



Title	工事請負契約約款における仲裁条項の拘束力
Author(s)	藪, 重夫; YABU, Shigeo
Citation	北大法学論集, 31(3-4上), 91-119
Issue Date	1981-03-25
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16326
Type	departmental bulletin paper
File Information	31(3-4)1_p91-119.pdf



工事請負契約約款における仲裁条項の拘束力

藪 重 夫

一 はじめに

建設工事の請負契約について、昭和二四年に制定された建設業法は、対等な立場における合意を基礎とする公正な契約を促進するため（同法一八条参照）、一一項目にわたる契約事項を書面によって明らかにしなければならない旨を定めるとともに（同法一九条）、建設工事紛争の解決手段として、あつせん、調停のほかには仲裁による方法を採用したが、さらに昭和三一年にはその一部が改正され、右の紛争処理に当る機関として建設省および都道府県に付属する建設工事紛争審査会が設置された（同法二五条以下）。もっとも、書面による契約の締結を義務づけた同法一九条の規定は、請負契約が民法上不要式の諾成契約であるとされてきたこと自体に影響を及ぼすものではなく、書面に作成されない建設工事請負契約もなお有効に成立しうるものと一般に解されている。だが、この点について、建設業法は、右の立法的な要請の実効を期するため、中央建設業審議会（同法三三条以下）が標準的な契約約款を作成してその実施を勧告でき

るものとしており（同法三四条）、これに基づいて右の審議会により作成、勧告された民間建設工事標準請負契約約款（昭和三十一年一〇月改正）には紛争を審査会のあつせん、調停によって解決するほか、さらにこれを審査会の仲裁に付してその判断に服する旨の条項が設けられ、この指導方針をうけて、いわゆる四会連合協定約款、住宅金融公庫の融資住宅工事請負契約約款などにもほぼ同趣旨の条項がおかれることとなつた。

ところで、仲裁付託の合意（仲裁契約）は、民事の紛争を通常の訴訟手続によらないで第三者たる仲裁人に判断させ、その判断を最終的なものとしてこれに服従することにより紛争を解決するという趣旨の合意である。それは、いわば裁判機関の選択に関する合意であるから、その反射として裁判所を裁判機関としない趣旨を含むが、この趣旨は、紛争解決の途として仲裁を民事訴訟に優先させることにあると解されるのであり、したがって、必ずしも訴権を放棄するものと解すべき必要性はない。換言すれば、仲裁契約は、その反面として、当然に訴権を放棄する合意を含むものとは解されないのである。

しかしながら、仲裁手続による判断は、その前提となる仲裁契約の性質上、一審にして終審としての効力を付与されており（民訴八〇〇条）、しかも主として手続的な側面における重大な瑕疵が存在しない限り、その取消しは裁判所で争いえないものとされている（民訴八〇一条）。したがって、このような結果を招来する仲裁契約に当事者の明確な合意が必要とされるのは当然であり、この意味において、建設業法も紛争審査会が仲裁手続を開始するに当って当事者間に仲裁付託に関する合意の存在することを要件として求めているのである（同法二五条の一五）。右に関して、建設工事紛争についての仲裁契約にあっては、請負契約書添付の約款中にそれに関する仲裁条項を含ませるという形で合意がなされていることは前述のとおりであるが、このように契約が典型的な約款によって締結される場合に、約款中に当該条項が存在しているというこのみで、直ちに仲裁契約の成立を肯認しうるか否かが数年来の判例批評において問題と

されている。そこで、本稿では、この問題について考察を加えてみることにしたい。⁽⁶⁾

(1) 民間建設工事標準請負契約約款には、大規模工事用の約款(甲)と小規模工事用の約款(乙)があるが、昭和三十一年一〇月に改正された約款(甲)二十九条は、

「この契約に関し、甲と乙との間に紛争が生じたときは、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りその紛争を解決する。」

前項の審査会があつせん若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つた場合において、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。」と定めており、約款(乙)一九条にもこれと同内容の規定がおかれている。

中央建設業審議会としては、右の条項を盛り込んだ標準約款を勧告することによって、建設工事紛争の処理は紛争審査会の専管とすることが望ましいという趣旨の指導方針を公示したものとみることが出来る。

なお、公共工事標準請負契約約款(昭和二五年作成後、数次の改正を経て昭和四七年一月一部改正)四五条は、紛争審査会によるあつせん、調停だけでなく、契約書記載の調停人のあつせん、調停による解決をも選択できる条項を設けているが、その四六条は、

「甲及び乙は、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ときは、前条の規定にかかわらず、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、建設工事標準下請契約約款(昭和五二年四月作成、勧告)も、四二条で全く同様の規定をおいている。

(2) 四会連合協定約款は、日本建築学会、日本建築協会、日本建築家協会、全国建設業協会の四社団法人の協定によって昭和二六年二月決定をみた工事請負契約約款であり、民間の建設工事においては最も広く利用されている約款である。現在までに昭和三二年九月、同四一年一月、同五〇年三月と三回にわたり改正されているが、紛争処理に関する条項をみると、あつせん、調停については一貫して審査会以外の第三者に解決を依頼する途をも選択的に関いており、この点では公共工事や下請契約の標準約款と同様に、紛争解決を審査会の専管事項とはしていない。しかし、最終的な解決については、三二年改正以降の約款は、いずれも審査会の仲裁によってそれを凶る旨の規定をおいている。ただし、審査会または第三者によるあつせん、調停と審査会によ

る仲裁との関係については、改正の都度、条項の表現に微妙な変化がみられる。その経過を略述すると、

(1) 昭和三二年の約款二九条は、

「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。

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。」と規定していた。

右の条項は、妨訴の抗弁に関連して、通常の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うることを合意したものにすぎないとする解釈上の疑問を生じさせることとなった。

(2) そこで、昭和四一年の約款は右の二九条二項を、

「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。」と改めて(1)の文言に基づく疑問を解消したが、他方、仲裁への移行の要件に関して、あつせん、調停は三二年の約款と同様に仲裁手続に前置されなければならない趣旨なのかどうかという疑問を残すこととなった。

(3) 昭和五〇年に改正された約款三〇条は、

「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つ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るときは、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、仲裁への移行を促進させる方向であつせん、調停を前置させる考え方は採らない趣旨を一層明確にするとともに、審査会名を契約書に記入させることとした。この趣旨は合意による管轄審査会（建設業法二五条の九第三項参照）をあらかじめ定めさせておく方が好ましいという考慮に基づくものであつたが（滝井繁男「逐条解説工事請負契約約款」一三頁参照）、実際の契約に当って審査会名を記入する事例は皆無に近く、そのため後掲の判例④にみられる如く、仲裁契約の成立をめぐる無用の議論を生じさせることになっている。

(3) 住宅金融公庫が制定した融資住宅工事請負契約約款一九条は、

「この契約について紛争を生じたとき、当事者双方又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を依頼するか、建設業法に定める中央又は都道府県建設工事紛争審査会に対し当事者双方又は一方からあつせん、調停又は仲裁を申請する」と規

定している。

(4) 個別の建設会社が独自に作成した約款もかなり用いられており、その紛争処理に関する条項もさまざまである。審査会による仲裁の条項が存する例としては、四一年改正の四会連合協定約款とほぼ同文のものが多い。そのほか、仲裁条項をおかず、単に審査会のあっせん、調停に付する旨を定めているものや特定の裁判所を専管とするものも見受けられるし、また審査会または合意による第三者を仲裁人とする条項などと裁判管轄との組み合わせについても次のようにいくつかの例がみられる。

「甲および乙は、本契約に関する紛争処理のため、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、これに仲裁を依頼するものとする。」

双方の承認する仲裁人の選定が困難な場合または仲裁による紛争の解決が不可能もしくは困難な場合は、甲および乙は、本契約に関する紛争解決の機関を乙の（本・支店等を選択して記入）の所在地を管轄する裁判所とすることに同意する。」

「本契約について紛争を生じたときは、当事者の双方もしく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っせんもしくは調停に付する。」

前項に拘らず、当事者はいつでも裁判上の手続をとることができる。ただし、乙の本店所在地を管轄する裁判所を管轄裁判所とする。」

「第〇〇条

この契約について紛争が生じたときは、当事者の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斡旋、又は調停に付する。

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。

第〇〇条

本契約により生じた、或は将来生じることのある甲乙及び連帯保証人間のすべての紛議については乙の本店又は支店の所在地を管轄する裁判所とする。」（両条項の関係は、仲裁と訴訟とを任意に選択しうる余地を残したものと解される。）

(5) このことは、小山昇「仲裁契約の抗弁について」民商法雑誌七八巻「法と権利」3八九頁以下が精密かつ明快に指摘しているところである。

なお、仲裁契約について、それは裁判所に紛争の解決を求める当事者の憲法上の権利を奪うものといった表現の指摘がしばしば

ばなされているが（小林秀之・ジュリスト六五九号一〇六頁商事判例研究の批評、石川明・判例タイムズ二九一号八一頁、同判例評論二六〇号一七七頁など）、これは仲裁契約を單純に訴権の放棄ととらえる理解を前提とする立論であって、首肯しがたい。（6）筆者は數年來、北海道建設工事紛争審査会の会長として現に七、八件の仲裁事件を担当してきており、この問題についてはかねてから関心を抱いてきた。のみならず、従来主として國際的な商事取引について機能を果してきたにすぎない仲裁制度は、一般になじみが薄く、この法制に関する体系的な概説書は、中田淳一「仲裁手続」（新法学全集・特別訴訟手続（昭和一三年）所収）のほか、戦後のものとしては、小山昇「仲裁法」（法律学全集三八卷所収）があるのみである。筆者としては、もっぱら小山教授の概説書を手引きとして実務に当たってきたわけであり、それにお報いする意味においても、教授の退官記念論文として本稿を執筆することとした次第である。

二 判例と学説の傾向

一 仲裁契約と妨訴の抗弁

紛争の当事者が自己の自由意思で処分できる性質の争いについて、訴訟に訴えるよりも仲裁を選ぶことをその解決方法として合意した以上は、右の選択による当事者の利益はこれを承認するべきであるというのがわが民訴法の立場である（民訴七八六条参照）。したがって、当事者が訴訟の場で仲裁付託の合意の存在を主張するとき、これを無視することは許されない。この抗弁を無視して事件につき訴訟として本案判決をしたときは、当該判決には当事者が申立てた事項について判断をしない違法があり、この違法は上級審によって判決が取消される事由となる（民訴三九四条参照）。それ故、訴訟において仲裁契約の存在に基づく抗弁（いわゆる妨訴抗弁）が提出されるときは、裁判所はかかる主張の理由の有無を判断しなければならない。すなわち、裁判所は本案の審理に優先して仲裁契約の存在の有無を審理しなくてはならない。かくして、抗弁事由たる仲裁契約の存在が認められる限り、裁判所は訴えを却下すべきことになるので

⑫ 東京地判昭和五二年五月一日（判例時報八六七号一一〇頁）

⑬ 東京地判昭和五三年一月八日（判例タイムズ五八八号二五頁）

⑭ 東京高判昭和五四年一月二六日（判例タイムズ五八八号二三頁、判例時報九五四号三九頁）

右のうち、仲裁契約に基づく抗弁を排斥した判例は、①、⑧、⑨、⑩、⑭の五件ある。しかしその多くは、たとえば、口頭で契約はしたものの、行政手続上の必要から請負人が架空の金額を記入した契約書を作成して約款を交付したにすぎないという事情からみて、当事者を拘束する約款としての合意そのものを否定すべきものとされた特異な事案（①の判例）であるとか、すでに一〇回もの期日を経過して本案の弁論を終え、証拠調べの段階に入ってから抗弁を提出したり（⑧の判例）、数次あるいはそれ以上にわたって弁論期日を重ねるなど抗弁提出の機会が何度もあったにもかかわらず、それをしなかったために（⑨および⑩の判例）、抗弁権を放棄したものと解されてもやむをえないという事案に関するものであって、仲裁条項に基づく抗弁を正面から問題としてこれを否定した判例としては、後に詳述する如く⑭があるのみである。

これに対して、妨害の抗弁を認容した諸判例をみると、その数の多さにもかわらず、当事者が約款中の一条項にすぎないことを理由に仲裁契約の存在を争ったという事件は意外に少ない。②、③、④、⑤、⑦、⑫の判例は、もちろんそれぞれ事案の内容を異にするとはいえ、いずれも、約款中の仲裁条項に基づいて仲裁契約が成立しているという事実そのものについて相手方は全く争っておらず、右の諸判例も仲裁契約の存在については当事者間に争いが無いことを根拠として訴えを却下している。

そこで、仲裁契約の存在そのものが争点となった残余の判例⑥、⑪、⑬についてやや詳しくみてみると、⑥と⑬の事件においては、請負契約の締結時において当事者が約款中に仲裁契約条項の存在することを知らなかった、あるいはそ

の内容の意味を理解できなかったことが問題とされている。すなわち、――

⑩の判例は、原告請負人が請負残代金を請求した事件において、被告注文者が標準請負契約約款による仲裁条項を援用して妨訴抗弁を提出したのに対し、原告は契約締結当時約款中に仲裁条項のあることを知らなかったと主張したが、判旨は、約款中の「仲裁契約が不合理なものと解する余地は全くない」から、原告においてその約款の「内容を知らなかったとしても、右条項による……訴訟上の合意及び仲裁契約は原被告を有効に拘束するものと解される」としている。この判例については、約款中に仲裁条項のあることを知らなかったと主張している当事者が、素人である注文者ではなく請負人側であることに注意を喚起しておきたい。

⑥の判例は、原告である病院長が病院の建築工事の瑕疵について修補に代わる損害賠償を請求した事件で、請負契約には昭和四一年改正の四会連合協定約款が添付されていたところ、被告請負人の提出した妨訴抗弁に対して原告注文者は、「契約締結の際、前記約款を契約内容とする旨特別の注意もなく、約款についての読み合わせも行われていない。従って原告は右条項にいう建設工事紛争審査会がどういうものであるか、仲裁とは如何なるものであるかについて全く知らなかったものである」として、「明確な合意があったと考えられない本件において原告の裁判権が奪われることを容認することは許されない」と主張したが、判決は、「工事請負契約中前文の部分に、「本件病院新築工事の施工についてつぎの条項と添付の工事請負契約約款、設計図、仕様書とにもとづいて工事請負契約を結ぶ」と明確に記載され、これに前記約款が添付されていたこと、そして原告は右契約書末尾注文者名下及び訂正箇所二ヶ所の部分に捺印していることが認められ、また……原告は右契約書記載の文言を承認して契約を締結する趣旨で右各捺印をしたこと、そしてこのようにして作成された契約書、約款、設計図、仕様書等を一括した一通の交付を受けて持帰ったこと、原告は医師（外科）であり、多年その実務に従事し社会的経験を重ねてきた者であることが認められる。以上認定事実によると、

説 原告は本件約款第二九条を、約款の他の条項とともに本件請負契約の内容として合意したものとみるのが相当であり、更にまた右原告の知識、教養の程度に照らせば、原告は右第二九条の文言の意味を一応理解していたものと推認するの
論 論 原告は本件約款第二九条を、約款の他の条項とともに本件請負契約の内容として合意したものとみるのが相当であり、更にまた右原告の知識、教養の程度に照らせば、原告は右第二九条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」として、「以上によると、……建設工事紛争審査会の仲裁に付する旨が右各当事者間で約束されたもの
というべきである」と判示している。

⑬の判例は⑭の判例の一審判決であるが、約款の仲裁条項を仲裁契約として認めるべきか否かについて両者の判断は
対立しており、その意味でこの二つの判例は最も注目すべき内容を含んでいる。すなわち、――

原告である請負会社が残代金の支払いを求めたのに対し、被告注文者は昭和五〇年改正の四会連合協定約款中の仲裁
条項に基づく抗弁を提出したが、請負会社は、(1)約款三〇条には「契約書に定める建設工事紛争審査会」と記載されて
いるから、「契約書に特定の審査会が記載されたときに限り、右条項が有効になるのであって、契約書にそれが記載さ
れていない以上、死文というほかはない」、(2)工事請負契約書に四会連合協定約款が添付されることは多いが、いづれ
の審査会にあっても、その機能が十分でないため、当事者は紛争が生じたときは、直ちに裁判所に訴えを提起するのが
常態である、改正前の四会連合協定約款二九条には「建設業法による建設工事紛争審査会」と記載されていたが、いづ
れの審査会もその機能が至って弱く、訴訟における当事者からの妨害抗弁の主張が多くなると紛争処理に困ることにな
る一方、審査会の無能をあらわにすることもできないので、苦心の結果、「契約書に定める建設工事紛争審査会」とい
うように改めたのが新約款三〇条なのである、と主張した。これに対して、「約款第三〇条は、契約上の紛争に関する
仲裁条項を定めたものであって、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」と判示して訴えを却下したのが、⑬の判例である。ここでも仲裁条項
が死文であると主張しているのが注文者ではなく請負人側であること、さらに、昭和五〇年の仲裁条項の改正は、注(2)

にものべたとおり、より効果的な紛争処理を図るため審査会の管轄の合意をあらかじめさせておくことを目的としたもので、原告代理人が陳述している改正理由なるものは全くの作りごにすぎないこと、紛争審査会の弱体、無能ぶりが一貫して強調されていることを指摘しておきたい。

右⑩に対して請負会社は控訴し、一審におけると同様の主張を繰り返したほか、これに付加して、「約款中に仲裁手続を定める条項があっただけで、直ちに仲裁契約の存在を肯定することができず、双方の当事者が仲裁手続の意味を理解したうえで、仲裁手続に応ずる意思があつてこそ、仲裁契約が存在する」とのべたが、この主張を容れて原判決を取消したのが⑭の判例である。判旨は、「一般的に仲裁契約の成否に関しては、…：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つて、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、明示であることと黙示であることを問わないにしても、当事者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」という前提の上に立つて、「証人〇〇〇〇（被告・控訴人である建設会社の業務課長）の証言によれば、…：控訴人は、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、従つて…：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、控訴人は、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、しかしながら、控訴人は、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へていること、控訴人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、控訴人は、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っており、被控訴人との間の本件請負契約の場合も、控訴人営業副本部長○○○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ありたいと思う旨を話して被控訴人の納得を得ていること、被控訴人は、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、控訴人と被控訴人に、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ふことはできない」といふものである。

⑭の判決については、証言内容の重要な部分に措信しがたい点があるばかりでなく、それを安易に採用している事実認定にも多くの疑問が残る¹⁰⁾。だが、それはともかく、何よりもここでは、この判例が仲裁契約には当事者間に明確な仲裁付記の意思が存することを要し、契約書添付の約款に仲裁条項が存在することをもって直ちに仲裁契約の成立を肯認することはできないとしている点に注目する必要がある。換言すると、以上にみてきたとおり、多くの下級審判例は約款中に仲裁条項が存するときは原則として仲裁契約の存在を肯定し、それを本案前の抗弁として認容する立場をとってきていたが、⑭の判例は明らかにそれらと異なる考え方に立ち、仲裁契約の成立にきわめて慎重な態度を示しているといふことである。

三 判例批評にみられる学説の傾向

私見によれば、⑭の判例がそれ以前の諸判例とは対立する立場を打出した背景には、判例批評にみられる学説が従来判例に対して一般に批判的な見解をとり、約款の仲裁条項の効力をむしろ制限的に解しようとしてきたことの影響がはたらいているものと推測される。

学説が約款の仲裁条項を制限的に解する理由は次の諸点に要約できる。

(1) 民事的な紛争の解決方法について仲裁契約がなされると、当該紛争について通常裁判所に訴えを提起しても、仲裁契約の抗弁が理由ありとされるときは、訴えの利益がない、または訴訟による解決を要しないとして、訴えは却下される。仲裁契約の紛争当事者に及ぼすこのような影響を考えると、仲裁契約の成立に関しては、解釈、認定の上で慎重さが要求されるべきである。⁽¹¹⁾

(2) 工事請負契約に添付される四会連合協定約款などの諸約款は、多くの精細かつ複雑な条項を含むものであって、契約締結の際、当事者、殊に素人である注文者がその内容を理解し、正確に認識していることは少ないと思われる。そればかりでなく、保険約款や銀行約款などに比べると、約款としての歴史も浅く、周知性にも劣る。請負契約約款のような性格からみれば、約款中に仲裁条項の定めがあるからといって、それだけで直ちに重大な影響をもたらす仲裁契約の成立を肯認し当事者を拘束するのは疑問である。⁽¹²⁾

(3) 建設工事紛争審査会の貧弱な実態にかんがみると、仲裁契約の成立を安易に認めて審査会に仲裁を任せ、訴訟による紛争解決の途を閉ざすのは行過ぎである。⁽¹³⁾

かくして、検討すべき問題は二点にしばられると考える。その一つは約款の条項による仲裁契約の成立に関する問題であり、他の一つは紛争審査会の機能の実態認識の問題である。

(7) 民訴七九六条は、当事者間に仲裁契約が存在するときは、裁判所はこれを尊重して仲裁手続に協力すべき旨を定めている。かかるに、仲裁契約のある事件を判決手続で処理することは裁判所が仲裁手続に協力しなかったのと同様の結果を招来する。したがって、一方において仲裁手続に協力すべき立場にありながら、他方で判決手続を行うことは法が禁止するところであると解され(小山・前掲民商法雑誌七八巻九六頁)、この手続法に反して裁判所が当該事件について判決手続を進めることは許されな

いことになるのである。さらに、小山教授は、仲裁契約が存在するときには仲裁判断と本案判決が重複することは避けるべきであり、本案判決の効力（民訴一九九条）と仲裁判断の効力（民訴八〇〇条）とが抵触することを避け、判決（民訴四九七条）と執行判決（民訴八〇二条）というように債務名義が二重になることも避けるべきである、と指摘されている（小山・前掲九五頁）。

(8) 大判明治三三年一月二七日民録六輯一〇卷一四二頁。

(9) この点に関し、④の判例批評において、石川明教授も「第一審の本案前の抗弁に対する答弁中にも示されているように、旧約款二十九条は、「建設業法による建設工事紛争審査会」と記載したのに対し、いずれの審査会も紛争処理機能が弱い等の理由から、「契約書に定める建設工事紛争審査会」に改めたといわれている」（判例評論二六〇号一七八頁）とされているのは明らかに誤っており、いかなる根拠からこのようにいわれるのか、理解に苦しむところである。

改正約款が管轄審査会名を契約書に記入させることとした趣旨を敷衍すると、建設業法二五条の九は、当事者の双方または一方が建設大臣の許可を受けた建設業者（同法三条一項によると二以上の都道府県に営業所を有する業者）の紛争処理は中央の審査会、知事の許可を受けた建設業者（一の都道府県内のみ営業所を有する業者）については各都道府県の審査会が管轄すべきものと定めている。したがって、たとえば東京に本店のある建設会社の場合は、札幌の支店が契約して工事を請負った北海道内の建設工事紛争についても、中央審査会が調停や仲裁を担当しなければならぬ。しかし、工事の瑕疵をめぐる紛争の処理には、現地調査（同法二五条の一八参照）をすることが絶対に必要であり、そのため、東京在住の中央審査会の事件担当委員が地方に出張することを余儀なくされる。そればかりでなく、当事者も審訊期日の都度上京するのは不便かつ困難である。そこで、建設省の担当官としては、右のようなケースの場合に二五条の九・三項の合意管轄に関する規定を活用し、建設現場が所在する都道府県の審査会が紛争を処理できるよう当事者に管轄の合意を指導してきたのが実情であったといえる。だが、これは事後的な指導にとどまることであって、それをあらかじめ合意させておくのが望ましいという考え方から、契約書に管轄する審査会名を記入させることとしたものである（なお、滝井・前掲一三頁、二四〇頁参照）。この意は、あっせん、調停については当然に一方の当事者から法定の管轄審査会に申請をなしうるものとされているところ（二五条の一参照）、それについても改正約款三〇条一項が「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」と定めている点からみても容易に理解されよう。

(10) 本件判決の証人調査の写しは、研究資料とするために送付方を依頼した建設省計画局長宛に最高裁事務総局民事局長から送られてきており、筆者はたまたま中央審査会の紛争処理実務研究会研究分科会の参加委員としてこれを一読する機会をもったが、

締約に際して約款を注文者側に読み聞かせたうえ、特に仲裁条項については紛争が生じれば裁判所で解決したい旨を告げて相手側の納得を得ていると、これ以上立入ることは慎しむことにする。

(11) 田尾桃二・最高裁判例解説民事篇昭和四七年度一四〇頁(法曹時報二五卷二一八〇頁)、石川明・最判昭和四七年一〇月一日判例批評・判例タイムズ二九一八頁、同・⑭の判例批評・判例評論一七七頁。なお、田尾解説は西ドイツ民法一〇二七条一項が、仲裁契約は明示かつ書面によることを要し、しかも書面には仲裁に関する条項以外の記載は許されないと規定しているのを援用して、黙示による仲裁契約の成立は原則的に否定されるべきであろうといひ、石川・最判批評は、ドイツ法における効力要件をわが民法の解釈にも導入すべきだとまで述べている。しかし、小山昇・前記最判批評・民商法雑誌六八巻四号一二四頁が指摘するように、ドイツ民法の丸写しに近いわが民法がドイツ民法一〇二七条一項を模倣することなく仲裁契約の方式に関して明文の規定をおこなわなかったのは、明示かつ独立の書面によることを成立要件としなかったものと解されるのであり、法律は書面によることすら強制はしていないというべきである(なお、小山「仲裁法」六三頁をも参照)。

(12) 注(11)にあげた田尾解説、石川批評、小山批評のほか、豊泉貞太郎・前掲最判批評・法学研究四六巻一〇一頁一四頁、小林秀之・⑩の判例批評・ジュリスト六五九号一〇七頁、滝井・前掲二三八頁、島田和夫・ジュリスト六三二号一三三頁参照。

(13) 審査会の機構や機能が弱体であるという指摘は、内山高三「建設工事における紛争解決」法社会学講座6二二頁以下、柏木邦良・⑦の判例解説・ジュリスト五九〇号一一〇頁が強調するところであり、殊に柏木解説は審査会の至って貧弱な現状から、約款の仲裁条項の仲裁契約としての効力を全く否定する見解すら述べている。これらの指摘に引きずられた審査会についてのイメーシは他の学説にも影響を与え、小林秀之・前掲⑩の判例批評、石川明・前掲⑭の判例批評は明らかに審査会の弱体性を本文

(1)および(2)の見解を補強する論拠として用いている。

論 三 問題の検討

一 約款による仲裁契約の成立

本稿のはじめにのべたように、工事請負契約に約款が用いられるようになったのは建設業法施行後のことであるから、それが利用されて以来まだ歴史が浅いという指摘はまさにそのとおりである。また、保険約款をはじめ、運送約款、倉庫寄託約款、銀行取引約定書などに比べて一般の周知度が低いという指摘についても特に異論はない。考えてみれば、このことはむしろ当然とすべきだからである。という意味はこうである。わが国において普通取引約款によって取引が行われる代表的な例をみると、保険、銀行、運送など、いずれも経済的に優越する大企業が業務上迅速かつ合理的な締約を必要とするという背景のもとに契約の定型化が促進されてきたものといえる。それらにおいては、取引の対象とされる商品または役務がその個性を無視しうる程度に定型化しており、約款によって一律に、また機械的に契約内容を決定することが取引の性質上合目的なものである。これに比して、建設工事に関する取引においては、右のような経済的、社会的背景は存在しないといつてよい。建設工事の請負においては、取引の対象となる役務はもともと定型化に親しみにくいものである。工事の規模、内容、種類はまさに千差万別であり、建設業者の経営規模、技術能力もさまざまであるから、それに応じて契約の内容も多様なものにならざるをえず、むしろ定型化は困難といふべきなのである。それにもかかわらず、戦後工事請負契約に約款が用いられることになったのは、前述のように、建設業法一九条とそれを受けて作成された中央建設業審議会による標準的約款の実施勧告があったからである。それは、戦前の請負では、明確な契約書も作成されないまま（すなわち、口頭か注文書と請書による契約という形で）工事に着手することが

多く(いわゆる請負契約の前近代性)、そのため、権利義務関係があいまいで、それが原因となって問題が生じても不合理な形で紛争が処理されがちであったことにかんがみ、「対等な立場における合意に基いて公正な契約を締結」せしめるべきであるとする立法政策(建設業法一条参照)がとられたことによるものであった。いわば、普通取引約款を用いるべき経済的、社会的な基盤は必ずしも存在しないところに、「公正な契約」を実現する必要性から、立法に基づく行政的な指導方針によって約款が用いられることになったのである。以上の考察に立って問題をながめるとき、利用年数や周知度という側面から工事請負約款を他の普通取引約款と比較し、それを根拠に請負約款の性質論を展開しようとする見解にはにわかには賛同できないことをあらかじめ指摘しておきたい。

それにもかかわらず、民間建設工事の標準約款が勧告されてから約三〇年を経過する間に、四会連合協定約款をはじめとする諸約款の利用は広く普及するに至っている⁽¹⁴⁾。約款の急速な普及度からみて、その利用は今や事実たる慣習になつているといふ評価さえ現われているが、そのようにみることはまだ無理であり、またそこまでいう必要はないとして⁽¹⁶⁾、約款の利用はわが国の工事請負契約において今後ますます広範に定着していくものとみられる。

だが、約款の普及度が高いということは必ずしもその内容について当事者の理解度が高いことを意味しない。両者を同一視できないのは当然である。しかし、当事者が約款の内容を正確に理解していないことは別段請負約款に限ったことではなく、請負約款よりもはるかに精細な内容をもつ他の普通取引約款についても同様にいいうることである⁽¹⁷⁾。殊に、一般大衆を相手方とする約款においては、当事者が約款の内容にさえ目を通すことなく締約をする場合も少なくないと思われる。保険約款については、保険契約者が盲目であつて約款の内容を告げられず、これを知らなかったとしても、なお約款による意思があつたものと推定すべきであるとする最高裁判例の存することは周知のとおりであるが、小山教授は、「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」とされている⁽¹⁹⁾。保険約款に関する限り右の指摘は正当であると考ええる。だが、これを他の普通取引約款による契約の成立について一般化することには必ずしも同調できない⁽²⁰⁾。

しからば、工事請負約款はいかなる根拠に基づいて当事者を拘束すると解すべきなのか。思うに、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う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であれば、それに拘束力を認めるのが妥当である⁽²¹⁾と考える。

ところで、判例⑥の事件で、注文者は約款の仲裁条項について審査会や仲裁がいかなるものであるかを知らなかったと主張しているが、審査会の性格、権限や仲裁制度（その手続および仲裁判断の効力など）について理解していなければ仲裁契約の成立は認めるべきではないといえるのであろうか。審査会の設置、構成、権限などを定めている建設業法が行政法規のなかでも特殊な分野に属する法律であること、仲裁がわが国において一般になじみの薄い紛争解決制度で

あることにかんがみれば、前注(11)に引用した所論の如く、仲裁契約について仮りにドイツ民法と同様の書面性、明示性、独立性を要件とするとしても、それだけで問題は解消されることにならないと考えられる。⁽²²⁾ 思うに、仲裁契約は、民事の紛争を訴訟によらないで第三者に判断させ、その判断を最終的なものとしてこれに服従することによって紛争を解決するという旨の合意である。したがって、紛争について判断をするものが通常裁判所以外の第三者であることの認識さえあればそれで十分であって、その第三者が約款で紛争審査会と定められている場合に、その審査会について正確な知識を有していることは必ずしも必要でないというべきである。そして、より重要なことは、仲裁契約の成立要件として問題とすべきは、裁判所以外の第三者に判断を委ね、それに服従することによって紛争を解決するという合意が明確になされているかどうかという点にあり、その合意の存在が認められればそれで足りると考えられる。したがって、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。かかる合意、つまり仲裁契約があるのに、一方の当事者がその解決方法によることなく訴訟を提起することは、合意による義務の違反というべきであるが、仲裁契約が存在する場合に本案の裁判をすることにすべきか否か、さらに第三者のなした仲裁判断にいかなる効力を認めるかは、国の立法政策に属することがらである。換言すれば、仲裁契約の存在が認定できてその抗弁が理由ありとされる場合に訴えが却下されるのは、二のおよび注(7)のべた如く、法律が仲裁手続に協力することを裁判所に命じていること(民訴七九六条)に基づくものであり、仲裁判断が確定判決と同一の効力を有するものとされているのも(民訴八〇〇条)、同様に法がその立法政策に基づいて仲裁に付与した効力にはかならない。それ故、仲裁契約の存在の有無について当事者がその法律的效果を十分理解して合意したかどうかを問題としたり、仲裁手続は裁判所に紛争解決を求める当事者の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、⁽²³⁾ 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、

論 紛争は判決手続によって解決されることを望ましく、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、⁽²⁴⁾わが民法法の立法趣旨に反する考え方というべきである。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してことが憲法上保障されていることは勿論であるが

(憲法三二条)、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、わが民法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一つとして、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は必ずしも賛同できない。⁽²⁵⁾

二 紛争審査会の実態

内山・前掲論文(注(13)参照)は、(1)公共工事ばかりでなく、民間工事をめぐる紛争についても、審査会は十分活用されていないこと、(2)申請件数が増加しているにもかかわらず、委員数は発足当時の十五名を超えていないために紛争の処理に対応できないばかりでなく、独立した部局を有していないので人的、物的な機構の上できわめて貧弱であることなどを挙げて、その機能が弱体であることを指摘した。続いて、⑦の判例についての柏木・解説(注(13)参照)は、中央および各県の審査会はたかだか十五名の委員によって構成され、十分な数の仲裁人が実際に用意されておらず、紛争が適正迅速に解決されないから紛争を処理するには余りにも弱体であると強調して、このような現状からみると、約款の仲裁条項の仲裁契約としての効力はこれを否定するべきだとする見解さえ主張している。⁽²⁶⁾これらの指摘ないし見解は、その後の学説に大きな影響を与えて、「弱体なる審査会」という誤れる神話がつくり出され、それが今日に至るまで存在し続けることとなった。

すなわち、⑭の判例についての小林・批評（昭和五三年三月一日のジュリストに掲載、注（12）参照）も不十分な紛争解決機能をその解釈論の一つの根拠としており、⑮の判例についての石川・批評（昭和五五年一〇月一日の判例評論に掲載、注（11）参照）においても、相変らず審査会が適切な仲裁人として機能していない実情が指摘され、これが判例⑭の判断の背景となっているものと推測されている。

しかしながら、右にみられる指摘やそれに基づく見解は、いずれも審査会の実態を知らない粗雑かつ無責任な推論にすぎないというべきである。

ただし、内山論文は昭和四七年に発表されたもので、昭和四〇年から四五五年に至る統計資料を基礎としており、その当時と現在とでは、処理件数をはじめ審査会の機能にも格段の相違が認められるから、その見解は当時における評価として受けとるべきであるが、なお重要な点で見逃がせない誤解があると思われるので指摘しておく、内山論文は、そして柏木解説も、審査会の委員は十五名しかおらないことをその実態判断の有力な根拠としているが、これは、建設業法二五条の二の規定だけしか見ていないことによるもので、同法二五条の七は、そのほかに人数には制限なく特別委員を置くことによって増加する紛争の処理に対応しうる途を開いており（なお同法二五条の一、二、一三、一四を参照）、現に特別委員の制度は申請件数の増加に対応できる機能を果すものとして大きな実績をあげてきているのである。その具体的な例を参考のために示すと、昭和五五年一〇月現在における委員の実数は、中央審査会では特別委員を合せて七三名（正委員一五名、特別委員五八名、そのうち弁護士資格を有する法律関係の委員数は川島武宜会長以下二七名）、北海道審査会は二六名（正委員一五名、特別委員一名、うち法律関係の委員は八名）であり、東京都審査会は総数三〇名、大阪府審査会は四〇名、神奈川県審査会は二四名である。⁽²⁷⁾

それはさておき、北海道審査会の機能の実態については、小山教授の「北海道建設工事紛争審査会について」と題す

説
 る分析がジュリスト七一四号（一九八〇年四月一五日号）に掲載されているので、詳細はそれにゆずるが、以下主要な
 審査会についての最近の四年間における具体的な資料を提示して、誤った評価の是正を試みることとしたい。⁽²⁸⁾
 まず、中央審査会の紛争取扱状況をみると第1表のとおりである。

第1表

		前年度 繰越件数	当年度 申請件数	当年度 取扱件数	当年度 終了件数
昭和 51年度	あっせん	0	2	2	0
	調停	22	21	43	17
	仲裁	15	7	22	7
	計	37	30	67	24
昭和 52年度	あっせん	2	4	6	3
	調停	26	27	53	20
	仲裁	15	14	29	6
	計	43	45	88	29
昭和 53年度	あっせん	3	11	14	12
	調停	33	18	51	29
	仲裁	23	8	31	10
	計	59	37	96	51
昭和 54年度	あっせん	2	7	9	7
	調停	22	17	39	18
	仲裁	21	15	36	6
	計	45	39	84	31

工事請負契約約款における仲裁条項の拘束力

第2表

		あ っ せ ん				調 停				仲 裁			
		A	B	C	D	A	B	C	D	A	B	C	D
昭和51年度	北海道					2	4	6	4	3	4	7	4
	埼玉県		2	2	1						3	3	
	千葉県					7	7	14	11	1	2	3	3
	東京都		1	1		10	31	41	26	8	5	13	5
	神奈川県	1	1	2	1	5	7	12	7	3	1	4	
	愛知県					1	5	6	1	2	0	2	2
昭和52年度	北海道		1	1		2	5	7	4	3	1	4	3
	埼玉県	1		1	1		5	5	2	3	1	4	2
	千葉県					3	15	18	14				
	東京都	1	2	3	1	15	32	47	23	8	6	14	4
	神奈川県	1		1	1	5	2	7	6	4	4	8	3
	愛知県		1	1	1	5	4	9	6		2	2	1
昭和53年度	北海道	1	5	6	6	3	12	15	11	1	1	2	2
	埼玉県					3	3	6	3	2	1	3	1
	千葉県					4	13	17	12		4	4	
	東京都	2	0	2	2	24	31	55	34	10	14	24	8
	神奈川県					1	10	11	3	5	5	10	2
	愛知県					3	8	11	5	1	1	2	
昭和54年度	北海道		3	3	1	4	21	25	20		5	5	1
	埼玉県		2	2	2	3	4	7	6	2	3	5	
	千葉県					5	13	18	11	4	4	8	2
	東京都		1	1	1	21	34	55	32	16	8	24	8
	神奈川県		2	2	1	8	16	24	12	8	3	11	1
	愛知県		2	2	1	6	7	13	6	2	1	3	
大 阪	1	4	5	3	6	16	22	9	11	5	16	5	

なお、事件の処理期間についての正確な資料は有しないが、中央審査会における処理期間をみると、調停、仲裁を通

次に、処理件数の比較的多い各県審査会の取扱状況は第2表のとおりである。

表のうち、Aは前年度からの繰越件数、Bは当年度の新規申請件数、Cは当年度の取扱件数（したがってA+B）、Dは当年度の終了件数（取下げ、打切り、却下等を含む）である。

説
論
じて平均一年二か月から一年六か月の間に処理がなされているし、筆者が関与している北海道審査会についていえば、調停は二、三か月から六か月、仲裁は六か月から一年以内に大半が処理されており、紛争が迅速に解決されていないという指摘も事実⁽²⁰⁾に反している。

(14) 建設省によって行われた民間建設工事請負契約実態調査(昭和五三年三月)の結果によれば、各種約款の使用状況は次のとおりである(建設労働・資材月報一九七八年八月号三九頁以下参照)。

調査対象一、二〇〇件のうちアンケートの回収件数 四九五件(回収率四一・三パーセント)
うち契約の際契約書を使用したもの 三四五件(回答数の六九・七パーセント)
うち約款を使用したもの 二七七件(契約書を使用したものに対する割合は八〇・三パーセント)
各種約款の使用状況

四会連合協定工事請負契約約款(四一年改正版および五〇年改正版) 一二三件(使用約款中の割合四四・四パーセント)
民間建設工事標準請負契約約款(甲・乙) 四一件(一四・八パーセント)

会社の独自約款(主としてプレハブ住宅用) 七四件(二六・七パーセント)
住宅金融公庫融資住宅工事請負契約約款その他 三九件(一四・一パーセント)

(15) 山本重三・五十風健之「建設請負契約」不動産体系V一五六頁。

(16) 約款の拘束力の根拠については、自治法規説、商慣習法説と並んで、「約款による」ことが慣習となつているときは事実たる慣習(民法九二条)によって拘束力を生じるとする説などがあるが、(大塚龍児「普通取引約款の拘束力」ジュリスト法学教室八巻六〇頁参照)、工事請負約款の場合は、二の一に紹介した⑥の判例中に引用されている契約書の文言が示しているように、当事者の「契約は添付の約款による」という意思表示によって約款が契約として採用されているのであるから、法律行為的な所産として当事者間に拘束力を生じているとみる(いわゆる法律行為説)のが妥当であり、かつそれをもって足りると考へる。

(17) たとえば、銀行取引約定書中の期限の利益喪失条項や相殺予約条項などを知っている人は必ずしも多くはないし、その意味内容を正確に理解したうえで締約する人の数はさらに少ないといつてよいであろう。

- (18) 最判昭和四二年一〇月二四日裁判集民八八号七四一頁。
- (19) 小山・前掲判例批評・民商法雜誌六八卷四号一二三頁。
- (20) たとえば、庶民が銀行から融資を受ける場合に、法律上必要とされるのは金銭消費貸借契約とそれに附随する抵当権設定契約あるいは連帯保証契約などの担保契約であるが、それに精細な条項を盛り込んだ銀行取引約定書が添付されることは法律上必ずしも不可欠なことでもなければ一般人にとって公知の事実でもなく、融資を受けようとする当事者が銀行側の要請に応じて押印しているのが実情であろうと思われる。
- (21) 二の二に引用した㉑の判例、そして㉒や㉓の判例も、この考え方を前提としているものとして理解することができる。
- (22) わが国の大学の法学部における行政法、民事訴訟法の講義や教科書用の概説書で建設業法や仲裁手続に言及しているものは稀であると思う。したがって、法学部の学生はもちろん、甚だ失礼な推測ながら、法律専門家ですら、正確な知識を有している人がどれだけいるかはかなり疑わしいと思われる。たとえば、最近、「時の法令」一〇七五号三七頁以下の「弁護士末記」に掲載された小林行雄弁護士の「請負代金請求事件、一年半でスピード解決——注目すべき建設工事紛争審査会の仲裁」によれば、正直にも、「私自身、この制度（工事請負契約の紛争処理機関としての審査会の制度）を知ったのは事件を通じてである」と前置きされて、請負業者の代理人として請負残代金の請求訴訟を起したところ、相手方弁護士の答弁書に妨訴抗弁が記されていることを知って訴えを取下げ、千葉県の審査会に仲裁を申請した氏は、「私は、当初、依頼人から請負契約書を見せてもらったときに、この条項（仲裁条項）も当然目を通したのだが、まさかこの条項により却下の申立てをしてくることはあるまい、とたかをくくっていた」とのべておられる。
- (23) 注(5)参照。
- (24) 裁判制度が整備されている近代国家において、民事訴訟に代わる紛争解決制度として仲裁手続が訴訟法上認められているのは、「仲裁」は紛争が生じた生活関係の性質に応じその生活関係について特別に知識と経験を有する者によって紛争を解決する制度として好ましい機能が期待できるからであって、そのメリットとしては、右の専門性のほか、仲裁による解決の簡易性、迅速性、具体的妥当性、低廉性などがあげられている（小山・前掲「仲裁法」五四頁）。なお、建設業法が審査会の仲裁による紛争解決の制度を採用した立法趣旨について、政府委員は、昭和三十一年四月一八日の衆議院建設委員会で、「民事上の争いに関する解決に関してはもとより訴訟によるのが通例であります。なお和解や調停などの簡易な解決の道も開かれていますのであります。

す。しかしながら訴訟はもちろん和解や調停なども裁判所の手続によるのでありまして、建設工事における紛争のように迅速な解決を必要とし、特に技術上の専門知識を必要とする複雑・多岐にわたる施工上の事実認定が解決のかぎとなるような分野におきましては、訴訟や調停などによる解決の方法は必ずしも実状に即せず、むしろ当事者の合意による解決を斯界の権威に求める手続、すなわち民事訴訟法第八編に規定するところの仲裁手続のごとき制度によらしめることが現状に適するものと史料するの「であります」と説明している。

(25) なお、小林・前掲ジュリスト六五八号一一頁は、約款の条項の性質を一律に決定するのではなく、条項に基づく仲裁付託の意思を、種々の事情から推認できるか否かによって分けることが当事者の意思に重点がおかれる仲裁契約の性質に照らし適当であるとして、(1) 妨訴抗弁を主張する当事者が素人である注文主なのか、請負業者なのか、(2) 注文主が当事者でも、国、公共団体、住宅公団などのように過去に何度も約款を使用したことがあるか、(3) すでに審査会に仲裁の申立てがなされているかといった事情を例示している。契約の解釈に当って具体的事情が考慮されるべきは当然のことであろう。①の判例は締約時における種々の事情を総合的に考慮に入れて判断した事案であるといえるし、右の事情(1)によれば、注文者からの妨訴抗弁を認容した④および⑤の判例は妥当であるが、反対に、建設会社側の主張を容れて仲裁契約の成立を否定した⑥の判例は疑問だということになる。だが、具体的な適用を考えてみると、(2)、(3)の事情を問題とすべきケースはほとんどなく、考慮すべきファクターとして例示されている事情が実際に適用される範囲はごく限られたものにすぎないと思われる。それはともかく、具体的事情が考慮されるべきことは指摘のとおりだとしても、それだけで、約款の仲裁条項について基本的にどういう考え方をとるべきかという法的性質論の問題をすべて解消できることにはならないと考える。

(26) 柏木解説は、仲裁条項は「選択的な趣旨をもつ特殊なもの」と理解するのが妥当である」という考え方に立って、「裁判官が訴を却下できるのは当事者が事件をすでに仲裁に付した場合に限られ、これ以外の場合には当事者の権利保護の要求を斥けてはならないと解すべきである」とし、さらに、「約款の解釈をする場合に……審査会の実態のような事実調査を行う必要が生じうるが、これは職権により行いいうると解すべきであること、また裁判官は具体的事件では判決中に……制度の評価批判に類するような言明を率直にはなし難いであろうから、この場合には「当事者は前記のような排他的な趣旨の契約をする意思がなかったものと認めるのが相当である」と判示するのが適当と思われること」を付記している。

(27) また、専門担当事務局として、中央審査会については、数年前から建設省計画局に紛争調整官室が設置されており、北海道審

審査会については、道の土木部管理課内に三名の専任的な指定担当職員が配置されている。

(28) 第1表、第2表とも、資料は全国建設工事紛争審査会連絡協議会の会報二号および七号に掲載の統計による。

(29) さらに、前掲小林弁護士「弁護始末記」(注(22)参照)は、裁判所の通常訴訟では少なくとも倍の期間はかかったと思われるのに、千葉県審査会の適切な仲裁によって事件が受任後一年半で解決したことを高く評価している点も付言しておきたい。

四 む す び

以上の検討をもって仲裁条項の拘束力に関する筆者の考察を終えることとする。本稿を閉じるに当って、蛇足ながら、問題の検討を通じてえた感想的私見をのべてむすびとしたい。

国の立法政策に基づいてある制度が法的に定立された場合に、その制度を好ましくないと考える者は、解釈論ではなくすべからず立法論を展開すべきである。仲裁制度の普及が望ましくないと考えるのであれば、仲裁という制度に対して本格的な批判を提起すべきであり、建設業法の立法目的やそれに基づく紛争解決方法、審査会制度を疑問とするのであれば、その立法政策に対して正面から具体的な反対論を展開すべきである。立法の趣旨やそれに基づく制度のあり方には一切論及することなく、もっぱら解釈論によって、法が定めた制度の機能を弱めようとする態度は根本的に間違っていると考える。

筆者は本論での考察において、弱体な審査会という実態認識がいかにも根拠のない憶測にすぎないかを明らかにしたつもりであるが、そもそも、妨訴抗弁を制限するための解釈論として審査会の機能論をもち出すこと自体に問題があるといえよう。

審査会が機能していないから、という議論は、審査会が機能するようになれば、という議論と表裏の関係にある。し

かし、審査会の機能についての消極的な評価は妨訴抗弁を制限しようとする態度につながっているのであるから、結果としては審査会の機能をますます弱める要因としてはたらくことになる。これでは、いつまでたっても審査会は弱体な状態のままであり、その現状認識がさらに否定的評価を強めることになる。このことは仲裁制度についても同然であつて、一般になじみがないとか、制度の内容が十分知られていないという理由でその利用を制限的に解しようとすることは、仲裁をますます人びとから縁の遠い存在に追いやる結果を招くことになる。

筆者は、たとえ審査会の実状がどうであれ、それを理由に妨訴抗弁を制限しようとする解釈論はとるべきでないと思える。わが国のように仲裁の普及がきわめて遅れている社会において、審査会による仲裁を紛争解決の最終の決め手とする新しい制度が立法で採用された場合に、それが当初から機能するはずがないのは当り前のことである。当事者から仲裁が申請されなければ、審査会は仲裁機関として機能しようがない。これは北海道審査会についてもいいうることであつて、現在では年にいくつかの仲裁事件を扱うのが常態となつている道の審査会も初めて仲裁の判断をしたのは、実に発足後十数年以上を経過した昭和五〇年五月になつてのことであつたのである。

本論でのべたように、当事者がどのような紛争処理手続を選ぶかは当事者の自由な意思によつて決めうることである。わが民訴法はこの考え方に立脚して仲裁手続の制度を設け、さらに、建設業法はこの制度を活用して建設工事紛争を審査会の仲裁によつて処理するという途を開いたのである。発足後はかなりの期間にわたつて文字通り弱体であつた審査会も、処理件数の増大に伴つて次第に強化され、今や建設工事紛争の処理のうえで重要な機能を果すものとなりつつある。最近の傾向からみて、審査会への申請件数は今後も増加の一途をたどつていくことになるであらう。審査会による仲裁手続の漸次的な普及が、やがてはわが国の仲裁制度のあり方を改めて考え直す契機となりうることを期したいと思ふ。

〔付記〕 最判昭和五五年六月二六日（一小法廷）が本稿執筆後公表された（判例時報九七九号五三頁）。当事者が四会連合約款を良く理解して契約することは稀で、宮城県の審査会で仲裁がなされた事例は皆無であるとする上告理由に対し、右「約款を用いることによって、契約について紛争を生じたときはその解決のため……建設工事紛争審査会の仲裁に付する旨の……仲裁契約が成立したものと認め、……本件訴を不適法とした原審の判断は、これを正当として肯認することができ」としており、本稿の論旨に適合するものといえることができる。なお、本判決については中村裁判官の反対意見があり、わが国では仲裁制度が「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ないのが実情であるとする推察に立って、上告人は地方の小規模な請負業者にすぎないから「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」とのべているが、かかる理由から仲裁契約の存在を否定しようとする考え方に賛成できないことは本論においてすでに論及したとおりである。