
種 別： 論説

タイトル： EU 国際不法行為法における当事者による事前の法選択

著 者： 福井 清貴

所 収： 『上智法学論集』第 58 卷 2 号（平成 26 年 11 月）85-117 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 国際不法行為法における当事者による事前の法選択

福井 清貴

- I 序文
- II ローマII規則 14条の成立
 - II-1 沿革
 - II-2 条文
 - II-3 分析
- III ローマII規則 14条の解釈
 - III-1 序
 - III-2 事前の法選択の成立要件
 - III-3 小括
- IV わが国への示唆
 - IV-1 序
 - IV-2 事前の法選択の導入
 - IV-3 事後的法選択が可能となる時点
- V 結語

I 序文

法の適用に関する通則法（以下、「通則法」という）21条は、不法行為において当事者自治の原則を認める。しかし、当事者による法選択は不法行為の後になされなければならない。これに対し、欧州においては、「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」（以下、「ロ

「ローマII規則」という)が、その14条1項において、事後的法選択のみならず、事前の法選択も認めている。

ローマII規則14条の検討は、わが国の議論に有意義な示唆を与えると思われる。とくに、事前の法選択の認められたことが欧州においてどのように捉えられているのか、そしてこれがどのように解釈されているのかといった点は重要である。なぜなら、これらの点は、わが国において、事前の法選択が採用されるべきか否か、仮に採用されるならば、どのような解釈論上の問題が生じるのかといったことを議論するときの参考になるからである⁽¹⁾。そこで、本稿ではローマII規則における事前の法選択の議論を紹介し、わが国への示唆を検討したい。

なお、本稿では「当事者による法選択」を、単に「法選択」とよぶ。この用語は、わが国でしばしば用いられる「準拠法合意」や「当事者による準拠法(の)選択」と同義語である。

II ローマII規則14条の成立

II-1 沿革⁽²⁾

1972年、EC委員会は「契約および契約外債務の準拠法に関する条約仮案」を公表した⁽³⁾。1978年には、欧州の国際私法条約の統一作業が

(1) ドイツでは、EGBGB(民法施行法)42条が、わが国と同様に、契約外債務につき事後的法選択のみを認めていた。イギリスでは、判例法も制定法も、契約外債務における当事者自治を少なくとも直接的には認めてこなかったとされる(Briggs, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law* (2008), Rn. 10. 55ff.)。

(2) ローマII規則の成立史を総論的に紹介するものとして、佐野寛「EU国際私法はどこへ向かうのか?—ローマII規則を手がかりとして」国際私法年報14号(2013)33頁以下、不破茂『不法行為準拠法と実質法の役割』(成文堂, 2009)257頁以下、各論に焦点を絞り紹介するものとして、出口耕自「ローマIIおよび通則法における名誉毀損」上智法学論集54巻2号(2010)1頁以下、佐野寛「EU国際私法における製造物責任の準拠法」岡山大学法学会編『岡山大学創立60周年論集』(有斐閣, 2010)203頁以下、片岡雅世「ローマII規則における不当利得準拠法について—EU国際私法統一の一局面として—」立命館法学330号(2010)72頁以下がある。

契約と契約外債務とで分離される。前者については、契約債務の準拠法に関するローマ条約が 1980 年に成立し、1991 年に発効した⁽⁴⁾。

その後の契約外債務の国際私法条約の統一作業としては、ヨーロッパ国際私法グループ（以下、「GEDIP」という）の活動が挙げられる。GEDIP は、3 年間の起草準備の後、1998 年 9 月の年次集会で、「契約外債務の準拠法に関する欧州条約のための提案」（以下、「GEDIP 案」という）を決議し、これを公表した⁽⁵⁾。

統一作業はすでに欧州理事会においても行われていた。1998 年 2 月、欧州理事会は、EU 各構成国家に契約外債務の国際私法条約案に関する質問状を送付した。それに対する回答に基づき、当時の理事会議長国であったオーストリアの主導で、1998 年 10 月に「契約外債務の準拠法に関する条約草案」（以下、「議長国草案」という）が作成されている⁽⁶⁾。

欧州委員会内部では、1999 年 6 月に⁽⁷⁾、「契約外債務の準拠法に関する理事会規則草案」（以下、「担当者草案」という）が作成された⁽⁸⁾。欧州委員会は、これを数度改訂したうえで、2002 年 5 月には「契約外債務の準拠法に関する理事会規則準備案」（以下、「委員会準備案」という）を

(3) Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorentwurf eines Übereinkommens über das auf vertragliche und ausservertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht in: *RabelsZ* 38 (1974), S. 211ff. 欧龍雲「ヨーロッパ経済共同体における『契約及び契約外債務の準拠法に関する条約草案』」*北海学園大学法学研究* 9 卷 2 号 (1974) 383 頁以下、川上太郎「契約債務の準拠法の決定に関する諸問題—1972 年 EC 条約仮案を中心として—」*西南学院大学法学論集* 7 卷 4 号 (1975) 1 頁以下参照。

(4) *ABl. EG* 1980 L 266/1. ローマ条約は、2008 年 6 月に「契約債務の準拠法に関する欧州議会および理事会規則」として規則化された。*ABl. EG* 2008 L 177/6.

(5) Tebbens, *European Group for Private International Law – Proposal for a European Convention on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations* in: *NILR* 45(1998), S. 465ff.

(6) R. Wagner, *Ein neuer Anlauf zur Vereinheitlichung des IPR für außervertragliche Schuldverhältnisse auf EU-Ebene* in: *EuZW* 1999, S. 709 (709f.).

(7) 1999 年 5 月のアムステルダム条約発効を挟み、国際私法統一の立法が、条約から共同体規則の形式に変更されている。この共同体の立法権限の変化については、中西康「アムステルダム条約後の EU における国際私法」*国際法外交雑誌* 100 卷 4 号 (2001) 38 頁以下参照。

(8) *Staudinger/v. Hoffmann* (2001), *Vorbem zu Art 38 ff EGBGB* Rn 16.

公表する⁽⁹⁾。委員会準備案は、各界に意見照会がなされ、その回答に応じて修正された草案が、2003年7月に「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のための提案」(以下、「委員会第一案」という)として公表された⁽¹⁰⁾。

しかし、欧州議会は、2005年6月に委員会第一案に対し54に及ぶ多数の修正提案をしたうえで、それに基づいた規則案(以下、「議会第一案」という)を新たに作成した⁽¹¹⁾。これに対し、欧州委員会は、議会第一案を幾らか反映した修正案(以下、「委員会第二案」という)を2006年2月に公表した⁽¹²⁾。

2006年9月には、欧州理事会が、「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の受入れについての共通の立場」(以下、「共通の立場」という)を議決する⁽¹³⁾。その内容は、委員会第二案に多く準じていたことから、これは同月すぐに欧州委員会によって受け入れられた⁽¹⁴⁾。これに対し、欧州議会は、2007年1月の第二読会において、共通の立場の修正を提案した⁽¹⁵⁾。

理事会(および委員会)と議会の立場の相違は根深く、2007年5月には、調停委員会が召集された⁽¹⁶⁾。調停委員会では、2007年6月に理事

(9) Dickinson, Cross-Border Torts in EC Courts A Response to the Proposed “Rome II Regulation” in: EBLR 13(2002), S. 369(382ff.). シュテファン・ライプ (西谷裕子訳) 「契約外債務の準拠法に関する欧州共同体規則[ローマII]の構想」国際商事法務 34巻5号(2006) 594頁以下参照。

(10) KOM(2003) 427 endg. 佐野寛「契約外債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則案(ローマII)案について」岡山大学法学会雑誌 54巻2号(2004) 320頁以下、高杉直「ヨーロッパ共同体の契約外債務の準拠法に関する規則(ローマII)案について」国際法外交雑誌 103巻3号(2004) 1頁以下参照。

(11) A6-0211/2005 endg.

(12) KOM(2006) 83 endg.

(13) ABl. EU 2006 C 289E/68.

(14) KOM(2006) 566 endg.

(15) A6-0481/2006 endg.; Dok. 5517/07.

(16) R. Wagner, Das Vermittlungsverfahren zur Rom II-Verordnung in: Festschrift für Kropholler (2008), S. 715(718).

会が共同案を採択し⁽¹⁷⁾、7月には議会がこれに同意した⁽¹⁸⁾。かくして、ローマⅡ規則は成立し、同月末、ローマⅡ規則の立法手続は終結したことが公示された⁽¹⁹⁾。同規則は、2009年1月11日から適用されている(ローマⅡ規則32条)。

Ⅱ－2 条文

(1) GEDIP 案 (1998 年)

第8条

当事者は、紛争の発生後に合意によって、契約外債務の準拠法を選択することができる。この選択は、明示的でなければならない。この選択は、第三者の権利を害してはならない。

(2) 議長国草案⁽²⁰⁾ (1998 年)

第12条

1. 当事者は、[常に]⁽²¹⁾ 契約外債務の全部または、不法行為事案または、法律関係の合理的に分割できる部分につき、準拠法を選択することができる。
2. 法選択は、明示的または事案の諸事情を通して合理的な確実性をもって明らかにならなければならない。
3. 法選択は、第三者の権利と義務に影響を与えないものとする。
- [4. 法選択合意のいずれの当事者も、これが甚だしく不公正である場合に、その無効を主張することができる。]

(17) PE-CONS 3619/07.

(18) PE-CONS 3619/3/07 REV 3.

(19) ABL EU 2007 L 199/40.

(20) 本草案は公式には公表されていないが、Vogeler, Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse (2013), S. 26 の脚注(180)に英語条文が掲載されている。

(21) この角括弧は、原文にも付されている。この括弧で囲まれた部分は、起草者がその必要性を疑っていたことを示す。Vogeler (Fn. 20), S. 26.

・・・以下、省略

(3) 担当者草案⁽²²⁾ (1999年)

第6条

1. 当事者は、契約外債務の準拠法を選択することができる。その選択は、明示的になされなければならない、第三者の権利を害してはならない。

・・・中略

3. 第1項の規定にもかかわらず、当事者による法選択は、製造者に対する消費者の紛争であって、それが製造物の欠陥に基づいて生じた損害による契約外責任に基づいている場合、選択のないときに契約外債務に適用される法の強行規定が保証する保護を消費者から奪う結果となつてはならない。

4. 第1項の規定にもかかわらず、当事者による法選択は、雇用者に対する労働者の紛争であって、それが雇用者または労働者の契約外債務に基づいている場合、選択のないときに適用される法の強行法規が保証する保護を労働者から奪う結果となつてはならない。

(4) 委員会準備案 (2002年)

第11条

1. 当事者は、契約外債務の準拠法を選択することができる。選択は、明示的になされ、第三者の権利に影響を与えないものとする。

・・・以下、省略

(22) 本草案は公式には公表されていないが、Staudinger/v. Hoffmann (Fn. 8), Rn 16 に仏語版が掲載されている。

(5) 委員会第一案 (2003 年)

第 10 条

1. 第 8 条[知的財産権侵害に関する特則]の妥当する契約外債務を除き、当事者は、契約外債務を生じさせた事実の発生後に、準拠法を選択することができる。この選択は明示的になされるか、事案の諸事情から十分な確実性をもって明らかにならなければならない。第三者の権利は影響を受けない。

・・・以下、省略

(6) 議会第一案 (2005 年)

第 2a 条

(1) 当事者は、契約外債務を生じさせた事実の発生後に準拠法を選択することができる。その事実の発生前に独立の取引関係があった場合、その選択は、同等の交渉力をもつ業者間で、そのような事実の発生前でも、自由に交渉された合意によってなすことができる。この選択は、明示的になされるか、事案の諸事情から十分な確実性をもって明らかにならなければならない。第三者の権利および義務ならびに第 12 条[介入規範の適用規定]における強行規定は影響を受けない。

(2) 労働契約に基づく労働者は、当事者の法選択によって、以下の地の強行規定によって労働者に保証されている保護を奪われない。

a) 労働者が通常、自身の契約上の活動を労働者として実施している地、または

b) 労働者が通常一つの地において労働していない場合には、労働者の雇用された営業所が所在する地、または

c) 契約が最も強く関連性を示している地

・・・以下、省略

(7) 委員会第二案 (2006年)

第4条

1. 当事者は、紛争の発生後に、契約外債務に、自身によって選択された法が適用されるべきことを合意することができる。この選択は明示的になされるか、事実関係から十分な確実性をもって明らかにならなければならない。第三者の権利は、これによって影響を受けない。
2. すべての当事者が営業活動に従事している場合、前項の法選択は、損害を与える事実の発生前に当事者間の自由に交渉された合意によってもなすことができる。
・・・以下、省略

(8) ローマⅡ規則

第14条

1. 当事者は、以下の方法によって、契約外債務の服する法を選択することができる。
 - (a) 損害の原因となる事実の発生後になされた合意によって、または
 - (b) すべての当事者が営業活動に従事しているときに、損害の原因となる事実の発生前に自由に交渉された合意によって。この選択は、明示的になされるか、事案の諸事情を通して十分な確実性をもって明らかにならなければならない、第三者の権利に影響を与えない。
・・・以下、省略

Ⅱ-3 分析

ローマⅡ規則における当事者自治の規定は、理事会の「共通の立場」によって今日の形となるまで、幾度もの変遷を経た。草案間で、とくに

立場の分かれた点は、次の四点である。第一に、法選択の時点を制限すべきか、第二に、弱者保護をどのようにすべきか、第三に、法選択を明示に限定すべきか、第四に、知的財産権侵害および不正競争事案において当事者自治を認めるべきか、である⁽²³⁾。

このうち、本稿との関係で重要なのは第一と第二の議論である。二つの議論は相関関係にある。すなわち、法選択を事後的なものだけに限定する案（GEDIP 案および委員会第一案）においては、その起草理由が弱者保護に向けられていた⁽²⁴⁾。なぜなら、紛争発生後であれば、社会的弱者（消費者や労働者）であっても、選択される準拠法の適用結果ないしは内容が十分に理解されうるし、そうでなくとも弁護士による法的助言を受ける機会がある。そのため、たとえ社会的強者が事後的法選択を促したとしても、軽率にはそれに同意しないという推定が働く⁽²⁵⁾。事後的法選択の限りで、弱者保護規定は不要と解されたからである。それに対し、事前の法選択の場合には、そのような推定は働かない。紛争発生前に、契約外債務につき選択された法の適用結果を社会的弱者が予測することは、困難と考えられたからである。

しかし、事後的法選択に限定することに対し、学説による批判は根強かった。多数説は、契約外債務において当事者に事前の法選択を否定する積極的根拠はなく、むしろ準拠法の予見可能性を保証するために、これを認めるべきとしていた⁽²⁶⁾。すなわち、契約外債務の発生前に当事

(23) Callies/ v. Hein, Rome Regulations (2011), Art. 14 Rom II-VO Rn. 12ff. 参照。

(24) KOM (2003) 427 endg., S. 25; Kreuzer, Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts für außervertragliche Schuldverhältnisse (Rom II) in: Reihel/ Rechberger, Europäisches Kollisionsrecht (2004), S. 13 (21).

(25) v. Hein, Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung in: ZEuP 2009, S. 6 (20); Cheshire/ North/ Fawcett, Private International Law 4. ed (2008), S. 838; Stone, The Rome II Proposal on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations in: EuLF 2004, S. 213 (222).

(26) v. Hein, Die Kodifikation des europäischen Internationalen Deliktsrechts in: ZvGRWiss 102 (2003), S. 528 (548); Benecke, Auf dem Weg zu "Rom II" in: RIW 2003, S. 830 (836); Leible/ Engel, Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung in: EuZW 2004,

者自治が認められることで、当事者は準拠法を事前に察知し、ひいては契約外債務の発生要件やその効果を予見することができる。例えば損害賠償保険が問題になる場合、予め損害の算定などを行なうことがし易くなるのである。

いくつかの草案では、上記のような当事者の利益が重視され、事前の法選択が認められた。そこで、事前の法選択に対する特別な弱者保護規定を置く必要が生じる。この弱者保護の方法は、主に次の三つに分類できる。すなわち、①法選択が客観的連結により決定された法の弱者保護に関する強行規定の適用に影響を与えないとする方法(担当者草案6条3項・4項、議会第一案2a条2項)、②非事業者および同等の交渉力を持たない事業者間に事前の法選択を認めない方法(議会第一案2a条1項第2文)、③事業者以外の者に一律に事前の法選択を認めない方法(委員会第二案4条2項)である。

このうち、②の方法については、「同等の交渉力」という要件が問題となった。この要件においては、事前の法選択をなす当事者が事業者であることのみならず、両事業者の交渉力が対等であることも要求される。そうすると、個別事例における両当事者の交渉力の比較が必要となる。しかし、この要件は実際に裁判になってみなければ確定しがたく、紛争発生前の当事者がその要件の充足を知ることも困難である。このような不明確な基準によって、事前の法選択の成否を左右することは不適切と考えられた⁽²⁷⁾。このため、委員会第二案以降、事業者以外には一律に事前の法選択を認めない③の方法が採用され、共通の立場およびローマII規則14条はこれに従った。

それに対し、ローマI規則6条・8条においては、社会的弱者にも事

S. 7 (15); Dickinson, *European Private International Law: Embracing New Horizons or Mourning the Past?* in: JprIL 2005, S. 197(229).

(27) Rushworth/Scott, *Rome II: Choice of law for non-contractual obligations* in: L. M. C. L. Q 2008, S. 274 (293); v. Hein, *Die Kodifikation des europäischen IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse vor dem Abschluss?* in: VersR 2007, S. 440(445).

前・事後の法選択を認めつつ優遇比較で弱者保護を図るという①の手法が採られている（ローマ条約5条・6条も同旨）。ローマⅠ規則とローマⅡ規則とでは、次の二点で異なっている。第一に、ローマⅡ規則では、非事業者（社会的弱者）に事前の法選択が認められない⁽²⁸⁾。それに対し、ローマⅠ規則では、非事業者による事前の法選択であっても、そこで選択された準拠法は、社会的弱者と密接に関連する法秩序の弱者保護に関する強行法規に反しない限りで適用される。第二に、ローマⅡ規則は事後的法選択につき一切の弱者保護を定めていない。それに対し、ローマⅠ規則では前述の弱者保護が事後的法選択にも妥当すると解されている⁽²⁹⁾。ローマⅠ規則とローマⅡ規則とでは、法選択における弱者保護の手段に明白な違いがある。

Ⅲ ローマⅡ規則14条の解釈

Ⅲ-1 序

ローマⅡ規則は、契約外債務において当事者自治を広く認めている。同規則14条に基づき当事者により選択された法は、客観的連結によって決定された法に優先して、契約外債務の問題に適用される⁽³⁰⁾。この法選択は不法行為だけでなく、不当利得、事務管理、契約締結上の過失の場合にも広範に認められている⁽³¹⁾。ただし、不正競争事案および知

(28) Kroll-Ludwigs, Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht (2013), S. 455; Rauscher/ Jakob/ Picht, EuZPR/ EulPR (2011), Art. 14 Rom II-VO, Rn 13. しかし、非事業者が事業者以上に抵触法に詳しくあったり、選択された法の適用結果が、客観的連結による準拠法より非事業者に有利であることはありうる。この場合でも、一律に事前の法選択が排除されるという問題はある (Huber/ Bach, Rome II Regulation (2011), Art. 14 Rn 29f.)。

(29) NK-BGB/ Leible (2014), Art. 3 Rom I-VO, Rn 16f.

(30) MünchKomm/ Junker 5. Aufl. (2010), Vorbem. zum Art. 14 Rom II-VO Rn 1; Callies/ v. Hein, (Fn. 23), Rn 3.

(31) Cheshire/ North/ Fawcett (Fn. 25), S. 837f.; Garcimatin Alférez, The Rome II Regulation :On the way towards a European Private International Law Code in: EuLF 2007, S. I-77(I-82).

的財産権侵害については、当事者自治が妥当しない（ローマⅡ規則6条4項、8条3項）⁽³²⁾。

ローマⅡ規則14条には法選択に関する成立要件が定められている。以下では、その要件のうち、事前の法選択（14条1項第1文）の成立要件をめぐる解釈論を取り扱う。この規定は、ローマⅠ規則と異なり、事前の法選択だけに制限を付しているという意味で特徴的である。

Ⅲ－2 事前の法選択の成立要件

(1) 概観

ローマⅡ規則14条1項第1文の成立要件の審査は、以下の順でなされる。

第一に、法選択が「損害の原因となる事実の発生」以前（以下、「事前」という）になされたか否かが決定されなければならない。法選択がこれ以後（以下、「事後」という）になされたのであれば、後述の第二・第三の制限には服さない。すなわち、事後的法選択は、法選択の有効性要件⁽³³⁾、明確性の要件（14条1項第2文）、国際性の要件（14条2項・3項）を充たしさえすれば成立する（14条1項第1文(a)）⁽³⁴⁾。

(32) 前者は当事者以外にも影響を及ぼす公益的問題と関わり、後者は保護国法主義が妥当する。そのため、当事者による自由意思によらしめることは不適切と考えられた。Kadner Graziano, *Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung in: RabelsZ* 73 (2009), S. 1 (57f.); Hay, *Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations in Private International Law (Conflict of Laws) and the European Community's „Rome II“ Regulation in: EuLF* 2007, S. I-137 (I-146, I-151). ただし、この場合に当事者自治を完全に排斥することに対する批判として、Leible, *Rechtswahl im IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse nach der Rom II-Verordnung in: RIW* 2008, S. 257 (259).

(33) 明文規定はない。多数説は、ローマⅠ規則3条5項に倣い、法選択の有効性を当事者によって選択された法にゆだねる。NK-BGB/Gebauer (2014), Art. 14 Rom II-VO Rn 28; Dicey/Morris/Collins, *On the Conflict of Laws* 15th. ed., Vol. 2 (2012), Rn 34-046. ただし、法廷地実質法によらしめる少数説として、MünchKomm/Junker 5. Aufl. (2010), Art. 14 Rom II-VO Rn 26.

(34) Rushworth/Scott (Fn. 27), S. 292f.

しかし、法選択が事前になされた場合には、さらなる要件審査に服さなければならない（14条1項第1文(b)）。事前の法選択の場合には、特別な弱者保護が必要とされるからである。

第二に、法選択をなした「すべての当事者」が「商業活動」に従事していたかどうか審査されなければならない。この要件が定められた趣旨は、社会的弱者が国際私法や実質法の不知にもかかわらず、軽率に事前の法選択をすることを阻止することにあると解されている。すなわち、商業活動に従事している者であれば、通常、自身の取引の内容を熟知しているため、そこから生じうる契約外債務についても事前の法選択を禁止する必要はない。それに対し、商業活動に従事しない者は、自身が将来的に関わりうる契約外債務の内容を十分に知りうるとはいえない。そこで、そのような者には一律に事前の法選択が禁止されたのである⁽³⁵⁾。

第三に、事前の法選択は、「自由に交渉された合意」によってなされていなければならない。この要件は、一方当事者による事前の法選択の強制を阻止するために定められた。この要件では、両当事者の共同で作成された契約書ではなく、一方当事者により予め作成された約款によって法選択が成立するかが問題となる⁽³⁶⁾。

以上の第二と第三の要件が充たされなければ、事前の法選択は成立しない。この場合、契約外債務は、新たに事後的法選択がなされない限り、客観的連結によって決定された法による。

(2) 「損害の原因となる事実の発生」時点

法選択を事前と事後とに分ける基準は、「損害の原因となる事実の発

(35) 現行ローマⅡ規則14条の基となった、委員会第二案4条の起草者は、この規定によって「消費者と労働者が、軽率な法選択から保護されうると同時に、そのような法選択を契約に定める可能性がなくなる」と述べていた（KOM（2006）83 endg., S. 3）。

(36) Rauscher/ Jakob/ Picht (Fn. 28), Rn 23; Hay (Fn. 32), S. I-151.

生」時点とされている。(1)で述べたように、この時点以前と以後とのいずれにおいて法選択がなされたかに応じて、その成立要件は異なる。そこで、その要件の要否を左右する「損害の原因となる事実の発生」時点とは具体的にいつなのかが問題となる。

この時点に関する文言は成立史において変遷している。まず、GEDIP案は、事後的法選択の可能となる時点として、「紛争の発生後」という文言を用いていた。委員会第一案以降では、言語版ごとに異なる概念が用いられた。すなわち、委員会第一案および議会第一案の英語版と仏語版では、GEDIP案と同様に「紛争の発生」時が基準とされた。それに対し、両案の独語版においては、「契約外債務を生じさせた事実の発生」時が基準とされた。次の委員会第二案では、英独仏語版共に、事前の法選択については「損害を与える事実の発生」前とされ(4条2項)、事後的法選択については「紛争の発生」後と定められた(同条1項)。ところが、共通の立場では、事前・事後のいずれについても「損害の原因となる事実の発生」時に統一され、最終的にこれがそのままローマII規則に結実した⁽³⁷⁾。この変遷ならびに、最終的に「損害の原因となる事実の発生」概念に統一された理由は、起草者によって説明されていない。そこで学説は、この概念の具体化を文理解釈によって行う。

多数説は、「損害の原因となる事実の発生」時を、加害行為時⁽³⁸⁾と解している。この根拠は、文言の統一的解釈にある。すなわち、ローマII規則4条1項は、「本規則に別段の定めがない限り、不法行為から生じる契約外債務には、どの国で損害の原因となる事実が発生したかあるいはどの国で間接的損害が発生したかに関わりなく、損害が発生した国の法が適用される」と定める(下線は筆者)。本項は、原則的な不法行為

(37) Rugullis, Die antizipierte Rechtswahl in außervertraglichen Schuldverhältnissen in: IPRax 2008, S. 319(321f.).

(38) 欧州では、「行動」(Handlung(独), conduct, act(英))という語が用いられることが多い。しかし本稿では、通則法でも用いられている「加害行為」を用いる。本稿の限りで両者の意味に違いはない。

準拠法が、「損害の原因となる事実が発生した」地の法でも「間接的損害が発生した」地の法でもなく、損害発生地法（結果発生地法）⁽³⁹⁾であると明らかにした規定である⁽⁴⁰⁾。この「損害の原因となる事実の発生した」地とは加害行為地を意味すると解されている⁽⁴¹⁾。そのため、ローマⅡ規則 14 条における同文言「損害の原因となる事実の発生した」時とは、加害行為時と解されることになる。

以上から、商業活動に従事しない者であっても、加害行為時以降であれば、実際に契約外債務が発生する前や、その結果が発生する前においても自由に法選択をすることができる⁽⁴²⁾。ただし、「損害の原因となる事実の発生」時（加害行為時）が基準時とされていることには、次のような立法論上の批判がある。

第一に、加害行為時と損害発生時とが離れている場合に、加害行為時以降に社会的弱者に法選択が認められるとすると、弱者が被害者であるときにその者が十分に保護されないといわれる。そこで、「損害の発生

(39) わが国では、「損害発生」地とは、「結果発生」地ではなく、派生的な損害の発生した地であるという理解が根強い（例えば、櫻田嘉章『国際私法（第 6 版）』（有斐閣、2012）254 頁、横山潤『国際私法』（三省堂、2012）201 頁以下）。しかし、ローマⅡ規則において、「損害」とは、契約外債務の「結果」を意味すると定義されており（ローマⅡ規則 2 条 1 項）、解釈論上も法益侵害の結果が発生した地とするのが通説である（Rauscher/Unberath/Cziupka（2011），Art. 4 Rom II-VO, Rn 3f., 30; Hay（Fn. 32），S. I-139f.; Ofner（Fn. 42），S. 16）。したがって、ローマⅡ規則 4 条にいう「損害発生地」とは、わが国でいう「結果発生地」に相当する。それに対し、わが国でいう「損害発生地」は、ローマⅡ規則 4 条では「間接的損害が発生した地」に相当する。

ローマⅡ規則 4 条 1 項における損害発生地が、従来のドイツ国際私法における「結果発生地（Erfolgsort）」と同義である点については、出口前掲注（2）19 頁参照。

(40) Sujecke, Die Rom II-Verordnung in: EWS 2009, S. 310(314).

(41) Rauscher/Unberath/Cziupka（Fn. 39），Rn 3; Dickinson, The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations（2008），Rn 4. 33; Kramer, The Rome II Regulation on the Applicable to Non-Contractual Obligations in: NiPR 2008, S. 414(420f.).

(42) NK-BGB/Gebauer（Fn. 33），Rn 18; Rauscher/Jakob/Picht（Fn. 28），Rn 9; MünchKomm/Junker（Fn. 33），Rn 17; Ofner, Die Rom II-Verordnung – Neues Internationales Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse in der Europäischen Union in: ZfRV 2008, S. 13(22) ; Dickinson（Fn. 41），Rn 13. 34; Vogeler（Fn. 20），S. 240f.

時」⁽⁴³⁾が基準になるべきとされる。なぜなら、この時点になって初めて、被害者は、権利侵害や紛争の発生を認識できるからである。それに対し、加害行為時は、加害者がその事実の発生を知りやすい一方で、被害者がそれを認識しうる時点としてはまだ早すぎる。そのため、加害行為時以降の法選択を事後的法選択とみなすと、損害発生時までの間に加害者にとって有利な法選択を誘発しやすいと指摘される⁽⁴⁴⁾。

第二に、社会的弱者は、通常、客観的連結によって決定される準拠法が明らかになったときに初めて、法選択の可能性を検討することができる。さもないと、社会的弱者は、選択された法と客観的連結によって決定された法のうち、いずれが有利かを吟味できないからである。この理由からも、損害発生時が基準にされるべきとされる。例えば、不法行為の準拠法につき、損害発生地を連結点とするローマII規則4条1項および損害発生時の共通常居所地を連結点とする同条2項において準拠法が確定するのは、加害行為時ではなく損害発生時である。そのため、当事者は、損害発生時に初めて事後的法選択の可能性を検討できるようになるはずだからである⁽⁴⁵⁾。

以上のような批判があるとしても、損害発生時を基準とすべきという解釈論は少ない⁽⁴⁶⁾。文理解釈によれば、「損害の原因となる事実の発生」時が加害行為時を示すことは明らかであり、14条における当概念のみ異なる解釈をすることは困難と考えられているからであろう。

(43) ローマII規則における「損害」概念が、「結果」と同義である点については、前掲注(39)参照。

(44) Rauscher/Jakob/Picht (Fn. 28), Rn 9, 24; Rugullis, (Fn. 37), S. 323; NK-BGB/Gebauer (Fn. 33), Rn 18.

(45) Vogeler (Fn. 20), S. 245.

(46) Leible/Lehmann, Die neue EG-Verordnung über das außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“) in: RIW 2007, S. 721(726)は、おそらく解釈論で、損害発生時を基準としている数少ない論者である。しかし、極めて簡潔な記述にとどまっており、具体的な例も根拠も挙げられていない。

(3) 「すべての当事者」

「損害の原因となる事実の発生」以前になされた法選択には、ローマ II 規則 14 条 1 項第 1 文 (b) が適用される。同号によれば、「すべての当事者が商業活動に従事し」ていなければならない (Ⅲ-2 (1) 参照)。この「すべての当事者」概念については、二つの論点を挙げることができる。

第一に、商業活動に従事していなければならない「当事者」とは、何の当事者であるのかが問題となる。多数説によれば、「当事者」とは、「法選択の当事者」を意味し、必ずしも契約外債務自体の当事者 (加害者と被害者) や訴訟当事者ではないとされる⁽⁴⁷⁾。この説によれば、実際に事前の法選択をなした当事者が、商業活動に従事しているか否かの審査の対象となる。この趣旨を、簡単な例をもって説明したい。

例えば、加害者 A、B と被害者 C とで共同不法行為が問題になったとする。このとき、A と C とでのみ事前の法選択がなされていた場合、法選択の当事者たる A と C についてのみ商業活動に従事していたか否かが審査されるということである。たとえ B が共同不法行為者 (加害者の一人) であるとしても、AC 間の事前の法選択につき、B が商業活動に従事していたかは問われない。また、後の訴訟において B と C だけが訴訟当事者となった場合、やはり AC 間の法選択について、訴訟当事者たる B が商業活動に従事していたか否かは問題とならない⁽⁴⁸⁾。この場合でも、事前の法選択をなした A と C が商業活動に従事していたかだけが問題になる。要するに、契約外債務の当事者や訴訟当事者は、事

(47) Dickinson (Fn. 41), Rn 13. 09; Rushworth/ Scott (Fn. 27), S. 293; MünchKomm/ Junker (Fn. 33), Rn 21; Rauscher/ Jakob/ Picht (Fn. 28), Rn 19; Calliess/ v. Hein, (Fn. 23), Rn 20; Mankowski, *Ausgewählte Einzelfragen zur Rom II-VO* in: IPRax 2010, S. 389 (399); Vogeler (Fn. 20), S. 248.

(48) AB 間の損害賠償責任が、AC 間で事前に選択された法に影響を受けることはありうる。ただし、事前の法選択についても 14 条 1 項第 2 文後段の第三者保護規定が妥当する (Rauscher/ Jakob/ Picht (Fn. 28), Rn 47)。

前の法選択をなした者とは限らない。そのような当事者につき事前の法選択の要件の審査をすることは不適切と考えられているのである。

第二に、この規定における「すべての」という文言は、法選択をなした当事者のいずれもが商業活動に従事していなければならないことを意味する⁽⁴⁹⁾。すなわち、事前の法選択の両当事者が共に事業者でなければ、当該法選択は成立しない⁽⁵⁰⁾。事業者と消費者間のみならず、対等な交渉力を持つはずの消費者間でも、事前の法選択が認められないことになる⁽⁵¹⁾。

(4) 「商業活動」

事前の法選択の当事者は、「商業活動」に従事していなければならない。前述のように(Ⅲ-2(1)参照)、この文言は取引に熟知しているはずの商業に従事する者にのみ事前の法選択を認め、それ以外の者については事前の法選択を認めない趣旨で定められた。「商業活動」に従事しない者は、事前の法選択の結果として発生しうる契約外債務の内容を予見することは困難と考えられたからである。

ところが、起草者は、この「商業活動」の概念自体を定義しなかった。そこで、多数説は、その他のEU共同体法上の類似概念を用いてこの概念を解釈しようとする。この際にとくに参考とされているのが、ローマI規則6条における「事業者 (Unternehmer)」概念である⁽⁵²⁾。

(49) Junker, Der Reformbedarf im Internationalen Deliktsrecht der Rom II-Verordnung drei Jahre nach ihrer Verabschiedung in: RIW 2010, S. 257 (267); G. Wagner, Die neue Rom II-Verordnung in: IPRax 2008, S. 1(13).

(50) ただし、二人の事業者と一人の消費者との三者間において事前の法選択がなされた場合には、あくまで消費者との関係でのみその法選択は無効となる。事業者間ではなお有効である。Huber/Bach (Fn. 28), Rn 26; Calliess/ v. Hein, (Fn. 23), Rn 20.

(51) MünchKomm/ Junker (Fn. 33), Rn 21; Calliess/ v. Hein, (Fn. 23), Rn 19; Huber/Bach (Fn. 28), Rn 7, 25. ただし、Leible (Fn. 32), S. 258 は、事前の法選択の禁止は、事業者と消費者間だけで十分だという。

(52) EU では、EU 構成国家間における統一的な法適用を促進するために、共同体法上用いられている概念は、国内法ではなく、できる限り他の共同法上の概念をもって解釈す

ローマⅠ規則 6 条 1 項・2 項は、消費者と事業者との間の契約は、消費者の常居所地法によるとしたうえで、たとえ法選択がなされていたとしても、その常居所地の強行法規の保護が消費者から奪われてはならないと定める。同条において「消費者」の対義語として用いられている「事業者」とは、「職業的または営業的活動の実施において行動する者」と定義される。多数説は、この「職業的または営業的活動」概念が、ローマⅡ規則 14 条における「商業活動」概念と同様のものと解している⁽⁵³⁾⁽⁵⁴⁾。

この多数説は、必ずしも詳細に具体例を挙げているわけではない。しかし、消費者の活動はその概念に含まれないという点では一致する。例えば、消費者同士の中古車の取引は、「商業活動」に当たらないとされる⁽⁵⁵⁾。逆にこの概念に含まれる例としては、製造物責任の事例において、買主が自社の事業のためあるいは事業活動の枠内で製品を購入するような場合が挙げられる⁽⁵⁶⁾。また、製造業者のみならず、仲買人、小

ることが推奨されている（ローマⅡ規則序文第 7 段および Vogeler (Fn. 20), S. 45ff.; Cheshire/North/Fawcett (Fn. 25), S. 774 参照）。

- (53) Huber/Bach (Fn. 28), Rn 23f.; Kroll-Ludwigs (Fn. 28), S. 91; Dickinson (Fn. 41), Rn 13. 37; Rushworth/Scott (Fn. 27), S. 293; Rauscher/Jakob/Picht (Fn. 28), Rn 20; Mankowski (Fn. 47), S. 400; Rudolf, *Europäisches Kollisionsrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse – Rom II-VO in: öJZ 2010*, S. 300(301); Sujecke (Fn. 40), S. 313; Thorn, *Der Unternehmer im Kollisionsrecht in: Festschrift für Schmidt (2009)*, S. 1561 (1567); MünchKomm/Junker (Fn. 33), Rn 23; NK-BGB/Gebauer (Fn. 33), Rn 34; G. Wagner (Fn. 49), S. 13; Ofner (Fn. 42), S. 22; Kramer (Fn. 41), S. 422; Vogeler (Fn. 20), S. 266f.

「不誠実な取引行為に関する 2005 年 5 月 11 日の欧州議会および理事会指令 (ABl. EU 2005 L 149/22)」2 条 d) 号における「商業的業務 (commercial practise)」の定義を参考にすべきとする説として、Leible (Fn. 32), S. 260 がある。ただし反論として、Mankowski (Fn. 47), S. 400.

- (54) 「職業的または営業的活動」概念は、欧州内における消費者契約の国際裁判管轄ルールを定めるブリュッセルⅠ規則 15 条でも用いられている。そのため、同規則の解釈論や判例も、「商業活動」概念の解釈に利用すべきと主張される。Dickinson (Fn. 41), Rn 13. 37; Rushworth/Scott (Fn. 27), S. 293.
- (55) Callies/ v. Hein, (Fn. 23), Rn 19.
- (56) Spickhoff, *Die Produkthaftung im Europäischen Kollisions- und Zivilverfahrensrecht in: Festschrift für Kropholler (2008)*, S. 671 (682f.).

売業者、医者、売店経営者、農業経営者、弁護士事務所、化学メーカー、航空会社、プラント建設における元請人および下請人、スポーツ競技チームなどが「商業活動」の従事者とみなされるといわれる⁽⁵⁷⁾。しかし、このような活動に該当するとしても、ローマⅠ規則6条における「事業者」概念の議論等を参考に、さらに以下で述べるような要件が主張されている。

第一に、この活動には「自立性」が要求される。「自立性」とは、当事者が、固有の責任・計算・リスクにおいて活動しており、当該活動につき自由に自己決定ができる状況を意味する⁽⁵⁸⁾。ローマⅠ規則6条において「自立性」が問題となる例としてしばしば挙げられるのが、事業者に雇われている被用者の活動である。例えば、事業者（使用者）ではなく、従業員（被用者）が自身の作業衣や仕事道具等を市場で調達した場合は、自立した活動とはみなされない⁽⁵⁹⁾。被用者は、あくまで使用者の指示において取引をしているに過ぎないからである⁽⁶⁰⁾。ローマⅠ規則6条においては、このような被用者にも消費者保護が妥当する。この解釈はローマⅡ規則14条でも行われるべきとされており、固有の責任および計算等において活動していない者は、14条にいう「商業活動」に従事している者とみなされない。例えば、被用者の活動には事前の法選択が認められないとされる⁽⁶¹⁾。

(57) Vogeler (Fn. 20), S. 256; Thorn (Fn. 53), S. 1567.

(58) MünchKomm/Micklitz, 5. Aufl. (2006), §14 BGB Rn 31f.

(59) Staudinger/Magnus (2011), Art. 6 Rom I-VO Rn. 44; NK-BGB/Leible(2014), Art 6 Rom I-VO Rn 24 (反対説として、Rauscher/Heiderhoff, EuZPR/ EuIPR (2011), Art. 6 Rom I-VO Rn 20). それに対し、使用者や事業者が被用者のために作業衣や仕事道具等を購入する場合は、「自立した」活動とみなされる(NK-BGB/Leible a. a. O. Rn 29; Geimer/Schütze EuZVR 2. Aufl. (2004), A1-Art. 15 EuGVVO Rn 21; MünchKomm/Martiny (2010), Art. 6 Rom I-VO, Rn 7)。

(60) Staudinger/Magnus (Fn. 59), Rn 44; Vogeler (Fn. 20), S. 259.

(61) 労働者（被用者）に事前の法選択が認められないとする立場として、Callies/ v. Hein, (Fn. 23), Rn 19; Vogeler (Fn. 20), S. 258; Rushworth/Scott (Fn. 27), S. 293; Dickinson (Fn. 41), Rn 13.37; Kadner Graziano (Fn. 32), S. 7; Kramer (Fn. 41), S. 422;

第二に、活動には「継続性」が必要とされる⁽⁶²⁾。この要件によれば、業として活動されていない一回限りの取引は、「商業活動」とみなされない。継続的になされていない取引実務は、事業者の専門に属しているとはいえない。専門に属さない取引につき事前の法選択がなされた場合、その結果を予測できないとはいえないからである。したがって、「商業活動」に従事する当事者であっても、継続的に従事していない活動に限っては、事前の法選択が認められないと解される⁽⁶³⁾。

第三に、一方当事者が事業者であると誤認させるような態度をとった場合に、その者が「商業活動」に従事する者とみなされるかが問題となる。ローマⅠ規則6条の議論においては、自身が事業者であると装って契約を締結した消費者は、6条における常居所地法上の保護を受けることができないとされる⁽⁶⁴⁾。この解釈が、ローマⅡ規則14条についても同様に主張されている。すなわち、非事業者が、自身が「商業活動」に従事していると装って、事前の法選択を締結した場合、保護を受けることはできない（事前の法選択は成立する）とされる⁽⁶⁵⁾。

第四に、多数説によれば、事前の法選択がなされた契約外債務が商業活動と「関連性」を有していなければならない。すなわち、当事者が従事している商業活動から発生した契約外債務だけに、事前の法選択が認

NK-BGB/Gebauer (Fn. 33), Rn 34.

(62) Rauscher/Jakob/Picht (Fn. 28), Rn 20; MünchKomm/Micklitz (Fn. 58), Rn 31; Staudinger/Kannowski (2013), BGB §14 Rn 41.

(63) Rauscher/Jakob/Picht (Fn. 28), Rn 20. さらに Vogeler (Fn. 20), S. 260 は、継続的に取引を行う計画があるだけで足りるとする。ほぼ同じように、Calliess/ v. Hein, (Fn. 23), Rn 19 は、たとえ事業者であっても、自己の専門としない取引活動については事前の法選択が認められないとする。

(64) MünchKomm/Martiny (Fn. 59), Rn 10; Staudinger/Magnus (Fn. 59), Rn 57. Rauscher/Heiderhoff (Fn. 59), Rn 23 は、より厳格に、事業者側が事業者とだけ取引する意向を表示し、かつそれにもかかわらず消費者側が事業者であると偽って契約を締結した場合に限定する。

(65) Calliess/ v. Hein, (Fn. 23), Rn 19. ただし管見の限りで、ローマⅡ規則につき、この要件を主張する論者は他に見られない。

められる⁽⁶⁶⁾。商業活動と無関係に発生した契約外債務にも事前の法選択が認められるとすると、商業活動に従事する当事者にとって知識の乏しい取引についても事前の法選択が認められることになってしまう⁽⁶⁷⁾。しかし、商業活動と関係した契約外債務であれば、この活動に従事する当事者はその契約外債務につき十分な経験または知識を有しているとみることができる。この場合に事前の法選択は否定される必要はないと解されるのである。

以上の学説を統括するならば、次のようになる。すなわち、ローマⅡ規則14条にいう事前の法選択をすることのできる当事者の「商業活動」とは、「自立的かつ継続的になされている職業的または営業的活動」である。そして、事前の法選択の可能な範囲は、商業活動から発生した契約外債務に限定される、すなわち法選択と契約外債務の原因となった商業活動との間に「関連性」がなければならない。

(5) 「自由に交渉された合意」

事前の法選択は、当事者が「商業活動」に従事しているだけでなく、「自由に交渉された合意」によって締結されなければ成立しない。この規定は、一方当事者による事前の法選択の強制を回避するために定められた。なぜなら、一方当事者によって予め作成された約款によって法選択がなされたような場合には、両当事者が協力して契約（法選択を含む）を作成したわけではない。大抵は、一方当事者の用意した契約書に、他方当事者が同意するか否かの選択肢があるだけである。この際、他方当事者に「交渉」の余地はほとんどないからである。要するに、この要件は、事前の法選択の場合において交渉力の弱い当事者を保護することが

(66) Rudolf (Fn. 53), S. 304; Huber/Bach (Fn. 28), Rn 24; Ofner (Fn. 42), S. 22; Kroll-Ludwigs (Fn. 28), S. 91; Calliess/ v. Hein, (Fn. 23), Rn 18; NK-BGB/Gebauer (Fn. 33), Rn 34; Vogeler (Fn. 20), S. 270f.; MünchKomm/ Junker (Fn. 33), Rn 21; Thom (Fn. 53), S. 1567; Kadner Graziano (Fn. 32), S. 8; Mankowski (Fn. 47), S. 400.

(67) Rauscher/Jakob/Picht (Fn. 28), Rn 21.

目的とされている⁽⁶⁸⁾。

この約款による事前の法選択の可否につき、解釈論は大きく二つの立場に分かれる。第一に、約款による事前の法選択は一律に否定されるとする説である（以下、「成立否定説」という）⁽⁶⁹⁾。この説によれば、一方当事者によって提示された約款に法選択条項が含まれていた場合、他方当事者がそれに沈黙しただけでなく、それを承諾したときにすら事前の法選択は成立しない。それだけでは、当該他方当事者が、「交渉」によって法選択条項の内容決定に影響を与えたとはいえないからである⁽⁷⁰⁾。この成立否定説の根拠は、同規定の立法趣旨に依拠している。すなわち、同様に「自由に交渉された合意」という文言の含まれていた委員会第二案4条の起草理由には、弱者保護のために「標準契約（standard contract）」による法選択の可能性を排除すると記述されていた⁽⁷¹⁾。ローマⅡ規則14条が、委員会第二案の文言を引き継いでいる以上、上記の立法理由が妥当するとされる⁽⁷²⁾。

第二に、約款による事前の法選択を肯定する説がある（以下、「成立肯定説」という）。この説の主たる根拠は、実務的な必要性である。すなわ

(68) Huber/ Bach (Fn. 28), Rn 27.

(69) 多数説である。Leible (Fn. 32), S. 260; Rugullis, (Fn. 37), S. 322; Sujecke (Fn. 40), S. 313; Mankowski (Fn. 47), S. 400; Spickhoff (Fn. 56), S. 682; NK-BGB/ Gebauer (Fn. 33), Rn 36; Dickinson (Fn. 41), Rn 13. 38ff.; Garcimatin Alférez (Fn. 31), S. 1-82; Vogeler (Fn. 20), S. 277f.; Calliess/ v. Hein, (Fn. 23), Rn 27; Rushworth/ Scott (Fn. 27), S. 293; Dicey/ Morris/ Collins (Fn. 33), Rn 34-045. ただし、この説でも約款による事後的法選択は認められる。

(70) Leible (Fn. 32), S. 260; Dickinson (Fn. 41), Rn 13. 41.

(71) COM (2006) 83 final, S. 3.

(72) この解釈は、他の共同体立法とも親和的であるといわれる。よく挙げられるのが、「消費者契約における濫用条項に関する1993年4月5日の理事会指令」である（ABl. Nr. L 095 vom 21/ 04/ 1993, S. 29ff.）。その3条2項は、「契約条項は、それが予め作成されており、消費者が事前に作成された標準約款の枠内でその内容に対して影響を及ぼすことができない場合には常に、個別に交渉されているものとはみなされえない。」と定める（下線は筆者）。この定義が、ローマⅡ規則14条における「自由に交渉された合意」概念にも同様に妥当すると解されるのである（Leible (Fn. 32), S. 260; Mankowski (Fn. 47), S. 400; Dicey/ Morris/ Collins (Fn. 33), Rn 34-045.）。

ち、ローマⅡ規則14条はすでに事前の法選択の許容性を「商業活動」の場合に限定している。ところが、商業活動において、約款を用いる取引が行われることは通常のことである。そのため、もし事業者による約款中の法選択条項が無効とされるならば、契約外債務につき事前の法選択が認められる場面はほとんどなくなる。そのような結果は、契約外債務に事前の法選択を認めようとした立法者の意思に反する。したがって、当事者が契約締結時に用いた約款に法選択条項が含まれていた場合、法選択は「自由に交渉された」ものとみなすべきという⁽⁷³⁾。ただし、約款による法選択が欺罔をもってなされたり、他方当事者が完全に不意打ち的に約款に服せざるを得なかったという特別な事情がある場合には、事前の法選択は「自由に交渉され」なかったと解される。すなわち、この限りでのみ事前の法選択が否定される⁽⁷⁴⁾。

以上のうち、成立否定説では實際上、事前の法選択が認められなくなり、成立肯定説は、立法趣旨に反する恐れがある。そこで、これらの折衷説が提唱されている。第一に、一方当事者によって送付された約款による法選択は、他方当事者がその中の法選択条項を確認した場合に限り、「自由に交渉された合意」があると解する説がある。例えば、この他方当事者が本契約の署名とは別に、法選択条項自体についても署名をなした場合、その成立は認められるとする。また、両当事者がそれぞれ異なる約款を用いており、かつ両方に同じ準拠法を選択する条項が含まれていた場合も、事前の法選択は認められるとする。この場合、いずれの当事者も法選択の存在を認識しうるため、保護の必要性が乏しいからである⁽⁷⁵⁾。

(73) G. Wagner (Fn. 49), S. 13f.; Ofner (Fn. 42), S. 22; Thorn (Fn. 53), S. 1568; Kühne, Das Anknüpfungssystem des neuen europäischen internationalen Deliktsrechts in: Festschrift für Deutsch (2009), S. 817 (826); Rudolf (Fn. 53), S. 301; Kroll-Ludwigs (Fn. 28), S. 91f.; Rauscher/Jakob/Picht (Fn. 28), Rn 23; Junker (Fn. 49), S. 267.

(74) G. Wagner (Fn. 49), S. 13; Thorn (Fn. 53), S. 1568; Rudolf (Fn. 53), S. 301.

(75) Kadner Graziano (Fn. 32), S. 8. これに対しては、相手方に対し形式的な署名を要求す

第二に、第一の説の要件をより緩和化した折衷説がある。この説によれば、ローマⅡ規則 14 条にいう「交渉」とは、法選択条項自体の交渉ではなく、契約全体の交渉を意味する。契約全体の交渉が自由になされていれば、事前の法選択は認められるという。この説では、当事者が本契約の交渉段階で約款中に法選択条項のあることを承知していればよいとされる。したがって、交渉時に法選択条項の議論がなされる必要はなく、法選択条項自体に署名も要しないと解される⁽⁷⁶⁾。

以上のうち、成立否定説と成立肯定説のいずれからも、「自由に交渉された合意」という文言の定められたことが批判されている。例えば、成立否定説の中には、自説が実務的必要性に反することを認識する論者がいる⁽⁷⁷⁾。この論者においては、あくまで立法趣旨に忠実な解釈をしようとしているにすぎない。この立場からは、実務的必要性を理由に、「自由に交渉された合意」を削除すべきという立法論も主張されている⁽⁷⁸⁾。この改正論は、成立肯定説からも主張される。なぜなら、成立肯定説からすれば、この文言の存在は約款による事前の法選択が一律に否定されるという誤解を当事者に与え、法的明確性を害するからである⁽⁷⁹⁾。

Ⅲ－３ 小括

ローマⅡ規則が契約外債務において事前の法選択を導入したことは、

ることが行われるだけで、実質的な解決策にはならないという旨の批判（Mankowski (Fn. 47), S. 401）や、この見解でも約款による事前の法選択の多くが否定される結果になるといった批判（Vogeler (Fn. 20), S. 275）がある。

- (76) Landbrecht, *Rechtswahl ex ante und Deliktsstatut* in: RIW 2010, S. 783 (784f.). ただし Vogeler (Fn. 20), S. 276 は、この解釈が文言に反するという。なぜなら、ローマⅡ規則 14 条は、本契約ではなく法選択に関してのみ規定しているからである。
- (77) Dickinson (Fn. 41), Rn 13. 41; NK-BGB/ Gebauer (Fn. 33), Rn 36.
- (78) Mankowski (Fn. 47), S. 402; Vogeler (Fn. 20), S. 278ff., 415.
- (79) Junker (Fn. 49), S. 267. また、成立肯定説に立ちつつ、自説が立法趣旨に反することを自覚する説がある（Rauscher/ Jakob/ Picht (Fn. 28), Rn 23）。

たしかに学説に歓迎された⁽⁸⁰⁾。なぜなら、事前の法選択を認めることで、商業活動に従事する当事者の準拠法に関する法的明確性が尊重され、当事者の利益に資するからである。

しかし、以上でみたように、事前の法選択の要件に対する評価は芳しくない。ローマⅡ規則14条における事前の法選択の規律において、とくに批判の強い点は、「商業活動」概念の不明確性、「自由に交渉された合意」要件の厳格さの二つである。

第一の「商業活動」概念については、その定義が立法者によって説明されなかった(Ⅲ-2(4)参照)。そこで、学説は、説明の不足を補うため、他の共同体立法(とくにローマⅠ規則6条)における「職業的または営業的活動」概念を利用した。たしかに、それによる「商業活動」概念の具体化は、一定程度成功していると思われる。しかし、この解釈が今後も維持される保証は必ずしもない。ローマⅡ規則14条が、他の共同体立法のように「職業的または営業的活動」という用語を用いていない以上、判例が学説と同様の解釈を示すとは限らないからである⁽⁸¹⁾。そのため、14条における「商業活動」という文言を、他の共同体立法と同様に「職業的または営業的活動」に改正すべきとの主張が早くもなされている⁽⁸²⁾。このような「商業活動」概念の不明確性は、事前の法選択の成否を不安定にさせる。なぜなら、その概念が、事前の法選択の認

(80) 例えば、Leible/Lehmann (Fn. 46), S. 726; Mankowski (Fn. 47), S. 399; Kadner Graziano (Fn. 32), S. 7; Kroll-Ludwigs (Fn. 28), S. 89; NK-BGB/Gebauer (Fn. 33), Rn 2; Dickinson (Fn. 41), Rn 13. 43; Hay (Fn. 32), S. I-151; Briggs, *When in Rome, choose as the Romans choose in: L. Q. R. 125* (2009), S. 191 (193) 参照。それに対し、事前の法選択の導入に消極的な説として、Rugullis (Fn. 37), S. 322. がある。また、MünchKomm/Junker (Fn. 33), Rn 6 は、事後的法選択だけを認めていたドイツ EGBGB42 条において、実務的な問題が生じたことはなかったという。

(81) Junker (Fn. 49), S. 267 は、「商業活動に従事している」という用語を語義通りに解すると、小規模事業者が、自身の事業とは無関係に個人的目的でのみ取引をする場合にすら事前の法選択が認められる恐れがあるという。

(82) Junker (Fn. 49), S. 267; Mankowski (Fn. 47), S. 402. そうすることで、制限なく事前の法選択のできる者が、契約と不法行為とで一致することになる。

否を左右するからである。このことは、事前の法選択を認めることによって当事者の準拠法に関する明確性を保証するという当初の目的が、必ずしもうまくいっていないことを示している。

第二の「自由に交渉された合意」については、約款による事前の法選択が一律に否定されうることに対し批判がなされた（Ⅲ－2(5)参照）。立法趣旨（委員会第二案の起草理由）に忠実な解釈を行うと、14条が事前の法選択を事業者間に限定しているにもかかわらず、当の事業者が日常的に用いている約款によって、事前の法選択が認められないという結果となる。結局、商業活動から発生する契約外債務の準拠法のほとんどが、事後的法選択か客観的連結によって決定される⁽⁸³⁾。このことは、ローマⅡ規則にあえて事前の法選択の定めが置かれた意味を損なう⁽⁸⁴⁾。事前の法選択が認められるかのような規律でありながら、その実、そうではないということになるとすれば、国際取引に従事する当事者の期待にも反しよう。

前述のように（Ⅱ－3参照）、事前の法選択と事後的法選択とでは制限に格差がある。事後的法選択には、弱者保護に関する一切の制限がないからである。しかし管見の限り、この点はさほど問題視されていない⁽⁸⁵⁾。これは、紛争発生後であれば、非事業者も弁護士から法的助言を受けやすくなるため、事前の法選択ほどには深刻な問題に至らないと考えられているからであろう。

(83) Rauscher/Jakob/Picht (Fn. 28), Rn 17, 25; Kroll-Ludwigs (Fn. 28), S. 456f.; MünchKomm/Junker (Fn. 33), Rn 10; v. Hein (Fn. 25), S. 21.

(84) Mankowski (Fn. 47), S. 401 はさらに、契約においては約款による法選択が認められるにもかかわらず、不法行為についてそれが認められないのは説得的ではないとする。

(85) ただし、Rauscher/Jakob/Picht (Fn. 28), Rn 24; Junker (Fn. 49), S. 267 は、「自由に交渉された合意」要件が、事後的法選択に定められていないから、事前の法選択にもこの要件は不要であると主張する。また逆に、Symeonides, Party autonomy in Rome I and II: an outsider's perspective in: NiPR 2010, S. 191 (203) は、「自由に交渉された合意」要件を事前の法選択のみならず、事後的法選択でも考慮すべきとする。

Ⅳ わが国への示唆

Ⅳ-1 序

周知のとおり、通則法21条は、不法行為における法選択を事後的なものに限定する。この点で、ローマⅡ規則14条1項第1文とは異なる。それでもなお、欧州の議論は、わが国際私法の解釈論ならびに立法論に示唆を与えるように思われる。

Ⅳ-2 事前の法選択の導入

まず、事前の法選択の導入の可否が挙げられる。すでにわが国でも、不法行為において事業者(または企業)による事前の法選択は認められるべきとする見解が存在している⁽⁸⁶⁾。しかし、その要件が具体的に詰められているわけではない。通則法が社会的弱者の保護のためにあえて事後的法選択に限定した以上⁽⁸⁷⁾、仮に事前の法選択が認められる場合にも、弱者保護を検討する必要がある。この点につき、欧州の議論は参考になると思われる。事前の法選択の導入に際しては以下の点が注意されるべきである。

第一に、いかなる者が、事前の法選択の際に保護されるべき社会的弱者であるかという点が明らかにされる必要がある。欧州の議論に倣う限りでは、契約における消費者保護に関する国際私法規定(ローマⅠ規則6条)に従い、消費者・労働者ならびに自身の業としない商取引に関与した事業者が弱者に含まれ、それ以外は事業者とみなされることになる。通則法においては、わが国において契約外債務について事前の法選

(86) 中野俊一郎「法適用通則法における不法行為の準拠法について」民商法雑誌135巻6号(2007)948頁、櫻田・道垣内編『注釈国際私法第1巻』(有斐閣,2011)518頁[竹下]。ただし、中西康「法適用通則法における不法行為」国際私法年報9号(2008)86頁参照。

(87) 小出編『逐条解説 法の適用に関する通則法』(商事法務,2009)247頁。

択を認める場合、消費者保護を定める通則法 11 条 1 項における「事業者」⁽⁸⁸⁾ の定義が、契約外債務における事前の法選択を認めるべき当事者の基準としても用いられうるか否か、十分な検討が必要である⁽⁸⁹⁾。

第二に、「自由な交渉による合意」という要件が必要であるか否かが問題となる。この要件が置かれ、ローマⅡ規則の立法理由（委員会第二案の起草理由）に従うとすれば、約款による事前の法選択は認められないことになる。しかし、すでに事業者間だけに事前の法選択が限定されるのであれば、「自由な交渉による合意」という特別な要件は不要である。むしろ、事業者に事前の法選択の活用を認め、その予見可能性を尊重するために、約款による事前の法選択が認められるべきであろう。約款による法選択が成立するか否かは、法選択自体の有効性の問題として解決されれば足りる。すなわち、法選択において両当事者が外観上表示した準拠実質法により、当該法選択の成立および有効性を判断すべきである⁽⁹⁰⁾。

Ⅳ－3 事後的法選択が可能となる時点

次に、事後的法選択がなされる「時点」をめぐる議論を挙げることができる。ローマⅡ規則における「損害の原因となる事実の発生」時をめぐる議論は、通則法における事後的法選択が認められる時点がいつであるのかという問題を検討する際の参考となる。

(88) 「法人その他の社団又は財団及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人」と定義される（通則法 11 条 1 項第 1 文）。

(89) ローマⅡ規則のように、事前の法選択を認めるか否かという形で弱者保護を定めるのではなく、事前の法選択を認めつつ、弱者と密接に関連する地の法の強行法規によって保護を図るという手段もありうる。そのような立法論として、Mankowski (Fn. 47), S. 401f. がある。ローマⅡ規則成立前では、そのような立場がむしろ多数派であった。Ⅱ－2(3)の担当者草案 6 条 3 項・4 項および Köthe, Schranken der Parteiautonomie im internationalen Deliktsrecht (2008), S. 72ff. とその脚注 (238) に挙げられる文献参照。

(90) 法選択の成立と有効性の問題については、拙稿「国際契約における当事者による法選択の有効性 (2・完)」(2014) 上智法学論集 57 巻 3 号 (2014) 136 頁以下参照。

ローマⅡ規則14条において、事前と事後の境を定める「損害の原因となる事実の発生」時とは、損害発生時(結果発生時)⁽⁹¹⁾ではなく、加害行為時と解されていた。通則法21条は、「不法行為の後において」というのみで、加害行為の後なのか結果発生時の後なのかを明らかにしていない。そのため、当事者が、加害行為時から結果発生時の間に法選択をした場合に、これが事後的法選択として認められるかが問題となる。

通則法21条にいう「不法行為」に、加害行為と結果発生のいずれの意味も含まれていると解されるならば、このうち最初の時点である加害行為時以降から法選択が可能となる。そうとすれば、通則法21条は、ローマⅡ規則14条と同様に加害行為時以降は、弱者保護を要しない、すなわち社会的弱者を含むあらゆる当事者が、自由に法選択をしてもよいと定めていることになる。

しかし、前述のように(Ⅲ-2(2))、加害行為時を基準にすることに対しては欧州でも批判がある。すなわち、加害行為時は、被害者にとってはまだ不法行為債務が発生したことを知りにくい時点である。被害者は、むしろ結果が発生した時点において不法行為の存在を知るからである。加害者側が事業者であったような場合、加害者が、加害行為直後でありまだ相手方が十分に不法行為債務の内容を知らない段階で、自身に有利な法選択を唆し、相手方が安易にそれに応じるという危険がありうるのである。

このような危険は、生産物責任の場合にとくに大きい。この場合、大抵は加害者側が大規模事業者である。通常、社会的強者に属すると解される大規模事業者が、自身の意思に基づきなされる加害行為の時点で契約外債務の発生および内容を予想することは容易である。

これに対し、被害者側にとって不法行為債務の発生を予見することは

(91) ローマⅡ規則における「損害発生」が、「結果発生」と同義である点については、前掲注(39)参照。

極めて困難である。なぜなら、生産物責任における加害行為は、設計・製造・流通等、多岐に渡っている。もし設計時すらも加害行為時と解されるとすれば、将来的に被害者となりうる者との関係ですら法選択が可能となる⁽⁹²⁾。そのため、被害者側が、契約外債務の発生の可能性など知り得ない段階で、選択された法の内容を吟味することなく応じてしまうことが生じうるからである⁽⁹³⁾。このような場合、法選択を事後的なものともみなし、通則法 21 条に基づき成立させることは不適切と考えられる。

加害行為時を基準とすることで生じる不都合は、通常不法行為においても生じる。なぜなら、通則法 17 条は、不法行為につき、結果発生地を原則的連結点とする。したがって、不法行為債務の内容が定まるのは、結果の発生した時点である。少なくともこの時点にならなければ、被害者は、通則法 17 条本文による準拠法と通則法 21 条による準拠法のいずれが自己に有利かを判断することはできない⁽⁹⁴⁾。被害者が、弁護士の法的助言を受けるなどして法選択の可能性を知ったり、客観的連結に基づく自身の請求権の存否を判断する機会を得る前に、加害者との間で安易に法選択を行うということが考えられるのである。

以上から、事後的法選択が可能となる時点である「不法行為の後」とは、一般の不法行為についても、特則のある不法行為についても、その結果が発生した後（例えば、生産物責任においては、被害者が引渡しを受けた時ではない）と解されるべきであろう⁽⁹⁵⁾。この時点以降でなければ、

(92) わが国では、製造物責任事例におけるどの段階が「加害行為」と解されるのかは明らかではない（例えば、櫻田・道垣内編前掲注（86）460 頁〔佐野〕参照）。

(93) 加害者側が、早期の段階で法選択条項を含んだ和解契約書を被害者に受け渡すような場合が想定される。

(94) 通則法 17 条但し書によれば、結果発生地を加害者が通常予見できない場合、加害行為地法が準拠法となる。この場合の事後的法選択の基準時も、加害行為時ではなく、結果発生時と解されるべきである。あくまで、（被害者も含む）両当事者が不法行為の発生を知りえた時点が重要だからである。

(95) 結論的に小出編前掲注（87）248 頁も同旨。

事後的法選択はできないと解すべきである。

V 結語

ローマⅡ規則の起草過程においては、契約外債務における事前の法選択の規律をめぐって数度の変遷がみられた(Ⅱ)。結果的に、ローマⅡ規則14条は、契約外債務につき事前の法選択を認めるに至る。同条1項第1文によれば、「損害の原因となる事実の発生」以前の法選択は、「すべての当事者」が「商業活動」に従事しており、かつそれが「自由に交渉された合意」に基づいていなければ認められない。これらの概念は、欧州の学説においてすでに詳細に議論されている(Ⅲ-2)。しかし、この規定は、手放しで歓迎されているわけではなく、批判のあることも確認された(Ⅲ-3)。

本稿では、これらの欧州の議論を参考に、わが国で事前の法選択を採用する場合に注目すべき論点(Ⅳ-2)ならびに事後的法選択の解釈における論点(Ⅳ-3)を取り扱った。

前者については、解釈論では事前の法選択の導入が困難だとしても、立法論において参考になる点が多々みられた。本稿で紹介した「事業者」の定義や、約款による事前の法選択を禁止すべきかといった点は、今後の議論への視座を提供できたのではないかと考えている。

後者については、結果発生時が事後的法選択の基準時点と解されるべきであるという結論を示した。通則法において法選択が事後的なものに限定された理由は、この時点では、すでに紛争が発生しており、社会的弱者も軽率には事後的法選択に応じないと解されたからである。とくに、この時点では弁護士からの法的助言(とくに国際私法に関する助言)を受けるなど、社会的弱者でも法的な対応をすることができる。しかし、その社会的弱者が、契約外債務の発生や法選択をすることが自身に利するかどうかなどを知ることでできない加害行為時点では、このよう

な対応は難しい。したがって、加害行為時から結果発生時までの期間に法選択が認められることは、通則法が事後的法選択に限定した立法趣旨に反すると考えられる。

(本学法学部客員研究員・ドイツ連邦共和国ミュンヘン大学客員研究員)