

《論 説》

妨訴抗弁と仲裁合意の存否

一 仲裁合意の成否の解釈と仲裁合意の 分離独立性の機能を中心として一

中 村 達 也

I. はじめに

仲裁法は14条1項において、仲裁合意の対象となる紛争について訴えが提起されたときは、受訴裁判所は、被告の申立てにより、仲裁合意の存在が認められる限り、訴えを却下しなければならない旨を定め、被告による仲裁合意の抗弁、いわゆる妨訴抗弁による訴えの却下を明文で規定する。この妨訴抗弁による訴えの却下は、旧法下においても判例、学説が認めていた⁽¹⁾。したがって、裁判所は、被告の妨訴抗弁に対し、原告が仲裁合意の存否を争う場合、訴えを却下するか否かを判断するために、仲裁合意の存否を審理、判断することになる。

仲裁法は、仲裁合意を「既に生じた民事上の紛争又は将来において生ずる一定の法律関係(契約に基づくものであるかどうかを問わない。)に関する民事上の紛争の全部又は一部の解決を一人又は二人以上の仲裁人にゆだね、かつ、その判断(以下「仲裁判断」という。)に服する旨の合意をいう」と定義しており、妨訴抗弁が認められるためには、この定義に従い、当事者が一定の法律関係に関する紛争の解決を第三者に委ね、かつ、その判断に服する旨の合意の存在が認められなければならない。当事者が締結する仲裁合意に「仲裁」という文言が使われていなければならないというものではないが⁽²⁾、当事者間にこの定義に従った仲裁合意の存在が認められなければならない。

当事者間に仲裁合意が存在するためには、まず、当事者間に仲裁合意が成立していなければならないが、仲裁合意が成立しているか否かは、仲裁合意は契約の一種であるから、契約の解釈問題となる⁽³⁾。契約の解釈は、当事者の主観的意思(真意)を探求し、当事者間に主観的意思(真意)の合致がある場合、これにより契約の成否が決まり、かかる意思の合致がない場合には、当事者の意思表示の客観的解釈によって契約の成否を決することになると考えられる⁽⁴⁾。仲裁合意は、不起訴の合意とは違い、権利救済の途を閉ざすものではなく、裁判に代わる紛争の終局的解決手続を合意するものであるが、その一方で、憲法32条が保障する裁判を受ける権利の放棄を内包する合意であるとも言え、仲裁合意の成否の判断は慎重にしなければならないが⁽⁵⁾、仲裁合意の成否の解釈はどのように行うことになるのか、とりわけ、実体法上の契約の場合とは異なるのか。

また、妨訴抗弁の局面において、仲裁法は13条6項において「仲裁合意を含む一の契約において、仲裁合意以外の契約条項が無効、取消しその他の事由により効力を有しないものとされる場合においても、仲裁合意は、当然には、その効力を妨げられない」と定め、旧法下においても学説、判例が認めてきた仲裁合意の分離独立性の原則を明文で規定しているが⁽⁶⁾、この原則が仲裁合意の存否の審理、判断にどのように働くかという問題もある。

本稿は、妨訴抗弁の局面における実務上の問題として、これら2つの問題を取り上げ、学説、判例の見解を参照し若干の検討を試みるものである。

Ⅱ．仲裁合意の成否

1．仲裁合意の成立要件

(1) 仲裁合意の意義

冒頭で見たように、仲裁法は、仲裁合意を、当事者が一定の法律関係に関する紛争の解決を第三者に委ね、かつ、その判断に服する旨の合意

と定義しているので、仲裁合意が成立するには、当事者間に紛争の解決を第三者に委ねる合意に加え、その判断に服する旨の合意の2つが認められなければならない⁽⁷⁾。

講学上、当事者間に合意があるが、その合意が仲裁合意に該当するか否かという問題、すなわち、仲裁合意該当性と、当事者間に仲裁合意について意思の合致があるか否かという問題、すなわち、仲裁付託の意思の存否とは区別して考えられている⁽⁸⁾。もっとも、仲裁合意該当性が否定される場合も、仲裁付託の意思が認められない場合と同様に、当事者間に仲裁合意が認められず、いずれの場合も仲裁合意が成立していないことに変わりはない。また、仲裁付託の意思については、訴訟によらない旨の意思と第三者に服する旨の意思のいずれにおいても、意思が合致することが必要であるとされるが⁽⁹⁾、仲裁法の定義上、前者の「訴訟によらない旨の意思」は仲裁合意の成立要件ではないと解される⁽¹⁰⁾。また、仲裁付託の意思は、仲裁合意そのものであり、特に、仲裁付託の意思と呼ぶまでもないのではないかと考え、本稿では、単に、仲裁合意の意思という表現を用いる。

(2) 仲裁合意該当性

当事者が合意する仲裁合意は、まず第1に、紛争の解決を「第三者」に委ねる合意でなければならない、第三者が当事者と明らかに独立した関係にない者の場合には、仲裁合意は成立し得ないと考えられ、判例も、たとえば、東京地判昭47・12・9判時687号36頁は、「民事訴訟法の規定する仲裁手続の適用ないし準用があるというためには、仲裁委員会を構成する委員が処分当事者以外の第三者でなければならない。裁定を当事者または当事者たる団体（本件においては被告会社）の機関または団体員に任せる苦情処理手続は、仲裁人の第三者たることの要件を欠くから、仲裁手続としての効力を生じない」と判示している。

第2に、紛争の解決を第三者に「委ねる」合意、すなわち、紛争を第三

者に委ねる義務を当事者に課す合意でなければならない、かかる義務ではなく、紛争の解決を第三者に委ねる権利を当事者に与える合意では仲裁合意は成立し得ないと考えられ、判例も、たとえば、東京地判昭50・5・15判時799号62頁が、「(1)この契約について紛争が生じたときは、当事者双方又は一方から相手方の承認する第三者を選んで、これに紛争の解決を依頼するか、又は建設業法による建設工事紛争審査会のあっ旋又は調停に付する。(2)前項によって紛争が解決しないときは、建設業法による建設工事紛争審査会の仲裁に付することができる」と定める仲裁条項は、「右規定は、訴訟手続を排し、専らあっ旋、調停ないしは仲裁によってのみ紛争を解決する旨のいわゆる不起訴の合意ないし仲裁契約と解すべきではなく、訴訟手続とは別個に、独自の解決方法によりうることを合意したものに過ぎないと解するのが相当である」と判示し、仲裁合意該当性を否定した⁽¹¹⁾。

第3に、仲裁合意が成立するには、第三者の判断に「服する」旨の合意が必要であるが、この点に関し、判例は、たとえば、大阪高判昭61・6・20判タ630号208頁が、本契約に関して紛争が生じ、協議して解決できないときは、公正な第三者を選定し、そのあっせん、仲裁等により円満な解決を図るものとする旨を定める仲裁条項について、「右条項では、あっせん、仲裁等により『円満な解決を図る』とされているにすぎず、これをもっては、その手続で出される仲裁判断等の結論に服するとの趣旨であるものとは速断しがたいこと」などの点に鑑み、仲裁合意該当性を否定した。

また、わが国の仲裁制度は、1890年の民事訴訟法第8編(仲裁手続)により導入されたが、その前から、仲裁という用語は、争いの間に入り、双方を仲直りさせるという日常用語としての意味で使われており⁽¹²⁾、今日においてもその意味で広く認識、理解されている。これに対し、仲裁法上の法的意味としての仲裁は、その利用が少ないこともあり、今日においても一般に広く普及し定着しているとは必ずしも言えないように思

われる。このことから、当事者が「仲裁」という用語を用い、仲裁合意を締結しているように見えても、日常用語としての仲裁を意図していると認められる場合には、当事者間に仲裁合意は成立しないことになる。

判例も、旧法下における古い判例ではあるが、最判昭38・3・19集民65号233頁が、建物賃貸借契約書に定められていた「本契約につき紛争を生じたときは双方から一名宛の仲裁人を選任して当該仲裁人の判断に従う」という仲裁条項について、「民事訴訟法786条以下の規定による仲裁契約の成立には、当事者が同法にいわゆる仲裁判断に服する意思を有する必要があることは、叙上規定の趣旨に照し、明らかである。しかるところ、本件賃貸借契約の条項中に弁護士が民事訴訟法に規定されている仲裁手続を予定して作成した仲裁判断条項があるからといって、同弁護士が本件当事者の一方の代理人として右契約の成立に関与した場合であれば格別、当事者が事実上の仲裁をさせる意思で同条項を黙認する場合もないとはいえず、直ちに、本件当事者が、同条項に規定する紛争については、民訴法にいわゆる仲裁判断に服する意思を有したものと断定することは困難である」として、「民事訴訟法にいわゆる仲裁判断に服する意思の存在を推認させる他の特別の事情の存否についてならん顧慮することなく、前記確定事実に基づいて、直ちに、本件当事者間に民事訴訟法上の仲裁契約が成立した旨断定した原判決は、審理不尽、理由不備の違法を犯したものである」として、原判決中の訴えを却下した部分を破棄し、それを原審に差し戻した⁽¹³⁾。

(3) 仲裁合意の必要的事項と任意的事項

当事者が仲裁合意を締結する場合、仲裁による紛争の解決を定めておけば、それ以外の、仲裁地の定め、仲裁人の選任方法、仲裁手続に関する定めなどは、仲裁合意の任意的事項であり、仲裁合意の成立要件にはならないと考えられ⁽¹⁴⁾、判例も、東京地判昭63・8・25海事法研究会誌87号32頁が、「日本法において、ある合意が有効な仲裁契約となりうる

か否かは、仲裁人をして一定の争いの判断をさせる旨の当事者の意思、すなわち、仲裁付託の意思（いいかえれば訴訟によらない旨の合意と第三者に服する旨の合意）が表明されているか否かにより判断されるものと解され、「本件仲裁条項は、その条項から明らかなとおり、仲裁機関及び仲裁手続に関する定めを欠くものであるが、前記のとおり仲裁契約の成立に最小限不可欠の要素は仲裁付託の意思であり、右仲裁機関及び仲裁手続の定めは、仲裁契約の任意的内容であって、仲裁契約の成立に最小限度必要な要素ではないものと解される」と判示し、この見解に立っている。

これに対し、名古屋地判昭62・2・6判時1236号113頁は、旧西ドイツ裁判所の判決の執行判決請求訴訟において、“Jurisdiction for any differences or disputes arising out of this contract, as long as the parties do not want to settle same by means of a Court of Arbitration procedure, is : The Landgericht in Munich, Federal Republic of Germany.”と定める合意管轄条項の付款として付された仲裁合意の成否について、仲裁合意の準拠法を決定することなく⁽¹⁵⁾、具体的手続の取極めのない仲裁合意の成立を認める場合、「紛争発生後に当事者間で、仲裁人の選定又は仲裁地指定の合意が成立すれば、右仲裁人の裁量又は仲裁地の常設仲裁機関の規則若しくは仲裁地の国の法に従って仲裁手続を進めることが可能であるが、右合意が成立する保障はなく、かかる合意が成立しない場合には、国際取引上の紛争のための仲裁においては事実上手続は頓挫をきたさざるを得」ず、このような「最小限の内容しか定めていない仲裁契約においては、仲裁判断の承認執行についても仲裁契約の有効性をめぐって紛争が生ずる虞れが強い」などから紛争当事者は、「極めて不安定な地位に置かれることになる」として、「具体的手続の取極めのない仲裁契約の成立を認めることは、渉外的取引の安全を著しく害する結果となりかねず、かような不安定な立場に置かれる結果となることは、……特に原裁判所を具体的に指定して裁判管轄の合意をなし、

紛争解決の安定をはかろうとした当事者の意思に副うもの」ではなく、本件付款は、「紛争の発生した時点で、当事者が個々の事案につき仲裁人の選定をも含む仲裁契約を締結することによって、紛争を仲裁に付する余地を留保する趣旨に止まり、拘束力のある仲裁契約とする意思であったとは、認め難い」と判示し、仲裁合意の成立を否定し、本件管轄合意に停止条件を付したのではないとした⁽¹⁶⁾。

確かに、判旨が指摘するように、実務上、国際契約において当事者が単に仲裁により紛争を解決する旨だけを合意した場合、仲裁人の選任や仲裁地の決定が問題となるが、仲裁地が定まっていなくても、当事者は裁判所に仲裁人の選任を求めることができると考えられ⁽¹⁷⁾、当事者の申立てにより裁判所が仲裁人を選任することによって⁽¹⁸⁾、仲裁廷が構成され、仲裁地は仲裁廷により決定され⁽¹⁹⁾、仲裁手続は仲裁地法に基づき実施することができるので、このような合意であっても、仲裁合意の成立を認めることができるものと解される。

2. 仲裁合意の成否の解釈

仲裁合意は、実務上、契約書とは別に仲裁合意書が作成され、それに基づき成立する場合があるが、それ以外に、当事者が交渉の上、個別に作成した仲裁条項を含む契約書により仲裁合意が成立する場合、当事者が契約書として仲裁条項を含む定型書式を用い、それにより仲裁合意が成立する場合、当事者が仲裁条項を含む定型書式を契約書に添付し、あるいは、仲裁条項を含む定型書式を契約書で引用して仲裁合意が成立する場合などが考えられる。冒頭で述べたように、いずれの場合も、仲裁合意の成否は、契約の解釈問題であり、その判断は慎重にしなければならないが、かかる解釈は、どのように行うことになるのか、とりわけ、実体法上の契約の場合とは異なるのか。次にこの問題について検討する。

(1) 主観的解釈による仲裁合意の成立

仲裁合意の成否を判断するに当たっては、まず、契約解釈の問題として、契約締結時の状況や経緯、業界の慣行、当事者の社会的地位・職業等の属性、当事者の取引経験等、諸般の事情を総合的に考慮して、当事者の主観的意思を探究することになると考える⁽²⁰⁾。その場合、当事者が仲裁合意の内容を認識し、それを理解し、かつ、それに拘束される意思を有していたかという当事者の主観的意思の合致が認められるか否かによって仲裁合意の成否を判断することになると解される⁽²¹⁾。この問題に関する近時の判例として、たとえば、東京高判平22・12・21判時 2112号36頁がある。この事件では、港湾運送事業者である控訴人の日本法人が被控訴人の韓国法人との間で同法人が所有する船舶につき締結した定期傭船契約に関し、韓国法人の債務不履行を理由に、損害賠償等を求めたのに対し、韓国法人が仲裁合意の存在を妨訴抗弁として主張した。両者の定期傭船契約は成約証書によって締結され、その成約証書において海運仲立業者である訴外会社の傭船契約の定型書式が引用され、その書式は、東京を仲裁地とする日本海運集会所の仲裁条項を定めていたが、契約締結時に交付されず、その後、両者に送付された。

裁判所は、仲裁合意の準拠法は日本法であると認定した上で、「契約の際に仲裁条項が記載された文書が契約当事者に交付されておらず、契約当事者としては引用された文書に仲裁条項が記載されていることを知り得なかったという場合には、原則として仲裁条項についての意思の合致があったとは認められないものといわなければならない」²²と、また、「このような方式で締結された仲裁合意について契約当事者間で意思の合致があったといえるか否かを判断するに当たっては、当該契約当事者の属性、契約が行われた業界の一般的な実務、当該契約当事者のそれまでの取引経験等の諸事情を総合的に考慮して判断するのが相当である」と判示した上で、「控訴人と被控訴人が仲裁合意が広く行われている業界において継続的に取引を行ってきている商人であること、控訴人も被控訴

人も以前の取引により本件定型書式と同様の書式を受領してその内容を了知する機会があったと認められること、本件契約においても締結後ではあるが本件定型書式を受け取りながら特段の異議を述べることなく契約を履行していること」などの事実を総合して、当事者間に仲裁合意の意思の合致があったものと認めた。なお、裁判所は、契約締結後の事情も考慮しているが、定型書式を受領して異議を述べなかったことは、当事者が契約締結時、仲裁合意の意思を有していたことを推認させる要因として働くことになることから、この事情も仲裁合意の成否の判断において考慮されたものと考えられる。

(2) 約款法理の適用の可否

仲裁条項が普通取引約款中に定められている場合、約款法理の適用の可否が問題となる⁽²²⁾。すなわち、普通取引約款とは、一般に、多数の取引に対して一律に適用するために、事業者により作成され、あらかじめ定型化された契約条項のことを言うと言われるが⁽²³⁾、判例は、最判昭42・10・24裁判集民 88号741頁が、保険契約者が、保険会社の普通保険約款を承認の上保険契約を申し込む旨の文言が記載されている保険契約の申込書を作成して保険契約を締結したときは、反証のないかぎり、約款の内容を知らなかったとしても、なお上記約款による意思があったものと推定すべきものであるとの判断を示し、この約款法理を仲裁条項に適用すると、顧客が約款中の仲裁条項の内容を認識していなかったとしても、仲裁条項に拘束され、仲裁合意が成立することになる⁽²⁴⁾。

この問題に関する判例として、たとえば、農業共同組合の建物更生共済契約約款中の仲裁条項に基づく仲裁合意の成否に関する東京高判昭56・4・27判タ 448号104頁は、「本件各建物更生共済契約は、全国の農業協同組合が統一的に実施しているもので、……一種の損害保険契約であって、……、一般に保険契約の当事者は、特段の事情の認められない限り原則として普通契約約款による意思があるものと推定されるもの

であるところ（最高裁判所第三小法廷、昭和42年10月24日判決裁判集民事88号741頁参照）、本件新契約を締結した際、控訴人は被控訴人の契約担当者……から建物更生共済証書……とともに建物更生共済約款……の交付を受け、同人から契約の要点について説明されたが、該証書には『建物更生共済約款にもとづき別記ご契約内容のとおり共済契約を締結しましたので、その証としてこの証書を発行いたします。』との記載があり、控訴人は異議なくこれを受領し、これによって本件新契約が締結されたものと認められ、このことからして、控訴人は本件新契約が締結される約9年前の旧契約締結のときにも、被控訴人から前同様の態様での建物更生契約証書と約款……の交付を受けたものと推認されるから、従って控訴人としては右いずれの場合も、紛争処理の方法について前記仲裁契約を定めている前記約款の趣旨を了知していたものと認められる」と判示し、上記最高裁判決を引用しているが、当事者の主観的意思を探求した上で、仲裁合意の成立を認めたものと解され、約款法理を適用して仲裁合意の成立を推定していないと考える⁽²⁵⁾。これ以外の裁判例においても、約款法理を仲裁条項に適用したものは見当たらないが⁽²⁶⁾、学説はどうか。

学説は、旧法下のものであるが、建設請負約款中の仲裁条項について、建設工事紛争審査会の人的・物的施設の弱体な実態、建設請負約款の周知度が低く、歴史も浅いことなどといった特殊性や、憲法で保障された裁判を受ける権利を喪失させる仲裁条項の重要性・独立性から保険約款につき約款の内容を知らなくても原則として約款による意思を推認し得るとする約款理論を適用することはできないという見解がある⁽²⁷⁾。また、「保険契約は約款によるほかないのが通例であることは公知の事実であり、このような場合には人は約款により契約をするのが経験則であるから、保険契約は約款による意思をもって締結されることが推定できるといってよい。また、海上運送契約も業者間で締結されるときは約款によるということも通例であるといつてよい。また、業者間では、海上運送

契約約款中の仲裁約款が含まれ、約款による契約の場合には仲裁付託の意思も含まれるということも通例であろう。しかし、……素人と建築業者の間の建築請負契約が約款によって締結されることはいまだ通例とはいえず、いわんや、約款によって締結する場合に仲裁約款をも含めて締結することが通例であるとはいえない」⁽²⁸⁾という見解もある⁽²⁹⁾。

このように仲裁条項に約款法理を適用することを否定する見解は、仲裁条項の特殊性、とりわけ、仲裁条項を含め約款による契約の締結が一般的でないことのほか、仲裁合意の重要性、独立性を挙げる。約款法理によれば、約款による契約の当事者は約款による意思をもって契約したものと推定されるが、その一方で、仲裁法13条6項により、仲裁条項は、その他の契約条項、すなわち、主たる契約と別に扱われるという分離独立性の原則が働くので⁽³⁰⁾、約款中の仲裁条項による仲裁合意の成否は、主たる契約の成否とは別個独立に判断されることになり、主たる契約について、約款法理の適用によって約款による意思が推定されることがあっても、仲裁条項については、かかる推定はないと考える⁽³¹⁾。また、民法の一部を改正する法律(平成29年法律第44号)によって「定型約款」に関する規定が新たに設けられ、改正民法548条の2によれば、定型取引を行うことを合意した者は、定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき、あるいは、定型約款を準備した者があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき、定型約款の個別の条項についても合意したものとみなされることになるが、この場合も、定型約款中に仲裁条項が規定されていたとしても、仲裁合意の分離独立性の原則により、仲裁合意の意思は擬制されないと解される⁽³²⁾。もっとも、約款中に仲裁条項が定められている場合、裁判所が、個別の事案において経験則を用いて仲裁合意の成立を推定することがあることは言うまでもない⁽³³⁾。

また、「工事請負約款が付された契約書に押印する当事者は、通常、約款によって契約を締結するという契約意思を有しているものとみるの

が相当であり、このことは、契約によって権利義務関係が形成されるといふ近代私法の根本原則が広く人びとの生活関係に浸透している現在の社会において一般的に承認されているところである。したがって、締約に当たって個々の条項を検討し、理解することはしなかったとしても、その内容が公序良俗違反とか経済的弱者を保護する諸法律の趣旨に照して妥当性を欠く不当なものではない限り、一般の人は約款所定の条項に従わなければならないという規範意識を有しているものと推認することができる。しかも、工事請負約款は、当事者一方の経済的優位性を背景として、相手側にとって極度に不利な条項を盛り込んでいるというのではなく、その多くは『公正な契約』の締結を図るという建設業法の目的を実現するために作成、勧告された標準的な約款を範として作られているのであって、その内容は概ね妥当なものと評価できるのであるから、各条項についての具体的な理解がなくても、全体としてこれを遵守すべきであるという規範意識が当事者にあれば、それに拘束力を認めるのが妥当である」⁽³⁴⁾ といひ、工事請負約款を遵守する当事者の規範意識の存在により、当事者はかかる約款中の仲裁条項に拘束されるという見解があるが、このような規範意識の存在を一般的に認めることができるかについては疑問がないではなく、これも、当事者の意思解釈の問題として、個別の事案毎に見ていく必要があり、裁判所が経験則を用いて仲裁合意の成立を推定することはあると考えられる⁽³⁵⁾。

(3)客観的解釈による仲裁合意の成立

当事者間に主観的意思の合致が認められない場合、契約の解釈としては、当事者の意思表示の客観的意味を確定することになると考えるが、この点を明示した判例として、神戸地判昭32・9・30下民集8巻9具1843頁は、建物等使用に関する契約公正証書中の「甲(原告)乙(被告会社)何れか本契約に付て紛議を生じ甲乙間にて解決不能の場合は甲乙互に壹名宛の仲裁人を選定し其裁定に服従すること、甲乙双方の選定した仲裁

人間に於て意見の合致を見ない場合は仲裁人合議の上更に最終の審判者を選定し其審判に服従すること、仲裁人並に審判者の選定は合議不調の時より拾日以内に其選定を為すこと、仲裁人並に審判者の補充を要する場合は原選任方法に準ずること」と定める仲裁条項に基づき実施された仲裁手続による仲裁判断の執行判決請求訴訟において、被告がこの条項は単に紛争の調停を第三者に依頼する趣旨に解して合意したに過ぎず、当事者間に仲裁合意は成立していないと主張したのに対し、「凡そ意思表示はその客観的表示の内容に従って効力を生じ当事者の内心的効果意思の如何によって左右されることはな」く、また、被告は、「当時民事訴訟法上の仲裁契約なるものの法律的性質その効果等については全く知るところがなかったのであるから意思表示の要素に錯誤がある旨を主張するけれどもたとい契約当事者がその契約の法律的性質乃至効果等について詳知しなかったとしても右は単なる法律の不知に止まりこれを以て直に法律行為の要素に錯誤があるものと云い得べきでないことは明である」と判示し、被告による仲裁の法律上の意味を知らないという法律の錯誤無効の主張を斥けるとともに、当事者の意思表示の客観的解釈により仲裁合意の成立を認めた。

(4) 契約解釈における仲裁合意と実体法上の契約との差異

最後に、仲裁合意の成否の解釈は、実体法上の契約の成否の場合と異なるのであろうか、この問題について検討する。

この問題に関する判例として、東京地判昭55・11・11判時1019号105頁は、運送委託契約から紛争が生じ、当事者の一方による訴えの提起に対し、他方の当事者である被告が仲裁合意に基づく妨訴抗弁を提出して仲裁合意の成否が問題となった事案において、運送委託契約書に仲裁条項を含む日本海運集会所の書式が用いられたが、書式による契約条項の拘束力について、「一般に、特定の業界内において標準的な内容を持つ契約書式をもって契約が締結された場合には、契約書中の各条項は、

その内容が合理性を有するものである以上、締結時に仔細に検討しなかったときでも、原則として当事者を拘束するものと解すべきである。何故ならば、少なくとも一定の書式をもって契約を締結する以上、当該書式中の各条項を検討することは、それぞれの当事者自らの責任であり後に至り特定の条項について締結時に検討しなかったことをもってその効力がない旨を主張するのは、取引上の信義誠実の原則に照らし許されるべきではないからである。そして、このことは契約当事者間に優劣の力関係の差があるときでも何ら異なるものではない。要するに、特定の業界内における一定の書式による契約条項の拘束力の有無は、その条項の合理性にかかるものと考えるべきである」が、仲裁条項については、「私法上の取引内容に関する条項とは異なり、裁判を受ける権利に重大な制約を加えるものであるから、その合意の成否については取引内容に関する条項に比して、より一層の慎重さをもって対処する必要がある、その効力の有無を判断するに当たっては、単に書式に仲裁条項の記載があることから直ちにその効力が肯定されるべきものではなく、当事者の認識・理解の程度のほか、広く諸般の事情を考慮してその効力を決すべきである」と述べた上で、本書式が改正法令と行政指導に適合する形式を整えるためだけのものとして作成された疑いを払拭できないことに加え、各当事者が書式の条項について当事者間で話し合いをしたことはなく、被告もその説明をせず、ことに仲裁条項については全く意識していなかったこと、原告は契約締結に先立ち、前もって書式の交付を受けていなかったこと、いずれの当事者においても仲裁のもつ法律的な意味・効果についての認識すら十分でなかったことなどから、当事者に明確な仲裁付託の意思は認められず、書式中の仲裁条項の存在故にその意思を擬制してまで仲裁条項の効力を認めることは相当でないと結論付けた。

この判決は、仲裁条項の成否は、裁判を受ける権利に重大な制約を加えることを理由に、それ以外の条項である主たる契約に比してより一層慎重に当事者の意思を探求して決すべきであるとする⁽³⁶⁾。旧法下におい

て、これを支持す見解があり⁽³⁷⁾、また、黙示による仲裁合意の成立は、原則的に否定されるべきであるとする見解もあるが⁽³⁸⁾、その一方で、「商人の利益にとって、契約内容はすべて重要であるといえる。仲裁条項を見落としたことが、その当事者を損失に導くことがあるが、取引に関する条項を見落とした場合でも同様である」⁽³⁹⁾、あるいは、「判旨は、契約書に不動文字によって印刷された条項を私法上の取引内容に関する条項と仲裁条項とに分けてその差異を強調するが」、「両者の差は所詮相対的なものに過ぎない」⁽⁴⁰⁾との見解も主張されている。また、一般的に、「仲裁合意も1つの契約である以上、契約解釈ないし意思解釈をするのに何ら変わりはないはずであり、その成立認定について必要以上に臆すべきではない」⁽⁴¹⁾、あるいは、仲裁合意の客観的範囲を決するに当たり、「一般的契約解釈に関する合理的基準に基づき解釈をすべきであるとされている」が、「この場合、仲裁契約が国家の裁判権を排除する合意であるからといって、特に厳格な基準によるとすべきではない」⁽⁴²⁾と指摘する見解もある。

確かに、仲裁合意は訴権の放棄を伴う契約であり、現行法下の判例においても、東京高判平25・7・10判タ1394号200頁が、企業間の約款中の仲裁条項による仲裁合意の成否に関し、「仲裁合意は、紛争についての判断を仲裁判断に委ねるものであって、当事者がいったん仲裁合意をすれば、当該合意に基づく仲裁判断は、一定の場合に不承認とされる例外を除き、確定判決と同一の効力を有し(仲裁法45条1項、2項)、当事者は仲裁判断に拘束され、これに対し、不服申立てをすることも許されず、執行の場面において、執行決定が要求されるにすぎない(同46条)。そうすると、仲裁合意をすれば、その範囲において、当該合意をした当事者は、当該合意の対象となっている紛争につき、裁判を受ける機会を失うことになるので、その合意の効力については、慎重に検討する必要がある」と判示しているように、仲裁合意の成否は、当事者の意思を慎重に解釈、判断しなければならないことは言うまでもないが、その一方

で、仲裁合意は不起訴の合意と違い、権利救済の途を閉ざすものではなく、事案によっては、その専門性故に訴訟に代えて仲裁による紛争解決が選択される場合もあり、また、実体法上の契約においても、当事者にとって極めて重大な影響を与える契約、たとえば、当事者が企業の場合、その存続に係わる重大な契約もあり、仲裁合意が実体法上の契約に比し常に一律に重大な契約であると確言することはできないと考える。したがって、上記学説が述べているように、仲裁合意の成否の解釈は、実体法上の契約の場合に比してより慎重、厳格になされなければならないというものではないと解される⁽⁴³⁾。

なお、上記判決は、書式中の取引に関する条項がそれを検討しなかった当事者を拘束する根拠を信義則に依拠している。一般に、信義誠実の原則とは、「社会共同生活の一員として、互い相手の信頼を裏切らないように、誠意をもって行動すること」⁽⁴⁴⁾であり、この原則の下、当事者間に主観的な意思の合致が認められない場合であっても、客観的解釈によって、当該契約の客観的事情から仲裁合意の意思があったものと擬制するのが合理的であるときには、仲裁合意の成立を認めることになると考える⁽⁴⁵⁾。

Ⅲ. 仲裁合意の分離独立性の原則

1. 分離独立性の原則の根拠

(1) 学説

冒頭で述べたように、仲裁法は13条6項において仲裁合意の分離独立性の原則を明文で定め、この規定により、仲裁合意は、実務上、契約の一条項として定められることが多いが、その場合であっても、仲裁条項は主たる契約とは別の扱いをすることになり⁽⁴⁶⁾、この原則は、仲裁法制定前から学説、判例が認めてきたものであり、また、仲裁法が準拠したUNCITRAL 国際商事仲裁モデル法（以下「モデル法」という）が16条1項中段、後段において分離独立性の原則を明文で定めていることから、

仲裁法に明文の規定が置かれることになったものである⁽⁴⁷⁾。

仲裁合意の分離独立性の原則を認める根拠については、旧法下において学説は「主たる契約そのものの有効性に争いがある場合、たとえば主たる契約が無効であるとした場合、これに伴い仲裁契約も無効となるか。主たる契約と仲裁契約とは、体裁上一体にも見えても、それぞれ独自の目的を有する別個独立の契約であると考えべきであるから、主たる契約が無効であるとしても、仲裁契約までが当然に無効となることはない」という見解が示されている⁽⁴⁸⁾。この見解は、主たる契約が当事者間の実体法上の法律関係ないし権利義務関係を定めたものであるのに対し、仲裁合意は実体法上の法律関係ないし権利義務関係から生じる紛争を仲裁により終局的に解決するという紛争解決手続に関する合意であり、両者の性質の違いに分離独立性の原則の根拠を求めるものであると考えられる⁽⁴⁹⁾。この見解に立てば、国際私法上も、仲裁条項の準拠法は主たる契約の準拠法とは別個に決定されることになると考えられる⁽⁵⁰⁾。

また、この見解は、「仲裁契約が有効である場合、主たる契約の有効性の争いも仲裁付託された紛争といえるか。当事者は、この点につき、合意により事前に定めておくことができるが、かかる定めがないときは、契約解釈の問題となる。仲裁契約は、当事者の合理的期待からすれば、主たる契約とは別個独立の契約であるとみるべきであり、主たる契約の有効性をめぐる問題についても原則として仲裁付託されたものと推定してよいと解される」⁽⁵¹⁾と続けており、主たる契約の有効性が争われている場合であっても、仲裁合意の効力は主たる契約の有効性に依存しないという当事者の意思を推定し、かかる争いは仲裁に付託し得るということを述べているように解される。このように解するならば、この見解は、分離独立性の根拠を、仲裁合意の性質に求め得ることに加え、当事者の意思にも求めることができるという立場を示しているものと考えられる⁽⁵²⁾。

これらの根拠以外に、被告の妨訴抗弁に対し原告が主たる契約の効力を争う場合、たとえば、売買契約から紛争が生じ、買主である原告が売主である被告の債務不履行を理由に契約を解除し、代金の返還を求める訴えを提起し、被告が売買契約中の仲裁条項に基づき妨訴抗弁を主張し、訴えの却下を求めた場合、仲裁条項が主たる契約と運命を共にするということになれば、裁判所は、仲裁合意が失効しているか否かを判断するために、本来、仲裁で審理、判断されるべき本案である売買契約の解除の有効性について審理、判断しなければならないことになるが、これでは仲裁制度の実効性が失われてしまうことになる。したがって、仲裁の制度趣旨からも分離独立性の原則を認め得ると考えられ、この立場に立っているものと解される見解も示されている⁽⁵³⁾。

(2)判例

判例は古くから分離独立性の原則を承認しており、東京控判大5・3・15新聞1122号28頁は、売買契約中の仲裁条項は、「売買契約カ不履行ヲ原因トシテ適法ニ解除セラレタリトスルモノト別個ノ契約タル仲裁契約ノ効力ヲ左右スルモノニアラス」と判示し、その根拠を仲裁合意の性質に依拠しているものと解される。これと同様に、横浜地横須賀支部判昭25・11・(日付不明)下民集1巻11号1913頁は、海難救助契約中の仲裁条項に関し「仲裁契約は性質上は独立した目的と内容を有する契約であ」り、「原告の本訴請求原因が被告の右救助契約に関する履行遅滞を理由として契約を解除して損害賠償を請求するもので右契約と無関係な別個の事由によるものでなく同契約を前提としこれより派生したものであるから同契約の仲裁条項に基き被告主張の如く仲裁判断にゆだねられるべきものであるから右仲裁契約に拘束されないという原告の右主張はこれまた理由がない」と判示している。また、東京地判昭48・10・17判タ301号227頁も、注文者である原告が請負人である被告と工事請負契約を締結したが、被告が工事途中で倒産し、工事を中止したため、原告は

契約を解除し、既に支払った請負代金の返還を求める訴えを提起したところ、被告が契約中の仲裁条項により訴えの却下を申し立て、原告は契約の解除により仲裁合意も併せて解除されたと主張したのに対し、裁判所は、「仲裁契約は主たる契約である本件請負契約に附随してなされているものではあるが、その性質上本件請負契約の解除によってこれに伴って消滅すると解すべきではなく、解除による原状回復に関する紛争についても仲裁に服させる趣旨であると解すべきこと当然である」と判示し、仲裁合意の性質を根拠に分離独立性を認めているように解される。

これに対し大阪控判大8・6・13新聞1587号18頁は、「当事者ハ仲裁契約ヲ以テ傭船契約自体トハ別箇独立ノ契約トシ傭船契約ノ不履行アリテ之ヲ解除スルモ其解除ハ仲裁契約ノ存立ニ何等消長ヲ来サ、ラシムル意思ヲ以テ(仲裁契約ニ関シテ不履行アリテ其仲裁契約ヲ解除シタルトキハ之ニ因リ仲裁契約自体解除セラル、ハ格別ナレトモ)此等契約ヲナセシモノト認ムヘキモノ」と判示し、分離独立性の原則を当事者の意思に求めているように思われる。また、東京地判昭28・4・10下民集4巻502頁も、パナマ法人である原告は、日本法人である被告と傭船契約を締結し、その後、被告の不履行によって契約を解除し、これを理由とする損害賠償を求めて提訴し、被告が契約中の仲裁条項による訴えの却下を求めたのに対し、原告は契約の解除に伴って仲裁合意も失効している」と主張したところ、裁判所は、仲裁合意の分離独立性の準拠法については何ら言及していないが、「原告は、本件仲裁契約が妨訴抗弁となるとしても、この契約は本件傭船契約に付随するものであって、傭船契約が解除されると同時にその効力を失ったと主張するけれども、本件仲裁契約は、当該傭船契約について紛争が生じた場合これを解決する方法として合意されたものであるから、傭船契約が解除されてもこれに従属して運命をともにすべき性質のものではなく、むしろ本件傭船契約の解除をめぐる紛争を生じた場合にこそその存在理由があるものであり、従って傭船契約が解除されても本件仲裁契約はこれに伴って失効するも

のではないといわなければならない」と判示し、分離独立性の原則の根拠を、当事者の意思に求めているようにも解される。

以上の下級審判例に対し、分離独立性の原則を認めた最高裁判例として、最判昭50・7・15民集29巻6号1061頁がある。この事件では、日本法人である上告人が、ニューヨーク州法人である被上告人の代表者との間で独占販売代理店契約を締結し、契約書が作成されたが、契約当時、被上告人は会社設立前であり存在しなかった。その後、両者間で紛争が生じ、被上告人は、契約書中の仲裁条項に基づき、国際商事仲裁協会(現、日本商事仲裁協会)に仲裁を申し立て、仲裁手続が開始され、その後、上告人は、仲裁人を選任し、答弁書の提出などを行い、何らの留保なく仲裁申し立てに応じたが、仲裁人の選任から2年以上経過した後、詐欺、錯誤などを主張して契約を取り消す旨の意思表示をし、仲裁合意不存在確認および仲裁手続不許を求めて提訴した。これに対し、1審、2審とも上告人の主張を斥けたため、上告人が上告した。上告人はその上告理由において、「原判決は詐欺・錯誤・無約因、長期間無取引による失効等の無効ないし失効原因は取引に関する部分(主たる契約)に関するもので仲裁契約自体の無効ないし失効原因となることはできないと判示しているが、これは法解釈を誤ったものである。仲裁契約は主たる取引契約の一部であって、基本契約が締結されなければ仲裁契約だけ締結されるはずなく、基本契約が不成立であったり無効になれば基本契約と運命をともにする。即ち基本契約の有効性がその前提をなしているものである。また仮りに無効な基本契約より仲裁条項だけ分けて取出して考えてみても、基本契約が錯誤による無効であれば、仲裁契約は少くとも動機の錯誤となるであろうし、基本契約が詐欺行為があれば仲裁契約もその影響をうけ存立の基盤を失うであろうし、基本契約が無約因であれば仲裁契約に約因があるはずはない。但し長期間無取引による失効については有効な期間が存在したのであるから、その間に於ては仲裁契約も有効とみられうる。しかし失効後に生じた問題についてはやはり仲裁契約も主

たる取引契約と運命をともにしたと考えるべきであり、そう考えることが契約書上の記載とも合致する」と主張した。裁判所は、分離独立性の準拠法については何ら言及することなく、「仲裁契約は主たる契約に付随して締結されるものであるが、その効力は、主たる契約から分離して、別個独立に判断されるべきものであり、当事者間に特段の合意のないかぎり、主たる契約の成立に瑕疵があっても、仲裁契約の効力に直ちに影響を及ぼすものではない」と判示し、最高裁として初めて分離独立性の原則を認めた。この判旨によれば、最高裁は、分離独立性の根拠については特に言及せず⁽⁵⁴⁾、分離独立性は、「当事者間に特段の合意のない限り」認められるとし、当事者は合意によって分離独立性を否定することができるとしている。

なお、最高裁は仲裁合意自体の効力と妨訴抗弁との関係については判示していないが、1審の東京地判昭48・12・25民集29巻6号1070頁が、契約時、契約後の事情のほか、上告人が仲裁に応じたことから被上告人が契約に基づく権利義務を取得したと認定し、仲裁合意についても、その不存在ないし無効であることを前提とする上告人の請求はいずれも失当であると判示したのに対し、原審の東京高判昭49・7・18民集29巻6号1079頁は、原判決の理由の記載を引用した上で、これに付言して、「本件の場合、仲裁契約は本件契約と同時にその一部として締結されているので、控訴人が……主張する各事実（詐欺・錯誤・無約因・長期間無取引による失効）は当然に仲裁契約の無効ないし失効原因にもなると解されないでもないので、この点について、判断するに、そのうち、『ウフナーにおいて本件契約締結当時被告会社が既に存在しているかのように装った』との事実は、これを認めるに足る証拠がないばかりか前示認定にも反し到底これを認めることができず、またその余の事実は、仮にそれが存在したとしても、それらはすべて本件契約のうち取引に関する契約部分（すなわち主たる契約）に関するものであり、本件契約……の解釈上、本件仲裁約款は主たる契約の有効無効にかかわりないものとして締結さ

れ、控訴人主張の如き事実に基づく主たる契約の効力問題は、すべて右仲裁約款により仲裁に委ねられたものと認められるから、右その余の事実も仲裁契約の無効ないし失効の原因になると解することはできない」と判示し、仲裁合意自体の失効事由も存しないと認めた上、当事者の意思解釈として、当事者は、主たる契約の有効、無効の争いを仲裁条項の対象とする旨の合意とともに、仲裁条項が主たる契約の有効、無効の影響を受けないものとする合意をしたと認定し、当事者の意思を根拠に分離独立性の原則を認めたものと解される⁽⁵⁵⁾。

(3) 小括

以上、学説、判例が依拠する分離独立性の原則を認める根拠を見たが、学説、判例が挙げる根拠には、当事者の意思、仲裁合意の性質、仲裁制度の実効性の確保という仲裁の制度趣旨の3つがあり、いずれも分離独立性の原則を承認する根拠となり得るものと考えられる⁽⁵⁶⁾。また、その根拠を当事者の意思に求め、かかる当事者の意思を推定する場合、この推定を覆滅するには、この推定と矛盾する合意、すなわち、分離独立性を否定する合意の存在が証明されなければならない。他方、その根拠を仲裁合意の性質、仲裁の制度趣旨に求める場合、仲裁条項の成立、効力は主たる契約の成立、効力とは別に扱われることになるが、この場合であっても、当事者の合意に基づく仲裁制度の性質上、分離独立性の原則を否定する当事者の合意は認められるべきであるので、いずれの根拠に基づく場合であっても、分離独立性の原則を否定する旨の当事者の合意が認められるときは、分離独立性は否定され、仲裁条項は主たる契約と運命を共にすることになると考える⁽⁵⁷⁾。

2. 仲裁法13条6項の趣旨

(1) 学説・判例

仲裁法13条6項の趣旨について、学説は、主たる契約と仲裁条項とは、

その体裁上一体となっているように見えても、それぞれ独自の目的を有する別個独立の契約であり、また、当事者の合意理的な意思として、主たる契約に関して生じる紛争を解決すべく仲裁条項を挿入したものと見られることから、分離独立性の原則を明文で規定したものであるという見解を示すものがあり⁽⁵⁸⁾、この見解は、仲裁法は、仲裁合意の性質、当事者の意思を根拠に仲裁合意の分離独立性の原則を承認し、13条6項においてそれを明文で規定している、と解しているように思われる⁽⁵⁹⁾。これに対し、「主たる契約をめぐる紛争を解決する方法として仲裁条項を挿入する以上、主たる契約の成否・解除等をめぐる紛争に際してそれが機能しなければ意味がないので、当然の定めといえる」という見解もあり⁽⁶⁰⁾、この見解は、仲裁制度の実効性の確保という制度趣旨を根拠に分離独立性の原則を定めていると解しているように思われる。

これに対し判例はどうか。仲裁法施行後に仲裁法13条6項を適用した裁判例は、東京地判平17・10・21判時1926号127頁しか見当たらない。この事件では、原告が被告に対して特許ライセンス契約に基づきライセンス料の支払いを求めたのに対し、被告が契約中の仲裁条項の存在を妨訴抗弁として主張し、訴えの却下を申し立て、これに対し原告が契約を解除したことによりその存続を前提とした被告の妨訴抗弁の主張は失当であると主張した。裁判所は、「原告は、……ランニング・ロイヤルティの未払を理由に本件解除通知をしたから、本件契約は解除により終了し、本件契約の存在を前提とした本件合意も効力が失われた旨主張する。しかしながら、被告は本件合意の成立そのものを争っているものではないところ、そもそも、原告の被告に対する債務不履行解除の有効性は現時点では明らかではない。仮に原告の主張するとおり、本件契約がランニング・ロイヤルティの未払を解除原因として原告の解除の意思表示によって終了したとしても、仲裁法13条6項によれば、『仲裁合意を含む1の契約において、仲裁合意以外の契約条項が無効、取消しその他の事由により効力を有しないものとされる場合においても、仲裁合意は、当

然には、その効力を妨げられない』のであるから、本件契約の解除によって、本件合意の効力がさかのぼって無効になるものではない」と判示し、仲裁法13条6項の規定の趣旨については言及していない。

(2) 小括

これまでの学説、判例が挙げる分離独立性の原則を認める根拠である仲裁合意の性質、当事者の合意、仲裁制度の実効性の確保という制度趣旨はいずれも、分離独立性の原則を認める立法趣旨となり得るが、仲裁法13条6項の規定の文言によれば、この規定は、当事者の意思に依拠する意思推定規定であると解するのではなく⁽⁶¹⁾、仲裁合意の性質、仲裁制度の実効性の確保という制度趣旨から分離独立性の原則を認めたものと解するのが妥当ではないかと考える。このように解する場合、仲裁法13条6項の規定は、仲裁法の立法担当者によれば、強行規定であるとされるが⁽⁶²⁾、仲裁合意の性質上、当事者はその内容を公序に反しない限り、自由に取り決めることができると解されるので、当事者は合意により、仲裁合意の分離独立性の原則を否定することができる任意規定であると考える⁽⁶³⁾。

3. 妨訴抗弁の局面における分離独立性の機能

仲裁法13条6項の趣旨から仲裁条項は主たる契約とは性質の異なる別個独立した契約であると扱われ、仲裁合意は主たる契約と運命を共にせず、妨訴抗弁の局面において、原告が主たる契約の効力を争ったとしても、裁判所は、仲裁法13条6項により、当事者間に別段の合意がなく、かつ、仲裁合意自体の効力が争われていない限り、分離独立性の作用によって、主たる契約の効力について審理、判断することを要せず、妨訴抗弁を認めて訴えを却下することになる。これに対し、主たる契約の効力とは別に、あるいは、主たる契約の効力と併せて仲裁合意自体の効力が争われている場合には、分離独立性の原則が働く余地はないことになる。

この分離独立性の機能に関し、主たる契約が合意解除された場合に、仲裁合意も解除されたとみられるかは当事者の意思解釈の問題であるが、仲裁合意の解除が明示されていない場合には、原則として、主たる契約の合意解除をめぐる紛争についてはなお仲裁合意が存続しているものと解する、との見解が示されている⁽⁶⁴⁾。この場合、分離独立性の原則との関係では、主たる契約が解除されてもそれ自体によって仲裁条項が解除されたことにはならず、主たる契約の合意解除をめぐる紛争の解決のため、当事者が提訴したとしても、裁判所は、仲裁合意自体の合意解除が主張されない限り、仲裁合意の存在を理由に妨訴抗弁を認め、訴えを却下することになるが、原告が仲裁合意自体も合意解除したと主張して仲裁合意の存否を争った場合には、分離独立性の原則が働く余地はなく、当事者の意思解釈の問題として、裁判所はこの点を審理し、妨訴抗弁による訴えの却下の申立ての当否について判断を示すことになると思われる。

また、「仲裁合意の分離可能性は、主たる契約に瑕疵があっても常に仲裁条項を有効に扱い、これを救済しようとするものではない。分離可能性が当事者の合理的な意思を基礎とする以上、これを越える場合にまで広げるのは妥当ではない。すなわち、主たる契約が詐欺などの犯罪行為によって締結されたなど、実体上、反倫理的、反道徳的なものである場合には、分離可能性は制限されるし、主たる契約に付着する瑕疵は、仲裁条項に付着する瑕疵でもあるとみるべきであろう」⁽⁶⁵⁾との見解が示されているが、この見解についても、仲裁法13条6項の規定により、仲裁条項は主たる契約と運命を共にするものではないが、主たる契約とは別個の仲裁条項自体に無効、失効事由が認められる場合には、主たる契約の無効、失効事由とは別に、仲裁条項は無効、失効することになるので、裁判所は、妨訴抗弁の局面において原告が仲裁条項自体の無効、失効事由を主張した場合、その当否を審理、判断することになると考える。また、「仲裁合意そのものが、又はそれを含む契約全体が、本人の代理権・代

表権を持たない第三者によって締結されていることから本人を拘束しないこと、詐欺・錯誤があったこと等を理由に無効であったり、取り消された場合には、仲裁合意も無効であり、取り消される」⁽⁶⁶⁾との見解も示されているが、この場合も、主たる契約の無効、取消しとは別に仲裁合意自体の無効、取消事由が認められるときには、仲裁合意は無効、失効することになる⁽⁶⁷⁾。

1(2)で見た下級審判例はすべて、債務不履行による主たる契約の解除を理由に仲裁条項も解除されるという原告の主張に対し、主たる契約の解除自体によって仲裁条項が解除されることにはならない旨の判断を示したが、最判昭50・7・15民集29巻6号1061頁の事件においては、上告人は上告理由として、「基本契約が錯誤による無効であれば、仲裁契約は少なくとも動機の錯誤となるであろう」と述べ、仲裁合意自体の錯誤による無効事由を主張しているように解されるところ、最高裁は、先に見たように、分離独立性の原則についてだけ判示しているが、2審の東京高裁は、本件契約が無効ないし失効しているという控訴人の主張について、控訴人が主張する各事実(詐欺・錯誤・無約因・長期間無取引による失効)は当然に仲裁合意の無効ないし失効原因にもなると解されないでもないとして、この点についての判断を示し、いずれも仲裁合意自体の無効ないし失効原因とはならないとの判断を示した。

仲裁法13条6項により、原告が被告の妨訴抗弁に対し、主たる契約の無効、失効、また、そもそも主たる契約が成立していないことを主張したからと言って、主たる契約の無効、失効、不成立自体のみによって仲裁条項が無効、失効、不成立となるわけではなく、先に見た判例においても、分離独立性の原則によって、主たる契約の解除の結果、仲裁条項も解除され、効力を失うという原告の主張を斥け、妨訴抗弁の主張を認めた。仲裁合意の無効、失効、不成立は、あくまでも原告が主たる契約とは別個の仲裁合意自体の事由に基づき主張しなければならず、そして、原告が仲裁合意の無効、失効、不成立事由を主張した場合には、裁判所は、

かかる主張の当否を審理、判断して訴えを却下するか否かを決することになると考える⁽⁶⁸⁾。したがって、妨訴抗弁の主張は、分離独立性の原則が作用し認められる場合があるが、原告により仲裁合意自体の無効、失効、不成立が主張されるときには、分離独立性の原則が働く余地はなく、裁判所は、仲裁合意の無効、失効、不成立の主張について審理、判断しなければならず、その結果、訴えを却下するか否かを決することになると考える。

通常、主たる契約が申込みに対する承諾が認められず成立していない場合、仲裁条項も成立していないことになろうが、これはあくまでも、主たる契約と併せて仲裁条項についても申込みに対する承諾が認められず成立していない、すなわち、申込みに対する承諾が認められないという事実が主たる契約と仲裁条項の両者の不成立の原因となっている場合であって⁽⁶⁹⁾、主たる契約の不成立という事実をもって仲裁条項が不成立となるわけではない。この場合、原告が主たる契約の不成立と併せて仲裁条項の不成立を主張するときは、裁判所は仲裁条項の成否について審理、判断することになるが、かかる主張がない場合には、裁判所は被告の妨訴抗弁の主張を認めて訴えを却下することになる。また、契約交渉の結果、主たる契約が不成立になった場合であっても、主たる契約中の仲裁条項について、たとえば、当事者が交渉過程において、主たる契約の成立とは別個に仲裁合意を成立させているようなときは、主たる契約が不成立であっても仲裁条項は成立していることは言うまでもない。この場合、分離独立性の原則によって、主たる契約の不成立によって仲裁条項が不成立になるものではなく、また、通常、原告が主たる契約の不成立と併せて仲裁条項の不成立を主張することもなく、裁判所は被告の妨訴抗弁の主張を認めて訴えを却下することになる⁽⁷⁰⁾。

また、主たる契約を締結する権限を有しない者が締結した主たる契約は無効となり、この場合、分離独立性の原則によって、仲裁条項が当然に無効となるわけではないが、通常、仲裁条項自体も締結権限がないこ

とを理由に無効となろう。しかし、主たる契約を締結する権限は与えられてないが、仲裁条項については、それを締結する権限が与えられている場合には、仲裁合意は効力を有することになることも言うまでもない⁽⁷¹⁾。これに対し、意思能力を欠く者が主たる契約を締結した場合、主たる契約とともに仲裁合意も意思能力を欠くことにより無効となることは言うまでもないが、この場合も、主たる契約の無効の効果として仲裁合意も無効となるのではなく、仲裁合意自体も意思能力を欠く者によって締結されたため無効となる。これと同様に、主たる契約の取消しに関しては、たとえば、銃口を突き付けてられて主たる契約を締結させられた場合、主たる契約は強迫による取消しが認められようが、これと同時に、仲裁合意も強迫により取消しが認められよう⁽⁷²⁾。これに対し、詐欺による主たる契約の取消しに関しては、たとえば、売買契約において、売主が品質が契約条件と違うことを知りながらそれを隠し、契約条件に従った義務を履行し得るとの詐欺的表示を行い、それによって買主が契約を締結させられた場合、買主は主たる契約を詐欺を原因に取り消すことができても、分離独立性の原則によって、それ自体が仲裁合意の取消しを導くわけではなく⁽⁷³⁾、仲裁合意の取消しには、それ自体の取消事由が存しなければならない。しかし、このような詐欺的表示と併せて、原告が、たとえば、仲裁は訴訟提起の前提条件に過ぎない旨の詐欺的説明により仲裁合意に同意させられたと主張して、仲裁合意自体の取消事由が争われた場合には⁽⁷⁴⁾、分離独立性の原則が働く余地はなく、裁判所は、その存否を審理、判断することになる。

以上、具体例を示しながら妨訴抗弁の局面における分離独立性の機能について考察したが、分離独立性の原則は、仲裁条項が、主たる契約の無効、失効、不成立の直接の効果として無効、失効、不成立とならないことを定めたものであり、分離独立性の原則の意義はそれ以上でもそれ以下でもない。したがって、原告が主たる契約の成立、効力を争っている場合であっても、かかる争いが仲裁条項の範囲に含まれるときは、裁

判所は仲裁合意に基づく妨訴抗弁を認め、訴えを却下し、紛争の解決は仲裁によることになる。これに対し、原告が仲裁合意自体の成立、効力を争っている場合には、裁判所は、これを審理し、仲裁合意に不成立、無効、失効の原因が認められるときは、妨訴抗弁の主張を斥け、本案審理を進めることになり、他方、かかる原因が認められないときには、妨訴抗弁の主張を容れ、訴えを却下することになる。

4. 分離独立性の原則と Competence-Competence

仲裁法13条6項が定める分離独立性の原則は、先述したとおり、モデル法16条1項の中段および後段に対応する規定であるが、モデル法は、仲裁手続において仲裁廷が自己の仲裁権限の有無についての判断権を有すること、すなわち、仲裁廷の Competence-Competence を定める16条1項の条文の中で、Competence-Competence のために分離独立性の原則を規定するのに対し⁽⁷⁵⁾、仲裁法は仲裁合意の一般的な効力として規定している。その理由について、仲裁合意の独立性が問題となるのは、仲裁手続において仲裁権限の有無が争われる場合に限らず、仲裁合意の対象となる紛争について訴訟が提起され、被告から仲裁合意の存する旨の主張がされた場合にも、同様に問題となるからであると言われる⁽⁷⁶⁾。

この仲裁廷の Competence-Competence と分離独立性の原則との関係について、仲裁廷が主たる契約が無効であると判断した場合であっても、仲裁合意はなお有効であり、仲裁廷は仲裁権限を維持することになるとされ⁽⁷⁷⁾、また、分離独立性の原則が認められない場合には、仲裁廷は、主たる契約が無効であると判断することによって仲裁権限の根拠を失ってしまい、主たる契約が無効であるとの判断をすることができない⁽⁷⁸⁾、とも説かれる。しかし、仲裁廷が主たる契約が無効であると判断することによって仲裁条項も遡及的に無効となるとしても、仲裁廷には、当事者の合意ではなく、Competence-Competence を定める仲裁法23条1項により自己の仲裁権限の有無について判断する権限が与えられており、

仲裁廷は自己が仲裁権限を有する旨の判断のみならず、自己が仲裁権限を有しない旨の判断を示すことが認められているので(23条4項)、仲裁法13条6項が定める分離独立性の原則が適用されなくても、主たる契約と併せて仲裁条項が無効であると判断することができるのと解される。したがって、Competence-Competence は分離独立性の原則に依存するものではなく、また、分離独立性の原則も Competence-Competence によって承認されるものではないと考える⁽⁷⁹⁾。

5. 渉外的事案における分離独立性の準拠法

渉外的事案においては、分離独立性の原則が認められるか否かを判断するために適用すべき法である分離独立性の準拠法の決定が問題となる。学説においては、仲裁合意の成立・効力の一問題として、仲裁合意の準拠法によって判断するという見解が示されている⁽⁸⁰⁾。判例も、東京地判平27・1・28判時 2258号100頁は、定期傭船契約中の仲裁条項について、本件定期傭船契約は解除されたから、その一部である本件仲裁合意も解除されたとの主張に対し、仲裁合意の準拠法を当事者の黙示の合意として英国法と認定した上で、1996年英国仲裁法を適用して、本件定期傭船契約が解除されたことによって、直ちに本件仲裁合意が解除されたものと解することはできない、と判示しており、分離独立性が認められるか否かは、仲裁合意の準拠法によって判断されとした⁽⁸¹⁾。分離独立性の原則は、主たる契約の不成立、無効、失効が仲裁合意の成立、効力にどのような影響を及ぼすかという問題であるから、仲裁合意の成立、効力の問題と性質決定することができるのと解され、仲裁合意の準拠法によるのが妥当であるとする⁽⁸²⁾。

Ⅳ おわりに

仲裁合意の対象となる紛争について訴えが提起されたときは、裁判所は、被告の申立てにより、仲裁合意の存在が認められる限り、訴えを却下しなければならないが、原告が仲裁合意の存否を争う場合、裁判所は、仲裁合意の存否を審理、判断しなければならない。その場合、仲裁合意の存否を判断するに当たり、仲裁合意の成否の解釈が問題となる。また、仲裁合意には分離独立性の原則が認められているが、これが仲裁合意の存否の判断にどのように作用するかという問題もある。本稿は、これら航妨訴抗弁における仲裁合意の存否に関する基本的な問題を取り上げ、旧法下からの判例、学説を整理し、若干の検討を試み、一応の結論を示した。

仲裁合意の成否が争われた裁判例の多くは、旧法下におけるものであり、またその多くは、建設工事紛争審査会を指定する仲裁合意に関するものであるが、本稿で見たように⁽⁸³⁾、民間(旧四会)連合協定工事請負契約約款(平成29年12月改正)は34条の紛争解決条項において、当事者は、「仲裁合意書にもとづいて審査会の仲裁に付することができる」とともに、「仲裁合意により仲裁合意をした場合を除き、裁判所に訴えを提起することによって解決を図ることができる」と明記し、この規定によって、当事者が訴訟ではなく仲裁による紛争の解決を選択する場合には、約款とは別に仲裁合意書を作成し、これによって初めて仲裁合意が成立することとなり、しかも、約款に添付されている仲裁合意書の裏面には、仲裁合意の必要性、仲裁判断の効力、建設工事紛争審査会の紛争解決手続について説明が記載されており、実務上、このような方法に従った契約実務が履践されていくならば、これまで争われてきた仲裁合意の存否をめぐる紛争は相当減少することになろう(84)。

- (1) 仲裁合意が存在するときは、原告が提起した訴えは訴えの利益を欠き、その結果として、裁判所は訴えを却下しなければならない、とするのが旧法下における判例、通説であるとされる。この点に関し、小島＝高桑・注釈仲裁67頁〔豊田博昭〕、豊田博昭「仲裁法14条についての考察」修道法学27巻2号(2005)147頁、小島＝猪股・仲裁116頁、三木浩一ほか『民事訴訟法〔第2版〕』357頁〔垣内秀介〕(有斐閣、2015)。この見解に立つものとして、たとえば、伊藤眞『民事訴訟法〔第6版〕』(有斐閣、2018)178頁がある。これに対し、不起訴の合意と同様、訴えの利益の問題ではなく、当事者の合意の効力の問題であり、訴えの利益概念を媒介させる必要はないとする見解があり、仲裁法14条1項の規定からも、この見解が妥当であるとする。この見解に立つものとして、たとえば、兼子一ほか『条解 民事訴訟法〔第2版〕』(弘文堂、2011)735-736頁〔竹下守夫〕、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法(上)』(有斐閣、2006)314頁、小島＝猪股・仲裁116頁、豊田・前掲論文147頁、小島＝高桑・注釈仲裁67頁〔豊田博昭〕がある。現行法下における判例は、名古屋地判平17・9・28判タ1205号273頁、東京高判平22・12・21判時2112号36頁が、訴訟要件を欠くとして不適法却下している。いずれの見解に立っても、訴えが却下されることに変わりはない。なお、仲裁法は旧法と違い、妨訴抗弁の提出期限を明文で定めている。すなわち、仲裁法14条1項3号は、妨訴抗弁が、被告が本案について弁論をし、または弁論準備手続において申述をした後に提出された場合には、裁判所は訴えを却下すべきものとはせず、訴えの却下を求める申立ては認められない旨を明文で定める。旧法下においても、本案について弁論した時に仲裁合意の抗弁は失権とするのが、裁判例の大勢であり(小島＝猪股・仲裁118頁)、東京地判昭48・10・29判時736号65頁は、「訴権の有無に関し民事訴訟法第26条の応訴管轄に関するような規定がない以上、たとえ本案について答弁をした後でも、それが時機に後れ、訴訟の完結を遅延させるもの或いは信義則に照して許されないと考えられるものでない限り口頭弁論終結に至るまで本案前の抗弁を提出することができるものと解するのが相当である」と判示するが、これは現行法上妥当し得ない。また、被告は、本案について弁論、申述、すなわち、口頭で現実に陳述する時までに仲裁合意の存在を主張しなければならず、その後は、妨訴抗弁による訴えの却下は認められないことになるが、答弁書の陳述擬制については、現実に期日に出頭して陳述していないので、仲裁法14条1項3号にいう本

案についての弁論に当たらないと解すべきであると考ええる。この見解に立つ判例として、東京地判平24・8・7判例集未登載 (LEX/DB25496039) がある。また、旧法下のものであるが、東京地判昭45・7・15判時614号73頁は、答弁書の陳述が擬制されても、被告が仲裁合意の存在を知りながらこれを抗弁として主張する権利を放棄する意思を有しかつこれを表明したものと見做されたい旨を判示し同じ見解を示す。これ以外の問題として、被告が応訴せず、口頭弁論期日に出頭せず、答弁書を含め一切の準備書面を提出しない場合、被告の抗弁権は失効するか否かという問題があるが、被告にはもともと管轄権を有しない裁判所に提起された訴訟に応訴する義務はなく、仲裁合意の存在を後に主張し得ると解される。また、この妨訴抗弁の提出期限までに被告が仲裁合意の存在を主張し得なかったことにつき無過失であったときは、抗弁権は失効しないと解するのが妥当であろう。この点について、小島＝猪股・仲裁119頁を参照。これに対し、山本＝山田・ADR 仲裁321頁は、このような場合は、實際上、ほとんど想定できず、そのような例外扱いは認める必要がないという。仲裁合意の効力と関連する問題として、調停前置合意の効力がある。かかる合意も、不起訴の合意と同様に、訴えの利益を介在させず、その合意の直接の効果として訴えの却下を導くことが妥当ではないかと考える。この問題に関し、伊藤・前掲書178頁脚注20は、「時効中断の必要など、特別の事情がある場合を除き、この種の合意を有効とし、調停を経ることなく提起された訴えの利益を否定すべきである」という。これに対し、山本和彦『ADR 法制的現代的課題』(有斐閣、2018)216頁は、「仲裁合意においては、訴えの利益を問題とせず、当然に訴え却下の効果が生じるとされているが(仲裁14条1項)、それは、仲裁合意の場合には、仲裁手続において確実に紛争が最終的に解決されることを前提とすることができるからである」とした上で、ADR 手続を経ないで訴えを提起することを両当事者に許さない合意(訴権制限合意)については、訴えの利益を一般的な形で否定して訴え却下の結論に至ることは原則として相当でないと解される。個々の事件において、例えばADRにおける話し合いが成立する蓋然性が高いなど特段の事情がある場合に限り、例外的に訴えの利益がないと判断されるべきものであろう」といい、同217頁は、訴訟法上の効力について、訴えを却下するのではなく、裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律26条などの規定を類推して、訴訟手続の中止などの措置をとるべきであるとする。

- (2) 山本 = 山田・ADR 仲裁316頁参照。
- (3) 小島 = 猪股・仲裁98頁参照。
- (4) 内田貴『民法 I 〔第4版〕』(東京大学出版、2008)269-273頁。小島 = 猪股・仲裁90頁参照。また、中田裕康『契約法』(有斐閣、2017)105-107頁は、法律行為の解釈において、客観的解釈によれば、当事者の真意が合致していない場合、どちらの当事者も考えていなかった内容の契約が成立するという問題があるため、当事者の理解の正当性による意味付与比較説もあるというが、仲裁合意の成否の解釈においては、このような問題は生じないと解され、客観的解釈によることになると考えられる。
- (5) 山本 = 山田・ADR 仲裁317頁参照。仲裁制度が憲法32条に違反しないことは明らかであるが、東京地判昭和60・8・30判時1194号92頁は、「憲法第32条は、何人も裁判所において裁判を受ける権利を奪われない旨規定し、裁判所において裁判を受ける権利を保障している。しかしながら、私法上の権利義務関係については、私的自治の原則が妥当するから、その権利義務についての争訟の解決についても当事者の自由意思が尊重されるべきであり、当事者が、その自由な意思により一定の私法上の権利義務についての争訟に関して裁判所における通常の訴訟手続による裁判を受ける権利を放棄し、他の手段によって右の紛争を解決することを選択することは、憲法第32条によって禁止されるものではないというべきである。そして仲裁は、当事者の自由な意思による仲裁契約に基づいて、当事者間の一定の私法上の権利義務に関する争訟についての判断を、裁判所における通常の訴訟手続による裁判によることなく、第三者である仲裁人による、拘束力のある仲裁判断に委ね、これにより私法上の権利義務に関する争訟を終局的に解決する制度にほかならない」と判示し、仲裁が当事者の選択に基づく訴訟に並ぶ紛争の終局的解決手続であることを明言する。
- (6) 小島 = 猪股・仲裁147頁。講学上、仲裁合意の分離可能性、自立性、あるいは、単に、独立性とも呼ばれる。この点に関し、仲裁コンメ 45頁、小島 = 猪股・仲裁147頁、小島武司 = 猪股孝史「仲裁契約の成否(4)〈総合判例研究〉—仲裁契約の一断面—」判タ 687号(1989)20頁注(37)、澤木敬郎「渉外的仲裁・外国仲裁判断の承認及び執行」小島 = 高桑・注解仲裁 215頁、高桑・国際商事仲裁223頁注(1) 参照。また、Born, International Commercial Arbitration 351-352 は、法域によって異なることを指摘し、コモンローの法域では、separability や severability と、大陸法の法域では、

autonomy や independence とそれぞれ呼ばれているという。

- (7) 小島武司＝猪股孝司「仲裁契約の成否(1)<総合判例研究>—仲裁契約の一断面」判タ 683号(1980)26頁参照。
- (8) 小島＝猪股・仲裁89頁、小島・仲裁109頁、小山・仲裁26頁、河野・仲裁417頁。
- (9) 小島＝猪股・仲裁95頁、山本＝山田・ADR 仲裁316頁、小山・仲裁28頁。
- (10) この点に関し、旧法下の裁判例ではあるが、大阪高判昭62・6・26金商795号24頁は、「仲裁契約の成立要件としては、一名又は数名の第三者(仲裁人)に、現在又は将来の紛争の判断をさせ、その第三者の判断(仲裁判断)に服する旨の合意があれば足り、……訴権の放棄、喪失ないし不起訴の明確な合意を必要とするものでない」と考える」という。同旨、大隈一武「判批」西南学院大学法学論集26巻3号(1994)41頁、滝井繁男『建設工事契約』(ぎょうせい、1991)282頁。また、藪重夫「工事請負契約約款における仲裁条項の拘束力」北大法学31巻3・4合併号上巻(1981)1041頁を参照。
- (11) 小島＝猪股・仲裁94頁参照。なお、小林秀之「判批」ジュリ 658号(1978)110頁は、「仲裁に付する」と「仲裁に付することができる」との文言の差異によって訴訟上の意義が大きく異なることに疑問を呈している。なお、国際的事案であるが、契約に関連する紛争が当事者間で友好的に解決し得なかった場合、各当事者が、仲裁による紛争解決を申し立てることができる(may)、原告が仲裁を申し立てる場合、かかる仲裁は米国アリゾナ州フェニックスにおいて行われ、かつ米国仲裁協会の商事仲裁規則に従い行われるものとし、被告が仲裁を申し立てる場合、かかる仲裁は日本国東京において行われ、かつ一般社団法人日本商事仲裁協会の仲裁手続に従い行われるものとする旨を定める仲裁条項に基づき被告が訴えの却下の申立てをし、原告がこの仲裁条項において、仲裁申立てが「できる」(may)と定められていることなどを根拠に、排他的仲裁合意と解釈するべきでないとして仲裁合意該当性を争ったのに対し、仲裁合意該当性の判断は、仲裁合意の成立の準拠法によるものと解されるところ(この点に関し、脚注(15)を参照)、東京地判平26・10・17判タ 1413号271頁は、仲裁合意の準拠法をアリゾナ州および合衆国法とする当事者の黙示の合意を認定した上で、仲裁条項全体の内容に照らすと、「できる」(may)の文言は、話し合いから仲裁による紛争解決への移行の時期にかかるものであって、仲裁が訴訟によ

る解決との関係で選択的であることを意味するものではないなどと判示し、仲裁合意該当性を肯定している。

(12) 日本語大辞典〔第2版〕第8巻(小学館、2001)1458-1459頁参照。

(13) この判決について、小島武司＝猪股孝史「仲裁契約の成否(3)＜総合判例研究＞-仲裁契約の一断面-」判タ685号(1989)32頁は、「仲裁制度が、いまだ広く普及し定着しているとはいえないわが国の現状からして、仲裁手続によって下される仲裁判断に当事者が法的に拘束される『民事訴訟法上の仲裁』とは異なり、『けんかの仲裁』というような日常用語としての、なんら法的拘束力をもたない『事実上の仲裁』が想定されることが決して少ないとはいえないことを考えるならば、当事者が『民事訴訟法上の仲裁』の法的意味を理解したうえで、仲裁契約を締結したのでなければ、仲裁契約につき意思の合致があったとみることはできないであろう」という。また、最判昭55・6・26判時976号53頁は、四会(現民間)連合協定工事請負契約約款を用いて締結された工事請負契約に基づく建設業者から注文主に対する工事残代金請求事件において、工事に関する紛争について最終的には建設業法による建設工事紛争審査会の仲裁に付する旨を定める同約款29条の仲裁条項による当事者間の仲裁合意の成立を認め、訴えを不法却下した原審の判断を肯認して上告を棄却したが、中村治朗裁判官は、反対意見として、仲裁合意に関する合意が真に成立したか否かは疑問であり、この点を審理するため原審に差し戻すべきであるとし、その理由について、「わが国においては、仲裁手続に関し多年の歴史と経験を有する欧米諸国とは異なり、右制度の導入後もこれが利用された実績に乏しく、法曹人すら、紙の上の知識としてその意義と効果を知っているだけで、実際にこれについての実務上の経験をもっていない者の方がむしろ多いのではないかと思われるし、まして一般国民の間では、仲裁手続なるものの存在やその意義と効果についての知識を全くもたず、むしろ仲裁という名称からは紛争解決のためのあっせんや調停に類したものとしてこれを受けとつているというのが実情であろうと推察されるのである。もっとも、本件の場合にあっては、昭和31年の建設業法の改正により、建設工事紛争審査会という公の機関による建設工事に関する紛争処理の機構や手続が整備、強化され、その一環として右審査会による仲裁手続が導入されて以来相当の年月を経過しているのであるから、少なくとも建設工事を業とする者については、右のような一般国民の例をもって事をおしはかることは相当ではないかも

しれない。しかし、それにもかかわらず、右の仲裁手続の利用度は、近時漸次増加しつつあるとはいえ、なお依然として極めて低い程度にとどまっているのが実情であり……。比較的大きな建設業者や大都会地の業者はともかく、地方の一般零細業者については、右の仲裁手続の存在やその意義及び効果についての認識及び理解の程度は、なお原始状態を多く出るものではないと推測されるのである。本件上告人は、宮城県の郡部で営業している業者であり、原審も認定しているように、従来主として小規模の工事を請負ってきた小規模業者の一人であるから、仲裁手続に関して十分な認識や理解を有していたとはとうてい考えられないのである……。それ故、本件のように普通契約約款類似の形式を有するいわゆる四会連合協定の工事請負契約約款を用いてする請負契約の締結にあたり、右約款を示された上告人代表者がその全部を通読したうえ契約書に署名押印したとしても、むしろ同人としては、工事の内容や条件等固有の請負契約条項に関する部分に主として注意を払い、仲裁契約条項に関する部分については、仮にそれに気づいたとしても、その意義や効果についての認識、理解のないまま、これに格別の注意を払うことなく、従ってまた、特にこの部分を除外する旨の意思を表明することもしないで、漫然と契約書に署名、押印したものとみるのが自然の道理に合致するものと考えられるのである」と述べている。この見解に対し、小島武司「試論：制度契約としての仲裁契約—仲裁判断取消訴訟および執行判決請求訴訟との関連において—」伊藤眞ほか編『権利実現過程の基本構造』（有斐閣、2002）942頁は、この反対意見が表明されて20年以上を経過した取引社会の状況に照らし、反対意見が指摘する紛争を仲裁によって解決する旨の明確な合意の基礎が当事者間に存するものとするに十分な客観的変化が生じているという。国際契約において規定される仲裁条項については、当事者がその法律上の意味を認識、理解していることが多いと思われるが、国内契約には関しては、現在においてもそうとは言えないのではないだろうか。もっとも、国内契約において仲裁条項が規定されるものの多くは、建設工事紛争審査会の仲裁であり、公共工事には中央建設業審議会が作成した公共工事標準請負契約約款、民間の主に建築工事には民間（旧四会）連合協定工事請負契約約款が用いられているとされ（大木俊彦「建設仲裁」法時87巻4号（2015）38頁）、脚注（35）で述べるように、両者の約款中の紛争解決条項は、現在、当事者が約款とは別に仲裁合意書を作成しなければ、仲裁合意は成立しないとしており、当

事者が仲裁の意味を認識、理解した上で仲裁合意を結ぶことになると考えられる。

- (14) 小島＝猪股・仲裁106-107頁参照。
- (15) 当事者の合意が仲裁合意に該当するか否かは、仲裁合意の成立の準拠法によって決せられると解される。この点に関し、海老沢美広「判批」判時1256号(1988)199頁を参照。
- (16) 青山善充「判解」ジュリ890号(1987)86頁は、「本件判旨は、本件のような管轄合意を伴う仲裁文言の場合に限った解釈として理解すべきであろう。これに対して、管轄合意を伴わない通常の仲裁契約の場合には、たとえば仲裁地の指定や仲裁人の選定等具体的な取決めがなくても、原則として有効な仲裁契約と認めるべきである」という。これに対し、小島武司＝猪股孝史「仲裁契約の成否(2)＜総合判例研究＞- 仲裁契約の一断面-」判タ685号(1989)16頁は、国際仲裁契約の場合、「仲裁人、仲裁地ないし準拠法のいずれの指定をも欠く仲裁契約は、明確性を充足しておらず、また、この不十分さを埋め合わせるに足りる具体的了解が当事者間になかったというのであれば、拘束力ある仲裁契約とは認めがたいと解される」と述べた上で、本判決の結論は、仲裁契約が合意管轄条項の付款として存在するものであり、また間接的国際裁判管轄という問題局面の特殊性と相まって、妥当であるという。また、小林秀之「判解」判タ677号(1988)281頁は、仲裁手続が全く実施されておらず、判決国裁判所で仲裁の抗弁が提出されなかったという要素も加味して本件仲裁条項は拘束力がないという解釈が可能であるという。
- (17) 仲裁人選任の国際裁判管轄が問題となるが、わが国の場合、仲裁法8条1項により、仲裁地が日本国内となる可能性があり、かつ、申立人又は被申立人の普通裁判籍(最後の住所により定まるものを除く)の所在地が日本国内にあるときは、仲裁人の選任を裁判所に求めることができる。仲裁地が日本となる可能性の意義については、当事者間で仲裁合意があるにもかかわらず、仲裁人の選任手続が進まず、仲裁手続が頓挫を来すのを防ぐという8条の趣旨に照らし、仲裁地が日本となる蓋然性があるという必要はなく、仲裁地が日本となることがあり得ない場合を除き、かかる可能性は肯定されると解するのが妥当であると考ええる。この点に関し、理論と実務99頁〔近藤昌昭発言〕を参照。また、諸外国においても、たとえば、ドイツ仲裁法(民事訴訟法第10編)1025条が、仲裁地が定まっていない場合

であっても、申立人または被申立人がドイツに事業所または常居所を有しているときは、裁判所が仲裁人を選任する旨を明文で規定する。

- (18) わが国の仲裁法8条による裁判所に対する仲裁人の選任に関する申立ては、当事者の数が2人の場合、仲裁人の数が1人または3人であるときに必要となる裁判所による仲裁人の選任を定めており(17条2項、3項)、仲裁人の数について当事者間に合意がない場合、条文上、17条2項、3項による申立てができないことになるが、このような場合であっても、8条の規定の趣旨から、当事者は裁判所に対し仲裁人選任の申立てをすることができると解すべきであり、裁判所は、16条3項、17条4項の規定を類推適用して、仲裁人の数を決定した上で、仲裁人を選任すべきであると考ええる。
- (19) 仲裁手続に適用される仲裁法が決まる前においても仲裁人の固有の権限として仲裁地を決定することができると考えてよいのではないかと考える。この点に関し、早川吉尚「概観」谷口＝鈴木・国際商事仲裁76頁を参照。
- (20) 小島＝猪股・仲裁99頁、山本＝山田・ADR仲裁317頁参照。
- (21) 小山昇「判解」重判解説(昭和57年度)133頁参照。
- (22) 近藤昌昭「判解」民事訴訟法判例百選〔第3版〕(2003)79頁、山本豊「判解」ジュリ 808号(1984)82頁を参照。
- (23) 谷口友平＝五十嵐清『新版 注釈民法(13) 債権(4)〔補訂版〕』173頁(潮見圭男)(有斐閣、2006)。
- (24) 小島＝猪股・前掲注(6)115頁参照。
- (25) 本件上告審の最判昭57・2・23民集36巻2号183頁は、約款法理には言及せず、仲裁合意の成立を認めた原審の判断を是認し、上告を棄却した。
- (26) たとえば、病院を経営する医師が病院建設に関して締結した建設請負契約等に添付された約款中の建設工事紛争審査会の仲裁条項の成立を争った事案において、東京地判昭48・10・29判時736号65頁は、当該医師の知識、教養の程度および多年の社会的経験に鑑み、約款中の仲裁条項の文言の意味を一応理解していたものと推認するのが相当である等を理由に仲裁合意の成立を認め、約款法理を適用していない。この点に関し、近藤・前掲注(22)79頁、山本・前掲注(23)82頁を参照。
- (27) 小林・前掲注(11)111頁。滝井繁男『逐条解説 工事請負契約約款〔5訂新编版〕』(酒井書店、1998)316頁は、「約款は個々の当事者の個別的事情を探究されないという性質をもっている。従って、当該約款によって契約する意思が確認されれば、必ずしも個々の条項について当事者が逐一認識し

ていたかどうかは穿鑿されない。しかし、そのことから仲裁条項のような、裁判所に訴えてその判断を求める権利(訴権)を奪うという重要な影響をもつものについても、同様に解すべきかは疑問である」という。近藤・前掲注(22)79頁、山本・前掲注(23)82頁参照。また、柏木邦良「判解」重判解説(昭和49年度)112頁は、建設工事紛争審査会の人的・物的施設の弱体の実態を指摘し、建設業法が予定している紛争解決制度は当事者の合意を合理的なものともみなすに足りるほど整備されておらず、仲裁条項の効力を否定すべきであるという見解を示す。もともと、建設工事紛争審査会の問題点を指摘する見解は、40年以上前に発表されたものであり、当時の実態に基づくものである。この見解に対し、青山善充「裁判外紛争処理機関の現状と展望(1)」自由と正義32巻9号(1981)43頁は、建設工事紛争審査会が紛争処理の権限が与えられてから丁度4半世紀を閲した実情に照らし、かかる認識は修正の必要があると述べている。また、大隈・前掲注(10)54-55頁は、建設工事紛争審査会の仲裁について、「30年を越す実態のなかで、法に基づく審査会は当然、業界においても認知されているものと考えられる。またそれだけの実績を挙げていると考える。従って、もはや、今日において」、紛争解決機関として十分な能力を有していない、実際に機能していない、といった「主張をするのは難しいであろう」という。近時の実態については、たとえば、唐木芳博「建設工事紛争審査会の現状と課題」仲裁とADR1号(2006)54頁を参照。現在、同審査会の人的・物的施設の弱体を指摘する見解は見当たらない。

- (28) 小山昇「判批」民商 68巻4号(1973)661頁。
- (29) 田尾桃二「判解」曹時 25巻1号(1973)182頁は、保険約款についての世間の承知度、保険約款の、長い歴史と厳重な行政上のあるいは業界内の監督・指導による内容の合理性にくらべると、工事請負契約約款の承知度はなお低く、歴史も浅いのであって直ちに保険約款の場合と同視することはできないのではないかと考えられる」という。
- (30) 仲裁合意の分離独立性の原則については、次のⅢで取り上げる。
- (31) 訴訟法上の効果を有する点で共通する管轄合意についても、仲裁合意と同様に分離独立性の原則が働くと考えられるが(この点に関し、兼子ほか・前掲注(1)112頁〔新堂幸司＝高橋宏志＝高田裕成〕、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ〔第2版追補版〕』(日本評論社、2014)175頁、斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(1)〔第2版〕』343頁〔高島善郎＝松山恒昭＝小

室直人〕(第一法規出版、1991)、三宅省三ほか編『注解民事訴訟法(1)』162頁(滝澤孝臣)(青林書院、2002)を参照)、普通取引約款中の管轄合意の成否について、判例は、大阪高決昭40・6・29下民集16巻6号1154頁が、航空運送約款における合意管轄条項の成否について「思うに通常の私法上の取引に関する契約においては、当事者が契約締結に際して用いた明示・黙示の表示手段ばかりでなく、かような表示手段が用いられていなくても信義則・事実たる慣習・任意規定・慣習法等によって、契約内容が補充されるのであり、本件で主張されている運送約款のようないわゆる普通契約約款についても、当事者が右約款にしたがうべき旨明示・黙示の意思を表示していなくても、特約によってこれを排除しない限り、普通契約約款にしたがった契約が成立したものと解するのが相当である。しかしながら、これと異なり、民事訴訟の管轄に関する合意は、たとい前記私法上の取引契約と同時に締結されようとも、その要件・効果は民事訴訟法25条〔現11条〕によって規律され」と判示する。この見解を支持する学説として、吉野正三郎「管轄をめぐる当事者自治とその限界」新堂幸司編『講座 民事訴訟(4) 審理』(弘文堂、1985)74-75頁がある。

- (32) 仮に仲裁条項の合意が擬制されるとしても、事業者間の取引において使用される約款が定型約款と認められるのは、相当に限定された場合になるとされる(山本豊「定型約款の新規定に関する若干の解釈問題」ジュリ1511号(2017)47頁)。また、消費者契約については、定型約款中の仲裁条項により仲裁合意が成立しても、消費者は、仲裁法附則3条により、仲裁合意を解除することができる。
- (33) この点に関し青山・前掲注(27)43頁は、仲裁条項が盛り込まれた約款による建築請負契約は「両当事者がいわばテーブルをはさんで協議して成立させる契約であり、全体としての契約に署名していることによって合意の存在は高い蓋然性をもって推定されるから、証明責任は合意の不成立を主張する側にある」という。青山善充・「判解」民事訴訟法判例百選〔第2版〕(1982)133頁をも参照。また、同・「判批」海事法研究会誌41号(1981)7頁は、「契約書中にもともと仲裁条項が記載されている以上、両当事者間にその内容に添う合意が成立したとの相当程度の推定が働くというべきである。したがって、その推定を破るためには相手方(裁判所に事件をもちだす原告)において特段の事情をあげて反証しなければならないであろう。そしてこの合意の推定の程度には高低があり、当事者側の事情としては当

事者がそのような契約を常日頃扱っている業者どうしてあるか、一般のいわゆる素人であるか、素人であってもその者の知識教養の程度に照らして仲裁の何たるかをわきまえていたとみられるか否か、また、契約書面の側からみれば、そのような契約書式をもって契約することが当該業界において一般的であるか否か、またそれが広く知れわたっているか、等によって差異があろう。したがって、合意の推定を破るべき特段の事情も事案によっておのずから異なるというべきである」という。

- (34) 藪・前掲注(10)1040頁。また、小山・旧仲裁63頁は、「契約の当事者の間の経済的な地位の優劣の差が甚しく仲裁約款の弱者に不利益である場合を除き、とくに仲裁約款を保留する旨の明示的の意思表示がない限り、仲裁契約についても契約が締結されたとすべきである」という。また藪・前掲注(10)1041頁は、約款にある「……紛争審査会の仲裁に付し、その仲裁判断に服する」という条項の文言はまさに仲裁契約の成立要件を充足するものと解すべきである」というが、この点に関し、青山・前掲注(27)44頁脚注(33)は、「右の約款にその文言がありさえすれば当然に仲裁契約が成立したことになり反証を許さないとの趣旨であるとすれば賛成できない」という。

- (35) なお、建設工事紛争審査会の仲裁を指定する民間(旧四会)連合協定工事請負契約約款中の紛争解決条項の規定は、以下略述するように、仲裁合意の成否が裁判所で争われたことを契機として、その不備を是正するため、改正が重ねられてきており、現在、仲裁合意の成立には、当事者が約款とは別に仲裁合意書を作成することになっており、これに従って仲裁合意が締結される場合には、仲裁合意の成否が問題となることはまずないように思われる。同約款の改正の経緯を簡単に振り返ると、同約款は昭和26年2月に作成され、その後、改訂が重ねられてきているが、同約款中の紛争解決条項については、昭和26年2月作成の約款で「(1)この契約について紛争が生じたとき、当事者双方または一方から、相手方の承認する仲裁人を選んでこれに仲裁の依頼をするか、または建設審議会にその解決の斡旋を依頼する」と定めていた。その後、昭和32年9月に改正され、約款は、「(1)この契約について紛争が生じたときは、当事者の双方または一方から相手方の承認する第三者を選んで、これに紛争の解決を依頼するか、または建設工事紛争審査会のあっせんまたは調停に付する。(2)前項によって紛争が解決しないときは、建設業法による建設工事紛争審査会の仲裁に付する

ことができる」と規定した。ところが、この条項は、民事訴訟とは別個に任意かつ選択的に独自の解決方法により得ることを合意したものに過ぎないとする解釈上の疑問を生じさせることとなり、昭和41年11月改正の約款は、この2項を、「前項によって紛争解決の見込みがないときは、建設業法による建設工事紛争審査会の仲裁に付する」と改めて、かかる疑問を解消したが、他方、仲裁への移行の要件に関して、あっせん、調停は昭和32年の約款と同様に明確性に疑問を残すこととなった。昭和50年3月に改正された約款は、「この契約について紛争が生じたときは、当事者の双方または一方から、相手方の承認する第三者を選んでこれに紛争の解決を依頼するか、または契約書に定める建設工事紛争審査会のあっせんまたは調停に付する。当事者は、その双方または一方が前項によるあっせんまたは調停により紛争を解決する見込みがないと認めたときは、前項の規定にかかわらず契約書に定める建設工事紛争審査会の仲裁に付する」と定めるとともに、審査会名を契約書に記入させることとした。しかし、実際の契約書に審査会名を記入する事例は皆無に近く、そのため仲裁合意の成立をめぐる議論を生じさせることになったとされる(藪・前掲注(10)1025-1026頁)。その後、この問題に対処するとともに、仲裁条項が訴権を奪うという重要な影響をもつものであることから、仲裁合意の成立には、当事者がその存在を認識していたことを要すべきであるという考えから、昭和56年9月改正において、「(1) この契約について紛争が生じたときは、当事者の双方または一方から、相手方の承認する第三者を選んでこれに紛争の解決を依頼するか、または契約書に定める建設工事紛争審査会(以下「審査会」という)のあっせんまたは調停に付する。ただし、審査会の管轄について定めのないときは、建設業法25条の9第1項または第2項に定める審査会を管轄審査会とする。(2) 当事者は、その双方または一方が前項による紛争を解決する見込みがないと認めたときは、もしくは審査会があっせんまたは調停をしないものとしたとき、または打ち切ったときは、当事者は仲裁合意書にもとづいて審査会の仲裁に付することができる」と定め、当事者が、仲裁合意を、別途、仲裁合意書に基づき締結しなければ、仲裁合意は成立しない旨の規定に改められ、また、別途作成される仲裁合意書の裏面には、仲裁制度の説明とこれを用いる際の注意が記載されることになった(滝井・前掲注(27)316-317頁)。その後も約款は数次に亘り改正がされているが、平成21年5月改正までは、若干の字句の修正はあるが、

内容的には従前と同一である。これに対し、平成23年5月改正の約款は、項を追加し、「(3)本条(1)および(2)の定めにかかわらず、この契約について発注者と受注者との間に紛争が生じたときは、発注者または受注者は、仲裁合意書により仲裁合意をした場合を除き、裁判所に訴えを提起することによって解決を図ることができる」と定め、仲裁合意が締結されない限り、裁判を受ける権利が保障されていることを明記する。その後、平成29年12月改正が直近の改正となるが、紛争解決条項の内容は変わっていない。

- (36) 建設請負約款中の仲裁条項について、原茂太一「判批」判時1034号(1982)176頁は、過去の判例、学説には、建設工事紛争審査会の不備、建設請負約款の周知度が低さなどを理由に仲裁合意の意思の認定に慎重、厳格な態度をとってきたものがあるという。
- (37) 大隈・前掲注(10)45-46頁。原茂・前掲注(36)176頁参照。
- (38) 田尾・前掲注(29)181頁。また、石川明「判批」判タ291号(1973)81頁は、「紛争の解決を仲裁手続によるべきか訴訟によるべきかという点については当事者はまさに重大な利害をもつものといわなければなら」ず、建築請負契約における仲裁条項につき保険約款の程度まで周知性が高まり且つ内容の合理的の保証が存するようになって、右仲裁条項については独立の書面による明示の意思表示が必要である」という。
- (39) 原茂・前掲注(36)177頁。
- (40) 青山・前掲注(33)「判批」8頁。
- (41) 小島＝猪股・仲裁98頁。
- (42) 西村宏一「仲裁契約の効力の客観的範囲」東海法学13号(1994)11頁。
- (43) 藪・前掲注(10)1041-1042頁は、「仲裁手続は裁判所に紛争解決を求める憲法上の権利を奪うものであるといった理由に基づいて仲裁契約の成立の認定、解釈をことさらに厳格かつ制限的に解しようとするのは、紛争は判決手続によって解決するのが望ましく、仲裁による解決方法は紛争の処理として好ましくないという独断的な思い込みにとらわれた思考であり、わが民訴法の立法趣旨に反する考え方というべきであろう。紛争の強制的な解決の制度として民事訴訟制度が設けられ、何びともこれを利用することが憲法上保障されていることは勿論であるが(憲法32条)、このことは、当事者が民事訴訟以外の方法で紛争を任意に解決することを妨げるものではなく、わが民訴法は紛争は原則として任意的に自主的に解決することが

望ましいという考え方に立ち、その解決方法に関する合意の1つとして、民事訴訟による方法を排除し第三者に紛争解決の権限を授権することを認めているのであって、これを目して当事者の憲法上の権利を奪うことになるといった固定観念のもとに、当事者の仲裁を選ぶ権利を制限しようとする立場をとることには賛同できない」という。また、この仲裁に対する訴訟の優位性に関しては、名古屋地判平17・9・28判タ1205号273頁は、「建設工事紛争審査会は、①建設工事をめぐる紛争が、技術的な専門性をもつ分野であり、紛争を解決する側にもそれに関する専門的知識が必要なこと、②請負契約には特別な慣行が伴う場合があり、その知識も要求されること、③瑕疵の主張は一般に多岐にわたりがちであり、また、追加変更合意の有無を巡る争いも頻発しがちであるところ、これを厳格・慎重な手続である訴訟で解決するとなると、裁判官は建築の専門家ではないこともあり、解決に時間を要することなどの実態を踏まえ、建築に関する知識と経験のある専門家が関与する準司法機関として昭和31年に創設されたものである。この点、原告の引用する文献『建築請負・建築瑕疵の法律実務(建築紛争解決の手引)横浜弁護士会編』(甲1)にも、……『この点、法案の審議過程においては消費者仲裁合意を一律に無効とするとの意見もあったが、建設工事紛争審査会など特定の紛争分野では、仲裁合意に基づいて消費者と事業者間の仲裁も現に相当数行われており、消費者が仲裁を申し立てる例も少なくない。したがって、将来の消費者仲裁合意を一律無効とすることは、これまで消費者が利用できた仲裁を制限することになり、かえって、消費者の利益にならない場合があると考えられるため、利用するか否かの選択権を消費者に与えたものである』旨記載され、その有用性が評価されているところであり、適正、公平かつ迅速な紛争処理を期待したいいわゆるADRの代表格である建設工事紛争審査会による仲裁が、訴訟に比較し、消費者保護に欠けるということにはならない」といい、建設工事紛争審査会の仲裁が訴訟に代替する紛争解決手段としての有用性を有する旨を指摘している。

- (44) 谷口友平＝石田喜久夫編『新版 注釈民法(1) 総則(1)〔改訂版〕』73頁〔安永正昭〕(有斐閣、2002)。
- (45) 小山・前掲注(28)660頁参照。また、小山昇「判批」判時992号(1981)170頁は、「仲裁付託の意思ありと相手方が信ずるのが当然であるような外的事実を惹起させて場合には、仲裁付託の意思がなかったときでも、仲

裁による解決を拒否することができないという評価をすべき場合もある」という。

- (46) 中野俊一郎「仲裁合意の分離独立性について」仲裁と ADR 9号 (2014)12 頁参照。
- (47) この分離独立性の原則は、国際的にも広く認められた考え方である。この点に関し、高桑・国際商事仲裁223頁注(1)、松浦馨「仲裁契約の失効」松浦＝青山・論点181頁、中野・前掲注(46)12頁を参照。See also Born, *International Commercial Arbitration* 349-350.
- (48) 小島・仲裁147頁。
- (49) 分離独立性の原則の根拠を仲裁合意の性質に求める立場として、川上太郎「涉外仲裁契約」契約法大系刊行委員会編「契約法大系Ⅵ(特殊の契約2)」(有斐閣、1963)255頁、中野・前掲注(46)16頁。柴田保幸「判解」曹時 28 巻2号142頁、河野・仲裁414頁参照。また、高桑・国際商事仲裁217頁、325頁をも参照。
- (50) 川上・前掲注(49)255-256頁、高桑昭「新たな仲裁法と涉外的仲裁」曹時56巻7号(2004)9-10頁、高杉直「国際取引契約における仲裁合意の成立・効力の準拠法—妨訴抗弁の局面を中心に—」帝塚山法学26号(2014)90頁、中野・前掲注(46)15-16頁、道垣内正人「国際商事仲裁—国家法秩序との関係」国際法学会編『日本と国際法100年 第9巻 紛争の解決』82頁参照。See Born, *International Commercial Arbitration* 464, 476; Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, et al., *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 107. これに対し、国際私法上、仲裁合意の分離独立性を否定する見解として、高橋宏司「仲裁合意・管轄合意の独立性原則—準拠法決定プロセスにおける再検討」民商147巻3号(2012)265頁、中村秀雄「当事者間に明示の合意がないときの仲裁合意の準拠法」JCA ジャーナル 61巻5号(2014)3頁、9頁。
- (51) 小島・仲裁147頁。
- (52) 分離独立性の根拠をこの当事者の意思に求める立場として、中田・仲裁126-127頁、小島＝猪股・前掲注(6)18頁、柴田・前掲注(49)143頁、細川潔「仲裁契約に関する一考察」福岡大学法学論叢25巻2・3・4合併号274-275頁がある。また、小山・旧仲裁67-68頁参照。See also Born, *International Commercial Arbitration* 353.
- (53) 青山・仲裁636-634頁、河野・仲裁413頁、415頁、小林秀之「判批」法

協 94 卷 10 号 (1977) 1561 頁。

- (54) 河野・仲裁 414 頁参照。
- (55) 小山・仲裁 95 頁は、東京高判昭 49・7・18 民集 29 卷 6 号 1079 頁を説明する文脈において、「主たる契約の効力の争いが仲裁に付託されたか否かは契約自体で定めておくべきことである。契約自体において定めがないときでも、契約の合理的な解釈としてその旨が約されていると認定することができる。こうして、判例は、主たる契約の効力の争いも仲裁に付託されたものと推定するものである(反証の余地はある)」という。
- (56) 中野・前掲注 (46) 13 頁参照。See also Stephen M. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems* (Grotius Publications 1987) 3-6. もっとも、当事者の意思推定に対し、高田昇治『仲裁契約法の研究—アメリカ法の展開とわが国への示唆—』(信山社、1997) 50 頁は、真実詐欺された当事者の意図からすれば、詐欺により締結するにいたった、契約の一部である仲裁条項により拘束され、裁判所に提訴しえないというのは、むしろ逆に以外なことであろう」という。久保田穰「判解」ジュリ臨増 642 号 260-261 頁は、最判昭 50・7・15 民集 29 卷 6 号 1061 頁の「言うように、『特段の合意のない限り』主たる契約の瑕疵は仲裁条項に影響しないのではなく、特段の合意があるか、或いはそれに匹敵するような、契約の成立、効力を含めて争いはすべて仲裁によることを合意したとみられるような状況に於いてのみ、契約の成立における瑕疵は仲裁条項に影響しないという考え方は十分にあり得る」といい、分離独立性の原則を否定する考え方もあり得るところ、この最高裁判決は、1 つの新しい原則を述べたということができる、と評価する。
- (57) 藤田泰弘「判批」判タ 316 号 119 頁は、東京高判昭 49・7・18 民集 29 卷 6 号 1070 頁の判例評釈において「実務家としては仲裁条項の起案を疎かにせず、例えば、政府の許認可とか、或る重要な事実の存在又は発生が契約発効の前提条件とそれているような場合は、仲裁条項の効力発生も同一条件に服するとするとともに、そうした前提問題はそもそも仲裁の対象にはならないということを明記しておく方が望ましいと考えられる」と述べている。
- (58) 小島 = 猪股・仲裁 147-148 頁。
- (59) 仲裁コメ 53 頁は、「主たる契約に関して生ずる紛争を解決しようとして仲裁条項を挿入する以上、当然であり、仲裁合意の独立性は、既に判例

でも認められている」といい、分離独立性を当事者の意思に求め、それを反映させたものが13条6項の規定であると解しているように考えられる。

- (60) 山本＝山田・ADR 仲裁325頁。
- (61) 意思推定規定の場合、「期限は、債務者の利益のために定めたものと推定する。」(民法136条1項)や「違約金は、賠償額の予定と推定する。」(同420条3項)の規定に見られるように、「推定する」旨の文言が置かれることになると考えられる。
- (62) 仲裁コンメ 131頁。
- (63) この点を明文で規定する仲裁法として、たとえば、1996年英国仲裁法がある。同法7条は、「当事者による別段の合意がない限り、仲裁合意は、別の契約(書面によるか否かに関係なく)を構成する、あるいは構成することを意図されている場合であっても、その別の契約が無効、不存在、失効していることを理由に無効、不存在、失効しているとみなされず、その目的のために独立した契約として扱われる」と規定し、任意規定であることを明文で定める。
- (64) 山本＝山田・ADR 仲裁325頁。このほか、旧法下における見解として、青山・仲裁639頁は、主たる契約を両当事者が解除した場合には、別段の定めをしない限り、仲裁契約も解除されたと解すべきであり、それが当事者の通常の意味と考えられるからであるという。また、松浦・前掲注(47)181頁は、「主たる契約が合意により解除されたときは、仲裁契約も失効するとは当然であろう」という。同旨、小山・仲裁100頁。この見解について、理論と実務67頁[山本和彦発言]は「合意解除の場合には、その合意の趣旨として通常は本体の契約だけではなく、仲裁合意についても合意解除がされていることが多いということではないか。だから実際上は主たる契約が合意解除された場合には、仲裁契約も失効する人が多いということと言わんとされていたのではないかと思われ」という。
- (65) 小島＝猪股・仲裁149頁。また、管轄合意に関し、仙台地判平4・9・25判時1499号104頁は、仲裁合意と同様に、分離独立性の原則を認めた上で、「もっとも、一方の行為が詐欺として違法性が高く、契約書中の管轄合意を含めて詐欺による取消しの効果を認めるのであれば、著しく正義に反するといわざるを得ない特段の事情があれば、管轄の合意の効力もまた詐欺による取消しによって失われる場合のあることは認めざるを得ない」と判示する。この点に関し、三宅ほか・前掲注(31)162頁[滝澤]を参照。

- (66) 道垣内正人「仲裁合意」谷口＝鈴木・国際商事仲裁118頁。また、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第8版〕』（有斐閣、2018）373-374頁は「仲裁合意を含む契約全体が詐欺を理由に取り消された場合には、仲裁合意も取り消される」という。
- (67) 山本＝山田・ADR 仲裁325頁も「仲裁合意自体について意思の瑕疵等が認められる場合には、当然に仲裁合意の効力を生じない（したがって、主たる契約が強迫によって取り消されるときなどは、仲裁合意も取消しの対象となるのが通常であろう。これに対し、錯誤等については、分離可能である場合も多いと思われる）」という。理論と実務68頁〔近藤昌昭発言、三木浩一発言〕も同旨と解される。
- (68) See Born, International Commercial Arbitration 435.
- (69) Born, International Commercial Arbitration 436, 461 は、このような場合を、cases of “double relevant” facts or “identities of defects” と呼んでいる。
- (70) これは、Born, International Commercial Arbitration 435, fn 482 が挙げる例である。
- (71) これは、Born, International Commercial Arbitration 435, fn 483 が挙げる例である。
- (72) See Born, International Commercial Arbitration 436.
- (73) See Born, International Commercial Arbitration 434.
- (74) これは、中野・前掲注(46)14頁が挙げる例である。
- (75) モデル法16条1項は、“The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction……. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract.”と規定する。もっとも、Born, International Commercial Arbitration 377 は、このような制限的な規定の趣旨は明らかでなく、一般的な規定と解すべきであるという。
- (76) 仲裁コンメ 53頁。
- (77) Peter Binder, International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions (Kluwer Law International 4th ed. 2019) 254. また、高杉・前掲注(50)89頁も、分離独立性の原則は、仲裁廷の本案判断に関する管轄権を保護するためであるという。
- (78) 道垣内・前掲注(50)81頁。

- (79) See Born, *International Commercial Arbitration* 470, 1073. また、中野・前掲注(46)13-14頁参照。
- (80) 高杉・前掲注(50)89頁。柴田・前掲注(49)140頁は、「仲裁契約の効力の問題であると解される」という。Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (Kluwer Law and Taxation Publishers 1981) 146 は、仲裁合意の準拠法、主たる契約の準拠法、法廷地法が考えられ、見解の分かれる問題であるが、最も安全で実務的な解決は、法廷地法によることであろう、という。
- (81) このほか、横浜地判平11・8・25判タ1053号266頁、東京地判平26・10・17判タ1413号271頁も仲裁合意の準拠法により判断をしている。
- (82) 本間靖規『国際民事手続法[第2版]』(有斐閣、2012)242頁(中野俊一郎)は、分離独立性の原則は、「特殊な手続関係規定として、仲裁手続準拠法の適用範囲に含めて考えることもできよう」との見解を示す。この点に関し、小島＝猪股・仲裁622-623頁参照、福井清貴「判批」ジュリ1537号(2019)131頁参照。
- (83) 脚注(35)参照。
- (84) もっとも、民間(旧四会)連合協定工事請負契約約款が民間の主に建築工事に用いられているのに対し、公共工事に用いられている中央建設業審議会が作成した公共工事標準請負契約約款(平成29年7月25日改正)は(大本俊彦「建設仲裁」法時87巻4号(2015)38頁参照)53条において、前者の紛争解決条項の規定とは異なり、「発注者及び受注者は、その一方又は双方が前条の[調停人又は]審査会のあつせん又は調停により紛争を解決する見込みがないと認めたときは、同条の規定にかかわらず、仲裁合意書に基づき、審査会の仲裁に付し、その仲裁判断に服する」と定める。この場合も、前者と同様に、当事者が別途仲裁合意書を作成しない限り、仲裁合意は成立しないようにも思われるが、この規定とほぼ同様の紛争解決条項によって仲裁合意の成否が争われた事件として、東京高判平25・7・10判タ1394号200頁がある。この事件では、工事下請負契約約款中の「第45条 この約款の各条項において甲乙協議して定めるものにつき協議がととのわない場合その他この契約に関して甲乙間に紛争を生じた場合には、甲又は乙は、当事者の双方の合意により選定した第三者又は建設業法による建設工事紛争審査会(以下「審査会」という。)のあつせん又は調停により解決を図る。

第46条 甲又は乙は、前条のあっせん又は調停により紛争を解決する見込みがないと認めたときは、甲乙双方の合意に基づいて審査会の仲裁に付し、その仲裁判断に服する。」と定める合意によって仲裁合意が成立したか否かが争われた。原審は、「(1)本件約款の上記条項は、『あっせん又は調停』により紛争を解決する見込みがない場合に、『双方の合意に基づいて』審査会の仲裁に付し、その仲裁判断に服するとしたもので、形式的にみる限りは、審査会の仲裁判断に付する旨の合意が別途、必要であるようにみえる。しかし、上記条項が本件約款に規定された趣旨を合理的に解するならば、双方の合意に基づいて仲裁判断に服することができることを注意的に規定したものとは解されず、将来発生する紛争を、あっせん若しくは調停又は審査会の仲裁により解決する趣旨を明確にしたものと解される」と判示し、航妨訴抗弁を認めて訴えを却下したのに対し、控訴審は、「本件約款46条は、審査会の仲裁に付するためには、双方の合意に基づいてすると規定しており、本件約款の条項とは別に仲裁合意をすることを想定した規定となっている上、……仲裁合意の効果についての注意事項は記載されていない。そうすると、本件約款の文言解釈からすると、本件約款を取り交わしたことのみにては、仲裁合意としては不十分で、審査会の仲裁に付する旨の別途の書面の合意が必要であると解するのが相当である」と判示し、仲裁合意の成立を否定した。したがって、仲裁合意の成否が争われる余地をなくすには、民間(旧四会)連合協定工事請負契約約款が定めるように、仲裁合意が別途締結されない限り、仲裁合意は成立しない旨を明記しておく必要があると考える。これ以外にも同審議会が作成した建設工事標準下請契約約款(平成29年7月25日改正)39条2項にも同様の規定が置かれている。また、たとえば、東京都水道局が定める工事請負標準契約書(平成30年6月25日改正)50条も、これと同様に、「第50条 発注者及び受注者は、前条第1項の審査会のあっせん又は調停により紛争を解決する見込みがないと認めたときは、同条の規定にかかわらず、発注者と受注者とが合意の上、審査会の仲裁に付し、その仲裁判断に服する」と定めており、民間(旧四会)連合協定工事請負契約約款と同様の規定に改めることが望ましいように思われる。

〔引用文献の略記〕

- 中田・仲裁 中田淳一『特別訴訟手続 第3編 仲裁手続』
(日本評論社、1938)
- 小山・旧仲裁 小山昇『調停法・仲裁法』(有斐閣、1958)
- 小山・仲裁 小山昇『仲裁法〔新版〕』(有斐閣、1983)
- 小島 = 高桑・注解仲裁 小島武司 = 高桑昭編『注解仲裁法』(青林書院、1988)
- 小島 = 高桑・注釈仲裁 小島武司 = 高桑昭編『注釈と論点 仲裁法』
(青林書院、2007)
- 小島・仲裁 小島武司『仲裁法』(青林書院、2000)
- 青山・仲裁 谷口安平 = 井上治典編『新・判例コンメンタール
民事訴訟法6』(三省堂、1996)〔青山善充〕
- 河野・仲裁 斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法〔第2版〕(11)』
(第一法規出版、1996)〔河野正憲〕
- 松浦 = 青山・論点 松浦馨 = 青山善充編『現代仲裁法の論点』
(有斐閣、1998)
- 仲裁コンメ 近藤昌昭ほか『仲裁法コンメンタール』220頁
(商事法務、2003)
- 理論と実務 三木浩一 = 山本和彦編『新仲裁法の理論と実務』
ジュリスト増刊(有斐閣、2006)
- 小島 = 猪股・仲裁 小島武司 = 猪股孝史『仲裁法』(日本評論社、2014)
- 山本 = 山田・ADR 仲裁 山本和彦 = 山田文『ADR 仲裁法〔第2版〕』
(日本評論社、2015)
- Born, International Commercial Arbitration
Gary B. Born, International Commercial Arbitration
(Kluwer Law International 2nd ed. 2014)