



# 非国家法の準拠法適格性 : 国際私法的側面からみた Lex Mercatoria

中野, 俊一郎

---

**(Citation)**

CDAMS(「市場化社会の法動態学」研究センター) ディスカッションペーパー, 04/ 6J

**(Issue Date)**

2004-06

**(Resource Type)**

technical report

**(Version)**

Version of Record

**(URL)**

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/80100028>



CDAMS ディスカッションペーパー

04/6J

2004年6月

## 非国家法の準拠法適格性

国際私法的側面からみたLex Mercatoria

中野俊一郎

CDAMS

「市場化社会の法動態学」研究センター

神戸大学大学院法学研究科

## 問題設定

### 1 契約準拠法の決定と準拠法適格性の問題

国際私法上、契約当事者は、準拠法選択の合意を結ぶことにより、自分たちの契約関係を規律する法を契約準拠法に指定することができる（当事者自治の原則）。この合意は、通常、契約中の準拠法条項で行われるが、契約の内容・性質や当事者間の関係などにより、特定の国家法の適用を合意することが難しい場合もある。英仏海峡トンネル建設プロジェクトに絡むある契約において、ベルギーを仲裁地とする仲裁合意とともに、「この契約の解釈、有効性及び履行は、全ての点につき、英国法とフランス法に共通する原則によって規律され、解釈されるものとし、そのような共通の原則がない場合には、国内及び国際裁判所において適用されてきた国際取引法の一般原則によるものとする。但し、どの場合にも、フランス、英国それぞれにおいて行われる作業に関しては、それぞれの国の公の秩序に関する規定の適用を妨げない」<sup>(1)</sup>、との法選択条項が採用されたことは、このような困難の一端を示している。また、経済開発協定など、国家を一方当事者とする契約においては、国家当事者による恣意的な法改正を避ける意味から、「契約締結時点の」国家法が準拠法として指定されたり、法の一般原則や国際法が準拠法に指定されることも少なくない<sup>(2)</sup>。そこで、国際私法的視点からすると、当事者が準拠法として指定できるのはどのような資格を備えた法規範か、即ち準拠法適格性が問題になる。

### 2 lex mercatoria とその質的変容

国際私法は、主権国家が並立する国際社会において、複数の国家法が相互に抵触しながら存在する状況を整序し、ひいては国際的な私法交通の安全を確保するため、法律関係の類型に応じて準拠法を決定することを任務としてきた。そのため、国家機関である裁判所が、自国国際私法を用いて準拠法を決定するに際しては、その対象は国家法でなければならない、との考え方が伝統的に根強い。他方、国際仲裁においては、国家との結びつきが相対的に弱まることから、実体判断基準を国家法の枠外に求めることも一般に許されてきた。国際的な商事紛争解決機関として高い名声を誇る ICC（国際商業会議所）の仲裁では、いわゆる lex mercatoria（商人の法、あるいは国際商慣習法）がしばしば実体判断基準として用いられてきたこともあって<sup>(3)</sup>、国際契約を規律する規範として lex mercatoria を用いる可能性やその理論的根拠については、わが国においても活発な議論が行われている<sup>(4)</sup>。

もっとも、ここでいう lex mercatoria がどのような規範を包括する概念かが必ずしも明瞭でないこともあって、従来の議論は、やや理論面に傾斜するきらいがあったように思われる。例えば、事情変更の原則や pacta sunt servanda といった、ごく抽象的な規範の適用可能性を論じるには限界もありえようし、まさにこのような概念的不明確さのゆえに、lex mercatoria の理論は、常に国際私法学説からの批判にさらされてきたといえよう。ところが最近では、1995 年の UNIDROIT 国際商事契約原則 (UPICC)<sup>(5)</sup> やヨーロッパ契約法原則 (PECL)<sup>(6)</sup> のように、国家の立法者の手になるものではないが、一定範囲で体系的完全性を備えるとともに、当事者の異なる合意を許さない強行法的規定<sup>(7)</sup> を一部に含む法規範が現れている。これらを lex mercatoria と呼ぶのは未だ早計に過ぎようが、その利用が国際取引実務に定着すれば、lex mercatoria の不明確性批判に対する効果的反証になることは疑いない。

また、PECL は、国際契約か国内契約かを問わず、ヨーロッパ諸国における適用を念頭において作られているのに対して、UPICC は、その名が示す通り、国際商取引の規律を主眼におく点に特徴がある。即ち、UPICC 前文によると、これは「国際商事契約のための一般的規範」を示すものであり、両当事者が「これらの原則に従うと合意したとき」や、「法の一般原則、lex mercatoria、あるいは

これに類するものに従うと合意したとき」に適用されうるほか、準拠法の内容を確定できない場合の解決手段や、統一法条約の解釈・補充手段にもなりうる<sup>(8)</sup>。このような UPICC の性格からすると、国際取引契約において、当事者がこれを準拠法とする明示の合意を行った場合、あるいは合意がない場合に、裁判所や仲裁廷がそれを紛争解決規範として用いることができるかどうかは極めて現実的な問題として浮上してくるのであり、lex mercatoria ないしは非国家法の準拠法適格性をめぐる議論は、新たな局面に入ったといわなければならない。

### 3 国際仲裁と国際私法

上記のような国際私法上の制約があるため、非国家法の適用可能性という問題は、国際仲裁を中心に展開してきた。しかしながら、国際仲裁と国際私法の関係については、なお論じるべき点が少ない。例えば、裁判所のように特定の法廷地をもたない仲裁廷が、どの国の国際私法に拘束され、それをどう適用すべきなのか。あるいは、準拠法所属国以外の国の強行規範を仲裁手続で適用する余地があるか、といった問題については、理論的に未解明の点が多く残されている。

本稿は、以上のような問題意識に基づき、国際仲裁、国際私法、非国家法という三者の関係を考察することを目的としている。lex mercatoria という概念の不明確さを避けて議論を具体化するため、以下においては、当事者が契約中で UPICC を準拠法として指定した場合、または準拠法を指定していない場合を念頭におき、非国家法を裁判や仲裁において適用する可能性の有無やありうべき限界について考えてみたい。

#### 「化石化」条項の効力

非国家法の準拠法適格性に関するわが国学説上の議論は、未だ十分に成熟したものとはいえないが、これに関連する問題として、当事者が準拠法指定の対象を特定時点のそれに固定した場合の取り扱いが議論の対象とされているので、まずはこれについて一瞥しておきたい。

資源開発契約のように、私企業が国家との間で結ぶ大口契約においては、当該国以外の国の法を準拠法に指定することが実際上難しい。他方、契約当事者である国家の法を準拠法とすれば、当該国が恣意的に自国法を改正することにより、自己に有利な準拠法を事後的に作り出してしまうおそれがありえよう。このような事態に備えて、「契約締結時に施行されている」当該国法を準拠法とする旨の文言を挿入することにより、私企業側が不測の損害を被らないよう配慮することがある<sup>(9)</sup>。これを「化石化」条項 (Versteinerungsklausel; clause "gel de droit") と呼ぶ<sup>(10)</sup>。

仮にこのような条項を有効とみれば、裁判の時点ではもはや実定的根拠を失っている法を、裁判所が適用すべきことになる。任意法であれば、それも契約自由の一態様 (いわゆる実質法的指定) として有効視できようが、強行法規については、「死せる法」の適用を許すことにつながるから、その有効性は認められない、というのが、わが国<sup>(11)</sup>やドイツ<sup>(12)</sup>における多数説の考え方であり、英国においてもこれを支持する有力な見解がある<sup>(13)</sup>。これによると、化石化条項は、別に定まる契約準拠法が許す範囲内において、実質法的指定としての効力を認められるにすぎない。「私人又は私企業の間」の国際契約における当事者の自治」に関する 1991 年の国際法学会パーゼル会議決議 8 条<sup>(14)</sup>も、同様の見地から、「当事者が、契約が締結された時に効力を有する法の適用を合意する場合、この法の規定は、実体規範として、当該契約中に記載されたものとして適用される。しかしながら、もし選択された法が、既存の契約を規律することを意図した強行法規によって修正ないしは取り消された場合、この法規に効果が認められる」という。

他方において、このような条項を有効視した仲裁判断は少なくないこともあって、国際私法学説上も、一般的に<sup>(15)</sup>、あるいは特に国家契約の場合におけるその必要性を重視して<sup>(16)</sup>、化石化条項の有効性を認める見解がある。例えばザンドロックによると、国際債務法においては、保護されるべき私益・公益が許容限度を超えて侵害されるおそれがない限りは、当事者の自由を出発点としなければならない。しかし、当事者による準拠法指定は、重大な私益・公益の保護に関わる公法の適用範囲に影

響を及ぼすものではないから、準拠法を契約締結時点のものに固定する化石化条項もまた、このようなおそれを生じない。客観的連結による場合も含め、既に定まっている契約準拠法を事後的に変更し、それに遡及効をもたせる合意すら許されるのであれば、準拠法それ自体を変更するものでない化石化を否定する理由はない。化石化条項は「法秩序のない契約」を生むものではないが、「死せる法」の適用をもたらすことは事実である。しかし、時際法によって旧法の適用が命じられることもあるうえ、国際私法上は、例えば EBGBG15 条が「婚姻締結時の」婚姻効力準拠法の適用を命じるように、準拠法所属国では効力を失った法が内国で適用されることすらありうる。従って、既に実務的に実証されているように、死せる法の適用につき当事者が十分な利益をもつ以上は、その有効性を認めるべきである、と<sup>(17)</sup>。

筆者は、後者の見解を正当と考えるが、この問題は、非国家法の準拠法適格性問題と関連する面が多いので、次にこれについて検討することにしよう。

## 国家裁判所における非国家法の適用

### 1 通説的見解：準拠法適格性の否定

国家機関である裁判所は、涉外事件の場合、法廷地の国際私法を適用する義務を負う。従って、国際契約の準拠法として非国家法が指定された場合、それに準拠法としての資格が認められるかどうかは、法廷地国際私法の解釈問題となり、わが国の場合、契約準拠法について規定する法例 7 条が、そのような合意に効力を認めるものかどうか問われる。法例 7 条は、任意法規のみならず強行法規についても当事者による準拠法指定の自由を認めるものと解されるが、そこでいう「法規」は、国家が定立したものに限られるか、という問題である。

日本の国際私法上、非国家法の準拠法適格性を論じる文献は少ないが、<sup>17</sup> で見た、実定性を欠く法は準拠法適格性をもたないという通説の議論は、国家法としての効力をもたない法規範の準拠法適格性を否定する議論につながる。即ち、従来通説によると、非国家法は、国際私法が指定する準拠法が許容する範囲内においてのみ、いわゆる実質法的指定としての効力を認められるにすぎない<sup>(18)</sup>。従って、仮にこれらの規範中に強行法規が含まれていたとしても、それは別に定まる契約準拠法中の強行法規に優先することができない。このような解釈をとる根拠としては、国際私法の任務は専ら国家法の抵触解決にある、非国家法は十分な明確性や体系性を欠く、法例 7 条は、法律行為の成立・効力が「何レノ国ノ法律」によるべきかを当事者の意思に委ねている、非国家法を準拠法とすると、あらゆる国家の強行法規の適用が回避され、ひいては「法のない契約(contract sans loi)」を認めることになりかねない、準拠法適格性をもつ非国家法を定義することは法制的に難しく、非国家法の準拠法適格性を認める立法例もほとんど見られない、といった点があげられる<sup>(19)</sup>。現在進行中の法例改正の準備作業においても、同様の視点から、準拠法適格性を「現行法と同様、国家法に限る」との提案が法例研究会によってなされており<sup>(20)</sup>、それに対する代案は出されていない。ドイツにおいても、ほぼ同様の根拠に基づき、非国家法の抵触法的指定を否定するのが従来の多数説であった<sup>(21)</sup>。

### 2 非国家法の準拠法適格性を認める見解

これに対して、非国家法に一定範囲で準拠法適格性を認めようとする見解も、かねてから有力に主張されてきた。その最大の根拠が当事者自治の重視にあることはいうまでもないが<sup>(22)</sup>、最近では、PECL や UPICC など、「非国家法は明確性・体系性を欠く」という通説からの批判をはね返しうる、新たな選択肢が現われていることが、この見解を強く支えている。とくにオランダでは、1989 年の最高裁判決が、統一法条約の適用条件が充たされていない事件につき、当事者の合意を根拠にその適用を認めたことから、条約によらない統一法についても同様に解する見解が少なくないという<sup>(23)</sup>。

もっとも、非国家法の適用をどう理論的に基礎づけるかは問題である。とくに、当事者による準拠法指定がない場合に、客観連結による非国家法の適用を認める立場をとるのであれば、この点につい

での議論は不可避であるといえよう。法の一般原則のような *lex mercatoria* は、国家法の枠組みを超えた国際的慣習法規範であるから、国際私法を介することなく直接に適用されるとの見方もありうるが<sup>(24)</sup>、国際私法自体はなお国家の枠組みを超越するものではなく、各国の立法権に基づく国内法又は条約という形で存在しており、裁判官はそれぞれの所属国の国際私法に拘束されている。このような現状に鑑みると、より現実的な選択肢として、*lex mercatoria* を他の国内法と等置し、各国国際私法による準拠法指定の対象に含めることが考えられるのであり、最近では、こちらの方向性を模索する見解が多いように見受けられる<sup>(25)</sup>。とくに国家契約の場合には、契約当事者である国家の恣意を防ぐという目的から、非国家法を準拠法とすることに十分な利益が認められるとして、この見解を支持する見解もある<sup>(26)</sup>。

### 3 立法例

立法例において、非国家法の準拠法適格性を認めたものはほとんど見られないが、皆無というわけではない。例えば、国際契約の準拠法に関する 1994 年の米州条約（メキシコ条約）<sup>(27)</sup> は、その 7 条において、「契約は当事者の選択した法（*law/loi*）に規律される」と定めており、起草者の説明によれば、ここでいう「法」は、*lex mercatoria* を含む広い概念として理解される。また同 9 条 2 項は、当事者による法選択のない場合に密接関連法を探求するにあたり、裁判所は「国際諸機関によって承認された国際商事法の一般原則をも考慮しなければならない」としており、これによって、当事者の明示的指定がない場合にも、*lex mercatoria* を適用する可能性が開かれた<sup>(28)</sup>。さらに、同 10 条は、例外条項として、「前 3 条の規定に加え、個別事案における正義及び公平の要求を果たすために、国際取引法に関する規範、慣習および原則、並びに、一般に承認されている取引の慣習及び慣行が適用される」としており、ここでも *lex mercatoria* の顧慮が求められる点が注目されよう<sup>(29)</sup>。

もっとも、これが比較法的にかなり突出したものであることは否めない。1980 年の契約債務の準拠法に関するヨーロッパ条約（ローマ条約）<sup>(30)</sup> も、「複数の国家の法」と関連する契約に条約の適用があると定めること（同 1 条 1 項）、当事者自治の対象として「法」（*law/loi*）という文言を用いること（3 条 1 項）などから、*lex mercatoria* を含む非国家法の準拠法適格性を認めないものと一般に理解されている<sup>(31)</sup>。もっとも、ローマ条約の共同体文書化並びに近代化のためのグリーン・ペーパー（2002 年）<sup>(32)</sup> においては、「当事者が直接に国際条約、あるいは法の一般原則をも選択することを許すべきかどうか」（質問 8）について意見照会がされており、今後、同条約が契約外債務に関する新たな規則（いわゆるローマ 規則）<sup>(33)</sup> とともに規則化されるに際して、何らかの見直しが行われる可能性もないではない。

#### 仲裁廷における非国家法の適用

##### 1 仲裁廷が従うべき国際私法

裁判所が所属国国際私法の適用義務を負うのに対して、私的紛争解決機関である仲裁廷については、このような意味での所属国を觀念しにくいいため、非国家法の適用可能性という問題を検討するにあたっては、まずもって、仲裁廷がどのような抵触法規範に拘束されるかについて考えておく必要がある。

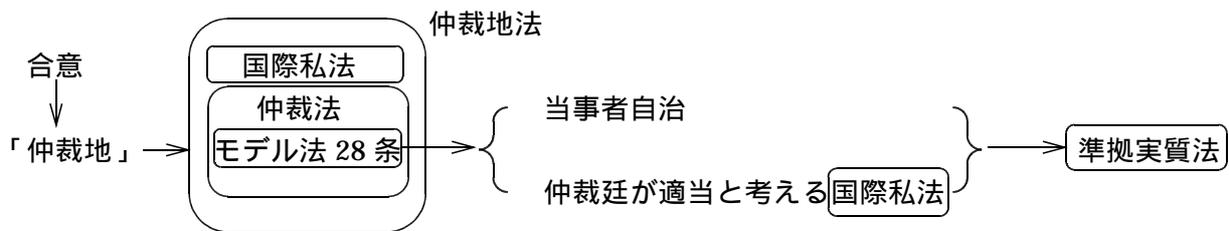
仲裁手続の準拠法決定については、当事者自治説と仲裁地法説が対立してきたことが知られている<sup>(34)</sup>。前者によると、仲裁廷は、当事者が合意で定めた手続準拠法に従って仲裁手続を行い、この手続準拠法が仲裁判断の国籍、さらには仲裁判断取消の国際裁判管轄をも決定する。国際仲裁の超国家性を前提として、この考え方をさらに徹底するならば、仲裁廷は、当事者が合意した実体判断基準のほか、当事者が合意した手続準拠法所属国の国際私法、または自らが適当と判断した国際私法によって実体判断を行う、という考え方になるものと思われる。

国際仲裁の超国家性を強調する考え方は、いまだに各国の学説・実務に強い影響力を及ぼしているように思われるが、UNCITRAL モデル仲裁法が、仲裁地を連結点とする適用を定めたことが一つの

ターニングポイントとなって、最近では、わが国仲裁法 3 条をはじめ、仲裁地法説の考え方に立脚した国内立法が急速に増えている。これらの国内立法は、仲裁における実体判断基準について、モデル法 28 条にならい、当事者自治を第一段階とする抵触規定をおく。当事者による準拠法指定がない場合の扱いについては考え方が分かれ、モデル法と同じく仲裁廷が適当と考える国際私法の適用を定めるもの、最密接関係法の適用を定めるもの（ドイツ法、韓国法、日本法）、仲裁廷が適当と考える実質法の適用を許すもの（フランス法、オランダ法）、仲裁地実質法によるべきであるとするもの（キューバ法）など、極めて不統一な状況にある<sup>(35)</sup>。もっとも、これらの仲裁法は、大部分が仲裁地を連結点として適用されるものであるから、仲裁法中の抵触法ルール（ここでは、モデル法 28 条のように、準拠抵触規定を指定する抵触法ルールをも含む）は、仲裁地国際私法の特別規則ということになり、結局仲裁廷は、仲裁地の抵触法ルールに従うということになる。

ただ、仲裁廷が仲裁地の抵触法ルールに従うとしても、それは通常の国際私法規則の特例なのであって、両者が内容的に全く同じというわけではない。例えば、モデル法 28 条によれば、結局において適用されるのは仲裁廷が適当と考える国際私法である。また、後述するように、モデル法 28 条 1 項（日本仲裁法 36 条 1 項）によると、当事者は「反対の意思」を明示することによって、国際私法をも含めて準拠法を指定することが許されるほか、非国家法の適用を合意することもできると解されている。

#### [モデル法 28 条の構造]



## 2 仲裁廷における非国家法の適用

### (1) 当事者による明示・黙示の指定がある場合

仲裁廷は仲裁地国の抵触法ルールに従うが、その内容は通常国際私法規則と同じでなくてよいとすれば、その具体的内容はいかにあるべきか。とりわけ、当事者が契約中で準拠法を指定する場合に、そこで当事者が合意するのは国家法に限られるか、それとも非国家法をも含むかが問題となる。

この点につき、モデル法 28 条 1 項は、当事者が選択した「法規則」("rules of law")の適用を規定するが、同 2 項は、当事者の法選択がない場合、仲裁廷は、自らが適当と考える国際私法が指定した「法」("law")を適用するしており、意図的に異なった文言を用いた点が注目される。2 項にいう「法」(law)は「国家法のみをさすものと理解される」のに対して、「法規則」(rules of law)という文言は、「国際商取引に従事する者のニーズや利益に答えるための先進的なやり方」として、「国際的レベルで作成された法規則」を含め、「当事者により広い選択権を与える」ものであると説明されている<sup>(36)</sup>。当事者の合意があれば「善と衡平」、即ち法によらない仲裁も許されること（モデル法 28 条 3 項）とのバランスからしても、当事者による指定がある場合に非国家法の適用を認めることは、整合的といえよう。ただ、このような文言は、1985 年当時は、投資紛争解決条約 42 条、フランス民法 1496 条 ("règle de droit") など、ごく一部に見られるに過ぎなかったため、起草過程ではかなりの議論があったようであるが、最終的には上のような趣旨から採用されたものである。

モデル法採用国でも、この文言はそのまま維持される傾向にある。わが国の新仲裁法 36 条も、1 項前段で「法」、その後段及び 2 項では「国の法令」と、モデル法にならって意図的に異なる文言を用いた。学説上も、国際仲裁において当事者が非国家法を準拠法として選択しうることが、一般に認められつつある<sup>(37)</sup>。

ドイツにおいては、かつては法文上この点が明らかでなかったこともあり、lex mercatoria について抵触法的指定を認めない考え方を一貫させ、仲裁手続においてもその準拠法適格性を否定するとともに、それに依拠した仲裁判断の効力を否定する見解も見られた<sup>(38)</sup>。しかし、善と衡平による仲裁判断が認められることとのバランスからしても、当事者による非国家法の明示ないし黙示の指定がある場合については、このような結論はとりえないとする学説が多かったところ<sup>(39)</sup>、モデル法を採用した新法では文言上もこの点が明らかにされ、争いの余地はなくなったといえよう<sup>(40)</sup>。

このように、国際仲裁においては、当事者の指定がある場合、非国家法を準拠法として仲裁判断を下すことに、もはや疑いの余地はないといつてよい。法の一般原則によった仲裁判断の例は多数にのぼるが、最近では、当事者の合意に基づき、UPICC を適用して仲裁判断を下した例も少なからず報告されている<sup>(41)</sup>。

## (2) 当事者による指定がない場合の客観連結

上に述べたように、モデル法制定時における理解としては、当事者による非国家法の指定がない場合、仲裁廷は、客観連結を通して、何れかの国家法を適用しなければならない、と理解されていたようである。わが国やドイツを含め、モデル法採用国も一般に、当事者が指定できる「法」(rules of law; Rechtsvorschriften) と、それがいない場合に適用される国の「法令」(law; Recht)という言葉を使い分けることによって、この趣旨を明確にしてきた。

他方、ドイツ仲裁法の解釈としても、非国家法への客観連結を認める見解がないではなく<sup>(42)</sup>、フランス民訴法 1496 条<sup>(43)</sup>も、モデル法のような区別をせずに「法規則」(règles de droit)という言葉を用いるので、明示の合意がない場合にも非国家法の適用が可能と解される。そのため、当事者による契約準拠法の指定がない場合に、UPICC を適用して仲裁判断を下した ICC 仲裁判断も現れている<sup>(44)</sup>。そこでは、ある国際的会計監査法人の連合体内部の争いであって、両当事者ともに極めて多数の法人からなり、その活動範囲も数十カ国に及ぶという事案につき、UPICC を適用して判断が下された。本件仲裁合意においては、「仲裁人はいかなる法域の実質法の適用にも拘束され」ないが、契約条項のほか、「衡平(equity)の一般原則を考慮」すべきものとされていた。本件で当事者が国家法の適用を明示的に排除したのは、事案が示す強度の国際性から理解されよう。比較法的手法によって、「衡平の一般原則」を具体化することも不可能とはいえないであろうが、本件のような極めて国際的な事案においては容易でなく、ここでは、直ちに UPICC を適用することにより、簡明で説得力に富む結論を導くことが可能になったと考えられる<sup>(45)</sup>。

また、1992 年の第 65 回国際法協会カイロ大会における国際商事仲裁に関する決議は、当事者が特定の国家法を準拠法として指定していた場合を除き、仲裁廷が「超国家的規範」に基づいて下した仲裁判断の承認・執行は拒絶されるべきでないという<sup>(46)</sup>。これは、客観連結による非国家法の適用可能性を、仲裁判断の承認・執行という、いわば「裏から」認めたものといえようか。

### 小括

以上述べてきたところをまとめると次のようになる。非国家法を準拠法とする当事者の合意は、仲裁手続では準拠法指定として完全な効力を認められるが、裁判手続においては、通説による限り、化石化条項と同じく、別に定まる契約準拠法上の強行法規が許す範囲内でのみ、いわゆる実質法的指定としての効力を認められるにすぎない。他方、当事者が準拠法を合意していない場合には、裁判手続、仲裁手続のいずれにおいても、客観連結により非国家法を準拠法とすることは一般に認められないが、仲裁手続においては客観連結を認める考え方も有力である、と。

### 考察

#### 1 当事者の合意がある場合の非国家法の準拠法適格性

##### (1) 「国際私法の任務」

まず、当事者が非国家法を準拠法に指定している場合に、仲裁ではそれが抵触法的指定として認められるのに対し、裁判では実質法的指定としての意味しか認められないことの当否について、ここで検討してみたい。

非国家法の準拠法適格性を否定する第一の論拠としてあげられるのは、「国際私法は、各主権国家の国家法秩序が併存している国際社会における国家法の抵触を解決することをその任務として」おり、「このような国際私法の性格上、準拠法としての適格性を有するのにも、国家権力によって担保されている国家法に限られる」<sup>(47)</sup>というものである。しかしながら、これは、非国家法の準拠法適格性を認めないという通説的結論をとった場合の国際私法の定義をいうにすぎず、なぜ国家法の抵触解決だけが国際私法の任務なのか、という問いに対する答えにはなっていない<sup>(48)</sup>。通説の背後には、法の定立権限は国家に専属するという、非国家法ないし *lex mercatoria* 一般に対する拒絶的観念があるようにも思われるが、このような前提は、ジュンガーの言によると *petitio principii* (不当前提)<sup>(49)</sup>、ヴィヒャルトによれば「証明のない公理」<sup>(50)</sup>にほかならない。また、非国家法の準拠法適格性を前提とする仲裁法 36 条 1 項前段は、わが国の国際私法である法例の特則にあたると考えられるが、なぜこの場合には「国際私法の任務」から外れることが許されるのかについても、別途説明が必要であろう。

## (2) 当事者自治原則の位置づけ

ここでの問題は、当事者が非国家法を準拠法として指定した場合に、そのような当事者の合意に十分な効力を認めるかどうかということであるから、その判断には、国際私法上の当事者自治原則に対するスタンスが影響を及ぼす。わが国の通説は、当事者自治原則の理論的根拠として、契約については実質法上契約自由の原則が認められること、物の所在地や人の国籍のような客観的要素で密接関連地を特定することが難しいこと、の 2 点を強調してきた<sup>(51)</sup>。しかし、これらの理由づけが十分なものであるかどうかについては、なお異論の余地もありえよう。

なぜなら、まず についていうと、契約自由の原則と当事者自治原則はその平面を異にするのみならず、実質法上当事者の自由処分が認められる問題について、国際私法上は客観連結が行われることも少なくない。また、契約自由の原則は、強行法の認める限度内で当事者の自由を認めるにすぎないのに対して、当事者自治原則は、強行法規（絶対的強行法規は除く）をも含めて準拠法指定を許すものであるから、両者を同一平面において説明することは難しい。加えて、当事者自治は夫婦財産制についても認められるほか（法例 15 条 1 項）、相続や不法行為についても立法論的導入が検討されているのであるから、契約だけを念頭においてその位置づけを考えるのは狭きに失するおそれがある。従って、より正確に言えば、例えば契約法の領域では、当事者の自由を保障することに十分な理由が認められるために、実質法の平面では契約自由の原則が、抵触法の平面では当事者自治原則が認められるのであって、前者から後者が引き出されるという関係にはないと思われる。

さらに の議論は、言い換えると、客観連結で準拠法を決めるのが理想だが、それが難しいので仕方なく当事者に準拠法選択の自由を認める、ということになる<sup>(52)</sup>。このような発想は、当事者自治は「異例のやり方」(*Ungewöhnlicher Schritt*) であって「窮余の策」(*Verlegenheitslösung*) にほかならない、とのケーゲルの言葉<sup>(53)</sup>に端的に顕れており、わが国国際私法学説上もそこに見え隠れするものであるが<sup>(54)</sup>、ドイツでは、このような当事者自治原則の消極的位置づけに対して、批判的意見が強まっている<sup>(55)</sup>。むしろ、国際取引従事者の必要性や予測可能性に適い、法的安定性をもたらす、ひいては国際取引の安全と円滑を保証する、という点に、当事者自治原則の積極的根拠を求めるべきであり<sup>(56)</sup>、このような見地からすれば、非国家法の抵触法的指定についても、当事者の合意を門前払いにするのではなく、合意を許すことにどのような法政策的メリット・デメリットがありうるかを検討すべきことになる。

## (3) 非国家法の不明確性

非国家法、あるいは *lex mercatoria* が、準拠法適格性を認めるに足るだけの明確性や体系性を備えていないということは、しばしば通説によって指摘されてきた<sup>(57)</sup>。いわば古典的な批判といえることができるが<sup>(58)</sup>、これに対してジュンガーは、「この議論は、あまりに実務を知らないために、抵触法に法的安定性を期待する者だけを納得させるにすぎない」<sup>(59)</sup>との辛辣な言葉を投げた上で、「もし本当に *lex mercatoria* が、実務においてかくも不確かな企てであるのなら、国際取引はとうの昔にそれに背を向けていたはずだ」とのジーアの言<sup>(60)</sup>を引用している。従前、*lex mercatoria* の例として議論の対象とされてきた「法の一般原則」や *pacta sunt servanda* といった抽象的法規範が、十分な明確性や体系性を欠いていたことは事実であるから、ジュンガーの指摘はやや言が過ぎるといわなければならないが、UPICC や PECL といった明確性と体系性を備えた非国家法規範が誕生し、実務において利用されはじめているいま、上のような古典的批判を繰り返すだけでは、十分な説得力をもちえないのも確かであろう。

また、非国家法の「不明確性」批判の一つの派生型として、「非国家法の内容について疑義が生じた場合に、公権的な解釈を行う裁判機関がないため、内容を明確にしていく制度的な仕組みが存在しないのも大きな欠陥である」との指摘がある<sup>(61)</sup>。しかしながら、内国で涉外事件の裁判を行う場合に、準拠外国法の内容について疑義が生じる可能性は常にありうるが、その場合に、準拠法所属国の裁判所なり国会なりで即座に法内容の明確化が図られるわけではなく、内国裁判所は自らの責任においてその解釈・適用を行うしかない。この点で、国家法と非国家法の間には本質的な違いはないように思われる。逆に、準拠外国法の調査には困難がつきものであるが、例えば UPICC の場合、テキスト（現在のところ英・仏・独・伊・西の 5 カ国語で提供されている）に加えて、その解釈を明確化するための公式コメントや判例・仲裁判断例・文献のデータベースがオンラインで提供されており<sup>(62)</sup>、日本語訳も参照が可能であるから<sup>(63)</sup>、その内容調査はかなり容易なものになっている。

「非国家法を準拠法とすると、当事者間でその内容をめぐって無用の争いが生ずる可能性があるうえに、初めから国家法による補充を前提とするのであれば、そもそも非国家法の準拠法適格性を認める実際上の意義も疑わしい」<sup>(64)</sup>との指摘についても、同じことがいえよう。UPICC のように十分に練り上げられた非国家法規範であっても、あらゆる国家法規範がそうであるように、完全ということはありません。解釈上の争いを生ずる可能性はありうるが、解釈による補充が必要になるとしても、そこで直ちに準拠国家法に解決が求められるということにはならない。UPICC1.6 条が、「(1) これらの原則の解釈にあたっては、その国際的性格や、その適用における統一を促進する必要性を含むその諸目的が考慮されねばならない。(2) これらの原則の範囲内ではあるがこれらにより明示的には解決されていない問題は、可能な限りこれらの原則の基礎にある一般原則に従って解決されねばならない」という規定をおいた意味もそこにある。仮に客観連結で定まる準拠国家法の参照が必要になりうるとしても<sup>(65)</sup>、例外的なケースにとどまるであろうから、それをもって準拠法適格性を認める実益なしと断ずるのは早計に過ぎよう。逆に、異なる国に属する取引相手方ごとに準拠法の内容を調査し、交渉を行い、合意に達するまでに費やされる時間と労力を考えれば、当事者にとって、統一的に UPICC で契約を規律できることの利点は少なくない。一流の研究者による綿密な比較法調査に裏打ちされたその内容的妥当性は、国際取引従事者の信頼を勝ち得るに相応しいという事情も、これを側面から支持しよう<sup>(66)</sup>。

#### (4) 強行法規との関係

非国家法の準拠法適格性を考えるにあたって、理論的・実的に最も大きな障害となりうるのは、強行法規との関係であろう。通説によれば、「非国家法を準拠法とすると、あらゆる国家の強行法規の適用が回避され、ひいては『法のない契約(*contract sans loi*)』を認めることになりかねない」<sup>(67)</sup>とされるからである。確かに、非国家法と強行規範の関係は、これまで十分な議論されてこなかったこともあり、多分に不明確性を残しているが、当事者が非国家法を準拠法に指定したことによって、直ちに「あらゆる国家の強行規範の適用が回避され」ることにはならないのではないかと。最近の国際

私法学においては、当事者による準拠法指定は強行法規をも対象とするが、法廷地国（あるいは事案に密接に関連する第三国）の強行法規であって、準拠法のいかにかわらず適用されるものもありうる、との認識が共有されつつある<sup>(68)</sup>。準拠法上の強行法規（相対的強行法規）と区別して、後者を絶対的強行法規と呼ぶが、最近の条約立法においては、これについて明文規定をおくものが少なくない<sup>(69)</sup>。例えばローマ条約7条は次のように規定する。

「(1) ……事案と密接な関連を有する他国の強行規定については、それがその他国の法によれば契約の準拠法にかかわらず適用すべきものであるときには、これに効果を付与することができる。……」

(2) この条約の規定は、法廷地の規定であって、契約の準拠法にかかわらず事案を強行的に規律するものの適用を妨げるものではない。」

ここで想定する非国家法は、対等の取引当事者間の関係を規律することを目的とするので、概して、消費者や労働者といった弱者保護の要請に応えられるものにはなっておらず、これらの事項は、現在のところ、国内強行法上の規整に委ねられていると考えられる。逆にいうと、これらの非国家法は、自らに内在するこのような欠缺が、必要に応じ何らかの強行法規によって補充されることを、当然の前提にしているというべきであろう。例えば PECL1・103 条は、強行法規との関係について、次のような定めをおく。

「(1) 合意がなければ準拠法となるべき法(*otherwise applicable law*)が許す場合、当事者は、彼らの間の契約が本原則に準拠し、国家の強行規範が適用されないことを合意することができる。

(2) しかしながら、該当する国際私法に従い、契約準拠法にかかわらず適用されるような国家法、超国家法及び国際法上の強行規範には、効力が認められなければならない。」

UPICC1.4 条も、ほぼ同様に、「これらの原則は、該当する国際私法上の規範に従って適用される強行規定については、それが国内的、国際的、あるいは超国家的規定のいずれに由来するものであるかにかかわらず、その適用を妨げるものではない」という。

PECL や UPICC が裁判所で適用される場合には、強行法規との適用関係は裁判所所属国の国際私法が定めるところによるから、これらの規定がどのような抵触法的意味合いをもつのかは判然としないうところもあるが、おそらくは、仲裁廷が適用すべき国際私法についてのルールが明らかでないことに鑑み、これらの原則が絶対的強行法規を排除する効力をもたないことを、注意的に明らかにする趣旨かと思われる。いずれにせよ、これらの非国家法が一部に強行規定を含むのは事実であるとしても、それを指定することが絶対的強行規定の排除をもたらすものではないということが、これらのルール自身によって認められている点が重要である。逆にいえば、強行規定の適用可能性が明確に留保されていて、はじめて当事者は安心してこれらの非国家法規範を指定することができる、といえるのではなからうか。

もっとも、これに対しては、なお通説の側から、「絶対的強行法規は、国内法上の強行法規の中でも特に強行性が強く、準拠法のいかに関わらず適用されるものに限られるため、非国家法に準拠することによる強行法規の潜脱という一般的な問題の解決にはなり得ない」<sup>(70)</sup>との批判が続く。しかし、絶対的強行法規とは、公益的見地から見て、その潜脱を許すことができない規範をいい、相対的強行法規とは、そうでない - つまり外国法や非国家法の指定により潜脱することを許す - 強行法規であると定義するのであれば、後者の潜脱を問題とすることの趣旨自体が問われることにならないであろうか。そうでないと、外国法が内国法と同じ強行法的規律をもつとは限らない以上、外国法を準拠法とすることも「強行法規の潜脱」と評価されることにならないだろうか。

## (5) 仲裁廷における絶対的強行法規の適用

ただ、一応は上のように考えるとしても、絶対的強行法規の内容や目的の多様性とも絡んで、その適用問題については、未解明の問題を数多く残すことは周知の事実である。それだけに、非国家法との関係でこれをどう考えるべきかについても、今後の研究にまつべき点が極めて多い。裁判手続については、一応の出発点として、通常の家法適用の場合とパラレルに考えてゆくこともできようが、

仲裁手続では、そもそも「法廷地」なるものを想定しにくいことから、どのような絶対的強行法規の適用を考えればよいのか、さらに難しい問題となりうる。

国家は、自らの強い利害や関心に基づいて、絶対的強行規範を定立する。仲裁廷がこれを無視して判断を下すと、国家としては、自らの裁判所を通じてこの利益の貫徹を図ることになり、それは端的に当該仲裁判断の承認・執行の拒絶という形で、当事者にはねかえってこざるをえない。仲裁廷は、原則として、強制力のある仲裁判断を下すことを当事者に対して請け負っているのだから<sup>(71)</sup>、これではその責務を十分に果たしたことになる<sup>(72)</sup>。そうだとすれば、仲裁廷もまた、場合によっては、何らかの形で絶対的強行法規の適用を考えざるをえないのであり、実際にそのような例もしばしば見受けられる<sup>(73)</sup>。また、仲裁手続でのこの種の規定の適用が確保されてこそ、仲裁が国家の経済政策的規制の抜け道になる危険性もなくなる<sup>(74)</sup>、といえそうである。

上に見たように、ローマ条約 7 条 1 項は、契約準拠法所属国でも法廷地国でもないが、事案と密接関連性をもつ第三国の強行法規の適用可能性を認めているが、ドイツはこれに対して留保宣言を行い、EGBGB34 条において、内国強行法規の適用可能性だけを定めた。法例研究会による改正提案においても、同様に日本法上の絶対的強行法規の適用可能性だけを規定する案が示されている<sup>(75)</sup>。仮にこの考え方を仲裁の平面に投影させるならば、仲裁廷は仲裁地の絶対的強行法規の適用を考えるべきことになるであろう。確かに、仲裁地国は、仲裁判断取消について第一次的に管轄をもつと考えられるので、その絶対的強行法規を顧慮する必要は大きいといわなければならない。しかし、「仲裁地」が当事者の合意で決定される結果（仲裁法 28 条 1 項参照）しばしば虚構的なものになりうることを考えると、果たしてそれだけで足りるものかについては、なお疑問もありえよう。とくに、国際仲裁の超国家性を強調する立場においては、仲裁地よりも、仲裁判断の執行が予定される地の絶対的強行法規の適用が重視される傾向にある<sup>(76)</sup>。しかし、執行予定地が常に事前に特定可能かどうかについては疑問の余地もありえよう。そこで、より一般的な形におきかえて、「予定される経済的価値移動が重要な関連性をもつ国の、契約準拠法とは異なる公法（複数であってよい）上の、合理性が認められるあらゆる強行規範が、原則として適用されなければならない」、との提案もあるが<sup>(77)</sup>、その中身はかなり抽象的であり、個別事例における具体化が必要とされよう。

また、同じく国際仲裁の超国家性を強調しながらも、そこで *lex mercatoria* が適用される場合を念頭において、「普遍的に尊重されるべき、全ての人間の利益」保護を目的とするような絶対的強行規範の適用を考えようとする立場もある。これによると、絶対的強行規範と呼ばれるものの中には、租税の徴収や禁輸措置のように特定国の利害だけに関わるものもあるが、環境保護や文化財保護、あるいは国際市場への参入保障のように、特定国の国内法規という形はとっていても、実質においては普遍的利益の保護に向けられたものもある。前者は、利害関係国にその執行を任せておくこともできるが、後者は、具体的法規の定立国いかににかかわらず、国際取引従事者によって遵守されるべきものであり、「*lex mercatoria* を補充し、それを豊かなものにする」ために、仲裁廷においても顧慮されなければならない、それは仲裁制度の公正さに対する信頼を高めることにもつながる、と主張される<sup>(78)</sup>。興味深い問題提起ではあるが、このような普遍的介入規範なるものを実際に想定できるかについては、なお幅広い議論の積み重ねを待たなければならない。

## (6) その他の問題

非国家法の準拠法適格性を立法論的に検討する上で障害になりうることとして、「準拠法適格性をもつ非国家法を定義することは法制的に困難」だとの指摘がある<sup>(79)</sup>。なぜ定義が必要なのかは判然としないが、当事者自治の尊重を出発点とするのであれば、どのような非国家法について準拠法適格性を考えるかという問題も、基本的には当事者の求めるところに従うことになる。その場合、法制的には、仲裁法 36 条と平仄を合わせ、合意がある場合には「法」、合意がない場合には「国の法令」が適用されると書き分けることになるだろうか。

他方、当事者の選択がある場合に非国家法の準拠法適格性を認める場合には、例えば、当事者が「法

の一般原則」を指定したり、単に「the Principles」といった不明確な準拠法指定を行ったときに、PECLとUPICCのいずれを適用するか、あるいは、客観連結により適用されるウィーン統一売買法と、当事者が選択したPECL、UPICCの間での優先関係、などについても考えておく必要がある<sup>(80)</sup>。

## 2 当事者の合意がない場合の扱い

メキシコ条約を例外として、この場合、裁判か仲裁かを問わず、非国家法は一般に準拠法適格性を認められていない。非国家法の中から *lex mercatoria* を抽出し、これを取引従事者間で形成された国際的商慣習規範であると見る立場からすれば、このような法適用理論の現状は不満足なものと評価されることになろう。ICC 仲裁では、当事者の合意がない場合に *lex mercatoria* を判断基準としたケースも少なくないという事実は、このような見方を裏付けるが、逆に、*lex mercatoria* に懐疑的な立場からすれば、当事者の合意なしには拘束力を認められないような規範に“lex”の名を冠することの意味を疑わしめる契機にもなりうる。ここでは、明示・黙示の合意がないままに、紛争解決段階で非国家法規範の適用を受けることについての当事者の予測可能性も問題となりうるものであり、これは、当事者の求めがない場合には善と衡平による仲裁も許されず、それにも拘わらず下された仲裁判断は取消しの対象になりうること<sup>(81)</sup>とのバランスからしても、重要性をもつ。結局のところ、ここでの議論は、*lex mercatoria* の存在証明やその定義といった問題に帰着するのであって、将来的に、UPICCのような非国家法規範の利用が実務に深く浸透するようになれば、客観連結としてもその適用を考える必要性を生じようが、現段階では時期尚早というべきであろう。

## 3 仲裁における法適用と裁判における法適用：準拠抵触法の指定

非国家法の準拠法適格性を認めるかどうかという問題は、仲裁廷における法適用と裁判手続における法適用がどの程度一致すべきなのか、という問題を提起している。確かに、両者の質的相違からすると、仲裁と裁判とでは判断基準に違いがありうることは否定できない。例えば、善と衡平による判断は、仲裁では当事者双方が求めた場合に許されるが（仲裁法 36 条 3 項）、裁判所では法による裁判が常に要求される。他方、ADR と裁判の棲み分けという観点からすると、裁判ではできないことが仲裁ではできるという仕組み方をしておくことに、法政策的メリットが認められるかもしれない。このような見地からするならば、裁判での紛争解決について、非国家法の準拠法適格性をあえて認める必要はなく、それは仲裁に任せておけばよい、との考え方も十分に成り立ちうるであろう。

しかしながら、契約締結段階において、UPICC が準拠法として指定されたが、仲裁合意はできなかった、あるいはそれに代えて管轄合意がなされたという場合や、裁判手続開始後に当事者が UPICC の適用を望んだような場合を考えれば、少なくとも「法」による紛争解決について、仲裁と裁判とで判断基準に大きな乖離があることは、やはり望ましくないように思われる<sup>(82)</sup>。つまり、国際私法がその統一によって国際的な判決調和を志向するように、仲裁抵触法と通常抵触法との間でも可及的な整合を図ることにより、裁判手続と仲裁手続の間で判断の調和を目指す必要があるのではないか、ということである。

非国家法の準拠法適格性以外にも、仲裁と裁判とで法適用に違いを生じうる問題として、当事者による準拠抵触法指定の可否をあげることができよう。国際私法の適用を一方当事者の援用があった場合に限る任意的抵触法理論の考え方については、わが国においても既に詳細な研究がなされているが<sup>(83)</sup>、ここで問題にするのは、当事者間に契約関係がある場合を念頭におき、そこで合意による準拠国際私法の指定が許されるかどうかであるから、任意的抵触法の議論と完全に重なり合うものではない。むしろ、平面を異にする問題ではあるが、当事者自治原則の延長線上に位置づけて議論する方がより適当な問題であるように思われる。

わが国の通説がこの問題につきどのような態度を示すかは、必ずしも明らかでないが、国際私法の強行法規性を強調して任意的抵触法理論を全面否定するところからすれば<sup>(84)</sup>、当事者による準拠国際私法の選択を認めないのが一般的理解であり、それがあまりに当然視されてきたがために、この点

が議論にならなかったものと考えられる。他方、仲裁法 36 条 1 項後段によると、当事者による準拠法の指定は、「反対の意思が明示された場合を除き」、当該国の国際私法ではなく実質法を指定するものとみなされる。これを反対解釈すると、当事者は「反対の意思を明示」することによって、準拠法抵触法をも指定することができる、ということになる。この規定は UNCITRAL モデル法 28 条に依拠するものであり、他のモデル法採用国も一般に同様の規定をおく<sup>(85)</sup>。そうすると、非国家法の準拠法適格性と同様に、なぜ仲裁で認められるものが裁判ではだめなのか、という疑問が湧く。

そこでドイツ法に目を転じると、そこでも 1986 年の新国際私法成立当初は、契約準拠法について反致や転致の余地を認めない EGBGB35 条の影響もあって、わが国の状況と大差なく、当事者による国際私法の指定を認めないのが一般的理解であった。例えばフォン・パールは、「法選択合意による国際私法の指定は、必然的に排除されている。ドイツ国際私法は、このような当事者自治の使い方について、顧慮すべき利益を認めていない。」「当事者が明示的に特定国の抵触法を選択した場合には、この法選択は失敗に帰するのであり、当事者の有効な合意がない以上、客観連結によることになる」という<sup>(86)</sup>。この解釈は、EGBGB の立法趣旨を一つの拠り所としていた。即ち、EGBGB4 条 2 項は、「当事者がいずれかの国の法を選択できる場合、当事者は実質規定のみを指定しうる」というが、政府草案理由書によると、これは意思解釈規定にとどまらず、「準拠法選択の一般的限界」を示すものであり、「抵触法選択の必要性は一般にはない。これを単なる解釈規定と見る場合には、指定について当事者に過度に広い授権を与えることから、予測しがたい結果をもたらす危険が生じうる」とされていたからである<sup>(87)</sup>。

ところが、これには有力な反対説が出現する。例えばシュレーダーは、当事者が準拠法の合意に達しがたい場合、抵触法だけを合意する実際上の必要性が認められること、仲裁廷での紛争解決では準拠法抵触法の指定が法的安定性をもたらすこと、国際債務法に関するかぎり、理由書がいうような「予測しがたい危険な結果」は想定できないことなどを指摘し、当事者による抵触法の指定を許すべきであると説く<sup>(88)</sup>。クロツポラー<sup>(89)</sup>、フォン・ホフマン<sup>(90)</sup>、マルティニ<sup>(91)</sup>、ゾンネンベルガー<sup>(92)</sup>など、最近ではこの見解を支持するものが増えており、フォン・パールも、その概説書の新版においては見解を改めたようである<sup>(93)</sup>。オーストリア国際私法 11 条 1 項も、当事者による法選択は、「疑いのある場合は」その国の抵触規範を含まないというから、同じ考え方に基づくものといえよう。

ことは国際私法の基本理解に関わり、またドイツでは総括指定説の影響が未だ根強いという特殊性があるため、軽々な判断は慎まなければならないが、仲裁手続に妥当する国際私法と裁判手続で適用されるそれとが、ドイツにおいては、当事者の自治を拡大する方向において徐々に接近しつつある、ということは少なくともいえるのではなかろうか。

## おわりに

本稿においては、国際取引紛争を裁判や仲裁で解決するに際して、非国家法を適用する可能性について検討してきた。そこで感じたことは、UPICC の登場が、伝統的な国際私法上の議論に、極めて大きなインパクトを与えている、ということである。lex mercatoria の内容として、法の一般原則や事情変更の原則を考えるとときには、その内容的不明確さを指摘すれば足りようし、インコタームズや信用状統一規則が例にひかれれば、それが任意法規範にとどまることを指摘しておけばよい。しかし、UPICC については、いずれの批判も効果的なものにはならないのであり、条約ではなく「民」による法統一であるという点も含め、ここにある種のパラダイム転換を読み込むのは<sup>(94)</sup>、ごく自然なことであるように思われる。

伝統的国際私法は、法選択に際しての価値中立性を標榜し、準拠法の中身や善し悪しを原則として問題としない。それは、多くの局面において望ましい結果をもたらしてきたし、将来においても、その基本的妥当性を失うことはないであろう。しかしながら、国際取引紛争の解決という局面で、涉外事件の規律を必ずしも念頭におかない国内法規範に準拠法適格性を認めながら、逆に、国際取引契約の規律を主目的として作られた非国家法規範には、合意があっても準拠法適格性を認めないというや

り方は、果たして今後とも正当化できるものであろうか。UPICC の場合、強行法規を含むとはいっても、その中身は微々たるものであって、時効のような重要問題も未だ規律対象とはされていないから、その準拠法適格性という問題は今だ切迫性をもつものではない。しかしながら、将来的に国際取引実務で UPICC の利用が拡大すれば、次なるステップとして、強行法規についても同様の規範定立の動きが出てくるであろうことは容易に想像できるのであり、学説としては、それに備えた基礎研究を蓄積してゆく必要がある。

統一法と国際私法の関係について、シュミットホフが次のような警句を発したのは、1970 年代後半のことであった。いわく、

「われわれはこれまで、国境を越える私法的な法律行為を、国際私法を使って規律しようとしてきた。それは、必ずしも満足のゆく試みであったとはいえない。それは、必要以上に法的紛争を惹起してきた。国際私法、とりわけ準拠法の探索は、人の手によって作り出された、作為的な国際取引の障害物である。結局のところ国際私法は、民族国家の産物に他ならない。国際私法という分野が今なおどれほど重要であり、今後とも重要であり続けるとしても、われわれは、それに対して、新たな視座をもたなければならないのだ」と<sup>(95)</sup>。

ウィーン統一売買法が大きな成功を収め、UPICC や PECL のように、広範な比較法研究の成果として優れた統一法が次々に作られ、国際取引の重要な紛争解決規範として機能しはじめた今日、このシュミットホフの言葉は、ますますその重みを増しているように思われる。

---

(1) Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construnctor Ltd., [1993] 2 W.L.R. 262.

(2) これらの問題につき、多喜寛「国家契約（経済開発協定）の『準拠法』としての法の一般原則」小島康裕教授退官記念・現代企業法の新展開（信山社、2001 年）333 頁、山内惟介・国際私法・国際経済法論集（中央大学出版部、2001 年）3 頁以下などを参照。

(3) 多喜寛・国際仲裁と国際取引法（中央大学出版部、1999 年）49 頁以下に、学説・判例や仲裁判断の詳細な分析がある。

(4) 多喜・上掲書のほか、山手正史「lex mercatoria についての一考察 - その生成と展開及び適用プロセス - (1)(2・完)」法学雑誌 33 巻 3 号（1987 年）343 頁、4 号 539 頁、曾野和明「相互浸透の時代における『国際』秩序の衰退 - lex mercatoria 出現の必然性も含め - 」北大法学論集 39 巻 5・6 号下巻（1989 年）1721 頁、同「国際契約」ジュリスト 1126 号（1998 年）119 頁など。

(5) UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. これについては廣瀬久和「ユニドロワ国際商事契約原則（全訳）」ジュリスト 1131 号（1998 年）81 頁を参照。

(6) Principles of European Contract Law. これについては高杉直「ヨーロッパ契約法原則について」香川法学 16 巻 1 号（1996 年）132 頁。

(7) 両原則は原則として任意規定であるが（PECL1・102 条、UPICC1・5 条）例えば PECL1・106 条及び UPICC1・7 条は、当事者の信義・公正取引義務を定めるとともに、それが当事者の合意によっても排除できない旨を明記する。他にも、PECL2.102 条、3.109 条、4.508(2)条、UPICC5.7(2) 条、7.1.6 条、7.4.13 条なども強行法規的性質をもつものと理解されている。

(8) PECL1・101 もほぼ同様の定めをおくが、ここでは、「当事者が契約に適用される法体系ないし法規則を選択していない場合」にも適用可能性を認める点(3 項 b 号)が注目される。

(9) 同じ目的から、国際法が準拠法として指定されることもあり、その有効性についても否定的な解釈が根強いが（基本法コンメンタール国際私法[日本評論社、1994 年]45 頁[佐野寛]）、国家契約については例外的にその有効性を認める考え方もないではない（澤木敬郎「国家との契約」現代契約

法大系(8)[有斐閣、1983年]166頁)。

(10) 同じものが「安定化条項」(Stabilisierungsklausel; stabilisation clause)と呼ばれることもあるが、より広く、契約で定められた法的地位を当事者が一方的に変更することを禁じる条項(この場合、国家側当事者による法律の改正は契約違反となり、損害賠償義務を生じるにすぎない)をさして安定化条項と呼ぶこともあるので、ここでは化石化条項という用語を使うことにしたい。この点につき、MünchKommBGB,3.Auf.,1998,Art.27 EGBGB (Martiny) Rn.23.

(11) 溜池良夫・国際私法講義(有斐閣、第2版、1999年)346頁、櫻田嘉章・国際私法(有斐閣、第3版、2000年)214頁、佐野・上掲45頁、澤木・上掲167頁、神前禎=早川吉尚=元永和彦・国際私法(有斐閣、2004年)134頁(神前禎)。

(12) von Bar, IPR, Bd.II, 1991, Rn 482; Soergel-von Hoffmann,BGB,12.Aufl.,1996,Art.27 EGBGB Rn.23(但し国家契約につき例外を認める); MünchKommBGB,3.Auf.,1998,Art.27 EGBGB (Martiny) Rn.24. なお、国家当事者の側から、化石化条項は国家の立法権を奪うものであるから無効、との主張がなされることもあるが、そもそも合意に基づくものであるうえ、国家の立法権自体はこれによって影響されるものではないから、説得力をもたないと考えられる。Schröder/Wenner, Internationales Vertragsrecht, 2.Aufl.,1998, S.36.

(13) Dicey/Morris, Conflict of Laws, 13th ed.,2000, 32-080.

(14) 56 RabelsZ (1992),S.562 ff.

(15) Palandt/Heldrich,BGB,61.Aufl.,2002,Art.32 EGBGB Rn.1; Vischer, General course on PIL, recueil des cours 1992-I, 1993, p.9,140.

(16) Soergel-von Hoffmann,BGB,12.Aufl.,1996,Art.27 EGBGB Rn.30 f.; 高杉直「国際開発契約と国際私法」阪大法学 52巻 1007頁(2002年)。また、このような合意を時際法上の合意と見て、準拠実質法上の時際法によってその効果を判断しようとする見解もある。これにつき、Reithmann-Martiny, Internationales Vertragsrecht,5.Aufl.,1996,Rn.70 (Martiny)を参照。

(17) Sandrock, "Versteinerungsklauseln" in Rechtswahlvereinbarungen für internationale Handelsverträge, in: FS Riesenfeld, 1983, S.220 ff.

(18) 澤木敬郎「国際私法と統一法」山田鎌一教授退官記念『国際取引と法』(名古屋大学出版会、1988年)143頁、櫻田・上掲214頁、神前・上掲134頁などを参照。

(19) 法例研究会「法例の見直しに関する諸問題(1)」別冊N B L 80号(商事法務、2003年)35頁を参照。

(20) 法例研究会・上掲34頁。

(21) Kropholler, IPR, 4.Aufl.,2001,§52 II3e; Firshing/von Hoffmann, IPR, 5.Aufl.,1997, §10 Rn.28; MünchKommBGB,3.Auf.,1998,Art.27 EGBGB (Martiny) Rn.32; OLG Köln,U.v.8.4.1994, IPRspr.1994 Nr.32.

(22) 例えば Kappus, "Lex mercatoria" als Geschäftsstatut vor staatlichen Gerichten im deutschen internationalen Schuldrecht, IPRax 1993,139. 米国においては、ジュンガーが lex mercatoria に好意的な態度を示しており、これが1994年のメキシコ条約(後述)につながったことが知られているが、彼によると、否定説が前提とする、国家だけが法定立権限をもつという考え方は、歴史的に見て正当でない。lex mercatoria の歴史は、今日的な意味での国家の成立以前にまで遡るのであり、それはいったんは国家法体制の中に組み込まれたが、私的自治・当事者自治の原則を通して、その後も発展を続けたと評価される。Juenger, Lex mercatoria und Eingriffsnormen, in: FS Rittner, 1991,S.233 ff.

(23) Boele-Woelki, Principles and Private International Law, ULR 1996 p.652, 666. 本論文によれば、抵触法的指定を認めるための前提として、規範に体系性があり、欠缺補充の手段を備えていることが求められる。また、ローマ条約の成立以後、UPICC や PECL の成立といった大きな変化があ

ったことを考えれば、同条約3条の解釈としても同じ結果を導くことが望ましいという。Ibid.

(24) これを示唆するものとして、Goldman, *The applicable law: general principles of law - the lex mercatoria*, in: Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1987, p.116 f.; 土井輝生「判批」ジュリスト219号74頁、喜多川篤典・国際商事仲裁の研究(東京大学出版会、1978年)150頁。「国家法の中の慣習捕捉条項」にlex mercatoriaの適用根拠を求める見解も、その一つの派生型と見ることができようか。山手正史「lex mercatoriaについて - 国際取引契約規制規範の独自性とその法的性質 - 」東北学院大学論集・法律学34号(1989年)121頁以下、同「商取引法の展開」『近代企業法の形成と展開』奥島孝康教授還暦記念第2巻(成文堂、1999年)74頁以下。

(25) Kappus, a.a.O.,137 ff.; Schröder/Wenner, a.a.O.,S.32; Wichard, *Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte*, *RabelsZ* 1996,269,283 ff. クロンケは、UPICCやPECLの規範としての完成度のほか、当事者自治を定めるEGBGB27条1項が「法」(Recht)、客観連結を定める同2項が「国の法」(Recht des Staates)という異なる文言を用いた点を強調している。Kronke, *Internationale Schiedsgerichtsverfahren nach der Reform*, *RIW* 1998,257,262. 他のEGBGBの規定との解釈論的整合性についてはKappus, a.a.O.,S.139 f.

(26) 例えばフォン・ホフマンは、国家契約について、国際法、法の一般原則やlex mercatoriaの準拠法適格性、化石化条項の効力等を認める必要を説くにあたって、「当事者自治の原則は、もし一方当事者が他方当事者の手中に委ねられてしまうのであれば、中身のない空理に帰することになる」と指摘している。Soergel-von Hoffmann,*BGB*,12.Aufl.,1996,Art.27 EGBGB Rn.31. わが国においても、「国際開発契約における実際上の必要性」から、「法例7条の解釈として国際商慣習法などの準拠法適格性を認めるべきである」との見解(高杉・上掲阪大法学1023頁)が現れていることは、注目に値しよう。

(27) *Inter-American convention on the law applicable to international contracts*, 33 *ILM* 732 (1994). 本条約については、高杉直「1994年の国際契約の準拠法に関する米州条約について」*帝塚山法学*1号(1998年)206頁。

(28) 但し、7条にいう「法」の仏語訳が「*règle de droit*」でなく「*loi*」となっていることなどから、異論もないではない。高杉・上掲帝塚山法学198頁。

(29) この点につき高杉・上掲帝塚山法学197頁参照。

(30) *Convention on the law applicable to contractual obligations(consolidated version)*, *OJ C* 27/34, 26.1.98. 本条約については、野村美明ほか訳「契約債務の準拠法に関する条約についての報告書(1)~(10・完)」*阪大法学*46巻4号~48巻4号(1996~1998年)。

(31) Plender, *The European Contracts Convention - The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*,1991,p.55; Dicey/Morris, id. at 32-079; 高杉・上掲阪大法学1020頁。

(32) *GREEN PAPER on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation*, COM(2002) 654 final. この点については、高杉直教授のご教示を頂いた。

(33) *Proposal for a regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non-contractual obligations ("Rome ")*, COM(2003) 427 final.

(34) 仲裁手続準拠法をめぐる議論について、高桑昭・国際商事仲裁法の研究(2000年)119頁以下、中野俊一郎「仲裁手続の準拠法」『仲裁法をめぐる最近の諸問題に関する調査研究』(産業研究所、2001年)70頁以下。国際仲裁と仲裁地の関係については、道垣内正人「国際商事仲裁 - 国家法秩序との関係」『日本と国際法の100年』9巻(三省堂、2001年)85頁以下に緻密な論証がある。また、仲裁地の概念につき中村達也・国際商事仲裁法入門(2001年)21頁以下を参照。

(35) このほか、仲裁判断には、抵触法の一般原則を援用する見解や、関係国国際私法の重畳適用に

よって準拠法を定めるものもある。これらにつき中野俊一郎 = 中林啓一「国際仲裁における実体判断基準の決定と国際私法」石川古稀『現代社会における民事手続法の展開(下巻)』(商事法務研究会、2002年)312頁以下を参照。また、仲裁廷による法適用の過誤と仲裁判断取消しの関係について、中野俊一郎「国際仲裁における実体判断基準の決定と仲裁判断取消」国際商事法務 30巻10号(2002年)1347頁。

(36) UN-Commentary, A/CN.9/264.

(37) この点に関する最近の文献として、中林啓一「国際仲裁における実体判断基準の決定と黙示意思の探求」立命館法学 287号(2003年)374頁。

(38) von Bar, IPR, Bd.I, 1987, Rn.112 f. 但し、これは旧法下の解釈である。

(39) Soergel-von Hoffmann, BGB, 12. Aufl., 1996, Art. 27 EGBGB Rn.17 ff.; MünchKommBGB, 3. Aufl., 1998, Art. 27 EGBGB (Martiny) Rn.35.

(40) 中野・上掲国際商事法務 1348頁を参照。

(41) 一例として、National and International Arbitration Tribunal of Milan (Italy), Arbitral Award of 1.12.1996, ULR 1997, 602. これに対して、Lew/Mistelis/Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, 2003, 18-63 fn.94によると、ヨーロッパ契約法原則の方は、ユニドロワ原則ほどは仲裁実務で用いられていないという。

(42) 中野・上掲国際商事法務 1352頁注13を参照。

(43) "L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies; à défaut d'une tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées."

(44) ICC Award No.9797 of 28.7.2000, cited in: Bonell, A 'Global' Arbitration Decided on the Basis of the UNIDROIT Principles, 17 ArbInt (2001) p.249 ff. この他にも、同様の例として、例えば Ad hoc arbitration, Buenos Aires (Argentina), Arbitral Award of 10.12.1997, ULR 1998, 178がある。

(45) Bonell, id. at 261.

(46) 即ち、「国際仲裁人が、特定国の法ではなく、超国家的規範(法の一般原則、複数国に共通する原則、国際法、商慣習など)に基づいて仲裁判断を下したという事実は、次の場合には、当該仲裁判断の効力に影響を及ぼすべきでない。即ち、(1)当事者が、仲裁人に超国家的規範の適用を許す旨合意していた場合、または(2)準拠法について当事者が意思を明らかにしていなかった場合」。ILA Report of the 65th Conference, 1992, p.6.

(47) 法例研究会・上掲 35頁。

(48) 高杉・上掲阪大法学 1022頁。

(49) Juenger, a.a.O., S.239.

(50) Wichard, a.a.O., S.283.

(51) 溜池・上掲 331頁、山田録一・国際私法(新版、有斐閣、2003年)314頁。

(52) これと同様の消極的根拠として、法律行為の多様性をあげる見解があるが(神前・上掲 128頁)、多様性が認められるのは法律行為に限られるものではなく、例えば不法行為についても同様なのであるから、不法行為について当事者自治を許すのならともかく、契約についてのみ当事者自治原則を認める根拠としてこれを援用するのは適当でないように思われる。

(53) Kegel/Schurig, IPR, 8. Aufl., 2000, S.569.

(54) 例えば石黒一憲・国際私法(新版、有斐閣、1990年)298頁は、「もともと、国際私法上の当事者自治の原則が、契約関係における連結点の拡散とそこからもたらされる客観連結の困難にその立脚基盤を有するならば、およそ客観的連結が可能な場合に、それと異なる主観的法選択にすべてを委ねるいわれはないと言い切るべき」だとする。さらに、「座談会『法例』-現状と課題、将来への展望」ジュリスト 1143号(1998年)10頁を参照。

- (55) 例えば、Flessner, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, 1990, S.99 ff. 本書の概要につき中野俊一郎「書評」*国際法外交雑誌* 90 巻 2 号 (1991 年) 104 頁。ジュンガーもまた、通説の消極的姿勢を強く非難し、当事者自治原則は、(客観連結をとる)「通常の抵触規則では到底達成できないほどの法的安定性と予見可能性を国際取引にもたらしめている」という。Juenger, a.a.O., S.236. von Bar/Mankowski, *IPR, Bd.I*, 2003, S.598 も、「当事者自治は窮余の策をはるかに超えている」という。
- (56) 松岡博・*国際取引と国際私法* (1993 年) 170 頁、西賢「当事者自治の原則と比較法的動向」*現代契約法大系* 第 9 巻(2) (有斐閣、1985 年) 86 頁、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」*ジュリスト* 1143 号 (1998 年) 36 頁。神前・上掲 127 頁も、当事者自治原則の第 1 の根拠として当事者の予測可能性をあげている。
- (57) 法例研究会・上掲 35 頁。
- (58) 例えばヴァン・フートは、法の一般原則、再交渉義務や不可抗力の抗弁、損害軽減義務などを *lex mercatoria* の具体的内容としてあげているが、それを準拠法として指定することの危険性を指摘して、「*lex mercatoria* は、なおあまりに漠然としており、不明確かつ限られたものであるがゆえに、仲裁人に十分満足のゆく指針を与えることができない。*lex mercatoria* を指定する当事者は、この規範の解釈につき仲裁人に与えたフリーハンドに、不安を覚えざるをえない」、と述べている。van Houtte, *The Law of International Trade*, 1995, p.27 ff., 399.
- (59) Juenger, a.a.O., S.239.
- (60) Siehr, *Sachrecht im IPR, transnationales Recht und lex mercatoria*, in: *Internationales Privatrecht / Internationales Wirtschaftsrecht*, 1985, S.103, 117. この箇所においてジューアは、新しい契約類型の出現を例に引きながら、商取引法は最も迅速な対応を迫られる分野であるが、国家法はこの要請に十分に応えることができないことを指摘し、*lex mercatoria* の必要性を説く。そして、本文のように述べた上で、法の一般原則の適用が合意されるような場合は不確実性が生じうるが、「このような極端な場合は、新たな発展に対して開かれてはいるが、十分な確実性を保証する法秩序としての *lex mercatoria* のクオリティに影響するものではない」という。
- (61) 法例研究会・上掲 35 頁。
- (62) UNIDROIT のホームページ (<http://www.unidroit.org/english/principles/pr-main.htm>) を参照。
- (63) 例えば、東京大学の廣瀬教授による邦訳が九州大学の曾野教授の HP で (<http://www.law.kyushu-u.ac.jp/~sono/cisg/picc-j.htm>)、名古屋大学の加賀山教授による邦訳が同教授の HP で (<http://www.nomolog.nagoya-u.ac.jp/~kagayama/civ/contract/unidroit/unidroitj.html>)、それぞれ公開されており、参照に便宜である。
- (64) 法例研究会・上掲 35 頁。
- (65) そのような問題として、時効、相殺、行為能力などが考えられる。Wichard, a.a.O., S.285.
- (66) Boele-Woelki, id. at 660.
- (67) 法例研究会・上掲 35 頁。
- (68) 特別連結の要件としては、当該絶対的強行法規の「妥当意思」、法規所属国と事案との密接関連性、その適用が内国公序に反しないことなどがあげられる。法例研究会・上掲 65 頁以下。わが国においては未だ適切な実例を見ないため、その具体像は明らかでなく、懐疑的な声も聞かれるが、ヨーロッパにおいては、ローマ条約が明文でこれを認めたことから、解釈論・立法論として極めて有力な立場ということができる。
- (69) メキシコ条約 11 条も、ローマ条約 7 条に類似した規定をおく。即ち、「上の諸規定にもかかわらず、法廷地の規定であって、強行的性質をもつものは、適用されなければならない。契約が密接に関係する他国の強行法規を適用するかどうかは、法廷地の判断による」、と。他方、1986 年のハー

グ物品売買準拠法条約 17 条は、法廷地の絶対的強行法規の適用だけを規定している。これにつき松岡博 = 高杉直 = 多田望「国際物品売買契約の準拠法に関するハーグ条約(1986 年)について」阪大法学 43 巻 1 号(1993 年) 53 頁以下。

(70) 法例研究会・上掲 35 頁。

(71) ICC 仲裁規則 35 条が、仲裁裁判所と仲裁廷は、「仲裁判断が法により執行可能になることを確保するため、あらゆる努力を払う」べき旨を定めるのも、このような考慮に基づく。

(72) Juenger, a.a.O.,S.248.

(73) 例えば、1992 年 4 月 28 日のスイス連邦裁判所判決は、EC 条約 85 条の競争法規の適用を怠った仲裁判断を、「仲裁廷が不当に管轄権がないと判断した場合」(スイス国際私法 190 条 2 項 b 号)に該当するとして取り消した。Schnyder, Anwendung ausländischer Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte, RabelsZ 1993,293; ders.,IPRax 1994,465. またシファーは、1991 年までの段階において、外国公法の適用に関わった仲裁判断が 10 余り公表されているとして、それを、 敵国取引の禁止のように政治的動機に基づく外国公法を適用しなかったもの、 経済関係法規を適用しなかったもの、 事実として外国公法を顧慮したもの、 法規としてこれを適用したものの、の 4 つに分類して紹介している。Schiffer, Sonderanknüpfung ausländischen "öffentlichen" Rechts in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, ZVglRWiss 90(1991) 390, 392 ff. また、米国法上、反トラスト法、RICO 法、特許法などに基づく請求についても広く仲裁適格が認められることはよく知られている。例えば Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.,473 U.S. 614 (1985).

(74) Schiffer, a.a.O.,S.406.

(75) 法例研究会・上掲 66 頁(7-5 乙案)。

(76) とりわけこれを強調する見解として、Schiffer, a.a.O.,S.407.

(77) Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2.Aufl.,1989, Rn.740; Wichard,a.a.O.,S.278 f.

(78) Juenger, a.a.O.,S.246 ff.

(79) 法例研究会・上掲 35 頁。

(80) Boele-Woelki, id. at 662, 670 は、前者につき、両原則の内容はほぼ一致するので一般論として大きな問題は生じないが、契約が特にヨーロッパの国と密接関連性をもつときには PECL、それ以外は UPICC によるべきであるという。また、ウィーン統一売買法と PECL、UPICC の優先関係については、「特別法は一般法を破る」の原則により、ウィーン統一売買法を優先適用することも考えられるが、当事者自治の考え方を徹底し、むしろ PECL、UPICC の優先によるべきであるという。いずれにせよ、わが国を中心とする国際取引において、PECL を用いる必要性は高くないであろう。

(81) 中野・上掲国際商事法務 1350 頁、Wichard,a.a.O.,S.281.

(82) Boelle-Woelki, id. at 675 も、「国際仲裁と裁判という二つの紛争解決方法の間に横たわる溝は、これ以上に拡大されてはならない」として、非国家法の準拠法適格性を認めないローマ条約の改正が正しい道であると説く。

(83) 丸岡松雄「フレスナーの任意的抵触法(1)~(4・完)」岡山法学 30 巻 1 号(1980 年)~ 4 号(1981 年)、佐野寛「任意的抵触法の理論について」岡山法学 49 巻 3・4 号(2000 年) 245 頁。

(84) 溜池・上掲 19 頁。これに対して、佐野・上掲はその部分的導入に好意的である。

(85) 中野俊一郎 = 中林啓一「国際仲裁における実体判断基準の決定と国際私法」石川古稀『現代社会における民事手続法の展開(下)』(商事法務、2002 年) 311 頁。

(86) von Bar, IPR, Bd.I, 1987, Rn.541,620.

(87) BT-Drucks.10/504 S.39; 山内惟介「西ドイツ国際私法改正のための政府草案(3)」比較法雑誌 18 巻 1 号(1984 年) 90 頁。

- (88) Schröder/Wenner, a.a.O., Rn.73 ff.; Schröder, IPRax 1987, 90, 92.
- (89) Kropholler, IPR, 4. Aufl., 2001, S.170.
- (90) Soergel-von Hoffmann, a.a.O., Art.27 Rn.13, Art.35 Rn.7. ここでは、シュレーターが指摘する実際上の必要性に加えて、EGBGB4条2項の特則をなす同35条1項は、契約準拠法の決定につき反致や転致を否定するが、当事者の法選択がある場合を典型的に排除していないこと、またその基礎となったローマ条約15条も、準拠抵触法の指定を明示的に排除していないことが強調されている。
- (91) MünchKommBGB, 3. Aufl., 1998, Art.35 EGBGB (Martiny) Rn.5.
- (92) MünchKommBGB, 3. Aufl., 1998, Art.4 EGBGB (Sonnenberger) Rn.71.
- (93) von Bar/Mankowski, IPR, Bd.I, 2003, S.693.
- (94) Berger, Die UNIDROIT-Prinzipien für Internationale Handelsverträge, ZVglRWiss 94 (1995) 217, 221.
- (95) Schmitthoff, Die künftigen Aufgaben der Rechtsvergleichung, JZ 1978, 495, 497.