

当事者自治の現代的意義

— 『国際商事契約の準拠法選択に関するハーグ原則』をめぐって

西谷 祐子
にし たに ゆう こ

京都大学大学院法学研究科教授

- I はじめに
- II 当事者自治の意義
- III ハーグ原則の構成と内容
- IV ハーグ原則の意義
- V おわりに

I はじめに

大陸法系諸国の伝統的な国際私法の方法論は、サヴィニーに端を発しており、単位法律関係ごとに、抵触する法の中から最も密接な関係をもつ法を選び出す⁽¹⁾。これは、内外法の平等を前提として、価値中立的に法律関係の場所付けを行うことによって法の抵触を解決するもので、国家に由来する法の領域性を前提とする⁽²⁾。この法実証主義的な方法論は、公法から峻別された私法だけを対象とし⁽³⁾、対等かつ独立の主権国家が並立するウェストファリア体制の国際法秩序に対応していた。そして、国家だけが対外的に条約や国家実行を通じて国際法を創設しうることを、対内的にも国家が専制的に国内法を創設することを自明の理としてきた⁽⁴⁾。

しかし、今日では、グローバル化が進展し、国境を越えた人、物、サービス、資本、情報などの移動が格段に活発化する中で、一国が立法権限を行使して規制するだけでは対応しきれない様々な問題が生じている。たとえば、地球環境保護、エボラ熱への対応と公衆衛生、国際犯罪やテロリズムへの対応、世界金融危機、税源浸食と利益移転などが想起されよう。そこで、近時は、欧州連合(EU)の立法や国際的な裁判機関の判断などを通じた国家を超えたレベルでのハードローの形成が進む一方で、各国の実情に応じた柔軟なガバナンスのため、あるいは市場の要請に応じた自律的な規範を創設するため、ソフトローが

積極的に活用されてきている⁽⁵⁾。国際金融規制において、バーゼル銀行監督委員会による「バーゼル合意Ⅲ」(2010年)やIOSCO(証券監督者国際機構)による「証券規制の目的と原則」(IOSCO原則)が重要な役割を果たしているのは、その好例である⁽⁶⁾。また、国家以外のアクターである個人、企業、銀行やスポーツ等の業界団体、NGO、国際組織、その他の国際団体などが創設する規範、あるいはその活動から慣習的に形成される規範が国家法と協働して、あるいは自律的な規範として妥当するようになってきている。このように国家の立法権限に基づかないソフトローの重要性が増す中で、公法と私法が交錯する領域も増えており、法規範の多元化が進んでいる⁽⁷⁾。もとより国家は、現在でも最も重要なエンフォースメントの担い手であるが、国家の権限と機能が次第に分散されるに従い、他のガバナンスの手段も模索されるようになってきている。このような文脈においては、法の抵触を解決するための国際私法がグローバル化の中でどのような役割を果たしうるか検討するのは有益であろう。

折しもハーグ国際私法会議は、2015年3月19日に、「国際商事契約の準拠法選択に関するハーグ原則」(以下、「ハーグ原則」という)⁽⁸⁾及びそのコメンタリーを採択した⁽⁹⁾。これは、条約による国際私法の統一に努めてきたハーグ国際私法会議にとって、初めての法的拘束力をもたない法文書(non-binding instrument)であり、ソフトローとしての抵触規則を定めている。ハーグ原則は、前文と1~12条の規定からなり、国際商事契約の準拠法選択に関する基本原則を定めることで、当事者自治を促進することをめざしている⁽¹⁰⁾。とりわけハーグ原則3条は、裁判手続及び仲裁手続の双方について一定範囲で非国家法の準拠法適格性を認めており、法規範の多元性に対応するものとして注目される。

本稿においては、まず前提として、当事者自治の意義と正当化根拠について、歴史的な発展経緯を踏まえて論ずる(Ⅱ)。ついで、ハーグ原則の基本的な構成と内容を紹介したうえで(Ⅲ)⁽¹¹⁾、ハーグ原則の予想される意義について、比較法的検討を踏まえながら、当事者自治の確立及び運用という二つの観点から考察する(Ⅳ)。最後に今後の展望を示したうえで、本稿を締めくくりにしたい(Ⅴ)。

II 当事者自治の意義

1 当事者自治の歴史的発展

国際私法における当事者自治とは、当事者に準拠法選択の自由を認める原則である。当事者自治は、客観的要素を連結点とするのではなく、端的に当事者の意思を連結点とする点で、通常の抵触規則とは異なる特殊性をもつ⁽¹²⁾。

従来、当事者自治の淵源は、16世紀のデューランの学説にあるとする見解が有力であった⁽¹³⁾。しかし、ガミルシェックの詳細な分析によれば、デューランは、実際には契約締結地法からの逸脱を正当化するために当事者の「任意の服従」による仮定的意思を援用したに過ぎず、当事者に準拠法選択の自由を認めたわけではないという⁽¹⁴⁾。サヴィニーも、契約の「本拠」を探求するに当たって、当事者の「任意の服従」に基づいて履行地法、一定の場合には行為地法、補充的に債務者の住所地法によるとしており⁽¹⁵⁾、当事者が連結点の前提をなす事実を自由に決定することを認めるに過ぎず、それ以外の準拠法を選択する可能性は想定していなかったと解される⁽¹⁶⁾。

むしろ現代国際私法における当事者自治の端緒となったのは、19世紀半ばのマンチーニの学説であり、1865年イタリア民法典前加編9条2項——彼も起草者の一人であった——に取り入れられ⁽¹⁷⁾、次第に大陸法系諸国の学説及び判例に受容されていった⁽¹⁸⁾。もっとも、マンチーニは、実質法上の契約自由の原則を国際私法に投影することで準拠法選択の自由を認めたに過ぎず、当事者自治に理論的根拠を与えるには至らなかった⁽¹⁹⁾。そのため、19世紀末から20世紀初めにかけて、ヨーロッパ各国の有力な学者——ピレー、ニボワイエ、アンツィロッティ、ルートヴィッヒ・フォン＝パール、ツィーテルマンなど⁽²⁰⁾——が当事者自治を否定する議論を展開することになった⁽²¹⁾。

当事者自治否定説の論拠は、次の二点に集約される。第一に、当事者による契約自由の原則は、実質法が定める任意法規の範囲を越えることはできない。そうでなければ、当事者は、あらゆる強行法規を潜脱することができ、立法者と同様の強い権限を与えられることになるという。第二に、準拠法を選択においては、いずれかの法によって当事者の準拠法選択の合意の有効性を判断しな

なければならない。しかし、選択された法によるとすると、有効な準拠法選択の合意があつて初めてその法が選択されたといえるため、循環論に陥る。また、法廷地法によるとすると、法廷地は紛争発生後に初めて決まることが多いため、予見可能性が担保されない。もし唯一の選択肢が客観的連結によることであるならば、当事者自治を認める意味がなくなるという⁽²²⁾。

当事者自治否定論は、ドイツにおいては、1930年代にハウデックらによつて克服された⁽²³⁾。ハウデックは、当事者自治とは、いずれの実質法からも独立した国際私法上の政策判断として、当事者の意思を連結点とする原則であるとした。そして、第一の批判は、国際私法上の当事者自治を実質法上の契約自由と混同するものであり、国際私法上の連結方法である以上、当事者による準拠法選択は当然に強行法規にも及ぶとした。その結果、—従前の積極的公序概念から消極的公序概念への移行に伴つて⁽²⁴⁾—契約を規律する強行法規（「国内的強行法規」）は、当事者が選択する準拠法から演繹されることとなった。また、第二の批判については、当事者が指定した法によつて準拠法選択の合意の有効性を判断するとしても、国際私法上の政策判断として当事者の推定上の意思を連結点とすることは可能であり、循環論ではないとした⁽²⁵⁾。現在では、準拠法選択の合意について、—日本では国際私法独自説が有力であるが—国際的には準拠法説が確立した準則となつており、ハーグ原則6条1項においても採用されている⁽²⁶⁾。

日本においては、1898年の法例7条制定時に、契約について各国の立法例及び学説が当事者自治に依拠していることを理由に、主観的連結が導入された⁽²⁷⁾。もっとも、実際には、当時のベルギー⁽²⁸⁾とドイツ⁽²⁹⁾は立法に失敗しており、学説上も当事者自治否定論が隆盛しつつあったことに鑑みれば、日本が法例7条1項において当事者自治を導入しえたのは幸運であつたといえよう。その後、日本の学説においては、当事者自治の制限法理として質的制限論と量的制限論が同一の次元で論じられてきたが⁽³⁰⁾、歴史的には、質的制限論は当事者自治否定論自体を指しており、その克服後に初めて量的制限論が提唱されたことに留意すべきであろう⁽³¹⁾。

今日では、当事者自治は、国際私法と実質法の峻別を踏まえて、国際私法上

の連結政策として当事者の意思そのものを連結点とする手法であると理解されている。準拠法選択について実質法上の強行法規の縛りを解くことで、当事者自治の妥当範囲も契約以外の法律関係、すなわち事務管理・不当利得・不法行為、動産物権、さらには親族・相続関係にも拡大しえたといえよう⁽³²⁾。

2 当事者自治の根拠

それでは、現代国際私法における当事者自治の根拠は、何に求められるか。当事者自治は、当事者に準拠法選択の自由を認める特殊な原則であり、かつての条例理論⁽³³⁾やカリーの統治理論⁽³⁴⁾のように、法規からの出発によったのでは説明できない。また、米国の抵触法革命⁽³⁵⁾以後に提唱されてきた、法廷地法の適用を優先するエーレンツヴァイクの「法廷地法」アプローチ⁽³⁶⁾や、実質法的価値を重視するレフラーの「ベター・ロー」アプローチ⁽³⁷⁾とも整合しない。したがって、当事者自治は、サヴィニー以来の国際私法の方法論と同じく法律関係から出発し、価値中立的に準拠法を決定する手法を前提とする。ただし、当事者の意思は、アンツイロツティやバティフォルの「場所付け理論」⁽³⁸⁾、あるいはウェストレイクの「プロパー・ロー理論」⁽³⁹⁾のように、最密接関係地を探求する際の考慮要素の一つに過ぎないのではなく、端的に準拠法決定の基準となる。それゆえ、当事者自治によって、必ずしも伝統的な方法論にいう最密接関係地法の適用が導かれるわけではない⁽⁴⁰⁾。

ケーゲルは、多様な内容及び種類の契約が存在する中で、すべての契約に妥当する唯一の客観的連結点を見出すことはできないことから、「窮余の一策」(*Verlegenheitslösung*)として、当事者の意思に基づく主観的連結による⁽⁴¹⁾。このような当事者自治の消極的根拠は、日本の学説にも少なからず影響を与えてきたといえよう⁽⁴²⁾。もっとも、ノイハウスなどは、実質法上の価値の国際私法への投影として、契約における当事者の自由を強調し、早くから当事者自治の積極的な正当化根拠を示していた⁽⁴³⁾。ハーグ原則のコメンタリーも、当事者自治を認めることで法的安定性及び予見可能性が図られること、また当事者は自らの取引関係を熟知しているため、契約を規律する法を決定するのに最もふさわしいことを挙げている⁽⁴⁴⁾。実際にも、国際取引の当事者は、準拠法

を選択し、管轄合意又は仲裁合意と組み合わせることで、合理的にリスク計算をすることができる。また、契約準拠法が選択されれば、裁判官及び仲裁人にとっても法適用が容易になり、迅速な紛争処理に資するといえよう。さらに、当事者が海商法や保険法、金融法などの特定の領域において国際標準となっているイングランド法やスイス法、ニューヨーク州法を選択することができれば——現実にはあまり活用されていないという指摘はあるが⁽⁴⁵⁾——、取引の円滑化及び画一化を図ることができる⁽⁴⁶⁾。

これらの功利主義的な理由付けとは異なって、バーゼドーは、ルソーやカントの思想における個人の自由と尊厳を尊重する考え方から、国際私法上の自己決定権として当事者自治を正当化する。つまり、当事者自治は、当事者が自らの取引を任意の法秩序に服させるという意味での前国家的な基本権であるという⁽⁴⁷⁾。これは、ドイツ基本法2条1項の「人格の自由な発展」が当事者自治を担保するという議論の延長線上にあるが⁽⁴⁸⁾、この命題によると、客観的連結による契約準拠法の決定は個人の基本権を侵害すると言わざるを得ず、異論もあるところであろう⁽⁴⁹⁾。いずれにしても、個人の人格権による当事者自治の正当化も、従来の学説と同じく価値中立的な国際私法の枠組みにとどまるもので、政策考慮を伴っていないというべきであろう。

それに対して、近時のミュイール・ワット⁽⁵⁰⁾やワイ⁽⁵¹⁾を初めとする学説は、伝統的な枠組みを越えたグローバル・ガバナンスの手法として、国際私法の規制的機能に着目している。グローバル化が進む中で、法規範の創造はもはや国家——特に立法者及び裁判官——の専権事項ではなくなっており、様々な国家以外のアクターの活動を通じて、各々の分野ごとに国際取引を規律するのに適したソフトローが形成されている。とりわけ私法統一国際協会（UNIDROIT）による「国際商事契約原則2010」（UPICC）⁽⁵²⁾は、立法モデルとして、あるいは国内法や「国際物品売買契約に関する国際連合条約」（CISG）などの統一法条約の解釈ないし欠缺補充のために援用されており、仲裁判断の準拠法として適用された例もある⁽⁵³⁾。学者グループによる「ヨーロッパ契約法原則」（PECL）⁽⁵⁴⁾や「共通参照枠草案」（DCFR）⁽⁵⁵⁾もモデル契約法体系として同様の役割を果たしている。また、国際商業会議所（ICC）による「信用状統一規則」

(UCP)⁽⁵⁶⁾や「インコタームズ」(INCOTERMS)⁽⁵⁷⁾は、国際取引を画一的かつ効率的に規律するための商事自治法であり、特に信用状取引においてはUCPに準拠することが商慣習になっている⁽⁵⁸⁾。このようにソフトローとしての非国家法は、国家法と協働し、国家法を補充するにとどまらず⁽⁵⁹⁾、部分的には自律的な規範として妥当するようになってきているといえよう。法規範の多元化が進む中で、トイプナーが言うような固定的なヒエラルキーや中心点がない「法の分断化」(legal fragmentation)に至るまで脱国家化が進むかどうか定かではないが⁽⁶⁰⁾、少なくとも広義での法の抵触は、国家法と国家法の間だけではなく、国家法と非国家法の間、あるいは非国家法同士でも生じていると見るができるであろう⁽⁶¹⁾。

問題は、国際私法の体系として、ソフトローである非国家法にも契約準拠法としての適格性を認めうるか否かである。そもそも国家の代理人としての裁判官は、一方当事者が任意に契約上の義務を履行せず、裁判による紛争解決を拒む場合にも、強制的に裁判権に服させ、契約関係を規律する役割を負う。そこで、伝統的には、裁判手続における準拠法は、私的紛争解決手段としての仲裁手続と異なって、正統な (legitimate) 立法権限に基づく国家法に限定されると理解されてきた⁽⁶²⁾。しかし、いかなる規範に法源性を認めるかは、国際私法の体系に関する政策判断であり、当事者自治が主観的に当事者の意思に基づいて準拠法を決定する特殊な原則であることに鑑みれば、非国家法の選択を認めることに理論的な障碍はない⁽⁶³⁾。

従来 of 学説においては、非国家法の選択を認めると、当事者にはあらゆる国の強行法規を排除し、任意法規だけを準拠法とする権限を与えることになるため、「法のない契約」(*contrat sans loi*)を創造すると批判されてきた⁽⁶⁴⁾。しかし、国際的な契約関係については、唯一の重心をもつ所与の準拠法は存在せず、法律回避による国内的強行法規の排除は問題とならない⁽⁶⁵⁾。既存の国際私法体系においても、当事者は、内容の当否や制定過程の民主的正統性を問うことなく特定国の法を選択できるうえ、分割指定によって複数の法を組み合わせれば、事実上、国内的強行法規の多くを除外できる。また、非国家法であるから法の真空状態が生ずるわけではなく、むしろ非国家法は、国際私法の授権に基づい

て当事者が指定することで、契約関係を規律するための法的拘束力を取得する⁽⁶⁶⁾。その意味では、当事者の意思は、もはや法律関係を特定の法域に結び付けるための「連結点」ではなく、非国家法に法的拘束力を与える基盤になるといえよう。他方、国家による規制は、国際私法上の準拠法決定とは別次元の公序則及び絶対的強行法規の適用又は考慮を通じて最低限保証されており（ハーグ原則11条参照）、「法のない契約」を認めるわけではない⁽⁶⁷⁾。

仲裁手続における非国家法の選択可能性（仲裁法36条1項〔平成15年8月1日法律第138号〕）は、実質法上広範な契約自由が妥当する商事契約に関するかぎり、裁判手続に拡大しても支障はなく、それによって紛争解決手段ごとに非国家法の準拠法適格性が左右されるのを回避することができる。当事者も、非国家法を—実質法的指定ではなく—端的に契約準拠法として選択できれば、国際取引に即した中立的な法規範の適用を確保し⁽⁶⁸⁾、取引コストを抑えることができる⁽⁶⁹⁾。当事者自治によって多元的な法規範の選択可能性が広く認められれば、アクターの相互作用を通じて法規範相互間の競争が促され、ひいては—米国の設立準拠法主義の下でのデラウェア会社法のように—競合する法規範が統合又は収斂していく可能性も出てくるであろう⁽⁷⁰⁾。このように当事者自治は、グローバル化時代における法規範の多元性に対応しながら、国際取引を規整するための有効な手段であると解される。

Ⅲ ハーグ原則の構成と内容

1 総説

ハーグ原則は、以上のような当事者自治の正当化根拠を踏まえて、国際商事契約の準拠法選択に関する基本原則を定めることで、当事者自治を促進することをめざしている。ハーグ原則は、当事者による明示又は黙示の準拠法選択がある場合だけを対象とし、準拠法選択がない場合の客観的連結は定めていない。これは、ハーグ原則の目的が当事者自治の促進にあること、また客観的連結に関する各国の法制は、—とりわけEUは「契約債務の準拠法に関する規則」（以下、「ローマI規則」という）⁽⁷¹⁾4条以下で明確な準則を定めており、米国は事案ごとに最密接関係法を探求する⁽⁷²⁾など—区々に分かれており、短期間に

原則を集成するのが難しいと判断されたことによる。ただし、将来のプロジェクトとして、客観的連結に関する抵触規則を編成する可能性が排除されたわけではない⁽⁷³⁾。

ハーグ原則は、その名称のとおり、国際商事契約の準拠法選択に関するモデル法や立法ガイドではなく、その基本原則を定めるものである。そこで、ハーグ原則は、将来の条約や国内立法等のモデルとなるだけでなく（前文2項）、既存の抵触規則の解釈、欠缺補充、そして発展のための指針となること（同3項）が想定されている⁽⁷⁴⁾。従来、裁判手続と仲裁手続における抵触規則は区別されてきたが、同一の当事者間で形成される同一の法律関係である以上、紛争解決手段によって準拠法の決定基準が相違し、異なる法的評価を受けるのは望ましくない。そこで、ハーグ原則は、裁判手続と仲裁手続の双方を対象としており（前文4項）、必要な範囲でのみ両者を区別する規定を置いている。ハーグ原則の適用根拠については、UPICC前文とは異なって当事者の選択によるオプト・イン形式が取られていないが⁽⁷⁵⁾、抵触規則の性質上、裁判手続に関するかぎり、ハーグ原則が法廷地の国際私法を排除して直接適用されることはないであろう。

ハーグ原則の場所的適用範囲は、契約のいずれかの客観的要素——準拠法選択の意思を含まない——が涉外性をもつことである（1条2項）⁽⁷⁶⁾。また、ハーグ原則の事項的適用範囲は商事契約に限定され、いわゆる経済的弱者が一方当事者となる消費者契約や労働契約は除外されている（1・3項）。商人間の契約であれば、通常は当事者間に情報力・交渉力の格差がなく、準拠法選択が濫用されるおそれがないからである⁽⁷⁷⁾。当事者によって選択された法は、契約に関するすべての事項——時効及び出訴期限、契約締結上の過失を含む——及び債権譲渡に適用される（1条2項、9条1項、10条）⁽⁷⁸⁾。

2 ハーグ原則における抵触規則

(1) 準拠法選択の自由とその範囲

ハーグ原則2条は、基本原則としての当事者自治を掲げたうえで（2条1項）、それを最大限尊重するための準則を定めている。それによれば、分割指

定が認められるほか（2項）、—方式の有効性及び第三者の権利を留保したうえで—事後的な準拠法の選択又は変更も認められる（3項）。また、契約又は当事者と場所的な関連性をもたない法の選択も認められ、量的制限は否定されている（4項）。さらに、ハーグ原則8条によれば、当事者は、明示の合意によって、一国の法をその国際私法を含めて選択することもできる⁽⁷⁹⁾。

最も注目されるのは、ハーグ原則3条が非国家法、すなわち「法の準則」（rules of law）の選択を認めている点である。この規定は、仲裁手続のみならず、裁判手続も対象とするが、現実には裁判手続について非国家法の選択を認める法制は、まだ例外的であることから、法廷地法が別異に定めている場合は留保されている。また、選択されうる非国家法は、「中立的かつ公平な体系的規範として、国際的、超国家的又は地域的に広く受け入れられた法の準則」に限定される⁽⁸⁰⁾。この文言は、作業部会が作成した原案にはなく⁽⁸¹⁾、2012年11月の特別委員会において妥協案として付加されたものであり⁽⁸²⁾、解釈としてどのような非国家法が対象となるのか問題となる⁽⁸³⁾。

(2) 明示又は黙示の意思

ハーグ原則4条前段によれば、準拠法の選択は、明示的又は黙示的になされる。黙示の合意は、当事者の現実の意思として、契約内容又は諸事情から明らかでなければならない。他方、4条後段によれば、他の客観的な補強要素がなく、管轄合意又は仲裁合意が存するだけでは、準拠法選択の黙示の意思は導かれない。当事者は、専門性や中立性を理由に、特定の法廷地又は仲裁地を選択することもあるからである⁽⁸⁴⁾。

(3) 準拠法選択の合意

当事者による準拠法の選択は、国際私法上の特別の法律行為であって、主契約から分離独立している。それゆえ、主契約の無効又は取消しだけを理由に、準拠法選択の合意の有効性が否定されることはない（ハーグ原則7条）⁽⁸⁵⁾。

準拠法選択の合意の成立及び有効性は、原則として表見上合意された法による（ハーグ原則6条1項a号）。ただし、当事者は、それに代えて自己の営業所

所在地法を援用することもできる(2項)⁽⁸⁶⁾。「書式の戦い」においては、申込者の約款がA国法を、承諾者の約款がB国法を指定していても、直ちに準拠法選択の合意が不成立となるのではなく、まずは表見上合意された実質法によって判断する(1項b号)。そこで、書式の戦いの解決法として、A国法とB国法が共にファースト・ショット・ルールを採用していれば、申込者の約款に従ってA国法が準拠法となり、共にラスト・ショット・ルールを採用していれば、承諾者の約款に従ってB国法が準拠法となる。それに対して、A国法とB国法が異なる約款を優先させる場合、あるいは一方又は双方がノックアウト・ルール又は折衷ルールを採用している場合には、準拠法選択の合意は成立していない扱いとなる⁽⁸⁷⁾。

準拠法選択の合意には、主契約が要式行為である場合も含めて、いかなる方式要件も課されない(ハーグ原則5条)⁽⁸⁸⁾。黙示の合意や訴訟上の準拠法選択も認められる以上、無方式とするのが整合的である。ただし、英米法系では、口頭による契約変更を禁止することが多いことを踏まえて、当事者が合意で書面性を要件とすることも認められている⁽⁸⁹⁾。

(4) 当事者自治の制限

ハーグ原則は、広範な当事者自治を認める一方で、国家による規制を確保するため、絶対的強行法規及び公序の適用又は考慮に基づく制限法理を定めている(11条)。

裁判手続については、まず法廷地の価値判断が基準とされ、法廷地の絶対的強行法規は、準拠法如何にかかわらず常に適用されるほか(11条1項)、選択された法の適用が法廷地の公序に反する場合には、その適用が排除される(3項)。他方、外国の絶対的強行法規又は外国の公序がいかなる範囲で適用又は考慮されうるか、あるいは適用又は考慮されねばならないかについては、各国の立場が区々に分かれている⁽⁹⁰⁾。それゆえ、ハーグ原則は、第三国の(又は契約準拠法上の)絶対的強行法規、あるいは客観的連結による契約準拠法上の公序の適用又は考慮について態度決定しておらず、端的に法廷地の国際私法にゆだねている(2・4項)⁽⁹¹⁾。

それに対して、仲裁手続については、基準となる場所（仲裁地、執行予定地など）が一義的には定まらない。それゆえ、ハーグ原則11条5項は、場所を特定することなく、仲裁廷は公序を適用又は考慮し、また選択された法以外の法の絶対的強行法規を適用又は考慮しうるとだけ定めている。ただし、仲裁廷による恣意的な判断を防ぐため、それが仲裁廷の「義務又は権限」に基づかなければならないことを明記している⁽⁹²⁾。

IV ハーグ原則の意義

(1) 当事者自治の確立

それでは、ハーグ原則は、当事者自治の確立という点では、どのような意義をもつであろうか。

(a) 仲裁手続

仲裁法36条1項は、UNCITRAL国際商事仲裁モデル法⁽⁹³⁾28条1項と同じく、仲裁判断の準拠法について当事者自治を採用している。しかも、国際私法を含めた準拠法の指定及び非国家法の選択可能性も肯定している。このモデル法は、72ヶ国（102の法域）で採用されており⁽⁹⁴⁾、他の法域における仲裁規則も同様の準則によっている⁽⁹⁵⁾。このように私的紛争解決手段としての仲裁手続においては、すでに世界的に当事者自治が確立しており、ハーグ原則のモデルとしての意義は限定的であると思われる。

(b) 裁判手続

それに対して、裁判手続については、各国の状況は一様ではない。

ハーグ国際私法会議が採択した条約においては、動産売買条約（1986年）7条のほか、動産売買条約（1955年）2条及び代理条約（1978年）5条が契約関係に関する当事者自治を認めている。ただし、1986年条約は、アルゼンチンが批准しただけで未発効にとどまっており、1955年条約も7締約国、1978年条約も4締約国を数えるに過ぎず、いずれも成功した条約であるとはいえない⁽⁹⁶⁾。

日本においては、法の適用に関する通則法（平成18年6月21日法律第78号。以下、「通則法」という）7条が、従前の法例7条1項と同じく契約準拠法の決定について当事者自治を、通則法9条が準拠法の事後的変更を定めている。他のアジア諸国においても、韓国国際私法25条1-5項⁽⁹⁷⁾、台湾国際私法20条⁽⁹⁸⁾、中国国際私法3条・41条1文⁽⁹⁹⁾、タイ国際私法13条⁽¹⁰⁰⁾、ベトナム民法759条⁽¹⁰¹⁾のほか、インドネシア⁽¹⁰²⁾、マレーシア⁽¹⁰³⁾、フィリピン⁽¹⁰⁴⁾が契約に関する準拠法選択を認めている。また、香港⁽¹⁰⁵⁾、シンガポール⁽¹⁰⁶⁾、オーストラリア⁽¹⁰⁷⁾、インド⁽¹⁰⁸⁾も、コモンローの伝統的理論に従い⁽¹⁰⁹⁾、主観的連結によっている。

欧州でも、EUにおいて2008年ローマI規則3条が、従前の1980年ローマ条約⁽¹¹⁰⁾3条と同じく広範な当事者自治を認めている。しかも、EUにおいては、当事者自治が妥当する事項が契約債務から契約外債務⁽¹¹¹⁾、離婚⁽¹¹²⁾、扶養義務⁽¹¹³⁾、相続⁽¹¹⁴⁾へと拡大しており、夫婦財産制及び登録パートナーシップ財産制への導入も予定されている⁽¹¹⁵⁾。さらに、ドイツの学説上は、動産物権にも当事者自治を認める見解が有力であり⁽¹¹⁶⁾、EU法上の「開業の自由」（EU運営条約⁽¹¹⁷⁾49・54条）に基づく会社法人格の承認も、間接的には設立準拠法の選択を許すものである⁽¹¹⁸⁾。それゆえ、当事者自治は、今日のEU国際私法の重要な基本原則となっていると評価してよい⁽¹¹⁹⁾。スイス国際私法は、EUよりもさらに広い範囲で当事者自治を認めており、契約債務及び契約外債務、親族相続関係のほか、債権譲渡、動産物権及び担保物権、氏名も対象としている⁽¹²⁰⁾。そのほかトルコ国際私法24条及びロシア民法1210条も、契約について当事者自治を認めている。

それに対して、中南米諸国は従来、当事者が国家の立法権や裁判権の及ぶ範囲を画定できないことを理由に、当事者自治を否定してきた⁽¹²¹⁾。そこで、契約準拠法の決定も客観的連結に依拠しており、ブラジル民法施行法9条は契約締結地法に、ウルグアイ民法2399条は履行地法によっている。しかし、米州機構（OAS）による1994年「国際契約の準拠法に関するメキシコ条約」（以下、「メキシコ条約」という）⁽¹²²⁾7・8条は、広く当事者自治を認めており、メキシコ及びベネズエラについて発効している。まもなくブラジル、ウルグアイ、ペ

ルー、ボリビアも、国内立法によって当事者自治を導入する予定であり⁽¹²³⁾、中南米においても、当事者自治が確立するのは時間の問題であると思われる。注目すべきことに、パラグアイは、2015年「国際契約の準拠法に関する法律」⁽¹²⁴⁾において、ハーグ原則を一部変更したうえで採用した。しかもハーグ原則3条に定める非国家法の準拠法適格性の限定を外しており、広く非国家法の選択可能性を認めている⁽¹²⁵⁾。

米国は、伝統的に1971年抵触法第二リストメント187条及び統一商事法典(UCC)1-105条において当事者自治を認めながらも、選択されうる法の範囲を契約と場所的な関連性をもつ法に限定し、量的制限を課してきた。2001年改正によるUCC1-301条は、量的制限を除外して広く当事者自治を認める規定を導入したが、ほぼ全州で拒否されたため、2008年改正によって再び量的制限が採用されている⁽¹²⁶⁾。ただし、国際取引の中心地であるニューヨーク州は、25万ドル以上の価値の商事契約の全部又は一部について、ニューヨーク州法を準拠法とする合意は、場所的関連性の如何にかかわらず有効であるとしている⁽¹²⁷⁾。同様の準則は、テキサス州やカリフォルニア州にもある⁽¹²⁸⁾。また、ルイジアナ州民法3540条及びオレゴン州民事訴訟法第15章350条は、すべての契約について量的制限を課すことなく、正面から当事者自治を認めている。

中近東においては、客観的連結を原則とする法制が多い。イラン民法968条は、原則として契約締結地法によっており、外国人同士がイランで締結した契約についてだけ、明示的又は黙示的にそれ以外の法を選択することを認めている⁽¹²⁹⁾。エジプト民法19条、リビア民法19条、ヨルダン民法20条、シリア民法20条、イエメン民法30条、クウェート民法59条、イラク民法25条などは、原則として当事者の同一住所地法、なければ契約締結地法によるが、当事者が明示的又は黙示的に他の法の適用を合意すれば、それによる。ただし、異論もあるものの⁽¹³⁰⁾、一般には、選択されうる法の範囲は、契約と関連性をもつ法に限定されると解されているようである(アルジェリア民法18条1項も同旨)⁽¹³¹⁾。他方、不動産に関する契約は、常に不動産所在地法による。それに対して、チュニジア国際私法62条1文、モロッコ⁽¹³²⁾、イスラエル⁽¹³³⁾は、第一

義的な準拠法決定の手法として、量的制限を課すことなく当事者自治を認めている。他のアフリカ諸国においても、南アフリカ⁽¹³⁴⁾その他のコモンウェルス・アフリカ諸国⁽¹³⁵⁾は、コモンローの伝統に従い、一般に主観的連結によっている。もっとも、多くのアフリカ諸国では立法が未整備であるうえ、先進国企業との取引では、先進国側の裁判所又は仲裁廷に紛争が付託されるのが通常であるため、判例も確立していないという⁽¹³⁶⁾。

このように世界的に見ると、多くの法域では、裁判手続についても当事者自治が認められているが、米国や中近東など準拠法の選択を限定している法域や、アジア、南米やアフリカの各国のように今後立法を行う又は判例法を発展させる国においては、ハーグ原則は、広範な当事者自治を導入するためのモデルとなりうるであろう。

(2) 当事者自治の運用

仲裁手続及び裁判手続について当事者自治が確立している法域でも、その解釈及び適用を精緻化し、運用を確立するためには、別途詳細な準則が必要になる。ハーグ原則は、このような実践の手引きとしての役割も担っている⁽¹³⁷⁾。以下では、日本の解釈論及び立法論をめぐる重要な論点を中心に、ハーグ原則のモデルとしての意義を考察しよう。

(a) 仲裁手続

仲裁手続については、上述のとおり、仲裁法36条1項及びUNCITRAL国際商事仲裁モデル法28条1項を初めとする様々な仲裁規則が、非国家法及び国際私法の選択可能性を含めて、広範な当事者自治を認めている。その論理的帰結として、一般に量的制限は課されず、分割指定も認められている。他方、黙示の合意や準拠法選択の合意（クロス式合意の有効性ほか）などの判断は、仲裁地の国際私法の適用可能性を含めて解釈にゆだねられている⁽¹³⁸⁾。それゆえ、ハーグ原則及びコメンタリーが黙示の合意の認定基準を明らかにし（4条）、準拠法選択の合意の判断基準を示していることは（5・6条）、解釈の指針として参考になる。

(b) 裁判手続

裁判手続については、通則法7条は準拠法選択の自由を、9条は準拠法の事後の変更を明文で規定するに過ぎない。2006年の通則法制定時には、分割指定、準拠法選択の有効性、そして黙示の合意について明文規定を置くことも検討されたが⁽¹³⁹⁾、採用されなかった経緯がある⁽¹⁴⁰⁾。それゆえ、以下のような解釈論及び立法論上の論点がある。

aa) 準拠法選択の態様

通則法7条の解釈として、一般に量的制限は課されず⁽¹⁴¹⁾、ハーグ原則2条4項と整合的である。分割指定については、現在の多数説⁽¹⁴²⁾及び裁判例⁽¹⁴³⁾は肯定説に立つが、否定説又は制限説もあり⁽¹⁴⁴⁾、原則として分割指定を否定する裁判例もある⁽¹⁴⁵⁾。比較法的には、肯定説が趨勢であり、ロイズ海上保険証券などで用いられる英国法準拠条項（「この保険は、一切の請求に対する責任及びその決済に関しては、イングランドの法及び慣習に準拠するものであることを了解し、かつ約束する。」）なども有効な抵触法的指定と解されている。国際取引の円滑化及び当事者の利益に鑑みれば、通則法7条についても分割指定を認め、ハーグ原則2条2項に従って解釈するのが相当であろう（ローマI規則3条1項も同旨）。

通則法9条は、ハーグ原則2条3項と同様に、契約準拠法の事後の変更を認めている。ただし、ハーグ原則2条3項は、変更後の準拠法が遡及的に適用されることを前提として、方式の有効性及び第三者の権利を留保しているのに対して、通則法9条は、第三者の権利を留保するに過ぎない。これは、通則法10条1項において、意思表示の外部的形式である方式の有効性だけは契約締結時に確定すべきことを理由に、準拠法変更の遡及効を否定したことによる⁽¹⁴⁶⁾。しかし、なぜ契約の形式的成立要件には遡及効を否定し、意思表示その他の実質的成立要件には肯定しうるのか、必ずしも明らかではない。また、契約が方式要件を欠く場合にも、当事者は準拠法変更によって瑕疵を治癒できないため、改めて契約を締結しなければならず、煩雑である。立法論的には、ハーグ原則2条3項と同様の準則が相当であると解されよう（ローマI規則3

条2項も同旨)。

bb) 黙示の意思

準拠法選択の合意に黙示の合意も含まれることは、日本の判例上確立しており⁽¹⁴⁷⁾、比較法的な動向とも整合的である(ハーグ原則4条も同旨)。この点は、台湾国際私法20条及び中国国際私法3条・41条1文が明示の合意に限定しているのと対照的である⁽¹⁴⁸⁾。もっとも、日本における黙示の意思の認定基準は、必ずしも明らかではない。

法例7条の下では、2項の客観的連結による契約締結地法の適用を避けるという配慮もあって、1項は広く解釈されており⁽¹⁴⁹⁾、仮定的意思を含むとする見解もあった⁽¹⁵⁰⁾。通則法7条においても、柔軟な解釈の余地を残すために、黙示の意思の定義が見送られた経緯がある⁽¹⁵¹⁾。しかし、通則法8条の下では、客観的連結として契約ごとに適切な最密接関係地を基準としうるため、7条の当事者の意思は、現実の意思に限定し、あくまで当事者の黙示の意思の合致を要件とすべきである⁽¹⁵²⁾。従来の裁判例のように、契約のあらゆる客観的要素を比較考量して⁽¹⁵³⁾、あるいは外国会社が日本での営業活動のために営業所を設置したことを理由に⁽¹⁵⁴⁾黙示の意思を導くことは、準拠法決定の趣旨及び当事者の予見可能性に反し、相当ではないと解される。

そこで、通則法7条の解釈として黙示の意思を演繹するには、ハーグ原則4条及びコメンタリーが参考になる。それによれば、たとえば当事者がロイズ海上保険証券を用いて保険契約を締結した場合には、契約内容に照らして、責任及び決済のみならず契約全体についてイングランド法を選択する意思が推認されることがある。当事者が契約書において特定国の法制度に固有の文言を用いたり、特定国の法律の条文を援用したりする場合も同様である。また、当事者が従前の同種の継続的取引において特定国の法を明示的に準拠法として指定しており、現在の取引でもそれに従う意図があると解される場合にも、契約の諸事情から黙示の意思が導かれる。他方、管轄合意又は仲裁合意は、単独では準拠法選択の黙示の合意に当たらないと解される(ハーグ原則4条後段参照)。当事者は、専門性や中立性、信頼性、アクセスの容易さなどを理由に、特定の法

廷地又は仲裁地を選択することも多いからである⁽¹⁵⁵⁾(ローマ I 規則前文 12 段も同旨⁽¹⁵⁶⁾)。

cc) 準拠法選択の有効性

準拠法選択の合意の成立及び有効性について、日本の学説は、伝統的な国際私法独自説⁽¹⁵⁷⁾と近時の有力説である準拠法説⁽¹⁵⁸⁾に分かれている。国際私法独自説は、準拠法選択の合意は国際私法上のものであること、当事者が指定した法によって準拠法選択の有効性を判断するのは循環論であることを根拠とする。しかし、上述のように、国際私法上の政策判断として当事者の推定上の意思を連結点とすることは可能であり、そうすることで主契約の有効性と同じ準拠法が適用されるという利点もある。また、国際私法独自説によれば、法廷地ごとに準拠法選択の有効性の判断が相違するおそれがあり、予見可能性は保証されない⁽¹⁵⁹⁾。したがって、通則法 7 条の解釈論としては、ハーグ原則 6 条 1 項と同じく準拠法説によるのが相当であろう。この立場からは、「書式の戦い」においても、ハーグ原則 6 条 1 項 b 号と同じく第一義的には指定された実質法上の解決法に従うべきであり、端的に準拠法選択の合意を否定すること（国際私法上の実質法的処理）⁽¹⁶⁰⁾はできない。ただし、準拠法説に立つ場合には、沈黙による同意の擬制によって一方当事者が不利益を被ることのないように（商法 509 条 2 項参照）、当事者が自己の営業所所在地法を援用することも認めるべきであろう（ハーグ原則 6 条 2 項〔ローマ I 規則 3 条 5 項及び 10 条も同旨〕）。

dd) 国際私法の選択可能性

当事者がある国の法をその国際私法を含めて指定する可能性については、日本の通説は、国際私法の強行性を理由に否定してきた⁽¹⁶¹⁾。ローマ I 規則においても、反致を排除する 20 条との平仄から、国際私法の選択可能性を否定する見解が多数である⁽¹⁶²⁾。しかし、ハーグ原則 8 条は、当事者が明示的に国際私法を含めて準拠法を指定しうると定めており、仲裁手続において確立した準拠法を裁判手続にも拡張している（オーストリア国際私法 11 条 1 項も同旨）。この準拠法は、当事者に法廷地国際私法を排除して外国国際私法に準拠する権限を与

えるものではなく、あくまで法廷地国際私法の枠内で、外国国際私法を参照して間接的に準拠法を指定することを認めるに過ぎない⁽¹⁶³⁾。それゆえ、法廷地国際私法の強行性と矛盾せず、通則法7条の適用場面の一つと見ることができる。当事者にとっても、契約準拠法について合意が成立しない場合に、—管轄合意又は仲裁合意を介して—法廷地又は仲裁地などの特定国の国際私法に準拠法決定をゆだねられるのは利点であろう⁽¹⁶⁴⁾。

ee) 非国家法の選択可能性

非国家法の選択可能性は、私的紛争解決手段である仲裁手続について確立しているが（仲裁法36条1項参照）、裁判手続においても認めるのは、日本の少数説にとどまっている⁽¹⁶⁵⁾。通則法7条が準拠法の領域性を前提としている点（当事者が「選択した地の法」）にも留意する必要があるだろう。諸外国においても、ハーグ原則が採択された時点では、非国家法の選択可能性を認める法域は限られていた⁽¹⁶⁶⁾。EUでは、ローマI規則委員会提案⁽¹⁶⁷⁾3条2項が「国際的に又は共同体において承認された契約法原則」の選択を認めていたが、欧州理事会の反対で採用されなかったため、現在では否定説が通説となっている（ローマI規則前文13段落参照）⁽¹⁶⁸⁾。ラテンアメリカにおいては、メキシコ条約が非国家法の選択を認めていると解釈する学説は多く⁽¹⁶⁹⁾、日本でもそのように紹介されているが⁽¹⁷⁰⁾、現実には否定説も少なくない⁽¹⁷¹⁾。各国の裁判例も、イングランドを含めて⁽¹⁷²⁾、非国家法の準拠法適格性を否定するのが一般的であり、スイス⁽¹⁷³⁾やチュニジア⁽¹⁷⁴⁾において例外が散見されるに過ぎない。このような中で、ハーグ原則3条が非国家法の適用可能性を認めたのは画期的であり、2015年にパラグアイがそれを受容する立法を行ったことは特筆されよう。

従来、公権力の行使としての裁判手続においては、法源は正統な立法権に基づく国家法に限られると解されてきたが、上述のように、国際私法の授權があれば、非国家法の選択を認めることに理論的な支障はない⁽¹⁷⁵⁾。かつてゴールドマン⁽¹⁷⁶⁾やシュミットホフ⁽¹⁷⁷⁾などは、商慣習としてのレークス・メルカトリーアの準拠法適格性を論じたが、法規範としての正統性、体系性、透明性を欠いており、限界があった⁽¹⁷⁸⁾。しかし、1994年にUPICC、1995年以降に

PECL が作成された後、議論の中心は体系性をもつ非国家法に移っている⁽¹⁷⁹⁾。ハーグ原則3条も、準拠法適格性をもつ非国家法を「中立・公平性」、「体系性」、「受容性」の要件を満たすものに限定している。3条の対象となるのは、UPICC、PECL や DCFR のほか、CISG などの私法統一条約が事項的又は場所的適用範囲外の契約の準拠法として指定される場合、あるいは国際開発契約において過去の国家法が選択される場合（安定化条項）などである⁽¹⁸⁰⁾。それに対して、狭義のレークス・メルカトールアとしての商慣習や標準契約条件、法の一般原則（「*pacta sunt servanda*」など）は体系性を欠くため、対象にならない。ユダヤ法やシャリーア法などの宗教規範、あるいは INCOTERMS や UCP などの援用可能統一規則は限界事例であるが、3条の要件を広く解釈し、これらの法規範の国際取引における定着度を重視するのであれば、対象に含める余地もあろう。いずれにしても、ハーグ原則3条の下で選択されうる非国家法は、体系性及び規範性を備えたものに限られるため、基本的に国家法と同等の法規範として妥当しうると解される⁽¹⁸¹⁾。

もともと、実際に非国家法の選択を日本の国際私法体系に組み込むには、いくつか課題があると思われる。まず日本の多数説によれば、外国法の調査と適用は裁判官の職権及び職務に属するが⁽¹⁸²⁾、非国家法にも同じ原則を適用するのは手続上も実際上も困難であると思われる。むしろ非国家法については、その内容を知悉している当事者に証明を求めるのが相当であろうが、民事訴訟法の枠内でそのような運用が可能であるか否かは検討が必要であろう。また、非国家法は性質上、自己完結的な規範体系ではないため、その解釈及び欠缺補充の手法を別途考慮する必要がある。UPICC も、強行法規の適用の判断を国際私法にゆだね（1.4条）、利率について支払地ないし支払通貨発行国の利率に準拠するなど（7.4.9条）、必要に応じて国家法を援用する明文規定を置いており、参考になる。

仮に裁判手続についても非国家法の準拠法適格性を肯定したとしても、現実に当事者が非国家法を選択するか否かは別問題である。仲裁手続においては、従来から非国家法の選択が可能であるが、これまでに利用された例は少ないという⁽¹⁸³⁾。その理由は、おそらくは国家法に準拠する慣行から逸脱することの

リスクの大きさや、非国家法の解釈に疑義があり、必ずしも予見可能性が担保されないことなどがあると推測される⁽¹⁸⁴⁾。しかし、それによって非国家法を選択する有用性が否定されるわけではなく、実務が新たな方向に発展する可能性は十分にある。特に UPICC は、最先端の国際取引実務を踏まえた優秀な契約法体系である。UPICC のような非国家法は、従前のように法の一般原則や商慣習等を体現し、国家法を補充し、解釈の妥当性を確認するにとどまるのではなく⁽¹⁸⁵⁾、端的に準拠法として選択されうる適格性及び潜在的可能性をもつように思われる。

V おわりに

現代国際私法においては、当事者自治が中心的役割を果たすようになっている。ハーグ原則は、まだ裁判手続に関して当事者自治を制限している法域においては、それを促進するためのモデルとなりうる。また、日本を初めとする当事者自治が確立した法域においても、様々な解釈論や立法論について検討する際の有益な指針になりうると解されよう。

これまでハーグ国際私法会議が採択した条約の中で成功を取めたのは、子の奪取条約（1980年）などの中央当局間の行政協力を柱とする条約か、送達条約（1965年）などの司法共助条約である。それに対して、道路交通事故条約（1971年）、生産物責任条約（1973年）、動産売買条約（1986年）などの準拠法決定を目的とした条約は、締約国が少ないまま終わっている⁽¹⁸⁶⁾。これは、複雑な抵触規則が採用され、実用性を欠いたことや、法廷地法主義をとるコモンロー諸国には魅力がなかったことなどが原因であろう。ハーグ原則がどこまで従来の準拠法条約と差別化しうるかは未知数であるが、法的拘束力がないため、批准等の手続が不要となるのは利点である。むしろハーグ原則には法的拘束力がないからこそ、非国家法を選択を含む斬新な準則を採用しえたともいえる。

もとよりハーグ原則にも、問題点がないわけではない。ハーグ原則3条は、裁判手続に配慮して準拠法適格性を厳格に定義したため、仲裁手続については、従来よりも選択されうる非国家法の範囲が狭まるおそれがある⁽¹⁸⁷⁾。ハーグ原則6条1項b号は、約款で指定された実質法において、書式の戦いの解決法が

明確でなければ適用できない(188)、当事者の予見可能性に資するか否か疑問もある(189)。さらに、ハーグ原則11条4項は、国ごとに公序概念が異なることを理由に、特別委員会において付加された規定であるが(190)、消極的公序であれば、3項で法廷地を基準とすれば足り、外国の絶対的強行法規に相当する積極的公序であれば、2項に規定があるため、不要な規定であるといわざるをえない(191)。もっとも、このような不備はあっても、ハーグ原則は法的拘束力のないソフトローであるため、各国はパラグアイのように(192)、柔軟に必要な修正を加え、既存の抵触規則との矛盾を避けながら受容することができる。また、ハーグ原則自体も、各国の立場が異なる問題については、裁判所又は仲裁廷が適用すべき国際私法にゆだねる柔軟な解決法によっており(3条、9条2項、11条2・4項)、各国が無理なく受容できるように配慮している。

ハーグ国際私法会議が初めての法的拘束力のない法文書として、ハーグ原則を採択したことは積極的に評価されてよいであろう。ハーグ原則がどのようなインパクトをもつのか、これからの発展に期待したい。

*本稿は、JSPS 科研費 15H01917・基盤研究(A)「国際的な私法秩序の実効的形成のための理論構築：『私法統一』の先へ」(北海道大学・曾野裕夫代表)による研究成果の一部である。筆者は、作業部会メンバー及び政府代表としてハーグ原則及びコメントリーの作成作業に携わったが、もとより本稿において意見にわたる部分は、筆者の個人的見解である。各国国際私法については、原文のほか、Jan Kroppholler *et al.* (eds.), *Außereuropäische IPR-Gesetze* (Hamburg *et al.* 1999); Jürgen Basedow *et al.* (eds.), *European Encyclopedia of Private International Law* (forthcoming 2016); IPRax (*Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*); *RabelsZ* (*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*) を参照した。また、中近東諸国の法制については、元京都大学大学院法学研究科エルバルティ・ベリーグ助教並びにハイデルベルク大学オマイア・エルヴァン教授にご教示いただいた。記して心より御礼申し上げます。

- (1) Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Vol. 8 (Berlin 1849), pp. 2 ff. 櫻田嘉章「サヴィニーの国際私法理論——殊にその国際法的共同体の観念について——(1)～(4・完)」北法 33 卷 3 号 589 頁以下、同 4 号 1039 頁以下、同 6 号 1463 頁以下、34 卷 3 = 4 号 319 頁以下 (1982～84 年) 参照。

- (2) Horatia Muir Watt, “Les modèles familiaux à l’épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé)”, *Archives de philosophie du droit*, Vol. 45 (2001), p. 272.
- (3) 横溝大「グローバル化時代の抵触法」浅野有紀ほか編『グローバル化と公法・私法関係の再編』(2015年, 弘文堂) 110頁参照。
- (4) 酒井啓亘ほか『国際法』(2011年, 有斐閣) 15頁以下参照。
- (5) 小寺彰「現代国際法学と『ソフトロー』—特色と課題」小寺彰=道垣内正人編『国際社会とソフトロー』(2008年, 有斐閣) 18頁以下。
- (6) 神作裕之「グローバルな資本市場におけるソフトローと日本法への影響」道垣内弘人編『現代法の動態・第4巻〔国際社会の変動と法〕』(2015年, 岩波書店) 75頁以下参照。
- (7) 浅野有紀「法理論におけるグローバル法多元主義の位置付け」浅野有紀ほか編『グローバル化と公法・私法関係の再編』(2015年, 弘文堂) 110頁以下, 同「私法理論から法多元主義へ—法のグローバル化における公法・私法の区分の再編成」同書 305頁以下, 横溝大「抵触法の対象となる「法」に関する若干の考察—序説的検討」筑波ロージャーナル6号(2009年) 8頁以下, グンター・トイプナー/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・マルーチュケ/村上淳一編『グローバル化と法』(信山社, 2006年) 3頁以下, Ralf Michaels, “The Re-statement of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism”, *Wayne Law Review*, Vol. 51 (2005), pp. 1210 ff. ほか。
- (8) Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, 19 March 2015.
- (9) ハーグ原則の採択に至る経緯及び一般問題政策評議会決定については, ハーグ国際私法会議ウェブサイト (<http://www.hcch.net/>) 参照。
- (10) Commentary to the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts (*hereinafter* “Commentary”), para. 1.4.
- (11) 詳細は, 拙稿「国際商事契約の準拠法選択に関するハーグ原則」NBL (掲載予定) も参照。
- (12) 道垣内正人『ポイント国際私法・各論〔第2版〕』(2014年, 有斐閣) 219頁以下参照。
- (13) 溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』(2005年, 有斐閣) 351頁参照。
- (14) Franz Gamillscheg, *Der Einfluss Dumoulin’s auf die Entwicklung des Kollisionsrechts* (Berlin et al. 1955), pp. 112 ff.
- (15) Savigny, *op.cit.* (1), pp. 246 ff.

- (16) 櫻田嘉章「サヴィニーにおける準拠法決定の在り方について」論叢 126 巻 4 = 5 = 6 号 (1990 年) 230 頁以下, Yuko Nishitani, *Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht — Eine Untersuchung auf der Grundlage der neu zutage gekommenen kollisionsrechtlichen Vorlesungen Mancinis* — (Heidelberg 2000), pp. 190 ff. それに対して, 任意の服従に当事者自治と共通の要素を看取するのは, 木棚照一「サヴィニーの法律関係の本拠説とその継受の特徴——当事者意思の位置付けに関連して——」『名古屋学院大学法学部開設記念論文集』(2014 年, 名古屋学院大学法学部) 106 頁, 同「国際私法における当事者意思の位置づけについて——サヴィニーの法律関係の本拠説から現代国際私法理論への展開」国際私法年報 16 号 (2014 年) 179 頁以下。
- (17) Art. 9 (2) of the Preliminary Dispositions of Civil Code (1865).
- (18) 詳細は, Nishitani, *op.cit.* (16), pp. 246 ff.
- (19) Nishitani, *op.cit.* (16), pp. 206 ff.
- (20) Jean Paulin Niboyet, “La théorie de l’autonomie de la volonté”, *Recueil des Cours*, Vol. 16 (1927-1), pp. 53 ff.; Antoine Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, Vol. 2 (Grenoble et al. 1924), pp. 164 ff., 188 ff.; Ludwig von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, Vol. 1 (Hannover 1889), pp. 3 ff.; Ernst Zitelmann, *Internationales Privatrecht* (Leipzig 1897-1912), Vol. 1, pp. 276 ff., Vol. 2, pp. 373 ff.; Dionisio Anzilotti, “Il principio dell’autonomia dei contraenti nei rapporti fra l’art. 9 delle disposizioni preliminari al codice civile e l’art. 58 del codice di commercio”, *Scritti di diritto internazionale privato*, Vol. 3 (Padova 1960), pp. 633 ff.
- (21) 同じく 20 世紀前半の米国国際私法においても, 既得権理論に従うビールらが当事者自治否定論を唱えた。松岡博『アメリカ国際私法の基礎理論』(2007 年, 大阪大学出版会) 1 頁以下参照。
- (22) 詳細は, Nishitani, *op.cit.* (16), pp. 261 ff.; idem, “Party Autonomy and Its Restrictions by Mandatory Rules in Japanese Private International Law — Contractual Conflicts Rules —”, in Jürgen Basedow/Harald Baum/Yuko Nishitani (eds.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective* (Tübingen 2008), pp. 81 f.
- (23) Wilhelm Haudek, *Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht* (Berlin 1931), p. 35; auch G. Gerhard Mayer, “Zur Parteiautonomie als Kollisionsnorm”, *Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht*, Vol. 44 (1931), pp. 123 ff.; George Melchior, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts* (Berlin et al. 1932), pp. 500 ff. イタリアでは, すでに 1914 年に Rocca の学部卒業論文が当事者自治否定論を論破していた。Riccardo Rocca, *La Teoria dell’autonomia della volontà in diritto internazionale privato* (Torino

1914), pp. 7 ff., 60, 74 (未公表)。詳細は, Nishitani, *op.cit.* (16), pp. 270 ff.; *idem*, *op.cit.* (22), pp. 82 f.; André Aloys Wicki, *Zur Dogmengeschichte der Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht* (Winterthur 1965), pp. 79 ff. 参照。

- (24) Franz Kahn, “Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze)”, in: *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht* (München/Leipzig 1928), pp. 11 ff.
- (25) See Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht* (6th ed., Tübingen 2006), pp. 295 f.
- (26) 後述IV参照。
- (27) 『法例修正案理由書』(1898年, 東京博文館蔵版) 20頁, 『法典調査会・法例議事速記録』(1986年, 商事法務研究会) 113頁。詳細な歴史研究として, 櫻田嘉章「我が国における契約準拠法の歴史的検討」論叢146巻3=4号(2000年) 26頁以下参照。
- (28) 1882年ローラン草案14条1項並びに16条及び1887年改正委員会草案7条は, 契約債務について当事者自治を認めていたが, 立法には結実しなかった。拙稿「一九世紀ヨーロッパ国際私法における本国法主義の成立と展開(2・完)」民商116巻6号(1997年) 883頁以下, Nishitani, *op.cit.* (16), pp. 247 ff.
- (29) ドイツ民法施行法の1881年ゲープハルト第一草案及び1887年同第二草案の11条1項は, いずれも契約債務について当事者自治を否定し, 債務者の住所地, 補充的に契約者が念頭に置いていた地を連結としていた。しかし, 立法時には意見がまとまらず, 明文化は見送られた。Nishitani, *op.cit.* (16), pp. 254 ff.
- (30) たとえば, 折茂豊「債権—法律行為(契約債権の準拠法)」国際法学会編『国際私法講座・第2巻』(1955年, 有斐閣) 420頁以下は, 質的制限論の学説として, 上記のピレーとニボワイエを引用している。
- (31) ノウハウス・前掲書 268頁参照。
- (32) 近時のヨーロッパの動向については, 後述参照。近時の論稿として, 小池未来「国際離婚法における当事者自治の根拠—ヨーロッパの立法例を手がかりに—」同志社法学66巻3号(2014年) 47頁以下, 同「夫婦財産制における当事者自治の根拠に関する一考察—ハーグ夫婦財産制条約, ローマIV規則提案, 諸外国と比較して—」同67巻3号(2015年) 61頁以下, 中野俊一郎「国際親族・相続法における当事者自治の原則」神戸法学雑誌65巻2号(2015年) 1頁以下参照。
- (33) Christian von Bar/Peter Mankowski, *Internationales Privatrecht* (2nd ed., München 2003), pp. 481 ff.
- (34) Brainerd Currie, “The Constitution and the Choice of Law: Governmental Interests and the Judicial Function”, in *Selected Essays on the Conflict of Laws* (Durham/NC 1963), pp. 188 ff.

- (35) Symeon C. Symeonides, *The American choice-of-law revolution: past, present and future* (Leiden 2006), pp. 9 ff. 樋口範雄『アメリカ涉外裁判法』(2015年, 弘文堂) 138頁以下参照。
- (36) Albert Armin Ehrenzweig, *Private International Law. A Comparative Treatise on American International Conflicts Law*, Vol. 1: General Part (Leyden/NY 1967), pp. 91 ff.
- (37) Robert Allen Leflar, *American Conflicts Law*, (3rd ed., Indianapolis/NY et al. 1977), pp. 212 ff.
- (38) Dionisio Anzilotti, “Legge regolatrice delle obbligazioni secondo l’art. 58 Cod. d. comm.”, in *Scritti di diritto internazionale privato*, Vol. 3 (Padova 1960), pp. 633 ff., 639 ff.; Henri Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats: Étude de droit international privé comparé* (Paris 1938), pp. 39 ff.
- (39) John Westlake, *A Treatise on Private International Law with Principal Reference to its Practice in England* (7th ed., London 1925), pp. 299 ff.
- (40) 中野俊一郎「当事者自治原則の正当化根拠」立命 339=340号(2011年) 301頁以下。
- (41) Gerhard Kegel/Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht* (9th ed., München 2004), p. 653.
- (42) 溜池・前掲書(13) 351頁以下, 出口耕自『論点講義・国際私法』(2015年, 法学書院) 230頁ほか。
- (43) パウル=ハインリッヒ・ノイハウス/櫻田嘉章訳『国際私法の基礎理論〔第2版〕』(2000年, 成文堂) 266頁以下。
- (44) Commentary, para. I.3.
- (45) Stefan Vogenauer, “Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence”, *European Review of Private Law* 2013, pp. 36 ff., 53 ff.
- (46) 詳細は, 中野・前掲論文(40) 318頁以下, Nishitani, *op.cit.* (16), pp. 316 ff., Stefan Leible, “Parteiautonomie im IPR — Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung”, in *Festschrift Erik Jayme*, Vol. 1 (München 2004), pp. 495 ff.; Kathrin Kroll-Ludwig, *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht* (Tübingen 2013), pp. 288 ff. ほか参照。身分関係に関する当事者自治の機能としては, 本国法主義と常居所地法主義の調整, 内国に居住する者の平等, 法廷地法の適用機会の拡大なども指摘されている。Yuko Nishitani, “Global Citizens and Family Relations”, *Erasmus Law Review*, Vol. 7 (3) (2014), pp. 134 ff. 参照。
- (47) Jürgen Basedow, *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the*

- Conflict of Laws* (Leiden 2015), para. 239 ff., 254 ff.
- (48) 肯定説として, Günter Beitzke, *Grundgesetz und Internationalprivatrecht* (Berlin 1961), pp. 16 f.; Erik Jayme, “L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées”, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 64 (1), Session de Bâle (1991), pp. 65 f.; idem, “Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne”, *Recueil des Cours*, Vol. 251 (1995), pp. 147 f. 否定説として, ノイハウス・前掲書(43) 265頁以下(注710) 参照。
- (49) Dagmar Coester-Waltjen, “Die Wirkungskraft der Grundrechte bei Fällen mit Auslandsberührung — familien- und erbrechtlicher Bereich —”, *Bericht der dt. Gesellschaft für Völkerrecht*, Vol. 38 (1997), pp. 15 ff.; Christian von Bar, “Menschenrechte im Kollisionsrecht”, *Ibid.*, Vol. 33 (1994), pp. 194 ff. 参照。
- (50) Horatia Muir Watt, “Party Autonomy in Global Context: the Political Economy of a Self-constituting Regime”, *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 58 (2015), pp. 175 ff.; idem, “Private International Law beyond the Schism” (*hereinafter* “Schism”), *Transnational Legal Theory*, Vol. 2, No. 3 (2011), pp. 354 ff.; idem, “The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate”, in Horatia Muir Watt/Diego Fernández Arroyo (eds.), *Private International Law and Global Governance* (Oxford 2014), pp. 1 ff.
- (51) Robert Wai, “Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 40 (2002), pp. 219 ff.
- (52) 私法統一国際協会／内田貴ほか訳【ユニドロワ国際商事契約原則2010】(2013年, 商事法務)。
- (53) Michael Joachim Bonell, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Achievements in Practice and Prospects for the Future”, *Australian International Law Journal*, Vol. 17 (2010), pp. 178 ff. 米国統一商事法典(UCC) 1-302条の公式解説も, UPICCの契約への取り込みの可能性に言及している。U.C.C. § 1-302. Variation by Agreement — Official Comments, para. 2.
- (54) オーレ・ランドー／ヒュー・ビール編(潮見佳男ほか監訳)【ヨーロッパ契約法原則I・II】(2006年, 法律文化社), オーレ・ランドー／エリック・クライブ／アンドレ・プリュム／ラインハルト・ツィンマーマン編(潮見佳男ほか監訳)【ヨーロッパ契約法原則III】(2008年, 法律文化社)。
- (55) クリステイアン・フォン・バール／エリック・クライブ／ハンス・シュルテ＝ネルケほか編／窪田充見ほか監訳【ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則:

共通参照枠草案 (DCFR)』(2013年, 法律文化社)。ヨーロッパの動向については, 拙稿「欧州共同体における契約法統一への道程——『ヨーロッパ契約法原則』の意義と問題点——」民商137巻4・5号(2008年)371頁以下, 小塚荘一郎「法の統一と『国民国家の法』——ヨーロッパ私法が私法統一に対して提起する問題」『商事法の新しい礎石〔落合誠一古稀記念〕』(2014年, 有斐閣)499頁以下ほか参照。欧州委員会による2011年10月11日EU規則提案(CESL)(内田貴監訳/石川博康ほか訳『共通欧州売買法(草案)——共通欧州売買法に関する欧州議会および欧州理事会規則のための提案〔別冊NBL140号〕』(2012年, 商事法務)参照)は, 採択されずに終わっており, ハーグ原則3条の要件を満たさないものと解される(後述IV参照)。なお, 欧州委員会は, 改めて2015年12月9日に対象をデジタルコンテンツ契約及び通信販売契約に限定したEU指令提案を出している(Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 9.12.2015, COM(2015)634 final; Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods, 9.12.2015, COM(2015)635 final)。

- (56) Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (2006) (UCP 600).
- (57) ICC Rules for the Use of Domestic and International Trade Terms (INCOTERMS 2010).
- (58) 東京地判昭和62年5月29日金法1186号84頁, 金商781号38頁。また, 拙稿「国際支払とソフトロー: 信用状統一規則の意義と法的性質」小寺彰=道垣内正人編『国際社会とソフトロー』(2008年, 有斐閣)215頁以下参照。
- (59) 神作・前掲論文(6)71頁以下, Michaels, *op.cit.* (7), pp. 1215 ff.
- (60) トイプナー・前掲論文(7)15頁, また Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner, *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts* (Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2006), p. 57 ff. 参照。
- (61) Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law beyond Borders* (Cambridge et al. 2012), pp. 41 ff.; Muir Watt, Schism, *op.cit.* (50), pp. 390 ff., また横溝・前掲論文(3)111頁以下。
- (62) Pierre Mayer, “Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé”, *Recueil des cours*, Vol. 327 (2007), pp. 9 ff., 横溝・前掲論文(7)19頁以下参照。拙稿・前掲(58)241頁は, 本文のような伝統的立場に立っていたが, 改説する。
- (63) 溜池・前掲書(13)367頁。
- (64) Pierre Mayer/Vincent Heuzé, *Droit international privé* (11th ed., Paris 2014), para. 740 参照。
- (65) Ralf Michaels, “Die Struktur der kollisionsrechtlichen Durchsetzung einfach zwingender

Normen”, in *Liber Amicorum Claus Schurig zum 70. Geburtstag* (München 2012), pp. 191 ff. は、客観的連結によれば準拠法となる法の強行法規の回避を問題とするが、客観的連結は当事者による準拠法選択がない場合の補充手段に過ぎず、それを所与の準拠法と見ることはできないように思われる。

- (66) Luca G. Radicati di Brozolo, “Non-National Rules and Conflicts of Laws: Reflections in Light of the UNIDROIT and Hague Principles”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Vol. 48 (2012), p. 858; Geneviève Saumier, “Designating the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution”, *Uniform Law Review*, Vol. 17 (2012), pp. 542 f.
- (67) 仲裁廷における独占禁止法の適用について, U.S. Supreme Court, 2 July 1985, 473 U.S. 614 [*Mitsubishi Motors Corp. v Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*]; European Court of Justice, 1 June 1999, Case C-126/97 [*Eco Swiss China Time Ltd. v Benetton International NV*] 参照。
- (68) Ole Lando, “The Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts and Rome I”, in *Mélanges en l’honneur de Hans van Loon* (Cambridge et al. 2013), p. 306 も参照。
- (69) Peer Zumbansen, “Lex mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts”, *RebelsZ* 2003, p. 673; Jürgen Basedow, “Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective”, in Jürgen Basedow/Toshiyuki Kono (eds.), *An Economic Analysis of Private International Law* (Tübingen 2006), pp. 60 ff.
- (70) See Gisela Rühl, “The Choice of Law Framework for Efficient Regulatory Competition in Contract Law”, in Horst Eidenmüller (ed.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (München et al. 2013), pp. 291 ff. ただし、契約法については、このような規制競争は生じていないとする指摘もある。Vogenauer, *op.cit.* (45), pp. 13 ff.
- (71) Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *O.J.* 2008, L 177/16 (*hereinafter* “Rome I”).
- (72) 米国については、特に樋口・前掲書³⁵ 187 頁以下参照。
- (73) Commentary, para. 1.14.
- (74) Commentary, para. 1.8, P.5.
- (75) この点を批判する学説として、Lando, *op.cit.* (68), pp. 304, 310 参照。
- (76) Commentary, para. 1.13 ff.
- (77) Commentary, para. 1.3 ff.
- (78) Commentary, para. 9.2 ff.
- (79) Commentary, para. 8.5 ff.

- (80) Commentary, para. 3.4 ff.
- (81) Policy Document Regarding Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts drawn up by the Working Group on Choice of Law in International Contracts, Prel. Doc. No. 4 (Council 2012), para. 16.
- (82) Minutes No. 8 (<http://www.hcch.net/upload/hidden/2012/contracts/2012contracts.html>).
- (83) 後述IV参照。
- (84) Commentary, para. 4.3 ff.
- (85) Commentary, para. 7.2 ff.
- (86) Commentary, para. 6.5 ff., 6.28 ff.
- (87) Commentary, para. 6.10 ff.; Thomas Kadner Graziano, “Solving the Riddle of Conflicting Choice of Law Clauses in Battle of Forms Situations: The Hague Solution”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 14 (2012/13), pp. 87 ff.
- (88) Andrew Dickinson, “A principled approach to choice of law in contract?”, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 2013, p. 152.
- (89) Commentary, para. 5.3.
- (90) 拙稿「ドイツ国際消費者契約法上の諸問題——『強行法規の特別連結』に関する一考察——」法学 63 卷 5 号 (1999 年) 617 頁以下ほか参照。
- (91) Commentary, para. 11.2 ff.
- (92) Commentary, para. 11.30 ff.
- (93) 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, with amendments as adopted in 2006.
- (94) UNCITRAL ウェブサイト参照 (<http://www.uncitral.org/>) (2016 年 2 月 7 日現在)。
- (95) UNCITRAL 仲裁規則 (2010 年) (UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010)) 33 条, ICC 仲裁規則 (1998 年) (Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce) 17 条, 米州商事仲裁及び調停センター仲裁規則 (1996 年) (Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas (CAMCA) Arbitration Rules) 30 条ほか。HCCH Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts — Special Focus on International Arbitration — (Prel. Doc. No. 22), March 2007; Lauro Gama Jr./Geneviève Saumier, “Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, in: *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional* (San José 2011), pp. 45 ff. 参照。
- (96) ハーグ諸条約及び締約国については, ハーグ国際私法会議ウェブサイト参照 (<http://www.hcch.net/>)。

- (97) 石光現「Harmonization of Private International Law Rules in Northeast Asia」国際114巻1号(2013年)13頁, Kwang Hyun Suk, “The New Conflict of Laws Act of the Republic of Korea”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 6 (2004), pp. 122 ff.; Marta Pertegás/Brooke Adele Marshall, “Intra-regional reform in East Asia and the new Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, *Korean Private International Law Journal*, Vol. 20, No. 1 (2014), pp. 391 ff.
- (98) David J.W. Wang, “The Revision of Taiwan’s Choice-of-Law Rules in Contracts”, in Jürgen Basedow/Knut B. Pißler (eds.), *Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe* (Tübingen 2014), pp. 182 ff.; Yao-Ming Hsu, “Taiwan”, in Alejandro Carballo Leyda (ed.), *Asian Conflict of Laws: East and South East Asia* (Leiden 2015), pp. 223 f.
- (99) 黄軻霆『中国国際私法の比較法的研究』(2015年, 帝塚山大学出版会)164頁, Jin Huang, “Creation and Perfection of China’s Law Applicable to Foreign-Related Civil Relations”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 14 (2012/13), pp. 277 ff.; Xiao Yongping/Long Weidi, “Contractual Party Autonomy in Chinese Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 11 (2009), pp. 194 f.
- (100) Chinnawat Thongpackdee *et al.*, “Thailand”, in Carballo Leyda (ed.), *op.cit.* (98), p. 238.
- (101) Nguyen Thi Xuan Trinh *et al.*, “Vietnam”, in Carballo Leyda (ed.), *op.cit.* (98), pp. 279 f.
- (102) Sudargo Gautama, “Some Aspects of Indonesian Private International Law”, *Malaya Law Review*, Vol. 32 (1990), pp. 429 ff.; Hendronoto Soesabdo *et al.*, “Indonesia”, in Carballo Leyda (ed.), *op.cit.* (98), pp. 58 f.
- (103) Effendy Othman, “Malaysia”, in Carballo Leyda (ed.), *op.cit.*, (98), p. 136.
- (104) Elizabeth H. Aguilin-Pangalangan, “Philippines”, in Carballo Leyda (ed.), *op.cit.* (98), pp. 166 f.
- (105) Graeme Johnston, *The Conflict of Laws in Hong Kong* (2nd ed., Hong Kong 2012), para. 5.003 ff.; Lutz-Christian Wolff, “Hongkong’s Conflict of Contract Laws: quo vadis?”, *Journal of Private International Law*, Vol. 6 (2010), pp. 466 ff.
- (106) シンガポールでは、1980年ローマ条約と同様の立法を行うことも検討されたが、実現しなかった。Law Reform Sub-Committee of the Singapore Academy of Law, *Report on Reform of the Law Concerning Choice of Law in Contract* (2003) (<http://www.sal.org.sg/Lists/Law%20Reform%20Committee%20Reports/Attachments/18/Report%20on%20Reform%20of%20the%20Law%20Concerning%20Choice%20of%20Law%20in%20Contract.pdf>). 詳細は、Elsabe Schoeman/Adeline Chong, “A View from Australia’s Regional Partners — Recent Developments in New Zealand and Singapore —”, in Andrew Dickinson/Mary Keyes/Thomas

- John (eds.), *Australian Private International Law for the 21st Century. Facing Outwards* (Oxford et al. 2014), p. 213 を参照。
- (107) Martin Davies/Andrew Bell/Paul Le Gay Brereton (eds.), *Nygh's Conflict of Laws* (9th ed., Chatswood NSW 2014), para. 19.3 ff.; Richard Garnett, "Uniformity of Outcome in Australian Choice of Law", in Dickinson et al., *op.cit.* (106), pp. 88 f.; Reid Mortensen/Richard Garnett/Mary Keyes, *Private International Law in Australia* (2nd ed., Chatswood NSW 2011), para. 17.6 ff.
- (108) K.B. Agrawal/Vandana Singh, *Private International Law in India* (Alphen aan den Rijn 2010), pp. 93 f.
- (109) A.V. Dicey/J.H.C. Morris/L. Collins, *Conflict of Laws*, Vol. 2 (15th ed., London 2012), para. 32-004 ff. 参照。コモンローの法域の判例について *Vita Foods Products Inc v Unus Shipping Co.* [1939] A.C. 277 (カナダ), *Golden Acres Ltd v Queensland Estates Pty Ltd* [1969] Qd.R. 378 (オーストラリア), *Boissevain v Weil* [1949] K.B. 482 (イングランド) 参照。
- (110) Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (80/934/EEC), *O.J.* 1980, L 266/1; consolidated version, *O.J.* 2005, C 334/1.
- (111) Art. 14 of the Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), *O.J.* 2007, L 199/40.
- (112) Art. 5 (1) of the Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, *O.J.* 2010, L 343/10.
- (113) Art. 15 of the Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, *O.J.* 2009, L 7/1 (reference to the 2007 Hague Maintenance Protocol).
- (114) Art. 22 (1) of the Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, *O.J.* 2012, L 201/107.
- (115) Art. 22 of the Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, COM (2016) 106 final (2.3.2016); Art. 22 of the Proposal for a Council Regulation on jurisdiction,

applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, COM (2016) 107 final (2.3.2016).

- (116) Eva-Maria Kieninger, “Rechtswahlfreiheit im Sachenrecht?”, in: *Festschrift für Dieter Martiny* (Tübingen 2014), pp. 391 ff.; Kroll-Ludwig, *op.cit.* (46), pp. 288 ff.; Axel Flessner, “Rechtswahl im internationalen Sachenrecht — neue Anstöße aus Europa”, in: *Festschrift Helmut Koziol* (Wien 2010), pp. 125 ff.
- (117) Treaty on the Functioning of the European Union, signed on 13 December 2007, consolidated version, *O.J.* 2012, C 326/47.
- (118) See CJEU, 9.3.1999, Case C-212/97 [*Centros*], Rep. 1999, I-1459; CJEU, 5.11.2002, Case C-208/00 [*Überseering*], Rep. 2002, I-9919; CJEU, 30.9.2003, Case C-167/01 [*Inspire Art*], Rep. 2003, I-10155; CJEU, 12.12.2005, Case C-411/03 [*SEVIC Systems*], Rep. 2005, I-10805; CJEU, 16.12.2008, Case C-210/06 [*Cartesio*], Rep. 2008, I-9641; CJEU, 29.11.2011, Case C-371/10 [*National Grid*], Rep. 2011, I-12273; CJEU, 12.7.2012, Case C-378/10 [*Vale*], published in the electronic Reports of Cases, available at <<http://curia.europa.eu/>>.
- (119) Leible, *op.cit.* (46), pp. 495 ff.; Kroll-Ludwig, *op.cit.* (46), pp. 288 ff.; see also Nishitani, *op.cit.* (46), pp. 134 ff.
- (120) スイス国際私法 37 条 2 項 (氏名), 52 条 (夫婦財産制), 90 条 2 項及び 91 条 2 項 (相続), 104 条 1 項及び 105 条 1 項 (動産物権及び担保物権), 116 条, 119 条 2 項, 121 条 3 項, 122 条 2 項, 163 c 条 (契約), 128 条 2 項, 132 条, 135 条 1 項, 139 条 1 項 (契約外債務), 145 条 1 項 (債権譲渡)。
- (121) Jürgen Basedow, “Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts”, *RabelsZ* 2011, pp. 34 f.
- (122) Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, signed at Mexico, D.F., Mexico, on 17 March 1994.
- (123) Jürgen Basedow, *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws* (Leiden 2015), para. 190 f.
- (124) Paraguay Ley n° 5393-2015 sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, *Gaceta Oficial* n° 13, 20 January 2015.
- (125) ハーグ原則からの主な変更点は, ①対象となる非国家法の限定 (ハーグ原則 3 条) の除外, ②事項的・場所的適用範囲 (1 条 1~3 項) の明確化, ③外国公序の適用 (同 11 条 4 項) の除外のほか, ④準拠法選択がない場合には最密接関係地法によると定め, 客観的連結も規定したことが挙げられる。

- (126) 野村美明「契約に関する国際私法の国際的調和と乖離」帝塚山 22 号 (2011 年) 164 頁以下, Saumier, *op.cit.* (66), pp. 536 f.
- (127) New York General Obligations (Title 14), § 5-1401 Choice of Law.
- (128) Texas Business & Commerce Code § 35.51 (100 万ドル以上), California Civil Code § 1646.5 (25 万ドル以上); see Marta Pertegás/Brooke Adele Marshall, “Harmonization through the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 39 (2014), p. 990.
- (129) Najima Yassari, “Das internationale Vertragsrecht des Irans”, *IPRax* 2009, pp. 451 ff.
- (130) エジプトで量的制限を課すことについて賛否両論あることは、エルヴァン氏にご教示いただいたほか、Holger Jung, *Ägyptisches internationales Vertragsrecht* (Tübingen 1999), pp. 14 ff. に詳しい。
- (131) エルバルティ氏にご教示いただいたところによれば、以下の文献に該当する記述があるという。エジプトについて、Hafidha Assayed Al-Haddad, *Al-qanoun Addowali al-khas — Al-kitab al-‘awal: Tanazo’ al-qawanin* [Private International Law, Book I: Conflict of laws] (Lebanon 2002), pp. 422 f. 及び Hichem Sadek/Akacha Mohamed Abd Al’Al/Hafidha Assayed Al-Haddad, *Al-qanoun Addowali al-khas: Al-Ikhtisas Al-Qadha’I, Al-Jinsiya: Al-kitab al-‘awal: Tanazo’ al-qawanin* [Private International Law — Conflicts of laws, International Jurisdiction, Nationality, Book I: Conflict of laws] (Dar al-Matbou’at al-Jami’iya) (Alexandria 2005), p. 345, ヨルダンについて、Hasan Al-Hadawi, *Al-qanoun al-dowwali al-khas — Tanazo’ al-qawanin, Al-mabadi’ al-‘ama wal-houloul alwadh’iya fi al-qanoun al-‘ordoni — dirasa moqarana qawanin* [Private International Law: Conflicts of Laws, General Principles and Positive Solution in Jordan Law — A comparative Study], 2nd ed. (Jordan 1997), p. 150, クウェートについて、Hasan Al-Hadawi, *Tanazo’ al-qawanin wa ‘abkamoho fil-qanoun ad-dowali al-khas al-kowaiti* (2nd ed.) [Conflict of laws and Its Rules in the Kuwaiti Private International Law], 2nd ed. (Kuwait, 1974), p. 193.
- (132) Art. 13 (1) of the *Dahir (9 ramadan 1331) sur la condition civile des Français et des étrangers dans le Protectorat français du Maroc* (1913).
- (133) Talia Einhorn, *Private International Law in Israel* (2nd ed., Alphen aan den Rijn 2012), pp. 78 ff.
- (134) Christopher F. Forsyth, *Private International Law: The modern Roman-Dutch Law including the Jurisdiction of the High Courts* (5th ed., Cape Town 2012), pp. 316 ff.
- (135) Richard Oppong, *Private International Law in Commonwealth Africa* (Cambridge 2013), pp. 131 ff.

- (136) 作業部会での Richard Oppong 氏の発言による。
- (137) Commentary, para. I.5, P.3.
- (138) 小島武司 = 猪股孝史『仲裁法』(2014年, 日本評論社) 392頁以下, 三木浩一 = 山本和彦編『新仲裁法の理論と実務』(2006年, 有斐閣) 102頁以下。通則法の適用を主張するのは, 小島武司 = 高桑昭編『注釈と論点・仲裁法』(2007年, 青林書院) 211頁以下〔道垣内正人〕。
- (139) 2005年3月22日「国際私法の現代化に関する要綱中間試案」別冊 NBL 編集部編『法の適用に関する通則法関係資料と解説』(2006年, 商事法務) 第4の1・2参照。
- (140) 小出邦夫ほか「『国際私法の現代化に関する要綱』の概要」別冊 NBL 編集部編『法の適用に関する通則法関係資料と解説』(2006年, 商事法務) 50頁以下, 小出邦夫編『逐条解説・法の適用に関する通則法〔増補版〕』(2015年, 商事法務) 81頁以下参照。
- (141) 櫻田嘉章 = 道垣内正人編『注釈国際私法〔第1巻〕』(2011年, 有斐閣) 188頁以下〔中西康〕, 溜池・前掲書(13) 356頁以下, 松岡博 = 高杉直『国際関係私法講義〔改題補訂版〕』(2015年, 法律文化社) 101頁以下, 横山潤『国際私法』(2012年, 三省堂) 164頁以下ほか。
- (142) 中西・前掲(14) 188頁以下, 溜池・前掲書(13) 356頁以下, 道垣内・前掲書(12) 230頁以下, 松岡 = 高杉・前掲書(14) 102頁, 横山・前掲書(14) 164頁以下ほか。
- (143) 東京地判昭和52年5月30日判時880号79頁, 東京高判平成12年2月9日判時1749号157頁, 東京地判平成14年2月26日(TKC No. 28082189)。
- (144) 分割指定否定説として, 折茂豊『国際私法各論〔改訂版〕』(1972年, 有斐閣) 148頁以下, 制限説として, 藤川純子「契約準拠法の分割指定について」国際公共政策研究1巻1号(1997年) 87頁以下。
- (145) 東京地判平成13年5月28日判タ1093号174頁。
- (146) 小出・前掲書(14) 127頁。
- (147) 最判昭和53年4月20日民集32巻3号616頁。
- (148) ただし, 中国においては, 2012年最高人民法院解釈8条2項に従い, 当事者の訴訟行為による準拠法の合意は認められる。黄・前掲書(9) 166頁以下。
- (149) 詳細は, 櫻田嘉章「契約の準拠法」国際私法年報2号(2000年) 13頁以下参照。
- (150) 松岡博『国際取引と国際私法』(1993年, 晃洋書房) 202頁以下, 山田鎌一 = 早田芳郎編『演習国際私法〔新版〕』(1992年, 有斐閣) (鳥居淳子) 118頁以下。
- (151) 小出・前掲書(14) 89頁。

- (152) 櫻田嘉章ほか「法の適用に関する通則法の成立をめぐって」ジュリ1325号(2006年)14頁以下, 出口・前掲書(42)251頁以下, 道垣内正人『国際契約実務のための予防法学—準拠法・裁判管轄・仲裁条項』(2012年, 商事法務)34頁。
- (153) 最判昭和53年4月20日・前掲(47) 東京地判平成9年10月1日判タ979号144頁, 東京地判平成10年3月30日判時1658号117頁ほか。
- (154) 東京高判昭和57年7月19日判時1051号149頁〔ノースウエスト航空事件〕(商法旧479条)。
- (155) Commentary, para. 4.3 ff.
- (156) Dicey/Morris/Collins, *op.cit.* (109), para. 32-061 ff.; Plender/Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations* (4th ed., London 2015), para. 6-028 ff.; Reithmann/Martiny, *Internationales Vertragsrecht* (7th ed., Köln 2010), para. 116 ff.
- (157) 溜池・前掲書(13)352頁以下, 松岡=高杉・前掲書(44)100頁ほか。
- (158) 道垣内・前掲書(15)37頁, 中西・前掲(44)195頁以下, 中野俊一郎「管轄合意・仲裁合意・準拠法選択合意—国際私法・国際民事訴訟法における合意の並行的処理の可能性と限界」齊藤彰編『国際取引紛争における当事者自治の進展』(2005年, 法律文化社)64頁以下, 横山・前掲書(44)168頁以下。
- (159) 中野・前掲論文(15)75頁以下を参照。
- (160) 松永詩乃美『国際契約における書式の関い—実質法及び国際私法の視点から』(2009年, 帝塚山大学出版会)115頁以下。
- (161) 中西・前掲(44)190頁以下参照。通説に対する批判として, 中野・前掲論文(40)307頁以下。
- (162) MünchKomm/Martiny, Vol. 10 (6th ed., München 2015), Art. 20 Rom I, para. 6.
- (163) Commentary, para. 8.9 ff.
- (164) 中野・前掲論文(40)306頁以下参照。
- (165) 高杉直「国際私法における信用状統一規則の取扱い」帝塚山5号(2001年)75頁以下, 同「国際開発契約と国際私法:安定化条項の有効性と非国家法の準拠法適格性」阪法52巻3=4号(2002年)1007頁以下, 多喜寛『国際仲裁と国際取引法』(1999年, 中央大学出版部)49頁以下, 中野俊一郎「非国家法の準拠法適格性:国際私法的側面からみた Lex Mercatoria」CDAMS ディスカッションペーパー(2004年)(<http://www.lib.kobe-u.ac.jp/repository/80100028.pdf>)6頁以下, 森下哲朗「国際商取引における非国家法の機能と適用」国際107巻1号(2008年)35頁以下, 山手正史「lex mercatoria についての一考察:その生成と展開および適用プロセス(1)」法雑33巻3号(1987年)343頁以下, 同「lex mercatoria について:国際取

引契約規制規範の独自性とその法的性質」東北学院 34号 (1989年) 121頁以下。

- (166) See Ralf Michaels, "Preamble I", in Stefan Vogenauer (ed), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (2nd ed., Oxford 2015), para. 58 ff.; Ralf Michaels, "Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts" (*hereinafter* "Non-State Law"), in Kai Purnhagen/Peter Rott (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz* (Heidelberg et al. 2014), pp. 45 ff.
- (167) European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), 15.12.2005, COM (2005) 650 final, 2005/0261 (COD).
- (168) Dicey/Morris/Collins, *op.cit.* (109), para. 32-039 ff., 049 ff.; Plender/Wilderspin, *op.cit.* (156), para. 6-011 ff.; Mayer/Heuzé, *op.cit.* (64), para. 740 ff.; Dominique Bureau/Horatia Muir Watt, *Droit international privé* (3rd ed., Paris 2014), para. 896; NomosKommentar/Leible, *Rom-Verordnungen*, Vol. 6 (Baden-Baden 2014), Art. 3 Rom I, para. 34; Reithmann/Martiny, *op.cit.* (156), para. 98 ff.
- (169) 肯定説は、特にメキシコ条約9条2項及び10条を根拠とする。Friedrich K. Juenger, "The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 42 (1994), pp. 391 ff.; *idem.*, "Contract Choice of Law in the Americas", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 45 (1997), pp. 204 ff.; *idem.*, "The lex mercatoria and private international law", *Uniform Law Review* Vol. 5 (2000), pp. 182 ff.; Diego P. Fernández Arroyo, *Derecho internacional privado interamericano: Evolución y perspectivas* (Buenos Aires 2003), pp. 60 ff.; Lauro Gama Jr., *Contratos internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição* (Rio de Janeiro et al. 2006), pp. 431 ff.; José Antonio Moreno Rodríguez, "Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro?", in Jürgen Basedow et al. (eds.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho commercial internacional?* (Asunción/Paraguay 2010), pp. 321 ff.
- (170) 高杉直「米州の統一国際私法条約」国際私法年報3号(2001年)127頁以下、横溝・前掲論文(7)5頁ほか。
- (171) 否定説は、メキシコ条約17条を根拠とする。Nadia de Araujo, *Contratos internacionais. Autonomia da vontade: Mercosul e convenções internacionais* (3rd ed., Rio de Janeiro et al. 2004), pp. 192 ff.; Antonio Boggiano, *Curso de derecho internacional privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales* (4th ed., Buenos Aires 2003), pp. 698 ff.

- (172) イングランドの判例として, *Beximco Pharmaceuticals Ltd v Shamil Bank of Bahrain EC* [2004] 4 All ER 1072 (イスラーム法), *Halpern v Halpern* [2006] 3 All ER 1139 (ユダヤ法) 参照。
- (173) FIFA ルールについて, *Handelsgericht St Gallen* 12.11.2004 (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1123>)。ただし, スイス連邦裁判所は, その準拠法適格性を否定した。*Bundesgericht* 20.12.2005 (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1124>)。
- (174) 信用状統一規則 (UCP 400) について, *Court d'appel de Tunis* 9.4.2001 (décision n° 48119), *Journal du droit international* 2005, p. 1067, commented by Sami Bostanji, pp. 1072 ff.
- (175) 前述 II 参照。
- (176) Berthold Goldman, "Frontière du droit et «lex mercatoria»", *Archives de philosophie du droit*, Vol. 9 (1964), pp. 187 ff.
- (177) Clive Schmitthoff, "International Business Law: A New Law Merchant", in Cheng (ed.), *Selected Essays on International Trade Law* (1988), pp. 20 ff.; idem, "The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation", *Ibid.*, pp. 165 ff.
- (178) 通常, ソフトローの欠点や限界として指摘される点である。神作・前掲論文(6) 69 頁参照。
- (179) Ralf Michaels, "The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State", *Indiana Journal of Global Legal Study*, Vol. 14 (2007), pp. 448 ff.
- (180) Commentary, para. 3.15.
- (181) この点に対する批判として, Dickinson, *op.cit.* (88), p. 152; Michaels, *Non-State Law*, *op.cit.* (166), pp. 56 ff.; Radicati di Brozolo, *op.cit.* (66), p. 860.
- (182) 池原季雄『国際私法〔総論〕』(1973年, 有斐閣) 231 頁, 溜池・前掲書(13) 244 頁以下ほか。
- (183) 森下・前掲論文(65) 18 頁以下, Michaels, *op.cit.* (179), pp. 456, 459 ほか。
- (184) 森下・前掲論文(65) 20 頁以下, Ralf Michaels, "Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien. Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts", *RabelsZ* 2009, pp. 870 ff.
- (185) Michaels, *op.cit.* (184), pp. 875 f.
- (186) 前掲注(96)参照。
- (187) Michaels, *Non-State Law*, *op.cit.* (166), p. 61.
- (188) 実質法上, 書式の戦いに関する明文規定をもつ法域はまだ少ない。Kadner Graziano, *op.cit.* (87), pp. 74 ff.

40 國際私法年報 第 17 号 (2015)

(88) Dieter Martiny, "Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts: Eine weitere Verankerung der Parteiautonomie", *RebelsZ* 2015, p. 643.

(89) Minutes No. 8 and 9 (*supra* note 82).

(90) Martiny, *op.cit.* (189), pp. 649 f.

(92) 前掲注(89)参照。