

民事判例研究 (二)

——建設工事紛争審査会の仲裁に対する約款の記載があっても仲裁契約が成立しなかったとされた事例
(東京高裁昭五三(ネ)第二九一〇号請負代金請求控訴事件、昭五四・一一・二六第一民事部判決)——

判例タイムズ四〇七号八六頁、判例時報九五四号三九頁、金融・商事判例五八八号二三頁(二五頁以下に第一審判決を含む)

萩原金美

△事案▽

一、請求原因事実はおりのとおりである。

X会社(原告・控訴人)は横浜市内の建設業者である。

昭和五一年七月一四日、Y(被告・被控訴人)を注文者、Xを請負人として東京都大田区内におけるY住宅の新築工事請負契約が締結された。右契約によれば、代金は九〇〇万円、その支払は三回払で最終回は引渡後一月以内、遅延損害金は日歩一〇銭という定めであった。

右工事は同年一月三〇日に完成し、引渡が行なわれた。しかし、Yは、昭和五二年九月一日までに合計五七〇万円を

支払ったのみで、残金三三〇万円の支払をしなかった。

そこで、XはYに対して、右三三〇万円とこれに対する遅滞の後の昭和五二年一月一日から完済まで日歩一〇銭の割合による約定遅延損害金の支払を求めて訴を提起した。

二、これに対して、Yは本案前の抗弁として次のとおり仲裁契約の抗弁を主張した。

本件請負契約には、この契約に関する紛争解決の方法として建設工事紛争審査会のあっせんまたは調停および仲裁に付する旨の特約がある。しかるに、Xはその手続によらず本訴を提起したものであるから、本件訴は訴訟要件を欠き却下されるべき

である。

本件契約書添付の四会連合協定工事請負契約約款三〇条には、仲裁等の機関として「契約書に定める建設工事紛争審査会」と記載されているのみで、特定の審査会の記載が欠けているが、これは次のような事情によるのであって、仲裁契約の成立を左右するものではない。すなわち、右約款は昭和五〇年三月に改正されたもので、右三〇条（改正前の約款では二九条に相当する）に対応して契約書の条項中に特定の審査会を記入するらんが設けられているべきところ（最近ではほとんどそうになっている）、Xが用意した契約約款にはたまたまそのような条項が欠落していたのである。このような場合に、素人である注文者Yに対し、請負人Xが右三〇条を死文と主張するのは不当である。Xは神奈川県知事の許可を受けた建設業者であるから、建設業法二五条の九第二項により同県建設工事紛争審査会に仲裁の申請をすべきである。

なお、請求原因については、X主張の契約の締結および代金支払の事実を認めたが、工事の完成・引渡の点は否認した。

三、Xは、本案前の抗弁に対して次のとおり反論した。

Y主張の仲裁契約の成立を否認する。

本件契約書に特定の審査会が記載されていない以上、右仲裁条項は死文というほかない。工事請負契約書に四会連合約款が添付されることは多いが、審査会による紛争処理の機能が十分でないため、当事者はその利用を望まず、紛争が生じたときは

直ちに裁判所に訴を提起するのが常態である。まれに審査会による紛争処理を望むときは、必ず契約書に特定の審査会を明記するのである。

現行の四会連合約款三〇条が、その前身たる従前の約款の二九条では「建設業法による建設工事紛争審査会の仲裁に付する」とされていたのを「契約書に定める建設工事紛争審査会の仲裁に付する」と改めたのは、右のような背景があるからである。

四、第一審判決（東京地裁）は、仲裁契約の成立を肯認し、本件訴を却下した。その理由はすこぶる簡略で、右三〇条の存在に加えて、次の三一条に「契約書またはこの約款に定めのない事項については、必要に応じて……協議して定める」とあることを根拠に、「契約書に特定の建設工事紛争審査会が記載されていないからといって格別不都合はなく同条が死文であると解することはできない」から、仲裁契約の成立が肯認できる、というに帰する。

五、この判決に対してXは控訴し、右三〇条には具体的な仲裁人が記載されていない、旧二九条から新三〇条への変化は重要な意味をもつ、新三〇条のもとでは、当事者が仲裁人たる審査会を選んでいない場合は、仲裁契約の存在を否定するほかない、と主張した。

六、Yは、神奈川県知事の許可を受けた建設業者であるXを当事者の一方とする紛争は、当事者間に管轄審査会に関する合意がない限り、建設業法二五条の九第二項二号により神奈川県建

設工事紛争審査会の管轄に属することは明らかであるから、右三〇条に審査会の記載がないことを理由に仲裁条項を無効視するのは暴論である、と述べた。

△判旨▽

注 ①—⑦の数字は、理解の便宜上、萩原が付したものである。
取消差戻

『本件請負契約の一部をなす右約款三〇条においては、契約書に定める建設工事紛争審査会の仲裁に付する旨規定されているのみで右の審査会が定められておらず、同約款三一条の規定により当事者の審査会を定める協議も成立していないことは弁論の全趣旨により明らかであるから、建設業法二五条の九第二項二号の規定により仲裁をすべき審査会が定まる以上、特定の審査会が契約上定められていないとしても、形式上右約款三〇条の規定を目して空文に等しいものと解することはできないけれども、一般的に仲裁契約の成否に関しては、実質的に訴権の制約と考えられる管轄の合意について、書面によって（民法二五条二項）当事者の意思を明確にすることが要求されていることに照らしても、仲裁契約が訴の利益を阻却する不起訴の合意の趣旨を含むものであることから慎重に決せられるべきであって、仲裁契約が成立するには、書面によると口頭によると、また、明示であると黙示であるとを問わないにしても、当事者（本件にあっては注文者と請負者（ないし監理技師））間に明確な仲裁付託の意思が存することを要するものと解すべきは当然

であり、建設工事請負契約においても、それに付された四会連合約款に仲裁条項が存在するということだけで仲裁契約の成立をただちに肯認することはできないものと解すべきである。しかして、（証拠）によれば、①XとY間の本件請負契約について作成された契約書には、仲裁に付すべき建設工事紛争審査会が記載されておらず、同約款三一条の規定により右の審査会を当事者の協議により定め得ることも保障されないこと、②Xは、四会の中の社団法人日本建築学会に加入している建設業者であり、従って報酬額が一〇〇万円を超える民間との建設工事請負契約において作成される契約書には、ほとんどの場合、四会連合約款を添付していること、③Xは、昭和五〇年三月に四会連合約款の仲裁条項が改正されたことを知悉していること、④しかしながら、Xは、請負契約締結時に注文者から紛争が生じたときは建設工事紛争審査会による解決を望む旨の申出がない限り、契約書に紛争の解決のあつせん又は調停若しくは仲裁に付すべき建設工事紛争審査会を定めることがなく、契約書に右審査会を定めないときは、現行四会連合約款三〇条は死文であると考えていること、⑤Xが現行四会連合約款三〇条を活用しない理由は、自らの経験及び建設業界における風評から建設工事紛争審査会の実態が紛争解決機関として十分な能力を有していないと考えているからであること、⑥Xは、請負契約書が作成されると、注文者に対し、添付の四会連合約款も含めてこれを読み聞かせ、注文者に疑義のあるときは説明をして、その内

容の明確化をはかつており、Yとの間の本件請負契約の場合も、X営業副本部長鈴木やすしが契約書の調印の際現行四会連合約款の添付されている契約書を読み上げ、とくに右約款三〇条についてはもし問題があれば裁判所でやりたいと思う旨を話してYの納得を得ていること、⑦Yは、電機とか建築関係の会社の部長をしていたことがあることを認めることができ、右事実によれば、XとYに、明確に、本件請負契約について生じた紛争の解決を仲裁に付託する意思があったということはできない。そうとすれば、本訴には、仲裁契約の存在という訴訟障害は存しないといわなければならない。』

〈研究〉

判旨は一般論としてはおおむね賛成できるが、本件の具体的処理については反対である。

一 はじめに

本判決が仲裁契約の性質について述べている部分には問題がある、という見方もあるようであるが（判タ四〇七号八六頁の本判決のコメントは、本判決は仲裁契約について管轄の合意に準じた考えをとっているが、学説上反対説が有力であること、仲裁契約が不起訴の合意を含むとする点については学説上積極・消極両説に分れていることを指摘している。しかし、判文上、本判決が仲裁契約を管轄の合意に準じて考えているとは必ずしも読めないし、また、後段の点についても、仲裁契約が訴の利益を阻却する不起訴の合意の趣旨を含む（傍点萩原）と

述べているのであって、不起訴の合意と断じているわけではない。したがって、これらの点について本判決の論理を云々することは判例研究としてあまり意味がないと考える）、問題の中心は、建設工事紛争審査会の仲裁に付する旨の仲裁条項の記載がある四会連合約款によつて請負契約が締結された場合、仲裁契約の成立を認めることができるかどうか、という点にあるから、以下にはこの点に限定して検討することにする。

二 裁判例の流れと本判決の位置づけ

建設工事請負契約の締結にあたつてはいわゆる四会連合約款などがひろく使用されており、その条項には本件で問題になっているような仲裁条項が含まれている。

昭和五〇年三月改正の現行四会連合約款三〇条は（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、または契約書に定める建設工事紛争審査会のあつせんまたは調停に付する。／②当事者は、その双方または一方が前項によるあつせんまたは調停により紛争を解決する見込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」としている。改正前の旧約款（昭和四一年二月改正のもの）では一九条が、「①この契約について紛争を生じたときは、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、または建設業法による建設工事紛争審査会のあつせんまたは調停

に付する。／(2)前項によって紛争解決の見込がないときは、建設業法による建設工事紛争審査会の仲裁に付する」と定めている。

両者を対照すると改正の内容は、実質的には「建設業法による建設工事紛争審査会」を「契約書に定める建設工事紛争審査会」と改めた一点のみである。

これら新旧約款による請負契約の締結をもって仲裁契約の成立を認めることができるかどうかについて裁判例は分れているが、これまでのところ積極説が支配的なように見える。本判決はこのような流れのなかで消極説にくみし、仲裁契約の成立の認定にはきわめて慎重であるべきことを警告するものであって、その後に出た後掲最判(55・6・26)における中村裁判官の反対意見と共に注目すべき意義を有するといえることができる。

以下に、従来の裁判例を整理してみよう。

積極説(仲裁契約の抗弁を認めて訴を却下したもの〔但し②を除く〕)。

注 後述のように、当事者のどちらが仲裁契約の抗弁をしたかが重要と思われるので、その関係を表示する。

① 東京地判昭四五・七・一五 判時六一四号七三頁、判タ二五九号二二九頁、ジュリ四八三号七頁

請負代金請求事件

原告

請負人

被告

注文者

⑧ 東京地判昭五〇・五・二九 判時八〇一号五九頁

但し、事案は四会連合約款の仲裁条項に関するものではない。その契約書一九条に定める仲裁条項は、「本件契約に関し、……紛争を生じたときは、当事者は建設業法による建設工事紛争審査会のあつせん又は調停によってその紛争を解決する。／前項の審査会があつせんもしくは調停をしないものとし又はあつせん若しくは調停を打切った場合においてその旨の通知を当事者が受けたときは、その紛争を建設業法による建設工事紛争審査会の仲裁に付し、その仲裁判断に服する」というものである(この文言は、昭和三十一年一〇月改正の「民間建設工事標準請負契約約款(甲)」「一九条および(乙)一九条と同一内容」)。

② 東京地判昭四六・五・二五判タ二六六号二四〇頁、民集二六卷八号一四五一頁

執行判決請求事件

原告

請負人、仲裁手続申請人

被告

注文者、仲裁手続被申請人

③ 大阪地判昭四七・一〇・二八 判タ二九一号三二七頁

工事請負代金請求事件

原告

請負人

被告

注文者

但し、事案は四会連合約款の仲裁条項に関するもので

はない。セールズノート（売買覚書）という表題の建築請負契約書中に、売買諸条件の内容として、仲裁条項が印刷されていた事案である。

- ④ 東京地判昭四八・一〇・一七 下民集二四卷九〇二二七号
七三八頁、判タ三〇一号二二七頁

損害賠償請求事件

原告 注文者

被告 請負人など

- ⑤ 東京地判昭四八・一〇・二四 判時七二三号九六頁

約束手形金請求事件

原告 請負人

被告 注文者

- ⑥ 東京地判昭四八・一〇・二九 判時七三六号六五頁

損害賠償請求事件

原告 注文者

被告 請負人など

- ⑦ 大阪高判昭四九・二・二〇 判時七四六号四二頁

請負代金請求控訴事件

原告・被控訴人 請負人

被告・控訴人 注文者

但し、本件は四会連合約款によるものではなく、その契約書二〇条によれば①と同様の仲裁条項の事案である。

違約金請求、工事代金請求事件

原告 請負人

被告 注文者

- ⑨ 但し、事案は民間建設工事標準請負契約約款（乙）一九条の仲裁条項に関するものである。

仙台地裁古川支部判昭五二・三・三〇（⑩の原審判決）

工事代金請求事件

原告 請負人

被告 注文者

- ⑩ 東京地判昭五二・五・一八 判時八六七号一一〇頁、金融・商事判例五三一号四五頁

約束手形金請求事件

原告 請負人

被告 注文者など

- ⑪ 東京地判昭五三・六・三〇 判タ三七五号一〇二頁

債務不存在確認請求事件

原告 注文者

被告 請負人

但し、事案は四会連合約款の仲裁条項に関するものではない。「民間建設工事標準請負契約約款（甲）」における「紛争が生じたときは、建設業法による建設工事紛争審査会のあつせん又は調停に付し、これが打ち切られたときは同審査会の仲裁に付する」（傍点秋原）旨の仲裁条

項に関する事案である。

なお本件では、原告、注文者の要求により(原告から請負建物の設計を依頼されていた一級建築士の意見に基づき)、この約款を使用するに至った、という事情が存在する。

⑫ 仙台高判昭五三・八・二八 判タ三八〇号一〇七頁

工事代金請求控訴事件

原告・控訴人 請負人

被告・被控訴人 注文者

⑬ 東京地判昭五三・一一・八 (本件第一案判決) 金融・商事判例五八八号二五頁

請負代金請求事件

原告 請負人

被告 注文者

なお、本判決後に出た判決であるが、

⑭ 最判一小昭五五・六・二六 (⑫の上告審判決) 判タ四二四号七七頁、判時九七九号五三頁

工事代金請求事件

原告・控訴人・上告人 請負人

被告・被控訴人・被上告人 注文者

消極説

① 大阪地判昭四二・四・四 判時四九五号七二頁

建築工事請負代金請求事件

原告 請負人

被告 注文者

仲裁条項は、昭和二六年二月決定の四会連合約款二九条によるもので、「この契約について紛争を生じたとき、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申請する」というのである。

もっとも、この判決は、右約款による契約書は口頭による契約締結後に形式的に作成されたものにすぎないから、右仲裁条項が仲裁契約にあたるかどうかを論ずるまでもないとして、仲裁契約の抗弁を排斥したもので、消極説の裁判例として挙示するのは不適切かも知れない(注(2)参照)。

② 大阪地判昭四八・五・八 (積極説の項に挙示した⑦の原審判決) 未公表

請負代金請求事件

原告 請負人

被告 注文者

③ 東京地判昭五〇・五・一五 判時七九九号六二頁

請負代金請求事件

原告 請負人

被告 注文者

但し、四会連合約款の仲裁条項の事案ではないようである。その契約書(標準約款)二七条をみると、一項は四

会連合約款の旧二九条一項と全く同一であるが、二項は、「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、(傍点秋原) となっており、表現が若干異なる(この文言は、昭和三二年九月改正の四会連合約款二九条二項と同一である)。

三 学説の状況

仲裁契約の方式については民訴法に明文の規定を欠くので、方式自由の原則が適用され、書面でも口頭でもよいし、また、明示、黙示を問わないとするのが通説のようである。

しかし、海上運送契約約款における仲裁条項などは別として、素人と建築業者との間の建築請負契約の約款における仲裁条項について、約款による契約締結の一事から直ちに仲裁契約の成立(仲裁付託の意思表示を認める見解はみられないといつてよい。仲裁契約の方式は自由であり、書面・口頭のどちらでもよく、またその成立は明示・黙示を問わないと主張し、業者間における海上運送契約約款における仲裁条項により仲裁付託の意思を通例認める小山教授も、「素人と建築業者と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。したがって、……約款による意思をもって工事請負契約を締結したとしても、そのことのみから仲裁付託の意思をも推定できるとするような経験則は

あるとはいえない」とする。

田尾判事、滝井弁護士および小林助教の見解も、仲裁条項を含む請負契約約款により請負契約が締結されても、その一事だけで仲裁契約の成立を認めることは経験則上できないとする点において小山説と同趣旨といつてよい。

他方、石川教授は小山教授らとは異なる立場から次のように説く。

仲裁契約は訴権をその範囲で制限ないし排除するがゆえに、その成立には相当の慎重さが要求される。ZPO一〇二七条一項の規定する仲裁契約における明示性・書面性・独立性(同項は「仲裁契約は明示的に之を為すことを要し書面の方式を必要とする。当該証書には仲裁手続に関する合意以外の合意を含むことを許さず。……」と規定する)はまさにこの要求に由来する。わが民訴法にはこのような規定がないけれども、仲裁契約は方式自由の原則を認めるにはあまりにもその効果が重大である。そして、ZPOと同様に解することは憲法三二条の裁判を受ける権利の保障の精神にもより良く合致するであらう。

また、保険約款と異なり、建築請負約款中の仲裁契約については、その周知性および内容の合理性の担保という点で前者とは比較にならないように思われる。さらにたとい、内容的合理性の担保すなわちきわめて合理的な仲裁手続が用意されたとしても、紛争の解決を訴訟によるか、仲裁によるかについて当事者はまさに重大な利害をもつ。したがって「建築請負契約にお

ける仲裁条項につき保険約款の程度にまで周知度が高まり且つ内容の合理性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えよう。

また、田尾判事は、仲裁契約の効果の重大性にかんがみ、「我が国では、法律上仲裁契約の成立について特別な方式が要求されてはいないが、黙示による仲裁契約の成立は、原則的には否定されるべきであろう」という。

以上に対して、やや特異なのは柏木弁護士の見解である。氏は次のようにいう。

四会連合約款など請負契約約款による仲裁条項が存在する場合、当事者がすでに紛争を仲裁に付しているときはこれについて訴の提起がなされても訴を却下することができるが、そうでないときは当事者の訴による権利保護の要求を斥けてはならない。当事者は訴と仲裁とのいずれをも紛争解決の方式として選ぶことができるというべきである。けだし、各種の請負契約約款による請負契約の締結がほとんど通例化しているのに、建設業法が予定している紛争処理制度は、当事者の仲裁等の合意を合理的なものともみなすに足りるほどには、審査会の人員、人材、物的設備等の面において整備されていないといわざるをえず、したがって、訴訟を排除して紛争を窮極的に仲裁によって解決する旨の仲裁条項はその限りで効力をもたず、前述の程度の効力が認められるにとどまるべきである。

ちなみに、前掲消極説②の裁判例は、仲裁条項を「右規定は、訴訟手続を排し、専らあつて、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、独自の解決方式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、柏木説との近似性を示している。

これらの消極説に対抗して、積極説を強調するのは藪教授である。教授は、北海道建設工事紛争審査会の会長としての経験を踏まえ、消極説の論者を「弱体なる審査会」という誤れる神話を基礎にして立論していると批判し、次のように主張する。

「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る。しかも、約款の「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。したがって、約款の仲裁条項は「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。」

四 建設工事紛争審査会

右にみた学説の状況によれば、建設工事紛争審査会の実態ないし機能がその見解を決定する一つの大きな要因になっていることが知られた。そこで、審査会についてべっ見しておこう。

建設工事の請負契約に関する紛争は、件数が多いのに加えて、

その特殊性および解決の困難性などから、かねて迅速・簡易に適切な処理を行なうことの必要が強調されてきた。そして、建設業法（昭和二十四年法律一〇〇号）制定当初は、建設省と各都道府県に置かれた建設業審議会に紛争解決のあつせんの権限を与えた。その後、その運用上生じた問題点などの検討を踏まえて昭和三十一年における同法改正のさい、新たに「第三章の二 建設工事の請負契約に関する紛争の処理」二五条ないし二五条の二三という規定が設けられたのである。

改正法によると、建設工事の請負契約に関する紛争の解決を図るために、建設省に中央建設工事紛争審査会（中央審査会）、都道府県に都道府県建設工事紛争審査会（都道府県審査会）を置き、審査会は建設工事の請負契約に関する紛争処理についてあつせん、調停および仲裁（法は「紛争処理」という用語で包括している）を行なう権限を有する（同法「以下「法」という」二五条）。両者は上級下級の関係に立つものではなく、当事者の双方または一方が建設大臣許可の業者であるときなどは前者、都道府県知事許可の業者であるときなどは後者の管轄に属する（法二五条の九第一、二項）。また、当事者は右の規定にかかわらず、合意によって管轄審査会を定めることができる（同三項）。

審査会は必置機関であり、中央審査会は国家行政組織法八条、都道府県審査会は地方自治法一三八条の附属機関であり（建設省設置法一〇条、地方自治法二〇二条の三）、建設大臣または都道府県知事の一般的な監督権に服するが、紛争処理にあたっては監

督権の制約を受けず、自主的にこれを行なう。

審査会は、委員一五人以内をもって組織し、中央審査会の委員は建設大臣、都道府県審査会の委員は都道府県知事が任命する（法二五条の二）。

紛争処理に参与させるため、審査会には特別委員を置くことができる（法二五条の七）。特別委員は審査会の議決に加わることではない。しかし、会長の承認を得て、審査会の会議に出席し、意見を述べることができる（同政令「以下「令」という」九条）。なお、指定職員が置かれ、審査会の行なう紛争処理に立ち会い、調書を作成し、その他紛争処理に関し審査会の命ずる事務を取り扱う（令二二条）。

審査会による仲裁は、三人の仲裁委員が行なう（法二五条の一六第一項）。仲裁委員は委員または特別委員のなかから会長が指名する（当事者が合意によってある委員または特別委員を選定したときはその者を）（同第二項）。仲裁委員のうち少なくとも一人は弁護士資格を有する者でなければならない（同第三項）。

審査会の行なう仲裁については、法に特別の定めがある場合を除いて、仲裁委員を仲裁人とみなして民訴法の仲裁手続に関する規定を適用する（同第四項）。

審査会による紛争処理の実態については、内山、藪両教授や原後弁護士（中央審査会委員）などの紹介がある。原後氏によれば、仲裁の一つの問題点として、仲裁委員の選定について当事者の意思が十分に反映されないため、仲裁委員に対する当事者

の信頼関係がうすく、建設業者寄りではないかなどの疑いをもたれることもあることが指摘されている。⁽¹⁵⁾

なお、中央審査会は別として、都道府県審査会については物的・人的設備とも貧弱で、ほとんど利用されていないところが多いことは、前掲最判(55・6・26)の中村裁判官の反対意見が「本件記録によれば、宮城県においては昭和三十一年に宮城県建設工事紛争審査会が設置されたが、実際上はほとんど活動していないことが窮われる」と述べているとおりである(昭和五十一年度における都道府県審査会の仲裁事件申請件数は全国で二五件、九以外の審査会は申請件数ゼロで、宮城県審査会もゼロである)。⁽¹⁶⁾

五 私見 四会連合約款の仲裁条項による仲裁契約成立の有無の問題について、私は次のように考える。

仲裁契約は裁判を受ける権利ないし訴権を制限ないし排除する重大な効果をもたらすものであるから、その成立はきわめて慎重・厳格な要件に服すべきである。それゆえ、立法論としてはZPO一〇二七条一項のような規定を設けることが望ましいといえよう。しかし、仲裁契約の方式について全く規定を欠くわが民訴法の解釈としては方式自由の原則を認めつつも、解釈論としてしほりをかけると共に、裁判実務上慎重・厳格な事実認定を要求するにとどめざるをえない。それに建設工事紛争をめぐる訴訟は一般に事案複雑で審理に長期間を要すること、したがって、訴訟に関する費用とくに弁護士費用および鑑定費用がかさむこと、および、通常裁判所は必ずしもこのような紛争

処理について十分な知識経験を有していないことなどを考えると、当事者双方少なくとも注文者より一般化して言えば消費者にとつて簡易・迅速かつれん価な紛争処理制度の利用はすこぶる望ましいことというべきである。⁽¹⁸⁾このようにして、建設業法による紛争処理制度およびその利用を定める建築請負約款の仲裁条項は、現在世界的に民事司法が問われている「正義へのアクセス(Access to Justice)」⁽¹⁹⁾という今日的課題の一環として検討されるべきである。

ところで、建設業者は審査会による紛争処理制度の存在および審査会の実態について多かれ少なかれ知っており、かつ、約款内容に一応通じていると考えられるから、約款を契約書(の内容)として利用するとき、仲裁条項をとくに除外したければそうできるはずであって、そうしないで約款をそのまま用いて請負契約を締結した以上、それによる責任を負うべきは当然といつてよい。

他方、注文者はこのような紛争処理制度の存在および審査会の実態についてほとんど全く知らないのが通例であること、四会連合約款の内容はぼう大・複雑であり、注文者がその仲裁条項にまで留意するのは一般に困難であること、とくに三〇条(旧二九条)はあつせん、調停と仲裁を同一条文に規定しているため、たとい同条に気づいたとしても、仲裁をあつせん、調停と同様のものと即断してしまうおそれ大きいこと(この点はわが国では調停が盛行し、一般にも知られているが、仲裁はほとんど行

なわれず、仲裁の法律的意义は法律専門家以外にはほとんど知られていないことから裏づけられる⁽²⁰⁾を考えると、学説がほぼ一致して説くように、仲裁条項の存在のみから仲裁契約の成立を認めるのは不合理ないし経験則に反するといわなければならない。

それゆえ、この仲裁条項は、請負人の側から注文者にベターな紛争処理機構（方式）利用の可能性を提供するものとして、その法的構成を考えるのが正しい解釈態度だと考える。そして、このような観点に立つときは、次のように解釈するのが当事者間の衡平および禁反言の趣旨に合致し、最も妥当であろう。すなわち、請負人は仲裁条項により仲裁契約の申込（仲裁付託の意思表示）をし、この申込は紛争が発生し注文者が仲裁を利用するかどうかの意思決定を最終的に迫られる機会の到来するまで、特段の事情がない限り、撤回することが許されない。これに反して、注文者は右の時点まで、仲裁契約の申込を承諾して紛争の解決を仲裁によってするかどうかを選択する自由をもつ⁽²¹⁾。注文者が自ら仲裁手続を申請したとき、請負人の申請した仲裁手続に異議なく応じたとき、および、請負人の提起した訴訟において仲裁契約の抗弁を提出したときは、いずれも仲裁契約の申込に対する承諾（仲裁付託の意思表示）とみるべきである。

私見のように考えると、仲裁条項により仲裁契約の成立を肯認した裁判例のうち、②、④および⑥以外はすべて（⑩は前述のとおり特殊な事情が存在するので別論とする）注文者が仲裁契約の抗弁を提出し、それが認められて訴が却下された事案であるか

ら、結論的に正当としては認でざるものである。

六 本判決の問題点など

本判決は、一般論として仲裁契約の成立は書面でも口頭でもよく、また、明示、黙示を問わないが、四会連合約款に仲裁条項が存在するだけでは仲裁契約の成立を直ちに肯認することはできない、と述べる。この点は以上にみたように学説の一般に承認するところである。

そして、七箇の間接事実を列挙し、それに基づく結論として、本件において当事者間に明確に仲裁に付託する意思があったということはできない、と判示した。

ところで、これらの間接事実は一見したところ、必ずしも判示の結論にプラスに作用するものばかりではない。試みにそれ自体プラスのものを○、マイナスのものを△、ニュートラル（プラスでもマイナスでもない）なものを□として示すと、次のようになると思われる⁽²²⁾。

- ① ○
- ② △
- ③ △
- ④ ○
- ⑤ ○
- ⑥ ○
- ⑦ □

すなわち、七箇の間接事実のうち、判示の結論を支持する方

向のものは四箇にすぎないことになる（その重要性の程度は別として）。

それにも拘らず、本判決が判示の結論を導いたのは、仲裁契約のもたらす効果の重大性にかんがみ、その成立の判断は慎重に決すべきである、という本判決が一般論として述べている見解に由来するのであらう。結局、Yは仲裁契約の抗弁についての証明責任をつくしていないことになる。

このような本判決の態度は、請負人が仲裁契約の抗弁を提出した場合に正当として認しうる。しかし、その逆の場合すなわち注文者が右の抗弁を提出した場合にまで一般化することのできないものである。なぜなら、そこには別箇の考量が働かなければならないからである。その詳細は、五 私見の項で述べたとおりである。

ちなみに、本判決に対する批判として述べたことは、前掲最判（55・6・26）における中村裁判官の反対意見に対しても、そのままあてはまるといえよう。⁽²³⁾その説くところは、基本的に本判決と同趣旨——より詳細ではあるが——と考えられるからである。

ところで、中村意見は「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、（審査会による）右仲裁手続の存在やその定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⁽²⁴⁾」ことを、注文者による仲裁契約の抗弁を否定する重要な

論拠としているので、この点について若干ふれておきたい。

建設業法によれば、建設業者とは法三条一項の許可を受けて建設業を営む者——同条一項但書、令一条の二で定める業者は別として——であるから、一般に建設業者たる者は建設業法に關する一応の知識を有しているはずである。そして、法一九条一項は、建設工事の請負契約の締結に際しては同項所定の事項を書面に記載することを要求し、その一一号は「契約に關する紛争の解決方法」とされており、また、審査会による紛争処理については前述のとおり法二五条以下に規定されている。

他方、小規模零細な業者といえども素人の注文者との關係においては専門的知識経験の点において圧倒的に優越的地位に立つことは明らかである（請負契約をめぐる訴訟において、素人の注文者が工事の瑕疵を具体的に主張・立証することがきわめて困難なことは、この種事件を取り扱った実務法曹ならおそらく誰しも認めるところであらう）。

このように考えると、建設業者が小規模零細な業者であることは、仲裁契約成立の判断の重要な契機にはならないというべきである。

最後に、関係行政機関および建設業界に対して、最高裁の判決が出た現在、審査会による紛争処理制度の強化と、業者に対するこれに關する情報の周知徹底方に一層努められるよう要望しておきたい。

国民の正義へのアクセスの実効的保障⁽²⁶⁾という見地からみて、このことは焦眉の急務として望まれるのである。⁽²⁷⁾

(1) 四会連合約款は、正式には四会連合協定工事請負契約約款という。作成主体は、日本建築学会、日本建築協会、日本建築家協会および全国建設業協会の四会である。工事請負契約約款とくに四会連合約款の沿革および内容については、滝井繁男『逐条解説工事請負契約約款』(一九七五年)、藪重夫「工事請負契約約款における仲裁条項の拘束力」北大法学論集三一巻三・四合併号上巻一〇二三頁以下など、とくに仲裁条項の改変の経過については、高橋弘「工事請負約款による仲裁契約の成立を認めた事例」民商八四巻二二四—二二五頁を参照。

(2) 判例批評等において言及ないし引用されている以下の裁判例は、約款の仲裁条項による仲裁契約の成否について判示したものとみるのは適切でない。

① 東京地判昭三七・一二・七 判時三二七号三八頁 請負契約に仲裁条項が存在し、これを被告が援用し、仲裁契約の抗弁をしたところ、この抗弁を却下(中間判決)した、というケースであるが、被告が本案につき弁論を行なったことを理由に右抗弁権の抛棄、したがって消滅を認めたもの。

② 最判(一小)昭四七・一〇・一二 民集二六巻八号一四四八頁 旧約款二九条の仲裁条項による仲裁契約の成立を認めたケースであるが、仲裁手続における仲裁契約の黙示的成立を認めたもの。その原審判決東京高判昭四六・一二・五 同号一四六二頁も同様と考えられる(もともと、この点については石川・後掲八二頁参照)。その第一審判決は積極説②に準示したものである。

③ 神戸地裁伊丹支部判昭四九・一一・一一 判タ三三〇号三一

一頁 請負代金債権を原因債権とする手形訴訟事件において、本案につき弁論をし、敗訴した被告が、通常訴訟移行後、仲裁契約の抗弁をしたところ、右抗弁の提出は信義則に反し許されない、と判示したもの。

④ 東京高判昭五〇・二・二七 判タ三二七号二〇〇頁 請負代金請求事件において、被告が本案につき弁論をし、控訴審でも数次にわたる弁論期日を重ねた後、始めて仲裁契約(四会連合約款によるものではない)の抗弁をしたところ、民訴法一四一条の趣旨に照らし右抗弁提出の権利を失ったと解したもの。

⑤ 大阪高判昭五〇・七・七 判時八二九号六〇頁 注文者(原告)と監理技師(被告)との間の紛争に関するケースで、傍論として、「注文者と請負人との間の紛争について右二九条の適用があることは疑いを容れない」旨述べたもの。

⑥ 札幌地判昭五三・三・二〇 判時九〇七号八八頁 建設工事紛争審査会の仲裁判断についての執行命令が認められたケースで、仲裁契約の存否自体が争われたものではない。

(3) 後記注(14)の内山論文に大阪地判昭和四四年(ワ)第八四〇号損害賠償請求事件(判決日不詳)が旧約款二九条による仲裁契約の抗弁を認めて訴を却下したものとして紹介されているが(二二九頁)、未公表のためそれ以上のことは不明である。

(4) 小山昇『調停法・仲裁法』(法学全集・一九五八年)六三頁、中田淳一『特別訴訟手続』(新法学全集・一九三八年)一二二頁、石川明「新判例評釈」仲裁契約が黙示的に成立したと認められた事例「判タ二九一号七九頁」。

(5) 小山昇「判例批評・仲裁契約が黙示的に成立したと認められた事例」民商法六八巻四号六六一—六六二頁。なお、同「判例評釈・いわゆる四会連合協定の工事請負契約約款に基づく仲裁契約の成立が認められた事例」判例評論二六六号三三頁以下参照。もっと

- も、石川・前掲八一頁がいうように、小山『調停法・仲裁法』六三頁の見解によれば、四会連合約款の仲裁条項による仲裁契約の成立が肯認されるように推測される。
- (6) 田尾桃二「仲裁契約が黙示的に成立したと認められた事例」『最高裁判所判例解説民事篇昭和四七年度』(一九七三年)一四四頁、滝井・前掲二三九頁、小林秀之「商事判例研究5」ジュリ六五八号一一頁、同「商事判例研究6」ジュリ六五九号一〇七頁。
- (7) 石川・前掲八〇―八一頁、引用は八一頁。
- (8) 田尾・前掲一四三頁。
- (9) 柏木邦良「仲裁契約の成立を認め、欠席判決を受けたことがこの抗弁権の放棄とは解されないとした事例」ジュリ五九〇号・昭和四九年度重要判例解説一一一一―一二頁。
- (10) 小山・前掲判例批評が「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のはいまだ通例とはいえない」(六六一頁)というのに対して、柏木・前掲は、四会連合約款は「市井において私人間の契約につきその使用がほとんど通例とまで至っている(一一一―一二頁)」と述べている。また、田尾・前掲も「建築請負契約につき契約書が作成される場合、ほとんど例外なく前述の四会協定の工事請負契約約款が援用・添付されている」(二四四頁)とする。どうも約款の利用状況の実態認識に大きな差があるように思われる。ちなみに、建設省が昭和五三年三月に行なった民間建設工事請負契約実態調査によれば、調査対象一、二〇〇件のうちアンケート回収件数四九五件(回収率四一・三%)、約款を使用したもの二七七件、うち四会連合約款によるもの一二三件であったという(藪・前掲一〇四六頁による)。
- (11) 判時七九号六四頁。
- (12) 藪・前掲一〇四〇―一〇四二頁。
- (13) 本項の記述については、建設業法研究会編著『建設業法解説』(第三版、一九七八年)一六四頁以下参照。
- (14) 内山尚三「建設工事における紛争解決」川島武宜編『法社会学講座6』(一九七二年)二一六頁以下、石外克喜「建設請負約款の研究・紛争の処理」法律時報四二巻九号四七頁以下、原後山治「建設省中央建設工事紛争審査会ならびに建設紛争を中心とした米、英、西独の仲裁制度」(第二東京弁護士会・紛争処理機関の研究2)判タ三六〇号五五頁以下、小山「北海道建設工事紛争審査会について」ジュリ七一四号一〇一頁以下、藪・前掲一〇三三頁以下など。なお、全国審査会連絡協議会会報に有益な論説や記事が登載されている。
- (15) 原後・前掲六〇頁。
- (16) 判タ四二四号七九頁。
- (17) 原後・前掲五九頁。藪教授は「弱体な審査会という実態認識」は根拠のない臆測、神話だと断言するが(藪・前掲一〇四二、一〇四九頁)、本文の数字は少なくとも都道府県審査会の機能に関する限り、右の実態認識がそれほど誤っていないことを推測させるといえる。
- (18) 建設業法の行政関係者による解説書も、審査会による紛争処理について、「建設工事の請負契約に関する紛争を権威のある専門の機関が処理することは請負契約関係の近代化及び消費者(一般注文者)の保護という点から必要なことである」(傍点萩原、前掲建設業法解説一六四頁)と述べている。
- (19) Mauro Cappelletti & Bryant Garth, Access to Justice: The newest wave in the Worldwide Movement to make Rights Effective, 27 Buffalo Law Rev. 181-292(1978). 小島武司訳『正義へのアクセス・権利実効化のための法政策と司法改革』(一九八一年)参照。
- (20) この点については、次の判決および判決における意見が参考に

最判(三小) 昭三八・三・一九裁判集民六五号二三頁は、貸借の契約書中に仲裁条項が含まれていた事案において、このような条項は「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、民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」(二二四頁)と判示して、仲裁契約の成立を認めた原判決(部分)を破棄した。

また、前掲最判(55・6・26)における中村反対意見は「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つせんや調停に類したものとしてこれを受けとっているというのが実情であろうと推察されるのである」と述べている(判タ四二四号七九頁)。

(21) 島田和夫「商事判例研究・東京地裁昭和四八年一〇月二四日判決」ジュリ六三二号は「本件事案のように、仲裁契約の抗弁をなしているのが注文者であり、かつ、請負人が約款作成側と考えられる場合には、請負人は、約款に仲裁条項が存在している以上、仲裁契約が成立していないと争うことはできないのではないだろうか」(二四頁)という。しかし、それ以上の説明はない。

(22) 本判決は、本件契約成立に関する経緯をX申請の当審証人権藤勝弘(Xの業務課長)の証言のみで認定しているが、これはいささか問題ではあるまいか。

まず、権藤証言によれば、本件契約の成立に実際に関与したのは、Xの営業副本部長鈴木やすしとY本人であり、権藤証言の重要部分は伝聞と意見に基づいている。

次に、Yに不利益な事実も認定している以上、Y本人を尋問するのが相当であったと考える。あるいはYから証拠申請がなかったのかも知れないが、当事者尋問だから職権ですることもできた

はずである。

右のような感想をもつが、これは審理ないし事実認定に関する問題なので、一応の疑問の表明にとどめておく。

(23) なお、中村反対意見に対する批判として、小山・前紛判例評釈一七一頁以下参照。

(24) 判タ四二四号七九頁。

(25) 建設省計画局編集、建設業法研究会著『問答式』建設業法の実務(一九七九年)は、建設業関係者に対する平易な実務的解説書であるが、審査会の組織、運用などについて二項目を設けて説明している(二二頁以下)。

(26) 保険約款における仲裁条項とくにその違憲性に関する問題について、青谷和夫「保険約款における紛争処理条項」民商法八三巻四号五二二頁以下参照。同教授は「農業協同組合」の共済約款の仲裁条項も、簡易生命保険郵便年金審査会制度も、これらの共済、保険の加入者が比較的資力に乏しい人びとであり、共済とか保険に関する専門的知識に比較的弱いとされる人びとであることにかんがみ設けられた救済規定である」ことを強調する(五五〇頁)。

(27) 補注 校正の段階で、内山尚三「四会連合協定の請負契約約款に基づく仲裁契約の成立。最高裁昭和55年6月26日第一小法廷判決」判タ四三九号・昭和55年度民事主要判例解説二五一頁以下に接した。同教授は「この判決によって最高裁の見解が確立されたとはいえないのではないかと思われる」と述べている(二五三頁)。

(後記) 本稿の作成にあたっては、本判決および第一審判決のコピーの入手について並木茂法務省参事官、証人尋問調書のコピーおよび建設業法関係の一部文献の入手について原後山治弁護士(建設省中央審査会委員)から、それぞれ御高配を賜った。記して厚く感謝の意を表する。