

## 国際金融と国際私法

野村美明  
のむらよしあき

大阪大学大学院国際公共政策研究科教授

はじめに

1 貨幣法規と金銭債務

2 債権譲渡の準拠法

3 相殺の準拠法

おわりに

はじめに

国際金融においては、国際私法的、あるいはより広く、抵触法的<sup>(1)</sup>な考察を必要とする論点が多い<sup>(2)</sup>。このことは、国際金融取引にとって、市場間・当事者間で適用される法律や規制が異なることをいかに利用するか、または反対にこれらにこれらの相違に左右されないように工夫するかが重要であるという事実からも裏付けられる。

前者の伝統的な例としては、オフショア(ユーロ)市場(以下では欧州単一通貨ユーロと紛らわしい場合には、「オフショア市場」という)を利用したローンや債券発行がある<sup>(3)</sup>。この市場は、資金調達コストを下げるために、各国の規制監督権(規律管轄権)のいわばエア・ポケットを利用しているといえよう<sup>(4)</sup>。後者の例としては国際送金など、異なる法域にまたがる資金移動がある。資金移動に関わる当事者間の権利義務が異なる法秩序に服すると、様々な不都合が生じる。そこで、この分野では法の統一の努力が続けられている<sup>(5)</sup>。

ユーロ市場の出現から金融の証券化、資産の証券化の隆盛、世界的な金融自由化の流れと国内金融システムの改革の動き、さらにはEU(欧州連合)の単一通貨ユーロの登場まで、国際金融に関する法と実務は歴史的な大変化を遂げてきた。他方、財産法に関する国際私法規則およびそれを支える国際私法理論の

枠組みは、国際取引を居留地貿易に依存していた100年前と大きな変化はない<sup>(6)</sup>。このような歴史的な変化に対して、国際私法は変化する必要はないのか。国際私法もまた対応を迫られるとすれば、その程度と範囲はどのようなものであるべきか。

本稿では<sup>(7)</sup>、以上のような問題関心から<sup>(8)</sup>、国際金融における新しいトピックに関連を有しており、しかも国際私法の基本に関わるつぎの3つのテーマを考察することにする。①貨幣法規と金銭債務、②債権譲渡および③相殺は、国際私法の教科書でも必ずふれられる基本的なテーマである<sup>(9)</sup>。これらのテーマは、それぞれ①単一通貨ユーロの導入、②債権の証券化、③多数債権の一括精算や多数当事者間の一括精算という「新しい」問題に密接な関係を有している。これらの問題は、国際金融の枠組み、方法および基盤の本質論にも関わるものでもある。

本稿は、新たな理論や立法論を展開するものではなく、以上の3つのテーマについて、従来の国際私法理論の意義と限界を明らかにし、今後の方向性を示すことを目的としている。論述にあたっては、上述のような国際金融における国際私法の実地的、理論的重要性を考慮して、国際私法学では暗黙の前提とされている事項であっても、あえて明示的に説明することで、他分野から見た「透明性」を高める努力をしている。

以下の論述を通じて、刻々と発展している国際金融の現実に対応するためには、日本の国際私法においても、個別的で明確な抵触法規則を定立することによって、取引の予見可能性と法的安定性を高めるべきことを主張したい。

## 1 貨幣法規と金銭債務

1999年1月1日、欧州通貨同盟 (European Monetary Union or EMU) が、デンマーク、ギリシャ、スウェーデン、英国を除くEU加盟11ヵ国(参加加盟国)で発足し<sup>(10)</sup>、参加加盟国の通貨は単一通貨「ユーロ」に統一されることになった<sup>(11)</sup>。欧州連合理事会規則No. 974/98 (以下では「導入規則」という) 第3条は<sup>(12)</sup>、参加加盟国の通貨は別に定める換算比率に従いユーロに変換されることを定め、これを受けた理事会規則No. 2866/98 (以下では、「換算規則」という)

は、1ユーロに対する各国通貨の恒久的な固定換算比率を定めている<sup>(13)</sup>。導入規則は、「移行期間」においては加盟国通貨がユーロと併存することを認めるものの<sup>(14)</sup>、移行期間完了時にはすべてユーロに変換されるべきことを規定している<sup>(15)</sup>。

このように大規模な通貨統合という出来事は、加盟国通貨建ての契約の効力にいかなる影響を与えるだろうか。この場合に、事情変更の原則や英米法上の契約挫折の法理は適用されるか<sup>(16)</sup>。

理事会規則No. 1103/97 (以下では「継続規則」という) 第3条は<sup>(17)</sup>、「ユーロの導入は、当事者が特段の合意をした場合を除き、法律文書の条項を変更する効果や、そのような文書に基づく履行を免責又は免除する効果を有しないものとし、また一方当事者に対しそのような文書を一方的に変更又は終了する権利を付与しないものとする。」と規定する。「法律文書 (legal instruments)」とは立法、行政による法令、裁判所の判例、契約、単独行為、支払証券(銀行券および貨幣をのぞく) および法的効果を有するその他の文書を意味する(同規則第1条)。したがって、第3条の規定は、ユーロの導入によって既存の契約の内容には影響を与えないという、いわゆる契約継続 (continuity of contracts) の原則を採用したものである<sup>(18)</sup>。

継続規則は、通貨統合の参加加盟国に限らず、原則としてEUの全加盟国を拘束する(同規則最終文)。したがって、ロンドンのオフショア市場をベースにした金融取引の契約準拠法が英国法であれば、これに契約継続の原則は適用されることになる。また、導入規則は、移行期間の経過措置として、当事者の特段の合意がない限り(同規則8条2項)、参加加盟各国のそれぞれの通貨単位で弁済することを要する契約はその通貨で、ユーロ単位で弁済することを要する契約はユーロ単位で弁済することを原則としている(同規則8条1項)<sup>(19)</sup>。

ここでは、各国通貨がユーロに置き換わった場合の既存の契約に対する影響および継続規則との関係を検討する。問題点を明らかにするために、つぎの例を考えてみよう。日本企業は、オフショア市場(ユーロ市場)で多数のドイツ・マルク建債券(ユーロDM債)を発行してきた<sup>(20)</sup>。もしこれらの「ユーロ債」の準拠法が日本法(または、通貨統合に参加しない場合の英国法)だとすれば、ユー

ロDM債はユーロ・ユーロ建債に転換されることになるのだろうか。この債券に前記導入規則、換算規則および継続規則は適用されるか。

国際私法では、貨幣制度の変更によってその通貨建ての金銭債権がどのような影響を受けるかは、原則として問題となる通貨が所属する国の法律(以下では「貨幣準拠法」という)によって決定するものとされる<sup>(21)</sup>。通貨の問題はその通貨の所属国法(貨幣準拠法)によるとの原則は、国際的にも広く受け入れられている<sup>(22)</sup>。この原則は、たとえば1924年のドイツの貨幣制度変更や<sup>(23)</sup>、国家の併合による従来貨幣の消滅問題を例として説明されてきた<sup>(24)</sup>。規模の点でも影響力の点でもこれらの出来事を凌ぐヨーロッパの通貨統合に、この原則は適用できるか。

EC加盟国は、マーストリヒト条約の署名にあたって、加盟国がEMUに加盟する場合には、通貨法に関する立法権を含む通貨主権をECに委譲することを合意している<sup>(25)</sup>。現在の段階でも、導入規則および換算規則に関する限りEMU加盟各国の通貨主権はECによって行使されるといえる(導入規則前文、換算規則前文およびEC条約109条4項、現行123条4項参照)<sup>(26)</sup>。したがって、通貨の問題は貨幣準拠法によるとの原則は、この場合にも適用される。

設例のユーロDM債がユーロ建債となるかどうかは、通貨制度の変更の問題として、貨幣準拠法による。この場合の貨幣準拠法はEC法であるから、上記規則が適用されることになる<sup>(27)</sup>。このように、以上の問題を通貨制度の変更の問題と性質決定した場合には、契約準拠法としての日本法(または英国法)は適用されない。当然のことながら、事情変更の原則や契約挫折の法理の適用はない。

これに対して、継続規則はどうか。継続規則は、導入規則や換算規則とは異なり、ユーロに関するECの立法権(EC条約109条4項、現行123条4項)に基づくものではなく、補足的、二次的な立法権に由来する(EC条約235条、現行308条)。そうだとすれば、継続規則3条の定める契約継続の原則は、ECの貨幣準拠法には含まれないことになる<sup>(28)</sup>。

契約継続の原則の適用が実際上問題となるような場合とは、当事者を契約に拘束しておくことがもはや合理的でないような場合、すなわち事情変更の原則等が問題となりうるような場合であろう。たとえば、ユーロに額面変換後、ユー

ロの価値がドイツ・マルクほど安定せず、この購買力が当初のドイツ・マルクに比較して大幅に下落(または高騰)したような場合を考えてみよう。貨幣価値の変動は、たとえそれが大規模な貨幣制度の変更に起因するものであっても、問題の中心は契約債務の内容に関わるものである。したがって、国際私法理論によれば、この問題は契約の実質の問題として、契約準拠法によるべきとされる<sup>(29)</sup>。

このように、たとえば、債券の発行者が換算規則に従って換算されたユーロ建ての元本と利息を支払うことで免責されるかどうかは、契約準拠法のもとの契約解釈で決定されることになる。したがって、契約準拠法がドイツ法または英国法であれば、継続規則3条が適用される。反対に、日本法が契約準拠法であれば、継続規則3条の適用はない。

このように、契約準拠法がEC非加盟国の法であれば、EC法としての契約継続の原則は適用されないから、契約準拠法が合意されていたとしても、その解釈には相当の困難が伴うことが予想される。もっとも、準拠法の決定に限れば、ユーロ導入による契約上の諸問題は、法律関係の性質決定による貨幣準拠法または契約準拠法の適用という伝統的な方法により解決できそうである<sup>(30)</sup>。しかし、実際上は、たとえば変動金利の指標金利が「消滅」した場合や、通貨・金利スワップの場合など、国際金融取引の多様性と通貨統合の規模の大きさが相まって、「契約の継続」に関する問題点は多岐にわたる<sup>(31)</sup>。したがって、当事者にとって、個々の問題の性質決定や、貨幣準拠法と契約準拠法のいずれが適用されるかについて予見することは相当困難といえる。

この困難を軽減する方策として、ニューヨーク州の立法が注目される。ニューヨーク州法は金融取引でしばしば契約準拠法に指定されるが、単一通貨ユーロの導入に対応する法律をいち早く作成した。ニューヨーク州は、問題となるであろう貨幣準拠法の一部をあらかじめ自州法に取り込んで、自州法が契約準拠法となった場合にも確実に契約継続の原則が適用できるようにしたのである<sup>(32)</sup>。

ニューヨーク州一般債務法は、上記継続規則を原則的に承認する形で契約継続の原則を規定し(5-1602条)、この規程に州の統一商事法典その他の法に優

先する効力を与えている（5—1602条2項，5—1604条1項）<sup>(33)</sup>。5—1602条2項は、債務の内容または支払方法として契約（証券等を含む）に定められた通貨（ECUを含む）がユーロによって置き換わる場合には、契約で指定された通貨で履行することを認め、ユーロの導入，ユーロによる弁済や計算は、契約上の履行責任を免除する効力を有さず，また当事者に契約の一方的変更又は破棄をする権利を与えるものではないと規定する。さらに，5—1604条は，これらの規定は，この州の統一商事法典およびその他のあらゆる法に優先して，商取引契約を含むあらゆる契約に適用されるというのである。この結果，以上のような場合には，契約の実行不能の法理やフラストレーションの法理が適用されないことになる。

日本が法廷地の場合は，特別の立法措置がされていないので，すべてが国際私法と準拠法の解釈に委ねられることになる。前述のように，通貨制度の変更自体の問題と，そこから生じた通貨価値の変動の問題は，理論的には性質決定によって貨幣準拠法と契約準拠法に振り分けることが可能である。しかし実際にはこれらの問題の相互関係は複雑であり，截然と区別することはできないと思われる。この点で，ニューヨーク州法のやり方は，契約準拠法によるべき場合においても，契約準拠法を通じて貨幣準拠法の適用を確実にしようとするもので，当事者による予見可能性を高めるものとして参考にすべきである。

もちろん，EUの通貨統合による契約に対する影響力を少なくするための方法としては，通常の契約準拠法とは別にECの「強行法規」を適用する方法（強行法規の特別連結理論）や<sup>(34)</sup>，契約準拠法の解釈に当たってこれを考慮する方法もある。しかし，いずれも契約継続の原則には適用できず，さらに，前者は日本においていまだ認められた考え方とはいえず<sup>(35)</sup>，後者は予見可能性に欠けるといふ問題がある。実務的に有効な方策として，ISDA（International Swaps & Derivatives Association国際スワップ・デリバティブズ協会）のEMUプロトコールのように，契約当事者が「契約継続」や指標金利消失の場合について取り決める方法がある<sup>(36)</sup>。

## 2 債権譲渡の準拠法

1998年、低コストの資金調達を望む実務界の要望と国内の金融システム改革の動きを受けて、資産の流動化に関するいくつかの法律が成立した<sup>(37)</sup>。なかでも、債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律（以下「債権譲渡特例法」という）は<sup>(38)</sup>、債権譲渡の登記制度を導入することで、民法の定める債務者通知型の対抗要件制度（民法467条）を修正したものとして重要である<sup>(39)</sup>。

民法の定める債務者通知型の対抗要件制度は、多数の債権を一括譲渡する場合に手間暇がかかるという難点がある。債権譲渡特例法によって登記型の対抗要件制度が創設されたので、企業は、その資産の重要部分を占める多数の受取債権を譲渡して、流動化する有力な手段を得たといえる。

債権の流動化がさらに進み、債権の証券化を伴う仕組み金融に発展した場合には、債権譲渡が債務者以外の第三者に対して有効であることが、その仕組み金融全体の成否を決定する。このことは、証券化の流れを見れば明らかとなる。

図1 証券化概念図(ABS資産対応型証券による)

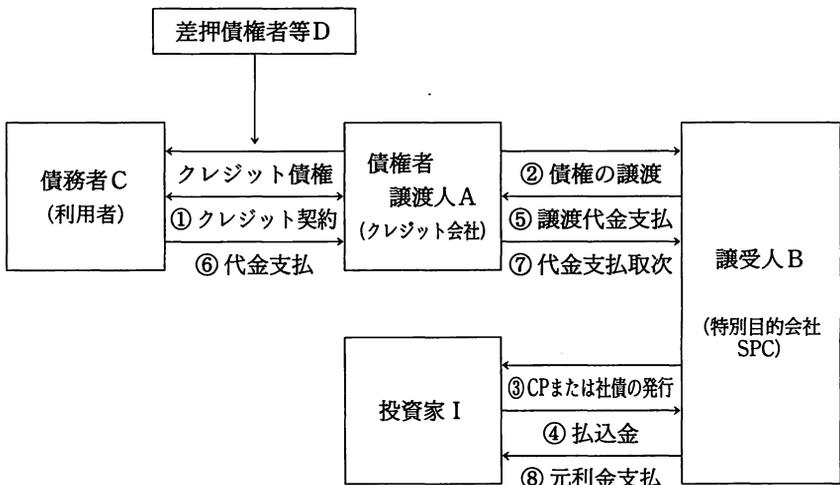


図1でこれを説明する。まず、債権者Aが、たとえば資金を調達する目的で、債務者C（たとえば大勢のクレジット債務者）に対する債権を、譲受人である特別

目的会社B（これが「仕組み」の中心である）に譲渡する(②)。つぎに、特別目的会社Bは、後述するように、譲渡債権の集合的なキャッシュフロー(元利金収入)を裏付けにして、投資家Iに社債などの証券を発行する(③)。このようにして発行された証券を、「資産対応証券」または「ABS(Asset Based Securities)」という。譲受人である発行者Bは、投資家の払込金(④)から、譲渡人Aに譲渡代金を支払う(⑤)。債務者Cが支払う代金や金利のキャッシュフロー(⑥)は、元の債権者である譲渡人Aを通じて(⑦)新債権者・譲受人・発行者Bに支払われ、ここから投資家Iに債券の元利金が支払われる(⑧)<sup>(40)</sup>。

図1の例で、債権が譲渡人Aから譲受人Bに有効に移転していなければ、B社が発行した証券はその裏付けを失う。特に、譲受人B社や投資家Iらが、譲渡人A社の債権者D(譲渡取引の第三者)に譲渡を対抗できなければ、証券は価値を失ったのも同然である。

債権譲渡特例法によれば、債権譲渡の債務者以外の第三者に対する有効性を、債務者の認識を基礎とした公示方法ではなく、債権譲渡登記による客観的な方法で判断することができる。また、多数の債務者に対して、内容証明便等による確定日付のある通知(民法467条)に代えて、磁気ディスクなどによるファイリングを利用することができる(債権譲渡特例法5条)ので、コストと手間を削減することができる。

これに対して、証券化の対象になる債権が国際取引から生じた場合や、国境を越えて譲渡された場合には、日本の債権譲渡特例法が適用されるかどうか、明らかではない。このような場合には、まず国際私法規則を適用して、債権譲渡を規律すべき準拠法を決定する必要がある。

日本の国際私法の主要法源である法例は、その12条で、債権譲渡の第三者に対する効力の準拠法を定めている。法例12条は、債権譲渡の対第三者(債務者を含む)的効力の準拠法を債務者の住所地法としている。このような法例12条の構造は、債務者の認識を基礎として、債務者をインフォメーション・センターとする民法の対抗要件制度を前提とするものである。法例の起草者によれば、債務者の住所地を連結点とする理由は3つある。

第1に、債権の根拠である債務者の住所地の法によって譲渡を判断すると、

すべての関係が1つの安定したものを基本にしてその効力を見ることができるから便利である<sup>(41)</sup>。第2に、債権の目的は債務者の行為であり、その行為は債務者のいるところだから、債務者の住所地が債権の所在地である<sup>(42)</sup>。第3に、債権譲渡の第三者に対する効力というのはたいてい公示方法から起こってくるから、動産不動産の場合にその所在地法による(法例10条)と同様に、債権譲渡に関する必要条件についても、譲渡当時の債務者の住所地法によるのが妥当である<sup>(43)</sup>。

このように、法例12条の債務者住所地法で債権譲渡の第三者効を判断すべきだとすれば、外国に居住する債務者に対する債権を譲渡する場合には、日本の債権譲渡特例法によって簡易な対抗要件を備えることができなくなる。証券化実務の発展とこれを受けた債権譲渡登記の導入によって、法例12条の債務者住所地法主義は影響を受けないのか。

他方で、法例12条の債務者住所地法主義に対しては、債権準拠法説(譲渡される債権の準拠法による)の立場から、つぎのような「立法論的批判」が半ば通説的に主張されてきた。

第1に、債権譲渡は債権の内容効力を変更することなく原債権をそのまま譲受人に移転し債権者の交替を生ぜしめるに過ぎないから、理論上債権の準拠法によるべきである<sup>(44)</sup>。第2に、債務者が原債権の従うべき法律に従うとしても、決して加重の責任を負担するとはいえない。なぜならば、この法律は、契約準拠法のように債務者が債権者と合意のうえで選択した法律かまたは行為地法であるか、あるいは不法行為準拠法などのように債務者がもとも選択の余地のない事実発生地法であるからである<sup>(45)</sup>。第3に、債務者以外の第三者については、いずれも原債権の運命について利害関係を有している者なのであるから、自己の利益をはかるためにはその債権の従うべき法律はあらかじめ知っておくべきであり、これを怠って不利益を受けたとしても、それは過失によって自ら招いた災害である<sup>(46)</sup>。第4に、法例12条にいう債務者の住所とは、債権譲渡当時の住所を指すが、債務者が以前の住所を債権譲渡当時に変更していたような場合は、債務者その他の第三者の保護に欠ける<sup>(47)</sup>。

以上のうち第1の批判は、債権譲渡行為によって債権は譲受人に移転し、債

権者の交替が生じるというドイツ法的理解に基づいている。したがって、フランス法を継受した日本法が、債権譲渡の当事者間の行為は一定の要件を備えなければ第三者に対して移転の効力を生じないとする事との整合性を欠く。次に第2の批判であるが、確かに、債権の準拠法を適用して新旧いずれの債権者に履行すべきかを決めたとしても、債務者の保護に反するとはいえない。しかし、債務者以外の第三者が債務者の住所に債権の現状を問い合わせる回答を得るという債務者の公示機能<sup>(48)</sup>を軽視したものといえる。批判の第3は、差押債権者などの場合には当てはまらない。批判の第4については、債権譲渡以前の債務者の住所地法が適用されることについて、債務者やそれ以外の第三者の期待を保護する必要があるのかどうか、疑問である。少数の債務者に対する債権を譲渡する場合は、たとえ将来債権の譲渡であっても、譲渡当時の債務者の住所地法を適用するのが、債務者およびそれ以外の第三者にとってかえって公平にかなうと考えられる。これに対して、大数の法則に従って、多数の債務者に対する多数の債権を流動化する場合は、債務者の住所変更の可能性は、統計的な収益予測においては無視できる要素といえる。

このように、民法の對抗要件制度を前提にするならば、法例12条の債務者住所地法原則を捨てて債権準拠法説に従って立法すべき積極的な理由は見いだせない<sup>(49)</sup>。これに対して、公示方法および優劣決定基準の問題は、日本の公序に直結しており、実体法の對抗要件と切り離して論じることはできない。したがって、譲渡債権の準拠法説によって立法した場合には、日本で對抗問題が生じた場合にも、これを債権準拠法である外国法に委ねてしまえるのか、立法政策として疑問が残る。

債権譲渡特例法は、証券化取引におけるような、法人による大量の金銭債権の包括的な譲渡を前提にしている。以上のような通説が、債権譲渡特例法のような債権譲渡登記制度における對抗問題にまで債権準拠法の適用を主張するかは、明らかではない<sup>(50)</sup>。

最近、国連国際商取引委員会(UNCITRAL)の「受取債権金融における債権譲渡に関する条約草案」を参考にして、日本の国際私法規則としても明確に債権者住所地法主義を採用すべきだとする見解が現れた<sup>(51)</sup>。筆者も基本的にはこ

の方向に賛成である。詳細は別稿に譲るが<sup>(52)</sup>、筆者は次のような立法方針が望ましいと考えている。

① 債権譲渡を登記すべき場合には、債権譲渡の債務者に対する効力は、債務者の住所地法によらせる。

② 債権譲渡を登記すべき場合には、債権譲渡の債務者以外の第三者に対する効力は、譲渡人の住所地法によらせる。

③ 債権譲渡の登記によらない債権譲渡については、法例12条の規定に従い、債務者を含む第三者に対する効力を債務者の住所法によらせる。

この方針の特徴は、債務者保護の問題と公示の問題を別個の単位法律関係として、後者の法律関係のみを譲渡人の住所地法によらせている点である<sup>(53)</sup>。ここで譲渡人の住所地とは、多くの場合は営業所所在地を意味するであろう。ここでは次の理由で住所地という言葉を用いている。第1に譲渡人が個人である場合を除外しないこと、第2に会社の住所ということで本店所在地を意味することができること(商法54条2項参照)、第3に現行法例12条の文言と平仄を合わせることができることである<sup>(54)</sup>。

譲渡人の住所地法主義の難点は、譲渡人が外国に住所を有する場合であって、その外国に債権譲渡の登記や登録による公示方法がないときにどうするかである。たとえばその外国が日本民法のような債務者通知型の制度のみを有する場合には、債務者およびそれ以外の第三者との法律関係の中心は、債務者の住所地にあると考えられる。このような場合に譲渡人の住所地法を適用すれば、債務者の保護に反するし、債務者以外の第三者の期待や予見可能性に反するであろう。

この試案要旨では、譲渡人の住所地法では登記または登録による公示方法がない場合には、日本の債権譲渡登記制度を利用することができない。このような場合に備えて、「譲渡人の住所地法によれば債権譲渡を登記することができない場合には、債権譲渡は日本法による」という規定をおくことが考えられる。

1999年に改訂された米国統一商事法典(UCC)第9章は、債権譲渡の効力に関する準拠法を譲渡人の所在する法域の法と定め(9-301条)、譲渡人の所在する法域が債権譲渡の情報を登記等により公示する制度を持っていない場合には、

譲渡人は合衆国の首都であるコロンビア特別地区に所在するものとする規定している(9-307条(c))。これは、譲渡人の「住所」概念を操作することによって、上記と同様の結果を導くものといえる。

最後に、立法形式をどうするかの問題がある。この背景には、法例中の一般国際私法規則と国際商法の規定との適用関係をどう考えるかという理論的問題がある<sup>(55)</sup>。筆者は、登記による対抗要件制度を前提とする債権譲渡については、法例の改正で対応すべきだと考える。しかし、問題を「法人による債権譲渡」やファクタリングや証券発行を伴う集団的債権譲渡等に限定すれば、商事特別法の中に上記提案のような国際私法規則を設けることは、適用の容易さという観点から検討に値する。

### 3 相殺の準拠法

相殺には、日本法上も、民法に規定された意思表示による単独行為としての法定相殺と、各種の相殺契約がある。従来から、比較法的にはフランス法のような法律上当然の相殺や英国法のような裁判上主張すべき相殺があることが認識されてきた<sup>(56)</sup>。相殺という法律問題をどのように性質決定するかによって、準拠法の定め方も異なるといわれるゆえんである<sup>(57)</sup>。

相殺の比較法的な多様性に加えて、最近の国際取引実務では、様々な相殺および相殺類似の方法が利用されている。たとえば、異種通貨間の相殺(マルチ・カレンシー・セットオフ)、同一銀行の国を異にする支店間の相殺や(グローバル・セットオフ)<sup>(58)</sup>、取引上のリスク削減を目的とする各種契約条項に基づくネットティングがある<sup>(59)</sup>。これらは、「相殺」概念の多義性(たとえば英国法上“set-off”と“netting”の区別が明確でないことなど)およびネットティングを利用する契約条項の多様性が相まって、法的分析を困難にしている<sup>(60)</sup>。したがって、このような新しい形の「相殺」を国際私法上どのように位置づけるかについても、本格的な研究はされてこなかった。さらに、多数当事者間のネットティングについては、国際私法に限らず、理論的な検討は進んでいない<sup>(61)</sup>。

以下では、伝統的な相殺および最近の相殺の担保的機能に関する日本の国際私法上の議論を整理し、新しい「相殺」に関する米国の抵触法規則を見ること

によって、日本の国際私法の向かうべき方向を探ることとする。

日本の国際私法の一般規則を含む法例には、相殺に関する規則は見あたらない。法例の起草過程でも明確な議論はされていないが、現行法例7条の契約の成立および効力のなかに、消滅時効が含まれるかという起草者間のディベートにおいて、一方の起草者は相殺を債権の効力の問題として処理すれば済むと考えていたことがうかがわれる<sup>(62)</sup>。法例の起草に参画した山田三良の教科書では、「弁済、相殺……等に」によって債権が消滅するかどうかという問題もまた、法例7条および11条に規定した債権の効力に関する準拠法によって定めるべきであると説明されている<sup>(63)</sup>。

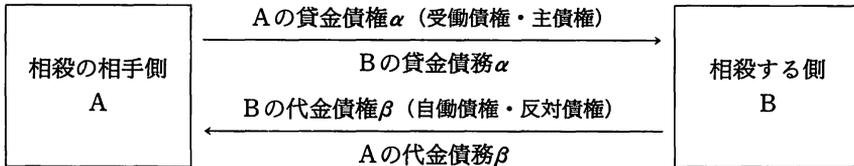
法例7条1項は、「法律行為ノ成立及ヒ効力ニ付テハ当事者ノ意思ニ従ヒ其何レノ国ノ法律ニ依ルヘキカヲ定ム」と規定し、第2項はこれによれない場合の行為地法の適用を定める。確かに、相殺を国際私法上も単独行為と位置づけるならば<sup>(64)</sup>、法例7条の適用があるかを一応考慮すべきであろう。また、相殺を債権の準拠法によらせるという意味では、これを一般的に契約準拠法の適用範囲に含めるのは合理的といえる<sup>(65)</sup>。しかしながら、相殺の場合には2つの対立債権が関係しているので、これらの債権が同じ契約から生じており、かつ、これらの債権の準拠法が同じでない、契約の準拠法による意味がない。法例7条を一般的に相殺に適用すれば、相殺の成立および効力は、第1次的には相殺の意思表示をする当事者に委ねられることになる。これは相殺を仕掛けられる側の利益に反する。また、相殺は、取消や解除の意思表示と同様に考えることができるならば、単独行為として表示者側が一方的に準拠法を決定できるのはおかしいということになる<sup>(66)</sup>。

それでは、相殺によって部分的、全面的に消滅する2つの対立債権の準拠法がそれぞれ異なる場合には、どの準拠法によるべきか。2つの説が対立している。第1に相殺は2個の債権を相互的に消滅させる制度であるからという理由で、2個の債権のそれぞれの準拠法によりともに相殺が「成立」しなければならないとする説がある(累積適用説)<sup>(67)</sup>。これに対して、「受働債権の準拠法説」を主張する論者も増加している<sup>(68)</sup>。次の例を考えてみよう。

設例1 (図2-1参照) Aに対して50万円の貸金返還債務( $\alpha$ )を負担する

Bが、Aに対して30万円の売掛代金債権(β)を取得した場合に、BはAに対する意思表示によって自分の債務(α)を自分の債権(β)と対等額で消滅させることができる。結果的に、Aの貸金債権(α)は20万円に減少する<sup>(69)</sup>。

図2-1



この例では、債権者Aからみた債権(α)つまり債務者Bの債務(α)が相殺の目的であり、相殺を受ける債権(α)(受働債権)を「主債権」という。これに対して、相殺に利用する債務者Bの債権(β)(自働債権)を、「反対債権」という。主債権と反対債権の関係は、下記設例1-1のように、債権者Aの貸金債権αによる請求に対して、「債務者」Bが代金債権βを利用して「抗弁」する訴訟型のケースを考えると理解しやすい。

このような見方によれば、相殺という法律関係の中心は、主債権にある。ドイツで通説とされる受働債権の準拠法説<sup>(70)</sup>の根拠は、第1には相殺のこのような見方に内在しているといえる。主債権の重要性は、設例1を観点を変えて見ることによっていっそう明らかとなる。

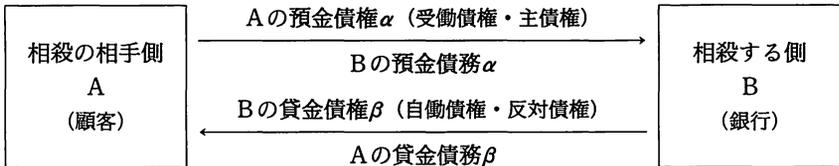
設例1-1 AがBに対して貸金債権αを請求してきたので、BがAに対する代金債権βで相殺を主張するとする。主債権αは、反対債権βの限度において「弁済」を受けたと同様の結果になる。主債権αの請求に対して、反対債権βによる「相殺の抗弁」がされる場面がこれに当たる。

この場合の法律関係は、主たる貸金債権αの「精算」による消滅の問題である。したがって、債権の消滅はその債権自体の準拠法によるべきことになる<sup>(71)</sup>。これが主債権(受働債権)の準拠法説の第2の根拠である。第3の根拠は、次のように説明される。「相殺する者に対しては、その者が相殺に利用する反対債権の法が引き下がるべきことを要求することができる<sup>(72)</sup>。」「というのは、主債権は債権者の意思を伴わずに債務者の行為によって相殺を通じて消滅

させられるのに対して、反対債権の消滅はその債権者の行為にもとづく、それ故に彼の意思によっておこなわれるからである<sup>(73)</sup>。」

以上の設例を銀行Bと顧客Aの關係に置き換えてみればどうなるか。

図2-2



設例2 (図2-2参照) 顧客Aに対して預金払戻債務 ( $\alpha$ ) を負担する銀行Bが、顧客Aに対する貸金債権 ( $\beta$ ) によって預金払戻債務 ( $\alpha$ ) を消滅させる場合を考えてみよう。この例においては、銀行Bは「債権者」として行為しており、相殺の目的はむしろ経済的価値の高い預金債権 ( $\alpha$ ) によって、貸金債権 ( $\beta$ ) の優先的弁済を確実にすることにあるといえる。ここで相殺の「担保的」機能が問題となる。

相殺の担保的機能は、たとえば顧客Aの預金債権 ( $\alpha$ ) を巡って、Aの差押債権者に対する貸金債権者である銀行Bによる相殺の効力いかんという問題において顕著に現れる(日本民法511条参照)。このような場合であっても、受働債権の準拋法説は、預金債権の貸金債権に対する経済的価値の優位性や準拋法の適用関係の単純化という実質的根拠によって正当化されうる<sup>(74)</sup>。相殺権者Bと差し押え債権者は同じ預金債権  $\alpha$  を取り合っているのであるから、その優先順位の決着も、両者から等距離にあり、認識が容易な債権  $\alpha$ 、すなわち受働債権の準拋法で決定するのが合理的である。このように、受働債権の準拋法の適用は、相殺当事者はもちろんのこと、その債権を当てにする第三者の期待利益の保護にもかなうといえる。

これに対して、相殺の担保的機能を「重視して」準拋法を決定しようという見解がある。最近では、反対債権(自働債権)の準拋法説を検討したり<sup>(75)</sup>、相殺の成立については「配分的適用」を採用するなど<sup>(76)</sup>、意欲的な試みが見られる。しかし、国際私法上、相殺の担保的機能といっても、実際の担保ではなく、

担保権の設定をするわけでもない場合に、ルールを変える必要があるだろうか<sup>(77)</sup>。前述のように、受働債権(主債権)の準拠法の適用で相殺の担保的機能に対する当事者の期待利益も十分保護されるのであるから、これらの提案にはさらに積極的な根拠が必要のように思われる。他方、従来の通説である累積適用説によれば相殺の成立する可能性は低くなるわけであるから、担保的機能への期待保護にはつながらないであろう<sup>(78)</sup>。

もちろん、自働債権(反対債権)の準拠法が相殺の成立および効果に無関係だというわけではない。たとえば、自働債権(反対債権)に法令または裁判所による支払猶予(モラトリアム)が付けられている場合には、その債権自体の問題として自働債権の準拠法を適用する結果、自働債権の「弁済期」が到来していないので、相殺権者の相殺は認められない<sup>(79)</sup>。しかし、これは、性質上相殺に適さない債権の場合などと同様に、相殺の問題ではなく、債権自体の性質として、その債権の準拠法によるべき場合ではないかと思われる。

さらに、受働債権(主債権)の準拠法説は、「債権の消滅は債権それ自身の準拠法による」という原則との整合性を問題とする。そして、相殺に利用される反対債権の準拠法は、相殺の有効要件には何ら関与し得ないが、この準拠法は、反対債権が一般に有効かどうか、また相殺によって消滅するかについては決定権を有する。それゆえに、反対債権の準拠法が、債権は相殺に利用されることによって消滅するという原則を認めておきさえすれば、反対債権は自己の準拠法によって消滅するという<sup>(80)</sup>。もっとも、このような一般的説明では、それが具体的にどのような場合を指すのかがあまり明らかではない。したがって、複雑な相殺の事例にこの説がどの程度有効かは、さらなる検証を必要とする。

以上のように、二当事者間の単純な法定相殺の問題に限っていえば、受働債権の準拠法説で十分対応可能だと考えられる。しかし、国際金融でもっとも重要な論点は、多数債権の契約に基づく一括相殺の場合である。とりわけ、外国為替やスワップ取引などの当事者間における、大量の「同種」取引間でのネットティングや、国際的電子送金のような多数当事者間の債権・債務の精算方法が問題となる。もちろん、これらの「契約に基づく相殺」の問題は契約準拠法で判断すべきともいえる<sup>(81)</sup>。しかし、前述のような破産等に際しての一括精算を

考えるまでもなく<sup>(82)</sup>、次の例を考えてみると、受働債権の準拠法や単なる契約準拠法による解決方法が十分でないことがわかる<sup>(83)</sup>。

多数当事者間のネットィングについては、前述したように、これが伝統的な国際私法上の「相殺」といえるかはさておき、他の法分野においてもまだ十分な検討がなされていない。しかし、CHIPS (Clearing House Interbank Payment System)<sup>(84)</sup>のような集中決済機関が利用される場合については、米国では抵触法ルールが明らかにされている。米国統一商事法典(UCC)第4章Aは資金送金を規律するルールを明らかにしているが、その4A-507条は抵触法規則を規定している。この条は、CHIPSのような電子送金システム自体が、送金に関するシステム参加者の権利義務に関する単一の準拠法を選択することを認めている。また、そのような合意が明らかにならない場合に備えて、たとえば送金依頼人と被仕向銀行間の関係は被仕向銀行の所在地の法律を準拠法とする(4A-507条(a)(1))などの規則を設けている。

UCCの例からもわかるように、たとえば資金の送金システムの運営者が、その取引の形式的な相手方である参加者の権利義務を定めるのは、法例7条1項の当事者自治の一般原則によっても根拠づけることができる。しかし、ここから、システムの参加者全員がしたがうべき単一の準拠法を定めることで、参加者全員について準拠法合意の効果を認めるようなルールを導けるかどうかは明確ではない。また、法例7条1項の当事者意思を黙示的意思を含めて解釈することによって、契約を被仕向銀行の所在地や受取人の銀行所在地の法秩序に結びつけるという結論は得られないこともない。これに対して、「両当事者の全体的な取引関係の重点をなす法秩序を探求する」という方法はより直截であると評価できる<sup>(85)</sup>。しかし、いずれの方法についても、金融取引における予測可能性と法的安定性の重要性を考えれば、紛争に際しての事後的な結論の根拠付けとしてはともかく、取引にあたってどこの国の法律を考慮すべきかという観点からは、いつそうの個別化と明確化が期待される。

## おわりに

日本の国際私法は、いまだに学説法たる性格を色濃く残している。同様の傾

向は、特に法選択規則について、各国で歴史的に見られた通りである<sup>(86)</sup>。しかし、最近のヨーロッパにおける国際私法の立法および改正動向は<sup>(87)</sup>、歴史的な大変革期に訪れる法改革ムードの高まりを示すものといえる。

このような世界の動きに比べて、日本の国際私法の「成文化」、「現代化」は、条約の批准を含めて、極めてゆっくりとしている。この背景には、解釈で解決可能な場合はなるべく立法をしないという、日本における伝統的な「立法消極主義」的な考え方がある。行政改革や経済改革によって、広い分野で立法積極主義が見られるようになったが、国際私法分野ではこの動きは鈍い。

日本における立法過程のハードルの多さ、立法スタッフ不足、訴訟の頻度の相対的低さを考慮すれば、立法積極主義の進展が国際私法におよんで来るには時間がかかるのかもしれない。しかし、法的リスクおよびコストを含む各種のリスク・コスト計算によって取引を組み立てることの多い国際金融においては、国際私法における立法消極主義は、競争力のある金融商品開発を困難にし、また契約紛争の合理的解決を妨げさらには日本での訴訟を躊躇させる一因となっているように思われる。

本稿では、ヨーロッパの通貨統合に対しても、伝統的な理論で一応の対応ができることを確認した。他方、明確で予見可能な国際私法規則を定立することのメリットは、金融センターのニューヨーク州の法政策をみても学ぶべきところが多い。また、債権譲渡と債権の証券化や電子的送金の分野では、明確なルールの作成によって取引のインフラを整備し、取引の安全と予見可能性を高める必要がある。

国際私法学は、国際金融法の分野における積極的な立法へむけて、理論の精緻化を進める一方で、具体的政策を提案していくべきである。このことが、長年にわたってこの分野において蓄積されてきた知的資産を広く社会に伝え、共有していくことにもつながる。日本の国際私法においても、法改革の時代が訪れたのではないだろうか。

(1) ここでいう「抵触法」とは、公法の国際的適用関係に関するルールを含む。以下で国際私法というときには、この意味での抵触法をも意味することにする。

- (2) たとえば, Philip R. Wood, *Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-Off and Netting* (1995); Philip R. Wood, *English and International Set-Off* (1989) 参照。
- (3) オフショアまたはユーロ市場とは, 貸付原資となる預金や債券発行について通貨所属国や債券発行地国などの本来的に規律権を有する国家が, 領域原則や経済政策上の考慮に基づき, その規律権を行使しないような市場のことを意味する。この意味で, 固有の公的規制当局を持たない自由な市場といえる (松岡博編『現代国際取引法講義』「国際金融」108~109頁, 127~128頁 [野村美明] (1996年) 参照)。
- (4) 各国が金融の自由化を進めると, 市場間の格差が減少する。理論的には, オフショア市場を利用した取引の優位性がなくなることも考えられる。次の文献を参照。“What is left of the traditional distinction between eurobonds, foreign bonds and domestic bonds?”, *International Banking and Financial Market Developments* 21, February 1997.
- (5) たとえば, 米国の統一商事法典(UCC)4A「資金移動」(Uniform Commercial Code 4A Funds Transfers) や国連の「国際振込に関するUNCITRALモデル・ロー」(UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers (1992)) がある。
- (6) 日本の現行法例が公布・施行された明治31年(1898年)当時, 日本の輸出額の74%, 輸入額の66%が居留地の外国商人の取り扱いであった(石井寛治『居留地貿易』『世界大百科事典』(CD-ROM版1998年) 参照)。
- (7) 本稿は, 1999年6月18日(金)北海道大学で開催された国際私法学会第100回(1999年度春季)大会「法例施行百周年記念シンポジウム」における報告原稿に手直しを加えたものである。報告資料収集および本稿作成については, 科学研究費補助金基盤研究(C)(1)「債権, 物権関係等の国際取引についての準拠法選択規則に関する研究」(研究代表者 松岡博)の助成を受けた。
- (8) 野村美明「外国会社の規律——居留地からグローバル社会へ」ジュリ4月1日号21頁以下(2000年)は, 「国際会社法」の観点から本稿と同様の問題関心に立って従来の国際私法理論を再検討したものである。
- (9) 従来の国際私法の教科書は, これらのテーマを, 「債権・債務関係」の項で論述することが多い(江川英文『国際私法〔改訂(第17版)〕』(1970年), 山田鎌一『国際私法』(1992年)および櫻田嘉章『国際私法〔第3版〕』(2000年), 参照)。体系的説明がどこまで貫けるかは別として, どうして債権・債務関係の発生原因である契約等を「債権・債務関係」とは別立てて扱わなければならないのかは疑問である。これに対して, 溜池良夫『国際私法講義〔第2版〕』(1999年)(以下「溜池・講義」として引用する)は日本の民法典に近づけた項目立てをしている。
- (10) 1992年の欧州連合に関する条約(マーストリヒト条約)によって改正された欧州共同体を設立する条約(ローマ条約)109j条4項[単一通貨導入の時期, 現行121条。現行条名とは, 1999年のアムステルダム条約によって改正されたものをいう。以下同じ], 理事会決定No. 317/98, Council Decision No. 317/98 of May 3, 1998 on participating Member

States 参照。

- (1) 理事会規則No. 974/98 第 2 条参照。Council Regulation (EC) No. 974/98 of 3 May 1998 on the introduction of the euro, Official Journal L 139, 11/05/1998 p. 0001-0005.
- (2) 前掲注(1)参照。
- (3) Council Regulation (EC) No. 2866/98 of 31 December 1998 on the conversion rates between the euro and the currencies of the Member States adopting the euro, Official Journal L 359, 31/12/1998 p.0001-0002. この換算規則は、通貨統合の参加国だけでなく、EUの全加盟国に対して直接の拘束力を有する（同規則 2 条）。
- (4) 導入規則 1 条によれば、移行期間とは 1999 年 1 月 1 日から 2001 年 12 月 31 日までの期間である。この期間中、ユーロは勘定通貨として存在し、参加加盟国の紙幣・硬貨は引き続き強制通用力を認められるが、この期間経過後は、ユーロ建ての紙幣および硬貨が発行される（同規則 9 条, 10 条, 11 条参照）。
- (5) 理事会規則No. 974/98 第 8 条および第 14 条参照。
- (6) 両理論の比較法的な概説として、高桑昭・江頭憲治郎『国際取引法 [第 2 版]』第 2 章第 3 節 5「契約履行義務の中断と消滅」60～64 頁 [野村 明]（1993 年）参照。
- (7) Council Regulation (EC) No. 1103/97 of 17 June 1997 on certain provisions relating to the introduction of the euro, Official Journal L 162, 19/06/1997 p. 0001-0003. この理事会規則は、欧州共同体を設立する条約 235 条[条約に定めのない事項に関する理事会の権限、現行 308 条]に基づいて作成された。
- (8) 規則 3 条の規定の性質に関しては、見解の対立がある（Bernd v. Hoffmann, “The Introduction of the Euro Some Thoughts about Regionalisation and Globalization of Monetary Law,” in German-Japanese Symposium on Trade, Law and Enterprise in the Era of Globalization, done at Kyushu, 29th March, 1999 参照）。v. Hoffmann は形成的効力を有するとするが、宣言的なものとする見解もある。
- (9) ただし、現金を必要としない特定の支払についてはユーロまたは参加国通貨のいずれによっても弁済を認めること（同規則 8 条 3 項）および参加加盟国が自国法に準拠した自国通貨建ての既存の国債等をユーロへ額面変更する措置をとることを認めること（同規則 8 条 4 項）という例外がある。前者については代用給付権との関係、後者については国債以外の債務に関する各国の立法権の範囲が問題となるだろう。
- (10) 1998 年上半期には日本企業の国内発行が多くなった結果、ユーロ円債の発行額（日本円による）は減少し（前年同期の 1,700 億円から 600 億円へ）、ユーロ・マルク債（1180 億円）に 2 位の座を譲り渡した。1 位はユーロ・ドル債（3,880 億円）であった（公社債月報 1998 年 11 月号 9 頁参照）。
- (11) 伝統的な方法については、實方正雄「外国本位制度の使用と金銭債務——外国金銭債務の一考察（1～2・完）」法学第 3 巻 12 号 1343 頁以下（昭和 9 年, 1934 年）、4 巻 4 号 28 頁以下（昭和 10 年, 1935 年）、同『金約款論』（昭和 14 年, 1939 年, 1990 年復刻版）、同『国

際私法概論 (改訂版)』242～248頁 (昭和28年, 1953年) (以下「實方・概論」として引用する), 久保岩太郎『国際私法論』363頁以下 (1935年) (以下「久保・国際私法論」として引用する), 西賢「金銭債権」国際法学会編『国際私法講座 第3巻』683頁以下 (1964年) 参照。

- (22) この原則の立法例として, スイス国際私法147条参照。
- (23) 實方・概論243頁参照。
- (24) 久保・国際私法論367～368頁参照。
- (25) 1992年の欧州連合に関する条約(マーストリヒト条約)によって改正された欧州共同体を設立する条約(ローマ条約)109条4項(現行123条)参照 (Bertold Wahlig, “European Monetary Law: The Transition to the Euro and the Scope of Lex Monetae,” in Mario Giovanoli ed., *International Monetary Law*, 121, 123-124 (2000)参照)。
- (26) もっとも, 移行期間中の経過措置, とりわけ国債については, 参加加盟国に立法権が与えられていることは前述した。
- (27) 換算規則に従えば, たとえば1千ドイツ・マルクの債務は511ユーロ292セント (1 euro=1.95583 DM.) となる (同規則1条)。
- (28) Wahlig, aaO. (前掲注(25)) は, 本文と同旨の見解である。これに対して, v. Hoffmann 前掲注(28) は, 継続規則3条の法的性格を, 民事的ではなく, 通貨に関するものと解している。この解釈によれば, 同条の規定は契約準拠法ではなく, 貨幣準拠法に含まれることになる。
- (29) 實方・概論242頁, 折茂豊『国際私法 (各論) [新版]』189～190頁 (1972年) (以下「折茂・各論」として引用する), 溜池・講義381頁参照。
- (30) 前掲注(21)参照。
- (31) このほかにも, ユーロ通貨制度が失敗に終わった場合はどうなるかという問題がある。See Hal H. Scott, “When the Euro Falls,” 1 *International Finance* 207 (1998)。
- (32) 同様の立法は, 現在, イリノイ州, ミネソタ州, ノース・カロライナ州, ペンシルバニア州およびテキサス州で見られる (比較, ILA決議NO.11/98, 国際法外交雑誌97巻5号87～88頁 (曾野和明) (1998))。
- (33) ニューヨーク法その他の類似の立法について, これらが, 外国法たるEC法を直接適用規定または介入規範として取り扱うものと見る見解がある (v. Hoffmann 前掲注(28)参照)。
- (34) 佐藤やよひ「ヴェングラーの「強行法規の特別連結」について」甲南法学37巻4号139頁以下, 169頁 (1997年) 参照。
- (35) 佐藤やよひ『ゼミナール国際私法』167頁 (1998年) 参照。
- (36) この点は, 曾野和明教授のご教示による。さらに, 西 恵正「欧州通貨統合前夜 法的・実務的問題のファイナルレビュー」金融法務事情1532号58頁以下 (1998年) 参照。EMUプロトコールは, インターネットを通じて, 「契約の相手方」を広く募集し, プロトコールへの合意手続きを簡易化し, さらに合意した企業名を公表することによって, 契約のネット

を広くかぶせる工夫をしている。

- (37) 後述する債権譲渡特例法のほか、資産の流動化に関する法律（SPC法）（平成10年6月15日・法律第105号）および債権管理回収業に関する特別措置法（サービサー法）（平成10年10月16日・法律第126号）が重要である。
- (38) 平成10年6月12日・法律第104号。
- (39) 証券化立法の先駆けは、特定債権等に係る事業の規制に関する法律（特定債権法）（平成4年6月5日・法律第77号）である。特定債権法は「規制法」であり、様々な問題をはらんでいるが、特にその公告制度は債務者保護の点で私法的には不十分である。
- (40) 証券化による金融の特徴は、金融が、資金需要者である譲渡人Aの信用や、発行者・譲受人Bの信用に依存せず、譲渡債券が生み出すキャッシュ・フローに着目して行われる点にある。しかも発行者Bは、資産に対応する証券の発行のみを目的とする会社（法形態は会社に限らない）であるから、多様な活動をしている譲渡人Aよりリスクが少なく、発行する証券の格付けも高くなる。高格付けの債券は、低コスト（低金利）で広範囲の投資家に対して発行できるメリットがある。
- (41) 穂積陳重発言・法典調査会法例議事速記録・商事法務版（以下「法例議事速記録」という）108頁（1986年）参照。
- (42) 梅謙次郎発言・前掲注(41)109頁参照。法律上の根拠については、野村 明「債権譲渡」木棚照一=松岡博編『基本法コンメンタール 国際私法』79頁以下、86頁（1994年）参照。
- (43) 梅謙次郎発言・前掲109～110頁参照。
- (44) 久保・国際私法論 485頁参照。
- (45) 跡部定次郎「国際私法上債権譲渡ノ従フベキ法律」京都法学会雑誌2巻10号25頁以下、28頁（1907年）参照。
- (46) 跡部・前掲注(45)28～29頁参照。
- (47) 久保・国際私法論 467～468頁は債務者保護を強調し、溜池・講義 389頁は債務者以外の第三者の保護に重点を置いた理解をする。
- (48) 池田真朗「指名債権譲渡における対抗要件の本質」『慶応義塾創立125年記念論文集 [法学部法律学関係]』345頁以下、352頁（1983年）、最判昭和49年3月7日民集28巻2号174頁参照。
- (49) 国際私法研究会「契約、不法行為等の準拠法に関する法律」民商法雑誌112巻3号497頁以下は、「譲渡の第三者に対する効力は、譲渡される債権の準拠法による」という立法提案をしている。しかし、現行法例12条によった場合の不都合と、それと比較して改正提案を採用した場合のメリットを、従来の立法論的批判以上に展開しているわけではない。もっとも、研究会試案は、譲渡の目的たる債権が、試案の他の規定との関係で、相殺の場合の「受働債権」、債権者代位の場合の「代位の目的となる債権」と一致するので、これらの間の優劣関係を1つの準拠法によって解決することができるというメリットを述べている。
- (50) 溜池・講義 388～389頁は、この種の取引などは「もともと法例の予想しないもの」とし

て、第三者効の準拠法についても、債権準拠法説、債務者の住所地法説と債権者の住所地法説を相対化して説明している。

- (51) 齋藤彰「債権譲渡の準拠法—新たな立法的動向への対応を考える」ジュリスト 1143号 59頁 (1998年) 参照。
- (52) 野村美容「債権流動化と国際私法——立法試案」『大阪大学法学部創立50周年記念論文集』(近刊)参照。以上の学説整理もこの論文に基づく。概略は、Yoshiaki Nomura, “The Law Applicable to the Assignment of Receivables: Japanese Conflict-of-Law Rules in the Age of Securitization” 41 *The Japanese Annual of International Law* 44(1998)で示している。
- (53) 齋藤・前掲注(51)は、これら2つの側面をともに債権者の住所地法によらせる。
- (54) もっとも、法例の他の規定に合わせるとすれば、「常居所」ということになろうか。
- (55) 溜池・講義 37~38頁参照。
- (56) 詳細な研究として、元永和彦「国際的な相殺に関する諸問題 (1~6・完)」法学協会雑誌 113巻 5号 783頁, 6号 871頁以下, 7号 1007頁以下, 8号 1164頁以下, 9号 1265頁以下および10号 1393頁以下 (1996年) 参照。
- (57) 實方・概論 261頁参照。
- (58) 石黒一憲『金融取引と国際訴訟』252頁 (1983) 参照。
- (59) 日本法から見たネットティングについては、「支払決済システムの法律問題に関する研究会報告書——オブリゲーション・ネットティングの法律問題について」金融研究 6巻 1号 135頁以下 (昭和62年), 神田秀樹「ネットティングの法的性質と倒産法をめぐる問題点」金融法務事情 1386号 7頁以下 (1994年) 参照。
- (60) Wood, *Title Finance*, (前掲注(2)) p.151 ff. 以下では、ネットティングのもっとも単純な形は、当事者の一方に支払不能が生じた場合に対立債権を set off することができることと説明する。すなわち、一方当事者が破産に際したような場合の「相殺」を、倒産法上の相殺等 (インソルベンシー・セットオフ) と区別して、ネットティングとよぶ。したがって、「マルチ・カレンシー・セットオフ」や「グローバル・セットオフ」も、ネットティングと呼ばれることがある。同 190~192頁参照。これに対して、日本の一括精算法は、スワップ契約等におけるネットティング合意の有効性を確認するものであるが、ネットティング (一括精算) を相殺とは見ていない。
- (61) 神田・前掲注(59) 8頁参照。なお、新堂幸司「多数当事者間のネットティング(上)(下)——ISDAマスター契約における一括精算条項のマルチ化」金融法務事情 1461号 19頁以下, 1463号 19頁以下 (1996年) 参照。
- (62) 梅謙次郎は、弁済や相殺は債権の効力にはいるが、消滅時効は公益規定だから当事者の意思で決めるのはまずいという (法例議事速記録 194頁)。
- (63) 山田三良『国際私法下巻』589頁 (有斐閣, 昭和9年)
- (64) 河邊久雄『国際私法論』356頁 (昭和16年) は、相殺は単独の法律行為であるが、債権の

対立を前提とするから、一方の債権の準拠法を相殺の準拠法とすることはできないという理由で、累積適用説をとる。

- (65) 1980年6月19日にローマにおいて署名のため開放された契約債務の準拠法に関する条約10条は、契約準拠法の適用範囲について、契約準拠法は、「債務の消滅の様々な態様」に適用されると定めている。これを受けたドイツ国際私法(民法施行法)32条1項4号の同様の文言は、相殺を含むものと解釈されている(Gerhard Kegel- Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, 8., neubearb. Aufl. (2000) S. 652)。
- (66) 取消, 追認, 解除などの単独行為について, 溜池・講義350頁は, 一方当事者の一方の選択に委ねるのではなく, 契約の成立および効力の問題として契約の準拠法によらせるべきとする。
- (67) 江川・前掲注(9)249頁, 久保・国際私法論481頁, 山田・前掲注(9)332頁, 溜池・講義391頁, 櫻田・前掲注(9)236頁, 参照。
- (68) 實方・後掲注(71), 多喜・後掲注(73)および折茂, 石黒ほか・後掲注(74)参照。
- (69) 我妻栄『新訂 債権総論』315~316頁(1964年)参照。
- (70) Vgl., Kegel, aaO., (前掲注(65)) S. 652.
- (71) 債務の面から見れば, 「債務者が其の債務より免責せられるや否やは, 排他的に其の債務の服従する準拠法(Schuldstatut)の決定するところである」ことになる。實方正雄「外国金銭債務の相殺」法学3巻5号507頁(1934年)参照(なお, 元永・前掲注(66)6号912頁参照)。
- (72) Vgl. Kegel, aaO., (前掲注(65)) S. 652.
- (73) 1967年7月4日のOLG Frankfurt 判決の引用である(多喜寛「国際私法における相殺」法学54巻5号919頁以下, 932頁(1990年)参照)。
- (74) 折茂・各論214頁およびその注(4), 石黒一憲『国際私法』295~298頁(1994年), 国際私法立法研究会「契約, 不法行為等の準拠法に関する法律試案(1)(2・完)」民商法雑誌112巻2号276頁以下, 3号483頁以下, 503頁(1995年)参照。
- (75) 多喜・前掲注(73)939~944頁参照。
- (76) 元永・前掲注(66)6巻936~937頁参照。
- (77) 元永・前掲注(66)6巻934頁参照。
- (78) 実務的な実効性を確保するという観点からは, 累積適用説に立って, たとえば銀行の本支店間のグローバル・ネットिंगにおいて, 本店が服する法秩序と支店の服する法秩序の双方で有効でないとネットिंगをすべきではないという結論がありうる(cf. Wood, *Title Finance*, (前掲注(2)) p. 191-192)。また, 仲裁判断において, 両当事者に關係するすべての法を累積適用するケースがあるが, これも理論的理由からではなく, 双方の当事者を納得させるという実際の考慮によることが多いといわれる(Klaus P. Berger, "Set-Off in International Economic Arbitration," 15 *Arbitration International* 53, 64 (1999))。
- (79) もっとも, この場合は受働債権(主債権)の準拠法の適用上の問題とも考えられる。

- (80) 実方・前掲注(71) 508-509 頁参照。同旨を説くドイツの学説については、多喜・前掲注(73) 933~934 頁参照。
- (81) 久保・国際私法論 483 頁, 折茂・各論 214 頁参照。
- (82) 金融機関等が行う特定金融取引の一括清算に関する法律(平成10年(1998年)6月15日法律第108号)など参照。
- (83) 石黒・前掲注(58) 251-252 頁は, 多数当事者に限定してはいないが, 次のように主張する。多数債権の一括相殺の場合には, 個々の債権は相殺の問題に関する限り, その個性を喪失しているから, 包括的な相殺契約があればそれにより, それがなくとも両当事者の全体的な取引関係の重点をなす法秩序を探索して, 極力単一の準拠法による規制を考えるべきである。
- (84) 電子資金移動のためのクリアリング・ハウス(集中決済機関)である。
- (85) 石黒・前掲注(83)の主張参照。
- (86) 川上太郎『国際私法の法典化に関する史的研究』1-3頁(1963年)参照。
- (87) 国際私法立法研究会・前掲注(49)各条の「立法例」参照。

## International Finance and Conflict of Laws

Yoshiaki NOMURA

Professor, Osaka School of International Public Policy, Osaka University

Law and practice of international finance have undergone historical change. Events such as the birth of the so called "Euro market", the rise of international asset securitization and financial markets liberalization have characterized the development of international markets for the past forty years. The Asian financial crisis and the introduction of the Euro market marked the financial scene in the last few years of the 20th Century.

These events were intertwined with the development of law of finance in many countries. In fact securitization and liberalization were the moving forces that initiated and prompted the reform of Japanese financial system. The new system required the so-called private law to change. For example, many new legislations were introduced to provide the infrastructure of securitization. However the reform has not touched upon the century old private international law. The rules and theories of conflict of laws have

experienced little change since 1890's, when international trade was dominated by merchants in the extraterritorial foreign settlements in Japan.

This article seeks to inquire whether the rules and theories of Japanese conflict of laws should change in response to the developments of law and practice in the changing world. In this regard, three topics are chosen in order to give a perspective to the inquiry: first, the law of the money and money obligations, second, assignment of receivables, and third set-off.

For the first topic, it seems that characterization of the question such as the introduction of the Euro as monetary indicates the solution to the ensuing problems in the system of the law of the money. However the solution is not so obvious when the governing law of the transaction is not those of the EMU participating members. In this regard, New York General Law of Obligations sections 5-1602-1604 should be commended. It is argued that the private initiatives such as the EMU Protocol should be supplemented by a clear governmental guidance like the New York law.

Secondly, Japanese law and practice of receivables finance have changed considerably. For example, the filing system of assignment of receivables was introduced to partly substitute the old notice-to-debtor system of the Civil Code. It is demonstrated that the present conflict-of-laws rule, which refers to the law of the debtor, does not adequately cover the legal questions related to securitization. The law of the assigned claim, though supported by dominant views, makes the legal relationship more complex if applied to the bulk assignment of the receivables. Accordingly, a new rule of conflict of laws is proposed: the law of the assignor should determine the effect of assignment with respect to the third party other than the debtor.

Thirdly, it is submitted that the law of the primary claim should determine the question of international set-off. Application of this law, instead of the cumulation of laws, i.e., application of the law governing the

primary claim and cross-claim, protects the expectations of the parties as well as the third parties, however the law of the primary claim does not seem an answer to the multi-claims, multi-party set-off. In the funds transfer situation, for example, freedom to choose the governing law should be given to the clearing system to bind all parties. In the absence of such a choice, a clear and objective rule, which looks to the place of business of a dominant bank in the transaction, is necessary.

In conclusion, while the traditional law and theories of conflicts are still viable in many areas of international finance, legislative activism should be adopted in other areas. It is urged that the traditional characteristic of conflict-of-laws as academic law should be changed to realize more predictability and practicability of results. To do so will require codification of more specific conflict-of-laws rules in Japan.