

国際仲裁契約とその準拠法——リングリング・サーカス事件控訴審判決——

東京高裁平成六年五月三〇日判決

判時一四九九号六八頁、判タ八七八号二七六頁

猪股 孝史

【事実の概要】

X社は、外国からアーティストなどを招聘して日本で興行させることを目的とする日本法人、Yは、米国でサーカス興行を行う米国法人であるA社（リングリング社）の代表者であり、A社の発行済み株式総数の過半数を有する支配株主であるとともに、A社の公演するサーカスの構成や出演者などを決するプロデューサーでもある。

X社とA社は、昭和六二年一〇月二日、X社がA社のサーカス団を、昭和六三年度と平成元年度の二年間にわたり日本に招聘し、興行する権利を取得し、A社はその対価の支払を受ける旨の興行契約を締結した。日本における初年度の興行は成功したが、次年度は極端に不振であり、X社は多額の損害を被った。X社は、その原因は、Yが契約締結にあたって、X社の代表者Bに対して、一年契約では十分な利益をあげることができないから複数年契約にする必

要があると強調し、初年度はほぼ当初の計画通りの内容の興行を提供したものの、次年度は極端な手抜きをしたことにあり、しかも Y は、契約締結段階から、合意された内容のサーカスを提供する意思はなく、詐欺を行ったものであるとして、Y に対して、不法行為に基づく損害賠償請求の訴えを東京地裁に提起した。

これに対して、Y は、X 社と A 社との間には《本件契約の解釈または適用を含む一切の紛争》は、それぞれ相手国側の仲裁機関による仲裁で解決する旨の仲裁契約があり、その効力は本件訴訟にも及ぶから、本件紛争はニューヨークにおける仲裁によって解決されるべきであり、本件訴えは却下されるべきであると主張したところ、X 社は、本件訴訟は不法行為を原因とし、Y 個人を被告とするものであるから、X 社と A 社との仲裁契約の効力はこれに及ばないと反論した。

第一審は、Y の妨訴抗弁を認めて、訴えを却下した。<sup>(1)</sup>これに対して、X 社が控訴したのが本件である。控訴棄却(上告)。

【判旨】

仲裁契約とは、訴訟によらないで、「一定の者に一定範囲の紛争につき、……最終的な判断を委ねることを内容とする契約であり、……」[そこでは]どの範囲の紛争を仲裁判断に委ねるかも定められる。これらの点についての契約の準拠法は、紛争の解決方法という特殊な事項についてであるとはいえ、私的自治の領域での契約の効力に関する問題であるから、当事者の意思によって定まり(法例七条一項)、それが明確を欠く場合には、特定の場所で一定の法的手続を行うことを定める契約の性質からして、仲裁手続を行う地の法律によるのが当事者の意思であると推定すべきである。」

「仲裁契約は、仲裁の対象とされている紛争に関する訴訟について一定の訴訟法上の効果（通常は訴訟を排除する効果）を有し、このような訴訟法上の効果のいかんは、一般的には法廷地法によって定まるべき事柄である。しかし、仲裁契約が訴訟排除効をもつのは、それが一定範囲の紛争を訴訟によらずに解決することを定めていることの反射的效果としてであるから、排除効の及ぶ範囲は、原則として仲裁契約の準拠法によって定まるものと解すべきである。……〔本件のように〕仲裁の行われる国として複数の国が予定されている場合……には、いずれの国の法律に基づいて訴訟排除効の範囲を決すべきかが問題となるが、仲裁と訴訟の相互補完的関係並びに当事者が特に仲裁という特別の紛争解決手段によることを合意している以上……、原告が当該請求について仲裁を求めた場合に仲裁契約の効力に關して適用される法律が特定している限り、この法律に準拠すべきものと考える。」

「本件仲裁契約は、……本件契約（興行契約）の解釈又は適用を含む一切の紛争をそれぞれ相手国側の仲裁機関……に對する仲裁申立てによつて解決するとの合意を内容とするものであるから、本件訴えの適否は、アメリカ合衆国ニューヨーク市において適用される法律に基づく仲裁契約の解釈上、本件訴えに係る請求が仲裁の対象に含まれるとされるかどうかによつて決せられることになる。」

そこで、本件における証拠「並びに弁論の全趣旨によれば、ニューヨーク市において適用される仲裁契約に關する法は、連邦仲裁法及びこれに基づく合衆国連邦裁判所の判例……〔であつて、これにしたがえば〕Xは、本件請求にかかる損害賠償請求について、合衆国でYを相手方として仲裁判断を求めることができるものと解される。」

「よつて、本件訴えを却下した原判決は相当であるから、本件控訴を棄却する」。

【研究】

結論には賛成するが、判決理由には疑問がある。

## 一 問題の所在

本件における基本的な問題は、有効な仲裁契約が締結されている紛争について訴えが提起されたときに、その訴えはどのように扱われるべきか、ということにつきるのであるが、本件をより複雑なものにしているのは、本件仲裁契約が、いわゆる国際仲裁契約であつて、その中で準拠法の明示的な指定がされていなかったために、準拠法いかなどは、この仲裁契約によつて本訴請求はカヴァーされないことがあるのでないか、という疑いが生じるからである。

そこで、問題の解決のためには、まず、国際仲裁と訴訟との相互関係を考えなければならぬ。すなわち仲裁契約が訴訟に与える効果を判定する準拠法は何か、そして、その準拠法のもとで国際仲裁契約は妨訴抗弁となりうるか、ということである(一)。これが肯定されて、つぎに、本訴請求について有効な仲裁契約が成立しているといえるかどうかの問題となるのだが、仲裁契約について準拠法の明示的な指定がされていない本件では、その前提として、国際仲裁契約の準拠法はどのようにして決まるのか、が検討されなければならない(二)。そのうえで、本件の国際仲裁契約の準拠法は何かを決定し、その準拠法にしたがい、本件の国際仲裁契約の主観的および客観的効力の範囲を確定してはじめて、本訴がどのように扱われるべきか、との結論を導くことができるのである(四)。

本稿は、国際仲裁契約が妨訴抗弁となりうるかどうか、そしてその準拠法はどのようにして決まるか、という問題について研究することを目的とするものである<sup>(三)</sup>。

## 二 国際仲裁契約は妨訴抗弁となるか

本件仲裁契約は、主たる契約である興行契約中に仲裁条項として挿入されたものであるが、その文言はつぎのとおりである。<sup>③</sup>

「本契約の条項の解釈又は適用を含む紛争が解決できない場合には、その紛争は、当事者の書面による請求に基づき、商事紛争の仲裁に関する国際商業会議所の規則及び手続に従って仲裁に付される。A社の申し立てるすべての仲裁手続は東京で行われ、X社の申し立てるすべての仲裁手続はニューヨーク市で行われる。各当事者は仲裁に関する自己の費用を負担する。ただし、両当事者は仲裁人の報酬と経費は等分に負担する。」

このような仲裁契約は、国際仲裁契約であるとみられる。<sup>④</sup>そこで、まず、国際仲裁契約の存在が訴訟にどのような影響を与えるか、すなわち妨訴抗弁となりうるかどうかを判定する準拠法は何かが問題となる。ある紛争についての訴訟の提起を有効かつ適法なものとして扱うかどうかは、まさしくその訴訟が提起された地、すなわち、その法廷地の国の公益にかかわるものである。そして、ここでの問題は、「その紛争に有効な仲裁契約が存在することが訴訟にどのような影響を与えるのか、という手続問題にほかならないから、「手続は法廷地法による」との基本原則にしたがい、本件訴訟が提起された地の法廷地法、すなわち日本法によって決せられるべき問題であることになる。」<sup>⑤</sup>

この点、日本法のもとでは、明文の規定はないものの、仲裁契約の存在は妨訴抗弁となり、裁判所は、その仲裁契約が有効に成立していると認めるときは、その訴えを不適法却下しなければならぬものとされている。<sup>⑥</sup> 仲裁契約とは、特定の紛争の解決を第三者の判断に委ね、その判断に服する旨の合意であって、その紛争に関するかぎり、国

家の裁判権行使を排除し、これを不要とする合意だからである。仲裁の本質が、このような紛争の自律的解決に向けられた当事者の合意にあり、訴訟に及ぼす効果として、国家の裁判所による訴訟を排除するという点では、内国仲裁であれ国際仲裁であれ、何ら異なるはずのものではない。したがって、国際仲裁契約であっても、その存在は日本法のもとでやはり妨訴抗弁となること、すなわち訴訟排除効果をもつことに異論はない。これまでの下級審裁判例もこの理を認めているし、本判決もこのことは当然の前提としている。

### 三 国際仲裁契約の準拠法はどのようにして決まるか

#### 1 国際仲裁契約に当事者自治の原則は適用されるか

本件における直接的な焦点は、本訴請求について有効な仲裁契約が成立しているといえるか、すなわち本件国際仲裁契約の効力が本訴請求に及んでいるかどうかである。これは、仲裁契約の効力についての準拠法にしたがって判断されるべき問題である。

ここで、その前提として考えなければならないのは、仲裁契約の準拠法の射程である。仲裁契約の準拠法が問題となる局面には、その成立や要件、効力などがある。これら法律関係を細分化し、それぞれがそれぞれの準拠法に服すると考えることもできないではないだろうが、いたずらに法律関係を複雑なものとするだけでなく、仲裁契約の主要な要素である成立と効力を分けるのは適切ではないと考えられることから、全体として単一的法律関係をなすものとみて、原則として一つの準拠法に服し、特段の事情があるときに個別的に例外を認めるべきものと解すべきである。

したがって、以下では、とくにこれらを区別しないで検討する。

ところで、国際仲裁契約の準拠法を決定するにあたって、ここに当事者自治の原則が妥当するかどうかは一つの問題である。これまでの国際私法のアプロウチは、仲裁契約の性質決定を行ったうえで、当事者自治の原則が適用されるかどうかを決するというものであり、多くの議論が展開されてきた。すなわち、仲裁契約が訴訟契約であると法的性質を決定すれば、これは手続問題であるから、「手続は法廷地法による」との基本原則にしたがって、国際仲裁契約には法廷地法、すなわち仲裁地法が適用されることになり、ここに当事者自治の原則が入り込む余地はなくなる、というのである。

しかしながら、かりにその法的性質を訴訟契約とみたとしても、そもそも仲裁は訴訟とは異なり、仲裁手続地と必然的なつながりがあるわけではないから、直ちに仲裁地法によらなければならないとする理由はないだけでなく、仲裁合意の基礎にある当事者の意思という、仲裁の本質的な要素を一切否定し、無視してしまうことは決して適切ではないと考えられる以上、この点を捉えて、仲裁契約に当事者自治の原則の支配を認めても必ずしも背理とはいえないはずである。これまでの仲裁契約の法的性質をめぐる論戦の成果も踏まえつつ、訴訟契約とみるか実体契約とみるかの議論はひとまず措くとしても、仲裁契約に当事者自治の原則の適用を認めるのが、近時の通説的な立場であるとともに、また、国際的な趨勢でもあるといえよう。

## 2 当事者自治の原則はどこまで妥当するか

もつとも、このように仲裁契約に当事者自治の原則を認めるとしても、これがどの範囲で妥当するののかについては必ずしも明確ではない。

すなわち、本件に即していうと、仲裁契約の存在を妨訴抗弁として扱うかどうかは、前述したように、手続問題であって、法廷地法である日本法にしたがって解決される問題である。これに対して、仲裁契約のもつ訴訟排除効の範囲、すなわち、いかなる範囲の紛争について仲裁契約の効力が及び、訴訟が排除されるのかについて、一方では、当事者自治を許容し、仲裁契約の準拠法によることができると考えられるが、他方で、なお訴訟手続上の問題であるとして、当事者自治の原則の射程外として扱うべきであるとするならば、「手続は法廷地法による」との基本原則にしたがい、法廷地法である日本法によらしめるべきであるとする余地もあるのである。これは、これまでに学説、判例においても必ずしも十分に議論されてきたとはいえない問題のようである。<sup>(18)</sup>

後者の見解は、本件第一審判決に対する批判として展開され、その論拠として、わが国の国際私法の權威の解説を掲げつつ、本件においてA社およびYが、アメリカ合衆国ニューヨーク市において仲裁付託命令の申立てをしたときに、「アメリカの連邦裁判所は、やはり『手続は法廷地法による』というルールに基づいて、アメリカの仲裁法を準拠法として」、結論を導いたことをも引き合いに出して、日本の裁判所がこの原則を無視するのは「極論するならば、わが国の主権としての裁判権の行使を放棄しているとも言える」とまで論じ、被告が妨訴抗弁として仲裁契約の存在を提出した場合には、訴訟法上の問題として法廷地法が適用されるべきである、と主張する。

法廷地法によらないことが日本が裁判権を放棄したものだとかまでいえるかどうかは別にして、そもそも仲裁契約を締結した当事者の意思は、一定の紛争につき訴訟によらないで解決することにあるのであるから、訴訟排除効は、いかなれば仲裁のもつ本質的な効力であるといわなければならぬ。このような当事者の意思をできるだけ尊重しようという国家法の姿勢が、仲裁契約が有効に成立している請求について訴えが提起されたときには、その訴えを不適法却下し、あるいは訴訟手続を停止し、あるいは仲裁付託を命じる、などのかたちで具体化されているのである。<sup>(19)</sup>



このことが法廷地法によって承認されているかぎり、いかなる範囲の紛争について訴訟を排除し、仲裁によって解決するのかは、その仲裁契約の効力範囲そのもの問題として、なお当事者の意思が尊重されてしかるべきであり、当事者自治の原則に服せしめてよいのではなからうか。そうでなければ、当事者が、訴訟を排除することを意図して、わざわざ仲裁契約を締結したことの意味が実質的に損なわれることになりかねないであろう。本判決も、訴訟排除効が認められるのは、仲裁契約が「一定範囲の紛争を訴訟によらずに解決することを定めていることの反射的効果」としてであるから、その範囲は「仲裁契約の準拠法によって定まる」と判示して、この問題については、なお当事者自治の原則が妥当する範囲内にあるとみている。この判示は妥当であると考える。

### 3 明示的な準拠法指定がされていない場合はどうなるか

本判決は、国際仲裁契約の準拠法は、「当事者の意思によって定まり（法例七条一項）」と判示している。そこで、仲裁契約の中で準拠法が明示的に指定されていれば、それが当事者の意思であるから、問題はない。

では、明示的な準拠法の指定がされていない仲裁契約についてはどうか。この場合、当事者の意思が分明でないからとの理由で、直ちに法例七条二項によって行為地法、すなわち仲裁契約締結地法をもって準拠法とする、ということにはならない。通説的な理解によれば、あくまで当事者自治の原則を尊重し、これができるだけ貫徹することを考え、法例七条一項にいう、当事者の意思とは必ずしも明示的なものである必要はないとされ、むしろ行為地法によるのでは妥当な結果をもたらさない場合があることもあって、契約類型や内容、契約当事者の国籍や住所など、いろいろな事情から合理的解釈を行い、当事者の黙示的な意思を探求して準拠法を決定すべきである、とされているからである。

それでは、どのような要素を重視して当事者の黙示意思を探求すべきか。いろいろな考え方がありうるだろうが、本判決は、準拠法指定について「明確を欠く場合には、特定の場所で一定の法的手続を行うことを定める契約の性質からして、仲裁手続を行う地の法律によるのが当事者の意思であると推定すべきである」と判示して、仲裁地法によるとの判断をしている。そして、学説としても、このような考え方を支持するのが有力なようである。<sup>27)</sup>

確かに一般論としていえば、仲裁契約に仲裁地の定めがあれば、その地で仲裁手続が行われ、仲裁判断がされることになるのであるから、仲裁地を基準として捉え、仲裁地法をもって仲裁契約の準拠法とするという、当事者の黙示意思をそこから探求することにもそれなりの合理性はあるといえる。

もっとも、ここで一つの問題として考えておかなければならないのは、仲裁契約の準拠法と仲裁手続の準拠法との関係である。明示的な準拠法指定がないときには仲裁地法による立場は、これらを一致させることを前提にしていくようである。<sup>28)</sup> 本判決も、仲裁「契約の準拠法は、紛争の解決方法という特殊な事項についてであるとはいえ、……特定の場所で一定の法的手続を行うことを定める契約の性質からして、仲裁手続を行う地の法律によるのが当事者の意思であると推定すべきである」と判示しているから、やはりそのように考えているようである。しかしながら、仲裁手続の準拠法と仲裁契約の準拠法とが必ず一致すべきだ、と考えなければならぬ必然性はないように思われる。これは、一つの仲裁という紛争解決方法を構成する、仲裁契約や仲裁手続、仲裁判断行為といった個々の要素について、それぞれ固有の準拠法の適用を認めるか、それとも仲裁の全過程を一つの単位法律関係とみて、ただ一つの準拠法に服せしめるか、という問題にもかかわらず、少なくとも仲裁の全過程を一つの単位法律関係とみて、ただ一つの準拠法として捉えて、仲裁手続の準拠法を独自のものとして観念することを承認し、これについても当事者自治を許容するというのが通説的な理解であると考えられるからである。<sup>29)</sup> したがって、仲裁地の定めがあることをもって当事者の黙示

意思とみるのは、仲裁手続の準拠法についてであればまた別としても、仲裁契約の準拠法ということになると、その密接性ないし関連性は、ある程度まで希釈化されてくるようにも思われる。<sup>(13)</sup>

#### 四 本訴に国際仲裁契約の効力は及ぶか

##### 1 本判決の論理によると準拠法は何か

ともあれ、準拠法の明示的指定がなくても仲裁地の定めがあれば、それが当事者の黙示意思であるとみて、仲裁地法を仲裁契約の準拠法とするという考え方にしたがうと、本件における国際仲裁契約の場合はどうなるか。

本件仲裁契約は、仲裁の申立人と仲裁地について相互的な定めをする、いわゆるクロス条項であるために、A社が仲裁を申し立てる場合には東京が仲裁地となつて、東京で仲裁に適用される法、すなわち日本法が準拠法となり、他方、X社が仲裁を申し立てる場合にはニューヨーク市が仲裁地となつて、ニューヨーク市で仲裁に適用される法が準拠法であることになる。

本判決も、本件のようなクロス条項の場合には「いずれの国の法律に基づいて訴訟排除効の範囲を決すべきかが問題となるが、仲裁と訴訟の相互補完的關係並びに当事者が特に仲裁という特別の紛争解決手段によることを合意している以上、この合意の効力をなるべく尊重すべきものと考えられることからすると」、X社が「当該請求について仲裁を求めた場合に仲裁契約の効力に関して適用される法律が特定している限り、この法律に準拠すべきものと考ええる」とした上で、「本件訴えの適否は、アメリカ合衆国ニューヨーク市において適用される法律に基づく仲裁契約の解釈上、

本件訴えに係る請求が仲裁の対象に含まれるとされるかどうかによって決せられることになる」と結論づけている。

## 2 本判決の論理に問題はないか

しかしながら、このような論理には疑問がないではない。

まず第一に、もともと仲裁地の定めがあることをもって当事者の黙示意思と考え、準拠法を決定するという立場は、本件国際仲裁契約のようなクロス条項の場合までは想定していなかったのではないか、とうかがわせるところがある。<sup>32)</sup> 実のところ、仲裁手続の準拠法についてはあるが、「仲裁手続地が数国にまたがっていて、これを基準にできない」などの事情があるときには「例外として、係争法律関係の实体に適用される国法を基準として、仲裁手続の準拠法を決定する」ということはありうる<sup>33)</sup> という指摘は、すでにされていたところである。

第二に、本件仲裁契約において、仲裁契約の効力に関して適用される法律が「特定」されていたとは必ずしもいい難い。裁判所が、仲裁地の定めがあることから「当事者の意思であると推定」して、準拠法を決定したにすぎないのである。にもかかわらず、当事者が明示的に準拠法を「指定」していた場合と同列にみることは必ずしも適切ではないように思われる。<sup>34)</sup>

第三に、X社は、訴えを提起したのであって、仲裁を申し立てているのではない。X社はニューヨーク市で仲裁の申立てをしたのだから、仲裁地、すなわちニューヨーク市で適用される法が仲裁契約の準拠法となるのだ、というのであれば、それはそれで論理的な帰結ではある。しかし、本件はそのような事案ではない。本件訴訟で仲裁契約の抗弁を提出しているのはむしろYのほうであるにもかかわらず、訴えを提起したX社を基準にして、仲裁を申し立てた場合に置き換えて、準拠法を決定しているのである。<sup>35)</sup> それならば、本来的に予定されている仲裁という局面における

準拠法決定の論理を、訴訟が提起された局面にも同じく妥当させるための、何らかの説明が必要になるのではないだろうか。本判決の説示は、この点について必ずしも明快な理由を展開するものではないが、仲裁と訴訟とが「相互補完的關係」にあること、そして「当事者が特に仲裁という特別の紛争解決手段によることを合意している以上、この合意の効力をなるべく尊重すべきものと考えられること」を、その理由として述べるものようである。

そのようにみてもなお、これらの意味するところは、いま一つ判然としない。考えられる一つの解釈としては、「仮説A」仲裁であれ訴訟であれ、「相互補完的關係」にある以上、いずれかの当事者がイニシアティブをとって手続を開始した場合には、訴えの提起も仲裁の申立ても同列に扱うべきだから、その手続を開始した当事者を基準として準拠法を決定する、ということであろうか。

そうであるとなると、たとえば、「設例Aa」Yが、X社が提起した本件訴訟において仲裁契約の抗弁を提出しつつ、これと併行して、東京で、X社が主張する不法行為に基づく損害賠償請求権の不存在確認を求める仲裁の申立てをした場合はどうなるか。Yは、東京で仲裁の申立てをしているのであるから、そこでの仲裁契約の準拠法は日本法であろう。そうすると、X社が提起した本件訴訟においては、日本の裁判所は、本件判決が判示するとおり、ニューヨーク市で適用される法を準拠法として本件仲裁契約の効力範囲を判断しているのに、他方、Yが申し立てた仲裁においては、仲裁廷は、日本法を準拠法として同じ仲裁契約を判断することになる。訴訟と仲裁という二つの紛争解決手続が競合したとしても、裁判所と仲裁廷とは《場》が異なり、これらの手続はさしあたり独立して進められるのだから、<sup>⑧</sup>そこでの国際仲裁契約の準拠法も必ずしも同一でなくてかまわない、とみる余地はあるのかもしれないが、やはり積然としないものが残るのではないか。

あるいは、「設例Ab」Yが、先手を打って、X社が主張する不法行為に基づく損害賠償請求権の不存在確認を求め

る訴えを、東京の裁判所に提起した場合はどうなるか。これは本件事案の反対相ともいえるが、ともかく手続を開始した Y を基準にして準拠法を考えるのだとすると、この訴えにおける本件仲裁契約の準拠法は Y が仲裁を申し立てたときの準拠法、すなわち日本法であることになる。X 社が訴えを提起した場合には、本件事案のとおり、ニューヨーク市で適用される法が準拠法とされるのに、他方、Y が訴えを提起した場合には日本法が準拠法であることになる。不法行為に基づく損害賠償請求とその不存在確認請求という、いわば表裏の関係にある同一の請求について、同じように東京の裁判所で訴えが提起されたにもかかわらず、いずれの当事者がイニシアティブをとったか、つまりいずれの当事者が原告となったかによって、同一の国際仲裁契約を、何故に異なる準拠法でもって判断することになるのか、合理的に説明することは難しいのではなからうか。

そこで、こうした結果を招かないようにするために、たとえば、「仮説 B」仲裁であれ訴訟であれ、そこで申し立てられた請求を、いずれの当事者が積極的ないし攻撃的に主張すべきなのかによって分け、そうした本来的に積極的であるべき当事者を基準にして準拠法を決定する、と解釈することも考えられる。このように解すると、「設例 Aa」や「設例 Ab」において、Y が求めた不法行為に基づく損害賠償請求権の不存在確認は、Y にとつては消極的ないし防衛的な意味合いのものでしかなく、むしろ X 社が、その存在を前提にして損害賠償請求を積極的に主張すべきであるといえるから、「設例 Aa」や「設例 Ab」のいずれの場合でも、X 社を基準にして準拠法を決定することになり、ニューヨーク市で適用される法が準拠法であることになるから、それぞれのところで検討したような事態には至らないで済むことになる。

こうして、「仮説 B」のもとでは、たとえば、「設例 Ba」X 社がサーカス興行の不振などを理由に契約の対価を全額支払わないということで、A 社が、東京で、その全額支払を求める仲裁の申立てをした場合には、この請求は A 社

にとつて債務の履行を求めるといふ積極的な意味をもつから、A社を基準にして準拠法を考へることになり、そのときの仲裁地法である日本法が準拠法であると決まる。そうすると、不法行為に基づく損害賠償請求についての本件訴訟においては、ニューヨーク市で適用される法が仲裁契約の準拠法とされたのに、他方、契約対価の支払請求についての訴訟では、日本法が準拠法とされることになる。あるいは、「設例Bb」YおよびA社が、東京で、X社が主張する不法行為に基づく損害賠償請求権の不存在確認を求めると併せて、X社に対する、契約対価の全額支払を求めると仲裁の申立てをした場合はどうか<sup>④</sup>。この場合、二つの請求は、同じく東京で仲裁に付託されたものでありながら、不法行為に基づく損害賠償請求権の不存在確認についてはニューヨーク市で適用される法、他方、契約対価の全額支払については日本法と、やはり異なる準拠法によつて仲裁契約は判断されることになる。とするならば、「仮説B」のように、もともと、本件仲裁契約の文言からみて、いささか技巧的なきらいがないではない解釈を試みたとしても、結論としては変わりはないことになる。結局のところ、仲裁地を基準として準拠法を決定すると考へるのでは、仲裁地そのものが仲裁契約において相互的に定められているかぎり、当事者いかに、あるいはこれに結び付けられた請求いかに、仲裁地が二者択一的にならざるをえず、これをただ一つに固定することができない以上、理論上、準拠法も仲裁地の変動にしたがつて相互的なものになることは避けられないのである。

「設例Aa」や「設例Ba」のように、仲裁と訴訟という紛争解決の《場》が異なるときだけではなく、一つの訴訟において争われる「設例Ab」や、同じく仲裁が行なわれる「設例Bb」のように、《場》が同じであるにもかかわらず、同一の契約関係から派生した請求でありながら、一つの国際仲裁契約の準拠法がそれぞれについて区々のものとして決定され、それぞれが別個に判断されるということが起こりうるが、そのような事態を認めてよいのかどうか<sup>④</sup>。各国仲裁法の内容が国際的な統一をみていない現状において、これらニューヨーク市で適用される法と日本法という二つの

仲裁法による仲裁契約の効力範囲が同じである場合はまだしも、異なる場合には、きわめて不自然であるだけでなく、いかにも不合理な結果であるように思われてならない。

### 3 国際仲裁法の規整はどうあるべきか

こうしてみると、本判決が判示した論理は、本件のような、いわゆるクロス条項による国際仲裁契約の準拠法決定のための一般法理としては妥当性に欠けるものではないか、という疑いを否定できないように思われる。このような疑いを生じさせる、その原因はどこにあったのかを考えると、本判決が、明示的な準拠法指定がないときに、仲裁地の定めがあることから直ちに仲裁地法を準拠法とするのが当事者の黙示意思である、としたためであることにいきつく。

ひるがえって、そもそも一つの同じ国際仲裁契約でありながら、いずれの当事者が、どちらの仲裁地で、どのような請求について仲裁を申し立てるかによって、その準拠法が別異のものになるというのは、いわば国際仲裁法とでもよべるものの規整のありかたとして健全な姿といえるのだろうか。

確かに国際的な訴訟の場合には、各国国際私法ないし抵触法の定め方は必ずしも一様ではないから、たとえば、日本で訴訟を提起したときと、アメリカ合衆国で訴訟を提起したときとは、たとえ同一の契約関係から派生する請求であっても、そこでは異なる準拠法が選択され、その結果、実体問題のみならず、手続問題についても異なる結論がもたらされるといふ事態は十分に起こりうることである。しかし、そのことの故に、国際仲裁の場合であっても、明示的な指定によるのであれば格別、黙示意思の探求という手段によって、異なる準拠法が決定されることがあってもやむをえないと割り切るのは、仲裁のもつ利点を大いに減殺することになりかねず、国際仲裁法の規整のありかた



して決して望ましいものとは思われない。国際的な訴訟によって紛争解決を図ったときに、関係各国において生じることがある齟齬は、国際的な法律関係をきわめて不安定な状態におくことは明らかであり、だからこそ当事者としては、そのような危険をできるだけ回避すべく、仲裁のもつ利点を十分に認識したうえで、国家の裁判権を逃れ、厳格な法適用の桎梏から開放されることを望んで、主たる契約の中に仲裁条項をおいたはずだからである。それが、国際的な取引にかかわり、合理性を追求する、企業人たる当事者の判断というものであろう。国際仲裁法としてのあるべき規整は、こうした当事者のもつ正当な期待に応えることのできるものでなければなるまい。

もともと、当事者の意図は、「一定範囲の紛争」について国家の裁判権を排除し、もって訴訟ではなく仲裁によって解決しようということにあるのであって、そのために、わざわざ主たる契約の中に一条項を加えたのである。そうとすれば、そのような「一定範囲の紛争」は、仲裁契約の締結時において、当事者はこれを認識しており、特定されていたはずのものではないだろうか。仲裁に付託されるべき「一定範囲の紛争」について、当事者が、あらかじめ仲裁契約の中で、たとえば「X社が申し立てる場合、これこれの紛争は含まれるが、A社が申し立てる場合には、かくかくの紛争を除く」といった、やや特異ではあるが、「specificな仲裁付託事項の定め方をする」として許され得ると考えられ<sup>45</sup>ないではない。あるいは、仲裁に付託されるべき「一定範囲の紛争」とは、すなわち仲裁契約の効力が及ぶ範囲にほかならないから、当事者が、国際仲裁契約の中で、たとえば「X社がニューヨーク市で仲裁を申し立てるときには、そこで適用される法を準拠法とし、A社が東京で仲裁を申し立てるときには日本法を準拠法とする」というように、仲裁地を相互的なものとするだけでなく、仲裁契約の準拠法についても相互的なものとして明示的に指定したときは、これをそのまま承認すべきだとする余地もあろう。いずれの場合にも、そのまま承認するときには、前述のような不都合な結果が生じることがあるとしても、それが当事者のまさしく意思である以上は、これはこれで

また別の問題だからである。

しかしながら、仲裁契約において、当事者が、個別的に仲裁付託事項を定めたわけではなく、あるいは、これを規律する仲裁契約の準拠法を明示的に指定していたわけでもないときに、黙示意思の探求という、ある意味で、裁判所が当事者の意思を解釈することによって準拠法を決定したために、あらかじめ特定されていたであろう「一定範囲の紛争」が変動して、やや特異ともいえる仲裁付託事項の定め方をしたときと同じく、不都合な結果が生じてしまうのでは、もはや当事者の合理的であるべき意思を超えているように思われる。したがって、仲裁付託事項、ないし仲裁契約の効力範囲をめぐって、その準拠法は何であるかが、仲裁が申し立てられる以前に、訴訟という《場》で争われているときには、裁判所は、当事者意思を合理的に解釈すべきであって、そこでの仲裁契約の準拠法はただ一つとなるよう決定し、その準拠法の解釈および適用による理由以外の事情によって、仲裁付託事項が変動するという不安定な事態はできるだけ避けなければならないと解する。<sup>(46)</sup>

#### 4 本件における国際仲裁契約の準拠法は何か

したがって、少なくとも本件のような場合、すなわち仲裁契約に準拠法の明示的指定がなく、仲裁地だけが相互的に定められているにすぎないときには、仲裁地法をもって準拠法とするという考え方は適切であるとは考えられない。それでは、本件の国際仲裁契約の準拠法をどのように考えるべきか。

まず、本件仲裁契約から手がかりとなりそうなものを探すと、《国際商業会議所の規則及び手続に従って仲裁に付される》という文言がみられる。国際商業会議所は、フランス・パリに本部をおく、国際的に著名な常設仲裁機関の一つであるが、その規則および手続にしたがうということだけからは、仲裁契約の準拠法決定のための何らかの客観的

要素を見出すことは難しいであろう。<sup>(47)</sup>

つぎに、本件国際仲裁契約が、主たる契約の中の一条項として挿入され、締結されたものであることから、主たる契約の準拠法をもって仲裁契約の準拠法と考えることはどうか。少なくとも主たる契約と仲裁契約とは異なる目的に資する別個の契約であつて、そのことの故に仲裁契約の分離可能性が承認されていることをも併せ考えるならば、仲裁契約の準拠法を主たる契約の準拠法と一致させなければならぬ論理的な必然性はない。<sup>(48)</sup> しかしながら、国際取引契約において、主たる契約の中に仲裁条項を加えておくという典型的な場合には、仲裁手続をどの機関の規則などによつて行うかを定めることはあつても、主たる契約の準拠法とは別に仲裁契約自体の準拠法を定めるということはしないが実際であつて、それは、当事者が、仲裁契約の準拠法を主たる契約の準拠法と切り離して規定する必要性を認めないからであらうとの指摘もあることを考えるならば、<sup>(49)</sup> 主たる契約の準拠法をもって仲裁契約の準拠法とするのが当事者の合理的意思に合致するとみることも、あながち不当なことではあるまい。このような考え方を原則として支持する立場もある。<sup>(50)</sup>

ただし、本件では、主たる契約についても準拠法の明示的指定がされていなかったようであり、<sup>(51)</sup> 仲裁契約を含めて、主たる契約の準拠法は、ここでも当事者の黙示意思を探求して決定せざるをえないことになる。

そこで、国際私法における基本的方法にしたがい、「当該私法法律関係がその性質上最も密接な牽連関係にある国の法律」<sup>(52)</sup>は何かを考えると、まず、本件第一審判決で認定され、本判決でも維持された事実関係によれば、仲裁契約を含む本件契約は、アメリカ合衆国のA社においてYが代表者として署名した契約書の二通を日本に送付し、X社の代表者がこれに署名し、そのうちの一通をA社に送り返したことによつて成立したものである。こうした事実関係からすれば、本件契約の締結地はニューヨーク市ということになるが、<sup>(53)</sup> この要素を全く度外視することは、必ずし

も適切ではないようにも思われる<sup>(65)</sup>。しかしながら、本件の主たる契約は、日本における A 社所有にかかるサーカスの興行を目的とするものであつて、その日本におけるサーカス興行において、実質的な監督支配権をもつ、A 社の代表者である Y が手抜きをしたために営業成績が不振であつたということに対する評価が重要な鍵となつており、これを理由とする損害賠償請求が本訴請求なのであるから、仲裁契約を含めた、本件契約の総体的な紛争実態にとつてより密接な関連性があるかどうかという観点からは、「本件契約の準拠法を決する際の極めて重要なファクターのはずであり」<sup>(66)</sup>、この要素を看過することもできないといわなければならない<sup>(67)</sup>。

結局のところ、これといった決め手を欠く困難な問題であつて、いずれの事実を重視するか態度決定いかにかかるが、本件に現れたさまざまな事情を総合的に斟酌するならば、日本におけるサーカス興行に対する評価が、本件訴訟においては、より重要な事実であると判断して、仲裁契約も含めた、本件契約の準拠法は日本法になるとさしあたり考えておきたい<sup>(68)</sup>。

## 5 本訴請求はどう扱われるべきか

本件国際仲裁契約の準拠法は日本法であると考へた場合、本訴請求はどのように扱われるべきか。

まず、仲裁契約の効力の客観的範囲について、検討する。本件仲裁契約によれば《本件契約（興行契約）の解釈又は適用を含む一切の紛争》について、仲裁契約の効力は及び、これがすなわち仲裁付託事項の範囲であり、これについて仲裁人は仲裁権限をもつことになる<sup>(69)</sup>。将来の紛争についての仲裁契約の場合、《本契約から生じる一切の紛争》であるとか《本契約に関して生じるすべての紛争》といったように、概括的ないし抽象的文言が用いられるのが一般的である。ここでは、主たる契約の履行を求める請求であると、または、その不履行や解除による損害賠償請求ないし

は原状回復の請求であるとかかわらず、こうした仲裁契約の効力の客観的範囲に含まれると解するのが、裁判例の一般的な立場であると考えられ、また学説においてもそのように考えられている。<sup>(6)</sup>一つの契約に関連し、そこから生じる紛争であれば、債務不履行であれ不法行為であれ、その請求の法的性質あるいは法的構成にかかわらず、仲裁契約の効力は及ぶと解するのが、実効性のある解決を意図して、仲裁契約を締結した当事者の合理的な期待に応える方途であろうし、また、このように解することで、仲裁条項のもつ予防的な意義を高めることができることにもなる。<sup>(6)</sup>そうであれば、本件契約の締結にあたって詐欺行為がされたことを理由とする、不法行為に基づく損害賠償請求についても、本件仲裁契約の効力が及び、仲裁付託事項の範囲に含まれると解すべきであろう。

つぎに、仲裁契約の効力の主観的範囲についてであるが、これは、仲裁契約の当事者のほか、その包括承継人に及ぶのが原則である。<sup>(6)</sup>

では、本件仲裁契約のように、仲裁契約の当事者が法人であるとき、その法人の代表者に対して、仲裁契約の効力は及ぶのかどうか。この点が問題となつて、争われた判例は、これまでのところ見当たらないようである。学説としては、本件第一審判決についての評釈としてはあるが、仲裁契約が裁判による解決を放棄する合意でもあることから、限定的に解釈される必要があるとして、「法人が締結した仲裁契約が、法人の代表者に関する紛争についても当然に適用されるというような解釈が一般的に妥当であるとは解されない」とした本件第一審判決を支持し、法人の代表者には及ばない、と解するものがみられる。<sup>(6)</sup>

しかしながら、法人の代表者Yが、まさしくその法人A社の代表者としての資格において、本件仲裁契約を含む本件の主たる契約を締結し、その契約締結にあたった代表者Yによつて詐欺行為がされたことを理由として、不法行為に基づく損害賠償が請求されているという、本件のような事実関係のもとでは、法人であるA社が当事者となつてい

る仲裁契約の効力は、その代表者 Y に対しても拡張されると解してよいのではないだろうか。現に、本判決がされたことを受けて、このような方向性を支持する学説も登場するに至っている。<sup>(65)</sup> 確かに、法人の代表者は、形式的にみれば仲裁契約の当事者ではなく、第三者たる地位にあるのだから、一般論として、法人が締結した仲裁契約の効力を当然に受けるとまでいってよいかどうか、いま少しく検討を加える必要がある。<sup>(66)</sup> しかしながら、代表者 Y の行った契約締結行為は、法人である A 社の業務執行行為にほかならず、あるいは、少なくともこれに密接に関連する行為であるといえるのであって、この点で、Y の純然たる個人的行為とは十分に識別が可能なはずである。そうであれば、仲裁契約の当事者である法人 A 社との関係において、組織上、その一部であり、または、これと一体となっている代表者 Y が、<sup>(67)</sup> そのような資格においてなした行為にかかわる紛争については仲裁契約の効力の拡張を受けるものであり、その結果、代表者である Y が、かかる紛争について裁判を受ける機会を奪われることになったとしても、それは法人である A 社そのものについてのものと同値であると評価されてよいのであって、仲裁契約が有効に成立している以上、何ら非難されるべきものではない。むしろ、このような場合に、Y は本件仲裁契約の効力の拡張を受けないとするのでは、X 社は、法人である A 社に対する契約責任を、代表者である Y 個人の不法行為責任にすり換えることによつて、仲裁契約のもつ紛争解決機能を実質的に空洞化させてしまうことを、みすみす許容する結果となりかねない。<sup>(68)</sup>

したがって、以上に検討してきたとおり、日本法を準拠法とした場合でも、本件仲裁契約の効力は本訴請求に及ぶと考えられ、本件訴えは不適法なものとして却下されるべきである。<sup>(69)</sup> かりに、本件仲裁契約の準拠法をニューヨークで適用される法だと考えても、それは本判決が判示したところであり、いずれにせよ、本訴は不適法却下を免れないことになる。

## 五 小括

仲裁という紛争処理方法は、国家の裁判権の行使による訴訟とは異なり、あくまで当事者の自由な合意に基礎をおく私設の裁判とでもいふべきものであつて、そのような意思をできるだけ尊重しようという思想に支えられて存立しているものである。そこに、一つの特性として、超国家性の契機が潜んでいるといえる。<sup>(27)</sup> その故に、つとに指摘されてきたように、合理性を追求する傾向の強い国際取引社会においては、そこから生じた紛争の処理方法として国際仲裁がすぐれて有用なデヴァイスとなりうる可能性を秘めているのであつて、そのこと自体には疑いはない。

もちろん、仲裁といつても万全なわけではなく、そこには国際的な訴訟による場合とはまた別に、独特の難点があることは否定できない。<sup>(28)</sup> 現に、本件では、主たる契約に仲裁条項がおかれていながら、そこから生じた紛争の実効的な解決には必ずしも役立っていないではないかとの印象を捨てきれないのである。<sup>(29)</sup> いかにか当事者の合意に基礎をおき、超国家性が認められるといつても、仲裁は、それぞれの国家法のもとで承認されている紛争処理制度である以上、どこかの国家法に依存してはじめてその実効性を發揮できる存在であつて、まさしく「法的真空状態では機能しない」<sup>(30)</sup>のである。そうであれば、基盤となる仲裁契約の準拠法が明示的に指定されていなかった本件で、直接的には本訴請求に仲裁契約の効力が及ぶかどうか、理論上の問題として準拠法は何かが争われ、仲裁のもつ脆弱さの一面を露呈してしまう結果となつたのも、ある意味では、必然のように思われなければならない。さらにいえば、当然のことではあるが、仲裁契約は、あくまでも当事者による合意でしかないから、その拘束力は契約としての効力であるにすぎない。したがつて、ある紛争について仲裁契約が締結されていたとしても、理由は何であれ、一方の当事者がこれに任意にしたがわないかぎり、訴訟を排除し、仲裁によって紛争を解決するという目的を達することはできないことにな

る。結果として、そのこと自体が一つの、新たな紛争を生じさせることになるが、この紛争についてはもはや国際的な訴訟によって解決せざるをえず、ここに「仲裁契約の紛争解決機能の限界がある」といえる<sup>(76)</sup>。

しかしながら、それはそれとして、仲裁のもつ効用には、国際的な訴訟と比較しても、なお大きいものがあることに異論はないはずであるし、むしろ、難点があるならば、それらを克服することを考えるのが望ましい態度というものであろう。少なくとも本件で争われたような問題にかぎっていえば、仲裁契約の中で、準拠法を明示的に指定しておくことで防げたといえる。あるいは、本件とはやや局面は異なるが、仲裁がとにかく申し立てられて、そこで仲裁付託事項の範囲、ないしは仲裁人の仲裁権限の有無が争われた場合に備えて、その最終的な判定を仲裁人自身に委ねる旨の第二の仲裁合意、すなわち仲裁権限最終裁定条項 (Kompetenz-Kompetenz-Klausel) をしておくことも考えられてよい。この条項がおかれていれば、仲裁付託された紛争について仲裁権限をもつかどうかの争いは、仲裁人が自ら判定でき、国家の裁判所による判定を仰がなくてよいことになるから、ある程度まで、実効性ないし迅速性の確保が期待できることになる<sup>(77)</sup>。

いずれにせよ、仲裁の自律的紛争処理方法としての特性を、利点だけでなく難点も含めて、十分に認識しつつ、その紛争解決機能を少しでも高めることができるように、周到的配慮をしておくことは、予防法的見地からも望ましいことであるのはいうまでもあるまい。

## 【注】

(1) 東京地判平五・三・二五判時一四七二号八八頁、判タ八一六号二三三頁。第一審判決についての評釈として、吉野正三郎「国際仲裁契約とその準拠法——日米司法摩擦の一局面——」判タ八一九号七五頁以下(一九九三年)、長谷川俊明・



判批・国際商事法務二二巻八号一〇二三頁（一九九三年）、三ツ木正次・判批・平成五年度重判解説二九九頁以下（一九九四年）、柏木昇・判批・ジュリ一〇四五号一三八頁以下（一九九四年）がある。

(2) なお、本判決には、ほかに、アメリカ合衆国ニューヨーク州でされた連邦地法裁判所の確定判決はどのように扱われるべきか、法例七条の適用結果が公序違反となるかどうか（法例三三三条 など）といった重要な問題も含まれているが、これらは本研究における直接的な目的とはされていない。

(3) 岩崎一生・判批・平成六年度重判解説二七二頁（一九九五年）による。

(4) 国際（商事）仲裁とは何かについて、必ずしも明確に定義されてはいないようである。たとえば、岩崎一生「国際取引法要説」一一二頁（一九九二年 同文館）は、「国際取引紛争を解決するための仲裁」とするだけだが、斉藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法（11）』第2版（五八四頁）「河野正憲」（一九九六年 第一法規）「以下、注解民事訴訟法Ⅺとして引用する」では、「仲裁に関する事項に何らかの渉外的要素がみられるもの」、川上太郎「仲裁」国際私法講座Ⅲ八四一頁（一九六四年 有斐閣）では、「何らかの点で二以上の国に関連のある民商事事件についての仲裁手続をさすもの」とされ、青山善充「仲裁法改正の基本的視点と問題点」三ヶ月古稀（上）五五九頁注（35）（一九九一年 有斐閣）は、「最も広い意味では、仲裁の当事者、仲裁地、紛争の対象、仲裁契約・手続・判断等の準拠法が一国（日本なら日本）内にとどまらず他国に互っている仲裁」をいうとし、石川明Ⅱ小島武司編『国際民事訴訟法』一九〇頁「石川明Ⅱ大濱しのぶ」（一九九四年 青林書院）もこれを支持するようである。ちなみに、UNCITRALモデル仲裁法1条3項4項は、「国際的」ということの意義について、(a)当事者が互いに異なる国に営業所（または常居所）を有するとき、(b)仲裁地、または、商取引における義務の履行もしくは紛争の主たる事項と密接な関連を有する地が当事者の営業所（または常居所）を有する国の外にあるとき、(c)合意により仲裁の対象となる事項が二国以上に關係することを明示したとき、をいうと規定する。なお、三ヶ月章「国際仲裁」新・実務民事訴訟講座Ⅶ二二〇頁注（1）（一九八二年 日本評論社）「同『民事訴訟法研究第九巻』（一九八四年 有斐閣）に所収」も参照。

(5) 川上・前掲注（4）八五七頁、小山昇「仲裁法」新版（法律学全集）八三頁（一九八三年 有斐閣）、小島武司Ⅱ高

桑昭編『注解仲裁法』二二二頁、二二三頁〔澤木敬郎〕(一九八五年 青林書院)〔以下、注解仲裁法として引用する〕、元木伸・細川清編『裁判実務体系 10 涉外訴訟法』一四一頁〔原田肇〕(一九八九年 青林書院)、小林秀之「国際仲裁に關する序説的考察」上智法学二二卷二五五頁(一九七九年)、道垣内正人・判批・ジュリー〇二九号二六七頁(一九九三年)、谷口安平・井上治典編『新・判例コンメンタール』六三七頁、六四九頁〔青山善充〕(一九九五年 三省堂)〔以下、新・判例コンメVIとして引用する〕、青山善充・判批・私法判例リマックス一九九五年(下)一七五頁(一九九五年)など参照。これに対して、山本和彦「手続は法廷地法による」の原則の相対化」判タ八四一号二三五頁(一九九四年)は、外国手続法の適用可能性が積極的に認められるべき場合があることを前提に、仲裁契約の「準拠法に則って処理すべきものと思われる」とする。

(6) 日本法の母法である、ドイツ法一〇二七条aが、被告の援用によって訴えを不適法却下しなければならない、とされており、これに実務がしたがったものとされている。なお、比較法的にみても、たとえば、アメリカ連邦仲裁法三条では、当事者が仲裁の合意の範囲内にある紛争について訴えを提起したときは、裁判所は、相手方当事者の申立てに基づいて、訴訟手続の停止を命じる、同四条では、仲裁合意の成立を認めるときは、裁判所はその定めにしたがって仲裁手続を進行させるよう命じなければならないとされているし、また、UNCITRALモデル仲裁法八条一項では、裁判所は仲裁に付託すべきことを命じなければならないとされ、その訴訟上の扱いはやや異なっているもの、いずれにせよ訴訟が排除されることに変わりはない。仲裁研究会の試案〔以下、仲裁法試案という〕では、その九条一項に、裁判所は、決定で訴訟手続を中止しなければならない、との規定をおいている。この点につき、仲裁研究会(代表 菊井維大)「仲裁法の立法論的研究」別冊NBL二五号六一頁、六二頁〔松浦馨〕(一九九三年 商事法務研究会)〔以下、仲裁研究会として引用する〕参照。

(7) たとえば、兼子一「新修民事訴訟法体系〔増訂版〕」一五三頁、一五四頁(一九六五年 酒井書店)は、仲裁契約の存在を客観的訴権利益(権利保護の資格および利益)の文脈で捉え、「国家の裁判所を煩らわせる必要」がなくなることから訴えは却下される、というように、訴えの利益との関係で説明するのがこれまでの通説的な理解である。しかし、仲裁

という訴訟に代替する紛争解決方法を当事者が合意したことを尊重して、より端的に仲裁契約の存在そのものが妨訴効果をもつと考えれば十分であるように思われる。なお、小山昇「仲裁契約の抗弁について」法と権利3民商七八巻臨時増刊(3)号八四頁（一九七八年）「同」『仲裁の研究』（一九九年 信山社）に所収」参照。

(8) 小山・前掲注(5) 八三頁、元木Ⅱ細川編・前掲注(5) 一三七頁「原田」、新・判例コンメVI八三七頁「青山」など参照。

(9) たとえば、外国を仲裁地とし、外国法を準拠法とした仲裁契約について妨訴抗弁となつたものとして、東京地判昭二八・四・一〇下民集四卷四号五〇二頁、横浜地判昭五五・五・三〇「CAジャーナル一九八一年二月号二四頁、また外国を仲裁地とする仲裁契約について妨訴効果を認めたとしして、大阪地判昭三四・五・一一下民集一〇卷五号九七〇頁がある。

(10) 川上・前掲注(4) 八五七頁、注解仲裁法二一五頁「澤木」、新・判例コンメVI六四八頁「青山」、大隈一武「国際商事仲裁の理論と実務」七三頁（一九九五年 中央経済社）など参照。これに対して、仲裁契約の成立と効力を分けて考察すべきとするのは、斉藤秀夫ほか編「注解民事訴訟法(5)」【第2版】「四二二頁」【山本和彦】（一九九三年 第一法規）「以下、注解民事訴訟法Vとして引用する」、また、山本・前掲注(5) 二五頁。注解民事訴訟法VI五九一頁「河野」も、要件と効力とは別に考えるべきだとする。

(11) かつてはこのように解するのが判例の立場であつた。たとえば、大判大七・四・一五民録二四輯八六五頁は、仲裁「契約ハ民事訴訟上ノ契約ニシテ実体法上ノ契約ニアラス」と明言し、その故に、かりに当事者が仲裁手続はイギリス法によることを合意したとしても、それは仲裁手続についての準拠法の合意ではなく、いわゆる実質法的指定であるとす。ほかに、大判大一〇・二・一九民録二七輯三四四頁も同旨。また、学説としては、中田淳一「特別訴訟手続第三編仲裁手続（新法学全集）」一一六頁（一九三八年 日本評論社）、菊井維大編「全訂民事訴訟法（下）」四二三頁「小室直人」（一九七二年 青林書院新社）などが訴訟契約とみる立場をとる。

(12) もっとも、ここでの法廷地とは、訴訟が提起された地というより仲裁手続が行われるべき地を指すと、一般には解され

ている(たとえば、川上・前掲注(4) 八四八頁参照)。そして、ここでの仲裁地とは、仲裁手続が現実に行われる場所という意味である必要はなく、当事者がその地で仲裁を行うべきことを合意した場所、すなわち「当事者の合意によって設定された観念上の場所」というほどの意味である、とされる。この点について、澤木敬郎「国際仲裁と準拠法」民訴雑誌三六号一二六頁、一二七頁(一九九〇年)、注解仲裁法二一九頁〔澤木〕のほか、岩崎一生・判批・涉外判例百選〔第三版〕二四一頁(一九九五年)など参照。

(13) 学説としては、川上・前掲注(4) 八四九頁、小山・前掲注(5) 一〇七頁、注解仲裁法二一七頁〔澤木〕、元木Ⅱ細川編・前掲注(5) 一四一頁〔原田〕、小林・前掲注(5) 五七頁、注解民訴法V四三二頁〔山本〕、山本・前掲注(5) 二二頁、新・判例コンメVI六四九頁〔青山〕、澤木・前掲注(12) 一二五頁、高桑昭Ⅱ江頭憲治郎編「国際取引法」八四頁〔道垣内正人〕(一九九一年 青林書院)など参照。また、仲裁法試案四二条も、「仲裁契約の成立及び効力は、当事者の指定する法律による」と規定して、当事者自治を認めている。なお、下級審の裁判例にも、東京地判昭二八・四・一〇下民集四卷四号五〇二頁、横浜地判昭五五・五・三〇JCAジャーナル一九八一年二月号二四頁など、このように考えるものはみられた。

(14) たとえば、局面はやや異なるが、UNCITRAL モデル法三四条二項(a)(i)は、仲裁判断の取消事由として、「仲裁契約が、当事者がその準拠法として指定した法令により……有効でないこと」を掲げ、また、ニューヨーク条約五条一項(a)も、外国仲裁判断の承認および執行の前提として仲裁契約の成立が問題となる場合には、一次的には「当事者がその準拠法として指定した法令」が、そして二次的に「その指定がなかったときは判断がされた国の法令」が準拠法となると規定していることから、いずれも仲裁契約の準拠法について当事者自治の原則を適用することを認めるものといえる。

(15) 注解仲裁法二一七頁〔澤木〕。

(16) 岩崎・前掲注(3) 二七四頁は、これまでに論じたものはみあたらないとして、問題の提起だけにとどめている。

(17) 吉野・前掲注(1) 七九頁。

(18) 吉野・同前は、注解仲裁法二二三頁、二二三頁〔澤木〕を引用している。ここでは、確かに「仲裁契約が、訴えにどう

いう影響を及ぼすかは訴訟法上の問題であつて、手続は法廷地法によるとの原則に従い法廷地法によるとするのが、わが国の通説であり……、判例もこれに従っている……」と述べられているが、これは、注解仲裁法二二二頁「澤木」がいう、仲裁契約の訴訟法上の効果のうち「国家裁判所の管轄権を否定するというだけの消極的側面」のことを指している、すなわち訴訟排除効を認めるかどうかについての記述であると理解すべきものであろう。青山・前掲注（5）一七四頁も、この引用は誤解であるという。

(19) 吉野・同前。これと関連して、後掲注（23）も参照。

(20) この点について、前掲注（6）参照。

(21) なお、柏木・前掲注（1）一四〇頁は、原則として、不起訴の合意が認められている以上、不起訴の合意の範囲についても当事者自治が許され、当事者の選んだ準拠法によることとしても不都合はないのではないかとする。

(22) 仲裁契約に関連して、例外的に当事者自治の原則の射程外にあるものとして、たとえば、法例三条との関係で仲裁契約の締結能力、同じく法例八条との関係で仲裁契約の方式、さらに仲裁可能性（あるいは仲裁適格）などの問題が考えられている。これらについては、さしあたり、川上・前掲注（4）八五八頁、元木・細川編・前掲注（5）一四二頁、一四三頁「原田」、小林・前掲注（5）六一頁、澤木・前掲注（12）一二五頁、一二六頁、注解仲裁法二一九頁「澤木」、石川・小島編・前掲注（4）一九五頁、一九六頁「石川・大濱」、高桑・江頭編・前掲注（13）八五頁「道垣内」など参照。また、仲裁法試案との関係で、方式についての四三条、仲裁可能性についての四四条、および、これらの解説につき、仲裁研究会一〇五頁、一〇六頁「澤木」も参照。

(23) 新・判例コンメVI六四九頁「青山」、青山・前掲注（5）一七四頁も結論同旨。なお、このように解すると、A社およびYがアメリカ合衆国ニューヨーク市において仲裁付託命令などを求めて提訴したときに、前掲注（19）の本文で引用し、示したように、連邦地方裁判所が、準拠法として、アメリカにおける仲裁法を法廷地法の故に適用し、判断したのであれば、そのことは不当であったといわなければならないが、これはまた別の問題である。もつとも、ニューヨーク市の連邦地方裁判所が、果たして法廷地法として適用したのかどうか、本判決の判決理由からは必ずしも明確ではない。

- (24) なお、道垣内・前掲注(5)一六七頁参照。
- (25) たとえば、山田録一『国際私法』二九三頁、二九四頁(一九九二年 有斐閣)、溜池良夫『国際私法講義』三四六頁(一九九三年 有斐閣)、澤木敬郎『国際私法入門「第3版」』一七九頁(一九九〇年 有斐閣)、青山・前掲注(5)一七五頁など参照。また、東京地判昭六三・八・二五海事法研究会誌八七号三二頁も、「当事者の意思が不明であるとして直ちに法例七条二項により行為地法を準拠法とすべきものと解するのではなく、契約関係の諸般の事情……を考慮して当事者の意思を探索し、まずもつて当事者による黙示的な準拠法の選択の有無を検討すべき」である、としている。もつとも、山田・同前によれば、裁判例の中には、黙示意思の探索をあまり考慮せず、直ちに行為地法によつたものが多いとされている。
- (26) 注解仲裁法二一八頁「澤木」によれば、承認・執行より前の段階で仲裁契約の準拠法が問題となるとき、諸外国には、その基準としては仲裁契約締結地法、当事者の住所地法、仲裁判断予定地法など、いろいろな学説がみられるとされる。なお、仲裁法試案四二条は、当事者による指定がないときには仲裁地法によることを規定しているが、これは、諸外国の学説のうち、仲裁地法が有力であるとともに、ニューヨーク条約がこれを採用していることにしたが、つたものであると説明されている。この点、仲裁研究会一〇四頁「澤木敬郎」参照。
- (27) 川上・前掲注(4)八五四頁は、「まず、仲裁手続がなされた地またはなされるべき地を考慮にいれなければならない」というし、注解仲裁法二一九頁「澤木」は、「困難な問題ではあるが、一応仲裁地法によるものと考えておきたい」とする。また、柴田保幸・判例解説・最判解説昭五〇年度三四六頁(一九七九年)は、「仲裁地の合意のある場合には、仲裁契約の準拠法を仲裁地法とする旨の合意を含むと解するのが妥当であろう」とし、山本・前掲注(5)二二頁、高桑Ⅱ江頭編・前掲注(13)八四頁「道垣内」も同旨。なお、注解民訴法Ⅺ五九〇頁「河野」は、仲裁契約の要件の準拠法についてであるが、「どうしても当事者の準拠法の決定についての意思を探索することができない場合には、次善の策として仲裁地の法律によることになる」という。
- (28) 必ずしも明確ではないのだが、青山・前掲注(5)一七四頁、一七五頁が、仲裁が申し立てられた場合には、相手方は

これに応じなければならぬ義務を生じさせるという、仲裁契約のもつ積極的效果については、「仲裁手続が行われるべき地の法律によることは動かせないとどこでであり」としつつ、訴訟排除効、つまり仲裁契約の消極的效果についても「表と裏の関係にあり、同一の準拠法によって律せられるべきである」とするのは、このような趣旨であろうか。

(29) 川上・前掲注(4) 八五一頁、八六六頁、小山・前掲注(5) 一五四頁、注解仲裁法二二四頁「高桑」、新・判例コンメVI六四八頁「青山」など参照。もつとも、UNCITRALモデル法の制定にあたって、仲裁手続の準拠法については属地主義による立場と当事者自治を認める立場との激しい議論があったことを受け、これに平仄を合わせるかたちで、仲裁法試案四五条二項では、裁判所の援助や協力、仲裁判断の取消については仲裁地法によることを定めた、とされる。この点につき、澤木・前掲注(12) 一二七頁、仲裁研究会一〇六頁以下「澤木」参照。

(30) ちなみに、本件国際仲裁契約においては、仲裁手続の準拠法についても明示的指定はされておらず、ただ手続規則について「国際商業会議所の規則及び手続に従って仲裁に付される」とされているにすぎない。この点と関連して、後掲注(46)も参照。

(31) 石黒一憲『国際民事訴訟法』三〇九頁（一九九六年 新世社）参照。

(32) 石黒・前掲注(31) 三〇九頁は、このような立場では、本件のようなクロス条項の取扱いは「何ら念頭に置かれていない」と明言している。

(33) 川上・前掲注(4) 八五四頁。もつとも、ここでの「仲裁手続地」が、いわゆる「仲裁地」のことであるのか、あるいは、現実に口頭審問や証人尋問などの証拠調べが行われる「仲裁場所」を指しているのかは必ずしも明らかではなく、この点についての留保は必要である。

(34) 石黒・前掲注(31) 三〇八頁。

(35) 本件において、Yは、仲裁契約の存在を主張し、仲裁契約の抗弁を提出しているだけでなく、ニューヨーク市の連邦地方裁判所に、本訴請求については仲裁によって解決されるべきことを求める訴えを提起している。このことをより重視するならば、仲裁に対してより積極的な態度を示しているのは、むしろYであって、このような当事者を基準にして準拠法

を決する、つまり準拠法は日本法になると考えることもできそうであるが、結論はそうではないから、本判決をこのように解釈することはできない。この点につき、石黒・前掲注(31) 三二七頁注 915) 参照。また、吉野・前掲注(1) 七九頁も参照。

(36) ちなみに、本件第一審判決は、「一方の当事者が自国の裁判所に提起した訴訟において、相手方が仲裁契約による本案前の抗弁を申し立てた場合にも、同様に解すべきである」と明確に述べているが、石黒・前掲注(31) 三二七頁注 915) は、この部分の第一審判決の「説示には、明らかに論理の飛躍がある」と指摘している。この点、吉野・前掲注(1) 七九頁も同旨。

(37) 石黒・前掲注(31) 三二八頁注 918) は、本判決のいう「相互補完的關係」について「奥歯に物のはさまった表現である」として「なおしつくりと来ないものを感じる」と断じている。

(38) この点、日本法(公示催告手続及び仲裁手続ニ関スル法律) 七九七条は、仲裁手続が許されないことなどの主張があったときでも、仲裁人は、仲裁手続を進行させ、仲裁判断をすることができる、と規定する。比較法的にみても、たとえば、ドイツ民法一〇三七条では、仲裁人は手続停止か手続続行かの選択権をもつとされている)、UNCITRAL 仲裁規則二一条四項も、仲裁裁判所は、仲裁手続を進行し、終局判断において仲裁裁判所には紛争解決権限がないとの主張について決定できるとするなど、仲裁人に独立した判定権ないし手続続行権を認めているものが多い。仲裁法試案も、その九条五項で、仲裁契約に反して訴えが提起され、係属中であっても、仲裁手続を進行させることができる、との規定をおいている。この点、仲裁研究会六二頁以下「松浦馨」参照。もともと、仲裁人の権限の有無については、最終的な判定権は国家の裁判所に留保されているから、仲裁人の権限を争う当事者は、仲裁人が自ら権限ありとなした仲裁判断について、その取消を求める訴えを裁判所に提起することができる(日本法八〇一条)。

(39) なお、東京地判昭五三・六・三〇判タ三七五号一〇二頁は、請負代金債務不存在確認の訴えについて、請負契約から生じる紛争につき仲裁契約があるときは、その訴えは不適法として却下される、とする。

(40) 本件では、Y は、X 社が主張する不法行為に基づく損害賠償請求につき、すでにアメリカ合衆国の連邦地方裁判所によ



る仲裁付託命令を取得している。これとは別に、日本法人であるX社に対して、日本の裁判所に訴えを提起することは、現実には考えにくいかもしれないが、全くありえないことではないだろうし、日本の裁判所の国際裁判管轄もさしあたり肯定されるといえよう。

(41) なお、石黒・前掲注(31)三〇六頁は、日本における不法行為請求と、これに対する反訴請求という事例を想定して、本判決の論理にしたがったシミュレーションを行っている。

(42) 石黒・前掲注(31)三〇七頁も、「同一の取引関係についての紛争に関し、単一の仲裁合意のカヴァレッジがバラバラの法により判断されることになる。それでよいのか、という問題がまずある」と指摘する。

(43) これは、外国判決の承認および執行も含めた、広い意味での、いわゆる国際訴訟競争をめぐる問題である。すなわち、日本と外国の双方の裁判所に、同じ訴訟が係属し、それぞれに判決がされるということになれば、そこでは日本の裁判所の判決と外国のそれが抵触することが起こりうる。これらの問題については、論議がなおも続けられている。

(44) これについて、後掲注(71)も参照。

(45) 石黒・前掲注(31)三〇八頁。もともと、このような条項の内容や成立が、公序違反とされる余地がないかどうか、個別的に検討してみる必要はあろう。また、前掲注(22)で一言したように、特定の仲裁付託事項を定めたとしても、そこでの準拠法なし仲裁地法との関係から、当事者自治の原則の例外として扱われることがないかどうかの検討も必要であろう。

(46) 山本・前掲注(5)二四頁、二五頁は、「申立人に応じて仲裁地を二ヶ所に認める内容になっていることから、仲裁地いかにて仲裁または訴訟の認められる範囲が異なる可能性があり、「仮にそのような不平等な結果が生じるとすれば」、そこまで受け入れたうえで「黙示的にしろ」意思表示をしていると合理的に評価しうるかは疑問であろう」という。石黒・前掲注(31)三〇八頁、三〇九頁も、本判決の論理について、「肝心の仲裁付託事項の範囲が、微妙な紛争処理の *essence* に左右されてグラつく点」を批判し、「どちらが先にしびれを切らせて仲裁ないし訴訟に訴えるかによって、その後の帰趨が左右されることになるが、それでよいのか、と疑問を投げ掛けつつ、「かかる *tactics* と仲裁付託事項の範囲に関する

る揺らぎとの関係を遮断」することは「それ自体法制度のあり方として、健全なことと思われる」とする。

(47) 国際商業会議所がフランス・パリに本部をおくからといって、仲裁契約の準拠法をフランス法と決定することは、ニューヨーク市にも東京にもその支部ともいえるべき国内委員会がおかれていることを考えても、やや過剰な解釈であろう。国際商業会議所における仲裁裁判所については、さしあたり、注解仲裁法七二頁以下「小原三佑嘉」参照。

(48) 仲裁契約の分離可能性は、最判昭五〇・七・一五民集二九卷六号一〇六一頁で示されたとおり、最高裁判例の認めるところであり、学説においても異論はみられない。

(49) なお、東京地判昭三四・八・二〇下民集一〇卷八号一七一頁は、外国仲裁判断の執行判決請求事件についてのものであるが、ジュネーブ条約が定める承認または執行のための要件である仲裁契約の有効性を、主たる契約である売買契約の準拠法である英国法にしたがって判断している。もともと、必ずしも判決記載の事実からだけでは明確ではないが、「売買契約（仲裁条項を含む。）の準拠法を英国法とする旨を合意」していた事案のようである。

(50) 柏木・前掲注(1)一三九頁参照。

(51) 川上太郎「国際商事仲裁に関する国際私法理論」神戸法学雑誌一号六一六頁（一九五一年）、小林秀之・判批・法協九四卷一五六五頁（一九七七年）、同『国際取引法「補正版」』九五頁（一九九一年 弘文堂）、柏木・前掲注(1)一三九頁など参照。

(52) 柏木・前掲注(1)一三九頁参照。

(53) 川上・前掲注(4)八四四頁。ほかに、山田・前掲注(25)二頁、澤木・前掲注(25)四頁なども参照。

(54) このような事実認定のもとで、現に、本件第一審判決は「いづれにせよ、法例七条二項、同九条により、本件仲裁契約の準拠法は、ニューヨーク市で適用される法となる」と判示している。

(55) 山本・前掲注(5)二五頁が、仲裁地の合意のみから默示的意思を探究するのは不適切であるとしながら、法例七条二項と九条によって「アメリカ法が準拠法となる」という。なお、仲裁法試案四二条は、当事者の明示の指定がないときには仲裁地法により、仲裁地が定まっていなかったときには仲裁契約締結地法をもって契約準拠法とする、と規定する。この規

定の適用にあたって、仲裁研究会一〇四頁「澤木敬郎」は、黙示意思の探求をまず行うべきかどうかが問題となるが、「仲裁契約の特別な性質からすれば、仲裁地法は、もつともよく当事者の意思に合致すると考えられるので」その必要はない、という。

(56) 石黒・前掲注(31) 三一〇頁。

(57) 山本・前掲注(5) 二五頁注(82)も、主たる契約の準拠法を考えると、「当事者の黙示の意思の解釈として履行地たる日本法の適用可能性は残るであろう」とする。なお、仲裁研究会一〇四頁「澤木」によれば、スイス国際私法一七八条二項は、外国仲裁判断の取消との関連においては、当事者の指定した法、紛争の実体関係の準拠法、またはスイス法のいずれかに合致していれば、仲裁契約は有効とされる旨を規定しているという。ちなみに、本件のようなサーカス興行を目的とする契約についての準拠法が争われた裁判例は見当たらないようであるが、これにいささかでも類似する面がないともいえないように思われる、労働契約の場合に、その勤務の類型に依りて、労働供給地が一つの基準になりうるとするのは、澤木・前掲注(25) 一九二頁である。これとの関連でいえば、東京地判昭六三・一一一五労民三九卷六号六五八頁が、イギリス法人とイギリス人の間で、イギリスで締結された、日本を労働提供地とする雇用契約について、日本の労働基準法に適合するかたちで解雇予告手当を支払われたことなどを理由として、日本法が準拠法になると判断している。また、山本・前掲注(5) 二五頁注(32)も、主たる契約の準拠法を考えると、「当事者の黙示の意思の解釈として履行地たる日本法の適用可能性は残るであろう」とする。

(58) 石黒・前掲注(31) 三二〇頁も結論同旨。ただし、私見としては、本文でも述べたように、究極的には価値判断の問題であるから、前掲注(55)の本文で指摘した考え方にしたがって、本件は仲裁地が定まっていなくても考え、仲裁契約締結地をより重視して、その地の法である、ニューヨーク市で適用される法を準拠法とすることに積極的に反対するものではない。要するに、準拠法は一つに定められ、グラつかなければそれでよい、ということである。

(59) 前掲注(3)での本文に示したところとは異なるが、本判決の理由によれば、「一切の」という文言が含まれたものとして認定されている。

- (60) たとえば、東京地判平元・二・一三判タ七一一号二六三頁は、定期傭船中の船舶の火災から生じた積荷の損害について、船主から定期傭船者に対して提起された、損害賠償義務不存在確認の訴えについて、その定期傭船契約に挿入されていた仲裁約款にしたがって仲裁に付されるべきことを理由に、訴えを不適法却下した。ほかに、大判昭一四・三・二〇民集一八巻二一九頁、大阪地判昭三四・五・一一下民集一〇巻五号九七〇頁、札幌高判昭三四・一二・一八高民集一二巻一〇号五〇八頁なども同旨。これに対して、建築工事請負約款中の仲裁約款は、請負の予約契約の段階で紛争が生じた場合には適用されないとして否定的に解した、東京地判昭五五・六・二六判時九九八号七九頁、判タ四三二号一一八頁もある。
- (61) 小山・前掲注(5) 九七頁、注解仲裁法七九頁「小島武司」豊田博昭」、新・判例コンメVI六三六頁「青山」、青山・前掲注(5) 一七三頁。なお、中田・前掲注(11) 一二二頁、注解民訴法四二五頁、四二六頁「河野」も参照。
- (62) なお、吉野・前掲注(1) 八〇頁は、本判決、および本件第一審判決がニューヨーク市で適用される法を準拠法として仲裁契約の効力の及ぶ範囲を判断したことに関連して、「アメリカの仲裁法の通説・判例がどの程度拡張解釈の傾向にあるか検討する紙幅の余裕はないが、これはアメリカにおける民事訴訟制度の一種の『病理的現象』と密接に関連している」のだから、日本やドイツにおいては異なる、として、仲裁契約の客観的範囲を広く捉えることに批判的なのである。確かに、近時のアメリカ合衆国における、いわゆるADRの隆盛に関連して、その要因の一つに、裁判所が抱えている事件の輻輳、慢性的な訴訟遅延、高額な訴訟費用、陪審によったときの膨大な賠償額などといった「病理的現象」があることは、たとえば、Note, *Agreements to Arbitrate Claims under The Age Discrimination in Employment Act*, 104 HARV. L. REV. 568, at 581-83 (1990); JACQUELINE M. NOUAN-HALEY, ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION, pp. 4, 1992, West におき、ことに指摘されてきたところではあるが、だからといって、仲裁契約のもつ自主性ないし実効性を損なうような解釈のありかたが妥当であることにはならないであろう。
- (63) 中田・前掲注(11) 一二六頁、小山・前掲注(5) 八八頁、菊井編・前掲注(11) 四二七頁「小室」、注解仲裁法七五頁、七六頁「小島」豊田」、注解民訴法四二七頁、四二八頁「河野」、新・判例コンメVI六三四頁「青山」など参照。なお、特定承継人について仲裁契約の効力が及ぶかについては争いがあるが、判例の立場としては、たとえば、大阪地判大

八・一・二九評論八卷四三頁は、仲裁契約を含む備船契約が締結されていた汽船を買い受け、備船契約を承継した者は、反証のないかぎり、仲裁契約上の権利義務も承継したものと認め、肯定的に解したものがあがるが、他方で、たとえば、大阪高判昭五九・五・三一金融法務一〇七七号三五一頁は、善意で手形の裏書譲渡を受けた者が、その手形の振出人と譲渡人との間の仲裁契約の効力を受けるためには、譲受人との間で仲裁契約上の地位を承継する旨の別途の合意が必要であるとして、否定的に解したこともあり、分かれている。特定承継人についての学説については、さしあたり、前掲の文献のほか、上野泰男「仲裁契約及び仲裁判断の効力の人的範囲」関大法学論集三五卷三・四・五合併号六五七頁以下(一九八五年)参照。

(64) 吉野・前掲注(一) 八〇頁。

(65) 青山・前掲注(5) 六三五頁が、「代表者の行為が法人の契約締結または履行の一部としてなされたようなケースについては、日本法の解釈としても、仲裁契約の効力の代表者への拡張を認めるべきであろう」とされている。また、注解民法Ⅺ四二八頁「河野」も、本判決との関係で、「仲裁契約の趣旨により、実質的な当事者に対しても仲裁契約の効力が及ぶる場合があると解するべきであろう」という。

(66) なお、吉野・前掲注(一) 八〇頁によれば、本件第一審において、ある民訴法学者によって「組織の代表者、その他の役員、代理権を有する被用者は、個人としてではなく、一定の資格に基づいて契約の締結及び履行に当たる者であり、これらの者はその行為が組織性に覆われていることから、形式的には第三者でありながらも、実質的には当事者そのものと同視されるべき存在であるとみるのが法律上正当である」旨の鑑定意見が提出されていたことが紹介されている。仲裁契約のもつ紛争解決機能を十二分に発揮させ、その実効性を確保しようとするときには、傾聴に値する解釈論であるように思われる。

(67) 本件第一審判決が認定し、本判決も維持した事実関係において、Yは、A社とその「実質を同じくしており、法人格として区別するに値しない」とされている。

(68) 青山・前掲注(5) 一七五頁参照。なお、この点に関連して、柏木・前掲注(一) 一四〇頁は、X社にとっては、ニュー

ヨーク市でA社に対し仲裁を申し立てるか、日本でYに対し訴えを提起するかの選択権が与えられることになり、このような選択権をもたないA社と比べて、著しく不公平であることを指摘する。

(69) なお、本研究の射程外ではあるが、前掲注(2)で一言した、国際私法上の公序違反ではないかとの主張に対して、本判決が維持した、第一審判決が、かりにニューヨーク市で適用される法を適用することによって、それが日本法を適用した場合と異なることになっても「直ちに公序に反する」ということはでき「ないし、また、本件が、A社に「対する債務不履行の契約責任に基づく請求と大きく内容を異にし、本件に本件仲裁契約を適用した場合」でも、これを締結したときのX社の「期待を著しく裏切る結果になるとは到底いえないから、「少なくとも本件について適用する限り」「米国法の解釈が我國の公序に反するとはいえない」と説示したところも参酌するならば、本件で、仲裁契約の効力がYに対しても拡張されると考えて、本件訴えを不適法却下したとしても、それは実質的にみて決して不当な結論とはいえない、ということの意味するものであるように思われる。

(70) ちなみに、この場合の準拠実質法である「ニューヨーク市で適用される法」の解釈および適用問題については本研究が目的とするところではなく、ここで詳しく検討を加える余裕はないが、岩崎一生・判批「CAジャーナル一九九五年一〇月号九頁、一〇頁（一九九五年）」は、本判決の判示を批判して、まず、第一に「ニューヨーク市で適用される法」の意義を「連邦仲裁法およびこれに基づく連邦裁判所の判例法である」と説示したのは不当であり、「連邦仲裁法ならびにニューヨーク市を所轄する連邦および州の裁判所の判例法と解するのが、米国における法状況に照らして妥当でないか」とし、第二に、アメリカ連邦仲裁法の解釈としても、仲裁契約の人的範囲について「異なった事実関係の事案に先例を不用意に適用した、すなわち、外国法の適用に誤りがあった」とする。もつとも、第二の点について、柏木・前掲注(1)一四〇頁は、同じくアメリカ連邦仲裁法にかかる判例法としては、「主たる契約の誘引の詐欺に関するかぎり」本判決の判示でよいと思われる、とする。

(71) 当事者の合意に基礎をおくことから、一つの国家という枠を超えて、そこでの法システムに縛られない紛争処理が可能になるといえる。そこから、さらに進めて、成立や効力、執行可能性などについて、一つの特定の国家法によらない仲裁、

いふなれば非国家仲裁 (a-national arbitration) なるものを考えることが出来るのではないか、とする見解もみられる。これについては、さしあたり、Hans Smit, *A-NATIONAL ARBITRATION*, 63 *TULANE LAW REVIEW* 629 (1989) [これについての紹介として、猪股孝史「紹介 ハンス・スミット『非国家仲裁』」比較法雑誌三〇巻四号二二頁以下 (一九九七年)] および、そこに掲げられた文献を参照。

(72) 中田・前掲注 (11) 九七頁、小山・前掲注 (5) 五頁、注解仲裁法六頁「小島武司」、小島武司「国際仲裁と法文化的中立性」三ヶ月古稀(下)五九二頁(一九九一年 有斐閣) など参照。また、Henry P. deVries, *International Commercial Arbitration: A Contractual Substitute for National Court*, 57 *TULANE LAW REVIEW* 42 (1982); René David, *ARBITRATION IN INTERNATIONAL TRADE*, 1985, Kluwer Law and Taxation Publishers, pp21; MARTIN DONKE, DONKE ON COMMERCIAL ARBITRATION (Rev. ed), 1990, Callaghan & Company § 1: 01 なども参照。

(73) たとえば、準拠法のほかに、仲裁人の選定や独立、仲裁手続における裁判所との連携ないし協力などの問題がある。これらについて、さしあたり、小島武司「国際商事仲裁の落し穴」ZBL二七二号四一頁(一九八三年)、小山昇「仲裁制度の現状と課題」民訴法の争点三二頁(一九七九年)、小島・前掲注 (72) 五九八頁以下、注解仲裁法七頁「小島」など参照。

(74) なお、道垣内・前掲注 (5) 一六五頁以下では、本件とはまた違ったかたちで、仲裁契約が締結されていたにもかかわらず、仲裁の実施に伴って生じた、仲裁人の選定にかかる紛争をめぐって、「二つの訴訟が提起されながら、紛争解決には何の役にも立っていない」事案が取り上げられている。

(75) Smit, *supra* note 71, at 631.

(76) 吉野・前掲注 (一) 七七頁。

(77) もっとも、この場合でも、そのような第二の仲裁合意の有効性については、なお国家の裁判所に判定権が留保されている、とされる。仲裁権限最終裁定条項の問題は、とりわけドイツにおいて議論が多くされているが、さしあたり、注解仲裁法六七頁「小島＝豊田」のほか、田邊誠「仲裁権限に関する仲裁人の判断権 (Kompetenz-Kompetenz) について」広

島法学一五卷三号三〇九頁以下（一九九二年）が詳しい。なお、P. シュロツサー（坂本恵三訳）「仲裁裁判所の管轄」『国際仲裁の法理』（小島武司編訳）六一頁以下（一九九二年 日本比較法研究所）も参照。

\* 本研究は、比較民事訴訟法研究会（代表 小島武司・日本比較法研究所（中央大学））において、報告したものを補正、加筆したものである。また、本学法学部の廣江健司教授には、国際私法の視点から有益なご教示をいただいた。心からの感謝を申しあげたい。

（いのまた たかし・本学法学部助教授）