

連邦仲裁法をめぐる 合衆国最高裁の判例動向

——仲裁の〈消費者化〉と縮小する民事司法——

会 沢 恒

〈目次〉

I. はじめに

- A. 本稿の主題と構成
- B. 連邦仲裁法の構造

II. 仲裁の〈消費者化〉

- A. 個別的労働関係における特殊な論点
- B. 個別的仲裁手続の要求とクラス・アクション／クラス手続の放棄
- C. 制定法上の権利・請求・主張

III. 仲裁条項に対する州法上の統制の限定

- A. AT & T Mobility v. Concepcion 判決
 - 1. 事案
 - 2. 法廷意見
 - 3. 反対意見
 - 4. 若干のコメント
 - a. 判断の構造と契約法的 sensitivity の欠如
 - b. 企業努力 (?) とクラス・アクションへの影響

B. その後の展開

IV. 連邦制定法と仲裁

- A. American Express v. Italian Colors 判決
 - 1. 問題状況と事案
 - 2. 法廷意見
 - 3. 反対意見
 - 4. 若干のコメント
- B. Epic Systems v. Lewis 判決

1. 問題状況と事案
 2. 法廷意見
 3. 反対意見
 4. 若干のコメント
- V. 若干の視点
- A. 2つの民事司法イメージと民事司法の縮小化
 1. 〈不法行為改革〉、公共訴訟への懐疑と2つの民事司法イメージ
 2. 民事司法の縮小化
 - B. 民事司法における仲裁の位置付け
 1. 連邦仲裁法の立法目的の理解
 2. 仲裁フォーラムの実際?
 3. 法執行フォーラムとしての仲裁?
 - C. 「契約」の貧困なイメージ、形式論の暴走
 - D. 政治的コンテクスト
 1. 政治動向・社会思潮の流れにおいて
 2. 政治部門等における改革の動き
- VI. 結語、またはさらなる研究アジェンダ
- 《参考》 消費者契約における仲裁条項の例
- A. Amazon.com (米国版 Amazon)
 - B. Walmart オンライン版

I. はじめに

A. 本稿の主題と構成

本稿は、近時（主として2010年代以降）における連邦仲裁法（Federal Arbitration Act (FAA)⁽¹⁾）をめぐる判例動向を整理した上で、その意義について検討を加えるものである。米国では世紀転換期の前後から、仲裁が伝統的に取り扱ってきた商事取引の領域を越え、消費者契約や雇用契約等において仲裁条項が普及していった。このことを背景に、合衆国最高裁判所

(1) 9 U.S.C. § 1 *et seq.* なお、同法は1925年の制定当時は“United States Arbitration Act”という名称であったが、現在では“Federal Arbitration Act”と通称されることが多い。本稿では後者の訳である「連邦仲裁法」で統一する。

(以下、「連邦最高裁」)の2011年の *AT & T Mobility v. Concepcion* ⁽²⁾ および
2013年の *American Express v. Italian Colors Restaurant* ⁽³⁾ の両判決を中軸と
する一連の判例法は、訴訟が提起された際に被告が仲裁への事件の移送を
求める局面において、仲裁条項に「字義通り」の効力を与えるべしとして
仲裁付託強制を緩やかに認め、仲裁条項に対する司法的コントロールを実
質的に無化するかのような法理を打ち出している。本稿は、一連の最高裁
判例を分析の上、そこから読み取ることのできる含意を検討する。⁽⁴⁾

本稿は次のように議論を進める。本節次項で連邦仲裁法の構造を確認の
上、第II節では近時この問題が耳目を集めている背景を整理する。第III節
では、*Concepcion* 判決を中心とした、仲裁条項に対する州法上の統制を
限定する動向を、第IV節では、*Italian Colors* 判決等、連邦制定法と仲裁
との関係についてのトピックを取り扱う。第V節において、一連の判例法
の示唆するアメリカ法の動向について、いくつかの視点からコメントを加
える。第VI節では本稿の議論を要約するとともに、本稿では議論していな
い論点を確認する。

B. 連邦仲裁法の構造

本稿の取り上げる問題の基盤となっている連邦仲裁法は、1925年に立
法された連邦制定法である。仲裁そのものは米国でも古くから広く知られ
実施されてきたものの、20世紀初頭までの時期におけるコモンロー裁判

(2) *AT & T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 333 (2011).

(3) *Am. Express Co. v. Italian Colors Rest.*, 570 U.S. 228 (2013).

(4) 本稿の主題にかかる邦語での先行研究として、荒木尚志「アメリカの
雇用仲裁とその機能についての覚書」山田省三 [他編]『労働法理論変革
への模索：毛塚勝利先生古稀記念』(信山社、2015年)所収、樺博行『ク
ラス・アクションの研究：アメリカにおける集团的救済の展開』(丸善プ
ラネット、2018年)特に318～326頁等がある。

所の伝統的態度は、仲裁に対して敵対的なものであったとされる。特に、仲裁合意は仲裁裁定が下されるまでいつでも撤回可能とされていたし、契約中の仲裁条項の特定履行が認められなかったことから、仲裁条項に反して裁判所に訴訟が提起されたような場合にも仲裁手続に移行するための制度的担保が実質的になかった。このような状況に対し、ニューヨーク商工会議所（New York Chamber of Commerce and Industry）といったビジネス界やアメリカ法曹協会（American Bar Association）等が連動して、仲裁の法的基盤を整備することが企図された。ニューヨーク等の州レベルでも同様の立法がなされたが、これと連続する時期に連邦法域における仲裁の取り扱いを定めることとしたのが連邦仲裁法ということになる。⁽⁵⁾

ここで、連邦仲裁法の構造について概観しておこう。第1条で適用対象が定義される（後述）。中核となっている条項が第2条であり、次のように規定する。⁽⁶⁾

いかなる海事取引または [州際] 通商を伴う取引を示す契約における、当該契約もしくは取引から事後生起する争訟、もしくはその一部もしくは全部の履行の拒絶を仲裁によって解決するとの書面による条項、または、かかる契約、取引もしくは [履行] 拒絶から生起した既存の争訟を仲裁に付するとの書面による合意は、有効であり、撤回不可能であり、強制可能である。但し、契約一般の撤回についてのコモンロー上またはエクイティ上の根拠に基づく場合を除く。⁽⁷⁾

(5) 石田京子「仲裁判断に対する合意による司法審査の拡張——米国連邦仲裁法における判例の展開——」比較法学（早稲田大）41巻2号71頁（2008年）76-77頁、谷原修身「反トラスト法における紛争の仲裁可能性：アメリカ合衆国における新たな展開」青山法学論集40巻2号1頁（1998年）17～23頁。

(6) 9 U.S.C. § 1.

(7) 9 U.S.C. § 2 (“A written provision in any maritime transaction or a con-

すなわち同条は（書面によるとの要件はあるものの）、紛争が生じる前に
予め契約書中に挿入される等した仲裁条項であれ、紛争が生じた後に事後
的になされた仲裁合意であれ、その有効性を確認している。

その上で、かかる仲裁合意の対象となる争点を含む事件を持ち込まれ
（てしまっ）た裁判所はそこでの手続を、仲裁手続の行われている間、停
止（stay）する（第3条⁽⁸⁾）。とともに、仲裁に応じない当事者に対し、反
対当事者の申立てにより、事件を仲裁へと付託することを命じることとな
る（第4条⁽⁹⁾）。

仲裁廷によって仲裁裁定が下されると、1年以内に、当事者はこれを確
認（confirm）するよう、連邦地方裁判所に申立てをすることができ、地
裁は原則としてそのような命令を発ししなければならない（第9条⁽¹⁰⁾）。裁判
所が仲裁裁定を撤回したり変更したりできるのは、第10条・11条に所定
の場合のみである⁽¹¹⁾。

tract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a
controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the
refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing
to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract,
transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon
such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract.”)

(8) 9 U.S.C. § 3.

(9) 9 U.S.C. § 4.

(10) 9 U.S.C. § 9.

(11) 9 U.S.C. §§ 10-11. 第10条は撤回事由として、(1) 仲裁裁定が腐敗、
詐欺、不適切な方法により獲得された場合、(2) 仲裁人に明白な偏頗
（partiality）や腐敗があった場合、(3) 仲裁人が、正当な事由が示された
にもかかわらず審理の延期を拒絶した場合、関連性ある重要証拠の審理を
拒絶した場合、その他当事者の権利を損なう行為があった場合、(4) 仲裁
人がその権限を逸脱した場合、または不完全に権限を行使し審理対象につ
いての中立的・最終的・確定的裁定がなされなかった場合、を挙げる。第

連邦仲裁法の性質についても付言しておこう。同法は（同語反復的だが）連邦制定法であるが、単なる連邦裁判所における手続法ではなく、実体法であると解釈されている。⁽¹²⁾このことは、同法は——少なくともその実体規定は——連邦裁判所での州籍相違事件においても適用され、連邦裁判所のみならず州裁判所をも拘束し、同法と抵触する州法を専占してその効力を排除する、⁽¹³⁾ということを意味する。後述の通り、Concepcion 判決ではこ

11条は変更事由として、(a) 数値の計算または人・モノ (thing)・財産の記述の明白で重要な誤りがあった場合、(b) 仲裁に付託されていない事項について裁定が下された場合（付託された事項についての本案判断に影響しない場合を除く）、(c) 仲裁裁定に本案に影響しない形式上の不完全さがある場合、の3つを挙げる。

このリストを当事者が仲裁合意により拡張できるかについては消極的に解されている。Hall St. Assocs., L.L.C. v. Mattel, Inc., 552 U.S. 576 (2008). もっとも、同判決は仲裁合意の「字義通り」の尊重を強調する Concepcion 判決以前のものであり、これと緊張関係にあると言えるかもしれない。他方、仲裁に対する裁判所の介入を限定するという意味では本稿で論じる動向と方向性は一貫する。Concepcion 判決自体では整合的なものと解されているようである。AT & T Mobility LLC v. Concepcion, 563 U.S. 333, 351 (2011). 本稿ではこれ以上立ち入らない。この論点に関する邦語文献として、石田・前掲注(5)、石田京子「米国連邦仲裁法における合意による司法審査の拡張の否定——2008年ホールストリート事件判決」比較法学(早稲田大)44巻3号145頁(2011年)、坂本力也「米国の連邦仲裁法下における「上訴事由合意」の可否——2008.3.25合衆国最高裁判所判決までの判例の検討」日本法学74巻2号309頁(2008年)、中林啓一「仲裁判断取消事由を拡張する仲裁合意の効力——合衆国における裁判例および学説からの示唆——」修道法学28巻2号1100頁(2006年)等がある。

(12) Southland Corp. v. Keating, 465 U.S. 1 (1984) (カリフォルニア州のフランチャイズ規制法を連邦仲裁法は専占すると判断); Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co., 388 U.S. 395 (1967). Southland 判決の丁寧な分析として、福山正剛「アメリカ連邦仲裁法の適用範囲をめぐる議論について: Southland Corp. v. Keating 判決を中心に」千葉大学法学論集20巻2号232頁(2005年)がある。

の点が争点となっている。さらに、第2条は同法の対象を「[州際] 通商 commerce を伴う取引を示す契約における」仲裁条項とするが、1995年の⁽¹⁴⁾ Allied-Bruce Terminix v. Dobson 連邦最高裁判決は、同法の適用範囲が⁽¹⁵⁾ (ニューディール期に拡張されて定着した意味での) 州際通商条項の射程⁽¹⁶⁾にまで及ぶものと解し、州際通商の要素を持つもののアラバマ州内でなされた取引における仲裁合意に同法を適用して、仲裁付託強制を否定する州法の効力は専占されるとした。先に州の仲裁法と並立して連邦仲裁法が整備されていると述べたが、この判例法により、仲裁条項の実体的効力については、実質的にはほぼ全ての経済活動について連邦仲裁法がカバーすることになったと言える。(なお、本稿末尾に挙げた仲裁条項の例では、連邦仲裁法その他の連邦法が適用されることが明示的に規定されている。)

(13) See U.S. CONST. art. VI, §2. 専占効一般については、会沢恒「アメリカ著作権法と連邦制の交錯」田村善之編著『新世代知的財産法政策学の創成』(有斐閣, 2008年)所収・402~404頁, 樋口範雄『アメリカ憲法』(弘文堂, 2011年)第4章参照。

(14) 9 U.S.C. § 1.

(15) Allied-Bruce Terminix Cos. v. Dobson, 513 U.S. 265 (1995).

(16) 会沢恒「司法積極主義——その多面性および憲法理論との連関」山本龍彦・大沢圭吾〔編〕『違憲審査基準：アメリカ憲法判例の現在』(弘文堂, 2018年)所収・295~297頁, 樋口・前掲注(13)・第2章第3節V参照。適用の射程を「通商」に引っ掛ける連邦仲裁法の制定が州際通商条項の理解が拡張する前であったことは皮肉である。Cf. *Dobson*, 513 U.S. at 275. だが、当時は一般コモンローの妥当する時期でもあったことにも注意が必要かも知れない。See *Erie Rd. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938); *Swift v. Tyson*, 41 U.S. (16 Pet.) 1 (1842). 浅香吉幹「19世紀アメリカのコモンローの構造 (1~2・完) ——スウィフト対タイスン判決の再評価」法学協会雑誌112巻12号1635頁/113巻1号1頁 (1995~1996年)。

II. 仲裁の〈消費者化〉

さて、近時、米国において仲裁が着目され、論争を招いているのには理由がある。一般に仲裁と言えば、洋の東西を問わず伝統的に、商事取引（とりわけ国際商事取引）において主として用いられてきた。この点はアメリカにおいても例外ではない。連邦仲裁法の制定に際しては前述の通りビジネス界がイニシアティブを握っており、立法過程の議論でももっぱら商事取引が念頭に置かれていたとされる⁽¹⁷⁾。しかし、20世紀の終わり頃から、事業者と消費者との間の消費者契約、あるいは雇用主と労働者との間の（個別的）雇用契約に仲裁条項が盛り込まれる事例が増えてきた⁽¹⁸⁾。そのような契約はもちろん個別交渉を経たものであるわけではなく、事業者ないし雇用主の用意した約款の中の標準条項の一つとして仲裁条項が置かれ、消費者や労働者はこれに同意したものとみなされる（take-it-or-leave-it）、という使い方である。これを仲裁の「消費者化 consumerization」などと呼ぶ⁽¹⁹⁾。（本稿の末尾に参考として、オンライン消費者取引で使用されている紛争解決条項の例を付した。）

そして実際に、多くの——「少なくない」というよりも「マジョリティである」という意味で——消費者や労働者が、仲裁を要求する契約条項の下にあるとされる。携帯電話サービスの利用者の99.9%、クレジットカード利用者の半数、3000万人以上の労働者が、仲裁条項に服しているとい

(17) See *Epic Sys. Corp. v. Lewis*, 138 S. Ct. 1612, 1642-43 (2018) (Ginsburg, J. dissenting); *AT & T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 333, 362 (2011) (Breyer, J., dissenting).

(18) Jean R. Sternlight, *Creeping Mandatory Arbitration: Is it Just?*, 57 STAN. L. REV. 1631, 1636-42, 1646-48 (2005).

(19) 厳密にはもっぱら消費者契約の局面を念頭に置いた表現かもしれないが、本稿では雇用契約等も包含した広い意味で用いる。

(20) あるいは、フォーチュン誌の全米大企業ランキング100社の80%が、その従業員との関係で雇用仲裁を採用しているとの指摘もある⁽²¹⁾。仲裁条項を伴う取引類型は、クレジットカードや銀行のような金融取引、ケーブルテレビやインターネット・サービス、老人ホームやヘルスケア等々、あらゆるものを挙げる⁽²²⁾ことができる。

次節以降、主要な連邦最高裁判例を取り上げて議論するが、そこでの基本的なシチュエーションは、当事者間に紛争が生じ、消費者や労働者が裁判所に訴訟を提起するのに対し、被告となった事業者ないし雇用主が仲裁条項の存在を指摘して仲裁付託強制を求め、原告である消費者／労働者がこれに抵抗する、というものである。

A. 個別的労働関係における特殊な論点

実は、労働関係においては従前から仲裁が活用されてきた⁽²³⁾。とは言え、ここでの「労働関係」とは集団的労働関係を想定している。労働組合が使用者と労働協約を締結する際に、紛争が生じた際の解決の回路として、紛争を仲裁に付託することが合意されることが少なくない。そのような仲裁の場が設けられることで当該産業部門における労使の実態に沿った紛争解決が促進されてきたとされる。この種の労働協約を所管する1947年労使関係法（タフト＝ハートレー法）⁽²⁴⁾301条の解釈として、労働協約に仲裁合

(20) Judith Resnik, *Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights*, 124 YALE L.J. 2804, 2813-14 (2015).

(21) McGregor, *infra* note 176.

(22) Sternlight, *supra* note 18, at 1638-1641.

(23) 荒木・前掲注(4)・759～763頁、中窪裕也『アメリカ労働法』（第2版、弘文堂、2010年）第2章第9節。

(24) 29 U.S.C. § 185.

意がある場合、紛争は仲裁への付託が強制される⁽²⁵⁾。

だが、近時話題となっている労働関係における仲裁は、そのような労働協約によって設けられたものではない。20世紀末頃から注目されるようになってきた仲裁条項は、雇用主と個々の労働者との間の個別的な雇用契約において規定されたものである。さらにこれにも類型があり、一方で、上級管理職等が雇用主との個別交渉を経た上で仲裁合意に至るということも考えられる。だが、本稿で（個別的）労働関係における仲裁として主に想定するのは、一般的な労働者が雇い入れの際に、雇用主が一方的に用意した仲裁合意に署名する（さもなければ雇用されることはない）、といったシチュエーションである⁽²⁶⁾。雇用関係が継続中に、雇用主から労働者に対して「仲裁合意」が提示され、労働を継続すればそれに同意したとみなされる、といったこともあるという⁽²⁷⁾。

とは言え、そのような仲裁条項の連邦仲裁法上の効力については曖昧な点があった。同法の適用範囲を定める第1条は「外国または州際通商に従事する、船員、鉄道従業員その他の種類の労働者の雇用契約には適用されない」と定める⁽²⁸⁾。「その他の種類の労働者」を広く解するのであれば、連

(25) Textile Workers Union of Am. v. Lincoln Mills of Ala., 353 U.S. 448 (1957).

(26) 米国の代表的な仲裁機関の一つであるアメリカ仲裁協会（American Arbitration Association (AAA)）では、前者が「個別交渉型雇用仲裁 individually-negotiated employment agreements and contracts」、後者は「使用者設定型雇用仲裁 employer (promulgated) plan」と呼ばれている。American Arbitration Association, Employment Arbitration under AAA Administration I ADR.ORG, <https://www.adr.org/employment> (last visited Feb. 20, 2019). 荒木・前掲注(4)・775頁・注(55)。

(27) See Epic Sys. Corp. v. Lewis, 138 S. Ct. 1612, 1636 n.2 (2018) (Ginsburg, J., dissenting).

(28) 9 U.S.C. §1 (“… but nothing herein contained shall apply to contracts of

邦仲裁法は（個別的）雇用契約をカバーしない、ということになる。しかしながら、2001年の Circuit City Stores v. Adams 連邦最高裁判決は、⁽²⁹⁾ 制定法解釈におけるいわゆる同種の原則 (*eiusdem generis* rule), すなわち制定法の条文において個別的語句の後に一般的文言が続く場合、後者の外延は先行する個別的語句と同種のもののみ限定される、とのカノンを強調して、「その他の種類の労働者」というのも運輸関係の労働者に限定されるとした。

Circuit City Stores 判決によって適用除外規定が狭く解され、個別的労働関係における仲裁は（一部の例外を除いて）連邦仲裁法が管轄することが確認されたことにより、この領域における仲裁条項が一般化したとされ⁽³⁰⁾る。

B. 個別的仲裁手続の要求とクラス・アクション／クラス手続の放棄

本稿が焦点を当てる「消費者化」された仲裁条項は、単に紛争が生じた場合にこれを仲裁に付託することを求めるにとどまらない、いくつかの特

employment of seamen, railroad employees, or any other class of workers engaged in foreign or interstate commerce.”).

(29) Circuit City Stores, Inc. v. Adams, 532 U.S. 105 (2001). 同判決の邦語での紹介・検討として、小川和茂「ADR（裁判外紛争解決）条項の有効性」樋口範雄 [他編]『アメリカ法判例百選』（有斐閣、2012年）所収、藤原淳美「Circuit City Stores, Inc. v. Adams, 532 U.S. 105, 121 S. Ct. 1302(2001)——連邦仲裁法の適用が除外される「雇用契約」は、州際通商において「輸送」に従事する労働者との間の雇用契約に限定されると判断された事例」アメリカ法2002-1号178頁（2002年）等がある。

(30) 荒木・前掲注（4）・766頁、小川・前掲注（29）。*But see* New Prime Inc. v. Oliveira 139 S. Ct. 532 (2019)（契約上、独立の請負人とされているトラックドライバーについて、適用除外規定に該当するとして仲裁付託強制を否定）。

徴を伴っている。その第一は、かかる仲裁による紛争解決はもっぱら個別
的に行うものとされ、集団的に救済を求めていくことが禁じられることで
ある。ここに言う集団的救済としてはクラス・アクションが代表的なもの⁽³¹⁾
であるが、これに限られず、複数当事者による単純な請求の主観的併合や、⁽³²⁾
制定法が特定の状況毎に個別的に定めているものもあり得る。⁽³³⁾さらに、ア
メリカ仲裁協会等の仲裁機関はクラス仲裁（class arbitration）の制度も整
備しており、こうしたものも含まれる。⁽³⁴⁾

著名な手続法学者である Nagareda によれば、仲裁条項には3世代ある
という。⁽³⁵⁾第一世代は紛争解決に際し単に仲裁を義務づけるのみであるが、
第二世代の仲裁条項はクラス・アクション等のクラス手続の放棄条項
（class action / class proceeding waiver）を伴うようになった。と言うより
も、これが消費者契約等に仲裁条項が普及した理由である。消費者契約の
局面において、事業者側のビジネスの手法や実務をめぐって紛争が生じた

(31) See, e.g., Fed. R. Civ. Proc. 23. この制度についての先行研究は多数に
上るが、さしあたり浅香吉幹『アメリカ民事手続法』（第3版，弘文堂，
2016年）35～46頁，櫛・前掲注（4）等を参照。

(32) See, e.g., Fed. R. Civ. Proc. 20(a).

(33) 例えば，連邦公正労働基準法（Fair Labor Standards Act of 1938
（FLSA））上の集会的救済制度。29 U.S.C. § 216(b).

(34) See American Arbitration Association, Class Arbitrations I ADR.ORG,
<https://www.adr.org/ClassArbitration> (last visited, Feb. 23, 2019).

連邦仲裁法はクラス仲裁について特に言及していない。連邦最高裁は、
仲裁合意に基礎付けられることは求めるものの、特に禁止されてはいない
と解しているようである。See *Epic Sys. Corp. v. Lewis*, 138 S. Ct. 1612,
1623 (2018); *Oxford Health Plans LLC v. Sutter*, 569 U.S. 564 (2013); *Stolt-*
Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp., 559 U.S. 662 (2010); *Green Tree Fin.*
Corp. v. Bazzle, 539 U.S. 444 (2003).

(35) Richard A. Nagareda, *The Litigation-Arbitration Dichotomy Meets the Class
Action*, 86 NOTRE DAME L. REV. 1069, 1106 (2011).

場合、個々の消費者の被る損害額は些少であるのが通常である一方で、同様の立場にある消費者は多数に上る。労働関係においても類似の状況は少なくなかろう。残業代の支払いポリシーをめぐる連邦公正労働基準法上の紛争などはそのようなものである。そのような、多数の少額請求を糾合する、というのがクラス・アクション制度の機能する典型的な局面であると⁽³⁶⁾考えられてきた。しかしながら、いったんクラス・アクションが認証されると極めて高額な賠償を負担するリスクに直面することから、被告となる事業者がこれを恐れ、抵抗してきたこともよく知られている⁽³⁷⁾。そのような戦略の一環として、クラス手続の放棄を(も)規定した仲裁条項を採用することで、事業者はクラス・アクション等のリスクを回避しようとしたのである⁽³⁸⁾。

参考として本稿末尾に挙げたいずれの紛争解決条項も、事業者－消費者間の紛争を仲裁で解決すべきことを規定するとともに、手続が個人ベースで行われるものとし、クラス・アクションその他の集束手続が認められないことを定めている。このことについて、Amazon.comのものでは太字で、Walmart.comのものでは大文字で強調されるとともに、後者では約款冒頭でも仲裁について言及されている。(いずれの条項も、何らかの理由で紛争が仲裁に付託されなかった場合でも、クラス・アクションが放棄

(36) 浅香・前掲注(31)・39～40頁、樑・前掲注(4)・102頁。

(37) 樑・前掲注(4)・263～271頁・285～289頁も参照。

(38) 1997年に業界誌に掲載された短い論考が契機であるとされる。See Edward Wood Dunham, *The Arbitration Clause as Class Action Shield*, 16 FRANCHISE L.J. 141 (1997). Gilles [2005] at 396. 樑・前掲注(4)・319～320頁。もっとも、他の法律家によるイニシアティブの指摘もある。Jessica Silver-Greenberg & Robert Gebeloff, *Arbitration Everywhere, Stacking the Deck of Justice*, NY TIMES (Oct. 31, 2015), <https://www.nytimes.com/2015/11/01/business/dealbook/arbitration-everywhere-stacking-the-deck-of-justice.html>.

されているように読める規定ぶりになっている。)

しかし、消費者取引などはクラス・アクション制度の機能する典型的な局面であるからこそ、仲裁条項を利用してこれを回避しようとの事業者の行動に、下級裁判所、特に州の裁判所は眉をひそめた。公序に反するとしたり、契約法上の法理を活用するなどして、そのような仲裁条項の効力をコントロールしようとした⁽³⁹⁾。後者との関係では、特に非良心性(unconscionability)⁽⁴⁰⁾法理が活用されることが多い⁽⁴¹⁾。とは言え、仲裁条項がそれ自体として非良心的であるとするのは困難であるし、前述の専占効によって否定され得ることから、当該仲裁条項の特徴に注目した判断がなされることが多い⁽⁴²⁾。例えば、ニューヨーク州中間上訴裁判所の *Brower v. Gateway 2000* 判決は、⁽⁴³⁾ パソコンの消費者向け通信販売の事例において、問題の仲裁条項がパリにある国際商工会議所 (International Chamber of

(39) Aaron-Andrew Bruhl, *The Unconscionability Game: Strategic Judging and the Evolution of Federal Arbitration Law*, 83 N.Y.U. L. REV. 1420, 1432 (2008).

(40) 非良心性法理とは、(契約を無効にするほどではないが) 契約締結過程に一方当事者に不利となる瑕疵があり、これによって他方当事者に有利な契約条件となっている場合に、当該契約の効力を否定・制限する法理である。See, e.g., Rest. 2d of Contracts, § 208. 同法理一般については樋口範雄『アメリカ契約法』(第2版, 弘文堂, 2008年) 第9章Vを参照。

(41) この点に関する邦語での先行研究として、家本真実「アメリカ契約法における非良心性法理：雇用契約にあらわれる仲裁条項を中心に」法と政治(関西学院大) 52巻2・3号645頁(2001年)、家本真実「*Szetela v. Discover Bank*, 97 Cal. App. 4th 1094 (2002)——クラス・アクションを禁止する仲裁条項の非良心性——」法と政治(関西学院大) 54巻3号560頁(2003年)等がある。

(42) See Bruhl, *supra* note 39, at 1437-39, notes 72-80 & accompanying text (関連判例のリスト); see also *id.* at 1439-42 (州裁判所での非良心性法理が主張された件数の増加を指摘)。

(43) *Brower v. Gateway 2000, Inc.*, 676 N.Y.S.2d 569 (A.D. 1 Dept. 1998).

Commerce) のルールによるなどと指摘し、通常、手続的非良心性と実体的非良心性の双方が要求される⁽⁴⁴⁾ところ、後者のみで非良心性を認定している。

カリフォルニア州最高裁の Discover Bank 判決⁽⁴⁵⁾は、クラス手続放棄条項との関係で非良心性法理の活用を推し進めた例と言える。クレジットカードの精算の際の銀行実務が問題となった事例において、同州最高裁は、①少額紛争に関して、②事業者と消費者の間の附合契約にクラス手続の放棄が規定され、③交渉力ある側の当事者が多数の消費者から少しずつの額を故意に詐取した場合、クラス手続の放棄は実質的に事業者を免責するに等しい、として、クラス手続放棄条項付きの仲裁条項の効力を否定した。

このような、仲裁条項に対する下級裁判所の警戒的・敵対的な態度に直面して、事業者側は約款を改訂し、「消費者に優しい consumer-friendly」仲裁手続を採用する第三世代の仲裁条項を導入するようになった⁽⁴⁶⁾。仲裁廷に直接出向くことなく書面や電話のみで手続を済ませることができる、手続費用を事業者側が負担するなどといった形で消費者にとってアクセスしやすい仲裁手続を採用することと引き替えに、クラス手続放棄条項をあくまでも維持しよう、との対応である。

本稿末尾に挙げた紛争解決条項は、いずれもそのようなものだと評価できる。手続について、Amazon.com のものでは、対面で行う場合には消費者の居住するカウンティ（または他の相互に合意した場所）で行うことが

(44) 樋口・前掲注(40)・201頁・210頁。

(45) Discover Bank v. Superior Court of Los Angeles, 113 P.3d 1100 (Cal. 2005).

(46) Romona L. Lampley, *Is Arbitration under Attack?: Exploring the Recent Judicial Skepticism of the Class Action Waiver and Innovative Solutions to the Unsettled Legal Landscape*, 18 CORNELL J.L. & PUB. POLY 477, 503-509 (2009); Nagareda, *supra* note 35, at 1106.

でき、あるいは電話によって行うことも選択できる。Walmart.com のものでは、電話会議またはビデオ会議による手続が原則となっており、対面手続はいずれかの当事者の求めに応じて仲裁人が実施を決定した場合のみとされている（その場合の仲裁地は相互の合意に基づく便宜な場所）。さらに前者では、根拠薄弱な請求でない限り、少額の請求（1万ドル未満）についての手続費用を事業者側が償還すると規定するとともに、手続費用・弁護士費用を事業者が消費者に請求しない、としている。またいずれも、適切な事案では少額裁判所に事件を持ち込むことを認めている。

救済についても、Amazon.com の紛争解決条項では、法定賠償を含めた裁判所と同額の損害賠償のみならず、差止命令、宣言判決を含む他の救済も認められるべきことが規定されている。Walmart.com のものでも差止命令および特定履行が救済として認められているが、個人ベースの限りにおいてであることが確認されている。

後述の *Concepcion* 判決で問題となったのもこのような「消費者に優しい」仲裁条項であった。

なお、仲裁条項の規定する手続上の制約は、クラス手続の放棄にとどまらない。出訴期限を短縮する、ディスカバリーを制限ないし廃止する、といった他の手続の限定も規定され得る。⁽⁴⁷⁾（仲裁とは紛争解決手続を私人がテーラーメイドでデザインできる制度だと考えれば、理の当然であるかも知れない。）また、得ることのできる救済の範囲を制限することもある。（この場合、責任制限条項とも連続性を有することになる。）⁽⁴⁸⁾ この点については、

(47) Sternlight, *supra* note 18, at 1641-42.

(48) 懲罰的賠償の制限なども関連しよう。この点は次項の論点とも連続する。Cf. *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 514 U.S. 52 (1995); Thomas J. Stipanowich, *Punitive Damages and the Consumerization of Arbitration*, 92 Nw. U. L. REV. 1 (1997). 大隈一武「懲罰的賠償額の仲裁適格性—規制法関連案件の仲裁適格性に関するアメリカの判例の動向—」西

後に改めて触れる。⁽⁴⁹⁾

C. 制定法上の権利・請求・主張⁽⁵⁰⁾

伝統的に、紛争が生じる前に予め契約書中に仲裁条項を規定しておく場合、そこで第一義的に想定されているのは当該契約から生じる（やも知れぬ）紛争である。典型的には、一方当事者（債務者）が債務を履行しなかったと反対当事者（債権者）が主張し、契約上の権利義務ないし債権債務の範囲や履行態様について争われるといった状況を念頭に置いているであろう。

しかし、事業者－消費者間の取引関係にせよ、労働関係にせよ、契約上の権利義務とは別に（あるいはそれに加えて）、制定法によって消費者や労働者に権利が付与され、事業者や雇用主に義務が課されている、ということがある。労働関係で言えば、連邦法に限定しても、1964年公民権法第7編⁽⁵¹⁾を始めとする各種の差別禁止法や、公正労働基準法⁽⁵²⁾（特にその残業手当に関する規定）は重要な機能を果たしている。各種の消費者保護立法

南学院大学法學論集28巻1・2号77頁（1995年）参照。

(49) 後述 V.C 参照。

(50) この点に関する邦語での先行研究として、荒木・前掲注（4）、藤原淳美「アメリカ労働法における制定法上の権利の仲裁付託可能性」日本労働研究雑誌41巻2・3号132頁（1999年）等がある。

(51) Title VII of Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. § 2000e *et seq.* 他の主要な連邦差別禁止法として、年齢差別禁止法（Age Discrimination in Employment Act of 1967 (ADEA), 29 U.S.C. § 621 *et seq.*）、障害者差別禁止法（Americans with Disability Act of 1990 (ADA), 42 U.S.C. § 12101 *et seq.*）等がある。これらについては中窪・前掲注（23）・第3章を参照。州レベルでも同様の立法がある。

(52) 29 U.S.C. § 201 *et seq.* 同法については中窪・前掲注（23）・第4章第1節Iを参照。

は、州法・連邦法双方のレベルで枚挙に暇がない。

近時の仲裁の第二の特徴は、仲裁条項を規定している契約の解釈や効力をめぐる紛争のみならず、当該契約によって創設された関係を規制する制定法に基づいた請求や権利主張についても、その射程に含むことである。例えば、本稿末尾に挙げた紛争解決条項のうち、Walmart.com のものは、契約に基づくもののみならず、不法行為、制定法、その他あらゆる法的根拠に基づく紛争が包含されることを明示している。Amazon.com のものはそこまで明示的ではないが、“any dispute or claim” という表現でやはり包括的な規定ぶりになっている。

そして裁判所もまた、制定法上の権利・主張・請求の仲裁廷による裁定をしばしば承認してきた。もっともこれは無から突如現れたものではない。議会が当該制定法によって明示的に否定するのでなければ仲裁付託可能性は認められるとして、事業者間の商事契約においてそのような仲裁を承認したことを⁽⁵³⁾受ける形で、同様の取扱いが「消費者化」された仲裁にも持ち込まれたものである。特に1991年の *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane* 連邦最高裁判決⁽⁵⁴⁾は、年齢差別禁止法に基づく主張の仲裁可能性を承認し、個

(53) *See Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.*, 490 U.S. 477 (1989) (1933年証券法上の請求につき仲裁付託可); *Shearson/American Express v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987) (1934年証券取引所法上の証券詐欺および RICO 法につき同旨); *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985) (独禁法上の争点について同旨)。これらは「ミツビシ三部作 Mitsubishi Trilogy」などとも呼ばれ従前の連邦最高裁の消極的な態度 (*see Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427 (1953)) を改めたものである。この論点に関する邦語文献として、沢井啓「強行法規と仲裁可能性 (1～3完) —— 特にアメリカの反トラスト法をめぐる ——」民商法雑誌104巻4号488頁／5号597頁／6号752頁 (1991年)、谷原・前掲注(5)等がある。

(54) *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991). 同判決の 128(128) 法と政治 70巻1号 (2019年5月)

別的労働関係における仲裁の活用に着目を集める契機になったとされる。

邦語での紹介・検討として、猪股孝史「証券代行者の登録申込書に挿入された仲裁条項は強行可能なものであって、雇用者年齢差別禁止法 (ADEA) 上の請求は仲裁に服せしめることができる——Robert D. Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corporation, -U.S.-, 111 S. Ct. 1647 (1991)」アメリカ法1992-2号376頁 (1992年)、村田毅之「年齢差別禁止法と仲裁契約の効力 (合衆国連邦最高裁判所1991.5.13判決)」労働法律旬報1335号33頁 (1994年) 等がある。

(55) 同判決は前述の Circuit City Stores 判決よりも前のものである。この事件の原告は証券ディーラーであり、証券取引所に提出されたディーラーとしての登録文書中の仲裁条項が問題となっている。同判決では個別的雇用契約上の仲裁条項と連邦仲裁法との関係という論点については明示的に留保されている。Gilmer, 500 U.S. at 25 n.2.

(56) なお、(個別的雇用契約に基づくものではなく) 労働協約に基づく労働仲裁については、労働組合と労働者個人との利害は食い違うことがあり得るし、仲裁人は労使関係の専門家ではあっても必ずしも法律の専門家ではないといったことから、消極的に解する判例法の流れがある。See Wright v. Universal Mar. Serv. Corp., 525 U.S. 70 (1998) (ADA); McDonald v. West Branch, Mich., 466 U.S. 284 (1984) (1983条訴訟); Barrentine v. Arkansas-Best Freight Sys., Inc. 450 U.S. 728 (1981) (FLSA); Alexander v. Gardner-Denver Co., 415 U.S. 36 (1974) (1964年公民権法第7編)。

もっとも、労働仲裁でも制定法上の請求の仲裁が全く認められないものではない。See 14 Penn Plaza LLC v. Pyett, 556 U.S. 247 (2009) (ADEA 上の主張につき、同法は仲裁可能性を否定しておらず、当該労働協約も明示的に認めているとして、仲裁可能性を承認)。Pyett 判決により消極的な判例法理自体が揺らいでいるとの指摘もある。荒木・前掲注(4)・771～772頁。

労働協約に基づく労働仲裁においては労使関係に明るい仲裁人がその実態に沿った審理・判断を行うのに対し、個別的雇用契約に基づく雇用仲裁においてはこのように制定法上の争点が伴うことも少なくないことから、後者の仲裁人には法律的な専門性が要求され、両者は異なる性質を有するとの指摘がある。労働政策研究・研修機構 [編]「アメリカにおける個別労働紛争の解決に関する調査結果」(JILPT 資料シリーズ No. 157, 2015年) 15～18頁 (荒木尚志執筆)。

あるいは2012年の CompuCredit Corp. v. Greenwood 判決⁽⁵⁷⁾は、消費者が連邦クレジット履歴回復機関法違反を主張してクレジットカード発行会社等をクラス・アクションで訴えようとした事例で、同法が仲裁を否定するものではないとして、やはり仲裁付託強制を認めている。

もともと、一連の判決で制定法上の権利の仲裁付託可能性が肯定されるに際しては、かかる権利が仲裁廷において「効果的に主張 effectively vindicate(d)」されることが認められるのであれば、との判示を伴っていた。ここから逆に、仲裁廷において制定法上の権利の効果的な主張ができないのであれば仲裁は認められない、との考え方が出てくることになる。⁽⁵⁹⁾ Italian Colors 判決はこの要件ないし例外について争われたものである。

Ⅲ. 仲裁条項に対する州法上の統制の限定

前節で述べた通り、州裁判所を始めとする下級裁判所は、非良心性法理のような契約法上の法理を活用するなどして、消費者契約等における仲裁条項の効力に対して規制を加えようとしてきた。だが連邦最高裁は、Concepcion 判決によってこの回路に重大な制約を加えた。

繰り返しになるが、判例法によれば連邦仲裁法はこれと抵触する州法を専占する。⁽⁶⁰⁾先に訳出した連邦仲裁法2条は仲裁条項の有効性を確認してい

(57) CompuCredit Corp. v. Greenwood, 565 U.S. 95 (2012). 同判決の邦語での紹介・検討として、中村達也「CompuCredit Corp. v. Greenwood, 132 S. Ct. 665 (2012) : Credit Repair Organizations Act は、同法に基づく請求について仲裁による解決を禁じていないので、連邦仲裁法に基づき仲裁合意はその条件に従い enforce (強制) することができる」アメリカ法2012-2号381頁(2013年)がある。

(58) Credit Repair Organizations Act, 15 U.S.C. § 1679 *et seq.*

(59) Lampley, *supra* note 46, at 489-503.

(60) 前注(12)~(13)およびその本文参照。

るから、州法が仲裁条項の効力を否定しようとする、同条との抵触が問題となり得る。同条但書は例外として、「契約一般 (any contract) の撤回 (revocation) についてのコモンロー上またはエクイティ上の根拠」に基づく場合を除外しており、州法上の根拠がそのようなものであると言えるのであれば、その効力が維持され、仲裁条項への介入が許容されることになる。Concepcion 判決は、まさにこれらの点が争われた事件であった。

A. AT & T Mobility v. Concepcion 判決⁽⁶¹⁾

1. 事案

Concepcion 判決は携帯電話サービスへの加入という消費者契約に関する事件である。その約款中の仲裁条項は、事業者 (AT & T 社)⁽⁶²⁾ と消費者との間のあらゆる紛争を仲裁に付すべきことを規定するとともに、かかる仲裁は個人ベースで行われ、クラス・アクション等の形では行われないとする、クラス手続の放棄条項が付されていた。この紛争解決条項によれば、消費者側から申し立てる紛争解決手続は AT & T 社の Web サイト上の書

(61) AT & T Mobility LLC v. Concepcion, 563 U.S. 333 (2011). 同判決の邦語での紹介・検討として、浅香吉幹 [他] / 会沢恒 [司会] 「座談会 合衆国最高裁判所2010-2011年開廷期重要判例概観」アメリカ法2011-2号301頁 (2012年), 関戸麦 / ジョアン若菜 「Concepcion 事件米国連邦最高裁判決と仲裁条項によるクラスアクションの回避」NBL957号33頁 (2011年), 柳景子 「クラス・アクションを回避する仲裁条項の有効性——AT & T Mobility LLC v. Concepcion, 131 S. Ct. 1740 (2011)——」比較法学 (早稲田大) 48巻1号211頁 (2014年), 宇野伸太郎 「米国の集団訴訟の行方, 連邦最高裁 AT & T 事件判決の衝撃」法と経済のジャーナル Asahi Judiciary <<https://judiciary.asahi.com/outlook/2011061600005.html>> (2011年6月22日) 等がある。

(62) 正確には、原告らと直接に契約を締結したのは Cingular Wireless 社であり、同社を AT & T 社が買収して AT & T Mobility 社と改称の上、子会社とした。

式を提出することで開始される。これに対し AT&T 社側は和解を申し込むことができるが、30日以内に解決しない場合には、やはり Web サイトにある書式の提出により仲裁手続に移行する。さらに、仲裁手続に際しては、消費者の主張が根拠薄弱なものではない (nonfrivolous である) 限り全ての費用を AT&T 社が負担すること、消費者の請求書送付先のカウンティで行われるべきこと、少額 (1万ドル未満) の請求については電話や文書のみによる手続も選択できることが定められるとともに、仲裁に替えて少額裁判所 (small claims court)⁽⁶³⁾ へ事件を持ち込むこともできるとされた。加えて、差止めや懲罰的賠償を含むあらゆる個別的救済を仲裁人は命じることができるとされるとともに、AT&T 社にその弁護士費用を求償することを禁じる一方で、仲裁裁定で認められた額が AT&T 社による和解案の額を上回った場合には、最低7500ドルと消費者側の弁護士費用の2倍を AT&T 社は支払わなければならない、としている。やや詳しく紹介したが、仲裁手続それ自体について消費者にとってアクセスし易いものにするとともに、救済も強化されていると評価できる一方で、あくまでもクラス手続放棄条項が維持されている。「消費者に優しい」第三代仲裁条項であると言える。⁽⁶⁴⁾

電話機が無料であると AT&T 社が宣伝していたことから、原告 Concepcion 夫妻は同社の携帯電話サービスに加入した。だが、実際には電話機の小売価格に対する消費税相当額 (30.22ドル) の請求を受けたことから訴訟を提起し、さらに、AT&T 社が虚偽広告や詐欺等を行って

(63) アメリカの少額裁判所については、前川勤「少額訴訟手続の再検討」東北法学43号59頁 (2014年) 等を参照。

(64) なお、本件約款においては、事業者側がこれを一方的に改訂する権限が留保されており、仲裁条項自体は契約当初から存在していたが、本件で直接問題になったのはそのような改訂を経たバージョンの仲裁条項である。この点は争点となっていない。

たと主張するクラス・アクションの申立てに併合された⁽⁶⁵⁾。AT&T社は原告に対する仲裁付託強制を申し立てたが、連邦地裁、第9巡回区連邦控訴裁判所ともに、これを認めなかった。その際に両裁判所が根拠としたのが前述のカリフォルニア州最高裁による Discover Bank 判決である。これに対して連邦最高裁が裁量上告を認めた。

2. 法廷意見

連邦最高裁の判断は5対4とシャープに分かれた⁽⁶⁶⁾。スカリア (Antonin Scalia) 裁判官が執筆し他の保守ブロックの裁判官が同調した法廷意見は仲裁付託強制を認めた。

原告は、Discover Bank 判決の判例法は非良心性法理を適用したものであって連邦仲裁法2条但書に言う「契約一般の撤回についての根拠」に当たり、よって同法は適用されないと主張したのだが、法廷意見はこれを認めなかった。法廷意見は、非良心性法理のような一般的に適用可能な法理が仲裁条項に適用される場合には問題が複雑になるとしながらも、裁判所が「[仲裁] 強制が非良心的となるとの州法上の判断の根拠として仲裁合意の特性 (uniqueness) に依拠」⁽⁶⁷⁾することは許されないと述べ、第2条但

(65) 当初はカリフォルニア州第一審裁判所に提起されたが、クラス・アクション公正法 (Class Action Fairness Act of 2005, 28 U.S.C. §§ 1332(d), 1453) によってカリフォルニア州南部地区連邦地裁に移管された。同法については樫・前掲注(4)・291~295頁参照。

(66) 次項で述べる反対意見に加え、いささか技巧的な (あるいは牽強付会な) 解釈を展開して不可能 (impossibility) 型専占を帰結するトマス (Clarence Thomas) 裁判官の補足意見がある。目的阻害 (frustration-of-purpose) 型専占を認めないトマスが自説を一貫させるための意見と解することができるが、本稿では省略する。浅香 [他]・前掲注(61)・389頁 (芹澤英明発言) 参照。

(67) AT&T Mobility LLC v. Concepcion, 563 U.S. 333, 341 (2011) (citing

書は、条項の字義通りに仲裁合意を強制するという連邦仲裁法の目的の達成を妨げる州法上のルールを維持するものではない、とする。

そして、仲裁の促進が連邦仲裁法に現れた全米的な政策である、と強調した上で、カリフォルニア州の「Discover Bank 判決のルール」は仲裁に不利に干渉するものだとする。すなわち、同「ルール」はクラス仲裁を積極的に要求するものではないとしても、これを事後的に求めることを消費者契約の当事者に認めるものと指摘する。附合契約であるとの要請も損害が少額であるとの要請も、消費者契約のコンテキストでは限定として機能していない。そして法廷意見は、二当事者間仲裁とクラス仲裁との差異に焦点を当てる。後者は非形式性 (informality) という仲裁の第一の利点を犠牲にし、手続の遅延・困難・高コストをもたらすと言う。連邦仲裁法採択時にクラス仲裁などは想定されていなかったし、クラス仲裁にはクラス・アクションと同様の (あるいはそれ以上の) 被告の側のリスクの増大をもたらすとする。こうした特徴を持つクラス仲裁が呼び込まれてしまう点で、「Discover Bank 判決のルール」は連邦仲裁法の目的の障害になるため専占される、と判断した。

3. 反対意見

ブライア (Stephen G. Breyer) 裁判官が反対意見を執筆し、他のリベラル派裁判官が同調している。

反対意見は、Discover Bank 判決やそれに従う本件原審の判断を、一般的な非良心性法理の「適用」であると特徴付け、従って連邦仲裁法2条但書の適用除外に該当するとする。また、連邦仲裁法の目的は仲裁合意を他の契約と同様に取り扱うことであって、それを越えて仲裁の利点を積極的

Perry v. Thomas, 482 U.S. 483, 493 (1987)).

に促進しようとするものでもない、と主張する。

また、Discover Bank 判決がクラス仲裁を要請することによって連邦仲裁法の目的の障害となる、との法廷意見の議論に対しても反論を加える。クラス仲裁も仲裁の一種であるし、連邦仲裁法制定時には、事業者同士という交渉力のほぼ等しい当事者が（法律問題よりも）事実問題を解決する手続として仲裁が想定されていたのであって、だとすれば消費者契約に関するカリフォルニア州法の取り扱いは制定時の連邦議会の想定と一貫し、これを補完するものだと言う。また、二当事者間仲裁とクラス仲裁とを比較することもミスリーディングであって、クラス仲裁と（訴訟手続としての）クラス・アクションとを比較すべきであり、そしてこの2つではクラス仲裁のほうが迅速だとのデータがある。多数の個別手続が行われるよりも単一のクラス手続のほうが効率的だし、請求の糾合を禁止することは少額請求の追求可能性を封じる、とも指摘する。さらに、契約の取り扱いに関する州の政策的判断を尊重すべきで、クラス手続の特徴はそもそも考慮すべきではない、とも付け加えている。

4. 若干のコメント

a. 判断の構造と契約法的 sensitivity の欠如

本件の法的な争点としては、連邦仲裁法と契約法上の法理との調整が問題となっている。仲裁とは合意・契約に基礎を置くものであるわけだが、契約法が州法である一方で、連邦法として仲裁法が整備されているという入れ子的構造がある。州の立場からすれば、契約法を含めた州法を活用してその政策（消費者や労働者の保護といったものも含まれよう）を推進したい。だが法廷意見は、連邦仲裁法のフラットな文言にもかかわらず従前の判例法で認められてきた（とされる）「仲裁の促進」という連邦の政策⁽⁶⁸⁾の優越性を強調することで、そうした州の側の sensitivity（繊細さ／慎

重さ／配慮)を排除した。仲裁合意が(批判的に)“super contract”などと呼ばれる由縁である。⁽⁶⁹⁾

よりピンポイントには、原審の依拠した Discover Bank 判決をどう把握するかが法廷意見と反対意見とを違えている。法廷意見が本件のフォーカスを“Discover Bank rule”と呼んでいること自体に、その態度が集約されているとも言えるだろう。契約一般に関する法理であれば但書の適用除外に該当する一方で、仲裁特定の法理はこれに当たらない、という連邦仲裁法2条の構造を前提に、反対意見の側は同判決を、非良心性法理という一般的契約法理の適用例として位置付ける。だが法廷意見は、“Discover Bank rule”と呼び習わすことで、あたかも独立した——仲裁に敵対的な——法理をカリフォルニア州が採用しているかのように描写し、以て連邦仲裁法によって専占されると判断している。

法廷意見における契約法的な sensitivity の欠如は、例えば次のような点に表れる。仲裁の利点を強調するに当たって、「仲裁手続を設計する裁量を当事者に与えていることのポイントは、紛争のタイプに応じた効率的・⁽⁷⁰⁾能率的な手続を認めることにある」と判示されるわけだが、そこでの「当

(68) See *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24 (1983).

(69) Richard Frankel, *The Arbitration Clause as Super Contract*, 91 WASH. U.L. REV. 531 (2014) (仲裁の促進を連邦仲裁法の目的と捉えることが、仲裁条項に他の契約条項以上の効力を与えていると論じる)。(やはり州法に属する)不法行為法の「連邦化」ということが語られることがあるが(会沢恒「〈不法行為改革〉のポリティクス」アメリカ法2011-1号141頁(2011年)148頁参照)、本文の法現象は言わば「契約法の連邦化」とでも呼び得る事象かも知れない。だが例えば、著作権法の世界では連邦著作権法とは異なる規範を採用すべく契約に依拠されることがあるなど、話はそう単純ではない。会沢・前掲注(13)・422~437頁参照。

(70) *AT & T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 333, 344 (2011).

事者 parties」とは誰か、という視点は——意図的か否かは明らかではないが——法廷意見では示唆されない。単に抽象概念としての「(契約) 当事者」が語られるのみである。確かに(連邦仲裁法が元来想定していたとされる) 商事仲裁のコンテキストであれば、その当事者は商人/事業者であり、ほぼ同等と想定される(みなされる)交渉力を背景に、その間の取引に相応しい紛争解決手続を(も) 約定することが可能だと期待できるだろう。だが、本件で問題となっているのは、典型的な消費者契約、圧倒的な交渉力格差のある事業者と消費者の間の、個別交渉など想定もされない約款による附合契約である。(しかも、事業者の側に約款を一方向的に改定する権限すら留保されている。) 法廷意見に現れる契約観からは、そうした側面は全く捨象されてしまっている。この点については後に改めて触れる⁽⁷¹⁾。

b. 企業努力(?) とクラス・アクションへの影響

とは言え、個別の事件処理という観点からすれば、法廷意見の結論もさほどスワリの悪いものではないかも知れない。少額請求が実現することができなくなるとの反対意見の批判に対し、法廷意見はその末尾で反論している。「本件の請求は未解決のままになることはほぼありそうなことではなかった(was most unlikely)⁽⁷²⁾」として、AT&Tの和解案を上回る額が仲裁裁定で認められる場合、最低7500ドルと弁護士費用の2倍が認められることが仲裁条項で規定されていることが適示されている。第三世代仲裁合意としての特徴の指摘である。

別の言い方をすると、「紛争のタイプに応じた効率的・能率的な手続」,

(71) 後述 V.C 参照。

(72) *Id.* at 351.

「費用を抑え紛争解決のスピードを増す」「仲裁手続の非形式性⁽⁷³⁾ informality」をもたらす根拠は、(商事契約で想定されるような)当事者間の交渉過程に限られない、ということである。そうではなく、クラス手続放棄条項を維持するためとは言え、AT&T 社側の企業努力によって、消費者にとっても魅力的な「優しい」仲裁手続が案出⁽⁷⁴⁾されている。

しかしながら、本件事案のそのような特徴は後の判例では受け止められていない。単に「仲裁合意は字義通り強制されるべし」との判例法を確認したものとしてのみ、本件は受け止められており⁽⁷⁵⁾、そこでの仲裁条項が「消費者に優しい」ものであったことは見過ごされている。結果的に、州法による仲裁条項の統制の余地は大いに減殺され、クラス・アクション等の放棄を伴う場合にも司法部によるチェックもほとんどなされない、という状況が現出することとなった。

法廷意見後半の Discover Bank 判決を評価する箇所では、「リスク／重荷としてのクラス手続」という側面が強調されている。本件は、近時の「保守化」した連邦最高裁がクラス・アクション（クラス手続）に対する敵対的な態度を執っていることの一貫として位置づけられることが多く⁽⁷⁶⁾、⁽⁷⁷⁾そのような性質を持つことは間違いないであろう。

(73) *Id.* at 345.

(74) *See also* Lampley, *supra* note 46, at 503-518. 関戸／ジョアン・前掲注(61)・37～39頁も参照。

(75) 後述Ⅳ. A. 4 参照

(76) *See, e.g.,* Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 564 U.S. 338 (2011). 樺・前掲注(4)・299～303頁も参照。

(77) *See, e.g.,* JOHN C. COFFEE, JR., ENTREPRENEURIAL LITIGATION: ITS RISE, FALL, AND FUTURE 129 (2015). 浅香 [他]・前掲注(61)・389～391頁, 樺・前掲注(4)・301～303頁・318～326頁も参照。

B. その後の展開

Concepcion 判決に対し、下級裁判所の中にはこれに抵抗し、同判決の射程をかいくぐって仲裁条項に対する規制を維持しようとの姿勢を見せたものもあった。だが連邦最高裁はいくつかの事件を取り上げて、そうした道を塞いでいった。

翌2012年の Nitro-Lift Technologies v. Howard 判決⁽⁷⁸⁾は、雇用契約の事例である。仲裁条項を伴う本件雇用契約には競業禁止義務が定められていたが、労働者が退職後に競合企業に勤めたため、(旧)雇用主が仲裁を求めた。これに対し労働者側は競業禁止義務の無効の宣言と強制の差止めを求めてオクラホマ州裁判所に出訴した。第一審裁判所はこの主張を認めなかったが、州最高裁が覆した。一定の競業禁止義務を無効で強制不可能とする州制定法を参照し、連邦仲裁法についての判例法も仲裁の基礎となる契約の存否を判断する州裁判所の権能を制約しないとして、本件契約(全体)が州の公序に基づいて無効となる、とした。これに対し連邦最高裁は、仲裁条項それ自体の有効性の問題と契約(全体)の有効性の問題とは区別されなければならない、前者については裁判所のチェックが許されるとしても、後者の問題は仲裁廷の判断すべき事項であるとして、州最高裁の判断を認めなかった。

DIRECTV v. Imburgia 判決⁽⁷⁹⁾は、準拠法指定の解釈を伴ういささか奇妙な事件である。Concepcion 判決前の2007年に締結された、ケーブルテレ

(78) Nitro-Lift Techs., L.L.C. v. Howard, 568 U.S. 17 (2012) (per curiam).

(79) DIRECTV, Inc. v. Imburgia, 136 S. Ct. 463 (2015). 同判決の邦語での紹介・検討として、柳景子「DIRECTV, Inc. v. Imburgia, 136 S. Ct. 463 (2015): 消費者契約における仲裁条項の有効性判断の際に準拠する「顧客の州の法律」には、契約締結後に合衆国最高裁によって無効とされた州の判例法理が含まれるとの解釈は、連邦仲裁法に反するとした事例」アメリカ法2016-2号305頁(2017年)がある。

ビ会社とカリフォルニア州民の加入者との間の本件契約には、クラス手続放棄条項を伴う仲裁条項が含まれていた。が、「あなた [加入者] の州の法 law of your state」がクラス手続放棄条項を強制できないとする場合には仲裁合意全体が強制不可能となる、とも規定されていた。早期解約手数料が州法に違反すると主張して加入者が州裁判所に出訴したのに対し、事業者側が仲裁付託強制を申し立てた。だが州裁判所は、準拠法として“law of your state”を指定する際には連邦法による専占抜きの（純粹な）州法を指定することもできて本件契約ではそれがなされており、それによれば（Discover Bank 判決によって (!) クラス手続放棄条項が強制不可能となり故に仲裁条項全体が強制できなくなる、と判断した⁽⁸⁰⁾。しかし連邦最高裁はこの判断を覆した⁽⁸¹⁾。本件仲裁合意の時点においては Discover Bank ルールを含むカリフォルニア州法が想定されていたかも知れないが、後に Concepcion 判決によって無効になったのであり、契約中の準拠法指定は締結後の法変動をも含むとするのが州法自身での取扱いである。それとは異なる本件の準拠法指定の解釈は仲裁合意を特別扱いするものであって連邦仲裁法によって専占される、とした。

もっとも、Concepcion 判決の下においても、必ずしも仲裁条項の効力は絶対的なものではない。あまり注目されていないが、仲裁条項の効力を

(80) なお、州裁判所の判断は2014年だが、契約締結は2007年と、Concepcion 判決の前であったことがこの判断に影を投げかけている。

(81) 法廷意見はブライア裁判官執筆で、ロバーツ (John G. Roberts, Jr.) 首席裁判官とスカリア、ケネディ (Anthony M. Kennedy)、アリート (Samuel A. Alito, Jr.)、ケイガン (Elena Kagan) 各裁判官が同調している。トマス裁判官が連邦仲裁法は州裁判所の手続には適用されないとの単独の反対意見を、ギンズバーグ (Ruth Bader Ginsburg) 裁判官が州裁判所による解釈を尊重すべしとする反対意見を執筆している (ソトマイヨール (Sonia Sotomayor) 裁判官同調)。

統制する余地を示唆しているとも読める 2 判決を指摘しておこう。

Marmet Health Care Center v. Brown 判決は、老人ホームにおける死亡⁽⁸²⁾事故が問題となった事例である。本件入居契約には仲裁条項が含まれてい⁽⁸³⁾たが、死亡した入居者の家族が過失不法行為を主張して州裁判所に出訴した。ウェスト・ヴァージニア州最高裁は、老人ホームの入居契約において、人身損害や違法死亡 (wrongful death) の発生に先立って仲裁合意をしておくことは、州法上の公序に反するし、連邦仲裁法によっても専占されないとした。しかし、この州最高裁の判断はまさに特定のタイプの請求の仲裁を禁ずるカテゴリカルなルールであって、連邦仲裁法に反する、と連邦最高裁は判断した。だが、州最高裁が代替の根拠として挙げた非良心性法理に基づく部分については差し戻した。その非良心性法理に関する判断が、仲裁に敵対的なカテゴリカルなルールに影響を受けていないか明らかではないとした上で、仲裁特定のでない州コモンロー上の原理の下で仲裁条項が非良心的かどうか、州裁判所が判断すべし、としたのである。⁽⁸⁴⁾

Kindred Nursing Centers v. Clark 判決もまた、老人ホームとその入居⁽⁸⁵⁾

(82) Marmet Health Care Ctr., Inc. v. Brown, 565 U.S. 530 (2012) (per curiam).

(83) 本件原告 3 名はいずれも入居者の家族であるが、入居契約にも入居者の代理人として署名している。この点は争点となっていない。また、2 名の仲裁条項は、遅延した入居料を老人ホーム側が回収する際には仲裁としないこと、仲裁を申し立てた側が仲裁機関 (AAA) の費用を負担することが規定されていたが、もう 1 名の仲裁条項にはこのような規定はなかった。この点は後述の州最高裁による非良心性の判断に差異をもたらしている。

(84) 差戻審の州最高裁は——過失不法行為訴訟に連邦仲裁法が適用されることについて連邦最高裁が議論していないことへのボヤキとともに——非良心性の争点に関するさらなる主張・証拠提出を当事者に命じて第一審裁判所に事件を差し戻した。Brown v. Genesis Healthcare Corp., 729 S.E.2d 217, 225 (W.V. 2012). その後については不明である。

者をめぐる事件である。入居者2名のそれぞれの家族は委任状／代理権付与（power of attorney）を与えられており、これに基づき、仲裁条項を伴うホームへの入居契約に署名した。入居者の死亡後、ホームによる不十分なケアにより死亡したとして遺産財団管財人であるこれらの家族が州裁判所に訴訟を提起し、老人ホーム側が仲裁条項の存在を指摘して却下を申し立てた。ケンタッキー州最高裁は、それぞれ異なる委任状の文言につき、一方は仲裁合意に入ることを授権していないとした。もう一方については、仲裁合意をカバーし得るほど十分に広い文言だが、州憲法上の裁判を受ける権利・陪審審理を受ける権利に照らすと、代理権付与が仲裁合意に入ることを明示的に授権していることが要求されるとして、やはり本件仲裁合意は無効であるとした。

しかし連邦最高裁は、この明示的な授権を要求するルールは、裁判を受ける権利・陪審審理を受ける権利の名の下で、仲裁の第一の特徴——裁判所で事件を解決しないこと——を狙い撃ちにするものであるとする。州最高裁が他のコンテキストで同様のルールを実際には運用していないことも指摘して、仲裁への敵意を示していると評価する。また、契約の成立と強制とを区別し本件明示的授権ルールは前者に属するとの当事者の主張も、連邦仲裁法2条は仲裁合意の成立についてもカバーするとして排斥する。連邦最高裁は、原審がこの明示的授権ルールにもっぱら依拠して判断したほうの事件については仲裁付託を強制すべしとしたが、もう1件についてはさらに差戻審で審理すべしとした。そちらは委任状の解釈によって仲裁

(85) *Kindred Nursing Ctrs. Ltd. P'ship v. Clark*, 137 S. Ct. 1421 (2017). 法廷意見はケイガン裁判官が執筆し、ロバーツ首席裁判官およびケネディ、ギンズバーグ、ブライア、アリート、ソトマイヨール各裁判官が同調（ゴースッチ（Neil M. Gorsuch）裁判官は不参加）。トマス裁判官は単独の反対意見で連邦仲裁法は州裁判所の手続には適用されないと繰り返している。

合意が授権されていないとしたわけだが、この解釈が明示的授権ルールによって影響されていないか確認すべしとしたのである。すなわち、そのような影響を受けていないのであれば州最高裁の判断も是認し得るということになる。⁽⁸⁶⁾

Marmet Health Care Center 判決も、Kindred Nursing Centers 判決も、仲裁特定のでない態様で非良心性法理を適用し、あるいは法律文書を解釈するという形であれば、州法に基づく仲裁合意の統制の余地はあり得ることを示している。特に、非良心性法理の適用に当たっては当該契約条項の実体的な側面を考慮することが求められるから、⁽⁸⁷⁾「仲裁条項である」という性質は当然考慮せねばならず、だとすれば（常に）「仲裁特定の」に評価を加えているとも処理し得る。だが Marmet Health Care Center 判決はそうにはしていない。連邦最高裁による積極的な判断と言うよりも差し戻してのさらなる審理の指示という点でその評価は過大にすべきではないが、「契約一般に関する根拠」に基づくのであれば州法上の統制は可能である、ということは維持されている。

IV. 連邦制定法と仲裁

合衆国憲法によって連邦法が州法に優越するとされる以上、⁽⁸⁸⁾前節で見たように、連邦仲裁法が広く解される限り、州法上の根拠によって仲裁条項

(86) 差戻審のケンタッキー州最高裁は、委任状の解釈は明示的授権ルールに影響されていないとして以前の判断を維持した。これに対する連邦最高裁への裁量上告は認められていない。Kindred Nursing Ctrs. L.P. v. Wellner, 533 S.W.3d 189 (Ky. 2017), *cert. denied*, Kindred Nursing Ctrs. Ltd. P'ship v. Wellner, 139 S. Ct. 319 (2018).

(87) 前注(44)およびその本文参照。

(88) 前注(13)およびその本文参照。

を統制する余地は狭くなっていかざるを得ない。これに対し、連邦仲裁法と形式的な効力が等しい法との調整ということになることからまた異なったアプローチもあり得るのではないかと、連邦制定法上の権利・主張・争点⁽⁸⁹⁾が仲裁において問題とされる状況の取扱いが注目されることになった。2012年には先に触れた CompuCredit 判決で、連邦クレジット履歴回復機関法上の争点の仲裁可能性が認められている。その中でも特に注目されたのが、「効果的権利主張」法理が焦点となった Italian Colors 判決である。この事件では、立証に費用が高むことが同法理との関係でどのように評価されるかが争点となった。

A. American Express v. Italian Colors 判決⁽⁹⁰⁾

1. 問題状況と事案

本件は、クレジットカード会社と加盟店との間の、手数料をめぐる独占禁止法（すなわち連邦制定法）に関する事件である。その意味では事業者間の商事契約が問題になっており、本稿が焦点を当てる「消費者化された」仲裁条項とはややズレがあるかも知れない。だが、世界的なネットワークを有するクレジットカード会社とそちらが用意した約款⁽⁹¹⁾に加盟店が対抗しようとした、という本件事案の構図は、消費者契約の状況と大差があるも

(89) 前注 (57) およびその本文参照。

(90) Am. Express Co. v. Italian Colors Rest., 570 U.S. 228 (2013). 同判決の邦語での紹介・検討として、浅香吉幹 [他] / 会沢恒 [司会] 「座談会 合衆国最高裁判所2012-2013年開廷期重要判例概観」アメリカ法2013-2号197頁 (2014年), 柳景子 「附従契約におけるクラス仲裁免除条項の有効性: American Express Co. v. Italian Colors Restaurant, 133 S. Ct. 2304 (2013)」比較法学 (早稲田大) 48巻3号244頁 (2015年) 等がある。

(91) 特にチェーン店であるなどということもないようである。Italian Colors, <http://www.italiancolorsrestaurant.com/> (last visited Feb. 22. 2019). See also Silver-Greenberg & Gebeloff, *supra* note 38.

のではない。

さて、本件クレジットカード加盟店契約にはクラス・アクション放棄条項を伴う仲裁条項が含まれていた。カード会社がその独占力を行使して、競合よりも高い手数料を加盟店に負担させているとして、加盟店側が連邦独占禁止法（シャーマン法1条）⁽⁹²⁾違反を主張してクラス・アクションを提起した。被告カード会社が連邦仲裁法に基づき個別仲裁への付託を強制するよう申し立てたのに対し、加盟店側は、独禁訴訟の立証に必要な専門的分析に必要な経費を見積もるエコノミストの宣誓供述を提出した。これによれば、コストは少なくとも数十万ドルかかり場合によっては100万ドルを超える費用を要することもあり得るのに対し、一加盟店当たりの回収可能な額は最大1万2850ドル（3倍すれば3万8549ドル）とされた。地裁はカード会社の主張を認めたものの、第2巡回区連邦裁判所はこれを覆したため、連邦最高裁が裁量上告を認めた。⁽⁹³⁾

2. 法廷意見

連邦最高裁の判断の意見構成は Concepcion 判決と同様で、保守派裁判官が多数派を占めた5対3の判決でカード会社側を勝たせた。⁽⁹⁴⁾ スカリア裁判官が法廷意見を執筆したのも Concepcion 判決と同様である。

(92) Sherman Act, 15 U.S.C. § 1. クレイトン法4条（15 U.S.C. § 15）の3倍賠償も請求されている。

(93) 細かく言えば本件は2度目の上告である。地裁の判断を覆した最初の控訴審判決に対して、Stolt-Nielsen 判決（前掲注（34））に照らして再検討するよう GVR 命令が下されたが、第2巡回区は判断を維持した。さらに第2巡回区は自発的に Concepcion 判決に照らして再検討を行ったが、やはり判断を維持した。全員法廷における再審理が認められなかったことを経て、再び裁量上告が認められている。

(94) ソトマイヨール裁判官は不参加。トマス裁判官は Concepcion 判決の単独補足意見を参照した短い補足意見を執筆している。

連邦独禁法はあらゆる請求の主張を確保 (vindication) するための適当 (affordable) な手続上の回路を保障するものではない、と法廷意見は言う。3倍賠償制度などで「非合法的な通商実務を抑止し救済するというその目的を推進するために通常の法の限界を超える」ことを連邦議会が示唆することはあるものの、「通常の限界からのあらゆる逸脱によって独禁法上の目的を推進する」と意図したと言うのは不合理である、とする⁽⁹⁵⁾。また、連邦独禁法がクラス・アクション放棄条項を認めないと解することもできないし、連邦民事訴訟規則23条 (クラス・アクションの規定) が制定法上の権利の主張のためのクラス手続に対する権利 (entitlement) を確立したとも言えない⁽⁹⁶⁾、と述べる。

加盟店側は判例法としての制定法上の権利の「効果的権利主張」の例外に依拠し、個別手続では立証のコストが高過ぎて請求を求めていくインセンティブが失われるから、クラス手続の放棄は効果的権利主張を妨げる、と主張するわけだが、これも排斥される。まず、制定法上の主張の仲裁可能性に関する先例においてそのような留保を付する判示があったことは確かだが、傍論であるし、実際に最高裁が仲裁合意の効力を否定した例もない、と指摘する。仲裁合意において制定法上の権利の主張が禁じられるのであればかかる例外の対象となろうが、「制定法上の救済を証明するのに必要な費用を掛ける価値がないという事実は、そうした救済を追求する権利の消失には当たらない⁽⁹⁷⁾」。また、請求を提出するためにクラス手続が必要だと議論は *Concepcion* 判決で既に否定されている、とも言う。原審の提示する枠組みでは、仲裁付託強制が可能かを判断するために本案の要

(95) *Italian Colors*, 570 U.S. at 233-34.

(96) そのように考えると規則制定授權法 (Rules Enabling Act, 28 U.S.C. § 2072 (b)) に反して実体権を変更したことになる、とも付言している。

(97) *Italian Colors*, 570 U.S. at 236 (emphasis in original).

件、証拠とそのコスト、勝訴時の賠償額等を審理する必要があり、迅速な紛争解決という仲裁の利点を壊す、とも付け加える。こうして、個別訴訟では割に合わないという理由でクラス手続放棄条項を無効化することはできない、とした。

3. 反対意見

ケイガン裁判官執筆の反対意見にギンズバーグ、ブライア両裁判官が同調している。

反対意見は、独禁法は私益救済のみならず公益目的を持つと指摘して、独禁法上の責任の免責条項は認められない、他の制定法上の権利についても同様だが、独占者はその独占力を援用して被害者から法的救済手段を奪うことができるから、独禁法については特にそうだ、と指摘するところから始めている。そして、独占者は迂回手段を案出することができるから、免責条項に限定する謂われはないし、そういった状況に対応するために「効果的権利主張」法理が提示されてきたのだ、とする。

また、「効果的権利主張」法理は連邦仲裁法それ自体の目的にも資すると言う。すなわち、同法の目的は現実の仲裁であって、事実上の免責ではない。「効果的権利主張」法理を伴うことで、効率的で正確な主張の処理を促進する仲裁手続の採用が促進されるから、より多くの仲裁と連邦制定法のよりよい執行が果たされることになる。さもないと、制定法上の権利を無意味にする事実上の免責を採用するインセンティブが発生するし、より少ない仲裁と連邦制定法のより貧弱な執行がもたらされることになる、と論じる。

本件の状況でも、エコノミストによる分析なくして原告勝訴はあり得ないが、これには原告単独の請求額の10倍もの費用を要する。これは禁止的コストであり、いかなる合理的当事者も訴訟を提起しないことになって

しまう。このように指摘した上で、しかるべき仲裁条項であればこの状況に対処できるのに、本件の仲裁条項はむしろ逆であるとして、その特徴を適示している。さらに、「効果的権利主張」法理を（認めるとしても）限定しようとする法廷意見の先例理解に反論するとともに、法廷意見がもっぱら本件をクラス手続放棄条項の問題として取り扱っていることを批判する。同法理については仲裁条項全体を評価して制定法上の権利主張が確保されているかが問われなければならないし、それこそが原告加盟店側の主張であるはずだ、と指摘する。また、法廷意見がシャーマン法制定時に焦点を合わせるのに対し、今日の状況こそが問われなければならないとともに、Concepcion 判決を持ち出すことも筋違いだ、とも付け加えている。

4. 若干のコメント

法廷意見と反対意見の議論を比較してみれば、形式論および実質論について、それぞれ互い違いの強みと弱みがあると言えよう。

形式論について言えば、そもそも「効果的権利主張」法理なるものが存在したのか、という点から再考されねばならないだろう。先例において制定法上の主張の仲裁可能性を肯定するに際して、当該権利等が仲裁廷で「効果的に主張できること」との判示を伴っていたとしても、そういった法理が存在するとの積極的に根拠付けとして援用できるかについては確かに弱いものがある。そうした理由付けで仲裁可能性を否定した先例があれば格別だが、そのような最高裁判例は（少なくとも労働仲裁の領域を別にすれば）⁽⁹⁸⁾存在しない、との指摘には重いものがある。法廷意見は「効果的権利主張」法理が存在しないと積極的に言うものではないものの、その基

(98) 前注(56)参照。

礎が薄弱であるとの認識は判断に影を投げかけているであろう。他方この観点からすると、反対意見の議論は、こうした法理が判例法上、存在しているとの論証と言うより、存在しているべきだとの実質論・政策論であるかのように読めてしまう。

だが、実質論レベルの議論としては反対意見のほうがはるかに説得的である。反対意見は「実際に仲裁は促進されるのか」を問い、「効果的権利主張」法理を伴うことで現実の仲裁の促進（と制定法の効果的な執行）がもたらされると主張する。これに対し法廷意見は、(Concepcion 判決では議論されていた)非形式性・迅速性・低コストといった抽象的な仲裁の利点にすら、簡単に言及するにとどまる。むしろ、「仲裁は契約の問題であるという支配的原理」とそこから導き出される「その下で当事者がその紛争を裁定することを選択した条項」「に従った形で仲裁条項を『厳密に強制』⁽⁹⁹⁾すべきことから出発し、ここに軸足を置いて議論を進めていく。

具体的な事案との関係でも、反対意見が実際に生じている（生じ得る）事象を協調するのに対し、法廷意見は形式論でこれを切り捨てている。制定法上の権利主張に立証のための費用がかかるとしても、それは権利主張それ自体の機会を奪うものではないと位置付ける。そして、実質的に独占事業者に免責を与えるに等しいとの反対意見の批判に対し、「連邦仲裁法の命令は、少額請求を追求することを確保することについてのいかなる関心／利益にも勝」⁽¹⁰⁰⁾り、「訴訟の不存在を支持する」とすら言うてしまうのである。

さらに、本件の焦点となった仲裁条項の特徴についても注意が必要であろう。先に議論したとおり、Concepcion 判決は「消費者に優しい」第三

(99) *Italian Colors*, 570 U.S. at 233.

(100) *Id.* at 238 n.5.

世代仲裁条項を取り扱った事案であり、そこに着目して正当化し得る側面があった。⁽¹⁰¹⁾しかるに、本件で問題となったのは単なるクラス手続放棄条項を伴う第二世代仲裁条項であった。⁽¹⁰²⁾実際、*Concepcion* 判決にあったような、仲裁条項の消費者に好意的な特徴の適示に相当する判示を、本判決ではしていない。また、*Concepcion* 判決がもたらしたクラス手続放棄条項に焦点を合わせるのに対し、反対意見が本件紛争解決条項全体を評価すべきだとするのも対比的である。この点については次節で改めて戻る。⁽¹⁰³⁾

総じて、過剰な形式論に依拠し、現実に対する sensitivity を欠いている、というのが*Concepcion* 判決の特徴だと言えよう。この点、*Concepcion* 判決とパラレルな関係にある。

B. *Epic Systems v. Lewis* 判決⁽¹⁰⁴⁾

1. 問題状況と事案

労働関係における雇用仲裁については、オバマ (Barak Obama) 政権下の全国労働関係委員会 (National Labor Relations Board (NLRB)) が興味深い動きを見せていた。NLRB は集団的労働関係法の中核である全国労働関係法 (ワグナー法)⁽¹⁰⁵⁾ を所管する連邦の独立行政委員会であるが、2012 年の *D.R. Horton* 事件審決⁽¹⁰⁶⁾において、使用者設定型雇用仲裁においてク

(101) 前述 III.A.4.b 参照。

(102) *See Nagareda, supra* note 35, at 1106, n.163 & accompanying text. Nagareda は、連邦最高裁が第三世代仲裁条項の事案を先に *Concepcion* 判決で取り上げたのは意図的なものだとする。

(103) 後述 V.C 参照。

(104) *Epic Sys. Corp. v. Lewis*, 138 S. Ct. 1612 (2018).

(105) National Labor Relation Act of 1935 (NLRA), 29 U.S. C. § 151 *et seq.* 同法および NLRB については中窪・前掲注 (23)・第 2 章を参照。

(106) *D.R. Horton, Inc. and Cuda*, 357 N.L.R.B. 2277 (2012).

ラス手続の放棄を要求することは、同法の禁ずる不当労働行為⁽¹⁰⁷⁾に当たる、
としたのである。第5巡回区連邦控訴裁判所はこの判断を否定したものの、
NLRB 自身は連邦最高裁の判断がなされるまでその立場を維持するとし
ており、⁽¹⁰⁹⁾連邦控訴裁判所がこれに同調する例も現れた。⁽¹¹⁰⁾

この論点を最高裁が取り上げたのが、Epic Systems v. Lewis 判決である。3件の事件が併合されたものであり、いずれも個別手続を要求する仲裁条項が問題となっている。労働者側は、連邦公正労働基準法上の残業手当の支払いを求めて同法上の集合訴訟⁽¹¹¹⁾を、パラレルな州法上の請求について連邦民訴規則上のクラス・アクションを提起した。雇用主による仲裁付託強制の申立てを地裁は認めたが、第9巡回区連邦控訴裁判所は覆した。個別仲裁手続を要求することは全国労働関係法の禁じる団体行動への干渉に当たって違法となり、故に連邦仲裁法2条但書が仲裁条項の効力を否定するとした。これに対し連邦最高裁が裁量上告を認めた。

2. 法廷意見

保守ブロックの裁判官が多数派を構成した5対4の判決であり、法廷意見はゴーサッチ裁判官が執筆している。⁽¹¹²⁾

(107) 29 U.S.C. §§ 157, 158(a) (1).

(108) D.R. Horton, Inc. v. NLRB, 737 F.3d 344 (5th Cir. 2013).

(109) 荒木・前掲注(4)・775頁。これに先立つ2010年にはNLRBの法務顧問(General Counsel)が、仲裁条項の有効性は全国労働関係法上の関心事項ではないとする通達を発しており、突然の態度変更であったともされる。See Memorandum GC 10-06 (June 16, 2010), available at <https://apps.nrlb.gov/link/document.aspx/09031d4580376447>.

(110) Lewis v. Epic Sys. Corp., 823 F.3d 1147 (7th Cir. 2016) (本件原審); Morris v. Ernst & Young U.S., LLP, 834 F.3d 975 (9th Cir. 2016) (同); NLRB v. Alt. Entm't, Inc., 858 F.3d 393 (6th Cir. 2017).

(111) 29 U.S.C. § 216(b).

全国労働関係法がクラス手続を禁じることを違法としていることにより、クラス手続放棄条項付き仲裁条項は連邦仲裁法によって強制されない、との労働者側の主張には幾つものハードルがあり得るとしつつ、法廷意見が特に着目するのが、第2条但書の「契約一般」の撤回についての根拠、という要件である。Concepcion 判決の判示を参照して、クラス手続の要求は仲裁手続の性質を根本的に変更するものであり、仲裁を特に敵視するものである、とする。

また、全国労働関係法と連邦仲裁法との関係についても検討されている。前者の第7条は⁽¹¹³⁾団体行動の権利を保障し、労働者側はこれがクラス手続を包含して連邦仲裁法を置換すると主張するわけだが、⁽¹¹⁴⁾法廷意見は説得されない。同条の団体行動の保障は労働組合を組織しこれが団体交渉を行うことに焦点が置かれており、仲裁についても集団訴訟についても言及されていない、と指摘する。同条にある包括的な文言も、制定法解釈における同種の原則に照らすとやはり、訴訟行動ではなく労働組合活動に資するものを想定していると言うべきだし、⁽¹¹⁵⁾全国労働関係法全体の構造も同様である、とする。(本稿でも言及している諸事件にも触れつつ、) 連邦制定法と連邦

(112) トマス裁判官はやはり、Concepcion 判決の単独補足意見を参照した短い補足意見を執筆している。

(113) 29 U.S.C. § 157 (“Employees shall have the right to self-organization, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection, and shall also have the right to refrain from any or all of such activities except to the extent that such right may be affected by an agreement requiring membership in a labor organization as a condition of employment as authorized in” 29 U.S.C. § 158(a)(3)).

(114) なお、連邦仲裁法は1925年、全国労働関係法は1935年制定で、後者のほうが後法である。

仲裁法とが抵触しているとの主張を最高裁が認めた例はない、とも指摘する。さらに、行政庁による制定法解釈権限は管轄外の法（ここでは連邦仲裁法）との関係については及ばない、執行部の態度も確定していない、また全国労働関係法の意味に曖昧さも存在しないとして、NLRBの見解に⁽¹¹⁶⁾ Chevron 判決の敬讓を与えることはできない、とも付け加えている。

3. 反対意見

ギンズバーグ裁判官執筆の反対意見に他のリベラル派裁判官が同調している。

反対意見は19世紀終わりから20世紀初頭のアメロカにおける労使関係の不均衡を描写するところから議論を始め、労働者の集団的行動が使用者が妨害しようとした状況に立法が対応しようとした到達点⁽¹¹⁶⁾が全国労働関係法だ、と指摘する。

反対意見は、全国労働関係法7条の包括的文言を強調し、施行後の早い段階から、労働者の協調する多様な行動が第7条の団体行動に含まれ、労働者が訴訟において協調することはこれに当たるとされてきた、と言う。

(115) なお、労働者側は（特別の集会的救済制度を持つ）公正労働基準法が連邦仲裁法を排斥すると主張していないが、同様の制度を持つ制定法（ADEA）について仲裁可能性を認めた最高裁判例（前注（54）の Gilmer 判決）があり、前者が個別化された仲裁を認めているとの判断で控訴裁判所裁判例が一致しているためだ、とも指摘されている。Epic Sys. Corp. v. Lewis, 138 S. Ct. 1612, 1626 (2018).

(116) See Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984). Chevron 敬讓についてはさしあたり、海道俊明「行政機関による制定法解釈と Chevron 法理（1）」神戸法学雑誌66巻3・4号（2017年）、筑紫圭一「アメリカ合衆国における行政解釈に対する敬讓型司法審査（上～下・完）：Chevron 原則の意義とその運用」上智法学論集48巻1号218頁／2号284頁（2004～2005年）等を参照。

議会の意図を切り詰めるために同種の原則を援用すべきではないし、同法の構造に関する法廷意見の議論は制定後の修正に依拠している、とする。同法が訴訟手続について沈黙しているとの点も、議会が制定当時の手続しか利用できないと考えていたと想定することはできないし、当時においても集団的な紛争解決手続は知られていた、と反論する。そして、賃金や労働時間について集団的な訴訟を進行する権利を団体行動の保障が包含する故に、雇用主がこれを放棄させることは不当労働行為として違法になる、とする。

また、連邦仲裁法をめぐる最高裁の一連の判例法が、単に仲裁合意を他の契約と同様の効力を与えようとしたとの議会の本来の意図を越えて、誤ったものになっている、と批判を展開する。条文との関係では、違法性は伝統的に契約無効事由であり、よって連邦仲裁法2条の但書に該当するから、全国労働関係法との調和が達成できるとする。

さらに、単独手続にはコストの問題や報復の虞があるし、差別禁止法の執行において集団的な訴訟の重要性が認識されてきたことに照らすと、法廷意見は労働者の福利を促進するための連邦・州双方の法の過少執行を帰結する、と批判する。仲裁合意にはしばしば秘密保持条項や仲裁人が先例に依拠することを妨げる条項が付されることから、単独手続では同様の事件が相異なって処理されるという問題が生じ得る、とも付け加えられる。

4. 若干のコメント

やはり労働者側（や NLRB）の主張はいささか苦しいものであったのではないか、というのが筆者の第一の印象である。全国労働関係法がまずは労働組合等を念頭に置いた団結権・団体行動を想定していることは否めず、クラス・アクションのようなものをこれに含もうというのはやや拡張的な解釈に過ぎるのではなかったか。特に、クラス・アクション制度にお

いてクラス代表者以外のクラス構成員が訴訟の帰結の影響を受けるのは同制度（とこれに基づいた裁判所のクラス認証）の効果である。これを以て、代表者たる労働者とそれ以外のクラス構成員たる労働者との「団結」「団体行動」を語るの⁽¹¹⁷⁾は苦しい。

労働者の側がより能動的に参加する集団的な救済手続（典型的には請求の主観的併合⁽¹¹⁸⁾）に限定すれば、まだ通りやすかった議論かも知れない。おそらく反対意見の側の最も有力な（そして法廷意見がほとんど注意を払っていないとする）論拠は、NLRBが、労働条件について労働者が団結して訴訟を提起した場合の雇用主からの干渉に対して全国労働関係法の保護が及ぶとしてきた、という点⁽¹¹⁹⁾だろう。ただこれも、労働者らが具体的な行動を起こしている事例であること、あくまでNLRBの政策実施であって司法部の支持を受けているとは積極的には言い難いことからすると、論拠としては弱いだろう。

従って、意見構成としては本稿で検討する他の判決と同様であるが、本判決に限って言えば法廷意見のほうが有力である、というのが筆者の評価である。だが、最終的に最高裁に受け入れられることはなかったとは言え、民主党政権下のNLRBがこのような政策を打ち出したこと自体は、議会

(117) クラス・アクション一般の議論において、代表者とクラス構成員との利害が緊張関係にあり得る、との認識は、この点を裏書きするであろう。See *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974). 樫・前掲注(4)・47~49頁・74~80頁。オプト・アウトしない(see *Fed. R. Civ. Proc.* 23(c)(2)(B)(v-vi))ことを以て「団体行動」しているとするのも難しいし、そもそも(b)(1)・(b)(2)クラス・アクションではオプト・アウトできない。

(118) See, e.g., *Fed. R. Civ. Proc.* 20(a). オプト・イン型である公正労働基準法上の集合的救済制度についても同様に言えるかも知れないが、裁判例の大勢は消極的であった。前注(115)参照。

(119) *Epic Sys. Corp. v. Lewis*, 138 S. Ct. 1612, 1637-38 (2018) (Ginsburg, J., dissenting).

で仲裁規制が通る見込みが低い中⁽¹²⁰⁾で、行政庁独自のリソースで可能な政策が追求されたものだと理解できるだろう。

V. 若干の視点

A. 2つの民事司法イメージと民事司法の縮小化

1. 〈不法行為改革〉、公共訴訟への懐疑と2つの民事司法イメージ

かねてより、アメリカでの民事司法は、単なる私益の確保、私人間の紛争の解決に留まらない意義を持ち得るものだ、と指摘されてきた。すわなち、単に被害者が被った損害を回復するためだけでなく、違法な行為を行った者を非難・掣肘し、そうした行為を抑止し、法と正義を実現して社会一般に益をもたらす回路として民事訴訟が機能し得るとの考え方である。原告の立場を引き受ける私人が司法省のトップと比定されて「私的法務総裁 private attorney general」などと呼ばれることがあることもよく知られている⁽¹²¹⁾。

そして、民事司法や実体民事法において、そうした訴訟を促進するような制度も整備されているとして、クラス・アクション手続や懲罰的賠償制度はそのようなものの主要な例として位置付けられてきた。そもそも、当事者適格の広範な認定や民事手続それ自体のデザインにおける使いやすさ、といった点も指摘できる。あるいは、特定の政策目的を実現するために、制定法において私的訴権を創設し、私人によるそれに基づく民事訴訟を期待する、という立法実務もこれに含めることができるだろう⁽¹²²⁾。本稿でも時

(120) 後述 V.D. 2 参照。

(121) 古典的な研究として、田中英夫・竹内昭夫『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会、1987年、初出1971～1972年）参照。

(122) See SEAN FARHANG, THE LITIGATION STATE: PUBLIC REGULATION AND PRIVATE LAWSUITS IN THE U.S. (2010).

折出てくる、職場における人種や性別等に基づく差別を禁止した1964年公民権法第7編などは、その代表格と言える。

このように、私人が法の実現に関与し、民事司法が法執行に貢献して社会的に重要な機能を果たし得るという観念があることは、連邦最高裁自身も時折言及している。クラス・アクションのコンテキストであるが、

クラス・アクションのメカニズムのまさに中核にある政策は、少額の救済 (small recoveries) ではいかなる個人であってもその権利を法廷に持ち出すための (prosecuting) 単独訴訟を提起するインセンティブが提供されない、との問題を克服することにある。⁽¹²³⁾

と言い、あるいは

連邦議会も、執行部門も、当裁判所も…連邦の証券詐欺防止法を執行するための価値ある民事訴訟 (meritorious private actions) は、それぞれ司法省と証券取引委員会によって提起される刑事訴追および行政的執行 (civil enforcement) に対する不可欠の補完 (an essential supplement) である、と認識してきた。⁽¹²⁴⁾

と判示されてきた。

このような、民事司法を有効なガバナンス手法として位置付ける見方に対し、現在では対抗的な見解も提出されている。すなわち、民事司法が重荷であり、厄介なものであり、社会的脅威である、との認識である。とりわけ、戦後の民事責任の拡大に対し、被告席に立たされることの多かった(大)企業・経済界、あるいは(医師等の)専門家集団は、無責任な原告と強欲な弁護士によって根拠薄弱な訴訟が提起され、訴訟の激増が正当なビジネス活動と市民生活を脅かし、経済への負担となっている、と批判の

(123) Amchem Products, Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591, 617 (1997).

(124) Amgen Inc. v. Conn. Ret. Plans & Trust Funds, 568 U.S. 455, 478 (2012).

声を強めた。マクドナルドの熱いコーヒーをこぼして火傷を負ったことに対して多額の賠償が認められた事件などは頻繁に喧伝される一方、「実際には奇矯な訴訟が裁判所に殺到しているわけではない」との冷静な指摘は支持を獲得していない。「不法行為改革 tort reform」の標語の下、連邦と州の双方のレベルで、免責規定を置いたり賠償額を制限するといったような民事責任を限定する立法が行われている。また、懲罰的賠償に対する規制を強める判例法理なども展開された。⁽¹²⁵⁾

〈不法行為改革〉運動の推進者は、実体的な責任制限を求めるだけではなく、民事手続や紛争解決一般についても批判の目を向けてきた。むしろ、実体法と民事手続とは連続的なものとして把握されてきたと言うべきかも知れない。実体的責任の限定に関心がある場合でも手続的な規制の強化として実現されることもある。そもそも経済界等の〈改革〉推進派は、訴訟負担自体に関心があるのかも知れない。

また、本稿の主たる視角とはやや異なるが、同じく民事司法に対する態度として、憲法訴訟を含むいわゆる公益訴訟に対する評価のシフトという点も指摘に値するだろう。最も著名な例として公立学校の人種別学を否定した *Brown v. Board of Education* 連邦最高裁判決を挙げることができるが、その後も現在に至るまで、連邦・州・自治体あらゆるレベルの政府の政策決定・政策実行に対し、違憲であるなどとしてこれに異議を申し立てて政策変更を求めるべく法廷闘争に持ち込むことは、政治的な左右を問わず、日常の光景である。*Brown* 判決や近時で言えば *D.C. v. Heller* 判決⁽¹²⁷⁾、*Obergefell v. Hodges* 判決など⁽¹²⁸⁾、社会的に大きなインパクトと意義を

(125) 〈不法行為改革〉運動についてはさしあたり、会沢・前掲(69)およびそこに引用の文献参照。

(126) *Brown v. Bd. of Educ. of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955).

持った事件も少なくない。

しかしこれに対するネガティブな見解も、Brown 判決当時、ウォーレン (Earl Warren) コート (1953~69年) の頃から継続的に提出されてきた。憲法論のレベルでは、アメリカにおいて「司法積極主義 judicial activism」⁽¹²⁹⁾とは批判のための言葉である。議論を改めて (民事) 司法の話題⁽¹³⁰⁾に引きつけても、政治部門の行った政策判断に対して訴訟という形で司法部が介入することは、権力分立上の懸念を惹起することになる。また、政治的分極化も背景に、利益団体等、具体的な事件に必ずしも利害関係を有するわけではない団体等が、その活動の一環として訴訟活動を行う、ということについて、果たして司法権の適切な行使たり得るかとの疑問が提起されることもある。あるいは特定の地裁がアメリカ全体をカバーするような差止命令を発することに対して疑問の声が投げかけられることもある⁽¹³¹⁾。

このように現代アメリカでは、民事司法について、一方で (私益のみならず) 公益を実現し、有効・効果的なガバナンス手法の一環として位置付ける見方に対し、むしろ邪魔であり、重荷であり、障害であると捉え、さらに補完的に、本来的な政策形成回路を逸脱し迂回しようとするものだと考えて、ネガティブに評価する見方とが対抗している。そして現在では、

(127) *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008) (第2修正が武装する権利を個人権として保障すると判断し、D.C.の銃規制法を違憲判断)。

(128) *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015) (性的指向にかかわらず婚姻関係に入る権利を承認し、同性婚を認めないことを違憲判断)。

(129) 会沢・前掲注(16)参照。

(130) なお、アメリカ法では「民事手続 civil procedure」とは刑事 (criminal) 以外の全ての訴訟手続を指し、従って政府が原告や被告となる、日本では行政法に属するような事件類型をも包含するということに注意。

(131) *See, e.g., Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392, 2425-2429 (2018) (Thomas, J., dissenting) (トランプ (Donald Trump) 政権による移民に対するいわゆる travel ban の事件)。

前者の見方も根強く語られつつ、後者の見方のほうがより強いモメンタムを獲得していると評価できよう。

2. 民事司法の縮小化

この、民事司法を消極的に捉える見方は、立法・判例法双方の実定法レベルの具体的な動きとして看取することができる。伝統的に「使い易さ」を指向されてきた民事司法の諸制度に対し、制限的に修正し、運用しようとする動きが顕著である。

例えば、裁判所の管轄権との関係で言えば、連邦裁判所における当事者適格 (standing) 要件について、従前は拡張的・緩和的に認められる傾向にあったが、1990年代以降、抑制的・制限的に捉える方向に流れが変わった。⁽¹³²⁾ 納税者訴訟についても限定傾向は明らかである。⁽¹³³⁾ また、州裁判所 (等) の領域的 (人的) 管轄権についても、制限的に解する判例が目につく。⁽¹³⁴⁾

個別の手続で見ても、訴訟のハードルを上げ、あるいはより早期の段階で事件を終結させる動向がある。根拠薄弱な訴訟提起に対しては、連邦民

(132) See, e.g., *Spokeo, Inc. v. Robins*, 136 S. Ct. 1540 (2016) (「事実上の損害」要件の審査に当たり、具体性と特定性をそれぞれ審査することを要求); *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992) (行政庁による環境保護法の解釈の変更について、環境保護団体の原告適格を否定)。

(133) See, e.g., *Ariz. Christian Sch. Tuition Org. v. Winn*, 563 U.S. 125 (2011) (私人が私立 (宗教) 学校への寄付をした場合に税額控除を認める制度について、他の納税者が争うことを否定); *Hein v. Freedom from Religion Found., Inc.*, 551 U.S. 587 (2007) (執行部門の行為に対する納税者訴訟を否定)。

(134) See, e.g., *BNSF Ry. Co. v. Tyrrell*, 137 S. Ct. 1549 (2017) (一般的管轄権に関する制限的判断); *Daimler AG v. Bauman*, 571 U.S. 117 (2014) (同); *Bristol-Myers Squibb Co. v. Superior Court of Cal., San Francisco Cty.*, 137 S. Ct. 1773 (2017) (特定の管轄権に関する制限的判断); *J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro*, 564 U.S. 873 (2011) (同)。

訴規則の改正で規制が強化された。⁽¹³⁵⁾ 1980年代中盤にはトライアルへ行かずにサマリ・ジャッジメントで決着させるための裁判官の裁量が拡大されたが、⁽¹³⁶⁾ 21世紀に入ると訴状限りで却下できる範囲が拡張された。⁽¹³⁷⁾

あるいは、クラス・アクションについても、連邦民訴規則の改正や新立法によって修正が加えられるとともに、判例法においてもその要件充足性の判断が厳格化されてきている、⁽¹³⁸⁾ と言える。

(135) Fed. R. Civ. P. 11. もっとも、同条の1993年改正は1983年改正の行き過ぎを修正したものと位置付けられている。同条については、金美紗「アメリカ連邦民事訴訟規則11条における主張規律——真実義務論との比較のための予備的考察——」法学政治学論究：法律・政治・社会（慶應義塾大）112号99頁（2017年）、酒井博行「民事訴訟の事実主張過程における弁護士行為規範——アメリカ連邦民事訴訟規則11条からの示唆——」九大法学87号39頁（2014年）等を参照。

(136) See *Celotex Corp. v. Catrett*, 477 U.S. 317 (1986); *Anderson v. Liberty Lobby, Inc.*, 477 U.S. 242 (1986); *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986).

(137) See *Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. 662 (2009); *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007). この問題についての邦語文献として、太田幸夫「アメリカ法におけるプリーディング要件論の新たな展開」比較法文化（駿河台大）19号79頁（2010年）、菱田雄郷「プリーディングに関する規律の変遷」伊藤眞〔他編〕『民事手続法学の新たな地平：青山善充先生古稀祝賀論文集』（有斐閣，2009年）所収等がある。

(138) See, e.g., Class Action Fairness Act of 2005, 28 U.S.C. §§ 1332(d), 1453, 1711-1715（大型のクラス・アクションについて連邦裁判所の管轄権を拡大して移管を促すとともに、和解への監督を強化）；Fed. R. Civ. P. 23(f)（クラス認証の判断に対する独立の上訴を許容）；*Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 564 U.S. 338 (2011)（共通性要件の厳格な判断）. *But see* *Amgen Inc. v. Conn. Ret. Plans & Trust Funds*, 568 U.S. 455 (2013)（証券クラス・アクションにおける「市場における詐欺」理論の適用を維持）. See generally COFFEE, *supra* note 77. 近時の包括的な研究として、樺・前掲注（4）・特に第Ⅷ・第Ⅸ章も参照。

B. 民事司法における仲裁の位置付け

本稿が論ずる仲裁（条項）の普及、仲裁の〈消費者化〉という主題が、この米国における民事司法の縮小化というモチーフと軌を一にしていることは明らかであろう。事件や紛争を、（民事）司法制度から引き上げよう、との動きの一環である。〈不法行為改革〉運動と連動する（むしろその一部である）民事司法改革においては、事件を裁判所ではなく代替的紛争解決手続（alternative dispute resolution (ADR)）に流そう、という動きも主要なアジェンダの一つであったが、その中でも仲裁の活用が特に着目された形である。

ただ、前項で述べた民事司法の縮小化の動向と、仲裁の拡大とがやや異なる点は、イニシアティブを握るプレイヤーである。前項で触れた動向は、幅広い訴訟利用を求める原告に対し、立法者や裁判所が敷居を高くした、というものである。これに対し仲裁は、定義上、仲裁合意が要求される。企業という民間のプレイヤーが——（本稿の主題との関係では）一方的に、という重大な留保を伴ってだが——まずは仲裁条項を採用し、司法部のリアクションはそれを後押しする、という位置付けのものであった。また、州司法部による仲裁条項の統制への意欲と、連邦最高裁によるその掣肘、という点も指摘されてよいだろう。

1. 連邦仲裁法の立法目的の理解

多くの学説が、1925年当時の連邦仲裁法の立法の趣旨について、仲裁合意を他の契約一般と同等の地位に置くことを目的としており、それ以上のものではない、と指摘している。⁽¹³⁹⁾一連の判決で反対意見の側に回ること

(139) 〈不法行為改革〉運動との関係においても州司法部がそのハードルとして立ち現れた、との指摘として、会沢・前掲注(69)・148頁参照。

(140) See, e.g., Frankel, *supra* note 69, at 537-541.

となった裁判官も、そのような理解を示している。⁽¹⁴¹⁾

だが、各判決の法廷意見を構成する裁判官は、連邦仲裁法に遙かに積極的な意義を見出している。

連邦仲裁法の包括的目的は、能率的な手続を促進するべく、その条項に従って仲裁合意を強制することを確保することである。⁽¹⁴²⁾

もっともこれは、本稿で扱った時期の裁判官自らが見出したものではない。1980年代以来の判例法の蓄積がある。

連邦仲裁法2条を制定することによって、議会は仲裁を好意的に支持する全米的政策 (a national policy favoring arbitration) を宣明し、契約当事者が仲裁によって解決すると合意した主張の解決について司法的フォーラムを要求する諸州の権能を取り上げた。⁽¹⁴³⁾

従って、「仲裁を促進する連邦の政策」に依拠した論を進めることを反対意見の側が批判するのに対しては、判例法の蓄積を指摘して反論することになる。⁽¹⁴⁴⁾ 政策論としては議論の対象となろうが、法の問題としては結論は明らかである、と。⁽¹⁴⁵⁾

だが、この行論は極論へと推し進められる。

反対意見は [Concepcion 判決が] 確立したもの——仲裁合意を強制すべしとの連邦仲裁法の命令は、少額請求を追求することを確保することについてのいかなる関心/利益 (interest) にも勝る (trump) こと

(141) *Epic Sys. Corp. v. Lewis*, 138 S. Ct. 1612, 1642–43 (2018) (Ginsburg, J. dissenting); *AT & T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 333, 359–361 (2011) (Breyer, J., dissenting).

(142) *Id.* at 344.

(143) *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1, 10 (1984). *See also* *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24 (1983).

(144) *Epic Sys.*, 183 S. Ct. at 1630–1631.

(145) *Id.* at 1619,

——を無視している。後者の関心は連邦仲裁法に「無関係」である、と当裁判所は述べた…。従って、反対意見の主張とは逆に、それがクラス・アクションの放棄の帰結であるのならば、訴訟の不存在を支持⁽¹⁴⁶⁾ (favor) するものである。

この Italian Colors 判決におけるスカリアら、本稿で論じる判例で法廷意見を構成する裁判官は、少額請求を追求するフォーラムの確保には何ら関心を示さない。その連邦仲裁法の目的として理解するところの「仲裁を促進する連邦の政策」はまさに「切り札 trump」として機能して、訴訟のなき状態をもたらすべきであると！

2. 仲裁フォーラムの実際？

改めてであるが、本稿で議論している問題状況は、事業者や雇用主が（個別的な）仲裁への付託の強制を求めるのに対して、消費者や労働者が抵抗する、という構図であった。

ところで、そもそも仲裁廷が適切なもの、取引の実態に沿った迅速・適確な解決が提供される望ましいフォーラムであるとするれば、そのように抵抗する必要はない。少なくとも、一連の判決の法廷意見を始め、仲裁付託強制を許容する論者は、仲裁手続をそのようなものとして描写している。

仲裁手続を設計する裁量を当事者に与えていることのポイントは、紛争のタイプに応じた効率的・能率的な手続を認めることにある。…仲裁手続の非形式性 (informality) は、費用を抑え紛争解決のスピードを増し、それ自体として望ましい⁽¹⁴⁷⁾。

だがもちろん、そのようなフォーラムとして期待できないからこそ、消

(146) Am. Express Co. v. Italian Colors Rest., 570 U.S. 228, 238 n.5 (2013).

(147) AT & T Mobility LLC v. Concepcion, 563 U.S. 333, 344-45 (2011).

費者や労働者は、あるいはそちらを支持する論者は、仲裁付託強制を批判するのである。制度的な構図として、仲裁機関ないし仲裁人には企業寄りのバイアスが掛かるリスクがある。「消費者化」された仲裁条項は、事業者／雇用主によって約款として提示されるのであり、仲裁廷の選択や手続のデザインについても企業側がイニシアティブを握っている。また、消費者／労働者は（単独手続を要求される限り）自身の事案のみに利害関係を有する1回限りの紛争当事者であるのに対し、事業者／雇用主の側は類似の事案を数多く抱えており、リピート・プレイヤーとして仲裁にも関与することとなる。仲裁機関ないし仲裁人はしばしばビジネスとして仲裁を主宰しているのであり、リピート・プレイヤーたる企業側に不利な判断を下すと、将来の事案において再び利用される機会を失う、との予期を持つことも合理的である。少なくとも逸話的には、将来的にもはや仲裁人として選任することはないと企業側から申し述べられた仲裁人もいるという。⁽¹⁴⁸⁾

本稿では網羅的なレビューはできないが、実証研究においても、仲裁廷が望ましいフォーラムではない、と示唆するエヴィデンスが少なくない。そもそも消費者仲裁の件数自体が少なく、そのような仲裁が行われていない可能性がある。⁽¹⁴⁹⁾（それがクラス手続放棄条項の目的なのだとすれば、見事にそれは果たされていることになる。）荒木教授の紹介する雇用仲裁のパフォーマンスの研究においても、労働者側が勝利する確率は有意に低く、また回収できた金額も訴訟と比較して少ない、という。⁽¹⁵⁰⁾これに対し、少な

(148) 労働政策研究・研修機構 [編]・前掲注 (56)・15頁 (荒木尚志執筆)。

(149) 2010～14年において、係争額 \$ 2500以下の紛争につき、その仲裁は505件しか行われていない。1.25億の顧客を持つ Verizon は65件、1500万の顧客のいる Time Warner Cable については7件しか仲裁を行っていない、と報道されている。あるいは、消費者・クレジットカード会社間の手数料をめぐる紛争の3分の2で消費者は何も受け取らないという。Silver-Greenberg & Gebeloff, *supra* note 38.

くとも消費者仲裁や雇用仲裁のコンテキストにおいて、仲裁廷がポジティブなフォーラムであると示唆する実証研究は、ほとんど見当たらない。⁽¹⁵¹⁾

3. 法執行フォーラムとしての仲裁？

紛争が仲裁廷へと押しやられること、それを名目として実際には紛争が泣き寝入りに陥らざるを得ず、事実上（私人による）法執行がなされなくなること、若干ニュアンスの異なる二重の意味で、仲裁の〈消費者化〉は過少な法執行をもたらし、あるいは法執行のあり方を変容させる、とも指摘されている。そしてそれは結局は実体的法律関係自体をも歪めることになる、とも。⁽¹⁵²⁾

紛争が泣き寝入りに陥り、実体的な請求権があるにもかかわらず実際にはそれが回収できなくなるとすれば、まずは権利者の私的利益が実現されないことになる。特に残業代未払いのようなコンテキストにおいては、それ自体が問題であるのみならず、低賃金労働者に偏って被害が生じる、とも指摘される。⁽¹⁵³⁾ さらに、被告たるはずの企業の責任が追及されない結果、

(150) 荒木・前掲注（4）・775-779頁（Alexander J.S. Colvin, *An Empirical Study of Employment Arbitration*, 8 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 1 (2011) の知見を紹介）。

(151) *But see* Saran Rudolph Cole, *On Babies and Bathwater: The Arbitration Fairness Act and the Supreme Court's Recent Arbitration Jurisprudence*, 48 HOUS. L. REV. 457, 471-476 (2011)（クラス・アクション放棄以外のコンテキストにおいては消費者仲裁が機能していると指摘）。

(152) *See, e.g.*, J. Maria Glover, *Disappearing Claims and the Erosion of Substantive Law*, 124 YALE L. J. 3052 (2015); Resnik, *supra* note 20.

(153) *See* Nantia Ruan, *What's Left to Remedy Wage Theft?: How Arbitration Mandates that Bar Class Actions Impact Low-Wage Workers*, 2012 MICH. ST. L. REV. 1103; Jean R. Sternlight, *Disarming Employees: How American Employers are Using Mandatory Arbitration to Deprive Workers of Legal Protection*, 80 BROOK. L. REV. 1309 (2015). 英語では「賃金ドロボウ wage theft」などと

その違法行為は掣肘されないまま放置され、違法行為の抑止は果たされないことになる。カリフォルニア州最高裁はそのような状況に対応するためにこそ Discover Bank 判決の判例法を打ち出したわけだが、Concepcion 判決はその可能性を否定してしまった。

仮に消費者や労働者が仲裁手続を迫行することになったとしても、法執行フォーラムとしてのその機能は、裁判所における訴訟のそれとは異なる、とも論じられている。すなわち、訴訟は原則として公開で行われるのに対し、仲裁手続は非公開であるのが通常である。また、そのアウトプットについても、仲裁裁定（や和解）に秘密保持義務が付されることもあり、その内容は必ずしも公にならない。結果として、違法行為を告発する、という観点からの機能は大いに減殺されることになる。⁽¹⁵⁴⁾ また、同様の立場にある消費者／労働者が追従することも困難であるし、仮に追従したとしても、⁽¹⁵⁵⁾ 齊一的な事件処理になる可能性は低い。

また、このように請求／権利主張が仲裁に付されるという流れが確立すると、逆に、法の実現のために制定法が私人に民事訴権を付与するということが何を意味するのか、という問いをも喚起されざるを得ない。前項でも触れたように、かかる私的訴権の創設は、個人に利益を与えることそれ自体よりも、あるいはそれに加えて、かかる訴訟を通じて（分かりやすい例で言えば人種差別や性差別の禁止といった）社会一般にとって（も）価値

言われる。ドロボウは労働者ではなく雇用主である。

(154) 製造物責任のコンテキストにおいてであるが、和解における秘密保持条項等が違法な企業活動の告発を妨げる効果を持ったとの（原告側弁護士層の認識の）指摘として、see WILLIAM HALTOM & MICHAEL MCCANN, DISTORTING THE LAW: POLITICS, MEDIA, AND THE LITIGATION CRISIS 129-131 (2004).

(155) See *Epic Sys. Corp. v. Lewis*, 138 S. Ct. 1612, 1648 (2018) (Ginsburg, j., dissenting).

値のある政策目的を達成するために行われている。しかし、私的訴権について、前段で触れたような特徴を持つ仲裁廷に付託することを軽々しく肯定するとなると、かかる私的訴権を単なる私益の一つとして取り扱っているかのようにも思える。公益追求という目的はどこへ行ってしまいうのだろうか。民事訴権の付与という手段で公益を追求することは無意味になってしまうのだろうか。⁽¹⁵⁶⁾

C. 「契約」の貧困なイメージ、形式論の暴走

一連の判例法で仲裁付託強制を推進する法廷意見側が、仲裁の望ましさとそれを促進する政策と並んで正当化のために援用する論拠が、仲裁合意の「契約」としての神聖性である。「当事者」が「合意」したのだから、裁判所としては（立法の命じるとおり）それに効力を付与するだけである、と。

しかし、商事取引のコンテキストであれば格別、本稿の主題である「消費者化」された仲裁においてはこの正当化は明らかにミスリーディングである。繰り返しているとおり、この種の仲裁条項は事業者／雇用主が一方的に用意した約款中に標準条項として置かれているものである。消費者／労働者はこれに同意したものと「みなされて」いるが、（少なくとも契約締結時に）その存在に気付いているかさえ怪しい。あるいは、約款として、事業者／雇用主の側にこれを改訂する権限が留保されていることもある。既に働いている労働者に対して、雇用主から一方的に「仲裁合意」が提示

(156) 保守派の法律家は私益／公益ないし私権／公権の区別にこだわることも連想される。さらには、保守派の法律家は私的訴権の創設・付与自体に警戒的、敵対的であることにも留意が必要であろう。See, e.g., *Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc.*, 573 U.S. 258, 298-300 (2014) (Thomas, J., concurring in the judgment) (証券詐欺の私的訴権の司法的創設を批判的に描写).

され、労働を継続すればそれに同意したとみなされる、といったことすらある。ここで「合意」を語ることに如何なる意義があらうか。

あるいは、「当事者」とは誰であろうか。先にも論じたが、例えば *Concepcion* 判決の法廷意見では、単に抽象的に「(契約) 当事者」が語られるのみである。消費者／労働者や事業者／雇用主といった属性⁽¹⁵⁷⁾、あるいはその間の交渉力格差などは全く捨象されてしまう。

本稿で取り上げた事件に即して具体的に見てみよう。Italian Colors 判決において反対意見の指摘する、同事件の仲裁条項の特徴は示唆的である。この条項は、単にクラス手続を禁止するにとどまらない。それ以外のやり方で請求を併合することも禁じている。また、同事件の争点は原告側の立証に費用が掛かるというのがポイントであったのだから、クラス手続その他の集団的救済が利用できないとしても、何らかの形でそのコストを軽減できればよかった。しかし、この仲裁条項には秘密保持条項が含まれており、そのため複数の加盟店間が共通の専門家レポートを利用することでその作成費用を分散することもできない。あるいは（少なくとも加盟店側が勝った場合には）クレジットカード会社側が費用を負担することとすれば加盟店側の立証コストを転嫁することができるわけだが、実際の仲裁条項はカード会社側に費用負担を請求できない、とされていた。すなわち、世界的クレジットカード・ネットワークであるアメリカン・エキスプレス社によって、この事件の仲裁条項は、単にクラス仲裁を禁じるのみならず、あの手この手で加盟店側の主張の可能性を封じるようデザインされていたのである。

(157) そして、「持てる者 *haves*」と「持たざる者 *have-nots*」をめぐる古典的な議論を連想するに至る。Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95 (1974).

いささか乱暴に20世紀契約法学史をまとめてしまうと、世紀転換期の古典派が形式主義的な契約観と契約法理を有していたところから出発したが、契約関係の法的評価に取引の実態を柔軟に取り入れていくという方向で展開していった⁽¹⁵⁸⁾。非良心性法理などは後者の傾向が具体的な法理として現れたものであると位置付けて良い。そのような契約法学史の理解からすれば、社会関係の実際を無視し、「合意」や「当事者」といった抽象概念に過度に依拠する最高裁判例は、古典派的な契約観への先祖返りのようにも見える。あたかも20世紀契約法学の発展をドブに捨てるかのようである。

この契約観を始めとして、社会的な現実を捨象した形式論を強く打ち出した法律論によって、本稿で論じる判例法の動向は構築されているのである。

D. 政治的コンテキスト

1. 政治動向・社会思潮の流れにおいて

さらに視野を広くとれば、本稿で論じる仲裁をめぐる判例動向は、より広いアメリカ政治や社会における思潮の「保守化」動向の法的な場面での表出、ということになる。

極めて大雑把に20世紀のアメリカ政治史をまとめれば、次のようになろう。すなわち20世紀初頭の保守的な共和党優位の時代は大恐慌によって行き詰まった。支持層を再編し、これに替わって表舞台に躍り出たF.D. ローゼヴェルト (Franklin D. Roosevelt) とその下の民主党は、1930年代のニューディール期と「憲法革命」を経て、(アメリカ型の) 行政国

(158) See GRANT GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT (1974). 内田貴『契約の再生』(弘文堂, 1990年) I・IIも参照。

家・福祉国家を建設する。戦後の公民権運動期を経て、リベラルな“New Deal Democrats”優位の時代が1960年代頃まで続く。しかし、福祉国家構想に陰りが見え、リベラルな社会構想に対する反発も顕在化するようになり、直接的にはベトナム戦争の行き詰まりとオイルショックに伴う製造業の衰退が引き金を引いて、保守方向へと振り子が振れることとなる。「レーガン革命」とも呼び習わされる1980年のレーガン（Ronald Reagan）大統領の当選は現代型保守の再編によってもたらされたものであり、この傾向は1994年中間選挙での共和党の勝利により確たるものとなる。民主党的なるもの、リベラル勢力が失われたわけではないが、保守化を強めた共和党との——そして両党併せて分極化を強めた政治勢力間の——綱引きは、現在のところ保守勢力優位に推移している、⁽¹⁵⁹⁾と。

“New Deal Democrats”が大恐慌を克服して行政国家を建設してきたことから分かれるとおり、20世紀中葉においては、企業活動自体は否定されないものの、それには一定の統制が必要であるとの社会思潮が優位であった。先に触れた、戦後における民事責任の拡大や、民事司法を通じた「法の実現」「法執行」というアイディアも、その矛先は企業に向けられていたのであり、この社会思潮と軌を一にしている。⁽¹⁶⁰⁾同様に、前節で触れた実態重視の契約観というのも、「ニューディールのなるもの」と親和的だと言える。古典的法思考の下での形式主義的契約法を批判した Corbin, Llewellyn といった契約法学者は（少なくとも広い意味で）リーガル・リアリズム運動に属したが、⁽¹⁶¹⁾他方でリーガル・リアリストたちはニューディー

(159) 久保文明『アメリカ政治史』（有斐閣、2018年）。

(160) Farhang は民事訴権を定める制定法が（そしてそれに伴って制定法を根拠とする訴訟の割合が）1960年代中盤から増大していることを指摘している。Farhang, *supra* note 122, chs. 1, 3.

(161) リーガル・リアリズムについてはさしあたり、モートン・J・ホーウィツ／樋口範雄 [訳]『現代アメリカ法の歴史』（弘文堂、1996年、原著）第

ル政策の担い手でもあったのである。⁽¹⁶²⁾

再編された現代型保守は複数の勢力の連合体であるが、⁽¹⁶³⁾ その一つの柱が大企業を中心とする経済界である。保守陣営が政治的な勢いを獲得していくのと相俟って、規制を緩和して企業に行動のフリーハンドの余地を与えることが望ましいと主張されることになる。⁽¹⁶⁴⁾ 同時に、民事責任に対する制限が希求され、民事司法の消極的なイメージが喧伝されるようになる。前述の〈不法行為改革〉運動が本格化したのは1980年代半ばであった。⁽¹⁶⁵⁾

本稿の主題である仲裁の〈消費者化〉と司法による仲裁条項の統制からの撤退という法現象も、その延長にある。各判決の意見構成は基本的に、保守ブロックの裁判官が法廷意見を構成し、リベラル・ブロックの裁判官が反対意見に回る、という構図になっている。Concepcion 判決、Italian Colors 判決等、キーになる判決では5対4のシャープな対立的意見構成となっている。

そして法廷意見の打ち出す判例法は、企業がそのビジネスをコントロールできる空間を広げる一方で、その結果として企業の民事責任の縮小（あるいは事実上の免責）を許容している。ただこれを、単に消費者や労働者から企業へと利益を移転している（ことを許容／称揚している）、と理解

6～9章参照。

(162) 伊藤孝夫「ニューディール・ロイヤーズの肖像」法学論叢（京都大）160巻3・4号169頁（2007年）。

(163) 古矢旬『アメリカニズム：「普遍国家」のナショナリズム』（東京大学出版会，2002年）。

(164) 法の世界でこの変容が分かりやすく現れるのが独禁法についてのアプローチの変化だろう。村上政博『アメリカ独占禁止法』（第2版，弘文堂，2002年）第1章1節2，谷原修身「アメリカ連邦反トラスト政策における基調学派の検証——“Neo-Chicago School”に関する論争点の解明——」青山法学論集55巻1号1頁（2013年）特に30～54頁等を参照。

(165) 会沢・前掲（69）・141～142頁。

するには、留保とさらなる検討が必要であるというのが筆者の見立てである。むしろ、そのことを通じて（例えば低価格といった形で）利益は消費者にも還元されるといった望ましい社会状態が実現されると考えている、〈神の見えざる手〉、市場^{マーケット}への信奉が告白されている、そのような社会構想が魅力的なものとして受け入れられているのではなかろうか——いささかナイーブな、あまりにクラシックな、という留保を付さざるを得ないが。

Epic Systems 判決の反対意見は法廷意見に対して「ロクナー的」との非難を投げる。もちろん労働者を軽視して企業の利益に偏っているという意味においてである。これに対しては反対意見の側こそ「ロクナー的だ」とやり返される——特定の経済政策を人民の代表による選択に置き換えているとして⁽¹⁶⁶⁾。

さらに言えば、「保守化」したアメリカ法の思考様式にもまた、関心が向く。先に実態重視の契約観と「ニューディールのなるもの」、20世紀中葉のリベラルな社会思潮との親和性を指摘した。遡れば、リーガル・リアリズムが批判した「ロクナー的なるもの」とは、硬直化した抽象概念を操作する法的思考が人民の利益を剥奪する帰結を生み出している、ということなのであった。⁽¹⁶⁷⁾そうしたフレームワークの延長で言えば、本稿で論じた動向を駆動する形式論の過剰は、アメリカ法の保守化ともまた、平仄が合っているとと言える。もちろん、形式性重視の法観念・法思考と保守的なイデオロギー傾向とを直結させるのはあまりにも単純な図式に過ぎるが、検討を深めるに足るトピックではあろう。

(166) *Compare* Epic Sys. Corp. v. Lewis, 138 S. Ct. 1612, 1633-1635 (Ginsburg, J., dissenting) *with id.* at 1632.

(167) ホーウィッツ・前掲注(161)・第1～2章。See also LAWRENCE M. FRIEDMAN, AMERICAN LAW IN THE 20TH CENTURY 16-25 (2002).

2. 政治部門等における改革の動き

本稿で論じた仲裁をめぐる法動向は、連邦最高裁による連邦仲裁法という制定法の解釈という形態のものである。従って、議会がしかるべき立法を行えば、これを修正・変更できることになる。

例えば、(イラク派遣にも関与した)民間軍事会社(PMC)においてセクシュアル・ハラスメントが生じたことをきっかけに、軍と契約を締結する企業による雇用仲裁の利用を規制する立法が、軍の予算立法に付随する形で成立している。⁽¹⁶⁸⁾

より広い射程の可能性を有したものとして、消費者金融取引に関する提案があった。リーマンショックを経たオバマ政権初期に成立したいわゆるドッド・フランク法は、金融取引について多方面に亘る規制を導入した。⁽¹⁶⁹⁾ その一つとして、同法によって設立された消費者金融保護局(Consumer Financial Protection Bureau (CFPB))は、消費者金融取引における仲裁条項のあり方を調査し、問題があると考えられたならばこれを規制する行政規則を策定するよう、授權されていた。調査の結果、CFPBは規制の必

(168) Department of Defense Appropriations Act, 2010, Pub. L. No. 111-118, 123 Stat. 3409, § 8116. もっとも同条が直接に規定しているのはそのような仲裁条項を利用する業者と連邦行政庁が契約を締結することであり、裁判例では必ずしも業者からの仲裁の要求に対する労働者側の抗弁として機能していないことから、期待される機能を果たしていないとの指摘もある。Connie N Bertram, *The Franken Amendment has Lost Much of its Anticipated "Bite" Against Mandatory Arbitration of Sexual Harassment Claims*, NAT'L L. REV. (Nov. 5, 2018), <https://www.natlawreview.com/article/franken-amendment-has-lost-much-its-anticipated-bite-against-mandatory-arbitration>. 同条は修正を主導した上院議員フランケン(Al Franken)の名を取って“Franken Amendment”と呼ばれるが、その彼が後述の#MeToo運動で失脚したのは皮肉である。

(169) Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111-203, 124 Stat 1376.

要ありとし、2016年に、仲裁条項の利用を禁止するものではないが、規制を強化する行政規則の案を提案、翌年に成立した。⁽¹⁷⁰⁾しかし、この時には既に政権が交代していた。トランプ大統領と共和党が多数を占めた連邦議会⁽¹⁷¹⁾は、議会再審査法に基づく決議により、オバマ政権末期に成立した行政規則を攻撃していたが、その一貫として、この消費者金融取引における仲裁条項に関する規則も無効とされた。⁽¹⁷²⁾

より強力な、ないし射程の広い議会立法の提案も行われてきている。例えば「仲裁公正法 Arbitration Fairness Act」などと題された法案は、消費者仲裁や雇用仲裁等の利用を規制するものであり、連邦議会に継続的に提出されている。⁽¹⁷³⁾しかし、オバマ政権下でも成立しなかった立法がトランプ政権下で成立する見込みは低い。⁽¹⁷⁴⁾

(170) Arbitration Agreements Rule, 12 C.F.R. para. 1040, 82 Fed. Reg. 33210 (2017).

(171) Congressional Review Act, 5 U.S.C. § 801 *et seq.* 行政規則に対する議会による統制としての議会拒否権の系譜を引く立法であり、行政庁による行政規則の提案に対して上下両院の決議と大統領の署名がなされると、当該行政規則が不施行（施行済みの場合その停止）となるとともに、明示の後行立法がない限り実質的に同一の規則制定が不可能となる。同法については、宇賀克也『アメリカ行政法』（第2版、弘文堂、2000年）第1章VI参照。同法は成立後ほとんど使われたことがなかった（G.W.ブッシュ（George W. Bush）政権初期の一度きり）が、トランプ政権下では計16件の行政規則が撤回されている。

(172) Pub. L. 115-74. 他の行政規則についての決議にはより多くの票差があったが、この規則については上院での得票は可否同数であり、憲法の規定に従って副大統領であるペンス（Mike Pence）が決定票を投じての帰結であった。

(173) 最新のものは、Forced Arbitration Injustice Repeal Act of 2019, H.R. 1423 & S. 610, 116th Cong.; Arbitration Fairness Act of 2018, S. 2591, 115th Cong.

(174) 他に、（専占効をかいくぐっての）州レベルでの立法の動きもあると

このように、政治部門における対応が期待できない一方で、限定的ではあるが、民間部門——企業自身——が対応に乗り出す動きが見られ始めているのには興味を引かれる。女性に対する性暴力を告発するいわゆる #MeToo 運動は、2017年秋頃からハリウッドの映画業界を皮切りに始まり、政治家や実業家を含め多くの著名人が批判に晒されることとなった。その地位を追われた人物も少なくない。この過程で、仲裁条項、特に雇用契約におけるものも批判の対象となることがあった。前述の仲裁フォーラムの特徴⁽¹⁷⁵⁾がかかる告発の妨げになり得る（特に同様の立場の被害者が被害を認識して声を上げることに水を差す）からである。このような批判を踏まえ、米国マイクロソフト社、グーグル社等の一部の企業は、雇用契約における仲裁条項からセクシュアル・ハラスメントにかかわる事案を除く、と発表している⁽¹⁷⁶⁾。

この動きは、もっぱらセクシュアル・ハラスメント関連の事案のみを対象とするもので、雇用契約における仲裁条項全般に一般化することはできない限定的なものである。また、リベラル色の強いテック業界に偏った動きである点も留意が必要であり、これが産業界全般に広まっていくかは予

される。Jean R. Sternlight, *Mandatory Arbitration Stymies Progress Towards Justice in Employment Law: Where To, #MeToo?*, 54 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 155, 208 nn.353-355 & accompanying text (2019).

(175) 前注(154)およびその本文参照。

(176) Jena McGregor, *Google and Facebook Ended Forced Arbitration for Sexual Harassment Claims. Why More Companies could Follow*, WASH. POST (Nov. 12, 2018), <https://www.washingtonpost.com/business/2018/11/12/google-facebook-ended-forced-arbitration-sex-harassment-claims-why-more-companies-could-follow/>; Nick Wingfield & Jessica Silver-Greenberg, *Microsoft Moves to End Secrecy in Sexual Harassment Claims*, N.Y. TIMES (Dec. 19, 2017), <https://www.nytimes.com/2017/12/19/technology/microsoft-sexual-harassment-arbitration.html>.

断を許さない。しかしながら、仲裁条項の拡張を推し進めてきた企業自身がこのような動きを見せることには興味深いものがあるだろう。

VI. 結語、またはさらなる研究アジェンダ

本稿は、米国において消費者契約や個別的雇用契約において仲裁条項が広まっていることを指摘した上で、Concepcion 判決と Italian Colors 判決を中心とする近時の連邦最高裁による連邦仲裁法をめぐる判例動向を整理・分析した。そして、社会の実際を軽視して形式論を重視した判断により、仲裁条項に「字義通り」の効力を与えるべしとして、これに対する司法的コントロールを実質的に無化するかのような判例法を打ち出しているとした。そしてこれは、民事司法の縮小化というより大きな動向の一環であり、アメリカ法（とアメリカの政治・社会）の「保守化」というモチーフに統合し得るものであると論じた。その意味で本稿は、現代型保守とアメリカ法をめぐる筆者の研究プロジェクトの一部であり、民事司法および契約法の局面でのその具体的な現れを見たものである。

本稿で十分に検討していないポイントは数多い。実定法理解の側面に限っても、本稿は紛争初期段階における仲裁付託強制の局面に焦点を合わせたわけだが、仲裁付託の範囲に関する仲裁条項の解釈の判断（者）の問題等⁽¹⁷⁷⁾、少なくとも論点をスキップしている。仲裁裁定の司法審査等⁽¹⁷⁸⁾、他の局面についてはほとんど触れていない。また、もっぱら近時の動向に目を向けたため、「仲裁を促進する連邦の政策」や「効果的権利主張」法理といった、そこでの議論の基礎とされている判例法については所与のものとして取り扱っており、筆者自身の観点から再検討するといったことも行っていない。

(177) See *Henry Schein, Inc. v. Archer & White Sales, Inc.*, 139 S. Ct. 524 (2019); *Rent-A-Center, W., Inc. v. Jackson*, 561 U.S. 63 (2010).

(178) 前注(11)参照。

さらに、仲裁以外の手続枠組みとの連関や、実体法（政策）への影響といった側面についても示唆はしたが、さらなる具体的な検討が必要である。

ましてや実証的な側面については手を付けることができていない。実際に採用されている仲裁条項のあり方やその変容⁽¹⁷⁹⁾については、単独で大きな研究トピックとなろう。（消費者／雇用）仲裁の手続や審理の実際、あるいはその利用とアウトプットの全般的な傾向についても断片的に言及したにとどまる。関連して、アメリカ仲裁協会等の仲裁機関が、消費者仲裁や雇用仲裁⁽¹⁸⁰⁾についての手続保障プロトコルを公表しているが、それ自体の内容についてもその採用された経緯についても検討できていない。あるいは、本稿でしばしば言及したクラス仲裁手続についても同様であり、その実態把握は不十分である。さらに、各レベルの政策実施部門による改革提案については表面をなぞっただけであるし、それらの実現（していない）プロセスとそれを駆動する政治力学についても検討の価値があろう。

課題は多いが、研究アジェンダが尽きないことは学徒としては幸福なことかも知れない。本稿が、そのようなさらなる考究のための礎石の一つを

(179) See, e.g., Peter B. Rutledge & Christopher R. Drahozal, “Sticky” Arbitration Clauses?: The Use of Arbitration Clauses After Concepcion and Amex, 67 VAND. L. REV. 955 (2014). 同論文の邦語での紹介として、柳景子「フランチャイズ契約におけるクラス・アクション免除の仲裁条項」アメリカ法2015-1号97頁（2015年）がある。

(180) American Arbitration Association, Consumer Due Process Protocol, available at [https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Consumer%20Due%20Process%20Protocol%20\(1\).pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Consumer%20Due%20Process%20Protocol%20(1).pdf); American Arbitration Association, Employment Due Process Protocol, available at https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Employment%20Due%20Process%20Protocol_0.pdf.

提供できていれば、さしあたっての目的は果たされる。

論

《参考》 消費者契約における仲裁条項の例

A. Amazon.com (米国版 Amazon)⁽¹⁸¹⁾

説

Conditions of Use

Last updated: May 21, 2018

Welcome to Amazon.com. Amazon Services LLC and/or its affiliates (“Amazon”) provide website features and other products and services to you when you visit or shop at Amazon.com, use Amazon products or services, use Amazon applications for mobile, or use software provided by Amazon in connection with any of the foregoing (collectively, “Amazon Services”). Amazon provides the Amazon Services subject to the following conditions.

By using Amazon Services, you agree to these conditions. Please read them carefully.

We offer a wide range of Amazon Services, and sometimes additional terms may apply. When you use an Amazon Service (for example, Your Profile, Gift Cards, Amazon Video, Your Media Library, Amazon devices, or Amazon applications) you also will be subject to the guidelines, terms and agreements applicable to that Amazon Service (“Service Terms”). If these Conditions of Use are inconsistent with the Service Terms, those Service Terms will control.

* * *

(181) Amazon.com Help: Conditions of Use, <https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=201909000> (last visited Feb. 19, 2019) (emphasis in original).

DISPUTES

Any dispute or claim relating in any way to your use of any Amazon Service, or to any products or services sold or distributed by Amazon or through Amazon.com will be resolved by binding arbitration, rather than in court, except that you may assert claims in small claims court if your claims qualify. The Federal Arbitration Act and federal arbitration law apply to this agreement.

There is no judge or jury in arbitration, and court review of an arbitration award is limited. However, an arbitrator can award on an individual basis the same damages and relief as a court (including injunctive and declaratory relief or statutory damages), and must follow the terms of these Conditions of Use as a court would.

To begin an arbitration proceeding, you must send a letter requesting arbitration and describing your claim to our registered agent Corporation Service Company, 300 Deschutes Way SW, Suite 304, Tumwater, WA 98501. The arbitration will be conducted by the American Arbitration Association (AAA) under its rules, including the AAA's Supplementary Procedures for Consumer-Related Disputes. The AAA's rules are available at www.adr.org or by calling 1-800-778-7879. Payment of all filing, administration and arbitrator fees will be governed by the AAA's rules. We will reimburse those fees for claims totaling less than \$10,000 unless the arbitrator determines the claims are frivolous. Likewise, Amazon will not seek attorneys' fees and costs in arbitration unless the arbitrator determines the claims are frivolous. You may choose to have the arbitration conducted by telephone, based on written submissions, or in person in the county where you live or at another mutually agreed location.

We each agree that any dispute resolution proceedings will be conducted only on an individual basis and not in a class, consolidated or representative action. If for any reason a claim proceeds in court rather than in arbitration **we each waive any right to a jury trial.** We also both agree that you or we may bring suit in court to enjoin infringement or other misuse of intellectual property rights.

APPLICABLE LAW

By using any Amazon Service, you agree that the Federal Arbitration Act, applicable federal law, and the laws of the state of Washington, without regard to principles of conflict of laws, will govern these Conditions of Use and any dispute of any sort that might arise between you and Amazon.

B. Walmart オンライン⁽¹⁸²⁾版

Walmart.com Terms of Use

Last Updated Feb. 4, 2019

Please review these Terms of Use carefully. They include a binding arbitration clause (see Section 20) requiring you and us to arbitrate our claims instead of suing in court.

* * *

1. Introduction

Welcome to the family of websites and applications provided by Walmart. These Terms of Use govern your access to and use of all Walmart Sites. By

(182) Walmart.com Help: Walmart.com Terms of Use, https://help.walmart.com/app/answers/detail/a_id/8 (last visited Feb. 20, 2019).

using the Walmart Sites, you affirm that you are of legal age to enter into these Terms of Use, or, if you are not, that you have obtained parental or guardian consent to enter into these Terms of Use. If you violate or do not agree to these Terms of Use, then your access to and use of the Walmart Sites is unauthorized. Additional terms and conditions apply to some services offered on the Walmart Sites (e.g., Walmart Pharmacy, and Gift Cards). Those terms and conditions can be found where the relevant service is offered on the Walmart Sites and are incorporated into these Terms of Use by reference...

* * *

20. Disputes & Arbitration; Applicable Law

PLEASE READ THIS SECTION CAREFULLY. IT MAY SIGNIFICANTLY AFFECT YOUR LEGAL RIGHTS, INCLUDING YOUR RIGHT TO FILE A LAWSUIT IN COURT. Using or accessing the Walmart Sites constitutes your acceptance of this Arbitration provision. Please read it carefully as it provides that you and Walmart will waive any right to file a lawsuit in court or participate in a class action for matters within the terms of the Arbitration provision.

EXCEPT FOR DISPUTES THAT QUALIFY FOR SMALL CLAIMS COURT, ALL DISPUTES ARISING OUT OF OR RELATED TO THESE TERMS OF USE OR ANY ASPECT OF THE RELATIONSHIP BETWEEN YOU AND WALMART, WHETHER BASED IN CONTRACT, TORT, STATUTE, FRAUD, MISREPRESENTATION, OR ANY OTHER LEGAL THEORY, WILL BE RESOLVED THROUGH FINAL AND BINDING ARBITRATION BEFORE A NEUTRAL ARBITRATOR INSTEAD OF IN A COURT BY A JUDGE OR JURY, AND YOU AGREE THAT WALMART

AND YOU ARE EACH WAIVING THE RIGHT TO SUE IN COURT AND TO HAVE A TRIAL BY A JURY. YOU AGREE THAT ANY ARBITRATION WILL TAKE PLACE ON AN INDIVIDUAL BASIS; CLASS ARBITRATIONS AND CLASS ACTIONS ARE NOT PERMITTED AND YOU ARE AGREEING TO GIVE UP THE ABILITY TO PARTICIPATE IN A CLASS ACTION. The arbitration will be administered by Judicial Arbitration Mediation Services, Inc. (“JAMS”) pursuant to the JAMS Streamlined Arbitration Rules & Procedures effective July 1, 2014 (the “JAMS Rules”) and as modified by this agreement to arbitrate. The JAMS Rules, including instructions for bringing arbitration, are available on the JAMS website at <http://www.jamsadr.com/rules-streamlined-arbitration>. The Minimum Standards are available at <http://www.jamsadr.com/consumer-arbitration>.

The arbitrator will conduct hearings, if any, by teleconference or videoconference, rather than by personal appearances, unless the arbitrator determines upon request by you or by us that an in-person hearing is appropriate. Any in-person appearances will be held at a location which is reasonably convenient to both parties with due consideration of their ability to travel and other pertinent circumstances. If the parties are unable to agree on a location, such determination should be made by JAMS or by the arbitrator. The arbitrator’s decision will follow the terms of these Terms of Use and will be final and binding. The arbitrator will have authority to award temporary, interim, or permanent injunctive relief or relief providing for specific performance of these Terms of Use, but only to the extent necessary to provide relief warranted by the individual claim before the arbitrator. The award rendered by the arbitrator may be confirmed and enforced in any court having jurisdiction thereof. Notwithstanding any of the foregoing, nothing in these Terms

of Use will preclude you from bringing issues to the attention of federal, state, or local agencies and, if the law allows, they can seek relief against us for you.⁽¹⁸³⁾

These Terms of Use will be governed by and construed under the laws of the United States (including federal arbitration law) and the State of California, without regard to conflicts of law principles.

(183) 本段落最終文は、行政庁への不服申立てを妨げない趣旨と思われる。(本稿では立ち入らなかった論点であるが、) 仲裁合意があったとしても、その当事者の利害にフォーカスする形で行政庁が権限を行使することは妨げられないと解されており、それを受けたものであろう。See *EEOC v. Waffle House, Inc.*, 534 U.S. 279 (2002). 荒木・前掲注(4)・772頁。

Recent Jurisprudence of the U.S. Supreme
Court over the Federal Arbitration Act:
“Consumerization” of Arbitration and
Shrinking Civil Justice

Hisashi AIZAWA

This Article discusses recent developments of the case law of the United States Supreme Court with respect to the Federal Arbitration Act, and their implications. Since the end of the 20th century, businesses in the U.S. have incorporated arbitration clauses as part of standard terms with regard to consumer transactions or employment agreements, in which arbitration had not been popular traditionally. Such arbitration clauses usually accompany class action waivers, and cover not only disputes over the contract itself but also related claims based on state or federal statutes. This practice aims at containing class actions and/or other collective remedies; therefore some lower courts, especially state courts, try to regulate, and to limit the scope of, such arbitration clauses. But, recent decisions by the U.S. Supreme Court, especially *AT&T Mobility LLC v. Concepcion* (2011) and *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant* (2013), held that the Federal Arbitration Act required enforcement of an arbitration clause as written, and upheld the validity of such clauses (with class action waiver).

This jurisprudence is contrary to the traditional concept of private enforcement of law, the notion that civil litigations are part of beneficial governance of the society. On the other hand, competing conception that understands civil litigations as burden and obstacle on business activities and the society as a whole, has acquired momentum since the last quarter of the 20th century. Many aspects of civil justice system have been faced modifications by case law or rule revisions, which strive to limit the role, scope and impact of civil litigations. The developments regarding arbitrations are part of such trend, and, in that sense, conservative swing of American law. In addition,

the analysis of the cases reveals that the arbitration jurisprudence is based on the formal(ized) conception of contract and contract law; further inquiry on the affinity of the conservative legal trend and the concept of law emphasizing formality would be worth.