

# 契約の準拠法

櫻田嘉章  
さくら だ よし あき

京都大学大学院法学研究科教授

はじめに

- 1 法例制定に至るまでの状況
  - 2 法例7条の成立過程とその解釈
  - 3 判例の動向
  - 4 最近の立法例の概観
- むすびに代えて

はじめに

法例7条は契約の準拠法について定めているが、明治31年以来改正を見ておらず、またその解釈論としても、多くの問題点が指摘され、法的安定性を欠く、あるいは訴訟において準拠法の決定に不相当に時間がかかるなど、早急に改正の必要性があるように思われる。また、特殊の契約類型・問題には妥当しないという見解もみられる。そこで、まず、国際契約の法的取扱いに関する学説・判例、立法経緯、次いでその解釈論の展開、判例の動向の概観、最近の立法例の検討を行った後に、その改正の方向を探るのが、本稿の目的である。

## 1 法例制定に至るまでの状況

明治前期の大審院の公判判決も存外多数存在し、涉外契約をめぐる事例もかなりある。もちろん、明治31年法例施行に至るまで、国際私法の明文規定は存在しなかったが、法的処理として興味を引く事例も少なくなく、例えば、明治11年11月4日大審院判決は<sup>(1)</sup>、領事裁判の結果を踏まえて提起されたものであると思われるが<sup>(2)</sup>、英国人Xまたはその社中Bから日本政府Yを相手取った約定金請求上告事件である。事案の概要は次のようである。すなわち、1868年

4月頃箱館津軽藩が英国人Aから小銃2000挺の調達に当たり、手附金として金1萬5千両の支払いを約し、その内金8千両を手渡し、残金7千両を1868年10月27日(明治元年9月12日)、Yの代理たる箱館旧運上所が墨銀7千枚の金額並びにその遅延利息1ヶ月につき1分5厘の割合にて支払うという英人Aに対する約束を証する証文を振り出した(領事裁判では、残金の支払いがなかったために小銃の引き渡しがなく、契約が解除され、内金の返還が在箱館イギリス領事裁判所に求められ認容されたが、上海高等法院が原判決破棄、返還を認めなかったという)。その後Aの破産につき1872年6月12日(明治5年5月12日)債権者会議が開かれ、1869年制定の「瓦解律」40章により当該引当証券を相手方へ返却して総貸金の債権者となるか、あるいは証書を引き継ぎその債権を回収し、債務超過分についてのみの債権者になるかの選択が、後者と決せられた。東京上等裁判所における争点は、①Xが当該証書をどのような経過で取得・所持しているか、②日本政府がB社中又はXに対し、1868年12月12日頃当該証書の金額払方を許諾したか、③旧津軽藩又は箱館運上所とAとの約定が消滅しているか、という点にあり、①につき、債権者会議の日付などを勘案すると、AよりB社中への譲渡は譲渡の記入もなく、添え証文もないので証書譲り渡しの慣習に反す、②につき当時は官軍が箱館におらず賊軍支配下にあったので(1869年6月21日回復)、支払請求はできなかったはずで、許諾の確証無し、とされ、③につき旧津軽藩官吏とAとの事実関係の証明がない、として明治9年11月29日請求を棄却した。大審院では、上告理由として、①本件証書並びに手形の渡し方に関する習慣は、当時の日本の法律では控訴裁判所の説示の通りかも知れないが、手形がB商会へ譲渡された1868年当時の習慣法ではなく、また当該証書手形の譲渡に関する習慣は、英国の習慣と全く異なり、当該手形は「英国人タル請取主ヨリ全ク英国法律ト習慣トニ從テ譲渡セシモノナリ夫ノ先方ノ名ヲ認スシテ自ラ奥書シテ貨物ノタメ譲受主ニ引渡セルハ英国慣用ニ從フモノナリ然ルヲ裁判所ノ決断ニハ該手形…」とあって、英国の慣習並びに当時の日本の慣習により有効な手形の譲渡があった、②領事の事実に関する誓書が採用されず、外国人が日本の裁判所に証拠を申し立てることを無益にしていると云うこと、等に及ぶが、日本政府の答弁では、①本件証書は転讓をなしうべき約定証券の性質

はなく、単に金額払方を約する約定書に過ぎないから、元の所有者の有した権利をその後の所持人が取得することはない、② 上告人は「曾テ該証書ヲ以英国ノ法律ニ随テ転讓スヘキモノタルコトヲ明証スルヲ試ミサリシナリ而シテ只単一ニ日本ノ法律ニ依テ転讓スヘキモノナリトス」、③ 約定手形は、振り出しの当事者間の関係を離れて、「英国ノ法律(一般ノ定則トシテ)中ニ右等ノ証券ハ他ニ故障アル明証アラサレハ価位アルモノト之レヲ見做スナリ」、しかし本件証書はこの手形ではない、また英国法の特殊の規則の適用はない、④ 仮に転讓しうべきものであるとしても、当時の事情から見て、Aの有した権利以外の権利は取得し得ないこと、Aは約定書面によるその義務を尽くしておらず、当該書面をもって金額を請求し得ないこと等々とする。手形問題、債権譲渡並びに契約の準拠法が問題となり得たのであるが、大審院は、その点の法的判断にふれることなく、習慣法を説示し、その上で証書が未だ廃物とならざる旨の事理の証明がないので、控訴審が事実分明ならずとして裁判した点に不法はないとし、外国法によるということは考えずに、おそらく条理としての我が国実質法により判断しているものと思われる。

また、法例制定後においても、法例制定前の事案について、実質的に法例の遡及的適用を認め、法例の規定が条理であるとするもの、例えば、大判大正6年3月17日もあった<sup>(3)</sup>。契約に関する紛争が常に裁判によって解決されたものではなく、行政的に解決されたり、当事者間の交渉により解決されたであろうことも推測されるので、法的解決は必ずしも明らかではないが、条約改訂の前提としての法典の整備の必要性、国際取引の増加は、その規律を条理から制定法へと移さざるを得なくなる。

## 2 法例7条の成立過程とその解釈<sup>(4)</sup>

(1) 旧法例草案(明治21年10月頃第9条)「外国ニ於テ為シタル合意ニ係ルトキハ結約者ノ明瞭又ハ暗黙ナル意思ニ從ヒ之ニ適用スヘキ法律ヲ定ム可シ

若シ結約者ノ意思分明ナラサル場合ニ於テ其同国人ナルトキハ本国法ヲ適用シ又其同国人ニ非サルトキハ合意ヲ為シタル国ノ法律ヲ適用ス可シ

結約者帝國ニ於テ其合意ノ公正証書ヲ作ルトキハ公証人ハ其結約者ニ本条ノ

規則ヲ示スコシ(伊第9条)は、いわゆる仏伊学派、具体的にはベルギーのローラン案14条に倣ったものと考えられる。従って、契約については当事者の意思が法に代わるといふ意思自治を前提に、内国における契約は当然内国法により当事者の意思によるものとする思想の下、国際私法問題を引き起こす外国における合意について民法上におけると同様に当事者の黙示の意思による準拠法の指定をも認めている。この場合の黙示の意思とは「状況ニヨリ当事者双方ノ」意思から契約を「或ル特定ノ法律ニ服従セシムルニ在ルコト明カナルトキ」であり、「この場合には法律上の推定はまだない。黙示の意思は推定された意思ではなく、確実なものである。けだし、当事者は、口頭でその意図を表示していたであろうと同じ確実さをもって、行為によりそれを明らかにしているからである」<sup>(6)</sup>。その意味での意思が明らかでないときに、その意思の法律上の推定として2項が設けられ<sup>(6)</sup>、当事者の国籍の異同に分けて準拠法を推定した。しかしこの規定は批判され、明治23年旧法例5条「①外国ニ於テ為シタル合意ニ付テハ当事者ノ明示又ハ黙示ノ意思ニ従ヒテ何レノ国ノ法律ヲ適用ス可キヤヲ定ム ②当事者ノ意思分明ナラサル場合ニ於テハ同国人ナルトキハ其本国法ヲ適用シ又同国人ニ非ラサルトキハ事実上合意ニ最大ノ関係ヲ有スル地ノ法律ヲ適用ス」となった。5条1項に実質的変更はないが、これは諸国に広く認められた原則であるから採用されたものと解され、2項の法律上の推定については、異国籍人間の契約に関して締約地法をとらなかつた。それはイタリアの学説に由来するとされるが、推定に当たり多くの立法例・学説が分かれているので、事実の問題として裁判官の判断に委ねるといふ趣旨のようである。実際には契約の成立については締結地法、履行については履行地法がこの法とされるであろうと解釈されていた<sup>(7)</sup>。

学説は、黙示の意思について、推定意思とは区別して、明白な意思として捉えていたが<sup>(8)</sup>、意思不明のときに必ずしも直ちに5条2項によらないという見解もあり、例えば、板垣は、当事者の欲した法律を推測できる事情が認められるとき、清国人と朝鮮人が朝鮮で帝国語を用いて契約をすると、他にそれに反する事情がないときには帝国法による意思と推定され、英国人と仏国人が横浜で生糸の売買をドイツ領事の面前で契約すると明示・黙示の意思がなくほかに

意思を明らかにする事情がなければ領事所属国法によるものと推定するという。いかなる事実、いかなる方法でも当事者の意思が推定できないときに初めて5条2項が働くというのである。しかし多くは、黙示の意思不明のときに5条2項により意思を推定するものと解していた<sup>(9)</sup>。

(2) 明治31年法例の草案10条「① 契約ニ因リテ生スル債権ノ効力ニ付テハ当事者ノ意思ニ従ヒ其何レノ国ノ法律ニ依ルヘキカヲ定ム ② 当事者ノ意思カ分明ナラサルトキハ行為地法ニ依ル法律ヲ異ニスル地ニ在ル者ノ間ニ為シタル契約ニ付テハ申込ノ通知ヲ発シタル地ヲ行為地トス若シ其申込ヲ受ケタル者カ承諾ヲ為シタル当時申込ノ発信地ヲ知ラサルトキハ申込者ノ住所ヲ以テ行為地トス」は、法例全体がドイツ法の影響を色濃く受けていたのとは異なり、契約について諸国の普く認める当事者自治を旧法例に倣い認める規定を置くもので<sup>(10)</sup>、契約自由に基づき、法に代わる意思としての意味における自治ではなく、かつ内外の締結地を区別しない立場である。意思が分明でない場合については、イタリア法によった旧法例の欠点を避け、必ずどこかに存在し、当事者に共通の事実であり、「最モ証明シ易」く(知得に容易で)、かつ「当事者ノ意思ニ適フト云フ」行為地法によるものとされる<sup>(11)</sup>。最終的には、契約の成立と効力を対象に、しかし、単独行為をも含めるという趣旨で、「法律行為」について当事者自治を認めることにした。旧法例5条の批判として契約についての締約地法説が強く主張されてきたことが、ここに反映しているように思われる。

(3) この規定の明治期の理解によれば、先ず第1に、第1項の当事者の意思には、文言の変更にも拘わらず、明示のみならず黙示の意思も含まれること(岸本辰雄や立作太郎)、が概ね承認されていた<sup>(12)</sup>。これは、恐らくは民法上においても黙示の意思表示が認められていることに対応するものであり、かつまたこの点において旧法例を引き継ぐものであろう。しかし、この黙示の意思がいかなる意味を有するかという点は、旧法例について明らかにされていたように、諸般の事情から明らかな当事者意思(いうなれば現実の意思)という理解から、連結点としての当事者意思でその証明が事実問題とされるものに移行してきたよ

うに思われる (もちろん、事実問題か否か、弁論主義に服するか否かと言うことは、本来現実の意思か推定的意思かと言うことは完全には一致しない。ただ、事実問題と解する判例は、そのような理論的な問題を必ずしも意識していなかったように思われる)。この点についてドイツ法は、その草案段階において、まず推定規定ではなく、客観的連結を原則とするが<sup>(13)</sup>、但し、当事者はそれとは異なる法を前提(意図)することが出来、それは(明らかな)事情から認定される、としていた。結局、ドイツ民法施行法は、契約については規定を置かなかつたので、解釈問題として「仮定的意思」、つまり客観的連結によることになったことにも、我が国の解釈論が影響を受けているように思われるが<sup>(14)</sup>、この点の論証はここでは行えない。これは第2項の解釈とも関わり、第2に、第1項の意思不分明の場合に、法律上の推定として行為地法が定められたというのが一般的理解であり、当事者意思が黙示の意思としても明らかでないとするれば、契約締結地法(あるいは履行について履行地法)が準拠法として推定され、それが不都合な場合には反証を許す、つまり場合によれば客観的に不都合な事情を主張することになる。その場合には、当事者意思としてではあるが、実質的には客観的連結が許されるのか、あるいはあくまでも当事者意思が探求されるべきか、が争われる<sup>(15)</sup>。もちろん、第2項については、古くから認められていたように、行為地法を、客観的連結の連結点として採用したことの説明として、当事者意思の推定とし、あるいは「黙示の服従」と解することも可能であり、そのような見解もあり、理論的にどこまで意識的にこの点を説明していたのか必ずしも明らかではないものの、多くは「法律上の推定」規定として2項を解していた、従ってそれに対する反証を問題とする解釈論を展開し得たのだといえるであろう。

(4) その後の法例7条の解釈論のうち注目すべき点を以下に概観する。まず、山口弘一は黙示意思を表示された事情から推知される当事者意思と解し、また一定の分割指定を認める。つまり成立と効力が分離できるときには別の準拠法によることが可能で、2項については行為地が不明であるときには、準拠法が無く、法律行為は有効ではない、とする<sup>(16)</sup>。跡部定次郎は、黙示の意思とは、一

定の選択がなされていても外部に表示しないときがあり、あるいは全く選択を  
考えていないときもある。2項は推定規定なので、いずれの場合も反証を挙げ  
ればよい。反証を挙げないときには直ちに行為地法によるかということ、行為地  
法によらない意思が明らかであるときには、すでに2項の推定は破られており、  
行為地法により得ないので、国際私法規定欠缺としてその補充を考え、行為地  
と同等の意思推定の基準をとり、「法律行為ノ性質其他周囲ノ事情ニ依リ最モ当  
事者ノ意思ニ適合スト認ムヘキ法律ヲ選定」する、従って絶対的意思主義と結  
論的に同じ事になる、とする。立法論としては、法例7条の意思推定主義では  
なく、絶対的意思主義によるべきで、「意思推定主義では往々にして当事者の意  
思に反することがあり、推定された土地の法律に従う意思がないことが明らか  
なことがある。意思探求が困難な場合があるとしてもそれを避けるために一定  
の法律を推定することは却って当事者意思に反する結果となり根本主義に反す  
るし、行為地法は一標準ではあっても唯一絶対の標準とするのは誤謬で、「法律  
行為の性質ニ依リ当事者ノ一方カ眼中ニ置キタル法律ニ従フコトカ当事者ノ意  
思ニ適合スルコトアルヘシ」、無償の贈与・片務契約では義務者の眼中に置い  
た法律によることが当事者の普通の意味に合する、当事者の共同国籍・住所の  
国籍も意思推定の一標準である。「仮令当事者ニ於テ行為地法ニ依ルノ意思ア  
リ得ヘキ場合ト雖トモ未タ必スシモ之ニ依ルノ意思アリト速断ス可カラサルナ  
リ、故ニ若シ意思主義ヲ採ンカ毫モ推定ヲ設ケサリシヲ可トス」モンテネグロ  
財産法792条1項(甲)、ローガン国際債権法草案5条(乙)が当を得ている、  
とする。そして立法論として次のように言う。

「甲：契約ヨリ生スル権利義務ハ当事者カ定メタル地、法律行為ノ性質若ク  
ハ其他ノ事情ニ依リ当事者カ契約ノ当時其意中ニ在リタリト認ムヘキ地、若ハ  
当事者ノ思慮愛ニ及ヒタランニハ定ム可カリシ地ノ法律ニ依ル

乙：契約ノ効力ハ命令規定又ハ禁止規定ニ反セサル限り当事者ノ明示又ハ黙  
示ニ選定シタル法律ニ依ル

当事者此点ニ関シ毫モ意思ヲ表示セサリシトキ裁判官ハ各場合ノ一切ノ事情ヲ  
調査シ、当事者ノ思慮愛ニ及ヒタランニハ何レノ国法ヲ選フ可カリシヤヲ探求  
スヘシ

裁判官ハ特ニ契約地及ヒ履行地ヲ審査スヘシ、又当事者ノ住所地及ヒ本国殊ニ其一カ当事者ニ共通ナルヤ否ヤヲ調査スヘシ、又競合セル数ケノ法律ノ規定ノ一致ヲ参酌スヘシ。

猶ホ裁判官ハ絶対的若クハ關係の推定ニ羈束セラルルコトナク、各場合ノ事情ニ最モ適合セリト認ムル法律ニ依ルヘシ (ア・ローラン国際私法第1巻524頁)』<sup>(17)</sup>。

かくて、2項の行為地法は当事者意思の推定として理解されていたのが、次第に立法論的に批判され、やがて解釈論にもこれが反映することになる。また翻って、当事者自治自体に対しても批判がなされることになった。

(5) 昭和になると、7条の解釈論には、新たな見解が主張される。久保岩太郎は<sup>(18)</sup>、国際私法の自治はその形態として、① 現実自治と、② 推定自治とにより行われ、①は当事者が現実に準拠法指定の意思を表示した場合で、更に④ 明示の指定と⑤ 黙示の指定に分かれる。④は「『本契約は英法に依る』と云ふが如くに為さるゝことは稀有にして通常は定型契約の利用又は一定の契約約款の挿入等の方法に依りて為される、例えば欧州と米国との間の穀物取引に試用せらるゝ The London Corn Trade Association の La Plata Grain Contract を使用し又は船荷証券に米国の Harter Act の適用を挿入したる場合の如きはその著例である。」とされ、⑤は「一定の習慣への服従・一定の典型 (Formula) 又は言語の使用・裁判管轄の合意等に依り為される」。

②は当事者が現実に意思を表示しない場合に推定意思により準拠法の決定を行う場合を云うとされるがこの意思は仮装の意思で真の意思ではない。意思の無い所に意思の活動は有り得ない」からである。これは更に④ 特殊の推定自治と⑤ 一般的推定自治に分かたれ、④は、「特殊の契約の性質上、其が関係を有する多数の法域との関係に於て重要性を著しく異にし1つが他を圧倒する場合に於てのみ認めらるゝものとされている(ルーマニア民法案52条2項参照)。之には契約の内容より来るものあり、契約内容の事実上の決定権に由来するものあり、公法との関係に基づくもの等がある。第1のものは贈与の如き無償契約の場合にして義務者の本国又は住所に、第2のものは運送業者・倉庫業者・保険



業者等とその営業に関する契約，大企業者（国家・地方団体を含む）と労働者との雇用契約・其他公債又は社債の如き，一方当事者が事実上内容の決定権を有し典型的構成を有する個性なき無数の契約を為す所謂大量契約（Massenvertrag）の場合にして右の一方当事者の業務上の本拠の所在地（プスタマンテ法典185条），第3のものは一定の職業的業務を為す者例へば弁護士・公証人又は医師とその職業に関する契約にして業務者の通常の業務執行地に，圧倒的重大関係を有する場合である。而してこれ等の特殊的契約は其が特に重大なる関係を有する国の法律に依るべきものするのである。⑤は②のなされない契約について行われるもので，「之に依りて定まる準拠法が補充的最後の準拠法となるのである。この場合に於て如何なる国の法律を以て準拠法となすべきかについては種々の主義があり，又推定の方法に精粗の別がある。」行為地法主義，履行地法主義，契約当時の債務者の住所地法主義，当事者の共同本国法又は行為地法主義，共同住所地法・共同本国法又は契約締結地法主義，その他の多元主義が検討される。法例の解釈としては，7条1項は現実自治を，2項は推定自治を定めているが，現実自治では黙示の指定が認められ，推定自治では，1項による準拠法の指定がないときに直ちに行為地法が準拠法とされるべきかを論じる。

特殊的推定自治の根拠としては，法例は債権行為（自治行為）について国際私法上の自治を認め，「当事者の意思の存する所を以てその本拠の所在地となしたるものと信ずる。故に当事者が明示又は黙示に準拠法を指定したる場合にその法律に依らしむるは勿論，指定を為さざる場合に於ても当該法律行為自体の特性より見て或る国に特に密接なる関係を有しその国の法律に依る意思あるものと認むることが合理的なときは特に当事者が他の法律に依り又はその法律に依らざる意思を表示せざる限りはその法律に依らしめたるものと信ずる<sup>(19)</sup>。されば行為地法に依らしむる法律行為はかくの如き方法に依るも尚ほその準拠法を発見し得ざる法律行為と云ふこととなるのである。是恰も民法上の契約（債権契約）の内容を慣習に依りて構成し得ざる場合に始めて債権契約に関する法律の規定に依りて内容を定むると同様である」とし，解釈上認められる特殊の法律行為としては，前述のような，① 保険業者・運送業者・倉庫業者・銀行業者等となすその営業に関する契約，大企業者と労働者のなす雇用契約，公社債

の発行等の所謂大量契約のほか、② 弁護士・公証人・医師等の一定の職業をなす者とのその職業に関する契約があり、行為の性質上営業地又は業務執行地と密接の関係を有するので、その地の法律により、③ 法律行為の内容上特に当事者の一方と密接なる関係を有するので、その者の本国法又は住所地法によるべき贈与契約のような無償契約、法律行為の性質上他の法律行為と密接な関係を有するが故にその他の法律行為の準拠法によるべきもの、例えば利息契約がその基本契約に、授權行為が委任契約によるというような場合がある(これは例示に過ぎず、他にも多くが考えられる)。そしてこの特殊的推定的自治が行われなるときにはじめて「当事者ノ意思ガ分明ナラザル」場合として一般的推定自治たる行為地法が準拠法となる、とする。

かくて、当事者自治を前提としながら、7条2項を一般的推定規定と解して、その前に特殊的推定自治を解釈論上も認める。その根拠は、民法92条が、公序規定でない規定と異なる慣習があるときに当事者がそれによるという意思を有するときには慣習によると定めており、これは民法学者によると法律行為の解釈の準則であるとされ、また判例同様に当事者が反対の意思を表示しない限り慣習に依ることが合理的である限り慣習により法律行為の内容を決定すべきことを定めた規定であると解して、慣習を任意規定に優先させている<sup>(20)</sup>、つまり法例においても強行法と任意法とを区分し、法例7条のみが任意法であり<sup>(21)</sup>、これに慣習が優先する、かくて契約の内容を慣習により構成し得ないときに初めて法律の規定が内容を定めるのと同じことで、サヴィニーの法律関係性質説の基礎の上に立つ国際私法においては、法律関係が最も密接なる関係を有する国の法律即ち法律関係の本拠所在地の法律を準拠法とすべきである。債権行為に関する当事者自治は国際私法上の自治であり、「当事者の意思の存する所を以てその本拠の所在地となした」ので、指定がないときにも当該法律行為の特性から特に密接な関係を有しその国の法律による意思があるものと合理的に解されるときには、特に当事者がそれによらないという意思を表示しない限りそれによるべきで、行為地法によるのはこのような準拠法が発見できないときに限る、ということにある<sup>(22)</sup>。しかし、まず当事者自治が客観的連結である、つまり密接関連法として当事者の指定した法があるという説明には無理があり、

推定規定がこのような客観的連結で破りうるのかは疑問で、密接関連法を合理的的意思によって基礎づけるのは解釈上無理であろう。このような立場を貫くべきものとすれば、むしろ2項を客観的連結の規定と解し、一般的回避条項の結果として、2項によらず密接関連法が準拠法となるとする方が自然ではなからうか<sup>(23)</sup>。

実方正雄は、当事者自治原則の制限論を論じた後に、その発現形態として明示の指定、黙示の指定を認め、その何れもないときには推定意思によるが、これは「具体的事情の理性的且公平なる判断に基く具体的推定意思と、平均化せられた立場よりする定型的推定意思とに分かたれる」<sup>(24)</sup>。定型的推定意思は「自治の本質より見て、寧ろ補充的意義を有するに止り」、諸主義があるが、法例は行為地法主義を採用した、とする。従って、法例の解釈としては、7条2項は1項の補充的連結たる地位しか有しないのであるから、明示の合意がないときに直ちに7条2項の行為地によるのではなく、「裁判所は法律事実の客観的態容並びに主観的要素の理性的且公平なる具体的判断に基いて、契約締結に当り当事者が服従せんと欲したる法制、換言せば、当事者利害に最も適合する準拠法を発見せねばならぬ。是、元来自治原則が個別的方法によりて主観的正義の実現を目的としている以上当然の態度である。斯くして発見確定せらるる意思を黙示意思と称する。」契約内容等の諸事情を衝突規則的に、つまり「契約準拠法指定意思の徴憑として有する価値の観点より評価し、契約のタイプ或は性質に応じて其の何れが優越的徴憑なるかを確定すべき」であるが、これら徴憑のいずれにも連結点としての優越性が認められないときには、個別的方法を放棄し、7条2項の、客観的正義の立場、「平均人の利害の見地より、補充的にはあるが定型的に、準拠法指定意思の優越的徴憑たるの地位を行為地に付与したのである」。黙示的意思の探求は個別に行うが、「各国の実行を比較考察するに、契約の典型に付き原理的な判断基準が自ら醸成せられ、他に特別の事情なき限り之に依るが如くである」として、主たる場合を論じ、これらによっても黙示の意思が探求できない場合には2項の行為地法が準拠法となる。

この見解は、本来実在的当事者指定（明示の指定、黙示の指定）と推定意思を分け、1項の当事者意思の中に黙示の意思を含めるという伝統的な理解を前提

としつつ、結局は、黙示の指定を具体的推定意思と峻別することなく、現実の意思から離れることにより、しかし当事者の意思を推定するという点でなお完全な客観的連結によらずに、行為地法によらない準拠法決定を行おうとする解釈論を展開するものである。つまり「黙示的意思と言うも具体的推定意思と言ふも推定に関する程度の差異に過ぎず、前者は準拠法に関する若干の積極的な働きがみられると言う程度のものである」<sup>(25)</sup>、と解するのである。黙示意思の具体的判断基準としては、(i) 裁判管轄の合意、(ii) 契約関与者の特殊的地位並びに契約の定型性から特に意義のある徴憑の一団が発生し、(a) 公法人との契約は疑わしいときは法人の服従する法制、つまりその住所地法、(b) 一般的業務約款乃至契約約款（銀行、保険業者、運送業者、倉庫業者、郵便・ホテル業者などの）については、企業者が業務上服従すると同一国の法（営業地法）、(c) 大企業と労働者との雇用契約、弁護士・公証人等の職務上の契約には業務地法、(d) 特定の慣習或いは約款への服従につき特定国法の補充を必要とするとき、例えば海上保険契約に於ける Lloyds Policy の使用は一般的慣習であるが、海上運送契約に於ける英語の使用は英国法への服従を意味しない、(e) 取引所・市場・公の競売における契約は行為地法への服従の意思を含む、(f) 物の所在地 不動産に関する債務契約など、(g) 両当事者の国籍の同一性、共通本国法、(h) 履行地の合意明示の履行地約款、(i) 特定国の個々の実体法規を援用する場合には準拠法指定の徴憑と見るべき場合が多い、という。7条2項は当事者意思の補充的推定定型であり、連結点としての行為地を確定することが事実上困難なる場合、つまり「行為地法に依らざる意思ありと認む可き事情あるときは、第2項を適用す可きではなく第1項に依つて黙示意思を探求す可き問題である」。従って、学説が従来指摘してきた「暗夜に数国を通行する汽車中にて締結せられたる契約」の例については、「当事者の証明に基いて判断せらる可き事実認定の問題」であるが、「無主権地に於ける契約」の例については「結局効果意思を缺くものとして取扱はる可き」問題であるとする<sup>(26)</sup>。

さらに、立法論として当事者自治否定論を唱える立場も現れる。江川英文は、戦後ではあるが、「国際関係においても契約について当事者は絶対の自由を獲得しうるものではなく、一定の強行規定の拘束を免れるべきではない」、「一定

の契約と一定の法秩序との間には、他の法律関係と一定の法秩序との間の関係と異なる関係が存在する」、契約関係一般について唯一の準拠法を考えることはできないが、「契約関係の各態様の差異に応じて個別的の考慮を払うならば、そのそれぞれについて必然的の結びつきをもった法秩序を発見することは不可能ではないのではなからうか。各契約関係につき、その性質からなんらかの固有の法秩序を発見することは不可能ではないのではなからうか。その内容主として人の意思によって創られる契約関係は千差万別である。これを画一的に取扱つて、その準拠法を求めようとしても、妥当な結果のえられないには当然であろう。この画一主義の不可能であるところから意思自治の原則が生まれたものということとはできないであろうか。」と論ずる<sup>(27)</sup>。裏返して云えば、客観的連結をしない、つまり密接関連法を準拠法としないということが当事者自治の本質であるという事になる。

(6) 戦後の多数の見解は、7条1項について黙示的意思を認めるとする立場から、契約当時の諸般の事情によって当事者意思を探求するという手法、1項の適用される場合を拡張するという解釈学的態度をとってきた。黙示的意思表示を認めるというのは、旧法例以来一貫した通説の態度であるからこの点は驚くに値しないが、問題はこの黙示の意思が現実のものであるべきか否かである。伝統的な通説はやはり現実の意思を対象としていたものとみられる。例えば、「準拠法指定に関する当事者意思は必ずしも明示の意思である必要はない。あらゆる事情から合理的に当事者の現実の意思を探求しえた場合にはこれによるべきである。この当事者意思の決定にあたって当該法律行為の型も1つの重要な基準となる。要するに、当事者の明示の準拠法指定がない場合に直ちに当事者意思が不明であるとすべきではない。ことに、後に述べるように法律行為の各類型について補充的に準拠法を定めていない法例の下では、当事者の意思を探求する余地は大きい<sup>(28)</sup>」。また、鳥居淳子は、「黙示の意思というのは当事者が実際にもっていた意思がただ契約書等に明示されていないにすぎないものと思われる」が、「少なくとも、多数説によれば、」最判昭和53年4月20日[3(3)で挙げる⑩]が探求した当事者の意思も黙示の意思ということになると思いま

す。多数説のいう黙示の意思というのは、…(略)…契約をめぐるあらゆる事情から合理的に探求される意思であって、このような意思の決定にあたっては、契約の型・内容・性質、その当事者、目的物、それに、特定の国における裁判又は仲裁に服せしめる旨の合意等、もろもろの主観的、客観的事情が考慮されるべきものである(例えば、江川・国際私法(有斐閣全書)[改訂]214—216頁、折茂・国際私法各論130頁、山田(録)・国際私法286頁など)からです。」これは当事者が契約準拠法について何も考えていなかったので、契約をめぐる諸要素から当事者の現実の意思が探求できるわけではなく、そのようにして探求される意思は、当事者の現実の意思ではなく、「仮に当事者が契約の準拠法を何にすべきかを考えたとしたら有したであろうと推定される仮定上の意思にすぎないと思います。ですから、そのような意思を当事者の黙示の意思と呼ぶのは、やはり、おかしいとおもいます。」とし、久保説が現実自治(当事者の明示又は黙示の意思による準拠法指定)と区別される、非現実の合理的意思によって準拠法を定める推定自治の場合を紹介している。結局多数説の言う黙示の意思には、実質上、個別的な推定意思が含まれている、とする立場について、現実の黙示意思と合理的に推定された意思とは理論上区別し、ただ7条1項の下で解釈上個別的・具体的な当事者意思の推定は可能であり、ただ実際問題として、推定意思と黙示意思の区別は困難であり現実にその区別の必要性も疑わしい、という<sup>(29)</sup>。

このように、黙示の意思の認定がどのようになされるべきかということから、現実の意思によるべきか否かは大きく揺らぎ始める。通説は、黙示の意思を具体的事情を考慮し、当事者の意思に最もよく適合すべしとおもわれるいずれかの法を準拠法として定める、という態度、契約債権の準拠法決定に関する当事者の黙示意思の推定——黙示意思による準拠法指定——とよばれるべきものをとるが、現実の意思と仮定的意思の区別はこの場合には区別できない<sup>(30)</sup>、「契約債権の準拠法探求のこのような段階を、なお当事者の主観的意思——黙示意思——の認定と見るか、それとも、すでに当事者の意思を離れた客観的基準によつたものとみるか(わが国を含めた大陸諸国では前の見方が、英米では後のそれがつよいとおもわれる。…(略)…)、という理論構成の問題はなおそこに残されるわけであろうけれども、そのいずれを採るかということは、実際の結果にはさして

影響を及ぼさないものとみうるであろう。…(略)…」とする<sup>(31)</sup>。

以上要するに従来の通説は、当事者自治自体の批判、殊に量的制限論、一定の契約を当事者自治の範囲外にあるものと解する者もある中で、当事者自治は立法論としては認める、しかし黙示意思の探求においては現実の当事者意思を原則とする立場に立ちながら、黙示の意思に限定を加えず、7条2項の不備を黙示の意思の中で補おうとする結果<sup>(32)</sup>、現実の意思と推定的意思を明確に区別することは困難で、結局一部は推定的意思を認めることになる。最近の多数説は、むしろ推定的意思を積極的に取り込むものであるとみられる。

煠場準一<sup>(33)</sup>、法例7条1項の当事者自治を契約の自由に由来するとした場合には、それが妥当する契約類型についてのみこれが適用され、適用範囲外に属する契約については条理により新たな連結基準を選定する必要があるとする見解と、契約自由に対する制限を契約外の原理によるものと捉えて、契約についてはなお当事者自治を認め、同時に別異の原理に基づく準拠法が規律するという見解があるとし、後者の見解を是とする立場のように思われる。その上で、準拠法の最終決定権を抵触法が当事者に与えているものと解し、当事者による準拠法の合意は、弁論主義により当事者が主張立証しない限り裁判所は取り上げることはできない、特に黙示の意思の推定は「法例7条の精神に必ずしも合致するものではない。けだし、そうした操作は、黙示の合意を探求するという口実の下に、当事者の予想さえしなかった法律を適用することを裁判所に許す結果となるからで」「これは、当事者の利益にとってはもちろんのこと、取引上このましくない不確実性を招来するだけでなく、当事者主義・弁論主義の手続にも反することである」、と解す。そして、意思が明らかでないときについては、学説はこれまでほぼ一致して、裁判所がより積極的な黙示意思の探求を行うべきことを提唱する。「①法律行為の類型ごとに当事者意思を推測し、黙示の合意と認められる範囲を拡大しようとしたり、②契約類型の特質に応じた特殊的推定の操作を主張する(実方・概論211頁、久保・国際私法162頁以下)。それらは、前述の弁論主義の範囲を、こえることまでも要請する響きがあった。その背後には、法例7条2項などの、補充的連結規定が必ずしも適当ではないことの十分な認識と、これを克服して、より妥当な準拠法を選択しようとする

の努力があったと観察されよう(準拠法選定の合意に関する意思主義より表示主義への変遷とも無関係ではなかろう)」、と述べる。

黙示の指定は、さらに次第に法例7条2項を死文化させて客観的連結に接近し、むしろ最近においては客観的連結を行うことも有力に主張されている<sup>(34)</sup>。また、「客観的に定められる準拠法 (otherwise applicable law) 上の強行法規の適用を自由に免れさせることは問題である。もとより、国際私法上の利益考量を十分行っても決め手となるものがなく、当該契約関係の場所的位置づけ (Lokalisierung) が真に困難な場合にもなお、当事者による法選択 (抵触法的指定) を排除することは、問題である。そして右の最後の場合こそが、国際私法上の当事者自治原則がその本来の機能を発揮すべき場合ではあるまいか。そこで、従来通りの当事者自治原則の機能の場を、客観的 (規範的) 連結の真に困難な場合に限定し、それ以外の場合には客観的連結を貫く (その意味で) 主観的意思を準拠法選択上の1つのファクターとしての地位にとどめる) と同時に、それら何れの場合についても、法廷地でも準拠法所属国でもない第三国の強行法規の介入は、これを認めない」、かくて、当事者の明示の準拠法条項らしきものがあつた場合にも実質法的指定と抵触法的指定を区別し、慎重に後者を判断し、「当事者の明示の準拠法指定のない場合、同じ法例7条1項の中において、黙示の意思を探求する形で、最も密接な関係の原則に導かれた客観的連結がなされる。」「黙示の意思の探求は、最も密接な関係の原則に導かれた諸般の事情の総合的考慮によりなされる。」「黙示的意思探求の作業は、とりもなおさず、契約における客観的連結への模索である。意思を擬制するフィクションを問題視する際には、黙示的意思と仮定的意思との区別がなされることもあるが、かかる区別に、さしたる意味はない。そして、客観的連結が可能である場合に、何故当事者の主観的意思に、実質法上の私的自治ないし当事者自治を超えた、非常に強い効果を認める必要があるのか、との出発点での疑問に、私は回帰することになるのである。」<sup>(35)</sup>

## (7) 私見

以上のような諸説に対して、どのように考えるべきか。私は、立法論として



はいざ知らず法例7条の解釈論としては、黙示の意思は現実意思をまず対象とし、その認定の枠内で、つまり明らかに認定しうる意思を対象とし、その限界が明らかでない範囲で個別的推定自治を認めるという点に留めるべきであろうと思う<sup>(36)</sup>。けだし、全くの客観的連結は明らかに法例7条1項、2項の文言を超えるし、またなんら客観的連結について手当のされていない我が法例の立場としては<sup>(37)</sup>、当事者自治の根拠を満たさない解釈は採るべきではないからである。7条の当事者自治はそもそも客観的連結が困難であることからそれを放棄し、密接関連法を客観的には確定しないという立場であり、実際の根拠から見ても裁判によって初めて準拠法が決定されるのであれば、当事者の予見可能性は失われ、準拠法決定の方法に統一性がなければ法的安定性も失われる<sup>(38)</sup>、また裁判所の準拠法決定の手間を省くという趣旨も全く満たされないであろう。これが、また積極的に当事者の意思の自由を尊重するということにもなる。従って法例7条1項の解釈に当たっては、まず明示の指定、それが無いときには黙示の指定によるが、その際には当事者の意思を契約をめぐる諸般の事情から推認することになる。つまり、当事者の期待を損なわず、かつ準拠法決定の手間を省く方向での推定は解釈上許されるものとする。法例7条2項が一般的意図推定の規定であるならば、その意図の推定を覆す反証としての当事者意思の証明が必要であろう<sup>(39)</sup>。その際には、当該契約をめぐる諸事情を総合的に判断して、当事者の意思を明らかにして準拠法を決定するべきであるが、その契約とある法域とを結びつける当事者意思の解明にとって何が重要であるかという立場から契約の性質をも十分に考慮しなければならないのは当然である。即ち、単に量的な連結事実の集合ではなく、質的に当事者の意思を認定し、少なくとも当事者にとって不意打ちとなる事態は避けるべきものとする。これは、近時の契約の補充的解釈論からも是認できるのではなからうか。

連結点としての当事者意思の認定について弁論主義によるべきか否かについては、異論もあるが(私見によれば契約については基本的には弁論主義が働くものと考えたい)、7条の当事者自治の規定の趣旨からは、1項により客観的連結を行うことは許されないであろう。これは形式的のみならず、実質的にも当事者の予見可能性を害し(契約準拠法が争われる場合には、両当事者の準拠法に有する利害

関係は相反するのが通常で、一方の利益は他方の不利益になることが多いのが現実である)、裁判所の準拠法決定の容易さも損なわれる。つまり、契約をめぐる諸事情のうち、何を重視すべきかが必ずしも明らかではなく、ともすれば恣意的認定を許すことになろう。かくて、黙示の意思が認められるのは、明治時代の解釈のように、諸般の事情から明らかな場合に限られると云うべきであろう(ローマ条約参照)。その際、2項による行為地法が、当事者の意思に関する反証により、準拠法として推定されない場合が認められ、その場合には、条理により、客観的連結するほかあるまい。ロカリゼーションのように当事者意思を示す事情も1つの材料となるというべきか。

しかし、最近においてはこの点を更に一步進めて、2項の行為地法の推定規定の不当性から、むしろ黙示の意思の探求として、客観的連結を行う、言い換えれば、当事者意思というのは単なる法構成的な方便に過ぎない準拠法決定を行おうとする立場が有力である。言い換えれば、2項をまず客観的連結の規定として把え、そのうえでこれを死文化し、1項により客観的連結、つまりその契約と最も密接な関連性を有する地の法を探求するというのである。しかし、その解釈論としての不当性は明らかであろう。

### 3 判例の動向

(1) 契約の準拠法に関する総合的な判例分析には既に優れた業績があるので<sup>(40)</sup>、その前提の上に、本稿の目的のために必要とされる限られた問題点について、検討を試みる<sup>(41)</sup>。全体をみると、一般に7条1項による明示の指定は少なく、7条2項の行為地法による裁判例が多数を占める点が目に付く。そこで、これらを順次検討する。

まず、7条1項について、裁判例は、学説の流れ、あるいは旧法例以来の立法の経緯に従って、明示の指定の外に、黙示のそれをも認めるのが主流である。もちろん、明示の合意がないときに直ちに7条2項により行為地法を準拠法とする傾向があるという学説による批判があるように、7条2項による裁判例が最も多数を占める。古くは、判例上、当事者意思の認定は事実問題とされ、当事者が意思に当たる事実を主張立証しない限り、意思不存在として、7条2項

によるというものとされていた<sup>(42)</sup>。ただし、事実問題とする場合にはそもそも7条1項も問題とならないのであろう<sup>(43)</sup>。これは連結点に当たる事実を弁論主義に委ねるべきか否かという問題、ひいては民法上も争いのあるいわゆる補充的解釈論にも連なる問題であり、ここでは立ち入らないが、そのときには、少なくとも意思の存在、即ち現実の意思が問題とされていたといえる<sup>(44)</sup>。連結点一般の証明問題としてこの判例を捉えるのであれば、明示の意思の認定される例が極めて少ないとされる所以の一部もこれに基づくものとも考えられる。また、当初の裁判例は、当事者間に準拠法について争いがある場合に、例えば日本人間で外国で締結された契約について、行為地法ではなく日本法を準拠法としているものがある<sup>(45)</sup>。

(2) 戦後の裁判例は、かつてのように事実問題か否かで準拠法を7条2項によらしめるのではなく、主張される事実を基礎として7条1項により準拠法を認定するもの、特に黙示の意思を重視して、当事者間に準拠法について争いがない場合にも、主張された事実に基づき、7条1項により準拠法を認定するものが増えてきた。もっとも、依然として当事者間に準拠法についての争いがない場合には、渉外的契約についてもまったく準拠法について判断することなく、当然に日本法によるものが相当数に上っている。

まず、7条1項については、明示の意思が認定されるケースが少ないとされるが<sup>(46)</sup>、これには2つのことが考えられる。①そもそも当事者が当事者自治原則の存在を知らないことにより、契約時に明示の指定をしないことである。しかし、確かに一般的には通常人が準拠法の指定の可能性に無知であることが多いとはいえようが<sup>(47)</sup>、業界により準拠法を指定する慣習が認められるものも存在し<sup>(48)</sup>、また現実には明示の指定があることにより訴訟として顕現しない可能性も捨てきれない。明示の意思が認定された裁判例に付いてみれば、明らかな準拠法条項がある場合になお当事者がそれを争うケースは少なく<sup>(49)</sup>、準拠法にふれる条項はあるがその趣旨が必ずしも明らかでないケースで、裁判所が準拠法の合意を認定するものが散見される<sup>(50)</sup>。さらに、訴訟に至っても当事者間に準拠法について争いがなければ（裁判所が準拠法について事案の渉外性を全く考慮しな

い場合を除いても) 事後の当事者による準拠法合意も可能であり, 事実そのような事例も明示の指定のケースとして分類されるもののみならず, 黙示の合意とされるもの, 7条2項によるとされるものの中にも少なからず認められている。するとこれは明示の指定とされる裁判例も含めて, まず当事者が準拠法について争っているか否かが, 訴訟における準拠法決定については重要であることになろう。そして, いわゆる黙示の指定とされるケースの大半は当事者が準拠法を争っている事例である<sup>(51)</sup>。つまり当事者の一方にとって何らかの理由で有利と見られる法を相手方当事者が嫌って, それとは異なる法を準拠法として主張するケースである。黙示の指定とされるケースは基本的にはこのような場合に当たるものと考えられる<sup>(52)</sup>。

(3) 黙示の意思とされる方法にも相当に運用上のばらつきがあり, 学説のように諸事情から見て意思を認定するという方法を採用のものが増加してきている。ただ, この立場によっても, (i) いわゆる現実の意思の認定に止まるもの, (ii) 意思を推定するもの(7条2項の推定ではなく), (iii) 客観的連結に近づくものなどに分かれる。最近の学説上は, (ii) ないし (iii) の方法が有力となっているが, 裁判例においては表現上は圧倒的に (iii) が増えつつある。

では, その場合の黙示の指定の推定の方法は如何なるものであろうか。さすがに当事者が準拠法を争っている場合には諸事情を考慮して, 慎重に認定する。従って当事者間に明示の合意はないが, 準拠法について積極的な主張, あるいは争いがない場合には, 裁判所は認定事実から準拠法の推定を行うのが通常であるので, この場合に現実意思の証拠による認定か, 事実上の推定かの区別をしなければ, この場合を以てすべて「黙示の意思」の認定の典型と捉え, 現実意思の認定よりも推定意思の認定が行われ, 7条2項を死文化する準拠法認定の傾向があると解するのは誤りであろう。当事者間に準拠法について積極的な争いがあるときに, 現実の意思の認定があるのであれば, むしろこれが黙示の意思の認定の主たる方法であると解すべきである。黙示の意思を認定した戦後の裁判例の主たるものを継起的に以下に挙げる<sup>(53)</sup>。

① 大阪高判昭和 37 年 10 月 18 日下民集 13 卷 10 号 2094 頁（準拠法につき争いあり）は、インドネシアでインドネシア法に従い結成された組合の組合員たるインド系英国人が、日本においてインド銀行日本支店との間に組合名義で締結した当座取引契約について、多くの事実を挙げながら少なくとも英法系の契約法理によったということを認定する。

② 大阪高判昭和 44 年 8 月 5 日高民集 22 卷 4 号 543 頁（準拠法につき争いはない）は、同組合の組合員が日本の会社から日本所在のビルの一室を賃借し、敷金を寄託した事案につき、事案の性質上賃貸借および寄託契約について日本法による意思は明白であるとした（法例 7 条とのみあげるので 2 項によるとも考えられる）。

③ 東京地決昭和 40 年 4 月 26 日労民集 16 卷 2 号 308 頁（準拠法につき争いあり）は、カリフォルニア州で同州法人と米国人間に締結された日本の航空会社に派遣される雇用契約について、米国の法の雇用条件によるために被用者が米国内に本籍をおくべき拘束的条件があることなどから、カリフォルニア州法を準拠法とし、

④ 東京地判昭和 42 年 8 月 9 日労民集 18 卷 4 号 872 頁及び、

⑤ 東京地判昭和 44 年 5 月 14 日下民集 20 卷 5・6 号 342 頁（準拠法につき争いあり）は、ニューヨーク州で締結された、ニュージャージー州法人と米国人間の英文による雇用契約を、被用者のゼネラル・マネージャーという地位、諸手当がドル表示であったこと、その一部がニューヨークで支払われることになっていたことなどから、アメリカ連邦法およびニューヨーク州法を準拠法とした。また、その使用者から日本所在の家屋を無償で借り受ける契約については、契約締結地及び目的物所在地が日本であることから日本法を準拠法とした。

⑥ 山口地柳井支判昭和 42 年 6 月 26 日下民集 18 卷 5・6 号 711 頁（準拠法につき争いあり）は、米国会社間のアメリカ及びサウジアラビアで締結された航海用燃料売買契約について、同一国会社間の取引で、英文契約書、米ドルの支払約束から、米国法を準拠法と認定、

⑦ 東京地判平成 3 年 8 月 27 日判時 1425 号 100 頁（準拠法につき争いあり）は、英国会社と日本会社間の美術品の売買契約について、「売主が英国の美術商

であり、売買価格もポンド建てで、目的物の引渡しも英国で行われ、英国との関連性が他国よりも密接であるほか、当事者が英国法の適用を前提とする供述をしていること…(略)…から、エスケナジ社、被告とも、英国法を準拠法とする意思を有していたものと推認され、これに反する証拠はない。したがって、本件契約に基づく被告の責任は、英国法を準拠法として判断すべきである」とした。

⑧ 東京地判昭和44年3月4日判タ235号236頁は、ハワイ居住者を貸主X、日本居住者を借主Yとする消費貸借契約について、準拠法について争いがあったか不明であるが、「本件消費貸借契約をなすにつき、当事者間において準拠法の指定について明示の意思が表示されていたことを認めるに足りる証拠はない。しかし、明示の指定がなくても契約締結の動機、契約の性質内容その他諸般の事情から準拠法の指定についての当事者の黙示意思が推定されるならばそれによるべきである。(証拠略)によれば、Yは本件消費貸借契約当時日本に住所を有し、日本において事業を行うため借り受けたものであること、原告Xは右事業資金として東京において邦貨で貸付けたこと、Aも右事業資金として東京において邦貨で金107万5,350円を貸付けることを約束しており、たまたまYがハワイに赴いたので米貨に換算してドルで貸付金を交付したものであるが、東京においてその返済を受けることを承諾しており、YはAの指定により利息を日本在住の邦人に邦貨で支払っていることなどの事実が認められる。これらの事実によると、本件消費貸借の当事者間に日本法によるべき黙示の意思を推定できる。もつとも前記…(略)…によると、Y、A間の契約においては英文で契約等を作成していること、本件消費貸借の各貸主はいずれもハワイに居住している者であることが認められるけれども、前認定の事情の存する本件においては必ずしも以上の認定の妨げとなるものでなく、他に右認定を動かすに足りる証拠はない。」としている。

⑨ 東京地判昭和45年4月8日判タ253号279頁(準拠法につき争いなし)は、戦前中国にあった日本の行政機関が、中国人から融資を受けた事案について、契約当事者の一方が国の機関であるときは特段の事情がない限り日本法を準拠法とする意思であったと認定したものである。

⑩ 秋田地決昭和46年1月23日下民集22巻1・2号52頁においては、各種油の「売買契約の成立及び効力については、その準拠法指定に関する当事者の意思が必ずしも明らかでないけれども、海事に関する法律行為については原則として当該船舶の旗国法による意思であると推定するのが相当である。」

⑪ 最判昭和53年4月20日民集32巻3号616頁(準拠法について争いがある)では、「日本在住華僑とタイ銀行日本支店の間の定期預金契約について、「円」を対象とし、日本国内の一般の銀行取引と同様な附合契約であることから、銀行の営業所所在地法等によって黙示の意思を認定する。すなわち、「当事者の明示の意思表示を認めることはできないが、Y東京支店は、当時日本に居住していた華僑のAと円を対象とする本件定期預金契約をし、同預金契約は、Y東京支店が日本国内において行う一般の銀行取引と同様、定型的画一的に行われる附合契約の性質を性質を有するものであるというのであり、この事実に加えて、外国銀行がわが国内に支店等を設けて営業を営む場合に主務大臣の免許を受けるべきこと、免許を受けた営業所は銀行とみなされること(銀行法32条)等を参酌すると、当事者は本件定期預金契約上の債権に関する準拠法としてY東京支店の所在地法である日本法を黙示的に指定したものと解するべきである。」(1審：東京地判昭和47年4月15日下民集23巻1-4号180頁、控訴審：東京高判昭和49年12月19日下民集25巻9-12号1042頁)

⑫ 京都地判昭和55年6月13日判時984号102頁：日本の旅行周旋業者と韓国の観光旅行者間の韓国における「訴の取り下げ契約は、和解の成立及び和解金の支払を確認し、これを動機として締結された単純な訴取り下げ契約と解すべきところ、その準拠法について明示の定めはない。前記のように行為地は韓国であるが、法律行為の成立及び効力に関する準拠法を定めるについては、当事者の明示の意思表示がない場合においても直ちに行為地法がその準拠法となるものと解すべきではなく、契約締結の動機、契約の性質・内容その他諸般の事情から当事者の黙示の意思が推定されるときには、これによって準拠法を定めるべきものと解するのを相当とするところ、右訴取り下げ契約は、その義務の履行地である日本国において訴取り下げの訴訟法上の効果を生ぜしめることを目的とするものであるから、当事者は、日本法を右契約の準拠法とする意

思であったと推認するに難くない。」

⑬ 東京高判昭和57年7月19日労民集33巻4号763頁は、米国会社の日本の営業所における日本人の雇用契約について、商法479条による営業所、登記があることから日本法を準拠法とし、

⑭ 東京地決昭和63年12月5日労民集39巻6号658頁(準拠法について争いあり)は、英国における英国法人と英国人の雇用契約につき、東京事務所の代表者であり労務提供地のみが予定されていたこと、被用者が偶々所用でロンドン訪問中の契約であったことから、日本法を準拠法と推認した。

⑮ 東京高判平成2年9月26日無体例集22巻3号613頁は、米国法人から日本人に対する特許権の専用実施権設定契約につき「本件契約は日本における特許の実施についての契約であり、基本契約も付随契約もその契約書は日本語で記載されており、基本契約は東京で締結されたものであることからすれば、本件契約の準拠法は日本法とすることに当事者の黙示の合意があったものと認められる」。

⑯ 東京地判平成3年8月27日判時1425号100頁：ニューヨークにおいて締結された売買契約について、法例7条により、「売主が英国の美術商であり、売買価格もポンド建てで、目的物の引渡しも英国で行われ、英国との関連性が他国よりも密接であるほか、当事者が英国法の適用を前提とする供述をしていること…(略)…から、エスケナジ社、被告とも、英国法を準拠法とする意思を有していたものと推認され、これに反する証拠はない。したがって、本件契約に基づく被告の責任は、英国法を準拠法として判断すべきである」。

⑰ 東京地判平成5年1月29日訟務月報39巻11号2215頁(準拠法につき争いあり)：「ジャンケット」契約の準拠法は、「いずれも当事者の明示の指定のなかったことは当事者間に争いが無いのであるから、法例七条一項の規定の趣旨に従い、当該契約の内容及び性質、契約の当事者、契約の目的物、契約の締結地、債務の履行地等の具体的事情を総合考慮して、当事者の意思に最もよく適合すると考えられる法をその準拠法として選定すべきところである。」ネヴァダ州法上賭博は詳細な規定により公認され、1983年法により賭博債務の訴求、強制執行も可能とされており、ジャンケットも厳重な管理のもと公認されてい



ること、「被告の主張するように訴外甲野との間において具体的な債権、債務の内容を定めた包括的な賭博ツアー契約ともいべき契約を日本国内において締結したり、予め日本国内において賭金の貸付予約をしていたというものではなかったことなどの各事実が認められるのであって、これらの事実を照らすと、原告及び日本人客は、賭金債務の発生原因たる契約関係については、その要件及び効果については専ら右のようなネヴァダ州賭博委員会及び賭博管理局の規則の定めるところに準拠し、その規制に服する意思であったものと推定するのが相当であって、原告と日本人客との間のジャンケットに関する契約についての準拠法は、ネヴァダ州法であるものとするのが当事者の意思に最もよく適合するものというべきである」。

⑮ 東京地判平成5年3月25日判時1472号88頁(⑮⑳参照)

⑯ 東京高判平成6年5月30日判時1499号68頁(⑮⑳参照)

⑰ 大阪地判平成7年5月23日判時1554号91頁：カリフォルニア州学校法人日本校における教育等の「債務不履行については法例7条1項により、いずれも日本法によることになる。」準拠法につき争いなし。

⑱ 東京地判平成7年10月27日判時1572号96頁：「本件紛争条項が原被告間の業務委託契約(国務省在外建物整備に関する一般約款)の一部として引用されるFARの条項の中に含まれていること、本件紛争条項が『本契約はCDAに従う。法に定める場合を除き、本契約の下で又は本契約に関連して生じたすべての紛争は、本条項により解決されなければならない』と規定していることは、当事者間に争いが無い。

本件紛争条項は、一定の範囲の紛争をCDAの手続による解決にゆだねる当事者間の合意であるから、その適用範囲を定める準拠法は当事者の意思によって定まる(法例7条1項)と解されるところ、本件の場合、その準拠法をアメリカ合衆国において適用される法及アメリカ合衆国の判例とすることにつき当事者間に合意があることは、弁論の全趣旨により明らかである。」

⑳ 最判平成9年9月4日民集51巻8号3657頁(⑳㉑の上告審判決)：日本会社とアメリカ会社間の「仲裁契約の成立及び効力については、法例7条1項により、第一次的には当事者の意思に従ってその準拠法が定められるべきものと

解するのが相当である。そして、仲裁契約中で右準拠法について明示の合意がされていない場合であっても、仲裁地に関する合意の有無やその内容、主たる契約の内容その他諸般の事情に照らし、当事者による黙示の準拠法の合意があると認められるときには、これによるべきである。」「前記事実関係によれば、本件仲裁契約においては、仲裁契約の準拠法についての明示の合意はないけれども、『リングリング社の申し立てるすべての仲裁手続は東京で行われ、原告人の申し立てるすべての仲裁手続はニューヨーク市で行われる。』旨の仲裁地についての合意がされていることなどからすれば、原告人が申し立てる仲裁に関しては、その仲裁地であるニューヨーク市において適用される法律をもって仲裁契約の準拠法とする旨の黙示の合意がされたものと認めるのが相当である。」

㊤ 東京地判平成9年10月1日判タ979号144頁：ドイツの航空会社と日本人スチュワーデス間の雇用契約の準拠法については争いがあり、「法例7条の規定に従いこれを定めるべきであるが、当事者間に明示の合意がない場合においても、当事者自治の原則を定めた同条1項に則り、契約の内容等具体的事情を総合的に考慮して当事者の黙示の意思を推定すべきである」。争いのない事実と「弁論の全趣旨によれば、本件各雇用契約においては、被告と各原告らとの間で、原告らの権利義務については、社団法人ハンブルグ労働法協会（AVH）とドイツ被用者労働組合（DAG）及び公共サービス輸送交通労働組合（OTV）との間で締結された被告の乗務員に関する労働協約に依頼することが合意されていること、右労働協約により、原告ら被告の乗務員の勤務時間、乗務時間、飛行時間、休憩時間、休日、給与の支給項目、手当、休暇、定年などの基本的な労働条件全般が定められ、また、右労働協約に基づく賃金協約により、給与の支給に関する乗務員の分類・等級、昇給等も定められていること、右労働協約は、労働協約自治の原則を定めるドイツ労働法に独特の規定に基づくものであり、その内容もドイツの労働法等の法規範に基づいていること、右労働協約の適用を受ける労働条件の交渉は、労働協約により援用されているドイツ経営組織法の規定に基づき、フランクフルト本社の従業員代表を通じてなされていること、本件の付加手当等の右労働協約の適用を受けない個別な労働条件についても、原告らはフランクフルト本社の客室乗務員人事部と交渉してきたこと、

原告らに対する具体的労務管理及び指揮命令は右客室乗務員人事部が行っており、フライトスケジュールの作成はミュンヘンの乗務員配置計画部門で行い、東京営業所はこれらの伝達等をするにとどまり、原告らに対する労務管理や指揮命令を行っていないこと、原告らの給与は雇用契約上ドイツマルクで合意され、ハンブルグにある被告の給与算定部でドイツマルクにより算定され、これにドイツの健康保険料及び年金保険料の各使用者負担分が付加されて支給総額が算定され、この中からドイツの所得税、年金保険料、衣服費を控除した後、残額がドイツマルクで東京営業所に一括して送金され、東京営業所において国外所得として所得税、住民税及び社会保険料が控除された後、手取額が日本円で原告らに送金されていること、原告らに対する募集及び面接試験は日本で行われたが、フランクフルト本社客室乗務員人事部が東京ベースのエアホステスの募集を決定し、同人事部の担当者が来日して面接試験を行い、採用決定をしたもので、東京営業所のクルーコーディネーターは同人事部が提示した募集条件を充たす者を書類選考するなど補助的に関与したにすぎないこと、原告X<sub>1</sub>及び原告X<sub>2</sub>はドイツにおいて雇用契約書に署名しており、原告X<sub>3</sub>は日本において雇用契約書に署名しているが、署名した雇用契約書は東京営業所を通じて被告のフランクフルト本社客室乗務員人事部に返送しており、原告らの雇用契約はいずれも被告のフランクフルト本社との間で締結されていることが認められる。

右に認定した諸事実を総合すれば、本件各雇用契約を締結した際、被告と各原告との間に本件各雇用契約の準拠法はドイツ法であるとの黙示の合意が成立していたものと推定することができる」。

② 東京地判平成10年3月30日判時1658号117頁：フランスのホテルチェーンの株式売買について「原告がフランス国籍、被告らが日本国籍を有する当事者間の売買契約、連帯保証契約」等が争われているが、「前期事実経過等(証拠略)によると、① 本件売買契約の当事者である原告はフランス国籍、被告東アジアが日本国籍を有するが、フランス国内で契約が締結されていること、② 本件売買契約の対象となった本件ホテルはフランス国内に存在し、かつ、フランス法を準拠法として設立されたものであること、③ 本件売買契約の作成

はフランス国内において原告の代理人であるフランス人ブエイソンによって起案されていること、④ 代金もフランスで決定されていること、⑤ フランス大蔵省の許可を取引の条件としていること、⑥ フランス国内においては、英米法のエスクロウ・エイジェントに相当する受寄者にuarantee depositを預託する制度が利用されているところ、本件売買契約も同制度をりようすることになっていたこと等に照らすと、原告と被告東アジアとの間では、フランス法を準拠法とする黙示の意思があった者と認めるのが相当である（法例7条1項）。]

以上をみると、①、③、④、⑥、⑦、⑧、⑭、⑮、⑯、㉑、㉒、㉓は、認定事実を基礎に当事者の現実の意思を探求しているように思われ、②、⑤、⑬は定型的な判断を優先させ、⑦、⑨、⑪、⑫、⑰は中間的な判断となっているといえよう（㉔、㉕はむしろ明示の合意とも見える）。もっとも、第2の類型については、その意思の認定自体が正当であったか問題であり、むしろ黙示の意思を認定するより端的に行為地法による方が正当であると主張されるケースもある（例えば① [奥田・前掲 722-723 頁参照]、③、④ [奥田・前掲 731 頁]）。また、黙示の意思表示の例とされるケースにおいても、行為地法と準拠法が一致するものはかなりにのぼり（②、③、④、⑤、⑧、⑪、⑬、⑮、⑰）、行為地法が不適當であるから7条2項による行為地法を避け、黙示の意思表示によったものではないことが分かる。すると現実の意思の認定を「黙示の意思」という構成により探求するのでなければ、7条2項を避け、「黙示の意思」として構成する必要性は薄いといえるであろう。つまり、行為地法が準拠法として不適當であるので、7条1項によらしめ、黙示の意思としてその他の準拠法を模索する必要性が高い場合にのみ「黙示の意思」という構成によるメリットがあり、これが解釈論上認められるべきかが問題となる。

(4) 契約準拠法に関する裁判例の中で最も多数を占めるのが、7条2項を援用して行為地法を準拠法とするケースであるが<sup>(64)</sup>、戦後は減少していることが分かる<sup>(65)</sup>。また、分野により異なっている<sup>(66)</sup>。そもそもこの行為地法が準拠法として不適當であるのが問題であり、その判例分析が必要であるが、戦後の

裁判例についてその概略を見てみよう<sup>(57)</sup>。結論から言えば、結果的には行為地法が妥当でなかったという事例はそれほど多くないとされる<sup>(58)</sup>。主な裁判例を次に掲げる。

① 東京地判昭和30年12月23日下民集6巻12号2679頁：連合軍の占領中、中華民国中日代表部が中華民国人経営の会社等に対して行った消費貸借契約の成立・効力を日本法によったと見られる事例—奥田は7IIで適当という。準拠法の争いは不明。

② 東京地判昭和31年2月25日下民集7巻2号2679頁（準拠法の争いなし）：ドイツでドイツ会社と日本会社が代理店契約を結ぶ。7条2項

③ 東京地判昭和31年10月15日下民集7巻10号2906頁：日本において外国会社間で締結された信用保険契約について、日本法で判断したとみられる事例。

④ 東京高判昭和32年7月18日下民集8巻7号1282頁：中華民国代表団による借款（①の控訴審判決）。

⑤ 東京地判昭和32年7月31日下民集8巻7号1336頁日本において日本会社間で締結されたアメリカにある物品を目的とするCIF売買契約について、日本法によって判断したとみられる事例（準拠法を争っていない）。

⑥ 東京地判昭和33年1月13日判タ87号115頁(14)(17)参照：準拠法につき当事者間に合意なく、「当時どの国の法律に依るかなどについては考えていなかったことが認められる。このような場合前記契約類型が米国法上独特のものであって、日本法にその類型をみないものであるというような事情の見あたらぬ本件にあっては、当事者双方が日本に居住し、日本国内に法律事務所を設けて共同事業を行う旨を、日本国内で契約した事実を考慮すると双方が米国人（この点弁論の全趣旨にてらし争なし）であるというだけで米国法による意思であったと推定するわけにはいかないから、結局当事者の意思が分明でないものとして行為地法たる日本法により規律されるべきである。」

⑦ 東京地判昭和34年3月26日下民集10巻3号594頁：日本で日本会社間のアメリカ所在の物品を売買する契約について日本法によったと見られる事例、

⑤ 参照。

⑧ 東京地判昭和34年6月11日下民集10巻6号1204頁：準拠法につき争いあり カリフォルニアでの米人間の雇用契約「契約の準拠法が日本の実体法であるとする当事者の合意を認めるべきなんらの証拠はなく、その行為地はむしろアメリカ合衆国カルフォルニア州であること前記のとおりであるから同州の法律によるべき場合といい得るのであって（法例7条参照）、……。」

⑨ 東京地判昭和34年6月23日下民集10巻6号1329頁：準拠法の主張あり。ただし、準拠法（米法）の根拠不明。

⑩ 東京地判昭和34年12月24日下民集10巻12号2701頁：日本において米社と日本会社との間に結ばれた売買契約につき日本法によったとみられる事例。根拠ふれず。

⑪ 東京高判昭和35年4月9日下民集11巻4号765頁（⑩を見よ）：東京で結ばれた外国会社間の信用保険契約。当事者間に日本法によることの争いが無い。

⑫ 大阪地判昭和35年4月12日下民集11巻4号817頁スペイン人と日本人間に上海共同租界で締結された委託販売契約は、準拠法につき争いあり（原告は日本法による暗黙の合意あったというが、被告は否認）。「原被告の態度により、準拠法指定に関する当事者の黙示的意思の存在を推定することは出来ないものと言わねばならない。そこで右法律関係については、同条第2項により、当事者の意思が分明でない場合として、行為地法に依るべきものであるが、原告は、本件取引がなされた上海共同租界の行為地法が日本法であると主張し、被告が争うので判断する。」「特定法律関係について適用さるべき準拠法が、如何なる国の法律であるかは、訴訟上原告の主張立証すべき事項である」ので、日本法の適用を前提とする原告主張は失当。

⑬ 東京地判昭和35年8月9日下民集11巻8号1647頁：ケニア法上のパートナーシップと外国人間の東京で締結された動産売買契約「は東京において締結されたものであり、特別の事情について何等の主張立証がないのであるから、行為地法たる日本法の適用をうけるものとしなければならない。」

⑭ 東京高判昭和36年4月5日判時315号23頁（⑥⑭参照）

⑮ 東京地判昭和 36 年 4 月 21 日下民集 12 卷 4 号 820 頁：日本において日本会社とアメリカ会社間で結ばれた売買契約について行為地法たる日本法により、保証状の契約について、日本にある営業所の行為であり、7 条 2 項により行為地法たる日本法によるが、この点当事者間に争いが無い。

⑯ 大阪地判昭和 36 年 6 月 30 日下民集 12 卷 6 号 1552 頁：日本においてリベリア法人と日本会社間で締結された備船契約の効力は、「準拠法についての契約当事者の意思に分明でないから、法例 7 条 2 項により行為地法たる日本法を適用」

⑰ 最判昭和 37 年 10 月 9 日判時 315 号 20 頁 (⑥⑭の上告審判決)：日本における外国人間の東京共同法律事務所開設契約について日本法によって判断されたとみられる事例 (鳥居・前掲 79-80 頁参照)

⑱ 大阪地判昭和 37 年 11 月 16 日判時 339 号 36 頁：日本会社とフィリピンの組合との日本商品の輸出「売買契約は日本国内で締結されたことは当事者間に争がないところ、原告において右契約の効力につき日本、フィリッピン何れの法令に依るべきかの点について別段の定めをしたとの主張立証がないから、本件契約の効力は法例 7 条 2 項により行為地法である日本法により決められることになる」。

⑲ 最判昭和 39 年 10 月 15 日民集 18 卷 8 号 1637 頁 (⑩をみよ)

⑳ 東京地判昭和 40 年 4 月 26 日下民集 16 卷 4 号 739 頁：アメリカ人と外国保険会社と日本における責任保険契約について、日本法によるとみられる事例。

㉑ 東京地判昭和 40 年 7 月 11 日判タ 210 号 206 頁：韓国人と韓国銀行日本支店との間の無記名定期預金契約について、その成立・効力は 7 条によるが、成立にあたっての「当事者の意思は明らかでなく、また当事者が共に韓国人であるという事実のみでは黙示意思により韓国法を準拠法とする旨の指定があったとみることはできないから、行為地法である日本法が準拠法である。」

㉒ 東京地判昭和 42 年 10 月 17 日下民集 18 卷 9・10 号 1002 頁香港会社とデンマーク会社との間の物品運送契約についての準拠法について争いはあるが、「当事者が本件海上物品運送契約の効力について、いずれの国の法律による意思であるか不明ではないが、右契約は香港で締結され、その船荷証券も同地

で発行されているので、右契約の効力については、香港法が準拠法になるものと解される。」

㊸ 東京高判昭和43年6月23日高民集21巻4号353頁：東京において外国人相互間に締結された契約については、「前記認定の事実ならびに本件弁論の全趣旨によると、本件売買契約は東京において外国人相互間に成立したものであることあきらかであるから、その準拠法について考えるに、本件においては当事者のいずれかの国の法律によるべきかについてこれを推測すべき特別事情につきなんらの主張も立証もないから、法例第7条第2項により行為地たる日本法を適用すべきものとする。」

㊹ 大阪高判昭和44年8月5日高民集22巻4号543頁：インドネシアにおいて英国人とインド人の間で締結された組合契約は「準拠法を指定することなく訴外組合を結成する契約を締結したが、みぎ組合がどこの国の法律に基づくものであるかの点については両名ともに特に意識していなかった」が、法例7条により「訴外組合を結成した組合契約がいずれの国の法律によるものであるかについては、前認定のように、当事者の意思が明らかでないので、組合契約の締結地であるインドネシア共和国の法律によつて契約されたものと解すべきである」。

㊺ 徳島地判昭和44年12月16日判タ254号209頁：日本会社とニューヨーク州弁護士とのニューヨークで締結された委任契約については、準拠法の争いがあるが、「弁護士の報酬請求権(立替金を含め)の原因たる契約の成立及び効力に関する準拠法について当事者間に格別の合意があつたと認めるに足りないから、法例7条2項により行為地たるアメリカ合衆国ニューヨーク州法による」。

㊻ 札幌地判49年3月29日判時750号86頁：日本法人とカリフォルニア州法人間の金時豆の売買契約の準拠法「については、当事者間に明示、黙示の約定がないことは弁論の全趣旨によって明らかであり、しかも請求原因(一)記載の本件基本契約および同(二)記載の本件追加契約についていずれも《証拠略》によれば被告が札幌から電報により申込の通知を発していることが認められるのであって、法例7条1,2項により、本件売買契約の成立および効力については日本法が準拠法となると解される。



原告と被告M銀行間の本件保証契約の成立および効力に関する準拠法についても、当事者間に明示の約定がないことは弁論の全趣旨によって明らかであり、通常は主たる債務の準拠法にしたがうとすることが当事者の意思を解釈するに際して相当とするところ、本件当事者間に右解釈を妨げる他の特別の事情もなく、前項で述べたように主たる債務の準拠法が日本法であるので、本件保証契約の準拠法もまた日本法であると解される」。

㉗ 東京地判昭和50年2月28日判時772号95頁：日本人とフランス会社日本支店の日本における雇用契約について「外国人スチュワードスは、採用地を日本人の場合は東京、ドイツ人の場合はフランクフルト、ブラジル人の場合はリオ・デ・ジャネイロ、配属先を右各採用地所在の海外支社とする海外ベースで現地採用され、被告との雇用契約関係については、採用地所在国法の適用を受けていた(採用地が右のとおりであれば、特約のない限り雇用契約の準拠法は採用地所在国法となるからである。)。また、被告には採用地所在国法に準拠した各外国人スチュワードスを対象とする就業規則が各配属先海外支社ごとに置かれていたので、外国人スチュワードスにはこの就業規則が適用されていたが、この就業規則は、その相互間においても、フランス人客室乗務員に適用されていたそれとの間においても、その内容を異にするものであった」。むしろ、7条1項の事例である。

㉘ 東京地判昭和52年4月18日判時850号3頁(㉞参照)：日本会社と日本所在の銀行との間で締結されたエジプト会社を受益者とする取消不能信用状の準拠法について争いがあるが「この債権法関係については当事者自治の原則の適用があるので、原告会社主張の黙示的準拠法指定の有無について考えてみる。前認定の事実及び弁論の全趣旨によると、発行銀行である被告銀行の本店所在地及び本件各信用状の発行地は東京都であるが、信用状債務の履行地は被告銀行が本件各信用状においてアラブエジプト共和国アレクサンドリア所在のエジプト銀行に対し支払を委託する旨授權したのであるから、アレクサンドリアであると認められるところ、信用状は主として銀行取引において慣行的に生成発達してきた売買代金の支払を確実に迅速ならしめることを目的とする制度であり、かつ発行銀行が買主に代って売買代金の支払をするものであるから発行銀行が

信用状取引において主導的地位にあることは否定できない。従って、当事者間に明示の準拠法の指定がない場合においても、特段の事情がない限り、当事者としては、発行銀行の本店所在地法を準拠法として指定する意思であったと一応推測し得ないではない。しかし、この点については、信用状債務の履行地もまた信用状取引において重要性を有するものであり、本件のように発行銀行の所在地と信用状債務の履行地が異なる場合については、当事者は発行銀行の所在地法（発行地法）を指定する意思であったとも推測しえる反面、履行地法を指定する意思であったとも推測しえないではないから、結局このような場合には黙示的準拠法指定は認められないとする見解もある。しかし、仮りにそのように解するにしても、信用状取引における発行銀行の受益者に対する債務の法律構成をどのように解するにせよ、右債務が法律行為によって生ずるものであることは否定できないから、本件においては当事者の意思が分明ならざるものとして法例第7条第2項及び第9条第1項により行為地法たる日本法が準拠法になると解される」。

㉑ 東京地判昭和55年3月25日判時974号102頁：昭和19年に台湾で発効された国債については日本法による。根拠挙げず。

㉒ 東京地判昭和55年9月29日判時999号113頁：日本会社（売主）と米国会社（買主）間の売買契約の準拠法は、法例7条によるが、「当事者により準拠法が指定されたことを認めるに足りる証拠はなく、《証拠略》によれば、本件売買契約は東京において締結されたことが認められ、これに反する証拠はないので、本件売買契約の成立及び効力については、行為地法たる日本法が適用されることになる」。

㉓ 東京地判昭和55年10月31日判時984号47頁：戦時中台湾で発行された債券の準拠法は、日本法である。根拠挙げず。

㉔ 東京高判昭和57年7月19日労民集33巻4号673頁：アメリカ航空会社と日本人の雇用契約について、準拠法について争いはなかったが、「賃金債権は雇傭契約より生ずるものであるから、その成立及び効力については、法例第7条第1項により、当事者の意思に従い日、米いずれの法律によるべきかを定むべきところ、被控訴人は商法第479条に則り、日本における代表者及び営業所

を定め、その登記をなしている（この点は記録によつて認められる。）のであるから、日本国内において日本人を雇傭する場合においては日本法による意思があつたものと推認せられる。よつて主たる請求については日本法に基づいて判断したものである。仮りに右推認が誤りであるとしても、他に当事者の意思を明かにする資料はないから、同条第2項により同様の結果となる。休業手当債権は、日本における強行的私法たる労働基準法第26条による権利であつて、もともとアメリカ法を適用すべき余地のない問題であるから、予備的請求については、当然のことながら、日本法によつて判断したものである」。

㊸ 東京地判昭和58年3月15日判時1075号158頁：日本においての中華民国人教員と中華民国政府の認可を受け日本法により設立された教育機関との間に締結された雇用契約の準拠法について争いがあつたが、「《証拠略》によつても、債権者と債務者間の本件雇用契約の締結に際して当事者が準拠法を中華民国法とする旨の明示の意思表示をした事実は、これを認めることができない。

次に、当事者が本件雇用契約を締結した際準拠法を中華民国法とする旨の黙示の意思表示をしたかどうかについて検討するに、《証拠略》によれば、債務者は、中華民国の教育宗旨にのっとり在日中華民国人の子弟に対して母国教育を実施している特殊教育機関である(略)からその教育活動はもとより、学則、教職員の服務規定等すべて中華民国の法令および慣習に基づいて定められ、日本の同等学校とは異なつた独自の運営がされていること、債務者は債権者を雇用するに際して有効期間を1年とする聘書を債権者に交付し、その後も各年度ごとに同様の聘書を債権者に交付して雇用を継続してきているが、これら聘書は中華民国語を使用し、かつ、同国で通常の教員任用制度とされる招聘手続における聘書の書式であつたことが一応認められるから、本件雇用契約につき中華民国法を準拠法とする旨の黙示の意思表示があつたのではないかという疑いがないではない。しかしながら、他方、《証拠略》によれば、債務者は日本法に基づいて設立された財団法人であつて、事務所を日本国内に置いているものであり、また、債権者は、中華民国国籍を有する者ではあるが、既に我が国において15年以上も生活を続けていて、その生活の本拠は我が国にあること、債務者に最初に教師として招聘された当時、債権者は我が国の明治大学大学院の博士

課程に在学しており、したがって、本件雇用契約の締結地も我が国であること、および、本件雇用契約の履行地も当然我が国であること、以上の事実が疎明されるから、これらの事実をあわせ考えるときは、前記疎明された事実のみをもってしては、いまだ本件雇用契約の準拠法を中華民国法とする旨の黙示の意思表示があったものとするに足りないといわなければならない。けだし、本件雇用契約の締結地でありかつその履行地である我が国においては、通常、当然に日本法が適用されているものであるから、例外として本件雇用契約の準拠法を中華民国法と定めることは、この当然に適用される日本法を排除する趣旨を含むものでなければならないというべきところ、前記疎明された事実をもってしては、日本法の適用を排除する趣旨まで含まれていたものと認めることはできないからである。

そうすると、本件雇用契約については、その準拠法につき明示的な意思表示はもちろん、黙示の意思表示も存在しないものというべきであるから、準拠法に関する当事者の意思が分明ならざる場合として、法例7条2項により、その準拠法は行為地法によるというべきであるところ、本件雇用契約の行為地がわが国であることは前示のとおりであるから、結局、本件の準拠法は日本法であるといわなければならない。

④ 大阪地判昭和58年9月30日下民集34巻9-12号960頁：インドの銀行とインド人との当座勘定取引契約について、大阪支店との契約については「日本において締結されたものであることを推認することができる。してみれば、右契約当時、原、被告間において準拠法の指定につき特段の明示の意思表示がなされたことについて何らの主張立証のない本件のもとにおいては、右請求については、日本国法が準拠法となり、香港支店との契約については「〈証拠〉によれば、右契約は香港において締結されたものであることを推認することができる。してみれば、原、被告間において、右契約締結当時、準拠法の指定につき特段の明示の意思表示がなされたことについて何らの主張立証のない本件のもとにおいては、右請求については、英国法が準拠法となる」。

⑤ 東京高判昭和59年4月26日高民集37巻1号39頁(28参照)：日本の銀行が日本の会社の依頼により発行したエジプト会社等を受益者とする信用状の

準拠法に付き、「同 31 枚目裏 6 行目「適用があるので、」を「適用があるが、その成立及び効力に関する準拠法については当事者間に明示の約定がないことは弁論の全趣旨により明らかであるので、」と改める。」法例 7 条 2 項、9 条 2 項により日本法が準拠法となる。

③⑥ 高松高決昭和 60 年 5 月 2 日判タ 561 号 150 頁：日本における日本会社とパナマ会社の傭船契約の準拠法及び香港会社との燃料供給契約の準拠法は「定期傭船契約と本件燃料油の売買契約において準拠法に関する当事者の意思を確定するに足る資料はないものの、記録によるとこれらの契約は前者にあつては原告人と東京海事が、後者にあつては相手方と東京海事がいずれも東京において締結したことが認められるので法例 7 条 2 項により被担保債権の準拠法は日本国法といえる

債権の準拠法である日本国法上本件定期傭船契約は、船舶賃貸借契約ではない。すなわち、本件定期傭船契約は、米国政府書式たるニューヨーク・プロデュース・フォーム（英文）を使用しており、しかも同契約は、紛争解決方法としてニューヨークにおける仲裁を指定しているから米国法に従つて解釈されることになる」。

③⑦ 東京地判昭和 60 年 7 月 15 日法時 1211 号 120 頁：国際航空運送契約上の運送人から委託を受けた実行運送人による貨物の運送中にイタリアで発生した盗難事故に関して、契約運送人の責任は、「被告シェンカーは、陸上運送中の損害について、改正ワルソー条約に定める運送人の責任を負わないけれども、このように、同条約一八条の規定によって、運送人が同条約に定める責任を負わない場合にあつても、運送人は、その運送契約の準拠法の定めるところに従つて、運送人としての責任を負うと解されるから、右損害についての同被告の運送人としての責任について、その準拠法が問題となる。

そして、前記認定…（略）…のとおり、被告シェンカーは、ウォーカーとの間の運送契約をイタリアのミラノ市で締結しており、本件は、右契約に基づく運送人の債務不履行責任を追及するものであるところ、準拠法について、全証拠によつても、契約当事者の意思が明らかでないから、法例 7 条 2 項により、右契約に基づく責任については、契約締結地であるイタリア共和国の法律が準

扱法となると解すべきである」。準扱法につき争いがあった。

㉔ 東京地判昭和60年7月30日判時1170号95頁(㉔をみよ)：マレーシア在住マレーシア人が日本会社との間で締結したと主張するブルネイ会社の株式の売買契約「に適用されるべき法規について原・被告間で明示の合意による指定がなされたことを認めるに足りる証拠はなく、また…(略)…に認定する事情、即ち当事者の住所、営業の本拠地、契約の性質・対象等からみて、黙示の合意による指定がなされたものとも認め難い。従つて行為地法により準扱法を決すべきところ、本件においては、…(略)…において認定するとおり、原・被告間の本件契約締結交渉の過半は東京においてなされ、原告が本件契約の申込書であると主張する書面…(略)…も東京において原告の代理人と被告の従業員との交渉の席で作成されたものであることから、本件契約締結についての行為地は日本国の東京にあるものと認めるのが相当である。よつて本件契約に適用されるべき法規は日本国法である」。

㉕ 東京地判昭和61年5月30日判時1234号100頁：日本会社と外国会社との間で代理人を通じて交渉された日本で建造中の船舶の売買契約について、日本法？

㉖ 東京高判昭和62年3月17日、㉔参照。

㉗ 東京地判昭和62年8月28日判時1278号97頁：日本在住中華民国人間の日本所在の土地の使用貸借契約について日本法によつた事例。7条ふれず。

㉘ 最判昭和62年10月16日金法1200号51頁：韓国会社が日本会社のために韓国の銀行の日本支店との間で締結した連帯保証契約の準扱法を日本としたと見られる事例

㉙ 大阪地判平成2年12月6日判タ760号246頁：ドイツ会社と日本会社の間で結ばれたドイツにある自動車の売買契約は「ドイツ国内においてなされたものであるから、債権契約の面については、法例7条により、適用すべき法律を検討することとなるところ、当の意思がいずれの国の法律によるべきか分前でないから行為地法であるドイツ民法による」。

㉚ 東京地判平成3年8月19日判時1402号91頁：リベリア会社との定期傭船契約の準扱法 法廷地法たる日本法

④⑥ 東京地判平成5年4月23日判時1489号134頁：アメリカ証券会社への日本法人及び日本人名義の株券寄託契約の準拠法について争いがあった：安富が前記認定のとおり本件寄託契約の当事者ないし代理人のいずれであっても本件寄託契約の行為地は米国となる。当事者間に準拠法についての定めがあることを認めるに足りる証拠はないので、右契約の準拠法は法例7条2項により米国内法となる

④⑦ 東京地判平成10年5月27日判時1668号89頁：日本法人の製造する化学製品をドイツ法人に医薬品の原料として供給する契約「原告に対する被告の契約責任の有無については、法例7条2項により、行為地法たるドイツ法による……」準拠法が法廷地法か契約準拠法かの争いあり。

以上の事例をまとめてみよう。

i) 明瞭に7条2項によるということなく、特に準拠法についてふれずに行為地法を前提に判断していると見られる事例が少なくない(①, ③, ⑤, ⑨, ⑩, ⑪ (⑬), ⑫, ⑭, ⑮, ⑯, ⑰, ⑱, ⑲, ⑳, ㉑, ㉒)。しかしこの類型は減少しつつある。また、この類型では、裁判所には準拠法を明らかにしようという意識が希薄で、そもそも渉外事例の取り扱いに問題を残すものである。なお、㉓は7条2項の類型とはいえないのではなかろうか。

ii) 準拠法について争いがなく、7条2項を端的に適用して行為地法を準拠法としている類型がある(②, ④, ⑬, ⑭, ⑳=前の②, ㉔?, ㉕)。この類型は、当事者も準拠法について争わず、結果的に準拠法については合意が措定できるのかも知れない。すると行為地法の妥当性は問題とならないであろう。

iii) 準拠法について争いがある場合に、7条2項によっている事例には、まず黙示の意思表示の存否を証拠により認定した上で、それが無いとして、行為地法による事例(⑰ (⑥ ⑬), ⑳, ㉖ (㉗), ㉘, ㉙, ㉚ (㉛), ㉜, ㉝)がある。

iv) 明示の意思表示についての主張立証がないので7条2項によるとする事例：⑫, ⑬, ⑱, ㉔?, ㉕, ㉖?, ㉗, ㉘, ㉙? この事例では、当事者が行為地法によらないと言う証明もしていないことになる。

このiii)とiv)2つの類型は、結局、意思に関して証明がないので、行為地

法によったというわけであるから、他の推定によれば、行為地法以外の法が適用された事例であるともいえる。ただし、iii) は、直ちに7条2項によったというのではなく、黙示の意思を探求した上で判断されているので、当事者自治を認める限りやむを得ない事例であるといえよう。また、iv) も客観的連結においても、その判断の基礎が弁論主義に委ねられる限り、妥当な連結を行えるかに問題を残すといえよう<sup>(59)</sup>。

かくて黙示の意思を合理的意思の推定として、現実の意思の証明を要求しない立場ではいざ知らず、特に行為地法によらないと云う証明もない限り、7条2項が適用されるのは当然であろう。むしろ、黙示の意思として現実の意思の証明を要求しないという立場が増えると、7条2項はまさに死文化することになる。この点、さらに判例分析を進めたいが、最近もなお7条2項が適用される例が少なくないことに鑑みれば、以上の判例は、個別契約の準拠法について、類型あるいは定型的に判断する響きのあるケースもないわけではないが(つまり(3)iii)に傾く立場。ただし、この定型性による準拠法決定は恣意的でなく、当事者の期待にも即する場合が多いであろう)、総じて言えば、認定された事実の中で個別事情を考慮しながら、当事者の期待を尊重するという意味で当事者意思の存在を認定する、ただし、事の性質上、これが現実意思を超える場合もある、そして、当事者の期待が全く不明である場合あるいは意思推定の対象となる事実自体が不明である場合には、7条2項による、とするのが大きな流れではなかろうか。現実の意思を認定するのではなく、契約をめぐる諸事情から客観的連結を行えば、連結点が固定されていないのであるから、準拠法決定の決め手となる事情が当事者を不意打ちするような恣意的なものとなる可能性もあり、7条2項の趣旨も生かされない。最近のルフトハンザ事件判決((3)の㉓)はむしろ7条1項のもとにおいて現実の意思を認定する方法に忠実な裁判例の傾向を示すものとして注目に値する。

以上のような裁判例の分析から見れば、なお、7条1項は明示、黙示の当事者の指定により意思の存否、つまり現実の意思の認定の場合を中心としており、最近の学説で有力な方法論、解釈論とはやや趣を異にするといえるが、このような有力学説の傾向に即する裁判例も漸増しつつあったといえるのではなから



うか。しかし、なお、解釈論としては、当事者自治の本質に則しつつ、慎重に具体的な事情の中から当事者意思を認定するという困難な方法をとる立場も維持されている、といえよう。

#### 4 最近の立法例の概観

過去の立法例については、法例制定当時から多くの分析がなされてきており、当事者自治を認めるか、認める場合に明示の指定に限るのか、当事者意思が不明の場合の処理の仕方などが検討されてきた<sup>(60)</sup>。1980年代までの立法例、特にオーストリア、ドイツ、スイスなどの注目すべき法典や改正法については既に紹介が為されているので、ここでは主として1990年代以降の立法例を概観する。すると、まず社会主義国の立法例、又はいわゆる体制移行国の立法例が注目される。経済活動の自由化に伴い、民法法典が改正又は新たに立法される例が多く、少なからず国際私法関連規定を含み、契約に関する抵触規定も存在するからである。

(1) まず、第1のタイプとしては、当事者自治を認めながら、比較的簡単な規定を置くにとどまるものがある。

朝鮮民主主義人民共和国対外民事関係法<sup>(61)</sup>「24条 売買、輸送、及び保険契約等財産取引行為については、当事者が合意して定めた国の法を適用する。但し、当事者が合意して定めた法がない場合には、財産取引行為が行われた国の法を適用する。」

同様に1995年ヴェトナム社会主義共和国民法典<sup>(62)</sup>「834条2項 民事契約の当事者の権利と義務は、別段の合意がないときには、契約が履行される国の法による。

ヴェトナムにおいて締結され完全にヴェトナムで履行される民事契約は、ヴェトナム共和国の法による。

契約の履行地が詳細に定められていないときには、契約の履行地はヴェトナム社会主義共和国の法により定められる。

3項 不動産に関する民事契約は、ヴェトナム社会主義共和国法による。」

(2) それに対して、第2に、東欧社会主義諸国においてかつて認められていたように、合意がないときに契約を類型化して、客観的連結を行うという立法例が見られる。これはソ連邦の民事立法の諸基礎と類似するが、次第に欧州法の影響が見て取れる。

1991年6月26日のソ連邦の民事立法の諸基礎<sup>(63)</sup>

165条2項 法律行為の当事者の権利及び義務は、当事者の別段の合意による定めがない限り、締結地法による。行為の締結地はソヴィエト法により定まる。

166条1項 涉外経済行為から生じる当事者の権利及び義務は当事者がその契約の締結のときあるいは事後の合意により選択した国の法による。

準拠法に関する当事者の合意がないときには、以下の当事者がその住所又は主要な活動地を置いた国の法が適用をみる。

- 1号 売買契約については売主
- 2号 財産的目的物に関する賃貸借契約については賃貸者
- 3号 排他的あるいは類似の権利の利用に関するライセンス契約についてはライセンス供与者
- 4号 寄託契約については受寄者
- 5号 問屋委託契約については問屋
- 6号 委任については受任者
- 7号 水上運送契約については運送人
- 8号 陸上運送契約については運送人
- 9号 保険契約については保険者
- 10号 融資契約については融資者
- 11号 贈与契約については贈与者
- 12号 保証契約については保証人
- 13号 担保供与契約については担保供与者

2項 産業上の協力、専門化及び協働に関する契約、建設・組み立てその他の投資建設活動の実行に関する契約については、当事者による別段の合意がな

い限りは、当該活動が行われる、あるいは契約上定められた結果が生じる国の法が適用をみる。

3項 外国法人又は市民が参加する共同企業の設立に関する契約には、その共同企業が設立された国の法が適用をみる。

4項 競売において若しくは競争の結果としてまたは証券取引所において締結された契約には、競売又は競争が行われた、または証券取引所が所在する国の法が適用をみる。

5項 本条の1項乃至前項までに挙げられていない契約から生じる権利及び義務には、当該契約の内容にとって決定的な給付を行う当事者が設立され、またはその住所若しくはその主たる活動地を有する国の法が適用をみる。

6項 契約の給付の受領には、当事者による別段の定めがない限り、受領地法が適用をみる。

#### 1994年モンゴル民法典<sup>(64)</sup>

434条1項 涉外取引契約における当事者の権利と義務は、当事者がその法律行為又はその後の合意により指定された国の法による。

2項 前項による法選択を当事者が行わないときには、次の当事者がその住所又は営業所を有するか、その主たる取引活動を行う国の法による：(略：1号から11号まで売買契約等の契約類型を挙げる)

3項 共同製造契約、労働分配または共働契約、建築・技術等の請負契約は、当事者が別段の合意を行わないときには、そこで給付が行われ又は契約の履行の債務を負う国の法による。

4項 外国の法人又は自然人の加わる合弁会社の設立契約は、その合弁会社が営業の本拠 (Geschäftssitz) を有する国の法による。

5項 有価証券の売却又は競売の実施に関する合意は有価証券の売却又は競売の行われた国の法による。

6項 1項乃至4項により定められない契約類型の当事者の権利及び義務は、契約類型に特徴的な給付をおこなうべき契約当事者がその住所(又は営業の本拠 Geschäftssitz) を有し又はその主たる取引活動を行う国の法による。

7項 契約当事者により別段の合意が為されないときは、給付の受領については給付の受領される国の法による。

ウズベキスタン 1997年民法典<sup>(65)</sup>である。

1189条 契約当事者による法選択

1項 契約は、法により別段の定めがない限り契約当事者の合意により選択された国の法による。

2項 (略), 3項 (略)

1190条 準拠法の法選択の欠缺

1項 契約当事者による契約準拠法の合意が欠けているときには、次の契約当事者が設立された、住所を有しあるいはその活動の重点を有している国の法が適用される。(略: 売買契約など15の契約類型を挙げる)

2項 契約当事者による準拠法の合意がないときには、前項に拘わらず、次の法が適用される。

— 不動産に関する契約については、その所在地国法

— 共同行為及び委任に関する契約については、その行為が行われまたは契約に定められた効果が生じる国の法

— 競争に関連する競売あるいは証券取引所において締結される契約においては競売又は競争が行われまたは取引所が所在する国の法

3項 前2項に列挙されない契約について、契約の内容に決定的な重要性を有する履行行為を行う契約当事者による準拠法の合意がないときには、契約当事者が設立され、住所を有し又はその活動の重点が所在する国の法が適用される。

どの履行行為が契約の内容にとって決定的な重要性を有するかが決められないときには、契約が最も密接に関連している国の法が適用される。

1998年ロシア国際私法草案<sup>(66)</sup>

民法 1254条 契約当事者の法選択合意 1項 契約当事者は契約時又は事後に合意によりその権利義務に適用をみる法を選択できる。

2項 準拠法選択の合意は、明示的に契約中に、あるいは契約条件及び実際の事情の全体から直接的に認められるものでなければならない。

3項 (略), 4項 (略)

1255条 契約準拠法に関する合意がないとき

1項 契約の準拠法に関する当事者の合意がないときは、以下の契約当事者が設立されまたはその住所若しくは主たる活動地を有する国の法が適用される。

(略: 1号から15号まで、売買契約等の契約類型を挙げる)

2項 不動産を目的物とする契約、信託財産契約はその目的物所在地法による。ただし、ロシア連邦において国家の登録簿に登録された財産的目的物についてはロシア法による。

3項 準拠法に関する当事者の合意がないときは、本条1項にもかかわらず次の法が適用される。

1) 協力契約、建築契約については、活動が行われる国またはその契約が結果として定めていることが為される国の法

2) 競売のとき、公示のときまたは証券取引所で締結される契約から生じる権利義務は、その競売、公示が実行され、あるいは証券取引所が所在する国の法

4項 契約内容に従い決定的給付を行う者当事者の設立地、住所地、主たる活動地の法。どれが決定的給付か決め得ないときには、契約と最も密接な関連性のある国の法による。

5項 (略), 6項 (略)

白ロシア (ベラルーシ) 民法典 (1999年7月1日施行)<sup>(67)</sup> 第75章抵触規定  
第5節契約上の義務

1124条 契約当事者による法選択

1項 契約当事者は、契約締結時またはその後においても、その法選択が法規定に反しない限り、契約から生じる権利・義務に適用されるべき法を合意により選択することができる。

2項 法選択は明示的に合意され、又は全体的に認められる契約条件及び事

実上の諸事情から間接的に行われなければならない。

3項 (略), 4項 (略)

1125条 法選択のないときの契約の準拠法

1項 法選択がないときは、以下の契約当事者がその活動の中心を有する国の法を契約に適用する。(略: 1号から15号まで契約類型を挙げる)

1号乃至15号に列挙された当事者の一方の活動の中心を定めることができないときには、そのものが設立されあるいは恒常的住所を有する国の法を適用する。

2項 不動産に関する契約あるいは財産に関する信託契約から生じる権利及び義務には、財産所在地国法により、ベラルーシ共和国において登録されている財産については、ベラルーシ共和国法による。

3項 法選択がなく、本条第1項の規定に拘わらず

1号 共同の活動に関する契約、建設その他の投資建設労働に関する契約には、その活動が行われ、または契約に定められた結果が生じる国の法による。

2号 競売、公示または証券取引所の取引の中において締結される契約には、競売若しくは公示が行われ、または証券取引所が所在する国の法による。

4項 本条1項ないし3項に属しない契約については、当事者による準拠法に関する合意がないときには、契約内容により決定的な給付を行う当事者が設立され、または住所もしくは主たる活動領域を有する国の法が適用をみる。どの給付が契約内容に対して決定的であるかを定めることが不可能なときには、その契約がもっとも密接な関連性を有する国の法が適用される。

5項 契約の給付の受領のときには、契約当事者が別段の合意をしない限り、履行地法が顧慮される。

6項 契約中に国際的取引交通に一般的な用語が用いられるときは、契約中に別段の指示がない限りは、契約当事者はその契約関係にこの用語の通常の意味を用いることを合意したものと認められる。

(3) 1992年ルーマニア国際私法<sup>(68)</sup>は、更にローマ条約に近づく。

第73条 契約は、当事者が合意により選択する法による。

第74条 契約の準拠法の選択は、明示的に、又は契約の内容若しくは事案の諸事情から疑いの余地なく明らかになるものとする。

第77条 1項 第73条による法選択が行われなるときには、契約は、最も密接な関係を有する国の法による。

2項 契約は、特徴的給付を行う債務者が契約締結時に住所、居所、営業の本拠若しくは定款上の本拠を有する国の法との間に最も密接な関係を有するものと推定される。

3項 不動産に関する物権若しくは一定期間の利用権についての契約は、その不動産の所在する国の法との間に最も密接な関係を有する。

第78条 1項 特徴的給付とは、次の給付をいう。

a 譲渡契約、売買契約又は類似の法律行為に基づき、動産を譲渡する当事者の給付

b 賃貸借契約又は類似の法律行為に基づき、一定期間他人に物を利用させる当事者の給付

c 受任者、受寄者、請負人、及び一般的に、役務提供契約に基づき給付を提供する当事者の給付

d 保証、担保提供契約または類似の法律行為の枠内における保証人の給付

2項 前項所定の推定は、事案の諸事情からして契約と他の国の法との間により密接な関係があるということを関係当事者が証明するときには、覆されうる。

第79条 1項 当事者の一方の特徴的給付に従い場所的に位置付けることのできない契約は、その締結された地の法による。2項 (略)

第83条 一方当事者の沈黙は、その者が契約に対する合意を行ったことを争うときには、その自然人の本国法またはその法人の属人法による。

第84条 1項 (略)

2項 性質上又は権利者の請求に基づき、特徴的給付の即時の履行が必要とされる契約は、申込者が、承諾の事前の通知を要求していなかった限りにおいて、特徴的給付の債務者が履行を開始した時に締結されたものとみなす。(略)

以上、社会主義国法または体制移行国法は、当事者自治を認めながら、それを制限し、あるいは自治が行使されないときには類型化して客観的連結を行うタイプが旧東欧系の考え方に従って認められるが、次第に欧州の考え方の影響を受け始めていることがわかる。

(4) 他方、米国では既に方法論的にコモン・ロー的発想から、次第に異なる多くの方法論、殊に第2抵触法リステートメントの考え方や抵触法革命に由来する方法論が州によりそれぞれ採用されていることが認められるが<sup>69)</sup>、仏法系に由来するルイジアナ州法が注目される。

1991年ルイジアナ州民法典<sup>70)</sup>

3537条 本節に別段の定めがない限り、契約上の債務は、その法がその争点に適用されなかったとしたら最も重大に損なわれる法目的を有する邦の法による。

その邦は、(1)交渉・締結・履行地、契約目的物の所在地、当事者の住所・常居所・営業所地を含む、当事者及び法律行為と各邦の関連接触点、(2)契約の性質、類型、目的、(3)3515条に挙げられた法目的並びに取引の秩序ある計画を容易にし、他邦間商取引を促進し、当事者の一方を相手方による不利益強制から保護することに鑑みて、当事邦の関連法目的の強度及び実質関連性を考量して決定される。

3540条 契約上の債務の他の総ての争点は当事者により明示的に選択されたあるいは明らかに援用された法による。ただし、その法が、3537条により本来適用されるべき法の邦の公の秩序に反するときはこの限りではない。

3541条 本州の法により別段の定めがない限り、契約以外の法律行為及び準契約の準拠法は本節の原則に従い定められる。

この法律は、大陸法に影響されながらも、米国抵触法の方法論に立つことが顕著であろう。

また、同様の意味で注目されるのは、1991年カナダ(ケベック)民法典である<sup>71)</sup>。

3111条1項 涉外性の有無に拘わらず法律行為には、明示に定められあるいは法律行為の定めからその確定が確実に認められる法に準拠される。



2項 ただし、涉外性のない法律行為は法選択がなければ準拠されるであろう強行規定に服する。

3項 明示である法律行為全体又はその一部にのみある国の法が準拠される旨表示されうる。

3112条 法律行為が何等の法を定めておらずあるいは特定の法がその法律行為を無効としているときには、裁判所は、その性質又は事情に鑑みその法律行為が最も密接な関連性を有する国の法を適用する。

3113条 法律行為に特徴的な給付を行うべき当事者がその常居所を有している、またはその法律行為が企業の通常の業務範囲の一部であるときにはその営業所を有している国の法と最も密接な関連性を有するものと推定される。

3114条1項 当事者が何等の準拠法を表示しなかったときには、動産売買については、売主が常居所を有する国の法または売主が企業の通常の営業所において活動している場合には契約締結当時の営業所を有していた国の法による。ただし、次の場合には、契約締結当時の買主の常居所地国法またはその営業所地国法による。

- (1) 契約の交渉及び締結がその国で行われたとき
- (2) 契約が明示的に物の引渡をその国で行う旨定めているとき
- (3) 契約が買主の公募により成立し、契約条件が主として買主が定めたものであるとき

2項 当事者が何等準拠法を表示しなかったときには、不動産の売買には物の所在地法が適用される。

3115条 当事者が何らの準拠法を表示しなかったときには、競売または株式取引所に於ける売買は、競売が行われ又は株式取引所が所在する国の法による。

3116条 (任意代理)

3117条 (消費者契約)

3118条 (労働契約)

3119条 (海上運送以外に関する保険契約)

この法律はむしろ後に述べるローマ条約の影響が濃厚である。

(5) その他の立法例

ヴェネズエラ 1998年8月6日国際私法に関する法律(1999年2月6日施行)<sup>(72)</sup>

29条 契約による債務は当事者により指定された法による。

30条 有効な指定がないときは、契約による債務はそれと最も密接な関係を有する地の法による。その法の確定のために、裁判所は契約から生じるすべての客観的、主観的事情を考慮する。また国際的機関により承認された国際商事法の原則をも考慮する。

31条 前数条の規定に拘わらず、具体的場合の規律のために正義と平等による要請を実現するために、当該の場合には、国際商事の慣習及び原則並びに一般的に承認された商事の慣行、実務を適用する。

チュニジア 1998年11月27日国際私法法典<sup>(73)</sup>

第62条 契約は当事者により指定された法により定められる。当事者による準拠法の指定がないときには、契約は、契約の性質上決定的である債務の当事者の住所国の法、またはその契約が職業的又は商業的活動の範囲内で締結されるときには、その営業所の所在地法により定まる。

第63条 当事者による準拠法の指定がないときには、不動産の利用に関する契約は、その方式及びその内容については、その不動産所在地の法により定まる。

第67条 労働契約は労働者とその労働を通常遂行する国の法により定まる。労働者が通常その労働を多数の国で遂行するときには、その労働契約は雇用者の営業所所在地国の法により定まる。ただし、事情の総体から、その労働契約が他の国とより密接な関連を有することが判明するときには、その国の法による。

第69条 当事者が別段の法を指定しない限りは、知的財産権に関する契約は、その知的財産権を移転又は譲渡する者の常居所地国法による。

雇用者と労働者間の、労働者とその労働の遂行の枠内において実現する知的財産権に関する契約は、労働契約の準拠法により定められる。

## (6) 国際条約における動向

以上の最近の立法例にも影響が認められ、ヨーロッパで大きな影響力を有する法は、1980年のECのローマ条約である(1991年4月1日発効)。その内容の紹介は他に譲るが、基本的に当事者自治を認め、明示のみならず明らかに認められる限りでの黙示の準拠法選択を許しながら(3条1項で、選択は明示でなければならずあるいは、契約条件又は事案の諸事情により相当の確実性を以て示される、こととされた)、法選択が行使されないときには、客観的連結、それも最密接関連法を準拠法とする。但し、最密接関連性には推定規定を置き、いわゆる特徴的給付理論、つまり契約の特徴的給付を行う者の常居所地法を準拠法とする推定を行う。もっともこの推定が妥当でないとき、つまり弱者保護の必要がある雇用契約や消費者契約については特別規定を置き、さらに強行的債務法の特別連結、救済条項も考慮している。

ただし、最近の国際条約は必ずしもこのローマ条約の考え方を全面的には採用していない。例えば、米州機構の「国際契約の準拠法に関する米州条約」(メキシコ・シティー条約)<sup>(74)</sup>は、7条1項で当事者自治を認め、明示でもまた法選択の合意が「当事者の行動及び契約の条項から全体として考慮すれば明らかな場合」でもよいが<sup>(75)</sup>、同2項で、合意管轄条項は必ずしも準拠法選択とは見なさないとするが、いずれも現実意思のみを対象とする点で一致が見られるという。9条で法選択がないときまたは選択が有効でないときには、契約が最も密接な関連を有する国の法による、その際には裁判所は「契約のあらゆる主観的又は客観的要素を勘案し、国際組織により認められた国際商事法の一般原則をも考慮すること」などを定めている。特徴的給付の理論が明らかに採用されていないのは、①特徴的な履行を判断することが困難、②物又はサービスを給付する当事者がリスク評価をうまく行いうるにもかかわらず有利となること、によるが、もしこれを採用すると不確実性を増大させる<sup>(76)</sup>。

また、UNCITRAL債権譲渡条約草案<sup>(77)</sup>も、

「第28条1項 [この条約に別段の定めがある事項を除き] 譲渡契約における譲渡人と譲受人間の権利及び義務は、譲渡人及び譲受人により明示的に選択される法律によって規律される。

2項 譲渡人及び譲受人による法選択がないときには、当該譲渡契約における権利及び義務は、当該契約が最も密接な関連を有する国の法律により規律される。反対の証明がない限り、譲渡人の営業所所在地国が、当該契約と最も密接な関連を有するものと推定される。譲渡人が2つ以上の営業所を有するときには、当該譲渡契約に最も密接な関連を有する営業所による。譲渡人が営業所を有しないときには、譲渡人の常居所地による。

3項 譲渡契約が一国のみに関連するときには、譲渡人及び譲受人が他の国の法を選択しても、関連を有する当該国法が契約によって排除できない範囲においては、かかる法律の適用を妨げない。」とする。

債権譲渡取引の純粹の契約関係について当事者自治を認めることはよいが、この取引上法的安定性が極めて重要で、準拠法が取引の可否、コストを決めることになるので、取引当事者による明示の準拠法指定が必要であると認められていた。従って、黙示の準拠法指定は認められていないが、契約から見て当事者間に黙示的に合意が存在することが明らかに (clearly) 認められる場合にそれを認めることは、法的安定性を必ずしも重大に損うことがないし、最近の国際私法の傾向に合致し<sup>(78)</sup>、28条が受け容れられやすくなることを考慮すれば、作業部会がこの点の再検討を行う余地があるとされている。

2項は、明示の合意がなかったとき、または、明示の合意をしたが後にその合意が無効となった場合のような、例外的状況について、契約と最も密接な関連を有する国の法を準拠法としているが、これは、債権の売買のような場合には譲渡人の所在地法となり、信用取引における担保としての譲渡には譲受人の所在地法によることになろう。しかしこの準拠法の決定には困難が伴うであろうから、法的安定性と共に柔軟性を考慮して、契約の最密接関連法を譲渡人の所在地法、即ち営業地とする、反証を挙げることの出来る推定規定を置く。営業所の法は、2項の適用範囲が狭いことから、資金調達取引に必須の法的安定性を損なうことはない。この推定は、ローマ条約4条2項(特徴的給付の基準による推定)、メキシコ・シティー条約9条(契約のあらゆる主観的及び客観的事情の考慮)のような他の国際私法の実行とも必ずしも抵触するものではない。確かに、特徴的給付の基準が譲渡人の所在地法を推定しないときには、これに反す

る可能性はあるが、金銭の支払い、サービスの給付、双務的給付が関わっているような複合的な資金調達取引においては、特徴的給付の基準は現実に最密接関連法を効果的に決定することはできない。いずれにせよ、当事者は準拠法を選択できるし、契約が他の法とより密接な関連性があるという事情の証明が出来れば、推定は破られる、と解説している<sup>(79)</sup>。

これらに対して、1991年国際法学会パーゼル決議は、その1条2項で雇用契約、消費者契約を対象から除きながら、2条で当事者自治を認め、

「3条1項 準拠法を選択は当事者の合意により認められる。

2項 明示の合意がないときには、当事者の意思を明らかに (clairement) 示す意味のある (significatif) 諸事情により選択は認められなければならない。3項 当事者の選択した法により契約が有効ではないときには、その選択はあらゆる効力を認められない。」

「4条1項 準拠法選択に関する当事者の合意の範囲及び有効性は、当事者により指定された法により定められる。

2項 ただし、契約締結の申込に返答しない当事者は、その沈黙を自らの常居所地国法によらしめうる。」

「5条1項 準拠法は当事者が合意した契約の一般的条件により指定される。

2項 前項の合意は、書面により、または当事者間に確立された慣習または当事者間に知られた取引慣習と合致するやり方で表示されなければならない。」としている<sup>(80)</sup>。

この決議は、基本的にはローマ条約と同じであるが、商事取引上重要だがローマ条約が定めていない普通取引約款問題も取り入れており、大陸法と米国理論との架橋を図ろうとして、取引保護のための実質法に関する規定や真の合意の確保の規定を置いている<sup>(81)</sup>。明示の法選択がないときに特定の事情の列挙をしないのは、契約に応じて事情が大変ばらついているからであり<sup>(82)</sup>、普通取引約款中の準拠法条項の有効性について4条2項はローマ条約に従っているが、欧州共同体司法裁判所の合意管轄約款に関する判例を取り入れており、当事者間の真の合意の存在を考えれば、申込を受けた当事者の沈黙は通常は承諾では

ない、という<sup>(83)</sup>。

以上をまとめれば、当事者自治原則は認める、ただし、明示の指定は明らかに認められる意思を原則として、解釈上の混乱を避ける、これが最近の立法例、条約において一般に認められる傾向であろう。問題はこの自治が行使されないときの契約の準拠法で、準拠法決定の原則に還り、客観的に連結できる限りはそれによるが(類型化が一般的であろう)、個別には困難であろうから(その為に自治原則が消極的に認められてきたのである)、一般的推定規定を設け、さらに一般的回避条項を織り込み、強行法の特別連結を一般的あるいは典型的に認める、というのが傾向として認められるが、立法例の苦心するところであるといえよう。

### むすびに代えて

以上概観した我が国の法例7条の解釈論の現状、判例の動向、近時の立法例の動きを前提とすると、我が国の法例7条の規定は早急に改正を要するようになる。法的安定性を欠く、商取引における予見可能性を著しく損ない、そのコストは相当に膨大なものとなっているといえる(準拠法条項が存在しない場合、明瞭な準拠法決定が困難である現状に鑑みれば、当事者が契約について先ず争うべきは準拠法であり、その確定のために費やす時間と費用、手間、弁護士費用、鑑定書というコスト、裁判所が認定に費やすコスト等を考慮すれば、著しく取引の安全を害しているといえよう)。

そこで立法の方向を考えるとすれば、契約の準拠法の現状においては、当事者自治を認めることが、私的自治、かつまた実際的理由から認められているといえる。しかしこの法選択が黙示の合意を含むとしても、それに手間がかかりすぎる場合には、むしろ当事者自治の根拠にもとることになるから、明らかに判明する限りでの黙示の合意に限定されるべきことが望まれる。すると法選択が行使されないときには、次に最密接関連法という一般原則、客観的連結によるべきであることになる<sup>(84)</sup>。ただ、この客観的連結を裁判官の認定に完全に委ねることは法的不安定を招くのは必定なので、ここに推定規定を置く必要があることがわかっていく。しかし、結局若干の契約類型においては、客観的連結は可能であるので、それにより、さらに如何に類型化を細分化しても、なおそれが

具体的場合に不相当である可能性を考慮して、何らかの例外的救済条項をおく必要性が認められよう。また、契約当事者間の交渉力の対等性を欠く類型(例えば、労働契約や消費者契約)については、特別の取り扱いを要す。

他方、契約を当事者意思に任せると、法律回避理論を広く認める立場は別として、そうでない限りいわゆる強行債務法の特別連結が必要となる可能性も生じるので、それにも配慮する、とこのように一応考えられる。

そこで、規定の仕方としては法例 15 条を参考に、まず客観的連結のできるものはそれを前面に出し、そのうえで、当事者は別段の意思で準拠法を排除できると定める方が望ましいのではなからうか。当事者自治の存在を知らない一般取引者を念頭におき、また社会の法化を促進する意味でもこれが必要であろう。

なお、具体的な規定の作成にあたっては、国際的判決の調和にも配慮しながら、さらに、取引の実態の調査、法的規律の浸透の促進に留意し、契約の国際性、準拠法が複雑なときの解決方法、指定できる法の範囲(特に国際法や*lex mercatoria*、化石化理論の検討)、抵触法的指定と実質法的指定、準拠法指定行為の有効性の判断、分割指定、指定の時期、強行法規の特別連結(弱者保護や第三者保護)などの検討を要する。一般的に当事者自治が多くの法律関係においても認められる傾向があることをも十分に勘案すべきであろう。

- (1) 『明治前期大審院民事判決録』4巻321頁以下[明治前期大審院判決刊行会編、昭和41年]。証文譲渡の経緯について、Aから(X等を含む)B社中へ譲渡されたのか、あるいは既にAからXに譲り渡されたのが争われているが、1868年12月12日(明治元年10月29日)頃、B社中が該証文を譲り受けたことを箱館運上所へ届出、証文の真偽を尋ね7000両の請求をしたが、横浜運上所へ請求すべきものとされたので、同年12月18日横浜運上所へ請求したところ、証文は真正としながらも結局箱館へ証文を送致すべきこととされたので、1869年9月22日箱館のC氏へ書面を送付し、取り立てを依頼した。ところが、箱館運上所は、支払うが手許金がないとして再び横浜へ送るよう求め、横浜からの支払いもなかったので、1875年1月譲渡されたXが5月17日付で元利合計墨銀1萬5559枚の請求をYに対して行ったという。
- (2) 本件事案の領事裁判については、谷口牧子「法例以前の国際私法——涉外的私法規範に関する一考察(2完)」(北海学園大学)法学研究34巻3号504頁以下参照。
- (3) 大判大正6年3月17日は「本件消費貸借ハ明治25年4月10日米領布哇ニ於テ成立シタ

ルモノニシテ同31年7月16日ヨリ施行セラレタル法例發布以前ニ係ルモ同法第七条ニ規定ノ如ク法律行為ノ成立及ヒ効力ニ付テハ当事者ノ意思ニ從イ其何レノ國ノ法律ニ依ルヘキカラ定ムヘク当事者ノ意思カ分明ナラサルトキハ行為地法ニ依ルヘキコトハ同法施行前ニ在リテモ国際私法上認容セラレタル所ナリ本件消費貸借ニ付キ当事者カ何レノ國ノ法律ニ依リカ成立及ヒ効力ヲ定ムル意思ヲ有シタルカハ原審ニ於テ当事者双方ヨリ主張セス又原審ノ確定セサル所ニシテ其意思分明ナラサルモノナレハ行為地タル布哇ニ於テ行ワルル米國法ニ依ルヘキハ当然ナリ」としている。

同様に、大判明治32年5月5日判決 明治32年大審院民事判決録5号27頁スイス国人ファーブルブランド対山縣徳兵衛 契約履行請求ノ件 明治31年225号(上告論旨第2点)においては、内国における内外人の取引の時効は「契約締結地即チ内国人所属ノ國法ヲ適用スルヲ以テ国際私法上ノ原則トナスモ国際定約ノ結果治外法権ヲ有スル外国人ニ対シテハ其本國法ヲ適用スルコト方今国際間ノ常例トス依リニ一歩ヲ譲リ時効法ハ治外法権ヲ有スル外国人ニ対シテハ尚ホ内国人所属ノ國法ヲ適用スヘキモノトスルモ現日本國ニ行ハルハ出訴期限規則ノ如キハ一時ノ必要ニ応シテ發布セラレタルモノニシテ一般時効法ノ性質ニ適合セサルヲ以テ対等定約ノ下ニ於ケル内外人私権抵触ノ場合ニ在テモ之レカ適用ヲ為スヘカラサルコト至当ノ条理ナリト況ンヤ上告人ハ日本國ニ対シテ治外法権ヲ有スルモノナルニ於テヤ然ルニ原院カ契約締結地ハ日本領土内ナルニ付訴期限規則ヲ適用スルニ妨ケナシトノ理由ヲ以テ上告人ノ論旨ヲ排斥セラレタルハ国際私法上ノ条理ヲ無視シタル不法ノ裁判ナリト云フニアリ

然レトモ本件ノ取引ハ内國ニ於テ契約ヲ為シ内國ニ於テ履行スヘキモノニ係リ而シテ内國ノ裁判所ニ之レカ履行ノ訴ヲ提起セシモノナレハ内國ノ出訴期限規則ヲ適用スルコトヲ得ヘキ筋合ニシテ上告人ノ自國政府ト日本政府トノ条約ニ於ケルモノ之レニ反スル定アルニ非サレハ原判決ハ上告論旨ノ如キ不法ナル点ナシ」と述べている。

- (4) 以下の分析は、拙稿「我が国における契約の準拠法の歴史的検討」法学論叢146巻3・4号26-75頁の資料や分析の多くに依っている。
- (5) Laurent, *Le droit civil international*, t. VII (1891), p. 518.
- (6) 事実による反証を可能とする(拙稿・前掲32頁、並びに折茂豊『当事者自治の原則』(昭和45年)29頁以下参照)。
- (7) 拙稿・前掲40-47頁参照。
- (8) 織田(拙稿・前掲40-41頁)。
- (9) 拙稿・前掲42頁以下。
- (10) 折茂・前掲書34頁, 50頁以下参照。
- (11) 拙稿・前掲47-48頁参照。
- (12) 拙稿・前掲53頁以下。
- (13) 契約締結当時の債務者の住所(居所)地法あるいは契約締結地法。これらはせいぜい黙示的意思推定で、現代的意味においては客観的連結である(拙稿・前掲49頁以下参照)。



- (14) 仮定的意思については、さしあたりノイハウス『国際私法の基礎理論』（拙訳）（2000年）273頁以下参照。
- (15) 入江は7条2項を法律上の推定と解し、反証の対象とする（拙稿・前掲58頁参照）。
- (16) 山口弘一（拙稿・前掲58-59頁）。
- (17) 拙稿・前掲61-62頁。
- (18) 久保『国際私法論』（昭和10年）317頁以下。
- (19) 註「尚かかる解釈の爲には諸国の立法例が多く準拠法を合意し（又は定め）たるときは又は合意せ（又は定め）ざるときはと規定せるに対し、我が法例が当事者の意思に従ふと云ひ又は意思の分明ならざるときはと規定したることも幾分の根拠となし得るかも知れない。」
- (20) 前掲書338頁。
- (21) 前掲書330頁注。
- (22) 前掲書336-337頁。
- (23) 山本敬三「補充的契約解釈—契約解釈と法の適用との関係に関する一考察(5)」法学論叢120巻3号（1986年）2頁以下参照。
- (24) 以下、実方正雄『国際私法概論（再訂版 [昭和33年]）』209頁以下による。
- (25) 拙稿・前掲66-67頁参照。
- (26) 実方・前掲書216-217頁。
- (27) 江川英文「国際私法上の意思自治の原則に関する一考察」（昭和27年 [1952年]）451頁以下参照（山田鎌一『国際私法』238-242頁も同旨）。
- (28) 江川英文『国際私法』214-5頁、林脇・後掲も同旨。江川英文「国際私法上の意思自治の原則に関する一考察」『田中先生還暦 商法の基本問題』（昭和27年）439-459頁において、当事者の明示・黙示の指定がない場合には、「あらゆる主観的ならびに客観的の具体的事情を考慮して、準拠法の指定に関する当事者意思を推定して準拠法の決定することが認められる。」とし、昭和8年の大審院判決に関する実方評釈（民商1巻6号598頁）を引用して、契約の型乃至性質そのものからして、当事者意思を推定することが解釈論として妥当であり、この意思の推定とは「意思そのものとは実はあまり関連のないことである。当事者の意思を離れ、他の事情からして合理的であると考えられるのであるから、それに反する意思の徴憑の認められない限り、それが当事者の意思に合致すると推定するまでである。」「わが法例が意思主義を採り、契約の準拠法は当事者の意思によって決定すべきものとしているから、これが当事者の意思であると解釈するにすぎない。」（456-458頁）という。
- (29) 鳥居淳子『演習国際私法』（1987年）140頁以下、『演習国際私法（新版）』（1992年）117-119頁。
- (30) 折茂豊『国際私法（各論） [新版]』（昭和47年）130頁は、「準拠法の選定に関する当事者の意思が明示されなかったときも、問題となる契約の内容・性質、その当事者、その目的物など、その他もろもろの具体的事情を考慮し、当事者の意思に最もよく適合すべしとおもわれるいずれかの法を準拠法として定める、という態度がとられるべきこととなろう。これ

は、契約債権の準拠法決定に関する当事者の黙示意思の推定——黙示意思による準拠法指定——とよばれるべきものであるが、法例7条の解釈としては、このような当事者の黙示意思をも明らかならしめえないときに、はじめてその2項にしたがって行為地法を準拠法とすることとなる、と解すべきである。」という。注(4)においては、「実方211頁ほか、わが通説のみとめるところ。わが下級審の判例には、この態度をみとめたとみられるものがある。」とし、横浜地判大正7年10月29日(評論8巻諸法4頁)、東京地判昭31年11月29日下民7巻3431頁、奈良地判昭26年2月6日をあげ、いずれも結局当事者間に準拠法の合意があったものとみている。

黙示の意思の基準としては、同・133頁以下(及び講座2巻428頁以下)は、(1)契約の内容・性質(契約が他の契約と緊密に関連・結合しているとき、例、保証契約、更改契約)、(2)特定国家・公法人を当事者とする場合、特に反対の意思が明示されない限り、その国家・公法人の属する国の法を準拠法とし、医師・弁護士・公証人等とその職業上の行為について締結された契約については、特に反対の意思が明示されない限り、それらの者の業務地法が準拠法となる。(3)契約の目的物を考慮する(不動産に関する債権契約——特に反対の意思が明示されない限り不動産所在地法、営業財産に関する債権契約——その所在地法)、(4)将来の紛争に関する争いについての特定国の管轄の合意、仲裁の合意(講座、429頁以下)、を挙げる。但し、債権契約における支払い貨幣の明示は貨幣所属国法を準拠法とはしない(138注(5))。当事者の黙示意思の探求は問題となる個々の契約関係における諸々の具体的事情を考慮してなすべきで、基準は列挙しえないので、上記のものも、単にその若干の例示に過ぎない、という。

煖場準一〔山田録一=沢木敬郎編『国際私法講義』(1970年)所収〕141頁以下)は、①裁判管轄条項等を援用して当事者が黙示の合意が存在したことを主張、②特定の法体系が準拠法として適用されるべきことを直接主張、③双方の当事者が、特定の法律体系に所属する法律の条文を引用して弁論を行い、間接的に当該法体系が準拠法として適用されるべきことを主張、する場合を黙示の意思とし、「当該契約の特殊性からして、ある特定の国に特に緊密な関係をもち、その国の法律による意思があるものと認めるのが合理的であるとしても、当事者の主張・立証をまたずに、黙示の意思を推定することは、法例7条の精神に必ずしも合致するものではない。けだし、そうした操作は、黙示の合意を探求するという口実の下に、当事者の予想さえしなかった法律を適用することを裁判所に許す結果となるからである。これは、当事者の利益にとってはもちろんのこと、取引上このましくない不確実性を招来するだけでなく、当事者主義・弁論主義の手続にも反することである。したがって、黙示の意思の探求にあたっては、あくまでも当事者の主張・立証をまつことが合理的である。裁判所による適正な釈明権の行使が要請される事柄である」。

沢木敬郎「契約の準拠法」『国際取引』46~47頁は、推定自治を日本の通説であるとし、これに従う判例(甲府地判大正8年3月3日新聞1557号20頁)もあるとする。即ち、推定自治とは「当事者による明示の準拠法指定がない場合でも、契約当事者の国籍、住所、契約

締結地、契約に使用された言語、契約の内容、契約締結にいたる諸事情などを考慮して、契約当事者が、ある国家法の適用を合理的に期待していたと客観的に考えられる場合に、それを準拠法として認めることである。日本にある日本人所有の家屋の外国商社駐在員に対する賃貸借契約などはその例であり、日本法が準拠法とされることが考えられる。

- (31) 折茂豊『国際私法講座 第2巻』[昭和30年] 428頁。
- (32) 折茂・前掲「当事者が、この点について、なんらの意思をも明白に表示しなかった場合には」、「一見するに、法例7条がその2項で、「当事者ノ意思カ分明ナラサルトキハ行為地法ニ依ル」といっているから、その場合には行為地法を適用すべきことになる。しかし、当事者の意思が明示されていないがゆえに、ただちにあらゆる契約について、一律に行為地法をもって準拠法とすべしとするのは、おそらく適当でない。けだし、法例7条は、その1項で明らかに意思主義を宣明しているのであって、このことはとりもなおさず、契約債権のもつ性格からみて、一律的な準拠法の決定が不適当であること、したがって法例としては、一応原則的にこれを拒けたことを意味するのであり、したがって、たとい準拠法選定に関する当事者の意思が明示的に表現されなかったにせよ、そのゆえのみをもって、ただちに個別的な準拠法の決定方法を捨て、一律的なそれに赴くべしというのは、かならずしも法例7条の基本的趣旨に沿うものではないとおもわれるからである。かくて、準拠法の選定に関する当事者の意思が、明示されなかった場合においても、…(略)…など、その他もろもろの具体的諸事情を考慮し、そこに当事者の利害関係にもっとも適合すべき準拠法を発見するという個別的方法が採らるべきである、ということになろう(かかる結論は今日わが通説として認められている。……)」。
- (33) 山田録一=沢木敬郎編『国際私法講義』(1970年) 131頁以下, 140頁以下による。
- (34) 松岡博「国際契約の準拠法——当事者による有効な法選択のない場合」阪大法学 39巻 1号(平成元年) 4頁以下, 33頁, 荒木尚志「国内における国際的労働関係をめぐる法的諸問題」日本労働法学会誌 85号 (1995年) 96頁以下参照。

なお、林脇ト子「国際契約と言語」遠藤博ほか監修『現代契約法大系』第8巻(昭和58年) 140-141頁：「7条2項は当事者の一般的な意思の推定、推定自治といわれるが、一般に国内法において任意法が当事者の合理的意思の推定といわれるのと同じように、当事者が具体的にもったであろう意思の推定ではない点で、一種の客観的基準というべきである。そこで、当事者の意思を中心に債権契約の規律を考えようという法例7条の建て前を拡張して、明示の指定がない場合にも、当事者の準拠法指定の意思を推測するという形で準拠法を決定し、行為地法の適用に優先させようとする考え方が主張される。これが、黙示の指定ないし特殊的推定自治といわれるところである。」「(b) 黙示の指定が当事者の共通の法による意識を前提とするのに対し、特殊的推定自治の場合は、両当事者の共通の具体的意思の推定というよりは、たとえば、契約内容の事実上の決定権をもつ一方当事者の業務上の本拠所在地を基準とするのが合理的である(少なくとも一方当事者の意思にも合う)というような場合であって、主として運送業者、保険業者などの営業に関する定型的・大量的な契約、

いわゆる附合契約（実質法的にも両当事者の合意により契約内容が定められるのではなく、一方当事者の意思がこれを決定する）の場合に妥当する。当事者の意思の推定という形をとりながら、一種の客観的連結というべきである（法例7条2項の行為地によるのが一般的客観的連結であるのに対し、これは特殊的客観的連結である）。」143頁注(1)：「判決例中、黙示の指定のケースとされるもの数は多い。しかし、本文で述べた意味での黙示の指定というよりは、次の特殊的推定自治のケースとみられるものが多い。」

川又良也「当事者の自治——黙示の指定」涉外判百（第2版）（1995年、別冊ジュリ32号）71頁：「率直に言えば、黙示意思の探求というのも、7条が意思主義を原則とするからそういうまでのことであって、その探求とは、実は当事者の意思自体とは必ずしも関連なく、他の諸事情から合理的と考えられるものを当事者の意思に合致するとして解釈することにほかならない。それは畢竟諸々の具体的事情を彼此勘案して、当該契約に最も密接な関係を有する地を選び、その地の法を適用するという一種の客観主義的アプローチの導入を意味するといつてよい（江川「国際私法上の当事者自治に関する一考察」田中先生還暦・商法の基本問題458頁）。そうしてみれば、右の配慮は7条の構造的不備を是正する解釈的努力の表れとして積極的に評価されて然るべきであり、少なくとも当事者の主張立証した事実がある限り、7条2項へ行く前に、適切な準拠法を選ぶために、それらの事実に基づいてまず黙示意思が求められねばならないのである。」

- (35) 石黒一憲『国際私法』（1994年）270頁以下。
- (36) なお、奥田安弘「わが国の判例における契約準拠法の決定——契約類型毎の考察」北大法学論集45巻5号（平成6年）743頁参照。
- (37) 客観的連結は主観的連結を補うものとして採用され、更に客観的連結を補う方法が講じられているのが近時の立法の傾向である。例えば欧州連合の債務準拠法に関するローマ条約では特徴的給付の理論が補充的方法として採用され、それ以外の立法においても契約の類型化により準拠法が定められる（条約の報告書の邦訳、野村高明ほか「契約債務の準拠法に関する条約についての報告書(1)～(9)」阪大法学46巻6号以下参照）。溜池良夫『国際私法講義』348頁以下参照。
- (38) 判例分析は既にその危険性を示している（奥田・前掲742頁以下参照）。
- (39) 跡部定次郎「法例第7条ノ規定ニ就テ」京都法学会雑誌5巻11号〔明治43年〕122—131頁参照。仮定的意思を認めたかつてのドイツ法では、契約に関する抵触法規が欠缺していたので、判例・学説上解釈により補充されており、従って明示の意思表示による準拠法選択自体も制定法によるものではなかったし、それを補充する仮定的意思についても解釈により補い得たのである。
- (40) 鳥居淳子「わが国の判例における涉外債権契約の準拠法の決定」法政論集35号（昭和44年）71頁以下、奥田・前掲695頁以下。
- (41) 以下の判例分析には原則として池原季雄他編『判例体系 国際私法』に収録されたものを対象とする。もっとも、この『体系』に収録された裁判例は網羅的ではない上に、分類に基

だ不正確な所があるので、将来のより徹底した分析は留保するが、差し当たりはこれを参照する。

- (42) 大判大正 6 年 3 月 17 日。大判大正 11 年 7 月 7 日新聞 2024 号 15 頁は、天津で日本人間において締結された消費貸借契約について日本法によるという証拠がないとする。
- (43) 大判昭和 9 年 12 月 27 日の下級審判決である東京地判裁判年月日不詳・昭和 6 年(ワ) 3312 号国私例集 449 頁、東京控判裁判年月日不詳・事件番号不明国私例集 458 頁は、いずれもフランスで発行された日本の公債から生じる権利関係について法例 7 条によるまでもなく当事者の意思解釈によるとした。
- (44) 契約当事者の意思の証明問題については、川又良也・渉外判例百選 [第 3 版] (1995 年)、別冊ジュリ 32 号、74-75 頁は同 12 号、26-27 頁に依拠しながら、連結点確定の基礎となる事実は弁論主義に従うことを前提とするが、現実の意思の証明と規範 [推定] 事実の証明は同じであるとはいえない。行為地に当たる事実が主張されない場合、行為地法によることも出来ない。証明された事実から当事者の意思を認定することは可能であろう。この場合、主要事実たる当事者意思、合意の存在の証明は一般に不可能であり、間接事実によるほかないのであるから、如何なる間接事実を認めるべきかという点で、規範的な解釈が要請されることになろう。なお、連結点として当事者意思を職権探知によるべきものとする(石黒一憲『金融取引と国際訴訟』) 昭和 58 年) 138 頁以下参照)。
- (45) 甲府地判大正 8 年 3 月 3 日新聞 1557 号 19 頁は、日付に日本年号を用い、日本住所を表示していたことを理由とする。久保説と同様の処理をする裁判例もある。長崎控判年月日不詳国私例集 1105 頁は、日本の海上保険会社が英文保険証券を発行したときは、行為地法たる日本法ではなく、反証なき限り英国法による事実たる慣習による意思あるものと推定した。東京控判昭和 15 年 4 月 24 日新聞 4587 号 12 頁日本の保険業者と日本に支店を有するインド会社との間における、横浜からサイゴンまでの絹物等の輸送のために日本で締結された保険契約について、合意の証拠はないが、「一般ニ海上保険業者カ英文ヲ以テ保険証券ヲ発行シタル場合ハ契約約款ノ解釈ニ付英国法ノ規定並慣行ニ準拠スヘキ事実タル慣習アルコト明ニシテ被保険者テル被控訴人カ本邦人ニ非サル本件ニ在リテハ反証ナキ限り此ノ慣習ニ依ル意思アリタルモノト推定シ得ヘシ」とする(なお、保険契約において、英法準拠法約款が用いられる場合に、実質法的指定との関係を論じる石黒一憲『国際私法』(1994 年) 266 頁以下参照)。
- (46) 鳥居淳子「わが国の判例における涉外債権契約の準拠法の決定」法政論集 35 号 (昭和 44 年) 73 頁、奥田・前掲 739 頁参照。これは現在においても当てはまる。そして明示の指定があれば、我が国の公序に反しない限り、英米法と異なり、その準拠法が契約との関連性が無くとも準拠法として認めるのが通説の立場である以上、裁判例においても原則として明示の指定がそのまま認められる(鳥居・前掲 74-75 頁。この中には当事者が争わない場合も含まれるのであろうか。東京地判昭和 40 年 8 月 28 日、大阪地判昭和 41 年 9 月 24 日、東京地判昭和 48 年 12 月 23 日、東京高判昭和 49 年 8 月 28 日、東京地判昭和 51 年 1 月 29 日など

参照)。

- (47) Henri Batiffol, *Les contrats en droit international privé comparé*, 1981, p. 28 の伝えるハンブルクのアンケートによれば当事者自治の存在を知るビジネスマンは少なく、法律家の問題と考えているというのが大半であるという(なお、奥田・前掲 704 頁, 730 頁参照)。
- (48) 例えば、保険契約、海上物品運送契約、特に船荷証券発行のときなど(奥田・前掲 709 頁以下, 714 頁以下参照)。もっとも保険契約については実質的指定が多いという指摘もある(石黒・前掲書(注(44)参照)。
- (49) 例えば、海上運送契約について船荷証券中に準拠法条項がある場合やノボイングストリー・ケースのように商品継続販売契約中に準拠法条項があるときなど。
- (50) 東京地判昭和 34 年 6 月 23 日, 東京地判昭和 52 年 5 月 30 日判時 880 号 79 頁は海上保険契約について、英文保険証券に保険者の填補責任、その決済がイングランドの法律と慣習による旨の条項があった場合であり、東京地判昭和 57 年 5 月 31 日は欧州共同体委員会と日本人の雇用契約について、同委員会の就業規則の存在にも拘わらず、解雇の準拠法について日本法によるべきか EC 法によるべきかの争いがあった。神戸地判昭和 58 年 3 月 30 日判時 1092 号 114 頁判タ 504 号 160 頁は、海上物品運送契約について、船荷証券上の準拠法条項が適用される範囲、準拠法について争いがあった。
- (51) 黙示の指定とされているケースの中、例えば東京地判昭和 39 年 12 月 18 日判タ 172 号 208 頁, 大阪地判昭和 47 年 3 月 28 日判タ 283 号 277 頁金法 665 号 27 頁等は、準拠法について当事者が争わず、むしろ合意があったといえる事案である。
- (52) あげられた 45 件の中 24 件は準拠法について当事者間に争いのあるケースであり、45 件のうちで、明示の指定と見た方がよい事例(例えば、大阪地判昭和 47 年 3 月 28 日, 東京地判昭和 52 年 4 月 22 日など)、裁判所が涉外事件であるとして独自に準拠法認定した事案などを除けば、むしろ準拠法について争いのある事案が黙示の指定とされる典型的事例である考えられる(前橋地桐生支判昭和 37 年 4 月 9 日は「当事者間に何等明示の意思表示がないけれども、日本国内居住の日本人と外国人が日本国所在の不動産について売買契約を締結する場合は反対の意思が明示されない限り日本国民法に拠る黙示の意思があるものと解するを相当とする」と判示しており、倒産に伴う財産整理の過程で不動産の買主が偶々韓国人であったことから準拠法を認定しているに過ぎない。また、明らかに行為地法が適当とはいえない場合、つまり行為地法によるとする当事者意思が存在しないと思われる場合にも、黙示の意思により準拠法が決定される。例えば、東京高判昭和 42 年 3 月 30 日下民集 18 卷 3・4 号 294 頁(終戦当時、中華民国青島において在留邦人の引揚援護のために青島総領事が在留邦人との間で締結した金銭消費貸借契約を日本法により判断した事例)、大阪高判昭和 44 年 8 月 5 日(3の②の事案)、東京地判昭和 45 年 4 月 8 日(3の⑨の事案)、東京地判昭和 47 年 5 月 10 日行裁例集 23 卷 5 号 299 頁(日本で死亡した日本人の日本に所在する遺産の相続につき、米国在住相続人と日本在住遺言執行者との間に、相続税の納税に関する委任

契約の成立を日本法によるとみられる事例。9条2項及び7条2項では米国法が準拠法とされうる)。逆に行爲地を準拠法とするケースでは7条2項でも差しつかえない。

奥田・前掲724-725頁は、大判大正6年3月17日、大正7年8月9日は、結果的に行爲地が当事者の常居所地と一致しており妥当な準拠法であったとし、同・735-737頁は東京地判昭和31年2月25日下民集7巻2号429頁についても同旨。

東京地判昭和45年3月27日下民集21巻3・4号500頁：日本法人Xが手形金の取り立てを日本の銀行に委任し、さらにその邦銀がアメリカ銀行パリ支店Aに、Aがフランスの銀行パリ支店Yに取立委任したが、その義務がYにより履行されなかったとして、我が国で債務不履行による損害賠償を請求した事案につき、Xが日本法を準拠法と主張し、Yがフランス法を準拠法としたが、裁判所は当事者間に契約準拠法指定の合意がなかったことには争いがなかったこと、XY間の法律関係はその間の直接の法律行為によるものではなく、AY間の「第三者委任契約の締結によって成立」し、これはAが「フランス国内においてフランス国法人たるYとの間で締結したのであるから、とくにフランス法の適用を排除したことの認められない本件では、フランス法による意思のもとに締結したものと認めるのが相当である。」これは、7条2項によるものであろう（奥田736頁は黙示の合意という）。沢木・前掲221頁はこの契約が数個の契約がそれぞれの前の契約を前提として累加的に締結されたことをふまえて、理論的には同一事項を目的とする場合には理論的には各契約に別個の準拠法を認めるべきであるが、「現実には、これら一連の契約は1個の目的に奉仕するものであり、その準拠法が異なることは、極めて不便なことが多い。そこで買付委託契約などでは、相隣接する2個の契約内容を同一にする努力がなされており、むしろ、それとの関連において、国際契約の準拠法たる外国法を準拠法として認めるべきではないかというような問題すら登場しているのである。そして実際にも瑕疵担保などの請求においてXY間での直接折衝の行われることは少なくないのである。」「荷為替決済のごとき定型化された取引においては、このような契約内容が、とくに反対の意思表示のない限り、黙示的に含まれていると解することはできないであろうか。」同一の判決の評釈で、林脇は（ジュリ471号153-154頁）で、「銀行の為替取引の慣行上、他の銀行に対する復委任の許諾があり、最終受任者が誰になるか当初不明ではあるが、順次復委任契約がなされた場合、最後の取立事務を行う受任者と最初の委任者との間にも直接の法律関係を生ぜしめるものと考えられる」ので、一応各契約は独自の準拠法をもちうるが、当事者の推定的意思によりX、B共通の住所地でもあり行爲地でもある日本法をXB間の契約の準拠法とし、これによりXY間の準拠法とする。

- (53) 戦前にも、甲府地判大正8年3月3日新聞1557号19頁があり、在米日本人間での消費貸借契約について日本の年号を用い、借主住所を日本においたなどから日本法を準拠法とした例がある。
- (54) 黙示のものが44件であるのに対して、行爲地法によるものは65件とされている（鳥居・前掲79頁参照）。

- (55) 戦後の裁判例で黙示のものと行為地法によるものはそれぞれ39件と46件である。
- (56) 奥田・前掲710頁。
- (57) 鳥居・前掲79頁以下参照。

東京控判昭和7年12月27日新聞3531号15頁は、海上保険契約について行為地法たる日本法が準拠法となることにつき当事者間に争いはないが、英文保険証券に記載の事項については英国法が準拠法となるか否かが争われていたものであり、判示は、英国法の適用を認めた事例で、むしろ明示の指定またはせいぜい黙示の指定に分類されるべき事例であろう。

横浜地判大正7年10月29日国私例集357頁は、運送契約につき①英国法固有の記載、②鑑定意見から暗黙の合意を認めた事例で、船荷証券については証拠がない、として7条2項、9条2項から行為地法によらしめる。

東京控判大正10年11月9日新聞1912号20頁はカリフォルニアにおける日本人間の消費貸借契約につき、7条2項によりカリフォルニア州法による。

大判昭和9年12月27日民集13巻2386頁の貸貨公債事件においては、準拠法について争いがあるが、「原判決ノ認定シタル本件公債証券記載ノ約款ニ依レハ何レノ国ノ法律ニ依ルヘキカニ付テハ何等ノ規定ナク発行趣意書告知書ニモ此点ニ関スル何等ノ記載ナキヲ以テ準拠法ニ関スル当事者ノ意思明ナラサルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ本件公債証券ニ基ク法律関係ニ付テハ其ノ発行地ノ法律タル仏蘭西法ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノト解スルヲ相当トス」と判示し、準拠法について事実が明らかでなく、行為地法によると解している。

- (58) 鳥居・前掲79頁以下、奥田・前掲740頁以下参照。
- (59) 舩場・前掲141頁は、当事者の意思不明の場合の措置として「④そもそも、いずれの国法によるべき意思であったか、についての主張が双方の当事者によりなされない場合、②かりに、黙示の合意や特定国法の適用に関する、当事者の主張があったにせよ、黙示の合意の存在を認定するに足りるだけの証拠のない場合、これらのときには、準拠法の選択に関する当事者の意思が不分明である、といわねばならない。したがって、法例7条2項に定められた、補充的連結基準に基づき、行為地法が準拠法となることとなる。」とする。

当事者意思という連結点の確定を、通常的事実と同様に取り扱い、当事者による主張・立証がないとして、行為地法を準拠法とする裁判例が多かったという指摘もある(川又・前掲(注44)74-75頁。この問題は、連結点の確定の前提となる事実の収集の訴訟上の負担の問題として論じられているが、契約の補充的解釈の問題でもあり、さらに立ち入った検討を要する)。しかし、次第に明示の指定がない場合にも直ちに第2項の行為地法によるのではなく、さらに黙示の指定を探求し、現実の意思の探求を越えて、どうしても当事者の意思が明らかでない場合、つまり意思の推定が出来ない場合に初めて第2項により行為地法を準拠法とする立場が強くなっている。その際、学説が第2項をほとんど用いない傾向があるのに対して、文言に忠実なお第2項の行為地法が準拠法とされる場合を認めているのが注目し得る(労働契約についても3(4)の⑧、⑩がある(⑬参照)。行為地法によらない例として東京地判昭和59年5月29日労働判例431号57頁があるが、これは日本会社による米国に



おける米国人との雇用契約ではあるが、根拠を挙げずに日本法によるが、当事者間に準拠法についての争いはない。日本での労働であり、労働条件も円建てなど日本を基準としていることにより、日本法による意思と考えられる。なお、⑬、⑭参照)。行為地法に対する批判はすべての契約に一律に行為地法を準拠法とすることは最密接関連性を持たない法が準拠法となるとする点にあったが、もしそうであれば行為地法が当該契約と最密接関連性がないということの証明が必要であったであろう（そのうえで客観的連結を考えるべきであろう）。しかし、次第に黙示の意思の探求を、個別的契約における当事者の合理的意思として行う事例が増えてきているので、推定の当事者意思としての黙示の意思の探求が有力となっているといえる。ただし、判例はあくまでも契約をめぐる諸事情から当事者の意思を認定するという態度をとっていることに留意すべきである(③③の①、②など)。もっともこれを単なる解釈上の法的構成の問題に過ぎないと解する立場も強い。しかし典型的に契約の準拠法を決定していると思われる例は少なく、具体的な契約をめぐる諸般の事情を当事者意思について考慮するというのが一般的である。

なお、裁判例の概観からは、一方において行為地法が一般的に不当であるという論理を成り立たしめない。他方、逆に行為地法と一致しないケースも相当数あることを思えば、やはり一般的に行為地法を推定するのは妥当ではないことを示す。要は、行為地法の一般的不当性ではなく、一般的に行為地法と推定する方法の妥当性の問題である。しかし、明示の指定がない場合に、一般的推定がないと準拠法の決定が法的安定性を欠くことも指摘できる(欧州でも、客観的連結を取りながら、やはり推定規定を置く)。従って、推定規定は必要であるが、それをどのように用いるかの問題であろう。

(60) 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』(遠藤浩ほか監修 昭和60年)65頁以下参照。1989年のモリタニア債務及び契約法典は、10条で、当事者の合意又は事情から、別段の法が準拠法とならない限り当事者の共通住所所地法により、それがなければ契約締結地によるとする(Jan Kropholler et al. (Hrsg.), *Außereuropäische IPR-Gesetze* (1999), S. 524 f.)。

(61) 1995年9月6日(在日本朝鮮人人権協会): 戸籍時報464号48-53頁。

(62) Kropholler (注(60)), S. 1042 f. なお、「中華人民共和国契約法」(1999年)126条「涉外契約の当事者は、契約紛争を解決する法律を選択することができる。ただし、法律で別段の規定がある場合を除く。涉外契約の当事者が選択しない場合は、契約と最も親密な関係がある国の法律が適用される。

2 我が国域内で履行する中外合資経営企業契約、中外合作経営契約、中外合作勘探開発自然資源契約には、我が国の法律が適用される。」(何天貴「詳解 中華人民共和国契約法(2000年)77頁による)参照。

(63) IPRax 1992, S. 404. なお、1975年ドイツ民主共和国法適用法12条は自治を認めながら準拠法の合意が為されない場合には売買契約には売り主の本拠地法、製作・組み立て契約には製造者の本拠地法等々14種類の契約について客観的連結を定める。これは東欧社会主義

諸国の伝統によるものであろう。社会主義諸国間における国際取引には協定があり、この法の適用範囲は限定されていた。

- (64) Kropholler (注(60)), S. 550-555.
- (65) A.a.O., S. 842-949.
- (66) Mark Boguslawskij/Silvio Höfer, Neue Entwicklungen im russischen Internationalen Privatrecht, IPRax 1998, S. 41, 57.
- (67) Oleg Mosgo, Das neue internationale Privatrecht Weissrusslands, IPRax 2000, 148.
- (68) Wolfgang Riering (Hrg.), *IPR-Gesetze in Europa* (1997), S. 160-165.
- (69) Symeon C. Symeonides, Choice of Law in the American Courts in 1999 : One More Year, 48 AmJCompL, pp. 156-166 (2000).
- (70) Kropholler (注(60)), S. 1020-1021. Cf. Rev. crit. d.i.p. 1992, 394; Erik Jayme, IPRax 1993, 56-58; Carol S. Bruch, Codification of Conflicts Law: The Louisiana Draft, 35 AmJCompL., 255-257 (1987).
- (71) A.a.O., S. 356-365.
- (72) Gonzalo Parra-Arquguren, La loi vénézélienne de 1998 sur le droit international privé, Rev. crit. d.i.p. 1999, 209-226, 392-401 ; Eugenio Hernandez-Breton, Neues venezolanisches Gesetz über das Internationales Privatrecht, IPRax 1999, 194-240.
- (73) Mohamed El Arbi Hachem, Le code tunisien de droit international Privé, Rev. crit. d.i.p. 1999, 227-244, 382-391; Menhofer, Neues Internationales Privatrecht in Tunesien, IPRax 1999, S. 266, 292; Kropholler (注(60)), S. 892-903.

なお、イェーメン1992年民法典30条は(Kropholler(注(60)), S. 322), 「契約上の債務関係は、当事者が[共通の]住所を有する場合には、その住所地法により、当事者が異なる住所を有する場合には、契約が締結された国の法による。ただし、当事者が他の法の適用を合意し、あるいは事案の諸事情から両当事者が他の法の適用を意図していたことが明らかである場合はこの限りでない。不動産に関する契約は、これにかかわらず、物の所在地法による。」と定めている。

- (74) 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」手塚山法学1号(1998年)206-166頁参照
- (75) Peter Nygh, *Autonomy in International Contracts* (1999), p. 110は、ローマ条約3条1項フランス語正文より英語正文及びドイツ語正文はより緩やかな要件とされているというが、メキシコ・シティー条約は、ローマ条約フランス語正文より緩やかであるとする。いずれにせよ、これら条約は、裁判所による現実の意思の認定を要求している。
- (76) なお、ハーグ国際私法条約においては、1955年条約は推定選択は契約条件から「疑いがなく」認められることを要求し、合意管轄条項1つからは推定されず、また契約条件自体からでなくてはならず関連状況から推定されるのでは足りないものとされていたが、1986年ハーグ国際的動産売買契約の準拠法に関する条約(未発効)7条1項によると、要件は拡張

され、「契約条件及び全体として認められる当事者の行動によって明らかに示される」こととされた (Nygh, *op. cit.*, pp. 109-110)。

- (77) UNCITRAL, A/CN. 9/470 (23 March 2000), para. 190-191. 融資契約は対象とはしていない (para. 191)。
- (78) UNCITRAL, A/CN. 9/470, para. 190 では、1980年のECローマ条約12条及びメキシコ・シティー条約7条が引用されている。
- (79) UNCITRAL, A/CN. 9/470, para. 192.
- (80) *l'Annuaire I.D.I.*, vol. 64, tome II, Session de Bâle, 1991, pp. 382-385.
- (81) *op. cit.*, p. 136.
- (82) *op. cit.*, p. 133.
- (83) *op. cit.*, pp. 133-134.
- (84) Nygh, *op. cit.*, pp. 104-111 は、この2段階方式が最近の傾向であることを指摘している。英国では明示意思、推定意思、密接関連性の3段階認定から、2段階方式へ移行しつつあり、オーストラリアのAkai ケース (1996年) では2段階方式となり、仮定的意思ではなく現実の意思が問題とされていることを指摘する。条約もこの傾向に即している。

## The Law Applicable to International Contracts

Yoshiaki SAKURADA

Professor, Graduate School of Law, Kyoto University

From tracing closely the historical background and the legislative developments relating to Article 7 of the Horei (Law of Application of the Laws in General), it follows that Article 7 shall be construed as the expression of the party autonomy. Article 7, paragraph 1 of the Horei covers not only the express agreement on the law applicable to international contracts, also the implied agreement. While Article 7, paragraph 2 stipulated *lex contractus* when the intension of parties was not clear, and should be deemed to be a legal presumption of the wills of contracting parties according to the academic theories, its interpretation of Article 7, paragraph 1 of the Horei tends to extend the implied agreement. This tendency might have resulted in the possible non-application of Article 7, paragraph 2 and has brought

confusions to a certain degree in the funding of applicable law to international contracts.

The analysis of court decisions in relation to Article 7 of the Horei reveals that the intention of contracting parties shall be proved by the litigating parties as a matter of facts, and that implied agreements upon the law applicable to international contracts shall consist in real wills of the parties as the first step. While courts have tended to rely upon Article 7 paragraph 2 when the wills of contracting parties could not be proved, the implied agreement has been gradually construed as a presumption of their intentions. This tendency might cause some legal uncertainty, because the parties could not foresee the law applicable to international contracts. Therefore, the comparative studies of recent legislations and international treaties upon conflict of law as to international contracts shows that implied agreement should be limited to the real intentions of parties (the EEC's Rome Convention, Article 3 reads "The choice must be express or demonstrated with reasonable certainty by the terms of contract or the circumstances of the case"). On the other hand, *locus contractus* of Article 7, paragraph 2 of the Horei can be construed as an objective point of contract and is too narrow to govern all kinds of international contracts. To adapt the regulation in the Horei to international situation is necessary. The author concludes that Article 7 of the Horei requires its amendment urgently and proposes that the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected, provided that the parties do not express their defferent will. This construction follows Article 15 of the Horei and the party autonomy shall take preference over the most closely connected law in fact. Some types of contracts need a specific regulation, such as consumer contracts or employment contracts. The details of the proposal require another investigation.