

## 国際私法改正と契約準拠法

森下 哲朗  
もりした てつ お

上智大学大学院法学研究科助教授

- 1 はじめに
- 2 準拠法選択における黙示の意思
- 3 当事者による準拠法選択がされていない場合の連結政策
- 4 消費者契約に関する消費者保護規定
- 5 準拠法を決定するための手続

### 1 はじめに

平成18年6月、明治31年の制定以来、我国の国際私法の主たる法源であった法例が全面的に改正され、法の適用に関する通則法が公布された。今回の改正は、片仮名文語体であった法例を平仮名口語体に改めることに加え、契約や不法行為などの財産法に関するルールを中心に重要な実質的な改正も行われている。本稿は、契約準拠法に関する問題のうち、黙示の意思、当事者の選択がない場合の連結政策、消費者契約を取上げて、改正の意義と残された課題について論ずるものである。

国際私法の現代化に関する要綱中間試案の補足説明では、改正の背景にある事情として、法例制定以降約100年間のわが国を取り巻く社会経済情勢の変化、国際的な調和の必要性と諸外国における国際私法改正の動向、規制改革推進3ヵ年計画における債権流動化の基盤整備という観点からの法例12条の見直しへの要請、片仮名文語体から平仮名口語体への変更が挙げられていた<sup>(1)</sup>。しかし、平仮名口語体に改める以上の改正を現在行うことについて、どの程度の具体的な必要性があったのかは明らかではない。法例の制定後100年が経過したことや社会経済情勢が変化したこと等は、それ自体として改正の必要性を裏付けるものではない。法例が変化した社会情勢に十分対応できているのであれ

ば、急いで改正を行う必要はないと思われるからである。もし、法例が変化した社会情勢に十分に対応できないのであれば、改正を求める実社会からの具体的なニーズが存在したはずである。上述の法例12条など幾つかの規定との関係ではそのような具体的なニーズを認めることも可能かもしれないが、財産法分野全体の改正を必要とするようなニーズが存在したとは思われない。法制審議会での当初の審議の過程では、法例に全く規定がなく、また、学説での議論の蓄積が十分とは思われない多くの問題についても新たに規定を設けることが検討され、しかも、そうした問題の多くは今回の改正には盛り込まれなかった。実社会のニーズがない場合には立法すべきではないというわけではないにしても、実社会のニーズから遊離した当初の作業の結果<sup>(2)</sup>、限られた審議の時間を浪費した感否めない。今回の改正については、その基本理念や目指すべきところが必ずしも明らかではなかったのではないかと、という実務家による指摘がなされている一因も<sup>(3)</sup>、そのような点にあるのではないだろうか。

今回の改正作業の過程では、国際的調和と予見可能性の向上という二つの理念が持ち出されることが多かったように思われる。これらの理念に一般的に反対する人はいないとしても、この二つの理念に過度に重きをおくことには注意が必要である。国際的調和について、要綱中間試案の補足説明では、「渉外的な法律関係がどの国で問題となっても適用される準拠法は同一であることを理想」とするとされ、ヨーロッパやアジアでの改正例に対応した改正が必要であることを示唆する<sup>(4)</sup>。しかし、社会の現実を上記の理想からはほど遠い<sup>(5)</sup>。特に、日本の最大の貿易相手国である米国の国際私法はヨーロッパのそれとは異なる。例えば、特徴的給付という考え方は欧州では採用されているが、米国では採用されていない。その欧州においても、後述のように特徴的給付の考え方の位置づけを巡って様々な議論がなされており、具体的なルールの内容については、重要な部分についても国によって考え方の違いが見られる。また、今回の通則法の規定も、欧州のルールとは重要な部分で異なっている。

一般に国際的な取引の当事者にとって予測可能性が高まることが望ましいことはいうまでもない。今回の改正全般への実務サイドからの期待として、「準拠法選択の予見可能性を高める」ことや<sup>(6)</sup>、「客観的に明快で、解釈運用上の論

争の余地を出来る限り排除しうるもの」とすることが存在したが<sup>(7)</sup>、当然の期待である。とはいえ、国際的な取引の実際を考えるならば、国際私法ルールの予測可能性の向上に過度な期待を置くことは適当ではないと思われる。国際的な取引をめぐる紛争が生じた場合、当事者にとって第一に問題となるのはどこで争われるかであるが、どこで争われるかを予め確定することはできない(契約において国際裁判管轄の合意をすることが考えられるが、その効果にも限界がある)。法廷地が異なれば、国際私法や法廷地の強行規定等が異なり、紛争の帰趨に影響を与える。このように、実際の取引においては、国際私法の予測可能性のみが問題となるわけではなく、管轄等その他の要因も考え合わせれば、国際取引において実際にどのようなルールが適用されるのかという問題についての予測可能性には相当程度の限界があることは避けられない事実である。他方、国際取引と一口にいてもその当事者、規模、態様などは極めて多様であり、その多様さは国内取引の場合とは比較にならない。従って、実際の紛争処理にあたっては、取引の実態、個別具体的な事案に応じた柔軟な処理への要請は国内事案以上に強いのではなからうか。立法論や解釈論において予測可能性が強調されすぎることが避けなければならない。

今回の改正は、社会経済情勢の変化に適切に対応し、国際的な調和を実現し、実務のニーズに対応し、かつ、予見可能性を向上させるようなものであったか。「現代的アプローチのもとに、より明確で合理的な規律を示すとともに、例外的事情に対して裁判所が柔軟に解釈論により対処できる余地を残し、他方で、一定の分野においては、諸外国の現代的な国際私法に倣って弱者保護等の政策的配慮も採り入れる、という、バランスのとれた立法に概ねなった」との評価も示されている<sup>(8)</sup>。

しかし、契約準拠法との関係に関する限り、以下に検討するように、今回の改正によって予見可能性が大きく向上した、ということはないように思われる。逆に、改正によって、これまでの判例・学説で議論の蓄積のない新しい概念や考え方を導入したことによって、一定期間は予測可能性が低下する可能性があるように思われる。立法作業の過程で十分な検討がなされていたとは思われない論点もある。特に、国際私法の領域では判例の数が少ないこともあり、そう

した新しい概念や考え方について判例等を通じた明確化が図られるには相当長い時間待たなくてはならないことも懸念される。

また、今回の改正で導入された新しいルールが、実際の訴訟手続でどのようにワークするかどうかという点も重要である。我が国の国際私法においては、かねてから学説が考える準拠法選択・適用のプロセスと実際の訴訟実務との間に乖離があり、それが放置されてきたように思われる。例えば、学説が、国際私法は強行規定であるといい、準拠法の選択や連結点の確定は職権で行う必要があるというのに対し、訴訟の現場の実際がそのように動いているとは思われない<sup>(9)</sup>。また、実務の側からは、準拠法が決まらないまま訴訟手続が進行することは不経済であるとの声も聞くが、そうした問題についての学説の検討はなされてこなかった。特に今回の改正では、後述のように、特徴的給付や消費者保護規定との関係で、手続的視点が重要となると思われる改正もなされている。しかし、学説と実務の乖離への対処や手続的な視点からの十分な検討は今回の改正作業の中では行われておらず、今後の課題として残っているように思われる。

## 2 準拠法選択における黙示の意思

契約準拠法に関する最初の問題として、黙示の意思について考えたい。当事者の意思が明らかでない場合には行為地法によると規定していた法例のもとでは、当事者による明示の準拠法の指定がない場合、直ちに行為地法によらず、当事者の黙示の意思を探求してきた。その黙示の意思の探求にあたっては、必ずしも当事者の現実の意思が認められる場合に限らず、仮に当事者が準拠法について考えていたとしたら何れの法を指定したかの推定にまでも踏み込んで黙示の意思を探求すべきであるとする立場が多数であった<sup>(10)</sup>。理論的には、現実の意思と仮定的な意思を区別しようとすることも行われてきたが<sup>(11)</sup>、実際に現実の意思と仮定的意思を区別することは困難であるとの指摘もなされてきた<sup>(12)</sup>。判例においても、現実の意思がある場合を超えて、黙示の意思の存在を認めることが少なくなかった。その背景には、当事者の期待を尊重するという姿勢があったのではないかと、との分析がなされている<sup>(13)</sup>。

このように黙示の意思を広く認めることについて、補足説明では、準拠法選択に関する明確性が阻害される、仮定的意思まで認めるとするならば、それは当事者の現実の意思に基づいていない、従来問題とされてきた選択がない場合には行為地法によるとの規定を改正することにより黙示の意思による準拠法選択を認める必要性は低減する、との考え方が示されていた<sup>(14)</sup>。こうした観点から、中間試案では「当事者による準拠法選択は、明示的であるか又は法律行為その他これに関する事情から一義的に明らかなものでなければならぬものとする」との考え方が提案されたが、「一義的に明らか」という基準が明らかでないことなどを理由に、この提案は採用されなかった<sup>(15)</sup>。

通則法のもとでも、7条で当事者による準拠法の選択があったというとき、そこには明示の意思に限らず、黙示の意思が含まれることには争いはない<sup>(16)</sup>。他方、仮定的意思については、補足説明において、上記の「一義的に明らか」という基準を導入するかどうかに関わらず、「仮定的意思に基づく準拠法選択は、当事者の現実の意思に基づくものでない以上、…、否定されることになろう」との考え方が示され<sup>(17)</sup>、また、法制審議会の議事録でも「今回の立法で、もし仮にこれまで仮定的な意思に基づく準拠法選択が認められていたというのであれば、それを認めることが今回の法改正の趣旨ではないということは、立法解説等にももちろん書くつもり」との発言もみられた<sup>(18)</sup>。「通則法7条の適用においては、当事者と同じ立場にあった者を仮定して、その合理的な準拠法の選択を推定するような作業はすべきではなく、あくまでも現実の意思の探求にとどめるべきであろう」との見方も示されている<sup>(19)</sup>。しかし、通則法についての立法担当者の解説は、「客観的連結を回避するために当事者の仮定的意思を問題にする必要性は、法例に比して格段に少なくなると予想されます」としており、補足説明時よりは控えめな表現に止まっているように思われる<sup>(20)</sup>。

法例との関係でも指摘されていたように、理論的にはともかく、実務において現実の意思と仮定的意思を明確に区別することが可能なのは相当疑問である。通説的な見解によれば、黙示の意思は、契約の種類、性質、内容、当事者の国籍・住所、目的物の所在地その他もろもろの主観的・客観的の事情を考慮して決定するとされ、それでも黙示の意思を明らかにできない場合に、意思の推

定を行うとされている<sup>(21)</sup>。ドイツにおいても、仮定的意思 (hypothetische Parteiwille) とは区別された黙示の意思 (stillschweigende Parteiwille) が認められる例として、契約が特定国の法令に関係付けられている場合、特定国の法令に依拠して作成された取引約款や書式を用いている場合、特定国の裁判所の裁判管轄に合意している場合、ある特定の場所を履行地として合意している場合などが挙げられている<sup>(22)</sup>。しかし、こうした見解における黙示の意思は、当事者が実際に意思を有していたという意味での現実の意思とは必ずしも結びつかず、そこにはやはり推定が含まれているように思われる<sup>(23)</sup>。例えば、日本で一般に用いられている書式を国際的な契約にそのまま用いていたとしても、日本法を準拠法とする現実的な意思はなく、単に準拠法については何も考えていなかったということも大いにあり得る。その意味で、従来の多数説がというような意味での黙示の意思を現実の意思と呼ぶことはややミスリーディングであるように思われる。

このような事情もあり、通則法7条のもとで黙示の意思は認められるが仮定的意思は認められないといった場合、具体的に何が認められて何が認められないのか、通則法のもとでの黙示の意思という概念が、法例のもとでの黙示の意思と同じなのか違うのか、などが明らかではないように思われる。法例のもとでの従来の多数説における黙示の意思が、法例7条2項の不備に対処するために本来あるべき以上に広い範囲のものを含んでいると考えるのであれば、法例7条2項に代わり通則法8条が設けられたことによって、従来のような拡大された黙示の意思の概念はその役割を終えたと考え、通則法7条のもとで黙示の意思を認めるのは、例えば、実際に当事者が準拠法について考えていたという意思を具体的に認定できる場合に限り、といった考え方もあり得よう。そのように厳格に現実の意思がある場合に限り黙示の意思を認めるとした場合、契約書等に明示的に現れていない当事者の現実の意思の存否を、実際の訴訟手続においてどうやって認定するのも問題となろう。他方、従来の多数説がいう黙示の意思の概念は法例7条2項との関係で本来の守備範囲を超えて拡大されたものではないのであって、法例7条2項への対応は黙示の意思を超えた意思の推定という概念で処理していたと考えるのであれば、その意味での意思の推定

は差し控えるべきであるということにはなっても、従来の多数説における黙示の意思の概念は何ら変容を受けないと考えられよう<sup>(24)</sup>。その場合には、契約の態様を含む客観的・主観的事情を総合的に考察して当事者の黙示の意思が認められない場合にはじめて、契約の態様のみに着目した特徴的給付の理論による処理をするという、やや順番が逆転したかのような作業がなされることになる。例えば、外国銀行東京支店に日本に居住していた華僑が行った円の定期預金について、日本法を準拠法とする黙示の意思があったと判断した著名な最高裁昭和53年4月20日判決と同じ事案は、新法のもとではどのように処理されるのであろうか<sup>(25)</sup>。

筆者としては過去の判例の積み重ねによって形成された当事者の期待を損なわないためにも、従来の多数説における黙示の意思の認定を基本的に踏襲することが望ましいと感じている。そのように解した場合、特徴的給付の理論を導入した8条の果たす役割が多少小さくなるかもしれないが、特徴的給付の理論には以下に検討するような様々な課題があり、あまり大きな期待をかけることは適当ではないのではないかと思われる。

### 3 当事者による準拠法選択がされていない場合の 連結政策

通則法8条では、当事者による準拠法選択がない場合について、最密接関連地法によることを原則にした上で、特徴的な給付を行う者の常居所地法を最密接関連地法と推定するとしている。これは、1980年に作成された欧州の契約債務の準拠法に関する条約(ローマ条約)をモデルにしたものであるが、ローマ条約との関係では様々な立法論上、解釈論上の課題が指摘されてきた。

まず、特徴的給付の理論については、これを採用していない米国からは、多くの場合特徴的給付を行うのは経済的に強い立場の者であることから、特徴的給付は経済的強者にとって有利なルールではないか、との見方が示されている<sup>(26)</sup>。このような見方に対しては、我が国の立法担当者によって、このような場合の典型である消費者契約については通則法11条で消費者保護のための特別の手当がなされていること、また、消費者保護の特例が適用されない場合に

については、「客観的連結により準拠法とされる外国法の適用結果が一方当事者に著しく不利であるような場合については、いわゆる公序則（第42条）によりその外国法を排除することが可能であるほか、我が国において絶対的に強行すべき規定については準拠法のいかんにかかわらず常に適用されると考えられることから、実際には不適当な結果が生じることはほとんどないと考えられます。」との説明がなされている<sup>(27)</sup>。しかし、消費者保護の特例の対象でないような場合に、そのような説明が有用かどうかは疑問である。なぜなら、「経済的強者にとって有利なルール」というとき、そこで問題となっているのは、自分がよく知っている法が適用されるというレベルの問題であって、公序や強行法規の連結が問題となる場合のようにルールの中身それ自体の有利不利を問題としているわけではないからである。それであれば、契約準拠法の合意をしておけばよい、との回答が考えられる。しかし、現実の世界ではそれが難しい場合があるからこそ様々な問題が生じているのではないだろうか。

特徴的給付を含むローマ条約4条の規定については、欧州では様々な解釈論上の問題も発生している。まずは、特徴的給付を行うべき当事者は誰か、という問題であり、例えば販売店契約との関係では、英国にはメーカーが特徴的給付を行っているとした判例があり<sup>(28)</sup>、他方、オランダには販売店が特徴的給付を行っているとした判例がある<sup>(29)</sup>。Dicey & Morris では、販売店契約は特徴的給付が決定できない契約の典型であると説明する<sup>(30)</sup>。法制審議会での審議の過程では、OEM契約、ジョイントベンチャー契約、銀行がする保証契約などについて、特徴的給付の理論で処理することの問題を指摘する意見があったようである<sup>(31)</sup>。通則法8条2項では、「特徴的給付を当事者の一方のみが行うものであるとき」に限り特徴的給付を行う者の常居所地法を最密接関連地法と推定することとなっているため<sup>(32)</sup>、特徴的給付を一方のみに観念できない場合には、1項に戻って諸般の事情を総合的に考慮して最密接関連地法を決定することになる<sup>(33)</sup>。ジョイントベンチャー契約などはこの典型であろう。解釈論としては、どの程度の条件があれば、「一方のみに観念できない」というのが問題となろう。例えば、販売店契約のように欧州で見解が分かれる取引、物品やサービスの提供と引き換えに金銭以外の何かが提供されている取引、三社間取引な



ど「一方」を觀念しにくい取引などについて、事案をよく検討して一方当事者の履行と他方当事者の履行とを比較して僅かに一方当事者の履行が特徴的であるといえるような場合には8条2項を適用するのか、それとも、8条2項の適用を早々にあきらめて、1項における最密接関連地法の決定に委ねるのかどうかという問題がある。後述のように、我が国では2項に基づく推定があっても、他に最密接関連地があればその推定は覆されるのであるから、あまり2項のレベルで頑張る必要はないと考えられるのではなからうか。

英国の判例で問題となったのは、特徴的な給付を行う者が法人である場合に、法人の主たる営業所と他の営業所のいずれの所在地の法を適用するかという点も問題となっている。この点に関し、ローマ条約では原則として主たる事業所の所在地を最密接関連地とするとしつつ、契約条項によれば主たる営業所以外の営業所によって給付を行うべきである場合には当該営業所が所在している国を最密接関連地とするとされている。例えば、テキサスに本拠を有するデラウェア州法人がイラン法人にオイル・リグの修理に必要な機材を提供することを約した契約についての準拠法が争われた事案において、デラウェア州法人が特徴的給付を行うとされたうえで、最密接関連地を推定するために用いられる事業所はテキサスの本拠か、それとも、英国の事務所かが争点の一つとなった。この事案では、物品自体はテキサスから英国にC&F条件で船積みされていた。原審が英国の事務所はイラン法人との連絡のための導管(conduit)に過ぎないとしたのに対し、控訴審は、物品のpurchase orderにおいて英国事務所が船舶の手配を行うこととなっていたこと、また、L/Cのbeneficiaryになっていたのも英国事務所であったこと等から、特徴的給付は英国の事務所を通じて行われることとなっていたとした<sup>(34)</sup>。また、あるイングランド法人が別のイングランド法人に対して建物の建設のための石を提供する取引において、建設場所がスコットランドであり、その取引に関するミーティングも被告のスコットランドの事務所の職員との間でスコットランドの事務所で行われた事案において、原審がスコットランドにおいて特徴的給付が行われるとしてスコットランド法が準拠法になるとしたのに対し、控訴審は、両当事者が債務の履行が被告のスコットランドの事務所で行われることを予定していたことには疑いはないが、

ローマ条約の解釈としてはそれだけでは不十分であり、契約において明示あるいは黙示的に債務がスコットランドの事務所で履行されなければならない旨が定められていない限り、主たる事務所が最密接関連地となるとした<sup>(35)</sup>。通則法8条2項では、特徴的給付を行う法人が、当該法律行為に関係する事業所を有する場合には当該事業所の所在地を、そのような事業所を複数国に有する場合には主たる事業所の所在地を最密接関連地としており、ローマ条約の規定とはかなり異なることから、紛争の生じ方も異なってくると思われる。上述のような事案を参考に考えるならば、たとえば、「当該法律行為に関係する」かどうかを判断するにあたっては、必ずしも契約の規定によらなくても、実際にある事務所が業務を担当していれば足りると解すべきではなからうか(スコットランドの事例ではスコットランドが最密接関連地となる)。難しいのは、法律行為に関係する事業所が複数あるというのはどのような場合かという問題ではなからうか。例えば、上記のテキサスの事案において、テキサスの事業所が行ったのは英国の事業所からの指図を受けて事務的に荷物の出荷を行っただけ、といった場合、テキサスの事業所が当該法律行為に関係する、といえるかどうか、という問題である。これは、一概に論じることは難しく、具体的な取引の内容と各事業所が果たした役割に応じて個別に判断していかざるを得ないように思われる。

ローマ条約4条5項では、特徴的給付の理論による推定は、「契約が他国とより密接な関連を有することが事情の全体から明らかである場合には適用されない」と規定する。特徴的給付の理論による推定にどの程度の意義を与えるか、逆にいえば、どの程度容易にこの推定を覆すことができるものとするかについての考え方は、かなり分かれている。特徴的給付の理論による推定に非常に強い意義を認めるのはオランダの最高裁判所の判例であり、そこでは、「4条の文言と構造、及び、条約が意図した法の適用における統一性からすれば、主たるルールである2項の例外は制限的に認められるべきものであり、この主たるルールは、特殊な状況において、特徴的給付を行う者の事業所所在地が連結点として実際の重要性を全く持たない (has no real significance as a connecting factor) 場合においてのみ、無視されるべきものである」とされた<sup>(36)</sup>。このような考え方については、2項の特徴的給付こそが4条の主たるルールであると、

5項における推定の覆しが極めて例外的にしか認められるべきではないとすることによって、予測可能性を高めることができるという利点が存在するとされるが<sup>(37)</sup>、英国では、条約の文言や実務の感覚に照らし受け入れ難いとの見方が示されている<sup>(38)</sup>。逆に、2項の特徴的給付の推定に弱い意義しか認めべきでないとの考え方も示されている。この考え方によれば、4条1項こそが4条の主たるルールであり、2項によって得られる推定はあくまでその主たるルールの実現のためのものなのであるから、もし2項によって得られる地よりもより密接な関連を有する地があるのであれば、5項により2項の推定を覆すべきであるとされる<sup>(39)</sup>。この考え方はローマ条約4条の文言に忠実な解釈であるとされ<sup>(40)</sup>、英国の判例には、この弱い意義しか認めない考え方を採ったと見られるものがある<sup>(41)</sup>。最近の英国の判例は、2項の推定を無視することを正当化するような連結素の存在が明確に示されているような状況においてのみ2項の推定を無視すべきである (“should ... only be disregarded in circumstances which clearly demonstrate the existence of connecting factors justifying the disregarding of the presumption in art. 4(2)”)、との準則を示し<sup>(42)</sup>、もう少し強い意義を2項の推定に与えるようになっていくとされるが<sup>(43)</sup>、他方、英国では履行地を重視する傾向があるとの指摘もあり<sup>(44)</sup>、たとえばDicey & Morrisでは、特徴的給付を行う者の事業所所在地と履行地が異なる場合には容易に推定は覆されるとの見方も示されている<sup>(45)</sup>。

ドイツでは、2項の推定規定は法的安定性を保障し、法の適用の負担を軽減するとして、本当に例外的な場合に限り (nur in wirklichen Ausnahmefällen) 5項による推定の覆しを行うべきであるとの見解が示されている<sup>(46)</sup>。

容易に想像できることながら、欧州委員会はオランダの最高裁判決の立場を支持しており<sup>(47)</sup>、2005年12月のローマ条約の規則化に向けた提案の中では、予測可能性の一層の向上のためとして、現在のローマ条約5項にある推定の覆しについてのルールを削除することを提案した<sup>(48)</sup>。しかし、このような提案に対しては、例えば、複数の取引が相互に関連するような場合であって準拠法選択についても一体的に行うような場合に5項を使って柔軟に対応する途を閉ざす<sup>(49)</sup>、また、誰がどのようなサービスを提供しているかを決めにくい多くの金

融取引の場合に適用することが困難である等<sup>(50)</sup>、英国の実務家から反対の意見が示されている。

この点について、我が国の通則法はどうか。立法者の解説では、OEM 契約との関係で、「第 8 条 2 項により特徴的給付を行う者の拠点の法が最密接関連地法と一応推定されますが、これは推定にとどまることから、その給付を受ける者の拠点がより密接な関連を有することに関する事情が認められれば、推定は覆され、最終的には適切な準拠法の決定が可能です」との説明がなされている<sup>(51)</sup>。また、神前教授は、「推定を覆すのはそれほど困難ではないと考えるべきであろう。立法過程における議論においても、特徴的給付の理論では妥当な準拠法が選択されない場合があることは十分に認められているからである。この点は、8 条において単に『推定する』との文言が採用され、15 条や 20 条のように、原則としてそれによるが、明らかにより密接な関係がある他の地があるときは別である、といった規定とはされなかったことにも示されている」とされている<sup>(52)</sup>。通則法の解釈論としては妥当と思われるが、そこには欧州との国際的調和はない。また、それほど簡単に推定を覆すことができるならば、なぜわざわざ議論の余地を生む推定規定を設ける必要があったのか、という問いかけもあり得よう<sup>(53)</sup>。

結局、契約準拠法を巡る争いは、以下のようなプロセスを辿ると思われる。

- ① 明示の選択の有無の決定（7 条）
- ② ①で選択がなければ）黙示の選択の有無の決定（7 条）
- ③ ①②で選択がなければ）一方当事者のみが特徴的給付を行うような契約かどうかの決定（8 条 2 項）
- ④ ③に該当すれば）特徴的給付を行う者の決定（8 条 2 項）
- ⑤ ④の者について法律行為に係る事業所の決定→最密接関連地の推定（8 条 2 項）
- ⑥ ⑤で決まった最密接関連地の推定について推定を覆す事情の有無の決定（8 条 1 項）
- ⑦ ③に該当しなければ、あるいは、⑥で推定を覆すべき事情があれば）全事情からの最密接関連地の決定（8 条 1 項）

このような準拠法決定のプロセスにおいて、当事者、裁判所はどのような役割を果たすのか。特に、準拠法の決定は職権探知事項とするのがこれまでの通説であることから、そのような通説との関係で、最密接関連地法の認定の前提となる事実（例えば、特徴的給付者の決定の前提となる事実）や、推定を覆す事実について、これらの主張や立証は誰がどのように行うのかが問題になると思われる。この点については、立法担当者の解説では、解釈に委ねられることになるとされている<sup>(54)</sup>。冒頭で述べた、手続的視点からみた課題の一例である。準拠法の決定は職権探知事項であるので、上記の事実が当事者によって示されていないからといって請求棄却にすることはできず、裁判所は提出された事実に基づいて準拠法を決定しなくてはならない。しかし、「当事者に対する不意打ちを防止し、当事者の攻撃防御の機会を保証するため、裁判所は釈明権を行使し、当事者の主張を促した後でなければそのような認定はできない」というべきである<sup>(55)</sup>。従って、裁判所は上記の各プロセスに従って当事者に関連する事実の提出を促し、当事者に主張を尽くさせるようにする必要があるというべきであると思われる。

#### 4 消費者契約に関する消費者保護規定

消費者契約との関係では、消費者がその常居所地法上の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を事業者に対して表示したときは、当該主張に係る強行規定が定める事項については当該強行規定をも契約準拠法と重疊的に適用することとなった。法制審議会の議事録などを見る限り、この消費者保護規定は、今回の改正作業のなかで、最も議論が錯綜した規定の一つであるように思われる。

消費者契約について、ローマ条約5条2項は、当事者が契約準拠法を合意している場合であっても、「契約締結に先立ち、消費者の常居所地国で個別の勧誘・宣伝が行われ、当該消費者が契約締結に必要なすべての行為を当該国で行った場合」や「契約の相手方又はその代理人が当該国において消費者の注文を受けた場合」には、「当事者による法選択は、その常居所地国の法の強行規定によって消費者に与えられる保護を奪う結果になってはならない」と規定している。これに対して、通則法では、契約準拠法と消費者の常居所地法を比較し

て、消費者により有利な法を適用するという考え方は実際上の困難さ等を理由に退けられ、当事者による積極的な意思表示があって始めて、常居所地国法上の強行規定のもとでの保護が与えられることとなった<sup>(56)</sup>。この点については、これを評価する見解が実務側から示されている反面<sup>(57)</sup>、研究者からは、「法的に弱者である消費者を保護するにあたって、このような意思表示をすることができる適切な法的判断能力の存在を前提とすることは背理」との批判がなされている<sup>(58)</sup>。なお、立法過程で、複数の法体系に跨って消費者が自己に都合がよい規定をつまみ食いすることによって、本来、一国の契約準拠法や消費者保護法で与えられている以上の保護を享受できることの問題性が指摘されていたが<sup>(59)</sup>、この問題はそのまま残ることとなった。

今回の規定については、色々と不明確な部分が残されているように思われる。例えば、特定の強行規定が適用されるべき旨の意思表示については、「当該強行規定に基づく特定の法的効果の主張が必要であり、当該強行規定に基づく解除等の攻撃防御方法の要件事実を主張立証するだけでは足りない」との見解が示されている<sup>(60)</sup>。とはいえ、強行規定には言及したがその法的効果には言及していない場合や、法的効果が自己に有利であれば適用を欲するとの意思表示がなされたような場合、保護が与えられないとまでいう必要はないようにも思われる。また、考えにくいかもしれないが、適用が主張された強行法規のもとでの保護が実は契約準拠法のもとでの保護に劣るような場合には、契約準拠法の適用が排除されているわけではないので、もともとの契約準拠法上の保護が与えられるということになろうか。

本当の消費者保護を実現するためには、準拠法のみを考えていたのでは不十分であり、管轄や紛争処理手続事態も一体として、消費者が真に利用しやすい制度を考える必要がある。通常の消費者には、常居所地法と契約準拠法の保護の程度を比較したり（比較したうえで常居所地法上の保護の方が有利だからこそ主張する意味がある）、準拠法を争うために長期化する訴訟の弁護士費用を負担したりすることは困難な場合が多いのではなかろうか。むしろ、手続開始時において、裁判所が消費者に対して常居所地国法と契約準拠法の内容を説明し、いずれかを選択させる、といった制度の方が現実的であるようにも思われる。ま

た、消費者保護の理念に鑑みれば、裁判所が消費者の常居所地法の適用を主張するかどうかを釈明したり、当事者から提出される等して消費者の常居所地の強行法規の内容が裁判所に明らかになっているような場合に個別の規定の適用を求めるかどうかを釈明したりするということは許されて良いように思われる。

なお、今回の消費者保護の特則は、消費者保護に関する法廷地の絶対的強行法規の適用は否定しない、とされている<sup>(61)</sup>。とはいえ、明らかではないのは日本の消費者保護法規等の国際的な適用範囲である<sup>(62)</sup>。今回、準拠法選択ルールという観点からの消費者保護の国際化は図られたが、日本企業が外国あるいはインターネット等を通じて外国の居住者との間で行った取引について、どこまで日本の消費者保護法が適用されるのか、といった問題についても議論が深められ、出来る限り法令に国際的な適用範囲が明示されるようになることが望ましい<sup>(63)</sup>。

## 5 準拠法を決定するための手続

現在の法例のもとでも、準拠法についての裁判所の判断が判決まで分ならず、このため、場合によっては、一つの争点について、適用される可能性のある複数の法のもとでの弁論を複数準備せねばならない、といった実務上の負担が生じることもあったようである。今回の改正によって、新しく導入されたルールや概念に様々な解釈の余地があること、準拠法が最終的に決定されるまでのステップが増えたことによって当事者として争える要素が増えたこと(同時に、裁判所が判断すべき要素が増えたこと)等から、訴訟において準拠法をめぐる争いが現実化したような場合、結論としていずれの国の法律が準拠法になるかについては従来以上に予測が付きにくくなる可能性がある。契約準拠法については既にみたとおりであるが、不法行為についてもルールは複雑化している。また、手続的な観点からは、準拠法の変更や消費者による消費者保護規定の適用を求める意思表示がいつまで許されるのか、という問題が立法過程から指摘されていた。

このような観点からは、準拠法の決定について、平成15年の民事訴訟法改正で導入された計画審理の制度を活用することも考えられるように思われる。さ

らに進んで、中間判決によって準拠法について決定してしまうことも考えられよう。例えば、英国では、準拠法がいずれの国の法律になるかという問題を、preliminary issueとして本案の審理に先立ち決定することが少なくない<sup>(64)</sup>。これにより、当事者は上記のように準拠法が決まらないまま訴訟準備を行うということ負担を回避することができる。ドイツにおいても、準拠法の決定はドイツ民事訴訟法256条2項における中間確認の訴え（Zwischenfeststellungsklage）の対象となるとされ<sup>(65)</sup>、中間判決（Zwischenurteil）が下された事例がある<sup>(66)</sup>。

我が国については、裁判管轄については中間判決の手法が用いられているものの、準拠法については中間判決が用いられた例は見当たらない。既述のように準拠法決定プロセスが複雑化したこともあり、準拠法についても民事訴訟法245条の中間判決を積極的に利用し、手続の早期に準拠法についての判断を得たうえで、確定した準拠法に基づいて手続を進めていくことが訴訟経済及び当事者の負担の軽減に資する場合もあるように思われる。中間判決は、中間の争いについて行うことができるとされており<sup>(67)</sup>、準拠法についても中間判決の対象とすることは民事訴訟法245条のもとで十分に可能であると思われる。全体の実事関係から最密接関連地を決める場合など、手続の初期の段階でそのような判断が難しい場合もあるかもしれないが、国際裁判管轄の中間判決を行う際の前提として本案についての準拠法が何法となるかについての判断が示される例も少なくないことから、実務的にも困難であるとは言えないように思われる。中間判決を利用することでより当事者及び裁判所に利益がもたらされるようなケースもあるのではないだろうか。今回の国際私法の改正は、そのような手続的な課題を見つめなおす良い機会でもあるように思われる。

- (1) 法務省民事局参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」（平成17年3月29日）8頁（以下、「補足説明」として引用）。
- (2) 石黒一憲『国際私法の危機』（信山社，2004）11頁以下では、共同海損を例にこの点が指摘されている。
- (3) 公正貿易センター『電子商取引からみた「法例」のあり方検討会』報告書（平成16年11月）6頁以下（以下、「報告書」として引用）。手塚裕之「弁護士がみる法の適用に関する通則法の意義と影響について」法律のひろば2006年9月号50頁以



下。

- (4) 補足説明・前掲注(1), 8頁。また, 野村美明「国際私法の現代化に関する要綱案について」判例タイムズ61頁(2005)も国際的な調和を重視する。
- (5) 石黒・前掲注(2), 16頁, 報告書・前掲注(3), 6頁。
- (6) 例えば, 小出邦夫『一問一答 新しい国際私法:法の適用に関する通則法の解説』(商事法務, 2006)12頁に紹介されている金融関係の経済団体の意見である。
- (7) 手塚・前掲注(3), 51頁に紹介されている日弁連の基本的考え方である。
- (8) 手塚・前掲注(3), 51頁。
- (9) 三ヶ月章「外国法の適用と裁判所」澤木・青山編『国際民事訴訟法の理論』(有斐閣, 昭和62年)239頁以下。三ヶ月教授の問題提起に対して国際私法学からの立場を示したものとして, 石黒一憲『国際民事紛争処理の深層』(日本評論社, 1992)215頁以下を参照。なお, 拙稿「電子商取引と国際私法の課題」日弁連法務研究財団編『論点教材電子商取引の法的課題』(商事法務, 2004)87頁以下も参照。
- (10) 学説の状況について, 櫻田嘉章「契約の準拠法」国際私法年報第2号3頁以下。
- (11) 法例研究会「法例の見直しに関する諸問題(1)—契約・債権譲渡等の準拠法について」別冊NBL80号26頁(以下, 「諸問題」として引用する)。
- (12) 鳥居淳子「契約(1)—当事者の黙示の準拠法指定」山田・早田編『演習国際私法(新版)』(有斐閣, 1992年)119頁。
- (13) 櫻田・前掲注(10), 40頁。
- (14) 補足説明・前掲注(1), 29頁以下。
- (15) 神前禎『解説 法の適用に関する通則法 新しい国際私法』(弘文堂, 2006)54頁以下。
- (16) 神前・同上55頁, 小出・前掲注(6), 45頁, 澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門[第6版]』(有斐閣, 2006)199頁以下。
- (17) 補足説明・前掲注(1), 38頁。
- (18) 法制審議会国際私法(現代化関係)部会第26回議事録(平成17年6月14日)。
- (19) 澤木・道垣内・前掲注(16), 200頁。
- (20) 小出・前掲注(6), 45頁。
- (21) 山田鏡一『国際私法[第3版]』(有斐閣, 2004)326頁以下, 溜池良夫『国際私法講義[第3版]』(有斐閣, 2005)367頁以下, 諸問題・前掲注(11), 26頁。
- (22) Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht 9. Auflage (Beck, 2004), at 657ff.; Kropholler, Internationales Privatrecht 5. Auflage (Mohr Siebeck, 2004), at 453ff., 諸問題・同上, 26頁以下。
- (23) 鳥居・前掲注(12), 117頁以下, 櫻田・前掲注(10), 13頁以下。Kegel/Schurig, supra

- note ②, at 658ff. も、黙示の意思においても結局は推論を必要とするのであり、仮定的意思と明確に区別することはできないと指摘する。
- ②4 諸問題・前掲注①は、そのような考え方に立つものであるように思われる。
- ②5 佐野寛・本件判批・国際私法判例百選 49 頁では、本件は当事者の現実の意思を探究したものが、附合契約について類型的な意思の推定を行ったものかは明らかではないとするが、鳥居・前掲注②では本件においても現実に存在した意思が認められたと解しているようである。微妙であるが、いずれにしても、当事者は準拠法については特段意識することなく取引を行っていたのではないだろうか。
- ②6 Juenger, *The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: An American Assessment*, North ed., *Contract Conflicts* (North-Holland Publishing, 1982), at 301ff. ; Scoles, Hay, Borchers & Symeonides, *Conflict of Laws, Third Edition* (West, 2000), at 925ff.
- ②7 小出・前掲注⑥, 52 頁。
- ②8 *Print Concept GmbH v GEW (EC) Ltd.*, [2002] CLC 352 (英国のメーカーがドイツの業者と専属的販売店契約を締結した事例である)。但し、Hill, *Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts*, ICLQ vol. 53, April 2004, 325, at 334ff. はこの判決は販売店契約の実質を見誤ったものであると批判する。
- ②9 Hill, *Id.*, at 334ff.
- ③0 Dicey & Morris, *The Conflict of Laws, Forteenth Edition* (Sweet & Maxwell, 2006), at 1585. [32-117].
- ③1 小出・前掲注⑥, 53 頁以下, 神前・前掲注⑤, 65 頁。
- ③2 ローマ条約 4 条 5 項では、「特徴的給付が決定できない場合」となっている。通則法とは原則と例外が逆になっており、その分、ローマ条約では特徴的給付のルールが適用されやすくなっているようにも思われる。
- ③3 小出・前掲注⑥, 53 頁。
- ③4 *Iran Continental Shelf Oil Company and others v IRI International Corporation*, [2002] EWCA Civ 1024 (Court of Appeal (Civil Division), 2002).
- ③5 *Ernststone Building Products Ltd v Stanger Ltd.*, [2002] 1 WLR 3059 (Court of Appeal (Civil Division), 2002).
- ③6 Struycken, *Some Dutch Judicial Reflections on the Rome Convention*, Art. 4 (5), [1996] LMCLQ 18, 20.
- ③7 Struycken, *Id.*, at 21.
- ③8 Atrill, *Choice of Law in Contract: The Missing Pieces of the Article 4 Jigsaw?*, ICLQ

Vol. 53, July 2004, 549, at 552.

39) Atrill, Id., at 553.

40) Atrill, Ibid.

41) Bank of Baroda v Vysya Bank, [1994] 2 Lloyd's Rep 87 (確認信用状の確認銀行が発行銀行を訴えた事例であり、発行銀行と確認銀行との間の契約関係に適用されるべき準拠法が問題となった); Hill, supra note 38, at 339ff.

42) Land Rover Exports Ltd v Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE, Court of Appeal (Civil Division) (2001); Ennstone Building Products Ltd v Stanger Ltd., [2002] 1 WLR 3059 (Court of Appeal (Civil Division), 2002); Iran Continental Shelf Oil Company and others v IRI International Corporation, [2002] EWCA Civ 1024 (Court of Appeal (Civil Division), 2002).

43) Hill, supra note 38, at 341ff.

44) Hill, Id., at 342ff.

45) Dicey & Morris, supra note 30, at 1588 [32-127] この考え方を批判するスコットランドの判例として, Calendonias Subsea Ltd v Microperis SRL, 2003 SC 70 (2002) (¶ 41) を参照。なお, Hill, Id., at 343, Duston, The Law Applicable to Contracts-Amendments to Undermine Common Sense and the Attractiveness of European Courts, (2006) 07 JIBFL 300, 300 も参照。

46) Kropholler, supra note 22, at 466.

47) European Commission, Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization, COM (2002) 654 final, at 25ff.

48) European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), COM (2005) 650 final.

49) Duston, supra note 45, at 300ff.; Dickinson, The Law Applicable to Contracts-Uncertainty on the Horizon? (2006) 04 JIBFL 171, 172.

50) Dickinson, Id., at 172.

51) 小出・前掲注(6), 53頁。

52) 神前・前掲注(5), 68頁以下。

53) Juenger, supra note 26, at 302.

54) 小出・前掲注(6), 57頁。なお, この点については, 竹下啓介「法律行為に関する準拠法」法律のひろば2006年9月号15頁以下も参照。

55) 田中徹「連結素の確定責任」澤木・塚場編『国際私法の争点(新版)』(有斐閣,

- 1996) 69 頁。
- 56) 西谷祐子「契約の準拠法決定における弱者保護」法律のひろば 2006 年 9 月号 24 頁。
- 57) 手塚・前掲注(3), 52 頁。
- 58) 澤木・道垣内・前掲注(6), 218 頁。なお、西谷・前掲注56, 25 頁も参照。
- 59) 阿部耕一「法律行為の成立および効力（七条）、不法行為（十一条）にかかる規定の見直し、消費者保護規定」金融法務事情 1717 号 27 頁以下（2004）。
- 60) 西谷・前掲注56, 25 頁。
- 61) 小出・前掲注(6), 74 頁。西谷・同上, 25 頁。
- 62) 拙稿「電子商取引と金融・消費者保護—特に国内規制のあり方について—」日本国際経済法学会年報第 10 号 137 頁（2001）。
- 63) 渡辺・野村編『論点解説 国際取引法』（法律文化社，2002 年），34 頁。
- 64) 例えば、ローマ条約に関する事案で準拠法の問題が preliminary issue として先に決定することとされた事案としては、Iran Continental Shelf Oil Company and others v IRI International Corporation, [2002] EWCA Civ 1024 (Court of Appeal (Civil Division), 2002); Ennstone Building Products Ltd v Stanger Ltd., [2002] 1 WLR 3059 (Court of Appeal (Civil Division), 2002) などが挙げられる。
- 65) Zöller, Zivilprozessordnung, 25.neubearbeitete Auflage (Otto Schmidt, 2005), at 857 [Geimer].
- 66) 例えば、OLG Ffm vom 06.12.1999 (Az.5 UF 11/99), IPRspr 99/57.
- 67) 新堂幸司『新民事訴訟法 第三版補正版』（弘文堂，2005）596 頁。