

「いわゆる仲裁適格について」

堤 龍 弥

- 1 はじめに一民事紛争処理システムの多様化
- 2 仲裁の論理と構造
 - (1) わが国仲裁法の論理と構造
 - (2) 仲裁概念の多様化
- 3 仲裁適格の意義と機能
 - (1) 民訴法 786 条の解釈論
 - I 本稿の出発点
 - II 仲裁適格（仲裁付託の対象となりうる資格）について
 - (1) 用語法
 - (2) 立法資料
 - (3) 若干の教科書の仲裁に関する記述から
 - (4) 判例の定義
 - (5) 民訴法 786 条にいわゆる「争」とは？
 - (6) 「係争物＝付キ和解ヲ為ス権利アル場合」とは？
 - (7) 検討事項①—宗教紛争の仲裁適格
 - (8) 検討事項②—離婚事件の仲裁適格
 - III 一応のまとめ 〔以上本号〕
 - (2) 若干の比較法的研究
 - I 西ドイツ民訴法 § 1025 I
 - II フランス民法 § § 2059, 2060
 - III 英米法その他
 - IV UNCITRAL 模範法, その他の国際条約上の仲裁規則
 - (3) 付随的問題
- 4 むすび

1 はじめに一民事紛争処理システムの多様化

明治期にドイツ法の継受を通して西洋近代法の洗礼を受けたわが国民民事訴訟手続は、既にはぼ100年の歴史を有し、国民の間に唯一の強制的な公的紛争処理のための確固たる制度として定着し、浸透していることは、いまさらいうまでもない。もちろん、その間には、社会の変化・進展とともに、民事紛争もまた多種・多様な様相を呈してきたのであり、それに対応してより適正かつ迅速な民事紛争処理を通じて国民の信頼と付託に答えるべく、幾多の重要な改正がなされてきたことも周知の⁽¹⁾ところである。それにもかかわらず、民事紛争の処理システムとして、市民が気軽に訴訟制度を利用するというにはほど遠いというのがわが国の実情ではないだろうか。争いごとを好まず、できるだけ裁判所のお世話になりたくないという心理は、洋の東西を問わないというのが筆者の実感であるが、どうしてもそれを利用する必要に迫られた際のとるべき態度には、司法統計等からも明らかかなように、わが国とわが国がこれまでお手本としてきた西欧諸国との間では、やはり大きな違いがあるように思われる。⁽²⁾その原因は、国民性もさることながら、やはり既に指摘されているように、主として訴訟システム⁽³⁾の在り方に由来するといわざるを得ないように思われる。⁽³⁾利用者・市民に向けられた、いわゆる司法改革の努力が、わが国では、関係者によって費やされたエネルギーのわりにはいまだその実効性に乏しいことが多く、まだまだ司法改革の実現には消極的と感ぜざるをえない。諸外国を例に出すまでもなく、もう少し実験的な試みがなされてもよいのではないかと思われるが、過去の立法改正作業を振り返ってみても、一国の訴訟制度の改革となると、わが国では、どうしても大上段に構えてなにかも取り込みすぎ、他方でいろいろな関係者の利害も絡んで、結局は利用者不在の改革論⁽⁴⁾に終始してきたきらいがなかったであろうか。

もっとも、わが国では、訴訟の不備を補うような形で、従来から調停が多用されてきており、最近は逆に外国からも注目されて、再びその研究の深まりをみせ始めてはいるものの、その内包する制度的限界とともに、実務上の運用面でも、なお考慮すべき点が多いように思われる。⁽⁵⁾

かような状況の中で、近時は、裁判外の紛争処理システムとして多種・多様なものが提案され、またその一部は既に実行されつつあり、それに関する実証的・理論的研究もさかんになってきている。そして、またこのような傾向は、最近の訴訟構造論・目的論とも密接にリンクしているとも考えられる。⁽⁶⁾ その中の一つとして、仲裁の持つ機能に注目し、その役割を再評価すべく、その活用を意図した研究が、学界における一つの大きなうねりとして可視的なものとなり始めているように思われる。⁽⁷⁾ 論者によりその提案は様々であるが、大きく民訴法第八編仲裁手続のもとにおける実定仲裁法の枠内でその活用を図ろうとするものと、必ずしもこれに限定されず、もっと広いスパンで、今後のわが国仲裁手続の在るべき姿を模索するともいえる政策的・立法論的な提言とに分けることができるように思われる。⁽⁸⁾ もちろん、これらは車の両輪のようなものであり、二つの研究が相伴って今後のわが国仲裁法の進展に大きく寄与するものといえよう。もっとも、仲裁は、本来私的自治の一つとして、その手続のかなりの部分が当事者に委ねられており、そこから、その手続構造を論ずるに際し、その基礎となるべき実定法規範の希薄な領域としてともすれば解釈論と立法論の交錯しがちな分野ではあるが、その点の峻別には十分注意すべきことはいうまでもない。

本稿は、後者のような政策的・立法論的な提言を十分考慮し、意識しながらも、とりあえずは実定仲裁法の枠内での解釈論の一つとして、従来あまり意識的な議論の対象とはされてこなかった仲裁適格の問題を採り上げ、この分野における若干の寄与をなそうとするものである。

- 注(1) 齋藤秀夫・民事訴訟法概論(新版)14頁以下, 兼子一=松浦馨=新堂幸司=竹下守夫・条解民事訴訟法2頁以下〔新堂幸司〕, 菊井維大=村松俊夫・全訂民事訴訟法I〔追補版〕7頁以下参照。
- (2) たとえば, 林屋礼二「民事訴訟の現況の日独比較」法曹時報40巻10号1頁以下, 同「西ドイツの近年の民事裁判統計」民事訴訟雑誌35巻19頁以下参照。
- (3) 小島武司「正義の総合システム再考」法曹時報41巻7号40頁, 森本宏一郎「訴訟慣行改善考」自由と正義40巻8号67頁以下参照。
- (4) 三ヶ月章「司法改革を阻む思考の諸形態」判例タイムズ640号4頁以下参照。
- (5) たとえば, 竜寄喜助「調停制度の現状と問題点」民事訴訟法の争点〔新版〕58頁以下, 萩原金美「調停理論の再検討」講座民事訴訟①, 25頁以下参照。なお, 「調停制度の回顧と展望」法の支配77号102頁〔小島武司発言〕参照。これに対して, 仲裁は, 判断内容についての同意を要しない点で効果的であり, また無原則な妥協の弊を避けうる点で合理的である, といわれている。
- (6) たとえば, 吉村徳重「裁判外紛争処理の現状と将来」民事訴訟法の争点〔新版〕54頁以下およびそこに引用されている参考文献参照。上記の諸文献に述べられているところを筆者なりに理解し, 訴訟外紛争処理システムの特徴, 言い換えれば訴訟との相違点および関連性を整理すれば次の通りである。

① 訴訟は強行性・終局性を担保された解決手続であるところから, その判断の客観的妥当性・正当性の確保のために判断規準およびそのための手続ともに法によって規制される慎重な手続構造が採られており, その結果その対象も権利関係をめぐる法的紛争に限られている(裁3I。ただし, 民訴225)。これに対し, 訴訟外の紛争処理システムは, 当事者の合意に依存する解決手続であり, これがその結論の正当化根拠となっていることから, 解決内容およびそのための手続においても, 必ずしも法的枠組は必要とされず, その対象も必ずしも厳密な意味での権利・義務をめぐる法的紛争に限られない。以上から, 一般的には, 後者の方がより簡易・迅速・低廉で, 実情に即した民事紛争の解決, 言い換えればより解決対象および内容にわたっての自由性・柔軟性がはかれることになりうるわけであるが, 逆に, 正しい解決(判断規準および手続ともに客観性の担保に乏しいだけに一たとえば, それらが当事者の合意によって決められるのが原則である ad hoc 仲裁の問題点がそこにあり, それが機関仲裁発達の理由となっている)という観点からは, やや問題なしとしない。

最後の点に関連して、訴訟以外の紛争処理システムを選択する当事者の意図は、必ずしも法律を規準として一刀両断的に処理されることを回避することにあるわけではなくて、現実の訴訟の非能率的処理を回避するためであるといえなくもない。それゆえ、理念的にはともかく、現実には、訴訟外紛争処理システムにおいても、最終的には訴訟を背後に控えた法的規準が強い影響力を及ぼしていることは否めないであろうし、実体的および手続的正義の実現という見地からみても法的保障の持つ機能を無視することはできないであろう（小島武司「紛争処理制度の全体構造」講座民事訴訟①、365頁、棚瀬孝雄「裁判外の紛争処理機関」新・実務民事訴訟講座1、164頁）。なお、これに関連して、次のような指摘は重要である。「私的な紛争処理機関の発生は、紛争の自主的解決という観点から評価に値するとはいえ、紛争処理における法的保障すなわち実体的および手続的正義の実現という見地からみた危険性の有無・程度が慎重に考量されなければならない」（萩原金美「訴訟外の紛争解決制度について」民事訴訟法の争点〔旧版〕21頁）。

② 裁判所が法律家だけで構成されているのに比べて、訴訟外紛争処理機関は、法律家を含めて多様な専門家や学識経験者で構成されている。社会の複雑化に伴い紛争もまたますます専門的かつ複雑なものとなってきており、多様な専門家の参加によって鑑定という現代の裁判手続の泣き所を克服することが可能となる（米津進「現在の紛争処理システム」自由と正義32巻9号57頁）。もっとも、この場合、訴訟外紛争処理システムの中立・公正性を制度としてどう担保すべきかが、その利用の促進とも関連する重要な課題となろう（後注(8)参照）。

③ 訴訟外紛争処理システムを考えるに当たっては、憲法32条、弁護士法72条との関係をたえず考慮に入れざるをえないであろう。また、非弁護士による代理の可能性をどう考えるかも重要となろう（米津・前掲論文62頁参照）。それと関連して、一般的に訴訟外紛争処理システムにおける代理人・弁護士の関与をどのように考えるかも問題となる。法的紛争の適正な解決および当事者の手続への主体的参加という観点を強調すれば積極的に考えていくべきであろうが、別の観点からは、解決の遅延の原因、ひいては解決コストの増大というデメリットから消極的に解していくという立場もありえないわけではない。これは、前記①②とも関連する手続の在り方を考えていくうえでの重要な問題の一

つである。

④ 解決対象および内容に応じて、それぞれの紛争処理システム相互間での重疊的（当事者の選択の幅の拡大という点から）・択一的（それぞれのシステムの制度目的、その有する機能および限界から）な役割分担が考えられよう。これに関しては、次のような指摘がある。「当事者が紛争の種類に応じ、また求める救済の内容に応じ、紛争解決の方法を選ぶ可能性を否定することは、社会的必要性からいっても不合理である」（第二東京弁護士会紛争処理機関等対策委員会「紛争処理機関等の研究1」〔大野正男〕判タ359号50頁）。

これに関連して、相談の隆盛という近時の傾向を紛争処理システムの在り方を考えていくうえでどう評価すべきかが問題となる。それを「大衆社会における受益者層化した受動的な大衆にとって、すぐれて適合的な紛争処理方式」（萩原・民訴法の争点〔旧版〕23頁）と積極的に評価してゆくべきか、当事者の主体的な紛争解決努力を阻害しかねないものとしてできるだけ排除してゆくべきか。あるいは、それぞれの紛争処理システムの持つ機能に着目して、当事者の選択による相互補完的な制度の一つとして認容すべきか、が問題となろう。

なお任意的な紛争処理に比重が移ってくると、訴訟の役割が改めて問い直されなければならないであろう（座談会「紛争処理機関の実情と問題点」自由と正義32巻9号4頁〔小島武司発言〕）。

(7) 1989年5月21日の第59回民事訴訟法学会大会でのシンポジウムのテーマが「仲裁」であり、その意味では時機を得た企画であるように思われたが、報告に当たられた各担当者の発言およびその報告内容、とりわけ最後に司会の松浦教授の指名によりとくに発言された三ヶ月博士の発言内容等から総合的に判断すれば、その意図は主として国際商事仲裁におけるわが国(国民・会社)の立場の強化、諸外国との対等化であり（その掲げる仲裁法試案がほぼ UNCITRAL 模範法に依拠しているのがその端的な現れといえようか）、本稿が問題としてしているような学界の傾向（訴訟外紛争処理システムのひとつとして国内の民事紛争処理のためにその活用を図ろうとする）とはかなり視点が異なるように思われる（同シンポジウムにおけるパネラーとフロアーとのそれぞれの問題関心の相違からの擦れ違いがそれを如実に示していたように感じたのは私だけではないであろう）。

(8) 仲裁手続の活用の際して、一番のネックは、基礎となる仲裁合意の困難性

であり、その克服のための種々の提案がなされているが（標準約款化〔不法行為型紛争と比べて契約型紛争については予め紛争の発生に備えて契約書中に仲裁条項を入れておくことが可能である〕、強制仲裁、片面的仲裁、不完全合意〔異議を認める〕等）、標準約款化以外は、近時注目を浴びている公的・私的常設仲裁機関の一部とともに、いわゆる民訴法上の仲裁ではなく、いずれも法の子定していない準仲裁ないしは広義の仲裁の範疇に属するものである。民訴法上の仲裁の定義ならびにこれらをめぐる問題点については、後述2参照。

仲裁合意の困難さの原因は、いくつか考えられるが、まず第一に紛争解決への関心の違いが挙げられよう。一般には、紛争が起きてしまったからの仲裁合意はほとんど期待できないといわれている。つぎに、どのような仲裁判断が出てくるか分からない段階で、仲裁人に解決を委ねきってしまうことへの不安が、挙げられよう。これは言い換えれば、仲裁判断主体の中立性・公平性への不安であり、確かに仲裁コストを抑えるためにスポンサーに頼らざるをえない現実（ひもつきの可能性）等を考慮すれば、国の裁判に比べてその制度的保障は弱いし、実績も少ないことは否めない事実である。また、その判断内容の適正さへの不安もその一因となりうるであろう。もっとも、この場合は、合意型の解決手続の中途からの仲裁合意は可能であろうし、正当性の補完として、仲裁判断の理由具備性（民訴801Ⅰ第5）、裁判所のバックアップ（民訴796²等）もないわけではない（制度的信頼を媒介とした間接的な仲裁合意）。以上の記述については、棚瀬孝雄・前掲論文153頁以下、157頁以下参照。

2 仲裁の論理と構造

（1）わが国仲裁法の論理と構造

仲裁は、一般には、当事者がその間に生じているまたは将来生じうる紛争の解決を第三者（仲裁人）に委ねること（およびその判断に服すること）を約し、それに基づいて仲裁人により行われる民事紛争の処理システムである。このような仲裁の一般的定義は、わが国現行法の下における仲裁にもそのまま当てはまるものであり（民訴786、787参照）、それによって法認される仲裁たりうるための要件は、ひとえに有効な仲裁契約（これ

には、仲裁付託契約（民訴786）と仲裁人契約（民訴788）が含まれる）の成立（存在）にかかっているといえよう。⁽¹⁾それゆえ、両当事者の合意に基づかないいわゆる強制仲裁や片面的仲裁はわが国現行法下の仲裁概念には該当せず、一般的にはその保護の対象とはなりえない（とりわけ民訴796, 800, 802などの適用はない）といわなければならない。

ところで、その手続内容は、原則として当事者の自由に任せられているが、通常は、非公開であり、⁽²⁾対審構造を必要とせず、弁論主義の適用もなく、証拠調べも自由に決めてよいし、なされた仲裁判断には不服申立てができないとされており、これらが、訴訟と比較しての仲裁の利点とされまたその特徴とされているところである（民訴794参照）。すなわち、訴訟におけるような手続諸原則は必ずしも要請されないことが、手続を柔軟にし、より迅速かつ経済に資するものと評価されている。⁽³⁾なお、仲裁のこのような非訟的処理に対しては、当事者の主体性（手続保障）をいかにして確保しうるかが今日では問題となろう。⁽⁴⁾また、適正手続の保障という観点からは、管轄裁判所の補充・補助・協力・後見的等の下に遂行される、すなわち、裁判所とのつながりの中で、その負担にならない、もうひとつの紛争処理システムとしての仲裁という視点を見逃してはならないであろう。⁽⁵⁾

問題は、その特徴として判断規準を狭義の法に限定しないとされていることからくる判断内容の適正および予測可能性の確保と、適切な仲裁人の選任（期待される仲裁人像としては、鑑定人の資質と裁判官の資質を兼ね備えるものでなければならない）およびその公平の担保である（なお、民訴792参照）。⁽⁶⁾そのうち、ここでは、本テーマとの関連において、その特色として、とりわけ法によらない解決の点に注目してみたい。⁽⁷⁾

一般に、「訴訟の判決はどちらかといえば解決の法規適合性をもって満足する。仲裁判断には解決の事案適合性が期待されている」（小山・民訴法の争点〔新版〕63頁）とされ、また「当事者の意向に応じて紛争調整的

ないし法律関係創設的な内容をもつ仲裁判断を下す可能性が仲裁には秘められており、法律に定める救済に限定される訴訟と比べて、事件によっては魅力的な点である。……仲裁判断基準として、当事者が衡平・条理によることを希望する場合などにそれが顕著である」（小島武司＝高桑昭編・注解仲裁法24頁〔小島武司〕）といわれている。確かに、たとえば、訴訟は主文によって命じうる解決の方式が限られており、また実体法に権利として認められていない請求は、訴訟においては救済の対象とはなりえないのが通常であり、そこから、訴訟に比べて仲裁の方がより解決対象および内容にわたっての自由性・柔軟性がはかれること（紛争単位の拡大に伴う一体的・包括的解決）はその通りであろう。⁽⁸⁾ただ他方で、民訴法 801 条 1 項第 5 は、仲裁判断に理由を付する必要があることを規定している（ただし、同 2 項参照）。その意味するところが、事後的に検証可能な客観的判断規準によるべきことを要請しているとするならば、専ら善と衡平によることがその要件を満たすことになるのかどうか問題となりうる。この点については、三ヶ月博士の指摘どおり（「紛争解決規範の多重構造」民事訴訟法研究 9 巻 239 頁参照）、当事者の合意なき限り仲裁人は実体法規範に従うべきことが当然視されているドイツ民訴法の翻訳的継受という観点を抜きにしては論じえない問題であろうと考える。⁽⁹⁾確かに判断規準との関係では、どこかの国の実定法を規準にしないと、いわゆる公益防御が果たせないということもあろうし、他方で、当事者の防御権の保障という観点からは、仲裁の場合にも法律に準拠すべしとされるのが近時の外国法の傾向であることも十分留意すべき点ではあろう。今後の方向としてはそのようなことにならざるをえないのかどうか、⁽¹⁰⁾その是非はともかく、現行法下の解釈論として、当事者の合意がない場合の判断規準をどう考えるかは、次章で検討する仲裁適格をどう考えるかとも関連する極めて重要な問題というべきであろう。

- 注(1) それ以外に不可欠な仲裁要件があるかが問題となる。考えられうる事項としては、仲裁人は私人でなければならないかどうか(国家機関または法人が仲裁人となりうるかどうか)という問題がある(小山・仲裁法〔新版〕112頁、同「仲裁の法理」講座民事訴訟①、296頁、小島=高桑編・前掲書3~4頁〔小島〕、90~91頁〔石川明=大内義三〕参照。なお、Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, 14. Aufl. 1986, S.1165によれば、もし国家機関または法人が仲裁人に選定されたときは、前者ならばその機関の長ないしは当事者意図に沿ったその構成員が、後者ならば法律、定款ないし当事者によって意図された自然人が仲裁人とされるべきであるとされ、結論的にはこの問題は否定的に解されている。また、仲裁研究会による仲裁法試案13条も、仲裁人の資格を自然人に限定している。NBL 420号58~59頁〔澤田壽夫〕参照。なお、これについては、公法上の権限を私人の意思によって拡張することは当然には許されない、とする見解がある(中田淳一・民事訴訟法Ⅲ〔特別訴訟手続第一部〕新法学全集110頁)。
- (2) これに関連して、個人的紛争の解決を通しての一般予防という観点からは、仲裁判断の公表は考慮に値し、その正当な評価を通しての仲裁の普及にも役立つように思われるが、その前提として、理由付記、法的規準の明確化が要請されるかどうか、審理が非公開とされていることからその公表には両当事者の同意が必要かどうか、が問題となろう(前掲座談会・自由と正義32巻9号14~15頁〔大野正男発言〕参照。なお、仲裁法試案39条、NBL 422号51~52頁〔高橋宏志〕参照)。
- (3) もっとも、「手続の準則と評価の基準とは当事者の自律により定めるのが仲裁の根本則である」(小山昇・民事訴訟法の争点〔新版〕63頁)ということに対しては、当事者に立法能力を期待することは実情に合わないとの指摘もある。また、弁護士を代理人にする以上は仲裁もかならずしも廉価ではなく、その抱えている事件数によっては、仲裁手続も必ずしも当事者の望むテンポにはならないこともありえよう(前述、1注(6)③参照)。さらに、高額事件になれば、慎重な手続の要請から、弁護士の関与による手続の遅延、ひいては仲裁の訴訟化が起こらないかが問題となる。そこから、一般に仲裁手続のテンポと主張内容はいかにあるべきかが考慮されなければならない(前掲座談会・自由と正義32巻9号15~16頁〔大野正男発言〕)。現在は仲裁の数が少ないから一般的

な訴訟事件の流れの中でそのテンポを考える必要はなく、当事者の望むテンポで手続を進めることも十分可能であろう。また、仲裁法廷の雰囲気の違いが、訴訟では空洞化してしまっている弁論の活性化につながることも大いに期待されてよいのではなかろうか。

- (4) 仲裁法試案21条(1), NBL 421号69~70頁〔小島武司〕参照。
- (5) 詳しくは鈴木忠一「民事訴訟における当事者自治の限界と実務上の問題」新・実務民事訴訟講座1, 87頁参照。
- (6) 「裁判は、法への信頼であり、仲裁は仲裁人という人への信頼である」(喜多川篤典・国際商事仲裁の研究236頁)との指摘はそのことを端的に表しているものといえよう。
- (7) この点を「仲裁制度存在の一理由」として強調するものとして、池田寅二郎「仲裁」(末弘嚴太郎=田中耕太郎編・法律學辞典第三巻1886, 1888頁参照)。
- (8) なるほど、後にも詳しく触れるように、仲裁は、必ずしも法による解決に限定されないことから、対象として取り込める紛争の幅が広がらうるわけであるが、他方で、仲裁合意を前提とする手続であることからの制約、仲裁契約の当事者以外の者を取り込めない難点がある(ただし、この仲裁判断の対世効については、後述3(1)注(6)参照)。
- (9) なお、小島武司「『善と衡平による仲裁』をめぐって」判例時報1036号19頁参照。
- (10) 国際仲裁という観点から各国仲裁法の統一を考えている仲裁研究会の仲裁法試案30条もそのような趣旨で規定されていることについては、NBL 422号61~62頁〔高橋宏志〕参照。

(2) 仲裁概念の多様化

既に指摘されているように、実定仲裁法上(民訴法第八編)の仲裁の特徴として挙げられるのは、「先行する合意を基礎とする終局的な裁断」という側面であり、これが、他面で仲裁の活用を図るうえでの阻害要因となっているのである。⁽¹⁾

そこで、かりに民訴法786条以下に定められている仲裁を狭義の仲裁と

すれば、その構成要素とされている「当事者間の合意に基礎を置くこと、私的な第三者が審理裁断すること、審理は当事者対席のもとに所定の手続に則って行われること、当事者は仲裁人の判断に服すること」などの諸要素をすべて満たしていなくても、本質的な意味での仲裁たりえないものではなく、それを広義の仲裁という概念のもとに新たな、換言すれば多様な仲裁類型を模索し、それを通じて利用者の多様なニーズに答えることによって、不振をかこっている仲裁の活用を図ろうとする動きが現実化してくるのは当然のなりゆきであろう。⁽²⁾

いわゆる強制仲裁（わが国の人事訴訟における調停前置主義のように、一定種類の紛争について、当事者の意思いかんにかかわらず訴訟前に強制的に実施される仲裁）や申立仲裁（原告の意思のみに基づいて実施される仲裁）という形で（いずれの仲裁判断も再審理の可能性が当事者に留保されている点で最終的なものではない）、あるいは消費者紛争との関係で問題となる片面的仲裁（仲裁判断の拘束力を企業側にのみ片面的に認める仲裁）という形で、既にアメリカにおいては積極的にその活用が図られていることについては、小島教授により詳しく紹介が行われていることでもあり⁽³⁾、本稿では今後の国内仲裁法の改正およびその活用際に際して果たすであろう上記議論の重要性を指摘するに止める。

注(1) 小島武司「仲裁概念の再検討」仲裁・苦情処理の比較法的研究 213頁。以下の叙述は、本書による。

(2) 小島・前注書 215頁以下、小島＝高桑編・前掲書11～12頁, 22頁, 29頁〔小島〕参照。

(3) 前注引用の小島教授の論文該当箇所のほか、小島武司・裁判運営の理論 139頁以下参照。

3 仲裁適格の意義と機能

(1) 民訴法786条の解釈論

I 本稿の出発点

①まず第一点として、訴訟は強行性・終局性を担保された紛争処理システムであるところから、その判断の客観的妥当性・正当性の確保のために判断基準およびそのための手続もともに法によって規制される慎重な手続構造が採られており、その結果、その対象も権利関係をめぐる法的紛争に限られてこざるをえない（裁3 I。ただし、民訴225）。これに対し、一般に訴訟外の紛争処理システムは、当事者の合意に依存する解決手続であり、これがその結論の正当化根拠となっていることから、解決内容およびそのための手続においても、必ずしも法的枠組を必要とするとは解されないことについては既に述べたところである。本稿の対象としている仲裁は、まさに後者の一翼を担うものであるが、さらに国家司法権の行使という要素が欠落（ないし希薄化）している点にその特徴がある。そこから、その対象も必ずしも厳密な意味での権利義務をめぐる法的紛争に限られないのではないか、との疑問が生じうる（仲裁適格の積極的機能〔対象拡大機能〕）。

②他方で、従来、仲裁は訴訟の代替物と考えられてきたにもかかわらず、仲裁の対象外となる一定の訴訟事項（事件）が存在することについてはいわば当然視されてきたのであるが（民訴786参照）、これがその本質および手続構造から当然でてくるべき結論なのかどうか、それを支える根拠はいったい何かをいま一度検討してみる必要はないであろうか、というのが筆者の第二の問題意識である（仲裁適格の消極的機能〔対象縮小機能〕）。

以上①②いずれも、民訴法786条に規定されている、あるいはその条文が当然の前提としている、いわゆる（客観的）仲裁適格に係わる問題点であり、いずれも国家司法権の独占・公益の問題と深く係わっており、本稿

で若干の検討をしようとするものである。⁽¹⁾

注(1) なお、本稿は、筆者の現在の問題関心から、その考察の対象を主として国内仲裁の問題に限定させていただくことを予めお断りする次第である。

II 仲裁適格（仲裁付託の対象となりうる資格）について

— 仲裁適格を有する民事紛争とは？ —

(1) 用語法⁽²⁾

① 仲裁付託適格・仲裁付託の対象適格（小山・仲裁法〔新版〕50頁，52頁，57頁等）

② 紛争の仲裁適格（小山「仲裁の法理」講座民事訴訟①，295頁）

③ 事件の仲裁適合性（小島＝高桑編・前掲書513頁〔小島〕）

④ 仲裁適格性（松浦馨・NBL 419号58頁）

⑤ 仲裁可能性（沢木敬郎・NBL423号45頁，高桑昭・NBL424号45頁）

注(2) (objektiv) Schiedsfähigkeit に対応する概念としていずれが適切かは難しいところであるが、本稿では専ら仲裁適格という言葉を使用することにする。なお、この場合、本稿ではいわゆる主観的仲裁適格の問題は考察の対象外とすることにする（これについては、さしあたり中田・前掲書121頁，小山・仲裁法〔新版〕45～49頁，小島＝高桑編・前掲書60～61頁〔小島＝豊田〕参照）。

(2) 立法資料

「民法ノ和解デス、ネ」（村田）「左様……和解ヲ取結ブ丈ノ力ガアレバ仲裁ヲ受ケル事ガ出来ル丈ノ事デス」（南部）（法律取調委員会・民事訴訟法草案議事筆記第53回・明治21年10月11日〔法務大臣官房司法法制調査部監修・日本近代立法資料叢書22，589頁所収〕）

(3) 若干の教科書の仲裁に関する記述から（仲裁の対象に関して）

① 「当事者間だけで、相対的解決に任して差支えない普通民事事件」（兼子一・新修民事訴訟法体系〔増訂版〕42頁）

②「当事者が任意に処分することのできる法律関係」（山木戸克己・民事訴訟法講義13頁）

③「当事者が自主的に処分することができる利益に関する争い」（小山昇・民事訴訟法〔五訂版〕12頁）

④「当事者が本来自主的に解決してよい争い」（新堂幸司・民事訴訟法〔第二版〕10頁）

(4) 判決の定義

「民訴訟 786 条に所謂争とは民事事件と言う意味に他ならず。その非訟事件に対し訴訟事件を争訟事件と言い、訴の目的たる権利関係を係争物と言うと、争字の用例に於て基の軌を一にし、若し仲裁契約無かりしならば通常裁判所に係属すべき民事事件を指すものに外ならず」（大判大13・3・29民集3巻6号207頁、一部現代漢字）

以上のうち、(2)の立法審議過程における議論および(3)の学説による定義は、どちらかというとな民訴訟法 786 条の「係争物＝付キ和解ヲ為ス権利アル場合＝限り」という仲裁契約の有効要件を脱んでの定義であり、いわゆるそれが権利義務をめぐる法律上の紛争であることはいわば当然の前提とされているように思われる。これに対して、(4)の判例に現れている定義はまさに後者の問題を意識したものといえることができる。初めにも指摘したとおり、仲裁適格はまさにこの二方面からのアプローチを必要とする問題といえよう。そこで以下では、まずこの二面を分かって、さらにそれぞれに関する代表的な定義を紹介した後、初めにも述べた問題意識に照らしながらそこに含まれる問題点を掘り起こし若干の検討を試みようと思う。

(5) 民訴訟法786条にいわゆる「争」とは？

①「ここに『争』（Rechtsstreitigkeit）とは民事訴訟事件（形式的意味に於ける）を意味し、若し仲裁契約が無かったならば法律上通常の民事裁判所の裁判権に服すべき事件を指称するものに外ならぬ。即ち民事訴訟法

が仲裁契約として許容し、且つ之に諸種の効果を付与しているのは専ら民事訴訟事件に属する紛争に関し通常の訴訟手続に依る代りに仲裁人をして判断せしめる旨の合意のみであるから、成法上民事訴訟事件に属せざるものに関しては民事訴訟〔法〕は何等関知する所でない」（中田・前掲書⁽³⁾107～108頁。同旨、小島＝高桑編・前掲書44頁〔小島＝豊田〕）。

②国家が「仲裁手続に関し協力や監督をなした仲裁判断に確定判決と同一の効果を付与しているのは仲裁手続が民事訴訟に代わる紛争解決手続であることに基づくと思われるのだから、仲裁人の判断の対象たる争い（民訴786条参照）は、民事訴訟の対象たるべき事件を意味するものと解すべきである」（山木戸克己「和解手続の対象」民事訴訟理論の基礎的研究163～164頁）。

③「仲裁判断は、判断の対象たる事項につき、裁判所の判決を避けて、これに代わるものである。だから、裁判所の判決に親しむ事項のみが、法認される仲裁判断の対象たる適格を有する。裁判所が訴えを受けて判決をするのに親しむ事項とは「法律上の争訟」（裁3Ⅰ）のことをいう。だから、仲裁付託の対象は法律問題を含むものでなければならない」（小山・仲裁法〔新版〕50頁。同旨、小島＝高桑編・前掲書44頁〔小島＝豊田〕、小島＝猪股・後掲論文・判タ689号13頁）。

以上①⇒②⇒③と次第に「争」の中身が明確になってくるわけであるが、それはまさに裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」と同じものであるということになるようである。

そこから、結局は、「事実」の存否に関する争い、非法律的事項に関する専門的評価の問題は、仲裁付託適格なしとされることになるわけである（小山・仲裁法〔新版〕51～52頁、同旨、小島＝高桑編・前掲書45頁〔小島＝豊田〕）。これは、前述の定義からも明らかなように、仲裁を専ら訴訟の代替物とみる特殊西洋法（とりわけドイツ法）的思考の産物以外の何物

でもないということもいえなくもない（参考—西ドイツ民訴法1025条1項：Rechtsstreitigkeit, フランス民法2059条：droit。なお、喜多川・前掲書77頁参照）。それに対して、わが国の民訴法786条は、単に「争い」と規定しているのみで、それが事実上法律を適用して解決しうる、いわゆる法律上の争いに何ら限定して⁽⁴⁾いない。

かりに、民訴法786条の立法趣旨が前述各説のとおりであったとしても、現在および将来における解釈論としてもそうであらねばならぬということには必ずしもならないし、他に可能な解釈論的提言の余地は残されているように思われる〔→その具体的意味については、後述、(7)検討事項①—宗教紛争の仲裁適格、参照〕。

注(3) もっとも、故中田博士によるこの定義は、前後の文脈から、他の国家機関（行政庁・行政裁判所）および他の事件（行政事件・刑事事件・非訟事件）との管轄権限の対比でなされているものと推測され、その点で、本稿との関係では若干の注意が必要である。

(4) たとえば、典型的な労働争議である賃上げ闘争などは、必ずしも法律上の紛争とはいえないが、労働委員会による仲裁の対象とされている（労調29～34、労組20）ことを想起せよ。もっとも、通説のように仲裁の対象を専ら法律上の争訟に限定する立場からは、これは準（ないし広義の）仲裁〔契約補充的仲裁としての仲裁鑑定契約〕に属するということになるうし、労調法自身も民訴法上の仲裁とは別のものであるという前提で規定されているものと考えらるべきかもしれない。また、論者が指摘するように、そもそも仲裁が民訴法第八編に規定されていること、個々の条文の内容〔とりわけ、800条が仲裁判断に確定判決と同一の効力を付与している点〕に鑑みれば、そこでいう「争い」が「法律上の争い」であるべきことはいわば当然のことというべきであろうか（中田・前掲書108頁参照。なお、仲裁研究会による仲裁法試案2条〔定義〕では、当然のこととして、その対象を「一定の法律上の紛争」に限定する立場にたっている。NBL 418号53～54頁〔青山善充〕参照）。

なお、アメリカでは、立法上もまた解釈上もかような制限がないことについては、小山・仲裁法〔新版〕自身が50～52頁に指摘する通りであり（同じく、

小島・仲裁・苦情処理の比較法的研究86～87頁参照), またオランダ民訴法1020条4項においては, いわゆる通説によれば仲裁鑑定に属するような事項も仲裁の対象とされているようである (NBL 419号57～58頁 [松浦])。

(6) 「係争物ニ付キ和解ヲ為ス権利アル場合」とは?

1) 総論

まず, 国家は, 一般的に裁判所を設営していること自体において私人間の紛争の解決については多大の関心を持っているということがいえるわけであるが, そのうちかなりの部分 (私人の自由処分に委ねられている領域) を仲裁に委ねることを認めており, 仲裁判断の取消しという事後的な規制によってその最低限のコントロールをしようとしている。そして, とくに国家が強いコントロールを欲するときのみ, 仲裁適格を否定するのであり, 法はそれを, いわゆる和解適格 (Vergleichsfähigkeit) に結びつけ, 仲裁適格の要件としていると一般的にはいえるであろう (西ドイツ民訴法 § 1025 I 参照)。ここでは, まず総論として, これに関する学説の記述を簡単に紹介しながら, この問題の一般的な検討を試みることにする。

①「民事訴訟法第 786 条は仲裁契約の有効要件に関し民法に基準を求めている。……ここに和解とは民法上の和解 (民 695 条) を指す。……これ仲裁契約が係争物に関する間接の処分行為たるの実質を有するとの見地から, その有効要件に付き和解に関する民法の規定を援用せるのである」 (中田・前掲書117～118頁)。

②「和解できる事項は, 当事者がその意思のみで処分できる事項でなければならない。自分を当事者とする法律関係の処分を自由になしうるか否かは, 法律関係の性質から定まるものもあり, 実定法の定めにより定まるものもある。『和解』ができないことが『仲裁付託』が許されないことにつながる意味は, 和解ができない事件の法的効力を有する終局的な解決を裁判所に留保するということである」 (小山・仲裁法 [新版] 53頁。同

旨、小島＝高桑編・前掲書57頁〔小島＝豊田〕。

上述①と②の違いは、前者ではそのいうところの和解は、民法上の和解を前提にしており、後者においては裁判上の和解を指向しているように見受けられることである（もっとも、小島＝高桑編・前掲書57頁〔小島＝豊田〕はそのいずれかに限定する必要はないとの立場をとっている）が、このような区別が仲裁適格を考える上でどの程度の意味を持ちうるのかは論者によりそれほど明確にはされていない（たとえば、訴訟上職権探知主義が採られている場合など〔離婚・離縁訴訟の場合〕の仲裁適格を考える際に、その違いが出てくるということであろうか。しかしながらこの点については、後述のように問題の存するところであり、この点の違いが仲裁適格の有無を左右する決定的な要素とは思われない）。

③「仲裁付託の対象は、当事者がこれにつき和解ができるものであるのみならず、これについての第三者の『判断』に当事者が服することが許されるものでなければならない。つまり、当事者ならばその意思により、互譲することができる事項でも、第三者にその判断を委ね、これに服するには、その第三者は裁判所に限る、ということである場合には、その事項を仲裁に付託することはできない」（小山・仲裁法〔新版〕59頁）。

この見解によれば、私法上の和解のみならず裁判上の和解が許される場合であっても、仲裁付託の許されない事項というものが存在することになる（その例として、小山・仲裁法〔新版〕59頁は、離婚事件をあげている）。なるほど、裁判所にその解決を委ねる場合には、真実探究・公益防御の要請から職権主義・職権探知主義が採られることはありえよう。しかしながら、こと仲裁に関し、当事者の自由な処分を委ねてよいとされている事項が、一定の場合に、なにゆえ手続的な規制に服さねばならないのかがいま一つ明らかでないように思われる。この点につき「事柄が公益にかかるものである場合には、解決に法的通用力をもたせる条件として、私人

でなく国の裁判官による解決であることが必要であるのである」(小山・「仲裁の法理」講座民事訴訟①, 295頁)というのが、その解答であろうかと思われるが、私見によれば、従来、公益にかかる事項については当事者の自由な私的処分そのものが排除されていたのではなかったか。換言すれば、法律自身がある事項を当事者の私的処分に委ねた場合には、そのものなかに、かりに公益に係わる事項を内容とする場合であっても、それは問わないということを表明したもとの法律的评价・決断があったのではなからうか、⁽⁵⁾と思うわけである。いずれにしても、この小山教授の見解は、民訴法 786 条の「和解ヲ為ス権利アル場合」という仲裁適格の要件を最も狭く解する見解といえようか。換言すると、この見解は、仲裁適格の要件(仲裁契約の対象的有効要件)として、①法律上の争いであること、②和解できるものであること(実体的処分可能性)、③第三者に判断を委ねる場合には、その第三者を裁判所に限定する公益上の要請がない場合(手続的処分可能性)、の三つを要求するものということになる(なお、「訴訟上の和解ができる場合」という要件は、通常は③と重なるわけであるが、後述するように若干ずれる面もあるし、他方で先に指摘したように、通常は②③も一致すると思われるが、論者によれば離婚事件はその例外ということになる。さらに、判断主体を裁判所に限定するという観点を強調するならば、なにもその手続が訴訟であるということは必ずしも必要でなく、家事審判をも含めて考察の対象とする必要が生じるように思われる)。そこで、問題はいかなる事項・事件が前記②ないし③の要件を欠くとされているかを次に具体的に検討することによって、③の要件を独立に要求する必要性の有無およびその当否についてさらに若干の考察を加えてみたいと思う。⁽⁶⁾

2) 各論⁽⁷⁾

①身分法上の権利関係

1. 私法上の財産権的請求事件

(イ) 相続回復請求事件（民884）—肯定説（小山・仲裁法〔新版〕53頁，小島＝高桑編・前掲書58頁〔小島＝豊田〕（和解できることを理由とする））

(ロ) 扶養請求事件（民881）—否定説（中田・前掲書121頁，小山・仲裁法〔旧版〕62頁—処分しえないことを理由とする。ただし，弁済期に達した後なら肯定的に解するのは，小島＝高桑編・前掲書58頁〔小島＝豊田〕）

2. 人事訴訟事件

(イ) 離婚・離縁事件（民770，814）—否定説（小山・仲裁法〔新版〕59頁，小島＝高桑編・前掲書58頁〔小島・豊田〕，前掲立法資料〔松岡答弁「婚姻事件〔についての仲裁契約〕ハ無効デス」〕，大判明37・4・15民録10輯461頁「人事訴訟ニ於ケル婚姻事件ノ如キ和解ヲ許スコトヲ得サル性質ノモノ」）

(ロ) 認知請求事件（民787）—否定説（小島＝高桑編・前掲書58頁〔小島＝豊田〕。大判昭6・11・13民集10巻1022頁，最判昭37・4・10民集16巻4号693頁は，認知請求権の放棄を認めない）

いずれも，職権探知主義が採られていることをその理由とするが，離婚・離縁事件については，とくに前述の手続的処分可能性がないことを理由とする。

3. 家事審判事件

一般には，否定的に解されている（小山・仲裁法〔旧版〕58頁（「通常訴訟としての判決手続により解決することのできる紛争でなければならぬ」ことを理由とする），小島＝高桑編・前掲書45頁〔小島＝豊田〕（もともと，真正争訟事件については肯定的に解している），鈴木忠一・非訟・家事事件の研究374頁（「単純な財産上の法律関係の形成ではなく，身分関係に基づくものであり，従って多かれ少かれ公益に関係を有し，家庭裁判所をして後見的役割を果たさせているのであり，且つ他方に於いて特に家

事調停（常に裁判官の関与を必要とする）の制度を用意している点を考えると、調停以外に当事者にとってより不便な民訴の仲裁手続（例えば仲裁判断には当然には執行力がない、民訴法 802）の準用はないものと解すべきである。))

②会社の決議関係事件

- (イ) 会社合併無効請求事件（商104, 109, 416 I, 有限63 I）
- (ロ) 会社設立無効・取消請求事件（商136, 140-, 428）
- (ハ) 株主総会決議取消・無効・不存在確認請求事件（商247, 252）
- (ニ) 新株発行無効請求事件（商280ノ15）
- (ホ) 資本減少無効請求事件（商380, 有限58 I）
- (ヘ) 株式会社解散請求事件（商406ノ2）

以上いずれも、当事者に係争利益を任意に処分する権限がないと解されること、また判決に対世効が生じる（特別の政策的考慮から）ことなどを理由として訴訟上の和解は許されないとされている（兼子＝松浦＝新堂＝竹下・前掲書715頁〔竹下〕）ことから、仲裁付託もできないと解されている（小島＝高桑編・前掲書58頁〔小島＝豊田〕。なお、小室・前掲論文361頁以下参照）。ただし、予めそれらの事項を仲裁に付託する旨が定款に記載されている場合の取扱いが問題となる。

なお、喜多川・前掲書62～63頁、70頁は、株式会社の内部紛争は完全に国家法と裁判所の規制下にあり、私的自治の余地は極めて狭く、仲裁にはなじまないとする。

③境界確定事件

通説・判例によれば、和解が許されない（村松俊夫・境界確定の訴え（増補版）36頁以下、96頁、最判昭31・12・28民集10巻12号1639頁）がゆえに、仲裁適格を欠くということになろう。ただし、中田・前掲書109頁（「裁判所の判決を以て為し得べき種類の裁判」であることを理由とする）

および和解を肯定する近時の有力説（新堂・前掲書147頁—所有権の帰属・範囲をめぐる争いとみる）によれば、問題は肯定的に解される（小島＝高桑編・前掲書58頁〔小島＝豊田〕参照）。

④共有物分割事件（民258）

肯定説（中田・前掲書109頁，小島＝高桑編・前掲書〔小島＝豊田〕（和解可能であることを理由とする））。

⑤公序良俗ないし強行法規に反する法律関係事件

(イ) 暴利行為（大阪高判昭24・11・25高民集2巻3号309頁）—たとえば利息制限法違反の利息請求事件

(ロ) 賭博行為（最判昭46・4・9民集25巻3号264頁）

(ハ) 借地法（2Ⅱまたは5Ⅰ）違反事件（同法11により無効）（東京控判昭2・6・20新聞2720号11頁，東京高判昭30・5・30東高民時報6巻6号138頁）

(ニ) 借家法（1ノ2および2）違反事件（同法6により無効）（松山地判昭36・9・14下民集12巻9号2292頁）

このように、公序良俗ないし強行法規に反する和解は無効であり、従って仲裁付託もできないとされている（小山・仲裁法〔新版〕53頁，小島＝高桑編・前掲書59頁〔小島＝豊田〕⁽⁸⁾）。ただし、仲裁人は一般に公序に関する判断はできないとされていることから、その違反の有無につき争いがあるときはどのように取り扱うべきかの問題が生じる（なお、一般に公序良俗に反する仲裁判断は、民訴801Ⅰ②により国家の裁判所による取消しの対象となると解されていることについては、小島＝高桑編・前掲書189～190頁〔吉村徳重〕参照）。

ところで、かりに(イ)の暴利行為を仲裁付託の対象にできるとすれば、仲裁人は、暴利の利息契約の点につき、訴訟のように一刀両断的でなく、その中身を妥当なものに調整することができるかどうか次問題となる

(あるいは一般的理解に反し、仲裁人が公序良俗違反だと判断すれば、ただその申立てを棄却することしかできないと解すべきかどうか、仲裁を訴訟と類似の手續と解する立場からは、少し問題とされようか)。

⑥行政事件

(イ) 公法上の財産関係については、和解が可能である限りは、仲裁付託できるとされている(小山・仲裁法〔新版〕54頁, 小島=高桑編・前掲書30頁, 59頁〔小島=豊田〕)。

(ロ) 行政訴訟事件

行政庁の処分権能に自由裁量を認めることのできる範囲内であれば、和解が許されてしかるべきであり(長崎地判昭36・12・3行集12巻12号2505頁), この限りで行政庁の手續手順を履踐することにより、仲裁付託も可能であるとされている(小島=高桑編・前掲書59~60頁〔小島=豊田〕)。なお, 小室・前掲論文357頁以下参照。ただし, 反対, 小山・仲裁法〔旧版〕58頁(仲裁の対象は民事紛争に限るとする)。

⑦非訟事件

一般には否定的に解されている(中田・前掲書108頁, 小山・仲裁法〔旧版〕58頁, 岡山地判昭53・12・13判タ377号133頁)。

ただし, 以下のような事件(真正争訟事件?)については仲裁契約できるとする説がある(鈴木忠一・非訟・家事事件の研究373頁, 小島=高桑編・前掲書45頁, 60頁〔小島=豊田〕)。

(イ) 株式買取価格の決定(商245ノ3Ⅲ, 非訟法132ノ6)

(ロ) 会社の合併無効判決確定の場合の合併当事会社の負担部分または持ち分を定める事件(商111Ⅲ, 416Ⅰ, 有限63Ⅰ, 非訟法135ノ8, 135ノ9Ⅰ)

(ハ) 借地非訟事件(借地法14ノ2)

⑧特許権または商標権の効力自体に関する争い

⑨独占禁止法の適用に関する争い

⑩証券取引法に関する争い

以上の⑧⑨⑩について、アメリカでは特別の公益的観点から、仲裁不適合事件とされている（小島・仲裁・苦情処理の比較法的研究87頁，W. グレイ（岩崎一生訳）「最近の米国における商事仲裁をめぐる法的諸問題」国際商事法務8巻5号203頁）が、わが国でも同様に解すべきかは検討の余地がある。

⑪破産事件

一般にはいわゆる私的整理または調停でやればよいと考えられるが、その法的規制が不十分であったり、強制力が伴わないなどの事情から、仲裁の対象ともなりえないかが問題となる。

以上から明らかなことは、判例・学説上、仲裁適格が問題となるケースにおける、その存否の判断基準は、前記②の実体的処分可能性の有無が決め手となっているということであり、明示的に③の手続的処分可能性が問題とされているのは、①2.(ハ)の離婚・離縁事件に関してのみである。そこで、この問題を別に採り上げ、さらに②の要件の他に③の要件を独立に要求することの必要性およびその妥当性についての検討を続けることにしようと思う〔→後述、(8)検討事項②—離婚事件の仲裁適格、参照〕。

なお、以下に検討するのは、事件そのものの性格ではなくて、そのような手続が仲裁人ないし仲裁裁判所でも可能かどうかの問題とされているのである。

⑫執行関係訴訟事件

(イ) 請求異議の訴え（民執35）

(ロ) 第三者異議の訴え（民執38）

—和解できず仲裁付託もできないとされている（小山・仲裁法〔旧版〕58頁，小島＝高桑編・前掲書45頁，60頁〔小島＝豊田〕）。私人である仲裁

人が国家の裁判所によって作り出された債務名義に基づく公法上の強制執行行為を不当であると宣言したり、また国家の執行裁判所に対して命令することはできないというのが、その本質的理由である。

(v) 執行保全訴訟事件

否定説（中田・前掲書109頁,123頁, 小山・仲裁法〔旧版〕58頁, 小島＝高桑編・前掲書45頁,72頁〔小島＝豊田〕）。仮差押命令および仮処分命令による相手方の財産やその自由に直接的な介入をする行為は常に国家の裁判所に留保されなければならない、また仲裁人の選定, 法的審尋の保障などを要する仲裁手続はその迅速性や密行性という点で仮の権利保護手続として実際的でないというのがその理由である。もっとも, 近時, 西ドイツではこれを肯定的に解する見解が主流となりつつあるが, わが国でもこれを肯定するものとして, 松浦馨・仲裁と保全手続・国際商事仲裁協会, 中野俊一郎「国際商事仲裁における実効性の確保(二・完)」神戸法学雑誌38巻2号456頁以下⁽⁹⁾がある。

⑬督促手続上の支払命令(民訴430)

仲裁付託できない。その理由は, 仲裁手続において仲裁人は事実関係を探知しなければならないが(民訴794), これは債務者を審尋しないでする支払命令(民訴434 I)の制度とは合わないからであるとする(小島＝高桑編・前掲書45頁〔小島＝豊田〕)。

注(5) 本文で述べたような小山教授の見解は, 実は西ドイツの通説的な考え方であろうかと思われるが, それに対しては, A. Blomeyer が, その ZPR, 2. Aufl. 1985, S. 735 において, 当事者が実体法上処分権限を有する事項については, 国家は, その司法独占を要求してはならないとの指摘をしている。

(6) なお, 以下の検討に際し, 考慮すべき問題点を指摘しておきたい。すなわち, 仲裁は, いわゆる仲裁契約を基礎として成り立っている手続であることからすれば, 裁判によれば対世効を生じること(画一的な紛争の処理)が要請される形成的判断事項(形成訴訟事件・審判事件など)は, 一般的に仲裁の対象

とならないと考えていいかどうかという問題である（これは前記③の要件とも密接に関連する問題でもあることに注意すべきである。私見によれば、対世効の問題は、判断主体が国家の裁判所か否かということよりも、事件の性質に基づくその必要性の有無によるものと考えている。なおこの場合、第三者の手續保障は、通常は当事者適格の問題に解消されて解されているものといえよう）。

その他、仲裁適格を否定する際の根拠としては、人事訴訟事件における身分関係の安定・明確化というような対象の公益性とともに真実探究の要請などがそれに関連して挙げられるであろう（小室直人「形成訴訟における処分権主義・弁論主義の制限」企業と法〔西原追悼〕上348頁、岡垣学・人事訴訟手続法183～184頁参照）。

(7) なお、これに関する総合判例研究として、小島武司＝猪股孝史「仲裁契約の成否(5)・完」判例タイムズ689号14頁以下がある。

(8) 西ドイツでは、その法律行為の対象となる権利ないし法律関係の一般的処分可能性を理由にこの問題を肯定的に解するのが、近時の有力説の立場である（たとえば、Stein-Jonas-Schlösser, § 1025IV, Rdn. 27 によると、公序良俗に反する契約も必ずしも仲裁の対象とならないわけではなく、取消しの対象になるとすれば充分であるとしており、仲裁適格に関して、この点では広く解する傾向にある。小島＝高桑・前掲書57頁〔小島＝豊田〕参照。なお「仲裁判断をとくに法の適用によらず『善と衡平』によってなしうるときには、詐欺、時効、利息制限等に関する規定は、ある程度まで変容しうるとされている」とするのは、喜多川・前掲書26頁）。

(9) 西ドイツの状況については、前掲、松浦・中野の各論文のほか、拙訳「ゲルハルト・リュケ・仲裁の諸問題」神戸学院法学18巻3-4合併号167頁以下参照。

なお、仲裁研究会による仲裁法試案24条においては、仲裁裁判所による保全措置に関する規定が置かれている（NBL 421号67～68頁〔小島武司〕）。

(7) 検討事項①—宗教紛争の仲裁適格

前記(5)において、仲裁の対象となりうる「争い」は、通説・判例のいうように「法律上の争い」に限られるのか、若干の疑問を呈しておいた。それを検討する材料として、適切かどうかは分からないが、現実的な意味と

いうことから、一応ここでは宗教上の争いを採り上げてみたい。近年、宗教教団の主宰者たる地位や宗教法人の機関たる地位および信仰の対象や宗教上の教義にかかわる宗教的紛争に関する訴訟が増加していることは周知のとおりである。これら訴訟の問題点は、一言でいえば、まさにそれらが司法審査の対象となりうる法律上の争訟に当たるか否かということである。

判例の立場を要約すると、訴訟物自体が宗教上の地位をめぐる争いであったり（最判昭55・1・11民集34巻1号1頁：種徳寺事件）または訴訟物自体は法律上の争訟といえてもそれを判断する前提として宗教上の教義の判断が不可欠な場合には（最判昭56・4・7民集35巻3号443頁：創価学会板まんだら事件）、結局は裁判所が事実上法律を適用して判断することのできる「法律上の争訟」には当たらない、としている。ただ、ここで本稿との関係で興味深いのは、最判昭55・4・10判時973号85頁、判タ419号80頁：本門寺事件の立場である。ここでは、請求の当否を審理・判断する前提として、寺院の住職というようないわば宗教上の地位の存否が争いとなり、その選任の効力が争点となったわけであるが、最高裁は、当該「寺における住職選任の手續上の準則に従って選任されたかどうか、また右の手續上の準則が何であるかに関する」審理・判断は可能であるとして、これを法律上の争訟に当たるとしている点である。

これらの判例から、本稿は次の二点を指摘してみたいと考える。

①まず一点目としては、宗教上の地位というようないわば非法律的関係は、訴訟の対象とはならないとしても、必ずしも法に基づく審理・判断を要求されない仲裁の対象ともなりえないかどうか。かりに、この問題を実定仲裁法の立場から否定的に解したとしても、私法上の権利義務に係わる法律関係の存否を判断する前提問題として宗教上の教義に関する判断が不可欠とされる場合も同様に考えなければならないかどうか。つまり、そのような専門的判断を要する事項は本来ならば鑑定の対象となりえないわけ

ではない（この点については、たとえば詐欺の内容として「板まんだら」が本物か贋物かも、過失の内容として「スピード違反」があったかなかったかも、事実の専門的評価としては同次元の問題であり、いずれも法律を適用して判断しえない問題であることにはかわりない点に注意すべきである）が、国家の裁判所が、宗教上の教義に係わる事実問題を鑑定を使って処理することは、まさに憲法20条、21条の信教の自由、結社の自由を侵害する恐れが生じうる。これに対し、当事者の合意により選任される仲裁人の場合には、そのような問題が生じないのである（もっとも、両当事者の共同申請にかかる鑑定の場合に、それが通説の立場からいわゆる仲裁鑑定契約によるものとみられる場合には、裁判所もそれを利用して差し支えないものとする。ただ、現実論としては、そのような合意の成立をも含めて、その際の専門的知識を有する適正・公平な仲裁人の選任の困難さの問題は、無視することができないであろう）。これを要するに、前提問題として非法律的判断を要する場合に判例が当該紛争を全体として法律上の争訟に当たらないとしている場合の中身は民事裁判権の行使は場合によっては不可能ではないが、他の国家的利益（憲法20、21条の保護法益）との関係からその行使を抑制しているということにすぎないと考えるべきであろう。⁽¹⁰⁾

以上から、非法律的紛争であっても、それが法律的紛争の前提問題として現れたり、その判断が訴訟物たる法律的紛争の処理に直接的または間接的にも効果的な影響を与える場合には、その争いを判断し解決を与える意味があるというべきであり、ただ、それ以上に法律的には無関係と思われる争いを実定仲裁法上の仲裁の対象として採り上げる実益はないとすれば十分なように思われる（それとも、通説のいうように、これらはせいぜい仲裁鑑定契約の対象となるにすぎず、民訴法の適用はないと解すべきであろうか）。

②つぎに、上記本門寺事件判決においていみじくも明らかとなったよう

に、判例は、訴訟の判断規準としての法には、狹義の法、すなわち国家制定法（実定実体法）のみに限られず、条理、さらには団体の内部規律のごときものまでをも含めて考えているということである。もっとも、これは契約関係が争いとなる通常の事件においても、また既に解雇無効確認訴訟における就業規則の取扱いを想起すれば、なにも取り立てて真新しいことではないといわなければならないかもしれない。しかしながら、ここから改めて指摘したいことは、訴訟における判断規準とされている法は、公序良俗・公共の福祉ときには条理など極めて不確定な要素（規範）を含んでおり、また契約などのようなものが実質的な規範となっていて、それらは法というよりはいわば私法秩序とでもいうべきものであり、ときには判断規準の点では、その他の紛争処理システム（裁判上の和解・調停・仲裁）とその特徴として指摘されているほどの違いはないとの認識である。それゆえ、われわれが訴訟や仲裁の際にその審判の対象として要求する法律上の争訟の中身は、結局訴訟物が私法上の権利・義務をめぐる法律関係であるかどうかということであって、正確に言えばそれが厳密な意味での法律を適用して判断の可能なものかどうかは必ずしもその絶対的な要件ではないといわなければならないであろう。

なお、それ以外の問題点として、確定効（民訴 800）が生じるのは法的側面に限られる（松浦馨「宗教上の地位・信仰対象をめぐる訴訟と法律上の争訟（一）」民商94巻2号260頁）かどうかがある。しかし、非法律的紛争も、一定の場合に、それが仲裁の対象になると解しうるときは、その判断に判決の確定効に類する何らかの拘束力を認めないと、紛争処理システムとしては無力となろう（松浦・同上261頁参照）。もっとも、何度も触れたように、おそらく通説の立場からは、そのようなものは仲裁鑑定契約の対象たりうるにすぎず、その拘束力の問題として考えればよく、仲裁の規定（民訴 800）は、そのような紛争およびそれに対する判断には適用なし

との説明がなされよう。⁽¹¹⁾しかし、これも、既に指摘したように、仲裁の対象を「法律上の争訟」に限定する立場からの帰結であって、本稿の問題意識からは、必ずしも前述のような議論の対象たりえないものではないと考⁽¹²⁾える。

注(10) 新堂幸司「審判権の限界」講座民事訴訟②、9頁以下参照。なお、小山・仲裁法〔新版〕93頁、小島＝高桑編・前掲書80頁〔小島＝豊田〕参照。

(11) 小島＝高桑編・前掲書30頁、45頁〔小島＝豊田〕。なお、同37頁以下参照。

(12) なお、仲裁研究会によるその試案49条・50条によれば、仲裁鑑定契約は現行法上の仲裁契約とは別の制度との前提〔現在の通説の立場〕で、後者の規定の準用を規定している。NBL 424号42～44頁〔飯塚重男〕参照。

(8) 検討事項②—離婚事件の仲裁適格

①「訴訟上の和解の性質は、実質上、請求の認諾と請求の放棄の間において紛争の解決を図るものであるから、婚姻事件など人事訴訟の対象である身分関係事件は、一般に公益と密接な関係があり、当事者間で自主的に解決しうる任意処分性がなく、人事訴訟の訴訟物については当事者間の互譲による紛争解決がありえないから、和解はできないと解するのが通説である」(村重慶一「人事訴訟事件と和解」〔後藤勇＝藤田耕三編・訴訟上の和解の理論と実務、333頁所収])。

本稿で問題とする離婚訴訟においても、一応現行法の解釈としては、この通説の立場に従うものとして以下の各説があり、⁽¹³⁾ニュアンスの差はあれ、いずれも現行法の問題点は指摘しつつもそれは立法論であるとしている。

②「職権探知主義の行われる事件については、和解はできない。立法論としては、協議上の離婚を認めるわが法では、離婚訴訟においては、本来の訴訟上の和解を認めて差支えない。現行法上これが許されないために、調停離婚の性格も説明が困難になる」(兼子・前掲書307頁)。

③「当事者が自由に処分できない法律関係については訴訟上の和解は認

められない。協議離婚を認めるわが法では訴訟上の和解を認めて差支えない筈であるが法はこれとは別の和諧を認めることによって間接に訴訟上の和解を排除しているとみられる（人訴13条）。立法論として問題である。」

（三ヶ月章・民事訴訟法446頁）

④「職権探知主義のとられる事件については、和解は許されない。人事訴訟事件の多くはこれに属するが、離婚・離縁請求事件で訴訟上の和解を許さないのは、一方で協議離婚・離縁を認めていることと矛盾している」（新堂・前掲書253頁）。

⑤「婚姻・養子縁組については、人事訴訟法14条が『婚姻ヲ維持スル為メ』にいわゆる片面的職権探知主義を認め、同10条1項後段が民訴「第203条中請求ノ認諾ニ関スル規定」の不適用を明言しているところから（なお、⇒人訴26）、認諾や和解は認められない」（中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編・民事訴訟法講義〔補訂第二版〕360～361頁〔松浦馨〕）。

これに対し、一般的にはこの通説の立場を前提としたうえで、離婚・離縁事件に限っては訴訟上の和解も認められるとするものとして以下の各説がある。

⑥「実体法上離婚や離縁については協議によって身分関係を変更し得るのであるから、身分関係に変更をもたらすような裁判上の和解を為し得るものと解する。斯く解することが、現行法上許される趣旨であることは、家事審判法の関係法条に照し疑を容れないところである。」（加藤令造・実務人事訴訟手続法32頁）。

⑦「わが民法では従来から協議上の離婚や離縁が認められているが近時更に家事審判法は調停離婚及び審判離婚を認め、離婚または離縁の調停が成立すれば調停調書の記載は確定判決と同一の効力を有し、したがって直ちに法律上離婚または離縁の効果を生ずるものとされるに至った。このような状況のもとでは、人事訴訟においても離婚事件や離縁事件に関する限

りは、訴訟上の和解はもとより請求の放棄ないし認諾ができないものとするべき十分な立法上の理由はない。……したがって、現行法の解釈としても（立法論としてだけでなく）、離婚事件及び離縁事件については訴訟上の和解及び請求の認諾・放棄も許されるものと解するのが正当である」（山木戸克己・人事訴訟手続法124～125頁）。

⑧「職権探知主義の行なわれる事件については、和解ができない。しかし協議上の離婚の認められる以上、人事訴訟事件のうちでも離婚・離縁訴訟においては和解を認むべきであろう」（兼子＝松浦＝新堂＝竹下・前掲書715頁〔竹下〕）。

⑨「通常民事訴訟の対象となる各種の事件は、私法上自治の原則の行なわれる領域において生じる経済的な利益紛争であり、それは当事者の自由な意思決定に基づいて解決することができるものである。それに対し、人事訴訟は、社会の基礎をなす夫婦・親子等の身分関係を対象とするものであり、それは、当事者の意思を越えた客観的な事実の上に処理されるべきものである。」「それは私人と私人の関係であるが、同時に国家の秩序の基礎をなすものであって、そこには公の秩序という要素が大きな比重を占めている。」「人事訴訟事件の大多数は、公の秩序との関係において、当事者の合意による自由な解決を許さず、訴訟物の実体的な真実を明らかにした上、法律を厳正に適用して解決することを要求している。そのため人事訴訟事件においては、広く訴訟資料の蒐集について職権探知が行なわれている。この問題を概観的にとらえれば、職権探知の行なわれる事件について和解はできないということもできよう。しかし逆に人事訴訟事件のすべて、すなわち職権探知の行なわれる事件のすべてが、当事者の自由な解決を許さないというわけではない。人事訴訟のうちで離婚訴訟・離縁訴訟の目的とする離婚・離縁は、裁判所の判決によるほか、当事者の合意によってもその目的を達しうるのである。否、正確にいえば婚姻関係と養子縁組関係

は、その関係の形成が両当事者の意思に委されていると同時に、その解消も当事者の自由な意思に委されている」「裁判上の和解は、要するに、当事者の合意によって、当事者間の紛争を解決しようというのであり、したがってそれが許されるか否かは、訴訟の対象が、当事者の自由な解決に委されているか否かによってきまるのである。協議離婚・協議離縁を認めるわが国の法制の下では、訴訟が裁判所に係属中、離婚あるいは離縁について当事者の合意が成立するときは、裁判上の和解の成立を認めて然かるべきである。」(中村英郎「人事訴訟における和解」実務民事訴訟講座6, 232頁, 235頁, 238頁, 242頁)。

⑩「わが国は協議離婚(民法763条)、協議離縁(民法811条)を法認しており、離婚原因、離縁原因の存在を確認しなくても、当事者の自由意思にもとづく協議によって、婚姻関係、養子縁組関係を解消することができるのであるから、その関係では離婚、離縁訴訟の対象には、処分性があるに類するということができる。この理由から、離婚、離縁訴訟においては……和解も許されることになる。」(小室・前掲論文354頁)。

いま、離婚事件の仲裁適格を検討するに際し、次のような三つの説を想定することができる。

(1)私法上の和解が許される事項であればよいとする説→肯定説

(2)訴訟上の和解の許される事項でなければならないとする説→

- ①肯定説
- ②否定説

(3)手続的処分可能性を必要とする説→否定説(小山・前述)

すなわち、(1)、(2)①の各説からは、離婚事件の仲裁適格を肯定することができ、(2)②、(3)の各説からは、離婚事件の仲裁適格については否定的となるのである(結局、(3)説は、訴訟上の和解を認めたらうてなおかつ離婚事件の仲裁適格を否定しようとする場合、換言すれば(2)②説が理論上矛盾

なく採りえないとの立場から、要求されてきた理論といえようか)。

いまかりに、理論的には肯定説の立場を支持しようとして、問題は、それを認める実益とその場合の実務上の取扱いであろう。

周知のように、既にわが国では協議離婚・調停離婚・審判離婚・判決離婚の四種類の離婚が認められており、それ以上に何故仲裁離婚を認めなければならないのか、まずその実益が問われることになるであろう。それに対しては、現在、民事訴訟・人事訴訟・家事審判と手続的に分かれている離婚をめぐる諸々の紛争をすべて一つの手続(仲裁)の中で処理しようことになる点を一応挙げうるであろう(これは、家事審判法9条1項乙類審判事項のうち、実体法上合意による処分が認められているものについては、仲裁の対象ともなりうるとの立場を前提とする)。しかし、このような問題点については、すでに家裁移管論等で十分に議論されその立法論的対策が論ぜられているところであり、家庭裁判所の機能とその役割を重視すれば、肯定説の立場は、理論的にはともかく実務上の主張としては混乱を招くおそれなしとしない。さらに、届出等の形式的な戸籍実務との関係でも実情ではいささか困難な問題を生むであろうし(家審規§143参照)、それと関連して離婚仲裁の効果をいかに考えるべきか(判決のように形成効が生じると解しうるかどうか—民訴800適用の可否。換言すればこれを報告的届出と解しうるかどうか—届出の時点で離婚意思が欠ける場合でも判決離婚と同じような取扱いが可能かどうか。この問題は、家族状況の明確化という点からも極めて重要である)、またその判断対象は「離婚権」というようなものを想定すべきか、あるいは法律上の離婚原因(民770)のようなものを想定したうえでその存否の調査・確定をするといったようなことになるのか、またはまったくその点は自由でいいのか等、手続的合理性の保障および判断規準の点を考えてみても、理論的にも解決の困難な問題がいくつか存在する。さらには、婚姻の際に、夫婦財産契約のような形で、

将来の離婚仲裁の合意をすることが、そもそも有効かどうかというような根本的な問題も改めて考えてみる必要があるようにも思われる。

注(13) 他に、岡垣・人訴法 201頁以下、同・人事訴訟の研究 193頁以下、岡垣学＝吉村徳重編・注解人事訴訟手続法147～148頁〔住吉博〕など。

Ⅲ 一応のまとめ

以上の検討を通して、仲裁適格の機能には、他の紛争処理システムと比較して（とりわけ、訴訟との役割分担との関係で）、対象を縮小する機能（法律上の争訟のうち和解できるものでなければならない点で一上記検討事項②）と、それを拡大する機能（必ずしも法律上の争訟に限られない点で一上記検討事項①）があるように思われ、そこに今後、仲裁の活用をはかる場合の仲裁の意義ないしその特色をみることができるように思われる。

従来、このような対象による各紛争処理システム相互間の役割分担については、それほど意識的に検討されてこなかったのではあるまいか。すなわち、専ら典型的な訴訟事件を対象に各システム相互間の制度的・機能的差異ないし特色のみが論じられてきたように思われる。いま、仲裁適格の意義と機能を論じることにより、民事紛争処理システムの多様化の中での仲裁の役割ないしその制度的限界をより明確にすることが可能となり、その適切な位置づけをする際の重要な視点が提供されるように思われる。そして、このような実定仲裁法の理論的枠組の明確化こそ、今後の国内仲裁の在り方、その改正問題（新立法化）と、それを踏まえての国際仲裁の問題を考える際の前提的視座の一つを与えるものであると考える。

〔付記〕 本稿はもともと、尾上正男先生の退職記念号（神戸学院法学19巻3・4号）に掲載させていただき予定でいたところ、専ら筆者の不幸で、それに間にあわず、尾上先生初め関係者の方々にはご迷惑をおかけしてしまいました。ここにお詫びさせていただきますとともに、尾上先生のこれまでの学恩に対しまして、心よりお礼申し上げる次第です。