

特集・新世紀の日本法

国際私法立法の課題と展望

東京大学助教授

道垣内 正人

どうがうち・まさひと

* 国際法・国際私法

一 はじめに

二一世紀に向けて国際私法も立法の季節を迎えている。平成元年法律二七号（一九九〇年一月一日施行）により、明治三十二年（一八九八年）以来九〇年以上にわたって大きな改正のなかった法例のうち婚姻・親子関係と総則の部分についての改正がなされ、残りの部分の改正が待たれている状況である。また、平成元年改正はカタカナによる埋め込み式の改正であり、全体の口語化も当然期待されることである。

このような状況のもと、本稿では、国際私法立法にあたっての考え方の指針（基本的論点）について、単位法律関係の設定の仕方と連結政策（連結素の定め方）に分けて検討する。その上で、各論の例として、

契約の準拠法をとり上げて考えてみたい（抵触法の総則規定及び国際民事手続法については本稿では触れない）。幸い、ハーグ国際私法会議やECの諸条約のほか、一九七八年のオーストリア国際私法、一九八六年のドイツ国際私法、一九八七年のスイス国際私法など、新しい国際私法の考え方について参考となる立法例は多い（一）。

なお、国際私法立法については、少なくとも二つの研究会において現在検討作業が進められている（二）。そして、その成果は今後徐々に公表されてゆく予定である。

二 考え方の指針

(1) 単位法律関係の設定の仕方

国際私法秩序の維持を目的に、国

際私法（抵触法）においては、社会に生起する様々な生活関係をいくつかの単位法律関係に分け、それぞれについて連結素を定め、その連結素が指し示す地（国）の法律を準拠法とするという方法がとられている。したがって、立法論として第一に問題となるのは、どのような単位法律関係を設定すべきかである。解釈論レベルにおいてある抵触規定の単位法律関係のカヴァーする範囲を確定する場合には、当該規定で採用されている連結素とその趣旨、関係する他の抵触規定との関係などがその解釈の指針とされる（三）。これに対して、単位法律関係についての立法上の指針として考えられるのは、以下の三点であるといえよう。

① 各抵触規定の単位法律関係の総計が、生起する法律問題をすべてカヴァーするように網羅的であること

と、
② 同一の連結政策（ある連結素又はその組み合わせ）を用いることができる事項のグループであること、
③ 単位法律関係の設定の仕方が相互に峻別しやすく、実際に運用しやすいようなものであること、
以上である。

このうち、①と③とは解釈論のレベルではでない論点である。

①は要するに、法の欠缺をできるだけなくすことである。学説上、テキストの各論部分で分類されている単位法律関係の数に比べると、法例で定められている単位法律関係は少なすぎるのではないかという点が検討されなければならない。たとえば、氏（四）、運送手段（船舶など）及び運送中の物の物権（五）、（約定及び法定）担保物権（六）、無体財産権（七）、製造物責任（八）、代理（九）な

どについては、新たな単位法律関係としてそれにふさわしい準拠法を定めるか否か議論が必要である。ちなみに、平成元年の法例改正では一九条で新たに準正が規定されている。

これに対して、②に関しては、解釈論としてこれまでに積み上げられてきた実績が活用できる。もっとも、その場合にも、解釈論の場合には連結素が既定のものであるので、変数となるのは単位法律関係の範囲だけであるが、立法論の場合には、単位法律関係の設定の仕方と連結素の決め方とがともに変数となるため、双方を様々に変化させながら落ちつき所を捜す作業をすることになるといふ点で異なるといえよう。もっとも、ふさわしい連結政策を実現するために、いたずらに単位法律関係を細分化することになると、次の図の分かりやすさという観点からは妥当性を欠くことになる。バランス感覚が必要である(10)。

③は立法技術的な問題ともいえるが、分かりやすい法律であるということとは、それ自体価値があるというべきである。国際私法上いかに同一の連結政策を用いることができるからといって、一般には異質と考えら

れているものを同一の単位法律関係としてしまうといった独り善がりの立法は慎まなければならない。また、国際私法独自に単位法律関係の問題を考えるとしても、一般になじみのある民商法(実質法)の用語にできるだけ従うことも、わかりやすさという観点からは重要であろう①。単位法律関係相互の境界の明確化のために必要であれば、適用範囲について明文を置くことも考えられる。たとえば、ハーグ条約を国内法化した遺言の方式の準拠法に関する法律五条や扶養義務の準拠法に関する法律四条及び六条などが参考となる。

(2) 連結政策(連結素の定め方)

次に、どのような連結政策をとるかが問題である。解釈論レベルにおいて連結素の確定といわれる問題は、たとえば国籍が連結素として用いられている場合に、特定の事案においてその国籍はどのようにして決めるのか、重国籍や無国籍の場合はどうするのかといった問題であるが、立法論における問題はこれとは全く異なる。

連結政策についての立法指針は、

次の三点であるといえよう。

④それぞれの単位法律関係について密接に関係する地の法律を選び出すことができるものを連結素とすること、

⑤準拠法決定の上で保護を与えるべきであると考えられる当事者に配慮すること、

⑥連結素それ自体が運用しやすく、連結素の組み合わせをする場合にもわかりやすいこと、

⑦は、事案に最も密接に関係する法律を適用するという国際私法の目的そのものであり、最も重要な指針である。これを実現する上で、次の五つの判断が必要となると解される。

(A) 国籍と常居所のどちらを用いるか、当事者自治を認めるか否か等という基本的な選択についての判断、

(B) 連結素となり得るものが複数ある場合、又は単独では連結素としての適格を欠くけれども、他のものとともに同一の地の法律を指し示すときには、それを準拠法とすることが適当であると考えられる場合など、連結素の組み合わせについての判断、

(C) 一つの時点での連結素を用いるかという時間的な判断、

(D) 法廷地法(日本法)を常に適用すべき事情の存否についての判断、

(E) 準拠法でも法廷地法でもない第三国の法律上の特定の規定を適用すべき事情の存否についての判断、以上である。

(A)のうち、国籍と常居所については、平成元年改正によりハーグ条約の国内法化でない場合としては初めて常居所地法が導入されたが、婚姻の実質的成立要件、各種の親子関係の成立及び法例二三条のその他の親族関係において本国法主義が維持され、婚姻、法選択のない場合の夫婦財産制及び離婚においては、夫婦の本国法がともに甲国法であり、かつ常居所地法がともに乙国法である場合には、甲国法を準拠法とするという序列を設け、本国法が優先されている。また、親子間の法律関係に関する法例二一条では、形式的には一般的には子の常居所地法によると理解することもできないが、実際上は、子と生存している親のいずれかと本国法が同一であるという大多數の場合にはその本国法によるとされており、やはり本国法に優位が

与えられている。このことは、考え方の整合性の点で、おそらく家族法関係の他の規定の改正に当たっても前提とされることになる。そのほか、夫婦財産制について選択の幅を限定した当事者自治が導入されたことも⁽¹²⁾、たとえば、相続について同様の方法の導入に途を開いたということができる⁽¹³⁾。

(B)の連結素の組み合わせについては、大きく分けて、(ア)単一の連結素を用いる場合(法例二六条等)と、(イ)複数の連結素を用いる場合とがあり、(フ)の場合には当然導き出される準拠法は一つであるが、(イ)はさらに、(a)準拠法となるのは単一の法律である場合と、(b)複数の準拠法を選び出して組み合わせる適用する場合とに分かれる。(a)に該当するのは、複数の連結素が一致して一つの準拠法を指し示していることを要件とし、この要件が具備される場合にはそれを準拠法とするものである。このような扱いをする場合には、第一順位の要件が具備されない場合に備えて、次順位以下の連結を用意しておく必要がある(段階的連結、一四条及びそれを準用する一五条一項本文及び一六条本文、二一条等)、他方、

(b)には、①複数の連結素によってそれぞれ指定される準拠法が共通して認める範囲のルールを適用する場合(累積的適用、不法行為についての一条一項から三項等)、②複数の連結素によってそれぞれ指定される準拠法のいずれかによって肯定されれば肯定するという扱いをする場合(選択的適用、認知についての一八条一項及び二項等)、③法律関係の成立について、各当事者の要件について別々に定められた連結素によってそれぞれ準拠法を指定し、それを配分的に適用する場合(配分的適用、一三条一項)がある。

以上のうち、平成元年改正で大幅に導入された連結政策は、(イ)(a)の段階的連結である。これは、複数の要素が指し示す法律を準拠法とするわけであるから、密接関連法を選び出すという国際私法の目的を実現するために極めて有効である⁽¹⁴⁾。ただ、その目的をあまりに追求すると、理屈としてはよく理解できるものの、法律として若干わかりにくいものとなってしまふ虞があり(上記の観点)、限度をわきまえる必要があろう⁽¹⁵⁾。

(C)の時間的な問題は、特に規定を

置かなければ、訴訟においては事実審の口頭弁論終結時の連結素が指し示す法律が準拠法とされることになる。しかし、場合によっては、それでは適当でないという場合はないか。たとえば、平成元年改正前の一六条は、離婚について離婚原因発生当時の夫の国籍を連結素としていた。これは、夫が自己に有利な準拠法が適用されることを意図して国籍変更をするといった連結素の操作を防ぐ目的があった。平成元年改正で大幅に導入された段階的連結は、高

順位の段階にあっては複数の連結素が一致して一つの法律を指し示すことを要件としているため、その連結素に係る当事者の双方に連結素の操作による準拠法変更の主導権を与えているわけであり、訴訟の途中で準拠法が変わってしまうという紛争解決制度の側からみると看過できない問題をはらんでいる。平成元年改正ではこの点について特段の手当はなされなかったが、今後更に検討の必要があろう。なお、平成元年改正では、一八条における認知による非嫡出親子関係の成立に関して、認知者の本国法による場合には、出生時と認知時とのふたつの時点のそれをと

もに準拠法としている例がある。これは、いずれの時点のそれも連結素としての適格を有しているとの判断を前提に、親子関係の成立を容易ならしめるという法の一方当事者保護という目的を、時間的な考慮の中で実現した例といえよう。

(D)の法廷地法(日本法)への連結は、①公序則を個別化した特別留保条項といわれるもの、あるいは、②法廷地の強行法規の特別連結といわれるものの採用についての判断である⁽¹⁶⁾。いずれも、公序則が準拠法とされた外国法の適用結果を排除するという消極的な対応であるのに対し、特定の事項については必ず法廷地のルールを適用するという積極的な対応をするものである。このうち、①については、法例一条二項及び三項のような例があるが、②の法廷地の強行適用法規の特別連結については、わが国では評価が定まっていない。しかし、条約や外国の立法では既に採用されている例がある⁽¹⁷⁾。このような規定の是非及び要否についての議論が必要となる。

最後に、(E)のいわゆる第三国の強行適用法規の特別連結の問題があ

る。この問題は、上記の法廷地の強行適用法規の特別連結にも増して内外で議論のあるところである⁽¹⁸⁾。その採否は別として、この点は避けて通れない論点であるというべきである。

次に、④の準拠法決定の面で保護を与えるべき当事者への配慮であるが、例としては、平成元年改正で規定された非嫡出子の保護を挙げることができる(法例一八条)。既述のように、非嫡出親子関係の成立を容易にするという観点から、その準拠法を選択的に複数用意していることに加え、認知について認知者の本国法による場合には、子の本国法がその子又は第三者の承諾又は同意を要件としているときは、認知者の本国法上はそれが要件とされていなくても、その要件をも備えなければならぬと規定しているのである。このような配慮は、後述(三⑤)の消費者契約や雇用契約における消費者・労働者の保護といった局面のほか、たとえば、代理について新たに規定を設けるとすれば、本人と第三者との間における代理行為の本人への帰属問題等について、本人保護と第三者保護とのバランスを図ることがで

きる準拠法を導き出す連結素は何なのかを考えなければならない⁽¹⁹⁾。同様の問題は、能力の準拠法の決定についても生じる。

最後に、④の連結政策が運用しやすく、わかりやすいことという点では、単位法律関係の設定についての④に対応する指針である。既述のように、あまりに技巧的な段階的連結は、いかにそれが密接関連法を導き出すためであるとはいえ、立法としては妥当性を欠くことになる。また、法例一六条但書が一方の当事者が日本に常居所を有する日本人であるときは常に日本法を適用する旨定めているように、戸籍実務への配慮といった運用しやすさも無視することのできない観点であるというべきである。その他、常居所を連結素に用いる場合にも、場合によっては、一定の期間以上の居住という条件を付けることも、わかりやすさという観点からは一考に価すると思われる⁽²⁰⁾。

三 契約の準拠法

——各論の例として

上記の指針を念頭に、各論の例と

しての契約の成立及び効力の準拠法をとり上げ、若干具体的に検討する。

(1) 単位法律関係としての契約

法例七条の単位法律関係は法律行為である。したがって、その適用範囲は一見極めて広い。もっとも、法律行為のうちの多くについては別段の定めが置かれている。すなわち、物権的法律行為(二〇条)、婚姻(一三条以下)、認知(一八条)、養子縁組(二〇条)などの規定がそれである(なお、親族関係の法律行為については別段の規定がなくても二三条がカバーする)。そのため、七条でいう「法律行為」は主として債権契約を内容とするとき、テキスト等では専ら契約について論じられている。確かにその通りではあるが、では、立法論として、この法律行為を契約と置き換えてよいかとなると、問題が生ずる。たとえば、信託や合同行為としての社団設立行為などが抜け落ちてしまうのではないかとの問題が生ずるわけである。単位法律関係の設定に関する指針の前記二(1)の④に照らし、法の欠缺が生じることはできるだけ避ける必要がある。

しかし、他方、④のわかりやすさという観点から、圧倒的な頻度で問題となる契約については一つの単位法律関係とすべきであるとの考え方もあろう。そして、④のふさわしい連結政策の採用という観点からも、契約という単位法律関係とし、あるいは場合によっては更に細かな契約類型ごとの単位法律関係とし、より綿密にそれにふさわしい連結政策を考えるべきであるとの要請も強いであろう。そうすると、一応契約を新たに単位法律関係とし、七条の法律行為よりも狭くなったために抜け落ちるものについては、できる限り別の措置を講ずる(たとえば、「信託の準拠法及び承認に関するハーグ条約」の批准⁽²¹⁾)というあたりが落ちつき所であろうか(社団設立行為は国際私法上は契約に含まれるとの解釈が可能であろう)。契約類型ごとの単位法律関係化は、その程度いかんでは、④のわかりやすさ(特に、相互の峻別のしやすさ)という点で問題が残ると考えられる。

(2) 分割指定

また、同じく単位法律関係に関して、少なくとも当事者自治による場

合には、契約の部分によって異なる準拠法を適用することも認めるべきであろう。分割指定 (depecage) である⁽²²⁾。複数の準拠法の間で矛盾抵触が生ずる虞があるが、そのような場合には準拠法指定についての錯誤を認める余地もあり、そうでなければ、適応問題として処理するほかあるまい。

(3) 当事者自治

④(A)の連結政策に関する基本的選択として、契約の成立及び効力について当事者自治を採用するというこ

とにはおそらく異論はないであろう。法例七条は一項で「当事者ノ意思」に従うとし、二項でそれが「分明」でないときには行為地法によるとしている。判例では二項を適用する例が少なくないが⁽²³⁾、学説では一般にできる限り黙示の意思を探求すべきことが主張されている⁽²⁴⁾。判例学説とも契約の場合には両当事者の準拠法の合意がある場合が一項の問題であるということがともに前提とされているが、思うに、必ずしも合意は必要なく、各当事者が前提としている法律が一致していれば足りるというべきではあるまいか。こ

のように解すると、多くの場合に無理なく準拠法を特定できると解される。ただ、このことをそのまま立法化したのでは、当初は前提としていた法律が同じであっても、訴訟の途中で一方がその前提を変更した旨弁論すれば客観連結に移行してしまうという不都合が生ずるので、これを避けるために、前提としている法律が一致した場合には準拠法の合意があるものとみなし、一方的な準拠法の変更を防止する必要がある。④(C)の時間的な考慮である。

また、準拠法の合意については、どの程度明確でなければならぬとするか⁽²⁵⁾、その合意の有効性はその選択した法律によることにしてもよい⁽²⁶⁾、合意はいつしてもよいとするか、変更はできるか、変更の場合には遡及的に準拠法は変わるのか、あるいは将来に向かってのみ変わるのか⁽²⁷⁾、などの諸点について立法的決断が求められることになる。

(4) 客観的連結

当事者による指定のない場合について、客観的連結素としては何が適当かが検討されなければならない。

その場合、一方では法的安定性の見地から一義的に準拠法が定まることが望ましいという要請と、他方では具体的妥当性の見地から各事案にとって最も密接に関係する法律が適用されるべきであるとの要請とが衝突することになる。法例七条二項の行為地は、九条二項を適用する場合も含めて多くの場合明確に定まるので前者の要請は満たすものの、それが密接関連法とはいえない事態が多く予想されるため、前述のように七条一項の適用を拡大し、二項を使わないうような解釈が学説上主張されてきたわけである。したがって、この客観的連結について具体的妥当性に配慮した工夫をすることによって、当事者による法選択の過剰な擬制という不健全な解釈を防ぐことにもなるわけである。

近時、支持を集めつつある考え方として、「特徴的履行 (給付) の理論」がある。これは、契約当事者のうち当該契約の特徴を示す履行を行う者の側に契約準拠法を定めるにあつたての重心があるとし、その当事者の常居所地法 (本拠地法) によるとするものであり、既に立法例もある⁽²⁸⁾。規定の仕方としては、一般

原則として、当事者による法選択がない場合は最も密接に関係する法律によるとした上で、契約に特徴的履行がある場合には、その履行をする者の常居所地法 (本拠地法) によるとし、さらに、スイス国際私法一一七条三項のように、譲渡契約については譲渡人の履行、保証契約については保証人の履行などの特徴的履行とみなす規定を置くことが考えられる⁽²⁹⁾。このような考え方のわが国への導入は当然議論の対象となる。

また、特徴的履行という観点ではなく、契約のタイプに応じて、密接関連法が類型的に特定できるものもある。不動産に関する契約について不動産所在地法⁽³⁰⁾、競売による売買契約及び商品取引所等における売買契約について競売地法・取引所所在地法⁽³¹⁾などがその例である。さらに、④(B)の連結素の組み合わせも考えられよう。

最後に問題となるのは、以上のような契約における特徴的履行や契約類型に応じた客観的な連結素が指し示す地以外の地と当該契約関係がより密接に関係している場合には、その客観連結を覆すか否かである。こ

のような一般的な例外条項を設けることは、法的安定性の観点からはネガティブな評価にならざるを得ない。立法例として、このような規定を置くものは、他の地との密接関連性が「明らか」であることを要件とするという例外発動の制限を設けて法的安定性と具体的妥当性とのバランスをとっているようであるが⁽³²⁾、その程度で果たしてバランスがとれているといえるのか否か検討を要することになろう。

(5) 弱者保護

契約類型上、一方の当事者が保護を要する弱者であるといえるような場合を抜き出し、それぞれにふさわしい保護規定をおくことも考えられる。「契約債務の準拠法に関するEC条約」五条及び六条、それを国内法化したドイツ国際私法二九条及び三〇条のように⁽³³⁾、契約について一般的には当事者自治を認めながら、消費者契約と労働契約については、特定の客観的な連結素を定めておき（消費者契約については、一定の条件の下に消費者の常居所地）、それによって指定される法律による弱者保護を奪うことはないという扱いを

するものがその例である。特別連結論のあいまいさを拒否し、できるだけ従来の枠組みの中で弱者保護の趣旨を実現するとすれば、ドイツの問題に対する対応は参考となる（ドイツはEEC条約七条一項の外国の強行適用法規の特別連結に関する規定は拒否）。ただし、このような立場をとるとすれば、③の単位法律関係の峻別という観点から、消費者契約及び労働契約の明確な定義付けというハードルをクリアしなければならぬことになる。

(6) 強行適用法規の特別連結

最後に、前記二(2)の④(D)及び(E)で触れた法廷地あるいは第三国の強行適用法規の特別連結についての検討が必要となる。

(7) 方式

方式については、単位法律関係としては、契約の方式という定め方ではなく、より一般的な規定とすべきであろう。いずれにしても、法例八条と二二条とが考え方を異にしていることは明らかであり、二二条になる八条は成立の準拠法と行為地法との選択的適用に改めるべきであ

る。なお、隔地的法律行為については、双方の地をとるに行為地とすることを明文化すべきであろう⁽³⁴⁾。

四 おわりに

以上、国際私法立法のあり方について若干の検討を試みた。

国際私法は、甲国、乙国、丙国等の仮設例を用いて組み合わせを考えれば、ほとんど無限のヴァリエーションがあり、パズルとしての楽しみは尽きない。そして、その解き方も様々にあり、議論を楽しんでいたのでは意見の完全な一致を得ることは困難である。さらに、準拠法を定めることをその目的としているため、事案の解決の最終的な責任をとる実体法に比べ、結果の可否の判定がしにくい。そうすると、意見の一致を待って立法化を図るという手順では、到底新規立法は実現しないであろう。

グローバル時代の日本法として、国際私法の新たな立法は不可欠であるとの認識を持ち、時期を定めて立法に取り組み、慎重な議論を行い、ある段階で立法的決断をする覚悟が必要なのではないであろうか。その

際、国際私法秩序の安定のためには国際私法の統一が必要であることを再度認識し、日本だけの独善的立法に陥ることのないようにすることも、重要な指針であることは言うまでもない。

(1) 各国の国内法については、笠原俊宏・国際私法立法総覧（一九八九年）が有用である。その他、特に、スイス国際私法については、石黒一憲「スイス国際私法第二草案（一九八二年）」について（一）（二）法学協会雑誌一〇〇巻一〇号一九八九頁、一〇一巻二二三〇頁、六号九三二頁（一九八三年）、奥田安弘「一九八七年のスイス連邦国際私法（一）（六）」戸籍時報三七四号一三七九号（一九八九年）（条文の全訳）、同「スイス国際私法典における若干の基本的諸問題（一）（二）」北大法学四〇巻二九二頁、三三〇五九頁（一九八九〇年）、井之上宣信「スイスの国際私法典（一九八九年）」について（一）（二）法学新報九六巻一・二二五九頁、五号三八九頁（一九八九〇年）、三浦正人「一九八七年スイス連邦国際私法仮訳」名城法学三九巻一六五頁（一九八九九年）などがある。

(2) 少なくとも、以下の二つの研究会において研究が進められている。本稿は、これらの研究会での議論に負うところが大きい。

ひとつは、「国際私法改正研究会」である。平成元年の法例改正後、法制審議会国際私法部会での法例改正の議論が中断していることもあり、同改正に続く法例二四条以下その他の改正準備作業を目的とし、現

在までのところ、相続に関して研究を進めているところである。メンバーは、池原季雄（東京大学名誉教授を代表者とし、塚場準一（一橋大学）、欧龍雲（北海学園大学）、岡本善八（同志社大学）、川又良也（京都大学）、菊池洋一（法務省）、木棚照一（立命館大学）、桑田三郎（高岡法科大学）、櫻田嘉章（京都大学）、澤木敏郎（立教大学）、高桑昭（立教大学）、田村精一（関西学院大学）、溜池良夫（竜谷大学）、鳥居淳子（成城大学）、西賢（姫路独協大学）、早川眞一郎（名古屋大学）、早田芳郎（東洋大学）、本浪章市（関西大学）、松岡博（大阪大学）、丸岡松雄（岡山大学）、三浦正人（名城大学）、三井哲夫（筑波大学）、山田敏一（愛知学院大学）、山本敬三（広島大学）、横山潤（一橋大学）（以上、敬称略）及び筆者である。この研究会の活動に対しては、日本証券奨学財団及び松本蒸治記念財団から助成を頂いている。

いまひとつは、「二一世紀の」国際私法立法研究会である。これは、前者に比べ、比較的若い研究者によるものであり、財産関係の部分の立法から研究を始め、現在、契約、不法行為・事務管理・不当利得、債権債務関係（代理、債権譲渡、相続、債権者取消権・債権者代位権など）についての試案の作成を目標に研究を進めている。

メンバーは、青木清（南山大学）、奥田安弘（北海道大学）、国友明彦（大阪市立大学）、河野俊行（九州大学）、斎藤彰（摂南大学）、佐野寛（岡山大学）、出口耕自（上智大学）、中野俊一郎（神戸大学）、根本洋一（横浜国立大学）、野村美明（大阪大学）（以上、敬称略）及び筆者である。この研究会の活動に対しては、学術振興野村基金、稲盛財団、民事紛争処理研究基金などの助成を頂いている。

- (3) 池原季雄・国際私法（総論）一一五頁（一九七三年）参照。
- (4) オーストリア国際私法一三条、スイス国際私法三七条、ドイツ国際私法一〇条など参照。なお、櫻田嘉章「国際結婚した夫婦の氏・戸籍」判タ七四七号四三四頁、渡辺惺之「涉外親子関係と子の氏の準拠法」判タ七四七号四六九頁（一九九一年）なども参照。
- (5) オーストリア国際私法三三条、スイス国際私法一〇一条から一〇四条、一〇七条など参照。
- (6) わが国の判例・学説について、池原季雄・高桑昭・道垣内正人「わが国における海事情勢の現況」海法会誌復刊三〇号一九頁（一九八六年）参照。
- (7) オーストリア国際私法三四条、スイス国際私法一一〇条など参照。
- (8) 「製造物責任の準拠法に関するハーグ条約」（一九七三年）、スイス国際私法一三五条など参照。
- (9) 「代理の準拠法に関するハーグ条約」（一九七八年）、オーストリア国際私法四九条など参照。
- (10) 契約における例として、後述三(1)参照。
- (11) 法例六条の準拠法や二五条の保佐は、連結政策としてはそれぞれ五条の禁治産と二四条の後見と同一であるので、前記図の観点からは別の規定とする必要はないのであるが、おそらく現行法例の立法者はこの図のわかりやすさという見地から別の規定としたのであろう。もっとも、将来の改正においても、そのように規定を分けるか否かは議論の余地がある。
- (12) これは、「夫婦財産制の準拠法に関するハーグ条約」（一九七八年）三条の考え方を導入したものである。
- (13) 「財産の相続の準拠法に関するハーグ条約」（一九八八年）五条は、被相続人が指定の時若しくは死亡の時に国籍を有した国の法律、又は、被相続人が指定の時若しくは死亡の時に常居所を有した国の法律のうち、いずれかの法律を自己の財産の相続の準拠法として指定できる旨の限定的当事者自治を採用している。
- (14) たとえば、不法行為について、加害者と被害者が同一の地に常居所を有する場合に、その地の法律によるという例が考えられる。スイス国際私法一三三条参照。
- (15) 「製造物責任の準拠法に関するハーグ条約」の四条から六条によれば、被害者の常居所地をA、加害者の常居所地をB、物品の取得地をC、事故発生地をDとすると、第一順位として、A=B又はA=Cのときには、A法、第二順位として、D=A、D=B又はD=Cのときは、D法、第三順位として、それ以外のときは、被害者にB法又はD法の選択を認めるという定め方をしている。なお、この条約については、高桑昭「生産物責任に適用される法律に関する条約について」国際商事法務二巻二号二頁（一九七四年）、ウィリアム・リース（高橋一修訳）「ハーグ会議と生産物責任に適用される法に関する条約」国際商事法務五巻二号三頁（一九七七年）、浜上則雄「生産物責任の準拠法についてのハーグ条約（上）（下）」判例時報一〇一四号三頁、一〇一五号二頁（一九八一年）参照、佐野寛「生産物責任の法選択に関する一考察（二）」名大法政論集九一号一頁（一九八二年）参照。
- (16) 法廷地法が適用されるのは、このほかに、手続問題と性質決定された結果としてのもの、及び、一六条但書のように、公序と言わなければならない、戸籍実務への配慮といった実質的な観点からなされるものがある。前者はどのように性質決定された場合の密接関連法であるということができ、また、後者は、後述のように、図の連結の運用のしやすさという観点からの考慮の結果であるといえよう。
- (17) たとえば、「この条約は、法廷地の法律の規定であって、売買契約を規律することになる法律のいかに関わらず強行的に適用されるべきものの適用を妨げるものではない。」と定める「契約債務の準拠法に関するEEC条約」（一九八〇年）七条二項、同趣旨の規定を置く「国際物品売買契約の準拠法に関するハーグ条約」（一九八四年）一七条、「信託の準拠法及び承認に関するハーグ条約」（一九八五年）一六条一項、さらには、国内法としては、一般規定として、「スイス法の規定であって、その特別の目的に鑑み、本法によって指定される法律のいかに関わらず適用されるべきものの適用を留保する。」と定めるスイス国際私法一八条などがこの例である。
- (18) 法廷地強行適用法規の特別連結については規定を置いている「国際物品売買契約の準拠法に関するハーグ条約」では第三国のそれに関する規定は置かれておらず、また、「この条約によりある国の法律が適用される場合であっても、事案が密接に関連する他の国の法律の強行規定であって、当該他の国の法律上、当該規定が契約の準拠法のいかに関わらず適用されるべきこととされているときには、その限度で当該規定を適用することができる。その強

行法規を適用するか否かの判断においては、当該規定の性質及び目的、並びにそれを適用した場合の結果及び適用しなかった場合の結果を考慮しなければならぬ。」と定める「契約債務の準拠法に関するEEC条約」七条一項、及び、「他の国が事案と十分に密接に関係する場合に、例外的に、前項の規定するところと同様の性質を有する当該他の国の法律にも効力を認めることができる。」と定める「信託の準拠法及び承認に関するハーグ条約」一六条二項については、それぞれ留保が認められている(二二条一項(a)及び一六条三項)。ドイツ国際私法でも、草案の段階では規定が置かれていたが、最終的には削除されている(ハンス・シュトル／スザンヌ・イエガー(石黒一憲訳)「ドイツ連邦共和国における国際私法の発展(一九八五—一九八六年)」日独法学一二号七三頁(一九八八)参照)。以上に現れているように、より拒否反応が強いといわざるを得ない(もつとも、スイス国際私法一九条は上記のEEC条約七条一項と同旨の規定をそのまま立法している)。

(19) 「代理の準拠法に関するハーグ条約」(一九七八年) 一条は、代理人の営業所のある国の法律によることを原則とし、一定の条件の下に代理人が代理行為をした国の法律による旨を定めている。なお、この条約については、高桑昭「代理の準拠法に関する条約の概要」ジュリ六四八号一二頁(一九七七年)参照。また、一般的には、岡本善八「国際私法における代理準拠法(二二二)」同志社法学一九二号四一九頁(一九八五年)、一九四号七二五頁(一九八六年)参照。

(20) 「財産の相続の準拠法に関するハーグ条約」三条は、客観連結の場合には段階的連結を採用し、その第二段階では、死亡の直前五年以上居住していたことを条件に、死亡時の常居所地国法を準拠法としている。

(21) この条約については、道垣内正人「信託の準拠法及び承認に関するハーグ条約について」信託法研究二二五頁(一九八八年)、高杉直「ハーグ信託条約における法選択規則の構造」民商法雑誌一〇四巻五号六二三頁(一九九一年)参照。ちなみに、同条約によれば、準拠法を指定できるのは委託者である。条約を批准しなくても、そのような読み替え規定をおくということも考えられる。なお、法例七条では単に「当事者」という文言を用いているので、契約の場合には複数の契約当事者、信託の場合には単数の当事者(委託者)を意味すると読み分けることができる。

(22) 「契約債務の準拠法に関するEEC条約」三条一項、「国際物品売買契約に関するハーグ条約」七条一項、ドイツ国際私法二七条一項など参照。

(23) たとえば、大阪高判昭和四四・八・五高民集二二巻四号五四三頁(松岡博・涉外判例百選(第二版)七四頁(一九八六年)など参照。

(24) 折茂豊・国際私法(新版)一二九頁(一九七二年)、山田録一・国際私法二八七頁(一九八二年)など参照。

(25) 「契約債務の準拠法に関するEEC条約」三条一項では、「明示されているか、又は契約条項若しくは事案の状況から合理的な確実性をもって示されていなければならない。」としている。「国際物品売買契約に関するハーグ条約」七条一項、スイス国際私法一一六条二項、ドイツ国際私法二七条一項なども同旨である。このように、準拠法の指定について明確性を要求する以上は、指定がなかった場合の客観的連結により適切な準拠法が指定されるというバックアップが必要である。したがって、この明確性の程度の問題は、後述(4)の客観的連結の定め方とセットで考えなければならぬ。

(26) 国際私法規定の解釈であるという点からは国際私法独自に決定すべきであるということになるが、現実には詐欺や錯誤に関する国際私法独自の基準は存在しないため、いずれかの実質法による方が安定的であると解される。「国際物品売買契約の準拠法に関するハーグ条約」一〇条一項、スイス国際私法一一六条二項などでは、選択された法律によるととされている。

(27) 準拠法の変更を規定するものとして、「契約債務の準拠法に関するEEC条約」三条二項、「国際物品売買契約の準拠法に関するハーグ条約」七条二項、スイス国際私法一一六条三項、ドイツ国際私法二七条二項など参照。このうち、スイス国際私法では、第三者の権利を害さない限り遡及効する旨規定されているが、筋としては将来に向かってのみ変更を認めるべきではあり、またそれで足りるのではあるまいか。遡及効を認めた結果、思わぬ結果となれば、錯誤の問題が生ずるだけであり、当事者が遡及させたいのであれば、そのように実体法上の契約をすれば足りると解される。

(28) 「契約債務の準拠法に関するEEC条約」四条二項、スイス国際私法一一七条二項、ドイツ国際私法二八条二項参照。

(29) また、「国際物品売買契約の準拠法に関するハーグ条約」八条は、売主が契約締結時において営業所を有する国の法律によることを原則としているが、これは売買契約においては売主が特徴的履行をするという考え方が前提とされている。

(30) 「契約債務の準拠法に関するEEC条約」四条三項、スイス国際私法一一九条、ドイツ国際私法二八条三項参照。

(31) 「国際物品売買契約の準拠法に関するハーグ条約」九条参照。同条によれば、法選択の許容性自体も競売地法・取引所在地法によることとされている。

(32) 「契約債務の準拠法に関するEEC条約」四条五項、「国際物品売買契約の準拠法に関するハーグ条約」八条三項、ドイツ国際私法二八条五項参照。

(33) オーストリア国際私法四一条、四二条及び四四条も同様の規定であり、ドイツの定める類型に加え、不動産賃貸借契約をとり上げている。

(34) 「国際物品売買契約の準拠法に関するハーグ条約」一一二条二項参照。