

レギュレーションと抵触法

— EU 抵触法の質的变化を中心に

横溝 大
よこみぞ だい

名古屋大学大学院法学研究科教授

はじめに

- 1 各国規制間の調整のための抵触法的手法の導入
- 2 抵触法の道具主義的利用
- 3 我が国への示唆

おわりに

はじめに

本稿の目的は、EUにおいて地域経済統合が進展して行く中で生じた抵触法の質的变化を分析し、我が国への示唆について考察することにある。

とりわけ1997年のアムステルダム条約65条がEUに抵触法を規律する権限を与えて以来⁽¹⁾、抵触法（本稿では広義の国際私法の意味で用いる）の欧州化が進展しつつある。21世紀に入り、民商事事件の国際裁判管轄及び判決の承認執行に関するブリュッセルI規則⁽²⁾や婚姻等の国際裁判管轄及び判決の承認執行に関するブリュッセルII bis規則⁽³⁾、また、契約・不法行為の準拠法に関するローマI・II規則⁽⁴⁾や離婚及び法定別居・相続及び遺言の国際裁判管轄や準拠法等に関するローマIII・IV規則⁽⁵⁾等⁽⁶⁾、次々に抵触法に関する立法がEU法においてなされているが、これらの抵触法に関する立法を巡っては、時として、抵触法の質的な変化が指摘される。すなわち、域内市場の統合を促進する規整⁽⁷⁾手段の一つとして抵触法が利用されるようになったという指摘である。

EUは、域内市場の統合を目指し、人・物・サービス・資本の自由移動をその目標に掲げており、欧州委員会は、その達成のために様々な規整手段を駆使している。そのような規整手段としては、例えば、公法領域における国家当局間の協力⁽⁸⁾や各国実質法の調和化、さらに行動規範や自主規制のような代替的規範⁽⁹⁾が挙げられる。近時は、これらの手段に加え、抵触法的方法や抵触法

自体が、規整手段の一つとして挙げられるようになってきている⁽¹⁰⁾。

このようなEUの動向は、これまでその解釈論・立法論にヨーロッパの抵触法を参照して来た我が国の抵触法にも一定の影響を及ぼす。すなわち、一方で、域内市場の統合という目標をEUと共有しない我が国にとって、今後EU抵触法を参考とする余地が限定される可能性がある。他方で、抵触法の道具主義的な利用はEUの文脈のみで論じられているわけではなく、近時では、グローバル化との関係で、グローバル・ガバナンスにおいて抵触法が果たすべき役割が世界的なレベルで議論されている。このような議論状況の下、サヴィニー型抵触法体系に基づき実質法的政策からの抵触法の基本的中立性を唱えて来た欧州抵触法の動向は、我が国抵触法が今後進むべき方向についても示唆を与えてくれるように思われる。

このような問題意識の下、本稿では、欧州抵触法革命とも言われる⁽¹¹⁾EUにおける抵触法の性質変化につき、以下の2点を中心に分析したい。すなわち、第一に、抵触法の対象領域の拡大、具体的には公法分野への抵触法的手法の導入という点、第二に、抵触法の道具主義的利用⁽¹²⁾という点である。以下、先ず、各国規制間の抵触を調整するための抵触法的手法の導入(1)、次に、抵触法の道具主義的利用(2)について述べた上で、我が国への示唆について考察する(3)。

上述の2点については、EU内でも未だ見方が分かれているものの、公法的規制をも対象領域とし、その道具主義的利用が進行しているという点で、EU抵触法の質的变化と看做すことが出来る、また、我が国抵触法も、従来抵触法が対象として来なかった公法的規制をも含めた調整も視野に入れつつ、グローバル・ガバナンスにおける規制的権威の適切な調整や各法秩序の権威の保障等を目指すべきである、というのが本稿の結論である。

1 各国規制間の調整のための抵触法的手法の導入

さて、先ず各国規制間の調整のための抵触法的手法の導入という点についてであるが、人・物・サービス・資本が域内で国境を越えて移動する場合には、移動元の構成国と移動先の構成国との規制が抵触する可能性が生じる。それら

は、自由流通の際の障害となるため、調整する必要がある。

この点については、既に、1979年の段階で欧州司法裁判所が有名な *Cassis de Dijon* 事件において⁽¹³⁾、相互承認原則を打ち出している。すなわち、構成国は、他の構成国が商品に対して行う規制を、原則として、相互に承認しなければならないという原則である。とは言え、この原則が主として公的規制を対象としていたこともあり、この段階では、同原則が抵触法規則かどうかといった議論は特になされていなかった⁽¹⁴⁾。このような議論がなされるようになったのは、90年代末から21世紀初頭にかけて、欧州司法裁判所が法人の準拠法に影響を与える設立地重視の先決裁定を下し⁽¹⁵⁾、また欧州委員会が本源国法原則 (*country of origin principle*) を採用した規制を行うようになってからである⁽¹⁶⁾。

以下、相互主義原則と本源国法原則のそれぞれにつき、順に論じる⁽¹⁷⁾。

(1) 相互承認原則

Cassis de Dijon 事件では、一定のアルコール含有量を充たさない飲料の輸入販売を禁止するドイツの規制が主として問題とされており、本源国法に対する注目の度合いは高くない⁽¹⁸⁾。だが、先決裁定が下された翌年の1980年に公表された欧州委員会の報告では、先決裁定の意義につき、「構成国は、他の構成国で合法的に製品販売されている製品の自国領域での販売を禁じることは、仮令当該製品が自国製品に課されるのとは異なる技術上又は品質上の要件に従って生産されていたとしても、原則として許されない」との解釈が示され⁽¹⁹⁾、これがサービスや資本も対象としたその後の相互承認原則の発展へと繋がった⁽²⁰⁾。その基礎にある発想は、とりわけ技術的な規範の調和化には予想以上に時間がかかるので、域内市場をより急速に構築するため、現行の各国規制についての等価性の推定と結び付いた相互承認原則に依拠しようというものである⁽²¹⁾。このように、相互承認原則の狙いは、ある構成国に所在する事業者が、他の構成国の国内市場に参入することを容易にすることにある⁽²²⁾。

同原則は、一定の場合に抵触法の作用に影響を及ぼし得る。すなわち、輸入された物や提供されたサービスによりある者が輸入国において損害を被り、製造業者やサービスの提供者に対し民事責任を問うような場合である。その

際、不法行為の準拠法は通常当該物・サービスの輸入国となるが、事業者が当該国における規制に従っていないことが過失とされる場合には、もし事業者が本源国において当該規制と等価性のある規則に従っていれば、同原則による例外が事業者により援用され得ることになる⁽²³⁾。但し、このように同原則の下では、本源国法は物・サービスの仕向国の法の適用の際に考慮されるに過ぎず、その適用が導かれるわけではない⁽²⁴⁾。その意味で、同原則は、本源国法を準拠法として指定する準拠法選択規則ではなく、一定の場合に通常の準拠法選択の作用を妨げる、抵触法上の例外則としての機能を有していると位置付けることが出来よう⁽²⁵⁾。

(2) 本源国法原則

次に、本源国法原則とは、サービス等の提供者が本拠地を置く構成国の規制のみに従うべきであり、もし当該規制に従っている場合、他の構成国は、当該サービスの提供を原則として制限出来ないというものである⁽²⁶⁾。同原則は、相互承認原則と同視されることもあるが、次の2点において異なるとされる。すなわち、第一に、同原則の下では、相互承認原則と異なり、本源国法が当該法律関係を規律する⁽²⁷⁾。第二に、本源国法により排除される法が必ずしも物・サービスの仕向地国法ではない⁽²⁸⁾ことから明らかなように、その目的は、相互承認原則のように他の構成国の国内市場への参入の容易化にあるのではなく、取引費用の削減といった当事者の便宜や⁽²⁹⁾、域内市場の規整の容易化といった経済的論理にある⁽³⁰⁾。

本源国原則の例として、電子商取引指令(2000/31/EC)⁽³¹⁾3条が挙げられる⁽³²⁾。同規定に依れば、サービスプロヴァイダは、設立国の規定にのみ従えば良く、他の構成国は、公序等の例外を除いて⁽³³⁾サービスの自由な提供を制限出来ないということになる⁽³⁴⁾。

それでは、本源国法原則は抵触法規則なのだろうか。先ず、上述の電子商取引指令について言えば、その1条4項が、「本指令は、国際私法についての追加的な規則を定めるものでもなく、裁判所の管轄に関するものでもない」と明言していることから、当該規定が抵触法規則か否かについては争われている⁽³⁵⁾。

また、本源国法原則一般については、伝統的な準拠法選択の手法との隔たりから、これに消極的な見解もあるが⁽³⁶⁾、異なる法秩序間の抵触の解決という同規定が担うその機能からすれば、本源国法原則も抵触法規則と看做すべきであるとする見解もある⁽³⁷⁾。この点につき、近時 EU 司法裁判所は、電子商取引指令 3 条は伝統的な準拠法選択規則に置き換わるものではなく、準拠法は各国抵触法により決定されねばならないが、準拠法が本源国法の下で適用されるものよりもサーヴィスプロヴァイダに厳しい要求を課すことは出来ない、と判示している⁽³⁸⁾。

上述の電子商取引指令の例からも分かるように、EU の規制は対象分野毎になされており、公法私法という分野で区別されているわけではない。そこで、必ずしも規制の対象は公法分野に限定されるわけではなく、本源国法原則が抵触法規則により適用されるべき強行的適用法規の適用を制限することもある。例えば、同指令との関係では、インターネットを通じたオランダからの薬物の販売につき、法廷地法として通常適用される筈のドイツの薬物法等の適用が欧州裁判所によって否定された事例がある⁽³⁹⁾。

(3) まとめ

以上のように、相互承認原則及び本源国法原則は、抵触法規則であるかどうかという点には争いがあるものの、一定の場合に本源国法の考慮・適用を促す点で、そこに抵触法的手法と類似の発想を読み取ることが出来る。また、これらの原則は、伝統的な抵触法の作用に一定の影響・制限を与えるものとなっている⁽⁴⁰⁾。但し、とりわけ本源国法原則について指摘されるように、その背後には、事業者の利益のみを考慮するといった一定の規整の態様を推進しようという発想があり、この点が伝統的な抵触法の発想と大きく異なっている⁽⁴¹⁾。

2 抵触法の道具主義的利用

次に、抵触法の道具主義的利用という点については、国際裁判管轄や準拠法選択に関する通常の抵触法規則が、EU の政策実現のための手段として道具主義的に利用されるようになってきているという指摘がなされている。

その典型的な例としては、環境保護が挙げられる。環境に関するEUの規制には様々なものがあるが⁽⁴²⁾、その中で、環境汚染に関する民事責任の準拠法に関する規則は、環境に関する規整の道具として重要であると考えられ、そのような観点からの規定がRome II規則に導入されている⁽⁴³⁾。すなわち、第7条である。

Rome II規則7条によれば、環境侵害から生じる契約外債務の準拠法は、原則として一般不法行為の準拠法に関する4条1項により損害発生地となるが、被害者が選択する場合には、損害の原因となる事実が発生した地の法（原因事実発生地）となる。そこでは、一般不法行為について適用される当事者の通常居所地や例外条項等についての規定の適用は排除されている。この規定は、EC条約の環境に関するEC条約174条（現191条）に直接依拠しており（前文25）、規整機能を考慮した連結規則であって、その目的は被害者保護ではなく、環境保護にあると言われている⁽⁴⁴⁾。すなわち、同規定は、純粋な生態系に関する損害について適用されるとされており⁽⁴⁵⁾、環境侵害を行う者が、環境侵害に関する民事責任ルールが存在しないか又は行為者に好意的なルールを有する国でその活動を行うことで責任を回避・軽減することを困難にし、生態系を危険に曝す活動を行う事業者が環境に関する民事上の保護が低い地に設立されている場合にも、近隣国の高いレベルの保護に従わせることを狙っているのである⁽⁴⁶⁾。このように、同規定は実質法的アプローチを採用することで政策に中立的なサヴィニー型準拠法選択パラダイムから意識的に逸脱したものと評価されている⁽⁴⁷⁾。

上述の環境侵害に関する準拠法選択規則と同様に、準拠法選択規則がEUの政策のための道具となっている他の例として、消費者保護に関するRome I規則6条⁽⁴⁸⁾、製造物責任に関するRome II規則5条⁽⁴⁹⁾、競争制限行為から生じる損害の準拠法に関する6条⁽⁵⁰⁾等が挙げられている⁽⁵¹⁾。

これらの指摘は正鵠を射ているように思われるが⁽⁵²⁾、問題なのは、このような傾向が、一体EU抵触規則においてどの程度まで及んでいると言い得るのかという点である⁽⁵³⁾。この点については、一方で、Rome I規則やRome II規則を、構成国国内法としての抵触法のこれまでの進展を踏まえた成果と看做し、

伝統的な準拠法選択規則と連続したものとして位置付ける見解もある⁽⁵⁴⁾。他方でこれに対し、EUが抵触法について立法権限を有する際の根拠となる欧州共同体設立条約65条が、「域内市場の適切な機能のために必要な限りにおいて」と規定していることから、仮令EU規則が構成国の準拠法選択規則を単に模倣しているとしても、EU規則におけるあらゆる規則がEUの政策の道具となっているのだとする見解も見られる⁽⁵⁵⁾。また、域内市場統合のための抵触法という観点から、個別分野において抵触法規則が上記目標との関係で果たす意義と限界とを検討するという研究も登場している点も注目される⁽⁵⁶⁾。

このように、抵触法の道具主義的利用という点を巡っては、EU抵触法規則のうち一定のものについてはEUの政策のために置かれた点が指摘されているものの、その全体についてまで市場経済統合のための道具と看做すべきか否かという点については、争いがあるというのが現状である。

3 我が国への示唆

(1) はじめに

以上、EUにおける抵触法の変化につき、対象領域の拡大、及び、抵触法の道具主義的利用、という観点から議論動向を簡単に紹介した。何れの点についても、その位置付けにつき見解が分かれていたので、この点につき、先ず考察する。

先ず、対象領域の拡大という点についてであるが、従来の準拠法選択規則と的方法的相違から、相互承認原則・本源国法原則といった手法を抵触法規則と看做さない見解も見受けられたところである。だが、少なくとも本源国法原則については、同原則が、私法領域ではないにせよ各国法秩序の抵触を調整する機能を果たしていること、また、通常の準拠法選択規則の作用に大きな影響を及ぼすものであることを考えれば、同原則を新たな方法の抵触法規則と位置付ける方が適切であるように思われる。

次に、抵触法の道具主義的利用という点については、幾つかの例外的な規則を除けば、基本的にEUにおける抵触法規則は従来のサヴィニー型抵触法体系の延長上にあり、これまでと大きな変化はないという見解も見られたところで

ある。しかしながら、現在、EUにおける実質法政策を前提とした抵触法規則が既に存在している。例えば、発信国主義を採用する衛星及びケーブルに関する指令(1993年)が⁽⁵⁷⁾、著作権等につきEUの保障する保護レベルを充たさないEU域外の第三国からの衛星通信について特則をおいていることが挙げられよう⁽⁵⁸⁾。このような規定や、ブリュッセルI規則における構成国内と構成国外での取扱いの区別という点を考慮すれば、EU抵触法規則が、EU域内と域外とで今後も差異化を図る可能性は少からずあるように思われる⁽⁵⁹⁾。また、EUにおいては、嘗てサービス指令においてサービス一般に対し本源国法原則が広範に導入されようとしたことがあった⁽⁶⁰⁾。様々な業界団体からの反対を受け、最終的には導入は見送られたものの、従来の準拠法選択規則に広い範囲で影響を与える原則の導入が、今後また議論される可能性も少なくないように思われる。これらの点からすると、各分野における規整手段の一つとしての抵触法の道具主義的利用は、EUにおいて今後益々進展して行くのではないかと考えられる。

そこで、以上の考察を踏まえ、以下、これらのEUの動向の我が国への示唆について考えてみたい。

先ずもって言えることは、我が国抵触法の解釈論・立法論において、EUの抵触法規則を参照する際には、当該規則がEUにおける市場統合との関係で、特定の政策実現の観点から置かれているかどうかという点に留意する必要があるという点である。

次により重要な点として、抵触法(とりわけ準拠法選択規則)の実質法的法政策からの中立性との関係で、抵触法の道具主義的利用についてどのように考えるべきか、という点が挙げられる。

現状では、我が国は、EUのように地域経済統合という要請に晒されてはならず、この点から抵触法の道具主義的利用を論ずる必要はない。だが、抵触法の道具主義的利用という問題は、実はEUの文脈に限られない⁽⁶¹⁾。すなわち、グローバル・ガバナンスのための規整手段の一つとして抵触法を道具主義的に利用するべきか、という点が、現在EUやアメリカを含め世界規模で問題とされているのである⁽⁶²⁾。そこで以下、グローバル・ガバナンスとの関係で

抵触法の道具主義的利用について若干考察してみたい。

(2) グローバル・ガバナンスと抵触法

近時、抵触法を、グローバル・ガバナンスや国境を越えた私的な秩序形成 (private ordering) に利用すべきであるという見解が登場している⁽⁶³⁾。

例えば Robert Wai は、抵触法の規制的機能を強調し、抵触法は私的関係の実効的な規整、社会的利益の保護、法的多様性といった政策目的を前進させるのに役立つと主張している⁽⁶⁴⁾。また、Alex Mills は、抵触法を国際的な秩序形成のためのシステムと看做し、抵触法が規制的権威 (regulatory authority) の適切な配分を司るべきであると主張する⁽⁶⁵⁾。

これらの議論においては、伝統的抵触法観において重視されて来た抵触法の技術性・中立性が、規範抵触の根底にある政治的な性質を隠蔽し、却って多国籍企業等の私的権力を十分に制御することなく強大化させる原因となったとして、今や批判されるに至っている⁽⁶⁶⁾。それらの批判の中には、抵触法は自らの政治的目標を掲げるべきであるという主張も見られる。とりわけ Horatia Muir Watt は、抵触法は私的な経済的権力の行使や濫用に立ち向かうことにより世界的公共財を保護するという政治的試みであるべきだと主張している⁽⁶⁷⁾。

さらに、伝統的抵触法観が前提として来た公法と私法との区別については、公法私法の区別がその意義を失った現状においては、抵触法は純粹に私的な法律関係のみを扱うべきではなく、寧ろ私的権力の増大を抑制し国際公益を促進するという観点から、外国競争法や金融規制等といった外国公法の適用可能性をも積極的に考慮すべきだと主張されている⁽⁶⁸⁾。

このような、グローバル・ガバナンスの一翼を担う抵触法という観点からの主張に対し、どのように考えるべきなのだろうか。

所謂サヴィニー型抵触法体系に見られる抵触法の中立性も、一定の社会構造を前提としており、中立性を維持することが当該社会構造の保護・強化に繋がるという意味では、そこに一定の政治的含意が含まれているということは認めなければならないように思われる⁽⁶⁹⁾。すなわち、従来の抵触法も、意識せずとも一定の政治的目標を実現する機能を果たして来たということである。そこ

で、グローバル化の下抵触法が対象とする世界の社会構造が大きく変動している現在、グローバル・ガバナンスにおいて新たな世界の社会構造に見合った一定の目標を実現するために抵触法が一定の役割を担うべきであるという主張は、それ自体は首肯出来るもののように思われる。問題は、どのような目標を実現すべきなのかという、目標の設定にあるのではないだろうか⁽⁷⁰⁾。

この点につき、人権・労働者の権利・環境保護といった特定の利益・権利⁽⁷¹⁾や社会正義⁽⁷²⁾等、普遍性があるように響く一定の実体的価値が抵触法の目指すべき目標として挙げられることもしばしばある。確かに、世界で共有されている普遍的な価値が存在すると言えるのであれば、それらの実現を抵触法の目標とすべきであるとも思われる。だが、実際にはこれらの実体的価値の内実は多様であり⁽⁷³⁾、容易に共通の理念を築くことは出来ないのではないだろうか。このような状況では、自らが重要と考える実体的価値の実現を抵触法の目標として設定すべく、立法を巡って様々な価値観と力がぶつかり合い、抵触法が政治化する惧れがある⁽⁷⁴⁾。そこで、そのような実体的価値を目標として前面に掲げるのではなく、国際社会におけるアクターとして各国が追求する政策やそれを具体化する法規（強行的適用法規）をも調整の対象として取り込みつつ、規制的権威の適切な調整⁽⁷⁵⁾や各法秩序の権威の保障⁽⁷⁶⁾、さらには他の法秩序の尊重又は各法秩序の多元性の尊重⁽⁷⁷⁾といった、実体的価値からは一定の距離を置いた目標の実現を目指す方が、抵触法にとっては適切なのではないだろうか⁽⁷⁸⁾。このように考えれば、グローバル・ガバナンスにおいて、異なる法秩序間の調整方法としての抵触法の技術性が再評価される余地もあるように思われる⁽⁷⁹⁾。

その際には、従来抵触法の主たる対象であった私法的法律関係を規律する法規間の調整を超えて、公法的規制を含めた調整も抵触法の視野に入れるべきであろう⁽⁸⁰⁾。但し、そこではさらに、各国は、公法的規制の抵触につき、一方的に、自国の抵触法により調整をすべきなのか⁽⁸¹⁾、それとも他の法秩序との二国間・多国間合意によりその調整をすべきなのかという制度分担の問題が生じる。これらの点については、対象となる規整分野に関し、各国の規整目標がどの程度共有され、他国の規制についてどの程度信頼出来るかといった点によ

り個別的に検討されねばならないだろう⁽⁸²⁾。

おわりに

以上、EUにおいて地域経済統合が進展して行く中で生じた抵触法の質的な役割変化として、対象領域の拡大と抵触法の道具主義的利用の2点を指摘した。また、我が国抵触法も、従来抵触法が対象として来なかった公法的規制も含め、グローバル・ガバナンスにおける規制的権威の適切な調整や各法秩序の権威の保障等を目指すべきではないかという提言も行った。そのような調整・保障のための指針の設定こそが、今後の検討課題である。

[付記] 本稿は、国際私法学会第128回(2015年度)研究大会シンポジウム「地域経済統合と国際私法」において筆者が行った報告「レギュレーションと国際私法」(2015年6月7日、早稲田大学)を基としている。また、本稿は、基盤研究(B)(平成24-27年度)「グローバル化に対応した公法・私法協働の理論構築—消費者法・社会保障領域を中心に」(代表 藤谷武史)の研究成果の一部である。

- (1) 参照、中西康「アムステルダム条約後のEUにおける国際私法—欧州統合と国際私法についての予備的考察—」国際法外交雑誌100巻4号(2001年)31頁。
- (2) Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, 及び同規則を改正した Regulation (EU) No 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.
- (3) Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000.
- (4) Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations; 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.
- (5) 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; 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.

- (6) その他の例として, 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; 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; Regulation (EU) No 606/2013 of 12 June 2013 on mutual recognition of protection measures in civil matters; Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council, of 20 May 2015, on insolvency proceedings (recast).
- (7) 規整 (regulation) という概念につき, 松尾陽「規制形態論への前哨—規制の分散化と規制作用の静態的分析—」近畿大学法学 60 卷 1 号 (2012 年) 119 頁, 131 頁; Marie-Anne Frison-Roche, “Définition du droit de la régulation économique”, *Recueil Dalloz*, 2004, n° 2, p. 126, 129. 本稿では, 国家機関により形成された公的な準則については「規制」の語を, 適正な機能を保障することについては「規整」の語を用いる (règlementation と régulation との区別に対応)。
- (8) Mathias Audit, “Les autorités de régulation: la confrontation des autorités nationales de régulation à la transnationalité des marchés”, in: Mathias Audit/Horatia Muir Watt/Étienne Pataut (eds.), *Conflicts de lois et régulation économique* (L.G.D.J., 2008), p. 3.
- (9) Horatia Muir Watt, “Integration and Diversity: The Conflict of Laws as a Regulatory Tool”, in: Fabrizio Cafaggi (ed.), *The Institutional Framework of European Private Law* (Oxford, 2006), p. 107, pp. 108–109.
- (10) その他, 自由市場的政策に結び付いた私法分野における実質法的規制の導入による規整につき, Clotilde Camus, *La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois* (L.G.D.J., 2015), pp. 111–122.
- (11) Johan Meeusen, “Instrumentalisation of Private International Law in the European Union: Towards a European Conflicts Revolution?”, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 9 (2007), p. 287, 290; Ralf Michaels, “The New European Choice-of-Law Revolution”, *Tulane Law Review*, Vol. 82, Number 5 (2008), p. 1607, 1609.
- (12) 抵触法を道具として利用するという意味ではあるが, 道具主義 (instrumentalism)

に基づいた抵触法の利用ということで、慣用に従い本稿では「道具主義的利用」と記す。

- (13) Case 120/78, Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [1979] ECR 649. 邦語による解説として、中村民雄＝須網隆夫『EU法基本判例集 [第2版]』（日本評論社・2010年）175頁以下 [中西康執筆]。
- (14) Michaels, *supra* note (11), p. 1626.
- (15) これらの判例については、北澤安紀「EU国際私法における承認論」法学研究 88巻1号（2015年）147頁、153頁以下参照。
- (16) Michaels, *supra* note (11), p. 1626.
- (17) 相互承認原則については、中西康「EU法における『相互承認原則』についての考察—国際私法方法論の観点から—」法学論叢 162巻1-6号（2008年）218頁、北澤「前掲論文」（注15）も参照。
- (18) Mathias Audit, “Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois”, *Journal du droit international* n° 4/2006, p. 1333, 1341.
- (19) Communication from the Commission concerning the consequences of the judgment given by the Court of Justice on 20 February 1979 in case 120/78 (‘Cassis de Dijon’). OJ 1980, C 256/2.
- (20) 相互承認原則のその後の発展については、以下を参照。Regulation (EC) No 764/2008 of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 laying down procedures relating to the application of certain national technical rules to products lawfully marketed in another Member State and repealing Decision No 3052/95/EC, OJ 2008 L 218. また、European Commission, “Mutual Recognition”, *available at* http://ec.europa.eu/growth/single-market/goods/free-movement-sectors/mutual-recognition/index_en.htm（最終確認日 2015年12月31日）。
- (21) Council Resolution of 7 May 1985 on a new approach to technical harmonization and standards (85/C 136/01), OJ 1985, C 136, p. 2.
- (22) Audit, *supra* note (18), p. 1344. その具体例につき、マーク・ファロン（長田真里訳）「EU法と国際私法との相互作用の枠組み(1)」阪大法学 56巻4号（2006年）169頁参照。
- (23) Audit, *supra* note (18), p. 1345.
- (24) *Ibid.*, p. 1349.
- (25) *Ibid.*；中西「前掲論文」（注17）229頁。
- (26) Audit, *supra* note (18), p. 1352. 本源国法原則については、長田真里「EU法におけ

る「本源国法原則」とその国際私法上の意義」阪大法学 55 卷 3・4 号 (2005 年) 871 頁参照。

(27) *Audit*, *supra* note (18), p. 1354.

(28) 排除される法は、準拠法選択規則により指定される当該契約を規律する法である。*Audit*, *supra* note (18), p. 1354.

(29) *Ibid.*, p. 1355.

(30) *Ibid.*, p. 1360.

(31) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market.

(32) 「(1) 各構成国は、その領域内に本拠地をおくサービスプロバイダによって提供される情報社会サービスが、協調分野に属する、構成国において適用され得る国内規定を遵守することを確保するものとする。

(2) 構成国は、他の構成国からの情報社会サービスの自由な提供を、それが協調分野に属するという理由で、制限してはならない。」(訳は、立命館法学 2001 年 4 号 (278 号) 1222 頁 (米丸恒治) に依った)。

(33) 同指令 13 条 4 項。

(34) 他の例として、所謂オーディオ・ビジュアル・メディア・サービス指令 (Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) 2 条 1 項・3 条 1 項。そこでは、前文 33 において本源国法原則が当該指令の核と看做されるべきであることが宣言されている。

(35) Ralf Michaels, "EU Law as Private International Law? Reconceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested-Rights Theory", *Journal of Private International Law*, Vol. 2 (2006), p. 195.

(36) 本源国法原則と抵触法との関係に関する学説の状況につき、Michaels, *supra* note (35), pp. 12-18.

(37) *Ibid.*, p. 19. 尚、既得権理論と類似したアプローチとしてこれらの原則を位置付けるのは、*Ibid.*, p. 17; Muir Watt, *supra* note (9), p. 114.

(38) *eDate Advertising GmbH v X (C-509/09)* and *Olivier Martinez and Robert Martinez v MGN Limited (C-161/10)*. 尚、同先決裁定の問題点につき、Trevor Hartley, "Cross-Border Privacy Injunctions: The EU Dimension", *Law Quarterly Review*, Vol. 128 (2012),

- p. 197, pp. 200-201.
- (39) Case C-322/01, *Deutscher Apothekerverband eV v 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval*, [2003] ECR I-14887.
- (40) 本源国法原則が抵触法の伝統的作用を強く妨げる点を指摘する者として, *Audit*, *supra* note (18), p. 1358.
- (41) *Ibid.*, p. 1360. Cf. Marie-Noëlle Jobard-Bachelier, “Les activités régulées: les services”, in *Audit/Muir Watt/Pataut*, *supra* note (8), p. 57, 61.
- (42) 規制の態様につき, 参照, Olivera Boskovic, “Les attentes à l’environnement”, in: Mathias Audit/Horatia Muir Watt/Étienne Pataut (eds.), *Conflicts de lois et régulation économique* (L.G.D.J, 2008), p. 195, 198.
- (43) *Ibid.*, p. 197.
- (44) *Ibid.*, p. 201; Veerle Van Den Eeckhout, “The Instrumentalisation of Private International Law: Quo Vadis? Rethinking the ‘Neutrality’ of Private International Law in an Era of Globalisation and Europeanisation of Private International Law” (August 22, 2013), *available at SSRN*: <http://ssrn.com/abstract=2338375>, p. 3; Emmanuel Guinchard/Simone Lamont-Black, “Environmental Law- the Black Sheep in Rome II’s Drive for Legal Certainty? Article 7 of Regulation (EC) No. 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations in Context”, *Environmental Law Review*, Vol. 11 (2009), p. 161, 169; Michaels, *supra* note (11), p. 1623.
- (45) Michael Bogdan, “The Treatment of Environmental Damage in Regulation Rome II”, in John Ahern/William Binchy (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-contractual Obligations* (Martunus Nijhoff Publishers, 2009), p. 219, 223.
- (46) *Ibid.*, pp. 220-221. See also, Michael Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations* (4th ed., Sweet & Maxwell, 2015), p. 657.
- (47) Galf-Peter Calliess (ed.), *Rome Regulations Commentary* (2nd ed., Wolters Kluwer, 2015), pp. 603-604 [von Hein]. 同規定を, 被害者に有利な解決を導きつつ, 国家的な規整の目標に資することを目指したものと評するのは, Nathalie Joubert, “Les règles de conflit spéciales en matière de délits dans le règlement du 11 juillet 2007 (Rome II)”, in Sabine Corneloup/Nathalie Joubert, *Le règlement communautaire “Rome II” sur la loi applicable aux obligations non contractuelles* (Litec, 2008), p. 55, pp. 71-72. さらに, 同規定を通じて抵触規則がガヴァナンスに資するものになったとまで主張するのは, Horatia Muir Watt, “Rome II et les “intérêts gouvernementaux”: pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle”, in Corneloup/Joubert, *ibid.*, p. 128,

- pp. 131-137. その他, Camus, *supra* note (10), pp. 139-142 も参照。
- (48) Callies, *supra* note (47), pp. 155-159 [Calliess].
- (49) 同規定は「現代の高度技術社会に内在するリスクを公正に分散し, 消費者の健康を保護し, イノベーションを刺激し, 歪みのない競争を確保し貿易を容易にする」ことを目的としている (前文 20)。Cf. Calliess, *supra* note (47), pp. 538-539 [Schmid/Pinkel].
- (50) 同規定は 4 条 1 項を明確化したものとされるが (前文 21), この点は疑問視されており, その目的は, 競業者, 消費者, 公衆の保護を保障し, もって市場経済の機能を促進することにあるとされる (前文 21)。Calliess, *supra* note (47), pp. 570-571 [Augenhöfer]. 同規定が, 個人や集団の利益の単なる保護を超えて, 市場の規整自体を目標としている点を指摘するのは, Joubert, *supra* note (47), p. 69. 6 条を巡る議論については, 横溝大「私訴による競争法の執行—欧州での議論動向と我が国への示唆—」日本経済法学会年報 34 号 (2013 年) 56 頁参照。
- (51) Michaels, *supra* note (11), p. 1624.
- (52) サヴィニー型アプローチを採用する Rome II 規則が実質的法政策にも依拠していることを指摘する者として, Johan Meeusen, “Rome II: A True Piece of Community Law”, in Ahern/Binchy, *supra* note (45), p. 9, 13.
- (53) ヨーロッパ抵触法学が伝統的に道具主義的発想に強く反対して来た点を指摘するのは, Jacco Bomhoff/Anne Meuwese, “The Meta-regulation of Transnational Private Regulation”, *Journal of Law and Society*, Vol. 38, No. 1 (2011), p. 138, 151.
- (54) 例として, Dennis Solomon, “The Private International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats”, *Tulane Law Review*, Vol. 82 (2008), p. 1709, 1711; Patrick Borchers, “Categorical Exceptions to Party Autonomy in Private International Law”, *Tulane Law Review*, Vol. 82 (2008), p. 1645; Jan von Hein, “Something Old and Something Borrowed, but Nothing New? Rome II and the European Choice-of-Law Evolution”, *Tulane Law Review*, Vol. 82 (2008), p. 1663.
- (55) Michaels, *supra* note (11), p. 1624; Camus, *supra* note (10), pp. 135-137.
- (56) Audit/Muir Watt/Pataut, *supra* note (8).
- (57) Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission, Art. 1 (2), b).
- (58) 1 条 2 項 d)。
- (59) Tristan Azzi, “La culture”, in: Mathias Audit/Horatia Muir Watt/Étienne Pataut (eds.), *Con-*

- flits de lois et régulation économique* (L.G.D.J., 2008), p. 209, 224.
- (60) 経緯につき, Jobard-Bachellier, *supra* note (41), pp. 65–66.
- (61) Van Den Eeckhout, *supra* note (44), p. 3.
- (62) Van Den Eeckhout, *supra* note (44), p. 5; Laura Carballo Piñeiro/Xandra Kramer, “The Role of Private International Law in Contemporary Society: Global Governance as a Challenge”, *Erasmus Law Review*, November 2014, No. 3, p. 109, 111.
- (63) Horatia Muir Watt, “Private International Law”, in Jan M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (2nd ed., Edward Elgar, 2012), p. 701, 713; Charalambos P. Pamboukis, “Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé”, *Recueil des cours de l’académie de droit international*, vol. 330 (2007), p. 9, 423. これらの新たな動向については, 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 85 卷 11 号 (2013 年) 26 頁, 同「グローバル化時代の抵触法」社会科学研究 65 卷 2 号 (2014 年) 129 頁 (加筆・修正後, 浅野有紀 = 原田大樹 = 藤谷武史 = 横溝大編著『グローバル化と公法・私法関係の再編』(弘文堂・2015 年) に所収), Dai Yokomizo, “Conflict of Laws in the Era of Globalization”, *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 57 (2014), p. 179 を参照。
- (64) Robert Wai, “Transnational Liftoff and Judicial Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 40 (2002), p. 209.
- (65) Alex Mills, *The Confluence of Public and Private International Law* (Cambridge, 2009), p. 18. See also, *id.*, “Variable Geometry, Peer Governance, and the Public International Perspective on Private International Law”, in Horatia Muir Watt/Diego P Fernández Arroyo, *Private International Law and Global Governance* (Oxford, 2014), p. 245, 246.
- (66) Horatia Muir Watt, “Private International Law Beyond the Schism”, *Transnational Legal Theory*, Vol. 2, No. 3 (2011), p. 347, 378; *id.*, “La globalisation et le droit international privé”, in *Mélanges en l’honneur du Professor Pierre Mayer* (L.G.D.J., 2015), p. 591, pp. 600–601.
- (67) Muir Watt, *supra* note (66) [Schism], p. 395.
- (68) Horatia Muir Watt, “New Challenges in Public and Private International Legal Theory: Can Comparative Scholarship help?”, in M. Van Hoeke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (Hart Publishing, 2004), p. 271, pp. 276–278.
- (69) 例えば, 抵触法の中立性が他国の事項に対する不干渉の尊重という目標に資して来た点を指摘するのは, Carballo Pineiro/Kramer, *supra* note (62), p. 110. Cf. Ralf Michaels, “Globalizing Savigny? The State in Savigny’s Private International Law and the Chal-

lence of Europeanization and Globalization”, Duke Law School Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 74 (September, 2005), *available at* <http://ssrn.com/abstract=796228>.

- (70) 当事者自治の原則の導入が、新自由主義に代表される一定の政治的秩序の選択に関することを指摘する者として、Patrick Kinsch, “Quel droit international privé pour une époque néolibérale?”, in *supra* note (66), p. 376, 389. Cf. Veerle Van Den Eeckhout, “Choice and Regulatory Competition — Rules on Choice of Law and Forum” (August 13, 2015), *available at* <http://ssrn.com/abstract=2643519>, p. 13.
- (71) Carballo Pineiro/Kramer, *supra* note (62), p. 111.
- (72) Van Den Eeckhout, *supra* note (44), p. 10.
- (73) Horatia Muir Watt, “Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: A Matter of Political Economy”, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 9 (2003), p. 383, 406.
- (74) 共通の社会目的が存在しない場合、法の道具主義的利用が法の支配を脅かす危険性を指摘するものとして、Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law* (Cambridge, 2006), pp. 1-2.
- (75) Mills, *supra* note (65) [Confluence], p. 18.
- (76) バンジャマン・レミイ (横溝大訳) 「効率性と国際私法」吉田克己＝ムスタファ・メキ編『効率性と法・損害概念の変容』(有斐閣・2010年) 115頁, 140頁以下。横溝大「効率性と抵触法—Rémy, Bollée 報告へのコメント」吉田＝メキ編・同上 275頁, 283頁以下も参照。
- (77) Cf. Azzi, *supra* note (59), p. 211; Mills, *supra* note (65) [Variable Geometry], p. 246.
- (78) Cf. Muir Watt, *supra* note (73), p. 407.
- (79) Cf. Ralf Michaels, “Post-critical Private International Law: From Politics to Technique”, in Muir Watt/Fernández Arroyo, *supra* note (65), p. 54, 67.
- (80) 抵触法が規整当局間の抵触の解決に資する可能性を探求する者として、Mathias Audit, “Les autorités nationales de régulation et le droit international privé” in *supra* note (66), p. 43.
- (81) そのような調整には、自国法による外国法の考慮も含まれる。Audit, *supra* note (80), pp. 50-51. 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 89 卷 1 号 (2013 年) 128 頁, 132 頁以下。
- (82) 原田大樹「グローバル化時代の公法・私法関係論—ドイツ『国際的行政法』論を手がかりとして」社会科学 65 卷 2 号 (2014 年) 9 頁, 25 頁参照。