



管轄合意・仲裁合意・準拠法選択合意：国際私法・国際民事訴訟法における合意の並行的処理の可能性と限界

中野，俊一郎

(Citation)

CDAMS(「市場化社会の法動態学」研究センター) ディスカッションペーパー, 04/ 9J

(Issue Date)

2004-07

(Resource Type)

technical report

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/80100031>



CDAMS ディスカッションペーパー

04/9J

2004年7月

管轄合意・仲裁合意・準拠法選択合意

——国際私法・国際民事訴訟法における

合意の並行的処理の可能性と限界——

中野俊一郎

CDAMS

「市場化社会の法動態学」研究センター

神戸大学大学院法学研究科

「管轄合意・仲裁合意・準拠法選択合意

—国際私法・国際民事訴訟法における合意の並行的処理の可能性と限界—

中野俊一郎

I はじめに

国際私法・国際民事訴訟法において、当事者の合意に重要な効力が認められる局面として、準拠法選択合意、国際裁判管轄合意、国際仲裁合意の三つをあげることができる。これらは、それぞれ異なった平面に位置づけられるが、渉外的な民事法律関係の規律に関する当事者の合意であって、法により一定の効果を与えられるという点において、共通した側面をもつ。そこで、合意の実質的成立要件を判断する基準や弱者保護、不法行為問題に関する合意の可否といった問題を切り口にして、この三者を比較してみようというのが、本稿のモチーフである。

より具体的にいうと、わが国の通説は、準拠法選択合意に詐欺・強迫といった意思表示の瑕疵があった場合の効果は、わが国国際私法独自の立場から、わが国民法を参照して判断すべきであるとし、国際裁判管轄合意の有効性についても、国際民事訴訟法独自の立場から、同様の処理が提唱されてきた。これに対して、仲裁合意に関しては、当事者が選択した仲裁契約準拠法によってその実質的成立を判断するという考え方が一般的である。このような判断枠組の違いは何に由来し、また、扱いを異にするについてどのような合理的根拠があるのか。消費者や労働者といった弱者の保護は、管轄合意、仲裁合意、法選択合意の三つについて共通に問題となりうるが、合意の許容性や制限という面において、三者にどのような共通性や相違が認められるか。不法行為事件についてはどうか。以下においては、このような問題関心に基づいて、若干の検討を行うこととしたい。

II 合意の実質的成立を判断する基準

1 準拠法選択合意

(1) 総説

多くの国の国際私法は、当事者が合意で契約準拠法を指定することを原則的に許容しており、これによると、当事者間の契約の成立・効力に関わる問題は当事者が指定した実質法によって判断される（当事者自治の原則）。わが国の法例 7 条 1 項も同じ考え方に基づく。

わが国国際私法上、法例 7 条 1 項による準拠法決定をめぐる論じられるのは、物権的法律行為や身分的法律行為、単独行為（取消、追認、解除）、消費者契約、純国内的契約などについて当事者自治が許されるか、分割指定の許容性や意思の確定（証明の要否、職権探知）、黙示的合意の許容性、意思推定（法例 7 条 2 項）、合意の時期、合意の対象となる「法」の内容、絶対的強行法規との関係などである。これらの問題が、わが国国際私法規定である法例 7 条それ自体の解釈問題であり、国際私法独自の立場から決せられるという点で、異論は見られない。有効な法選択合意により指定された契約準拠法は、能力（法例 3 条）や方式（8 条）を除き、契約の成立（意思表示の瑕疵、他人の権利の売買など契約内容の可能性、種類債権の特定方法など契約内容の確定性、契約の適法性など）、効力（危険負担、同時履行の抗弁権など）をめぐる問題を規律することになる⁽¹⁾。

これに対して、準拠法を指定する当事者の意思表示に瑕疵があった場合の処理については、考え方が分かれている。

(2) 国際私法独自説（法廷地法説）

従来の国際私法上の多数説は、準拠法指定行為に錯誤や詐欺・強迫のような瑕疵があった場合の処理は、国際私法自体によって定まるとしてきた。その理由は、この合意が国際私法上のものであるこ

と、準拠法は準拠法指定行為の有効性が認められて初めて決まるから、契約準拠法を基準にすると循環論になること、の2点にある。但し、この見解においては、国際私法が法選択合意の有効性判断に関する具体的規律を欠くため、日本民法によってそれを補充する必要を生じ、結局において法廷地実質法によるのと変わらない結果となる。即ち、準拠法指定行為が重大な錯誤に基づくときは無効、詐欺・強迫に基づくときは取り消しうべきものと解されている(2)。従って、その内容に即していうならば、法廷地法説と呼ぶのが正確かと思われるが、ここでは従来からの呼称にならい、国際私法独自説と呼んでおく。

(3) 当事者自治説

これに対して、一部の見解は、当事者が指定した契約準拠法によって、準拠法指定行為の有効性を判断すべきであるという(3)。その根拠としては、要件・効果の判断が明確であること、法廷地ごとに合意の有効性判断が相違する事態を避けうること、契約自体の意思表示の瑕疵と法選択合意のそれとを同一の法で判断しうること、抵触法自らが一定の実質法を連結概念の解釈基準とすることは必ずしも循環論とはいえないこと(4)、などがあげられている。

このような考え方は、とりわけ条約立法に多く見られる。例えば、既に1955年のハーグ動産売買準拠法条約2条3項は、「適用されるべきものと宣言された法に関する当事者の合意に関する条件は、その法によって決定される」と定めており、夫婦財産制の準拠法に関する1978年のハーグ条約10条(5)も同様である。また、特に影響力の大きいものとして、1980年の契約債務準拠法条約(ローマ条約)3条4項は、「準拠法選択に関する当事者の合意の成立及び有効性は、第8条、第9条及び第11条の規定により判断される」とし、8条は、「(1) 契約又は契約条項の成立及び有効性は、その契約又は契約条項が有効であるとした場合にこの条約に従い適用されることとなる法により判断される。(2) 前項の規定にかかわらず、一方当事者の行為の効果を、前項に定める法によって決定することが合理的でないことが諸事情から明らかである場合には、当該当事者は、契約に同意しなかったことを主張するために、その常居所地国の法を援用することができる」(6)、と定めた。ドイツ民法施行法27条4項、31条はローマ条約と内容的に一致した規定をおくほか(7)、スイス国際私法116条2項(8)もほぼ同旨を定めている。「私人又は私企業の間の国際契約における当事者の自治」に関する1991年の国際法学会バーゼル会議決議4条(9)、国際契約の準拠法に関する1994年の米州条約(メキシコ条約)12条(10)も同様である。

この見解は契約準拠法説と呼ばれることが多いが、より正確にいうと、当事者による準拠法指定行為を、主契約とは独立の単位法律関係として、その準拠法決定につき法例7条の適用ないし類推適用を認めたものと考えられる。従って、ここでは当事者自治説と呼ぶことにしたい。

2 国際裁判管轄の合意

(1) 総説

国際裁判管轄の合意は、わが国の管轄権を基礎づけ、もしくは排除するものである。従って、その成立・効力は、わが国国際民事訴訟法の解釈問題として、国内管轄合意に関する国内民事訴訟法上の取り扱いとは別に、国際民事訴訟法独自の見地から判断されなければならない。このような基本認識において、今日の学説・判例は一致していると見てよい。その意味では、これから述べる全ての学説は「国際民事訴訟法独自説」といってもよいわけであるが、その中でも、当事者の意思に基づき、法廷地法(日本法)以外の法が妥当する余地を認めるかどうかについては、いくつかのバリエーションが認められるので、その相違点に焦点を当てる形で分類を試みたい。

(2) 国際民事訴訟法独自説(法廷地法説)

従来の通説・判例は、上に述べたような基本認識から、国際裁判管轄合意の成立判断は、わが国の国際民事訴訟法独自の見地からされるべきであるとし、この点について当事者による準拠法指定や主

契約準拠法の適用を認めていない。この見解は、国際民事訴訟法独自説と呼ばれることが多く、本稿においてもこれにならうが、上に一言したように、学説上この点に争いがあるわけではないとすれば、その内容に則して、法廷地法説と呼ぶのが正確であるように思われる。

この見解によると、例えば意思表示に詐欺・錯誤などの瑕疵があった場合の合意の成立問題は、わが国民法を「参照」しながら、国際民訴法独自の立場で決定される⁽¹¹⁾。合意の形式的成立要件としては書面性が必要とされるが（民訴法 11 条 2 項）、国際裁判管轄合意については、「当事者の一方が作成した書面に特定国の裁判所が明示的に指定されていて、当事者間における合意の存在と内容が明白であれば」足りる⁽¹²⁾。実質的成立要件については、なお明確とはいえない部分もあるが、①「一定の法律関係」について、「第一審」の管轄を合意するものであること（11 条）⁽¹³⁾、②事件がわが国の専属管轄に属しないこと（13 条）、③合意された裁判所が、自国法上、当該事件につき管轄権を有すること、④「合意がはなはだしく不合理で公序法に違反」しないこと、が一般に要求されている⁽¹⁴⁾。

このような判断枠組みにおいては、合意の公序違反性が実質的に結論を左右するのであり、実際、最近の判例においては、この点が争点となることが多い⁽¹⁵⁾。船荷証券上の管轄条項のように、約款による大量処理の必要があるところでは、合意の形成過程が形骸化するという問題が指摘されるほか、弱者保護の要請も無視できないことから、国際裁判管轄合意の有効性判断にあたり、事件と合意管轄地や内国との密接関連性を中心に、個別的利益衡量を行う必要性を強調する見解もある⁽¹⁶⁾。

(3) 当事者自治説

(a) 合意の実質的成立問題につき当事者による準拠法指定を認める見解

民事訴訟法上、国内管轄合意に意思表示の瑕疵があった場合の処理が民法に委ねられることからすれば、国際裁判管轄合意の場合、これを国際私法が定める準拠実体法によらしめるのが素直な発想ということになろう。そのため、かなり早い時期から、国際裁判管轄合意「それ自体の成立」については契約準拠法によるとの見解⁽¹⁷⁾があったことは、驚くにあたらない。ただ、より正確にいうと、この見解は、管轄合意の実質的成立問題を主契約準拠法の適用範囲に含めるという発想に立つものではなく、ここでの問題が国際民事訴訟法の解釈問題であることを前提に、管轄合意の成立という問題を独立の単位法律関係として切り分け、それについて法例 7 条による準拠法指定を考えるもの、と理解すべきである。「わが国国際民事訴訟法の法理上」国際裁判管轄合意の成否に当事者自治原則の妥当性を認めるとする見解⁽¹⁸⁾や、国際裁判管轄合意は訴訟行為なので「手続は法廷地法」原則により法廷地法である日本法によるが、「合意の成立・意思表示の瑕疵等の問題」については、「民訴法が土地管轄の合意に関し、合目的の見地から右のような問題の規制を私法に委ねているように、国際管轄の合意に関しても右のような問題の実質的な規制を国際私法を含む私法の原則に委ねるべき」であると説く見解⁽¹⁹⁾は、このような理解を裏付けるものと思われる。最近においても、この立場を支持する見解がいくつか主張されている⁽²⁰⁾。

また、次に述べる学説の問題提起を受け、この見解をさらに精緻化する形で、当事者自治原則の妥当範囲を画定しようとする見解も現れている。これによると、まず、合意の実質的成立要件（合意の成立、無効・取消等）は法例 7 条が定める管轄合意の準拠法で判断するが、民訴法 11 条の要件を満たす必要があるほか、約款規制や消費者保護との関係で公序則が介入する余地も留保される。さらに、合意の解釈（合意の対象となる請求、専属的合意か付加的合意か）も同様であるが、請求権競合の場合に不法行為請求にも合意が及ぶかどうかは法廷地法で判断され、その他の問題（合意の方式、専属管轄に反するかどうかなど）も法廷地法によるとされる⁽²¹⁾。

(b) 国際裁判管轄合意の成立・効力一般につき、当事者による準拠法指定を認める見解

これに対して、より広い範囲で当事者自治原則の妥当性を説く見解もある⁽²²⁾。これによると、まず、管轄合意の成立問題については、当事者の予測可能性や取引安全を重視するという見地から、法

例 7 条による抵触法的処理が行われ、第一段階として当事者の意思により、それがない場合は主契約準拠法から当事者の黙示意思を推認しなければならない。さらに、合意の形式、解釈、効果など、合意の訴訟法的評価に関わる事項についても、基本的には上と同様の抵触法的処理によるが、当事者の明示的準拠法合意がない場合については、原則として合意管轄地国法によるべきものとされる。但し、日本の専属管轄事件についてなされた合意や、裁判を受ける権利を阻害するような約款などについては、公序に基づき日本の訴訟法が介入する余地が留保されている。

(4) ドイツにおける解釈

(a) 国内法

ドイツの国内法上、国際裁判管轄規則は国内管轄規則から推知(indizieren)される。国際裁判管轄合意の規律が、手続的合意として法廷地法によるか実体法的合意として契約準拠法によるかについては争いがあったが、性質論から演繹的に結論を引き出しえないことは、既に衆目の一致するところと見てよい(23)。また、国際裁判管轄合意の「許容性及び効果」と「成立」の二問題を区別し、前者については、当事者の意思に委ねることを適当とせず、専ら法廷地法たるドイツ法の適用を認める点でも、対立はないといえることができる。

これに対して、管轄合意の成立問題を判断する基準については争いがある。現在の通説・判例によると、意思表示の瑕疵や解釈といった合意の成立問題は、ドイツ民事訴訟法(ZPO 38 条ないし 40 条)が定めをおく場合(24)を除き、当事者の予見可能性確保や仲裁合意の扱いとの整合性といった観点から、原則として国際私法(EGBGB)が指定する主契約準拠法による(25)。これに対してガイマーは、主契約と管轄合意を混同させるものとして通説を批判するとともに、管轄合意が訴訟契約だからという理由で直ちに法廷地法によるのも問題だとして、「管轄合意の成立に関する独自の準拠法」を考える。その内容は、「契約成立に関するドイツ法原則を出発点とする」が、「一定の場合には、合意の成立に関する外国規範の適用のために、法廷地法が排除されなければならない」という(26)。これは、わが国の国際民事訴訟法独自説と同じく、国際裁判管轄合意の成立問題を規律する訴訟法独自の実体規範を構想するものと思われるが、規範内容の不明確さを批判され、支持を得るには至っていない。

他方で注目しているのは、近時、通説に属する多くの論者が、主契約と管轄合意の目的・性質の違いや、管轄合意が主契約と独立に行われうることを根拠として、「主契約準拠法の適用は絶対的なものではなく」、「当事者は、明示的ないし黙示的に、主契約とは別個独立の管轄合意準拠法を合意しうる」と明言することであろう(27)。つまり、主契約と管轄合意の独立性を認め、後者の成立問題について準拠法の分割指定を認める、という考え方である。また、通説の立場においては、管轄合意の成立に関する準拠法決定にも EGBGB 31 条が適用されるため、例えば沈黙が同意とみなされるような法が準拠法に指定されている場合、同 2 項により、当事者は常居所地法を援用して管轄合意の成立を否定しうる点に注意が必要であろう(28)。

(b) ブリュッセル I 規則

ブリュッセル I 規則 23 条(29)は、国際裁判管轄合意について、方式規制を中心とした定めをおく。本条が、EU 法としての自律解釈に服することは当然であるが、管轄合意に意思表示の瑕疵があった場合のように、規則が定めをおかず、欧州司法裁判所による統一的解釈もない事項については、これをどう判断するかが問題になる。これについては、自律的解釈(30)、あるいは EU 法の中に管轄合意の有効性に関する実質規範を設ける必要性を説くものもあるが(31)、主契約の成立問題に関する判断との整合性を重視して、管轄合意の実質的成立要件や合意の解釈等につき、契約準拠法の適用を認める見解が多いようである(32)。

(5) 裁判所の専属的選択合意に関する 2004 年 5 月のハーグ条約草案(33)：合意管轄地法

草案 7 条によると、外国裁判所の専属管轄が合意されている場合、訴えの提起を受けた締約国裁判所は、以下の場合を除き、手続を停止ないし却下しなければならない。即ち、①選択された裁判所の所属国法により合意が無効である場合、②受訴裁判所所属国法により当事者が能力を欠く場合、③公序に反する場合、④例外的理由により合意が合理的には履行できない場合、⑤選択された裁判所が管轄権を行使しない場合、である（5 条）（34）。

この草案において注目される点は、合意の有効性問題について、「選択された裁判所の所属国法」が用いられる点であり（5 条 1 項、7 条 a 号）、これは、次に述べる仲裁契約準拠法の決定に関する仲裁地法説に通ずる考え方である。また、2004 年 3 月段階の注釈書案によると、ここでの「選択された裁判所の所属国法」は、その国の国際私法を含む趣旨と解されているようである（35）。

3 仲裁合意

(1) 仲裁合意の準拠法の決定：当事者自治原則

わが国における従来の通説・判例は、仲裁合意を主契約から独立した単位法律関係と捉え、法例 7 条の適用あるいは条理に基づき、その成立・効力につき、当事者による準拠法指定を許している（36）。仲裁契約準拠法が明示的に合意されることは稀であること、仲裁判断の取消しは仲裁地で行われることなどを重視して、仲裁地法への客観連結を説く見解もあるが（37）、多くの支持を得るには至っていない。新しい仲裁法はこれについて明文の規定をおこななかったが、取消・執行訴訟における仲裁契約有効性判断につき、ニューヨーク条約及びモデル法にならい、第一次的に当事者が合意した法、それがないときは仲裁地法によるべきものとするので（仲裁法 44 条 1 項 2 号、45 条 2 項 2 号）、わが国で妨訴抗弁が問題となる場合にも、同様の処理によることになろう。

なお、仲裁契約の効力承認は、ニューヨーク条約 2 条にも規定されているが、仲裁契約の成立・効力を判断する準拠法につき、同条は明らかにしていない。もっとも、条約 5 条 1 項 a 号は、仲裁の「合意が、当事者がその準拠法として指定した法令により若しくはその指定がなかったときは判断がされた国の法令により有効でないこと」を外国仲裁判断執行拒絶事由とするから、2 条に基づく仲裁契約の効力承認についても、同様の解釈が当てはまるものと解される（38）。

(2) 仲裁合意の準拠法の適用範囲

仲裁合意の成立、内容・解釈、効力やその主観的・客観的範囲、効力の発生時期や存続、失効等の問題は、全て仲裁合意の準拠法によって判断される（39）。仲裁合意に意思表示の瑕疵があった場合の処理も、同様に仲裁合意の準拠法によるものと一般に解されている（40）。

4 考察

(1) それぞれの考え方の位置づけ

法選択合意や国際裁判管轄合意の成立問題は、国際私法・国際民事訴訟法の解釈問題であるから、これを国際私法・国際民事訴訟法独自に決定することができるという、いわゆる「独自説」の考え方は、その出発点において正当と考えられる。しかしながら、独自説は、真に国際私法・国際民事訴訟法独自の実質規範を示すものではなく、意思表示に瑕疵があった場合の処理を日本の実質法で判断するというのであるから、その実質においては法廷地法説に帰着するといわなければならない。

他方において、法選択合意や管轄合意の意思表示に瑕疵があった場合の処理につき、契約準拠法の適用を認める見解は、一見すると、これらの問題を契約準拠法の適用範囲に含める考え方のように見えるが、実際には、これが国際私法・国際民事訴訟法の解釈問題であることを前提にして、法選択合意・管轄合意の成立問題につき、契約本体の成立問題とは独立に当事者自治を認めたものと考えられる。換言すると、合意の成否が国際私法・国際民事訴訟法独自の解釈問題であるという大前提をとったとしても、いわゆる独自説のように法廷地法を基準とするか、同じ問題について当事者自治を認めるか、あるいは合意管轄地法の適用を認めるかが問題になりうる。このように考えれば、仲裁合意の

成立問題について、「仲裁法独自説」や法廷地法説⁽⁴¹⁾が見られないことも理解しやすい。

このような理解に基づき、学説の対立状況をまとめるならば、〔表1〕のようになる。

〔表1 合意の有効性判断基準〕

(太字は多数説)

法選択合意	管轄合意	仲裁合意
法廷地法説	法廷地法説	—
当事者自治説	当事者自治説	当事者自治説
—	合意管轄地法説	仲裁地法説

そこで、以下においては、いわゆる「独自説」＝法廷地法説がわが国で通説化した背景、当事者自治説、独自説それぞれの問題点について考えてみることにしたい。

(2) 「独自説」の背景：なぜ抵触法的処理が排除されたか

(a) 準拠法選択合意の場合

まず、成立史的に見た場合、従来のわが国多数説である国際私法独自説は、当事者自治否定論に対する反論として説かれてきたことに注意が必要と思われる。かつては、当事者による準拠法指定が有効に成立するには、その合意自体が有効でなければならないが、それは結局いずれかの実質法によらざるをえず、仮にこれを当事者が指定した法によるとすれば循環論になるから、結局において当事者自治原則は成り立たない、との議論が存在した⁽⁴²⁾。国際契約実務は、このような理論的疑問を一蹴して当事者自治の活用に向かうのであるが、わが国における国際私法独自説は、理論的側面から、当事者自治原則の正当性を基礎づけるために説かれたものという色彩が強い。

また、法律関係の性質決定論において顕著のように、国際私法理論の発展過程においては、実質法、とりわけ法廷地実質法の呪縛から国際私法を解放し、より自由で妥当性の高い準拠法選択が求められた。それは、法例 7 条にいう「意思」をはじめとする連結点の解釈についても、必然的に国際私法の独自性を強調する考え方につながってゆく。さらに、契約準拠法の分割指定（デプサージュ）という考え方が解釈論として承認を得る以前は、法選択合意の成立問題を契約準拠法の適用範囲から外すための理論構成として、それが国際私法自体の解釈問題であることを強調する必要があったのではなかろうか。

また、法の性質という面から見ると、国際私法は、涉外事件を対象に、上位法として、適用される準拠実質法を決めることを役割とするため、その解釈適用につき、特定国の実質法を使うという手法には一般になじみにくい。特に、強行法規を含め準拠法の選択を当事者に許す当事者自治原則は、国際私法特有の制度であるから、ここで国際私法それ自体の解釈問題という色彩が強まるのは当然ともいえよう。これらの理由から、法選択合意の有効性判断について、国際私法独自説が急速に通説化していったものと思われる。

(b) 仲裁合意の場合

これに対して仲裁では、外国仲裁判断の承認・執行など一部の例外を除くと、国際仲裁にしか妥当しえないルールはあまり考えられない。もちろん、UNCITRAL モデル仲裁法は「国際仲裁」を対象としており、オーストラリアのように国際仲裁と国内仲裁を分けて立法する国もないではないが、わが国をはじめ多くの国が分離方式を採用していないのは、この理由に基づく。仲裁合意の成立・効力という問題に絞って考えてみても、国際仲裁に固有かつ特殊な考慮を要する点は、準拠法問題とニューヨーク条約に規律される問題を除けば、ほぼ考えられないといってよい。従って、仲裁契約の成立・効力について、国際仲裁独自の規定を仲裁法の中に盛り込み、これを準拠法指定を経ることなく、つまり涉外実質法として適用するという発想は、従来とられてこなかった⁽⁴³⁾。

以上のような事情に加えて、国家とのつながりが相対的に薄い国際仲裁においては、法廷地法の適用よりも、当事者自治を認める考え方の方が親和性をもつという面もあったため、仲裁合意の成立・効力について、「仲裁法独自説」なるものが主張されることはなく、いずれの国の法によるかという純抵触法的な発想が、自然に受け入れられてきたものと考えられる。

(c) 管轄合意の場合

国際裁判管轄合意の判断枠組は、上の二つの対照的な規律方法の間で揺れているように思える。仲裁合意とは異なり、国際裁判管轄の成立・効力の判断につき、準拠法選択という発想がこれまであまりとられてこなかった理由としては、下記のものが考えられる。①当事者自治を根幹とする仲裁とは異なり、管轄合意の場合には、内国裁判権の範囲画定という色彩が強まるため、法廷地法の適用に親和的になる反面、当事者が選択した法でこれを決するという発想になじみにくいこと。②国内管轄の合意に関する意思表示の瑕疵については、日本民法の妥当性が認められること。③国際合意管轄については、学説・判例上、合意管轄地国が管轄権をもつことや相互保証の存在といった、国際裁判管轄合意に特有の要件設定が論じられてきたこと。④リーディングケースであるチサダネ号事件判決が現れたのと時期を同じくして、国際私法の平面では、法選択合意の有効性判断につき、国際私法独自説が通説的地位を固めつつあったこと(44)。これらに加えて、管轄合意を訴訟契約と見て、「手続は法廷地法」原則によらしめるという考え方の影響力も、なお大きなものがあつたであろう。このような状況のもと、管轄合意の成立問題について、国際民訴法独自説が固まっていたものと考えられる。

ところが、上に見たように、最近では、管轄合意についても当事者が合意した準拠法によってその成否を判断する考え方が有力化している。この見解は、法廷地のいかんにより管轄合意の成否判断が相違するのは問題であるとの基本認識に基づくが、そこでは、仲裁合意の扱いとの整合性が意識されているといえよう。同様に、合意管轄地国法を用いるというハーグ条約草案のアイデアは、近時仲裁法の平面で、連結点として仲裁地を重視する傾向が強まっていることとの相関関係を感じさせる。

(3) 「独自説」の問題点

わが国の通説は、意思表示に瑕疵があつた場合の法選択合意・管轄合意の成立問題につき、わが国の民法を「参照」しながら、国際私法・国際民訴法独自に決定するというが、その根拠は必ずしも明らかでない。例えば石黒教授は、管轄合意についてこのような処理を認める根拠として、①同一事実関係に対する画一的基準による処理の必要性に加えて、②国際私法・国際民訴法は、「その任務を全うするために必要な限りでの実質規範（例えば当事者自治との関係での独自の意思表示規範）を持ち得る」こと、③国際私法・国際民訴法は「法廷地実質法（手続法＋実体法）と全く無縁ではなく、いわばそれと不即不離の關係に立つ」ことを指摘される(45)。しかし、②については、その可能性は認めうるとしても、なぜそれが「法廷地の」実質規範でなければならないのか、③についても、国際民訴法と不即不離の關係に立つのが、なぜ常に「法廷地の」実質法でなければならないのかが、明らかでないように思われる。①は、国内での管轄合意の整合的処理の必要性をいうものと思われ、実質的根拠になりえよう。確かに、「独自説」は、管轄合意や法選択合意の有効性を日本法によって判断するため、日本国内でのこれらの合意の取り扱いについて統一性を確保できるという利点をもつ。しかしながら、日本国内での判決調和が保たれるということは、逆にいうと、国際的な判断の統一性を重視しないということをも意味する。これは法廷地法説をとる場合に不可避の問題であるが、同一の法選択条項の有効性が法廷地によって異なる判断を受け、あるいは、合意された管轄地では有効な管轄合意を日本で無効と判断することの当否が、問題にならざるをえないであろう。さらに、間接管轄の決定方法につき、いわゆる鏡像理論の適用を前提にすると、外国で有効な管轄合意と認められ、確定判決が下された場合でも、承認国であるわが国が合意管轄の成否を法廷地法で判断する結果、外国判決承認の幅を狭める可能性も否定できない。

さらに、法廷地法を基準にすると、裁判所が外国法の調査・適用に煩わされず、自らが最も慣れ親

しんだ法によって意思表示の瑕疵を判断できる、という利点がありえよう。しかしながら、法選択合意や管轄合意の瑕疵が主張されるときには、契約それ自体の成立についても瑕疵が主張されるのが通常であろうから、後者について、いずれにせよ契約準拠法を適用せざるをえないのであれば、前者についても契約準拠法で一元的に判断する方が審理の便宜に適うように思われる。

他方、管轄合意については、それが内国裁判権の範囲画定に関係するという観点から、法廷地法の適用を基礎づけることも考えられる(46)。しかしながら、仲裁合意もまた同様の効果をもつが、その成立問題について当事者自治が認められることとの整合性をどう説明するか、という問題がありえよう。加えて、内国裁判権の範囲確定に関わる合意の成否判断について、外国法を考慮する余地がなぜ否定されなければならないかについても、説明の必要性が残るように思われる。

(4) 当事者自治説の問題点：「循環論」批判

(a) 「循環論」批判の対象：仲裁合意、管轄合意にも妥当するか

当事者自治説は循環論かどうかは、法選択合意の有効性判断について古くから論じられてきたところであるが、管轄合意や仲裁合意に関する当事者自治説については、このような「循環論」批判は見られない。しかし、これらの訴訟法上の合意についても、同様の批判は妥当しうるように思われる。

まず、管轄合意・仲裁合意の成立が争われる場合には、同じ契約中で合意された準拠法合意についてもその成立が争われるのが通常であろうから、契約準拠法を用いて管轄合意・仲裁合意の成否を判断するのは、やはり原則として論理的に問題をはらむものと考えられる。より精密に、「管轄合意・仲裁合意それ自体についての独立の法選択合意」があったという場合を想定してみても、同じように、管轄合意・仲裁合意についての意思表示の瑕疵は、この法選択合意にも当然及ぶであろうから、循環論批判が妥当するものと思われる。

これに加えて、管轄合意や仲裁合意の場合、その合意について瑕疵が主張されるときに、合意に基づいて判断権限を与えられる裁判所や仲裁廷自身が、合意の有効性について判断を下すのは、やはり論理的には矛盾をはらむということになりえよう。

このように考えると、法選択条項に関する当事者自治説に対して向けられてきた「循環論」批判は、もしそれが正当なものとすれば、管轄合意や仲裁合意の成立問題に関する当事者自治説に対しても、同様に向けられなければならないと思われる。

(b) 当事者自治説からの反論と「循環論」批判の論理的正当性

法選択合意の有効性判断の問題につき、わが国でいち早く「循環論」批判に対する反論を試みられたのは・場教授であった。これによると、約款に表示された法がこの場合に適用されるのは、当事者の合意の法的効果によるのではなく、それが「約款等に表示されているという事実自体」に基づく構成される(47)。この見解は、連結点としての合意を、約款上の記載という事実に変換することにより、循環論批判を巧みにかわそうとしたものと評価できる。ただ、この見解においては、なぜこの場合にだけ、約款上に示された意思が単なる事実として扱われるのか、また、約款によらず、事後的に法選択合意が行われたような場合をどう構成するかについて、なお疑問の余地も残りうるように思われる。

また、上に見たように、条約上の規整を念頭におきながら、抵触法自らが一定の実質法を連結概念の解釈基準とすることは循環論にならない、との説明がされることもある。確かに、例えば不法行為地という連結点を確定するに際して、法廷地実質法上の不法行為概念を使うというのは、考え得るところであろう。ただ、当事者の合意という主観的な連結点の確定が問題となるときに、その判断を、「仮に合意が有効だとすれば」準拠法となるべき法で判断するというのは、法廷地や不法行為地といった客観的要素で決まる法ではないだけに、上の説明ではなお十分に納得しがたいものが残る。

このように考えると、「循環論」批判への当事者自治説からの反論は、論理的には、なお十分に基礎づけられていないように見える。当事者自治説に立つ論者や立法例の多くが、「仮に合意が有効で

あるとすれば適用される法」で合意の有効性を判断するという、仮定的表現でこの考え方を説くのは、ある意味で正直ともいえよう。そうだとすると、当事者自治説においては、論理的な完全性はある程度放棄した上で、何らかの法政策的な根拠づけをしていく必要性があり、そこで、処理基準の明確さや国際的な判断の統一性といった点が強調されることになるのではなかろうか。

他方、管轄合意や仲裁合意の成立問題について主張される当事者自治説については、これまで、このような「循環論」批判に煩わされることがなかったように見える。その理由はいくつか考えられようが、ここでは、仲裁合意の独立性、仲裁廷の仲裁権限判断権・手続続行権という考え方に着目してみたい。

(5) 紛争解決合意の機能保障システム

(a) 仲裁合意の独立性、仲裁廷の仲裁権限判断権・手続続行権

仲裁合意の「独立性」(Separability：分離可能性ないし分離独立性ともいう)とは、主契約の無効・取消しは仲裁合意のそれを当然に伴うものではないとする考え方であり(48)、仲裁法 13 条 6 項は、モデル法になってこの旨を明記した。主契約の瑕疵が仲裁合意のそれを当然には伴わないということは、抵触法の平面では、両者が別の単位法律関係を構成する、ということの意味する(49)。独立性原則の採用が、「主契約と仲裁契約との準拠法の決定、ことに両者の独立した考慮などについても明確な基礎を与える」ことが強調されるのは(50)、この理由に基づく。他方、独立性の原則は、実質法の平面では、仲裁合意の効力と主契約の効力を一時的に一切断することにより、主契約の瑕疵の主張によって仲裁合意の機能が損なわれることを防ぐ機能をもつ。つまり、主契約の無効が問題となる場合には、通常、その一条項である仲裁合意の効力もまた問題とされうることになるが、これを許すと、仲裁を望まない当事者が、主契約の無効・取消しを主張することによって、手続進行を容易に阻止できることになってしまう。そのため、仲裁法は、独立性の原則により、仲裁合意の効力問題を主契約のそれからいったん切り離すとともに、仲裁合意の効力問題につき仲裁廷に判断権限を与え(23 条 1 項)(51)、仲裁合意の効力問題が裁判所で審理される場合にも、仲裁廷に手続を続行し、仲裁判断を下すことを許した(14 条 2 項)。つまり、仲裁合意の独立性は、仲裁廷の仲裁権限判断権や手続続行権と相まって、仲裁手続の実効性や迅速性を保障するためのシステムを構成していると考えられる。

仲裁契約の主契約からの独立性を認め、仲裁廷に手続続行権や仲裁権限判断権を与えることが、何らかの論理的帰結かということ、おそらくはそうでない。仲裁人の判断権限は、有効に成立した仲裁合意があってはじめて認められるものであるから、仲裁合意の成立が争われている場合に、その判断を仲裁人自らが行うということは、最終的判断権限が国家裁判所に留保されているとしても、論理的にはかなりの脆弱性を内包している。論理を徹底しようとするれば、仲裁合意の有効性は常に裁判所が判断することとして、その間、仲裁手続を中止するという扱いにならざるをえないであろう。しかし、商取引の世界は、このような論理一貫性よりも、迅速かつ実効的な紛争解決の方を求めるのであって、まさにそのような実践的要請に応えるために、このシステムが認められるに至ったと考えられる。

(b) 管轄合意の独立性、合意された裁判所の判断権

専属的裁判管轄合意の場合にも、裁判所の判断権限は専ら当事者の合意に基づくので、主契約の瑕疵が争われる場合には、管轄合意の機能を担保するために、管轄合意の独立性や、合意された裁判所の管轄判断権限が認められなければならない。実際、ドイツ法の解釈としても(52)、ブリュッセル I 規則の解釈としても(53)、管轄合意の独立性は一般に認められており、合意された裁判所の判断権限も、ほぼ自明のこととして認められてきたようである(54)。ハーグ条約草案も、管轄合意の独立性を明記するとともに(3 条 d 号)、合意された裁判所が合意の有効性を判断することを当然の前提として認めている。わが国においても、国内管轄の合意については独立性の考え方が認められており(55)、国際裁判管轄についても、同じ考え方が妥当するものと思われる。

(c) 法選択合意の独立性

(i) 「循環論」批判の克服

仲裁合意や管轄合意について、主契約の効力問題からの独立性を認め、仲裁廷や合意された裁判所に合意の有効性判断を委ねるということは、言い換えると、瑕疵が主張される仲裁合意や管轄合意の有効性を、一応は認められるものと仮定して、合意に基づく紛争解決手続の進行を許す、ということの意味する。その最大の目的は、合意に基づく紛争解決を、一方当事者による一多くは正当性をもたない一合意の瑕疵の主張から防御することにある。そうだとすれば、同じく合意に基づく紛争解決のための一手段である準拠法選択条項についても、同じ考え方が妥当するのではなかろうか。つまり、主契約の瑕疵が主張される場合にも、法選択合意の有効性を仮定して準拠法を特定することにより、紛争解決プロセスを進行させる、ということである。このような見方が成り立ちうるとすれば、論理的見地から主張される「循環論」批判は、紛争解決条項の機能保全という法政策的判断の背後に退くべきことになるであろう。

(ii) 単位法律関係の独立性

主契約と法選択合意が互いに独立に準拠法選択の単位になるということは、国際私法独自説の立場では、当然の前提となる。ただ、そこでは、連結点である合意を構成する意思表示に瑕疵がある場合の処理を、法例 7 条それ自体の解釈、即ち国際私法に内在する実体規範によって行う、という構成がとられたために、あえてこれについて独立の単位法律関係を設定して準拠法を考える、という迂遠な発想が必要とされなかったものと考えられる。他方、当事者自治説においては、主契約準拠法だけが合意されるという通常の場合を念頭におき、それを法選択合意の成立問題にも用いることが主に意図されたために、ここでも、法選択合意の成立問題を独立の単位法律関係として、別に準拠法選択を考えるという発想が前面に出なかったのであろう。しかし、「独立性」という考え方をこの平面でも徹底させるならば、法選択合意の成立問題を主契約のそれと切り離し、別個独立に準拠法を指定させるという考え方も、理論的には成り立ちうる。これは、一見すると非現実的な考え方にも見えるが、実務上、準拠法選択は管轄合意や仲裁合意と併せて、同一の条項中で行われることもあるから、例えば、このような紛争解決条項の中で、主契約は英国法、専属管轄地はスイスと定めるとともに、「本条項の解釈はスイス法による」と明記しておけば、管轄合意、準拠法合意の双方の成立問題が、ともに（主契約準拠法とは異なる）スイス法によることになる。このような合意には、明確性や予見可能性という点で、一定の合理性も認められうるように思われる。

(6) 裁判権の範囲画定と当事者自治説

管轄合意の成立問題は、内国裁判権の範囲画定に関わるという側面をもつので、その判断について外国法を適用するのは問題ではないか、との議論もありえよう。このような視点に立つと、当事者自治説や合意管轄地説は適当でなく、基本的には、法廷地法説＝国際民事訴訟法独自説でなければならない、ということになりえよう。

この問題は、国際民事訴訟法の解釈・適用に際して、外国法がどのように扱われるべきか、という問題を提起している。ここで参考になりうるのは、外国人の当事者能力・訴訟能力の決定における本国法の適用である。この問題につき、いわゆる法廷地法説によると、外国人にいかなる範囲で当事者能力・訴訟能力を認めるかは、自国司法制度や訴訟手続を前提として法廷地国が独自に決定すべき手続問題であるから、「手続は法廷地法」原則に従い、わが国の民事訴訟法によって決せられる。他方、わが国民訴法 28 条は、これを民法その他の実体法上の権利能力・行為能力の有無にかからせているから、涉外事件においては、これは国際私法が定める準拠法、具体的にいうと、自然人については本国法、法人の場合はその従属法によって定まることとなる。この見解は、法廷地法の適用を説きながらも、結局においては本国法上の権利能力・行為能力の有無を問題とする点で分かりづらいが、本国実体法を参照ないし考慮はするが、最終的な当事者能力・訴訟能力の存否判断は、あくまでも法廷地

国が自国の法政策的判断に基づいて行うことを認めるものと理解できよう(56)。

国際裁判管轄の合意についても、これと平行に考えるならば、合意が内国裁判権の範囲確定に関わるものであり、最終的なその成否判断は法廷地法に委ねられるのだとしても、その過程において、当事者合意の可及的尊重という趣旨から、合意の成立問題について当事者が指定した外国法を考慮することは許されないものではない。純然たる当事者自治説をとろうとしても、管轄合意の成立判断が内国公序に反すると見られる場合には、内国法の介入が当然にありうるので、最終的な判断は内国に委ねられていると見ることができよう。

(7) 「独自説」の意義

以上述べてきたところからすると、いわゆる「独自説」＝法廷地法説には問題が多く、当事者自治説もまた論理的な欠点を抱えてはいるが、後者については、紛争解決条項の実効性確保という政策的視点から克服可能、ということになる。従って、法選択条項の有効性問題については、当事者自治説が適当である、という結論になる(57)。管轄合意の成立問題についても、いわゆる国際民訴法独自説をとることは適当でないということになるが、それに代わるものとして、当事者自治説によるか、ハーグ条約流の「合意された管轄地法」によるかは、なお検討の余地が残る。筆者としては、主契約、管轄合意、法選択合意、仲裁合意の全てを整合的に説明できるという点で、当事者自治説の方になお捨てがたい魅力を感じているが、管轄合意・仲裁合意の場合には、合意された紛争解決地で有効性を認められないと意味がないという特殊性があるため、後者の考え方にも十分な理由が認められよう。

以上のように考えることは、独自説の意義を全否定することを意味しない。むしろ、当事者自治説にせよ、合意管轄地法説にせよ、独自説以外の立場をとる見解はすべて、「国際私法・国際民事訴訟法が独自の定めをおかない限り」という限定を付けなければならないからである。例えば、ローマ条約やメキシコ条約は、当事者自治説をとりながらも、沈黙が承諾とみなされるかどうかについて、承諾者に常居所地法の援用を認めており(58)、これは当事者自治に優先する国際私法条約独自の規範に他ならない(59)。当事者自治の基盤をなすものは合意の確実性であるから、それを担保するために、国際私法・国際民事訴訟法が独自のルールを設けることは、可能かつ必要なのであり、同じ考慮は仲裁合意についても妥当するものと考えられる(60)。換言すると、当事者自治に確実な基盤を提供するために、国際私法・国際民事訴訟法に独自の規範が必要になるということであり、この意味において、独自説と（当事者自治説をはじめとする）その他の見解は、対立しあうものとしてではなく、相互補完的な関係に立つものと理解されなければならない。そして、このような独自規範は、それぞれの分野に固有のものとしてではなく、当事者自治という共通の基盤を支えるルールとして、できる限り統一的に把握されるべきものである。また、このような統一的ルールは、それぞれの法廷地に固有のものであってはならない。なぜなら、国際裁判管轄の合意も仲裁合意も法選択合意も、国際的に同等の通用力を保障されるものでなければ、取引従事者のニーズには応えられないからである。つまり、管轄合意・仲裁合意・法選択合意という三つの問題を、共通の基盤の上において、グローバルな視点から検討してゆく必要があるように思われる。

(8) 国際民事訴訟法の解釈・適用における実体準拠法の顧慮

国際私法・国際民事訴訟法上の合意の成否は、それぞれの法の解釈問題であり、独自の規範に服しうる。しかし、合意の成立問題全般にわたって、独自の実質規範を定立し尽くすことはできないであろうし、それが適当なこととも思われない反面、独自に決めるのだから、実体準拠法を見る必要はなく、法廷地法だけを使えばよいということにもならないであろう。必要なのは、国際私法・国際民事訴訟法独自の解釈として、どのような規範が必要かを明らかにし、そこで残された問題について、どのような形や範囲で準拠実体法を参照すべきかを画定してゆく作業ではなかろうか。

後者の問題は、国際私法・国際民事訴訟法と準拠実体法とを、いかにしてスムーズに接合させるべきか、という視点からの検討作業の必要性を示唆している。外国人の当事者能力・訴訟能力に関する

法廷地法説がこのような発想を示すことは前述したが、国際民事訴訟法上、実体法の顧慮が必要となる場面は他にもいくつか考えられる。例えば、国際裁判管轄の決定に際して、実体法上の概念が用いられることは少なくないが、そのうちのどこまでを国際民事訴訟法独自に決定し、どのような範囲で実体準拠法を参照する必要があるかは、今後さらに詰めてゆかなければならない。例えば、管轄原因としての「住所」「不法行為地」といった概念を国際民事訴訟法独自に決めることについて、おそらく異論は少ないであろうが、相続関係訴訟について、「相続開始の時」における「被相続人」の普通裁判籍所在地（民訴法 5 条 14 号）を決定するにあたり、相続に関わるこれらの概念を準拠法を無視して決めることは適当ではなかろう。また、契約義務の履行地（5 条 1 号）については従来より議論があるが、この管轄の趣旨が、履行地で履行を受けることについての債権者の期待保護にあるとするならば、そこでいう「義務」の「履行地」を、当事者が適用を期待している契約準拠法を無視して決めてよいかどうかについては、なお疑問の余地がありうるように思われる⁽⁶¹⁾。

Ⅲ 消費者契約・個別労働契約における合意の許容性

1 準拠法選択合意

法例 7 条は、消費者契約・労働契約について特別な定めをおいていない。そのため、学説・判例は、これらの契約類型についても、基本的には準拠法選択合意の余地を認めながら、それが弱者保護に反する結果を生じないように、一定の場合に、公序などにより日本法の適用を導く解釈論的対応を考える傾向にある⁽⁶²⁾。例えば、インターナショナル・エア・サービス事件判決⁽⁶³⁾は、外国航空会社との雇用契約に基づき日本の航空会社に派遣されていた外国人機長からの労働仮処分申請について、労働契約の準拠法がカリフォルニア州法であるとしながら、継続的労務給付地が日本であることを重視し、「準拠法選定自由の原則は属地的公序としての労働法によって制約を受ける」と述べ、日本法の適用を認めた。

比較法的には、スイス国際私法 120 条のように、当事者自治を否定し、消費者の常居所地法への客観連結を定めるものもあるが、ヨーロッパにおいては、当事者自治原則を認めながら、消費者の常居所地法や労務給付地法上の弱者保護規定の適用を留保する考え方が強まっている。その代表的なものとして、1980 年のヨーロッパ契約準拠法条約 5 条 6 条は、当事者自治原則の妥当性を認めながら、当事者による法選択は、消費者の常居所地や労務給付地の強行規定による弱者保護を「奪う結果になってはならない」と規定している⁽⁶⁴⁾。これは、当事者自治に基づく準拠法上の保護と、消費者の常居所地や労務給付地の強行法上による保護とを、重ねて弱者側に提供することにより、その手厚い保護を図るものといえよう。

2 管轄合意

国内管轄の合意につき、わが国の民訴法 11 条は、特別な弱者保護のための定めをおいていない。そのため、従来の学説・判例は、消費者契約や個別労働契約について、全面的に管轄合意の余地を否定するのではなく、約款中の管轄条項を、場合によっては専属的合意ではなく付加的（競合的）合意と解釈するといった手段により、一定の弱者保護を図ってきた⁽⁶⁵⁾。他方、1996 年の改正民事訴訟法は、専属管轄の合意がある場合にも、「訴訟の著しい遅滞を避け、又は当事者間の衡平を図るため必要があると認めるとき」に、受訴裁判所に裁量移送の権限を認めたため（17 条、20 条）、これによって、より弾力的な弱者保護が可能になった。もっとも、立法による対処の必要性はなお強く認識されており⁽⁶⁶⁾、その際の方向性としては、商人・法人等の間での合意のほかは、事後的合意に限りて効力を認める案が有力といえようか⁽⁶⁷⁾。

国際裁判管轄の合意についても、通説・判例の基準による限り、合意の余地が基本的には否定されず、「合意がはなはだしく不合理で公序法に違反」するかどうか、という判断枠組の中で個別の救済を考えることになろう。ユナイテッド・エアーラインズ事件⁽⁶⁸⁾では、客室乗務員と外国航空会社の

間の雇用契約中におかれた外国裁判所の専属管轄合意の効力が問題となった。東京高裁は、乗務員側が契約内容を理解する時間・能力を有していたとして合意の成立を認めたのち、企業側が優位な立場を背景に合意を強制したとはいえないこと、乗務員は外国での訴訟追行という不利益を理解して合意したと見られうること、国際航空会社が本社所在地の裁判所に専属管轄を認める合意を行うのは理由があることなどを指摘して、本件管轄合意は「はなはだしく不合理で公序法に反するとまではいえない」とした。

他方、管轄合意における弱者保護については、国内法上、明文で定めをおく国も少なくない。例えばドイツ民事訴訟法 38 条は、商人や公法人間の合意、事後的合意などの場合に限って管轄合意を許すほか、フランス民事訴訟法 48 条も、管轄合意を原則的に禁止しながら、商人間での「非常に明白に特記された」ものについて例外を許している(69)。

国際裁判管轄合意については、より実質的な弱者保護を目指す立法例も見られる。その代表例として、ブリュッセル I 規則 17 条、21 条は、紛争発生後の管轄合意であるか、事前の合意であって、消費者・労働者に管轄選択の幅を広げるようなものだけを有効としている(70)。1999 年のハーグ条約準備草案 7 条、8 条もこれにならった規定をおいていたが(71)、その後、合意管轄の問題に対象が絞られた関係上、消費者契約・労働契約に関する合意管轄は適用範囲から除外されている(2 条 1 項)。

3 仲裁合意

仲裁法附則 3 条 2 項によると、事業者との間で事前の仲裁合意を締結した消費者は、自らが仲裁申立人になった場合を除き解除権を与えられるほか、同 4 条によれば、個別労働関係紛争を対象とする事前の仲裁合意は無効とされる。消費者仲裁合意の場合に、事業者が仲裁申立てを行うときは、口頭審理の実施が必要となるほか、仲裁廷は消費者に対し、書面及び口頭で、仲裁合意の法的効果や解除権の存在などについて説明しなければならない(附則 3 条 3 項～6 項)。消費者が解除権放棄の意思を明示しない場合や口頭審理期日に出頭しない場合は、仲裁合意を解除したものとみなされる(6 項、7 項)。

仲裁法 3 条は、日本が仲裁地である場合の仲裁法の適用を定めているが、附則 3 条 4 条もそこから除外されていないので、結局、これらも、仲裁地が内国にある場合に、仲裁契約準拠法のいかに問うことなく適用されることになる。他方、外国を仲裁地とする仲裁契約の効力が、わが国裁判所での妨訴抗弁審査にあたって問題となる場合や、外国での消費者仲裁・労働仲裁で下された仲裁判断の承認・執行がわが国で問題となる場合は、解釈問題となる。仲裁契約準拠法で判断するという考え方も十分にありうるが、内国仲裁地を連結点とする 3 条の考え方からすれば、外国仲裁地法による弱者保護を考えつつ、当該外国法が十分な弱者保護を提供しないときは、公序によってその適用を排除し、日本法による弱者保護を認めるのが適当ではなかろうか。

4 若干の考察

以上見てきたところからすると、消費者契約や個別労働契約における管轄合意・仲裁合意・法選択合意の許容性については、それぞれの局面ごとに、なおかなりの多様性が認められるが、合意の効力を許容ないし制限する手法という観点からすると、次のような分類が可能であろうか。

(1) 合意を全面的に無効とするもの

非対等当事者間では、そもそも合意の効力を認める前提が失われると見れば、合意を全面的に無効化することも考えられる。消費者契約につき当事者自治を認めないスイス国際私法がこれに属するが、非商人間での管轄合意を無効とするフランス民訴法も、事後的合意すら許さないものだとすれば、同じ考え方に基づくものといえよう。これによると、合意の効果は明確であり、法的安定性にも優れるが、その反面、弱者側が合意の利用についてメリットを有し、納得のうえ、明確な意思をもって合意をした場合にも法的効果が一切認められないという点で、やや画一的・制限的にすぎるところもない

ではない。

(2) 事前の合意を無効、事後の合意を有効とするもの

弱者側の意思の確実性が認められる場合には、合意の効力を全否定する必要はないという考え方に立てば、事前合意だけは一律に無効とするが、事後的合意の効力は認めるというやり方が考えられる。事前の個別労働仲裁合意を無効とするわが国仲裁法附則 4 条、非商人間では事前の管轄合意を原則的に許さないドイツ民訴法 38 条がこれに属する。これによると事後的合意は可能となるが、実務的必要性の高い事前合意が一切認められない点で、企業側の視点からすると問題がないではない。

(3) 事前の合意についても一定範囲で効力を認めるもの

(i) 解釈論的対応：一般条項

事前合意についても、その有効性を出発点としながら、解釈論的に弱者保護の余地を認める場合、まず考えられるのは一般条項の活用である。国際裁判管轄の合意や法選択合意につき、公序による弱者保護の可能性を認めるわが国の解釈論がこれに属するが、国内管轄の合意について、裁量移送規定による調整を図る手法も、同じく一般条項による処理と位置づけられよう。これらは、解釈論として弱者保護を図る場合には、もっとも無理の少ないやり方ということができるが、その反面、保護の内容や範囲が明確でないという問題がある。

(ii) 立法論的対応

立法論として、事前の合意に効力を認める場合には、まず第一に、弱者側の意思の確実性を担保するやり方が考えられよう。消費者仲裁合意につき、仲裁廷に消費者への説明義務を課す仲裁法附則 3 条がこれに属するが、これだけで事前合意に完全な効力を認めうるかどうかについて、各国立法は懐疑的なようである。

そのため、より積極的な弱者保護を図るべく、弱者側の選択の幅を広げる方向においてのみ合意の効力を認める立法例が多くなっている。管轄合意についてブリュッセル I 規則や 1999 年のハーグ条約案が、法選択合意についてヨーロッパ契約準拠法条約がとる考え方であり、消費者仲裁合意につき、消費者に片面的解除権を与えた仲裁法附則 3 条もこれに分類できよう。

この手法においては、弱者側に手厚い保護が与えられる反面、企業側にとっては予測可能性が損なわれ、合意を利用するメリットが大きく失われるので、実際上は、事前合意の効力を否定するのと大きな違いはないようにも思われる。いずれにせよ、法選択合意、管轄合意、仲裁合意の統一的処理の可能性と限界という本稿の問題意識からすると、弱者側に選択権を与える方向でのみ合意の効力を認めるという考え方が、これらに共通して見られる点が注目される。

〔表 2 消費者契約・個別労働契約における合意〕

		法選択合意			管轄合意			仲裁合意	
		日本	ローマ I	その他	日本	ブリュッセル I	その他	日本	
								消費	労働
有効	一般条項	学説			学説				
	事前合意無効						ドイツ		○
	選択権		○			○		○	
無効				スイス IPR			フランス		

IV 不法行為事件における合意の許容性

1 管轄合意・仲裁合意

仲裁合意や管轄合意は、契約紛争解決のために、契約中の一条項としておかれるのが通常であるが、不法行為事件について、これらの合意が否定されるわけではない。仲裁法 2 条 1 項は、仲裁合意の対象となる法律関係が「契約に基づくものであるかどうかを問わない」と明記しているが、管轄合意も、不法行為発生後の合意であれば問題はなく、このことは、不法行為事件について応訴管轄が認められることから明らかなといえよう。

これに対して、管轄合意・仲裁合意は、「一定の法律関係」についてのものであることが要求されること（民訴法 11 条 2 項、仲裁法 2 条 1 項）との関係で、不法行為発生前の合意については問題がないではない。例えば、「当事者間で生じうる全ての不法行為請求」というような文言では、特定性を欠くというべきであろう。但し、不法行為について明示的な言及がなくとも、意思解釈の問題として、当該契約と密接関係性が認められる不法行為請求であれば、特定性の欠如は問題とならず、管轄条項・仲裁条項の対象に含まれるものと理解されるべきであろう⁽⁷²⁾⁽⁷³⁾。

2 法選択合意

(1) 当事者自治の許容性

不法行為準拠法の決定について、わが国の通説は、事前の法選択合意のみならず、事後的な合意をも認めない⁽⁷⁴⁾。立法論としても同様である⁽⁷⁵⁾。これに対して、当事者自治を認める見解が一部に主張されるほか⁽⁷⁶⁾、最近の諸外国の立法においては、スイス国際私法 132 条、オーストリア国際私法 11 条、ドイツ民法施行法 42 条、リヒテンシュタイン国際私法 39 条⁽⁷⁷⁾、韓国国際私法 33 条など、当事者自治を認めるものが増加しており、契約外債務の準拠法に関する規則草案（ローマⅡ）においても同様の考え方がとられている。コモンロー諸国ではこの点はあまり問題とされないが、それは、外国法の主張・立証が当事者に委ねられる関係上、両当事者が望む場合には法廷地法の適用が当然に認められ、それによって当事者自治を認めたのと同じ結果が導かれることに基づく⁽⁷⁸⁾。

このように見ると、当事者自治を否定する現在のわが国通説のような考え方は、世界的には退潮傾向にあるといえるほか、不法行為について仲裁合意や管轄合意の可能性を認めながら、準拠法選択の余地だけを全否定するという扱いは、ややバランスを欠くようにも思われる⁽⁷⁹⁾。但し、不法行為の多様性を考えると、類型によっては、合意を否定することが適当なものも考えられよう。

(2) 合意の時期・対象

当事者自治を認める場合には、合意の時期や対象の制限が問題となりうる。

まず、不法行為準拠法の決定については、事前の法選択合意を許さない立法例が比較的多い（韓国法、スイス法、ドイツ法、契約外債務準拠法条約草案）。これは、消費者・労働者の保護が要請される場合と同様に、当事者意思の明確化という観点から設けられた制限であろうが、最近の国際私法立法においては、不法行為当事者間に事前の契約関係がある場合、附従的連結という手法で、当事者自治によって定まる契約準拠法が不法行為にも適用されることになるので、不法行為につき事前の法選択合意を認める実益がさほどない、という事情も指摘できよう。ただ、理論的見地からすると、不法行為請求について事前合意を排除する必然性はなく、実務上も、そのような必要性が皆無とはいえないように思われる⁽⁸⁰⁾。

また、選択の対象については、内国法に限定する考え方もあるが（韓国法、スイス法）、外国法の指定を排除しない立法例が比較的多いように見える（ドイツ法、オーストリア法、リヒテンシュタイン法、契約外債務準拠法条約草案）。前者の考え方は、不法行為の場合、法廷地法の選択が実務圧倒的多数を占めることを考慮するとともに、選択の幅を制限することによって、当事者意思の明確化をねらったものと思われる。訴訟手続の迅速や当事者・裁判所の便宜といった法政策的見地からしても、合意の対象を内国法に限ることには理由が認められうる。また、立法にあたっては、法廷地法の合意であれば内国裁判所の心理的抵抗も少なく、同意を得やすいという面があったことと推測される。しかしながら、保全訴訟のような特殊類型については格別、不法行為訴訟というごく一般的な訴訟類型

について、内国法への限定による法適用の容易化・迅速化を正当化することは、理論的には難しいように思われる。不法行為事件に関する管轄合意や仲裁合意も、内国裁判所の管轄や内国仲裁の合意に限られないこととのバランスからしても、このような制限の当否については疑問が残る。

〔表3 不法行為に関する合意〕

	法選択合意				管轄合意	仲裁合意
	日本通説	ローマII	韓国	オーストリア		
合意の許容性	—	○	○	○	○	○
合意の時期	—	事後	事後	○	○	○
合意の対象	—	○	内国法	○	○	○

(—は不可、○は基本的に制限がないことを表す)

VI おわりに

管轄合意、仲裁合意、法選択合意という三つの合意は、いずれも涉外私法問題の解決を目的とする合意であるが、従来、それらの並行性に着目した検討は、十分にはされてこなかったように感じられる。確かに、同じ合意とはいえ、これらは平面を異にするものであるから、全く同列に扱うことはできないであろうが、合意の許容性や制限の必要性、その手法などについて、子細に見てゆけば、かなりの程度において、共通したポリシーを抽出できるのではなかろうか。また、国際私法、国際民事訴訟法、仲裁法という分野の垣根を越えて、紛争解決条項の整合的な取扱いを考えることは、各問題領域について、より柔軟かつ視野の広い議論を提供しうるようにも思われる。本稿においては、合意の有効性判断基準、消費者契約・個別労働契約や不法行為事件における合意の許容性やその制限といった問題を取り上げたが、他にも、内国専属管轄事件の取扱い、合意の形式的成立要件などについて、同様の視点から検討を行う余地がありえよう。しかし、これらについては、将来の検討課題としなければならない。

-
- (1) 例えば溜池良夫・国際私法講義（第2版、1999年）343頁以下を参照。
 - (2) 折茂豊「法律行為」国際私法講座2巻（1955年）427頁には、既に「わが通説」との表現が見える。江川英文・国際私法（改訂版、1970年）全書210頁、折茂豊・国際私法各論（新版、1972年）129頁、溜池・上掲国際私法講義332頁、櫻田嘉章・国際私法（第3版、2000年）215頁、山田鐸一・国際私法（新版、2003年）324頁。
 - (3) 山田鐸一＝澤木敬郎編・国際私法（1970年）144頁（・場準一）、西賢「当事者自治の原則と比較法的動向」現代契約法大系9巻（1985年）81頁、中野俊一郎「不法行為に関する準拠法選択の合意」民商102巻6号（1990年）780頁、同「法例7条をめぐる解釈論の現状と立法論的課題」ジュリ1143号（1998年）41頁、澤木敬郎＝道垣内正人・国際私法入門（第4版、1996年）168頁。
 - (4) より正確にいうと、この見解は、ローマ条約のような条約立法による場合を念頭において説かれている。即ち、木棚照一編・演習ノート国際私法（改訂版、1992年）79頁（渡辺惺之）は、「この種の条約上の明文規定は、準拠抵触法自らが一定の実質法を連結概念の解釈基準として立法的に定めるのであり、必ずしも理論的循環論に陥ると解釈する必要はない」という。
 - (5) 「適用されるべきものとして指定された法に関する配偶者の同意に関するいかなる要件も、この

法によって判断されるべきものとする」。なお、1978 年の代理準拠法に関するハーグ条約にはこの点に関する規定を欠くが、これは従来のハーグ条約において上に述べた考え方がとられていることから、当然のこととして規定されなかったにとどまるといわれている。溜池・上掲国際私法講義 333 頁。

(6) 日本語訳は、野村美明ほか(訳)「契約債務の準拠法に関する条約についての報告書(9)」阪大法学 48 巻 2 号 (1998 年) 565 頁以下による。

(7) 本条に基づき、BGH, U.v.15.12.1986 IPRax 1988, 26 は、船荷証券上でスリランカ法の適用及びスリランカ裁判所の専属管轄が合意されていたが、約款の文字が判読不明で無効かどうか争われたケースにつき、スリランカ法の内容調査のため事件を差し戻している。また、BGH, U.v.26.10.1993 BGHZ 123,380 においては、約款による準拠法指定の効力が、契約準拠法であるオーストリア法によって肯定されている。

(8) 「法の選択は明示的であるか、または、契約もしくは事案から一義的に明らかになるものでなければならない。その他の点において、法選択は選択された法による」。

(9) 56 RabelsZ (1992),S.562 ff. この決議は、消費者契約、労働契約をその対象から除外するほか (1 条)、主契約が当事者の選択した法により無効である場合に法選択の効果を否定する条項 (3 条 3 項) をおく。

(10) 「契約又はそのいずれかの条項の存在及び有効性、ならびに準拠法に関する当事者の合意の有効性は、本条約第 2 章が定める準拠法による。」「前項にもかかわらず、一方当事者が同意していなかったことを認定するにあたり、裁判官は、常居所ないし主たる営業所所在地を考慮して、準拠法を決定するものとする」。本条約につき、高杉直「国際契約の準拠法に関する米州条約」帝塚山法学 1 号 (1998 年) 206 頁。

(11) 初期の学説中には、単に「法廷地法」によるというものもあったが (久保田穰「判批」ジュリ 295 頁 91 頁)、わが国国際民事訴訟法独自の解釈であることを強調するのが今日の通説的見解である。溜池良夫「判批」海事判例百選 (増補、1973 年) 203 頁、池原季雄＝平塚真「涉外訴訟における裁判管轄」実務民事訴訟講座 6 巻 (1971 年) 23 頁、池原季雄「国際裁判管轄権」鈴木忠一＝三ヶ月章編『新・実務民事訴訟講座 7』(1982 年) 36 頁、平塚真「判批」昭和 45 年度重判 217 頁、伊藤乾＝本田耕一「判批」法学研究 50 巻 3 号 539 頁、石黒一憲「判批」ジュリ 616 号 150 頁、貝瀬幸雄・国際化社会の民事訴訟 (1993 年) 291 頁など。

(12) 最判昭和 50 年 11 月 28 日民集 29 巻 10 号 1554 頁、東京地判平成 12 年 11 月 24 日判タ 1077 号 236 頁。かつては、書面性に加え両当事者の署名が必要とする見解もあった。藤田泰弘「日本裁判官の国際協調性過剰(3)」判タ 246 号 (1970 年) 20 頁、矢吹・上掲 119 頁。

(13) チサダネ号事件最高裁判決はこれを要件にあげていないが、「ある訴訟事件について」「特定の外国の裁判所だけを第一審の管轄裁判所と指定する旨の」合意の有効性を論じるところからすれば、判断の前提にしていると見てよいであろう。

(14) 前掲最判昭和 50 年 11 月 28 日を参照。このほか、外国裁判所への専属管轄合意の有効要件として、当該外国で下された判決がわが国で承認されうること (相互保証) を要求する考え方もあったが (菊井維大＝村松俊夫・全訂民事訴訟法 I [1978 年]130 頁)、上記最高裁判決は、通説に従いこれを否定している。

(15) 東京地判平成 6 年 2 月 28 日判タ 876 号 268 頁、東京高判平成 12 年 11 月 28 日判時 1743 号 137 頁。

(16) 貝瀬・上掲 289 頁以下、石黒一憲・現代国際私法 (上) (1986 年) 367 頁。

(17) 谷川久「判批」ジュリ 350 号 135 頁。

(18) 川上太郎「専属的裁判管轄約款の効力」判タ 256 号 (1950 年) 41 頁。

(19) 矢吹徹雄「判批」判タ 333 号 118 頁。

(20) すでに海老沢美広「判批」判評 348 号 52 頁には、通説に対する鋭い批判が見られる。さらに

山田恒久「判批」ジュリ 1229 号 203 頁。

(21) 神前禎「合意による管轄権」高桑昭＝道垣内正人編・国際民事訴訟法（財産法関係）（2002 年）140 頁以下。

(22) 山本和彦「国際民事訴訟法」斎藤秀夫＝小室直人＝西村宏一＝林屋礼二編・注解民事訴訟法〔第 2 版〕（5）（1991 年）402 頁以下。

(23) 例えば Gottwald, Internationale Gerichtsvereinbarungen, in: FS Henckel, 1995, S.295 ff. この点を含め、ドイツにおける従前の議論は、貝瀬・上掲 230 頁以下において詳しく紹介されている。

(24) これらの規定は、ドイツ裁判所の管轄が合意される場合(Prorogation)のみならず、それが外国裁判所への専属管轄合意によって排除される場合(Derogation)にも妥当する。Hausmann, Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen ?, FS W.Lorenz, 1991, S.359, 368.

(25) BGH, U.v.18.3.1997,NJW 1997,2885; Gottwald, a.a.O., S.300; Soergel/Kronke, BGB, 12.Aufl.,Bd.10, 1996, Art.38 EGBGB Anh.IV Rz.31; Hausmann, FS W.Lorenz, a.a.O.,S.367; Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht,5.Aufl.,1996,Rz.2217 ff. 方式についても契約準拠法の適用を認める見解がないではないが、多数説は法廷地法である Z P O 38 条の適用を認めている。Kronke,a.a.O.,Fn.48. 但し Gottwald, a.a.O.,S.303 によると、ドイツ裁判所の管轄合意についてはこれでよいが、外国裁判所の管轄に関する合意については、当該国の手続的方式規定が強行規範として特別連結されるという。

(26) Geimer, IZPR, 4.Aufl.,2001,Rz.1677.

(27) Roth,Internationalrechtliche Probleme bei Prorogation und Derogation, 93 ZZP (1980),156,165; Schack, IZVR, 3.Aufl.,2002,Rn.444; Mankowski,Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen Privatrecht, 1995, S.293; Kronke,a.a.O.; Hausmann, FS Lorenz, a.a.O.,S.365; Reithmann/Martiny/Hausmann,a.a.O.,Rn.2220.

(28) この規定は契約準拠法に関するローマ条約 8 条を国内法化したものであるが、条約 1 条 2 項 d 号が管轄合意を適用範囲から除外するのに対し、ドイツ法はこのような制限をおかないために、本文のような解釈が可能になる。逆に、このような見地からすると、ローマ条約が管轄合意や仲裁合意を条約の適用範囲から外す点が批判の対象となる。Gottwald, a.a.O., S.309; Schack, IZVR, 3.Aufl.,2002,Rn.444.

(29) 「23 条 ① 当事者の少なくとも一人が構成国の領域内に住所を有する場合、特定の法律関係につき既に生じた紛争又は将来生じうる紛争の解決のため、構成国の裁判所の管轄を当事者が合意したときには、この裁判所は管轄を有する。この管轄は、当事者の別段の合意がない限り、専属管轄である。この管轄合意は、次のいずれかの方式で締結されなければならない。

a 書面又は書面による確認を伴った口頭による方式

b 当事者間で確立している慣行に従った方式

c 国際取引においては、両当事者が知り又は当然知るべきであった慣習で、国際取引において関連する特定の取引分野で同じ種類の契約をする者に広く知られ、かつ、通常一般に遵守されている慣習に従った方式。

② 合意を永続的に記録するいかなる電子的手段による通信も、書面による方式とみなす。

③ このような合意の当事者のいずれも、構成国の領域内に住所を有しないときには、指定された裁判所が管轄を否定した場合を除き、他の構成国の裁判所はその紛争について管轄を有しない。

④ 信託証書において、構成国の裁判所が指定されるときは、委託者、受託者若しくは受益者相互の関係、又はこれらの者の信託上の権利義務に関して、これらの者に対する訴えについて、この裁判所が専属管轄を有する。

⑤ 管轄合意及び信託証書における類似の条項は、第 13 条、第 17 条若しくは第 21 条の規定に反す

る場合、又は第 22 条による裁判所の専属管轄に反するときには、効力を有しない。」(日本語訳は中西康「民事及び商事事件における裁判管轄及び裁判の執行に関する 2000 年 12 月 22 日の理事会規則 (EC)44/2201 (ブリュッセル I 規則) [上]」国際商事法務 30 巻 3 号(2002 年) 317 頁による)。

(30) Kohler, IPRax 1991, 299, 300. Jayme, IPRax 1989, 362 も、管轄合意の更新につき契約準拠法を参照した 1986 年 11 月 11 日の欧州司法裁判所判決(後述)を批判し、この問題も条約自律的に解決されるべきであったという。

(31) Gaudemet-Tallon, Gerichtsstandsvereinbarngen im Brüsseler Übereinkommen, in: Internationale Zuständigkeit und Urteilsanerkennung in Europa, 1993, S.125 f.

(32) Geimer/Schütze, EuZVR, 1997, Art.17 Rz.81; MünchKommZPO, 2.Aufl., 2001, Art.17 EuGVÜ Rz.15 (Gottwald); Kropholler, EuZPR, 7.Aufl., 2002, Art.23 Rz.28; Schlosser, EuZPR, 2.Aufl., 2003, Art.23 EuGVVO Rz.3; Rauscher/Mankowski, EuZPR, 2003, Art.23 Brüssel I-VO, Rz.41. 欧州司法裁判所も、更新を要する代理店契約中におかれていた管轄条項の有効性を判断するについて、主契約準拠法上、書面によらない更新の有効性が認められるかどうかを問題としている。ECJ, Judgment of 11.11.1986 (C-313/85).

(33) Wor.Doc.No 110 E Revised (http://www.hcch.net/doc/jdgm_wd110_e.pdf). その原型となった作業部会草案については、道垣内正人「ハーグ国際私法会議の『裁判所の選択合意に関する条約作業部会草案』(上)(下)」NBL 772 号(2003 年) 8 頁以下、773 号 57 頁以下。

(34) また、合意で指定された裁判所が下した判決は、以下の場合を除き、他の締約国で承認・執行されなければならない。即ち、①選択された裁判所の所属国法により合意が無効である場合(当該裁判所が合意を有効と決定した場合を除く)、②承認・執行国法により当事者が能力を欠く場合、③被告への手続開始の通知に瑕疵がある場合、④判決が詐取された場合、⑤公序に反する場合、⑥承認・執行国において既判力抵触を生じる場合、である(9 条 1 項)。ここでいう判決は、本案に関するあらゆる裁判を含むが、未確定のものについては、承認・執行手続を延期又は却下することが許される(同 4 項)。

(35) Draft Report drawn up by M.Dogauchi and T.Hartley, Prel.Doc.No.25, Para.70 (http://www.hcch.net/doc/jdgm_pd25e.pdf) .

(36) 最判平成 9 年 9 月 4 日民集 51 巻 8 号 3657 頁、青山善充「仲裁契約」高桑昭＝道垣内正人編『国際民事訴訟法』(2002 年) 424 頁ほか。但し、当事者による明示の準拠法指定がない場合、黙示意思をどう認定するかについては、とりわけクロス式仲裁合意(仲裁申立人が相手方の本拠地で仲裁を申し立てる旨の合意)の扱いをめぐる対立がある。上記最高裁判決は仲裁地となるべき国の法を準拠法としており、学説の多くもこれを支持するが、主契約準拠法から黙示的意思を認定すべきであるとの意見も有力である。

(37) 高桑昭・国際商事仲裁法の研究(2000 年) 98 頁。

(38) 中野俊一郎「仲裁契約の準拠法」『仲裁法試案改定案に関する調査研究』(2000 年) 32 頁。

(39) 仲裁契約の方式について定めた仲裁法 13 条 2 項ないし 5 項、消費者契約や個別労働契約における仲裁合意の特則を定めた仲裁法附則 3 条、4 条は、仲裁地が内国にある場合に仲裁法の適用を定めた 3 条がこれらを除外しないことから、内国に仲裁地がある場合に適用される。仲裁可能性の準拠法については、旧法下において解釈論上の争いがあったが(中野俊一郎「国際仲裁における仲裁可能性の準拠法」『仲裁法試案改定案に関する調査研究』(2000 年) 13 頁以下)、仲裁法 44 条 1 項 7 号は仲裁判断取消しにつき、45 条 2 項 8 号は仲裁判断の承認・執行につき、いずれも日本法によって仲裁可能性を判断すべきものとしている。

(40) 小島武司＝高桑昭編・注解仲裁法(1988 年) 219 頁(澤木敬郎)、高桑・上掲 101 頁。

(41) 但し、吉野正三郎「判批」判タ 819 号 79 頁は、どの範囲の者に仲裁合意の効力が及ぶかを「妨訴抗弁の範囲」の問題と捉え、法廷地法によるべきであるという。

- (42) これにつき溜池・上掲国際私法講義 332 頁を参照。
- (43) 仲裁契約の方式については、ニューヨーク条約が定める書面性要件が世界標準として妥当しており、また UNCITRAL においてその統一的緩和策が検討されているという特殊事情があったため、従来は、電子取引にも対応できるよう書面要件を緩和する規定をおき、これを涉外実質法として適用する、という立法論が強かったが、現在では、国際的に法抵触の可能性が残る以上は準拠法選択の必要性を否定しがたい、との認識に変わっている。
- (44) これを明瞭に示すものとして、例えば溜池・上掲海事判例百選 203 頁は、「この問題は、わが国際民事訴訟法上の問題であるから、ちょうど国際私法上の当事者自治の原則による準拠法合意の意思表示の有効性の決定問題の解決と同じく、わが国際民事訴訟法自体の立場において、後者の場合における解決……を類推して合理的に解決すべきであろう」と説く。
- (45) 石黒一憲・金融取引と国際訴訟（1983 年）191 頁。
- (46) なお、「合意の成否」について法廷地法説をとる根拠として、「仲裁契約の場合も特に仲裁契約付託性などの問題は法廷地法に委ねられるとされるのが通常」であることを指摘する見解があるが（釜谷真史「判批」ジュリ 1211 号 116 頁）、わが国の従来の多数説は、私益的仲裁可能性について仲裁契約準拠法、公益的仲裁可能性につき実体準拠法の適用を説く。澤木・上掲 221 頁、高桑・上掲 101 頁、中野俊一郎「国際仲裁と国際私法」渡辺惺之＝野村美明編・論点解説国際取引法（2002 年）267 頁などを参照。また、日本における仲裁判断の取消しや執行については、日本法上の仲裁可能性が問題となるが（仲裁法 44 条、45 条参照）、これらはそれぞれ仲裁地、執行地としての日本法の適用なのであって、単なる法廷地法の適用と見ることは適切ではない。それに加えて、仲裁可能性は、管轄合意の許容性の問題と対比することはできても、合意の有効性問題と対比させることは適切でないように思われる。
- (47) ・場・上掲 144 頁。
- (48) 最判昭和 50 年 7 月 15 日民集 29 卷 6 号 1061 頁。この理論につき詳細に紹介する文献として、河野正憲・仲裁契約の効力と限界（国際商事仲裁協会委託研究論文、1992 年）がある。主契約と仲裁合意の独立性は、仲裁契約の性質をどう捉えるかに関わらず認められうる。訴訟契約説のみならず、実体契約説においても、仲裁契約の主契約から独立が認められてきたことにつき、斎藤秀夫＝小室直人＝西村宏一＝林屋礼二編著・注解民事訴訟法〔第 2 版〕（11）（1996 年）414 頁（河野正憲）。
- (49) 川上・上掲 855 頁以下。
- (50) 河野・上掲 415 頁。
- (51) 仲裁権限を認める仲裁廷の決定に対し、当事者は裁判所に不服申立てをすることができるが、その間にも仲裁廷は手続を続行することができる（23 条 5 項）。この手続の構造につき、近藤昌昭ほか・仲裁法コンメンタール（2003 年）103 頁以下。裁判所ではなく、仲裁廷に仲裁権限の最終的判断権（Kompetenz-Kompetenz）を与える合意が可能かどうかについては、理論的に争いがある。これにつき河野・上掲 415 頁、517 頁、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 15 卷 3 号（1992 年）314 頁以下。
- (52) Geimer, IZPR, 4. Aufl., 2001, Rz. 1674. 上述したように、ドイツでは、管轄合意の成立問題につき、主契約と独立に準拠法を指定する余地を認める見解が増えており、単位法律関係としての独立性も一般的認識になりつつある。
- (53) MünchKommZPO, 2. Aufl., 2001, Art. 17 EuGVÜ Rz. 15 (Gottwald); Kropholler, EuZPR, 7. Aufl., 2002, Art. 23 Rz. 17; Schlosser, EuZPR, 2. Aufl., 2003, Art. 23 EuGVVO Rz. 39.
- (54) 例えば Geimer, IZPR, 4. Aufl., 2001, Rz. 1674. ブリュッセル条約 17 条の解釈としても、この理は広く認められている。ECJ, Judgment of 3.7.1997 (C-269/95).
- (55) 菊井維大＝村松俊夫・全訂民事訴訟法 I（1978 年）128 頁ほか通説。
- (56) 中野俊一郎「外国人の訴訟上の地位」民事訴訟法の争点（第 3 版、1998 年）281 頁。

- (57) 当事者自治説に対しては、この他にも、「当事者が表見的に合意した法が確定できない場合の処理も問題」であり、一方当事者がオーストラリア法、他方当事者がオーストリア法を指定したと考えていたような場合、この考え方を貫徹するのは難しいとの批判がある（神前・上掲 132 頁）。しかし、当事者による準拠法指定意思の合致がない場合には、通常の契約準拠法の場合と同様に、客観連結によって法選択合意の成立判断の準拠法を決めることになるのであり、このような処理は、その名称にもかかわらず、当事者自治説が当然の前提とするところと見てよいのではなかろうか。
- (58) この問題については、出口耕自「西ドイツ国際私法判例における『意思表示の特別連結』問題」金沢法学 29 巻 1・2 号（1987 年）253 頁以下に詳しい。
- (59) わが国においても、神前・上掲 132 頁はこのような規範を積極的に評価している。
- (60) ハウスマンは、仲裁合意と管轄合意の並行的取扱いの必要性を強調し、例えば沈黙によって仲裁合意・管轄合意が成立するかという問題について、EGBGB31 条 2 項の適用を説く。Hausmann, FS W.Lorenz, a.a.O.,S.366.
- (61) 通説は、契約準拠法で定まる履行地で訴えを起こされることは被告の予測を害するとして、「履行地が合意されているか契約内容から一義的に定まる場合」にのみ履行地管轄を認めるが、履行地の合意もまた、契約準拠法に基づいて行われ、契約準拠法によって効果を認められるものにすぎない。また、合意で定まる履行地であっても、しょせんは実体法上の義務の履行地にすぎず、合意管轄地ではない。それにも拘わらず、履行地の合意をした以上はそこで訴え提起を認めるというのであれば、同じ論理でゆくと、やはり被告の予測を裏切るということにならないであろうか。さらに、いわゆる実質法的指定として外国法の適用が合意されている場合、義務履行地の明示指定はないが、当該外国法上の任意規定が契約中に組み込まれたことになる結果、この外国法によって義務履行地は明確に定まる。もし通説が、この場合に義務履行地管轄を否定するのであれば、契約中に履行地を書き込む場合と実質的指定の場合とで、区別を設けることの根拠が問われなければならないし、逆に、この場合、履行地が「契約内容から一義的に定まる場合」だというのであれば、抵触法的指定に基づく準拠法で履行地が決まる場合とどういう本質的違いがあるのかについて、説明が求められよう。
- (62) 溜池・上掲国際私法講義 343 頁、出口耕自「国際私法と消費者・労働者の保護」国際私法の争点（新版、1996 年）43 頁など。「公法」としての内国労働法規の適用を説く見解として、折茂・上掲国際私法各論 135 頁。なお、消費者契約は法例 7 条の適用範囲外にあり、条理判断として消費者の常居所地法に服すると見る立場もないではない。出口耕自「国際私法上における消費者保護(2・完)」民商 92 巻 5 号（1985 年）36 頁。
- (63) 東京地判昭和 40 年 4 月 26 日労民集 16 巻 2 号 308 頁。
- (64) この点につき、西谷祐子「欧州における国際消費者契約法」NBL 744 号（2002 年）43 頁以下。
- (65) 例えば札幌高決昭和 45 年 4 月 20 日下民集 21 巻 3・4 号 603 頁、水谷暢「判批」民商 69 巻 5 号（1974 年）138 頁以下などを参照。
- (66) 竹下守夫＝今井功編・講座新民事訴訟法 I（1998 年）104 頁（池田辰夫）。
- (67) 徳田和幸「管轄に対する当事者支配とその規制」ジュリスト 1028 号（1993 年）51 頁。
- (68) 東京高判平成 12 年 11 月 28 日判時 1743 号 137 頁（原審は東京地判平成 12 年 4 月 28 日判時 1743 号 142 頁）。本件につき、山田恒久「判批」ジュリスト 1229 号（2002 年）200 頁、海老沢美広「判批」私法判例リマークス 2002 <上> 151 頁。
- (69) フランスの国際労働法上は、仲裁合意についても同様の扱いがとられるが、国際裁判管轄合意については、契約締結地ないし企業所在地だけがフランスである場合、外国裁判所の専属管轄合意も有効とされるようである。川口美貴「フランス・欧州連合（EU）における国際労働関係法の展開－国際裁判管轄－」静岡大学法政研究 1 巻 2・3・4 号（1997 年）395 頁。
- (70) 1968 年・1978 年のブリュッセル条約 17 条は、管轄合意における弱者保護について特別な定め

をおこななかったが、1988年のサン・セバスチャン条約7条は、68年・78年条約17条への追加として、「個別的労働契約に関する事件において、管轄を付与する合意は、それが紛争発生後に締結されたか、労働者が、被告の住所ないし5条1号に規定された以外の裁判所につきそれを援用する場合に限り、法的効力を有する」との規定を導入した。1988年のルガノ条約17条もほぼ同様であるが、「個別労働契約に関する事件において、管轄を付与する合意は、それが紛争発生後に締結された場合に限り、法的効力を有する」というにとどまるため、サン・セバスチャン条約よりも、弱者保護において抑制的な内容となっている。

(71) これにつき道垣内正人「民事及び商事に関する裁判管轄権及び外国判決に関する条約準備草案」を採択した1999年10月のヘーグ国際私法会議特別委員会の概要(2)「国際商事法務28巻3号(2000年)308頁。

(72) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 60.Aufl.,2002,§32 Rz.1,§40 Rz.1; Schütze, DIZPR,1985,S.57 ほか。ブリュッセルI規則の解釈として、Kropholler, EuZPR, 7.Aufl.,2002, Art.23 Rz.69.

(73) 契約締結自体を不法行為とする損害賠償請求に合意管轄の効力が及ぶかについては、積極説が判例・学説上多数を占めるが(例えば東京高判平成6年3月24日判タ876号265頁、高橋徹「判批」平成7年度主要民事判例解説215頁など)、消極説に立った判例もないではなく(大阪地決平成元年10月27日NBL442号46頁)、消費者被害の救済という見地からこれを評価する見解もある(中山幸二「判批」NBL442号47頁)。

(74) 代表的なものとして折茂豊・涉外不法行為法論(1976年)153頁。

(75) 国際私法立法研究会「契約、不法行為等の準拠法に関する法律試案(2・完)」民商112巻3号(1995年)485頁。

(76) 中野・上掲民商768頁以下、同「不法行為準拠法と当事者の意思」国際私法の争点(有斐閣、新版、1996年)140頁。なお、判例上、当事者自治を正面から認めた事例は見あたらないが、最近の下級審判例の中には、外国での日本人同士のスキー事故につき、両当事者が不法行為地法に基づく主張立証をしていないことから、「両者ともに日本法を準拠法として選択する意思である」ことを付加的理由にあげつつ、損害発生地法として日本法を適用したのものがある。千葉地判平成9年7月24日判時1639号86頁。本件評釈として森田博志「判批」ジュリ1155号(1999年)281頁。

(77) 本法につき小島華子「国際私法に関するリヒテンシュタインの新法についてー1997年施行の二法典ー」法学新報105巻1号(1998年)129頁。

(78) そのため、英国の1995年国際私法(雑規定)法においても、当事者自治原則は採用されていない。齋藤彰「連合王国における不法行為抵触法の改正」関西大学法学論集46巻3号(1996年)688頁。

(79) 通説は、その根拠として、①当事者による法選択があるまで準拠法が決まらないこと、②当事者の予期しない結果を招きうること、③弱者保護に欠ける結果になりうること、などをあげるが、これらは契約債権についてもほぼ同様に問題となり、不法行為債権についてだけ当事者自治を否定する根拠にならないことについて、中野・上掲国際私法の争点140頁。

(80) 例えばジューアは、契約当事者間での不法行為が契約・不法行為のいずれと法性決定されるかは、法廷地国際私法の態度によるため、紛争解決の確実性を望む当事者が、契約から生じるべき不法行為請求についても準拠法を事前合意する例があるという。Siehr, IPR,2001,S.241. ドイツでも、従来の通説が不法行為につき事前の法選択合意を認めていたこともあって、民法施行法42条がこれを事後の合意に限定した点について批判的な声が聞かれる。von Hein, Rechtswahlfreiheit im Internationalen Deliktsrecht,64 RabelsZ (2000) S.595.