# 市場に対する国際的なレギュレーションの動態と「国際私法における当事者自治」

# ――国内公法学からの論点提示

藤 谷 武 史 東京大学社会科学研究所准教授

はじめに

- 1. 「国内公法のグローバル化」の下での国際的レギュレーションの動態
- 2. 広義の当事者自治原則と国際的レギュレーション
- 3. 「国際私法における当事者自治」の検討――国内公法学からの論点提示 お わ り に

## はじめに

本稿の目的は、「国際私法における当事者自治」という統一テーマ(1)の下で、国内公法学の観点から見た「市場に対する国際的なレギュレーション」の現状を概観し、国際私法が「当事者自治」を論じるにあたって視野に入れておくことが有益と思われる論点を提示することである。とは言え、国際公法ならばいざ知らず、国際私法からは最も遠い存在とも思われる「国内」公法の観点が、いかなる関連性を有するというのか。本稿は先ずこの疑問に答える必要があろう。

国際私法において当事者自治原則が検討される際,通常,同原則の適用を制限しうる要素として各国法上の強行法規の存在が指摘され,法定地国強行法規の適用可能性,さらには第三国の絶対的強行法規の特別連結の理論が検討されてきた<sup>(2)</sup>。外国為替管理法や輸出入管理法,労働法・経済法などを典型例とするこれら強行法規は,公法的性質<sup>(3)</sup>を帯びつつもなお私法の色彩を残すものとして国際私法理論の枠内に位置づけられてきたため<sup>(4)</sup>,当事者自治原則の議論においても当然に考慮されてきた。その反面,これら強行法規以外の「公法」規制については、公法の属地主義(その例外としての域外適用の問題も含めて)

[藤谷武史] 市場に対する国際的なレギュレーションの動態と「国際私法における当事者自治」 87 や外国公法不適用の原則の下, 当事者自治が問題となる領域とはさしあたり独立の存在として認識されてきたのではないかと思われる (5)。

しかしながら、かかる二分法を採る伝統的な国際私法の議論が前提としてきた「公法規制は基本的に各主権国家の領域内に完結し、当該国家利益の実現を図るものである」という認識は、今日ではもはや自明視することはできない。本稿にいう「国際的なレギュレーションの動態」と結びついた「国内公法のグローバル化」現象<sup>(6)</sup>が、その原因である。本論で詳述するように、「国内公法のグローバル化」は、各国公法規制の自律性・固有性を、手続面・実質面の双方で相対化しつつある。かかる公法規制の変質は、国際私法の議論の前提にも少なからぬ影響を与えるであろう。

加えて、当事者自治原則と公法規制の実効性の間には、根本的なレベルでの緊張関係が存在する。当事者自治原則が当事者の法制度選択コストを低下させる結果として、法制度の商品(commodity)化を促進し、規制間競争(regulatory competition)を激化させるという側面である。これは、準拠法指定による強行法規の回避の問題には還元されない、当事者自治原則が公法規制全体にもたらす影響である。もとより、その規範的評価は分かれるところである(非合理的規制に対する淘汰圧として規制間競争を肯定的に評価する議論も有力である)が、「国際私法における当事者自治」に関する法政策決定に伴う「外部性」として、一定の顧慮が必要ではないかと思われる。

本稿の構成は以下の通りである。まず1において国内公法の観点から見た「国内公法のグローバル化」現象の概観を示し、「国際的レギュレーションの動態」の見取り図を示す。続く2において、主に金融・証券法、租税法、独禁法、消費者法から事例を採りつつ、当事者自治原則の拡大と国際的レギュレーションが交錯する局面を指摘する。3では、国際私法における当事者自治原則に関する議論を深める上で有益と思われる論点をいくつか提示する。

1. 「国内公法のグローバル化」の下での国際的レギュレーションの動態

## (1) 「国際的レギュレーション」の意義

「レギュレーション(Regulation)」には「規制」の訳語があてられることが多いが、「レギュレーション」も「規制」も様々な文脈で用いられる多義的な概念であるため、議論に先立って本稿の議論の文脈に即した定義を与えておく必要がある。

我が国においては、「規制」という概念はしばしば、国家(行政主体)による直接・間接のエンフォースメントと結びつけて理解されてきた。伝統的な公法/私法区分のメルクマールにおける、主体説<sup>(7)</sup>の立場に近い。この定義は、他国の法秩序を自国法と対等なものとして尊重するが、他国の政策的判断や公権力的要素の自国法秩序への侵入には警戒するという、国際私法・国際民事訴訟法の伝統的枠組みにも馴染むようにも思われる。もっとも、例えば独禁法の民事賠償制度や適格消費者団体訴訟制度の例が示すように、エンフォースメント主体の性質とその法的行為の性質は錯綜しており、必ずしも一義的な公/私の線引きを許すものではない。また、一見「民間の自主規制」とされる現象の背後に潜む公権力性にも十分な注意を払う必要がある<sup>(8)</sup>ことを考えれば、行政による公権力的なエンフォースメントのみを「レギュレーション」と捉えるのはやや狭きに失するであろう<sup>(9)</sup>。

これに対して、国内法上は「私法(民事法)」に分類されるところの、不法行為法や労働契約・消費者契約等に係る強行法規も含めた広義の「レギュレーション」とする定義もある。英語圏で"Regulation"という場合には一般的に見られる用法であり<sup>(10)</sup>、特に、当事者自治原則とは親和的と思われる法の機能主義的理解からは、公法と私法の区別はあまり意味を持たないとも思われる<sup>(11)</sup>。しかし、かかる定義を採用した場合には、例えば不法行為法の趣旨は損害填補(被害者救済)・原状回復(匡正的正義)という私法に固有の論理なのかそれとも金銭的サンクションによる抑止という政策なのか、という論点<sup>(12)</sup>に直面することになる。これは裁判所による政策形成作用をどの程度積極的に承

[藤谷武史] 市場に対する国際的なレギュレーションの動態と「国際私法における当事者自治」 89 認するかという問題にも関わるが<sup>(13)</sup>, 国内公法の観点からは, 憲法秩序の下で民主的正統性を与えられた国内立法者(議会)による政策決定を, 他の主体による実質的な政策形成機能と同視することは, 少なくとも何らかの論証なしには困難であると考えられる<sup>(14)</sup>。

こうした考慮に基づき、本稿では、国家の立法者(議会)の意思が直接・間接に介在する中で形成された規律体系を「レギュレーション」と捉えることとする。この定義には、政策的色彩の強い民事特別法が(立法措置であるがゆえに)含まれる一方で<sup>(15)</sup>、民事判例法や仲裁などにより形成される規範は除外される。ここにいう「立法」には、国内法律に限らずその委任を受けた行政規則、国際条約とそこから派生する二次法規範、も含まれる。これは、本稿の目的にとって、エンフォースメント主体の相違に基づく公法/私法の区別が重要ではないのに対して、主権国家を単位として(議会という国家機関を中心に)統合される「公益」ないし「政策」判断に根ざした「レギュレーション」が、準拠法の決定基準を当事者の選択それ自体に認める「当事者自治」の意味と射程を考察する上で、有益な参照枠たり得る、との考慮に基づく。

したがって、次項で述べるように国内公法はグローバル化の圧力に晒されているものの、なお「国家」単位での政策決定ないしそれらの複合としての「国際的(global ないし transnational と対比される意味での international)」レギュレーションを措定することが、議論の出発点としては有益である。

### (2) 「国内公法のグローバル化」と国内公法学の観点

近年,加速度的にグローバル化する市場経済活動に対する規制の実効性を維持するために,各国公法規制は,垂直的構造・水平的関係の両面において,グローバルな政策実現過程へと(半ば進んで,半ば不可避的に)組み込まれつつある(16)。まず,国際経済法・国際人権法・国際環境法等,領域ごとに形成された国際レジームの下では,基本となる多国間条約の下に事務局・締約国会合などが制度化され,多数決による議定書改定や不遵守手続等を通じた二次法規範の形成が積極的に行われている。その分,国家の明示的合意(のみ)に基づく国際法上の義務という「契約」的側面は後景に退き、条約上の義務が半ば自動

的・不可避的に国内法制度へと取り込まれることになる<sup>(17)</sup>。また、バーゼル 銀行監督委員会を典型例とする、各国規制当局による非公式なネットワーク (Transnational Regulatory Network) における共通の指針・基準の策定は,それ自体 としては国際法的拘束力を持たないものの、各国規制当局が国内法上与えられ た権限<sup>(18)</sup>によってこの指針を国内法化する結果として、事実上の国際共通規 範として機能している。さらに、こうした垂直的な構造化のみならず、行政当 局間での相互承認協定 (MRA) のような水平的な二国間関係ネットワークも急 速に広がりつつある(19)。これらはいずれも、事実上、国内行政過程をグロー バルな政策実現過程の一部として組み込む(それによって、越境的な性質を強め る様々な経済活動に対する公法規制の実効性を維持する)という側面を有している。 確かに、「政策実現過程のグローバル化」と言えども、国内法上の効力を有 するためには、条約及び議定書の議会による批准手続を経由し、あるいは国内 公法上の法律の優位・法律の留保原則の枠内に留まる必要があり<sup>(20)</sup>, さらに 政策実施の最終段階では国内行政機関や司法機関による執行という形で国家法 制度に依存せざるを得ないことを考えると、その実質的インパクトは限られた ものであるようにも思える。しかし、「憲法という濾過層」<sup>(21)</sup>によって国際法 秩序から隔離され、憲法を頂点とする国内法秩序の内部で(22)、民主的正統性 を付託された議会による政策決定=法律を基軸とした体系を構築することで行 政国家の法的統制を試みてきた伝統的な国内公法学の観点からは、「グローバ ル化 | 現象が政策決定の実質的部分を国内立法者のコントロールから離脱させ、 必ずしも民主的正統性を担保されない国際レジームや超国家的ネットワークへ と移行させるのではないか(例えば、国会による法律制定と条約批准の憲法上の 要件の相違に注意せよ),との懸念が指摘されることになる(23)。これに対して. かかる国家中心主義的思考に懐疑的な論者からは、これに代わる必ずしも国家 に依存しない形での民主的正統性や法の支配の確保メカニズムの必要性が説か れるところであるが、本稿の主題からは逸れるため、これ以上立ち入らない (24)

## (3) 国際的レギュレーションの動態

むしろ本稿の主題との関係で注目されるのは、国内公法規制がグローバルな 政策実現過程の一部として組み込まれることによって生じる。法規範上の性質 の変化である。すなわち、国内公法規制が、「国際公益」を標榜する条約レ ジームの国内実施としての,あるいは事実上の国際共通政策指針の具体化とし ての、性格を強めるにつれて、たとえ法形式上は各国の国内公法規制であった としても、その規律内容や目的について相当程度の平準化圧力が働くことが考 えられる。とりわけ、各国国内裁判所において国際条約の国内実施法令の解釈 適用が争われる場面で、国際条約上の規範(や他国の国家実行)が(当事者のイ ニシアティブによって) 間接的にせよ参照されることが認められるようになる と、こうした傾向は加速するであろう。あるいは、条約が締約国に方法・手段 の義務<sup>(25)</sup>を課す結果として、執行構造における平準化・共通化・互換性の強 化が進む場面も想定できる。このような場面において、各国公法の自律性・固 有性は、手続面・実質面の双方で相対化せざるを得ないものと思われる(26)。

かくして、現代における「国際的レギュレーション」は、法形式上・外観上 は国内法上の公法規制(あるいは政策的要素の強い私法特別法の立法)として 「国際的に」並立している各国法規範が、その内実においては事実上(各国家 が opt-out することが現実的に困難という場面も含めて)の相互参照・相互拘束の 関係で結びついた動態的な〈構造〉として捉えることができる(27)。

このような新たな見通しが、「国際私法における当事者自治原則」の議論に 対して有する意義はもはや明らかであろう。従来は国際私法の考察の埒外に置 かれてきた「純粋な | 国内公法規制といえども、専ら各国固有の政策目的ない し「国益」を追求するがゆえに抵触法的な互換可能性のない規範である.とは 直ちに断言できない状況が顕在化しつつあるのである。加えて、民事法と行政 法の交錯・協働の一層の深化が語られる近時の国内法の状況にも鑑みれば(28). 外国公法規制と国際私法関係の交錯が問題となり得る局面も、これまで以上に 拡大する可能性があると言えよう(29)。したがって、「国内公法のグローバル 化」がもたらす公法規制の変質は、国際私法が当事者自治原則を論じる際の新 たな前提として、(直ちに議論に組み込まれないまでも)視野に入れておくべき

92 国際私法年報 第15号 (2013) 要素であることが了解されよう。

## 2. 広義の当事者自治原則と国際的レギュレーション

近時の議論においては、当事者間の合意で行われる契約準拠法選択はもちろんのこと、不法行為法などの強行法規に関しても当事者自治の論理がアプリオリに排除されるとは限らない、との見解が有力に示されているように見受けられる<sup>(30)</sup>。こうした発想は民事法の領域に限定されず、伝統的な分類でいえば公法的規制とされる証券規制などにおいても、当事者の法選択を認めるべきである、との考え方が、米国を中心に提示されてきたところである。言うまでもなく、こうした議論は、規制間競争(regulatory competition)の文脈で、国際的レギュレーションのあり方に深く関わる<sup>(31)</sup>。

そこで本稿では、このような意味も含めて広く「当事者自治原則」を捉えた上で、本稿にいう国際的レギュレーションとの関わり方という観点から、いくつかの類型を抽出することを試みたい。もとより国際的レギュレーションの規律対象領域は様々であるが、以下では主に筆者の能力の制約から、金融・証券法、租税法、独禁法、消費者法の領域から事例を採っている。

#### (1) 当事者自治原則の拡大と規制間競争

当事者自治原則の拡大と公法規制の実効性の間には、ある種の緊張関係が存在する。これは、当事者自治の拡大に対して常に指摘されてきた懸念一強行法規を回避する目的での準拠法指定の問題―を含むが、それに限られない。なぜなら、準拠法選択の自由の拡大は、たとえ当該法律関係において特段の法律回避的要素を含まない――あるいは絶対的強行法規の特別連結論等の接触法的手法によって適切に対処しうる――としてもなお、当事者の法制度選択の機会費用を低下させる結果として、法制度の商品(commodity)化を促進し、規制間競争(regulatory competition)を激化させるという側面を持つからである。以下、具体例で説明しよう。

(a) 当事者自治原則の拡大と法制度選択の機会費用低下の波及効果 例えば、会社及び投資家にとって優れた内容をもつA国の会社法・契約法が、 いま、Xが、元々はA国に所在していた事業を新たにB国に移転させて設立された企業であり(ここでは、法人格の承継の問題<sup>(32)</sup>ではなく実体的事業活動の物理的移転に注目している)、B国への移転の動機は専らA国よりも緩やかなB国環境規制の適用に存したとしよう。このとき、物理的活動はB国で行われており、労働者等を含めた関係当事者もA国に所在しないのだから、(絶対的強行法規の特別連結論を視野に入れたとしてもなお)国際私法の観点からはA国の環境規制(公法規制)が関心を持つ正当な理由はない、と評価されると思われる。

しかしながら、XのB国への移転によるA国環境規制の「無力化」(Xの事業が域外へと去っている以上、もはや法律回避とは言えないであろう)は、B国に所在しながらA国の優れた会社法・契約法制度を――Xにとって阻害的に働くA国環境規制から切り離して――利用できることによって促進されていると言えまいか。XによるA国会社法・契約法の準拠法選択が許されることによって、元来は会社法・契約法と環境規制とを一体的に含んでいたA国法の「アンバンドル(unbundle)化」が可能になったわけである。この「アンバンドル化」前は「A国会社法+環境規制」と「B国会社法+環境規制」の選択肢しかなかったものが、今や「A国会社法+B国環境規制」という選択も可能になるため、XはA国環境規制を離脱することがその分容易になる、ということが言えるのではないか(法制度選択の機会費用の低下(33))。

確かに、法制度の商品化や規制間競争は、当事者自治原則の拡大のみによってもたらされるわけではない(投資保護協定の拡大による経済社会規制の平準化圧力<sup>(34)</sup>なども重要である)が、当事者自治原則の拡大には、絶対的強行法規の回避の問題のもう一つ外側にも、付随する問題があり得ることは、注意すべきではないかと思われる。

#### 94 国際私法年報 第15号(2013)

## (b) 規制間競争——いくつかの具体例と評価

法人従属法の決定基準としての設立準拠法主義は、狭義の準拠法選択の問題とは位相を異にするものの、その本質において当事者自治原則と接近する面がある<sup>(35)</sup>。この法人の従属法の適用範囲については、法人格否認の法理における内部関係・外部関係の区別論のように詳細な議論がなされているが、設立準拠法主義が持ち込んだパラダイムはそれを超えた波及効果をもたらしたように思える。例えば、米国の Choice of Law と Regulatory Competition の議論は、各州会社法間での競争をプロトタイプとして同じ論理を証券規制等に拡張してきた<sup>(36)</sup>。さらに、設立準拠法という法的擬制を前提に、それに付随する様々な規制上の効果という法的事実を積み上げることも可能となる。その最たるものが、タックスへイブンに設立された子会社を利用した租税回避策の横行、ということになろう<sup>(37)</sup>。

また、法人の設立準拠法主義以外にも、例えば外為法改正による非居住者ユーロ債の発行規制緩和など、規制間競争の環境を創出する法改正が行われてきた<sup>(38)</sup>。国際私法上、法廷地の絶対的強行法規が適用されるか、という論点は議論されてきたが、そもそも制度間競争圧力の結果として自国の規制水準自体が押し下げられれば<sup>(39)</sup>、問題自体が実質的に消滅してしまう。さらに、制度間競争圧力は、規制平準化(level-playing field)にとどまらず、各国が自国市場を国際金融センターとして売り込む、という状況すら生じている("Transnational Law Market"<sup>(40)</sup>)<sup>(41)</sup>。

つまり、国際的レギュレーションの基本構造の変化が当事者自治の拡大に親和的な環境をもたらし、それが国際的レギュレーションのあり方にフィードバックされる状況が生じている。しかし、よしんば規制間競争圧力による効率性改善(経済学的視点)や国家の抑制(リバタリアニズム)を信奉する立場を採らずとも、こうした状況を一概に「悪」と言い切れないところに、問題の難しさがある。たとえ市場が万能でないとしても、規制もまた常に合理的で公益的であるとは限らない以上、規制間競争の芽を完全に摘んでしまうことが望ましいとは言い難いであろう (42)。実体のない shell company, booking company のようなものを用いた法律回避を容認するかはともかく、活動実体のある国際金融取

[藤谷武史] 市場に対する国際的なレギュレーションの動態と「国際私法における当事者自治」 95 引仲介機関が当該事業目的にとって最適な法域に設立している場合もある。そもそも、一方で資本移動の自由を容認し、他方で各国の主権的決定に基づく実質法における不整合を容認する以上は、私的主体による regulatory arbitrage — 各国の規制の不整合を突いた戦略的行動—が生じることは避けられないとすら言いうる。

# (2) 規制間の裁定取引 (Regulatory Arbitrage) と各国規制内容の調和化

実際、本稿1で述べた「国内公法のグローバル化と国際的レギュレーションの動態」の原動力の一つとなっているのが、上述した regulatory arbitrage への対応策としての各国規制の調和化への圧力である。

例えば、2007年のサブプライムローン問題に端を発した世界金融危機以降、G20や金融安定理事会(FSB)を中心とする金融規制の調和化と強化が図られてきたが、問題意識は、規制ネットワークに「破れ」があるとそこにリスク要因が巣食う、というものであった。

また、金融規制強化の一環として語られ始めたが、次第に租税回避対策としての性格を露わにした、スイスを初めとする銀行秘密国に対する情報交換協定締結への圧力も、G-20 や OECD を中心に進められてきた<sup>(43)</sup>。もっとも、この分野では、米国の「外国口座税務コンプライアンス法(FATCA)」<sup>(44)</sup>による圧力が非常に強力で、ついにスイスも米国との間で自動的な情報交換を定めた政府間協定に応じることとなったという側面に注意しておく必要がある。

さらに、消費者法分野でも、OECD で 2007 年に採択された「消費者の紛争解決及び救済に関する理事会勧告」が、各国に、越境的な消費者被害をも含めた救済制度の整備を要求しており、日本における集団的消費者被害救済制度に向けた議論の端緒となったことが指摘されている<sup>(45)</sup>。

ただし、こうした規制内容の実質的内容における調和化については、領域間でその進捗度に大きな差があることに注意しなければならない。例えば、金融規制や投資保護について急速に平準化が進みつつある一方で、労働規制や環境規制、あるいは租税制度については各国間の調和化にはほど遠い状況にある。このような状況下で、前者によって国際的な資本移動がよりスムーズになれば、

#### 96 国際私法年報 第15号 (2013)

その分だけ (例えば) 国際的な租税回避も行いやすくなる, ということが考えられる。現実にも, 国際租税法の領域での租税情報交換・徴収共助は急速に進展しつつあるものの, 法人税の税率や課税ベースのような実体法的規律については平準化していない。最近話題になったアップルやスターバックスの租税回避も, 受け皿となったアイルランド法の予測可能性が高く, 安心してアイルランドの事業体 (ヴィークル) を使うことができたことで可能になっている面もあり, このような領域間の温度差が持ちうる負の側面を示唆するものと言えるかもしれない。

## (3) 公法における抵触法的アプローチ?

従来の議論における「公法規制の国際的側面」は、公法の域外適用の問題であった。この問題が特に議論されてきた独占禁止法や金融商品取引法の領域では、もはや素朴な属地主義は克服され<sup>(46)</sup>、「修正効果主義」が採られている<sup>(47)</sup>ことが認識されている。しかし、1での議論が示唆するように、「国際的レギュレーション」の動態は、各国公法の域外適用を要素として含みつつも、それに限られるものではない。

#### (a) 国際的な執行協力・協調の例

前項の「調和化」は、各国公法規制が実質的内容において調和化する動きに 関するものであったが、実体面での差異を維持した上での執行面における協力・協調・相互承認の動きも顕著である。

例えば、独占禁止法の分野では、規律管轄権の問題とは別に、当局間での「独禁協力協定」(日本は米・加・EUと協定を結んでいる)が結ばれており、管轄抵触を回避しながらグローバルな経済活動に対する規制の実効性を維持する実践が蓄積している<sup>(48)</sup>。消費者保護に関わる領域では、外国の登録適合性評価機関による評価を日本の登録機関による評価とみなして日本の規制法を適用する相互承認制度の仕組みがある<sup>(49)</sup>。また、日本とは直接の関係が無いが、EU 法の安全規制における本国法主義(country of origin principle)もまた、複数国の公法規制間での抵触法ルールとして理解できよう<sup>(50)</sup>。さらに、金融規制の領域では、バーゼル・コンコルダートが国際的な銀行の活動に対しては銀行免

[藤谷武史] 市場に対する国際的なレギュレーションの動態と「国際私法における当事者自治」 97 許を付与した国(母国)と銀行としての活動が行われている国(受入国)の双方に規制管轄権を与えるという形での抵触ルールがある<sup>(51)</sup>。金融取引規制の分野でも、当局間の覚書(MOU)に基づく調査協力体制があり<sup>(52)</sup>、金商法189条は相互主義を前提としつつ、外国金融商品取引規制当局に対する調査協力の権限を金融庁に与えているなど、国際調和と相互承認が組み合わされる形で、国際金融監督規制が整備されている<sup>(53)</sup>。このような国際的枠組みの下で行われる国内立法措置や行政措置は、もはや当該国家に固有の政策・利益の追求とは断言しがたいものがあると言えよう。

## (b) 「公法抵触法」(54)の展開可能性

このように、「国際的レギュレーション」の下での各国規制実質法の調和化や執行面での協調体制は急速に進展しているが、全体としてみればなお「点的なもの」(55)にとどまっており、規制の「隙間」を埋めようとする各国当局の個別の行動が、公法規制についての抵触法的問題を惹起することが考えられる。各国の立法措置や規制当局が unilateral に作用する場面は、国際的レギュレーションを前進させる原動力となる面もあるが(56)、場合によってはこれと緊張関係にも立ちうる。

たとえば、わが国の適格消費者団体制度に類似した外国法に基づく消費者団体のわが国における原告適格や、外国法上の類似の救済制度に基づく外国判決の承認・執行の問題、という問題が指摘されている<sup>(57)</sup>。外国の政策的な法制度やそれに基づく認定という外国行政行為の承認を実質的に意味することになる外国消費者団体の訴訟提起には立法的措置が必要であると考えるのが常識的な考え方であろうが、政策実現手段として私人に権利を付与し法実現を担わせるという国際民事ルールの意義を重視する立場<sup>(58)</sup>からは、カテゴリカルにこうした承認の可能性を否定するのではなく、手続保障の水準や政策的価値の共通性などを個別に検討するというアプローチもあり得よう。その際には、国際的レギュレーションという文脈を考慮に入れること、例えば先に触れたOECD理事会勧告に基づき同じ政策的価値を追求する制度として他国の消費者団体を自国法上も互換的に扱うということも、場合によっては可能かもしれない。また、政策目的の共通性のみならず、執行構造の平準化・共通化も、自

国と相手国の公法規制メカニズムの互換可能性を前提とした公法における抵触 法的アプローチの前提となるであろう (59)。

なお、このように外国公法規範と私法規範をアプリオリに峻別しない考え方 (ただし、全ての区別を破棄するのもまた不適切であることに注意) は、グローバ ル化の下での「国際的レギュレーション」の担い手として、各国裁判所の役割 を一層広く認めることにも繋がるであろう (60)。

#### (c) 公法における紛争解決の脱国家化—租税条約仲裁の例

さて、以上に見た展開との対比において注目されるのが、事前には何らの抵触法的規律も持たず、事後的な交渉に全てを委ねるかに見える、国際租税法の分野における国際的二重課税の処理の方法である。もちろん、越境的取引に対するホーム国とホスト国の課税管轄権の競合を調整するための実体法的ルールとして租税条約が存在するが、租税条約の解釈、とりわけ事業所得課税の閾値となる恒久的施設の認定と、移転価格課税における独立企業間価格の算定については、両国の課税当局の見解が異なる結果、同一の所得に対して課税が重複することがしばしば生じる<sup>(61)</sup>。この場合、租税条約は両国の「権限ある当局」間の相互協議によって二重課税の解消に「努める」義務を課しているが、必ずしも解決を担保するものではなく、納税者にとっての不満の種となっていた。

ところが近年、従来の制度の下での二重課税問題救済の不備に対応するために、租税条約に仲裁条項が盛り込まれるようになった。租税領域にも仲裁という当事者自治的な紛争処理メカニズムが導入されたかに見えるが、租税条約仲裁は、手続こそ納税者の申立てによって開始されるものの、仲裁の当事者はあくまで両国家(の権限ある当局)であり、仲裁人の選定も両当局によって行われる。したがって、この仕組みは、実質的には、相互協議を補完し、2年間の期限内での権限ある当局間の合意を促すための仕組みとして位置づけられており、たとえば投資仲裁のように国家と私人を対等の当事者としての地位に置くものではない。しかし、これが国家主権=公法的関係の中核ともいえる租税の領域における変化の兆しであるならば(現に、上記の租税条約仲裁も、グローバルなビジネス・セクターからの強い圧力によって導入を後押しされた面が否めないことを考えれば、現状で安定するとは必ずしも言えない)、今後、国際私法の議論

[藤谷武史] 市場に対する国際的なレギュレーションの動態と「国際私法における当事者自治」 99 にとっても興味深い参照材料を提供しうるかもしれない。

3. 「国際私法における当事者自治」の検討——国内公法学からの論点提示

以上、国際私法における当事者自治原則との関わりを念頭に、現代の国際的レギュレーションの動態を論じてきた。当事者自治原則と「国際的レギュレーション」の間には、従来から認識されてきた、絶対的強行法規を介した関係性の他にも、少なくとも2つの側面—①各国公法規制の変質を前提とした、公法への抵触法的アプローチの適用可能性と②当事者自治原則の拡大が国際的レギュレーションの動態に及ぼす「外部効果」—があるというのが、本稿の示すところであった。そこで、残された紙幅において、国内公法学者の観点から、「国際私法における当事者自治」の議論において検討されることが有益ではないかと思われる論点を3点ほど提示して、本稿を終えることとしたい。

# (1) 当事者自治と外部性

通則法 16条但書が示すように、当事者による法選択が当事者間に限定されない「外部性」を伴う場合に、当事者自治の限界(の1つ)があるという認識は、国際私法において広く共有されてきたと思われる。これに対して、本稿が示したいくつかの事例は、「外部性」の考慮を「第三者の権利を害するとき」に限定するのでは(解釈論としてはともかく、立法論としては)不十分ではないか、という問題を提起するように思われる。確かに、私人としては、他者の「権利」を害しない限りは自由である、という考え方もあり得ようが、法制度としては、ある私人にそこまで広範な自由を与えることについては、当事者の自由(私的自治)にとどまらない正当化根拠を要するように思われる(62)。

そのような「権利侵害」には至らない(が考慮を要すると思われる)「外部性」 として、2つ指摘できる。

(a) 当事者自治の拡大による規制秩序の攪乱

第一に, ある領域において (広義の) 当事者自治原則の拡大を認めることが, 一つには当該領域における規制間競争を通じて, もう一つにはそれに関連する

#### 100 国際私法年報 第15号 (2013)

領域への波及効果を通じて、レギュレーションのあり方に影響を及ぼしうる、という点がある。前者の規制間競争については(むしろ当事者自治のプラスの側面であるという経済学的議論とともに)既に触れたところであるが、後者についてはどうか。とりわけ、金融規制や投資保護について突出して平準化が進む状況は、他の規制領域(労働・環境・租税等)への切り下げ圧力ないし規制間裁定取引の誘因として働くかもしれない(前述 2(1)参照)。

## (b) 選択されるルールの効率性と公平性

第二に、例えば不法行為法について、たとえ第三者の権利を侵害しないとしても、二者間関係を規律する準拠法の変更(による実質法ルールの変更)は、必然的に両当事者間での所得分配上の帰結を伴う。この点、法と経済学の標準的な理論は、「所得分配の公平の問題は、租税と社会保障による金銭移転メカニズムによって最も効率よく対処できるので、その他の法的ルールにおいては所得分配の公平を考慮せず、効率性のみを考慮すれば良い」と説く「63」。そして、当事者自治の結果選択されるルールがこの意味で「効率的」であれば、法と経済学の観点からはこれは望ましい変化である、と評価されよう。しかしながら、上記の議論が成り立つためには、私法上のルールの変更による所得分配上の変化を、租税と社会保障によって相殺することができなければならない。ところが、第一点として述べたように、租税や社会保障といった財政システムは、いまなお各国で分断されており、しかも国際的な競争圧力に晒されており自由度も高くない。国内法の文脈でさえ困難な前提条件が、国際的な文脈では一層問題となることは明らかであろう。

#### (2) 当事者自治と「正統性 (Legitimacy)」問題

当事者自治を広く認めることが直ちに私的秩序(private ordering)を重視する立場と結びつくものではないが、私法も含めた国家法から離れるという意味では、これを共に民主的正統性の観点から問題にするという議論もあり得る<sup>(64)</sup>。もっとも、これを民主的正統性に繋留するのではなく、私的な秩序形成それ自体について、透明性や説明責任といった価値を要求する、という方向性もあり得る<sup>(65)</sup>。しかしここでは、本稿の扱った「国際的レギュレーション」との関

[藤谷武史] 市場に対する国際的なレギュレーションの動態と「国際私法における当事者自治」 101 係に限定して1点のみ指摘する。

当事者自治の拡大が(上記(1)で述べたように)国家法中心の秩序に対して脅威であるとしても、政策実現過程のグローバル化(それによる強行法規のグローバル化)が有効な処方箋になりうるのではないか、との考え方もあり得る。たとえば市中協議文書を通じて私的セクターとコミュニケーションを取りつつ規範形成を進めるバーゼル委員会は、その一つのモデルとなるのではないか、という議論もあり得よう<sup>(66)</sup>。しかし、こうした規制当局ネットワークを通じた規範形成に対しては、専門性・機動性・実効性が称揚される一方で、金融規制という領域を超えた問題は捨象して部分均衡を図ってしまうことの危うさも指摘されている<sup>(67)</sup>。これは「国際法の断片化」にも通じる問題であるが、当事者自治と、政策領域ごとの国際的レギュレーションの進展は、視野狭窄の危険性において相似形にあると言えるかもしれない。もっとも、従来の国家=民主的正統性モデルが、様々な利害を調整し公益へと「統合」するという任務<sup>(68)</sup>においてどれだけ成功してきたかは、また別の問題である。

### (3) 公私二元論の限界と国際私法の規制的役割

最後に、本稿の観点から、公私二元論の意義と限界についても簡単に触れておく。もちろん、国際私法の議論において、外国公法であるとの理由でアプリオリに考察の埒外に置く、という姿勢は克服されつつある。また、理論のレベルでも、法のグローバル化の中で、公私二元論はすでに一定程度崩れつつあるとも言える<sup>(69)</sup>。

では、当事者自治原則を支える論理はどうか。とりわけその拡張が目指される場合、仮にこれを純粋に私的な自由としてのみ観念した上で、公的規制が「必要に応じて、しかし必要な場合に限って」当事者の法選択を補完しむしろ促進(facilitate)することが期待されているとしたら、それは楽観的に過ぎるのではないか、というのが、本稿の考察から導かれる示唆であろう。既に見てきたように、各国単位での対応には限界があるし、グローバルな規制レジーム・規制ネットワークを通じた「国際的レギュレーション」にも固有の欠点や危険性が潜む。公法抵触法のアプローチには潜在的な展開可能性があるが、こ

#### 102 国際私法年報 第15号 (2013)

の考え方を承認することは、むしろある種の当事者自治原則にとっては制約的に働く可能性が高い。国際私法も含めた私法の側では専ら自由を前提とし、外部性の問題には公法規制のみでの対応する方法には限界がある、となれば、そのことがもたらす理論的な揺り戻しこそが、当事者自治原則の拡大を肯定的に捉える陣営にとっての最大の懸念材料と言いうるかもしれない。

## おわりに

本稿は、「公法のグローバル化」に関する近時の国内公法学の議論を踏まえつつ、国内公法学の観点から、「国際私法における当事者自治」を考察する上で関連性を有すると思われる国際的レギュレーションの動態と、そこから示唆されると思われる論点を提示することを試みた。国内公法学におけるグローバル化の検討は緒に着いたばかりであり、筆者自身も含めて、公法学的に解答が固まっていない論点も数多い(例えば、公法抵触法の拡大に伴う裁判所の役割の拡大と、国内立法者(議会)中心の体系との緊張関係にどう応答するか)。本稿は「国内公法学からの論点提起」という体裁を採ったが、むしろ、多元的な法制度の併存という状況に旧くから向き合ってきた先進領域である国際私法から国内公法学が学ぶべき点が遙かに多いことは疑いの余地がない。本稿に含まれる誤謬へのご叱正も含め、今後、ご教示を賜ることができれば幸いである。

- (1) 本稿は、2013年6月2日に中央大学で開催された国際私法学会第126回研究大会シンポジウム(統一テーマ「国際私法における当事者自治について」)における報告原稿を基に、当日の質疑応答を踏まえて加筆・修正を行ったものである。
- (2) 参照,溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』(有斐閣,2005年)357-361頁,山田鐐一『国際私法〔第3版〕』(有斐閣,2004年)322-323頁,沢木敬郎=道垣内正人『国際私法入門〔第7版〕』(有斐閣,2012年)181-185頁,道垣内正人『ポイント国際私法総論〔第2版〕』(有斐閣,2007年)77頁,石黒一憲『国際私法〔第2版〕』(新世社,2007年)60-65頁,桜田嘉章=道垣内正人編『注釈国際私法第1巻』(有斐閣,2011年)34-45頁〔横溝大〕,181-182頁〔中西康〕。
- (3) 山田・同上, 322 頁。
- (4) 沢木=道垣内『前掲書』(注2) 183頁, 横溝「前掲注釈」(注2) 34頁。

[藤谷武史] 市場に対する国際的なレギュレーションの動態と「国際私法における当事者自治」 103

- (5) もとより、国際私法において「私法」「公法」の境界が自明視されてきたという 趣旨ではない。国際私法における「公法」の位置づけに関する議論の概観として、 横溝「前掲注釈」(注2) 27 頁以下。夙に両者の相対化を指摘した議論として参照、 早川吉尚「準拠法の選択と「公法」の適用」『国際私法年報』第5号(2003年) 206 頁。
- (6) 国内公法学による同現象の概観として参照,原田大樹「政策実現過程のグローバル化と公法理論」『新世代法政策学研究(北海道大学)』第18号(2012年)241頁。
- (7) なお、ドイツの公法学、およびその強い影響下にある日本の(国内)公法学においては、国家(行政主体)にも性質に応じて私法規範が適用される場面を肯定しつつもなお国家を当事者に含む法関係に常に適用される公法規範の存在を肯定する修正主体説が主流となっている。参照、山本隆司「私法と公法の〈協働〉の様相」『法社会学』第66号(2007年)19頁。
- (8) 原田大樹『自主規制の公法学的研究』(有斐閣, 2007年)。
- (9) 「公権力性の程度」が具体的判断においてしばしば困難を伴うことにつき参照, 横溝「判批」『法学協会雑誌』第120巻11号(2003年)2305頁。
- (10) See, e.g., John Braithwaite & Peter Drahos, Global Business Regulation (Cambridge, 2000).
- (11) See also, Ralf Michaels, "Private or International? Two Economic Models for Private International Law of Torts," (Duke Law School Legal Studies Research Paper No. 73, August 2005), p. 8-9. [経済学的な視点からも、私法/公法的規制の区別が意味を持たないことを指摘]
- (12) 問題提起として参照,森田果 = 小塚荘一郎「不法行為法の目的――「損害填補」は主要な制度目的か」『NBL』第874号(2008年)10頁。
- (13) グローバル化による法の多元化の下,裁判所の積極的な役割を強調するものとして例えば Muir-Watt 教授の議論がある。参照,横溝大「抵触法と国際法との関係に関する新たな動向—抵触法と国際法との合流について」『法律時報』第85巻11号(2013年)29頁。
- (4) 参照,原田大樹「多元的システムにおける行政法学――日本法の観点から」『新世代法政策学研究(北海道大学)』第6号(2010年)115頁。ただし,国内公法学も,国内立法者の判断がアプリオリに優先されるとまでは考えておらず,一定の条件の下で,外国国家(行政主体)や私的主体による公益判断と自らのそれと互換性あるものとして受け容れる余地がありうる。参照,原田大樹「グローバル化時代の公法・私法関係論」『社会科学研究』65巻2号(2014年)所収予定。

- (15) 国際的レギュレーションにおける対応物(民事法的メカニズムによる「政策実現」)として、例えば原子力損害賠償条約の仕組みや油濁民事責任条約とこれを補完する油濁補償基金条約の仕組みなどが指摘される。原田「前掲論文」(注6) 256 頁はこれらを「国際民事ルール」として「グローバルな政策実現過程」の一類型に位置づける。
- (16) 以下,かかる動態の概観として参照,原田「前掲論文」(注6),藤谷武史「市場のグローバル化と国家の制御能力―公法学の課題」『新世代法政策学研究(北海道大学)』第18号(2012年)267頁。
- (17) 環境条約の分野におけるかかる動態を国際法・国内法の両面から分析するものとして参照、『論究ジュリスト』第7号(2013年)「特集1環境条約の国内実施——国際法と国内法の関係」。
- (18) 例えば、金融庁は銀行法第14条の2の規定に基づく金融庁告示によってバーゼル合意を国内法上の効力ある法規へと転換している。
- (19) 近時の具体例として参照,『日本経済新聞』2013年6月17日「安全基準,日欧が相互承認 電気・車の手続き簡単に」。さらに参照,原田大樹「多元的システムにおける正統性概念――適合性評価を手がかりとして」『行政法研究』第1号(2012年),51頁「適合性評価における国際相互承認協定に言及」。
- ② 例えば、WTO協定の国内法的受容体制を巡る議論につき参照、中川淳司ほか著 『国際経済法〔第2版〕』(有斐閣、2012年)、第4章。
- (21) 斎藤誠「グローバル化と行政法」磯部力ほか編『行政法の新構想 I 行政法の基 礎理論』(有斐閣, 2011年) 372 頁。
- (22) ここで憲法と国際法の相互関係という伝統的論点が改めて問題となることは言うまでもない。国内公法の側からの検討として、例えば参照、石川健治「「国際憲法」再論一憲法の国際化と国際法の憲法化の間」『ジュリスト』第1387号(2009年)24頁。
- (23) 参照,原田「前掲論文」(注6),郭舜「条約の実施という視角の意味するもの」 『論究ジュリスト』第7号(2013年)100頁。
- (24) 議論状況は百家争鳴の観もあり、容易に要約しえないのであるが、例えば、国家単位での憲法というモデルを放棄して多元的なレジーム内部の〈憲法〉的要素の展開とそれらの相互調整というパラダイムを示唆する G.Teubner の議論(邦語文献としてさしあたり参照、グンター・トイブナー(村上淳一訳)「グローバル化時代における法の役割変化―各種のグローバルな法レジームの分立化・民間憲法化・ネット化」、ハンス・ペーター・マルチュケ=村上淳一編『グローバル化と

- [藤谷武史] 市場に対する国際的なレギュレーションの動態と「国際私法における当事者自治」105 法』(信山社,2006年)3頁,トイブナー(綾部六郎・尾崎一郎訳)「二値編成複合性の立憲化:国民国家を超えた社会的立憲主義について」『新世代法政策学研究(北海道大学)』第10号(2011年)181頁)や,国内公法規範のグローバルな行政過程への拡張・応用を志向する,米国ニューヨーク大学を拠点とする「グローバル行政法」プロジェクト(紹介として,藤谷武史「多元的システムにおける行政法学―アメリカ法の観点から」『新世代法政策学研究(北海道大学)』第6号(2010年)141頁,興津征雄「グローバル行政法とアカウンタビリティ」『社会科学研究』65巻2号(2014年)所収予定。)などを挙げることができる。
- (25) 「結果の義務」と「方法・手段の義務」の対比について参照、高村ゆかり「環境 条約の国内実施——国際法の視点から」『論究ジュリスト』第7号(2013年),74 頁。
- (26) 現象としては、国際公法なかんずく国際経済法が対象とするものと重なる(代表的な文献として参照、中川淳司『経済的規制の国際的調和』(有斐閣,2008年))が、本稿の関心はかかる現象によって影響を受け国内公法の側の変化・変質にある。本稿の標題を「国内公法学からの」とした所以である。
- (27) 例えば、中川丈久「消費者行政―消費者庁の設置と今後の法制展開」『ジュリスト』第1414号 (2011年) 57 頁は、集団的消費者被害救済のための法制度の立案の背後に、OECD 理事会が2007年に採択した「消費者の紛争解決及び救済に関する理事会勧告」があったことを指摘する。
- (28) 例えば参照, 大橋洋一「制度的理解としての「公法と私法」」高木光ほか編『行政法学の未来に向けて(阿部泰隆先生古稀記念)』(有斐閣, 2012年) 1頁, 山本「前掲論文」(注7) 16頁。
- (29) 例えば、消費者法は、私法的な性格を有する強行法規として位置づけられてきたが、近年では、規制の実効性強化のために、適格消費者団体訴訟のように民事法の枠組みを借りた政策的制度(参照、横溝大「集団的消費者被害救済の国際的側面—抵触法的考察」『NBL』第986号(2012年)80頁)や、行政規制との接続・適切な役割分担が検討されている(中川「前掲論文」(注27)、中川丈久「消費者—消費者法は行政法理論の参照領域たりうるか」『公法研究』第75号(2013年)188頁)。こうした状況の下、公法と私法の「仕組み」の差異を語ることはできても、国家利益ないし政策との距離において公法と私法の区別を維持することはますます困難になっていると言えよう。
- (30) 中野俊一郎「当事者自治の正当化根拠」『立命館法学』2011 年 5 · 6 号 (339・340 号) 301 頁。

- (31) Regulatory Competition を規制の合理化・効率化を促すものとして肯定的に捉える 立場からは、わざわざ適用される規制を選択するために立地等を変更(exit)する コストを掛けさせずに、居ながらにして(場所とは関係なく)適用される規制を 選択(opt-out)させればよいではないか、という形で、公法規制における当事者自 治の拡張、という論理が導かれる。(議論の紹介として参照、Michaels, *supra* note 11, p. 18。一般に参照、Erin Ann O'Hara and Larry E. Ribstein、"Conflict of Laws and Choice of Law" in *Encyclopedia of Law and Economics* (available online at: http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html)
- (32) 言うまでもなく国際私法上の古典的な論点である。さしあたり参照, 櫻田 = 道 垣内『前掲書』(注2) 143-157頁[西谷祐子]。
- (33) なお、B国がA国の会社法・契約法をそのまま引き写した国内立法を行えば本 文と同じ事態が生じるのではないか、とも思われるが、A国法の下での実務家の 水準や判例の蓄積は一朝一夕では複製不可能である結果、当事者を満足させる予 測可能性を提供できない。結果、こうしたシナリオは考えにくい。
- (34) 例えば参照, 横溝大「知的財産の国際的保護と公衆の憲法保護のための国家政策一プレーン・パッケージ規制と国際投資仲裁」『同志社法学』第64巻4号 (2012年)29頁。
- (35) 参照,石黒『前掲書』(注2)381頁,道垣内正人『ポイント国際私法 各論』(有 斐閣,2000年)185頁。他方で参照,櫻田=道垣内『前掲書』(注2),158頁〔西 谷祐子〕。
- (36) Roberta Romano, "Empowering Investors: A Market Approach to Securities Regulation," 107 Yale Law Journal 2359 (1998); John C. Coffee, Jr., "Racing towards the Top: The Impact of Cross-Listing and Stock Market Competition on International Corporate Governance," 102 Columbia Law Review 1757 (2002).
- (37) あるいは、設立準拠法主義の下でほぼ無制約に法人を設立できることを利用したタックスプランニングの一つに租税条約漁り(tax treaty shopping)がある。租税条約は一方又は他方締約国の居住者に、源泉徴収税率の軽減等の条約上の恩典を与える(ことを通じて、国際的二重課税の防止に資する)ものであるが、本来はいずれの国の居住者でもない者が、多数の国と有利な条件の租税条約を有する国に法人を設立し、そこを経由させた取引を行うことで、租税条約による恩典を享受するというものである。
- (38) 「通貨法」の後退がもたらした「資本移動の自由」のインパクトを強調するもの として参照、曽野和明「国際経済秩序と外国為替 - 公的規律の弛緩と通貨法の後

- [藤谷武史] 市場に対する国際的なレギュレーションの動態と「国際私法における当事者自治」 *107* 退」 『ジュリスト』 第 1254 号 (2003 年) 80 頁。
- (39) Hal S. Scott & Anna Gelpern, *International Finance: Transactions, Policy, and Regulation* (18<sup>th</sup> ed., 2011), p. 694 は、ドイツの例を挙げつつ、ひとたびユーロ市場での起債が可能になると、国内債についての規制緩和への圧力が非常に強まり、法改正を余儀なくされるというダイナミズムを指摘する。
- (40) See, e.g., Horst Eidenmüller, "The Transnational Law Market, Regulatory Competition, and Transnational Corporations," 18 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 707 (2011). 例えば アイルランドは "common contractual funds" という仕組みを、課税上の透明扱い(アイルランドでの納税義務は生じない)・最小限の行政規制などの利点をアピールし、年金基金の Fund of Funds 向けとして大がかりにプロモートしている(http://www.irishfunds.ie/why-ireland/)。
- (41) これは主権国家の政策判断の問題、とも言えるが、非居住者向けにのみ規制・ 税制を緩和する所謂 "ring-fence" の仕組みが採られることが多く、実質的にどの主 権国家の規律にも属さない真空地帯を創り出してしまう懸念はある。
- (42) 規制当局も、市場参加者からの適切な情報・知識のインプットを必要としていると言われる(参照、五味廣文『金融動乱 金融庁長官の独白』(日本経済新聞出版社、2012年))が、私的主体に自国市場からの退出の選択肢があり、これが「信頼性のある脅し」として機能する状況下においてこそ、規制当局も「市場の声」に対して真摯に向き合うことができるのではないか。
- (43) 2009 年 4 月のロンドン G-20 サミットでは "The Era of Bank Secrecy is Over." と宣言され、銀行秘密国やタックスへイブン国(両者はしばしば互換的に用いられる)への働きかけと圧力が加えられてきた。こうした状況につき参照、増井良啓「租税条約に基づく情報交換——オフショア銀行口座の課税情報を中心として——」(日本銀行金融研究所 Discussion Paper No. 2011-J-9)。 ただし、OECD を中心とした 2009 年以来の租税条約改定の試みは機能しなかったとの否定的評価もある(Stephanie Soong Johnston, "G-20 Tax Haven Crackdown Largely a Failure, Study Says," *Tax Notes International*, May 14, 2012, p. 593)。
- (44) 2010年に、米国人が外国(タックスへイブン等)の銀行口座を利用して租税回避を行うことを防止する目的で成立し、2013年1月1日施行。同法の主要部分は、外国金融機関(FFI)に対して、米国(法)人の口座情報の報告義務を課し、これに従わない場合、(自己勘定・顧客勘定を問わず)米国投資からの配当利子・有価証券売却額に対して30%の源泉税を課す、というものであり、源泉税の免除を受けるためには米国IRSとの間でFFI契約を結ぶ必要がある。この契約上の義務とし

- て、外国金融機関は、米国(法)人口座を特定するための確認・検証義務、IRSに対する報告義務、非協力的顧客や非参加 FFI に対する利払い等の 30 %を源泉徴収して IRS に支払う義務を負う。ただし、このような義務を遵守することは外国金融機関の本国において個人情報保護その他の規制に抵触する懸念が大きく、実際には米国と当該国における政府間協定によって、法的問題を解消しつつ実質的に同法の目的を達成することが行われている。日本と米国の政府間協定については財務省ウェブサイト(https://www.mof.go.jp/tax\_policy/summary/international/251218 fatca.htm)参照。
- (45) 中川「前掲論文」(注 27) 57 頁。
- (46) 独禁法に関して「現在では、密接関連性が存在すれば独禁法を国際的に適用することが国際法上許されるというのが日本政府の立場と言ってよい」(横溝大「判批(公取委平成20年2月20日排除措置命令)」『ジュリスト』第1390号(2009年)153頁)。
- (47) 松尾直彦「金融商品取引法の国際的適用範囲」『東京大学法科大学院ローレビュー』第6号(2011年)276頁。
- (48) これは、他方締約国政府の重要な利益に影響をおよぼす自国の執行活動について「通報」し、通報に基づき「協力」して執行活動について「調整」することで早い段階で解決策を探る(消極的礼譲)、他国領域内で自国の利益に悪影響を及ぼす行為が行われている場面で、他方締約国に対し当該他国の競争法に基づいて適切な執行活動を「要請」する(積極的礼譲)ことを内容とする。参照、経済産業省経済産業施策局競争政策整備室「各国競争法の執行状況について(平成21年8月4日)」。また、公正取引委員会のウェブサイト(http://www.jftc.go.jp/kokusai/kokusaikyoutei/index.html)でも関連情報が得られる。現状の概観を与えるものとして参照、村上政博「競争法の国際的な執行」『法律時報』86巻2号(2014年)24頁。
- (49) 斎藤「前掲論文」(注 21) 351 頁。具体例として「適合性評価手続の結果の相互 承認に関する日本国とアメリカ合衆国の協定」(2007 年 2 月 16 日署名) がある。
- (50) Ralf Michaels, "EU Law as Private International Law? Re-Conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory" (August 2006), Duke Law School Legal Studies Paper No. 122. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=927479.
- (51) また、Basel Core Principles は、原則 12「連結ベースの監督」(情報収集+現地国の監督の実効性を勘案し、銀行の海外拠点に対するオン・サイトの検証の実施を行いうること)、原則 13「母国・現地当局間の関係」(クロスボーダー銀行グルー

- [藤谷武史] 市場に対する国際的なレギュレーションの動態と「国際私法における当事者自治」109 プの母国当局及び現地当局は、グループ及びグループ企業を実効的に監督し、危機的状況に効果的に対応するため、情報を共有し協力する。監督当局は、外国銀行の現地業務が、国内の銀行に求められているものと同一の基準で行われるよう義務づける。)を含んでいる。
- 62) 山下友信=神田秀樹『金融商品取引法概説』(有斐閣, 2010年) 461頁。
- 53) 参照, 久保田隆「金融監督規制の国際調和と相互承認に関する一考察:バーゼル II の制定過程を素材にして」『早稲田法学』第83巻3号(2008年)1頁, 同「金融監督規制の国際調和と相互承認に関する一考察(2):法的要因の分析とバーゼル合意 I・II・III | 早稲田法学第87巻3号(2012年)67頁。
- (54) 「公法抵触法」論の可能性を示唆するものとして、斎藤「前掲論文」(注 21) 349 頁、原田大樹「国際的行政法の発展可能性――グローバル化の中の行政法(1)」『自 治研究』88 巻 12 号 (2012 年) 84 頁。
- (55) 斎藤「前掲論文」(注 21) 348 頁。
- (56) 例えば、先に挙げた FATCA は、米国主導の unilateral なものが、自国金融機関の保護のために米国との政府間協定締結に向かう国の増大をもたらし (bilateral), OECD もこれを追認する (multilateral) という経緯を辿った例として興味深い。
- (57) 横溝「前掲論文」(注 29)。その他、外国公法の適用・考慮が問題となり得る諸類型について検討を加えたものとして、横溝大「行政法と抵触法――グローバル化の中の行政法(2)」『自治研究』第89巻1号(2013年)132頁以下が有益である。
- (58) 国内法では、民事法と行政法を組み合わせた政策実現が語られており、グローバルな文脈での展開可能性が今後問われよう。参照、原田「前掲論文」(注 54) 85 頁。
- (59) 原田、同上 90 頁。
- (60) 横溝「前掲論文」(注13)。 See also, Hannah L. Buxbaum, "Transnational Regulatory Litigation," 46 Virginia Journal of International Law 251 (2005).
- (61) そうした事態を極力避けるために存在するのが OECD モデル租税条約コメンタリーと、OECD 移転価格ガイドラインであるが、最近では OECD 非加盟国との間の紛争が増加している。参照、藤谷武史「租税法における国際的規範形成と国内法— OECD モデル租税条約の規範性を中心に」『法律時報』 第84 巻 10 号(2012年)36 頁。
- (62) 私的自治と当事者自治が混同されるべきでないことについては、国際私法学会第 126 回研究大会シンポジウムにおける Michaels 報告も示唆するところであったし、従来からも指摘されてきたところである(例えば参照、溜池『前掲書』(注

- 110 国際私法年報 第15号 (2013)
  - 2)350頁)。
- (63) See, Louis Kaplow & Steven Shavell, "Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income," 23 Journal of Legal Studies 667 (1994).
- (64) See, e.g., Florian Rödl, "Private Law Beyond the Democratic Order? On the Legitimatory Problem of Private Law "Beyond the State"," 56 American Journal of Comparative Law 743 (2008)
- (65) See in general, Horatia Muir Watt, "'Party Autonomy" in international contracts: from the makings of a myth to the requirement of global governance," *European Review of Contract Law* 3/2010, pp. 250-283 [なお、同論文の脚注 139 で、本稿の注 24 で言及したグローバル行政法プロジェクトが肯定的に参照されていることが目を惹く]。
- (66) 肯定的な評価として、神田秀樹「金融危機後の金融規制に関する国際的なルール形成」『法律時報』第84巻10号(2012年)30頁。また、バーゼルIに対する批判を踏まえて現在のバーゼル委員会の運用は決定過程の透明性にも配慮していると主張するものとして参照、Michael S. Barr and Geoffrey P. Miller, "Global Administrative Law: The View from Basel," *European Journal of International Law*, Vol. 17 No. 1 (2006), pp. 15-46.
- (67) See, Pierre-Hugues Verdier, "Transnational Regulatory Networks and Their Limits," 34 Yale Journal of International Law 113 (2009).
- (68) 参照,石川健治「承認と自己拘束――流動する国家像・市民像と憲法学」『岩波 講座 現代の法1 現代国家と法』(1997年) 31 頁。
- Robert Wai, "Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization," 40 Columbia Journal of Transnational Law 209 (2001); Horatia Muir Watt, "Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: A Matter of Political Economy," 9 Columbia Journal of European Law 383 (2003); Annelise Riles, "Managing Regulatory Arbitrage: A conflict of laws approach" (summary available at http://blogs.cornell.edu/collateralknowledge/2012/11/12/managing-regulatory-arbitrage-a-conflict-of-laws-approach/).