OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	国際私法の現代化に関する要綱中間試案に関する意見
Author(s)	野村, 美明; 長田, 真里
Citation	阪大法学. 2005, 55(2), p. 273-311
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54944
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

資料

国際私法の現代化に関する要綱中間試案に対する意見*

野村美明
長田真里 編

一 はじめに—意見の基本方針

日本の国際私法規則は、日本の裁判所や当事者だけではなく、世界中で利用されたり参照されたりする可能性がある。われわれは、日本の国際私法は日本だけのものではないと考えるので、つぎの二つの方針で意見を作成した。

第一に、立法にあたっては、日本で解釈上当然だから規定しないという態度ではなく、解釈上当然導かれるようなルールがあるならば、明文で規定すべきだと考える。第二に、立法の基礎となる理論や概念は、日本独自のものではなく、できるだけ普遍性のあるものを採用すべきである。

以上の方針を採用することによって、日本の国際私法のルールは、日本の国際私法の専門家でなくともできるだけ容易に発見でき、理解できるようになる。容易に発見でき、理解できるような国際私法規則をつくることが、日

（阪大法学）55（2-273）539〔2005.8〕

本の国際私法の現代化、国際化につながり、ひいては当事者や法律家にとっても利用しやすいものとなると考える。

以下では平成一七年三月二二日に公表された「国際私法の現代化に関する要綱中間試案」を「試案」とし、適宜引用しながら意見を述べる。論述の順序は、同時に公表された同試案「補足説明」にしたがっている。

二　自然人の能力に関する準拠法（第三条）（試案第1）

「1　自然人の行為能力に関する取引保護規定（第三条第二項）

（注）自然人の能力を本国法によらしめる第三条第一項の原則は、維持する前提である。

A1案　日本でされた法律行為のみを取引保護の対象とする第三条第二項の規定を改め、すべての当事者が同一法域内に所在するときにされた法律行為については、当該法律行為をした者が本国法によれば行為能力の制限を受けている者である場合であっても、行為地法によれば行為能力者であるときは、その者を行為能力者とみなすものとする。

A2案　A1案によるが、法律行為の相手方が、その法律行為の当時、当該法律行為をした者が本国法によれば行為能力の制限を受けている者であることを知り、又は過失によって知らなかったときは、取引保護規定を適用しないものとする。

B案　第三条第二項の規定は、すべての当事者が日本に所在するときにされた法律行為にのみ適用するものとする。

2　取引保護規定の適用除外（第三条第三項）

親族法又は相続法の規定によるべき法律行為及び外国に所在する不動産に関する法律行為を第三条第二項の取引保護規定の適用対象から除外する同条第三項の規定を改め、外国に所在する不動産に関する法律行為については同条第二項の取引保護規定の適用対象とするものとする。」

三条一項維持に賛成する。

（理由）

明確に身分的行為能力を排除すると法性決定について議論の残る点につき（例えば婚姻による成年擬制など）対応できない場合が生じるおそれがある。

本国法を準拠法とすべきか（補足説明六頁）との点については、日本の国際私法が属人法の基準として国籍を採用している以上、特に反対すべき理由はないと考える。

二項についてはA2案を支持する。

（理由）

現在では特に内国取引に限らなければならない必要性は見いだせない（法例制定当時の内国取引に限定した理由は現在ではとうてい維持できないものと思われる。法典修正案理由書一六頁参照）ため、双方的抵触規定にした方が他の法例上の規定もしくは他の法律上の規定との平仄があうこととなり望ましい。

同一法域にいることを要件とするかどうかについては、隔地的取引の場合に行為地法上の制限を加える必要性が特に見いだせない。

主観的要件を付するかとの点については、主観的要件は必要であると考える。確かに補足説明に挙げられているこれを否定する理由ももっともであると思われるが、そもそも行為地法上の制限が加えられるのはその土地での取引の安全を確保し、相手方当事者を保護するためであることに鑑みると、主観的要件を付して、さらに適用される場合を限定することが望ましいと思われる。なお、補足説明三頁から四頁にかけて引用されている法例制定当時の理由は今日では妥当しないであろう。

三項については、改正試案を支持する。

（理由）

双方的抵触規定とした結果、「外国所在不動産」のみを適用除外とすることは合理的でないであろう。不動産に関する物権関係について除外すべきかどうかについても、それを取引保護の対象から外すべき合理的な理由がないと思われる。

三　法人等に関する準拠法

法人の準拠法については、今回の改正においても規定が設けられないこととなった。しかし、昨今の取引や企業活動のボーダーレス化を考えると、一定の指針を示し、日本の法制のある程度の透明化を確保する必要があるのではなかろうか。特に、民法三六条や商法四七九条などの規定に見られるように、関係諸法においては内外法人の区別を設立準拠法によってはかっていることに鑑みると、国際私法上も設立準拠法を法人の準拠法とする旨の規定をおくべきと思われる。この点についての再考を強く望む。

四　後見開始の審判等の国際裁判管轄および準拠法（第四条、第五条）（試案第２）

「１　後見開始の審判等の国際裁判管轄

裁判所は、以下の場合（B案及びC案においては、いずれかの場合）には、後見開始の審判をすることができるものとする。

A案　成年被後見人が日本に［常居所／住所］又は居所を有する場合

B案

a　成年被後見人が日本に［常居所／住所］又は居所を有する場合

b　成年被後見人の財産が日本に所在する場合

C案

a　成年被後見人が日本に［常居所／住所］又は居所を有する場合

b　成年被後見人が日本の国籍を有する場合

c　成年被後見人の財産が日本に所在する場合

２　後見開始の審判等の準拠法

後見開始の審判の原因及び効力は、日本の法律によるものとする」

一項についてはC案を支持する。ただし対象範囲を広げるべきである。

（理由）

ここでは、成年被後見人の常居所もしくは住所地管轄に加えて、さらに、本国管轄を認めるかおよび財産所在地管轄を認めるかが問題となる。

この点、外国でなされた後見に関する審判の効力の承認について、学説も未だ定まっておらず、今回の改正においても規定をおく予定がないことに鑑みると、仮に外国で後見に関する審判が下されていたとしても日本で承認されるか否かが明確ではない。このような状況をふまえると、日本に被後見人が何らかの関連を有している場合にはできる限り我が国で後見開始の審判を開くことを可能とすべきであり、本国管轄も財産所在地管轄も認めるべきであろう。

本条の対象範囲については後見人選任などの手続きまで含めるべきと考える。そもそも後見開始の審判の国際裁判管轄権と後見人選任などの手続きの国際裁判管轄権とを別異に規律することに合理性が見いだせない。

なお、常居所と住所のどちらが適当であるかについてであるが、国際私法の規定上、常居所の基準が採用されることが増えてはいるものの、管轄規則においては他の分野との平仄を合わせる必要に鑑みるとやはり住所基準を採用しておくべきと思われる。

二項については改正試案を支持する。

（理由）

成年後見開始の原因の準拠法については、従前から、本国法と法廷地法たる日本法との累積適用に批判のあったところであり、法廷地法のみが準拠法となる改正には賛成である。

五　失踪宣告の国際裁判管轄および準拠法（第六条）（試案第3）

「裁判所は、以下のいずれかの場合には、日本の法律によって失踪宣告をすることができるものとする。ただし、失踪宣告の効力は、cを管轄原因とする場合には日本に所在する不在者の財産に、dを管轄原因とする場合には日本に関係する不在者に係る法律関係に、それぞれ限定されるものとする。

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

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

c　不在者の財産が日本に所在する場合

d　不在者に係る法律関係が日本に関係する場合」

a号、b号については支持するが、c号d号についてはまとめて「失踪宣告の法的効果が日本に及ぶ場合」、あるいは「日本に保護に値する利益があるとき」と規定する方が望ましいと思われるため、さらなる検討が必要と考える。

（理由）

失踪宣告の場合には、本人よりもむしろ利害関係人にとって関連のある場所での裁判を指向すべきである。この見地から、最後の本国管轄、最後の常居所・住所管轄についてはそのいずれも妥当と思われる。しかしc号およびd号については、そもそも、「不在者の財産が日本に所在する場合」と「不在者に係る法律関係が日本に関係する場合」とを区別する理由が明らかでない。仮にd号の範囲からc号が外れているというのであれば、二つをまとめ

てより一般的な規定にした方が良いように思われる。また、両号の規定にはそれぞれ効力の範囲を限定する旨の文言が本文において付されているが、これも不必要であろう。現行法例の解釈として、失踪宣告の間接的効果も失踪宣告の準拠法の適用範囲とする見解が通説とされていることや、失踪宣告の効果から相続の開始や婚姻の解消を切り離すことがそれほど容易でないことがその理由である。

六　法律行為の成立および効力に関する準拠法（第七条、第九条）（試案第４）

六―一　単位法律関係

試案は、現行法例七条の「法律行為」という単位法律関係を維持しているが、この考え方は支持できない。原則として契約を単位法律関係として規定すべきである。

（理由）

従来の判例・学説は、法例七条の法律行為を契約とほぼ同一視して解釈しており、単独行為はほとんど問題とされていないのであるから、法律行為という抽象度の高い単位法律概念ではなく、契約というレベルで説明するのが国際私法の現代化にかなうと考える。また、法律行為ではなく契約を単位法律関係とすることによって、最密接関係地推定のための特徴的給付理論を採用すること（試案第４・３）との適合性が高まる。

法例七条に関する公表判例で、契約以外の法律行為を扱った例はまったく注意を引かない。代表的な教科書類でも「法律行為」には単独行為が含まれると述べるのみで、実際に単独行為について議論を展開したものは皆無である。法例七条の解釈論においてはもっぱら契約自体が念頭におかれていたために、法律行為概念自体の分析も深化していない。このため、たとえば相殺に関しても、これを法律行為、契約または単独行為自体と性質決定するか、

契約に付随する問題として債権の消滅の側からとらえるかは問題とされてこなかったのである。

契約を単位法律関係として取り上げるべきことは、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という補足説明からも明らかである。補足説明では、契約という単位法律関係を設けない根拠として、第一に贈与の例とともに国際私法上の「契約」概念を、「単独行為」概念と共に明確化することは困難であるということがあげられている。しかしながら、単独行為はいままでから議論の蓄積がなく、贈与という例も実際的・経済的価値が低いのであるから、従来の学説の蓄積や比較法的成果そして「契約」という用語の一般性やわかりやすさを無視してまで抽象度の高い「法律行為」という概念を維持すべき根拠としては説得力に欠けるのではないだろうか。

補足説明では、第二の根拠として、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」という意見が紹介されている。しかし、単独行為に関して契約と異なった規律が必要なのだとすれば、「法律行為」を単位法律関係としている現行法でも同じである。単独行為の規律について現行法上で特段深刻な問題が生じていないのだから、契約準拠法による規律を類推する規定をおくか解釈にゆだねれば十分である。補足説明では、「法律行為」という単位法律関係を維持する第三の根拠として、「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」も紹介されているが、これは上記のように「法律行為」が契約と同一視されてきたからであり、むしろ「法律行為」より契約を単位法律関係とするのが現実的であることを示しているといえる。現行法例の起草者が、原案の「契約」という文言を整理案の段階で「法律行為」に変えたのは、「単独行為」を含ませる趣旨であったが、その後実務や学説の注目を引くような単独行為の事例は生じなかったのである。

法律行為ではなく契約を単位法律関係とすることによって、最密接関係地推定のための特徴的給付理論を採用すること（試案第４・３）がより理論的に、わかりやすく説明できる。この点については後述する。

六―二「法律行為」および「当事者」の概念

卑見では、契約を独立の単位法律関係とすることを主張するので、方式についても契約として規定すべきだと考える。この場合であっても、契約の解除や取消し等を独立の法律行為（単独行為）と把握し、独立の準拠法決定の対象とすることおよび実質に関する規則と方式に関する規則の双方で法律行為の概念を一致されることには賛成である。また、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」に含めて考えるという試案の前提も妥当なものと考える。

六―三　分割指定（試案第４・１）

「１　分割指定

A案　当事者は、法律行為の一部分について、他の部分とは異なる準拠法を選択することができる旨の規定を設ける。

B案　法律行為の準拠法の分割指定に関しては、特段の規定を設けず、解釈にゆだねることとする。」

A案を支持する。

（理由）

補足説明二六頁と同じである。特に、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という考えに同意する。なお、われわれはローマ条約のように「分離可能な場合には」というような分割指定の限界を画する明文規定をおくことに好意的であるが、この点については解釈にゆだねてもよいと考えている。

六―四　選択の有効性（試案第４・２）

（一）準拠法選択の有効性の基準　（試案第４・２（１））

「A案　当事者による準拠法選択の有効性は、その選択が仮に有効であるとした場合に法律行為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。

B案　当事者による準拠法選択の有効性に関しては、特段の規定を設けず、解釈にゆだねることとする。」

A案を支持する。

（理由）

補足説明二八頁と同じである。なお、ルールのわかりやすさ・透明性の観点から、法律行為の有効性について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に賛成である。

（二）準拠法選択における黙示の意思（試案第４・２（２））

「A案　当事者による準拠法選択は、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ないものとする。」

B案　黙示の意思による準拠法選択に関する特段の規定は設けない。」

A案を支持する。

（理由）

なにが黙示の意思かを明示するのは困難であるが、少なくとも仮定的意思の探求を排除する規定は必要だと考える。なぜなら、黙示の意思の名の下に仮定的意思を探求することは当事者の合理的期待に反し、密接関係地法にくらべても予見可能性が低いからである。

かりに、当事者双方が特定の法律による現実の意思を有していたとしても、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いというような（B案が前提としているような）場合があったとしても、当事者双方の現実の意思は事後的な準拠法選択で実現することが可能である。これに対して、当事者双方に契約締結時に準拠法に関する現実の意思があったのにもかかわらず、当事者の一方がこれを事後的に争うような場合には、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にできないような「黙示の意思」を認めることは、かえって当事者の準拠法に関する予見可能性や当事者自治の趣旨に反すると考える。

六―五　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（第七条第二項、第九条）（試案第４・３）

（一）密接関係地法の原則と特徴的給付の理論の採用（試案第４・３イ）

密接関係地法によるとする試案を支持し、特徴的給付の理論とそれに基づく推定規定については、契約ではなく

法律行為を単位法律関係とする点を除いて、賛成する。

（理由）

現行法例第七条第二項に対して従来から学説が詳細に展開してきた立法論的批判に対応するためには、最密接関係地法を準拠法とすることを原則とした上で、最密接関係地法を「特徴的給付の理論」によって推定する規定を設けるのがもっとも適当な方法であると考える。さらにこの方法によって、諸外国の立法例との調和をはかることができるのも大きなメリットである。また、われわれは消費者契約に関して消費者保護規定を設ける試案Ａ案を支持するので、特徴的給付理論による利点である、商人の事業所の所在地法適用による当事者の予見可能性の向上と契約関係の統一的処理の促進を広く享受することができると考える。

もちろん、現実の契約関係には特徴的給付が明らかでない場合や推定結果が実際的期待に反するケースもあるだろうが、そのような場合は大原則にもどってより密接に関係する地の法律を探せばよい。また、特徴的給付理論により密接関係地法を推定する方法を採用することによって、行為地法や仮定的な意思を探求する方法に比べて、適用されるべき準拠法の予測可能性は高くなるものと思われる。

ただし、試案が単位法律関係を契約ではなく法律行為としている点については、わかりやすさの観点から強く再考を促したい。特徴的給付の理論はもともと契約に関するものであるのに、単独行為を含む法律行為に当てはめるのは無理があると考えるからである。

補足説明が正確に紹介するように、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およ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。したがって、特徴的給付の理論の基本的発想は、特徴的給付こそが問題となる法律関係が各国の経済的および社会的生活の中でどのような機能を果たすかを示す指

標になると考え、ここから契約ともっとも密接に結びついた社会経済的環境を特定できると考えるところにある。

試案が特徴的給付の理論を以上のように契約に即して正確に理解しながら、わざわざ法律行為という広い概念を用いて、「法律行為に固有の給付」と言い換えるのは迂遠であり、一般市民にはきわめてわかりにくい規定となるおそれがある。また、日本の法情報を対外的に発信するのに、特徴的給付の理論を法律行為に適用したという説明では、理解を得るのが難しいだろう。

（二）不動産を目的とする法律行為の例外（試案第４・３ウ）

不動産を目的とする法律行為については、特徴的給付による推定を採用せず、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ものとする試案第４・３ウに賛成する。

（理由）

不動産については、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立場が国際的に広く受け入れられている。また、不動産所在地法によることによって、不動産に関する物権的法律関係と債権的法律行為を同一の準拠法で規律することができる。なお、日本の当事者同士が外国所在の不動産に関する賃借契約を日本で締結する場合などは準拠法選択がされたと解釈される可能性が高いと思われるが、試案のように不動産所在地法による「推定」とすることで、実際にあった最密接関係地法を適用することが可能となるだろう。

（三）労働契約に関する例外（試案第４・３エ）

労働契約については、特徴的給付による推定を採用せず、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ものとする試案（試案第４・３エ）に賛成する。また、労務供給地が一義的に定まらない場合には、密接関係地を労働者が雇い入れられた事業所の所在地の法律と推定することにも賛成である。

（理由）

黙示の意思解釈に関する日本の学説および諸外国の立法例の大勢を考慮すれば、労働契約については特徴的給付の理論（労働者の常居所地法が準拠法とされるだろう）によらずに、労務供給地の法律を最密接関係地とするのがふさわしい。もっとも、労務「供給地」という文言がふさわしいかどうか、特徴的「給付」という場合とどう異なるのかさらに検討が必要であろう。

常時労務給付地が定まらない場合には、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するのは、当事者の期待や諸外国における立法動向（ローマ条約第六条二項（b）参照）にも合致するものと思われる。

六―六　事後的変更（試案第4・4）

「A案　当事者は、法律行為の準拠法を遡及的又は将来的に変更することができるが、その変更は、法律行為の方式上の有効性に影響を与え［ず、また、第三者の権利を害することはでき］ない旨の規定を設ける。

B案　準拠法の事後的変更に関しては、特段の規定を設けず、解釈にゆだねることとする。」

A案を支持する。［　］内の文言、すなわち第三者の権利を害することはできない旨も規定すべきである。

（理由）

理論的にも、諸外国における立法例の大勢からいっても、またルールのわかりやすさの点からも、準拠法の事後的変更に関して明文の規定を設けることに賛成である。

当事者自治の原則を認めるのであれば、当事者による準拠法の選択の時期を契約締結時に限る合理的理由は見い

だせない。一旦選択した準拠法を新たな合意によって変更することも当然認められるべきである。現状では、日本においても訴訟中の準拠法選択などの根拠が必ずしもはっきりしておらず、諸外国においても準拠法の事後的合意を認めない国もあると思われる。したがって、ルールの明確性と当事者の予見可能性を確保するためにも、解釈にゆだねず、明文で規定すべきである。同様の理由から、「第三者の権利を害することはできない」というルールも、たとえ注意的にであっても、明文で規定するのが望ましい。

六―七　消費者契約の準拠法（消費者保護規定）（試案第４・５）

消費者契約について当事者による準拠法選択がされた場合であっても、当該契約（方式を含む）に関して消費者がその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ときは、当該主張に係る強行規定が適用されるものとする試案Ａ案アに賛成する。また、当事者による準拠法選択がされていない場合の消費者契約は、一般原則とは異なり、消費者の常居所地法によるものとする試案Ａ案イにも賛成である。

試案Ａ案アおよびイの消費者保護規定の適用を排除する同案エ（ａ）（ｂ）については、事業者からの誘因を受けた場合のただし書を広く解釈する見解に従うことを条件として、賛成する。

（理由）

現在では、国際私法において消費者に配慮する規定を設けることは、国際的にも一般的となっている。とりわけ消費者保護法における当事者の情報力格差および交渉力格差を法規によって補完すべきという考え方は、実質法だけではなく、国際私法においても有力となってきたのである。通常の主観的連結とは別個に、各国の消費者保護に関する強行法規を特別に連結する試案Ａ案アの方法は、第一に力の格差により事業者に有利な法選択がされた場合

の歪みを、消費者の常居所地の実質法上の消費者保護に関する強行法規を適用することによって補正を可能とする点で正当化される。第二に、消費者の常居所地法が適用される範囲を試案Ａ案エのように限定することによって、消費者と事業者の利益のバランスをはかることも可能となる。第三に、諸外国の立法例とも調和するというメリットもある。

もっとも、試案Ａ案アは、ローマ条約のような当事者の選択した準拠法と消費者の常居所地法との優遇比較による準拠法決定方法を採用していない。消費者が常居所地法上の強行規定の効果を主張することを適用要件とする試案Ａ案アによれば、優遇比較の困難や保護が重複する場合の処理の複雑さなどを回避できる利点を有していると評価できる。

試案Ａ案イは、準拠法選択がない場合の最密接関係地法のルールの適用を排除し、消費者の常居所地法を準拠法とするものである。特徴的給付の理論による最密接関係地法の推定ルールでは、事業者の事業所地法が最密接関係地法とされる場合が多いと考えられるので、試案Ａ案エの制限内で常居所地法へ客観連結することによって、当事者による法選択の機会を有利に利用できる事業者とそのような機会にめぐまれない消費者との力のバランスをはかることが可能となる。

試案Ａ案エは、試案Ａ案ウ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。同案エの（ａ）および（ｂ）は、いわゆる能動的消費者を除外するものである。確かに抵触法上の保護に対するこのような制限は、一方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。他方、消費者保護の根拠を事業者との情報力・交渉力格差の補正に求める考え方によれば、外国に出かけてショッピングをする消費者だからといって、両者の力の差が縮まるともいえない。ローマ条約の規則化のための作

業の中でも、現行ローマ条約のように消費者保護規定の適用から能動的消費者を広く排除しようとする考え方は、現在までの消費者保護政策の発展を反映しておらず、制限的過ぎるという指摘がされている。

結局、試案A案によれば、消費者保護規定が適用されない場合の例外を定める同案エ（a）および（b）のただし書（事業者からの誘因を受けた場合）を広く解するか厳格に解するかで、消費者保護規定の適用が広がったり、狭まったりすることになる。

いかなる場合に事業者からの「誘引」があったといえるかについては、補足説明四五頁に（a）（b）（c）および（d）の四つの考え方が紹介されている。われわれは、事業者との情報力・交渉力格差においては受動的消費者と大差がない能動的消費者は保護されるべきだと考えるので、前記（c）および（d）のような、事業者からの誘因を受けた場合を広く解して消費者保護規定の適用を広げる方向に賛成である。（c）は、「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）は「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ち上げた場合等、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」である。

一見したところ、（c）より（d）の方が事業者からの誘因を広く認めているようであるが、両者は重複しているようにも見える。一方で（d）の「事業者がインターネット上にウェブサイトを立ち上げた」だけで消費者保護規定が適用されるのは行き過ぎであろう。他方、前記（c）の「消費者の常居所地において宣伝・広告活動を行ったこと」にインターネット上のウェブサイトを利用する方法が含まれないとも考えるのも不自然である。以上の理

由から、インターネット上のウェブサイトを利用する方法を含み、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方向に賛成である。

六―八　労働契約の準拠法（労働者保護規定）（試案第４・６）

労働契約について当事者による準拠法選択がされた場合であっても、労働者が当該契約に最も密接に関係する地の法律上の強行規定に基づく特定の効果を主張したときは、当該主張に係る強行規定が適用されるものとするＡ案に賛成する。

（理由）

消費者契約の準拠法に関して上記六―七で述べた理由と同じである。ただし、消費者契約に関する試案第４・５のＡ案が消費者の常居所地法の効果を援用させるのと異なり、第４・６のＡ案は労働契約に客観的に連結される密接関係地法の効果を援用することを認めるのである。この差異は、国際的な労働契約が消費者契約の場合にくらべると多様であることから、正当化される。労働契約の最密接関係地法に関する試案第４・３エ（ア）が示すように、一方で最密接関係地法が労務給付地と推定される場合には、その強行法規による保護を受けることが可能となるが、他方において労働者が雇い入れられた事業所の所在地の法律が最密接関係地法であると推定される場合はその効果を援用することも可能となる。試案は、労働者保護法規の適用についての柔軟性を労働契約の多様性に対応できるように確保するものと評価できる。

七　法律行為の方式に関する準拠法（第八条）（試案第5）

七―一　法律行為の方式に関する準拠法（第八条第一項）（試案第5・1）

法律行為の方式を当該法律行為の成立を定める法律によるものとする改正に反対である。

（理由）

ローマ条約第九条第一項および四項に代表的に見られるように、契約または単独行為の方式は実質を定める法律（lex causase）によるのがヨーロッパにおける国際私法の基本的考え方である。実質を定める法律とは、法律行為（契約）の目的を規律する法律のことである。契約の実質を定める法律は、契約の成立（有効性を含む）にも効力にも統一的に適用されると考えられている。

試案では、日本の国際私法がヨーロッパにおける国際私法の伝統的考え方からはずれて、法律行為の方式をその実質を定める法律ではなく、成立を定める法律によらせるという独自の方法を採用したように誤解されるおそれがある。

確かに現行法例のように「効力を定める法律」というのはチーテルマンの効果法（Wirkungsstatut）を連想させて用語法上問題がある。しかしドイツでも実質を定める法律や行為準拠法（Geschäftsstatut）という言葉ではなく、伝統的な効果法という言葉を使い続けている論者もいる。契約の実質とは契約の目的に関わるものであり、契約の目的は契約の成立ではなく効力（効果）にあるのは当然である。以上からは、現行法例の「効力を定める法律」という方が、「成立を定める法律」というよりも比較法的、理論的に首尾一貫した説明が可能となる。

七―二　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）

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ものとする試案第５・２（１）および　異なる法域に所在する者の間で締結される契約の方式は、申込地又は承諾地の法律によることができるものとする試案第５・２（２）に賛成する。ただし、前記六で述べたのと同様に、法律行為ではなく契約に関する規定を前面に出すことを検討していただきたい。

（理由）

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明文の規定がないため解釈にゆだねられていると考えられている。また、この場合の契約の方式の準拠法の決め方については、学説は多岐に分かれている。以上の点を明文で規定する方針に賛成である。

試案は、学説上も比較法的にももっとも有力である選択的適用説を採用しているので、妥当だと思われる。

八　代理に関する準拠法

代理に関する規定を設けないとする方針に賛成する。ただし、われわれは法人代表の問題については法人の従属法によるべきと考えるが、法人の従属法については設立準拠法とする旨明文で規定すべきだという立場をとるので（前記三参照）、法人代表の問題も設立準拠法の適用範囲になると考える。

（理由）

法定代理については、代理権発生の原因となる法律関係の準拠法によるのが通説であり、比較法的にも支持されると考えるので、特段の規定を置く必要はない。

任意代理については説が分かれているが、本人と相手方のどちらを保護するかによって結論は変わりうるので、各説の間の優劣を決定するのは困難である。われわれは、任意代理に関する代理の準拠法に関するハーグ条約が、連結点の集中の方法により、代理における本人および相手方の関係についてできるだけ両者に中立的な準拠法を探求しようとしている点で、もっとも好ましいと考えている。この条約は、本人と相手方との間で代理準拠法についての書面による明示の指定がある場合はその指定された準拠法により（一四条）、指定がない場合は、特定の場合に代理人が代理行為をした地の法によらせる（一一条二項）ほかは、代理人の営業所所在地法によるのを原則としている（一一条一項）。

しかし、ハーグ条約は締約国が少なく、国際的な標準として広く受け入れられているとはいえない。また、補足説明が紹介するように、実務の意識が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いうものであるならば、代理人の営業所所在地法主義による立法は、取引を阻害するおそれもある。

法人代表に関する問題については、法定代理と同様に考え、法人の従属法によるべきである。試案では法人に関する規定を設けるとの提案は行われなかったが、われわれは、法人は設立準拠法によるという一般原則を明文で規定すべきという立場（前記三参照）をとる。したがって、法人代表の問題も法人の属人法に関する設立準拠法によることになるだろう。

九　信託に関する準拠法

信託の準拠法について特段の規定を設けないとする試案の方針に賛成する。

（理由）

われわれも、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いう認識を共有するものである。なお、信託については規定が複雑とならざるを得ず、また単位法律概念としても民法の法律概念を借用する日本の国際私法のなかでは収まりが悪いので、信託の準拠法及び承認に関するハーグ条約を締結するほうがよいと考える。もっとも、明文の規定がないのであるから、信託設定文書等において委託者が信託の準拠法を選択している場合は、これを排除する理由はない。

一〇　物権等に関する準拠法（第一〇条）（試案第6）

一〇―一　目的物の現実の所在地法以外の法律の適用の可能性

下記（一）から（五）までの論点については、いずれも特段の規定を設けないとする方針に賛成する。

（一）移動（運送）中の動産

移動（運送）中の動産について、規定を置かない方針に賛成する。

（理由）

第一に、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。第二に、一律に仕向地法によるのも実情に合わないおそれがある。第三に、この点に関する諸外国の立法例も少ない。

（二）鉄道車両、自動車等のいわゆる走行性動産

走行性動産については特段の規定を設けないという方針に賛成する。

（理由）

自動車の所有権の準拠法については、最判平成一四年一〇月二九日が「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。われわれは、運行の用に供し得る自動車の利用の本拠地の法は目的物所在地法だと解釈するから、最高裁の判例理論を前提としても、自動車について特段の規定を設ける必要はない。

これに対して、鉄道車両に関しては、利用の本拠地や物理的所在地の法ではなく、運行を許可した国の法律によって統一的処理をする必要があると考える。しかし、鉄道車両の場合も例外条項（試案第6）の利用によって具体的妥当性を確保することは可能であるから、日本において特段の規定を設ける必要性は少ないだあろう。

（三）法定担保物権

特段の規定を設けないとする方針に賛成する。

（理由）

第一に、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少ない（ドイツ民施四五条二項など）。第二に、法定担保物権に目的物所在地法に加えて被担保債権の準拠法を累積適用する見解は現在では通説とはいえないと考えられ、むしろ目的物の所在地法による見解が主流である。われわれは、法定担保物権について目的物所在地法ではなく、被担保債権の準拠法により成立を認められるべき場合があると考えるが、そのような場合には試案第6のA案の例外条項により、明らかにより密接な関係を有する地の法を適用するのが素直である。

（四）約定担保物権

特段の規定を設けないとする方針に賛成する。

（理由）

日本の学説の大勢は、約定担保物権に関して目的物の所在地法による見解だと考えられるので、特段の規定を設ける必要はない。

（五）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

証券の物権的効力の準拠法について特段の規定を設けないとする方針に賛成する。

（理由）

証券の「物権的効力」の準拠法について、学説は証券の所在地法説が多数説である。しかし、最近の船荷証券や社債などのペーパーレス化で明らかになったように、権利の内容や権利移転の有効性と証券の券面の所在（存在）とは必然的な関係はない。したがって、証券の物権的効力についてのみ証券の所在地法によることの合理性は少なくなっており、対象となる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の一貫した説明ができなくなっている。補足説明が紹介するように、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ほうがふさわしいかもしれない。

一〇―二　例外条項（試案第6）

物権等について、法例第一〇条第一項または第二項の規定により適用すべき法律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ものとするA案を支持する。

（理由）

物権に関する例外条項を規定してドイツや、一般的な例外条項を設けているスイス、オーストリア、韓国と同様

に、物権について画一的に目的物所在地法によるのではなく、事案に即した準拠法を適用できるようにすることが望ましい。A案に対しては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という批判がありうる。しかし、むしろ目的物所在地法一本で行くB案（例外条項は設けない）に立ちながら目的物所在地概念を操作することのほうが不透明であり、法的安定性や予見可能性を損なうともいえる。

例外条項は、たとえば自動車の場合の利用の本拠地の法、鉄道車両の場合の運行を許可した国の法、航空機の場合の所属国法、船舶の場合の登録国法によるべき場合や、担保物権の成立に関して被担保物権の準拠法によるべき場合に必要となる。

例外条項の必要性については、さらに後述**一七**でも説明している。

一一　法定債権の成立および効力に関する準拠法（第一一条）（試案第7）

一一―一　一般的不法行為および事務管理と不当利得の準拠法（試案第7・1～7・5）

不法行為、事務管理または不当利得の準拠法について、つぎの五つの提案に賛成する。不法行為について侵害結果発生地法を原則とすること（試案第7・1（1））、当事者の常居所地法が同一である場合（試案第7・2）、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関係する場合（試案第7・3）にそれぞれ特則を設けること、以上より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（試案第7・4）、および当事者自治を認めること（試案第7・5）。

（理由）

法例第一一条に対する従来の学説の批判および諸外国の立法例を考慮すれば、原因事実発生地を明確化し

（(1)）、特則を規定することにより連結政策を詳細化および柔軟化し（(2)）ないし（(4)）参照）、ならびに当事者自治を導入（(5)）することが相当である。

一一―二　不法行為、事務管理または不当利得に関する原則的連結政策（試案第7・1（1）（2））

不法行為を侵害の結果が発生した地の法律によらせるものとするA案を支持する（試案第7・1（1））。

（理由）

B案のような加害者側の予見可能性という主観的要件を付加するのは、不法行為の原則的な準拠法を決定する方法としてはふさわしくない。一般的不法行為の準拠法は、試案第7・2および7・3の特則の適用を受け、さらに個別的不法行為を考える際の原則ともなりうるものであるから、主観的要件を加えることなく、明確で安定的に決定できることが望ましい。

一一―三　特別留保条項（試案第7・6）

法例一一条二項および三項の特別留保条項については、これを維持するものとするA案（試案第7・6）に賛成する。

（理由）

日本では学説上法例一一条二項および三項の特別留保条項に対する批判が強いが、法例三三条のような一般的排斥条項にこれらの特別留保条項の機能を担わせることはかえって準拠法に関する予測可能性に反する結果となり望ましくない。補足説明では不法行為における特別留保条項の比較法的な例が若干あげられているが、たとえばドイ

ツ民法施行法四〇条三項も同様の機能を果たす。補足説明が述べるように、法例第一一条第二項および第三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から、特別留保条項を全面的に削除するためにはこれらの実際的効果を検証することがまず必要だと考える。

一一―四　個別的不法行為（試案第７・７）

（一）生産物責任に関する準拠法（試案第７・７（１））

不法行為において生産物責任に関する準拠法についての特則を設けるA案の考え方に賛成であるが、市場地法を連結点とする点および予見可能性を要件とする点は再検討の余地がある。

（理由）

生産物責任について一般的不法行為に関する侵害発生地によるものとすると、加害者からも被害者からも遠い法律が適用されるおそれがあるので、両者のバランスに配慮した特則を設けることが適切である。A案は、市場地という連結点を採用することによって、加害者と被害者のバランスをはかろうとしている。

これに対して、ローマⅡの欧州委員会提案第四条は、被害者常居所地を連結点としながら、その地における製造物の流通について加害者が同意していない旨を証明すれば加害者の常居所地法によるという方法で両者のバランスをはかっている。連結点としては市場地よりも常居所地のほうが明確であること、およびA案では予見可能性や過失という主観的要件を付加している点で準拠法についての当事者の予見可能性が高くなく、準拠法の決定も複雑となっていることを考慮すると、ローマⅡに関する欧州委員会提案の方法を採用することも検討されてよい。

（二）名誉または信用の毀損に関する準拠法（試案第７・７（２））

名誉または信用の毀損に関して、特段の規定は設けないとするＢ案を支持する。

（理由）

Ａ案は、名誉毀損の問題を被害者の常居所地法によらせている。しかし報道機関が加害者の場合には、憲法上の言論の自由、報道の自由を保障する必要があるから、連結点についての予見可能性は重視されるべきである。この点では被害者の常居所地よりも情報の頒布地（受信地）のほうが連結点としてすぐれている。また、名誉毀損に対する救済についても、良心の自由とのかねあいで考慮しておく必要があると考える。

国際的な名誉毀損では、以上のような言論、報道および良心の自由といった基本権に関する法秩序間の相違が深刻な問題となるから、立法にあたっては学説によるさらなる議論の積み重ねが必要だと考える。

一一―五　その他の事項について

補足説明では、試案に掲げられていない個別的不法行為として、不正競争または競争制限に関する準拠法と知的財産権の侵害に関する準拠法についての言及がある。われわれは、いずれについても現状では特則を設ける必要はないと考える。

（理由）

われわれは、一般的不法行為にはあたらない不正競争および競争制限の問題については、市場地法を準拠法として明示するのが適切と考えるが、特則を設けるにあたっては学説上さらなる検討が必要であろう。

つぎに知的財産権の侵害の問題については、準拠法を判断した最高裁判例を含め公表判例も増加しており、特許

権侵害の場合などは侵害結果発生地では適切な救済が与えられないケースもあるから、特則を設ける必要性は高いと思われる。その場合には、保護国法を準拠法とするべきであろう。保護国法概念は知的財産権保護を優先する諸外国では受け入れられており、一般概念として個別の知的財産権について確定する必要があるものの、国際的には日本の一部の学説が主張するほど多義的なものだとはとらえられていない。しかしながら、日本における議論はまだ緒についたばかりであるから、試案において特則を設けないという方針には賛成である。

一二　債権譲渡等に関する準拠法（第一二条）（試案第８）

一二―一　債権譲渡（試案第８）

（一）債権譲渡の成立および当事者間の効力（試案第８・１）

「A案　債権譲渡の成立及び当事者間における効力は、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。

B案　債権譲渡の成立及び当事者間における効力に関しては、特段の規定を設けず、解釈にゆだねることとする。」

B案を支持する。

（理由）

A案の「債権譲渡の成立及び当事者間における効力」が具体的になにを指すか明らかではない。「債権譲渡の成立」には債権の譲渡性が含まれると考えられるが、債権の譲渡性が譲渡の対象となる債権の準拠法によるべきことは問題ない。しかし、債権の譲渡性以外の債権譲渡の成立と当事者間における効力とはどう違うのか、譲渡人によ

る債権移転義務の問題と移転自体の問題を区別する立場をとったとして、当事者間で移転自体が有効というのは実際的になにをさすのかが明らかではない。

なるほど、債権譲渡は厳密には債権譲渡の原因となる法律行為（原因行為）自体ではなく、債権を移転する処分行為（準物権行為）であるから、抽象的には債権を支配する準拠法によらせることに理由がある。しかし、日本法上は、たとえば債権売買の場合には、債権売買契約によって当事者間に債権を移転すべき義務の発生と債権移転の効果がともに発生するのが原則である。通常は債権譲渡の当事者間の効力としてはつぎのものがあげられるが、④以外は実際上の意義は少ないのではないか。①当事者は単独行為によって債権を移転できるか、②債権移転の効果を生じさせるためには、債権行為だけで足るのか、債権の移転自体を目的とする行為（準物権行為）が別途必要とされるか、③債権移転の原因たる法律行為が不存在または無効である場合、債権移転そのもの（処分行為）も無効となるか、④譲渡対象たる債権が不存在であったり、債務者が無資力であったりしたときに、譲渡人がどのような責任を負うか。④は譲渡人の担保責任の問題であり、原因関係の準拠法によるのが素直であろう。

当事者間における効力で実際的に重要なのは、当事者間の権利義務であり、これは通常は債権売買契約等の原因関係の効力とみるのが合理的である。

要するに、「債権譲渡の成立及び当事者間における効力」のなかで、原因関係の準拠法よりも債権を移転する処分行為（準物権行為）の準拠法で判断した方がよい問題は、前述の債権の譲渡性くらいなのである。われわれは、債権譲渡の当事者間の効力については、A案のように債権譲渡（債権移転自体を指すと思われる）としての準拠法によるとするよりも、ローマ条約のように債権譲渡における当事者間の義務は当事者間の契約（原因行為）準拠法で決定できることを規定する見解を支持したい。しかし、この点が当然と解されるのであれば、債権譲渡の成立お

よび当事者間における効力に関して特段の規定を設けないB案に賛成するものである。

（二）債務者に対する効力（試案第8・2）

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るものとする提案に賛成である。

（理由）

債務者に対する権利行使要件の問題は、債権譲渡の事実を債務者が認識するかどうかに係らせている日本の現行実体法を前提とすれば、なお債務者の住所地法に連結することに合理性がある。しかし、諸外国の立法例では譲渡対象となる債権の準拠法によるものが多い。債権の準拠法によっても、債務者にとっては不意打ちでもなく、譲渡の前後によって債務者の利害関係も変化しないので、学説上も有力でありかつ国際的な潮流でもある譲渡債権の準拠法説を採用することに賛成するものである。

（三）債務者以外の第三者に対する効力（試案第8・3）

債権譲渡の「第三者」に対する効力は譲渡人の常居所地法によるものとするB案に賛成するが、A案およびB案に共通して債権譲渡の「第三者」に債務者を含むめないという用語法（注1）および譲渡人の常居所を当該債権譲渡に関係する事業所所在地とすること（注2）には反対する。

（理由）

法例一二条の債務者の住所地法主義に対する立法論的批判のおもな淵源は、債権譲渡に対するドイツ法とフランス法の制度の相違に由来する。日本民法のような債務者のところに譲渡に関する情報を集めて、債務者保護と公示機能を確保しようとするフランス型の対抗要件制度（民法四七六条）を前提とすれば、国際私法においても債務者の住所地法主義を採用するのは何ら不合理ではない。

これに対して、A案によれば、債権者の差押債権者のような第三者に対して譲渡の効力が対抗できるかは譲渡対象の債権の準拠法で判断されることになる。しかし、第一にこのような第三者が債権の準拠法を知るのは、債務者の住所を知るのと比較してきわめて困難をともなう。第二に、譲渡債権の準拠法は、債権の発生原因によって異なるうえに、契約債権であっても契約当事者による準拠法選択がない限り、試案の客観的連結により現行法例七条によった場合よりも明確性は高まるとはいうものの、準拠法を確定することは簡単ではない。将来債権の譲渡の場合はなおさらである。第三に、債務者の住所の変更による準拠法変更や様々な国に居住する債務者を相手にする場合の不都合は、譲渡対象となる債権の準拠法についても同様にあてはまるから、債務者住所地法主義に対する決定的な批判とはなりえない。

債務者以外の第三者に対する対抗要件は、可能な限り一義的かつ安定的に決定できることが望ましいが、この要請には、不安定で予測が困難な債権準拠法によるよりも、住所や常居所地の法によるほうが、よりよく応えることができる。われわれは日本において債務者をインフォメーションセンターとする対抗要件制度が維持される限り、譲渡債権の準拠法説より法例一二条の債務者の住所地法主義のほうが日本法秩序における内的整合性が維持でき、ふさわしいと考える。

もっとも、債権譲渡登記（債権譲渡特例法二条）を中心とする対抗要件制度を利用する場合や売掛債権の一括譲渡を容易にするという観点からは、異なった考慮を要する。国際私法上、債務者住所地法主義をとれば、債務者（買い主）が外国にいる場合には日本法による簡易な債権譲渡の方法が利用できない。また、企業が資金調達を目的に多数債権者に対する小口の債権を一括して譲渡する法律関係は、債務者の住所地よりも資金を調達する債権者（譲渡人）の住所地（営業所所在地）の方により密接な関連がある。このような場合の債務者以外の第三者に対す

る対抗要件は、譲渡人（債権者）の住所地法によるのが適切である。

以上のように、債務者以外の第三者に対する効力については、法例一二条の債務者住所地法主義を変更する強い理由は見あたらないが、不安定で予測が困難な債権関係の準拠法によるA案よりは、譲渡人の常居所地法によるものとするB案を支持したい。

B案では、譲渡人が当該債権譲渡に関係する事業所を有する場合にあっては、その事業所の所在地の法律を譲渡人の常居所地法としている。しかし、われわれは、債権譲渡と事業所との関係にかかわらず、その事業所の所在地の法律（譲渡人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）によるとの考え方（試案第8・3（注2））を支持したい。

譲渡人の所在地法の最大のメリットは、連結点の明確性にある。対抗要件や権利の優先劣後といった問題を、事前の予見可能性が高く事後的な特定が容易な準拠法で判断できるからである。譲渡人所在地法を採用する国連国際債権譲渡条約や米国統一商事法典が、問題となる債権譲渡との関係を問わないで、事業所所在地または主たる営業所所在地（条約第五条（h）、統一商事法典第九―三〇七条参照）に連結しているのも、適用される準拠法を明確化するためである。債権譲渡や証券化がもっともさかんな米国法との連結政策の整合性からも、事業所の決定を個別的債権譲渡取引と関係づけない方法が望ましい。

補足説明によれば、B案の採用する事業所決定方法は、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や、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したためだという。しかし、国連国際債権譲渡条約は条約の締約国に所属する企業に譲渡人所在地法の利用を可能とし、米国統一商事法典はファイリングや登記・登録による優先順位決

定制度を有する国に所属する企業にのみ譲渡人所在地法を利用させることを前提としているのである。日本としては、少なくとも日本に主たる事業所を有する者が日本法上の対抗要件制度を利用できるような制度設計をすれば十分だと考える。

試案は債権譲渡の「第三者」という言葉を債務者以外の第三者という意味で用いることを提案している（注(1)）。しかし、通常の用語法では債権譲渡の当事者は譲渡人と譲受人であるから、当事者以外の者は債務者を含め第三者と呼ばれるべきである。「第三者」に債務者を含めないと、民法その他の法令との平仄が合わず、解釈上誤解が生じるのみならず、国際私法は独自の用語法を採用するものとして、一般市民にも国際的にももきわめてわかりにくいものとなってしまうだろう。

一二―二　債権質（試案第８（注））

債権質に限らず、債権に対する担保権の設定の債務者以外の第三者に対する効力は、債権譲渡の場合と同一の準拠法で判断すべき旨の明文の規定をおくべきである。

（理由）

第一に、外国の立法例や最近の国際立法でも、債権譲渡と債権に対する担保権の設定とは外見上区別が困難という理由で、両方を適用範囲に含めているものがみられる。したがって、債権譲渡と債権質の両者を国際私法上同一に扱うことには実際的な理由がある。第二に、同一債権について、債権譲受人、転付命令を得た者、質権者などが優先弁済権を争った場合に、同一の準拠法によって判断しなければ優劣を決定することができないおそれがあるから、前二者の第三者に対する効力と、債権質権者の第三者に対する効力は同一の準拠法で決定べきである。

以上の点について明文の規定をおかないと、解釈によっては異なった準拠法が適用されるおそれがあり、第三者間の優先劣後を決定することができなくなる。

一二―三　その他

相殺、法定代位、債権者代位権、債権者取消権および免責的債務引受の諸論点については、つぎのように考える。

（一）相殺

試案では相殺の準拠法について特段の規定を設けないこととすることに賛成である。

（二）法定代位

試案において法定代位の準拠法について特段の規定を設けないこととする方針に賛成である。

（理由）

われわれは、法定代位は、債権者と代位者間の原因関係の準拠法によることとし、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拠法によるとする見解は比較法的には相当の支持を受けていると考える。また、保険代位については保険契約の準拠法によることを前提としてこれを認めた実例も多いので、紛争解決や裁判のための規範としてはともかく、日常的な取引の法的基盤を整備しておくニーズは決して低くないと考える。とはいうものの、さらに今後詰めるべき点がないわけではないので、今回は規定を設けないとするのも理由がある。

（三）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、規定を設けないことに賛成する。

（理由）

学説上の議論の蓄積が十分でなく、また裁判例や取引で問題となった事例のデータも知られていないので、規定を設けるには時期尚早である。

一三　後見等（第二四条、第二五条）（試案第14）

「外国人に対する後見について例外的に日本の法律が適用される場合を規定する第二四条第二項の規定を改め、被後見人が外国人である場合について、以下に掲げるときは、裁判所による後見人の選任及びその効力は、日本の法律によるものとする。

a　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

b　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」

試案を支持するが、後見開始の審判の国際裁判管轄についての規定（試案第2）の対象を後見人選任等に関する国際裁判管轄についてまで広げるべきと考える。

（理由）

国際裁判管轄について広げるべきとする理由は上述四の通りである。

一四　総則（第二九条、三二条）（試案第11）

「2　反致（第三二条）

A案　第三二条を維持する。
B案　第三二条を削除する。」

基本的にはA案支持であるが、セーフガード条項について反致の対象から外すのであればその旨を明記すべきである。

（理由）

反致については現状では認めざるを得ないと思われるが（補足説明一二〇頁以下）、平成元年改正時から特に議論になることの多かったセーフガード条項との関係については、明らかにしておく必要があると思われる。

一五　船舶および航空機に関する特則

船舶および航空機に関する物権、共同海損、船舶衝突、海難救助および船主責任制限のいずれの論点についても特段の規定を設けないとする方針に賛成するが、可動物件としての船舶および航空機に関する物権については前述（一〇―二）のように目的物の所在地法主義の例外条項を設けて対処すべきだと考える。

（理由）

船舶および航空機に関する物権以外については、第一に補足説明に紹介されているように、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という意見に同意する。第二に、明確で個別的な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。

船舶の担保権については、相当数の判例が公表されており、実際の紛争数も少なくないと推測される。反対に法

例一〇条の所在地法を旗国法は登録国法とするフィクションを今後も維持するのは、わかりやすさの観点から問題がある。目的物の所在地法主義の例外条項を設けて対処すべきゆえんである。

航空機その他の可動物件については、私法統一国際協会（UNIDROIT）の可動物件の国際的権益に関する条約の動向に注意する必要があるが、このような条約が作成されること自体、第一に可動物件に関する物権や担保権を国際的に規律する必要性を示しているといえ、第二に目的物の所在地法主義による国際私法規則では対応に限界があることを示している。この意味でも、少なくとも目的物の所在地法主義の例外条項を設ける必要は大きいと思われる。

以上

＊この資料は、法制審議会国際私法（現代化関係）部会が二〇〇五年三月二二日に公表した「国際私法の現代化に関する要綱中間試案」に対して大阪大学が同年五月一九日に提出した意見である。阪大法学五五巻二号（二〇〇五年）掲載にあたっては編者が縦書きに対応させたが、その他の点においては字句の訂正にとどめ、体裁、内容については一切変更していない。