

## 財産関係の準拠法と法の適用に関する通則法の課題

野村 美明

大阪大学大学院特任教授

### はじめに

1. 消費者契約の準拠法——通則法 11 条
2. 物権の準拠法——通則法 13 条
3. その他の課題

### おわりに

### はじめに

日本の国際私法の基本法源である法の適用に関する通則法（平成 18 年法律第 78 号）（以下「通則法」という）は、2006 年（平成 18 年）に法例（明治 31 年法律第 10 号）の全部を改正するものとして成立し、2007 年（平成 19 年）1 月 1 日に施行された<sup>(1)</sup>。法例改正と通則法制定をきっかけとして多くの文献が公表され<sup>(2)</sup>、またその施行以来この規定を適用したり言及したりする判例は公表されたものだけでも 200 件を超える<sup>(3)</sup>。通則法施行後の課題については財産関係を中心に国際私法学会<sup>(4)</sup>および国際私法年報<sup>(5)</sup>でもとりあげられた。

本稿では、財産関係<sup>(6)</sup>に関する通則法施行後の課題のうち、通則法における国際私法規則でさらなる立法措置や解釈による明確化がぜひとも必要だと思われる①消費者契約の方式の準拠法および②物権の準拠法の 2 点に限定して論じることとし、その他の課題については最後に概観することにする。

1 では、消費者契約の方式に関する通則法 11 条 3 項および 4 項の規定は消費者には理解が困難であり、消費者契約の方式に関する法の適用関係を複雑にするので、同条 5 項とともにこれらを削除し、当事者の法選択や消費者の援用の有無にかかわらず、消費者契約の方式はもっぱら消費者の常居所地法によらせるべきことを主張する。2 では、物権の準拠法を定める通則法 13 条の目的

物の所在地という概念を現実の所在地に限定し、移動中のものについての仕向地や輸送機についての所属国などの連結点は所在地概念には含ませるべきではないことを論じる。3では、通則法の課題のうち、債権譲渡の債務者を除く第三者に対する効力の問題など、1、2で論じる問題ほどではないものの、立法措置や解釈による明確化が望ましいと思われるいくつかの論点について概観して、課題を提示したい。

## 1. 消費者契約の準拠法——通則法 11 条

### (1) 消費者契約の実質

通則法 11 条は、消費者が事業者との間で締結する契約について、法律行為の準拠法に関する一般原則を定める 7 条から 10 条に対して、一定の場合に消費者が常居所を有する国の法の適用を可能とする消費者契約の特例を定めている。通則法 11 条 1 項は、契約当事者が、消費者の常居所地法以外の法を契約準拠法として 7 条に従い選択（または 9 条により変更）した場合であっても、「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、「当該契約の成立及び効力に關しその強行規定により定める事項については、その強行規定をも適用する」と定める。以下では「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」することを、消費者による強行規定の「援用」という。

通則法 11 条にいう強行規定とは、任意規定に対する概念であり、当事者が意思によって排除できない規定を意味する<sup>(7)</sup>。したがって、絶対的強行法規（国際的強行法規）にあたるものと、準拠法が外国法であれば適用が回避される程度の相対的強行法規（国内的強行法規）が含まれる<sup>(8)</sup>。もっとも、絶対的強行法規は準拠法のいかんに關わらず適用されるのであるから<sup>(9)</sup>、そのような性質を持った強行規定は、当事者の援用のいかんに關わらず、裁判所によって適用される<sup>(10)</sup>。

通則法 11 条 1 項が当事者の常居所地法中の強行規定による保護を当事者の援用にからせた点は、欧州連合（EU）の「ローマ I 規則」<sup>(11)</sup>6 条 2 項が、当事者による法選択は消費者の常居所地法による保護を奪われないという裁判所

による優遇比較の方法を採用している<sup>(12)</sup>のと比較して、消費者保護にかなわない等の批判がある<sup>(13)</sup>。しかし、この点について問題となった事例の存在はいまだ明らかではない<sup>(14)</sup>。

裁判例では、同条1項により、当事者の常居所地法である日本法中の民法96条1項（詐欺又は強迫による取消し）や消費者契約法4条1項1号（不実表示による取り消し）の規定を適用した例が公開されている<sup>(15)</sup>。なお、強行法規の概念についてはいくつか裁判例がある。法人格否認の法理は通則法11条1項にいう強行規定ではないという裁判例があるが<sup>(16)</sup>、法人格否認の法理の強行性の程度には幅があり<sup>(17)</sup>、また本条にいう強行規定は成文法の規定に限らないので<sup>(18)</sup>、一般的に強行規定ではないというのは適当ではない<sup>(19)</sup>。

上記のように、通則法11条1項には消費者の常居所地法の援用の方法や援用すべき強行規定の解釈をめぐって議論すべき点は多いが、筆者は通則法11条の最大の問題は消費者契約の方式に関する同条3項および4項にあると考える<sup>(20)</sup>。

## （2）消費者契約の方式

消費者契約の方式の準拠法に関する通則法11条3項および4項は、つぎに見るように、規定内容、規定相互の関係および消費者契約の実質の準拠法に関する同条1項との関係が極めてわかりにくい。

通則法11条3項および4項は、「消費者契約の成立について」当事者の法選択がある場合の消費者契約の方式の準拠法の特例を定めており、「消費者契約の成立及び効力について」当事者の法選択がある場合の同条1項に対応する。これに対して通則法11条5項は、「消費者契約の成立について」当事者の法選択がない場合の方式の準拠法の特例を定めており、同様に「消費者契約の成立及び効力について」当事者の法選択がない場合の同条2項に対応する。通則法11条2項および5項は、当事者による法選択がない場合には、消費者契約の成立・効力および方式の問題をそれぞれ消費者の常居所地に客観的に連結している。

通則法11条2項と5項の相違は、11条5項が10条1項、2項および4項に

による選択的適用を排除している点のみである。これに対して、通則法 11 条 3 項および 4 項と同条 1 項との関係はさほど単純ではない。

通則法 11 条 3 項は、消費者契約の成立について消費者の常居所地法以外の法が選択された場合における、消費者の常居所地法中の特定の強行規定による保護要件を定める点で、法律行為の方式に関する通則法 10 条の選択的適用を排除する点を除き、構造的には同条 1 項と対応する。

これに対して、通則法 11 条 4 項は、消費者契約の成立について消費者の常居所地法が選択された場合において、さらに方式についても消費者が「その常居所地法によるべき旨の意思を事業者に対して表示したとき」（以下ではこのような場合も「援用」という）は、「消費者契約の方式は、専らその常居所地法による」として、方式の準拠法を定めている。通則法 11 条 4 項は、法律行為の方式に関する通則法 10 条の選択的適用を排除する点は同条 3 項と似ているが、3 項は方式について消費者の常居所地法の特定の強行規定の適用による保護を定めているのに対して、4 項は方式について消費者の常居所地法を单一の準拠法とする効果を定めているのである。

以下では、消費者契約の成立の準拠法として消費者の常居所地法以外の法が当事者に選択されたのか（通則法 11 条 3 項）それとも消費者の常居所地法が当事者に選択されたのか（通則法 11 条 4 項）の観点から、通則法 11 条 3 項および 4 項において消費者の常居所地法中の特定の強行規定または消費者の常居所地法の援用によって通則法 10 条の選択的適用がどこまで排除されているかを明らかにし、問題点を指摘する。

#### (a) 通則法 11 条 3 項—消費者の常居所地法でない法の選択

通則法 11 条 3 項は、「消費者契約の成立について」7 条の規定により消費者の常居所地法以外の法が準拠法として選択された場合に、消費者契約の方式に関する消費者の常居所地法による保護要件を定め、法律行為の方式に関する通則法 10 条 1 項以下の規定による選択的適用を排除するための規定である。

##### (i) 消費者の常居所地法中の特定の強行規定が援用されたとき

通則法 11 条 3 項は、「消費者契約の成立について」7 条の規定により消費者

の常居所地法以外の法が選択された場合であっても、「消費者契約の方式について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、消費者契約の方式に関しその強行規定の定める事項については、消費者が援用する常居所地法中の「専らその強行規定を適用する」とする。このため、通則法11条3項は、法律行為の方式に関して、通則法10条1項が指定する契約準拠法、同条2項が指定する行為地法（隔地者間契約に関しては行為地法ではなく同条4項が指定する申込または通知発信地法）の選択的適用を排除するのである。しかしながら、通則法11条3項は、方式に関して契約準拠法（消費者の常居所地法以外の法）、行為地法および申込または通知発信地法の選択適用を完全に排除しているわけではない。

通則法11条3項では、消費者の常居所地法中の特定の強行法規の援用があればその強行規定の定める事項についてはこれを適用すると定めるから、それ以外の事項については選択的適用も排除されないはずである。すなわち、消費者契約の方式に関しその強行規定の定める事項以外の事項については、同法第7条により選択された契約準拠法（消費者の常居所地法以外の法）（10条1項）または10条2項の行為地法が適用され、さらに隔地者間契約の場合は行為地法に代えて同条4項の申込または承諾通知発信地法が選択的に適用されることになる。つまり、通則法11条3項は、方式に関して同法10条1項の契約準拠法と同条2項または4項の規定による選択的適用を背後から部分的に認めてしまっているのである。

#### (ii) 消費者の常居所地法中の特定の強行規定が援用されなかったとき

消費者契約の成立について7条の規定により消費者の常居所地法以外の法が選択された場合であって、消費者の常居所地法中の特定の強行規定が援用されなかったときについては、通則法11条3項には定めがない。しかし、消費者が常居所地法中の特定の強行規定を援用しなかったときは、方式に関する通則法10条の原則に立ち戻れば、当該消費者契約の準拠法（同条1項）（消费者的常居所地法以外の法）と行為地法（同条2項）が選択的に適用されるはずである<sup>(21)</sup>。さらに、隔地者間の消費者契約の方式には、契約準拠法と申込通知発信地法または承諾通知発信地法が選択的に適用される（10条4項）。

### (iii) 通則法 11 条 3 項の問題点の検討

(i) で述べたように、通則法 11 条 3 項は、消費者契約の方式には、①消費者が援用したその常居所地法中の強行規定がまず適用され、加えてその強行規定の定める事項以外の事項については、②当事者が選択した契約準拠法（消費者の常居所地法以外の法）（通則法 10 条 1 項）または③通則法 10 条 2 項の行為地法（隔地者間契約の場合には④同条 4 項の申込通知発信地法もしくは⑤承諾通知発信地法）が、方式を有効視する方向で選択的に適用される余地を残してしまっている。

このような選択適用の可能性は、当事者による方式に関する準拠法の予測可能性を困難にし、方式に関する準拠法の適用関係を複雑にすることにつながる。選択的適用の可能性を残した通則法 11 条 3 項は、常居所地法中の強行規定を援用した消費者の期待に反し、通則法 11 条で消費者契約の特例を設けた趣旨に反する規律であるともいえる。

しかしながら、実際的な問題点は次の点にある。

消費者が通則法 11 条 3 項の本来の趣旨に沿って、方式についてその常居所地法中の特定の強行規定の保護を受けるために援用する場合とは、通常は契約の方式を無効とするためだと考えられる<sup>(22)</sup>。このような場合には、消費者の常居所地法中の強行規定の定める事項以外の事項についても、方式を有効化する法が選択的に適用される可能性は實際上考えにくい。たとえば、消費者がその常居所地法上の方式違背による契約無効を主張した場合に、当事者が選択した契約準拠法（消費者の常居所地法でない法）によれば消費者契約が諾成契約とされていても、契約準拠法の選択適用によって方式を部分的にでも有効とすることは通常は考えられない。

以上のように、通則法 10 条 1 項、2 項および 4 項の規定を排除する通則法 11 条 3 項の「方式に関しその強行規定の定める事項」という限定が機能するのは極めて例外的な場合だといえる。

さらに通則法 11 条 3 項は、消費者の常居所地法が日本法の場合に特に困難な問題を生じさせる。消費者が事業者に対して問題となる消費者契約の方式の有効性を争うためには、日本法の特定の強行規定を援用する必要があるが、何

がそのような強行規定にあたるのかを判断するのは極めて困難だからである。

第1に、日本法において消費者法とされている特定商取引に関する法律（以下「特商法」という）（4条など）や割賦販売法（4条など）では、書面交付義務が事業者に科せられているが、事業者の義務違反には私法的効力はない<sup>(23)</sup>。したがって、これらの書面交付義務は契約の成立要件としての方式ではなく、通則法11条3項から5項および通則法10条の方式には該当しない。

第2に、特商法等の規定が強行規定に当たるかどうかも明らかではない。たとえば特商法15条の3は、通信販売の購入者に売買契約の申込みの撤回または売買契約の解除の権利を認めるが、通信販売業者がその広告（たとえばウェブページ）に申込みの撤回等についての特約（撤回等を認めない特約や特商法の規定より不利な特約でもよい<sup>(24)</sup>）を表示していた場合には、このような権利は認められない。特商法15条の3の規定が強行規定と解釈でき、かつ、広告の表示を方式と性質決定することができれば、消費者は通則法11条3項により特商法15条の3の規定を適用すべき旨の意思を販売業者に表示したときは消費者契約について申込みの撤回等を主張することができる。しかしこれは平均的な消費者にとっては極めて高いハードルだと思われる。日本の消費者保護法を前提とする限り、通則法11条3項の規律は実際には機能しないだろう。

これに対して、EUにおいては、消費者保護に関する数多くの指令において方式に関する規律が含まれている。たとえば、消費者の権利に関する指令は<sup>(25)</sup>、7条で営業所外契約等における方式要件、8条で隔地者間契約における方式要件を定めている<sup>(26)</sup>。これらの指令が定める方式の規律は複雑だと評される<sup>(27)</sup>。しかし、ローマI規則11条4項は、消費者契約について同条1項から3項までの選択的適用を排除し、方式をもっぱら消費者の常居所地の法によらせているので、裁判所による優遇比較<sup>(28)</sup>を問題とするまでもなく、通則法11条3項のような消費者にとってハードルの高い保護規定の援用を必要としない。

ドイツにおいては、ローマI規則11条4項における消費者契約の方式の例として、消費者保護に関するEU指令に基づき設けられたドイツ民法典の各種規定があげられる<sup>(29)</sup>。たとえば492条は消費者金銭消費貸借契約を要式契約

としており、494条はこの種の契約の方式不備の法的効果を無効と定めている。

ところで、日本の民法587条の2は消費貸借契約の要物性の原則の例外として、書面による方式を要件として諾成的消費貸借契約の成立を認めている<sup>(30)</sup>。民法587条の2は一般的な借主を対象とするが、消費貸借契約が通則法11条1項の消費者契約に該当すれば、日本に常居所を有する消費者は本条の規定の適用を通則法11条3項により常居所地法中の強行法規として貸主に主張できると考える<sup>(31)</sup>。民法446条2項および3項の保証契約の方式要件も同様に考えるべきであろう。

以上のように、日本における消費者保護法は契約の方式による保護を前提としておらず、また民法における要式契約はむしろ例外であるので、日本に常居所を有する消費者が通則法11条3項によって援用できる方式に関する強行規定は少ないといえる。

(ii)で述べたように、通則法11条3項において消費者が常居所地法中の特定の強行規定を援用しなかったときは、方式について通則法10条1項、2項および4項に定める法が選択的に適用される。しかし、(i)で検討したように日本に常居所を有する消費者が日本法中の方式に関する特定の強行規定を援用することが極めて困難であることを考慮すれば、消費者によるそのような援用がないからといって方式に複数の法が選択的に適用されることを許容するのは、準拠法の適用関係を複雑にするデメリットはあっても消費者にとって利益があるとは思えない。方式について選択的適用を許容することによって、当事者による準拠法の予測可能性が低下することはいうまでもない。

#### (b) 通則法11条4項—消費者の常居所地法の選択

つぎに通則法11条4項は、(a)でみた同条3項との場合とは異なり、当事者が「消費者契約の成立について」7条の規定により消費者の常居所地法を選択した場合における消費者契約の方式についての消費者の常居所地法の援用について定めるが、方式に関する選択的適用の可能性（通則法10条）を排除しようとする趣旨は同条3項と同じである。

#### (i) 消費者の常居所地法が援用されたとき—消費者の常居所地法が準拠法

通則法11条4項は、当事者が「消費者契約の成立について」7条の規定により消費者の常居所地法を選択した場合において、「消費者契約の方式について消費者が専らその常居所地法によるべき旨の意思を事業者に対し表示したとき」（下線筆者）は、方式に関する10条2項（行為地法）または4項（隔地者間契約における申込み・承諾通知発信地）の選択的適用を排除し、消費者契約の方式は専ら消費者の常居所地法によると定める。

通則法11条4項が、当事者が消費者契約の準拠法として消費者の常居所地法を選択していながら消費者にさらに方式について専らその常居所地法を援用させるのは、方式については通則法10条2項または4項によって契約準拠法である消費者の常居所地法以外の法が選択的に適用される可能性があるのでこれを排除するためである。

方式に関する選択的適用を排除する趣旨は通則法11条4項も通則法11条3項も同じであるが、4項は3項とは異なり、通則法10条1項の適用を排除していない。これは、同条4項は消費者契約の方式を選択された契約準拠法（消費者の常居所地法）によらせる規律であるから、方式を契約準拠法によらせる通則法10条1項の適用結果と同じになるからである。

通則法11条4項には、通則法11条3項のような「当該消費者契約の方式に関しその強行規定の定める事項については」（下線筆者）という限定がないので、消費者契約の方式全体が「専ら消費者の常居所地法による」ことになる。このため、通則法11条3項のように、消費者契約の方式に関し消費者の常居所地法の強行規定の定める事項以外の事項について10条2項の行為地法（隔地者間契約の場合は同条4項の申込み通知発信地法または承諾通知発信地法）が選択的に適用される可能性はない。

## (ii) 消費者の常居所地法が援用されなかったとき

消費者契約の準拠法が消費者の常居所地法である場合に、方式について消費者が常居所地法の援用をしなかったときは、原則に立ち戻れば通則法10条1項、2項または4項が適用されるので、消費者契約の方式は、契約準拠法である消費者の常居所地法と行為地法が選択的に適用され<sup>(32)</sup>、さらに隔地者間消費者契約の場合には申込み通知発信地法または承諾通知発信地法が選択的に適用

されると考えられる。この結果は、(a)(ii)で通則法 11 条 3 項について述べたのと同様である。

### (iii) 通則法 11 条 4 項の問題点の検討

(i) で検討したように、通則法 11 条 4 項では消費者契約の実質も方式も消費者の常居所地法となるので、通則法 10 条 2 項以下によるそれ以外の法の選択適用の問題は生じない。しかし、当事者が契約の成立について消費者の常居所地法を選択した場合に、当事者が方式についても同じ常居所地法の保護を受けるためにこれを援用するというような規律は、およそ現実的ではないと思われる。

消費者は、契約の「成立及び効力」の準拠法が自分の常居所地法である場合には、方式についても当然その保護が及ぶと期待するのが通常だろう。そうだとすると、通則法 11 条 4 項における消費者の常居所地法の援用の本来の趣旨は、方式について消費者の常居所地法による保護を援用させることではなく、消費者契約の方式をもっぱら消費者の常居所地法によらせて 10 条 2 項または 4 項によるそれ以外の法の選択的適用を排除するためにあるといえる。たとえば、消費者の常居所地法がそれ以外の法よりも消費者契約についてより厳格な方式要件を定めているような場合は、常居所地法以外の法の選択的適用によって消費者契約を有効とするのは、消費者の期待に反することになるからである。

消費者が消費者契約の方式についてその常居所地法を援用しなかった場合は、契約準拠法たる消費者の常居所地法（通則法 10 条 1 項）、行為地法（同条 2 項）または隔地者間消費者契約の場合の申込通知発信地法もしくは承諾通知発信地法（同条 4 項）が選択的に適用されるが、この結果、方式の準拠法に関する当事者の予見可能性は著しく低下する。

さらに深刻なのは、消費者の常居所地法よりも緩やかな方式要件を定めた法が選択的に適用されると、消費者契約の方式が有効とされるおそれがあることである。このような結果は、契約準拠法である消费者的常居所地法の適用を期待する消費者にとって不意打ちに等しい。消費者が選択的適用による方式の有効化という結果を避けるために、「当該消費者契約の方式について消費者が専らその常居所地法によるべき旨の意思を事業者に対し表示」しなければなら

ないという通則法11条3項の要件は、通則法11条の本来の趣旨である消費者保護に反するといえる。

### （3）問題点の整理と解決方法

以下では、通則法11条3項に関する(2)(a)の分析と通則法11条4項に関する(2)(b)の分析を整理し、解決方法を検討する。

#### （a）通則法11条3項の問題点の整理

消費者が、通則法11条3項の定めにより、方式についてその常居所地法中の特定の強行規定の保護を受けるためにこれを援用する場合は、通常は契約の方式を無効とする意図だと考えられるので<sup>(33)</sup>、消費者契約は援用された強行規定の定める事項以外の事項についても無効となると思われる。そうだとすれば、通則法11条3項で通則法10条1項、2項および4項の選択的適用を排除したり、消費者の常居所地法中の特定の強行規定の適用範囲を「方式に関してその強行規定の定める事項」に限定したりする実際上の意味は少ないとなる。

とはいいうものの、通則法11条3項は、消費者が方式についてその常居所地法中の特定の強行規定を援用した場合でも、理屈としては方式に関して選択的適用の余地を残しているといえる。その結果、当事者による準拠法の予見可能性を著しく阻害し、また方式に複数の法が適用されうるという準拠法適用の複雑さを生じさせるおそれがある。また、上述のように通常は消費者契約の方式の有効性を否定することによって消費者保護が図られると思われる所以、方式を有効化する選択的適用の余地を残すような通則法11条3項の規律は通則法11条の本来の趣旨である消費者保護には適さない。

方式について消費者にその常居所地法中の特定の強行規定を援用させるという通則法11条3項の規律方法は、消費者の常居所地が日本である場合は、とりわけ消費者に困難をもたらす。日本で消費者法とされている特商法等の書面交付義務に関する規定は私法的效果を予定しておらず、通則法11条の意味での方式とはいえない。また、特商法15条の3のような規定は私法的效果を有するが、方式の規制といえるか、強行規定といえるかの判断が困難なため、消

費者が通則法 11 条 3 項によりこのような規定を援用するのは困難である。

以上のような日本の消費者保護法の書面規制の現状を考慮すれば、消費者による援用がないからといって、消費者契約に通則法 10 条による選択的適用を許容する通則法 11 条 3 項の規律は、消費者の利益には合致しない。

なお、消費者が通則法 11 条 1 項によって消費者契約の「成立及び効力」に関して自分の常居所地法中の特定の強行規定による保護を受けるためにも、その規定の援用が要件となるが、この保護要件は「実際には消費者にとってそれほど重い負担にはならないのではないか」という指摘がある<sup>(34)</sup>。しかし、方式については保護要件の特定が困難なため、消費者には重い負担となるだろう。

#### (b) 通則法 11 条 4 項の問題点の整理

当事者が契約の成立について消費者の常居所地法を選択しているのにも関わらず、方式に関する選択的適用を排除するために消費者にわざわざ自分の常居所地法の援用を求めるという通則法 11 条 4 項の規律は、平均的な消費者にとって極めてわかりにくく、実際に機能するとはとても思われない。このような規律は 11 条が本来目指している準拠法に関する消費者保護の趣旨に反するものといえる。

反対に、消費者が消費者契約の方式について専らその常居所地法を援用しなかった場合は、通則法 10 条による選択的適用がされ、この結果消費者契約の方式には複数の法が選択的に適用されることになり、準拠法の予測可能性が低下するおそれがある。

さらに深刻なのは、消費者の常居所地法よりも緩やかな方式要件を定めた法が選択的に適用されると、消費者の期待に反して消費者契約の方式が有効とされるおそれがあることである。この結果を避けるために、消費者に方式についてもその常居所地法を援用させるという通則法 11 条 4 項の保護要件は、通則法 11 条の本来の趣旨である消費者保護に反する。

#### (c) 解決方法

以上のように通則法 11 条 3 項および 4 項の規律には消費者保護の観点から数々の問題点があるが、これらの規定は単位法律関係についても基本的な問題を含んでいる。この問題を回避できるなら、通則法 11 条 3 項および 4 項の規

定は、消費者保護に合致するように解釈することも不可能ではない。

そもそも、当事者が通則法11条1項の消費者契約の「成立と効力」と区別して、「消費者契約の成立」という限られた法律関係について、7条の規定により消費者の常居所地法以外の法を選択したり（通則法11条3項）または当事者によって消費者の常居所地法が契約準拠法として選択されているのに、さらに方式について消費者の常居所地法（通則法11条4項）を選択したりする場合などが実際にあり得るのだろうか。むしろ、当事者は消費者契約の成立か効力かを区別しないで、その「成立及び効力」について準拠法を選択するのが通常ではないだろうか。そうであれば、通則法11条3項および4項の規律は、本来通則法11条1項によって実現されるべきだといえる。

同様の指摘は通則法11条5項についても可能である。同項は「消費者契約の成立について」当事者による法選択がないときは、消費者契約の方式を消費者の常居所地法によらせる。ここでも消費者契約の成立および効力とは別に消費者契約の成立についての当事者による法選択を問題にする必要がないのであれば、同条5項の規律内容は、同条2項によって規律すべきものである。

通則法の立法過程で出された法制審議会国際私法（現代化関係）部会（以下では「法制審国際私法部会」という）による案、すなわち「国際私法の現代化に関する要綱中間試案」<sup>(35)</sup>（以下では「要綱中間試案」という）第4の5「消費者契約における消費者保護規定 A案」および同部会による「国際私法の現代化に関する要綱」<sup>(36)</sup>（以下では「現代化に関する要綱」という）第4の3「消費者契約に関する消費者保護規定」に示された規律方針は、いずれも契約の成立および効力を区別しないで当事者が単一の準拠法を選択することを前提としているように見える<sup>(37)</sup>。

もし通則法11条3項から5項の「消費者契約の成立」の趣旨が「消費者契約の成立及び効力」と変わらないとすれば、それぞれの規定は次のように解釈することができる。

第1に、通則法11条1項により消費者がその常居所地法中の特定の強行規定を援用した場合には、同条3項の方式についての特定の強行規定の援用がなくても、消費者は方式についてもその常居所地法による保護を受けることができる。

きると解釈すべきである。11条3項の趣旨により、方式に関する選択的適用（10条1項、2項および4項）はされない。消費者が特に方式についてその常居所地法中の特定の強行規定を援用した場合には、11条3項にしたがえばよい。

第2に、通則法11条1項により消費者がその常居所地法中の特定の強行規定を援用した場合には、同条4項の方式について消費者の常居所地法の援用がなくても、消費者契約の方式の準拠法は消費者の常居所地法となると考えるべきである。11条4項の後半の規律の趣旨によって、方式に関する選択的適用（10条2項および4項）は排除される。もし消費者が契約準拠法たる常居所地法をさらに方式に援用した場合には、11条4項により処理をすることになる。

第3に、通則法11条5項の「消費者契約の成立」の趣旨が「消費者契約の成立及び効力」と変わらないとすれば、同法11条5項は同法10条1項、2項および4項の選択的適用を排除する規律のみ意味を持つことになる。

なお、うえのいずれの場合においても9条の当事者による準拠法変更は方式については効力を有さないことになる（10条1項のかっこ書き参照）。

しかしながら、以上のような解釈は可能ではあるものの、迂遠であって消費者にとってわかりやすいものとはいえない。

通則法11条3項、4項および5項のような「消費者契約の成立」に限定した当事者による準拠法選択のあり方は、前述の要綱中間試案や現代化に関する要綱からはうかがうことはできない。要綱中間試案や現代化に関する要綱は、消費者契約の方式について選択的連結を排除するローマI規則11条4項やその他の法域の国際私法規則による規律と同趣旨のように思われる<sup>(38)</sup>。しかしながら、各国の立法例は消費者契約の方式については消費者によるその常居所地法の援用を求めないで<sup>(39)</sup>端的に消費者の常居所地法によるものとしており、この点が要綱中間試案、現代化に関する要綱および通則法11条3項および4項の規律方法とは異なっている。

各国の立法例のように、消費者契約の方式については、消費者によるその常居所地法の援用を求めないで、もっぱら消費者の常居所地法のみによることとすれば、方式に関する通則法10条による選択的適用も問題とならず、簡明でわかりやすい。

通則法11条3項から5項の規律は、比較法的な動向からはずれており、消費者保護の観点からも、ひいては準拠法に関する当事者の予見可能性の観点からも、上に述べたような立法的措置による明確化がぜひとも必要である。

もっとも、要綱中間試案や現代化に関する要綱からはうかがえない通則法11条3項から5項の規律が「法の適用に関する通則法案要綱」<sup>(40)</sup>の段階で現れたのは<sup>(41)</sup>、通則法10条1項の「当該法律行為の成立について適用すべき法」との平仄を合わせるためにあった思われるが、既存の規定との整合性を図るための精緻なドラフティングで消費者が使えないような規定になっているのだとすれば、本末転倒であろう。この点は問題点を指摘するにとどめたい<sup>(42)</sup>。

## 2. 物権の準拠法—通則法13条

### (1) 目的物の所在地法の意味

動産および不動産に関する物権の準拠法については、通則法13条が目的物の所在地の法秩序に従わせる目的物所在地法原則を定めるのみで、通則法は他に明文の国際私法規則を定めていない。通則法の制定過程において、①移動（運送）中の動産、②鉄道車両、自動車等のいわゆる走行性動産（輸送機）、③法定担保物権、④約定担保物権および⑤動産に関して発行される船荷証券や貨物引換証等の証券の物権的効力の準拠法について、目的物の現実の所在地以外の連結点を採用すべきか否かの検討が行われたが<sup>(43)</sup>、要綱中間試案では具体案は示されなかった<sup>(44)</sup>。しかし、その第6「物権等に関する準拠法（第10条）」において、目的物所在地よりも明らかにより密接な関係を有する地がある場合には、その地の法によるという例外条項を設けるA案と、例外条項は設けないとするB案が併記されたが、結局例外条項は設けないこととなった<sup>(45)</sup>。

通則法13条では平成18年改正前法例10条の規定が維持され、同条1項は、物権の存在（物権の種類、内容および存続など）、同条2項は物権の得喪すなわち物権変動について目的物所在地法によらせている。通則法13条の目的物の所在地とは、現実の所在地を意味する<sup>(46)</sup>。

しかしながら、たとえば船舶、航空機および鉄道車両などの輸送手段（上記のように走行動産または輸送機とも呼ばれる）は、国境を超えて移動することが

その本質的機能であるから、その物権的権利を現実の所在地の法によらせるこ  
とは適切ではない。そこで輸送手段については例外的な処理が主張されている。

輸送手段に関する物権的権利については通則法13条の例外として、条理解  
釈からその所属国法（具体的には旗国法または登録国法）によるべきだと主張す  
る見解が多数である<sup>(47)</sup>。これに対して、同じ結論を「目的物の所在地法」の  
例外と考えるのではなく、その解釈として導き出す見解がある<sup>(48)</sup>。しかし、  
旗国や登録国を所在地と見るのは擬制的に過ぎると思われる<sup>(49)</sup>。さらに、後  
述するように、通則法13条の目的物の所在地の概念を現実の所在地から拡張  
すると、原則と例外との関係があいまいになり、当事者による準拠法の予測可  
能性を低下させる。

つぎにみる判例（ベンツ盗難事件）は、自動車の所有権取得について、目的  
物の所在地という概念を現実の所在地から拡張し、改正前法例10条2項（通  
則法13条2項）にいう所在地法とは、権利の得喪の原因事実が完成した当時に  
おいて当該自動車が運行の用に供し得る状態のものである場合にはその利用の  
本拠地の法（実質的には登録国法<sup>(50)</sup>）であると判示した（以下「ベンツ事件最高  
裁判決」という）<sup>(51)</sup>。

## （2）最高裁判例の問題点の検討

ドイツ在住の個人Aがリースにより使用していたベンツ（以下「本件自動車」  
という）がイタリア旅行中に盗まれてドバイ経由で日本に輸入され、Aらに保  
険金を支払ったドイツ法人Xが日本で本件自動車を買い受けて占有するYに対  
してその所有権に基づく引渡し等を請求した事案（以下「ベンツ事件」という）  
において、最高裁は法例10条2項（通則法13条2項）の解釈についてつぎの  
ような一般論を述べる。

目的物が有体物であるときの所在地法は、「その物理的な所在地を準拠法選  
択の連結点とすることに支障があるなどの場合を除き、その物理的な所在地の  
法をいう」。その根拠は、「物権のように物の排他的な支配を目的とする権利の  
得喪はその原因事実が完成した当時における目的物の所在地国等の利害と密接  
な関係を有すること」に求めている。

しかしながら自動車の所有権取得については次の原則を示した。

- ①「自動車の所有権取得の準拠法を定める基準となる法例 10 条 2 項にいう所在地法とは、権利の得喪の原因事実が完成した当時において、当該自動車が、運行の用に供し得る状態のものである場合にはその利用の本拠地の法」であり、
- ②「運行の用に供し得る状態にない場合には、他国への輸送の途中であるなどの事情がない限り、物理的な所在地の法をいう」。

以上の原則を事案に適用して、ベンツ事件最高裁判決は次のように判断した。

第1に、本件自動車を日本に輸入した日本法人から順次承継取得され日本において最初に登録した自然人Bまでの関係に判示②を適用し、「それらの者が本件自動車の占有を取得した時点において、本件自動車が、ドイツにおいては形式的に登録が残っていても、運行の用に供し得る状態になかったことは明らかであるから、本件自動車の所有権取得の準拠法は、本件自動車の各占有取得時におけるその物理的な所在地の法である我が国の法」によるという。第2に、Bから本件自動車を取得した日本法人からYまでの関係に判示①を適用し、「同人らが本件自動車の占有を取得した時点においては、Bが既に本件自動車を道路運送車両法に基づいて新規登録し、運行の用に供し得る状態になっていたから、その準拠法は、本件自動車の各占有取得時におけるその利用の本拠地であることが明らかな我が国の法による」と判示した。

本判決は、Bが本件自動車を日本で「新規登録」するまでの間は所有権取得は物理的な所在地法である日本法が準拠法であるとして、Bによる自動車の即时取得を認めているので、①の利用の本拠地の法の先例的意義は差し引いて考える必要がある<sup>(52)</sup>。また、自動車の物権関係には原則として登録地法を適用する見解<sup>(53)</sup>に対して、判示②はこれを制限したともいえる<sup>(54)</sup>。

しかしながら、判示①の「自家用」自動車の取得を利用の本拠地法によらせる目的物の所在地法の解釈として根拠づけるのは、国際的に広く認められた物権に関する目的物所在地法主義概念を不用意に拡張するもので国際私法の国際的な調和に逆行するものである。個人の用途のために利用される自動車の物権関係は、原則通り現実の所在地法によるべきである<sup>(55)</sup>。

なお、自動車に関する本拠所地法・復帰地法の説得的權威とされてきた見解

が、実際には一定の場所を本拠として輸送業務にあたっている自動車の場合に限定していたり<sup>(56)</sup>現実の所在地が不明の場合の補助的連結として位置づけていたりすること<sup>(57)</sup>にも留意すべきである。

### (3) 問題点の整理と解決方法

ベンツ事件最高裁判決は、法例 10 条 2 項の目的物所在地法とは、「その物理的な所在地を準拠法選択の連結点とすることに支障があるなどの事情がない限りは、物理的な所在地の法をいう」と的一般論を述べながら、自動車が、運行の用に供し得る状態のものである場合にはその利用の本拠地の法をいうとした。他方、自動車が運行の用に供し得る状態にない場合には、「一般の動産と同様に、当該自動車が他国の仕向地への輸送の途中であり物理的な所在地の法を準拠法とするのに支障があるなどの事情がない限りは、物理的な所在地の法を準拠法とすべき」という。

最高裁判例の問題は、目的物所在地法とは物理的な所在地の法であるとしながら、運行できる自動車については、利用の本拠地法（実質的には登録地法）をいうとしたことである<sup>(58)</sup>。目的物所在地法が物理的な所在地法であることを前提とするのであれば、「物理的な所在地を準拠法選択の連結点とすることに支障があるなどの事情」がある場合には、目的物所在地の解釈ではなく、その例外として、利用の本拠地法を連結点とするのが筋ではないだろうか。

最高裁の論理でいえば、「自動車が他国の仕向地への輸送の途中であり物理的な所在地の法を準拠法とするのに支障があるなどの事情」がある場合も、目的物所在地法の解釈として、「仕向地法」が導かれることになる。しかし、移動中または運送中のものについては、目的物と所在地の密接な関係性が疑わしいので、法例 10 条（通則法 13 条）の目的物所在地法主義が妥当しないものとして、条理解釈により、仕向地法によるべきとするのが現在の多数説であると思われる<sup>(59)</sup>。

仮に走行可能な自動車の物権問題を利用の本拠所地の法（または登録地法）によらせるベンツ事件最高裁判決の立場を肯定するとしても、以上と同様に、目的物所在地法概念の解釈ではなく、条理解釈から導くべきである。

ベンツ事件最高裁判決の最大の問題は、利用の本拠所地の法を目的物所在地（改正前法例10条2項、通則法13条2項）概念の解釈として導く方法が、現実の所在地ではない仕向地や旗國法・登録地に拡張する解釈につながる点である。このことは、物権の存在、成立、存続に係る通則法13条1項の所在地についても同じである。物権的権利に関する目的物所在地法主義は国際的に広く認められた大原則である<sup>(60)</sup>。これを安易に拡大解釈して現実の所在地との関連性の薄い地の法に広げるのは、つぎのような不都合を招来する点で適当ではない。

第1に、物権的権利に関する目的物所在地の概念に現実の所在地とは関係の薄い地を含ませるという解釈は、所在地法の原則とその例外との関係をあいまいにするものであり、当事者による準拠法の予測可能性を低下させる。第2に、目的物所在地法を拡大するような解釈は、国際的な法の調和に反する結果をもたらす。第3に、所在地法の原則とその例外との関係をあいまいにするような解釈は、将来の立法による法発展の障害となる<sup>(61)</sup>。

原則と例外が明確に定められた立法例として、ドイツの国際物権法がある。ドイツ民法施行法は43条1項で目的物所在地法主義を定め、その特則として45条1項で輸送手段に関する権利をその本国（所属国、登録国、許可国等）の法によらせる特例を設け、さらに46条でこれらの規定<sup>(62)</sup>の例外として本質的により密接な関連を有する国の法の適用を認めている<sup>(63)</sup>。

以上のようなドイツ民法施行法の構造からみると、43条1項の所在地が目的物の物理的（現実の）所在地を意味することは明確であるが<sup>(64)</sup>、物権についての成文規定が通則法13条しかない日本の場合とは事情が異なるともいえそうである。しかし、フランスにおいても、物権関係の国際私法規則は目的物所在地法主義を定めたものと解釈されている民法典3条2項のみであるが<sup>(65)</sup>、ここでも目的物所在地とその他の地への連結は厳格に区別されている<sup>(66)</sup>。目的物所在地が現実のまたは物理的所在地を意味し、利用の本拠地や登録地にまで拡張できないことは、各国が自動車をどう扱うかを見れば一層明らかとなる。

前述のように、ドイツ民法施行法45条1項は輸送手段に関する権利はその本国（所属国、登録国、許可国等）の法によらせているが、自動車は立法者によって意図的に除外されている。これは、自動車には所在地法の一般原則によ

り適切な結果が導かれると考えられたからである<sup>(67)</sup>。

ドイツ民法施行法 45 条の立法にあたって参考とされた 1988 年ドイツ国際私法会議提案では、諸外国で所在地法主義が採用されていることが自動車について登録地のような特別の連結（所在地という原則的な連結に対しての特別の連結の意味であるが、日本では特別連結という言葉は誤解を招く恐れがあるので、以下では「特例的な連結」という）を設けることに対する否定的な論拠として挙げられている<sup>(68)</sup>。具体的には次のような不都合が指摘されている。

多くの国で所在地法主義が採用されている現状で、もしドイツ国際私法が登録地への特例的な連結を定めたとすれば、〔自動車がドイツに所在しても〕外国で登録された自動車の外国における処分はドイツで〔登録地法により〕承認されるべきことになるが、反対に自動車の本国法〔登録地法〕であるドイツ法に従った処分は（少なくとも第三者が関係する場合には）外国では〔所在地法によるから〕承認される可能性はなくなってしまう。さらに、自動車登録番号標（ナンバープレート）の偽造リスクは許可国への連結に不利に働く<sup>(69)</sup>。以上のように、自動車をドイツ民法施行法 45 条の特例的な連結から除外することが立法者の意思であったから、これを同法 46 条の例外条項（本質的により密接な関連を有する国の法）によって裏口から導入すべきではない<sup>(70)</sup>。

ドイツの学説ではさらにつぎのような法政策的な議論がされている。許可国法を採用できない理由として、多くの自動車が未許可の状態や許可がなくなってしまった状態で譲渡される事実が指摘される。當時所在地の法に消極的な理由としては、取引利益の観点から、自動車はいつもその所在する場所で譲渡され取得されうるのが取引利益にかなうのだといわれる<sup>(71)</sup>。なお、當時国際運送に使用されている自動車（例えば長距離旅行用バスやトラック）については、民法施行法 46 条の例外条項（本質的により密接な関連を有する国の法）により同法 45 条 1 項の輸送手段と同視して許可地への連結が主張される<sup>(72)</sup>。

ドイツの場合と同様に、欧州各国においては自動車は通常の動産と同様に扱われているとされる<sup>(73)</sup>。たとえば、フランスの学説は、自動車については十分に安定的な本拠地への連結ができない以上、現実の所在地法はさほど悪い選択とはいえないという<sup>(74)</sup>。ドイツでは車両登録制度は物権関係を公示する民

事登録ではなく、道路交通規制のための行政登録に過ぎないといわれる<sup>(75)</sup>。フランスでも、車両登録自体からは民事的な効力を生じないことが、動産に関する一般原則を自動車に適用する理由とされる<sup>(76)</sup>。スペイン民法典は、10条1項・2項の物権的権利の所在地法主義に対する特則として、同条2項前段で「船舶、航空機及び鉄道車両並びにこれらに対する権利は、旗国、許可国又は登録国の法による」と規定している。しかし、10条2項後段では「自動車その他の道路運行車両はその所在地の法による」ことを明確にしている。なお、同法10条3項は移動中の物について、仕向地法によるとの当事者の明示的・黙示的合意がない限り、発送地法によるものとする推定規定をおいている。英國では、商船および民間の航空機の所在地を現実の所在地原則に対して登録地と解釈する例外ルールが認められており<sup>(77)</sup>、移動中の有体動産の譲渡については所在地が一時的か不明の場合には例外として譲渡の準拠法によることが認められている<sup>(78)</sup>。

以上のように、欧州諸国の国際私法においては、運送手段に関する物権的権利について原則である目的物所在地概念を拡張するのではなく、これとは別の登録地等の特例的な連結による国際私法規則を採用しつつ、自動車については原則的な目的物所在地によらせるという共通の構造がみられる。自動車の所有権取得について目的物所在地法の解釈として利用の本拠地法（登録地法）を導き出すベンツ事件最高裁判決の理論は、物権に関する国際私法の調和に逆行するものといえる。

欧州諸国とは異なり、外国で登録を受けて日本に走行してきた自動車の物権が日本で問題となったり<sup>(79)</sup>、日本に登録された自動車が外国に走行して外国でその物権が争いになったりすることは現時点では稀だと思われる。しかし、ある外国で登録された自動車が別の外国で、運行に供し得る状態で日本の業者に譲渡されることや、反対に日本で登録された自動車が外国に輸出され、運行に供しうる状態で外国の業者に譲渡されることは十分あり得る（運行に供し得るか否かの判断基準が問題となる）。

さらに、もっと重要なのは、日本の最高裁が物権に関する目的物所在地法主義の適用範囲をあいまいにするような準則を示すことによって、対外的に国際

私法の国際的な調和に反するような印象を与え、また、当事者の準拠法に関する予測可能性を損なうおそれがあることである。

最後に、ドイツについてみた法政策的、実際的議論はドイツや欧州に特殊なものではなく、日本の場合にも十分考慮すべきだということをベンツ事件最高裁判決との比較で述べておく。

ベンツ事件最高裁判決は、「このような運行の用に供し得る自動車が取引の対象になっている場合、買主はその自動車の登録や管理の状況など当該自動車の本拠地を知るための情報を容易に得ることができるはずであるから、当該自動車が利用の過程でたまたま物理的に所在している地の法を準拠法とするよりも、利用の本拠地の法を準拠法とするほうが、買主にとっての法的透明性がより高く、取引の安全に資することになる」と述べる。しかしながら、最高裁の論理は、原則的に、動的安全は現実の所在地（物権変動が生じた地）、静的安全の保護（真の権利者の保護）は利用の本拠地（登録地）法によって達成できると考えられている<sup>(80)</sup>ことと矛盾する。

上で見たドイツ国際私法会議提案における議論は、まさに運行の用に供し得る自動車について、登録地法ではなく所在地法を適用することによって取引の安全を保護しようとするものなのである<sup>(81)</sup>。ドイツの学説による常時所在地法（登録地法）の批判も、自動車はいつもその所在する場所で譲渡され取得されうるのが取引利益にかなうのだというものであった<sup>(82)</sup>。これに対して、ベンツ事件の原審が復帰地（登録地）の法を所在地法と解して物権変動の準拠法をドイツ法とし、「ドイツ民法 935 条によれば、窃取された動産など所有者の意思によらずに占有が所有者から離脱した場合は、即時取得の適用が排除されているので、盗難車である本件自動車には即時取得による所有権取得を認める余地がない」と判断したのは、まさに静的安全の保護（真の権利者の保護）にかなうものであった。

そもそも目的物所在地法主義を採用する重要な根拠が取引の安全であるとされるのであるから<sup>(83)</sup>、自動車に関する担保権を含む物権的権利を、運行の用に供するかどうかを問わず、物理的所在地法で一括して判断するのが取引の安全にかなうといえる。

國際私法の調和や判決の國際的調和を妨げず、取引の安全と準拠法に関する当事者の予見可能性を確保するためには、通則法13条の所在地の意味は現実の所在地に限定して解釈すべきである。通則法13条の所在地が、条理解釈を介さないで、仕向地や旗国・登録地にまで拡大解釈できるとすれば、将来の立法で旗国・登録地等の特例的な連結を規定したり、目的物所在地法の例外として明らかにより密接な関係を有する地の法を定めたりする<sup>(84)</sup>必要性は少なくなる。所在地法の原則とその例外との関係をあいまいにするような解釈は、将来の立法による法発展の障害となるといえよう。

### 3. その他の課題

最後に、以上でみた通則法11条や通則法13条のような複雑さはないものの、立法措置や解釈による明確化が望ましいと思われるいくつかの論点について、網羅的ではないが若干の指摘を行いたい。

#### （1）当事者による法選択と内国関連性が強い契約

通則法では、内国関連性が強い契約において当事者が外国法を準拠法として選択した場合に、それが通則法11条の消費者契約や12条の労働契約でないときに、内国に居住する当事者が内国の相対的強行規定による保護を受けることができるかどうかは明らかではない。内国の弱者保護や産業政策に関わる法規であっても、それが公序の發動を促すまでもなく、また絶対的強行規定とも解釈されないような場合には、当事者の法選択によって排除されることになる。

たとえば民法548条の2第2項の不当条項規制は、消費者契約や労働契約でなくてもこれに反する定型約款の条項の拘束力を否定する強行規定であるが、この規定が通則法42条の公序を構成するかまたは絶対的強行法規と解釈できるかは明らかではない。このような場合には、内国関連性のある取引に対して相対的強行規定の適用を可能とする國際私法規則が必要であると筆者は考える（ローマI規則3条3項参照）<sup>(85)</sup>。しかしこのような規則を条理で導くのが適當なのかそれとも立法的措置によるべきかを含め、ここでは課題を指摘するにとどめたい。

## (2) 担保物権の準拠法

担保物権は、「動産又は不動産に関する物権及びその他の登記すべき権利」(通則法13条1項)として、その準拠法は目的物所在地法となる<sup>(86)</sup>。成立と効力を区別して論じる必要もない<sup>(87)</sup>。2で論じたのと同様に、担保物権についても現実の所在地法の意味を擬制的に拡張解釈すべきではない。

しかし、船舶のような国境を超えてまたは公海上を移動することが常態である輸送手段の物権については、2で述べた旗国法や登録国法によるなどの考え方方が船舶先取特権などについても当てはまるのか<sup>(88)</sup>、それとも被担保債権の準拠法の適用も考慮に入れるべきなのかなど、検討すべき課題は多い<sup>(89)</sup>。とはいいうものの、旗国等への連結が条理解釈から導けるとすれば、準拠法決定の明確性に欠けるという難点はあるものの、市民生活に与える影響からみれば立法的措置の優先度は低いといえる。

## (3) 債権譲渡の債務者を除く第三者に対する効力

通則法23条は、債権譲渡の効力を、債務者についてかその他の第三者についてかを区別することなく、一律に譲渡債権の準拠法によらせている。これに対して、将来債権を含む債権の集合譲渡や債権の証券化の進展を背景に、債権譲渡の債務者を除く第三者に対する効力については、法例12条(同条は債務者とその他の第三者を区別していない)の定める債務者の住所地法ではなく、譲渡人所在地法(譲渡人の住所地法、営業の本拠地法など)によるべきという立法論が主張されていた<sup>(90)</sup>。

要綱中間試案「第8 債権譲渡等に関する準拠法(第12条)」においても、第三者に対する効力(債務者は含まない)を譲渡債権準拠法によらせるA案と、これを譲渡人の常居所地法によらせるB案が提案されていた<sup>(91)</sup>。しかし、「現代化に関する要綱」ではA案が採用され、債務者に対する効力を含め、譲渡債権の準拠法によることとなった<sup>(92)</sup>。立法担当者はこれを、通則法では現時点においてこのような立法政策を取ることは時期尚早と判断されたと整理している<sup>(93)</sup>。

譲渡人の所在地法説は、多数債権の一括譲渡や登記すべき債権譲渡を念頭に

主張されてきたので<sup>(94)</sup>、通則法23条の規律と共に存できないわけではない<sup>(95)</sup>。このため、譲渡人の所在地法によるという國際私法規則は、新たな立法によらなくても、國際私法規定の欠缺がある場合であって、その欠缺が、規定の類推によって補充できないときとして<sup>(96)</sup>、条理によって尊くことも可能だと考える。ただ、譲渡人の所在地法の適用範囲と通則法23条の譲渡債権の準拠法の適用範囲をどう切り分けるかは未だ明確にされていない。

欧洲においても、ローマI規則が債権譲渡の（債務者以外の）第三者効をカバーしていないので<sup>(97)</sup>、譲渡人の常居所地（法人等の場合は中心的統括地）法を原則的準拠法とする提案がされているが<sup>(98)</sup>、ある種の取引については譲渡債権の準拠法を準拠法とできる例外が設けられている<sup>(99)</sup>。日本においてもこれらの問題をどのように解決すべきか、債務者を除く第三者に対する効力について23条による場合と譲渡人の所在地法による場合が併存してもよいのか、さらなる検討が必要だと思われる。

### おわりに

本稿では、財産関係に関する通則法施行後の課題のうち、通則法における國際私法規則でさらなる立法措置や解釈による明確化がぜひとも必要だと思われる消費者契約の方式と物権の所在地概念の範囲について1および2で検討し、次の結論を得た。

第1に、消費者契約の方式に関する通則法11条3項および4項の規定は消費者保護の趣旨に反し、また消費者契約の方式に関する法の適用関係を複雑にするので、これらを同条5項とともに削除し、当事者の法選択や消費者の援用の有無にかかわらず、消費者の常居所地法以外の法の選択的適用を排除し、消費者契約の方式はもっぱら消費者の常居所地法によらせるべきである。

第2に、準拠法に関する当事者の予見可能性を確保し、同時に将来の立法措置による明確化の道を残すためにも、物権の準拠法を定める13条の目的物所在地概念は現実の所在地に限定すべきであり、仕向地法や輸送手段に関する所属国法などは所在地法概念に含ませるべきではない。

3では、1および2で検討した論点以外にも、財産関係の國際私法規則に関

して次のような課題が残されていることを指摘した。

①内国関連性のある取引に対して相対的強行規定の適用を可能とする国際私法規則は必要だと思われるが、それは条理解釈で導くべきか立法措置によるべきか。

②担保物権は通則法13条の目的物所在地法の枠内で解決を図るべきであり、ここでも現実の所在地法の意味を擬制的に拡張解釈すべきではないが、船舶先取特権については旗国法や被担保債権の準拠法の関係をどう整理するのか。

③債権譲渡の債務者を除く第三者に対する効力については、多数債権の一括譲渡や登記すべき債権譲渡に関して、通則法23条の特例として譲渡人の所在地法の適用を可能とする国際私法規則を設けるべきであるが、譲渡人の所在地法によるべき場合と譲渡債権の準拠法によるべき場合とをどのように整理すべきか。

本稿の以上のような問題提起が、通則法を含む日本の国際私法規則の課題解決のための参考となれば幸いである。

【付記】本稿は、2018年6月16日（土）に開催された国際私法学会第131回（2018年）研究大会のシンポジウム「施行10年を経た法の適用に関する通則法」における筆者のコメント「研究者から見た通則法10年」の問題意識を整理・発展させたものである。本稿作成にあたっては、科学技術振興機構（基盤研究（A））「アジア国際私法原則の拡充・改善・実施」（課題番号17H00958）の助成を受けた。

- (1) 法の適用に関する通則法の施行期日を定める政令（平成18年政令第289号）。
- (2) 「国際私法年報」も、法例改正について8号（国際私法学会、2006年）で、適用通則法の解釈論上の問題について9号（国際私法学会、2007年）で、それぞれ特集を組んでいる。
- (3) 多田望会員が後掲学術大会のために提供されたデータベースによる。
- (4) 2018年国際私法学会第131回大会のシンポジウム「施行10年を経た法の適用に関する通則法」、大会記録は「国際私法年報」20号（2018年）187頁、学会ウェブサイト参照。[http://www.pilaj.jp/taikai/131\\_j.html](http://www.pilaj.jp/taikai/131_j.html).
- (5) 「国際私法年報」21号（2019年）「特集1 施行10年を経た法の適用に関する通則法」参照。

- (6) 阿部耕一「法の適用に関する通則法の現状と課題」、「前掲書」（注5）71頁は、通則法36条の相続に関する銀行実務について論じている。
- (7) 小出邦夫『逐条解説・法の適用に関する通則法』（商事法務、2009年、増補版2014年）137頁、157頁、櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈國際私法第1卷 §1～23』（有斐閣、2011年）261頁〔西谷祐子〕参照。
- (8) 法務省民事局参事官室「國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」），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』『別冊NBL』110号（商事法務、2006年）153頁（原文42頁），小出「前掲書」（注7）137頁、157頁、西谷祐子「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」『國際私法年報』9号29頁以下（2007年）32頁、40頁参照。反対、村上愛「法の適用に関する通則法12条と労働法規の抵触法的処理」『國際私法年報』11号149頁以下（2009年）156～157頁参照。
- (9) 消費者契約ではないが、東京地判平成30年3月26日LX/DB25552605はアルゼンチンが発行した準拠法を日本法とする円建債券の償還をめぐる事件において、被告アルゼンチンが自国の支払延期措置の根拠法（国家緊急事態法・予算法）が絶対的強行法規だとしてその適用を主張したのに対して、裁判所は、通則法7条およびその特則の11条、12条の解釈ならびに通則法の立法経過から、契約準拠法でも法廷地法でもない第三国（第三國）の法律を適用する根拠はないとして、被告の主張を否定した。控訴審である東京高判令和1年10月29日LX/DB25566433は被告（控訴人）の弁済の抗弁を認めたため、以上の点を判断しないで原告（被控訴人）らの請求を棄却した（原判決取消）。
- (10) 櫻田・道垣内編『前掲書』（注7）263頁〔西谷祐子〕、同12条288頁〔高杉直〕参照。
- (11) 2008年の契約債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則規則（以下「ローマI規則」という）。なお、ローマI規則は欧州共同体（EC）時代に制定されたが、以下ではEU法として説明している。
- (12) ローマI規則6条2項は、当事者による法選択は、「当事者による準拠法の選択がなかったならば適用されるべき法の規定であって合意によって排除することができない規定」が消費者に与える保護をこれらの者から「奪う結果となつてはならない」と規定している。詳細は、野村美明「契約に関する國際私法の國際的調和と乖離」『帝塚山法学』22号149頁以下（2011年）参照。
- (13) 佐藤やよひ「契約—法適用通則法適用に当たっての問題点」「ジュリスト」1325号47頁以下（2006年）53頁、松岡博著・高杉直補訂『國際関係法講義』〔改

題補訂版]』（法律文化社、2015年）117頁等参照。議論の詳細は、櫻田・道垣内編『前掲書』（注7）261-263頁【西谷祐子】参照。

- (14) 村上愛「法の適用に関する通則法の下での契約準拠法」『前掲書』（注5）25頁参照。
- (15) 診療報酬債権（MARS）を投資対象とする金融商品についてのネバダ州法を準拠法とする出資契約に関する一連の事件に関して、東京地判平成29年1月17日LEX/DB 25538647 その他の裁判例が公開されている。前掲東京地判は、「Xらの出資金は、ネヴァダ州によって保証されている」などと説明がされた出資契約について、原告らが民法96条1項または消費者契約法4条1項1号に基づき取消しの意思表示をしたことにより効力を失うとした。また、東京地判平成29年5月25日LEX/DB 25554677は、「本件出資契約は、法の適用に関する通則法11条1項にいう消費者契約に当たり、消費者である原告が常居所地法中の特定の強行法規である民法96条1項を適用すべき旨の意思を事業者である被告に表示したことも明らかであるから、本件出資契約の効力については、同条項の適用についても判断すべきことになる」と判示した。
- (16) 東京高判平成29年6月29日2017WLJPCA 06296007。
- (17) 野村美明「内国法人の海外子会社間の債権現先取引契約について、契約準拠法の日本法により、子会社の法人格は形骸にすぎず、違法な手段のためにペーパーカンパニーとして設立されたとして法人格を否定し、右内国法人は契約上の責任を免れないとした例」『私法判例リマーカス2003＜下＞No.27』131-134頁（2003年）。
- (18) 小出『前掲書』（注7）137頁、野村美明・高杉直・長田真里編著『新・ケースで学ぶ国際私法』（法律文化社、2020年）202-203頁【小野木尚】参照。
- (19) 村上「前掲論文」（注14）24頁、神前禎「通則法11条による法人格否認の法理の適用の可否」重判「ジュリスト」1531号302以下、303頁、吉川英一郎「国際消費者契約をめぐる裁判例に関する考察—東京高判平成29年6月29日及びその原判決について—」『同志社商学』、71(1)(2019年)65頁以下参照。
- (20) 消費者契約の方式の準拠法については、野村美明「消費者契約の準拠法—通則法11条批判」『法曹時報』第68巻第6号（2016年）1453-1480頁（6号1-28頁）が立法過程や比較法の観点から詳細に論じている。本稿は、以上の議論を整理・再検討し、立法による是正に焦点をあてている。
- (21) 小出『前掲書』（注7）139頁参照。
- (22) 消費者が契約の方式の有効性を主張する可能性があることについては、後掲

- (注 28) 参照。
- (23) たとえば特商法では、7 条、8 条による行政処分および 71 条 1 号による罰則のほか、書面を交付しなかった場合は 9 条 1 項によるクーリングオフの起算日が進行しないという効果しかない。
- (24) 斎藤雅弘他『特定商取引法ハンドブック [第 6 版]』(日本評論社、2019 年) 378 頁、「通信販売における返品特約の表示についてのガイドライン」Ⅱ 2 「インターネットにより広告をする場合について」、通達令和 2 年 3 月 31 日「特定商取引に関する法律等の施行について」(別添 5) 参照。
- (25) DIRECTIVE 2011/83/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 October 2011 on Consumer Rights.
- (26) Magnus/Mankowski, *Rome I Regulation* (2017), Art. 11, Verschraegen, Rn.100, S.707.
- (27) 前掲 Rn.99, 706 頁参照。
- (28) 前掲(注 12) およびその本文参照。なお、ローマ I 規則 11 条 4 項が消費者契約の方式をもっぱら消費者の常居所地法によらせることしたので、たとえ行為地法や契約準拠法が消費者の常居所地法より方式上消費者に有利であっても、優遇原則によってこれらの法によるほうが有効な場合は適用し、無効の場合は適用を否定することはできないとされる。Staudinger Kommentar, Maguns (2016) Art 6 Rom I-VO, Rn. 150.
- (29) Staudinger Kommentar, Winkler von Mohrenfels (2016) Art 11 Rom I-VO, Rn. 133.
- (30) 中田裕康『契約法』(有斐閣、2017 年) 349-350 頁参照。
- (31) 通則法 11 条 1 項を通じた民法 96 条 1 項(詐欺又は強迫による取消し)の適用について、前掲(注 15) およびその本文参照。
- (32) 小出『前掲書』(注 7) 139 頁参照。
- (33) 消費者が契約の方式の有効性を主張する可能性については、前掲(注 28) 参照。
- (34) 村上『前掲論文』(注 14) 25 頁参照。交渉段階でも訴訟段階でも、弁護士に相談できればそのとおりであろう。
- (35) 別冊 NBL『前掲書』(注 8) 91 頁以下、95 頁参照。
- (36) 別冊 NBL『前掲書』(注 8) 67 頁以下、69 頁参照。
- (37) 「現代化に関する要綱」第 4 の 3 「消費者契約に関する消費者保護規定」はつぎのように規定する。
- 「ア 契約の成立及び効力について当事者による準拠法選択がされた場合であっても、その契約が消費者契約であって、当該契約の成立及び効力並びに方式に関して消費者がその常居所地法上の強行規定に基づく特定の効果を主張したときは、

当該主張に係る強行規定が適用されるものとする。

イ当事者による準拠法選択がされていない場合の消費者契約の成立及び効力並びに方式は、1ア及び第5にかかわらず、消費者の常居所地法によるものとする。」

(38) 野村「前掲論文」(注20) 1159頁以下参照。

(39) 消費者契約の準拠法についても、たとえばローマI規則6条2項は、当事者による法選択を認めつつ、運送契約および保険契約の場合を除き、当事者による法選択が消費者の常居所地法中の強行規定が消費者に与える保護を奪う結果となつてはならないと規定する。この規定は、裁判所に対し、当事者の選択した法と消費者の常居所地法との優遇比較を行い、より消費者保護に厚い規定の適用を認め裁量権を与えていた。

(40) 別冊NBL「前掲書」(注8) 39頁以下参照。

(41) 小出「前掲書」(注7) 145頁は、通則法は、要綱の趣旨に従いつつ、「方式の準拠法については、行為地法との選択的連結の排除を明確化する等、より分析的な規定ぶりを採用」したという。

(42) 野村「前掲論文」(注20) 1173頁以下に若干の検討がされている。

(43) 法制審国際私法部会第8回会議([http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi\\_031216-1.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_031216-1.html))および第18回会議議事録([http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi\\_041019-1.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_041019-1.html))参照。「「国際私法の現代化に関する要綱」の概要」別冊NBL「前掲書」(注8) 56-57頁参照。

(44) 「補足説明」(注8) 171-176頁(原文60-65頁)。

(45) 法制審国際私法部会第26回会議議事録([http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi2\\_050614-1.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi2_050614-1.html))参照。

(46) 櫻田・道垣内編「前掲書」(注7) 373頁〔竹下啓介〕、松岡・高杉「前掲書」(注13) 151頁、櫻田嘉章「国際私法〔第6版〕」(有斐閣、2012年) 199頁、西谷祐子「物権準拠法をめぐる課題と展望」「民商法雑誌」136巻2号(2007年) 206頁、折茂豊「国際私法(各論)(新版)」(有斐閣、1972年) 89頁参照。ただし、前掲竹下は、「基本的に」という限定を付ける。

(47) 野村・高杉・長田「前掲書」(注18) 263頁〔西岡和晃〕、松岡・高杉「前掲書」(注13) 151頁、横山潤「国際私法」(三省堂、2012年) 158頁、櫻田「前掲書」(注46) 204頁、西谷「前掲論文」(注46) 222頁参照。溜池良夫「国際私法講義〔第3版〕」(有斐閣、2005年) 341頁は、輸送機も運送中の物と整理して、原因事実完成当時の所在地法が目的物と密接な関係にあるとはいえないからこれを適用することは適当ではないという基本原則を述べる。

- (48) 折茂「前掲書」（注46）89頁は、「目的物の「所在地」というのは、「目的物たる有体物の自然的・物理的な存在場所を指す」と説明しながら、船舶、航空機などの輸送機は原則としてその所属国が明確にされているから、その所属国法（旗国法ないし登録国法）が「所在地法」とされるべきという。
- (49) 西谷「前掲論文」（注46）223頁、旗国について『涉外判例百選〔第3版〕』（1995年）65頁〔畠場準一〕参照。
- (50) 溜池「前掲書」（注47）343頁は、「利用の本拠地」とは、本判決の原審判決の判旨より、登録国を指しているものと解している。最高裁はベンツ事件の一般論のなかで、自動車は車両の登録をすることで運行の用に供し得るようになり、登録が抹消された状態では運行の用に供し得ないと述べ、本件事案への適用においても、日本で新規登録して運行の用に供し得る状態になったから日本が利用の本拠地であることが明らかだと述べているので、利用の本拠地の法と登録地法は実質的には同じことを意味しているといえる。
- (51) 最3小判平成14年10月29日民集56巻8号1964頁。
- (52) 早川眞一郎「本件判批」「ジュリスト」1246号「重判解」（2003年）277頁参照。
- (53) 溜池「前掲書」（注47）343頁、櫻田「前掲書」（注46）204-205頁参照。
- (54) 早川「本件判批」（注52）277頁参照。
- (55) 西谷「前掲論文」（注46）225-226頁参照。
- (56) 折茂「前掲書」（注46）96頁注(1)参照。
- (57) 久保岩太郎「国際私法論」（三省堂、1935年）567頁は、物権行為当時の所在地が不明の場合には当事者の合理的な意思解釈として復帰地法によるべきという。
- (58) もっとも、運行できる自動車の取得を利用の本拠地法や登録地法によるとして外国法を準拠法としたとしても、物理的な所在地の物権秩序が通則法42条の公序として介入してくる場合もあるだろう。
- (59) 松岡・高杉「前掲書」（注13）151頁、横山「前掲書」（注47）158頁、櫻田「前掲書」（注46）203頁、溜池「前掲書」（注47）341-342頁参照。目的物所在地法概念の解釈として仕向地法を導く見解としては、木棚照一・松岡博編「基本法コンメンタール／国際私法」別冊法学セミナー130号59頁（1994年）【高桑昭】59頁、折茂「前掲書」（注46）90頁がある。この2つの考え方については、櫻田・道垣内編「前掲書」（注7）373頁〔竹下啓介〕参照。
- (60) EU各国の国際私法はつきのサイトで概観できる。[https://e-justice.europa.eu/content\\_which\\_law\\_will\\_apply-340-en.do](https://e-justice.europa.eu/content_which_law_will_apply-340-en.do)。また、西谷「前掲論文」（注46）206頁および注21、法例研究会「法例の見直しに関する諸問題(2)」（別冊NBL（No.85））（2003

年) 134-136 頁参照。なお、中国国際私法は動産について、当事者の法選択がない場合に所在地法によると定める。黄ジン霆「中国国際私法の比較法的研究」(帝塚山大学出版会、2015 年) 141-143 頁参照。

- (61) 現実の所在地ではない地を所在地と認めると、たとえば要綱中間試案第 6 の A 案(前掲(注 35)の本文参照)のような明らかにより密接な関係を有する地の法の適用を許す例外条項を設ける意味がなくなってしまう。
- (62) 民法施行法 43 条、45 条の他に、44 条は、不動産侵害に基づく請求の準拠法を「契約外債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則」(Rome II 規則)(第 3 章の不当利得、事務管理および契約締結上の過失を除く)によらせる。
- (63) 1999 年の民法施行法改正で 43 条から 46 条が設けられるまで、ドイツには所在地法主義を含む物権に関する成文の国際私法規則はなかった。西谷「前掲論文」(注 36) 210 頁注 15, Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6 Auf. (2006) 553.
- (64) Abbo Junker, *Internationales Privatrecht*, 3. Aufl. (2019) S.358 (§ 17, Rn.6); Münchener Kommentar BGB/Wendehorst, 7. Aufl. (2018), EGBGB Art. 43, Rn.105.
- (65) 藤澤尚江「動産担保取引の発展と国際私法(上)」「筑波ロー・ジャーナル」8 号(2010 年) 63 頁参照。
- (66) Pierre Mayer, Vincent Heuzé, Benjamin Remy, *Droit international privé* (12e, 2019) No.678.
- (67) Entwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen, BT-Drucks. 14/343 (01. 02. 99) 17.
- (68) 1988 年ドイツ国際私法会議による提案参照。Vorschläge des Deutschen Rats für Internationales Privatrechts, in: Henrich (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Sachen- und Immaterialgüterrechts* (1991) S.8. 楢崎みどり「ドイツ国際物権法・無体財産権法改正のための諸提案(1988 年)」「法学新報」99 卷 5・6 号(1993 年) 305-338 頁参照。
- (69) 前掲 Vorschläge, S.9; 楢崎翻訳 335 頁参照。
- (70) Wendehorst, *supra* Note 64, Rn.25; Christian v. Bar/ Peter Mankowski, *Internationales Privatrecht*, Bd.II: Besonderer Teil, 2 Aufl. (2019) § Internationales Sachenrecht, Rn.103 (S.451).
- (71) Junker, *supra* Note 64, S.365 (17, Rn.21); Kropholler, *supra* Note 63, S.565.
- (72) Kropholler, *supra* Note 63, S.565; Hoffmann, *Internationales Privatrecht*, Aufl., 9, (2007) § 12 Sachenrecht Rn. 42 (S.533).
- (73) 西谷「前掲論文」(注 36) 226 頁参照。

- (74) Mayer, *supra* note 66.
- (75) 西谷「前掲論文」（注36）225頁参照。
- (76) Bernard Audit et Louis d'Avout, *Droit International Privé* (8éd., 2018) no.234. もっとも、この著者らは行政的登録を連結基準とする考え方を示唆している。Ibid. no.956. Louis d'Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens* (2006) no.486. ただし、目的物の物理的な所在地法に反さない限りという限定をつけている。
- (77) Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws, vol.2 (15<sup>th</sup>.ed., 2012), Rule 129 at p. 1286, Exceptions 1 and 2 at pp. 1300-1030.
- (78) Dicey, Morris & Collins, *supra* note 77, Rule 133 at p. 1336 and Exception at p. 1643.
- (79) 早川「本件判批」（注52）277頁参照。
- (80) 西谷「前掲論文」（注36）226頁参照。
- (81) 登録地への連結を説く見解は、まさにベンツ盜難事件のような場合を想定しており、保険会社が外国でドイツ法により盜難自動車の返還請求ができるメリットを強調していた。Vorschläge, *supra* Note 68, S.9; 楠崎翻訳 334頁参照。
- (82) Junker, *supra* Note 64, S.365 (17, Rn.21); Kropholler, *supra* Note 63, S.565.
- (83) BT-Drucks., *supra* Note 67, S.15. もう一つの理由は、所在地への連結が、ドイツ国際私法の指導原則である最強の関連の原則に合致することである。
- (84) 前掲（注45）の本文参照。
- (85) 野村美明「契約の準拠法Ⅰ——当事者による法選択と強行法規」日本国際経済法学会編『日本国際経済法学会創立20周年記念 国際経済法講座Ⅱ 取引・財産・手続』（法律文化社, 2012年）29頁
- (86) 櫻田・道垣内編「前掲書」（注7）373頁【竹下啓介】、道垣内正人「ポイント国際私法 各論第2版」（2014年）296-298頁参照。
- (87) 道垣内「前掲書」（注86）297-298頁参照。
- (88) 櫻田・道垣内編「前掲書」（注7）606頁【増田史子】は、船舶先取特権を念頭に、法定担保物権の成立は被担保債権の準拠法と旗国法の累積適用により、効力は物権準拠法としての旗国法によるのが通説であると整理する。これに対して、道垣内正人「海事国際私法」落合誠一・江頭憲治郎 編『海法大系』（商事法務, 2003年）682-683頁は、成立・効力ともに旗国法によるべきと主張する。道垣内「前掲書」（注86）302-303頁は、船舶先取特権は、現実の所在地とは離れるものの、条理によって旗国に連結することもやむを得ないという。
- (89) ドイツ民法施行法45条2項、西谷「前掲論文」（注36）240頁、山崎良子「商事判例研究」ジュリスト560号（1974年）138頁参照。なお、増田史子「船舶先

取特権とその準拠法－海事債権の実現方法についての序論的考察」、「国際取引法の現代的課題と法」（澤田追悼）（信山社、2018年）372頁は、成立時の場所が確定できる限りで、船舶先取特権の成立および効力はその時々の現実の所在地法によるとする。

- (90) 櫻田・道垣内編『前掲書』（注7）545頁【北澤安紀】参照。
- (91) 別冊NBL『前掲書』（注8）102頁、「補足説明」（注8）204-209頁（原文93-98頁）参照。
- (92) 「「国際私法の現代化に関する要綱」概要」（注36）62-63頁参照。
- (93) 小出『前掲書』（注7）271頁参照。
- (94) たとえば、野村美明「債権流動化と国際私法—立法試案」多胡圭一編『二十一世紀の法と政治 大阪大学法学部創立50周年記念論文集』（有斐閣、2002年）374-376頁は、債権譲渡登記制度が予定しているような法人がする多数の金銭債権の譲渡に限定して、債権譲渡の債務者以外の第三者に対する効力を譲渡人の住所地法によらせるなどを主張する。動産債権譲渡特例法1条、4条、8条など参照。
- (95) 藤澤尚江『債権・動産を活用した金融取引と国際私法』（同友館、2014年）132頁、157頁以下は、原則としては通則法23条の譲渡債権の準拠法により、将来債権を含む多数債権の一括譲渡が用いられるような金融取引についてのみ例外的に譲渡人の所在地法によるべきと主張する。
- (96) 条理について、櫻田・道垣内編『前掲書』（注7）58-60頁【桜田嘉章】参照。
- (97) ローマI規則14条2項は、債権譲渡の譲受人と債務者の関係は譲渡債権の準拠法によると規定している。
- (98) 債権譲渡の第三者効の準拠法に関する欧洲議会及び理事会規則提案4条1項。  
Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the law applicable to the third-party effects of assignments of claim, Brussels, 12.3.2018 COM (2018) 96 final.
- (99) 前掲理事会規則提案4条2項および3項。提案の補足説明によれば、銀行の預金者が有する債権やデリバティブ契約上の債権には譲渡対象たる債権の準拠法が適用され、証券化取引における債権譲渡の第三者効については当事者が譲渡債権の準拠法を選択できるという例外が設けられている。EXPLANATORY MEMORANDUM at pp. 18-21; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX-52018PC0096&from=EN>.