

通則法における契約準拠法

早川 吉尚

はやかわ よしひさ

立教大学法学部教授

- 1 はじめに
- 2 黙示の意思の探求
- 3 分割指定 (7条)
- 4 準拠法の事後的変更
- 5 特徴的給付の理論による推定
- 6 おわりに

1 はじめに

(1) 本稿の目的と構成

2007年1月1日、「法の適用関係に関する通則法」(以下、「通則法」と呼ぶ)が施行されるに至った。同法の施行により、1898年に制定・施行され長らくわが国の国際私法の中核をなしてきた「法例」の3条以下は、全面的に書き換えられることとなった。特に、法例の契約準拠法の部分に関しては、平成元年改正に代表されるこれまでの改正においても変更が加えられてこなかった部分であったため、実に百年ぶりの改正といえる。

この新たな法律を前にして、同法をどのように運用し、条文上不明確な点に関してはどのように解釈していくかが、今まさに問われていると言えよう。そのような問題意識の下、本稿は、通則法における契約準拠法の規定(7条から10条)に関する様々な問題の中で、制定過程において議論されたにもかかわらず、それに対する同法の運用や解釈が条文上必ずしも明らかにならなかった問題で、しかも、実務への影響の検討が極めて重要であると考えられる問題を四つ選び、その考察を試みることを目的とする。すなわち、黙示の意思の探求(7条)、分割指定(7条)、準拠法の事後的変更(9条)、特徴的給付の理論による

推定（8条）であり、それぞれ、以下における2, 3, 4, 5において考察がなされることになる。

なお、以上の問題の中には、法律行為の方式について定める通則法10条の規定の問題は含まれていない。法例において法律行為の方式について定めていた8条は、法律行為の方式につき「行為ノ効力ヲ定ムル法律」と「行為地法」の選択的適用を定めていた。そこにおいて最も問題視されていたのは「行為ノ効力」という文言の妥当性であり⁽¹⁾、その点に関して通則法10条は「行為の成立」と文言を変更している。また、今回の改正における実質的な変更点として、隔地的法律行為においては「行為地法」が一箇所に定まらないという問題意識の下、この点に対処するための規定が通則法10条の3項4項に新設されている。しかし、前者に関しては、一つの契約において成立面と効力面に異なる準拠法合意をしているような場合（すなわち分割指定の場合）で、しかも、方式に関して極端な法制の違いがあるような場合にのみ顕在化する問題であり、また、後者に関しても、二つの国の間に方式に関して同様の違いがある場合にのみ顕在化する問題である。そして、現実には、契約に関しては主要国の法がそれほど厳しく形式的成立要件を要求しておらず、また、内容においてそれほど大きな違いがないことを考え合わせると、これらの問題を実務上それほど大きなものということとはできない。そのような観点から、通則法10条に関する問題を、以降の考察の対象には含めていない。

(2) 本稿が前提する解釈論の意義と解釈指針

ところで、以下において本稿では、通則法をどのように運用・解釈していくかが実務上問われる四つの問題につき検討していくが、その前提として、法学における解釈論の意義について（ここにいう解釈論には広く当該法や当該規定の運用のあり方も含む）、本稿がどのような立場に立っているのかにつき、冒頭で明らかにする必要があるように思われる。例えば、ある論点に関して、解釈論が有する意義や具体的な解釈指針について異なる前提に立つ者がたまたま同じ結論を支持していたとしても、その意味は全く異なる。また、異なる前提に立っていることにお互いに無自覚なまま当該論点につき議論を試みたとしても、

各々の主張はすれ違っただけである。したがって、ある問題について考察を試み、考察の末に何らかの結論を提示しようとする者は、その結論を巡ってその後展開される議論がより建設的なものになるように、自らが立脚する前提をあらかじめ明示するべきである。

その意味において、本稿は、以下のような前提の下に考察を進めるものである。すなわち、第一に、法律の正統性が民主制の過程を経ていることに求められる以上、そこにおいてどのような文言が用いられているかは重要である。したがって、条文の文言上明確であるのであれば、立法論については別段、解釈論を展開する余地はない。

第二に、しかし、言葉という存在が、その本質上、多義性を有するものであるがゆえに、その範囲において、法律にはその運用の幅や解釈の余地が生まれる。それは、制定後に状況が変化しても、あるいは、制定時に想定していた状況と真の状況が異なっていたとしても、一定の範囲で対応が可能であるように、法律を「生きた」存在にするための工夫でもある。もっともそれは、文言による上記の制約を超えるものであってはならない。

第三に、したがって、解釈論を唱えようとする者は、何が真の状況であるか、より具体的には、実務上、何が問題になっており、何が求められているのかを、しっかりと見極める必要がある。そして、上記の文言の制約の範囲で、そうした実務上のニーズを反映できるか否か、反映できるとしてどのように反映すればよいかにつき、検討することになる。

それでは、以上のように解釈論が持つ意義を理解し、以上のような解釈指針を立てた上で、以下、各々の問題を考察していくこととしよう。

2 黙示の意思の探求

(1) 通則法7条

通則法7条は、契約に代表される法律行為一般につき、当事者の準拠法の選択が可能である旨を定めている。世界のほとんど全ての国々の国際私法において契約準拠法に関して認められている原則であると言え、また、この点に関しては法例7条1項と実質的な変更はない。

ところで、かかる法例7条1項の下では、明示の準拠法合意をしていた場合以外にも、同条項を根拠に、裁判所は、準拠法に関する当事者の黙示の意思を探求し、契約準拠法を認定してきた⁽²⁾。すなわち、法例7条1項における「当事者ノ意思」という文言は、明示のものである必要は必ずしもなく、黙示の合意、あるいは、黙示の意思の合致も含むと裁判実務上は解釈されてきたのである。

しかし、そうした裁判実務に対しては、その中に当事者の黙示の意思を探求するという名目の下、実際には存在しなかった当事者の準拠法に関する意思を認定し、それに基づいて準拠法を決定するような運用があるとの批判が存在していた⁽³⁾。

そこで、例えば、今次の通則法の制定過程、特に、要綱中間試案の作成段階においては、黙示の意思の探求は可能であるとの前提の下、しかし、「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」といった文言を条文の中に盛り込むことで、実際には存在しなかった意思を認定するような運用に対しては制約をかけることも検討され、事実、要綱中間試案の中ではA案として提示され、パブリック・コメントにかけられた（これに対し、対置されたのは特段の規定を設けないとするB案であった）⁽⁴⁾。

しかし、このパブリック・コメントにおいては、「黙示の意思による準拠法選択を制限すれば実務に混乱が生じる」等の理由により、このような文言を盛り込むべきではないとする意見がやや多数を占めたようであり⁽⁵⁾、その影響もあって最終的に同条にかかる文言は挿入されなかった。

(2) 議論の状況

それでは、実際には存在しなかった当事者の意思を認定するような運用に対する制約原理として働く文言が挿入されなかった以上、通則法の下で、そのような運用は可能なのであろうか。

まず前提として、通則法7条における当事者の準拠法の「選択」が、明示の合意によるものに限られず、黙示の合意でも足りるということについては、通

則法の解釈につき言及した文献は一致しているといえる⁽⁶⁾。しかし、同条の下での、実際には存在しなかった当事者の意思の認定という問題については、若干、表現のトーンが分かれているといえる。

まず一方で、通則法の制定過程において上記の文言の挿入がなされなかったという事実はあったとしても、そのように実際には存在しなかった当事者の意思を認定することは、同条の下では決して許されないと明言する立場がある⁽⁷⁾。

他方これに対し、この点については必ずしも明言せず、しかし、明示にせよ黙示にせよ準拠法の合意が認められなかった場合の準拠法の決定方法につき法例と通則法の間においては違いがあり、その結果、法例の下での運用とは異なり、通則法の下では裁判実務に、実際には存在しなかった当事者の意思を認定するような運用のインセンティブが乏しいことを挙げ、そのような運用はなされなくなるであろうとの予測を提示する立場がある⁽⁸⁾。すなわち、後に詳論するように、準拠法の合意が認められなかった場合の準拠法について、法例7条2項が「行為地法」としていたことが改められ、通則法8条1項により「最も密接な関係がある地の法」(契約であればその締結のために必要な行為を行なった地の法となる)が適用されることが定められるに至った。そもそも契約締結地は、契約そのものと関係性が乏しいことが少なくはなく、むしろ偶発的に決まる面がある。結果、当事者が全く予期していなかった国の法が適用される恐れもあり、法例7条2項は立法論的に問題視されていた。しかし、そうした問題は通則法の下では取り除かれており、もはや行為地法を適用せずに済むように実際には存在しなかった当事者の意思を認定して準拠法を決定するような運用の必要はなくなった。そうした立場である。逆に言えば、この立場は、実際には存在しなかった当事者の意思を認定するような裁判実務の運用は、準拠法の合意が認められなかった場合の行為地法の適用を避けるためになされてきたと考え、そのことを前提に上記の予測を立てているのである。

しかし、そうした裁判実務の運用は、準拠法の合意が認められなかった場合の行為地法の適用を避けるために、なされてきたのであろうか。また、そもそも、そのような運用は許されないと明言しさえすれば、そのような運用はなくなるのであろうか。

(3) 検討

1) 裁判所による黙示の意思の探求が可能である、すなわち、裁判所に当事者の意思の認定に関して広範な裁量権が与えられている場合に、そこで認定された意思が実際に存在したものであったのか否かについて、外部から見極めることは現実には非常に困難である。したがって、「実際には存在しなかった当事者の意思を認定することは許されるべきではない」との価値判断を打ち出したとしても、裁量権を制約する装置が埋め込まれなければ、それは価値判断だけで終わってしまう恐れがある。

その意味で、今次の通則法の制定過程全体に大きな影響を与えた欧州のローマ条約においては、通則法7条に相当する3条1項において、

“The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case”

という文言が挿入されていることには注目すべきである⁽⁹⁾。また、現在、同条約については、その法形式を“Regulation (規則)”に変更し、それを契機に必要な改正を行なうための作業が進んでいるが、欧州委員会から提示されている最新のドラフトにおいてもかかる文言は基本的に維持されており、その“EXPLANATORY MEMORANDUM”においても、こうした文言が、“require the courts to ascertain the true tacit will of the parties rather than a purely hypothetical will” のために働くものであることは確認されている⁽¹⁰⁾。

同条約は、1980年の成立以来、現在に至るまで、契約に関する国際私法の統一ルールとして欧州各国で長らく運用されてきたものである。現在、欧州委員会から提示されているドラフトは、そうした25年以上の運用の経験が反映されたものであるといえる。そして、そこにおいて“hypothetical will”を認定するような運用を防止するための文言が基本的に維持されているということからは、こうした裁量権の制約のための装置がなければ、現実にはそのような運用を防止することができないという実務の実情を窺い知ることができるように思われる。

とすると、ローマ条約・ローマ規則ドラフトのような文言の挿入が最終的にはなされなかったわが国においては、実際には存在しなかった当事者の意思の

認定といった運用が、依然としてなされてしまうのであろうか。ここにおいて、上記の予測、すなわち、準拠法の合意が認められなかった場合の準拠法が、立法論的に批判の多かった行為地法から最密接関係地法へと改正されたことにより、わざわざ実際には存在しなかった意思を認定する必要がなくなり、その結果、そのような運用はなくなるといった予測の当否が重要となる。

2) そこで、その当否、さらには、その前提の当否、すなわち、法例7条の下でのかかる運用は準拠法の合意が認められなかった場合の行為地法の適用を避けるためになされてきたとの原因分析の当否を、もう少し深く検討してみよう。

ここで、これまでの裁判実務の法例7条の運用の現実をより深く分析するために、例えば、「判例体系」なるオンラインデータベースを利用してみたい。本稿の執筆時点で同データベースに整理されている国際私法に関する裁判例のうち、「黙示の当事者指定」の裁判例として整理されているものから、仲裁契約など手続的事項に関して法例7条が用いられた裁判例を除き、かつ、黙示の意思すら認定されないと判断がなされた裁判例を除くと、40件の裁判例を見出すことができる。そして、その内訳を精察すると、およそ68パーセントという高い割合で、最終的には日本法が認定されていることがわかる⁽¹¹⁾。

単純な確率論からいえば、外国の主体と日本の主体との間の契約において、外国法が準拠法として認定されるか、それとも、日本法が認定されるかの割合は、五分五分になるはずである（しかも、これらの裁判例の中には外国の主体同士の契約事件もある）。にもかかわらず、このような割合になるのは、わが国の裁判実務の中に、黙示の意思の探求の結果として、日本法を認定・適用する傾向があることを示しているといえよう。

そして、かかる日本法への傾斜は、実際には存在しなかった当事者の意思を認定するような裁判実務の運用が、準拠法の合意が認められなかった場合の行為地法の適用を避けるためというよりも、実は、わが国の裁判所における訴訟遂行の便宜のために準拠法を日本法に持っていくために行なわれてきたのではないかという疑いを生じせしめる。すなわち、何ら文言上の制約が無いままに黙示の意思の探求が許されるということは、訴訟遂行の便宜のために日本法を

準拠法に持っていくための「道具」なのであり、そうであるからこそ、黙示の意思の探求に対して制約を課すような制定過程における提案に、「実務に混乱が生じる」との批判が加えられ、最終的に採用されなかったのではなかろうか。

そうであるとする、実際には存在しなかった当事者の意思を認定するような裁判実務がなされてきた原因を、準拠法の合意が認められなかった場合に行方地法の適用を避けるという点に求めることには問題があり、そうである以上、準拠法合意が認められなかった場合の準拠法が最密接関係地法へと改正されたからといって、そのような運用がなくなるといった予測自体が疑わしくなる。

確かに、よく考えてみると、通則法と同様に、準拠法合意が認められなかった場合の準拠法を“the law of the country with which it is most closely connected”としているローマ条約（そして現在のローマ規則のドラフト）の下でも⁽¹²⁾、上述のように“hypothetical will”を認定するような運用が懸念され、それを防止するための文言が挿入されている。そうした欧州の経験に鑑みれば、行為地法の適用を避ける必要がなくなったからといって、そのような運用がなくなるといった結論にはならないはずである。

そもそも通則法8条には、2項に推定規定が存在しており、その限りで準拠法決定の際の裁判所の裁量権が制限される可能性がある（この点に関しては後の5において詳細に検討する）。すなわち、制約なしの黙示の意思の探求という「道具」に代わり得るものではなく、使い勝手の悪いものなのになりかねない。とすれば、その「道具」を奪われることに対し、「実務上の混乱」を掲げた抵抗があることは、極めて自然なことであるといえる。

3) しかし、契約締結時に当事者が黙示に想定していた契約準拠法が異なる国の法であったとしても、わが国での訴訟といった段階に至り、訴訟遂行の便宜のために準拠法を日本法として手続を進めたいという実務上のニーズについては、合理的なものとして評価すべき場合があるのではなかろうか。そうであるとするれば、そのようなニーズが適切な形で満たされることが、裁量権を制約する文言が挿入されなかったという前提の下でも、実際には存在しなかった当事者の意思の認定といった運用を防止することを可能にするように思われる。そしてその鍵は、通則法に新設された9条の運用如何にかかっているように思

われ、その点については後の4において、詳細な検討を行なうこととする。

3 分割指定 (7条)

(1) 通則法7条

ところで、黙示の意思の探求と並んで、通則法7条との関係で、制定過程において盛んに議論がなされた問題ではあるものの、結局、その問題に関する条文的な手当てがなされなかったものとして、講学上「分割指定 (dépêchage)」と呼ばれる問題、すなわち、一つの契約の内部を分割し、それぞれの部分につき異なる準拠法を指定することができるか否かという問題がある。

この点に関しても、今次の通則法の制定過程、特に、要綱中間試案の作成段階において、分割指定を定める明文規定を置く可能性が検討され、事実、要綱中間試案の中では「当事者は、法律行為の一部について、他の部分とは異なる準拠法を選択することができる旨の規定を設ける」というA案として提示され、パブリック・コメントにかけられた(これに対し、対置されたのは「法律行為の分割指定に関しては、特段の規定を設けず、解釈にゆだねることとする」というB案であった)⁽¹³⁾。

このパブリック・コメントにおいては、明文規定を置くとする立場が相対的には多数であったようであったが⁽¹⁴⁾、その後の制定過程においては、分割は可能であるとしても、そこには一定の限界があつてしかるべきであるが、その限界を明文規定においてうまく条文として設定できないという立法技術的な問題が浮上し、最終的に明文規定の設置は見送られるに至つた⁽¹⁵⁾。

なお、以上の前提として、今次の改正において「法律行為」という単位法律関係が維持されたことは、留意すべきであろう。国内法としての国際私法に加えて統一条約を批准するような場合には「契約」を単位法律関係とすることも可能である。しかし、国内法としての国際私法としては、単独行為や合同行為の準拠法決定基準もきちんと提示する必要がある。他方で、国際私法上の「契約」概念を国際私法上の「単独行為」等の概念とともに明文規定において条文として設定することは立法技術的に困難であり、その結果として、「法律行為」という単位法律関係が維持されるに至っている⁽¹⁶⁾。

(2) 議論の状況

1) ここでまず確認すべきは、「分割指定」が意味するところである。この点に若干の混乱があることが、この問題に関する議論を困難にしている部分があり、整理が必要となる。すなわち、例えば、一本の「契約書」の中に複数の契約の内容があわせて記載されることがある。これは、要は、契約の内容をそれぞれごとに別の紙束に記載するか、それとも、一つの紙束の中にあわせて記載するかというだけの問題にすぎない。したがって、そのような場合であっても、それぞれの契約ごとに準拠法が決定されるべきことは当然であるが、実務家を中心とした論者の中には、このような現象も「分割指定」の一例としてイメージした上で、議論を行なう者があるように思われる。だが、このような現象は、ここで検討の対象とするべき「分割指定」の問題ではない。真の「分割指定」の問題とは、一つの契約の内部を分割し、それぞれの部分につき異なる準拠法を指定することができるか否かという問題なのであり、以下においても、このように問題を設定した上で、議論の状況の整理や、その後の検討を試みたい。

2) 最終的に分割指定を認める明文規定が挿入されなかった通則法7条の下、以下のように、公表されている見解のうち、分割指定を認めないとするものは、現時点では見当たらない。しかし、いかなる限度で認められるか、そこには限界はないかという点には、意見の相違を見出すことができる。

例えば、ある立場は、単一の契約という特定が困難であることを理由に、分割に限界を設けることはできないとする。その場合、この立場は、当事者が相互に関連した問題について別の準拠法を選択することで準拠法間で矛盾・抵触が生じる恐れがあることは認める。しかし、それは当事者が望んだことでもあり、また、選択を否定した後の措置が当事者の意思に反する結果となる恐れがあることから、国際私法において限界を設けるべきではないと説く⁽¹⁷⁾。

しかし、このように無限定の分割指定を認める立場は極めて少数であり、多くの立場は、過度の分割による準拠法間の矛盾・抵触は防止されるべきであり、分割に何らかの限界が必要であるとしている。しかし、通則法の制定過程で条文化が断念されたように、かかる限界の具体的な設定が困難であることも他方

で認めている⁽¹⁸⁾。

3) ところで、実務上のニーズとしてはどうであろうか。この点、国際取引に関わる実務においては、分割指定に対するニーズが、全体として大きくあるわけではないことには注意が必要である。すなわち、分割指定を行なうことにより当該準拠法間で矛盾・抵触が生じる恐れは当然にあるのであり、その可能性を孕んでいる以上、もたらずメリットがよほど大きくない限り、分割指定がなされることは通常はあり得ない。実務としては、一つの「契約書」の中に複数の契約があわせて記載されているにすぎない場合に、それぞれの契約ごとに準拠法が決定されるという当たり前のことさえ確認されれば、それで通常は十分なのである。

しかし、わが国の特定の業界におけるある種の契約に関しては、分割指定のニーズが大きく存在すると考えられている。すなわち、海上運送に関する保険契約との関係である。この種の保険契約につき、わが国の損害保険会社は、“Institute Cargo Clauses”なる世界的に用いられている約款を利用しているが、その約款の中に、

“the insurance is understood and agreed to be subject to England law and practice only as to liability for and settlement of any and all claims”

なる条項が含まれている。この条項を、わが国の損害保険会社は、“liability for and settlement of any and all claims”なる契約の効力の部分については英国法を分割して指定したものと解し、その他の契約の成立の部分については日本法が適用されると考えている。これは、わが国の損害保険会社が保険者として保険契約を締結する相手方が日本法人であることがほとんどである一方で、保険金の支払を行なった場合にわが国の損害保険会社が再保険契約に基づいて支払相当額につき請求する相手方は英国の保険組合であり、しかも、その準拠法が英国法であるという現実を背景にしている。つまり、保険契約の成立の局面で争う相手方は日本法人であることがほとんどであり、その際の準拠法は日本法であることが望ましい。これに対し、保険契約に基づいた保険金の支払いについては、その後の再保険者への請求をも睨んで、英国法であることが望ましい。こうしたニーズに基づく解釈なのであり、その旨の解釈を認めるわが国の裁判例

も存在している⁽¹⁹⁾。

もつとも、裁判例としては、近時、分割指定を認めないとの判断を下したのも登場し、注目を集めた⁽²⁰⁾。すなわち、この判決においては、「国際海上運送契約を細分化し、履行部分に限りブラジル法を準拠法とすることは、法律関係を複雑にするとともに、荷送人又は船荷証券所持人の立場を不安定にする。したがって、船荷証券の約款の記載内容が明確であり、かつ、荷送人又は船荷証券所持人が不測の損害を被るおそれのないといった特段の事情があればともかく、そのような特段の事情がない限り、1つの国際海上運送契約の準拠法の分割は認めるべきでない」との判示がなされたのであり、分割の弊害、及び、あり得べき限界に言及した上で、当該事案における分割指定を否定したために、注目されたと言えよう。

(3) 検討

1) 通則法の他の単位法律関係においては、明文による格別の指示がない限り、客観的に設定された各単位法律関係の射程範囲について、一つの準拠法が選択・適用されるのが原則である。ところが、契約準拠法に関する7条については、その範囲を分割して複数の準拠法を選択することを当事者の自由に任せることが可能であると説かれることが多い。究極的には、分割指定とはそのような問題であるということができる。

それでは、何故、契約準拠法についてのみ、単位法律関係の範囲につき当事者による設定が許されるということになるのか。その一つの解答として、「当事者自治の原則」を掲げる見解がある⁽²¹⁾。しかし、厳密には通則法7条は連結点を当事者の意思に置いているだけであり、そのことだけで範囲の設定をも当事者の自由としてよいとする根拠となすことには、論理に飛躍がある。

そもそも、何故、契約準拠法については当事者の意思を連結点とすべきであるのであろうか。この点に対しては、契約という領域には当事者自治原則あるいは私的自治が妥当しているからといった理由付けも想定され得る。しかし、こうした議論は、実質法上の議論と抵触法上の議論を混同しているものであるように思われる。また、仮にこうした議論に乗るとしても、各国の契約法は弱

者保護や公的利益保護その他の理由で、現実には当事者自治原則に制限を加えているのであり、かかる制限が非常に大きい国もある。そうした様々の国の法の中から何れの国の法を適用すべきかを決定するという局面で、その指導原理は当事者自治原則に求められなければならないとすることには、説明に無理がある。したがって、近時においては、契約については様々な客観的要素が存在しており、その中でどれか一つに決定的な重きを置くことが困難であるという消極的な理由を、当事者の意思を連結点とする根拠とする説明が有力となっている⁽²²⁾。そして、このような説明からは、範囲の設定を当事者の自由としてよいとする根拠に、当事者自治原則を挙げることはできない。

2) 他方、前掲の分割指定に消極的な裁判例も指摘しているように、分割指定には、準拠法相互間の矛盾・抵触の恐れを増大させるという弊害がある。そもそも、単位法律関係ごとに準拠法を選択しモザイクのように組み合わせるという現在の通則法自体が、その構造上、準拠法相互間の矛盾・抵触のリスクを常に抱えている。これに加え、一つの契約の内部を分割し、それぞれの部分につき異なる準拠法を指定することが許されれば、そのリスクは増大する。そして、それが無制限に許されるとなれば、そのリスクはさらに増大する。実際、この種の懸念は、その3条1項に“the parties can select the law applicable to the whole or a part only of the contract”なる文言が挿入されることで分割指定が明文上認められていると解されているローマ条約の下においてすら、常に提示されている⁽²³⁾。

また、より具体的な弊害として、特定の準拠法における不都合な規定の部分のみを別の準拠法に差し替えるという行動を誘発するという問題がある。例えば、わが国の会社が外国市場で社債を発行する際に、日本法を準拠法としつつも社債管理会社の設置強制の部分については免れたいと考えた場合、その部分だけを他の国の法とするという方策が考えられ、事実、そのような提言も現実になされていたようである。しかし、そのような規定は当事者間には不都合でも、第三者の利益や公の利益を守るために置かれていることが多い。それを無制限に免れることを許す解釈論が許されているのか。第三者の利益や公の利益を守るために絶対的強行法規の介入を積極的に行なうことも考えられるが、そ

れにも限界があり、この観点からも無制限の分割を許すことへの疑問が生じてくる。

3) また、以下のような理論的な問題についても勘案する必要がある。すなわち、7条の単位法律関係は上述のように厳密には「法律行為」であるが、そうである以上、法律行為の一種、厳密には単独行為である「解除」や「取消し」については、契約の構成要素にすぎなくとも、本体たる契約の準拠法とは異なる準拠法を独立に指定することが可能であることになる。そうすると、今度は、解除や取消しといった単独行為の準拠法選択の方法という困難な問題が、新たに浮上することとなる⁽²⁴⁾。

しかし、そもそも、解除や取消しについてまで独立に準拠法の指定を行なうことはあまりに現実からかけ離れているし、そのことを許す実質的な利益を見出すことはできない。すなわち、こうした現象も一定の範囲で制限できる解釈論が求められるように思われる⁽²⁵⁾。

4) 以上により、この問題については、以下のように状況を整理できると思われる。まず、わが国の実務全体としては分割指定に対する大きなニーズはないが、実務の一部に、主に成立面と効力面で準拠法を分けることに関し、強いニーズがある。他方、通則法の制定過程では基準を明らかにできなかったが、無制限に分割を許すことには様々な弊害が考えられ、何らかの基準で制限が加えられるべきであるとの共通認識がある。また、他の単位法律関係においては、その内部を分割した上で各々に準拠法が選択される場合には明文の規定があるが、そのような明文が無い場合に、連結点が当事者の意思であることだけを根拠に、当事者が自由に単位法律関係の内部を分割できることを正当化することは困難である。

以上を前提に考察するに、現段階では試論にすぎないが、通則法7条において「法律行為の成立及び効力は」という文言が用いられている点は注目されるべきではないかと思われる。すなわち、文言上、「成立」と「効力」が別異に掲げられているのであり、そのことを形式的根拠に、契約に関しては成立と効力の二つに分割することができるというように限界設定をするということである。少なくともこれで実務上のニーズは満たされるはずであるし、上記の弊害も回

避できるのではなからうか⁽²⁶⁾。

4 準拠法の事後的変更

(1) 通則法9条

通則法9条は、今次の改正により、通則法に新設された規定である。当事者が事後的に準拠法の変更をすることが可能であることを定めたローマ条約の3条2項と同様の規定であり、この点については法例には明文規定は無かった。

同条に関してはまず、当事者が当初から準拠法の合意をしていたが後に異なる準拠法を選択したような場合のみならず、当初は準拠法につき全く合意していなかったが後に準拠法を選択したような場合をも含むという点に関しては、理解は一致している⁽²⁷⁾。

他方、当事者による準拠法の「変更」につき、遡及的な変更も可能であるか、それとも、将来的な変更のみに止まるかについては明文上必ずしも明らかではないが、当事者が望めば遡及的な変更も可能であるとの理解が一般的である⁽²⁸⁾。なるほど、準拠法の将来的な変更をするのであれば、当事者間で契約を準拠法条項ごと更改すれば足りるはずであり、国際私法の規定を新設するまでもない。とすると、わざわざ同条を新設した意味は、当事者間での契約の更改では得られない利益、すなわち、契約準拠法の遡及的な変更を認めたところにあると言える。

この点、さらに精察するに、近代法の原則の下ではそもそも、契約の締結の時点で、その契約が有効に成立したか否か、その契約がどのような効力を有するものか、潜在的には決まっている。そして、それらを決めるための準拠法も、契約の締結の時点で決定しているはずである。このことは、法例の下では必ずしも明確に示されていないが、通則法においては、その7条において「当事者が当該法律行為の当時に選択した地の法による」と、また、8条1項において「当該法律行為の当時にあって当該法律行為に最も密接な関係がある地の法による」と明確に示されている。とすると、わざわざ同条を新設したことには、より大きな意味、すなわち、近代法の原則の下では本来は認められないはずである契約準拠法の遡及的な変更を、立法の力により認めたという大きな意

味があると言える。

だが、当事者間による契約準拠法の遡及的な変更とは、それにともない、当該契約により発生する権利義務関係が遡及的に変容することを意味する。それは、変更を合意した当事者以外の者で、しかし、当該契約に関係する第三者に、不測の損害を一方的に生じさせる可能性があることを意味する（逆に言えば、この第三者の不測の損害の可能性を発生せしめないために、近代法は、契約の締結時点で、その契約の有効性や効力、さらには、その前提となる契約準拠法を、潜在的にでも確定するという建前を維持してきたと言える）。そして、この第三者の利益は決して無視し得ないものである。そこで、通則法9条には但書が置かれており、「第三者の権利を害することとなるとき」には、「その変更をその第三者に対抗することができない」と定められている。

しかし、どのような場合がその「第三者の権利を害することとなるとき」であるのかについては、条文上明らかではなく、解釈の必要が生じてくる。

(2) 議論の状況

どのような場合がその「第三者の権利を害することとなるとき」であるのかについては、この点の解釈につき触れている文献においては、これまで、法律行為によって生じた主債務の保証人、第三者のためにする契約の第三者、債権の譲受人、当該債権を差し押さえた者などが挙げられている⁽²⁹⁾。

しかし、どのような基準を満たせばかかる「第三者の権利を害することとなるとき」になるのかにつき、抽象的に論じたものはない。ただ、ある立場が「その範囲を特に限定して理解する必要はなく、準拠法が変更されたことによって影響を受ける者はすべて第三者となりうると解すべき」であり、「第三者の権利という文言を厳格に解するべきではない」と論じていることに代表されるように⁽³⁰⁾、準拠法の変更に関与する機会を有しないにもかかわらず変更の影響を受ける場合については、広く保護が認められるべきであるといった点ではほぼ一致しているといえる。

(3) 検討

1) まず前提としてここで確認されるべきは、第三者への影響に関しては、あくまで、適用される実質法のレベルまで降りてきて、変更前の実質法と変更後の実質法の効果を比較した場合に、その差異によって第三者が影響を受ける場合が念頭に置かれていることには注意すべきであろう。逆に言えば、単に準拠法が変わったという抵触法上の効果の差異に関する第三者の利益まで保護していたのでは、全ての第三者に対抗が不可能ということになってしまう。あくまでここで比較されるべきは、実質法上の効果の差異である。

しかし、そうであるとしても、細かな点にまで着目すれば、準拠法の変更の結果として、実質法上の効果が全く変わらないという事態はおおよそ想定し得ない。すなわち、よく考えてみれば、当事者間での準拠法の変更の結果として不利益を被ったと主張する第三者に対し、準拠法の変更を対抗できる場合の方がむしろ例外となってしまうのではなかろうか。

そうであるとする、9条は、準拠法の遡及的な変更を当事者の間のみで認めたものとして実質的には機能することになる。しかし、だからといって、実務上そのことによって困難な事態が生じるとも考えられない。なぜなら、通則法の制定過程をも含め、これまで、このような準拠法の変更の具体的なニーズ、具体的な利用例が、契約実務の現場から挙げられることはほとんど無かったからである。すなわち、契約実務の現場においては、契約につき変更の必要性が何らかの形である場合には、契約それ自体を更改するという手法の方が、はるかに現実的である。契約自体は変更せず準拠法のみを変更するようなニーズが、現実にどれだけあるかが、実はそもそも疑問なのである。

2) しかし、契約実務ではなく、訴訟実務においては状況が異なると思われる。すなわち、2(3)で検討したように、訴訟の現場においては、契約締結時に当事者が想定していた契約準拠法が異なる国の法であったとしても、わが国での訴訟といった段階に至り、訴訟遂行の便宜のために準拠法を日本法として手続を進めたいという実務上のニーズがある。そして、そのニーズは、2(3)で検討したような「黙示の意思の探求」という装置を利用して実際には存在しなかった当事者の意思を認定するといった運用、あるいは、涉外事案であるにもかかわらず

ならず準拠法については全く触れずに日本法を肅々と適用するような運用により、満たされてきた面がある。しかし、それらはとても健全なものと言えない。

そこで、そのような運用を実質的に防止するとともに、訴訟遂行の便宜のために準拠法を日本法として手続を進めるといふ訴訟の現場のニーズを満たす重要な道具として、今回新設された9条の活用が望まれることになる⁽³¹⁾。すなわち、9条の下では契約準拠法を遡及的に変更することが、少なくとも当事者間では可能である。そして、準拠法を変更する時期については規定上何ら制限がないのであるから、わが国での訴訟といった段階に至って、訴訟遂行の便宜のために手続面のみならず実体面においても日本法により手続を進めたいと両当事者が望むのであれば、両当事者はその段階で、準拠法を遡及的に日本法に変更する旨の合意をすればよいのである(その効力が実質的には当事者間にしか及ばないことは、判決の既判力が当事者間にしか及ばないことと軌を一にしていると言える)。

3) また、この局面での9条の活用は、「黙示の意思の探求」という装置を利用した運用、あるいは、事案の涉外性を無視する運用の発生を防止するだけでなく、訴訟遂行の便宜のために日本法を適用することに対して、適切な規制をかけることを可能にする。

すなわち、訴訟手続の便宜という点において利害関係を有しているのは、実は、両当事者だけではない。裁判所という主体も独自の利益を有しているのである。そして、わが国の裁判官は日本法のプロとしてはしっかりと研修システムの下で養成されるが、外国法さらには外国語に関しては制度的な養成システムが存在していない。したがって、当事者のみならず、裁判所の側にも、契約締結時に想定されていた契約準拠法が異なる国の法であったとしても、訴訟遂行の便宜のために準拠法を日本法として手続を進めたいというニーズが独立に存在していると言える。しかし、だからといって、両当事者が望まないにもかかわらず、裁判所独自の利害のために、(日本法への)準拠法の実質的な変更を行なうことは許されるべきではないであろう(だが、これまでの運用ではそれが可能であった)。

今後は、訴訟の場面において9条を適用する、すなわち、釈明権の行使等を

通じた裁判所の手続指揮の下、訴訟手続中の当事者による準拠法の事後的変更を認める運用が望まれるが、その際には、両当事者の明示の合意が必要であると解すべきであろう⁽³²⁾。逆に、当事者の合意をあいまいにしたまま、裁判所の都合により日本法が適用されるような運用は、一層、批判されるべきことになろう⁽³³⁾。

5 特徴的給付の理論による推定

(1) 通則法8条

通則法8条は、当事者による準拠法の選択がなかった場合に、契約準拠法の客観的な選択の方法を定める規定である。既に2(2)において言及したが、法例7条2項が「行為地法」の適用を命じていたことには立法論的批判が多く、その批判に鑑み、8条1項において「最も密接な関係がある地の法」の適用が定められるに至った。

もっとも、最密接関係地法というだけでは、明確性や予測可能性に問題がある。そこで、同条の制定過程においては、明確性を高めるため、売買契約、保険契約、保証契約等、契約類型ごとに何が最密接関係地法に該当するかを列挙する案や、推定ではなくみなし規定とする案も存在していた⁽³⁴⁾。しかし、最終的には、ローマ条約4条と同様に、不動産を目的物とする法律行為以外については(3項)、いわゆる「特徴的給付の理論」に基づく推定規定が置かれることとなった(2項)。

ここで注視すべきは、2項において置かれている特徴的給付の理論に基づく規定が、あくまで最密接関係地法の推定規定であるということである。推定でしかない以上、どの程度の実証でこの推定は覆せるのか。推定の強度はどの程度なのか。この点は条文上明らかではなく、解釈の必要性がある。

(2) 特徴的給付の理論による推定を巡る問題の状況

特徴的給付の理論に基づいた推定の強さをどの程度のものとして考えるべきか。この点、これに関しては、ある文献が、「推定を覆すのはそれほど困難ではなく、「多くの場合においては当該契約に関する諸事情を考慮して8条1項

により最密接関係地法が認定される場合が多いものと予想される」と説いている⁽³⁵⁾。

しかし、多くの文献はこの点については一般的に論じておらず、単に、特徴的給付の理論による推定が必ずしも最密接関係地法の適用にはつながらない例を掲げるに止まる。すなわち、保証契約や OEM 契約などである⁽³⁶⁾。

また、特徴的給付の理論の適用が困難な複雑な契約形態もあるとの指摘もなされている。すなわち、ジョイント・ベンチャーに係る契約関係の存在が、その例として指摘されている⁽³⁷⁾。

(3) 検討

1) 上述のように、本条はローマ条約4条と同様の規定となっている。既述したように、同条約は、1980年の成立以来、現在に至るまで、契約に関する国際私法の統一ルールとして欧州各国で長らく運用されてきており、その経験は、「規則」に法形式を変更することを契機として必要な改正を行なうための現在の作業においても反映されているはずである。

そうした観点から、欧州委員会から提示されている上述の最新ドラフト4条に注目すると、以下のようになっている⁽³⁸⁾。

1. To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3, the contract shall be governed by the law determined as follows :
 - (a) a contract of sale shall be governed by the law of the country in which the seller has his habitual residence;
 - (b) a contract for the provision of services shall be governed by the law of the country in which the service provider has his habitual residence;
 - (c) a contract of carriage shall be governed by the law of the country in which the carrier has his habitual residence;
 - (d) a contract relating to a right in rem or right of user in immovable property shall be governed by the law of the country in which the property is situated;
 - (e) notwithstanding point (d), a lease for the temporary personal use of immovable property for a period of no more than six consecutive months shall be governed by the law of the country in which the owner has his habitual residence, provided the

- tenant is a natural person and has his habitual residence in the same country;
- (f) a contract relating to intellectual or industrial property rights shall be governed by the law of the country in which the person who transfers or assigns the rights has his habitual residence;
 - (g) a franchise contract shall be governed by the law of the country in which the franchised person has his habitual residence;
 - (h) a distribution contract shall be governed by the law of the country in which the distributor has his habitual residence.
2. Contracts not specified in paragraph 1 shall be governed by the law of the country in which the party who is required to perform the service characterising the contract has his habitual residence at the time of the conclusion of the contract. Where that service cannot be identified, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected.

すなわち、このドラフトにおいては、最密接関係地法の適用はもはや原則ではなく、特徴的給付の理論は「推定」のためではなく、準拠法の決定そのものに用いられている(2項)。また、契約類型ごとに連結点を具体的に明示することにより(1項(a)号~(h)号)、より明確な規定にすることが目指されている。実際、かかる趣旨は、同条の“EXPLANATORY MEMORANDUM”においても、“the proposed changes seek to enhance certainty as to the law by converting mere presumptions into fixed rules”と示され、あるいは、“the rules applicable in the absence of a choice should be as precise and foreseeable as possible so that the parties can decide whether or not to exercise their choice”とも示されている。

このことは逆に言えば、ローマ条約の現在の規定(それは通則法8条の規定でもある)には、明確性や予測可能性の点に一定の問題がある。その反省が、このような改正提案を導いているということになる。

2) 上述のように、当事者自治を採用する理由として、近年、契約に関しては決定的に重要な客観的要素の特定が困難であるといった消極的な理由を掲げる立場が有力であることからわかるように⁽³⁹⁾、契約に関係する客観的な要素には様々なものが存在する。したがって、それらを全て総合衡量して決定するという最密接関係地法の適用という手法は、そもそも、どのような要素を取り

込み、それをどのように評価するかによって準拠法決定の判断がぶれやすい手法であり、事前の予測可能性、訴訟の長期化という点で問題を抱える手法であると言わざるを得ない⁽⁴⁰⁾。

また、8条1項においては「法律行為の当時の」という限定が付いているが、その帰結として、最密接関係地法の決定の際に考慮の対象となるべき要素は、その時点におけるものに限定されるべきであると考えられる。しかし、既に、契約締結後の事情をも斟酌可能であるかのように説く文献があるように⁽⁴¹⁾、締結時の事情か事後の事情かの判断は時に難しく、その点でも、最密接関係地法の適用には判断のぶれ、予測可能性の喪失、訴訟の長期化といった弊害は増加するといえる⁽⁴²⁾。

3) 現代の取引社会の基本を支える契約準拠法につき、このように明確性を欠いた決定構造でよいのか。そのような観点から最密接関係地法を原則とすることへの批判は既になされており⁽⁴³⁾、また、ローマ条約の改正提案についても、上述のように、そのような反省の下に提示されている。また、そもそも7条の当事者自治の思想と8条の最密接関係法の思想は、その起源において異なるものであり、契約準拠法の決定にあたって当事者自治を原則とした段階で、もはや、最密接関係法の適用という原則は大きく破られているといえる(このことをある文献は「木に竹を接いだ」ものとまで表現している)⁽⁴⁴⁾。そうであるとすれば、上記のような弊害を内包した最密接関係法の適用に拘泥する必要はなく、現行規定の解釈論としては、2項の推定を強力なものと理解した上で、簡単にはその推定は覆されないものとして運用がなされるべきではなかろうか。

もちろん、あまりに複雑すぎる契約であるがゆえに、ジョイント・ベンチャー契約等、そもそも特徴的給付の理論の適用の余地すらないような形態もあり得よう。また、そもそも特徴的給付自体を見出すことができない契約もあり得よう。そのような場合には、2項の推定が働く余地がないのであるから、1項により準拠法が決定されることは仕方がないであろう。

しかし、形式的には特徴的給付の理論がきちんあてはまるが、それでは相当ではないとの主張がなされているような形態(例えばOEM契約や保証契約)に関しては、例外を作らないという観点から、同様の推定をきちんと及ぼすべき

ではなかろうか。それを嫌う当事者は、契約に最初から準拠法条項を入れておくことが可能であるのだから⁽⁴⁵⁾。

6 おわりに

本稿は、通則法における契約準拠法の規定に関する様々な問題の中で、制定過程において議論されたにもかかわらず、それに対する同法の運用や解釈が条文中上必ずしも明らかにならなかった問題で、しかも、実務への影響の検討が極めて重要であると考えられる四つの問題につき、その考察を試みることを目的とするものであった。

そして、その考察の過程においては、以下のような解釈指針を貫いた。すなわち、正統性の観点から法律の条文の文言は重視されるべきである。しかし、制定後に状況が変化しても、あるいは、制定時に想定していた状況と真の状況が異なっていたとしても、一定の範囲で対応が可能のように、言葉が本質的に有する多義性の範囲内で、法律には運用の幅や解釈の余地が与えられている。したがって、あり得べき運用や解釈を探るためには、何が真の状況であるか、実務上は何が問題となり何が求められているのかを見極める必要があり、その上で、文言の制約の範囲でそうした実務上のニーズを反映できるか、反映できるとしてどのように反映すればよいかを検討するという指針である。

こうした指針の採用は、逆に、「当事者自治の原則」、「最も密接に関連する法の適用」といったドグマから直接に解釈を導くといった手法や、外国の法制や議論の紹介を単純にわが国の解釈論につなげるといった手法を採らないということの意味している。法学において伝統的に形成されてきたドグマに一定の効用があることは否定しないが、それらは特定の時代の特定の状況に対応するために成立したのであり、現代の状況に対して法規範に適応力を持たせるという局面では、時に思考を停止させる障害となる。また、外国の法制や議論の直接の移入が明治期以降のわが国の近代化過程で重要な役割を果たしたことも認められるが、しかし、ある国の法制は、あくまで、その国が抱えている特定の状況に対応するためにその国で存在しているのである。その意味で、現代におけるわが国の法の解釈論において、実務上何が問題になり何が求められているのかを

見極めるために、状況が類似していると思われる国を選択した上で、その法制や議論を調査することは極めて重要であるが、そうした目的意識を欠いた比較法は、それ自体の意義については別段、わが国の法の解釈論との関係では直接の影響力を有すべきものではない。そして、こうした解釈指針やその前提たる問題意識は、さらに、法というものが、社会に一定の秩序を与えるインフラストラクチャーの一つにすぎないという認識に支えられている。

上述のように、ある問題について考察を試み、考察の末に何らかの結論を提示しようとする際には、その結論を巡ってその後に展開される議論がより建設的なものになるように、自らが立脚する前提があらかじめ明示されるべきである。その意味において、本稿を結ぶにあたって、以上のように、本稿の考察が立脚する前提を提示した。もちろん、本稿の考察の過程やその結論に対しては異論があろう。前提に相違があるか否かを踏まえた上で、今後、この新しい国際私法規定の解釈を巡る活発な議論が展開されることを期待している。

- (1) 小出邦夫・一問一答 新しい国際私法（商事法務 2006年）63頁，神前禎・解説 法の適用に関する通則法（弘文堂 2006年）74頁。
- (2) 例えば，最高裁レベルでこれを認めたものとして，最判昭和53年4月20日民集32巻3号616頁を参照。
- (3) 小出・前掲（注(1)）45頁，神前・前掲（注(1)）54頁。
- (4) 別冊NBL編集部編・法の適用に関する通則法関係資料と解説（商事法務 2006年）94頁，140-142頁。
- (5) 別冊NBL・前掲（注(4)）246頁，小出・前掲（注(1)）45頁。
- (6) 小出・前掲（注(1)）45頁，神前・前掲（注(1)）55頁，櫻田嘉章・国際私法（第5版）（有斐閣 2006年）214頁，澤木敬郎＝道垣内正人・国際私法入門（第6版）（有斐閣 2006年）199頁，神前禎＝早川吉尚＝元永和彦・国際私法（第2版）（有斐閣 2006年）127-128頁。
- (7) 櫻田・前掲（注(6)）214頁，澤木＝道垣内・前掲（注(6)）200頁。
- (8) 小出・前掲（注(1)）45頁，神前・前掲（注(1)）55頁。
- (9) Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, 19 June 1980. Current version : OJ C 27, 26.1.1998, p. 36.
- (10) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the

Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), COM (2005) 650 final – 2005/0261 (COD).

- (1) 「判例体系」データベースに整理されている中で、法例の下、黙示の意思を探求して（実体）契約準拠法を決定した40件の裁判例のうち、日本法を適用したものは27件である（前橋地（桐生支部）判昭和37年4月9日下民集13巻4号695頁，東京地判昭和39年12月18日判タ172号208頁，東京高判昭和42年3月30日下民集18巻3・4号294頁，東京地判昭和44年3月4日判タ235号236頁，東京地判昭和44年5月14日判時568号87頁，大阪高判昭和44年8月5日金判178号4頁，東京地判昭和45年4月8日判253号279頁，大阪地判昭和47年3月28日判タ283号277頁，東京地判昭和47年4月15日判時683号111頁，東京地判昭和47年5月10日行集23巻5号299頁，東京高判昭和49年12月19日判タ324号214頁，東京地判昭和52年4月22日判時863号100頁，最判昭和53年4月20日・前掲（注(2)），東京地判昭和55年6月13日判時984号102頁，京都地判昭和56年2月23日判タ474号186頁，東京高判昭和57年7月19日判時1051号149頁，神戸地判昭和58年3月30日判時1092号114頁，東京地判昭和60年7月30日判時1170号95頁，東京高判昭和62年3月17日判時1232号110頁，東京地判昭和63年12月5日労民集39巻6号658頁，東京高判平成2年9月26日判時1384号97頁，大阪地判平成7年5月23日判時1554号91頁，山形地（酒田支部）判平成11年11月11日金判1098号45頁，仙台高（秋田支部）判平成12年10月4日金判1106号47頁，東京高判平成13年5月30日判時1797号111頁，東京地判平成13年6月20日判時1797号36頁，東京高判平成14年1月30日判時1797号27頁）。これに対し，外国法を適用したものは13件である（東京高判昭和28年9月11日判時9号7頁，東京地判昭和36年4月21日判時260号24頁，大阪高判昭和37年10月18日判時326号21頁，東京地判昭和40年4月26日判時408号14頁，山口地（柳井支部）判昭和42年6月26日下民集18巻5・6号711頁，東京地判昭和42年8月9日判タ210号174頁，東京地判昭和44年5月14日判時568号87頁，東京地判昭和45年3月27日判時598号75頁，東京地判平成3年8月27日判時1425号100頁，東京地判平成5年1月29日判時1444号41頁，東京地判平成7年10月27日判時1572号96頁，東京地判平成9年10月1日判タ979号144頁，東京地判平成10年3月30日判時1658号117頁）。なお，これらのうち，東京地判昭和44年5月14日に関しては，双方に分類されているが，これは，同判決では二つの契約の準拠法が問題となり，一方が日本法を適用し，一方が外国法を適用したためであり，一つの判決ではあるがここではそれぞれを各類型に分類した。
- (2) 注(9)及び注(10)を参照。

- (3) 別冊 NBL・前掲（注(4)）93 頁，136 - 138 頁。
- (4) 別冊 NBL・前掲（注(4)）246 頁。
- (5) 小出・前掲（注(1)）46 頁，神前・前掲（注(1)）58 頁。
- (6) 小出・前掲（注(1)）42 頁，神前・前掲（注(1)）56 - 57 頁。
- (7) 澤木＝道垣内・前掲（注(6)）209 - 210 頁。
- (8) 小出・前掲（注(1)）46 頁，神前・前掲（注(1)）57 - 58 頁，櫻田・前掲（注(6)）208 - 209 頁，神前＝早川＝元永・前掲（注(6)）130 頁。
- (9) 東京地判昭和 52 年 5 月 30 日判時 880 号 79 頁，東京高判平成 12 年 2 月 9 日判時 1749 号 157 頁，東京地判平成 14 年 2 月 26 日判例集未登載。
- (10) 東京地判平成 13 年 5 月 28 日金判 1130 号 47 頁。
- (11) 澤木＝道垣内・前掲（注(6)）209 頁。
- (12) 櫻田・前掲（注(6)）203 頁，神前＝早川＝元永・前掲（注(6)）125 - 126 頁。
- (13) Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws* (Sweet & Maxwell 2006) at 1555-58.
- (14) 小出・前掲（注(1)）43 頁は，解除や取消しについては，単独行為であっても，その対象となる契約によって生じた法律関係の存在を前提としており，その法律関係に相手方がある場合にはその相手方に対する意思表示によって行使するものであることからすれば，取消しまたは解除を行なう者のみの意思によって準拠法を選択できることとするのは適当でなく，その相手方についても 7 条にいう当事者に該当すると考えるべきとする。もっとも，その一方で，法例 7 条 1 項の解釈との限定を付しながらも，契約の構成要素にすぎず，独立して準拠法選択の対象となるものではないとする考え方があることも紹介している。
- (15) この他，例えば，今次の改正で債権譲渡の債務者その他の第三者に対する効力の準拠法が，通則法 23 条により，「譲渡に係る債権に適用すべき法」とされたこととの関係で，その法の認定が困難になるなど，過度の分割には様々な細かな弊害が予想される。
- (16) 上記の “Institute Cargo Clauses” は，厳密な文言解釈からは効力の中でも特定の部分だけを英国法を指定したようにも読めるが，この基準を前提に，当事者は効力全体につき英国法を指定する意思を有すると解しても，その意図には全く反しないであろう。
- (17) 小出・前掲（注(1)）61 頁，櫻田・前掲（注(6)）211 頁，澤木＝道垣内（注(6)）206 頁，神前＝早川＝元永・前掲（注(6)）135 頁。
- (18) 小出・前掲（注(1)）61 頁，神前・前掲（注(1)）72 頁，櫻田・前掲（注(6)）211 頁，澤木＝道垣内（注(6)）206 頁。
- (19) 神前・前掲（注(1)）73 頁，澤木＝道垣内（注(6)）208 頁，神前＝早川＝元永・前

掲 (注(6)) 136 頁。

30 神前・前掲 (注(1)) 72 - 73 頁。

31 澤木＝道垣内 (注(6)) 207 頁。

32 澤木＝道垣内 (注(6)) 207 頁。

33 なお、本稿の射程からは外れるが、渉外的な不法行為事案が訴訟で争われる場面における通則法21条の機能につき、以上の議論は共通する部分があるといえる。すなわち、21条の適用の場面においても、当事者による準拠法の事後的合意を認める際には両当事者の明示の合意が必要であり、当事者の合意をあいまいにしたまま裁判所の都合により日本法が適用されるような運用は批判されるべきであろう。

34 神前・前掲 (注(1)) 61 - 62 頁。

35 神前・前掲 (注(1)) 68 - 69 頁。

36 小出・前掲 (注(1)) 53 - 54 頁、神前＝早川＝元永・前掲 (注(6)) 135 頁。

37 小出・前掲 (注(1)) 53 頁。

38 注(10)を参照。

39 注(2)参照。

40 神前・前掲 (注(1)) 63 頁、澤木＝道垣内 (注(6)) 204 頁、神前＝早川＝元永・前掲 (注(6)) 133 - 134 頁。

41 神前・前掲 (注(1)) 62 - 63 頁。

42 この他、注(5)に掲げたように、通則法 23 条が債権譲渡の債務者その他の第三者に対する効力の準拠法を「譲渡に係る債権に適用すべき法」としたこととの関係でも、最密接関係法を原則としたことには弊害が予想される。すなわち、これでは準拠法条項の無い債権については、譲り受けたくても、確定的に譲り受けたというためには如何なる要件を具備すればよいか判別できず、譲渡人・譲受人を極めて不安定な状況に追い込んでしまい、結果的に債権の流動性を低下させてしまう。現行の 23 条を前提にこの問題をできるだけ解消するという意味でも、最密接関係法が事前に予測でき、なおかつ、それが事後に覆されるといった事態が容易には起こらないことが保障される必要があるといえる。

43 澤木＝道垣内 (注(6)) 203 頁。

44 澤木＝道垣内 (注(6)) 203 頁。

45 なお、そのような動機に基づく準拠法条項の挿入の契機がなかった過去の契約に関しては、そもそも法例の適用を受けるものであり、議論の前提が異なるといえる。