

# 消費者契約及び労働契約の準拠法と絶対的強行法規の適用問題

西谷 祐子  
にし たに ゆう こ

ケルン大学特別研究員

- 1 はじめに
- 2 消費者契約及び労働契約の準拠法
- 3 絶対的強行法規の適用
- 4 おわりに

## 1 はじめに

契約準拠法の決定については、平成 18 (2006) 年 6 月 21 日「法の適用に関する通則法」(以下「法適用通則法」という) 7 条によれば<sup>(1)</sup>、当事者自治の原則(主観的連結)が妥当し、当事者自らが準拠法を選択することができる。契約に関する当事者自治の原則は、現在、ほぼ世界中の国々において認められており、これまで慎重な態度をとってきた米国においても、インターネット取引の発達によって、当事者自治が正面から認められるようになってきている<sup>(2)</sup>。法例は、すでに明治 31 (1898) 年の制定時から、その 7 条 1 項において当事者自治を認めており、ヨーロッパ諸国と比較しても先駆的な法典であったといえる<sup>(3)</sup>。当事者自治の根拠としては、一般に、実質法上の「私的自治の原則」(契約自由の原則)の国際私法への投影であること、多様な契約類型について単一の客観的な連結点を決めるのは不可能であること、そして当事者の予見可能性及び法的安定性を確保できることが挙げられる<sup>(4)</sup>。しかし、消費者や労働者のような経済的弱者が一方当事者となっている消費者契約及び労働契約については、国際私法上事業者ないし使用者が一方的に自己に有利な法を選択するおそれがある。ところが、1980 年契約債務の準拠法に関する EEC 条約<sup>(5)</sup>(以下「ローマ条約」という) 5・6 条と異なって、法例 7 条はこの点に配慮した特則を置いていなかった

たため、学説上一定範囲で当事者自治を制限すべきことが議論されていた<sup>(6)</sup>。

そこで、解釈論として、消費者契約・労働契約には法例7条が適用されず、客観的連結によるとする少数説<sup>(7)</sup>、あるいは労働契約についてローマ条約6条に範をとっていわゆる「優遇原則」を導入することを提唱し、当事者によって選択された法は、労働契約の最密接関係地法が定める労働者保護の最低基準を上回る場合にだけ適用されるとする少数説<sup>(8)</sup>もあった。

それに対して、多数説及び裁判例は、法例7条が消費者契約及び労働契約にも適用されることを認めたとうえで、「絶対的強行法規」、すなわち国家利益・社会政策の実現を目的とし、準拠法如何にかかわらず常に適用されるべき強行法規の適用を確保することで、弱者保護を図るとしてきた<sup>(9)</sup>。その理論的根拠は、一般に、ヴェングラーに端を発する「強行法規の特別連結論」<sup>(10)</sup>、あるいは「公法の属地的適用」<sup>(11)</sup>に求められてきた。また、「直接適用法」の理論も紹介されてきている<sup>(12)</sup>。東京地決昭和40年4月26日(労民集16巻2号308頁)[インターナショナル・エア・サービス事件]は、米国人パイロットが米国カリフォルニア州において米国会社に雇い入れられ、その後日本の航空会社に派遣されて国内線を運行していたところ、労働組合の結成を準備したことを理由に解雇されたという事件である。同決定は、法例7条1項によって米国連邦法又はカリフォルニア州法が契約準拠法となるとしたうえで、労務提供地が日本であったことから、当事者自治は「属地的に限定された効力を有する公序としての労働法によって制約を受ける」として労働組合法7条1号を適用し、本件解雇は不当労働行為として無効であるとした。本決定は、わが国の絶対的強行法規の適用を認めたリーディング・ケースであると評価できる<sup>(13)</sup>。もっとも、このような弱者保護の手法は、当該法規が絶対的強行法規と性質決定されないかぎりは妥当しないこと、そしてその対象は通常、法廷地の絶対的強行法規に限定されていたことから、当事者自治の制限法理としては限界があった<sup>(14)</sup>。

法適用通則法においては、消費者契約及び労働契約にも当事者自治を認めたとうえで(7条)、消費者及び労働者保護のための特則を置いている(11・12条)。後述するように、その保護の内容は必ずしも十分ではないが、比較法的な動向を踏まえてこのような特則が置かれたこと自体は評価されてよいであろう。他

方で、法適用通則法においては、絶対的強行法規の適用に関する明文規定は見送られたが、解釈論上、少なくとも法廷地の絶対的強行法規に関するかぎりは、本来の準拠法に優先して適用されることが認められている<sup>(15)</sup>。

以下では、まず第一に、消費者契約に関する法適用通則法11条を中心に、その成立の経緯及び解釈論上の論点について検討する。労働契約に関する法適用通則法12条については、同11条と異なる点についてだけ述べる(2)。次に、わが国のどのような法規が絶対的強行法規として性質決定されるかを考察したうえで、絶対的強行法規の適用に関する理論的根拠及びその射程を検討する(3)。最後に、法適用通則法の問題点及び将来の改正に向けて残された課題について指摘をし、本稿を締めくくりにしたい(4)。

## 2 消費者契約及び労働契約の準拠法

### (1) 消費者契約

#### (1) 当事者自治の原則と消費者保護

法適用通則法11条1項によれば、消費者契約についても当事者自治の原則が妥当する。しかし、明示又は黙示の準拠法選択があった場合でも(法適用通則法7条)<sup>(16)</sup>、消費者が「その常居所地法中の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を事業者に対し表示したときは」、その強行規定も適用され、それによって消費者が保護されることが定められている。

法制審議会国際私法(現代化関係)部会(以下「審議会」という)においては、当初、消費者契約についても当事者自治を認めたいうえで、各々ローマ条約5条2項又はヨーロッパ国際私法グループによるローマ条約改正提案(2003年)<sup>(17)</sup>に範をとって「優遇原則」を採用する案が検討された<sup>(18)</sup>。この優遇原則とは、当事者が選択した法は、消費者の常居所地法上の消費者保護の基準を上回る場合にのみ適用するという原則であり、その適用結果に鑑みて準拠法選択の効果を制限する法理である。しかし、審議会においては、優遇原則について、異なる法体系間における消費者保護の程度の比較は困難であること、また優遇性比較を行うには各法体系における消費者保護に関係する特別法を含む実質法の内容の調査が必要となり、訴訟関係者の負担を増大させ、訴訟遅延を招くおそれが

あることが指摘された。そこで、裁判官に優遇性比較を行わせる代わりに、消費者が「その常居所地法中の特定の強行規定を適用すべき旨」の意思表示を事業者に対して行った場合にのみ、追加的にその常居所地法を適用するという構成がとられることとなった<sup>(19)</sup>。

法適用通則法11条1項にいう強行規定は、一国のすべての強行法規を対象としており、通常の国内的強行法規（「相対的強行法規」）及び「絶対的強行法規」の双方が含まれる。そこで、日本法上は、民法及び消費者契約法のほか、割賦販売法、特定商取引に関する法律、金融商品の販売等に関する法律等のいわゆる「業法」も、私法上の効力をもつかぎりは、すべて対象となる。

立法担当者の説明によれば、11条1項の適用上、消費者は契約の解除や取消し、一部条項の無効など、攻撃防御方法ごとに当該強行規定に基づく特定の法的効果をも主張しなければならず、要件事実の主張・立証だけでは足りないとされている。他方で、それが訴訟において法的観点の主張を当事者に求めるものであるとすると、事実の主張・立証責任は当事者にあり、法適用は裁判官の職権によるとする民事訴訟法上の弁論主義の例外となってしまう。そこで、この消費者による主張は、消費者の常居所地法上の特定の強行規定が準拠法となるという効果を生じさせる実体法上の意思表示（準拠法を付加して選択する意思表示）であると整理されている<sup>(20)</sup>。したがって、この主張は私法上の形成権の行使等と同様に、裁判の内外を問わず行うことができるとされている。

裁判外での主張を認める点については、消費者契約に関する紛争がすべて裁判になるわけではないこと、また消費者による取消権又は撤回権の行使に時間的な制約がある場合が考えられることから、必要性があるといえよう<sup>(21)</sup>。しかし、このように経済的弱者である消費者に主張責任を負わせるルールが十分な保護を与えるとは解されない。そもそも消費者がこの複雑な抵触規則を理解し、常居所がどの国にあるかを正確に認識し、選択された法よりも自己の常居所地法の方が消費者保護に厚いことを理解したうえで、その常居所地法上の特定の強行規定の効果まで主張することは期待できないであろう<sup>(22)</sup>。

立法過程において検討された選択肢の中には、消費者は常居所地法上の法的主張をする必要はなく、要件事実の主張・立証で足りるとし、それが選択され

た法又は消費者の常居所地法のいずれの要件事実当該するかは裁判官が職権で判断するという案もあったが、やはり裁判官の負担が過大となることを理由に採用されなかった<sup>(23)</sup>。しかし、前述のような法適用通則法11条1項の解釈・運用は、民事訴訟法上の弁論主義と相容れないおそれがある。

消費者が抽象的に常居所地法の適用を主張するだけでは足りず、その法的観点にも言及しなければならぬとすると、消費者が常居所地法上の規定を誤解し、誤った法的効果を主張した場合には、仮に要件事実そのものの主張・立証は行っていたとしても、消費者は保護されない。それゆえ、たとえば日本に常居所をもつ消費者が日本法を援用し、契約締結に際して事業者から不実告知がなされたこと、それを事実であると誤認して契約の申込をしたこと、しかし後にその誤認に気付き、契約が「無効」であると考えたため、受け取った商品を返送したことを主張しているような場合には、消費者契約法4条1項1号の要件事実の主張・立証があったといえるが、「取消し」という法的観点の主張がなされていない以上、上記の解釈に厳密に従えば、法適用通則法11条1項の要件は満たされていないことになろう。また、たとえば消費者が主張・立証すべき要件事実が契約準拠法と消費者の常居所地法とで一致しているが、法的効果だけが各々取消しと無効で異なっており、しかも契約準拠法上は取消権が時効消滅しているような場合には、消費者が常居所地法上の無効の効果を特定して主張しないかぎり、保護は与えられない。

法適用通則法11条1項においては、裁判官が職権で消費者の常居所地法を適用する可能性は排除されている。しかし、わが国で問題となりうる紛争が、訴額及び資力の点からみて、消費者がわが国に常居所をもつ場合がほとんどであると予測されることに照らせば<sup>(24)</sup>、これは、わが国の裁判官が日本法すら——それが絶対的強行法規でないかぎり——職権で適用できないことを意味する<sup>(25)</sup>。結局、訴訟手続においては、裁判官が——訴訟当事者間の公平に反しない限度において——釈明権を行使して消費者に適切な主張を促すべきであろうし（民事訴訟法149条）、本人訴訟ではなく弁護士による訴訟代理の場合には、弁護士の役割に期待することになろう<sup>(26)</sup>。

他方、事業者にとってみても、消費者がどこまで何を主張していればその常

居所地法の適用を想定する必要があるのか、判断は容易ではない。また、消費者がいつでも主張をできることになると、訴訟手続の進行が妨げられ、事業者にとって不意打ちとなりかねない。それゆえ、裁判官には争点・証拠の整理手続及び計画審理を通じて、訴訟手続の円滑な進行を図ることが要請されよう<sup>(27)</sup>。

このように、法適用通則法 11 条 1 項には問題があるため、解釈論上は、消費者が常居所地法上の特定の法的効果までは主張していない場合であっても、抽象的に常居所地法を援用している場合には、その意思表示から「特定の強行規定を適用すべき旨」を客観的に認識できると解することで、同規定の要件を緩和する方向が望ましいといえよう<sup>(28)</sup>。もっとも、この規定の存在意義自体は否定すべきでなく、事業者は合理的なリスク計算の範囲内で、自らが指定した法に加えて消費者の常居所地法が適用される可能性を想定して行動するであろうから、「行為規範」として、事実上消費者の常居所地法の遵守が促されるように思われる。また、わが国の消費者保護法規は、それが絶対的強行法規であるかぎり、消費者による援用がなくても、裁判官の職権によって適用されるため、保護が与えられることに留意すべきであろう（後述 3 参照）。

ところで、欧州共同体においては、ローマ条約を EC 規則化する（ローマ I 規則）作業が進んでいる。2005 年 12 月 15 日に欧州委員会が提出した「契約債務の準拠法に関する EC 規則提案」（以下「ローマ I 提案」という）<sup>(29)</sup> 5 条 1 項は、消費者契約について、欧州共同体構成国に常居所をもつ消費者に関するかぎり、その常居所地法を適用すると定めている。これは、スイス国際私法 120 条と同様に、消費者契約について当事者自治を排除し、客観的に消費者の常居所地へと連結するルールである。ローマ I 提案 5 条 1 項の改正理由として、①ローマ条約 5 条 2 項の優遇原則によれば、選択された法と消費者の常居所地法の双方が適用されうることとなり、法適用関係が複雑化し、余計なコストがかかること、②事業者は、現行法の下でも消費者の常居所地法上の強行法規を念頭に置いて約款を作成しているため、消費者の常居所地への客観的連結によっても問題は生じないことが挙げられている<sup>(30)</sup>。わが国での改正作業の中で、審議会においては、客観的連結の手法には準拠法が一義的に定まるというメリットはあるものの、事業者が複数の法域の消費者を対象として大量の契約を締結する場

合には処理が複雑になることを理由に、当初から案として掲げられなかった<sup>(31)</sup>。しかし、法適用通則法 11 条 1 項においても、ローマ条約 5 条 2 項と同様に、事業者は消費者の常居所地法の適用を想定しなければならず、大量契約の一括処理という当事者自治のメリットが常に妥当するわけではないことに注意が必要である。

現在、欧州共同体においては、欧州理事会及び欧州議会の「共通の立場」(Gemeinsame Position) が準備されており、ローマ I 提案 5 条 1 項を維持しつつ、第三国に常居所をもつ消費者をも対象とする案のみならず、ローマ条約 5 条 2 項の優遇原則を維持する案も出されている<sup>(32)</sup>。欧州における帰趨は、今後の議論に俟つところが多いが、わが国の将来の立法論としては、消費者の常居所地への客観的連結という手法も十分検討に値するように思われる<sup>(33)</sup>。

## (2) 客観的連結

法適用通則法 11 条 2 項によれば、当事者による準拠法の選択がない場合には、消費者の常居所地法が準拠法となる。この規定は、法適用通則法 8 条の例外として、端的に消費者の生活環境の法である常居所地法によるものであり、労働契約の場合と異なって、最密接関係地法の推定規定ではない。これは、消費者を保護するため、消費者の常居所地よりも密接な関係をもつ地の法の適用を留保しない趣旨である<sup>(34)</sup>。

## (3) 方式に関する特則

法適用通則法 11 条 3-5 項は、消費者契約の方式に関する特則である。法適用通則法 10 条 1・2 項は、法律行為の方式をできる限り有効とするため、法律行為の成立の準拠法と行為地法との選択的連結を定めているが、11 条 3-5 項は消費者保護のため、その例外を設けている。

11 条 3・4 項によれば、契約準拠法が選択されていても、消費者が自己の常居所地法上の方式に関する強行規定の適用を主張した場合には、もっぱらその常居所地法上の方式規定が適用される。この規定があることによって、たとえば行為地法上は当該消費者契約が諾成契約とされており、口頭での合意によって契約が有効に成立している場合であっても、消費者の常居所地法上は要式契約とされており、方式の履践がなければ無効である場合には、10 条 1・2 項の

規定にかかわらず、消費者がその常居所地法上の方式規定の適用を主張すれば、当該契約は方式上無効であることになる。また11条5項によれば、当事者による契約準拠法の選択がなく、客観的連結による場合には、方式についても端的に消費者の常居所地法によると定められている。

#### (4) 消費者保護規定の適用範囲

##### (a) 事項的適用範囲

法適用通則法11条1項によれば、同条の対象となる消費者契約とは、個人としての消費者(事業として又は事業のために契約の当事者となる場合を除く)と事業者(法人その他の社団又は財団及び事業として又は事業のために契約の当事者となる個人を指す)との間で締結される契約で、労働契約以外のものを指す。この定義は、消費者契約法2条に従ったものである。もとより国際私法上の法概念は、実質法上の法概念とは区別されるが<sup>(35)</sup>、国際私法上も消費者保護が必要とされる根拠は契約当事者の「情報・交渉力の格差」にあることから、契約当事者の属性を定義する手法がとられたものであり<sup>(36)</sup>、それ自体は妥当であろう。

この点について、ローマ条約5条1項は、対象となる消費者契約を「ある者(消費者)に対する物品又は役務の提供を目的とする契約であって、その者の職業上もしくは営業上の活動以外を目的とするもの、あるいはかかる契約のための信用供与を目的とする契約」としており、使用貸借契約、消費貸借契約、不動産の物権又は利用権を対象とする契約、借地借家契約などは対象外とされてきた。また同5条4項は、運送契約及び消費者の常居所地以外で履行される役務提供契約を除外している[ただし、パッケージ旅行には同条が適用される(同条5項)]<sup>(37)</sup>。従来から、ローマ条約5条1項の事項的適用範囲が狭いことが問題となってきたため、ローマI提案5条2項前段は、消費者が「職業又は営業活動以外の目的のために締結した契約」をすべて適用対象とし、範囲を拡大しているが、やはりローマ条約5条4項に定める契約及び不動産に関する物権又は利用権を目的とする契約は除外している(ローマI提案5条3項。ただしタイムシェアリング契約は適用対象とされている)<sup>(38)</sup>。

それに対して、法適用通則法11条1項は、不動産の売買契約や賃貸借契約、さらには運送契約等もすべて対象としており、ローマ条約5条及びローマI提



案5条よりも適用範囲が広がっている。そこで、たとえばわが国に常居所を有する消費者が、自宅からインターネットを通じて、外国旅行会社との間で夏季休暇のために北イタリアの別荘を賃借する契約を締結した場合、あるいは外国航空会社との間で東京・ニューヨーク間往復の旅客運送契約を締結した場合等も、すべて法適用通則法11条1項の適用範囲に入る。このような場合にも、事業者と消費者との間には歴然とした「情報・交渉力の格差」がある以上は、消費者保護規定の適用は正当化されるであろう。たしかに不動産の売買契約のように、所在地の公序と密接に関係している取引まで適用対象とすべきではないとも解されるが、次に述べるように、法適用通則法11条6項によって消費者保護規定の場所的・事項的適用範囲が限定されているため、実際にそれが問題となる場面はほとんどないように思われる<sup>(39)</sup>。

#### (b) 場所的・事項的適用範囲

法適用通則法11条6項1・2号は、すべての消費者を保護するのではなく、その対象をいわゆる「受動的消費者」に限定している。これは、自らの意思で国境を越えて事業者の事業所所在地において契約を締結する「能動的消費者」までがその常居所地法による保護を受けられるとすると、国内的にのみ活動している事業者の予見可能性が害されるからである<sup>(40)</sup>。そこで、法適用通則法11条6項1・2号によれば、事業者の事業所で消費者契約に関係するものが消費者の常居所地と異なる法域に所在する場合であって、①消費者が当該事業所の所在する法域に赴いて契約を締結したとき(1号)、あるいは、②消費者が当該事業所の所在する法域において契約に基づく債務の全部の履行を受けたとき又は受けることとされていたときには(2号)、法適用通則法11条1-5項の消費者保護規定は適用されない。ただし、いずれの場合にも、消費者が事業者から、当該事業所の所在する法域において契約を締結すること又は債務の全部の履行を受けることについての「勧誘」をその常居所地において受けていたときは除かれる(同項1・2号但書)。

この「勧誘」という文言は、要綱中間試案においては「誘引」とされていたが、審議会での議論を経て変更されたものである。立法担当者の説明によれば、この「勧誘」とは、消費者契約法4条と同様に、事業者による契約締結に向け

た個別的な勧誘行為のみを指す<sup>(41)</sup>。もっとも、消費者契約法4条の解釈は分かれており、同法の法案作成作業の中心となった経済企画庁事務当局による解説は、特定人に向けられた行為だけを指すとしているが<sup>(42)</sup>、学説の多数は、不特定多数人に向けられた行為であっても、客観的に消費者による特定の契約締結の意思形成に直接影響を与えうる行為であれば「勧誘」に当たるとしている<sup>(43)</sup>。

思うに、法適用通則法11条6項1・2号と消費者契約法4条の規律対象及び目的は相違しているため、同一に解釈すべき必然性はない。そして、法適用通則法11条6項1・2号においては、本来は保護の必要性が低い「能動的消費者」について消費者保護規定の適用を正当化するに足りる程度の事業者の具体的かつ積極的な関与があることを要件とするのが合理的である。したがって、事業者が物品購入のツアー旅行を企画して消費者に参加するよう勧誘した場合や、ダイレクトメールや電話、インタラクティブなウェブサイト等によって個別的に消費者に対して事業者の事業所の所在する法域に来るよう勧誘した場合はそれに該当する。反対に、事業者が一般的に消費者の常居所地において宣伝・広告活動を行っただけでは、「勧誘」に当たらないと解すべきであろう。そうでなければ、事業者がインターネット上に受動的なウェブサイトを立ち上げ、世界中の消費者が事業者の宣伝・広告等にアクセスできる状態を作出しただけで、世界中の消費者保護規定の適用を前提としなければならなくなり、「能動的消費者」を保護の対象から除外した趣旨が没却されるからである<sup>(44)</sup>。

この法適用通則法11条6項1・2号は、ヨーロッパ国際私法グループのローマ条約改正提案をモデルとして<sup>(45)</sup>、「能動的消費者」を定義したものである。これは、ローマ条約5条2項が契約締結の態様を限定列举することで保護の対象となる「受動的消費者」の範囲を画定しており<sup>(46)</sup>、特にドイツにおける一連の「グラン・カナリア事件」においてその適用範囲の狭さが問題となったことを踏まえたものである<sup>(47)</sup>。他方、ローマI提案5条2項後段においては、主としてインターネット取引に対応するため<sup>(48)</sup>、2000年12月20日ブリュッセルI規則<sup>(49)</sup>15条と平仄を合わせて、「消費者が常居所をもつ構成国において職業又は営業活動を行っている、あるいは何らかの方法で当該構成国又は当該構成国を含む複数の国に向けてその活動を行っている事業者」との間で締結された契約

をすべて適用対象としている。これは、事業者側が特定国の消費者を対象から除くことで、その事業活動の射程を限定できるように配慮した準則であるが、実際には事業者が「当該国に向けて活動を行う」ことの意味は必ずしも明らかではなく、解釈次第で適用範囲が過度に広がるおそれがある<sup>(50)</sup>。その意味では、法適用通則法 11 条 6 項 1・2 号が契約の締結及び履行の態様を基準として「能動的消費者」を定義し、その場所的適用範囲を画定したのは妥当であったといえよう。

ただし、法適用通則法 11 条 6 項 1・2 号では、消費者が事業者の「事業所」のある法域に赴いたことが要件とされているが、事業所の所在を要件としている点は疑問である。この規定は、消費者が能動的に行動したことをメルクマールとしているのであり、たとえば消費者が外国に赴いて事業者の代理人と契約を締結した場合、その国に事業者の事業所がなくても、能動的消費者として扱うべきである。したがって、この「事業所」の概念は、客観的連結に関する 8 条 2 項の特徴的給付の理論において基準とされる事業所と異なって、仮店舗又は代理人の所在までも含む広い意味で解釈されるべきであろう。

以上に加えて、法適用通則法 11 条 6 項 3・4 号によれば、③消費者契約の締結の当時、事業者が、消費者の常居所を知らなかったとき(3号)、あるいは④消費者契約の締結の当時、事業者がその相手方が消費者でないことと誤認したとき(4号)であって、各々相当の理由があるときにも、法適用通則法 11 条 1-5 項の消費者保護規定の適用は除外される。③は、たとえば事業者がインターネット上で特定国に常居所をもつ消費者だけを対象に物品を販売しているときに、消費者が当該国に常居所をもつと偽った場合、あるいは店舗外の対面的な売買など、事業者が相手方の常居所を問題としないのが通常である場合などを指す<sup>(51)</sup>。④は、事業者が同じ物品を事業者に対してより安価に販売している場合に、消費者が自分は事業者であると偽った場合、あるいは取引の数量が多くかつ継続的であるなど、通常消費者が行うとは思われない取引形態である場合などを指す<sup>(52)</sup>。これらの場合には、消費者は保護に値せず、むしろ事業者の準拠法に対する予見可能性を保護する必要がある、合理的な規定であるといえよう<sup>(53)</sup>。

## (2) 労働契約

労働契約については、法適用通則法12条に特則がある。労働契約とは、労働者が使用者の指揮命令に服して労務を提供し、その対価として報酬を得る契約を指す。解釈として、契約に基づかずに事実として労働が行われた場合も、12条の適用対象とすべきであろう<sup>(54)</sup>。

法適用通則法12条1項における保護の構造は、基本的に消費者契約と同じであり、当事者が準拠法を選択していても、労働者が労働契約の最密接関係地法上の特定の強行規定の適用を主張すれば、それによる保護が与えられる。12条1項という強行規定は、一国のすべての強行法規を対象としており、通常の国内的強行法規及び「絶対的強行法規」の双方が含まれる。そこで、日本法上は、労働組合法、労働基準法、最低賃金法、労働者災害補償保険法等に定められている労働者保護法規で、私法上の効力を有するものがすべて対象となる。特に、実務上は、前述のインターナショナル・エア・サービス事件で問題となった労働組合法7条〔不当労働行為〕のほか、労働基準法14条〔有期雇用の規制〕、同18条の2〔解雇権濫用法理〕<sup>(55)</sup>、同20条〔解雇予告の要件〕、同93条〔就業規則の最低基準効〕などが労働関係の規制に際して重要な意義をもつものと思われる<sup>(56)</sup>。なお、2007（平成19）年12月5日労働契約法（法律第128号）<sup>(57)</sup>の成立に伴い、労働基準法18条の2が労働契約法16条に、労働基準法93条が労働契約法12条に移行する点には注意が必要である。

法適用通則法12条1項にいう「最密接関係地」は、12条2項によれば、第一義的には労務提供地であると推定され、スチュワーデスや船員など労務提供地を特定できない労働者については、その者を雇い入れた事業所の所在地であると推定される。当事者による準拠法の選択がない場合には、8条1項の客観的連結によるが、その最密接関係地の推定として8条2項の「特徴的給付の理論」は妥当せず、12条2項による（12条3項）。

先述のインターナショナル・エア・サービス事件の事案を法適用通則法によって判断すると、7条によって契約準拠法は米国連邦法又はカリフォルニア州法となるが、12条1項によって労働者が労務提供地である日本の労働組合法によれば解雇が無効であると主張した場合には、それによる保護が与えられる。

もつとも、後述のように、わが国の労働組合法7条1号は絶対的強行法規であり、その適用は法適用通則法12条に優先するため、労働者による援用がなくても、裁判官は職権でそれを適用すべきことになる。

なお、欧州におけるローマI提案6条1項では、ローマ条約6条1項の「優遇原則」を維持する案が掲げられている。消費者契約について客観的連結をとるローマI提案5条1項と別異に扱う理由は示されておらず、主として、欧州共同体域内市場における派遣労働者との関係で問題となっていた労務提供地の定義を補充した点が議論されているに過ぎない<sup>(58)</sup>。

### 3 絶対的強行法規の適用

#### (1) わが国の絶対的強行法規

絶対的強行法規とは、国家利益・社会政策の実現を目的とする特に強行性の強い法規であって、準拠法如何にかかわらず適用されるべき規範を指す<sup>(59)</sup>。わが国の従来の多数説及び裁判例は、ローマ条約7条2項・スイス国際私法18条等と同様に、法廷地の絶対的強行法規は、準拠法如何にかかわらず必ず適用されることを認めてきた(上述1参照)。そこで、審議会においては、法廷地の絶対的強行法規の適用について明文規定を置くことも検討された。しかしながら、絶対的強行法規を定義して規定を置くことは法制上困難であること、また法廷地の絶対的強行法規の適用についてのみ規定を置くと、第三国の絶対的適用法規は適用されないとの反対解釈がなされかねないことを理由に、明文化は見送られた。もつとも、従前と同様に、解釈として法廷地の絶対的強行法規の適用が認められることは当然の前提とされている<sup>(60)</sup>。

わが国においては、従来、絶対的強行法規に該当する法規として、(a)独占禁止法、(b)外国為替及び外国貿易法<sup>(61)</sup>、(c)労働基準法、労働組合法、最低賃金法、労働者災害補償保険法<sup>(62)</sup>、(d)利息制限法、(e)借地借家法、(f)消費者保護に関する諸法規<sup>(63)</sup>などが挙げられてきた。職務発明に関する対価請求権を国際私法上の契約の問題と性質決定したうえで、わが国での労務提供を通じて職務発明がなされた場合には、特許法35条が絶対的強行法規として適用されるとする裁判例及び学説もある<sup>(64)</sup>。言うまでもなく、ある強行法規が絶対的強行法規であ

ることを示す明文規定があれば、それに従うが、わが国実質法上そのような規定は存在しない。そこで、ある強行法規が絶対的強行法規として性質決定されるか否かは、解釈によって導かれる。ところで、一つの法律は、性質の異なる複数の規範からなることが多く、また特定の規範をある法律中で規定するか否かは、多分に立法技術的な問題である。したがって、ある法規が絶対的強行法規に該当するか否かは、法律単位ではなく、個別の規範ごとに性質決定する必要があることに留意しなければならない。

具体的にいかなる強行法規を絶対的強行法規と性質決定するかについては、わが国にはまだ明確な基準がない。そこで、この点について活発な議論がなされてきた欧州の学説及び判例、そして立法の動向を参考にするのが有益であると思われる。ローマ条約7条1・2項においては、「契約準拠法如何にかかわらず適用されるべき強行法規」が絶対的強行法規に当たるとされていた。それに対して、ローマI提案8条1項においては、欧州司法裁判所1999年11月23日アルブラード事件判決<sup>(65)</sup>の法理に従って、初めて絶対的強行法規を定義しており、「その遵守が国家の政治的、社会的又は経済的秩序の維持にとって決定的であって、その法規の適用範囲に入るすべての事案について、契約準拠法如何にかかわらず適用されるべき強行法規」がそれに当たるとされている<sup>(66)</sup>。ドイツの少数説には、実質法上の消費者保護法規の発展に鑑みて絶対的強行法規の範囲をより広く捉え、私人の利益の調整を目的とする強行法規も含むとする少数説もある<sup>(67)</sup>。しかし、絶対的強行法規は、内外法平等を基礎とする抵触法体系の域外にある法規であり、各国家がその国家利益及び社会政策の実現を目的として定めた法規であるからこそ、国家自身にその適用範囲の画定がゆだねられているものである。つまり、絶対的強行法規は、通常の抵触規則による準拠法の決定とは異なり、その法規の性質及び規律目的を基礎として「法規からの出発」によってその適用の有無が決定される。したがって、私人間の権利義務の調整を目的とする法規まで絶対的強行法規に含めることは背理であり、あくまで国家の政治的・社会的・経済的秩序の維持を目的とする法規だけを絶対的強行法規と解すべきであろう<sup>(68)</sup>。

ところで、欧州共同体では、1993年不当条項指令以降の消費者保護に関する

EC 指令において、第三国法が選択された場合であっても事案が欧州共同体と密接な関係を持っている場合には、消費者が EC 指令による保護を奪われないように、各構成国は個別の抵触規則を置くべきことが定められている<sup>(69)</sup>。ドイツ民法施行法 29 a 条 (2001 年制定) のように、これらの消費者保護関連指令を国内法化した法規を絶対的強行法規として適用することを定める例もあれば、契約準拠法との優越性比較に基づいてそれを適用することを定める例もあり、各構成国の態度は一致していない<sup>(70)</sup>。他方で、欧州司法裁判所 2000 年 11 月 9 日 イングマー事件判決<sup>(71)</sup>は、代理商契約の終了に伴う補償請求権及び損害賠償請求権について、代理商が英国において活動していたことから、契約準拠法として当事者が選択していた米国カリフォルニア州法よりも EC 代理商指令が優先するとし、同指令を国内法化した英国法を適用した。本判決は、第三国法よりも欧州共同体法の適用を優先させるために、代理商指令を国内法化した法規を絶対的強行法規として性質決定したものであり、一般に批判されている<sup>(72)</sup>。ただし、特にドイツにおいては、本判決及び上記の消費者保護法規に関する民法施行法 29 a 条の法意に鑑みて、他の消費者保護法規全般にも同条を類推適用し、私人間の利益調整を目的とする法規をも絶対的強行法規に含めるとする有力説も登場しており<sup>(73)</sup>、近時の連邦通常裁判所 (BGH) の判断も分かれてきている<sup>(74)</sup>。ローマ I 提案 8 条 1 項の規定が採用されれば、絶対的強行法規の範囲は限定されたものとなろうが、いずれにしてもこの点は欧州共同体に関する特殊な問題であるため、その詳細については別の機会に論ずることにしたい<sup>(75)</sup>。

前述のように、絶対的強行法規とは国家の政治的・社会的・経済的秩序の維持を目的とする法規を指すと解するならば、わが国の消費者契約については、まず第一に、特定の事業において用いられる契約を規律する「業法」上の規範が問題となる。この業法に当たるのは、割賦販売法 (以下、「割賦」と省略)、特定商取引に関する法律 (以下、「特定商取引」と省略)、金融商品の販売等に関する法律、宅地建物取引業法、旅行業法、海外商品市場における先物取引の受託等に関する法律等、多数である<sup>(76)</sup>。特に重要である割賦販売法及び特定商取引法においては、クーリング・オフ (割賦 4 条の 4 ; 特定商取引 9・24 条)、解除の制限 (割賦 5 条)、違約金の制限 (割賦 6 条 ; 特定商取引 10・25 条, 58 条の 3 条)

などの私法規定がある反面、行政規定も多く置かれており、違反した事業者に対する指示（特定商取引7・14・22・38・46・56条）、改善命令・業務停止命令（割賦20条，20条の2，34条，35条の13；特定商取引8・15・23・39・47・57条）、あるいは報告・立入検査（割賦40・41条；特定商取引66条）などの行政処分、さらには罰則（特定商取引70-75条）が用意されている。これらの業法における諸規定は、わが国で活動する事業者に対して必要な規制を行うことで、適正な事業活動の確保を確保し、消費者保護を図ることを目的としていることから、通常は絶対的強行法規に当たると解すべきであろう<sup>(77)</sup>。

それに対して、消費者契約法は、消費者及び事業者との間の「情報・交渉力の格差」の是正を目的としており、民法上の錯誤（95条）及び詐欺（96条）の成立要件を緩和して消費者の取消権を認める4・5条、そして契約における不当条項規制に関する8-10条を柱としている。これらの規定は、個別消費者と事業者との間の契約にかぎり、第一義的には民法法理を修正し、私人間の権利義務の調整を図る規範であるといえる。それゆえ、通常の国内的強行法規、すなわち「相対的強行法規」と見るべきであろう。ただし、平成18年6月7日の消費者契約法改正法（平成19年6月7日施行）12条以下においては、新たに消費者団体訴訟制度が設けられ、適格消費者団体による事業者等の不当行為（消費者契約法4・5条及び8-10条に定める行為）の差止請求権が認められるに至っている。この団体訴訟制度は、わが国における同種の消費者紛争の未然防止・拡大防止を図って、不特定かつ多数の消費者の利益を擁護することを目的としている（2条4項，12条）。そして、内閣総理大臣の認定を受けた消費者団体だけに当事者適格が認められ（13・14条）、その活動に関する監督規定（30-35条）及び罰則（49-53条）も置かれている<sup>(78)</sup>。このような制度趣旨に鑑みれば、消費者契約法の団体訴訟に関する12条以下の規定は、絶対的強行法規として属地的に適用されると解することができる。

他方、労働関係法規について、前述のインターナショナル・エア・サービス事件判決は、労働組合法7条を絶対的強行法規と性質決定している。一般に、労働組合法、労働基準法、最低賃金法、労働者災害補償保険法等の諸規定は、労働が国家の経済的・社会的秩序の根幹をなすことに鑑みて、労働者の団結権



の保障、適正な労働条件の確保、生活保持、そして労働災害補償等を目的としている。これらの法律に置かれた諸規定は、労務提供それ自体を規律対象としているため、原則として、わが国で労務提供がなされるかぎりには、属地的に適用されるべき絶対的強行法規に当たると解されよう。

ただし、労働基準法 18 条の 2 に定める「解雇権濫用法理」は、従来の判例において、民法 1 条 3 項に定める権利濫用法理を基礎として発展してきたものであり、上述の労働契約法の成立に伴い、労働契約法 16 条に移行する。東京地判昭和 42 年 8 月 9 日（労民集 18 巻 4 号 872 頁）及び東京地判昭和 44 年 5 月 14 日（下民集 20 巻 5・6 号 342 頁）[シンガー・ソーイング・マシン事件]においては、米国企業の日本支社のゼネラルマネージャーに対する解雇の有効性が争われた。いずれの判決も、法例 7 条 1 項（当時）によって米国連邦法及びニューヨーク州法が契約準拠法となるとしたうえで、本件の米国企業と米国人労働者の労働関係は、わが国の解雇権濫用法理が前提とする終身雇用制に基づく労働関係とは異なることから、契約準拠法の適用は法例 30 条（当時）に定めるわが国の公序には反しないと判示している。この裁判例に見られるように、解雇権濫用法理は、労働契約関係の終了に関する規律として第一義的に私人間の権利義務関係の調整を目的としており、労働組合法や労働基準法のように、わが国での労務提供自体を規律する法規ではない。もとより解雇権濫用法理は、わが国実質法上の労働関係の規律における最も重要な原則の一つであり、わが国の政治的・社会的・経済的秩序の維持を目的とする絶対的強行法規であると解する余地もあろうが、その法的性質に鑑みれば、基本的には契約関係の規律において通常の抵触規則を介して適用される国内的強行法規と見るべきように思われる<sup>(79)</sup>。

先述のように、わが国の絶対的強行法規は、当該事案がその事項的及び場所的適用範囲内にあるかぎり常に適用され、法適用通則法 11 条 1 項及び 12 条 1 項にも優先する。したがって、消費者又は労働者が特定の強行規定の適用を主張しなかった場合であっても、裁判官は職権でそれを適用しなければならない。このような複雑な構造は看過しやすいため、本来であれば、法廷地の絶対的強行法規の適用に関する明文規定を置き、その意味内容を明らかにすべきであっ

たといえよう。

## (2) 絶対的強行法規の適用に関する理論的根拠

わが国においては、先述のごとく、法廷地の絶対的強行法規の適用に関する理論的根拠は、主として、ヴェングラーに端を発する「強行法規の特別連結論」又は「公法の属地的適用」に求められてきた（前掲1参照）。絶対的強行法規の適用に関する理論的検討は、ヨーロッパ、特にドイツにおいて進んでおり、膨大な研究の蓄積がある。本稿においてその詳細を論じ尽くすことは出来ないが、主な潮流を概観しておくことは有益であろう。

従来ヨーロッパ諸国の判例及び多数説が支持してきた「契約準拠法理論 (Schuldstatutstheorie)」によれば、通常の抵触規則によって契約準拠法が決定されることで、当該法秩序の絶対的強行法規も含めて一体的に送致される。つまり、契約準拠法上の絶対的強行法規は、契約準拠法の資格において一体的に適用される（「一体性理論 (Einheitstheorie)」）。法廷地の絶対的強行法規は、法廷地の法秩序を守るための「積極的公序」として、あるいは「内国公法の属地的効力」に基づいて適用される。それに対して、第三国の絶対的強行法規が直接適用されることはなく、契約準拠法上の公序良俗、信義則、行為基礎の喪失 (Wegfall der Geschäftsgrundlage) 等の一般条項の枠内で、あるいは履行不能の判断において、一つの事実として「考慮」されるにとどまる<sup>(80)</sup>。したがって、絶対的強行法規が「特別連結」によって適用される余地はない。この立場に理論的根拠を与えたとされる「データ理論 (Datum-Theorie)」によっても、第三国の絶対的強行法規は契約準拠法の枠内で他の要件事実と同様に一つのデータとして「考慮」されるに過ぎない<sup>(81)</sup>。

わが国の多数説も、法例の解釈論として第三国の絶対的強行法規の適用は認められないとして、同様の立場に立ってきた<sup>(82)</sup>。また、東京地判平成10年5月13日（判時1676号129頁）は、米国へのイラン製絨毯の輸送について、日本法の枠内で米国のイラン取引規制を考慮し、本件保険契約は保険利益を欠いており公序良俗に反すると判断したが、学説の中には、この判決が契約準拠法理論に立ったものであるとする立場もある<sup>(83)</sup>。

しかし、この理論は、契約準拠法上、一般条項の柔軟な運用が認められる場合にだけ成り立つものであり、当該準拠法の内容に左右される。実際にも、これまでのドイツの裁判例においてはドイツ法が契約準拠法であったからこそ、その枠内で柔軟に実質法的解決を行うことができた指摘されている<sup>(84)</sup>。絶対的強行法規が抵触法体系の前提となる等価性・互換性のある私法上の法規とは異なる以上、内国及び外国の絶対的強行法規は、各々固有の法理に基づいてその適用範囲を画定するのが妥当であろう。つまり、絶対的強行法規の適用根拠は、——サヴィニーに端を発し、現代国際私法の基礎をなす「法律関係からの出発」ではなく——、かつての法規分類学説が一般に依拠していたとされる「法規からの出発」に求めるべきである<sup>(85)</sup>。

ローマ条約7条及びローマI提案8条の立場は、「累積理論 (Kumulationstheorie)」又は「複合理論 (Kombinationstheorie)」と称される。それによれば、契約準拠法上の絶対的強行法規は、通常の抵触法的送致によって一体的に指定されるが (Einheitsanknüpfung)、それに加えて法廷地 (ローマ条約7条2項, ローマI提案8条2項)、さらには第三国の絶対的強行法規 (ローマ条約7条1項, ローマI提案8条3項) も「特別連結」によって適用される<sup>(86)</sup>。そもそも絶対的強行法規とは、内外法平等を基礎とする抵触法体系の域外にある法規範であり、各国家がその国家利益及び社会政策の実現を目的として定めた法規範であるからこそ、国家自身にその適用範囲の画定がゆだねられているものである。国際的判決調和に配慮し、国家相互間の社会・経済政策の尊重を促進するためには、事案が第三国と密接な関係をもつかぎり、その第三国の絶対的強行法規を「考慮」するのではなく、端的に「適用」する余地を認めるべきであろう。

ただし、この累積理論によれば、法廷地の絶対的強行法規は常に契約準拠法と独立に適用されるが、外国の絶対的強行法規は、それが契約準拠法上の絶対的強行法規であるか又は第三国の絶対的強行法規であるかによって適用根拠を異にしており、一貫しない。むしろ現在のドイツの多数説は、契約準拠法への抵触法的送致によって当然にその絶対的強行法規の適用が導かれるのではなく、外国の絶対的強行法規は、一律にその固有の法理に従って「適用」の有無を判断するとしている<sup>(87)</sup>。つまり、たとえば契約関係が米国とは場所的な牽連性を

もたないが、契約当事者が法的処理の便宜を考えてニューヨーク州法を準拠法として選択したような場合に、事後的にその合意が不当な取引制限に当たるとして争われたとしても、場所的な結び付きがなく米国市場に何ら効果が及んでいない場合には、米国が自国の独占禁止法（カルテル法）を適用する利益をもつとは解されない。したがって、このような場合には、契約準拠法上の絶対的強行法規であっても、抵触法的送致によって一体的に指定されると解するのではなく、第三国の絶対的強行法規と同様に、各々の絶対的強行法規の固有の法理に従って「適用」の有無を判断すべきであろう<sup>(88)</sup>。

第三国の（上記の説においてはさらに外国契約準拠法上の）絶対的強行法規をどの範囲で適用又は考慮するかを判断するための基準としては、①「属地主義（Territorialitätsprinzip）」<sup>(89)</sup>、②「権力理論（Machttheorie）」<sup>(90)</sup>、そして③事案と当該外国との密接牽連性を基準とする説<sup>(91)</sup>などが提唱されている。

①は公法に関する抵触法を観念するものであり、属地主義の積極的效果として、当該国家の領域内に所在する財産及び権利関係、あるいはその領域内で実現されるべき行為に関するかぎり、その絶対的強行法規を適用するが、その私法上の効力は契約準拠法によって判断するという。他方で、属地主義の消極的效果として、「外国公法の不適用」の原則に象徴されるように、外国国家が自国に対してその法の域外適用を要求しても、それを排除する効果をもつという。しかしながら、この立場に立つと、属地主義に基づく法律関係の場所付け（Lokalisierung）が恣意的になりうるほか、今日では、もはや公法と私法の峻別が妥当しないことが指摘されている<sup>(92)</sup>。この点は、わが国において、絶対的強行法規の適用問題を国際私法上の「公法の属地的適用」から説明する立場への批判にもつながるであろう<sup>(93)</sup>。また、属地主義の考え方は、外国公法の不適用を前提とするが、各国においては、私法上の法律関係の規律に当たって、外国公法を特別連結によって間接的に適用し、その私法関係への効果を認めることは一般に承認されており、この点も多数説によって批判されている<sup>(94)</sup>。

②の権力理論によれば、当該国家が自国の利益を実現する権力を有しており、しかもその権力行使の限界を遵守しているかぎり、当該国家の立法及び執行管轄権に服する法律関係については（債務者が当該国に財産をもっている場合など）、

その絶対的強行法規が適用される。また、当該国家の立法及び執行管轄権が及ばない法律関係であっても、その絶対的強行法規の政治的・経済的目的が法廷地のそれと一致する場合には適用される、あるいは契約準拠法の枠内で考慮されるという。しかし、この理論についても、「権力」の概念及び射程が不明確であり、法廷地がどこまで当該外国の立法政策を援助すべきかという問いに答えるものではないと批判されている<sup>(95)</sup>。

③の密接牽連性を基準とする場合には、どの程度の牽連性があれば当該外国の絶対的強行法規の適用が正当化されるのか不明であるとも指摘される。しかし、今日のドイツにおいては、各国家の政治的・経済的な立法目的及び政策等は考慮せず、端的に事案との密接牽連性を基準とすることで、外国の経済立法を尊重しながら国際的判決調和を促進し、絶対的強行法規の適用問題を双方向的抵触規則として構成する可能性が開かれることから、支持する学説が多いように思われる<sup>(96)</sup>。米国では、抵触法革命によって「統治利益 (Governmental Interests)」の分析視角が導入され、各州の立法目的及び当該法律関係を規律する利益を最大限尊重したうえで、当該法規の適用の有無を決定するというアプローチが採用されたが、その結果、明確な準拠法決定ルールが存在せず混迷状態に陥り、裁判官の裁量が過度に拡大し、多くの場合には自州法を適用する結果に終わっている<sup>(97)</sup>。このようなアプローチの問題点に鑑みれば、③の密接牽連性を基準とする考え方は、価値中立的に絶対的強行法規に適用根拠を与えるものとして、基本的に支持できる考え方であろうと思われる。

#### 4 おわりに

本稿においては、法適用通則法11・12条における弱者保護の特則及びその問題点、そして絶対的強行法規の範囲及びその適用について検討してきた。法適用通則法において弱者保護の特則が導入されたことは画期的であるが、やはり経済的弱者である消費者又は労働者に強行法規の適用に関する主張責任を負わせる手法には問題があると言わざるを得ない。法適用通則法11条1項及び12条1項の解釈論上は、消費者又は労働者が特定の法的効果までは主張していない場合であっても、抽象的に消費者の常居所地法又は労働契約の最密接関係地

法を援用しているかぎりは、その意思表示から「特定の強行規定を適用すべき旨」を客観的に認識できるものと解し、11条1項及び12条1項の要件が満たされていると解するのが妥当であろう。

また、本稿で論じてきたように、法廷地の絶対的強行法規の適用については、法適用通則法における他の抵触規則に基づく準拠法の決定・適用とは性質が異なるため、解釈によって導くことも可能であるが、法適用関係の明確性を期するためには、やはり明文規定を置くべきであったといえよう。そうすれば、特定の法規を絶対的強行法規として性質決定するための基準が判例・学説によって確立する契機も与えられていたように思われる。また、消費者又は労働者が法適用通則法11条1項・12条1項に基づく強行法規の適用を主張していても、裁判官が職権で法廷地の絶対的強行法規を適用する義務を負うという構造は、複雑であり看過しやすい。実務においては、この点に留意して適切な運用がなされることが望まれよう。

わが国の学説及び判例における消費者契約及び労働契約の準拠法決定及び絶対的強行法規の適用問題に関する検討は、まだ緒に付いたばかりである。今後の裁判例及び学説による法適用通則法11条・12条をめぐる解釈論の展開、そして絶対的強行法規の範囲及びその適用に関する理論的根拠の検討の発展に期待したい。

\* 本稿は、2007年5月13日に上智大学にて開催された国際私法学会第115回大会「シンポジウム・法適用通則法の解釈論上の問題」において、筆者が行った「消費者契約・労働契約及び絶対的強行法規の適用問題について」と題する報告の原稿に加筆修正をしたものである。講演後に行われた質疑応答からは、有益な示唆を得ることができた。この場をお借りして御礼を申し上げたい。

\*\* 本稿を基礎とした英語論文として、*Yuko Nishitani, Protection of Weaker Parties and Mandatory Rules in Japanese Private International Law*, in : *Japanese Annual of International Law 50 (forthcoming 2007)* がある。

- (1) 法例7条による契約準拠法の決定に関する学説及び判例については、特に櫻田嘉章「契約の準拠法」国際私法年報2号(2000年)1-67頁参照。
- (2) 1971年抵触法第2リステイトメント186-188条は、当事者自治の原則を認めたとえ、当事者による準拠法選択がない場合には、客観的連結として最も重要な関係

をもつ地を探索し、その法を準拠法とするという柔軟なアプローチを採用した。もっとも、当事者自身に準拠法の決定を委ねる場合にも、原則として選択されうる法の範囲は事案と牽連性をもつ法に限定されており、いわゆる量的制限が課されていた。また、2004年改正前の米国統一商事法典（Uniform Commercial Code [UCC]）1-105条においても、選択されうる法の範囲が事案と牽連性のある法域の法に限定されていた。米国における伝統的な契約準拠法の決定ルールについては、松岡博『アメリカ国際私法の基礎理論』（2007年、大阪大学出版会）1-48頁参照。それに対して、1999年統一コンピューター情報取引法典（Uniform Computer Information Transactions Act [UCITA]）109条は、今日の国際的な商事契約においては準拠法が選択されるのが通常であること、特に情報社会においては国境を越えて取引を行うことが日常的になっているため、準拠法を選択し、当事者や情報の物理的所在地とは関係なく準拠法を決定すること、それによって予見可能性・法的安定性を確保することの重要性が増していることを理由に、当事者自治を認めており（Uniform Computer Information Transactions Act, § 109-Official Comments, 2）、2004年改正後の統一商事法典第1-301条も、商人間の取引については、原則として量的制限のない広範な当事者自治を認めている（UCC § 1-301-Official Comment）。

- (3) ヨーロッパにおいては、マンチーニが起草した1865年イタリア民法典前加編（*Erik Jayme, Pasquale Stanislao Mancini - Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz* (1980), S. 7 f. は、マンチーニが3人の起草者の一人であったとしている）、そしてベルギー民法改正のための1882年ローラン草案及び1887年政府草案において、当事者自治の萌芽が見られる。旧法例においては、イタリア及びベルギーの影響を看守することができる。またドイツ、フランス、ベルギー、イギリスの判例も、早い段階から当事者自治を認めていた。（ドイツ）Urteil des RG vom 8.7.1882（RGZ 9, 225）；Urteil des RG vom 13.11.1885（RGZ 14, 235）；（フランス）Cour de cassation, 5.12.1910 [*American Trading C<sup>o</sup> c. Québec Steamship C<sup>o</sup>*]（Sirey 1911.1.129）；（ベルギー）Cour de cassation, 24.2.1938 [*Société anonyme Antwerpia et Peten c. Ville d'Anvers*]（Rev. crit. dr. int. pr. 33(1938), 661 ff.）；（イギリス）*Lloyd v. Guilbert* (1865) L.R. 1 Q.B. 115；*PO & SS Co. v. Shand* (1865) 3 Moo. P.C. (N.S.) 272；*Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.* (1939) A.C. 277 (PC)。それに対して、19世紀末以降の各国の学説は、国際私法上の当事者自治の原則と実質法上の私的自治の原則を混同しており、当事者自治は、当事者に強行法規の選択まで認めるものであって論理的に成り立たないとして否定していた。（ドイツ）*Ludwig von Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, Bd. 2 (2. Aufl. 1889), S. 3 ff.；*Ernst Frankenstein, Internationales Pri-*

vatrecht (Grenzrecht), Bd. 2 (1929), S. 159 ff.; *Ernst Zitelmann*, Internationales Privatrecht, Bd. 1 (1897), S. 276 ff., Bd. 2, S. 373 ff.; (フランス) *Charles Brocher*, Cours de droit international privé, vol. 2 (1883), pp. 67 et suiv.; *Marcel Caleb*, Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé (1927), pp. 17 et suiv., 37 et suiv., 353; *Jean Paulin Niboyet*, La théorie de l'autonomie de la volonté, Recueil des Cours 16 (1927 I), pp. 53 et suiv.; *Antoine Pillet*, Traité pratique de droit international privé, vol. 2 (1924), pp. 164 et suiv., 188 et suiv.; (イタリア) *Dionisio Anzilotti*, Il principio dell'autonomia dei contraenti nei rapporti fra l'art. 9 delle disposizioni preliminari al codice civile e l'art. 58 del codice di commercio, in : Scritti di diritto internazionale privato, vol. 3 (1960), pp. 633 ss.; *Giorgio Ballardore Pallieri*, Il principio dell'autonomia dei contraenti nella dottrina e nella legislazione italiana di diritto internazionale privato, Riv. dir. int. pr. pro. 1 (1931), pp. 141 ss.; *Guido Fusinato*, Il principio della scuola italiana nel diritto privato internazionale, Archivio Giuridico 33 (1884), pp. 521, 580 ss. 1896年8月18日ドイツ民法施行法においても、外務省の側が、契約準拠法の決定に関する考え方が区々に分かっている現状では判例の発展に委ねるべきであると主張したため、明文化は見送られた。*Oskar Hartweg/Friedrich Korkisch*, Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrecht 1881-1896 (1973), S. 326, 337. ドイツにおいて、当事者自治の原則が国際私法上の連結方法として理論的に根拠付けられたのは、1930年代に入ってからであった。Siehe u.a. *Wilhelm Haudek*, Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht (1931), S. 35. 以上の点については、*Yuko Nishitani*, Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht – Eine Untersuchung auf der Grundlage der neu zutage gekommenen kollisionsrechtlichen Vorlesungen Mancinis –, Heidelberg 2000, S. 206 ff.; *Yuko Nishitani*, Party Autonomy and its Restrictions by Mandatory Rules in Japanese Private International Law, in : *Jürgen Basedow/Harald Baum/Yuko Nishitani* (Hrsg.), Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective (forthcoming 2007); *Yuko Nishitani*, Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht Japans, in : *Karl Riesenhuber/Yuko Nishitani* (Hrsg.), Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie? - Deutsch-japanische Perspektiven des Vertragsrechts - (2007), S. 269, 271 ff. を参照。

- (4) 溜池良夫『国際私法講義 [第3版]』(2005年, 有斐閣) 351頁以下, 山田鎌一『国際私法 [第3版]』(2004年, 有斐閣) 316頁, 佐野寛「法例7条」木棚照一・松岡博編『基本法コンメンタール・国際私法』(1994年, 日本評論社) 39頁以下,



中野俊一郎「法例7条をめぐる解釈論の現状と立法論的課題」ジュリスト1143号(1998年)36頁以下ほか。

- (5) EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980 (BGBl. 1986 II, S. 810) (Inkrafttreten am 1.4.1991) i.d.F. des 4. Beitrittsübereinkommens vom 14.4.2005 (BGBl. 2006 II, S. 348).
- (6) 以下の点については、拙稿「契約の準拠法決定における弱者保護」法律のひろば59巻9号(2006年)22頁以下参照。
- (7) 出口耕自「国際私法上における消費者契約」民商92巻5号(1985年)629頁以下は、消費者契約においては対等な当事者による自由な準拠法選択を期待できないことから、条理によって、消費者の常居所地法を適用するとしていた。久保岩太郎『国際私法』(1954年, 有信堂)164頁も、労働契約について、大企業と労働者との間で大量契約(附合契約)の形で締結されることが多く、一方当事者だけがその内容の決定権をもつことを理由に、条理によって使用者の業務の本拠地法によるとしていた。また、石黒一憲『金融取引と国際訴訟』(1983年, 有斐閣)48頁以下、同『現代国際私法(上)』(1991年, 東京大学出版会)117頁以下、同『国際私法』(1994年, 新世社)85頁以下及び263頁以下は、当事者の意思を客観化かつ規範化し、実質的に客観的連結によることで弱者保護を図ることを提唱していた。
- (8) 米津孝司『国際労働契約法の研究』(1997年, 尚学社)195頁以下。
- (9) 折茂豊『当事者自治の原則』(1970年, 創文社)287頁以下、早川吉尚「準拠法の選択と『公法』の適用」国際私法年報5号(2004年)212頁以下、道垣内正人『ポイント国際私法・総論[第2版]』(2007年, 有斐閣)72頁以下、山川隆一『国際労働関係の法理』(1999年, 信山社)135頁以下など。詳細については、法例研究会編『法例の見直しに関する諸問題(1)——契約・債権譲渡等の準拠法について——』(2003年, 商事法務)65頁以下参照。
- (10) この理論を創始したヴェングラーの学説については、桑田三郎「強行的債務法の連結問題」『国際私法研究』(1966年, 文久書林)235頁以下、折茂・前掲書⑨188頁以下、佐藤やよひ「渉外的債権契約における当事者自治の原則と強行法規の特別連結論——ヴェングラーにおける当事者自治の原則とは果たして抵触法的指定を認めるのか——」磯村保ほか編『契約責任の現代的諸相(北川善太郎還暦記念)(上)』(1996年, 東京布井出版)371頁以下、同「ヴェングラーの『強行法規の特別連結論』について」甲南法学37巻4号(1997年)491頁以下、同「ヴェングラーの『強行法規の特別連結論』の理論構造」国際法外交97巻3号(1998年)304頁以下(以下「理論構造」として引用)などを参照。なお、わが国においては、この絶対的強行法規の適用に関する「特別連結」理論と、ローマ条約5・6条のような特別の抵

触規則に基づいて、一国の相対的強行法規を含めた強行法規が契約準拠法よりも弱者保護に資する場合にはそれを適用する手法（優遇原則）を合わせて「特別連結」と呼んできており、概念の混同があったように思われる。この点については、拙稿「ドイツ国際消費者契約法上の諸問題——『強行法規の特別連結』に関する一考察——」法学63巻5号（1999年）618頁以下及び641頁参照。

- (1) 折茂・前掲書(9) 287頁以下。また、国際私法上の公法的法律関係と私法的法律関係の二分類に依拠したうえで、絶対的強行法規の適用を「公法」の適用として説明するのは、道垣内・前掲書(9) 58頁以下、早川・前掲論文(9) 212頁以下、山川・前掲書(9) 139頁以下などである。
- (2) 「直接適用法」(loi d'application immédiate)の理論は、フランセスカキスに端を発している。*Phocion Francescakis, Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflits de lois*, in : *Rev. crit. dr. int. pr.* 55 (1966), pp. 1 et suiv.; *idem, Loi d'application immédiate et droit du travail*, in : *Rev. crit. dr. int. pr.* 63 (1974), pp. 273-296. フランセスカキスの学説については、折茂・前掲書(9) 317頁以下参照。
- (3) 本決定が、絶対的強行法規としての労働法規の属地的適用を認めたものと理解するのは、澤木敬郎「労働契約における当事者自治の原則と強行法規の連結問題」立教法学9号（1967年）163頁以下、山本敬三「国際契約と強行法規」遠藤浩ほか編『現代契約法大系8 [国際取引契約(1)]』（1983年、有斐閣）121頁、道垣内・前掲書(9) 76頁以下など。
- (4) 最近の裁判例において、職務発明に関する対価請求権について雇用契約の準拠法によるとしながらも、絶対的強行法規の性質をもつ特許法35条は常に適用されると判断した例として、東京地判平成16年2月24日判時1853号38頁がある（詳細は、後掲注64参照）。
- (5) 「国際私法の現代化に関する要綱中間試案」（以下、「要綱中間試案」という）第4の5（注）及び第4の6（注）参照（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』（2006年、商事法務）91頁以下）。
- (6) 法適用通則法7条においては、従来の判例・通説による法例7条1項の解釈と同様に、明示の準拠法選択のみならず、黙示の選択も認められる。ただし、立法段階においては、黙示の意思の射程を明らかにするため、定義規定を置くことも検討されたが、実務サイドから、準拠法決定の際の柔軟性を確保するために法例7条1項の文言を維持することが提案され、法適用通則法7条の規定となった。しかし、解釈論上、法例7条においては、客観的連結による2項の契約締結地法の適用を避けるために、1項の適用範囲を拡大する必要があるが、法適用通則法8条において

は客観的連結の手当てがなされているため、同7条における黙示の意思は、現実に両当事者の意思の合致があったと解される場合にのみ（唯一の履行地の合意、管轄合意など）認定すべきであろう。

- (17) *Groupe européen de droit international privé*, Troisième version consolidée des propositions de modification des articles 1<sup>er</sup>, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10bis, 12 et 13 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (2003). <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/documents/gedip-documents-19vcf.html>
- (18) ローマ条約5条においては、「優遇原則」は主観的連結の場合にのみ妥当し（2項）、客観的連結においては端的に消費者の常居所地法によるのに対して（3項）、ヨーロッパ国際私法グループの提案においては、主観的・客観的連結いずれについても「優遇原則」が妥当するという違いがある。
- (19) 第15回会議及び第20回会議議事録（以下、審議会議事録は、法務省ホームページ <http://www.moj.go.jp/> からダウンロード可）。また、小出邦夫編『一問一答・新しい国際私法——法の適用に関する通則法の解説——』（2006年、商事法務）72頁。「優遇原則」をとると、二つの法による主張・立証が行われ、訴訟遅延を招くおそれがあることを理由に、弁護士会もこの立法に賛同している。手塚裕之「弁護士がみる法の適用に関する通則法の意義と影響について」法律のひろば59巻9号（2006年）52-53頁、櫻田嘉章ほか（座談会）「法適用通則法の成立をめぐる」〔特集：法の適用に関する通則法の成立——法例の全面改正——〕ジュリスト1325号（2006年）25頁〔手塚発言〕。
- (20) 第20回会議議事録（注(19)）、小出邦夫ほか「『国際私法の現代化に関する要綱』の概要」（以下「概要」として引用）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』（2006年、商事法務）54-55頁、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」（以下「補足説明」として引用）同書152-154頁。
- (21) 櫻田ほか（座談会）・前掲注(19)24頁〔小出発言〕。
- (22) 消費者の常居所の確定等も問題となることについては、櫻田ほか（座談会）・前掲注(19)26頁〔櫻田発言〕。そのほか、この消費者保護規定に批判的な見解として、青木清「平成18年国際私法改正：契約及び方式に関する準拠法」国際私法年報8号（2006年）12頁以下、佐藤やよひ「契約——法適用通則法適用に当たったの問題点」ジュリスト1325号（2006年）53頁以下、森下哲朗「国際私法改正と契約準拠法」国際私法年報8号（2006年）33頁以下。
- (23) 第20回会議議事録（注(19)）参照。これは、「優遇原則」とは異なり、あくまで個別の抗弁の成否を認定する際に、裁判所が職権で当事者によって選択された法又は

消費者の常居所地法のいずれかを適用するというルールである。

- ②4 わが国事業者が外国に常居所をもつ消費者に対してわが国で提訴しても、国際裁判管轄が認められるか否かは明らかでなく、仮に義務履行地管轄が肯定されて勝訴判決を得たとしても、外国での強制執行は費用面で困難であろうから、わが国での提訴を差し控えることが多いであろう。他方、外国に常居所をもつ消費者がわが国事業者に対して提訴することはほとんど考えられない。ただし、改正消費者契約法においては団体訴訟が導入されたため、新たに消費者団体が日本で活動する外国事業者に対して差止請求権を行使する可能性が開かれたといえよう（後述3(1)参照）。
- ②5 審議会においては、消費者にいずれか一方の法を選択させるというルールも検討されたが、消費者に準拠法選択の責任を負わせることは妥当でないとして採用されなかった。第20回会議議事録（注①9）参照。
- ②6 手塚・前掲論文①9 52-53頁及び櫻田ほか（座談会）・前掲注①9 25頁【手塚発言】は、訴訟手続においては裁判官による釈明権の行使が可能であるため、必ずしも消費者保護に欠けることはないとしている。
- ②7 計画審理の制度は、平成15年民事訴訟法改正で導入されたものである。森下・前掲論文②2 34-35頁は、中間判決によってまず準拠法を決定することも提案している。
- ②8 神前禎『解説・法の適用に関する通則法——新しい国際私法——』（2006年、弘文堂）91-92頁、佐野寛「法適用通則法における契約準拠法の決定」民商136巻1号（2007年）1, 20頁。
- ②9 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) vom 15.12.2005, KOM (2005) 650 endg. (以下「Rom I-Vorschlag」として引用)。
- ③0 Rom I-Vorschlag, a.a.O. (29), S. 6 f.
- ③1 第3回会議, 第15回会議及び第20回会議議事録（注①9）参照。
- ③2 2006年10月12日及び同年12月12日欧州理事会提案(Interinstitutionelles Dossier 2005/0261 (COD), Dokument Nr. 13853/06 vom 12.10.2006 und Nr. 16535/06 vom 12.12.2006)においては、ローマI提案5条の客観的連結を維持しながらも、構成国に常居所をもつ消費者に限定することなく、一般に消費者の常居所へと連結するルールに変更することが提案されている。他方、2006年8月22日欧州議会法務委員会報告書案 (Entwurf (vorläufig) eines Berichts (Maria Berger) vom 22.8.2006 über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), KOM (2005) 0651-C6-0041/2005-2005/0261 (COD))においては、ローマI提案5条に関

する修正案は出されていないが、2006年12月7日報告書案(Entwurf eines Berichts (Maria Berger) vom 7.12.2006-Änderungsanträge 32-85, PE 382.371v01-00 (PE 374.427v 01-00))においては、①欧州理事会提案を採用する案、あるいは②ローマ条約5条2項を維持する案などが出されている。さらに、欧州議会法務委員会においては、2007年3月5日報告書案(Entwurf eines Berichts (Cristian Dumitrescu) vom 5.3.2007-Änderungsanträge 86-96, PE 386.328v01-00 (PE 374.427v 01-00)), 同年5月23日報告書案(Entwurf eines Berichts(Cristian Dumitrescu)vom 23.5.2007 - Compromise Amendment, PE 390.396v01-00) 同年8月28日報告書案(Entwurf eines Berichts (Cristian Dumitrescu) vom 28.8.2007 - Compromise Amendment, PE 393.856v01-00), そして同年11月14日最終報告書案(Final Compromise Amendments)を経て、同年11月21日報告書(A6-0450/2007: Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), COM (2005) 0650 - C6-0441/2005 - 2005/0261 (COD))が示されており、それによれば、現在のローマ条約5条2項を維持する案が採用されている。なお、構成国に常居所を有する消費者だけを対象としている点は、不当な「ヨーロッパ中心主義」である、あるいは不完全な双方向的抵触規則であるとして、学説によって強く批判されており、いずれにしてもこの点は改められるものと思われる。*Erik Jayme/Christian Kohler*, *Europäisches Kollisionsrecht 2006: Eurozentrismus ohne Kodifikationsidee?*, in: *IPRax 2006*, S. 537, 539; *Paul Lagarde*, *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, *Rev. crit. dr. int. pr.* 95 (2006), p. 331, 342; *Stefan Leible*, *Internationales Vertragsrecht, die Arbeiten an einer Rom I-Verordnung und der Europäische Vertragsgerichtsstand*, in: *IPRax 2006*, S. 365, 369 f.; *Peter Mankowski*, *Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung*, in: *IPRax 2006*, S. 101, 106.

- ㉓ 欧州共同体においては、契約に関する実質法上の準則を統一する動きがある。特に消費者契約法については、複数のEC指令によって各国法の平準化が進んでいるものの、EC指令は最低基準を定めるだけであり、各国法の内容が区々に分かれていることが問題となっているため、2009年末までに公表される予定の「共通の参照枠」においては消費者契約法の統一が重要な課題となる可能性がある。ただし、このような統一契約法も、あくまで当事者による援用があって初めて適用される「オプト・イン型」となることが予想される。この点については、拙稿「国際的私法交通及び国際取引における国際私法の存在意義——『レークス・メルカトール』の役割について——」(Rechtsangleichung: Grundlagen, Methoden und Inhalte —

Deutsch-Japanische Perspektiven - , hrsg. von Karl Riesenhuber und Kanako Takayama [法の同化：その基礎, 方法, 内容] に所収) (2006年) 329頁以下及び同「ヨーロッパ法統一の中でのヨーロッパ契約法原則の意義と問題点」比較法研究 68号 (2007年) 134頁以下参照。また, 最新の動きとして, Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz vom 2.8.2007, KOM (2006) 744 endg. 参照。

34 補足説明・前掲注② 154頁。

35 この点については, 神前・前掲書② 87-90頁参照。

36 補足説明・前掲注② 148頁。

37 *Palandt/Heldrich*, 66. Aufl. (2007), Art. 29 EGBGB, Rn. 3; *MünchKomm/Martiny*, 4. Aufl., München 2006, Art. 29 EGBGB, Rn. 7-32などを参照。タイムシェアリング契約が同条の適用対象外であることについては, ドイツ連邦通常裁判所 (BGH) 1997年3月19日判決 (BGHZ 135, 124) 参照。

38 この点については, *Peter Mankowski*, Art. 5 des Vorschlags für eine Rom I-Verordnung - Revolution im Internationalen Verbrauchervertragsrecht?, in: *ZVglRWiss* 105 (2006), S. 120, 121 ff.; *Lagarde*, op. cit. ③, pp. 340 et suiv. 参照。また, ヨーロッパ国際私法グループによるローマ条約5条の改正提案も (前掲注①), 消費者保護関連指令と平仄を合わせるために (諸指令における抵触規則については, 後掲注③参照), 適用対象となる消費者契約を「動産又は不動産, あるいは役務の提供に関する契約」としている。

39 *Lagarde*, op. cit. ③, pp. 340 et suiv. は, ローマI提案5条1項によれば, ①消費者の常居所地以外で履行される役務提供契約, ②運送契約, ③借地借家契約が適用除外されており, 消費者保護の範囲が不当に狭められているとしている (ただし不動産売買契約は, 重要な取引であり, 売主を保護するための方式要件が課されていることから, 適用対象外としているのは妥当であるとしている)。

40 補足説明・前掲注② 148頁。

41 第26回会議議事録 (注①) 及び概要・前掲注② 55頁。

42 経済企画庁事務当局の解説によれば, 消費者契約法4条にいう「勧誘」は, 特定の消費者に対する個別的勧誘方法だけを指し, 不特定多数の消費者に向けた行為 (広告, チラシの配布, 商品の陳列, 店頭に備え付けあるいは顧客の求めに応じて手交するパンフレット・説明書, 約款の店頭掲示・交付・説明等や, 事業者が単に消費者からの商品の機能等に関する質問に回答するにとどまる場合など) を含まないと説明されている。内閣府国民生活局消費者企画課編『逐条解説・消費者契約法 [新版]』(2007年, 商事法務研究会) 93頁。

- (43) 落合誠一『消費者契約法』(2001年,有斐閣)73頁,潮見佳男編『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』(2001年,経済法令研究会)34頁以下,横山美夏「消費者契約法における情報提供モデル」民商123巻4・5号(2001年)551,565頁以下,日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタール消費者契約法』(2001年,商事法務研究会)53頁以下ほか。
- (44) 小出編・前掲書(9)76頁以下。それに対して,神前・前掲書(8)99頁及び澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門 [第6版]』(2006年,有斐閣)222頁は,不特定多数人に対する広告,チラシ,受動的なウェブサイト等であっても,それを見た消費者が事業者の事業所所在地の法域に赴いて契約締結に至った場合には,「勧誘」に当たるとする余地を認めている。
- (45) 前掲注(7)参照。
- (46) ローマ条約5条2項によれば,①契約が,消費者の常居所地国における個別の勧誘又は広告に基づいて締結され,かつ消費者が契約締結に必要な行為をその国において行った場合,②消費者の契約の相手方又はその代理人が,消費者からの注文をその常居所地国において受けた場合,あるいは,③契約が物品の売買を対象としており,消費者が常居所地国から別の国に旅行し,そこで注文を行った場合であって,その旅行が消費者を契約締結へと勧誘する目的で売主が企画したものである場合のみ,当該消費者は保護される。スイス国際私法120条1項も同旨の規定を置いている。
- (47) そこで,たとえばイタリア・ミラノに本社をもつハンドバッグ業者がわが国で開催された見本市に参加したところ,わが国に常居所をもつ消費者がその見本市を訪れ,当該業者がイタリアに帰国した後に電子メールによってハンドバッグを注文し,わが国にある自宅宛に送付してもらうよう依頼した場合,ローマ条約5条2項によれば,当該事業者がわが国において個別の勧誘又は広告をしたのでないかぎり,当該消費者は保護されないのに対して,法適用通則法11条6項1・2号によれば当然に保護の対象となる。第24回会議事録(注(9))参照。「グラン・カナリア事件」については,拙稿・前掲論文(10)617頁以下及び拙稿「欧州における国際消費者契約法」NBL744号(2002年)43頁以下を参照。
- (48) この点については,Grünbuch über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung vom 14.1.2003, KOM (2002), 654 endg.; Lagarde, op. cit. (32), p. 341.
- (49) Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen

vom 22.12.2000 (ABl. EG 2001 Nr. L 12, S. 1). ブリュッセル I 規則 15 条は、1968 年 9 月 27 日民事及び商事における裁判管轄及び判決の執行に関するブリュッセル条約 (Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968 (BGBl. 1972 II, S. 774) i.d.F. des 4. Beitrittsübereinkommens vom 29.11.1996 (BGBl. 1998 II, S. 1412)) 13 条の文言を変更したものである。ブリュッセル I 規則 15 条については、Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, KOM(1999), 348 endg., S. 17 f.; *Thomas Rauscher/Ansgar Staudinger*, Europäisches Zivilprozeßrecht-Kommentar, 2. Aufl., München 2006, Brüssel I-Verordnung, Rn. 14 などを参照。

50) 欧州理事会及び欧州委員会の共同宣言によれば、ブリュッセル I 規則 15 条を適用するためには、消費者が事業者のウェブサイトアクセスできる状態にあるだけでは不十分であり、その事業者のウェブサイトが通信手段による契約締結の誘引をしており、実際に何らかの通信手段によって契約締結に至っていることが必要であるとされている。Rom I-Vorschlag, a.a.O. ④, S. 7. なお、ローマ I 提案に対する欧州理事会及び欧州議会の「共通の立場」の準備作業においては、ローマ条約 5 条 2 項の受動的消費者の定義を維持する案も出されている。前掲注④参照。ブリュッセル I 規則 15 条については、すでにいくつかの裁判例がある。2006 年 3 月 30 日 BGH 判決 (NJW 2006, 1672) は、フランスでの家屋の建築を目的とする請負契約について、事業者が契約の履行のために初めて消費者の常居所地国において職業又は営業活動を行った場合には、ブリュッセル I 規則 15 条の「当該国に向けて職業又は営業活動を行っていること」という要件が満たされないと判断した。それに対して、2004 年 10 月 4 日オーストリア最高裁判所判決 (OGH 4.10.2004, ÖJZ 2005, 307) は、事業者が当該消費者との取引のために初めて国境を越えて活動した場合であっても、同要件は充足されると判断しており、解釈は一致していない。以上の点については、*Jayme/Kohler*, a.a.O. ⑤, S. 546 参照。

51) 小出編・前掲書⑨ 78 頁。

52) 小出編・前掲書⑨ 78 頁。

53) 第 15 回会議事録 (注⑨), 補足説明・前掲注⑩ 149 頁及び概要・前掲注⑩ 55 頁。通則法 11 条 6 項 3 号と同旨の規定は、2005 年欧州委員会提案 5 条 2 項後段にも置かれている。

54) ローマ条約 6 条 1 項のドイツ語版及びドイツ民法施行法 30 条 1 項においては、「労働契約 (Arbeitsverträge)」のみならず、「労働関係 (Arbeitsverhältnisse)」, す



なわち契約に基づかずに事実として労働が行われた場合も適用対象となることが明記されている。

- 55) 解雇権濫用法理の詳細については、後述 3(1)参照。
- 56) 村上愛「国際私法上における消費者契約・労働契約の連結方法」一橋法学 5 卷 3 号 (2006 年) 899, 923 頁以下。
- 57) 労働契約法案 (第 166 回国会・内閣提出法案 (議案第 80 号) (平成 19 年 3 月 13 日衆議院提出)) は、衆議院で若干の文言修正を経た後、平成 19 年 11 月 8 日に可決され、参議院で同 11 月 28 日に可決されて成立した。
- 58) Rom I-Vorschlag, a.a.O. ②, S. 8. *Mankowski*, a.a.O. ③, S. 107 f. も、労務提供地の定義について論じているに過ぎない。派遣労働者については、1996 年 12 月 16 日 EC 指令 96/71 の適用が留保される。
- 59) 諸外国においては、「介入規範 (Eingriffsnormen)」、「国際的強行法規 (international zwingende Rechtsnormen; internationally mandatory rules)」、「公序法 (loi de police)」、「直接適用法 (loi d'application immédiate)」、「必要的適用規範 (norme d'applicazione necessaria)」などの名称が用いられているが、いずれも基本的に同義であると考えられる。ローマ I 提案 8 条においては、英語版では mandatory rules、ドイツ語版では Eingriffsnormen、フランス語版では lois de police、イタリア語版では leggi di polizia という名称が用いられている。なお、フランスの学説上、公序法 (lois de police) の概念をより広く捉え、ローマ条約 5・6 条に定める強行法規も公序法に含まれるとし、その適用根拠を法廷地の lois de police の双方化に求める見解があったこと、そして後にその見解が克服されたことについては、村上・前掲論文 56) 899 頁以下参照。
- 60) 第 3 回会議議事録 (注⑨) 参照。また、要綱中間試案第 4 の 5 (注) 及び 6 (注) 参照 (前掲注⑤)。
- 61) 横山潤「法廷地為替管理法の適用に関する一考察——公序説と涉外実質法説の検討——」一橋論叢 78 卷 6 号 (1977 年) 760 頁以下。外国為替及び外国貿易法 (外為法) については、東京地判平成 5 年 1 月 29 日判時 1444 号 41 頁がある。本件では、米国ラスベガスにおいてカジノを経営する同州法人 X (原告) が、日本人客に対して同州で行ったジャンケットに基づいて日本で回収された代金について、検察官が歳入編入処分を行ったため、X が日本国 Y (被告) に対して不当利得等の返還請求をした。本判決は、X と日本人客のジャンケット契約の準拠法がネヴァダ州法であるとしたうえで、わが国の外為法は、「本来自由であるべき対外取引を外国為替政策上の見地から過渡期的に制限する取締法規に過ぎないのであるから、我が国の私法的社会秩序の根本理念とはかかわりが少なく、これに違反して締結された契約

- も私法上は有効であると解される」として、法例30条(当時)による公序則を発動せず、Xの請求を認容した。本判決は、外為法が絶対的強行法規であるとの立場と矛盾するわけではなく、ジャンケット契約自体はラスヴェガスで締結されていたことから、外為法の適用範囲外と見ることのできる事案であったとも解されよう。なお、1945年国際通貨基金協定8条2項(b)は、「加盟国通貨に関する為替契約で、この協定に合致して存続され、又は設立される加盟国の為替管理に関する規制に違反するものは、いずれの加盟国の領域においても強制力を持たない」と定めており、各加盟国の為替管理法が「絶対的強行法規」であることの根拠規定となっていると解される。澤木・道垣内・前掲書(4)197頁、佐藤・前掲論文(10)理論構造330頁以下。
- (62) 山川・前掲書(9)178頁以下及び荒木尚志「国内における国際的労働関係をめぐる法的諸問題——適用法規の決定問題を中心に——」日本労働法学会誌85号(1995年)105頁以下。
- (63) 国際私法立法研究会「契約、不法行為等の準拠法に関する法律試案」民商112巻2号(1995年)291頁以下、山本・前掲論文(3)124頁など参照。
- (64) 裁判例については、前掲注(4)参照。また、学説として、土肥一史・判例評論541号204頁、高畑洋文・ジュリスト1261号(2004年)200頁、茶園成樹「職務発明の相当の対価」知財管理53巻11号(2003年)1756頁、陳一「特許法の国際的適用問題に関する一考察——BBS事件最高裁判決を出発点としつつ——」金沢法学46巻2号(2004年)84-85頁、早川吉尚・リマークス2005年<上>132頁、横溝大『国際私法判例百選 [新法対応補正版]』(2007年)97頁がある。おそらく、梶野篤志「特許法における属地主義の原則の限界」知的財産法政策学研究第一号(2004年)173-174頁及び田村善之・平成17年度重判297頁も同旨であろうと思われる。ただし、特許法35条を絶対的強行法規とする構成の問題点については、拙稿「職務発明と外国で特許を受ける権利について」法学69巻5号(2006年)767頁以下及び櫻田嘉章・平成18年度重判293-294頁等を参照。
- (65) EuGH, Urteil vom 23.11.1999, verb. Rs. C-369/96, Arblade und C-376/96, Leloup. 本件においては、ジャン＝クロード・アルブラード(フランス法人Arblade&Fils SARLの代表者)、そしてセルジュルルー及びベルナルルルル(フランス法人Sofrage SARLの代表者)は、フランスで雇用している労働者をベルギーの工事現場に派遣した際に、すでにフランスにおいてはフランス法上の労働法規を遵守しているため、さらにベルギー法上の労働法規に従って労働者の登録及び銀行口座の開設、労働協約で定められた最低賃金の支払い等の義務を負うことはないとして、ベルギー労働法規を遵守しなかった。そこで、ベルギー裁判所(Tribunal correctionnel Huy)において刑事手続が開始されたが(両フランス法人についても民事責任が問題となっ

ている), 欧州共同体設立条約 59・60 条の解釈が問題となったため, ベルギー裁判所から欧州司法裁判所に先決的判決が求められた。欧州司法裁判所は, まず第一に, 本件が 1996 年 12 月 16 日労働者派遣指令施行前の事件であるため, 同指令が適用されないことを確認したうえで, ベルギー裁判所は被告人に有利になるように同指令を考慮に入れることはできるとした。そして, 第二に, 各構成国の警察及び安寧に関する法規 (Polizei- und Sicherheitsgesetze), すなわち「その遵守が構成国の政治的, 社会的又は経済的秩序の維持にとって決定的であって, 当該構成国の主権が及ぶ領域内にいるすべての者及びその領域内に場所付けられるすべての法律関係において尊重されなければならない国内法規」については, 欧州共同体設立条約 59・60 条の例外として, 構成国の一般利益の保護, すなわち労働者保護のために必要となるかぎりにおいてその適用が正当化されるとした。そのうえで, ベルギー法上, 使用者に対して労働協約で定められた最低賃金の支払い及び労働者に関する記録及び勤務記録の保持を義務付けることは, 正当化される余地があるが, 悪天候による補償金の支払い, 労働者の登録及び銀行口座の開設等の義務を負わせることはできないと判断した。

(66) Rom I-Vorschlag, a.a.O. (29), S. 8.

(67) *Soergel/von Hoffmann*, 12. Aufl., 1996, Bd. 10, Art. 34 EGBGB, Rn. 54 ff.; *Ermann/Hohloch*, 11. Aufl., 2004, Art. 34 EGBGB, Rn. 15; *Johannes Fetsch*, Eingriffsnormen und EG-Vertrag, Tübingen 2002, S. 41 ff.; *Robert Freitag*, Einfach und international zwingende Normen, in: *Stefan Leible* (Hrsg.), Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht - Beiträge zur Fortentwicklung des Europäischen Kollisionsrechts der vertraglichen Schuldverhältnisse, München 2004, S. 167, 178; *Wulf-Henning Roth*, Verbraucherschutz über die Grenze, in: *RIW* 1994, S. 275, 277.

(68) *Wilhelm Wengler*, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht, *ZVglRWiss* 54 (1941), S. 168 ff.; *Konrad Zweigert*, Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote, in: *RabelsZ* 14 (1942), S. 283 ff.; *Phocion Francescakis*, Rép. dr. int. - Conflit de lois Nr. 137 (1968). 近時の学説として, *Reithmann/Martiny/Freitag*, Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl., Köln 2004, Rn. 440; *Gerhard Kegel/Klaus Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., München 2004, § 2 IV 2; *Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., Tübingen 2006, §§ 3 II, 52 IX; *Staudinger/Magnus*, Berlin 2002, Art. 34 EGBGB, Rn. 68-71; *MünchKomm/Martiny*, a.a.O. (37), Art. 34 EGBGB, Rn. 21, 109 f.; *Werner F. Ebke*, Schuldrechtliche Teilzeitwohnrechte an Immobilien im Ausland und kein Widerrufsrecht - Zum Ende der Altfälle, in: *IPRax* 1998, S. 263, 269; *Abbo Junker*,

Empfiehl es sich Art 7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund bisheriger Erfahrungen zu präzisieren, in : IPRax 2000, S. 65, 70 f.; *Peter Mankowski*, Strukturfragen des Internationalen Verbrauchervertragsrechts, in : RIW 1998, S. 287, 289; *Hans-Jürgen Sonnenberger*, Eingriffsrecht - Das trojanische Pferd im IPR, in : IPRax 2003, S. 104, 105 f.

- (69) 1993年の不当条項に関する EEC 指令 (Richtlinie 93/13/EWG v. 5.4.1993) 6条2項は、「共同体各構成国は、第三国法が契約準拠法として選択されており、かつ当該契約が構成国の領域と密接な関係を有している場合には、消費者がこの指令によって与えられた保護を失わないように、必要な措置をとる。」と定めている。同旨の規定は、——若干文言は異なるが——1994年のタイムシェアリングに関する EC 指令 (Richtlinie 94/47/EG v. 26.10.1994) 9条, 1997年の通信販売に関する EC 指令 (Richtlinie 97/7/EG v. 20.5.1997) 12条2項, 1999年の消費物品売買及び担保責任に関する EC 指令 (Richtlinie 1999/44/EG v. 25.5.1999) 7条2項, そして通信手段を用いた金融役務の提供に関する EC 指令 (Richtlinie 2002/65/EG v. 23.9.2002) 12条2項にも置かれている。拙稿・前掲論文<sup>(47)</sup> 49頁以下参照。
- (70) この点については、出口耕自「ヨーロッパ国際消費者契約法の混迷」国際私法年報6号(2004年)116-137頁。
- (71) EuGH, Urteil vom 9.11.2000, Rs. C. 381/98-Ingmar GB Ltd.
- (72) イングマー事件については、新川量子「国際私法における絶対的強行法規と『法の同化』の限界」, in : Rechtsangleichung: Grundlagen, Methoden und Inhalte - Deutsch-Japanische Perspektiven -, hrsg. von Karl Riesenhuber und Kanako Takayama [法の同化: その基礎, 方法, 内容] (2006年) 412頁以下参照。
- (73) *Thomas Pfeiffer*, Verbraucherrechtliche Eingriffsnormen im Spannungsfeld von EG-Recht und nationaler Rechtssetzung, IPRax 2006, S. 238-241; *Rupert Doehner*, in : *Dauner-Lieb/Heidel/Ring*, Anwaltskommentar, Solingen 2005, Bd. 1, Art. 34 EGBGB, Rn. 16, 29.
- (74) BGH 2005年12月13日判決 (BGHZ 165, 248) は、ドイツ消費者信用法 (Verbraucherkreditgesetz) が絶対的強行法規として、契約準拠法としてのスイス法の適用に優先するか否かという問題について、同法は、私人間の利益の調整を目的としていること、そして特別の抵触規則を定めることを命じた EC 指令に基礎を置くわけではないこと等を理由に、絶対的強行法規には当たらないと判断した。しかし、BGH 2005年12月1日判決 (BGHZ 165, 172) は、受賞通知 (Gewinnzusage) に関するドイツ民法 661 a 条の適用を確保するため、同規定が絶対的強行法規であるとして民法施行法 34 条 (ローマ条約 7 条 2 項) に基づいて適用しており、BGH の立

場は必ずしも一貫していない。*Jayme/Kohler*, a.a.O. ③2, S. 540.

- (75) 公表済みの論稿としては、前掲注③9・⑦0に掲げたものを参照。
- (76) 大村敦志『消費者法 [第3版]』(2007年、有斐閣) 235頁以下。
- (77) 澤木・道垣内・前掲書④4 224頁。
- (78) 特に、大村敦志「実体法から見た消費者団体訴訟制度」ジュリスト 1320号(2006年) 52, 55頁は、この消費者団体訴訟制度における差止請求権が「集団的な利益の危殆化」(不特定かつ多数の消費者の利益の侵害)によって発生するとしている。
- (79) 上述 2(2) (前掲注⑤5) 参照。
- (80) *So Palandt/Heldrich*, a.a.O. ③7, Art. 34 EGBGB, Rn. 4-5; *Harald Baum*, Faktische und potentielle Eingriffsnormen — Der iranische Bierlieferungsfall, in : *RabelsZ* 53 (1989), S. 152, 158 ff. ヨーロッパ諸国の判例については、横山潤「外国公法の適用と“考慮”——いわゆる特別連結論の検討を中心として——」国際法外交 82 巻 6 号(1984年) 50頁以下及び佐野寛「国際取引の公法的規制と国際私法——西ドイツにおける判例を中心として——」松井芳郎=木棚照一=加藤雅信編『国際取引と法』(1988年、名古屋大学出版会) 169頁以下参照。ドイツの判例については、BGH 21.12.1960, BGHZ 34, 169 („Borax“); BGH 24.5.1962, NJW 1962, 1436 („Borsäure“); BGH 22.6.1972, BGHZ 59, 82 („nigerianische Masken“); BGH 8.2.1984, NJW 1984, 1746 („Der iranische Bierlieferungsfall“) 参照。
- (81) たとえば、*Dieter Martiny*, Der deutsche Vorbehalt gegen Art. 7 Abs. 1 des EG-Schuldvertragsübereinkommens vom 19.6.1980 — Seine Folgen für die Anwendung ausländischen zwingenden Rechts, in : *IPRax* 1987, S. 277, 280 及び佐野寛「国際私法におけるデータ理論について」岡山法学会 45 巻 1 号(1995年) 417頁(特に 437頁) 以下。データ理論については、*Albert Armin Ehrenzweig*, *Private International Law*, Vol. 1 (1967), pp. 75 ff.; *Albert Armin Ehrenzweig/Erik Jayme*, *Private International Law*, Vol. 3 (1977), pp. 9 ff.; vgl. *Frank Vischer*, *Internationales Vertragsrecht*, Bern 1962, S. 205 ff. 等を参照。
- (82) 中野・前掲論文④40頁、佐野・前掲論文⑧0 180頁、横山潤「国際私法における公法」『国際私法の争点 [新版]』(1996年) 24頁参照。
- (83) 佐藤やよひ「強行法規の特別連結理論」渡辺惺之・野村美明編『国際取引法』(2002年、法律文化社) 15頁。
- (84) 横山・前掲論文(注⑧0) 41頁以下及び佐藤・前掲論文⑩0理論構造 314頁以下参照。
- (85) *Jürgen Basedow*, *Wirtschaftskollisionsrecht - Theoretischer Versuch über die ordnungspolitischen Normen des Forumstaates*, in : *RabelsZ* 52 (1988), S. 8 ff.
- (86) *So Kurt Siehr*, *Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskolli-*

- sionsrecht, in : *RabelsZ* 52 (1988), S. 41, 71; *Egon Lorenz*, Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht – Grundsatz und Grenzen, in : *RIW* 1987, S. 569, 583. ローマ条約7条1項は、第三国の絶対的強行法規に「効力を付与することができる」旨を定めており、その射程が明らかでなく法的不安定性を招くことから、ドイツを初め、アイルランド、ルクセンブルク、ポルトガル、そして連合王国が留保をしている(同22条1項a号)。もっとも、ドイツの学説上は、留保によって第三国の絶対的強行法規を特別連結によって適用する可能性が排除されたわけではないと解されている(*MünchKomm/Martiny*, a.a.O. ⑦①, Art. 34 EGBGB, Rn. 60 ff.)。なお、ローマ条約7条1項と同旨のローマI提案8条3項については、EC規則に留保を付すことができないために問題となっており、連合王国がローマI規則そのものにオプト・インしない可能性も懸念されている。*Jayme/Kohler*, a.a.O. ⑦②, S. 539.
- ⑦③ *Kropholler*, a.a.O. ⑦③, § 52 X 3 b); *MünchKomm/Martiny*, a.a.O. ⑦③, Art. 34 EGBGB, Rn. 55; *Freitag*, a.a.O. ⑦④, S. 182 f.; *Abbo Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, Tübingen 1992, S. 304; *Klaus Schurig*, Zwingendes Recht, „Eingriffsnormen“ und neues IPR, in : *RabelsZ* 54 (1990), S. 217, 244 ff.; vgl. BGH 27.2.2003, NJW 2003, 2020. また、ローマI提案に対するマックス・プランク研究所の意見書 *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council of the law applicable to contractual obligations (Rome I), S. 5, 81 ([http://www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/main/Pressemitteilungen/Comments\\_RomeI/Comments\\_RomeI\\_proposal.pdf](http://www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/main/Pressemitteilungen/Comments_RomeI/Comments_RomeI_proposal.pdf)) も参照。
- ⑦④ 横山・前掲論文⑦② 24 頁も同旨。
- ⑦⑤ 属地主義理論については、*Johannes Schulze*, Das öffentliche Recht im internationalen Privatrecht, Frankfurt a. M. 1972, S. 206 ff. 等を参照。
- ⑦⑥ この説をとるのは、*Kegel/Schurig*, a.a.O. ⑦⑤, § 2 IV 2; *Soergel/Kegel*, 9. Aufl. (1983), Vor Art. 7 EGBGB, Rn. 396.
- ⑦⑦ *Wengler*, a.a.O. ⑦⑥, S. 181 ff.; *Kropholler*, a.a.O. ⑦⑥, § 52 X 3 b); *Soergel/von Hoffmann*, a.a.O. ⑦⑦, Art. 34 EGBGB, Rn. 95; *Staudinger/Magnus*, a.a.O. ⑦⑧, Art. 34 EGBGB, Rn. 143; *MünchKomm/Martiny*, a.a.O. ⑦⑦, Art. 34 EGBGB, Rn. 47.
- ⑦⑧ *MünchKomm/Martiny*, a.a.O. ⑦⑦, Art. 34 EGBGB, Rn. 50.
- ⑦⑨ わが国の折衷説を初め、絶対的強行法規の適用根拠を「公法の属地的適用」に求める学説(前掲注①)参照)によれば、伝統的な国際私法の方法論——内外法平等を前提として単位法律関係ごとに妥当な連結点を確定し、それによって準拠法を決定するという手法——は、「私法的法律関係」にしか妥当せず、内外法平等が成り立

たない「公法的法律関係」については、いわゆる「法規からの出発」によって、法規の適用範囲を画定するアプローチによるとする。しかし、折茂説は、一方では、国際私法上の「公法」と呼ばれる法規には、消費者保護・借家人保護などの実質法上の私法に属する強行法規も含まれるとしながらも、それが通常の抵触規則によらず、「公法」として属地的に適用される根拠は、それが実質法上公権力の行使を前提とする「公法」であることに求めており、トートロジーに陥っている。近時の学説も、絶対的強行法規の適用に関する理論的根拠について必ずしもよく応えるものではない。また、このように様々な法規を国際私法上の「公法」と一括することによって、その性質上の相違が捨象されることも問題となろう（ただし、この問題点を認識したうえで、実質的な基準によって絶対的強行法規としての性質決定を行うことを提唱するものとして、山川・前掲書<sup>9)</sup>173頁参照）。この点については、たとえば拙稿・前掲注<sup>64)</sup>767頁以下。

<sup>94)</sup> MünchKomm/Martiny, a.a.O. <sup>93)</sup>, Art. 34 EGBGB, Rn. 50. 特に、1980年ローマ条約7条に関するジュリアーノ・ラギャルド報告書（Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von Herrn Mario Giuliano, Professor an der Universität Mailand, und Herrn Paul Lagarde, Professor an der Universität Paris I, ABl C 282/1 vom 31.10.1980）の解説を参照。

<sup>95)</sup> MünchKomm/Martiny, a.a.O. <sup>93)</sup>, Art. 34 EGBGB, Rn. 51.

<sup>96)</sup> 前掲注<sup>91)</sup>参照。

<sup>97)</sup> 最近のアメリカ抵触法の状況をまとめたものとして、Symeon C. Symeonides, The American Choice-of-Law Revolution in the Courts : Today and Tomorrow, in : Recueil des Cours 298 (2002), pp. 9-448.