

---

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（1）

著 者： 福井 清貴

所 収： 『上智法学論集』第 57 卷 1-2 合併号（平成 25 年 11 月）121-152 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 (1)

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、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
    - 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

## 第1章 序文

国際契約における当事者自治の原則をめぐる重要な論点の一つとして、いわゆる法選択の有効性の問題が挙げられる。この問題は、当事者による法選択行為自体の有効性をいかなる法または基準によって判断すべきか、という問題である。

この法選択行為の有効性をめぐる問題は、国際私法のテキストにおいて必ずといってよいほど取り上げられるトピックである。それにもかかわらず、これまで詳細には論じられてこなかった。法の適用に関する通則法（以下、「通則法」という）の改正に際しても、この問題に関する立法化は、わが国における諸学説の見解の不一致や実務的な必要性が乏しい等を理由に回避された<sup>(1)</sup>。しかし、法選択行為の有効性は、法選択の成否にかかわる重要な問題である。この問題はより詳細に検討されるべきである。

本稿ではこの検討にあたって、ドイツとスイスの議論を素材とした。欧州では、契約に関する統一的な国際私法ルールであった1980年の国際債務契約に適用される法に関するローマ条約<sup>(2)</sup>（以下、「ローマ条約」という）、並びに2009年以降にそれを規則化した、契約債務の準拠法に関する2008年6月17日の欧州議会および理事会規則（Verordnung

(1) 小出編『逐条解説 法の適用に関する通則法』（商事法務, 2009）92頁。

(2) 草案も含めた本条約に関する邦語文献として、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巻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巻4号（1975）1頁以下、岡本善八「国際契約の準拠法—EEC契約準拠法条約案に関して」同志社法学32巻1号（1980）1頁以下、32巻3・4号（1980）46頁以下、梶山純「契約債務の準拠法—EC（EU）の契約債務準拠法条約—」九州国際大学法学論集1巻1号（1994）23頁以下。ドイツEGBGBとローマ条約の条文対照表として、奥田安弘『国際取引法の理論』（有斐閣, 1992）288頁以下。ドイツは本条約を1986年7月25日に批准した（BGBl. 1986 II, S. 809）。

(EG) Nr. 593/2008 vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht)<sup>(3)</sup> (以下、「ローマ I 規則」という)が、法選択の成立と有効性<sup>(4)</sup>につき、準拠法説を採用している。また、ドイツでは、このような明文の規律がなかった時代においても、準拠法説が多数の学説により主張されていた。他方、スイスにおいても、1989年に施行されたIPRG (国際私法典)が準拠法説を採用している。これらの国の議論は、準拠法説の取り扱いに関し、わが国の議論にも有意義な示唆を与えるものと考えられる。

本稿では、第2章においてドイツおよびスイスにおける法選択の有効性に関わる法状況を紹介する。ドイツについてはローマ条約批准以前すなわち1986年にEGBGB (民法施行法)が改正される以前、スイスについては1989年のIPRG施行以前に、この問題がどのように解決されていたのかをみる。その後、両制定法の内容を概観する。第3章においては、制定法の解釈論をより掘り下げて取り扱う。これらの制定法は、立法前の両国の学説を基礎にしている。そのため、必要に応じて旧学説も引用する。以上の検討を踏まえ、第4章において、ドイツとスイスの議論がわが国にいかなる示唆を与えるか検討する。最後に第5章において、本稿における主張を要約し、結びとしたい。

なお、本稿においては、「当事者による法選択」のことを単に「法選択」ということがある。それが、一般的な準拠法選択とは異なる意味で

---

(3) ABL. EG Nr. L 177 vom 4.7.2008, S. 6ff. ローマ I 規則については、高橋宏司「契約債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則 (ローマ I 規則) —ローマ条約からの主要な変更点を中心に」同志社法学 63 卷 6 号 (2012) 1 頁以下、同「契約債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則 (ローマ I 規則) — 4 つの視点からのローマ条約との比較」国際私法年報 13 号 (2012) 2 頁以下。

(4) 本稿では、とくに必要な場合を除いて、「有効性」という語を、「成立」と「有効性」とを含む広義の意味として用いている。狭義の「成立」と「有効性」の概念については、第2章第2節 I - 3、続刊第3章第3節参照。具体的には、「成立」とは、申込と承諾、意思表示の到達、不一致等のことであり、「有効性」とは、意思の瑕疵・欠缺 (錯誤、詐欺、強迫)、表示者の死による意思表示の効果、取消等のことである。

あることは、前後の関係からご了解いただけると思う<sup>(5)</sup>。

## 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

ドイツは、1986年のEGBGBの改正まで、債権契約に関する一般的な国際私法規定を有していなかった。判例は、19世紀末のEGBGB制定期以前より、国際契約における当事者自治の原則を認めていた<sup>(6)</sup>。それに対し、学説においては、当事者自治の原則の承認自体が争われていた。当時のドイツ学説においては、この当事者自治承認の議論にかかわる形で、すでに法選択の有効性が問題とされていた。

例えば、Zitelmannは、当事者自治を否定する根拠について、以下のように述べた。すなわち、「当事者指定に、準拠法を決定する力が与えられる場合には、まず第一に、当事者指定が有効に成立しうることが確定されなければならない。しかし、当事者指定が有効であるために、どのような要件が充たされなければならないのかは、法規(Rechtssätze)だけが述べることができるのであり、……そのような法規は、個別的な法秩序からのみ取り出すことができる」<sup>(7)</sup>。そして、Zitelmannは、有効性を判断する「個別的な法秩序」が、当事者によって選択された法秩序であるならば循環論に陥るし、法廷地法であるならば法廷地法主義に一

---

(5) ドイツおよびスイスにおいても、「Rechtswahl(法選択)」とは、当事者による法選択を意味するのが一般的である。

(6) Staudinger/Magnus(2011), Einl zur Rom I-VO, Rn. 16.

(7) Zitelmann, IPR Bd. II(1912), S. 375.

一般的に投げかけられる批判がここでも妥当するというのである<sup>(8)</sup>。この議論は、すでに当事者自治否認論者が、法選択の有効性に関する問題を認識していたことを示している。

この当事者自治否認論は、1931年のHaudekの論文によって、克服された<sup>(9)</sup>。すなわち、当事者による法選択の問題は、実質法ではなく、国際私法独自の問題である。そのため、法選択の許容性<sup>(10)</sup>と有効性は、法廷地国際私法によって判断されるという<sup>(11)</sup>。法選択の有効性が国際私法自体で解決されるのならば、Zitelmannのいうような法選択の有効性を判断する「個別的な法秩序」の適用をめぐる問題は生じない<sup>(12)</sup>。もっとも、国際私法自体により法選択の有効性がどのように規

- (8) Zitelmannは、この後に、当事者による法選択によって準拠法を決定することができるというルールは、債務者の属人法が認めている範囲内でのみ効果を有するという、債権準拠法の決定に関する自説を展開する (a.a.O, S. 375ff.)。

その他の否認論者も、当事者自治に対してZitelmannと概ね同趣旨の批判をしている。当事者自治の原則を認めるとすると、当事者が「何を」意図していたのが審査される前に、当事者が、その意思を有していたのかどうか判断されなければならない。それについて判断する法は、まず第一に、客観的に決定される法 (an sich zuständigen Recht) しかありえない、という旨の批判である。L. von Bar, *Theorie und Praxis des IPR* Bd. II, 2 Aufl. (1889), 4ff.; Neumeyer, *IPR* (1923), S. 6; Lewald, *Das deutsche IPR auf der Grundlage der Rechtsprechung* (1931), S. 201.

- (9) しかし、当時、当事者自治を承認した論者はHaudekだけではない。例えば、Mayer, *Zur Parteiautonomie als Kollisionsnorm in: NiemZ* 44 (1931), S. 103ff. Mayerは、当事者自治の原則を認めるかどうかは、法廷地抵触法の問題であると明言した上で (S. 113)、判例が、一貫して当事者自治の原則を認めている状況があるから、それを認めるべきとする (S. 126)。その他の初期の当事者自治肯定論者として、Nussbaum, *Deutsches IPR* (1932), S. 214ff.; Melchior, *Die Grundlagen des deutschen IPRs* (1932), S. 498ff.
- (10) Haudekは、今日の通説とは異なり、当事者が契約と場所的に密接に関連している法のみを選択できるという量的制限論を採用していた (Haudek, *Die Bedeutung des Parteiwillens im IPR* (1931), S. 90)。この量的制限がここでいう「許容性」の問題に含まれる。
- (11) Haudek (Fn. 10), S. 6f., 88ff. このような議論については、折茂豊『当事者自治の原則』(創文社、1970) 53頁以下、江川英文「国際私法上の意思自治の原則に関する一考察」我妻・鈴木編『商法の基本問題』(有斐閣、1952) 441頁以下参照。
- (12) Haudekは、結局、法選択の有効性に、法廷地国際私法の補充として法廷地実質法を適用する (Haudek (Fn. 10), S. 91f.)。そのため、Haudekの見解には、Zitelmannのいう「法廷地法主義に一般的に投げかけられる批判」が妥当するように考えられる。しかし、

律されるのかという問題はなお残されることになる。

前述のように、ドイツには契約の国際私法規則が明文上存在しなかった。そのため、法選択の有効性についても、判例と学説が重要な役割を果たす<sup>(13)</sup>。学説については、第3章において立法制定後のものと併せ検討する<sup>(14)</sup>。以下では制定法前の判例に絞って概観する。

法選択の有効性に関わる初期の判決としては、RG 20. 2. 1929 が挙げられる<sup>(15)</sup>。ライヒ裁判所(以下、「RG」という)は、保険証書に記載されていた準拠法条項の解釈の問題につき、以下のように判示した。「承認された法解釈によれば、外国法が適用されるか、どの外国法が適用されるのかという問題は、ドイツ法によって判断されなければならない」。そして、当時のドイツ保険法によれば、保険証書中の手書きの条項は、印刷された条項に優先されるとされていた。本件では、主たる保険証書には、印字にてフランス法の適用が定められていた。個別証書(Einzelpolice)においては別途、イタリア法の適用が印字にて規定されていた。しかし、この個別証書中に手書きで主たる保険証書が参照指示されていたため、個別証書についても主たる保険証書の準拠法であるフランス法が適用されるとされた。

RGは「どの外国法が適用されるのか」がドイツ法によって判断さ

---

Haudekは、次のようにいい、この批判を回避している(a.a.O. S. 92f.)。すなわち、行為無能力による法選択の有効性の問題は本国法により、本契約と法選択との有効性が同時に問題になる場合にはいずれの有効性も選択された準拠法による。したがって、法選択の有効性に法廷地実質法が適用されるのは、法選択だけに関係する意思の瑕疵・欠缺(錯誤・詐欺・強迫)が問題になるような場合に限定される。しかし、このような意思の瑕疵・欠缺につき、当事者は主張することに関心がなく、これまでの判例でも取り扱われたことがないため、実務上まず問題にならないという。

- (13) Moser, Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht (1948), S. 43. ただし、法律行為の方式につき、EGBGB11条が準拠法と行為地法の選択的連結を定めていた。当時のEGBGBについては、川上太郎『国際私法の法典化に関する史的研究』(有信堂, 1963) 附録30頁以下参照。
- (14) 法選択の有効性に関する学説は、立法の前後で極端に相違していたわけではないからである。
- (15) IPRspr. 1929 Nr. 35.

れなければならないと述べた。このことから、法選択の有効性にドイツ法（法廷地実質法）が適用されると判示されたと読むことも可能である<sup>(16)</sup>。しかし厳密には、本件では法選択条項の解釈の問題に、法廷地法たるドイツ法が適用されたに過ぎない。法選択の有効性の判断が実際にはなされていないのだから、RGが有効性の問題も法廷地実質法たるドイツ法に服せしめるつもりだったのかは不明である。

戦後の連邦通常裁判所（以下、「BGH」という）もこの問題については、沈黙を維持していた。ただし、法選択の成立要件につき興味深い判示をした一事例として、BGH 29. 11. 1961が挙げられる<sup>(17)</sup>。本件では、オランダの仲買人を介して締結されたドイツ法人とオランダ法人との間の売買契約の有効性が問題となっていた。イギリス法によれば、本件当事者間で契約が成立するためには、契約書に署名を要するとされていた。しかし、契約当事者間にそれは存在していなかった。被告は、この方式の不存在を援用し、契約の無効を主張した。それに対して、原告は、イギリス法上、仲買人を介した売買契約においては、当該文書方式を要しないと異議を述べた。BGHは、両当事者が訴訟上、イギリス法を前提として法的に争っていたこと、イギリス法の商慣習を前提とした契約約款が問題になっていたことをもって、契約準拠法はイギリス法であると判示した原審を是認した。その上で、契約の方式有効性は、契約準拠法たるイギリス法によるとした。本件において、BGHは、法選択につき以下のように判示した。

すなわち、「外国法および国際私法のためのマックスプランク研究所の法鑑定意見によれば、いわゆる『指定契約（Verweisungsvertrag）』の有効性は、売買契約の有効性とは独立している。そのような有効な指定契約は、この鑑定意見によれば、両当事者が、債権契約に関して特定の法

(16) Soergel/ Kegel (1983) vor Art. 7 EGBGB, Rn. 341 は、本判決を、「見たところ（anscheinend）」法廷地法説が採用されたいものとして引用している。

(17) JZ 1963, S. 167 = IPRspr. 1960/61 Nr. 40.

秩序に支配されるという意思の外観を惹起した場合には常に受け入れられなければならない。控訴審裁判所は、この法解釈に従った。そのことは、ドイツ国際私法の観点の下でも法的に異議が述べられえない」。かくして、BGHは、本件においても、法選択の有効性がどの法秩序によって判断されるべきかを直接に判示していない。しかし、2つの重要な判示をした点で注目される。

第一に、指定契約の有効性が売買契約のそれとは独立していると判示されたことである。この点は、当時の学説上の通説に従ったものである<sup>(18)</sup>。そしてそれは、ドイツにおいて定まった判例となっていた<sup>(19)</sup>。これによれば、契約が無効になったとしても、法選択そのものは成立したままとなる。この場合でも、客観的連結で準拠法が確定し直されることなく、当事者により指定された準拠法が契約になお妥当するのである。

第二に、法選択の成立要件を示したことである。「指定契約」が、両当事者が特定法によるという意思の外観を惹起させれば成立すると述べているように解されるからである。このように解されるとすれば、特定の準拠法が指定されたという外観上の事実さえ判明すれば法選択は成立することになる。当事者の真の内心(錯誤の有無等)は判断される必要はないし、その判断のために法選択に法廷地実質法または準拠実質法を準用する必要もないと考えられる。

---

(18) 例えば、Raape, IPR 5. Aufl. (1961), S. 467; Kegel, IPR 4. Aufl. (1977), S. 291; Sandrock/Steinschulte, Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung Bd. I (1980), Rn. 124.

(19) 同旨の判決として、例えば、選択された準拠法が本契約を無効とするとしても、法選択は有効のままであるとしたBGH 4.7.1969, NJW 1969, S. 1760 (1761) や、不動産契約につき方式が問題となっているとしても、法選択そのものに方式は必要がないとしたBGH 3.12.1971, BGHZ 57, S. 337 = IPRspr. 1971 Nr. 11などが挙げられる。また、BGH 9.3.1979, BGHZ 73, S. 391 (394) は、スペイン所在の不動産の売買契約につき方式要件が問題になった事例である。本判決でも、不動産契約に方式を要求する準拠法が当事者により選択された場合、法選択には、その方式規定が適用されないとし、本契約の無効は法選択を無効とはさせないと判示された。

このうち、第二の判示部分に、明確に従った後継の判決はなく、学説の支持もない。この判示部分はミスリーディングであると評される<sup>(20)</sup>。あたかも、法選択に関する「意思の外観」を惹起させたのみで法選択が成立するかのよう判示されているからである。マックスプランク研究所の法鑑定意見は、法選択の有効性を判断する準拠法を特定するために、「意思の外観」を持ち出したのだと考えられる<sup>(21)</sup>。この第二の判示部分は、法選択の成立要件につき言及したという意味では興味深いものの、リーディングケースであるとは到底いえない。

法選択の有効性の問題につき明確に認識していたのにも関わらず、それにつきあえて判示しなかった事例として BGH 6.2.1970 が挙げられる<sup>(22)</sup>。本件では、オランダ所在の住宅の売買に関する予約 (Vorvertrag)<sup>(23)</sup> に基づき、売主 (原告) 側が、買主 (被告) 側に、正式な (オランダ公証人作成の公正証書による) 売買契約の締結を求めたが、買主側がこれを拒み、訴訟に発展した事例である。争点の一つとして、予約の方式の準拠法が問題となっていた<sup>(24)</sup>。BGH は、以下のように述べた。「抵触法的な指定契約は、法廷地法に支配されるにせよ、合意さ

(20) Reithmann/Martiny, IVR 3. Aufl. (1980), Rn. 7. また、本判示部分は、準拠法判断に直接影響したわけではないため、傍論である。

(21) したがって、鑑定意見は準拠法説の立場をとっていたのだと考えられる。そのためか、本判決は、準拠法説が主張される際に引用されることがある (von Hoffmann, Vertragsannahme durch Schweigen im Internationalen Schuldrecht in: RabelsZ 36 (1972), S. 510 (519))。準拠法説の問題となる法選択の「外観」については、続刊の第3章第1節Ⅲおよび第2節参照。

また、当時本判決のこのような立場は学説上、有力ではなかった。マックスプランク研究所が、裁判所向けの鑑定意見において、このような独自説を打ち立てるとは考えにくい。

(22) BGHZ 53, S. 189 = NJW 1970, S. 999 = IPRspr.1970 Nr. 10.

(23) 本契約を締結する義務が生じる契約の一種である。本件のように、売買の予約がなされると、一方当事者は他方当事者に売買契約の締結を強制することができる。山田晟『ドイツ法律用語辞典 改訂増補版』(大学書林, 1993) 710頁。

(24) ドイツ判例法上、不動産の売買契約だけでなく、その予約にも方式 (公正証書) が必要であった。本件ではそれがなかった。

れた法に支配されるにせよ、方式を要しない」。この引用部分から、BGHは、法選択の有効性を判断する準拠法の問題を認識していたことがわかる。しかし、本件には明示の法選択がなかった。BGHは、黙示の法選択の探求により予約の方式の準拠法をドイツ法とし、当該予約を無効と判示した。黙示の法選択の探求により準拠法を特定するだけにとどめ、法選択の有効性につき法廷地実質法説と準拠法説とのいずれを採用するかについては判示しなかったのである。

以上のように、ドイツの最高裁は法選択の有効性の準拠法判断につき必ずしも立場を明らかにしなかった<sup>(25)</sup>。これに対し、下級審においては、法廷地実質法説を採用した判決がある。LG Mainz 10.12.1971である<sup>(26)</sup>。本件では、ドイツ原告とイギリス被告との売買契約の紛争に関する裁判管轄合意の成否が争点となっていた。しかし、裁判管轄合意の実質的成立要件は、本契約の準拠法に服すると考えられていたため、この準拠法を確定する必要があった。そこで、法選択条項の成立と有効性が問題となったのである。本件では、当事者間の通信は英語で行なわれたものの、契約締結時に用いられた商人確認書<sup>(27)</sup>は、ドイツ語で印刷

---

(25) 特殊な例として、BGH 10.5.1984, WM 1984, S. 1014がある。本件は、準拠法説を採用した裁判例ではあるが、外国仲裁判断の執行判決に際し、仲裁合意の成立の準拠法が問題となったにすぎず、実体的な契約の準拠法に関して判断されたわけではない。「正当な見解によれば、国際仲裁手続法においても、法選択の有効性に関しては法選択条項によって準拠する法が判断するという原則が妥当する」とし、仲裁合意にも(仲裁法の)法選択にもニューヨーク法が適用されるとした。

さらに、保険者の運送業者に対する積荷の損害賠償請求に際し、船荷証券中の法選択条項と裁判管轄条項の有効性が問題になった事案として、BGH 30.5.1983, IPRax 1985, S. 27がある。本件では、これらの条項の有効性は、そもそもこの有効性自体が問題となっているのだから、当該条項で示された法には依拠できないとし、積荷の仕向地であったドイツ法によって判断されるべきとされた。

(26) IPRspr. 1971, Nr. 135 = AWD 1972, S. 298.

(27) 契約が口頭で締結されたときには、商慣行として当事者の一方が契約内容を書面に作成する。この書面が「商人確認書」である。ドイツにおいては、これが他方当事者に送られた後に当該当事者が沈黙した場合、この内容が契約内容になるとされる(山田前掲注(23)95頁、石原全『約款による契約論』(信山社, 2006)122頁以下)。ドイツにおいては、申込に対する沈黙を承諾とみなす特則がHGB362条に規定されている(出口

されたものであった。この確認書には、「内国および外国のための我々に供給されるすべての物品には、ドイツ法のみが適用される。裁判管轄はマインツである」との記述があった。

マインツ地方裁判所（以下、「LG Mainz」とよぶ）は、本件においては法選択が成立したかどうかの問題になっているとする。LG Mainzによれば、どの法によって法選択の有効性が判断されるのかという問題については、本契約の法によって判断する説（準拠法説）と法廷地法説とで争いがある上、BGH<sup>(28)</sup>も、この問題を未解決にしているという。しかし、LG Mainzは、法廷地法、すなわちドイツ実質法が、法選択の有効性を判断する見解が妥当であるとする。その理由は、以下の通りである。

「国際債権法においては、当事者意思への連結によって、本契約の準拠法が決定されうる。その点で、この問題〔準拠法を選択する当事者の意思の存否の問題〕が、それが明らかになることによって初めて確定される本契約の準拠法によって判断されようとすることは、循環論である。この場合には、ごく当然に想起しうる法としての法廷地法を適用することが、適切な解決策である」([ ]は筆者)。準拠法説における循環論の問題を理由に、法廷地実質法説が採用されたのである。もっとも、本判決は、法選択の成立を結論的には否定した。ドイツ法によれば、沈黙により当該合意は成立するのに対し、一方当事者の故郷の法(Heimatrecht)<sup>(29)</sup>であるイギリス法によれば成立しないからである。LG

---

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 卷 1・2 号 (1987) 258 頁参照)。我が国における商法 509 条に相当する規定である。

(28) 前掲注 (22) の BGH 6.2.1970 と、BGH 30.1.1961, NJW 1961, S. 1061 = AWD 1961, S. 103 が引用されている。後者は、オランダ企業とドイツ代理商との間のオランダの専属管轄合意の有効性が問題になった事例である。本件契約書にはオランダ法の明示的な法選択も記載されていた。準拠法決定に関しては、オランダ法の指定が法律回避に当たらないこと、およびドイツの公序に反しないことが判示されたものの、法選択自体の有効性については何ら判示されなかった。

(29) 必ずしも本国法を意味しない。本件では明らかにされていないが、通常は、当事者の

Mainz は、このような場合に限り、一方当事者の予見可能性を考慮して、その故郷の法（イギリス法）が適用されるとしたのである<sup>(30)</sup>。

立法制定前のドイツにおいては、法選択の有効性につき直接判示するものは、下級審判決に見られるに過ぎない<sup>(31)</sup>。最高裁判例においては、法選択と本契約とが独立に成立するという原則や、法選択は方式なしでも成立するという原則が確認されたにとどまる<sup>(32)</sup>。これは、法選択の有効性が裁判上争われることは稀であるということだけでなく、契約準拠法がたいてい黙示の法選択ならびに仮定的当事者意思によってのみ決定されていたという事情によるものであろう<sup>(33)</sup>。実際、黙示の法選択の探求や仮定的当事者意思による準拠法決定を行なう判決は、膨大に存在している<sup>(34)</sup>。これに対し、法選択に関する意思の瑕疵や錯誤、意思表示の到達等の規律から、法選択の成否を判断する判決はほとんど見ら

---

住所地法および居所地法ないしは営業所所在地法を意味する（Kegel (Fn. 18), S. 275, 291）。

- (30) いわゆる意思表示の特別連結である。この判示部分は、わが国ですでに紹介されている。出口前掲注 (27) 272 頁。
- (31) 興味深いその他の下級審判決としては、LG Hamburg 28.12.1954, IPRspr. 1954/55, Nr. 164 が挙げられる。裁判管轄合意の有効性が問題になっていたが、「準拠法秩序の確定のためには、準拠法合意の締結に関する一方当事者による主張で十分である。さもなければ、準拠法秩序の確定がありえないであろう。なぜなら、当該法秩序の確定後に初めて、合意が存在したか否かの問題が確定されうるからである。」とした。本判決は、法廷地実質法説も準拠法説もとっていない。準拠法合意の有効な成立を手続法的に擬制することにより、循環論を回避した事例である。
- (32) それに対し、1986年のEGBGB改正後の、1986年12月に早速、準拠法説を採用した判決（BGH 15.12.1986, BGHZ 99, S. 207）が下されたことは興味深い。これは、法選択の有効性の問題が、ドイツでは判例理論よりも立法に牽引されたことを示していると思われる。
- (33) Raape (Fn. 18), S. 457 は、通例、当事者は指定契約の有効性を争わず、これが問題となった判例もほとんどないという。また、Staudinger/Firsching (1978), vor Art. 12 EGBGB Rn. 321 は当時の契約の準拠法決定に関する4階梯（明示・黙示的法選択、仮定的当事者意思、履行地）をステロタイプに述べるにとどまる判決がほとんどであるという。
- (34) Kreuzer, Das internationale Privatrecht des Warenkaufs in der deutschen Rechtsprechung (1964), S. 234 によれば、明示の法選択が問題となった例は稀であるとされる。Soergel/Kegel (1983) vor Art. 7 EGBGB, Rn. 343ff. においても、黙示的法選択・仮定的当事者意思による準拠法決定の事例に比して、明示の法選択の事例は少ない。

れない。

## II スイス

スイスも、1987年に成立したIPRGが1989年に施行されるまで、契約に関する一般的な国際私法規則を有していなかった<sup>(35)</sup>。スイスにおいては判例・学説とも、すでに20世紀の初めには、当事者自治の原則が認められていた<sup>(36)</sup>。ただし、1950年代までのスイス判例は、契約の「成立」には、締結地法のみが適用され、当事者自治の原則が妥当しないという特殊な立場をとっていた。当事者自治の原則が妥当するのは、契約の「効力」の問題に限定される<sup>(37)</sup>。このような判例実務は、「大きな契約分割 (grosse Vertragsspaltung)」とよばれた<sup>(38)</sup>。

Hombergerは、この判例実務の理由につき、次のように推論する。すなわち、判例が、契約がすでに成立していない限り当事者の法選択も存在し得ないという考え方をとっていたという。もし契約の成立の準拠法決定につき当事者自治を認めるとすると、当事者は、まだ成立も存在もしていないはずの契約についてその準拠法を決定できることになる。こ

(35) ただし、スイスは、1955年6月15日の有体動産の国際売買の準拠法に関するハーグ条約に批准している（スイスでの発効は1972年）(BBl. 1971 II S. 1049ff.)。本条約は、動産物品売買の問題に限定されてはいるが、当事者自治の原則を認めており、法選択の有効性の問題につき、準拠法説を採用している。この条約については、川上太郎『国際私法条約集』（有信堂、1966）140頁以下・213頁以下、沢木敬郎「有体動産の国際的売買に関するハーグ国際私法条約」海外商事法務72号（1968）2頁以下を参照。

(36) スイス従来の法状況の概観については、Vischer, IVR (1962), S. 35ff. を参照。ただし、スイス初期の当事者自治否認論として、Gutzwiller, Internationalprivatrecht (1931), S. 1605f. がある。その否認の根拠は、前掲注(8)で挙げられるドイツ学説とほとんど相違はない。

(37) 当事者による法選択がない場合、契約の効力には、履行地法あるいは「最も密接に関連する地の法」が適用されるとされていた。このようなスイス判例については、長田真里「国際契約の法的規律における履行地の意義(一)」阪大法学49巻5号（2000）116頁以下参照。

(38) この分轄は、契約を単一の法に連結すべきと主張する有力説から強い批判を浴びていた。Widmer, Die Bestimmung des maßgeblichen Rechts im internationalen Vertragsrecht (1944), S. 103f., 109f.; Moser (Fn. 13), S. 215.

の前提はとりえないため、契約の成立の準拠法は、客観的連結により定めざるをえない。それに対して、契約の効力は、一旦契約が成立した後  
の問題であり、この段階であれば、当事者は、すでに存在する契約の効  
力の準拠法を指定できる。以上のことから、契約の成立には、契約締結  
地法のみが妥当し、効力にのみ当事者自治が認められたのだという。

しかし、Homberger自身が、この考え方に反対している。法選択に関  
する当事者の意思は、本契約(実質法上の権利義務関係)それ自体の意思  
とは区別されなければならないからである。本契約の成立の準拠法を決  
定する法選択と、本契約それ自体は、別々のものとして成立するのであ  
り、後者が成立しなければ前者がありえないという関係はないのであ  
る<sup>(39)</sup>。

スイス判例の特殊な立場は、1952年の連邦裁判所判決により変更さ  
れる<sup>(40)</sup>。以降は、契約の成立と効力は単一の単位法律関係として取り  
扱われた。その上で、契約の準拠法は、第一に、当事者による明示的・  
黙示的な法選択により決定され、それがなければ客観的連結(最密接関  
連地ないしは履行地)により定められるようになった<sup>(41)</sup>。ドイツおよび  
わが国は、従前より契約の成立と有効性とをまとめて単一の単位法律関  
係として把握したうえで、当事者自治を認めている。そのため、スイス

---

(39) Homberger, Die obligatorischen Verträge im IPR nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes (1925), S. 28f. また、Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren des IPR 3. Aufl. (1961), S. 210 は、裁判所が契約の成立にだけ当事者自治を認めなかったのは、当事者意思が任意法の枠内でのみ妥当すると考えられていたからだと指摘する。契約の効力に関する規律の多くは任意法に属し、成立に関する規律は、強行法に属する。そのため、当事者自治が「成立」問題には認められなかったという趣旨での指摘であろう。「大きな契約分轄」の理由付けの詳細については、Tobler, Der hypothetische Parteiwille im internationalen Vertragsrecht (1949), S. 74ff. 参照。Tobler は、裁判所がこの分轄の理由を何ら説明していないという。

(40) BGE 77 II 272 (14.6.1951); BGE 78 II 74 (12.2.1952).

(41) Schönenberger/Jäggi, OR 3. Aufl. (1973), Allgemeine Einleitung Rn. 225. 本文献には、これと同内容の分冊版(1961年出版)が存在している。本稿では、1973年の合冊版を引用した。

判例を検討する際には、両国と同様の立場をとった 1952 年以降のものを参照するのが適当である。

スイスにおいても、法選択の有効性が問題となった判決は少ない<sup>(42)</sup>。この有効性の問題と関連してしばしば引用される初期のスイス判例として、BGE 79 II 295 (31. 8. 1953) が挙げられる。本件において、スイス連邦裁判所（以下、「BGer」という）は、法選択につき以下のような判示をした。「学説において、当事者意思に抵触法的な機能が認められうるかにつき大いに争われていた。とくに、契約の有効性が問題になっているにもかかわらず、契約において選択された法秩序を適用することが、論理的にありえないとされる。……しかし、最近においては、当事者指定の抵触法的効力が、広く認められてきている。この変化は、以下のような理解から出発している。すなわち、法選択は、本来、実質法上の本契約とは別の指定契約（Verweisungsvertrag）に基づいており、その指定契約は契約全体とともに締結されるか、あるいはそれとは別に締結される、ということである。それと共に、上述された当事者自治の反対者によって述べられた循環論批判には根拠がなくなる。なぜなら、本契約の準拠法は、本契約自体ではなく、それとは区別された指定契約によって決定されるからであり、その指定契約は、法廷地法の抵触規則によるからである」<sup>(43)</sup>。

本判決は、当事者自治に対する循環論批判を、本契約と法選択との独立性を強調することで回避した。しかし、さらに注目されるべきは、当

---

(42) Umbricht, Die immanenten Schranken der Rechtswahl im internationalen Schuldvertragsrecht (1963), S. 75 は、法選択の有効性は、実務上問題とされることが稀であるか全く無いため、重要性のない議論であるとする。この問題が取り扱われた判例も存在しないという。

(43) 本判決は、法選択が、独立の指定契約である以上、それが訴訟上で事後的になされることに何ら異議は述べられえないとした。本件では、訴訟当事者が、スイス法の規定を前提に法的紛争を行なったことから、黙示の法選択が成立すると判示された。これには、後続の BGE 81 II 175 (24. 6. 1955) も従い、1961 年 (BGE 87 II 194) まで判例法を形成した。

事者による法選択を、「指定契約」と称したことにある<sup>(44)</sup>。本判決は、この指定契約の有効性を判断する準拠法を明らかにしていない。「指定契約は、法廷地法の抵触規則に基づいている」と述べるのみだからである。もっとも、本判決部分において、法廷地実質法説を採用する学説のみが引用されているため<sup>(45)</sup>、当該学説が採用されているとの推測はできる。

上記判決に続く BGE 87 II 194 (25. 8. 1961) は、イギリス法人からのスイス法人に対する貸付後に、その返済がなされなかったため、債権者たるイギリス法人が、区裁判所に、当該貸付債権の仮差押手続を申し立て受理された。これに対し、債務者たるスイス法人が、本件貸付契約は偽装された法律行為であるため無効であると主張し、債権の不存在を根拠に当該仮差押の否認手続を提起した事例である。原審は、スイスフランが支払通貨であったこと、訴訟上で両当事者がスイス法を前提にして訴訟行為を行なったことから、スイス法による黙示的な事後的法選択が成立したと判示した。

しかし、BGer は、スイス法適用の黙示の法選択を推認させる事情は存在せず、当事者のスイス法に基づく訴訟行為からは事後的法選択が成立しないと<sup>(46)</sup>、客観的連結によって準拠法を定めるべきとした。この理由付けの過程で、法選択の要件につき以下のような判示がなされている。すなわち、「一致した表示に基づく指定契約は……当事者が意識的に法選択をなし、これを表示しようとしたことを要件とする。それに対して、当事者が準拠法の問題をそもそも考えていなかった場合に

---

(44) この指定契約の具体的な意義は、後述の BGE87 II 194 (25. 8. 1961) が明らかにしている。

(45) 引用されているのは、Raape, IPR 3.Aufl. (1950), S. 280ff.; Haudek (Fn. 10), S. 4ff. 88ff.; Widmer (Fn. 38), S. 62ff., 123; Moser (Fn. 13), S. 227, 233 である。そもそも当時、準拠法説は一般的な学説ではなかった。

(46) これまでの判例は、訴訟上の法選択が、両当事者のスイス法の援用で成立するとしていた。本件は、これに関する判例変更がなされた事例でもある。

は、当事者が内国法秩序を念頭に置いたということそれだけでは、まだ法選択とはみなされえない。このときには、当事者は、内国法秩序の適用が一般的であるという考えを表明しただけであり、その法秩序が本件契約に適用されるべきであるとの共通の意思を表示していない。上記のような考えの表明のみでは、指定契約の締結のために発せられる意思表示を意味しない。

本判決は、「指定契約」には、両当事者の意思表示の合致とその意識を要するとした。これにより、法選択の成立には、実質法上の法律行為（契約）と同様の有効性要件が必要であると明らかにされた。もっとも、本判決においても、法選択の有効性の問題にどの実質法（法廷地実質法か準拠実質法か）が適用されるのかが直接示されていない。判決中で、法廷地実質法説を採用する学説のみが参照されている<sup>(47)</sup>。そのため、BGer は法廷地法説を採用していたとも考えられる。しかし、本件は、黙示の事後的法選択が成立していたとしても、スイス法が選択された事例である。準拠法説でも法廷地法説でも、法選択の有効性には同じスイス法が適用されることになり結論は変わらない。この理由からあえて判示しなかったと考えるべきであろう。本判決に従った立法制定後の後続の判例も、同様に、法選択の有効性がいずれの実質法に準拠するのかわを示すことはなかった<sup>(48)</sup>。ところが、BGer は、立法制定後の 1996 年に

(47) Schöenberger/ Jäggi (Fn. 41), Rn. 208ff. である。しかし、法廷地法説の記述があるのは、同文献の Rn. 202 である。なお、後掲注 (48) で挙げる本判決に従った判例には、この Jäggi の文献と、準拠法説を採用する Vischer (Fn. 36) の文献とを並列して引用するものが多い。このことから、スイス判例は、いずれの立場かを明示することを避けていたことが伺える。

(48) BGE 89 II 214 (25. 6. 1963); BGE 91 II 248 (18. 5. 1965); BGE 91 II 442 (5. 8. 1965); BGE 99 II 315 (2. 5. 1973)。いずれの判例も、法選択を「指定契約」と称した上で両当事者によるスイス法規定の援用による訴訟上の法選択の成立を否定しており、かつ法選択の有効性がどの法により判断されるべきかを判示していない。また、不動産売買に関し契約締結時にスイス法の法選択があった BGE 102 II 143 (30. 5. 1976) においても、法選択には指定契約が必要であるという前述の判例が踏襲されている。その上で、「当事者が指定契約を締結できるのかそしてそれがどのような制限においてなされるのか

なって、立法制定前の立場を示すことになる。

BGE 123 III 35 (20. 8. 1996) は、立法制定後の判決であるにもかかわらず、問題となった事実関係が IPRG 施行前 (1989 年以前) に発生したという理由で立法前の解釈が示された事例である。本件では、複数の企業が共同企業体 (請負人) を設立し、ドイツにおける地下駐車場の建築を請け負った。この実際の建築は、共同企業体内の一企業 (下請人) が担うことになっていた。この際に、建築下請の不履行に対して、予め当該下請人を介し、共同企業体と保証人 (被告) との間で保証契約が締結されることになっていた。保証人はこれに応じ、共同企業体に対し、当該不履行に関する請求即払保証 (Bürgschaft auf erstes Anfordern)<sup>(49)</sup> の意思表示をした。後に、下請人が、当該企業体内の不和を理由に脱退し、建築下請負契約の履行が不可能となったため、企業体中の 2 企業 (原告) が、保証人に対し、当該保証契約に基づき保証債務の履行を請求した事例である。

本件保証契約の準拠法につき、原告側はドイツ法の合意があったと主張し、被告はスイス法の合意があったと主張した。原審は、保証契約書中にドイツ法の規定を援用する定めがあったことから、ドイツ法の黙示の法選択が成立するとした。BGer は、この原審判決を追認した。その過程で、BGer は、次のように (黙示の) 法選択の有効性に関する判示をした。すなわち、「当時 [立法制定前] の支配的な法解釈によれば、[法選択に関する] 契約法律要件 (Vertragstatbestand)<sup>(50)</sup> が充たされたかどうかは、法廷地法すなわちスイス法によって判断される」([ ] は筆者)。

---

は、法廷地法すなわちスイス法によって判断されるべきである」とした。これは、法選択の許容性が法廷地国際私法によるという旨の判示である。ここでも、法選択の有効性がどの法によるのか、具体的な判示はなされなかった。

(49) 請求即払保証については、相澤吉晴「国際取引における銀行保証状—特に、即時払い保証状の法的性質に関して—」*広島法学* 17 卷 3 号 (1993) 91 頁以下、参照。

(50) 「有効性要件」と同様の意味である。

BGerによれば、本件では、保証人（被告）による（ドイツ法規定を指定したうえで）保証の意思表示がすでになされていた。このような場合、スイス実質法によれば、保証人は、相手方当事者（原告）の利益を損なうような主張、すなわちスイス法の援用をした上で当該保証契約の不成立の抗弁を主張することは許されない。相手方当事者の信頼を害するからである。BGerはそのように判示した後に、保証契約がドイツ法に準拠する請負契約との関係で締結されており、保証契約書中にドイツ通貨とドイツ法概念である「請求即払保証」が定められたうえでドイツBGB（民法典）の規定が援用されていたことから、契約締結時にドイツ法を準拠法とする黙示の法選択が存在していたとした。

かくして、BGerは、IPRG制定前においては、法選択の有効性につき法廷地実質法説が採用されていたことを認めた。また、このことから、1989年に施行されるIPRGによる準拠法説の採用が、判例理論の追認ではなく、立法上新たに規律されたものだということが明らかになる。

## 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

#### I-1 概観

1986年以降、ドイツの契約に関する国際私法規定は、EGBGB27条以下に存在していた。この規定は、1980年に署名のために開放され、1991年に発効することになるローマ条約が国内法化されたものである<sup>(51)</sup>。契約における当事者自治の原則については、EGBGB27条（ローマ条約3条）が定めており、契約準拠法の適用範囲については、EGBGB31条（ローマ条約8条）以下に規定が置かれていた。しかしローマ条約は、2009年12月17日に、ローマI規則と置き換えられる。以降、このローマI規則が、ドイツを含めたEU構成国家において、契約

---

(51) BGBI., 1986 I, S. 1142; BT-Drucks., 10/504, S. 76.

に関する国際私法の主要法源となる。これに伴い、ドイツにおいてはEGBGB中の契約に関する国際私法規定が廃止された<sup>(52)</sup>。

もっとも、法源の変更があったにもかかわらず、法選択の有効性に関する規律は変更されていない。黙示の法選択の要件たるEGBGB27条1項第2文の「十分な確実性」が、ローマI規則3条1項第2文において「一義的」という表現に変更されてはいるものの、これは、ローマ条約において締結国家間で相違のあった表現を、統一する意図でなされたといわれている<sup>(53)</sup>。ローマI規則3条(EGBGB旧27条)および10条(EGBGB旧31条)<sup>(54)</sup>は、次のように定める。

### 第3条 自由な法選択

(1) 契約は、両当事者が選択した法に服する。法選択は、明示的であるか、または一義的に契約の諸規定または事案の諸事情から明らかになるものでなければならない。両当事者は、契約の全体または一部だけについて、法選択を行なうことができる。

……(中略)

(5) 準拠法に関する両当事者の合意の成立および有効性は、10

(52) Gesetz zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 25. 6. 2009, BGBl. I, S. 1574ff.: BT-Drucks., 16/12104. なお、デンマークには、ローマI規則の適用義務はない(ローマI規則前文46段を参照)。

(53) 高橋前掲注(3)7頁、Heiss, Party Autonomy, S. 1 in: Ferrari, Rome I Regulation (2009), S. 1. ただし、あくまで文言上は厳格化されているため、今後の実務に影響がないとまでは言い切れない点について、Rauscher/von Hein, EuZPR/EuIPR (2011), Art. 3 Rom I-VO Rn. 14.

(54) 本稿のテーマとの関係では旧法とローマI規則とで条文上はほぼ相違がない。そのため本稿では、現行法であるローマI規則の条文を基礎にしつつも、旧法下における論稿も引用する。ローマI規則の文言が、ローマ条約の文言を引き継いでいる限りで、ローマ条約下の判例・学説は、ローマI規則の解釈のために重要な意義をなお有しているとされるからである(Staudinger/Magnus (Fn. 6), Rn. 61)。条文の対応関係は以下の通りである。EGBGB27条1項(ローマ条約3条1項) = ローマI規則3条1項、EGBGB27条4項(ローマ条約3条4項) = ローマI規則3条5項、EGBGB31条(ローマ条約8条) = ローマI規則10条。

条、11条、13条による。

## 第10条 同意と実質的有效性

(1) 契約またはその条項のいずれかの成立および有効性は、契約または条項が有効であった場合に適用されるべき法によって判断される。

(2) ただし、ある当事者の行為の効力を1項により指定された法により決定することが正当でないことが諸事情から明らかである場合には、この当事者は、契約に同意しなかったという主張につき、その常居所地国法を援用することができる。

これらの条文の適用関係を要約するならば、次のようになる。

第一に、ローマI規則3条1項第2文により、当事者による法選択が「明示的」または「一義的に」明らかであるかが判断される。

第二に、3条5項による10条1項準用により、当事者により選択された準拠実質法上の「成立と有効性」の要件が法選択に適用される。

第三に、10条2項により、一方当事者が、準拠実質法による法選択の「成立」につき正当に期待できなかった場合には、当該当事者は、自身の常居所地法により、法選択の不成立を援用することができる。

これら3要件を経なければ、法選択は有効に成立しない<sup>(55)</sup>。以下でそれぞれの規律を掘り下げて紹介する。

### I-2 ローマI規則3条1項

ローマI規則3条1項第1文は、当事者による法選択の許容性を定め、第2文は、明確性の要件を定める<sup>(56)</sup>。同項第2文によれば、法選

---

(55) この説明には、国際性の要件、分割指定、事後的法選択の問題が省略されていることに注意を要する。より包括的には Reithmann/ Martiny/ Martiny, IVR 7. Aufl. (2010), Rn 142 を参照。

択は、「明示的」か「一義的」に明らかでなければならない。この要件は、準拠実質法によることなく、あくまで国際私法(ローマI規則)独自に解釈されなければならないとされる<sup>(57)</sup>。そのため、ローマI規則が、法選択の有効性に準拠法説を採用しているとしても、法選択が「明示的」ないし「一義的」に示された否かの問題は、準拠実質法によることはない。

この明確性要件の審査の際には、当事者が、準拠法を選択する表示をしていたかだけでなく、その意識(表示意識)を有していたか否かも審査される<sup>(58)</sup>。この審査は、法選択の存在を示す諸事情の考量によってなされる。その事情とは、例えば、専属的裁判管轄合意や、特定法を明示的に合意した従前の取引関係が存在していたこと、約款に特定実質法を前提とした規定が置かれていることなどである。これらの事情を総合的に考量して、当事者が法選択を意識的になしていたか否かが認定される。

---

(56) ローマ条約に関するジュリアーノ・ラガルノ報告書によれば、この規定は、「現実の意思」による法選択に限る旨の規定である。Der Bericht von Giuliano/Lagarde, BT-Drucks. 10/503, S. 21. この部分の翻訳として、野村・藤川・森山「契約債務の準拠法に関する条約についての報告書(三)」阪大法学46巻6号(1997)270頁以下。ローマI規則については、Wagner, Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung) in: IPRax 2008, S. 377 (378).

(57) 例えば、Staudinger/Magnus (2011), Art 3 Rom I-VO, Rn. 71, 169; MünchKomm/Martiny 5. Aufl. (2010), Art. 3 Rom I-VO Rn. 45; Reithmann/Martiny/Martiny (Fn. 55), Rn 114; Pfeiffer/Pfeiffer, Handbuch der Handelsgeschäfte (1999), §21 Rn. 24; Meyer-Sparenberg, Rechtswahlvereinbarungen in AGB in: RIW 1989, S. 347 (348). 旧法下においては、「ローマ条約」自体の解釈による。

(58) AnwKommBGB/Leible (2005), Art. 27 EGBGB, Rn 46; Rauscher/von Hein (Fn. 53), Rn 12; Looschelders, IPR (2004), Art 27 EGBGB Rn 19; Coester-Waltjen, Einige Überlegungen zur konkludenten Rechtswahl im europäischen Vertragsrecht in: Festschrift für Sonnenberger (2004), S. 343 (351); Roth, Zur stillschweigenden Rechtswahl in einem künftigen EU-Gemeinschaftsinstrument über das Internationale Schuldvertragsrecht in: Festschrift für Georgiades zum 70. (2006), S. 905 (910); Sandrock/Steinschulte (Fn. 18), Rn. 45. 反対説として、Soergel/von Hoffmann 12. Aufl. (1996), Art 27 EGBGB Rn. 42.

### I-3 ローマ I 規則 3 条 5 項

ローマ I 規則 3 条 5 項は、法選択の「成立 (Zustandekommen) と有効性 (Wirksamkeit)」について、契約の実質的成立要件に関する規定 (ローマ I 規則 10 条)、方式を定める規定 (ローマ I 規則 11 条)、行為能力に関する規定 (ローマ I 規則 13 条) を準用する。すなわち、本項は、本契約の実質的成立要件、方式、行為能力<sup>(59)</sup> に適用される準拠法が、法選択に対しても適用されるとする<sup>(60)</sup>。

もっとも、法選択に対し実質法上の方式要件は必要ではないと解されている<sup>(61)</sup>。なぜなら、準拠実質法の方式規定 (例えば、不動産契約における公正証書や保証契約における要式性) は、あくまで本契約に関わる規律であり、準拠法を指定するだけの法選択に妥当しないからである<sup>(62)</sup>。さらに、法選択の方式は、すでに 3 条 1 項第 2 文の明確性の要件により定められていることも理由とされる。このような解釈により、本契約について方式が必要とされうる契約類型 (例えば、不動産契約や保証契約な

(59) Rauscher/von Hein (Fn. 53), Rn. 46. 法選択をなす際の行為能力の問題は、EGBGB7 条により原則的に本国法による。ただし、契約締結が同一国内でなされ、かつ行為無能力の援用者にその国家法によれば行為能力があり、かつ被援用者が援用者の本国法上、行為無能力であったことを知りえなかった場合には、援用者は本国法上の権利無能力を主張できない (ローマ I 規則 13 条、取引保護)。

(60) MünchKomm/Martiny (Fn. 57), Rn. 109, 112f.; Reithmann/Martiny/Martiny (Fn. 55), Rn 91; Staudinger/Magnus (Fn. 57), Rn. 37 また明文規定は存在しないが、法選択に関する代理権の存否は、代理の準拠法による (C. von Bar, IPR Bd. II, (1991), Rn 478)。

(61) 通説・判例である。Rauscher/von Hein (Fn. 53), Rn. 44f.; MünchKomm/Martiny (Fn. 57), Rn 109f.; Staudinger/Magnus (Fn. 57), Rn. 70; C von Bar (Fn. 60), Rn. 478. 判例については前掲注 (19) および BGH 22.1.1997, IPRax 1998, S. 479 参照。また、Mankowski, *stillschweigende Rechtswahl und wählbares Recht in: Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht* (2004), S. 63 (103, 108) は、ローマ I 規則への改正に際して、方式規定の法選択への準用規定を削除すべきと提唱していた。これは実現しなかった。

(62) ただし、Soergel/von Hoffmann (Fn. 58), Rn. 103 は、準拠法 (行為地法が選択された法) 上、方式に関する実質法規定が法選択の方式に対して準用されると解されている場合には、当該規定が法選択に適用されうると指摘する。また、法選択と本契約とが単一の法律行為とみなしうる例外的な場合にのみ、いずれにも、準拠法および行為地法上の方式規定が適用されるという異説として、Pfeiffer/Pfeiffer, *Handbuch der Handelsgeschäfte* (1999), §21 Rn. 45.

ど)においても、黙示の法選択が可能となる。

ローマI規則3条5項は、法選択の成立と有効性につき、ローマI規則10条を準用すると規定している。この準用は、ローマI規則10条の「契約またはその条項」の部分が、「準拠法合意」に置き換えられることを意味する。すなわち、次のように規定されていることと同義である<sup>(63)</sup>。

「(1) 当事者による準拠法合意の成立および有効性は、当該合意が有効であった場合に適用されるべき法によって判断される。

(2) ただし、ある当事者の行為の効力を1項により指定された法により決定することが正当でないことが諸事情から明らかである場合には、この当事者は、準拠法合意に同意しなかったという主張につき、その常居所地法を援用することができる。」(傍線部が置き換えられる部分)

すなわち、法選択の成立と有効性については、当事者が本契約のために選択した準拠法に服する。わが国でいう準拠法説が採用されているのである。

ここでいう「成立」とは、意思表示の「外部的表示要件 (äußeren Erklärungstatbestand)」を意味する。この外部的表示要件とは、合意が成立する前の当事者の行為 (表示行為)<sup>(64)</sup>が、意思表示に当たるのかどうか、当事者の表示行為がどのように届けば合意として成立するのかという問題である (例えば申込・承諾があったか否か、申込が申込の誘引に過ぎ

---

(63) Staudinger/Hausmann (2011), Art 10 Rom I-VO Rn. 11; Kost, Konsensprobleme im internationalen Schuldvertragsrecht (1995), S. 32. 法選択の有効性の準拠法が本契約の有効性に附随的に (akzessorisch) 連結されているとも説明される (Kost, a. a. O., S. 33; Soergel/von Hoffmann (Fn. 58), Rn. 100)。それに対し、Stoll, Das Statut der Rechtswahlvereinbarung – eine irreführende Konstruktion in: FS Heini (1995), S. 429 (435) は、ローマ条約3条4項による8条の準用は、法選択が本契約の一部であり分離できないことを示しているに過ぎないという。この説によると、8条にいう「その条項」に法選択条項が含まれていると解釈されることになる。本契約と法選択との独立性については、続刊第3章第1節I参照。

(64) 「合意前の行為 (vorkonsensuales Verhalten)」ないしは「外的行為 (äußeres Verhalten)」とも呼ばれる。

なかったか否か等)。それに対し、当事者が自身の意思表示に相応した真意を有していたかどうかという問題（意思の瑕疵・欠缺）は、「有効性」の問題と解されている<sup>(65)</sup>。この「成立」と「有効性」概念の区別が実際上問題となるのは、ローマ I 規則 10 条 2 項の適用場面である（本節 I-4 参照）。

準拠法説を定める 3 条 5 項と、明確性の要件を定める 3 条 1 項第 2 文は、いずれも法選択の成立要件である。そこで、これらの関係が問題となる。多数説は、準拠法説（ローマ I 規則 3 条 5 項）が、国際私法自体の定める事項（ローマ I 規則 3 条 1 項～4 項）から漏れた部分を補う「受け皿」であるとする<sup>(66)</sup>。国際私法自体には、法選択の実質的成立要件を定める十分な規律がないために、その限りで、準拠実質法が補うとする考え方である。多数説によれば、まず明確性の要件が国際私法自体の立場から審査され<sup>(67)</sup>、その後に準拠実質法により有効性が決定される。

#### I-4 ローマ I 規則 10 条 2 項

ローマ I 規則 3 条 5 項は、ローマ I 規則 10 条の全体を準用している。そのため、ローマ I 規則 10 条 2 項も法選択に適用されるとするのが通説である<sup>(68)</sup>。前述のように、同項は、たとえ契約準拠法により本契約

(65) Reithmann/Martiny/Martiny (Fn. 55), Rn. 262, 299; MünchKomm/Spellenberg, 5. Aufl. (2010), Art 10 Rom I-VO Rn. 22; Rauscher/Freitag, EuZPR/EuIPR (2011), Art 10 Rom I-VO, Rn. 9f. より詳細には、Kost (Fn. 63), S. 82ff. この概念の区別は、準拠実質法ではなく国際私法独自に行なわれるとされる (S. 91)。

(66) Mankowski (Fn. 61), S. 64; C von Bar (Fn. 60), Rn. 474; Roth (Fn. 58), S. 914; Staudinger/Magnus (Fn. 57), Rn. 166; Dutta, Kollidierende Rechtswahlklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen in: ZVglRWiss 104 (2005), S. 461 (462); Lorenz, Die Auslegung schlüssiger und ausdrücklicher Rechtswahlklärungen internationalen Schuldvertragsrecht in: RIW 1992, S. 697 (697); Heiss, Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in AGB nach europäischem Internationalem Privatrecht? in: RabelsZ 65 (2001), S. 634 (637).

(67) ドイツにおいて、この国際私法独自に定められる実質法的な規範のことは、しばしば「抵触法上の決定規範 (Entscheidungsnormen)」と呼ばれる。Lorenz (Fn. 66), S. 697; Dutta, (Fn. 66), S. 465; Stankewitsch, Entscheidungsnormen im IPR als Wirksamkeitsvoraussetzungen der Rechtswahl (2003), S. 43; Rühl, Rechtswahlfreiheit und Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1999), S. 51.

が成立するとしても、一方当事者の常居所地法が契約の成立を否定するときには、その一方当事者は常居所地法の適用を援用できる場合があることを規定する。いわゆる、意思表示の特別連結を定める規定である<sup>(69)</sup>。

契約不成立の援用は、契約の「成立」、すなわち意思表示の「外部的表示要件」によるものに限られる<sup>(70)</sup>。それに対し、「有効性」の問題は本項の適用対象外であり、もっぱら契約準拠法による(成立と有効性の概念については、本節I-3参照)。そのため、10条2項に基づき、常居所地法上の錯誤や詐欺に関する規律から、一方当事者が契約の取消または無効を主張することはできない<sup>(71)</sup>。

本項においては、常居所地法の援用を希望する一方当事者が、契約準拠法によることについて、正当に期待できなかったこと(Unzumutbarkeit)<sup>(72)</sup>が要件とされる。本項の趣旨は、契約準拠法の適用

---

(68) Looschelders, IPR (2004), Art 31 EGBGB Rn. 17; Reithmann/Martiny/Martiny (Fn. 55), Rn. 263. 例えば、Hau in Wolf/L./P., AGB-Recht 5. Aufl. (2009), IntGV Rn. 18 は、完全に支配的な見解(Ganz h. M.)という。

(69) これは立法制定前のドイツ判例・学説においても認められていた。出口前掲注(27) 253頁以下。

(70) 通説である。Rauscher/Freitag (Fn. 65), Rn. 16; MünchKomm/Spellenberg (Fn. 65), Rn. 224f.; AnwKommBGB/Leible (2005), Art 31 EGBGB Rn 24; Rühl (Fn. 67), S. 159f. また、本項は、準拠実質法上、契約が有効に成立した場合にのみ適用される。そのため、準拠法上契約が無効となる場合に、契約を成立させる目的で、常居所地法の援用をすることはできない(Reithmann/Martiny/Martiny (Fn. 55), Rn. 268)。この「援用」の際には、手続中に10条2項の適用を主張することまでは必要とされず、契約の成立に異議を述べることで足りるとされる(MünchKomm/Spellenberg, a.a.O., Rn. 232)。

(71) Reithmann/Martiny/Martiny (Fn. 55), Rn. 301; Looschelders (Fn. 68), Rn. 20. 判例としては、BGH 19.3.1997, BGHZ 135, S. 137が挙げられる。本判決は、EGBGB31条2項は、「法律行為的な意思表示が存在したかどうかという問題のみと関係する。それに対し、意思表示が有効(wirksam)であったかどうかの問題とは関係しない」とした。また、ジュリアーノ・ラガルノ報告書においても、同旨の記述がある。BT-Drucks. 10/503, S. 60. 野村・藤川・森山「契約債務の準拠法に関する条約についての報告書(六)」阪大法学47巻3号(1997)225頁以下。

(72) ローマI規則10条2項の条文では、「1項により指定された法により決定することが正当でないこと」という部分が、この要件に当たる。

を期待できなかった一方当事者を、通常期待可能であるその常居所地法の適用により保護することにある<sup>(73)</sup>。もし契約準拠法の適用が不当でなく、当事者にとって期待できていたのであれば、当該当事者の保護は必要ないからである。この「期待不可能性」の具体的な要件審査においては、事案ごとに個別的な判断がなされるとされ、必ずしも明確な基準が打ち立てられているわけではない<sup>(74)</sup>。

上記の2要件（外部的表示要件と期待不可能性要件）を具体例で説明する。例えば、準拠法条項を含んだ約款や注文確認書に対する沈黙によって、その契約が、準拠実質法上成立するにもかかわらず、一方当事者の常居所地法によれば、沈黙により契約が成立しないとされていた場合、その一方当事者は当該常居所地法を援用できる<sup>(75)</sup>。しかし、その契約が、援用者の常居所地外で締結された場合や、援用者が自発的に国際取引に関わっていた場合には、契約準拠法が契約に適用されると期待できたはずである<sup>(76)</sup>。そのため、このようなときには、「期待不可能性」の要件は充たされず、常居所地法の援用が否定されるのである。

---

(73) MünchKomm/Spellenberg (Fn. 65), Rn. 208ff. この規定の適用が制限的になされるべきであることも理由とされる。

(74) Mankowski, Widerrufsrecht und Art. 31 Abs. 2 EGBGB in: RIW 1996, S. 382 (383) は、期待不可能性に関して考慮される事情は、無制限にありうるという。この論点の詳細については、本稿の検討範囲を超えるため、別稿に譲りたい。

(75) 沈黙以外の適用場面や要件などについては、MünchKomm/Spellenberg (Fn. 65), Rn. 263ff. 参照。

(76) Mankowski, (Fn. 74), S. 383; MünchKomm/Spellenberg (Fn. 65), Rn. 244, 246ff. この要件の一般化は困難である。しかし、援用者が、外国法の適用されうる状況であることを客観的に認識できなかったかどうかの問題とされていることは伺われる。ただし、抵触法の不知だけではこの期待不可能性要件は充たされない (Rn. 249)。それに対し、外国法内容の不知の場合には、それが援用者の過失によるものでないときに、期待不可能性要件は充たされうるといわれている (Rn. 251)。

## II スイス IPRG

### II-1 概観

スイスは、現行の国際私法典であるいわゆる IPRG を 1987 年に成立させた(1989年施行)<sup>(77)</sup>。契約に関する当事者自治は、その 116 条に規定されている。

#### 第 116 条 法選択

- 1 契約は、両当事者により選択された法による。
- 2 法選択は、明示的であるか、または契約もしくは諸事情から一義的に明らかにならなければならない。その他の点について、法選択は、選択された法による。

ローマ I 規則 10 条 2 項に類似した契約申込の沈黙に関する特別規定が、123 条に規定されている。

#### 第 123 条 申込に対する沈黙

一方当事者は、契約締結の申込に対して沈黙した場合、その沈黙の効力について、その者が常居所を有する地の国の法を援用することができる。

上記条項の適用関係は、次の通りである<sup>(78)</sup>。まず、IPRG 116 条 2 項前段により、法選択は、明示的になされるか、契約もしくは諸事情から一義的に明らかにならなければならない。その後、法選択は、116 条 2 項後段に基づき、前段以外の事項(例えば、意思の瑕疵・欠缺等)につ

(77) Bundesgesetz v. 18.12.1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), BBl 1988 I 5, AS 1988 1776, SR 291. スイス IPRG の立法過程の詳細については、奥田安弘「スイス国際私法典に関する若干の基本的諸問題 (1) ~ (2・完)」北大法学論集 40 巻 2 号 (1989) 1 頁以下、40 巻 3 号 (1990) 127 頁以下およびそこに引用されている文献を参照。

(78) より詳細には、BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang, 2.Aufl. (2007), Art 116, Rn 2 参照。

き、準拠実質法により判断される。これらの規律を通して法選択が成立すると判断されるとしても、IPRG123条により、法選択の沈黙による成立につき、一方当事者は自身の常居所地の法により抗弁をすることができる<sup>(79)</sup>。

## II-2 IPRG116条2項前段

IPRG116条2項が、法選択の要件を定める。その前段は、法選択の明確性の要件である。この要件は、ローマI規則3条と同様に「一義的(eindeutig)」とされていることが注目される。この一義性の具体的な意味内容は、立法制定前からの判例法<sup>(80)</sup>に従うと解されている。したがって、立法後も、当事者が法選択をなす際には、その意識がなければならない<sup>(81)</sup>。この「一義性」要件は、国際私法の立場から、最低限の要件(Minimalanforderung)として定められたものである<sup>(82)</sup>。この要件は、当事者によって選択された実質法の規律に関わらず、当事者が法選択をなす場合には充たされなければならない。

## II-3 IPRG116条2項後段

116条2項後段は、「その他の点について、法選択は、選択された法による」とする。ここでいう「その他の点」とは、116条2項前段で定められている「一義性」要件以外の事項を意味する。「その他の点」の

(79) ただし、法選択にIPRG123条が適用されないとする立場がある(本節II-4参照)。

(80) 前掲注(46)本文以下参照。

(81) 通説である。Zürcher Kommentar zum IPRG-Keller/Kostkiewicz, 2. Aufl. (2004), Art 116 Rn. 49; BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang (Fn. 78), Rn. 39; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Doss/Schnyder (2007), Art 116 IPRG Rn 10. スイス判例は、とくに訴訟上の法選択に関連して、法選択には、当事者の意識が必要であるとしていた(前掲注(46)参照)。この立場は、立法後も維持されている(BGE 119 II 173 (28.4.1993))。Heini, Die Rechtswahl im Vertragsrecht und das neue IPR-Gesetz in: Festschrift für Moser (1987), S. 67 (77)も、新立法が黙示の法選択に関する判例の立場を何ら変えることはないとする。

(82) この要件が国際私法自体の解釈によるということは立法者意思でもある(Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, BBl. 1983 I 263, S. 408)。学説については、BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang (Fn. 78), Rn. 37; IPRG-Keller/Kostkiewicz (Fn. 81), Rn. 42; Kostkiewicz, Grundriss des schweizerischen IPRs (2012), Rn. 2125. Kostkiewiczによれば、この規定は、「国際私法上の実質規範(IPR-Sachnorm)」である。

規律範囲は広い<sup>(83)</sup>。この範囲には、法選択の成立と有効性の問題が含まれる<sup>(84)</sup>。これに対し、方式および行為能力は含まれない。準拠実質法上の方式規定は法選択に適用されず、法選択は、原則的に無方式で成立するとされるからである<sup>(85)</sup>。さらに、法選択の際に行為能力があったか否かという問題も別途連結されると解されている<sup>(86)</sup>。

## II-4 IPRG123条

IPRG123条は、意思表示の特別連結を定める。しかし、ローマI規則10条2項とは異なり、一方当事者の常居所地法上主張できる事項が、「成立」問題全般ではなく、沈黙の問題に限定されている<sup>(87)</sup>。また、一方当事者が契約準拠法によることにつき期待できなかった場合にのみ援用を限定するという旨の文言が存在しない。

不当性ないしは期待不可能性といった具体的妥当性に配慮した明文規定がないため、ローマI規則に比べて、本条の適用される場面は予見しやすい。反面で、不適切な適用場面が発生する恐れが指摘される。例えば、当事者が、契約準拠法が沈黙による契約の成立を認めていることを予め知っていたような場合である。このとき、当該当事者を保護する必要性は乏しい<sup>(88)</sup>。なぜなら、沈黙により契約が成立しうることを知っていたのなら、当該当事者が申込に反応を示さなかったことは、本人の

---

(83) 例えば、一方当事者によって法選択条項が守られなかった場合に、違約金を課すことができるか、これが損害賠償請求の対象となるのか否か、法選択条項に関する契約締結上の過失責任なども、116条2項後段の規律対象と解されている。すなわち、これらの問題も、契約準拠法によって判断される。Schwander, Zur Rechtswahl im IPR des Schuldvertragsrechts in: Festschrift für Keller (1989), S. 473 (482).

(84) BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang (Fn. 78), Rn. 33, 37; Doss/Schnyder (Fn. 81), Rn 8.

(85) Siehr, Die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht in: Festschrift für Keller (1989), S. 494; BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang (Fn. 78), Rn 36; IPRG-Keller/Kostkiewicz (Fn. 81), Rn. 37f. もっとも、Keller/Kostkiewiczは、準拠法合意に関して当事者が書面要件の必要性を合意した場合には、当該問題に、方式を規律するIPRG124条が準用されるとする。

(86) BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang (Fn. 78), Rn 33.; Schwander (Fn. 83), S. 481.

(87) Kostkiewicz (Fn. 82), Rn. 2343. 「成立」に属するその他の問題は、もっぱら契約準拠法による。

(88) Egeler, Konsensprobleme im internationalen Schuldvertragsrecht (1994), S. 89.

怠慢に過ぎないからである。そのため、この場合に、当該当事者の常居所地法の援用を権利濫用とみなし無効とする学説がある<sup>(89)</sup>。

スイスの IPRG は、ローマ I 規則と異なり、123 条が法選択に準用されると明示していない。そこで、123 条が法選択に適用されるか否かにつき肯定説<sup>(90)</sup>と否定説<sup>(91)</sup>とで分かれている。肯定説は、以下の理由を挙げる。すなわち、1978 年の IPRG 試案 118 条 3 項が、法選択の沈黙による成立に関する特則を置いていたところ、これが制定過程で削除された<sup>(92)</sup>。それは、すでに 123 条が法選択にも適用されるものと考えられていたからに他ならないという。

否定説は、法選択の沈黙の問題について、116 条 2 項前段で対応すべきとする見解<sup>(93)</sup>と、準拠実質法の解釈によって対応すべきとする見解<sup>(94)</sup>とにさらに分かれる。前説は、法選択の沈黙による「成立」の問

(89) Siehr (Fn. 85), S. 495. 同様に、Kostkiewicz (Fn. 82), Rn. 2344 も、沈黙当事者が相手方と従前から取引関係にあり、契約準拠法によれば自身の沈黙が申込の承諾とみなされ相手方がそのことを信用していたということを知っていたか知らなければならなかった場合、IPRG123 条の援用は認められないとする。Vischer/Huber/Oser, IVR 2. Aufl. (2000), Rn. 809f. も同様に述べた上で、この理由からローマ条約 8 条 2 項と IPRG123 条とはこの規律にはほぼ相違がないとする。

(90) 立法者はこの立場である (BBl. 1983 I 263, S. 409)。学説については、BSK IPRG-Amstutz/Vogt/Wang (Fn. 78), Rn. 46; Heini (Fn. 81), S. 77; Doss/Schnyder (Fn. 81), Rn 16; Zürcher Kommentar zum IPRG-Keller/Girsberger, 2. Aufl. (2004), Art. 123 Rn. 13; Kostkiewicz (Fn. 82), Rn. 2345.

(91) BSK IPRG-Kneller, 2. Aufl. (2007), Art. 123 Rn. 13.

(92) IPRG 試案 118 条 3 項は、次のように規定していた。「118 条 3 一方当事者が法選択に関する申込に沈黙した場合には、その沈黙の効力は当該当事者の営業所所在地法によって決定される、あるいはそのような地がないときには、当該当事者の常居所地法によって決定される。」Vischer/Volken, Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz): Gesetzesentwurf der Expertenkommission und Begleitbericht (1978), S. 29 (本条項の解説は S. 138f.); Mitglieder der Expertenkommission, Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz): Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf (1979), S. 339 (本条項の解説は S. 218)。本契約に関する沈黙の特則は別途、IPRG 試案 124 条に規定されていた。これについては、石黒一憲「スイス国際私法第 2 草案 (1982 年) について (3・完)」法学協会雑誌 101 巻 6 号 (1984) 154 頁も参照。

(93) Vischer/Huber/Oser (Fn. 89), Rn. 160; Siehr, IPR der Schweiz (2002), S. 234.

(94) IPRG-Keller/Kostkiewicz (Fn. 81), Rn. 41.

題は、すでにIPRG116条2項前段の「一義性」要件の適用範囲に属する。この国際私法自体で解決される問題に、さらに、123条を準用し、常居所地法を適用する必要はないという。後説は、自説の根拠を挙げていない。法選択の成立問題につき複数の準拠法を適用するよりも、契約準拠法のみを適用した方が簡明であると考えたのだと思われる。

この問題はスイスにおいて詳細に議論されているわけではない。どの説においても結論は大きく異ならないためだろう<sup>(95)</sup>。いずれの説も、準拠実質法によれば沈黙で法選択が成立することを一方当事者が予期できない場合、法選択を不成立とする余地を認める。いずれかの形(常居所地法か国際私法自体か準拠実質法の解釈か)で、一方当事者を保護すべきと考える点では、一致しているのである。

[未完]

(本学法学部客員研究員)

---

(95) ただし、全く結論に相違が生じないわけではない。この点については、続刊第3章第2節II参照。