

当事者自治原則の正当化根拠

中野俊一郎*

目次

はじめに
当事者自治原則の妥当範囲
当事者自治原則の正当化根拠
おわりに

はじめに

国際私法は、複数の国と関わりをもつ法律関係について、それが最も密接に係る法秩序を探求し、準拠法を決定する。準拠法の具体的決定基準（連結点）は法律関係に応じて様々であるが、国籍や物の所在地といった客観的要素が用いられることが多い。これに対して契約準拠法の決定に関しては、古くから当事者の意思という主観的要素が連結点とされてきた。いわゆる当事者自治の原則である。これは今日、最も普遍性の高い国際私法規則の一つに数えられており、法の適用に関する通則法（以下、通則法）7条もその例にもれない。

しかしながら、客観的要素を介して法律関係の「本拠」(Sitz)を探求し、準拠法を決めるというサヴィニー以来の伝統的国際私法の考え方からすると¹⁾、当事者による準拠法指定を許すという手法は「体系上異質」で

* なかの・しゅんいちろう 神戸大学大学院法学研究科教授

1) サヴィニーは、契約債務の「本拠」は履行地にあり、その地の法が契約を支配するといふ。もっとも、この考え方は、履行地は当事者の合意で決定されることから、その地の法の適用が当事者の期待に合うことを重視するものであった。Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 7, 1849, § 370. また、その前提をなす「一般的観点」と

あり、「鬼っ子」的存在だと指摘がされてきた²⁾。そのため、これをどのような場合に認め、また制限するかが議論されることとなるが、その最も基礎的な部分には、なぜ当事者の意思によって準拠法を決めることが許されるのか、という問いが横たわっている。当事者自治原則が普遍的に認められるようになった今、これについてことさらに議論する必要はないとの見方もあるかもしれない。しかし、制度の将来的な方向性を占うにあたって、その趣旨や存在意義を等閑視することはできないし、それが解釈論に微妙な影響を与えることもありえよう。

わが国の学説においては、契約準拠法の決定につき当事者自治を許す根拠として、「契約関係を一般的概括的に見た場合、これと最も密接な関係をもつ法律秩序をみいだすのは困難」であり、「諸国の実質法上、契約自由の原則が認められて、債権契約についてはなるべく当事者の意思を尊重することが望ましいとされるのであるならば、国際私法上における契約準拠法の決定についても、当事者の意思を尊重することが望ましい」という点が指摘されてきた³⁾。このように消極面、積極面から契約の特質を強調して当事者自治原則を根拠づけることは、この原則が契約以外の領域にも妥当範囲を拡げつつあること(通則法16条、21条、26条2項参照)を考えれば、疑問の余地がありうる。国際裁判管轄の合意(平成23年改正民訴法第3条の7)や仲裁の合意(仲裁法14条)は、国際私法上の当事者自治原則とは平面を異にするが、国際民商事紛争の安定的解決に向けた当事者の合意に効力を認めるという点では、共通の基盤の上に位置づけることも考えられよう。

して、「当事者の自由意思」つまり「一定法域への任意の服従」の「極めて広範囲に及ぶ影響」が指摘されていたことは、当事者自治原則の一つの萌芽を示すものとして注目されてよい。折茂豊・当事者自治の原則(創文社、1970年)19頁以下。

- 2) 道垣内正人・ポイント国際私法各論(有斐閣、2000年)207頁以下、同「国際私法の新たな課題と展望」上法49巻3・4号(2006年)25頁など。
- 3) 出口耕自・基本論点国際私法(法学書院、第2版、2001年)68頁。同書は、代表的な教科書を複数引用した上で、当事者自治原則の根拠については本文に引用した説明が「普通である」という。

以上のような問題意識から、本稿においては、まず当事者自治原則の受当範囲を確認した上で（ ）、その正当化根拠について考えてみることにしたい（ 、 ）。

当事者自治原則の受当範囲

1 契 約

(1) 比較法的動向

契約準拠法の決定に関して、当事者による準拠法指定を認めない国がないわけではなく、ブラジル⁴⁾、ウルグアイ⁵⁾⁶⁾、イラン⁷⁾や中近東の国々⁸⁾では、今日なお、原則的に客観的基準によって契約準拠法が決定される。

4) ブラジル民法施行法9条(Samtleben, *RabelsZ* 63 [1999], 59)は「債権関係の法的性質の決定及び規律はそれが成立した国の法による」という。但し、仲裁での実体判断準拠法については仲裁法2条により当事者自治が認められる。*Int. Handbk. Comm. Arb.*, 2008, Brazil, p. 22 (Netto).

5) ウルグアイ民法2399条は、「法律行為は……その履行地法に」よるとしており、ここでいう履行地は、特定物に関する契約ならその所在地、不特定物であれば債務者の住所というように客観的に定められる。*Lorenzo/Pedrouzo/Pereiro, Uruguay*, in: *International Encyclopaedia of Laws, Private International Law*, Vol. 2, 2007, Nr. 276.

6) 但し、いずれの国においても、契約準拠法の所属国で当事者自治が認められる場合には、反致によって当事者が選択した内国法を適用する余地があるという。*Basedow, Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationales Privatrechts*, *RabelsZ* 75 (2011), 35.

7) イラン民法968条(Yassari, *IPRax* 2009, 453)は、「契約から生じる債務は、契約締結者が外国人であって、明示的ないし黙示的に義務を他の法に服せしめた場合を除き、契約締結地の法による」という。契約の拘束力を定めた民法10条から当事者自治を認める見解がないではないが、通説は民法968条を根拠に、外国法を準拠法と指定した外国人同士の訴訟がイラン裁判所に提起されたような例外的場合を除き、当事者自治を認めない。

8) エジプト民法19条(Makarov, *Quellen des Internationalen Privatrechts*, 1978, S. 19)は、「契約債務は、契約当事者が共通して住所を有する地の法による。共通住所がない場合は契約締結地の法による。但し、これらはいずれも、他の法の適用を当事者が合意し、あるいは他の事情からそれが窺える場合を除く。不動産に関する契約は所在地の法による」とし、イラク民法25条(Krüger, *IPRax* 1988, 183)、ヨルダン民法20条(Krüger, *IPRax* 1987, 130)、イエメン民法30条(Krüger, *RIW* 1993, 31)も同様である。

しかしながら、これらの立法例は少数にとどまり、わが国の通則法7条、仲裁法36条や契約債務準拠法に関するローマ規則3条をはじめとして、今日では大多数の国内法や条約が当事者による準拠法選択を認める規定をおく。そのため、1991年の万国国際法学会パーゼル決議「私人又は法人の間での国際契約における当事者の自治」(以下、パーゼル決議)2条以下は、「当事者自治が国際私法の根本原則の一つであることを考慮」して、当事者自治を広く認めるルールを採択した⁹⁾。

最近における注目すべき動きは、「国際商事契約における法選択に関するハーグ原則」プロジェクトであろう。ハーグ国際私法会議は2009年に作業グループを立ち上げ、そこでは2011年6月に準備草案(以下、ハーグ原則準備草案)が作成されている¹⁰⁾。これは、事業者間での商取引契約を対象に、広い範囲で当事者自治原則を認めようとするものであり、裁判所のみならず仲裁廷での適用をも念頭におく点に特徴を有する。

当事者自治原則は、任意法規・強行法規を問わず当事者による自由な選択を許すものであるから、法廷地国や第三国の絶対的強行法規(介入規範)の適用を認め(パーゼル決議9条、ハーグ原則準備草案11条など)、あるいは一定の強行法規の援用を弱者に許すといった形で(通則法11条、12条参照)、公益的見地からの制約が必然的に伴う。しかしそれ以外にも、当事者自治の限界が問題とされる局面がある。

(2) 契約との関連性を欠く法の指定

当事者が指定できる法は、契約や当事者に関連性をもつ国の法に限られない。これは日本やドイツの通説が認めるところであり、ハーグ原則準備草案2条が示すように、国際的にも承認された考え方であるといっていよい。

これに対して米国の抵触法第2リステイメント187条(2)(a)は、選択

9) Institut de Droit International, Résolutions adoptée par l'institut à sa session de Bâle, *RabelsZ* 56 (1992), 560 m. Bericht Rigaux.

10) この準備草案や作業の進捗状況は同会議の HP [http://www.hcch.net/index_en.php] で知ることができる。この点に関しては、作業グループのメンバーである西谷祐子九州大学教授に大変有益なご教示を頂いた。記して感謝の意を表したい。

された法が当事者又は取引と「実質的関連性」(substantial relationship)を有することを要求し、アメリカ統一商事法典(UCC) § 1-105 も取引との「合理的関連性」(reasonable relations)を要求していた。2001年改正UCC § 1-301 は、当事者の法選択に制約を課さない国際的潮流に合わせてこの要件を撤廃したが、改正版の採用を望まない州が多かったことから、2008年改正で従来の内容に戻されたという¹¹⁾。もっとも、米国判例法上、この要件が発動されるのは極めて例外的な場合に限られるため、その意味は大きくないとの指摘もされている¹²⁾。

ドイツ学説上、ケーゲルは、通説と同じく事案と無関係な国の法(中立国法)の選択を許しながら、「選択された法の適用に関して、何らかの承認に値する利益(anerkennenswertes Interesse)が認められなければならない」という¹³⁾。しかし、これは孤立した見解であり、最近の学説は、当事者自治にこのような制限が伴わないことを、密接関連法探求の補助手段としての当事者自治から当事者利益実現のための当事者自治への機能変化を示すものと評価する傾向にある¹⁴⁾。

(3) 非国家法の指定

わが国の通説によれば、国際私法の任務は国家法の抵触解決にあるから、非国家法を準拠法とする合意は、別に国際私法が指定する準拠国家法が許す範囲内で、いわゆる実質法的指定の効果をもつにすぎない¹⁵⁾。確かに、法の一般原則のような抽象的・概括的規範や INCOTERMS のような任意

11) 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。

12) Rühl, Party Autonomy in the Private International Law of Contracts, in: Gottschalk et al. (eds.), Conflict of Laws in a Globalized World, 2007, p. 163.

13) Kegel/Schurig, IPR, 9. Aufl., 2004, S. 653.

14) E. Lorenz, Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, RIW 1987, 569; Leible, Parteiautonomie im IPR - Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?, in: FS Jayme, Bd. I, 2004, S. 490.

15) 法例研究会・法例の見直しに関する諸問題(1)(商事法務, 2003年)34頁以下, 櫻田嘉章 = 道垣内正人編・注釈国際私法(1)(有斐閣, 2011年)189頁(中西康)ほか。

規定を念頭におく限り、非国家法を準拠法とする実益は乏しかったといえよう。ところが最近では、UNIDROIT 国際商事契約原則に代表されるように、十分な明確性や体系性を備えるとともに、強行法的性質の規定をも含む非国家法規範が出現するに至った。その最大の特徴は、通常の国内民商法とは異なり、まさに「国際」商取引契約の規律を念頭におくルール作りを図った点にある。そのため、これを契約準拠法に指定する例や、理論面でそれを裏付ける学説が現れていることも故なしとしない¹⁶⁾。UNCITRAL モデル仲裁法28条1項は“rules of law”という表現を用いて非国家法の準拠法適格性を認めており、ハーグ原則準備草案2条1項も同じ考え方によっている。

(4) 一方当事者または第三者による法の指定

当事者による準拠法の指定には様々なヴァリエーションがありうる。例えば、一方当事者や第三者に選択権を与える合意も許されるほか¹⁷⁾、特定の法の適用を排除する合意(その場合、当事者が指定した法は客観連結の対象から除外される)も有効と考えられる¹⁸⁾。いわゆる被告地主義の管轄条項・仲裁条項と法選択条項を結合し、原告・申立人は相手方の本拠地で訴訟・仲裁を開始し、その国の法が適用される旨を合意すること(浮動的法選択条項: floating choice of law clause)も否定されない¹⁹⁾。

16) 中野俊一郎「国際訴訟・国際仲裁と非国家法の適用」山本顕治編『法動態学叢書・水平の秩序(4)紛争と対話』(2007年,法律文化社)200頁以下。

17) MünchKommBGB, 5.Aufl., 2010, Rom I-VO Art. 3 Rz. 17 (Martiny); Vischer-Huber-Oser, Internationales Vertragsrecht, 2.Aufl., 2000, Rz. 143.

18) Martiny, aa.O., Art. 3 Rz. 19; Vischer-Huber-Oser, aa.O., Rz. 148. 通説によれば、あらゆる法の適用を排除して「法のない契約」を招来することは許されないが、E. ローレンツは、当事者の合意によっても一定の強行法規の適用は排除できない以上、「法のない契約」に至る危険はないとして、当事者意思尊重の必要性を説く。E. Lorenz, aa.O., S. 573.

19) その例として OLG München, U.v.27.3.1974, IPRspr. 1976 Nr. 26. このような合意は、法廷地・仲裁地に関する合意形成の困難を克服し、同時に準拠法との整合性をもたらす点に合理性があると評価される。Vischer-Huber-Oser, aa.O., Rz. 144. この場合、まずは客観連結で準拠法が定まり、それが法廷地・仲裁地の決定に伴って変更(準拠法の事後的指定)されたと見ることになる。中西・上掲191頁, Martiny, aa.O., Art. 3 Rz. 18.

（5）反致，あるいは準拠国際私法の指定

UNCITRAL モデル仲裁法28条 1項後段によると，当事者による準拠法指定は「別段の合意が明示されていない限り，その国の実質法を直接指定したものであって，その国の法抵触規則を指定したものではないと解釈」される。逆にいうと当事者は，「別段の合意」をすることで，準拠実質法とともに準拠国際私法をも指定できるのであり，日本の仲裁法36条 1項後段もこの規定をそのまま採用した。

1991年の万国国際法学会バーゼル決議 2条 2項やオーストリア国際私法11条 1項は，裁判所での法適用についても同じ考え方を示している。スイス学説上も，争いはあるが，国際私法をも含めた指定を当事者に許すのが「通説」だとの指摘が見られる²⁰⁾。ハーグ原則準備草案7条も，このような明示の合意を「反致」という表題の下に認めている。もっとも，2008年のローマ 規則20条は，ローマ条約15条に「本規則に別段の定めがある場合を除き」との文言を加えた上で，規則による準拠法の指定は国際私法を含まないと定めたことから，当事者による別段の合意を許す余地はなくなったとの見方が強い²¹⁾。

わが国の伝統的通説によれば国際私法は強行法規であり，当事者が合意でその適用を左右することはできないため，準拠国際私法の指定を当事者に許すことを理論的に正当化するのは難しい。反致の適用場面は限定的であり（通則法41条参照），当事者の合意がある場合にのみ広義の反致を認めるのは筋が通らず，このような合意が国際私法によって許されるのだと説明すれば循環論になるうえ，これを許す超国家的国際私法規範の存在も実証されていないからである。もっとも，法廷地国際私法が当事者自治を許す範囲内では，当事者が指定した国際私法によって準拠法が特定されることを間接的な準拠法指定と見て，当事者の予見可能性の確保という観点

20) Basler Kommentar IPR, 2.Aufl., 2007, Art. 116 Rz. 53 (Amstutz/Vogt/Wang); Vischer-Huber-Oser, a.a.O., Rz. 140.

21) Martiny, a.a.O., Art. 20 Rz. 5 (旧版から改説).

からこれを根拠づけることができないわけではない。

2 不法行為

契約と不法行為は、債権としての基本的性質において異なることなく、和解による解決が許され、管轄合意や仲裁合意も可能という点で共通している。そうだとすれば、不法行為当事者間での準拠法の合意を認めてもよいのではないか。このような見地から、最近の各国国際私法立法は、不法行為債権についても当事者自治を許す傾向にある。但し、事後的な法廷地法の合意に限る²²⁾、法廷地法に限らず事後的合意を許す²³⁾、とくに制限を設けない²⁴⁾といったヴァリエーションがあるほか、隔地的不法行為の場合に被害者に不法行為地の選択を許すという手法もある²⁵⁾。英国法²⁶⁾は当事者自治原則を明記しないが、その背後には、英国法上、外国法の主張・立証が当事者に委ねられ、外国で原因事実が発生しても、両当事者が法廷地法の適用を合意すれば当然にそれが認められるという事情があることに注意が必要であろう²⁷⁾。

通則法制定前のわが国通説は、不法行為は原因事実発生地法によるとす

-
- 22) スイス国際私法132条、韓国国際私法33条、リトアニア民法 (IPRax 2003, 298 ff.) 1・43条5項、ロシア民法 (IPRax 2002, 327) 1219条3項、中国国際私法 (黄柳暉「中国の新しい国際私法について」帝塚山22号〔2011年〕61頁) 44条、中華民国国際私法 (笠原俊宏「中華民国国際私法〔涉外民事法律適用法〕の改正」戸時659, 662, 664-666号〔2011年〕) 31条。
- 23) ドイツ民法施行法42条、トルコ国際私法 (IPRax 2008, 281) 34条、ベルギー国際私法 (笠原俊宏「ベルギー国際私法〔2004年〕の邦訳と解説」戸時593号20頁, 594号57頁〔2006年〕) 101条、マケドニア国際私法 (IPRax 2008, 158) 33条3項。
- 24) オーストリア国際私法11条、オランダ不法行為抵触法 (IPRax 2004, 157) 6条、リヒテンシュタイン国際私法 (小島華子「国際私法に関するリヒテンシュタインの新法について」法新105巻1号〔1998年〕129頁) 39条、アルメニア民法 (IPRax 2009, 96) 1289条。
- 25) ドイツ国際私法40条1項、スロヴェニア国際私法 (IPRax 2003, 163) 30条1項、リトアニア民法1・43条1項、ベネズエラ国際私法 (笠原俊宏「ベネズエラ・ポリバル共和国国際私法の解説」戸時665号35頁, 667号17頁〔2011年〕) 32条。
- 26) 西賢・比較国際私法の動向 (晃洋書房, 2002年) 85頁。
- 27) 齋藤彰「連合王国における不法行為抵触法の改正」関法46巻3号 (1996年) 688頁。

る法例11条の文言に加え、当事者による法選択があるまで準拠法が決まらない、当事者の予期しない結果を招き、錯誤や弱者保護に欠ける結果になりうる、といった理由をあげて、不法行為債権に関する当事者自治を否定してきた²⁸⁾。しかし、前者は、契約準拠法の事後的合意と同じく、合意がされるまでは客観連結で定まる準拠法によるというにすぎない。後者も、契約準拠法の合意の場合と異なることなく、不法行為債権についてだけ当事者自治を否定する根拠にはならない。他方において、当事者の予見可能性や法的安定性の確保といった見地からは、不法行為についても当事者自治を許す実益が認められる²⁹⁾。不法行為債権について当事者自治を許す世界的傾向に照らしても、わが国の従前の通説は既に維持できないものになっていたといえよう。

そのため、2007年に施行された通則法の21条は、不法行為準拠法の決定についても当事者自治を認めることとしたが、同時に、通説の主張にも一定の配慮を示し、事後的な当事者自治だけを許すこととした。ドイツ民法施行法42条も同様の制限をおくが、ドイツでは従前の通説が事前の合意を許していたこともあり、法選択合意を事後的なものに限ったことには批判が強い³⁰⁾。契約当事者間での不法行為が契約・不法行為のいずれに法性決定されるかは裁判所の判断に左右されるため、紛争解決規範の予測可能性を重視する当事者が、契約から生じうる不法行為請求についても準拠法を指定する条項を盛り込むことは、実務的にありうるからである³¹⁾。2007年

28) 国際私法立法研究会「契約、不法行為等の準拠法に関する法律試案」民商112巻3号（1995年）486頁。この試案は当事者自治を選択肢の一つにすらしておらず、通説の考え方を特徴的に示している。法例研究会・法例の見直しに関する諸問題(2)（商事法務、2003年）43頁は当事者自治を乙案としているが、そこでは日本法の事後的選択だけが可能とされており、極めて制限的な案になっている。

29) 中野俊一郎「不法行為に関する準拠法選択の合意」民商102巻6号（1990年）78頁以下、同「不法行為準拠法と当事者の意思」国際私法の争点（有斐閣、新版、1996年）140頁。

30) 例えば von Hein, Rechtswahlfreiheit im Internationalen Deliktsrecht, 64 RabelsZ (2000), 595; Leible, aa.O., S. 494.

31) Siehr, IPR, 2001, S. 241.

に成立したローマ規則³²⁾の14条は、不法行為に関して事後的当事者自治を許すのみならず、企業間に限っては事前の合意も認めた。

3 物 権

物権所在地法主義の原則は、当事者自治原則とならんで最も普遍性の高い国際私法規則の一つとよく、通則法13条もこれを堅持している。とりわけ不動産は、所在地での登記を基礎として取引が行われ、利害関係者もそこに集中することから、その物権問題に関して所在地法主義の妥当性を疑う者はないといっても過言でない。しかし、動産に関して所在地変更を伴う処分がされたような場合には、その過渡的所在地の法で物権関係を判断することの妥当性には疑問符がつく。そのため、多くの国の国際私法規定と同様に³³⁾、わが国の通説は、移動中の物の物権関係については仕向地法によるという³⁴⁾。しかし、このような例外扱いは、所在地法主義が完全には貫徹できないことを示すのみならず、なぜ常に仕向地法でなければいけないのか、という疑問をも惹起する。そのため、スペイン民法10条1項のように、原則として物は発送地に所在すると推定した上で、「物が仕向地に所在するものとみなす旨の合意」を当事者に許す立法例や、より直裁に、運送中の動産の物権について当事者による準拠法指定を許す立法例が多く見られるようになった³⁵⁾。

最近では、より一般的に、動産物権の得喪について当事者自治を許す立法例も少なくない。例えばスイス国際私法104条は、「当事者は、動産に関する物権の得喪を、発送地国法、仕向地国法又は得喪の原因となった法律

32) 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. L 199/40.

33) 例えばイタリア国際私法52条、トルコ国際私法23条2項など。

34) 櫻田嘉章・国際私法(第5版, 2006年)188頁など。

35) 例えばルーマニア国際私法(笠原俊宏「ルーマニア国際私法[1992年]」大阪国際大学紀要国際研究論叢8号(1)89頁, (2)121頁[1995年])53条は、「運送中の物」につき、当事者による準拠法指定がない場合には仕向地法によるとしており、同様の規定はアルメニア民法1279条、モンゴル民法547条1・5条、中国国際私法38条などにも見られる。

行為の準拠法に服させることができる」が、これを第三者に対抗することはできないとしており、リトアニア民法1・49条1項も同様の定めをおく。中国国際私法37条も、「当事者は、合意により、動産物権に適用される法を選択することができる」と規定した。動産物権の得喪について「原因法律行為の準拠法」によるとする立法例³⁶⁾も、ほぼ同じ考え方に基づくものと見てよいであろう。

動産物権に関して当事者自治を認める議論は、その妥当範囲や第三者保護策につきヴァリエーションは残すものの、ドイツ学説上も、かねてより有力に主張されていた。その多くは、所在地法主義を原則としながら、移動中の動産の物権問題のように所在地法主義の妥当性が疑われる場合に、当事者の予見可能性確保や契約準拠法との整合性といった観点から、部分的修正策として当事者自治の活用を説く。しかし、例えばヴェーバーのように、国際私法全体を包括する一般原則として当事者自治を位置づけたうえで、どの場面でその制限が必要になるかという視点から、広い範囲で当事者自治原則の妥当性を認める見解もあったことが注目される³⁷⁾。

もっとも、1999年のドイツ民法施行法の改正に際して、当事者自治の採用は見送られた。その理由は、当事者による法選択が物権法定主義を間接的に破りうること、当事者の指定した法は第三者には知り得ず、取引利益を害しうることに求められている³⁸⁾。そのためドイツ国際私法の下では、「本質的により密接な関係」を有する法への例外的連結を定めた46条の解釈上、当事者の意思が考慮されうるにすぎない³⁹⁾。この立法に対しては、当事者自治肯定説の立場から批判が加えられている⁴⁰⁾。わが国学説上も、

36) オランダ国際物権法 (IPRax 2008, 560) 8条, モンゴル民法 (IPRax 2005, 381) 547条1・4項, カザフスタン民法 (IPRax 2002, 53) 1108条2項, アルメニア民法1277条2項。

37) 檜崎みどり「ドイツ国際物権法における“当事者自治”の構成について　ヴェーバーの見解を中心として」法新100巻7・8号181頁, 9・10号167頁(1994年)。

38) BT-Drucks. 14/343, S. 16.

39) BT-Drucks. 14/343, S. 19.

40) Stoll, Zur gesetzlichen Regelung des internationalen Sachenrechts in Artt. 43-46 EGBGB, IPRax 2000, 259; Kropholler, IPR, 6.Aufl., 2006, § 54 II.

動産物権について当事者の法選択合意を認める見解が存在するが⁴¹⁾、通則法13条はこれを採用しておらず、今後とも解釈論上の議論が残ることになるだろう。

このほかにも、債権質が対象債権の準拠法によるといった形で、物権所在地主義が一定の修正を受ける現象が認められるが⁴²⁾、近年における重要な動きとしては、間接保有証券の準拠法に関する条約の成立がある。つまり、権利者が証券を直接保有するのではなく、証券が特定機関に集中的に預託され、そこで管理される口座での振替形式で証券上の権利の譲渡や担保設定が行われるようになると、証券の所在地が不明確化したり証券自体が発行されない場合も生じるため、その物権問題につき所在地法を適用することの問題性が顕在化する。そのため、同条約4条1項は、「口座管理契約を規律する法律として明示に合意された国の法律」によって、間接保有証券をめぐる問題を規律することとした⁴³⁾。ここでも、物権所在地主義の修正手段として当事者自治原則の活用が図られている点が注目に値しよう。

4 夫婦財産制

財産法分野と違い、実質法上、私的自治原則が妥当しない婚姻・離婚・親子といった問題領域において、国際私法上も基本的に当事者自治原則が認められないことは、これまでわが国においてはほぼ自明の理とされてきた。唯一の例外は夫婦財産制であり、これについては、対第三者効に制限はあるものの、夫婦の一方の国籍国法、常居所地法、不動産所在地法からの選択が認められる(通則法26条)。ここで当事者自治を認める理由とされたのは、当事者自治を許す立法例の増加に鑑み⁴⁴⁾、国際私法統一の観点

41) 岡本善八「国際私法における動産担保」同法40巻6号(1989年)738頁、河野俊行「国際物権法の現状と課題」ジュリ1143号(1998年)47頁。

42) 最判昭和53年4月20日民集32巻3号616頁。

43) 本条約につき神田秀樹=早川吉尚「口座管理機関によって保有される証券についての権利の準拠法に関する条約」国私年報5号(2003年)230頁以下。

44) 夫婦財産制の準拠法に関する1978年のハーグ条約3条、ドイツ民法施行法15条2項、

からそれにならうのが望ましいこと、財産関係であって当事者自治に親しむうえ、民法上も夫婦財産契約が許されること、段階連結や変更主義の採用により当事者の予見可能性を確保する必要が高まったことなどである⁴⁵⁾。

5 離 婚

夫婦財産制とは異なり、離婚については当事者による法選択の余地を認めないのが一般的傾向である⁴⁶⁾。しかし、そもそも日本では協議離婚が広く認められるうえ、最近では離婚訴訟における和解や請求の放棄・認諾が許されており（人訴法37条参照）、この分野で当事者の意思に効果を認める素地が全くないわけではない。

目を外国に転じると、この領域にも当事者自治の波が及びつつあることが知れよう。とりわけ重要と思われるのはEU法の動向である。つまり、「離婚及び法的別居の準拠法の領域における強化された協力の実施に関する2010年12月20日の理事会規則」5条によると、当事者は、共通常居所地国、最後の共通常居所地であって一方がなお居住している国、一方の国籍国、法廷地国の法から準拠法を選択することができる⁴⁷⁾。ベルギー国際私法55条も、離婚・別居につき夫婦の一方の本国法、ベルギー法から選択を許す。中国国際私法26条も協議離婚につき「一方当事者の常居所地法又は

スイス国際私法52条、韓国国際私法38条2項など。

45) 南敏文・改正法例の解説（法曹会、1992年）74頁。

46) 通則法27条、ドイツ民法施行法17条、スイス国際私法61条など。但し、ドイツ民法施行法13条3項は、婚姻の一般的効力の準拠法につき夫婦の一方の本国法を選択する余地を認める。

47) 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. L 343/10. 当事者による法選択がない場合には、当事者の共通常居所地国法、当事者が1年以内に最後の共通常居所地を有しており、一方当事者がなお居住している国の法、両当事者の共通本国法、法廷地国法が段階的に適用される（同8条）。本規則の準備段階では管轄合意規定の導入も提案されていた。Proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No. 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters, 9712/08 JUSTCIV 106 p.9.

国籍国法」の選択を認めるが、裁判離婚については27条が法廷地法の適用を定めている。

6 氏 名

婚姻や離婚といった身分変動に伴う氏の変更につき、日本の国際私法は明文規定を欠く。そのため学説上は、当該身分関係の効力の準拠法によるか、人格権問題とみてその者の本国法によるかが議論されるが、そこに当事者自治を持ち込もうという発想は乏しい⁴⁸⁾。

ドイツ民法施行法10条によると人の氏名はその本国法によるが、夫婦は「夫婦の一方の属する国の法」「夫婦の一方が内国に常居所を有するときはドイツ法」に従い、将来称すべき氏を選択できる⁴⁹⁾。ここで制限的当事者自治を認める理由は、夫婦それぞれの本国法で氏の規整が一致しない場合の不都合の回避、内国法によることで居住環境への適応を容易にしうることに求められる⁵⁰⁾。スイス国際私法37条は、スイスに住所をもつ者の氏はスイス法によるとしながら、「人はその者の氏が本国法によることを要求できる」という。ここでは、ドイツ法とは逆に、居住環境への適応が第一的に考慮され、当事者による選択を許すことで、氏名の規整に関する本国法との調和が達成できるよう配慮されている⁵¹⁾。

7 相 続

通則法36条は、「相続は、被相続人の本国法による」と定めるのみであり、被相続人による準拠法指定の可能性を認めていない。これに対してド

48) 例えば溜池良夫・国際私法(有斐閣, 第3版, 2005年)534頁以下, 海老沢美広「氏(姓)変更の準拠法」国際私法の争点(有斐閣, 第2版, 1996年)193頁。これに対して、当事者自治を解釈論的に導入する可能性を示唆する見解として、木棚照一=松岡博=渡辺惺之・国際私法概論(有斐閣, 第5版, 2007年)250頁(木棚照一)。

49) さらに、子の氏に関しては同3項が同趣旨の規定をおく。これらの規定の沿革や解釈につき佐藤文彦・ドイツ国際氏名法の研究(成文堂, 2003年)95頁以下。

50) MünchKommBGB, 5.Aufl., 2010, Art. 10 EGBGB Rz. 71 (Birk); Leible, a.a.O., S. 499.

51) Basler Kommentar IPR, 2.Aufl., 2007, Art. 37 Rz. 28 (Geiser/Greiner).

ドイツ民法施行法25条は、1項で同じく被相続人の本国法主義を採用するとともに、2項では、「被相続人は、内国に所在する不動産につき、死因処分の方式によりドイツ法を選択できる」という。このように、内国所在不動産に関して限定的に当事者自治を許すことは、遺留分権利者や遺産債権者の権利を害することなく、内国の公証人や裁判所における遺産の清算・管理手続を円滑化するという実務的便宜に基づく⁵²⁾。しかし、ここで当事者自治の導入が提唱される背景には、相続と不可分の関係に立つ夫婦財産制について準拠法選択が認められるという事情があることも見逃せない⁵³⁾。この観点からすれば、内国所在不動産についてだけ内国法の選択を許すというやり方は不十分ということになる⁵⁴⁾。

そのため、最近の立法では、より広い範囲で当事者による準拠法選択の可能性を認めるものが少なくない。なかでも、死亡による財産相続の準拠法に関する1989年のハーグ条約5条1項が、被相続人が「法選択の時又は死亡の時に国籍を有した国、又は常居所を有した国」の法の選択を認めたことは重要である。ベルギー国際私法79条も同様の考え方を示すが、フィンランド国際相続法⁵⁵⁾6条は、これに加えて夫婦財産制に適用される法の選択を認めている。もっとも、国内立法で当事者自治を許す場合、相続につき被相続人の本国法、常居所地法のいずれを原則とするかにより、前者の場合には常居所地法、後者の場合には本国法の選択を認める例が多い⁵⁶⁾。ここでは、当事者自治が本国法と常居所地法の調整という役割を担うことに注目する必要がある。

わが国学説上も、以上のような比較法的動向から示唆を得て、相続にお

52) Looschelder, IPR, 2004, Art. 25 Rz. 2.

53) 木棚照一・国際相続法の研究（有斐閣，1995年）56頁以下。

54) この規定に対する批判として Leible, a.a.O., S. 501.

55) IPRax 2002, 548.

56) スイス国際私法87条2項，90条2項，91条2項，イタリア国際私法46条2項，韓国国際私法49条2項，カザフスタン民法1121条，アゼルバイジャン国際私法（IPRax 2003，386）29条1項など。

ける準拠法選択の可能性を認める見解⁵⁷⁾が主張されてきたことは注目に値しよう。

8 法 人

法人の従属法決定に関する設立準拠法主義(会社法2条2号参照)は、設立地の選択を通して従属法が指定されると見れば、広い意味で当事者自治の範囲に含めて扱うこともできないではない⁵⁸⁾。しかし、法人という法的存在に権利義務の主体たる地位が認められるには、設立地の国家による認可が不可欠であることからすれば、単なる当事者の意思だけで準拠法が決まる場合とは区別して考えるのが適当であろう⁵⁹⁾。

当事者自治原則の正当化根拠

1 当事者自治否定論の克服

国際私法上、そもそも当事者による準拠法選択という手法を認めることはできないとの考え方は少なからず存在した。著名なものとしてはチーテルマンの見解がある。これによると、当事者による準拠法の合意に効力を認めるためには、詐欺・強迫などにより合意に瑕疵がないことが前提になるが、それを当事者が指定した法によって判断するとすれば矛盾が生じるため、結局、当事者自治という考え方は成り立たないとされる⁶⁰⁾。しかしながら、当事者自治が国際私法上の原則である以上、準拠法選択合意の有効性は国際私法それ自体の解釈問題となるため、論理的にその判断が不可能ということにはならない。従って、このような根本的な否定論は今日では克服されたものと考えられている⁶¹⁾。

57) 木棚・上掲230頁以下。

58) Leible, a.a.O., S. 497 ff.; 岡本善八「外国会社に関する諸問題」同法15号(1952年)72頁。

59) 道垣内・上掲183頁を参照。

60) Zitelmann, IPR, Bd. I, 1897, S. 274 ff.

61) 折茂・上掲53頁以下。そこからわが国の通説は、国際私法独自の実質規範で意思表示

このほかにも、当事者自治の全面排除を正当化する論拠としては、ほんらい契約に妥当すべき法秩序の公序を潜脱する可能性や、弱者保護に欠けるおそれが考えられよう。しかし、これについても、法廷地あるいは事案に密接に関係する第三国の強行法規の特別な適用可能性を認めることで対処が可能であり、現実に最近の国際私法立法ではこのような処理が一般に認められている。従って、この観点からしても、当事者自治を全面的に否定することは不可能といわなければならない⁶²⁾。

2 当事者自治原則の消極的根拠

(1) ケーゲルの見解

国際契約は複数国に関係をもつため最密接関係国を特定しにくいことが、当事者自治を許す重要な根拠としてしばしば指摘されてきた。その代表的論者はケーゲルである。1971年に出版された彼の教科書の第3版は、「債権契約の連結は難しい」という書き出しで2頁にわたり客観連結の困難を説明したのち、次のように記述していた。

「これら全ての当事者利益が一国に集中することもある。その場合の連結は簡単だ。しかしまた、それは複数国に分散することもある。その場合には慎重な衡量が必要になり、それは、異なる当事者利益が同等の重みをもつほどに困難化する」。

「衡量の困難は特異な手法（*ungewöhnlicher Schritt*）をもたらした。通常の場合、国際私法は、例えば本国法の適用のように、どの法の適用が当事者利益に（一般的に）最も適うかを自ら決定するのに対して、債権契

の瑕疵を判断するが、その内容は日本民法上の規範と異ならないと説く（溜池・上掲353頁など）。しかし、これでは法廷地法説に帰着し、国際的な判断の統一性を保障できない。管轄合意や仲裁合意の有効性判断についても同様の問題があるが、私見によれば、紛争解決条項の機能保全という観点から問題を捉え、当事者が指定した法による合意の有効性判断を認めるべきである。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」齋藤彰編『国際取引紛争における当事者自治の進展』（法律文化社、2005年）75頁以下。

62) Basedow, a.a.O. (RabelsZ), S. 41 ff.

約では当事者に優先権が与えられ、当事者は準拠法を合意することができる。合意がない場合にのみ、国際私法が連結を行う。『これは窮余の策 (Verlegenheitslösung) である。多くの場合、複数の法に関わる当事者利益について、一般的に人を納得させる調整ができないために、当事者に決定権が与えられる。』『当事者意思への連結は、それなしでも決定が容易な場合にも (区別の困難を避けるために) 基準になる、という形で形式化される』⁶³⁾。

(2) 批判

ケゲルの見解の特異さは、現在多くの学説が当事者自治の根拠として指摘する、当事者にとっての法選択の積極的利点にほとんど言及することなく、契約準拠法の客観連結の困難を縷々説明した上で、当事者自治はそれに対応するための「窮余の策」だと決めつけたところにある。この言葉は、その後、「客観連結の困難」という表現で、日本の国際私法学説に強い影響を及ぼすことになった⁶⁴⁾。

確かに、国際契約の場合、契約の締結地や当事者の国籍・住所といった客観的要素で準拠法を画一的に決めにくいことは事実であるから、これを当事者自治原則の補強的な論拠とすることに大きな問題はない。しかし、これを当事者自治原則の主要な根拠と見て、逆に、客観連結が可能であれば当事者自治を認める必要がないとまで深読みするならば、それは大きな誤りを生む。しかし、このような当事者自治に対する消極的な見方は、わが国の伝統的国際私法学の底流に根強く存在するようにも見えるのであり⁶⁵⁾、それが不法行為準拠法や非国家法の選択可能性といった解釈論的・

63) Kegel, IPR, 3.Aufl., 1971, S. 253 ff. 最後の2段落の記述は、シュリーヒの手で改訂された第9版(2004年)でも維持されている。Kegel/Schurig, aa.O., S. 653.

64) 溜池・上掲351頁, 出口・上掲68頁, 木柵照一=松岡博編・基本法コンメンタール国際私法(日本評論社, 1994年)41頁(佐野寛)など。

65) 例えば, 座談会「法例 現状と課題, 将来への展望」ジュリ1143号(1998年)10頁における佐藤発言(「客観的連結が可能な場合には客観的連結の方を前面に押し出した方がよ」く、「そこに当事者による準拠法の選択をまず認めることにあまり意義があるとは思われない」)を参照。

立法論の問題に直接・間接の影響を及ぼしてきたことは否定しがたい。これらの問題に否定的な答えを与えるに際して、当事者自治を認める「実益」や「必要性」がないといった表現がしばしば用いられる背後には⁶⁶⁾、客観的基準による準拠法決定こそが原則でありデフォルト・ルールなのであって、当事者自治は特別な必要性がある場合に限定的に許される例外的手法にすぎないという発想が根底にあることを窺わせる。しかしながら、このような視点からは、国際契約実務において当事者自治原則が世界的に活用され、尊重され、円滑な紛争解決に寄与してきたという現実を十分に説明できない。確かに、家族法上の問題が一般にそうであるように、紛争解決が二当事者間にとどまらず社会公益に関わりうるような場合、当事者自治を許さないとするには十分な理由がある。しかしながら、このような分野においてすら、家族生活の急激な国際化に伴って露呈した本国法や常居所地法への硬直的連結の修正手段として、当事者による法選択が活用されはじめていることは、上に見た通りである。通常の契約や不法行為のように、当事者間で和解による解決が許される問題については、フェアな合意の可能性が保障されている限り、仲裁合意や管轄合意と同じく、準拠法選択についても合意の許容性を出発点とするのが適当といわなければならない。

当事者自治に対する消極論は、当事者に合意を許すことの危険性を強調して説かれることもある。例えば、不法行為準拠法の選択を否定する見解は、「当事者の意思解釈の問題」「詐欺・錯誤による取消、選択の撤回などの問題」「一方当事者による濫用的な法選択のリスク」などを理由にあげてきた⁶⁷⁾。確かに、一般に当事者意思に法的効力を認める場面では、合意の成否や意思表示の瑕疵といった問題が必然的につきまとう。しかし、国

66) 法例研究会・上掲諸問題(2)46頁(「例外的連結を認めるのであれば……準拠法の選択を認める実益はほとんどない」)、国際私法立法研究会・上掲485頁(「和解できれば十分」)などを参照。

67) 法例研究会・上掲諸問題(2)47頁を参照。

内実質法は、それを当然の前提として一定の対策を講じつつ、当事者利益の尊重という観点から原則的に私的自治を許し、管轄合意や仲裁合意の効力を認めてきたのであり、国際私法上の当事者自治原則もこれと基本的に異なるところはないというべきである。

客観的要素によって定まる密接関係性を当事者意思に優先させるという国際私法学的発想は、国際裁判管轄の合意という局面でも顔を覗かせることがある⁶⁸⁾。しかし、事件と合意管轄地の密接関係性という基準を前面に出すことは、国際取引実務に不必要な制約を課すおそれがあり、妥当ではない⁶⁹⁾。このことは、仲裁合意について紛争と仲裁地との関連性が全く問題とされないことから、間接的に証明できよう。

3 当事者自治原則の積極的根拠

(1) 契約自由の原則との関係

冒頭に述べたように、わが国においては、実質法上契約自由の原則が妥当することを当事者自治原則の積極的根拠とする文献が少なくない⁷⁰⁾。これは、実質法的指定の説明としてであれば正当であるが、契約自由の原則が強行法規の許す範囲内で認められるのに対して、国際私法上の当事者自治原則は強行法規をも含めて当事者による指定を許すものであることを考えれば、当事者自治原則の根拠とするには不十分な面がある⁷¹⁾。むしろ、民商事の紛争解決につき、手続・実体の広い範囲で私的自治原則が認められ、抵触法平面では当事者自治原則が認められるのはなぜか、を問うべきなのではなからうか。

68) 貝瀬幸雄・国際化社会の民事訴訟(信山社、1993年)289頁、石黒一憲・現代国際私法(上)(東京大学出版会、1986年)367頁。

69) 平塚眞「判批」涉外百選(第3版、1995年)207頁。

70) 溜池・上掲352頁、出口・上掲68頁など。

71) Flessner, Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, 1990, S. 98 ff; 中野俊一郎「法例7条をめぐる解釈論の現状と立法論的課題」ジュリ1143号(1998年)36頁。

（2）予測可能性・法的安定性の確保

客観連結の困難や契約自由の原則から当事者自治原則を正当化するのが適当でないとするれば、より積極的な根拠として、適用法規に関する当事者の予測可能性を高め、紛争解決の安定性を図るという点が強調されるべきことになる⁷²⁾。この視点からは、契約に限らず、より広い範囲で当事者自治原則の利用を正当化することが可能になる。

普遍主義に立脚する伝統的国際私法学は、国際私法の調和を通して跛行的法律関係の発生を防止し、フォーラム・ショッピングの可能性を封じようとしてきた。しかし現実には、各国国際私法の統一は期待されたほどには進まず、むしろ、紛争の複雑化・多様化に伴う国際私法規則の精緻化に伴い、国ごとの多様性がふくらむ様相すら一部に呈している。国際裁判管轄に関しては規則統一への圧力はさらに低く、EUのような例外を除けば、国ごとに多様な規律が行われているのが現状といつてよい⁷³⁾。そのため、紛争解決の安定化を望む当事者としては、管轄合意や仲裁合意で紛争解決の場を固定するとともに、法選択条項によって自らの法的関係の規律を明確化する必要に迫られるのであり、これを可能にするのが当事者自治原則だといえよう。同様の見地からフレスナーは、単一法秩序の支配が崩れ、法的多元性が先鋭化する涉外事件においては、当事者による自律的秩序形成を許すことこそが真に当事者利益に適うとして、当事者自治原則を根拠づけている⁷⁴⁾。

（3）当事者の利益に適う法の指定

国際商取引は複雑であり多様性に富む。一個の契約でも、その部分ごと

72) 西賢「当事者自治の原則と比較法的動向」現代契約法体系9巻(2)（有斐閣、1985年）86頁、松岡博・国際取引と国際私法（晃洋書房、1993年）171頁、中西・上掲180頁など。

73) ハーグ国際私法会議で10年余りにわたって続けられた一般条約作成への努力が実らず、合意管轄条約に収斂したことは、国際裁判管轄全体を包括する国際的枠組形成の難しさとともに、それなしでも各国が差し迫った困難を感じていないことをも示している。

74) Flessner, aa.O., S. 99 f. フレスナーの見解については中野俊一郎「書評」国際90巻2号（1991年）105頁。

に望まれる法的規律が異なることもないではない。望まれる法的規律は、当事者がその取引において期待し、あるいは懸念することによっても変わりうる。そのため、個別の取引や問題ごとに当事者にとって最適の準拠法を選ぶには、画一的な客観的基準を用いた連結方法よりも、最大限に柔軟性を備えた抵触規則が望ましい⁷⁵⁾。当事者自治原則は、このような当事者利益の観点からも積極的に基礎づけることができる。

他方、法律関係の性質によっては、その規律に適しており、なおかつ当事者の利益に適う法が限定される場合もありえよう。契約以外の法領域で当事者自治が用いられる場合に、選択対象となる法が限定列挙されることが多いのは、このような見地から理解することができる。

最近では、上のような抽象的利益衡量だけでなく、経済分析的な視点から、より具体的に当事者自治原則の基礎づけを試みる研究もないではない。これによると当事者自治は、複数法秩序の調和なき並立という不確実性に対処するため、最も当事者の利益に適う法や中立的な第三国法の適用を可能にすることで、交渉に要する負担を軽減し、取引費用の縮減をもたらす点に正当性が認められるという⁷⁶⁾。

(4) 当事者自治と法の近代化

選択の自由は、選ばれるものと選ばれないものを差別化することで、ある種の競争状態を創り出す。ある国内法が国際的な場面で行動や評価の基準とされることは、その解釈適用に習熟した者やそれを業とする者にとっては利益、そうでない者には不利益として作用するから、選択に値しない内容の法を維持することは、他の考慮要素を捨象して考えれば、立法政策として適切でない。米国内での州際取引を念頭におきつつ、当事者自治によって生じる法秩序間の競争が立法の効率化をもたらすことを指摘する経済分析は⁷⁷⁾、

75) Martiny, aa.O., Art. 3 Rz. 8.

76) Basedow, Lex Mercatoria und Internationales Schuldvertragsrecht - Eine rechtsökonomische Skizze -, FS Norbert Horn, 2006, S. 241 ff.

77) 森大輔「準拠法選択における当事者自治の経済分析」Larry E. Ribstein「ジュリ1350号(2008年)72頁以下。

このような観点から理解できよう。立法の効率化という言葉は多義的であるが、当事者自治が、それぞれの分野において、より当事者のニーズに沿った立法を促す契機になりうるということはいえそうである。このことは、仲裁地の合意を通して手続準拠法の選択が容易に行われうる国際仲裁の分野において、自国への仲裁誘致を目指す各国が、1985年のUNCITRALモデル仲裁法を先を争って採用し、国内仲裁法の近代化を図ったことから看取できよう。

いずれにせよ、このことは、当事者自治の採用がもたらす現象面での効果の一つにすぎず、当事者自治原則の正当化根拠というほどの重みをもつものではないと考えられる。

（5）憲法上の権利としての当事者自治

ドイツ学説上は、国際的な人権の保障という観点から当事者自治原則を基礎づける考え方が根強い。1991年の万国国際法学会バーゼル決議は、原案を作成したジェイムによると、憲法・国際法上の基本的人権という視点から法選択の自由を基礎づけることを目指していた⁷⁸⁾。バイツケやユンカーも、当事者自治原則は、「人格の自由な発展」（基本法2条1項）という憲法上の基本的人権の尊重によって基礎づけられると説く⁷⁹⁾。さらにバセドウによれば、当事者による契約準拠法の合意が許されるということは、「当事者の自然的な自由、及び、多くの法秩序の中の一つによって彼らの関係を決めなければならないという必要性から導かれる」。なぜなら、「国家の国際私法による割り振りは国によって異なるために、当事者は、自らの関係が世界的に単一かつ同一の法秩序に支配されるという保障を得られないからだ」。「所有権を根拠づけたり変更したりする契約は、その効力が予見可能なものでなければならない。しかし、契約の効力が、どの国の裁

78) Jayme, IPRax 1991, 429.

79) Beitzke, Grundgesetz und Internationalprivatrecht, 1961, S.16; Junker, Die freie Rechtswahl und ihre Grenzen -Zur veränderten Rolle der Parteiautonomie im Schuldvertragsrecht-, IPRax 1993, 2.

判所に訴えが提起され、その国の抵触法がどの国の法を指定するかに依存するようでは、予見可能性は保障されない。あらゆる国家法秩序より以前に権利が基本的に存在するという人権の考え方からすると、個々の契約当事者による法的安定性創出への努力、つまり法選択は基本的に承認される、という帰結が導かれる。その限りでは、いわば、グローバル化した世界における人権が問題になっているのであり、この人権は、単一の国にとどまらず、複数の国々、つまり、契約紛争の解決を管轄する裁判所の所属国全てに向けられる傾向にある。これらの国々は、マルチ・ジュリスディクショナルな世界における、より法的確実性の高い方向づけの手段として、法選択を認める義務を負う」とされる⁸⁰⁾。

このように、国際的な人権保障という視点から当事者自治を基礎づける試みが可能かつ適切かどうかは、なお未知数といわなければならない。しかしながら、当事者自治という手法が、今日、特別な必要性があるところで例外的に認められるものではなく、出発点、デフォルト・ルールとしての地位を獲得しつつあるということが、ここからも窺い知れるといえようか。

おわりに

当事者自治原則の拡大がどこまで及ぶか、その外延を予測することは難しい。法は揺れたり戻したりを繰り返しながら発展してゆくのであり、拡大のあとには縮小への動きが伴うであろう。しかしながら、光のさす源が分かれば、草木が成長する方向を見失うことはない。本稿では、このような考えから、当事者自治原則の正当化根拠について検討した。

当事者利益に適う法適用の実現、予見可能性・法的安定性の確保といった観点から当事者自治原則を基礎づけるのが正しいとすれば、これを契約

80) Basedow, a.a.O. (RabelsZ), S. 53 ff.

という狭い箱の中に閉じ込めることがいかに不適切かが明らかになる⁸¹⁾。逆に、契約債権の特性を強調し、この原則を客観連結の困難に基づく「窮余の策」と見ることは、十分な根拠を欠くというだけでなく、ほんらい当事者自治を認めるべき問題についてそれを否定したり、不必要な制限を課すといった形で、誤った方向性に導く危険性ははらむ。当事者自治が契約準拠法の決定にのみ用いられる特殊な手法にすぎなかった時代には、それ以外の分野で法選択の自由を許す必要性を論証する必要があった。しかし、万国国際法学会パーゼル決議がいうように、今日、この原則が国際私法上の基本原則としての地位を与えられ、当事者利益という観点から一般性的かつ強度の正当性が認められるようになれば、逆に、それぞれの個別分野において、当事者自治を否定ないし制限する理由こそが証明されるべきことになろう。証明責任は逆転するのである。

同じ見地からは、不法行為準拠法に関する通則法21条のように、事後的な法選択合意だけを許すという手法の問題性も自ずから明らかとなる。事後的合意は当事者の予測可能性や法的安定性の確保に寄与しないからである。企業間での取引契約に関係する不法行為のように、対等当事者が自らの予測範囲内に属する不法行為について予め準拠法を合意する場合、それを拒む理由は十分でないといわなければならない⁸²⁾。

当事者の予見可能性・法的安定性の確保という観点からすると、裁判で

81) バセドウによれば、当事者の選択権を基本的に承認した上で、各国国内法によるその制限を考えるという手法は、国家官庁の創設的関与なしに、私人が自らの行為のみで法的効果を創出できるようあらゆる分野で妥当しう。そのため、契約に限らず、婚姻、夫婦財産制、離婚、相続、不法行為、物権、法人といった広い範囲で当事者自治を認める余地があるという。Basedow, a.a.O. (RabelsZ), S. 58.

82) 中野俊一郎「法適用通則法における不法行為の準拠法について」民商135巻6号（2007年）946頁以下、同「法の適用に関する通則法と国際取引・国際仲裁」JCA54巻7号（2007年）8頁以下。さらに上掲・注釈国際私法(1)518頁（竹下啓介）を参照。通則法の解釈としては、20条にいう「明らかに前三条の規定により適用すべき法の属する地よりも密接な関係がある他の地があるとき」に該当するものとして、当事者が事前に選択した法を適用する余地はありえよう。しかし、それは事案の諸事情に依存するため確実でなく、当事者の予見可能性を保障するものではない。

の法適用と仲裁での法適用に大きな差異を生まないようにすることも重要であろう。当事者が契約締結後に紛争解決方法を選ぶこともありうるからである。この点において、裁判・仲裁の両者を対象に当事者自治の幅広い活用を目指すハーグ原則準備草案のアプローチは、正当なものと評価することができる。

個々の当事者のニーズを柔軟に汲み上げつつ、予見可能性・法的安定性の確保を図るといった視点から当事者自治原則を基礎づけるとすれば、国際私法という枠組みを超えて、国際裁判管轄合意、仲裁合意や調停合意⁸³⁾など、国際取引紛争の安定的解決のために当事者に選択の自由を与える手続法上の制度についても、同じ理論的基盤の上で考察することが可能になる。管轄合意や仲裁合意は法選択合意と同じ条項中におかれることが多いだけでなく、浮動的法選択条項(1(4))のように準拠法指定と一体化することもあり、並行的に研究を進める必要性が高い⁸⁴⁾。実体法、手続法、抵触法といった垣根を超えて、国際的な人権保障という大きな枠組みに正当化根拠を求めることができれば(3(5))、当事者自治原則はさらにその基盤を豊かで強固なものにするであろう。

伝統的国際私法は、国際民商事紛争の規律に最適な法を選択するために、法律関係の本拠(Sitz)がどこにあるかを探求する。しかし、それは当事者の利益を無視するものではない。むしろ、最密接関係地法の適用は、一般に当事者の利益にも適うということが大前提になっているのではなからうか。そうだとすれば、当事者利益の最大化を可能にする当事者自治原則は、伝統的国際私法の考え方に反するものではなく、むしろ、その目的を達成するための有効なツールの一つとして位置づけられるべきことにならう。夫婦財産制、離婚、氏名、相続といった分野で当事者自治を認める考

83) 東京高判平成23年6月22日判時2116号64頁は、訴訟提起前に民間調停の実施を定めた条項は「努力規定、訓示規定にとどまり、紳士条項的な意味しか持たない」としたが、この一般論が妥当性を欠くことにつき、中野俊一郎「判批」判評636号(2012年)170頁。

84) 中野・上掲「管轄合意・仲裁合意・準拠法選択合意」63頁以下。

え方が強まり、そこでこの原則が本国法と住所地法の調整という役割をも期待されていることは、同じ視点から説明できるように思われる。

当事者自治原則の正当化根拠をどこに求めるかは、この原則の解釈や具体的制限のあり方について直接的な答えを与えるものではない。それは、問題領域ごとの特性に応じ、きめ細かな利益衡量を行った上で、法政策的見地から判断されるべきものである。しかしながら、当事者自治原則の理論的根拠を確認しておくことは、この原則の将来的な発展の可能性や方向性を示すことには寄与しうるのであろう。このような意味において、当事者自治原則の理論的根拠を問いつけることは、この原則がごく当たり前のものとして認められるようになった今日でも、なお意義を失わないというべきである。

- * 渡辺惺之先生には、日韓国際私法共同研究会、国際家族法研究会、国際民事保全・執行研究会などのさまざまな場において、多くのことを惜しみなく教えて頂いた。先生にお読み頂くにはあまりにも粗く雑な論稿ではあるが、深い感謝の気持ちをこめて本稿を献呈させて頂きたいと思う。