

---

種 別： 論説

タイトル： EU 国際私法における当事者による法選択と国際性の要件

著 者： 福井 清貴

所 収： 『上智法学論集』第 67 卷 4 号（令和 6 年 3 月）145-205 頁

発行元： 上智大学法学会

---

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

---

## 論 説

---

# EU 国際私法における当事者による法選択と 国際性の要件

福井 清貴

---

- 第1章 序文
- 第2章 EGBGB と EU 国際私法における国際性要件
  - 第1節 検討対象
  - 第2節 EGBGB およびローマ I 規則
- 第3章 ローマ I 規則 3 条 3 項における国際性要件
  - 第1節 理論的根拠
  - 第2節 単一国事案における法選択の効果
  - 第3節 要件審査の基準
- 第4章 わが国への示唆
  - 第1節 渉外的法律関係説と法律関係全般説
  - 第2節 要件と効果
- 第5章 結語

## 第1章 序文

当事者自治の原則が認められる単位法律関係について、当事者は準拠法を自由に選択することができる。この法選択は「抵触法的指定」ともいわれ、通常、選択された国家法の任意法規と強行法規の包括的な適用を導く。そのため従来、国内外でこれに対する制限論が度々主張されてきた。わが国では、質的・量的制限論、強行法規の特別連結論等が有名であろう。現代においては、特に国際債権法の分野につきこのような制限論のいくつかが廃れ、一部が維持されている<sup>(1)</sup>。この維持されている側の制限の一つとして、国際性の要件が挙げられる。これによれば、国際性のない事実関係には当事者

による抵触法的指定は認められない。今もなお諸国の国際私法において普遍的にみられる制限である<sup>(2)</sup>。

ところが、わが国際私法たる法の適用に関する通則法（以下、「通則法」）4条以下は、契約債権関係（7条、9条）、契約外債権関係（16条、21条）および夫婦財産制（26条2項）につき当事者自治を認めるにもかかわらず、事実関係に国際性を要求する文言を含まない。あたかも当事者による法選択が国際性のない純粹内国事案であっても認められるかのような規定となっている。たしかに従来、国際私法適用の前提条件として国際性の要件は議論されてきた。すなわち、通則法4条以下が国際的事実関係にのみ適用されるとする渉外的法律関係説か、これがあらゆる事実関係に適用されるとする法律関

---

(1) 欧州の学説は、19世紀末から現在にかけて、当事者自治の制限を徐々に緩和化する方向に展開されていった。すなわち、当事者自治否定論（質的制限論）に始まり、量的制限論や場所付け理論へ至り、後には当事者に「正当な利益」がある限りで中立的な法の選択を認めるという学説が提唱されるに至った。これらの制限論は、各々に要件の差こそあれ、特定の場合に法選択を一律に無効とすることに特徴がある。いずれの制限論者も、無制限な法選択により「本来適用されるに値する」国の法の強行法規が潜脱され、弱者や公共の利益等が損なわれることを危惧していたのである。

しかし、WenglerやZweigert等により提唱された強行法規の特別連結論が主流となることで、弱者や公共の利益を保護する役割は、法選択とは別枠で特別連結される強行法規にゆだねられるようになった。その結果、当事者自治自体は、当事者の準拠法の予見可能性や法的確実性を保証する等の当事者利益に焦点を合わせることができるようになり、少なくとも国際債権法の分野では相当に自由な法選択が認められるようになった。Wenglerが抵触法的指定を否定しなかったことにつき、佐藤やよひ「渉外的債権契約における当事者自治の原則と強行法規の特別連結論」辰巳他編『契約責任の現代的諸相（上巻）』（東京布井出版、1996年）361頁以下、旧来の否認・制限論につき、折茂豊『当事者自治の原則』（創文社、1970年）53頁以下参照。当事者自治の史的展開につき、西谷祐子「当事者自治の現代的意義—『国際商事契約の準拠法選択に関するハーグ原則』をめぐって」国際私法年報17号（2015年）4頁以下、欧州には当事者自治の史的展開を検討する文献は無数にあるが、例えば近時の詳細なものとして、Bratvogel, *Rechtswahlfreiheit* (2015), S. 130ff.; Schmitz, *Die Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht* (2017), S. 30ff.; Mills, *Party Autonomy in Private International Law* (2018), S. 44ff.

(2) 例えば、Girsberger *et al.*, *General Comparative Report in: Girsberger/Kadner Graziano/Neels, Choice of Law in International Commercial Contracts : Global Perspectives on the Hague Principles* (2021), Rn 1. 41ff., 1. 121ff. ; Nygh, *Autonomy in International Contracts* (1999), S. 47 参照。

係全般説かという議論である。しかし当事者自治の許容性だけに焦点を合わせた議論はあまりされてこなかった。

以上から、通則法における国際性に係る規定の欠缺が、当事者自治の原則との関係でいかに考えられるべきか検討する意義はあるだろう。そこで本稿は、これに係る諸論点を取り扱いたい。その際には、比較的豊富な議論の存在するドイツおよび EU の国際私法が主に素材とされる。

本稿ではまず第 2 章において、国際性要件がドイツおよび EU 国際私法においてどのように規律されているのかを確認する。そして第 3 章においては、当事者自治につきこの要件の存在する理論的根拠を確認したうえで（1 節）、国際性の要件が充足されない場合に選択された法がいかなる効力を有するのか（2 節）、国際性要件を審査する際に事実関係中のどのような諸要素が考慮されるのか（3 節）というような、より個別的な要件・効果に関する議論を取り扱う。最後に第 4 章において、以上の議論がわが国にいかなる示唆を与えうるか検討する。

なお本稿では、「当事者による法選択」を単に「法選択」、「法廷地としか関係しない事実関係」のことを「純粹内国事案」、「管轄合意された裁判所所属国または選択された法の国以外の要素が単一の国としか関係しない事実関係」のことを「単一国事案」という<sup>(3)</sup>。

## 第 2 章 EGBGB と EU 国際私法における国際性要件

### 第 1 節 検討対象

ドイツも加盟している EU では国際私法が広範な分野にわたり統一されている。すなわち、契約債権関係につき、「契約債務の準拠法に関する欧州議会および理事会規則」<sup>(4)</sup>（以下、「ローマ I 規則」）、契約外債権関係につき、

---

(3) 「純粹内国事案」は国際私法の適用要件としての国際性がない事案であり、もっぱら法廷地法が適用される。それに対し、「単一国事案」は当事者自治の許容要件としての国際性がない事案であり、「単一関係国」（事実関係と唯一関係する国）の強行法規が適用される。詳細は第 2 章第 2 節 IV 参照。

「契約外債務の準拠法に関する欧州議会および理事会規則」<sup>(5)</sup> (以下、「ローマⅡ規則」)、離婚につき「離婚および婚姻関係の解消のない別居の準拠法の分野における緊密な政策協力の実施に関する理事会規則」(以下、「ローマⅢ規則」)<sup>(6)</sup>、相続につき「相続における裁判管轄、準拠法、判決の承認および執行、公文書の受理および執行ならびに欧州相続証明書の創設に関する欧州議会および理事会規則」(以下、「EU 相続規則」)<sup>(7)</sup>、夫婦財産制や登録パートナーシップ財産制につき「夫婦財産制(登録パートナーシップ財産制)における裁判管轄、準拠法ならびに判決の承認および執行の分野における緊密な政策協力の実施に関する理事会規則」(以下、「EU 財産制規則」)<sup>(8)</sup>、扶養につき「扶養における裁判管轄、準拠法、判決の承認および執行ならびに相互協力に関する理事会規則」<sup>(9)</sup> (以下、「EU 扶養規則」)がある。これらは、各々につき程度の差はあれ多数の EU 加盟国で直接的に適用されている。

これらの EU 規則すべてが、当事者自治の原則を認めている<sup>(10)</sup>。しかし本稿は、ローマⅠ規則(およびその前身たる契約債務の準拠法に関するローマ条約<sup>(11)</sup>(以下、「ローマ条約」))を主に取り扱う。理由は次の通りである。

第一に、ローマⅠ・Ⅱ以外の規則は、量的制限を伴う当事者自治のみを認

---

(4) ABl. 2008 L 177/6.

(5) ABl. 2007 L 199/40.

(6) ABl. 2010 L 343/10.

(7) ABl. 2012 L 201/107.

(8) ABl. 2016 L 183/1; ABl. 2016 L 183/30.

(9) ABl. 2009 L 7/1.

(10) ただし、EU 扶養規則は準拠法決定ルール自体を持たない。準拠法決定は、同規則 15 条に基づき EU の批准する「扶養義務の準拠法に関するハーグ議定書」3 条以下による。同議定書 7 条、8 条は量的制限の伴う当事者自治を認める。ABl. 2009 L 331/17. 身分法分野に係る各統一国際私法の量的制限については、小池未来『国際家族法における当事者自治』(信山社、2019 年) 73 頁以下参照。

(11) ABl. L 266 vom 9. 10. 1980. 本条約は 1980 年に署名のために開放された。ドイツは 1986 年にこれに批准し EGBGB 旧 27 条乃至 37 条にてその内容を国内法化した (BGBl. 1986 II, S. 810)。本条約は EU 規則化された折に改正され、2009 年 12 月にはローマⅠ規則と置き替えられた。ローマⅠ規則の発効により EGBGB 旧 27 条乃至 37 条は廃止されている (BGBl. 2009 I, S. 1574; BT-Drucks., 16/12104)。

めている。周知の通り、量的制限とは、事実関係と一定の関係がある国（例えば、当事者の国籍国や常居所地等）の法選択だけを認める制限である。この制限の下では、事実関係が単一の国としか関係しない場合、その国の法の選択のみが認められるか、それができなければ客観的に準拠法が確定される。このとき当該国以外の法が選択されても、量的制限に阻まれ法選択は無効になる。それに対し、事実関係が複数の国々と関係しており、量的制限の下でも複数の国々の法の選択肢がある状況、または客観的連結される国とは異なる国の法が一つ選択できる状況には何らかの国際性は必ず存在している<sup>(12)</sup>。つまり、量的制限が設けられている場合、選択された法がその制限の枠内に収まっているか否かの審査は必要である。しかし、この審査と共に国際性の存否と法選択の許否の判定が同時に済んでしまい、改めて国際性を確認する必要はない。そのため、これらの規則においては、当事者自治の許否をめぐる国際性につき議論の余地がほとんどないのである。

第二に、ローマⅡ規則における国際性の規律は、ローマⅠ規則の前身たるローマ条約を踏襲している。そしてローマⅠ規則も、国際性要件につきローマⅡ規則を同じく踏襲した<sup>(13)</sup>。したがって、両規則の国際性に係る規律はほぼ変わらない<sup>(14)</sup>。以上から、むしろローマ条約が妥当していた時代から

(12) 同旨として、Mansel, *Parteiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswahl und Allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrechts* in: Leible/Unberath, *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?* (2013), S. 241ff. (269); Thorn/Thon, *Der Auslandsbezug im IPR* in: *Festschrift für Kronke* (2020), S. 569ff. (570); Schmitz (Fn 1), S. 259f.; Mills (Fn 1), S. 470; Grimm, *Der Auslandsbezug im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht* (2021), S. 230, 233. なおローマⅠ規則も、旅客運送契約（5条2項1号）とEU域内の大衆リスクをカバーする保険契約（7条3項1号）につき法選択に量的制限を設けている。本文中で述べたことは、これらの契約類型にも当てはまる。

(13) ただし、同条約と両規則とでわずかに文言の相違はある。後掲注(19)(40)とその本文参照。

(14) 一般的にも、ローマⅡ規則14条2項はローマⅠ規則（ローマ条約）3条3項と同様の解釈をすべきと解されている。例えば、MüKo/Junker 8. Aufl. (2021), Art 14 Rom II-VO Rn 39ff.; Maultzsch, *Rechtswahl und ius cogens im Internationalen Schuldvertragsrecht* in: *RabelsZ* 2011, S. 60ff. (71); Vogeler, *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse* (2013), S. 369f. ただし、国際性を示す事実の基準時がローマⅠ規則では法選択時であるのに対し、ローマⅡ規則では損害の原因となる事実の発生時である等、わずかな差異はある。

豊富に議論が存在するローマ I 規則の方が、検討の対象としてより適当と思われる。そこで、次節ではローマ I 規則（ローマ条約）およびこれを参考としたドイツの EGBGB（民法施行法）における国際性要件を見ていきたい。

なお本稿では、2009 年にローマ I 規則が発効する前に妥当したローマ条約（EGBGB 旧 27 条以下）を前提とした論稿も参照・引用している<sup>(15)</sup>。その発効前後で規律内容にほぼ相違がないからである。

## 第 2 節 EGBGB およびローマ I 規則

### I 関係条文

#### EGBGB3 条 2 項

条約における規律は、それが直接的に適用される国内法となった限りで適用され、準拠法は、外国と関連性のある事実関係の際に、本章の諸規定によって決定される（国際私法）。

#### ローマ I 規則 1 条 1 項第 1 文

本規則は、複数の国々の法と関連性を示す民商事件における契約債務関係に適用される。

#### ローマ I 規則 3 条 3 項

法選択の時点における事実関係のその他のすべての要素が、選択された法の国家とは異なる国に所在する場合には、当事者の法選択は、この他の国家の合意によって排除されえない諸規定の適用に影響を与えない。

---

(15) 条文の対応関係は以下の通りである。ローマ I 規則 1 条 1 項 = ローマ条約 1 条 1 項 (EGBGB3 条 2 項)、ローマ I 規則 3 条 3 項 = ローマ条約 3 条 3 項 (EGBGB 旧 27 条 3 項)、ローマ I 規則 6 条 2 項 = ローマ条約 5 条 2 項 (EGBGB 旧 29 条 1 項)、ローマ I 規則 8 条 1 項 = ローマ条約 6 条 1 項 (EGBGB 旧 30 条 1 項)、ローマ I 規則 9 条 = ローマ条約 7 条 (EGBGB 旧 34 条)。

## II 諸規定の適用関係

EGBGB とローマ I 規則には、国際性要件に関する規定が併せて 3 つ存在する。まず各条文の関係を確認しておきたい。

EGBGB 第 2 章にあたる 3 条乃至 48 条が、ドイツ国際私法の主たる国内法源である。同法 3 条は、ドイツで適用される国際私法の諸法源とそれらの関係を定める最も基本的な規定である。同条 1 項は、本稿の本章第 1 節で挙げた EU 規則を例示列挙しており、まずそれらが適用されることを明らかにしている。そして、同条 2 項によれば、さらに他の条約上の法源があればこれが優先的に適用される。これもない場合に初めて「外国と関連性のある事実関係」に内国国際私法たる EGBGB 第 2 章が適用され、EGBGB4 条以下により準拠法が確定されることになる。すなわち、事実関係が外国と関係せず法廷地としか関係しない純粹内国事案には、EGBGB4 条以下の適用はない。

EGBGB3 条 1 項が明らかにするようにドイツ国内にてローマ I 規則は直接的に適用される。ただし、同規則 1 条も事項的適用範囲を定めているため、事実関係がこの範囲に妥当するかをまず確認する必要がある。同条 1 項は、「複数の国々の法と関連性を示す民商事件における契約債務関係」に本規則が適用されるとする<sup>(16)</sup>。事実関係がこれに属し、かつ同条 2 項に列挙された適用除外事項にあたらなければ<sup>(17)</sup>、ローマ I 規則 3 条以下の抵触規定により準拠法が確定されることになる。

ローマ I 規則により契約準拠法を確定する際には、先ず同規則 3 条に基づく当事者による法選択があったか否かが確認されなければならない。そして法選択があり有効に成立していれば、原則的にこれにより準拠法が定まり、

---

(16) 同じく EU の統一国際私法であるローマ II 規則 1 条 1 項、ローマ III 規則 1 条 1 項も同様の国際性要件を定めている。これに対し、EU 相続規則、EU 財産制規則および EU 扶養規則にはそのような規定がない。しかし、そうであっても、これらの規則における準拠法決定ルールも国際性のある事案に適用されることが想定されている（EU 相続規則前文 7 段、EU 財産制規則前文 14 段参照）。後掲注(18)(26)も参照。

(17) ここでローマ I 規則が適用されないことになった場合には、前段落で説明した EGBGB3 条 2 項に移ることになる。

そうでなければ4条以下の客観的連結により準拠法が決定される。法選択の要件と効果については、同規則3条の各項が定めている。本稿のテーマと関係して重要な規定は、このうちの3項である。これによれば、契約に係る事実関係が一つの国としか関係しない単一国事案の場合には、当事者がそれとは異なる他の国の法の選択をしたとしても、その事実関係と唯一関係する国（以下、「単一関係国」）の強行法規の潜脱は認められない。国際性のない事実関係において法選択を制限する旨の規定である。

以上の各規定は、文言の微妙な相違はあるものの、事実関係に「国際性」を要求することで共通する。ただし一見して明らかなように、EGBGB3条2項とローマI規則1条1項は、各々の抵触規則全体が適用されるために必要とされる国際性を定めている<sup>(18)</sup>。これに対し、ローマI規則3条3項は、法選択がなされた場合にのみ問題となる国際性要件を定めている。さらにやや踏み込んで各々を確認する。

### Ⅲ 国際私法の適用要件としての「国際性」

狭義の国際私法が適用される前提としての外国関連性（国際性）の要件がドイツにて初めて立法されたのは、1986年のEGBGB改正時である。このときにEGBGB3条において、ローマ条約1条1項（現在のローマI規則1条1項）に倣う形で国際性の要件が明定され<sup>(19)</sup>、純粋内国事案には国際私法の

---

(18) ローマI規則1条1項は同規則の適用のために必要な国際性を定める。これに対し、EGBGB3条2項は、ローマI規則を含む統一国際私法の適用がない事実関係に内国抵触法たるEGBGB4条以下を適用するために必要な国際性を定める。つまり、両規定の適用の局面は異なる。またEU規則の適用範囲は、EUの立法権限の範囲を定めるEU運営条約81条1項の「外国性を有する民事分野」という文言と連動している。そのため、ローマI規則1条1項の国際性要件も形式的にはそれを基準とする（R. Magnus, *Der grenzüberschreitende Bezug als Anwendungsvoraussetzung im europäischen Zuständigkeits- und Kollisionsrecht* in: ZEuP 2018, S. 507ff. (512); MüKo/von Hein 9. Aufl. (2024), Art 3 EGBGB, Rn 12)。これに対し、内国法たるEGBGB3条2項には当然にこの制約がない。

以上のように両者に形式的な違いはある。しかし目的・要件・効力に違いはないため、ここでは一纏めにして取り扱う。

(19) ただし現在と異なり、1986年改正当時、同様の規定はEGBGB3条1項1文に置かれ、かつ「外国の法と関連性のある事実関係」（下線部筆者）という文言であった。2008年12月の改正により同条2項に位置が移され、現在の文言となった（BGBl. 2008 I, S.

適用がないとされた<sup>(20)</sup>。これによれば、私法的事実関係は、純粹内国事案と国際的事実関係とに峻別される。そのうえで、前者には法廷地実質法が当然のように適用されるのに対し、後者には、特別法としての国際私法により指定された準拠法が適用されることになる<sup>(21)</sup>。

当該規定を支持する見解によれば、この要件を設けた意義は概ね次の通りである。すなわち、純粹内国事案では法廷地法の適用が自明であり、国際私法および外国法の適用の余地がないということである。いかなる国家も、その領域内にて施行された実質法を自国領域で適用することを前提にこれを命じている。つまり、純粹内国事案におけるその国の実質法の適用根拠は、抵触法を介するまでもなくその実質法の存在自体から生じる<sup>(22)</sup>。内外のいずれの法が適用されるべきかという特殊な問題は、比較的稀な国際的事実関係においてのみ生じるのであり、この限りで国際私法が必要となる。裁判官もこの事実関係においてのみ内外法の適用可否の判断にきっかけを持つ<sup>(23)</sup>。もし純粹内国事案を含むあらゆる事実関係に国際私法が適用されるならば、準拠法決定の問題を不必要に提起することになる。この不要な判断は、国際性要件の創設によって省略できるとする<sup>(24)</sup>。さらに、国際私法の規定に外国法の適用場面にもみ参照される独自の規律があることも根拠として挙げられる。例えば、公序則は外国法の適用結果が法廷地法の公序と相容れない場合に妥当する。純粹内国事案には外国法の適用の余地がないのにもかかわらず、公序則を含めた国際私法の適用があるとするのは、不自然である<sup>(25)</sup>。

ところが、ドイツで現行の規定を支持する学説はむしろ少数である。国際私法の適用の前提として国際性を要求することには改正当初から根強い批判

---

2401)。

(20) BT-Drucks 10/504, S. 35.

(21) Staudinger/Hausmann (2019), Art. 3 EGBGB Rn 7.

(22) E.Lorenz, Zum neuen Internationalen Vertragsrecht aus versicherungsvertraglicher Sicht in: Festschrift für Kegel (1987), S. 303ff. (310f.); Looschelders, IPR (2004) Art. 3 EGBGB, Rn 3; Staudinger/Looschelders (2019), Einl zum IPR, Rn 6; Grüneberg/Thorn 82.Aufl. (2023), Art 3 EGBGB Rn 2; Erman/Stürner 17. Aufl. (2023), Art. 3 EGBGB Rn 4.

(23) E. Lorenz, Die Reform des deutschen IPR in: ZRP 1982, S. 148ff. (149).

(24) E. Lorenz (Fn 22), S. 311.

(25) E. Lorenz (Fn 23), S. 150f.

があり、立法論上これを不要とする見解が今もなお通説として主張されている<sup>(26)</sup>。その主張は概ね次の通りである。すなわち、国際私法はあらゆる私法的事実関係に適用される。国際性の有無は、国際私法の適用の前段階ではなく、むしろ各々の抵触規定が事実関係に適用された結果から明らかとなることである<sup>(27)</sup>。純粹内国事案に国際私法が適用されても、法廷地法が指定されるという結論は変わらないから、国際私法の適用前に国際性を要求することに意味はない<sup>(28)</sup>。そもそも国際性の有無に関する一般的な基準を定立することが困難である。もし国際性の審査の際に当の国際私法に定められた種々の連結点を参照するのならば、その適用の前にこれを確認することはできないはずだから、論理的一貫性を欠く<sup>(29)</sup>。そして、裁判官が純粹内国事案において国際私法の適用をすることは無用な負担であるという見解に対しては、次のようにいう。すなわち、裁判官は常に潜在的に国際私法を適用しなければならないものの、内国法が適用されることが自明である純粹内国事案の場合にわざわざ国際私法の適用を意識することはないし、明言する必要もない。裁判官が論点となりえない法規に触れないことは訴訟実務上通常のことであり、国際私法についてもそれは変わらないとする<sup>(30)</sup>。

たしかに、EG BGB やローマ I 規則は、明文上その全体の適用の前に事案の国際性を要求する立場に立った<sup>(31)</sup>。しかし実践的には、いずれの立場に

---

(26) 以下の脚注(27)～(30)で挙げたもの他、例えば Kropholler, IPR 6. Aufl. (2006), S. 7; Kegel/Schurig, IPR 9. Aufl. (2004), S. 9f.; Rauscher, IPR 5. Aufl. (2017), Rn 4, 1181; Junker, IPR 5. Aufl. (2022), S. 6f., 271; Püls, Parteiautonomie (1995), S. 168f.; Mansel, Privatrechtsdogmatik und Internationales Privatrecht in: Festschrift für Canaris (2017), S. 739ff. (743f.).

ただし、ローマ I 規則を含む EU 国際私法規則では EU の立法権限との関係でその適用に越境性を要求しない解釈は困難である。そのため、ローマ I 規則 1 条 1 項 1 文の国際性要件に反論する学説はほぼ見られない(例外として Grimm (Fn 12), S. 46ff.)。詳しくは R. Magnus (Fn 18), S. 511f. および前掲注(18)参照。

(27) von Hoffmann/Thorn, IPR 9. Aufl. (2007), S. 5.

(28) Stoll, Bemerkungen zu den Vorschriften über den “Allgemeinen Teil” im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des IPR in: IPRax 1984, S. 1ff. (1); Grimm (Fn 12), S. 44.

(29) Jahr, Internationale Geltung nationalen Rechts in: RabelsZ 1990, S. 481ff. (501, 504).

(30) Staudinger/Hausmann (Fn 21), Rn 8; MüKo/von Hein (Fn 18), Rn 12f.; Jahr (Fn 29), S. 502; Grimm (Fn 12), S. 44f., 46.

(31) ただし、Grimm (Fn 12), S. 38 は、国際性要件に係る明文規定はプログラム規定でしか

もほぼ違いがない。なぜなら、ローマ I 規則 1 条 1 項や EGBGB 3 条 2 項における国際性は、最低限の外国要素で充たされるからである<sup>(32)</sup>。すなわち、抵触規定に定めのあるあらゆる連結点のうち一つでも外国を指し示していればよい。しかも、当事者が外国の法選択や裁判管轄合意を締結したという意思的な要素しかない場合にすら、その他のいかなる客観的要素が内国にあっても、ここでいう国際性要件は充たされる<sup>(33)</sup>。どちらの立場にあっても、当事者や裁判官は、どの国の法が事実関係に適用されるかにつき合理的な疑念が生じるくらいに二以上の国と関わる事例が現れたとき、国際私法を参照すればよいのである<sup>(34)</sup>。

#### Ⅳ 当事者自治の許容要件としての「国際性」

ローマ I 規則 3 条 3 項も同様に国際性を要求する。しかし、ローマ I 規則 1 条 1 項や EGBGB 3 条 2 項とは要件と効力の両面において異なっている。同規則 3 条 3 項の内容は本稿第 3 章で詳細に扱うため、ここではごく簡単に両者の違いだけを確認しておく。

第一に、要件の寛厳で異なる。ローマ I 規則 1 条 1 項は、極めて緩く当事者が法廷地と異なる国の法を選択しただけで充たされる<sup>(35)</sup>。これに対し、3

ないという。

(32) BR-Drucks 222/83, S. 35; E.Lorenz (Fn 22), S. 312; Looschelder (Fn 22) Rn 4; MüKo/Martiny 8. Aufl. (2021), Art 1 Rom I-VO, Rn 24; Staudinger/Magnus (2021), Art 1 Rom I-VO Rn 10; Reithmann/Martiny/Martiny, IVR 9. Aufl. (2022), Rn 1.79ff.; von Hein in Rauscher, EuZPR/EuIPR (2023), Art 1 Rom I-VO, Rn 21; Magnus/Mankowski/Caravaca/González, Rome I Regulation (2017), Art. 1 Rn 26f.; Nygh (Fn 2), S. 53.

(33) BT-Drucks 10/504, S. 35; BGH, 29.11.2023, NJW-RR 2024, 140 (140f.). ただし、Staudinger/Magnus (Fn 32), Rn 11f. は国際性を否定できる僅かな例として、ドイツ国内での路上売店での外国人からの食品の購入、インコタームズや UNIDROIT 国際商事契約法原則のような国際的に通用しているルールの単なる利用、契約対象物を外国に輸出する意図のある内国での売買契約等を挙げる。ただし、契約書が外国語で作成されたという一事で国際性は肯定できるともいう。同様に Calliess/Renner/Weller, Rome Regulations Commentary 3<sup>rd</sup> ed. (2020), Art 1 Rome I, Rn 19.

(34) Staudinger/Looschelders (Fn 22), Rn 5f. 国際性要件には独自の意義がほぼないと説明するものとして例えば、NK-BGB/Leible 3. Aufl. (2019), Art 1 Rom I-VO, Rn 17; Bamberger/Roth/Spickhoff BGB 3. Aufl. (2012), Art 1 Rom I-VO, Rn 24.

(35) 前掲注(33)本文参照。

条3項はこれよりわずかに厳格である。すなわち、文言上明らかなように、当事者が単一関係国以外の国の法を選択しただけでは国際性は充たされない。例えば、ドイツに住むドイツ人同士がドイツ国内で履行の終始する役務提供契約をドイツ国内にて締結した場合、彼らにより日本法が選択されただけでローマI規則1条1項1文の国際性は充たされる。これにより同規則が適用され、3条3項でさらに国際性の審査がなされる。しかし同項によれば、本事案はドイツの単一国事案となる。したがって、日本法が選択されていたとしても、ドイツの強行法規に反する部分につきなおもドイツ法が適用される。このような要件の相違がある理由は明らかである。もし1条1項と3条3項の国際性の基準が全く同じであるとすると、3条3項が空文化し、ほぼ無意味なものとなるからである<sup>(36)</sup>。

第二に、効果が異なる。すなわち、ローマI規則1条1項における国際性が認定できない場合とは、あらゆる意味で法の抵触がない場合である。この場合、法選択すら存在せずそもそも国際私法の適用の余地がないのだから、法廷地実質法が適用されるだけである<sup>(37)</sup>。これに対し、3条3項における国際性のない場合には、選択された法は単一関係国の強行法規<sup>(38)</sup>に反しない限りで適用される。つまり、単一関係国の強行法規と選択された法との両方が適用される<sup>(39)</sup>。しかも、その強行法規は法廷地実質法のものに限られない。ローマI規則前文第15段によれば、管轄合意や仲裁合意によっては同規則3条3項における国際性は創出されない<sup>(40)</sup>。そのため、契約関係の

---

(36) MüKo/von Hein (Fn 18), Rn 9f. 詳細につき Schmitz (Fn 1), S. 261f.; Backert, *Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im Mosaik der Sonderanknüpfungen des deutschen internationalen Schuldvertragsrechts* (2000), S. 15ff. 参照。

(37) ただし、この場合に実質法的指定としての法選択の存在を認める見解として、Pinheiro, *Rome I Regulation: Some Controversial Issues in: Festschrift für Hoffmann* (2011), S. 242ff. (243f.)。

(38) この「単一関係国」の法は、ドイツではしばしば「埋込準拠法 (Einbettungsstatut)」と呼ばれる。「強行法規」の意義については、第3章2節II参照。

(39) Reithmann/Martiny/Martiny (Fn 32), Rn 2. 137; Staudinger/Magnus (2021), Art 3 Rom I-VO Rn 145; von Hein in Rauscher, *EuZPR/EuIPR* (2023), Art 3 Rom I-VO Rn 100; Mansel (Fn 12), S. 269.

(40) 第3章3節III-3(a)参照。前身のローマ条約には3条3項の規定中にこのことが明定

客観的諸要素がすべて日本に集中しているのにもかかわらず、当事者がドイツの専属管轄合意と法選択をし、かつドイツに国際裁判管轄が認められた場合、ドイツの裁判所は日本の単一国事案と認定し、日本の強行法規を尊重しなければならない<sup>(41)</sup>。このとき法廷地法でもあるドイツ法は日本の強行法規に反しない限りで適用されるに過ぎない。以上から、ローマ I 規則 3 条 3 項は双方向的抵触規定としての機能を有するのである<sup>(42)</sup>。

このような相違は、両者が役割を異にすることに起因するであろう。ローマ I 規則 1 条 1 項（および EGBGB 3 条 2 項）における国際性要件は、あくまで国際私法ルールが必要な場合、すなわち複数の法の潜在的な適用可能性があり「法の抵触」の余地がありさえすれば充たされる。国際私法の主たる役割の一つは、いずれの国（または地域）の法が適用されるのかを予め確定することで諸国法の抵触を回避・解消することにある。通則法 4 条以下と同様に、EGBGB 3 条以下やローマ I 規則はまさにそのために存在する。概ねそこに異論の余地はないであろう。これに対し、ローマ I 規則 3 条 3 項は、法の抵触を回避・解消する一手段である当事者自治をさらに制限すべく、事実関係に国際性を要求している。目的は、あくまで当事者による法選択を制限することにある<sup>(43)</sup>。

---

されていた。しかしローマ I 規則ではこの定めが前文第 15 段に移された。この前後で要件の変更があったわけではないが、明確性の観点からは批判される（von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 103）。

(41) 同種の例として、Magnus/Mankowski/Caravaca/González (Fn 32), Rn 27.

(42) 例えば、von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 119; MüKo/Martiny 8. Aufl. (2021), Art 3 Rom I-VO, Rn 89; Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 147; Reithmann/Martiny/Martiny (Fn 32), Rn 2. 137; Ferrari/Ferrari, IntVertragsR 3. Aufl. (2018), Art 3 Rom I-VO Rn 57; Bamberger/Roth/Spickhoff BGB 3. Aufl. (2012) Art 3 Rom I-VO, Rn 33; Vischer/Huber/Oser, IVR, 2. Aufl. (2000), Rn 75; Soergel/von Hoffmann 12. Aufl. (1997), Art 27 EGBGB Rn 85; Droste, Der Begriff der “zwingenden Bestimmung” in den Art 27ff. EGBGB (1991), S. 90; Pinheiro (Fn 37), S. 243; Hartley, Choice of law, choice of court and mandatory provisions in: Liber amicorum für Kohler (2018), S. 171ff. (174). ローマ II 規則につき同様に Vogeler (Fn 14), S. 377.

(43) ドイツ等においても、ローマ条約及び EGBGB 旧 27 条以下が創設されるまでは、国際私法の適用要件としての国際性と当事者自治の許容要件としての国際性とが区別されていなかった。実際、当時は純粋内国事案にて当事者に法選択が認められない理由として、国際私法それ自体が適用されないことを挙げるものが多い。例えば、Simitis, Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht in: JuS 1966, S. 209ff. (210);

次に問題となるのは、なぜその制限の必要があるのか、そしてその具体的効果と要件である。

## 第3章 ローマ I 規則 3 条 3 項における国際性要件

### 第1節 理論的根拠

ローマ I 規則 3 条 3 項は、法選択や管轄合意以外の事実関係のすべての要素が一つの国としか関係しない場合に、当該国の強行法規の回避を当事者に禁じることを目的とする<sup>(44)</sup>。この目的を正当化する根拠が何に求められるかが問題となる。

この根拠として、消費者や労働者等の弱者保護および特定国の国家政策を体现する国際的強行法規（介入規範）の尊重を挙げることはできない。なぜなら、これらについてはすでにローマ I 規則 6 条 2 項 2 文、8 条 1 項 2 文、

---

De Nova, Wann ist ein Vertrag “international”? in: Festschrift für Ferid (1978), S. 307ff. (311).

また、スイスの IPRG 116 条は契約関係につき当事者自治を認めるものの、これに国際性要件を定めていない。そのため、国際性の不在を理由に法選択を制限するにあたり、国際私法の適用要件としての国際性を定める IPRG 1 条 1 項がしばしば援用される (ZK-Girsberger/Kostkiewicz, 3. Aufl. (2018), Art 116 Rn 23; Vischer/Huber/Oser (Fn 42), Rn 71)。つまり、スイスでは少なくとも明文上、両者が区別されていない。IPRG 制定前の学説であるが、Moser, Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht (1948), S. 195 も同様である。これに対し、Loacker/Capaul, Gibt es einen «unechten» Auslandsbezug? Zur Frage ausschliesslich rechtswahlbegründeter Internationalität und ihrer Beurteilung nach dem IPRG in: SZIER 2020, S. 453ff. (463ff.) は、スイス IPRG でも両者を区別すべきとし、ローマ I 規則と同内容の 2 種類の国際性要件を解釈論上導こうとする。

(44) Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 49; Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 131; von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 100; von Hein, Grenzen der Rechtswahl bei derivative Geschäften zwischen inländischen Vertragsparteien (Art 3 Abs 3 Rom I-VO) in: Festschrift für Hopt (2020), S. 1405ff. (1407).

Michaels, Die Struktur der kollisionsrechtlichen Durchsetzung einfach zwingender Normen in: Festschrift für Schurig (2012), S. 191ff. (202) は、ドイツ判例は、当事者による単一関係国法の意図的な回避があるとみなした場合に、ローマ I 規則 3 条 3 項の適用をしているという。しかし実態はともかく、本規定は法律回避に係る当事者の意図の存在を要件とはしておらず、そのような法律回避を常に阻止できる規定と解されてはいない。Magnus/Mankowski/Mankowski, Rome I Regulation (2017), Art 3 Rn 376; Backert (Fn 36), S. 110f.

9条で解決されており、各々の適用要件が充たされれば、選択された法とは無関係に、弱者と密接に関係する国の強行法規または特定国の介入規範は適用される<sup>(45)</sup>。このとき、国際性の有無は必ずしも重要でないからである。したがって、3条3項はそれ以外の根拠をもって定められたとみるべきであろう<sup>(46)</sup>。

立法資料からは当該規定の理論的根拠は明らかではない<sup>(47)</sup>。ただし、学説では根拠として次の二点がよく挙げられる。

第一に、単一国事案においては当事者自治を認める基盤がないとされる。従来、当事者自治の原則には、様々な根拠が提唱されてきた。そのうちでよく主張されるのが、客観的連結の困難を理由とした窮余の一策としての当事者自治<sup>(48)</sup>、およびその導入による当事者の法的確実性や準拠法の予見可能性の確保である<sup>(49)</sup>。すなわち、国際契約全般につきその最密接関係地を予め決定しうる確たる連結基準はなく、客観的連結では当事者に予め明確な形で準拠法が定められ得ない。この客観的連結の困難を解消するために、契約の内容をよく知るはずである当事者自身に法の選択をさせ、ひいては当事者

(45) Maultzsch (Fn 14), S. 70; Vischer/Huber/Oser (Fn 42), Rn 79; Grimm (Fn 12), S. 237f.

ただし、E.Lorenz, Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht in: RIW 1987, S. 569ff. (574f.)は、これらの規定の存在を理由にローマ I 規則 3 条 3 項 (ローマ条約 3 条 3 項) には存在意義がないという。

(46) これに対し Mäsch (Fn 71), S. 105ff. は、ローマ I 規則 3 条 3 項 (EGBGB 旧 27 条 3 項) には、6 条 (EGBGB 旧 29 条) により消費者が十分に保護されない場合の補足的機能があると主張していた (この点につき、後掲注 (119) (122) も参照)。また、Michaels (Fn 44), S. 207f. は、ローマ I 規則 3 条 3 項が 6 条 2 項 2 文、8 条 1 項 2 文、9 条と機能的に連関していると指摘する。これらの規定は、特定国との密接関連性の量的な程度と強行法規の質的な重要性のうちのどちらをどれ位の比重で重視するかで差があるに過ぎないという。

(47) ローマ条約の公式報告書にも説明はない。ABI. 1980 C 282/18.

(48) Kegel/Schurig (Fn 26), S. 653; Leible, Außenhandel und Rechtssicherheit in: ZVglRWiss 1998, S. 286ff. (288f.); Junker, Die freie Rechtswahl und ihre Grenzen—Zur veränderten Rolle der Parteiautonomie im Schuldvertragsrecht in: IPRax 1993, S. 1ff. (3); Simitis (Fn 43), S. 210.

(49) Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 28; von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 1; Junker (Fn 48), S. 2; NK-BGB/Leible 3. Aufl. (2019), Art 3 Rom I-VO, Rn 5; Maultzsch (Fn 14), S. 64; Leible (Fn 48), S. 291; Kühne, Die Parteiautonomie zwischen kollisionsrechtlicher und materiellrechtlicher Gerechtigkeit in: Liber Amicorum Kegel (2002), S. 65ff. (66f.); Püls (Fn 26), S. 157.

の法的確実性を確保している。しかし、単一国事案では、適用されるべき「単一の」国の法がすでに明確に確定している。したがって、客観的連結の困難はなく、これを解消すべく法選択により当事者の準拠法の予見可能性や法的確実性を確保する必要もない。つまり、当事者自治の消極的・実際の根拠のいずれもが単一国事案には妥当しないということである<sup>(50)</sup>。

根拠論の中には、当事者自治の根本を人権に見出す見解もある。この見解は概ね次のようにいう。すなわち、国際的に守られるべき人権には私人の所有権の保障が含まれる。しかし現在のグローバル化された世界において、私人は自身の所有権の変動に強い影響を与える契約関係を規律する国および法を明確に把握できない。それでは、この人権が十分に保障されない。そこで、公共の利益に反しない限り私人に原初的に与えられている「自由」に基づき、この状況は当事者自治の原則によって解消される。これにより、私人の法的確実性が確保され、所有権に影響を与える契約準拠法が明確に確定されうる<sup>(51)</sup>。しかし、ここにいる人権（所有権）の保障のために必要な法的確実性は、単一国事案ではその国家自体の実質法を通して確保されるべきものである。そのため、この場合には当事者自治を許容する理論的基盤がないことになる<sup>(52)</sup>。

第二に、国内的強行法規の存在意義からも国際性要件は根拠づけられる<sup>(53)</sup>。すなわち、ある事実関係と唯一関係する国は、そこで発生する法的

---

(50) Grimm (Fn 12), S. 246f.; NK-BGB/Leible (Fn 49), Rn 78; Leible (Fn 48), S. 293f.; Vischer/Huber/Oser (Fn 42), Rn 78; Thorn/Thon (Fn 12), S. 571; Kühne (Fn 49), S. 73; Roth, Internationales Versicherungsvertragsrecht (1985), S. 447; Maultzsch (Fn 14), S. 70.

(51) Basedow, Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts in: RabelsZ 2011, S. 32ff. (55f.).

(52) 実際、Basedow (Fn 51), S. 57 は単一国事案に当事者自治を認めない結論に達している。

(53) NK-BGB/Leible (Fn 50), Rn 78; Schmitz (Fn 1), S. 259, 262f.; Grimm (Fn 12), S. 241, 243, 265; Vogeler (Fn 14), S. 370f.; De Nova (Fn 43), S. 309f.; Roth (Fn 50), S. 447f.; Loacker/Capaul (Fn 43), S. 466, 474f..

また、Schmitz, a.a.O.は、単一国事案につき抵触法の指定を認めると、あらゆる事案において強行法規を含めた外国法の自由な選択が可能になり、裁判官や弁護士等の負担が過剰なものとなりうるという。

問題を規制することにつき利益関心を有する。単一国事案の場合、当該国家の強行法規の適用に係る利益関心が、国際私法上の当事者利益に対し優先されるのだという。通常、一国の立法者や裁判所は、内国実質法上の特定のルールを強行法規として定め、私人に対しこれを合意では排斥できないと命じている。もし単一国事案において完全な抵触法的指定が認められるとすると、当事者がある内国強行法規の代わりに、当該強行法規を含まない外国法を選択することで、これから容易に逃れることができる。とすると、一国の立法者は、合意で排除できない強行法規を国内法上定めておきながら、同時に合意によってそれらから回避する方途を同じ国内法（内国国際私法）で用意しているという矛盾が生じる。この矛盾を解消するためには、創設された内国実質法すべてを任意法規と解するか、少なくとも単一国事案においてはその強行法規を潜脱できない、すなわち抵触法的指定を認めないと解する他はないことになる。

以上のように、ローマ I 規則 3 条 3 項は、当事者自治の原則の根拠論と国家の強行法規の存在意義の両面から理論的に正当化することができると解される。もちろん、単一国事案においてなおも自由な抵触法的指定を認めるべきとする反対論はありうる<sup>(54)</sup>。ローマ条約の起草時にも英国の代表者は 3

---

(54) 例えば、Rühl, *Statut und Effizienz* (2011), S. 500f. は、第三者や国家公益に反しない限り一国家の強行規定の回避はむしろ望ましいことである。これにより、私人の需要に最もよく合致する法の選択が可能となり、諸国法秩序の競争を活発化させることに繋がる。法選択に国際性要件があることは、これらに悪影響を及ぼすという。そして、単一国事案につき当事者自治を認めても、外国法の選択により発生するコスト（法調査等）の負担は当事者間に留まり、裁判所をはじめとした第三者に有意な影響はないから、いわゆる「市場の失敗」が生じない。以上から、ローマ I 規則 3 条 3 項は、経済的根拠からは正当化できないという。

Böhle, *Die Abwahl zwingenden Rechts vor staatlichen Gerichten in Inlandsfällen in: ZEuP* 2019, S. 72ff. (83f.) も、Rühl と同様の主張をしつつ、国家が自己の目的に基づき弱者保護規定や介入規範を適用できるようになっている現在において、国際性要件はもはや時代遅れの異物であると評する (Böhle, a.a.O., S. 82)。前掲注 (45) も参照。

Mills (Fn 1), S. 470 は、もし当事者自治の根拠が法の抵触の解消だけでなく、当事者の利益、法制度の競争促進、私人の内在的自治の尊重に基づくとするならば、国際性要件には根拠はないことを示唆する。

英国の Financial Markets Law Committee は、ローマ I 規則提案 3 条 3 項、4 項が訴訟コストや不確実性の増大を招くとし、市場利益の保護のためにこれを削除すべき旨の主張

条3項のような規定の明文化に反対したとされる<sup>(55)</sup>。たしかに、国際性要件の導入により、単一国事案と国際的事実関係との類別の必要は生じる。そして、取引類型によっては単一国事案において強行法規を含めた外国法の選択を認める需要がありうることも完全には否定できない<sup>(56)</sup>。しかし結果的にローマ条約は大陸法諸国の多数の見解も尊重する形で同項を導入した。それを踏襲したローマI規則においてもこの方針は継続している。グローバル化が叫ばれる昨今もなお、契約関係を規律すべく国内的強行法規を創設する諸国家の意義は否定しえない。諸国家が自国の私法秩序の規制をすべきでないという前提に立つのならば別段、そうでなければ単一国事案において選択された外国法の効力が任意法規のレベルに限定されるという最低限の条件は、各国の立場をわずかでも尊重するために必要であろう。

## 第2節 単一国事案における法選択の効果

### I 序

ローマI規則3条3項に基づき単一国事案と認定された場合、当該国の強行法規は適用されなければならない。ここでいう「強行法規」とはどのようなものか(以下、II)、そして当事者により選択された法は、単一関係国の強行法規との関係でどこまでの効力を有するのか(以下、III)という二つの解釈論上の問題が生じる。

### II 「合意によって排除されえない」諸規定

単一国事案において適用されなければならない単一関係国法の「合意によって排除されえない」規定すなわち、ローマI規則3条3項にいう強行法規とは、任意法規でないすべての規定と解されている<sup>(57)</sup>。ここに、「国内的強

---

をしていた。Financial Markets Law Committee, Legal Assessment of the Conversion of the Rome Convention to a Community Instrument and the Provisions of the Proposed Rome I Regulation (2006), Para. 4.1-4.2.

(55) ABl. 1980 C282/1, S. 18.

(56) 同様の指摘として、例えば Roth (Fn 50), S. 448f.

行法規」<sup>(58)</sup>が含まれることに争いはない。これは、国際私法（法選択および客観的連結）によって適用されるけれども、準拠実質法において当事者の合意では排除できない強行規定を意味する<sup>(59)</sup>。ここでいう「準拠実質法」とは、ローマ I 規則 3 条 3 項では単一関係国法のことであり、この法により諸規定の強行法規性の有無が判断される。そのため国によっては異なりうるが、典型的なものとしては、約款規制の規定等を含む契約有効性に係る諸規定、訪問販売や通信販売に関する解約に係る規定、公序良俗による契約の無効の規定、債務の履行における信義誠実遵守義務、契約締結時の説明義務や方式要件等が挙げられる。この強行法規は制定法上の明文規定のみならず、判例法や慣習法のような不文のルールでもよい<sup>(60)</sup>。

さらに多数説は、「国際的強行法規」<sup>(61)</sup>すなわち介入規範もこれに含まれるとする<sup>(62)</sup>。この介入規範とは、ローマ I 規則 9 条<sup>(63)</sup>にいう国際私法によ

(57) KOM (2005), 650 endg., S. 6; Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 144; MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 87; Bamberger/Roth/Spickhoff (Fn 42), Rn 33; Erman/Stürner 17. Aufl. (2023), Art 3 Rom I-VO Rn 28; Looschelders, IPR (2004) Art 27 EGBGB, Rn 26.

(58) わが国でいう「相対的強行法規」と同義である。英語では「domestically mandatory rules」、独語では「einfach zwingenden Recht」や「internrechtlich zwingende Norm」等と呼ばれることが多い。

(59) BT-Drucks 10/504, S. 77; Michaels (Fn 44), S. 203; Droste (Fn 42), S. 139; Teichmann/Oltmanns, Gilt deutsches AGB-Recht für lokale Verträge, die unter einem globalen Rahmenvertrag mit ausländischem Recht abgeschlossen wurden? in: ZVertriebsR 2020, S. 184ff. (186).

(60) Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 144; MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 87; Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 380f.; Calliess/Renner/Calliess, Rome Regulations Commentary 3<sup>rd</sup> ed. (2020), Art 3 Rome I Rn 55; Droste (Fn 42), S. 139f. ローマ II 規則につき同様に Vogeler (Fn 14), S. 378. 英国の強行法規については、森山亮子「契約債務の準拠法に関するローマ条約と強行法規[上][下]」国際商事法務 24 巻 10 号 1045 頁以下、11 号 (1996 年) 1201 頁以下参照。

(61) わが国でいう「絶対的強行法規」と同義である。英語では「international mandatory rules」や「overriding mandatory rules」、独語では「international zwingendes Recht」や「Eingriffsnorm」等と呼ばれることが多い。

(62) Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 144; MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 94; NK-BGB/Leible (Fn 49), Rn 20; Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 56, 58; Michaels (Fn 44), S. 203; Kondring, Flucht vor dem deutschen AGB-Recht bei Inlandsverträgen in: RIW 2010, S. 184ff. (186); Droste (Fn 42), S. 140.

(63) 同条 1 項によれば、準拠法にかかわらず、特定国による「その遵守が、公的利益とく

り指定される準拠法にかかわらず強行的に適用されなければならない国家の社会・経済政策に関わる強行規定を意味する。私人間の利益調整だけを主目的とする強行法規は、これに属さない。単一国事案の場合、その国の強行法規は、通常は3条3項と9条のいずれによっても適用されうるから、両強行法規の区別の意義はあまりない。ただし、3条3項は双務規定であり、9条2項は原則的に法廷地の介入規範だけを適用することから、両規範の競合が全く起こらないわけではない。例えば、ドイツの単一国事案につきオーストリアで訴えが提起された場合、9条2項によるオーストリアの介入規範と、3条3項によるドイツの介入規範とが重複し、両方が適用意思を有するならば、各々の適用結果に矛盾は生じうる。この場合、9条による介入規範が優先されるとするのが多数説である<sup>(64)</sup>。

### Ⅲ 当事者による「法選択」の意味

ローマI規則3条3項によれば、当事者が単一国事案においてその国の法以外の「法選択」をしたとしても当該国の強行法規の潜脱はできない。ここでいう当事者による「法選択」それ自体が、抵触法的指定と実質法的指定のいずれと解されるのかにつき学説は分かれている。どちらと解するかで、ローマI規則3条3項の意義が変化する。

抵触法的指定と解すると、単一国事案であっても、当事者によって選択された法は「法」として適用される。すなわち、任意法規も強行法規も含めた一つの法が総体として適用されるのが原則である<sup>(65)</sup>。とすると、ローマI規則3条3項は、単一関係国の強行法規を、抵触法的に有効に選択された準拠法に対し並行的に適用することで、当該準拠法の効力を制限しようとした

---

にその政策的、社会的または経済的体制の保証のために決定的である」ほどに重要な強行規定と定義される。詳しくは、Staudinger/Magnus (2021) Art 9 Rom I-VO Rn 45ff.参照。

(64) Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 148; Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 59; MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 95; von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 125; NK-BGB/Leible (Fn 49), Rn 20; Bamberger/Roth/Spickhoff (Fn 42), Rn 33; Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 59; Michaels (Fn 44), S. 209.

(65) ただし、分割指定(ローマI規則3条1項第3文)がなされた場合には、契約の部分ごとに一つずつの法、すなわち単一の契約に複数の法が適用されることになる。

規定と解されることになる。これに対し、実質法的指定と解すると、選択された法は「法」としてではなく、準拠実質法上の契約自由の原則の枠内で「契約内容」として組み込まれるに過ぎない。すなわち、その「法」は契約内の一部条項としての効力しかない<sup>(66)</sup>。とすると、3条3項は単一国事案における抵触法的法選択を無効にし、かつ客観的に連結された単一関係国法の契約自由の原則の枠内で、実質法的に選択された法が適用されることを明らかにした規定ということになる。

### Ⅲ－１ 「制限された」抵触法的指定説

まず抵触法的指定と解する説である<sup>(67)</sup>。この説によれば、ローマ I 規則 3条3項は、選択された法の効力を客観的に連結された法の強行法規によって制限する6条2項2文や8条1項2文と同種の規定と解される<sup>(68)</sup>。その根拠としては、主として二つ挙げられる。

第一に、国際性要件が当事者自治を認めるローマ I 規則 3条の中に定められていることである。すなわち、同条は、1項から5項にかけて抵触法的指定を前提とした諸要件を定めている。しかも、各々の条項において概ね同一の「法選択」という旨の用語を用いている。そのうち3項の「法選択」のみを、当事者自治が認められない場合の「実質法的指定」という意味に解釈することは不自然である。以上からむしろ、一旦抵触法的指定として認めつ

(66) 実質法的指定と抵触法的指定の相違につき、例えば Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 39; Kegel/Schurig (Fn 26), S. 654f.; Mäsch (Fn 71), S. 77f.; Fiedler (Fn 69), S. 171ff.; Sandrock, Die Bedeutung des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts für die Unternehmenspraxis in: RIW 1986, S. 841ff. (846f.); Simitis (Fn 43), S. 210f.

(67) Schurig, Zwingendes Recht, »Eingriffsnormen« und neues IPR in: RabelsZ 1990, S. 217ff. (222); Michaels (Fn 44), S. 201; Kondring (Fn 62), S. 185f.; Heiss, Party Autonomy in: Ferrari/Leible, Rome I Regulation (2009), S. 1ff. (2); Bamberger/Roth/Spickhoff (Fn 42), Rn 33; Schmitz (Fn 1), S. 263; Teichmann/Oltmanns (Fn 59), S. 186; Pinheiro (Fn 37), S. 244; Looschelders (Fn 57), Rn 24; Junker (Fn 48), S. 5; Püls (Fn 26), S. 174; von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 100, 121.

(68) E. Lorenz (Fn 45), S. 569; Michaels (Fn 44), S. 207f. ただし、3条3項によれば単一関係国の強行法規のすべてが適用される。これに対し、6条や8条によれば客観的に確定された法の弱者保護に関する強行法規だけが適用される。

つ、制限を付与した規定と解する方が法体系上も文言上も自然である<sup>(69)</sup>。

第二に、ローマⅠ規則の前身であるローマ条約3条3項の起草経緯である。すなわち、同条約の公式報告書によれば、同条約の起草時に大陸法諸国と英国とで見解の対立があったとされる。すなわち、大陸法諸国は、単一国事案における抵触法的指定は、法律回避を招くため認められるべきでないとして主張した。これに対し、英国の代表者は、国際性がない事案であっても抵触法的指定を認める当事者の合理的な需要がありうるから、これを否定すべきでないとして反論した。この審議の結果、両者の妥協の産物として3条3項のような定めが置かれたとされる<sup>(70)</sup>。もし3条3項が、単一国事案において実質法的指定だけを認めたものと解すると、英国代表者の主張が反映されていないことになる。とすれば、同項は抵触法的指定を認めつつ、かつ単一関係国の強行法規を排除できないと定めたと解する他はない<sup>(71)</sup>。この起草経緯が重視され、抵触法的指定説が通説といわれることもある<sup>(72)</sup>。

### Ⅲ－２ 実質法的指定説

単に実質法的指定と解する説も主張されている。客観的に決定された法の「合意によって排除されえない諸規定」が当事者の選択した法によって排除されないという効果は、まさに伝統的な実質法的指定の効果に他ならないからである<sup>(73)</sup>。また、単一国事案において当事者自治を認める根拠が妥当し

---

(69) Michaels (Fn 44), S. 199, 201; Fiedler, Stabilisierungsklauseln und materielle Verweisung im Internationalen Vertragsrecht (2001), S. 183f., 197ff.; Backert (Fn 36), S. 84f.

(70) ABl. 1980 C 282/18.

(71) E. Lorenz (Fn 45), S. 569; Backert (Fn 36), S. 78ff.; von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 100. これに対し、Mäsch, Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz (1993), S. 86ff. は、1975年以降のローマ条約に関する起草過程の覚書を検討し、両見解の対立は単一国事案における抵触法的指定の認否に係るものではないと結論付ける。すなわち、両見解は実質法的指定説を前提にしつつ、ただ国際性要件の寛厳につき対立していたに過ぎないという。Fiedler (Fn 69), S. 201f. も、抵触法的指定説を採用しながらもそのことを認める。

(72) 例えば、Maultzsch (Fn 14), S. 67.

(73) Kropholler (Fn 26), S. 299; Kegel/Schurig (Fn 26), S. 655; Mansel (Fn 12), S. 269; Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 393; Reithmann/Martiny/Martiny (Fn 32), Rn 2.137; Soergel/von Hoffmann (Fn 42), Rn 85; Vischer/Huber/Oser (Fn 42), Rn 72f.; Klumb, Teilrechtswahl in standardisierten Kreditverträgen in: ZBB 2012, S. 449ff. (452); Sandrock (Fn

ないこと<sup>(74)</sup>も理由として挙げられる<sup>(75)</sup>。当事者自治が認められないということは、抵触法的指定の余地がないことと同義であろう。

この説の主張に際しては、以上の他に詳細な根拠が挙げられることは少ない。しかし実質法的指定説の論者によって、抵触法的指定説に対し法適用上の不都合が生じるという批判がなされることがある<sup>(76)</sup>。次のような不都合である。

(a) 約款規制の取り扱い<sup>(77)</sup>

抵触法的指定と実質法的指定のいずれであるかによって、単一関係国が約款規制を有するドイツのような国であるとき、この規制の取り扱いに相違が生じるといえる。そしてその相違を前提に、実質法的指定と解する方が妥当だといわれる。相違としては、以下の二点が挙げられる。

第一に、組入れ規制に関する相違である。例えば、ドイツ BGB305 条 2 項 2 号<sup>(78)</sup>は、定型約款が契約内容となるための要件を定める。すなわち、

---

66), S. 846; Droste (Fn 42), S. 92f.; Mills (Fn 1), S. 473. ローマ II 規則につき同様に Vogeler (Fn 14), S. 377.

(74) 本章第 2 節参照。

(75) Kühne (Fn 49), S. 73; NK-BGB/Leible (Fn 49), Rn 78; Maultzsch (Fn 14), S. 67; Grimm (Fn 12), S. 252.

(76) これに対し、単一関係国の強行法規が適用されるという結論につき両方で相違はないから議論の実益は乏しいとするものとして、Schurig (Fn 67), S. 222; Droste (Fn 42), S. 90f.; Schmitz (Fn 1), S. 264.

(77) その他にも訴訟上の取り扱いに相違が生じると指摘される。すなわち、実質法的指定と解すると選択された外国法の内容確定には原則的に弁論主義が妥当し、その内容は当事者の主張にゆだねられる。それに対し、抵触法的指定と解するとその選択された法の内容調査は、原則的に裁判所の職権に属する。この相違は、契約内容の証明は通常、事実問題に属するのに対し、選択された法の証明は法律問題に属することに起因する。Mäsch (Fn 71), S. 79f.; Fiedler (Fn 69), S. 195f. これに対し、Backert (Fn 36), S. 76 は、実質法的指定と解しても職権調査の可能性はあると反論する。

また、選択された法に改正があった場合の相違も指摘される。すなわち、実質法的指定では契約締結時の改正前の法が適用されるのに対し、抵触法的指定では改正後の法が適用され、当該準拠実質法上の時際法規定により旧法と新法のいずれが適用されるかが決まる。Fiedler (Fn 69), S. 202ff.; Püls (Fn 26), S. 178f.

しかし、以上の相違は両説の優劣に直接に影響する要素ではないであろう。

(78) ただし、これを主張する論者 (Mäsch, a.a.O.) は、2001 年債権法改正前の約款規制法

約款利用者は、契約締結時に他方当事者に対し、当該定型約款の利用を明示し、かつ正当な方法で約款の内容を理解できるようにしなければならないとされる。もし法選択が実質法的指定と解されるならば、選択された「法」は定型約款の一種として取り扱われる。つまり、選択された「法」につき前述の要件を充足する必要があるから、約款利用者は当該法の内容につき相手方が容易に参照できる状態にしなければならない。例えば、フランス法を選択した場合、フランス民法典とその特別法の条文が相手方に提示されなければならない。交渉言語がドイツ語ならばドイツ語の翻訳文も添付する必要があるだろう。このことから、実質法的指定としての法選択の成立は困難となる。これに対し抵触法的指定と解すると、上述の要件が適用されない。抵触法的指定により選択された法は、ローマI規則3条1項に基づき単一の準拠法として包括的に適用されるのであり、それ自体が契約を支配する。選択された法が契約内容の一部(定型約款)となるわけではない。そのため、契約締結時にこの準拠法の内容の閲覧が相手方に困難であったとしても直ちには無効とならない<sup>(79)</sup>。すなわち、抵触法的指定と解した方が、選択が有効に成立し易い。

第二に、内容規制に関する相違である。例えば、ドイツ BGB307 条1項<sup>(80)</sup>によれば、定型約款は、その内容が信義則に反し相手方に不当な不利益を与える場合、無効になりうる。同条2項によれば、ここでいう不当な不利益とは、契約条項が、合意によって排除されえない法規定の基本観念と相いれない場合または契約の性質から明らかとなる本質的権利または義務が、契約目的の達成を危険とさせるほどに制限される場合に認められる。つまり、同条は契約内容が一方当事者を不当に不利益とさせる場面を規制しており、その不当性は準拠実質法上(ここではドイツ法)の強行法規の観点から判定されるということである。実質法的指定の場合、選択された「法」内容自体にこの内容規制が適用されることになる。したがって、指定された法が

---

(AGBG) 旧2条1項を基に説明している。

(79) Mäsch (Fn 71), S. 81ff. 同旨として Fiedler (Fn 69), S. 191ff. ただし、Fiedler は結論的に抵触法的指定説を採用している。

(80) ただし、この論者 (Mäsch, a.a.O.) は改正前の AGBG 旧9条を基に説明している。

単一関係国の準拠法（ここではドイツ法）の強行法規から鑑みて不当な内容であれば、BGB307 条 1 項に基づき無効となる可能性がある。これに対し、抵触法的指定では、選択された法自体が内容規制の基準たる強行法規を定める（ローマ I 規則 3 条 5 項：準拠法説）。仮に選択された法にドイツと同様の約款規制があったとしても、自国法の内容が自国の強行法規の基本観念と相入れないことは凡そあり得ない。そのため、法選択条項は当該内容規制の対象となりえない<sup>(81)</sup>。つまり、やはり抵触法的指定と解した方が、選択は有効となり易い。

以上から、単一国事案において法選択が抵触法的指定と解されると、通常の定型約款の利用のときと比べて法選択が成立し易くなる。このため、約款利用者の相手方が保護され難くなる。これでは、単一関係国の強行法規の潜脱を防止するという 3 条 3 項の目的が貫徹できない。そこで、実質法的指定と解し、通常の定型約款の指定と外国法の指定とで取り扱いを同じくし、同様に約款利用者の相手方を保護すべきという<sup>(82)</sup>。

#### (b) 「法の混合 (law mix)」問題

抵触法的指定説によると、選択された準拠法と客観的に連結された（単一関係国の）準拠法のいずれもが抵触法的に適用される。この場合、両準拠法の適用関係に問題が生じうるといわれる。

次のことが生じる。すなわち、事実関係が客観的に甲国とだけ関係していた場合に当事者が乙国法を抵触法的に選択したとき、まずローマ I 規則 3 条 1 項により乙国法が準拠法となる。このとき、同規則 3 条 3 項に基づき単一関係国たる甲国の強行法規が優先的に適用されるはずである。ただし、乙国法が抵触法的に選択されている以上、甲国の強行法規に反しない限りで、乙

(81) Mäsch (Fn 71), S. 84f. 結論的に抵触法的指定説に立つが、同旨として Fiedler (Fn 69), S. 194f.

約款の内容規制が法選択条項に適用されないことにつき、例えば MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 13 参照。

(82) Mäsch (Fn 71), S. 93f. これに対し、Backert (Fn 36), S. 39ff., 77 は、実質法的指定と抵触法的指定のいずれに解したとしても、約款規制に係る規定の解釈次第では適用結果に差が生じることはないと反論する。そのうえで、抵触法的指定説を支持している。

国の任意法規と強行法規はなおも適用される。以上から、選択された乙国の強行法規の内容が、契約条項の内容と競合するときには乙国法がまず適用され、さらに乙国法が甲国法の強行法規と競合する限りで甲国法が適用されることになる<sup>(83)</sup>。

上述のことを前提に、仮に甲国がドイツ、乙国がアメリカのいずれかの州であるとすると、次のようなことが生じる。すなわち両国はいずれも、事業者間契約につき責任制限条項を規制する民事法ルールを有する。例えば、ドイツ法は一方当事者を不利にする約款中の責任制限条項に対し実体的な保護を与える。すなわち、当該条項につき一方の事業者が過度に不利になる場合、同条項は無効となりうる<sup>(84)</sup>。これに対し、統一商事法典(以下、「UCC」)に係るアメリカの判例によれば、責任制限条項が、熟達していない中小事業者に対し利用され、かつ条項利用者がその契約相手方に当該条項の内容と効果につき契約締結前に十分に説明しなかった場合、UCC第2-302条に基づき「非良心的(unconscionable)」であるため無効となりうる<sup>(85)</sup>。両強行法規が競合しないとすると、責任制限条項の利用者はドイツ法の約款規制とアメリカの手続的説明義務の両方に服することになる。3条3項は国際私法上の弱者保護を定めた規定でないにもかかわらず、契約相手方は二重の保護を得る反面、約款利用者は二重の負担を受ける。これが適切でないと考えらるならば、いずれか一方の規制を優先すべく適応により解決しなければならない。しかし、この必要がある時点で適当な解釈ではないという<sup>(86)</sup>。

これに対し、3条3項における法選択が実質法的指定と解される場合、上述のようなことにはならない。なぜなら、この場合、単一関係国たるドイツ法が客観的連結に基づきその任意法規・強行法規を含め準拠法として適用されるだけだからである。当事者により選択されたアメリカ法の上記強行法規

---

(83) Grimm (Fn 12), S. 250f.

(84) 前掲注(80)以下の本文を参照。BGB307条の内容規制は、BGB309条7・8号に基づき責任制限条項の場合にも適用される。

(85) UCCにおける「手続的非良心性」等については例えば、柳景子『契約における「交渉力」の格差の意義』(法律文化社、2023年)29頁以下参照。

(86) Maultzsch (Fn 14), S. 67f.

は契約条項にその適用の旨が明記でもされていない限り、当事者の合理的意思解釈に基づき適用されないであろう。つまり、二国の強行法規の重畳の適用が生じない<sup>(87)</sup>。

(c) 優遇比較に関する規定との競合関係

抵触法的指定と解することで、強行法規を特別連結する他の抵触規定と競合が発生しうる。特に消費者契約や労働契約において問題となる。例えば、ローマ I 規則 6 条 2 項によれば、法選択があった場合、選択された法と消費者の常居所地法とが比較され、消費者に有利となる法の強行法規が適用される（優遇比較）。この規定を含めると、6 条 2 項による消費者の常居所地国の消費者保護の最低水準を定める強行法規、3 条 3 項に基づき適用されなければならない単一関係国の強行法規すべて、そして抵触法的指定された法の強行法規の 3 パターンの強行法規が現れる。消費者契約が単一国事案である場合、当該国と消費者の常居所地国は一致する。このとき解釈論上の問題が生じる。すなわち、もし 6 条 2 項が優先的に適用されるとすると優遇比較が実施され、選択された法が消費者に有利であればその強行法規が適用され、有利でなければ単一関係国の消費者保護規定が適用される。これに対し 3 条 3 項が優先的に適用される場合、選択された法の強行法規の適用はされず、まず単一関係国の強行法規だけが適用される。その後、競合しない限りで選択された法の強行法規が適用されることになろう。単一関係国の強行法規がローマ I 規則 3 条 3 項と 6 条 2 項のいずれの名目で適用されるかで選択された法の強行法規の適用の有無または方法が相違する。これにより、事案の解決が複雑化する可能性がある<sup>(88)</sup>。

(87) Maultzsch (Fn 14), S. 69; Grimm (Fn 12), S. 251.

(88) Backert (Fn 36), S. 90ff. は、ローマ I 規則 3 条 3 項 (EGBGB 旧 27 条 3 項) によれば単一関係国のすべての強行法規が適用されるのだから、3 条 3 項が 6 条 2 項 (EGBGB 旧 29 条 1 項) に対する特則であるとして前者を優先する。同様に E. Lorenz (Fn 45), S. 574 は、ローマ I 規則 3 条 3 項 (EGBGB 旧 27 条 3 項) は優遇比較を遮断する効果があるとする。これに対し、消費者保護のために 6 条 (EGBGB 旧 29 条) を優先すべきとするものとして、Schurig (Fn 67), S. 226; Michaels (Fn 44), S. 209; Staudinger/Magnus (2021), Art 6 Rom I-VO Rn 24ff.; Looschelders, IPR (2004), Art 29 Rn 7 等がある。

これに対し、実質法的指定説によれば解決はシンプルである。単一国事案の場合、法選択はないのだから、6条1項により直ちに客観的連結に基づき消費者の常居所地法が指定される。この常居所地法の強行法規が認める限りで、当事者により選択された任意法が適用されることになろう<sup>(89)</sup>。選択された法の強行法規と消費者の常居所地法上の強行法規の優遇比較がなされえないという欠点はあるものの、適用関係は明確となる。

### Ⅲ－3 小括

以上のように立場は分かれている。現在では実質法的指定説が相当に有力になってきていると思われる。しかし解釈論として優劣を比較した場合、結局、いずれが妥当であるかにつき決め手はないように考えられる。

まず抵触法的指定説がいうローマI規則3条の中に3項があるということは、抵触法的指定説の決定的な論拠ではない。なぜなら、法選択の成立要件を定める3条の中に、事案に国際性がなければ法選択を無効にする規定があると解することは、文言の一貫性はともかく、法体系に反することはないからである<sup>(90)</sup>。他方で、抵触法的指定と解することも同じくらいに支障はない。ローマ条約の公式報告書に記載された起草経緯を重視するならば、むしろ抵触法的指定説が妥当と解されるべきことになる。しかし、この起草経緯の説明それ自体の一般的解釈が疑われている<sup>(91)</sup>。以上から、ローマI規則の成立史、文言およびに体系的解釈といった形式的理由だけではいずれかの優劣は決し難い。

そうすると実質的理由が重要となる。しかし、実質法的指定説が強調する抵触法的指定の場合の問題点も決定的な論拠とまではいえない。抵触法的指定と解する場合の(a)約款規制の緩和化、(b)二国の強行法規の重畳的適用、(c)優遇比較規定との競合といった諸問題は、いずれも許容不可能なレベルではない。(a)については抵触法的指定と定型約款の利用の場合とで取り扱

---

(89) Mäsch (Fn 71), S. 95f.; MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 93; von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 124; NK-BGB/Leible (Fn 50), Rn 11; Grüneberg/Thorn 82.Aufl. (2023), Art 6 Rom I-VO, Rn 8.

(90) Grimm (Fn 12), S. 249.

(91) 前掲注(71)参照。

いに差が生じうることは、各々の法的性質の違いに基づくものと正当化することはできる。仮に正当化できないとしても、約款規制に係る実質法の解釈次第で両者に差は生じないと反論する学説もある<sup>(92)</sup>。(b)には確かに問題が全くないわけではない。国際私法上の弱者保護が想定されていない事業者間契約においてローマ I 規則 3 条 3 項に基づき実質的に保護を与える帰結が導かれうるからである。ただしそのことを措くとしても、両当事者が、複数の強行法規が適用されることを把握できているのならば大きな問題があるとまではいえない<sup>(93)</sup>。優遇比較や介入規範の特別連結を一般的に認める現代の国際私法において、一つの事実関係に複数の国の強行法規が適用されうること自体は容認されているからである<sup>(94)</sup>。逆に単一国事案でも当事者自治の原則が極力広く認められるべきであり、事業者間取引でも弱者側に一定の保護の機会があるべきという立場に立つならば、抵触法的指定説が支持されることになる。 (c)については、ローマ I 規則 3 条 3 項と 6 条 2 項の優先関係につき判断しなければならないのは確かとしても、解釈論での解決は不可能なレベルではない。逆に実質法的指定と解すると、選択された法と消費者の常居所地法の優遇比較が行われないことにもなる。

結果として両立場の対立は、起草経緯の説明の真偽、法適用関係の明確さ、単一国事案における当事者自治や弱者保護の尊重の度合い等といったそれ単体では決定的とはいえない各論点を、どの程度重視するかによる。最終的には価値判断の問題といえるであろう。

### 第 3 節 要件審査の基準

#### I 序

具体的にどのような場合に国際性要件が充たされるのかが問題となる。ローマ I 規則 3 条 3 項は、当事者により選択された国以外の事実関係のすべて

(92) 前掲注(82)参照。

(93) ただし、Maultzsch (Fn 14), S. 69 は、まさにそれが当事者にとって困難であることを一つの理由に抵触法的指定説を批判する。

(94) Michaels (Fn 44), S. 198.

の要素が一つの国に集中している場合に、当該国の強行法規の適用を強制する。すなわち、同項によれば、事実関係が選択された法や管轄合意された国を除き二以上の国と関係していれば、国際性が肯定される<sup>(95)</sup>。また、複数国との関連性は、「契約」それ自体とだけでなく、より広い付帯的な「事実関係」との間で存在していればよい<sup>(96)</sup>。

## II 一般的基準

以上から国際性の充足のために要求される諸要素は極めて多岐にわたると考えられる。この要件を一般化することは困難であり、結局は事案ごとに個別具体的に評価する他はないとする見解もある<sup>(97)</sup>。ただし、事実関係と何らかの重要な(relevant)関連性を示す要素が外国に向いている必要はあるとされ、一定の考慮すべき規範的な諸要素は存在すると解されている。すなわち、通説は、抵触規定に定められている種々の客観的連結点のうち、少なくともそのいずれか一つが単一関係国以外の国を示していれば、国際性は肯定されるとする<sup>(98)</sup>。ローマI規則のような抵触規定において定められた種々

---

(95) von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 106. すでに1940年代に同様の見解は提唱されていた(Moser (Fn 43), S. 200)。

なお同規則22条1項によると、地域的不統一法国についてはその国内の各々の法域が国家とみなされる。したがって、事実関係が(国ではない)複数の法域と関係を有している場合も国際性は肯定される。ただし、事実関係が一つの地域的不統一国内で終始している場合、当該国にはそもそもローマI規則の適用義務がない(ローマI規則22条2項)。このとき内国(準)国際私法が適用される可能性があるため留意の必要はある。

(96) Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 137; Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 385.

(97) NK-BGB/Leible (Fn 50), Rn 80; Vischer/Huber/Oser (Fn 42), Rn 76f.; Mäsch (Fn 71), S. 98. Schurig (Fn 67), S. 223 は、諸要素の形式的な列挙は不可能であるという。

(98) von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 107; MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 91; Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 138; Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 51; Erman/Stürner (Fn 57), Rn 27; Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 384; Calliess/Renner/Calliess (Fn 60), Rn 53; Mills (Fn 1), S. 473f.; Ostendorf, Anforderungen an einen genuinen Auslandsbezug bei der Rechtswahl im Europäischen Kollisionsrecht in: IPRax 2018, S. 630ff. (632); Klumb (Fn 73), S. 452; Teichmann/Oltmanns (Fn 59), S. 187; E. Lorenz (Fn 45), S. 575; Grimm (Fn 12), S. 266; Vogeler (Fn 14), S. 375. それに対し、NK-BGB/Leible (Fn 50), Rn 80 は、この場合にもあくまで個別的な評価が必要だという。ただし、疑わしい場合には国際性を肯定すべきという。まだローマ条約が成立していない時代のイタリア国際私法を前提にしつつ同旨

の客観的連結点は、準拠法を指定できる程度には事実関係との密接な関係性を指し示す要素である。そうすると、そのような諸要素は、準拠法を確定するまでのことを要求しない国際性要件の審査の際にはなおさら妥当するといわなければならないからである<sup>(99)</sup>。もっとも、これらの諸要素等が具体的にどの程度まで国際性の認定時に重視されるのかという問題については、個別的な見解により相違はみられる（以下Ⅲ参照）。

ところでこれらの諸要素の存在していなければならない時点は、主契約締結時ではなく法選択時点とされる（ローマⅠ規則3条3項）。同項が法選択の要件規定である以上、その時点で明らかな事実が基準でなければ、当事者の予見可能性に反するからである。したがって、同規則3条2項の事後的法選択がなされるならば、改めてその時点の諸要素が基準となる。例えば、法選択時に単一国事案であったが後に契約内容が変更され国際的事案となった場合、なおも法選択時点の単一関係国の強行法規は適用される。このときに当該強行法規から逃れたい場合には、明示的にせよ黙示的にせよ事後的法選択をしなければならない<sup>(100)</sup>。

国際性要件の充足には、契約関係におけるいかなる事実的要素が、選択された法の国以外の国に向けていけばよいのかが重要である。このような要素は、単一関係国以外の一国を指し示しているだけで国際性が肯定できる強い要素（Ⅲ-1）、単一関係国以外の国々を他の要素と共に指し示していることで国際性を肯定できる弱い要素（Ⅲ-2）、国際性を肯定できない要素（Ⅲ-3）とに分類できる。次に各々を概説する。

---

のことを述べるものとして、De Nova (Fn 43), S. 313.

(99) Mäsch (Fn 71), S. 97; Grimm (Fn 12), S. 273f.

(100) von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 118; Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 142; Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 394ff.; Nygh (Fn 2), S. 51; Klumb (Fn 73), S. 453. これに対し Grimm (Fn 12), S. 278 は、契約内容と直接関係する事実（履行地等）が外国に変更されただけの場合、それにより国際性要件は充足されるとし、事後的法選択の必要はないとする。

### Ⅲ 国際性の認定に必要な諸要素

#### Ⅲ-1 単一で国際性を肯定できる諸要素

それだけで国際性を肯定できる要素としてよく挙げられるのが、当事者の常居所地、契約履行地、目的物の所在地、契約締結地および契約相互の関連性である。これらの要素は、ローマI規則4条以下の客観的な連結基準としていづれも重要な役割を果たしているからである。

##### (a) 当事者の常居所地および営業所所在地

第一に、当事者の常居所地が挙げられる。通説によれば、当事者のうち一方が異なる国に常居所を有する場合、国際性は充たされる<sup>(101)</sup>。当事者が事業者の場合、この常居所地には主たる営業所（経営本拠地）と従たる営業所のどちらも含まれる（ローマI規則19条1、2項<sup>(102)</sup>）<sup>(103)</sup>。したがって、ある法人が複数の国に営業所を有しており、そのうち契約に関係した営業所が他方当事者の常居所地と異なる国に所在した場合、国際性は充たされる<sup>(104)</sup>。ただし、これらの主体は、あくまで当事者として契約関係と関わ

---

(101) Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 138; von Hein (Fn 44), S. 1410; MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 91; Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 51; Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 384; Calliess/Renner/Calliess (Fn 60), Rn 53; Nygh (Fn 2), S. 48; Vischer/Huber/Oser (Fn 42), Rn 76; R. Magnus (Fn 18), S. 519; Klumb (Fn 73), S. 452; Soergel/von Hoffmann (Fn 42), Rn 91; E. Lorenz (Fn 45), S. 575; Sandrock (Fn 66), S. 846. 同旨として Moser (Fn 43), S. 201.

(102) ローマI規則19条は、以下のように定める。

「(1) 本規則の目的のために、組合、社団および法人の常居所地は、その経営本拠地である。職業的活動の行使の枠内で活動している自然人の常居所地は、その主たる営業所所在地である。

(2) 契約が従たる営業所、代理店またはその他の営業所の営業の枠内で締結され、またはその契約に従った履行のために、そのような従たる営業所、代理店またはその他の営業所が債務を負う場合には、常居所地は、従たる営業所、代理店またはその他の営業所が所在する地である。」

(103) ただし、法人の設立準拠法や定款登録地等は考慮されない。後掲注(140)本文参照。

(104) これに対しては、多くの国に営業所等を有する多国籍企業が有利になるとし、一定の制限を加えるべきとする説もある。なぜなら、多国籍企業は、自身の有する営業所の中から契約当事者を恣意的に選ぶことができるため、事案の国際性の有無を操作でき、自

ていなければならない<sup>(105)</sup>。したがって、当事者のうちの一方が、契約関係とは無関係の営業所や子会社を外国に有しているという事実だけでは不十分である<sup>(106)</sup>。ただし、一方当事者（本人）が従たる営業所や子会社の従業員（代理人）に代理行為をさせ、他方当事者（相手方）と契約を締結したような場合には、本人か代理人のいずれかの拠点が外国にあるのみで国際性の要件は充たされる<sup>(107)</sup>。同様に、一方当事者の営業所が複数の国々に所在しており、かつそのいずれもが他方当事者との契約に関与している場合、そのうちの一つが外国にあれば、国際性は肯定できるとされる<sup>(108)</sup>。

## (b) 履行地

---

然人や中小企業と比し有利な立場にあるからである。例えば、R.Magnus (Fn 18), S. 523 は、関連会社も営業所の概念に含まれるという前提に立ちつつ、契約当事者となった子会社が、外国の親会社に 100% の持分で出資されているという事実だけでは国際性を肯定できないとする。この制限に対する批判として、Grimm (Fn 12), S. 287f.

(105) 従たる営業所には「自立性」がなければならない。そうでなければ当該営業所は契約当事者となることができず、契約を通して国際性を付与することもできないからである。Grimm (Fn 12), S. 287; R. Magnus (Fn 18), S. 523. 従たる営業所の「自立性」については、Thorn in Rauscher, EuZPR/EuIPR (2023), Art 19 Rom I-VO Rn 17; Staudinger/Magnus (2021), Art 19 Rom I-VO Rn 25.

(106) Grimm (Fn 12), S. 284f.; R. Magnus (Fn 18), S. 523; von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 108; von Hein (Fn 44), S. 1411; Teichmann/Oltmanns (Fn 59), S. 187. 在独外国大使館とドイツに常居所のある借主との間でドイツに所在する不動産に関する外国法準拠の賃貸借契約が締結されていた事案において、当該大使館の所属する外務省の本拠が外国にあることだけでは、当該契約関係の国際性は肯定されないとした判決がある (BGH, 29.11.2023, NJW-RR 2024, 140(142f.)).

(107) 詳細につき、Grimm (Fn 12), S. 285f.ただし、子会社のような独立の法人格を有する主体が代理ではなく自己の名で取引をした場合には、この子会社の営業所所在地だけが国際性の要素として考慮される。このとき、親会社が外国に所在するか否かは考慮されないとされる。Grimm (Fn 11), S. 285. これに対し、代理の名目で締結されていても、あくまで法律行為に直接関係した代理人（子会社）の所在地だけを考慮すべきとした判決として、BGH, 29.11.2023, NJW-RR 2024, 140(142).

また、内国に営業所のある本人が、内国に営業所を有する代理商と、後者が本国と外国の両方で活動する旨の代理商契約を締結した場合に、当該契約に国際性を認定できるか否かも問題となる。Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 141 は、外国での活動が内国でのそれを凌駕していれば、国際性を肯定できるという。

(108) Grimm (Fn 12), S. 284.

第二に、履行地が挙げられる。通常、両当事者の常居所地が異なる国にある場合には、履行地も同時に相違することが多いであろう。しかし両常居所地が同一の国に所在していたとしても、その国外に履行地がありさえすれば国際性は肯定される<sup>(109)</sup>。この履行地は、合意されたものか法律上定められたものかを問わない。そしてその履行地は、物品売買であれば、発送地と仕向地のいずれでもよい<sup>(110)</sup>。例えば売主が商品を内国に所在する営業所から相手方に引き渡すか、外国に所在する営業所から相手方に引き渡すかを選択できる旨の契約内容であった場合、すなわち、選択的な履行地が合意されていた場合にも、いずれかが外国を示してさえいれば十分に国際性があるとされる<sup>(111)</sup>。契約中の一部の履行だけが外国を指し示しているのでもよい<sup>(112)</sup>。ただしいずれにしても、現実の履行地でなければならず、契約書に記載の履行地が実体と異なる擬制的な履行地であった場合には、これは考慮されない<sup>(113)</sup>。以上のことは、対価としての金銭の給付地（履行地）にも原則的に妥当すると解されるものの、当事者による操作の容易さ故に若干の懸念を呈する見解はある<sup>(114)</sup>。

---

(109) Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 138; MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 91; Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 52; Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 384; Calliess/Renner/Calliess (Fn 60), Rn 53; Böhle (Fn 54), S. 79f.; R. Magnus (Fn 18), S. 530f.; Klumb (Fn 73), S. 453; Soergel/von Hoffmann (Fn 42), Rn 90; Nygh (Fn 2), S. 50; E. Lorenz (Fn 45), S. 575; Sandrock (Fn 66), S. 846; Mäsch (Fn 71), S. 100; Simitis (Fn 43), S. 211. 判決として、ポーランドに所在するポーランド法人とポーランド人との間で締結され、後者が3か月間ドイツにて派遣労働を行う契約（社会保険料はポーランドに支払われた）においてドイツ法の選択がなされた事例につき、EGBGE 旧 27 条 3 項によりポーランドの単一国事案と認定せずにドイツの強行法規の適用を認めたものがある。ArbG Bielefeld, 02. 12. 2008, IPRspr 2008, Nr 49.

(110) Grimm (Fn 12), S. 300ff.

(111) Nygh (Fn 2), S. 50.

(112) Grimm (Fn 12), S. 302f.これに対し、R. Magnus (Fn 18), S. 530f. は、部分履行の場合、外国での履行が契約の本質的な一部でなければならないと限定する。

(113) von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 115; Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 138; Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 384.

(114) Grimm (Fn 12), S. 305f. は、債務者が独断で外国の口座を利用して、送金した場合には、そのことは重要な要素とはいえないとしつつ、契約において支払い方法等が定められておりそれが外国を指し示していれば十分であるとする。これに対し、R. Magnus (Fn 18), S. 528f. は、インターネット等を利用し国境を越えた決済を容易に行なうことので

## (c) 契約目的物の所在地

第三に、契約目的物の所在地が挙げられる<sup>(115)</sup>。特に不動産契約の場合には、不動産が外国に所在するだけで国際性は充足されるといわれる。このとき、契約類型は問われず、不動産売買だけでなく賃貸借、タイムシェアリング契約等でもよい。これに対し、動産売買の場合、内国に営業所を有している両当事者が契約を締結し、法選択がなされた時点で動産が外国に所在していたという事情だけでは、国際性は肯定されないといわれる<sup>(116)</sup>。もっとも、このような場合には同時に履行地が外国を指し示す場合が多いと考えられるため、ほとんど問題とならないであろう<sup>(117)</sup>。

## (d) 契約締結地

第四に、契約締結地が挙げられる。この要素のみで国際性を肯定できるとする見解が多数説といってよい<sup>(118)</sup>。例えば、締結地はローマ I 規則 4 条 3 項における回避条項の発動時の最密接関係地の一認定要素となっており、11 条により方式につき選択的連結点の一つとして利用され、8 条 3 項の労働者の雇入れられた営業所所在地や 6 条 1 項の消費者の常居所地もしばしば契約締結地と一致する<sup>(119)</sup>。締結地は、このように多様な場面で客観的連結点と

---

きる現代においては、そのような要素は重要ではない旨指摘する。

(115) Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 51; Calliess/Renner/Calliess (Fn 60), Rn 53; Sandrock (Fn 66), S. 846; Droste (Fn 42), S. 95.

(116) von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 116; Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 138; Reithmann/Martiny/Martiny (Fn 32), Rn 2. 138; Droste (Fn 42), S. 95f. それに対し、Sandrock (Fn 66), S. 846 は外国における所在だけで肯定する。

(117) Sandrock (Fn 66), S. 846. 特に Grimm (Fn 12), S. 306 参照。例えば、売買契約と独立して買主が独自に運送人を手配するような事例が想定されるであろう。売主が外国の事業者から商品を別途調達する場合には、本節Ⅲ-1(e)参照。

(118) Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 384; von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 111f.; Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 139; Calliess/Renner/Calliess (Fn 60), Rn 53; Looschelders (Fn 57), Rn 25; Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 52; Klumb (Fn 73), S. 453; Backert (Fn 36), S. 102ff.; E. Lorenz (Fn 45), S. 575; De Nova (Fn 43), S. 313.

(119) 特に消費者契約では、ローマ I 規則 6 条 1 項 b 号に基づき事業者が自身の事業を消費者の常居所地に差向けている場合に当該地の強行法規が適用される。したがって、すでに同項により締結地（事業が差向けられた地）の強行法規は適用されるのであり、3 条 3 項に基づき単一関係国の強行法規を適用する必要がない。以上の理由からも、締結地の

しての役割を果たしているからである<sup>(120)</sup>。ただしこの説においても、実質的には両当事者が内国に所在している場合に、インターネットを介して、例えば特定のウェブサイトにアクセスして契約を締結したというような事情だけでは、サーバー所在地やデータ処理地等が外国にあったとしても国際性は肯定できないとされる<sup>(121)</sup>。

この説に対し、契約締結地が外国にあるという一点のみでは国際性を肯定すべきではないとする反対説もある。この反対説によれば、契約締結地（または一方当事者の表意地）が外国にあったとしても、追加的に他の要素がなければ国際性は認められないことになる<sup>(122)</sup>。その主たる理由としては、容易な操作可能性、偶然性等が挙げられる<sup>(123)</sup>。典型例としては、同一の国に

---

みで国際性の充足を認めるべきとされる。von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 111; Reithmann/Martiny/Martiny (Fn 32), Rn 2. 139; Backert (Fn 36), S. 108f.

(120) 特に Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 139 参照。ただし、Magnus は、一方当事者が契約の意思表示をした地が外国にあるが、外形的には内国での契約締結と実態が変わらないような場合、その表意地は国際性の要素として考慮されないとする。

(121) Spindler/Schuster/Bach, Recht der elektronischen Medien 4. Aufl. (2019), Art 3 Rom I, Rn 21; von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 113; Mills (Fn 1), S. 474. ただし von Hein は、外国サーバー内でのデータ保管が契約の特徴的給付といえるクラウド契約については、国際性を肯定できるとする。

(122) 締結地による国際性の認定につき問題となった著名なドイツの諸判決として、いわゆるグランカナリア事件が挙げられる。これは、ドイツ人観光客がグランカナリア島（スペイン）の旅行に際し、現地にてドイツ語でツアーの勧誘・招待を受け、その過程でスペイン法を準拠法としてドイツを履行地とする物品売買契約を締結したという一連の事例である（この事件につき、西谷祐子「ドイツ国際消費者契約法上の諸問題—『強行法規の特別連結』に関する一考察—」法学論叢 63 巻 5 号（1999 年）4 頁以下参照）。このうち、少なくとも表示行為の一部（申込）が外国（スペイン）でなされたといえる事例につき国際性を否定し、EGBGB 旧 27 条 3 項に基づきドイツの強行法規を適用した判決がある（OLG Frankfurt 01. 06. 1989, IPRax 1990, 236; LG Hamburg, 29. 03. 1989, RIW 1990, 664）。この解釈は、消費者保護を定めた当時の EGBGB 旧 29 条 1 項（ローマ条約 5 条 2 項）の適用範囲が狭く、消費者を適切に保護できないことに対応したものと評価することもできる。ただし、この解釈には当時から否定的な説は根強かった（例えば、Taupitz, Kaffeefahrten deutscher Urlauber auf Gran Canaris in: BB 1990, S. 642ff. (648); Backert (Fn 36), S. 108f.）。現在では立法的解決（ローマ I 規則 6 条 2 項の適用範囲の拡大）がなされたこともあり、国際性を肯定しつつローマ I 規則 6 条の消費者保護規定で対応すべきとする見解が多数である。詳細につき、von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 111 参照。前掲注 (119) も参照。

営業所を有する両当事者が当該国で契約交渉をし、その後一方当事者が外国に赴き、その地で E-mail を使うなどして正式な契約を締結したような場合が挙げられる。この場合、締結地たる表意地は偶然に定まるにすぎず、場合によっては恣意的な操作も疑われる。また、締結地が客観的連結点としては補助的なものに過ぎないことを強調し、偶然的には定まらない見本市、証券取引所所在地、競売地といった締結地それ自体の存在に意義があるような場合に限り、締結地のみで国際性の充足を認めるべきとする見解もある<sup>(124)</sup>。

### (c) 契約相互の関連性

第五に、二つ以上の関連した契約関係がある場合に、一方の契約関係が単一の国としか関係していないが他方の契約関係がそれ以外の他国とも関連しているとき、一方にも国際性が認められるかが問題となる。一般に、これは認められると解されている<sup>(125)</sup>。例えば、主たる契約を補充する形で従たる契約が同一当事者間で締結される場合（予約等）、両者につき附従的連結が認められうることから、一方の契約関係が外国を指し示していれば、他方についても抵触法的指定は可能と解される<sup>(126)</sup>。また、二つの契約の当事者が

(123) Erman/Stürner (Fn 57), Rn 27; R.Magnus (Fn 18), S. 532f.; Vischer/Huber/Oser (Fn 42), Rn 76; Soergel/von Hoffmann (Fn 42), Rn 88, 92; Mäsch (Fn 71), S. 103f.; Droste (Fn 42), S. 95; Nygh (Fn 2), S. 49f. また Bamberger/Roth/Spickhoff (Fn 42), Rn 34 は、締結地による国際性の創出を原則として認めるものの、その地が一時的であるか偶然的なものであった場合に限りこれを認めない。MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 91 は、履行地が単一関係国に集中している場合に締結地のみに基づく国際性の創出を認めないとする。また、単なる交渉地も国際性を充足させないとする。

(124) Grimm (Fn 12), S. 292ff. Michaels (Fn 44), S. 201f. も、締結地が外国にあることが具体的事案の中で重要である必要があるとする。

(125) von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 117; Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 384; Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 55; Reithmann/Martiny/Martiny (Fn 32), Rn 2. 138; Calliess/Renner/Calliess (Fn 60), Rn 54; Soergel/von Hoffmann (Fn 42), Rn 94; Püls (Fn 26), S. 175; Nygh (Fn 2), S. 55; Maultzsch (Fn 14), S. 72f.; Thorn/Thon (Fn 12), S. 574f.; von Hein (Fn 44), S. 1413; Pinheiro (Fn 37), S. 244; Teichmann/Oltmanns (Fn 59), S. 187; Vischer/Huber/Oser (Fn 42), Rn 76; Böhle (Fn 54), S. 84ff.; Simitis (Fn 43), S. 211.

これに対し、Droste (Fn 42), S. 96f. は、連鎖供給契約、再保険契約、借換契約、下請契約等につき否定する。ほぼ同旨として、R.Magnus (Fn 18), S. 526.

異なるが両者の関連性を肯定できる場合として、主契約とその債務に係る保証契約、主契約とその債権に係るファクタリング契約（債権譲渡契約）が挙げられる。この場合には、保証契約やファクタリング契約は、他の国際性を帯びた契約により発生した債権・債務を対象とした契約といたうため、一方の国際性により他方の国際性も認められるとされる<sup>(127)</sup>。

ただし、契約相互に直接的な連関性がない場合については争いがある。例えば、一方の契約が外国で締結され、その契約で調達された物品を売買すべく国内でさらに契約を締結したような場合である。この場合、それぞれの契約はあくまで独立しているため、後者の国内契約につき国際性の充足を否定する見解もある<sup>(128)</sup>。しかし、契約の連鎖に関わる当事者にとっては、自身らの複数の契約を抵触法上同一に取り扱うことに対する利益があるとして肯定的にとらえる立場が現在は根強い<sup>(129)</sup>。

より具体的には、ドイツの生産業者が、ドイツの商人に商品を販売し、このドイツ商人が同商品をアメリカの顧客にアメリカの州法の準拠する契約で販売する事例が挙げられる。このとき、ドイツ生産業者とドイツ商人との契約についてもアメリカの法を抵触法的に選択できることは有意義だという。なぜなら、ドイツ商人がアメリカ顧客に対して負いうる UCC (2007) 第 2 - 314 条の物品適合性違反に基づく保証責任（商品性の黙示的保証（implied warranty of merchantability））を、ドイツに所在する生産業者に対しても主張することが可能となるからである。もし物品適合性や瑕疵担保責任のルールが、二つの契約ごとに異なると、アメリカでは保証の必要があるにもかかわらず、ドイツの契約上必要ないということになりうる。契約ごとの責任関係がうまく三当事者間で連関しない可能性がある<sup>(130)</sup>。

---

(126) Grimm (Fn 12), S. 307f.

(127) Klumb (Fn 73), S. 453; Grimm (Fn 12), S. 308f.; Simitis (Fn 43), S. 211. また理由付けは異なるが Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 53 は、同一国内の当事者間のファクタリング契約につき、債務者が外国に居住していることだけで国際性を肯定しうるといふ。債権譲渡については、後掲注(150)の事例も参照。

(128) Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 138; R. Magnus (Fn 18), S. 526f.; Droste (Fn 42), S. 96f. また、Mäsch (Fn 71), S. 107ff. も消費者契約の場合にこれを否定する。

(129) 前掲注(125)で挙げる諸文献参照。

もつとも、この立場であっても、例えばある契約で発生しうる不利益のリスクヘッジをするという経済的目的のみで他の当事者と別途契約を締結した場合には、両契約の関連性に基づく国際性の充足は認められないとされる<sup>(131)</sup>。すなわち、契約相互には事実的または法的な関連性があり、契約当事者は関連する他の契約に国際性があることが了解できていなければならない。

### Ⅲ－２ 単一では国際性を肯定できない諸要素

契約関係と重要な関連性を単体では示唆しない要素も存在する。このような諸要素は、他の要素と併せることによって意義を有することになる。

#### (a) 当事者の国籍

(130) Maultzsch (Fn 14), S. 72. これに対し、Droste (Fn 42), S. 97 は、このような問題は任意法規の内部で適応させることで十分対応できることを示唆する。商品性の黙示の保証については、例えば樋口範雄『アメリカ不法行為法〔第2版〕』（弘文堂、2014年）280頁以下参照。

そもそも米国法上の黙示の保証責任が契約準拠法の送致範囲に入るのか自体が問題となる。おそらく契約と性質決定するものとして、Reithmann/Martiny/Martiny (Fn 32), Rn 25.130ff. 少なくとも直接的な契約関係にない製品利用者（消費者等）に対する生産者の黙示の保証責任を不法行為（生産物責任）と性質決定するものとして、Jungemeyer, Kauf vertragliche Durchgriffrechte in grenzüberschreitenden Lieferketten and ihr Verhältnis zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (2009), S. 197f.

(131) Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 138; Reithmann/Martiny/Martiny (Fn 32), Rn 2.138; MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 91; Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 55; Grimm (Fn 12), S. 313. これに対し Böhle (Fn 54), S. 84ff. は、この場合にも国際性を認めるべきという。本節Ⅲ－3(b)も参照。

また、Teichmann/Oltmanns (Fn 59), S. 184 は、次の場合に国際性を肯定する。すなわち、継続的取引関係にある米国に本拠を置く多国籍企業 A と仏国に本拠を置く多国籍企業 B との間で米州法を準拠法とする基本契約（いわゆるグローバル契約）が締結されている状況において、A の傘下にあるドイツ子会社 X と B の傘下にあるドイツ子会社 Y とが、上記基本契約書の内容を基礎としてドイツで履行の終始する個別的売買契約をドイツにて締結した場合である。この場合、X と Y の個別的契約についても米州法の抵触法の選択が認められるべきという。X と Y の契約が A と B の基本契約の存在を前提とするから両者には経済的のみならず法的関連性があり、A や B だけでなくこれらの傘下に属する他の第三者との関係で統一的に法的解決をなすべきと考えられるからである（S. 187f.）。

当事者の一方または双方が外国籍であった場合に国際性が充足されうるかどうかが問題となる。これについては否定的にとらえる学説が比較的多数である<sup>(132)</sup>。国籍が、契約関係の主要な連結点として導入されていないことが理由として挙げられる。当事者の国籍は、身分法分野では本人の帰属意識や文化的背景等を反映する属人法を定める重要な要素である。これに対し、経済活動として行われる契約では属地的連結が主流であり、国籍それ自体が、契約の締結ならびに履行の内容に影響することも想定し難いからである。さらに、国籍の変更は容易でなく、グローバル化された社会においては、国籍の異なる人々が同一国で取引することは珍しいことではない。むしろ、現代において異国籍者間で契約が締結されることは通常であることも理由として挙げることができる<sup>(133)</sup>。例えば、ドイツに常居所を有するトルコの出稼ぎ労働者がドイツの不動産に関する売買契約のためにトルコ法を選択した場合、ドイツの強行法規の適用は免除されないとされる<sup>(134)</sup>。

これに対し、外国籍の保有のみで国際性を認める見解も有力である。契約関係においても、行為能力<sup>(135)</sup>や生命保険契約<sup>(136)</sup>につき国籍が連結点とし

---

(132) Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 140; Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 54; Reithmann/Martiny/Martiny (Fn 32), Rn 2.140; Mäsch (Fn 71), S. 102f.; NK-BGB/Leible (Fn 50), Rn 80; R. Magnus (Fn 18), S. 521; Michaels (Fn 44), S. 202; Soergel/von Hoffmann (Fn 42), Rn 95; Looschelders (Fn 57), Rn 25; Vischer/Huber/Oser (Fn 42), Rn 76; Nygh (Fn 2), S. 49; Simitis (Fn 43), S. 211. E. Lorenz (Fn 45), S. 575 は、原則的に国籍では国際性は充足されないとしつつ、例外的に一方当事者が、他方当事者が外国籍を有することを知っており、かつそのことが契約の締結または内容に客観的に影響を与えた場合に、国際性を肯定できるとする。Vogeler (Fn 14), S. 375f. は、ローマII規則に関する通説は、国籍を国際性の考慮要素に含めていないとする。

(133) Grimm (Fn 12), S. 318f.; Calliess/Renner/Calliess (Fn 60), Rn 54.

(134) Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 140.

(135) ローマI規則13条は行為能力に関する取引保護(行為地法の例外的適用)を定めるが、原則的連結点の規律はない。後者については各国国際私法による。EU構成諸国には、行為能力につき国籍を連結点とする国が多い。

2022年より以前、ドイツEGBGB7条2項は行為能力につき本人の本国法を原則的連結点としていた。しかし2023年1月に、本人の常居所地法を連結点とする改正法が施行された(BGBl. 2021 II S. 882)。このことから今後、国籍による国際性の充足につき否定的な見解が増加するかもしれない。

(136) ローマI規則7条3項(c)は、EU域内のリスクをカバーする生命保険につき保険契約

て利用され、ローマ I 規則 4 条 3 項等における回避条項の発動の一考慮要素にもなりうるからである<sup>(137)</sup>。例えば、一方当事者の国籍だけが外国であった場合と両当事者の国籍が外国であった場合とで分類し、後者の場合のみ国際性の充足を認めるという説<sup>(138)</sup>、外国人が、当該外国の市場でのみ入手可能な商品を現地で調達し、内国にて内国人と契約の締結ならびに履行をした場合に、当該外国人の国籍をもって国際性の充足を認めてもよいとする説等がある<sup>(139)</sup>。

なお、法人については設立準拠法や定款登録地が問題となりうる。しかし、これら自体では、国際性は認定されないとするのが一般的と解される<sup>(140)</sup>。さもなければ疑似外国会社の利用により契約関係の国際化が容易に果たされることになるからである。

#### (b) 通貨・言語

一般的に支払通貨（ドイツ人同士のドイツにおける米ドルでの支払いなど）や契約言語だけでは国際性は認定されないと解されている。いずれも客観的連結や黙示の法選択の認定の際にはほぼ意義が認められておらず、当事者の意思で容易に変更できるからである<sup>(141)</sup>。

---

者の国籍国法の選択を認めている。

(137) von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 109; MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 91; Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 384; Schurig (Fn 67), S. 223; Sandrock (Fn 66), S. 846; De Nova (Fn 43), S. 313.

(138) Calliess/Renner/Calliess (Fn 60), Rn 54; Bamberger/Roth/Spickhoff (Fn 42), Rn 34; Vischer/Huber/Oser (Fn 42), Rn 3. 古い学説であるが、Moser (Fn 43), S. 201 も同旨。判決としては、ドイツに居住していたイスラエル人同士がドイツでの刑事弁護の報酬についてイスラエル法を合意した契約の事例につき国際性が肯定され、イスラエル法の強行法規の適用が認められたものがある。BGH, 14. 04. 2005, NJW-RR 2005, 929.

(139) MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 91; Soergel/von Hoffmann (Fn 42), Rn 95.

(140) Calliess/Renner/Calliess (Fn 60), Rn 53; von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 110; Grimm (Fn 12), S. 283. これに対し Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 384; R. Magnus (Fn 18), S. 522 は国際性の考慮要素に含める。

(141) 例えば、Calliess/Renner/Calliess (Fn 60), Rn 54; von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 116; Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 140; Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 55a; Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 390; Droste (Fn 42), S. 95; Grimm (Fn 12), S. 314f., 321. これに対し、Nygh (Fn 2), S. 50 は支払通貨により国際性の充足を認める。

### Ⅲ－3 国際性を肯定できない諸要素

#### (a) 法選択、裁判管轄合意、仲裁合意

純粹に当事者の意思に基づく要素によっては国際性を創出することはできないとされる。すなわち、当事者による法選択、管轄合意、仲裁合意において外国が指定されたことは国際性の要件審査の際には考慮されない。3条3項は単一関係国の強行法規の回避を阻止することを目的としている。これらの要素によって国際性が認められるならば、その目的が没却されるからである<sup>(142)</sup>。この点は、明文で明らかにされており（法選択はローマI規則3条3項、管轄合意ならびに仲裁合意は同規則前文15段）、学説でもほぼ異論がない<sup>(143)</sup>。

#### (b) 取引上の便宜（特に国際定型約款の利用）

同じく外国法の適用が契約当事者にとって単に便宜であるという理由だけでは、国際性の充足は認められないと解されている。例えば、国際的に通用する定型約款が利用されたとか、特定の取引類型では特定の外国法が適用される慣行が存在するというだけでは国際性は肯定されない<sup>(144)</sup>。これにつき

---

(142) Maultzsch (Fn 14), S. 71; Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 137; Reithmann/Martiny/Martiny (Fn 32), Rn 2. 138; von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 114; Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 388f.; Bamberger/Roth/Spickhoff (Fn 42), Rn 33; Vischer/Huber/Oser (Fn 42), Rn 80; R.Magnus (Fn 18), S. 533f.; Grimm (Fn 12), S. 314f.; Looschelders (Fn 57), Rn 25; De Nova (Fn 43), S. 312f.; Moser (Fn 43), S. 196.

(143) ただし、これは国家裁判所で手続が行われる場合の話である。仲裁廷において紛争解決がなされる場合、そもそもローマI規則3条3項の適用があるか自体に争いがある（例えば、Staudinger/Magnus (Fn 39), Rn 131; Bamberger/Roth/Spickhoff (Fn 42), Rn 33）。このとき仲裁手続の実体判断準拠法の決定に同規則3条3項が類推適用されないという多数説に立つならば、仲裁合意が外国を指し示していたか否かというような国際性の有無は一切関係なく抵触法的指定が認められる。例えば、Reithmann/Martiny/Hausmann, IVR 9.Aufl. (2022), Rn 7. 461; Kondring (Fn 62), S. 186, 190f.; Thorn/Thon (Fn 12), S. 576ff. ただし、この多数説に反論する有力説もある。例えば、Grimm (Fn 12), S. 482ff. とその脚注361に挙げられる文献参照。

(144) MüKo/Martiny (Fn 42), Rn 91; von Hein in Rauscher (Fn 39), Rn 116f.; Magnus/Mankowski/Mankowski (Fn 44), Rn 387; Reithmann/Martiny/Martiny (Fn 32), Rn 2. 138; Ferrari/Ferrari (Fn 42), Rn 55f.; Grimm (Fn 12), S. 267f. これに対し、Calliess/Renner/Calliess (Fn 60), Rn 55f.

比較的注目された近時の事例として、次の判決がある。

イギリス控訴院の *Dexia Crediop S.p.A. v. Comune di Prato* 事件においては、イタリアのプラート自治体とイタリア金融機関である *Dexia Crediop* とが、両者で締結された金利スワップ契約の履行をめぐり争った<sup>(145)</sup>。当該契約には英国の専属管轄と法選択条項が存在していたものの、両当事者による当該契約の締結ならびに履行はすべてイタリア国内で終始していた。そのため、プラート側はイタリアの単一国事案であるとして、ローマ条約 3 条 3 項に基づきイタリアの強行法規の適用を主張した<sup>(146)</sup>。本件において国際性を認めうる要素として挙げられうるのは、ISDA 基本契約書の国際版雛形<sup>(147)</sup>が利

---

は、本文で取り扱った判決を挙げ国際性が認められる可能性があるという。Böhle (Fn 54), S. 87ff. はより積極的にこれをもって国際性を認めるべきと主張する。Reiner/Scholl in: *Ellenberger/Bunte, BankR-HdB* 6. Aufl. (2022), §94 Außerbörsliche Finanztermingeschäfte (OTC-Derivate), Rn 389 も、純粋国内的な金融先物取引であっても、ドイツに居住する当事者間での外国法の適用を定めた外国の定型契約書の利用は認められるとし、外国関連性は重要でないとする。

(145) [2017]EWCA Civ 428. 本件の事実関係は概ね以下の通りである。すなわち、プラート自治体は複数の金融機関から変動金利にて融資を受けていたところ、金利変動リスクを回避する等の目的でこれらの返済債務を固定金利に転換することにした。そこで、プラートはイタリアに本拠のある *Dexia* との間で 2002 年から 2006 年にかけて複数の金利スワップ契約を締結した。端的にいうと、当該諸契約は、プラートが各金融機関に対し負う債務を変動金利で算定した額を同自治体が *Dexia* から受け取り、その代わりに既存の債務額を当該契約にて改めて約定した固定金利で算定し直した額を *Dexia* に支払うというものである (Böhle (Fn 54), S. 75)。これにより、プラートが各金融機関に負う債務が実質的に固定金利に変更される効果が生まれる。しかし 2008 年前後の金融危機をきっかけに金利相場が大幅に下落した。これに伴い 2009 年、プラートは *Dexia* に対し履行すべき固定金利基準の金額の支払いを停止した。そこで、*Dexia* は当該債権に係る凡そ 1200 万ユーロの支払いを求め、英国にて提訴したのである。

(146) イタリアの強行法規 (TUF30 条 6・7 項、32 条) によれば、店舗外 (または隔地的マーケティング技術を用いた) 金融取引に関する契約は、契約の中でその締結後 7 日以内の取消権があることを金融機関側が顧客に通知しなければ無効になるとされる。

(147) 店頭デリバティブ取引で国際的に利用されている *International Swaps and Derivatives Association (ISDA)* の作成した契約書である。複数の版が存在しており、現行版は 2002 年版であり、金融機関と顧客との間の上記取引に係る一般的規律を含む。本契約書の中には準拠法条項もあり、英国法かニューヨーク州法のいずれかの選択が前提とされている。英国の EU 脱退後には、フランスまたはアイルランド法による利用が可能な版も作成された。本契約書や金利スワップ契約の国際私法上の論点については、Mansel, *Das auf Swap-Verträge auf der Grundlage des ISDA Master Agreements anwendbare Recht — Rechtswahl*

用されていたこと、Dexia が当該スワップ契約に基づき発生しうるリスクヘッジのために複数の外国金融機関と別途の契約 (back-to-back contract) を締結していたこと、契約言語が当事者の母国語でない英語であったことのみであった。

控訴院は、原審である高等法院の判決<sup>(148)</sup>を覆し国際性を肯定した。その理由は概ね次の通りである<sup>(149)</sup>。すなわち、ローマ条約3条3項は、契約それ自体ではなく、事実関係との関連性を要求しているため、広く様々な要素を考慮して国際性を認定できるとした。そのうえで本件では、ISDA 基本契約書が、ニューヨーク州法等を既定の準拠法とすることが多く、国際的に通用している定型約款であること、契約言語が英語であること、そして本件の金利スワップ契約においては、金融機関が当該取引と関連し他国の金融機関とリスクヘッジに係る契約を締結しており、そのことは市場自体が国際化されている金融デリバティブ市場において通常のことである等を理由に、契約関係の国際性を肯定した。結果的にイタリアの強行法規の適用が否定され、Dexia による履行請求は認容された。

本判決は、非常に広範な基準で国際性を認めたことが注目される<sup>(150)</sup>。し

---

und objektiv anwendbares Recht in: Festschrift für Grunewald (2021), S. 731ff.; Reiner/Scholl (Fn 144), Rn 387ff. 参照。

(148) 原審は、国際的に通用している定型約款の利用は、イタリア以外の国との関連性を示す重要な要素とは評価できず、また Dexia が国外の金融機関とリスクヘッジに係る契約を締結したことも、その契約と関係しないプラートとの間では国際性を導くことはないとし、結論的にイタリア強行法規の適用を認めた。Dexia Crediop S. p. A. v. Comune di Prato [2015]EWHC 1746 (Comm), Para. 211ff.

(149) Dexia [2017]EWCA Civ 428, para. 132ff.

(150) ただし、本判決の前にも同様の英国判決は存在する。例えば、Banco Santander Totta SA v. Companhia Carris de Ferre de Lisboa SA & others [2017] EWCA Civ 428 においては、ポルトガル金融機関とポルトガルの公共交通機関とで英国管轄と英国法に準拠する ISDA 基本契約書を用いて金利スワップ契約が締結された。事案の概要は前掲注(145)の Dexia 事件と、時期・内容共に大枠では類似するものの、ポルトガル金融機関が自身の外国関連会社に当該契約から生じた債権を譲渡できる旨の特約が契約書内にあったことに違いがあった。交通機関側は、単一関係国としてのポルトガルの強行法規たる民法典 437 条に基づき金融危機の発生による事情変更の原則 (行為基礎の喪失) を主張した。本件では、高等法院と控訴院のいずれもが、Dexia 控訴院判決とほぼ同様の理由付けに加え、上記譲渡特約の存在をもって国際性の存在を認め、ポルトガル法に基づく主張を認めな

かしこの結論に対しては、次のような懸念が指摘される。

まず、ISDA 基本契約書が特定の準拠法を前提とした定型約款であり、かつ広く国際的に通用しているのは事実である。しかし、このような定型約款が純粹内国的な取引に利用されるということは、しばしばある。とすれば、定型約款を利用しない契約において外国法が選択された場合には単一国事案につき強行法規の潜脱が認められない一方で、上記の定型約款が利用された場合にはそれだけで強行法規を回避できることになる。このようなアンバランスな取り扱いは正当化できないとされる<sup>(151)</sup>。そもそも当事者がこの約款を利用するだけで国際性が認定されるならば、恣意的な強行法規の回避が可能となるとも批判される<sup>(152)</sup>。

第二に、イタリアの金融機関がリスクヘッジに係る契約を締結することは、契約相手であるプラートにとっては予見できない可能性があるとの批判である<sup>(153)</sup>。金融機関ではない当事者が、上記の金融市場における「常識」を常に知りうるとはいえない。そうとすると、国際金融に携わる金融機関だけが有利に取り扱われることに繋がる<sup>(154)</sup>。当事者の一方と関係なく、また与り知らない契約により国際性が肯定されてしまうことに対し批判がなされているのである。

前記判決は、まだ英国が EU から脱退しておらず、かつ欧州司法裁判所にローマ条約の解釈権限があった時期のものである。ところが、欧州司法裁判所に先決裁定の付託はなされず、被告側による最高裁への上訴が認められることもなく手続は終結した。英国の脱退した EU において、今後いかなる判決が下されるか展開が待たれる<sup>(155)</sup>。

---

かった ([2017] EWCA Civ 428, Para. 58ff.)。本判決の評釈として、Dias, *Auslandsbezug des Sachverhalts nach Art. 3 Abs. 3 EVÜ/Rom I-VO und rebus sic stantibus-Klausel des portugiesischen Zivilrechts als nicht parteidisponible Bestimmung in: ZEuP 2019, S. 603ff.* この評釈では、国際性要件だけでなく、そもそも投機性の高い金利スワップ契約への事情変更原則の適用の妥当性に対し批判的な見解が紹介されている (a.a.O., S. 618)。

(151) von Hein (Fn 44), S. 1411f.; Mansel (Fn 147), S. 737.

(152) Thorn/Thon (Fn 12), S. 574; Ostendorf (Fn 98), S. 632; Mansel (Fn 147), S. 737.

(153) 契約相互の関連性に基づく国際性の認定については、本節 III - 1(e) 参照。

(154) von Hein (Fn 44), S. 1413f.; Thorn/Thon (Fn 12), S. 575; Ostendorf (Fn 98), S. 632; Hartley (Fn 42), S. 176.

## Ⅳ 小括

国際性の認定の際に問題となる典型的な諸要素を概観した。総じてみると、法選択、管轄合意を筆頭に、当事者の意思により操作が容易な契約言語、支払通貨、締結地、そして財産法分野では必ずしも連結点として重視されていない国籍については、国際性要件の基準として重要な意義が与えられていないことが窺える。また、法的・事実的関連性がある限りで複数の契約相互の関係から国際性を導くことができるとされる一方で、あくまでリスクヘッジ目的のような純粋に経済的理由で他の契約を締結した場合、または国際的定型約款を利用したというような当事者の取引上の便宜のみに基づく事情も、国際性の要素として考慮することには否定的な見解が多数となっている。以上から、主観的事実よりも客観的事実要素が重要と考えられている。

おそらくはこれ以上に一貫性を見出すことは困難と思われ、結局は裁判所をはじめとした法適用者の裁量に委ねられざるを得ないと思われる。いずれにせよ、どの見解によっても、当事者自治が不要と考えられるほどに単一の国と関係しておりその国の法の適用が自明である事例、すなわち当事者に法選択を認めるのに適切でない事例に限って3条3項の効果は発動するといえる。そこに厳格な要件が課されるわけではないと解してよいであろう<sup>(156)</sup>。

---

(155) 英国はEUから正式に脱退する前の2018年6月にローマI・II規則を国内法化しており (European Union (Withdrawal) Act 2018)、両規則の規律は2021年1月以降、英国内法の名目で適用されている。しかし英国はもはやEU加盟国ではないため、欧州司法裁判所に先決裁定の付託権限はなく、その裁定に従う必要もない (詳細につき、Tretthahn-Wolski/Förstel, *Der Brexit von Rom und Brüssel* in: *ÖJZ* 2019, S. 485ff. (487f.))。そのため、ローマI規則3条3項につき英国とEUとで解釈の相違が生じる可能性が指摘されている。von Hein (Fn 44), S. 1416. 2022年9月には英国にて、前記控訴院判決と同旨の高等法院の略式判決が下されている。Dexia Crediop Spa v. Provincia di Pesaro e Urbino [2022] EWHC 2410 (Comm)。

英国の裁判所は本件のような訴訟を国内に呼び込むためか、従来から3条3項の要件を緩和化した解釈を行う傾向にあったとされる (Ostendorf (Fn 98), S. 631)。Böhle (Fn 54), S. 94ff.は、ドイツの司法制度の国際競争力を高めるために、英国に倣い積極的にローマI規則3条3項の要件の緩和 (または撤廃) を推し進めるべきとすら主張する。

(156) 例えば、Bamberger/Roth/Spickhoff (Fn 42), Rn 34; Maultzsch (Fn 14), S. 70; Thorn/Thon (Fn 12), S. 573; Grimm (Fn 12), S. 269f.; Sandrock (Fn 66), S. 846; Calliess/Renner/Calliess

## 第4章 わが国への示唆

本稿では、主にローマ I 規則に係る国際性の要件ならびに効果等を検討した。最後に、これまでの議論を参考にわが国にいかなる示唆があるかを確認していきたい。

### 第1節 渉外的法律関係説と法律関係全般説

#### I 序

周知のとおり、通則法は国際性要件を明文上定めておらず、当事者自治の原則を定める7条等にもこれに係る規定が欠缺している。管見の限り、通則法の改正時にも当該論点は問題とされていない。もっとも、このことが、立法者が通則法7条等の適用場面において国際性を一切要求しないと考えたことを意味するわけではないだろう。序文で述べた通り従来、事実関係に国際性を要求する議論はなされてきた。

すなわち、国際私法（通則法4条以下）の適用の前提として国際性（渉外性）が必要か否かという議論である<sup>(157)</sup>。この議論においては、国際私法が国際的事実関係にのみ適用されるとする渉外的法律関係説とあらゆる私法的事実関係に適用されるとする法律関係全般説とで対立してきた。そして、このうちの渉外的法律関係説の実質的根拠の一つが、当事者自治の弊害の阻止にあった。すなわち、純粋内国事案において抵触法的指定を認めることは、内国法の強行法規の適用から脱することを当事者に認め、内国の強行法規は全くその存在意義を失うというのである<sup>(158)</sup>。この指摘は、まさに今回検討

---

(Fn 60), Rn 52.

(157) この議論は通則法の起草過程でも検討されたものの、結局、解釈にゆだねることとされた。別冊 NBL 編集部編『法の適用に関する通則法関係資料と解説』（商事法務、2006年）236頁。

(158) 溜池良夫「国際私法概念について—私法秩序の構造と国際私法—」法学論叢 70 巻 2 号（1961年）40頁以下。

した当事者自治における国際性の要件の議論にそのまま通じている。一国の強行法規の存在意義の喪失という理由は、ローマ I 規則 3 条 3 項の理論的根拠の一つとして主張されていた (第 3 章 1 節)。

ただし、ローマ I 規則 (および EGBGB) は、国際私法の適用の前提としての「国際性」(同規則 1 条 1 項、EGBGB 3 条 2 項) と当事者自治の制限または許容要件としての「国際性」(同規則 3 条 3 項) とを明確に区別している (第 2 章 2 節 III・IV)。そこで、まず通則法においてもその区別をすべきか否かが検討される必要があるだろう。もし区別の必要がないのであれば、従来のわが国の見解を踏襲しつつ議論を展開させればよいことになる。しかし以下で検討するように、わが国の渉外的法律関係説と法律関係全般説とのいずれの見解によったとしても、それだけでは当事者自治の原則との関係で問題が残る。

## II 渉外的法律関係説における問題点

渉外的法律関係説は、周知のとおり、狭義の国際私法の適用対象は国際的事実関係のみとする見解である<sup>(159)</sup>。この説によれば、国際私法の適用の前に純粹内国事案と国際的事実関係とが区分され、前者には国際私法を介することなく内国法が適用され、後者には国際私法に基づき内外法から準拠法が指定・適用されることになる。本説の一般的意義等は、すでに諸学説の見解を明瞭に纏めた文献があり<sup>(160)</sup>、かつ本稿で紹介したドイツの少数説と概ね

---

(159) 特に溜池前掲注(158)39頁以下参照。その他主要な諸文献は道垣内正人『ポイント国際私法総論[第2版]』(有斐閣、2007年)2頁以下で挙げられている。より近時のものとしては、出口耕自『論点講義国際私法』(法学書院、2015年)14頁以下、松岡・高杉『国際関係私法講義 [改題補訂版]』(法律文化社、2015年)4頁、木棚照一編著『国際私法』(成文堂、2016年)4頁以下[木棚]、奥田安弘『国際財産法』(明石書店、2019年)19頁、山内・佐藤編『標準 国際私法』(信山社、2020年)3頁以下[佐藤]、松岡博編『国際関係私法入門 第4版補訂』(有斐閣、2021年)17頁[高杉]、中西・北澤・横溝・林『国際私法 第3版』(有斐閣、2022年)2頁以下・14頁、竹下啓介『基礎・国際私法三酔人国際私法問答』(日本評論社、2023年)6頁、176頁以下、Nishitani, Japan in: Girsberger/Kadner Graziano/Neels, Choice of Law in International Commercial Contracts : Global Perspectives on the Hague Principles (2021), Rn 28.06 等がある。

(160) 批判的ではあるが、道垣内前掲注(159)2頁以下参照。より過去の諸学説は溜池前掲注

同様であるため割愛する（本稿第2章2節Ⅲ参照）。渉外的法律関係説の問題としては、以下の二点を挙げるができる。

第一に、本説が無制限の当事者自治の弊害を回避することを実質的目的の一つにしているとすると、その実現のために国際私法全体の適用の排除を導くことは、過剰な対処法であるということである。法選択による内国強行法規の回避を阻止するならば、これを引き起こしうる通則法7条、9条、16条、21条だけに焦点を絞れば済むはずである<sup>(161)</sup>。しかも、本説により国際性の審査がなされるのは国際私法の適用前である。この段階ではまだ法性決定すらなされておらず、事実関係がどの単位法律関係に属するか判断していない。当事者自治は内国国際私法により根拠づけられる制度である。そうである以上、その要件や制限に係る規律はこれを認める国際私法の中になければならない。その外にこの許容要件があるとみるのは当を失することになるであろう。なぜなら、国際私法を適用する要件と、それを前提に当事者自治を許容する要件とでは、国際性の基準につき自ずと相違が生じうからである。例えば、本説で国際性の認定の際に考慮すべき一要素としてしばしば挙げられる「国籍」は、経済活動としての契約には必ずしも重要でない。後述するように、通則法7条の適用時にこれが国際性の審査の際に常に考慮されるべきものとは考えられない（本章2節Ⅰ参照）。

第二に、国際私法それ自体の適用要件であるにもかかわらず、国際性の認定に際し当事者意思のみを除いていることである。例えば、渉外的法律関係説の代表的学説である溜池説は、国際性の認定基準として、内国国際私法で一般的に利用されている連結点を参照する。すなわち、「当事者の国籍、住所、常居所、居所、目的物の所在地、行為地、事実発生地などわが国際私法上連結点となりうる法律関係の要素（ただし、当事者の意思を除く）の少なくとも一が、その法律関係の発生当時外国的である場合」に事案の国際性が肯定されるとする<sup>(162)</sup>。たしかにここから当事者の意思を除くことは、内国

(158)29頁以下参照。

(161) なお夫婦財産制に関する通則法26条2項は、量的制限の伴う当事者自治のみを認めるため、国際性の存否を問題とする必要がない。これにつき前掲注(12)前後の本文参照。

(162) 溜池良夫「国際私法の性質」澤木・畑場編『国際私法の争点（新版）』（有斐閣、1996

強行法規の意義の喪失を阻止する目的からして正当である。しかし、国際私法全体の適用可否を左右する基準ならば、財産法や身分法のような全私法分野の連結点、すなわち当事者意思を含むすべての要素を含めなければ論理的に一貫しない。前述のように、法性決定前の要件であるのだから、その時点ではいかなる事実関係が問題となり、いかなる連結素が重要であるかの予断は、本来すべきでないはずだからである。

以上から、渉外的法律関係説に立つとしても、当事者の主観的意思を含めたあらゆる連結要素を国際性の認定に際し考慮すべきと考えられる。そうすると、無制限の当事者自治を認める単位法律関係につき、内国強行法規の潜脱を阻止することができなくなる。これに対しては、この単位法律関係に係る抵触規定に独自の国際性が要求されることで対応されるべきであろう。単一国事案においてその強行法規から逃れうる連結政策は、無制限の当事者自治以外にはまずありえないからである<sup>(163)</sup>。

### Ⅲ 法律関係全般説における問題点

法律関係全般説によれば、あらゆる私法的事実関係が国際私法の適用対象となる<sup>(164)</sup>。そうすると、単一国事案にて当該国の強行法規の回避を阻止するためには、別途の解決策が必要となる。

本説の論者からは、この解決策として国際的（絶対的）強行法規の特別連結論にゆだねることが示唆されている<sup>(165)</sup>。しかし一般的に国際的強行法規とは、準拠法の如何を問わず適用されるべき強い国家利益を体現した規律と定義される<sup>(166)</sup>。そうとすれば、ローマⅠ規則3条3項のような規定で主に

---

年) 6頁以下、溜池前掲注(158)51頁。

(163) もちろん、客観的連結点による準拠法決定においても、連結点や請求内容の恣意的な操作により当事者が実質的に準拠法を変更する余地はある。しかし一般的な法律回避論とその是非は本稿の検討対象外であるので、別稿に譲りたい。近時の文献として、例えば多田望「国際私法における法律回避とその周辺」国際私法年報20号(2018年)98頁以下。

(164) 根拠等も含め、特に道垣内前掲注(159)5頁以下とそこに挙げられている諸文献参照。

(165) 道垣内前掲注(159)14頁。似た方向性として、櫻田・道垣内編『注釈国際私法 第1巻』(有斐閣、2011年)184頁[中西]。

(166) 道垣内前掲注(159)77頁はそのように定義する。また中西・北澤・横溝・林前掲注

適用される強行法規たる、いわゆる「国内的（相対的）強行法規」はその定義から外れることにならう（第3章2節Ⅱ参照）。また同じく強行法規の適用を確保する通則法11条や12条によっても単一関係国のあらゆる国内的強行法規の適用を汲み尽くすことはできない。これらの規定は特定の弱者保護に係る法規の適用に限定されているからである。通則法42条に基づく公序規定にも、その発動条件がごく限定的であることから、同じことが妥当する。つまり、本説では適当な対処法が凡そ見当たらない。

そこで、国際性要件の必要性を否定しつつ、なおも本説を維持する道がありうるかが問題となる。その道として、次の考え方がありうる<sup>(167)</sup>。すなわち、国内的強行法規が国際的強行法規と比して国家政策の体现という観点からは重要度が低いことを理由に、その適用が常には強制される必要はないという考え方である<sup>(168)</sup>。純粋内国事案ではあるものの当該内国強行法規の適用意思が確認できないとみて、（国際私法上の）当事者意思によりその適用が排斥されてよいと考えるのである。しかし、そのような考え方はとり難い。そのような法規は「強行法規」と評価することが難しいからである。一国にのみ関係する事案につき、明文であれ不文であれ実体法上の適用要件が充たされれば<sup>(169)</sup>、当事者の合意を排し何らかの形で必ず適用されるからこそ、

(159)134頁、櫻田・道垣内編前掲注(165)36頁以下〔横溝〕等もほぼ同旨。

(167) 道垣内正人『国際契約実務のための予防法学』（商事法務、2012年）22頁・94頁、横山潤『国際私法』（三省堂、2012年）163頁は、おそらくこの考え方を前提にするものではないかと推測される。あるいは、単一国事案の場合、当該国の国内的強行法規の適用意思が強化され、これが論者のいう「国際的（絶対的）強行法規」として適用されるといふ説明はありうるのかもしれない（やや類似する見解として前掲注(46)のMichaelsの見解）。しかし、元来は双方向的抵触規定によってのみ適用される国内的強行法規が、密接関係性の強化だけにに基づき国際的強行法規に変質するというには、何か追加的な理論的根拠が必要と思われる。

(168) 単一国事案においても抵触法的指定を認めようとする見解につき、前掲注(54)参照。

(169) もちろん、当事者がある強行法規に基づく権利または要件事実を主張しないことにより、訴訟手続上、当該強行法規が適用されないことはあるだろう。しかし、これは法廷地手続法における処分権主義または弁論主義の運用の問題であり、本稿の主張とは直接的な関係はない。この場合、わが国では通常、当該強行法規の存在は法的観点指摘義務の対象となり、裁判所には釈明権行使の必要がありうるであろう。新堂幸司『新民事訴訟法第6版』（弘文堂、2021年）496頁以下。

なお、国際私法上の要件たる事案の国際性は職権調査事項とみるべきであり、これに

その規律は「強行法規」と評されるのである<sup>(170)</sup>。以上のような考え方は、国家の国内的強行法規の存在自体を否定することにつながる。結局、上記のような考え方が成り立つのは、少なくとも二以上の国々が関係する故に、複数の国々のうちのいずれの国内的強行法規が適用されるべきか定かでない（つまり、これらの法規を適用する必然性が希薄化した）事案に限られるというべきである。

したがって、法律関係全般説においても単一国事案につき当該国の強行法規を尊重すべく、当事者自治の認められる単位法律関係に国際性要件は必要と解される。

#### Ⅳ 小括

当事者自治の原則に焦点を当てると、渉外的法律関係説にも法律関係全般説にも問題が残ることが明らかになったと思われる。わが国としても、ローマⅠ規則3条3項のように少なくとも無制限の当事者自治が妥当する単位法律関係に限り<sup>(171)</sup>、単一関係国の強行法規の適用を命じる規律が必要と解さ

---

係る事実につき当事者が主張をせずとも、裁判所は積極的に取り上げるべきである。そして結果的に、法選択があったにもかかわらず国際性の存否が真偽不明である場合には、国際性の存在を一応のところ推定または擬制し、法選択を有効とみなすべきであろう。同旨として、Maultzsch (Fn 14), S. 70; Grimm (Fn 12), S. 281.

(170) 単一国事案につき当該国の強行法規の適用を排斥することが論理的に困難であることについては、前掲注(53)本文以下参照。

なお日本の民事法の諸規定のうちどれが強行法規とどういうか一律的な判定は困難とされる（その困難さについては、例えば近江・椿編著『強行法・任意法の研究』（成文堂、2018年）2頁以下〔近江〕）。しかし、そのことは本文の文脈では重要ではないと思われる。強行法規性判定の困難と強行法規と判定された規律の取り扱いとは問題の次元が異なるからである。本文ではあくまで後者の取り扱いを問題としている。

(171) 問題となる単位法律関係ごとの実質的機能に応じて国際性の定義を試みる学説として、岡本善八「国際私法の対象としての渉外関係—その機能的理解—」同志社法学 23巻2号（1971年）9頁以下。おそらくこの説に対する批判として、木棚前掲注(159)5頁〔木棚〕は、「明文規定がなく、実質的にみる判断基準が客観的に必ずしも明らかにできていないのに、国際私法の適用を否定するという重大な効果を導く」という問題を指摘する。また、道垣内前掲注(159)4頁は、国際私法の適用前に実質的判断がなされることから生じる循環論の発生を危惧する。本稿の主張する国際性要件は、当事者自治の認否にのみ関係するため、上記批判は妥当しないであろう。

れる。

そこで、次にこの国際性要件の存在理由が問題となる。このことは、すでに EU における議論で見たように、国際性のない事実関係が、当事者自治の原則の根拠の妥当しえない限界点となることに求められる。すなわち、特定国の法の適用が自明である単一国事案では、そもそも複数の国々の法の適用可能性がなく、当事者による法選択を通して法的確実性を確保させる必要がない。この場合には、当事者の利益よりも単一関係国の秩序利益、すなわち強行法規の適用が優先されなければならない（第3章1節参照）。この法的確実性の確保という欧州でも頻繁に援用される当事者自治の一根拠は、同様にわが国際私法にも妥当する<sup>(172)</sup>。そうとすれば、上記根拠論から導かれる国際性要件は、同じく無制限の当事者自治を定める通則法7条、9条、16条、21条においても存在していなければならないであろう。

## 第2節 要件と効果

最後に、国際性要件とその効果につきごく簡単に見解を述べたい。

### I 要件

国際性を認定する際にいかなる事実的要素を考慮すべきかという要件の問題は、すでにローマ I 規則を題材に確認したため、ここで改めて詳細に論じる必要はないだろう（第3章3節参照）。ここでは、概括的に言及するにとどめたい。

まず、この要件は当事者自治が不要であり、かつ特定国の強行法規を尊重しなければならないほどにその国だけと関係する事案とは、どういう事案かという観点から慎重に見極められる必要がある。国際取引に関わる当事者は、複数の国々との関わりおよび諸法の適用可能性という困難にやむなく直面する。そのことは私人による国際取引の円滑化への阻害要因となる。その問題を解消することに当事者自治の意義があるとすれば、当事者自身により

---

(172) 当事者自治の一根拠としての法的確実性については、例えば中野俊一郎「当事者自治の正当化根拠」立命館法学 339・340号（2011年）321頁、小池前掲注(10)16頁とそこで引用される文献を参照。

容易に作出される主観的事実よりも当事者にとって対処の困難な客観的事実を重視すべきことにならう。ただし、特に契約はそれ自身が当事者の意思作用である。そのため、根本的には契約に係るほとんどの事実が、当事者の主観的意思に根付いている。しかし、これを理由にそれらすべての事実を国際性要件の考慮要素に含めないとするは行き過ぎであろう。契約内容への影響度が低く、かつ特定国の強行法規をただ回避するためだけに容易に作出されうる主観的事実のみを除外すべきである。

この国際性要件の基準につきわが国には次の見解が存在する。すなわち、契約について「当事者自治は単に何らかの外国の要素を包含するという一事によっては許容されず、その取引における商品・通貨の国際的移動という経済的標徴をもつ場合にのみ許される」とし、売買契約につき、特定の国内経済社会への関連性が極めて希薄であり、かつ商品・通貨の国際的移動の伴う取引活動だけに当事者自治を限定すべきとする。その上で、これらの条件を満たさない売買、特に消費財小売売買には、法例旧7条（通則法7条・8条）の適用がないとする<sup>(173)</sup>。たしかに経済的価値の越境を基準に国際性の有無を判断する見解は欧州にも存在する<sup>(174)</sup>。しかし経済的価値の越境は、それ自体で評価の必要な概念であり、そこから直ちに何か具体的な基準が導かれるわけではない。そのため、法的確実性にはやや難が残る。むしろ、国際取引で実際に発生しうる事実的諸要素を予め個別具体的に挙げ、その要素が外国を指し示しているか否かを実際に確認する手法の方が、当事者の法的確実性という面ではより優れているといえるのではないだろうか<sup>(175)</sup>。

---

(173) 岡本前掲注(171)28頁以下、30頁以下。現在では、電子商取引が自然人によって活発になされており、消費財小売売買についても国際的な商品・通貨移動は一般的にみられる。国際私法上の消費者保護（通則法11条）が今日では確保されていることから、当該契約類型につき一律に当事者自治を否定すべきではないであろう。いずれにせよ本文の記述は、取引自体が日本国内で終始する様態の消費財売買を念頭に置いたものと解される。

(174) Simitis (Fn 43), S. 211; De Nova (Fn 43), S. 318f.; Nygh (Fn 2), S. 51 参照。

(175) Grimm (Fn 12), S. 261ff. は、経済的価値の移転という基準は、法選択を過度に厳格に制限したり、逆に制限できなかつたりという両極端な結果をもたらしうるため、適切な基準たり得ないと批判する。例えば、この基準によれば、両当事者の営業所が異なる国にある場合に一方の国のみで履行行為が行われるとき、国際性は否定されうる。逆に外

したがって結論的には、本稿で紹介したローマ I 規則に係る諸学説と同様に解すべきと考えられる。すなわち、当事者による法選択、管轄合意、仲裁合意は要件要素から除外すべきことになる。支払通貨や言語も少なくともそれ単体では国際性を肯定できないと解される。いずれも、当事者の意思次第で容易に操作が可能であるうえ、契約関係を特定国に関連付けるほどには重要な要素といい難いからである。

これに関し、やや評価が分かれうるのが当事者の国籍と契約締結地である。国籍については、たしかに当事者による操作は難しい。とはいえ、一国内で様々な国籍を有する人々が取引をすることが当然となった日本の現状からすると、それだけで国際性を認めるのは難しいと解される。逆にこのような現状では、当事者間の国籍の相違それ自体から契約が影響を受けることはあまりなく、また特有の法的问题（例えば、準拠法決定の困難）が生じるとは考え難いからである。この法的问题が生じうる場合には、国籍とは別の事実的要素が同時に外国に向くのが通常であろう。したがって、むしろ契約目的物の所在地や履行地等の他の要素の存在に着目すべきと考えられる。また、たしかに国籍は行為能力の原則的連結点でもある。しかし、外国人が単一国内で契約を締結した場合、当該人の行為能力の有無は、通常は本国法ではなく、締結地法に左右される（通則法 4 条 2 項）。このことから、国籍をもって契約の国際性を肯定する意義は小さいであろう。

契約締結地は、日本が法廷地となる事例ならば、国際性要件の要素に含めることは十分に考えられる。国境が地続きであり自由に域内国家間を行き来できる EU ですら、これをもって国際性を認める見解が支配的であった。したがって、そのようなことが当たらない日本では、なおさらこの見解が妥当すると考えられるからである。ただし、単一関係国が EU のような地域的共同体の構成国となる事例が日本の裁判所に係属することもあり得ないではない。さらに強行法規の回避のためだけに締結地を日本から他国に変えることも実際上難しいことではない。したがって、事実関係のうち締結地のみが外

---

国から輸入された消費財を国内で売買する場合に、それだけで国際性が肯定されうるといふ。

国に向いているような事例においては、その事情につき慎重な検討が必要と考えられる。この締結地が契約内容にわずかな影響すら与えていない限りで、これを考慮要素から外すことは十分に考えられよう。

その他、ローマ I 規則の議論において触れた当事者の常居所地（営業所所在地）、履行地<sup>(176)</sup>、目的物所在地、契約相互の関連性等は、わが国際私法において同様に単一で国際性を肯定してよいと考えられる（詳しくは第3章3節Ⅲ-1参照）。

総じていえば、当事者自治の主要な根拠の一つが当事者の法的確実性および準拠法の予見可能性の保証にあるのであるから、すでになされた法選択が容易には否定されない方針で運用されることが肝要であろう。また、同様の根拠から国際性の要素として考慮される事実は、原則的に法選択当時のものとすべきである<sup>(177)</sup>。ただし、法選択時に国際性があったものの、後に契約内容やその実態が変更され単一国事案となった場合には、当事者以外の利害関係人が現れていない限りで法選択の効果を否定してよいであろう。

## Ⅱ 効果

本稿第3章2節Ⅲにおいては、ローマ I 規則3条3項にいう単一国事案と認定された場合、法選択が抵触法的指定と実質法的指定とのいずれと解されるかにつき議論があることを確認した。これをわが国でどのように考えるべきかが問題となる。

---

(176) 従来、ドイツ等とは異なり日本では契約連結点として履行地の重要性は相対的に高くはなかった。しかし現在では、8条2項において、(直接的な連結点ではないとしても)一方当事者の履行行為に着目した特徴的給付の理論という連結政策が採用されている。このことから国際性の認定要素に含めても差し支えないと考えられる。

(177) 例えば、契約締結当時、中国の単一国事案であった契約関係につき英国法が選択され、契約の履行がなされた後に対価を支払うことなしに一方当事者が日本へ転居した事例が想定される。この事例につき他方当事者が原告となり日本で訴えを提起した場合、一方当事者の住所が訴訟提起時点に日本にあるにもかかわらず、中国の単一国事案と解すべきであろう。したがって、日本の裁判所は、中国法を準拠法としつつ、その強行法規に反しない範囲で英国法を適用する必要がある。この場合に中国の強行法規の適用から逃れるには事後的法選択をしなければならない。外国の単一国事案において当該外国強行法規の適用を日本でもすべきことについては本節Ⅱ参照。

結論からいえば、国際性要件が充たされない場合につき単に法選択を無効と解し、選択された法は実質法的指定として取り扱うべきと考えられる。単一国事案において当事者自治が妥当しないと根拠づけた以上、その事案では効力の制限された抵触法的指定すらも導くべきではないからである。またローマ I 規則における両説の対立は、現在でこそ様々な形で展開されている。しかし、「制限された」抵触法的指定というアイデアが生まれた主たるきっかけはローマ条約における起草過程の議論の妥協にあると解される<sup>(178)</sup>。わが国において、特殊な状況から生まれたその議論をあえて積極的に導入する必要は乏しいであろう。

以上から、通則法 7 条や 9 条に基づき法選択がなされたとしても、単一国事案においてはこの選択は無効と解すべきである。したがって、準拠法は通則法 8 条、11 条 2 項または 12 条 3 項の客観的連結に基づき単一関係国法となる。この場合、当事者により選択された法は、客観的に確定された準拠法の契約自由の原則の枠内で実質的指定として尊重されるべきである。このような解釈は、選択された法と単一関係国法の強行法規の重複的適用を避けることができ（第 3 章 2 節 III - 2(b)）、法の適用関係が比較的簡素となるという利点も得られる。またローマ I 規則に関連して主張されているように、当事者自治と国際性要件が抵触法内部のルールであるという理由で、法選択は抵触法的指定と解されなければならないというべきでもない。抵触法の中に単一国事案において法選択が認められず、それゆえに無効となるという不文の規律があると解することは、通則法 4 条以下の主たる規律が抵触規範であるという趣旨を損なうことにならないからである。

最後に双方性を認めるべきか否か、すなわち日本の純粹内国事案だけでなく、外国の単一国事案において日本の裁判所において外国の強行法規を尊重すべきかが問題となる。これも EU と同様に認められるべきであろう。いうまでもなく、当事者による法選択（そして、それがなるときの客観的連結）は双方向的抵触規則に基づく連結政策である。原則として、準拠法として指定さ

---

(178) 前掲注(71)とその前後の本文参照。管見の限り、それより以前にこのような見解は見当たらない。

れた国の法は、当該国で判決が下されるかのようにわが国でも適用されるべきであり、この手法が国際的判決調和を目指す国際私法の本旨に則る。しかも当事者による法選択がなされた事案に国際性を要求することは、EUのみならず多数の国における一般的趨勢といわれる<sup>(179)</sup>。とすれば、わが国もその流れに沿うべきであろう<sup>(180)</sup>。

前述したことは、通則法7条や9条のみならず、契約外債務に関する16条と21条にも同様に当てはまると考えてよい<sup>(181)</sup>。それに対し、量的制限のある26条2項には妥当しないと考えられる<sup>(182)</sup>。

## 第5章 結語

本稿では通則法においても、無制限の法選択が認められるためには事実関

---

(179) 前掲注(2)の文献参照。Loacker/Capaul (Fn 43), S. 476 は、スイス IPRG にて同様の双方向性ある国際性要件を提唱するにあたって、「自分[自国]にして欲しくないことを他人[他国]にしてはならない」([ ]は筆者)というある種の黄金律を援用する。スイスの議論について前掲注(43)。

(180) ただし、単一関係国が外国である場合に当該国の国内的強行法規のみならず、国際的強行法規も法廷地たる日本で適用すべきかという問題はありうる。仮に国際的強行法規が国際私法により指定された準拠法として適用されうるという前提に立つならば、それは契約内容に影響する限りで適用されるべきと考えられる。単一関係国が外国である場合、日本との関連性は殆ど希薄であるため、法廷地たる日本の国際的強行法規との競合もほぼ生じないであろう。これに対し、外国の国際的強行法規が(特別連結されない限り)準拠法としては適用されないという立場に立つ場合には、それは日本において適用できないであろう。国際的強行法規の特別連結については例えば、佐藤やよひ「ヴェングラーの『強行法規の特別連結論』について」甲南法学 37 巻 4 号 (1997 年) 139 頁以下。

(181) 不法行為については通則法 22 条の特別留保条項との関係が問題となる。同条によれば準拠法が外国法となった場合、法廷地たる日本法が累積的に適用される。そのため、日本の単一国事案において外国法が事後的に選択されたとしても、国際性の審査を経ることなく 22 条に基づき日本法が尊重される。しかし、それを理由に国際性要件を不要と断ずることはできない。単一国事案が外国にある場合もありうる。この場合には、(実際上否定されることはほぼないであろうが) なおも国際性の審査が必要と解される。

また不法行為においては人格権侵害や不貞行為に基づく賠償請求権等、人格権法や身分法と関係して準拠法決定が問題となることも多い。このため、国籍が国際性審査の主要な要素に含められてよいと考えられる。

(182) これにつき前掲注(161)参照。

係に国際性が存在しなければならないことを明らかにし、このことを前提にその要件と効果につき検討を行った。

本稿の検討のうち、特に国際性要件の基準（第4章2節I）については曖昧な面が完全には拭い去れず、参考としたEUの諸学説でも見解が若干分かれている。しかし、基準として挙げられた事実的諸要素は、通常の国際取引であれば、いずれか一つくらいは他国を指し示すであろう普遍的なものばかりである。そのため、實際上この要件が問題となる場面は殆どないと思われる<sup>(183)</sup>。現実が生じることはおそらく稀と考えられるものの<sup>(184)</sup>、限界事例については今後の判例および議論の展開を俟つ必要があると思われる。

ところで本稿の主張は、狭義の国際私法および当事者自治の原則が、法の抵触を回避・解消するのに適当な一手段であるというオーソドックスな考え方に基づいている<sup>(185)</sup>。特定の私人らが法的に国家の統制に囚われず、自ら

(183) 道垣内前掲注(167)94頁以下は、国際性要件の不明確性を指摘する。野村高明「契約の準拠法I」『国際経済法講座II取引・財産・手続』（法律文化社、2012年）15頁以下は、日立職務発明事件（最判平成18年10月17日民集60巻8号2853頁）における日本の使用者と労働者との間の特許を受ける権利の譲渡契約について、これが内国関連性の強い契約とする。そしてこれを題材に、当該契約に外国法の選択がなされていたとしたら当事者の期待に反するだろうという（29頁）。この議論の当否は、譲渡契約の対象として外国特許に関する上記権利も含まれていたという実態の有り方と、その評価に懸かっているであろう。

(184) 前掲注(145)のDexia事件で問題となった金利スワップ契約のように、英国法やニューヨーク州法の適用が取引慣行となっており、かつ当該取引類型につき支配的な国際団体が作成した定型約款が両国以外の単一国事案で利用された場合等が一応想定される。ただし、ISDA基本契約書が日本国内取引で利用される場合、日本法が準拠法に指定されることが一般的傾向とされ、英国法やニューヨーク州法の選択は稀とされる（植木雅広『改訂新版必携デリバティブ・ドキュメンテーション（基本契約書編）』（近代セールス社、2021年）180頁）。また仮に国際的定型約款で外国法が指定されたとしても、同時に日本以外の専属的管轄合意（または金融取引以外ならば、仲裁合意）がなされることもあると考えられ、日本の裁判所で本案手続にまで至ることはあまりないのではないだろうか。

ドイツにおいては、金融先物取引につきロンドンやニューヨークでの手続を避けるため、外国の管轄合意を含んだISDA基本契約書のような国際定型契約書での契約締結が見合わせられることがあるという。そして、この取引類型の紛争が仲裁に付託されることも稀だという。Reiner/Scholl (Fn 144), Rn 389, 403.

(185) 同旨として、例えば出口前掲注(159)242頁、Vischer/Huber/Oser (Fn 42), Rn 78.

同じ考え方から量的制限の伴う法選択のみを認める見解も導くことはできる（例えば、

の利益に即した(強行法規を含む)ルールを策定し、または諸国家にこれを促し、自由に経済活動その他を行うことができるべきという立場に立つならば、法選択のなされた事実関係に国際性を一切要しないという異なる結論が導かれうるのかもしれない<sup>(186)</sup>。しかしすでに何度も触れたように、単一国事案において無制限な法選択が認められるとすると、当事者自治の標準的な根拠との矛盾をきたす。しかも非国家法の抵触法的選択を認めるべきとする見解が、近時はまだ少数ながらも有力に主張されている<sup>(187)</sup>。そうすると、一国家により「強行法規」として創設されたはずのルールが、他国法どころか民間団体の作成したルールによって当該国だけと関係する人々にすら強行的に適用されないという状況を甘受しなければならなくなる事態が生じう

---

川上太郎『国際売買法概論』(千倉書房、1964年)130頁とその注34の「反対説」、および Haudek, Die Bedeutung des Parteiwillens im Internationalen Privatrecht (1931), S. 32ff; Vischer, zur Problem der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie bei internationalen Verträgen in: SJZ 1956, S. 117ff. (118)等参照)。しかし現在では別の理由から、この見解は一般的に支持されていない。国際取引においては、事実関係と密接に関係する地が予め明らかとは限らないため選択可能な法の予測が当事者にとって容易ではなく、実際上の理由からも第三国法の選択が認められるべきと考えられるからである(山田鎌一『国際私法 第3版』(有斐閣、2004年)320頁とそこで挙げられる文献参照)。また前掲注(1)の史的展開の概観も参照。

(186) 本文と全く同じ見解というわけではないが、類似した方向性として例えば前掲注(54)で挙げた見解を参照。さらに、純粋内国事案において無制限の抵触法的指定を認めようとする学説として、Schwander, Zur Rechtswahl im IPR des Schuldvertragsrechts in: Festschrift für Keller (1989), S. 473ff. (478); Harris, Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation in: Ferrari/Leible, Rome I Regulation (2009), S. 269ff. (336). 横山前掲注(167)163頁は、純粋内国事案にて当事者に「先進的な法」の抵触法的指定を認めない理由はない旨述べる。

(187) わが国の学説として例えば、高杉直『国際開発契約と国際私法—安定化条項の有効性と非国家法の準拠法適格性』阪大法学 52巻3・4号(2002年)475頁以下、中林啓一「ユニドロワ国際商事契約原則と国際私法」立命館法学 293号(2004年)168頁、溜池良夫『国際私法講義[第3版]』(有斐閣、2005年)367頁、中野俊一郎「国際訴訟・国際仲裁と非国家法の適用」山本顕治編『法動態学叢書・水平的秩序(4)紛争と対話』(法律文化社、2007年)212頁以下、西谷前掲注(1)8頁。これに対し、森下哲朗「国際商取引における非国家法の機能と適用」国際法外交雑誌 107巻1号(2008年)35頁以下は、訴訟において非国家法の抵触法的指定を認めない理由として挙げられる所論が説得的でないとしながらも、国内裁判所での適用の負担や困難という実際的理由から、非国家法の利用は仲裁手続に限定すれば十分と結論付ける。

る。紛争解決そのものを当事者の合意で民間人に委託する仲裁等の場合はともかく、そうでない裁判手続において、このような状況を受け入れることができるほどに国家法の役割が縮小しているとはいいい難く、また当分のところはそうさせるべきでもないのではないだろうか。

(明治大学法学部専任講師)

#### 〔後記〕

出口耕自先生には、大学院在学時から 20 年近くの長くにわたり公私ともに大変お世話になった。才能もなく努力家でもない私が、一応のところ国際私法学を研究し続けられているのは、先生の厳しいご指導と支援の賜物ゆえに思っている。この度のご退職に伴い、再びお会いしご指導を仰ぐことのできる機会が少なくなることは大変残念に思うところである。ともあれ、先生の今後も変わらないご健康とご多幸を祈念し、拙いながらも本稿を捧げさせていただきます。