

仲裁法第一四条についての考察

豊田博昭

- 一 はじめに
- 二 最近の下級審判例
 - 一 東京地裁平成三年八月二八日判決
 - 二 検討
- 三 ドイツ判例の状況
 - 一 法律
 - 二 判例の展開
 - 三 小括
 - 四 ドイツ学説の状況
 - 一 既判力説
 - 二 不適法な権利行使説
 - 三 特別な拘束力説
 - 四 小括
- 五 おわりに

一 はじめに

(1) 民事訴訟手続において、仲裁合意または仲裁契約（わが国の新法の議論については、新仲裁法の語法に従って、以下「仲裁合意」を用いる）は訴訟要件のひとつであり、訴訟要件のなかでも、その存在が本案判決をできなくする消極的（訴訟）要件または訴訟障害と解されている。⁽¹⁾したがって、その存在は訴えの不適法却下となる。仲裁合意は、当事者が紛争を仲裁廷（仲裁人）に委ね、その判断に服するという内容の合意であり、国家の裁判所の排除はこの合意の本質的な要素だからであろう。最高裁昭和五五年六月二六日判決判時九七六号五三頁Ⅱ判タ四二四号七七頁がその旨判示し、学説はこれを仲裁合意の訴訟上の効果として承認してきた。⁽²⁾もともと、仲裁合意の存在自体は、訴訟手続において裁判所が職権で調査するものではなく、当事者（被告）からの申立て（抗弁）があつて初めて調査を開始すればたりる事項であり、抗弁事項とよばれている。仲裁合意は、判決の正当性確保や訴訟維持機能といった公共的役割とは関係の少ない私的な利益に関する訴訟要件であり、⁽³⁾当事者自治に基つき訴訟要件とされている事項であるというのが、その理由である。しかし、被告としては、仲裁合意の抗弁を提出しても、応訴を拒みうる権利までも付与されているわけではない。

新仲裁法（以下、「新法」と略す）一四条一項は右判例・通説を採用して、仲裁合意の対象となる民事上の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、訴えを却下しなければならないと規定する。これに対して、同項ただし書は、訴えの却下が排除される場合を個別的に列挙する（一号ないし三号）。これは、旧法下では仲裁合意の失効事由として認められてきた場合と思われる。そうすると、新法一四条一項は、公催仲裁法（以下、「旧法」と略す）に直接定めた規定はなかったが、判例および通説においてすでに承認されてきた事項を明文化した規定と解される。

(2) 比較法的にみると、新法一四一条一項は、ドイツ民事訴訟法一〇三二条一項や韓国仲裁法九一条一項前段と同様の規制である。これに対し、同じ大陸法系でも、裁判所が管轄権のないことを宣言する（オランダ民法一〇二二条、フランス民法一四五八条一項）という規制がみられるし、英米法系では、訴訟手続の中断（イギリス仲裁法九一条一項）、または事実審理の停止（合衆国・連邦仲裁法三条前段）という規制もみられる。⁽⁵⁾ わが国の新法に関する立法論議において、仲裁法研究会の仲裁法試案は訴訟手続の中止という規定（九一条一項）の導入を提言していた。⁽⁶⁾ また解釈論としても、訴訟手続の停止という考え方をとる学説がみられた。⁽⁷⁾ この点につき、UNCITRAL モデル法八条一項は、裁判所が仲裁に付託すべきことを命ずると定めている。これについては、大陸法と英米法の対立に深入りせず、実際のな帰結を定めたと評価されているが、⁽⁸⁾ 新法の立法担当者は、わが国では仲裁付託命令の内容を直接実現させる効果を認めるのは難しいとして、訴え却下という規制を採用した。⁽⁹⁾ しかし、一九九七年の改正法（Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts (SchiedsVfG) vom 22.12.1997, BGBl. I S. 3224, 一九九八年一月一日施行）により改正されたドイツ仲裁法（民事訴訟法一〇二五条以下）の立法論議においても、訴え却下（旧民事訴訟法一〇二七条 a、現行民事訴訟法一〇三二条一項）という規制に対しては、不必要に回りにくいという批判が学説（シュロツサー）から指摘されていた。⁽¹¹⁾ 論者は、ドイツ訴訟費用システムとの関係で、弁護士報酬の問題を指摘する。当事者が仲裁契約の有効性を疑っている場合も、国家の裁判所においてまず訴額に応じた手数料、たいてい証拠調べ手数料が発生し、抗弁が成功すると、今度は仲裁手続の全費用、さらには執行許可宣言の手続の訴訟費用が発生する。そうした不都合の緩和策として、論者は、英米法系をモデルに、受訴裁判所は単に手続を中止する（小さな改革）、または、ドイツ民法二八一条（管轄違いによる移送）の準用により、仲裁裁判所に移送したうえで、訴訟手続を中止する（大きな改革）という規制を提言していた。なお論者は、移送決定は、仲裁

契約の有効性を拘束力をもって確定する場合にのみ意義を有するが、仲裁契約の有効性審査を前提にしない法制(フランス法)は立法モデルとして適切でないと考えている。ドイツ法の立法者は、結局、従来からの規制を採用したのであるが、右論者が強調する、仲裁裁判所か、それとも国家の裁判所かという管轄問題を、できる限り迅速に、拘束力をもって明らかにすることが、唯一重要であるという指摘は、わが国の新法一四条の解釈にあたって重要と思われる。本稿は、特に新法一四条一項本文について、最近の下級審判例を手掛かりにして、若干の検討と試論を試みようとするものである。

- (1) 兼子一『新修民事訴訟法体系(増補版)』四二頁、一五四頁(酒井書店、昭和四〇年)、三ヶ月章『民事訴訟法(全集)』三〇〇頁(有斐閣、昭和三四年)、斉藤秀夫『民事訴訟法概論(新版)』三七二頁(有斐閣、昭和五七年)、兼子一・新堂幸司・竹下守夫・松浦馨『条解民事訴訟法』七七〇頁(竹下守夫)(弘文堂、昭和六一年)、小山昇『民事訴訟法(新版)』一九三頁(青林書院、平成一三年)、吉村徳重・竹下守夫・谷口安平編『講義民事訴訟法』六五頁(本間義信)(青林書院、平成一三年)、上田徹一郎『民事訴訟法(第四版)』一九六頁(法学書院、平成一六年)、伊藤眞『民事訴訟法(第三版)』一三五頁(有斐閣、平成一六年)、新堂幸司『新民事訴訟法』二二五頁(弘文堂、平成一六年)など。なお、抗弁事由を訴訟障害事由と解するのは、松本博之・上野泰男『民事訴訟法(第三版)』二二五頁(弘文堂、平成一五年)、中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編『新民事訴訟法講義(第二版)』四〇五頁(松本博之)(有斐閣、平成一六年)。
- (2) 小島武司・高桑昭編『注解仲裁法』六八頁(小島武司・豊田博昭)(青林書院、昭和六三年)、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』六三七頁(青山善允)(三省堂、平成七年)、齋藤秀夫・小室直人・西村宏一・林屋礼二編『(第二版)注解民事訴訟法(1)』四二二頁(河野正憲)(平成八年、第一法規出版)。
- (3) 上田・民訴法一九九頁。
- (4) 兼子ほか・条解七七一頁(竹下)。
- (5) 仲裁研究会『別冊NBL no.25 仲裁法の立法論的研究』六二頁(松浦馨)(商事法務研究会、平成五年)、仲裁法制研究会編

『別冊NBL no.78 世界の仲裁法規』一頁以下（商事法務、平成一五年）参照。

(6) 仲裁研究会・前掲立法論的研究同頁（松浦）。

(7) 小島武司『仲裁法』一二五頁（青林書院、平成一二年）。

(8) 小島・仲裁法一二六頁。

(9) 近藤昌昭・後藤健・内堀宏達・前田洋・片岡智美『仲裁法コンメンタール』五六頁（商事法務、平成一五年）。司法制度改革

推進本部事務局『別冊NBL no.71 仲裁法制に関する中間とりまとめと解説』四六頁（商事法務研究会、平成一四年）も参照。

(10) その解説について、春日偉知郎「ドイツの新仲裁法について（上）、（下）」JCAジャーナル四六巻七号二二頁、八号二八頁。

(11) P. Schlosser, *Notwendige Reformen des deutschen Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit*, ZIP 1987, S. 496.

一 最近の下級審判例

一 東京地裁平成三年八月二八日判決 新法一四条一項の適用を考えさせる事件として、旧法下の東京地裁平成三年八月二八日判決判タ七七九号二七六頁に注目する。その事案はつぎのとおりである。

原告Xは、イスラエル国内外の電気製品の輸出入、売買およびその仲介等を業とするイスラエル共和国法人であり、被告Yは、電子機器器具販売等の製造販売等を業とする日本法人である。XおよびYは、昭和五八年三月二五日付けで独占的販売代理店契約を締結し、Xの指定した卸売小売業者への販売方法と販売手数料の支払い方法を定めた。その後、右合意に違反してYはG社と販売権契約を締結し、Xの有する独占的販売代理権を侵害したとして、Xは販売手数料および損害賠償請求を求める訴えを東京地裁に提起した。東京地裁は、昭和六三年八月二三日、XY間の独占的販売代理店契約には仲裁条項が存在する、XYは、右仲裁条項の準拠法として日本法を黙示的に選択したものと推認できる、本件仲裁条項

が仲裁契約として有効に成立しているかを判断する準拠法は日本法(法例七条一項)であるが、日本法のもとで右仲裁条項は仲裁契約として有効に成立した、Xの請求は、右契約に関連する紛争であり、訴え提起に先立ってまずすべて仲裁によって解決すべきであり、Xの本訴請求は訴えの利益を欠き不適法であるとして、訴えを却下する判決を言い渡した(同年九月一三日確定。海事法研究会誌八七号三二頁)。右仲裁条項は、「本契約又はその違反により生じ又は本契約又はその違反に關し生じたいかなる紛争、論争、請求又は疑義についても、法定の裁判所に訴えを提起することなく、法に従って仲裁により判断される。」という内容の定めであった(原文は英文)。

右前訴判決を受けて、XはA弁護士を、YはB弁護士をそれぞれ仲裁人に選任し、仲裁手続が開始した。両仲裁人は、平成元年三月一日、仲裁規則を昭和六三年七月四日に遡って施行するものとして定め、Xに一般事務実費引当金(一〇〇万円)および仲裁人報酬金七〇〇万円、Yに仲裁人報酬金七〇〇万円を支払うよう催告したところ、Xは、仲裁人が一方的に規則および料金を決めたこと、料金が不当に高額であることに異議を申し立てた。平成元年六月一四日にA弁護士が仲裁人辞任の意思を表示、B弁護士も同年一月二二日に仲裁人を辞任した。平成元年二月一九日、XはYに常設の仲裁機関における仲裁人による解決を提案したが、Yはそれを拒否した。平成二年八月一四日頃、Xはイスラエル在住のイスラエル人Cを仲裁人に選定した旨をYに通知したが、Yは同月一六日頃Xに対し、(旧)民事訴訟法七九三条第一により仲裁契約は失効しているので、仲裁手続に応じる意思はないと回答するとともに、D弁護士を仲裁人として選任し、Xにおいてあくまで仲裁を望まれるなら、仲裁不許可の訴えを提起する所存であるとの通知をした。そこでXは、AB両仲裁人の辞任による仲裁契約の失効(旧民法七九三条第一の類推適用)、およびXY双方が仲裁を続ける意思を失ったことによる仲裁契約の失効(法律に基づかない失効)、Yの態度は信義則に違反するとし、本件において、再び、販売手数

料および損害賠償を請求する（以下、仮に「第一請求」とよぶ）とともに、仲裁条項の失効確認を求める訴え（以下、仮に「第二請求」とよぶ）を東京地裁に提起した。これに対しYは、主位的に、本件訴訟は、XY間の前訴事件と、当事者および訴訟物が同一であり、東京地裁は前訴で訴え却下判決を言い渡し、同判決はすでに確定した、本件訴えは、訴えの利益を欠き、訴えは却下されるべきである、つぎに予備的に、両仲裁人の辞任の意思表示は効力なく、むしろXの不誠実な態度を非難したものであり、仲裁を進める意思を有している、仮に仲裁契約の法律によらない失効の法理が適用される場合があるにしても、本件には適用されないなどと主張して、請求の棄却を求めた。

【判旨】(1) 本判決は、まずYの主張を検討して、前訴判決の確定の事実はXY間に争いがなく、証拠および弁論の趣旨からも認定できるとして、「前訴判決は、Xの本訴請求については、本件契約中に仲裁合意が存在するため訴の利益を欠くという判断につき、XY間において、既判力を有するものというべきである」と判示する。

(2) つぎに本判決は、既判力の基準時後の仲裁合意の失効というXの主張について検討し、旧民訴法七九三条第一は「契約において一定の人を仲裁人に選任した場合に適用される規定である」が、「本件においては一定の人を選任していないことが認められるから、本件仲裁合意に右規定は適用されない」し「本件のような場合に類推適用することも相当でない」とする。つぎに、仲裁契約の法律の規定に基づかない失効につき、本判決は、「Yは、イスラエル在住のイスラエル人Cを仲裁人とする仲裁手続に应ずる義務はないと考え」て右回答および通知をしたのであり、「Yは仲裁を続ける意思を失っていないから」Xの主張は、その前提を欠き、理由がない。」とする。さらに、信義則違反につき、本判決は、YがCを仲裁人とする仲裁手続に应じる義務はないとする主張自体は、「信義則違反とするほどの事情に該当しない」として、右主張は、理由がないとする。

しかし本判決は、最後に、「なお」書きによつて、一旦開始された仲裁手続が現在どのような法的状態にあり、今後どのように取り扱われるべきかということについては、別途の訴訟で解決されるべき問題であると指摘する。

(3) 以上の結論として、本判決は、第一請求について、「Xの申立てのうち金銭の支払いを求める部分は本件契約中に仲裁合意が存在するため訴えの利益を欠くのでこれを却下」し、また第二請求については、「仲裁条項の失効の確認を求める部分は理由がないのでこれを棄却する」と判示する。

二 検討 (1) 第一請求の不適法却下 Xの第一請求は、XおよびYという「同一」の当事者間において、①独占的販売代理店契約に基づく約定販売手数料の支払請求権、②債務不履行に基づく損害賠償請求権、③各債務の不履行に基づく遅延損害金請求権という「同一」の訴訟物について、再度の審判を求めている。これに対して、Yが前訴判決の既判力を援用して、訴えの却下を求めており、新法一四条一項がまさに想定している場面である。本判決は、Y主張の事実は当事者間で争いがなく、証拠および弁論の情趣旨からも認定できるとして、前訴判決は、Xの右請求につき、仲裁合意が存在するため訴えの利益を欠くという判断につき、XY間において既判力を有すると判示している。

通説によると、訴訟判決も既判力を有すると解される。⁽¹⁾ その論拠として、上田教授は、同一当事者が同一事件につき同一の訴訟要件の欠缺ある訴えを繰り返し提起する場合に、裁判所が同一判断を繰り返さなければならぬのを回避し、訴訟要件に関する紛争解決に安定性を与える実際上の必要性が大きいことを指摘される。⁽²⁾ 当該却下判決の既判力は、そこで判断された訴訟要件に関する裁判について、すでに係属したのと同様の訴訟物について生ずる。訴訟要件の欠缺の補正なしに後訴が提起された場合、後訴裁判所は、既判力の拘束により、その訴訟要件について再審査することなく、訴えを却下すればよい。⁽³⁾ 訴訟要件としての仲裁合意(の抗弁)に関する議論は多くないが、これが多数説と思われる。⁽⁴⁾ これに対し

て、訴訟判決の既判力を否定する少数説がある。新法の立法担当者は、仲裁合意の存在は訴訟判決の理由中で判断される⁽⁵⁾として、当該判決に既判力を認めない考え方をとっている。⁽⁶⁾

(2) 既判力の対象 通説に従った場合、問題になるのは既判力の及ぶ範囲ないし対象である。上田説は、却下判決で判断された訴訟要件について生ずると解する。そこで、すでに係属したのと同じの訴訟が、訴訟要件の欠缺を補正しないまま再び提起された場合、その要件について再審査する必要はなく、そのまま訴えは却下される。他方で、仲裁契約の消滅など、前訴の口頭弁論終結後に、却下の理由となった当該訴訟要件につき事実が変動した場合、既判力は後訴を拘束しないとされる。同旨に解する説は多い。⁽⁷⁾これに対して、訴訟要件の欠缺による不適法却下の判断に既判力が生ずると解する説⁽⁸⁾がある。後説は、訴訟要件についての判断は、判決理由中でなされることを考慮した見解である⁽⁹⁾が、既判力による遮断効を、欠如すると判断された特定の訴訟要件のみに限定する点で、遮断効に関しては前説と違いはない。本判決は、訴えの利益の欠缺という判断に既判力が生ずると判示しており、前説を採用したものと解される。なお、訴訟判決の既判力否定説によると、前訴判決の基準時前のものであろうと、前訴に現れなかった事実や資料は遮断されないと解される。⁽¹⁰⁾しかし、Xの本訴請求は、仲裁合意の失効事由を主張している点で（後述）、少数説に従ったものとはいえない。

(3) 東京地裁昭和六〇年判決 先例をみると、請負契約に基づく工事代金の支払義務の不存在確認を求め訴えに対し仲裁契約の抗弁が主張され、右抗弁を採用して右訴えを不適法却下する判決が確定、その後になされた東京都建設工事紛争審査会の仲裁判断に基づき執行判決が請求されたという事案で、東京地裁昭和六〇年八月三〇日判決（判時一一九四号九二頁・判タ五九四号一一三頁）は、前訴判決の確定により、「本件請負契約による請負代金債権の存否に関する訴訟は、原被告間に昭和五〇年八月七日成立した仲裁契約が存在することにより許されないものであることが確定されたというべ

きである」、そして「右訴訟が許されないのは、右仲裁契約により、当事者双方が右債権の存否に関する紛争につき仲裁手続に服し、仲裁判断に拘束されることを前提とするものであるから」、右判決の既判力は、前訴が「仲裁契約の存在により訴訟要件を欠くことについてのみ生じたものではなく、いわばその反面として、右判決により、各当事者は、右紛争については仲裁手続に服しなければならず、仲裁契約が存在しないし無効であるとして、その手続の不適法又は仲裁判断の取消を主張することは許されないことが確定されたものと解すべきである。ただし、後者の点につき既判力が生じないとすれば、当事者は、一方において訴訟による紛争解決を拒絶され、他方において仲裁による救済を受けることもできない状態に陥るおそれがあるからである」、と判示している。

右判決は、前訴・訴訟判決の既判力が、仲裁契約の存在により訴訟要件を欠くことについてだけでなく、各当事者は、仲裁合意の不存在または無効を主張できないことも確定したとしている。当事者を拘束する理由として、右判決は、訴訟による救済も、仲裁による救済も受けられなくなるおそれをあげている。

本判決を右昭和六〇年判決と比較したとき、いくつかの相違点が認められる。第一に、仲裁契約を認定した訴訟判決の確定後、昭和六〇年判決では仲裁判断が成立したのに対して、本件では、いったんは仲裁人を選任したにもかかわらず、その辞任後は仲裁手続が動いていないケースである。その結果、昭和六〇年判決では、仲裁判断につき執行判決を求める訴訟において、前訴判決の既判力が、被告側からの仲裁手続不許の抗弁を排斥する機能を果たしたのに対して、本件では、原告が再度、前訴と同一請求をするのを阻止する機能を果たしている。仲裁判断の成立という点からみると、昭和六〇年判決は仲裁人を常設の「東京都建設工事紛争審査会」とする「機関仲裁」であったのに対して、本件は「アドホック仲裁」であり、その問題点が顕在化したケースといえよう。

第二に、仲裁合意の存在を認定した前訴判決の判示に、違いが認められる。本件の前訴判決は、主たる契約中の仲裁条項の成立を認定したうえで、Xの請求は「訴えの利益」を欠き不適法と判示している。「仲裁合意」の存在ではなく、その場合に、訴えの利益なしとして訴えを不適法却下するという措置は、従来の通説⁽¹²⁾に従ったものである。同様の考え方は、他の訴訟契約（訴え取下げの合意につき、最判昭和四四年一〇月一七日民集二三卷一〇号一八二五頁⁽¹³⁾）でもみられる。これに対して、昭和六〇年判決の前訴判決は、「仲裁契約の存在」により訴訟要件を欠くと判示している。最近は、通説を批判して、訴えの利益概念を介在させるべきではなく、仲裁合意から直接に訴え却下の効果を導くべきであると主張する見解が多くなっている⁽¹⁴⁾。昭和六〇年判決の前訴判決は、あるいは後説に同調しているように読める。

思うに、この問題は後説を正当と考える。歴史的な経緯を検討する余裕もないが、訴訟判決に既判力を肯定した場合、右既判力によって遮断される訴訟要件は当事者が確実に了解できることが大切である。消費者仲裁について、新法は、仲裁廷に対して、消費者である当事者に、「できる限り平易な表現を用いて」、「仲裁合意がある場合には」、仲裁判断の前後を問わず、「その対象となる民事上の紛争について提起した訴えは、却下される」ことを通知するように規定している（仲裁法附則三条五項三号）。この要請は、仲裁廷のみならず、裁判所にも向けられるべきであろうし、消費者仲裁に限定する必要もない。裁判所は、いかなる理由で訴えが却下されたのか、当事者が判決理由から直ちに分かる表現にすべきであり、訴えの利益概念を介在させるべきではない。

第三に、本判決は、結論部分で、再び、XY間の「契約中に仲裁合意が存在するため訴えの利益を欠くので」、Xの第一請求を却下すると判示している。先に前訴判決の既判力を指摘しながら、これはどういう趣旨であろうか。これに対して、昭和六〇年判決は、当事者は前訴「判決の既判力の基準時より前に生じた事由により、仲裁契約が効力を有しないこ

とを理由として仲裁手続が許されないと主張をなすことができない」のであり、被告の主張する事由は、「右の基準時以前の事情であるから、その既判力に抵触し、本訴において主張することの許されないものである」と判示している。ここでは、当事者（被告）の主張を禁ずるのは既判力であり、本判決がいうように、仲裁合意の存在による訴えの利益の欠如ではないという考え方が明かである。訴訟判決の既判力を肯定した判例においても、昭和六〇年判決と同様の考え方が示されている。例えば、①当事者適格（東京地判昭和三年一月三〇日下民集七卷一〇号三四七九頁、大阪地判昭和五年六月一六日判タ五〇六号一四九頁）、②再審の訴え除斥期間（五年）（東京高判昭和五年一月二六日判時九八九号五四頁）、③再審事由（東京高判昭和五年一月二三日判タ四三六号二三三頁）について、それらを消極に解して訴えを却下した前訴判決の既判力を肯定したうえで、後訴裁判所は、同一の訴訟要件または前訴で主張できた訴訟要件を主張する当事者の再訴を、確定判決の既判力に抵触するとして不適法却下している。そうだとすると、本判決は、その結論部において、前訴判決の既判力の効力として、Xの第一請求を却下する旨判示すべきであったと考える。

(4) 東京地判平成三年の批判的検討　しかし、本判決の最大の疑問点はその先にある。本判決は、第一請求の不適法却下を、もっぱら「当事者間に争いがな」いこと、「証拠」および「弁論の全趣旨」から導いている。しかし、Xは、請求原因において、前訴判決後の仲裁の経緯、および、仲裁合意の失効事由（①A B両仲裁人の辞任、②X Y双方の仲裁手続統行意思の喪失、③信義則違反）を主張している。前訴判決の既判力肯定説も、上述したように、基準時後の事情変更を主張することについては、既判力によって遮断されないと解している。そうすると、本判決は、第一請求の裁判にあたって、X主張の右事情の有無について審査する必要があったと思われる。ところが、本判決の右事情の審査は、もっぱらXが同時に提起している第二請求を審査する⁽¹⁶⁾ためにのみ行われているようにみえる。これは、多分にXの請求の立て方に

影響されたものとか思われる。しかし、第二請求を理由づける仲裁契約の失効事由は、同時に、第一請求を理由づける事由でもあることが看過されている。新法一四条一項ただし書が規定するように、Xにとって当該仲裁合意の失効事由は、Yの仲裁合意の抗弁を排除しうる事由である。したがって、本判決は、前訴判決の口頭弁論終結後に失効事由が存在するかを審理の対象にとりあげて、第一請求についても裁判する必要があると思われる。そして、失効事由がないと認定した場合に初めて、後訴裁判所としては、第一請求を既判力の拘束により不適法却下できたのではなからうか。第二請求を棄却する際に本判決が指摘する「なお書き」部分は、岩崎教授も指摘されるように、疑問である。⁽¹⁷⁾「開始された仲裁手続が現在どのような法的状態にあるかは、仲裁合意の失効事由を判断するために、当該後訴裁判所が審理し判断すべき事項ではなからうか。

ところで、本件の仲裁契約の失効について、学説の評価は分かれる。岩崎教授は、選定した仲裁人の辞任後、Xは補充選定や催告をしていない（旧法七九一条）点で仲裁契約は失効しており、その後の経緯からみてXY間に新たな仲裁契約の成立も認められないとされる。青山教授も仲裁契約の失効を認められるが、仲裁手続の進め方に関しXY間の意見が合致せず、仲裁手続を長期間開始できない場合であるとして、旧法七九三条以外の仲裁契約の失効事由に該当すると解される。これに対して、道垣内教授は、XはYの仲裁合意の不履行による解除を主張していないし、仮に主張しても、本件でYの対応は当然の抵抗であり、解除事由にはならないとされる。⁽¹⁸⁾

思うに、前訴判決の確定から本判決まで五年が経過しており、紛争解決の途を確定するための時間としては、あまりに長期間の停滞といえよう。そこで、仲裁契約を解消する方向が、こうしたケースのひとつの打開策と思われる。旧法は、仲裁契約中で選任されたのではない仲裁人について仲裁契約の失効事由を規定していたが（七九三条第一）、学説は、右

以外にも失効事由を認めていた。⁽¹⁹⁾ 本件のようにA・B両仲裁人の辞任以降、仲裁裁判所が構成できないケースは、双方当事者の不熱心による仲裁手続の長期停滞⁽²⁰⁾、または、仲裁手続の開始が不能または著しく困難となる事態の発生と解して、⁽²¹⁾ 仲裁契約の失効を認めてよいと考える。新法は、不熱心当事者がいる場合(三三条一項)や仲裁手続の続行不可能な場合(四〇条二項四号)に、仲裁廷は仲裁手続を終了決定できる旨規定するが、本件のように「仲裁廷」が構成できないケースでは、裁判所が「仲裁合意に基づく仲裁手続を行うことができないとき」(一四条一項二号)に該当するかを判断しなければならぬことになる。また、仲裁契約の解除も、仲裁契約の失効事由と解されている。本件では、Xが料金の高さ⁽²²⁾に異議を申し立てている点が注目される。仮にXに仲裁手続の費用負担が困難という事情があれば、仲裁契約を解除することができる。

他方において、本件は、訴訟手続と仲裁手続の間に何らかの連携が必要であることを感じさせる事件といえよう。紛争解決の選択肢として仲裁制度を認める(二条、四五条一項)以上、国家の裁判所が仲裁合意の存在を認定したならば、その後に行われるべき仲裁手続を確実に軌道に乗せる考え方が必要ではなからうか。裁判所の仲裁付託命令(モデル法八条一項)には、そのような配慮がうかがえる。すでにわが国の民事訴訟法も、同じ訴訟手続内であるが、管轄問題に関する裁判所間の判断の対立によって当事者の権利保護が回避されることのないように、移送を受けた裁判所に対する拘束力(羈束力)を規定する(民訴三二条一項)。そこで、却下型の法制のもとで、両手続間に隘路を生じさせないようにするためには、上田説がドイツ学説および判例の見解として指摘された、訴訟判決の既判力の積極的效果に注目すべきであると考えられる。すなわち、「仲裁契約の存在に基づく訴え却下判決がなされると、その却下判決には、仲裁機関が当該請求につき仲裁判断を行うべきことの確定が含まれ、それは既判力の積極的效果として作用する⁽²³⁾」と。この説に従って仲裁手続が

実施されていたならば、Xの本件での再訴も回避できたかもしれない。そこで、ドイツ法の議論をいま一度考察してみることにする。

- (1) 伊東乾「訴訟判決の既判力」法学研究三五卷一〇号一頁、上田徹一郎「却下・棄却判決の既判力」鈴木忠一・三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座2』七六頁（日本評論社、昭和四四年）（同『判決効の範囲』八八頁以下（有斐閣、昭和六〇年）所収）、同「訴訟判決と既判力」法学教室（第二期）一号一四頁、岩松三郎・兼子一編『法律実務講座 民事訴訟 第一審手續(4)・復刊版』五頁（有斐閣、昭和五九年）、兼子ほか・条解五九七頁（竹下）、伊藤・民訴法四六九頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（新版）』六一九頁（有斐閣、平成一二年）。
- (2) 上田・前掲論文八二頁（同判決効九五頁）。
- (3) 上田・前掲論文同頁（同判決効九五頁）。
- (4) 小山昇「仲裁契約の抗弁について」民商法八七卷臨時増刊七九頁注(2)（同『小山昇著作集 第六卷 仲裁の研究』六五頁以下（信山社、平成三年）所収）、鈴木忠一「民事訴訟における当事者自治の限界と実務上の問題」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座1』八七頁（日本評論社、昭和五六年）、仲裁法研究会・前掲立法論的研究六三頁（松浦）、安藤一郎『建設工事紛争と仲裁手続』八〇頁（三省堂、平成七年）。
- (5) 細野長良「民事訴訟法要議 第四卷」一六五頁（巖松堂、昭和九年）、小野木常・中野貞一郎『新版民事訴訟法講義』一九六頁（有斐閣、昭和三八年）、坂口裕英「訴え却下判決と請求棄却判決」新堂幸司編集代表『講座 民事訴訟⑥ 裁判』九八頁（弘文堂、昭和五九年）。
- (6) 近藤ほか・仲裁法コメ一―二頁。中田淳一『新法學全集 特別訴訟手続第一部(1)、(2)完 ―督促手続・公示催告手続・仲裁手続―』一二九頁（日本評論社、昭和一三年）も同旨か。
- (7) たとえば、岩松・兼子・前掲書七頁注(三)、菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法I（追補版）』一一〇五頁（日本評論社、昭和五九年）、吉村・竹下・谷口・民訴法三八一頁（井上治典）、秋山幹夫・伊藤眞・加藤新太郎・高田弘成・福田剛久・山本和

仲裁法第一四条についての考察（豊田）

- 彦『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ』三七八頁(日本評論社、平成一四年)。
- (8) たとえば、小山昇『民事訴訟法〔三訂版〕』三八七頁(青林書院新社、昭和五四年)、中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編『民事訴訟法講義』四六五頁(吉村徳重)(有斐閣、昭和五一年)。
- (9) 栗田隆「却下・棄却判決の既判力」青山善允・伊藤眞編『民事訴訟法の争点〔第三版〕』二四二頁参照。
- (10) 坂口・前掲論文九八頁。
- (11) 小島・仲裁法三四頁以下参照。
- (12) 判例は、東京地判昭和四八年一〇月二四日下民集二四卷九一一二合併号八〇八頁、東京地判昭和五二年五月一八日判時八六七号一〇一頁、仙台高判昭和五三年八月二八日判タ三八〇号一〇七頁。また学説は、兼子一『民事訴訟法研究第一卷』二七七頁(酒井書店、昭和四九年)、齋藤秀夫編著『注解民事訴訟法(4)』三五頁(齋藤秀夫)(第一法規、昭和五〇年)、中野ほか『講義四二二頁(鈴木正裕)、山本戸克己『民事訴訟法講義』一四頁(三和書房、昭和五三年)、齋藤・概論一六六頁、石川明・小島武司編『新民事訴訟法〔補訂版〕』一二二頁(中山幸二)(青林書院、平成一〇年)、伊藤・民訴法一四〇頁、梅本吉彦『民事訴訟法』三一六頁(信山社、平成一四年)。
- (13) 豊田博昭「訴え取下げの合意の効力」新堂幸司・青山善允・高橋宏志編『別冊ジュリスト 民事訴訟法判例百選I』〔新法対応補正版〕一六八頁(有斐閣、平成一〇年)。
- (14) 兼子一ほか・条解七七九頁(竹下)、齊藤ほか・注解民訴法四二二頁(河野)、新堂・新民訴法二〇四頁、高橋・重点民訴法三〇〇頁。
- (15) 小山・前掲論文六七頁注(8)(著作集六七頁注(8))参照。
- (16) 二つの請求の関係について、Yは、その申立てからは、予備的併合と解しているようにも思われる。これに対して東京地裁平成三年判決は単純併合とみているのであろう。第二請求は、第一請求の論理的に先決関係にあるが、両請求は同時に並存する関係にあるとみるべきであらう。
- (17) 岩崎一生「判例評釈 仲裁手続開始後における仲裁人全員の辞意表明等による仲裁手続の放置にもかかわらず仲裁条項の失効がないとされた事例」海事法研究会誌一一〇号四頁。

- (18) 道垣内正人「涉外判例研究 アド・ホックな国際仲裁契約と訴訟」ジュリー一〇二九号一六七頁。
- (19) 学説は、仲裁判断がなされた場合、仲裁人が仲裁判断を拒絶した場合、仲裁付託された争いについて国家の裁判所の裁判が確定した場合、仲裁合意の合意解除の場合、仲裁合意の取消し・解除の場合、仲裁契約の目的不到達の場合を指摘する。小島・高桑編・仲裁法八三頁（小島・豊田）、一一六頁（谷口安平）。
- (20) 小山・仲裁法一〇五頁、小島・高桑編・仲裁法一一七頁（谷口）。
- (21) 谷口・井上編・新判例コメ六七五頁（青山）。
- (22) H. J. Maier, *Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit*, 1979, Rn. 121ff., S. 129ff.
- (23) 上田・前掲論文八四頁。

三 ドイツ判例の状況

一 法律 最初に関連の規定を確認しておく。現行ドイツ民法一〇三二条一項は、「仲裁合意の対象である事件について、裁判所に訴えが提起された場合、被告が本案に関する口頭弁論の開始前にそれについて非難をしている限り、裁判所は訴えを不適法として却下しなければならない。ただし、裁判所が仲裁契約は無効である、効力を有しない、または実施できなく（*durchführung*）と認定したときは、この限りでない。」と規定する⁽¹⁾。旧規定（旧民法一〇二七条 a）は、簡素化法（一九七七年七月一日施行）によって導入されたが、右現行規定に新たに追加された「ただし書」を除くと、その文言は現行規定とほぼ同様の表現であった。旧規定は比較的新しい規定である。これは、妨害抗弁のひとつに仲裁契約を列挙していた旧民法二七四条二項⁽²⁾に代えて、同時に簡素化法により導入された現行民法二八二条三項が、「訴えの不適法に関する責問（*Rügen*）」という包括的な文言を用いたため、従前からの通説に従って仲裁規定（民法第一〇

編)中に明文化されたものである。⁽³⁾

二 判例の展開 (1) 仲裁契約の抗弁に基づく訴訟判決の効力が問題になった(おそらくリーディングケースと思われる)判例としては、ライヒ裁判所の【1】一八九七年二月八日判決(RGZ 40, S. 401ff.)が知られている。これはつぎのような事案である。Xは、鉦山(Bergwerk)株の売却の際の重大な錯誤を理由に、前訴において売買代金の返還を請求したところ、Yは、すべての法律事件については鉦山の共有者同盟の規約によって行われる仲裁裁判所の判断に服する旨の仲裁契約があるとして、仲裁契約の抗弁を提出、前訴・裁判所はそれに基づきXの訴えを却下した。そこでXは、双方が一名ずつ仲裁人を選任する仲裁裁判所に仲裁申立てを行い、Xは支払い済みの売買代金の半分につきその返還を請求した。仲裁人の意見が一致しなかったため、審判人を選任、右三名構成の仲裁裁判所は、Yに対して、三万一〇六八マルクおよび二五〇〇マルクの利息の支払いを命じる仲裁判断を下した。Xは、仲裁判断の執行宣言を求める訴え(当時はCPO八六八条。現行民法一〇六〇条一項に相当)を提起した。これが本件である。これに対して、Yは、仲裁契約は締結していない、仲裁手続の進行につき民法の規定違反があったなどとして、仲裁手続の不適法を主張した。第一審(ベルリン第一地裁)、および控訴審(カマーゲリヒト)ともに、Xの請求を認容した。控訴審は、Yの異議は確定判決事件(rechtskräftig entschiedenen Sachen)の再抗弁によって妨げられるとする。判決理由において、控訴審は、前訴判決によって、当該請求権に関する裁判については、仲裁裁判所が権限を有する、訴え却下を判示した判決主文は、当該請求権については、通常裁判所ではなく、仲裁裁判所が判断する旨判示している。Yは上告して、裁判所の管轄不存在についてはまだ確定していないと主張した。上告棄却。

【判旨】ライヒ裁判所はYを審尋する必要はないとして、つぎのように判示する。Yは前訴で仲裁契約の抗弁を主張し

て訴え却下を得た後、仲裁裁判所の設立に協力して応訴し、自己に不利益な仲裁判断が下されると、上述の理由から仲裁手続の不適法を主張して仲裁判断の執行を阻止しようとしているが、それは悪意の (*arglistig*) 行為である。

つづいてライヒ裁判所は、Yの抗弁に対して、確定判決事件の再抗弁により対抗できるとした控訴審の判断に同調する。前訴で係属した訴訟につき、特定の裁判籍（例えば、契約または財産の裁判籍）が受訴裁判所に認められるかが問題になる場合、判決によって既判力が生ずるのは、主張された裁判籍の不存在についてであり、その存在（例えば、契約義務の履行地または被告の物の所有権）が導かれる争いのある法律関係について既判力は生じない。しかし、本件は事情が異なる。第一審の管轄につき当事者間に争いはなく、Yは、管轄裁判所による争いの判断は、仲裁契約によって排除されるとの異議だけを述べている。つまり、前訴における当事者間の争いは、Xの提起した請求権に関して仲裁契約が存在するかという問題だけである。しかし、それが前訴の訴訟の直接の対象物であった場合、それについてなされた判断も既判力を有するとみるのが正当である。しかも、その意味は、前訴で係属した請求権は、通常の裁判官ではなく、規約で定められた仲裁裁判所の面前でのみ追求できるということである。ライヒ裁判所の判例によれば、当該法律関係は存在するとの理由による消極的確認の訴えの却下は、既判力を有するとの積極的な判断を含んでいる (RGZ Bd.29, 345) が、それと同様に、本件でも、仲裁契約の抗弁の成立を理由とする前訴の却下判決には、係属した法的紛争は仲裁契約に服するとの積極的な判断を認めるべきである。その判断は、訴え却下の単なる理由ではない。むしろ、既判力をもってなされた判決の真実の内容である。前訴判決のその内容によってのみ、実際に満足できる結論が得られる。その判決に反してYの抗弁を本訴で認めた場合、仲裁手続においてXの請求権の追及は不適法であったし、かつ、不適法であるということになる。しかし他方で、通常裁判所への再度の訴えは、確定判決事件の抗弁に妨げられることは明らかであり、Xは権利を失うこと

になろう。

(2) 本判決は、訴訟判決の既判力を肯定した判例としてわが国でも知られている。⁽⁴⁾ただし本判決は、判旨前段において、前訴では仲裁契約の抗弁を主張し、後訴(本件)では仲裁手続の不適法を主張したYの矛盾的態度を悪意と指摘した後、それに続く判旨後段部分において、却下判決の既判力について判示している。この点をいかにみるか、後述するように、本判決の評価にも影響があるように思われる。それは措くとしても、本判決は、第一に、前訴と後訴におけるYのそのような矛盾的態度を「悪意」と解している。第二に、本判決は、前訴の却下判決には、係属した法的紛争は仲裁契約に服するとの積極的な判断を認めるべきであると判示する。この点に、本判決の判例上の意義が認められている(後掲学説)。本判決によれば、前訴の当事者の争いは、Xの請求権について仲裁契約の存否の問題だけであり、それが前訴の直接の対象物である以上、それについての判断に既判力が生ずる。当該請求権は仲裁裁判所でのみ追求できるとするのが、前訴判決の真実の内容である。Yの抗弁を認めた場合、仲裁手続でのXの当該請求権の追求が不適法となるが、Xはもはや通常裁判所でも法的救済は得られない、と。なお、右判旨では、わが国の学説・判例にみられる、仲裁契約に代えて訴えの利益(権利保護の利益)概念を介在させる考え方はみられない。

当時の学説を十分に検討していないが、若干の文献からは本判決の評価が分かれていることがうかがえる。ヘルビツヒによれば、仲裁契約の効果として、国家の裁判所は、訴えを(さしあたり)不適法として棄却(abweisen)すべきであるとする。⁽⁵⁾その限りで本判決とは考え方を異にするが、それに続けて、本判決は、仲裁契約の存在およびその有効性について拘束力をもって認定したものと解している。⁽⁶⁾これに対して、クラインフェラーは、仲裁契約の存否が裁判の唯一の争点であったとしても、裁判の対象は、もっぱら仲裁契約という関係の存在または不存在の効果であると強調する。裁判所は

仲裁契約関係の存在の効果として訴えを却下したのであり、仲裁契約関係の存在自体は、既判力を生じない裁判理由にすぎない。判例の見解が正当ならば、当事者は仲裁契約関係という争いのある法律関係について、先決関係確認の訴えまたは反訴により、既判力ある裁判を得ることができなくなる。既判力を肯定する必要はなく、仲裁契約の不適法の抗弁は悪意という理由で却下しなければならぬ。被告の態度は悪意で、明らかに策略的である。⁽⁷⁾

(3) その後、ライヒ裁判所は、【2】一九三八年九月二三日判決 (JW 1938, S. 3187, 3189) において、右【1】九八年判決を引用している。これは、特許製品の製造契約、ライセンス契約の解除を無効として、原告が四名の被告に対して、契約違反および不法行為に基づく損害賠償請求を求めた訴訟であるが、第一審および控訴審は、二名の被告については仲裁契約の抗弁に基づき、他の二名の被告については土地管轄の不存在の抗弁に基づき、いずれも訴えを却下した。原告の原告に基づき、ライヒ裁判所は仲裁契約の抗弁を却下して、事件を第一審に差し戻した。

【2】判決は、当事者間で争いがあったにもかかわらず、仲裁契約の存在を肯定した原判決の違法を指摘する。「国家の裁判所による訴訟の裁判を有効に排除する仲裁契約の成立が確定した場合、つまり、抗弁により主張された訴訟障害が実際に存在する場合にのみ、仲裁契約の抗弁に基づく訴え却下は行うことができる」。請求権の根拠を確定しないと、訴えを認容できないのと同様に、被告が仲裁裁判所による訴訟の裁判を求める権利を有するか否か未定の場合に、訴えの却下によって仲裁契約の抗弁を認めることはできない。そして、同判決は、【1】判決を引用しながら、「ライヒ裁判所の判例によれば、仲裁契約の抗弁に基づき訴えを却下した確定判決によって、いまや当事者間においては、当該争いの裁判は、有効な仲裁契約に基づき、仲裁裁判所によって行わなければならないという意味での既判力が生ずる」のであり、これによっても、「仲裁契約の締結が明らかでない場合に、仲裁契約の抗弁に基づく訴えの却下はできない」ことが明らかであ

ると判示する。

この【2】判決は、【1】判決の判旨後段部分を取り出して、確定した訴訟判決は、「争いの裁判は、有効な仲裁契約に基づき、仲裁裁判所によって行われなければならないという意味での既判力が生ずる」と判示している。この【2】判決は、上田説が、訴訟判決の既判力の積極的效果を認めた判例として引用された判例である。⁽⁸⁾しかし右判旨からは、同判決は、仲裁裁判所に対する直接的な拘束について正面から指摘しているわけではなく、むしろ既判力効によって拘束される当事者からの、いわば反射的な効果として、仲裁裁判所による仲裁手続の実施が考えられているように読める。本判決の解説者(ステッセン)は、確定した訴訟判決は、当事者間において仲裁裁判所による裁判が必要なことを既判力をもって明らかにする旨、従来の判例に従って改めて強調している点に、本判決の判例上のひとつの意義を認めている。⁽⁹⁾

なお、右【2】判決は、【1】判決の判旨後段について、既判力の意味を明らかにしている。これに対して、仲裁手続が訴訟手続に先行した事案⁽¹⁰⁾において、連邦裁判所一九六八年五月二〇日判決(BGHZ 50, S. 191, 195f.; NJW 1968, S. 1928ff.)も【1】判決を引用している。しかし、連邦裁判は、判旨後段の右判示にはまったく触れず、むしろ、被告による悪意の行為について判示した判旨前段部分を引用している。これは、この連邦裁判六八年判決が、仲裁手続で仲裁契約の不存在を主張し、仲裁手続の停止中に開始された訴訟手続では逆に仲裁契約の抗弁を提出した当事者の矛盾的態度を信義則(民法二四二条)違反と解したことによるためと思われるが、連邦裁判は、あるいは【1】判決の判旨後段を傍論とみている可能性もないわけではない。

(4) ライヒ裁判所の【1】判決に同調する判例として、このほか【3】ライヒ労働裁判所一九三二年二月七日判決(JW 1933, S.274f.)、および【4】プレスラウ高等裁判所一九二八年二月一七日判決(JW 1930, S.656)がある。

まず、ライヒ労働裁判所の【3】判決の事案をみると、二名の労働者X₁・X₂が労働裁判所に提起した報酬請求訴訟は、労働契約に定められた仲裁裁判所が管轄するとして、訴え却下判決が確定した。そこでX₁らが仲裁裁判所に仲裁の申立てをしたところ、仲裁裁判所は自己の判断権限を否定したため、再度、X₁らは労働裁判所に訴えを提起したという事案である(E.Friedländer, *Ann. zu ArbGG*, U.v.7.12.1932, JW1933, S. 274の解説参照)。労働裁判所およびラント労働裁判所は、仲裁裁判所の判断権限については確定的に判断されているとして、再び、訴えを却下した。X₁らの上告に基づき、ライヒ労働裁判所は事件を原審に破棄・差し戻した。

ライヒ労働裁判所は、【1】判決を引用して、前訴の確定判決（一九三一年六月三日付け）によって、X₁らは、本件で主張している請求権について、仲裁契約の抗弁により訴えを却下された。その点において、「係属した請求権は、労働契約上の仲裁裁判所の判断に服する。そして訴訟要件の欠缺を確認した右裁判には、既判力をもって下されたという積極的な判断が含まれる」(RG 40, 404, 【1】判決)と判示する。しかし、同判決は、それに続けて、つぎのように判示している。民訴法三三二条（既判力について規定した現行民訴法も、同じ三三二条に照応）によると、右裁判の既判力は、「前訴当時当該裁判がなされたのと同じ関係で下された場合にのみ、同一請求権に関する新たな訴え提起を阻止する」(RG. v.30.11.1897, JW 1898, 41 Nr.12)が、「本件のように、前訴判決の確定後に生じた仲裁人の判断権限の消滅の結果として、通常裁判所への訴え提起のための訴訟要件がいまや存在するという理由で、同一の請求権について再訴がなされた場合、前訴判決の既判力は障害にならない」。法的紛争にとっては、労働協約委員会(Tarbeschwerdeausschuss)の判断による「新しい事実状態」を考慮して、「前訴で成功裏に主張された仲裁契約の抗弁が、いまや、失効しているかが問題になるが、それは「肯定」すべきである。右委員会は、X₁らの請求について、「自己に判断権限がないとして棄却した」、つまり、「主

張された請求権について、実体判断をせず、むしろ自己に判断権限がないとして、そのような裁判を拒絶した」のである。この判断に対して当事者は一四日以内に不服申立てをしていないのであり、「仲裁裁判所の手続はそれにより終局的に解決している」。仲裁手続規制によると、当該請求権につき仲裁手続により実体的判断を得る方法は存在しない。これは、労働裁判所法九二条二項一号ないし四号に規定された仲裁契約の抗弁が消滅する事由に該当⁽¹¹⁾しないが、右規定は制限列举ではなく、他の理由により仲裁裁判所が活動できないケースも、規定の事由と同一にみななければならぬ。「労働協約上、仲裁裁判所として予定された機関が、判断権限なしとして実体的判断を拒絶し、仲裁手続により判断を得る可能性が消滅した場合、その意味での同一ケース」とみなされると判示する。

この【3】判決は、当該請求権に関しては仲裁裁判所の仲裁に服するという前訴判決の判断に既判力を肯定する点で、【1】判決に従った判例としての意義を有する。しかし判例上の意義としては、本判決は、さらに既判力の基準時について、前訴判決の確定後に生じた仲裁人の判断権限の消滅により、当該請求権についての再訴は、前訴判決の既判力に妨げられないと判示している点が指摘できよう。その際に、本判決は、訴訟判決後に仲裁裁判所が自己の判断権限を否定した場合を、仲裁契約の抗弁が消滅する法定事由と同一に扱っている。ただし、この点については、後掲ライヒ裁判所【5】一九二六年判決がすでに判示しているにもかかわらず、本判決は【5】判決を引用していない。本件解説(フリードレンダー)によると、仲裁手続が成果なく終結した場合、国家の裁判所が再び管轄するというのは、通常訴訟においては、当時の支配的な考え方であったとする。仲裁裁判所が自己の判断権限を否定した場合が、それである。その場合に、国家の裁判所としては、仲裁裁判所の判断が根拠のあるものであったかは、事後的に審査する必要はないと指摘する⁽¹²⁾。

(5) つぎに【4】プレスラウ高等裁判所一九二八年二月一七日判決(JW 1930, S. 656)をみることにする。Yは、公

証契約 (notariellen Vertrag. 一九二六年八月二日付け) により、その所有地上のXの料理店を、一ヶ月二三〇マルクの賃料で一〇年間貸与する、契約書別紙記載の動産を貸与する、XはYに土地の売却または四〇〇〇マルクの支払いを合意するとともに、契約から生ずるすべての紛争について、仲裁契約を締結した。YがXに対して、未払賃料(二三〇〇マルク)の支払いおよび土地の明渡しを求める訴えを提起、第一審は、Xの仲裁契約の抗弁によりYの訴えを却下した。そこでYが土地の明渡し、未払賃料および損害賠償の支払請求の申立てを仲裁裁判所に提起したのに対して、Xは、本契約は使用賃貸借契約であり、使用賃貸借参審裁判所 (Mietschöfengericht) が管轄権限を有するなど反駁した。仲裁裁判所は、Xに対して、土地の明渡し、七九一〇マルクの支払いを命ずる仲裁判断を下した。これに対して、Xは、仲裁裁判所は管轄権限を有しないなどとして、仲裁判断の取消しを求める訴えを提起したのが本件である。地裁は、訴えは確定判決事件の再抗弁により妨げられるとして、Xの訴えを却下した。

プレスラウ高裁は、Xの控訴を棄却した。同高裁は、「訴え却下判決により、確定的に仲裁裁判所が管轄を有することも確定するかは、裁判理由には既判力が生じないため、争いがある」が、第一審が判示するように、「第二訴訟の裁判官は、判決に含まれる判断に拘束されるという意味で」、理由中の判断の助けを得て探知すべき「主文中の思想が既判力を支えるものである」。「判決理由によると、法的紛争については仲裁裁判所が裁判しなければならないとの理由で、訴えは却下されている。この裁判は、主張された請求権は、契約に基づき設立された仲裁裁判所の面前でのみ追求すべきであるという意味でのみ、既判力を有する。この見解のみが、満足できる結論になる」。同高裁は、【1】判決を引用して、仮にXの抗弁を認めると「仲裁裁判所の手続は不適法という結果になる」が、「通常裁判所への再訴は、確定判決事件の抗弁に妨げられることにならう (RG 40, 401ff.)」と判示する。

同高裁は、これに続けて、仲裁手続において前訴と同一の請求権が問題になっている限り、「当該請求権については、仲裁裁判所の手続のみが適法であるということが確定した」のであり、「仲裁裁判所の裁判を実体的に事後審査することは、通常裁判所ではできない」ことである。他方で、前訴で提出されなかった申立てについて、仲裁裁判所が裁判する場合は事情が異なり、「その限りで、前訴においていかなる裁判も行われていない。したがって、その申立てに関しては、仲裁裁判所の判断権限についても、確定的な裁判は行われていない」。しかし、本件はそれに該当しないとす。

この【4】判決は、判決理由には既判力が生じないため、議論があることを指摘したうえで、【1】判決を引用して、当該請求権は仲裁裁判所でのみ追及すべきであるという点に既判力が生ずるとする。ここに、本判決の判例上の意義が認められよう。また、本判決のもうひとつの意義は、本判決が、仲裁裁判所の判断権限を認めた前訴判決の既判力の客観的範囲は、前訴で提出された申立てに限られると解している点であろう。

本判決の解説者(レオ)は、前訴判決の確定により、仲裁判断の取消しの訴えを事後的に担当する裁判所だけでなく、さらに「仲裁人」に対する拘束も認められるとする。それにもかかわらず、仲裁人が判断を拒絶した場合、それは「法律」違反であるが、この結論は既判力の訴訟法説によつては正当化できないと述べている。¹³⁾ 右論者が指摘する「仲裁人」に対する拘束力は、本判決では、直接に判示されていないようにも思えるが、「当該請求権については、仲裁裁判所の手続のみが適法であるということが確定した」という判旨部分を指摘しているようである。

(6) 仲裁人に対する国家の裁判所の拘束力を判示した判例としては、むしろ、ライヒ裁判所【5】一九二六年三月二六日判決(JR 1926, S.1184f.)が引用される。事案の詳細は明らかでないが、仲裁判断の取消訴訟で仲裁手続の適法性が問題になったケースのようである。本判決は、当事者の意思により主たる契約の有効な成立についても仲裁裁判所が判断すべ

きである場合、主たる契約（売買契約）と独立した仲裁合意はありうるとした控訴審の判断は正当であるとする。しかし、控訴審はその証明がなかったとして、右合意の成立を認定しなかったが、これは事実上の考慮に基づくものである。上告は、主たる契約が有効に成立したという問題の判断権限は、常に仲裁裁判所が有する、そうでないと、裁判所と仲裁裁判所の間で管轄権限の争いが発生し、それを管轄する機関がなくなると主張している。

これに対して、本判決はつぎのように判示して、上告を棄却した。すなわち、主たる契約とは別に特別な仲裁合意が行われているのではない場合、「裁判所が主たる契約の有効性について判断を行って、有効な仲裁契約が存在しており、それゆえ、本案の裁判については仲裁裁判所が判断権限を有する」との結論に達したとき、「当事者間において仲裁裁判所の判断権限が確定し、その結果として、仲裁裁判所は、もはや、自己の判断権限について審査することができなくなる」。これと逆の場合も同様であり、「仲裁裁判所が、自己の判断権限がないと判断したときは、裁判所はその判断を引き受けなければならない」。

この【5】判決の判例上の意義は、仲裁契約の分離可能性を肯定した原判決を追認している点はこの点では措くとして、裁判所が、当該請求権について仲裁裁判所の判断権限を認めるときは、「仲裁裁判所の判断権限が当事者間で確定」し、その結果として、「もはや仲裁裁判所は自己の判断権限について審査できなくなる」と判示している点にある。右判旨の前段は前掲【1】判決に従ったものと解されるが、判旨後段は、仲裁裁判所の審査権限の範囲にまで踏み込んで判示している点が注目される。この見解によると、裁判所の判断が仲裁裁判所の審査内容を拘束して、有効な仲裁契約を前提にして、仲裁裁判所は仲裁手続を実施しなければならないという帰結となる。これは、当該訴訟の当事者ではない仲裁裁判所に既判力の拘束を及ぼす考え方であり、また、私設の裁判所である仲裁裁判所を国家の後訴裁判所と同列におく考え方

であろう。その限りで、通常の既判力効（現行民訴法三二五条一項）とは照応しにくい考え方かと思われる。しかし本判決は、仲裁裁判所が自己の判断権限を否定したという逆の場合もそれと同様に扱うとして、裁判所がその判断を引き受けなければならぬと判示する。なお、【5】判決の公刊は、【2】判決、【3】判決、【4】判決より早い時期であるが、なぜか、これらの判例において【5】判決の引用はない。

(7) 右【5】判決が指摘する「逆の場合」、つまり、仲裁手続後に訴訟が係属したケースとして、同判決が引用するライヒ裁判所【6】一九二四年九月一六日判決 (RGZ 108, S. 375ff.) がある。この判決は、勝者に一等賞金と名誉賞 (Ehrenpreis) が約束された野外障害競馬の開催中止をめぐる争いで、参加者が主催者に右賞金等の請求を仲裁裁判所に申し立てたという事案である。仲裁裁判所は六五〇〇マルクの支払いを認め、名誉賞につき抽選を命じる判断を下したが、上級審にあたる大仲裁裁判所 (Große Schiedsgericht) は、「レース規則からみて原告の請求は理由がない。しかし、通常の訴訟によって償還請求権は追求できる」と判示したうえで、原告の控訴を棄却した。そこで原告が一万マルクおよび名誉賞を請求したのが本件である。第一審は、仲裁判断が確定しているとの被告の抗弁を退けて、請求を認容、他方、控訴審は訴えを却下した。ライヒ裁判所は、事件を原審に破棄差し戻した。

ライヒ裁判所の審理では、大仲裁裁判所の右判断の当否が問題になった。ライヒ裁判所は、まず、大仲裁裁判所の右判断は、仲裁手続の終局的な終結を告げたものであり、それにより、「民法三二四条⁽¹⁴⁾による請求権を裁判する国家の裁判所の管轄を妨げる障害はなくなった」。右判断は、「法律の意味での仲裁判断ではないが、仲裁手続の終結後には変更することのできない意思表示」であるとする。つづいてライヒ裁判所は、大仲裁裁判所がレース規則を正しく解釈した場合、原告の請求権の裁判についても判断権限ありと宣言しなければならなかったが、反対の解釈をしたため、「仲裁合意および

仲裁手続は実施できなくなり、そこから必然的に、同請求権については通常裁判所の裁判官が裁判しなければならぬことが導かれる」とする。そしてライヒ裁判所は法律に定められた場合との類似性を指摘して、右判示の正当性を基礎づけている。まず、仲裁契約中で選定した仲裁人がその職務の引受けを拒絶し、または、仲裁人契約を取り消した場合に、仲裁契約は失効し、通常訴訟の余地が生ずる（旧民訴法一〇三三条一号）。また、仲裁判断が取り消された場合（旧民訴法一〇四一条）、仲裁手続は成果のない結果となり、ライヒ裁判所の判例によると、仲裁手続は再開されず、争いはもっぱら通常裁判所の裁判官の裁判に服することになる。

この【6】判決は、仲裁手続が仲裁裁判所の判断で終結した場合、右判断が正当か否かを問わず、国家の裁判所が当該請求について判断しなければならぬと判示している。仲裁裁判所の判断による仲裁手続の終結という場合が、仲裁契約が失効した場合（旧民訴法一〇三三条一項）や仲裁判断が取り消された場合（旧民訴法一〇四一条）と同列におかれている。本判决によれば、その場合に国家の裁判所が当該請求について裁判するのは、「必然的」な結果である。

(8) 右【6】判決から四年後、その事案は明らかでないが、【7】ライヒ裁判所一九二八年一月三日判決（HRR 1928, Nr.438）はつぎのように判示している。「仲裁裁判所が合法的に設立され、審理を行い、特定の紛争について判断権限をもたない旨の判断を行った場合」、それは、正当であるか否かは別に、「当事者が受け入れなければならない本案の裁判である」。その場合に、「法的紛争は仲裁人が裁判しなければならぬ旨の抗弁は理由がない」。当事者は、「裁判は、新しい仲裁人によって構成された新しい仲裁裁判所が事後審査する」旨を主張できないし、「新たに構成された新しい仲裁裁判所に救済を求める」義務を負うものではないと判示する。

本判决は、仲裁裁判所が自己の仲裁判断権限を否定した場合、右判断が正当であるか否かを問わず、当事者側として、

もはや仲裁裁判所の仲裁判断を求めるとはできないことを明らかにしている。その点で、【6】判決と同じ考え方に立つ判例であろう。

(9) ところで、【1】判決などのように、前訴は訴訟判決によって終了したのではなく、被告の仲裁契約の抗弁を受けて、原告の訴え取下げにより終了したケースがある。【8】ライヒ裁判所一九一三年四月八日判決 (JW 1913, S.655f.) がそれである。その事案をみると、XはY1およびY2と合名会社を設立、定款において、何らかの理由によって会社関係から生ずる権利または義務について、社員間で見解の相違または対立が発生する場合に、仲裁裁判所が判断する旨の合意がなされた。当事者間の契約(一九一〇年二月二日付け)により、Xは同年一月一日付けで退職した。Xが仲裁裁判所に提起した仲裁申立てにより、仲裁裁判所は、Y1ら二名を連帯債務者として、Xに対して一万二七五八・八九マルク(5%の利息を含む)の支払い、貸借対照表(一九一〇年一月一日付け)の調査に必要な帳簿等の閲覧を命ずる判断を下した(一九一二年三月二日)。仲裁裁判所は、その後右金額を変更して、一万九五九一・八一マルクの支払いを命じる追加的仲裁判断を行った(同年三月九日)。Xは、右追加的仲裁判断に基づき執行判決を求める訴え(CPO八六八条、現行民法一〇六〇条一項に照応)を提起した。これに対しY1らは、反訴により、二つの仲裁判断の取消しを求めた。これが本件である。地裁はXの請求認容、反訴棄却、Y1らの控訴、上告は棄却された。

本判決は、Y1らが仲裁契約の抗弁を提出、それに基づくXの訴えの取下げという点において、「主張された請求権は仲裁判断所の判断に服することについて、合意の表明があつた」とみなさなければならない。つまり、右合意は、「一九一〇年二月二日付けの契約の有効性に関する争いも含めて、主張された請求権全体について、新しい仲裁契約を形成」するものである。それに加えて、本判決は、Y1らは、裁判上の訴えに抗弁(旧民法二七四条二項三号)を對抗させ、訴え

の取下げ、そして仲裁判断を得た後に、Xが執行判決を求める訴えを提起しているのに対し、Y1ら自身がXに指示した仲裁裁判所の手続を不適法と反駁しているが、これは、「悪意の態度 (arglistiges Verhalten) とみなさなければならぬ」と判示する。その理由からも、異議の却下は正当である。

本判決は、ライヒ裁判所の【1】判決の判旨前段、すなわち、被告の悪意の態度を指摘しているが、これは、本件では前訴が訴えの取下げによって終了したため、既判力効は生じていないことによるものである。

三 小括 後掲学説がこの議論で引用する判例は、右にみたようにいずれも相当に古い判例である。そこから逆に、実務において右判例法理はすでに固定していることが推測される。まず、訴訟判決の既判力については、最近の判例も肯定説をとること明らかにしている。仲裁契約の抗弁が問題になった事案ではないが、連邦裁判所一九八五年三月六日判決 (NJW 1985, S. 2535f.) は、「訴え却下判決の場合、「既判力は判決の事実および理由を引用して確定しなければならぬ」が、「訴訟判決にも生ずる」。「既判力は、不当に裁判された問題点についても、同一当事者間の新訴において再度持ち出すことを禁止」し、「当事者間において、提出された事実関係から判決中で導かれた法律効果の存否について、再度の審理および裁判は不適法である、つまり、認容された法律効果は攻撃できないという意義を有する」と判示⁽¹⁷⁾。そこで、以上の仲裁契約の抗弁に関する判例理論を要約すると、つぎのようになる。前訴で仲裁契約の抗弁を主張して訴え却下判決を得た後、逆に実施された仲裁手続の不適法を主張して仲裁判断の執行を阻止しようとするのは、悪意の行為である (【1】判決)。前訴が仲裁契約の抗弁後に訴えの取下げにより終了した場合も、同様である (【8】判決)。右訴訟判決は、訴訟係属した法的紛争は仲裁契約に服するとの判断に既判力を生ずる (【1】判決、【3】判決)。右既判力によって、当事者間においては、当該紛争の裁判は、有効な仲裁契約に基づき、仲裁裁判所によって行わなければならない

いことが確定する【1】判決、【2】判決、【3】判決、【4】判決、【5】判決)。また、仲裁裁判所はもはや自己の判断権限を審査することはできない【5】判決。しかし、訴訟判決の確定後に、仲裁裁判所が自己の判断権限なしと判断した場合、当事者は当該請求権について国家の裁判所に再訴することは、右既判力によって妨げられない【5】判決、【3】判決)。既判力の及ぶ客観的範囲は、前訴で裁判が行われた申立てに限られ、前訴で提出されなかった申立てについては、既判力は及ばない【4】判決)。なお、仲裁裁判所が自己の仲裁判断権限を否定して仲裁手続が終了した場合、当該請求については国家の裁判所が判断しなければならない【6】判決、【7】判決)。

(1) 同条はその二項で、「仲裁裁判所の設立まで、仲裁人の手続の適法または不適法の確認を求める申立ては、裁判所に行うことができる」、三項で、「一項または二項にいう手続が係属した場合、仲裁人の手続はそれにもかかわらず開始し、かつ、仲裁判断を行うことができる」と規定する。三項はわが国の新法一四條二項に照応した規制であるが、二項に相当する規定はわが国の仲裁法には明文では定められていない。

(2) 旧民訴法二七四條一項は、妨害抗弁 (prozessierenden Einreden) は、被告の本案についての弁論と同時に、および、それ以前に提出しなければならないと定め、同条二項三号は、法的紛争は仲裁人によって判断すべきであるとの事項を妨害抗弁事項のひとつとしてあげていた。vgl. j. Schröder, Schiedsvertragskündigung und Zulässigkeitsrüge, ZfP Bd. 91 (1978), S.302ff.

(3) Stein/Jonas/Schlosser, Zivilprozessordnung, 21. Aufl., Bd. 7., Teilbd. 2, 1994, § 1027a, I, S.155f.; R. A. Schütze/D. Tscherning/W. Wais, Handbuch des Schiedsverfahrens, 1985, Rn. 128, S.774f.; BGHZ 24, S.15ff. = NJW 1957, S.791ff.

(4) 霜島甲一「訴訟判決の既判力」志林六一巻一号三三三頁。

(5) 「さしあたり」不適法として棄却する判決については、霜島・前掲論文八頁以下参照。

(6) K. Helwig, System des deutschen Zivilprozessrechts, Teil. 2, 1912, S.115. この際、ヘルビツヒは、抗弁について既判力を否定する説として、シュタイン説およびゾイフェルト説(本判案決にのみ既判力を肯定)を引用する。ただし、ゾイフェルト説は、肯

定された仲裁契約の有効性がその後には争われた場合、悪意の再抗弁 (replica doli) が適用になると指摘する。本稿では、これらの説を直接に検討できていない。

(7) G. Kleineller, Der Gegenstand der Rechtskraft, Festschrift für Adolf Wach, 1913 II, S. 404ff.

(8) 上田・前掲論文八五頁注(13) (判決効九八頁注(12))。

(9) Stessen, Anmerkung zu RG. U. v. 23. 9. 1938, JW 1938, S. 3189.

(10) これは、備船契約中の仲裁条項に基づき、Xが右契約解除に伴う空積運送賃 (Fautfracht) の支払請求について、仲裁裁判所に仲裁申立てを行ったのに対して、相手方Yは、仲裁契約の不存在による仲裁裁判所の管轄権限不存在を主張しながら、右仲裁手続が進行しない間に、Xが国家の裁判所に右請求額の一部を訴求したところ、Yが逆に仲裁契約の抗弁を提出したという事案である。

(11) 当時の労働裁判所法九二条二項一号ないし四号の規定は参照していない。一九五三年九月三日の労働裁判所法 (BGBl. I 1953, S. 1267ff.) は、つぎのように規定する。

労働裁判所法一〇二条 (妨訴抗弁)

一 項 労働紛争の仲裁契約は、労働裁判所の手続において、妨訴抗弁を基礎づける。

二 項 抗弁は、つぎに掲げる場合には、失効する。

1 係争当事者が自ら仲裁裁判所の構成員を指名しなければならぬ場合において、原告はその義務を履行したが、被告が、原告の要求に応じて、一週間以内に指名をしなかったとき。

2 係争当事者ではなく、仲裁契約の当事者が、仲裁裁判所の構成員を指名しなければならぬ場合において、仲裁裁判所が構成されず、かつ、労働裁判所の裁判長が、仲裁契約の当事者に対して定めた仲裁裁判所を設立するための期間が経過したとき。

3 仲裁契約によって設立された仲裁裁判所が手続の実施を遅延し、かつ、労働裁判所の裁判長が手続実施のために定めた期間が経過したとき。

4 仲裁裁判所が、係争法律関係の当事者に対し、仲裁判断は不可能であると通知したとき。

仲裁法第一四条についての考察 (豊田)

なお、一九七九年七月二日の現行労働裁判所法 (BGBI. I. S. 853) は、同様に一〇二条二項に仲裁契約の抗弁事由を列挙している。右規定と同趣旨の規定である。

(12) E. Friedländer, *Ann. zu ArbG, U. v. 7. 12. 1932, JW1933, S. 274.*

(13) C. Leo, *Ann. zu OLG Breslau, U. v. 17. 12. 1928, JW S. 656.*

(14) 民法三二四条一項は、双務契約の一方当事者の負担する給付が、相手方当事者の責めに帰すべき事由により不能になったとき、当事者は反対給付の請求権を失わないと規定する。

(15) ここで引用された判例は、ライヒ裁判所一八九八年四月六日判決 (RGZ 41, S. 396ff.) である。その事案は、つぎのとおりである。Y社は仲裁契約に基づき、取引相手Xに対して、仲裁裁判所に金員の支払いを求め、仲裁申立てを行い、仲裁裁判所は欠席判決によって請求を認容 (一八九三年一月二〇日)、欠席判決に対するXの故障申立て (Einspruch) は棄却 (一八九三年二月二四日)、その後、Xに支払いを命ずる新たな仲裁判断を下した (一八九五年四月三日)。Xは右仲裁判断の取消しを求め、訴えを提起、他方、Y社は強制執行の許可を求め、反訴を提起、Y社の消滅により、Z社が訴訟を受け継いだ。第一審は請求棄却、反訴を認容、Xの控訴は棄却された。Xの上告に基づき、ライヒ裁判所は、反訴を棄却して、仲裁判断を取り消した。ライヒ裁判所は、原則として仲裁判断がなされるとともに、仲裁裁判所の活動は消滅する。適法に送達、預けおかれた、一八九三年二月二四日付けの仲裁判断によって、仲裁人の手続は終了し、仲裁契約の効果は消滅した。右判断が法律に違反し、取り消されたことによっても、変わりはない。仲裁人の手続は新たに再開するのではなく、仲裁判断の取消しにより、仲裁人の手続は確たる結論に至らず、当事者の争いはいまもつぱら裁判官の裁判に服することになると判示する。

(16) この事案は、区裁において、原告が被告に毎月七〇〇ドイツマルクを支払う旨の夫婦間の訴訟上の和解が締結された。その後の離婚手続で、被告が九〇〇ドイツマルクを請求したのに対して、高裁は、七〇〇ドイツマルクの請求部分を不適法却下、その余を理由なしとして請求を棄却する判決を下した。これに対して、原告が、和解に基づく強制執行の不適法等を主張して、請求異議訴訟を提起したというケースである。

(17) 同様に訴訟判決の既判力を肯定する下級審判例として、*OLG Brandenburg, U. v. 7. 7. 1999, NJW-RR 2000, S. 1753f.*

四 ドイツ学説の状況

一 既判力説 (1) 古い判例を引用しながら、【4】判決が指摘する当時の議論も検討せずに、最近の学説の検討にとどまることをお許し願いたい。上述したように、判例は、仲裁契約の存在を認定した前訴判決の既判力を肯定しているが、学説においてもこれが現在の通説といわれている。⁽¹⁾ シュワープ・バルター・仲裁法コンメンタールによると、⁽²⁾ ①訴訟判決の既判力により、「国家の裁判所」は、同一の事実関係においては、本案に関する裁判権を行使してはならないことが確定するとともに、「仲裁裁判所」は、自己の判断権限を不存在と判断してはならないことになる。ここでは、ライヒ裁判所の【1】判決ではなく、【5】判決が引用されている。⁽²⁾ それに続けて同コンメンタールは、それにもかかわらず、仲裁裁判所が自己の判断権限は不存在であると判断して、仲裁契約が失効した場合には、当事者が国家の裁判所に新しい訴え提起することについては、既判力によって妨げられないとする。しかし、それは、仲裁合意が事後的に取り消された場合など、事実関係が変化した場合に限られ、それ以外の場合は、新たな訴えは既判力によって妨げられるとする。ここでは、ライヒ労働裁判所の【3】判決が引用される。⁽³⁾ さらに同コンメンタールは、執行許可を求める手続（民訴法一〇六〇条に照応）において、（当事者は）仲裁裁判所の管轄権限の不存在について主張できないとする。

(2) ヴックツォーレク・民訴法コンメンタール（シューツエ）も、旧法（旧民訴法一〇二七条a）に関して、【1】判決および【4】判決に同調して、当事者に対する効果として、執行許可を求める手続（旧民訴法一〇四一条一項、現行民訴法一〇六〇条に照応）において、仲裁裁判所の判断権限の不存在について主張できないことをあげている。⁽³⁾ そして、確定的に判断された合意は、仲裁裁判所が消滅するまで、既判力を生ずると解する。【5】判決を引用して、仲裁裁判所が自

己の判断権限をそれでも否定した場合、通常裁判所は、それを新しい事実として、裁判しなければならぬと指摘する。申立てをした当事者が権利を失うことになつてはならないからである。

(3) ミュンヒイナール・民訴法コンメンタール(ミュンヒ)は、国家の裁判所は訴えを「さしあたり不適法」として裁判すべきであるとする点で右学説と異なるが、訴訟判決の既判力により、基本的な却下事由として、仲裁の拘束(Schiedsbindung)が確定すると解する。裁判所はいまや職権でそれを斟酌すべきであり、新しい訴えは遮断される。仲裁判断の取消申立て(民訴法一〇五九条)、および仲裁判断の執行許可宣言の訴え(民訴法一〇六〇条)に対して、それは先決的な効果を有する⁽⁴⁾。

このほかにも、基本的には、前掲判例および右注釈書と同様の見解を示す学説がみられる⁽⁵⁾。

二 不適法な権利行使説 (1) これに対して、仲裁契約の存在を認定した訴訟判決に、仲裁契約の存在について既判力を認めるのに批判的な学説がある。シュタイン・ヨルナス(シュロツサー)・民訴法コンメンタール⁽⁶⁾は、①訴訟判決は、口頭弁論終結時の事実関係において、国家の裁判所の管轄不存在に基づく訴えの不適法について、既判力をもって確定する。しかしこの既判力効が、有効な仲裁合意が存在し、仲裁裁判所の手続が適法であることの認定にまで及ぶかは疑問であるとする。なぜなら、原則として、訴訟判決において、そのような不適法事由に既判力は生じないからである。訴訟判決の既判力を一般的に否定するのではなく、有効な仲裁合意に基づく仲裁手続の実施という点にまで拘束力を及ぼすべきでない⁽⁷⁾と説く。②そこで、同コンメンタールは、【1】判決および【4】判決を批判して、その結論を理由づけるために、訴訟判決の既判力効に依拠する必要はなく、むしろ、仲裁契約の無効主張に対しては不適法な権利行使の異議(Einwand der unzulässigen Rechtsausübung)でもって阻止できるとする。被告が先に仲裁合意の抗弁を主張しながら、後からその

存在を争うのは、矛盾した態度であり、容認できないからである。したがって、この説によれば、訴えの取下げ、そして仲裁判断後に、態度を翻したY1らに「悪意の態度」と非難した【8】判決が、評価すべき判例といえる。③同コメントは、さらに続けて、仲裁裁判所は、一逆に国家の裁判所も同様に一、同一の事実関係の場合に、国家の裁判所の管轄不存在という判断に拘束され、判断権限なしとして事件の判断を拒絶してはならないとする。この際に、ライヒ裁判所の【5】判決および同調学説（レオ、シュワープ・バルター、シューツェ・バイス）を引用する。【5】判決の判旨後段部分を指しているものと思われる。それにもかかわらず仲裁裁判所が活動をせずに、仲裁契約がその拒絶のために失効した場合、訴訟判決の既判力効は、国家の裁判所への新たな訴え提起をものはや妨げないとする。

(2) ミュンヒナー・民法法コンメンタール（ゴットバルト）は、仲裁契約の抗弁に基づく訴え却下判決においては、仲裁契約の有効性は単なる前提問題であって、通説のようにそれについても既判力による拘束を認めることはできないとする。そして、最初に仲裁契約を援用しながら、後になって仲裁契約の不存在を理由に仲裁判断の取消しの訴えを提起する。または、執行許可を求める訴えを阻止しようとする被告は、悪意の抗弁（*Arglisteneinrede*）（民法二四二条）⁽⁷⁾に服すると考えれば、そのような既判力効の拡張を考える必要はないとする。⁽⁸⁾この説は、訴訟判決において「仲裁契約の有効性」を前提問題と解して、悪意の抗弁によって対処しようとする点で、前掲クラインフェラー説の再生といえよう。

三 特別な拘束力説 ツェラー・ガイマー・民法法コンメンタールは、【1】判決に対して、特別な拘束力（*Bindungswirkung sui generis*）という方が理論的にはベターであるとする。⁽⁹⁾

四 小括 以上を要約すると、【1】判決を支持して、仲裁契約の抗弁に基づき訴えを不適法却下した訴訟判決に既判力を認める考え方が、今日もなお通説である。通説によると、既判力は、後訴訟所だけでなく、当事者に対しても及

ぶ。また【5】判決に従って、右既判力を仲裁裁判所の審査にも及ぼすという考え方をとる。

連邦裁八五年判決が指摘するように、訴訟判決の既判力は「判決理由」を参照して確定する必要がある。その場合に、裁判所による仲裁合意の存在の認定は、確かに、訴え却下判決の単なる前提問題（ゴットバルト）ではあるが、やはり基本的な却下事由（ミュンヒ）であるという認識が既判力肯定説をなかく通説の立場においてるように思われる。前説をとった場合、当事者の矛盾な態度に対しては、不適法な権利行使の異議または悪意の抗弁という一般条項的な構成によって対処できるとする。他に特別な拘束力と解する説がある。

思うに、訴訟手続か仲裁手続かという管轄権限の争いを、拘束力をもって解決し、その後の仲裁手続の確実な実施につなげていくためには、前訴判決の既判力を肯定する方が正当ではないか思われる。少数説については、後訴裁判所（仲裁裁判所を含む）に対する拘束力と当事者に対するそれを区別する必要があるのか、そうした一般条項的な構成の射程範囲⁽¹⁰⁾など、なお検討すべき余地があるように思われる。たとえば、仲裁契約の失効を考えて再訴した当事者の態度（前掲東京地判平成三年）は、「不適法」または「悪意」と評価するのであろうか。ただし、少数説も【5】判決（判旨後段）に同調している点では、その後の仲裁手続の実施を配慮しているものと評価できよう。

- (1) Zeller/Geimer, Zivilprozessordnung, 24. Aufl., 2004, § 1032, Rn. 12, S. 2396.
- (2) Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 6. Aufl., 2000, Kap. 7, I 1b, S. 59.
- (3) Wiczorek/Schütze, ZPO, 2. Aufl., 4. Bd., 1981, § 1027 a, Rn. B v. S. 55.
- (4) Münch Komm ZPO /Münch, 2. Aufl., Bd. 3, 2001, § 1032 ZPO II 5, Rn. 10, S. 1081.
- (5) R. A. Schütze/D.Tscherning/W. Wais, Handbuch des Schiedsverfahrens, 1985, Rn. 130, S. 76; G. Henn, Schiedsverfahrensrecht,

1986, S. 39; Maier, Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit, Rn. 253, S. 233; MünchKommZPO/Maier, 1992, Bd.3, § 1027 a, II, Rn.2, S. 938; Rosenberg/Schwab/Gotwald, Zivilprozessrecht, 16.Aufl., 2004, § 174, Rn. 36, S. 1261.

- (6) Stein/Jonas/Schlosser, ZPO § 1027 a, II 1, 2, Rn.20, 21, S. 164.
- (7) 同条は、債務者は、取引上の慣習を考慮して、信義誠実に従って給付をなす義務を負うと規定する。
- (8) MünchKommZPO/Gotwald, 2. Aufl., 2000, Bd. 1, § 322, VII 1a, Rn. 162, S. 2134.
- (9) Zoller/Geimer, ZPO, § 1032, Rn. 12, S. 2396.
- (10) 引用された判例をみると、損害賠償訴訟の提起について、二年間の除斥期間（ワルシャワ条約二九条）の徒過が問題になったケースで、期間徒過の抗弁に対して不適法な権利行使の異議によって対抗できることは一般的に承認された原則である（連邦裁判所一九六三年五月七日判決 NJW 1963, S. 1405f.）。また、契約の一方当事者が、相手方の利益保護のための契約条項の無効を主張して、契約上の義務を免れようとしている場合、契約内容を維持したい当事者は悪意の抗弁により対抗できる（連邦裁判所一九六六年十一月一八日判決 NJW 1967, S. 245f.）と判示されている。その検討は別の機会に譲りたい。

五 おわりに

(1) 私見をまとめておきたい。受訴裁判所は有効な仲裁合意を認定した場合、仲裁法一四条一項により、訴えの利益の欠如ではなく、仲裁合意の存在を理由に訴えを不適法として却下しなければならぬ⁽¹⁾。訴え却下型の法制においては、その後の仲裁廷の仲裁手続の実施につなげていく考え方が必要と考える。そこで、右訴訟判決は、有効な仲裁合意の存在については、後訴の裁判所のみならず、当事者に対しても既判力を生ずると解すべきである。しかし、前訴判決の口頭弁論最終後に仲裁合意が失効したことを示す事由の主張は、既判力によって遮断されない。

また、右訴訟判決の既判力を仲裁廷に及ぼしてよいかという問題について、筆者は、ドイツ判例および通説に従って、

積極に解してよいと考える。仮に既判力の拘束を否定した場合、当事者の拘束による反射的な効果として、または、仲裁人契約に基づく手続協力義務の履行として、仲裁廷による仲裁手続の実施を期待することになる。しかし、訴訟手続後に仲裁廷による仲裁手続を確実に軌道に乗せるためには、既判力肯定説の方が優れているように思われる。肯定説に従って、私設の裁判所ではあるが、仲裁廷を国家の後訴裁判所に準じて扱い、その場合に、仲裁廷による自己の仲裁権限の有無について判断する権限（新法二三条一項）は排除されると解したい。それにもかかわらず、仲裁廷が自己の仲裁権限を否定して、仲裁手続の終了決定をした場合（二三条四項二号、四〇条二項柱書）には、当事者は、再び、当該請求に関する訴えを国家の裁判所に提起することができなければならない。管轄問題によつて、当事者の権利保護の途が遮断されなければならないからである。上述したように、訴訟手続においても、移送を受けた裁判所に対する拘束力（羈束力）（民訴法二二条一項）が規定されている。同様の考慮は、ここでも必要である。またこのように解することで、裁判所の仲裁付託命令（モデル法八条一項）の趣旨を訴え却下型の法制にも取り込むことができよう。なお、仲裁廷に対する拘束力は、「既判力」とは別の拘束力と考える余地もありうるのかもしれないが、本稿においては統一的な効力として既判力と解しておきたい。

(2) 最後に訴訟要件としての仲裁合意の存在について、受訴裁判所の審理に関して二点触れておきたい。まず、仲裁合意の存在についての判定時期であるが、裁判所の管轄権の判定時期について、法は「訴えの提起の時」と規定する（民訴法一五条）。裁判所間の事件分担を問題にする管轄権の問題とは異なるが、裁判所と私設の仲裁廷の事件分担の問題であり、仲裁合意の存否の判定時期も、同様に、訴え提起時と解すべきと考える。当事者にとつても、仲裁合意の存在は裁判を受ける権利（憲法三二条）にかかわる重要問題であり、訴訟の冒頭で決着をつける必要がある。

つぎに、訴訟要件のうち、被告の利益保護を主な目的とする訴訟要件については、その存否の判断よりも容易に請求を理由なしとする判断が可能なときは、請求棄却の本案判決をして妨げないとする有力説⁽³⁾がある。この説によると、仲裁合意の存在の調査の開始前またはその調査中にも、右措置が可能と解される⁽⁴⁾。しかし、新法一四条一項が明文化された以上、被告の仲裁合意の抗弁があるのに請求を棄却してしまうのは、右規定に違反することになる⁽⁵⁾。

(豊田博昭 法学部・大学院法務研究科教授)

- (1) 中村達也『仲裁法 なるほど Q & A』八九頁以下(中央経済社、平成二六年)は、モデル法が適用になる外国で仲裁手続が開始された場合、わが国の裁判所は、仲裁合意の成立または効力に疑義があるときは、訴訟手続を停止して、第一次的には仲裁廷の判断に委ねるべきであると説く。国際仲裁については検討できていないが、仲裁地が外国の場合であっても、わが国の裁判所は、仲裁合意の存在を認定したときは、訴えを却下しなければならないというのが新法の趣旨である(三条一項)。
- (2) Schwab/Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Kap. 12, I, Rn. 1, S. 112; Maier, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Rn. 131ff, S. 139ff.
- (3) 鈴木正裕「訴訟要件と本案要件との審理順序」民商五七巻四号五一七頁。
- (4) 鈴木・前掲論文同頁。
- (5) なお、右見解に対する批判として、小山・前掲論文九九頁、兼子ほか・条解四七四頁(竹下)。

〔追記〕

思えば、国際政治学科に転科した黒河さんのことから始まり、最近では日本学術会議での私の恩師と先生の隣席やご活躍のことまで、岡本先生とはいつも親しくお話しをさせて頂いた。専門外ながら、先生の多くのご著書も頂きました。心からお礼申し上げます。先生のおっしゃる「ご活躍とご健康を祈念いたします。まだまだ拙い内容なのですが、今後の精進をお約束して、本稿を献呈させていただきます。」