

仲裁契約における仲裁人選定方法に 関する合意の効力

猪 股 孝 史^{*1)}

An Agreement on a Procedure for Appointment of Arbitrators

Takashi INOMATA

ABSTRACT

Arbitration is one of alternative dispute resolutions to litigation, based on a valid arbitration agreement between the parties. Therefore the validity and the existence of an agreement have a very important meaning, they are often challenged by the parties in litigation and/or arbitration. Code of Civil Procedure of Japan (CCP), however, has a few provisions concerning an arbitration agreement. The parties are in principle free to incorporate anything into an agreement other than CCP provides; *e.g.* whom to choose and appoint as arbitrators and how to do so.

Although arbitration is a voluntary dispute resolution, arbitrators must be as impartial as judges in litigation, insofar as arbitration constitutes a part of the judicial system where impartiality is an indispensable requirement. It is difficult to ensure the impartiality of arbitrators, unless a procedure for appointment is impartial in itself. Thus an arbitration agreement should be subject to such general principles in addition to some conditions stipulated by CCP.

From this point of view, in this paper will be examined the problem of "partial" procedure for appointment of arbitrators through the comparison and analysis of two court cases.

I. はじめに

仲裁とは、当事者の選定にかかる仲裁人に紛争の処理を委ね、その判断にしたがう旨を約束する、自主的な紛争処理方法をいう¹⁾。仲裁の基底にあるのは当事者の合意としての仲裁契約である。有効な仲裁契約が存在しないのに下された仲裁判断は取り消しうべきものとなり（民訴法 801 条 1 項 1 号）、これと表裏して、国家の裁判所は当該仲裁判断につ

^{*1)} 放送大学講師（社会と経済）

いて執行判決をすることができない（民訴法 802 条）。また、仲裁契約の抗弁が訴訟において提出されると当該訴訟は不適法なものとして却下され²⁾、国家の裁判所は当該紛争処理の関与から排除される。そこで、仲裁契約が有効に成立しているか否か、さらには、そもそも仲裁契約自体が有効なものであるか否かは、裁判を受ける権利（憲法 32 条）に重大な影響を与えることもあって、訴訟手続および仲裁手続のさまざまな局面において問題とされることが多い³⁾。

ところが、このように重要な意味をもつ仲裁契約について、法は、「一名又ハ数名ノ仲裁人ヲシテ争ノ判断ヲ為サシムル合意ハ当事者カ係争物ニ付キ和解ヲ為ス権利アル場合ニ限り其効力ヲ有ス」（民訴法 786 条）るものとし、付託の対象が将来の紛争であるときは「一定ノ権利義務関係及ヒ其関係ヨリ生スル争」に関するものでなければ有効ではない（民訴法 787 条）と規定するにすぎない。したがって、その他の事柄については、契約自由の原則にしたがい、当事者の自由な合意に委ねられているといえる⁴⁾。このように、法が当事者の意思を尊重する態度を示していることは、仲裁が「私的裁判所の設置」⁵⁾であり、「注文製の裁判」⁶⁾であることにかんがみれば、ある意味では当然のことともいえよう。すなわち、たとえば、仲裁手続全体の要ともいえる仲裁人について、法は、忌避の制度は設けてはいるものの（民訴法 792 条）、その人数や資格を何ら制限するものではない。そのため、個々の事件ごとに専門的技術的知識を有し自己の信頼する人物を仲裁人として選定することで個別的な紛争の実情に合致した適切な解決を図りうることは、仲裁がもつ多くのメリットのうちの一つとして、つとに指摘されているところである⁷⁾。

しかしながら、法が明文をもって規定する他に、仲裁契約の内容について何らの制約も存しないとみるのは適切でない。仲裁契約も一つの契約であることに加えて、仲裁制度を国家が法認して、国家法の枠組みの中に組み入れ、しかも仲裁判断には確定判決と同一の効力が認められている以上（民訴法 800 条）、仲裁に民事司法としての要素を否定することは妥当ではないからである。

本稿は、このような視点から、仲裁契約の任意的内容として当事者が自由に合意しうるとされる事柄のうち⁸⁾、とりわけ重要な問題の一つである、仲裁人の選定方法に関する合意をめぐって仲裁契約の成否およびその有効性が争われた事例を紹介しつつ、若干の考察を加えようとするものである。

II. 仲裁人選定方法に関する合意

(1) 仲裁人の選定方法

法は、仲裁人の選定方法を指定してはいない。仲裁契約において、あらかじめ当事者が仲裁人を特定し、選定しておくことは必要的ではないし、選定方法や手続を合意しておくことも仲裁契約の有効要件ではない⁹⁾。仲裁人の選定につき仲裁契約において何ら合意していない場合、法の定める補充規定にしたがって、当事者双方が各一名の仲裁人を選定すれば足りるからである（民訴法 788 条など）。

そこで、仲裁契約をもって、仲裁人の人数、資格、その選定方法や手続を定めること、さらに、これらを第三者（機関）に委ねることなど、すべて当事者の自由な合意にしたが

うことになる¹⁰⁾。また、仲裁契約においては何ら定めず、その成立後に、仲裁人選定方法について合意をすることもできる¹¹⁾。

具体的には、まず、あらかじめ仲裁契約をもって当事者が一致して仲裁人を特定し、選定しておく方法がある¹²⁾。仲裁が自己の信頼する第三者に争いを判断させる旨の合意であることを考えれば、仲裁契約を締結するときに仲裁人を特定しておくほうが、むしろ、かかる特性を率直に反映させることができ、仲裁の本来的な姿であるともいえよう¹³⁾。

つぎに、仲裁契約では仲裁人を特定せず、その選定方法や手続のみを合意しておく方法がある。これは、当事者自身が選定するもの、当事者以外の特定の第三者（機関）に選定を委ねるものに大別できる。

(2) 当事者の一方に仲裁人選定権限を付与する旨の合意

当事者が仲裁人を選定する場合には、(a) 当事者双方が一致して選定する方法、(b) 当事者が各自選定する方法、(c) 当事者の一方のみが選定する方法がありうる。

(a)(b)については、法が予定しているところでもあり（民訴法 793 条、788 条参照）、とりわけ問題はないとみてよい¹⁴⁾。ただ、(b)の場合は、公正の観点からして、各当事者が選定する仲裁人は少なくとも同数であるべきであり、一名ずつ選定する方法が通常であろう¹⁵⁾。これらに対して、(c)については、仲裁人選定における公正が保障されないのではないかとの疑問がある。このような合意の効力が争われた事例として、大阪地裁平成元年 2 月 2 日中間判決がある¹⁶⁾。

事案の概要はつぎのようなものである。

Y 予備校（被告・阪大予備校）の生徒ないしその父兄である X ら（原告）は、Y 予備校の人的物的施設がその入学案内の記載内容とは全くかけ離れた拙劣なものであるのは、Y 予備校の目的が詐欺的宣伝により生徒を獲得し入学金・受験料を集めることにあったとの理由に基づき、Y 予備校に対して不法行為に基づく損害賠償として、入学金・受験料相当額および慰謝料の支払を請求した。これに対して、Y 予備校は、入学申込パンフレットに《入学者の心得（誓約書）》なる表題を掲げ、その中に《この入学申込契約に基づき、将来、予備校（甲）、入学者（乙）間に紛争が生じたときは、派生も含めすべての紛争は甲が紛争発生時に選定する仲裁人・弁護士の仲裁に付し、甲および乙は仲裁人の仲裁判断に服するものとする。なお、この仲裁契約があるときは、裁判所は紛争に対する関与から排除されて、甲、乙当事者は仲裁判断に従って紛争を終了させる義務を負うことを甲、乙双方よく認識し合意し、乙は入学申込契約したものである。》という文言による仲裁条項が記載されており、X らはこのパンフレットを遵守する旨の誓約書を提出している以上、本件訴えは不適法なものとして却下されるべきであるとして、本案前の抗弁を提出したというものである。

裁判所は、仲裁契約の効力を否定して、Y の仲裁に関する本案前の抗弁を排斥した。その理由はつぎのとおりである。「仲裁は、……当事者の選定する仲裁人をして私法上の紛争について確定した裁判所の判決と同一の効力を有する仲裁判断をなさしめるものであって、いわば仲裁人は私設の裁判官とでもいうべきものであるから、仲裁においては仲裁人の公正さを確保するというのが本質的要請でなければならない。そして、仲裁人の公

正さを確保するためには、まず、その選定方法が公平でなければなら[ず]……本件仲裁契約においては当事者の一方である被告のみが仲裁人選定権を有することとなっており、仲裁人の選定に関して当事者の一方である原告らに不利益を与えることが客観的に明白である場合ということができるから、本件仲裁契約は公序俗違反により無効であると言うべきである。」

かかる判決の結論は、そこで述べられた理由とともに、正当であるといつてよいであろう¹⁷⁾。本件判旨がいうように、自主的紛争処理方法である仲裁においても、審判者たる仲裁人の公平が、法制度としての裁判における本質的要請であるとすれば、その前提として、仲裁人の選定方法についても公平でなければならないからである。本件仲裁条項におけるように、仲裁契約当事者の一方にのみ選定権限が付与されている場合は、「仲裁人の選定に関して当事者の一方に不利益を与えることが客観的に明白である」と判旨は述べる。選定権限を与えられた当事者は、自己に有利な判断を求めるべく、自己の利益代表的色彩をもった仲裁人を選定するであろうし、かかる仲裁人による仲裁手続および仲裁判断では、他方当事者が不当な不利益を受けるであろうことは容易に推測できる。このような場合、すなわち、著しく不公正な仲裁人による仲裁判断や、著しく不合理な内容をもつ仲裁判断は、その効力を否定すべく、仲裁判断取消の訴えによって取り消しうべきものとなる（民訴法 801 条 1 項）。しかしながら、これはあくまで事後的な是正手段にとまり、しかもその原因は制限的なものであるし¹⁸⁾、何より当初から取消原因を包蔵する仲裁判断の成立を容認するような、仲裁人選定の合意を有する仲裁契約を有効として扱うことは不合理であるというほかないであろう。

ひるがえって、仲裁人についても、裁判官についてと同様に、忌避の制度が認められているとしても（民訴法 792 条）、本件においては、相手方当事者がする忌避権の行使は実効的に機能しえないとみななければならない¹⁹⁾。かりに選定権限を有しない当事者が、当該仲裁人を忌避したとしても、さらに重ねて同種同質で、偏頗な仲裁人が選定される危険性までも排斥できず、結局、事態は收拾をみないからである。

したがって、本件のような仲裁人選定方法に関する合意は、著しく不公平な内容もち、公序良俗に反するものとして（民法 90 条）、無効とされるべきである²⁰⁾。このことは、仲裁契約を訴訟法上の契約とみたとしても、結論を左右するものではない²¹⁾。

（3）特定の第三者に仲裁人選定権限を付与する旨の合意

仲裁人の選定を、当事者がするのではなく、特定の第三者（機関）に委ねる旨の合意は、民事訴訟法上これを特に禁止する規定はなく、もとより有効であると解されている²²⁾。むしろ、当事者からは独立した第三者（機関）によって仲裁人が選定されるほうが、被選定者の公平を担保することになるとの指摘もなされている²³⁾。常設の仲裁機関に付託する、いわゆる機関仲裁の場合には、仲裁人の選定方法や手続をも含めて、当該常設仲裁機関の定める仲裁手続規則にしたがう旨を合意したものと解されるから²⁴⁾、当該常設仲裁機関が仲裁人を選定するとの手続規則がおかれているときは、かかる方法が通例的なものといえよう²⁵⁾。

確かに、当該第三者（機関）が当事者双方から客観的に独立した地位にあるとみられる

場合であれば、いずれの当事者にも偏頗でない者が仲裁人として選定されることが期待しうるから公平が確保されるともいえようが、当該第三者（機関）は必ずしも常にそのような地位にあるとはかぎらない。むしろ、一方当事者との間に一定の社会的経済的関係が存するために、選定方法や手続の公平に疑念が生じることがある。このような合意の効力が争われた事例として、最高裁昭和59年9月6日判決がある²⁶⁾。

事案の概要はつぎのとおりである。

X（上告人）が、Y 農協（被上告人・犬山市農業協同組合）との間に締結した養老生命共済契約（生命傷害保険契約）に基づき、共済者が災害によって死亡したこと²⁷⁾、死亡共済金のほか災害給付共済金などを支払うべきことを訴求した。これに対して、Y 農協は、本件契約約款には、《共済契約について紛争が生じた場合に当事者間の協議がととのわないときは、当事者双方が書面をもって選定した各一名ずつの者の決定に任せるものとし、その者の間で意見が一致しないときは、愛知県共済農業協同組合連合会が設置する裁定委員会の裁定に任せる。》という文言の仲裁契約が挿入されているから、これによらない本件訴えは不適法であると主張した。第一審はY 農協の仲裁契約の抗弁を容れてXの訴えを却下し、原審も訴えは不適法として控訴を棄却したため、Xが上告したものである²⁸⁾。

最高裁判所は、つぎのように理由を述べて、本件仲裁契約における仲裁人選定の合意を有効であると判示した。すなわち、「仲裁契約の当事者が特定の第三者に対し、仲裁人の選定権限を付与する旨の合意は、当事者の一方に対し著しく不公平な選定権限を付与するものであるなどの特段の事情のないかぎり、有効であると解するのが相当である。〔本件仲裁契約においては〕……愛知県共済農業協同組合連合会（以下「愛知県共済連」という。）が設置する裁定委員会の裁定に任せる旨〔が定められており〕……右委員会は、共済契約上の紛争を解決するなどし、もって農業協同組合又は農業協同連合会が行う共済事業の円滑な運営と正常な発展を図ることを目的とするものであって、学識経験者及び農業協同組合、農業協同組合連合会（共済事業を行う者は除く。）又は、農業協同組合中央会を代表する者の中から、愛知県共済連の会長が同理事会の承認を経て委嘱する委員五人以内で構成され、運営費を愛知県共済連に負っている、というのである。右事実関係のもとにおいては、右仲裁人選定条項は、仲裁契約の当事者の一方に著しく不公平な仲裁人選定権限を付与するものとはいえず、仲裁契約を無効とすべき特段の事情があるものということはできない」。

本件で争われた仲裁条項において、その前段では、一次的に当事者が各一名の者を選定することになっているが、後段では、それらの者の間で意見の一致をみないときは二次的にY 農協の上部団体である県共済連が裁定委員会を設置することとされている。それ故、ここで問題とすべきは本件仲裁条項の後段部分である。

最高裁判決は、かかる条項を著しく不公平な選定権限を付与するものではないと判示した。しかしながら、この点については疑問がないわけではない。仲裁人の選定権限を付与された県共済連とY 農協との間に、何らかの社会的経済的関連性が認められ、県共済連による選定は、実質的にY 農協の選定と異ならないものであるとすれば、前掲の大阪地裁中間判決において述べられたところが妥当し、本件仲裁条項は著しく不公平な選定合意

として無効とされるべきではないかと思われるからである²⁹⁾。

本件の上告理由は、まさにこの点を捉えて、県共済連とY農協とは「再共済という法的紐帯によって」利害を共通にするものであり、本件裁定委員会の目的、委員構成、委員の人選の範囲、裁定手続は公正が担保されているとはいえないとして、「公平の見地から、一方当事者に、仲裁人選定権を付与するに等しい本件約款の紛争処理条項は仲裁契約としては無効と解すべきである」と主張する。したがって、ここでの争点は、このような事情が本件判旨にいう「特段の事情」にあたるといえるか否かである。

本件仲裁条項を、判決が基礎とし、原審が適法に認定した事実にしたがって、いま少し具体的に観察してみよう。

まず、裁定委員会を設置するのは県共済連であり、委員の具体的な人選は県共済連の会長が行い、委員は県共済連の理事会の承認を経て委嘱される。つぎに、委員として選定される者は農協関係者と学識経験者との大別できるが、前者のうち農業協同組合と農業協同組合連合会の代表者で共済事業を行う者は除外されており、農業協同組合中央会は共済事業を行うものではない（農協法73条の9）。そうすると、委員としての被選定資格を有する者は、後者の学識経験者の意味を考慮しつつ、前者の農協関係者を含めても、共済事業につき利害を共通にした者ではなく、公正な第三者たる地位にあると考えることができる。以上のことから、「会長という地位の性質に鑑み、……委員候補者資格に鑑み、会長という地位に在る者が当事者の一方に偏する人物を選ぶ余地が制度上は存しないと評価するのが合理的」であり、「共済連に仲裁人選定権限を付与することが……著しく不公平であると思わせる『社会的関係』が……存するとは認めがたい」³⁰⁾との推認が導かれよう。また、裁定委員会は、その運営費を県共済連に負っているが、県共済連が付帯事業として共済契約上の紛争処理を行うと考えられる以上（農協法10条1項12号参照）、必要経費を賄うのは当然のことともいえ、県共済連の内部規則において独立性が明確にされているのであれば、その独立性を推認すべきものといえよう³¹⁾。

思うに、少なくとも、本件仲裁条項については、事実上、仲裁人選定にあたる県共済連の公平性につき疑念を完全に払拭できないとしても³²⁾、制度上はY農協からの独立性が維持されているとみるべきであることに加えて、裁定委員会の公平を確保すべく、被選定者の資格が一定範囲に限定されていることと相俟って、「著しく不公平」ではなく、「特段の事情」もないと判断されたものと考えられる³³⁾。本件判旨は、そのかぎりでは正当なものの解されよう³⁴⁾。

III. 仲裁人の公平確保

(1) 仲裁人の忌避

仲裁人は、一名または数名で仲裁裁判所を構成する。そして、仲裁手続を主宰し、必要があれば、事実関係を探知して（民訴法794条）、原則として事実認定と法の解釈および適用に基づいて³⁵⁾、仲裁判断を下す。この仲裁判断には、国家の裁判所がした確定判決と同一の効力が与えられる（民訴法800条）。このようにみてくると、仲裁は自主的な紛争

処理法であるとはいえ、国家の裁判所による裁判と同じ位置づけを与えられているのであって、民事司法の一翼を担うものとして理解されなければならない。そこでは、仲裁人についても、裁判官と同様に、独立かつ公平であることが、法治国家の要請として妥当するとみるべきものである³⁶⁾。

また、他方において、法は、裁判官についてとは異なり、仲裁人となりうる者の資格を何ら制限するものではない³⁷⁾。そのために、その資質や社会的信頼からみて仲裁人として適切でない者が仲裁人として選定され、仲裁手続を進めることになると、仲裁のメリットの一つである手続の迅速性を欠いたり、また、仲裁判断の質が確保されないことにもなりかねない³⁸⁾。

そこで、これらの事態に対処すべく、仲裁人の公平と適正とを確保するための制度が仲裁人の忌避である³⁹⁾。

もっとも、裁判官についての除斥、忌避は、裁判の公正確保という当事者の利益だけでなく、さらには裁判に対する国民の信頼確保という国家的利益にもかかわるものであるのに対して⁴⁰⁾、仲裁人の忌避は、一方当事者に偏頗な仲裁判断が下されることを回避するという、当事者の利益にのみかかわるものである⁴¹⁾。そこで、両者にこのような差異があることにかんがみて、法は、裁判官に関する除斥原因のように絶対的排除を規定するのではなく、一定の事由がある場合に忌避しようとするにとどめ⁴²⁾、仲裁人を忌避するか否かは当事者の意思に委ねることとし、かかる事由が存することを当事者が知りつつ、これを許容するときには不問に付すことにしている⁴³⁾。

法のかかる態度は、不都合があるときには仲裁人忌避によってこれを回避しようことの実効性が担保されているかぎり⁴⁴⁾、自己が信頼し、専門的技術的知識を有する者を仲裁人として選定することを可能とさせ、当事者の選択の余地を可及的に大きく認めるものとなる。このことによって、個別的紛争の実情に合致した適切な処理を求めうという仲裁のもつメリットを最大限に生かすことができ、当事者の自由な合意に基礎をおく仲裁制度の趣旨にもかなうものであろう。

(2) 仲裁人選定合意における公正

仲裁契約も一つの契約である以上、不合理な内容をもつものであってはならない。とりわけ、仲裁人の選定が、仲裁手続および仲裁判断における公正の核心であることを考えると、そもそも仲裁人選定方法に関する合意が公正なものでなければ、仲裁人の公平確保は、客観的にみて、期待することが困難であるといわざるをえない⁴⁵⁾。

仲裁人選定合意における公正は、これから選定される仲裁人についてではなく、その選定方法や手続の内容自体について問われるべきものである。仲裁人選定合意が違法で無効なものであるとすると、これにしたがって選定された仲裁人は、その仲裁人に忌避事由が存するか否かを問題とするまでもなく、そもそも適法な仲裁人となりえない。これに対して、仲裁人の忌避は、前述のように、すでに選定された仲裁人について、個々の事件および当事者との関係からみて公平ないし適正であるか否かを判定するものである。したがって、仲裁人の忌避と仲裁人選定合意という二つの問題は、いずれも仲裁人の公平確保という要請に集約されるものではあるが、異なる次元に属するものであって、区別して考えら

れるべきものである⁴⁶⁾。

そこで、仲裁人選定合意における公正を問うことの実践的意義は、仲裁人忌避とは異なり、個々の具体的事実関係に踏み込むことなく、形式的客観的判断をもって仲裁契約の効力を否定することで、偏頗な仲裁人による、不公正な仲裁手続および仲裁判断を未然に回避することができる点に認められることになる。

では、仲裁人選定合意を公正でないと評価させる具体的規準には、いかなるものがあるか。これにはいくつかのものが考えられるが、とりわけ重要な意味をもつのは、選定者と被選定者資格の問題であろう⁴⁷⁾。

(a) 第一の選定者の問題とは、すなわち、選定者に公正な仲裁人を選定することを客観的に期待するか否かということである。

まず、かかる期待がもっとも明白に困難であるのは、前掲の大阪地裁中間判決にみたように、当事者の一方のみが選定者となる場合である。当事者が各自、仲裁人を選定する場合であっても、その選定した仲裁人が自己に有利な扱いをし自己の代理人として機能することを、事実上、期待するのが少なくないことはつとに指摘されているところである⁴⁸⁾。ただ、かかる場合の仲裁裁判所は、当事者双方によって同じ影響力を与えられており、一種の平衡状態を保っていると考えられるために、無視することができるにすぎない⁴⁹⁾。これに対して、一方当事者のみが仲裁人を選定する場合は、かかる平衡状態が崩れ、無視できない状況に追い込まれる。この場合、かかる仲裁人を忌避することによって平衡状態を回復しようとしても、忌避事由を帶有した者をみすみす仲裁人として選定し、いずれ忌避されるであろうことを当初より予定しているような、選定方法は不合理なものというばかりではない。なお、一方当事者の懈怠により相手方当事者に選定権限が移るため、結果的に相手方当事者のみが選定権限を有することになるような選定方法の合意についても、ここで述べたことが妥当すると解すべきであろう。仲裁人の公平確保という要請のもとでは、仲裁裁判所が最終的にいかに構成されるかが問題の核心なのであって、形成にいたるまでの経過は結果にとって決定的なものとはならないからである⁵⁰⁾。

つぎに、仲裁人の選定を第三者（機関）がする場合かどうか。この第三者（機関）が当事者双方から独立ないしは等距離の地位にあるときはともかく、そうでないときは、公正な仲裁人の選定を期待することは困難であり、前掲の最高裁判決にみたように疑問が生じる。外観上は第三者（機関）であっても、それらの関係からみて、一方当事者と同一性が認められる場合、または同一性を認めるべき場合には、一方当事者による選定と実質的に何ら異ならないことになるからである。そこで、問題は、かかる同一性の判断規準である。前掲の最高裁判決について考察したように、両者の間に社会的経済的関係が存する場合と一応いうことができようが、そのような関係の存在だけでなく、関係の態様やその強度などを総合的に斟酌して、個々の事例ごとに判断せざるをえないであろう。この場合において、選定権限を付与された第三者（機関）が、一方当事者に従属する地位（下部団体ないし組織）にあるときはもちろんであるが、前掲の最高裁判決で問題とされた合意のように、支配する地位（上部団体ないし組織）にあるときであっても、経済的な共通関係があるとみられるかぎり、肯定的に解すべきであろう⁵¹⁾。

(b) 第二に、被選定者の問題がある。これは、選定される者が、公正な仲裁人となりう

る能力ないし資格を有している否かということである。

仲裁人としていかなる者を選定するかは、基本的には、何ら限定されることなく、当事者の自由な選択に任せられるものである。それ故、前述のように、仲裁人が当事者の利益代表的色彩を帯びることは否定できない。しかしながら、その反面で、仲裁人の公平確保を絶対律として、これに固執するばかりに、少しでも偏頗のおそれのある者はすべて仲裁人としての被選定者資格から除外されるところにも問題があるといわれなければならない。被選定者資格を過度に制限的なものとし、付託された紛争の実情に精通する者をすべて排除してしまうことは、専門的技術的知識を有する者を仲裁人として選定し、適切な処理を図りうるという、仲裁のメリットが減殺されることになるからである⁵²⁾。そこで、かかる緊張関係の合理的な調和点が探究されなければならないことになる。

思うに、ここでも、仲裁裁判所を形成するにあたって、当事者双方が同程度に関与しうるか否かが決め手となるのではなかろうか。すなわち、仲裁人の選定にあたり当事者双方のコントロールが及んでいるかぎり、仲裁裁判所の平衡状態は維持されうるとみることができようが、そうでないときは、選定される仲裁人が公正たりえ、したがって仲裁裁判所が公正なものとなりうるよう、被選定者資格をある程度まで制限することが必要となるのではなかろうか。当初より忌避されるであろうことが予定された仲裁人の選定を許すような合意は不合理というほかないが、前掲の大阪地裁中間判決について考察したように、仲裁人の被選定者資格が何ら限定されていないために忌避が機能しないとなると、その不合理性はさらに増幅されるものといわざるをえず、少なくとも忌避の実効性が担保されている必要があるからである。

このような考えをさらに進めていくとき、注目されるのは、傍論ではあるが、前掲の大阪地裁中間判決における「仲裁人の公正さを担保する方法として仲裁人は弁護士の中から選定することとされているが、右の方法はいまだ仲裁人の公正さを担保するに充分なものとはいえない」という判示である。被選定者資格が弁護士であるとの一事のみをもって、仲裁人としても公平たりうると断ずることはできないであろうから、かかる判示は正当なものであるといってよい。ただ、かかる認識のもとでは、忌避の実効性が担保され、被選定者資格が仲裁人の公正さを担保するのに十分な場合であれば⁵³⁾、一方当事者のみに選定権限を与える合意であっても——実際上は、かかる合意がなされるのはかなり稀なことであろうと思われるが——、著しく不公正な選定合意ではないとする余地が残されているとみることも不可能ではないように思われる。

(c) 以上、これを要するに、仲裁人の選定方法に関する合意は、選定者と被選定者資格との相関において、総合的な視点から、結果として公平な仲裁裁判所の形成が保障されうるか否かにより、その効力が判断されるべきことになろう。

なお、仲裁人選定合意が無効と判断された場合、これが仲裁契約自体にいかなる影響を与えるかという問題がある。これは、結局のところは仲裁契約の解釈問題に帰着するといふべきであるが、ここで著しく不公平であるが故に無効とされるような仲裁人選定合意をする場合は⁵⁴⁾、むしろ、かかる合意が仲裁を利用せしめた一つの主たる要因として存すると考えられるのであって、これが仲裁契約の中核をなしているならば、仲裁契約全体が無効となると解すべきである⁵⁵⁾。

V. おわりに

公平は、裁判にとって欠くことのできない本質的要請であり、もっとも高いプライオリティが与えられるべき理念であることに疑いはない⁵⁶⁾。しかしながら、自律的な紛争処理方法としての仲裁にあっては、法が、絶対的排除としての除斥原因を定めず、忌避制度をおくにとどめたことから知られるように、仲裁人の公平確保には、そもそも内在的な相克が存するとみななければならない⁵⁷⁾。そこに、仲裁人の公平確保をめぐる問題の困難さの根源がある⁵⁸⁾。

とはいえ、いずれにせよ、仲裁人の公平確保こそが仲裁制度への信頼の源泉であり、不可欠の要素である⁵⁹⁾。つまり、仲裁人自身が公正かつ誠実であることへの信頼、さらに仲裁人が手続のルールにしたがい、規範に即した判断をすることへの信頼という、二重の信頼が必要となるのである⁶⁰⁾。このような信頼があってはじめて、仲裁は制度としての有用性を十分に発揮しうることになろう。そのためには、本稿で考察の対象とした仲裁人選定方法に関する合意を含めて、仲裁契約が内容的に合理的なものであることが保障されるべく、何らかの立法的規制が必要とされなければならないように思われる⁶¹⁾。また他方において、公正かつ誠実な仲裁人の選定が、實際上、困難であるとの現状にかんがみて、かかる仲裁人の適時の供給を可能にするために、人材を確保し、プラクティスをとおして育成するなど、質量ともに拡充していく方策が、今後の課題として検討されるべきものであろう⁶²⁾。

注

- 1) 仲裁契約を定義して「民事訴訟法に所謂仲裁契約は一定の権利関係に関する現在又は将来の争に付き争の当事者が第三者の判断を受け該判断に羈束せらるることを約するに因りて成立する契約」と判示した裁判例がある（東京控判大2・9・22新聞899号22頁，評論2巻民訴245頁）。
- 2) 仲裁契約の抗弁の法的性質や構成につき必ずしも一致をみないが（その詳細については、小山昇「仲裁契約の抗弁について」法と権利3民商法雑誌78巻臨時増刊3号85頁参照），結論自体について争いはない。この点につき、中田淳一『特別訴訟手続』123頁（昭13 日本評論社）（以下、中田として引用する）、小山昇『仲裁法 [新版]』81頁（昭58 有斐閣）（以下、小山として引用する）など。ちなみに、ZPO 1027条a項は、この旨を規定している。
- 3) したがって、判例も仲裁契約の成立を認定するには慎重な態度を示しているといわれる。この点、Takeshi KOJIMA, *Arbitration System in Japan, "Conflict and Integration"*, 1988, Chuo University Press, at 332 など参照。なお、仲裁契約の成否をめぐる問題に関する総合的判例研究として、小島武司＝猪股孝史「仲裁契約の成否—仲裁契約の一断面—(1)-(5・完)」判タ683号24頁，684号10頁，685号31頁，987号11頁，689号13頁（以下、小島＝猪股として引用する）。
- 4) 小島武司＝高桑昭編『注解仲裁法』63頁〔小島武司＝豊田博昭〕（昭63 青林書院）（以下、注解として引用する）など。
- 5) 小山・8頁参照。

- 6) 小島武司「アメリカ仲裁法の構造」『仲裁・苦情処理の比較法的研究』81, 84 頁(昭 60 日本比較法研究所) 参照.
- 7) 小山・4 頁, 注解・5 頁 [小島武司], 上野泰男「仲裁人選定手続と公平」関西大学法学部百周年記念論集(下) 407 頁など参照(以下, 上野として引用する).
- 8) 仲裁契約の任意的内容としては, 他に, 仲裁手続規則, 仲裁判断基準, 仲裁契約の期限・条件などがあるが, とりわけ問題が大きいものに本稿で考察の対象とする仲裁人の選定方法と仲裁地の合意があろう. なお, 注解・13 頁 [小島] 参照.
- 9) 中田・131, 132 頁, 小山・63 頁, 注解・93 頁 [石川明=大内義三].
- 10) 中田・130 頁, 注解・63 頁 [小島=豊田], 同・91 頁 [石川=大内].
- 11) 中田・130 頁, 小山・114 頁.
- 12) 民訴法 793 条 1 号は, これを予定した規定である(上野・417 頁. なお, 小山・114 頁参照). かかる場合, 仲裁人の欠缺により仲裁契約が失効するのに備えて何らかの合意をしておく必要があろう.
- 13) 小山昇「仲裁の法理」講座民訴 I 297 頁(昭 59 弘文堂), 小山・69, 70 頁, 注解・91 頁 [石川=大内]. また, かかる方法によれば事後の複雑な仲裁人選定手続を省略でき時間の節約にもなるとされる. この点, 上野・412 頁, 小島・前掲注 6) 90 頁参照.
- 14) なお, 仲裁人の選定につき当事者の意見が一致せず, あるいは仲裁人が職務の引受を拒否し, あるいは第三者(機関)が欠缺するなどの場合がありえ, これらの場合には仲裁契約は失効することになるから(民訴法 793 条 1 号), これに代替する選定方法を合意しておく必要がある.
- 15) かかる場合, 仲裁人の意見が可否同数となると仲裁契約は失効するから(民訴法 793 条 2 号), さらに第三仲裁人を選定する旨の合意がなされるのが通常であるとの指摘がある(上野・413 頁).
- 16) 判タ 717 号 222 頁, 判時 1349 号 91 頁.
- 17) 小山・70 頁, 注解・92 頁 [石川=大内], 上野・422 頁, 小島=猪股・判タ 683 号 28 頁. また, 中田・130 頁も同旨. また, 上野・422 頁以下では, 西ドイツでの判例・学説の状況が紹介されており, 現在では, 西ドイツにおいてもかかる合意を不適法とすることに争いはないとされる. なお, 本件仲裁契約は, Y 予備校入学申込パンフレットに記載された仲裁条項によって締結されたものである. したがって, X らが主張するように, 仲裁条項を含む入学申込書が提出されたとしても, 意思の合致はなく仲裁契約は成立していなかったのではないかと疑問がある. ただ, 具体的な事案処理としては, 内心の問題としての意思の合致を吟味するより, 客観的判断により仲裁契約自体を無効として, 仲裁契約の成立を否定したもので妥当なものであろう(なお, 小島=猪股・判タ 683 号 25 頁参照). なお, 後掲注 54) 参照.
- 18) 小山・132 頁参照.
- 19) 仲裁人の忌避とその限界については後掲注 39) 以下, およびそこでの本文参照.
- 20) 小島=猪股・判タ 685 号 33 頁.
- 21) なお, 仲裁契約の法的性質を実体法上のものとみるか訴訟法上のものとみるかにつき争いがあるが, その核心にあるのは当事者の意思であることから, 民法の意思表示に関する規定が適用ないし準用されることに争いはないとみてよい. この点, 中田・117 頁, 小山・43 頁, 注解・43 頁 [小島=豊田] など.
- 22) 中田・131 頁, 小山・114 頁, 注解・91 頁 [石川=大内], 上野・413 頁. なお, 当事者が各自選定したうえで, 第三仲裁人(審判人)の選定のみを第三者に委ねる方式が通常であるとの指摘がある(上野・413, 418 頁).
- 23) 中田・131 頁.
- 24) 中田・131 頁, 小山・114 頁, 注解・91 頁 [石川=大内].

- 25) もっとも、わが国の各常設仲裁機関の仲裁規則では、当事者に一次的選定権が与えられていることが多いようである。たとえば、建設工事紛争審査会の仲裁委員は、委員または特別委員の中からまず当事者の合意によって選定されるし（建設 25 条の 16 第 2 項）、公害等調整委員会の仲裁委員は、中央委員会の委員長または審査会の委員などのうちからまず当事者の合意によって選定される（公害紛争処理 39 条 2 項）。また、国際商事仲裁協会の仲裁人は、当事者の書面による合意によって選定される（商事仲裁規則 16 条）。そこには便宜のため仲裁人名簿が事務局に常備されており、原則としてこの名簿の中から選定されるが、拘束されるものではない（小山・119 頁、上野・419 頁）。なお、日本運集会所の仲裁人は、原則として、海事仲裁委員会がその管理する海事仲裁委員名簿の中から利害関係がないとみられる者を選出し当事者に通知したうえ、同委員会がその希望を尊重して奇数の仲裁人を選任する（海事仲裁規則 14 条）。以上の各常設仲裁機関の概要については、さしあたり、注解・264 頁以下〔由良範泰＝高橋俊雄〕、286 頁以下〔佐久間重吉〕、429 頁以下〔服部弘〕、449 頁〔谷本裕範〕、特集「裁判外紛争処理機関の現状と展望」判タ 728 号、およびそこの文献参照。
- 26) 判タ 545 号 202 頁、判時 1137 号 55 頁。
- 27) もっとも、小山昇・判批・ジュリ 862 号（昭 60 重判解説）137 頁では、被共済者は「溺死体で発見され」「災害死か自殺かが争われた」と紹介している。
- 28) 本件とほぼ類似の事例で、小田原市農業協同組合の建物更正共済契約約款中の《共済契約について組合と共済契約者または被共済者（共済金を受取るべき者を含みます。）との間に紛争を生じた場合に、当事者間の協議がととのわなときは、当事者双方が書面をもって選定した各一名ずつの裁定にまかせるものとします。この場合に、もしその者の間で意見が一致しないときは、神奈川県共済連が設置する裁定委員会の裁定にまかせるものとします。》との仲裁条項が問題とされたものがある（最判昭 57・2・23 民集 36 卷 2 号 183 頁）。もっとも、本件は本人訴訟であるためか上告理由が必ずしも明確でなく、最高裁も、当該条項のとおり仲裁契約が成立したことを理由に、本人訴えを不適法とした原審の判断を正当であると判示しているにとどまる。
- 29) 注解・92 頁〔石川＝大内〕、上野・427、428 頁。なお、小山・前掲注 27) 138 頁参照。
- 30) 小山・前掲注 27) 139 頁。
- 31) 小山・同前。
- 32) 小山・同前も指摘するが、原審が述べるように、事実上、独立性に疑いがあるとしても、このことは、これを争う側の証明に待つべきものであろう。
- 33) 小島＝猪股・判タ 683 号 28 頁参照。
- 34) 本件判旨を正当なものとするのは、小山・前掲注 27) 139 頁、注解・92 頁〔石川＝大内〕。また、判旨に批判的でありながらも、本件条項で問題となるのは、一次的な「仲裁人間の意見の一致をみない場合に対処するためのものであるから、……ただちに仲裁契約全体が無効となると考えることは妥当」でなく、「仲裁人間で意見の一致をみる可能性も十分に存する」として、本判決の結論自体は正当とするのは、上野・433 頁。
- 35) 仲裁判断の準則として、実体法ではなく「善と衡平」による場合もありうるが、その場合でも仲裁人の公平確保という要請自体は変わらない。
- 36) 小島武司「仲裁人の忌避」白門 40 卷 9 号 13 頁、注解・107 頁〔森勇〕。なお、仲裁人の重要な責務にかんがみて、公務員ではないが、瀆職の行為につき公務員に準じて罰せられる（刑法 197 条以下）。
- 37) もっとも、一般的な仲裁人適格としての制限は存する。たとえば、仲裁人は少なくとも第三者であるべきだから当事者やその法定代理人は仲裁人たりえないし（中田・110 頁）、意思無能力者も仲裁人となることはできない。行為無能力者も適当でない場合が多いであろうが、私人でなければならないか否かについては争いがある。以上につき、小山・128 頁、注解・89 頁

- [石川=大内], 小島・前掲注 36) 14, 15 頁など参照.
- 38) 注解・106 頁 [森].
- 39) 小島・前掲注 36) 14 頁, 注解・106 頁 [森]. なお, 小山・132 頁.
- 40) たとえば, 中野ほか編『民事訴訟法講義 [補訂版]』85 頁 [高島義郎] (昭 55 有斐閣) など参照.
- 41) 小山・132 頁, 小島・前掲注 36) 14 頁, 注解・106 頁 [森]. なお, 中田・133 頁参照.
- 42) 仲裁人の忌避事由として, 民訴法 792 条は, 公正阻害事由 (1 項), 責務遅滞事由 (2 項), 能力欠如事由 (3 項) を規定する. その詳細については, 小山・132 頁以下. 注解・110 頁以下 [森] など.
- 43) 忌避事由が仲裁人に存することを知りつつ, これを放置したまま仲裁手続を続行させたときは忌避権を喪失する (民訴法 37 条 2 項). また, 忌避権を行使することなく仲裁判断が成立するにいたった後には, 原則として, これを理由とする仲裁判断取消の訴えを提起することは許されなくなると解すべきである. これを許すと, 仲裁判断の帰趨をみきわめてから取消を求めるという恣意を認めることになるからである. この点につき, 小島・前掲注 36) 15 頁, 注解・110 頁 [森]. なお, 注解・187 頁 [吉村徳重] 参照,
- 44) もっとも, 仲裁人忌避に制度的限界が存することは認めざるをえないであろう. 忌避権を行使するには, 手続として, まず仲裁人自身に対して忌避する旨の意思表示がなされなくてはならないために, 仲裁人 (仲裁裁判所) の心証を害するのではないかと心理的障害を克服しなければならないからである. この点につき, F・パウアー (中村英郎=坂本恵三訳) 「民事仲裁の最近の問題」小島武司=石川明編『ヨーロッパ民事手続法』190 頁 (昭 60 中央大学出版部), 上野・409 頁参照. また, そもそも仲裁人に忌避事由が存することを当事者が知らなければ忌避を申し立てることが不可能なのだから, 仲裁人が公正を害するような事情を有するときは, そこに開示義務が認められるべきものであろう. この点につき, 小島武司「仲裁機関の公正確保」『仲裁・苦情処理の比較法的研究』205 頁 (昭 60 日本比較法研究所), 小島・前掲注 36) 17 頁など参照. なお, アメリカ仲裁協会商事仲裁規則 19 条は, これを明文で規定している.
- 45) 小島=猪股・判タ 685 号 33 頁参照.
- 46) 小山・前掲注 36) 139 頁, 上野・407, 432 頁.
- 47) 他に, 仲裁人選定のための通知ないし催告の方法, 期間など, 手続自体の問題が考えられよう.
- 48) 小山・131 頁, 上野・407 頁, 注解・555 頁 [松浦馨] など. そしてこれは, 仲裁のもつ最大の欠点でもある. もっとも, かかる当事者の期待は, 必ずしも実現するとはかぎらないことにつき, F・パウアー・前掲注 44) 192 頁参照.
- 49) 上野・427 頁は, BGH 判決 (Urt. v. 5.11.1970, BGHZ 54, 392) を紹介し, このような理論的枠組みを評価している. なお, 注解・108 頁 [森] 参照.
- 50) 上野・426 頁が紹介する, かかる合意に関する前掲注 49) の BGH 判決において述べられた判決理由を参照.
- 51) 上野・432, 438 頁.
- 52) 上野・432, 433 頁参照.
- 53) もっとも, いかなる場合であれば仲裁人の公平を担保するのに十分といえるかという困難な問題は残ることになる. 仲裁人に期待される専門的技術的知識も看過することはできず, ある程度は, 付託の対象となる紛争類型ごとに判断されることになろうか.
- 54) このように不合理な内容をもつ仲裁契約が締結されるにいたるのは, おそらく企業などが, その社会的経済的な優越的地位を利用する場合が多いであろう. とりわけ, 仲裁契約が約款の一条項として挿入されているときは, 当該条項だけを排除ないし修正して主たる契約を締結する

のは実際上も困難であろうから、仲裁契約が真に成立したか否かの問題とは別に、当該条項が不当か否かの判断は深刻な問題を提供する（小島＝猪股・判タ 685 号 33 頁参照）。この点、たとえば、ZPO 1025 条 a 項は、「当事者の一方が他方当事者をして、仲裁契約を締結せしめ、または仲裁の手續において、ことに仲裁人の選定もしくは忌避に関して自己に優位を与えしむる取り定めを承認せしむるために、その経済上または社会上の優位を利用したときは、仲裁契約は無効とする。」と規定しており、その限度で社会的弱者の保護が図られている（条文の邦訳については、注解・547 頁 [松浦] 参照）。また、同項の成立にいたるまでの経緯およびその現状に関するものとして、上野泰男「経済的又は社会的優位の利用と仲裁契約の効力」関西大学法学論集 36 巻 3・4・5 合併号 773 頁参照。

- 55) 注解・110 頁 [森]、上野・433 頁。反対として、小山・70 頁は、かかる合意のみ無効とする。
- 56) 小島・前掲注 44) 206, 207 頁。
- 57) F・パウアー・前掲注 44) 190, 191 頁、注解・94, 95 頁 [石川＝大内] 参照。
- 58) 仲裁人の公平確保という要請をどこまで強行的なものとして貫徹すべきか、換言すれば、仲裁の基礎としての私的自治の原則をどの範囲まで及ぼしうるのかが、この問題の核心にあるというべきだが、ここで触れる余裕はなく、大きな研究課題である。この点につき、さしあたり、F・パウアー・前掲注 44) 191 頁、G. Bernini, The Ethical Implication of the Arbitral Function: Standards on Behavior of Arbitrators, Comparative Law Review 23-3 (比較法雑誌 23 巻 3 号), pp 49 など参照。
- 59) 小島・前掲注 44) 204 頁。なお、小島武司「仲裁人の公平確保」判時 911 号 11 頁参照。
- 60) 注解・4 頁 [小島]。
- 61) たとえば、前掲注 54) 参照。
- 62) 注解・23 頁 [小島] 参照。なお、このような視点からすれば、現在、さまざまな紛争処理機関が独自のシステムにより紛争処理を行っていることは望ましいことといえようが、とりわけ業界主導型の機関については、紛争解決の公平確保という意味で、周到的配慮が要求されなければならない。この点につき、小島武司「裁判外紛争処理機関の理論的法政策的検討」判タ 728 号 7, 8 頁参照。

(平成 2 年 12 月 19 日受理)