

国際私法の現代化に関する要綱中間試案
補足説明

平成 17 年 3 月 29 日

法務省民事局参事官室

目次

第1	はじめに	1
1	審議の経緯	1
2	検討の対象（試案（前注2））	2
第2	自然人の能力に関する準拠法（第3条）（試案第1）	2
1	取引保護規定（第3条第2項）（試案第1・1）	2
(1)	内国取引保護規定の双方化	2
(2)	異法地域間での法律行為	3
(3)	主観的要件	3
2	取引保護規定の適用除外（第3条第3項）（試案第1・2）	5
(1)	親族法又は相続法の規定によるべき法律行為	5
(2)	外国にある不動産に関する法律行為	5
3	その他	6
(1)	「能力」という単位法律関係（第3条第1項）	6
(2)	連結点（第3項第1項）	6
(3)	自然人の権利能力の準拠法	7
第3	法人等に関する準拠法	8
1	法人	8
(1)	問題の所在	8
(2)	審議会における議論	8
(3)	諸外国の法制	11
2	法人でない社団又は財団	11
第4	後見開始の審判等（第4条，第5条）（試案第2）	12
1	後見開始の審判の国際裁判管轄（試案第2・1）	12
(1)	管轄原因	12
(2)	外国でされた後見開始の審判の承認	17
2	後見開始の審判の準拠法（試案第2・2）	17
(1)	問題の所在及び諸外国の法制	17
(2)	試案の説明及び審議会における議論	18
3	保佐開始及び補助開始の審判（試案第2・1（注1）及び第2・2（注））	18
第5	失踪宣告（第6条）（試案第3）	19
1	国際裁判管轄	19
(1)	問題の所在	19

(2) 原則的管轄.....	19
(3) 例外管轄.....	20
2 要件及び効力の準拠法.....	21
3 失踪宣告の効力が及ぶ範囲.....	21
4 外国でされた失踪宣告の承認に関する規律（試案第3（注2））.....	22
第6 法律行為の成立及び効力に関する準拠法（第7条，第9条）（試案第4）	22
1 問題の所在.....	22
2 諸外国の法制.....	23
3 単位法律関係.....	23
(1) 問題の所在.....	23
(2) 諸外国の法制.....	24
(3) 審議会における議論.....	24
(4) 「法律行為」及び「当事者」の概念.....	24
4 分割指定（試案第4・1）.....	25
(1) 問題の所在.....	25
(2) 諸外国の法制.....	26
(3) 試案の説明及び審議会における議論.....	26
(4) その他.....	27
5 準拠法選択の有効性（試案第4・2）.....	27
(1) 有効性を判断する準拠法の基準（試案第4・2(1)）.....	27
(2) 準拠法選択における黙示の意思（試案第4・2(2)）.....	29
6 当事者による準拠法選択がされていない場合の連結政策（第7条第2項，第9条）（試案第4・3）.....	31
(1) 問題の所在.....	31
(2) 諸外国の法制.....	32
(3) 試案の説明.....	33
7 事後の変更（試案第4・4）.....	37
(1) 問題の所在及び諸外国の法制.....	37
(2) 試案の説明.....	38
8 消費者契約の準拠法（消費者保護規定）（試案第4・5）.....	40
(1) 問題の所在.....	40
(2) 諸外国の法制.....	40
(3) 試案の説明.....	41
9 労働契約の準拠法（労働者保護規定）（試案第4・6）.....	46
(1) 問題の所在及び諸外国の法制.....	46
(2) 試案の説明.....	47
第7 法律行為の方式に関する準拠法（第8条）（試案第5）	49

1 法律行為の方式に関する準拠法（第8条第1項）（試案第5・1）	49
(1) 問題の所在	49
(2) 諸外国の法制	49
(3) 審議会における議論	49
2 異なる法域に所在する者の間で行われる法律行為（試案第5・2）	50
(1) 問題の所在	50
(2) 異なる法域に所在する者に対する意思表示（試案第5・2(1)）	51
(3) 異なる法域に所在する者の間で締結される契約（試案第5・2(2)）	51
(4) その他	52
第8 代理に関する準拠法	52
1 問題の所在	52
2 諸外国の法制	52
3 審議会における議論	53
(1) 検討の手法	53
(2) 任意代理における本人と相手方との関係	54
(3) その他の論点	56
第9 信託に関する準拠法	57
1 問題の所在	57
2 審議会における議論	57
3 諸外国の法制	59
第10 物権等に関する準拠法（第10条）（試案第6）	60
1 問題の所在及び審議会における議論	60
(1) 移動（運送）中の動産	60
(2) 鉄道車両，自動車等のいわゆる走行性動産	62
(3) 法定担保物権	63
(4) 約定担保物権	63
(5) 動産に関して発行される船荷証券や貨物引換証等の証券の物権的効力の準拠法	64
(6) その他	65
2 例外条項（試案第6）	65
(1) 問題の所在	65
(2) 諸外国の法制	65
(3) 試案の説明及び審議会における議論	65
第11 法定債権の成立及び効力に関する準拠法（第11条）（試案第7）	67
1 問題の所在	67
2 諸外国の法制	67

(1) 法定債権に関する準拠法決定についての一般原則	67
(2) 個別的不法行為についての特別規定	69
3 不法行為，事務管理又は不当利得に関する準拠法（試案第7）	69
(1) 不法行為，事務管理又は不当利得に関する原則的連結政策（試案第7・1(1)(2)）	70
(2) 不法行為，事務管理又は不当利得の当事者の常居所地法が同一である場合（試案第7・2(1)(2)）	73
(3) 不法行為，事務管理又は不当利得が当事者間の法律関係に係る場合（試案第7・3(1)(2)）	76
(4) 例外条項（試案第7・4(1)(2)）	79
(5) 当事者自治（試案第7・5(1)(2)）	81
4 不法行為に関する特別留保条項（試案第7・6）	83
(1) 特別留保条項の採否	83
(2) 損害賠償の方法及び範囲	83
5 個別的不法行為（試案第7・7）	84
(1) 生産物責任に関する準拠法（試案第7・7(1)）	84
(2) 名誉又は信用の毀損に関する準拠法（試案第7・7(2)）	87
6 その他の事項について	89
(1) 不法行為，事務管理又は不当利得が国家領域外でされた場合の準拠法	89
(2) 提案に掲げていない個別的不法行為の特別	89
第12 債権譲渡等に関する準拠法（第12条）（試案第8）	91
1 債権譲渡	91
(1) 債権譲渡の成立及び当事者間の効力（試案第8・1）	91
(2) 債務者及び第三者に対する効力（試案第8・2及び3）	93
2 債権質（試案第8（注））	98
(1) 問題の所在及び試案の説明	98
(2) 諸外国の法制	99
(3) 審議会における議論	99
3 その他	100
(1) 相殺	100
(2) 法定代位	101
(3) 債権者代位権・債権者取消権・免責的債務引受	103
第13 親族関係の準拠法（第13条第3項ただし書，第16条ただし書）（試案第9）	104
1 婚姻の方式に関する第13条第3項ただし書	104
(1) 問題の所在	104
(2) 諸外国の法制	105
(3) 試案の説明	105

2	離婚に関する第16条ただし書（試案第9（注））	106
(1)	問題の所在	106
(2)	諸外国の法制	106
(3)	審議会における議論	107
3	その他	107
(1)	婚約の準拠法	107
(2)	内縁の準拠法	108
(3)	登録パートナーシップの準拠法	109
(4)	氏名の準拠法	109
(5)	親子関係の準拠法（第17条から第19条まで）	110
第14	後見等（第24条，第25条）（試案第10）	111
1	問題の所在	111
(1)	現行法例における後見	111
(2)	外国人を被後見人とする後見人選任等の手続における準拠法	111
2	諸外国の法制	112
(1)	概観	112
(2)	後見等の保護措置に関するヘーグ諸条約	112
(3)	各国国内法	113
3	試案の説明	113
(1)	基本的な考え方	113
(2)	「日本二住所又ハ居所ヲ有スル」の文言の削除	114
(3)	日本法を準拠法とする事項的範囲の明示	115
(4)	保佐及び補助について	115
4	その他	115
(1)	後見人選任等に関する国際裁判管轄	115
(2)	原則的連結政策（第24条第1項）	115
(3)	「後見ノ事務ヲ行フ者ナキトキ」の意味	116
(4)	任意後見制度	116
第15	相続及び遺言に関する準拠法（第26条，第27条）	116
1	相続の準拠法（第26条）	116
2	被相続人による準拠法選択	117
3	遺言の準拠法（第27条）	118
第16	総則（第29条，第32条）（試案第11）	119
1	住所地法の決定（第29条）（試案第11・1）	119
2	反致（第32条）（試案第11・2）	119
(1)	問題の所在	119

(2) 諸外国の法制.....	120
(3) 試案の説明及び審議会での議論.....	120
3 その他.....	121
(1) 重国籍者の本国法（第28条第1項）.....	121
(2) 未承認国家の法の適用.....	122
(3) 地域的不統一法国に属する者の本国法（第28条第3項）.....	122
(4) 人的不統一法国に属する者の本国法（第31条）.....	123
(5) 公序則の発動により外国法適用が排除された場合の処理（第33条）.....	123
(6) 絶対的強行法規の適用.....	124
(7) 一般的例外条項.....	125
(8) 適用範囲.....	125
第17 船舶及び航空機に関する特則.....	126
1 総論.....	126
2 船舶及び航空機に関する物権.....	126
3 共同海損.....	129
4 船舶衝突.....	129
5 海難救助.....	130
6 船主責任制限.....	130
7 諸外国の法制.....	131
8 その他.....	131

第1 はじめに

1 審議の経緯

準拠法に関する規則等を定めた我が国の国際私法の基本法である法例（明治31年法律第10号）は、明治31年に制定されて以来、渉外的身分関係事件の増加の実情等にかんがみ、平成元年に婚姻及び親子に関する部分について準拠法の指定をより適切なものとするための一部改正が行われたものの、これまで全面的な見直しがされることなく現在に至っている。

しかし、この約100年間、我が国を取り巻く社会経済情勢は著しく変化し、交通手段及び情報通信技術の発展等に伴って、国境を越える人・物・情報の移動が増加し、国際的な取引の内容は複雑・多様化し、財産的な法律関係に基づく国際的な紛争も増加している。

また、国際私法は、渉外的な法律関係がどの国で問題となっても適用される準拠法は同一であることを理想とし、国際的な法制の調和が特に強く求められる法分野であるが、諸外国の立法動向をみると、ヨーロッパ諸国を中心にしてその近代化の動きが目立ち、「1980年の契約債務の準拠法に関する条約」（"Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations," 以下「ローマ条約」という。）の採択・締結を始めとして、1980年代後半から2000年頃にかけて、ドイツ、スイス、イタリア、英国等で国際私法の改正が行われ、不法行為等の契約外債務の準拠法に関しても、EUで統一作業が進行中である。アジアでも、韓国がこれらのヨーロッパ諸国の動向を踏まえて2001年に国際私法を改正している。

このような内外の情勢を背景として法例の見直しの機運が高まる中で、「規制改革推進3か年計画」（平成13年3月30日閣議決定、平成14年3月29日閣議決定で改定、平成15年3月28日閣議決定で再改定）において、債権流動化の基盤整備を進める観点から、法例第12条の定める債権譲渡の第三者対抗要件の準拠法について国際的な動向を踏まえた見直しが求められ、「規制改革・民間開放推進3か年計画」（平成16年3月19日閣議決定）においては、同条の見直しを含めた法例中の国際私法規定の全般的見直しについて検討が求められている。

また、法例は、片仮名文語体で表記されているが、国民生活一般に深く関わる民事の基本法であるから、その表記を新たな時代にふさわしく、かつ、国民に分かりやすいものとするため、平仮名口語体に改める必要があると指摘されている（前記「規制改革・民間開放推進3か年計画」 9(1)参照）。

以上の動きを受けて、法例を所管する法務省は、同法について所要の見直しをすることとし、平成15年2月5日に開催された法制審議会総会において、法務大臣から、「国際私法に関する法例の規定の現代化を図る上で留意すべき事項につき、御意見を承りたい。」との諮問がされた（諮問第61号）。この諮問に基づき、法制審議会に国際私法（現代化関係）部会（部会長＝櫻田嘉章・京都大学教授）が設けられ、同年5月13日の第1回会議から毎月ほぼ1回のペースで会議が開催され、法例の見直しについて活発な審議が重ねられてきた。このような審議を踏まえて、本年3月22日の

第23回会議において、「国際私法の現代化に関する要綱中間試案」が取りまとめられ、事務当局である法務省民事局参事官室がこれまでの検討に基づいて作成した「補足説明」と合わせて、これを公表することについて了解が得られた。

前述のとおり、法例は、民事の基本法であり、国民生活一般に深く関わるものであって、その見直しに当たっては幅広く意見を求める必要があると考えられるところである。審議会では、試案に対して寄せられた意見等を踏まえ、本年夏までに要綱案を取りまとめるべく、引き続き精力的に審議を行うこととしている。これを受けた法例の見直しに関する関係法律案は、本年秋に国会へ提出することを予定している。

なお、この補足説明は、あくまでも意見照会の対象である中間試案を理解する際の参考資料として当参事官室の文責において作成したものであって、それ以上の意味を持つものではない。なお、本補足説明で引用されている諸外国の立法例等については、法例研究会による「法例の見直しに関する諸問題(1)~(4)」(別冊NBL80号, 85号, 88号, 89号)も合わせ参照されたい。

2 検討の対象(試案(前注2))

法例の規定中には、一定の非訟事件の裁判に関する国際裁判管轄についての規定があると解されているが(第4条(後見開始の審判)、第5条(保佐・補助開始の審判)及び第6条(失踪宣告))、これらの規定の現代化の検討に際しては、これらの裁判が外国でされた場合の我が国における効力の問題や、後見、保佐及び補助(第24条及び第25条)に関する国際裁判管轄の問題も関係する。しかし、このような問題は、他の類型の事件も含め、非訟事件一般さらには民事事件一般についての国際裁判管轄や外国判決の承認に関する規律をどのようにするかという国際民事手続法の広い視点からの更なる検討を必要とすると考えられることや、ヘーグ国際私法会議において国際裁判管轄(専属的合意管轄)及び外国判決の承認執行に関する条約作成作業が進行中であることも踏まえ、今回の立法作業における検討の対象とはせず、試案においては、現行法上規定があると解されている後見開始の審判等及び失踪宣告の国際裁判管轄についてのみ提案を掲げている(試案第2・1及び第3)。

第2 自然人の能力に関する準拠法(第3条)(試案第1)

1 取引保護規定(第3条第2項)(試案第1・1)

(1) 内国取引保護規定の双方化

現行法例第3条第1項は、人の能力は本国法による旨を定めているが(その意味内容につき、後記3参照)、同条第2項は、外国人が日本で法律行為をした場合において、その外国人が本国法によれば能力の制限を受けている者であっても、日本法によれば能力者であるときは、その外国人を能力者とみなしている。これは、日本において行われた取引のみを保護するものであり、学説上は、内外国法の平等という国際私法の基本的理念に反し、また取引保護の要請は外国における取引にも妥当するため、合理性に欠けるとの批判がされている。また、「1930年為替手形

及約束手形ニ関シ法律ノ或抵触ヲ解決スル為ノ条約」を国内法化した手形法第 8 8 条第 2 項及び小切手法第 7 6 条第 2 項も、双方向的な取引保護規定を設けている。審議会においても、内国取引保護規定を外国で行われる取引をも対象とする双方向的な取引保護規定とすべきであるとする意見が多数を占めたが、他方で、双方向的な取引保護規定とすると、未成年者である日本人が成年年齢が日本より低い外国で取引をした場合に日本人が保護されなくなる場合が生ずるが、そのような結果は妥当ではなく、また、行為地法が同様の取引保護規定を有するか否かを考慮せずに一律に行為地法による保護を与える必要はないなどとする意見も述べられるなど、内国取引保護規定を維持すべきとする意見も出された。

諸外国の立法例をみても、ローマ条約第 1 1 条、ドイツ民法施行法第 1 2 条、イタリア国際私法第 2 3 条第 2 項及び第 3 項、スイス国際私法第 3 6 条第 1 項、ルーマニア国際私法第 1 7 条、ケベック州民法第 3 0 8 6 条（カナダ）、韓国国際私法第 1 5 条第 1 項等は、双方向的な取引保護規定を設けているのに対し、ポーランド国際私法第 1 0 条、トルコ国際私法第 8 条第 2 項、ギリシア民法第 9 条、ハンガリー国際私法第 1 5 条第 1 項・第 2 項等は、内国取引保護規定を設けており、この点についての立法例は分かれている。

そこで、審議の結果及び諸外国の立法例を踏まえて、試案においては、A 1 案及び A 2 案として、現行法例第 3 条第 2 項を双方向的な取引保護規定に修正する考え方を、B 案として、同項の内国取引保護規定を維持する考え方をそれぞれ掲げている。

(2) 異法地域間での法律行為

現行法例第 3 条第 2 項が異法地域間においてされた法律行為（隔地的法律行為）を取引保護の対象とするか否かは、明らかではない。学説上は、隔地的法律行為は実質的に内国取引とはいえないから、取引保護規定を適用すべきでないとする考え方が通説であり、ローマ条約第 1 1 条も、取引保護規定の適用対象を同一国にいる者の間で締結された契約に限定している。この点につき、審議会においても、隔地的法律行為による取引を保護する必要はなく、規定上もこれを明らかにすべきであるとする意見が多数を占めた。そのため、試案では、いずれの提案においても、取引保護規定が隔地的法律行為を対象としないことを規定上明らかにすることとし、A 案にあっては「すべての当事者が同一法域内に所在するとき」、B 案にあっては「すべての当事者が日本に所在するとき」という文言を加えている。もっとも、具体的な規定振りについては、法制的な観点から、なお検討する必要がある。

(3) 主観的要件

現行法例は、取引保護規定の適用に行為の相手方の主観的要件を課していない。法例制定当時は、行為者が制限能力者であることを知って法律行為をするのは極めて稀な場合であり、しかも、主観的要件を課された場合に、善意・悪意を証明することは困難であって、いたずらに訴訟を増加させるおそれがあるとして、このよ

うな考え方は採用しなかったとされている。手形法第88条第2項及び小切手法第76条第2項も主観的要件を課していない。しかし、現在の学説においては、主観的要件を課すべきであるとして、このような立法政策に疑問を呈する意見も有力である。

諸外国の立法例をみると、ギリシャ民法第9条等のように主観的要件を課さないものもあるが、他方で、ローマ条約第11条、ドイツ民法施行法第12条、イタリア国際私法第23条第2項及び第3項、スイス国際私法第36条第1項、ポーランド国際私法第10条、ケベック州民法第3086条（カナダ）、韓国国際私法第15条第1項等のように主観的要件を課すものも少なくない。

この点については、審議会でも、(a)当事者の主観により準拠法が定められるとすると、相手方当事者の準拠法についての予測可能性を害することになる、(b)主観的要件は、抵触法ではなく実質法の段階で考慮すれば足りる、(c)準拠法を決定するために、行為の相手方の過失の有無を認定しなければならないとすると、訴訟等で争いになった場合に手続が遅延することになる等として、主観的要件を課すことについて反対する意見が出された一方、本人の保護と取引の安全の衡平を実現するためには、主観的要件が必要であるとする意見も述べられ、見解の一致はみられなかった。また、後者の立場からは、主観的要件で問題とされている対象が後述のように法律行為を行った者が能力制限を受けているか否かの事実のみであることからすれば、主観的要件を課したとしても訴訟の遅延をもたらすものではないとの反論も示された。

そこで、このような審議会の議論を踏まえて、試案では、主観的要件を課さないA1案とこれを課すA2案を掲げている。なお、審議会では、内国取引保護規定を維持しつつ、これに主観的要件を課すべきであるとする意見は出されなかったため、B案に主観的要件を課す提案は掲げていない。

また、相手方の主観的要件については、本条が適用される財産的行為能力の年齢による制限（後記3(1)参照）について、本人の国籍、本国法の内容、本国法の要件事実該当する事実（行為者の年齢）のうち、何を認識の対象とするかを検討する必要があるが、試案では、諸外国の立法例と平仄を合わせ、また、取引保護を実効あらしめる観点から、これらすべてを認識し、本人が制限能力者であることを知っていること、又はこれらのいずれかを過失によって知らない結果本人が制限能力者であることを知らなかったことを要するものと整理している。なお、試案においては、過失の有無を裁判所の職権判断事項とするか当事者が主張立証すべき事項とするかは、本論点のみの問題ではなく、法例の適用の前提となる事実一般についての問題として解釈にゆだねることを前提にしている。どのような場合に過失があると認定されるかについては、その一般的な基準の定立は困難であり、問題となった個々の取引形態や商慣習等をも考慮して個別具体的に判断されることとなる。

2 取引保護規定の適用除外（第3条第3項）（試案第1・2）

現行法例第3条第3項は、(ア)親族法又は相続法の規定によるべき法律行為及び(イ)外国にある不動産に関する法律行為については、法例第3条第2項の取引保護規定を適用しないことを定めている。しかし、学説上は、後記のように、(ア)(イ)のいずれについてもそのような規定は必要ないとの見解があり、改正に当たっては、これらを削除することも考えられるため、審議会において検討された。

(1) 親族法又は相続法の規定によるべき法律行為

審議会では、(ア)の親族法又は相続法の規定によるべき法律行為について取引保護規定を適用しないとする結論自体に異論はなく、また、後記のとおり、法例第3条第1項が身分的行為能力には適用されないと整理する場合には、そもそも身分的法律行為に取引保護規定は適用されないことになるため、本項の適用除外規定は単なる注意規定となり不要な規定として削除することも考えられる。しかし、審議会においては、法例第3条第1項に規定する「能力」に身分的行為能力も含まれるとする解釈を否定すべきではなく（後記3(1)参照）、この解釈を採用する場合には、本項は単なる注意規定とはいえないから、これを維持するのが適当であるとされた。したがって、試案においては、親族法又は相続法によるべき法律行為については、取引保護規定の適用除外を明記する第3条第3項を維持するものとしている。これと同様の整理をして、行為能力一般にかかる取引保護規定につき身分的行為能力に関する適用除外を定めている立法例としては、ドイツ民法施行法第12条、イタリア国際私法第23条第4項がある。

(2) 外国にある不動産に関する法律行為

(イ)の外国にある不動産に関する法律行為が取引保護規定の適用除外の対象とされている理由は、外国にある不動産に関する法律行為は、特に慎重な配慮を要するため、これが日本でされたとしても内国取引とみるのは適当でない、あるいは、不動産に関する法律行為はその所在地法上有効とされなければ権利の実現は困難である等と説明されている。現行法例第3条第3項の立法理由としても、不動産に関する取引については不動産所在地国における執行が想定され、不動産所在地国以外の国でされた取引について行為地たる内国法による取引保護を行っても、不動産所在地国において行為能力があるものとして法的に有効な取引と扱われなければ執行は不可能であり、そのような執行可能性のない内国取引を保護して有効とすることは、むしろ取引の安全を阻害することになるという点が挙げられている。諸外国の立法例においても、ドイツ民法施行法第12条、イタリア国際私法第23条第4項、スイス国際私法第36条第2項、韓国国際私法第15条第2項等は、行為地とは異なる国に所在する不動産に関する法律行為について取引保護規定を適用しないこととしている。

しかし、審議会では、このような適用除外を維持すべきとする意見は少数にとど

まった。すなわち、審議会においては、不動産を目的とする法律行為に関する客観連結について、不動産の所在地法を法律行為に最も密接に関係する地の法律と推定する規定が提案されているように（試案第4・3ウ参照）、不動産に関する法律行為に係る市場は、それと密接に関係する不動産の所在地にあり、取引保護は、行為地ではなく、そのような不動産所在地において考えられるべきであるから、適用除外の対象とするのが相当であるとの少数意見もあったものの、多数の意見は、外国にある不動産に関する法律行為に限り取引保護を図らないとする考え方は合理性がないとするものであった。

したがって、試案においては、(イ)の外国に所在する不動産に関する法律行為については、これを第3条第3項から削除することとし、取引保護規定の適用対象とするものとしている。しかし、この点については、意見照会の結果を踏まえ、なお検討する必要があると考えられる。

3 その他

(1) 「能力」という単位法律関係（第3条第1項）

現行法例第3条第1項に規定する「能力」とは、財産法の規定に基づく法律行為についての行為能力をいい、その中でも年齢による能力制限の問題のみを扱っていると理解されている。これは、身分法の規定に基づく法律行為の行為能力（身分的行為能力）は第13条以下のそれぞれの法律行為についての準拠法により、財産的行為能力のうち精神の障害に基づく行為能力の制限については第4条及び第5条に定める準拠法によると一般に解されていることによる。このような理解に立って第3条第1項の射程を明確にする規定を置くことも考えられるが、(a)第3条第1項の「能力」には、身分的行為能力も含まれるが、個々の身分的法律行為の単位法律関係についての規定が特別的に適用され、当該単位法律関係についての準拠法が当該身分的法律行為について特別な行為能力を要求しているときはそれによる結果、実際には身分的行為能力に第3条第1項が適用されない場合が生じるとする解釈も可能であること（同様の整理をしている立法例としては、ドイツ民法施行法第7条、イタリア国際私法第23条第1項がある。）、(b)第3条第1項の射程を明らかにするときは、後見開始の審判等に関する第4条及び第5条による行為能力の制限との関係や、婚姻による成年擬制の問題等の解釈が分かれる事項についても明確化する必要が生じ得ること、(c)後記(3)のとおり権利能力の準拠法については引き続き解釈にゆだねることとされたため、「能力」の単位法律関係を改めるのは相当でないこと、などから、審議会においては、「能力」という単位法律関係を維持し、第3条第1項の射程は引き続き解釈にゆだねるのが相当とされた。

(2) 連結点（第3項第1項）

現行法例第3条第1項は、能力について本国法を準拠法としている。これは、「身分及び能力は属人法による」という大陸法系諸国の伝統に従ったものとされている。

学説上は、立法論として、人の心身の成熟はその者の文化的・倫理的・宗教的背景などと関連が深いから本国法とすべきとする考え方と、人の心身の成熟は日常生活している社会と関係が深いから常居所地法とすべきであるとする考え方に分かれている。審議会では、(a)常居所よりも国籍の方が連結点として明確であること、(b)在日韓国人等の行為能力を本国法によって規律しても取引保護は別途取引保護規定によって図ることが可能であること、(c)常居所地法によるとすると、日本人の場合であっても常に常居所地を確認する必要が生じることになるから、手続が煩雑になること、(d)第3条第1項に規定する能力には、身分的行為能力が含まれるとの解釈も可能であるから（前記(1)参照）、比較法的にみても本国法とするのが相当であること、等の理由から、本国法を維持すべきとする意見が多数を占めた。諸外国の立法例においても、大陸法系に属する国の多くは、行為能力については本人の本国法を準拠法としている（ドイツ民法施行法第7条第1項、フランス民法第3条第3項、イタリア国際私法第23条第1項、ギリシャ民法第7条、ポーランド国際私法第9条第1項、ルーマニア国際私法第11条、ハンガリー国際私法第10条第1項及び第11条第1項第1文、韓国国際私法第13条第1項）。

そこで、試案では、現行法例第3条第1項の本国法による規律を維持する考え方を前提としている。

(3) 自然人の権利能力の準拠法

審議会においては、自然人の権利能力の準拠法についても何らかの規定を置くべきかについて検討が行われたが、結論的には特段の規定は設けず、解釈にゆだねることとされた。

学説上、自然人の権利能力については、ある者が一般的に権利義務の主体たり得るかという一般的権利能力の問題と、個々の法律関係において権利義務の主体たり得るかという個別的権利能力の問題とがあるとされる。このうち、個別的権利能力については、それが問題となる個々の法律関係の準拠法によるとされている。一般的権利能力については、まず、現行法例中に明文の規定があるかという点につき、第3条の「能力」は行為能力を意味し、現行法例上権利能力の準拠法に関する明文の規定はないとするのが通説であるが、第3条の「能力」には権利能力も含まれるとする説もある。通説の理解によれば、権利能力の準拠法については条理によるが、その中でも、今日の文明諸国では人はすべて権利能力を有するものとされており（仮に奴隷制や民事死亡を認める国があったとしても、そのような法の適用は明らかに公序違反となるので、問題にする実益はない。）、また、権利能力に関して問題となり得る人格の始期及び終期については、相続などの個々の法律関係を離れて一般的に問題となることはないとして、個別的権利能力とは別に一般的権利能力それ自体を問題とする必要は乏しいとする多数説と、一般的に権利能力を有するか否かを統一的に解決するために、それを当事者の本国法によるべきとする少数説が存在する。

諸外国の立法例において、一般的権利能力の準拠法につき明文の規定を設けるものは多くはないが、本国法によるものとして、ドイツ民法施行法第7条、イタリア国際私法第20条、オーストリア国際私法第12条及び韓国国際私法第11条があり、自国法（法廷地法）によるものとしてスイス国際私法第34条第1項がある。なお、スイス国際私法第34条第2項は、人格の始期及び終期については、それが問題となる法律関係の準拠法によるとする。

なお、一般的権利能力の準拠法を本国法とする旨の規定を設けた場合に生ずる問題について、ドイツの学説においては、次のような事例が紹介されている。すなわち、ドイツ人女がスペイン人男との間に子を出生して2時間後に死亡し、子も出生後10時間で死亡した場合、子が相続人となり得るかにつき、子の人格の存否が相続準拠法とは独立に一般的権利能力の準拠法によって判断されるとの立場からは、子の本国法がスペイン法であるときは、人格の発生に出生後24時間の生存を要件とするスペイン民法30条が適用され、子は相続人となり得ないというものである。

審議会においては、自然人の権利能力はその本国法による旨の規定を設けるべきか否かについて検討がされたが、学説上、具体的に何が「一般的権利能力」の問題であるかについて一致がみられるわけではない上、実際に問題となる可能性がある権利能力の始期及び終期の問題をこの規定の対象とすることは、多数説の結論に反することになるため、いわゆる「一般的権利能力」とされる問題について明文の規定を置く必要性は高くないとする意見が多数を占め、結論として、特段の規定を設けずに解釈にゆだねるのが相当であるとされた。

第3 法人等に関する準拠法

1 法人

(1) 問題の所在

外国法に基づいて設立された社団や財団又は外国に本拠地を有する社団や財団の法人格が認められるか、社団や財団に関して生じる諸事項がいかなる法によって規律されるかといった問題については、解釈上争いがある。現行法上、外国法人に関する規定は、実質法（民法第36条、商法第479条以下等）においてのみ設けられていて法例中には存しないが、これは、立法者が、法人格の効力は法人格を与えた国家の法律の効力が及ぶ境界内に限られ、外国法に従って設立された法人については、我が国においてその法人格を認許するか否かが専ら問題になると理解していたためと解されている。他方、現在の通説は、法人格の有無等の問題を抵触法上の問題と捉えた上で、かかる問題は法人の従属法によって決せられると理解しており、法人に関する特段の抵触法上の規定を設けるべきかが、審議会において問題とされた。

(2) 審議会における議論

試案においては、法人の準拠法について特段の規定を設けるとの提案は行ってい

ない。これは、後記(ア)から(ウ)までの諸論点について立法の基礎とできるほどの議論の蓄積がまだ十分でないこと、諸外国においても議論が流動的であること（後記(3)参照）、現段階において規定を設けるとむしろ弊害をもたらすおそれがあるとして実務界から懸念が示されたこと等から、特段の規定を設けないとすることで審議会における意見が一致したためである。

(F) 抵触法上の規律の要否

外国法に基づいて設立された社団や財団又は外国に本拠地を有する社団や財団の法人格が認められるか否か、社団や財団に関して生じる諸事項がいかなる法によって規律されるかといった問題を、抵触法上の問題と見るか、外国国家行為の承認の問題と見るかという点には、争いがある。

現在の学説上は、法人格の有無等の問題を抵触法上の問題と捉え、法人の従属法の問題とするのが通説であり、審議会においても、かかる見解を支持する意見が多数であったが、他方で、準拠法の議論ではなく、外国国家行為の承認の可否の問題であるとする意見も述べられ、この見解によれば、抵触法において法人格に関する規定を設ける必要はないとの帰結になる。

(1) 法人の従属法の決定基準

法人の諸問題を抵触法上の問題と捉え、これらを法人の従属法によって判断すべきであると考え、法人の従属法の決定基準が問題となるが、この点については 設立準拠法主義と本拠地法主義の争いがある。設立準拠法主義とは、法人がその設立の際に準拠した法を法人の従属法と解する考え方をいい、本拠地法主義とは、法人の本拠が所在する地の法を法人の従属法とする考え方（法人の本拠が所在する地で設立されていないとしないとする考え方）をいう。

学説上は、設立準拠法主義が通説とされる。その根拠としては、法人が特定の国の法技術的産物である以上、論理的に見て、そうした技術的存在を認めようとする法こそが当該集合体の存在及び活動と空間的に最も密接な関係を有するものと考えられることや、設立準拠法は、法人の本拠地法に比して明確かつ一義的で容易に確認できる上、固定的かつ安定的であること等が挙げられている。近時は 結論において設立者に準拠法の選択を許すことになる点に着目し、当事者自治の原則から設立準拠法主義を理由付ける見解もある。他方、設立準拠法主義に対しては、取引の相手方は本拠地法の適用を期待していると考えられ、本拠地における取引の安全を害するおそれがあるとか、設立者の意思によって利害関係国の法律適用が回避できることになるのは不当であるといった問題点が指摘されている。

なお、判例（最判昭和50年7月15日民集29巻6号1061頁、東京地判平成4年1月28日判時1437号122頁等）は、法人の従属法が問題となった事案において、当該法人の設立準拠法と本拠地の双方に触れており、設

立準拋法主義と本拋地法主義のいずれに立つかは必ずしも明らかではない。

諸外国の立法例や学説をみると、設立準拋法主義及び本拋地法主義のそれぞれの問題点を考慮して、設立準拋法主義と本拋地法主義を併用する中間的見解や個別に連結点を検討していく見解等が見られるが、ヨーロッパを中心とする諸外国における現在の議論の中心は、設立準拋法主義又は本拋地法主義をまず根本原則として採用し、それぞれの不都合な点をそれぞれの立場から修正するといった古典的な議論ではなく、どのような事項が設立準拋法によって規律され、どのような事項が本拋地法によって規律されるのか、といった議論にあるとされている。

我が国においては、かかる観点からの議論は始まったばかりの段階であり、設立準拋法の適用範囲やそれが修正適用される場面を立法に際して明らかにするだけの議論の蓄積は十分とはいえない状況にある（後記(ウ)参照）。

(ウ) 法人の従属法の適用範囲

規定を新たに設ける場合には、従属法の適用範囲を明確化することが必要となる。

審議会では、抽象的なものから具体的なものまで、幾つかの規定例を想定して適用範囲の検討を行ったが、いずれについても困難な問題が指摘された。

すなわち、従属法の適用事項を具体的に列挙する形式で規定を設ける方法については、そのような事項は極めて多岐にわたるため、かかる方法で適用範囲を過不足なく画定することは不可能であるとの意見が述べられた一方、適用事項を例示列挙する形式で立法することは法制的に困難であると考えられる。また、「法人に関する事項は設立準拋法による。」といった極めて抽象的かつ概括的な規定のみを設け、法人格の有無が設立準拋法主義によることのみを明らかにし、その余の具体的な適用範囲については解釈にゆだねるといった方法についても、あらゆる事項が従属法によると解釈されるのではないかとの批判的な意見が述べられた上、従属法の適用範囲が不明確なまま解釈にゆだねられることは、法制的な観点からも問題が大きい。さらに、従属法が適用される事項を「内部関係」等の抽象的に類型化した用語を用いて規定する中間的な規定の方法についても、適用事項を適切に網羅して包摂できる用語は見当たらず、仮に「内部関係」との用語を用いた場合には、非常に広範な事項をそれによって読み込むことになる上、その外延の画定は困難であるとして、その解釈・適用上の問題が指摘された。

法人の従属法の適用範囲に関しては、法人の成立、内部関係、内部組織及び消滅といった事項がこれに含まれるものと伝統的に考えられてきたが、近時、社債の発行・管理、機関の対外的責任、企業再編・親子会社間の問題等の事項について従属法が適用されるかといった問題に関し、抵触法的観点と実質法的観点の双方から、議論が行われている。しかし、かかる議論はまだ始まったばかり

かりの段階であり、現段階で、これらの問題をも視野に入れて法人の従属法の適用範囲に関する規定を設けることは困難であり、当面は議論の動向を注視することが相当であるとされた。

(3) 諸外国の法制

ドイツ・英国・米国では、法人に関する特段の規定はみられないが、他のヨーロッパ諸国では、何らかの形で明文の規定を設ける例が多い。

規定を有する国における単位法律関係や連結点の規定方法は、国によって様々である。規定対象については、法人のみについて規定を設ける例（ギリシャ国際私法第10条，ハンガリー国際私法第18条），法人と法人でない社団とで別個の規律を設ける例（ロシア民法典第1243条），法人に限らず法人でない社団を含めて一つの規律を設ける例（スイス国際私法第150条以下，イタリア国際私法第25条，韓国国際私法第16条，オーストリア国際私法第8条）等がある。事項的適用範囲については、言及しないあるいは法人の能力のみを規定する例（前記オーストリア，ギリシャ，韓国）から，具体的かつ詳細に列挙する例（前記スイス，イタリア）まで多様である。さらに，連結政策についても，設立準拠法主義を採用する例（前記スイス（ただし同法第156条以下において特別連結に関する規定が別途ある。），ロシア），本拠地法主義を採用する例（前記オーストリア，ギリシャ），原則として設立準拠法説によるが例外的な場合に本拠地を連結点とする例（前記イタリア，韓国，ハンガリー）等がみられる。

なお，ドイツは，EU加盟国に対して，会社に関する統一抵触規則を定めるよう働きかけを進めつつ，ドイツ国際私法会議会社法部会を設置して2004年1月から，国内立法の準備を開始している。

このように，諸外国の法制をみると，法人の準拠法に関する規定の有無や，規定を有する国における単位法律関係及び連結点の規定方法は，国によって様々であり，一致した傾向は見られず，また，ヨーロッパにおいても議論は流動的な状況にある。

2 法人でない社団又は財団

試案においては，法人について特段の規定を設けないとすることから，法人でない社団又は財団についても，同様に，特段の規定を設けないこととしている。仮に，法人でない社団又は財団に関して規定を設けるとすれば，以下に掲げるような困難な問題が生じるが，立法の基礎とできるほどの学説上の議論の蓄積はなく，実務的にも解釈にゆだねる方が適当と考えられ，審議会でも，特段の規定を設けないとすることで意見の一致が見られた。

(7) 法人でない社団又は財団の抵触法上の取扱いについては，以下の3つの考え方があり得る。

法人格の有無にかかわらず，社団又は財団を一つの単位法律関係と捉えて，その従属法について連結政策を検討する。

法人とは別個の単位法律関係を想定して、法人でない社団又は財団の従属法を観念し、独自の連結政策を検討する。

法人でない社団又は財団の問題はすべて個別の法律関係の準拠法に吸収され（例えば、法人でない社団又は財団がある契約の当事者となることができるか否かは、当該契約の準拠法によると考える。）、従属法を観念する必要はないと考える。

イタリア国際私法第25条やスイス国際私法第150条以下に関する学説等を見ると、これらの国の規定は の考え方と親和的であると解されるが、我が国では、 の観点から、法人でない社団又は財団の連結政策の検討を行おうとする学説がみられる。しかし、我が国におけるこの点についての議論は十分でなく、 又は の考え方に立つ場合にその単位法律関係にいかなる団体が含まれるのか（例えば、組合や信託とは、どのように区別されるのか。また、 の考え方を採用する場合には、法人と権利能力なき社団とはどのように区別されるのか。）といった基準についての議論も十分でない。

(イ) 前記(ア)において 又は の考え方を採用する場合、法人でない社団又は財団の従属法が適用される範囲、すなわち、成立、社団又は財団の代表権、機関、組織、業務執行、権利帰属主体となるか否かといった問題のうち、いかなる問題が従属法の適用対象とされ、いかなる問題が個別準拠法に従って判断されるのかについても明確化する必要があるが、法人と比べて、議論の蓄積は更に少なく、法人でない社団又は財団についてもその実態は多様であるので、一律に連結点を明文化することが妥当であるとは思われない。

(ウ) ドイツをはじめとするヨーロッパにおいては、今後、法人格の有無にかかわらず、社団や団体を一つの単位法律関係と捉えて、これについての連結政策が検討される可能性があり（前記(ア) 及び前記1(3)参照）、今後の議論の動向を見ることが有益であると考えられる。

以上により、法人でない社団又は財団の準拠法については、引き続き解釈にゆだねることが相当と考えられ、試案においては、法人でない社団又は財団の準拠法について特段の提案は行っていない。

第4 後見開始の審判等（第4条，第5条）（試案第2）

1 後見開始の審判の国際裁判管轄（試案第2・1）

(1) 管轄原因

ア 問題の所在

後見開始の審判は、裁判所等の公的機関の審判によってされるものであるため、国際（裁判）管轄の問題が生じる。また、後記2のとおり、後見開始の審判の原因及び効力について法廷地法たる日本法を準拠法とする場合には、国際裁判管轄の規定を明確化することによって、法の適用関係も明確となると考えられる。

立法時においても、禁治産宣告に関する第4条の起草に際しては国際裁判管轄

が意識されており，禁治産宣告が人の行為能力の制限に関係し，原則として属人法である本國法に服すべき問題であるため，国際裁判管轄についても禁治産者の本國に原則管轄を認めることを前提とした上で，我が国の裁判所が，外国人に対する我が国における保護の実現及び我が国の公の秩序の維持を目的として，例外的に，我が国に住所又は居所を有する外国人について宣告を行う権限を有する旨を同条第2項において規定したと考えられている。そして，現在においても，このような考え方を前提とし，同項は，日本に住所又は居所を有する外国人に対する例外的な後見開始の審判の国際裁判管轄について規定していると解する立場がある。

後見開始の審判について本國管轄を原則とする前述の考え方は，従来は通説であったが，現在では疑問も呈されている。すなわち，属人法といった考え方自体に合理的な理由がないとされ，また，準拠法と国際裁判管轄の並行原則を前提としない限り第4条が本國管轄を認めたものと解することはできないとの批判がある。そして，このような立場からは，後見開始の審判は，意思能力が十分でない者に対する保護及びそのような者と交渉を持つ一般社会の公益維持のための制度であることを重視すべきであり，むしろ居住地国において保護措置が採られることが制度の趣旨に適うとして，原則的管轄は被後見人の居住地国にあり，第4条第2項は，後見開始の審判について専ら居住地国に管轄を認めた規定として理解すべきであると有力に主張されている。

さらに，現在においては，後見開始の審判の国際裁判管轄について，原則管轄・例外管轄の区別をする必要性はないとする考え方を前提として，本國管轄と居住地国管轄の双方を認める見解も有力である。

以上のように，後見開始の審判の国際裁判管轄に関する第4条第2項の実質的な内容については，見解が分かれ，必ずしも明確でないものとなっている。そこで，立法に当たっては，後見開始の審判の国際裁判管轄についていかなる規律とすべきかを検討する必要がある（試案（前注2）参照）。

イ 諸外国の法制

諸外国の立法例を見ると，被後見人の保護措置に関する国際裁判管轄を規定する国が多い。しかし，諸外国の中には，実質法上，本論点の対象である成年被後見人（禁治産者）という人的地位の創設及びそれに基づく能力制限に関する法制度を廃止した国（例えばドイツ）もあり，そのような国における保護措置は，むしろ我が国では法例第24条で扱われる後見人選任等の保護措置（後記第14参照）に相当するものであって，そのような保護措置に関する諸外国の国際裁判管轄規定が，必ずしも本論点の問題を念頭に置いた規定となっているわけではないと考えられる。しかし，我が国における後見開始の審判は，後見人選任等の保護措置を行うための要件であり，そのような保護措置に関する国際裁判管轄と後見開始の審判の国際裁判管轄は密接に関連していると考えられるため，諸外国の保

護措置に関する国際裁判管轄の立法例等は、本論点を検討するに当たっても参考となると考えられる。

諸外国においては、成年被後見人の保護措置に関する国際裁判管轄について、常居所地国に加えてその他一定の管轄原因を認める国が多い。この分野の条約としては、2000年成年者の国際的保護に関するヘーグ条約("Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults," 以下「2000年ヘーグ条約」という。平成17年3月現在において未発効であるが、オランダが締結し、ドイツ、フランス及び英国が署名している。)がある。なお、我が国の後見開始の審判は未成年者に対してされる場合もあり、そのような観点からは、1961年未成年者の保護に関する官憲の管轄権及び準拠法に関するヘーグ条約("Convention du 5 octobre 1961 concernant la competence des autorites et la loi applicable en matiere de protection des mineurs," 以下「1961年ヘーグ条約」という。締約国は、平成17年3月現在、ドイツ・イタリア・フランス・スイス・中国(ただし、マカオのみ)等14か国である。)及び1996年親責任及び子の保護措置に関する管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関するヘーグ条約("Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children," 以下「1996年ヘーグ条約」という。締約国は、平成17年3月現在、オーストラリア・チェコ共和国等8か国である。)も、前者は本国法及び常居所地法上未成年者とされる者のあらゆる保護措置に、後者は18歳未満の者のあらゆる保護措置にそれぞれ適用されるため、本論点に関連する問題を対象としているといえる(いずれも精神障害等を理由とする保護措置をも対象としている)。いずれの条約においても、原則的な国際裁判管轄は常居所地国にあるとされているものの、一定の場合には本国、財産所在地国等にも管轄が認められている(例えば、2000年ヘーグ条約第8条第2項等)。また、各国国内法においても、ドイツ非訟事件手続法第35条b、イタリア国際私法第44条及びスイス国際私法第85条は、前記1961年ヘーグ条約の適用対象外の事項について、本国管轄、さらに被後見人の保護のため必要がある場合の管轄をも認める。これに対し、英国では被後見人が英国に現在する場合又はその財産が英国に所在する場合に、米国では被後見人の住所若しくは所在地が米国にある場合又は紛争当事者のいずれかの人的管轄が米国内の当該州にある場合に、それぞれ管轄を認めている。なお、後述(ウ参照)するように、被後見人が国内に所在しない場合について、後見開始の審判を行うために必要となる被後見人の陳述聴取や鑑定の手続をどのように行うかが問題となるが、被後見人が国内に所在しない場合にも国際裁判管轄を認めるこれらの国でも同様の問題は発生していると考えられるところ、ドイツ等においては、そのような本人の意思確認等の手続は、司法共助手続により行われているようである。

ウ 試案の説明及び審議会における議論

審議会では、後見開始の審判について、前述の本国管轄及び常居所地国管轄について、さらに、諸外国において認められており、近時、我が国の学説においても認めるべきと主張されている財産所在地国管轄について、それらの採否が検討された。その結果、試案においては、成年被後見人の〔常居所／住所〕又は居所のみを管轄原因とするA案、それに加えて成年被後見人の財産所在地を管轄原因とするB案、さらに成年被後見人の本国管轄をも認めるC案の3つの案を示している。

まず、現行法例の解釈上も異論なく認められていると解される成年被後見人の〔常居所／住所〕及び居所を管轄原因とすることについては、意見の一致が見られた。常居所又は住所は成年被後見人の社会生活関係の中心地であり、常居所又は住所において審判を行うことによって、本人の現況を正確に把握した上での確かな保護措置を採ることができ、また、意思能力が十分でない者と交渉を持つ一般社会における取引保護にも配慮することができることが根拠とされた。これに加えて、居所が日本にある場合についても、緊急に成年被後見人を保護する必要がある場合があり、国際裁判管轄を認めることが妥当であるとされた。

なお、〔常居所地／住所地〕国管轄を認める場合には、さらに、住所地国管轄とするか常居所地国管轄とするかが問題となる。審議会では、国際裁判管轄に関する国内法（破産法第4条第1項、外国倒産処理手続の承認援助に関する法律第17条第1項）や国際裁判管轄に関する判例法理と平仄を合わせて住所地国管轄とすべきであるとする意見が述べられたが、これに対しては、我が国に国際裁判管轄が認められれば審判の準拠法が日本法となる（後記2参照）ことから、本論点における国際裁判管轄は連結点たる日本法の資格を決定するものであるところ、他の規定及び提案においては連結点として住所地ではなく常居所地を採用していること（なお、後記第16・1参照）との整合性を図る観点から常居所地国管轄とすべきとの意見も述べられたため、この点については意見照会の結果を踏まえてなお検討することとされた。

そして、A案は、前述の〔常居所／住所〕又は居所のみを管轄原因として認めるべきとする審議会における意見を反映した提案である。この提案は、管轄原因を〔常居所／住所〕又は居所のみに限定する根拠として、日本における後見開始の審判においては成年被後見人の手続保障の観点から必ず成年被後見人の陳述を聴取し、鑑定などを行うことによってその精神の状況を確認する必要があるところ、国外にいる成年被後見人に対してこのような手続を行うことは困難であり、司法共助の手続を利用するとしても司法共助によること自体が難しい場合もある上、司法共助の手続は時間を要し、迅速な審理の実現は困難であること、成年被後見人が日本にいなければ後見人が成年被後見人の身上等に配慮した後見事務を行うことは困難であること等を挙げるものである。また、成年被後見人の身上監護及び財産管理のためには成年被後見人が所在する地において後見開始の審判を

行えば足りることも、A案の根拠として挙げられた。

これに対し、B案及びC案は、「常居所／住所」又は居所を管轄原因とするのみでは、我が国で後見開始の審判及びそれに引き続く後見等の保護措置を採ることが必要な場合であっても、それができないことが生じ得るため、我が国の国際裁判管轄をより広く認めるべきであるとする意見を反映した提案である。審議会においても、国により成年後見に関する制限能力者保護法制やその運用は異なり、常に「常居所地／住所地」国において十分な保護措置がとられるわけではないため、保護に欠ける場合を生じさせないためにも国際裁判管轄は広く認めるべきであるとする意見や、他国における後見開始の審判や後見人の選任の審判に相当するものが日本において常に承認されるとは限らないから、成年被後見人が所在する地の法律による保護のみにゆだねては保護に欠ける場合があるとする意見が述べられた。さらに、A案のような考え方がB案及びC案の考え方を批判する根拠である手続の困難性という点については、鑑定や本人の意思確認等についても司法共助等によって行うことが不可能ではないし、それらが困難であっても、そのことによって保護措置が不要となるわけではなく、国際裁判管轄を認めないこととする理由とはならないとする意見もあった。

B案は、「常居所／住所」又は居所が我が国にある場合以外では、我が国に財産が所在する場合にのみ国際裁判管轄を認めるものである。審議会において「常居所／住所」又は居所以外の管轄原因を認めるべきとする意見の中では、日本に財産がある場合には、その財産を管理ないし処分する必要があるため、財産所在地国管轄を認めるべきであるとする事で意見の一致があった。しかし、本国管轄については、成年後見制度による成年被後見人の保護が身上監護及び財産管理のための制度であることにかんがみれば、日本に所在せずかつ日本に財産も有しない日本人について成年後見人選任等の保護措置を採る必要はなく、その前提となる人的地位の設定に関する後見開始の審判についても国際裁判管轄を認める必要はないとする意見があった。そこで、審議会におけるこのような意見を反映するB案を試案として掲げている。

C案は、B案の管轄原因に加え、さらに、本国管轄を認めるものである。かつての通説のように、属人法の観点から本国管轄を肯定するか否かはともかく、現在においても、本国管轄を居住地国管轄と並存的に認める学説は有力である。また、審議会においては、海外に居住し財産も日本に所在しない日本人が保護に欠ける状態で放置されている場合には当然日本が保護すべきであるから、本国管轄を認めるべきであるとする意見や、成年被後見人が日本人である限りその家族等が日本にいる場合が多く、実際にそれらの者が成年後見人として成年被後見人を日本に連れて帰ってきて日本で後見活動をすることも想定されるため、本国管轄を認めるべきであるとする意見が述べられた。以上の観点から、本国管轄も認めることとするC案を、提案として掲げている。

なお、以上の管轄原因に付加されるものとして又は居所地国若しくは財産所在

地国管轄に代替するものとして、成年被後見人の保護に漏れが生じないように、「成年被後見人の保護のために必要があるとき」といった柔軟な管轄規定を置くことも検討された。しかし、常居所地国管轄や本国管轄が認められる場合以外では、居所地及び財産所在地の管轄を検討すれば足り、それ以外に保護が必要になる場合は考えにくいことから、試案においては、そのような内容が曖昧な規定を設ける提案は掲げないこととされた。

(2) 外国でされた後見開始の審判の承認

外国でされた後見開始の審判の効力については、学説上、国内における公示の手段がないことなどを理由として、その効力の承認については否定的に解する考え方と、内国における取引保護に配慮する手段が講じられることを前提に肯定的に解する考え方が対立している。しかし、この点については現行法例において特段の規定が設けられていないことから、試案においても特段の規定を設けずに解釈にゆだねることとされた（第1・2及び試案（前注2）参照）。

2 後見開始の審判の準拠法（試案第2・2）

(1) 問題の所在及び諸外国の法制

現行法例第4条は、後見開始の審判の原因につき、第1項において原則として成年被後見人の本国法によるとしつつ、第2項において外国人については日本法を累積適用することとしている。このような規定は、一般に、後見開始の審判が人の能力に係るものであるため、原則として成年被後見人の属人法たる本国法によるとし、ただし、後見開始の審判が本国法上の原因のみによって我が国の裁判所でされることは、我が国における取引の安全や公序を害する可能性があるため、そのような結果を回避するために、法廷地法たる日本の法律を累積適用したものであると解されている。しかし、学説上、第2項に関しては、後見開始の審判の原因について準拠法を累積適用する結果、審判の原因が認められる範囲が狭くなり、成年被後見人の保護に欠ける場合が生じるとする批判もある。そして、立法論としては、保護を実効的なものとするために、法廷地法のみを準拠法とすべきとする考え方が主張されている。

また、後見開始の審判の効力について、第1項は、審判を行った国の法律によるとしている。一般に、後見開始の審判の効力が手続的な問題と関係が深いことや、審判の効力が外国法によって規律されると、審判地における取引の安全を害すること等を根拠として、このような規定は合理的であると解されている。なお、同項は、日本における審判のみを対象とする（外国における後見開始の審判等の効力は、当該審判の効力の承認の問題となると考えられている。）ことから、日本法を準拠法とすることを意味すると解されており、このような見解によれば、審判を行った国の法律によるとするのではなく、端的に「日本の法律による」と規定すべきであると考えられる。

この点に関連する問題である成年被後見人の保護措置の準拠法についての諸外国の立法例としては、1961年ヘーグ条約第2条第1項及び第4条第1項、1996年ヘーグ条約第15条第1項並びに2000年ヘーグ条約第13条第1項はいずれも法廷地の法律によることとしており、スイス国際私法第85条(1961年ヘーグ条約の規律を成年者等にも準用することとしている。)、英国及び米国も法廷地法によることとしている。他方、イタリア国際私法第43条等においては被後見人の本国法を原則とすることとしている。また、韓国国際私法第14条は、韓国に常居所又は居所を有する外国人に対する禁治産宣告及び準禁治産宣告について、韓国法を適用する旨規定している。

(2) 試案の説明及び審議会における議論

審議会においては、後見開始の審判の原因について、前述の観点から、本国法と日本法の累積適用は行わないことを前提とした上で、本国法と日本法のいずれを準拠法とすべきかについて検討された。準拠法を本国法とする根拠としては、能力について準拠法を本国法とする第3条との平仄という点を挙げることができる。しかし、審議会においては、(a)準拠法を日本法とすることにより、(i)日本において必要とされる保護措置を確実に行うことができるため、その実効性が確保されること、(ii)実体法と手続法との関係が密接である非訟事件について両者の統一性を確保することができること、(b)前記のとおり、諸外国における要保護者の保護措置の準拠法に関する立法例も、法廷地法を採用する例が多いこと、などの理由により、日本法を準拠法とすることで意見の一致が見られた。

また、後見開始の審判の効力について、審議会においては、現在の多数説に従い、第4条第1項の規定する審判がされた国の法律を日本法と解することを前提とした上で、日本法と本国法のいずれを準拠法とすべきかについて検討がされた。しかし、前述のとおり、本国法を準拠法とすると、我が国の裁判所における後見開始の審判の効力が成年被後見人の国籍によって異なることとなって、我が国における取引の安全を害し、また、そもそも日本において外国法の予定する効力を認めることは困難である場合が生じる一方、日本における後見開始の審判の効力が常に日本法となれば、成年被後見人の実効的な保護が可能となり、また、我が国における取引保護にも資すると考えられる。審議会においても、このような観点からの意見が述べられ、後見開始の審判の効力については日本法を準拠法とすることで意見の一致が見られた。

以上により、試案においては、後見開始の審判の原因及び効力の準拠法について、いずれも日本法によることとしている。

3 保佐開始及び補助開始の審判(試案第2・1(注1)及び第2・2(注))

保佐開始及び補助開始の審判の国際裁判管轄並びにその原因及び効力の準拠法については、いずれも後見開始の審判におけるそれと同一の規律によることとされた。保

佐開始及び補助開始の審判は、後見開始の審判とはその要件及び効力が異なるものの、性質は近似しており、単にその程度が異なるにすぎないと考えられるとの理由による。なお、諸外国においては、必ずしも能力の制限を伴わない我が国の補助の制度に相当する法制度を持たない例（韓国等）もあり、そのような国の国籍を有する者に対する補助について、現行法では、仮に日本法上補助開始の審判の原因が認められても、本国法上補助開始の審判の原因があることにはならず、我が国において補助開始の審判及び補助の手続を行うことができない結果となり、日本人の場合と比較して当該外国人の保護に欠けるとする批判があった。しかし、前記2のとおり、後見開始の審判の準拠法を原因も含めて日本法によるとする場合には、外国人に対しても、日本法上の補助開始の審判の原因さえあれば補助開始の審判を行うことができることになる。

第5 失踪宣告（第6条）（試案第3）

1 国際裁判管轄

(1) 問題の所在

現行法例第6条は、不在者が外国人である場合において、その財産が日本にあるとき又はその法律関係が日本の法律によるべきときは、これらの財産又は法律関係についてのみ日本法により失踪の宣告をすることができるものと規定しており、学説上、不在者が外国人である場合の失踪宣告の国際裁判管轄、準拠法及び失踪宣告の効力が及ぶ範囲についての規定であると理解されている。このうち、国際裁判管轄について、通説は、本条は例外管轄を定めたものであり、失踪宣告の制度は、不在者の死亡と類似の法律効果を生じさせる人格の存否に関するものであるから、不在者の本国が原則的管轄を有すると解している。他方、失踪宣告の制度は、行方不明となった不在者をめぐる不安定な身分上及び財産上の法律関係をその利害関係人のために確定させるものであるから、不在者の最後の〔常居所／住所〕地国が管轄を有するとする有力説がある。このように、失踪宣告についての国際裁判管轄に関しては学説上争いがあり、立法に当たって、失踪宣告の国際裁判管轄をいかなる規律とすべきか、検討する必要がある。

(2) 原則的管轄

審議会においては、原則的管轄として、本国管轄を認めるべきか、〔常居所／住所〕地国管轄を認めるべきかが検討されたが、結局、国際裁判管轄については、複数の管轄原因を原則的管轄として認めることも可能であり、両者を排他的に考える必要はないとして、そのいずれにも管轄を認めるべきであるとの意見が多数を占めた。その理由は、(a)不在者が生存していたとされる最後の時点において日本の国籍を有していた場合は、相続人として利害関係を有する不在者の親族等が日本に所在することが多いと考えられ、また、失踪宣告による戸籍の整理も可能となることから、定型的に日本で失踪宣告をする利益があること、(b)不在者が生存していたとされる最後の時点において日本に〔常居所／住所〕を有していた場合も、定型的に利

害関係人が日本に集中していると考えられ、そのような場所で公示催告を行い、不在者の法律関係を処理することは合理的であること、(c)失踪宣告については、国際裁判管轄を広く認めたとしても濫用の危険は少なく、比較法的にもこれら双方を管轄原因として認める国が多いこと等である。諸外国の立法例でも、国籍と常居所のいずれも管轄原因として認めるものとして、ドイツ失踪法第12条第1項、イタリア国際私法第22条第2項がある。もっとも、外国人に対する失踪宣告についての国際裁判管轄は、我が国で失踪宣告をする利益がある場合にのみ認められるべきであり、単に最後の〔常居所／住所〕が日本にあることのみでは、我が国で失踪宣告を行う利益が存在しない場合も考えられるので、〔常居所／住所〕地管轄を認めることは適当ではないとする少数意見もあった。

なお、試案では、これらの管轄を認定する時点を明らかにする趣旨で、「不在者が生存していたとされる最後の時点」という文言を加えているが、具体的な規定振りについては、法制的な観点から、なお検討することとしている。また、常居所地国管轄又は住所地国管轄のいずれとするかについても、後見開始の審判の国際裁判管轄と同様に、意見照会の結果を踏まえてなお検討することとされている（試案第2・1（注1）及び前記第4・1(1)参照）。

(3) 例外管轄

現行法例第6条は、一般に、失踪宣告に関する例外管轄を規定したものであると解されているが、「日本ニ在ル財産及ヒ日本ノ法律ニ依ルヘキ法律関係」についてのみ失踪宣告ができる点について、管轄を認める範囲が狭いとする批判がある。例えば、外国に同一常居所を有していた日本人と外国人の夫婦の一方である外国人が不在者となり、その配偶者である日本人が日本に帰国した後に、婚姻関係の解消のために失踪の宣告を申し立てたとしても、婚姻関係の準拠法が当該外国法とされたとき（同一常居所地法として、又は最密接関係地法として当該外国法が婚姻関係の準拠法であるとされたとき）は、日本の法律によるべき法律関係がないから、国際裁判管轄が認められないこととなるが、このような結果は相当でないとする。そして、解釈論としても、当該法律関係が外国法によるべきものであったとしても日本との牽連があたかも財産が日本に存在するのと同程度の緊密性をもっている場合には、国際裁判管轄を認めるべきであるとする学説がある。審議会においても、前記の場合について、日本に失踪宣告の国際裁判管轄を認めるべきであるとする意見が述べられた。諸外国の立法例においても、原則的な管轄の他にも管轄原因を認めるものとして、ドイツ失踪法第12条第2項（「死亡宣告又は死亡時期の確定に関して正当な利益が存するとき」）、スイス国際私法第41条第2項（「保護に値する利益が存在する場合」）、韓国国際私法第12条（「大韓民国にその者の財産があるとき若しくは大韓民国によるべき法律関係のあるとき又はその他正当な事由があるとき」）等がある。

そこで、提案においては、「不在者に係る法律関係が日本に關係する場合」につ

いて、国際裁判管轄を認めることを提案している。これは、現行法例第6条において認められている日本法が準拠法となる法律関係のみならず、外国法が準拠法となる法律関係であっても、これが日本に関係するときは、国際裁判管轄を認めることとする趣旨である。

なお、諸外国の法制に倣い、「日本に保護に値する利益があるとき」に国際裁判管轄を認めることとすることも考えられる。しかしながら、法例制定当初において、「自国ノ人民ガ利害ノ関係ヲ有スル場合ニ於テ」という事実概念を用いた規定を設けるのは漠然として不明瞭であるとの批判があり、「日本ノ法律ニ依ルヘキ法律関係」という文言が用いられたという経緯があり、審議会においても、「保護に値する利益」の概念は不明確であるとする意見があったため、試案では、現行法例の規定振りを尊重して、「不在者に係る法律関係」という文言を採用している。

2 要件及び効力の準拠法

現行法例第6条は、失踪宣告の要件及び効力について、外国人に対して日本の裁判所が失踪宣告をする場合には日本法によるものとしているが、学説上、その他の場合についても、我が国の裁判所で失踪宣告がされる限り、日本法によると解されている。審議会においても、日本の裁判所が失踪宣告をする場合における失踪宣告の要件及び効力の準拠法は、非訟事件における準拠法と手続との密接関連性等にかんがみると、法廷地法である日本法とすることが適当であるとの意見で一致した。そこで、試案は、日本法を準拠法とするものとしている。なお、内国法を準拠法とする立法例としては、スイス国際私法第41条第3項、韓国国際私法第12条があり、本国法を準拠法とする立法例としては、ドイツ民法施行法第9条、オーストリア国際私法第14条、イタリア国際私法第22条第1項がある。

3 失踪宣告の効力が及ぶ範囲

現行法例第6条は、失踪者が外国人である場合において、失踪宣告の効力が及ぶ範囲を管轄原因となった失踪者の日本にある財産又は日本法を準拠法とする法律関係に限定するものとしているが、学説上、その効果は不在者の死亡の擬制（直接的効果）にとどまらず、失踪宣告の結果としての婚姻の解消や相続の開始（間接的効果）にも及ぶと解されている。他方、原則管轄に基づく失踪宣告の効力の及ぶ範囲は、不在者に係る法律関係全般に及ぶが、その効果は直接的効果にとどまると解されている。

試案においては、例外管轄に基づく失踪宣告の効力が及ぶ範囲について、現行法例と同様、例外管轄を認める原因となる財産又は法律関係に限定している。この点につき、審議会においては、法例制定当時としては、失踪宣告は、死亡と類似の人格の存否に関する問題であるため原則として属人法に服すべき問題とされ、法例第6条において例外管轄を原因とする失踪宣告の効力の範囲が限定されるのは、かかる属人法の観念を根拠に、失踪宣告に対する管轄権が原則として本国のみに認められることを前提として、そのような本国管轄をできる限り尊重しようとしたためであったと解さ

れるが、本国のみならず常居所地国にも原則管轄を認めるのであれば、管轄原因によって効力の及ぶ範囲を別異に考える合理的な理由は認められないとする反対意見も述べられた。しかし、例外管轄によって失踪宣告がされるときには、外国の裁判所が原則管轄に基づいて失踪宣告を行うことも考えられるので、国際協調の観点から、その効力の及ぶ範囲を管轄原因となる財産又は法律関係に限定することは合理的であり、また、例外管轄に基づく失踪宣告の効力の範囲を限定しない場合には、外国でされた財産所在地国管轄等の例外管轄に基づく失踪宣告についても、その効力を我が国において承認することが理論的であるが、そのような結論が仮に妥当でないとすれば、日本における例外管轄に基づく失踪宣告の効力の範囲も限定し、両者を整合的に考えることが合理的であると考えられる。そこで、結論としては、例外管轄に基づく失踪宣告については、効力の及ぶ範囲を限定する現行法例第6条の考え方を維持することで意見が取りまとめられた。さらに、例外管轄に基づく場合の失踪宣告の効力が間接的効果にも及ぶとする前述の考え方については、そのような効果が生ずるか否かは、問題となっている単位法律関係の準拠法（相続の開始であれば相続の準拠法）によるべきであり、不在者が日本に常居所を有しない外国人に対する失踪宣告の場合にのみ、この点を別異に扱って失踪宣告の効力の問題とする理由が乏しいため、相当ではないとされた。したがって、試案においては、「失踪宣告をすることができる」という表現を用いているが、これは、失踪宣告の効果は、いずれの管轄原因に基づく場合も死亡の擬制という直接的効果にとどまり、相続の開始や婚姻の解消といった本来別個の単位法律関係として規律される事項の一部にまで及ぶものではないことを前提としている。

4 外国でされた失踪宣告の承認に関する規律（試案第3（注2））

外国でされた失踪宣告の承認に関する規律は、解釈にゆだねることとされた（第1・2及び試案（前注2）参照）。この点について特段の規定を設けないとしても、外国における非訟事件の裁判の一類型として、その承認要件及び効力について議論されてきた従来の学説上の考え方が否定されるものではない。

第6 法律行為の成立及び効力に関する準拠法（第7条、第9条）（試案第4）

1 問題の所在

法律行為の成立及び効力について、法例第7条第1項は、当事者の意思によって準拠法を定める旨を規定し、第2項は、当事者の意思が不分明な場合には行為地法を準拠法とする旨を規定している。ただし、本条の対象となる「法律行為」は、債権的法律行為に限定される（後記3参照）。

このような法律行為に関する規定については、以下の問題があると指摘されている。すなわち、第1に、当事者自治を認める原則には問題がないとしても、例えば、分割指定が可能であるか否か、準拠法選択における意思の有効性（錯誤等の問題）をどのように判断すべきか等、準拠法選択に関する細部の規律が不明確であること、第2に、

第7条第2項は、当事者の意思が不分明である場合には行為地法を準拠法としているが、行為地という連結点は、現代の国際取引における法律行為との関係が希薄であり、また、電子商取引等においてはそもそもその確定が困難であるため、具体的妥当性を確保した準拠法決定が困難であること、第3に、現行法例には消費者保護及び労働者保護に関する明文の規定がなく、抵触法上の消費者及び労働者保護が不十分であること、等である。

2 諸外国の法制

諸外国の立法例の中には、前記のような法例第7条の問題について解決を与えたものが多い。ローマ条約やスイス国際私法等においては、契約準拠法に関する当事者自治による準拠法選択に関する詳細な規定や、当事者の準拠法選択がない場合に柔軟に契約準拠法を決定することを可能とする規定、消費者及び労働者保護に関する規定等が設けられている(規定の詳細については、各論点における記述を参照)。そのため、法例第7条の検討に当たっては、これら諸外国における立法との平仄にも配慮する必要がある。

3 単位法律関係

(1) 問題の所在

現行法例第7条第1項は、「法律行為ノ成立及ヒ効力ニ付テハ当事者ノ意思ニ從ヒ其何レノ国ノ法律ニ依ルヘキカヲ定ム」と規定している。

現行法例上、物権行為や親族・相続関係についての法律行為に関しては別途規定があることから(第10条、第13条以下等)、一般規定である第7条の適用対象は、前記のものを除いた法律行為のみであり、基本的に債権的法律行為を指すものと一般に理解されている。しかし、このような第7条の適用対象が文言上必ずしも明らかでない点を問題とする見解がある。

また、法律行為には単独行為が含まれるが、いかなる単独行為が独立の準拠法選択の対象となる法律行為であるかは必ずしも明確でない。学説においては、契約の解除・取消しの意思表示などの契約に付随する単独行為は、解除や取消しが問題となっている契約を構成する要素であり、そのような単独行為の当事者がその意思によって準拠法を選択することができる独立の法律行為とは考えない見解がある。

さらに、仮に単独行為を準拠法選択が可能な独立の法律行為と考えた場合、準拠法選択をすることができる主体が問題となる。例えば、解除や取消し等の実質法上相手方のある単独行為と呼ばれるものについて、意思表示を行う者の意思のみによって準拠法選択をすることができることは適当でないとも考えられる。

このような観点から、第7条の単位法律関係について、これを「法律行為」から「契約」に改めることも考えられ、審議会においてこの点の検討が行われた。

(2) 諸外国の法制

諸外国において、「法律行為」という単位法律関係を規定する立法例は見当たらず、「契約」という単位法律関係を規定する立法例が多い。

例えば、ローマ条約は、第1条第1項において、「この条約の規定は、契約債務関係であって複数の国家の法と関連を有するもののすべてに適用される。」と定めており、その単位法律関係としては契約のみを予定しているものと解されている。韓国国際私法第25条第1項においても、契約という単位法律関係が採用されている。そこで、ローマ条約を締結しているヨーロッパ諸国における単独行為の扱いが問題となるが、この点については国により差異がある。例えば、ドイツにおいてはローマ条約を国内法化した民法施行法の規定が単独行為にも類推適用されると解されているが、イタリアにおいては単独行為について意思表示が行われた国の法律によるとの明文規定（イタリア国際私法第58条）を置いており、オーストリアでは、最密接関係地の法律の適用の原則を定めるオーストリア国際私法第1条の解釈として、単独行為については行為者の常居所地法によるものと解されている。なお、これらの国においても、契約の解除や取消し等の契約に付随する単独行為については、結論的にはその契約準拠法の適用範囲に入ると解されている。

(3) 審議会における議論

審議会における審議の結果、「法律行為」という単位法律関係を維持することが適当とされた。試案も「法律行為」という単位法律関係を維持する前提に立つものである。その根拠としては、そもそも単位法律関係としての国際私法上の「契約」の概念を、それと区別された国際私法上の「単独行為」の概念と共に明確化することは困難であるということが挙げられた。例えば、贈与については、実質法上単独行為と構成する国もあれば契約と構成する国もあり、これが国際私法上、契約に含まれるのか、単独行為に含まれるのかを判断することは困難である。また、単位法律関係を「契約」とする場合には、それと区別された単独行為について、準拠法選択の主体の問題も含め別途規律が必要となる可能性があるが、そのような単独行為に関する規律の定立も困難であるとされた。さらに、現行法の単位法律関係について実務上特段の問題点が指摘されていないことも「法律行為」という単位法律関係を維持することを支持する根拠として述べられた。

(4) 「法律行為」及び「当事者」の概念

単位法律関係として「法律行為」の概念を維持する場合、法例第8条における「法律行為」の概念との平仄も考慮に入れて、その内容を整理する必要がある。現行法例の解釈としては、前記(1)で記載したように、現行法例第7条の「法律行為」の単位法律関係において、契約の解除や取消し等の契約に付随する単独行為は、契約の構成要素にすぎず、独立に準拠法選択をすることができる対象ではないとする考え方があり、第8条の「法律行為(の方式)」の単位法律関係においては、

一般に、契約の解除や取消し等も独立した法律行為と扱われ、それを行う地の法律による方式に従うことができると解されている。

この点につき、試案は、契約の解除や取消し等も独立の法律行為と把握し、第7条と第8条における法律行為の概念を一致させる前提に立っている。このような整理は、契約の解除や取消しは契約に付随的なものであるとする考え方とは異なるものであるが、結論において規律の内容はそれほど異ならない。すなわち、契約に付随する解除や取消し等については、實際上、契約準拠法によるとの当事者の意思が認定される場合がほとんどであろうし、他方で、仮に契約の構成要素として独立の準拠法決定の対象とならないとの立場に立ったとしても、分割指定（後記4参照）によって解除や取消し等について独立に準拠法を指定することは否定されないと考えられるからである。もっとも、解除や取消し等の準拠法選択の主体がそのような単独行為の行為者のみであるとすれば結論に差異が生じ得るが、解除や取消し等の相手方のある単独行為については、抵触法上は意思表示の相手方も準拠法選択の主体となる「当事者」と考え、そのような意思表示の相手方の意思と無関係に行行為者の意思のみによって準拠法を選択することを認めないと整理することによって、この点の問題も解消することができる。

このように、試案は、抵触法上の「当事者」の概念について、特定の相手方に対する意思表示を行う単独行為の場合にはその相手方も「当事者」に含めて考えることを前提としている。

4 分割指定（試案第4・1）

(1) 問題の所在

試案第4・1は、当事者が法律行為の一部について他の部分とは異なる準拠法を選択することの許容性について明文規定を設けるか否かに関する提案である。例えば、ある法律行為又は契約について、成立と効力を別の準拠法によると指定したり、効力の一部（例えば損害賠償の部分）を別の準拠法によると指定したりすることを明文で認めるか否かという問題である。

伝統的には、学説上「準拠法単一の原則」があると主張され、例えば、契約の成立と効力とで異なる法律を選択することはできないと考えられていた。しかし、近時においては、むしろ、当事者自治を拡大し、準拠法を指定する範囲についても当事者の意思を尊重して当事者が自由に決定すること、すなわち分割指定を認める見解が多数であり、分割指定を認めることによって、当事者の合理的な期待を保護することができ、取引の安全も確保できるとされている。

裁判例を見ると、海上運送に係る保険約款における準拠法の指定に関して、保険者の填補責任についてのみ英国法によるとする分割指定を認めたと解されるもの（例えば、東京地判昭和52年5月30日判時880号79頁）と、特段の事情がない限り準拠法の分割を認めるべきではないとして、船荷証券の裏面約款の条項のうち履行部分につき履行地の慣習に従うことができる旨の記載を分割指定と解さ

なかったもの（東京地判平成13年5月28日金判1130号47頁）等がある。

(2) 諸外国の法制

ローマ条約第3条第1項は、「当事者は、自らの選択により、契約全体又は契約の一部に適用されるべき法を指定することができる。」として分割指定を認めている。このほか、1986年国際動産売買契約の準拠法に関するヘーグ条約（"Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods," 以下「1986年ヘーグ条約」という。同条約は未発効。）第7条第1項や韓国国際私法第25条第2項も明文で分割指定を認めている。

(3) 試案の説明及び審議会における議論

審議会においては、分割指定を肯定する意見が多数を占め、その上でこの点を明文で規定すべきかが議論されたが、規定の要否については意見が分かれたため、双方の意見を併記して意見照会を行うこととされた。

A案は、このような分割指定を認める明文の規定を設けるという提案である。審議会においてA案を支持する意見の根拠としては、分割指定を認めることを明文で明らかにすれば、準拠法に関する予見可能性が高まり取引の安全にもかなうこと、逆にこのような規定を設けないと分割指定を否定するものと解釈される恐れがあること等が挙げられた。また、実務上、複合的な複数の契約を単一の契約書において締結することがあり、それらの複合的な契約の集合体について部分ごとに様々な準拠法を指定することがあるが、分割指定を認める規定があれば、何が独立の準拠法指定の対象となる単一の契約であるかにかかわらず準拠法指定が有効となることが明確になるとの意見も述べられた。

なお、A案については、いわゆる「分割の限界」について規定すべきかについても検討された。すなわち、細部にわたり多数の準拠法を分割指定することで、全体としておよそこの国にも存在しない法律によって契約を規律することも可能となるが、そのような分割について問題視する見解があり、また、過度に分割が進むことによって、準拠法間の矛盾・抵触の発生が懸念されるとの指摘もあることから、例えば「分離可能な場合には」という分割指定の限界を画する明文規定を置くことについて検討された。しかし、そのような限界を明確化することは困難であるし、そもそも準拠法間の矛盾・抵触が生じる分割指定を現実の実務においてすることは容易には想定できず、立法的手当てをする必要はないとする見解が多数を占めた。そこで、この点については解釈にゆだねることとし、特段の提案は行っていない。

B案は、分割指定を認める明文の規定は設けず、この点について解釈にゆだねるものである。分割指定を否定する立場からは、実務上はある条項について特定の法域の実質法規定を契約の内容に取り込むという意味での実質法的指定を行えば足りるため、分割指定を認めなくても特段問題はないとされ、分割指定を肯定する立

場からも、現在でも解釈上分割指定は認められており、あえて規定を置く必要はないとの意見や、分割指定については、前述のとおり分割の限界があるはずであり、そのような限界を画さないA案に賛成することはできないが、他方で現時点において分割の限界に関する明確な基準を定立することは困難であるため、分割指定についてはあえて規定を置かず解釈にゆだねるB案を支持するという意見も出された。

(4) その他

分割指定に関連して、当事者による法律行為の準拠法の指定がない場合に、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（例えば、ローマ条約第4条第1項第2文参照。）を認めるべきか否かが問題となるが、審議会においてこのような客観分割を認める規定を設けるべきであるとする意見は述べられなかったため、この点について規定を設ける提案は行っていない。

また、「履行の態様は履行地法による」といった、補助準拠法に関する規定の要否についても検討が行われたが、そのような規定がいかなる問題を対象とするのかを明らかにすることは困難であるという意見や、規定が複雑化することは実務的に望ましくないとする意見等、規定を設けることに否定的な意見が大勢を占めたため、この点についても規定を設ける提案は行っていない。

5 準拠法選択の有効性（試案第4・2）

(1) 有効性を判断する準拠法の基準（試案第4・2(1)）

ア 問題の所在及び諸外国の法制

準拠法選択は、当事者の意思によるものであるため、意思の瑕疵の問題など、準拠法選択の有効性に関する規律が問題となるが、現行法例には、この点に関する明文の規定はない。学説上、このような準拠法選択の有効性については、法例自体の解釈問題として合理的に決定すべきであるとし、具体的には、準拠法指定行為が重大な錯誤に基づく場合にはこれを無効とし、また、詐欺又は脅迫に基づくときは取り消し得るとする解決が妥当であるという考え方（国際私法独自説）が多数説となっている。しかし、このような見解に対しては、国際私法独自の基準が不明確であり、また、實際上、法廷地実質法上の法律行為に関する意思表示の有効性の基準によることとなるため、仮に各国がこのような見解を採るとすれば、各国ごとに判断基準が異なり、特定の準拠法選択の有効性が、法廷地の選択によって左右されることになるとの批判がある。その他の考え方としては、準拠法選択の有効性について、当事者によって準拠法として指定された法によるとの見解（準拠法説）があり、この見解によれば、国際私法独自説に対する前記2つの問題点を解決することはできるが、この見解に対しては、循環論に陥る（準拠法選択の有効性を判断する法律が当事者によって準拠法として指定された法律であるとすると、理論的に、その指定行為の有効性を判断する法律が問題となり、

永久に準拠法選択の有効性が判断できない。)との批判がある。

諸外国の立法例では、契約の成立について当事者が選択した法律によるとする規定を準拠法指定行為についても準用することによって、準拠法説を採用することを明示するものがある(ローマ条約第3条第4項、1986年ヘーグ条約第10条、韓国国際私法第25条第5項)。

イ 試案の説明

試案においては、A案として、準拠法説に基づく規定を設ける提案を掲げている。国際私法独自説に基づいた規定を設けることは困難であり、また、諸外国においても、この点に関する立法例は、準拠法説に基づくものが多く、審議会においても、国際私法独自説に基づく規定を設けるべきであるとする意見は出されなかった。ただし、準拠法説に対しては、前記のとおり循環論に陥るとの批判があるため、「仮に当事者の選択が有効であるとした場合に適用される法律」によるとし、準拠法指定行為の有効性については、それが有効であるか否かにかかわらず、外形的に当事者が選択した法律によって判断することとしている。このようにすることで、理論的に循環論に陥ることはないと考えられるが、意思の瑕疵の程度がいかに重大であっても、その点を考慮せずに外形上指定された準拠法によることとなるため、実質的な妥当性が問題となる。

試案のB案は、A案で提案するような準拠法選択の有効性に関する特段の規定を設けないとする提案である。B案は、準拠法指定行為の有効性についてなお解釈にゆだねるものであり、審議会においても、A案のような規定を設ける実務的な必要性は感じられないとして、B案を支持する意見があった。

ウ 沈黙を承諾とみなす法律が準拠法として指定された場合

準拠法説に対しては、当事者の一方が沈黙を申込みに対する承諾とみなす法律を準拠法とする旨の条項を含む契約の申込みをしたが、相手方が何らの通知も発しなかった場合に、相手方の現実の意思にかかわりなく、準拠法指定行為としても有効とされ、かつ、当該契約自体も有効に成立してしまうとの問題が指摘されている。そこで、諸外国においては、このような問題に対応するために、申込みを受けた当事者の常居所地法の援用を認め、常居所地法上沈黙が承諾とみなされなければ、準拠法指定行為の有効性を否定できることとする立法例が多い(ただし、ローマ条約第3条第4項において準用される第8条第2項、1986年ヘーグ条約第10条第3項、韓国国際私法第25条第5項によって準用される第29条第2項は、指定された準拠法によって当事者の行為の効果を判断することが明白に合理的でない、又は不当である場合、と規定する。)

しかし、試案においては、この点についての規定を設ける提案はしていない。これは、例えば、我が国の商法第509条においても沈黙を承諾とみなすことが規定されるが、同条は、無関係な者からの申込みに応答義務があることを規定し

ているわけではなく、「平常取引ヲ為ス」商人間において営業の部類に属する申込みを受けたときにのみ適用されるのであり、基本的には、実質法上の保護にゆだねても不当な結論となることは想定し難く、抵触法上の手当てをするまでの必要はないと考えられるためである。さらに、仮に沈黙が承諾とみなされ、準拠法指定行為が有効とされ、選択された法律により契約が成立するとされることが問題であったとしても、それは、契約成立の結果について公序則（法例第33条）を適用し、契約を成立させないとするので、解決することもできると考えられる。審議会においても、以上の理由により、この点に関する規定を設ける必要はないとの意見が大勢を占めた。

エ 法律行為の有効性（成立）

法律行為の有効性（成立）は、当該法律行為に関する確定された準拠法に従って判断されるため、準拠法説に立つ規定を設けると、仮に、準拠法選択の有効性が否定された場合、法律行為の準拠法が客観連結（後記6参照）によって決定され、その法律により法律行為の有効性を判断することとなると解することが理論的である。しかし、このような場合には、むしろ準拠法選択の有効性のみならず法律行為の有効性も同一の準拠法によって判断する方が、当事者の意識に合致するとも考えられる。

この点は、いずれの提案を採る場合であっても解釈にゆだねられることとなるが、A案を採った場合には、ローマ条約第8条や韓国国際私法第29条と同様に、法律行為の有効性（成立）も、仮に当事者による選択が有効であるとした場合に適用されるべき法律によって判断する旨の規定を設けることも考えられ、この点は、なお検討する必要がある。

(2) 準拠法選択における黙示の意思（試案第4・2(2)）

ア 問題の所在及び諸外国の法制

現行法例は、黙示の意思による準拠法選択の許容性について明文で規定しているわけでないが、定期預金契約上の債権の準拠法について、明示の意思表示を認めることはできないものの、事案の諸要素を斟酌し、銀行の取引を行った支店の所在地法である日本法を黙示的に指定したとする判例があり（最判昭和53年4月20日民集32巻3号616頁）、この判決は、一般に、準拠法選択は明示的なものに限られないと判断したものであると解されている。学説上も、黙示の意思による準拠法選択を認める見解が通説である。

しかし、近時は、黙示の意思による準拠法選択を認めることについて、法律行為の準拠法選択に関する明確性が阻害されるとの批判がある。また、黙示の意思の認定は、広く様々な諸事情を考慮して行われているが、仮に、黙示の意思を探求するという名の下に、当事者の仮定的意思の探求（仮に、当事者が準拠法選択を意識していたならば、ある地の法律を選択したであろうということの探求）を

して準拠法を決定しているとすれば、当事者の現実の意思に基づかずに法律行為の準拠法を決定していることになり、問題であるとの批判もある。

また、そもそも、黙示の意思による準拠法選択が認められているのは、当事者の意思が不分明の場合に画一的に行為地法を準拠法としている第7条第2項の規律の硬直性を緩和し、準拠法決定に関する具体的妥当性を確保するためであると考えることもできる。そのため、同項が修正され、より柔軟な規定となる場合には(後記6参照)、黙示の意思による準拠法選択を認める必要性は低減するものとも考えられる。

諸外国の立法例をみても、当事者による契約準拠法の指定について、明示的か、契約の文言又は事案の諸事情から一義的に明らかでなければならぬとする旨の規定を設けるものがあり(ローマ条約第3条第1項、1986年ヘーグ条約第7条第1項、スイス国際私法第116条第2項、韓国国際私法第25条第1項)、これらの立法例は、いずれも、当事者による準拠法選択がされていないときについて、原則として最密接関係地法によることとしている(ローマ条約第4条第1項、スイス国際私法第117条第1項、韓国国際私法第26条第1項。1986年ヘーグ条約も、第8条第3項に、当事者による準拠法選択がされていない場合の準拠法決定に関する例外条項が規定されており、準拠法決定の柔軟性は確保されている。)

イ 試案の説明

試案においては、諸外国の立法例を踏まえ、また準拠法選択に関する明確性を確保するため、A案として、準拠法選択は、明示的であるか又は法律行為その他これに関する事情から一義的に明らかなものでなければならぬこととする提案をしている。これにより、黙示の意思による準拠法選択が全面的に否定されるわけではないが、ある程度制限されることになり、また、前記の仮定的意思の探求に基づく準拠法の決定は、条文上、明確に否定されることとなる。しかし、後述するように(後記6参照)、当事者による準拠法選択がない場合の第7条第2項の行為地法による規律を修正し、原則として最密接関係地法を適用するものとしているため、黙示の意思の探求を行わなくても、具体的妥当性を確保した準拠法選択は可能であると考えられる。

なお、「法律行為その他これに関する事情から一義的に明らかなもの」という基準が、基準として必ずしも明確ではないという指摘はあり得る。例えば、契約書中に、特定の国の法律の条項についての言及がある場合や、ある国の法律を準拠法とする旨の条項を有する基本契約が当事者間にあり、それに基づき個別的な契約が締結された場合等は、当該契約について明示的に準拠法が指定されていなくても、当該国の法律を準拠法とすることが「一義的に明らか」であるということができるときが多いであろうが、契約に関する紛争について特定の国の裁判所に専属的な管轄合意をしているということのみによって、その国の法律を準拠法と

することが「一義的に明らか」ということができるか否かは、必ずしも明らかでない。また、このような文言を挿入した場合、これまでは認められてきた黙示の意思による準拠法選択がある程度制限されることとなるため、仮に、当事者双方が特定の法律によることを意図していたとしても、それが明示されず、法律行為その他これに関する事情からも一義的に明らかでなければ、そのような当事者の意思は尊重されないこととなり、これまでの実務に少なからぬ影響を及ぼすものと思われる。例えば、保証契約の準拠法について、当事者が主債務の準拠法によることを想定していたとしても、それが明示されるか又は諸般の事情等から一義的に明らかでなければ、後記6に従い、最密接関係地法（特徴的給付の理論によれば、保証人の常居所地法が推定される。）を適用することとなる。

B案は、A案と異なり、黙示の意思による準拠法選択を一般的に認め、それを制限する特段の規定を設けない提案である。その結果、A案において否定される「法律行為その他これに関する事情から一義的に明らか」とはいえない黙示の意思による準拠法選択であっても、現実の意思が認められる限り、B案においては有効とされ得ることになるが、そのような結果は、当事者の意思を尊重し、当事者の準拠法に関する予見可能性にも配慮するものであって、当事者自治の趣旨には合致するものであると考えられる。しかし、B案を採る場合には、これまでと同様、法律行為の準拠法選択の明確性が阻害されるという問題は残ると考えられる。もっとも、仮定的意思に基づく準拠法選択は、当事者の現実の意思によるものでない以上、B案を採ったとしても、否定されることにならう。審議会においては、前記A案、B案の双方を支持する意見が出されたため、意見照会の結果を踏まえて、さらに検討することとされた。

6 当事者による準拠法選択がされていない場合の連結政策（第7条第2項、第9条） （試案第4・3）

(1) 問題の所在

現行法例第7条第2項は、法律行為の準拠法に関する当事者の意思が不分明である場合には、法律行為の行為地法による旨を規定している。また、第9条は、異なる法域に所在する者の間で法律行為がされる場合について、意思表示についてはその発信地を行為地とみなし（同条第1項）、契約の成立及び効力については、申込みの通知を發した地を行為地とみなすが、申込みを受けた者が承諾をした時点において申込みの発信地を知らなかったときは、申込者の住所地を行為地とみなす（同条第2項）旨、規定している。

しかし、このような連結政策については、(a)法律行為には様々な種類のものがあり、一律に行為地法を適用するのでは具体的妥当性を確保した準拠法の決定をすることは困難であること、(b)現代の国際取引において行為地（契約締結地）は重要な意味を持たず、とりわけ、契約が電子的手段によってされる場合等は法律行為と行為地の関係が希薄となっていること等を根拠として、立法論的な批判が強い。また、

解釈論上も、準拠法選択における黙示の意思を探求し、多くの事案について第7条第1項を適用することで、同条第2項が適用される場面を限定しようとする考え方が有力となっていることは前述のとおりである。

(2) 諸外国の法制

諸外国においては、当事者が契約の準拠法を指定していない場合について、最密接関係地法を準拠法とすることを原則とした上で、別途、最密接関係地法を推定する規定を設けている立法例が多い(ローマ条約第4条、スイス国際私法第117条、韓国国際私法第26条等。なお、1986年ヘーグ条約第8条第1項においても、特徴的給付の理論が採用されており、原則として、売主の営業所の所在地の法律によることとされている(同条第2項及び第3項には、例外が規定されている)。)とりわけ、この最密接関係地法の推定については、多くの国において、「特徴的給付の理論」と呼ばれる考え方が採用されている。

「特徴的給付の理論」とは、商業上の行為に関しては、契約関係の重心が職業的行為を引き受ける者の側にあることから、契約の最密接関係地法は商人が営業を営む地であるとする考察を基礎として、それを一般化し、契約に特徴的な給付(その種類の契約を、他の種類の契約から、区別する基準となる給付)をすべき者が活動の拠点と有している地を契約の最密接関係地とする考え方である。具体的には、片務契約であれば、唯一の義務を負う者の給付が特徴的給付であり、その者の常居所地や営業所の所在地が最密接関係地となる。双務契約については、一方当事者の給付が対価としての金銭給付にすぎない場合、そのような金銭給付は他の契約一般にも見られるものであり、ある種の契約を他の契約と区別する基準とはならず、その反対給付が特徴的給付となり、その特徴的給付を行う者の常居所地や営業所の所在地が最密接関係地となる。例えば、売買契約については、金銭給付の反対給付たる物の引渡しは、特徴的給付とされる。そして、特徴的給付を行う者である売主の常居所地法が、売買契約の最密接関係地法となる。

また、諸外国の立法例等においては、不動産に関する契約(契約の目的が不動産に関する物権又は債権である場合等)について、不動産の所在地法を最密接関係地法と推定する規定を有するものもある(ローマ条約第4条第3項、韓国国際私法第26条第3項。なお、スイス国際私法第119条第1項は、推定規定ではなく、当事者による法選択がない場合のみなし規定である。)

さらに、諸外国においては、消費者及び労働者保護の観点から、消費者契約及び労働契約に関し、当事者による法選択がない場合について特則的な規定を設けるものがある。消費者契約に関しては、いわゆる受動的消費者が締結した消費者契約等の一定範囲の消費者契約につき、消費者の常居所地法を準拠法とする立法例がある(ローマ条約第5条、スイス国際私法第120条、韓国国際私法第27条。ただし、スイス国際私法においては、当事者自治が否定されている。)。また、労働契約に関しては、労務供給地の法律を最密接関係地法として推定する立法例(ローマ条約第

6条、韓国国際私法第28条)や、当事者自治を制限的に認め、準拠法選択がない場合には労務供給地法を準拠法とする立法例(スイス国際私法第121条第1項。ただし、同法第15条に規定される例外条項は適用され得る。)がある(以上の点については、後記8及び9も参照。)

(3) 試案の説明

ア 基本的な考え方

試案は、前述した第7条第2項に対する立法論的批判及び諸外国の立法例との平仄等にかんがみ、(ア)当事者による準拠法選択がされていない場合には、法律行為の最密接関係地法を準拠法とすること(提案ア)、(イ)最密接関係地を推定する規定として、特徴的給付の理論を採用すること(提案イ)、(ウ)不動産を目的とする法律行為については、特徴的給付の理論によらず、不動産の所在地法を最密接関係地法と推定すること(提案ウ)、(エ)労働契約についても、特徴的給付の理論によらず、労務供給地の法律を労働契約に最も密接に関係する地の法律と推定すること(提案エ)の4点を提案するものである。なお、試案においては、一定の消費者契約に関し、当事者による法選択がない場合について、常に消費者の常居所地法によることを提案しているが(後記8参照)、これは、必ずしも当該契約の最密接関係地法を推定する連結政策とはいえず、消費者保護をその趣旨とするものであるため、この点については本論点では扱わない。

このような提案は、理論的には、法律行為に関する準拠法の決定について、客観的連結を導入するものであるということが出来る。従来、第7条第2項については、当事者の意思を推定する規定として理解する立場もあり、そのような考え方によれば、法律行為に関する準拠法は、常に主観的連結(当事者自治)によると説明される。しかし、提案は、端的に当事者の意思による準拠法選択がない場合を対象として、法律行為に関する客観的な事実を考慮して準拠法を決定するという客観的連結を行うものである。

提案アにおける最密接関係地の決定に当たっては、いかなる要素を考慮すべきかが問題となる。この点については、解釈にゆだねられることとなるが、最密接関係地という連結点の採用の趣旨が連結政策の柔軟化にある点を重視するならば、準拠法が問題となっている法律行為に関するあらゆる要素を考慮の対象とすることとなる。そのような考え方を前提とすると、最密接関係地という連結点が客観的連結としての位置づけを与えられるとしても、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こととなり、また、法律行為がされた後に発生した事実等の要素についても考慮できることとなる。

提案イ、ウ及びエは、最密接関係地法を推定する規定である。このような推定規定については、推定を覆す場合に、他の地の法が最密接関係地法であることが当事者の主張立証にゆだねられる事項なのか、裁判所が職権で判断すべき事項なのか問題となるが、この点は、準拠法の適用要件である事実一般についての問

題であるため、解釈にゆだねることが相当であると考えられる。

イ 特徴的給付の理論の採用

特徴的給付の理論の採用により、諸外国の比較的多数の法制との調和を図ることができ、また、商人による大量取引のケースでは、商人の事業所の所在地の法律が準拠法となり、当該商人が関係する複数の契約関係を統一的に処理することが可能となる。もっとも、諸外国においても、特徴的給付の理論に対する批判はあり、審議会においても、現代における複雑な契約関係においては、何をもって特徴的給付とすることができるか必ずしも明らかでない場合があることや、特徴的給付の理論は、取引実務の感覚と合致しない帰結を導出する場合があるとして、批判的な見解も述べられた。具体的には、例えば、(a)ジョイントベンチャーに係る契約関係等について、この理論を適用することは困難ではないかとの意見や、(b)OEM (Original Equipment Manufacturing) 契約については特徴的給付の理論によれば、対価としての金銭給付を支払う製造委託者ではなく、製造受託者の事業所の所在地の法律が最密接関係地法と推定されることとなるが、取引実務の感覚からすれば、市場地である製造委託者の事業所の所在地の法律によることが合理的であるとする意見や、(c)保証契約については、特徴的給付の理論によれば保証人の常居所地法が最密接関係地法と推定されるが、銀行の実務取引においては、むしろ保証契約については、債権者となる銀行の支店の所在地等が最密接関係地法ではないかとする意見等が述べられた。しかし、そもそも提案イは特徴的給付が観念できる法律行為について最密接関係地を推定する規定であり、特徴的給付が観念できるか否かは最終的には裁判所の判断にゆだねられるが、観念できない場合には推定規定の適用はなく、仮に適用されたとしても、より密接に関係する他の地の法律があればその法律が適用されることとなるため、実際上の問題は少ないと考えられる。審議会においても、結論においては、特徴的給付の理論に基づく推定規定を設けることで、意見がまとめられた。

特徴的給付の理論を採用する場合、それをいかに規定するかが問題となる。提案のように一般的抽象的に特徴的給付の理論を規定する考え方の他に、規定の明確性を考慮して、例えば、民法上の典型契約を列挙し、それぞれについて特徴的給付の理論に基づき推定される最密接関係地法を明示的に規定する考え方（例えば、売買契約については売主の常居所地法、委任契約については受任者の常居所地法などと、個別的に列挙する。）もあり、審議会では、双方の考え方について検討された。そして、審議会においては、特徴的給付の理論を抽象的に規定した場合には、例えば、預金、投資信託、融資、当座勘定取引等を合わせた金融取引に関し、それらを総合的・複合的な役務契約として、単一の契約と把握する（総合的な役務契約とされれば、特徴的給付の理論によれば、取引を行う銀行の支店の所在地の法律が、最密接関係地法と推定される。）こととなるのか、個別契約ごとに特徴的給付の理論によって準拠法を個別的に推定することとなるのかについて、

争いが生じ得るという懸念も指摘された。しかし、典型契約ごとに詳細な規定を設けることについては、(a)仮に典型契約において特徴的給付の理論がうまく機能しない場合でも、規定上は明確に特徴的給付を行う者の常居所地法（事業所の所在地法）が最密接関係地法として推定される結果、(事実上の)反証を余儀なくされることになるといった意見や、(b)手形割引等、実質法上も売買契約が消費貸借契約かという性質決定が問題とされるものについては、抵触法上も性質決定が困難なのではないかといった意見等、反対意見が強く主張され、結論としては、特徴的給付の理論を採用するとしても一般的抽象的な文言により規定することで意見が取りまとめられた。

提案においては、一般的抽象的な文言として、特徴的給付の概念を「その種類の法律行為に固有の給付」と表現している。特徴的給付とは、ある種類の契約類型を他の種類のものから社会的及び経済的機能の観点に基づき区別する基準となる給付のことを指すと解され、ある契約の特徴的給付とは、その種類の契約のみが有する給付、すなわち、その契約に固有の給付のことであると考えられる。もっとも、このような表現が適当か否かについては、法制的な観点も含め、なお検討する必要がある。

特徴的給付を行う者が法人その他の社団又は財団である場合、その常居所地法を観念することはできないが、特徴的給付はそのいずれかの事業所が行うこととなるため、当該事業所の所在地の法律が最密接関係地法となると考えられ、また、特徴的給付を行う者が自然人であっても、事業所を有する商人である場合で、その事業所に関係する法律行為を行うときは、法人その他の社団又は財団の場合と同様に、当該事業所の所在地の法律が最密接関係地法となると考えられる。そこで、提案においては、特徴的給付を行う者が、当該法律行為に係る事業所を有する場合について、事業所の所在地の法律を最密接関係地法と推定している。なお、「事業所」とは、社会的な活動の拠点を広く一般的に指す言葉として用いている。このような「事業所」は、抵触法上の概念であり、事業目的の営利、非営利を問わず、広く事業活動の拠点を意味し、実質法上の営業所、事務所等の概念を包摂するものである。なお、「営業所」という概念を用いることも考えられるが、「営業所」は営利目的の商業活動の拠点のみを想起させるものであり、その他の活動を行う法人その他の団体について準拠法を決定することができないという問題が生じ得ると考えられるため、そのような概念は用いなかった。

事業所の所在地を連結点とする場合、法律行為が異なる法域に所在する複数の事業所と関係するときについて、いずれの事業所の所在地の法律によるべきかが問題となる。この点につき、提案においては、基準の明確性を考慮し、その者の主たる事業所の所在地の法律を推定している。法律行為に最も密接に係る事業所の所在地の法律を推定することも考えられるが、連結点を確定する基準として不明確であり、推定規定を設ける意義が減殺されることが考えられるため、そのような考え方は採らなかった（推定される連結点が不明確となると、推定規定を設

ける意義は減退し、また、仮に推定された結果が不適切であれば、最密接関係地法が他に存在することを反証することができる。)。また、法律行為が、その者の事業と関係することは明らかであるが、いずれの事業所と関係するか不明確な場合も考えられるが、そのような場合も複数の事業所と関係するものと解し、主たる事業所の所在地の法律によることとなると考えられる。

ウ 不動産を目的とする法律行為

不動産を目的とする法律行為について、特徴的給付の理論によらず、不動産の所在地法を最密接関係地法と推定する根拠としては、諸外国の立法例等においても不動産に関する契約が不動産の所在地と密接に関係すると考えられていることや、不動産に関する物権関係が不動産所在地法によるため、それを目的とする債権的法律行為についても平仄を合わせて同一の準拠法で規律することが適切であることを挙げることができる。

不動産を目的とする法律行為とは、不動産の売買契約のような不動産に関する物権を目的とする債権的法律行為のみならず、不動産賃借権のような不動産に関する債権の発生を目的とする債権的法律行為をも含むものである。

なお、この規定に関しては、推定規定ではなく、当事者による法選択がない場合のみなし規定とすることも考えられるが（例えば、スイス国際私法第119条第1項参照。）、審議会においては、規定の柔軟性を確保することができる推定規定とすることで意見が取りまとめられた。

エ 労働契約

労働契約について特徴的給付の理論を適用すると、労働者の常居所地法が準拠法とされることとなる。しかしながら、諸外国の立法例においては、労働契約については特徴的給付の理論によらずに、基本的に労務供給地の法律を準拠法とするものが多く（ローマ条約第6条、スイス国際私法第121条、韓国国際私法第28条）、我が国の裁判例及び学説においても、労働契約の準拠法に関する黙示の意思の探求において、労務供給地を重視する考え方が有力である。また、審議会の議論においても、労働契約と労働者の常居所の関連性は希薄であり、むしろ、労務供給地との関係が強いとする意見が有力であった。そこで、提案エ（ア）において、労働契約については特徴的給付の理論による最密接関係地法の推定を行わず、労務供給地の法律を最密接関係地法と推定することを提案している。なお、国際的な労働契約については、しばしばその多様性が指摘されており、労務供給地が常に適切な連結点となるとは言い切れないケースもあり得るため、後述する消費者契約の客観連結（後記8参照）と異なり、推定規定にとどめるのが適切と考えられ、審議会においても同様の意見が述べられた。

このような提案に関しては、まず、規律の対象となる国際私法上の「労働契約」の概念が問題となるが、この点については、エ（イ）において、労務の供給を

内容とする契約であること、労働者が使用者の指揮命令に服して労務を供給すること、労務の供給の対価として報酬を得ることの、3つのメルクマールによって概念を確定している。これらのメルクマールは、労働者保護規定の対象となる「労働契約」におけるものと同義であり（試案第4・6（注1））、ローマ条約第6条における「労働契約」の概念とも原則として一致するものと考えられる。審議会においても、このような概念を用いることについて異論は出されなかった。

また、労務供給地を連結点とするときは、労務供給地が複数の法域にまたがる場合が問題となる。この点について、提案においては、諸外国の立法例並びに我が国の学説及び裁判例上、労働契約との密接関係性が認められていると解される、労働者が雇い入れられた事業所の所在地を補充的な連結点としている。例えば、東京地判平成9年10月1日労民集48巻5・6号457頁（ドイツ航空会社とそれに雇用されている日本人客室乗務員間の雇用契約に係る訴訟）においても、雇用契約準拠法を決定するために黙示の意思を探求するに当たって、当該客室乗務員が本社採用であることが考慮されている。また、労務供給地を連結点として準拠法を決定することができない場合としては、複数の法域において労務が供給されている場合の他、オンライン上でプログラムを開発する場合等、勤務場所が特に定められておらず、労務供給地が不分明である場合等もあり得るため、提案においては、そのような場合を包括的に「労務供給地が一義的に定まらない場合」としている。

7 事後の変更（試案第4・4）

(1) 問題の所在及び諸外国の法制

現行法例においては、法律行為の準拠法を法律行為がされた後に当事者の意思によって変更することができるか否かについて、明文の規定はない（なお、法律行為がされた時点において当事者の意思が不分明である場合も、第7条第2項に基づき、法律行為がされた時点から準拠法は確定しているはずであり、当事者が法律行為時に選択した準拠法を変更することと同じ問題が生ずるため、このような問題も、ここで扱う。）

この点に関し、学説上は、当事者が法律行為を行った後においても実質法上の私的自治が否定されるわけでないため、抵触法上の当事者自治も認められるべきであり、準拠法はいつでも選択又は変更することができるという考え方が有力である。

諸外国においても、契約準拠法の事後の変更について、明文規定を設ける立法例がある（ローマ条約第3条第2項、1986年ヘーグ条約第7条第2項、スイス国際私法第116条第3項、韓国国際私法第25条第3項等）。これらの立法例においては、併せて、事後の変更の効力（遡及的か又は将来的か）、事後の変更が契約の方式上の有効性に対して影響を与えないこと、事後の変更が第三者の権利を害することができないこと、を規定しており、立法に当たっては、これらの点を合わせて検討する必要がある。

(2) 試案の説明

試案では、A案として、法律行為の準拋法の事後的変更を認める旨の規定を設けることを提案している。また、事後的変更の規定を設ける場合には、法律行為の当事者の自由を尊重すべきであると考えられるため、事後的変更の効力については、遡及的な変更も将来的な変更も認めることとしている。

A案における「当事者」は、ここで準拋法の変更の対象となっているものが法律行為であるため、法律行為の当事者のみを指すこととしている。したがって、A案の規定が設けられたとしても、例えば、売買契約に基づき売主が取得した売掛債権の譲受人は、売買契約の当事者ではないため、買主の間で、当初の売買契約の準拋法を変更することはできない。なお、そのような譲受人と買主との間で、売買契約によって生じた当該売掛債権の準拋法を事後的に変更することは、A案の規定を根拠としてはすることができないが、このことは、債権者たる譲受人と債務者たる買主との間で、売掛債権の準拋法を変更することを否定する趣旨ではない。そのような問題は、債権という任意処分が可能な権利について、一般的に準拋法の変更ができるかという問題であり、債権の発生原因である法律行為の準拋法を事後的に変更するという問題とは必ずしも一致しないと考えられる。そして、この点についての十分な検討は学説においてもされていないと思われ、なお解釈にゆだねることが適当であると考えられる。そこで、A案の提案は、法律行為の当事者が法律行為の準拋法を変更することのみを対象とすることと整理している。

A案は、諸外国の立法例に倣い、準拋法の事後的変更は法律行為の方式上の有効性に影響を与えない旨規定している。法律行為の方式は、法律行為の外形的な発現形態であって、その有効性はそれが発現した時点において確定的に決定されていなければならないと考えられるため、その後の当事者の意思によって、その効力の変更を許容することは適当でない。したがって、法律行為の方式に対しては、当事者による準拋法の事後的変更の効力を及ぼすべきでないと考えられる。また、準拋法の事後的変更によって変更の効果が遡及的に認められる場合、法律行為の方式に影響を与えるとすると、新たに選択した準拋法上異なる方式要件が規定されていた場合に、法律行為が方式要件を具備せず、契約が成立しなかったこととなる場合があり得るが、このような結果は、通常、準拋法を事後的に変更した当事者の意思に反すると考えられ、そのような結果を防止するためにも、このような規定が必要であると考えられる。

また、前記のとおり、準拋法の事後的変更を認める明文規定を有する諸外国の立法例においては、準拋法の事後的変更は第三者の権利を害し得ない旨が、同時に規定されている。これは、準拋法の事後的変更に関与できない第三者に対して、事後的変更の効力が不利益を与えることは不当であると考えられていることに基づくものであり、A案を採る場合には、この点を規定することが考えられる。しかし、この点を規定する場合には、まず、第三者とは誰か、いかなる場合に第三者の権利

が害されたということができるといった点を明らかにしなければならないが、これらの点は、諸外国においては、例えば、第三者のためにする契約の第三者や主債務の準拠法が変更される場合の保証人等が、これに当たると解されているようであるが、その範囲を画する基準は、必ずしも明らかではない。そこで、A案を採り、第三者の権利保護についての規定を設ける場合には、これらの点につき、なお検討する必要がある。また、第三者の権利を害する準拠法の事後的変更が行われた場合の効果については、当該第三者との関係でのみ変更の効果が生じないこととし、当事者間及びその他の者との関係では法律行為の準拠法は変更されたものとして、相対的に考えることを前提としている。この点について、第三者の権利を害する場合には、準拠法の事後的変更自体を無効とし、準拠法は変更されなかったものとして扱うことも考えられるが、当事者の準拠法変更の自由を尊重するという観点から、そのような考え方は採らなかった。

審議会においては、当事者の意思によって準拠法を変更したとしても、その効果は当然に当事者間に限られる相対的なもののはずであり、準拠法の事後的変更が第三者にとって有利であれ不利であれ、その権利等に影響を与えることはないから、わざわざその点を規定するまでもないとする見解も述べられた。しかし、このような見解を採ると、相手方のない単独行為等、行為者の意思のみによって準拠法選択をすることができる法律行為については、およそすべての関係者に対して準拠法変更の効果及ばないこととなり、事後的変更を実質的に認めない帰結となると解されるが、この結論の妥当性については、なお検討する必要があると考えられる。また、A案を採るとしても、第三者の権利保護に関する規定まで置くことは必要なく、解釈にゆだねれば足りるとの意見も述べられた。

以上のとおり、A案を採る場合に「事後的変更が第三者の権利を害することはできない。」とする点を規定するか否かについて意見が分かれたため、提案においてはブラケットを付した形となっており、意見照会の結果を踏まえて、なお検討する必要がある。

なお、A案を採り、事後的変更を認める場合、新たな準拠法を選択したことの有効性の点や、黙示の意思による選択を認めるべきか否かという点については、準拠法選択の場合の規律（前記5参照）と同様とすることで良いと考えられる。

B案は、前記のように、A案を採って準拠法の事後的変更を明文で認めることについては、なお検討すべき問題も多いため、明文の規定は設けず、解釈にゆだねることとする提案である。審議会では、A案を採った場合に、第三者の権利保護規定をあわせて設けることが困難なのであれば、むしろ、規定を置かずに、すべてを解釈にゆだねるB案を支持するとの意見もあった。また、第三者の権利保護規定とともに事後的変更の明文の規定が設けられた場合には、前述のとおり、契約締結時において当事者による準拠法選択がなく、契約締結後に準拠法選択をしたときも、準拠法の事後的変更と整理されるため、客観的連結によって決定された準拠法を前提として利害関係に入った第三者との関係では、契約締結後の準拠法選択は効力が認

められないとされる場合が生じることとなる。仮にそのことが実務的に問題であるとするれば、特段の規定を設けず、そのような点を含めて解釈にゆだねるB案を採用することになると考えられる。なお、前記のとおり、B案は事後的変更を否定する提案ではないが、事後的変更に関する規定を設けない場合には、外国から見て、日本の国際私法上、事後的変更が認められないと解されるおそれがあるとの懸念も示された。

8 消費者契約の準拠法（消費者保護規定）（試案第4・5）

(1) 問題の所在

現行法例においては消費者契約に関する特則は規定されていない。しかし、学説上、契約等と密接に係る法域の法律であって強行的適用が意図されているものは、契約準拠法の如何にかかわらず適用すべきであるとする、強行法規の特別連結が主張されている。特に、消費者契約の分野について、力関係により一方当事者である事業者により有利な法選択がされた場合の弊害を消費者の常居所地の実質法上の強行法規である消費者保護に関する法律を適用することによって除去すべきであるとする見解が、有力に主張されている。また、ローマ条約を始めとした諸外国の立法例においては、消費者契約について弱者保護の観点から特則を設けるものも見られる。そこで、試案第4・5は、消費者契約を対象として特別の連結点を定めるか否かについて提案するものである。

(2) 諸外国の法制

ローマ条約第5条第2項は、「当事者による法選択は、…消費者が常居所地国の法の強行規定により与えられた保護を、その者から奪う結果となつてはならない。」と規定し、同条第3項は、当事者の法選択がない場合には、その「契約は、消費者の常居所地国の法により規律される。」と規定する。同条第2項については、一般に、契約準拠法と消費者の常居所地法を当該事案に適用した結果の優遇比較を行い、より消費者の保護に厚い法律を準拠法として適用するものと解釈されている。韓国も、ローマ条約同様、法選択が消費者の常居所地法上の強行法規による保護を奪うことができない旨の規定を設けている（韓国国際私法第27条）。

他方、スイス国際私法第120条は、消費者契約については抵触法上の当事者自治を排除し、消費者の常居所地法を準拠法としている。

消費者保護規定の適用範囲について、ローマ条約第5条は、運送契約（ただし、いわゆるパッケージツアーを除く。）と消費者の常居所地以外で履行される役務提供契約を除いた消費者契約を対象とし（同条第4項、第5項）、かつ次のいずれかに該当する場合にのみ適用されるものとして（同条第2項）、消費者契約の対象を受動的消費者に限定するものとしている。

消費者の常居所地国において消費者への個別の勧誘又は広告に基づいて契約が締結され、かつ契約締結のために消費者において必要な行為が消費者の

常居所地国において行われている場合

事業者又はその代理人が、消費者の常居所地国において注文を受けた場合
物品売買の契約で、消費者が常居所地以外の国に赴いて注文した場合（た
だし、その旅行が物品購入を目的として売主によって手配したものである場
合に限る。）

また、同条約に関するジュリアーノ・ラギャルド報告書は、個人事業者でもある
消費者がその事業の範囲外の取引について事業の範囲内であるように振る舞って
注文をしたようなケースでは、相手方当事者がその事実を知らず、一切の事情を考
慮に入れてもこれを知ることができなかつた場合には、消費者保護規定は適用され
ないとしている。

インターネットなどの電子的手段を用いた契約についても同条は適用があると
されるのが一般であるが、インターネットを介して世界に対して広告を発信してウ
ェブサイトで申込みを受けたようなケースが前記 に該当するかについて、ドイツ
の学説では、特にその消費者の常居所地国を対象として広告を行った場合のみに限
定する見解がある一方、事業者が世界的な通信手段であるインターネットを用いて
地域の限定なく広告し申込みを受けた場合には、広く宣伝を行うことから生じるリ
スクは事業者が引き受けるべきとして、消費者保護規定の適用を広く肯定する見解
もある。

スイス国際私法第120条及び韓国国際私法第27条の消費者保護規定におい
ても、同様に消費者の範囲を受動的消費者に限定する規定を置いている。また、ロ
ーマ条約第5条に対するヨーロッパ国際私法グループの改正提案においては、受動
的消費者について規定をする場合には保護すべき消費者に漏れが生じるとの観点
から、試案におけるA案と同様、能動的消費者を定義した上で当該能動的消費者に
ついて適用除外を定めるとの提案がされている。

(3) 試案の説明

ア 基本的な考え方

A案は、消費者契約について、アにおいて、当事者が準拠法を選択した場合で
あっても消費者が常居所地法上の強行規定に基づく特定の効果を主張した場合には
はその強行規定が適用され、イにおいて、当事者による準拠法選択がない場合に
は消費者の常居所地法を準拠法とする、という内容の規定を置く提案である。

A案アは、前述の強行法規の特別連結の理論を消費者契約との関連において認
め、当事者自治の弊害を回避するものであり、イは、準拠法選択がない場合の最
密接関係地法とする客観連結のルール（前記6参照）の適用を排除し、消費者保
護の観点から消費者の常居所地法を準拠法とするものである。消費者と事業者の
間で契約が結ばれる場合、消費者が経済的に弱い立場にあることから、準拠法に
ついて当事者による法選択を自由に認めていたのでは、事業者があえて消費者保
護に薄い実質法を選択して消費者がそのような準拠法に基づく契約を締結せざる

を得ない場合が生じ、各国実質法上の消費者保護政策の実現が阻害され、結果として十分な消費者保護を図ることができないこととなりかねないが、A案アによれば、消費者の常居所地法上の消費者保護に関する法律を適用することが可能となる。また、消費者は一般に法律知識も不十分であり、準拠法選択がない場合に最密接関係地法と推定される自己になじみの薄い事業者の事業所所在地法を準拠法とするのでは十分な防御ができないとの指摘もあるが、A案イによれば、準拠法選択がない場合には、端的に消費者の常居所地法のみが準拠法となる。

これに対し、B案は、このような消費者保護規定は置かないとするものである。A案のアのように複数の法律による保護を与えると、法適用関係が複雑になること、消費者契約については多くの国で何らかの保護規定が設けられていると考えられること、準拠法の適用結果が消費者にとって過度に不当なものであれば、法例第33条によりその適用を排除することが可能であること、我が国の消費者保護に関する法律も「法廷地の絶対的強行法規」(法律の強行性が強いいため、我が国が法廷地となる限りにおいて、準拠法のいかにかわりなく適用されるべき法律)に該当する限りにおいて適用されることとなるため(後記第16・3(6)参照)、我が国の法秩序の観点からは消費者保護は既に一定程度実現されていると考えられること等を根拠とする。なお、後述のとおり、A案を採った場合においても、「法廷地の絶対的強行法規」による消費者保護が否定されるものではない(試案第4・5(注))。

イ 消費者による常居所地法上の強行規定に基づく特定の効果の主張

A案はまず、アにおいて、当事者が準拠法を選択した場合でも、消費者が自己の常居所地法上の強行規定に基づく特定の効果を主張することができるとしている。この規定によれば、消費者は、契約について準拠法を選択した場合であっても、自己の常居所地法上の強行規定によって保護されることとなる。なお、ここで言う「強行規定」とは、当事者の意思によって適用を排除することができない規定(実質法上の、任意規定に対応する意味での強行規定)のことであり、前述した絶対的強行法規もこれに含まれる。

そして、A案に基づき、消費者が自己の常居所地法上の強行規定によって保護されるためには、契約の解除や取消し、一部条項の無効などの、自己の常居所地法の強行規定に基づく特定の法的効果の主張が必要であり、このような主張をすることによって初めて、消費者はそれらの効果による保護を受けることができるものとしている。例えば、消費者が裁判においてこのような主張を行う場合には、常居所地法上の強行規定に基づく解除等の攻撃防御方法の要件事実を主張立証するだけでは足りず、特定の強行規定に基づく法的効果を求めること、すなわち攻撃防御方法自体を特定して法的な主張することが必要である。なお、このような消費者の主張があった場合には、事業者はこれに対して、そのような消費者の常居所地法上の強行規定に基づく法的効果を覆滅させる消費者の常居所地法上の攻

撃防御方法を提出することが可能である。

このような消費者の主張について、仮に、訴訟において法的観点の主張を当事者に求めるものであると整理するならば、事実の主張立証責任は当事者にあり法適用は裁判官の職権によるとする民事訴訟法の弁論主義の例外となるが、そのような整理は適当でなく、審議会においても、弁論主義の例外を創出することについて強く反対する意見が述べられた。そこで、提案においては、この主張について、常居所地法上の特定の強行規定が準拠法となるという効果を発生せしめる実体法上の意思表示と整理している。したがって、この主張は、裁判上又は裁判外を問わず行うことができることとなる。

これらの点について、諸外国においては、裁判所が契約準拠法と消費者の常居所地法の内容を比較し、消費者にとってより実質的に有利な規範を準拠法として適用するという、いわゆる優遇比較を行うことを前提とした規定になっており(前記(2)参照)、消費者による前記のような法的主張は必要としないと考えられる。しかし、審議会においては、そのような優遇比較による準拠法決定は、優遇性の比較自体に困難が伴うほか、契約準拠法と消費者の常居所地法上の強行規定の双方を適用した上でなければ行うことができないため、準拠法の確定のために、契約準拠法及び消費者の常居所地法上の強行規定の存在及びその内容の調査について時間及び労力が費やされ、訴訟関係者にとって負担が加重となり、ひいては手続が遅延し、かえって消費者保護の理念にもとる結果となりかねないことが懸念された。このため、A案においては、消費者によるその常居所地法上の強行規定の法的効果についての主張を要件としたものである。

ウ 消費者契約における客観連結

A案のイは、当事者が準拠法を選択していない場合には、消費者の常居所地法を準拠法とすることとしている。この規律によって、消費者が準拠法選択を行わない限り、消費者の生活環境の法律である常居所地法のみによって事業者との契約関係を規律することができることとなる。また、労働契約についての準拠法選択がない場合(前記6(3)エ参照)とは異なり、最密接関係地法の推定とはせず、常に消費者の常居所地法によることとしているのは、消費者の保護を重視したためである。

なお、この点について、客観的連結(試案第4・3)により契約準拠法を決定し、その上で準拠法選択があった場合と同様に消費者が常居所地法上の強行規定に基づく効果を主張することができることも考えられる。しかし、そうすると、法選択がない場合であっても消費者が自己の常居所地法上の強行法規による保護を求める場合には前述したような法的主張をする必要があることとなるが、準拠法選択を行っていない消費者に対しては、端的に消費者の常居所地法を準拠法とすることで保護を与える方が適当であり、かつ保護としてはそれで十分であると考えられることから、試案においては、このような考え方は採らなかった。

エ 消費者保護規定の適用範囲

A案のウ及びエは、消費者保護規定の適用範囲についての提案であり、そのうちウは、消費者保護規定が適用される消費者契約の定義について明らかにしている。

A案ウは、消費者について、事業として又は事業のために契約の当事者となる場合を除く個人と定義し、事業者を法人その他の社団若しくは財団又は事業として若しくは事業のために契約の当事者となる場合における個人と定義した上で、消費者契約は、このような消費者と事業者の間で締結される契約を指すこととしている。このような消費者契約の定義は、消費者契約法（平成12年法律第61号）第2条における定義と一致するものであるが、これは、実質法と同様、国際私法上も、消費者保護の必要性の根拠は契約当事者の「情報・交渉力の格差」にあり、契約当事者の属性を定義することで適切な適用範囲を確定することができると考えられるためである。また、このような定義は、労働契約をも包摂し得るものであるが、消費者契約と労働契約は異質のものであり、前者の規律を後者にも適用することは適当ではないと考えられるため、労働契約は消費者契約から除外することとしている。

A案のエは、前記の消費者契約に該当するものであっても、消費者保護規定が適用されない場合について提案するものである。

エの 及び は、いわゆる能動的消費者を除外するものである。能動的消費者とは、自らの意思で国境を越えて事業者の事業所所在地において契約を締結するような消費者のことである。このような消費者についてまでその常居所地法による保護を受けられるとすると、国内的にのみ活動している事業者までも消費者の常居所地法の適用を想定しなければならないこととなるが、このことは、そのような事業者の準拠法に関する予見可能性を阻害し、事業の遂行に支障を来す可能性がある。したがって、消費者が自ら海外に赴いて契約を締結したような場合には抵触法上の保護を与えないとすることで、消費者保護政策と事業者の利益のバランスを確保することができると考えられる。

具体的にいかなる消費者を能動的消費者として保護の対象から除外すべきかが問題となるが、A案エは、消費者が自己の常居所とは異なる法域にある事業者の事業所において契約を締結した場合を除外するものであり、典型的には、自らの意思で旅行して旅行先において商品を購入するような場合がこれに該当する。もっとも、消費者が事業者の事業所のある法域で契約を締結した場合であっても、契約の締結が事業者の事業所のある法域でされたことの原因が事業者の行動にあるとき、すなわち事業者がそれを消費者の常居所に向けて誘引したときにまで消費者保護規定の適用を除外するのでは、消費者保護の実効性が減殺されるため、そのような場合には消費者保護規定の適用を確保する旨のただし書を規定している。このような原則について、審議会においても異論は出されなかったものの、

いかなる場合に事業者の誘引があったといえるかについては、審議会においてもまだ具体化・明確化はされておらず、なお検討する必要がある。このような基準については、例えば、(a)事業者が物品購入のツアー旅行を企画して消費者がそれに参加したような場合についてのみ誘引があったと認めることとする考え方、(b)前記(a)のような場合の他、ダイレクトメールや電話等によって事業者が個別的に消費者に対して事業者の事業所の所在する法域に来ることを勧誘した場合であっても誘引があったと認めることとする考え方、(c)前記(a)(b)のような場合の他、一般的に消費者の常居所地において宣伝・広告活動を行ったことによって誘引があったと認めることとする考え方、(d)前記(a)(b)(c)の他、事業者がインターネット上にウェブサイトを立てた場合等、事業者が消費者の常居所地における宣伝・広告活動を意図的に行った場合でなくても、消費者がその常居所地において事業者の宣伝・広告等にアクセスすることができる状態を作り出した場合には誘引があったと認めることとする考え方などが挙げられるが、その他の考え方の可能性も含めて、なお検討する必要がある。

は、事業者の事業所のある法域において消費者が契約の履行のすべてを受けた場合又は受けるべきであった場合を除外するものである。しかし、これについても、そのような履行のすべてを事業者の事業所所在地で受けることの原因が事業者の行動である場合、すなわち事業者の誘引による場合には、と同様に消費者保護規定の適用を確保すべきものと考えられる。なお、に該当するケースにおいても、いかなる場合に消費者に対する誘引行為があったといえることができるかについてなお検討する必要があることは、と同様である。

及び は 契約の相手方が消費者であること又は消費者の常居所地について、事業者が知らず、かつ、知らないことに相当の理由がある場合に、消費者保護規定の適用を除外するものである。消費者が自己を消費者でないと偽った場合や常居所地を偽った場合、取引形態からして事業者が消費者の常居所地を知らないことが通常である場合等は、事業者の準拠法に関する予見可能性を保護する必要があると考えられる。また、前記の において、例えば、事業者の事業所所在地で契約が締結された場合であっても、事業者がインターネットにウェブサイトを立てたことが消費者に対する誘引に当たるとされれば、当該契約に対して消費者保護規定が適用されることになるが、当該契約が、単純な店頭売買や店舗における1回限りのサービス提供等のような、通常消費者の常居所を事業者が知る必要がない形態のものである場合は、別途 によって消費者保護規定の適用が除外され得ることとなる。ただし、このような適用除外についても、意見照会の結果を踏まえてさらに検討する必要がある。

オ その他

A案による特則は、契約の(実質的)成立及び効力にかかわる規定に限られず、契約の方式に関する規定をも含めて適用されるものである。すなわち、当事者が

契約準拠法を選択した場合には、契約の方式については、原則どおり規律される（契約準拠法と行為地法との選択的連結）こととなるが（後記第7参照）、消費者が自己の常居所地法上の方式に関する強行規定による保護を求めた場合には、その法的効果が生じることとなる。また、当事者が準拠法を選択しなかった場合には、消費者を保護するためには消費者の常居所地法の適用を貫徹する必要があると考えられるため、契約の方式に関して、行為地法によることはできず、消費者の常居所地法を適用することとなる。

また、A案は、現行法において解釈上一般に認められている法廷地法上の絶対的強行法規の適用を否定するものではなく、両者はその適用根拠や適用される法律の範囲を異にすることから、仮にA案を採用した場合においても、絶対的強行法規の適用は妨げられるものではない。すなわち、法廷地の絶対的強行法規は準拠法の如何にかかわらずその適用があると一般に解されているが、消費者の常居所地と法廷地は必ずしも一致するわけではなく、また、絶対的強行法規の適用においては、当該法規が準拠法如何にかかわらず適用される程度の強行性を有しているかが問題とされ、それが認められれば、消費者の当該絶対的強行法規の適用に関する法的主張の有無にかかわらず適用されることになる（第16・3(6)及び試案第4・5（注）参照）。

カ 審議会における議論

審議会においては、消費者保護規定を設けるべきであるとする意見が有力であったが、設ける必要はないとする意見もあった。後者の意見の中には、我が国においては国際的な消費者契約の準拠法の問題が正面から問題になった裁判例は見当たらず、そのような規定を設けるまでの必要はないとの指摘があったほか、ヨーロッパにおいても、電子商取引の普及などにより、消費者の常居所地法として想定されるEU加盟国すべての強行規定を把握することの困難さが銀行界から指摘されているとの紹介もあった。

しかし、ローマ条約のような優遇比較を前提とする規定については、前記イで述べたような問題があって現実的ではないが、A案のアの考え方は、このような優遇比較の問題点を解消できており、実務的にも受入可能な提案であって、むしろ、このような規定を設けて消費者保護を実現すべきであるとの積極的な意見も実務家委員より示された。その他、消費者保護規定については事業者及び消費者に大きな影響を与える論点であり、多方面の意見を照会した上で議論する必要があるとの指摘もあった。

9 労働契約の準拠法（労働者保護規定）（試案第4・6）

(1) 問題の所在及び諸外国の法制

現行法例では労働契約に関する特則は設けられていない。しかし、多くの国々において実質法上労働者保護規定が設けられており、かかる規定の適用が抵触法上の

契約準拠法に関する当事者自治によって回避されないようにするため、学説上は、消費者保護規定と同様、契約準拠法のいかにかわらず、労働契約と密接に関係する地の法律上の強行法規を特別連結することが主張されており、立法論としても、抵触法上の労働者保護規定を設けることが主張されている。

諸外国の法制を見ると、ローマ条約第6条は、当事者の法選択がある場合でも、労働者が契約の履行のため常時ある国で労務に従事する場合にはその地の法、同一の国において常時労務に従事しない場合には雇用された営業所所在地の法（ただし最密接関係地が別に明らかな場合にはその法による。以下「労務供給地等の法律」という。）の強行規定による保護を奪ってはならない旨規定し、法選択がない場合には労務供給地等の法律によることとしている。この場合において、当事者が選択した法と労務供給地等の法律の強行規定のいずれを適用すべきかに関しては、消費者契約の場合と同じく優遇比較を行い、労働者にとってより保護の厚い法律を適用することとされている。韓国もローマ条約と同様の規定を置く（韓国国際私法第28条）。

これに対し、スイス国際私法第121条は考え方を異にしており、労働契約については原則として労務供給地（複数の国において労務を供給する場合には使用者の営業所所在地）の法律によるとした上、当事者自治の原則を量的に制限して、当事者において労働者の常居所地法又は使用者の営業所所在地法を選択することができる旨規定されている。

以上の点にかんがみ、試案第4・6は、労働者保護規定を設けるか否かについて提案するものである。

(2) 試案の説明

A案は、労働契約についても消費者契約における試案第4・5のA案アと同趣旨の規定を設けるというものである。ただし、消費者契約の場合と異なり、労働契約の態様は多様であって、労働者保護のために適用すべき法律を一義的に定めると、事案に応じた適切な保護を与えることができない場合が生ずると考えられるため、保護を与える法律の決定に関して柔軟性を確保し、労働契約に最も密接に関係する地の法律上の強行規定による保護を確保することとした。労働者が保護を受けるために、そのような法律上の強行規定中の具体的な法的主張が必要となるのは、消費者契約の場合と同様である。

労働契約の定義は、試案第4・3エ（イ）と同様であり、労務供給契約であること、労働者が使用者の指揮命令に服していること、労働者が対価として報酬を得ることという3つの要素を基準とすることとしている（試案第4・6A案（注1））。また、労働契約に最も密接に関係する地の法律については、試案第4・3エ（ア）に従い、労務供給地（労務供給地が一義的に定まらない場合にあっては、労働者が雇い入れられた事業所の所在地）の法律がそのような法律であると推定されることを前提としている（試案第4・6A案（注2））。

A案の規定を置いた場合、当事者の法選択がある場合であっても、労働者は、前記の最密接関係地の法律による労働者保護を受けることができることとなる。この場合の最密接関係地の法律上の強行規定とは、制定法に限られず、判例法理（例えば、我が国における解雇権濫用の法理）等も含む趣旨である。当事者の法選択がない場合には、試案第4・3の原則に戻って、労務供給地の法律が最密接関係地法と推定されることになる。

なお、労働者保護規定を設ける場合、契約の実質的成立及び効力についてのみならず、契約の方式についても、労働者が最密接関係地法上の強行規定に基づく特定の効果を主張したときは、その主張に係る強行規定が適用されるとすることも考えられる。しかし、ローマ条約等においても、消費者保護規定と異なり、労働者保護規定は契約の方式に関する強行規定を対象としていない。また、契約の方式に関する強行規定も労働者保護規定の対象とする場合には、当事者による準拠法選択がされなかったときにも労働者から最密接関係地法上の保護を奪うことのないようにするため、消費者契約の場合と同様、契約の方式に関する行為地法の選択的連結（後記第7参照）を認めず、常に最密接関係地法によるものとするのが考えられるが、その場合には、結果的に行為地法の方式によった労働契約の成立が妨げられ、むしろ労働者保護に反することになると考えられる。そこで、A案においては、契約の方式に関する強行規定は対象とせず、契約の方式については特段の保護規定を設けないこととしている。この点につき、審議会においては、契約の方式について労働者保護規定を設けない場合には、例えば労働基準法第15条（労働条件の明示）の規定に基づく効果を労働者が主張することができないこととなるのではないかという意見も述べられたが、同条は、明示された労働条件が事実と相違する場合に労働者の即時の解除権を認めるものであり、契約の方式ではなく、実質の問題として、むしろA案の規定の対象となるものと考えられる。

B案は、A案のような労働者保護規定は設けないとする提案である。その根拠としては、労働者保護規定を設けた場合には法の適用関係が複雑化すること、選択された労働契約の準拠法の適用結果が過度に労働者保護に欠けるのであれば法例第33条によりその適用を排除することが可能であること、我が国の実質法上の労働者保護規定がいわゆる絶対的強行法規として適用されるのであれば労働者保護に欠ける場合はあまり生じないと考えられること、等が挙げられる。

審議会においては、仮に、契約準拠法と最密接関係地法上の強行規定の適用について優遇比較を行うこととした場合には、実質法上の労働者保護法理は判例によるものも多いため、消費者保護規定の場合以上に優遇比較は困難であり、訴訟関係者の負担が増大するとの意見が出されたものの、A案はその点を労働者の主張にゆだねることで解決しており、実務的にも運用が可能な規定であるとする意見等、A案を支持する意見が多数を占めた。なお、消費者契約とは異なり、労働契約については、契約準拠法とは別に労働者保護のための強行規定を適用する裁判例が存在し、その理由付けについての議論も重ねられているところであり、特段の労働者保護規

定を設けないとするB案を特に支持する意見は出されなかったものの、A案は消費者保護規定におけるA案同様、新たな考え方であり、意見照会の結果を踏まえてさらに検討する必要があるとして、B案も提案することで意見が取りまとめられた。

なお、試案による規定が設けられるか否かにかかわらず、法廷地法上の絶対的強行法規としての労働者保護に関する法律が適用されるとの解釈が否定されないのは、消費者契約の場合と同様である（試案第4・6（注））。

第7 法律行為の方式に関する準拠法（第8条）（試案第5）

1 法律行為の方式に関する準拠法（第8条第1項）（試案第5・1）

(1) 問題の所在

法律行為の形式的成立要件である法律行為の方式について、現行法例第8条は、第1項においてその行為の効力を定める法律によることとし、第2項において「物権其他登記スヘキ権利ヲ設定シ又ハ処分スル法律行為」を除き行為地法による法律行為の方式も有効としている。現行法例上、婚姻や親族関係等の身分的法律行為の方式については別途規定されている（第13条第2項・第3項、第22条等）ため、それらの法律行為の方式については第8条は適用されない。

このうち第8条第1項については、理論的には、法律行為の方式は法律行為の効力よりもむしろ同じ成立要件である実質的成立要件の方に一層密接な関係を有すると考えられるので、その準拠法によらしめるのが妥当と考えられるところ、平成元年に新設された身分的法律行為の方式に関する法例第22条は、連結点についてその行為の成立を定める法律と行為地法との選択的連結を採用しており、検討時間の不足を理由に改正を見送られた第8条の連結点と食い違いを生じていることにつき、差異を設ける合理性に乏しいとの批判があるところである。

(2) 諸外国の法制

諸外国の立法例においては、行為地法と選択的に連結されるべき準拠法について、債権的法律行為又は契約の実質について適用される法律による方式は有効とする旨を規定しているものが多い（ローマ条約第9条第1項、1986年ヘーグ条約第11条第1項、ドイツ民法施行法第11条第1項、スイス国際私法第124条第1項、韓国国際私法第17条、2001年国連国際債権譲渡条約（"United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade," 平成17年1月末現在、締約国はなく未発効。以下「国連国際債権譲渡条約」という。）第27条第1項等）。

(3) 審議会における議論

審議会においては、試案に掲げたとおり、第8条第1項の連結点を法律行為の成立を定める法律とすることで意見が一致した。また、試案第5・1（注1）にあるとおり、第8条第2項に規定する現行法における行為地法との選択的連結はこれを

維持することで異論が見られなかった。

試案のように第8条第1項の連結点を法律行為の成立を定める法律とする場合、身分的法律行為の方式に関する法例第22条と平仄が揃うことから、実際の立法に当たっては、試案第5・1(注2)にあるとおり、法例第22条と併せて規定するか分けて規定するかについても検討する必要があると考えられる。なお、第8条第2項ただし書の「物権其他登記スヘキ権利」という用語につき、一般的には物権と同じく対世的な効力を有する権利を指すとされ、法例の起草者は賃借権や買戻権をその例として考えていたものであるが、審議会では、このような用語の相当性についても検討する必要があるとされた。

なお、第8条に規定する「法律行為」の概念は、第7条における「法律行為」の概念と同様とすることを前提としている(前記第6・3(4)参照)。したがって、契約の解除や取消しといった契約に付随する単独行為についても、契約とは独立の法律行為と考えることとなり、それらの方式については解除や取消しの行為地法によることができる。

2 異なる法域に所在する者の間で行われる法律行為(試案第5・2)

(1) 問題の所在

近時においては、IT技術の発展や経済のグローバル化に伴い、異なる法域に所在する者の間で電子的手段を用いるなどして取引を行う場面が増大している。しかし、異なる法域に所在する者との間でされる法律行為の方式の準拠法に関する規律は、以下のとおり明確でない。

学説上、隔地的な意思表示等がされた場合の行為地を定める現行法例第9条は、法律行為の実質に関する第7条との関係の規定であって、法例第8条が定める方式との関係では適用されず、異なる法域に所在する者の間で行われる法律行為の方式の準拠法については特に規定は設けられていないと解されている。そのため、この点は解釈にゆだねられているが、単独行為については一般に、意思表示のされた場所が行為地と解されている。しかし、契約について学説は多岐に分かれている。すなわち、申込者は申込地法上の、承諾者は承諾地法上の方式を備えれば、契約は方式に関して有効であるとする説(配分的適用説)、申込地法又は承諾地法の定めるいずれかの方式を申込者及び承諾者が備えれば、契約は方式に関して有効であるとする説(選択的適用説)、前記又はのいずれかによって契約が方式上有効である場合は、契約は方式に関して有効であるとする説、前記によって契約が方式上有効とされる場合に加えて、申込者が承諾地法上の、承諾者が申込地法上の方式を備えた場合も、契約は方式に関して有効であるとする説等、様々である。なお、申込地とは申込みの意思表示がされた地を指し、承諾地とは承諾の意思表示がされた地を指す。

契約の方式に関する準拠法については、諸外国においては、選択的適用説を採用する立法例が多い(ローマ条約第9条第2項、1986年ヘーグ条約第11条第2

項，ドイツ民法施行法第11条第2項，スイス国際私法第124条，韓国国際私法第17条第3項等）。

今回の改正において，法律行為の実質に関しては行為地の連結点は維持されず，第9条自体が削除される可能性があるが（試案第4・3（注）参照），方式の準拠法としては前記1のとおり行為地法との選択的連結を維持することとしたため，異なる法域に所在する者との間でされる法律行為の方式の準拠法に関する規律の明確化が検討された。

(2) 異なる法域に所在する者に対する意思表示（試案第5・2(1)）

異なる法域に所在する者との間でされる法律行為の行為地の決定に関し，試案はまず，異なる法域に所在する者に対する意思表示についてはその発信地を行為地とみなすことを提案している。これは，法律行為の行為地を決定するための前提として，法律行為の要素たる意思表示について，それが異なる法域に所在する者に対してされた場合に，発信地と到達地のいずれの地においてされたかを決定する必要があるためである。この点につき，方式について行為地法によることを認めた趣旨が行為者の便宜（行為地法上の方式であれば行為者は常にそれを行うことができるため，実際上便宜であること。）という点であることにかんがみれば，異なる法域に所在する者に対する意思表示については，意思表示を行った者が現実においていた場所である発信地を行為地とすることが妥当であると考えられ，学説の多数もそのように解している。審議会においてもこのような考え方に対して異論はなかった。

法律行為が単独行為である場合には，以上により，意思表示の発信地が行為地であるとみなされ，発信地の法律による方式を満たした単独行為は有効とされるが，契約の場合には，その方式の準拠法に関しては次の特則によることとなる。

(3) 異なる法域に所在する者の間で締結される契約（試案第5・2(2)）

意思表示の行為地が試案第5・2(1)によって決定されたとしても，契約の行為地が確定するわけではなく，また，契約の方式についての行為地法の決定に関する学説は前記(1)のとおり多岐に分かれているため，試案第5・2(2)においては，契約の方式についての準拠法の決定に関する規律を明確化することを提案している。なお，ここでの提案は，行為地法による法律行為の方式を有効とする現行法例第8条第2項の特則としての位置づけを有するものである。

試案は，異なる法域に所在する者の間で締結される契約は，申込地又は承諾地のいずれかの法律によることができるというものであり，学説上多数を占められる選択的適用説を採用したものである。

選択的適用説に対しては，学説上，申込者又は承諾者が自己が所在する国の法律上の方式とは異なる方式を履践しなければならないときにそれができない場合があり得るとの批判があり，その点にかんがみ，各意思表示の発信地に着目し，申込みについては申込地法，承諾については承諾地法によるべきとする配分的適用説を

主張する見解もあるが、配分的適用説については、単一の契約の方式であるにもかかわらず意思表示ごとに方式の準拠法が異なることとなるため、法の適用関係が複雑となる点が問題であるとの指摘がある。審議会においても、選択的適用説は、法の適用関係が明確であるため妥当であること、実務上もそれで問題が生ずることは想定されないことなどを理由として、選択的適用説によることで意見が一致した。なお、申込地が申込みの意思表示の発信地であり承諾地が承諾の意思表示の発信地であることは、試案第5・2(1)によって決定される。

(4) その他

電子的手段を用いて異なる法域に所在する者の間で取引がされた場合等、その一方当事者が意思表示を実際に行った地を他方当事者が知らない場合が生じることが考えられるが、法律行為の方式についてその行為地を連結点の1つと規定しているため、このような場合には、他方当事者が知らない行為地の法律が方式の準拠法となり、その者の準拠法に関する予見可能性について問題が生じる可能性がある。そこで、このように相手方が行為地を知らない場合について、何らかの規定を設けることが考えられ、審議会においても検討がされた。

しかしながら、この点について特に規定を設けた立法例はなく、審議会においても、この点について特に規定を設ける実益も認識されなかったことに加え、当事者の方式の準拠法に関する予見可能性を保護するための手段として、実際の行為地に加えて表意者の常居所地等をも行為地とみなして方式上の有効性を担保することとするのか、あるいは実際の行為地ではなく表意者の常居所地等のみを行為地とみなして方式上無効であると信じた相手方の信頼を保護するのか等の根本的な政策判断について、一致した方向は出されなかったことから、結論的には特段の規定を設けないこととされた。

第8 代理に関する準拠法

1 問題の所在

代理に関する準拠法については、現行法において明示的にそれを規律する規定はなく、解釈にゆだねられているが、裁判例の蓄積はあまりなく、学説も多岐に分かれているため、その規律は不明確となっている。

しかし、現代の国際的な取引社会において、企業等が代理を活用する場面は多く、代理について明確な規律を定められれば、国際的な企業活動に伴う法的な予見可能性を高めることに資するものと考えられる。そのため、審議会においても、代理に関する準拠法について規定を設けることが検討された。

2 諸外国の法制

諸外国においても、代理に関する準拠法について成文規定を有する例はあまり見当たらず、多くの国において、この問題は解釈にゆだねられている。

任意代理に関しては、スイス国際私法及び韓国国際私法に規定がある。スイス国際私法第126条においては、本人と代理人との関係は当事者間の契約の準拠法により（第1項）、本人と相手方の関係は代理人の営業所の所在地国の法律（ただし、営業所がない場合又は第三者が営業所を知り得ない場合には、代理人が個々の事案において主に活動を行った国の法律）により（第2項）、さらに、無権代理人と相手方の関係は本人と相手方の関係の準拠法による（第4項）こととされている。その他、第3項においては本人と代理人が労働契約関係にある場合の特則も規定されている。また、韓国国際私法第18条における規律は、基本的にスイス国際私法のものと同様であるが、同条第4項において、本人と相手方の関係についての本人による準拠法選択が認められている（ただし、代理権を証する書面に明示されるか、本人又は代理人によって第三者に書面で通知されなければならない）点は異なる。また、任意代理については、1978年代理に関する準拠法に関するヘーグ条約（"Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency," 以下、「1978年ヘーグ条約」という。締約国は、平成17年3月現在、アルゼンチン、フランス、オランダ及びポルトガルである。）があり、同条約は、代理人の地位の重要性を重視する観点から規定を設けている。すなわち、本人と代理人の関係については当事者による準拠法選択が認められているが（第5条）選択がない場合には原則として代理人の営業所の所在地の法律による（第6条）。また、本人と相手方の関係及び無権代理人と相手方との関係については、書面による準拠法の指定が認められるものの（第14条）、原則として代理人の営業所の所在地の法律によることとされている（第11条）。ただし、そのような原則に対して、詳細な例外が規定されている（第11条から第15条。この点については、後記3(2)を参照。）。

法定代理に関しては、明示的にこれを直接に規律する規定を有する立法例は見当たらないが、一般に、法定代理権の発生原因となる法律関係（親子関係等）の準拠法によると解されているようである。また、要保護者の保護措置等に関しては、1996年ヘーグ条約及び2000年ヘーグ条約があり、これらの条約中には、保護措置を行う者の法定代理権の行使に関する取引保護規定（原則として、取引が行われた地の法律によって本人に法律行為の効果が帰属する場合には、本人への効果帰属を認める規定）が存在する（1996年ヘーグ条約第19条、2000年ヘーグ条約第17条を参照）。

3 審議会における議論

試案においては、代理に関する規定を設けるとの提案は行っていない。これは、審議会における検討の結果、以下のように、代理について一定の方向で立法を行うことは、現時点では困難であるとの結論に達したためである。

(1) 検討の手法

審議会においては、従来の学説上の議論を踏まえ、法定代理と任意代理を区別し、任意代理については、さらに、代理の三面関係を区別して、本人と代理人との関係、

本人と相手方との関係、代理人と相手方との関係について、それぞれ議論が行われた。さらに、法人の代表機関の行為が法人に対して効果帰属するか否かという問題（以下、「法人代表に関する問題」という。）についても、代理の制度と類似的であるとの指摘にかんがみ、併せて議論が行われた。

ただし、審議会においては、代理の本質は代理人の行為の本人への効果帰属の点であり、その点が最も重要であるとの見解が出され、まず、任意代理における本人と相手方との関係について規定を設けるべきか否かを検討した上で、その点について一定の規定を設けるという方向となったときに、その他の点についても更に詳細に検討することとされた。

(2) 任意代理における本人と相手方との関係

任意代理における本人と相手方との関係については、実質法上の代理行為の本人への効果帰属の根拠に関する理論的対立を背景として、国際私法上も、本人の授權意思に重点を置く考え方と代理意思（代理行為）に重点を置く考え方の理論的対立を基礎として議論されてきたと考えられる。そして、現在の学説においては、そのような議論を基礎としつつも、本人と代理人との間の委任契約（授權行為）の準拠法、代理人の営業所の所在地の法律、代理行為がされた地の法律及び代理行為の準拠法について、それぞれの妥当性を本人保護と相手方保護の利益衡量を行うことによって判断するという考え方が一般的であるが、その妥当性の判断については対立があるところである。そして、審議会においては、大別して、原則として本人と代理人との間の委任契約（授權行為）の準拠法によるが、代理行為がされた地の法律によって本人に法律行為の効果が帰属する場合には本人への効果帰属を認める見解、1978年ヘーグ条約を参考にして、原則として代理人の営業所の所在地の法律によるが、代理行為がされた地の法を一定の場合に適用する見解、及び、一律に代理行為がされた地の法律による見解の3つの見解に分かれた。

審議会においては、本人保護を重視する の考え方については、代理行為の相手方が必ずしも本人と代理人との関係を規律する委任契約（授權行為）の準拠法の内容を容易に知ることができるわけでないとする意見や、授權行為の準拠法が英米法系の国の法律とされ、「隠れた本人（undisclosed principal）」の法理に基づいて代理人が本人のためにすることを示さずに代理行為をする場合には、相手方の予見可能性を害するといった意見が多く出され、これを支持する意見は少数にとどまった。

相手方保護を重視する帰結となる の考え方については、現実の実務感覚とも合致するため妥当であるとして支持する意見も出されたが、現実に代理行為がされた地は偶然的に決定される場合も多く、必ずしも本人への効果帰属を判断する準拠法として妥当でないとする意見等、この考え方に批判的な意見も出され、全体としては反対意見が多数であった。

以上のように、審議会においては、 や の考え方を支持する意見は少数であり、 の考え方を支持する意見が有力であった。そこで、1978年ヘーグ条約を参考

とした以下のような規定を設ける提案に基づいて検討が行われた。

(提案)

任意代理における本人と相手方との関係について、以下の内容の規定を設けることとする。

ア 任意代理における本人と相手方との関係については、代理行為がされた地の法律による。代理人と相手方が異なる法域にいる時に代理行為がされたときは、代理人の常居所地法を代理行為がされた地の法律とみなす。

イ アにかかわらず、代理人が営業所を有する場合は、代理人の営業所（代理人が複数の営業所を有するときは、代理行為が最も密接に関係する営業所）の所在地の法律による。ただし、代理人が相手方の営業所（相手方が複数の営業所を有するときは代理行為が最も密接に関係する営業所、相手方が営業所を有しないときはその常居所）のある法域にいる時に代理行為がされたときは、その地の法律による。

1978年ヘーグ条約の規定自体は複雑にすぎため、この提案はその要点を抽出したものである。なお、「任意代理における本人と相手方との関係」の単位法律関係の中に代理行為が本人へ効果帰属するための要件となる代理権の存在（有無・範囲）の問題を含め、その点についても提案の規律によることとするか、代理権の存在の問題を、本人への効果帰属の問題に関する先決問題と考え、本人と代理人との間の委任契約（授權行為）の準拠法によることとするかが問題となるが、この点については、本人と相手方との関係を単一の準拠法によって統一的に解決することが可能となる前者の考え方が適当と考えられ、そのような整理をしている。1978年ヘーグ条約においても同様の考え方が採られている。

しかし、そもそも、1978年ヘーグ条約は、平成17年3月時点で締約国が4か国のみであり、条約が国際的な標準として広く受け入れられているとはいえず、同条約を参考とした規定を設けることについては、なおその妥当性を検証する必要がある。特に、同条約は、前記提案のア及びイ以外に、本人の営業所がある法域において、代理人が本人のためにすることを示して代理行為をした場合に代理行為地の法律によること（第11条第2項a号）、営業所を有する代理人であっても、取引所において又は競売に関して代理行為をするときは代理行為地の法律によること（第11条第2項c号）、代理人が営業所を有しない場合であっても、本人との雇用契約に基づいて代理行為をするときは代理人が属する本人の営業所所在地の法律によること（第12条）等を規定することによって、本人保護・相手方保護・代理行為地における取引秩序の保護等に配慮したものとなっている。我が国での立法に当たっても、このような詳細な規定の要否について検討することが必要と考えられ、前記提案を基本とし、それをどのように修正すべきかについて検討が行われたが、具体的にいかなる点を修正すべきかについては必ずしも多くの意見は出され

ず、むしろ、実務では代理による取引において代理人の営業所の所在はほとんど関係がないとの意識であるため、このような代理人の営業所の所在地の法律によることを原則とする規定を設けると企業の取引活動が阻害されるとして、規定はない方が望ましいとの意見が強く主張された。

以上の点から、審議会としては、任意代理の本人と相手方との関係につき、規定を設ける提案はしないことされた。

(3) その他の論点

審議会においては、法定代理の準拠法、任意代理における本人と代理人との関係、代理人と相手方との関係及び法人代表についても一通りの検討が行われた。しかし、任意代理における本人と相手方との関係について規定を設けないにもかかわらず、これらの点についての規定を設けることは相当でないと考えられ（前記(1)参照）、結論としては、特段の規定を設けないとすることで意見が取りまとめられた。これらの点についての審議会における議論の概要は以下のとおりである。

ア 法定代理の準拠法

諸外国においては、法定代理に特化した明文規定を有する例は見当たらず、また、代理権の発生原因である法律関係が含まれる単位法律関係の問題であると解するのが通説であり、審議会においても、任意代理と法定代理とを同様に規律すべきではないかとする意見も出されたものの、代理権の発生原因である法律関係の準拠法による理解で特段の規定を設ける必要はないとする意見が多数であった。ただし、そのような考え方を前提とするにしても、代理権の発生原因たる法律関係の準拠法上本人に代理の効果が帰属しなくても、行為地法等によれば代理の効果が帰属するときは効果帰属を認める等、法定代理においても取引保護規定の要否は別途問題となり得るとの指摘はあった。しかし、この点については諸外国においても見解が分かれており、審議会においても、一定の方向で意見を取りまとめるには至らなかった。

イ 任意代理における本人と代理人との関係

任意代理における本人と代理人との関係については、基本的に委任契約（又は、代理権授与という法律行為）の問題であり、代理に特有の問題ではないとする意見が多数を占めた。そのような考え方によれば、この問題は委任契約の問題として第7条によって規律されることになり、特段の規定は不要ということになる。

ウ 任意代理における代理人と相手方との関係

代理によってされた法律行為の準拠法は、代理に特有の問題ではなく、当該法律行為自体の問題であり、また、有権代理がされる限りにおいて、代理人と相手方との関係は問題とならないと考えられることから、無権代理人の相手方に対す

る責任の問題のみが検討された。諸外国の立法例等においても、代理人と相手方との関係については、この点のみが規定されている（スイス国際私法第126条第4項、韓国国際私法第18条第5項、1978年ヘーグ条約第15条）。

この点に関し、審議会においては、無権代理人の相手方に対する責任は、本人に対する代理行為の効果帰属の問題と表裏一体の問題であるため、本人と相手方との関係を規律する準拠法によるべきとする見解が有力に主張された。他方、実質法上、代理人であると主張する者は、代理行為として法律行為を行ったと判断されない限りにおいて法律行為の当事者となるから、抵触法の局面においても、無権代理人の責任をそのような法律行為の当事者の責任と構成して、無権代理人と相手方が行った法律行為自体の準拠法によるべきであるとする見解も主張され、この点についても、意見が分かれた。

エ 法人代表

法人代表に関する問題については、法人の従属法によるべきとする見解と、任意代理における本人と相手方との関係と平仄を合わせた規定を設けるべきであるとする見解とに分かれたが、試案では前記第3・1のとおり、法人に関する規定を設けるとの提案は行われず、また、任意代理における本人と相手方との関係についても前記のとおり規定を設ける提案は行わないこととなったため、この点についても、特段の規定を設けず、解釈にゆだねることが妥当であるとされた。

第9 信託に関する準拠法

1 問題の所在

信託の当事者（委託者・受託者・受益者）や、信託財産が異なる国に所在するような国際的な信託の抵触法上の取扱いや、海外で設定された信託の成立や効力が日本で問題になった場合の準拠法について、現行法例に特段の規定はないが、これを設けるべきかが問題となる。

2 審議会における議論

試案では、信託の準拠法について特段の規定を設けるとの提案は行っていない。これは、後記のような諸事情からみて、現段階において特段の規定を設けることは適当でないと考えられ、審議会においても、特段の規定を設けないとすることで意見が一致したためである。

すなわち、信託は、英米法系諸国の信託のようにコモン・ローや衡平法に基づくものと、大陸法系諸国の信託のようにコモン・ローや衡平法を継受しないものとの法源や内容を異にするとされている。そして、さらにそれらから派生した信託制度を有する国や、そもそも信託又はそれに類似の法概念を予定していない国も少なくない。日本法に基づく信託の法的性質についても、物権法と債権法の枠組みの中で説明しようとする見解もあれば、信託法独自の領域を觀念してこれを説明しようとする見

解もあり、その考え方は様々である。そのような信託に関する諸問題についての抵触法ルールを検討するに当たっては、(ア)これらを債権や物権等の現行法例の規定によって解釈すべき又は解釈できる問題と考えるのか、それとも、既存の条文によっては解釈できないため国際私法上信託という単位法律関係を設けて立法的解決が必要な問題であると考えなのか、(イ)仮に新たな単位法律関係を観念することが必要であると考え場合は、国際私法上の信託をどのように概念づけて（例えば、英米法上の信託、大陸法上の信託、公益信託、擬制信託等の様々な法制度のうち、いかなる制度を対象とするべきか。）、どのような問題を射程に考えるのか（例えば、債権関係・物権関係、対内関係・対外関係等、信託に関する諸問題については論者によって様々な切り口から論じられるが、どのような切り口から抵触法上の単位法律関係と連結点を検討していくべきか。）、といった問題が生じる。

審議会においては、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、現行法例第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現行法例第12条の「債権譲渡」)に当たり、信託の債権的側面については、現行法例第7条の「法律行為」に当たるとする考え方や、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を想定して、検討を行った。

その結果、まず、日本で利用される信託は、そのほとんどが商事目的であって、そもそも民事信託や公益信託を含めた信託の統一的な連結政策について検討されたことがほとんどなく、その単位法律関係にどこまでの事項を含めるかについて困難な問題がある旨が指摘され、また、そのような考え方に対しては、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然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意見が述べられた。さらに、そのような考え方に対しては、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、現段階では、立法の基礎にできるほどの研究や議論の蓄積はないとの認識で一致した。このほか、信託の準拠法を検討するに際しては、国内実質法たる信託法の内容を十分に踏まえることが有益であるが、信託法の改正の動向はいまだ流動的であるし、信託の準拠法について明文の規定がない現状において実務上特段の支障は生じておらず、議論の蓄積が不十分なまま現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挙げられた。

なお、審議会においては、信託は各国によってその法的性格を大きく異にするという特徴を有するため、法例にその準拠法について規律を設けるよりも、「1985年信託の準拠法及び承認に関するヘーグ条約」("Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition," 以下、「1985年ヘーグ条約」という。平成17年1月現在締約国数は9(うち、リヒテンシュタインの加入発効は2006年4月))の締結を将来的に検討していく方が望ましいとの意見も挙げられた。また、

実体法上の問題のほか、手続法上の問題、すなわち、外国法に基づく信託における受託者が日本で活動しようとする場合に、外国法上認められる受託者としての権限を行使できるかといった問題や、信託運営に関する裁判所の監督や介入に関し（英米では、裁判所が信託の運営にいわば後見的に関与し、比較的広い裁量権を行使することが予定されていることが多いとされる。）、日本の裁判所がどのような場合に管轄権を行使すべきか、又は外国裁判所によるかかる監督のための措置の日本における効力をどのように考えるか、といった問題も発生するという指摘がある。今後の立法化の検討に当たっては、これらの問題を含めて検討を行うことが望ましいと思われる。

3 諸外国の法制

信託について抵触法上特段の規定を有する立法例は少なく、主要各国の中では、米国統一信託法典（Uniform Trust Code）を採用している米国の10の州（平成17年1月現在）がある。

米国統一信託法典第107条は、信託条項の意味及び効力（meaning and effect）は、信託条項において委託者により指定された法により、それがない場合は争点と最も重要な関係を有する地の法によるとしている。また、同法典第403条は、他の法域で設定された信託（遺言によらない信託のみを対象としている。）の設定の有効性（validly created）については、当事者による準拠法指定を認めないが、信託証書作成地や信託設定時における委託者又は受託者のドミサイル等、複数の連結点を選択的に採用している。

また、米国抵触法第二リスティメントによれば、信託について、有効性（validity）・信託事務（administration）・解釈（construction）に分けた上で、当該信託が生前信託であるか遺言信託であるか、対象とする財産が動産であるか不動産であるか等によって細かい準拠法決定ルールがあるようである。その内容については、概ね、不動産信託の有効性については不動産の所在地法によるが、それ以外については委託者による準拠法指定が認められ、準拠法指定がない場合には、不動産信託に関しては不動産所在地法、動産信託に関しては最も重要な関係を有する地の法による傾向があるものと解される。

また、1985年ヘーグ条約では、第1章に条約の適用範囲が定められているが、このうち第2条では、信託及びそれに類似の法制度が一般的に有する特徴を列挙し、それらの性質を有する法制度を条約の適用対象となる「信託」としている。これは、各国ごとに信託の概念が異なり、条約上、信託を定義することは困難であったためであると説明されている。また、第3条では、条約の適用範囲を任意の書面による信託に限定し、法律の規定や裁判所の決定により設定される信託を適用範囲から除外している（ただし、裁判所の決定により設定される信託については、同条約第20条により適用を宣言できる。）。そして、かかる信託を対象に、同条約は、その有効性（validity）、解釈（construction）及び効力（effect）並びに信託事務（administration）を、信託設定文書等において示される委託者が選択した法律、かかる法律がない場合又は選択され

た法律が信託制度を有しない場合には、当該信託が最も密接に関係する法律によらしめている（同条約第6条から第8条まで）。なお、これらの法律は、信託の成立そのものに対して適用され、遺言のような財産の移転を生ぜしめる行為（先行行為）については、法廷地の抵触法によって定められる準拠法に従って判断されるとされる（第4条参照）。

第10 物権等に関する準拠法（第10条）（試案第6）

1 問題の所在及び審議会における議論

現行法例上、動産及び不動産に関する物権等については、一律にその目的物の所在地法によることとされている（第10条）。物権の準拠法をその目的物の所在地に連結することについては、物権はその性質上所在地の公益と密接な関係を有する、あるいは、物権は物に対する直接支配の権利であることから現実に所在する地の法に従うのが自然である等、いくつかの根拠が主張されているが、目的物の所在地法によるという原則的な規律自体については、一般的に異論はない。しかし、学説上は、例えば、所在地が容易に変更される目的物等その現実の所在地法以外の法律を準拠法とすべき場合があるのではないか、という指摘がある。また、あらゆる物権について、一律にその目的物の所在地法によることは硬直的であって、所在地法以外の法律を適用する余地を認める柔軟な規定が望ましいとの見解もある。

そこで、審議会においては、後記の(1)から(5)までの論点について、目的物の現実の所在地以外の連結点を採用すべきか否かの検討を行った上、後記の例外条項の採否について検討が行われた。

結論的に、試案においては、後記(1)から(5)までの事項について何らかの規定を設けるとの提案は行っていない。しかし、第10条に規定する「所在地」の解釈によっては、現実の所在地法以外の法律を適用する余地はあり（後記2(3)参照）、また、後述する物権に関する例外条項が採用された場合には、その解釈、適用によっても現実の所在地法以外の法律の適用が根拠付けられ得ることに留意する必要がある。

(1) 移動（運送）中の動産

ア 問題の所在

現行法例上は、移動（運送）中の動産に関する物権の準拠法（例えば、運送契約に基づいて運搬中の動産について譲渡が行われたような場合の物権変動の準拠法）について、例外的に取り扱う規定は設けられていない。

しかし、移動（運送）中の動産については、その現実の所在地は偶発的であって必ずしも当該動産と密接な関係にあるとはいえない、あるいは、その所在地の確定が困難であるとして、そのような動産に関する物権について目的物の所在地法によることは適切ではないとの批判があり、学説上は、移動（運送）中の動産については、将来の所在地であるはずの仕向地が最も密接な関係を有する地であるとして、そのような動産に関する物権については仕向地法によるべきであると

する考え方が通説である。また、その旨を判示したと解される裁判例もある（横浜地判大正7年10月29日評論8巻諸法4頁）。

ただし、移動（運送）中の動産に関する物権について仕向地法による場合であっても、目的物が差押え等により移動（運送）の過程から離脱したり、移動（運送）中に倉庫等に一時的に保管されたようなときに生じた物権変動については、原則どおり、目的物の現実の所在地法による考え方が有力である。そこで、「運送中」という文言ではなく、「物理的に時々刻々動いている場合」を意味するという趣旨で「移動中」という文言を用いる（従って、物が一時的にせよ、特定の場所に保管されているような場合は「移動中」には当たらないと解する。）ことでこの考え方を表現しようとする見解もある。

イ 諸外国の法制

諸外国の立法例としては、移動（運送）中の動産に関する物権について仕向地法による旨の規定を設けるものとして、スイス国際私法第101条、イタリア国際私法第52条、韓国国際私法第22条がある。

これに対し、ドイツにおいては、1999年の国際私法の改正の際に、移動（運送）中の動産に関する物権の準拠法についての特別規定を設けることは見送られている。これは、実務上、移動（運送）中の動産に関する物権について問題となった事例がほとんどないという点が理由であったとされている。また、改正提案の段階においては、仕向地法による旨の規定を設けると、目的物の差押えがあった場合等、移動（運送）の過程から離脱した場合にも仕向地法が適用されるとの誤った結論が導かれるおそれがあるという点も考慮されていた。

ウ 審議会における議論

審議会においては、以下に掲げる理由により、移動（運送）中の動産について、特段の規定を設けず、解釈にゆだねることで意見の一致がみられた。

- (a) 仮に移動（運送）中の動産に関する物権について仕向地法による旨の特則を設けたとしても、仕向地法が適用される場面はあまりなく、特に、目的物が差押えや一時保管により移動（運送）の過程から離脱したようなときに生じた物権変動について、原則どおり、目的物の現実の所在地法によるならば、仕向地法によるべき場面はほとんど考えられない。逆に、動産が移動（運送）の過程から離脱したような場合であっても当該動産に関する物権については仕向地法による考え方を採用したときは、当該動産が移動（運送）中であることを知らずに、その現実の所在地において物権を取得した者に、不測の損害が生じる可能性がある。
- (b) 仕向地法による旨の特則を設けるとすれば、仕向地が決定されていないときや仕向地が選択的となっているときの取扱いについて、困難な問題が生じる。

(2) 鉄道車両、自動車等のいわゆる走行性動産

ア 問題の所在

現行法例上は、鉄道車両や自動車等の移動することを本来の機能とする動産（いわゆる走行性動産）に関する物権の準拠法についても、例外的に取り扱う規定は設けられていない。しかし、このような走行性動産に関する物権については、その現実の所在地は偶発的であって、必ずしも当該動産に関する物権と密接な関係があるとはいえない、あるいは、その所在地の確定が困難であるとして、目的物の所在地法によることは適切ではないとの批判がある。

自動車の所有権の準拠法については、「自動車の所有権取得の準拠法を定める基準となる法例10条2項にいう所在地法とは、権利の得喪の原因事実が完成した当時において、当該自動車が、運行の用に供し得る状態のものである場合にはその利用の本拠地の法、運行の用に供し得る状態にない場合には、他国への輸送の途中であるなどの事情がない限り、物理的な所在地の法をいう」と判示した最高裁判例がある（最判平成14年10月29日民集56巻8号1964頁）。これは、イタリアにおいて盗難に遭い、その後日本において譲渡された自動車について、即時取得が成立するか否かが問題となった事案である。この自動車は、ドイツにおいて登録がされていたが、日本で売買が行われた時点においては、車台番号等が改ざんされており、どこかの国において登録されている自動車であるとは客観的には分からない状態になっていた。最高裁は、このような自動車について、「ドイツにおいては形式的に登録が残っていても、運行の用に供し得る状態になかった」として、即時取得の可否については目的物の所在地法である日本法によるべきであると判示した。

イ 諸外国の法制

諸外国の立法例としては、ドイツ民法施行法第45条第1項第3号及び韓国国際私法第20条が、鉄道車両に関する物権の準拠法について、運行を許可した国の法によるとの明文の規定を設けているほか、オーストリア国際私法第33条が、鉄道車両に関する物権の準拠法について、当該車両を営業に用いている鉄道企業の本拠地の法によるとの明文の規定を設けている。また、ドイツにおいては、いわゆる走行性動産に対する法定担保物権の成立については被担保債権の準拠法、担保物権相互間の順位については目的物所在地法によるとの更なる例外規定が設けられている（民法施行法第45条第2項及び第43条第1項）。

これに対し、自動車に関する物権については、特別の規定を設けている国は見当たらない。なお、ドイツにおいては、1999年の法改正の際に、自動車に関する物権については現実の所在地法によることで妥当な結論が導かれること等を理由として、特別の規定は設けられなかった。また、米国においても、通常の場合と同様に取り扱うとする裁判例がある。

ウ 審議会における議論

審議会においては、以下の理由により、いわゆる走行性動産については、特段の規定を設けず、解釈にゆだねることで意見の一致がみられた。

- (a) 我が国においては、船舶や航空機を別とすれば、他国と陸続きではないという特殊性から、鉄道車両や自動車に関する物権の準拠法について特則を設ける現実的な必要性は高くない（なお、船舶及び航空機については、後記第17・2参照）。
- (b) 鉄道車両や自動車について例外的な取扱いを認めた場合には、目的物の所在地法以外の法律が適用される結果、例えば、現実の所在地で鉄道車両や自動車を修繕した場合に、その地の法律によれば認められるはずの法定担保物権が発生せず、修繕を行った当事者が不測の損害を被るといった事態が生じる可能性がある。このため、このような特則を設ける場合には、前記の問題に対処するために、一定の問題についてはなお、現実の所在地法による旨の更なる例外的取扱いを行うべきか否かの検討を行うことが必要となる。しかし、例外的取扱いを行うべき問題の範囲を明確にすることは困難であり、また、規定が複雑化するという問題がある。

(3) 法定担保物権

現行法例上は、法定担保物権の得喪について特別の規定は設けられていないが、学説上は、目的物の所在地法に加えて、被担保債権の準拠法を累積適用するという考え方が通説である。この通説の考え方は、法定担保物権が一定の債権を担保するために法が特に認めた権利であると理解した上で、被担保債権の準拠法がそのような権利を認めないときにまで、その成立等を認める必要はないという点を理由としている。

しかし、審議会においては、(a)諸外国においても法定担保物権の準拠法について明文の規定を設けている国は見当たらず、また、(b)実務上は、第10条の文言どおり、目的物の所在地法が適用されるとする認識が一般であり、そのような扱いで問題は生じていないといった点を理由として、特段の規定を設けないとすることで意見の一致がみられた。

(4) 約定担保物権

諸外国の立法例の中には、資産流動化促進の観点から、動産に関する非占有型約定担保物権の“perfection”（対抗要件具備方法）について、債務者（担保権設定者）の所在地法とする旨の規定を設けているものがある。具体的には、全米50州が採用する米国統一商事法典（Uniform Commercial Code (UCC)）第9 - 301条第1項にこのような規定があり、カナダにおいても、ケベック州を除く全州において同様の規律が採用されている。

しかし、我が国の学説上は、約定担保物権に関して目的物の所在地法によること

について大きな問題点は指摘されておらず、審議会においても、資産流動化促進等の観点から前記のような特則を設ける必要も感じられないとして、特段の規定を設けないとすることで意見の一致がみられた。

(5) 動産に関して発行される船荷証券や貨物引換証等の証券の物権的効力の準拠法

ア 問題の所在

ある動産に関して船荷証券や貨物引換証等の証券が発行されている場合、当該証券は運送契約等に基づく目的物引渡請求権という債権を表章するものであるが、一般的に、当該証券の引渡しは当該動産の引渡しと同一の効力（いわゆる「物権的効力」）を有するとされている。これは、動産に関する占有の移転という物権の一部の問題と関連するため、審議会においては、この証券の物権的効力の準拠法についても検討が行われた。

現行法例上は、前記のような証券の「物権的効力」の準拠法について特別の規定は設けられていないが、学説上は、当該証券の所在地法によるのが多数説である。この考え方は、そのような証券が「物権的効力」を有するか否かは、まさに証券自体の効力の問題であることから、当該証券の所在地法によるべきであるという点を理由としている。ただし、この考え方によったとしても、証券の所在地法によるのは、前述した証券の「物権的効力」についてのみである。したがって、当該動産の物権変動に関するその他の要件や、成立した物権の内容・効力等は当該動産の所在地法によることとなる。

これに対し、そのような証券の「物権的効力」についても、当該動産に関する物権と同一の準拠法（当該動産の所在地法）によるべきであるとする有力説がある。この考え方は、(a)証券の引渡しは動産の引渡しと同一の効力を有するか否かは、目的物たる動産の所在地法が認めて初めてそのような効力を認め得ると考えるべきこと、(b)証券が発行された場合であっても目的物たる動産が現実に存在し、動産の現実の所在地でも動産をめぐる物権的な法律関係が生じることからすれば、その動産自体の物権関係は当該動産の現実の所在地法によるべきであること等を理由としている。

イ 諸外国の法制

諸外国の立法例としては、スイス国際私法第106条において、証券が物品を表章する場合の当該物品に関する物権についての明文の規定が設けられているが、その他に、この問題についての特別の規定を設けている国は見当たらない。

ウ 審議会における議論

審議会においては、実務上、証券の物権的効力については証券の所在地を基準とする方が明確で分かりやすいとの意見も述べられた。しかし、多数の意見は、動産自体に関する物権を争うような場合には、当該動産の所在地法によらざるを

得ない以上、証券の物権的効力についてのみ証券の所在地法によるとする意味はあまりなく、むしろ、動産取引の安全の観点からは、証券の物権的効力の問題を含めて動産の所在地法によるべきであるとするものであった。また、今後、証券のペーパーレス化が進む中で、このような証券の所在地が問題となるような規定を設けることは不相当との意見もあった。

以上により、審議会においては、証券の物権的効力の準拠法について特段の規定を設けず、解釈にゆだねることとされた。

(6) その他

その他の論点として、審議会においては、動産が移動した場合に旧所在地で発生した物権変動の要件となり得る事実又は行為が新所在地法上考慮されるか否かに関する問題提起があった。この点については、ドイツ（民法施行法第43条第1項）及びスイス（国際私法第102条第1項）において明文の規定が設けられている。

しかし、(a)ドイツ及びスイス以外の国で明文の規定を設けている国は見当たらず、諸外国における立法例がほとんどないこと、(b)旧所在地で発生した事実等をどのように考慮するかは物権変動の要件に関する準拠実質法の解釈の問題であり、そもそも国際私法の問題ではないとも考えられること等を理由として、この点については特段の規定を設けないとすることで意見の一致がみられた。

2 例外条項（試案第6）

(1) 問題の所在

前記のとおり、1(1)から(5)までの論点については、審議会において、いずれも特段の規定を設けないとすることで意見の一致がみられた。しかし、物権に関するすべての問題について一律にその目的物の所在地法によるとする第10条の規律は硬直的であり、具体的妥当性の観点から問題のある事例も生じ得るとの意見も強かった。

そこで、物権の準拠法に関し、目的物の所在地が属する法域よりも明らかにより密接な関係を有する他の法域がある場合には、その法域の法律によるとする例外条項を設けるか否かについて検討が行われた。

(2) 諸外国の法制

諸外国の立法例としては、ドイツ民法施行法第46条が物権に関する例外条項を規定しているほか、すべての単位法律関係を射程におく一般的な例外条項を設けている国として、スイス（国際私法第15条）、オーストリア（国際私法第1条）、カナダ（ケベック州民法第3082条）、韓国（国際私法第8条）がある。

(3) 試案の説明及び審議会における議論

A案は、物権の準拠法に関して、いわゆる例外条項を設けるとするものである。

A案を採用した場合には、物権についての画一的・硬直的な連結政策を緩和することができ、事案に即して、具体的妥当性の確保された準拠法を適用することが可能となる。したがって、前記1(1)から(5)までに記載したような特則を設けない場合でも、仮にこれらの事項について目的物の所在地法を適用することが具体的妥当性に欠ける事例が生じたときは、当該事案の個別事情に応じて、例外条項を適用することによって適切な準拠法を適用することが可能となる。

なお、A案においては、例外条項の適用範囲について特段の限定を設けておらず、また、例外条項を適用するに当たって考慮すべき要素についても特段の限定は設けていない。したがって、物権に関連するあらゆる場面につき、あらゆる事情（事後的な事情も含む。）を考慮することができることとなる。

これに対し、B案は、以下の理由により、かかる例外条項を設けないとするものである。

すなわち、例外条項を設けた場合には、個別・具体的な事案に応じて適切な準拠法を適用することが可能となる反面、法的安定性を確保することが困難となり、当事者の準拠法に関する予見可能性を損なうこととなるという問題がある。例えば、目的物の所在地が明確である場合であっても、例外条項の適用によって所在地法以外の法律が準拠法となり、その結果、目的物の所在地法によれば成立が認められるはずの物権の成立が否定されたり、所在地法上の効力が認められないといった事態が生じる可能性がある。対世的な効力を有する物権については、法的安定性が特に重要であると考えられることから、このような事態は回避すべきである。

また、例外条項を設けた場合には、裁判において例外条項の適用が争われ、準拠法の決定に時間がかかる結果、裁判の遅延をもたらすのではないかと指摘もあった。

なお、仮にB案を採用する場合であっても、目的物所在地の概念を機能的に解することにより、一定の範囲で具体的妥当性を確保する解釈を行うことはあり得ると考えられる。

例えば、現行法例の下でも、第10条に規定する「所在地法」は目的物の「現実の」所在地法のみを意味するのではなく、移動（運送）中の動産については、仕向地法が「所在地法」に該当するという見解がある。また、船舶及び航空機に関する物権の準拠法については、旗国法又は登録国法が「所在地法」に該当するという見解もある（後記第17・2参照）。

そして、B案を採用した場合であっても、改正後の法例の下において前記のような解釈を行うことは、否定されないと考えられる（これに対し、A案を採用した場合には、第10条に規定する「所在地法」は目的物の「現実の」所在地法のみを意味し、「現実の」所在地法以外の法律を準拠法とする解釈は、例外条項によって説明することが自然であると考えられるが、この点は最終的には解釈にゆだねられることになる。）。

審議会においては、前記のように準拠法選択における具体的妥当性確保の観点か

ら、A案を支持する見解が述べられた一方、B案についても、前記の理由に加え、例外条項を設ける実務上の必要性はないとして、これを支持する見解もあった。そこで、試案においては、A案、B案の両案を掲げ、意見照会の結果を踏まえて更に検討することとされた。

第11 法定債権の成立及び効力に関する準拠法（第11条）（試案第7）

1 問題の所在

法定債権の準拠法に関し、第11条第1項は、事務管理・不当利得・不法行為を区別することなく「其ノ原因タル事実ノ発生シタル地ノ法律」を準拠法としている。しかし、この規定については、以下のような問題点が指摘されている。

第1に、このような原因事実発生地という連結点が、いわゆる隔地的な不法行為に関して不明確であり、学説上、行動地と結果発生地のいずれを指すか争いがある。また、現代における事務管理、不当利得及び不法行為は多様であることや、原因事実発生地は偶然に決定される場合も多いことを理由として、原因事実発生地法への画一的な連結政策は適切でないとする見解も有力である。そして、そのような観点からは、第11条第1項の規律を明確かつ詳細なものとし、同時に柔軟化する必要もあると考えられる。

第2に、伝統的に、事務管理、不当利得及び不法行為は、正義、衡平の観念に基づく公益維持の法制度であり、これらの関係には属地法が適用されると考えられていたが、近時においては、むしろ、当事者間の利益調整のための法制度であると考えられており、そのような観点から、法定債権の準拠法の決定に関する当事者自治の導入等、当事者利益を重視する連結政策が立法論として提案されている。

第3に、第11条第2項は、日本法を適用したときに不法行為が成立する場合にのみ同条第1項が適用されて外国法が準拠法となると規定し、また、同条第3項は、不法行為によって生ずる外国法上の債権について、日本法が認める損害賠償の方法及び範囲に限定することを規定している。これらの規定は、特別留保条項と呼ばれるが、立法論的には、内国法を過度に優先するもので削除すべきであるとする見解が有力である。

2 諸外国の法制

(1) 法定債権に関する準拠法決定についての一般原則

諸外国の立法例においては、不法行為に関する準拠法決定の一般原則は、現行法例と比較して、明確かつ詳細であり、また、柔軟なものである。この点について、まず、不法行為が隔地的にされた場合も念頭に置いた規定を設けるものが多いことを指摘することができる（英国1995年法第11条第2項、ドイツ民法施行法第40条第1項、イタリア国際私法第62条第1項、スイス国際私法第133条第2項）。とりわけ、ドイツ及びイタリアにおいては、被害者が、不法行為が行われた地（行動地）の法律と法益侵害の結果が発生した地の法の中から準拠法を選択する

ことができるとされ、被害者保護の充実が図られている。また、当事者間の法律関係を侵害する不法行為について、当該法律関係の準拠法による附従連結を規定する国（スイス国際私法第133条第3項。同様の帰結を例外条項の枠組みの中で導く国もある。例えば、ドイツ民法施行法第41条等。）や、不法行為の当事者の常居所地法が同一である場合には、それが適用される旨を規定する国がある（ドイツ民法施行法第40条第2項、スイス国際私法第133条第1項、韓国国際私法第32条第2項等。なお、同様の帰結を例外条項の枠組みの中で導く国もある。例えば、英国1995年法第12条を参照。）。さらに、諸外国においては、これらの連結政策を覆し得る例外条項を規定することで、連結政策の柔軟化を図る国も多い（英国1995年法第12条、ドイツ民法施行法第41条、スイス国際私法第15条、韓国国際私法第8条第1項等）。以上の点の他にも、諸外国においては、不法行為に関する準拠法についての当事者自治を認める国（例えば、ドイツ民法施行法第42条、スイス国際私法第132条、オーストリア国際私法第35条、オランダ2001年法第5条等）がある点を指摘することができる。

他方、事務管理及び不当利得に関しては、諸外国の法制は、法例第11条と必ずしも大きく乖離するわけではない。しかし、事務管理に関しては、他人の債務の弁済に基づく請求について当該債務の準拠法による旨を規定する国（ドイツ民法施行法第39条第2項、オーストリア国際私法第46条、韓国国際私法第30条第2項）がある。不当利得に関しては、隔地的な不当利得を念頭において利得発生地法を準拠法とする規定を有する国（ドイツ民法施行法第38条第3項、スイス国際私法第128条第2項、オーストリア国際私法第46条、韓国国際私法第31条）や、当事者間の法律関係に関係して不当利得が生じた場合の附従連結を規定する国（ドイツ民法施行法第38条第1項、スイス国際私法第128条第1項、オーストリア国際私法第46条）もある。また、事務管理及び不当利得に共通の例外条項を設ける例（ドイツ民法施行法第41条）や、当事者自治を認める例（ドイツ民法施行法第42条、オーストリア国際私法第35条。また、スイス国際私法第128条第2項、韓国国際私法33条においては、法廷地法の選択のみが認められている。）がある。

なお、ヨーロッパにおいては、現在、契約外債務の準拠法に関する規則（ローマ）の作成作業が行われており、現在参照することができるローマ委員会提案においては、前記の視点をそのまま踏襲した提案がされている。すなわち、不法行為については、原則として、直接の損害の発生地（基本的に、我が国の学説において主張されている結果発生地と同じであると解される。）の法律を準拠法とするが（第3条第1項）、当事者の同一常居所地法の適用（同条第2項）や、例外条項（同条第3項）も規定されている。事務管理については、人身の保護又は特定の有体財産の管理に関する事務管理は管理時における本人又は財産の所在地の法律により、その他の事務管理は本人の常居所地法によることとされ（第9条第4項）、不当利得については利得発生地法によることとされているが（同条第3項）、事務管理、不当利得共に、同一常居所地法の適用（同条第2項）、当事者間の法律関係の準拠法

への附従連結（同条第1項）、例外条項（同条第5項）も規定されている。また、すべての契約外債務について当事者による準拠法の選択を認める規定（第10条）も設けられている。

(2) 個別的不法行為についての特則規定

諸外国の中には、多様化する現代的な不法行為に対応するように、特定の類型の不法行為に関する準拠法について特則を設ける例もある。例えば、スイス国際私法においては、道路交通事故（第134条、後記ヘーグ条約を締結。）、生産物責任（第135条）、不正競争（第136条）、競争制限（第137条）、不動産に起因するインミッション（工場施設等の不動産から発せられる周辺への悪影響を法益侵害と考える不法行為類型。例えば、工場が有害な煙等を排出することによって周辺住民等に環境損害が生じた場合の、工場に対する不法行為に基づく損害賠償請求は、この類型に当たる。）（第138条）及び人格権侵害（第139条）について特則規定がある。また、イタリア国際私法においては、製造物責任に関する特則規定（第63条）が、オーストリア国際私法においては、不正競争に関する特則規定（第48条第2項）がある。

また、特定の不法行為を対象とする条約も存在する。そのようなものとして、例えば、1971年道路交通事故についての準拠法に関するヘーグ条約（"Convention of 4 May 1971 on the Law Applicable to Traffic Accidents." 締約国数は、平成17年3月現在、19か国である。）や、1973年生産物責任の準拠法に関するヘーグ条約（"Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Products Liability." 締約国数は、平成17年3月現在、10か国である。）、さらに、「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約」（"the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works." 締約国数は、平成17年3月現在、159か国である。）第5条第2項について、著作権が侵害された場合の不法行為に関する準拠法を決定するものであると解釈する見解もある。

なお、前記のローマ委員会提案においても、製造物責任（第4条）、不正競争（第5条）、プライバシー又は人格権に関連する権利の侵害（第6条）、環境侵害（第7条）、知的財産権侵害（第8条）について特則を設けることが提案されている。

3 不法行為、事務管理又は不当利得に関する準拠法（試案第7）

試案では、不法行為、事務管理又は不当利得によって生ずる債権の成立及び効力の準拠法について、これまでの法例第11条に対する学説の批判及び諸外国の立法例にかんがみ、原因事実発生地明確化（後記(1)参照）、特則を規定することによる連結政策の詳細化及び柔軟化（後記(2)ないし(4)参照）並びに当事者自治の導入（後記(5)参照）といった観点から、提案を行っている。なお、これらの連結政策相互及び後記4の特別留保条項との適用関係については、別添の適用関係図を参照されたい。

(1) 不法行為、事務管理又は不当利得に関する原則的連結政策（試案第7・1(1)(2)）

ア 不法行為に関する原則的連結政策の基本的な考え方

試案は、不法行為に関する原則的連結政策としては、基本的に、不法行為は原因事実発生地法によるとする現行規定を維持するものである。しかし、原因事実発生地という連結点については、異なる複数の法域と関係する隔地的な不法行為の場合に、それをどのように解するかについて、前記のとおり、従来から学説上の対立がある。すなわち、行為者の行為規範を明確化するという観点を重視し、原因事実発生地を行為者の意思活動が行われた地（行動地）とする見解、不法行為制度における被害者の損害の填補という観点を重視し、それを行為者による法益侵害が現実には発生した地（結果発生地）とする見解、不法行為制度の機能の多様性に着目し、過失責任を原則とする不法行為については行動地、無過失責任を原則とする不法行為については結果発生地とする見解など、様々な見解が主張されていた。そのため、審議会においても、原因事実発生地法を明確化することが検討され、結論としては、侵害の結果が発生した地の法律によるとする考え方と、原則として侵害の結果が発生した地の法律によるが、加えて、加害者側の予見可能性を考慮する考え方が支持を集めた。そこで、試案においては、それぞれをA案、B案として、提案している。これらのいずれの提案も、基本的に、結果発生地を原則的連結点とするものであり、このような連結政策は、不法行為という法制度について、加害者の行動地における公序の維持という点よりも、被害者に対する損害の填補という点を重視するという近時の学説の傾向に沿ったものであるといえる。なお、被害者保護の観点からは、一部の諸外国の法制（ドイツ民法施行法第40条第1項、イタリア国際私法第62条第1項等）において採用されているように、隔地的な不法行為について、被害者の選択によって行動地法と結果発生地法のいずれを適用すべきかを決定する考え方（遍在理論）を採用することも考えられるが、被害者が選択するまで不法行為の準拠法が確定されず、準拠法に関する予見可能性の点で問題があり、審議会においても、どちらの法律が保護に厚いかを被害者が判断することは困難であり、選択権を与えたとしても実質的な保護とならないこと等を理由として否定的な意見が多く出されたため、このような考え方は採らなかった。

結果発生地とは、法益侵害の結果が発生した地のことであり、具体的には、例えば、人身に対する傷害又はそれに基づく死亡に関する不法行為の場合には、人身を傷害した時点における当該人身の所在地を、有体物に対する権利の侵害に関する不法行為の場合には、権利の侵害が発生した時点における当該有体物の所在地を、それぞれ指す概念である（英国1995年法第11条を参照）。無体財産権等、侵害時点における法益の所在地が一義的に明らかでないものの侵害に関する不法行為については、画一的に明確化することは困難であり、被侵害法益の性質等に照らして、解釈によって結果発生地を確定することになる。

A案とB案との差異は、加害者の準拠法に関する予見可能性に配慮するか否か

であり、B案においては、侵害結果が発生した地における侵害結果の発生を、加害者が予見できず、かつ、予見できなかったことについて過失がない場合には、加害行為地法を準拠法としている。このようにすることで、加害者の準拠法に関する予見可能性をある程度担保することができるため、不法行為によって生ずる債権の準拠法決定における加害者と被害者の衡平を図ることができる。これに類似の考え方は、スイス(国際私法第133条第2項)、オランダ(2001年法第3条第2項)、カナダ・ケベック州(民法第3126条第1項及び第2項)でも採用されている。しかし、主観的要件を付加する場合には、当事者の主観によって連結点が左右されることとなるため、不法行為の準拠法の明確性が阻害され、また、過失の有無は個別の事案ごとに諸事情を考慮して判断することになるが、現実の裁判においては、そのような判断をするためには証拠調べを経て事実を確定することが必要となるため、準拠法の確定のための訴訟関係者の負担は大きくなり、訴訟遅延等にもつながりかねないという問題がある。

なお、A案が採用された場合でも、例外条項(後記(4))が採用された場合は、その解釈、適用によって、B案と同様の結論を導くことは可能であり、A案はそのような解釈を否定するものではない(試案第7・1(1)A案(注)参照)。

イ 不法行為に関する原則的連結政策の主観要件

B案を採用して明文で主観的要件を付加する場合、まず、加害者の予見の対象が問題となるが、それは現実に発生した結果がその地において発生することではなく、同種の結果がその地において発生し得ることと整理している。また、「予見できず」とは、そのような予見の対象を、現実に予見できなかったことを指し、「予見できなかったことについて過失がない」とは、現実に予見できなかったことについて過失がないことを指すが、この過失は抵触法上の概念である。すなわち、不法行為の行動者に、当該行動の結果が典型的に発生し得る一定の場所を予見しなければならないという抵触法上の注意義務を課すことを前提として、そのような注意義務をもって予見すべき場所以外で不法行為の結果が発生したときのみ、過失がないものと認められることとなる。この点につき、審議会においては、当初、単に「予見できなかったとき」との文言による提案を検討していたが、そのような文言では実際に予見できたか又はできなかったかのみが問題となるように読めるが、実際に予見できなかったときであっても、規範的に予見すべき場合であれば結果発生地法によるべきであり、逆に、抽象的な意味で世界各国での結果発生の可能性を認識していたとしても、その地における結果発生を規範的な意味で予見する注意義務が認められない場合には行動地法によるべきであるとの意見が出されたため、B案のように修正したものである。ただし、B案の表現が適切か否かについては、実質的な観点と法制的な観点の双方から、なお検討する必要があると考えられる。

具体的な例を挙げると、以下のとおりである。例えば、Aが危険物(爆発物)

を日本で荷造りし、外国に住むBに送付したところ、荷造りの仕方が悪かったためにBの手元に届いたときに爆発し、たまたまBの家に遊びに来ていたCが傷害を受けた場合、Aは、Cの人身を侵害することは予見していなかったとしても、当該危険物による同種の人身損害が発生し得る場所としてBの居住する国を予見すべきであったと判断される可能性が高いと思われる。しかし、Bの手元で爆発する前にBがAの関知しないところで他国に居住するDに対して危険物をそのまま送付し、Dが受領した後に爆発しDが傷害を受けた場合において、Aが当該危険物の爆発による人身傷害が発生し得る場所としてDの居住する国を予見することができず、かつ、予見する注意義務もなかったと判断されれば、Aが行動した場所である日本法がDのAに対する不法行為債権の成立及び効力の準拠法となると思われる。

以上のような加害者の予見可能性の有無について、スイスにおいては、裁判官が職権で判断するわけではなく、被告(加害者)の証明責任の問題としてその主張・立証にゆだねられるようである。この点について、我が国においては、これらは法適用の問題であるため裁判所の職権判断事項となるとの考え方と、当事者が主張立証しなければならぬとする考え方との双方があり得る。しかし、このような法例の適用の前提となる事実の取扱いは、この論点のみの問題ではなく法例一般の問題であるため、解釈にゆだねるのが相当と考えられる。

ウ 事務管理又は不当利得に関する原則的連結政策

事務管理及び不当利得に関して、試案は、現行法例を維持し、原因事実発生地を連結点としている。事務管理及び不当利得についても、それらが複数の法域と関係して隔地的にされる場合もあり、そのような場合について立法的に対応することも考えられる。しかし、(a)当事者の同一常居所地法の適用(後記(2)参照)及び当事者間の法律関係への附従連結(後記(3)参照)についての規定が設けられれば(明文の規定が設けられない場合であっても、例外条項の適用によって同様の帰結が導かれるのであれば)、多くの事案はそれらによって処理されることとなるため、原因事実発生地が問題となる事例は少ないと考えられる上、(b)多様な事案が事務管理及び不当利得の規定によって処理されることにかんがみると、隔地的なものについてどの地の法律を連結点とすべきかは、事案ごとに異なると考えられ、例えば、事務管理について、現実に事務管理行為が行われた地の法律による等の解釈を排して、あえて管理の客体の所在地法によることや、不当利得について、損失発生地法や利得の原因行為地法による等の解釈を排して、あえて利得発生地法によることとして、立法的に決めを打ってしまうより、なお「原因事実発生地」という概念を維持し、その解釈にゆだねることの方が、事案に応じた柔軟な結果を導くことができ、妥当であると考えられる。審議会においても、複数の法域に関係する隔地的な事務管理及び不当利得における「原因事実発生地」を明確化することが議論されたが、一定の方向で意見を取りまとめることはできな

かった。そこで、提案においては、原因事実発生地という連結政策を維持することとしている。

なお、諸外国の法制においても、事務管理については、「原因事実発生地」と同様の概念を連結点として用いる立法例が多い（ドイツ民法施行法第39条第1項、イタリア国際私法第61条、オーストリア国際私法第47条、ポーランド国際私法第31条第1項、韓国国際私法第30条第1項等。ただし、ドイツ民法施行法第39条第2項及び韓国国際私法第30条第2項においては、他人の債務を弁済することによって生ずる請求権について、当該債務の準拠法によるとしている。）他方、不当利得については、「原因事実発生地」と同じ概念を連結点として用いる立法例もあるが（イタリア国際私法第61条）、利得発生地法を準拠法とする立法例も多い（ドイツ民法施行法第38条第3項、スイス国際私法第128条第2項、オーストリア国際私法第46条等。ただし、ドイツ民法施行法第38条第2項には、侵害不当利得については侵害の発生した地の法律によるとしており、オーストリア国際私法第46条第3文においては、他の者が支出すべきであった費用の求償請求について当該費用に係る法律関係の準拠法によるとしている。）

また、ローマ 委員会提案においては、事務管理については原則として事務管理時における本人の常居所地法によるが、人身保護の場合には事務管理時の（保護された）本人の所在する国の法律が、特定の有体財産の管理の場合には事務管理時の当該財産の所在する国の法律が、それぞれ準拠法となるとされている（第9条第4項）。他方、不当利得については利得発生地法によるとされている（第9条第3項）。

(2) 不法行為、事務管理又は不当利得の当事者の常居所地法が同一である場合（試案第7・2(1)(2)）

ア 不法行為の当事者の常居所地法が同一である場合

試案のA案は、不法行為によって生ずる債権の成立及び効力について、当事者の常居所地法が同一であるときはその法律による旨の規定を設けるとするものである。これは、不法行為の当事者双方の社会生活の基礎となる法律である同一常居所地法は、当事者双方に密接に関係する地の法律であり、その法律を適用することが当事者の利益にかなうとする考え方を基礎とするものである。学説上も、立法論としては、このような考え方が有力である。なお、カナダでのスキーツアーに参加した日本人同士の接触事故にかかる不法行為に基づく損害賠償請求権が問題となった千葉地判平成9年7月24日判時1639号86頁においては、接触事故自体がカナダのスキー場で発生したにもかかわらず、原因事実発生地法を日本法とする判断をしている。この裁判例については、現行法の解釈としては、学説上、批判もあるが、事案にかんがみると日本法を適用した結論は妥当であるとも考えられ、A案が提案する規定が設けられる場合には、同様の帰結を、当該規定によって導くことが可能となる。また、諸外国の法制においても、当事者の

同一常居所地法の適用を規定する立法例は多い（ドイツ民法施行法第40条第2項，イタリア国際私法第62条第2項，スイス国際私法第133条第1項，オランダ2001年法第3条第3項等。なお，ローマ 委員会提案第3条第2項においても，同様に規定されている。）。審議会においても，A案を支持する意見が多数であった。

常居所地法は基本的に自然人についてのみ用いられる概念であるため，不法行為の加害者又は被害者が法人その他の社団又は財団であるときにどのように考えるかが問題となるが，提案においては，不法行為に関係する事業所の所在地の法律によって常居所地法を代替することとしている。また，商人等の自然人がその事業に関して不法行為をした場合についても，平仄を合わせて，当該不法行為に関係する事業所の所在地の法律によって常居所地法を代替することとしている。なお，不法行為に関係する事業所が複数あり，それらが異なる法域に存在する場合についてどのように考えるべきかについて，現在の提案は，解釈にゆだねることを前提としている。この点に関しては，法律行為の客観連結（前記第6・6）における特徴的給付の理論の適用の場面では，法律行為と関係する事業所が複数ある場合には主たる事業所の所在地の法律によることとしており，それと平仄を合わせることも考えられる。しかし，法律行為の客観連結におけるこのような規定は，最密接関係地法を推定するものであり，推定規定である以上連結点は明確である方が望ましいと考えられる一方で（前記第6・6(3)イを参照），不法行為についてはそのような推定規定ではなく，連結点を確定させるものであるため，明確性のみの観点から連結点を確定することは必ずしも適当でなく，具体的妥当性にも配慮する必要がある。そのような観点からは，例えば，関係する複数の事業所のうちの不法行為に最も密接に関係する事業所の所在地を連結点とすることが妥当な場合もあり，規定上はそのような解釈の余地を残すべきであると考えられる。そこで，試案においては，この点については解釈にゆだねることとしている。

また，A案における「当事者」とは，不法行為の加害者及び被害者を指すことを前提とするものである。他の考え方として，例えば，被害者の損害賠償請求権を保険代位によって取得した保険会社と加害者との間に同一常居所地法がある場合等，不法行為によって生じた債権の債権者と債務者の間に同一常居所地法があれば，通常当該債権に係る訴訟がその地でされるであろうから，訴訟当事者の便宜を考慮して，そのような場合にも準拠法を当該同一常居所地法とすることも考えられる。しかし，そもそも，債権の代位取得者等は直接に不法行為と関係するわけでないため，準拠法決定に当たりその常居所地法を考慮することは妥当でなく，また，法的安定性の観点からは，準拠法は不法行為時に確定し，例外条項が適用される場合や当事者自治に基づき当事者が準拠法を選択した場合等を除き，原則としてその後の事情によって準拠法は変更されるべきでないと考えられ，そのような考え方によれば，不法行為発生時の当事者たる加害者と被害者に同一常

居所地法がない限り、この特則は適用すべきでないこととなる。そのため、不法行為によって生じた債権の債権者と債務者を「当事者」とする考え方は採らなかった。

A案については、「当事者の常居所地法が同一である」時点が問題となる。この点に関し、提案は、不法行為時に当事者の常居所が同一であることを想定している。確かに、訴訟当事者の便宜を考慮するならば、むしろ、裁判における訴えの提起時において当事者の常居所が同一であれば、その法律を適用することが望ましいようにも思われる。しかし、「当事者」の概念について前述したとおり、常居所地の変更により、不法行為によって生ずる債権の準拠法が変更されるとすれば、それは準拠法の安定性を阻害するし、理論的にも、準拠法は不法行為時に確定的に決定されており、当事者の意思による事後の変更や例外条項が適用される場合を除けば、変更されるべきでないと考えられるため、「当事者の常居所地法が同一である」時点は、不法行為時であることを前提としている。審議会においても、不法行為時とすることで意見が一致した。

B案は、A案のような規定を設けないとする提案であるが、同一常居所地法の適用という連結政策を必ずしも否定するものではない。すなわち、例外条項（後記(4)参照）が規定されれば、事案によっては、例外条項を適用することで同一常居所地法の適用を実現することが可能となることを前提とする（試案第7・2(1) B案（注）参照）。審議会においても、不法行為に関する準拠法の当事者自治が認められれば、同一常居所地法を適用する規定を設ける必要性はあまりないと考えられること、複数の被害者のうちの一人が加害者と常居所地法が同一である場合等、A案の適用が妥当でない場面も想定されるため、むしろ、B案を採り、例外条項で対応すべきであるとする意見も述べられた。英国1995年法においても、同一常居所地法の適用という連結政策は採用されず、例外条項（第12条）において、当事者の住所及び居所が考慮されることとなっている。

イ 事務管理又は不当利得の当事者の常居所地法が同一である場合

不法行為、事務管理及び不当利得は、いずれも法定債権を生ぜしめる法制度として類似する性質を有し、原因事実発生地を連結点とすることによる硬直性の緩和や、当事者利益への配慮の必要性は、いずれも同様に妥当すると考えられるから、当事者の常居所地法が同一である場合には当該常居所地法による不法行為に関する前記アの特則は、事務管理及び不当利得においても同様に適用されることが合理的であり、試案第7・2(2)は、事務管理及び不当利得の当事者の常居所地法が同一である場合には、不法行為と同様の規律とすることを提案している。もっとも、事務管理及び不当利得の制度は、不法行為と比較して公序とのかかわりの程度が希薄であり、当事者利益の観点がより重視されるべきであるから、不法行為について同一常居所地法の特則が採用されない場合でも、事務管理及び不当利得については同特則が採用されるべきであるとの見解もあり得る。しかし、

審議会においては、このように事務管理及び不当利得について不法行為と連結政策を異にすべきであるとする意見は出されず、これらを法定債権の問題として統一的に把握し、同様の連結政策を採ることで意見が取りまとめられた。

ただし、諸外国においては、不法行為に関する準拠法について当事者の同一常居所地法の適用を規定する国でも、事務管理及び不当利得に関する準拠法について同様の規律を設けるものはポーランド国際私法第31条第2項がある他は見当たらず、例えば、ドイツにおいては例外条項の中で同一常居所地法を考慮することが規定されるにすぎない(ドイツ民法施行法第41条)。もっとも、ローマ委員会提案第9条第2項においては、同一常居所地法の適用が規定されている。

ウ 適用関係

仮に、当事者の同一常居所地法の適用の規定が設けられ、かつ、後記(3)の当事者間の法律関係への附従連結を認める規定が設けられた場合には、附従連結の規定が優先して適用されることとなる点については、後記(3)ウ参照。

(3) 不法行為、事務管理又は不当利得が当事者間の法律関係に係る場合(試案第7・3(1)(2))

ア 不法行為が当事者間の法律関係に係る場合

A案は、当事者間に法律関係が存在する場合に、その法律関係と関係してされた不法行為については、当該法律関係の準拠法による旨の、いわゆる附従連結を規定するものである。

このような考え方の根拠としては、不法行為の問題が当事者間の法律関係に関する紛争の一部を構成するものである以上、不法行為の問題であるとはいえ、原因事実発生地法よりも当事者間の法律関係の準拠法を適用する方が、当事者の予見可能性を確保し、その合理的な期待にかなう結果を導くことができるということが挙げられる。また、当事者間の請求権について生じ得る適応問題を回避することができる点も挙げられる。例えば、当事者間に寄託契約が締結され、その後、受寄者が過失により寄託物を毀損した場合に、寄託者が受寄者にいかなる請求をすることができるかという法的問題について、現行法例によれば、契約法上の請求権については「法律行為」の問題とし、不法行為法上の請求権については「不法行為」の問題と性質決定することとなると考えられる。しかし、契約準拠法上は不法行為に基づく損害賠償請求権しか発生せず、不法行為準拠法上は契約に基づく損害賠償請求権しか発生しない場合に、準拠法をそのまま適用するだけでは、結局損害賠償請求が認められないという、いずれの法秩序も想定しない結果となるため、このような準拠法決定は妥当でないとの批判がある。そして、このような準拠法間の矛盾については、これを適応問題として解決することも考えられるが、そもそもこのような矛盾を回避することを目的として、解釈論としては、このような場合の請求に係る問題をすべて第7条の「法律行為」の問題と性質決定

することが主張され、立法論としてもそのような場合の不法行為法上の請求権については契約準拠法所属国の法律にゆだねるべきであることが主張されており、A案はこれらの見解を反映したものである。諸外国の法制においては、スイス国際私法第133条第3項やオランダ2001年法第5条、韓国国際私法第32条第3項等の同様の規定も存在するが、むしろ、後述するように、例外条項の中で同様の処理をすることを想定するものが多い。

A案について、「当事者間の法律関係に関係してされたとき」とは、不法行為がその法律関係上の義務に違反してされた場合（法律関係上の義務違反に基づく責任が発生し得る場合）を想定している。これは、前述のとおり、本提案が当事者間の法律関係上の義務違反に基づく責任と不法行為に基づく責任が同時に発生する場合に生じ得る適応問題を回避することを目的の一つとしていることによる。したがって、例えば、当事者間に親子関係があるとしても、それによって発生する権利義務とは無関係に親子間で不法行為がされたときは、A案の規定は適用されず、当該不法行為について、親子間の法律関係の準拠法によることにはならない。

また、契約交渉の不当な破棄が不法行為に当たる場合など、当事者間に契約関係が発生しない場合であっても、契約締結上の過失責任など、一種の契約的な責任と不法行為に基づく責任が同時に発生し得るときには、「当事者間の法律関係に関係してされたとき」に含まれると解することがA案の趣旨に沿うものと思われる。

なお、当事者間に法律関係はないが、何らかの共通の事実関係が存在する場合、当該事実関係が密接に関係する地の法律を当事者間に法律関係が存在する場合と同様に不法行為の準拠法とすることも考えられ（例えば、同一のパック旅行に参加している旅客間で、その旅行中に不法行為が発生した場合には、旅行の出発地の法律等が準拠法となる。）、審議会においても、A案の射程を法律関係に限らず、より広くすべきであるとの意見も出された。しかし、(a)いかなる場合に当事者間に共通の事実関係があるのかという点や当該事実関係が密接に関係する地はどこかという点を明確に確定することは困難であること、(b)例外条項（後記(4)参照）が採用されれば、その適用によって個別の事案においてこのような考え方を実現することも可能であること、(c)諸外国の立法例においても、そのような事実関係を含める趣旨でA案と類似の規定を置くものは見当たらないこと、等の理由により、審議会においては、そのような事実関係は含めないとするもので、意見がまとめられた。

B案は、A案で提示されているような明文規定を設けないとする提案である。ただし、B案を採用するとしても、A案の基礎にある考え方を必ずしも否定するものではなく、そのような考え方の採否については解釈にゆだねるとするものである。したがって、例えば、これまで解釈論上主張されてきたように、第7条の「法律行為」の概念を広く捉え、第7条の問題に性質決定する解釈も可能である。

また、例外条項（後記(4)参照）の適用において、当事者間の法律関係の準拠法によらしめることも可能である（試案第7・3(1)B案（注）参照）。諸外国においても、A案の基礎にある考え方を例外条項の適用において実現しようとする立法例は多い（英国1995年法第12条、ドイツ民法施行法第41条、ローマ委員会提案第3条第3項）。審議会においても、A案の考え方をすべての不法行為に適用するよりも、例外条項を活用し、個別の事案に応じて準拠法決定をする方が妥当であるとの意見も出された。

イ 事務管理又は不当利得が当事者間の法律関係に関係する場合

前記(2)イで述べたように、事務管理及び不当利得は、法定債権として不法行為とその性質を同じくし、連結政策も統一的に考えることが合理的であるため、試案第7・3(2)においては、当事者間の法律関係に関係する場合の事務管理及び不当利得についても、不法行為と同様の規律とすることとしている。不法行為の場合と同様、当事者間の法律関係の準拠法を適用することによって、当事者の法的な予見可能性を確保し、その合理的な期待に沿う結果を導くことができると考えられる。また、例えば、事務管理については、当事者間に委任契約があったが、その委任の範囲を超えて受任者が行為を行った場合や、不当利得については、当事者間の契約に基づく給付が当該契約が合意解除されたことによって不当利得となる場合等に、それぞれ、契約準拠法と事務管理又は不当利得の準拠法との矛盾・抵触の発生を回避するため、不法行為と同様に、当事者間の法律関係の準拠法によることが適切であると考えられる。審議会においても、この点に関し、不法行為と同様の規律とする提案について異論は出されなかった。

諸外国においても、事務管理については韓国国際私法第30条第1項（事務管理が当事者間の法律関係に基づいて行われた場合）等、不当利得についてはドイツ民法施行法第38条第1項、スイス国際私法第128条第1項、オーストリア国際私法第46条第1文、韓国国際私法第31条ただし書等、附従連結の規定又はそれに類する規定を持つ立法例がある。なお、ローマ委員会提案第9条第1項においても、事務管理や不当利得等、不法行為以外によって生ずる契約外債権の準拠法に関する附従連結について、同様に規律されている。

不法行為についてA案が採られ、事務管理についても当事者間の法律関係への附従連結が明文で規定されることとなった場合、「事務管理が当事者間の法律関係に関係してされたとき」とはいかなるときかが問題となるが、基本的に、前記の例のように、事務管理が当事者間の法律関係に基づく権限の範囲を超えてされた場合を想定している。すなわち、典型的には、管理者が本人の事務についての一定の権限を有しているが、その権限を越えて事務の管理を行った場合、管理者が本人の事務についての権限を有していたが、権限が消滅した後に事務の管理を行った場合、当事者間に無効な委任契約等があり、管理者が、契約が有効であることを前提として事務の管理を行った場合等である。

また、不当利得についても、「不当利得が当事者間の法律関係に関係してされたとき」とはいかなるときかが問題となるが、基本的に、前記の例のように、不当利得が当事者間の法律関係に基づく義務違反又は義務を越えた履行によって生じた場合を想定している。すなわち、典型的には、当事者間の契約に基づく給付が、契約が無効となり又は解除されることにより不当利得となる場合、当事者間の法律関係に基づく義務を越えて損失者が給付をすることによって不当利得が生じた場合、当事者間の法律関係に基づく義務に利得者が違反することで不当利得が生じた場合等である。

ウ 適用関係

当事者間の法律関係の準拠法への附従連結と他の連結政策との関係について、前記(1)の原則的連結政策、後記(4)の例外条項及び後記(5)の当事者自治との関係については、それらの規定の趣旨及び性質から、当然に決定されることとなり、問題は少ない(原則的連結政策には優先し、当事者自治及び例外条項には劣後する。)。しかし、前記(2)の当事者の同一常居所地法の適用との関係については、いずれを優先させるか検討する必要がある。この点について、同一常居所地法が、双方の当事者が一般的に属する社会関係の法であるとすれば、当事者間の法律関係の準拠法は、双方の当事者が個別的に形成した社会関係(法律関係)の法であり、一般的な社会関係よりも特別の社会関係の方が当事者の帰属意識が高く、当事者は特別の社会関係とより緊密な帰属関係に立つと考えられるため、法律関係の準拠法の方が当事者にとってより密接に関係する法律であると考えられる。また、附従連結を優先させることで適応問題の発生も回避することができる。これらの点にかんがみ、審議会においても、このような適用関係とすることで、意見が取りまとめられ、試案においては、当事者間の法律関係の準拠法への附従連結を当事者の同一常居所地法の適用に優先させることとしている。

(4) 例外条項(試案第7・4(1)(2))

ア 例外条項の採用

試案においては、前記(1)、(2)又は(3)において検討した連結点によって決定される準拠法が属する法域よりも明らかに他により密接な関係を有する法域がある場合には、その法域の法律によるとする例外条項を設けることを提案している。諸外国においても、不法行為、事務管理及び不当利得の準拠法決定に係る例外条項を設ける立法例がある(ドイツ民法施行法第41条第1項、ローマ委員会提案第3条第3項及び第9条第5項。また、英国1995年法第12条においては、不法行為の準拠法に関する例外条項が規定されている。さらに、スイス国際私法第15条、韓国国際私法第8条第1項においては、当事者自治を除く国際私法の準拠法決定全体に係る一般的な例外条項が規定されている。)

仮に、試案第7・2及び3においてB案が採用された場合には、準拠法決定の

柔軟性を確保するために例外条項が必要となるが、連結点の画一性を緩和するA案が採用された場合であっても、例外条項による連結政策の柔軟性の確保が不要となるわけではないと考えられる。例えば、不法行為について、同一の行為から常居所を異にする複数の被害者が発生した場合に、被害者ごとに準拠法が区々となることを防止し、単一の準拠法によって不法行為に関する紛争を統一的に解決することが妥当な場合もあり得ると思われる。具体的には、甲国に常居所を有する日本人であるAが、日本に帰国中に、同じく甲国に常居所を有するBの運転する車により交通事故に遭った場合、不法行為の準拠法は、同一常居所地法の特則によってA B間においては甲国法となるが、日本に常居所を有するAの近親者Cが結果発生地法である日本法によって固有の損害賠償請求権を取得することも想定される。また、Aが死亡した場合には、Cは固有の損害賠償請求に加え、Aの損害賠償請求権を相続して行使することもあり得るであろう。このようなケースにおいては、これらの請求権を一律に処理できるよう、A B間における損害賠償の問題もB C間のそれと統一的に日本法によることが妥当な場合もあろう。また、個別的不法行為に関する準拠法についての特則規定（後記5参照）を設けない場合は、具体的な事案との関係で例外条項の適用によって妥当な連結政策を実現することが必要となることもあると考えられる。

審議会においても、例えば、附従連結に関して、当事者間の「法律関係」に限定して「事実関係」を含まないとするのであれば、そのような事実関係をもカバーし得る例外条項があった方がよいとする意見や、例外条項の発動を「明らかに」より密接に関係する法域があるときに限定して、適用場面が過度に拡大しないよう配慮されるならば、実務的には例外条項は有用である等の意見が出され、例外条項を設けることで意見が取りまとめられた。

イ 適用に当たっての考慮要素

提案は、例外条項の適用に当たって考慮できる諸要素を特に限定しないことを前提とするものである。この点につき、事務管理、不当利得又は不法行為が発生した時点で、それらによって生ずる債権の準拠法を確定すべきとする考え方を採るならば、それらが発生した後の事情等については、例外条項の適用に当たっても考慮してはならないとする考え方もあり得るところである。しかし、そのように考慮要素を制限することは、事案に応じて具体的妥当性の確保された準拠法の適用を可能にするという例外条項の機能を阻害することにもなりかねないため、そのような考え方は採らなかった。

ウ 適用関係

例外条項を前述のように準拠法決定の柔軟性を確保するものと位置付けているため、例外条項は、前記(1)の原則的連結政策、(2)の当事者の同一常居所地法の適用、(3)の当事者間の法律関係の準拠法への附従連結には、当然に優先させるべき

であると考えられる。他方、後記(5)の当事者自治については、当事者の利益及び予見可能性を尊重するための規定であることにかんがみ、当事者自治が例外条項に優先することとしている。諸外国の立法例においても同様の適用関係とされており、審議会においても、同様の整理をすることについて、異論はなかった。

(5) 当事者自治（試案第7・5(1)(2)）

ア 不法行為に関する当事者自治

不法行為について、従来は、正義、公平の原則に基づいて、社会秩序を維持するという公益的側面が強調されてきたため、その準拠法について当事者自治を認めることについては否定的な見解が有力であった。しかし、前述のとおり、近時は不法行為についても、そのような公益的側面よりも被害者の損害の填補、当事者間の利益調整といった側面が強調されるようになってきていることや、不法行為によって生ずる債権も通常は金銭債権であり、他の債権と同様に、実質法上当事者による任意処分が認められていることを理由として、抵触法上も当事者自治を認めるべきとする立法論が有力に主張されている。また、当事者自治を認める諸外国の立法例（ドイツ民法施行法第42条、スイス国際私法第132条、オーストリア国際私法第35条、オランダ2001年法第6条第1項及び第2項、韓国国際私法第33条、ローマ委員会提案第10条等。ただし、スイス及び韓国は、法廷地法の選択のみを認める。）もある。そこで、試案においては、不法行為によって生ずる債権の成立及び効力について、当事者自治を認めることを提案している。審議会においても、当事者自治を認める意見が多数であった。

当事者自治を認める場合、まず、準拠法を選択することができる「当事者」は誰であるかが問題となるが、本提案においては、加害者及び被害者のみを想定しており、例えば、被害者の有する損害賠償請求権を保険代位によって取得した保険会社は当事者に当たらないと整理している（前記(2)ア参照）。

また、当事者が選択することができる法律を法廷地法たる日本法に限定することも考えられるが、実務上、特定の類型の不法行為に関する準拠法については不法行為に関係する当事者間の慣行等との関係から英国法等の日本法以外の法律によって規律することが望ましいとの意見もあり、また、法廷地法の選択のみを認める当事者自治は外国法と比較して日本法を優先させることを意味し、内外法を平等に扱う国際私法の基本的性質に反するとも考えられるため、提案においては、当事者が選択することができる準拠法について制限を設けないこととしている。審議会においても、日本法に限定せず、その点を含めて当事者にゆだねるべきであるとする考え方を支持する意見が多数であった。

当事者が準拠法を選択することができる時点について、不法行為の発生前の選択を許容するか否かが問題となるが、この点について、提案においては、不法行為が発生した後にのみ準拠法を選択することができることとしている。不法行為に関する準拠法について当事者自治を認めている諸外国の立法例においても、不

法行為発生後の準拠法の選択のみを認めるものが多い（ドイツ民法施行法第42条，スイス国際私法第132条，韓国国際私法第33条，ローマ 委員会提案第10条等）。これは，不法行為が発生する以前から当事者による法選択を認めると，社会的に対等でない当事者間で法選択がされる場合等，弱者保護の点で問題が生じ得ると考えられているためである。この点につき，当事者間の法律関係への附従連結（前記(3)参照）を認めるのであれば，実質的に事前の法選択を認めることと同様の効果を生じさせることができるため，事前の法選択を否定する理由は乏しいとする考え方もあり得る。しかし，附従連結によって適用される契約準拠法は，当事者が契約に関する様々な要素を総合的に考慮することによって選択すると考えられる一方，不法行為について事前の法選択を認めると，附従連結を避けて，あえて一方当事者に有利な準拠法を合意する可能性もあり，独立の当事者自治を不法行為の発生前に認めることはやはり適当でないと考えられる。逆に，当事者間の法律関係の準拠法と異なる法律を準拠法とすることが想定されないのであれば，附従連結のみを認めれば足り，不法行為発生前の準拠法選択を認める実益はないということもできる。

当事者自治を認める場合，準拠法選択の意思の瑕疵に関する問題や準拠法選択が明示的又は一義的に明らかにされなければならないか等の準拠法選択の有効性及び準拠法の事後的変更の可否等についての規律が問題となるが，試案は，法律行為における準拠法選択の有効性，準拠法の事後的変更等に関する規律と同様とすることを提案している。この点は，諸外国（ドイツ・スイス）の学説上も，同様に考えられているようである。なお，法律行為における準拠法選択の有効性や準拠法の事後的変更等についてB案が採用され，規定を設けないこととなった場合には，試案のイによって，不法行為の準拠法選択の有効性や準拠法の事後的変更等についても規定は設けないこととなるが，そのことは，不法行為に関する当事者による準拠法選択を可能とするアの提案に影響を与えない。すなわち，試案のアの提案は，準拠法選択の有効性や準拠法の事後的変更等について規定が設けられるか否かにかかわらず，当事者自治を認めること自体については，規定を設ける趣旨である（試案第7・5(1)(注2)参照）。

イ 事務管理又は不当利得に関する当事者自治

事務管理又は不当利得の問題については，不法行為以上に，公益的観点よりも当事者間の利益調整という観点が重視されるべきであるし，それによって生ずる債権も，通常は当事者による任意処分が認められるものであり，不法行為について当事者自治を認める場合には，同様に当事者自治を認めるべきと考えられる。諸外国の立法例等においては，不法行為に関する準拠法の当事者自治が認められる場合には，事務管理及び不当利得に関する準拠法の当事者自治も認められている（ドイツ民法施行法第42条，スイス国際私法第128条第2項（ただし，スイスは不当利得のみであり，事務管理については，そもそも規定が存在しない。））。

オーストリア国際私法第35条、韓国国際私法第33条、ローマ 委員会提案第10条等)。審議会においても、当事者自治を認めることについて異論は出されなかった。そこで、試案においては、不法行為と平仄を合わせ、当事者自治を認める提案をしている(不法行為、事務管理及び不当利得の連結政策を統一的に考える必要性について、前記(2)イを参照。)

ウ 適用関係

法定債権の準拠法に関する当事者自治を認める場合、当事者の利益及び予見可能性の点にかんがみれば、当然に、前記(1)の原則的連結政策、(2)の当事者の同一常居所地法の適用、(3)の当事者間の法律関係への附従連結及び(4)の例外条項に優先する連結政策と位置づけるべきであると考えられる。

4 不法行為に関する特別留保条項(試案第7・6)

(1) 特別留保条項の採否

法例修正案理由書によれば、第11条第2項及び第3項は、不法行為についての規範が公の秩序に関するものであることを理由に設けられたものであるとされる。しかし、学説上、これらの規定については、過度に内国法を優先する規定であることや、不法行為の成立が限定され、被害者保護に欠ける結果となり得ることを理由に、批判が強い。また、前述したような、不法行為の準拠法決定において不法行為の公序法的側面ではなく、被害者の損害の填補及び当事者間の利益の調整という側面を重視する近時の傾向にかんがみれば、特別留保条項はその存在理由を失っているとも考えられる。諸外国においても、現在、不法行為について、一般的に法廷地法を累積適用する立法例はあまり見当たらない(このような立法例としては、ハンガリー・国際私法第34条第1項及び第2項がある。また、英国においても、名誉毀損の問題については、表現の自由の確保との関係から、法廷地法の累積適用が維持されている。)

他方、第11条第2項及び第3項が適用される裁判例もかなりあり、それによって具体的妥当性を確保することができたと考えられるものもある(例えば最判平成14年9月26日民集56巻7号1551頁等)。また、審議会においても、第11条第2項及び第3項は実務的にも重要な規定であり、維持することが望ましいとの強い意見も多数出された。

そこで、試案においては、特別留保条項を維持するA案と、削除するB案とを、両案併記で提案しており、意見照会の結果を踏まえてなお検討することとしている。

(2) 損害賠償の方法及び範囲

損害賠償の方法及び範囲について日本法を累積適用する第11条第3項については、例えば、懲罰的損害賠償を規定する外国法等、日本法と大きく異なる外国法上の損害賠償の方法及び範囲を、定型的に日本法上のものに限定することができる

ため、その意義を評価することができるとの見解もあり、審議会においても、不法行為の成立について日本法を累積適用することを定める第11条第2項を削除する場合であっても、第3項は維持することも考えられるとの意見が出された。また、諸外国においても、現在、第3項と類似の規定を有する国は見られる（例えば、ドイツ・民法施行法第40条第3項、韓国国際私法第32条第4項。）

そこで、不法行為の成立についての日本法の累積適用のみを削除し、損害賠償の方法及び範囲については累積適用を認めるB1案と、特別留保条項をすべて削除することとするB2案の双方を提案として掲げている。ただし、第11条第3項は、日本の法律に照らして不法とされる行為について適用する旨が規定されているため、B1案を採る場合には、そのような適用要件を外し、生じた同種の結果について認められる損害賠償等の方法及び範囲に限定する旨を規定することになると考えられる。

なお、諸外国においては、特定の不法行為との関係でのみ、損害賠償の範囲について特別留保条項を維持する国も見られる（スイス国際私法第135条第2項（生産物責任）及び第137条第2項（競争制限）、ルーマニア国際私法第116条（製造物責任）及び第119条（不正競争、競争制限）等）。しかし、審議会においては、外国法上の損害賠償の範囲が日本法と大きく異なる場合は、特定の不法行為との関係においてのみ発生するわけではなく、一般的にあり得るため、このような考え方は合理的でないとの意見が出され、このような考え方は採らないこととされた。

5 個別的不法行為（試案第7・7）

(1) 生産物責任に関する準拠法（試案第7・7(1)）

ア 問題の所在及び諸外国の法制

生産物責任に関する準拠法（生産物の欠陥により人の生命、身体又は財産を侵害する不法行為によって生ずる債権の成立及び効力の準拠法。なお、「製造物」ではなく、「生産物」の概念を用いることについては、後記イ参照。）については、我が国の学説上、第11条第1項を適用することは妥当でなく、条理によって被害者の常居所地法や市場地法を準拠法とすべきとの見解がある。

諸外国においても、この点についての特則規定を設ける立法例や（スイス国際私法第135条、イタリア国際私法第63条等）、「1973年生産物責任の準拠法に関するヘーグ条約」（"Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Products Liability," 以下、「1973年ヘーグ条約」という。締約国は、クロアチア、フィンランド、マケドニア、フランス、ルクセンブルク、オランダ、ノルウェー、セルビア・モンテネグロ、スロベニア、スペインの10か国である（平成17年3月現在））がある。また、ローマ委員会提案第4条においても、製造物責任について、特則を設ける提案がされている。

そこで、審議会においては、この点に関する特則規定を設けるか否かについて、検討が行われた。

イ 試案の説明及び審議会における議論

試案のA案は、瑕疵ある生産物を生産して商品流通に置いたことに起因する生産物責任の特色から、生産物責任について市場地法を準拠法とするものである。これは、基本的に、生産業者等の適法な行為の基準となる規範と、瑕疵ある商品を生産・流通させた行為を不法と評価する規範は、表裏一体の関係にあると考えられるところ、現在の社会において、生産業者等は、生産物の安全基準について、それが流通する市場における基準に従うと考えられ、適法な行為の基準となる規範が市場地法を基礎とする以上、生産業者等の行為を不法と評価する規範も市場地法によるべきであるという考え方を採用したものである。また、市場は生産業者等と被害者（製品取得者）の接点であり、市場地法は両者にとって中立的かつ密接に関係する地の法律であるということが出来るため、生産業者等と被害者とのバランスに配慮したものとみえる。

そこで、生産物が最終消費者に取得された地を市場地と考え、原則として、その地の法律によることとしている。しかし、例えば、A国においてのみ流通している商品をA国で購入した者が、B国を旅行中に、B国の最終消費者にそれを転売し、その地で損害が発生したとき等、通常当該生産物が売買される市場地とは異なる地で商品が取得された場合（特に、それぞれの国で商品の安全基準等が異なるため、生産業者等があえて当該商品を流通させていなかった国で商品が取得されたような場合）に、取得された地の法を適用することは生産業者等の準拠法に関する予見可能性を阻害することになる。そこで、その地における同種の商品の取得を生産業者等が予見することができず、予見できなかったことについて過失がない場合には、生産業者等の事業所の所在地の法律（生産業者等が複数の事業所を有するときは、主たる事業所の所在地の法律）によることとしている。なお、ここでの予見可能性・過失の有無は、事項の性質上、より規範的に捉えるべきであり（前記3(1)イ参照）、商品を流通させた以上は、世界中のあらゆる場所において転売される事実上の可能性があるため、生産物がどこで取得されても予見可能であるといった解釈は適切でないとの指摘があった。そこで、ここでは、生産物を流通させた生産業者等には、生産物が流通又は取得される可能性のある一定範囲の場所を予見すべきであるという抵触法上の注意義務があることを前提として、当該注意義務違反がない場合（すなわち、予見すべき場所以外において生産物が取得された場合）に、過失がないと整理することとしている。しかし、生産業者等が予見すべき生産物が流通又は取得され得る場所的範囲がいかなるものであるかについては、具体的な事案ごとに生産物の性質等を踏まえて個別的に判断せざるを得ないものと考えられる。

ローマ 委員会提案第4条においては、原則的な連結点は被害者の常居所地法であるが、被害者の常居所地において製造物が流通することについて加害者が同意していなかったことを加害者が証明した場合には、加害者の常居所地法（営業

所の所在地の法律)による旨規定されており、A案に類似するものであると解されるが、予見可能性や過失の有無といった概念を用いず、端的に、加害者が同意した市場地である場合にのみ被害者の常居所地法を準拠法とする点で、A案よりも更に加害者の予見可能性に配慮した規定と考えられる。

なお、生産物責任に関する特則を設ける場合には、実質法上、生産物責任に関する特別法が設けられている趣旨と同様に、被害者保護の考え方を基礎とすることも考えられ、そのような趣旨に基づき特則規定を設けたと思われる諸外国の立法例もある。例えば、スイス国際私法第135条第1項においては、不法行為の準拠法決定に関する一般原則では認められていない被害者による準拠法の選択権が認められている(加害者の営業所所在地国の法律(営業所がない場合は常居所地国法)又は製造物が取得された国の法(ただし、その製造物が加害者の同意なくその国において流通に置かれたことを、加害者が証明したときは、この国の法律を選択することはできない。)のいずれを準拠法とするかを、被害者が選択することができる。)。しかし、被害者に準拠法の選択権を認めることは、生産物責任の準拠法に関する生産業者等の予見可能性を害するし、また、前述したように(前記3(1)ア参照)、被害者に選択権を認めることが必ずしも実質的な被害者保護につながるわけではない。審議会においても、このような被害者保護の考え方を基礎とする提案を支持する意見は述べられなかった。また、その他の考え方として、1973年ヘーグ条約において採用されているような「重点的連結」と呼ばれる方法(被害者の常居所地、生産者の主たる営業所所在地、生産物の取得地等の複数の連結点となる可能性のある地の法律を掲げ、事案におけるそれらの重複によって準拠法を採求する(複数の連結点を示す準拠法が同一である場合にその法律を準拠法とする)考え方)も挙げることができるが、準拠法決定方法が非常に複雑であり、これを支持する意見は出されなかった。

A案における「生産物」とは、我が国の製造物責任法(平成6年法律第85号)にいう「製造物」よりも広い概念であり、製造又は加工された動産のみならず、未加工の農水産物や不動産(建物等)も含む趣旨である(1973年ヘーグ条約第2条a号参照)。また、A案の提案の趣旨にかんがみれば、生産物の流通に関与したすべての者の責任について、特則規定の対象とすべきであると考えられるため、「生産業者」とは、製造物責任法にいう「製造業者」よりも広く、生産物を業として生産し、加工し、流通させ、又は販売した者とし、「生産業者等」とは、生産業者及び生産業者として氏名、商号、商標その他の表示をした者としている。

A案の規定の適用範囲に関し、生産物を取得した者以外の者(いわゆる「バイ・スタンダー」)が生産物の瑕疵により被った損害の責任についても、特則規定を適用すべきかが問題となる。バイ・スタンダーとしては、偶然生産物の近くにいたために損害を被った者や生産物の購入者の家族等、様々なケースが考えられるが、バイ・スタンダーが生産物の市場における流通と無関係であることから特則規定の対象としないとすることも考えられる一方で、例えば、生産物の瑕疵によって

それを取得した者とともにその家族が損害を被った場合に、取得者の損害についての責任と家族の損害についての責任の準拠法が異なることは妥当でないとも考えられる。この点については諸外国でも解釈が分かれ、我が国の学説においても一致した見解は見られない。そこで、審議会においても、A案を採る場合であっても、この点については解釈にゆだねることとされた。

A案は、不法行為に関する準拠法決定の一般原則のうち、試案第7・1(1)に提案されている規律に代替するものである。製造物責任の問題であっても、市場地における公序法としての性質を重視すべきではなく、基本的に、被害者の損害填補、当事者間の利益調整といった観点から準拠法が決定されるべきであり、附従連結、同一常居所地法の適用、例外条項、当事者自治の特則のいずれも、A案の規定に優先して適用されるべきであると考えられる。審議会においても、このような整理に異論は出されなかった。

B案は、A案で提示されているような特則規定を設けないとする提案である。A案のように生産業者等の主観によって準拠法が定まる提案については、準拠法の明確性や被害者の準拠法についての予見可能性の点で問題があるとも考えられ、審議会においても、不法行為に関する準拠法決定の一般原則によることで十分であるとする意見も述べられた。なお、B案を採用するとしても、必ずしもA案の基礎にある考え方を否定するものではなく、そのような考え方の採否については、解釈にゆだねるとするものであり、これまで学説上主張されてきた、条理によって準拠法を決定すべきであるとの解釈を否定するものではない。また、例外条項（前記3(4)参照）の適用において、A案の基礎にある考え方にに基づき、具体的な事案において市場地法を準拠法とすることも考えられる（試案第7・7(1)B案（注）参照）。

(2) 名誉又は信用の毀損に関する準拠法（試案第7・7(2)）

ア 問題の所在及び諸外国の法制

名誉又は信用の毀損に基づく不法行為については、そもそも、被侵害法益が物理的所在を有するものでないため、結果発生地を一義的に明らかに決定することができないという問題がある。また、名誉又は信用の毀損は、情報の伝播によって起こるものであり、インターネット等の情報手段が発達した現代においては、容易に世界中に名誉又は信用の毀損を惹起する情報を拡散させることができ、そのような場合の結果発生地の決定も必ずしも容易でない。そのため、審議会においては、この点につき、特則規定を設けて準拠法を明確化することが検討された。

現行法例第11条の解釈論として、従来、名誉又は信用を毀損する不法行為に関しては、名誉又は信用を毀損する情報が伝播したすべての地点において侵害結果が発生していると考え、各法域ごとに異なる不法行為が発生し、それぞれについて準拠法決定をすべきであるとする考え方（いわゆる「モザイク理論」）が主張されていた。しかし、このような見解については、事実としては単一の不法行為

であるにもかかわらず、準拠法が区々となる等、当事者間の紛争解決を複雑にするとの批判がある。そこで、特則規定を設ける場合には、当事者間のすべての紛争を単一の準拠法によって解決できる規定を設けるべきであると考えられる。

しかし、諸外国において、名誉毀損等に関する準拠法の特則を設ける国はそれほど多くない。特則を設ける例としては、被害者の常居所地国法、侵害結果が発生した国の法律、加害者の常居所地国法又は営業所所在地国法の中から被害者に選択を認めるスイス国際私法第139条（ただし、前二者については、その国における結果の発生を予見すべきであった場合に限る。）がある。ただし、名誉毀損の問題が表現の自由と関係し得るため、名誉毀損等の準拠法自体について特則を設けていない国においても、法廷地法が累積適用されている国もある（英国1995年法第13条において、名誉毀損については1995年法の適用除外とされるため、なお法廷地法の累積適用（ダブルアクションビリティ）を内容とするコモン・ロー上の原則が妥当する。また、ローマ 委員会提案第6条にも同様の規定がある。）。

イ 試案の説明及び審議会における議論

試案のA案は、名誉又は信用の毀損に基づく不法行為に関し、被害者の常居所地法を準拠法とするものである。被害者の常居所地法の適用は、被害者保護に資するのみならず、加害者側の準拠法に対する予見可能性にも一定程度配慮するものであり、また、複数の法域で名誉又は信用の毀損が発生したとしても、通常は、被害者の常居所のある国において最も重大な社会的損害が発生していると考えられるため、合理的であると考えられる。

なお、常居所は自然人について用いられる概念であるため、被害者が法人その他の社団又は財団である場合について別途検討する必要があるが、当事者間の紛争を同一の準拠法で解決すべきであるとすれば、その事業所の所在地の法律（被害者が複数の事業所を有するときは、主たる事業所の所在地の法律）を準拠法とすることが適当であると考えられる。

A案は、不法行為に関する準拠法決定の一般原則のうち、試案第7・1(1)に提案されている規律に代替するものである。これは、名誉又は信用の毀損に関する不法行為も、基本的に、被害者の損害填補、当事者間の利益調整といった観点から準拠法が決定されるべきであると考えられるため、附従連結、同一常居所地法の適用、例外条項、当事者自治のいずれも、A案の規定に優先して適用されるべきであると考えられるためである。

B案は、A案で提示されているような特則規定を設けないとする提案である。B案を採用するとしても、必ずしもA案の基礎にある考え方を否定するものではなく、そのような考え方の採否については解釈にゆだねるものである。したがって、「侵害の結果が発生した地」を被害者の常居所地であるとする解釈を否定するものではないし、また、例外条項（前記3(4)参照）の適用によって、具体的な事

案において被害者の常居所地法を準拠法とすることも考えられる（試案第7・7(2)B案（注）参照）。また、不法行為に関する準拠法決定の一般原則において、附従連結、同一常居所地法の適用、例外条項、当事者自治が認められることとなれば、結果発生地法が適用される場面が限定されるため、特則規定を設けなくとも、具体的に妥当な準拠法決定が可能であるとも考えられる。

審議会においては、モザイク理論は煩瑣にすぎるとして、被害者の常居所地法を適用するA案を支持する意見が多数であったが、被害者の常居所地よりも現実に名誉や信用が毀損された地の法によることが適当である場合が考えられるとして、一律に被害者の常居所地法によらしめることに対する懸念も示された。また、モザイク理論は実際上煩瑣であるとしても理論的には妥当なものであるとして、A案に反対する意見も述べられた。

6 その他の事項について

(1) 不法行為、事務管理又は不当利得が国家領域外でされた場合の準拠法

原因事実発生地を連結点とする第11条第1項については、それが公海上などのいずれの国家にも属さない地点である場合には、事務管理、不当利得及び不法行為によって生ずる債権の準拠法を決定することができないという問題があり、学説上、この点について様々な議論がされてきた。そこで、審議会においても、この点について規定を設けるべきか否かが検討された。

しかし、そもそも、国家の領域外でされた不法行為、事務管理又は不当利得の準拠法が問題となるのは、船舶衝突等、海事国際私法といわれる分野に属するものがほとんどであるため、一般則として、このような場合の準拠法についての規定を設ける意義は乏しいと考えられるし、また、不法行為等に関する準拠法決定の一般原則において例外条項等が認められることとなれば、準拠法が確定しない事案は、実際上、少ないと思われる。そこで、この点について何らかの規定を設ける提案は掲げていない。

また、関連して、不法行為、事務管理又は不当利得が排他的経済水域においてされた場合に、国家領域外でされたものとするべきか、沿岸国でされたものとみなすべきかについても議論がされたが、この点についても解釈にゆだねるのが適当であるとして、規定は設けないこととされた。

なお、公海上の船舶衝突の準拠法等、海事国際私法に特有の問題については、後記第17を参照。

(2) 提案に掲げていない個別的不法行為の特則

審議会においては、個別的不法行為の特則規定として、生産物責任に関する準拠法及び名誉又は信用の毀損に関する準拠法以外に、不正競争又は競争制限に基づく不法行為の準拠法や、知的財産権の侵害に関する不法行為の準拠法についても、検討が行われた。

ア 不正競争又は競争制限に関する準拠法

不正競争又は競争制限に基づく不法行為は、それによって競争が阻害又は制限される市場秩序との関係が密接であり、公序法的色彩が強い点にかんがみ、当事者利益を考慮した連結政策である附従連結や当事者自治といった準拠法決定の一般原則の適用を排除し、行為によって公正な競争が阻害又は制限された市場の所在する地の法律を準拠法とする旨の特則規定を設けることも考えられる。

しかし、審議会においては、競争制限に関する法律は、公法的性質を有するものであり、我が国の裁判所においてその種の外国法の適用が想定されず、国際私法中に外国法の適用を前提とする規定を設けることは問題であり、諸外国においてもそのような立法例はないとの指摘や、不正競争に関する不法行為については、様々な種類の法益が被侵害法益となると考えられ、それらについて一律に「市場の所在する地」を連結点とすることは妥当でないとの指摘がされた。したがって、この点については特段の規定を設けず、解釈にゆだねることとされた。

イ 知的財産権の侵害に関する準拠法

国境を越えた知的財産権の侵害をめぐる問題に関する議論が活発になっていることにかんがみ、審議会では、知的財産権の侵害に関する特則規定を設けることも検討された。

知的財産権の侵害について、諸外国においては、「保護国法」を準拠法とすると考えられている（この点に関する立法例としては、スイス国際私法第110条第1項及び第2項がある。なお、ローマ委員会提案第8条においても、「保護国法」が準拠法とされている。また、その他にも、例えば、著作権に関するベルヌ条約第5条第2号において、抵触法上、保護国法を準拠法とすべきことが規定されていると解する見解がある。）。しかし、我が国の学説上、諸外国において用いられる「保護国」がいかなる国を指すかについては争いがあり、「保護国法」という概念は非常に多義的なものとなっているため、その内容を明確化しない限り、規定を設けることは困難であると考えられる。そこで、審議会においては、保護国法を、知的財産権を侵害する行為が行われた地（行動地）の法律とし、それを準拠法とする旨の特則規定を設けることについて検討された。このような特則規定を設けることによって、現実の行動が行われた地の法律によって保護されている知的財産権のみが侵害の対象となることになるが、このことは、ある国の知的財産権の効力はその国の領域内に限られる、言い換えれば、ある国の領域外の行為によってその国の知的財産権が侵害されることはないという、国際的に承認された属地主義の原則とも平仄が合うものである。なお、このような特則規定が設けられた場合、国際的な特許権の侵害に関する最判平成14年9月26日民集56巻7号1551頁と同様の事案が起こった場合には、被告が行動した地の法律である日本法が特許権の侵害に基づく不法行為の準拠法となると思われる。

このような提案については、実務的に承認された属地主義を明確化する規定であり望ましいとする意見が述べられた一方、知的財産権の侵害に関し「保護国法」を行動地の法律と確定することは疑問であるとする意見や、この点に関する規定を設けることは時期尚早であるとの意見も出されたため、審議会においては、この点についての特段の規定を設けず、なお解釈にゆだねることとされた。

第12 債権譲渡等に関する準拠法（第12条）（試案第8）

1 債権譲渡

法例第12条は「債権譲渡ノ第三者ニ対スル効力ハ債務者ノ住所地法ニ依ル」と規定し、債権譲渡の債務者その他の第三者（現行法例第12条の「第三者」には債務者が含まれると一般的に解されているが、試案及び本補足説明においては、説明の便宜上、特に断りのない限り、「第三者」に債務者を含まないものとする。試案第8・3（注1）参照。）に対する効力は、債務者の住所地法によることとする。しかし、債権譲渡の債務者及び第三者に対する効力を債務者の住所地法によらしめることについては、立法論的批判が強く、また、債権譲渡の成立及び譲渡人と譲受人間の効力の準拠法については、学説上争いがある。

(1) 債権譲渡の成立及び当事者間の効力（試案第8・1）

ア 問題の所在及び試案の説明

債権譲渡の成立及び譲渡人と譲受人との間の効力の準拠法については、学説上争いがある。通説的見解は、原因行為（売買・贈与等）とは理論的に区別されるものとして、債権の帰属の変更を目的とする処分的行為（準物権行為）である債権譲渡行為を観念し、これを譲渡対象債権準拠法によらしめるべきであるとする。かかる通説的見解に対し、有力説は、債権譲渡行為を原因行為と区別して独立に観念せず、債権譲渡は債権的法律行為であるから、その準拠法は法例第7条により定まるとする。試案のA案は、前者の通説的立場に立って明文の規定を設けるものであり、B案は、準物権行為としての債権譲渡に関する特段の規定を設けず、A案のような考え方の当否を含めて解釈にゆだねるものである。A案を採用する場合、準物権行為の要否・効力、原因行為の無効によって準物権行為が影響を受けるか否か（有因・無因）等の問題が、譲渡対象債権準拠法によって判断されることになると思われる。

A案のように、抵触法上債権譲渡行為を原因行為から区別して観念する見解の根拠としては、以下のものが挙げられる。

- (a) 抵触法上、動産や不動産の物権変動の成立及び当事者間の効力については、物権変動を原因行為とは区別して観念して法例第10条の適用を受けると考えるのが一般的であるが、そのような物権変動に関する抵触法上の通説と整合的に説明できる。さらに、物権そのものではない著作権の移転についても類似の構成をとった判例（東京高判平成13年5月30日判時1797号111頁）

及びそれを支持する学説が見られる。

- (b) 日本の実質法上も、債権を譲渡するには原因行為が必要となるが、債権譲渡自体は準物権行為であるとして、原因行為と準物権行為とを区別して観念するのが伝統的な理解であり、抵触法においてもそのような見解と整合的に考えるべきである。

なお、かかる債権譲渡行為の準拠法を譲渡対象債権準拠法とする根拠としては、(a)債権者の交代という債権の帰属は、債権の効力に関わる問題であること、(b)（反対説は債権の流通の円滑化の要請を主張するが）譲渡の対象となる債権は、指名債権のうちの金銭給付を内容とする契約債権に限られるものではなく、不法行為等の法定債権や個人的関係に基づく債権等、債権者の変更が通常想定されていない債権が含まれるから、債務者対抗要件の連結点が別途定められているとしても、債権譲渡の成立が債務者の関知しない原因行為の準拠法によることになるのは債務者保護に欠けること、が挙げられる。

これに対して、原因行為と債権譲渡行為とを抵触法上区別せず、債権譲渡の成立に関しては、その単位法律関係を債権契約そのものと解する見解もある。かかる見解の根拠としては、以下が挙げられる。

- (a) 原因行為と準物権行為を峻別することは比較法上一般的でなく、一つの準拠法によらしめる方が簡明な処理ができる。
- (b) 動産や不動産の物権変動の場合には物の所在地の物権法秩序を無視し得ないのに対し、債権譲渡の場合にはその種の考慮は必要がないことに加え、債務者及び第三者に対する保護は別途図られている。
- (c)（反対説のように債権譲渡行為の準拠法を、譲渡対象債権の準拠法とすると）債権流通の円滑化の要請が高い今日において、個々の債権の準拠法として複数の法律を参照しなければならず、債権の流通の円滑化を阻害するおそれがある。

イ 諸外国の法制

ドイツでは、通説の見解は、実質法上のみならず抵触法上も債権譲渡の原因行為と準物権行為とが区別されるとし、ローマ条約上も準物権行為を観念していると解釈して、準物権行為の準拠法については、ローマ条約第12条第2項（ドイツ民法施行法第33条第2項）により、譲渡対象債権の準拠法によると解している。他方、イタリア、オランダ、英国、フランス等の他のローマ条約締約国においては、実質法上も抵触法上も準物権行為の独自性を認めておらず、ローマ条約中に準物権行為に関する明文の規定は存在しないものと解している。

また、スイスでは、実質法上のみならず抵触法上も、債権譲渡の原因行為と準物権行為とが区別されているが、準物権行為の準拠法については、学説上争いがあり、債権譲渡の準拠法（スイス国際私法第145条第1項。譲渡人と譲受人によって選択された法により、かかる法がない場合には譲渡対象債権の準拠法とされる。）によらしめる説と、原因関係の準拠法（同法第145条第4項）によらし

める説がある。

ウ 審議会における議論

審議会では、A案を支持する意見とB案を支持する意見に分かれたため、試案においては双方の案を提示し、意見照会の結果を踏まえてさらに検討するものとされた。B案を支持する意見は、そもそも準物権行為たる債権譲渡行為を原因契約と独立して観念することは不当であるとする立場や、債権譲渡行為を観念し得るとしても譲渡対象債権準拋法により規律されるべき事項が明確でなく、また、規定を設ける必要性もないとして、引き続き解釈にゆだねるのが相当とする立場によるものであった。

なお、A案とB案のいずれの考え方によるかにかかわらず、我が国の学説上は、債権の譲渡可能性（譲渡禁止特約及び法律上の譲渡禁止等）については、債権自体の内容・性質の問題であるとして、譲渡対象債権準拋法により規律されると解するのが通説であると考えられるが、審議会においては、A案を支持する根拠として、A案によれば譲渡可能性が譲渡の対象となる債権の準拋法によって規律される旨が明確化されるとの意見も挙げられた。

(2) 債務者及び第三者に対する効力（試案第8・2及び3）

ア 問題の所在

現行法例第12条が債権譲渡の債務者及び第三者に対する効力を債務者の住所地法によらしめる根拠として、立法時には、債務者の保護のためには債務者の住所地法上の対抗要件を必要とすべきであること及び債権の所在地は債務者の住所地とみなすことができるので物権の得喪と整合的に説明できること等が挙げられていた。しかし、学説上は、債権譲渡の債務者に対する効力は債権自体の効力の問題であるから譲渡対象債権の準拋法によるべきであり、債務者保護は譲渡対象債権の準拋法によっても図ることができるとして、債務者住所地法主義に対する批判が強く、また、債務者の住所地国が変更され、住所変更前に旧住所地法によって債務者対抗要件を備えた債権譲受人と、変更後に新住所地法によって債務者対抗要件を備えた債権譲受人の、いずれに債務者が弁済すれば免責されるのか、という問題も生じやすいと指摘されている。債権譲渡の第三者に対する効力についても、同様に、債権自体の効力の問題であるから譲渡対象債権の準拋法によるべきであるとの批判や、債務者の住所地に変更があった場合に変更前後にそれぞれの住所地法によって対抗要件を備えた譲受人間の優劣をどのように考えるかといった問題が生じ、第三者が不測の損害を被る可能性がある、との批判がある。さらに、異なる国に住所を有する債務者が混在している多数の債権を一括譲渡する場合に、各債権について債務者の住所地法上の対抗要件を備える必要が生じ、債権の流動化の阻害要因となっていると指摘されている（規制改革推進3か年計画（平成13年から平成15年）（前記第1・1参照。）

イ 試案の説明

債権譲渡の債務者及び第三者に対する効力の準拠法に関する立法論には、債務者住所地法主義を改め、譲渡の対象となる債権の準拠法によらしめるべきであるとする通説的な見解と、債権譲渡の債務者に対する効力は譲渡の対象となる債権の準拠法によらしめるべきであるが、第三者に対する効力は譲渡人の所在地法によらしめるべきとする有力な見解が主張されている。試案は、これらの見解に基づくものであるが、いずれの見解においても、債務者に対する効力を譲渡の対象となる債権の準拠法によらしめるべきことについては結論として異論がないことから、試案第8・2においてはこの点をまず明らかにしている。そして、試案第8・3において、第三者に対する効力についても債務者に対する効力と同様に譲渡対象債権の準拠法によらしめるべきとする通説的な見解を採用するA案と、第三者に対する効力については債務者に対する効力と異なり、これを譲渡人の所在地法によらしめるべきとする有力説を採用するB案を掲げている。なお、債務者又は第三者に対する効力とは、現在の通説的な解釈と同様に、債務者又は第三者に対する対抗要件の問題をいい、債権者の変更を債務者に対して主張すること（譲受人が債務者に対して債務の履行を請求すること）の可否や、同一債権について二重譲渡があったときの複数の譲受人同士や譲受人と差押債権者等のように、両立しない権利関係に立つ者がいる場合の優劣を決定する問題が規律されることになる。

試案第8・3におけるA案は、前述のとおり、債務者に対する効力と同様に、第三者に対する効力も、債権自体の効力の問題であるから譲渡対象債権準拠法によらしめるべきとする見解である。これに対し、B案は、A案のように第三者に対する効力を譲渡対象債権準拠法によらしめるのでは、集合的債権譲渡の円滑化を阻害するとして、異なる国の法律を準拠法とする複数の債権を一括譲渡する場合であっても第三者に対する効力に関して統一的な処理が可能となるように、第三者に対する効力を譲渡人の所在地法によらしめる見解である。

A案のように、第三者に対する効力を譲渡対象債権準拠法によらしめる見解に対しては、債権取引が多様化する中で、準拠法の異なる集合債権を譲渡する場合に一律処理できずに不都合である、準拠法が定まっていない将来債権を譲渡しようとしても第三者に対する効力の準拠法を決定できない等の批判があり、他方、B案のような譲渡人所在地法説に対しては、不可分債権が譲渡される場合等、異なる国に所在する複数の譲渡人が関係する事案の処理が明らかでなく、また、債務者に対する効力の準拠法と第三者に対する効力の準拠法が異なり得る結果、債務者に対する効力の準拠法によって定まる債務者が弁済すべき第三者と第三者に対する効力の準拠法によって定まる優先第三者が一致しない場合に、複雑な問題が生ずるといった懸念が指摘されている。

なお、B案は、譲渡人が自然人の場合は、その常居所地法を連結点とするもの

であるが、譲渡人が法人の場合や事業所を有する自然人の場合に、どのような連結政策を採用すべきかが問題となる（試案第8・3（注2））。この点について、審議会においては、債権譲渡に関係する事業所の所在地法上の対抗要件を要求することが取引実務感覚に合致すること、日本にある事業所が債権譲渡に関係する場合は、当該事業所が日本法上の対抗要件制度を利用できるように配慮すべきであること（債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律（平成10年法律第104号。以下「債権譲渡特例法」という。）第9条参照）等の理由から、譲渡人が事業所を有する場合で当該事業所が債権譲渡と関係するときは当該事業所所在地を、譲渡人が事業所を有しない場合及び事業所を有していても事業所が債権譲渡と関係しない場合には譲渡人の常居所地を、それぞれの連結点とすべきであるとの意見が多数を占めたため、試案においてもこのような結論を採用している。もっとも、この点について、第三者に対する効力を譲渡人所在地法とする考え方を同じく採用する国連国際債権譲渡条約（未発効。前記第7・1(2)参照）第5条(h)や米国統一商事法典第9-307条では、適用される準拠法を明確化する観点から、譲渡人が営業所を有しない場合には譲渡人の常居所地（habitual residence（国連国際債権譲渡条約）/ principal residence（米国統一商事法典））、営業所を有する場合には債権譲渡との関係を問わず当該営業所所在地（place of business）、営業所を複数有する場合にはいずれが債権譲渡と関係するかにかかわらず主たる営業所の所在地（place where the central administration is exercised（国連国際債権譲渡条約）/ its chief executive office（米国統一商事法典））を、連結点とする考え方を採用していることに留意が必要である。すなわち、試案の考え方を採用すると、債権譲渡の第三者に対する効力を譲渡対象債権の準拠法によらしめる国のみならず、譲渡人所在地法によらしめる国における連結政策とも整合性を欠くため、我が国以外の国が法廷地となる可能性を考えると、実務上は関係各国法に従った複数の対抗要件を具備する必要性が生じるおそれがあり、この点については引き続き検討する必要がある。

ウ 諸外国の法制

（ア）債務者に対する効力の準拠法

ローマ条約第12条第2項、韓国国際私法第34条第1項、国連国際債権譲渡条約第29条では、債務者に対する効力は、譲渡対象債権の準拠法によることとされている。

スイス国際私法第145条第1項は、債権譲渡の債務者及び第三者に対する効力は、譲渡人と譲受人によって選択された法により、かかる法がない場合は譲渡対象債権の準拠法によるとする。選択した法がある場合でも債務者の同意がないときには、債務者との関係では譲渡対象債権の準拠法が適用される。

(イ) 第三者に対する効力の準拠法

第三者に対する効力は、英国（通説）、ドイツ（通説・判例）及び韓国国際私法第34条第1項では、譲渡対象債権の準拠法によるとされており、フランスでは、債務者住所地法説と譲渡対象債権準拠法説があり、判例でも確定していない。なお、ローマ条約において明示の規定はないが、同条約に関する欧州委員会の改正提案であるグリーンペーパーでは、譲渡対象債権準拠法説及び譲渡人所在地法説の双方が選択肢として提案されている。また、2004年に改正されたベルギー国際私法第87条第3項及び第4条では、譲渡人所在地法（自然人の場合は主たる居所、法人の場合は本拠（本拠の決定に当たっては、そこが業務統括地、事業中心地に当たるか等の事情が考慮される。）が所在する地の法）によるとされている。

スイスでは、前記（ア）に記載のとおり、譲渡人と譲受人により合意された法により、かかる法がない場合は、譲渡対象債権の準拠法による。ただし、債務者の同意がない場合には譲渡対象債権の準拠法が適用されるとする債務者保護規定が第三者との関係でも適用されるかについては争いがある。

国連国際債権譲渡条約第30条第1項は、競合する権利の主張者の権利と譲受人の権利との間の優劣につき、譲渡人の所在地法を準拠法とする。なお、同条約は、契約による債権（第2条(a)号）の譲渡のみを対象とするが、その中でも銀行預金債権（第4条第2項(f)号）等の一定の債権は適用除外とされ、また個人的な目的のために個人に対してされる譲渡（第4条第1項(a)号）は対象に含まれない。

また、米国統一商事法典第9編によると、債権譲渡の第三者に対する対抗要件（perfection, effect of perfection or nonperfection）及び複数の第三者間の優劣（priority）の準拠法は、譲渡人所在地法とされるが（第9-301条）、同第9-109条各号によれば、労働者の賃金支払請求権等の債権の譲渡、不動産賃借権や賃料債権を含む不動産に対する権利等の譲渡、商事不法行為債権以外の不法行為債権の譲渡、一定の場合の保険金請求権の譲渡、消費者取引における預金債権の譲渡等については、明文で同編の適用除外としている（ただし、後三者については、優劣に関してのみ明文で別途の規律を設けている。）。なお、国連国際債権譲渡条約及び米国統一商事法典における譲渡人所在地の概念については、前記イ末尾参照。

エ 審議会における議論

審議会では、債務者に対する効力については、譲渡対象債権の準拠法によることで見解の一致が見られたが、第三者に対する効力については、譲渡対象債権の準拠法によるべきとする意見と、譲渡人所在地法によるべきとする意見とに大きく分かれた。

前者は、銀行界等実務家委員を中心とする意見であり、準拠法が異なる集合債

権の譲渡や準拠法が定まっていない将来債権の譲渡に対する実務上のニーズは現時点においてはほとんど認められず、また、債務者に対して債務の履行を請求するためには譲渡時又は譲渡後において譲渡対象債権準拠法に基づく対抗要件を備えることが必要とされ、結局、譲渡対象債権準拠法を無視することはできないのだから、第三者に対する関係も譲渡対象債権準拠法によらしめて統一的に処理をすることが望ましく、かかる便宜の方が、準拠法が異なる集合債権の譲渡における第三者対抗要件具備について統一的な処理を図る便宜よりも実務上重要であるといった見解が述べられた。また、譲渡人の所在地法に従った第三者対抗要件を備えるということが、現在の実務の意識と異なる上、集合債権の譲渡以外の単純な債権譲渡のケースについての検証が未了であるとして、譲渡人所在地法説に慎重な姿勢を示す意見も挙げられた。

他方、後者は、学者委員を中心とする意見であり、譲渡対象債権準拠法説によると、準拠法が異なる集合債権の譲渡における第三者対抗要件の具備について統一的な処理ができない、準拠法が定まっていない将来債権を譲渡しようとしても第三者に対する効力の準拠法を決定できない、あるいは債務者不特定で準拠法に関する合意がなく譲渡の時点で準拠法が明らかとなっていない債権を譲渡するときに、第三者の予見可能性を害するといった理由から、譲渡人所在地法を準拠法とすべきであるとの見解、さらに、比較法的にもいくつかの立法において譲渡人所在地法説を採用する潮流がみられ(前記ウ参照)、我が国としても同様の連結政策を採用するべきであるとの見解が述べられた(ただし、譲渡人が法人のときや事業所を有する自然人のときの連結政策については、前記イに記載のとおり、国連国際債権譲渡条約や米国統一商事法典とは異なる連結政策が適当であるとされている)。なお、債務者不特定の将来債権の対抗要件制度が、「債権譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律の一部を改正する法律(平成16年法律第148号。以下改正後の債権譲渡特例法を「改正債権譲渡特例法」という。)によって整備されたこと等の事情にかんがみると、民法上の第三者対抗要件具備の特則を、渉外的取引においても適用しやすくした方がよいという意見も挙げられた。この点を敷衍すると、改正債権譲渡特例法は、債務者不特定の将来債権の譲渡の効力それ自体については民法の規律にゆだねることを前提に、法人がする債務者不特定の将来の金銭債権の譲渡について、登記によって第三者対抗要件を備えることを可能としたものであるが、仮に、債権譲渡の第三者に対する効力の準拠法が譲渡対象債権準拠法とされる場合、譲渡対象債権の準拠法が外国法であるときには改正債権譲渡特例法の適用はなく、また、債務者不特定の将来債権に関しては、債務者が確定するまで債権準拠法が決まらないため、第三者に対する効力を定める準拠法も確定できず、譲渡の時点において改正債権譲渡特例法が適用されるか否かは不明確な状態になることとなる。しかし、改正債権譲渡特例法は、法人の資金調達円滑化という取引社会における一局面の要請により、民法の改正ではなく特別法として立法され、同法の適用範囲も、債権の譲渡人や債権質の設

定者が法人である場合及び対象債権が金銭の支払を目的とする指名債権である場合に限定されている一方、法例第12条は、より広く債権譲渡一般を対象としているものであるから、その第三者に対する効力の連結政策の検討に当たっては、改正債権譲渡特例法との関連のみならず、債権譲渡に関する他の単位法律関係の連結点との整合性や、実務的なニーズ、諸外国の立法例との調和等、総合的な考慮が必要となると考えられる。審議会においても、このような観点から、債権譲渡特例法の改正という一事のみによって、法例第12条の連結政策をそれと平仄を揃えて変更し、譲渡人の所在地法とするべきことにはならないとの反論も出された。

2 債権質（試案第8（注））

(1) 問題の所在及び試案の説明

現行法例上、債権質に関する特段の規定はないが、学説上、債権質を物権と解した上で法例第10条によつてする立場、債権質を物権と解するが法例第10条によらず、有体物の所在地に相当するものとして、その目的たる債権自体の準拠法によつてする立場（最判昭和53年4月20日民集32巻3号616頁参照）、債権質を債権譲渡の一種と考えた上で、法例第12条が適用又は準用されると解する立場等が主張され、この見解が通説とされる。もっとも、近時は、債権質の抵触法上の法的性質を物権と解するか債権譲渡の一種と解するかはともかく、債権質と債権譲渡の機能が類似していることから、債権の譲受人と質権者の優先劣後が問題となる場合に、同一の準拠法に従って判断しないのは不当であるとして、債権質の成立及び効力は、債権譲渡の成立及び効力の準拠法と同一の法を適用すべきであるという見解も有力に主張されている。

審議会では、債権質の成立及び効力につき、債権譲渡の成立及び効力の準拠法と同一の法（試案第8・1-3参照）を適用する旨の規定を設けるべきとする前記の近時の見解が挙げられた一方、債権質について特段の規定を設ける諸外国の立法例が少ないこと、債権譲渡と債権質について同一の法を適用することが適当であると考えるか否かを含めて債権質の準拠法については解釈上の争いがあること等を理由として、債権質については特段の規定を設けず、解釈にゆだねるのを相当とする見解も述べられた。そこで、試案においては、債権質の成立及び当事者間における効力、債権質の第三債務者及び第三者に対する効力につき、債権譲渡と同様に規律する旨の規定を設けるべきかについて、今後なお検討するものとしている（試案第8（注））。

仮に部会で挙げられた意見に基づき債権質の準拠法について規定を設ける場合には、債権質と債権譲渡について、同様の単位法律関係を設定した上で、同じ連結政策を採用することになると考えられる。したがって、債権質の第三債務者に対する効力及び第三者に対する効力という単位法律関係は、債権譲渡と同様に、債権質の第三債務者又は第三者に対する対抗要件の問題を指すと整理することができる

と考えられる。また、試案第8・1において債権譲渡の成立及び当事者間の効力について譲渡の対象となる債権の準拠法による旨の規定を設ける場合には、債権質についても、債権質の成立及び質権設定者と質権者との間の効力が債権質の対象となる債権の準拠法によって規律されることになると考えられる。そして、このような規定を設けることにより、多くの学説の結論と同様に、債権質の準拠法は、債権質の対象となる債権の準拠法となるが(ただし、試案第8・3においてB案を採用する場合は、第三者に対する効力の準拠法は、質権設定者の所在地法となる。)、このことは、前述のとおり、債権譲渡の準拠法と同一の法を適用する趣旨にすぎず、債権質の抵触法上の法的性質を、物権と解するか、債権譲渡の一種と解するかという論点に関して、一定の立場を採ることを意味するものではない。

(2) 諸外国の法制

債権質に関する諸外国の立法例は少なく、特に第三債務者に対する効力と第三者に対する効力とに単位法律関係を分けて、異なる連結政策を採る国はほとんど見当たらない。

ドイツ(学説)では、債権質は、債権質の対象債権の準拠法によるとされる。

韓国国際私法第23条では、債権に対する担保物権は、担保の対象となる債権の準拠法によるとされる。

スイスでは、債権に対する担保設定と債権譲渡とでは、その連結政策は異なっている。すなわち、スイス国際私法第105条第1項では、債権に対する担保設定は、担保権者と担保設定者によって選択された法により、かかる法がない場合は担保権者の常居所地法によるとされている。第三者に対する効力についても、担保権者と担保設定者によって選択された法が適用されるが、第三者の同意がない場合には、担保に供される債権の準拠法が適用される(同条第2項)。さらに、第三債務者に対する効力については、常に担保に供される債権の準拠法が適用される(同条第3項)。

競合第三者間の優先権を定める国連国際債権譲渡条約第30条や米国統一商事法典第9編は、債権質にも適用があると考えられる。

(3) 審議会における議論

債権質の成立及び効力につき、債権譲渡の成立及び効力の準拠法と同一の法を適用すべきであるとする点については、基本的に異論は見られなかった。

かかる立場を前提に、債権質について特段の規定を設けるかについては、予測可能性の確保及び明確化の観点から規定を設けるべきとの見解が挙げられた一方で、債権質についての諸外国における立法例が少ないこと、数多くある担保制度の中で債権質についてのみ規定を設けることは不自然であること、債権質に関する法律関係の性質決定や連結政策に解釈上争いがあること等から、規定を設けるのは時期尚早であるとする見解も挙げられた。

このほか、銀行預金債権に銀行が質権を取得する事例を念頭に置き、債権譲渡の第三者に対する効力の準拠法が譲渡人所在地法とされ、それと平仄を合わせて、債権質の第三者に対する効力について質権設定者の所在地法を準拠法とする規定を設けることには反対であるとする意見や、逆に、債権譲渡の第三者に対する効力の準拠法が譲渡の対象となる債権の準拠法とされるのであれば、債権質について規定を設けることには反対であるとする意見も述べられた。

3 その他

審議会では、相殺、法定代位、債権者代位権、債権者取消権、免責的債務引受の諸論点についても、検討された。以下、概要を記する。

(1) 相殺

試案においては、相殺の準拠法について特段の規定を設けないこととしている。審議会においては、相殺は、受働債権の準拠法による見解、すなわち、自働債権の消滅や、受働債権の譲受人、差押債権者及び質権者等に対して相殺を主張し得るか否かも含めて、受働債権の準拠法により判断される見解が多く挙げられた。相殺の意義は、反対債権の利用による債務者の免責行為であって受働債権の履行に代わる債務消滅の一方法と見るべきことや、多くの場合に自働債権はその債務者の経済状況の悪化により価値が低下しており、経済的価値がある受働債権が法律関係の重心にあること等が根拠として挙げられている。なお、我が国においては、このほか、自働債権準拠法と受働債権準拠法の累積適用を主張する見解や、「相殺の第三者に対する効力」という単位法律関係を設け、債権譲渡や債権質の第三者に対する効力と同様の連結政策を採用すべきとする見解もある。審議会においては、前記のとおり、受働債権準拠法説が相当であるとされたが、そのような明文の規定を設けることについては、(a)実務上、相殺の準拠法について規定を設けるべきとする要請はないとの意見、(b)相殺について、相殺の意思表示という単独行為によって対立する債権を対当額において消滅させる実体法上の法制度を有する国（日本、ドイツ、オランダ）、対立する2つの債権が相殺の要件を備えると、当事者の意思表示なくして両債権は対等額において当然に消滅する実体法上の法制度を有する国（フランス、イタリア）、これを手続法上の法制度と解している国（英米）等、その制度が諸国においてかなり異なるため、規定を設けた場合でも、いかなる制度が「相殺」という単位法律関係に入るのか、また、いかなる債権が受働債権とされるのかについて、解釈上の問題が残ると考えられるとの意見、(c)当事者間に準拠法が異なる債権が複数ある場合にそれらの一括相殺が認められる法制においては、受働債権の準拠法がどのように決定されるのか、交互計算契約等の相殺契約が単位法律関係の射程範囲に含まれるのかといった問題も生じるとの意見が出され、さらに、相殺の準拠法に関する諸国の考え方は一致しておらず、後記のとおり、ローマ条約の改正作業等においても議論がいまだ流動的であることも考慮し、相殺の準拠法に

関する特段の規定は設けず、解釈にゆだねることで審議会での意見は一致した。

相殺に関して特段の規定を設ける諸外国の立法例は少なく、解釈によって導き出される準拋法も必ずしも一致が見られない。スイス国際私法第148条第2項は、受働債権準拋法による旨規定している。フランスでは、法定相殺について、ローマ条約第10条第1項第(d)号を根拠に、自働債権の準拋法と受働債権の準拋法が累積的に適用される(ただし、フランス法には手続法上の相殺制度も存在し、手続法上の相殺については法廷地法が適用される。)と解するのが通説である。イタリアは、法定相殺についてフランスと同様、自働債権の準拋法と受働債権の準拋法とを累積的に適用する立場に立つとされる。ドイツでは、同じくローマ条約第10条第1項第(d)号(ドイツ民法施行法第32条第1項第4号)を根拠とするが、受働債権準拋法によるとするのが通説であり、オランダも同様に受働債権準拋法説によるとされる。英国では、手続の問題と法性決定し法廷地法によると伝統的に解されてきたが、近時は、フランス法が規定するような当然相殺等の一定の法定相殺について実体法上の制度として法性決定しようとする学説が見られる。また、ローマ条約に関する欧州委員会のグリーンペーパーでは、法定相殺についての規定を設けるべきかが検討されており、受働債権の準拋法と自働債権の準拋法とを累積適用する考え方と、受働債権の準拋法によるとする考え方が提示されている(法定相殺については、同条約第3条及び第4条によって決定される法が第10条第1項第(d)号を根拠に規律するとされてきたが、前記のとおり、加盟国によってその解釈は分かれている。)また、国連国際債権譲渡条約では、取引的相殺(transactional set-off, 原因契約(同条約第5条第(a)号にいう譲渡人と債務者間の契約をいう。)より生ずる又は同一の取引の一部である他の契約から生ずる相殺)は、第29条の問題とされ、原因契約準拋法によると解されているが、独立の相殺(independent set-off, 原因契約とは無関係な原因から生ずる相殺)は、第29条の問題ではなく、解釈にゆだねられているとされる。

(2) 法定代位

試案においては、法定代位の準拋法について特段の規定を設けないこととしている。審議会において比較的多数の支持を得た考え方は、法定代位を、債権者と代位者間の原因関係の準拋法(例えば、弁済者が保証人である場合は当該保証契約の準拋法)によらしめ、担保不動産の第三取得者など、債権者との間で原因関係がない場合には、移転の対象となる債権の準拋法によるとする見解であり、そのような準拋法が債権移転の第三者に対する関係も規律し、法定代位の第三者に対する効力という単位法律関係は設定しないとする見解であった。このように債権者と代位者間の原因関係の準拋法によらしめる見解の根拠としては、法定代位の成否は、債権者と代位者間の利害関係の調整に中心的関心があること等が一般に挙げられている。審議会においては、このような債権者と代位者間の原因関係の準拋法によるべきとする見解のほか、債権譲渡と同様の連結政策とする観点から、移転対象債権の準拋

法によるべきとする見解や、「法定代位の第三者に対する効力」という単位法律関係を設け、債権譲渡の第三者に対する効力と同様の連結政策を採用すべきであるとの意見、また、債権者と代位者間の原因関係の準拠法によるべきとする見解を採るとしても、かかる原則的連結に加えて、移転の対象となる債権の準拠法による債務者の保護（準拠実質法上の債務者に対する通知の要否等）は奪われないとして、債務者の保護を図るべきとの意見もあったが、最後の意見に対しては、保険代位に関するこれまでの実務と齟齬を来すとして慎重な意見が述べられた。

また、仮に規定を設ける場合には、単位法律関係をどのように設定すべきかが問題となり、例えば、「法律上の代位」、「弁済による法律上の代位」とすることが考えられる。

は、法律による債権の移転のうち「法律上の代位」、すなわち法律によって当然に生じる代位に限定する趣旨であるが、法律上の代位には、我が国の実質法においてだけでも、弁済による代位、賠償者の代位、保険代位等が含まれ、諸外国においてはさらに多様な代位制度が設けられていると想定される。そして、これらの法律上の代位には、実質法上、債権法や損害賠償法（債務不履行や不法行為法）の原則から導き出されるものもあれば、保険法等の法律によって特別に認められると説明されるものもあり、法律上の性質や利益状況が異なり得ると解されるところ、抵触法において、これら多様な法律上の代位を単一の規則により規律することの相当性、実務に与える影響等が問題となる。

は、に 関するこのような問題を回避するため、法律上の代位のうち、我が国においても一定の議論の蓄積があり、ローマ条約においても現時点で明文規定がある弁済による法律上の代位に限定して規定を設ける趣旨である。しかし、このような考え方についても、多様な代位制度の中から「弁済による法律上の代位」という単位法律関係を明確に切り分けられるかという問題があり、解釈にゆだねることとなるその他の法定代位との区別を行う理由も求められる。また、将来的に、ローマ条約のグリーンペーパーやローマ 委員会提案に示される立法動向等を踏まえ、その他の法定代位や約定による代位の規律との理論的統一を試みるのであれば、現時点において「弁済による法律上の代位」のみについて規定を設けるのは時期尚早であるとも考えられる。

さらに、法定代位について規律を設けるとすると、任意代位は、法定代位とは異なる規律に服するのかといった解釈上の問題が生じる。この点について、任意代位は、法定代位と異なり債権譲渡と同様の規律に服せしめるのが一般的と思われるが、異説もある。また、いかなる基準をもって両者を区別すべきかについても問題となるが、この点について、任意代位は当事者の意思によらなければ生じない代位をいうとの説明が一応考えられるものの、我が国における学説上の議論の蓄積は十分ではない。

審議会においては、法定代位に関する明文の規定を設ける実務上のニーズは特に出されず、また、法定代位に関する以上の問題点を踏まえ、特段の規定を設けない

とすることで、意見の一致がみられた。

法定代位に関する諸外国の立法例等の概要は、以下のとおりである。

ローマ条約第13条は、弁済による代位に限って規定を設け、債権者の有する債務者に対する権利を代位者が債務者に対して行使できるか否かは、代位者の弁済義務を規律する法による旨の規定を設けている。なお、同条約の報告書において、第13条の適用範囲は、弁済者が債権者に対して弁済をすべき義務を負っている場合及び原債権が契約から生じる債権である場合に限定され、任意代位や保険代位等には適用されない旨の解説があるが、欧州委員会の改正提案であるグリーンペーパーでは、弁済による代位以外の法定代位や任意代位についてもローマ条約第13条と同様の規律によるべきではないか、また、代位に関する同条と債権譲渡に関する同条約第12条は類似しているが規律を区別する必要があるか、区別する場合はいかなる基準によるのか等について検討が試みられており、議論が流動的な状況にある。ドイツでは、ローマ条約第13条を国内法化したドイツ民法施行法第33条第3項に弁済による代位についての規定があるが、学説上は、弁済による代位や保険代位等を広く含む法律による債権の移転一般を対象として議論されており、法律による債権の移転は、債権者及び代位者間の原因関係の準拠法によるが、ローマ条約上の明文規定はないものの移転の対象となる債権の準拠法による債務者の保護は奪われないと解するのが通説であり、さらに原因関係がない場合について、移転の対象となる債権の準拠法によるとする学説もある。フランスもローマ条約の適用を受けるが、学説上は、弁済による代位を含む法定代位(subrogation)を議論の対象としており、議論の対象の射程範囲がドイツと異なる可能性はあるが、結論的には、ドイツにおける法律による債権の移転の連結政策とほぼ同一と解される。スイス国際私法第146条第1項及び第2項は、債権の法律による移転は、債権者及び代位者間の原因関係の準拠法によるが、原因関係がない場合には移転の対象となる債権の準拠法によるものとし、移転の対象となる債権の準拠法による債務者の保護は奪われないとする。韓国国際私法第35条第1項及び第2項も、前記スイス国際私法第146条と同旨の規定を設けている。

(3) 債権者代位権・債権者取消権・免責的債務引受

債権者代位権・債権者取消権・免責的債務引受の準拠法については解釈が分かれており、審議会においては、特段の規定を設けることによってこの点を明確化する必要があるかが検討された。しかし、これらの点に関する学説上の議論の蓄積は十分でなく、規定を設けるには時期尚早であること、規定がないことによって現在実務的に不都合が生じているという状態にはなく、逆に規定を設けることで実務上の混乱を来すおそれがあること、他国の立法例もほとんど見られないこと、等の理由から、審議会においては、これらの点についての特段の規定を設けないとすることで意見の一致がみられた。

第13 親族関係の準拠法（第13条第3項ただし書，第16条ただし書）（試案第9）

現行法例の規定のうち，第13条から第22条までの規定については，「法例の一部を改正する法律」（平成元年法律第27号）により改正されている。そのため，審議会においては，親族関係の準拠法のうち，改正時に規定を設けなかった事項，改正後に，その解釈適用に当たって困難が生じていると考えられる事項，改正後に，改正の基礎となった社会的事情や各国の実質法に変化が生じたと考えられる事項，改正後に，改正の際に参考とされた諸外国の国際私法立法の動向に変化が生じたと考えられる事項を中心に検討が行われた。

1 婚姻の方式に関する第13条第3項ただし書

(1) 問題の所在

現行法例第13条第3項ただし書は，婚姻の方式につき，日本で婚姻をする場合において当事者の一方が日本人であるときには，相手方である外国人の本国法の方式によることを認めず，常に日本法によることとしている（いわゆる日本人条項）。

婚姻の方式については，平成元年改正時に，婚姻挙行地法によることに加え，当事者の一方の本国法によることが認められた（同項本文）。しかし，それだけでは，日本人が日本国内で婚姻をしているにもかかわらず，日本人の身分関係を登録し，これを公証すべき責務を負う戸籍に身分変動が記載されないまま，婚姻の成立を認める結果となる等の問題が生じることとなる。そこで，同項ただし書の規定が，同項本文に対する例外規定として設けられた。立法時の説明によれば，仮にこのような規定がない場合であっても，日本人が日本国内で相手方外国人の本国法である外国法の方式によって婚姻をしたときは，戸籍法第41条の類推適用により，事後的に市区町村長に対して報告的届出をしなければならないと解されていることから，創設的届出として日本の方式である婚姻の届出を要求することと実際上の差異はなく，したがって，日本法によることを要求したとしても当事者に格別の困難を強いることにはならないとの説明がされている。

これに対し，学説上は，第13条第3項ただし書に対し，以下のような批判がある。

- (a) 婚姻に関する本人の身分関係の変動が戸籍に反映されないという問題は，日本人が日本国内において外国人と婚姻をした場合以外でも，例えば，日本国外における外国法による婚姻の場合でも同様に生じており，所詮，日本人の身分関係の変動の戸籍への反映についても，それが徹底されているわけではない以上，この点が同項ただし書を正当化する本質的な理由付けにはならない。
- (b) 同項ただし書が適用される場合には，婚姻の方式について日本法が準拠法となり，日本法上要求される届出は創設的届出となる。創設的届出の場合には，報告的届出と異なり，届出がない限りは婚姻は有効に成立していないのであり，このような効果の相違にかんがみれば，報告的届出に比べて創設的届出が「当事者に格別の困難を強いることにはならない」とはいえない。

(c) 同項ただし書の規定は、婚姻の当事者である日本人と外国人の双方に差別や不平等をもたらしかねない。

すなわち、日本で婚姻をする外国人は、その相手方が外国人である場合には、婚姻の方式について、自らの本国法によることが認められるにもかかわらず、その相手方が日本人である場合には、自らの本国法によることが認められないこととなる。また、前述のとおり、外国人と婚姻をする日本人は、日本国外で婚姻をする場合には、婚姻の方式について、相手方外国人の本国法によることが認められるにもかかわらず、日本で婚姻をする場合にのみ、その法律によることが認められないという不平等が生じる。

なお、平成元年改正前の法例に関する事例であるが、婚姻の方式に関して当事者の法意識と法例の規定がずれていたために当事者にとって予期せぬ結果が生じた事例として、東京地判昭和48年4月26日判時721号66頁がある。これは、外国国籍を有するAと日本人Bが日本で当該外国法に基づく方式に従って婚姻をし、A名義の土地家屋で生活していたところ、Aが死亡し、その後に、Bに対して、Aの弟Cから前記土地家屋について、建物収去、土地明渡請求訴訟が提起されたという事案である。当時の法例は、婚姻の方式は婚姻の挙行地の法律によるとされていたことから、A及びBが日本法による婚姻の届出をしていなかったことを理由として婚姻が有効に成立していないとされ、Bによる土地家屋の相続が否定された結果、明渡請求が認められている。

(2) 諸外国の法制

諸外国の立法例としては、我が国と同様の規定を設けている国として韓国（国際私法第36条第2項）がある。また、内国人の内国における婚姻について挙行地たる内国法の遵守を絶対的に要求する立法例として、ドイツ民法施行法第13条第3項及びスペイン民法第49条第1項がある。ただし、ヨーロッパ諸国においては、歴史的に教会と国家のいずれが婚姻についての管轄権を有するかといった問題が存在していたことから、かかる規定の立法趣旨は、現行法例第13条第3項ただし書とは異なる可能性がある点に留意が必要である。なお、ドイツ法の規定の趣旨は、内国に生活する者の身分関係についての法的明確性・安定性の確保といった点にあるとも言われている。

(3) 試案の説明

A案は、第13条第3項ただし書を維持するとするものである。これは、同項ただし書については、前記(1)に記載したような批判はあるものの、(a)日本の戸籍制度に対する信頼性を維持するという観点からは、少なくとも、日本人が日本国内で婚姻をした場合には、常に戸籍に身分変動が記載される必要があると考えられること、(b)実務上、同項ただし書があることによって特段の不都合は生じていないこと、(c)日本人が日本国内で婚姻をした場合に届出を行うということは、常識に近い意識で

あると考えられることから、日本法上の届出を要求したとしても、当事者に対して格別の困難を強いることにはならないと考えられること、といった点を理由としている。

これに対し、B案は、同項ただし書を削除とするものである。これは、同項ただし書については、前記(1)に記載したような批判が当てはまること、特に、日本法上の届出が要求される結果、「当事者が外国法に基づく方式に従って婚姻をした場合に、当事者は婚姻が有効に成立していると考えていたにもかかわらず、同項ただし書が適用される結果、婚姻が有効に成立していないことになってしまう」という当事者の予期に反する結果が生じる可能性があるといった点を理由としている。

審議会においては、A案、B案のいずれについても相当数の強い支持意見があったことから、試案では、両案を掲げ、意見照会の結果を踏まえて更に検討することとされた。

2 離婚に関する第16条ただし書（試案第9（注））

(1) 問題の所在

現行法例第16条本文は、離婚の準拠法について、第14条を準用しているが、第16条ただし書において、夫婦の一方が日本に常居所を有する日本人であるときは、日本法によることとしている（いわゆる日本人条項）。

同条ただし書は、単に第14条を準用するのみでは、我が国が協議離婚制度を有することから、形式的審査を前提として処理する戸籍吏に最密接関係地法の認定という困難な判断を強いることとなり、実務的に機能し難いという点を考慮して、平成元年改正時に設けられたものである。

これに対し、学説上は、第16条ただし書に対し、以下のような批判がある。

- (a) 同条ただし書の規定があることにより、夫婦の一方が日本に常居所を有する日本人であるときは、最密接関係地法の場合はもちろん、本文で規定するその他の場合にも、外国人である他方当事者に関する連結素をすべて無視することが可能となる。このような結論は、内外人を平等に扱うという国際私法の基本理念に沿うものではない。
- (b) 同条ただし書の規定がなければ、協議離婚届出を処理する際に、相手方の国籍や常居所地の判断、さらには最密接関係地法の判断をすることが必要となる。その際には、相手方当事者の事情聴取等も行うことになると考えられることから、併せて、離婚意思の確認も行うことが可能となる。しかし、同条ただし書の規定があることにより、日本人配偶者の常居所が日本にあると判断される場合には、相手方の事情を何ら調査することなく協議離婚届出を受理することとなり、その結果、相手方の離婚意思の確認が不十分となる。

(2) 諸外国の法制

諸外国の立法例としては、我が国と同様の規定を設けている国として韓国（国際

私法第39条)がある。また、ドイツ民法施行法第17条第1項は、離婚準拠法上離婚が認められない場合においても、ドイツ人についてはドイツ法に基づく離婚を認めている。なお、ドイツは、我が国のような協議離婚制度を有していないことに留意が必要である。

(3) 審議会における議論

審議会においては、前記(1)に記載したような点を理由として、第16条ただし書を削除すべきとの意見も述べられたが、大多数の意見は、平成元年改正時の立法理由である戸籍実務への配慮の点及び以下の点を理由として、同条ただし書を維持すべきというものであった。したがって、試案の(注)においては、同条ただし書を維持することとしている。

- (a) 離婚意思の確認の問題は協議離婚届出一般の問題であり、仮に離婚意思の確認が不十分なことに起因して離婚の効力が争われる事案があったとしても、それは、同条ただし書を削除することによって対応すべき問題ではない。
- (b) 同条ただし書の要件を満たす夫婦の離婚が日本で問題となる場合には、最密接関係地法を個別に検討してみても、それが日本法となることがほとんどであると考えられる。
- (c) 日本に常居所を有する日本人については、日本法に基づく離婚の自由、ひいては再婚の自由を保障すべきである。

3 その他

審議会においては、前記のいわゆる日本人条項に関する論点のほか、婚約、内縁及び登録パートナーシップの準拠法、氏名の準拠法並びに親子関係の準拠法についての検討も行われた。

(1) 婚約の準拠法

現行法例上、婚約の準拠法について、特段の規定は設けられていないが、学説上は、婚約をいわゆる親族法上の契約であると捉え、法例第13条以下の規定を類推適用して準拠法を定めるとするのが多数説である。なお、そのような多数説の中においても、婚約の各局面ごとに類推適用する具体的な条項についての学説は、多岐にわたっている。この法例第13条以下の規定を類推適用するという多数説に対し、そもそも、婚約という独立の単位法律関係を認めず、それが問題となる個々の局面ごとにそれぞれの準拠法による、例えば、不当破棄であれば不法行為の準拠法(第11条)、相続であれば相続の準拠法(第26条)によるべきであるとする少数説もある。

諸外国の立法例としては、イタリア国際私法第26条において「婚約及び婚約破棄の効果について婚約者の共通本国法により、かかる法がない場合にはイタリア法による」との規定が設けられているが、その他の国において明文の規定を設けてい

る例は見当たらない。なお、ドイツにおいては、学説上、婚約の実質的成立要件と方式について婚姻に関する規定の類推適用が主張されているが、婚約破棄による損害賠償についての学説は、多岐に分かれている。また、フランスにおいては、婚約破棄による損害賠償について、不法行為と性質決定する説と親族法的なものとして性質決定する説に分かれている。

審議会においては、(a)前記のとおり、学説上、婚約の準拠法についての考え方が多岐に分かれていること、(b)現実に渉外的な婚約の準拠法が問題となる例があまりないと考えられること、(c)諸外国においても、婚約の準拠法について明文の規定を設けている立法例がほとんど見当たらないこと等の理由から、現時点で規定を設けることは時期尚早であり、解釈にゆだねることで意見の一致がみられた。

(2) 内縁の準拠法

現行法例上、内縁の準拠法について、特段の規定は設けられていないが、学説上は、内縁という独立の単位法律関係を設定し、独立に準拠法を定めるとするのが多数説である。ただし、多数説の中でも、内縁の概念について、婚姻ではない男女間の結合関係のうち、婚姻に準じる法律上の効果が認められる一定程度以上の男女の結合のみを内縁と捉える見解と、婚姻ではない男女間の結合関係を広く内縁と捉える見解に二分されており、また、内縁の各局面ごとの準拠法決定方法については必ずしも一致が見られない。これに対し、婚約と同様に、内縁という独立の単位法律関係を認めず、不当破棄や相続等、内縁が問題となる個々の局面ごとにそれぞれの準拠法によるとする少数説もある。

諸外国の立法例としては、旧ユーゴスラビア国際私法第39条において、共同生活をする者の財産関係について、その者が共通国籍を有する国の法、それがない場合には共通住所を有する国の法による旨の明文の規定が設けられているが、その他の国において明文の規定を設けている例は見当たらない。ドイツにおいては、学説上、内縁の解消について財産法的処理を主張するものと、離婚の規定の類推適用を主張するものとに分かれている。また、フランスにおいては、内縁が問題となる個々の局面ごとに処理をすることが主張されている。

審議会においては、(a)仮に規定を設けようとする場合には、そもそも婚姻以外の男女関係のうちどの範囲までを内縁として捉えるかという問題が生じるが、婚姻以外の男女関係の形態は様々であり、そのうちのいかなる範囲を国際私法上の内縁とするかということを明確にすることは困難であること、(b)学説上、内縁の範囲に関する考え方は様々に分かれている上、内縁の各局面ごとの準拠法に関する考え方についても前記のとおり多岐に分かれていること、(c)婚姻以外の男女関係について明文の規定を設けている立法例はほとんど見当たらないこと等の理由から、現時点で規定を設けることは時期尚早であり、解釈にゆだねることで意見の一致がみられた。

(3) 登録パートナーシップの準拠法

近年、ヨーロッパを中心に、実質法上、婚姻とは異なる異性間又は同性間の共同体(いわゆるパートナーシップ)についての登録制度を設ける国が現れてきている。このような登録パートナーシップについては様々な形式が存在するが、現時点では、2つのグループに分類することが可能である。

第1は、北欧諸国、ドイツ、オランダ等において認められているものであり、婚姻とは別個の制度ではあるが、婚姻とほぼ同等の効力を持つ同性間の登録パートナーシップである(オランダでは異性間についても認められる。)

第2は、フランスやスペインの各州において認められているものであり、異性間及び同性間の同棲の存在を登録という形で法律上認めることとするが、その効力は比較的弱いものとし、その解消についても容易に認めるという制度である。

登録パートナーシップに関し、実質法上このような制度を設けた国のすべてが、同時に抵触規則を設けているわけではないが、国際的な適用関係についての規定を設けている国もある。例えば、北欧諸国においては、自国での同性登録パートナーシップの登録要件として一定の内国牽連性を要求し、自国法により成立及び解消を規律する等、自国法の適用範囲という形で規定が設けられている。ただし、フィンランドのように、例えば、当事者の一方がフィンランドに住所を有するフィンランド人であることという登録要件に関し、フィンランド法と実質的に同様の法的効果を有する同性登録パートナーシップを規定している国の国民をフィンランド人と同様に扱ったり、外国で登録されたパートナーシップを登録地で有効であることを条件に承認する等、双方向的な規律方法へと若干踏み出している国もある。ドイツにおいては、登録パートナーシップ制度の導入に伴い、民法施行法第17条bにおいて、登録国法によるという双方向的な規定を設けている。この規定においては、婚姻とは異なり、成立・効力・解消を一括して登録国法に連結している。これらに対し、実質法上、比較的弱い効力しか認めない制度を設けているフランスでは、明文の抵触規則は設けられていない。学説上は、登録パートナーシップを身分関係として性質決定するのが多数説であるが、その中でも、登録パートナーシップを婚姻と同等の効力を有する制度とそれ以外の弱い効力しか有しない制度の二つに分けて連結を考える見解と、これらを一括して連結を考える見解とに分かれている。また、成立・効力・解消までを一括して一つの準拠法に連結するか、それぞれを異なる準拠法に連結するかについても、議論が分かれている。

審議会においては、(a)我が国では、実質法上登録パートナーシップという制度が設けられておらず、抵触法上の議論も熟していないと考えられること、(b)世界的に見ても、この点に関する抵触法上の規律を設けている国は多くないこと等を踏まえ、特段の規定を設けず、解釈にゆだねるとすることで意見の一致がみられた。

(4) 氏名の準拠法

氏名の準拠法については、平成元年改正時には時期尚早として、規定を設けるこ

とが見送られている。しかし、諸外国の国際私法中には、氏名についての規定を設ける例も現れてきていることから、氏名の準拠法について規定を設けるべきか否かについて、検討が行われた。

我が国の学説上、専ら本人の意思に基づいて氏名が変更される場合には、本人の本国法による点については、争いはない。しかし、身分関係の変動に基づいて生じる氏名の変更の準拠法については、従来の多数説は、身分関係の効力の準拠法（例えば、婚姻による氏の変更は、婚姻の効力の準拠法）によると考えていた。これに対し、最近の多数説は、この問題を人格権としての氏名権の問題として捉え、本人の本国法によるべきとしている。また、以上のように氏名の問題を私法上の問題と位置づける考え方に対し、氏名の問題を公法上の問題と把握する氏名公法理論という見解もある。この見解によれば、氏名の変更等は、原則として、本人の本国法によって規律されることとなる。

諸外国の立法例としては、氏名の準拠法に関する明文の規定を設けている国として、ドイツ、スイス、オーストリアが挙げられる。いずれの国においても、氏名の人格権的側面を重視して、本人の本国法（ドイツ民法施行法第10条第1項、オーストリア国際私法第13条第1項）又は住所地法（スイス国際私法第37条第1項）を準拠法とするが、ドイツ民法施行法第10条第2項、第3項及びスイス国際私法第37条第2項においては、限定的な当事者自治が認められている。また、イタリア国際私法第24条は人格権について本国法による点とする規定であるが、主として氏名のことを念頭に置いたものであるとされる。フランスにおいては、身分関係の変動に伴う氏名の変更については身分関係の効力の準拠法による点とする考え方が判例上採用されている。

審議会においては、(a)前記のとおり、我が国の学説上、氏名の準拠法についての考え方が様々に分かれており、現時点で規定を設けることはなお時期尚早であると考えられること、(b)仮に規定を設けるとした場合には、いかなる法律問題がこの単位法律関係に含まれるのかが、必ずしも明確ではないこと、(c)現時点では、実務上、氏名の準拠法に関する明文の規定がないことによる特段の困難は生じていないこと等を理由として、特段の規定を設けないとすることで意見の一致がみられた。

(5) 親子関係の準拠法（第17条から第19条まで）

ア 親子関係の準拠法

親子関係の準拠法については、(a)現行法例第17条から第19条までの規定の適用関係が必ずしも明確ではない、(b)嫡出親子関係と非嫡出親子関係を区別して規律することは妥当ではない、(c)嫡出親子関係の成立に関し、選択的連結を採用していることは、親子関係を否定しようとする子にとって問題である等の批判がある。

しかし、(a)については、規定の実質的内容にかかわる問題ではないこと、(b)については、我が国の民法上の規律との平仄の観点からは、法例においてのみ両

者の区別を撤廃することは適当ではないとも考えられること、(c)については、そもそも嫡出親子関係の否認を容易にすることが、子の保護の観点から妥当であるかどうかについて疑問があること等を理由として、審議会においては、現行規定を維持することで意見の一致がみられた。

イ 生殖補助医療により出生した子の親子関係に関する準拠法

なお、親子関係の準拠法に関連して、生殖補助医療により出生した子の親子関係の成立に関する準拠法についても検討が行われた。しかし、(a)現行規定であっても解釈論によって問題に対応することは可能であること、(b)我が国においては、生殖補助医療により出生した子の親子関係の成立の準拠法に関する立法論についての議論が未成熟であると考えられること、(c)生殖補助医療により出生した子の親子関係についての実質法上の特則規定が設けられていないにもかかわらず、法例にのみ特則規定を設けることはバランスを欠くこと等を理由として、審議会においては、特段の規定を設けないとすることで意見の一致がみられた。

第14 後見等(第24条,第25条)(試案第10)

1 問題の所在

(1) 現行法例における後見

現行法例において、後見は、原則的に本国法を準拠法としている(第24条第1項)。また、日本に住所又は居所を有する外国人の後見については、その本国法によれば後見開始の原因があるが、後見の事務を行う者がいないとき、及び日本において後見開始の審判がされたときに、例外的に、日本法を準拠法とすることとされている(同条第2項)。

現行法が外国人に対する後見について例外的に日本法を準拠法としている理由は、本国法上後見開始の原因がある外国人が我が国において保護を必要としているにもかかわらず、本国法による後見しか行い得ないとすると、我が国では十分な保護を与えられない場合があり得るし、そのように保護が十分でない外国人が我が国に所在すると、我が国の取引秩序、ひいては公益が害されることになると考えられるためと説明されている。

なお、現在の学説においては、第24条は、後見開始の審判に関する第4条と異なり、後見の準拠法についてのみ規律し、後見人選任等の手続の国際裁判管轄は第24条によっては規律されず、条理によって決定され则认为されている。そして、学説上、被後見人の住所地国又は常居所地国の国際裁判管轄は一般に認められていると解されるが、被後見人の本国にも国際裁判管轄があるとする見解も有力であり、さらには、被後見人の財産の所在地国にも、国際裁判管轄を認めるべきであるとする見解もある。

(2) 外国人を被後見人とする後見人選任等の手続における準拠法

現代の後見制度においては、多くの場合、裁判所等の公的機関が要保護者に対する各種の保護措置を通じて関与すると考えられるが、各国の実質法は、通常、その国の裁判所以外の他国の裁判所がそのような保護機能を代替することは想定しておらず、また、ある国の裁判所において、他国の法律に基づく保護措置を採ることについては困難が伴うため、保護措置の実効性を確保するためには、保護措置を採る機関が属する国の法である法廷地法を準拠法とすることが適切と考えられる。また、裁判所において選任された後見人の権限等が常に法廷地法を準拠法とすることとなれば、法廷地国における社会秩序の安定（取引の安全）に資することとなる。

このような考え方を前提とすれば、我が国の裁判所において後見人選任等の手続を行う限りは、それが外国人を被後見人とするものであったとしても、常に日本法を準拠法とすることが妥当であり、近時、このような考え方が有力に主張されている。現行法は、第24条第2項があるため、一定程度、このような結論を導き得るものであるが、他方、仮に日本に住所及び居所がない外国人に対する後見人選任等の手続の国際裁判管轄が被後見人の財産が日本に所在することに基づき認められるとすると、そのような場合には、本国法が準拠法となるため、問題であるということとなろう。

2 諸外国の法制

(1) 概観

諸外国においても、後見等に関し、裁判所等の公的機関において要保護者に対する保護措置を行う場合には、原則として、法廷地法を準拠法としていると解される。また、この分野に関しては、1961年ヘーグ条約、1996年ヘーグ条約及び2000年ヘーグ条約があり、これらの条約においても、基本的には、同様の考え方を採用している。

(2) 後見等の保護措置に関するヘーグ諸条約

1961年ヘーグ条約は、本国法と常居所地法の双方で未成年者とされる者を対象とするものであるが（第12条）、第2条並びに第4条第1項及び第2項で、保護措置を採る国の法廷地法が準拠法となることが規定されている。また、未成年者に対して緊急にその現在地国又は財産所在地国において保護措置を採る場合の準拠法について条約は規定していないが（第9条参照）、同条約の解説報告書23頁によれば、原則として法廷地法を適用することを想定していると解される（未成年者の本国法や常居所地国法を適用することを妨げないため、条約に準拠法は規定しなかった。）

1996年ヘーグ条約は、18歳未満の者に対する保護措置を対象とするものであるが（第2条）、司法機関又は行政機関における措置が採られる場合と法律上当然に保護がされる場合とを区別し、前者については原則として法廷地法を準拠法とし（第15条第1項）、後者については常居所地法を準拠法としている（第16条

及び第17条)。

2000年ヘーグ条約は、18歳以上の者に対する保護措置を対象とするものであるが(第2条)、司法機関又は行政機関による保護措置が採られることを前提として、原則として法廷地法を準拠法とすることを規定している(第13条第1項)。

(3) 各国国内法

ドイツは、1961年ヘーグ条約を締結しているが、同条約の射程に含まれない後見、世話及び保護に関しては、民法施行法第24条によって、原則として被後見人の本国法が適用され(同条第1項)、裁判所等の機関において命じられた後見等の内容(具体的には、後見人の選任、その報酬、後見人に関する監督、後見人の法定代理権の範囲、後見人の権利義務等を指す。)については、それを命じた国の法律が適用される(同条第3項)。

フランスも、1961年ヘーグ条約を締結しているが、同条約の射程に含まれない後見等の問題については、学説上、民法第3条第3項を基礎として、被後見人の属人法たる本国法によると解されている。ただし、実際の裁判例等においては、様々な理由に基づき、フランス法を適用しているようである。

スイスにおいては、1961年ヘーグ条約を締結した上で、同条約の射程に含まれない後見等の問題についても同条約の規定を準用している(国際私法第85条第2項)。そのため、スイスにおいても、公的機関による保護措置が採られる場合には、法廷地法たるスイス法が適用されることとなる。

イタリアも、1961年ヘーグ条約を締結しているが、同条約の射程に含まれない後見等の問題について、本国法上でのみ未成年者である者に対する後見等に関しては1961年ヘーグ条約の規定を準用し(国際私法第42条)、本国法上成年者である者に対する後見等に関しては要保護者の本国法を準拠法としているが(第43条第1項)、緊急の場合にはイタリア法によって保護措置を採ることが認められている(第43条第2項)。

英国及び米国においても、裁判所による保護措置が採られる場合には、法廷地法が適用されることとなる。なお、英国は1996年ヘーグ条約については署名し、2000年ヘーグ条約については締結している(ただし、同条約は未発効)。

3 試案の説明

(1) 基本的な考え方

審議会においても、我が国の裁判所において保護措置を行う場合には、日本法を適用すべきとする意見が多数を占めた。そこで、試案においても、そのような考え方に沿った提案を行っている。

試案は、後見の原則的準拠法を被後見人の本国法とする点については現行規定を維持するものであり(後記4(2)参照)、日本人を被後見人とする場合について、常に日本法が準拠法となることに変わりはない。よって、問題は、我が国の裁判所で

の外国人を被後見人とする後見人選任等の手続が行われる場合であるが、この点に
関し、被後見人の本国法によれば後見開始の原因がある場合であって、日本にお
ける後見の事務を行う者がいないとき、及び日本において被後見人に対する後見
開始の審判があったときに、裁判所による後見人の選任及び効力について、日本法
を準拠法とすることを提案している。前記の基本となる考え方を実現するためには、
端的に、第24条第2項につき、外国人を被後見人とする裁判所による後見人の選
任及びその効力は日本法によると改めることも考えられる。しかし、このような、
保護措置について一律に法廷地法を準拠法とする規定は、本来、国際裁判管轄と合
わせて規定することによって法の適用範囲が明確となるものであるが、国際裁判管
轄の規定を設けない(後記4(1)参照)場合には、日本法の適用範囲が不明確になる
上、一律に法廷地法を準拠法とする規定により、例えば、被後見人の本国法上後見
開始の原因がないような場合や本国法上の後見人が日本において事務を行っている
場合についても、日本法を適用して後見人を選任できることになるが、これは、
必要以上に日本法による保護措置を可能とするもので、必ずしも適当ではないと考
えられる。また、第24条第2項については、必ずしも、理論的又は実務的な問題
がこれまで主張されているわけではない。そこで、試案においては、第24条第2
項につき、その適用対象が日本に住所又は居所を有する外国人に限定される点につ
いて、そのような限定をなくして外国人一般を対象とすること、及び日本法を準拠
法とする事項的適用範囲を、裁判所による後見人選任及び効力に限定することの2
点のみの必要最小限の修正により、前記の基本となる考え方を実現しようとしてい
る。

(2) 「日本二住所又ハ居所ヲ有スル」の文言の削除

提案は、まず、第24条第2項における日本法の適用範囲について、同項の適用
対象となる外国人を制限している「日本二住所又ハ居所ヲ有スル」の文言を削除し、
日本に住所及び居所を有しない外国人も適用対象とするものである。これにより、
仮に日本に被後見人の財産が所在することを理由として後見人選任等の手続の国
際裁判管轄が認められたとしても、日本法を適用することが可能となる。

ただし、第24条第2項前段に規定されるその他の適用の要件、すなわち、外国
人の本国法上、後見開始の原因があること及び日本における後見の事務を行う者
がいないことについては、そのまま維持することとしている。前者については、原
則的な準拠法である外国人の本国法による後見開始の原因がなければ、そのような
後見開始の原因がないという結果が、我が国の公序に反する場合を除き、原則ど
おり、本国法によって選任は不要であると考えべきである。後者についても、第
24条第2項前段に基づく日本法による後見が、本国法による後見に対する補
充的後見であると一般に解されていることにかんがみれば、日本における後見
の事務を行う者がいるならば、そのような後見人の権限と抵触する権限を有す
る後見人を日本の裁判所において選任することは不適當であると考えられる。

なお、現行法の解釈論上、「日本ニ住所又ハ居所ヲ有スル外国人ノ後見人」の文言につき、同項後段の「日本ニ於テ後見開始ノ審判アリタルトキ」の文言に係っているか否か、争いがあるが、「日本ニ住所又ハ居所ヲ有スル」との限定をなくす場合には、いずれにしても、同項後段は外国人一般を対象とすることとなる。

(3) 日本法を準拠法とする事項的範囲の明示

「日本ニ住所又ハ居所ヲ有スル」の文言を削除した場合、本国法上後見開始の原因はあるが、日本における後見の事務を行う者がいないすべての外国人について、後見の準拠法は、本国法ではなく日本法となる。しかし、日本法を準拠法とする必要が現実に生ずるのは、我が国の裁判所における後見人選任等の措置についてであり、また、諸外国の立法例等においても、公的機関における保護措置が採られる場合についてのみ、法廷地法を適用することが定められている。逆に、その他の事項（法律上当然に選任される後見人の権限の問題等）についてまで、日本法が準拠法となるとすると、例えば、本国法によれば法律上当然に後見人となる者がいて、本国においてその者が後見の事務を行っていた場合であっても、後見の準拠法が日本法となるため、本国法上当然に選任される後見人が本国において活動するために認められた権限等であっても、これを認めることができないという不当な帰結に至ることとなる。そこで、このような結論を避けるために、試案においては、日本法が準拠法となる後見の事項的適用範囲を明示的に必要最小限に限定し、我が国の裁判所における後見人の選任及びその効力について、例外的に日本法を適用することを提案している。

(4) 保佐及び補助について

保佐及び補助について、現行法例は、後見の規定を準用しているが（第25条）、この点については、保佐及び補助の制度の本質及び目的が後見と同一であることから、審議会では、改正された後見の規定と同じ規律とすることで、意見が一致した。

4 その他

(1) 後見人選任等に関する国際裁判管轄

後見人選任等の手続に関する国際裁判管轄は、前記1(1)のとおり、現在の学説上、一般に、現行法には規定されていないと解されているため、試案（前注2）に記載したように、提案においては、この点について、なお解釈にゆだねることを前提としている。

(2) 原則的連結政策（第24条第1項）

後見制度が、被後見人の身上監護及び財産管理の制度であり、その生活の中心である常居所と深くかかわるものであることから、原則として、後見を常居所地法によらしめるとする考え方もあり、審議会においては、この点についても検討された。

しかし、後見の問題は、能力の問題（法例第3条第1項）との関係が深く、それと平仄を合わせることが望ましいとする意見が出され、かつ、能力の問題の準拠法としては本国法が適切であるとされたため（前記第2・3(2)）、後見についても原則として本国法を準拠法とすべきであるとの意見で一致した。

(3) 「後見ノ事務ヲ行フ者ナキトキ」の意味

学説上、第24条第2項の「後見ノ事務ヲ行フ者ナキトキ」の概念について、いかなる国においても後見の事務を行う者がいないときを指すのか、日本における後見の事務を行う者が事実上いないことのみを指すのか、解釈論上の対立がある。しかし、実効性ある後見の実現のためには、後者のように考えるのが相当であり、現在の多数説も、この立場であると解される。この点については、法例の立法者も同様に考えていたと解されるため、特に規定の修正は不要であるとも考えられるが、規定の明確化のためには、「日本における後見の事務を行う者がいないとき」とすることも考えられ、そのような観点から、試案においては、「日本における後見の事務を行う者がいないとき」との表現を採用している。

(4) 任意後見制度

審議会では、渉外的な任意後見に関する準拠法の問題についても規定を設けるか否かが検討された。しかし、この点については、そもそも任意後見制度をどのような制度として把握するかに関し、委任等の代理権授与の法律行為を基礎とする点を重視する考え方と公的機関の監督を受ける点を重視する考え方との対立があり、学説上の議論はいまだ尽くされておらず、現時点で、この点について立法を行うことは困難であり、なお解釈にゆだねるべきであるとする意見で一致した。

なお、2000年ヘーグ条約においては、任意後見に関しては、原則として成年者本人の常居所地国法による（第15条第1項）が、書面によって、(a)成年者が国籍を有する国、(b)成年者のかつての常居所地国、(c)成年者の財産が所在する国（当該財産に関する事項に限る。）の法律を選択することを認めている（第15条第1項ただし書及び同条第2項）。ただし、これらの規定が任意後見に対する公的機関の関与又は措置についても対象とするものであるか、必ずしも明らかでないと言われる。

第15 相続及び遺言に関する準拠法（第26条、第27条）

1 相続の準拠法（第26条）

現行法例第26条は、動産と不動産を区別せず被相続人のすべての財産の相続について一律に連結点を定める相続統一主義を採用した上で、準拠法を被相続人の本国法としている。諸外国の立法例の中には、動産と不動産を区別して準拠法を決定する相続分割主義を採るものもあるが、我が国の学説においては、現行法が相続統一主義を採ることへの批判は見られず、見直しの検討に当たっては相続統一主義を維持するこ

とが前提とされた。諸外国の立法例でも、英米法系諸国以外では、フランス（判例・通説）、ベルギー国際私法第78条、ルクセンブルク（判例）、ルーマニア国際私法第66条、中国継承法第36条、カナダ・ケベック州民法第3098条第1項などが相続分割主義を採るが、大陸法系諸国のほとんどが客観的連結としては相続統一主義を採用している（ドイツ民法施行法第25条第1項、オーストリア国際私法第28条第1項、イタリア国際私法第46条第1項、スペイン民法第9条第8項、ポルトガル民法第62条等多数）。

連結点については、確定が容易でかつ安定的である被相続人の本国の法律によるべきとする見解（本国法主義）がある一方、相続には身分法的な側面だけでなく財産法的な側面があり、被相続人の生活活動の中心地こそが身分法・財産法の両面から相続と深く関係しているとして、被相続人の住所地又は常居所地の法律によるべきとする見解もある（住所地法主義）。諸外国の立法例においては、大陸法系の国で住所地法主義を採用するのはスイス国際私法第90条第1項等若干の国にとどまるのに対し、本国法主義を採用する国は非常に多い（ドイツ民法施行法第25条第1項、オーストリア国際私法第28条第1項、イタリア国際私法第46条第1項、スペイン民法第9条第8項、ポルトガル民法第62条、ポーランド国際私法第34条、ハンガリー国際私法第36条第1項、ギリシャ民法第28条、リヒテンシュタイン国際私法第29条第1項、スウェーデン遺産に関する国際的法律関係に関する法律第1条第1項第1文、トルコ国際私法第22条第1項第1文、韓国国際私法第49条第1項等）。

審議会では、準拠法を本国法とする案と常居所地法とする案の両案について検討が行われた。しかし、常居所地法とする案によれば、在日外国人を被相続人とする相続に日本法を適用できる利点はあるが、常居所の概念は国籍ほどに明確ではなく、判断に困難を来し得るとの懸念や、在外邦人を被相続人とする相続の場合は、相続財産も相続人も日本に存在することが多く、そのような場合には本国法である日本法によることが望ましいとの意見があり、結論としては、本国法主義を改めるまでの必要性はなく、現行規定を維持することで意見が一致した。

2 被相続人による準拠法選択

現行法例は、被相続人による準拠法選択を許容していない。この点については、規定の内容は多種多様であるものの、近時の諸外国の立法例（ドイツ民法施行法第25条第2項、スイス国際私法第90条第2項及び第91条第2項ただし書、イタリア国際私法第46条第2項、ベルギー国際私法第79条、リヒテンシュタイン国際私法第29条第3項及び第4項、ルーマニア国際私法第68条第1項及び第2項、韓国国際私法第49条第2項、カナダ・ケベック州民法第3098条第2項等）や1989年死亡による財産の相続の準拠法に関するヘーグ条約（"Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons." 平成17年3月1日現在オランダのみが締結。未発効。）第5条において被相続人による準拠法選択が導入されていることもあり、被相続人の正当な期待の保護という観点から、我が国でもこ

れを導入すべきとの見解がある。準拠法選択を認めることの利点としては、被相続人の予見可能性を確保できること、本国との結びつきが希薄な場合に、より密接に関係する他の地の法を選択できること、夫婦財産制の準拠法との矛盾・抵触を回避し得ること等が挙げられる。しかし、準拠法選択を認めると、遺留分権利者や相続財産に対する債権者等の利害関係人の利益を侵害するおそれがあること、被相続人以外の者にとって相続の準拠法が不明確となり得ることなどが欠点として挙げられる。諸外国でも、フランス(判例・通説)、ルクセンブルク、オーストリア、スペイン、ポルトガル、ポーランド、ハンガリー、ギリシャ、トルコなどは被相続人による準拠法選択を認めていない。

審議会においては、被相続人による準拠法選択の可否につき検討を行ったが、在日外国人、とりわけ韓国人や中国人の相続に常に本国法を適用するのではなく、常居所地法である日本法を適用し得るようにするために、被相続人による準拠法選択を認めてもよいのではないかとする意見もあったが、これに対しては、準拠法選択を認めなくとも反致により一定の場合には日本法が適用され得るとの指摘があり、さらに、遺留分の点を除けば、一般的には、被相続人は遺言によって自由に相続財産の処分をすることができ、準拠法の変更まで認める必要は乏しいこと、準拠法を選択を認めると本国法上の遺留分権利者の権利が害され得ること、選択が有効かどうかを調べなければ準拠法が決まらないため法選択の有無を巡って紛争が生じかねないことなどから、これを認めるべきでないとする意見が大勢を占め、被相続人による準拠法選択はこれを認めないこととされた。

3 遺言の準拠法(第27条)

現行法例第27条第1項は、遺言の成立及び効力について遺言成立当時の遺言者の本国法による旨定めている。この規定の単位法律関係については、意思表示の一つの形式としての遺言の成立及び効力に限られ、遺言の実質的な内容である遺贈や認知等については、それぞれの法律行為すなわち相続や非嫡出親子関係等の準拠法によるものと解するのが通説である。したがって、同項によるべき問題は、遺言能力、意思表示の瑕疵、遺言の撤回の許容性など、遺言自体の成立及び効力に固有の問題ということになる。なお、遺言の方式の有効性については、ヘーグ国際私法会議の1961年の遺言の方式に関する法律の抵触に関する条約(昭和39年条約第9号、平成17年2月28日現在の締約国数は37か国)を国内法化した遺言の方式の準拠法に関する法律(昭和39年法律第100号)によって規律されている。

審議会においては、単位法律関係についての以上の考え方を前提として、準拠法について本国法を維持するかが検討されたが、相続について本国法を準拠法とすることを維持しつつ、遺言についてのみこれを改めるべきとする意見はなく、結論として、現行規定を維持して本国法を準拠法とすることとされた。

第16 総則(第29条,第32条)(試案第11)

1 住所地法の決定(第29条)(試案第11・1)

現行法例において、住所地を連結点とする規定としては、債権譲渡の第三者に対する効力について債務者の住所地法によるとする第12条と、法律行為の成立及び効力について当事者の準拠法選択がない場合に行為地法によるとする第7条第2項との関係で、隔地的な契約の行為地について申込者の住所地を考慮する第9条第2項とがある。しかし、第12条については、試案におけるいずれの改正提案においても「住所地」は連結点としておらず(試案第8・2及び3参照)、また、第7条第2項についても、当事者の意思が不分明の場合における行為地法の適用という連結政策は維持しない提案(最密接関係地法)をしており、これらの提案によれば、第9条は不要となる(試案第4・3(注)参照)。そして、このほかに試案において新たに住所地を連結点とする提案は行っていないので、試案においては、法例の規定上、「住所地法」を準拠法とする規定が存在しなくなることを前提として、重住所又は無住所の場合の規律を定めた第29条は削除するとの整理をしている。審議会においても、このような整理に異論は見られなかった。なお、失踪宣告や後見開始の審判等に関し、「住所」が管轄原因とされることはあり得る(試案第2・1及び第3参照)が、そもそも管轄原因としての住所は、連結点としての住所とは異なり、本条の適用はないので、この点を考慮する必要はない。

また、第29条第1項は、第34条第2項ただし書により遺言の方式に適用されていることから、遺言の方式の準拠法に関する法律との関係で法制的な整備が必要となる。

2 反致(第32条)(試案第11・2)

(1) 問題の所在

反致とは、自国の国際私法に加えて外国の国際私法をも考慮して準拠法を指定する連結政策であり、その趣旨は一般的に準拠法の国際的調和を図ることにあるとされている。反致に関する現行法例第32条の規定内容については、以下の点の特徴として指摘されている。すなわち、外国の国際私法が日本法を準拠法として指定する場合に日本法によるとする狭義の反致に限定され、外国の国際私法が第三国の法律を準拠法として指定する場合に当該第三国法によるとする転致(手形法第88条第1項及び小切手法第76条第1項参照)を認めていないこと、「当事者ノ本国法ニ依ルヘキ場合」として、法例の規定によって本国法として外国法が指定された場合にその適用を限定していること、ただし書により、婚姻の効力に関する第14条等の段階的連結の場合における共通本国法の適用に際しては反致が認められないこと、等である。は、準拠法の国際的調和とともに、日本法の適用範囲を拡張することが、は、属人法に関する本国法主義と住所地法主義との対立を調和することが、それぞれの趣旨とされている(法典調査会法例議事速記録第181頁及び法例修正案理由書第50・第51頁)。は、平成元年の法例の一部改正

の際に採用されたものであり、同改正によって採用された段階的連結は、両性平等の見地から夫婦に共通する連結素を順次考慮するものであるが、この場合にも反致を認めると、例えば、夫は日本に、妻はA国に住所を有するA国人夫婦の婚姻の効力が日本で問題となった場合、同一本国法として指定されたA国の国際私法上、夫の住所地を理由に反致することもあり得るが、そのときは夫婦に「共通」の要素がなくなり、男女平等の見地からも適当とは思われないこと等がその趣旨とされている。

現行法例上、反致が認められるのは、第3条第1項（行為能力）、第4条第1項（後見開始の審判の原因）、第5条（保佐開始の審判及び補助開始の審判）、第8条第1項（法律行為の方式）、第13条第1項及び第3項本文（婚姻成立の要件）、第17条（嫡出子）、第18条（非嫡出子）、第19条（準正）、第20条（養子縁組）、第22条（方式の特則）、第23条（親族関係）、第24条第1項（後見）、第25条（補佐及び補助）、第26条（相続）及び第27条（遺言）である。

反致の目的は、前述のとおり、一般的には準拠法の国際的な調和を図ることにあるとされているが、学説上は、理論的又は政策的な観点から、反致そのものにつき批判的な見解もある。すなわち、一定の法律関係が一定の準拠法に服するのは、当該法律関係の固有の性質により、最密接関係地法を選択したことによるからであり、このような考え方からは、理論的には、他国の国際私法を考慮するという発想は生じ得ず、また、反致により準拠法の国際的調和を実現し得るのは、関係両国の一方が反致を認め他方がこれを認めない場合、一方が狭義の反致を認め他方が二重反致を認める場合、法廷地が転致を認める場合において転致の指定を受けた国が自国の実質法の適用を認めるとき等、極めて限られた局面においてのみであるとの批判がある。

(2) 諸外国の法制

諸外国の立法例をみると、ハンガリー国際私法第4条、スペイン民法第12条第2項、ルーマニア国際私法第4条、韓国国際私法第9条等は、狭義の反致を認めており、また、ドイツ民法施行法第4条、英国（判例）、フランス（判例）、スイス国際私法第14条、イタリア国際私法第13条、オーストリア国際私法第5条、ポルトガル民法第17条、ポーランド国際私法第4条第2項、トルコ国際私法第2条等は、転致を認めている。このように、反致を肯定する立法例も多いが、他方で、ギリシャ民法第32条、ペルー民法第2048条、ケベック州民法第3080条（カナダ）等のように反致を否定する立法例も存在する。

(3) 試案の説明及び審議会での議論

審議会では、現在の学説上の批判に沿った形で、現行法例第32条を削除すべきであるとする意見が述べられた一方で、同条を維持すべきであるとの意見も述べられた。維持する理由としては、(a)諸国の国際私法が統一されていない現状からする

と、国際的に跛行的な法律関係の発生を限られた範囲でも防止するメリットがあること、(b)アジア諸国では、実質法の適用が困難な国があり（例えば、中華人民共和国承継法には土地の相続に関する規定がない。）、反致を廃止して、このような国の実質法を適用しなければならないこととすると、実務の運用に支障が生ずること、(c)現行規定は、特段の不都合がなく実務上運用されており、改正に対する実務上のニーズはないこと、(d)反致規定を削除すれば、隠れた反致や先決問題に関する現在の解釈に影響を与えることになるが、これらの影響について十分な議論がされていないにもかかわらず、反致規定を削除すべきではないこと等が挙げられた。そこで、試案においては、第32条を削除する案と第32条をそのまま維持する案とを掲げ、両案に対する意見照会の結果を踏まえて、なお検討することとされた。なお、段階的連結に関する同条ただし書については、同一常居所地法を理由に反致する場合等、反致が両性平等に反しない場合にまで一律に段階的連結であることのみを理由として反致を認めないことは相当でないから、第32条本文は維持した上で、同条ただし書を削除し、反致の適用範囲を拡大すべきであるとする意見もあった。しかし、同条ただし書を削除すると、前記のとおり、夫婦の同一本国籍として指定された国の国際私法上、夫の住所地法を理由に反致する場合等、両性平等の見地から相当でないと考えられた反致まで認めることになる一方、同条ただし書を維持したとしても、同条ただし書の適用範囲を限定する解釈（両性平等に反するような場合等に限定して反致を認めないとするもの）はこれまでどおり成り立ち得ること等から、同条ただし書を削除するのは相当でないと考えられた。

3 その他

(1) 重国籍者の本国籍法（第28条第1項）

現行法例第28条第1項は、重国籍者の本国籍につき、国籍を有する国のうち第1次的には当事者が常居所地を有する国の法、それがいない場合には第2次的に最密接関係国法を本国籍法としながらも、同項ただし書において、その一つが日本国籍の場合は日本法を本国籍法とすることとしているが、これに対しては、学説上、その者にとって最も密接に関係する法律が日本法であるとは限らないから、最密接関係地法を探求する国際私法の理念にそぐわず、国際的な判決の調和が図れない等の批判がある。そこで、審議会においては、同項の規定を改めるべきかについての検討がされた。

しかし、このような内国国籍優先の原則は、諸外国においても多く採用されているところであり（ドイツ民法施行法第5条第1項、オーストリア国際私法第9条第1項、ギリシャ民法第31条第1項、ポーランド国際私法第2条第1項、ハンガリー国際私法第11条第2項、トルコ国際私法第4条(b)、フランスの判例等）、また、この内国国籍優先の原則によれば、日本人については、他の国籍の有無にかかわらず、日本法を本国籍法とすればよいことから、相続や親族関係等の本国籍法を準拠法とする法律関係の確定に便宜であり、戸籍等の実務において円滑かつ迅速な処理が可

能となるという利点がある。審議会においても、以上の点を踏まえ、現行規定を維持することで意見が一致したため、試案においては、この点について特段の提案は行っていない。

(2) 未承認国家の法の適用

北朝鮮や台湾のような未承認国家の法が準拠法となる場合に、当該未承認国家の法を適用できるかについては、現行法例上明文の規定がなく、戸籍先例や裁判例では問題とされているため、この点についての明文の規定を設けるべきかが審議会において検討された。

しかし、学説上、国家の承認の有無は外交的・政治的問題であり、私法上の法律関係の処理に際して準拠法として未承認国家の法を適用し得ることには異論はなく、諸外国においてもこの点に関して明文で規定を置いている立法例は見当たらないことから、審議会においても、この点について特に規定を置かなくても解釈上の疑義が生ずる余地はなく、特段の規定を設けることは不要である旨の意見で一致したため、試案においては、この点について特段の提案は行っていない。

(3) 地域的不統一法国に属する者の本国法（第28条第3項）

地方により法律を異にするため、一国内に複数の法域を有する国（地域的不統一法国）に属する者については、その国のいずれの地方の法律がその者の本国法となるのが問題となるが、この点について、現行法例第28条第3項は、第1次的にはその国の規則に従い指定される法律を本国法とするとして、本国法の決定をその国の内部的な規則にゆだね（間接指定主義）、そのような規則がない場合は当事者に最も密接に関係する地方の法律を本国法としている（直接指定主義）。同項にいう「其国ノ規則」とは、その国の当該法律関係に関する準国際私法の抵触法的解決を指すとする解釈もあるが、多くの学説は、その国の準国際私法の抵触法的解決そのものではなく、その国においてその国の国民が国内のいずれの地域に属するかを決定する統一的な規則（本国の内部的な関係において属人法がいずれの地域の法律であるかを定める規則）であるとする。

この規定に対しては、学説上、そのような本国の内部的な関係において属人法を決定する規則を持つ国はほとんど見当たらず、結局は常に第28条第3項後段により当事者に最も密接に関係する地方の法律を本国法とするのだから、同項前段は削除すべきであるとの見解もあるため、審議会においてこの点についての検討がされた。

しかし、ヘーグ諸条約においては、地域的不統一法国に関し第1次的に間接指定主義（補助的に直接指定主義）が採用され、我が国も遺言の方式の準拠法に関する法律や扶養義務の準拠法に関する法律においてこれを採用しており、また、諸外国の多くの立法例においても、間接指定主義が採用されている（ドイツ民法施行法第4条第3項、オーストリア国際私法第5条第3項、スペイン民法第12条第5項、

ポルトガル民法第20条，ポーランド国際私法第5条等）。また，前記のような属人法を決定する規則を有する国もあるとされており（例えば，セルビア・モンテネグロにおいては，旧ユーゴスラビアで妥当していた1979年の「身分，家族及び相続関係における法の抵触及び管轄権の抵触の解決に関する法律」が現在でもセルビアとモンテネグロ間の地域的な抵触について妥当するとされている。），第28条第3項前段は現実に適用の機会があり得ると考えられる。審議会においても，これらの観点から，現行規定を維持することで意見が一致したため，試案においては，この点に関する特段の提案は行っていない。

(4) 人的不統一法国に属する者の本国法（第31条）

人種や宗教等の差異によって一国内で適用される私法が異なる場合があり，そのような国は人的不統一法国と呼ばれるが，現行法例第31条は，当事者の本国が人的不統一法国である場合につき，第1次的にその国の規則に従い指定される法律を本国法とし（間接指定主義），そのような規則がない場合は，補助的に当事者に最も密接に関係する法律を本国法とすることを定めている（直接指定主義）。

この規定に対しては，人的不統一法国が本国となる者につき本国の法律中のどの法律を適用するかは，その国の実質法秩序内部の問題であって，そのような問題の解決方法は準拠法の属する法域の実質法である人際法で必ず定めているはずであり，そもそも法例に規定を置く性質の問題ではなく，少なくとも法例第31条第1項後段が補助的に直接指定による抵触法的な処理をしている点は理論的に問題であるとする見解があり，審議会においてこの点についての検討がされた。

しかしながら，同項前段については，注意規定としての意味を有すること，同項後段についてはその国の人際法の規則が内容不明な場合の一定の指標になることから，それぞれ一定の存在意義があり，ヘーグ条約や諸外国の立法例とも平仄が合うことから（前記(3)同様，我が国は遺言の方式や扶養義務について第一次的に間接指定主義，補助的に直接指定主義を定めるヘーグ条約の規律を採用している。），審議会においては現行規定を維持することで意見が一致した。

(5) 公序則の発動により外国法適用が排除された場合の処理（第33条）

現行法例第33条は，準拠法が外国法である場合において，当該外国法の規定が適用された結果が公の秩序又は善良の風俗に反するときは，その適用が排除される旨を規定している。しかし，公序則の発動により外国法の適用が排除された後の処理については明記されておらず，学説上争いがあるため，審議会においてこの点を明確化する規定を置くべきかが検討された。法例制定時には，公序則の発動によって外国法の適用が排除された場合には，原則である日本法が当然に適用されると考えられていたとされ，現在でも多数の学説はそのような見解を支持するが，他の見解も主張されている。すなわち，学説上は，準拠法の欠缺が生ずることを前提として，(a)日本の実質法を適用する見解（多数説），(b)一般的条理を適用する見解，

(c)公序則により適用を排除した法の次に密接に関係する地の法律を適用する見解等がある。これに対して、公序則によって外国法の適用を排除するのは、既に何らかの基準があるからであり、外国法の適用を排除した基準によって実質法的判断がされているから、準拠法の欠缺は生じていないとする見解も有力に述べられている。最判昭和52年3月31日民集31巻2号365頁のほか多くの裁判例は、(a)の立場を採用していると考えられるが、東京地判平成2年11月28日判タ759号250頁では、(c)の考え方を採用している。

諸外国においても、立法例は分かれており、内国法が適用されるものとして、オーストリア国際私法第6条、ハンガリー国際私法第7条第3項、トルコ国際私法第5条等が、特段の規定を設けないものとして、ドイツ民法施行法第6条、スイス国際私法第17条等がある。さらに、同一の規定が他の連結点を定めているときはその連結点を通じて指定された法を適用するものとして、イタリア国際私法第16条第2項がある。

審議会では、多数説である前記(a)の見解に対し、外国法の適用結果が日本法の適用結果と極端に異なる事案については、公序則の発動により当該外国法の適用が排除されて日本法が適用されることになるのに対し、外国法の適用結果が日本法の適用結果とそれほど異ならない事案については、公序則の発動がなく当該外国法が適用されるといういわゆる逆転現象が生じ、均衡を失すとの意見が出され、また、この点についてこれまで規定が存在しないことで実務上困難を来したことはないとの意見も述べられた。そして、結論としては、この点については特段の規定を設けず、解釈にゆだねることで意見の一致がみられたため、試案においては特段の提案は行っていない。

(6) 絶対的強行法規の適用

一定の政策的な目的を達成するために明確な適用意思を有し、準拠法の如何にかかわらず強行的に適用される法規は、講学上「絶対的強行法規」と呼ばれており、我が国においては、独占禁止法、外国為替法、消費者・労働者保護関連法規、利息制限法、借地借家法等がこれに当たると解されている。学説上、法廷地の絶対的強行法規が準拠法いかににかかわらず適用されることについては、その理論的根拠をめぐって諸説あるものの、ほぼ争いが無い。他方、現行法例にはこのような絶対的強行法規の適用に関する明文の規定はないため、この点に関する特段の規定を設けるべきかが審議会で検討された。

審議会では、法廷地の絶対的強行法規の適用を認める旨の規定を設けるべきであるとする意見も述べられたが、(a)どのような規定が絶対的強行法規に該当するかを明確化しない限り規定を設けることは法制的に不可能であるが、明確化は非常に困難であること、(b)仮に内容が不明確な抽象的な規定を置いた場合には、その解釈をめぐって実務が混乱するおそれがあること、(c)法例中に絶対的強行法規の適用を認める明文の規定がなくても、その法規の強行性等を理由として、解釈によってこれ

を適用することが可能であること、等の理由により、絶対的強行法規の適用については、特段の規定を設けず、解釈にゆだねることが適当であるとの意見が多数を占めた。なお、第三国の絶対的強行法規の適用については、学説上の見解も分かれており、これについての規定は設けないことで異論はなかった。以上により、試案においてはこれらの点に関する特段の提案は行っていない。

(7) 一般的例外条項

現行法例には、決定された準拠法が属する法域よりも明らかにより密接な関係を有する他の法域があるときは、その法域の法律を準拠法とする旨の規定(例外条項)はない。しかし、準拠法決定の具体的妥当性を確保するため、このような例外条項を設けることも考えられ、審議会において検討が行われた。例外条項としては、適用範囲を特定の単位法律関係に限定する個別的例外条項と、このような限定をせずに原則としてすべての単位法律関係について適用する余地を認める一般的例外条項の二種類が考えられ、オーストリア国際私法第1条、スイス国際私法第15条、韓国国際私法第8条等、後者の一般的例外条項を規定する立法例もある。

審議会においては、例外条項の要否は、国際私法の局面における具体的妥当性と法的安定性との調整の問題であるから、すべての単位法律関係について適用される一般的例外条項の採否という形で検討するのは適当ではなく、個別の単位法律関係ごとにその要否を検討すべきであるとされた。そして、その後の審議会における各論点の検討を踏まえ、試案では、物権及び法定債権(不法行為、事務管理及び不当利得)についてのみ個別的例外条項を設けるか否かを提案している(試案第6及び第7・4参照)。

(8) 適用範囲

現行法例には、その適用範囲を明記する規定はない。しかし、諸外国の法制においては、国際私法の適用範囲を規定するものがあり(ドイツ民法施行法第3条第1項、スイス国際私法第1条第1項、オーストリア国際私法第1条第1項、イタリア国際私法第1条、韓国国際私法第1条等)、改正法例において趣旨・目的規定を設ける場合には、その適用範囲を規定上明らかにすることも考えられるため、審議会において検討された。

学説上は、法例は渉外的法律関係に適用されるとする考え方が通説であるが、法律関係に外国的要素が存在していない純粋な国内事案であっても法例の適用により準拠法(日本法)が決定されるとする少数説もある。審議会では、仮に、前者の通説の考え方を採用して、「渉外的法律関係」をその適用対象として明記することとしても、どのような外国的要素があるときに「渉外的法律関係」として性質付けられるかについて困難な問題が残るとの指摘や、純粋な国内事案であっても法例が適用されるという解釈をあえて否定する必要はないとの意見があり、この点については規定を設けず解釈にゆだねるのが相当であるとする意見が多数を占めた。その

ため、試案においては、特段の提案は行っていない。

第17 船舶及び航空機に関する特則

1 総論

現行法例に、海事に関する法律関係に適用されることを特に明示した規定はない。立法時の資料である法例修正案参考書によれば、船舶に関する事項、すなわち船舶の所在地法、海損、衝突及び救助に関する国際私法的規定は、船舶及び航海に関する特別法に譲るとされており、当時からこれらの問題については、法例に規定される準拠法決定の一般則とは異なる特則による解決が想定されていたが、今日に至るまでそのような特別法は制定されないままとなっている。これまでの学説や裁判例は、海事に関する法律関係について、その特殊性に配慮し、かつ具体的妥当性が確保された準拠法の決定をするための解釈論を展開してきたが、その中には、法例の規定によらずに慣習や条理により決定しようとする考え方と、法例の条文の柔軟な解釈、適用によって決定しようとする考え方とが見られる。

そこで、審議会において、海事に関する法律関係の連結政策について明文の規定を設けることについて検討が行われた。しかし、検討の結果は、後記のいずれの論点についても特段の規定を設けないことを相当とするものであった。規定を設ける実務的な必要性が少なく、逆に規定を設けた場合に実務に予期せぬ影響を与えかねないこと、規定を設けるに足りる学説上の十分な議論の蓄積がないこと等がその理由である。以下、概要を記載する。

2 船舶及び航空機に関する物権

船舶及び航空機の物権関係の準拠法については、学説上、船舶及び航空機が航行に伴って移動する性質を有することから、その時々の実現の所在地法を適用するのは妥当でなく、条理に基づき、又は法例第10条の「所在地法」の解釈として、旗国法又は登録国法を原則的連結点とする説が一般的であるため、これらを連結点とする規定を設けることが考えられる。また、船舶等に関する法定担保物権の成立及び効力の準拠法については解釈上争いがあるため、これらの点について規定を設けて準拠法を明確化すべきかが審議会において検討された。しかし、審議会では、規定を設けるために検討が不可欠となる以下に掲げるような諸問題について、未だ立法の基礎とできるほどの十分な議論の蓄積はなく、また、諸外国においても明文の特則規定を設けている国は少ないことから、特段の規定を設けずに解釈にゆだねるべきであるとする意見が多数を占めた。

(ア) 従来通説は、旗国と物権登録国が一致することを前提として、船舶の物権について、原則的に旗国法によるものとしてきたが、近時においては、旗国と物権登録国が乖離している場合が少なくないとされるため、仮に規定を設けるとすれば、旗国や物権登録国の概念を明確にした上で、適切な連結点について精緻に検討し直す必要があると考えられる。しかし、従来の我が国の学説上、このように旗国と登録国と

を区別した上で連結点を論ずる議論はあまりみられない。審議会では、旗国と物権登録国が乖離する場合には当該物権にかかる登録国法を連結点とすべきであるとの意見が述べられたものの、具体的な事案においては、準拠法所属国である船舶の登録国法を確定することは、登録が二重にされた場合等、困難なときもあり得る旨の意見もあった。

- (イ) また、船舶に関する法定担保物権の成立及び効力の準拠法について、学説上争いがあり、法定担保物権の成立と効力について別個に考え、成立については被担保債権の準拠法と旗国法又は登録国法の累積適用により、効力については旗国法又は登録国法によるとする伝統的な見解、成立は被担保債権準拠法と法廷地法の累積適用によるが、効力については法廷地法によるとする見解、成立及び効力は共に旗国法又は登録国法によるとする見解等が主張されている。

の見解は、法定担保物権は一定の債権を担保するために法が特に認めた権利であるから、法定担保物権の成立については被担保債権の準拠法を累積適用すべきであるとする考え方を基本とし、一般の法定担保物権の成立は被担保債権の準拠法と目的物の所在地法を、船舶に関する法定担保物権の成立については被担保債権の準拠法と旗国法又は登録国法を累積適用とする見解である。の見解は、一般の法定担保物権の成立についてとほぼ同様の考え方を採りながら、船舶に関する法定担保物権の成立については、その執行が法廷地の公序とかかわるため、被担保債権の準拠法と法廷地法を累積適用し、その効力についても、法廷地国の公序の問題に深く関連するとして、法廷地法によるとする見解である（なお、一般の法定担保物権の準拠法について前記第10・1(3)参照）。以上に対し、の見解は、法定担保物権と他の物権とを区別せず、船舶に関する法定担保物権の成立及び効力についても、船舶に関する他の物権と同様に、旗国又は登録国を連結点とするものである。裁判例上においては、前記 によった事案（秋田地決昭和46年1月23日下民集22巻1・2号52頁，広島高決昭和62年3月9日判時1233号83頁），前記 によった事案（広島地呉支判昭和45年4月27日下民集21巻3・4号607頁）， から までのいずれとも異なり、成立及び効力ともに法廷地法による見解を示した事案（東京地決平成4年12月15日判タ811号229頁，東京地決平成3年8月19日判タ764号286頁）等がある。

この点に関し、審議会では、法定担保物権が船舶の現実の所在地と強い関連性を有し、取引に入る債権者が船舶の所在地法の適用を期待すると思われることを根拠に、その成立及び効力を共に現実の船舶の所在地法によらしめるべきとする意見が比較的多数述べられた。このような見解は、現実の船舶の所在地と法廷地は多くの場合に一致するといわれていることからすれば、の見解と類似的ではあるが、例えば、ある国の港で船舶に対してサービスを供給した債権者が他国での当該船舶の差押手続に加わる事案においては、かかる見解による法定担保物権の成立の準拠法（サービスを供給した国の法律）は、前記 から までのいずれの見解が導く結論とも異なることとなる。しかし、このような趣旨の明文の規定を設けることについ

ては、(a)規定を設けた場合の理論的な問題点や実務上の影響が十分に検証されていないこと、(b)法定担保物権の効力の準拠法と約定担保物権の効力の準拠法が異なると、担保権者間の優劣を決する準拠法についても検討する必要性が生じること（この点について、寄港地で取引に入った債権者の保護の必要性を根拠に現実の所在地法によらしめるべきとの意見も述べられたが、学説上は、担保権者間の優劣は法廷地の公序に関連するとしてこれを法廷地法によらしめる見解も有力に主張されており、審議会においても意見の一致が見られなかった。）、(c)諸外国でも成立及び効力を共に船舶の現実の所在地法によらしめる立法例は見当たらないこと等を理由に、反対する意見も多く出され、結局、審議会では、意見の一致は見られなかった。

なお、審議会においては、学者委員から、船舶に関する物権について規定を設けないとする結論に反対する意見も述べられた。すなわち、実務では、法定担保物権を除く船舶に関する物権は、船舶の現実の所在地法によらずに旗国法又は物権登録国法によるという理解が前提とされていると考えられるが、そのような帰結を法例第10条の解釈や条理から導くことには疑義があり、明確化の観点から、「登録された船舶に関する物権は、当該物権にかかる登録がされた地の法（物権の得喪は、その原因である事実の完成した時点における当該物権にかかる登録がされた地の法）による。」旨の規定を設けるべきであるとするものである。そして、このような意見は、法定担保物権の成立及び効力並びに担保物権間の優劣については、現実の所在地法による旨規定するか、仮にそのように規定することが困難であれば、物権の例外条項規定（前記第10・2参照）を活用して解釈にゆだねることを前提とするものである。しかし、船舶に関する物権全体の準拠法について例外条項による処理をするのであれば格別、船舶に関する物権の規定を設けつつも、法定担保物権の連結点については解釈あるいは例外条項による処理にゆだねるとすることは適当ではなく、また、そのような適用範囲が明確でない規定を新たに設ける立法をすることは困難であるとの意見が出され、さらに、実務家委員からは、そのような規定を設けることによる実務に対する影響を懸念する意見も述べられ、結局、このような提案が採用されるには至らなかった。

- (ウ) 航空機に関する物権については、船舶とほぼ同様に考えられているが、航空機に関しては、歴史的に船舶ほどの議論の蓄積はなく、また、審議会においては、私法統一国際協会（UNIDROIT）の2001年可動物件の国際的権益に関する条約（“Convention on International Interests in Mobile Equipment.” いわゆるケープタウン条約。平成17年3月末現在締約国は6か国であり既に発効しているが、発効の効力は、適用される対象物件の範疇を定める議定書の条件に従って議定書が発効した日から生じるとされる。）及び航空機議定書（“Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Aircraft Equipment.” 平成17年3月末現在締約国は6か国であり未発効。）に基づく新しい国際登録システムの今後の普及の程度にも留意する必要があるため、現段階において規定を設けるのは適当でないとの意見も出された。

3 共同海損

共同海損とは、船舶及び積荷が共同の危険にさらされた場合に、この危険を免れるためにされた処分によって生じた損害及び費用を、船舶、積荷、運賃の利害関係人によって分担することをいう。共同海損の準拠法については、学説上、不当利得又はそれに準じる法律関係と理解し、法例第11条が適用又は類推適用されると解した上で、共同海損が一国の領海内で生じたときはその国の法律によるが、公海上で生じたときはその地の法が存在しないため当該船舶の旗国法によるとする見解や、船舶、積荷、運賃等について船舶運行者と利害関係人との間で負担を分担する海事法特有の法律関係であると理解し、法例の規定の適用はないと解した上で、当事者が合意した法がある場合にはそれにより、当事者が合意した法がない場合には、航海の終了した地で精算を行っている実務にかんがみ、航海終了地法（精算地法）によるべきであるとする見解があり、解釈が分かれている。そこで、船舶及び航空機に関する特則が設けられる場合には、共同海損の準拠法に関する明確性を確保するため、この点についても規定を設けることが考えられ、審議会において検討された。

しかし、共同海損に関する実務においては、傭船契約書、船荷証券、保険証券等には、共同海損に関する国際的統一規則であるヨーク・アントワープ規則に従って精算される旨の記載があるのが一般的であり、このような実務の状況を前提とすれば、共同海損の準拠法が実際に問題となるケースは極めて少ないと考えられるとして、審議会では、特段の規定を設ける必要はないとすることで意見の一致がみられた。

4 船舶衝突

現在の学説上、船舶衝突は、法例第11条の不法行為の問題とされることにほぼ異論はないと思われるが、公海上又はいかなる国家の領域にも属さない場所において衝突が生じた場合に、法例第11条第1項にいう不法行為地法（原因事実発生地法）を観念できるかについては争いがあり、その準拠法についても、衝突した船舶が同一の旗国に属するときは同一旗国法により、旗国が異なるときは衝突船舶の旗国法を累積するとする見解、専ら法廷地法によるとする見解、衝突した船舶が同一の旗国に属するときは同一旗国法により、旗国が異なるときは法廷地法によるとする見解等の対立がみられるため、船舶衝突に関する特段の規定を設けて、これを明確化すべきかが審議会において検討された。

審議会では、「船舶衝突ニ付テノ規定ノ統一ニ関スル条約」（大正3年条約第1号、平成15年7月現在の締約国数は87か国）の非締約国との関係で、損害賠償責任の責任制限の効力と交叉請求の可否について、準拠法が問題となり得るので、規定を設ける意味がないわけではないとの指摘もあったが、実務上は多くの事例が前記船舶衝突条約に従って処理されており、法例に特段の規定がない現状でほとんど支障が生じていない上、不法行為において当事者自治を認める規定が設けられるとするならば（前記第11・3(5)参照）、なおさらかかる規定は不要であるとの意見が挙げられ、特段

の規定を設ける必要はないとの意見で一致した。また、航空機の衝突の準拠法についても問題となり得るが、学説上ほとんど議論がなく、衝突の可能性も実際にはほとんどないことから、規定を設ける必要性はないとされた。

なお、審議会では、損害賠償責任の責任制限の効力に関連し、船舶衝突の際に積荷や旅客に生じた損害について、荷主や乗客が、自船又は相手方船舶に賠償請求をする場合の準拠法について見解が分かれたが、この点も含めて、船舶衝突の準拠法については、解釈にゆだねられることとなる。

5 海難救助

海難救助の準拠法に関する我が国の学説は、救助者と被救助者の契約に基づいて行われる救助は契約準拠法（法例第7条）によるとする点ではほぼ一致が見られる。しかし、契約に基づかない救助の準拠法については、学説上、事務管理又はそれに準じる法律関係と理解し、法例第11条が適用又は類推適用されると解した上で、一国の領海内で生じたときはその国の法律によるが、公海上の海難救助については、救助船と被救助船が同一旗国のときはその旗国法により、それ以外のときは救助船と被救助船の旗国法を累積的に適用すべきであるとする見解や、救助を奨励するための海事法特有の法律関係であると理解し、法例の規定の適用はないと解した上で、一国の領海内で生じたときは海難救助に最も密接な関係を有する地である救助が行われた地の法によるが、公海上の海難救助については救助が行われた地の法が存在しないため法廷地法によると考える見解等があり、解釈上争いがある。そこで、船舶及び航空機に関する特則が設けられる場合には、海難救助の準拠法に関する明確性を確保するため、この点についても規定を設けることが考えられ、審議会において検討された。

しかし、審議会では、実際の海難救助は、契約（特にロイズ・オープン・フォーム等の標準契約書）に基づいて行われることがほとんどであって、救助契約に基づかない公海上の海難救助の事例は極めて少ない上、多くの事例が「海難ニ於ケル救援救助ニ付テノ規定ノ統一ニ関スル条約」(大正3年条約第2号,平成17年1月現在の締約国数は80か国)に従って処理される実務の状況からすれば、海難救助の準拠法について特段の規定を設ける必要はないとの意見で一致がみられた。

6 船主責任制限

船主責任制限の準拠法については、学説上、責任制限の対象となる債権（制限債権）の準拠法と関係なくこれを決定すべきであるとする異則主義が、各種の債権を一括して一定の制限に服させるという船主責任制限の目的からして妥当であるとされており、かかる異則主義を前提とした上での連結点について議論されている。この点について、かつては旗国を連結点とする見解もあったものの、現在では、責任制限において実体（責任限度額・責任制限の及ぶ範囲等）と手続（金銭の提供や分配手続等）の峻別は困難なことから、責任制限手続が行われる地（法廷地）の法を準拠法とするのが通説的な見解であるといえる。そこで、船舶及び航空機に関する特則が設けられる場合に

は、船主責任制限の準拠法に関する明確性を確保するため、この点についても規定を設けることが考えられ、審議会において検討された。

しかし、審議会では、実務ではほとんどの事例が後記の船主責任制限条約に従って処理されており、規定のない現状においても支障が生じていないこと、船主責任制限手続に関する管轄規定と準拠法規定を一体として設け、船主責任制限を法廷地法によらしめることは考え得るが、管轄についての議論等がないまま準拠法についてのみ規定を設けることは適当ではないと思われること等、規定を設けることについて消極的な意見が多く挙げられ、特段の規定を設けないとすることで見解の一致があった。なお、制限債権か非制限債権かを判断する準拠法について学説上の争いがあり、これを法廷地法によらしめるとする見解と、制限債権か非制限債権かの判断は、一次的には債権の属性の問題であるから、かかる判断については債権準拠法と法廷地法を累積適用すべきとする見解が主張されているが、この点についても引き続き解釈にゆだねられることとなる。

我が国が締結している船主責任制限に関する条約には、1976年の海事債権についての責任の制限に関する条約（昭和61年条約第9号、平成17年1月末現在締約国数は47か国。なお、平成17年3月末現在、同条約を改正する1996年の議定書の締結について承認を求める案件が第162回通常国会に提出されている。）、1969年の油による汚染損害についての民事責任に関する国際条約を改正する1992年の議定書（平成7年条約第18号、平成17年1月末現在締約国数は104か国）、1971年の油による汚染損害の補償のための国際基金の設立に関する国際条約を改正する1992年の議定書（平成7年条約第19号、平成17年1月末現在締約国数は93か国）がある。

7 諸外国の法制

主要諸外国においては、いわゆる海事国際私法に関する明文の規定を設けている例は多くない。

船舶又は航空機の物権関係につき、明文の特則規定を設ける国としては、ドイツ民法施行法第45条、イタリア運行法第6条、韓国国際私法第60条が挙げられる。法定担保物権の成立及び効力に関しては、ドイツ民法施行法第45条では被担保債権準拠法による（ただし、担保権者間の優劣を除く。）とされ、イタリア運行法第6条では旗国法によるとされる。これに対し、英国、フランス、米国、スイス等多くの国においては、特則を設けずに解釈にゆだねられており、法定担保物権の準拠法についても、国によって考え方が分かれているようである。

共同海損、公海上の船舶衝突及び海難救助の準拠法等については、イタリア運行法や韓国国際私法において明文の規定がある。

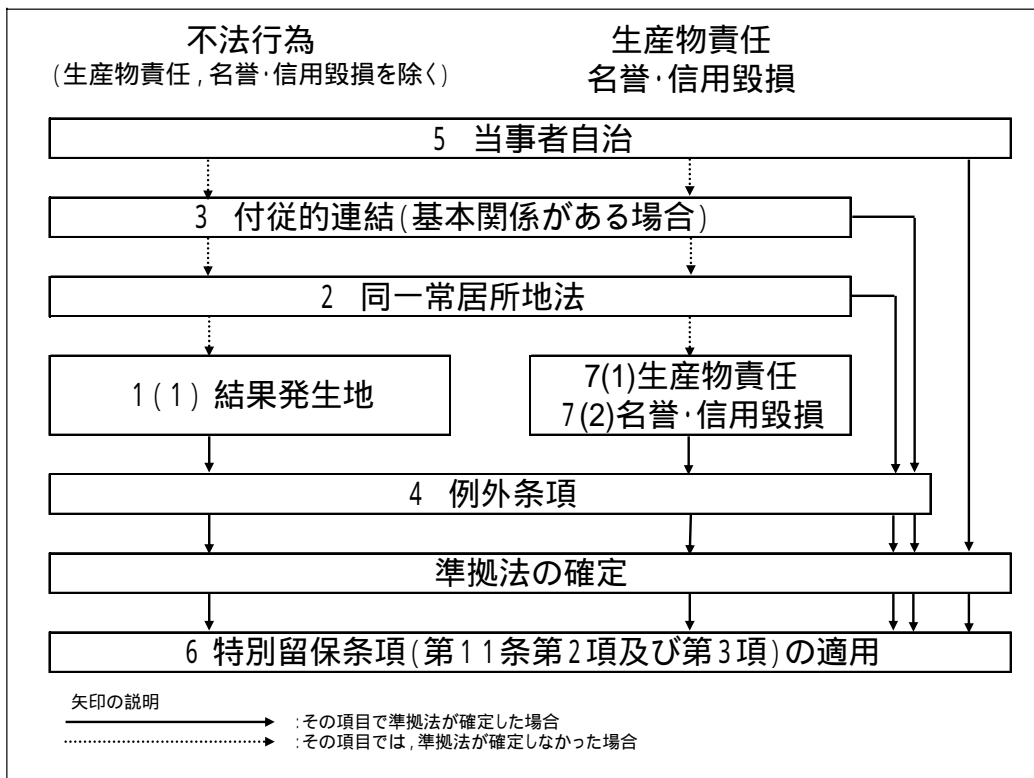
8 その他

審議会においては、連結点を行為地又は原因事実発生地とする単位法律関係に関し

て(現行法例では,第7条第2項,第8条第2項,第11条第1項,第13条第2項,第22条ただし書,遺言の方式の準拠法に関する法律第2条第1号がある。),船舶又は航空機の内部において行為が行われたあるいは原因となる事実が発生した場合,連結点たる行為地や原因事実発生地が具体的にいずれの国を指すのかといった点についても,検討が行われた。しかし,この点についての学説上の議論はほとんどない上,実際にかかる問題が争点となる具体的事案は少ないと考えられること,仮にそのような事案が生じたとしても,第7条及び第11条については,行為地又は原因事実発生地が問題とならない特則的な連結政策が設けられる見通しであり,このような問題について特に規定を設ける必要性は少ないこと等の理由により,特段の規定を設けないこととされた。

以上

不法行為についての連結政策の適用関係図



事務管理及び不当利得についての連結政策の適用関係図

