

## 物権準拠法の決定と適用範囲に関する問題提起

——「原因事実完成当時」を中心に——

森田博志  
もり たひろし

千葉大学大学院専門法務研究科教授

はじめに

- 1 抵触法レベルで、物権と債権（などの原因関係）の峻別を維持すべきか？
- 2 例外条項（回避条項）が必要か？（中間試案第6関連）
- 3 「債権質」と「債権譲渡」などの競合
- 4 「原因事実完成当時」の解釈の方向性

おわりに

はじめに

平成17年5月21・22両日に開催された国際私法学会「法例改正シンポジウム」にて、法例10条関連における問題提起者として、「1. 抵触法レベルで、物権と債権（などの原因関係）の峻別を維持すべきか？」「2. 例外条項（回避条項）が必要か？（中間試案第6関連）」「3. 『債権質』と『債権譲渡』などの競合」「4. 『原因事実完成当時』」以上4点について報告した<sup>(1)</sup>。これらのうち1～3については、既に詳細に論じる機会を得た<sup>(2)</sup>。そこで、本稿では、1～3についてはごく簡潔に触れるのみとし、4について比較的詳細に問題提起をする。なお、法の適用に関する通則法（以下、「通則法」と呼ぶ）13条は法例10条から実質的な改正を受けていないので、問題状況に変化はない。この点についても、確認しておく。

## 1 抵触法レベルで、物権と債権（などの原因関係）の峻別を維持すべきか？

我が国の通説は、物権と債権とを峻別するドイツ法圏に特有の秩序観から出発し、いわゆる物権問題は法例10条で、債権問題は7条や11条で規律されるとしてきた<sup>(3)</sup>。また、動産物権について当事者間では当事者自治を認める少数説<sup>(4)</sup>も、この峻別を前提とした議論である。これに対して、この峻別を疑問視する学説も、既にいくつかある<sup>(5)</sup>。また、裁判例においても、相続人が「共同相続した……不動産に係る法律関係がどうなるか（それが共有になるかどうか）……などは、相続の効果に属するものとして、法例25条〔平成元年改正後は、26条—引用者注〕によ」としたものの（①最判平成6年3月8日民集48巻3号835頁<sup>(6)</sup>）、自動車所有権を対象とする保険代位について保険契約の準拠法によったもの（②東京高判平成12年2月3日判時1709号43頁<sup>(7)</sup>、その原判決である③浦和地越谷支判平成11年2月22日判時1709号49頁）、ベルギー所在の大券が表章するワラントの共有持分の移転につき売買契約の準拠法によったもの（④仙台高秋田支判平成12年10月4日金商1106号47頁<sup>(8)</sup>、その原判決である⑤山形地酒田支判平成11年11月11日金商1098号45頁）など、従来の通説では説明のつかないものが出てきている。

このように、物権と債権の峻別について議論されて然るべき状況があったにもかかわらず、今般の法例改正作業においては、このような状況を踏まえた議論はなされていない。また、直接の当事者間における動産の譲渡や担保権設定の有効性および効果については譲渡契約や担保権設定契約との一体的な準拠法決定を志向する米国法（抵触法第2リステイメント244条・251条）、「物の所在地国法は、物権の得喪も規律する。ただし、相続による場合、および物権の取得が家族関係または契約による場合は、この限りではない。」と定めるイタリア法（国際私法51条2項）<sup>(9)</sup>にも、ほとんど注意が払われていない。つまり、この点の問題意識が欠如したまま、改正作業が進んだということになる。

以上のような経緯に加え、条文に実質的な改正が施されなかったことを併せ考えると、従来の裁判例や学説の意義には、今般の改正作業は全く影響してい

ないと理解できる<sup>(10)</sup>。引き続き、この点に関する議論が深められていくことが期待される<sup>(11)</sup>。

## 2 例外条項（回避条項）が必要か？（中間試案第6関連）

従来、学説・裁判例は、法例10条における「所在地法」という文言につき必ずしも画一的・硬直的に解釈してきたわけではない。例えば、同条の趣旨を踏まえたうえで、移動中の物についてはそれを原則として（現実の所在地法ではなく）仕向地法と解釈し<sup>(12)</sup>、船舶についてはそれを旗国法ないし登録国法と解釈している<sup>(13)</sup>（船舶について法例10条の適用範囲外とする立場<sup>(14)</sup>も、この意味では大きな違いはない）。また、最高裁も、「自動車の所有権取得の準拠法を定める基準となる法例10条2項にいう所在地法とは、……当該自動車が、運行の用に供し得る状態のものである場合にはその利用の本拠地の法」をいうとする解釈を採っている（⑥最判平成14年10月29日民集56巻8号1964頁）。つまり、学説・裁判例ともに、個別の事案についてではなく、類型的な議論として「所在地法」という文言に解釈を加えてきていることになる。

このような状況において、『国際私法の現代化に関する要綱中間試案』（以下、『中間試案』と呼ぶ）は、その第6において、A案として、例外条項（回避条項）の新設を提案していた。しかし、上記のような従来の解釈論は、『国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明』が前提とするような、「事案に即して」「あらゆる事情……を考慮」し個別「具体的妥当性の確保」を追求する例外条項<sup>(15)</sup>による処理とは性質を異にするものであり、「例外条項によって説明することが自然である」<sup>(16)</sup>とはとても言えない。

例外条項の新設に積極的な論者は、ドイツで登録されドイツの保険会社の盗難保険が掛けられた自動車がイタリアで盗まれてその所有権を対象とする保険代位が問題になった事例（前掲②③判決）や、パリを観光している日本人旅行者の間でみやげ物のやりとりがあり所有権の移転が問題になったという設例を挙げて、このような場合には所在地法にはよれず例外条項が必要だと論じていた<sup>(17)</sup>。しかし、上記のような例外条項の性質に照らして疑問であり、いずれも当事者間に関する限り契約準拠法で処理すれば足りると考える。すなわち、前

者の事例では、②③判決が保険契約の準拠法としてのドイツ法を適用して保険代位の成否を判断しており、それで問題ない<sup>(18)</sup>。また、後者の設例についても、契約準拠法としての日本法によって判断することで問題ないと考える<sup>(19)</sup>。

結局、例外条項（回避条項）が新設されることはなく、従来の裁判例や学説の意義には全く変わりがないと思われる<sup>(20)</sup>。

### 3 「債権質」と「債権譲渡」などの競合

今般の法例改正の発端は、『規制改革推進3か年計画』（平成13年3月30日閣議決定……）において、法例第12条の定める債権譲渡の第三者対抗要件の準拠法について国際的な動向を踏まえた見直しが求められ<sup>(21)</sup>たことにある。この改正作業では、いわゆる「債権質」について、法例12条関係の問題の1つとして債権譲渡の規律との整合性を意識した議論がなされてきた<sup>(22)</sup>。このこと自体は、高く評価できる。ただ、「債権質」は、従来の体系書などでは物権の項目の中で採り上げられている<sup>(23)</sup>。そこで、本稿でも、この点の議論の流れを整理しておく。

「債権質」については、客体たる債権自体の準拠法によると判示した最高裁判決がある（⑦最判昭和53年4月20日民集32巻3号616頁）。他方、法例12条は、債権譲渡の対第三者効力につき債務者の住所地法によると規定していた。上記最判の事案においては、対象債権の債務者の営業所所在地が日本にあり、当該債権の準拠法が日本法であったことから、問題は顕在化していない。しかし、一般論としては、「債権質」と「債権譲渡」などの競合を規律する準拠法を債務者の住所地法にそろえるのかといった点は、未解決のままであった。

このような状況において、国際私法レベルでも98年頃から債権の一括譲渡・担保（債権流動化）の必要が唱えられ、債権の譲渡人の住所地法（ないし所在地法）説が主張され始めた。この流れは、極めて強力なものであった<sup>(24)</sup>。この流れを受けて、『中間試案』は、その第8において、債権譲渡の対債務者効力（2）と対第三者効力（3）とを区別して、前者については対象債権の準拠法によることを提案し、後者については対象債権の準拠法（A案）または譲渡人の常居所地法（B案）によることを提案していた。

〈2の案+3のB案〉のような相対的な処理については、この区別が破綻することなく実際に機能するののかという問題が容易に想定され、現にこれまでの議論においても検討の必要は指摘されてきた<sup>(25)</sup>。しかし、法制審議会国際私法(現代化関係)部会においては、最後まで踏み込んだ議論はなされなかった。他方、実務家や学説からは重大な疑問が提示され<sup>(26)</sup>、パブリックコメント手続においても「A案を支持する意見が大多数を占め」<sup>(27)</sup> B案は支持を集めなかった<sup>(28)</sup>。

結局、法例12条は、〈2の案+3のA案〉に従って、債権譲渡の債務者その他の第三者に対する効力について対象債権の準拠法による旨を規定する通則法23条に改正された<sup>(29)</sup>。この規定内容は、「債権質」に関する前掲⑦判決とも整合する穏当なものと言えなくはない。しかし、これにも、以下のような問題が残る。

第一に、対象債権の準拠法は、明示的に選択されているとは限らない。明示的に選択されていない場合には、その準拠法判断に法的評価が伴うのであり、その評価は債務者の住所地の判断よりはるかに難しい評価である。この難しさは、対象債権についての外部者である第三者(譲受人や担保権者のみならず、差押債権者なども含まれる)にとって極めて大きい。

第二に、ここでの問題は、(債権の内容に関する問題ではなく)債権者の交替という債権の内容の外にある問題である。その意味で、当事者は、必ずしも債権準拠法による規律を受けることを想定していないはずである。しかも、ここでは、債務者は二重弁済の危険に曝されている。このような場面で、交渉力のない債務者が債権の準拠法を(契約の場合の通則法7条・9条のほか、法定債権の場合の同16条・21条により)外国法にされてしまうと、当該債権をめぐる競合の規律も当該外国法となってしまうため、当該債務者は外国法を調べなければならなくなるが、このような事態は回避されるべきである。債権者側の都合で債務者が振り回されるのは、不当である。

以上の点で、債務者の住所地法による法例12条の方が、優れていたと考える<sup>(30)</sup>。通則法23条の運用には、細心の注意が必要である。

#### 4 「原因事実完成当時」の解釈の方向性

物権準拠法の決定に関する裁判例としては、従来は船舶先取特権に関するものがほとんどであった<sup>(31)</sup>。これに対して、最近は即時取得の準拠法に関する2件(4判決)が注目される。そこで問題とされるべきであったことは、即時取得の成否の判断はどの時点の「所在地法」によるか、条文に即して言い換えると、「原因タル事実ノ完成シタル当時」(法例10条2項)という文言をどのように解釈すべきかということであった。この点の問題意識は、ほとんど共有されていない。そこで、本稿によって改めて問題提起をする。

##### (1) 最近の若干の裁判例と学説における議論

###### (a) ⑧松山地判平成6年11月8日判時1549号109頁

(i) イタリア法人A社から米国デラウェア州法人X社に売却され米国で登録済みのヨットについて、日本人Yが、修理・改造のために当該ヨットを引き続き占有していたA社との間で、当該ヨットを購入する契約をイタリアで締結した(いわゆる二重譲渡)。当該ヨットが貨物船に搭載され日本に到着したところで占有・船舶登記等をしたYに対して、X社がその引渡し等を請求した。⑧判決から、所有権の得喪と即時取得のそれぞれの準拠法についての関係部分のみ引用する。

「登録済み船舶である本件ヨットの所有権の得喪は、登録地法(旗国法)である米国ペンシルヴァニア州法が準拠法となる。」

「そもそも、本件においては日本法が準拠法とはならないのであるから、民法192条に基づく即時取得を主張するYの主張は、既にこの点において失当である……

しかも、Y主張の売買当時のヨット所在地〔法〕(法〔例〕10条)であるイタリア法でも、即時取得の規定(イタリア民法1153条)は、登録制度の適用を受ける船舶については適用がないと解されており、イタリアでは、本件ヨットはレジャボートとして登録制度の適用を受ける船舶であるから、Yは本件ヨットの即時取得を主張できない。」

(ii) この判示に対して、私は、本件の事実関係のもとで所有権の得喪の準拠法を登録地法とすることに疑問を呈し、所有権の得喪と即時取得とで準拠法を異にするのは一貫しないと批判するとともに、即時取得について次のように述べた。

「判旨……は、即時取得の準拠法が日本法となることを前提としたYの主張に答え、そもそもこの点の準拠法は日本法ではないとしている。この点には賛成する。仮に、新所在地法である日本法を準拠法とする立場を採ると、Yのような占有者が即時取得の認められない国から認められる国へ目的物を移動させて即時取得するようなことを許してしまうことになる。しかし、Yのような占有者の利益にはXのような原所有者の利益が対立しているのであり、両者間の利益調整の準拠法を決する基準時も一定の時点で固定すべきである（基本的には、YA間の売買契約締結時でよいと考える。但し、その交渉過程でYのような買主が働きかけて目的物の所在地を自分に有利な地に変更することも考えられるから、厳密には、その当初の所在地法とすべきではないか。）」<sup>(32)</sup>

上記の問題意識は、現在でも全く変わっていない (3)で詳しく後述する)。

(b) ③浦和地越谷支判平成11年2月22日判時1709号49頁(②⑥判決の一審判決)

(i) ドイツにおける自動車登録者であるAの登録自動車が、イタリアで盗まれ、アラブ首長国連邦(UAE)の中古車販売業者I社から日本の輸入業者B社により輸入された。その後、当該自動車は日本国内で輾転譲渡されて、Fにより日本において新規登録された後、さらに輾転譲渡されてYが占有し移転登録を経たところで、当該自動車に付されていた自動車保険の保険者であるドイツの保険会社X社が、保険代位に基づき、Yに対してその引渡し等を請求した。③判決から、関係部分のみ引用する。

「物権の変動については、……本件自動車は日本に所在するのであるから、日本法を適用することとするのが相当である。」

「日本において未登録の自動車については、民法192条に基きその善意取得を認めることとするのが相当である。」「本件自動車が日本において登録されない状態で、I社からB社、……Fにそれぞれ順次占有移転し」「右いずれの占有移

転においても、善意取得の要件たる平穩、公然、善意、無過失が推定されるものといわなければならない。「以上によれば、本件自動車は、少なくともFが善意取得し、その後……Yに承継取得されたものである」。

(ii) この判示には、疑問がある。すなわち、本件自動車はB社の購入時点ではまだUAEに所在していたのに、何故そのことが全く考慮されていないのであろうか。

(c) ②東京高判平成12年2月3日判時1709号43頁(③⑥判決の控訴審判決)

(i) 上記事案についての②判決から、関係部分のみ引用する。

「本件自動車の所在地は、盗難によりドイツから所在が物理的に離脱しているとしても、なお本来の復帰地であるドイツにあると認めるのが相当である。」  
「本件自動車は、……ドイツ民法935条にいう盗品に当たると認められ、……ドイツ法上の即時取得の対象にならないものと認められる。」

「なお、念のために、本件自動車の取引経過につきアラブ首長国連邦民法又は日本民法が法例10条の所在地法として適用されると解した場合におけるYらの即時取得の可否についても検討しておく。」  
「本件自動車がアラブ首長国連邦に在ったものであることや同国から輸出されたものであることを認めるに足りる証拠はなく、……アラブ首長国連邦民法を準拠法として適用すべき確かな連結点があるとは未だ認め難い。したがって、B社がアラブ首長国連邦民法によって本件自動車を善意で購入し、即時取得したものと認めることは困難である。」  
日本国内でなされた各譲渡について「即時取得が成立したか否かは、専ら日本法に基づいて判断すべきこととなる。」  
日本法では即時取得は成立しない。

(ii) この判示に対して、私は、本件の事実関係のもとで「所在地法」を本来の復帰地法とすることに疑問を呈しつつ、他方で、連結点の不明の処理を批判した。しかし、その批判の前提には、「B社の即時取得の成否の準拠法を導く連結点」を「本件自動車購入時の『所在地』」とする点には(明言してはいないが)賛成であるという判断があった<sup>(33)</sup>。

続いて、高杉直教授が、「取引の相手方としては、むしろ現実の所在地法の適用を前提として取引に入るのが通常であり、したがって、取引の安全を優先させる法例10条の趣旨に照らせば、自動車の即時取得の問題については、その時

点における現実の所在地法を適用すべきである。」と論じられた<sup>(34)</sup>。

ところが、次に引用する最高裁判決が、出所不明の判断をするに至った。

(d) ⑥最判平成14年10月29日民集56巻8号1964頁(③②判決の上告審判決)

(i) 上記事案についての⑥判決から、関係部分のみ引用する。

「輸入国で新規登録をして運行の用に供することを前提に、登録がないものとして取引の対象とされているが、実際には他国で登録されていたという本件自動車のような……運行の用に供し得ない状態の自動車については、……仕向地への輸送の途中であり物理的な所在地の法を準拠法とするのに支障があるなどの事情がない限りは、物理的な所在地の法を準拠法とすることが妥当である。」

「即時取得における所有権取得の原因事実の完成時は、買主が本件自動車の占有を取得した時点である。」「B、……Fの……本件自動車の所有権取得の準拠法は、本件自動車の各占有取得時におけるその物理的な所在地の法である我が国の法である。」

「Fは即時取得により本件自動車の所有権を取得し、Xは本件自動車の所有権を失ったというべきであり、その後のYへ至る取得者は、いずれもFが取得した本件自動車の所有権を承継取得したことにな」る。

(ii) B社についての準拠法判断は、傍論である。

ところで、率然と「原因事実完成当時」を「占有取得時」と述べたこの判示に対して、いくつかの評価がなされている。

道垣内正人教授は、『即時取得における所有権取得の原因事実の完成時は、買主が本件自動車の占有を取得した時点である』とその具体的当てはめについても特に異論はないであろう。」とされた<sup>(35)</sup>。

これに対して、早川眞一郎教授は、「本判決は、本件の輸入取引……に伴うBの所有権取得についても、Bが占有を取得した時の物理的所在地である日本の法が適用されるとしているが……、既に国内に所在する物を国内で取引する場合と、外国にある物を輸入するための取引をする場合とでは、『取引の安全』の要請の質や程度がおのずと異なるのではないか」との重要な指摘をされてい

る<sup>(36)</sup>。

また、横溝大助教授は、「即時取得といった物権的効果に必要な要件が何かという問題も各国実質法により決定される問題であり、……特定の時点を最初に定めて準拠法を選択するのではなく、物の複数国に跨った移動に応じて滞在期間毎に準拠法を決定し、ある国への物の滞在期間内に当該国法上物権変動が生じる時点があったならばその時点を『原因たる事実の完成したる当時』とするしかないのではないだろうか」。「このような観点からは、準拠法決定以前の段階で、即時取得という制度の存在と占有というその要件を所与とした本判決には、理論上問題があるように思われる」と述べられている<sup>(37)</sup>。

この点について、尾島明最高裁調査官は、自動車の所有権取得の準拠法について現実の所在地法によらない（ことを原則とする）立場に対し「運行の用に供し得ない自動車の即時取得（占有取得による所有権取得の可否）が問題になっている場合には、動産が動き回ることにより準拠法が不安定になるという問題は生じないはずである。」と批判したうえで、「せいぜい買受人が最も即時取得が認められやすい地を選んで占有を取得するようなことがあった場合に、これを不当と見るかどうかという問題が生じる程度ではないか（このようなことが可能になるのは、各国の実体法が異なる以上当然のことである。）」と述べておられるのみである<sup>(38)</sup>。

以上、この点について、道垣内教授と尾島調査官には問題意識自体がなく、早川眞一郎教授は抵触法レベルの問題と捉えておられるようであるのに対し、横溝助教授は何が「原因事実」に当たるかは折々の所在地実質法に委ねるしかないとされている。

では、そもそも「原因事実完成当時」はどのような考えから規定されたのであろうか。(2)では、起草の趣旨を確認する。

## (2) 「原因事実完成当時」の起草趣旨

穂積陳重起草委員は、2項の趣旨について次のように説明されている。

「第2項ハ其中ノ権利ノ得喪事實其得喪ト云フモノハドコノ法ニ依ルカト云フ問題ヲ決シマシタ之ハ其得喪ノ當時ニ於ケル目的物ノ所在地法ニ依ルト云フ

コトハ極明カナコトデアリマスガ主トシテ時効杯ニ付テ生ジ得ベキ疑ヲ此第2項杯デ決スルコトニ爲リマス……要スルニ時効杯ノ事柄ニ於キマシテモ其要件ト爲リマスル事實ハ前カラ始ツテ居リマセウケレドモ時ノ經過シテ仕舞ツタト云フコトガ權利ヲ得ルトカ失ウトカ云フコトノ境ニ爲ルト云フコトハ随分種々ノ議論ヲ採リマシテモ其點丈ケハ略ボ一致スルノデアリマスソレ故ニ『其原因タル事實ノ完成シタル當時』ト云フコトデ以テ時効等ノ場合モ含ムヤウニ致シタノデアリマス」

この説明に対し、岡野敬次郎博士から「取得スルトカ失フトカ云フコトハ一瞬間ノコトデ長イコトハナイト思ヒマスソレデ之ハ『其原因ノ發生シタル當時ニ於ケル』トシテハイカヌノデアリマスカ」という質問が出され、穂積委員は次のように回答されている。

『原因ノ發生シタル』ト書キマセナダ所以ハ一番是ニ付テ多く起リマスルノハ時効問題デアリマス誠ニ種々ノ解釋ガ出ルデアラウト思ヒマスソレ故ニ……『原因ノ發生シタル』ト言フト或ハ時効進行ノ始ト云フモノガ所在地ト解釋スル人モ随分文字上カラハアリ得ルト思ヒマス、ソレデ斯ナ具合ニ少シ長タラシク書イタノデアリマス』<sup>(39)</sup>

以上の審議の経過を見ると、穂積委員は、専ら取得時効を念頭に置いて説明されているにすぎないことが分かる。また、即時取得など取得時効以外の問題は、「得喪ノ當時」というだけで解決できると、極めて楽観的に考えておられたようにも読み取れる。しかし、ことはそれほど単純ではないのではないか。

(3)では、以上の議論を踏まえた解釈論を提示する。

### (3) 「原因事実完成当時」の解釈についての試論

#### (a) 折々の所在地実質法説について

何が「原因事実」に当たるかについて折々の所在地実質法による立場<sup>(40)</sup>は、条文の文言に素直な立場だとは思われる。「物権其他登記スヘキ権利」の「得喪」の「原因事実」が何かについて国際私法のレベルで決めてしまうのは、確かに難しい。また、この立場の帰結は、取得時効については、(2)で確認したとおり起草趣旨にも合致する。

しかし、即時取得の場合には、この立場は次のような帰結を導いてしまう。すなわち、③②⑥判決の事案を用いると、B社の即時取得の成否を判断するには、まずB社が本件自動車を購入する段階では本件自動車はUAEに所在していたとするとUAE法上の即時取得の成否が問題になり、即時取得が成立するならばその完成時点が「原因事実完成当時」となって、以後B社が所有者として扱われる。しかし、それが成立しなければ、新所在地法である日本法上の即時取得が次に問題になる。つまり、B社は、UAE法と日本法の2つの法による保護を受ける機会を得ることができてしまう<sup>(41)</sup>。このような帰結は、B社の実質法的な意味での取引の安全にとっては有利に働くが、逆に原所有者であるAが所有権を喪失する機会を増やすことになり、実質法から価値中立的になされるべき抵触法上の利益調整という点ではバランスを欠いていると思われる。

以上の検討からは、B社による即時取得の成否を問題とする準拠法が1つに決まるように、解釈論上の工夫をすべきことになる。

(b) ⑥判決の判示について

この点、最高裁は、率然と「原因事実完成当時」を「占有取得時」と判示していた。これによれば、確かに、即時取得の成否を判断する準拠法は1つに決まる。しかし、このように解する根拠は、全く示されていない。はたして、即時取得における「原因事実」は、常に「占有取得」によって「完成」するのだろうか。この点、日本民法を例に採ると、無権利者からその占有する動産を賃借しそれを占有していた者が新たに当該無権利者からそれを譲り受けた場合には、「占有取得」より後に「原因事実」が「完成」することになる<sup>(42)</sup>。したがって、上記の判示は、それが実質法レベルのものだとすると、適切でないことになる。また、抵触法レベルのものだとしても、⑥判決におけるB社に「占有取得」の場所に関する選択権を付与することになる点で、理論的には認め難い。

(c) 原所有者と取得者との間の抵触法上の利益衡量—私見—

以上に対して、早川眞一郎教授の指摘<sup>(43)</sup>は、抵触法レベルのものとして極めて重要である。以下では、原所有者と取得者との間の抵触法上の利益のバランスのとり方について確認し、その後で「原因事実完成当時」との関係について

検討する。

(i) 以下、③②⑥判決の事案を用いて考察する。

まず、取得者の抵触法上の利益を考える。B社は、一番の認定によればUAEのI社から本件自動車を譲り受けており、FやYらと異なって、UAE法の適用は予測できた。つまり、仮にB社の即時取得の成否を判断する準拠法がUAE法とされたとしても、B社には準拠法についての予測可能性が保障されていたと言える。

次に、原所有者の抵触法上の利益を考える。A（保険代位成立後は、X社）は、Aがイタリアで本件自動車の盗難に遭ったことから、イタリア法の適用は予測できた。これに対して、UAE法や日本法の適用は予測できなかったであろう。その意味では、B社による即時取得の成否の準拠法がUAE法になろうか日本法になろうかが、AやX社にとっては抵触法レベルでは同じことであるように見える。だとすると、B社にとって最も身近な法である日本法を準拠法とした最高裁の処理（但し、傍論）でよかったことになるのか。

ここで少し事案を動かして、仮にI社がイタリアに所在していたとする。このような場合、イタリア法の適用は、AやX社のみならず、B社にとっても予測可能である。また、イタリアが、これらの者にとって中立的かつ最も密接に関連している。したがって、この場合には、イタリア法が準拠法とされるべきである。

このように考えてくると、取得者の予測可能性を保障しつつ、原所有者の予測可能性もできるだけ保障される最も早い時点、すなわち、B I間の売買契約交渉過程における当初の時点<sup>(44)</sup>、言い換えると、B社がI社と「取引に入る……時点」<sup>(45)</sup>が、即時取得の準拠法を決める基準時点とされるべきである。

(ii) 問題は、このように解する場合の「原因事実完成当時」という文言との関係をどのように考えるのかという点である。この点、(2)で確認したように、起草者は専ら取得時効を念頭に置いていたにすぎないのであって、その他の問題についての検討は全く不十分であったと言える。

そこで参考になるのは、イタリア国際私法である。同法は、物権の得喪一般について準拠法決定の基準時点を定めるということをせず、動産の時効取得に

については「時効の完成時」と定め(53条)、物権行為の公示については「行為時」と定めている(55条)<sup>(46)</sup>。

日本法においても、「原因事実完成当時」は取得時効の規律のみに関わるものであると解釈したうえで、それ以外の「物権其他登記スヘキ権利」の「得喪」については関係者の抵触法上の利益、すなわち、準拠法に対する予測可能性を最大限保障しつつ、最密接関係(地)法が適用されるように基準時点を解釈していくしかないのではないかと、現時点では考える。以上は、あるべき解釈の方向性のみを述べる試論にすぎないが、これをもって問題提起とさせていただきます。なお、問題状況は、通則法13条2項の下でも変わらないことを付言しておく。

### おわりに

法例から通則法への「改正」によって、「法律行為」と「法定債権」の規定には大きな変更が加えられた<sup>(47)</sup>。これに対して、「物権等」には実質的な変更は加えられなかった。これらが将来どのような結果をもたらしていくのか。今般の改正作業全体の確定的な評価は、後世に委ねたいと考える<sup>(48)</sup>。

- (1) 同じセッションにおいて基調報告者兼コーディネーターをされた佐野寛教授には、気苦労をおかけし、改めてお詫びとお礼を申し上げる。
- (2) 森田博志「国際私法の現代化における法例10条・12条関連の改正作業の問題点」千葉大学法学論集20巻2号(2005年)93頁。ぜひ、こちらをお読みいただきたい。
- (3) 例えば、山田録一『国際私法(第3版)』(有斐閣・2004年)301-304頁、溜池良夫『国際私法講義〔第3版)』(有斐閣・2005年)333-334頁。
- (4) 岡本善八「国際私法における動産物権」同志社法学40巻6号(1989年)699頁、741頁、河野俊行「国際物権法の現状と課題」ジュリスト1143号(1998年)45頁、47-48頁。但し、法例10条の文言からは、無理な解釈論である(山田・前掲(注3)294頁注3と同旨)。通則法13条の下においても、評価は変わらない。
- (5) このような学説としては、石黒一憲『国際私法〔新版)』(有斐閣・1990年)361-362頁、森田博志「国際私法の議論において原因行為と物権行為の区別が本当に必要なのか?」千葉大学法学論集11巻4号(1997年)1頁、41-42頁がある。
- (6) ①判決を理解するためには、特に、森田博志〔判批〕ジュリスト1071号(1995

- 年) 146 頁, 147 - 148 頁, 大内俊身〔調査官解説〕法曹会編『最高裁判所判例解説民事事篇(平成6年度)』(法曹会・1997年) 249 頁(初出は, 法曹時報48巻1号(1996年) 212 頁), 255 頁, 259 - 260 頁注3・4, 森田博志「国際私法の議論において原因行為と物権行為の区別が本当に必要なのか? (1)」千葉大学法学論集10巻3号99 頁, 157 - 158 頁, 同(2)10巻4号29 頁, 31 - 35 頁(以上, 1996年)を参照。なお, ①判決に賛成するものとして, 道垣内正人『ポイント国際私法各論』(有斐閣・2000年) 126 頁, 山田・前掲注(3)576 頁。これに対して, ①判決に批判的なものとして, 例えば, 溜池・前掲注(3)545 - 546 頁, 櫻田嘉章〔判批〕櫻田嘉章=道垣内正人編『国際私法判例百選』(別冊ジュリスト172号・2004年) 4 頁, 5 頁。
- (7) ②判決の準拠法判断に対する賛否は分かれている。契約準拠法による判断に賛成するものとして, 森田博志〔判批〕ジュリスト1193号(2001年) 125 頁, 126 頁(さらに, 森田博志「保険代位」櫻田=道垣内編・前掲注(6)80 頁, 81 頁も参照)。反対するものとして, 横溝大〔判批〕判例評論502号(2000年) 56 頁, 60 頁, 植崎みどり〔判批〕平成12年度重要判例解説(2001年) 291 頁, 292 頁。
- (8) ④判決の準拠法判断に対しても賛否が分かれている。留保付きで賛成するものとして, 森下哲朗〔判批〕櫻田=道垣内編・前掲注(6)86 頁, 87 頁(「純粹に契約当事者間で紛争が生じている場合, ……契約準拠法により処理すべきであろうか」としつつ, 「本件は, ……証券の引渡しのような物権問題に立ち入るべき事案ではなかったように思われる」と述べる)。反対するものとして, 早川吉尚〔判批〕平成12年度重要判例解説(2001年) 294 頁, 295 - 296 頁。
- (9) 邦語訳は, 奥田安弘=桑原康行「イタリア国際私法の改正」戸籍時報460号(1996年) 56 頁, 66 頁によった。
- (10) 以上の詳細は, 森田・前掲注(2)96 - 99 頁, 119 - 121 頁を参照。
- (11) なお, 知的財産権の譲渡についても, 物権変動における従来の通説の影響からか, 譲渡契約と譲渡自体とを区別する裁判例が先行していた(我が国著作権の譲渡に関する東京高判平成13年5月30日判時1797号111 頁・東京高判平成13年5月30日判時1797号131 頁・東京高判平成15年5月28日判時1831号135 頁, 職務発明に係る特許を受ける権利の承継に関する東京地判平成16年2月24日判時1853号38 頁(傍論))。
- これらに対して, ヨルダン商標権の移転の成否につき契約準拠法である日本法のみを適用したと解される裁判例が新たに登場した(東京高判平成16年8月9日判例集未登載・その原判決である東京地判平成16年3月4日判例集未登載)。
- 以上につき, 学説の動向も含め, 駒田泰土〔判批〕平成17年度重要判例解説(2006年) 303 頁, 304 - 305 頁を参照。

- (12) 例えば、石黒・前掲注(5) 360 頁，森田・前掲注(6)論文(2) 59 頁。
- (13) 例えば、石黒・前掲注(5) 366 - 367 頁（但し、いわゆる船舶抵当権のみ），広島高決昭和 62 年 3 月 9 日判時 1233 号 83 頁，後掲⑧判決。
- (14) 例えば、山田・前掲注(3) 312 頁注 3，道垣内・前掲注(6) 288 頁。
- (15) 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』（2005 年）66 頁。
- (16) 同上頁。
- (17) 法制審議会国際私法（現代化関係）部会第 8 回会議事録参照。質疑の時間にご質問下さった横山潤教授も、このお立場であった。
- (18) 森田・前掲注(7)〔判批〕126 頁。
- (19) 但し、厳密には、代位取得者や譲受人は、自己の所有権が第三者との関係で問題になった場合には、第三者の取引の安全に関係する問題についてのみ「所在地法」に従う必要があると考える。この点について展開する機会は、程なく訪れるであろう。
- (20) 以上の詳細は、森田・前掲注(2) 106 - 107 頁，121 - 123 頁を参照。
- (21) 法務省民事局参事官室・前掲注(5) 1 頁。
- (22) 同上 98 - 100 頁参照。
- (23) 例えば、山田・前掲注(3) 296 - 297 頁，溜池・前掲注(3) 337 - 338 頁。
- (24) このような主張として、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（1998 年）59 頁，66 頁，道垣内・前掲注(6) 274 - 275 頁，早川眞一郎「UNCITRAL 債権譲渡条約について」国際私法年報 3 号（2001 年）1 頁，22 - 23 頁，河野俊行「証券化と債権譲渡」渡辺惺之＝野村美明編『論点解説国際取引法』（法律文化社・2002 年）124 頁，132 - 133 頁，野村美明「債権流動化と国際私法—立法試案—」大阪大学法学部創立五十周年記念論文集『二十一世紀の法と政治』（有斐閣・2003 年）357 頁，378 - 389 頁（但し、他と異なり、「債権譲渡を登記すべき場合」に限り「譲渡人の住所地法」によることを提案する），北澤安紀「フランス国際私法上の債権譲渡」法学研究（慶應義塾大学）76 巻 3 号（2003 年）1 頁，36 - 37 頁。このような一方的な展開は、国際私法の領域ではかなり珍しいのではないかと。
- (25) 齋藤・前掲注(24) 65 頁，北澤・前掲注(24) 37 頁。
- (26) 実務家からは、浅田隆「債権譲渡規定（12 条）の見直し，債権質・相殺の規定化を中心に」金融法務事情 1717 号（2004 年）31 頁，34 頁が，ごく簡単ながら，「債務者から直接債権回収を行なう場合は，……対債務者準拠法による必要があるので，譲渡人の常居所地法と併せ，2 つの準拠法によった……実務対応になり，かえって

煩雑になる。」と指摘していた。

学説からは、2005年5月22日の国際私法学会における報告およびそれに至る過程の節目において、〈2の案+3のB案〉のような処理を行った場合の運用をシミュレートし、うまく機能するかは極めて疑問である旨を私は指摘してきていた（その内容については、森田・前掲注②126-127頁参照）。上記の学会およびパブリックコメント手続の後、部会幹事であった神前禎教授が、「物権及び債権譲渡」ジュリスト1292号（2005年）42頁、47-48頁において、表現は抑制的ながら、ようやくほぼ同様の指摘をされた。

㉞ 小出邦夫=和波宏典=湯川毅=大間知麗子『「国際私法の現代化に関する要綱中間試案」に対する各界意見の概要』NBL812号（2005年）64頁、69頁。

㉟ 以上、より詳細には、森田・前掲注②112-118頁、125-128頁を参照。

㊱ この改正に対して、部会幹事であった早川吉尚教授は、「国際私法の現代化」ビジネス法務2006年3月号8頁、9頁において、「立法の過程で寄せられたビジネス界からの要望が、……将来のビジネスチャンス、さらには、他国企業をも含めたグローバルなビジネス社会にとって何が最も相応しい規律であるのかといった考慮に基づいたものであったならば、結論は変わっていたのではないか。」と批判されている。

しかし、そのように言われるのであれば、法制審議会での審議の「たたき台」となった法例研究会『法例の見直しに関する諸問題(1)』（別冊NBL80号・2003年）における関係部分の執筆において、具体的な「ビジネスチャンス」を示し、〈2の案+3のB案〉を採用した場合に生じる機能不全に対する解決策を具体的に提示しておく責任があったのではないか。

なお、〈2の案+3のB案〉が「グローバルなビジネス社会にとって……最も相応しい規律」かについても、疑問である。この点については、法務省民事局参事官室・前掲注⑤96頁、小出邦夫「国際私法の現代化に関する要綱中間試案の概要」ジュリスト1292号（2005年）8頁、22頁注47に示されているように、「諸外国の立法例も分かれている」（小出・前掲22頁）し、〈2の案+3のB案〉にピタリと一致する法制もない。さらに、石黒一憲『国際私法の危機』（信山社・2004年）68-78頁も参照。

㊲ 詳細は、森田・前掲注②111-112頁、128-129頁を参照。なお、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1186号（2005年）60頁、73頁は、「法例12条の債務者の住所地法主義は、日本の国際私法としての合理性を有している。しかし、……国際私法の現代化のターゲットになっているので、これを変更しないという選択肢は採用しにくい。」とする。しかし、「規制改革」側

から求められたのは「見直し」にすぎない（前注①の本文参照）のだし、毅然と跳ね返すべきであったと私は考える。

- ③1 公表事例のうちで最近の2決定（東京地決平成3年8月19日判時1402号91頁，東京地決平成4年12月15日判タ811号229頁）は，船舶先取特権の準拠法を「法廷地法である日本法」としている。これらに対する批判と裁判所に対する要請として，森田・前掲注②137頁注46を参照されたい。
- ③2 以上，森田博志〔判批〕ジュリスト1115号（1997年）159頁，160－161頁。
- ③3 以上，森田・前掲注⑦〔判批〕127頁。②判決が置いた前提は，前注の評釈の引用部分で述べた私見と合致していると理解している。
- ③4 高杉直〔判批〕私法判例リマークス2001〈下〉144頁，147頁。
- ③5 道垣内正人〔判批〕法学教室271号（2003年）128頁，129頁。
- ③6 早川眞一郎〔判批〕平成14年度重要判例解説（2003年）275頁，277頁。
- ③7 以上，横溝大〔判批〕法学協会雑誌120巻7号（2003年）1463頁，1472頁。神前禎〔判批〕櫻田＝道垣内編・前掲注⑥84頁，85頁も，同様の疑問を呈している。この横溝説のような処理は，石黒一憲『国際民事訴訟法』（新世社・1996年）54－55頁がアングロ・イラニアン事件（東京高判昭和28年9月11日高民集6巻11号702頁）との関連で，また古くは久保岩太郎『国際私法論』（三省堂・1935年）592－593頁が一般論として（同539頁が「原因事実完成当時」の解釈を国際私法上の概念決定の問題だとする点で違いはあるが），既に説いていたところである。
- ③8 尾島明〔判批〕法曹時報57巻4号（2005年）1298頁，1316頁。注の少ない調査官解説である。なお，同1309頁，1322頁注5は②判決に対して述べた私見を「現実の所在地法説」と分類しているが，私見は，本件のように外国での登録が自動車の外観からは予測困難な場合にまで一律に復帰地（登録地）法によることを疑問視していたにすぎない。
- ③9 以上，『法典調査会法例議事速記録』（日本近代立法資料叢書26所収・商事法務研究会・1986年）105－106頁。
- ④0 前注③7およびその本文を参照。高杉教授もこの立場のようである。
- ④1 仮に，日本法でも即時取得が成立しないまま第三国に本件自動車の所在地が変更されれば，この立場によると，さらに当該第三国法上の即時取得の成否が問題になることになってしまう。非現実的な設例ではあるが，理論的には大問題である。目的物が宝石などの携行可能な高価品であると仮定すれば，いくらか現実的になるであろうか。
- ④2 例えば，日本民法上の即時取得について，簡易の引渡（同182条2項）でも占有取得の要件を充たすと解するのが学説の圧倒的多数であり，「簡易の引渡は，……占

有前主からの（現実）占有の承継取得が物権移転契約に先行しただけのものと解すべきである」と説明されている。以上、川島武宜編『注釈民法(7)物権(2)』（有斐閣・1968年）110頁〔好美清光〕。

- ④③ その内容は、前注④②を付した本文で引用してある。
- ④④ 森田・前掲注④② 161頁。
- ④⑤ 高杉・前掲注④④ 147頁。但し、表現のみ借用。
- ④⑥ 奥田＝桑原・前掲注④⑨ 66－67頁参照。
- ④⑦ 特に重要な変更点を挙げれば、消費者契約・労働契約については当事者自治に加えて消費者・労働者が消費者の常居所地法・労働契約についての最密接関係地法上の特定の強行規定の適用をも主張することを認める規定（通則法11条1項・12条1項）により新たに財産法においても消費者・労働者の保護という実質法的価値が追求されることとなり、法定債権については当事者自治が新たに認められることとなった（同16条・21条）。まさしく「国際私法の危機」に直面していることを痛感するが、このような見方が学会の共通認識であるわけではもちろんない。残念である。
- ④⑧ 当今之毀誉不足懼。後世之毀誉可懼。一身之得喪不足慮。子孫之得喪可慮。  
佐藤一齋『言志録』より。

（平成18年7月2日脱稿）