

# 国際私法の私化と当事者意思

## —主観連結思想の確立のための予備考察

伊藤敬也  
いとう だかや

青山学院大学法学部准教授

はじめに

1. コペルニクス転回と近代国際私法理論の始まり
2. 2つの地域における革命
3. 国際私法の私化
4. 当事者自治の「原則」化

おわりに

はじめに

法律関係の当事者に準拠法の選択指定を認める国際私法上の当事者自治は、これまでに主として債権契約準拠法の決定過程において多くの法域で広く採用されてきた<sup>(1)</sup>。前世紀の後半以降、当事者自治は、債権契約のほか契約外の債権債務関係への拡張<sup>(2)</sup>が試みられており、さらに夫婦関係や相続などの法律関係への拡大<sup>(3)</sup>も提案されている。近時の立法例の一部として、たとえばEUでは2010年の離婚および法律上の別居の準拠法に関するローマⅢ規則の5条1項において、当事者夫婦が準拠法指定合意時の夫婦の共通常居所地法もしくは最後の共通常居所地法、一方の国籍国法または法廷地法のいずれかから準拠法を選択できるものと規定された<sup>(4)</sup>。2012年のEU国際相続規則では、21条1項において被相続人の死亡時の常居所地法の適用を原則としつつ、22条1項において被相続人となる者による準拠法選択時または死亡時の国籍国法の選択指定が認められた<sup>(5)</sup>。

このような国際私法における当事者自治の採用拡大の試みにとどまらず、今世紀に入ると、準拠法決定過程での主観連結の原則化を明確に唱えるものが現れた。「最近では……客観的連結素による連結を原則とすべきではなく、当事

者意思を……国際私法上の原則的な連結素とみるのが妥当であるとする見解も主張されている」<sup>(6)</sup>と指摘する木棚照一は、旧来の客観連結に潜在する当事者意思の推定と国際私法上の当事者自治との間にみられる理論上の通底に着目<sup>(7)</sup>し、サヴィニー (Friedrich Carl von Savigny) の国際私法理論に遡って国際私法における当事者意思の再定位の必要性を論じている<sup>(8)</sup>。

当事者意思にもとづく連結の原則化の主張には、19世紀の国際私法理論に手がかりを求めるルネサンス回帰というべき立場<sup>(9)</sup>と並ぶ別の潮流が存在する。ミヒヤエルス (Ralf Michaels) は、当事者自治が国際私法の新たなパラダイムを示すものにほかならないと指摘した<sup>(10)</sup>。レーマン (Matthias Lehmann) は、準拠法決定過程における当事者自治の広汎な採用こそが国際私法理論にとっての真の革命を惹起すると謳う<sup>(11)</sup>。レーマンらによるこの新たなコペルニクス転回 (Copernican revolution) の企てというべき潮流に概して共通するのは、準拠法選択問題一般に主観連結の原則化を図ろうとし、そのために国際私法の規律全般の個人化あるいは私化 (privatisation)<sup>(12)</sup>による国際私法の構造変革が必要になる<sup>(13)</sup>との認識である。今世紀に入って相次いで示された国際私法の個人化あるいは私化の企図を、ここでは国際私法の私化構想と総称する。

本稿では、準拠法選択問題における主観連結の法思想基盤の確立を遠望しつつ、新たなコペルニクス転回の企ての主張する主観連結の原則化の礎として国際私法の私化構想が必要かつ有効であり得るのかどうか検討するために、国際私法の私化構想とこれまでに転回あるいは革命と評された理論提起との国際私法理論史上の位置づけについてまず考察する。

## 1. コペルニクス転回と近代国際私法理論の始まり

レーマンは、自らの与する国際私法の私化構想が国際私法における真の革命あるいは新たなコペルニクス転回を惹起すると宣言した。主観連結の原則化にともなう国際私法の私化構想の必要性と有効性について検討するには、既存の理論と同一パラダイム上での漸進なのかそれとも新たなパラダイムの提示なのかを確認する必要がある。本章と次章では、少なくとも近代以降の国際私法学の沿革<sup>(14)</sup>上、新たなパラダイム画定の契機としてこれまでに転回あるいは革

命と評された国際私法理論を簡潔に整理する。

国際私法学において近代を画したのは、19世紀にサヴィニーの提唱した国際私法理論<sup>(15)</sup>である。ノイハウス (Paul Heinrich Neuhaus) の理解によれば、サヴィニーの理論にはそれまでの国際私法理論と比較していくつかの特徴が認められる<sup>(16)</sup>。サヴィニーの理論は第一に、国際私法の土台に「相互に交際する諸国民の国際法的共同体 (völkerrechtliche Gemeinschaft der mit einander verkehrenden Nationen)」あるいは「独立した諸国家間の国際法的共同体 (völkerrechtliche Gemeinschaft unter unabhängigen Staaten)」<sup>(17)</sup>を置く。第二に、準拠法決定方法につき、法規の定型分類から法律関係ごとの「本拠」の探求へと変更することで法律関係ごとの個別要素の考慮を定式化した。ノイハウスは、これらのうち第二の特徴から、サヴィニーの国際私法理論を「コペルニクス転回 (kopernikanische Wende)」と評する<sup>(18)</sup>。

### (1) 任意服従原則

サヴィニーの国際私法理論は、木棚によれば、当事者の自由意思にもとづく服従を法律関係の本拠確定の主たる根拠にしたものと解される<sup>(19)</sup>。現在ではさらに、サヴィニーの提示した本拠概念が「一部の法律関係につき……柔軟性と機動性を容認する連結素として用いられるようになってきたと思われる。……私人は、これらの法律関係の連結を変更でき……自らの利害および意図に適う法律関係との連結を……確立できる」<sup>(20)</sup>ようになりつつある。バーゼドーは、このような傾向を、サヴィニーによるコペルニクス転回の延長線上にあって「間接選択 (indirect choice)」<sup>(21)</sup>の容認へとつながるものとみなしている<sup>(22)</sup>。

法律関係の本拠説の基盤となる任意服従の原則にもとづく当事者意思の推定こそがサヴィニーの理論の中核にある<sup>(23)</sup>と主張するルネサンス回帰の立場からは、一般に区別されることの多い当事者による場所への任意服従と個人による準拠法選択とが重なるように見える。ルネサンス回帰の立場において、任意服従原則の下で、当事者による領域の選択は個人の服従すべき準拠実質法の内容にかかわらない中立公平な選択となる<sup>(24)</sup>。ペアリは、ルネサンス回帰の立

場から、これまでの任意服従原則の等閑視について批判し、任意服従原則によってサヴィニーの理論の全体を再解釈しようとした。ベアリの理解によれば、サヴィニーの私法理論の骨格となり、国際私法理論に現れる「法律関係」「国家の領域」「普遍性」という不同の三直観<sup>(25)</sup>を矛盾なく一つに束ねているのが任意服従原則である<sup>(26)</sup>。

## (2) 国 家

ノイハウスは、サヴィニーによるコペルニクス転回の意義を「判決調和の促進」につながる「抵触法の脱政治化とそれにもなう国家の利害衝突および偏狭な国粹主義からの解放」と総括した<sup>(27)</sup>。ノイハウスの評価はサヴィニーの理論とそれ以前の法規分類理論とを比較してのものである。法規分類理論、特にサヴィニーが批判の対象にしたいわゆるオランダ学派の理論は、私人間の問題であっても究極には法規の属する国家間での立法者意思の衝突の調整が国際私法の主題になるとしていた。サヴィニーは、国内法上で国家の礼讓にもとづく外国法適用可否判断のための「公法の一部門」に国際私法が位置づけられるとしたストーリー（Joseph Story）の見解<sup>(28)</sup>をはっきりと退けた<sup>(29)</sup>。ベアリも、サヴィニーの理論は、任意服従原則にもとづくことで「国際公法と国際私法との在来の区別に従いつつ、厳密に言えば国際私法の『私』構想」となり、「『国家の礼讓』観念と国家主権原則の明確な排斥」を可能にしたと評価する<sup>(30)</sup>。サヴィニー以前の国家主権基底かつ政策基底の国際私法理論とサヴィニーの理論とを分かつ鍵概念が任意服従原則であるとベアリは考えている<sup>(31)</sup>。

しかしながら、サヴィニーによる国際私法の「私」構想は国家の軛から完全に解放されたものとまでいえない。そもそも私法領域での法典化にためらいのあったサヴィニーは、私法が国家でも法律家でもなく人民の間から生まれると考えていた<sup>(32)</sup>。ただし、サヴィニーは、統治機構としての国家と人民の集合体としての国家とを区別しておらず、あらゆる人民が国家の姿で現れると考える<sup>(33)</sup>。サヴィニーにとって、私人間で形成された法の自然発生という発想は受け入れがたく<sup>(34)</sup>、国家を経由することによってのみ人民の法が「法」として国際私法の対象となる。サヴィニーの任意服従原則は、個人の自治や自由意

思に関するサヴィニー自身の理解と倫理性要求<sup>(35)</sup>にもとづき、国家が人民の集合体であるとみなして、あくまでも国家の構成要素としての人民の任意服従を法廷地における外国法の適用根拠としたものと解されよう。サヴィニーに限らず19世紀前半と現代とで国際私法理論の同一の用語が同一の概念を示すとは限らないことに留意しなければならない<sup>(36)</sup>。その意味で、現代からみれば、サヴィニーの理論とストーリーやマンチーニらの理論<sup>(37)</sup>とには一部にせよ無視できない同時代性<sup>(38)</sup>が認められる。サヴィニーの理論の枢軸にはなお国家がある<sup>(39)</sup>といえる。

サヴィニーの理論構造をこのように整理すると、サヴィニーの任意服従原則にはルネサンス回帰の立場から指摘された国際私法上の当事者自治の萌芽がすでに覗かれるといえよう。しかしながら、自治および国家に関するサヴィニー自身の理解からすれば、国際商事仲裁など国家機関によらない紛争解決方法の役割の高まる状況の考慮も視野に入れた現代の主観連結の原則化<sup>(40)</sup>がルネサンス回帰の立場の示唆するおりにサヴィニーの理論そのものから直接に導かれ得るとまで想定するのはなかなか難しいように思われる。

## 2. 2つの地域における革命

現在までの国際私法理論史<sup>(41)</sup>において、近代以降に限定しても、近代国際私法理論の嚆矢となったサヴィニーによるコペルニクス転回のほかに革命と評されるパラダイム更新の企図が複数みられる。前世紀の後半から今世紀にかけて、近代国際私法理論の土台そのものの転覆を図ろうとする革命が、まず法現実主義の盛んな前世紀のアメリカ合衆国で、次いで地域の法統合と政治統合の進行する現代のヨーロッパで勃興した。

### (1) アメリカ合衆国での革命

法形式主義の代表者でもあったビール (Joseph Henry Beale) が主として定式化した既得権理論の硬直性を直接の標的とする<sup>(42)</sup>アメリカ合衆国での「法選択革命 (choice-of-law revolution)」<sup>(43)</sup>は、当時のヨーロッパからみて「国際私法の危機」<sup>(44)</sup>とも評された。アメリカ法選択革命は、クック (Walter Wheeler Cook) <sup>(45)</sup>

の萌芽がカーリー (Brainerd Currie)<sup>(46)</sup>に受け継がれ結実したものである<sup>(47)</sup>。クックは、法現実主義およびルール懐疑主義の立場から、準拠法選択において、原告にとって最も望ましい外国法体系と同一の判決規則が組み込まれた法廷地法の適用を説いた<sup>(48)</sup>。クックの信奉者とされるカーリーは、クックの主張の明確化のために、法廷地の政策判断と価値評価に立脚する独自の法選択理論を構築した<sup>(49)</sup>。

アメリカ法選択革命の進行はアメリカ法上の私法と公法の峻別の変遷と連動している<sup>(50)</sup>。上述のとおり国際私法が私法か公法か論じたストーリーのような例外<sup>(51)</sup>を除けば、アメリカ法は私法と公法との区別に無関心であった。アメリカ国内で私法と公法の峻別が強く意識されるようになった契機は、「平等主義の政治による危険で不安定な再配分の趨勢」<sup>(52)</sup>から契約と財産権を保護しようとした19世紀の政治運動である。前世紀に入ると、連邦最高裁判所の判決<sup>(53)</sup>により契約の自由が連邦憲法の第14修正で保護されることになる。この判断は20世紀前半のアメリカ法現実主義運動の格好の標的となった。

法現実主義およびルール懐疑主義は、私法が中立かつ非政治のものであり得るという基本前提そのものを否定する。法現実主義にとって、私法と公法はどちらも等しく国家による公権力行使の手段にほかならない。カーリーは、法現実主義の法思想と国際私法の政治化の企図を当時のアメリカ法学一般において法現実主義運動の先駆者であったクックと共有していた<sup>(54)</sup>。さらに、カーリー以降も含めたアメリカ法選択革命の理論<sup>(55)</sup>に共通するのは、国際私法の実質法からの独立性と実質法への中立性<sup>(56)</sup>それぞれの否定である<sup>(57)</sup>。

## (2) ヨーロッパでの革命

ヴィタ (Eduardo Vitta) の表現を借りれば、アメリカでの法選択「『革命』の波は……ヨーロッパの岸まで確かに到達した」<sup>(58)</sup>のであり、アメリカ法選択革命の余波により当時のヨーロッパ国際私法理論の一部に政治アプローチ<sup>(59)</sup>の採用などの変化がみられた。しかしながら、マルティネク (Michael Martinek) によれば、ヨーロッパにおけるアメリカ法選択革命の余波の影響は限られており、国際私法上の政治アプローチがサヴィニーの理論と置き代わったり立法に

直接反映されたりするまでのことはみられなかった<sup>(60)</sup>といわれる。

アメリカ法選択革命の波の到達から暫く時を経た前世紀末になると、経済関係にとどまらず法と政治にまで及ぶ地域統合の深化という EU 特有の状況から、現代ヨーロッパにおいて法選択革命というべき現象が新たに生起する。ミヒャエルスによると、現代ヨーロッパ法選択革命は、重要性、過激さ、不可逆性のいずれにおいても前世紀のアメリカ法選択革命に比肩し得る<sup>(61)</sup>。ミヒャエルスのいう現実の革命あるいは正真正銘のパラダイム更新は、アメリカ法選択革命の余波そのものではなく現代ヨーロッパにおける国際私法への EU 法の影響拡大<sup>(62)</sup>から生起したものであり、国際私法準則が EU 法の一部に組み込まれる過程での「連邦化」「立憲化」「多元化」のことを意味する<sup>(63)</sup>。

#### (a) 連邦化

アメリカ法選択革命の理論は、州ごとの利益の制限と調整のための連邦法による法抵触問題の規制の重要性を強調した<sup>(64)</sup>。アムステルダム条約によって EU そして欧州司法裁判所が準拠法選択に対する立法あるいは規制の一般権限を認められた<sup>(65)</sup>ことで、ローマ規則など一連の EU 国際私法典はいわば連邦法化している<sup>(66)</sup>。ミヒャエルスによれば、EU 域内の条約と EU 規則との違いは明らかである<sup>(67)</sup>。EU 規則は、国家の意思による参加が必要な条約と異なり、個別国家の利益や政策と対立するものであっても EU 全体の集合利益や EU の実質政策にもとづく消費者や労働者など特定の個人の個別利益や権利の保護を優先し得る<sup>(68)</sup>。国家の単位を超えて法典化された準則は、一方主義でも双方主義でもなく地域共同体の観点から個別国家の規制権限を配置する配分主義によるものとなる<sup>(69)</sup>。連邦法化した EU 国際私法典による準拠法決定過程で、EU 構成国それぞれの実質法からの独立は保たれつつも、生産物責任や消費者契約などの局面における原告の優遇など EU 単位の実質価値の序列化あるいは実質政策の考慮が可視化される<sup>(70)</sup>。

#### (b) 立憲化

EU 憲法制定に関する議論の紆余曲折の果てに成立したリスボン条約は、事実上の EU 憲法に近いものとして機能し、アメリカの連邦法が各州の法選択準則にあまり干渉しないのと違い、ヨーロッパの法選択準則に対して各国内での

憲法と法選択準則との関係に似た影響を及ぼす<sup>(71)</sup>。欧州司法裁判所も、EU 構成国それぞれの裁判所での法選択準則の適用を審査する機構として、EU 構成国内の司法および立法に影響する<sup>(72)</sup>。

ミヒャエルスからみた立憲化の重要な特徴は、EU の準連邦構造が加盟国とそれぞれの国内法との関係性に作用する態様および基本権とのかかわりかたである。立憲化の進展によって旧来の国際私法の国家性は自明のものといえなくなる<sup>(73)</sup>。少なくとも EU 域内において、準拠法選択問題に関する欧州司法裁判所の判例法は、準連邦法化した EU 国際私法典と同じく、個別国家の政策や利益に対する EU 全体の実質政策や実質利益にもとづく評価を示すものとなる<sup>(74)</sup>。

### (c) 方法論の多元化

現代ヨーロッパの国際私法理論に連邦化と立憲化がもたらすパラダイムシフトは、法選択問題の涉外性の意味および最密接関係にもとづく連結の役割の変化を導く<sup>(75)</sup>。連邦化と立憲化により汎ヨーロッパ化した国際私法は、EU 構成国間での相互承認原則<sup>(76)</sup>によって法廷地国の優位を広く排除する<sup>(77)</sup>。当事者自治も、準拠法を決定するための単なる道具にとどまらず、EU 域内の法体系間で自国法が当事者によって選ばれるようにするための立法競争の促進手段となる。当事者による準拠法選択は、権利であるだけでなく、EU 域内で自由の保護が失われるのを防ぐ義務ともなる<sup>(78)</sup>。EU の国際私法においては、法抵触問題の涉外性の境界線が、国家間だけでなく、EU 域内と域外との間にも引かれる。EU 構成国間では国内公序の発動が制限され EU 全体の公序がより重視される。EU 法の強制力の程度が EU 構成国に対する場合と非構成国に対する場合とで異なることから、EU 域内の国際私法は、EU 法上も構成国法上も、EU 域内の法抵触に対応するものと EU 域外との法抵触に対応するものとの重層構造を示す。

現代ヨーロッパ法選択革命では、2つの方法論が採用されている。第一に、サヴィニー以来の国際私法理論と同様の旧来型方法論であり、第二に、旧来型方法論を補完する EU 法に基礎づけられた方法論である<sup>(79)</sup>。第二の EU 型方法論が目指すのは、国家の規制利益の均衡でも最密接関係にもとづく連結でもな



い<sup>(80)</sup>。EU型方法論は、一方で国家の規制利益の衝突を制御し、他方でEU法により保護される個人の権利を規律する。このような根本から異なる法選択方法論が共存することは3つの重要な含意をもつ<sup>(81)</sup>。

第一に、EU型方法論は最密接関係による連結から離れるため、複数の方法論間での衝突が避けられない。第二に、旧来型方法論はしばしばEU基本法によるものと異なる結果を生成することになる。そして最後に、EU型方法論での私権の保障と国家規制との衝突は専らEU法によって調整し、規定できるから、旧来型方法論に頼るべき場面が著しく限定される。現代ヨーロッパの国際私法では、準拠法の決定の前に適切な準拠法選択方法論を個別の状況ごとに取捨選択しなければならず、少なくともEU域内における法選択方法論の衝突は多くの場面で旧来型方法論の不採用に帰着しがちであるように思われる。

### 3. 国際私法の私化

前章までで整理したとおり、国際私法理論史上の転回あるいは革命の主張には、理論の内容も具体化された国際私法原則もそれぞれ異なりながら、一貫した批判賛同の軸がある。これまでの転回あるいは革命の理論上の争点は国際私法における国家と個人の位置づけにあったといえる<sup>(82)</sup>。国際私法の私化構想もまさしく国家と個人の配置転換を図ろうとするものである。本章では、国際私法の私化構想の主張内容につき、国際私法の私化構想の旗手の一人として国際私法の私化に関する多くの論稿で参照されており、国際私法の私化構想こそが国際私法理論の真の革命だと自称するレーマンの見解を中心に整理する。

#### (1) コペルニクス転回あるいは革命ふたたび

およそ国際私法理論の転回あるいは革命というものは直前のパラダイム変革に対する抵抗として現れる。その意味で革命とは常に反革命でもある<sup>(83)</sup>。アメリカ合衆国内で前世紀の革命に抗う反革命<sup>(84)</sup>が不振のまま収束しつつあるのに対し、レーマンは、サヴィニーによるコペルニクス転回の擁護にも2つの地域革命の批判にもとどまらない国際私法の根幹にかかわる新たなコペルニクス転回あるいは反革命として、国際私法の全体構造の転換とその帰結の提示と

を試みる。

レーマンからみると、第一次コペルニクス転回の理論もアメリカ合衆国およびEUでの革命の理論もこれまでの国際私法観はすべて全体構造から再考する必要がある<sup>(85)</sup>。近代国際私法理論と法選択革命の理論のいずれによっても、世界の個別事象は原則として客観要素により指定された法体系に支配される。問題なのは異なる個々の法体系が自らの適用を求める結果として国家間の競争となることである。準拠法は「国」際 (inter-national) 視点から決定されることになり、異なる立法権限それぞれの領分に境界が画される。このような状況下で、個人はただ既定の法に服従するのみとなり、準拠法の決定過程に口を挟めなくなってしまう。そこでレーマンは、これまでの国際私法理論に対する再度のコペルニクス転回あるいは真の革命を企てる。

## (2) 国際私法の私化構想

第1章でみたように、サヴィニーによるコペルニクス転回も、法規の領域範囲画定から準拠法を決定するゆえに国家ごとの法規の立法者意思が前提となる法規分類理論と比べれば、国際私法の私化の試みであったといえる<sup>(86)</sup>。しかしながら、レーマンは、サヴィニーの理論がコペルニクス転回として評価され得ると認めながらも、ルネサンス回帰の立場と異なり、国際私法において主権の衝突から法共同体間の調和へと主題転換したサヴィニーの理論にも国際私法の私化の不徹底をみる<sup>(87)</sup>。19世紀の国際私法理論全般に共通する特徴の一つは「領域内国際主義 (domestic internationalism)」<sup>(88)</sup>であり、サヴィニーの理論にも国際公法に範をとった主要概念<sup>(89)</sup>が含まれている。国際公法があくまでも国家の存在を前提するのに対して、国際私法上の正義は私人間での私権の保護にかかわる<sup>(90)</sup>。レーマンの理解によれば、コペルニクス転回や革命、反革命と称されるこれまでの国際私法理論には、「国」際関係に照準することで個人を国家間の将棋の歩のように扱う国家主義の誤謬が認められる<sup>(91)</sup>。

レーマンの議論は、準拠法が「客観要素の分析により定まるのであれば、どうして当事者は客観要素にもとづかない別の準拠法を自由に選択できるのか？」<sup>(92)</sup>との問いに始まる。ケーゲルが利益法学の立場からサヴィニーの理論

に潜在する国家性を国家の利益の衡量としてむしろ顕在化させたのに対し、レーマンは、法の抵触を国家間の自国法適用に関する争いと捉えることから離れて、個人を国際私法の舞台の中央に立たせようとする<sup>(93)</sup>。

レーマンは、法廷地における外国法適用の根拠が、国家間の礼讓でも外国法事実説でもなく、複数の法域に係る私人の利益の確保にとって必要不可欠な「法の継続性 (the continuity of law)」<sup>(94)</sup>にあると考える。法律関係に含まれる何らかの事実のあった地と法廷地が異なるとき、法廷地外での事実から形成された法律関係を法廷地の裁判所が認めないことは正義に反する<sup>(95)</sup>。レーマンのいう正義とは、国家から司法手続において直接の利害関係を有する個人への国際私法の焦点の移動であり、「知って望む者に不法は生じない (*scienti et volenti non fit iniuria*)」状態の徹底である<sup>(96)</sup>。複数の異なる法体系に分割された世界において私人は移動の自由を保障されている。複数の法域に渉る移動や取引に関与する私人にとっての法の継続性を確保するためには、法廷地外の法の適用可能性を否定できない。法廷地内の法と法廷地外の法との抵触問題の本源は何よりもまず契約交渉や訴訟など私人のかかわる局面にあって、私人こそが準拠法の適用結果の影響を受け、紛争の帰結に最も左右される。法廷地の裁判所が準拠法を適用する上で、法律関係と密接な関係のある国家の利益は、考慮要素として唯一のものとも最優先のものともなり得ない。法の抵触問題に関するこのような事実認識からすると、国際私法上の正義要請にとってただ一つ自然なのは当事者が準拠法を選択できることだとレーマンは主張する<sup>(97)</sup>。

国際私法は私人に影響されるべきでないとする法律尊重主義および国家中心主義の立場から、国家法の適用範囲の固定と私人による規範形成の排除を前提にした反論があり得るかもしれない。しかしながら、レーマンの指摘するとおり、今日の世界秩序は、自らの適用を求める多数の法群から構成され、相反する準則のあまりの多さに法の空隙が生じている。この法の不在ゆえに、法律尊重主義は現実に空論であり「客観要素によって一意に定まる準拠法などあり得ない」<sup>(98)</sup>とまでレーマンはいう。

ただし、国際私法の私化構想のいう当事者の中核化は、フランス民法典<sup>(99)</sup>のように当事者意思を実質法源とすることではなく、国家による立法権の独占

と衝突するものでもない<sup>(100)</sup>。国際私法上の当事者自治は、立法権限ではなくあくまでも既存の国家法の中から選択する権限を当事者に認めるものだとレーマンは考える。少なくともレーマン自身は、私人間で形成された非国家法の当事者による選択を国際私法の私化構想の射程に含めていない<sup>(101)</sup>。

国家が国際局面における正義の複数性<sup>(102)</sup>の承認から当事者自治の支配を受容するのであれば、準拠法選択過程は国家間の関係にかかわらず当事者個人の手任せられるべきものとなる<sup>(103)</sup>。そうすると一般国際私法規定において国家の利益や政策の衡量から準拠法を決定することはもはや認めがたい。国際私法の私化とは、国家の利益や政策の支配する分野と私人による準拠法選択の認められるべき分野との国際私法上での公私の峻別<sup>(104)</sup>の徹底であり、後者において国家が国際私法上の当事者自治の支配を受容し国家の利益や政策など準拠法決定過程で考慮するよう国家として要求し得るはずのものまで当事者の評価に委ねることなのである。

#### 4. 当事者自治の「原則」化

今日の世界は現実に法体系を異にする領域国家によって分割構成されている。しかしながら、規範としての当事者自治の承認は、領域や政策、利益などの国家と直結する要素以外に考慮すべきもののあることの例証となる<sup>(105)</sup>。準拠法決定過程で、国際私法の配置機能に無関心な実質法パラダイムと国家の利害に従属する「国」際主義パラダイムとの間の不調和解消の試みが、当事者自治の原則化によるポスト国家主義パラダイムへの移行を促す<sup>(106)</sup>。

##### (1) 当事者自治の正当化

国際私法における当事者自治の正当化根拠をめぐる議論<sup>(107)</sup>は未だ決着に至っていない。理論上の根拠の曖昧なままに当事者自治が多くの場面で採用されつつある傾向は、当事者自治の原則化を肯定する者であっても素直には歓迎しがたいといわれる<sup>(108)</sup>。レーマンもこれまでに提示された正当化根拠の多くについてそれぞれ検討している<sup>(109)</sup>。

日本でも一定の賛同を得られているのは、ケーゲルが示した当事者自治原則

の正当化根拠であろう。ケーゲルは、法の抵触問題における連結困難解消のための弥縫策として当事者自治を位置づけた<sup>(110)</sup>。レーマンは、半世紀以上も継続して世界中で承認されている原則を今なお弥縫策といい続けるのには無理があると批判する。ケーゲルの示した当事者自治の正当化根拠はむしろ正当化の失敗を公に認めたものであり、旧来の国際私法理論に何か大きな誤りのあることの証左だとレーマンは指摘する<sup>(111)</sup>。

また、当事者自治の正当化根拠に当事者の予見可能性の確保<sup>(112)</sup>を挙げることは、一見すると国際私法の私化構想からも許容されるように思われる。しかしながら、国際私法の私化構想が法廷地の裁判所に確保を求める法の継続性と当事者の予見可能性とは異なる。当事者の正当な期待の保護のために当事者自治を認めるのは、確かに法選択過程の帰結について当事者の有する重大な利益の想定に適う。ただし、国際私法の過程での当事者の予見可能性の確保は、国際私法準則の世界法化など当事者自治以外の方法でも達成され得るから、当事者自治のみを唯一の帰結として導かない<sup>(113)</sup>。

レーマン自身は、旧来の国際私法理論の焦点とされる国家関係から離れ私人関係中心の国際私法に構造転換しない限り当事者自治が正当化できないと考え、国際私法の私化の徹底を試みたのである。

## (2) 当事者自治の原則化

当事者自治には、国際私法上の原則として特別な価値がある。複数の異なる法体系に分割された世界で、すべての国家が当事者により選択された法に忠実であれば法の継続性は十全に達成される<sup>(114)</sup>。当事者自治は、世界の法秩序の分断から生じる私人関係への悪影響の抑制に資するものとなり得る。当事者自治の原則化とは、従来の議論にみられるような例外としての主観連結の認められ得る範囲の画定から、当事者自治が当然の前提になるとした上でむしろ例外として客観連結の必要な範囲の画定へと方針転換することを意味する<sup>(115)</sup>。

当事者自治を原則化すべき根拠はこれまでに2つのものが挙げられている。一つは個人主権概念であり、もう一つは正義の多元性である。第一に、当事者自治の原則化は、国家主権の支配に対する直接の異議申立といえる<sup>(116)</sup>。グ

グローバルな状況下での世界秩序パラダイムの更新は、国際関係論においてここ20年間ほど盛んに議論されている<sup>(117)</sup>。旧来の国家主権モデルでは、国家の領域内での事象に対する規制権限の絶対性と複数法域に渉る事象に対する規制権限の主権国家間の相互承認の必要性が前提となっていた。グローバリゼーションの進行によって、旧来の国家主権モデルは必ずしも妥当なものでなくなっている<sup>(118)</sup>。個人に対する国家の優越に抗う国際私法の私化構想が要求するポスト国家主義パラダイムとしての「個人主権 (individual sovereignty)」あるいは「自己所有 (self-ownership)」の承認は国際私法において当事者自治の原則化を導く<sup>(119)</sup>。第二に、国際私法の私化構想は、正義に適う準拠法選択の具体化より前の段階にある国際私法上の正義の現代の状況に即した再定義そのものに議論の焦点を合わせている<sup>(120)</sup>。法廷地国が自国法の適用を強制せず当事者自治を認めるのは、正義の複数性の承認による<sup>(121)</sup>。国際私法上の正義は、絶対主義とも価値相対主義とも異なる哲学上の価値多元主義を反映した正義多元主義として現れる<sup>(122)</sup>。それぞれに価値のある重要かつ別個の規範群を象徴する法文化の多様性が尊重されるべきだと考えたとき、当事者自治の原則化は国際私法上の正義からも導かれる。

### (3) 当事者自治の原則化の課題

ここで仮に国際私法の全体構造の私化によって当事者自治が正当化され原則化され得るとしても、当事者自治の原則化にはまだ課題が残る。中でも重要なのが、当事者による準拠法選択の存在しない場合の対応であり、国家法上の強行規則の扱いである。

#### (a) 当事者による準拠法選択の不存在

当事者自治を国際私法一般に原則化したとしても、当事者による準拠法選択のない状況は現実によくみられると予想される。旧来の国際私法理論では、当事者による準拠法選択のないとき、当然に当事者意思以外の客観連結素から準拠法を決定することになる。しかしながら、当事者自治の原則化が肯定されるのならば、当事者による準拠法指定のない場合にも、直ちに国家の関係性や利益と政策の衡量によるのではなく、国家が当事者に準拠法の選択を認めた以上、

裁判所は、国際私法上の公序良俗に反しない限りにおいて、当事者意思の推定または仮定から準拠法を決定すべきであるとレーマンは謳う<sup>(123)</sup>。

当事者の仮定意思 (hypothetical intentions) まで示すことが裁判官にとって容易でないのは当事者の観点からの準拠法決定の貫徹にとって障壁となり得る。しかしながら、国際私法の私化構想にもとづく当事者自治の原則化はアメリカ法選択革命で主張された準拠法選択の柔軟化と排他関係にない<sup>(124)</sup>。国際私法の私化構想も、国家の利益や政策に当事者の利益が優越する限りで準拠法選択の柔軟化を肯定する。国際私法の私化構想にもとづく当事者自治の原則化のこのような理解によると、たとえば、客観連結によると準拠法の拡散と集中という解決の難しい課題が生じるインターネット上の法律関係で、当事者による準拠法選択のないときにも当事者意思を推定しようとする国際私法上の照準理論<sup>(125)</sup>の肯定評価にもつながり得ると考えられる。

#### (b) 国家法上の強行規則

一国における実質法上の契約自由と涉外関係における国際私法上の当事者自治との違いは、当事者の抵触法上の指定による強行規則の排除が認められるかどうかにある。しかしながら、国際私法において当事者自治の原則化を認めるとしても完全に無制限なものとはならない。国内法上の強行規則の発動により国際私法上の当事者自治そのものを制限しようと試みることは自らを国家にとって可能ではある。

ただし、国内法上の強行規則の効果もまた複数法域に渉る法律問題に対しては決して無制限なものとならない。法廷地法上の強行規則は、国家の領域内外に効果の及ぶ絶対強行規則と領域内に効果のとどまる相対強行規則とに分かれると考えられる<sup>(126)</sup>。絶対強行規則が法廷地の公序として当事者の準拠法選択による回避を制限し得るのに対して、相対強行規則は当事者の準拠法選択による回避を許容する。レーマンは、このうち相対強行規則にあたる国家法は特定の国家法体系内において強行規則であっても国際私法上の強行規則とみなされないとするなど、従来の理論と比べても絶対強行規則の範囲画定に国際私法をより介入させようとしている。

レーマンの理解において、国際私法上の当事者自治が法定者である国家の

権威の変更や拡張に係るものでないことから、当事者の選択した準拠法上の強行規則についても、相対強行規則にあたるものは当事者を完全には拘束しない<sup>(127)</sup>。たとえば当事者の選択した準拠法が当事者間の契約を無効とするときであっても、準拠法上の絶対強行規則に反していなければ、意思の「誤表は害さず (*falsa demonstratio non nocet*)」として国際私法上で当事者間の契約は当事者の意思にもとづき有効なものとされることになる<sup>(128)</sup>。

### おわりに

前章までの検討によると、新たなコベルニクス転回の企てとしてレーマンの主張する国際私法上の当事者自治あるいは主観連結の原則化を実現するためには国際私法の私化の徹底が必要であるといえよう。また、国際私法理論史上の新たな転回あるいは革命として、レーマンの提示する国際私法の私化構想には、国際私法の新たなパラダイムを画した第一のコベルニクス転回とも2度の地域革命とも主張内容の異なる独自性が確認された。しかしながら、本稿での予備考察によってこそむしろさらなる検討の必要なことが明確になった課題は少なくない。ここでは最後に、紙幅の限られた本稿のみでは議論が尽くせず、今後より詳細に論じるべき残された課題を整理し、示しておきたい。

まず、国際私法の私化構想は、総体としていえば一義に、法と政治の地域統合の進行が契機となって生じた現代ヨーロッパ法選択革命にみられる国際私法の公化<sup>(129)</sup>傾向に抵抗するドイツの一部学派<sup>(130)</sup>や英国での議論を本源とする主張である。国際私法の私化構想が前提とする、グローバルな法秩序の再構築において目指すべきは統合か分割か、その中で国際私法はどのような役割を果たすべきかという近時 EU 域内外で盛んに議論されている課題<sup>(131)</sup>自体は、日本でも共有され得る。また、現代ヨーロッパでの国際私法の私化の議論は、サヴィニーに始まる近代国際私法理論の評価とかかわるため、近代国際私法理論を相対化しながらもなお尊重する日本の国際私法学にとって決して無縁なものではないといえよう。

しかしながら、主に現代ヨーロッパで唱えられた国際私法の私化構想に日本でも与しようとするならば、EU 域内外での当事者自治原則の採用拡大現象の



展開と現在の具体例の個別分析も含めて、EUに特有の状況を前提にしてこそ有意の議論と状況の異なるEU域外へも敷衍可能な議論とをそれぞれ明確にするためのさらなる検討が必要となる。

次に、現代の私化構想は、サヴィニーと同じ方向をみなながらも、根本において違いがある。現代の私化構想と19世紀のコペルニクス転回とでは基底にある世界秩序観と基本法思想がそれぞれの思潮の影響もあって大きく異なる。19世紀の国際私法理論が一見してそれぞれ対立するようであっても同じくカント(Immanuel Kant)の義務論や国家観<sup>(132)</sup>の影響下にあったことはよく知られている<sup>(133)</sup>。

国際私法の私化に賛同する現代の理論の多くはサヴィニーが理論上の基礎としたウェストファリアンモデルの世界秩序観を疑問視し、多元主義に立脚している<sup>(134)</sup>。しかしながら、多元主義は世界秩序構想において法問題を政治問題へと変質させる副作用をもつ。準拠法選択問題の政治化<sup>(135)</sup>は国際私法の私化構想が強く批判したものであった。国際私法の私化構想が明示または黙示に前提している多元主義の評価に関しては、政治化の否定と矛盾しないグローバルな法秩序構想としての立憲多元主義<sup>(136)</sup>の可能性や是非なども含めて本稿での検討にもとづきつつ国際私法の視点から今後さらに論じなければならない。

本稿で扱うことができたのは、国際私法の私化構想その他の転回あるいは革命の国際私法理論史上の位置づけ、国際私法の私化構想と主観連結の原則化との理論上の連続性に限られる。かつて田中耕太郎は、国際私法もその一部とされる世界法の諸問題に関して「實定法を超越せる哲學的思索を要求するもの」であり、「常に法の本質論に復歸して來るのであつて、其れを顧みることなしには此の主題に關する諸問題の取扱ひは不可能の業たるを免れぬ」と述べた<sup>(137)</sup>。ミヒヤエルスは国際私法の私化の基底になり得る法思想の特定を自ら試みている<sup>(138)</sup>。国際私法の私化構想における個人主権への言及にはリパタリアニズムあるいはアナキズムの影響がうかがわれる<sup>(139)</sup>。国際私法の私化構想の正確な評価のためには、その他の転回または革命の理論が依拠した法思想と対比しながら、本稿で十分に論じられなかった国際私法の私化構想の深部にある基本法思想まであらためて詳解する必要がある。

また、国際私法の私化構想に堅固な思想基盤が備わったとき、立法権限と法選択権限との違いを強調するレーマンの構想において想定の外にあると明言されている非国家法や非法コードによる自己統制 (self-regulation) にまで国際私法の私化の射程は及び得るのかどうか、及ぶとしたらどのように限界画定すべきかが、ミヒャエルスの指摘<sup>(140)</sup>のとおり、現実の課題として今後の検討では問われることとなる。

- (1) 債権契約の準拠法に関する当事者自治の採用と前世紀までの国際私法理論の展開につき、折茂豊『当事者自治の原則——近代国際私法の発展——』（創文社、1970）を参照。
- (2) 今世紀の日本での立法例として、法の適用に関する通則法の16条および21条がある。
- (3) Vgl. KATHRIN KROLL-LUDWIGS, DIE ROLLE DER PARTEIAUTONOMIE IM EUROPÄISCHEN KOLLISIONSRECHT, at Teil 3 (2013). See also JACQUELINE GRAY, PARTY AUTONOMY IN EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW: CHOICE OF COURT AND CHOICE OF LAW IN FAMILY MATTERS AND SUCCESSION (2021). 日本法の視点からの比較検討につき、小池未来『国際家族法における当事者自治』131頁以下（信山社、2019）を参照。
- (4) 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. See Cristina González Beilfuss, *Article 5 Choice of Applicable Law by the Parties*, in THE ROME III REGULATION: A COMMENTARY ON THE LAW APPLICABLE TO DIVORCE AND LEGAL SEPARATION 65 (Sabine Corneloup ed., 2020).
- (5) EU 国際相統規則の条文の日本語訳は、金子洋一「EU 相統規則における相統準拠法の適用範囲について——ドイツ国際私法の観点から——」千葉大学大学院人文社会科学部研究プロジェクト報告書 253 集 151 頁、196～226 頁（2013）を参照。
- (6) 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——当事者意思の位置づけに関連して——」名古屋学院大学法学部開設記念論文集 85 頁、108 頁（2014）。
- (7) 木棚照一「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 175 頁、194～197 頁（2015）。

- (8) 木棚・前掲(註6) 108頁。
- (9) SAGI PEARL, THE FOUNDATION OF CHOICE OF LAW: CHOICE AND EQUALITY 31-123 (2018).
- (10) R. Michaels, *Party Autonomy – A New Paradigm without a Foundation?* ([http://www.pilaj.jp/data/2013\\_0602\\_Party\\_Autonomy.pdf](http://www.pilaj.jp/data/2013_0602_Party_Autonomy.pdf)) 2-3 (2013).
- (11) M. Lehmann, *Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws*, 41 VAND. J. TRANSNAT'L L. 381, 385 (2008).
- (12) See R. Michaels & Nils Jansen, *Private Law beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, 54 AM. J. COMP. L. 843, 868-871 (2006).
- (13) Lehmann, *supra* note 11, at 384.
- (14) 近世から現代までの国際私法理論の沿革につき、溜池良夫『国際私法講義 [第3版]』44～62頁(有斐閣, 2005)を参照。
- (15) サヴィニーの国際私法理論につき、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」法学論叢 126巻4・5・6号179頁(1990)などを参照。
- (16) P.H. Neuhaus, *Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache*, 15 RABELSZ 364, 366 (1949/50).
- (17) F.C.V. SAVIGNY, SYSTEM DES HEUTIGEN RÖMISCHEN RECHTS § 348 (Bd. VIII, 1849). ガスリー (William Guthrie) は同書 of the English edition with “völkerrechtliche Gemeinschaft” を文脈に応じて “international common law” または単に “community of law” と翻訳している。ここでの “Völkerrecht” と国際公法そのものとの区別を試みた訳語の工夫といえよう。W. GUTHRIE, A TREATISE ON THE CONFLICT OF LAWS, AND THE LIMITS OF THEIR OPERATION IN RESPECT OF PLACE AND TIME § 348 (1869). 同概念の内容については、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概念について— (1)～(4・完)」北大法学論集 33巻3号1頁(1982), 4号1頁, 6号1頁(1983), 35巻3・4合併号1頁(1984)を参照。マンチーニ (Pasquale Stanislao Mancini) の共同体概念との対比につき、佐藤やよひ「『国籍』の連結点としての意義」柏木昇ほか編『日本とブラジルからみた比較法—二宮正人先生古稀記念—』141頁, 162～167頁(信山社, 2019)を参照。
- (18) Neuhaus, *supra* note 16, at 366. ミヒヤエルスもサヴィニーによるコベルニクス転回を革命というべきパラダイムシフトと評している。Michaels, *infra* note 61, at 1612-1613.
- (19) 「ヨーロッパ諸国における人と人の自由な結合関係としての私法上の法律関係の法の場所的支配の中心的な要素を法律関係の『本拠』と呼び……当事者の一つの特定の場所的法への自由意思による服従により根拠づけている。」木棚・前掲(註

6) 105 ~ 106 頁。

- (20) JÜRGEN BASEDOW, THE LAW OF OPEN SOCIETIES: PRIVATE ORDERING AND PUBLIC REGULATION IN THE CONFLICT OF LAWS 305 (2015).
- (21) Peter Machin North, *Choice in Choice of Law*, in P.M. NORTH, ESSAYS IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW 171, 172-181 (1993).
- (22) BASEDOW, *supra* note 20, at 305.
- (23) Mathias Reimann, *Savigny's Triumph? Choice of Law in Contracts Cases at the Close of the Twentieth Century*, 39 VA. J. INT'L L. 571, 594-600 (1999).
- (24) PEARI, *supra* note 9, at 45.
- (25) S. Peari, *Savigny's Theory of Choice-of-Law as a Principle of 'Voluntary Submission'*, 64 U. TORONTO L.J. 106, 111-122 (2014).
- (26) *Id.* at 122. 任意服従原則は私法および財産権に関するカントの理解からサヴィニー自身が自然権思想に拠り構築したものとされる。*Id.* at 125 n.104. ペアリはサヴィニーの私法理論および国際私法理論における任意服従原則の位置づけを詳細に論じている。
- (27) Neuhaus, *supra* note 16, at 372, 373.
- (28) J. STORY, COMMENTARIES ON THE CONFLICT OF LAWS §§ 9, 23 (1834).
- (29) SYMEON C. SYMEONIDES, THE "PRIVATE" IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW 2-3 (2019). サヴィニーに対するストーリーの影響につき, Gerhard Kegel, *Wohnsitz und Belegenheit bei Story und Savigny*, 52 RABELSZ 431 (1988) を参照。
- (30) PEARI, *supra* note 9, at 35, 36.
- (31) Peari, *supra* note 25, at 123.
- (32) R. Michaels, *Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International Law and the Challenge from Europeanization and Globalization*, in AKTUELLE FRAGEN ZU POLITISCHER UND RECHTLICHER STEUERUNG IM KONTEXT DER GLOBALISIERUNG 119, 128 (Michael Stolleis & Wolfgang Streeck hrsg., 2007).
- (33) F.C.V. SAVIGNY, SYSTEM DES HEUTIGEN RÖMISCHEN RECHTS § 9-10 (Bd. I, 1840).
- (34) Michaels, *supra* note 32, at 129.
- (35) 個人の自治や自由意思に関するサヴィニーの理解につき, 村上淳一「倫理的自律としての私的自治」法学協会雑誌 97 卷 7 号 98 頁, 105 ~ 106, 110 ~ 114 頁 (1980) を参照。
- (36) 佐藤・前掲 (註 17) 169 ~ 170 頁を参照。
- (37) マンチーニは「この principle of nationalities を, 国民を構成する個人の集合体に

まで拡張された各個人のまさに自由そのもの……と捉え、nationalityは……自由そのものと同じように神聖なものと捉えていたようである。つまり、そこに各国が国民個人を保護する利益の相互互換性を見た」(同上173頁)とされる。

- (38) Michaels, *infra* note 61, at 1613-1616.
- (39) Michaels, *supra* note 32, at 130.
- (40) R. Michaels, *The Dual Privatisation of Law in Globalisation, in* GLOBAL PRIVATE INTERNATIONAL LAW: ADJUDICATION WITHOUT FRONTIERS 162, 166-168 (Horatia Muir Watt et al. eds., 2019).
- (41) サヴィニー以前も含めた国際私法理論史の概略につき、NIKITAS E. HATZIMIHAİL, PRECLASSICAL CONFLICT OF LAWS 17-33 (2021) を参照。
- (42) ビール自身は著書(後掲(註94))の複数箇所でサヴィニーに言及している。See also J.H. Beale, *The Development of Jurisprudence during the Past Century*, 18 HARV. L. REV. 271, 283 (1905). アメリカ合衆国において革命理論の定着の過程で重要な役割を担ったヴァン・メーレン(Arthur Taylor von Mehren)は、ビールとサヴィニーとを同列に“Beale and Savigny”と表記し、準拠法決定過程で法廷地内外の実質法の内容の比較衡量という視点がともに欠けていると両者あわせて批判した。A.T.v. Mehren, *Choice-of-Law Theories and the Comparative-Law Problem*, 23 AM. J. COMP. L. 751, 752-756 (1975). 革命理論の勃興から定着に至る全体を概観すれば、サヴィニーに始まる近代国際私法理論はアメリカ合衆国での革命とまったく無関係なものとはまではいえない。また、ウェストレイク(John Westlake)を経由したリース(Willis Livingston Mesier Reese)および抵触法第2リステイトメントに対するサヴィニーの理論の影響も指摘されている。Peari, *supra* note 25, at 138-150.
- (43) See generally S.C. SYMEONIDES, THE AMERICAN CHOICE-OF-LAW REVOLUTION: PAST, PRESENT AND FUTURE (2006).
- (44) Heinrich Kronstein, *Crisis of “Conflict of Laws”*, 37 GEO. L.J. 483 (1949). See also G. Kegel, *The ‘Crisis’ of Conflict of Laws*, 112 COLLECTED COURSES 91, 95 & n.1 (1964-II).
- (45) W.W. COOK, THE LOGICAL AND LEGAL BASES OF THE CONFLICT OF LAWS (1942).
- (46) B. CURRIE, SELECTED ESSAYS ON THE CONFLICT OF LAWS (1963).
- (47) Perry Dane, *Vested Rights, “Vestedness,” and Choice of Law*, 96 YALE L.J. 1191, 1194 (1987). See also SYMEONIDES, *supra* note 29, at 5.
- (48) COOK, *supra* note 45, at 20-21, 345-346.
- (49) B. Currie, *On the Displacement of the Law of the Forum*, in CURRIE, *supra* note 46, at 6. See Dane, *supra* note 47, at 1201.

- (50) SYMEONIDES, *supra* note 29, at 4-5.
- (51) S.C. SYMEONIDES, *OXFORD COMMENTARIES ON AMERICAN LAW: CHOICE OF LAW* 46 (2016).
- (52) Morton J. Horwitz, *The History of the Public/Private Distinction*, 130 U. PA. L. REV. 1423, 1425 (1982).
- (53) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).
- (54) SYMEONIDES, *supra* note 29, at 5.
- (55) アメリカ法選択革命の諸理論の特徴につき、伊藤敬也「権利に基づく法選択——デインの抵触法理論——」青山社会科学紀要30巻1号1頁, 11～13頁 (2001)を参照。
- (56) 国際私法の中立性の意味につき、伊藤敬也「国際私法の中立性——メタ倫理学とドゥオーキンと抵触法——」早稲田法學95巻3号1頁 (2020)を参照。
- (57) See Robert Leflar, *Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations*, 54 CAL. L. REV. 1584 (1966).
- (58) E. Vitta, *The Impact in Europe of the American Conflicts Revolution*, 30 AM. J. COMP. L. 1, 10 (1982).
- (59) Marc-Philippe Weller & Greta Göbel, *Das Politische IPR Unserer Zeit: Gesellschaftsentwicklung durch Internationales Privatrecht?*, in POLITISCHES KOLLISIONSRECHT: SACHNORMZWECKE, HOHEITSINTERESSEN, KULTUR SYMPOSIUM ZUM 85. GEBURTSTAG VON ERIK JAYME [hereinafter POLITISCHES KOLLISIONSRECHT] 75, 77-81 (Martin Gebauer & Stefan Huber hrsg., 2021).
- (60) M. Martinek, *The Seven Pillars of Wisdom in Private International Law - The German and the Swiss Experience with the Codification of Conflicts Law Rules*, 4 中国国際私法与比較法年刊15, § 5.1 (2001).
- (61) R. Michaels, *The New European Choice-of-Law Revolution*, 82 TUL. L. REV. 1607, 1609 (2008). See also Fausto Pocar, *La Comunitarizzazione del Diritto Internazionale Privato: Una 'European Conflict of Laws Revolution'?*, 36 RIV. DIR. INT. PRIV. PROC. 873, 883-884 (2000); Johan Meeusen, *Instrumentalisation of Private International Law in the European Union: Towards a European Conflicts Revolution?*, 9 EUR. J. MIGRATION & L. 287, 290-291 (2007). 革命と評することへの異論を示すものとして、S.C. Symeonides, *The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons*, 82 TUL. L. REV. 1741, 1742-1744 (2008)を参照。
- (62) 横溝大「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」国際私法年報17号113頁 (2016)を参照。
- (63) Michaels, *supra* note 61, at 1608-1609.

- (64) B. Currie, *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*, in CURRIE, *supra* note 46, at 183. Cf. DAVID F. CAVERS, *THE CHOICE-OF-LAW PROCESS*, 247 (1965).
- (65) See J. Basedow, *The Communitarization of the Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam*, 37 COMMON MARKET L. REV. 687, 691-692 (2000); Oliver Remien, *European Private International Law, the European Community and Its Emerging Area of Freedom, Security and Justice*, 38 COMMON MARKET L. REV. 53, 57 (2001). Cf. Andrew Dickinson, *European Private International Law: Embracing New Horizons or Mourning the Past?*, 1 J. PRIV. INT'L L. 197, 199-201 (2005); Richard Fentiman, *Choice of Law in Europe*, 82 TUL. L. REV. 2021, 2024-2027 (2008).
- (66) Michaels, *supra* note 61, at 1617-1619.
- (67) *Id.* at 1622. See Ulrich Drobnig, *Unification of National Law and the Uniformisation of the Rules of Private International Law*, in L'INFLUENCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DES ÉTATS MEMBRES 1, 2 (Pierre Bourel et al. dir., 1981).
- (68) Michaels, *supra* note 61, at 1622.
- (69) J. Basedow, *Spécificité et Coordination du Droit International Privé Communautaire*, 16<sup>E</sup> ANNÉE, 2002-2004 DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ: TRAVAUX DU COMITÉ FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 275, 283-284 (2005).
- (70) Michaels, *supra* note 61, at 1622-1624.
- (71) *Id.* at 1625.
- (72) See J. Basedow, *Federal Choice of Law in Europe and the United States - A Comparative Account of Interstate Conflicts*, 82 TUL. L. REV. 2119, 2129-2140 (2008).
- (73) Michaels, *supra* note 61, at 1625.
- (74) Basedow, *supra* note 72, at 2146.
- (75) Michaels, *supra* note 61, at 1635.
- (76) *Id.* at 1625-1633.
- (77) *Id.* at 1636-1637.
- (78) Case C-412/97, *ED Srl v. Italo Fenocchio*, 1999 E.C.R. I-3845, para. 11; Case C-339/89, *Alsthom Atlantique v. Sulzer*, 1991 E.C.R. I-107, para. 15.
- (79) Michaels, *supra* note 61, at 1639.
- (80) Heinz-Peter Mansel, *Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums, zur Herausbildung eines Europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als Neues Strukturprinzip des Europäischen Internationalen Privatrechts?*, 70 RABELSZ 651, 724 (2006).

- (81) Michaels, *supra* note 61, at 1640-1641.
- (82) Lehmann, *supra* note 11, at 398.
- (83) Michaels, *supra* note 61, at 1609.
- (84) アメリカでの反革命につき、伊藤敬也「法選択における権利——プリルメイヤーの政治的権利理論——」青山社会科学紀要 28 卷 2 号 23 頁 (2000) を参照。
- (85) Lehmann, *supra* note 11, at 413.
- (86) Michaels, *supra* note 32, at 132; *supra* note 61, at 1613-1614.
- (87) Lehmann, *supra* note 11, at 399 n.101.
- (88) Michaels, *supra* note 61, at 1615-1616.
- (89) レーマンは「相互に交際する諸国民の国際コモンロー (international common law of nations having intercourse with one another)」を国際公法に由来する概念の一例として挙げる。Lehmann, *supra* note 11, at 399. レーマンの選択した英訳語につき本稿の註(17)を参照。
- (90) ALEX MILLS, THE CONFLUENCE OF PUBLIC AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW: JUSTICE, PLURALISM AND SUBSIDIARY IN THE INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL ORDERING OF PRIVATE LAW 3-4 (2009).
- (91) See Lehmann, *supra* note 11, at 408-413.
- (92) *Id.* at 383.
- (93) *Id.* at 384.
- (94) 法の継続性はピールが法の本性の一つに掲げたものである。法は公布から新規立法による改廃まで法であり続けるという時間軸での継続性から、ピールは、法廷地外の法により獲得された権利が法廷地でも権利として継続するという空間軸での継続性を導き、国際私法上の既得権理論の根柢の一つにした。法の継続性は、法の行為規範の側面に着目したもので、法にもとづく現実の帰結が当事者にとって一貫していることを求める社会要請によるものである。J.H. BEALE, A TREATISE ON THE CONFLICT OF LAWS OR PRIVATE INTERNATIONAL LAW §§ 61, 131 (1916); A TREATISE ON THE CONFLICT OF LAWS § 4.12 (1935).
- (95) Lehmann, *supra* note 11, at 407.
- (96) *Id.* at 407-408.
- (97) *Id.* at 414.
- (98) *Id.* at 414 & n.181.
- (99) フランス 2016 年改正民法典 1103 条は「法に従い成立した契約は当事者にとって法に代わるものとする」と規定している。



- 000 Cf. A. Mills, *Conceptualising Party Autonomy in Private International Law*, avril-juin 2019 REV. CRIT. DIP 417, 423-424 (2019).
- 001 Lehmann, *supra* note 11, at 395, 414. レーマンは国家の立法権限と私人の法選択権限との相違を強調する。レーマン自身は、*lex mercatoria* などの非国家法の当事者による選択を認めるには立法権限と法選択権限の両方に係る問題の解決のための理論が別途必要だと考える。
- 002 伊藤敬也「正義の多元性と国際私法正義——国際私法哲学の一片——」法哲学年報 (2002) 167 頁 (2003) を参照。
- 003 Lehmann, *supra* note 11, at 416.
- 004 同様の問題意識にもとづく論考は日本でも少なくない。佐藤やよひ「ヴェングラーの『強行法規の特別連結論』の理論構造」国際法外交雑誌 97 卷 3 号 301 頁 (1998)。早川吉尚「準拠法の選択と『公法』の適用」国際私法年報 5 号 206 頁 (2004) などを参照。国際私法の私化構想は、国際私法において強行法あるいは公法とかわる範囲を特定または限定する試みと表裏の関係にあるといえる。See Lehmann, *supra* note 11, at 421; *Regulation, Global Governance and Private International Law: Squaring the Triangle*, 16 J. PRIV. INT'L L. 1 (2020).
- 005 Lehmann, *supra* note 11, at 383.
- 006 Mukarrum Ahmed, *The Nature and Enforcement of Choice of Law Agreements*, 14 J. PRIV. INT'L L. 500, 505 (2018).
- 007 当事者自治の正当化をめぐる議論につき、中野俊一郎「当事者自治原則の正当化根拠」立命館法学 339・340 号 2629 頁 (2011) を参照。See also KROLL-LUDWIGS, *supra* note 3, at 148-302; A. MILLS, PARTY AUTONOMY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW 29-90 (2018).
- 008 BASEDOW, *supra* note 20, at 115.
- 009 Lehmann, *supra* note 11, at 383-394.
- 010 G. KEGEL, INTERNATIONALES PRIVATRECHT 208 (1. Aufl. 1960); G. KEGEL & KLAUS SCHURIG, INTERNATIONALES PRIVATRECHT 653 (9. Aufl. 2004).
- 011 Lehmann, *supra* note 11, at 394.
- 012 See, e.g., Edith Friedler, *Party Autonomy Revisited: A Statutory Solution to a Choice-of-Law Problem*, 37 U. KAN. L. REV. 471 (1989); RUSSELL J. WEINTRAUB, COMMENTARY ON THE CONFLICT OF LAWS 483 (6th ed. 2010).
- 013 Lehmann, *supra* note 11, at 392-393.
- 014 *Id.* at 408.

- (15) *Id.* at 383, 384-385, 389; Mills, *supra* note 100, at 418.
- (16) Mills, *supra* note 100, at 422-423.
- (17) グローバルな法秩序パラダイムをめぐる議論状況につき、NICO KRISCH, BEYOND CONSTITUTIONALISM: THE PLURALIST STRUCTURE OF POSTNATIONAL LAW pt. I (2010) を参照。
- (18) R. Michaels, *Two Paradigms of Jurisdiction*, 27 MICH. J. INT'L L. 1003, 1069 (2007).
- (19) See H.M. Watt, "Party Autonomy" in *International Contracts: From the Makings of a Myth to the Requirements of Global Governance*, 6 ERCL 250, 258 (2010); BASEDOW, *supra* note 20, at 131.
- (20) ルネサンス回帰の立場からも、国際私法上の正義をめぐる議論は重要視されている。たとえばベアリは、ケーゲルのいう抵触法上の正義とサヴィニーの任意服従原則との関係を論じている。Pera, *supra* note 25, at 124 n.98.
- (21) Lehmann, *supra* note 11, at 416.
- (22) MILLS, *supra* note 90, at 5-6.
- (23) Lehmann, *supra* note 11, at 429.
- (24) *Id.* at 430-432.
- (25) See Marketa Trimble, *Targeting Factors and Conflict of Laws on the Internet*, 40 REV. LITIG. 1 (2020).
- (26) Lehmann, *supra* note 11, at 419-420.
- (27) *Id.* at 425.
- (28) *Id.* at 426-427.
- (29) S.C. SYMEONIDES, CODIFYING CHOICE OF LAW AROUND THE WORLD: AN INTERNATIONAL COMPARATIVE ANALYSIS, 289-344 (2014).
- (30) Vgl. „MEHR FREIHEIT WAGEN“ BEITRÄGE ZUR EMERITIERUNG VON JÜRGEN BASEDOW (Anatol Dutta & Christian Heinze hrsg., 2018).
- (31) See DIVERSITY AND INTEGRATION IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW [hereinafter DIVERSITY AND INTEGRATION] (Verónica Ruiz Abou-Nigm & María Blanca Noodt Taquela eds., 2019); PRIVATE INTERNATIONAL LAW: CONTEMPORARY CHALLENGES AND CONTINUING RELEVANCE [hereinafter PRIVATE INTERNATIONAL LAW] pt. IV (Franco Ferrari & Diego P. Fernández Arroyo eds., 2019).
- (32) 大庭健編 = 古田徹也監訳『現代倫理学基本論文集Ⅱ 規範倫理学篇① (双書現代倫理学7)』第I部3頁以下 (勁草書房, 2021) を参照。カントの国家観につき、高田純「ルソー・カント・フィヒテの国家論 (上) (中) (下)」文化と言語 77号 179頁 (2012), 78号 187頁 (2013), 82号 385頁 (2015) を参照。

- (33) サヴィニーにつき, Pears, *supra* note 25, at 133-134, マンチーニにつき, YUKO NISHITANI, MANCINI UND DIE PARTEIAUTONOMIE IM INTERNATIONALEN PRIVATRECHT 45-47 (2000) をそれぞれ参照。
- (34) E.g., MILLS, *supra* note 90; R. Michaels, *Global Legal Pluralism and Conflict of Laws*, in THE OXFORD HANDBOOK OF GLOBAL LEGAL PLURALISM ch. 23 (Paul Schiff Berman ed., 2020).
- (35) Martin Gebauer & Stefan Huber, *Politisches Kollisionsrecht: Eine Einführung*, in POLITISCHES KOLLISIONSRECHT, *supra* note 59, at VII.
- (36) Cormac Mac Amhlaigh, *Pluralising Constitutional Pluralism*, in IN PURSUIT OF PLURALIST JURISPRUDENCE [hereinafter PLURALIST JURISPRUDENCE] 64, 71 (Nicole Roughan & Andrew Halpin eds., 2017).
- (37) 田中耕太郎『世界法の理論』1巻15～16, 32頁(岩波書店, 1932)。
- (38) R. Michaels, *Law and Recognition - Towards a Relational Concept of Law*, in PLURALIST JURISPRUDENCE, *supra* note 136, at 90; *Private International Law as an Ethic of Responsivity*, in DIVERSITY AND INTEGRATION, *supra* note 131, at 11; *Private International Law and the Question of Universal Values*, in PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *supra* note 131, at 148.
- (39) Mills, *supra* note 100, at 423; Lehmann, *supra* note 11, at 414, 418.
- (40) Michaels, *supra* note 40, at 168-171.