

「準拠法不定」条項

——準拠法の決定を先送りにする国際商取引契約書の
条項を手がかりに、「準拠法の変更」を考える——

中村 秀雄
なか ひら ひで お

小樽商科大学大学院商学研究科教授

はじめに

- 1 契約と準拠法
- 2 実務における「準拠法不定」条項
- 3 「準拠法不定」条項に関する英国の基本判例
- 4 契約の準拠法
- 5 契約は準拠法を持たなければならない
- 6 英国法上「準拠法不定」条項は有効か
- 7 「準拠法不定」条項による選択が行使されるまでの準拠法
- 8 「準拠法不定」条項の効力は何法によって判断するのか
- 9 まとめ

おわりに

はじめに

国際契約には「準拠法条項」がおかれるのが普通であるが、ときどき紛争解決の方法として裁判や仲裁を指定した上で、「本契約の準拠法は被告地法とする」などといった形で、準拠法の決定を先送りする趣旨の規定がおかれることがある。英米法ではこのような条項は‘floating choice of law’ clause とよばれている。この条項は訴訟などが起こって準拠法が決まるまでは、契約の効力を何国法によって考えればよいのか分からない、といった実際的问题を含むほか、理論的には契約準拠法の変更をどう考えるべきか、という問題を提起する。

本稿はこの問題に関する英国の判例、1980年のEEC「契約債権に適用されるべき法に関する条約」（以下「ローマ条約」という）施行前と、その後の学説を参

考に、わが国際私法上でこのような条項の意味、さらには契約締結後の準拠法変更について考察するに当たっての示唆を得ようとするものである。なお本稿では「英国」を連合王国中の「イングランド」の意味に用いる。

1 契約と準拠法

(1) 日本の契約書における準拠法条項

日本で使われる和文の契約書を見ても、そこに契約の準拠法条項があることはまずない。当事者双方が日本の企業で、契約の履行地が日本国内であるのだから、必要だと考えていないのであろう。というよりあまりに当然すぎて、多分何も考えていないに違いない。日本企業間で締結される契約が、日本法に準拠するというのは当事者間の暗黙の了解でもなければ、推定される黙示の意思ですらなく、ただ空気の如く当然なことのようなものである⁽¹⁾。

しかし相手方が日本企業ではないときは、日本の商人も準拠法について積極的に考える。お互いの法圏が違い、法的考え方が異なるからである。とはいえ涉外契約における準拠法の合意が、日本での裁判の争点となった例は、そう豊富にはないようである⁽²⁾。

英米などで作られた英語の契約書式集を見ると、大抵は準拠法条項がついている。これは英語が広く世界の商人に使われているため、その書式も国内だけを念頭において書かれているわけではないこと、アメリカやカナダ、オーストラリアなど不統一法域では、同一国内でも法的には国際的な状況におかれていること、などによるものである。英文で書かれた契約書は最初から涉外性を当然の前提としていることが少なくない、と言ってもいいだろう。

(2) 国際取引における契約準拠法の選択

準拠法合意の自由は、当事者自治の原則にもとづいて広く認められているところであり、このことは商人間における契約解釈の確実性と、予測可能性を作り出すことに役立っていると考えられている⁽³⁾。国際取引の当事者もこのことは十分認識しており、国際商取引契約においては多くの場合、契約中に明示の準拠法条項を挿入する。

国際商取引契約の現場において、通常の場合に当事者は準拠法、および裁判もしくは仲裁といった手段による紛争解決地については、「契約は自分自身の国の法律に準拠し、紛争解決は自国で行うこととする」のが最善であると考え⁽⁴⁾。ところが相対する当事者がお互いに自国主義を主張して、なかなか合意に至らないこともある。そのような場合に、第三国の法に拠るといふ合意が成立すれば問題はないのだが（いかなる第三国でもよいかどうかは、とりあえず問わないでよく）、そうはいかないことも少なくない。だからといって明示的、黙示的を問わず、その契約には「準拠法がない」、とする積極的な合意というものが認められないことは言を俟たないであろう。また実務的に考えても当事者が最初から「本契約は如何なる国の法にも準拠しないものとする」という明示の合意をするとは考えられない⁽⁵⁾。何のメリットもないからである。そこで膠着状態に陥ってやむなく次章以下で説明する「準拠法不定」⁽⁶⁾条項を含んだ契約が出来ることがある。その他にも当事者が準拠法確定の重要性を認識せずに、「準拠法不定」条項を入れてしまうことがある。

2 実務における「準拠法不定」条項

「準拠法不定」条項には種々あり、定まった定義のあるものではないが、大雑把に言えば「契約締結当初にあらかじめある一国の法を契約準拠法として規定するのではなく、将来に一方当事者が2カ国もしくはそれ以上の国の法から1つを準拠法として選ぶ、もしくは訴訟、仲裁の提起といった一方当事者の行為によって、自動的に準拠法が定まる」旨を規定したものである。一見すると紛争が発生したときに選択権を行使したり、訴訟などを提起すれば、準拠法が決まるから問題はないと感じられる。しかしよく考えると、選択または訴えの提起以前の時点では何国法が準拠法なのか、選択権が一方当事者にだけ付与されているときは、相手方には準拠法を決定するすべがなく、結局不定のままで紛争が裁判にもちこまれざるをえない、手続開始に先立って保全手続を申立てるときに、自らの権利を主張する根拠法が決まっていない、仲裁地を準拠法と結びつけた規定を含む契約中の、仲裁合意の無効を主張する裁判をしようとしても、その合意の準拠法がわからないなどの問題がある。

まずこの条項が何を意図して作られているのかを考えながら、英国の判例に現れた「準拠法不定」条項を抽出して見ていくこととする。

- (i) 仲裁で紛争を解決するとした契約で、被申立人国法が準拠法になるとした例

The arbitration ... shall take place in Zurich and any question as to ... this contract shall be decided according to the laws of England if the reference to arbitration shall have been made by the Purchasers and according to the laws of the Federal Republic of Germany if such reference shall have been made by the Sellers.⁽⁷⁾

仲裁は（中略）チューリッヒで行われるものとし、（中略）本契約についての疑義は、買主（注：ドイツの会社）が仲裁申立をした場合は英国法によって、申立が売主（注：英国の会社）によってなされた場合はドイツ連邦共和国法によって、決定するものとする。

背景として考えられるのは次のような事情であろう。契約成立時に準拠法についての交渉はしたが、合意を得ることが不可能であった。そこで、当事者間に発生するかもしれない紛争は、契約書の記載事項と当事者の協議で解決できるであろうという期待のもとに、裁判沙汰や仲裁にならないことを望みつつ、準拠法を意識的に決めずにおくこととした。ただし万が一問題が起きた場合には、自動的に準拠法が決まるようにしておく。その法はなじみのない相手国法であるから決して自分に有利ではない⁽⁸⁾。これはどちらの主張を採用したわけでもないで、公平な解決と考えられる⁽⁹⁾。仲裁地は第三国のスイスとする。

この場合の準拠法に関する当事者の意図は、積極的な法排除にあるのではない。単に当座は特定せずすませよう、という合意があるだけだと考えられる。

- (ii) 一方当事者に絶対的交渉力があり、その者が定めた書式中で、自分に有利な法を選ぶことが出来るようにしておく例

General average shall be ... settled according to York-Antwerp Rules 1950, ... at such port or place as may be selected by the Carrier. Matters not provided for by these Rules to be ... settled according to the laws and usages at such port or place as may be selected by the Carrier.⁽¹⁰⁾

共同海損は運送人の指定する港または場所における、1950年ヨーク・アントワープ規則に従って(中略)精算されるものとする。同規則に規定なきことについては(中略)、運送人の指定する港または場所の法律および慣行によって決するものとする。

The contract of carriage, the bill of lading ... shall, in the option of the carrier ... be governed (i) either by Iranian law ... with exclusive jurisdiction of the courts in Teheran, Iran; (ii) or by German law ... with exclusive jurisdiction of the courts in Hamburg (German); (iii) or by English law ... with exclusive jurisdiction of the courts in London (England).⁽¹¹⁾

運送契約、船荷証券(中略)は、運送人の選択により(中略)(i)イラン法に準拠し(中略)、イラン国テヘランの裁判所を専属的管轄裁判所とするか；(ii)ドイツ法に準拠し(中略)、(ドイツ)ハンブルクの裁判所を専属的管轄裁判所とするか；(iii)英国法に準拠し(中略)、(英国)ロンドンの裁判所を専属的管轄裁判所とするものとする。

この2つはいずれも船荷証券中の条項である。簡品運送契約において発行される船荷証券の裏面約款にある準拠法条項について、契約条件交渉が行われることは考えにくい上、裏書された船荷証券を受け取る転売契約上の買主には、交渉の余地は全くないのだから、これは発行者の意のままに作られることになる。発行される側は準拠法については何も考えていない、と見るのが順当である。発行する側は自分の責任範囲が最も小さくなる国の法律を、争点にあわせて選択しようというものである。

書式を受け取りはしても、おそらく読みもしないであろう当事者が、積極的に「無法」状態とすることを考えたと想像することは困難である。

(iii) 保険契約における New York suable clause (ニューヨーク提訴可能条項)

The place of actual and physical issue and delivery of this policy is the City of London. Nevertheless at the option of the Assured and as between Assured and Assurers the place of issue and delivery of the policy shall be considered the City of New York and all matters arising hereunder shall be determined in accordance with American Law and Practice. Any suit here-

under may be brought against these insurers in any court of competent jurisdiction within the United States of America.⁽¹²⁾

本証券の実際かつ物理的発行および引渡地はロンドン・シティーである。それにも拘らず、被保険者と保険者との関係では、被保険者の選択により、証券の発行および引渡の場所はニューヨーク市と見なすものとし、本証券下のすべての事項はアメリカの法と慣行に従って決定されるものとする。保険者に対するすべての訴訟は、米国内の管轄権ある裁判所に提起することができる。

これは英国の保険会社が、アメリカのリスクを引き受けるときに必要となる条項である⁽¹³⁾。一般的に見かけるものでは契約の作成、引渡地をロンドンと明記してあるにも拘らず、被保険者はオプションによってそれがニューヨークで発行、引渡しされたものとみなして、ニューヨークまたは米国のどこかの州で、保険会社を訴えることが出来るとし、その場合はその地の法律が適用されると規定する。上例のように米国のどの州でも訴えることが可能で、その州の法律が適用されるとするものもあれば⁽¹⁴⁾、ニューヨークだけを指定するものもある⁽¹⁵⁾。

被保険者の選択権行使（実際には訴訟を契機として行われるだろう）によって準拠法が決まるという限りにおいて「準拠法不定」の取り決めである。選択権行使前については、明示の合意はないが、これらの条項が問題となった事件ではいずれも、黙示的に英国の法律によるとされている。その意味では締結時に明示にも「黙示にも」当事者の意思が反映されていない、という訳ではない。

(iv) 準拠法について全く何も記述がないが、紛争解決のための裁判管轄条項もしくは仲裁条項がある例

Any dispute arising under the charter to be referred to arbitration in Beijing or London in defendant's option.⁽¹⁶⁾

用船契約上のすべての紛争は、被告の選択により北京またはロンドンで仲裁に付するものとする。

準拠法の規定は無いが紛争解決地だけを指定してある場合に、当事者は黙示で紛争解決地法を準拠法としたと考えられることがある⁽¹⁷⁾。ただし紛争解決

地が複数あるときは、その推定は強く働かないとされている⁽¹⁸⁾。確かに法的に言えば、紛争解決前の時期に適用されるべき準拠法が、2つの国の法律の内どちらかである、という黙示の意思があったとは考えにくい。準拠法は最初から1つに確定しているべきだからである。

しかし契約当事者は(i)の場合と似て、問題になったときにルールを決めれば解決できるのではないかと軽く考えたことは大いに想像がつく。そしてそのルール(準拠法)は仲裁地法であると考えていたかもしれない。そうだとしたら「準拠法不定」条項の例である。

なおこのような規定は、典型的には被告地で裁判なり仲裁なりをすることを要求することによって、裁判、仲裁をあきらめさせることを1つの眼目としておかれる規定なのだから、準拠法をあらかじめ決めようという意識は大して無かったかもしれない。かといって準拠法を排斥しようという意図があるとは考えにくい。

(v) 「準拠法不定」条項にするつもりはなく、最初から主たる準拠法と予備的準拠法をおく例

Any claim ... under this Bill of Lading shall be referred to arbitration in London pursuant to English Arbitration Law ..., but if for any reason it is ruled by a competent authority that the aforesaid arbitration provision is unenforceable then any claim ... shall be governed by Greek Law and solely decided by the competent Greek Courts ...⁽¹⁹⁾

本船荷証券上の(中略)すべての請求は、英国仲裁法にもとづいてロンドンで仲裁に付されるものとする(中略)、ただし本仲裁条項が管轄権を有する裁判所によって、理由の如何を問わず強行不可能とされた場合は、すべての請求は(中略)ギリシャ法に準拠するものとし、管轄権あるギリシャの裁判所が専属的管轄権を有するものとする。

なぜこのような規定を作るのかはよく分からない。とにかく最初から(iv)にふれたような仲裁地の指定による、黙示的な仲裁地法の指定があるケースだと考えられる(加えて英国仲裁法の指定は、英国法が準拠法であると考えられていたことを示す、と裁判所も認めている)。そしてそれが何らかの理由で認められないと

きだけに、予備の準拠法が使われると規定しているのだから、「準拠法不定」の状態はないといってよい。

このほかに時間的な順位をつけて複数の法を規定するのではなく、複数準拠法を同時に持ち、問題の種類によって、準拠法を変えることとされた契約もある（準拠法の分割指定の例）⁽²⁰⁾。適用区分が明白であれば、準拠法は最初からあるのだから「準拠法不定」の事例にはならない。

なおここでひとつ確認しておかなければならないことは、選択の効果として当事者が目指しているものは、準拠法の「遡及的」決定だということである。なぜなら裁判にせよ、仲裁にせよ当事者は過去に発生した契約の履行（もしくは不履行）問題の解決を求めているからである。過去の事実に応用すべき法律を、今はじめて指定しようということである。実務において契約履行中に、何の動機も目的もなく、準拠法を「将来に向って」変更することはまずないし、また何らかの目的を持ってそのように変更する理由も非常に考えにくい。

3 「準拠法不定」条項に関する英国の基本判例

「準拠法不定」状態についてのリーディングケースは *The Armar* 事件の控訴審判決である⁽²¹⁾。

(a) 事実の概要

キプロス在船主 Armar（被控訴人）が、キューバでアルジェリア揚げの船荷証券を発行した。船荷証券には次の条項があった⁽²²⁾。

共同海損は運送人の指定する港または場所における、1950年ヨーク・アントワープ規則に従って（中略）精算されるものとする。同規則に規定なきことについては（中略）、運送人の指定する港または場所の法律および慣行によって決するものとする。

船が航海途中で座礁し、Armarは共同海損となるべき費用を支出した。船が目的港に着いた後に、Armarが積荷に対して留置権を行使することを排除するために、荷受人の共同海損金支払義務を担保する目的で、控訴人（アルジェリアの保険会社）によって保証状が差入れられ、船荷が荷受人に引渡された。保証状には準拠法条項がなかった。共同海損分担額の精算は、Armarの指定によつ

てロンドンで行われた。荷受人が共同海損金の支払を拒否したので、Armarは控訴人に対して英国で保証状にもとづく支払請求の訴えを提起した。英国法上、管轄外の当事者への訴状の送達には契約書が英国法に準拠していれば許される。原審では送達が認められたので、控訴人が取消を求めた。

(b) 判旨

請求認容。

原審においてマスティル判事は、保証状は共同海損の精算を前提とし、その結果にもとづいて支払をするべきものであるから、船荷証券にもとづいて決まる共同海損の精算地が保証状の準拠法を考えるに当たって、重要な要素だと考えた。

控訴審でメゴー卿はこの見解に敬意を表したものの、保証契約が成立したときに、共同海損の精算がどこで行われるべきか決まっていなかったら、その後に精算が英国で行われることになったとしても、その事実はそれ以前の時点で準拠法が何であったかを定める要素にはなりえないとし、次のように述べた。

契約が既に存在するのに準拠法がない、というより「準拠法不定」という形で準拠法が定まっていなかったときに、発生する出来事の法的効果（それがあるとして）が何であるかを、どこの法体系によって決定すべきかを判断するのは、克服し難く困難である⁽²³⁾。

メゴー卿は続けて、実際問題としても保証契約が締結されるやいなや、運賃は支払うべきか、その額はいくらか、運送人は正しい積荷の正しい量を正しいときに引渡したか、といった紛争は起こりうるのだから、契約には最初から準拠法がなければならぬと述べた。

このように事件は厳格な意味で「準拠法不定」条項そのものの解釈の事件だったわけではないが、ある別の契約の準拠法が決まれば、保証契約の準拠法も決まる、そのように決まるまでは保証契約の「準拠法は『不定 (floating)』であると考えられる」と原審が判示したことに対して、これを否定する控訴審の判決となったのである⁽²⁴⁾。

The Armar 事件のこの部分の判示を obviously correct である⁽²⁵⁾としたのは The Iran Vojdan 事件であった。事件の概要は次の通りである。

原告は被告（イランの国営運送会社）の船に積まれた荷物の荷受人外である。荷物はハンブルクで積み込まれドイツに向う途中で、悪天候のために損傷を蒙った。原告は積付け等に問題があったとして、損害賠償を求める訴訟を、被告の欧州業務の中心であるロンドンで提起した⁽²⁶⁾。船荷証券には次の条項があった⁽²⁷⁾。

運送契約、船荷証券（中略）は、運送人の選択により（中略）(i)イラン法に準拠し（中略）、イラン国テヘランの裁判所を専属的管轄裁判所とするか；(ii)ドイツ法に準拠し（中略）、（ドイツ）ハンブルクの裁判所を専属的管轄裁判所とするか；(iii)英国法に準拠し（中略）、（英国）ロンドンの裁判所を専属的管轄裁判所とするものとする。

被告は訴訟開始後にオプションを行使してドイツの裁判所を指定し、英国の裁判を却下することを求めた。

上の条項に含まれた専属的管轄裁判所指定の合意の有効性が重大な争点であった。ビンガム判事は上の条項が効果として準拠法不定状態を作り出すものであることに注目して、

準拠法は契約の成立、有効性、解釈および履行の問題に基本的なものであるから、契約の最初から契約に織り込まれていなければならない、片方当事者の選択権行使で最終的に決まるまでは、不確定に不定であるわけにはいかない⁽²⁸⁾。

と断じた。契約が締結されるやいなや紛争は起こり得る以上、契約には最初から準拠法がなければならない⁽²⁹⁾こと自体は自明の理であろう。準拠法が定まっていなければ、裁判所も当事者も、契約の履行、不履行の正確な効果を判断することが出来ない。

4 契約の準拠法

ここで英国法における契約の準拠法について確認しておくこととする。英国のコモンロー上、契約の準拠法とは、契約の成立、解釈、有効性、履行の方法、違反の効果を支配する法体系（system of law）を意味する⁽³⁰⁾。そしてそれは「契約がそれによって作られたところの法体系、または取引がもっとも密接かつ実

質的な関係を持つ法体系」⁽³¹⁾である。ここには契約準拠法の決定についての2つの原則が示されている。まず第1は当事者の選択した法体系である。当事者自治の原則を体現したもので、「契約の準拠法とは、『当事者とその適用を意図した法である』ということは今では確立された原則である。当事者の意図は客観的に確定されるべきもので、もし明示で示されていないときは、契約の条件や四囲の状況から推定されるものである」⁽³²⁾といわれている。

そこである契約の準拠法決定の最初のステップは、当事者が準拠法選択の自由を行使したかどうか、したとしたら選ばれた法は何かを探求することにある。これは通常の契約の解釈の問題である⁽³³⁾。なお「明示された意図は、善意で合法的、かつ、そこに公の秩序を根拠にその選択を無効にする理由がない」⁽³⁴⁾ことが要求される⁽³⁵⁾。

次のステップとして、もし当事者が選択権を行使する意思を持たなかった、あるいは選択が何であったか分からない場合は、裁判所は自身で適用すべき準拠法を決める⁽³⁶⁾。そのときには法廷地英国の国際私法の原則による。これが上に示された第2の原則であるところの「取引がもっとも密接かつ実質的な関係を持つ法体系」としての準拠法である⁽³⁷⁾。

当事者自治の原則は現代では、契約の一部について異なる準拠法を指定すること(分割指定, *dépeçage*⁽³⁸⁾)、本稿の主題である契約締結後の準拠法の変更⁽³⁹⁾を含むようになってきている。準拠法とは当事者が選択した国の実質法体系⁽⁴⁰⁾である。

また英国法上は契約の準拠法の確定にあつては反致 (*renvoi*)、すなわち準拠法として選ばれた国の裁判所で事件が裁かれたら、その国が適用するであろう反致の原則は排除することとなっている⁽⁴¹⁾。

5 契約は準拠法を持たなければならない

契約には準拠法がなくてはならない、ということは英国法上確立した原則である。*Amin Rasheed* 事件 (1983年。貴族院) でディプロック卿は次のように述べている⁽⁴²⁾。

契約は法的真空状態 (legal vacuum) には存在しえない。契約当事者が引

き受けた権利義務を定義する何らかの法的体系にてらして作られた、というのでなければ契約は何の法的効果も持たないただの紙切れにすぎない。

この事件では保険証券がクウェートで発行された。その中に準拠法の指定はなかった。当時クウェートには保険法が存在しなかった。証券の文言は英国の1906年の保険法の付表にもとづく典型的な英国型のフォームであった。準拠法は英国法かどうかという争点について、英国型保険フォームは国際的なものであって、そのことをもって保険契約の準拠法を英国法ということはできないという主張に対して、ティプロック卿は上のように述べたあとで、保険契約は英国法によると考える以外、解釈の道がないとして、英国法が準拠法になると結論づけた。

また準拠法は、

契約の最初から契約に織り込まれていなければならない、片方当事者の選択権行使で最終的に決まるまでは、不確定に不定であるわけにはいかない⁽⁴³⁾。

ともいわれているところである。ローマ条約も契約は当事者の選んだ法が⁽⁴⁴⁾、そしてそれがなきときには、取引がもっとも密接な関係を持つ国の法に拠る⁽⁴⁵⁾として、準拠法不在の状態を想定していない。

学説上もカーン-フロイントは、上述の *Amin Rasheed* 事件判決より何年も前に法的真空状態という概念を使って、「いかなる契約も真空状態には存在しえない。契約はある法制度の内にも存在しうる」と言っている⁽⁴⁶⁾。英国の学者の意見も一致しており、準拠法が契約成立と同時に決定されること、契約は真空状態に存在しえないこと、契約はある一国の国内私法体系に関連づけられていなければならないこと、について異論はない⁽⁴⁷⁾。逆に準拠法のない「契約」は、契約法上で一人前の契約 (contract) としての強行力を持つか、という面からも考えられる。裸の合意 (agreement) は契約 (contract) とは言えないからである⁽⁴⁸⁾。

6 英国法上「準拠法不定」条項は有効か

契約に準拠法がなければならぬのは上に見たとおりだが、それではそれと

一見相反するように見受けられる「準拠法不定」条項の効力はどう考えられてきたのだろうか。

(1) 判例の流れ

英国法は契約当事者に準拠法と法廷地法を選ぶ自由を与えるが⁽⁴⁹⁾、第3章で述べたように選択権が行使されるまでは準拠法不定というなら、それは *The Armar* 事件、*Amin Rasheed* 事件から認められない。従って「準拠法不定」の結果を生む範囲においては、当事者の意識が何であれ、つまり積極的に無法状態を選択したのか、何も考えていなかったのかを問わず、この条項は効力を認められないことは明らかである⁽⁵⁰⁾。では「準拠法不定」条項は全く効力を認められないのか、選択以後については効力を認められるのだろうか。

The Armar 事件の傍論で、メゴー卿は契約期間中における準拠法の変更を認めない旨の考えを、次のように述べている。

義務が引き受けられ、履行期が到来し、実際に履行されてから後に、不確実な出来事の発生に結びつけられて、遡及的に準拠法が決まるなどということは出来ない。また英国の国際私法概念として、最初はたとえばアルジェリア法だった準拠法が、後日英国法に変わるといったことは、魅力的でも可能でもない⁽⁵¹⁾。

仮に一般的に「準拠法不定」条項が、当事者の意識としては契約後にはじめて法を選ぶのであって、法の変更を意図した条項ではなかったとしても、結果的に選択までの準拠法の変更になりうるとすれば、メゴー卿の判示を適用すると、全くその効力を認めないということになるだろう。

これにつぐ *Black Clawson* 事件 (1981年) でマスティル判事は、「準拠法不定」部分は *The Armar* 事件にてらして全く効力を否定されるべきかどうか困難である、と述べて⁽⁵²⁾判断を回避している⁽⁵³⁾。*The Iran Vojdan* 事件 (1984年) でビンガム判事は *The Armar* 事件に依拠して、このような条項には効果は与えられないとしている。この判旨を見る限りビンガム判事は、全く条項を認めないと言っているように見受けられる⁽⁵⁴⁾。

The Stolt Marmaro 事件 (1985年) でロバート・ゴフ卿は New York suable

clause（ニューヨーク提訴可能条項）にもとづく準拠法の変更は、*The Armar* 事件によれば意図した効果を期待できないかもしれないといっている⁽⁵⁵⁾。この部分は傍論ではあるが、準拠法の変更が結果として発生する条項は全く効果を認められない、といっていることになるであろう。

このように *The Armar* 事件以来、準拠法の変更を認めることについては、否定的な見解が支配しているように見える。従って法の変更を意図した「準拠法不定」条項は全面的に無効だ、とされているが如くに見受けられる。しかし、実は既に1970年の *Whitworth* 事件で貴族院は、傍論ではあるが合意による法の変更は認められる旨を述べているのである。この事件は英国の工事業者とスコットランド（イングランドとは法制度が異なる）の施主が、英国の契約書式によって契約した案件で、契約の準拠法が争点の1つになったのだが、この中でリード卿は次のように言っている⁽⁵⁶⁾。

もし当事者が準拠法について当初何の合意もしなかったとしたら、そのような行為（注：契約後の行為を指す）は後日、合意をしたことを示すであろう。またもし当初何らかの合意をしていたとすると、そのような行為は後日、当事者がその合意を変更する合意をしたことを示すであろう。

もしそうだとすると「準拠法不定」条項が、選択権行使までは「準拠法不定」状態を作り出すものだとすれば、そのゆえに認められないとしても、その後はこれを認めてよいという考え方も可能になる。変更が行われるまでの準拠法は、第7章にあげるように当事者の黙示の意思の探求、またはその取引が最も密接かつ実質的な関係を持つ国の法律（以下「最密接関連地法」という）は何か、を探ることによって確定できるとすれば、当事者自治の反映としての、「準拠法不定」条項という形の準拠法選定方法を否定することなく、契約締結後の準拠法変更が可能とし、選択権行使後は「準拠法不定」条項に従って選択された法に移行すればよいことになる（ただしそのことの良し悪しについては、「おわりに」の(1)実務への提言を参照）。

このことに意識した形でふれているのは1987年の控訴裁判所における *Du Pont* 事件の判決である。ピンガム卿はまず「準拠法不定」条項⁽⁵⁷⁾が、選択権の行使までは法は不定であることを意図するなら、英国法上その概念には効果

は与えられないという。そこではこの条項全体がそのゆえに無効として取扱われるのか、「準拠法不定」状態は許せないが選択をすることはできる、としているのか明らかには述べていないが、すぐそれに続く個所で、卿は法の選択を行うことによって理論的には遡及的に法を変更することは可能だが、そのことによってそれ以前の準拠法の必要性がなくなるわけではない⁽⁵⁸⁾と言っているところから推察すると、「準拠法不定」条項全体が無効になると考えているわけではないようである。

トゥールソン判事は2001年の事件において、*Du Pont*事件におけるピンガム卿の上述の意見に拠って、契約がある準拠法を持ち、それが後日遡及的に変更されることは不可能な概念ではないと言っている⁽⁵⁹⁾。*Du Pont*事件はローマ条約適用以前のもので、コモンローが適用されていた時点でも法変更が可能であったことを、間接的に裏書きするものといえよう。トゥールソン判事はまた抵触法の権威であるダイシー・モリスの参考書⁽⁶⁰⁾を引用して、ローマ条約上では当事者の明示の選択によって法が変わることは可能であるとも言っている⁽⁶¹⁾。さらにこれに続いてNew York suable clauseに関する事件である、2004年の*King*事件でコルマン判事は、準拠法が最初からなければならないとすれば、New York suable clause が行使されたら法の変更があると考えられるが、これはローマ条約上では認められるところであるとしている⁽⁶²⁾。

(2) 学 説

1991年にローマ条約が英国で国内法化されて以来、このことは当事者は何時でも合意で、以前の法を変更することが出来るとする趣旨の3条(2)の問題として論じられている⁽⁶³⁾。

「準拠法不定」条項との関係では、締結時に契約中に規定された選択権の後日の行使が、「合意」による変更に当たるかが、条約の解釈の上で1つの論点となっている。なぜなら3条(2)によれば、当事者は契約を以前と異なる法に準拠させるといふ「合意をいつでもすることができる」とされており、またローマ条約に関するジウリアーノおよびラギャルド両教授のレポート⁽⁶⁴⁾(以下「ジウリアーノ・ラギャルド報告書」という)にも「(当事者の新たな合意によって)」法の

変更ができる⁽⁶⁵⁾とされているのに対して、「準拠法不定」条項にもとづく選択権のメカニズムは、「当初」の合意によって規定されるものであって、実際の変更時（選択権行使時）には「新たな合意」は存在せず、片方当事者が一方的に選択権を行使することによって意図された効果が実現するからである。このことも含めて、次に学説を順を追って見ていくこととする。

ケイはローマ条約3条(2)にもとづいて、「準拠法不定」条項を無効とする根拠はなく、一旦選択されたらその選択は有効と考えている⁽⁶⁶⁾。しかし当事者は彼らの権利義務関係を判断する法は、片方当事者が後日これを選択するまで分らない、という不便を忍ぶことになるとの指摘はしている⁽⁶⁷⁾。

ナイは、契約締結後に法を変更しても良いのは明らかだが、ローマ条約3条(2)のもとで「準拠法不定」条項が認められるかどうかは分からない、しかし新しい契約をして変更をすることと、あらかじめ片方の当事者に変更権を与えたうえで、後日これを行うこととを区別する理由はあるまいとして、結局認められるという⁽⁶⁸⁾。

ハワードは3条(2)の「合意」の文字通りの解釈と、ジウリアーノ・ラギヤルド報告書の前述の見解を根拠に有効性を否定する。そして選択が行使される前は無効である条項にもとづいて選択をしても、その選択は3条(2)を満たすものではないという⁽⁶⁹⁾。

ヒルはコモンロー上では無効であるという。しかしローマ条約3条のもとでは、当事者の自由を尊重する立場からすれば、「準拠法不定」条項を認めない理由はないし、さらに「新たな合意」に関する論点については、当事者が随時合意にもとづいて準拠法を変えられるなら、将来一方当事者が法を変えられるという当初の合意も、3条(2)のもとで有効であるという⁽⁷⁰⁾。

チェシア・ノースは将来一方当事者が法を指定する「準拠法不定」条項は、コモンロー上もローマ条約上も無効であるが⁽⁷¹⁾、一旦選択がなされた後については、コモンロー上は *The Armar* 事件によって無効であるものの、ローマ条約上は準拠法の変更を許す3条(2)を根拠に有効であるという⁽⁷²⁾。

ダイシー・モリスは、ローマ条約上この条項を無効という理由はなく、一旦行使されれば選択は有効であるという⁽⁷³⁾。

前掲のハワードは、チェシア・ノース やダイシー・モリスがこの条項の効力を否定しながら、この条項にもとづいてなされた法の選択は、これを認めていることに対して、疑問を呈している⁽⁷⁴⁾。ケイもチェシア・ノースの見解には矛盾を感じている⁽⁷⁵⁾。

プレンダー・ワイルダースピンはローマ条約の解説書の中で、3条(2)がこれを認めるかどうかは簡単な問題ではないという。同項は合意で準拠法を変更することは認めるが、そのことと片方当事者が一方的に契約締結後に法変更の選択権を行使することや、何かの出来事が起こったら変更が起こるとすることは同じではないと考えるからである。しかし結論的にはローマ条約は当事者に遡及効をもって法の変更をする合意を認めるのだから、契約時に一方当事者に変更の権利を許すことも認めないとする理由はないだろうとする。またもっと単純に3条は当事者自治を最大限に認めているのだから、出来ないとされていること以外は出来るという考え方もあろうという⁽⁷⁶⁾。

ベックは国際私法以外の見地から「準拠法不定」条項の無効性を主張する⁽⁷⁷⁾。

7 「準拠法不定」条項による選択が行使される までの準拠法

ローマ条約の字義通りの解釈にもとづいて、本条項を否定するばかりでなく、ローマ条約の関連条項そのものに疑問を呈するハワードや、このような不確実性を含む条項に政策的に異議を唱えるベックを別にすれば、今や英国ではローマ条約の下で、「準拠法不定」条項は準拠法の中途における変更を定めた規定としてその効力を認められることは、判例、学説からほぼ明らかになっていると考えてよいだろう⁽⁷⁸⁾。その次に検討すべきは選択権が行使されるまでは、契約は何国法に準拠するのか、という問題である。契約には準拠法がなくてはならないということからすれば、選択権行使までの空間は埋まらなければならない。

ところで「準拠法不定」条項の下において選択がなされるまでの当事者の関係を、準拠法の定めのない契約にたとえることがあるが⁽⁷⁹⁾、これは必ずしも全般的に正確ではない。準拠法の明文の指定を欠く契約においては、通常まず当事者の黙示の意思が探求され、それが見あたらない場合は、契約の最密接関連

地といった客観的な連結素を駆使して準拠法が探求される⁽⁸⁰⁾。しかし、そう頻繁にあるとは思えないものの、選択権行使までの期間について、場合によっては明らかに「準拠法を定めない」という合意があると考えられる余地がなくはないからである。つまり黙示の「消極的」合意がありうるわけである。

まず第3章であげた *The Armar* 事件を先に見ておこう。この事件は正確には準拠法の定めのない契約の例である。契約中に準拠法条項がなければ、一般の原則に従って決定すれば十分であることになる⁽⁸¹⁾。メゴー卿は契約締結に至る諸々の事実を検証した。そしてそれらは黙示的に当事者の意思として英国法を指し示すものでもなければ、取引が英国法と最も密接で、かつ実質的な関係を有することを示すものでもないとした⁽⁸²⁾。本事件では訴状送達のための、契約の準拠法が英国法かどうかを判断すれば十分であったので⁽⁸³⁾、準拠法が英国法以外の何法であったのかの判断はされていない。

(1) 判例の流れ

判例は当事者の黙示の意思の探求により決定される法によるものとするものと、最密接関連地法⁽⁸⁴⁾によるもの2種類に分かれる。

当事者の黙示の意思を探求するものとして、仲裁地の選択を根拠とした *Black Clawson* 事件⁽⁸⁵⁾、保険契約の締結の経緯を根拠とした *The Stolt Mar-maro* 事件⁽⁸⁶⁾、*Du Pont* 事件⁽⁸⁷⁾ および *King* 事件⁽⁸⁸⁾、英国の仲裁法に従った仲裁を定めたことを根拠とした *XL* 事件⁽⁸⁹⁾ がある。

一方最密接関連地法で判断したと思われる事件に、ドイツで船積された荷物に関して、ドイツで発行された船荷証券についてドイツ法を適用した *The Iran Vojdan* 事件⁽⁹⁰⁾、キューバの国営海運会社が、キューバで発行した船荷証券について「この事件の事実にてらしてみれば疑いもなく」として、同じ基準によってキューバ法に拠るとしたと思われる *The Frank Pais* 事件⁽⁹¹⁾ がある。*The Star Texas* 事件は直接に準拠法が何国法かが問題になった事件ではなかったが、裁判所は契約の準拠法については最密接関連地法であるとした⁽⁹²⁾。

なお両方にふれていて、どちらが根拠だったのかははっきりしないものもある⁽⁹³⁾。

これらの判例を通してみると、指定前の準拠法不定期間であっても当事者の黙示の意思を推定するに足る材料があるときは、当事者の意思を連結素として準拠法を考え⁽⁹⁴⁾、それがないときは客観的要素を連結素として考えていると言える。

再整理してみるとまず New York suable clause (ニューヨーク提訴可能条項) を含む事件では、いずれも黙示の意思を推定している。なぜそうなるのかというところ、この条項のそもそもの目的が、付加的にアメリカの被保険者に利益を付与しようとするものにすぎなかったからである。契約としては英国のマーケットで交渉され、多くはロンドンで作成されたことと明記され、基本的に英国の保険契約一般に見られる条件を持ち、ロンドンの引受人らの決定に従う趣旨の 'follow London' 条項があることが多いのだから⁽⁹⁵⁾、踏み込んで黙示の意思まで推定することは正しいといえる。Black Clawson 事件では仲裁地が常にチューリッヒと不変であったことから、仲裁合意⁽⁹⁶⁾はチューリッヒの法に準拠するという十分な意思があったとされた。しかしこの部分は傍論にすぎない⁽⁹⁷⁾。

一方で当事者の黙示の意思ではなく、客観的事実を連結素とした事件は次のように分析できる。これらの事件では「法を定めない」、「法はない」という状態が、「合意」で形成されているために、当事者の黙示の意思の探求が困難である。つまり「準拠法不定」条項は当事者の意思として、複数の法律を候補にあげている条項であるから、そのどれ1つも他にまさって、当事者の黙示の意思として重い意味を持つものではない⁽⁹⁸⁾。従って選択前には当事者の黙示の意思を推定する主観的な根拠がない、というのが正しいことになる。まず Iran Vojdan 事件では準拠法は、船荷証券の所持人その他の要求により、運送人が3つの法律の中から1つを選ぶというのだから、それまでの期間については運送契約の成立に関する客観的な事実⁽⁹⁹⁾をもとにするしか判断の根拠がなかったのはごく自然である。The Frank Pais 事件では、運送人の主たる営業の所在地もしくは、「運送人の指定する法」を準拠法とするという規定があった。この場合も当事者の特定の意思を推定することは困難であろう。The Star Texas 事件は、被申立人に仲裁地とその国の法の指定をさせるものであった。ロイド卿は仲裁地の候補が複数あるときは、そのいずれも当事者の意思推定の根拠とはな

らず、最密接関連地法を探求せざるを得ないとしている⁽¹⁰⁰⁾。

(2) 学 説

学説を見ると、「準拠法不定」条項にもとづいて指定がなされる前の期間は、当事者が準拠法を明示的にも黙示的にも定めなかった時代であることにもとづいて、従前から判例がとってきた立場である最密接関連地法を準拠法であるとする。この立場は現在はローマ条約の4条に明文化されているところでもある⁽¹⁰¹⁾。このことは「準拠法不定」条項が有効であっても無効であっても、関係ないと考えられる。

このように「準拠法不定」条項が無効であるとされても、選択以前の法は最密接関連地法という形で決まるということから⁽¹⁰²⁾、目くじらを立ててこの条項を問題にする必要はないのではないかという論調もある。ナイによれば準拠法は裁判に行ってはじめて決まる、それまでに当事者が法を必要としたら、遡及効をもって合意すればよい、もし決まるまでに裁判所に行くことになったら、客観的に決まる法によるので、それで十分という⁽¹⁰³⁾。この見解はその範囲においては正しいかもしれないが、実務的に見ればどこかの裁判所に案件が持ち込まれて、その裁判所所在地の国際私法を適用してみなければ、自分達の契約の準拠法が何国法か分からないというのは、耐え難い不便、不安定さといっているだろう。

ところで法律論として契約に準拠法が無くてはならないことに異論はないが、本当に何が何でも選択がなされる前に法はなければならぬのだろうか。ハワードはある条件が満たされるまでは、契約として拘束力のない合意というものも認められるはずであるとして、*The Armar* 事件で言われたように「法理論上」⁽¹⁰⁴⁾合意にははじめから準拠法がなくてはならない、と決めつけなければならないかに疑問を呈する。準拠法決定の条件が充足されたときまでに、契約条件通りの履行が行われていなければ契約違反が成立し、条件が充足されずに合意が契約に昇格しなければ、報酬を取り損なうだけだとしても良いではないかというわけである。もちろんハワードもこのような議論が裁判所で通用するといっているわけではない⁽¹⁰⁵⁾。バックは法的には意味ないが、礼譲と長く続い

た商習慣のおかげで、契約を成り立たせるだけの、よく知られてかつ受け入れられた、超国家的原則の母体といったものが存在し、適用されるべき法が決まるまでは、実用の役に立つのではないかと saying (106)。そのような商慣習法 (*lex mercatoria*) といったものが強制力をもった、信頼に値するものとして存在しているとは思えないが、ひとつの観察ではあろう。またある事件でトゥールソン判事が、全くの傍論ではあるが、当事者の何かの行為もしくは出来事を機に特定の法体系が適用されることとなったらはじめて法的効果をもつような、「未完の合意 (*inchoate agreement*)」といったものを考えるのも不可能ではない、と言っているのも興味深い⁽¹⁰⁷⁾。

8 「準拠法不定」条項の効力は何法によって判断するのか

「準拠法不定」条項が英国の裁判所で問題になったときに、その効力をどこの国の何の法律によって判断するのだろうか。いずれかの国の実質法で判断するのだろうか、それとも国際私法の問題なのであろうかという論点である。

(1) 判例の流れ

既に紹介したように、契約における「準拠法不定」状態を否定した1980年の *The Armar* 事件が、この問題に関する最初の重要な判例である。メゴー卿は、準拠法の変更という角度からこの問題を論じて、そのようなことは英国の国際私法上は認められない⁽¹⁰⁸⁾ と言っている。

これに続くのは1984年の *The Iran Vojdan* 事件である。第3章で紹介したように、荷受人が運送人を相手に英国で訴訟を提起したところ、運送人がドイツ法を指定した上で、ドイツの裁判所に専属的管轄権があると主張したものである。従って争点は専属的管轄の合意に関するものであった。ビンガム判事は本件契約はドイツ法と最も密接かつ、実質的な関係をもっていると考へ⁽¹⁰⁹⁾、ドイツ法にもとづいて管轄権の合意の効力を否定した。その根拠は、ドイツの商業契約一般条件 (*Allgemeines Geschäftsbedingungen*) に関する判例にもとづくと、印字サイズが小さすぎて読めないような一般条項は、契約条件とは認められな

い、というものである⁽¹¹⁰⁾。これで管轄合意に関する争点の判断としては十分であった。同じ条項に準拠法不定の規定も含まれていて、これもまとめて否定されているので、「準拠法不定」条項の効力が客観的に確定された契約の準拠法であるドイツ法で判断されたように見えるが、そうではない。

ところがこれに続いてビンガム判事は、運送人の主張するイラン法(その証明がなかったため英国法に拠った⁽¹¹¹⁾)にもとづけばどうなるかを検討した(運送人は当初はドイツ法を指定したが、条項の有効性に問題があったなどの理由で、旗国法であるイラン法が準拠法である、との議論に変更したようである)。このときに判事は専属管轄を指定する部分の有効性を検討せずに、「準拠法不定」部分をとりあげ、*The Armar* 事件によってこれを否定し、ついで準拠法選択部分と不可分に結びつく管轄権部分の効力を否定した。そうするとここでは「準拠法不定」条項の効力が、法廷地ではなく客観的に定められた準拠法国の国際私法にもとづいて判断されたことになる。賛否は別としてこのように考えた理由は、もしこの条項が管轄権の合意だけにとどまるなら、イラン法(つまり英国法)上、何の問題もなく認められたのだが⁽¹¹²⁾、規定の専属管轄権部分が準拠法部分に「寄生虫の如く」従属しているために、準拠法部分と運命を共にせざるを得ないというものである。

つまりドイツ法が最密接関連地法だったとしたら、専属的管轄合意は、印字の小ささのゆえに一般法上効力を否定されて、「準拠法不定」条項部分については何も判断されなかった。ところがイラン法が最密接関連法だとの仮定の下では、イランの国際私法が「準拠法不定」状態を認めないので、それに付随する専属管轄合意も否定するという形で、法廷地以外の国の国際私法で「準拠法不定」条項の効力を判断したのである。後で分析するように、この部分は英国法上は受入れにくい考え方ではないかと思われる。ここではこのイラン法にもとづく判示が判決のためには不必要なものであり、傍論であったことを指摘しておきたい。

New York suable clause (ニューヨーク提訴可能条項)が問題となった1987年の*Du Pont* 事件の控訴審判決において同じビンガム卿⁽¹¹³⁾は、契約当事者の権利義務は契約成立のときに確定せねばならず、そのためには準拠すべき法が必

要であり、契約は「法的真空状態」には存在しえないことを理由に、「準拠法不定」条項は認められないとしている。ここで卿は準拠法に関する判例であるところの *Amin Rasheed* 事件や *The Armar* 事件によっており、英国の国際私法にもとづいて考えていることを示している。続けて卿は、理論的には選択権の行使によって遡及的に準拠法を変更することも可能であろうが、だからといって当初の法が不要になるわけではないとして⁽¹¹⁴⁾、本件における New York suable clause による法の選択を、法の変更の問題としてとらえていることを示唆している。

1993年の *The Star Texas* 事件は、仲裁地を被申立人が2つの国の内から選ぶことが出来ると定めたという事件であった。一方当事者が、仲裁地の指定はその国の法律を準拠法にすることを意味するゆえに、2カ国の指定は即ち「準拠法不定」条項に当たると主張した。ロイド卿は仲裁地が1国であれば、その国の法を契約の準拠法とするという、強い推定が働くことはあっても、仲裁地を2カ所定めた場合に、それが2つの準拠法を定めたことになるとは考えられないから⁽¹¹⁵⁾、「準拠法不定」の合意をしたことにはならず、法廷地法としての英国法上、「準拠法不定」の場合にはならない旨を判示した⁽¹¹⁶⁾。これも法廷地英国の国際私法の適用であると考えられる。

これも New York suable clause を含む2004年の *King* 事件においてコルマン判事は、英国の抵触法上すべての契約は最初から準拠法を持たなければならないという概念は、はっきりと *Amin Rasheed* 事件に示されたところであるといっている⁽¹¹⁷⁾。そしてこの原則にもとづけば、もし契約が将来において法の選択を定めているとしたら、その効果は最初から存在する準拠法を、他の法に置き換える効果をもつとして、はっきり法変更の問題としてとらえている。さらに続けてこのようなことをすることは、商業的にはやっかいなこともかもしれないが、支持できなくはないのであり、ローマ条約3条(2)はそれを明示で想定していると述べている。この事件は New York suable clause の効力を抵触法によって判断したものである⁽¹¹⁸⁾。コルマン判事は続けて、同じ New York suable clause が対象になった上掲 *Du Pont* 事件のビンガム卿の判示⁽¹¹⁹⁾を引用して、選択権といってもそれが行使されていないのでは、契約成立時の準拠法を黙示

で示す役には立たないということ⁽¹²⁰⁾を裏書していると言っている。このことは *Du Pont* 事件も本件も、New York suable clause の有効性は、法廷地の国際私法上の準拠法の変更の問題であると考えていることを示している。

(2) 学説の流れ

学説ではこの問題は法の変更として主に論じられてきた。そして判断の根拠とすべき法について、いくつかの説が主張されている。

a. 当初の準拠法

ウルフは新しい合意をすることによって、当事者が準拠法を変更できるかどうかは、当初の準拠法上の問題であるという⁽¹²¹⁾。そしてもし準拠法が英国法なら、その選択が「善意で合法的である限り」⁽¹²²⁾かつ「遡及的効力のない限り」認められるだろうといている。しかしその論文の中で、ウルフが根拠としてあげている判例⁽¹²³⁾は、準拠法の定めをもつ1番目の契約の後に、それを置き換える意図を持って、全く新しい契約を再度結んだ事件であり、同一契約内の変更であって、かつそこに当初は合意された準拠法がない場合の根拠となるのかはよく分からない⁽¹²⁴⁾。

マンもウルフを引用して同様に述べるが、ウルフが遡及的適用を認めないというのに対しては、当初の法がそれを許すなら問題ないはずであると論じている。しかしなぜ当初の法に拠るのかについては何も述べていない⁽¹²⁵⁾。

なおウルフもマンも第1の契約の中に明示の選択があることを前提にしている⁽¹²⁶⁾。この両者の主張が、明確に準拠法をもつ契約を、新しい契約で置き換える場合に関するものであるとすれば、同一契約上での準拠法の変更という主題に対する直接の示唆にはならないであろう。

b. 当初の法と選択された法の両方

フレッチャーは、ローマ条約3条(2)によれば変更の効力は、法廷地法に拠るべきだということになってしまうが、これを批判し条約は変更されるべきであると力説する⁽¹²⁷⁾。すなわち法の変更は当事者の権利義務の変更であることから、既に存在するその契約を当初から支配する法が、そのような合意を認めるかどうかは問われなければならない。もし当初の法がそれを認めないにもかか

ならず、法廷地法がそれを認めてしまうとすれば、それは当初の法を踏みにじることになる。ローマ条約加盟国内でならこの結果も良いだろうが、それ以外の地域の法が関係するときは、条約は理論的に支持しがたい間違いを犯したことになる、というのである。加えて選ばれた法の下でも、同じ観点から変更が認められるかを検討しなければならないと主張する。フレッチャーは選ばれた法についてはこれ以上詳しくは述べていない。

ケイも変更は当事者の実体的な権利義務関係に影響を与えうるとの理由で、変更は単なる法の変更にとどまらず、契約の更改 (novation)⁽¹²⁸⁾ ということになり、変更前および変更後の両方の法にてらして有効である必要があるという⁽¹²⁹⁾。

c. 客観的に決まる準拠法

ブリッグズは「準拠法不定」条項の有効性を法廷地法たる、英国法で判断するか、本体契約の準拠法によって判断するのかは、執筆時の1986年現在では判例がなく不明であるという⁽¹³⁰⁾。*The Iran Vojdan* 事件では、契約の準拠法によって判断されたが、ブリッグズは最終的にピンガム判事の結論に賛成はしながらも、ここでの判事の結論は論理的分析の産物というより、直感的なものと考えている⁽¹³¹⁾。ブリッグズは *The Iran Vojdan* 事件におけるように、契約の準拠法に拠るという見解を支持する議論として、次のように言う。すなわち(a)法廷地法は当事者が準拠法を指定することを許すが、指定がなければ契約の準拠法は最密接関連地法とされる、(b)法廷地法たる英国法にもとづけば、「準拠法不定」条項は、明示の法の指定とは見なされない、(c)従って契約は最密接関連地法に拠ることになる、(d)この客観的に定まった法が、「準拠法不定」条項を含めた契約の各条項の有効性を決定する、というわけである⁽¹³²⁾。ブリッグズはこれに対して、「準拠法不定」条項は、「善意で合法的な」法の選択ではない、事を複雑にする、また法廷地法以外の法によって有効性を判断するとしたら *renvoi* のようなことになって不都合である、といった議論も紹介しながらも、結論としては *The Iran Vojdan* 事件によって、「準拠法不定」条項の効力は、客観的に決められた準拠法にもとづいて判断することが明確にされた、と考えているようである⁽¹³³⁾。

この条項について極度に懐疑的な見解を有するベックは、上のように当事者の指定と関係なく客観的に決められた法によるべきである、という説については次のようにこれを批判する。まずこうすることにより *renvoi* のような解決が困難な現象が起こることである。たとえば「準拠法不定」条項を許容する X 国法のもとで Y 国法を指定したところ、Y 国法が「準拠法不定」条項を認めなかったらどうなるのかと問う。次に客観的に準拠法が決まるまでは、準拠法が定まらないこととなり、裁判所がそれを定めるまでは準拠法が分からないという状態になるわけだが、これは当事者が思ってもなかったことと言えるだろうという⁽¹³⁴⁾。

d. 選択された法

懐疑論者のベックは、選択された法によるという考え方については次のようにいう⁽¹³⁵⁾。事後的に見て、選んだ法律が「準拠法不定」条項を許すなら、契約はその法システムに拠るべきである。なぜなら当事者がその関係を支配する準拠法を自分たちで選べるとすれば、この考え方が選択の自由を最大限に尊重することになるからである。しかしこれとて問題がないというわけではない。もし選ばれた法が「準拠法不定」条項を認めなかったら、その法を選択したことによって、かえってその法によることができなくなってしまう。さらに準拠法決定前の段階では、契約の立場はどうなるのかという問題を指摘する。この間は準拠法がないというわけにはいかないのだから、客観的に定められた法ということになるだろうが、そうすると一方当事者の選択で契約の準拠法が変更されることになるが⁽¹³⁶⁾、これは *The Armar* 事件におけるメゴー卿の傍論に反することになる⁽¹³⁷⁾。加えてどの法が「準拠法不定」条項の有効性を決めるのかという問題もある。もし最初の法がこれを認めないとすれば、2 番目の法体系に移行しえなくなる。もし最初の法体系はそれを認めるが、2 番目の法体系がそれを認めないとすると、準拠法は何になるのかという問題もある。要するにこんな事起こる条項を認知すべきではない、というのが結論である⁽¹³⁸⁾。

ナイは「準拠法不定」条項の効力は、これが広く認められることが望ましいとしつつ、もし国際私法上で問題があるというなら、客観的に決められた法ではなく、取引の安定性という一般原則からして、当事者に選ばれた法に拠るべ

きであるという。そして法変更は当事者自治の原則から認められるべきという⁽¹³⁹⁾。法を変更する権利がどの法に拠るべきかについては法廷地法に拠ることはそれが変更を許すなら良いとして、これを許さないこともあるゆえに、法廷地選択によって結果が変わることになって好ましくないという。しからばどうするかといえば、法選択の自由に関する一般原則からいえば、選択された法に拠るべきであるという⁽¹⁴⁰⁾。

プレnder・ワイルダースピンはローマ条約3条(4)および8条(1)を根拠に、新しい法によって効力を判断するとする⁽¹⁴¹⁾。しかしそうすると、古い法の下では無効であった契約が、新法の下では有効である場合はどうするか、といった問題がないわけではないことは認めている。とはいえ古い法のもとでは不確定であったことを、新しい法を選ぶことによって明確化しようということなどが当事者の合意であれば、当事者自治、取引の安定性の見地から弁護できるという⁽¹⁴²⁾。

e. 法廷地法

カーン-フロイントは契約が後で国籍を変える、ということについては本心では批判的である⁽¹⁴³⁾。しかしそれはそれとして、この問題は法の選択の問題であるので、当然に法廷地法によって考えるべきであるという。なぜなら法廷地法こそが、連結素は不変か可変かを定めるべきだからと考える。彼は最終的には当事者の選択が不変の連結素であるべきであるという⁽¹⁴⁴⁾。そして訴訟の場において当事者が積極的に準拠法を主張しないことによって、法廷地法を準拠法にすることができることから考えても、当事者は法を変えられるのであるともいう⁽¹⁴⁵⁾。

ノースは準拠法の変更を認めたとされる *Whitworth* 事件にふれて⁽¹⁴⁶⁾、これを認める根拠は英国の国際私法であることは、明白であると述べている⁽¹⁴⁷⁾。

ダイヤモンドは、ローマ条約がこの問題を取り上げて、変更を許すとしていること自体が、既に本件は法廷地法によるべき事を示しているという。彼の説によれば、法の変更が有効かどうかは、準拠法の決定過程のひとつであり、国際私法の領域であり、そのゆえに条約中にあるのである、もし変更前の準拠法がその効力を決めるとすると、裁判所はまずその法を確定しなければならない

が、法廷地法で判断すればそのような必要もなく、ずっと簡単かつ直截的であるということになる⁽¹⁴⁸⁾。

ブリッグズも次のように議論できるという。法の選択の問題は、すぐれて法廷地法の問題である。契約の分野では *renvoi* (反致) は一般的に認められないといわれるところ⁽¹⁴⁹⁾、もし法廷地国法以外の法によって、法選択条項の効力を判断するとすれば *renvoi* になりうる。たとえば客観的に定められた法がX国法として、そのX国法が「準拠法不定」条項を認めてY国法の指定を認めたとすると、*renvoi* が導入された結果になってしまうからである⁽¹⁵⁰⁾。

ピアースは当事者の準拠法選択に当たっての意思は、法廷地の国際私法によって連結素として認められるという。その根拠を当事者の選んだ法としたのでは、循環論に陥ってしまうからという⁽¹⁵¹⁾。そして準拠法の選択に当たって要求される「善意」、「合法性」、「公序」の満たされる限り、契約締結後の法選択も認められると言う⁽¹⁵²⁾。

ヒルもローマ条約の下で簡潔性から法廷地法説をとる。しかしそうすると最初の法の下では無効な契約が、新しい法の下では有効であるような場合に問題があることなどは認めている⁽¹⁵³⁾。

一方、懐疑論者のベックは条項の有効性を判断する根拠法としての法廷地法についても、次のように問題提起する。もし法廷地法主義をとるとして、それが「準拠法不定」条項を認めるなら準拠法は当事者が選んだ法となるが、もし法廷地法がそれを認めないなら、客観的に定められる法が準拠法となる。しかしこのことは逆に訴訟が提起されるまでは、どちらになるか分からないことを意味する。ところで「紛争解決地不定」条項⁽¹⁵⁴⁾に目を向けてみると、その有効性は、客観的に決定された法によって判断される。「準拠法選択」条項は、「紛争解決地不定」条項と同じではないが、それと似て実体よりも形式の問題である。法は形式的な問題で、権利義務に関するものでない条項の有効性は、客観的に決められる準拠法によって判断する傾向にある。さらに契約条項はすべて同じ法によって判断される方が望ましいと言う。ただしベックはこのことは公序に合致することを前提とするのだが、最終的には条項は「公序」を理由に無効とされるべきであると言う⁽¹⁵⁵⁾。

ブレンダー・ワイルダースピンは簡潔性から言えば、法廷地法に軍配が上がるかもしれないが、そうすると法廷地漁りが起こるおそれなどを指摘する⁽¹⁵⁶⁾。

チェシア・ノースはローマ条約の下では、「準拠法不定」条項の効果は3条(2)項によって判断されることになるという⁽¹⁵⁷⁾。他の説についてチェシア・ノースは、契約当事者は準拠法を選ぶ自由があるのだから、理論的にそれを変える自由もあることを根拠に、変更が行われる際に、最初の法もしくは変更された後の法がそれを許すかどうかは関係ないという⁽¹⁵⁸⁾。なお理論的にはチェシア・ノースのいう「準拠法を選ぶ自由がある」ということの根拠法は何かという反論がありうる。この問題にピアースの与えるひとつの解答は、法廷地の抵触法原則が、当事者による準拠法選択を連結素として認める可能性があるということである⁽¹⁵⁹⁾。しかし法廷地が分からないうちに(例えば契約時、あるいは法変更時)、この問題が起こったらどうなるのだろうか。ピアースはランドーの次の言葉をひいている⁽¹⁶⁰⁾。

「我々が何かの行為をなすときに、確定的にそれに適用される法原則というものはない⁽¹⁶¹⁾。(中略)事実、訴訟において裁判所が適用するまで、どんな法原則も効力を発揮しないのである。どの法体系も、ある事実上の出来事に既存の法を適用しようとしても、隙間や重複があつてどのように適用されるか分からない部分をもつものである。そしてそのことはひとつの法体系の中に含まれる法原則についてのみならず、法体系そのものについても当てはまる。(中略)ある国の法が当事者の行為を支配すると言ったとしても、そのことは実は裁判所はその法を適用する高い蓋然性がある、ということの意味するにすぎない。このことは当事者による法の選択を支配する法は何か、ということにも当てはまる。当事者の選択というものは、その合意をしたときに選択を認める法がないのだから効果がない、という議論には根拠がない。そのような既存の法は存在しない。」

ダイシー・モリスも同様に、ローマ条約3条(2)によって選択は効力を認められるという⁽¹⁶²⁾。

9 まとめ

ここまで「準拠法不定」条項について英国法、特に現在においてはローマ条約、にもとづいて検討してきたが、ここでこの条項の有効性、効果、その根拠などをどのように考えればよいのかについてまとめてみる。

(1) 法選択がなされる前の「準拠法不定」条項

まず「準拠法不定」条項の定めにもとづいて法の選択がなされるまでに裁判が起こった場合には、この条項には何の効力も与えられない、つまり無視されるか、もしくはこの条項は無効であるとされるべきである⁽¹⁶³⁾。準拠法が決まることなく裁判が起こされる例のひとつは、選択権が一方当事者にしかない場合である。そのような契約の下で、選択権を有さない当事者が紛争を裁判で解決しようとするところの問題が発生する。また仲裁地を基準とした「準拠法不定」条項を含む契約中の、仲裁条項の効力に関する判断を、裁判所に求める場合にも起こる。裁判所は準拠法の決定にあたっては、法廷地の国際私法を適用するしかない。このような場合に「準拠法不定」条項にもとづいて黙示的な準拠法を探求することは不可能である。なぜなら「準拠法不定」条項はまれには積極的に「無法」状態を選択するものであり、そうでなくても2カ国もしくは3カ国、もしくは無数の国の法律を適用可能な法律として指定するものだからである。候補として指定されている複数の国の法律のいずれかひとつを、当事者が黙示で指定した準拠法である、とすることは不可能である。この場合に裁判所は、自国の国際私法によって準拠法を決定することになる。その法は客観的に決まるもので、多くの場合に最密接関連地法になると考えられる。New York suable clause (ニューヨーク提訴可能条項)のごとく例外的な場合には、当事者が黙示で指定したと考えられる法律によるかもしれない。しかしこれも契約中の準拠法のリストにある法から選ぶわけではなく、その契約の成立の経緯から推認される法である。この状況は準拠法の定めのない契約と同様であると言ってよいだろう。そこには準拠法排除の意思はない。

このようにして法廷地の国際私法の適用によって準拠法が決まるとすれば、

結局のところ「準拠法不定」条項を含む契約の下でも、5章でふれた「法的真空状態」は存在しないということになる。

(2) 選択後の「準拠法不定」条項

次にこの条項にもとづいて選択がなされた後について考える⁽¹⁶⁴⁾。ここでは最もよく見られる、紛争解決地とセットにされた「準拠法不定」条項を前提に考えてみる。当事者が紛争を裁判に持込むということが、具体的には過去の契約履行について争うことを意味することは既に見た。従って「準拠法不定」条項にもとづく準拠法の指定は、遡及的適用を前提とした指定である⁽¹⁶⁵⁾。当事者は過去いずれかの国の法律に準拠していた契約関係に対して、契約に定められた事由を契機として指定された法を遡及的に適用して、当事者の権利義務の判断を求めることになる。なおこの場合に、法変更前になされた行為で第三者との関係を含むものが、どのような影響を受けるかなどの問題があるが、本稿では省略した⁽¹⁶⁶⁾。

a. 準拠法の選択は法の変更か

この問題を考えるに当たって、まず「変更」という言葉の意味を確認しておかなければならない。具体的には「当事者が自ら定めた既存の法を変更することだけを変更と考えるか、当事者に既存の法という意識はないが、法を選択することによって、「結果としてそれまでの法と異なった法が適用される」ことも変更と考えるべきか、ということである。

後者の場合は一見すると、法変更ではないと考えられるかもしれない。既に見たように「準拠法不定」条項を含む契約中で、当事者に「既存の法」の意識が存在する（と推認できる）のは、その期間について黙示の法指定を考えることのできるケース（具体的には New York suable clause のような条項）だけで、大抵はその期間については当事者の眼から見た真空状態、極端な場合には「無法の合意」があるのである。そうすると結果的には法は変わるが、「当事者が変えたわけではない」とも考えられるからである。つまり当事者自治の発露としての法選択もしくは法の指定は、選択権行使のときにはじめてになされるというのである⁽¹⁶⁷⁾。その結果としてこの新規の設定の可否は、法変更の問題として捉

えられるべきではなく⁽¹⁶⁸⁾、法選択の自由の問題として考えられるべきであるとも言えそうである。

しかしこの議論は正しくない。当事者が好むと好まざるに関わらず、契約の準拠法は存在しなくてはならず、また(1)で見たように何らかの方法によって最初から確定されうるわけであるから、そのことを知っているはずの当事者⁽¹⁶⁹⁾が行う契約期間中における法の選択は、「新しい法」の指定なのである。「結果としてそれまでの法と異なった法が適用される」ということは、当事者が意識的にそうしたのだから、結局それは法変更となると考えるのが正しい。

ところで新しく選択された法が、たまたまある国際私法を適用すればそうになっていたであろう法と同一であれば、ここに法の変更が現れることにはならず、問題にはならないという議論は正当だろうか。考えてみると紛争解決可能地は複数あることが合意されているのだから、訴えが提起されるまでは、この「ある国際私法」が具体的にはどの国際私法であったかは分からない。従って同一であるということを断定的に決めることは、現実には不可能であることになる。紛争解決地の国際私法を適用したとしたらこうであった、という答えはあるだろうが、そのことが意味をもつのは、その国の国際私法（もしくはその地の法律にもとづいて、「準拠法不定」条項の効力を決める根拠として選ばれた外国の法）が法の変更を認めないか、法の遡及的指定を認めないために、裁判所が自ら準拠法を決めなければならない、という立場に立つときだけである。なぜならそれ以外のときは、遡及的な法指定を目の前にしては、以前の法が何であったかは強いて問われないからである。むしろこの場合にたまたま同一の法律になったとしても、そこには契約期間中の準拠法の指定があったのだから、法の変更という行為があったというのが正しい。すなわち指定された法がたまたまそれまでの準拠法と同じ法となったのは、数ある場合の1つに過ぎず、選択という行為がそこにあるからである。

このように考えていくと、以下の問題を考えるためには、法の選択ないし指定は法の変更として考えてよいように思われる。では法の変更が認められるかどうかは、いずれの国のどのような法律に従って考えるべきであろうか。

b. 変更の効力を判断する根拠法

第8章の(2)で見たいいくつかの説を土台にして考えてみる。

(i) 当初の準拠法

当初の準拠法とはどうして決まるかという点、ウルフヤマンは当初「合意」によって決めた法として考えていた。それ以外に客観的に決まる法という立場もある。「準拠法不定」条項の検討としては、New York suable clause のような特殊な例を除いて、合意によって決めた法のことを考える必要はないのだが、ここではあわせて法変更の可否の見地から見てみることにする。

選択がなされる以前に「準拠法不定」条項の効力の問題が発生したとすれば、確かにそのときに関連付けられる唯一の法律は、その契約のそのときの準拠法であろうが、この条項の有効性が検討の場に登場してくるのは、選択がなされた後のことである。実際的に考えても選択が行われる前に問題が裁判に持ち込まれたとしたら、その条項が無効であるかどうかを論じても意味がない。なぜならそのときの準拠法は「準拠法不定」条項とは無関係に決定されるからである⁽¹⁷⁰⁾。

一方、選択がなされた後で裁判所がその選択の有効性を当初の準拠法によって判断するとすれば、その当初の準拠法というのは裁判所が当事者の意思（選択）を認めずに、自ら国際私法を駆使して確定した法である。仮に選択の効力を認めるかどうかを判断するためだけに、当初の準拠法に拠ることを許したとしても、そこでの判断の根拠は当初の準拠法のうちの国際私法になるだろう。なぜならこれは法の選択の問題であるからである。言い換えれば、当事者が自分たちの契約における権利義務を、どの国の法に拠って判断するかということを、遡及効を持ちつつ決定するという行為は、契約締結時に準拠法を選定するのと同じ行為なのだから、その根拠は当初の契約締結時における場合と同様に、国際私法上認められる当事者自治の原則によるからである。そのことの可否を法廷地以外の国の国際私法に拠らせるとしたら、契約の準拠法分野に *renvoi* を許すことになるので認められないということになるだろう。従って当初の準拠法によってこの条項の有効性を判断するという立場は支持できない。

さらに法の選択は当事者の権利義務に影響を与えることであるから、当初の

実質法によって判断されるべきであるとの議論についてはどうか。ここで確認しておかなければならないのは、権利義務の内容は異なる国の法が適用されれば異なるのは当然である、選択を規定した当事者は同一の準拠法の中で権利義務を再構成して変更しようとしているのではない、ということである。当事者が本来契約上で意図した法のいずれかを指定すれば、その法体系上における権利義務の内容は当然異なるのである。当事者は当初からそのことを知っていたのである⁽¹⁷¹⁾。そこにおける法の選択の結果としての権利義務の変容は、国際私法上で認められる（場合によっては認められないかもしれないとしても）法の選択権行使の結果であって、いずれにしても実質法上の問題ではない⁽¹⁷²⁾。

法の変更は当事者の権利義務に「影響」は与えるが、「変更」はしないということも言える。なぜなら紛争になってはじめて、あらかじめの合意にもとづいて遡及的に法を選ぶからである。法的真空状態は許されないことからいえば、選択までに法は存在しなければならないが、その法が何であったかは裁判所が決めない限り分からないのだから、結局「当事者にとっては」、紛争の表面化に伴ってなされた法の選択が、はじめてのルール設定であったにすぎない。例として当初の法律にもとづけば、ある義務の違反に対して当事者は契約の解除権をもつが、新しく選ばれうる2つの法律の下では、いずれにおいても同様の解除権は与えられないというケースを考えてみよう。これが権利義務の変更であることに疑問はない。この場合に当事者の法変更の意図が、当初の準拠法にもとづく解除権を、新しい準拠法の原則を実質法的に取り込むことによって排除しようとしているなら、当初の準拠法の下でそのような取り込みができるかどうかという、実質法的指定の問題であろうが、ここでは当事者は解除権のない法律制度に契約自身を移行させようとしているのであるから、結果としての権利義務の変更はいわばゲームのルールの全面的変更の結果であり、抵触法的な法の指定によるのである。この指定の可否の判断を当初の法に拠らしめるとしたら、当初の法律の内でも国際私法に拠っていることになり、これは契約の準拠法の問題には *renvoi* は許されないという原則に反するものとなる⁽¹⁷³⁾。

もし当初の準拠法中の国際私法を使うことに *renvoi* の問題がないと仮定して、当初の準拠法上の国際私法の原則を適用しさえすれば、当初の準拠法は所

与のものなのだから、必ず安定的に同じ答えが得られるのではないかとの反論があるかもしれない。さらにもし当初の準拠法上の国際私法以外のものを適用することを許すと、法廷地漁りが起こるといふ非難があるかもしれない。しかしそもそも当初の準拠法というものは、法廷地の国際私法によって決まるものであるから、法廷地が確定していない限り、当初の実質法というものもまた当然に確定しているわけではなく、結局この批判も当たらないであろう。

当初の法で法変更が認められない場合には、法変更を許されてはならない、という議論に対しては、同じことは契約を終了させた上でまた締結しなおすことによって、実現することができるのだから意味がないという批判もある。これは他の議論に対しても当てはまる批判である。

(ii) 当初の法と新しく選ばれた法

この説の根拠は契約の準拠法の変更が、当事者の権利義務の変更につながるということであった。しかし当初の法に拠ることについてはすでに上にあげた問題がある。如何なる法の下でも、そしてどのようにその法の変更があったとしても、権利義務の内容が変わることは疑いがない。また新しい法が法の変更を許さないとしても、当事者は契約を新しく締結する形で同じ目的を達することができるのだから、結局のところ変更前または変更後の契約が法の変更を許すかどうかに関することは、実質的には意味がないという批判は、この場合にも妥当する。*renvoi* に対する(i)にあげた難点も同じく存在する。

(iii) 客観的に決まる法

客観的に決まる準拠法によるとの説については、これは具体的には、裁判所が裁判地の国際私法を適用して発見するものであるのだから、契約が当初準拠する法律によるのと同じ批判が当てはまる。

(iv) 法廷地法

法廷地法によるとする説に対する反論の1つは、最初の法のもとでは無効な契約、もしくは不法な契約事項が、新しい法にもとづけば有効であるとされてしまうという不都合である。しかしこのことは法廷地法で判断することに特有な問題ではなく、そもそも法変更を認めれば多かれ少なかれ起こらざるを得ないことである。加えてこの問題の出発点は「準拠法不定」条項にあるわけだが、

法の変更が行われる前は、当事者は準拠法を定めていなかったわけだから、一体当事者は何法にもとづく無効、不法から逃避しようとしている、あるいは逃避したことになるといえるのだろうかという問題もある。法廷地で客観的に決定された法が、ある事項を無効、不法であると判断することになるのかもしれないが、そもそも法廷地がどこかによって、その契約に適用されるべき法が何であったか異なりうるのだから（場合によっては変更することによって、合法的であったことがそうではなくなるかもしれない）、結局のところ無効、不法であったかどうかさえ、当事者には確定的にわからないことになり、このことに対する理論的に割り切れる答えは出せないのではないだろうか。

また法廷地法以外の法で判断するという場合には、裁判所は外国の国際私法にもとづいて法の変更の可否を判断する、という *renvoi* の問題にかえってしまうことにもなる。

次に法廷地法で法変更の可否を判断するとして、法廷地法が法変更を認めない場合には、結局法廷地の国際私法を適用して客観的に法が決定されることになる。これは当事者の期待と異なりうるという点は確かにある。しかし少なくとも法廷地法によるのであれば、法廷地の国際私法が法変更を認めない場合には、その契約上の権利義務を何国法によって考えるかは、法廷地の国際私法によって決められるという利点がある。つまり1つの国の国際私法ですべての問題が片づくわけである。

法廷地法以外の法、たとえば選ばれた法に法変更の効果を抛らしめるとすれば⁽¹⁷⁴⁾、それが認められなかった場合に、法廷地の裁判所は何を根拠に準拠法を定めればよいのだろうか。この問題を考えるに当たって次のような状況を想定してみよう（この例では考えやすいように、国名を与えたが、実際の法とは関係ない）。

英国と日本の建設業者がサウジアラビアにおいて石油プラントを作ることを目的として、建設工事のコンソーシアム（建設共同体）契約を締結した。ほとんどの契約条件交渉、および契約締結はサウジアラビアで行われた。準拠法の定めとして「法廷地をスイスの裁判所とし、準拠法は被告の国の法律とする」と合意した。スイスの法律は法変更の可否を選ばれた法に

よって判断する。英国の国際私法は法変更を認めるが、日本の法は認めない。

日本の当事者が訴えを起こした場合には、当事者の選んだ準拠法がみとめられる。英国側が原告となる場合には日本法にもとづいて考えるが、日本法はその選択を否定する。そこでつぎのステップに移って準拠法を決めることになるが、ここではスイスの裁判所は自国の国際私法に拠って判断するだろう。与件においてその判断は簡単なものではないと推察されるが、とにかく結果として日本側が訴訟を起こした場合には、準拠法を選択は認められるが、英国側が訴訟をした場合には選択は認められないということになる。

設定を少し変更して、当初の法もしくは客観的な法による立場に立つとしても⁽¹⁷⁵⁾、その法が変更を認めればよいが、認めなければスイスの国際私法にかえてきてしまう。加えて準拠法の決定は容易ではなく、決定に至るまで当事者は、何法にもとづいて権利義務を考えて良いのか分からないという状態におかれる。

これに対して法廷地スイスの法律が準拠法変更に関しては、自国の国際私法の原則によって判断するというのであれば、英国法もしくは日本法にもとづく結果がどうであれ、当事者の意思は、全面的にかつ公平に認められるか、認められない⁽¹⁷⁶⁾かどちらかである。訴える側がどちらかになることによって答えが異なることにはならない。もしスイス法が法変更を認めないとすれば、当事者の選択を拒否して自国の国際私法にもとづいて、客観法を準拠法とするであろう。結局この方がスイスの裁判所としては最も筋が通って、かつ当事者にとっても簡潔に答えが得られるのではないだろうか。

確かに法廷地以外の法にもとづくとした場合でも、その法のもとで選択が無効となった場合には、上に述べたように、戻ってスイスの国際私法に拠ることになるが、その場合はスイスの裁判所はもとの選択の判断については外国の国際私法を適用し、そこでは法変更が認められないために、今度は自国の国際私法を適用して定められる実質法を準拠法として判断する、という迂遠な過程を経なければならないことになるが、このようなことを正当づける根拠はあるだろうか。

おわりに

このように見てくると「準拠法不定」条項をもった契約の準拠法は、選択がなされるまでは法廷地の国際私法を適用して最密接関連地法（もしくはその他、法廷地の国際私法の定める基準によって決定された法）とし、選択がなされたときの、選択の可否は法廷地の国際私法によって決するというのがもっとも簡潔であると思われる。当事者の側から見れば、準拠法選択までは強いて準拠法を選ばなかったのだから、法廷地法によって決められることはやむをえない答えであろう。また選択の後については、当事者の法の選択という根源的に国際私法上の行為の効果が、法廷地法という予測可能な法律で判断されるのであるから、当事者の意図に沿うものであろう。ローマ条約の定めるところが、最も安定的な解決を呈示していると考えられる。またわが国の「法の適用に関する通則法」も同様の考え方を採用しようとしているのは、国際私法統一に少しでも近づく動きとして歓迎することができる。

(1) 実務への提言

しかしこのことは実務にあたって「準拠法不定」条項の採用をすすめるものでは決してない。国際私法が全世界的に上のような構造で統一されたとしても、この条項には次のような実際の問題点があるからである。

(i) 指定が行われるまでは、当事者は準拠法がわからない

この条項は、ときには当事者がある1国の法を準拠法とすることに合意できなかったから出現したものであり、あるときは作成者が自分に有利な国の法を、紛争が起こったときに指定することができるようにして、それ迄の期間は白紙の状態にしておくために入れるものだから、準拠法が分からないのはいわば所期の効果である。しかし実務において紛争は当事者間で解決していくのが慣行でもあり原則であるのだから、そのルールが定まっていないのでは、契約書の本来の目的の1つが果たされないこととなる。

(ii) 指定される法によって、争点の答えが変わってくるおそれがある

準拠法候補が2つ以上あるということは、どの法が適用されるかによって、

同じ事実にもとづいても、実質的な権利義務の内容が変わることを意味する。ある法上は存在する権利が、他の法では存在しない、ある法では請求権が消滅しているのに、他の法ではまだ存続しているといった状態は、紛争解決を目的とする契約書にあるまじき現象であろう。

(iii) システムの欠陥の落とし穴に落ちるおそれがある

この条項はたいいていの場合、訴訟をするのが誰かによって自動的に準拠法が決るように作られている。船荷証券の例(第2章の(ii)の例)などを除いて、指定する者にさえどの国の法にするかの自由までは与えられていない。そうするともし自分が原告、申立人になったときに適用される法の下では、自分の主張は認められず、相手の主張が通るが、相手が先に動いてくれればそのときの法律の下では自分の主張が通って、相手の主張は認められない可能性がある。準拠法が1つなら、この時点で問題解決の方向は決まっただろう。商業紛争は概して複合的な要因が絡みあって発生するものであるので、種々の請求原因、理論的根拠を些細に検討すると、このような状況に立ち至ることは十分考えられる。

(iv) 「準拠法不定」条項そのものが認められないとすると、全く予想していなかった準拠法になることが考えられる

一応この条項が有効であるとの想定のもとに訴訟してみたところ、世界のいずれかの国ではこのような条項は認められない、とされることも十分ありうる⁽¹⁷⁷⁾。さらにその国の国際私法が、このような場合に最密接関係地法を適用するのも分からない。そうすると当事者は訴訟をした後にはじめて自分の権利義務の根拠を発見する、というおよそ考えられない不安定な状況に自分をおくことになる⁽¹⁷⁸⁾。

このようなリスクをおかしてまで「準拠法不定」条項をおくかどうか、を実務家はよく考えなければならない。こんな問題がありうるなら、余計に当事者間で問題解決をはかるだろうからそれでよい、という「核兵器紛争抑止力」的議論には疑問があろう。結論としてはルールは最初から明確にしておくのが正しいとしか考えられない。

(2) 日本の学説, 判例

国際契約における準拠法について、判例を詳しく調べた論文⁽¹⁷⁹⁾を見ても、「準拠法不定」条項に関する判例は見当たらない。準拠法の変更の問題も、口頭弁論時に当事者が合意、もしくは指定をした例はいくつかあり、契約締結後の準拠法の変更と考えた方が適切であるという場合もあるようだが⁽¹⁸⁰⁾、「準拠法不定」の合意と結びつけて考えられるような論評は見当たらない。

契約締結後の準拠法の変更については、当事者自治の反映としておおむね学説は好意的なようだが⁽¹⁸¹⁾、今後さらに的をしぼって、議論を展開していく必要がある。次にあげるいくつかの点は、重要と思われることについての私見をまじえた仮説である。

(i) 法律行為の内でも、特に契約について準拠法の変更が問題になる。

(ii) 契約成立当時に、明示で準拠法を指定してある契約において、後日合意で準拠法の変更が行われる場合については、当事者自治の原則にもとづいて遡及効をもってこれを認めることに障害はないと思われる。ただし第三者の権利を害する場合を除く。

(iii) 契約から黙示的に準拠法が決定されうるにもかかわらず、訴訟手続内で片方当事者がある法を準拠法として主張し、相手方がそれを争わないときは、(ii)と同じようにこれを遡及的な法の変更として認めてよい。当初からの合意の追認と考えることは適切ではない。なぜなら主張以前の時点でもし準拠法を考える機会があったとしたら、黙示的に準拠法が決まったはずだからである。それが主張された法とたまたま同じであった場合には、当初の意思の確認とみられなくもないが、黙示的に指定された準拠法が何であったのかの判断は、訴訟地の国際私法によって変わりうるものであるから、追認すべき「所与の」黙示的指定法というものはないと考えられるからである。

(iv) 「準拠法不定」の合意の有効性は、そのことが訴訟になったら適用されるであろう国際私法によって決定される。

(v) 「準拠法不定」の合意があるからといって、指定があるまでは準拠法がないということにはならない。もしそのような「無法」の合意を積極的にしたとしたら、契約の効力を認められないのではないかと考えられる⁽¹⁸²⁾。

(vi) 「準拠法不定」の合意のある契約の準拠法は、指定が行われるまでは、訴訟になったら適用されるであろう国際私法によって、客観的に決定されるとするのが最も簡明である。しかし訴訟地が1ヵ所に決まっていな以上、現実的には決められない。

(vii) 「準拠法不定」条項にもとづく準拠法の指定は、法の遡及的変更である。従って第三者の権利を害することはできないといった裁判地の国際私法上の制約に服する。

(viii) 「準拠法不定」条項と離れるが、この流れの延長線上に、準拠法を将来的に(遡及的ではなく)変更することを許すのが果たして政策的に望ましいことかという問題がある。分割指定は同時に契約を複数の法律に服せしめるのに対して、将来的な変更は時間軸的に契約を分割して、異なる法に服せしめることであるとも言える。分割指定については、当事者の期待や国際取引の安全を指摘して、それを認めるべきであるという見解もある一方⁽¹⁸³⁾、「複数準拠法の接合面での種々の困難や矛盾・抵触」を根拠に認めるべきではないという説もある⁽¹⁸⁴⁾。将来的変更にも同じ視点からの検討が必要だろう。もしある行為が変更前後の時期にまたがって発生したら、どのように解決を与えるのかという問題がある。そもそも同時にせよ、逐時的にせよ、契約を異なる法に服せしめるということが好ましいのかは、再考に値する。なおローマ条約は分割指定を許している⁽¹⁸⁵⁾。

- (1) 原点に戻って、日本国内で日本人の間で日本を履行地として締結される契約は、なぜ日本法に準拠することになるのか、を考える必要もあろう。いわゆる涉外契約の準拠法を考えるときには、当然のこととして当事者の明示または黙示の意思を探求するとすれば、「純」国内契約ではなぜそれらを検討することなく、契約は日本法によるよいかという説明が必要だからである。私法上の生活関係を考えるときに、国内的私法関係と渉外的私法関係を分けて、国内的私法関係については日本法が当然適用されるとするのが一般的だが、そう簡単に二分法で解決するのだろうか。純然たる国内契約については、民法などは当然それを対象にしたものだから日本法が適用される、あるいは国内契約に外国法の指定を許すと強行法規の潜脱を許すことになる、といった批判は理解できる。あるいは客観的な連結点がすべて

日本にあれば、当事者の意思の検討は不要になると言えるのかもしれない。しかしたとえば外国の当事者を含む複合プロジェクトの中で、たまたま日本人間の契約が出てきたときに、その契約関係だけを見れば渉外的な連結点がないとしても、当事者としてはプロジェクトの統一法であると合意された、外国の法を準拠法とすると考えることも、十分考えられるのではないだろうか。溜池良夫『国際私法講義』（有斐閣、第3版、2005年）3、16－18、364－365頁、山田録一『国際私法』（有斐閣、第3版、2004年）1頁、Ole Lando 'Private International Law: Contracts' 3 *International Encyclopedia of Comparative Law*, Chap 24 (1976) § 64 参照。

- (2) 関係する判例を集めたものとして、鳥居淳子「わが国の判例における渉外債権契約の準拠法の決定」『名法』35号（1966年）71頁以下、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—」『北法』45巻5号（1994年）1頁以下がある。
- (3) PM North and JJ Fawcett *Cheshire and North's Private International Law* (London: Butterworths, 13th ed, 1999), p. 553.
- (4) *Star Shipping AS v China National Foreign Trade Transportation Corporation The Star Texas* [1993] 2 Lloyd's Rep 445, 450, CA.
- (5) 仲裁法36条3項にあるような「衡平と善」を判断の拠り所とする、というのは特殊な事情があるときであろう。
- (6) この論題については鳥居淳子「イギリス国際私法における当事者による契約締結後の準拠法の指定」松井芳郎ほか編『国際取引と法』（名古屋大学出版会、昭和63年）147頁以下という論文があり、大変参考になった。その中では本稿でいう「準拠法不定」の原文である *floating proper law* (あるいは *floating applicable law*, *floating choice of law* といわれることもある) の訳として「浮動的プロパー・ロー」という表現が使われている。本来これに従うべき所であるが、より意味が分かりやすいと思われた「準拠法不定」という表現を使った。
- (7) *Black Clawson International Ltd v Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG* [1981] 2 Lloyd's Rep 446 より。
- (8) もっとも外国法という意味では不便だが、ときにはかえってその法の下でなら自分の望む救済が可能だといったこともありうるので、一概に不利だとも言えないかもしれない。
- (9) 被国地における訴訟、仲裁を定める紛争解決条項と、一脈通じるところがある。
- (10) *Armar Shipping Co Ltd v Caisse Algerienne d'Assurance et de Réassurance The Armar* [1981] 1 WLR 207, CA より。
- (11) *Dubai Electricity Co v Islamic Republic of Iran Shipping Lines The Iran Voj-*

- dan* [1984] 2 Lloyd's Rep 380 より。
- (12) *Armadora Occidental SA v Horace Mann Insurance Co* [1977] 1 WLR 520 より。
- (13) *ibid*, p. 525.
- (14) その他に *Cantieri Navali Riuniti SpA v NV Omne Justitia The Stolt Marmaro* [1985] 2 Lloyd's Rep 428, CA もそうである。
- (15) たとえば *David George King v Brandywine Reinsurance Co (UK) Ltd* [2004] EWHC 1033 (Comm)。
- (16) *The Star Texas* 事件 *supra* note (4)より。被申立人が仲裁地を選ぶという、非常に珍しい条項であった。
- (17) 仲裁の場合につき *Compagnie d'Armement Maritime SA v Compagnie Tunisienne de Navigation SA* [1971] AC 572, 596, HL.
- (18) *The Star Texas* 事件 *supra* note (4), p. 448.
- (19) *Astro Venturoso Compania Naviera v Hellenik Shipyards SA The Mariannina* [1983] 1 Lloyd's Rep 12, CA より。
- (20) *Sonatrach Petroleum Corporation (BVI) v Ferrell International Limited* [2001] EWHC 481 (Comm)。
- (21) *The Armar* 事件 *supra* note (10). 事件の詳細については鳥居「イギリス国際私法における当事者による契約締結後の準拠法の指定」(注(6)) 152 頁以下参照。この事件で示された原則はその後の多くの事件で認められている。*The Stolt Marumaro* 事件 *supra* note (14), p. 435, *The Frank Pais* [1986] 1 Lloyd's Rep 529, 531, *The Iran Vojdan* 事件 *supra* note (11), p. 385, *El Du Pont de Nemours & Co v IC Agnew* [1987] 2 Lloyd's Rep 585, 592, CA, *CGU International Insurance PLC v Ashleigh V Szabo* [2001] EWHC 608 (QB) [36], [37], *King* 事件 *supra* note (15), [46] など。
- (22) 2章(ii)に英文がある。
- (23) 'I find insuperable difficulty in seeing by what system of law one is to decide what, if any, is the legal effect of an event which occurs when a contract is already in existence with no proper law: but, instead with a "floating" non-law.' *The Armar* 事件 *supra* note (10), p. 215.
- (24) メゴ-卿は傍論として、保証契約の中に明示もしくは、黙示的とはいえ明確に、ロンドンを指し示すものがあるとすれば、英国法が準拠法とされたであろうと言っているが、もちろんそのような記載はなかった。*supra* note (10), p. 213.
- (25) *The Iran Vojdan* 事件 *supra* note (11), p. 385.
- (26) 被告は英国裁判所に管轄権があることは一応認めているが、次に述べるように専属的管轄権がドイツの裁判所にあることを根拠に、結局英国の裁判所に管轄権はな

いと主張する。

- ⑦ 英文は第2章(ii)の2番目の例参照。
- ⑧ *The Iran Vojdan* 事件 *supra* note (1), p. 385.
- ⑨ *The Armar* 事件 *supra* note (10), p. 215.
- ⑩ *Compagnie d'Armement* 事件 *supra* note (17), p. 603. System of law というかわりに law of country と言われることもあるが、実際的にはその差はあまりないと考えられている。*James Miller & Partners Ltd v Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd* [1970] AC 583, 604, HL. Lawrence Collins (gen ed) *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (London: Sweet & Maxwell, 13th ed, 2000) 32-107.
- ⑪ '[T]he system of law by reference to which the contract was made or that with which the transaction has its closest and the most real connexion.' *John Lavingston Bonnython v Commonwealth of Australia* [1951] AC 201, 219, JC. この文章における or は離接的接続詞 (disjunctive) で、同意語を導くものではない。*Amin Rasheed Shipping Corporation v Kuwait Insurance Co* [1984] 1 AC 50, 61, HL.
- ⑫ 'It is now well settled that ... the proper law of the contract "is the law which the parties intended to apply." That intention is objectively ascertained, and, if not expressed, will be presumed from the terms of the contract and the relevant surrounding circumstances.' *Vita Food Products Incorporated v Unus Shipping Company Limited* [1939] AC 277, 289-290, JC. *Whitworth* 事件 *supra* note (30), p. 603 も参照。
- ⑬ *Compagnie d'Armement* 事件 *supra* note (17), p. 603. ただしここでいう通常の契約の解釈とは、合意に至る当事者の意思解釈などに関するまでの範囲のことをいい、法の選択そのものを支配する原則は、国際私法の原則である。*Du Pont* 事件 *supra* note (21), p. 592.
- ⑭ '... provided the intention expressed is bona fide and legal, and provided there is no reason for avoiding the choice on the ground of public policy.' *Vita Food* 事件 *supra* note (32), p. 290.
- ⑮ ローマ条約の下では強行法規、公の秩序 (ordre public) の適用に関する3条(3)項、7条、16条があって、当事者はこれを排除できないため、このことは現在では要求する必要がない、と考えられる。Peter Kaye *The New Private International Law of Contract of the European Community* (Aldershot: Dartmouth, 1993) p. 148. なおローマ条約は Contracts (Applicable Law) Act 1990 の Schedule 1 として英国法にとり入れられているので(1991年4月1日から施行)、若干の留保条項を除いて英国法の一部でもある。
- ⑯ *Whitworth* 事件 *supra* note (30), p. 603.

- 37) *Compagnie d'Armement* 事件 *supra* note (17), p. 603.
- 38) ローマ条約3条(1)「当事者はその選択により、契約の全体またはその一部のみについて適用されるべき法を選ぶことができる。」
- 39) ローマ条約3条(2)「当事者は、本条にもとづいたそれ以前の選択の結果によるか、または本条約の他の規定によるかを問わず、変更前に契約が準拠するとされた法以外の法に、その契約を従うこととする合意をいつでもすることができる。適用すべき法律の契約締結後の当事者による変更は、9条にもとづく形式上の有効性を妨げないものとし、また第三者の権利に不利な影響を与えないものとする。」
- 40) *Compagnie d'Armement* 事件 *supra* note (17), p. 603.
- 41) *Amin Rasheed* 事件 *supra* note 31), pp. 61-62 参照。ところで一般的な英国の反致の原則は *doctrine of double renvoi*, *doctrine of total renvoi*, the English *doctrine of renvoi* といわれ、英国の裁判官は英国国際私法によれば、問題が外国法に準拠するとされるときは、当該外国の裁判所がその問題をどう扱うか（その国の国際私法の原則を含めるかどうか、反致を認めるかどうかも含めて）ということにもとづいて判断するとされている。従ってある問題は英国の国際私法によればX国の法によるとされる場合に、裁判官はX国においてその国の国際私法が英国法によるとしていれば、英国法にもとづいて考えるが、英国法がこの問題をまた自国に反致して来る場合は、イタリアのようにその国が反致を認めない国である（反致否認国）ときには英国法によって判断し、フランスのようにこれを認める国ではX国法で判断するとする。Cheshire & North, *supra* note (3), ch.5, 溜池『国際私法講義』（注(1)）147 - 152 頁。
- 42) *Amin Rasheed* 事件 *supra* note 31), p. 65.
- 43) *The Iran Vojdan* 事件 *supra* note (11), p. 385.
- 44) 3条(1), (注38)。
- 45) 4条(1)「契約の準拠法が3条に従って選択されていない限りにおいて、契約はそれが最も密接な関係を持つ国の法に準拠する。」
- 46) O Kahn-Freund 'General Problems of Private International Law' (1974) III *Hague Recueil* 147 p. 402.
- 47) AL Diamond 'Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations' (1986) IV *Hague Recueil* 241 p. 262, David G Pierce 'Post-formation Choice of Law in Contract' (1987) 50 *MLR* 176 p. 191, HG Beale (gen ed) *Chitty on Contracts* (London: Sweet & Maxwell, 29th ed, 2004) 30-004 など。
- 48) Pierce *ibid.*, p. 190.
- 49) 法廷地法 (curial law) を選ぶとは、一般的には仲裁による解決を規定することを

意味するが⁵⁴、訴訟地の指定も結果的にはその国の手続法の適用を意味するゆえに、法廷地法の指定と言ってよいとされる。*Compagnie d'Armement* 事件 *supra* note (17), p. 603.

- (50) この条項の効力を判断する際に使われる法が何であるかについては、第8章参照。
- (51) *The Armar* 事件 *supra* note (10), pp. 215-216.
- (52) *Black Clawson* 事件 *supra* note (7), p. 456 参照。マスティル判事は *The Armar* 事件の第一審担当であった。その中で準拠法は不定であったと判示したが、控訴審で覆されている。
- (53) この事件ではこのことを判断する必要がなかったので、何も結論は出していない。
- (54) *The Iran Vojdan* 事件 *supra* note (11), p. 385. ビンガム判事の後日の *Du Pont* 事件 *supra* note (21), p. 592 における意見 (注58の本文) と対照のこと。
- (55) *The Stolt Marmaro* 事件 *supra* note (14), p. 435.
- (56) *Whitworth* 事件 *supra* note (30), p. 603. Peter North *Essays in Private International Law* (Oxford: Clarendon Press, 1993) pp. 55, 56, Peter Nygh *Autonomy in International Contracts* (Oxford: Clarendon Press, 1999) p. 100 参照。
- (57) この事件では New York suable clause であった。
- (58) *Du Pont* 事件 *supra* note (21), p. 592.
- (59) *CGU* 事件 *supra* note (21), [37]。この事件におけるトゥールソン判事も、変更までは法がない、という概念を受け入れることは難しいと言っている。*ibid*, [36]。
- (60) Dicey & Morris *supra* note (30), 32-085.
- (61) *CGU* 事件 *supra* note (21), [37]。
- (62) *King* 事件 *supra* note (15), [45]。
- (63) 注69参照。Pierce は法の変更の有効性は、欧州の多くの国で認められている旨を述べる。Pierce *supra* note (47), p. 198. North も同様に言う。North *supra* note (56), pp. 57-58. また Lando はローマ条約3条(2)は大方の欧州の既存の法原則の確認である、と述べている。Lando *supra* note (1), § 102.
- (64) Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I Official Journal C282, 31/10/1980 pp. 1-50.
- (65) *ibid*, Title II, §§ 5-6 '... it seems quite logical that the power of the parties [to choose the law] should not be limited solely to the time of the conclusion of the contract. The same applies to a change (by a new agreement between the parties) to the applicable law previously chosen.'
- (66) Kaye *supra* note (35), pp. 148-149.

- (67) *ibid*, p. 149. 選択以前の期間にはローマ条約4条(1)によって、最密接関連地法が適用され、そしてその法が「準拠法不定」条項の成立、効力を決めるのだが(ローマ条約3条(4), 8条), それが何国法であるのかは確定的には分からない、ということによる地位の不安定さも指摘する。
- (68) Peter Nygh 'The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort' (1995) *Hague Recueil* 279, p. 321. Nygh *supra* note 60, p. 99. Nyghによると、オランダやドイツではこのような条項は有効であるとのことである。Nygh *Hague Recueil* 279, p. 320 n. 218.
- (69) ハワードの反対論のもう一つの根拠は、ローマ条約は仲裁合意には適用されない(1条(2)(d)), 同じ契約内の異なる合意に対して、異なる原則が適用になるという点である。ハワードはローマ条約の関連部分の見直しの必要性までも主張する。MN Howard 'Floating choice of law clauses' (1995) LMCLQ 1, pp. 7-8.
- (70) Jonathan Hill *International Commercial Disputes in English Courts* (Oxford: Hart Publishing, 3rd ed, 2005) 14.2.29-14.2.34.
- (71) Cheshire & North *supra* note (3), p. 560.
- (72) *ibid*, p. 560.
- (73) Dicey & Morris *supra* note (3), 32-085.
- (74) Howard *supra* note (69), p. 7. チェシア・ノースは上述のように無効であるとはっきり言っているが、ダイシー・モリスがハワードの主張するように、そう言っているのかどうかは文面からは読み取れない。
- (75) Kaye *supra* note (65), p. 149.
- (76) Richard Plender and Michael Wilderspin *The European Contracts Convention The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations* (London: Sweet & Maxwell, 2nd ed, 2001) 5-06.
- (77) Andrew Beck, 'Floating choice of law clauses' (1987) LMCLQ 523, pp. 531-533. ベック自身は過激な反対論者で、本音を言えば「準拠法不定」条項を含む契約全体が、不確実性を根拠に無効にされることとして欲しいと考えている。しかしこのような条項を含む契約は商業的契約であり、金額も大きく、標準約款による取引であろうことを考えると、裁判所は簡単にはそういう結論を出さないだろう、ということもまたしぶしぶ認めてはいる。
- (78) ただしこの条項が、選択までの期間は無法であると規定していると解される場合には、ローマ条約上でも無効になるのではないかの議論はあろう。しかしその場合でも無効な条項にもとづいた選択までが無効であるともまでいう必要はなく、当事者自治の立場から、選択がなされるまでの期間は無法とする部分だけを否定すれば

十分である。

- (79) 例えば *Kaye supra note (35)*, p. 148.
- (80) ローマ条約 3 条, 4 条も同様である。
- (81) *Pierce supra note (47)*, p. 192.
- (82) *The Armar* 事件 *supra note (10)*, p. 213.
- (83) 契約が英国法に準拠していれば, 英国の民事訴訟法上, 適切であると裁判所が判断することを条件に, 英国の裁判所は管轄地域外の被告への訴状の送達を許可できる。*The Armar* 事件 *supra note (10)*, p. 216.
- (84) もしくは契約の「重心 centre of gravity」(*The Stolt Marmaro* 事件 *supra note (14)*, p. 435) のあるところの法律。
- (85) *Black Clawson* 事件 *supra note (7)*, pp. 453-454.
- (86) *The Stolt Marmaro* 事件 *supra note (14)*, p. 435.
- (87) *Du Pont* 事件 *supra note (21)*, p. 592.
- (88) *King* 事件 *supra note (15)*, [64] - [66].
- (89) *XL Insurance Ltd v Owens Corning* [2000] 2 Lloyd's Rep 500, 508.
- (90) *The Iran Vojdan* 事件 *supra note (11)*, p. 383.
- (91) *The Frank Pais* 事件 *supra note (21)*, p. 530.
- (92) *The Star Texas* 事件 *supra note (4)*, pp. 449, 451-452.
- (93) *CGU* 事件 *supra note (21)*, [33] [40].
- (94) とはいえこの黙示の意思の探求という作業は, 存在しないものの探求にすぎず, 裁判所が当事者に代わって, 合理的な人の有したであろう意思を提供する作業だ, という面は否定できない。*Diamond supra note (47)*, p. 268. 合理的な人の有した意思を, 第三者が推測する場合の根拠は何なのだろうか。
- (95) 例えば *Du Pont* 事件 *supra note (21)*, p. 591 参照。
- (96) 本体契約である売買契約については, 英国法に拠ることに裁判手続内で当事者は合意しているが, 仲裁合意の準拠法については争っていた。なぜ両合意とも運命を共にするとして扱わなかったかの細かい理由は分からない。
- (97) *Black Clawson* 事件 *supra note (7)*, p. 456.
- (98) *Pierce supra note (47)*, p. 192 参照。
- (99) ドイツで船積みが行われ, かつ船荷証券が発行された。
- (100) *The Star Texas* 事件 *supra note (4)*, p. 449.
- (101) *IF Fletcher Conflict of Laws and European Community Law* (Amsterdam: North-Holland Publishing, 1982), p. 161. *Diamond supra note (47)*, Chap. III は各国の法制度を紹介している。その他に *Pierce supra note (47)*, pp. 191-192, *Kaye supra note (35)*,

- p. 148, Nygh *supra* note (68), p. 320, Hill *supra* note (70), 14.2.34, Dicey & Morris *supra* note (30), 32-085, Plender & Wilderspin *supra* note (76), 5-06.
- (100) このことが正しければ「法的真空状態」はないこととなる。Pierce *supra* note (45), p. 192 同旨。しかし事後的に決まるからといって、準拠法なしという合意が許されるということにはなるまい。そのような積極的な合意が許されるべきかは、やはり別の問題であると思われる。
- (101) Nygh *supra* note (68), p. 320.
- (102) *The Armar* 事件 *supra* note (10), p. 455.
- (103) Howard *supra* note (69), p. 3.
- (104) Beck *supra* note (77), p. 525.
- (105) *CGU* 事件 *supra* note (21), [37].
- (106) *The Armar* 事件 *supra* note (10), p. 216.
- (107) *The Iran Vojdan* 事件 *supra* note (11), p. 383. (注(10)の本文参照。)
- (108) ドイツ連邦最高裁判所の判例。 *Allianz v India Steamship Company*, II Z. R., 135/82, 30th May 1983.
- (109) 英国では当事者が外国法を証明しなかったり、主張したりしなかった場合は、それが英国法と同じであるという前提のもとに、英国法にもとづいて判断する。
- (110) *The Iran Vojdan* 事件 *supra* note (11), p. 385.
- (111) 1987年1月より控訴院の裁判官に任命された。
- (112) *Du Pont* 事件 *supra* note (21), p. 592.
- (113) *The Star Texas* 事件 *supra* note (4), pp. 448, 449.
- (114) 'The clause is not destroyed in the eyes of English law as the *lex fori* by the parties' choice of a floating proper law, because the parties have made no such choice.' *The Star Texas* 事件 *supra* note (4), p. 449.
- (115) *King* 事件 *supra* note (15), [45].
- (116) なお本件の対象となった契約書が成立したときには、ローマ条約は英国法になっていなかったため、コモンローの原則として考えることができる。
- (117) 注(114)の本文。
- (118) たとえばA、Bのいずれの州かの法を選ぶとされていても、選択がなされていないのでは、AになるのかBになるのか全く分からないのだから、その2つの選択があるからといってそのことは、契約締結時の法を黙示的にAかBのどちらかであると推認するには全く役に立たない、ということの意味する。
- (119) M Wolff *Private International Law* (Oxford: OUP, 2nd ed, 1950) p. 426.
- (120) この基準は国際私法上の準拠法の選択に関する *Vita Food* 事件 *supra* note (82), 290

に見られるものである。

- (23) *Kremezi v Ridgway* [1949] 1 All ER 662.
- (24) North *supra* note (50), p. 56 も同様に言う。
- (25) FA Mann 'The Time Element in the Conflict of Laws' (1954) 31 *The British Year Book of International Law* 217, p. 222.
- (26) Wolff *supra* note (21), p. 426, Mann *ibid*, p. 222 n.2.
- (27) Fletcher *supra* note (99), pp. 159-160.
- (28) novation は英国法上では、以前の契約の終了と新しい契約の出現を意味する。
- (29) Kaye *supra* note (35), p. 156. しかしこのことを支持する判例としてケイがあげる *Re United Railways of the Havana and Regla Warehouse Ltd* [1960] 1 Ch 52, 84-85, CA, affd [1961] AC 1007, HL は、更改の効果に関する判例であって法変更に関するものではない。
- (30) Adrian Briggs, 'The validity of "floating" choice of law and jurisdiction clauses' (1986) LMCLQ 508, p. 509.
- (31) *ibid*, pp. 509-510.
- (32) *ibid*, p. 510.
- (33) *ibid*, pp. 511-512.
- (34) Beck *supra* note (77), pp. 528-529.
- (35) *ibid*, pp. 524-526.
- (36) ベックは両者の合意でなら変更することは可能と考えている。
- (37) *The Armar* 事件 *supra* note (10), pp. 215-216.
- (38) Beck *supra* note (77), p. 526.
- (39) Nygh *supra* note (50), p. 100.
- (40) *ibid*, p. 101. なおナイは法廷地法説から改説したようである。Nygh *supra* note (60), p. 321.
- (41) ローマ条約 3 条(4)「準拠法の選択に関しては、当事者の承諾の成立と有効性は 8, 9 および 11 条の規定に従って決められるものとする。」8 条(1)「契約または契約条項の成立および有効性は、もし契約または条項が有効だとしたら、本条約の下でその契約または条項が準拠する法律によって決められる。」選ばれた法律が、選ぶことの合法性を決定するということは、自分で自分の靴の紐を引っ張って、自分を持ち上げる（自分を支える）ようなものなので、通称 'bootstrap rule' という。
- (42) Plender & Wilderspin *supra* note (70), 5-21 - 5-23.
- (43) そのようなことを許すと、不法であった契約を法変更によって合法化することが出来たり、その逆も可能になるのではないだろうかとの疑問を呈する。Khan-Freund

supra note (46), pp. 402-403. なおナイはこのようなことは許されるという。Nygh *supra* note (56), pp. 101-102.

(44) Kahn-Freund *supra* note (46), pp. 402-403.

(45) このことはしばしば言われるが、訴訟当事者の法廷における沈黙を、「合意による法変更」と同視することには疑問なしとしない。選択の余地が1つしかないからである。

(46) 6章(1)参照。Whitworth 事件 *supra* note (30)。Pierce *supra* note (47), pp. 196-197 参照。

(47) North *supra* note (56), p. 56.

(48) Diamond *supra* note (47), p. 264.

(49) Amin Rasheed 事件 *supra* note (81), pp. 61-62 参照。なおこの旨はローマ条約15条にも「本条約によって定められるある国の法と適用とは、当該国において効力を持つ法であって国際私法の原則を除くものを意味する」として規定されている。

(50) Briggs *supra* note (30), pp. 510-511. このように第三国の法律が適用されることになることを、英国法上 transmission という。これに対して自国に返ってくる場合を remission とよぶ。これらを総称して partial *renvoi*, single *renvoi* という。これは英国法の採用しないところである。Cheshire & North *supra* note (3), p. 54.

(51) Pierce *supra* note (47), pp. 192-193. Lando *supra* note (1), § 63 も参照している。

(52) Pierce *supra* note (47), pp. 198-199. 注(44), (45)も参照。

(53) Hill *supra* note (70), 14.2.33.

(54) しばしば準拠法条項と組になって出てくる。被告所在地の裁判所、あるいは原告所在地の裁判所といったように、誰が訴えるかで紛争解決地が変わるものである。

(55) Beck *supra* note (77), pp. 527-528.

(56) Plender & Wilderspin *supra* note (76), 5-21. しかし「準拠法不定」条項のもとでは、当事者は選択の対象とした法が有効に適用されることを前提としている。そうだとすれば適用されることを期待して選択に合意しておきながら、選択が認められない法廷地を漁る理由は何なのだろうか（選択が認められる法廷地を選ぶことは、当初の想定通りで特に問題にならないはずである）。加えて、「準拠法不定」条項には「紛争解決地不定」条項をしばしば組にして規定することからすれば、思ってもいなかった国が裁判地として突然選ばれるといったことは考えにくいのではないだろうか。

(57) 当初の契約中に含まれた、将来変更するという合意であるとする。Cheshire & North *supra* note (3), pp. 555, 560.

(58) *ibid*, p. 555. ここではローマ条約3条(2)を根拠しており、この条項を「英国法の

歓迎すべき変更 (a welcome change in English law)」と言っている。しかし法の変更については、以前から *The Armar* 事件 *supra* note (10) におけるメゴー卿の傍論にもかわらず、ローマ条約以前の段階でも可能であったと述べている (11 版 (1987 年) p. 451)。そこでは「もし当事者が契約の新しい準拠法を選んだなら、当事者の意思に効果を与えるべきである」と述べており、当事者の法選択の自由に根拠をおいていると窺われる。

(59) Pierce *supra* note (47), pp. 192-193.

(60) Lando *supra* note (1), § 63.

(61) この部分はデンマークの Ross を引用したもののだが、原典に直接当たることが出来なかった。

(62) Dicey & Morris *supra* note (30), 32-085.

(63) ある条項が「時限的」に無効であることは認められないというなら、全く無効であると言い切るのは不適切で、条項のその部分には効果は与えられるべきではないというのが正しいだろう。

(64) 場合分けとしてはこの前に、契約締結後で紛争発生前に片方当事者が契約の定めに従って準拠法を選択するケースがあるが、当事者はその法に拠って、友好的かつ自治的に問題を考えるのだから、とりたてて裁判所を含めて第三者がその選択を問題にする理由はない。

(65) 「準拠法不定」条項を「法の変更」の問題としてみる学説に、この点に明示でふれていない議論が見られるが、もし将来的な変更だけを考えているとしたら、重要な点を看過していると言わざるを得ない。

(66) ローマ条約 3 条(2)項は「第三者の権利に不利な影響を与えないものとする」と規定する。

(67) ダイヤモンドも、当事者は指定時にはじめて法を選ぶ、と考える。Diamond *supra* note (47), p. 263 参照。ただし彼の結論は法選択は法変更である、というものである。

(68) この場合は、ローマ条約 3 条(2)は、合意により他の法体系に移行する場合に適用されると読む。

(69) 準拠法条項を含まない契約を結ぶ当事者ですら、それは準拠法のない契約だと考えているはずはない、ということ想起すべきである。

(70) かりうじて意味がありうるのはこの条項が公序良俗に反するゆえに、契約全体が無効であるといった主張をするときであろう。しかしその時ですら裁判所がそれを実質法上の契約解釈の問題と見るか、そのような形での当事者自治の行使が許されるかという国際私法の問題として見るかは、予断を許さないのではないだろうか。

- (71) 友好的な合意による契約期間中の法変更は、それが目的の1つかもしいない。
- (72) また法選択を実質法の問題と定義してしまうと、そもそも契約当初に法を選択する当事者の自由は何によるか、という問題にかえてしまう。当初の選択については多くの国が、その国際私法にもとづいて当事者自治の原則を認めているのであるから、変更という法選択にも同じ答えを与えることが適切であろう。
- (73) 実質法的な指定であるとしても、やはり当初の準拠法国の国際私法によっていることになる。
- (74) *renvoi*の問題はさておくとして考える。
- (75) *renvoi*の問題は、ここでもさておいて考える。
- (76) もちろん契約締結前にスイスの国際私法が法変更を認めることを確認しておけば、認められない可能性はあらかじめ排除できる。
- (77) イタリアではローマ条約以前は、法の変更を認めていなかったとのことである。Kahn-Freund *supra* note (46), p. 403. その他数カ国について Lando *supra* note (1), §§ 101-102 参照。どちらかというと同められていたようである。
- (78) では準拠法を定めておいたら、世界のあらゆる国で必ずその合意は認められるか、ということそれも実は分からないが、現実の国際商取引契約はこの程度の保障はあるとして作成される。
- (79) 鳥居「わが国の判例における涉外債権契約の準拠法の決定」(注(2))、奥田「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—」(注(2))。
- (80) 山田鏡一・早田芳郎編『演習国際私法』(有斐閣、新版、1993年)120-124頁〔高桑昭〕。
- (81) 溜池『国際私法講義』(注(1))365頁など。
- (82) ただし仲裁において、「衡平と善」を判断の基準として指定したときは、仲裁の場では法律以外の基準で権利義務が定まることもなくはない。仲裁法36条3項参照。
- (83) 松岡博『国際取引と国際私法』(晃洋書房、1993年)174頁、山田『国際私法』(注(1))334-335頁、溜池『国際私法講義』(注(1))364-365頁。
- (84) 石黒一憲『国際私法』(新世社、1998年)266-269, 277頁。
- (85) ローマ条約3条(1)(注(8))。