

ドイツ国際契約法における事後的法選択

福井清貴
ふくい きよたか

上智大学法学部特別研究員

- 1 はじめに
- 2 ドイツにおける実定法ルール
- 3 事後的法選択の諸類型
- 4 事後的法選択の成立要件
- 5 事後的法選択の効力
- 6 日本法への示唆
- 7 おわりに

1 はじめに

法の適用に関する通則法（以下「通則法」という）9条は、「当事者は、法律行為の成立および効力について適用すべき法を変更することができる。」と定める。この規定によって、契約準拠法の事後的変更の許容性が明文により認められた。もっとも、この新規定の解釈論については未だ検討されていない点が少なくない。

本稿は、一度契約締結時に準拠法が定まった後に、さらに当事者が準拠法を変更する際に生じる解釈論上の問題点を、ドイツの議論を参考に検討しようとするものである。その際には、この解釈論上の問題を、大きく2点、すなわち成立要件（4）と効力（5）に分けて取り扱い、その後わが国へいかなる示唆があるか検討する（6）。この前提として、ドイツにおける実定法ルール（2）と事後的法選択の類型（3）が取り上げられる。

本稿においては、わが国で一般的な「準拠法の事後的変更」ではなく、ドイツにおいて一般的である「事後的法選択（nachträgliche Rechtswahl）」という用語が用いられている。本稿の主目的がドイツの議論を紹介するものであること、

わが国とドイツとの上記用語が同義語であることの二点が理由である。

2 ドイツにおける実定法ルール

1900年1月1日に施行されたドイツのEGBGB（民法施行法）は、国際契約の準拠法を定める一般的な規定を含んでいなかった。そのため、ドイツにおける契約の国際私法の規律は、1986年のEGBGBの改正まで、判例・学説に委ねられていた。20世紀初頭の段階では、判例⁽¹⁾が当事者自治の原則を認めていた一方で、学説は否定説⁽²⁾と肯定説⁽³⁾とで分かれていた。

当事者自治の原則の承認が争われていた時代においても、抵触法上の事後的法選択について論じる学説はわずかに存在していた。例えば、1931年に出版された著作において当事者自治の承認を主張したHaudekは、事後的法選択を認めるドイツ判例を引用した上で、事後的法選択が認められると明言する⁽⁴⁾。しかし、Haudekは簡潔に結論だけを述べたに過ぎず、事後的法選択の詳細な議論は1950年代のRaape⁽⁵⁾の論文まで見当たらない。

判例については、20世紀初頭の段階から、事後的法選択を認めた事例が見られる。すでに、訴訟上の事後的法選択⁽⁶⁾及び訴訟外的事後的法選択⁽⁷⁾を認める判決が存在していた。戦後のBGH（連邦通常裁判所）も、1950年代には事後的法選択を認めており、以後もこの傾向は継続した⁽⁸⁾。

その後、1980年にEC内の契約債権の抵触規則を統一する条約⁽⁹⁾が署名のために開放された（いわゆる「ローマ条約」）。ローマ条約は1991年4月1日に発効する。しかし、ドイツは、このローマ条約を、その発効前の1986年にEGBGBを改正する形で国内法化していた。本稿に關係するEGBGB 27条1項及び2項は、以下のように規定する。

第27条 自由な法選択

(1) 契約は当事者によって選択された法による。法選択は、明示的であるか、または、十分な確実性をもって契約条項もしくは事案の事情から明らかになるものでなければならない。当事者は全契約または一部のみについて法選択を行なうことができる。

(2) 当事者は、常に、契約がそれについて従前の法選択または本款の他の規定に基づいて先ず基準となった法とは別の法に服すべきことを合意することができる。第11条による契約の方式の有効性および第三者の権利は、契約締結後の準拠法の決定の変更によっては影響を受けない。

これにより、ドイツにおいて初めて、契約債権の準拠法に関する国際私法規定が明文化され、国際契約における当事者自治の問題は、事後的法選択も含め、ローマ条約及びEGBGBの条文解釈の形をとるようになる。

しかし、ローマ条約は、2009年12月17日に、「契約債務の準拠法に関する2008年6月17日の欧州議会及び理事会規則（Verordnung (EG) Nr. 593/2008）」と置き換えられ、それに伴いドイツにおいてはEGBGB内の契約債権の国際私法規定が削除された。以降は、このローマI規則が直接適用される⁽¹⁰⁾。ローマI規則は、事後的法選択につきローマ条約と異ならない。たしかに、黙示の法選択の要件となる「十分な確実性をもって（mit hinreichender Sicherheit）」という部分が、「一義的に（eindeutig）」という文言に厳格化された。しかし、この変更は、要件を厳格にする意図によるものではなく、ローマ条約締約国の言語間における表現の相違を、一致させようとした結果に過ぎないとされる⁽¹¹⁾。

本稿においては、ローマI規則の条文を前提とした論稿が未だ十分には出揃っていないため、原則的にEGBGBの条文を基礎とする。しかし、上述の通り、事後的法選択につきほぼ文言の変更がなく、新たな法状況においても議論の相違は生じていない。本稿のEGBGB旧規定の議論は、概ねローマI規則にも妥当するとみてよい⁽¹²⁾。そのため、可能な限りでローマI規則の規定も併記した上で、新規則を前提とした論稿も引用文献として挙げることにしたい。

3 事後的法選択の諸類型

事後的法選択の典型は、契約締結後の時点で準拠法選択を行うものである。この場合は、契約締結時に当事者が準拠法合意をしていたにせよ、客観的連結によって準拠法が確定していたにせよ、それ以降の時点で準拠法合意がなされれば、いずれも事後的法選択として処理される。これはわが国の通則法9条に

における事後の変更と変わらない⁽¹³⁾。

他方で特殊な例がある。すなわち、一定の条件が満たされたときに特定の準拠法が適用されるという合意を契約締結時になし、その当該条件が成就する時点で初めて準拠法が確定されるという条件付法選択 (bedingte Rechtswahl) である⁽¹⁴⁾。例えば、訴訟になれば法廷地法を準拠法とするという合意や、当事者の一方に準拠法の選択権を与える旨の合意を契約締結時になすものである。前者であれば、訴訟となる時点で初めて準拠法が定まり、後者であれば一方当事者によって選択された時点で準拠法が定まることになる。準拠法合意の時点は契約締結時であるが、準拠法の確定時点は、それ以降の時点であるという点に特徴がある。この場合、条件成就による準拠法の確定以前は、客観的連結によって準拠法が決定される⁽¹⁵⁾。

特殊例⁽¹⁶⁾であるこの法選択も同様に事後的法選択というべきである。なぜなら、契約締結時に準拠法が定まりそれを事後的に変更するように合意がなされるという点でも、旧準拠法と新準拠法の効力の並列・競合が生じ、かつ第三者の権利保護の問題が提起されるという点でも、典型的な事後的法選択と変わらないからである。

さらに、当事者が裁判上で法廷地法及び外国法を前提とした訴訟行為をしたとき、それが黙示の事後的法選択と評価されるべきかという問題がある。これに対しては、例えば、国際私法はその適用が主張されない限り適用されないという任意的抵触法に基づき、法廷地法の適用を導く見解⁽¹⁷⁾や、事後的法選択という主観的連結でなく、契約締結時の客観的連結における推定根拠として訴訟行為をみる見解⁽¹⁸⁾がある。しかし、周知の通り、前者の任意的抵触法は支持を受けていない⁽¹⁹⁾。後者についても、この事後的な要素を考慮することは、契約締結時の事情を考慮することが原則的とされるドイツの通説的立場に反することになる⁽²⁰⁾。当事者が契約締結時の客観的連結の対象となる事実を、訴訟上、主張したときには、その事実だけが客観的連結の推定根拠となるのであって、当事者の訴訟行為自体は客観的連結で考慮される事情ではない⁽²¹⁾。以上から、当事者の特定の実質法規定に基づく訴訟上の主張も、学説上、訴訟上で行われる事後的法選択と評価されている⁽²²⁾。

4 事後的法選択の成立要件

準拠法合意の成立と有効性の問題は、EGBGB旧27条4項・ローマI規則3条5項の定めにより、その当該指定された準拠法によるとされている。これは、わが国でいえば、準拠法指定行為の有効性につき準拠法説を採用することと同義といってよい。この準拠法説は事後的法選択においても同じく妥当するとされる⁽²³⁾。

この成立と有効性の問題とは区別されるものとして、準拠法合意の「明確性」の要件がある。この準拠法合意の明確性の要件と準拠法による有効性の判断は、相互補完の関係にある。すなわち、まず契約条項や事案の諸事情から「明示的」又は「十分な確実性をもって」もしくは「一義的に」適用されるべき準拠法が特定された後に、その当該準拠法でさらに準拠法合意の有効性が判断される⁽²⁴⁾。

EGBGB旧27条1項2文・ローマI規則3条1項2文が、この明確性の要件を規定する。すなわち、EGBGB旧27条1項2文は、「法選択は、明示的であるか、または、十分な確実性をもって契約条項もしくは事案の事情から明らかになるものでなければならない。」とし、ローマI規則3条1項2文は「法選択は、明示的になされるか、または、一義的に契約条項もしくは事案の事情から明らかになるものではない」とする⁽²⁵⁾。この規定によって、いわゆる仮定的当事者意思は、当事者の意思（現実の意思）ではないとされ、仮定的当事者意思による準拠法の指定は、当事者による法選択（当事者自治）に含まれないことが明らかにされたと解される⁽²⁶⁾。

この明確性がどのような場合にあるかにつき、ドイツ学説は、当事者の意思を示す諸事情を挙げつつ、事案の個別具体的な検討をすることで明らかにしようとする。この諸事情の中で、黙示の事後的法選択として重要とされるのが、訴訟上の当事者の行為である。すなわち、両当事者が訴訟上、法廷地法の一規定を共に援用したような事情で直ちに法廷地法が適用されうるかという問題である。

当事者の法廷地法の援用を根拠に法廷地法を適用するドイツ判決は、EGBGB

旧規定の1986年改正前より膨大に存在している⁽²⁷⁾。BGH判例は、現在においてもその流れから離れていないとされる⁽²⁸⁾。他方で、学説は、そのような判決が当事者の「現実の意思」を正しく認定していないと批判をする。典型例として有名であるのが、1986年1月15日のBGH判決⁽²⁹⁾である。

本件は、売主であるオーストリア人原告と買主であるドイツ人被告との間の物品給付に対する支払いをめぐる訴訟であった。売買契約には普通契約約款が用いられており、この約款には、オーストリア法を選択する条項と、買主（被告）が訴えを提起する際にはオーストリア裁判所のみが専属的裁判管轄権を有するが、売主（原告）はドイツとオーストリア裁判所のいずれでも訴えを提起できるという裁判管轄条項が記載されていた。一審では、ドイツ法を前提とする点に当事者は異議を述べなかった。しかし後に、原告は、控訴理由書の中でオーストリア法の適用を主張し、「用心のために（vorsorglich）」ドイツ法に基づく見解も述べた。控訴審は、特に根拠なくドイツ法を適用したとされる。

BGHは、控訴審の準拠法判断を追認した上で、ドイツ法の適用の根拠として黙示の事後的法選択を成立させるための複数の事情を挙げる。すなわち、第一に、原告は裁判管轄条項によってオーストリアの裁判所に訴えを提起できたはずであるのに、ドイツの裁判所に訴えを提起したということから、当該紛争がドイツ法で判断されると考えていたはずであること、第二に、一審においてドイツ法の適用を前提に審理が進み、原告がそれに異議を述べなかったこと、第三に、原告が、オーストリア法の適用の主張の際に、オーストリア法の内容に関する供述をしなかったこと、第四に、原告が上告審において、ドイツ法の適用に対する異議を申し立てなかったことである。

この判決に対しては、複数の学説が、概ね同一の批判を行っている⁽³⁰⁾。第一の点については、ドイツにて訴訟を提起したということは、被告の本拠であるドイツで判決を得た後に容易に執行することができ、時間のかかる外国送達も回避できるという便宜によるものに過ぎず、法適用に関する意思とは関係が無いとされる。第二の点については、当事者がドイツ法の適用に反論をしないことでは、準拠法選択に関する当事者の表示意識（Erklärungsbewußtsein）が認められず、法選択として問題となりえないとされる。オーストリア法による内容

の証明がないという第三の点に対しては、当事者に外国法の内容調査に関する義務がなく、少なくとも裁判所が当事者にその調査の支援を求めるべきであったにもかかわらず、それを行なわなかったことが批判される。第四の点については、訴訟上の法選択が認められるのは事実審における最終口頭弁論までである⁽³¹⁾ため、上告審で当事者が抵触法の問題を沈黙したことは問題とならないことが指摘される。この批判の中では、特に法選択合意の要件との関係で第二の点、すなわち、当事者が準拠法合意をする際には、その表示意識が必要であるとされた点が重要である。

この表示意識という用語は、ドイツの民法学説に由来している⁽³²⁾。すなわち、民法上、法律行為が有効に成立するためには、動機から一定の法律効果の発生を望む効果意思を抱き、その表示意思を外部に表示するといったことが要件とされる。しかし、外形的には意思表示がなされたような行動をとったとしても、法律行為を成立したとみなすべきでなく、その表示につき当事者の意識を要するとする説がある⁽³³⁾。例えば、競売会場における挙手が、本人にとっては友人に挨拶するつもりのもりの行為であるにもかかわらず、その場では商品購入の申込を意味しているような事例である。この場合、外形的には契約申込の意思表示がなされているが、表示者に申込の意識はない。そのため、この場合において契約は成立するか問題となる。この事例では、例えば表示者が競売開催を知らなければ、法律行為が成立しないという帰結になりうる⁽³⁴⁾。この表示意識の議論を、訴訟における当事者の供述という準拠法合意の意思表示と見られる行為にも転用する見解がある。すなわち、この事後的法選択の局面においては、当事者が単に法廷地法の規定を前提とした法的主張をしたとしても、国際私法上の当事者自治の原則を踏まえた上でなされてははいないため、表示意識の欠いた表示行為がなされたに過ぎず、準拠法合意は有効に成立しないという帰結になる⁽³⁵⁾。したがって、この表示意識の無い意思表示を防ぐために、学説は、裁判所による釈明によってこの当事者に準拠法問題を認識させることを要求する⁽³⁶⁾。

以上のような当事者が国際私法の適用を意識していなければならないという要件を前提とすると、例えば、外国法の規定を前提とした訴訟進行や、法廷地

法を前提としていても明らかに国際私法問題を熟知した訴訟進行などは、釈明なしでも事後的法選択と認められる⁽³⁷⁾。他方、契約締結時の外国法の明示的合意がすでに存在していても、それを取り消すことなく両当事者が法廷地法を援用したような場合には、事後的法選択は否定される⁽³⁸⁾。また、契約締結時に準拠法合意がなく、かつ訴訟上で両当事者が法廷地法を援用した場合であっても、裁判所が国際私法の問題につき釈明をなしたときには、法廷地法の事後的法選択が認められることになる⁽³⁹⁾。もっとも、釈明をきっかけに両当事者が改めて法選択をすれば、明示の法選択がなされることになるし、その合意がなされずかつ準拠法問題に争いが生じれば、契約締結時の主観的連結又は客観的連結によって準拠法が決定される。

この表示意識の要件においては、手続が弁護士訴訟であるか本人訴訟であるかも重要である。本人訴訟の場合には、当事者は、援用した法廷地法の内容すら知らないことが多いため、意思表示自体を観念することが困難であるとされる⁽⁴⁰⁾。他方で、双方が弁護士により代理されている訴訟⁽⁴¹⁾の場合には、本人訴訟とは異なり、弁護士は国際私法を知っていることが前提となりうる。なぜなら、あくまで国際私法は国内法であり、その熟知は法律専門家の責務だからである⁽⁴²⁾。したがって、弁護士が国際私法を知った上で法廷地法を援用したとし、事後的法選択が成立すると解する余地もないではない。しかし、一般にドイツの弁護士は、国際私法を必ずしも熟知していないとされ⁽⁴³⁾、弁護士訴訟においても、国際私法が適用されるという認識の存否がなお不明確であるため、この場合にも裁判所の釈明が重要とされる。

5 事後的法選択の効力

(1) 当事者間の効力

事後的法選択の効力の問題としては、まず、事後的に選択された準拠法が、選択された時点から将来的に効力を発揮するのか(将来効)、それとも契約締結時に遡及するのか(遡及効)が問題となる。

将来効と遡及効は、以下のように相違する。まず、将来効の場合には相異なる準拠法が二つ以上適用されうる。なぜなら、事後的法選択をした時を境に過

去は契約締結時に決定された準拠法（以下「旧準拠法」）、将来は事後的に選択された準拠法（以下「新準拠法」）が適用されるからである。他方で、遡及効の場合には、過去に準拠法が定まっていたとしても事後的法選択によって指定された法が契約関係の全期間に上書きされるかのように適用されることになる。一括して新準拠法が適用されるため、将来効と比べれば適用上の困難は少ない。しかし、過去において指定されていたはずの準拠法の適用が全くなされないことで、旧準拠法上期待されていた権利義務関係が変更又は消滅してしまうことが問題となる。たしかに、事後的法選択は当事者の合意が前提であるため、このような弊害は当事者の希望によるものともいえる。しかし、すでに見たように裁判所が安易に法廷地法の適用を行なう場合がある以上、上記弊害を当事者のみに帰すことは妥当ではないだろう。また、新たな準拠法の合意といえども、以前適用されていた法による権利が消滅することまで当事者が意図していたかも疑問となりうる。

この当事者間効力の問題はEGBGB旧規定及びローマI規則において特に定められていない。しかし、学説の圧倒的多数は、この効力の問題を当事者の意思によるとし、その意思が明らかでない場合には、原則的に遡及効の意思と推定する。遡及効を原則とする根拠は以下のようなものである。第一に、第三者の権利と契約の方式の有効性は害されないという旨の規定があるが、これは遡及効の場合にこそ必要であるということ⁽⁴⁴⁾、第二に、将来効とすると事後的法選択の時点を境に準拠法が異なり法の適用に困難が生じること⁽⁴⁵⁾、第三に、訴訟において法選択をなした場合には遡及効でなければ、過去の法律関係に旧準拠法が適用されたままとなり、法を変更した意味がなくなること⁽⁴⁶⁾である。この多数説は、当事者の意思が将来効と解されるべき例外的場合⁽⁴⁷⁾を詳細には論じていない。

他方で、将来効を原則とし遡及効は抵触法上認められないとする少数説がある⁽⁴⁸⁾。この説は、事後的法選択の効力に将来効のみを認め、連結点の変更による「準拠法変更 (Statutenwechsel)⁽⁴⁹⁾」が生じるとする。この「準拠法変更」が問題となると、変更がなされたときから新法が将来に向かって効力を発することになるが、すでに旧準拠法の下で完結した事実関係 (abgeschlossene Sachverhalt)

は、新準拠法により変更されないことになる⁽⁵⁰⁾。

少数説の根拠は次のようである。すなわち、事後的に選択された準拠法が契約締結時に遡及すると、契約内容が大幅に変更される可能性が生じ、事後的法選択前に一方当事者がなした適法であったはずの給付行為などが、事後的法選択後には給付がなされなかったとみなされる恐れがあるということである。例えば、物品売買において、旧準拠法によれば買主側の取立債務であったために、売主が物品を準備していただけであったところ、新準拠法によれば、持参債務と解されることになり、債務不履行となりうる場合や、代理商契約において、本人の代理商契約の解除に基づく代理商からの補償請求権の免責が、旧準拠法によれば可能であったところ、新準拠法によれば免責は無効となる場合⁽⁵¹⁾などである。また契約締結時の法選択と事後的法選択とは本質的な相違があるとされる。すなわち、契約締結時に定まった準拠法は、まだどのような法的紛争が生じるかわからないため両当事者に平等であるが、事後的に選択されたときにはたいてい争点が明らかになっている。そのため、どちらかが有利又は不利になるかも明らかとなっているために、当事者の平等が損なわれるとする。また、契約締結時から適用される契約準拠法には、当事者の期待可能性などを尊重するための行為規範としての機能があるにもかかわらず、遡及効の事後的法選択はこの機能を喪失させるとする。結局のところ、この説によれば、旧準拠法によって当事者が得ていた権利や義務が、事後的法選択によって全く失われてしまうか変更されてしまうということが懸念されているのである⁽⁵²⁾。

この遡及効への懸念は、遡及効を原則とする諸説にも若干存在しており、遡及効の例外が主張されることがある。第一に、旧準拠法によれば時効はまだ完成していなかったが、新準拠法によれば完成しているような場合には、ここで時効を援用することは信義則に反するとする見解である⁽⁵³⁾。ここでいう「信義則」が、実質法と抵触法のうちいずれの概念なのかは必ずしも明らかではないが、時効のように旧準拠法の権利の消滅が生じる場合には、一方当事者が極端な不意打ちを受けるため、その主張を禁止する趣旨であろう。第二に、旧準拠法によると契約が有効であるが、新準拠法によれば無効となる場合に、本契約の成立要件には旧準拠法が適用され、法律効果に関してのみ遡及的に新準拠

法が適用されるべきとするものがある⁽⁵⁴⁾。これによれば、契約自体を無効とすることなく、法律効果だけを新準拠法によらしめることができ、旧準拠法に基づく契約の成立は尊重されることになる。第三に、遡及効が妥当する場合であっても、旧準拠法における当事者の既得権が考慮されなければならないとする説である⁽⁵⁵⁾。この説によれば、まず旧準拠法において獲得された当事者の権利関係が、事後的に変更された新準拠法の法制度のどこに当てはまるのかを特定する。その上で、旧準拠法の下ですでに何らかの行為（不作為を含む）が行われていたら、その行為に限り旧準拠法が妥当し、その他の問題は遡及的に新準拠法によることになる⁽⁵⁶⁾。

これらの例外を認める諸学説⁽⁵⁷⁾は、一度獲得された権利関係が何らかの変動を受けることによって生じる他方当事者の不都合を回避しようとする点で共通している。しかし、どのような場合に、どのような旧準拠法による権利が変更後も維持されるかについては諸説の間で一致が無い。実質法の個別具体的な内容如何ということになるものと考えられる。

もっとも、このような遡及効の例外が必要であるかは疑わしい。なぜなら、当事者の意思解釈によって遡及効か将来効かを定める多数説によれば、当事者の意思を将来効と解することで、旧準拠法による既得権を保護できるからである。

(2) 方式の有効性

EGBGB 旧 27 条 2 項 2 文及びローマ I 規則 3 条 2 項 2 文は、方式の有効性は事後的法選択によって指定された準拠法に影響を受けないと定める。通説的見解によれば、この規定は、契約締結時に方式上有効に成立していた契約が、新準拠法の厳格な方式要件によって無効とならないことを定めていると解されている。しかし逆に、旧準拠法の下では方式上無効であったが、新準拠法によれば方式上有効となる場合には、方式上無効であった契約は新準拠法に治癒され、有効に成立することになる⁽⁵⁸⁾。この解釈に対する異論は、現在、ドイツにおいては見られない。

この規定によれば、旧準拠法と新準拠法のいずれかの方式要件が満たされ

ば、契約は方式上有効に成立する。つまり、両準拠法による選択的適用（連結）がなされることと同義である。EGBGB旧11条は方式を選択的に契約締結地法によらせていた。これに対して、ローマI規則11条は契約締結地又は当事者の常居所地法によらせている。したがって、現在、契約は、契約締結地法又は常居所地法、旧準拠法、新準拠法のいずれかの定める方式要件が満たされれば方式上成立することになる⁽⁵⁹⁾。

(3) 第三者保護

第三者が旧準拠法上何らかの「権利」を得ていた場合、事後的法選択によってその権利に変動が生じうる。事後的法選択に関与していない第三者⁽⁶⁰⁾がその変動から保護されるべきということは、ほぼ異論がない（EGBGB旧27条2項2文・ローマI規則3条2項2文）⁽⁶¹⁾。

この第三者の権利保護に関するドイツの多数説は次のようなものである。すなわち、まず第三者が旧準拠法で得ていた権利及び義務といった法的状態と、新準拠法によるそれらとが比較され、新準拠法の適用結果が第三者にとって実質的に不利益となる場合には、旧準拠法が適用され、不利益でなければ新準拠法が適用される。いずれの場合でも、当事者間については、事後的法選択が尊重され、新準拠法が適用されることとなる⁽⁶²⁾。この多数説を前提とすると、次のような二つの解釈問題が生じる。

第一に、保護されるべきとされる第三者の「権利」の定義である。この定義については、極めて広義に捉えられていることが窺える。すなわち、この「権利」には、第三者の有していた権利だけでなく、新法よりも旧法が第三者にとって義務が少ないといった状態なども含まれているのである⁽⁶³⁾。この理由は、実質法の多様性に鑑みて、いかなる実質法上の権利が保護されるべきか抽象的に判断するのは困難であるということにあると考えられる。諸国の実質法の内容を把握せずに、第三者の権利の範囲をむやみに限定すると予期せず第三者を保護できない場合が生じうるからである⁽⁶⁴⁾。ドイツにおいて、この「権利」を明確に定義づけている学説はなく、若干の試み⁽⁶⁵⁾があるにとどまっている。議論のさらなる進展が待たれる⁽⁶⁶⁾。

第二の問題は、権利が、実質法上「侵害される」ときのみに第三者が保護されるのか、それとも有利になる場合であっても第三者の権利は一律に事後的法選択の「影響を受けない」ことになるのかという点である。多数説は、EGBGB旧27条2項2文の「nicht berühren（影響を受けない）」という文言にもかかわらず、それを「nicht beeinträchtigt（侵害されない）」と解釈する。したがって、第三者の権利が新法により実質法上改善されるか変わらない場合には事後的法選択の効果が第三者に及び⁽⁶⁷⁾、権利関係が悪化する場合にのみ第三者に旧法が適用される⁽⁶⁸⁾。その根拠としては、次の三点が重要である。すなわち、第一に、ローマ条約の統一的適用の要請である⁽⁶⁹⁾。すなわち、同じローマ条約締約国の英語と仏語版のローマ条約が、「侵害されない⁽⁷⁰⁾」と規定していることから、締約国間で条約を統一的に適用するために、ドイツも解釈論で合わせるべきとする。第二に、第三者が当事者間の事後的法選択によって利益を得ることになるときは、第三者が利益の享受につき積極的に拒否しない限りで、第三者が自身の利益を暗黙に同意したとみなすことができることが根拠とされる⁽⁷¹⁾。第三に、当事者自治の最大限の尊重である⁽⁷²⁾。第三者が不利となる場合にのみ事後的法選択の第三者に対する効力が限定されるため、一律に第三者に新法の適用を排除するよりも、当事者の意思が尊重されることになる。

以上のように、多数説はEGBGB旧27条2項2文・ローマI規則3条2項2文の文言を「侵害される」と解釈し、その帰結として、第三者の法的地位に対する新準拠法と旧準拠法の適用結果の優遇比較⁽⁷³⁾を行い、新準拠法が有利であるのか否かを判定する手法をとる。

しかし、この多数説には次のような批判がある⁽⁷⁴⁾。すなわち、EGBGB旧規定の文言は、何ら優遇比較を行う旨の規定を置いていないとされる。すなわち、優遇比較を行う旨定めている、消費者契約に関するEGBGB旧29条（ローマI規則6条2項もほぼ同旨）は、「当事者の法選択は、消費者が常居所を有する国の法の強行規定によって与えられた保護がその者から奪われることになってはならない」と定めている。もし、EGBGB旧27条2項2文が同じ優遇比較を定めているとするならば、「影響を受けない」と規定するのではなく、同じ規

律にするであろう、という指摘である。また、事後的法選択は当事者間のみでなされるに過ぎず、それに関与しない第三者には新準拠法の適用結果が有利であろうとも新準拠法の効果は及ばないとする。これらのことから、この説によれば、ローマ条約及びEGBGB旧規定の第三者保護は第三者の権利の実質的な保護を表明したのではなく、単に旧準拠法によるという信頼の保護を定めたまでに過ぎないと解することになる。

この説によれば、事後的法選択の効力は、第三者には及ばない(有利にも不利にも影響しない)ことになる。但し、この少数説も、第三者が事後的法選択を行った当事者と同一の準拠法による旨積極的に合意した場合には、第三者に事後的法選択の効力が及ぶことを認める。結局のところ、多数説とその反対説との大きな違いは、第三者が新準拠法で有利な地位を得るときに、自動的にその効果が第三者に及ぶとするか、及ぶために同意を要するとするかという点にあるといえる。

6 日本法への示唆

(1) 黙示の事後的法選択

ここでは、ドイツにおける議論を踏まえて、通則法の解釈について試論を展開したい。まず訴訟における黙示の準拠法合意についてである。結論的には、ドイツの学説において提唱されている法選択の意識を必要とする見解が妥当であると考え⁽⁷⁵⁾。たしかに通則法には、ドイツのように「十分な確実性」あるいは「一義的」という明確性の要件を定める文言が規定されなかった⁽⁷⁶⁾。また、「表示意識」という本来のドイツの民法理論を国際私法に依拠させることに抵抗があることも予想される⁽⁷⁷⁾。しかし、当事者が国際私法の適用を理解した上で事後的に合意をなさなければならないという要件は、最低限要求されるべきであろう⁽⁷⁸⁾。なぜなら、準拠法の問題を変更させる意図なしに、訴訟上の当事者の訴訟行為だけで日本法が適用されるという可能性はわが国においても同じく生じうるからである⁽⁷⁹⁾。訴訟では、通常、訴訟当事者が紛争対象を争っているため、特定の法が前提とされているからといって、準拠法の選択にまで合意が生じることは推定されえないと考えられる。そのような場合に

は、裁判所による釈明権の行使の必要がある。そうしなければ、当事者による日本法の援用が事後的法選択としての趣旨であったのか不明確なままで日本法を前提に審理が進むこともありうる⁽⁸⁰⁾。準拠法の判断が裁判結果に重大な影響を与えらるることに鑑みれば、その不明確な供述に対し釈明権の行使がなされないときに裁判所の釈明義務違反を構成することも考えられるべきである⁽⁸¹⁾。

また、訴訟上の事後的法選択の場合に限らず、訴訟外的事後的法選択においても、原則的には、国際私法の適用の意識は必要であろう⁽⁸²⁾。新準拠法の遡及的な適用によって、一方当事者が期待したところよりも不利益になることを正当化するには、厳格な要件を要すると考えられるためである⁽⁸³⁾。他方で、さらにこの厳格な要件を一步進めて、明示の合意でなければならないという見解もありうる。しかし、そうであるならば、立法上そう明記するはずであるから、明示の合意を要求することは解釈論上困難である。当事者に準拠法合意の意識を要求する説によれば、黙示の法選択を維持したまま、当事者の十分な期待を保護することができる。

(2) 事後的法選択の効力

(a) 当事者間の効力

当事者間の効力について検討する。この点はドイツにおいても通則法においても明文の規律が無く、当事者の意思解釈によるとされているところでも、共通するところがある⁽⁸⁴⁾。

この効力の問題は、訴訟上でなされるものとそれ以外でなされるものとの区別すべきである。まず、訴訟あるいは和解手続において当事者が事後的法選択を行った場合には、遡及効の意思があると解すべきである。なぜなら、紛争処理中では過去の問題が争われるため、事後的法選択が将来効では意味が無いからである。

問題となるのは、当事者が訴訟外で事後的法選択につき合意したという場合である。この場合も、旧法と新法の準拠法の適用上の困難を避け、旧法の考慮を省略することができる利点から、原則的には遡及効の意思があるとされるべきである。しかし、継続的取引における将来の法律問題だけに新準拠法を適用

しようと意図されることは十分にありうるため、将来効の可能性を完全に否定すべきではない。例えば、すでに事後的法選択がなされていたとしても、係争中に当事者が旧準拠法の実質法上の権利義務を主張する場合はありうる。もし、その上でその当事者が将来効の意思であった事情⁽⁸⁵⁾を証明した場合には、事後的法選択前の当事者の行為に基づく法律効果の成立如何が旧準拠法で判定され、変更以降の法律関係は新準拠法で判断されることになる应考虑すべきである⁽⁸⁶⁾。これによって、事後的法選択の当時に遡及効を意図していなかった当事者に一定の保護を図ることができると思われる。一方当事者に旧準拠法の主張をされるのが不都合であるならば、事後的法選択が遡及効である旨も明示しておくことが重要となる。

(b) 方式の有効性

事後的法選択につき、わが国とドイツとで相違が存在するのが、この方式の問題である。通則法10条1項は、「法律行為の方式は、当該法律行為の成立について適用すべき法（当該法律行為の後に前条の規定による変更がされた場合にあっては、その変更前の法）による。」と定める。したがって、方式による成立要件は、事後的法選択がなされたとしても、常に旧準拠法による⁽⁸⁷⁾。EGBGB旧27条2項2文及びローマI規則3条2項2文においては、方式上無効であった契約が事後的法選択により方式上有効となる場合に、新準拠法が適用されることになるが、通則法では、この場合にもあくまで旧準拠法が妥当するという点で、異なるのである。

このため、通則法によれば、契約に旧準拠法の方式規定の瑕疵が生じていたために、当事者が方式要件のより緩やかな他の準拠法に事後的変更を行ったとしても、その変更は意味をなさない。現行法上、この瑕疵を解決するには、本契約そのものを再度、異なる準拠法により締結し直すか、旧準拠法の方式要件を事後的に満たす必要があるだろう。前者の手段は迂遠であるし、後者は旧準拠法実質法上、認められない可能性がある。このような帰結は、事後的法選択の許容の根拠とされた当事者自治の尊重⁽⁸⁸⁾に反することになろう⁽⁸⁹⁾。通常、当事者が、あえて事後的法選択をなすならば、本契約が成立していると考えている

はずだからである。

制定過程における通則法 10 条 1 項の立法理由によれば、方式は「外形的な発現形態であって、その有効性はそれが発現した時点において確定的に決定されていなければならない」から、方式につき事後的法選択の効力を認めるべきではないとされる⁽⁹⁰⁾。これも説得的とは思われない⁽⁹¹⁾。方式が「外形的な発現形態」であることの国際私法上の意義が十分に説明されていないからである。発現時点において「確定的に決定されていなければならない」ことが、方式要件には妥当し、実質的成立要件には妥当しない理由が明らかにされなければならない。これによれば、実質的成立要件にのみ事後的変更が認められ、方式要件には認められない帰結となり、実質的成立要件と方式要件の準拠法の分断も生じうる。

以上のことから、通則法 10 条 1 項の規定には賛成できない。旧準拠法上、無効であった契約が新準拠法で方式上有効となる余地を、通則法も明文で認めるべきであった⁽⁹²⁾。

(c) 第三者保護

ドイツの多数説は、事後的法選択が第三者に不利に作用する限りでのみ第三者と当事者間では新準拠法が適用され、当事者間ではなお新準拠法が妥当すると主張されているということを紹介した。しかし、反対説によって、新旧の準拠法の適用結果を比較する優遇比較の採用に対し批判がなされた。この反対説の批判を踏まえると、わが国の通則法に関する多数説にも以下のような批判が可能である。

第一に、わが国の多数説は、旧法と新法の実質法の適用結果の比較を前提とするため⁽⁹³⁾、ドイツでいう優遇比較を採用することと同義である。しかし、ドイツにおいて優遇比較が弱者保護や不法行為地の決定⁽⁹⁴⁾の際に、比較的大きな役割を担ってきたのに対して⁽⁹⁵⁾、わが国では、通則法 11 条及び 12 条において、弱者による強行規定の選択権という形で立法がなされたことから明らかのように、裁判所の過度な負担を避けるために優遇比較の立法を回避した経緯がある⁽⁹⁶⁾。それにもかかわらず、事後的法選択における第三者保護の際に、

実質法の比較を行うことは一貫していないと考えられる。

第二に、第三者に適用される法が有利になるとしても、なぜ第三者に新準拠法を適用することが正当化されるのかが疑問である⁽⁹⁷⁾。たしかに、第三者が優遇されるときに当事者だけでなく第三者にも新法が適用されれば、三者間で法適用の統一を図ることができる。そして、当事者の望んだ事後的法選択はその限りで尊重されるという利点が多数説にはある⁽⁹⁸⁾。しかし、それだけでは第三者に事後的法選択の影響を与える根拠にはならない。第三者が、自身の知らない有利な法が適用されることを予期することなく、むしろ旧準拠法における法的な安定を期待していたということは十分ありうるからである。第三者が積極的に同意すれば新準拠法の適用を認められるのだとすれば⁽⁹⁹⁾、同意なしに第三者に有利な法を適用させる必要はないだろう。

以上のように考えれば、通則法9条但書の法文に即していえば、準拠法の事後的な変更は、第三者の法的安定性という「権利」を「害する」ことになるため、一律に、第三者に対しては「対抗することができない」と解釈されるべきである⁽¹⁰⁰⁾。ただし、第三者が新準拠法に服するという積極的な意思表示をしたときはこの限りでない⁽¹⁰¹⁾。この解釈には、保護されるべき第三者の「権利」の内容を特定しなくてよいという実際上の利点がある。ドイツの議論でみたように「権利」の概念の定義はまだ十分な解決を見ていない。この定義付けは、各国の実質法の多様性から見て極めて困難だと思われる。実質法の比較を行うことなく、第三者に対する新法の適用を一律に排除する方が簡明であろう⁽¹⁰²⁾。

7 おわりに

わが国においては従来、準拠法の事後的変更を認める説が通説ではあったものの、詳細な議論は、活発にはなされてこなかった⁽¹⁰³⁾。比較的詳細な議論は、通則法制定が契機であったといえる。しかし、通則法制定過程では具体的な問題について解釈に委ねられた部分が多かった。それに対し、通則法立法に際して参考されたローマ条約やEGBGB旧規定の議論においては、本稿で見た通り、種々の解釈論上の問題について詳細に議論がなされてきていた。本稿で紹介したドイツの議論はわが国の今後の解釈論にとっても意義深いものであると思わ

れる。

本稿においては、我が国の学説・判例の蓄積が未だ十分ではないため、ドイツの議論を参考に若干の解釈論的検討を試みた。いずれ、我が国においても、事後的法選択の許容性を前提とした判決等も公表されることになるかと予想される。今後は、諸外国の議論も踏まえ、事後的法選択のより具体的な議論が展開されることが期待される。

- (1) 20世紀初期のドイツ判例については、Haudek, *Bedeutung des Parteiwillens im IPR* (1931), S. 46ff. の脚注に多数挙げられている。また、實方正雄「国際私法における当事者自治の原則」法学1巻10号(1932)77頁以下も参照。なお、戦後ドイツBGHも当事者自治を承認した(BGH.30.9.1952, BGHZ 7, S. 231)。
- (2) L. von Bar, *Theorie und Praxis des IPR Bd. II 2.Aufl.* (1889), S. 4ff; Zitelmann, *IPR Bd. II* (1912), S. 374f.; Lewald, *Das deutsche IPR auf der Grundlage der Rechtsprechung* (1931), S. 201.
- (3) Haudek a.a.O. (1), S. 8; Nussbaum, *Deutsches IPR* (1932), S. 214ff.
- (4) Haudek a.a.O. (1), S. 35. また Nussbaum a.a.O. (3), S. 250 は、当事者自治の原則が認められる以上、準拠法の変更も当事者の自由でなければならない旨述べる。
- (5) Raape, *Nachträgliche Vereinbarung des Schuldstatuts in: Festschrift für Gustav Boehmer* (1954), S. 111ff.
- (6) RG, 19.5.1927, IPRspr. 1926/27 Nr. 37.
- (7) RG, 2.11.1927, IPRspr. 1926/27 Nr. 36; RG 2.6.1930, IPRspr. 1932 Nr. 40.
- (8) BGH, 24.3.1955, BGHZ 17, S. 74; BGH, 6.2.1970, BGHZ 53, S. 189. 詳しくは、Staudinger/Firsching (1978), vor Art. 12 EGBGB Rn. 345 参照。
- (9) *Römisches EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980.*
- (10) BT-Drucksache, 16/12104. 但し、2009年12月17日までに締結された契約には、なおEGBGB旧規定が適用される。
- (11) Heiss, *Party Autonomy*, S. 1 in: Ferrari, *Rome I Regulation* (2009) S. 1.
- (12) 例えば、MünchKomm/Martiny 5.Aufl. (2010), Art. 3 Rom I-VO における記述は、ローマI規則の条文を基礎に置きながらも、EGBGB旧規定を参照する旧来の論稿も引用している。近時、事後的法選択についてEGBGB旧規定とローマI規則とで変更があるとする論稿は見られない。現状では、ローマI規則の発効前後で解

釈論の相違が生じるとは考えられていないことが窺える。

- (13) Kropholler, IPR 6.Aufl. (2006), S. 466; Kegel/Schurig, IPR 9.Aufl. (2004), S. 656. 通則法については、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）54 頁。
- (14) わが国では「浮動的プロパー・ロー」又は「準拠法不定条項」と呼ばれる。鳥居淳子「イギリス国際私法における当事者による契約締結後の準拠法の指定」松井・木棚・加藤編『国際取引と法』（名古屋大学出版会, 1988）156 頁以下、中村秀雄『「準拠法不定」条項』国際私法年報 8号（2006）130 頁以下。イギリスで主に問題とされている類型である。
- (15) Raape, a.a.O. (5), S. 118ff.; Soergel/von Hoffmann 12.Aufl. (1996), Art. 27 EGBGB Rn. 21; MünchKomm/Martiny, a.a.O. (12), Rn. 18. しかし、客観的連結によらず、当事者の意思によるとする見解もある。Schröder/Wenner, IVR 2.Aufl. (1998) Rn. 153.
- (16) なお、契約締結時に準拠法を合意していたところそれを後に合意解除しただけの場合も事後的法選択と同視する見解がある。Schröder/Wenner a.a.O. (15) Rn. 159; AnwKommBGB/Leible (2005), Art. 27 EGBGB Rn. 59; Staudinger/Magnus 13.Aufl. (2002), Art. 27 EGBGB Rn. 100; Raape, a.a.O. (5), S. 111ff. これは第三者保護の必要を意識してのことと思われる。
- (17) Flessner, Fakultative Kollisionsrecht in: RabelsZ 34 (1970), S. 547 (567); Wagner, Fakultatives Kollisionsrecht und prozessuale Parteiautonomie in: ZEuP (1999), S. 6 (23f.). 似た立場に立つフランスの議論については、横溝大「フランス国際私法の現状と問題点——準拠法に関する当事者の合意について——」国際私法年報 4号（2002）74 頁以下参照。
- (18) Kreuzer, Das IPR des Warenkaufs in der deutschen Rechtsprechung (1964), S. 119, 245ff.; BGH1.4.1974, IPRspr. 1974 Nr. 150.
- (19) 例えば、Kropholler, a.a.O. (13), S. 45f. 参照。
- (20) MünchKomm/Martiny, a.a.O. (12), Art. 4 Rom I-VO Rn. 251, 280; Staudinger/Magnus, a.a.O. (16), Art. 28 EGBGB Rn. 61, 136. 但し、あくまで原則に過ぎず締結後の事情が全く考慮されないわけではない。さらに、一定要件の下で、客観的連結による準拠法変更を認める説もある。Lüderitz, Wechsel der Anknüpfung in bestehendem Schuldvertrag in: Festschrift für Max Keller (1989), S. 459 (468ff.).
- (21) MünchKomm/Martiny, a.a.O. (12), Art. 4 Rom I-VO Rn. 288; Ferrari/Ferrari, IVR (2007), Art. 27 EGBGB, Art. 28 EGBGB Rn. 19.
- (22) この議論は仮定的当事者意思が認められていた 1986 年以前においても同様に妥

当する。Staudinger/Firsching, a.a.O. (8) Rn. 349; Weitnauer, Der Vertragsschwerpunkt (1981), S. 155.

(23) MünchKomm/Spellenberg, a.a.O. (12), Art. 10 Rom I-VO Rn. 216; Martiny/Reithmann-Martiny, IVR 6.Aufl. (2004) Rn. 100.

(24) Coester-Waltjen, Einige Überlegungen zur konkludenten Rechtswahl im europäischen Vertragsrecht in: Festschrift für Hans Jügen Sonnenberger zum 70. Geburtstag (2004), S. 343 (349); Mankowski, Stillschweigende Rechtswahl und wählbares Recht in: Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht (2004), S. 63 (64).

(25) この要件は、指定された準拠法によることなく、あくまで国際私法（ローマ条約又はローマ I 規則）自体の解釈による。Leible/Lehmann, Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht “Rom I” in: RIW 2008, S. 528 (532); Staudinger/Magnus, a.a.O. (16) Rn. 137.

(26) Sandrock, Die Bedeutung des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts für die Unternehmenspraxis in: RIW 1986, S. 841 (847). ローマ I 規則においても同様である。Wagner, Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung) in: IPRax 2008, S. 377 (378).

(27) 例えば、両当事者が一番においてドイツ法を前提に弁論を行なったことのみで法廷地法の適用をしたもの (BGH, 15.1.1986, IPRax 1986, S. 292), 一番において一方当事者のドイツ法援用に基づき裁判所が法廷地法を適用したことに対し同審級で他方当事者が異議を述べなかったとしたもの (BGH, 7.3.1962, NJW 1962, S. 1005f. =IPRspr. 1962/1963, Nr. 18), 一番裁判所がドイツ法を適用した後に、その控訴審でドイツ法の適用に異議が述べられなかったとしたもの (BGH, 12.12.1990, NJW 1991, S. 1292), 一方当事者が法廷地法に基づき請求権を主張したが他方当事者が沈黙したもの (BGH, 27.3.1968, BGHZ 50, S. 32) などである。判例の傾向などは、Martiny/Reithmann-Martiny, a.a.O. (23) Rn. 91ff. 参照。なおドイツ学説における訴訟上の黙示の法選択については、中野俊一郎「不法行為に関する準拠法選択の合意」民商法雑誌 102 巻 6 号 (1990) 783 頁以下も参照。

(28) Roth, Zur stillschweigenden Rechtswahl in einem künftigen EU-Gemeinschaftsinstrument über das Internationale Schuldvertragsrecht in: Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag (2006), S. 905 (912). もっとも、慎重に当事者の訴訟行為を認定する判決もある。例えば、BGH 30.10.2008, RIW 2009, S. 246 は、当事者の訴訟行為に基づき法廷地法を適用していた原審判決に対して、実際には一方当事者が外国法による主張も行っていたことを再確認し、事後的法選択は成立していないため、客観的

連結で準拠法を確定すべきとした。

- (29) BGH, 15.1.1986, IPRax 1986, S. 292. EGBGB の 1986 年改正前の事例である。
- (30) Schack, Keine stillschweigende Rechtswahl im prozeß! in: IPRax 1986, S. 272.; Mansel, Kollisions und zuständigkeitsrechtlicher Gleichlauf der vertraglichen und deliktischen Haftung in: ZvglRWiss 86 (1987), S. 1 (11f.); W. Lorenz, Vom alten zum neuen internationalen Schuldvertragsrecht in: IPRax 1987, S. 269 (273); Mankowski, Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen Privatrecht (1995), S. 36; Jaspers, Nachträgliche Rechtswahl im internationalen Schuldvertragsrecht (2002), S. 108. 特に詳細に扱うのが、Schack と Jaspers である。
- (31) さらに、訴訟上の特定法による主張を、時機の遅れた攻撃防御方法として却下できるとする見解があるが (Soergel/von Hoffmann, a.a.O. (15) Rn. 52.), 支持されていない。当事者の訴訟上の法的是見解は攻撃防御方法ではないし (Schack, Rechtswahl im Prozeß? in: NJW 1984, S. 2736 (2739)), 訴訟上の法選択は訴訟で初めて生じた「事実」でもあるから、時機にも遅れていないためである。Steiner, Die stillschweigende Rechtswahl im Prozeß im System der subjektiven Anknüpfungen im deutschen IPR (1998), S. 101.
- (32) ドイツ民法における表示意識については、ディーター・メディクス (河内・河野監訳) 『ドイツ民法 (上)』 (信山社, 1997) 112 頁以下、佐久間毅「意思表示の存在と表示意識」岡山大学法学会雑誌 46 卷 3・4 号 (1997) 263 頁以下参照。
- (33) 日本民法における類似の説として、例えば、河上正二『民法総則講義』 (日本評論社, 2007) 249 頁以下。
- (34) 佐久間前掲注⁽³²⁾ 343 頁。
- (35) より詳細には、Schack, a.a.O. (31), S. 2736 (2738); Sandrock, a.a.O. (26), S. 847f 参照。
- (36) Staudinger/Magnus, a.a.O. (16) Rn. 70; AnwKommBGB/Leible, a.a.O. (16) Rn. 55; C. von Bar, IPR Bd II (1991), S. 341; Mankowski, a.a.O. (24), S. 75; Hohloch/Kjelland, Abändernde stillschweigende Rechtswahl und Rechtswahlbewußtsein in: IPRax 2002, S. 30 (33); Fudickar, Die nachträgliche Rechtswahl im internationalen Schuldvertragsrecht (1983), 97f.; Steinle, konkludente Rechtswahl und objective Anknüpfung nach altem und neuem deutschen Internationalen Vertragsrecht, ZvglRWiss 93 (1994), S. 300 (313); Mansel, a.a.O. (30), S. 12f. そのような運用をした判決として、OLG Düsseldorf 4.6.1992, WM 1992, S. 1898. ローマ I 規則については、Leible/Lehmann, a.a.O. (25) S. 532; Magnus, Die Rom I-Verordnung in: IPRax 2010, S. 27 (33) 参照。
- (37) AnwKommBGB/Leible, a.a.O. (16) Rn. 55; Palandt/Thorn, 69.Aufl. (2010), Rom I

Rn. 8.

- (38) Schack, a.a.O. (30), S. 274. 当事者が一旦明示的に外国法を合意したならば、それを安易に明示以外の方法で取り消すことはないとされる。また、契約締結時の準拠法合意を訴訟で変更する際には、当事者の「双方の形成意思」という厳格な要件を要するとした判決として、BGH, 19.1.2000, WM 2000, S. 1643.
- (39) 前掲注(36)に挙げられる文献参照。
- (40) Steiner, a.a.O. (31), S. 118; Buchta, Die nachträgliche Bestimmung des Schuldstatuts durch Prozeßverhalten im deutschen, österreichischen und schweizerischen IPR (1986), S. 53. 一方当事者のみが弁護士に代理されている事例であっても、合意は成立しないとされる。
- (41) 弁護士訴訟における黙示の法選択の有効性は、弁護士が準拠法合意につき代理権を有しているかにも依存する。Schack, a.a.O. (31), S. 2739. 弁護士が、その特別な代理権をあらかじめ依頼人と合意していない場合に、当然に法選択の権限があるか否かについては、肯定的なものとして Buchta (Anm. 40), S. 82ff.; MünchKomm/Martiny, a.a.O. (12), Rn. 54. 否定的なものとして Mansel, a.a.O. (30), S. 13; Steiner, a.a.O. (31), S. 136f.
- (42) Reithmann/Martiny-Mankowski, IVR 7. Aufl. (2010) Rn. 1452.
- (43) 例えば、Steinle, a.a.O. (36), S. 313; W. Lorenz, a.a.O. (30) S. 273. しかし、弁護士は、訴訟結果の有利不利だけでなく、手続期間の短縮、裁判官の法適用の高い質、上告可能性 (ZPO 549 条 1 項)、鑑定費用の節約といった法廷地法の適用の利点も考慮して慎重に法廷地法の合意をすべきか判断しなければならず、上記利害を考慮しなかったり準拠法問題を意識せずに裁判所の法廷地法適用に漫然と従った場合は、弁護過誤に基づく損害賠償責任の根拠となりうるとされる。Schack, a.a.O. (31), S. 2737, 2739f. 但し、実際にこの損害賠償責任が現実化することはほぼないという指摘がある。Mankowski, a.a.O. (24), S. 72.
- (44) Soergel/von Hoffmann, a.a.O. (15) Rn. 73; Staudinger/Magnus, a.a.O. (16) Rn. 108; Reinhardt, Zur nachträglichen Änderung des Vertragsstatuts nach Art. 27 Abs. 2 EGBGB durch Parteivereinbarung im Prozeß in: IPRax 1995, S. 365 (369). 但し、S. Lorenz, Buchbesprechung von Möllenhoff, Nachträgliche Rechtswahl und Rechte Dritter in: RabelsZ 59 (1995), S. 320 (321). は将来効であっても第三者保護の必要があることを示唆する。
- (45) C. von Bar, a.a.O. (36), S. 354; Kropholler, a.a.O. (13), S. 465; Schröder/Wenner, a.a.O. (15) Rn. 162; Bauer, Grenzen nachträglicher Rechtswahl durch Rechte Dritter im Internationalen Privatrecht (1992), S. 54; Steiner, a.a.O. (31), S. 71; ; Martiny/Reithmann-Martiny,

a.a.O. (42) Rn. 130;

(46) C. von Bar, a.a.O. (36), S. 354; Soergel/von Hoffmann, a.a.O. (15) Rn. 72; Jaspers, a.a.O. (30), S. 152; MünchKomm/Martiny, a.a.O. (12) Rn. 80.

(47) 例えば, Looschelders, IPR (2004), Art. 27 EGBGB Rn. 23 は事後的な法選択によって本契約が無効となる場合に, 当事者の意思を将来効と解釈する。それに対して, MünchKomm/Martiny, a.a.O. (12) Rn. 81 は, 新準拠法によって本契約が無効となる場合でも, 遡及効の意思を否定しない。なお, この Martiny の見解は EGBGB 旧規定を前提としていた旧版においても変わらない。

(48) Pfister, Die nachträgliche Vereinbarung des Schuldstatuts in: RIW/AWD 1973, S. 440 (441ff.).

(49) 準拠法変更については, 邦語では久保岩太郎『国際私法構造論』(有斐閣, 1955) 185頁以下, 独語では MünchKomm/Sonnenberger, a.a.O. (12), Einl. IPR Rn. 678ff. 等参照。端的に言えば, 準拠法変更の議論においては, 旧法で①法律要件の完結した事実関係と②法律要件未完結の事実関係とに分け, ①については旧法が, ②については新法が適用されるとする。

(50) この立場によれば以下になるであろう。例えばある債権の時効が旧法では起算点後5年で完成し, 新法では7年であるとき, 6年の時点で準拠法の変更が生じた場合(ここでは起算点が旧法と新法とで同じであると想定する)には, すでに債権の時効は旧法の下で完成している。したがって, 旧法での時効成立の要件(例えば「援用」など)が満たされていれば, この債権の時効問題は「完結した事実関係」とみなされ, 旧法による。このことは, 8年の時点で準拠法変更された場合にも同様である。他方で, 4年の時点で準拠法変更がなされた場合には, 旧法では時効が完成していない。そのため, 「未完結の事実関係」であるから, この問題には新法が適用される(MünchKomm/Spellenberg, a.a.O. (12), Art. 12 Rom I-VO Rn. 121も参照。なお EGBGB 旧 32条の規定を前提とする旧版でも記述に相違はない)。

また, 債務履行の問題などは, すでに旧法の適用期間に履行又は不履行の要件が満たされそれにより何らかの請求権が発生している(または不発生と確定している)ならば, その問題には旧法が適用されることになり, 発生しておらず不発生と確定もされていないならば新法が適用されることになる。

要するに, 旧法における法律効果の発生の要件が準拠法変更前に満たされていれば, その法律効果について旧法が適用され, 満たされていないければ, 新法が適用されるということである。

- (51) 今日の欧州においてはこの問題は生じない。代理商保護に関する共同体介入規範の問題とされるためである。Reithmann/Martiny-Freitag, a.a.O. (42) Rn. 545f.
- (52) 但し、契約締結時の準拠実質法によって、事後的に選択された準拠法で生じる権利義務関係を再現するという実質法的指定としての遡及効は認めている。Pfister, a.a.O. (48), S. 443.
- (53) Raape, a.a.O. (5), S. 116.
- (54) Staudinger/Firsching, a.a.O. (8) Rn. 347; Raape, a.a.O. (5), S. 117.
- (55) Jaspers, a.a.O. (30), S. 179ff.
- (56) この説は立法論として主張されている。具体的には次のように述べられる。例えば、旧準拠法によれば買主の瑕疵担保請求権がまだ主張できるが、新準拠法によれば時効となっている場合には、旧準拠法のより長い時効期間が尊重されその請求権を主張可能とする。逆に、買主の瑕疵担保請求権が旧準拠法によって時効となっており、新準拠法では主張できるという場合には、売主の法的状態を尊重し、旧準拠法の短い時効期間が適用される。また新準拠法が、瑕疵担保請求権の要件に買主の物品の検査義務と通知義務を定めているが旧準拠法にはそのような義務が規律されていない場合には、それらの義務が買主に課されないとされる。Jaspers, a.a.O. (30), S. 180.
- (57) その他では、新準拠法で定められている義務が旧準拠法に存在しなかったため、一方当事者が新準拠法の義務を果たしえなかった場合には、その義務を免責することが当事者の意思に適合するものがある。Schröder/Wenner, a.a.O. (15) Rn. 163.
- (58) Staudinger/Magnus, a.a.O. (16) Rn. 111; MünchKomm/Martiny, a.a.O. (12), Rn. 82. なお、事後的法選択が将来効の意思であった場合には、本契約は、事後的法選択のなされた時点から、方式上有効とみなされることになると考えられる。Steiner, a.a.O. (31), S. 75.
- (59) Soergel/von Hoffmann, a.a.O. (15) Rn. 76; MünchKomm/Spellenberg, a.a.O. (12), Art. 11 Rom I-VO, Rn. 20, 45.
- (60) この「第三者」の範囲の問題も重要な論点であるが、抵触規則の包括的な検討のみならず実質法の検討も要するため、本稿で扱うことはできない。例えば、ドイツにおいて、「第三者」には、第三者のためにする契約における受益者たる第三者、保証契約における保証人、質権者、債権譲渡における譲渡人などが挙げられる。詳しくは、Reithmann/Martiny- Martiny, a.a.O. (42), Rn. 133 とそこで挙げられる文献を参照。
- 債権譲渡の場合の「第三者」が、わが国のように「譲受人」とはされていない

ことに注意を要する。ドイツの多数説は、債権譲渡によって債権の権限が、債権者としての地位と共に譲受人に移る場合、同時に法選択の権限も移ると考えるため、譲渡後には譲渡人と債務者とは、譲渡債権の準拠法につき事後的法選択をする権限がないとされる。譲受人と債務者だけが譲渡債権の準拠法を変更することができるのであり、その場合に不意打ちを受ける譲渡人に、ローマ I 規則 3 条 2 項 2 文 (EGBGB 旧 27 条 2 項 2 文) にいう第三者保護が妥当するのである。しかし、異論もある。Schack, a.a.O. (30), S. 274.

(61) 但し、第三者保護の規定を不要とする説もある。Fudickar, a.a.O. (36), S. 99ff. は、第三者は通常、契約当事者とは独立の法律関係に属しており、独立に連結されるから、事後的法選択の影響を受けない。仮に第三者の独立の法律関係に当事者間の法律関係から附従的連結がなされるとしても、第三者は、実質法上の保護又は法律回避の理論で十分保護される旨述べる。

(62) AnwKommBGB/Leible, a.a.O. (16) Rn. 64; Ferrari/Ferrari, IVR (2007), Art. 27 EGBGB Rn. 44f.; Kropholler, a.a.O. (13), 465f.; Steiner, a.a.O. (31), S. 72; Möllenhoff, Nachträgliche Rechtswahl und Rechte Dritter (1993), S. 134.; Jaspers, a.a.O. (30), S. 170; Raape, a.a.O. (3), S. 115f. MünchKomm/Martiny, a.a.O. (12) Rn. 83. この多数説は新準拠法が遡及的に適用される場合が前提とされている。なお、多数説以外のアプローチについては、Bauer, a.a.O. (45), S. 52ff. や Möllenhoff, a.a.O., S. 99ff. が詳しい。

(63) 前掲注(62)で挙げられる文献参照。

(64) Jaspers, a.a.O. (30), S. 162.

(65) Bauer, a.a.O. (45), S. 109f. は、「権利」を、「取消不可能な法的地位」に限定する。この説によると、旧実質法で未だ取り消すことができる権利は保護されず、新準拠法が適用されることになる。他方で、Möllenhoff 及び Jaspers は、準拠実質法の下で発生した第三者の個別的な法的地位 (Rechtsposition) が、「権利」であるとする。その上で、主観的権利 (請求権、形成権)、義務 (新法の義務が旧法より第三者に重い場合) などが保護される「権利」であるとする。しかし、期待 (Anwartschaft) は、EGBGB 27 条 2 項 2 文の「権利」に含まれないなどとする。詳細は Möllenhoff, a.a.O. (62), S. 62ff.; Jaspers, a.a.O. (30), S. 162f. 参照。

(66) MünchKomm/Martiny, a.a.O. (12) Rn. 83.

(67) 但し、当事者による分割指定によって、第三者の法律関係のみを他の準拠法によらせ、第三者の優遇を阻止することができるとする AnwKommBGB/Leible, a.a.O. (16) Rn. 64 がある。

(68) Staudinger/Magnus, a.a.O. (16) Rn. 113; Ferrari, a.a.O. (62) Rn. 44; Bauer, a.a.O. (45),

- S. 113.; Möllenhoff, a.a.O. (63), S. 56ff.; S. Lorenz, a.a.O. (44), S. 325. ローマ I 規則については, Althammer, Grundsatzfragen des Internationalen Schuldvertragsrecht, JA 2008, S. 772ff. (774); MünchKomm/Martiny, a.a.O. (12) Rn. 86.
- (69) Jaspers, a.a.O. (30), S. 163ff.; Möllenhoff, a.a.O. (62), S. 53ff.
- (70) 英語版では「not adversely affect」, 仏語版では「ne porter pas atteinte à」と規定される。独語版とこれらの文言の相違は, ローマ I 規則においても修正されていない。
- (71) Möllenhoff, a.a.O. (62), S. 57f. しかし, これには, 旧準拠法がドイツ実質法でありかつ保証契約や第三者のためにする契約の事例である場合にしか当てはまらないという批判がある。S. Lorenz, a.a.O. (44), S. 322.
- (72) Bauer, a.a.O. (45), S. 115; Jaspers, a.a.O. (30), S. 164.
- (73) この優遇比較は, 旧準拠法と新準拠法の個別具体的な適用結果の比較である。具体的に実質法を適用する前の条項の抽象的な有利不利を問題にするものではない (Möllenhoff, a.a.O. (62), S. 116f., 119)。また第三者が複数存在するときには, 各々の第三者と当事者との関係でのみ優遇性が判定され, 第三者相互の関係は考慮されないとされる (S. 117f.)。
- (74) Reinhart, a.a.O. (44), S. 369f. 結論的に Mansel, a.a.O. (30), S. 6f. も同旨。
- (75) 私見は, 契約締結時の準拠法合意にまで国際私法の適用の意識を要すべきと主張するものではない。しかし, ドイツ多数説は事後的法選択のみならず契約締結時の法選択にも法選択の意識を要求している。例えば, AnwKommBGB/Leible, a.a.O. (16) Rn. 46 とそこに挙げられる文献参照。
- (76) 別冊 NBL 編集部編前掲注(13) 52 頁。しかし, 通則法において, 明確性の要件が定められなかったとしても, 準拠法選択に「現実の意思」が要求されることは, 立法過程において否定されなかった。
- (77) しかし, 従来, 準拠法選択行為の有効性の問題について, 国際私法自体説を採るにせよ準拠法説を採るにせよ, 民法(実質法)が参考とされていたのであるから, 大きな批判には当たらないであろう。
- (78) 類似の見解として, 出口耕自『基本論点 国際私法 [第二版]』(法学書院, 2001) 24 頁, 座談会「法適用通則法の成立をめぐって」ジュリスト 1325 号 (2006) 21 頁 [西谷発言]。
- (79) 法例においては, 純粹に訴訟上の事後的合意を認めた判例は多くない (例えば, 東京地判平成 2 年 4 月 25 日判時 1368 号 123 頁)。たいていは, 契約締結時の契約準拠法が日本法であることに争いがないとされたり (例えば, 東京地判昭和 40 年 8 月 28 日判時 430 号 17 頁), 契約締結時の事情と共に訴訟上での法廷地法に基づ

く当事者の主張が考慮されたにとどまる(例えば、東京地判昭和52年4月22日判時863号100頁)。これらは契約締結時の意思の事実認定の問題と取り扱うこともできた。しかし、事後的法選択が認められる通則法によれば、もともと外国法が準拠法となるべきところに、当事者による日本法に基づく法的主張だけで日本法の事後的法選択を認定することが明文上正当化される。したがって、通則法では、訴訟上の法選択の要件は厳格に解されるべきである。

- (80) 早川吉尚「通則法における契約準拠法」国際私法年報9号(2007)19頁以下。
- (81) 新堂幸司『新民事訴訟法 第四版』(弘文堂, 2008)430頁以下。釈明義務違反は上告審における破棄理由になる。
- (82) 訴訟外の黙示的な事後的法選択は、事後的に履行地を変更した場合や事後的な裁判管轄合意をした場合がありうる。しかし、いずれもそのままでは準拠法合意を推認させるほどに強い事情とはいえない。Mitterer, Die stillschweigende Wahl des Obligationenstatuts nach der Neufassung des EGBGB vom 01.09.1986 (1992), S. 92 は、共に抵触法の問題が言及されない限り、事後的な管轄合意の変更は黙示の法選択の根拠とならないとする。事後的法選択が容易に成立することは避けられるべきであるから、この結論自体は妥当であろう。
- (83) 澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門 [第6版]』(有斐閣, 2006)206頁は、準拠法の変更とその認定は慎重に行われるべきとする。
- (84) 別冊NBL編集部編前掲注(3)69頁, 神前禎『解説 法の適用に関する通則法』(弘文堂, 2006年)72頁, 澤木・道垣内前掲注(83)206頁, 佐野寛「法適用通則法における契約準拠法の決定」民商法雑誌136巻1号(2007年)8頁。櫻田嘉章『国際私法 [第5版]』(有斐閣, 2006年)212頁は、通則法26条2項において、夫婦財産制の準拠法変更が「将来効」のみに限定された反対解釈から、通則法9条においては遡及効を認めうるとする。
- (85) 準拠法の変更前に、履行等で他方当事者が利益を受けていた場合など。
- (86) 旧準拠法の適用を援用する側に将来効の意思の証明責任があり、訴訟進行如何に準拠法問題が左右されることを意味する。これは準拠法合意の解釈問題を訴訟上解明するために生じる。もっとも、旧法で請求権が生じたとの当事者の主張に反し、実際には権利発生要件が満たされていなかった場合(例えば、事後的法選択前に何ら法律効果の伴う行為が行われていなかった場合)には、裁判所はその当事者の主張に拘束される必要はなく請求権が否定されてよい。この場合、新法は事後的変更後の事実だけに適用され(前掲注(50)も参照)、遡及効に解釈し直される必要もない。同旨の説として、Spickhoff, Nachträgliche Rechtswahl in: IPRax 1998,

S. 462 (465).

- (87) 澤木・道垣内前掲注(83) 208 頁以下, 小出編『逐条解説 法の適用に関する通則法』(商事法務, 2009) 121 頁。澤木・道垣内は, 方式の準拠法の契約締結時への固定は, 当事者に思わぬ結果が発生する恐れが大きいという立法政策によるものとする。しかし, 本稿で見たとおり, 不意打ちは方式に限られるわけではないし, 方式の準拠法の遡及的変更だけが大きな不意打ちとなるとも言い切れない。
- (88) 例えば, 小出編『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』(商事法務, 2006) 61 頁。
- (89) もっとも, 通則法の規定を好意的に評価することもできないではない。すなわち, 通則法では, 新旧それぞれの準拠実質法に基づき契約が方式上有効に成立していたか否かを判断する必要がない。実質法の中身(契約の成立如何)を確認することなしに, 一律に旧準拠法で判断すれば足りるという利点がある。しかし, この点は, 通則法 10 条が契約準拠法と行為地法との選択的連結を認めていることと整合しない。この選択的連結を採用している以上, 契約の成立という実質法の結果が考慮されることは, 事後的法選択の効力が認められない場合でも変わらないからである。
- (90) 小出編前掲注(13) 62 頁
- (91) 批判として, 櫻田前掲注(84) 211 頁, 神前前掲注(84) 76 頁。
- (92) これを解釈論で修正することはおそらく困難であろう。しかし, 神前前掲注(84) 77 頁は, 方式上無効であった契約を方式上有効とする準拠法の変更を, 契約の同一性を維持する準拠法の事後的変更と解釈するのではなく, 単なる本契約の締結のし直しと解釈しようとする。この解釈が可能な場合には, 通則法 10 条 1 項括弧書の適用を排除することができるだろう。
- (93) 小出編前掲注(13) 62 頁, 神前前掲注(84) 72 頁以下, 早川前掲注(78) 17 頁以下, 北澤安紀「国際契約の準拠法」『国際ビジネスと法』(日本評論社, 2009) 126 頁以下, 澤木・道垣内前掲注(83) 208 頁以下。
- (94) 出口耕自「ドイツ国際不法行為法における被害者の決定権」『変容する社会の法と理論』(有斐閣, 2008) 3 頁以下, 西谷裕子「ドイツ国際消費者契約法上の諸問題」法学 63 巻 5 号 (1999) 8 頁以下。
- (95) しかし, 国際消費者契約における優遇比較は職権で行われるべきとされているにもかかわらず, ドイツの実務上, そのように運用されていないという点について, Mankowski, Die Darlegungs- und Beweislast für die Tatbestände des Internationalen Verbraucherprozess- und Verbrauchervertragsrecht in: IPRax 2009, S. 474 (481). そのため, 実

質的にはドイツ実務でもわが国通則法の選択権と似た手法が採られていると評価することはできる。

(96) 別冊 NBL 編集部編前掲注(13) 54 頁。

(97) この問題は事後的法選択に限られない。当事者の契約締結時の準拠法合意にも第三者が影響を受けるか問題となる。解釈論としては、事後的法選択の場合にのみ第三者保護を定める条文の反対解釈により、契約締結時の法選択は当然に対第三者効を有するということができる。しかし、これにはより詳細な検討が必要である。なお、スイスとオーストリアにおいて、第三者に準拠法合意の効果を及ぼすためには、契約締結時の法選択の際にも第三者の関与を必要とする説がある。Heini, Die Rechtswahl im Vertragsrecht und das neue IPR-Gesetz in: Festschrift für Rudolf Moser (1987), S. 67 (68); Verschraegen in Rummel, 3.Aufl. (2004), § 11 IPRG Rn. 5. 但し、いずれもローマ条約の解釈論ではない。

(98) 小出編前掲注(87) 121 頁。

(99) 神前前掲注(84) 73 頁。

(100) 同旨として、横溝大「債権譲渡」ジュリスト 1325 号 (2006) 70 頁。債権譲渡の問題に限定されてはいるが、「実質法の適用結果から中立的に準拠法を選択するという抵触法の理念にそった解釈をここでも堅持すべき」ことが根拠とされる。また、座談会前掲注(78) 21 頁 [櫻田発言]、佐野前掲注(84) 8 頁も多数説のような考え方に疑問を呈する。

(101) その意思表示にも「現実の意思」が要求されるべきである。

(102) 第三者に法秩序の有利不利を判断させることになる上、不利になる当事者側が合意に応じないこともありうるため、第三者に酷であるという批判がありうる。しかし、特別に国際私法上保護することが要請される消費者等の「弱者」に比べれば、第三者には実質法の結果まで考慮するほどに強い保護が要請されるとは思わない。そもそも、第三者は契約締結時に定まる法によるのであるから、すでにその信頼は保護されており、それで十分であろう (但し、客観的連結の規律如何では第三者の予見可能性が損なわれうるし、契約締結時の準拠法合意を第三者が知っているとは限らないという問題はなお残る。)

(103) 但し、訴訟上の準拠法合意につき、例えば、高桑昭「契約 (2) ——口頭弁論時における準拠法の合意」山田録一・早田芳郎編『演習 国際私法 [新版]』(有斐閣, 1992) 120 頁以下、松岡博「契約準拠法の事後的変更」舛場準一・澤木敬郎編『国際私法の争点 [新版]』(有斐閣, 1996) 123 頁以下とそこに挙げられる文献を参照。