

科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成25年 4月20日現在

機関番号：11301

研究種目：若手研究（B）

研究期間：2010～2012

課題番号：22730036

研究課題名（和文） 当事者自治と私的自治の理論的關係性

研究課題名（英文） Theoretical Relationship between Party Autonomy and Private Autonomy

研究代表者

竹下 啓介 (TAKESHITA KEISUKE)

東北大学・大学院法学研究科・准教授

研究者番号：60313053

研究成果の概要（和文）：

本研究においては、当事者自治の理論的基盤を明らかとするために、当事者自治と私的自治の理論的關係性の分析を行った。そして、研究の成果として、私的自治が民法における「自然」な法原則であるのに対して、当事者自治は、国際私法の体系的観点からすると、「自然」な法原則とは認められないことを明らかにした。また、この当事者自治の性質の理解の実際的必要性も明らかにした。

研究成果の概要（英文）：

In this study, the theoretical relationship between party autonomy and private autonomy was analyzed in order to reveal the theoretical basis of party autonomy. As a result of this study, it was proved that party autonomy is not recognized as a “natural” principle from the systematic viewpoint of private international law, although private autonomy is a “natural” principle in the field of civil law. The practical necessity to understand this character of party autonomy was also proved.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2010年度	1,000,000	300,000	1,300,000
2011年度	800,000	240,000	1,040,000
2012年度	700,000	210,000	910,000
年度			
年度			
総計	2,500,000	750,000	3,250,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・国際法学

キーワード：国際私法、当事者自治、民法、私的自治

1. 研究開始当初の背景

国際私法における当事者自治の原則は、現在の世界において広く一般的に承認されており、また、国際取引実務においても最も重要な国際私法原則である。そして、その現実の国際取引社会における有用性故に、研究の必要性が非常に高く、近時、多くの研究がされている。しかし、それらのほとんどは、

実務的観点からの分析・研究であり、理論的・体系的観点からの研究は乏しい状況である。日本の国際私法学における最も重要な当事者自治の原則の理論的研究として、折茂豊による研究（例えば、折茂豊『当事者自治の研究』（創文社、1970年）を参照）を挙げることができる。しかし、折茂豊以降の理論的研究は、当事者自治の原則を自明の前提とし

て、それに対する制約の研究、特に、強行法規の特別連結論（cf. Wengler, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. 54, 1941, SS. 168-212.）の研究（例えば、横山潤「外国公法の適用と“考慮”—いわゆる特別連結論の検討を中心として—」国際法外交雑誌 82 巻 6 号(1984 年)41 頁以下、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 巻 3 号（1998 年）43 頁以下等を参照。）を中心としてきた。他方で、折茂が取り組んだ当事者自治の原則の理論的成立過程の研究や、当事者自治の原則の存立根拠の研究（特に、当事者自治の原則を否定する学説の批判的研究）等、当事者自治の原則自体に対する理論的分析は、あまりされていない。

以上の日本の国際私法学における研究状況を前提として当事者自治の理論的・体系的観点からの研究を進展させようとする場合、一つの方法として、民法学における私的自治の原則との理論的関係性を分析することが考えられる。確固たる理論的基盤があると考えられる私的自治との理論的関係性を明らかとすることができれば、私的自治の理論的基盤から、当事者自治の理論的基盤を明らかとすることができるためである。しかし、日本の国際私法学においては、現在に至るまで、当事者自治と私的自治は異なる法領域における異なる原則と位置付けられ、両者の理論的関係性を直接に分析することはされていない。折茂の当事者自治の理論的研究においても、私的自治との関係の指摘（折茂・前掲書 4 頁）はあるものの、その理論的関係性の直接の分析はないし、また、近時の私的自治の原則と当事者自治の原則を共通に扱う研究においても、両者の直接的な理論的関係性の分析を深化させる研究はされていない。

2. 研究の目的

本研究においては、以上の研究開始当初の背景を前提に、当事者自治の原則について、民法学における私的自治との理論的関係性を中心として理論的・体系的観点から研究することによって、国際私法学における当事者自治の原則の本質の一端を明らかにすることを目的として、研究を実施した。とりわけ、「当事者自治と私的自治が、共通の理論的基盤に立脚する法原則であること」という言明を検証することによって、当事者自治原則の本質の一端を明らかにしようとした。

また、この点の分析によって、当事者自治の原則の理論的研究を進展させ、上述の通則法に関する解釈論上の問題等の日本における当事者自治に関する具体的・実際の問題に対する理論的基盤を提供することも目的と

した。

3. 研究の方法

本研究は、ヨーロッパ国際私法学における当事者自治の原則及び私的自治の原則について検討を行った文献の精読を前提としつつ、当事者自治の成立期における国際私法理論（特に、私的自治の原則を意識しつつ、理論的・体系的な観点から当事者自治の原則を扱う理論）を分析することで、「当事者自治と私的自治が共通の理論的基盤に立脚する法原則であること」を論証し、その点から、民法学における私的自治の理論的分析を当事者自治に反映させ、当事者自治の本質の一端を理論的に明らかにするという方法によった。

また、当事者自治の原則について、私的自治との理論的関係性という観点から分析するという方法によるため、国際私法の当事者自治に関する分析は、基本的に契約債権に関する当事者自治の点に焦点を絞って分析を行った。

4. 研究成果

(1) 研究成果の概要

当初の仮説であった「当事者自治と私的自治が、共通の理論的基盤に立脚する法原則であること」との言明について、①そもそも現在における当事者自治と私的自治は、かなりの程度、機能的に互換可能である一方で、やはり本質的な差異としていわゆる強行法規の連結に関する問題が残ること、②当事者自治と私的自治をルソー以来の社会契約論における個人の自由を鍵に共通の理論的基盤に立たせることも論理的には不可能ではないが、国際私法学全体の体系的観点からすると、かなり不「自然」な理論的枠組みとなること、③「自然」な法理論体系という観点からすると、現代の国際私法における当事者自治原則は、私的自治の原則とは異なり、不「自然」なものであり、当事者自治原則自体の当否はともかく、その原則自体の意義を正確に理解するためには、不「自然」さを十分に認識しなければならないことを明らかにした。

以下、明らかにした上記の研究成果について、それぞれの詳細を説明する。

(2) 当事者自治と私的自治の機能的類似性

まず、「当事者自治と私的自治が、共通の理論的基盤に立脚する法原則であること」という言明を研究する前提として、研究対象となる双方の原則がいかなる内容の原則であるか、いかなる関係性を有する原則であるかを明確化するために、各原則の実際的な機能を分析した。

そして、債権契約における当事者の規律という機能的観点から各原則の内容を分析す

る場合、双方の原則はかなりの程度の機能的類似性を有する点を明らかにした。当事者自治の原則は、一定の法域の法を当事者間の関係を規律する法として取り込む機能を有するが、この点については、私的自治の原則に基づきいわゆる実質法的指定、すなわち、当事者が契約条項として一定の法域の法の内容を取り込むことが可能である以上、機能的に双方の原則は互換可能となるのである。なお、当事者が合意する内容の規律が債権契約を規律するという場合において、当該規律は、当事者自治によっても私的自治によっても、当事者が指定をした法域の法の任意規定のみならず、強行規定も含めることができるという点で、この類似性は任意規定の点に限定されない全体に及ぶものである。すなわち、選択された法域の法の適用という点においては、双方の原則の内容は全体的に類似するものである。

他方で、双方の差異として、強行法規の適用の排除の点が残ることを明らかにした。当事者自治の原則に基づく準拠法の指定は、元来、客観的に連結されるはずであった準拠法上の強行規定の適用を排除する意義を有するものであるが、私的自治の原則に基づく実質法的指定では、国際私法によって指定される準拠法上の強行規定の適用を排除することはできず、当該準拠法の強行規定に反する内容の法の指定は、むしろ効力を否定されることとなる。この双方の強行法規の適用の排除の効力の点は、やはり、双方の原則を機能的に区別する決定的な差異である。

以上の点からすると、双方の原則は同一の理論的基盤に立脚し、だからこそ、そこから派生する具体的内容も、国際私法と民法という分野の異なりはあるものの、かなりの程度の機能的類似性が発現していると推測することに一定の確からしさが認められるところである。他方で、双方の原則の決定的差異、すなわち客観的に連結されるはずの準拠法上の強行規定の適用の排除の効力の有無の点について、双方の原則が異なる理論的基盤に立脚することから差異が生じていると分析される場合には、この推測が否定されるべきこととなる。そうであるとする、当事者自治と私的自治の理論的基盤について分析するためには、準拠法上の強行規定の適用の排除という効力に着目して、分析が必要となると考えられた。

(3) 客観的に連結される準拠法上の強行規定の適用の排除の効力

そこで、次に強行規定の適用の排除の効力について、分析を行った。この点について、私的自治によって準拠法上の強行規定の適用が排除されない点は、「個人の自由」に対する社会秩序維持等の必要性の観点から比

較的容易に「自然」な説明が与えられるため、分析の焦点は、むしろ、当事者自治が客観的に連結される準拠法上の強行規定の適用の排除の効力を有する点は、いかに説明されることとなるのか、という点に絞られる。

この点に関する思考対立の分析を行うに当たって、現代型の当事者自治の原則の発生自体の分析、より具体的には、マンチーニ等によって現代型の当事者自治原則が主張される以前にいかなる理由から、国際私法理論体系に当事者自治が採用されず、そのような国際私法理論体系のいかなる点を批判して、現代型の当事者自治原則が登場するに至ったかを、分析した。特に、本研究では、当事者自治原則が主張される以前の国際私法理論体系の代表として、サヴィニーの法理論体系における国際私法を、分析した。

そして、分析の結果として、サヴィニーの法理論体系において当事者自治が理論的に否定されることとなる最大の理由は、国際私法の問題を、基本的に、各法秩序の法の領域的適用範囲の問題であるとする点にあると考えられることを明らかにした。また、このような説明を与えることは、現代型の当事者自治原則の提唱者ともされるマンチーニが、領域法概念に対する批判の結果として、属人法たる本国法の適用や、当事者自治の原則を主張したことと、理論的に整合するものであることも明らかにした。

(4) 「自然」な国際私法という観点

更に、この領域法の適用という観念の否定の意義を検討した。私人間の法律関係に対する領域法の適用という観念の否定は、ある個人が存在する事実的な社会との関係性を否定し、より自由な存在と位置づけることを意味するとも考えられ、その点で、ルソー以来の社会契約論における「個人の自由」を基礎とする考え方であるとも思われ、仮にこのような位置づけを与えるとすれば、当事者自治は、私的自治と共通の理論的基盤に立脚する法原則と理解することも論理的には不可能ではないと考えられた。

しかし、このような考え方には、疑問が残る。そもそもルソー以来の社会契約論における「個人の自由」を前提とする法理論体系は、既に、サヴィニーによって批判された考え方であり、サヴィニーは個人が事実に社会関係に存在することを前提として、国際私法を含む法理論体系を構築したところである。そうであるとする、マンチーニ等によって現代型の当事者自治原則が主張される以前に、既に「個人の自由」は克服された理論的基盤ということができ、それを再度、新たな当事者自治原則の理論的基盤とすることは、流れに逆らう議論であると考えられた。また、「個人の自由」を理論的基盤として考えるならば、

債権契約のみならず、幅広い法律問題について当事者自治を原則として認めることが合理的なはずである。この点、近時の各国の国際私法立法等では、当事者自治を認める範囲を拡大する傾向があるものの、各国の国際私法全体を俯瞰した場合には、債権契約の分野を除けば、当事者自治が原則的規則であるという状況ではなく、この点でも、疑問が残ると考えられた。

そして、これらの疑問からすると、むしろ「個人の自由」を理論的基盤として当事者自治の原則を理解することは、国際私法の体系的観点から判断すると、合理的でない理解であると考えられた。むしろ、当事者自治の原則については、私的自治と共通の「個人の自由」を基礎とする法原則と理解するのではなく、個人と社会との事実関係性から領域法の適用を前提とする「自然」な国際私法の体系的観点からすると、異質な、その点で不「自然」な法原則と位置づけることの方が、より合理的な理解であることを明らかにした。その意味で、当初の仮説であった「当事者自治と私的自治が、共通の理論的基盤に立脚する法原則で在ること」との言明については、それが偽であると理解することが合理的であることを明らかにした。

この点は、当事者自治の原則の不「自然」さを明らかにするに止まり、当事者自治原則自体の当否の判断、すなわち各国の国内的国際私法において当事者自治原則を採用すべきか否かの判断に、直接の影響をあたえるものではない。サヴィニー等の主張する普遍国際私法理論と、各国国際私法は、實際上、区別されるものであり、あくまで各国国際私法の立法政策判断は、各国に委ねられる問題である。しかし、当事者自治の原則が不「自然」な原則であることは、各国の国際私法の立法政策判断・解釈に当たって、適切に理解することが必要である。近時の国際私法の議論においては、当事者自治の極大化を前提に、制限の必要な範囲を論じる（制限の必要性が論証されない限り、当事者自治を肯定する）とする傾向があるが、この不「自然」さを前提とするならば、むしろ、むしろ積極的に当事者自治を肯定する必要性の方が論証されてはじめて、当事者自治を認めるべきとする議論の方が、「自然」であると考えられるためである。逆に言えば、近時の議論は、無意識的に、不必要な点についてまで当事者自治を拡大しており、その不必要な部分について何故当事者自治を認めることとなるのか、十分に客観的な根拠を提示することができない状況に至っていると考えられるのである。

本研究の結論としては、以上のとおり、当事者自治と私的自治は、やはり異なる理論的基盤に立つと位置づけることの方が合理的な説明であると考えられ、特に、当事者自治

の原則は、国際私法全体の観点からすると、不「自然」な規則であると考えられた。

そして、各国国際私法の実務的局面においても、この不「自然」さを理解し、真に必要な場合に当事者自治の原則の適用を認めようとすることで、はじめて、その意識的運用が可能となることが、明らかとなった。

(5) 残された課題

本研究においては、時間的制約もあり、研究の主眼である国際私法上の当事者自治の分析が中心となったところであり、民法上の私的自治自体の分析については、従来の民法学における一般的な検討以上に、何かしらの新たな知見等を発見することはできなかった。しかし、本研究を更に発展させるためには、やはり民法学における私的自治の原則についてなお研究することが必要となると考えられ、この点が、課題として残ったため、今後の研究の中で分析を深化させることを検討している。

(6) 論文等の公表

本研究の成果として、当事者自治原則の理論的基盤を検討した英語論文をほぼ完成させている。研究期間内における公刊には至らなかったが、今後、英語雑誌等への投稿により、公表する予定である。

また、本研究を基盤とする著作として、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法第1巻』（有斐閣、2011年）において、準拠法の事後の変更に関する論文を執筆した。具体的には、竹下啓介「第9条（当事者による準拠法の変更）」同書213～229頁、竹下啓介「第16条（当事者による準拠法の変更）」同書417～425頁、竹下啓介「第21条（当事者による準拠法の変更）」同書510～525頁を執筆した。

さらに、本研究の実施に当たって、国内的国際私法と普遍国際私法理論との差異、より具体的には国内裁判所における国内的国際私法による外国法の適用の意義に関する分析が必要となったため、検討を行った。そして、この研究成果を活かして、外国法の適用違背に関する英語論文（Keisuke Takeshita, *Improper Application of Foreign Laws and Final Appeal to the Supreme Court*, *Japanese Yearbook of International Law*, Vol. 55 (2013), pp. 511-527) も執筆した。

5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔雑誌論文〕（計1件）

① Keisuke Takeshita, *Improper Application of Foreign Laws and Final Appeal to the Supreme Court*, *Japanese Yearbook of*

International Law, Vol. 55(2013),
pp. 511-527. (査読あり)

〔図書〕(計1件)

- ① 櫻田嘉章・道垣内正人編集 竹下啓介『注
釈国際私法 第1巻 法の適用に関する
通則法 § 1～23』有斐閣、2011年、213
～229頁、292～304頁、365～389頁、417
～426頁、510～525頁

6. 研究組織

(1) 研究代表者

竹下 啓介 (TAKESHITA KEISUKE)
東北大学・大学院法学研究科・准教授
研究者番号：60313053

(2) 研究分担者

なし

(3) 連携研究者

なし