

仲裁権限に関する仲裁人の判断権 (Kompetenz-Kompetenz) について

田 邊 誠

- 一 はじめに
- 二 わが国の状況
- 三 ドイツの状況
- 四 UNCITRALモデル仲裁法
- 五 外国の立法例
- 六 試 論

一 はじめに

民事訴訟において被告が受訴裁判所の裁判権の存在を争う場合には、当該受訴裁判所は中間判決でまたは終局判決の中で、これに関する判断を示す。このように裁判所の手続においては、裁判所自身が自己の裁判権の有無に関して判断を下すことが当然とされている。それでは、仲裁手続においても、同様のことが妥当なのであるか。すなわち、仲裁手続において一方当事者が仲裁契約の不成立や無効を主張する場合に、仲裁人は自己の判断権の有無について判断する権限を有するのであるか。

仲裁は当事者間の仲裁契約に基づく、自主的な紛争解決である。とはいえ、少なくとも国内における仲裁に関する

説
論
かぎり、仲裁もまた国家の紛争解決制度を構成する一要素であり、国家の裁判制度との関係では、いわゆる代替的紛争解決制度の一つである。したがって、裁判所と仲裁との関係が問題になる。実際、仲裁手続が裁判制度から全く独立して存在することは考えられず、わが国を含めて多くの国々では、仲裁は、仲裁の合意の審査・仲裁裁判所の構成・仲裁判断の執行・仲裁判断の取消しなど、何らかの意味で国家の裁判所からの協力またはコントロールを予定している。特に、仲裁手続が根本的な瑕疵を帯びている場合において、裁判所が仲裁判断を取り消すことが広く認められている。⁽¹⁾そこで、仲裁人に自己の権限の有無に関する判断権を認める場合には、仲裁人自身の判断とこれに対する裁判所のコントロールとの関係が問題となる。

以下では、右のような問題点を中心にして、まず、わが国の状況を概観した後で、わが国の民法法の母法国であるドイツの状況をみることにしたい。次に、わが国の今後の法改正にあたって最も参考になると思われる、UNCITRALモデル仲裁法（一九八五年採択）の内容を紹介し、さらに、ドイツ以外の若干の外国の状況を立法例を中心に概観し、最後に、試論を述べたい。なお、本稿は原則として国内仲裁を念頭においている。また、とくに文献の引用については、許された紙数の関係で不十分なものであることを予めお断りしておきたい。

(1) 日本民法八〇一条のほか、ドイツ民法一〇四一条、フランス民法一四八四条、アメリカ連邦仲裁法一〇条・一二条、イギリス一九五〇年仲裁法二三条、オランダ民法一〇六四条など。

二 わが国の状況

(一) 法律とその解釈

わが国では、民法七九七条がこの点に関する唯一の規定である。この規定は、当事者の一方が、有効な仲裁契約

の不存在、当該紛争が仲裁契約の範囲外のものであること、仲裁人に仲裁の権限がないことなど、仲裁手続の不許を主張する場合にも、仲裁手続の続行及び仲裁判断ができることを定めている。そして、この規定は、当事者から仲裁手続を不適法とする抗弁が提出された場合に、当該手続を続行するか、裁判所の判断を待つて停止するかに関して、仲裁人に判断権を与えたものであると解されている。また、仲裁人の手続続行の判断に対しては、当事者は独立の不服申立てをすることはできず、仲裁判断取消しの訴えを通じて不服申立ての機会を与えられるにすぎないとされている。⁽²⁾なお、これらの問題に触れた従前の判例で、特に注目すべきものはない。

(2) 小島武司・高桑昭編・注解仲裁法(一九八八)(以下、注解と略す)一四四頁以下(柏木邦良)。なお、本条の趣旨を、当事者の一方による手続の引延しを防ぐことにもとめる従来の見解(たとえば、倉田寛吉・民事訴訟法「仲裁手続」の解説(一九七九)七五頁)に対し、柏木弁護士は、本条の本来の趣旨は、仲裁手続の正当性に関する紛争の審理・判断権を仲裁人自身に与える点にあり、手続促進は本条が良く機能した場合の結果にすぎないとされる(注解一四三頁以下)。しかし、判断内容の公正の点でより望ましい裁判所などの第三者ではなく、敢えて仲裁人自身に判断権を与えた理由は、やはりドイツ民法の立法理由に示されたように、第三者に判断を任せられた場合の手続遅延を考慮したものであろう(Hahn-Mugdan, Die Gesanten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 2, Materialien zur Zivilprozessordnung, Abt. 1, 1881, S. 495)。

(二) 仲裁法試案

次に、約一〇年間の研究を踏まえて、一九八九年に仲裁研究会(代表菊井維大)によって公表された仲裁法試案を概観する。わが国の文献では、本稿が関心を持つ問題に言及するものは少ないが、⁽³⁾その中において、本試案はわが国の研究の到達点を示すものとして貴重である。

仲裁法試案では、第二〇条(仲裁人の権限)の規定が次のような規定を置いている。⁽⁴⁾

第一項 仲裁人は、付託された事件について仲裁判断をする権限を有するか否かを決定することができる。

第二項 仲裁人が事件の全部又は一部につき仲裁判断をする権限を有しないとの主張は、本案についての答弁の提出後は、これをする事ができない。

第三項 仲裁判断をする権限を有する旨の仲裁人の決定は、仲裁判断取消しの訴えによって、又は執行許容の宣言を求めるとされる手続における抗弁によってのみ、争うことができる。

起草者の一人の解説によれば、第一項は、仲裁判断の権限の有無に関して仲裁人に第一次的判断権を与えたもので、手続の不当な遅延による仲裁制度の機能不全を避けるため、民訴法七九七条と同様、仲裁人の手続執行権を前提にしているとされ、現行法と同趣旨の規定である。

第二項は、仲裁判断欠缺の主張に関する失権の時期を定めた規定であるが、失権の効果が仲裁手続内に限られるか、仲裁判断取消しの訴えや執行許容宣言を求める手続にも及ぶかについては、解釈に委ねられている。

第三項は、仲裁判断の権限を肯定する仲裁人の判断に対しては、仲裁判断取消しの訴えまたは執行許容の宣言を求める手続内での抗弁によってのみ争えるとしている。

なお、明文の規定にはなっていないが、仲裁判断の権限を否定する仲裁人の判断に対しては、訴え提起によって裁判所の最終的判断を求めることができるとの解釈が示されている。また、仲裁判断権の有無に関する仲裁人の判断は、中間的判断の形式で行うこともできるが、これに対しては裁判所の判断を求める機会を与えないとされている。

さらに、仲裁権限最終判定権付与の合意⁽⁵⁾、すなわち、仲裁判断権の有無に関する仲裁人の判断に対して、裁判所を拘束する効力を与える旨の仲裁当事者間の合意 (Kompetenz-Kompetenz Abrede) の許容についても、本試案は解釈に委ねている。

(3) すでに言及したもののほかに、注解六五頁以下 (小島武司—豊田博昭)。

- (4) 仲裁研究会「仲裁法試案とその解説(五)」NBL四二二号七〇頁以下(小島武司)(以下、小島・試案解説と略す)。
(5) 小島・試案解説・NBL四二二号七〇頁。

三 ドイツの状況

仲裁権限に関する仲裁人の判断権に関する規定は、ドイツでは民訴法一〇三七条である。この規定は、わが国の民訴法七九七条の母法であり、文言も同一である。

(一) 法律の解釈

わが国におけると同様、本条は、根拠のない異議の主張によって仲裁手続が遅延することを防ぐことを目的とし、⁽⁶⁾ 当事者から判断権の欠缺を主張された仲裁人には、手続を停止するか、あるいは、手続の引延しを防ぐために、手続を続行して仲裁判断を下すかの選択権があると解されている。⁽⁷⁾

また、この規定については、特に、手続の停止に関して、仲裁人が中間的判断の中で自己の判断権の不存在を宣言するといふ矛盾を避けられること、及び、当事者と同一の業界から選出された仲裁人が予期せぬ重大問題に関する判断を前にして、自己の判断権の欠缺を口実に仲裁人の役割を放棄するといった事態を防ぐことができることが長所である反面、判断権の有無に関する裁判所における手続の進行を当事者に任せざるをえないという点で問題があると指摘されている。⁽⁸⁾

なお、仲裁人が自己の判断権を肯定する旨の中間的判断をすることができるといふ点については、本条は明らかにしていない。ただ、これを肯定するとしても、ドイツではこのような中間的判断は仲裁判断とはみられないので、⁽⁹⁾ これに関する争いは、終局的仲裁判断に対する取消しの訴えによる解決を待つことになると解されている。⁽¹⁰⁾

(6) Baumbach-Lauterbach-Albers, ZPO, 46. Aufl., 1988, § 1037 Ann. 1A.

(7) Stein-Jonas-Schlosser, ZPO, 20. Aufl., 1980, § 1037 Rdnr. 1.; Baumbach-Lauterbach-Albers, a. a. O., § 1037 Ann. 1B.

(8) Mezger, Neueste Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung (bis Anfang 1988) zur Zwischementscheidung der Schiedsrichter über ihre eigene Zuständigkeit, Festschrift für Walter J. Habscheid zum 65. Geburtstag, 1989, S. 177 ff., S. 178.

(9) Maier, Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit, 1979, S. 353 f.; Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl., 1979, S. 137 f.

(10) Mezger, a. a. O., S. 178.

(二) 仲裁権限最終判定権付与の合意について

わが国の仲裁法試案がこの問題を解釈に委ねていることはすでに述べたが、特にドイツでは以前からこの問題が盛んに論じられている。

まず、仲裁判断権の有無に関する仲裁人の判断が当然に裁判所を拘束する効力を持つわけではないことに関しては、判例・学説は一致している⁽¹¹⁾。

これに対して、仲裁判断権の有無に関する仲裁人の判断に対して、裁判所を拘束する効力を与える旨の仲裁当事者間の合意の許否については、判例・学説において様々な議論がある⁽¹²⁾。

判例では、一九七七年にBGHが、仲裁判断に対する執行許容宣言が求められた事件で、いわゆる仲裁権限最終判定権付与の合意は、仲裁契約の有効性に関する第二の仲裁の合意であり、したがって、この合意の成立及び有効性については、仲裁判断の取消しを求める訴訟で裁判所は仲裁人の判断に拘束されることなく判断できること⁽¹⁵⁾、及び、仲

裁権限の有無に関する判断権を仲裁人に与える合意は、仲裁契約として認められ、憲法上及び裁判所構成法上も問題がない旨を判示した。⁽¹⁶⁾ 続いて、一九八八年には同じBGHが、訴訟中に仲裁契約の抗弁が提出された事件で、第二の仲裁の合意という構成を踏襲し、このような合意の存在が確認された場合には、裁判所は、当該合意の有効性及び解釈に関する審理に制約を受けるとした。⁽¹⁷⁾

一方、学説では、従来は積極説よりも消極説の方が優勢であるようにみえたが、現在はいずれとも断言できない。それぞれの学説の要点は次のようなものである。

まず、消極説⁽¹⁸⁾は、仲裁権限最終判定権付与の合意を認めると、仲裁権限の有無に関する限り、裁判所が仲裁人の判断に従うことになるが、これは有効な仲裁契約が存しない場合に取消しの訴えを許す民訴法一〇四一条一項一号の趣旨に反するし、ひいては憲法上の法治国原理に違反すると主張する。

これに対して、積極説⁽¹⁹⁾は、判例と同様、仲裁権限最終判定権付与の合意を第二の仲裁の合意にとらえ、裁判所はその有効性に関しては、仲裁判断取消訴訟または執行許容宣言を求める手続の中で仲裁人の判断に拘束されることなく判断できるが、当該合意が有効と認められる限りは、裁判所は仲裁権限の存在に関する仲裁人の判断に従わなければならないとする。

結局、この対立は、仲裁手続に対する裁判所のコントロールは、仲裁権限最終判定権付与の合意の有効性に及ぶだけで十分なのか、仲裁判断権の有無に関する仲裁人の判断内容自体にまで及ぶ必要があるのか、見方をかえれば、仲裁人の判断内容の正当性、あるいは、それに対する当事者の信頼をどのように評価するか、ということに帰着するよう思われる。

(11) BGH KTS 1961, 26, 27; BGH BGHZ 68 (1977), 356, 358; Schwab KTS 1961, 25; Habscheid KTS 1964, 154.

Stein-Jonas-Schlosser, a. a. O., Rdnr. 3.

(12) 紹介として、注解六五頁以下（小島武司＝豊田博昭）。

(13) すでに一九五五年にBGHが、主たる契約に含まれる仲裁条項が、主たる契約及び仲裁条項の有効性に関する判断権を仲裁人に与えている場合には、裁判所は、この点に関する仲裁人の判断を審理の対象とするには足りず、当該仲裁条項がかわる解決を許すか否かに限って審理をやることになった（BGHKTS 1961, 27）。当該事案からわかる仲裁権限最終判定権付与の合意に関する争ひをめぐっての疑問がある（Kornblum, Zur „Kompetenz-Kompetenz“ privater Schiedsgerichte nach deutschem Recht, Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit, Band 3 (1989), 1990, S. 38, 40.)。

(14) ただし、この事案の仲裁権限最終判定権付与の合意に関する争ひをめぐっての疑問がある（Bosch JZ 1989, 203; Kornblum, a. a. O., S. 40.)。

(15) BGH BGHZ 68, 366.

(16) BGH BGHZ 68, 367 f.

(17) BGH JZ 1989, 201.

(18) 代表的なものを「Bärmann, Festschrift für Friedrich Weber, 1975, S. 7 f.; Bauer, Festschrift für Hans Fasching, 1988, S. 81, 87; Bülow KTS 1970, 125; Kornblum, a. a. O., S. 46; Leopold ZZP 91, 481; Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 14. Aufl., 1986, § 174 VI 3; Schottelius KTS 1959, 134; Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, 4. Aufl., 1990, S. 50; Werthauer NJW 1953, 1416.

(19) 代表的なものを「Czapski Betrieb 1956, 982; Habscheid, Festschrift für Fritz Bauer, 1981, 425 ff.; Siebel NJW 1954, 542; Stein-Jonas-Schlosser, a. a. O., Rdnr. 3~6; Thomas-Putzo, ZPO, 14. Aufl., § 1025 Anm. 2c. など」注解六五頁（小島武司＝豊田博昭）からの立場を支持する。

四 UNCITRALモデル仲裁法⁽²⁰⁾

国際連合の国際商事仲裁に関する国際商取引法委員会（UNCITRAL）は、一九八五年にモデル仲裁法を採択し

た。同法制定の目的は、直接には、国際仲裁に関する法律を有しない国、あるいは仲裁法が完備していない国による新たな立法に際して、このモデル法が全部または一部採用されることにある。⁽²¹⁾しかし、そのみならず、世界の学者及び実務家による比較法的検討を経て制定された同法は、各国の仲裁制度のあり方に必然的に影響を及ぼすことであろうし、また、およそ仲裁法に関する問題を考える際には、つねに参照されるべき重要性を持つものである。そこで、本稿でも同法を取り上げることにした。

同法は、第一六条（仲裁裁判所の自己の判断権限に関する判断を下す権限）に、次のような規定を置いている（英語の原文に基づく筆者の訳による）。

第一項 仲裁裁判所は、仲裁の合意の成立または有効性に関する異議を含め、自己の判断権限に関して判断を下す権限を有する。この場合には、契約の一部を成す仲裁条項は、契約の他の条項から独立した合意として扱われる。契約を無効とする仲裁裁判所の判断は法律上当然に仲裁条項を無効とするものではない。

第二項 仲裁裁判所が判断権限を有しないとの主張は、答弁書提出後にしては妨げられない。当事者は、仲裁人を選定しましたは仲裁人の選定に関与したことをもって、かかる主張をすることを妨げられない。仲裁裁判所が権限を越えているとの主張は、権限外と主張される事項が仲裁手続で提出されたのち速やかに行わなければならない。いずれの場合においても、仲裁裁判所は、遅延に正当の理由ありと認めるときは、時機に遅れた主張を許すことができる。

第三項 仲裁裁判所は、本条第二項の主張について、前提問題としてまたは本案に関する仲裁判断において、判断することができる。仲裁裁判所が、前提問題として、仲裁裁判所が判断権限を有するとの判断をした場合には、いずれの当事者も、その判断の通告を受けた日から三〇日以内に、第六条に定める裁判所に、それにつ

いて判断することを申し立てることができる。その判断に対して不服を申し立てることはできない。その申立てに對する判断がされるまでの間、仲裁裁判所は仲裁手続を続行し、仲裁判断をすることができる。

第一項は三段から成る。第一段は、仲裁人が自己の判断権限に関して判断を下す権限を有することを規定する。その趣旨は、わが国の仲裁法試案二〇条一項と基本的には同じである。ただし、仲裁判断の権限がないとの判断については、仲裁人は当事者からの主張を待たずに進んで示すことができるとの趣旨を含む点が特徴的である。⁽²²⁾第二段・第三段は、いわゆる仲裁条項の分離可能性 (separability) を規定する。⁽²³⁾

第二項は、仲裁人の判断権限に對する当事者の異議の主張に關する失権を規定する。ここでは、まず、判断権限欠缺の主張と判断権限逾越の主張とが区別されている点が注目される。⁽²⁴⁾前者に對する失権の規定は仲裁法試案二〇条二項と同旨であるが、後者に對しては、事柄の性質上、とくに異なる規定を置いている。また、同項第四段は、兩者ともに、正当な理由がある場合には失権の例外とする旨を定めている。これも、わが国の仲裁法試案にはない規定であるが、「仲裁法研究会」では、失権の結果として訴訟の途が閉ざされることになっても、権利保護手段として訴訟と同等の仲裁の途が確保されれば問題はないとの意見が有力であったとされる。⁽²⁵⁾

なお、失権の効果の及ぶ範囲に對しては、解釈に委ねられている。⁽²⁶⁾しかし、事務局及び作業部会の解釈、並びに、責問権の放棄を定めた第四条の規定の趣旨からみれば、⁽²⁸⁾仲裁適格の不存在その他公序違反の事由以外は、すべて失権すると解すべきである。⁽²⁹⁾もし、失権を肯定しなければ、異議の事由の存在を知らながら主張をせず、仲裁判断が出た後になって当該事由に基づいて取消しの訴えを提起することを許すことになる。⁽³⁰⁾

第三項は、仲裁人が自己の判断権限に關して判断を下す方法、及び、仲裁人の当該判断に對する裁判所のコントロールに對して規定する。この規定をめぐっては、仲裁判断が仲裁人の判断権欠缺を理由に取り消される場合におけ

る、時間及び金銭の無駄を恐れる立場からは、仲裁手続の早い段階での裁判所のコントロールが望ましいとするのに対して、当事者による手続引延しを恐れる立場からは、裁判所のコントロールは仲裁判断後が望ましいとの意見が出され、草案の段階で何度か変更があった。⁽³¹⁾そして、最終的には、仲裁人が個々の場合に、時間及び金銭の無駄の危険と手続遅延の危険とのいずれが大きいかを勘案して、中間的判断または本案判断のうちいずれか適当な方法を選ぶことができるとした。さらに、前者の方法を選んだ場合について、不服申立期間及び上訴の制限、並びに、仲裁手続続行の権限の規定を加えることによって、特に、手続引延しの防止をはかっている。⁽³²⁾

もっとも、この規定の効用に対しては疑問が出されている。たとえば、自己の判断権を肯定する仲裁人の中間的判断に対して裁判所に不服が申し立てられた場合を考えてみよう。この場合に、仲裁手続が続行され、終局的仲裁判断が出され、その後、裁判所が不服申立てを認容したときには、不服を申し立てた当事者は、当然、裁判所に終局的仲裁判断の取消しを求めるであろう。しかし、これでは仲裁判断の取消しに伴う時間と金銭の無駄をなくすという、規定の本来の目的は達せられないのではないか。また、仲裁契約の有効性に関して意見が異なる当事者間で、一方は裁判所に訴えを提起し、他方は仲裁を申し立て、裁判所は仲裁契約の有効性を否定し、仲裁人は中間的判断でこれを肯定し、さらに終局的判断を出した場合に、仲裁の有効性について異議を有する当事者はどんな方法で不服を申し立てるのか。不服申立てを受けた裁判所は仲裁契約の有効性を否定した自身の先行する判断に拘束されるのか、など解決困難な問題が生じるのではないか、という疑問である。⁽³³⁾

なお、仲裁人が判断権の不存在をみずから認めた場合については、本条は規定を設けていない。この場合については、仲裁契約はその役目を終えて失効するのであり、この場合に限って裁判所は仲裁人の判断に拘束されるという考え方が一方、⁽³⁴⁾この考え方は、仲裁判断の取消事由の存否に関わる場合について不服申立てを許さないもので不当

であるとの立場から、このような判断をした仲裁人に仲裁手続の続行を強いることは適当でないから、仲裁人の当該判断を終局判断とみて、⁽³⁵⁾これに対する不服は仲裁判断取消しの訴えの中でのみ主張できると解すべきであるとの考え方も主張されている。⁽³⁶⁾

- (20) 同法については、特に、注解八九六頁以下（高桑昭）、沢田壽夫「UNCITRAL国際商事仲裁模範法（一）」（五・完）JCAジャーナル一九八七年九月号〜一九八八年一月号、高桑昭「国際取引法委員会の国際商事仲裁に関する模範法（一）」（二二・完）JCAジャーナル一九八六年一月号〜一九八六年二月号などが詳しい。また、Calavros, Das UNCITRAL-Modelgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 1988.
- (21) 注解八九七頁（高桑昭）。
- (22) UN-Doc. A/40/17, para. 150. これに対し、Calavros は、原則として当事者の支配が広く認められている仲裁手続において、明文の規定なしに、仲裁人の職権による判断の権限を一般的に認めることに反対し、当該係争事項に仲裁適格性(arbitrability)が欠ける場合に限って、職権による判断を認めるべきであるとする (Calavros, a. a. O., S. 87 f.)。
- (23) わが国の民法には同旨の規定はないが、仲裁法試案は第八条に規定を置いている。
- (24) Calavros, a. a. O., S. 80.
- (25) 小島・試案解説・NBI四二二号七〇頁。
- (26) UN-Doc. A/40/17, para. 289.
- (27) UN-Doc. A/CN.9/246, para. 51.
- (28) UN-Doc. A/40/17, para. 57.
- (29) Holzmann, A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration : legislative history and commentary, 1989, p. 483.
- (30) Holzmann, id., p. 484 ; Calavros, a. a. O., S. 91.
- (31) Holzmann, id., pp. 485-86.
- (32) UN-Doc. A/40/17, paras. 159, 161. なお、国際仲裁が実際に利用されることを予定して、一九七六年に国際連合の国際商

事仲裁に関する国際商取引法委員会が採択された、UNCITRAL仲裁規則二一条四項では、前者の方法が原則とされてくる(注解八九一頁(高桑昭))。

- (33) Calavros, a. a. O., S. 93 ff.
- (34) Schütze/Tschering/Wais, Handbuch des Schiedsverfahren, 2. Aufl., 1990, Rdnr. 118.
- (35) UN-Doc. A/40/17, para. 163.
- (36) Calavros, a. a. O., S. 93.

五 外国の立法例

ここでは、フランスの比較的新しい立法例、詳細な研究があるスイスの例、及び、最近かなり詳細な規定を設けたオランダの興味深い立法例を紹介したい。

(一) フランス⁽³⁷⁾

まず、フランスでは、一九八一年のデクレによって改正された民法の一四六六条が、仲裁人の権限を当事者が争う場合には、仲裁人自身にその権限の有効性及び範囲に関する判断権があることを規定している。この規定は、従来の控訴院と破棄院との間に生じていた判例の相違に³⁸終止符を打つものであるとされている。そして、この規定は、自己の権限に関する仲裁人の判断に裁判所に対する拘束力を与えるものではなく、仲裁人の当該判断は仲裁判断取消しの訴えを通じて裁判所のコントロールを受けると解されている。

民法一四八五条は、この手続で仲裁人の判断が裁判所によって取り消された場合は、当事者全員が反対しない限り、裁判所が本案について判断を下すと規定している。しかし、仲裁人自身が自己の判断権が存在しない旨の判断をし、その後この判断が裁判所によって取り消された場合に、裁判所または仲裁人のいずれが本案に関して判断を下す

べきかについては、問題が残されている。⁽³⁶⁾

(37) フランスの状況に関しては、小山昇「フランスにおける仲裁」法律時報五四巻八号五六頁以下（一九八二）、服部弘「フランス仲裁法の改正」JCAジャーナル一九八二年二月号一五頁以下、注解五二九頁以下（多喜寛）、Calavros, a. a. O., S. 78などを参照。以下の叙述は、特に、Calavros, a. a. O., S. 78に於て。

(38) Pouchard, *L'arbitrage commercial international*, 1965, p. 135 et s.

(39) Robert, *L'arbitrage*, 5ed., 1983, p. 139 et s.

(一) スイス⁽⁴⁰⁾
ス

スイスでは、従来から各カントンが仲裁に関する法を有しているが、一九六九年に仲裁に関する協約（Konkordat）が採択され、これを承認するカントンが次第に多くなりつつある。ここではこの規定を紹介したい。

同協約八条は、仲裁の合意の有効性、内容、または範囲に関する異議が出た場合には、仲裁人が、中間的決定または終局的仲裁判断の中で自己の判断権に関する判断を示すことを規定する（一項）。また、この異議は本案に関する答弁前に提出すべきものとされている（同条二項）。さらに、同九条によれば、仲裁人の判断権の存否に関する中間的決定に対しては、当事者は裁判所に直ちに取消しの訴えを提起することができるが、一般に取消しの訴えは決定（または仲裁判断）の送達後三〇日以内に提起すべきものとされている（三七条一項）。したがって、ここでは当事者は中間的判断または終局的仲裁判断に対して取消しの訴えを提起しないことによって、仲裁権限に関する仲裁人の判断に拘束力を付与することができることとなる。⁽⁴¹⁾

(40) スイスの状況に関しては、注解五二九頁以下（柏木邦良）、Habscheid, *Das Problem der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts*, SJZ 1982, 321, 323 ff.; Bucher, *Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, 1989, S. 56 ff.を参照。

(41) Habscheid SJZ 1982, 324.

(三) オランダ⁽⁴²⁾

最後に、オランダの立法をみよう。オランダでは、一九八六年の民法改正の中で仲裁に関する規定も全面的に改正された。

新民法は、一〇五二条で仲裁人の判断権に対する異議に関する規定を設けている。この規定では、仲裁人は自己の判断権に関して判断を下す権限を有すること(一項)、仲裁人の判断権に関する異議は本案に関する答弁前に提出しなければならず、これを怠る場合には仲裁手続はもちろん裁判所の手続においても、仲裁適格に関する異議を除き、異議の提出権を失うこと(二項)、仲裁裁判所の形成に関与した当事者は、仲裁裁判所の構成の違法性をもって異議の事由とすることはできないこと(三項)、仲裁人が自己の判断権を肯定する中間判断を示した場合には、当事者は終局的仲裁判断を待つて取消しの訴えを提起できること(四項)、仲裁人が自己の判断権を否定した場合には、当事者が仲裁裁判所の上級審を特に合意するときを除き、裁判所が本案に関する判断をすることを定める(五項・六項)。この中で第二項の規定は、当事者に対して厳格な失権を定めるものとして特に注目される。

(42) オランダの状況に関しては、注解六六九頁以下(貝瀬幸雄)、『Yearbook Commercial Arbitration, vol. XII, 1987, pp. 370-387; Sanders/van den Berg, The Netherlands Arbitration Act 1986, 1987を参照。』

六 試 論

さて、以下では、これまでの概観及び検討を踏まえて、仲裁権限に関する仲裁人の判断権に関する主な問題点とこれに対する試論を提示してみたい。

(一) 仲裁権限に関する当事者の異議申立て

これについては、まず、申立てに制限を設けるべきかという問題がある。本案に関する答弁の時点を基準に失権を規定する例が多いが、仲裁手続の途中で新たな事項を仲裁の対象とすることを求められたが、仲裁人には当該事項に関する判断権限がないというような場合を考えると、正当な理由の存在を要件として失権を緩和すべきであろう。⁽⁴³⁾

次に、当事者が異議申立てに関して失権した場合に、その効果はどこまで及ぶか、特に、仲裁判断取消しの訴えや執行許可の宣言を求める手続で当該異議を提出することができるかという問題がある。しかし、これを認めるときには、適時に異議が出されて手続が中止されていれば不要であったはずのコストが無駄になる恐れがあるから、失権の効果はこれらの手続にも及ぶと解さざるをえない。

(43) なお、UNCITRALモデル法の規定は、判断権の欠缺と権限踰越とを区別する。しかし、この規定については、具体的な事例でこの区別が明確にできるかという疑問がある。

(二) 仲裁権限に関する仲裁人の判断の方法

まず、仲裁人が仲裁権限の存否に関する判断を示すのは、当事者から異議が提出された場合に限るのかという問題がある。当事者の異議に対する判断という形になるのが通常であろうが、当該係争事項が仲裁適格を欠くといった理由で仲裁権限を否定する場合には、仲裁人がみずから進んで判断を示すことが必要になろう。

次に、仲裁手続の途中での中間的な判断の可否が問題となる。これについては、ドイツでは若干の疑問があるようにみえる。しかし、当事者から異議が出ているにもかかわらず、これを黙殺して手続を続行するようなことでは、手続の充実は期待できないから、必要な場合には中間的判断をすべきである。仲裁権限に関する判断を中間的判断の形とするか終局的仲裁判断の形であるかは、手続の進行に関する様々な要素を考慮して、仲裁人が総合的に判断すべきである。なお、仲裁権限を否定する旨の判断は、これによって仲裁手続を終了させる趣旨を含むから、すべて終局的

判断とみるべきである。

(三) 仲裁権限に関する仲裁人の判断に対する不服申立て

まず、仲裁権限に関する判断が終局的仲裁判断の形で示された場合に、しかもそれが仲裁権限肯定の判断であるときには、仲裁判断取消訴訟の対象となることに疑問はない。取消訴訟で訴えが認められた場合には、仲裁再開の余地はなく、裁判所による紛争処理に期待することになる。⁽⁴⁾

これに対して、仲裁権限否定の判断であるときには、論理的には、仲裁判断取消訴訟を許すことが考えられるが、訴えが認容されない場合はもちろん認容される場合でも、当該仲裁人に再度の仲裁判断を求めることは適当でないと考えられる。したがって、先に触れたように、この場合に限って仲裁人の判断に拘束力を認め、不服申立てを許さないとする立場もある。しかし、仲裁人の判断が明らかに不当な場合にも不服申立てを許さないことは妥当でない。むしろ、仲裁人の判断の当否、ひいては責任の有無を明らかにする機会として取消訴訟を認めたりえて、取消決定の確定後は裁判所による事件処理に委ねるべきであろう。

次に、仲裁権限に関する肯定的判断が中間的判断の形で示された場合については、直ちに裁判所に対する不服申立ての機会を与える方法、終局的仲裁判断を待つて取消訴訟等による不服申立てを許す方法、さらには、これらのうちのいずれかを仲裁人が場合に依じて選択する方法などが考えられる。一番目の方法は、仲裁人の判断が誤っていた場合に無駄な手続を避けるという利点があるが、手続引延しに利用される恐れもある。二番目の方法には一番目の方法とちょうど反対の得失がある。最後の方法は、状況に応じた対応が可能であることが利点であるが、不服申立てが当事者の重要な権利であることを考えると、この方法を認めることには疑問が残る。このようにいずれの方法にも一長一短があるが、わが国の場合には訴訟手続に特に時間がかかり、これが手続引延しに利用されやすいこと、及び、仲

裁人の判断の誤りによる負担は当該仲裁人を選択した者としての当事者がある程度は引き受けなければならないと考えられることなどからすれば、わが国にとっては二番目の方法が比較的望ましいと思われる。

なお、仲裁権限否定の判断が中間的判断の形で示された場合については、終局的判断として、終局的仲裁判断に関して先に述べたような処理をすることになろう。

(44) 仲裁判断の取消判決確定後の処置を取消事由に応じて柔軟にすべきことについて、注解一八四頁（吉村徳重）。

(四) 仲裁権限最終判定権付与の合意

すでに述べたように、これは、仲裁手続に対する裁判所のコントロールは、仲裁権限に関する最終的判定権を仲裁人に付与する合意の有効性に及ぶだけで十分か、仲裁判断権の有無に関する仲裁人の判断内容自体にまで及ぶ必要があるのか、という問題である。

ところで、仲裁の制度は、紛争当事者がみずから選任した仲裁人の紛争の対象に関する判断に進んで服する旨の合意に国家が法的効果を与え、代替的紛争解決制度としての権威を認めたものである。⁽⁴⁵⁾ 換言すれば、仲裁制度の基礎は当事者間の合意、すなわち、私的自治の尊重にある。もっとも、当事者間の合意に法的効果が与えられるためにはその要件がある。それは、合意が有効で、かつ、合意の対象が当事者間の処分に服する事項であるということである。⁽⁴⁶⁾ ここで問題となる合意の対象は、仲裁権限に関する仲裁人の判断権の存否である。そこで、まず、これが当事者間の処分に服するものであるかどうかのポイントとなる。

なるほど、冒頭で述べたように、わが国を含めて多くの法制度では、訴訟による仲裁判断の取消しの制度を設けて、仲裁人の判断内容に対する裁判所のコントロールを予定している。そして、仲裁人に仲裁判断の権限がないことも取消事由とされている。しかし、これも、取消事由が存する仲裁判断については、裁判所が進んで取り消すという

わけではなく、あくまでも当事者からの申立てに基づいて取り消されるにすぎない。いずれの当事者からも申立てがない場合には、仲裁権限のない仲裁人のした仲裁判断もそのまま有効なものとして存続することになる。つまり、この限りで、仲裁権限に関する仲裁人の判断権の存否も当事者間の処分に服するわけである。

したがって、仲裁制度の基礎にある考え方からすれば、ここで問題となる合意も、それが有効に成立しているかぎり、当然に尊重されねばならず、裁判所によるコントロールもその限度で、すなわち、当該合意の有効性を審査する限りでのみ行われるべきであるということになる。

また、見方をかえれば、仲裁制度は仲裁人の判断に対する当事者の信頼を基礎にするものである。したがって、国家が仲裁制度を認めるということは、このような当事者の信頼を尊重することにはかならない。この点からしても、当事者が仲裁権限に関する仲裁人の判断を信頼して、これに拘束力を認めようとする場合には、国家の法制度全体の整合性という観点からみれば、それを尊重すべきであらう。

(45) 冒頭に言及したように、ここでは国際的仲裁は一応視野の外に置く。

(46) 注解四頁（小島武司）。

*

*

以上、試論を簡単に提示したが、十分な考察を経ずに思い付きを述べたところも多く、今後さらに検討を重ねて行かなければならないと考えている。先学の方々から御教授並びに御批判をいただければ幸いである。