

法選択条項をめぐる書式の闘い

松永詩乃美
まつながしのみ

熊本大学大学院法曹養成研究科准教授

- 一 序
- 二 法選択合意の「有効性」の一般論とその限界
- 三 法選択条項をめぐる書式の闘いの解決法
- 四 検討および分析
- 五 むすびにかえて

一 序

商取引の国際化にともなう取引形態の飛躍的な展開、大量生産および大量分割といった取引市場の量的拡大等から見られるように、現代の契約は、従来の契約観⁽¹⁾から大きく変容しつつある。たとえば、契約の衰退や契約の死⁽²⁾といった標語は、このことを如実に示すものといえよう。そして、これらの例としてよく挙げられるもののうちの一つは、標準契約約款による契約の普及である⁽³⁾。企業は、一件当たり高額かつ複雑ではないような契約については、低コストで迅速な処理の実務上の必要性から自社の標準契約約款（契約書式）を作成することが多い。そして、実務においては、各当事者が自ら作成した契約書式を裏面約款として印刷をした注文書や注文請書等により契約を締結するため、当事者の契約交渉のほとんどは、商品の仕様や価格、支払い条件、引渡し条件などの契約書の表面に記載する主契約部分に集中されることになる。このような取引においては、標準契約約款中に相手方と抵触する条項を含むのは必然であるので、伝統的な鏡像原則による契約成立観との関係で「書式の闘い（battle of the forms）」⁽⁴⁾の問題が起ころうるのは周知のとおりである。すなわち、書式の闘いとは、契約の成立および契約の内容確定⁽⁵⁾の契約実質法上の問題である。そして、この問題に関する学説⁽⁶⁾や近年の新しい立法⁽⁷⁾の傾向は、基本的には

契約の成立を認め、当事者の契約条項で内容的に共通する条項のみを契約内容とする knock-out rule を支持・採用することで、一致する。

国際契約では、標準契約約款中に、法選択条項および紛争解決条項⁽⁸⁾を記載しているのが一般的である。上述のような実質法上の書式の闘いが生じるならば、このような国際私法上の性質を有する法選択条項等についても当事者間で異なることは当然あり得る。むしろ、当事者にとっては、これらの条件に拘泥するよりも、まずは契約の成約を目指すことのほうがが肝要であるため、当事者が主契約に関わる契約条項ほどの関心を法選択条項や紛争解決条項に寄せることはないと言えるだろう。なぜなら、これらの条件に抵触があろうとも、実際に当該契約から問題が生じ、訴訟や仲裁による解決しかないという段階に至るまでは、当事者に何ら問題となるわけでないからである。ところが、いざ、紛争が生じた場合には、各国の書式の闘いのルールの内容が大きく異なるため、合意された準拠法が何であったのかは、当事者にとって死活問題となる。つまり、これは法選択条項めぐる“battle”であり、本稿ではこのような書式の闘いにおける国際私法問題を検討したい⁽⁹⁾。なお、紛争解決条項の問題については、既に若干ではあるが検討を行った⁽¹⁰⁾ため、ここでは法選択条項のみに焦点を当てることとする。

本稿が検討の対象とする問題が直接争われた事例として、たとえば英国の O. T. M Ltd. v. Hydranautics 判決（以下では O. T. M 判決と略記する）⁽¹¹⁾がある。この事案では、売主の標準契約約款には、法選択をカリフォルニア州法、そして仲裁地を売主のカリフォルニアの本拠地とする条項が含まれていた。一方、買主の標準契約約款には、「英国法に従って英国で」仲裁をするという条項が含まれており、いずれの法選択条項や紛争解決条項で合意があったのかが争われた。はたして、このように両当事者の標準契約約款中の法選択条項が異なる場合に、有効な法選択がなされたと言えるのか、そして合意があるならば、その条件はいずれになるのか。これが、本稿の課題である。この問題は、従来からの国際私法の議論の枠組みでいえば、法選択合意の有無およびその有効性の問題に位置づけられる。

しかし、書式の闘いは、後にも触れるように、法選択合意の有効性に関する

議論がこれまでに想定していなかった事案である。よって、これまでの国際私法の議論からは、書式の闘いに妥当な解決を与えることができないのではないだろうか。次章において、その日本の従来の議論の限界点を確認した上で、若干であるがこの問題に対する近年の海外の議論を検討し、解決策を明らかにしたい。ところで、従来から存在する法選択合意の有効性の問題も、書式の闘いも、いずれも当事者自治の原則に深く根ざす問題である。つまり、本稿の検討は、通則法7条の「当事者の意思」の認定問題の再検討をせまるものとも言えるだろう。したがって、本稿の検討を通して、国際私法において当事者の合意や意思を国際私法上どのように汲み上げるべきかについての手掛かりを得ることができないのではないだろうか、と考える。

以下では、まず、国際私法における法選択合意の有効性に関する一般の議論についての国内外の議論を整理し、本稿の問題解決の基本的な理解を得ることとする。

二 法選択合意の「有効性」の一般論とその限界

1 学説の整理

(1) 日本

周知のとおり、日本だけではなくほとんどの国において国際私法上、当事者自治の原則が許容され、当事者は自己の契約の準拠法を選択することができる。ただし、その法選択は当事者間の交渉等を経て有効に選択されなければならないため、その法選択行為の有効性が問われることがある。ところが、法の適用に関する通則法（以下、法適用通則法と略する）7条は、当事者自治に関する非常に簡潔な規定にとどまり、この法選択合意の有効性についてどのような基準で判断すべきかについての直接の規定がないため、この問題の解決は、解釈に委ねられることになる。そして、法選択合意の有効性の判断基準は、次の3つの考え方に分かれる。すなわち、法廷地実質法による「法廷地法説」⁽¹²⁾、国際私法独自（自体）の立場から有効性を判断するとする「国際私法独自説（以下、独自説と略する）」⁽¹³⁾、当事者が選択した準拠実質法により有効性を判断する準拠法説⁽¹⁴⁾である。周知のとおり、これまで独自説の考えが多数であり通説的

見解であったところ、近年は、準拠法説を主張する見解が非常に有力⁽¹⁵⁾となり、この二つの立場で日本の議論は二分され、非常に錯綜している⁽¹⁶⁾。

(2) 海外

他方、海外では、概ね、法廷地法によるのか、当事者により選択された法によるかの二つの立場⁽¹⁷⁾に分かれ、議論が展開されてきた。したがって、海外の学説は、日本の学説と全く並行しているわけではない。つまり、いわゆる日本の「独自説」と同じような処理をする見解はないのである。そして、海外では、日本の「準拠法説」の解決が、ほぼ主流となっている。このことは、契約債務の準拠法に関する条約（以下ローマ条約）⁽¹⁸⁾ 8条・ローマ I 規則 10条 1項⁽¹⁹⁾の規定が、代表的なものとして日本においても広く知られている。このような立場は、その他に、ドイツ民法施行法 27条 4項および 31条、スイス国際私法 116条 2項、国際契約の準拠法に関する米州条 12条のように同様の明文規定が多く存在する。また、これらのような国家法や国際立法に大きく影響を与えたのが、英国の *proper law* 理論⁽²⁰⁾であることも周知のとおりであろう。この理論では、法選択の有効性の判断基準について、*putative proper law* である当事者が選択した法を適用する。いわゆる準拠法選択合意の有効性の判断基準について、日本において準拠法説（＝当事者自治説）を支持する考えが非常に有力になっているのは、このように海外の立法が実際に存在すること、そして、現在の国際取引実務の感覚から認められる合理性が大きな理由であろう。

2 検討のための基本的視座

以上より、法選択合意の有効性が問題となった際の解決の考え方は、以下の三つに分けられる。すなわち、法廷地法による解決、当事者が選択した法による解決、そして日本の通説のような独自説である。

しかし、日本の国際私法上のこれと並行する見解の対立が生じ得るその他問題、すなわち、法性決定の判断基準⁽²¹⁾や連結点の確定基準⁽²²⁾等を見れば、独自説の立場の処理によるべきことで学説に争いはない。むしろ、この法選択合意の有効性の問題のように、考え方の基本的なスタンスがこれだけ対立する問

題は稀であると言える。そもそも、国際私法規則は、国際私法上の正義や法政策等の独自の視点から最密接関連地を探求し、連結点として定めている。したがって、国際私法上、解釈が必要となる種々の問題において国際私法独自の視点から解釈されるのは、自明である。翻って、本稿の検討する法選択合意の有効性の判断基準について考えれば、当事者自治を認める法適用通則法7条の連結点である「法選択合意」、すなわち「当事者の意思」の認定問題である⁽²³⁾から、基本的認識として、国際私法独自の視点から当事者の選択した法選択条項を判断すべきということになろう。そうであるならば、準拠法説の位置づけも問題となる。この問題については後述するが、現段階で断っておくならば、筆者は、日本の準拠法説の論者⁽²⁴⁾が言うように、この見解も独自説の一種なのではないかと考える。

3 従来の独自説は書式の闘いを解決できるか

これまで、日本での有効性の議論といえば、ある国の法が当事者により選択されているが、一方当事者がある国の法に詐欺を理由に取消が主張されたような場合を漫然と想定していた。つまり、従来の有効性一般の議論は、両当事者が異なる書式を有し、それに基づいて契約を取り決め、当事者が自分の書式を主張するような「書式の闘い」の場面を議論の対象として想定していなかった。国際私法独自の立場から解釈するとしても、これまでの議論では、わが国の国際私法規則は法選択合意の有効性判断に関する具体的規律を欠くため、結局のところわが国の実質法によってそれを補充せざるをえないとされた。すなわち、日本民法により、重大な錯誤に基づく指定は無効、詐欺・強迫に基づく指定は取消し可能と解すべきとされる。

はたして、このような処理を行う独自説が、上述のO.T.M事件が日本で争われた場合に妥当な解決をすることができるだろうか。たとえば、日本民法528条を参照してLast shot ruleのような解決をするのか。しかし、そのような解決には、疑問である。なぜならば、実質法上の書式の闘いの議論では、日本においても近年は、knock-out ruleによるべきだとの見解⁽²⁵⁾が支持されつつあるなかで、国際私法によってその解決の道が閉ざされることになるからである。

他方で、民法は書式の闘いについての規律を有さないという見解⁽²⁶⁾もある。そうであるならば、なおさら、このような従来型の独自説の解決は、本稿の問題に対する解決法を有さないことになる。

否、むしろ従来からの独自説からすれば、この問題については、法選択合意の有効性判断の枠組みで処理するのではなく、当事者が異なる法を各自の契約書式に明示に選択しているのであるから、単純に法選択がない場合の法適用通則法8条の処理で足りると考えたのではないだろうか。しかし、そのような結論は、後に触れるように、理論的には、当事者が互いに交渉した上で合意した、あるいは合意できなかったというように当事者自治の原則が機能していた場面であるからこそ導き出される。したがって、「国際私法独自」の視点から判断するという従来からの議論からだけでは、書式の闘いのような事案に対する特定の結論は導かれぬ。

ところが、近年、海外においては、法選択合意の有効性の枠組みで、書式の闘いの議論が展開されつつある。このことは、当事者が異なる法を契約書式中に選択するからといって、それだけで法選択合意がなかったとするわけではないことを意味する。もちろん、以下に紹介するように、結果的には法選択合意がないという判断をする見解もないではないが、この枠組みで議論された上で合意がないとすることは、問題となっているのが書式の闘いであるため、当事者の法選択の状況を細かく分類し、当事者の意思の認定をしていこうとする試みであり、評価できる。

三 法選択条項をめぐる書式の闘いの解決法

1 法選択条項の書式の闘いを法選択合意の有効性の問題で扱うことの意義

本稿の問題に最初に取り組んだ Dannemann は、「異なる標準契約約款に含まれる法選択条項について……それらの条項が契約の一部となるのかどうか、まさにここで問題となる⁽²⁷⁾」と主張する。すなわち、当事者間で完全な法選択の合意に至ってはいないが各自が法選択をしている、まさにその段階が書式の闘い特有の問題なのである。当事者が単に異なる法を選択するからといって、従来の日本の考えのように、合意がないとするのは果たして妥当なのか。たと

えば、一方当事者のみの法選択が有効になされているならば、それにもかかわらず法選択合意なしとの結論づけることは当事者の書式に明示した意思をくじくものではないだろうか。よって、仮に、本稿の問題において法選択合意がないという処理をするならば、その理論づけが必要ではないだろうか。

本来、書式の闘いは、契約の成立の問題という実質法上の議論として展開されてきた。そして、書式の闘いは、当事者による表示のみならず真意においても当事者の契約書式の条件が完全には合致していないにもかかわらず、当事者の合意を擬制し契約の成立を肯定しうる問題である。法選択合意をめぐる書式の闘いにおいても、そのような合意の擬制がなされるに足る有効な法選択がなされたかが問題となるのである。いずれにしても、先述のとおり、本稿の問題が、法適用通則法7条における当事者自治の原則の連結点たる「当事者の意思」の認定問題であるので、その判断基準については、国際私法独自説の立場から探求すべきであることには違いない。

それでは、書式の闘いにおける法選択合意の有効性の問題について、各見解はどのように処理するかについて、次に検討しよう。

2 法選択条項をめぐる書式の闘いの解決

(1) 日本の国際私法独自説

国際私法独自の立場から解釈するとする独自説は、先述(二3)のとおり、日本民法を参照するのが一般的な理解である。そのため、法廷地によって判断が異なることになり、当事者の予見可能性が損なわれる等の批判が強く次の準拠法説(=当事者自治説)からなされている。たしかに、伝統的に説明されてきた独自説を見れば、独自説=法廷地法説だとの強い批判が現実としてなされるのも頷ける。しかし、独自説に立ちながら法廷地実質法を介さずに、その法選択が「錯誤や詐欺、強迫などの不正な手段で得られたときは、当事者の真実の意思による有効な準拠法の指定があったとはいえ、当事者自治の原則を認める趣旨からいっても、その法選択は有効とはいえない」という論者⁽²⁸⁾もいる。この見解は、従来型の独自説のように現実に存在する規定を具体的な基準として参考にするわけでもないため、より法的な明確性に欠けるという指摘が

なされ得るが、ここでの問題は、「どのような場合に、当事者による法選択を有効と認めるべきでない事情があると判断すべきかどうかであって、その決定を特定の国の実質法に委ねる必要はない⁽²⁹⁾」のであるから、このような後者の独自説は、国際私法独自説の本来の趣旨に沿うものである。このような独自説の考えは、これまでなされてきた結果的に法廷地法と同じであるという批判を免れよう。

そして、このような独自説の考えからすれば、本稿のような書式の闘いの国際私法問題については、たとえば、異なった準拠法を相手が知らないうちに秘かに書式に挿入し、なおかつ、そのことについて相手方には特に変更がないため確認する必要がない旨を伝え、相手に気づかせないようにして得られた法選択合意であれば当事者の真実の意思とはいえない。よって、そのような法選択は有効になされたものと言えないということになる⁽³⁰⁾。このような処理は、全く突飛なものではけしてなく、不意打ち条項の効力を否定するユニドロワ国際商事契約法原則 2. 1. 20 条にも共通する⁽³¹⁾。また、両当事者が法選択について食い違っていることを認識したまま、契約を履行していた場合には、双方とも相手方に同意したのではないのだから、法選択の合意に至らなかったと見ることもできるだろう。

(2) 準拠法説 (=当事者自治説)

① 合意がないと処理する解決：日本の準拠法説、ローマ条約（ローマ I 規則）

法選択合意の有効性が問題になった場合には当事者が選択した法により法選択合意の有効性を判断する日本の準拠法説 (=当事者自治説) とされる見解であっても、本稿のような場面では、両当事者が異なる法選択をするのだから、法選択合意がなかったと結論づけることが考えられる。準拠法説に立ちながら、このような解決をするものとして、Dicey & Morris 14 版がある。

Dicey & Morris では、「法選択の存在およびその合意の有効性」や「実質的有効性」についての解説において、本稿の問題が取り上げられている。両当事者が抵触する書式を有し、なおかつ、異なる法選択合意をしている場合 (Dicey &

Morris では、抵触する書式のうち、一方のみに明示の法選択条項があり、他方当事者にはその条項がない場合も含む)には、法選択合意はなされておらず、また、ローマ条約によって解決できないとする。すなわち、ローマ条約は何らの解決を提供しておらず、当該取引を支配する法は、ローマ条約4条の法選択がない場合に適用される法である⁽³²⁾。すなわち、Dicey & Morris は、法選択条項が抵触する場合には法選択合意がないと考えるその根拠は、単に当事者が異なる法選択をするからという理由ではない。法廷地法による解決によるべきでないことが一番の理由であり、法廷地法によるよりは法選択がない場合の4条によるほうが条約の精神に即している⁽³³⁾と説明されている。ただし、両当事者に一組の契約書式のみがあり、そこに法選択条項が含まれる場合に法選択合意の有無や有効性が争われた場合には、選択されたその法が、推定的な (putative) 準拠法になるだろうと解する⁽³⁴⁾。これらの場合については、日本の準拠法説 (= 当事者自治説) も同様と思われる。そして、一番最後の類型は、附合契約中の準拠法条項の有効性の議論が典型例になるのではないだろうか。

② 各当事者の法選択について有効性判断をする準拠法説 : Dannemann

Dannemann は、ローマ条約3条4項および8条1項 (ローマ I 規則10条1項) を適用し、法選択合意の有効性について当事者が選択した法による解決を主張する⁽³⁵⁾。上の準拠法説 (= 当事者自治説) との違いは、異なる契約書式中に一致しない法選択条項を記載しているような書式の闘いにおいても、各当事者の法選択自体が有効であったかどうかを判断するため、各当事者が選択した推定的な法 (putative law) を適用し判断するところにある。そして、どちらか一方当事者の法選択のみが有効であれば、その法選択条項で合意されていたとする。彼の解決法において法選択がなかったという結論になるのは、次の二つの場面である。まず第一に、どちらの法選択も有効になされたものではなかった場合。そして第二に、双方の法選択がそれぞれの法により有効な選択であった場合に、同一の契約内でいずれの法選択もが共存することは、「明示」されている、または「確実」であると考えられえないため、これらの二つの異なる法選択は除外される (ローマ条約3条1項)。

O. T. M 判決の事案では、売買契約の申込みをしたのは英国の買主からの購入注文であり、これに対してカリフォルニアの売主（カリフォルニア州法、カリフォルニア仲裁を選択）は自己の条件での承諾の返答をし、その後の交渉を経て、契約が成立した時点で送付された最後の書類は英国の買主の書式（英国法、英国裁判所を選択）であった。Dannemann によれば、カリフォルニア版の UCC 2-207 条は現在においても first shot rule を採用するため、カリフォルニアの売主の法選択は有効とならない。カリフォルニア版の同条が新规定を採用し knock-out rule であったとしても、相手方が異なる法を選択しているため、やはり有効な選択ではない。一方、英国の買主の英国法の選択はどうか。英国法は last shot rule を採用するため、買主の英国法の選択が有効である。以上より、Dannemann の解決では、この事案では英国法で合意されていたという結論になる⁽³⁶⁾。しかし、仮に、カリフォルニア州の当事者から申込みをしていたらどうか。カリフォルニア版 UCC が旧規定の first shot rule なら、両方が有効な選択となり、Dannemann の考えでは、この場合に法選択がなかったという結論になる。他方、カリフォルニア版 UCC が新规定の knock-out rule であれば、売主の選択は有効ではなく、英国法のみが有効な選択であったという結論になる。

Dannemann の解決の特徴は、単に異なる選択を当事者がしているからといって、それだけでは合意なしとはせず、各当事者の法選択条項が有効に選択されたかを見ることにある。この解決は、できる限り当事者の意思を尊重しようとするものであろう。

(3) 法廷地法説：Harris, 英国裁判例

上の Dannemann の議論に対し、直接検討および分析を行い、異なる考えを主張したのが Jonathan Harris⁽³⁷⁾である。彼は、結論的には、法廷地の書式の闘いのルールにより決定するとした。

Harris が Dannemann の解決に関して特に異議を述べた点は、両当事者の法選択が、それぞれの法により有効な選択であった場合についてである。すなわち、ローマ I 規則の有効性判断のテストによりどちらの選択も通過したにもか

かわらず、最終的に明確性のテストによりどちらの選択についても合意されなかったとなる結論こそが、法選択をした当事者の期待をくじくものである。さらに、Harris は、契約書式において選択された法はいずれもが、明白であり十分に確実になされたものである⁽³⁸⁾と批判する。以上の理由から、Harris は、たとえ法廷地漁りが生じるとしても、書式の闘いに関する法廷地法による解決を支持した。この解決法は、Harris の見解だけではない。O. T. M 判決自体も法廷地法たる英国法により契約成立時を特定し、そして原告の英国法が契約内容であったとした⁽³⁹⁾。この解決は、法廷地法たる英国法の書式の闘いに関する last shot rule の解決と一致する。

四 検討および分析

1 書式の闘いの国際私法問題において考慮すべき法政策

(1) 標準契約約款による契約と当事者自治

以上より、各論者により厳密には細かな点において違いがあるが、大別すれば、本稿の課題の解決法として、次の三つに分かれる。すなわち、まず、①法廷地法によるのか、② Dannemann の主張するような各当事者の選択につきそれぞれが選択した法を基準にする準拠法説に立つのか、あるいは、③独自説や Dicey & Morris ならびに日本の準拠法説 (= 当事者自治説) のように、法選択条項をめぐる書式の闘いの場合には当事者間に合意がなかったと判断するのか。これらの個別の見解のうちいずれにすべきかを考える前に、本稿が検討の対象とする契約が書式を用いた契約であること、そして、書式の闘いの実質法の議論から考慮すべき点について、まず検討したい。

そもそも、当事者が契約内容を自由に決めることが認められ、実質法上の契約自由の原則のみならず、国際私法上の性質を有する契約条件についても当事者自治が認められているのは、自由に交渉した当事者間の意図を中核に据える⁽⁴⁰⁾契約だからである。すなわち、契約に関する自治 (autonomy) は相互関係 (mutuality) になければならない⁽⁴¹⁾。したがって、たとえば、相互に交渉がなされて締結されたのではなく一方当事者の書式により締結された附合契約において、附合契約中の法選択条項は、原則として有効ではあるが、当事者が法選

択条項について争う場合には当事者によるあたらしい選択を認めるといった、できる限り当事者の意思を汲み上げる試み⁽⁴²⁾もある。書式の闘いにおいても、当事者自治の原則が本来想定している自治が当事者間に機能しているのかという観点から、法選択条項がどのような交渉に基づいて選択されたのか、例えば、異なる法選択をしている当事者が交渉中異議を述べ続けたのか、あるいはほとんど交渉中には法選択条項に関して特に関心が払われなかったのか等の契約締結過程の状況をも考慮しつつ、当事者の意思の認定を如何にするのが当事者の意思を尊重につながるのかを検討しなければならない。そのような観点からすれば、次に挙げる、当事者がある法を準拠法条項として選択する意図は何かという点も重要となろう。

(2) 書式の闘いに関する実質法規定の考慮

法選択条項をめぐる書式の闘いの場合に、いわゆる準拠法説（＝当事者自治説）をとろうと、法廷地法によるのであろうと、これらの立場の場合には、書式の闘いに関する実質法規定を基準とすることになる。このことは、書式の闘いに関する各国の実質法や国際的な立法の規定内容が異なるため、適用される法が何かにより結論が大きく異なることを意味する⁽⁴³⁾。また、それによって、どちらの当事者の選択した法が準拠法になるかは、当事者の勝敗を分ける要となる。したがって、書式の闘いの実質法上の議論におけるよりも、法選択合意の有無および有効性の判断においては、当事者の契約締結にいたる過程でどのような交渉がなされてきたか、当事者がその法を選択する意図は何であるか等を考慮する必要がある⁽⁴⁴⁾。

まず、first shot rule や last shot rule を採用する法を選択する当事者の意図は、基本的にはどちらか一方の当事者の契約書式の条件一式を契約内容として採用したいという考えである。その上で、どちらの標準契約約款のものによるかについては自身が選択した法から明らかであるため、当事者は、通常、その規定に合わせた書式の闘いを展開するはずである。他方、knock-out rule を採用する法を選択する当事者は、契約条件についての完全な合意がなかったとしてもよく、少なくとも相手と異なる条件については契約に組み込みたくない、という

考えの表れであると言えるだろう。

2 各見解の検討および私見

それでは、上述の点を考慮しながら、法選択条項をめぐる書式の闘いに対してどのように解釈するのが当事者の意思を尊重した妥当な結論を導くのかについて、各見解を分析しつつ検討を進めたい。

まず最初に、私見は、少なくとも法廷地法による解決に賛同できない。なぜなら、書式の闘いに関する規定は適用される法によってまったく別の結論が導かれるからこそ、法廷地の書式の闘いの規定によることは、その他の渉外事件の場合よりも、ほぼ確実に法廷地漁りが展開されることになるからである。したがって、基本的には、あり得る解決法としては、Dannemannのように各当事者が選択した法が有効に選択されたものであるかを判断するのか、あるいは反対に、当事者はそもそも異なる法を明らかに選択するのだから、法選択の合意がなしと見るかの二つの解決に絞られる。どちらの解決も、当事者の意思をできるだけ汲みあげようとする点において、その目標は同じである。

Dannemannの解決の長所は、当事者が異なる法選択をしているだけで、簡単に合意なしと見るのではなく、例えば各当事者の法選択が有効に選択されたものなのかを個別に判断するといったように、書式の闘いにおける当事者の法選択に関する真の抵触があるのはどのような場面かをきめ細やかに検討したところにある。日本の国際私法は、この点についてあまり意識しなかったといえるだろう。しかしながら、この解決には、先にみた当事者の意思の尊重の観点から重大な欠点がある。すなわち、Dannemannの見解によると knock-out rule を採用する国の法を選択すれば、ほぼその選択自体は採用されない。さらに、相手方が last shot rule または first shot rule を採用する法を選択しており、相手方の選択がその法により有効であるならば、knock-out rule を選択する当事者の意思、相手方と異なる条件については合意したくないというものであるにもかかわらず、このケースでは、相手側の法選択で合意したという擬制がなされる結果になる。しかしながら、実質法上の議論においては、knock-out rule が現在広く支持されているのは既に触れたとおりであり、今般、日本の債権法改正にお

ける民法528条の議論においても knock-out rule の採用が一つの案として提案されているところである⁽⁴⁵⁾。それにもかかわらず、このような Dannemann の解決は、各国契約実質法上の国際標準化への努力を無にしてしまう可能性が高くないだろうか。さらに、異なる法選択条項がある中で、一方当事者のみの法選択が有効だという結論になった場合にその法で合意したという結論は、法選択を否定された当事者からすると「合意の擬制」とも見ることができる。書式の闘いは、当事者がすべての条件について繰り返し交渉や議論を交わして作成した契約書から生じるよりも、契約書の表面に記載される契約の中核となる契約条件のみについて具体的な交渉をし、その他の条件については契約書の裏面に記載するのみで交渉段階で特に議論をしないような契約から必然的な契約条件の不一致から生じるものである。本稿の対象とする契約は、当事者自治の原則が本来予定している契約とは異なるということも、本稿の問題を検討する上で重要である。したがって、Dannemann の検討は、これまであまり注目されてこなかった法選択条項をめぐる書式の闘いの問題を取り上げ、書式の闘いの視点から考察した点においては大いに評価されるべきであるが、具体的な交渉を経たものではないにもかかわらず、明らかに異なる意思を表示した当事者間の契約において、一方当事者のみが有効な選択をしている場合にはその当事者の相手方の条件で合意されていると解釈する彼の見解は、書式の闘いの背景にある「契約」の成り立ちを考慮しておらず、また、その結論に対しても疑問であり、賛同できない⁽⁴⁶⁾。

最後に、予め印刷された書式に当事者が異なる当事者が異なる法を選択する場合には法選択合意がないとする処理も当事者の意思の尊重方法の一つの形であると言えるのではないだろうか。Harris や Dannemann も重視したように、当事者は明確に準拠法条項として法を明示に選択しているのである。

以上のことから、私見は、当事者が各自の契約書式中に異なる法選択をしている場合には、国際私法自体の立場から合意がないとする解決を最終的な結論としたい。それから、書式の闘いで起こり得るその他の類型、両当事者が異なる契約書式を使用しているが、一方当事者のみの書式にしか準拠法条項がなかった場合も、同様とする。

3 knock-out rule による解決および CISG 適用事案からの示唆

以上より、法選択条項をめぐる書式の闘いについては、当事者間に法選択に関する合意がなかったと扱う解決を支持する。この解決は、書式の闘いの実質法上の解決において現在支持されている knock-out rule と共通する解決である。すなわち、法選択条項をめぐる書式の闘いにおいては、国際私法独自の観点から判断する立場にたち、knock-out rule を採用する。

このような解決は、1995年10月6日のケール区裁判所の裁判例 (AG Kehl, 6 October 1995, 3 C 925/93)⁽⁴⁷⁾ で実際になされている。本件はイタリアの売主およびドイツの買主間の事案であり、両者は、契約書式中に、それぞれイタリア法、ドイツ法を法選択条項として記載していた。当該国際売買契約は国際売買契約に関する国連条約 (以下、CISG) が適用される契約である (CISG 1条1項a号)。しかし、本件では、未払い代金の支払いに際して付される利率についても問題となり、利率については CISG が規律していなため、この部分について準拠法の特定が問題となった。裁判所は、当事者が契約の履行をしているため、法選択条項のような抵触する条件を除いて、実質的に共通する条件に基づいた合意がなされていたとする、knock-out rule の立場を採用した。したがって、本件では法選択がないため、ドイツの国際私法である民法施行法 (EGBGB) 28条2項の特徴的給付の理論によってイタリア法を準拠法とした。

裁判管轄条項や仲裁条項の不一致については、CISGの規定で合意の有無を判断する事案が散見される⁽⁴⁸⁾中、この事案は、CISGによらず、また、O. T. M 判決のように国際私法問題から避けることなく、国際私法の観点から検討をした点においても評価されるべきであろう。さらに、この解決は、CISG自身がその実質法規定として19条において last shot rule を採用するにも関わらず、knock-out rule の考えにより合意がないとしたものであり、本稿で検討した解決を裏付ける事案とも言える。

日本では、2009年8月1日より国際物品売買契約に関する国連条約 (以下、CISG と略する) が発効しているので、今後、国際売買契約から生じる紛争の多くは、CISG が適用されることになるだろう。よって、法選択条項が合意されていたのはいずれの法選択条項であるかという問題はかなり解消される。しか

し、CISGには、規定しない事項も非常に多いため、その場合には準拠法により解決することになり、当然、本稿の問題はなお残る。このような観点からも、本件は、今後の日本における CISG 判例にも参考となる事案と言える。

4 独自説と準拠法説の関係

最後に、本稿で既に若干触れた部分でもあるが、独自説と準拠法説との関係について、ここで若干触れておきたい。すなわち、法性決定や連結点の確定といった総論の議論と異なり、法選択合意が有効になされたか否かが争われた場合の判断基準の議論においてのみ、準拠法説が近年非常に有力に主張されており、この問題とその他の総論部分とのズレについてである。というのも、まさに、法選択合意の有効性は、法適用通則法7条の連結点である「当事者が……選択した地」、すなわち法選択を合意する当事者の意思の認定問題であるからである。この7条においてだけ、このように見解が対立する理由は何なのか、あるいは、この見解は独自説との関係での位置づけに誤解があるのではないのだろうか。この点について、本稿の検討を通して示唆を得るものはないだろうか。

たしかに、これまで多くの文献において、準拠法説には循環論の批判、他方で、独自説に対しては基準の曖昧さや法廷地法と同じ結論である等の批判を併せて、双方の学説が並記されているためか、両見解は、相対立し全く別の視点に立つもののように見える。しかしながら、この法選択合意の「有効性」の議論においては、準拠法説を採用する論者は、「この見解は契約準拠法説と呼ばれることが多いが、より正確にいうと、当事者による法選択合意の有効性の問題を、主契約の成立・効力とは独立の単位法律関係として、その準拠法決定につき法例7条の適用ないし類推適用を認めたものとする」との認識から、この見解を当事者自治説と呼ぶことで、法性決定等の問題に存在するいわゆる準拠法説からの差別化を図る⁽⁴⁹⁾。換言すれば、準拠法説からすれば、最終的には独自説と異なる結論を導くが、あくまで国際私法独自の基準から判断するという検討の出発点においては独自説と共通の視点に立っているということになる。その意味ではこれも独自説の一種である⁽⁵⁰⁾。

このように考えれば、海外の議論においては、日本のような独自説というものがないのは、国際私法規定の中に準拠法説による規定を設けるなど立法的な解決をしていることから理解できる。もっとも、日本においては、準拠法説の見解は、明文規定にないのでそのような解釈を行っているにすぎず、独自説からすれば、理論的に準拠法説が成り立ちえないとの批判は避けられない。しかし、以上に整理したように、準拠法説と一般に言われる当事者自治説は、合意の有効性の問題について従来の国際私法独自説を修正するような立場であり、いわゆる独自説とは違う解決方法を選ぶが、あくまで国際私法独自の視点から「当事者の意思」を解釈する見解ととらえる⁽⁵¹⁾ことで、理論的な整合性が得られるのではないだろうか。なお、ローマ条約の準拠法説の解決法を日本において採用する場合には、「その限界を明らかにした上で、採用すべき」であり、また「ローマ条約では、合意された準拠法の実質法が適用されている点注意を要する」との指摘もある⁽⁵²⁾。このような意見も、法選択合意の有効性の問題に関して準拠法説による解決が一般的に妥当するわけではないことを示すものであり、問題となる類型ごとに対応すべきであるという本稿の基本的立場と共通するものがあるものといえるだろう。

翻って、本稿の検討をみると、たとえば、Dicey & Morrisの準拠法説は、当事者が一組の書式しか有さず、その法選択条項の合意が問題になった場合にはローマ条約の規定により当事者が選択した法を判断基準とするにもかかわらず、法選択条項の書式の無い場合には合意がないという解決を行っていた。これは、準拠法説を採用する法選択合意の有効性の規定があるにもかかわらず、国際私法独自の視点で別の解決を図ったものといえる。

以上より、次のようなことが言えるのではないだろうか。基本的に、法選択合意の有効性の問題は、国際私法独自の観点から判断する。そして、法選択合意の有効性が問題となる場面は、これまでの詐欺等のような場面だけではなく、附合契約の場合もあれば、本稿で検討した書式の無い場面もある。その他にも、あらたな問題が今後生じるかもしれない。それぞれの類型ごとで、妥当な判断基準は異なり得て、いずれにしても国際私法独自の観点から、当事者の交渉時の状況や契約書の状況などに応じて個別具体的に基準を設けて丁寧に当事

者の意思を解釈していくべきではないだろうか。

五 むすびにかえて

法選択条項をめぐる書式の闘いに関する本稿の立場は、knock-out ruleによる解決を国際私法独自の立場から採用し、法選択合意がなかったと処理するため、結論においては、これまでの日本の国際私法の通説的立場と変わりがない。しかし、これまでの国際私法の議論では、当事者の意思について、どのような合意があれば、法選択合意が有効になされたと言えるのかについての理論的な検討がほとんどなされなかった。これに対して、本稿は、当事者が異なる法選択を各自の書式に明記しているならば法選択がないという結論になる理由が何であるのかについて一定の理論的な検証をすることができたと考える。

この法選択条項をめぐる書式の闘いの議論を通じて、日本の国際私法の当事者自治の原則や法選択合意の有効性の議論に対して得られる示唆は次のとおりである。法選択合意の有効性の判断基準は国際私法独自説によるとしても、その具体的な解決法は、問題となる事案ごとに異なり得る。すなわち、従来から詐欺・錯誤に基づいて得られた法選択合意の場合についてのみを漫然を検討され、それに対する解決法が議論されてきたが、本稿のような書式の闘いの場面には、その解決をそのまま当てはめることができない、あるいは、それが可能であったとしても本当に当事者の意思を反映したものが疑わしいことが多くあることは本稿の検討を通じて明らかであろう。たとえば、標準契約約款が使用される契約でも、その他に、附合契約は従来からも議論がなされてきた。附合契約の場合の準拠法条項の有効性と本稿の一方当事者のみが準拠法条項を有する場合に合意があったかについては、異なる結論になり得るのは既に見た。さらに、近年はインターネット上での取引なども非常に増えており、インターネット上での取引は形態としては附合契約であるが従来の附合契約よりも、当事者が一度も顔を合わせることなく、なおかつ、多くの国の顧客と瞬時に大量になされる取引である。この場合は、従来の附合契約の議論と違う考慮をすべきことがあるのか等が問題となろう。したがって、法選択合意の有無やその有効性が問題になった場合には、日本の従来の一義的な議論だけではなく、国際

私法自体の立場から、問題となる契約類型に応じて、考慮すべきことや妥当な解決が異なりうることを前提に、法選択合意の有効性の議論を検討しなければならないと考える。

最後に、本稿では、法選択条項をめぐる書式の闘いについてのみを扱った。法選択条項の合意に問題に比べ、裁判管轄条項や仲裁条項をめぐる書式の闘いに関する議論は少ないが、本稿で検討してきたと同様のことがほぼ、妥当する。私見は、現時点では、これらについても当事者間で合意がないとする knock-out rule の考えが妥当し⁽⁵³⁾、それによって、書式の闘いに関する実質法上の議論および国際私法上の議論が統一した基準での解決可能でないかと考えている。しかしながら、たとえば、法選択条項については当事者で確実に合意なされ、かつ、紛争解決条項のみが争われた場合に、いわゆる準拠法説(=当事者自治説)の立場による処理が近年の実務的感覚に沿うのではないかという疑問もないではない。これらについては、今後の検討課題としなければならない。

「当事者自治の原則」は、国ごとの法の壁を越えて当事者の意思を尊重するという共通の姿勢を示すものである。今後、ますます、国際契約が、グローバルな次元で複雑化し多様多様に発展していく中で、法選択合意や管轄合意等に関する当事者の意思解釈について、本稿で繰り返し述べてきたように、独自説か準拠法説(=当事者自治説)かといった二者択一的な発想ではなく、様々な契約類型に対して個別のかつ柔軟に当事者の意思を考慮する時期にあてられると思われる。

- (1) いわゆる鏡像原則と言われる契約の成立態様は、理論的には19世紀に確立されたこととされる。契約成立観の変容に歴史に関する詳細な研究については、滝沢昌彦『契約成立プロセスの研究』(有斐閣・2003年)23～64頁参照。
- (2) GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT, OHIO STATE UNIVERSITY PRESS, (1974). Gilmoreの契約の死については、内田貴『契約の再生』(弘文堂・1990年)にも紹介されている。
- (3) 内田・同右47頁。See, von. Mehren, *The "Battle of the Forms": A Comparative View*, 38 AM. J. COMP. L. 265, at 266 (1990).
- (4) 書式の闘いに関する簡潔な説明として、高桑昭『国際商取引法 第2版』(有斐

閣・2006年) 74～75頁がある。

- (5) 書式の闘いにおける契約内容の確定方法としては、伝統的には、一方当事者の契約書式のみに基づいて確定する考え方を基本にした first shot rule の解決（最初に送付された約款に基づくとする：オランダ民法，旧 UCC 2-207 条）および last shot rule（最後に送付された約款に基づくとする：多くの国の裁判例，CISG 19 条，日本の民法 528 条）とで対立してきた。それに対して近年は、どちらかの書式を採用することに拘らないで両当事者の意思を尊重しようと中立な考え方，すなわち，当事者で合意できた部分についてのみを契約内容とする knock-out rule が登場し，本文で述べるように支持をあつめている。
- (6) 実質法上の書式の闘いについては，日本においてもかなりの研究蓄積がある。曾野和明＝山手正史『国際売買法』（青林書院，1993年）93-99頁，川又良也「アメリカ統一商事法典 2-207 条について」京都大学商法研究会『大隅先生還暦記念商事法の研究』（有斐閣・1968年）283～308頁，道田信一郎「国際取引」『現代法学全集 52・現代の経済構造と法』（筑摩書房・1975年），曾野和明「国際契約の成立」国際私法の争点（新版）126～127頁（有斐閣・1996年），坂本正光「書式の争いの申込みに変更を加えた承諾の解釈について」明治学院論叢 573 号＝法学研究 60 号（1996年）169～222頁，柏木昇「国際売買契約と書式合戦」新堀聰編『国際商取引とリスクマネジメント』（同文館出版・2004年）17～32頁，石原全『約款による契約論』（信山社・2006年）167～329頁，松永詩乃美「国際契約の成立について——書式の闘いを中心に」帝塚山法学 9 号 271～326頁（2005年），松永詩乃美『国際契約における書式の闘い——実質法および国際私法の視点から』（帝塚山大学出版会・2009年）第 2 章参照。
- (7) Knock-out rule を採用する立法例は，2004 年改正の UCC 2-207 条，ユニドロワ国際商事契約法原則 2. 1. 22 条，ヨーロッパ契約法原則 2：209 条が代表的なものである。ドイツは，当初は last shot rule を判例等において採用したが，近年は，CISG 適用事案においてでさえ，knock-out rule による解決をしているようである。たとえば，2002 年 1 月 9 日の連邦通常裁判所の事案 Bundesgerichtshof (VIII ZR 304/00) (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>) がある。なお，法選択条項をめぐる書式の闘いについて knock-out rule により解決したものとして，注(48)を参照。
- (8) 紛争解決条項は，裁判管轄条項や仲裁条項を指して使用されることが多い。ただし，名前のとおり紛争解決に関わる条件であるという意味では，この条項に法選択条項も含めるものも当然にある。本稿は，便宜上，また多くの例になって紛

争解決条項から法選択条項を切り分けて表現することにする。

- (9) すなわち、本稿は、「書式の闘い」の問題を、従来から書式の闘いの問題として認識されてきた議論を契約実質法上の問題と、そして、法選択条項および紛争解決条項をめぐる書式の闘いの問題を国際私法上の問題として区別する。このような区別は、法選択条項が、主契約から独立の関係にあることから当然に言える。法選択条項の独立性については、次の文献を参照。See, Mo Zhang, *Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy*, 41 *Alkon Law Rev.* 123, 2008, at 135.
- (10) 松永詩乃美「CISG 19条3項における裁判管轄条項——判例の検討から(1～3・完)」JCA ジャーナル 57巻2号2～6頁(2010年2月), 57巻3号(2010年3月)5～8頁 57巻4号(2010年4月)7～12頁。
- (11) O. T. M. L. td. v. Hydranautics [1981] 2 *Lloyd's Rep.* 211 (Q. B. Com.: Parker. J.). この判決の概要については、松永前掲書注(6)・77～84頁参照。
- (12) 一般に、この法廷地法主義の考え方は、法廷地漁りを引き起こすために採用されないのは周知のとおりである。なお、この見解は、準拠法説を採用する立場からは、いわゆる国際私法独自説の考えをその具体的適用の結論から同義のものとして整理されることがある。
- (13) 折茂豊『国際私法(各論)[新版]』(有斐閣・1972年)129頁。溜池良夫『国際私法講義[第3版]』(有斐閣・2005年)352～353頁。松岡博『現代国際私法講義』(法律文化社・2008年)100頁も、その本質的意味からすれば、独自説に立脚した見解であるが、若干これまでの独自説の処理の仕方と異なる部分がある。
- (14) 川上太郎『国際売買法概論』(千倉書房・1964年)110頁、澤木敬郎=道垣内正人『国際私法入門[第4版補訂版]』(有斐閣・1998年)168頁、西賢『比較国際私法の動向』(晃洋書房・2002年)74～75頁、山田録一『国際私法[第3版]』(有斐閣・2004年)272～273頁。中野俊一郎「管轄合意・仲裁合意・準拠法選択合意——国際私法・国際民事訴訟法における合意の並行的処理の可能性と限界」齊藤彰編著『国際取引紛争における当事者自治の進展』(法律文化社・2005年)63～99頁。渡辺恒之『演習ノート 国際私法[改訂版]』(法学書院・1992年)79頁。田中美穂『演習ノート 国際私法[改訂第2版]』(法学書院・2001年)78～79頁。
- (15) ローマI規則10条1項のみならず、本文中に示した多くの立法例があることも、日本で準拠法説を支持する論者の追い風となっている。現在の法適用通則法には採用されなかったが、準拠法説に基づいたルールが法例研究会による法例改正案(乙, 丙案)として提案されたこともあった。法例研究会『法例の見直しに関する

諸問題(1)——契約・債権譲渡等の準拠法について——』NBL no. 80 (2003年) 20頁参照。

- (16) 注(13)および注(14)のほか、それぞれの立場を分かりやすく整理されているものとして、中野前掲注(14) 64-67, 75-88頁、松岡・前掲書注(13) 99～101頁。
- (17) その他、裁判所の裁量説があるとの指摘もある。西・前掲書注(14)・74頁。OLE LANDO, CONTRACTS, in INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW, Vol. III, (Kurt Lipstein ed., J. C. B Mohr 1976), chap. 24, at 45.
- (18) Official Journal L 266, 09/10/1980 P.0001-0019。ローマ条約については、岡本善八「国際契約の準拠法——EEC 契約準拠法条約案に関して」同志社法学 32巻1号1頁以下、野村美明ほか訳「契約債務の準拠法に関する条約についての報告書(1)～(10・完)」阪大法学 46巻4号～48巻4号(1996～1998年)参照。
- (19) 原文は、官報 Official Journal 2008年7月4日 L 177/6。邦訳としては、最終草案段階のものがほぼそのまま採択されたため、杉浦保友「翻訳 契約債務に適用される法に関する欧州議会及び理事規則 (Rome I) (最終草案全文訳)」BLJ Online 2008年6月20日 (http://www.businesslaw.jp/blj-online/imgdir/pdf/20080620_sugiura-02.pdf) が参考となる。
- このローマ I 規則 10 条は、その前身であるローマ条約 8 条 1 項と、内容的に実質的な変更がないため、野村ほか同右の訳も有用である。
- (20) ADRIAN BRIGGS, AGREEMENTS ON JURISDICTION AND CHOICE OF LAW, OXFORD 2008, at 140。プロパー・ロー理論に関する日本の文献は、松岡博『国際取引と国際私法』(1993年、晃洋書店) 222頁以下、樋爪誠「アメリカにおける契約準拠法の展開に関する一考察——重心理論の比較法的位置付けについて」立命館法学 241号(1995年) 762～807頁。
- (21) すなわち、法性決定の基準について、まず第一に、法廷地の実質法概念による法廷地法説、第二に、選択されるはずの準拠実質法上の概念に従う準拠法説、そして最後に、法性決定は国際私法規則中の概念の解釈問題であるからいずれかの国の実質法によるべきではなく法廷地の国際私法独自に行うべきであるとする独自説である。松岡博編『国際関係私法入門 [第2版]』(有斐閣・2009年) 34～25頁 [多田望担当執筆]。
- (22) 山田鎌一『国際私法 第3版』(有斐閣・2004年) 112～113頁。
- (23) 西賢「当事者自治の原則と比較法的動向」『現代契約法大系 9巻』(有斐閣・1985年) 80頁。
- (24) 中野・前掲注(13) 75頁。

- (25) 石原全「商取引における契約の成否と契約内容(三・完)」民商法雑誌86巻1号(1982年)94頁, 道垣内正人「ボイラープレート条項」NBL no. 872(2008年1月1日)99頁
- (26) 内田貴『民法Ⅱ 第2版』(東京大学出版会・2007年)33頁, 坂本・前掲注(6)205頁。
- (27) Gerhard Dannemann, “The battle of forms” and the Conflict of Laws, ROSE (ed), in LEX MERCATORIA (LLP, 2000), 199 at 207.
- (28) 松岡・前掲注(13)100頁。
- (29) 松岡・同右100頁。
- (30) 松岡・同右100頁。松岡博『国際取引と国際私法』(晃洋書房・1993年)171～172頁は附合契約についての検討であるが, 同様の結論になろう。
- (31) INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS, ROME (2004), at 67-70. 曾野和明=廣瀬久和=内田貴=曾野裕夫訳『UNIDROIT 国際商事契約原則』(商事法務・2004年)58～61頁。
- (32) LAWRENCE COLLINS ed, DICEY AND MORRIS ON THE CONFLICT OF LAWS, (14th ed., 2006), at 1578 and 1602. written by Collins. PETER NYGH, AUTONOMY IN INTERNATIONAL CONTRACTS, OXFORD (1999), pp 95-96 も Dicey & Morris を支持する。
- (33) *Id.* at 1578.
- (34) *Id.* at 1602.
- (35) Dannemann, *supra* note 26, at 207-208. また, Dannemann の見解の詳細な紹介については, 松永詩乃美「書式の闘いと国際私法—— Dannemann の所説の紹介と検討」帝塚山法学12号(2006年6月)47～88頁を参照。
- (36) Dannemann, *supra* note 27, at 208.
- (37) JAMES FAWCETT/ JONATHAN M HARRIS/ MICHAEL BRIDGE, INTERNATIONAL SALE OF GOODS IN THE CONFLICT OF LAWS, (OXFORD 2005), at 673-676, written by Jonathan Harris.
- (38) *Id.* at 675.
- (39) O. T. M. L. td. v. Hydranautics [1981] 2 Lloyd’s Rep. 211 (Q.B. Com.: Parker. J.). この結論について, Dannemann は, ここで問題となっているのが国際私法上の性質を有する条項についてであるにもかかわらず, 国際私法の視点からの検討を避けたと批判する。See, Dannemann, *supra* note 27, at 199.
- (40) OLE LANDO, *supra* note 17, at 6.
- (41) Mo Zhang, *supra* note 9, at 130.

- (42) *Id.*, at 165-172.
- (43) Peter L. Fitzgerald, "The International Contracting Practices Survey Project: an Empirical Study of the Value and Utility of the United Nations Convention on the International Sale of Goods (CISG) and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts to Practitioners, Jurists, and Legal Academics in the United States", 27 J. L. & Com. 1 (Winter, 2008) at 27. 松永・前掲書注(6) 127 頁。
- (44) 松岡前掲書注(13) 107 ~ 108 頁には、準拠法条項以外の契約条項の有効性が問題となる場面についてはあるが、当事者は契約条項が有効と期待して契約を締結するのが一般であるため、契約を有効視する法を優先的に適用する等、準拠実質法の内容を考慮することの必要性について触れられている。
- (45) 民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』別冊 NBL no. 126, 104 頁。
- (46) 最終的な結論としては採用しなかったが、筆者は、Dannemann のような、各当事者の法選択が、各自に選択された法により有効かどうかを判断する解決を解決の基本的立場にとる場合に、knock-out rule を選択する当事者の意思を取り入れることで欠点を一定程度克服できるような修正案も試みた。この点については、松永・前掲書注(6) 113 ~ 115 頁参照。
- (47) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951006g1.html>
- (48) 松永・前掲書注(6)掲載の事案 (Filanto, S. P. A., v. Chilewich International Corp., 789 F. Supp. 1229 (S. D. N. Y. 1992) [CLOUT no, 23]/ Chateau des Charms Wines Ltd., v. Sabate USA Inc., Sabate S. A., 328 F. 3d 528 (9th Cir. 2003) [CLOUT no, 576]/ OLG Frankfurt a. M., 26 Sch 28/05, 26. 6. 2006 [CLOUT no, 722] を参照。

しかし、CISG 4 条 a 号によれば、CISG は契約の成立および権利義務のみについて規定し、契約若しくはその条項又は慣習の有効性については規律しないことを明文で定める。すなわち、本稿の問題で、仮に準拠法説をとる場合、CISG を指定する法選択条項の有効性が問われたときは、結局のところ CISG を基準にしたとしても、CISG 内に法の欠陥があり解決できない。また、CISG 19 条 3 項に挙げられた申込内容を実質的に変更する条件の一つとしてあげられる紛争解決条項が、それだけを見れば有効性の問題に関連するようにも見えるが、そもそも 4 条との関連で、19 条 3 項は、この問題に立ち入ることができないとみるべきであろう。よって、法廷地選択条項や仲裁条項の有効性は、(CISG でなく) 国家法によることになる。See, Maria del Pilar Perales Viscasillas "Battle of the forms, Modification of Contract, Commercial Letters of Confirmation: Comparison of the united Nations Convention on Contracts

for the contract Law (PECL)” 14 Pace Int'l L. Rev. (2002 Spring) 153, at 156.

- (49) 中野・前掲注(14) 65～67頁。
- (50) このことは、管轄合意の議論においてより明確に示される。中野・同右 67頁。
- (51) 中野・同右 86～88頁。そのようなことから考えれば、独自説とこの準拠法説（当事者自治説）は相互補完関係にある。
- (52) 櫻田嘉章『国際私法 [第5版]』（有斐閣Sシリーズ・2006年）209～210頁。
- (53) 松永・前掲書注(6) 126～130頁，松永・前掲論文注(10) 57巻4号（2010年4月）10頁。