慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究一〇九〕仲裁契約が黙示的に成立したと認められた事例 (昭和四七年一〇月一二日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	豊泉, 貫太郎(Toyoizumi, Kantarō) 民事訴訟法研究会(Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1973
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.46, No.11 (1973. 11) ,p.111- 115
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19731115-0111

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

るとするならば、そこには当然解雇についての正当理由が、制度そのものとの関係で検討されなければならないであろうが。

三　以上述べたように本件パートタイマーの解雇事件は、現在社会における企業の雇用量調整のために認めざるをえない合・非スレスレの線の労働契約とその解約つまり解雇であるので、判旨が、「臨時的雇用の間道を歩む」制度であると指摘したのも、また正論といえるであろうか。

（1）正田彬編「女子パートタイマー」、山本吉人「雇用形態と労働法」などである。

（2）春風堂事件、東京地裁、昭和四二年一二月一九日判決、法学研究四一巻四号参照。

（3）石橋主税「パートタイマー契約の反覆更新と解雇権」、季労八七号一六八頁参照。

（4）阿久沢亀夫「臨時工の労働契約」判例時報六三六号。

（5）アメリカでみられる銀行のパートタイマーとはかなり異なるのであるが、ここになおパートタイマーの取扱いの未熟さがまざまざと露呈しているので、当事者としてなお考え直す必要があると思われる。

（6）関西電力事件、大阪地裁、昭和三八・七・一九判決（労民集一四巻四号九二三頁）。川崎製鉄葺合工場控訴事件、大阪高裁、昭和三八・一〇・二三判決、（判例時報三五九号）。

阿久沢亀夫

〔最高裁民訴事例研究　一〇九〕

昭四七11（最高民集二六巻八号一四四八頁）

仲裁契約が黙示的に成立したと認められた事例

執行判決請求事件（昭和四七・一〇・一二第一小法廷判決）

〔事実〕原告・被控訴人・被上告人Xは建築業者であり、Y_1、Y_2乃至Y_6（被告・控訴人・上告人）は共同で建物を建築し、これを六名の共有とすることとしたのであるが、右建築工事の請負契約にあたつてはY_2乃至Y_6の母親であるY_1のみを注文者とし、Xと建築工事請負契約を締結したが、右契約書には日本建築学会等四会協定の工事請負契約約款が援用、添付せられており、右約款の中には工事請負契約について生じた紛争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旨の記載があつた。そこでXは請負代金の支払について争いが生じたので、契約書上の相手方たるY_1を相手方として、中央建設工事審査会に仲裁手続を申し立てた。右仲裁手続の進行中にXはY_2以下五名も工事建物の共有者であり、実質的な注文者であるとして、Y_2乃至Y_6をも仲裁手続に加えるべく、当事者追加変更の申立をなしたところ、Y_2乃至Y_6が仲裁期日において、当事者として追加されることに異議のない旨を陳述

したのでY₂乃至Y₆を当初より当事者と認め、X—Y₁Y₂乃至Y₆の間でY₁らに対し残代金の支払を命ずる仲裁判断がなされた。ところがY₁らは仲裁判断に従わず支払わなかつたのでXはY₁らを被告として、民訴法八〇二条第一項に基き、執行判決を求めたのが本件である。

第一審はY₂乃至Y₆については前述の仲裁期日において出頭し、当事者として追加されることに異議のない旨陳述したこと、当初Y₁より委任されていた弁護士Aに仲裁手続の代理権を与え、同AはY₁以下全員の代理人として書面を提出し、右書面においてY₂乃至Y₆が仲裁手続の当事者に追加されることに異議のない旨の陳述をし、爾後終結に至るまでY₂乃至Y₆の内一人は必ず仲裁手続に出頭し、Aともども仲裁契約の不成立の主張はなく、本案の弁論をなしてきたものであるとして、X—Y₁の間には特に右契約約款に従わないとする合意があるとは認められないとして、工事請負契約添付の約款に基く仲裁契約の成立を認め、X—Y₂乃至Y₆では前記事情より審査会の仲裁によつて解決する旨の仲裁契約が黙示的に締結されたものと認めたのである。Y₁ら控訴。

控訴審は第一審判決を引用の上、Y₁らはXより仲裁の申立があつた際弁護士Aより仲裁手続の意味を理解して仲裁手続に応じた点などを加えて第一審判決を維持して控訴を棄却した。

Y₁らより上告、上告理由は三点あつたようであるが、本件で問題となつた第一点を除き省略されている。

「仲裁条項のごとく当事者の利害に重大な影響を及ぼす条項については、約款を援用する一方当事者は、相手方に対し、当該条項の存在とその効果とを説明し、相手方の個別の合意を得ておくべきであり、かかる措置をとらない限り、右条項の効力を否定するのが相当である。まして契約時に約款が援用されてもいない時に、黙示の仲裁契約の締結を認めることは甚だ不相当といわなければならない。仮に、本件の如く、仲裁手続に異議をとどめないで応じたという事情が存在する場合にも、黙示の契約の締結を認めるのは、当事者がその効果を知つていたと認められる場合に限定すべきである。」

〔判旨〕　上告棄却

「原判決の認定した事実によると、Y₁らはXより本件仲裁手続を申立てられ、弁護士Aから仲裁手続につき説明をうけてその意味を理解したうえ、期日に出頭し、仲裁人の面前で、仲裁契約の不存在を主張することなく本案の陳述としたのであり、右事実関係のもとにおいて、XとY₁らとの間に、仲裁契約が黙示的に成立したと認めた原審の認定判断は正当であつて、原判決に所論の違法はない。」

一　本件事案につき、第一審より最高裁に至るまで、その理論構成は別として、X—Y₁乃至Y₆の間において仲裁判断の拘束力を認めることについては異論がないであろう。(1)

即ちXはY₁を相手として仲裁の申立をなし、その仲裁手続進行の途中Y₁とともに実際の本件工事の注文者たる（そして建物の共有者たる）Y₂乃至Y₆を当事者として追加することにY₂らは何ら異議なく、これらの者の委任状を持つ弁護士が毎期日出頭し、同人とともにY₂乃至Y₆の内一名は必ず期日に出頭し、そこで仲裁契約の存否を一切争わず、ただ本案についてのみ争い、その後にX—Y₁ら間の仲裁判断がなされたのである。しかもY₂以下が追加されてより仲裁判断がなされるまで数回（記録上四回と思われるが）開かれたのである。

しかるにY₁らは右仲裁による判断がでたら急に右仲裁手続は合意でないから違法だと主張し（このことは控訴審判決中に指摘されている）ている本件につき、いかなる構成をとるかは別としても仲裁契約の

成立を認めることについて裁判所は異論がなかつたであろう。

ただ判文上気になつた点をあえて述べれば本件の第一審は契約上当事者となつたX—Y_1の間では約款による仲裁契約の成立を認め、Y_2以下については「黙示的」な成立を認めたが、最高裁は「被上告人と上告人らとの間に仲裁契約が黙示的に成立したと認めた原審の認定判断は正当」（筆者傍点）としたのであるが、しかし原審がY_1も黙示的に成立したと認めるかは不明確であるように思われる。逆に判決集に記載された判文より読めば原審もまた第一審と同様にY_1とは契約書により、Y_2以下は黙示的に仲裁契約が成立したと判断した様に筆者には読めるのであるが、この点、最判の立場には疑問がある。

二　仲裁契約の成立が仲裁判断の基礎となることは当然である。

しかし仲裁契約（あるいは仲裁手続による旨の意思の合致）——実は正確にいえば「合意」と「契約」とは同一のものであるか否か検討されなければならないであろう。兼子・民事法研究一巻「訴訟に関する合意について」二四一頁はこれを同一のものとみている。しかし合意というのは一般的に考えれば、当事者が互いに相手方の意思を各当事者として認識して、これに対して自己の意思を合致させることまでも含むのではないだろうか。しかし契約となれば申込の交叉や、後に述べる意思実現行為（民法五二六条二項）等相手方の意思内容の認識がなくても成立することが可能となろう。一般に訴訟上の合意又は訴訟契約といわれているものがそのいずれでなければならないか明確に論じたものは見当らないが、仲裁手続による旨の意思に関しては契約として成立する適格を有すれば、合意がなくても（又はそれ以前の段階であっても）成立することを認めるべきではないかと考える。——は何時、いかなる形でなされなければならないか。特に形式を求めていない我が法制上問題がでてくる。

三　本件で問題となるのは、㈠仲裁契約が成立したとは如何なることか。㈡契約書添付の約款にある仲裁手続による旨の条項の拘束力の有無であろう。

仲裁契約が成立するためには、当事者間において仲裁により一定の紛争を解決する旨の申込と、これに対する承諾によつて成立するのが一般であろう。申込が相手方に対するものであればその方式は何ら問わない。即ち一定の法律関係より生ずる争につき、仲裁人をして判断せしめる旨の意思の主観的、客観的合致があれば足りる。これは仲裁申立の前になされるのが通常であろうが　仲裁申立の後（即ち当初は不適法な申立であっても）後に仲裁手続の進行中に当事者間において仲裁契約が成立すれば、その段階で仲裁手続は適法となる。しかもこれは仲裁手続外でなされなければならないものではない。そして、「従つて、仲裁契約は黙示的にも成立しうる。例えば当事者双方が仲裁人の面前で本案の弁論をなせば其の目的となつた紛争につき、仲裁契約が暗黙に合意されたものとみうる」とする中田教授等の考え方（中田・特別訴訟手続二二頁、同旨小山・仲裁法（全集）六四頁注二）をそのまま本判旨に通用されたものであろう。確かに本案について弁論を（仲裁そのものに関し何ら異議を述べずに）なしたことに仲裁の「申込」に対する「承諾」たるものを求めるとすれば

「黙示の承諾」といわなければならないであろう。しかし本件の場合にはY₂以下（Y₁はしばらくおく）は期日において「異議のないことを述べた」のであり、又その旨の書面を提出しているのである。このことは「異議のないことを述べた」段階で明示の承諾があつたものと考える余地が充分あると考える。本判旨が黙示としたのは、より慎重にせんがための修飾語ではなかつたかと考える。

四　更に本件について果して「承諾」がなければならないか検討されてよいであろう。仲裁手続の申立がなされたとき、仲裁手続に出頭し、本案の弁論をすることがそれ自体、申込に対する「意思実現行為」とはいえないかである。訴訟契約[2]についても、申込、承諾のみを成立要件とする必要はないのではないか、申込の交叉も、申込に対する意思実現行為もそれぞれ訴訟契約を成立させるであろうこと前述の通りである。但し訴訟行為の明確性の要求により（特に仲裁契約はその成立により通常裁判手続の権利を喪失するという重大なものであることより考えれば）その適用は注意する必要はあろう。本件の如く相手方がまさに仲裁手続に参加し、本案につき弁論をなしたことは右申込に対する意思実現行為と評価する可能性もあると思われる。

いずれにせよ、本件は判旨の如く「黙示」であるか否かは問わず、仲裁契約は成立したものと考える。

五　次にX—Y₁間の仲裁契約については、工事請負契約書添付の約款条項の拘束力が問題となろう。第一審はこれによつてX—Y₁間の仲裁契約の成立を認めている。これに対して本件判旨は、Y₁についても「黙示の契約が成立したとした原審の認定は正当である」として、Y₁までも黙示の成立を認めた（但し原審の認定については問題があることは前述した。）。

従来約款に拘束力を認めるのが学説、判例の大勢であろう（但し約款に従うか否かで問題となるのは殆んど保険約款の場合であり、本件の如き場合まで適用できるかは極めて疑わしい。）しかし約款の拘束力を認める根拠として、社会法規説、慣習法説をとるにせよ、本件約款の内容の妥当性に関し何らの担保もなく、又これに従うという程の法慣習も未だ充分には成立していないと思われる現状よりみれば、根拠とならないであろう[3]。

又意思内容とする考え方によつても右条項が例文規定たる疑も生じるであろう（Y₁らの上告理由もこの点を含んでいる如くである）。とすれば最判がこの条項に基かず黙示による成立を認めたのも、より慎重な態度をとつたものとして賛成できるのである。

(1)　本件判評の石川・判タ二九一—七九では、本件判旨は結論的に賛成すると（同八二頁）され、又本解説の田尾調査官が、（法曹時報二五—一—一八一）仮に仲裁契約が不成立として、Y₁らの仲裁判断の取消を許すことは、手続上の信義則にも反すると述べていることも、まさにこのことを如実に表わしているものであろう。

(2)　仲裁契約の性質については学説上争いがあり、私法行為説、訴訟行為説、折衷説、両性説等に分れているのであるが、これらの説が分れる理由の一つは訴訟行為と私法行為の区別が論者によつて一定していないからである。ここでは従来よりの通説に従い「訴訟法上の効果を生じる行為を訴訟行為」と一応定義して（上村「訴訟に関する合意」契約法大

系Ⅳ三六九頁参照）訴を進める。詳細は中田前掲書一九五頁以下参照。但し訴訟契約としても、一般の訴訟行為とは異なり却って私法上の契約に近似するものであるから、民法の契約の規定を仲裁契約にも類推適用することは何ら妨げない。同旨兼子前掲書二六九頁参照。

(3) 約款の拘束力に関しては、法規説に立つもの（福岡高判昭三八・一・一一判時三五五―六七、甲府地判昭二九・九・二四、下民五―九―一五八三）及び慣習法説に立つもの（大森　保険法（全集）五三頁）があるが、前記法規説の拘束性の理由は「かような国家の監督的作用により右約款の合理性を保証せられることとなり……」（前掲福岡高判）また慣習法説によれば「当事者は業者が使用する普通約款の内容を契約内容として契約を締結するという慣行が今日では慣習法」（大森前掲）とされているのであるが、本件約款は、この「合理性の保証」も「今日では慣習法」ということも出来ないであろう。又大審院判例で「仮令契約ノ当時、其ノ約款ノ内容ヲ知悉セサリシトキト雖モ、一応之ニ依ルノ意思ヲ以テ契約シタルモノト推定スルヲ当然トス」（大判大四・一二・二四民録二一輯二二八頁）とし、最近では、「普通保険契約者の知、不知を問わずこれを拘束する効力を有するものであること……原判決説示のとおりである」（最判昭四五・一二・二四、民集二四―一三、二一八七）としている最高裁が本件でこの点に依らなかったのは右最判の理由として、約款が拘束力を有するのは保険約款の合理性、保険制度の公共性に基く適正な運営を前提としており本件の場合、この点に確信をもてなかったからであろうか。約款の拘束性については、米谷「約款の性格把握への理論」約款法の理論一八九頁以下参照。

以上論じたところによれば本判決は極めて慎重な態度で出された判決であり、その内容において妥当なものであり、本件判旨に賛成する。

（昭和四八・九・二六）

豊泉貫太郎