
種 別： 論説

タイトル： 国際契約における当事者による法選択の有効性（2・完）

著 者： 福井 清貴

所 収： 『上智法学論集』第 57 卷 3 号（平成 26 年 2 月）93-147 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

国際契約における当事者による法選択の
有効性（2・完）

福井 清貴

- 第1章 序文
- 第2章 法選択の有効性に関するドイツおよびスイスの法状況
 - 第1節 立法制定前のドイツ（1986年以前）およびスイス（1989年以前）の法状況
 - I ドイツ
 - II スイス
 - 第2節 ドイツおよびスイスにおける制定法
 - I ドイツ EGBGB（ローマ条約）およびローマ I 規則
 - II スイス IPRG（以上、57巻1・2号）
- 第3章 ドイツおよびスイスにおける学説
 - 第1節 法選択に関する諸原則
 - I 法選択の独立性
 - II 法選択の概念
 - III 法選択の有効性を判断する法
 - 第2節 外観要件
 - I 明確性の要件と外観
 - II 一方的な約款送付
 - III 書式の争い
 - 第3節 法選択が準拠法によって規律される事項
- 第4章 わが国への示唆
 - 第1節 法選択の独立性
 - 第2節 法選択の概念
 - 第3節 法選択の有効性を判断する法
 - I 国際私法独自説か準拠法説か
 - II 準拠法説の運用
- 第5章 結語（以上、本号）

第3章 ドイツおよびスイスにおける学説

第1節 法選択に関する諸原則

I 法選択の独立性

ドイツおよびスイスの通説によれば、当事者による法選択と本契約とは理論上別個独立に存在する。当事者自治の原則があくまで国際私法の問題であるのに対して、本契約は実質法の問題だからである⁽¹⁾。この独立性の原則は、立法制定前においてすでに、ドイツとスイスの判例・学説によって前提とされ⁽²⁾、立法制定後も通説を形成している⁽³⁾。この独立性の原則の意義は、次の二点である。

第一に、本契約と法選択とが同じ基準には服さないということである。本契約は、あくまで準拠実質法によるが、法選択は国際私法独自の基準に服する。国際私法独自の基準とは、黙示の法選択の際に問題となる明確性の要件（ローマ I 規則 3 条 1 項第 2 文、IPRG 116 条 2 項前段）や、契約の国際性の要件（ローマ I 規則 3 条 3 項、IPRG 1 条 1 項）である。しかし法選択は、全く国際私法以外の基準に服さないわけではない。国際私法自体の規律たるローマ I 規則 3 条 5 項による 10 条準用により、成

(1) Staudinger/Firsching (1978), vor Art. 12 EGBGB, Rn. 338; Moser, Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiville im internationalen Obligationenrecht (1948), S. 233f.

(2) 前号第 2 章第 1 節 I および II 並びに前掲注 (1) の文献参照。

(3) ドイツについては、Staudinger/Magnus (2011), Art 3 Rom I-VO, Rn. 166; Rauscher/von Hein, EuZPR/EuIPR (2011), Art. 3 Rom I-VO, Rn 39; Kost, Konsensprobleme im internationalen Schuldvertragsrecht (1995), S. 24; Kropholler, IPR 6. Aufl. (2006), S. 461; MünchKomm/Martiny 5. Aufl. (2010), Art. 3 RomI-VO, Rn 14. スイスについては、Schnyder, Das neue IPR-Gesetz 2. Aufl. (1990), S. 107; Schwander, Zur Rechtswahl im IPR des Schuldvertragsrechts in: Festschrift für Keller (1989), S. 473; BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang, 2. Aufl. (2007), Art 116, Rn. 2; Henry, Kollisionsrechtliche Rechtswahl (2009), S. 50f.; BGE 119 II 173 (28.4.1993).

Rasmussen-Bonne, Alternative Rechts- und Forumswahlklauseln (1999), S. 70 は、コモロ圏では、この類の議論がほとんどなされていないと指摘する。

立と有効性の問題に限って、準拠実質法が法選択に適用される（スイスでは IPRG116 条 2 項後段）。そのため、法選択は、国際私法上の要件と実質法の要件（成立と有効性）の双方に服せしめられる独自の法律行為となる⁽⁴⁾。

第二に、法選択と本契約それぞれの成否は、他方の成否に影響を与えないということである。これは、法選択が成立するが本契約が成立しない場合や、その逆もありうることを意味する⁽⁵⁾。例えば、法選択が有効に成立した場合には、選択された準拠法が本契約に適用される。その結果として、本契約が無効になったとしても、法選択だけは有効のままである⁽⁶⁾。このとき、法選択が本契約と共に無効となり、客観的連結がなされることはない。選択された準拠実質法により本契約の無効の効力が判断されるにすぎない。これに対し、法選択が無効である場合については、本契約の準拠法は客観的連結によって定められる。この準拠法に基づき、本契約が有効になるか無効となるか（そしてそれに応じた実質法的効力）が判断される⁽⁷⁾。このとき、客観的に決定された法によって、法選択の有効性が判断し直されることはない。

以上の通説に対し、独立性を否定する少数説がある。この説によると、本契約の成否に応じて法選択の成否も左右される。なぜなら、通常、法選択（条項）は、契約書中の一条項として存在する⁽⁸⁾。そのた

(4) C. von Bar, IPR Bd. II, (1991), Rn. 416; MünchKomm/Martiny (Fn. 3), Rn. 104; Rühl, Rechtswahlfreiheit und Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1999), S. 56.

(5) MünchKomm/Spellenberg, 5. Aufl. (2010), Art 10 Rom I-VO, Rn. 164; AnwKommBGB/Leible (2005), Art. 27 EGBGB, Rn 65; Vischer/Huber/Oser, IVR 2.Aufl. (2000), Rn. 139.

(6) MünchKomm/Martiny (Fn. 3), Rn. 14; Staudinger/Magnus (Fn. 3), Rn. 36, 166; Kost (Fn. 3), S. 68f.; BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang (Fn. 3), Rn. 32; Umbricht, Die immanenten Schranken der Rechtswahl im internationalen Schuldvertragsrecht (1963), S. 73f.

(7) Staudinger/Magnus (2011), Art 4 Rom I-VO, Rn. 1; Meyer-Sporenbach, Rechtswahlvereinbarungen in AGB in: RIW 1989, S. 347 (349); Kost (Fn. 3), S. 66f.; Sandrock/Steinschulte, Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung Bd.I (1980), S. 62.

め、法選択は、本契約と一体化していると考えられるからである。例えば、1930年代に Haudek は、法選択の有効性について論じるに当たり、次のように述べた。すなわち、法選択条項は、本契約の構成要素であり、準拠実質法によって本契約が成立した場合には、法選択条項も本契約と共に同時に有効となる。なぜなら、当事者が本契約と法選択とをしばしば統一体として意図しているからである⁽⁹⁾。同時期の Neuner も、「[当事者による]法選択は、契約内容と不可分な関係にあり、具体的な契約がある場合にのみ、どの法が選択されるのが判明する。しかし、契約の内容は、まさに実質法の適用によって生じる。したがって、準拠法は、法選択条項を含んだ全体の契約に適用される」([]は筆者)という⁽¹⁰⁾。スイスでは、Niederer が次のように述べていた⁽¹¹⁾。本契約の成立と法選択の成立は、別々の準拠法に拠り得ない。なぜなら、法選択は、本契約の構成要素だからである。そのため、いずれの成立問題も、本契約の成立問題に準拠する法、すなわち契約締結地法による⁽¹²⁾。

(8) Moser (Fn. 1), S. 233; Rasmussen-Bonne (Fn. 3), S. 61.

(9) Haudek, *Die Bedeutung des Parteiwillens im IPR* (1931), S. 92f. そのうえで、Haudek は、本契約と法選択の有効性が同時に問題になる（例えば、意思表示の到達）場合には、いずれの問題にも選択された準拠法が適用されるとする。もっとも、法選択に関する意思の瑕疵の問題については、法廷地実質法によるという（S. 93）。

(10) Neuner, *Die Anknüpfung im internationalen Privatrecht in: RabelsZ 8* (1934), S. 81 (103). したがって、Neuner は、本契約と法選択との有効性のいずれも選択された準拠法によって判断されるという。量的制限説をとっていたなどの違いはあるとはいえ、準拠法説と類似した結論となる（a.a.O., S. 105）。

(11) Niederer, *Die Parteiautonomie in der neuern Praxis des Bundesgerichtes auf dem Gebiete des internationalen OR in: ZSR 60* (1940), S. 239 (249). ただし、後に改説された。Niederer, *Einführung in die allgemeinen Lehren des IPR 3.Aufl.* (1961), S. 196f. は、当事者自治を契約の成立と効力双方に認め、国際私法独自の連結概念たる「当事者意思」により準拠法が決定されるという。

スイスの Tobler, *Der hypothetische Parteiwille im internationalen Vertragsrecht* (1949), S. 65 は、当事者が、本契約の成立を法選択の成立に依存させると意図していた場合には、法選択の無効から直ちに本契約の無効が生じる旨述べる。

(12) 初期のスイス判例が、契約の成立につき当事者自治を認めず、一律に契約締結地法によっていたことについては、前号第2章第1節Ⅱ参照。

これらの少数説は、いずれも立法制定前に提唱されていた。しかし、現在においてはほとんど支持を受けていない⁽¹³⁾。次のような循環論が生じるからである。すなわち、法選択によって定められた準拠法によって、本契約が無効となりそれに伴う形で同時に法選択も無効となる場合には、客観的連結によって準拠法が決定される。もし、この客観的連結により指定された準拠法に基づき、本契約が有効とされるならば、それと不可分とされる法選択も再度、有効とみなされなければならない。しかし、法選択が有効であるならば、またしても選択された準拠法によって、法選択を含んだ本契約全体が無効となり、客観的連結をする必要が生じ、ふりだしに戻ることになる⁽¹⁴⁾。

少数説は、循環論が生じるということだけではなく、その説によることによる具体的意義が必ずしも明らかではないという問題があると思われる。たしかに、法選択は本契約の一条項として存在することが多いため、通常の当事者は、両者が独立しているということを知らないかもし

(13) たしかに、近時にも独立性の原則に疑問を投げかける説はある（Stoll, *Das Statut der Rechtswahlvereinbarung – eine irreführende Konstruktion in: Festschrift für Anton Heini* (1995), S. 429 (435); Schwander, *Kollisionsrechtliche Rechtswahl und Vertrag in: Festschrift für Eugen Bucher* (2009), S. 711 (714f.))。これらの見解は、法選択は本契約と一体化しているため、当事者は法選択が本契約と別々に存在しているとは考えていない。よって、独立性の原則は当事者の意思に反するという。しかし、この説は、本契約が無効となっても、法選択の成立を維持する余地を認めるため、独立性の原則を完全には否定していない。すなわち、Schwander, a.a.O., S. 712 は、独立性の原則を認めずとも、通常の契約と同様に、個別的な条項の成否（法選択条項の部分的無効）の問題として、別個に準拠法条項の有効性を判断することはできると指摘する。Stoll, a.a.O., S. 435 は、当事者が特定の法が適用されるとの意思を示せば法選択は成立する（このStollの考え方については後掲注（23）本文参照）。すでに法選択は国際私法上成立しているから、選択された法によって法選択条項を含めた本契約が全体的に無効になるとしても、選択された準拠法は、国際私法上なお適用されたままであるという（もっとも、本契約が選択された準拠実質法によって無効になる以上、結果的に、それと共に法選択条項は再度無効になる）。

(14) Moser (Fn. 1), S. 235. 前述のNiederer (Fn. 11) の旧説には、この循環論批判は当たらない。しかし、そもそも、法選択と本契約の成立の連結点として締結地を利用すること自体が支持されない（Moser (Fn. 1), S. 179）。

れない⁽¹⁵⁾。しかし、このことをもって独立性を肯定する通説が当事者の意思に反するとまではいえない。なぜなら、通説によれば、法選択が無効となると、本契約は客観的に連結される法による。すでに法選択が無効となったうえで、本契約が、それと密接に関係する準拠法に判断されるとして、それが、当事者の意思に全くそぐわないとは言い切れないからである。以上から、国際私法上の法選択と、実質法上の本契約との独立性を重視する通説が、妥当である。

II 法選択の概念

ドイツおよびスイスにおける通説は、法選択の概念を、本契約とは独立の「契約」と性質決定する（契約説）⁽¹⁶⁾。契約説によれば、法選択には、本契約と同様に、両当事者の意思表示の合致が必要となる。申込・承諾の合致、意思に欠缺や瑕疵がないことなどの要件が、本契約と同じく、法選択でも問題になる⁽¹⁷⁾。しかし、国際私法には、具体的な実質

(15) 独立性の原則が当事者の意思に反するとする見解については、前掲注(13)参照。

(16) ドイツ：Rauscher/von Hein (Fn. 3), Rn 39; Reithmann/Martiny/Martiny, IVR 7.Aufl. (2010), Rn 89; Kropholler, (Fn. 3), S. 461; C. von Bar (Fn. 4), Rn. 460; Roth, Zur stillschweigenden Rechtswahl in einem künftigen EU-Gemeinschaftsinstrument über das Internationale Schuldvertragsrecht in: Festschrift für Georgiades zum 70. (2006), S. 905 (909). EGBGB 旧規定の1986年改正時の連邦議会報告書においても、法選択が本契約とは独立の「指定契約 (Verweisungsvertrag)」である旨が明示されていた (BT-Drucks. 10/504, S. 77, 81.)。立法前については、Haudek (Fn. 9), S. 88ff.; Raape, IPR 5.Aufl. (1961), S. 467; Kreuzer, Das internationale Privatrecht des Warenkaufs in der deutschen Rechtsprechung (1964), S. 53; Sandrock/Steinschulte, (Fn. 7), S. 57; Kegel, IPR 4.Aufl. (1977), S. 290f.

スイス：BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang (Fn. 3), Rn. 2, 32; Kostkiewicz, Grundriss des schweizerischen IPRs (2012), Rn. 2120; Zürcher Kommentar zum IPRG-Keller/Kostkiewicz, 2.Aufl. (2004), Art 116, Rn. 34ff.; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Doss/Schnyder (2007), Art. 116 IPRG, Rn 2; Vischer/Huber/Oser (Fn. 5), Rn. 141. 判例については、BGE 119 II 173 を参照。連邦裁判所の立法制定前からの立場が詳細に述べられている。

立法前の学説としては、Schönenberger/Jäggi, OR 3.Aufl. (1973), Allgemeine Einleitung, Rn. 202; Schulze, Die Kodifikation des Vertragsstatuts im internationalen Privatrecht (1980), S. 29f.

(17) Maire, Die Quelle der Parteiautonomie und das Statut der Rechtswahlvereinbarung im internationalen Vertragsrecht (2011), S. 143; Rasmussen-Bonne (Fn. 3), S. 70.

的成立要件が定められていない。そこで、実質法（法廷地実質法か準拠実質法）の準用が必要となり、Ⅲで後述する法選択の有効性にどの準拠法を適用すべきか問題となるのである。

現在の通説は、自説の根拠を説明していない⁽¹⁸⁾。しかし、立法前においては、法的確実性という根拠が挙げられていた。スイスの Moser は、法律上、法的効力の認められない事実上の同意や約束などには法選択の効力が与えられるべきでない。なぜなら、このような事実的な当事者意思は、法律上定義されておらず、不明確で、歪曲の為すがままだからである。したがって、抵触法的な法選択においても、国家が制度上認められた法律行為が無ければ法的効力は与えられず、法選択は「契約」として締結されなければならない。これにより当事者に法的確実性が与えられるという⁽¹⁹⁾。

また、スイスの Vischer およびドイツの Firsching も、法選択を、「契約」と性質決定することにより、法選択に明確な要件が設定され、それによって、当事者の法的確実性、予見可能性が確保されるとする⁽²⁰⁾。そのうえ、仮定的当事者意思と当事者自治との境界付けが可能になるという⁽²¹⁾。この仮定的意思との境界付けとは、次のような趣旨である。すなわち、仮定的当事者意思は、意思の擬制に過ぎず、当事者による法選択に関する表示を必要としない。しかし、法選択が「契約」と性質決定されるとすると、当事者は法選択をなす際に、明確に表示をしなければ

(18) Rasmussen-Bonne (Fn. 3), S. 60f. は、この通説的考え方が、学問的に深く検討されてはいないという。

ただしスイスの Egeler, Konsensprobleme im internationalen Schuldvertragsrecht(1994), S. 100 は、法選択に「合意」が要求されることで、法選択に関する両当事者の意思の一致を最大限保証することができるという指摘する。

(19) Moser (Fn. 1), S. 231f.

(20) Vischer, IVR (1962), S. 66f.; Staudinger/ Firsching (Fn. 1), Rn. 324. 主たる論拠は当事者利益とされる。さらに、Firsching は、後述の非契約説に対し、法選択の成立要件が曖昧になるという旨の批判を加えている (Rn. 323)。

(21) 当時より、仮定的当事者意思は、当事者自治の原則から切り離されるべきとされていた。Moser (Fn. 1), S. 240; Sandrock/ Steinschulte (Fn. 7), S. 21.

ばならない。そうすると、当事者による法選択と仮定的当事者意思による準拠法決定とが、意思表示の存否という基準によって、概念上区別できるようになる⁽²²⁾。

以上の通説に対し、法選択を「契約」とみなさない反対説がある（非契約説）。非契約説によれば、法選択に際して、必ずしも意思表示を必要としない。当事者が特定法によるという期待ないしは意思を有していたという事実、すなわち両当事者が「同一の法を意図していた」ことによっても法選択は成立する⁽²³⁾⁽²⁴⁾。

Stoll は、次のように述べる。すなわち、法選択には、実質法によって要件とされる合意を要しない。両当事者がある特定の法秩序を本契約

(22) Vischer (Fn. 20), S. 66f. この見解は、立法後に改訂された Vischer/Huber/Oser (Fn. 5), Rn 142 においても踏襲されている。

(23) Nussbaum, Deutsches IPR (1932), S. 237; Stoll (Fn. 13), S. 436; Schwander (Fn. 13), S. 713. Niederer (Fn. 11), S. 197 もほぼ同旨。

ローマ条約発効（1998年）前のオーストリア IPRG 旧 35 条 1 項後段は、「適用受入（Geltungsannahme）」と呼ばれる特異な法選択を認めていた。これは独立の指定契約とみなされる通常の法選択（IPRG 旧 35 条 1 項前段）とは区別される。「適用受入」によれば、両当事者が特定の法秩序の適用を内心で考えていただけで、当該準拠法が適用される。意思表示は要しないとされる（Schwimmann in Rummel (1984), §35 IPRG Rn. 6）。紙幅の都合上、本稿では取り扱えないが、この制度も法選択を「契約」とみなしていない。この「適用受入」は 1998 年に廃止された（Czernich, Die Rechtswahl im österreichischen internationalen Vertragsrecht in: ZfRv 2013, S. 157 (159)）。オーストリア IPRG については、桑田・山内編『ドイツ・オーストリア国際私法立法資料』（中央大学出版部, 2000）499 頁以下参照。

(24) この説は、当事者意思を客観的連結の一要素に過ぎないとみならず、いわゆる「場所付け理論（Lokalisierungstheorie）」とは異なる。たしかに、いずれの立場も当事者の意思による準拠法決定を、法選択「契約」によるものに限定していないという点で共通している。しかし、非契約説は当事者の「意思」を第一次的な連結点とみなすのに対し、場所付け理論は補助的な意義しか認めない。

場所付け理論は、フランスの Batiffol のものが有名であるが、ドイツやスイスにおいてもこの理論に賛同するものがあつた（例えば、Tobler (Fn. 11), S. 127f.; Mincke, Die Partheiautonomie: Rechtswahl oder Ortswahl? in: IPRax 1985, S. 313ff.）。しかし、法的不確実性を招くという理由から通説には否定される（例えば、Staudinger/Firsching (Fn. 1), Rn. 329）。Batiffol の場所付け理論については、折茂豊『当事者自治の原則』（創文社, 1970）56 頁以下参照。

に適用されると契約締結時に意図したということだけで十分であるという。その際には、法選択は、明示的に表示されるか、契約規定または諸事情から「十分な確実性をもって」（ローマ条約3条1項）あるいは「一義的に」（IPRG116条1項）明らかになるという明確性の要件の審査で対応される⁽²⁵⁾。Stollによれば、法選択は、本契約の全体から現れる特定法適用に関する意思の实在（Realität）により確定される⁽²⁶⁾。

Schwanderは、契約説に対して、次のように反論する⁽²⁷⁾。すなわち、契約説によると、法選択には、当事者が準拠法を選択できることを認識し、当事者が意識的な法選択意思を表示しようとしたことが要求されなければならない。このような厳格な要件が必要とされるならば、多数の法選択条項が拘束力のないものとみなされてしまう。なぜなら、通常の契約においては、ある程度自動的に、法選択条項が利用されているし、すべての当事者が国際私法の知識を持っているわけではないからである⁽²⁸⁾。

Schwanderによれば、法選択は、必ずしも「契約」の締結によってのみ生じるのではない。当事者が特定の法秩序を前提にして、本契約を締結し自身の権利義務関係を決定した場合には、当該準拠法に服する旨の両当事者による「告白（Bekanntnis）」が存在しているため、法選択が成立すると述べる⁽²⁹⁾。

以上のような少数説によると、法選択の成立と有効性の問題を実質法

(25) Stoll (Fn. 13), S. 436.

(26) Stoll (Fn. 13), S. 441. Stollは、立法前においてもこの立場を採っており（Stoll, *Internationalprivatrechtliche Probleme bei Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in: Festschrift für Beitzke* (1979), S. 759(772)), 準拠法説を採用していたローマ条約草案の規定は削除されるべきと主張していた。

(27) Schwander (Fn. 13), S. 711ff. もっとも、Schwanderは、指定契約による法選択の成立を完全に否定しているわけではない（S. 713）。しかも、この説を提示するまでの別稿では、独立の指定契約という理論的前提を認めていた（Schwander (Fn. 3), S. 474, 482）。

(28) Schwander (Fn. 13), S. 716.

(29) Schwander (Fn. 13), S. 720f.

(法廷地実質法が準拠実質法) にゆだねないことになる⁽³⁰⁾。なぜなら、この説によれば、法選択が実質法的な要件を要する「契約」として締結される必要はないため、国際私法独自の概念たる当事者の「意思」の探求だけが問題になるからである⁽³¹⁾。この当事者の意思の存否は、国際私法独自に判断される⁽³²⁾。このため、非契約説では、法選択の有効性の準拠法問題(本節Ⅲ)を検討する必要がない。

非契約説は、法選択を国際私法独自のものとして性質決定し、その成否も国際私法自体による。当事者自治が国際私法の制度であるという原則が忠実に守られていると評価できる。しかしこの説は、国際私法上の判断基準を詳細には提示していない。非契約説は、例えば、法選択の申込・承諾時期が争われた場合に、いつ法選択に関する意思表示の効果が発生し、どの時点までその意思表示が撤回されうるのかといった問題⁽³³⁾に、解答できない。また、非契約説は、法選択につき錯誤や強迫

(30) Stoll (Fn. 13), S. 437f.は準拠法説を採用した現行法に批判的である。類似の立場をとる Niederer (Fn. 11), S. 197.も国際私法独自説を提唱していた。Schwander (Fn. 13), S. 718f.は黙示の選択は、客観的連結とほとんど区別されえないと述べた上で、法選択は、主観的連結(IPRG116条)だけでなく、客観的連結(IPRG117条)でも考慮されるべきとする(S. 720)。少なくとも後者の限りでは、有効性に関する実質法規定の準用が不要となる。

(31) 換言すれば、少数説は、法選択の有効な成否を問題にするのではなく、当事者の意思の性質決定をすることによってのみ、準拠法決定をしているといえる。Moser (Fn. 1), S. 230.

(32) Stoll (Fn. 13), S. 441ff.によれば、契約当事者の他方が名目的当事者であった場合や、利用された手段や他方当事者の未熟さにより選択された法秩序の適用を考慮しえなかった場合に、法選択は否定される。Schwander (Fn. 13), S. 719は、自身の権利義務関係に、選択された法秩序が適用されるという期待を根拠付けるような行為があれば法選択は成立するという。Nussbaumは、契約の諸事情を総合的に考量して、法選択意思を探求すべきとする、いわゆる「間接事実理論(Indizien Lehre)」を提唱していた(Nussbaum (Fn. 23), S. 226ff.)。また、立法前のStoll (Fn. 26), S. 772は、約款に対する沈黙による法選択の成立につき、事前の交渉、当事者間の慣行、国際慣習、当事者の本拠の慣習を考慮し、約款を受取った側がそれに同意したとみなしうる場合に法選択は成立するとする。そして、商人に対しては非商人ほどには容易に法選択の不成立が認められてはならないとし、商人間では、法選択条項を含む約款を指定する契約書に署名があれば、大抵は法選択の成立が認められるという。

などがあった場合にも、具体的な実質法を適用しない。これらの問題が、明文化されていない法廷地国際私法自体の解釈によることになる。明文規定がない部分については、法廷地裁判官による裁量によらしめられることになる。

これに対し、契約説は、法選択の有効性を実質法上の契約ルールによらしめるため、法選択の成否が裁判所の裁量により決定されるという問題を回避できる。また、前述の法選択の効果発生時期の問題が、実質法の適用によって具体的に解決される。これにより、裁判前においても、当事者が法選択の有効性を予測しやすいという利点がある。したがって、契約説が妥当である。そのうえで、法選択の有効性は、どの実質法によるべきかが検討されるべきである。

Ⅲ 法選択の有効性を判断する法

ドイツおよびスイスにおいては、法選択の有効性要件を規律する準拠法につき、法廷地実質法説と準拠法説とが対立していた⁽³⁴⁾。

立法制定前の初期の学説においては、法廷地実質法説が優勢であった⁽³⁵⁾。その理由は、以下のようなものである。

(33) Siehr, IPR der Schweiz (2002), S. 234; Meyer-Sporenberg (Fn. 7), S. 349.

(34) 客観的連結により指定された実質法によるとする立場もありえないわけではない。しかし、このような立場は支持されていない。準拠法の予見可能性が必ずしも保証されないからである (Kost (Fn. 3), S. 63f. 参照 (ただし、法選択に関する書式の争いの問題に限り、客観的連結で決定された法によるとする少数説がある (後掲注 (93) 参照))。さらに、ローマ条約成立前に、法選択の有効性を直接的に法廷地裁判官の裁量に委ねるとする立場があった (Lando, The EC Draft Convention on The Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations in: *RabelsZ* 38 (1974), S. 7(24))。この立場も、同様の理由で支持されない (Kost, a.a.O., S. 65)。

(35) Haudek (Fn. 9), S. 91ff.; Kreuzer (Fn. 16), S. 54; Moser (Fn. 1), S. 232; Schönberger/Jäggi (Fn. 16), Rn. 202; Umbricht (Fn. 6), S. 75.

オーストリアにおいては、同国において 1998 年にローマ条約が発効し、準拠法説が導入されるまで、法廷地実質法説が通説・判例であった。Rudisch, *Der Beitritt Österreichs zum Romer Schuldvertragsübereinkommen* in: *RabelsZ* 63 (1999), S. 70 (88); Schwimann in Rummel (1984), §11 IPRG Rn. 7, §35 IPRG Rn. 4. もっとも、ローマ条約な

第一に、法廷地国際私法によって法選択の許容性が認められる以上、その有効性も法廷地実質法によるのが論理必然的であるという発想である⁽³⁶⁾。

第二に、準拠法説により生じる循環論の回避である。法選択の有効性そのものを選択された準拠法によって判断することは、論理的に矛盾する⁽³⁷⁾。したがって、法選択の有効性要件は、当事者自治を認める法廷地国際私法の補充法たる法廷地実質法によるとする⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾。

しかし、1970年代には、準拠法説が有力となる⁽⁴⁰⁾。学説においては、準拠法説につき次の二点が主たる論拠として挙げられる。

第一に、準拠法の予見可能性の確保である。端的には、法廷地法は、契約締結時にはまだ確定していないが、準拠法は当事者にとって予期できる法であるということである⁽⁴¹⁾。すなわち、当事者自治の原則は、

らびにローマI規則の発効後、契約における法選択の有効性については準拠法説が通説・判例となった (Czernich (Fn. 23), S. 162)。

- (36) Haudek (Fn. 9), S. 91; Raape, IPR 3. Aufl. (1950), S. 288. もっとも Raape は、第4版以降、法廷地法説を主張しつつ、準拠法説も成り立ちうることを認めた (Raape (Fn. 16), S. 467f.)。また、Haudek (Fn. 9), S. 93f. は、準拠法説によると、法選択の有効性の判断前に、複数の準拠法が適用候補となりうる。そのため、法廷地法説の方が一義的にその有効性を判断できるとの利点があると述べている。
- (37) Moser (Fn. 1), S. 179ff.; Schönenberger/Jäggi (Fn. 16), Rn. 202.
- (38) Moser (Fn. 1), S. 188. 国際私法自体に規律がない場合には、法廷地裁判官と最も密接である法廷地実質法が、国際私法の補充として適用されるとする。
- (39) その他には、法廷地法による判断の便宜 (Vischer (Fn. 20), S. 68; Staudinger/Firsching (Fn. 1), Rn. 337)、法選択の許容性と有効性が同じ法廷地法によることによって、単一の法により法選択の成立問題を判断できるといった利点が挙げられることがある (Schulze (Fn. 16), S. 32)。ただし、これらの論拠は、準拠法説を支持する論者が法廷地法説に反論する過程で述べているものに過ぎない。
- (40) Staudinger/Firsching (Fn. 1), Rn. 337; Soergel/Kegel (1983) vor Art. 7 EGBGB, Rn. 341 とそこで挙げられる文献参照。

ドイツ (EU) およびスイスは、立法により準拠法説を採用した。ドイツについては、立法資料 (ローマ条約に関するジュリアーノ・ラガルド報告書 (BT-Drucks. 10/503) および連邦議会報告書 (BT-Drucks. 10/504)) に明確な理由付けは見られない。それに対し、スイスにおいては、「通例、当事者は、合意と関係する問題に、選択された法とは別の法が適用されるということを目論んでいない」ことが理由として挙げられている。BBl. 1983 I 263, S. 409.

自身の利害に合致する解決策を選択できるという当事者の利益を保証することが目的である。したがって、自由を認める根拠の核心は、当事者に契約関係の予見可能な判断を認めることにある。この目的は、当事者が、契約締結時に、法選択の要件と効果を、確実に判断することができる場合に達成される。もし、法廷地実質法説を採用するならば、事後的に判明する法によって法選択の有効性が評価されることになり、契約締結時の準拠法に関する当事者の予見可能性が保証されない。法選択の有効性に関して判断する法は、契約関係との直接的な関連性を示している法秩序、すなわち、当事者によって選択された法であるべきとされる⁽⁴²⁾。

第二に、法選択と本契約の有効性の準拠法を同一の法によらしめることができる⁽⁴³⁾。もし法廷地実質法説によるならば、まず法選択の有効性が法廷地実質法によって判断され、その後、有効に選択された準拠法により本契約の有効性が判断される。法廷地法と準拠法とが異なる場合、法選択と本契約の有効性の問題につき別々の法の適用が生じてしまう。これは、法適用の分断と困難を導くと指摘される。一見、この論拠は、法選択の独立性の原則（第3章第1節I）と矛盾しているようにも思われる⁽⁴⁴⁾。法選択と本契約とが独立しているのならば、それ

(41) Kropholler (Fn. 3), S. 461; Rauscher/ von Hein (Fn. 3), Rn 40; MünchKomm/ Martiny (Fn. 3), Rn. 106; Staudinger/ Magnus (Fn. 3), Rn 167; BSK IPRG–Amstutz/ Vogt/ Wang (Fn. 3), Rn. 33; IPRG–Keller/ Kostkiewicz (Fn. 16), Rn. 39; Schulze (Fn. 16), S. 33; Dölle, Die 7. Haager Konferenz in: RabelsZ 17 (1952), S. 161 (173); Vischer (Fn. 20), S. 68f.

(42) Simitis, Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht in: JuS 1966, S. 209 (216).

(43) MünchKomm/ Martiny (Fn. 3), Rn. 106; MünchKomm/ Spellenberg (Fn. 5), Rn. 20, 163; Soergel/ von Hoffmann 12. Aufl. (1996), Art 27 EGBGB, Rn 100; Looschelders, IPR (2004), Art 31 EGBGB Rn. 10; Dölle (Fn. 41), S. 173; Sandrock/ Steinschulte (Fn. 7), S. 58; Simitis (Fn. 42), S. 216; Melchior, Die Grundlagen des deutschen IPRs (1932), S. 519f.; IPRG–Keller/ Kostkiewicz (Fn. 16), Rn. 39; Henry (Rn. 3), S 52f.

(44) そのため、少数説に批判されている。Schwander (Fn. 13), S. 715. また、訴訟においては条項ごとの個別的な問題が争われることになるから、法選択と本契約とは別々に判断されるという指摘として、Kost (Fn. 3), S. 24.

それぞれの準拠法が異なることは問題とならないはずだからである。しかし、通説は、独立性を認めつつ、上記論拠を示す。これは、独立性の原則が妥当するといえども、極力準拠法を同一にしておく方が、当事者の利益に適うという考慮が働いているからであろう。例えば、準拠法条項の含まれた契約書の到達時期が問題となる場合には、本契約と法選択の意思表示が到達したか否かは、同時に問題となる。このときには、両者が別々の準拠法によることは不適切である⁽⁴⁵⁾。

このように、準拠法説を主張する論者は、準拠法によることによる当事者の利益を主たる論拠とする。ただし、周知のとおり、この説においては、循環論が問題となる。例えば、当事者の法選択に錯誤があったようなとき、この法選択により指定された準拠法によって錯誤を判断するということは、論理的に矛盾するからである。

この循環論は、通説により否定されている。例えば、Martiny は、次のようにいう。法選択の有効性に適用される準拠法は、「少なくともその適用の外観が惹起されたことで、効力を発揮する。したがって、出発点が事実 (Tatsache) であるのだから、循環論の異議は当を得ていない」⁽⁴⁶⁾。Martiny によれば、外観上準拠法が選択されたという「事実」⁽⁴⁷⁾があれば、選択された準拠法が法選択の有効性に適用される。法選択の厳密な有効性を前提にせずとも、選択された準拠法が適用されるのだから、循環論は発生しないというのである。また立法制定前に、Neuhaus は、特定法を指定する「事実としての表示 (Erklärung als Faktum)」が生じた後に、さらにその表示された準拠法によって有効性

(45) 意思表示の到達の問題が、本契約と法選択とで別の準拠法によることで生じる弊害については、Melchior (Fn. 43), S. 520.

(46) MünchKomm/Martiny (Fn. 3), Rn. 105. ほぼ同様に、Kropholler (Fn. 3), S. 295f.; Reithmann/Martiny/Martiny (Fn. 16), Rn. 89; Rausoher/von Hein (Fn. 3), Rn. 40; Soergel/von Hoffmann (Fn. 43), Rn. 100; Staudinger/Magnus (Fn. 3), Rn. 171; BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang (Fn. 3), Rn. 34; Egeler (Fn. 18), S. 104.

(47) ここでいう「事実」とは、実質法的な成立と有効性が判断されていない段階の事柄のことであり、法的評価が何ら下されていない生の事実を意味するわけではない。

が判断される。この表示された準拠法に法選択の成立と有効性をゆだねることは、国際私法自体がなしうることであるから、何ら循環論ではないとした⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾。

すなわち、法選択の有効性判断の前段階に、当事者が特定法を指定したという「外観」の存否を審査し、その示す準拠法により、連結概念たる法選択の有効性を判断する。法選択の有効性の問題は、有効に合意された法ではなく、その合意において外観上示された法⁽⁵⁰⁾に連結されるのであるから、循環論にならないというのである。

「外観」とは、例えば、約款中の準拠法条項のような特定準拠法を示

(48) Neuhaus, Die Grundbegriffe des IPR 2.Aufl.(1976), S. 256.同旨として、Raape (Fn. 16), S. 468; von Hoffmann, Vertragsannahme durch Schweigen im Internationalen Schuldrecht in: RabelsZ 36 (1972), S. 510(519); Mann, Die Gültigkeit der Rechtswahl- und Gerichtsstandsklausel und das internationale Privatrecht in: NJW 1984, S 2740(2740); Schulze (Fn. 16), S. 34.

この説明を、ドイツにおいて初めて行なったのは、1955年ハーグ動産物品売買条約に関する解説論文を1952年に著したDölleであろう(Dölle (Fn. 41), S. 173)。Dölleは、契約当事者が、準拠法を、明示的または契約規定の内容を通して明白に示した後に、法選択の有効性の問題が、その指定された法により解決されなければならないと述べ、この規律は法律(条約)に基づいているとした。

(49) スイスの立法起草者も同様の説明をしていた(BBl. 1983 I 263, S. 409)。

他方で、ドイツのEGBGB旧規定(ローマ条約)またはローマI規則に関しては、そのような説明が見当たらない。管見の限りで、立法制定後のドイツのBGH判例も「外観」という語を用いてはいない。かろうじて、後掲注(56)のBGH15.12.1986において、「法選択条項の成立と有効性を、その中で示された法によって判断する」という表現がみられるに過ぎない。その他には例えば、「法選択の有効性に関しては法選択条項によって適用されるべき法が判断する」とし、法選択にも裁判管轄合意の有効性にもオーストリア法が適用されるとしたBGH 24.11.1988, NJW 1989, S. 1431、法選択の「有効性の判断のためには、法選択条項によって適用されるものとされた法が準拠する」とし、オーストリア民法864a条を適用し法選択を有効としたBGH 26.10.1993, BGHZ 123, S. 380、単に根拠条文だけを示しマン島の法を適用したBGH 19.3.1997, BGHZ 135, S. 125、「普通契約約款に含まれている法選択条項の有効性のためには、EGBGB31条1項により、その条項によって適用されるとされた法が準拠する」としスイス法によれば法選択条項は有効であるとしたBGH 25.1.2005, RIW 2005, S. 463などがある。

(50) 「法選択が有効であったならば適用されるであろう法」(AnwKommBGB/Leible (Fn. 5), Rn 69) や「予定されている法 (in Aussicht genommen Recht)」(Staudinger/Magnus (Fn. 3), Rn 171) などとも呼ばれる。

したという事象を意味する⁽⁵¹⁾。本来、この条項は、そこで指定された準拠実質法により有効に成立しないと、効力が発生しない。しかし、通説は、法的な効力が最終的に確定していない段階、すなわちまだ「外観」に過ぎない段階で、条項中に表示された法が、法選択の有効性の準拠法となるとするのである。しかし後に、その準拠実質法により法選択が有効に成立しないと判断されれば、法選択は、やはり無効ないしは取消しすることになる。その意味では、「外観」とは、準拠法を仮決めるための暫定的要件に過ぎない⁽⁵²⁾。それでは、なぜ、外観上選択されたに過ぎない準拠法を、法選択に適用することが正当化されるのか。それは、国際私法が認めているからであるとされる。そのため、この外観の基準は国際私法自体によることになる⁽⁵³⁾。

ドイツとスイスにおいてこの循環論の克服がなされて以降、準拠法説に反対する論者はほぼいない⁽⁵⁴⁾。しかし、「外観」が、法選択の成立と有効性の準拠法を特定する役割を果たすとすると、この特定にはいかなる外観が必要であるのかという問題が生じることになる。たしかに、交渉済みの契約書中に特定法の準拠法条項が含まれているような場合には、この特定にはさほど困難はない。しかし、両当事者がそれぞれ異なる法の黙示の法選択が成立したと主張しているような場合⁽⁵⁵⁾や、法選

(51) ただし、準拠法条項に限られるわけではない。例えば、当事者が口頭で準拠法指定をしたという事情や、訴訟上特定の実質法上の権利を主張したといった事情でもよいと考えられる。

(52) この現象は「選択された法の先回り (Vorgriff)」といわれる。MünchKomm/ Martiny (Fn. 3), Rn. 105.

(53) Rühl (Fn. 4), S. 57; Kost (Fn. 3), S. 40f.; Möll, Kollidierende Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Vertragsrecht (2012), S. 162.

(54) Stoll (Fn. 26), S. 769ff.は、立法前に、準拠法説を、思考の遊戯 (Gedankenspiel) に過ぎないとしていた。彼によれば、法選択の成立要件は国際私法独自に決定されるため、事前に「外観」要件をおき、さらに準拠法によって有効性を判断するという二段階の審査の必要はない。

(55) スイスの BGE 123 III 35 (20.8.1996)では、スイス法の黙示的法選択とドイツ法の黙示的法選択のいずれが成立したか争われていた。BGer は、黙示的法選択の成否が争われているときに準拠法説 (IPRG116 条 2 項後段) をとると、法選択の有効性を判断する

択条項が判読不可能であり指定された法を特定できない場合⁽⁵⁶⁾には問題となる。

第2節 外観要件

I 明確性の要件と外観

法選択の外観要件が、明確性の要件（ローマⅠ規則3条1項第2文、IPRG116条2項前段）そのものであると、多数の見解によって主張されている。これによれば、法選択条項が不明確な場合や、黙示的な法選択がなされた場合に、まず明確性の要件によって外観の存否が判定され、その後外観で特定された準拠実質法によって、法選択の成立と有効性が判断されるという二段階の手続を踏むことになる⁽⁵⁷⁾。

明確性要件は、法選択の外観があるか否かで判断される。その意味で

準拠実質法を特定できない場合が生じると指摘した（S. 38）。しかし、本件では、法廷地実質法説を採用していた旧判例準則が適用されたため、この問題が生じなかった。本件については前号第2章第1節Ⅱを参照。

(56) これが問題になりえた事例として、BGH 15.12.1986, BGHZ 99, S. 207=RIW 1987, S. 215. 海上物品運送における船荷に関する損害賠償請求事例である。船荷証券には、スリランカの専属管轄条項とスリランカ法の準拠法条項が含まれていた。本件では、当該条項の判読可能性（契約解釈）が問題となっていたにもかかわらず、BGHは、これを成立と有効性の問題であるとして、スリランカ法によって判断すべきとし、原審に差戻した。本件では、準拠法が特定できたため問題にはならなかったが、不可能であった場合に問題になる。

(57) C. von Bar (Fn. 4), Rn 474; Coester-Waltjen, Einige Überlegungen zur konkludenten Rechtswahl im europäischen Vertragsrecht in: Festschrift für Sonnenberger (2004), S. 343 (349); Rühl (Fn. 4), S. 82; Mankowski, Stillschweigende Rechtswahl, Auslegung einer Rechtswahlvereinbarung in: EWIR 20 (2000), S. 967 (968); Baumert, Abschlußkontrolle bei Rechtswahlvereinbarungen in: RIW 1997, S. 805 (806f.); Stankewitsch, Entscheidungsnormen im IPR als Wirksamkeitsvoraussetzungen der Rechtswahl (2003), 490f.; IPRG-Keller/ Kostkiewicz (Fn. 16), Rn. 42f.; Siehr (Fn. 33), S. 234; Henry (Fn. 3), S. 62; Kostkiewicz (Fn. 16), Rn. 2125f.; Czernich (Fn. 23), S. 162. おそらく Staudinger/Magnus (Fn. 3), Rn. 66; Pfeiffer/ Pfeiffer, Handbuch der Handelsgeschäfte (1999), §21 Rn. 74; Lorenz, Die Auslegung schlüssiger und ausdrücklicher Rechtswahlklärungen im internationalen Schuldvertragsrecht in: RIW 1992, S. 697 (699); Dölle (Fn. 41), S. 173 も同旨か。このような見解を明確には提唱していない論者もあることには注意を要する。

は、明確性要件と外観要件とは、表裏一体の関係にあり、両者は、同義語に近い。しかし、両者の間には、次の相違があることに注意が必要である。第一に、「明確性」は、法文上の文言（「一義的」）に基づいている。これに対して、「外観」という言葉は、循環論に陥るといふ準拠法説への批判に反論する過程で用いられるようになったものである。第二に、「明確性」という用語は、主に法選択に解釈の余地がある場合⁽⁵⁸⁾や、法選択が黙示的になされた場合⁽⁵⁹⁾に用いられる。これに対し、「外観」という用語は、後のⅡⅢで検討するような法選択条項が契約書中にすでに組み込まれているような明示の法選択の場合に、用いられている。

(58) 例えば、地域的不統一法国法（アメリカ法やスペイン法など）そのものを指定する条項や、隔地的契約の際の「契約締結地法が準拠する」といった条項が用いられた場合である。ローマⅠ規則3条1項第2文およびIPRG116条2項前段は、黙示の法選択だけではなく、このような内容の不明確な法選択の解釈にも適用される。Möll (Fn. 53), S. 178f.; Rühl (Fn. 4), S. 82f.; Lorenz (Fn. 57), S. 700, 704; Soergel/ von Hoffmann (Fn. 43), Rn. 35; Vischer/ Huber/ Oser (Fn. 5), Rn. 160. さらに、法選択条項が約款中に、小さい文字で表記されるなどして、気づかれないように隠されていたような場合にも、明確性要件で対応する説として、MünchKomm/ Spellenberg (Fn. 5) Rn. 167. 法選択の解釈につき、明確性要件によるとは明言しないものの、ローマⅠ規則自体によって解決すべきとするものとして、Staudinger/ Magnus (Fn. 3), Rn. 66; MünchKomm/ Martiny (Fn. 3), Rn. 44;

以上の説に対し、地域的不統一法国法が選択された場合には、まず選択された国の地際法規定により（EGBGB4条3項前段）、それが無ければ最も密接に関係する法に（EGBGB4条3項後段）、準拠法を定めるべきとする立場がある（MünchKomm/ Martiny 5, Aufl. (2010), Art. 22 Rom I-VO, Rn 6; Staudinger/ Hausmann (2011), Art. 22 Rom I-VO, Rn. 8）。黙示の法選択の探究によって準拠法を特定できない場合に、上記の処置を行なうものとして、Rauscher/ Freitag, EuZPR/ EuIPR (2011), Art. 22 Rom I-VO, Rn. 3. ローマⅠ規則には、準拠法として指定される法は、不統一国内の各々の一法域の法であると定められている（ローマⅠ規則22条1項）。しかし、実際に不統一法国法そのものが当事者によって選択されてしまった場合に関する規定は存在しない。そこで、内国国際私法であるEGBGB4条3項の適用可能性が生じるのである。

(59) 黙示の法選択も、明示の法選択と同様に、「指定契約」とみなされる。したがって、両者は本質において異なるものではない。これに対して、いわゆる「仮定的当事者意思」は、これらとは明確に区別される。Steinle, *konkludente Rechtswahl und objektive Anknüpfung nach altem und neuem deutschen Internationales Vertragsrecht* in: *ZvglRWiss* 93 (1994), S. 300(308f.); Maire (Fn. 17), S. 147f.。ただし、仮定的当事者意思と黙示の法選択とを区別すべきでないとする少数説として、Schwander (Fn. 13), S. 721.

外觀要件が、明確性要件で判断されるとするならば、まずこの明確性要件の具体的内容が問題となる。通説は、契約規定ないしは契約締結時の付帯的な事情から、特定の法を選択する表示がなされたと認定できるときに、法選択があると判断するアプローチをとる。この事情としては次のようなものが挙げられる。法選択の存在を強く示唆する事情として、特定国家の専属的裁判管轄条項あるいは仲裁条項、単一の履行地の合意、特定国の法概念を用いた条項の存在、従前に特定準拠法を前提とした取引を継続的に行っていたことなどである。これに対し、法選択の存在を弱く示唆する事情として、通貨、契約言語、契約締結地、当事者の居所などがある。示唆の弱い事情は、示唆の強い事情と同時に存在することで初めて、意義が生じる⁽⁶⁰⁾。この法選択の存在の認定において注意すべきことは、客観的連結のように場所の関連性が問題になっているわけではないということである。あくまで、当事者の現実の意思の存否、それも明確な意思表示の存否が問題になっている⁽⁶¹⁾。そのため、合意されたのではなく、単に偶然的に履行地が特定国家となったことだけでは、法選択の兆表とみなされない⁽⁶²⁾。

上記の明確性の要件を踏まえ、準拠法説の取り扱いがなされるとすると、具体的には次のようになる。例えば、交渉の末、両当事者が契約を締結し、その契約に、準拠法条項はないが専属的裁判管轄条項が含まれていたとする。この場合、当事者が、裁判管轄条項を含む契約中に法選択に関する意思を黙示的に含めていたかが、明確性の要件によって判断される。この判断の際には、交渉中⁽⁶³⁾の諸事情も勘案される。ここ

(60) Staudinger/ Magnus (Fn. 3), Rn. 98f.; BSK IPRG-Amstutz/ Vogt/ Wang (Fn. 3), Rn.42. しかし、Amstutz/ Vogt/ Wang は、「単一の履行地の合意」を弱い兆表とみなす。さらに、専属的裁判管轄条項を弱い兆表とするものとして、Rauscher, IPR 4. Aufl. (2012), Rn. 1146.

(61) Steinle (Fn. 59), S. 302, 309.

(62) Czernich (Fn. 23), S. 165f. 客観的連結と黙示の法選択との区別については、MünchKomm/ Martiny (Fn. 3), Rn. 46; Lorenz (Fn. 57), S. 701 参照。

(63) 履行地の合意や過去に同様の契約を締結したかなど。Kost (Fn. 3), S. 46. ただし、交

で、黙示の法選択があると認定されるのであれば、黙示的に選択された準拠法の「外観」があるということになり、当該準拠実質法によって法選択の有効性が判断されることになる⁽⁶⁴⁾。しかし、黙示の法選択がない(明確性の要件が充たされない)か、当該準拠法による有効性判断の際に法選択が無効となる場合には、法選択は成立しない。このときは、客観的連結によって本契約の準拠法が定められる⁽⁶⁵⁾。

II 一方的な約款送付

明示的な準拠法条項を含む約款等により、明確性要件が充たされるにもかかわらず、法選択の実質的成立要件に準拠法を適用することが不適切となる場合がありうる。例えば、一方当事者が、準拠法条項を含んだ約款あるいは法選択を十分に示唆する事情(専属的裁判管轄条項、単一の履行地条項)を含んだ約款を、他方当事者に送付したものの、当該他方当事者がこれに応じなかった場合や、当該他方当事者が法選択条項を含まない別の約款を用いて承諾をした場合である。このような場合にもなお、外観要件が充たされるかどうか、問題となる。

多数説は、この場合に外観要件は充たされるとする。この説によれば、約款の一方的送付によって法選択が成立するかどうかは、指定された準拠法によって判断される⁽⁶⁶⁾。多数説の理由は、次の通りである。すなわち、法選択条項を含む約款が一方的に送付され、指定された当該

渉中に別々の法秩序を前提においたような事情があれば、要件は充たされず、客観的連結に移るとされる。

(64) このような例については、Kost (Fn. 3), S. 41ff.

(65) C. von Bar (Fn. 4), Rn. 474.

(66) Staudinger/Hausmann (2011), Art 10 Rom I-VO Rn 36; Rauscher/Freitag, EuZPR/ EuIPR (2011), Art 10 Rom I-VO, Rn. 10; Soergel/ von Hoffmann (Fn. 43), Rn. 101; C. von Bar (Fn. 4), Rn 476; Kropholler (Fn. 3), S. 295f.; Kost (Fn. 3), S. 49f.; Möll (Fn. 53), S. 167; Egeler (Fn. 18), S. 110; BSK IPRG-Amstutz/ Vogt/ Wang (Fn. 3), Rn 47; Schneider, Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen im internationalen geschäftsmännischen Verkehr (2012), S. 306.

準拠法により、法選択が成立してしまうような場合には、不意打ちを受ける一方当事者は常居所地法の保護（ローマⅠ規則10条2項、スイスIPRG123条）を受けることができる。もし、外観要件の段階で、両当事者の同意が必要とされるのであれば、この保護規定を法選択にも準用する意義が損なわれると指摘される⁽⁶⁷⁾。

他方で、外観要件は充たされないとする反対説がある⁽⁶⁸⁾。例えば、Hauは、外観要件が充足されるためには、法選択条項の申込を受けた他方当事者が、これに実際に同意していなければならない。他方当事者

(67) C. von Bar (Fn. 4), Rn 476; Staudinger/ Magnus (Fn. 3), Rn. 171; Rauscher/ von Hein (Fn. 3), Rn 10; Kost (Fn. 3), S. 49; Möll (Fn. 53), S. 166; Soergel/ von Hoffmann 12.Aufl. (1996), Art 31 EGBGB, Rn 8; Egeler (Fn. 18), S. 110f.

(68) Rühl (Fn. 4), S. 110f.; MünchKomm/ Spellenberg (Fn. 5), Rn. 165は、「両当事者の共通の表示」を必要とし、Baumert (Fn. 67), S. 806は、「法選択合意の存在」を要求する。さらに、Stankewitsch (Fn. 57), S. 527は、すべての契約当事者が、選択された法につき、十分に明確に一致して言及していなければならないとし、一方当事者がその旨の表示をしなかった場合や、一方当事者がすでに表示していたとしてもそれを、時宜を得て撤回した場合には、外観要件は充たされないという。

また、立法制定前、von Hoffmann (Fn. 48), S. 519f.は、次のように述べていた。すなわち、準拠法条項を含んだ契約につき、契約交渉が開始されただけでは、外観は充たされない。少なくとも法選択条項と関係のある追加的な両当事者の行為が必要である。例えば、両当事者が署名した契約書の中に、準拠法条項がある場合には、たとえその契約書以外の準拠法条項を含んだ約款が指定されていただけでは法選択の外観はない。法選択の外観が示さなかった場合には、法選択条項の有効性と、本契約の合意問題は、客観的に決定される法によって判断される（ただし、立法制定後に改訂された（Soergel/ von Hoffmann (Fn. 67), Rn. 8)）。ほぼ同様に、Linke, *Sonderanknüpfung der Willenserklärung?* In: *ZvglRWiss* 79 (1980), S. 1 (42)も、一方当事者が一方的に提案した法選択に対し他方当事者も同意していなければならないとする。

このような立場にたつたとしき判決として、LG Duisburg 17.4.1996, RIW 1996, S. 774がある。本件では、ドイツ買主（被告）とイタリア売主（原告）との売買契約に基づく代金請求権と相殺の可否が争点に含まれていた。買主は、申込の際にドイツ法の準拠法条項を含む注文書を用いていた。ところが、LG Duisburgは、ドイツ法の準拠法合意があったかどうかを認定できないと判示した。なぜなら、裁判上、売主側がその注文書に署名したか否かが詳細に供述されず、証明されなかったからである。その結果、当該注文書が契約内容になったか否かおよび相殺の可否は、EGBGB旧28条により、売主の本拠地法であるイタリア法による旨、判示された（代金請求権についてはCISG（国際物品売買契約に関する国際連合条約）が適用された）。

が、契約締結時に同様の法選択条項を含んだ書面を送付していなければ、この法選択に、指定された準拠法は適用されないという。そしてそのうえで、同意の外観だけではなく、約款を送付された側が、約款の内容につき十分に理解できていたという要件が必要であるとする。例えば、約款の記述量が膨大でなく簡潔であった場合、法選択条項が署名欄の近くに置かれている場合、従前から同約款を用いる個別的な取引がなされていた場合、特定の取引において慣習として広く用いられている約款が利用された場合などに、この要件が充たされるとする⁽⁶⁹⁾。Hauの見解は、法選択に関する両当事者の同意だけではなく、条項を理解していたことまで要求する。すでに外観要件の審査段階で、両当事者の意思を強く尊重しようとするところに特徴がある。

同様に反対説の立場に立つ Vischer によれば、法選択が個別的に交渉され契約書中に明定された場合には、外観は肯定される。しかし、法選択が、一方当事者によって一方的に作成された普通契約約款中にある場合や、法選択条項が一方当事者によって商人確認書⁽⁷⁰⁾中に初めて挿入されたような場合には、否定される⁽⁷¹⁾。Vischer は、一方的表示で外観が充たされるとすると、双方当事者が矛盾した内容の準拠法条項を送付し合った場合に、準拠法決定ができないとする⁽⁷²⁾。そのため、法選択に関する「合意」が外部的に成立していなければならないというのである⁽⁷³⁾。

(69) Hau in Wolf/L./P., AGB-Recht 6. Aufl. (2013), IntGV, Rn. 24. 同旨の見解として、Pfeiffer/Pfeiffer (Fn. 57) Rn. 74.

(70) 山田晟『ドイツ法律用語辞典 改訂増補版』(大学書林, 1993) 95頁、石原全『約款による契約論』(信山社, 2006) 122頁以下参照。

(71) Vischer/Huber/Oser (Fn. 5), Rn. 155. 同旨として、IPRG-Keller/Kostkiewicz (Fn. 16), Rn. 43; Kostkiewicz (Fn. 16), Rn. 2125.

(72) Hau (Fn. 69), Rn. 26 も似たような指摘をしている。

(73) Vischer/Huber/Oser (Fn. 5), Rn. 157. ただし、Vischer が結論的に準拠法説を採用していないことには注意を要する。Vischer は、116条2項前段の一義性要件のみならず、法選択に関する有効性の問題も、国際私法上の実質規範によるべきとする。そして、この実質規範は、法廷地実質法ではなく、ユニドロワ国際商事契約原則やヨーロッパ契約

前述のように、多数説は、外観要件の段階で同意が要求されると常居所地法の特別連結が法選択に適用される余地がなくなると指摘していた。Vischer はこれを退け、次のようにいう。すなわち、法選択に対しては常居所地法の保護規定（IPRG123条）は適用されない。なぜなら、沈黙による法選択の成立は、すでに国際私法上の実質法的規範で解決されるからである⁽⁷⁴⁾。

多数説と反対説の対立から明らかとなることは、法選択の外観要件が緩和されれば常居所地法による保護が必要とされ、厳格であればそれが必要ではないということである。問題となるのは、常居所地法による保護と国際私法自体による保護とで、いずれが当事者の保護に資し、判断が明確であるかということになる。

常居所地法は、たしかに沈黙当事者が適用につき最も期待しうる法といえる。しかし、二つの問題点を指摘することができる。第一に、ローマ I 規則 10 条 2 項により常居所地法が適用されるためには、一方当事者が契約準拠法の適用を期待できないという事情がなければならない。前述のとおり（前号、第 2 章第 2 節 I - 4 参照）、この事情の存否は個別具体的に判断される。そのため、いかなる場合に同項が適用されるのかは、必ずしも明らかではない。第二に、ローマ I 規則 10 条 2 項によれば、法選択に契約準拠法と常居所地法とが累積的に適用される⁽⁷⁵⁾。この場合、二つの準拠実質法の調査が必要となる。以上の二つの理由から、常居所地法による保護には、法の適用結果に関する不安定さが残っている。

それに対し、国際私法自体による保護によると、両当事者の法選択合

法原則等のモデル法を参考にすべきという（Rn. 158f.）。それに対し、立法制定前の Vischer は準拠法説の立場にたっていた（Vischer (Fn. 20), S. 69）。

(74) Vischer/Huber/Oser (Fn. 5), Rn. 160. ほぼ同旨として、Siehr (Fn. 33), S. 234.

(75) 多数説によれば、契約準拠法によって契約が有効に成立したと一旦判断された後に、常居所地法により、さらに当該契約が不成立となりうるか判断される。MünchKomm/Spellenberg (Fn. 5), Rn. 211f.

意の外観がないときに、一律に客観的連結が行なわれる。法選択の成否に関して契約準拠法と常居所地法との累積的適用が発生しないという意味で、簡明である。もっとも、約款の一方的送付のみがなされた場合に、常に法選択が成立しないというルールは、硬直的であるとの批判はありうる。なぜなら、一方当事者が、一方的に送付された約款に沈黙していたからといって、当該当事者が常に保護に値するとは限らないからである。国際取引において、当事者は、約款に法選択条項が含まれていることを予想していなければならない。そうとすると、当事者は、趣旨等の理解できない法選択条項があったのならば、他方当事者に照会したり、当該条項の利用を事前に拒否できたはずである。それにもかかわらず、あえて沈黙する当事者を保護し、法選択を成立させないとする必要性は乏しいとも考えられよう⁽⁷⁶⁾。

いずれの立場にもメリットとデメリットがある。実質的理由から両説の優劣をつけることは困難であると思われる。ドイツにおいては、ローマ I 規則 3 条 5 項が、10 条 2 項の準用を明定している以上、常居所地法の保護を法選択において、考慮しないという選択肢はとり難い⁽⁷⁷⁾。他方で、スイスには、そのような条文上の制約がない。したがって、法選択に沈黙があった場合、常居所地法の適用 (IPRG123 条) を認めるのではなく、明確性要件 (IPRG116 条 2 項前段) で対応するとの立場をとりやすいのである。

(76) このような指摘として、Möll (Fn. 53), S. 166. とくに契約準拠法と両当事者の常居所地法のいずれもが、申込に対する沈黙により契約を成立させるような制度を有していた場合、問題となりうる。

(77) ただし、Hau (Fn. 69), Rn. 19 や Rühl (Fn. 4), S. 111 は、法選択に関する「合意」の外観を要求しつつ、法選択に EGBGB 旧 31 条 2 項 (ローマ I 規則 10 条 2 項) の適用を認める。さらに、Stankewitsch (Fn. 57), S. 480ff. は、EGBGB 旧 31 条 2 項は、「期待不可能性要件」の充たされないときに適用できないし、常居所地法が一方的送付による法選択の成立を認めていることがありうるから、同項では十分に当事者を保護できない。そのため、国際私法独自の保護がおお必要であるとする。それに対し、同じく法選択に「合意」の外観を要求する Baumert (Fn. 67), S. 809 は、法選択への EGBGB 旧 31 条 2 項の適用に消極的である。

Ⅲ 書式の争い⁽⁷⁸⁾

明示的な準拠法条項を含んだ約款が一方的に提示されただけであれば、準拠法は一つに特定できる。その限りで、一方的な外観でもよいとする多数説に、問題は少ない。しかし、いわゆる書式の争いの場合には、困難な問題が生じる。

準拠法条項に関する書式の争いは、両契約当事者が、それぞれ異なる準拠法条項を含む約款を交わしあったにもかかわらず、それにつき交渉されないまま、契約の履行が着手されてしまった場合に発生する⁽⁷⁹⁾。

(78) ただし、ドイツでは、法選択条項をめぐる書式の争いは、「衝突する法選択条項 (kollidierende Rechtswahlklauseln)」と呼ばれることが多い。

(79) オーストリアにこの問題が顕在化した事例がある。OGH 7.6.1990, *öJBl.* 1991, S. 120=IPRax 1991, S. 419 である。次のような事例である。

オーストリア被告とドイツ原告とは、家具の売買につき長期の取引関係にあった。被告は、オーストリア法の準拠法条項を含む自社約款で、家具の注文（申込）をし、原告はこの申込に対し、ドイツ法の準拠法条項を含む約款を指定した上で承諾していた。各々の約款には、相手方の約款を無効とみなす「拒否条項 (Abwehrklausel)」が含まれていた。ところが、この条項間の齟齬が残ったまま、両当事者は取引を続けていた。後に被告が破産し、未払いの代金債権を回収するために原告売主が訴えを提起した。本案では、オーストリア法によれば原告側の債権が時効となり、ドイツ法によれば時効とならない事例であった。オーストリア旧 IPRG は、法選択の有効性につき法廷地実質法説をとっており、かつオーストリア民法 (ABGB) によれば、互いの内容に食い違いのある条項部分は無効とみなされる (Tiedemann, *Kollidierende AGB-Rechtswahlklauseln im österreichischen und deutschen IPR in: IPRax 1991, S. 424(424)*)。そのため OGH は、法選択の成立を否定し、客観的連結 (IPRG36 条：売主の本拠地法) によりドイツ法を適用した。

CISG の適用と併行して、法選択に関する書式の争いの国際私法判断がなされた事例として、イタリア法約款 (イタリア原告・売主側の約款) とドイツ法約款 (ドイツ被告・買主側の約款) が用いられた毛糸セーターの売買契約の代金請求が問題となった① AG Kehl 6.10.1995, *NJW-RR* 1996, S. 565=CISG-online 162[ドイツ判決]と、ドイツ法約款 (ドイツ原告・売主側の約款) とオーストリア法約款 (オーストリア被告・買主側の約款) を用いたリサイクル施設のコンベアーに関する売買契約の代金請求権が問題となり、買主側が当該債権の相殺を主張したところ売主が相殺禁止特約に基づき抗弁した② OLG Linz 23.3.2005, CISG-online 1376[オーストリア判決]とが挙げられる。①判決では、代金債権の問題については CISG が適用されるから準拠法に関する書式の争いの問題は判断しなくてもよいと判示された。しかし、利率については CISG に規定がないため、ドイツ国際私法により準拠法の決定をする必要があるとする。AG Kehl によれば、両当事者は、契約の実施によって、契約の本質的部分 (*essentialia negotii*) を合意したもの

この場合、選択された法のうちいずれが準拠法となるのか、あるいはそもそも選択は成立しないのが問題となる。この解決に当たり、ドイツおよびスイスにおいては、大きく分けて二つの立場がある⁽⁸⁰⁾。

第一に、国際私法独自説である。この説によれば、書式の争いの事例においては、準拠法「合意」の外観がないために、法選択が成立しない。例えば、次のようにいわれる。「法選択としての一方的な表示を考慮する根拠は、それによって根拠付けられる法外観である。しかし、こ

の、両約款で矛盾した一部条項（法選択条項も含まれる）については自ら適用を放棄したという。結果的に、法選択は成立せず、利率については客観的連結（EGBGB旧28条2項）により特徴的給付をなす売主の営業所所在地たるイタリア法が適用された。

②判決でも、本件がCISGの適用される事案であると判断された。しかし、相殺禁止特約の問題は、CISGの適用対象外である。そこで準拠法の決定の必要があった。本件では、準拠法条項の食い違いにつきCISG19条を適用し、買主が売主のドイツ法約款を黙示的に承諾したと認定し（ラストショットルール）、本件の相殺禁止の問題については、ドイツ法が適用されるとした。後掲注(80)のCISG19条類推適用説が採用された事例といえる。

①判決については、松永詩乃美「法選択条項をめぐる書式の闘い」国際私法年報12号(2011)120頁にもすでに紹介がある。

(80) その他にはCISG19条類推適用説がある(Boggiano, *International Standard Contracts in: Rec. Des Cours* 170 (1981), S. 9(41))。この説によれば、準拠法条項の食い違いによる法選択の成否は、CISG19条の解釈次第となる。BoggianoによるCISG19条の解釈によれば、準拠法条項は19条3項にいう「申込みの内容を実質的に変更するもの」に当たるため、準拠法条項の食い違いは法選択を成立させない(CISG19条2項、3項)。したがって、本契約の準拠法は客観的連結により決定される。しかし、この解釈はCISGの同条の通説的解釈とは異なるといわれる。むしろCISGに関する通説によるならば、CISGが準拠法条項に関する書式の争いに適用されるとすると、最後に送付された約款中に示された準拠法が、法選択の成立問題に適用されるはずだからである(Möll (Fn. 53), S. 114, 209. ただし異説として、Staudinger/Magnus (2013), Art 19 CISG Rn. 19)。

そもそも、このCISG19条類推適用説は、国際私法の問題にCISGの規定を準用する説得的な根拠はないとされ、通説により否定されている(Soergel/von Hoffmann (Fn. 67), Rn. 9; Kost (Fn. 3), S. 55; Rühl (Fn. 4), S. 72f; Egeler (Fn. 18), S. 200; Schneider (Fn. 66), S. 297f.)。

それに対し、CISG6条に基づくオプトアウトはCISG独自の規律であるため、両約款のオプトアウト条項に食い違いがあるような場合には、CISG独自の解釈によって解決される(Tiedemann, (Fn. 79), S. 426)。その結果、この問題にはCISG19条が適用され、オプトアウト条項は成立しないとされる(Staudinger/Magnus (2013), Art 6 CISG Rn. 13)。

の法外観は、相互に対立した普通契約約款の矛盾あるいは送付によって破壊される。それをもって、法選択を考慮する根拠がなくなるのである」⁽⁸¹⁾。この説によれば、本契約の準拠法は客観的連結によって決定される⁽⁸²⁾。

第二に、各々の約款に示された準拠法によって法選択が成立したか否かを判断する配分的適用説である⁽⁸³⁾。この説は、各々の準拠法条項が外観要件を充たしていると考える。そのため、二つの約款に明示されたそれぞれの準拠実質法によって、それぞれの準拠法条項が契約に組入れられたか否かが別々に判断される。

次の3つの場合が生じる。①どちらか一方の準拠法により一方の法選択のみが成立するのであれば、成立させた準拠法が、本契約の準拠法となる。②もし、いずれの準拠法によっても法選択が成立しないのならば、客観的連結に移ることになる。③二つの法選択が共に成立する場合には、法選択は無効と解される。なぜなら、一つの本契約に、二つの法秩序を競合的に適用させることはできないし、実際に適用される準拠法が食い違うために、法選択に関する合意はなかったとみなされるからである⁽⁸⁴⁾⁽⁸⁵⁾。この場合にも、客観的連結に移ることになる。この配分的

(81) Soergel/ von Hoffmann (Fn. 67), Rn 10.

(82) 多数説である。Reithmann/ Martiny/ Martiny (Fn. 16), Rn 88; Staudinger/ Magnus (Fn. 3), Rn. 142; Staudinger/ Hausmann (Fn. 66), Rn 36; C. von Bar (Fn. 4), Rn 475; Rühl (Fn. 4), S. 76f.; Pfeiffer/ Pfeiffer (Fn. 57), Rn. 76; Stankewitsch (Fn. 57), S. 509f.; Schneider (Fn. 66), S. 305; Kost (Fn. 3), S. 59f.; IPRG-Keller/ Kostkiewicz (Fn. 16), Rn. 43; Czernich (Fn. 23), S. 162. おそらく Rauscher/ von Hein (Fn. 3), Rn. 43 も同旨か。ただし、Vischer/ Huber/ Oser (Fn. 5) は、この問題が国際私法自体によるとしつつも (Rn. 157, 824)、書式の争いのときでも法選択が成立することがあるとする (Rn. 164)。

(83) ドイツでは「単独考察説 (Einzelbetrachtungslehre)」と呼ばれることが多い。しかし、本稿では、「配分的適用」という用語を用いる。選択された法が、当の選択した条項自体の成否に関してのみ適用されるという本説の特性をよく示しているように思われるからである。もっとも、一般的な国際私法学でいう配分的適用とは異なり、法選択条項双方共の成立要件が充たされた場合に、法選択が存在しないとみなされるという違いがあることは注意されなければならない。

(84) Meyer-Sporenberg (Fn. 7), S. 348; Tiedemann (Fn. 79), S. 425f.; Looschelders (Fn. 43),

適用説には、次の三つの批判がある。

第一に、準拠法決定手続を不必要に複雑化させるに過ぎず、当事者が準拠法問題の全体像を把握できないため、当事者の期待を害すると批判される⁽⁸⁶⁾。とくに、一方当事者の選択する法がその当事者の準拠法条項を成立させるか否かという問題は、他方当事者にとっては偶然に左右される問題でしかない。

第二に、法選択は、本来は一つの指定契約に過ぎない。それにもかかわらず、書式の争いの場合に限り、あたかも二つの法選択が独立に存在

Rn 11; AnwKomm BGB/Leible (Fn. 5), Rn. 70; Mankowski, Überlegungen zur sach- und interessengerechten Rechtswahl für Verträge des internationalen Wirtschaftsverkehrs in: RIW 2003, S. 2 (4); Egeler (Fn. 18), S. 202f.; BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang (Fn. 3), Rn. 47.

(85) 一見類似した立場が、2012年11月の国際契約における準拠法選択に関するハーグ原則草案によって採用されている。本原則草案6条1項b)号は、次のように定めている。「両当事者が異なる法を指定する約款を利用した場合であって、これら両方の法が同一の約款を優先している場合には、これらの条項において指定された法が適用される。これらの法により別々の約款が優先されるか、いずれの約款も優先されない場合には、準拠法選択は存在しない。」(http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=49, 2013年12月12日最終閲覧)

ただし、ハーグ原則草案は、本文①の取り扱いが、本稿で紹介する配分的適用説と異なっているように思われる。同項は、「両方の (both of) 法が同一の約款を優先している場合 (例えば、いずれの法もラストショットルールを有する場合) に、優先された法選択条項が成立するとする。それに対し、配分的適用説においては、「両方の」法が同一の約款を優先している必要は無い。一方の法が一方の約款だけを優先させ、他方の法がいずれの約款も優先しない場合 (一方がラストショット、他方がノックアウトルールの場合) にも、一方の法選択が成立するからである (Dutta (Fn. 88), S. 469)。2013年11月に公表されたハーグ原則草案の注釈によれば、後者の場合において、法選択の存在は否定される (Draft Commentary on the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts (2013), S. 29 [上述のHPで閲覧できる])。したがって、本原則草案6条1項b)号によれば、選択された二つの法の両方によって、いずれか一方のみ法選択が成立しない限り、法選択は存在しないことになる。その際には、各々の法が自身の法選択条項だけでなく、他方の法選択条項の成否にも適用される。この点でも、配分的適用説とは異なっている。本ハーグ原則草案同条の詳細な解説として、Kadner Graziano, Solving the Riddle of Conflicting Choice of Law Clauses in Battle of Forms Situations: The Hague Solution in: Yearbook of Private International Law, Vol. 14 (2012/13), S. 71 (87ff.).

(86) Schneider (Fn. 66), S. 294; Kost (Fn. 3), S. 58; Rühl (Fn. 4), S. 76f; Vischer/Huber/Oser (Fn. 5), Rn. 156.; Marie (Fn. 17) S. 155.

しているかのように、各々の法選択条項の成否が個別的に判断されている。これは技巧的であるといわれる⁽⁸⁷⁾。

第三に、上述①の場合に、最後に送付された約款を契約内容とみなす規則（いわゆる「ラストショットルール」）を有する法⁽⁸⁸⁾を選択する側が優遇されるという批判がある。すなわち、同ルールを有しているとされるイギリス法を援用する側は、何度も約款を送り返せば、いずれ自身の望む法に準拠する契約を締結できるのに対し、オーストリア法やドイツ法を援用する側は、そのような送付を繰り返しても、意味がない。なぜなら、ドイツやオーストリアでは、約款中で食い違った部分は無効だからである⁽⁸⁹⁾。

第三の問題を解決するため、近時、独自の説を提唱するものが現れた。Dutta は配分的適用説を前提としながらも、前述の①の場合に、直ちに法選択を成立させるのではなく、その法が指定契約ならびに本契約全体と密接に関わっているか否かが考慮されなければならないとする。すなわち、書式の争いの場合には、二つの準拠法の競合（上記例ではイギリス法とドイツ法、またはイギリス法とオーストリア法）が問題になっている。二つの準拠法において、それぞれ書式の争いに関する規律が異なっている場合には、そのうち、契約と密接に関わっている法が、法選択条項に関する書式の争いの問題に適用されるというのである⁽⁹⁰⁾。これにより、前述したイギリス法を指定する当事者が優遇されるという問題

(87) Schneider (Fn. 66), S. 294; Dutta (Fn. 88), S. 470. この批判と関連して、Dutta は、本文③の場合に、両方の法が法選択を成立させようとしているにもかかわらず、なぜ結果的に法選択がないと判断されなければならないのか、疑問であるとする。

(88) イギリスで採用されているといわれる。Dutta, *Kollidierende Rechtswahlklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen* in: *ZVglRWiss* 104 (2005) S. 461 (463). これについては、石原全『約款による契約論』（信山社、2006）231頁以下も参照。

(89) Dutta (Fn. 88), S. 471; MünchKomm/ Spellenberg (Fn. 5), Rn. 169.

(90) Dutta (Fn. 88), S. 475f., 477. 上述の③も、書式の争いに関する規律が二つの法で異なっている場合である。この場合においても、法選択を成立させる二つの準拠法のうち、契約と密接に関わっている法が、本契約に適用されることになる。

を解決できることになる。

ただし、Dutta は、①の場合であっても、密接関連性の判断（客観的連結）をする必要がない場合があるとす。食い違って選択された二つの準拠法がいずれもラストショットルールを採用しているような場合には、いずれの準拠法も、最後に提示された約款上の準拠法が適用されるという同一の結論を示している。このときには、密接関連性の判断をするまでもなく、その準拠法が適用されるという⁽⁹¹⁾。さらに、②の場面においても、密接関連性の判断をする必要はないとする。なぜなら、いずれの法によっても法選択が成立しないため、二つのうちいずれの法が適用されるべきか判断する必要はないからである⁽⁹²⁾。配分的適用説と同様に、法選択は成立しないことになる。本契約の準拠法は客観的連結により決定される。

要するに、Dutta は、二つの準拠実質法において書式の争いに関する規律内容が食い違っている場合には、指定された準拠法と法選択との密接な関連性を考慮し、密接に関わる法を法選択の成立問題に適用する。これにより、不適切な準拠法が法選択に適用される場面を是正しようとするのである⁽⁹³⁾。

以上の説のうち、国際私法独自説が、多数・有力説である⁽⁹⁴⁾。この

(91) その限りで、配分的適用説と結論は変わらなくなる。Dutta (Fn. 88), S. 474.

(92) Dutta (Fn. 88), S. 474f.

(93) 同旨として、MünchKomm/Spellenberg (Fn. 5), Rn. 169. この説に対しては、ルールが複雑すぎるため、平均的な当事者や裁判官には扱いきれないとの批判がある Kadner Grazianc (Fn. 85) S. 87)。最近では、さらに一歩進め、書式の争いに関する実質法ルールが異なっているか否かに関わりなく、一律に客観的連結で指定された準拠法により、法選択の書式の争いを判断すべきとする説も現れた。Rauscher/Freitag (Fn. 66), Rn. 15; Möll (Fn. 53), S. 232. この説に対しては、次のような批判がある。すなわち、この説では、まず最初に、法選択に関する書式の争いの問題が、客観的連結により決定された実質法によって判断される。その後、この書式の争いの解決により特定された実質法によってさらに法選択の成立と有効性の問題が判断される。同じ法選択の問題に、異なる準拠実質法が適用され、準拠法適用の分断が生じるといわれる (Kadner Graziano (Fn. 85), S. 84; BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang (Fn. 3), Rn. 47)。

(94) ただし、国際私法独自説にも次のような批判がある。第一に、法選択の成立および有

説によれば、両当事者の約款にそれぞれ食い違う法選択条項が含まれている場合に、一律に法選択の成立が否定される。本契約の準拠法が客観的連結によって定められる。準拠法条項が食い違えば直ちに法選択は成立しないとの簡潔な基準は、当事者にとって明確である。そして、食い違って選択された二つの準拠実質法を調査するという困難も回避できるという利点がある⁽⁹⁵⁾。

結局のところ、この国際私法独自説と配分的適用説との相違は、外観要件の理解の差によって生じている。配分的適用説は、法選択の一方的送付だけで外観要件が充たされるとする。そのため、双方共の外観要件が充たされ、双方の準拠法が適用されることになる。これに対し、国際私法独自説は、法選択条項の食い違いがある場合には、外観が充たされないとする。つまり、この場合に限り、法選択の「合意」の外観を要求するのである。

多数説においては、一方的送付の場合と書式の争いの場合とで、外観要件の相違が生じている。同じ一方的送付であるにもかかわらず、単純な一方的送付の際には外観要件が充足され、書式の争いの際には外観要件が充足されないからである。しかし、この一貫性を犠牲にしてまで、多数説が書式の争いにおいて国際私法独自説に立つのは、準拠法に関する当事者の予見可能性を重視しているからである。この意味において多数説が支持されるべきである⁽⁹⁶⁾。

効性が、ローマ I 規則 3 条 5 項により準拠実質法にゆだられている以上、国際私法において、実質的な判断がなされる理由はないとされる。なぜ国際私法自体と準拠実質法とで、二重に実質的な判断がなされる必要があるのか疑問であるという。第二に、約款の食い違いがある場合に、その部分が無効となるという考え方それ自体が、ドイツの実質法ルールに引き摺られた考え方である、といわれる。書式の争いの事例類型は多様であるため、国際私法自体で一律に法選択の存在を否定するべきではないとする。Dutta (Fn. 88), S. 465f.; Möll (Fn. 53), S. 208.

(95) Schneider (Fn. 66), S. 304; Rühl (Fn. 4), S. 76f.; Kost (Fn. 3), S. 60; Rauscher/von Hein (Fn. 3), Rn 43.

(96) 書式の争いの場合には、意思表示の特別連結を規律するローマ I 規則 10 条 2 項の援用は困難ないしは例外的と解されている。双方当事者が準拠法条項を積極的に利用して

第3節 法選択が準拠法によって規律される事項

以上のように、外観要件および明確性要件が充たされ、準拠法が特定された後は、当該準拠法によって、法選択の成立と有効性が判断される。次に、準拠法中のどのような実質法規定が法選択に適用されるのかが問題となる。

ローマ I 規則 10 条 1 項によれば、契約準拠法は、本契約の「成立と有効性」に適用される。ローマ I 規則 3 条 5 項により、この規定が法選択にも適用されるのだから、ドイツにおいては、「成立と有効性」に当たる実質法規定が法選択に適用される⁽⁹⁷⁾。

「成立」に当たるものは、申込と承諾、意思表示の到達、不一致などである⁽⁹⁸⁾。「有効性」としては、意思の瑕疵・欠缺（錯誤⁽⁹⁹⁾）、詐欺、強

いるため、期待不可能性要件が充たされ難いからである（Schneider (Fn. 66), S. 293; Dutta (Fn. 88), S. 477）。スイスにおいては、限定的ではあるものの、書式の争いに IPRG123 条の適用を認める見解が散見される（IPRG-Keller/Girsberger, Art. 123 Rn 11f.; BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang (Fn. 3), Rn 47）。IPRG123 条の適用範囲が、文言上、「申込に対する沈黙」の事例に限定されているにもかかわらず、学説が、解釈論でその範囲を拡張していることについては、Vischer/Huber/Oser (Fn. 5), Rn. 809 参照。

ローマ I 規則 10 条 2 項および IPRG123 条については、前号第 2 章第 2 節 I - 4 および II - 4 参照。

- (97) 成立と有効性に含まれる制度については、Kost (Fn. 3), S. 92ff.; Pfeiffer/Pfeiffer (Fn. 57), Rn. 23 等参照。
- (98) 約款に対する沈黙で契約が成立するか否か、どのようにすれば電子手段で契約が成立しうるかも、「成立」の問題に属する。Staudinger/Magnus (Fn. 3), Rn. 167, 171. それに対し、法選択を条件付で締結できるか否かは、法廷地国際私法自体による。Meyer-Sporenberg (Fn. 7), S. 349.
- (99) しかし、選択された法の適用結果に関する錯誤の主張は、ドイツ民法が適用される場合には、通常認められないとされる。法律効果の錯誤（Rechtsfolgenirrtum）に当たるためである。Sandrock/Steinschulte (Fn. 7), S. 61.

オーストリアの議論においては、法選択には動機の錯誤に関する ABGB901 条が妥当しないとされる。それに対し、その他の錯誤規定（例えば、ABGB871 条の表示の錯誤など）は適用されるという。Verschraegen in Rummel, 3. Aufl. (2004), §11 IPRG Rn. 7 参照。ただし、わが国とは規定が異なる点があるため注意が必要である。そのような点については、小林一俊「オーストリア民法における錯誤：とくにその表示主義的観点について」*亜細亞法學* 17 卷 1 (1982) 45 頁以下、堀川信一「契約類型と動機錯誤：オース

迫)、表示者の死による意思表示の効果、取消等が挙げられる⁽¹⁰⁰⁾。しかし、これらの規律が、どのように具体的に法選択に適用されるのかについては、まだ十分な議論がない⁽¹⁰¹⁾。

この議論の困難さは、外国実質法の調査の難しさもさることながら、実質法と抵触法との役割の相違にも起因している。すなわち、実質的な契約の規律は、当事者の具体的な権利・義務を規律する。それに対し、法選択は、特定の準拠法が適用されるか否かを決定する契約にすぎない⁽¹⁰²⁾。実質法がこの特殊な契約を十分には想定していないとすると、実質法規定がそのまま法選択に適用できない場合も生じうる。例えば、前述のように方式規定は、法選択には適用されない。方式規定の多くは、実質法上の特定の契約類型（不動産契約や保証契約など）のために定められているのであって、法選択には妥当しないからである⁽¹⁰³⁾。

法選択に適用可能な実質法規定とそうでないものが、どのような規定であるのか検討される必要がある⁽¹⁰⁴⁾。この実質法規定の特定について

トリアー一般民法典第九〇一条を参考に」一橋論叢 135 卷 1 号 (2006) 77 頁以下。

(100) 例えば、C. von Bar (Fn. 4), Rn 473; Reithmann/ Martiny/ Martiny (Fn. 16), Rn 300; Rühl (Fn. 4), S. 104. それに対し、法選択が、法律あるいは良俗違反により無効になるか否かという問題は準拠実質法によらない。介入規範の特別連結が公序により対応される。

Meyer-Spärenberg (Fn. 7), S. 349.

スイスの Siehr (Fn. 33), S. 234 は、当事者が同意をしたかどうか、当事者が自身の意思表示を取消しうるか、合意の有効性に対するその他の障害があったか否かが、選択された法によるとする。

(101) ただし、全くないわけではない。例えば、Stankewitsch (Fn. 57) が、法選択に対するドイツ実質法の適用につき詳細な検討を行なっている。さらに、法選択に対する錯誤および詐欺に関するスイス実質法規定の適用可能性を検討するものとして、Henry (Fn. 3), S. 259ff. がある。

(102) この点を指摘するものとして、C. von Bar (Fn. 4), Rn 416; Reiher, Der Vertragsbegriff im europäischen internationalen Privatrecht (2010), S. 121; Stankewitsch (Fn. 57), S. 95.

(103) Maire (Fn. 17), S. 151. さらに、Maire は、英米法における約因理論も、法選択には適用されないという。なぜなら、実質法上の本契約とは異なり、法選択自体には給付も反対給付も存在しないからである (S. 149)。

(104) Stankewitsch (Fn. 57), S. 730f., 774 によれば、実質法独自の効力・内容と連動した規範は、法選択に適用できないとする (例えば、消費貸借契約あるいは不動産譲渡の際の義務 (要物性))。それに対し、実質法独自の効力からは中立的な規範 (意思の欠缺、行

は、今後の議論の展開を待つほかない⁽¹⁰⁵⁾。

第4章 わが国への示唆

第1節 法選択の独立性

ドイツ法圏においては、本契約と法選択の独立性が前提とされていた。この独立性は、本契約の成否が法選択の成否には左右されないということ、法選択が、本契約は服さない国際私法上の要件にも服することを意味する(第3章第1節I)。わが国では、この点がどのように考えられているだろうか。

従来、わが国の通説は、法選択の有効性につき国際私法独自説を採用していた。このことは、わが国通説が、本契約と法選択との独立性を認めていることを示唆している。なぜなら、国際私法独自説によれば、法選択の有効性は法廷地国際私法によるのに対し、本契約は、法選択の成立後に確定された法に準拠するからである。この場合、両者の有効性には異なる基準が妥当する。本契約と法選択とで適用される基準が異なるならば、両者は独立しているということが前提とされていると考えられる⁽¹⁰⁶⁾。

為基礎の喪失といった法律行為の成立に関する総則規定)は、法選択に適用できるという。

(105) 以上のほかには、約款による契約締結に関する特則(いわゆる「組入規制(Einbeziehungskontrolle)」)が、法選択に適用される(Kropholler (Fn. 3), S. 461; Rauscher/ von Hein (Fn. 3), Rn 43; BSK IPRG-Amstutz/ Vogt/ Wang (Fn. 3), Rn 47)。それに対し、約款の内容(内容の不当性や透明性)に応じて約款による契約の有効・無効を判断する特則(いわゆる「内容規制(Inhaltskontrolle)」)は、法選択に適用されない(MünchKomm/ Spellenberg (Fn. 5), Rn. 167f.)。法選択に対する約款の特則の適用については、興味深い数々の議論がある(纏ったものとしては、例えば Heiss, Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in AGB nach europaischem Internationalem Privatrecht?: RabelsZ 65 (2001), S. 634(648ff.); Rühl (Fn. 4), S. 116ff.; Czernich (Fn 23), S. 168)。しかし、ドイツ法圏の国際私法のみならず、実質法の調査も要する分野であることもあり、まだ十分な検討をなしえていない。今後の課題としたい。

(106) 中野俊一郎「管轄合意・仲裁合意・準拠法選択合意」斎藤彰編『国際取引紛争にお

独立性の原則は、準拠法説を採用する論者によっても認識されている。例えば、中野説は、本契約と法選択との独立性を強調した上で、「法選択合意の成立問題を主契約のそれと切り離し、別個独立に準拠法を指定させるという考え方」として準拠法説（著者自身は「当事者自治説」と呼ぶ）を提唱している⁽¹⁰⁷⁾。また、通則法9条が事後的法選択を認めているということからも、法選択の独立性は明らかとなる。なぜなら、法選択が本契約と一体でなければならないとすると、法選択は本契約締結時に限定されなければならない。法選択と本契約とが独立しているという発想がなければ、別途事後的な合意ができるという考え方は生じないからである。

以上から、本契約と法選択との独立性は、わが国とドイツ法圏とで同様に前提とされている⁽¹⁰⁸⁾。国際私法の段階である法選択と、その後の実質法の適用段階にある本契約とが、別であるという原則は、法選択の有効性につき準拠法説と国際私法自体説とのいずれが採用されるかによっては影響を受けない。わが国国際私法においても、本契約が無効となったとしても、その無効は、法選択の有効性を左右しないと考えられるべきである⁽¹⁰⁹⁾。

ける当事者自治の進展』（法律文化社、2005）84頁以下。また、国際私法の当事者自治と、実質法の私的自治ないし契約自由の原則が異なるものであるということ、わが国においても周知のことである。溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』（有斐閣、2005）350頁以下。

(107) 中野前掲注（106）85頁。西賢『比較国際私法の動向』（見洋書房、2002）74頁、横山潤『国際私法』（三省堂、2012）168頁なども独立性を認める。また、準拠法説が主張されているわけではないが、溜池前掲注（106）354頁以下、出口耕自「西ドイツ国際私法判例における『意思表示の特別連結』問題」金沢法学29巻1・2号（1987）289頁、国友明彦『国際私法上の当事者利益による性質決定』（有斐閣、2002）133頁、松永前掲注（79）126頁も、法選択の独立性を強調している。さらに Nygh, *Autonomy in International Contracts*（1999）, S. 84f.の見解に依拠して、準拠法合意の独立性を論ずるわが国学説として、浅野有紀「契約の自由と国家」近畿大学法科大学院論集1号（2005）168頁以下。

(108) ただし、櫻田・道垣内編『注釈国際私法 第1巻』（有斐閣、2011）〔中西〕198頁、法例研究会「法例の見直しに関する諸問題（1）」（商事法務、2003）22頁参照。

第2節 法選択の概念

ドイツ法圏の通説は、法選択の概念を「契約」とみなす。これによると、法選択には両当事者による意思表示の合致が必要となる。そのため、法選択には、国際私法上のものであれ、準拠実質法上のものであれ、有効性に関する実質法的な規定が適用されるべきことになる。これに対し、少数説は、「同一の法を意図していた」ことだけで法選択が成立するとする。少数説によれば、有効性に関する実質法的な規定が法選択に適用されず、あくまでも国際私法自体によりその成否が判断されることになる(第3章第1節Ⅱ)。

わが国の学説には、法選択を「契約」ないしは「合意」と呼ぶものが多い⁽¹⁰⁹⁾。例えば、溜池説は、当事者による準拠法の選択を、「準拠法指定契約」と称する⁽¹¹⁰⁾。ただし、いずれの説も、なぜ法選択を「合意」や「契約」とみなすのか理由を述べているわけではない。

多数説が、法選択を「合意」とみなしていると裏付けることのできる論拠として、次のことが挙げられる。すなわち、法選択の有効性を問題とすると、法選択に関する意思の瑕疵や欠缺が論じられていることである⁽¹¹¹⁾。ドイツ法圏の議論でみたように、もし、契約準拠法の決定に

(109) 溜池前掲注(106)354頁以下、松岡博編『レクチャー国際取引法』(法律文化社、2012)28頁[黄]。

(110) 山田・澤木編『国際私法講義』(青林書院、1970)[あき場]141頁以下、櫻田嘉章『国際私法[第6版]』(有斐閣、2012)224,229頁、櫻田・道垣内編前掲注(108)[中西]187頁、横山前掲注(107)169頁。

この概念の問題は、条文言言上、明らかにされていない。たしかに、法例7条は、「当事者ノ意思」に従い準拠法を定めるとし、現行通則法7条は、「当事者が・・・選択した地の法」を準拠法とする旨、規定している。しかし、法例にいう「意思」と通則法にいう「選択した」という用語(連結概念)は、いずれも抽象的な表現にとどまっている。そして、これらの用語の概念は、制定過程において具体的に説明されなかった。

(111) 溜池前掲注(106)354頁以下。

(112) 例えば、溜池前掲注(106)352頁、山田鎌一『国際私法第3版』(有斐閣、2004)326頁、出口耕自『基本論点国際私法[第二版]』(法学書院、2001)22頁、櫻田・道垣内編前掲注(108)[中西]198頁、澤木・道垣内『国際私法入門[第7版]』(有斐閣、

あたり、「同一の法を意図していた」ことだけが問題にされるならば、意思の瑕疵や欠缺の規律を法選択に適用する必要はない。国際私法独自の立場から事案を総合的に検討し、特定法が適用されるという当事者の「意思」や「期待」の存否を探求すればよいからである。多数説が、法選択に意思の欠缺・瑕疵が生じるとした上で、法選択を「合意」と称するということは、法選択も、実質法的な契約の成立要件に服すると考えられていることを示している。つまり、法選択は、「契約」の概念の下に把握されていると考えられる。

これに対し、法選択のために「合意」を要しないとする学説もある。例えば、国際私法立法研究会は、法選択があるというためには、「必ずしも『合意』を必要としない。当事者がそれぞれある特定の法律を準拠法として選択しており、それらが一致する場合には、・・・当事者の法選択があったものとして扱うのが当事者の合理的な期待に沿う、とする⁽¹¹³⁾。また、道垣内説は、「準拠法の選択は黙示的な合意でもよく、また、各当事者の内心の意図が同じ法を選択するものであれば、黙示の申込みと黙示の承諾を認定するまでもなく、黙示的な選択があるものとして扱ってもよい」という⁽¹¹⁴⁾。これらの見解は、特定法を選択する両当事者の合意がなくとも、両当事者が同一の法の選択を考えていたという状況があれば、直ちにその法を適用するという趣旨の立場であると思われる。

2012) 186 頁以下。また、道垣内正人『国際契約実務のための予防法学 準拠法・裁判管轄・仲裁条項』（商事法務, 2012）38 頁は、「準拠法説は準拠法指定という行為を実質法上の『法律行為』と同様に扱うという立場である」と述べる。

(113) 国際私法立法研究会「契約、不法行為等の準拠法に関する法律試案（一）」民商法雑誌 112 巻 2 号（1995）279 頁以下。

(114) 澤木・道垣内前掲注（112）186 頁、座談会「法適用通則法の成立をめぐる」ジュリスト 1325 号（2006）16 頁〔道垣内発言〕。おそらく同旨の見解として、小出編『逐条解説 法の適用に関する通則法』（商事法務, 2009）79 頁。道垣内正人『ポイント国際私法各論』（有斐閣, 2000）230 頁は、この立場の根拠として、「合意」と性質決定すると、黙示の法選択の場合に申込と承諾の認定をすることが困難となることを挙げていた。

以上のような問題について、わが国の判例は、その立場を明らかにしていない。しかし、黙示の意思探求により準拠法を決定する判決は、法選択を「合意」とはみなしていないように考えられる⁽¹¹⁵⁾。なぜなら、わが国判例は、現実に存在した当事者の意思（現実の意思）を認定するというよりも、仮定的意思を認定するという立場をとってきたと思われるからである。

法例下の判例においては、明示の法選択がなくとも、直ちに締結地法によらず、黙示の意思を極力探求すべきとされてきた⁽¹¹⁶⁾。この黙示意思探求の際には、仮定的な意思によっていたと思われる事案もみられる⁽¹¹⁷⁾。「仮定的な意思」による準拠法決定とは、もし当事者が法選択を考えていたならば、選択されていたであろう法を適用することを意味する⁽¹¹⁸⁾。この場合、意思の擬制がなされるに過ぎず、当事者による法

(115) たしかに、黙示の法選択を認定する際に、黙示の「合意」という用語を用いる判決は散見される（例えば、知財高判平成21年2月26日判時2053号74頁、東京地判平成24年2月3日判例集未搭載）。しかし、いずれの判決も当事者の国籍や住所地、契約締結地、契約の目的が特定国と密接であること、契約言語等から、黙示の法選択を認定している。このような要素を考慮するだけであれば、あえて「合意」という語を用いる必要性は乏しいと思われる。それに対し、東京地判平成9年10月1日判タ979号144頁は、上記のような諸般の事情を加味しつつも、雇用契約の依拠する労働協約中にドイツ法に独特の規定が含まれていることを考慮する。本件は、当事者の具体的な意思表示に関係する事実（契約の規定内容）から、黙示の「合意」を認定しており、注目される。

(116) 例えば、山田前掲注(112)330頁以下。たしかに、明示の準拠法指定がない場合に、直ちに法例7条2項による行為地法を適用してきた判例も少なくなかったといわれている。しかし、そのような判例の多くは、単純に当事者の明示の指定がないからというよりも、黙示意思を認めるべき事実の主張立証がないから行為地法によるとしたに過ぎないと解される（川又良也「当事者自治—黙示の指定」池原・早田編『渉外判例百選 [第三版]』（有斐閣、1995）74頁）。

(117) 例えば、最判昭和53年4月20日民集32巻3号616頁。

(118) 事実上の客観的連結がなされているとの評価すらあった。詳しくは、櫻田・道垣内編前掲注(108)[中西]192頁以下参照。わが国とは異なり、1986年前のドイツにおける「仮定的当事者意思」は、戦前判例と戦後判例とで概念が異なるといわれる。戦前のRGにおいては、「もし契約当事者が法選択を考えていたならば事案の全事情に従い合理的に従属させていたであろう法が準拠する」といういわゆる「主観的仮定的当事者意思」が採用されていた。しかし、戦後BGHは、契約の法律関係の重心がどの国にあったかという契約の場所的重点や、契約がどんな特質を有しているかという法律関係の特

選択に関する「合意」は必要とされない。そうすると、従来の判例準則は、当事者が同一の法を意図していたことで法選択の成立を認めるという緩やかな要件に近いと思われる。

以上の説のうち、法選択を「契約」とみなす立場が妥当であると考えられる。理由は、次の二点である。

第一に、通則法の制定によって、黙示の法選択の要件が厳格化されたことである。通則法の解釈論においては、通則法 8 条以下の客観的連結の適正化・柔軟化に対応して、黙示の法選択を「現実の意思」に限定する立場が通説化した⁽¹¹⁹⁾。この立場の実質的な理由は、現実の意思によって、「無原則的な当事者意思の個別的推定」を避け「法的安定性」を確保することができる場所にある⁽¹²⁰⁾。それに対し、法選択を、同一の法を意図していたことで成立させる立場によれば、当事者が法適用につきどのように意図していたら法選択が成立するのかが明らかにならない⁽¹²¹⁾。意思を認定する際の基準が曖昧である結果、裁判所による意思

性などを考慮して準拠法を決定すべきとした。これは「客観的仮定的当事者意思」といわれる。後者は、「当事者意思」という語にもかかわらず、客観的連結と異ならない。Weitnauer, Vertragsschwerpunkt (1981), S. 150ff.

ドイツにおける仮定的当事者意思は、1986 年の EGBGB 改正の折に主観的連結としては廃止された。以後は、客観的連結を定める EGBGB 旧 28 条（ローマ I 規則 4 条）で対応される。Kropholler (Fn. 3), S. 466.

(119) 詳しくは、櫻田・道垣内編前掲注 (108) [中西]193 頁以下と、その脚注 50 に挙げられる文献参照。

(120) 櫻田前掲注 (110) 230 頁

(121) 澤木・道垣内前掲注 (112) 186 頁は、一定の基準を示している。すなわち、当事者の黙示的意思の探求は、当事者が最密接関連地法とは異なる法をあえて選択しているかという観点から行なえばよいという。この立場には、疑問がある。第一に、通則法 8 条の最密接関連地は不明確な基準である。最密接関連地は、特徴的給付論が妥当しない限りで、裁判所の裁量による個別具体的な判断がなされると考えられる。そのため、その最密接関連地法とは「異なる法」が、明らかにならない恐れがある（論者自身も「準拠法の特定」に「手間取る」ことを認めている）。第二に、「最密接関連地法とは異なる法」が指定されていたか否かを審査するというだけでは、当事者がその「異なる法」の適用を、どの程度意図しており、そのためにどのような事実が認定されなければならないのか基準が明らかにならない。

の過度な仮定や、判断の裁量を導きやすいと考えられる⁽¹²²⁾。そうとすると、同一の法の適用を意図していればよいとする立場は、裁判所における黙示的法選択の認定の際に、「無原則的な当事者意思の個別的推定」をもたらす。この立場は、通則法下の通説とは両立しないと考えられる。

第二に、要件の明確さである。たしかに、当事者自治が国際私法の制度である以上、法選択を、「契約」と性質決定する必然的な理由はない⁽¹²³⁾。国際私法上の概念は、実質法上の概念と同様のものである必要はないからである。しかし、現在、国際私法独自の法選択概念が規定されているわけではなく、その具体的な成立要件も明らかではない。これに対し、法選択を「契約」と性質決定するならば、実質法における成立・有効性の要件を、法選択に適用することが可能となり、ひいては両当事者が法選択をなすときの成立要件を明らかにすることができる。この要件の明確化は、法選択の成否に関する当事者の予見可能性を尊重することになると考えられる。

以上の理由から、わが国通則法制定下において、当事者による法選択は、「合意」ないしは「契約」と性質決定されるべきである。この立場によれば、法選択が有効となるために、実質法上の「契約」ないしは「合意」と同様の実質的成立要件が充たされるべきことになる。

(122) 法選択の概念を「合意」ないし「契約」とみなさずに、「現実の意思」概念を維持することは、なお可能である。しかし、そうとすると「現実の意思」の意味内容が問われることになる。法選択概念を「契約」とみなすならば、黙示の意思探求の際に、「当事者の意思表示」というメルクマールによることができるし、法選択の有効性の判断時に実質法に依拠することができる。

黙示の意思探求のメルクマールとして「当事者の一致した意思表示」を挙げる見解として、Steinle (Fn. 59), S. 309.

(123) これは、スイスやドイツにおいても時折指摘される。Schwander (Fn. 13), S. 713; Rasmussen-Bonne (Fn. 3), S. 70.

第3節 法選択の有効性を判断する法

I 国際私法独自説か準拠法説か

わが国における当事者による法選択の有効性の議論は、国際私法独自説と準拠法説とで大きく二つの立場に分かれている。

国際私法独自説は、当事者自治の原則は国際私法の問題であるから、法選択の有効性もあくまで国際私法が規律する事項であるとする。そのうえで、法廷地国際私法自体には、意思ないしは合意に関する実質法規定が含まれていないために、法廷地実質法（とくに民法）の規定が準用される⁽¹²⁴⁾。具体的には、法選択行為が重大な錯誤に基づくときには無効とし、詐欺または強迫に基づくときには取消しうるといわれる⁽¹²⁵⁾。この見解が、従来、通説とされてきた。

これに対し、準拠法説は、国際私法自体には合意の有効性に関する具体的判断基準がないため、当事者により選択された法によって判断すべきとする。これにより法選択と本契約との有効性を一つの準拠法によらしめることもできるとされる。そして、国際私法独自説から指摘される、準拠法説は循環論に陥るとの批判も退ける。なぜなら、いったん、法選択の有効性を仮定したうえで、選択された実質法によって連結概念たる法選択の有効性を判断することは論理的に可能だからである⁽¹²⁶⁾。

(124) 例えば、江川英文『国際私法（改訂）』（有斐閣、1957）210頁、折茂豊『国際私法（各論）〔新版〕』（有斐閣、1972）129頁、山田前掲注（112）326頁、溜田前掲注（106）352頁以下。おそらく櫻田前掲注（110）227頁以下も同旨。それに対し、松岡博『現代国際私法講義』（法律文化社、2008）100頁は、法廷地国際私法説によりつつ、「法選択を有効と認めるべきでない事情」があるかどうかは、特定の国の実質法にゆだねる必要はないとする。

(125) 溜田前掲注（106）352頁以下。我が国民法95条と96条の解決と異ならないとされる。

(126) 例えば、山田・澤木編前掲注（110）144頁〔あき場〕、澤木・道垣内前掲注（112）186頁以下、出口前掲注（112）22頁、横山前掲注（107）168頁以下、櫻田・道垣内編前掲注（108）196頁以下〔中西〕、西前掲注（107）75頁、中野前掲注（106）86頁、同「法例7条をめぐる解釈論の現状と立法論的課題」ジュリスト1143号（1998）41頁。

国際私法独自説は、当事者自治の原則が国際私法によって認められるということから、法選択の「有効性」も法廷地国際私法によって判断されるべきとする考え方である。そして、この説は、選択された準拠法によることで生じる循環論を回避するために提唱されている。この説はあくまで純理論的な根拠付けから提唱されているのである（ドイツ法圏については、第3章第1節Ⅲ参照）。

たしかに、当事者自治は、国際私法の制度であるから、特定の実質法ではなく、国際私法独自に法選択の有効性要件を定立すべきという考え方は、理論的には一貫している⁽¹²⁷⁾。しかし、国際私法独自説には、法選択の有効性を判断する基準が明らかでないという問題がある⁽¹²⁸⁾。現在のところこの独自の有効性要件はみられないからである。そのため、国際私法独自説は、法選択の有効性につき、事実上、法廷地実質法の判断によることになる⁽¹²⁹⁾。そうすると、法廷地が事前に判明しない限り、契約締結時の当事者が法選択の成否を確実に知りえないという問題が生じる。なぜなら、法廷地が異なることにより、法選択の有効性が左右されてしまうからである⁽¹³⁰⁾。

そこで、国際私法独自説の主たる論拠は、準拠法説において循環論が生じるという消極的根拠に求められることになる。しかし、準拠法説

(127) 實方正雄『国際私法概論（再訂版）』（有斐閣、1958）210頁は、法選択の有効性につき「合理的に」決定すべきとし、溜池前掲注（106）350頁以下は、国際私法における実質法的解決を強調している。また、石黒一憲『金融取引と国際訴訟』（有斐閣、1983）131頁は、法選択の合意問題につき比較法的観点を考慮すべきとする。

(128) 出口前掲注（112）22頁。

(129) 国際私法独自説が、事実上の法廷地実質法説であるという指摘については、中野前掲注（106）65頁。現実に存在する法廷地実質法の具体的規定を参照するのでなければ、法廷地法説と変わらないとの批判を免れるという見解がある（松永前掲注（79）112頁以下）。しかし、その基準が明らかにされ、かつ国際的に統一されない限り、具体的な基準が法廷地ごとに区々になるという法廷地法説に対していわれる批判はなお妥当する。欧州司法裁判所に解釈権限のあるローマⅠ規則ですら、基準の統一には多くの時間がかかるといわれている（書式の争いの準拠法判断につき、Rauscher/ Freitag (Fn. 66), Rn 15 参照）。

(130) 山田・澤木編前掲注（110）[あき場]144頁。

は、必ずしも循環論にはならない。この点については、前述したドイツ法圏の議論が参考となる（第3章第1節Ⅲ）。ドイツ法圏の通説は、循環論批判に次のように対応した。すなわち、まず国際私法自体の解釈により、外観上、当事者がどの法を選択したのかを確定する。その後、選択された法により当該法選択の有効性を判断する。法選択の有効性に適用される法は、国際私法上の明確性要件により外観上特定された法によるのであり、有効な法選択によって指定された法によるのではない。したがって、循環論ではないというのである⁽¹³¹⁾。

準拠法説が採用されたとしても、国際私法独自に規律すべき事項が全くなくなるわけではない。ドイツおよびスイスの多数説は、準拠法説を、国際私法自体が規定していない事項を定める「受け皿」とみなしている。すなわち、国際私法では具体的には定められていない成立要件や有効性要件については、実質法を適用する必要がある。準拠法説は、わが国国際私法独自の連結政策として、このような要件に限り、契約締結時においても両当事者に予見しやすい選択された準拠実質法によらしめるのである。近時いわれているように、国際私法独自説と準拠法説とは、相互補完的な関係にあるというべきである⁽¹³²⁾⁽¹³³⁾。

(131) すでにわが国でも、山田・澤木編前掲注(110)〔あき場〕144頁が、「表見的(外観的)準拠法説」として、本文とはほぼ同様の見解を主張していた。その他では、「有効性を仮定したうえで、指定された準拠法」(出口前掲注(112)22頁)や、「表見的に選択された法」(神前・早川・元永『国際私法 第3版』(有斐閣, 2012)129頁)が法選択の有効性を判断するという説明もなされている。これも結果的には、同旨の見解とみられる。いずれの説明も、まだ有効性の判断されていない仮決め段階の準拠法を何らかの基準で特定しそれを法選択の有効性に適用するという意味で同様だからである。

(132) 中野前掲注(106)87頁、櫻田・道垣内編前掲注(108)〔中西〕197頁。

(133) その他に準拠法説を採用する根拠としては、「契約本体と準拠法条項の有効性の判断基準の統一などのメリット」(櫻田・道垣内編前掲注(108)〔中西〕197頁)、「基準としての明確性」(野村美明「契約の準拠法Ⅰ」日本国際経済法学会編『国際経済法講座Ⅱ—取引・財産・手続』(法律文化社, 2012)17頁)が挙げられている。

II 準拠法説の運用

II-1 総説

準拠法説によるとしても、法選択は、準拠実質法だけによるのではない。それは、同時に国際私法自体の規律にも服する。

この国際私法自体の規律は、明確性の要件である⁽¹³⁴⁾。この明確性の要件により、まず当事者がどの準拠法を選択したか特定される。この明確性審査の段階で、準拠法が特定された場合には、当事者により選択された法により法選択の有効性がさらに判断される。その準拠法により、実質法的な成立と有効性（表示の到達や錯誤・詐欺等）の判断がなされることになる。明確性の要件だけでは、合意の外観のみが審査されるに過ぎず、それだけでは当事者の真正の意思とその合致は、必ずしも尊重されない。そのため、準拠実質法による有効性の審査をする必要が残されているからである⁽¹³⁵⁾。

(134) この規定は、「国際私法上の実質規範」である（Kostkiewicz (Fn. 16), Rn. 2125）。わが国における、明確性の要件審査については櫻田・道垣内編前掲注（108）[中西]194頁以下、中西康「契約に関する国際私法の現代化」ジュリスト1292号（2005）28頁参照。

(135) もっとも、訴訟上で、当事者によって法選択合意に関する意思表示の合致の不存在（成立）や意思の欠缺等（有効性）が主張されることは稀であると推測される。これが当事者により主張されない場合には、裁判所は、特段の疑義を抱かない限りで、訴訟経過中に法選択の有効性の問題につき積明権の行使をなす必要はないであろう。

したがって、裁判官は、大抵の訴訟手続において、明示および黙示の法選択の存在を探求する（明確性の要件審査をする）だけで足りる。この審査は、当事者の主張を待つことなくなされるべきであり、積極的な積明権の行使が要請されるべきである（法選択の「存否」判断を職権調査事項と解するスイス学説として、Zürcher Kommentar zum IPRG-Keller/ Girsberger, Art. 16 Rn. 12f. ドイツにおいても黙示の法選択の存否判断ないしは評価は、職権でなされるとされる。Staudinger/Magnus (Fn. 3), Rn. 103; Coester-Waltjen (Fn. 57). S. 350f.))。

積極的な積明権の行使がなされるべきとはいえども、契約における法選択の存否判断の前提となる「事実」の探知は、原則的に当事者にゆだねられる（Steiner, Die stillschweigende Rechtswahl im Prozeß im System der subjektiven Anknüpfungen im deutschen IPR (1998), S. 98; MünchKomm/ Sonnenberger, 5.Aufl. (2010), Einl.IPR Rn. 621)。わが国でも同様に解すべきであろう。田中徹「連結素の確定責任」澤木・あき場編『国際私法の争点（新版）』（有斐閣、1996）68頁以下、おそらく同旨として、山田・澤木編前掲注

当事者による法選択は、明確性の要件と選択された準拠実質法による有効性要件の二段階の審査を経ることになる。明確性の審査段階で準拠法が特定されないか、準拠実質法により法選択が無効ないしは取消された場合、本契約の準拠法は客観的連結（通則法8条）により決定される。

Ⅱ－2 準拠法説運用上の問題点

(1) 外観要件の意義

前述のように（第4章第3節I）、外観要件は、準拠法説における循環論を克服するためのものであった。すなわち、外観上示された準拠法が法選択の有効性を判断するのであり、有効な法選択により定まった準拠法によってその有効性が判断されるわけではないという。しかし、これに対しては、なぜ外観上示されただけで当該法が法選択の有効性に適用されるのか、その根拠が乏しいと批判されている⁽¹³⁶⁾。

たしかに、準拠法説によれば、有効性要件がまだ充たされていないにもかかわらず、法選択に選択された法が適用される。そのため、もし外観要件が容易に充たされるとすると、一方当事者の本来予期していない法が法選択の有効性に適用され、一方当事者の思いがけないところで、法選択が成立することはありうる。しかし、後述のように、この法選択の外観審査の際には、両当事者が、明示にせよ黙示にせよ、特定法を選択する旨の明確な表示行為をなしていなければならないと解される。一方的な表示だけではこの要件は充たされない⁽¹³⁷⁾。なぜなら、わが国に

(110) [あき場]140頁以下。

(136) 神前・早川・元永前掲注(131)129頁、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）139頁。類似の批判として、中野前掲注(106)81頁以下。

(137) この要件に関するさしあたりの私見は、以下の通りである。まず、一方当事者の何らかの表示行為が、特定の準拠法を指定する旨を含蓄していたかが判断される。その上で、他方当事者もそれに対応する同様の準拠法に服する旨の何らかの表示行為をしなければならない。いずれの表示行為においても、準拠法が明示されている必要はなく、黙示でもよい。しかし、両当事者による表示行為と全く無関係な事実、法選択の存在を示唆する事情としては考慮されない。

これらの表示行為がなされる過程で、例えば、交叉申込が発生していたような場合、

は、ローマ I 規則 10 条 2 項のような規定がないからである。わが国では、準拠法上、一方的な約款の送付だけで法選択が成立する場合に、常居所地法によって法選択の不成立を援用することができない。そのため、一方的な約款から他方当事者を保護するには、明確性要件により、両当事者の合意の外観を要求する他ないのである⁽¹³⁸⁾。

このように考えられるとすれば、指定された準拠法による当事者の期待は十分に保証される。両当事者の表示行為が必要とされるのであるから、一方当事者の提案する準拠法に異議を述べる余地が他方当事者に残されているし、他方当事者がそもそも応対しなければ、法選択の外観は存在しない⁽¹³⁹⁾。両当事者がすでに法選択に関する表示行為をしているということは、両当事者に、当該準拠法が適用される旨の予見可能性があることを意味する。したがって、その準拠法の適用につき妥当性は問題にならないであろう。

法選択の外観審査の際に、「明確性」が要求される根拠がなお問題となる。これは、以下のように考えられるべきである。すなわち、国際契

これが法選択合意の外観として認められるのか問題となりうる。しかしこの場合には、両当事者は選択された法が適用されるとの期待をすでに十分に有していると思われる。したがって、合意の外観は認められ、交叉申込により法選択が成立するかどうかは、選択された準拠実質法によって判断されるべきだろう。

(138) より詳細には、本節Ⅱ-2 (2) (b)参照。

(139) 他方当事者がこれに安易に承諾したならば、保護の必要はない。この場合にはむしろ、提案した側の期待が尊重されるべきだからである（前掲注 (137) も参照）。たしかに、他方当事者が国際私法や外国法を調査し得ない「社会的弱者」である場合に問題となる。しかし、この問題は、法選択の効力を制限する通則法 11 条と 12 条により対応されるべきだろう。

これでも不当な結果が生じる場合には、最終的に通則法 42 条の公序により対応されることになろう（法例研究会前掲注 (108) 22 頁）。ただし、公序則の発動は、法選択と本契約が詐欺に基づく意思表示によって成立したのにもかかわらず、外国準拠実質法に何ら契約の成立が有効性を否定するルールがないか、わが国に比してその主張が著しく困難であり、かつ実質的に一方当事者に過度に不利益な結論になるというような極めて不当な事案に限定されるべきである。公序則は、外国法の適用結果が日本の私法的社会生活の秩序を現実に害する場合に発動されるべきだからである（溜池前掲注 (106) 212 頁以下）。

約において当事者自治の原則が認められる主たる論拠の一つは、当事者による法選択が、客観的連結に比して、当事者の準拠法に関する法的明確性あるいは予見可能性を確保できるところにあると考えられる⁽¹⁴⁰⁾。そうとすると、準拠法が両契約当事者にとって認識しうる形で表明されなければならないという要件は最低限設定されるべきことになる。そして、この当事者の法的明確性が国際私法における当事者自治の主たる論拠であるのだから、この要件は国際私法独自に定められるべきこととなる。つまり、法選択に明確性を要求することによって、両当事者の特定準拠法に服する期待を保護するという国際私法独自の意義が尊重されることになる。明確性の要件に疑義が生じるような法選択がなされた場合には、両当事者の期待がありえず、そこで選択された準拠法を適用する理由がないのである。この予見可能性は、本契約に適用される準拠法だけでなく、法選択の有効性に対し適用される準拠法についても同じく保証されるべきである。

以上のように、法選択の実質的な有効性が判断される前段階に、その有効性審査を経ている必要は必ずしもない。なぜなら、法選択の有効性に準拠法を適用することが妥当か否かは、国際私法自体が定めることだからである。そして、その妥当性は、両当事者がその適用を予期できる、すなわち準拠法の選択が明確であった限りで、問題にならないと考えられる。

(2) 外観要件の具体的適用

(a) 準拠法の特定が困難な場合

(140) Leible, *Parteiautonomie im IPR— Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?* in: *Festschrift für Jayme* (2004), S. 487f.および、中野俊一朗「当事者自治の正当化根拠」立命館法学 2011 年 5・6 号 (2011) 321 頁とその注 21 で挙げられる文献を参照。

当事者自治の承認根拠に対し、国際契約の客観的連結（密接関連地の特定）の困難という消極的理由が挙げられることがある（例えば、出口前掲注（112）68 頁以下）。これは裏返せば、客観的連結では、私人にとって明確に適切な準拠法を決定できないため、それを実現しうる当事者自治にゆだねたことをも意味していると考えられる。

準拠法説に対しては、外観の基準が明らかではなく、指定された準拠法が特定できない場合があるとの批判がある。特定が困難な具体例として、次の二つの例が挙げられる。

第一に、「一方当事者がオーストラリア法を選択したと認識しており、他方当事者はオーストリア法を選択したと考えていた場合」が、準拠法の特定の必要な事例として挙げられている⁽¹⁴¹⁾。このような場合、法選択の外観はないと解すべきである。したがって、法選択は存在せず、本契約の準拠法は客観的連結により決定されることになる⁽¹⁴²⁾。

第二に、契約中に、「本契約はアメリカ法に準拠する」というような法選択条項が含まれている場合である。この場合には、法選択がなされているにもかかわらず、法選択の有効性を判断する準拠法が特定できないといわれる⁽¹⁴³⁾。なぜなら、法選択がなされていたとしても、具体的に適用される実質法(州法)が明示されていないからである。アメリカのような不統一法国が指定されたとき、そのいずれの州法が選択された

(141) 神前・早川・元永前掲注(131)129頁。もっとも、ここで想定されている例が、契約書中に明確にオーストリア法に準拠する旨が定められていたにもかかわらず、一方当事者が、オーストラリアの法を選択したと誤認していたと主張したような場合であるならば、この法選択に関する錯誤の問題は、オーストリア実質法によって判断される。また、相互に異なる準拠法条項を含んだ約款を交し合っただけで契約が締結されたような事例が想定されているならば、書式の争いの問題となる。これについては、本節Ⅱ-2(c)参照。

(142) それに対し、中野前掲注(106)86頁は、「当事者による準拠法指定意思の合致のない場合には、客観的連結によって法選択合意の成立判断の準拠法を決める」とする。しかし、客観的連結は、法選択がない場合に初めて実施される本契約のための連結政策である。すでに国際私法上、法選択がないと判断されているのだから、客観的に決定された法によって再び、準拠法合意の成否を判断する必要はないと考えられる。

(143) Moser (Fn. 1), S. 236. また「本契約には、履行地法が適用される」という条項も例として挙げられている。双務契約の場合、履行地が二つ生じるからである。この例も、本文と同様に取り扱われる。たしかに、各々の当事者の履行行為ごとに、別々の履行地法を適用する分割指定(「小さな契約分割」)がなされたと解する余地はある。しかし、このような分割は通常、認められるべきではないだろう。各々の法の適用により、矛盾した結果を引き起こしうるからである。同旨として、Mankowski, *Dépeçage unter der Rom I-VO in: Festschrift für Spellenberg* (2010), S. 261(266).

かまで特定される必要があるのである。このような場合も、準拠法が特定できなければ、明確性の要件は充たされず、法選択の外観は存在しないと解すべきであろう⁽¹⁴⁴⁾。

以上のように、仮にすでに法選択合意がなされていたとしても、選択された準拠法が、一見明らかではないことはありうる。しかし、このような場合であっても、国際私法独自の立場から、明確性の要件審査がなされる。このときに、法選択によって指定された準拠法が特定されない場合、法選択は存在しないと解すべきことになる。この場合には、本契約の準拠法は客観的連結により決定される。

(b) 準拠法条項を含む契約書の一方的送付

わが国では、準拠法説を採用すると、沈黙によって契約の成立を認める法が、その法の指定する準拠法条項を含んだ約款等が一方的に送付されただけで適用され、不当な結果をもたらすと指摘がなされてきた⁽¹⁴⁵⁾。そこで、ローマ I 規則 10 条 2 項のように、沈黙による契約成立につき常居所地法を適用する制度の必要性が主張される⁽¹⁴⁶⁾。

たしかに、ドイツ多数説は、準拠法条項を含む契約書の一方的な送付においても外観要件が充たされるとしていた。そして、この緩やかな要

(144) ただし、特定州法が選択されたことが契約の諸事情から明らかなきには、明確性要件が充たされることはありうる (Pfeiffer/ Pfeiffer (Fn. 57), Rn. 58)。例えば、両当事者間において、従前に特定の州法が適用される同種の取引が行われていたような場合である。

現在のドイツでは、この事例において、まず選択された国の地際法（準国際私法）により、それがなければ最密接関連地法に準拠法を特定する説も有力である（前掲注（58）参照）。しかし、ドイツでは、不統一法国法の指定された場合を定める総則規定（EGBGB4 条 3 項）の事項的適用範囲が、わが国と異なり、本国法を決定する場合に限定されていない。わが国では、この事例に通則法 38 条 3 項を準用することが困難であるため、あくまで明確性の要件審査（黙示の法選択の探求）で解決が図られるべきである。例えば、山田前掲注（112）80 頁も、このような場合にどの法域の法が準拠法になるかは、当事者の意思解釈によるとする。

(145) 櫻田前掲注（110）227 頁、神前・早川・元永前掲注（131）129 頁。

(146) 神前・早川・元永前掲注（131）129 頁、法例研究会前掲注（108）20 頁以下、佐野寛「法適用通則法における契約準拠法の決定」民商法雑誌 136 巻 1 号（2007）9 頁。

件で問題が生じないとされるのは、ローマ I 規則 10 条 2 項に、常居所地法による一方当事者の保護規定が存在していたからである（前号第 2 章第 2 節 I 参照）。しかし、沈黙による法選択の成立からの保護は、常居所地法によるものが唯一というわけではない。当該保護規定なしで、一方的送付による準拠法の適用を排除する立場があるからである。例えば、スイスの Vischer は、契約書の一方的送付では、そもそも明確性要件（IPRG116 条 2 項前段）が充たされないとした。このため、沈黙による法選択が発生せず、法選択には意思表示の特別連結をなす必要がない（第 3 章第 2 節 II 参照）。

この Vischer の見解は、わが国の議論に極めて示唆的である。なぜなら、わが国には、意思表示の特別連結に関する規律がまさに存在しないからである。この制度の立法化は、通則法制定過程において断念された⁽¹⁴⁷⁾。わが国は法選択に意思表示の特別連結ができず、スイス IPRG は、解釈論上、法選択に意思表示の特別連結をする必要がない⁽¹⁴⁸⁾。この類似性は、わが国の解釈論としては、ドイツ法よりもスイス法の方が参考になることを示している。

以上の議論を踏まえると、次のようになる。すなわち、準拠法を特定するために明確性要件を充たすには、「双方当事者の合意」の「外観」が必要である。したがって、他方当事者が沈黙し黙示的な合意の存在する事情もなかった場合、外観要件は充たされず、客観的連結により準拠

(147) NBL 編集部編前掲注 (136) 139 頁以下、小出編前掲注 (114) 103 頁参照。

(148) ただし、本契約に関する意思表示の特別連結が認められているという点では、わが国と異なる（Vischer/Huber/Oser (Fn. 5), Rn. 805ff.）。また、現在の Vischer は準拠法説に批判的である（前掲注 (73) 参照）。そのため、本稿で主張される立場は、Vischer の見解に全面的に依拠しているわけではない。それに対し、準拠法説を認めつつ、一方的送付が明確性要件で対応されるため、法選択に IPRG123 条は適用されないとするスイス学説として、Siehr (Fn. 33), S. 234 が挙げられる。

また、立法制定前のドイツにおいては、常居所地法による意思表示の特別連結を認めない立場があった。これらの立場は、法選択の一方的送付では外観要件が充たされないとしていた。von Hoffmann (Fn. 48), S. 519f.; Linke (Fn.68), S. 42.

法が確定されることになる⁽¹⁴⁹⁾。

具体的には次のようになる。例えば、従前に取引関係の全くなかった当事者から、準拠法条項を含む契約書が提示され、他方当事者が沈黙したような場合には、他方当事者の意思が全く表示されていないため、明確性の要件は充たされない。そのため、客観的連結により準拠法を決定すべきである。また、従前に取引関係がありそこで法選択がなされていたところ、後に同様の法選択条項を含む同種の取引に関する契約書が一方的に送付され、他方当事者がそれに沈黙した場合も、明確性要件は充たされないと解すべきだろう。なぜなら、従前に同じ取引が行なわれていたとしても、新たな契約との関係では何ら承諾がなされていない。そのため、法選択に関する他方当事者の表示行為がないからである⁽¹⁵⁰⁾。

(149) 結論的に同様の見解として、野村前掲注(133)18頁。一方当事者による一方的な法選択に対して他方当事者が同意する意思を表示していないときには、表見的・外観的に法選択は存在しないとする。櫻田・道垣内編前掲注(108)197頁以下〔中西〕も、おそらく同旨か。

その他、一方的送付だけで法選択が成立する問題を解決するために提唱された解釈論として、以下のものがある。澤木・道垣内前掲注(112)187頁は、「準拠法選択の行為があったこと自体に合理的な疑いがある場合には、通則法8条によって定まる準拠法によって判断すべき」とする。もっとも、これの意味するところが、通則法8条によって定まる準拠法が法選択の有効性問題に適用される場合があるということなのか、それとも単に法選択がないから客観的連結に移るということであるのか、明らかではない。前者の意味であれば、前掲注(142)の批判が妥当する。また、道垣内前掲注(112)38頁は、一方的に選択された法による法選択の有効性の適用結果を「公序」により排斥するとする。そして、その「公序」は、通則法42条ではなく、日本法に組み込まれた一般法としての公序則であるという。この見解は、「一般法としての公序則」の趣旨が明らかではない。

国際私法立法研究会前掲注(113)281頁は、一方的送付による成立からの保護をあくまで選択された準拠実質法の解釈によってなそうとする。たしかに、そのような解釈が準拠実質法において可能な場合にはこの見解は妥当な結果を導くことができる。しかし、より保護を確実とするために、法選択に限っては、国際私法自体で、この問題を解決するべきではないかと思われる。

(150) もっとも、一方的送付の事例において、常に明確性要件が充たされないとすべきかは、検討の余地がある。例えば、準拠法条項を含む約款による申込に対し、他方当事者が準拠法条項を含まない社約款を用いて承諾したり、文書や口頭では沈黙したものの履行行為をもって応えた場合、法選択に関する合意の外観はないため、原則的には明確

(c) 書式の争い

両当事者がそれぞれ異なる準拠法条項を含む約款を交わしあった場合、いずれの準拠法条項が成立したかが問題となる。ドイツ法圏の議論においては、法選択の成立を一律に否定する国際私法独自説と、異なる準拠法それぞれによって各々の法選択条項の成否を判断する配分的適用説とで対立していた(第3章第2節Ⅲ)。配分的適用説は、準拠法の適用結果の予測が困難であるという問題を残している。これに対して、国際私法独自説は、それぞれの準拠法条項に食い違いがある場合に、法選択合意の外観はないと判断する。一律に客観的連結により本契約の準拠法が定められるという点で簡明であり、当事者の予見可能性に資する。国際私法独自説が妥当である⁽¹⁵¹⁾。

ドイツにおける国際私法独自説は、一方的送付の場合には外観要件が充たされるが、一方的送付が双方向的になされる書式の争いの場合には外観要件が充たされないとする。同じ一方的送付でありながら、事案ごとに外観要件の基準が変化するという一貫性の問題がある。しかし、本稿の見解によれば、法選択の「合意」の外観が要求されるので(本章第3

性要件は充たされないのであろう。しかし、このような場合に、すでに準拠法条項につき交渉していたもの他方当事者がそれに反対していなかったという事情や、当該社約款に相手方の選択した実質法を前提とする条項が含まれているような事情があるときには、明確性要件の充足を認めることがありうる。なぜなら、この場合には、他方当事者が一方当事者によって指定された準拠法の適用を予期しうるし、自社約款による承諾や履行行為を、法選択に関する黙示的な承諾行為と解する余地があるからである。同旨の見解として、Stankewitsch (Fn. 57), S. 508. 合意の外観の確定については、前掲注 (137) も参照。

- (151) 結論的に同旨として、櫻田前掲注 (110) 240 頁、道垣内前掲注 (112) 108 頁、松永前掲注 (79) 119 頁。ただし、書式の争いの場面であっても、一方当事者が相手方の提示する法と同一の法による旨、口頭で示していたり、約款に手書きでその旨が追記されていた場合には、当該法の選択に関する外観が肯定されるべきである (Stankewitsch (Fn. 57), S. 512f.)。

外観が否定される場合には、本契約の準拠法は客観的連結によって決定される。両約款にさらに実質的な契約規定(支払方法、物品の数量、引渡しの細目等)の食い違いがあったときには、この問題は、客観的連結により決定された準拠法で判断される。

節Ⅱ－2 (b)参照)、準拠法条項を含む契約書の一方的送付の場合にも、書式の争いの場合にも、国際私法自体の立場から法選択の存在は否定されることになる。

Ⅱ－3 その他

明確性要件により法選択の外観を特定すべきとする立場に対しては、次のような批判が予想される。すなわち、法選択の明確性要件は法廷地国際私法自体による。とすると、法選択が明確性の要件を充たしたか否かは、法廷地が定まるまで（とくに契約締結時に）明らかにならない。明確性要件の判断が、法廷地が異なることにより区々になり、結局、準拠法説の利点が損なわれるのではないかとの疑問である。

しかし、この疑問は当たらないであろう。当事者に明示的な法選択をする余地が残されているからである。明示的な法選択がなされる場合には、明確性要件が問題になることはほとんどない⁽¹⁵²⁾。それに対し、準拠実質法によって解決される法選択の有効性の問題は、表示の到達や意思の錯誤などの問題である。この法律問題は、明示的な法選択がなされていたとしても、なお問題となりうる。このような有効性要件は、法廷地法によるよりも、契約締結時点に知ることのできる準拠実質法による意義が大きい。これにより、両当事者が有効性要件の不備を予め回避することができるようになるからである。

たしかに、明示の法選択がないときに黙示の法選択が存在していたか否かという問題は、法廷地国際私法によって判断される。そのため、黙示の法選択の存否の判断は法廷地ごとに相違しうる。しかしこの問題は、いかなる場合に客観的連結に向かうべきかという問題でもある。この問題は、国際私法特有の問題である。そして、前述のように、外観要件および明確性要件は、準拠法説における循環論を避けるために必要であり、法選択の有効性に適用される準拠法を特定する原点の役割を果た

(152) 問題となる場合として、準拠法条項の一方的送付および書式の争いの事例が挙げられる。この問題については、Ⅱ－2 (2) (b)および(c)で前述した。

す。これらの要件が、法廷地国際私法によるということは、必要不可欠な処置なのである⁽¹⁵³⁾。

第5章 結語

当事者による法選択は、実質法上の本契約とは独立した「契約」の性質を有する(第4章第1節、第2節)。これにより、法選択の有効性にも、契約に関する実質法的な規律が適用されることになる。そこで、法選択の有効性が、どの実質法により判断されるべきかが問題となる。これについては準拠法説が妥当である。なぜなら、法選択の有効性は、国際私法自体には具体的に規律されていない。しかし、法廷地実質法説によると、契約締結時には予測のできない法廷地法に応じて、法選択の有効性が左右されてしまう。そのため、契約締結時に予見が容易である当事者により選択された準拠実質法によらしめるべきだからである(第4章第3節I)。

ただし、法選択に準拠実質法が妥当するのは、成立要件と有効性要件の問題に限られる⁽¹⁵⁴⁾。準拠法説は、国際私法自体では十分に規律できない部分を定める受け皿に過ぎない。国際私法自体が法選択につき定めるべき事項はなお残されるのである。この事項が、法選択によりどの準拠法が選択されたか特定する役割を果たす明確性の要件である。この明確性の要件により、法選択の外観の審査が行なわれる。ここで特定された準拠法によりさらに法選択の有効性が判断される。すなわち、二段階の手続を踏むことになる(第4章第3節II-2(1))。

(153) 明確性要件が国際間で相違するとしても、法選択における沈黙が保護されるという大枠においては、ローマI規則、スイスIPRG、本稿の通則法解釈論とで変わりはない。その限りで、大きな批判には当たらないと思われる。保護に至るまでの要件の若干の相違については、立法により解決せざるをえないと考えられる。

(154) 法選択における方式および行為能力の問題はここに含まれないと解されるべきであろう。ドイツ法圏の議論については、前号第2章第2節I-3、II-3参照。

この明確性の要件審査においては、明示にせよ黙示にせよ、双方当事者の表示行為の合致、すなわち法選択に関する「合意」の外観が要求される。そのため、法選択条項を含む約款が一方的に提示されただけの場合や、双方当事者が食い違った準拠法条項を含む約款を相互に交し合ったような場合には、明確性要件が充たされず、法選択の外観は認められない。このときには、法選択はないものと扱われ、本契約の準拠法は客観的連結によって定められることになる（第4章第3節Ⅱ-2(2)(b)~(c)）。

以上が、本稿の結論である。これについても、まだ検討すべき問題は残されている。第一に、法選択に準拠実質法が適用されるといっても、さらにその実質法のいかなる具体的規定が、どのように法選択に適用されるのが明らかにされなければならない。しかし、この問題については、ドイツ法圏においても十分な議論の蓄積がない。今後の議論の展開を待たなければならない。第二に、どのような場合に黙示の法選択があると認定できるのかがより具体的に明らかにされなければならない⁽¹⁵⁵⁾。これについては、まだ諸外国の議論に関する研究が進んでおらず、通則法以後の判例の検討も必要となる。判例においては、すでに通則法施行後7年が経っているものの、十分な蓄積があるわけではない。したがって、この点も今後の課題としたい。

（本学法学部客員研究員）

(155) 黙示の法選択を「現実の意思」に限定すべきとする学説ばかりではないことにも注意が必要である。例えば、森下哲郎「国際私法改正と契約準拠法」国際私法年報8号(2007) 26頁参照。