慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	国際信託の成立及び効力の準拠法(1)
Sub Title	Laws governing validity and effects of international trusts (1)
Author	島田, 真琴(Shimada, Makoto)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2008
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.10 (2008. 3) ,p.89- 179
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20080315-0089

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

国際信託の成立及び効力の準拠法(1)

島　田　真　琴

はじめに
1．信託準拠法の決定基準に関する学説及び外国法
2．通則法７条及び８条の意義及び解釈（以上本号）
3．信託の法的性質
4．通則法７条及び８条による信託準拠法決定に関わる諸問題
5．ハーグ条約と日本の信託準拠法（以上11号）

はじめに

わが国では、信託はこれまで、企業による金融投資、社債発行、資産流動化などの特殊な取引上の要請に対応したり、金融商品に組み込まれたりなど、商業上の目的で利用されることが多かった[1)]。しかし、最近は、個人の資産管理や家族への財産移転、事業承継など、民事上の目的にも活用領域が広がってきている。

他方、今日の社会は、企業の活動はもちろんのこと、個人の生活関係においても、国際結婚、外国企業勤務、海外留学や移住、海外資産保有など、さまざまな局面において国際化が進んでいる。その結果として、企業や個人が信託を利用するとき、その委託者、受託者、受益者やこれらの者の相続人、債権者、債務者、その他の関係者が外国人であったり、その住所、営業所、常居所、本

1）金融の分野における信託の国際化に関して、池原季雄編「国際信託の実務と法理論」（有斐閣、1990）69頁乃至111頁（松岡宏明、谷口修、落合誠一）

拠地や信託財産所在地、信託事務を行う地などが外国であるなど、信託に関係する事項について日本法が及ばない地域が関係している場合が増えている。そのような信託（以下、「国際信託」という。）の当事者や関係者の間で紛争が発生し、日本で訴訟が提起された場合、裁判所は、当該紛争を解決するため、まず当該信託が日本の信託法に基づく信託であるのか、それとも外国法に準拠した信託なのかを決定しなければならない。

信託制度は、封建時代のイギリスで生まれ独自の発展を遂げた後、アメリカを始めとするコモンロー諸国に普及している[2)]。大陸法系の国の中にも、ドイツのトロイハントのように、古くから信託に類似する制度を持つ国もあるが、信託の基本的な性格は、英米法系の国々の信託と大陸法系の国々とで大きく異なっている。また、英米法系でも、イギリス及び旧英連邦の国々の信託法とアメリカ信託法とは異なるし、大陸法系といっても英米法を参考にして信託を導入した日本とローマ法の系譜を引くドイツとでは根本的な違いがある[3)]。しかも、世界には信託という法制度を全く持たない国も多い。

このように、国際間における信託概念が不統一の状況の中で、国際信託を設定した場合、信託を設定した者の意図とは異なる内容の信託が認定されたり信託の存在自体が否定されたりして、その目的が達成できなくなる可能性がある[4)]。国際信託の法的安定性を確保し、この制度を機能させていくためには、

2）イギリス信託法の概要を紹介した日本の文献として、木下毅「英米信託法の基本的構造(1)(2)」信託法研究第６号（1982）23頁乃至39頁及び第７号（1983）85頁乃至106頁、拙稿「イギリスにおける信託制度の機能と目的」（慶應法学７号、2007）213頁以下など

3）ドイツの信託（トロイハント）と英米信託法の比較について、ハイン・ケッツ著・新井誠監訳・三菱信託銀行信託研究会訳「トラストとトロイハント―イギリス・アメリカとドイツの信託機能の比較」（勁草書房、1999）、大野秀夫「ドイツ（ゲルマン）における信託法」イギリス信託法原理の研究（1992年）森泉章編19頁、新井誠「比較信託法の問題点について」道垣内正人・新井誠・木村恒弌「国際信託法の諸問題」信託法研究12号（1988）97頁乃至109頁

4）国際信託に関する法律問題全体について、早川眞一郎「信託と相続の交錯」池原

信託の成立及び効力その他の問題に関する準拠法（以下､｢信託準拠法」という。）を確定するためのルールを明確化して、どのような内容の信託になるのかについての予測可能性を確保することが必要である[5)]。

わが国の国際私法において、信託準拠法の決定基準に関する問題はあまり議論されていない。また、ハーグ国際私法会議は、この目的を実現するため、1984年に｢信託の準拠法及び承認に関する条約（以下､｢ハーグ信託条約｣という。）｣を採択したが、日本はこれにも批准していない[6)]。

本稿は、以上の状況を踏まえ、日本の現行法の下における信託準拠法の決定基準に関して検討するものである。

1．信託準拠法の決定基準に関する学説及び外国法

1．1　信託準拠法と法の適用に関する通則法の関係

わが国の国際私法の基本法である「法の適用に関する通則法」（平成18年法律第78号、以下、「通則法」という。）には信託準拠法に関する特別な規定は存在しない。これに関し、通則法制定の過程において、法制審議会では以下のような議論がなされたようである[7)]。

編「国際信託の実務と法理論」（有斐閣、1990）112頁以下、拙稿（島田真琴）「国際民事信託の設定に関する諸問題」（慶應法学９号）

5）木村恒弌「実務上の諸問題」道垣内正人･新井誠･木村恒弌「国際信託法の諸問題」信託法研究12号（1988）110頁乃至121頁。なお、信託準拠法の適用範囲等については、別稿（国際信託に関わる法律問題の準拠法決定基準）で検討する。また、準拠法の問題に加え、信託に関する紛争の国際裁判管轄の確定基準も重要だが、この問題は別の機会に論ずる。

6）CONVENTIONON ON THE LAW APPLICABLE TO TRUSTS AND ON THEIR RECOGNITION、2007年12月現在、批准国は、イギリス、イタリアなど７カ国（地域を含む）。

7）法務省民事局参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」65頁以下、小出邦夫編著「新しい国際私法　法の適用に関する通則法の解説」（2006）160頁

(1) 信託準拠法に関し、信託を債権的側面と物権的側面とに分けて考え、信託の物権的側面については旧法例10条の「物権其他登記スヘキ権利」（対象財産が債権の場合は旧法例12条の「債権譲渡」）に当たり、信託の債権的側面については、旧法例７条の「法律行為」に当たるとする考え方があるが、この考え方に対しては、あらゆる信託のあらゆる効力を債権と物権という側面に截前と分けることは困難であり、相当でもないと思われる一方、仮にこのような考え方に立つならば現行規定とその解釈で足り、規定を設ける必要はないとの批判がある。

(2) 他方、信託を物権的側面と債権的側面とに分解することはできないものと考え、信託を一体のものとして捉えて連結点を模索する考え方もあるが、どのような連結方法を採用するか、相続や法人等の他の諸制度との関係をどのように構成するか等について更なる検討を要し、研究や議論の蓄積が不十分な段階で立法的決断をして規定を設けることは、かえって実務上の弊害をもたらすおそれがあるとの意見もあった。

(3) 以上のような意見の対立を考慮した結果、今回の通則法において、信託準拠法の立法化は見送られた。

この経過によれば、信託の準拠法が通則法においてどのような扱いを受けるのかについて、通則法の立法関係者は特定の見解を有しておらず、そのすべてが今後の解釈に委ねられたことになる。

１．２　信託準拠法に関する英米の国際私法

通則法の下における信託準拠法の決定基準を検討するための参考として、その前に、イギリス及びアメリカの国際私法において、信託準拠法がどのような基準で決定されているのかを検討しておく。わが国が関与する国際信託において、両国の信託制度との競合・抵触の問題が生ずるケースが最も多いと思われるからである。

1．2．1　イギリスにおける信託準拠法の決定基準[8)]

イギリスの信託準拠法は、もともとは判例法（コモンロー）によって定まっていた。ただし、同国には信託に関する事件が数多く存在するのに、信託準拠法について判断した裁判例は比較的少なかった。そうした中で、1987年、イギリスはハーグ信託条約に批准した。ハーグ信託条約の目的は、信託の準拠法の決定に関する統一ルールを定めること、及び加盟国の他の法制度に基づいて設定された信託を承認し、自国の法制度と同じ扱いをすることである。イギリスは、1987年に制定した信託の承認に関する法律（以下、「信託承認法」という。）により、信託の準拠法決定及び承認に関するハーグ信託条約の条項を国内法として採択している[9)]。これ以降、イギリスにおける信託準拠法は、ほとんどの場合、ハーグ信託条約の規定に基づいて決定される。

ハーグ信託条約及び信託承認法が定めている信託準拠法の決定基準は以下のとおりである[10)]。

8）J. Harris “The Hague Trusts Convention: scope, application and preliminary issues”（Oxford, 2002）、D. Hayton “The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and Recognition”（1987）36 International and Comparative Law Quarterly p.260、YEO “Choice of Law for Equitable Doctrines”（Oxford, 2004）pp.185-193、D. Hayton “Underhill and Hayton Law of Trusts and Trustees 17th ed”（Butterworth, 2006）pp.1235-1307、Thomas and Hudson “The Law of Trusts”（Oxford, 2004）pp.1319-1375、Dicey and Morris, The Conflict of Laws 14th ed.（2006）p.1302以下、日本の文献として、高桑昭「イギリス国際私法における信託の準拠法」池原季雄編「国際信託の実務と法理論」（前掲注１）31頁乃至47頁、澤木敬郎「ハーグ信託条約について」池原季雄編「国際信託の実務と法理論」信託法研究12号（1988）149頁乃至169頁

9）Recognition of Trust Act 1987（信託承認法）。同法は、ハーグ信託条約の１部（13条、16条２項、19条、20条、21条など）を除く条項をイギリスの国内法とする旨を定めている。

10）ハーグ信託条約に関する日本語文献として、高杉直「ハーグ信託条約における法選択規則の構造」民商104巻５号623頁（1991）、道垣内正人「信託準拠法及び承認に関するハーグ条約について」道垣内正人・新井誠・木村恒弌「国際信託法の諸問題」信託法研究12号（1988）65頁乃至96頁

(1) ハーグ信託条約及び信託承認法の適用対象となる信託

ハーグ信託条約２条は、条約の適用対象となる信託を「設定者が生存中又は死亡と同時に、財産を受益者のため又は特定の目的のために受託者に移転することによって創設される法的関係であって、(ａ)当該財産は分離され、受託者個人の財産に含まれないこと、(ｂ)当該財産の所有者は受託者又は受託者代理人名義であること、及び(ｃ)受託者は、信託条件及び法律による特別な義務に基づいて当該財産を管理、利用及び処分する権限、義務及び責任を負うことをその性質とするもの」と定義している。さらに、ハーグ信託条約３条は、書面によって証明された任意信託に関してのみ同条約を適用すべきものとしている。これらの規定によれば、ハーグ信託条約が対象としている信託は、設定者が自らの意思で財産を受託者に移転する方法で、書面により明示的に設定した信託に限られることになる。しかし、イギリスにおける明示的な任意信託（express trust）は、遺言による場合及び信託財産が不動産の場合を除き、書面による必要がない。また、設定者自らが受託者となって設定する自己信託の場合は、受託者への財産移転が不要である。さらに、イギリスには、任意信託のほかに、当事者が明示的に設定していないにかかわらずイギリスの裁判所が黙示の意思を認定する方法で設定する結果信託（resulting trusts）や当事者の意思にかかわらず、裁判所が衡平の原則に基づいて成立を認める擬制信託、制定法の規定に基づいて設定される法定信託なども存在する。そこで、信託承認法２条２項は、この条約が定める準拠法決定の基準は、２条及び３条の規定にかかわらず、(ⅰ)イギリス国内法に基づいて成立するその他の全ての信託、及び(ⅱ)イギリス又はその他の国の裁判所の判決が認める信託にも適用する旨を定め、ハーグ信託条約２条及び３条の文言上は適用対象からはずれている、自己信託、口頭による信託、イギリスの判例法や制定法に基づく信託などについても同条約と同じ準拠法決定基準を用いることにしている。これに対し、外国の裁判所が認めている外国法上の擬制信託や結果信託などは、原則としてハーグ信託条約の適用対象に含まれない[11)]。

(2) 先決問題

通常の場合、信託は、設定者が特定の財産に信託を設定する意思を明確にして、遺言や譲渡などの方法で受託者に当該財産を移転することによって成立する。イギリス法上、信託設定のために行う受託者に対する財産譲渡や遺言の成立・有効性の問題は先決問題と呼ばれ、信託条項の有効性や効力、解釈の問題とは区別される。ハーグ信託条約は、信託の有効性や効力の問題に関する準拠法だけを取り扱い、先決問題は対象としていない（ハーグ信託条約４条)。たとえば、遺言による信託設定の場合において、遺言自体が方式違背のため成立していなかったり、遺言者に遺言能力がなかったりした場合は、信託は不成立または無効となるが、イギリス法は、遺言の方式の問題や遺言者の能力の問題は、法廷地であるイギリスの国際私法（Conflict of laws）によって定められるそれぞれの準拠法に基づいて解決される[12)]。

(3) 準拠法

準拠法の決定基準に関して、ハーグ信託条約６条及び７条は以下のとおり定めている。

６条

１．信託は、設定者が選択した法律に準拠する。この選択は、必要に応じて状況に従って解釈される信託設定証書または信託設定の証拠書面の条項において明示的または黙示的に規定されなければならない。

２．前項に基づいて選択された法律上信託制度やそのような種類の信託の定めがない場合は、当該選択は効力を生じないものとし、７条に定める法律が適用される。

---

11) Harris “The Hague Trusts Convention: scope, application and preliminary issues”（前掲注８）p.129、Hayton “The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and Recognition”（前掲注８）p.264、Dicey and Morris（前掲注８）p.1305、Grant v Edwards［1986］2 All ER 426参照。

12) Dicey and Morris（前掲注８）p.1307、Cheshire and North’s Private International Law, 13th ed.（Oxford Press, 1999), pp. 1033-1034

７条
１．信託は、適用されるべき法律の選択がない場合、最も密接に関連する法律に準拠すべきものとする。
２．信託に最も密接に関連する法律を確定する上では、以下の事項を考慮すべきものとする。
（ａ）設定者が指定した信託を管理する地
（ｂ）信託財産の所在地
（ｃ）受託者の住所または営業所
（ｄ）信託の目的及びその履行地

このように、信託の準拠法は、原則として設定者の明示又は黙示の選択によるものとし、選択がない場合には、最も密接に関連する法律によるべきものとしている。この基準は、イギリスがハーグ信託条約に加盟するより以前のイギリスの判例法（コモンロー）における信託準拠法の決定基準と同じである。ハーグ信託条約前のイギリス判例法上は、信託を設定した委託者が明示又は黙示により準拠法を選択した場合は委託者の指定に従い、指定がないときは信託と最も密接に関連する国の法律によるものとされていた[13)]。ハーグ信託条約調印前からの判例法が示してきた「黙示の準拠法選択」や「最も密接に関連する法律」の判断基準は、現在でも信託承認法の適用に際しての判断基準として利用されている。その内容は以下のとおりである。

まず、「黙示の準拠法選択」に関し、ハーグ信託条約６条１項は、信託準拠法の選択は、「必要に応じて状況に従って解釈される信託設定証書または信託設定の証拠書面の条項において明示的または黙示的に規定されなければならない。」と定め、黙示の選択が認められるのは、信託設定証書その他の書面から黙示の意思が推定される場合だけに限定している。ただし、「必要に応じて状況に従って解釈される」との文言が示すように、書面以外の外部証拠が書面の

13）Este v Smyth（1854）18 Beav. 112、Re Fitzgerald［1904］1 Ch 573、Attorney-General v Campbell（1872）LR 5HL 524、Duke of Marlborough v Attorney-General（No.1）［1945］Ch 78、Iveagh v I.R.C.［1954］Ch. 364、Chellaram v Chellaram［1985］Ch 409

解釈に影響を与えることもある。

判例法は、委託者が信託証書において明示的に準拠法を指定していない場合でも、信託証書が特定の国の法制度に基づく用語や、特定の国に特有の書式を用いている場合は、その法制度を選択する黙示の意思を強く推定するとしている[14)]。また、生前信託の場合、信託設定証書に裁判管轄の定めがあるときは、管轄地の準拠法を選択したものとの強い推定が働く[15)]。さらに、信託事務を遂行する地の指定があるときは、その国の法律を準拠法とする黙示の意思を認める上で重要な要素となる[16)]。ただし、上記のとおり、ハーグ信託条約６条１項は、信託証書の文言から黙示の意思が推認されなければならないと定めているので、そのような推定ができるのは、信託証書に信託事務遂行地についての記載がある場合に限られる。なお、委託者が同一の国を本拠地（domicile）又は住所とする複数の受託者を信託証書において明示的に指定している場合、受託者たちの居住国を信託事務の遂行地とする意図があったと推定され、その地を準拠法とする意思があったことを認定した判例もある[17)]。他方、最初の受託者の所在地は、信託証書上その地が信託事務遂行地であると推定される場合を除き、黙示の意思を推定しない[18)]。また、信託財産が不動産の場合は、財産所在地も黙示の意思を推定する資料となるが、動産や金銭の場合は推定が働かない[19)]。委託者や受益者の本拠地や住所も原則として推定資料とならな

14）Peillon v Brooking（1858）25 Beav 218、Re Lord Cable［1977］1 WLR 7、Lindsay v Miller［1949］VLR 13、Revenue Commissioners v Pelly［1940］IR 122

15）Attorney-General v Jewish Colonization Association［1901］1 KB 123

16）Lindsay v Miller［1949］VLR 13、Chellaram v Chellaram［1985］Ch 409

17）Chellaram v Chellaram［1985］Ch 409

18）Revenue Commissioners v Pelly［1940］IR 122、Iveagh v IRC［1954］Ch 364、Chellaram v Chellaram［1985］Ch 409、Re Carapiet's Trusts, Manoogian（American Patriarch of Jerusalem）v Sonsino［2002］EWHC 1304、Att-Gen v Jewish Colonization Association［1901］1 KB 123

19）Attorney-General v Campbell（1872）LR 5 HL、Lindsay v Miller［1949］VLR 13、Iveagh v IRC［1954］Ch 364

い[20]。

委託者による明示の選択がなく、黙示の選択も認められない場合、ハーグ信託条約は、（ａ）委託者が指定した信託事務遂行地、（ｂ）信託財産所在地、（ｃ）受託者の居住地又は営業所、（ｄ）信託の目的及びこれを達成すべき地を考慮して、最も密接に関連する法律を確定すべきものとしている。これらの要素を検討する基準時は、信託設定時とされている[21]。これは、ハーグ信託条約10条が「準拠法の変更に関する準拠法」は「信託の有効性」に関する準拠法によるべき旨を定めていることから論理的に導き出される解釈である。信託設定と同時にその有効性に関する準拠法の決定がなされているとの前提に立たなければ、その後の「準拠法の変更」に際して当該準拠法を適用することができないはずだからである。

判例法は、「最も密接に関連する法律」の判断に当たっての考慮要素をハーグ信託条約及び信託承認法が定めている４つの事項だけに限定せず、他の要素をあわせて考慮すべきものと解している[22]。これには、信託設定者の本拠地（domicile）[23]、信託設定証書の書式、受益者の本拠地（domicile）、信託設定証書の作成地などが含まれる[24]。裁判所がこのうちのどの要素を重視するかは、関連する事情や周辺の状況によって異なっている。イギリスの裁判所は、ハーグ信託条約７条２項にはそれほど拘泥せずに、これまでの判例法の諸原則に基づく基準にしたがって「最も密接に関連する法律」を決定している。

(4) ハーグ信託条約６条及び７条の適用範囲

ハーグ信託条約８条は、この条約に基づいて選択した法律は、以下の事項を

20）Chellaram v Chellaram［1985］Ch 409、Re Carapiet's Trusts, Manoogian（American Patriarch of Jerusalem）v Sonsino［2002］EWHC 1304

21）Cheshire and North's（前掲注12）p.1037

22）Chellaram v Chellaram（No. 2）［2002］EWHC 632（Ch），［2002］3 All ER 17

23）Iveagh v I.R.C.［1954］Ch. 364、Re Lord Cable［1977］1 WLR 7, 20

24）Lindsay v Miller［1949］VLR 13

含む信託の有効性、解釈、効力及び信託事務について適用すべきものと定めている。

（a）受託者の選任、辞任、解任、能力及び交替
（b）受託者相互間の権利義務
（c）受託者の義務履行又は権限行使の委任に関する権利
（d）信託財産の管理・処分、これに対する担保設定、又は新たな財産の取得に関する受託者の権限
（e）受託者の投資に関する権限
（f）信託期間の制限及び信託収益の留保権に関する制限
（g）受託者の受益者に対する義務を含む受託者と受益者の関係
（h）信託の変更及び終了
（i）信託財産の分配
（j）信託事務の報告に関する受託者の義務

これらの事項のうちの(a)項の受託者の選任や解任は、信託承認法施行前のイギリスの国際私法上、法廷地であるイギリスの法律を適用して処理されていたので、信託承認法によってこの原則が変更されたことになる[25)]。イギリス裁判所は、その他のいくつかの事項に関しては、ハーグ信託条約16条に基づいて、信託承認法施行前から存在するイギリスの国際私法（判例法）が強行規定として優先適用されるものと解している。たとえば、(d)項にかかわらず、イギリスの裁判所が受託者を任命した場合は、信託準拠法が外国法であっても、受託者は1925年財産管理法に基づく信託財産売却延期権[26)]や1925年信託法に基づく保全の権限などを有するものとされている[27)]。また、(h)の信託の変更に関しては、イギリスの裁判所は、それ以前から存在する信託変更法[28)]が強行規定として優先適用されるものとし、条約に従って選定された準拠法にかか

25）Dicey and Morris（前掲注８）pp. 1314-15
26）Administration of Estate Act 1925, s. 33(1)、Re Wilks［1935］Ch 645
27）Trustee Act 1925, ss. 31, 32、Re Nanton Estate［1948］2 WWR 113
28）Variation of Trust Act 1958, s. 1(1)

わらず、法廷地であるイギリス法を適用できるものと解している[29]。ただし、準拠法が外国法である場合は、当該外国の裁判所になるべく裁判管轄を譲るべきものとされている[30]。

ハーグ信託条約９条は、「信託の分離可能な部分、特に信託事務に関する事項は、他の法律に準拠することができる。」と定め、準拠法の分離を認めている。準拠法の分離は、信託財産が複数の場合にその財産ごとに準拠法を分離して適用する場合（たとえば、信託財産にスコットランドの不動産とイングランドの預貯金がある場合）と信託の有効性、解釈、効力、信託事務などの事項ごとに準拠法を分離して適用する場合の２通りが考えられるが、信託条約９条は、このどちらをも認める趣旨と解されている[31]。ただし、イギリスの判例法上、明示的な分割指定がある場合以外は、できる限り信託の準拠法は１つだけに特定して適用すべきものとされている[32]。

(5) 信託の承認

ハーグ信託条約11条１項は、条約によって定められた法律に従って設定された信託は信託として承認されるべきことを定めている。この承認とは、少なくとも信託財産が独立の基金を構成すること、受託者が訴訟当事者となれること、及び受託者が受託者として公証を受けられることを意味する（２項）。同条３項によれば、信託の準拠法が定めている限りにおいて、（ａ）受託者の債権者は信託財産を強制執行できないこと、（ｂ）信託財産は、受託者の支払不能や

29）Dicey and Morris（前掲注８）pp. 1223-24
30）Re Paget's Settlement
31）Dicey and Morris（前掲注８）p.1317
32）たとえば、Re Fitzgerald [1904] 1 Ch. 573 (CA) は、信託財産のうちの大半（13200ポンド相当）がスコットランドの不動産投資債で、500ポンドだけが現金だった場合、信託設定者の住所がイングランドであったとしてもすべての信託財産の準拠法をスコットランド法とすべきであるとしている。また、Chellaram v Chellaram [1985] Ch. 409は、受託者の権利義務に関する事項の準拠法は、受託者の所在地にかかわらず、信託設定行為の準拠法によるべきものと判示している。

破産の影響を受けないこと、(ｃ)受託者の配偶者の夫婦財産や受託者死亡後の相続財産に含まれないこと、(ｄ)受託者が信託義務に違反して処分したり、固有財産と混同したりしたときは、回復を請求できることなども承認の効果である。ただし、３項(ｄ)の但書は、受託者が信託義務に違反して処分したり、固有財産と混同したりした場合における第三者の権利義務は、法廷地の国際私法による旨を定めている。このように、ハーグ信託条約11条における「承認」は、「外国判決の承認」などの表現で用いられる承認とは意味が異なり、外国の準拠法の適用を認めるということだけを指している。この条項は、信託制度を有さない締約国の裁判所のために設けられたものであり、イギリスの信託法上は当然のことを注意的に規定しただけであまり意味がないといわれている。ただし、上記の３項(ｄ)の但書の部分は、第三者が信託財産に関する取引に関与した場合に信託準拠法ではなく、法廷地の法律によるべきことを定めている点において、きわめて重要である。イギリスの信託法上、第三者が信託財産の占有を取得した場合、受益者が第三者に対して行う信託財産の取り戻しや損害補てんの請求は、衡平法（エクイティ）に基づく財産権であるとされているので、そのような請求に対して、第三者がどのような抗弁主張をすることができるかは、財産所在地の法に準拠して決定される[33)]。したがって、信託財産が信託制度の存在しない国にある場合、受益者は第三者に対して信託に基づく財産の取戻しなどの請求をすることが困難になる[34)]。

33）Dicey and Morris（前掲注８）p.1322、Cheshire and North（前掲注12）p.1040、Morris“The Conflict of Laws 6th ed”（Sweet & Maxwell, 2005）p. 465

34）Harris“The Hague Trusts Convention: scope, application and preliminary issues”（前掲注８）pp.321-330、Hayton“The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and Recognition”（前掲注８）p.275、Underhill and Hayton Law of Trusts and Trustees 17th ed（前掲注８）pp.1297-1298、ただし、Hayton“The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and Recognition”（前掲注８）は、財産所在地国に信託制度が存在しないことは、信託に基づく請求に対する抗弁にはならないと論じている。

(6) 適用除外

ハーグ信託条約15条は、以下の事項については、この条約にはよらず、法廷地の国際私法に従って準拠法を定めても構わないものとしている。

（a）未成年者及び無能力者の保護
（b）婚姻の人的及び財産的効力
（c）遺言及び相続、特に配偶者や親族の遺留分
（d）財産権の移転及び担保権
（e）支払不能に関する債権者保護
（f）その他、誠実に行動した第三者の保護

ただし、これらの事項に関して信託準拠法以外の法律を適用した法廷地の裁判所は、他の方法によって信託の目的が達せられるように努めなければならない（ハーグ信託条約15条２項）。

16条は、上記以外の事項に関しては、法廷地の裁判所は、抵触法にかかわらず法廷地の強行法規を適用することができる旨を定めている。これには、国の文化遺産、公衆衛生、一定の経済的利益などの保護に関する法規、労働者や弱者保護に関する法規などが考えられる[35)]。

なお、ハーグ信託条約16条２項は、事件と密接に関連する法域における強行法規を適用できる旨を定めているが、信託承認法は、この条項を除外している[36)]。

(7) 準拠法の変更

ハーグ信託条約10条は、信託の準拠法を他の法律と置き換えることができるかどうかは、この条約によって定まった信託の有効性に関する準拠法に従って決定すべきことを定めている。イギリスの抵触法において、準拠法の変更は、（ⅰ）信託証書において設定者に準拠法変更権が留保されている場合、（ⅱ）信託証書において受託者に準拠法変更権が付与されている場合、（ⅲ）受益者全員の

35）Dicey and Morris（前掲注８）p.1322、Von Overbeck Report, para 149
36）ハーグ信託条約16条３項は、加盟国が同条２項の適用を留保できる旨を定めている。

同意を得て新しい信託を設定することにした場合、及び(iv)合理的な理由がある場合において裁判所に申請して許諾を得た場合[37]の４つの場合だけであり、原則として、単に受託者や信託財産や受益者の所在地が変わっただけでは準拠法は変更されない[38]。ただし、債権者からの追及を逃れるために外国の信託法を準拠法に選んだ場合、イギリスの裁判所は準拠法の変更を命ずることができる[39]。

１．２．２　アメリカにおける信託準拠法の決定基準

アメリカは、ハーグ信託条約に調印していないので、信託準拠法は、各州の裁判所の判例法が定める諸原則によることになる。全米統一法委員会(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws）が作成した統一信託法典（Uniform Trust Code）には、信託準拠法に関する規定も設けられているが、同法典を州法として採択するかどうかは、各州に委ねられている[40]。以下、判例法と統一信託法典の規定を分けて検討する。

(1)　信託準拠法に関する判例法[41]

アメリカの裁判において、信託準拠法は、国際信託に関する問題としてでは

37）Variation of Trust Act 1958、Re Seale's Marriage Settlement［1961］Ch 574

38）Re Hewitt's Settlement［1915］1 Ch 228、Duke of Marlborough v Attorney-General（No. 1）［1945］Ch 78）

39）Matrimonial Causes Act 1973, s 24(1)(c),(d)、C v C［2004］EWCA Civ 1030［2005］2 WLR 241

40）現在、アリゾナ州、カンザス州、ナブラスカ州、ニューメキシコ州、ワイオミング州などが修正のうえ、統一信託法典を採択している。

41）Luther McDougal, Robert Flix, Ralph Whitten "American Conflicts Law 5th ed."（Transnational Publication, 2001）PP.631-648、Robert Leflar "American Conflicts Law 3rd ed."（The Bobbs-Merrill Co., 1977）pp.383-396、日本の文献として、道垣内正人「アメリカ国際私法における信託の準拠法」池原季雄編「国際信託の実務と法理論」（前掲注１）47頁乃至67頁

なく、主として、州と州との間における信託法の抵触の問題として争われている。判例法は、委託者が生前（inter vivo）に財産を移転する信託（生前信託）と遺言（will）による信託（遺言信託）とで信託準拠法の決定基準を分けている。また、それぞれについて、信託設定の有効性（validity）に関する問題、信託の管理（administration）に関する問題、信託の解釈の問題、信託に基づく救済措置の問題に分けて準拠法を判断している。さらに、信託財産が不動産の場合と動産の場合とでも準拠法決定基準が異なる[42)]。これらの概要をまとめると以下のとおりである。

（ｉ）信託設定の有効性

生前信託であり、かつ信託財産が不動産の場合、信託成立の準拠法は原則として信託財産の所在する州の法律となる[43)]。ただし、この場合の法律は、実質法だけを意味するのではなく、裁判官は州の抵触法までも総合的に考慮している。たとえば、信託財産所在地の抵触法が委託者による準拠法選択を認めている場合、裁判官は信託を設定した委託者が指定した準拠法に基づいて、信託を有効と判断している[44)]。

不動産を対象とする遺言信託の有効性の準拠法は遺言の有効性の準拠法によるものと解され、原則として不動産所在地の法によるが、この法も所在地の抵触法を含んでいる[45)]。したがって、不動産所在地の信託法によれば無効となる信託でも、遺言書を作成した委託者の本拠地（domicile）や遺言作成地の法

42）Walter Land “Trusts in the Conflict of Laws”（Baker, Voorhis & Co, 1940）pp.9-21。同書は、さらに有体動産と無体財産との準拠法を分けている。

43）Jeffs v Stubbs, 971 P 2d 1234（Utah 1998）、Restatement（Second）of Conflict of Laws, s.235（1971）

44）Schneider’s Estate, 96 NYS 2d 652（NY Sur. Ct. 1950）、Re Zeiz’ Estate, 96 NYS 2d 442（NY Sur. Ct. 1950）、Estate of Wright, 637 A 2d 106（Me. 1994）、Restatement（Second）of Conflict of Laws, s.8(2)(1971)

45）Shimshak v Cox, 116 So 714（La. 1928）

律上は有効となるとき、裁判所は、不動産所在地の抵触法に基づいてそれらの州法を準拠法と認め、信託を有効と判断できるものとされている[46)]。

生前信託であり、かつ信託財産が不動産以外の財産（Personalty）の場合は、信託財産の所在地を基準にすると準拠法が不明確になるので、委託者の本拠地のある州法によるべしとの考え方もある[47)]が、判例は、画一的な基準は用いず、事情に応じてさまざまな要素に基づいて準拠法を決定している。たとえば、委託者の本拠地法によれば信託が無効となる場合に、受託者が所在し、かつ信託財産の引渡が行われた地の法律を準拠法と決定し、信託を有効としている[48)]。また、委託者が準拠法の指定をしている場合は、当該信託がそれ以外の州と実質的な関連性を持っている場合や法廷地の公共政策に反する場合を除き、委託者指定の法律による[49)]。

不動産以外の財産を対象とする遺言信託の場合は、原則として、遺言者死亡時における遺言者の本拠地の州法による[50)]。ただし、遺言者が指定した法律上有効となる場合について、本拠地法ではなく遺言者の指定法を準拠法とした判決[51)]や信託財産が管理されることになる地の法によるべきものとした判決[52)]もある。

46）Re Koehler's Estate, 61 A 2d 870（Pa. 1948）、Toledo Society for Crippled Children v Hickok, 261 SW 2d 692（Tex. 1953）。これらの判決は、不動産所在地の実質法に基づいて信託を有効と判断している。

47）Luther McDougal, Robert Flix, Ralph Whitten「American Conflicts Law 5th ed.」（前掲注41）PP.636

48）Hutchingson v Ross 187 NE 65（NY 1933）

49）Shannon v Irving Trust Co, 9 NE 2d 792（NY 1937）。ただし、委託者が準拠法に指定した地と信託との間に実質的な関係が何もない場合や公共政策に反する場合は、準拠法の指定は認められないとの条件を付けている。

50）Whitney v Dodge, 38 P 636（Cal. 1894）、Morgan Guar. Trust Co v Huntington, 179 A 2d 604（Com. 1962）

51）Ameige v Attorney-General, 88 NE 2d 126（Mass. 1149）

52）Re Chappell's Estate, 213 P 684（Wash. 1923）、Hussey v Sargent, 75 SW 211（Ky. 1903）

なお、第２次抵触法リステイトメントは、遺言信託の有効性に関する問題を、委託者から受託者への信託財産の移転の有効性に関する準拠法と信託行為の条項の有効性に関する準拠法とに分け、前者は遺言者の本拠地法に、後者は委託者の指定法、指定がないときは信託財産を管理する地の法によるべき旨を定めている[53)]。

（ⅱ）信託の管理

信託の管理は、受託者の選任、権限、義務など、信託設定の有効性以外のほとんどの問題を含んでいる。これについては、信託財産を管理する地の法によるのが原則である[54)]。管理する地がどこであるかは事案によって異なるが、通常、不動産の場合は信託財産所在地法となる。また、委託者が管理の場所を指定している場合はその地の法による。管理する地が他の州に移動した場合、信託管理の準拠法はそれに伴って変更される[55)]。

（ⅲ）信託の解釈

アメリカの裁判所は、遺言信託の解釈に関する準拠法に関しては、事件に応じてさまざまな考え方を採っている。遺言者の本拠地法によるべしとの判決[56)]もあれば、不動産信託に関しては不動産所在地法によるべきものとした

53）Restatement（Second）of Conflict of Laws, ss.271, 272

54）Franklin Found v Attorney-General 163 NE 2d 662（Mass.1960）、Re Davine's Trust, 288 NYS 2d 872（NY Sur. Ct. 1962）

55）Wilmington Trust Co v Wilmington Trust Co 24 A 2d 309（Del. Ch. 1962）、Re Estate of Benedito, 370 NYS 2d 478（NY Sur. Ct. 1975）

56）King v King 129 SE 2d 147（Ga. 1962）、Bank of New York v Shillito, 14 NYS 2d 458（NY Sur. Ct. 1939）、Lansburgh v Lansburgh, 632 A 2d 221（Md. Ct. Spe. App. 1993）

57）Rainey v Holland No CA 98-1112, 1999 Ark App LEXIS 292（Art. Ct. App. May 12, 1999）

判決[57]や信託財産を管理する地の法によるべきものとした判決[58]もある。また、特定の連結点に限定せず、信託に最も重要な関係がある（most substantial connection）地域の法によるべきであるという一般的な基準だけ示して準拠法を決定した判例も存在する[59]。これは、第２次抵触法リステイトメントにも示されている考え方である[60]。現在では、多くの州の裁判所がこの信託と「最も重要な関係がある法域」の法律を準拠法とする原則を採っており、受託者の本拠地、信託設定時における委託者の本拠地（domicile）、信託財産の所在地、信託証書作成地及び受益者の本拠地（domicile）を考慮して決定している[61]。なお、委託者が準拠法を指定している場合は、原則としてこの指定が優先される[62]。ただし、信託と重要な関係を有する地における公共政策（public policy）に反する場合や準拠法に指定された地と信託との間に何らの関係がない場合は準拠法指定が認められない[63]。

（iv）信託違反の救済措置

救済措置（remedies）は、判決の執行手続きを前提とする問題なので、原則として、法廷地の法律に従うべきものとされている[64]。

58）McDowell National Bank v Applegate, 388 A 2d 666（Pa. 1978）

59）Commissioner v Brown, 122 F 2d 800（3rd Cir. 1941）、Re Baekeland's Trust Co v Brunton, 74 NYS 2d 254（NY Sur. Ct. 1947、Harrison v City National Bank 210 F Supp 362（SD Iowa 1962）

60）Restatement（Second）of Conflict of Laws, s.6（1971）

61）5A Austin Wakeman Scott & William Franklin Frater, The Law of Trusts Sections 597, 599（4th ed. 1987）

62）Flaherty v Flaherty, 638 A 2d 1254（NH 1994）

63）First National Bank v Daggett, 497 NW 2d 358（eb. 1993）。これは、信託財産である土地及び信託当事者と関係がないとして、指定された準拠法を適用しなかった判決である。

64）Keeney v Morse, 75 NYS 728（NY App. Div. 1902）

(2) アメリカ統一信託法典[65)]

上記のように、アメリカ判例法における信託準拠法の決定基準はきわめて複雑であり、州によっても裁判所の判断に違いがある。そこで、信託準拠法の統一化を促進するため、全米統一法委員会のアメリカ統一信託法典の中に、信託準拠法の決定基準に関する条項が設けられている。ただし、この法典は、アメリカの各州の裁判所を拘束するわけではない。

アメリカ信託統一法典が定める信託準拠法決定基準は、以下のとおりである。

(ｉ) 生前信託の効力及び解釈の準拠法

委託者が生前に財産を移転するために設定する信託の効力及び解釈の準拠法について、統一信託法典107条が以下のとおり定めている。

107条　準拠法

信託条項の意味と効力は、以下の法律に基づいて決定される。

(1) 争点になっている事項と最も重要な関係を有する法域の強い公序に反しない限り、信託条項において指定された法域の法律、又は

(2) 信託条項において適用すべき法の指定がなされていない場合には、争点になっている事項と最も重要な関係を有する法域の法律

107条は、信託証書に規定されている個々の条項の解釈や効力に関して適用される準拠法の決定基準についての定めであり、信託設定行為の有効性は403条の定めによる。

107条の(1)は、準拠法は、信託条項において指定できる旨を定めている。信託条項は、信託を設定する者が信託証書において明示又は黙示に定めるものなので、結局、信託設定者が準拠法を指定できることになる。ただし、「争点に

65) 日本の文献として、大塚民雄他編著「現代アメリカ信託法」（有信堂、1992）43頁以下

なっている事項と最も重要な関係を有する法域の強い公序」に反する場合は、その公序に関する定めが優先する。「強い公序」が何かについては、法廷地の裁判所の判断による。

107条の(2)は、設定者による準拠法の指定がない場合における信託条項の解釈と効力の決定基準を定めている。「争点になっている事項と最も重要な関係を有する法域」を決定する上では、信託を設定した地、信託財産の所在地、設定者、受託者及び受益者の本拠地などを考慮することになる[66]。この規定のように、争点となっている事項と関係する法域を決定するという手法を採ると、多くの場合、信託を管理している地の法律が信託事務の準拠法とされ、信託設定地の法律が信託による財産譲渡の準拠法とされることになる。このように、107条の(2)は、事項ごとに準拠法が分割される可能性があることを前提としている。

この107条が定めている基準は、信託の効力及び解釈の準拠法は委託者の指定した法によるのを原則とし、指定がない場合に「最も密接に関連する法律に準拠すべきもの」とする点において、ハーグ信託条約が定めている決定基準とほぼ一致している（ハーグ信託条約６条、７条）。また、統一信託法典107条(1)の「強い公序に反しない限り」委託者の指定した法律によると定めている趣旨は、未成年者及び無能力者の保護、婚姻の人的及び財産的効力、遺言及び相続、特に配偶者や親族の遺留分、財産権の移転及び担保権、支払不能に関する債権者保護、その他、誠実に行動した第三者の保護を条約の適用除外とすることができる旨を定めているハーグ信託条約15条と同じ意味であると解されている[67]。

（ⅱ）生前信託の有効性の準拠法

107条が扱っているのは信託条項の解釈や効力の準拠法だけである。信託設

66）第２次抵触法リステイトメント（Restatement（Second）of Conflict of Laws（1971））270条コメントｃ及び272条コメントｄ参照

67）統一信託法（2000）107条コメント参照

定行為そのものの準拠法については403条が以下のとおり定めている。

403条　他の法域（他の州など）において設定された信託
　遺言によって設定されたもの以外の信託は、その設定が、信託証書を作成した法域の法を遵守してなされたか、又は設定時において以下の法域の法を遵守したものである場合に、有効に設定されたものとする。
(1) 委託者が本拠地(domicile)を有し、居所を有し、又は国民(州民)である法域、
(2) 受託者が本拠地(domicile)を有し、居所を有し、又は国民(州民)である法域、又は
(3) 信託財産の１部若しくは全部が存在する法域

上記のとおり、アメリカの判例法上、遺言によらない信託の準拠法は、不動産信託の場合は不動産所在地の法律とされている。統一信託法典403条は、この判例法に基づいて定まる不動産所在地の法制度上は信託設定行為が有効と認められない場合であっても、信託設定時における(ａ)委託者の本拠地(domicile）の法律、(ｂ)委託者の住所地の法律、(ｃ)委託者の本国法、(ｄ)委託者の本拠地の法律、(ｅ)受託者の営業地の法律のうちのいずれかの法律で有効でありさえすれば信託設定が認められることにしている[68)]。この規定を採用すれば、不動産所在地の法律に所在地の信託抵触法まで含めるという方法を採らなくても（上記(1)の(ｉ)参照)、信託の有効性を認めることができるようになる。

（iii）遺言信託の準拠法

遺言による信託の有効性は、統一遺産管理法典第２編506条に従うことになる。この規定によれば、遺言による信託の成立は、(ａ)遺言時における遺言者の(ａ)本拠地（domicile）の法律、(ｂ)住所地の法律、(ｃ)本国法のいずれかにより有効と認められなければならない。

68）Austin Wakeman Scott & William Franklin Frater, The Law of Trusts Sections 597, 599（4th ed. 1987）

１．２．３　英米の信託抵触法の比較

上記のとおり、信託準拠法に関するイギリス抵触法とアメリカ抵触法との間には、いくつかの相違点があるが、そのうちの特徴的な部分は次の２点である。

(1) アメリカ法の争点分離主義

信託準拠法に関するアメリカの判例法は、信託の有効性、効力、解釈、信託事務などの争点ごとに異なる準拠法が指定されたり決定されたりすることを原則としている。また、アメリカの判例法は、不動産信託の有効性は不動産所在地法によることを原則とし、不動産以外の財産信託の有効性に関する準拠法決定基準と分けている。さらに、遺言信託の有効性は遺言そのものの準拠法の問題とし、信託準拠法と区別している。この考え方は、信託準拠法を統一的な基準で定めることにしているハーグ信託条約及びこれを採択しているイギリスの国際私法と対照的である。

アメリカ法が信託に関する準拠法を争点ごとに区別して定めるのは、同国が連邦制を採っていることに由来するのではないかと思われる。ハーグ信託条約やイギリス判例法は、英米の信託とは全く概念のことなる信託制度を有する国や信託制度を有しない国との間における法の抵触の解決を主たる目的としているのに対し、アメリカの信託に関する抵触法は、アメリカ国内の州法間の抵触を適用場面として想定し、その間の調整を主たる目的としている。信託制度の基本構造に関する認識を全州の間で共有していることを前提とする、技術的な相違点の調整ということである。このため、各州の信託法の微妙な相違を原因として委託者の信託設定の意思に反する結果となる事態を回避すべきこと、法廷地よりも密接な関連性の強い州があるときはできるだけその地の法を尊重すべきことなどが強く要請される。

ただし、アメリカ統一信託法典は、この分離主義を改め、ハーグ信託条約と同様、信託の有効性以外の問題の準拠法は、統一的な基準で決定する方法を採っている。統一信託法典がハーグ信託条約と異なる点は、生前信託の有効性

の準拠法については委託者の指定を連結点としていないこと（信託統一法典403条）、遺言信託の有効性は遺言の準拠法によることの２点だけである。これは、上記の理由により、アメリカにおいては、各州の裁判所が信託の有効性をできる限り広く認めることができるように配慮したためと考えられる[69]。ただし、遺言信託の準拠法を分離している点に関しては、ハーグ信託条約及びイギリス法と実質的な違いは生じないと思われる。ハーグ信託条約上も、遺言そのものの有効性は先決問題として遺言信託の有効性に影響するからである（上記１．２．１(2)参照）。

(2) イギリス法における当事者指定の尊重

上記のとおり、イギリスは、ハーグ信託条約16条２項の適用を排除し、事件と密接に関連する地の強行法規により信託準拠法を制限しないことにしている（上記１．２．１(6)参照）。これに対し、アメリカの判例法や統一信託法典は、法廷地ではなく、争点と重要な関係がある地の公序に反する場合に委託者が指定した信託準拠法を排除する原則を採っている。これは、ハーグ信託条約16条２項と同じ考え方である。よって、外国の絶対的強行法規の排除は、イギリスの信託準拠法決定基準に特異な定めということができる。

イギリスの信託承認法がハーグ信託条約16条２項の適用を排除したのは、同項が信託の効力を広く認めようとするイギリス判例法に反するおそれがあるからである[70]。信託発祥国であるイギリスは、古くから、信託に設定者の意図したとおり効力を与えることを原則とし、設定者の意思を制限する強行法規的な定めは例外的な場合に限られていた。そこで、信託準拠法において設定者が

69）大塚民雄他編著「現代アメリカ信託法」（前掲注65）47頁。ハーグ信託条約も、６条２項において、設定者が選択した法律上、「信託制度全般又は問題となっている範疇の信託が存在しない場合には、当該選択は効力を有せず、７条によって定まる法律を適用する」と定め、信託をできる限り有効にする考え方を採っているが、アメリカ法ほどは徹底していない。

70）Cheshire and North's（前掲注12）pp. 1041, 584

イギリス法を指定したにかかわらず、外国の法規が適用されて設定者の意思が歪められたり、その効力が否定されたりするのをできる限り避けることが要請されたわけである。これは、信託に対して最も寛大な法制度がイギリス法であるという自負を前提とし、信託の有効性をできる限り広く認めようとする考え方に立脚した結果ということができる。

このように、イギリス法とアメリカ法は、それぞれの特質に応じた相違点はあるものの、基本的な部分、すなわち、信託の効力や解釈に関する準拠法は委託者の指定によるべきこととし、指定がないときは最密接関連地の法によるべき原則を採っている点、信託の有効性をできる限り肯定する考え方を採っている点、及び法廷地の国際私法や絶対的強行法規による制約を認めている点においては共通している。これらの共通点は、ハーグ信託条約が定めている基準にも合致している。

わが国には、アメリカやイギリスのような特殊な要因は存在しないので、日本の信託準拠法決定基準に関しては、ハーグ信託条約の定めにできるだけ合わせた方がよいと思われる。国際信託の円滑な利用を進めるためには、信託準拠法の決定においても、特別な事情がある場合を除き、できる限り国際的な調和と協調に配慮するべきだからである。

１．３　わが国の信託準拠法の決定基準に関する見解

１．３．１　学説

わが国において、信託準拠法が問題となった裁判例はこれまでのところ見当たらないし、学説においても、それほど議論がなされていない。特に、通則法の下における信託準拠法の決定基準に関して論じている文献はまだ少ないが、従前の学説の議論に基づいて推測すれば、おそらく以下のような見解が主張されることになると思われる。

(1) 分解説（債権準拠法・物権準拠法分解適用説）

信託は、信託行為によって関係当事者間に権利義務関係を発生させるという

債権的な側面と、それによって財産権を移転し、いずれの関係者の一般財産からも独立した特別財産を作り出すという物権的な側面とを有している。そこで、準拠法の決定に当たってもこの２つの側面を分けて、債権法的な側面については、私人の意思により当事者間に一定の債権債務関係を発生させようとするものとして、法律行為に関する規定、つまり通則法７条及び８条を適用し、物権法的な側面については、個別の信託財産ごとに物権の準拠法に関する規定を適用していくとする見解が考えられる[71)]。すなわち、信託財産が有体物である場合は通則法13条、債権の場合は債権譲渡に関する23条を適用することになる。　この見解は、法制審議会において「国際私法の現代化のための要綱」を決定するに際して検討された考え方の１つとして紹介されているだけであり、議論の根拠の全容が明らかにされていない。おそらく、ドイツ信託法における通説を前提としたドイツの国際私法における信託準拠法に関する見解を参考にした考え方ではないかと推測される。ドイツの通説によれば、信託（Treuhand）は、委託者と受託者との信認関係を前提とした取り決めであり、信託目的による制限は債権的拘束に過ぎないと解されている[72)]。したがって、国際私法上、委託者・受託者間の信託の取り決めに関する準拠法は、債権契約に関して適用される規制に基づいて取り扱われることになる。他方、受託者が信託財産に対してどのような権利を行使しうるのかは、信託財産に対する受託者の物的な権利に関する問題なので、物権準拠法が適用される[73)]。日本の信託法をドイツの信託法と同じように理解する立場を採った場合、この考え方に従って、国際私法上の単位法律関係も債権的な側面と物権的な側面とを分け

71）法務省民事局参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」65頁以下、法例研究会「法例の見直しに関する諸問題(4)」別冊NBL89号37頁

72）新井誠「ドイツ国際私法における信託の準拠法」道垣内正人・新井誠・木村恒弍「国際信託法の諸問題」信託法研究12号（1988）６頁以下参照

73）新井誠「ドイツ国際私法における信託の準拠法」（前掲注72）24頁以下

るべきことになりそうである。しかし、日本民法はドイツ民法のように物権と債権を厳格に分けているわけではないので、信託法及び国際私法について同様の考え方を採らなくても、論理的な矛盾が生ずることはない[74]。したがって、分解説をとるか否かは、この２つの側面を分けて準拠法を適用することにどのような合理性、正当性が認められるかを考察した上で決めるべきである。

(2) 一体説（法律行為準拠法適用説）

これに対し、信託の債権的側面と物権的側面の分離は困難であるとして、信託を一体のものとして単一の準拠法を考えていく立場がある。この場合、単一準拠法をどのようにして決めるかについて、法律行為に関する準拠法決定基準である法例７条（通則法施行前）を信託にも適用する見解（以下、「法律行為準拠法適用説」と呼ぶ。）と信託準拠法は会社その他の団体に関する準拠法決定基準によるべしとする見解（以下、「団体法理準拠法適用説」と呼ぶ。）とがあり得るが、前者の見解が有力とされていたようである[75]。ただし、後者の見解を採った場合も、会社の設立等に関する準拠法の決定基準として法例７条を適用又は類推適用していこうとする見解に立てば同じ結論となる[76]。

法例７条は、１項において「法律行為の成立及び効力に付いては当事者の意思に従い其の何れの国の法律に依るべきかを定む」とし、２項は「当事者の意思が分明ならざるときは行為地法に依る」と規定していた。法律行為準拠法適用説は、信託行為は、法律行為の１つであることを理論的な根拠とし、信託行

74）新井誠「ドイツ国際私法における信託の準拠法」（前掲注72）11頁
75）山田鐐一「国際私法第３版」（有斐閣、2004）326頁
76）法例研究会「法例の見直しに関する諸問題(3)―能力、法人、相続等の準拠法について―」別冊NBL88号（2005）80頁、岡本善八「外国会社に関する諸問題―我が国法上の地位―」同志社法学15号（1952）73頁、同「外国会社法における取引保護」私法９号（1953）119頁以下。なお、私はこの見解には反対である（後記３．３．３参照）。

為を行った当事者の意思に従って信託の成立と効力の準拠法を定め、意思が不明のときは、その信託行為を行った地の法律によると解するわけである。通則法の下においても、これと同じ考え方を採るとすれば、信託準拠法は、以下の通則法７条及び８条によって決定されることになる。

７条　法律行為の成立及び効力は、当事者が当該法律行為の当時に選択した地の法による。
８条　前条の規定による選択がないときは、法律行為の成立及び効力は、当該法律行為の当時において当該法律行為に最も密接な関係がある地の法による。
２　前項の場合において、法律行為において特徴的な給付を当事者の一方のみが行うものであるときは、その給付を行う当事者の常居所地法（その当事者が当該法律行為に関係する事業所を有する場合にあっては当該事業所の所在地の法、その当事者が当該法律行為に関係する二以上の事業所で法を異にする地に所在するものを有する場合にあってはその主たる事業所の所在地の法）を当該法律行為に最も密接な関係がある地の法と推定する。
３　第一項の場合において、不動産を目的物とする法律行為については、前項の規定にかかわらず、その不動産の所在地法を当該法律行為に最も密接な関係がある地の法と推定する。

これらの規定に基づき、信託準拠法は、信託行為の当事者が指定したときは当該指定した法となり、当事者が明示又は黙示の指定をしていないときは、信託行為と最も密接な関係がある地の法によることになる。ただし、信託において、７条及び８条の「当事者」をどのように解するかによって、同条の適用の仕方に違いが生じてくる。

１つは、信託の場合、「当事者」とは委託者のみを指す、つまり、委託者が単独で信託準拠法を指定できると解する見解（以下、「単独指定説」と呼ぶ。）である。日本の信託の多くは委託者と受託者との契約によって成立するが、英米を始めとする多くの国では、信託は委託者の一方的な行為だけで設定される。国際私法は、そのような外国の信託法と日本の信託法との間での準拠法選択を行うルールなので、準拠法決定の連結点としての信託行為の概念を諸外国と一

致させ、委託者の単独行為とするものである[77]。単独指定説に立てば、信託準拠法は、委託者による指定があるときはこれにより、指定がないときは、委託者が信託設定を行った国の法律によることになる。

これに対し、信託法上、日本における信託には契約によって設定されるもの、遺言によるもの、信託宣言によるものの３つがあることから（信託法２条)、この信託行為の区別に応じて、契約による信託については、委託者・受託者間の合意がある場合に限るとする見解（以下、「共同指定説」と呼ぶ。）もあり得る。信託を契約の１種であるとするわが国の通説を前提とする場合[78]、おそらくこの考え方が最も素直であろう。ただ、英米をはじめとする多くの国では、信託は契約とは区別されている。共同指定説を採る上では、委託者・受託者間の合意がない限り準拠法の指定を認めないことが、外国法が信託準拠法となる場合においても合理的といえるかどうかを検討しておく必要がある。これに関しては、後記４．１．１で詳述する。

(3) 法律行為準拠法修正適用説

上記(2)の法律行為準拠法適用説によれば、たとえば、設定者が日本国内にいて、外国の受託者を指定して外国にある財産を信託財産として国外居住者を受益者とする信託を設定した場合、法例７条２項の行為地法主義に従えば、信託準拠法は日本法ということになる。これでは実態とかけ離れてしまう点を考慮し、「基本的には信託設定行為に着目して法例７条以下の法律行為についての準拠法規定を適用することを原則とした上で、必要に応じて信託財産の要素や信託の関係者の属人的側面の要素を斟酌する」見解がある[79]。ただし、上記の例が示すような問題は、準拠法の指定がない場合は行為地法と推定していた通則法施行前の法例７条の下で生じた不都合であり、「最も密接な関係がある

77）澤木＝道垣内「国際私法入門第６版」（有斐閣、2006）229頁以下
78）四宮和夫「信託法」（新版、有斐閣、1989）85頁
79）早川眞一郎「信託と相続の交錯」池原季雄編「国際信託の実務と法理論」（前掲注１）122頁、早川眞一郎「信託の国際的調和」信託法研究23号49頁

地の法」を決定する方法をとる通則法８条の下では、この判断の柔軟性によって不都合を解消できるはずである。よって、通則法が施行された現在では、この見解を維持する必要性が乏しいのではないかと思われる。

１．３．２　分割説・一体説の相違点

以上のとおり、信託準拠法の決定基準に関する見解は、信託のうちの債権的側面と物権的側面とを分解して別々の準拠法の適用を考える分解説と信託全体について単一の準拠法を決定しようとする一体説とに大別される。ただし、どちらの説に立ったとしても、信託の債権的側面に関しては、法律行為の準拠法に関する通則法７条及び８条を適用又は類推適用すべきことになるので、両説の違いが生ずるのは、信託の物権的側面に関する準拠法決定基準だけである。分解説は、信託に基づく物権的な請求に関する準拠法は物権準拠法に関する規定（通則法23条）を適用すべしとしている。たとえば受託者や受益者が、信託財産を侵害している第三者に対して、妨害排除や財産取戻し請求をする場合、当該請求権の法的性質は物権的請求権の一種なので、財産所在地法によることになる。もし一体説が、このような請求に関する法律問題も信託準拠法（通則法７条及び８条）によるべしと主張するのであれば、どちらの説を採るかによって、明らかに準拠法が異なる場合が生じそうである。

しかし、一体説を採ったとしても、受益者や受託者が第三者に対し、信託財産に関する物権的な主張や請求をする場合、そのような紛争に含まれる全ての法律問題が信託準拠法によって解決されるわけではない。前述のとおり、イギリスが国内抵触法に取り入れているハーグ信託条約では、条約を適用すべき事項は、信託の有効性、効力、解釈、信託事務などに限定し、第三者と信託財産との間の問題の一部は条約の適用対象外としている（上記１．２．１(6)参照）。また、アメリカ判例法は争点ごとに準拠法を決めることを原則とし、統一信託法典も「強い公序」に関する争点を除外する方法で適用範囲を限定している。わが国の通則法７条及び８条も、「信託の成立及び効力」の準拠法を定める基準であるのだから、信託に関する問題であっても「成立及び効力」以外の事項

は、原則としてこれらの適用を受けない[80]。たとえば、受託者が、委託者から信託財産の二重譲渡を受けた者に対して、信託財産の引渡しを請求したのに対し、二重譲受人が対抗要件の抗弁を主張した場合、対抗関係にある両者間の優劣の問題は、当該財産に関する物権準拠法、つまり、財産所在地法によるべきことになる。物権的対抗力という法律問題は、信託準拠法の適用範囲には含まれないからである[81]。また、受託者の債権者が信託財産を差し押えた場合、当該財産が受託者自身のものとして差押えの対象となるかどうかという法律問題が生ずるが、これは財産の所有者が誰かという問題であるから、物権の問題として、財産所在地法によって判断される[82]。結局、分解説が物権準拠法によるべしと主張している問題の多くは、そもそも信託準拠法（すなわち、信託の成立及び効力の準拠法）の適用範囲外であり、一体説を採ったとしても、別途に準拠法を決定するべき問題なのである。

よって、分解説と一体説とは、実際に準拠法を決定して適用する上では本質的な違いがない。いずれの見解であるにせよ、信託の成立、有効性や信託行為の条項の効力、解釈などについては法律行為の準拠法である通則法７条及び８条を適用又は類推適用し、それ以外の問題については、通則法のその他の規定に基づいて準拠法を決定して処理するべきだからである。そうであるとすれば、わが国の信託準拠法決定基準において、わざわざドイツ法に合わせて信託の法的性質を２分割するという考え方を採る実益があるとは思えないので、私は、信託の法的性質に従って単一の準拠法決定基準を選んだ方がよいと考える。

80）早川眞一郎「信託と相続の交錯」（前掲注79）は、相続に関する事項は信託準拠法によって解決すべきではないとしている。

81）溜池良夫「国際私法講義（第３版）」（有斐閣、2005）322頁以下。なお、通則法７条及び８条によって決定された準拠法がどのような事項に適用されるかは、信託準拠法の送致範囲の問題である。これについては、別稿（国際信託に関わる法律問題の準拠法決定基準）で詳しく述べる。

82）澤木＝道垣内「国際私法入門第６版」（前掲注77）229頁。

ここで検証すべき問題は、信託準拠法を通則法７条及び８条によって解決するという方法が本当に正しいのかどうかである。これを考えるに当たっては、そもそも信託とはどのような法的性質を有する制度なのかを確定すること、及び、通則法７条及び８条は、そのような法的性質を有している法制度の準拠法決定基準として妥当であるのかどうかを検討することが必要である。後者の点は、通則法７条及び８条の理論的な根拠に関わっている。一般に、法律家が法的問題解決のために特定の法規を適用又は類推適用しようとするとき、当該法規の趣旨及び目的に鑑み、これを当該法的問題に適用又は類推適用することが合理的といえるだけの基礎があるかどうかを考えるべきだからである。そこで、以下において、まず通則法７条及び８条の意義及び解釈に関する私見を述べ（下記２）、次に、信託という制度の意義及び法的性質を検討し（下記３）、その上で、通則法７条及び８条の信託に対する適用の可否を検討する（下記４）。

２．　通則法７条及び８条の意義及び解釈

２．１　通則法７条について

２．１．１　通則法７条の趣旨に関する学説

通則法７条は、法律行為の成立及び効力の準拠法について、その法律行為の当時において当事者が準拠法を選択した場合は、その選択した法によることを定めている。この規定は、法例７条１項の規律をそのまま維持したものであり、通則法の立法過程において、その理論的な根拠にまで遡った議論はされていないようである。契約当事者の意思に基づいて準拠法を定める考え方は、19世紀以降、世界の多くの国で採用された契約準拠法の原則である。その実質的妥当性の根拠を要約すると、次の２つになる[83)]。１つは、主として当事者の意思によって形成される関係であるという債権関係の性格から、国内法上の契

83）溜池良夫「国際私法講義（第３版）」（前掲注81）367頁、山田鐐一「国際私法第３版」（前掲注75）316頁

約自由の原則に対応するものとして、国際私法上も準拠法決定の自由を当事者に与えるべきであるとする考え方、もう１つは、債権関係の性質上、契約締結地、履行地、当事者の本国などの多数の連結要素が登場し、そのうちの１つを他に優越する要素として決めてしまうのは困難であるため、当事者に委ねてしまおうとする考え方である。前者は、当事者自治主義の思想を背景として、当事者意思を尊重すること自体に価値を認める積極的な根拠、後者は、他の原則の適用は難しいために便宜的に「当事者意思」を連結点に用いようとする消極的な根拠ということができる。

通則法７条の解釈は、同条の根拠として上記２つ（すなわち、積極的根拠と消極的根拠）のうちのどちらを重視するかにより、大きな影響を受ける。前者、つまり、当事者自治主義を主要な根拠とする考え方によれば、当事者の意思は、法律行為の準拠法の基準としては他の原則に優先すべき基準と解され、できる限り７条を適用して、当事者が選択した準拠法に従うべきことになる。当事者の明示的な意思が不明でも、あらゆる事情から黙示的な意思を探求し、また、当事者が全く準拠法を選択する意思がなかった場合でも、仮に選択していたらどうしたかについての仮定的な意思まで推定することが正しい解釈方法ということになるはずである。他方、当事者自治主義を軽視し、当事者意思による準拠法選択を定める通則法７条は、「最も密接な関係にある地」という連結要素を決めかねる場合のための補充的な解決方法を定めているに過ぎないとの考え方を採った場合、７条の適用は当事者の本心が明らかな場合だけに留め、むしろ８条を広く適用していくべきことになる。つまり、当事者自治主義を強調する考え方を採れば、７条は法律行為の準拠法決定に関する原則規定ということになるのに対し、これを消極的に捉える考え方によれば、同条は、通則法８条を補充するための規定に過ぎないと解される。

通則法施行前の法例７条に関して、学説上、当事者自治主義をその根拠とする見解が主流であったと思われる。法例７条は、１項において、「法律行為ノ成立及ヒ効力ニツイテハ当事者ノ意思ニ従ヒ其何レノ国ノ法律ニヨルヘキカヲ定ム」とし、２項において、「当事者ノ意思カ分明ナラサルトキハ行為地法ニ

依ル」旨を定めていた。裁判所は、当事者の明示の指定がない場合に直ちに行為地法によることはせず、できる限り黙示の意思を探求し、また、この黙示の意思の探求に当たっては、当事者の主観的な意思だけでなく、契約を取り巻く状況から仮定的な意思の探求まで行って法律行為の準拠法を決定する方法が採られていた[84)]。学説の多くは、この裁判所の手法を支持し、法例７条２項により行為地法が準拠法となる場合をできるだけ限定すべきものと解していた[85)]。また、２項の「行為地法主義」と１項の当事者主義との整合性を確保するため、２項は当事者意思の推定則を定めるものとし、１項及び２項を併せて、準拠法選択における当事者自治を実現するための規定であると解していた[86)]。これに対し、７条１項の「当事者の意思」に客観的連結を持ち込むのはその立法趣旨に反して不当であり、「黙示の指定」は当事者の現実の意思がある場合に限定すべきであるとの有力な反対説も存在した[87)]が、多数説及び裁判所は、法例７条２項の「行為地法主義」を適用すると不都合な結果を生ずる場合があることなどから、２項の適用場面を限定するため、黙示の意思による準拠法選択を広く認めるべきであるとしていた。

しかし、通則法の制定を機に、学説の大勢は、「法律行為の準拠法を当事者の意思による」ことの積極的な根拠を当事者自治主義に置く考え方から、当事者自治を便宜的な原則と捉えて「最密接関係地法」という客観的な連結を重視していく考え方に方向転換したのではないかと思われる。通則法は、法例７条

84）森下哲郎「国際私法改正と契約準拠法」国際私法年報第８号（2006）23頁、櫻田嘉章「契約の準拠法」国際私法年報第２号３ページ以下

85）青木清「平成18年国際私法改正：契約および方式に関する準拠法」国際私法年報第８号（2006）９頁以下、最高裁昭和53年４月20日判決民集32巻３号616頁、判例タイムズ364号183頁、佐野寛「当事者自治(1)」別冊ジュリスト185号「国際私法判例百選（新法対応補正伴）」59頁参照

86）山田鐐一「国際私法第３版」（前掲注75）316頁、青木清「平成18年国際私法改正：契約および方式に関する準拠法」（前掲注85）10頁

87）櫻田嘉章「契約の準拠法」（前掲注84）17頁、道垣内正人「ポイント国際私法（各論）」（有斐閣、2000）230頁

２項の行為地法主義を廃し、当事者の意思が明らかでない場合は、「最も密接な関係にある地」の法によることとした（８条)。これについて、通則法の立法関係者は、「客観的連結については行為地法ではなく最密接関係地法によることとされており、最密接関係地法の判断において柔軟な対応が可能であることから、客観的連結を回避するために当事者の仮定的意思を問題にする必要性は、法例に比して格段に少なくなると予想されます。」と述べ[88]、また、通則法７条について論じている文献は、「通則法は、当事者の意思をあくまで探求して準拠法を決定するという従来の考え方を放棄し、客観的連結を導入することとした」ものであると解している[89]。

上記の見解は、通則法７条の適用場面を当事者が準拠法選択の現実的な意思を有していた場合だけに限定し、現実的意思がない場合は、「当事者意思」という基準は捨てて、８条により「最密接関係地」を客観的に判断しようとするものである。その結果として、当事者の主観による準拠法選択を定める７条と「最密接関係地」という客観的連結による準拠法決定を定める８条とは制度趣旨の異なる規定ということになる。学説は、両者の関係をどのように整合させるかについて説明していない[90]。

88）小出邦夫編著「新しい国際私法　法の適用に関する通則法の解説」（前掲注７）45頁

89）青木清「平成18年国際私法改正：契約および方式に関する準拠法」（前掲注85）10頁、澤木＝道垣内「国際私法入門第６版」（前掲注77）203頁

90）橋爪誠「当事者自治(2)」別冊ジュリスト185号「国際私法判例百選（新法対応補正伴)」60頁は、当事者自治の原則は「国際私法上の主観主義ともいい、法律関係と客観的に最も密接な関係を有する法を確定する国際私法の性質からすれば、かなり異質な存在である」とし、また、「契約準拠法に関する当事者自治の原則」に関する諸学説の説明に対して「これらはいずれも当事者自治の原則それ自体の理由付けであって、国際私法の一般理論との整合性については、なお決定的な説明とはなっていない」としている。

２．１．２　当事者の仮定的意思の推定について（私見）

上記２．１．１で述べた通則法７条の趣旨に関する最近の学説によれば、通則法７条における当事者の準拠法選択は、８条によって定める準拠法とは異なる法を当事者があえて選択しているか否かという観点から行えば足りることとなる。法律行為の準拠法を決定するに際し、当事者が本当に準拠法の合意をしたことが認定できないときは直ちに８条を適用すべきであり、当事者の仮定的意思の推定という方法でさらに当事者意思を探求することはすべきではないと解される[91)]。しかし、通則法の適用に関し、「仮定的意思の推定」という当事者意思の認定方法は放棄してしまってもよいのだろうか。

「当事者の仮定的意思」の推定とは、法律行為をした目的や経緯、当事者の性質、専門性その他の事情、周辺事情などを総合し、合理的な一般人が当事者と同じ立場にいたとしたらどの地の法を選定したかを客観的に判断するという作業のことである。仮定的意思の推定は、当事者の現実の意思が立証できない場合にのみ行われる。よって、その結果は、現実の意思と一致する場合もあれば、本当の意思とは異なることもあり得る。特に、当事者が本当は準拠法のことを全く意識していなかったと思われる場合でも、仮定的意思の推定という手法を用いれば準拠法の合意があったとの認定になる。しかし、だからといって、仮定的意思の推定は当事者自治主義に反することにはならない。契約などの法律行為に基づいて取引に関わろうとする者は、通常の場合は経済的合理性に適った判断に基づく行動をするはずだし、少なくとも、合理的な判断をして行動するであろうことを取引社会から期待されている。当事者が取引社会の期待に反する意図の下に行動をとり、かつその行動の意図について明らかな証拠を残さなかった場合は、第三者が「経済的合理性に従って行動する一般人」を基準にしてその行動の意図を判断するのは、取引に関与した以上は覚悟すべきことである。当事者自治の原則は、当事者の意思に基づく言動を尊重すると共に、その結果に対する責任を負うべきことまでを内容としているのであるか

91）澤木・道垣内「国際私法入門第６版」（前掲注77）200頁

ら、契約準拠法について、合理的な一般人が持つであろう意思、つまり、仮定的意思を基準とする考え方は、この原則に含まれている。したがって、「当事者自治の原則」が契約その他法律行為の準拠法の合理的な根拠であるなら、「仮定的意思の推定」は、この原則を実現するための合理的かつ客観的な判断手法といえる。

学説は、裁判所が当事者の現実的な意思を離れ客観的な連結から準拠法を決定すると、法律行為の準拠法に関する当事者の予測可能性が失われること、準拠法決定の方法に統一性がなければ法的安定性も失われることなどを根拠に、仮定的意思の認定という方法を批判している[92)]。これまでの判決において、裁判所は、黙示の意思による準拠法選択を認定する際、それが現実の意思なのか仮定的意思なのかを明確に区別せず、またそのような判断をした推論過程を示さず、客観的な連結を列挙するだけで黙示の意思を認定していた。たしかに、現実の意思があったか否かを争点として争っていた当事者に対して、裁判所が現実意思に関する判断を一切せず、かつ明確な理由も示さずに仮定的意思を認定する場合があったとすれば、そのような判断手法は当該訴訟における当事者の予測可能性を大きく損なうものであり、学説の批判は当たっている。しかし、この問題は、仮定的意思の推定という基準自体に関するものではなく、この基準が用いられるのかどうか、用いられるとしたらどのような場合なのかという点の不明確性に起因している。当事者の現実意思の認定ができない場合には仮定的意思、つまり合理的な一般人が有したであろう意思を推定するという基準が明確に定立され、訴訟においても「仮定的意思」の認定は「現実的な意思」の認定と区別して争われ、かつ判決文において、仮定的意思を推定した論拠を明らかにする実務が定着したなら、当事者の予測可能性に関する問題は解消されるはずである。

私は、以下の理由により、当事者の仮定的意思の探求という手法を「当事者による準拠法の選択」の認定から排除してしまう考え方には賛成できない。

92）前掲注87

第１に、当事者の現実の意思が認定できないときに仮定的な意思を認定するのは、当事者の意思を尊重して準拠法を決定する当事者自治主義の考え方に最も適合する。準拠法決定における当事者自治は、最も重要な基本原則であり、合理的な理由がない限りこれを制限すべきではない。民主主義社会は、自らを律する社会の規範を自らが決定することによって成り立っているところ、二当事者間の契約関係は、この原則を実現する上で最小の社会単位である。最も基本的な社会単位において当事者自治が機能しないようでは、国家の政治体制として民主制が正しく機能するとは到底思えない。したがって、両当事者間の力関係に明らかな違いがあって当事者自治が正常に働いていない場合や当事者間の合意が社会秩序に反するような例外的な場合を除き、当事者間で合意された規範を国家がむやみに変更しないことは、民主制を採用する法治国家の大原則というべきである。当事者間の契約を支配する規範である準拠法は、契約内容以上に当事者の決定を尊重すべき事項である。よって、当事者の現実の意思の認定ができないときは、仮定的な意思を推定する方法で、できる限り当事者意思を探求する認定方法を採った方が、これを放棄して他の判断方法に変更するより合理的である。

第２に、詳しくは後記２．２．２で述べるが、通則法８条の「最密接関係地」は、客観的な判断基準としては、「当事者の仮定的意思」以上に不明確である。８条２項は、特徴的な給付を行う者の常居所地法を「最密接関係地」と推定する旨を規定しているが、この推定が働かない場合においてどこを「最密接関係地」に選ぶのか、及びどのような場合にこの推定は破られるのかについて、何らの基準が存在しない。結局、「最密接関係地」がどこかは、裁判官個々人の自由な判断に委ねられているに等しい。これでは予測可能性が立たず、仮定的意思の推定に勝る判断基準とは言い難い。

第３に、現実の意思と仮定的な意思とは観念的には区別が可能だが、実際の認定作業において明確に分けることが困難な場合が多い[93)]。現実の意思とい

93）森下哲郎「国際私法改正と契約準拠法」（前掲注84）25頁も、「従来の多数説がい

っても、わが国の裁判制度上は、契約に関連する様々な間接事実や間接証拠から当事者がどのように考えたかを推測する作業を採ることになるので、現実意思と仮定的意思とは認定上は重複するのである。現実意思の認定資料を当事者の本心を推定できる証拠だけに限るとすれば、裁判官の自由な心象形成を害し、黙示の意思の認定を萎縮させることになりかねない。

第４に、「当事者の仮定的意思の推定」という認定方法は、長年に亘ってわが国の法例７条の解釈に関して用いてきた方法であり、これまで個々の事件の具体的な解決において、この方法によって不合理な結論が導かれたりしたことはないので、これを放棄する積極的な理由があるとは思えない。

以上の理由により、「当事者の仮定的意思の推定」という当事者の準拠法選択意思の認定方法は、通則法の下においても放棄すべきではない。問題は、法例７条のときと同様に、この認定を通則法７条の適用において行うべきかどうかという点である。

２．１．３　通則法７条と黙示の準拠法選択

上記２．１．２のとおり、法例７条１項の解釈において、当事者の黙示の意思による準拠法指定は、学説及び判例上明確に認められていた。通則法の立法関係者によれば、その通則法７条の立法過程において、黙示の意思を狭く解するため、「当事者による準拠法の選択は、明示的であるか、又は契約その他の事情から一義的に明らかなものでなければならない」との提案が選択肢として提示され、議論されたが、最終的には、「一義的に明らか」との基準が不明確であること、既存の実務に与える影響が大きいことなどから、このような限定を設けないこととされた[94)]。したがって、黙示の意思による準拠法選択は、

うような意味での黙示の意思を現実の意思と呼ぶことはややミスリーディングであるように思われる」としている。

94）小出（前掲注７）45頁、神前禎「解説・法の適用に関する通則法」（弘文堂、2006）55頁、「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」（前掲注７）30頁以下

通則法７条の下でも引き続き許容されることになった。

通則法に関する学説も７条に黙示の意思が含まれることは認めている[95)]。ただし、この黙示の意思はあくまで当事者の現実の意思を意味し、仮定的な意思の推定までを行うことには批判的である（上記２．１．２参照）。その根拠は、（ⅰ）従前の法例７条２項が当事者による準拠法選択がない場合の客観的連結について一律に行為地法としていたことから、その不都合を回避するために現実に存在しない仮定的意思まで探求していたが、通則法では、行為地法主義を廃止して最密接関係地法によることとされ、その判断において柔軟な対応が可能となったので、仮定的意思を問題にする必要があまりなくなったこと、及び（ⅱ）仮定的意思の認定の結果として、法律行為の準拠法に関する予測可能性が失われ、準拠法が不明確になっていたことが挙げられる[96)]。

上記２．１．２のとおり、私は、仮定的意思の推定という手法を通則法における当事者意思の認定から外してしまうことには反対である。学説による仮定的意思に対する批判の（ⅰ）は、法例７条２項に関する不都合を解決するために仮定的意思を利用する必要性がなくなったことの説明であり、仮定的意思の推定という手法そのものに対する批判ではない。また、（ⅱ）の点が「当事者の仮定的意思の推定」という基準自体の問題ではないことは既に述べたとおりである。そのような判断に至る合理的な基準を示すことが可能であるという点において、仮定的意思の推定という基準は「最密接関係地」の判断という基準よりも予測可能性が高い（上記２．１．２参照）。

しかし、通則法７条の適用に関して仮定的意思の認定まで含めるのは、同条

95）櫻田嘉章「国際私法第５版」（有斐閣、2006）214頁、神前禎＝早川吉尚＝元永和彦「国際私法第２版」（有斐閣、2006）127頁

96）青木清「平成18年国際私法改正：契約および方式に関する準拠法」（前掲注85）、小出（前掲注７）45頁も、「黙示の意思による準拠法選択が許容されるとしても、当事者の現実の意思ではない仮定的意思は、黙示の意思に含めて考えるべきではないと考えられます」としている。

の解釈上は妥当ではないと思われる。後述するとおり、私は、７条における黙示の意思による準拠法選択の認定は、当事者の現実の意思の探求に留め、仮定的意思は、８条の推定規定によるべきであると考える（後記２．２参照)。その理由は以下のとおりである。

第１に、通則法７条に関して法例７条１項と同じ解釈を採った場合、従来と同様、法律行為の準拠法のほとんどは黙示の意思による選択を認定する方法で決定されることになる。これでは、通則法が７条２項の行為地法主義を廃して新たに８条を設けた趣旨を損なうおそれがある。また、立法担当者が説明した通則法７条の立法過程からも、立法者は、通則法７条による黙示の意思の認定から仮定的意思の推定をできるだけ排除することを意図していたことが窺われる。

第２に、法例７条の適用に関し、従来の裁判所の判決のように、仮定的意思の推定と現実意思の認定とを明確に区別しない判断方法を採っていては、当事者の予測可能性を損なう可能性があることはたしかである。このような問題を回避するうえでは、通則法７条を現実の意思の認定の問題に限定し、仮定的意思に基づく判断を８条の問題として、裁判所に対して、７条とは独立した判断をさせる方が妥当である。

第３に、後記２．２で詳述するとおり、８条を仮定的意思の推定規定と解釈する方が同条の解釈論として合理的である。また、そのように解することにより、７条と８条は、共に当事者自治主義を根拠とする規定として統一的に整合性を持った解釈をすることができる。

ただし、前述したように、現実意思の認定作業と仮定的意思の認定作業は重複する部分があるので、両者の区別をそれほど厳格に解する必要はない。実務的な処理としては、明示的な準拠法の指定がないにもかかわらず、当事者が準拠法を選択する現実の意思を有していたことを、裁判官が証拠上明確に認定できる場合は通則法７条により、そうでない場合は、すべて８条によることにすればよい。なお、このような処理をした結果として、おそらく、黙示の意思による準拠法選択を認定すべき事案のうちのかなり多くは８条によって処理され

ることになるのではないかと推測される[97]。特に、契約当事者間において交わした契約書に準拠法の定めがないにかかわらず当事者間で準拠法を現実に意識していたと推定することができるのは、両当事者が所属する取引社会においてそのような取引慣行があるとか、両当事者間の過去の取引において準拠法の合意がなされていたなど、例外的な事情が認められる場合に限られるはずだからである。

２．２　通則法８条１項について

２．２．１　立法担当者の説明

通則法８条１項は、法律行為について当事者による準拠法の選択がされていない場合には、その法律行為に最も密接な関係がある地の法を準拠法とする旨を定めている。これは、法例７条２項が法選択のない場合の準拠法を一律に行為地法としていた点を改めたものである。これまでの多数説は、法例７条２項は、準拠法選択における当事者自治を定める７条１項を補充し、当事者の意思が不分明な場合は、当事者が行為地、すなわち契約締結地の法による意思を持っていたと推定する規定であると解していた[98]。しかし、行為法主義を定める法例７条２項に対しては、（ⅰ）契約を締結した地は、偶然的な事情で定めることも多く、当事者の準拠法選択の意思の推定力は必ずしも高くないこと、（ⅱ）電子取引その他の両当事者が対面しない取引の場合、行為地の確定が困難であることなどから批判がされていた[99]。通則法は、このような批判に配慮

97）櫻田嘉章「契約の準拠法」（前掲注84）18頁乃至41頁は昭和30年代から平成10年までの黙示の意思の認定に関する裁判例を分析し、最近の裁判例においては客観的連結に近い認定（すなわち、仮定的意思の認定）をするものが、表現上は圧倒的に増えつつあるとしている。

98）青木清「平成18年国際私法改正：契約および方式に関する準拠法」（前掲注85）10頁、山田「国際私法第３版」（前掲注73）327頁

99）山田「国際私法第３版」（前掲注75）327頁

し、行為地法主義を改め、法律行為の内容や行われた経緯等の諸般の事情を総合的に考慮することができるように、法律行為に最も密接な関係を有する地の法によることにしたものである[100)]。

以上のように、法例７条の行為地法主義の代わりに通則法８条が設けられるに至った経緯に鑑みれば、通則法は、当事者意思推定の事由を「行為地法」から「最も密接に関係する地の法」に改めただけであり、その趣旨は改正前と同様であると解するのが最も素直な解釈と思われる。

しかし、通則法８条を解説する文献は、そのような解釈は採らず、通則法８条は、７条の当事者自治とは無関係の全く新しい基準として「最密接関係地」主義を定めた規定であると解している（上記２．１．１参照）[101)]。

通則法が法律行為の準拠法決定に関する新しい基準として「最も密接に関連する地の法」の原則を設けたのだとしたら、そのような基準が準拠法決定基準として妥当するのはなぜか、そして、当事者自治主義を定める７条と密接関係地法主義を定める８条とは理論的にどのような関係にあるのかという根本的な問題について説明する必要がある。これらの問題を論じた文献は、今のところ見当たらない[102)]。

100）法務省民事局参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」39頁、小出邦夫編著「法の適用に関する通則法の解説」（前掲注７）49頁は、①行為地は偶然の事情で定まることが多く、必ずしも契約に密接に関連する法と一致しないこと、②電子取引その他の両当事者が対面しない取引の場合、行為地の確定が困難であることから、法律行為に最も密接な関係を有する地の法によることにしたとのことであるが、この①の説明は不正確である。従前の学説は、法例７条２項の行為地法主義を当事者意思の推定則と解していたのであり、最密接関係地法の推定則としていたわけではない。

101）「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」（前掲注７）40頁は、８条２項は、新たに客観的連結点を採用したものであるとしている。前掲注89の各文献参照。

102）澤木＝道垣内「国際私法入門第６版」（前掲注77）203頁は、通則法７条の当事者自治と最密接関係地を準拠法とする原則は「異なる起源を有するルールであって」、７条と８条の関係は「木に竹を接いだ感」を否めないと述べている。

２．２．２　最密接関連地法主義の根拠

通則法８条を設けるに当たって、「最も密接に関係する地の法」を法律行為の成立及び効力の準拠法とすることの根拠については、ほとんど議論されていない。私法的な法律関係には「最も密接に関係する地の法」を適用すべしという考え方は、国際私法における公理であるため、改めて議論をする必要がないからである。しかし、わが国の国際私法は、これまで、「最密接関係地」という概念自体を準拠法決定の直接的な基準とする考え方を採っていなかった。この意味で、通則法は、新しい判断基準を創設したといえる。しかも、この基準は抽象的な概念であり、今後の解釈によって内容が定まる。このような抽象的な基準を設ける以上、もう一度根本に立ち戻り、「最密接関係地法」主義の根拠を検討しておくべきである。

契約その他の法律行為の準拠法決定基準として、「最も密接に関係する地の法」を適用すべしという原則を採ることの理由として挙げられる可能性があるのは、法的安定性、公平性、経済的合理性の３つである。以下、それぞれの根拠が通則法８条の立法趣旨としても妥当するかどうかを検討する。

(1) 法的安定性

契約その他法律行為と最も密接に関係する地がどこであるかについて、当該法律行為をしたときの事情だけから客観的かつ明白に確定できるとすれば、当事者は訴訟を起こす前に、当該紛争の解決基準として適用される準拠法を客観的に判断することが可能となる。これにより裁判所の判断の予測が可能となり、無用な紛争を予防できる。契約などの取引に関して、準拠法の予測可能性は最も重要な要請の１つなので、最密接関係地法主義によって法的安定性が得られるとしたら、これは８条１項の主要な根拠となる。

しかし、最密接関係地が客観的に予見可能なのは、最密接関係地がどこであるかという観点から特定の連結地が予め決めてある場合に限られる。サヴィニーは、契約履行地が契約関係の本拠（Sitz）であるとし、契約準拠法を一律に

契約履行地とすべき旨を主張していた[103]。すなわち、彼が提示した最密接関係地の法を適用すべしという公理は、特定の連結地を準拠法とする旨の法規を定める際の立法及び解釈の根拠であり、それ自体が適用基準ではなかった。通則法８条のように、法律の規定としてこの公理を直接定めるという方法を採った場合、裁判所は、契約に関連する様々な連結点と関連する地を比較しながら、そのうち最も密接に関連する地を選び出さなければならない。たとえば、Ａ国とＢ国のどちらにも密接に関連している場合、裁判所は自らの裁量的な判断でどちらがより密接に関連しているかを決定する。つまり、契約に関連する要素のうちのどれが最も重要なのかについては個々の裁判官の裁量に任せることになる。通則法８条２項は、このための判断基準として、特徴的給付を行う当事者の常居所地法を最密接関係地の法と推定しているが、これだけでは本質的な問題は解決されない。特徴的給付を行う当事者の常居所地法が、なぜ最密接関係地の法と推定されるのかについての根拠が示されていない以上、裁判所は、どのような場合にこの推定が働き、どのような場合に推定が覆されるのかについて、何らの指針もなく、自らの価値判断に基づいて決定しなければならないからである。結局、最密接関係地法によるべしとの規定は、契約その他の法律行為の準拠法の決定を個々の裁判官に白紙委任しているに等しく、紛争解決前に当事者が準拠法を予測するための充分な基準にはならない。この規定による準拠法決定に関する法的安定性を担保するためには、裁判官が最密接関係地を決定するための判断基準となるような統一的な指針が存在しなければならない。以上の理由で、法的安定性は、通則法８条の根拠にはならないと思われる。

(2) 公平性

契約と「最も密接に関係する地」は、当事者双方が契約にかかわっている以上、契約との距離から客観的に決まってくる。したがって、最密接関係地法を

103）櫻田嘉章「国際私法第５版」（前掲注95）17頁、39頁

準拠法に選んだ方が、少なくとも、当事者の住所、常居所などのように一方当事者に偏った連結要素を選ぶよりも公平である。この意味において、８条は、公平の原則に合致する規定ということができる。

しかし、公平性は、あらゆる準拠法決定基準において要求される根本的な根拠であり、法律行為の準拠法決定基準を定める８条の解釈基準としてはあまり役に立たない。「最も公平と考える地の法が最密接関係地法である」というだけでは、結局、裁判官が自由な裁量に基づいて公平と判断した法を準拠法に決定することを意味するだけである。法解釈の指針となるべき立法理由を説明するのなら、法律行為に関してなぜ最密接関係地法を準拠法とするのが公平なのか、その根拠を考察する必要がある。

また、最密接関係地法主義における公平性は、当事者自治の原則に必ず道を譲るべきである。一般に、取引の交渉をしている両当事者が納得の上で合意した準拠法があるとき、当事者はこれによるのが最も公平と判断しているはずだからである。国家機関（つまり、裁判所）は、これと異なる公平性の判断を押し付けるべきではない。最密接関係地法によるとする原則の根拠として公平性が妥当するのは、当事者が準拠法を指定していない場合、及び当事者の力関係が著しく不均衡な場合など[104)]、当事者自治を補充すべき場合に限られる。その結果として、仮に通則法８条の根拠が公平性だけだとすると、通則法８条が適用されるのは、例外的な場面に限定されることになる。通則法７条の当事者自治が８条の公平性に優る原則である以上、裁判所は、これまで法例７条に関して行ってきたのと同様に、できる限り７条を適用して準拠法を決定するはずだからである。当事者の現実意思はもとより、仮定的意思も、それが当事者自治を根拠とする以上、８条に劣後することにはならない。

104）たとえば、消費者契約や労働契約のように、当事者の一方が契約交渉上優位な立場にあるために当事者が対等な立場で合意したとは考えられない場合においては、当事者自治が正常に機能したとはいえないので、準拠法の合意よりも、最密接関係地の法を適用した方が合理的である（通則法11条及び12条）。

(3) 経済的合理性

契約に関する当事者間の紛争は契約と最密接関係地で生ずる可能性が高いし、そのような紛争が生じたとき、当事者の便宜や証拠との距離との関係上、契約と最密接関係地の裁判所で解決するのが合理的といえる場合が多いはずである。そうだとすれば、裁判所が精通している法廷地の法律を準拠法とするのが最も適切であり、経済的合理性にも適っていると考えられる。

この根拠は、８条の趣旨に関する説明として妥当する。経済的合理性は、算式に基づいて客観的に測定でき、公平性のように思想信条などの主観的な要素に左右されることが少ない。経済的合理性を通則法８条の根拠であると理解した場合、「最密接関係地」は、最も経済的な地がどこかという基準に従って判断することが可能となる。よって、経済的合理性という根拠は、８条の解釈基準としても有効である。

以上の検討の結果によれば、最密接関係地主義の根拠である法的安定性、公平性、経済的合理性の３つのうちで、通則法８条に適合し、かつその特有な根拠と呼ぶに値するのは、経済的合理性だけであることがわかる。よって、通則法８条の立法理由は、「契約その他法律行為の準拠法を最密接関係地法とするのが最も効率的かつ経済的合理性があるから」ということになる。

経済的合理性や効率性を追求した結果は、当事者の意思と一致しないことがある。個々人は、それぞれの個性、感性、感情、思想を持っており、必ずしも経済的合理性に適った行動をとるとは限らないからである。よって、経済的合理性を重視する考え方を採った場合、最密接関係地法の原則の方が当事者の選択した準拠法よりも優先させる解釈が導かれる可能性もある。しかし、通則法は８条の適用場面を７条の適用ができない場合、つまり、当事者の意思による準拠法選択がない場合に限っている。したがって、日本の国際私法は、経済的合理性を無限定に優先させる考え方は採っていないと解される。また、経済的合理性だけを追求するなら、多くの場合、法廷地の裁判所にとっては法廷地法を準拠法として選ぶのが最も合理的である。これは、「最密接関係地法」主義だけでなく、国際私法の自己否定にもなりかねない。よって、通則法８条は、

経済的合理性を唯一かつ絶対的な制度趣旨とするものではなく、何らかの指導理念、解釈基準の制約の下における経済的合理性の実現を目的とする規定と解するのが合理的である。

２．２．３　通則法８条１項の解釈に関する私見

以上のように、経済的合理性や効率性を重視する考え方は、当事者自治主義と矛盾する可能性がある。しかし、通則法８条を７条とは異なる根拠に基づく矛盾する規定と解した場合、７条と８条の関係について整合性のある説明をすることが困難となり、結果として、８条は実務上あまり利用されない規定になりかねない。両規定は、その体裁上、一方（８条）が他方（７条）を補充する関係にあることが明白なので、できる限り矛盾のない規定と解した方が望ましい。

私は、経済的合理性と当事者自治の原則とを融合的に解することも可能であると考える。これは、経済的合理性の判断は誰を基準に行うのか、つまり、８条の適用によって利益を受けるのは誰なのかという問題にかかわっている。経済的合理性や効率性を図ることによって利益を受けるのが裁判所その他の国家機関である場合、裁判所にとっての経済的合理性と当事者の利益とは矛盾する場合があり得る。しかし、利益を受ける主体が当事者自身であるとすれば、合理的に行動する当事者が選んだ準拠法は、経済的合理性のある法と一致するはずである。つまり、当事者の仮定的意思を推定した結果として決定される準拠法こそが、経済的合理性のある法ということになる。このように考えれば、「最密接関係地法」は、合理的な当事者が選択したはずの法であるという説明が成り立つ。「最密接関係地法」の原則の根拠を「当事者にとっての経済的合理性」と解することにより、通則法８条は、当事者の仮定的意思により定められた準拠法の推定規定と考えることができるのである。

通則法８条における最密接関係地法が当事者の合理的意思に適合する法であると解したとき、同条は当事者自治主義に基づく規定の１つとなる。私は、通則法８条は、当事者自治主義とは無関係な客観的な基準に従って最密接関係地

の法を決定する旨の規定ではなく、従来の法例７条２項と同様に、当事者意思を補充するために当事者の仮定的意思を推定する旨の規定と解すべきであると考える。つまり、法例７条２項において意思推定の要素としていた「行為地」という事項は、様々な問題があって推定力が不充分なので、これを「最密接関係地」に変更したもの解すべきである。立法関係者は、最密接関係地の判断に際して、「当事者の意思的要素を客観的な事実として考慮することは排除されない」と述べている[105)]。また、「最密接関係地」を決定するための考慮事項として、客観的な事情に加え、「当該契約と同一内容の契約を締結する場合において、合理的な当事者であれば準拠法としていたであろう法」、つまり、当事者の仮定的意思に基づいて推定される法を挙げる見解もある[106)]。しかし、他の連結要素と同等の考慮要素として当事者意思を加えるとした場合、このうちのどれを重視するかの判断は裁判官の自由裁量となり、準拠法決定基準はますます不明確になる。当事者の仮定的意思は、様々な連結要素を総合して推定されるものであり、他の要素と並列的な考慮事項とすべきものではない。通則法８条の判断をするための考慮事項として当事者の仮定的意思を挙げるのであれば、同条が意思推定規定であることを正面から認めるべきである。そして、客観的な連結要素である様々な地の法のうちのどれとの関連性を最も重視すべきかの判断のための指針として、それが当事者の仮定的意思に合致しているかどうかを考慮すべきである。

通則法８条の趣旨を上記のように解することには、以下のようなメリットがある。

第１に、このような統一的な解釈原理に基づいて最密接関係地を決定することにより、裁判所の準拠法決定に対する予測可能性及び判断の合理性が担保される。たとえば、裁判官が判決において、何らの基準も示さずにＡという要素が「最も密接に関係する」と述べたのでは、なぜそのように判断されたのか納

105）「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」（前掲注７）40頁
106）神前禎「解説・法の適用に関する通則法」（前掲注95）63頁

得できないし、将来の事件の指針にもならない。しかし、意思の推定という観点から、なぜそのように推定できるのかが判断理由に示されていれば、裁判官の思考過程がわかり、その妥当性を評価できる。

第２に、この解釈は、法例７条と通則法との連続性を前提としているので、法例７条に関する従来の判例及び学説を通則法８条の解釈に生かすことが可能となる。従来、法例７条２項の行為地法主義の不合理を是正する意図で、当事者の黙示の合意が、現実的な意思のみならず推定的意思まで含めて広く認定されてきた[107)]。通則法８条を意思推定規定と解すれば、法例７条１項の黙示の合意に関する判例は、今後は８条の解釈において利用されることになるだろう。他方、８条をこれまでの法原則とは異なる全く新しい規定と解した場合、裁判官は何らの指針も先例もない状態から同条を適用していくことになり、法的安定性を害する。

第３に、この解釈によった方が、意思的な要素を排除して最密接関係地を判断する場合よりも具体的に妥当な解決を図ることができる。たとえば、売買契約締結当時における売主の事務所がＡ国にあったが、その後の契約履行時には、目的物引渡場所であるＢ国に事務所を移転していたとする。通則法８条１項は、「当該法律行為の当時において当該法律行為に最も密接な関係がある地の法による」とし、２項は「特徴的な給付」を行う当事者の常居所地法を「最も密接な関係がある地の法」と推定しているのだから、準拠法は契約締結時の売主の事務所所在地であるＡ国になる。そして、契約締結時の客観的な要素だけでは、この推定を覆す根拠は存在しないのである。しかし、たとえば、契約締結時において、売主はすでに事務所の移転を予定していた場合、そのことが買主に伝わっていたかどうかにかかわらず、売主は自分の現在の常居住地よりも契約履行地の法を重視していたはずであり、仮に準拠法の合意をしたならば、契約履行地を選んだであろうことが合理的に推定できる。このように、推定的な意思を基準にして各連結要素を考慮すれば、契約締結時における最密接

107）櫻田嘉章「契約の準拠法」（前掲注84）３頁以下

関係地は契約履行地であると認定し、８条２項の推定を覆すことが可能となるはずである。もちろん、８条２項の推定をどのような場合に覆すかの判断は裁判官の自由な心証形成の問題なので、この解釈を採らなくても同じ結論が示されるかもしれないが、法律上の推定を覆す以上は、その合理的な根拠が示されていなければならない。「最も密接な関係のある地の法」という言葉だけでは、合理的な根拠としては不十分である。

２．２．４　私見に関して指摘されるべき問題点の検討

上記の考え方に対する批判として、以下のような問題点の指摘が考えられる。

(1) 外国の国際私法における解釈論との関係

第１に、この解釈は、諸外国が採用している「最も密接な関連地の法」を契約の準拠法とする旨の抵触法に関する解釈に反しているので、国際的な安定性を欠くのではないかとの批判があるかもしれない。

当事者が準拠法の選択をしていないときには、「最も密接な関連地の法」によるべしとの原則は、アメリカやEUなど多くの国の国際私法が採用している[108)]。特に、EU諸国が国内法としている、「法の適用に関するローマ条約（以下、「ローマ条約」という。）」は、通則法８条の立法に影響を与えている。ローマ条約４条１項は、契約準拠法の選択がなされていない場合は、契約に最も密接に関連する国の法律に準拠すべき旨を定めている。さらに、同条２項は、契約は、原則として、契約の特徴的な義務の履行を行う当事者の契約締結時における常居所地または法人の場合は主たる営業所所在地と最も密接に関連する

108）アメリカに関しては、Restatement（Second）of Conflict of Laws s.188（1971）EUは、EE Convention in Application to Contractual Obligation（Rome Convention）Article 4（ローマ条約４条）。イギリスも、Contracts（Application）Act 1990により、ローマ条約を国内法として採択した。

と推定すべき旨を定め、同条５項は、特徴的な義務の履行をする当事者の常居所地以上に契約と密接に関連する地があれば、２項を適用しない旨を定めている。この規定は、最密接関係地法主義を採り、かつ特徴的給付を行う当事者の常居所地法を最密接関係地法と推定する旨の通則法８条とかなり類似している。

しかし、EU域内の国際私法の統一を目指しているローマ条約締約国の間でも、４条における「最も密接な関連地の法」の解釈基準が統一化されているわけではない。特に、ローマ条約４条２項の「特徴的給付」の理論を重視する見解を採る国と、この理論による推定力を限定的に解する国の間では、同条２項及び５項の関係についての解釈が大きく異なっている。

たとえば、オランダの最高裁判所は、ローマ条約４条５項によって２項の推定が覆されるのは、同項に基づく法律が当該契約と全く関係がないような特別な場合だけに限定されると解している[109)]。これに対し、イギリスは、特徴的給付を履行する当事者の常居所地法よりも密接に関連する地の法が存在することが合理的に認められるときはそれによるべきものと解して４条５項を広く適用し、２項が設けている「特徴的義務履行者の常居所地法」の推定をたびたび覆している[110)]。

109）Societe Nouvelle des Papeteries de L'Aa v Machinefabriek BOA 25 September, NJ（1992）No 750, RvdW（1992）No 207において、裁判所は、契約の履行場所その他のほとんどの要素がフランスに関係している場合であっても、ローマ条約４条２項に基づき、特徴的給付の履行当事者の常居所地法であるオランダ法を準拠法に決定している。

110）Kenburn Waste Management Ltd v Bergman［2002］CLC 644、Marconi Communications International Ltd v PT Pan Indonesia Bank［2005］2 All ER（Comm）325、Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE v Land Rover Export Ltd［2005］LMCLQ 417。これらの判決は、ローマ条約４条２項の推定を覆し、契約履行地法を準拠法に決定している。ローマ条約４条２項と５項に関するオランダ及びイギリスの解釈に関する日本の文献として、森下哲郎「国際私法改正と契約準拠法」（前掲注84）29頁。

ローマ条約を国内法にする以前における元々のイギリス判例法は、契約当事者間に明示又は黙示による契約準拠法の合意がない場合は、当事者の仮定的意思を推定して準拠法を決定する方法を採っていた[111)]。この仮定的意思とは、合理的な人間が当事者と同じ状況に置かれたとしたらどのような意思を持つかを推測するという意味である[112)]。1950年代に入り、この仮定的意思の推定という判断手法は、「当該契約と最も密接で現実的な関係（the closest and the most real connection）のある法によるべし」とする客観基準に置き換わった[113)]。しかし、裁判所が実際に行っていた判断の手法及び基準は、仮定的意思の推定の際に用いていた手法とほとんど同じであり、裁判所は、契約締結地や契約履行場所などの中から、合理的な人間なら契約に関してどの要素を最も重視すべきかを判断し、当該要素に関係する法を準拠法に決定していた[114)]。1990年、イギリスはローマ条約に批准し、同条約の条項を国内法に取り込んだので[115)]、当事者の指定がない場合の準拠法はローマ条約４条によるべきこととなったが、イギリスの裁判所は、それ以前における「最も密接で現実的な関係を有する法」を選択する際の判断基準を４条１項の「最も密接に関連する地の法」の決定においてそのまま利用している。すなわち、裁判所は、ローマ条

111）Re United Railways of Havana and Regal Warehouse Ltd［1958］1 Ch 724、R v Int Trustee［1937］AC 500、Lloyd v Guilert（1865）LR LRI QB 115、Re Missouri Steamship Co（1889）42 Ch D 321、Mount Albert Borough Council v Australiasian, etc. Assurance Building Society Ltd［1938］AC 224（PC）、Kahler v Midland Bank［1950］AC 24、The Metamorphosis［1953］1 WLR 543

112）The Assunjione［1954］P. 150（CA）

113）Bonython v Commonwealth of Australia［1951］AC 201, 219（PC）、Amin Rasheed Shipping Corporation v Kuwait Insurance Co［1984］AC 50、Whitworth Street Estates（Manchester）Ltd v James Miller and Partners Ltd［1970］AC 583、Coast Lines Ltd v Hudig & Veder Chartering NV［1972］2 QB 34、The Komninoss［1991］1 Lloyd's Rep. 370（CA）、Dicey and Morris（前掲注８）p.1542

114）Kahler v Midland Bank［1950］AC 24

115）Contracts（Application）Act 1990

約４条５項の「最も密接に関連する地の法」であるかどうかは従来と同じ手法で認定し、たとえば、当事者間に明らかに準拠法を合意する意図がなかった場合など、従来の基準が機能しないときに限って「特徴的義務履行者の常居所地法」による推定規定（４条２項）を適用しているのである[116)]。判例法国であるイギリスでは、元々、契約準拠法決定基準は、裁判所が正義と公平の観念に基づいて定めていた。政府がローマ条約に批准し、議会が法律を制定した後も、その解釈・適用は、それ以前と同じ裁判所が正義と公平の観念に従って行っている。よって、成文法の文言に矛盾しない限り、従前と同じ基準を用いて契約準拠法が決定されるのである。

上記のイギリスの例が示すように、EUの統一国際私法として設けられたローマ条約における「最も密接な関連地の法」の概念でさえも、各国の裁判所は、それぞれ独自の解釈と判断基準を採っている。わが国は、通則法という固有の制定法において「最密接関係地法」という基準を定めているのだから、この適用に関して、わが国の正義・公平の観念に基づいてわが国独自の見地から合理的解釈をすべきであり、無理に他国における解釈や基準に合わせる必要はない。しかも、上記のとおり、通則法の立法関係者は、８条の「最密接関係地法」の判断において、当事者の意思的要素を考慮されると述べているので[117)]、その点だけでも、通則法８条の「最密接関係地法」の概念は、そのような主観的要因を排除しているローマ条約４条の「最も密接に関連する地の法」とは異

116）前掲注110の各判例参照、Dicey and Morris（前掲注８）pp.1586-1589、C.C. Clarlson and Jonathan Hill “The Conflict of Laws 3rd ed”（Oxford, 2006）pp.192-194

117）「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」（前掲注７）40頁、神前（前掲注94）63頁

118）Cheshire and North’s（前掲注12）p. 566。イギリスの裁判所も、４条１項の「最も密接に関連する地」の判断は、純粋な客観基準によるべきであり、当事者の主観的意思を持ち込むべきではないと解している（Credit Lyonnais v New Hampshire Insurance［1997］2 Llyod’s Rep 1）。

なっている[118)]。私見は、仮定的意思の推定という解釈基準のわが国における合理性を正面から認めて、当事者の合理的意思の推定を通則法８条の中心的な解釈指針とすべきであると主張するものである。

(2) 通則法８条の立法趣旨との関係

私見に対する第２の批判として、上記のように、通則法８条の解釈に当事者の意思という主観的要素を持ち込むのは、同条に関する立法者の意図に反するとの指摘が考えられる。

この批判に対する反論の前提として、法規解釈における立法者意思の意味を確認しておくが、私は、以下の理由により、立法者の意思は、法律を制定するに至った歴史的な経緯を説明する資料として解釈の参考にはなるが、これを支配するものではないと考える[119)]。第１に、民主主義国家における法律は、議会において制定されるのだから、立法者とは議会を意味し、起草者のことではない。法律は、議会の多数決によって制定されるものなので、さまざまな立場、意見、利害を調整し、多数者の意思を反映させるための過程を経た妥協の結果であり、単一かつ明白な立法者意思の確定は元々困難である。そもそも、立法者意思が明らかに存在するなら、それは法律の中に明文化されるはずであるから、あえて曖昧で解釈の余地を残した条文について、特定の起草者の意見や議会その他の審議に関する資料が残っているからといって、これを法律と同視するのは危険である。第２に、仮に、明白な立法者意思があったとしても、それは立法時における社会的状況の中で判断された立法理由に過ぎない。法は時代と共に進化し、さまざまな社会的要請に対応した機能を果たしていくべきものである。したがって、法解釈の基準となるべき指針を確定する際には、立法者意思だけに拘泥せず、当該法律を取り巻く様々な社会状況及び当該法律の実際の運用、適用状況などを総合的に評価し、特定の利害関係から離れた中立

119) 田中英夫編著「実定法学入門」(東京大学出版会、1972) 99頁、団藤重光「法学の基礎(第２版)」(有斐閣、2007) 239頁

的で合理的な一般人が当該法律をどのように考えるかを基準に判断するべきである。

法解釈の方法論について以上の考え方に立ったとしても、通則法のように、制定後間もない法律の解釈に際して、立法担当者の現実の考え方を重要な指針とすべきことはたしかである。したがって、通則法８条の「最密接関係地法」の判断基準について、立法担当者が明確な指針を示しているとしたら、合理的な理由を説明せずに、これと異なる解釈を採るべきではない。しかし、上記２．２．１のとおり、立法関係者は、「最密接関係地」という基準の根拠について、あまり明確な説明をしていない。立法関係者は、８条は、行為主義を改めて客観的連結点を採用したと述べておきながら、その判断基準としては当事者の意思も客観的な考慮事項として排除されないとも述べている[120)]。したがって、同条の解釈論から「当事者の意思」を排除することが立法者の明確な意思だったとはいえない。また、通則法は、複数の密接関係地を示す客観的な連結点が存在する場合における推定規定を設けているが（通則法８条２項乃至４項）、立法関係者は、どのような場合にこの推定が破られるのか、すなわち、「特徴的な給付を行う当事者の常居所地法」以外に「最密接関係地法」があると判断できるのはどのような場合かという問題について、明確な判断基準を示していない。私見は、８条の文言や立法趣旨に反する解釈を提示しているわけではなく、同条の文言や立法担当者の説明だけでは判断できない上記の問題の解決基準として、「当事者の合理的（仮定的）意思の推定」という方法を採るべき旨を提言しているだけである。

(3) 用語の統一的使用との関係

第３の批判として、８条の最密接関係地法を私見のように解釈した場合、通則法の他の箇所に出てくる同じ用語の解釈と矛盾するとの指摘が考えられる。たとえば、通則法12条は、労働契約の成立及び効力について、労働契約と「最

120）前掲注117

も密接に関係する地」の強行規定の適用について定めている。また、15条や20条は、事務管理、不当利得、不法行為などについて、他の規定により決定され連結点よりも、「密接な関係がある他の地」があるときは、その地の法によるべき旨を定めている。これらの規定における「密接に関係する地」は、当事者意思とは関係がない。

たしかに、同一の法規における用語の意味はできるだけ統一した方が望ましいといえる。しかし、抽象的で解釈の余地があるいわゆる規範的要件の意味内容が個々の条項の趣旨に応じて異なるのは珍しいことではない。たとえば、民法典において、不法行為の要件としての「過失」と過失相殺の「過失」とは異なる意味を有するものとされているし、「信義則」などの一般条項の判断基準は、これを適用する条文ごとに違っている。また、私見のように、８条の「最密接関係地法」について明確な判断指針を定めなかったとしても、通則法８条と12条、15条、20条とは、それぞれ趣旨・目的が異なるのだから、裁判官がそれぞれの規定における「最密接関係地」に関する判断をする際には、それぞれ別の事項に重点を置いた判断をするはずである。「最密接関係地法」のような規範的要件は、その内容を無理に統一しようとはせず、個々の規定の趣旨・目的に応じた異なる解釈指針を明らかにしておく方が合理的である。

(4) 当事者自治主義に対する批判

第４に、そもそも、当事者自治を最密接関係地法よりも優先する基準とする考え方が間違っているとの意見があるかもしれない。

当事者自治と最密接関係地のどちらを優先するかは、国際私法の根本思想にかかわる問題である。通則法７条は、当事者自治が優先することを明らかにしているが、すでに説明したように、最密接関係地法を優先すべしとの立場は、７条を最密接関係地法の確定が困難なことを理由とする便宜的な規定と解することとなる。この解釈は、７条において当事者の意思をどの程度探求するべきかの問題にも重大な影響を与える。すでに述べたとおり、私は、この考え方には反対である。たしかに、当事者自治主義は限界を内包する概念であるから、

これを根拠に他のすべての議論を停止させるほどの絶対的な力はない。しかし私は、国際私法を含むわが国の法制度が法の支配、民主主義という理念に基づく体制の中で成立している以上、この理念を直接反映する当事者自治主義という原則は、少なくとも効率性や経済性よりも重視すべきであると考える。特に、国家機関が経済性や効率性を勝手に判断して、当事者が決めた準拠法を否定することは許されるべきではない。

２．３　通則法８条２項及び３項について

２．３．１　通則法８条適用の手順

通則法８条１項を上記のように当事者の合理的（仮定的）意思の推定規定と解した場合、２項及び３項は、この推定の基礎となる事実をさらに推定するための連結点を定める規定ということになる。この解釈を前提として、裁判所が８条を適用して準拠法を決定しようとするときは、以下の手順を採ることになる。

第１に、法律行為について、当事者が準拠法の選定をしていない場合、裁判所は、当該法律行為が不動産の売買、賃貸借など不動産を目的物とするものか否かで区別する。法律行為の目的物が不動産である場合は、３項により、当該目的物の所在地法を法律行為に最も密接に関係がある地の法と推定する。ただし、契約が目的物の所在地法以外の地の法とも関係があり、証拠上、その地の法を選択した方が当事者の合理的意思に適合すると判断できる場合は、８条３項の推定が覆される。この場合は、８条１項により、当事者の合理的意思に適合する地の法が法律行為に「最も密接に関係する地の法」として準拠法に決定される。

第２に、不動産を目的物とする法律行為ではない場合、裁判所は、当該法律行為に基づく給付のうち、特徴的な給付はどちらの当事者の給付であるかを検討する。特徴的な給付をする当事者を決定できる場合は、２項により、当該当事者の常居所地の法を法律行為に最も密接に関係がある地の法と推定する。ただし、法律行為が当該当事者の常居所地法以外の地の法とも関係があり、証拠上、その地の法を選択した方が当事者の合理的意思に適合すると判断できる場

合は、８条２項の推定が覆される。この場合は、８条１項により、当事者の合理的意思に適合する地の法が法律行為に「最も密接に関係する地の法」として準拠法に決定される。

法律行為の性質上、特徴的な給付をするのがどちらの当事者であるか確定できない場合は、まず、当該法律行為と関係する地をすべて選び出し、証拠に基づき、それらの関係地の中から、その地の法を選択するのが当事者の合理的意思に最も適合すると思われる地を選定する。そして、８条１項により、こうして選ばれた当事者の合理的意思に最も適合する地の法が法律行為に「最も密接に関係する地の法」として準拠法に決定される。

２．３．２　通則法８条２項及び３項における推定の妥当性

以上の準拠法決定の手順は、１項の「最密接関係地法」、２項の「特徴的給付をする当事者の常居所地法」、３項の「不動産所在地法」が、それぞれ準拠法決定に関する当事者の仮定的な意思を合理的に推定するものであることを前提としている。そこで、このような推定が理論的に成り立つかどうかを検証する。

当事者の合理的（仮定的）意思の推定とは、仮に当事者が準拠法を決定していたとしたらどの地の法を選んでいたであろうかを、当事者が合理的な一般人であるものとして推定することである。合理的な一般人とは、通常の経済観念を持っていて、経済的な合理性に適合する行動をとる人間を意味している。

まず、上記２．２．３で述べた８条の根拠に関する私見によれば、８条１項の「最密接関係地法」は、当然に、合理的な一般人が選定する法であると推定できる。合理的に行動をする一般人が対等な立場で準拠法について協議し決定する場合、当事者双方にとって最も効率的かつ経済的な地の法制度が選ばれる。よって、当事者による準拠法の指定がない場合において、最密接関係地法は、合理的な一般人が準拠法として選択するはずの法と一致するはずである。

８条３項の「不動産所在地法」の推定が合理的であることも議論の余地はないと思われる。契約の目的物が不動産である場合、契約の履行に関しては、不動産の移転や不動産に関する権利の設定や対抗要件の問題が生ずる可能性が極

めて高い。不動産そのものの準拠法と契約の準拠法とが異なっている場合、当事者は２つの法制度を１つの法律問題に適用しなければならなくなる。これは、無用な法的リスクを生み、法律費用も増加させるので、合理的な一般人が望む行動ではない。不動産そのものの準拠法が所在地法である以上（通則法13条)、契約準拠法もこれと一致させるはずであると推定される。

８条２項の「特徴的給付をする当事者の常居所地法」を当事者の合理的（仮定的）意思と推定することの合理性については、以下のとおり説明できる。まず、契約の両当事者の常居所地が異なる場合において、当事者が準拠法の合意をする場合、どちらか一方の当事者の常居所地の法が選択されると推定する方が、第三国の法が選択されると考えるよりも合理的である。各当事者は、法的なリスクや負担をできる限り軽減するため、自分が慣れ親しんでいる自分の常居所地の法を準拠法とすることを希望するはずである。この場合、どちらか一方の地の法制度を選んだとすれば、他方にとってリスクとなるが、これは契約条件の中に吸収して、そのリスクの一部を相手に転化することが可能である。しかし、第三国法を選んだとすると、当事者双方が不慣れな法制度のリスクを負わなければならないため、全体としてのコストが増加することになる。合理的な一般人なら、取引全体としてのコスト負担が少ない方を選ぶはずである。次に、当事者のうちのどちらの常居所地が選ばれるかを推定するため、特徴的な給付をする当事者とこれに対して金銭などの非個性的な対価を給付する当事者とがいて、双方が自分の慣れ親しんだ法制度を準拠法としたいと望んでいるとした場合、どちらがより強く自分の常居地法を希望するかを考えると、前者の要請の方が後者より強いのが一般である。なぜなら、特徴的な給付は、金銭等の給付と比べれば、目的物の代替性が低いので、同等の給付を他の者に対しても行っていることが多いからである。給付をする相手に応じて取引の準拠法が異なるとしたら、給付者は様々な国の準拠法に精通しなければならなくなり、その法的負担は極めて大きいので、給付者としては、できる限り、自分が慣れ親しんだ法制度を準拠法とすることに合意する相手とだけ契約したいと望むはずである。よって、特徴的給付をする当事者は、契約相手に比べ、契約を

締結するか否かのイニシアチブを握っていることが多く、準拠法の選択に関してもその意向が反映されやすいと推定できるのである。

このように、８条２項や３項を仮定的意思の推定規定と解し、その推定の理由を検討しておくことは、どのような場合に推定が働かないかを判断し、その根拠を説明する上で、有益である。たとえば、建築元請人と下請人との間の下請契約において、特徴的な給付をするのは下請人の方である。しかし、それにもかかわらず、８条２項によって、下請人の常居所地の法を準拠法とするのは妥当とはいえない。下請契約は、たとえ当事者間の合意がなかったとしても、元請契約と同じ準拠法を選ぶのが当事者間の合理的な意思と解する方が合理的である。下請人と元請人との関係を類型的に見た場合、下請人の方が元請人よりも代替性が高いので、契約を締結するか否かのイニシアチブは元請人が握っていると考えられるからである。８条２項が、特徴的な給付をする当事者の常居所地の法を準拠法と推定した理由を上記のとおり捉えた場合、下請人・元請人間の関係は、まさにこの推定が働かない場合といえる。よって、他の連結地が存在することによって、この推定は容易に覆されるのである。OEM契約の場合もこれと同様である。また、保証契約は主契約に従属する関係にあるので、その準拠法を主契約の準拠法に一致させる方が異なる準拠法を選ぶよりも経済的合理性に合致する。よって、保証契約の当事者間においてそのような仮定的意思があったと解される。このように、他の契約に従属する類型の契約については、「特徴的給付」に基づく推定が働かないと解すべきである。

２．３．３　黙示の合意を認定した判例と特徴的給付の理論の相関関係

最後に、このような黙示の意思の推定が具体的妥当性に適合するか否かを裁判例によって検証する。２つの判例検索ソフト（LEX/DB判例検索ソフト及び新判例秘書）で、法例７条１項に基づいて黙示の準拠法合意を認定した裁判例を検索したところ、以下の41件が見つかった。各判例が認定している事実に基づいて、仮に通則法８条を適用したとしたらどのような結論になっていたかを検討したところ、８条２項が適用されて「特徴的給付」をする当事者の常居所地

法が選ばれていたとしたら、判決が決定した準拠法と同じ法律になったと考えられる事件が29件、特徴的給付をする当事者の常居所地法が選ばれなかった事件が７件、契約の性質上「特徴的給付」の特定ができない事件が５件であった。もちろん、法例の下におけるこれらの裁判は、様々な要素から黙示の意思を認定するものであり、「最密接関係地法」の原則にも特徴的給付の理論にも一切触れていないし、判断の決め手となった要素は事件ごとに異なっている。しかし、裁判例の結果だけに着目すれば、裁判所が法例７条に基づいて決定した準拠法と「特徴的給付」をした当事者の常居所地法の間には、正の相関関係があるということができる。よって、「契約当事者間には特徴的給付をした当事者の常居所地法を準拠法とする旨の合理的（仮定的）意思がある」と推定することは、過去の判決の結論に照らしても一応の妥当性が認められる。

A）黙示の意思の認定による準拠法が特徴的給付をする当事者の常居所地法と一致した事件

1）平成18年10月17日最高裁判決（裁判所時報1422号１頁、判例時報1951号35頁、判例タイムズ1225号190頁）―日本法人と、日本国に在住してその従業員として勤務していた日本人がなした職務発明に係る日本国特許及び外国特許を受ける権利の譲渡契約の成立及び効力の準拠法（＝日本法）

2）平成16年２月24日東京地裁判決（判例時報1853号38頁、判例タイムズ1147号111頁）―日本法人と日本に居住する従業員との間の雇用契約の準拠法（＝日本法）

3）平成16年１月29日東京高等裁判所判決（判例タイムズ1146号134頁、判例時報1848号25頁）―上記(1)の原判決

4）平成14年１月30日東京高裁判決（判例時報1797号27頁）―日本会社間の証券取引の準拠法（＝日本法）

5）平成11年11月11日地裁山形酒田支部判決（巡遊。商事判例1106号47頁）―日本に住所を有する者の間のワラント売買契約の準拠法（＝日本法）

6）平成10年３月30日東京地裁判決（判例時報1658号117頁、判例タイムズ1042号276頁）―フランス人である売主と日本人及び日本法人との間のフランスのホテルチェーンの株式売買契約の準拠法（＝フランス法）

7）平成７年５月23日大阪地裁判決（判例時報1554号91頁）―アメリカ・カリフォルニア州法人(学校法人)が経営する日本に所在する日本校(＝当該法律行為に関係する事業所）での学生に対する教育等についての債務不履行の準拠法（＝日本法）

8）平成５年１月29日東京地裁判決（判例時報1444号41頁）―ネヴァダ州法人と日本人顧客との間のネヴァダ州の賭博場における賭博契約の準拠法（＝ネヴァダ州法）

9）平成３年８月27日東京地裁判決（判例タイムズ781号225頁、判例時報1425号100頁）―英国会社である美術商と日本会社（買主）との間で締結された美術品の売買契約の準拠法（＝英国法）

10）昭和63年12月５日東京地裁決定（労働関係民事裁判例集39巻６号658頁）―日本に営業所を有しない英国法人とその東京事務所代表者となる者（日本に居住する英国人）との間の雇用契約の準拠法（＝日本法）

11）昭和58年３月15日東京地裁判決（判例時報1075号158頁、判例タイムズ506号110頁）―日本において中華民国人の子弟の教育を目的として同国政府の認可を受けて日本法により設立された財団法人と中華民国人との間に締結された雇用契約の準拠法(＝日本法)(法例７条２項を適用)

12）昭和56年２月23日京都地裁判決（判例タイムズ474号186頁）―韓国における売買契約代金の一部支払を引き受けた第三者（日本居住者）の債務の準拠法（＝日本法）

13）昭和55年６月13日東京地裁判決（判例時報984号102頁、判例タイムズ426号150頁）―日本の旅行周旋業者が韓国の観光旅行業者を被告として日本の裁判所に提起した損害賠償等請求の訴に関し、韓国において右当事者間に締結された訴取下契約の準拠法（＝日本法）

14）昭和53年４月20日最高裁判決（最高裁判所民事判例集32巻３号616頁、裁

判所時報741号１頁、判例時報890号83頁）―日本在住の中国人とタイ銀行の東京支店（＝当該法律行為に関係する事業所）との間の定期預金契約の準拠法（＝日本法）

15）昭和49年12月19日東京高裁判決（下級裁判所民事裁判例集25巻９～12号1042頁、判例タイムズ324号214頁）―上記(14)の原判決

16）昭和47年４月15日東京地裁判決（下級裁判所民事裁判例集23巻１～４号180頁、判例時報683号111頁）―上記(14)の第１審判決

17）昭和47年３月28日大阪地裁判決（判例タイムズ283号277頁）―日本の輸出会社、輸出代理店及び米国法人の間のオートバイ輸出取引契約の準拠法（＝日本法）

18）昭和52年４月18日東京地裁判決（判例時報850号３頁、金融法務事情831号30頁）―日本会社と日本所在の銀行との間で締結されたエジプト会社を受益者とする商業信用状契約に基づき日本で発行された取消不能信用状の条件変更の成否に関する準拠法（＝日本法）（法例７条２項を適用）

19）昭和52年４月22日東京地裁判決（下級裁判所民事裁判例集28巻１～４号399頁、判例時報863号100頁）―アメリカ法人（買主）と日本の製造業者の間で締結された製作物供給契約の準拠法（＝日本法）（ただし、本件では当事者の訴訟における対応に基づいて黙示の合意を認定している。）

20）昭和45年４月８日東京地裁判決（判例タイムズ253号279頁）―日本の行政機関が中国人から借款（消費貸借契約）した場合の準拠法（＝日本法）

21）昭和45年３月27日東京地裁判決(判例時報598号75頁)―日本法人(委託者)とフランスの銀行（受託者）との間の手形金取立委任契約の準拠法（＝フランス法）

22）昭和44年12月16日徳山地裁判決（判例タイムズ254号209頁）―日本会社とアメリカで法律業務を行なっている弁護士との間においてニューヨークで締結された委任契約の準拠法（＝ニューヨーク州法）（法例７条２項を適用）

23）昭和44年５月14日東京地裁判決（判例時報568号87頁）―アメリカ法人とアメリカ人（契約締結時は米国居住者）との間の日本における労働契約の準拠法（＝米国法）

24）昭和44年３月４日東京地裁判決（判例タイムズ235号236頁）―ハワイ在住の貸主と日本に居住する借主との間の消費貸借契約の準拠法（＝日本法）

25）昭和42年６月26日山口地裁柳井支部判決（下民集18巻５・６号711頁）―米国の会社間の燃料売掛債権及び船舶売却代金債権の準拠法（＝米国法）

26）昭和40年４月26日東京地裁判決（判例時報408号14頁）―日本に事務所を有する外国法人と日本に居住する外国人との間の労働契約の準拠法（＝日本法）

27）昭和39年12月18日東京地裁判決（判例タイムズ172号208頁）―パナマ会社（売主）の日本における営業者（＝当該法律行為に関係する事業所）とミシガン州法人との間の売買契約の準拠法（＝日本法）（ただし、訴訟当事者間で準拠法を争わなかった事件）

28）昭和37年４月９日前橋地裁桐生支部判決（下民集13巻４号695頁）―日本に居住する売主と韓国人との間の日本所在の不動産売買契約の準拠法（＝日本法）

29）昭和36年４月21日東京地裁判決（判例時報260号24頁）―日本法人である売主とアメリカ会社（買主）の間の売買契約の準拠法（＝日本法）及び日本法人が発行した保証状の準拠法（日本法）（いずれも法例７条２項を適用）

B）黙示の合意の認定が特徴的給付をした当事者の常居所地法と一致していない事件

30）平成13年５月30日東京高裁判決（判例時報1797号111頁、判例タイムズ1106号210頁）―本件著作権の譲渡契約は、アメリカ合衆国ミズーリ州

法に基づいて設立された遺産財団が、我が国国民に対し、我が国国内において効力を有する著作権を譲渡するというものであるから、我が国の法令を準拠法とする旨の黙示の合意が成立したものと推認するのが相当である。

31）平成10年５月27日東京地裁判決（判例時報1668号89頁）―日本会社のドイツの会社に対する医薬品原料の継続的供給契約の準拠法（７条２項を適用）（＝ドイツ法）

32）平成10年３月19日東京地裁判決（判例タイムズ997号286頁）―被告が契約により負担すべき義務の内容は、カリフォルニア州内にある自動車を同州内の売主から購入し、オリジナルに近い形に修復して、購入先に送付するために米国で船積みすることにあり、原告と日本の購入者との間の本件各契約は売買契約であると考えられる。わが国の裁判所で判断するとした場合右各事実や、代金はドル建てで、被告が住所を有する同州内の銀行に送金するとの契約がされていることから、黙示に本件のような国際取引がされた場合に適用される法律が指定されたものと見られないわけではないが、購入者が日本に住所を有し、日本に住所を有する者が契約に関与していることから、直ちに黙示の意思表示を認定することはやや困難である。

33）平成９年10月１日東京地裁判決（判例タイムズ979号144頁）―ドイツ法人たる航空会社に東京をベースとして雇用される日本人エアホステスについて、諸事実を総合し、雇用契約の準拠法はドイツ法であるとの黙示の合意が成立していたと推定された。

34）平成５年５月31東京高裁日判決（最高裁判所民事判例集51巻10号4073頁、東京高等裁判所（民事）判決時報44巻１～12号19頁）―ドイツにおける自動車買い付け委託契約の当事者が日本法人と日本人（ドイツ在住）である上、契約書が日本語をもって作成されていること、契約に伴う金銭の決済が日本円をもって定められていること、契約の履行に関して紛争が生じた場合の斡旋者として日本人を指定していることに照らす

と、本件契約の効力についての準拠法は日本法とする旨の黙示の合意があったものと認めるのが相当である。

35）平成２年９月26日東京高裁判決（判例時報1384号97頁）―特許権者であるアメリカ法人と日本法人との間で締結された日本における特許権専用実施権設定契約の準拠法（＝日本法）

36）東京高裁判決昭和62年３月17日（東京高等裁判所(民事)判決時報38巻１～３号９頁、判例時報1232号110頁、判例タイムズ632号155頁）―マレーシア在住のマレーシア人（売主）が日本会社（買主）との間において締結したと主張するブルネイ会社の株式の売買契約は、日本においてその交渉の過半がなされ、申込書とされる書面も日本において作成されたから、当事者の住所、契約の性質等から黙示の合意を認め難い以上、行為地法たる日本法による。

Ｃ）契約の性質上、特徴的給付が特定できない事件

37）平成９年９月４日最高裁判決（最高裁判所民事判例集51巻８号3657頁、判例タイムズ969号346頁）―国際仲裁契約の準拠法

38）平成６年５月30日東京高裁判決（判例タイムズ878号276頁）―上記(37)の原判決

39）平成５年３月25日東京地裁判決（判例タイムズ816号233頁）―上記(37)の第一審判決

40）昭和44年８月５日大阪地裁判決（金融・商事判例178号４頁）―インドネシアにおけるパートナーシップの準拠法

41）昭和37年10月18日大阪高裁判決（判例時報326号21頁）―パートナーシップの準拠法

２．４　準拠法の分割指定の可否

通則法７条及び８条の解釈に関して、法律行為の当事者が、当該法律行為に関する事項のうちの一部に適用される準拠法と他の部分を支配する準拠法とを

分離して指定したとき、たとえば、契約の成立や有効性に関する準拠法と契約条項の効力や解釈に関する準拠法とを分けて指定したり、契約上の義務のうちの一部とその他の義務とで準拠法を分けて指定したりした場合、そのような分割指定を認めるべきかどうかという問題が生ずる。

この問題は、本来ここで論ずべき問題、すなわち、通則法７条及び８条の趣旨及び目的と直接には関係しない。しかし、後述するように、同条が信託準拠法の決定基準として適用されるとした場合に生ずる「信託準拠法の分割指定の可否」という問題を左右する重要な論点なので（後記４．１．３参照）、以下において検討する。

２．４．１　法律行為の準拠法の分割指定に関する学説

通則法施行前の法例７条の解釈に関し、学説の多数は契約準拠法の分割指定を認める見解を採っていた[121)]。ただし、否定説も存在していたし[122)]、判例には、分割指定を原則として否定するものと肯定するものの両方があった[123)]。

通則法はこれに関する明文規定を設けていない。法制審議会においては、分割指定を認める旨を規定する方向で検討されていたところ、分割指定の限界を定めるのが困難であるし、解釈上も認めるとの見解が多数なので、あえて規定を設けなかったとのことである[124)]。したがって、通則法の下でも、法例に関する解釈論がそのまま妥当し、分割指定肯定説が通説と考えられる。ただし、肯定説の中でも、当事者自治を根拠に無制限に認める見解と、一定の制限を設けようとする見解との対立がある[125)]。無制限肯定説は、契約等の準拠法の

121）山田「国際私法第３版」（前掲注75）334頁、道垣内「ポイント国際私法各論」（前掲注87）218頁他

122）石黒一憲「国際私法第２版」（新世社、2006）323頁、420頁

123）東京地裁判決昭和52年５月30日（判例時報880号79頁）は肯定、東京地裁判決平成13年５月28日（金判1130号47頁）は否定。

124）小出（前掲注７）46頁、神前（前掲注94）58頁

125）山手正史「国際私法判例百選」別冊ジュリスト185号62乃至63頁

選択について当事者自治を認める以上、分割指定を認める方が当事者の期待を保護し、取引の安全にも資すること、当事者が自由に契約の分断をすることができる以上、準拠法の分断を制限するのは困難であることなどを根拠としている[126)]。これに対する制限肯定説には、「各準拠法間に論理的な矛盾が生じない限り可能」とする見解[127)]、「当事者間に生じた問題の統一的解決が不可能ないし困難となる場合には、分割指定を認めるべきではない」とする見解[128)]などがある。制限すべき根拠は、準拠法の分断を無制限に認めると法律関係を複雑にし、関係者の立場を不安定にすること、強行法規の潜脱に利用されやすいこと、取引社会において分割指定のニーズがそれほど大きくないこと、当事者の選択を準拠法決定の連結要素とするのは消極的な理由に過ぎず、当事者自治の原則を絶対視すべきではないことなどが挙げられる。しかし、無制限肯定説から、これらは分割指定を積極的に否定しなければならない理論的根拠とはいえないし、「不整合を生じない限り認める」などといっても、不整合かどうかは結果論にすぎず、明確な基準といえないなどとの批判がある[129)]。

制限肯定説と無制限肯定説の対立を見る限りでは、この問題は、当事者自治主義を重視すべきか軽視すべきかによって、見解が分かれているように思われる。特に、無制限肯定説は、法例７条１項（通則法７条）が法律行為の準拠法の選択を当事者に委ねていることを、当事者の意思による準拠法の分割を自由に認めるべきことの主要な論拠としているようである[130)]。しかし、法律行為の準拠法決定を当事者の選択に委ねることの根拠が当事者自治であると解す

126）山田（前掲注75）335頁、澤木＝道垣内（前掲注77）209頁

127）横山潤「当事者自治の原則」国際私法学会編「国際関係法人(第２版)」(2005) 645頁

128）藤川純子「契約準拠法の分割指定について」国際公共政策研究１巻１号100頁

129）山手正史「国際私法判例百選」別冊ジュリスト185号63頁

130）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(1)」民商112巻２号280頁は、「準拠法の決定自体と当事者に委ねる以上は、その範囲についても当事者に選択の自由を与えるのが首尾一貫する」としている。

ることは、無制限肯定説と必然的に結びつくわけではない。わが国の国際私法は、準拠法を決めるに当たって、まず(ⅰ)当事者間で紛争の対象となっている事項が含まれている類型的な生活関係（単位法律関係）の法的性質を決定し、次に(ⅱ)そのような法的性質を有している生活関係を律すべき準拠法を決定するという方法を採っている[131]。法律行為の準拠法を当事者自治の原則に従って決定すべきか（すなわち、当事者が選択した地の法を準拠法とすべきか）、それともそれ以外の基準に従って準拠法を決定すべきかという問題は、単位法律関係の確定という第１段階の作業が済んでいることを前提とする、第２段階の作業において考慮すべき問題である。これに対し、準拠法の分割が可能かどうかという問題は、１個の類型的な生活関係（単位法律関係）の一部の準拠法を他の部分の準拠法と分離できるのかという問題であるから、第１段階の作業と密接に関係している。この第１段階の作業に関して、日本を含む多くの国の国際私法は、「準拠法は、単位法律関係ごとに法的性質を確定した上で決定すべし」という原則に従っている。以下、この原則のことを「単位法律関係の法理」と呼ぶことにする[132]。無制限説を採るべきかどうかという問題は、当事者自治の原則によって、この国際私法における公理というべき単位法律関係の法理を修正することができるのかという問題である。よって、この問題を考える前提として、まず「単位法律関係」及び「単位法律関係の法理」とは何かについて検討する必要がある。

２．４．２　単位法律関係とは何か

「単位法律関係」は、「伝統的に形成されてきた類型的、包括的な生活関係の

131）櫻田嘉章「国際私法第５版」（前掲注95）17頁、62頁

132）法律行為の成立と効力の問題を１つの準拠法によらしめる考え方は、「準拠法単一の原則」と呼ばれているが（櫻田嘉章「国際私法第５版」（前掲注95）208頁、澤木＝道垣内「国際私法入門第６版」（前掲注77）211頁）、ここでは、契約準拠法に限らず、国際私法の一般原理として単位法律関係に視点をおいているので、「単位法律関係の法理」と呼ぶ。

単位」とか、「類型的な渉外的生活関係」などといわれるが[133]、それがどのような基準にしたがって定まっているのかについてはあまり議論されていない。たとえば、事務管理や不当利得のように、原因ごとに１個の単位法律関係と考えられているものもあるが、婚姻のように、成立、方式、効力がそれぞれ別の単位法律関係とされている制度もあることから明らかなとおり、法制度ごとに１個とされているわけではない。

単位法律関係は、国際私法における「単位法律関係の法理」を用いるために生まれた概念である。よって、この概念を定義するためには、まず単位法律関係の法理の意義を確定した方がよい。国際私法は、準拠法の決定に際して、単位法律関係を最小限の基準として、当該単位法律関係全体に関する連結地を探し、当該連結地の法を準拠法に決めることにしており、単位法律関係をさらに分断してその一部だけの連結地を決めるというような考え方は採っていない。

たとえば、通則法は、不法行為によって生ずる債権の成立及び効力の準拠法は、原則として、加害行為の結果発生地法、結果発生地の予見可能性がなかったときは加害行為地法としつつ（17条）、それらよりも明らかに密接な関係がある他の地があるときは、その地の法による旨を定めている（20条）。これらの規定は、ある１個の加害行為を原因とする不法行為に基づく損害賠償等請求債権について適用される１個の法制度を決定するための基準である。不法行為に基づく損害賠償請求に関する争いの中には、加害行為、加害者の注意義務、権利侵害、損害の範囲、消滅時効、過失相殺など、様々な事項が争点となり得るが、通則法は、これらの事項をまとめて１つの単位法律関係として扱っている。よって、通則法17条及び20条によって決定される準拠法は、これら全ての問題解決の基準として適用されるべきである。たとえば、不法行為における加害者の行為や注意義務に関する要件を結果発生地法に準拠して判断しながら、損害の範囲の問題についてだけ損害発生地法としたり、消滅時効についてだけ法廷地法としたりすることを認めると、国際私法が様々な国の不法行為法を部

133）櫻田嘉章「国際私法第５版」（前掲注95）16頁、65頁

分的につまみ食いすることにより、どの国にも存在しない不法行為制度を創設することになる。そのような結論は通則法17条及び20条の解釈上認め難い。そこで、国際私法は、「準拠法は単位法律関係ごとに決定すべし」という原則（すなわち、単位法律関係の法理）を設け、各国の法制度のつまみ食いを禁じているのである。単位法律関係の法理がそのようなものであることから演繹した場合、「単位法律関係」とは、「同じ法規範を解決基準とするのが妥当であると国際私法が判断し類型化した生活関係の集合体」ということができる。この分類は、社会通念に従って歴史的に形成されたものであると同時に、国際私法によって評価され分類された法的な社会関係の類型である。つまり、単位法律関係とは、法的評価を離れた生活関係ではなく、人々の法意識の中で、最小限の法適用単位として認知できる程度に独立性のある生活関係の集合体であって、かつ、国際私法（日本の通則法）が１個の単位法律関係として分類しているものを意味している。

２．４．３　単位法律関係の法理の根拠

単位法律関係の法理は、「最密接関係地法」主義と同様、サヴィニー以降における国際私法上の公理である。この原則を現代でも維持していくべき実質的な理由を挙げるとすれば、以下の２点が考えられる。

第１に、「単位法律関係」を上記２．４．２に定義した意味に捉えた場合、通常人が１個の独立した生活関係として認知している事柄に関する問題は、すべて同じ国の法を統一的に適用して解決した方が、当該法規範が予定している法秩序と調和し、かつ人々の法感情にも適合して公平で妥当な結果が得られるはずである。たとえば、日本の民法上の不法行為は、被害者が加害者に損害賠償請求をするための要件として、加害行為、加害者の故意又は過失、権利侵害又は違法性、法益侵害、因果関係、損害の発生などの請求原因を規定する民法709条とともに、損害の範囲を定める民法416条、責任能力の抗弁を定める712条、正当防衛などの違法性阻却の抗弁を定める720条、損害賠償の方法及び過失相殺の抗弁を定める721条、損害賠償請求権の期間制限を定める724条などが

一体となって１つの合理的な制度を構成しているので、上記２．４．２で述べたように、国際私法上の判断によって、このうちの一部の要件についてだけ外国法を適用することは、制度全体を歪めることになりかねない。よって、わが国が設けている不法行為制度における法秩序を維持する上では、単位法律関係ごとに同じ準拠法を適用した方が、公平かつ合理的と考えられる。

第２に、単位法律関係の法理は、準拠法を明確化し、法的安定性にも資する。すなわち、社会の大多数の人々が１個の生活関係として認知している問題のすべてを同じ国の法規範に従って解決せずに、これをさらに細分化して部分ごとに異なる準拠法を決定する方法が採られた場合、当該問題について争っている当事者は、訴訟を提起した際における裁判所の判断を予測するため、裁判所が当該問題をどのように分断し、どの部分にどの準拠法を適用するかについて検討しなければならなくなる。単位法律関係の法理を採る場合は、同じ関係に属する事項はすべて同じ準拠法が適用されるので、無用な混乱が避けられる。

以上のとおり、単位法律関係の法理に従って準拠法を決定する方法を採った方が、この原則を無視して単位法律関係を分断する方法を採るよりも、公平性及び法的安定性の点で優れている。よって、「準拠法の決定を単位法律関係ごとに行うべし」とする国際私法上のルールには合理性及び正当性が認められる。

２．４．４　当事者による準拠法分割指定の可否（私見）

法律行為の準拠法の分割指定が認められるかどうかという問題は、当事者自治の原則が単位法律関係の法理よりも優先すべきかどうか、つまり、契約その他法律行為の当事者は、当該法律行為が属する単位法律関係を分断してその１部だけに適用される準拠法を選択することが自由にできるのか、という問題に置き換えられる。そして、上記２．４．１で述べたように、準拠法の分割指定の問題は、(1)法律行為の準拠法の分割指定が許されるかどうか（否定説か、肯定説か）、(2)仮に許されるとした場合、無制限に許されるのか、それとも一定の制約があるのか（無制限肯定説か、制限肯定説か）、(3)仮に制約があるとして、

それはどのような制約か（制限の内容）の３つに分けられる。以下、(1)、(2)、(3)のそれぞれについて、私見を述べる。

(1) 肯定説か否定説か

単位法律関係に関する準拠法を当事者が分割指定することができるかどうか、すなわち、単位法律関係の法理が当事者の意思によって修正される場合を認めるべきかという問題は、当該修正によってこの法理の存在意義が損なわれるおそれがあるかどうかによって判断すべきである。上記２．４．３で述べたように、私は、単位法律関係の法理の実質的な根拠を公平性・妥当性及び法的安定性と考える。この考え方に立った場合、単位法律関係の法理は、一切の例外を認めないほどに厳格なものと解する必要がないと思われる。その理由は以下のとおりである。

単位法律関係の一部を分けて別の準拠法を適用するのが不公平となるのは、それによって、同じ法規制の下に置くべき生活関係の一部が当該法規制を免れる場合を認めることとなるおそれがあるからである。これは、単位法律関係が「社会通念上、最小限の法適用単位として認知できる程度に独立性のある生活関係の集合体」であることを前提としている。しかし、契約のように当事者の意思によって定まる単位法律関係は、当事者が「最小限の生活関係集合体」の大きさを定めることができる場合も少なくない。たとえば、土地の売買契約、建物の売買契約において、売主と買主の間に特別な合意がないときは、土地上の立木、建物内に備え付けられた建具は売買契約の目的物の一部として同じ契約に含まれる。よって、土地と立木、建物と建具の売買契約は、それぞれ１個の生活関係の単位と認知される。しかし、契約当事者は、土地と立木、建物と建具を合意によって分離し、一方を売買の対象から外すこともできるし、それぞれ別個の売買契約とすることもできる。この場合は、社会通念上も、土地の売買契約と立木の売買契約、建物の売買契約と建具の売買契約は、それぞれ独立した別個の生活関係と認知され、別個の単位法律関係となる。さらに、２個の不動産の売買契約は、当事者がそれぞれ別の売買契約を結べば２個の単位法

律関係だが、両者を関連付けて１個の売買契約の目的物とすれば、１個の単位法律関係となる。このように、当事者の意思によって１個の単位法律関係になることもあれば、複数の単位法律関係に分離することも可能な契約等の法律行為において、たとえば、当事者が本来ならば複数の単位法律関係として別々に契約することが可能なものを１個の契約にしたとき、その準拠法について分割指定することを認めたとしても、社会通念上の公平性、妥当性に反するとまではいえない。しかも、当事者の意思による準拠法分割を認めることは、準拠法決定に関する法的安定性を損なうこともない。当事者自身が選択した準拠法に従うことにより、予見可能性が担保されているからである。

したがって、当事者の意思による単位法律関係の決定が可能な法律行為に関しては、そのような決定が可能な範囲において、当事者意思による準拠法指定を認めても構わないと思われる。よって、私は、分割指定否定説は採らない。

(2) 無制限肯定説か制限肯定説か

以上のとおり、契約のように当事者自治が支配する単位法律関係については、当事者自治の原則を根拠に、単位法律関係の一部に適用される準拠法の分割指定を認めるべきであるが、だからといって、当事者の意思によって無制限、無制約に単位法律関係を分断できると解するのは行き過ぎである。当事者自治とは、あくまでも１国の法秩序の枠内で採用された原則であり、当該法秩序の中において万能性が認められるわけではない。たとえば、わが国の私法において、当事者自治は、公序良俗の原則、信義誠実の原則及び強行法規に反しない限度でのみ認められる。したがって、準拠法の分割指定という方法で公序則や強行法規の適用を免れる行為は、任意法規、強行法規、信義則、公序則などを併せた制度として形成されている日本の私法秩序を損なうこととなり、許されない。

たとえば、売主の瑕疵担保責任を免除する条項が規定されている物品売買契約において、当該契約の準拠法が日本法であるとすれば、瑕疵担保責任の減免条項は、消費者契約法の適用を受ける場合（消費者契約法６条）を除き、原則

として有効である。裁判所が無効と判断するのは、売主が瑕疵の存在について悪意だった場合（民法572条）その他信義則に反する特別な事情がある場合に限られる。しかし、契約準拠法がイギリス法であるとしたら、そのような担保責任免除条項は、合理性が認められないとき、法的拘束力を生じない[134)]。この違いだけに着目すれば、日本法の方がイギリス法よりも売主に有利な法律ということになる。しかし、契約全体の効力との関係上はどちらが有利とも言い切れない。イギリス契約法は、当事者が合意した全条項は、合意どおりの法的拘束力を有することを前提とし、当事者間の契約交渉上の地位が著しく不均衡な場合など、責任免除条項を有効と解すると不合理な結果が生ずる例外的な場合に限って、その法的拘束力を認めない制度を採っている。これに対し、日本法は、個々の契約条項の文言に拘泥せず、信義則に基づいて契約を合理的に解釈する。その結果として、責任免除条項を有効としながら、信義則違反を根拠としてその適用を解釈上排除し、買主に有利な判断をすることもあり得る[135)]。契約当事者が、契約の解釈の準拠法をイギリス法としながら、瑕疵担保責任免除の条項の効力の問題だけに関しては日本法を準拠法として選択することを認めた場合、裁判所は、イギリスの不公正な契約条項に関する法律を適用して当該条項を無効と判断することも、日本法上の信義則に基づいて当該条項の適用を排除することもできなくなる。結局、当事者の準拠法の分割指定によって、イギリス契約法、日本民法それぞれの規制を免れることが可能となる。このように、準拠法を当事者が勝手に分割することにより、単位法律関係ごとに妥当していた法秩序を破壊する行為は許すべきではない。

以上の理由により、準拠法の分割指定が認められるのは、単位法律関係の一部の準拠法を分断しても、不公平とはいえないような例外的な場合に限るべき

134）Unfair Contract Terms Act 1979（1979年不公正な契約条項に関する法律）

135）たとえば、盛岡地裁遠野支部昭和63年５月18日判決（判例タイムズ693号141頁、判例時報1305号109頁）は、ファイナンス・リース契約について、リース業者が瑕疵担保免責特約を主張するのは信義則に反して許されないとした。

である。

(3) 制限肯定説における制限の内容

準拠法の分割指定をどのような場合に制限するのかについて、上記(2)の例が示すような不都合を排除する限度で分割を不可とする考え方があり得る。つまり、契約などの単位法律関係の一部について準拠法を分割指定することによって、他の部分の準拠法における規制を潜脱しようとする場合に限って分割指定を許さないとするものである。しかし、「規制を潜脱する意図があったかどうか」という主観を基準に分割指定の可否を判断するとしたら、法律行為の時点では準拠法が不明確となり法的安定性を害する。また、分割指定をした準拠法の適用によって他の部分の準拠法の公序則や強行法規に反することを一切許さないこととする場合、結局、分割指定した部分の準拠法は、他の部分の強行法規や公序則などに反しない限度で、いわゆる実質法的な指定としての効力しか有しないのだから、準拠法の分割指定を否定するのと変わらないことになる。よって、この見解は採りえない。

私は、契約等の一部について準拠法を分割指定できるのは、原則として、分割指定の対象となっている部分だけを独立した生活関係と解することが可能な場合に限るべきであると考える。すなわち、仮に、準拠法分割指定の対象となっている契約等の当事者が、分割指定した部分を切り離して別個の契約を結んでいたとしたら、社会通念上、当該部分だけで独立した1個の契約関係（単位法律関係）を構成していると認知できる程度に独立性が認められる場合である。たとえば、物品売買契約において、目的物をその種類、引渡場所、引渡時期に応じて分割できる場合は、分割可能な目的物ごとに別の契約を締結したとき、それぞれが独立した単位法律関係となり得る。よって、分割可能な目的物ごとに準拠法を変えたとしても不合理とはいえない。しかし、そのような売買契約の条項のうち、代金支払条件に関する条項や契約解除に関する条項だけを取り出して別の契約書を作成したとしても、社会通念上、そのような条項を定めている契約書は売買契約の1部であり、独立した別個の契約とは解されない。そ

のような条項についての準拠法だけを分離すると、売買契約全体を規律している１国の法秩序を損なうことになるので、許されないと解すべきである。分割指定を肯定する理由を上記⑵のように解した場合、分割指定が許される場合をこのように限定する考え方が最も適合する。

この場合、契約その他法律関係の１部分が「社会通念上１個の生活関係として分割することができるかどうか」をどのような基準で判断するかが問題となる。ここでいう社会通念は、社会全体という意味ではなく、契約等により法的拘束を受けることとなる当事者が属している社会において通常どのように扱われているかを基準とするのが妥当である。当事者自治主義に基づいて選択された準拠法が適用されるのは、当事者自治の及ぶ範囲に限定されるべきだからである。裁判所は、準拠法分割指定の対象となっている契約の１部が、当該取引社会において独立した１個の生活関係、取引関係として認識されているか否かを、取引慣行、取引の実態、公知の事実などから判断することになる。

このようにして判断される「１個の生活関係」は、個々の契約の内容及びこれを取り巻く状況に応じて異なる可能性がある。元々、契約を構成要素とする単位法律関係は、時代を超えて不動のものではなく、法が適宜に進化していくのと同様に、取引社会の進展、法制度の転換、判例の変遷などによる人々の法意識の変化に伴って、徐々に変わっていくものである。この進化の過程において、１個と認識されていた契約関係が２つに分断されることもあり得る。社会全体の意識の中で分断されたとまでは評価できなくても、特定の取引社会、地域あるいは世代の中で、単位法律関係の一部を別個の独立した生活関係とする認識が一般化している場合もある。このように、当該単位法律関係に関わる人々の間で、その生活関係の一部が独立性を持っていると認知されているような場合であれば、その部分に関して別の準拠法の選択を認めたとしても、不合理、不公平とはいえない。

２．４．５　制限肯定説（私見）に対する批判の検討

以上の理由で、私は、準拠法の分割指定が認められるのは、法律行為の一部

分を他の部分と切り離して独立した生活関係と呼んでも差し支えない程度の社会的な認知がある場合に限定すべきであると考える。

この制限肯定説に対して、以下のような批判がなされることが予想されるので、これに対する反論を述べておく。

(1) 基準の困難性、不明確性

否定説、無制限肯定説の双方の立場から、「独立した生活関係と呼んでも差し支えない程度の社会的な認知」があるか否かを国際私法上決定するのは困難であり、そのような不明確な基準は、法的安定性を害するとの批判がなされるであろう[136)]。

しかし、私の見解は、上記のとおり、少なくともそのような法律行為を行った当事者が属している取引社会において、生活関係としての独立性が明確に認知されている場合に限って分割指定を認める趣旨である。そして、そのような認知があるかどうかは、取引慣行や公知の事実によって明白に証明されなければならない。この認定は容易とはいえないが、以下に示すとおり、可能な場合を類型化することができる（後記２．４．６参照）。また、法律行為を行おうとする者が準拠法を分割してよいか否か迷うような状況で、分割指定が認められることはないのだから、基準としては明確である。

(2) 取引安全

無制限肯定説は、制限肯定説に対し、当事者が選択した準拠法を否定するのは取引の安全を害すると批判している[137)]。しかし、準拠法分割指定の効力が認められないとしても、当事者が選択した法律の効力が全面的に否定されるわ

136）否定説からは、折茂豊「国際私法各論（新版）」（有斐閣、1972）150頁、無制限肯定説からは、神前禎＝早川吉尚＝元永和彦「国際私法第２版」（有斐閣、2006）130頁など。

137）山田「国際私法第３版」（前掲注75）335頁

けではない。単位法律関係の一部に関する準拠法の分割指定は、準拠法の指定としての効力が認められない場合でも、そのような選択をした当事者の意思を合理的に解釈すれば、原則として、その部分に関する実質法的な指定があったと解することができる[138)]。たとえば、イギリス法に準拠した物品売買契約において、瑕疵担保責任免除の条項の効力に関してのみ日本法を分割指定する旨の合意があったとき（上記２．４．４(2)参照）、この合意は、日本の民法572条（売主が知りながら告げなかった事実等については特約があったとしても瑕疵担保責任を免れない旨の規定）や消費者契約法８条（消費者契約における責任免除条項を無効とする規定）が定めているルールを当該契約の内容として取り込む趣旨であると解釈することができる。よって、イギリスの不公正な取引条項に関する法律に矛盾抵触しない範囲で、当事者間の合意の効力が認められる。取引の安全は、法秩序に反しない限度で尊重されるべきものなので、このように公序則や強行法規の制約内で効力を認めれば十分である。

(3) 取引社会の要請

第３に、このような制限を加えるのは取引社会の要請に反するとの批判がある。しかし、仮に、特定国の法における強行規定を排除することがニーズであるとしたら、そのようなニーズは、法秩序を破壊するので保護するべきではない。取引社会において分割指定の合理的なニーズがあるとすれば、当該取引社会で独立した単位法律関係となり得ることが認知されている取引関係について、準拠法を別途定めることが要請されている場合である[139)]。したがって、

138）実質法的な指定について、神前禎＝早川吉尚＝元永和彦「国際私法第２版」（前掲注136）127頁、澤木＝道垣内（前掲注77）201頁など参照

139）神前禎「解説・法の適用に関する通則法」（前掲注94）54頁は、通則法の立法過程において、分割指定を認めることに対する「実務のニーズが議論された」が、「そこでは、分割指定に対する実務のニーズの多くは、実際には、複数の契約について別々の準拠法を指定することについてのニーズであることが明らかになった」としている。

そのようなニーズが生ずるより前に、準拠法を分けようとしている取引関係の一部について独立した取扱いをするような慣行が、当該取引社会において存在しているはずである。私見は、そのような取扱いが社会において認知されていることを要件として分割指定を認めるのであるから、合理的な取引社会の要請に反することにはならない。

(4) 外国法（ローマ条約）との相違

第４に、分割指定はローマ条約などの外国の国際私法上も認められているのに、日本の国際私法について制限的に解するのは国際協調に反していると批判されるかもしれない。たしかに、ローマ条約３条１項は、契約又はその一部に関する準拠法は当事者の選択によるべき旨を定め、これは、契約に関する問題の一部について分割指定ができる旨の定めであるとされている[140)]。しかし、この規定は、分割指定を否定する積極的な根拠がないために、分割が可能な場合においてこれを認める趣旨であり、分割指定を広く奨励しているわけではない[141)]。ローマ条約の関係国も、強行法規の潜脱を目的とする分割指定はローマ条約７条（最密接関係地の絶対的強行規定は準拠法にかかわらず適用する旨の規定）によって対処すべきこと、分割不可能な指定があったときは、指定がなかったものとし、ローマ条約４条１項（最密接関係地主義の規定）を適用すべきこと、契約の一部のみの準拠法が指定されている場合は、残部も同一法と推定すべきことなどの解釈論を前提として３条１項による分割指定を肯定しており、準拠法の分割は、けっして望ましいものではないと認識されている[142)]。イギリスでも、ローマ条約３条１項の規定にかかわらず、当事者の意思により分割指定が無制限に認められるとは解されていない。たとえば、契約解除条項や不

140）Dicey and Morris（前掲注８）p.1557

141）The Giuliano and Largarde Reportも、分割指定には一定の限界があることを想定している（p.17)。

142）分割指定を認めるローマ条約３条１項に対するEU諸国の考え方について、石黒一憲「国際私法第２版」（前掲注122）232頁乃至235頁参照

可抗力条項（force majeure clause）、分離可能性条項（severability clause）などのいわゆる一般条項に関する準拠法は分割指定することができないとされている[143)]。

このように、分割指定を許容する条項を有している国においても、分割指定に一定の制約があると解されている。よって、わが国の国際私法において、分割指定を制限する見解を採ったとしても、国際的に奇異な解釈とはいえない。

２．４．６　準拠法の分割指定が許される場合の具体例

では、１つの契約の１部分が独立した生活関係として社会的に認知され、準拠法を分割指定することが許されるのは、どのような場合であろうか。この判断をするためには、現実の取引社会において、契約に関する紛争類型にどのようなものがあり、どのような取扱いがされているかを分析しなければならない。契約は当事者（主体）、目的（客体）、意思表示（内容）の３つの要素から成り立っている。したがって、契約の一部を分離させて独立した生活関係とすることができるかどうかは、契約の主体、客体、内容との関係上、契約の１部の分離が可能かどうかを考察する必要がある。この観点から検討した場合、私は、現時点において、以下のような場合は契約準拠法の分割指定を認めてよいのではないかと考える。

(1) 契約主体との関係における分割の可否

契約主体との関係では、当初から３人以上の契約当事者がいたり、契約外の者にも一定の権利義務が与えられていたりなどして、１個の契約に関して、紛争当事者を異にする複数の紛争が予測でき、かつ、それぞれの紛争において類型的に主要な争点となることが予想される法律関係に独立性が認められる場合、それぞれは別個の生活関係といえる。よって、それぞれの争点の対象とな

143）Centrax Ltd Citibank NA［1999］1 All ER（Comm）557、Dicey and Morris（前掲注８）p.1556

る契約条項について、別個の準拠法を指定することが可能と考えられる。

たとえば、ジョイントベンチャー契約における共同で事業を行おうとする当事者間の紛争と合弁会社と一方当事者との間の紛争とを比べた場合、前者は主として株主間の協力義務違反や株主権の行使、株式譲渡制限に関する争いであるのに対し、後者は、合弁会社への出資、役員派遣や技術提供に関する義務や会社の株主に対する義務などが主要な争点となることが予想される。そうであるとすれば、主として前者の紛争において適用される条項の準拠法と主として後者に適用される条項の準拠法を分離したとしても不合理とはいえない。

他の例として、第三者のためにする契約における第三者と義務者との紛争は、契約当事者間の義務とは別個の義務に関する問題が主要な争点になると考えられる。もちろん、契約自体の成立や有効性は、どちらにも共通する争点ではあるが、これらは、主として契約当事者間における契約締結過程にかかわる問題であるから、第三者の権利に関する法律問題とは、独立した生活関係と考えられる。よって、第三者のためにする契約における第三者の権利に関する条項は、契約の成立、有効性その他の法律問題や当事者間の権利義務だけにかかわる条項とは異なる準拠法を定めることが可能と解すべきである。

複数の紛争当事者がかかわる可能性がある契約は、３当事者以上の間の契約や第三者のためにする契約だけに限られない。取引実務上、２当事者間の契約が成立した後、一方当事者が契約上の権利や当事者の地位を第三者に移転することが予定されている取引が少なくない。契約の成立にかかわった当事者以外の者が契約上の権利義務の承継人として関与してくることが常態化している場合は、取引社会において、契約の成立及び有効性の問題にかかわる当事者と契約に基づく権利義務の効力や内容の問題にかかわる当事者とは、別人であることが想定されている。そのような取引に関する契約に関しては、契約の成立及び有効性と契約上の権利義務の効力や内容とは、それぞれ独立した生活関係と見ることができるのではないかと思われる。

この考え方を一歩進めれば、そもそも契約の成立の準拠法と効力の準拠法は分割指定が可能であると一般化する余地も出てくる。現代において、契約に基

づく債権には流動性が認められており、現実の取引上も、債権の成立や有効性の問題と債権の帰属の問題が分断され、後者は独立した法律問題として取り扱われることがある。しかし、契約は、その種類や性質によって様々であり、契約締結後その効力が存続する限り、同一当事者間で存続することが予定されているものも少なくない。したがって、成立と効力の準拠法を分離できるかどうかは、当該契約の対象となっている取引に関して、そのような契約締結当事者と契約上の特定の権利義務を有する当事者を分離する扱いが常態化しているかどうかを個別具体的に判断して決定するべきである。

取引社会において、１個の契約から生ずる権利義務のうちの１部が実質的には第三者の利害に関わる紛争における問題となる関係上、独立した生活関係として認知されているような場合もある。たとえば、日本の保険会社が発行する英文貨物海上保険証券には、保険者の填補責任とその決済はイギリス法及び慣行によるべき旨の約款がある。この約款によれば、貨物海上保険においては、契約の成立、効力や被保険者の保険料支払義務などの準拠法が日本法であっても、保険契約に基づく保険者の義務の一部である保険金支払義務は、イギリス法に準拠することになる。私は、以下の理由により、このような約款による準拠法分割指定の効力を認めることができると考える。第１に、貨物海上保険において、日本の保険会社と保険契約を締結する当事者は、多くの場合、日本企業であるが、保険証券は船荷証券等と共に転々流通するので、保険事故発生時において保険金を請求するのは契約締結をした当事者と一致しない[144)]。よって、保険契約の成立・有効性や保険料の支払いなど主として契約を締結した当事者間の問題と、保険事故発生時に保険証券を有する者との間で争われる保険

144）道垣内「ポイント国際私法各論」（前掲注87）225頁は、このことを理由とし、「日本の保険会社は保険証券を国際市場で通用するものとする必要がある」から英国法の分割指定を肯定すべきであるとしている。しかし、取引社会の通念上、保険金支払に関する法律問題に独立性が認められる場合は、そこまで高度の必要性がなくても、分割指定を認めてよい。

金請求権の問題は、それぞれ別個の生活関係に属すると認識される。第２に、貨物海上保険の実務上、日本の保険者は、保険金支払のリスク・ヘッジのため、イギリスの再保険者と再保険契約を締結することが一種の取引慣行となっている[145)]。イギリスの再保険者は、保険者と被保険者との間の保険金支払請求訴訟に重大な関心を持っており、補助参加してきたり、保険者の弁護士を指名したりする方法で、実質的な紛争主体として関与することも少なくない。このような取引実態に鑑みれば、貨物海上保険の保険金支払義務に関する法律問題は、当該保険に関するそれ以外の法律問題とは独立した別個の生活関係であると認知できるので、分割指定が認められる場合に当たると考えられる。当該約款における準拠法分割指定の効力に関し、東京地裁昭和52年５月30日判決は、このような約款の規定を準拠法の分割指定約款と解し、分割指定を認める旨を判示した[146)]。この判決は、「保険契約自体の有効性と航海事業の適法性については日本法に準拠するが、保険金請求に関する保険者の填補責任の有無と保険者に填補責任があるならばその決済については、英国の法と事実たる慣習に準拠する趣旨であり、かつ、そのように解するのが海上保険業界の慣習である」とし、海上保険業界における慣習を認定した上で、分割指定を肯定している。この判例は、海上保険業界における慣習の存在を前提として分割指定を認めている点において、上記の私見の基準とほぼ同じ考え方である。

(2) 契約の客体との関係における分割の可否

契約関係には、種類や性質の異なる複数の目的物の売買契約や、本来は性質の異なる様々な権利義務の設定や移転を目的とする契約のように、複数の客体が１個の契約として処理されているとみられる場合がある。別々契約を１つに綴じただけと考えられる場合はそれぞれ別個の契約、つまり単位法律関係とし

145）小林登「国際再保険契約における抵触法上の問題」石田満還暦記念論文集198頁（1992）参照

146）東京地裁昭和52年５月30日判決（判例時報880号79頁）

て準拠法を決定すべきだが、１個の契約としか解し得ない場合であっても、契約の目的に着目すれば本来２つに分けることが可能だったと思われる場合は、それぞれ別個の独立した生活関係と認識できるので、準拠法の分割指定が可能である。たとえば、複数の国にある別個の不動産の売買契約を１つの契約書で行う場合、国際投資やコンセッション等、履行の各段階において独立した義務が定められる長期契約の場合などがその典型例である[147)]。

取引の客体を分割することによって契約を分割できるかどうかは、契約当事者が属している取引社会における社会通念に従って決めるべきである。一般論としていえば、たとえば、同種同品質の大量の物品の売買において、契約書を１通にはせず、10分の１ずつに物品を分けて10個の書面を作成したとしても、全ての契約条件が同じであれば、社会通念上は、１個の契約を10通に分けたとしか解されない。しかし、価格、支払方法、引渡場所、引渡時期、保証条項の内容その他取引条件に関わる契約条項のうちの１つが異なる場合は、取引上区別すべき別個の契約として扱われる。

他方、性質も種類も異なる複数の客体に関する契約の場合でも、契約の目的上不可分と解すべき場合もある。たとえば、技術ライセンス契約と当該技術に基づく製品の商標ライセンス契約において、一方の契約の不履行が他方の効力や解除事由とされている等、当事者の義務が互いに相手方の義務の条件となっているような場合は、双方を同一の規範の下におくべきことが取引上の常識と考えられるので、社会通念上、２つのライセンス契約が単一の取引関係を形成しているというべきである。よって、２つの契約について別々の準拠法を指定したとしても、通則法７条による準拠法指定の効力は認められない。このような場合の準拠法は通則法８条によって決定すべきであり、当事者の指定した法律は、それぞれの契約に関して実質法的指定の効力のみを有すると解すべきである。

147）澤木敬郎「国際私法入門第３版」（有斐閣、1990）169頁

(3) 契約の内容との関係における分割の可否

上記の２つの場合のどちらにも当たらない場合、つまり、契約の主体、客体のいずれとの関係でも分断することができない契約条項の場合は、原則として１個の生活関係と考えられる。たとえば、１つの客体に関する当事者双方の権利義務については、それぞれが密接な関係があり、全体として１つの独立した契約秩序を形成するものと認識される[148)]。契約上の解除条項その他の一般条項と取引条件に関する条項の分割指定も認めるべきではない。元来、一般条項は取引条項の実効性と法的拘束力を担保し補完するために存在するので、ほとんどの場合、１個の紛争において、両方の規定の解釈や効力の問題は同時に争いの対象となる。両者はあいまって１つの規範を形成しているので、別々の生活関係とは解されない。よって、たとえば、取引に関する一般条項を定める基本取引契約書と当該基本取引契約に基づく個別契約とがあって、個別契約において基本取引約定書と異なる準拠法の合意があった場合は、特別な合意がある場合を除き、個別契約に適用される全契約条件（一般条項を含む。）について、基本取引約定書における準拠法条項の変更があったものと解すべきである。また、個別契約において、基本契約における一般条項の準拠法指定を存続させつつ、取引条件に関してだけ準拠法を分割指定する旨を定めている場合は、当該分割指定条項は、当該個別契約に適用される全条項（一般条項を含む。）に関する準拠法の変更と一般条項に関する基本契約に定められた準拠法の実質法的指定とが同時になされたものと解すべきである。

２．４．７　通則法８条における最密接関係地法の分割適用(客観分割)の可否

(1) 学説

分割指定に関連して、当事者による準拠法の指定がないために通則法８条を

148) ローマ条約上も、同一契約上の当事者の一方の権利義務と他方の権利義務とは、そもそも分割不可能と解されている（The Guilaino and Larde Report, p.17)。

適用して準拠法を決定すべき場合に、法律行為の一部について、他の部分が最も密接に関係する地と異なる地の法律を最密接関係地法として適用する、いわゆる客観分割を認めるべきかどうかという問題がある[149)]。

通則法の立法過程では、そのような客観分割を認めるべきであるとの意見が述べられなかったため、これを設けるかどうかの検討はなされなかったようである[150)]。

契約準拠法の分割指定を無制限に肯定する学説の中には、通則法８条の適用に関しても、契約の部分ごとの客観的連結の分割を無制限に認めるべきであるとする見解がある[151)]。この見解によれば、国際私法における「単位法律関係の法理」は、常に「最密接関係地法主義」に劣後すべきことになる。しかし、上記のとおり、単位法律関係の法理は、社会通念上同一性が認められる生活関係を同一の法秩序の下に置くことによる、公平性・妥当性及び法的安定性の確保という面において、合理性のある法原理である（上記２．４．３参照）。これに対し、「最密接関係地法主義」の方は、通則法８条のように最密接関係地法を規範的要件として定め、かつ、その判断を裁判官の裁量に委ねることを前提とする解釈を採った場合、準拠法決定基準としての法的安定性は期待できない（前記２．２．２．(2)参照）。「最密接関係地法」を準拠法とすることにより、「単位法律関係の法理」を守る場合以上の公平性・妥当性が担保されるとも考えられない。また、契約を無制限に分割して部分ごとに最密接関係地法を決定するとしたら、契約に関する紛争における争点ごと、あるいは契約条項ごとに準拠法を検討しなければならなくなる。これは、煩雑すぎて、実務上も困難な問題が生じ得る。したがって、無制限な客観分割は認めるべきではない。

149）法例研究会「法例の見直しに関する諸問題(1)―契約・債権譲渡等の準拠法について―」別冊NBL88号（2005）12頁

150）法務省民事局参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」138頁

151）澤木＝道垣内「国際私法入門第６版」（前掲注77）210頁

(2) 外国法（ローマ条約）

契約準拠法の客観分割を認める外国の国際私法の例として、EUのローマ条約４条１項は、準拠法の指定がない場合に最密接関係地法によるとしたうえで、例外的な場合において（by way of exception)、契約のうちの分割が可能な部分（a severable part of contract）について、他の部分の準拠法の所在地国とは異なる国とより密接な関係があるとき、裁判所は、その部分を分割してより密接に関係する国の法を準拠法にすることができる旨を定めている。この条項の文言が示すように、ローマ条約においても契約準拠法の客観分割は、「例外的な場合」だけに認められ、できる限り分割すべきではないと解されている[152)]。ローマ条約のように、複数の国が同一の準拠法決定基準を採用し、かつ各国の判断をできだけ調整することが要請される場合は、契約準拠法の客観分割を認める規定を設けることに合理性が認められる。EU加盟各国の国内の実質法及び取引慣行が異なる以上、契約における単位法律関係、つまり、同じ法秩序の下に置くべき独立した生活関係をどのように捉えるかについても国ごとに異なっている可能性があるからである。よって、法廷地国と契約当事者の所在地国とで単位法律関係の概念が異なる場合の調整のために、契約の一部について準拠法を分割すべき場合が生じ得ると思われる。

通則法８条は、わが国の裁判所だけが適用する独自の準拠法決定基準なのだから、契約準拠法の分割などという複雑な方法を適用して余計な混乱をもたらすような事態は、できる限り避けるべきである。

(3) 私見

私見によれば、通則法８条は、当事者の仮定的意思の推定規定である。すなわち、同条における「最密接関係地法」とは、合理的に行動する一般人が準拠法として選択するであろう法を意味している。したがって、契約準拠法の客観分割の可否は、合理的な一般人であれば、当該契約の一部についてわざわざ異

152）The Giuliano and Largarde Report p.23、Dicey and Molice（前掲注８）p. 567

なる準拠法を分割して選択したかどうかの判断となる。

この見地からは、契約準拠法の客観的分割は、特殊な場合を除き認められないことになる。上記２．４．５で検討したとおり、契約の主体や客体との関係上、契約関係の一部を独立した生活関係として扱うことが可能な場合は少なくないが、契約に関する紛争が発生したとき、多くの場合、この部分と他の部分は、１つの裁判所における同じ事件の中で争われる。１つの裁判所が事件解決のために複数の国の法律を適用しなければならないとしたら、裁判所の負担は大きいだけでなく、紛争当事者にとっても外国法の立証のための余計な経済的負担がかかるし、裁判の長期化の原因にもなる。しかも、裁判所が不慣れな外国法についてどのような判断、解釈をするかの予測が立たず、敗訴のリスクを抱えるというデメリットもある。経済的合理性に従った行動をする者であれば、そのようなリスクをできるだけ避けようとするはずである。よって、よほどの理由がない限り、１つの裁判所における同じ訴訟手続きの中で争われる可能性がある複数の法律問題は、すべて同じ国の法を適用して解決できるように準拠法を選択すると推定するのが合理的である。

以上の例外とし、１つの契約の中で独立した生活関係を構成しているだけでなく、その部分に関する紛争が他の部分とは切り離され、同じ裁判所における争点となる可能性が低いと予期できる場合は、客観分割を認めてよい場合がある。たとえば、ジョイントベンチャー契約などにおいて、一方当事者の合弁会社に対する技術支援に関する義務と他方当事者の合弁会社に対する原料供給や人材支援に関する義務とが１個の契約書に規定されていることがある[153)]。これらのそれぞれの義務に関連する契約条件が独立していて、裁判管轄についてもそれぞれ別の国が指定されているのに、準拠法の定めがなかった場合、それぞれの義務に関する紛争は、それぞれの裁判地国の法に準拠するとき、最も経済的合理性が認められる。よって、そのような場合は、準拠法の分割指定が当事者

153）The Giuliano and Largarde Report も、客観分割が許される場合の例として、ジョイントベンチャーや複合契約を挙げている（p.23）。

の仮定的意思であったといえるので、それぞれの義務について別々に最密接関係地法、つまり、最も経済的合理性があると推定できる法を決定すべきである。