

# グローバル化時代の抵触法

横 溝 大

## 概 要

本稿の目的は、グローバル化に対応した抵触法の在り方を巡る近時の議論動向を採り上げ、その意義と問題点を探ることにある。

社会のグローバル化は、抵触法的前提である、法の抵触が国家法の間でしか生じないという国家中心的な考え方、及び、公法・私法の区別に基づき私法のみを準拠法選択の対象とするという考え方に対し大きな動揺を与えている。グローバル化による私人の影響力の上昇と国家の影響力の後退が主として齎すこうした新たな状況に対応するため、近時では、従来の抵触法の基本的枠組に替えて、法の抵触の調整に関して新たなアプローチを主張する見解が幾つか登場している。本稿では、これらの新たなアプローチの特徴として、グローバル・ガバナンスのための抵触法、普遍主義的アプローチ、機能的アプローチ、手続基底のアプローチという4点を指摘した上で、その意義と今後の課題について述べる。

キーワード

グローバル化、抵触法、ガバナンス、法多元主義、公法と私法

## I. はじめに

本稿の目的は、グローバル化に対応した抵触法の在り方を巡る近時の議論動向を採り上げ、その意義と問題点を探ることにある。

国際私法とも言われる抵触法は、世界には多数の異なる法秩序が存在しているという多元主義的状况を前提とし、それを調整する仕組を提供する法分野である。抵触法の成立は12世紀に遡るが、現在の抵触法の基本的枠組は19世紀に成立した<sup>1)</sup>。本稿で中心となる準拠法選択という仕組について簡単に述べれば、ある国際民事紛争を解決するため、当該

---

1) 抵触法の歴史につき、簡単には櫻田嘉章『国際私法〔第6版〕』（有斐閣・2012年）36頁以下。

紛争に含まれている法的問題を契約，不法行為，物権或いは婚姻，親子関係，相続といった法律関係に分類し，そのそれぞれの法律関係毎に，法的判断の基礎となる法（準拋法）を，当事者の合意，結果が発生した地，物の所在地，当事者の国籍といった一定の基準（連結素）に従って選択・適用するというのが準拋法選択である<sup>2)</sup>。国際民事紛争の解決につき，国際的な法の統一によって対応するのではなく，関連する複数の法秩序の中からその一つを選択して当該法秩序の法にその判断を委ねるといふこの準拋法選択という非常に技術的な仕組みは，各法秩序の多様性とその独立・平等を尊重すべきであるという価値観に基づいている<sup>3)</sup>。

抵触法は従来，国際社会の主体は国家のみであるという法実証主義的な国際法の前提を共有し，法の抵触は国家法の間には生じないという考えに基づき，準拋法選択の対象を国家法に限定して来た<sup>4)</sup>。また，国家の組織・構成に関する公法と私人間の法律関係に関する私法との区別を前提とし，前者については国家の関心が高く国家主権と切り離せない分野であるため各国が自国法の適用を主張するのに対し，後者については国家の関心が低く国家主権に関らない分野であり，特定の国家とア・プリオリに結び付いているわけではなく関連する複数の国家のうちの一つを選択する必要がある，という考えに基づいて，準拋法選択の対象を私法に限定して来た<sup>5)</sup>。尚，19世紀後半各国が抵触法を法典化したことと，国際法の対象となるのは国家間関係のみであり私人間や私人・国家間の関係は，それが国際的なものであっても国際法の問題ではなく国内法により規律されるべきであるという法実証主義的な考え方が国際法上主流となったことから，現在抵触法は，その名称にも拘らず，国際法としてではなく各国国内法として存在しており<sup>6)</sup>，日本は国内法の一つとして我が国固有の抵触法を有している。法の適用に関する通則法というのが準拋法選択に関する我が国の法典である<sup>7)</sup>。

社会のグローバル化<sup>8)</sup>は，抵触法が前提としていた上述の考え方に對し大きな動揺を与

2) 準拋法選択のプロセスにつき，参照，道垣内正人『ポイント国際私法 総論【第2版】』（有斐閣・2007年）34頁以下。

3) 抵触法の目的を法多元主義的管理に求めるものとして，Phocion Francescakis, préface de Santi Romano, *L'ordre juridique* (Dalloz, 1975), p. XVI. 各国法秩序の本質的平等の観念が準拋法選択の方法論を支えていることにつき，石黒一憲『現代国際私法 [上]』（東京大学出版会・1986年）61頁。

4) 例えば，法例研究会『法例の見直しに関する諸問題（1）－契約・債権譲渡等の準拋法について－』別冊NBL80号（2003年）34頁以下，澤木敬郎「国際私法と統一法」松井芳郎＝木棚照一＝加藤雅信編『国際取引と法』（名古屋大学出版会・1988年）127頁，138頁以下。

5) Benjamin Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé* (Dalloz, 2008), p. 310.

6) Alex Mills, *The Confluence of Public and Private International Law* (Cambridge, 2009), pp. 66-72.

7) また，国際裁判管轄に関しては，民訴法3条の2以下が，外国判決承認執行に関しては民訴法118条・民事執行法24条がこれを規律する。

8) 抵触法の文脈でグローバル化が語られる時，その意味するものは論者により様々である。例えば，Horatia Muir

えている。先ず、法の抵触が国家法の間でしか生じないという国家中心的な考え方に対してである。現在では、国家に加え、一方ではEUといった超国家的秩序が競争法等の法規範を形成しており、他方では様々な私的団体がその活動領域毎に、商人法、インターネット法、スポーツ法といった非国家「法」を国家横断的に形成している<sup>9)</sup>。これらの規範は当該領域において国家法と同様又はそれ以上の実効性を有しており、その結果、法の抵触は国家間という水平関係だけではなく、国家法と地域的・国際的法規範との間や、国家法と非国家「法」との間でも生じ得ると言われるようになっている<sup>10)</sup>。

次に、公法・私法の区別に基づき私法のみを準拠法選択の対象とするという考え方に対してである。公法・私法の区別は既に、経済法や労働法等、私人間の法律関係を対象とした経済的・社会的国家政策に基づく一連の法規の出現により20世紀初頭から動揺していたが、近時、私人が外国国家に対して拷問等による人権侵害を理由に損害賠償を請求したり、投資企業が国際投資協定を理由に受入国が採用した社会・経済政策的な国家規制により損害を被ったとして国際投資仲裁を申し立てたりする等、私人と外国国家の間の紛争が増加するに伴い、さらに不明確なものとなり、国際法の対象事項と抵触法の対象事項との

---

Watt は、グローバル化が齎した変化を、①人、財産、価値の国境を越えた流動化の加速、及び、インターネットという仮想空間の出現により、国家の構成要素である領土が国家的立法者の権威の基盤としての意義を喪失したこと、②規制緩和により一定の市場が国家の管理から免れていること、及び、③各国立法者間での制度間競争、の「三重のパラダイム転換」と見ている。Horatia Muir Watt, “Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)”, *Recueil des cours de l’académie de droit international*, vol. 307 (2004), p. 25, pp. 43-45. バンジャマン・レミィ (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)113頁, 134頁も参照。また、Charalambos P. Pamboukis は、グローバル化を、通信革命と急激な技術革新が齎した時間的・空間的關係の変化と捉えており、グローバル化が齎した変化を、①個人の自律性のさらなる増大、②国家主権の相対化(私人に対する規律能力の減少)、③覇権(支配的集団の登場)と見ている。そして、グローバル化が法に対して及ぼした影響として、規範的テキストの増加及びその体系的性格の喪失、法の契約化、法多元主義、交渉による又はプラグマティックな法の出現、公法・私法の区別の見直し等を挙げている。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, pp. 53-76. 本稿では、グローバル化に関する Pamboukis の見解に基本的には依拠する。

9) Charalambos P. Pamboukis, “La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *Revue critique du droit international privé*, 2008. 513, p. 519; Diego P. Fernández Arroyo, “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privés internationales”, *Recueil des cours de l’académie de droit international*, vol. 323 (2008), p. 9, pp. 26-32; Johanna Guillaumé, *L’affaiblissement de l’État-Nation et le droit international privé* (L. G. D. J., 2011), pp. 43-76.

10) Christian Joerges, “The Idea of a Three-dimensional Conflicts Law as Constitutional Form”, in Christian Joerges/Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law* (Hart Publishing, 2011), p. 413, p. 428; Christian Joerges/Poul F Kjaer/Tommi Ralli, “A New Type of Conflicts Law as Constitutional Form in the Postnational Constellation”, *Transnational Legal Theory*, Vol. 2, No. 2 (2011), p. 153, p. 155.

区別も次第に困難になっている<sup>11)</sup>。

グローバル化による私人の影響力の上昇と国家の影響力の後退が主として齎すこうした新たな状況に対応するため、近時では、従来の抵触法の基本的枠組に替えて、法の抵触の調整に関して新たなアプローチを主張する見解が幾つか登場している。以下では、これらの新たなアプローチの特徴を幾つか指摘した上で、その意義と問題点について述べることにする。

## II. 抵触法における新たなアプローチ

さて、グローバル化に対応すべく提唱されている抵触法上の新たなアプローチは、論者毎にそれぞれかなり異なっているが、それでも幾つか特徴的な点が指摘出来る<sup>12)</sup>。ここでは、そのうち4点を指摘したい。

### 1. グローバル・ガバナンスのための抵触法

第一に、従来の抵触法の目標が国際的な私的利益の保護に置かれていたのに対し、新たなアプローチでは、それがグローバル・ガバナンスや国境を越えた私的な秩序形成 (private ordering) とされている点が挙げられる<sup>13)</sup>。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<sup>14)</sup>。また、Alex Mills も、抵触法を国際的な秩序形成のためのシステムと看做し、規制的権威 (regulatory authority) の適切な配分を司るものと捉えている<sup>15)</sup>。このように、新たなアプローチに依れば、抵触

11) Mills, *supra* note (6), pp. 93-94; Horatia Muir Watt, "Private International Law Beyond the Schism", *Transnational Legal Theory*, Vol. 2, No. 3 (2011), p. 347, p. 403.

12) 勿論、ここで示す特徴が全ての論者に当てはまるわけではない。そうした例外については、出来る限り注で言及することとする。

13) Horatia Muir Watt, "Private International Law", in Jan M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (2nd ed., Edward Elgar, 2012), p. 701, p. 713; Pamboukis, *supra* note (8), p. 423. だが、抵触法の目標を私的利益の保護に置きつつ、それをより一層前面に出すことにより新たなアプローチを模索するものとして、Guillaumé, *supra* note (9), pp. 335-337.

14) 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, 243.

15) Mills, *supra* note (6), p. 18. Millsの見解につき、拙稿「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巻11号(2013年)26頁以下参照。

法は私的利益に関する国際的な具体的正義の実現のための法というよりも、寧ろグローバル社会における規範の抵触を調整するシステム乃至モデルであるべきなのである。

抵触法は従来その技術性から、国際政治において中立的であると考えられて来た<sup>16)</sup>。この中立性は、私的空間に対する国家の介入を防ぐのに資するという意味において、抵触法の大きな利点であると看做されて来たのである<sup>17)</sup>。けれども、この性質は、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る<sup>18)</sup>。そこで、新たなアプローチにおいては、抵触法自らの政治的目標が掲げられている。例えば、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<sup>19)</sup>。

実効性のあるグローバル・ガバナンスを行うためには、抵触法は、私的団体により形成された規範であってもそれが実効性を有する限りこれを無視すべきではない<sup>20)</sup>。また、公法私法の区別がその意義を失った現状においては、国際私法は純粋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いうことになる<sup>21)</sup>。このように、抵触法の目標がグローバル・ガバナンスに置かれることから、従来の抵触法が尊重して来た様々な前提は、新たなアプローチにおいては放棄されている。

## 2. 普遍主義的アプローチ

次に、19世紀後半以来の従来の抵触法が国家法であることを前提としていたのに対し、新たなアプローチでは、普遍主義的な観点が採られている点が挙げられる<sup>22)</sup>。例えば、抵

16) Gerhard Kegel, "The Crisis of the Conflict of Laws", *Recueil des cours de l'académie de droit international*, vol. 112 (1964), p. 95.

17) Muir Watt, *supra* note (11), p. 375.

18) *Ibid.*, p. 378.

19) *Ibid.*, p. 395. Muir Watt の見解につき、拙稿・前掲注 (15) 28 頁以下。

20) Cf. Robert Wai, "The Interlegality of Transnational Private Law", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 71 (2008), p. 107, p. 115.

21) H. 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.

22) 但し、抵触法が基本的に国家的制度であることを強調するのは、Wai, *supra* note (14), p. 241. Ralf Michaels, "The Re-state-ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism", *Wayne Law Review*, Vol. 51 (2005), p. 1209 も参照。尚、Michaels の見解については、拙稿「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) 3 頁, 16 頁以下。

触法における国際システム的アプローチの採用を唱える Mills は、抵触法は国内・国際規範の混合であり、各国内法秩序に体现される価値の多様性を尊重しつつ国際的な構造と権利との間で均衡を図るよう、多様な国内法システムを調整する、という目的を十分に果たす程「国際的か」否かによって評価されるべきであると主張する<sup>23)</sup>。また、Muir Watt は、抵触法は国家を超えた私的権力の調整に対処すべきであり、国際法との分裂を乗り越え、規範的権威の抵触を調整する政治的機能を果たすべきであると唱えている<sup>24)</sup>。このように、新たなアプローチにおいては、抵触法は、抵触法を有するそれぞれの国家の観点からではなく普遍主義的な観点から論じられている<sup>25)</sup>。

### 3. 機能的アプローチ

第三に、従来の抵触法においては、法律関係毎に行われる準拠法選択がその議論の中心であったのに対し、新たなアプローチにおいては、上述のグローバル・ガバナンスや国境を越えた私的な秩序形成、また法多元主義の管理<sup>26)</sup>、或いは、国際的に移動する私人の権利の実効性を確保することによる私的利益の充足<sup>27)</sup>といった抵触法の新たな目標が設定された上で、その実現のために新たな方法が提唱されている。これらの新たな方法は多岐に亘るが、それでも、その特徴として、①国家間協力、②当事者自治のさらなる重視、③一方主義的アプローチの重視、④実質法的考慮の肯定、を指摘することが出来よう。

#### (1) 国家間協力

従来の抵触法は、国際的な私法的法律関係に関する他法秩序との調整をその主たる任務とし<sup>28)</sup>、自国の裁判所が如何なる場合に国際民事紛争を審理すべきかという国際裁判管轄、先述した準拠法選択、そして外国国家機関が行う国家行為（典型的には外国裁判所が下す民事判決）が法廷地国において如何なる効果を及ぼすかという外国国家行為承認の三分野をその基軸としていた。これに対し、新たなアプローチではこれらの分野に加え、情報共

---

23) Mills, *supra* note (6), p. 308.

24) Muir Watt, *supra* note (11), p. 395.

25) 同様に、普遍主義的観点から抵触法を論じるものとして、Florian Rödl, “Regime-Collisions, Proceduralised Conflict of Laws and the Unity of the Law: On the Form of Constitutionalism Beyond the State”, in Rainer Nickel (ed.), *Conflict of Laws and Laws of Conflict in Europe and Beyond* (Intersentia, 2010), p. 263.

26) Pamboukis, *supra* note (8), p. 421.

27) Guillaumé, *supra* note (9), p. 337.

28) Pierre Mayer, “Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé”, *Recueil des cours de l’académie de droit international*, Tome 327 (2007), p. 9, p. 23.

有や執行共助等国家機関同士による国家間協力も基軸の一つとされる<sup>29)</sup>。国家間協力の方法としては、国際条約の締結による相互的な協力だけではなく、コミティ（国際礼讓）を基礎とした法廷地裁判所による外国公法・外国の強行的適用法規の適用といった一方的・自発的な協力も提唱されている<sup>30)</sup>。

## (2) 当事者自治のさらなる重視

従来の抵触法において、当事者自治の原則は当初は契約に関する準拠法選択等に限定されており、その正当化根拠も、適切な連結素を見出すことの困難といった消極的な根拠が示されることが少なかった<sup>31)</sup>。この傾向は20世紀後半から変化し、次第に当事者自治の原則に好意的な見解が主流となって行いが、今や新たなアプローチの下では、当事者の予測可能性や私人の国際的移動への権利の確保に資するとされ、国際的な私法的法律関係を規律する基軸として中心的地位を与えられる<sup>32)</sup>。

## (3) 一方主義的アプローチの重視

従来の抵触法においては、各国法の平等という理念の下、準拠法選択に際し自国法と外国法との双方の適用可能性を前提とする双方主義的アプローチが主流であった<sup>33)</sup>。これに対し、新たなアプローチにおいては、各国の抵触法が異なる現状においては、私人が国境を越えて移動する際に異なる準拠法の選択を生じさせる結果となり、却って私人の国際的移動の自由に対する障害となるとして、最早双方向的な準拠法選択の方法は不適當であることが指摘される<sup>34)</sup>。そして、婚姻や親子関係の成立といった私人間法律関係に関し既に

29) Pamboukis, *supra* note (8), p 439.

30) Guillaumé, *supra* note (9), pp. 426-448.

31) 江川英文『国際私法』（改訂増補版・有斐閣、1970年）211頁。

32) Guillaumé, *supra* note (9), pp. 357-358. 例えば、人の地位を主たる対象とした議論において、関係する複数の法秩序のうち何れの法秩序を利用するかを当事者の選択に委ねることを前提に、各法秩序における法廷地法の適用を肯定し、各法秩序が互いに他の法秩序で形成された法的地位を承認し合うことを提唱するものとして、Gian Paolo Romano, “La bilatéralité éclipsée par l’autorité: Développements récents en matière d’état des personnes”, *Revue critique du droit international privé*, 2006. 457. 但し、当事者による準拠法選択により社会的関心に関する法の適用が回避されるという懸念から、当事者自治の原則に消極的な姿勢を示すものとして、Wai, *supra* note (14), p. 256. また、準拠法選択における当事者自治の導入に対し、民主的自治の考えに本質的な公私の自治の一体性を解体するものとであると批判するのは、Florian Rödl, “Values: Private Law Beyond the democratic Order? On the legitimacy of Private Law”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 56 (2008), p. 743.

33) 例外的に一方主義的アプローチを提唱したものとして、P. Gothot, “Le renouveau de la tendance unilatéraliste”, *Revue critique du droit international privé*, 1971. 1, 209 and 415.

34) Guillaumé, *supra* note (9), pp. 304-305.

35) 状況の承認については、Pamboukis, *supra* note (9); Sylvain Bollée, “L’extension du domaine de la méthode

外国で形成された法的状況を法廷地でも承認するという所謂状況の承認という方法<sup>35)</sup>や、外国の国家政策を体現する強行的適用法規の適用等、国家利益を念頭においた従来の一方主義ではなく、国際的移動に関する私人の地位の保護や<sup>36)</sup>他の法秩序に関する寛容<sup>37)</sup>といった新たな根拠に基づいた一方主義的アプローチが提唱されるに至っている。

#### (4) 実質法的考慮の肯定

特定の実質法的政策からの中立を標榜していた従来の抵触法では、密接関連性（近接性）による準拠法選択が理念として提唱され<sup>38)</sup>、弱者保護や一定の法律関係の成立の促進といった実質法的法政策を体現する抵触規則は限定的なものに止まっていた<sup>39)</sup>。これに対し、新たなアプローチにおいては、最早最密接関連法の選択という従来の手法では不十分であるとされ<sup>40)</sup>、最密接関連法の探求という抵触法的正義は実質法的正義に大きく道を譲るべきであり、準拠法選択は補助的な地位に止まるべきであるとして<sup>41)</sup>、実質法的考慮が前面に出されることとなる<sup>42)</sup>。

例えば、Teubner は、法律関係毎に準拠法を選択する従来の方法では、世界社会の現状に十分に対応出来ないと主張する<sup>43)</sup>。というのも、規範の抵触は個々の法律関係毎ではなく、例えば国際取引（或いはその一部門）、環境、スポーツ、インターネットといった活動領域（レジーム）毎に、或いは、貿易と環境、知的財産権と人権といった各活動領域間で生じるようになってきているからである。そこで、準拠法選択は、ある類型の国際取引、スポーツ、インターネットといった活動領域毎に、公法私法に関らずこれに関連する規範

---

de reconnaissance unilatérale”, *Revue critique du droit international privé*, 2007. 307; Paul Lagarde, “La reconnaissance: mode d’emploi” in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques: Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon* (Daloz, 2008), p. 481; Paul Lagarde (ed.), *La reconnaissance des situations en droit international privé* (Pedone, 2013).

36) Guillaumé, *supra* note (9), pp. 339-349.

37) Muir Watt, *supra* note (11), pp. 413-415.

38) とりわけ参照, Paul Lagarde, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *Recueil des cours de l’académie de droit international*, tome 196 (1986), p. 9.

39) 我が国において、消費者契約・労働契約に関する特則が導入されたのは 2007 年の通則法制定時であり（11 条・12 条）、また、嫡出親子関係の成立に関し、複数の関連する準拠法のうち何れか一つにおいて親子関係が成立すればその成立を認めるという、所謂選択的連結が導入されたのは（通則法 28 条）、1989 年の法例改正時という比較的最近のことである。

40) 例えば、国際的移動に関する私人の権利の保護という考え方には抵触法的正義だけではなく実質法的正義も含まれており、法律関係の場所的位置付けという従来の方法による対応では不十分であると指摘するのは、Guillaumé, *supra* note (9), pp. 328-329.

41) Guillaumé, *supra* note (9), p. 502.

42) その他、実質法的抵触規則の発展を支持するものとして、Joerges/Kjaer/Ralli, *supra* note (10), p. 159. また、抵触法的正義と実質法的正義との統合を示唆するのは、Pamboukis, *supra* note (8), p. 443.

43) Teubner の見解については、拙稿・前掲注 (22) 13 頁以下。

を選択するべきだということになる。だが、さらに Teubner は、活動領域間の抵触法を通じた国家横断的な実質法準則の形成までも主張する。すなわち、主として一つの活動領域にのみ属する紛争は例外なのであり、紛争が複数の活動領域により重視される以上、裁判機関により次第に形成されるそのような実質法準則が原則となり、準拠法選択規則は例外となるべきだとするのである<sup>44)</sup>。

#### 4. 手続基底的アプローチ

第四に、従来の抵触法においては準拠法選択に関する予測可能性が重視されていたのに対し、新たなアプローチにおいては選択の柔軟性に力点が置かれている点が指摘出来る。とりわけ大陸法系の伝統的な抵触法においては、私人が尊重しなければならない国家法を予測出来るよう、準拠法の予測可能性という点が重視されて来た<sup>45)</sup>。これに対し、新たなアプローチにおいては、規範の抵触が非常に多様であることから、国籍といった人の属性や所在地・結果発生地といった場所を基準として特定のルールに依拠するのではなく、紛争が生じた文脈による最も適切な法の選択といった柔軟な原則が提唱されている<sup>46)</sup>。このような柔軟性は、グローバル・ガヴァナンスにおいて抵触法が果たす特定の役割という観点から正当化されることもある。例えば、Horatia Muir Watt は、所謂公法的アプローチが意思決定プロセスにおける透明性や討議といった事前的な問題に着目するのに対し、所謂私法的アプローチは個別事例において事後的な損害の回復を図るのであり、抵触法は、損害を補償する義務の事後的な割り当てを通じて補充的なガヴァナンス能力を示すのだと主張する<sup>47)</sup>。そこで、準拠法を決定する裁判官の役割がとりわけ重要なものとなる。すなわち、民事訴訟は、自らの利益が相手方の利益よりも優先すべきことを当事者が法的に説得しようとする場所であり、そこでは裁判官は、それらの利益の調停者乃至評価者の役割を果たすべきことになるのである<sup>48)</sup>。

44) Andreas Fischer-Lescano/Gunter Teubner, "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25 (2004), p. 999, p. 1022.

45) Wilhelm Wengler, "L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable", *Revue critique du droit international privé*, Vol. 79, No. 4 (1990), p. 674.

46) Fischer-Lescano/Teubner, *supra* note (44), p. 1021.

47) Muir Watt, *supra* note (11), p. 418.

48) Robert Wai, "Conflicts and Comity in Transnational Governance: Private International Law as Mechanism and Metaphor for Transnational Social Regulation Through Plural Legal Regimes", in Joerges/Petersmann, *supra* note (10), p. 229, p. 235; Pamboukis, *supra* note (8), p. 418; Guillaumé, *supra* note (9), p. 434. 拙稿・前掲注 (22) 15 頁も参照。

## 5. 小括

このように、新たなアプローチにおいては、抵触法はグローバル・ガバナンス又は国境を越えた私的な秩序形成において重要な役割を果たすものとされ、国家中心的で公私の区別を基礎としたものから、より多元主義的で機能的なものに変容すべきだと主張されているのである。

## III. 意義と今後の課題

以上述べたような抵触法上の新たなアプローチは、具体的な個々の方法論については個別的な検討が必要であるものの、抵触法をグローバル化に対応させる試みとして基本的には肯定的に評価出来る。とりわけ、抵触法による規律の対象となる規範を国家法及び私法に限定しない点は、例えば、投資における投資家保護を目的とする国際投資協定と人々の健康保護を目的とするたばこ枠組条約との抵触といった<sup>49)</sup>、異なる機能領域に属する国際規範の間での抵触という、現在国際法の断片化として議論されている問題の解決についても、抵触法のアプローチが一定の役割を果たす可能性を示唆することとなり有益であるように思われる<sup>50)</sup>。

とは言え、勿論これらの新たなアプローチにおいても、今後更に検討されるべき点がある。ここでは、そのような問題点として、抵触法の対象となる規範、抵触法の方法、抵触法を適用する主体の3点を指摘したい。

### 1. 抵触法の対象となる規範

先ず、新たなアプローチにおいては準拠法選択や承認の対象を国家法や国家裁判所による判決に限定せず、国際法上の規範や民間団体が形成した非国家的規範をもその対象とする。そこで、国家法と国際規範との抵触、国家法と非国家的規範との抵触をも扱うことに

---

49) 拙稿「知的財産の国際的保護と公衆の健康保護のための国家政策－ブレン・パッケージ規制と国際投資仲裁－」同志社法学 357号 (2012年) 29頁参照。

50) 異なる国際レジーム間の抵触の調整につき抵触法の方法論が有益であることを指摘するものとして、Ralf Michaels/Joost Pauwelyn, "Conflict of Norms or Conflict of Laws?: Different Techniques in the Fragmentation of International Law", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 22 (2012), p. 349.

なるという点で、新たなアプローチにおいては、国家法の間での抵触のみを扱っていた従来の抵触法に比べて、調整すべき規範抵触の範囲が格段に増加することになる<sup>51)</sup>。だが、世界に存在する規範抵触を全て扱うことは現実的ではなく、また不必要であるように思われる。そこで、抵触法が調整の対象とすべき規範とそうでない規範を区別する必要、換言すれば、どのような規範が抵触法の観点から見て「法」と言い得るのかを決定する必要がある<sup>52)</sup>。

この点については、規範がその対象とする活動領域において一定の機能と実効性を有していればそれで抵触法の対象となる「法」と認めて良いのか<sup>53)</sup>、それとも民主主義的プロセス或いはその代替物により規範が一定の正統性を有していることが必要なのか<sup>54)</sup>、その判断基準の明確化が今後検討されねばならないだろう。

## 2. 抵触法の方法

次に、新たなアプローチにおいては、従来の抵触法が依拠していた人の属性や事実・行為の場所といった準拠法選択の基準を排し、どの活動領域がより影響を受けたのか、或いはどの共同体がその構成員に対し責任を果たすべきなのかといった観点から、アド・ホックに、また一定の政策的考慮に基づいて最も適切な法を選択すべきであるとされる<sup>55)</sup>。だが、新たなアプローチが対象とする抵触の多様性や政策間の利益衡量の必要性<sup>56)</sup>からすれば、その決定は個々の事例毎にならざるを得ず、国際的に活動する当事者にとって、如何なる規範に従わねばならないのかという予測が困難なものになってしまう。

この点、私法的アプローチの特徴は紛争の事後的解決にあるのだという点を前面に押し出し、予測可能性を高めることよりも個別的に妥当な救済を与えることの方が重要である、

51) 法多元主義を各国が受け入れた場合に生じる法の抵触の氾濫につき、Michaels, *supra* note (22), pp. 1250-1252.

52) このような問題意識から筆者が行った導入的な試みとして、拙稿・前掲注(22)18頁以下。

53) 従来の議論においては、このような規範の実効性が重視されて来た感があるが、これらの議論が所謂未承認国や不統一法国家といった国家の存在を前提としたものであったことには注意が必要である。未承認国を巡る議論につき、参照、江川英文『国際私法(改訂)』(有斐閣・1957年)73頁、池原季雄『国際私法(総論)』(有斐閣・1973年)190頁、溜池良夫『国際私法講義[第3版]』(有斐閣・2005年)185頁以下。

54) Rödl, *supra* note (32)。また、準拠法選択の対象となる外国法が民主主義的プロセスにより制定されたか否かをその適用条件とする可能性について言及した拙稿「国際預金取引への国家干渉に関する抵触法的考察」金沢法学40巻2号(1998年)189頁、213頁も参照。

55) 例えば、Muir Watt, *supra* note (11), pp. 423-426.

56) Cf. Guillaumé, *supra* note (9), pp. 432-434.

57) Muir Watt, *supra* note (11), p. 419, note 353。また、当事者自治の原則を前面に押し出す代償として国家

という主張もある<sup>57)</sup>。だが、抵触法の対象領域が公法分野にも拡大する以上、抵触法自体も、私法的アプローチによる事後的救済だけではなく、公法のアプローチにおける事前規制にも対応出来ねばならなくなるのではないだろうか<sup>58)</sup>。機能主義的アプローチを採用するとした場合にもその方法論は様々であり、抵触法の対象領域や対象とする状況に関するこのような問題も含め、その具体的な判断枠組についても今後更に検討されねばならないだろう。

### 3. 抵触法を適用する主体

最後に、新たなアプローチにおいては、抵触法がより機能的で柔軟になる結果、準拠法を選択したり外国において形成された状況を承認したりする裁判官の役割が重要となる<sup>59)</sup>。すなわち、各国の裁判官には国境を越えたガヴァナンスの一翼を担うことが期待されるのである<sup>60)</sup>。だが、そのようなグローバルなガヴァナンス機能を裁判官が担う資格は何処からどのように付与されるのか、また、その判断がグローバルな観点から見て恣意的なものにならないよう裁判官をどうやって監視・統轄するのか、といった点が不明確なまま残されている。また、抵触法の役割を事後的救済に限定しないのであれば、裁判官以外に、規制当局も抵触法を利用したガヴァナンスの主体として一定の役割を果たさねばならないのではないだろうか<sup>61)</sup>。抵触法を適用する主体に関するこれらの点も、今後の検討課題として指摘出来ると思われる。

## IV. 結語

以上、グローバル化に対応した抵触法の在り方について、近時の新たなアプローチの特徴、及びその意義と今後の検討課題について簡単に指摘した。個々の見解の相違点は捨象して中心の特徴のみに着目した結果、些か精度を欠いた分析になってしまったことは否め

---

利益の観点から一方主義的アプローチにより適用される外国強行的適用法規の適用が齎す予測可能性に対する不安定さを正当化しようとするものとして、Guillaumé, *supra* note (9), pp. 500-501.

58) 事前規制を行う規制当局間の権限配分に抵触法のアプローチを導入することを提唱するものとして、Annelise Riles, “Managing Regulatory Arbitrage: A Conflict of Laws Approach” (October 3, 2013), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2335338>.

59) Guillaumé, *supra* note (9), p. 500.

60) Wai, *supra* note (48), p. 235.

61) Riles, *supra* note (58), p. 25.

ないが、グローバル化に対応すべく抵触法の変容を論じる近時の議論動向の方向性自体はそれなりに示せたのではないかと考える。これらの議論動向を踏まえ、今後はグローバル化に対応した抵触法の新たな具体的判断枠組の構築に移りたい。その際には、前提としてどのように世界社会の現状を把握するのか<sup>62)</sup>、また、世界社会における国家の位置付けや他のアクターとの力関係をどのように把握するのか<sup>63)</sup>、さらに、抵触法を論じる際に普遍主義的な観点を採るべきなのかそれとも自国に着目した国家主義的な観点を採るべきなのか<sup>64)</sup>、といった問題についても、併せて検討して行く必要がある。

【付記】 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。

---

62) 拙稿・前掲注 (15) 30 頁, 注 69. 現在のところ, 法多元主義やネットワーク型法の発展は, 世界社会における規範の階層構造を完全に消失させるわけではないという Guillaumé の見解に親近感を覚える (Guillaumé, *supra* note (9), p. 119).

63) この問題を正面から論じるのは, Guillaumé, *supra* note (9), pp. 31-149.

64) 国家が抵触法を運営している限り抵触法は国家を基礎にし続けるとして, 国家の観点から議論すべきであると主張するのは, Michaels, *supra* note (22), pp. 1258-1259.

