VII. 要 約

倒産手続の開始は、広範囲にわたり実体的法状況には関わらない。倒産管財人は財団を、債務者が作り上げたままの状態で、すなわち全ての権利と義務とを伴って引き受ける。手続法的な付加的条項、すなわち訴訟上の偶素による実体権の形成についても異なるところはない。したがって仲裁合意は、債務者と

117) とりわけ MünchKomm-InsO-Schumacher (Fn. 77), § 85 Rn. 23.

118) MünchKomm-InsO-Schumacher (Fn. 77), § 86 Rn. 26.

(訳注5) 原文では ZPO85条以下、ZPO204条となっているが、誤りと思われる。

債権者、さらには倒産管財人をも拘束する。このことは倒産債権確定紛争を含む全ての訴訟物について当てはまるが、否認権については当てはまらない。対応した請求権が倒産管財人個人に成立するので、その点で債務者には処分権は帰属しない。判例とは反対に、否認の抗弁をもった倒産管財人に執行許可手続又は請求異議訴訟を求め、仲裁判断の中で命じられた法律効果をこのやり方で除去するということは、それにもかかわらず正当化されない。「訴えについての仲裁人は、抗弁についての仲裁人である (*l'arbitre de l'action est arbitre de l'exception*)」の原則によれば、否認の抗弁は仲裁廷に提出されなくてはならない。

InsO85条以下、ZPO240条が別段の定めをしていない限り、係属する仲裁手続は倒産が開始されることによって影響されない。通説とは反対に、ZPO240条は仲裁手続に類推適用されなくてはならない。したがって、原則として国家裁判所での法的争訟についての規律が、縮小されることなく仲裁手続に準用されなくてはならない。

最後に、この命題は、外国での破産の場合においても妥当であることが判明する。内国に既に係属している仲裁手続の帰趨は、EuInsVO^(訳注6) 4条2項f号、同15条、InsO352条により内国法によって判断されなくてはならず、その結果、ドイツでの仲裁手続の場合には、InsO352条、ZPO240条において命じられた中断効が発生する。外国で倒産手続が開始された時点では仲裁手続はまだ係属していないのであれば、後続の仲裁の訴えの適法性にとっては、外国の破産地法が決定的である。それによれば、倒産債権にもとづく新たな法的争訟を開始することは、通常不適法である (InsO89条、ヨーロッパ倒産原則 § 3.3 参照)。仲裁手続についても同じことが妥当しうる¹¹⁹⁾。

〔完〕

(訳注6) 原文では EuGVVO となっているが、誤りと思われる。

119) Schlosser, SchiedsVZ 2004, 21, 23.

【付記】 本稿は，平成23－25年度科学研究費補助金若手研究(B)（研究代表者・河野憲一郎）「実効的債権回収システムの再構築」（課題番号：23730080）による研究成果の一部である。