



Title	わが国の判例における契約準拠法の決定 —契約類型毎の考察—
Author(s)	奥田, 安弘; OKUDA, Yoshihiro
Citation	北大法学論集, 45(5), 1-50
Issue Date	1994-12-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15590
Type	departmental bulletin paper
File Information	45(5)_p1-50.pdf



わが国の判例における契約準拠法の決定

— 契約類型毎の考察 —

奥田安弘

目次

- 一 はじめに
- 二 売買契約
- 三 海上物品運送契約
- 四 保険契約
- 五 銀行取引契約

- 六 消費貸借契約
- 七 雇用契約
- 八 その他の契約
- 九 おわりに

一 はじめに

わが国の法例七条一項は、契約の準拠法について、いわゆる「当事者自治の原則」を採用し、七条二項は、当事者による法選択がない場合における客観的連結として、行為地法すなわち契約締結地法を指定している。これに対して、ヨーロッパ諸国の近年の国際私法立法は、契約の類型毎に、より詳細な規定を置いている。⁽¹⁾

まず、当事者自治は、原則として認められているが、契約の類型によっては排除または制限されている。たとえば、ポージランド国際私法二五条二項および旧ユーゴスラビア国際私法二一条は、不動産契約について、ハンガリー国際私法五一条ないし五三条は、労働契約について、スイス国際私法一二〇条二項は、消費者契約について、当事者自治を排除している。また、スイス国際私法一二一条三項は、労働契約について、選択できる法の範囲を制限する。さらに、ECの契約債務準拠法条約五条二項およびオーストリア国際私法四一条二項は、消費者契約について、ECの契約債務準拠法条約六条一項およびオーストリア国際私法四四条三項は、労働契約について、オーストリア国際私法四二条二項は、不動産の使用に関する契約について、強行法規の特別連結による当事者自治の制限を規定している。

つぎに、当事者による法選択がない場合における客観的連結は、契約の類型毎に行われている。たとえば、スイス・オーストリア・旧ユーゴスラビア・ハンガリー・ポーランド・旧チエコスロバキアの各立法およびECの契約債務準拠法条約がそれである。代表的な例として、ECの契約債務準拠法条約を取り上げると、いわゆる「特徴的給付の理論」により、特徴的給付を行うべき当事者の常居所地法を原則的な準拠法としながら（四条二項）、契約が他の国とより密接な関連を有することが事情全体から明らかである場合には、この他国の法が適用される、という例外条項を置いている（四条五項）。また、不動産契約・物品運送契約・消費者契約・労働契約については、特別規定がある（四条三項・四項、五条三項、六条二項）。

このようなヨーロッパ諸国の立法に対して、わが国の法例七条は、契約の類型を考慮した規定とはなっていない。しかし、わが国の学説は、すでに契約の類型を考慮した解釈論を展開しつつある。たとえば、当事者による明示の法選択がない場合、直ちに法例七条二項により行為地法すなわち契約締結地法を適用するのではなく、当事者の黙示的意思を探究すべきであるとして、契約の類型毎に、最も密接な関連の法を提示しようとするものがある⁽²⁾。そこで、本稿は、これらの学説およびヨーロッパ諸国の立法を参照しながら、若干の契約類型について、わが国の判例を調べることにした。本稿では、とりわけ以下の点に留意した。第一に、わが国の判例においては、明示の法選択はあまり多くない、と言われているが、それは、契約の類型毎に異なっている可能性がある。すなわち、契約の類型によっては、むしろ明示の法選択が多い場合が予想される。また、当事者がどのような基準によって準拠法を選択しているのかも、契約の類型によって異なっているであろう。

第二に、黙示の法選択については、どのような事情が考慮されているのかに注目した。たとえば、特定の事情だけが考慮されているのか、それとも諸般の事情を総合的に考慮しているのか、準拠法の決定にとって重要とは思われない事

情も考慮しているのではないか、という点などである。

第三に、法例七条二項により行為地法を適用した判例については、その結果の妥当性が問題となる。とりわけ隔地的な契約について、法例九条二項により、申込発信地法ないし申込者の住所地法を適用した判例は、準拠法の決定が偶然的な要素によって左右されているのではないか、という疑いがある。

第四に、明白な準拠法判断を示さないまま、日本法を適用した判例についても、その結果の妥当性が問題となる。このような判例は、おそらく非常に多数に上ると思われるので、網羅的に取り上げることができなかった。しかし、おおよその問題は、指摘することができたと思われる。

いずれにしても、契約の準拠法に関する判例は、そのすべてが必ずしも論旨明解であるとは限らないし、それに対する解釈も、様々に分かれるであろう。また本稿は、限られた契約類型しか取り上げていないし、それらの契約類型についても、判例を完全に網羅することはできなかった。しかし、準拠法の決定において、契約類型毎の考察が重要視されている現在、本稿は、その基礎的な研究として、判例の主要な動向を把握することを目的とした⁽⁴⁾。

(1) 本稿において取り上げる外国の立法例としては、ECの契約債務準拠法条約(一九八〇年)、スイス国際私法(一九八七年)、オーストリア国際私法(一九七八年)、ハンガリー国際私法(一九七九年)、旧ユーゴスラビア国際私法(一九八二年)、ポーランド国際私法(一九六五年)、旧チエコスロバキア国際私法(一九六三年)がある。これらの条文の翻訳としては、筈原俊宏編『国際私法立法総覧』(一九八九年・富山房)七〇頁以下・一一一頁以下・二〇八頁以下・三〇九頁以下・三五五頁以下・三八四頁以下、奥田安弘『国際取引法の理論』(一九九二年・有斐閣)二七三頁以下・二八八頁以下、奥田安弘「一九八七年のスイス連邦国際私法(一)」(六・完)『戸籍時報三七四号二頁以下・三七五号一八頁以下・三七六号四三頁以下・三七七号五一頁以下・三七七八号五四頁以下・三七九号五八頁以下、山内惟介「オーストリアの国際私法典について」

法学新報八八巻五・六号一七一頁以下、溜池良夫「国友明彦」河野俊行「出口耕自」一九七九年ハンガリー国際私法」法学叢書一一二巻一号七〇頁以下、井之上宜信「ユーゴスラヴィアの国際私法典（一九八三年）について」法学新報九二巻三・四号二二一頁以下、松岡博「ポーランド新国際私法」阪大法学六一号三九頁以下参照。

(2) 溜池良夫「国際私法講義」（一九九三年・有斐閣）三四九頁・三五四頁以下、澤木敬郎「国際私法入門（第3版）」（一九九〇年・有斐閣）一七九頁・一九〇頁以下、木棚照一「松岡博編『基本法コンメンタール・国際私法』（一九九四年・日本評論社）四六頁・四七頁以下（佐野寛）。

(3) 山田鎌一「国際私法」（一九九二年・有斐閣）二九三頁参照。

(4) 法例七条に関する判例の総合的研究としては、一九六六年に、鳥居淳子「わが国の判例における涉外債権契約の準拠法の決定」法政論集三五号七一頁以下が公表されている。しかし、ここでは契約の類型毎の考察は行われていないし、その後の約三〇年間に、相当数の新しい判例が公表されている。

一 売買契約

渉外的な売買契約に関する判例においては、明示の準拠法合意が認定されたものは少ない。これを明白に認定したものととしては、①日本の会社（売主）とアメリカ合衆国（買主）の間で締結された物品製作供給契約について、アメリカ軍事物資調達法施行規則に定められた軍需品供給契約条項に関する「ゼネラルプロビジョンズ」によって、準拠法をアメリカ合衆国法とする旨の合意があったとした東京地判昭和三七年一〇月三一日下民一三巻一〇号二一六九頁、②デ
ンマーク法人（売主）と日本法人（買主）の間で締結された継続的販売契約の効力の準拠法について、デンマーク法の
明示の指定がなされているとした最判昭和五〇年一月二八日民集二九巻一〇号一五九二頁⁽⁶⁾があるにすぎない。また、

日本法を合意したことについて、当事者間に争いがないと判断したものとしては、③日本の会社（売主）と米国の会社（買主）の間で通信によって締結された売買契約に関する東京地判昭和四〇年八月二八日下民一六卷八号一三四二頁⁽⁷⁾、④設立準拠法不詳の会社間における代理販売契約に関する大阪地判昭和四一年九月二四日下民一七卷九・一〇号八三九頁がある。

これに対して、契約締結当時は、準拠法の合意がなかったとしても、その後、準拠法の合意に至ったと認定した判例もある。たとえば、⑤ポツダム宣言受諾前の朝鮮における日本人間の継続的商品供給販売契約について、当事者双方が口頭弁論期日に日本法による旨の意思を表明したとする奈良地判昭和二六年二月六日下民二卷二号一四六頁⁽⁹⁾、⑥日本人（売主）と香港法人（買主）の間の売買契約について、準備手続期日において日本法を準拠法とする旨を合意したことが当事者間に争いなしとした東京地判平成二年四月二五日判時一三六八号一二三三頁がそれである。

つぎに、黙示の準拠法合意が認定された判例も、それほど多くない。たとえば、⑦ともに日本に居住する日本人（売主）と韓国人（買主）の間の日本所在の不動産に関する売買契約について、反対の意思が明示されない限り、日本法によるという黙示の意思があるとした前橋地桐生支判昭和三七年四月九日下民一三卷四号六九五頁⁽¹⁰⁾、⑧船舶の燃料油等の売買契約について、原則として当該船舶の旗国法（韓国法）による意思であるとした秋田地決昭和四六年一月二三日下民二二卷一・二号五二頁⁽¹¹⁾、⑨日本の会社（売主）と米国の会社（買主）の間で締結された独占販売契約について、日本の法令に従って問題を処理するという暗黙の合意があったとした大阪地判昭和四七年三月二八日判タ二八三号二七七頁がある。

また、諸般の事情を総合的に考慮したものとしては、⑩パナマの会社（売主）と米国ミシガン州の会社（買主）の間の売買契約に関する東京地判昭和三九年一月二八日判タ一七二二号二〇八頁⁽¹²⁾（売主の営業所が日本にあること、日本所

在の物を目的として、日本で契約が締結・履行されたこと、日本法が準拠法であると買主が主張し、売主もこれを争わないことなどから、日本法による意思であると判断した)、①米国の会社間における航海用燃料売買契約および船舶売買契約に関する山口地柳井支判昭和四二年六月二六日下民一八卷五・六号七一頁⁽¹³⁾(当事者がいずれも米国の会社であること、契約書が英文で作成されたこと、米ドルの支払が約定されていたことなどから、米国法による意思であると判断した)、②日本の会社(売主)と米国の会社(買主)の間で締結された製作物供給契約に関する東京地判昭和五二年四月二二日下民二八卷一―四号三九九頁⁽¹⁴⁾(買主の代表者が来日して交渉を行い、日本で契約を締結したこと、買主の連絡事務所が東京にあり、その責任者が買主の代表者の通訳などを行ったこと、日本における製作物の供給契約であり、米国の転売先の技術主任が来日して、製作に関する指示を行ったこと、買主の代表者が来日して、瑕疵の通知を行ったこと、買主が日本の裁判所に提訴し、準備期日および口頭弁論期日において、日本法が準拠法であるという意思を表明し、売主も同様の意思を表明したことなどから、準拠法を日本法とする黙示の合意があったと判断した)、③英国の会社(売主)と日本の会社(買主)の間の売買契約に関する東京地判平成三年八月二七日判時一四二五号一〇〇頁⁽¹⁵⁾(売主が英国の美術商であり、売買価格もポンド建てで、目的物の引渡しも英国で行われ、英国との関連性が他国よりも密接であるほか、当事者が英国法の適用を前提とする供述をしていることから、英国法を準拠法とする意思を有していたものと推認した)がある。

しかし、売買契約の準拠法について、最も多いのは、法例七条二項により、行為地法を適用したものである。たとえば、④上海で宝石類の売買を営んでいたスペイン人(売主)と日本人(買主)の間の委託販売契約について、契約締結当時上海共同租界において行われていた法律、すなわち日本法を行為地法として適用した大阪地判昭和三五年四月二二日下民一一卷四号八一七頁⁽¹⁶⁾、⑤日本において継続的に貿易などの商業取引を行っていた設立準拠法不詳の会社(売主)

とケニア法上のパートナーシップ（買主）の間の売買契約について、日本法を行為地法として適用した東京地判昭和三年八月九日下民一一卷八号一六四七頁および東京高判昭和四年六月二八日高民二一巻四号三五三頁⁽¹⁸⁾、⁽¹⁹⁾日本の会社（売主）と米国の会社（買主）の間の売買契約について、日本法を行為地法として適用した東京地判昭和三年四月二一日下民一二巻四号八二〇頁、⁽¹⁷⁾日本の会社（売主）とフィリピン国法令により設立された組合（買主）の間の売買契約について、日本法を行為地法として適用した大阪地判昭和七年一月一六日判時三三九号二六頁、⁽²⁰⁾日本の会社（売主）と米国の会社（買主）の間の売買契約について、日本法を行為地法として適用した東京地判昭和五年九月二九日判時九九九号一一三頁、⁽²¹⁾香港の会社（売主）と日本の会社（買主・備船者）が口頭で締結した船舶の燃料供給契約について、日本法を行為地法として適用した高松高決昭和六〇年五月二日判タ五六一号一五〇頁（＝高松高決昭和六〇年四月三〇日金判七三〇号二八頁）、⁽²²⁾ドイツの会社（売主）と日本人（買主）の間の売買契約について、ドイツ法を行為地法として適用した大阪地判平成二年二月六日判タ七六〇号二四六頁がある。

また、隔地的な売買契約について、法例九条二項により、申込発信地法ないし申込者の住所地法を適用したものとす、⁽²¹⁾インド人（売主）と日本の会社（買主）の間で通信により締結された売買契約について、変更を加えた承諾、すなわち新たな申込が行われた地の法として、日本法を適用した大阪地判大正一〇年三月一日評論一〇巻諸法九八頁、⁽²⁴⁾日本の会社（売主）と米国の会社（買主）の間の売買契約について、電報による申込が発信された地の法として、日本法を適用した大阪地判昭和三九年一月一日判時三九五号四四頁、⁽²³⁾日本法人（売主）と米国法人（買主）の間の売買契約について、電報による申込が発信された地の法として、日本法を適用した札幌地判昭和四九年三月二九日判時七五〇号八六頁がある。

さらに、涉外的な売買契約にもかかわらず、明白な準拠法の判断は示さず、日本法によったものと思われる一連の判

例がある。たとえば、²⁴英国会社の日本支店らしい売主と日本人買主が在英商品（生地天）に関して締結した見本売買契約について、横浜貿易市場で行われている商慣習によつたものと推定した東京控判大正六年一月二八日新聞一三六二頁二〇頁、²⁵在日のスイス人（売主）とロシア人（買主）が在外商品（アメリカ産赤鉄鉱結晶）について締結した売買契約に関する東京控判大正八年一月二二日新聞一六四一—一五頁、²⁶日本の会社間で在米商品について締結された売買契約に関する東京地判昭和三二年七月三十一日下民八卷七号一三六六頁²⁵および東京地判昭和三四年三月二六日下民一〇卷三九五九四頁、²⁷日本の会社（売主）と米国の会社（買主）の間の売買契約に関する東京地判昭和三四年一月二四日下民一〇卷一二号二七〇一頁、²⁸韓国人による日本の船舶の競売申立に関する広島高決昭和三八年六月二八日下民一四卷六号一二九七頁、²⁹日本の会社（売主）とイギリス系商社（買主）の間の売買契約に関する東京高判昭和四四年九月二九日下民二〇卷九・一〇号七七一六頁がある。

また、隔地的な売買契約についても、同様の判例として、³⁰ニュージーランドの会社（売主）と日本の会社（買主）が電信または航空便により締結した売買契約に関する神戸地判昭和三七年一月一日下民一三卷一一号二二九三頁、³¹日本の会社（売主）と外国の会社（買主）がテレックスの交換により締結した建造中の船舶の売買契約に関する東京地判昭和六一年五月三〇日判時一二三四号一〇〇頁²⁷がある。

以上の概観から、次のように、売買契約の準拠法に関する判例をまとめることができる。まず、明示の準拠法合意は、契約締結時であるか、紛争発生後であるかを問わず、ほとんど行われていない。①②は、数少ない契約締結時における準拠法合意の例であるが、それらの事案においては、一方の当事者が外国政府ないし継続的販売契約の売主であり、他方の当事者に対して、相対的に強い立場にあつたと言えよう。²⁸逆に、当事者が対等の立場にある売買契約では、契約締結時における準拠法の合意が困難であるのかもしれない。また、売買契約の当事者が準拠法の合意に関心を持っていない

説
い可能性もある。

論

一方、紛争発生後における準拠法合意を認定した判例が少ないのは、様々な理由が考えられる。いずれも憶測の域を出ないが、(1)いざ紛争となった場合に、意外と準拠法が争われる、(2)当事者が準拠法について主張・立証を行わないから、あえて裁判所が準拠法に関する判断を示さない、(3)契約が日本で締結されたので、当事者は、あえて準拠法の合意を主張しなくても、法例七条二項により日本法が準拠法になる、と考えた。しかし、(2)に対しては、裁判所は準拠法に関する判断を示す義務がある、という批判が可能であるし、(3)に対しては、裁判所が黙示の準拠法合意を認定して、契約締結地法以外の法を適用する可能性がある。したがって、法的安定性のためには、当事者は、紛争発生後であっても、可能な限り、準拠法の合意を行うことが望ましいし、⑤⑥の判例は、これが可能であることを認めたものとして、注目値する。なお、これに関して明文の規定を置く立法例としては、E Cの契約債務準拠法条約三条二項およびスイス国際私法一一六条三項がある⁽²⁹⁾。

つぎに、黙示の準拠法合意が認定された判例も、それほど多くはないが、次のように、まとめることができる。第一に、不動産の売買契約が不動産所在地法による、という黙示の意思を認定した⑦は、問題がないであろう。わが国の学説も、同様の結論を支持している⁽³⁰⁾。E Cの契約債務準拠法条約四条三項、スイス国際私法一一九条一項、ハンガリー国際私法二六条一項、旧チエコスロバキア国際私法一〇条二項b号なども、当事者による法選択がない場合には、不動産に関する契約一般について、不動産所在地法を原則的な準拠法としている⁽³¹⁾。しかし、船舶の燃料油等の売買契約については、原則として旗国法による意思であるとした⑧、諸般の事情を総合的に考慮した⑩、直ちに行為地法を適用した⑪が対立している。思うに、船舶それ自体の売買に関する⑫の事案と異なり、単に船舶の用に供する物品の売買においては、船舶の旗国が準拠法の決定において重要とは思われない。その意味で、⑧の判例は疑問である。なお、⑨の判例

は、独占販売契約について、特に理由を示さず、日本法による旨の暗黙の合意を認定しており、不明確さを増している。

第二に、諸般の事情を総合的に考慮した⑩ないし⑬がある。しかし、これらのほとんどは、たとえ契約締結時に明示の準拠法合意がなかったとしても、少なくとも紛争発生後には、準拠法に関する意思が合致しており、準拠法合意を認定することができた事例といえよう。あるいは、裁判所は、さらに根拠を示す必要があると考えて、その他の事情を列挙したのかもしれない。しかし、これらの事情がすべて準拠法の決定にとって重要であるかどうかは、疑問であり、かえって法的安定性を害するよう思われる。⁽³²⁾仮に特徴的給付の理論によるならば、売買契約において特徴的な給付を行うべき当事者、すなわち売主の営業所所在地法を基準とすることによって、同じ結論を得ることができた。⁽³³⁾なお、⑩の事案では、パナマの会社が売主であるが、当該契約の履行は、日本の営業所が担当することになっていたのである。

続いて、法例七条二項により行為地法を適用した、という最も多いケースを見ていく。第一に、対面契約に関する⑭ないし⑳のほとんどは、売主の常居所ないし営業所と契約締結地が一致しており、特徴的給付の理論によっても、同じ結論を得ることができる。ただし、⑲だけは、香港の会社（売主）の日本支店が履行行為を行ったのかどうか、という点が明らかではない。第二に、隔地的な売買契約に関する㉑ないし㉓は、行為地法主義の不都合が全面的に現れている。すなわち、㉒および㉓が売主の営業所所在地法を準拠法としたのに対して、㉑は買主の営業所所在地法を準拠法とした結果になっている。しかも、㉒および㉓は、たまたま売主が申込を発信しただけであり、㉑は、たまたま買主が変更を加えた承諾、すなわち新たな申込を発信した、という事情があつたにすぎない。

最後に、渉外的な売買契約にもかかわらず、明白な準拠法判断を示さなかった一連の判例を見ていく。第一に、対面契約に関する㉔ないし㉕は、いずれも売主の常居所ないし営業所が日本にあり、日本法を適用した結論には、問題がな

いであろう。とくに②⑤および②⑥は、当事者双方の常居所ないし営業所が日本にあるのに対して、売買の目的物が外国にある、という事案であったが、これらの目的物は動産であるから、不動産の売買契約に関する⑦と異なり、目的物所在地法の重要性は少ない。また②⑧は、目的物が日本の船舶であること、日本における競売申立事件であることから、日本法の適用を根拠づけることができる。なお、船舶に関する契約について、旗国法を指定するものとして、ハンガリー国際私法二六条一項、競売について、競売地法を指定するものとして、同法二七条一項およびオーストリア国際私法四〇条がある。

第二に、隔地的な売買契約に関する③④および③⑤は、一方が買主の営業所所在地法を適用したのに対して、他方が売主の営業所所在地法を適用した結果になっている。しかし、特徴的給付の理論によるならば、③⑥は、売主の営業所所在地法であるニュージーランド法が適用されるべきであった。

なお、売買契約一般について、当事者による法選択がない場合、売主の常居所地法ないし営業所所在地法を原則的な準拠法とする立法例としては、スイス国際私法一一七条三項a号、ハンガリー国際私法二五条a号、旧ユーゴスラビア国際私法二〇条一号、ポーランド国際私法二七条一項一号、旧チェコスロバキア国際私法一〇条二項a号がある。

(5) 小原喜雄・ジュリスト二九七号一二二頁参照。

(6) 奥田・前掲書注(1)二六一頁以下、小原喜雄・涉外判例百選(第二版)二五〇頁、久保田穰・涉外判例百選(増補版)二八六頁参照。

(7) 田中徹・ジュリスト三四七号一〇一頁参照。

(8) 三ツ木正次・ジュリスト三八〇号一四二頁参照。

(9) 三ツ木正次・ジュリスト二〇九号九一頁参照。

- (10) 鳥居淳子・ジュリスト二七七号八一頁参照。
- (11) 焔場準一・渉外判例百選(第二版)二六頁、木棚照一・法律時報一九七三年六月号一七六頁、畑口紘・ジュリスト五三八号一〇頁、山崎良子・ジュリスト五六〇号一三六頁参照。
- (12) 焔場準一・ジュリスト三九二号一四八頁参照。
- (13) 谷川久・渉外判例百選(第二版)六四頁、田辺信彦・渉外判例百選(増補版)二二六頁、川又良也・海事判例百選(増補版)二五四頁、平塚真・ジュリスト四二〇号一三三頁、山崎良子・ジュリスト四六六号一〇三頁参照。
- (14) 川又良也・渉外判例百選(第二版)七〇頁、川又良也・ジュリスト六六六号二四八頁、石黒一憲・ジュリスト六六八号一三九頁参照。
- (15) 奥田安弘・ジュリスト一〇二〇号一七〇頁、野村美明・ジュリスト一〇二四号二八七頁、出口耕自・私法判例リマークス八号一七八頁参照。
- (16) 川又良也・渉外判例百選(第二版)三〇頁、川又良也・渉外判例百選(増補版)二四頁、沢木敬郎・ジュリスト二三三三号一〇二頁参照。
- (17) 国友明彦・渉外判例百選(第二版)二〇八頁、大原栄一・渉外判例百選(増補版)四四頁、土井輝生・ジュリスト二三五号八四頁参照。
- (18) 焔場準一・ジュリスト四三三三号二〇九頁、焔場準一・ジュリスト四三五号一三八頁、田辺信彦・ジュリスト四八三号一四八頁参照。
- (19) 佐藤幸夫・海事判例百選(増補版)二〇〇頁、佐藤幸夫・神戸法学雑誌二二卷四号五二六頁、土井輝生・ジュリスト二四三三号八九頁参照。
- (20) 五十嵐清・渉外判例百選(増補版)九〇頁、三ツ木正次・ジュリスト二八九号三〇六頁参照。
- (21) 鈴木五十三・ジュリスト七五八号一五八頁、小林登・ジュリスト七八九号一〇六頁参照。
- (22) 谷川久・ジュリスト八六二号二六〇頁参照。
- (23) 道垣内正人・ジュリスト九九六号一一九頁参照。
- (24) 田中徹・渉外判例百選(第二版)八四頁、久保岩太郎・渉外判例百選(増補版)七八頁参照。

- (25) 土井輝生・ジュリスト二一九号七三頁参照。
- (26) 川上太郎・涉外判例百選(増補版)五二頁参照。
- (27) 弥永真生・ジュリスト九七一号三〇七頁参照。
- (28) 現に②の事案は、継続的販売契約の終了後も、三年間は競合商品を製造・販売しないことなどを、買主側に義務づける条項が入っていたため、不公正な取引方法に該当する事項を内容とする国際的契約の締結を禁止した独禁法六条一項に違反するとされ、これらの条項を削除する旨の勧告審決が下されたところ、名宛人となっていないデンマーク法人(売主)が取消を求めたものであった。
- (29) E Cの契約債務準拠法条約三条二項およびスイス国際私法一一六条三項は、さらに準拠法合意の変更も認めている。なお、これらの新たな準拠法合意および準拠法合意の変更は、第三者の権利を害することはできない(E Cの契約債務準拠法条約では、さらに契約の方式の有効性も害することはできない)。同様に、オーストリア国際私法一条三項も、事後的な法選択は第三者の法的地位を害することができないとする。
- (30) 溜池・前掲注(2)三五五頁、澤木・前掲注(2)一九〇頁、佐野・前掲注(2)四八頁参照。
- (31) さらに、旧ユーゴスラビア国際私法二二条およびポーランド国際私法二二五条二項は、当事者による法選択を認めないで、常に不動産所在地法を準拠法とする。
- (32) たとえば、①の判例では、契約書の使用言語および支払の通貨、②の判例では、契約の交渉地、買主の連絡事務所所在地、目的物の製造地、瑕疵の通知方法、③の判例では、支払の通貨などが、重要性の低い事情であったように思われる。
- (33) E Cの契約債務準拠法条約の解釈としては、Giuliano, M. / Lagarde, P., Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, O. J. No. C 282/1980, p. 374.

二 海上物品運送契約

渉外的な海上物品運送契約ないし傭船契約においては、明示的な準拠法合意が行われることが多い。たとえば、①英國の船会社による運送契約について、英國法により解釈支配される旨の船荷証券の約款によって、明示の準拠法合意を認定した東京控判明治三十九年月日不明(ワ)一四号新聞五一五号八頁、②英國船の傭船契約について、英國法により解釈支配される旨の約款によって、明示の準拠法合意を認定した大阪控判明治四〇年月日不明(子)三九九号新聞五九〇号九頁、③米國から日本へのノルウエー船による運送について、ノルウエー法によるべき旨の船荷証券の記載によって、明示の準拠法合意を認定した東京控判昭和一〇年二月一三日評論八五卷商法二五〇頁、④イタリアからリベリアへの運送について、日本法が適用される旨の船荷証券の約款によって、明示の準拠法合意を認定した東京地判昭和三十八年四月二〇日下民一四卷四号七七二頁および東京高判昭和四四年二月二四日高民二二卷一号八〇頁(明哲丸事件)ならびに東京地判昭和三十九年六月二〇日判時三八二号四二頁および東京高判昭和四四年一月三〇日高民二二卷一号六二頁(うめ丸事件)、⑤船会社(被告)の主張によると、インドから日本への運送に関する船荷証券において、日本法が適用される旨の約款があり、結果的に日本法が適用された東京地判昭和三十九年一月三十一日下民一五卷一号一一三頁、⑥英國から日本への運送について、英國法により解釈支配される旨の船荷証券の記載によって、明示の準拠法合意を認定した神戸地判昭和四五年四月一日判タ二八八号二八三頁、⑦インドから日本への運送について、インド法が適用されるべき旨の船荷証券の条項によって、明示の準拠法合意を認定した神戸地判昭和五八年三月三〇日判時一〇九二号一一四頁、⑧インドネシアから韓国への運送に関する船荷証券の約款により、日本法が準拠法として指定されていることを、当事者間に争いのない事実とした東京地判平成三年三月一九日判時一三七九号一三四頁がある。

また、契約当事者間に準拠法の合意があったことについて、訴訟当事者が争わなかった、と認定した判例もある。たとえば、⑨英国の船会社と米国の会社（荷送人）の間で締結された運送契約の準拠法を英国法とする旨の合意があったことについて、訴訟当事者である船会社と船荷証券所持人の間で争いがなかったとした東京控判大正九年三月二十四日新聞一六九四号二〇頁、⁽³⁹⁾⑩ノルウェーの船会社とマニラ在住の外国人との間で締結された傭船契約の準拠法を英国法とする旨の合意があったことについて、訴訟当事者である船会社と船荷証券所持人の間で争いがなかったとした東京控判昭和一〇年一月一三日評論八五卷商法二五〇頁がある。⁽⁴⁰⁾

これに対して、黙示の準拠法合意を認定した判例は、比較的少ない。たとえば、⑪ベルギーから日本への英国船による運送について、船荷証券に英国法固有語の記載がある事実などから、英国法による旨の暗黙の合意を認定した横浜地判大正七年一〇月二十九日評論八卷諸法四頁、⁽⁴¹⁾⑫日本から米国への運送に関する船荷証券において、一九三六年米国海上物品運送法に準拠する旨の約款があること、および船荷証券発行者（運送人）の主たる営業所が米国カリフォルニア州にあることから、「同法が適用されるほか、米国連邦法及びカリフォルニア州法律の適用を受ける意思であるものと推定」した東京地判昭和三六年四月二一日下民一二卷四号八二〇頁があるにすぎない。⁽⁴²⁾

また、法例七条二項により行爲地法を適用した判例も、売買契約に関するものと比べて、相対的に少ない。たとえば、⑬米国から日本への海上物品運送について、在米日本人間で締結された契約に関する神戸地判大正六年九月一六日新聞一三二九号二三頁、⁽⁴³⁾⑭中華民国法人からリベリア法人へ傭船された船舶を日本法人へ再傭船するために、日本で締結された契約に関する大阪地判昭和三六年六月三〇日下民一二卷六号一五五二頁、⁽⁴⁴⁾⑮香港から日本へのデンマーク船による運送について、香港で締結された契約に関する東京地判昭和四二年一〇月一七日日下民一八卷九・一〇号一〇〇二頁、⑯パナマの会社から日本の会社への傭船契約が日本で締結された事案に関する高松高決昭和六〇年五月二日判タ五六一号

一五〇頁（Ⅱ高松高決昭和六〇年四月三〇日金判七三〇号二八頁⁽⁴⁵⁾）がある。

一方、これらの判例ほど明白ではないが、おそらく法例七条二項により行為地法を適用したと考えられるものとしては、次の判例がある。すなわち、^⑰英領インドから日本への英領インド会社による海上運送において、契約締結地法である英領インド法を適用することについて、当事者間に争いがなかった横濱地判明治四一年一月二日新聞五七三号一二頁、^⑱英領インドから日本への海上運送について、香港で積み替えられた事案において、英領インドまたは香港に關する事項であるから、「イギリス海上運送に關する法規」が適用されるとした横濱地判明治四二年四月二四日新聞五七三号一〇頁、^⑲英国から日本への英国の船会社による運送について、「英国法ニ依ル海上運送契約ヲ締結」したと認定した大阪控判昭和九年二月二六日評論二四卷商法一〇九頁、^⑳カナダから日本への海上運送契約の準拠法がカナダ法であることについて、保険代位にもとづき提訴した保険会社が自認したとする大阪高判昭和三七年四月六日下民一三卷四号六五三頁⁽⁴⁶⁾がある。また、^㉑ポルトガル領インドから日本への運送のために、パナマ法人（船主）と日本の商社の間で締結された傭船契約について、当事者双方が行為地法である日本法の適用を主張したところ、「準拠法を日本法とする旨の裁判上の合意をなした」と認定した東京地判昭和三十一年一月二九日下民七卷一一号三四三二頁⁽⁴⁷⁾がある。

以上の概観によつて、次のように判例をまとめることができる。まず、涉外的な海上物品運送契約においては、明示的な準拠法合意が行われることが多い。とりわけ船荷証券が交付された場合には、ほとんどの事案において、準拠法約款が挿入されている（^①③④⑨）。しかも、必ず運送人の本店所在地法が指定されている。これに対して、傭船契約においては、船主の本店所在地法が指定されることもあるが（^②）、それ以外の法が指定されることもある（^⑩）。つぎに、黙示の準拠法合意を認定した判例においても、結局は運送人の本店所在地法が適用されている。とりわけ^⑫は、運送人の主たる営業所が米国カリフォルニア州にあることから、カリフォルニア州法による意思を推定しており、注目に値す

る。一方、法例七条二項により行為地法を適用した判例は、必ずしも運送人の本店所在地法の適用と同じ結果にならない。とりわけ三国間運送に関する⑮では、船積地法が適用され、備船契約に関する⑭⑯⑰では、備船者の本店所在地法が適用された結果になっている。これに対して、往航運送に関する⑱⑲では、船積地と一致する運送人の本店所在地法が適用される結果になっている。

ところで、わが国の学説においては、とりわけ船荷証券が発行される簡品運送契約について、運送人の本店所在地法が最も密接な関連の法である、と主張するものがある。⁽⁴⁸⁾この見解によるならば、少なくとも⑮は、直ちに法例七条二項によるべきではなく、黙示の意思を探究して、運送人の本店所在地法であるデンマーク法を適用すべきであったことになる。なお、運送契約について明文の規定を置いているハンガリー国際私法二五条i号、旧ユーゴスラビア国際私法二〇条一二号、ポーランド国際私法二七条一項二号、旧チエコスロバキア国際私法一〇条二項c号によっても、運送行為は、運送人の主たる営業所によって履行されているものと考えられるから、運送人の本店所在地法が原則的な準拠法になる。

これに対して、ECの契約債務準拠法条約は、特徴的給付の理論に対する例外規定を置いている。すなわち、積込地、荷揚地または荷送人の主たる営業所所在地のいずれかと一致する限りでのみ、運送人の主たる営業所所在地国が最も密接な関連を有すると推定している（四条四項）。これによるならば、⑮は、三国間運送に関する事案であるから、必ずしも批判の対象とはならず、逆に⑰が問題視されることになるであろう。なぜなら、ベルギーから日本への運送にもかかわらず、船荷証券に英国法固有語の記載がある事実などから、結局のところ、運送人の本店所在地法である英国法を適用しているからである。

思うに、三国間運送においては、運送人の本店所在地国は、必ずしも契約と最も密接な関連を有する地とは言えない。

それにもかかわらず、船荷証券における準拠法約款が運送人の本店所在地法を指定しているのは、このような約款が専ら運送人によって作成される、という附合契約の性質にもとづくものである。したがって、明示の準拠法約款がない場合にまで、運送人の本店所在地法を適用する必要はない。しかも、特徴的給付の理論は、あくまでも原則的な準拠法の決定に利用されているだけであり、例外的事情がある場合には、別の法を準拠法とすることを妨げない。E.Cの契約債務準拠法条約は、とりわけ運送契約において、このような例外的ケースが多発することを予測したからこそ、明文の規定によって、特徴的給付の理論を制限することにしたのであろう⁽⁴⁹⁾。したがって、法例七条の解釈論としても、必ずしも運送人の本店所在地法による旨の黙示の意思を認定する必要はなく、むしろ三国間運送においては、荷送人と荷受人のいずれが運送契約を締結したのか、などの事情によって、船積地法または荷揚地法のいずれかを準拠法とすべきである。

(34) 平塚真・涉外判例百選(第二版)七八頁、平塚真・涉外判例百選(増補版)一五四頁参照。上告審である大判昭和一年九月一五日新聞四〇三三三〇号一六頁については、溜池良夫・涉外判例百選(第二版)五八頁、溜池良夫・涉外判例百選(増補版)五六頁参照。

(35) 平塚真・ジュリスト四六五号一三四頁参照。

(36) 土井輝生・ジュリスト三〇七号一七五頁参照。

(37) 櫻田嘉章・涉外判例百選(第二版)一〇八頁、櫻田嘉章・涉外判例百選(増補版)二三六頁、石黒一憲・損害保険判例百選二〇八頁、石黒一憲・ジュリスト五八〇号一二七頁参照。

(38) 奥田安弘・香川法学四卷一号二一九頁、伊東すみ子・ジュリスト八二二号一一四頁参照。

(39) 上告審と思われる大判大正九年一〇月六日評論九卷諸法四八一頁について、鳥居淳子・涉外判例百選(第二版)六二頁、鳥居淳子・涉外判例百選(増補版)六〇頁参照。

- (40) 前掲注(34) 参照。
- (41) 畑場準一・涉外判例百選(増補版) 七〇頁参照。
- (42) 前掲注(19) 参照。
- (43) 西賢・涉外判例百選(第二版) 六〇頁、西賢・涉外判例百選(増補版) 五八頁参照。
- (44) 畑口紘・涉外判例百選(第二版) 九二頁、畑口紘・涉外判例百選(増補版) 八六頁、喜多川篤典・ジュリスト二六三号 一一二頁参照。
- (45) 前掲注(22) 参照。
- (46) 池原季雄・涉外判例百選(第二版) 五四頁、池原季雄・涉外判例百選(増補版) 五〇頁、佐藤哲夫・ジュリスト二七一号一〇二頁参照。
- (47) 田中徹・涉外判例百選(増補版) 六六頁、土井輝生・ジュリスト二〇三号八一頁参照。
- (48) 畑場準一・涉外判例百選(増補版) 七一頁、西賢・涉外判例百選(増補版) 五九頁参照。
- (49) ただし、ECの契約債務準拠法条約の公式報告書は、物品運送契約の特殊性(*peculiarities*)を考慮した、としか述べてゐない。Giuliano/Lagarde, *op. cit.*, note (33), p. 375.むしろ、このような例外規定を置いていなかった契約・契約外債務準拠法条約予備草案(一九七二年) 四条に対する批判として、Selvig, E., *Certain Problems Relating to the Application of the EEC Draft in the Field of International Maritime Law*, in: Lando, O./von Hoffmann, B./Siehr, K., *European Private International Law of Obligations* (1975), p. 197.

四 保険契約

渉外的な保険契約として最も重要であるのは、海上保険であろう。すなわち、海上運送に伴う積荷の危険に対する保険である。このような海上保険契約においては、英国法によるべき旨の約款が挿入されることが多いが、その意味を巡

つて争いがある。

たとえば、①日本から英国へ運送される貨物に関する海上保険契約が、日本の保険会社と外国人の間で締結された事案において、一方で、行為地法である日本法が準拠法であることは、当事者間に争いがないとしながら、他方で、保険金の支払および損害の決定については、英国の法令および慣習にしたがうべき旨の記載があるから、これらの事項については、特に英国の法令および慣習によるべき旨の合意が成立しており、この特約は、わが国の公益規定もしくは公序良俗に反しないとした東京控判昭和七年十二月二七日新聞三五三三—一五頁⁽⁵⁰⁾がある。この判決は、英国法によるべき旨の約款を抵触法的な指定ではなく、準拠法である日本法の強行規定に反しない限りでのみ、英国法を実質法的に指定したものと解しているようである。⁽⁵¹⁾

これに対して、②米国から日本へ運送される貨物に関する海上保険契約が、日本の保険会社と荷受人の間で締結された事案において、本件の「英文保険証券には準拠法約款があり、それによれば、一切の保険金請求について、保険者に填補責任があるかどうか及び填補責任があるとすればその支払については、イングラント（以下英国という）の法と事実たる慣習による」という記載があり、「右約款は、保険契約自体の有効性と航海事業の適法性については日本法に準拠するが、保険金請求に関する保険者の填補責任の有無と保険者に填補責任があるとすればその決済については、英国の法と事実たる慣習に準拠する趣旨であり、かつ、そのように解するのが海上保険業界の慣習である」とした東京地判昭和五二年五月三〇日判時八八〇号七九頁⁽⁵²⁾がある。この判決は、英国法によるべき旨の約款を抵触法的な指定と解しており、契約の全体が一つの準拠法による、という準拠法単一の原則ではなく、契約の有効性などは日本法により、填補責任などは英国法による、という分割指定を認めたものと思われる。⁽⁵³⁾

なお、このような英国法によるべき旨の約款は、日本の保険会社だけによって利用されているわけではない。たとえ

ば、③イランから日本へ運送される貨物に関する海上保険契約が、スイスの保険会社らしい原告とイランの商社らしい訴外会社との間で締結された事案において、原告の主張によると、英国法によるべき旨の約款が挿入されていた東京地判昭和三四年六月二三日下民一〇卷六号一三二九頁⁽⁵⁴⁾がある。しかし、④イタリアからリベリアへ運送される貨物に関する海上保険契約が、スイスの保険会社らしい原告・控訴人とリベリア法人らしい訴外会社との間で締結された事案において、スイス法に準拠する旨が約定されていたことが、訴訟当事者である保険会社と船会社の間で争いがなかったとした東京高判昭和四四年二月二四日高民二二卷一号八〇頁もある。

また、すべての海上保険契約において、準拠法約款が挿入されているわけでもない。たとえば、⑤日本からベトナムへ運送される貨物に関する海上保険契約が、日本の保険業者とインド商人の間で締結された事案において、英国法を準拠法とする旨の合意が成立した証拠はないが、一般に英文の保険証券が発行された場合には、契約の解釈について、英国法の規定および慣行によるべき旨の事実たる慣習があったとした東京控判昭和一五年四月二四日新聞四五八七号一二頁がある。もともと、この判決は、黙示的意思の探究として、英国法を抵触法的に指定する意思を認定したものが、それとも単なる実質法的指定を認定したのか、という点が明らかではない。⁽⁵⁵⁾

さらに、日本の保険会社と日本の輸入業者の間で締結された海上保険契約については、あたかも涉外性を否定したかのような判決が見られる。たとえば、⑥英国から日本へ運送される貨物に関する海上保険契約について、特に理由を示すことなく、日本法が適用されるとした神戸地判昭和四五年四月一四日判タ二八八号二八三頁⁽⁵⁶⁾、⑦インドから日本へ運送される貨物に関する海上保険契約について、契約当事者がいずれもわが国の法人であることを理由として、日本の商法が適用されるとした神戸地判昭和五八年三月三〇日判時一〇九二号一一四頁⁽⁵⁷⁾がある。

最後に、その他の保険契約については、特に準拠法判断を示さないまま、結果的に日本法を適用したと思われる判例

がある。たとえば、⑧英国保険会社の日本支店と日本人の間の火災保険契約に関する大判大正四年一月二四日民録二一輯二一八二頁、⑨外国保険会社の日本支店と日本人の間の生命保険契約に関する東京地判昭和七年七月一日評論二一卷商法五六五頁、⑩米国の会社が日本の営業所で雇った者についての信用保険契約を、米國保險会社の日本支店と締結した事案に関する最判昭和三九年一月一日民集一八卷八号一六三七頁、東京高判昭和三五年四月九日下民一巻四号七六五頁、⁽⁵⁸⁾東京地判昭和三十一年一月一日下民七卷一〇号二九〇六頁、⁽⁵⁹⁾⑪外国保險会社の日本支店と在日米国人の間で締結されたらしい責任保険契約に関する東京地判昭和四〇年四月二六日下民一六卷四号七三九頁⁽⁶⁰⁾がある。

以上の概観によつて、次のように判例をまとめることができる。まず、海上保険契約においては、英国法によるべき旨の約款が挿入されることがあるが、この約款は、保険金の支払などの保険者の填補責任に関する事項に限定されていることなどから、抵触法的指定ではなく、実質法的指定である、と解される余地があつた。たとえば、①の判例は、この立場である。しかし、その根底には、契約の準拠法は契約全体について一つだけ決定されるべきである、という準拠法単一の原則がある。逆に、契約の一部についてのみ準拠法を指定できる、という分割指定を認めるのであれば、このような海上保険契約における英国法の指定を実質法的指定である、と決めつける必要はなくなる。②の判例は、それほど明白ではないが、保険者の填補責任などについてのみ、英国法を指定する、という分割指定を認めたものと解することができる。なお、わが国の最近の学説は、分割指定を認めるものが有力となつてきており、⁽⁶¹⁾ECの契約債務準拠法条約三条一項も、分割指定を認める明文の規定を置いている。

つぎに、②③の判例のように、一見したところ、英国と何の関連もないような事案において、英国法を指定することが許されるのか否か、という問題がある。もちろん、わが国の法例七条一項の解釈論としては、契約と何らかの関連を有する法だけを指定することができる、という当事者自治の量的制限は否定されているから、このような理由から、英

国法の指定を有効とする見解もある。⁽⁶²⁾

しかし、海上保険契約における英国法の指定は、様々な理由から根拠づけられる。たとえば、「海上保険契約については、古い伝統をもち、その高度に発達した海上保険の理論は世界を支配しているといつてもいいイギリス法を準拠法とするのはかなり合理的であり、契約が海上保険契約であるというそのことが、その契約をイギリス法に結びつける重要な要素になると考えることも可能である」とする見解がある⁽⁶³⁾。また、「イギリスでは古くから海上保険市場が発達し、その法律・約款も世界中に伝播しているから、英文証券・英法準拠がわが国保険会社の発行する保険証券の利用度を高めるために有効と考えられる」という見解がある⁽⁶⁴⁾。さらに、多くの国の保険会社が英国のロイズSGフォームを使用していることから、「この英国フォームを使用する以上、英国海上保険法に準拠しなければ意味がない」とする見解がある⁽⁶⁵⁾。英国法の選択は、このように様々な理由から説明することができるのであり、海上保険契約においては、直接の契約当事者および運送区間のいかに問わず、合理性を持つていえると言えらる。

ところで、⑤の判例は、一般に英文の保険証券が発行された場合には、英国法によるべき旨の慣習がある、と認定している。しかし、明示の準拠法約款がないケースにおいても、英国法の合意が存在していると言えらるかどうかは疑問である。現に、④の判例は、外国の保険会社に関する事例であるが、スイス法の合意を認定しているし、⑥⑦の判例においても、おそらく英文の保険証券が発行されていたと思われるが、特に英国法によるべき旨の黙示の合意を認定していない。⑥⑦の事案については、法例七条二項によるならば、契約締結地法として、また特徴的給付の理論によるならば、特徴的な給付を行うべき保険者の営業所所在地法として、⁽⁶⁶⁾日本法を適用した結論は、妥当であったと思われる。

さらに、その他の保険契約については、いずれも外国保険会社の日本支店が締結したものであるから、同じく法例七条二項によるならば、契約締結地法として、また特徴的給付の理論によるならば、特徴的な給付を行うべき保険者の営

- (63) 鳥居・前掲注(4)七五頁。
- (64) 高桑昭江頭憲治郎編『国際取引法』(一九九一年・青林書院)一七八頁(松田和也)。同旨、菊池武編『国際取引法』(一九八六年・六法出版社)三二二頁(加藤修)。
- (65) 小原三佑嘉『新国際取引法の講話』(一九八一年・外国為替貿易研究会)一一三頁。
- (66) ECの契約債務準拠法条約の解釈としては、Giuliano/Lagarde, op. cit. note (33), p. 374. スイス国際私法の解釈としては、Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982 (1983), S. 148 f.

五 銀行取引契約

銀行取引においては、定型的な契約書式が利用されているが、明示の準拠法条項が挿入されていた例は見当たらない。判例は、黙示の意思を推定したものの、および法例七条二項により行為地法を適用したものに分かれる。

まず、前者の例としては、①インドネシア法によるパートナーシップの労務出資組合員である英国人が、インド銀行日本支店と当座取引契約を締結した事案において、諸般の事情を総合的に考慮した大阪高判昭和三七年一〇月一八日下民一三卷一〇号二〇九四頁⁶⁷⁾がある。それによると、(1)組合員両名は、いずれもインド系の英国人であること、(2)本件の当座取引契約が組合名義で締結されたこと、(3)インド銀行日本支店は、契約の締結にあたり、両名が登録を経たパートナーシップとしての組合の組合員であることを組合契約書を提出させて確認していること、(4)本件の取引は、すべて英法系の取引慣行にしたがい、契約に関する書類はいずれも英文のものを用い、かつ契約書も日本の銀行の当座取引契約書の形式に従ったものではないこと、(5)相手方がインドの銀行であること、(6)組合員両名は、本件の当座取引契約を締

結するにあたり、各自が組合を代表する権限を有すること、および組合の取引上の一切の債務について連帯責任を負担することを特約しており、この特約は、英法系のパートナーシップの法理において認められるところと何ら異なるところがないこと、これらの事情を考え併せると、「本件取引契約の当事者が右契約をイギリス法によつてなしたのか、インド法によつてなしたのか必ずしも明白でないとしても、少くともイギリス法系に属する契約法理に準拠してなしたものと推認するを相当とする」。

これに対して、同じく黙示的意思の推定によりながら、当該取引を担当した外国銀行の支店所在地法を適用した判例がある。すなわち、②日本在住の華僑とタイ銀行日本支店の間の定期預金契約について、諸般の事情を総合的に考慮した東京地判昭和四七年四月一五下民二三卷一〇四号一八〇頁、⁽⁶⁸⁾東京高判昭和四九年一月一九下民二五卷九一二号一〇四二頁、⁽⁶⁹⁾最判昭和五三年四月二〇日民集三二卷三三〇号六一六頁⁽⁷⁰⁾である。それによると、本件の定期預金契約は、日本在住の華僑とタイ銀行日本支店の間で、日本の通貨の「円」を対象として締結されたこと、および日本国内において行う一般の銀行取引と同様に、典型的・画一的に行われる附合契約の性質を有することなどから、銀行の営業所所在地である日本法による意思であつたと推定される。さらに、地裁判決によると、預金証書が英語で作成されていたという事情は、英語が国際的な商業用語の一つであることによるものであるから、重要な意味はないし、高裁判決によると、本件の定期預金契約が香港における華僑の継続的取引と密接な関連を持っていたという事情は、契約の動機・縁由に関するものにすぎないとされる。一方、最高裁判決によると、「外国銀行がわが国内に支店等を設けて営業を営む場合に主務大臣の免許を受けるべきこと、免許を受けた営業所は銀行とみなされること（銀行法三二条）」なども、日本法による意思を推認させる事情として考慮される。

つぎに、法例七条二項により行為地法を適用した判例としては、③韓国の株式会社と韓国銀行日本支店の間の無記名

定期預金契約に関する東京地判昭和四二年七月一日判タ二二〇号二〇六頁、⁽⁷¹⁾④インド人とインド銀行日本支店および香港支店との当座勘定取引契約に関する大阪地判昭和五八年九月三〇日判タ五一六号一三九頁がある。とりわけ前者は、「当事者が共に韓国人であるという事実のみでは黙示意思により韓国法を準拠法とする旨の指定があつたとみることはできない」と述べている。

以上のように、銀行取引契約の準拠法に関する判例は数が少ないので、そこから一般的な傾向を導き出すことは困難であるが、個々の判例に現れた論点を整理するならば、次のようになるであろう。まず、黙示の意思を推定した①の判例と②の判例は、真つ向から対立している。すなわち、①の判例は、事案がたまたま英国・インドネシア・インドというように、英法系の諸国と密接な関連を有していたので、それらの国の共通法として「イギリス法系に属する契約法理」を準拠法としたようである。しかし、このような「イギリス法系に属する契約法理」が準拠法として極めて曖昧であるという点を除いても、そこで考慮された事情が準拠法の決定において重要であるかどうかは、疑問である。たとえば、契約に英語が使用されていたという事情は、②の地裁判決がいうように、英語が国際的な商業用語であることから、重要な意味はないと思われるし、組合員両名の連帯責任の特約は、組合内部の問題であり、インド銀行という第三者との外部関係を決定づけるものではない。また仮に、本件の当座取引契約がインド銀行とインド人の間で締結されたものであつたとしても、③の判例がいうように、あたかも共通本国法によるかのような黙示の意思を認定するわけにはいかない。なぜなら、本件の取引は、インド銀行の本店ではなく、日本支店によつて行われたものであり、かつ銀行取引は、②の判例がいうように、定型的・画一的に行われる附合契約の性質を有するから、たまたま取引の相手方がインド人ないし英法系の国民であるからといって、そのような事情が考慮されるとは思われなからである。⁽⁷²⁾

つぎに、③④の判例は、法例七条二項により行為地法を適用しており、結果的に銀行の営業所所在地法の適用と一致

しているが、むしろ端的に営業所所在地法の適用を明言すべきであったと思われる。わが国の学説は、②の最高裁判決とほぼ同様に、一般に附合契約は営業所所在地法によるという黙示的意思があり、さらに銀行は一般に強度の行政監督に服するが、特に外国銀行の日本支店は、各営業所毎に営業免許および代表者の選任が義務づけられているから、免許地である営業所所在地法による、という黙示の意思があると主張する⁽⁷³⁾。また、特徴的給付の理論によっても、このような特徴的給付を行う銀行の営業所所在地法が準拠法になる⁽⁷⁴⁾。なお、銀行取引契約について、当事者による法選択がない場合、銀行の営業所所在地法を原則的な準拠法とする立法例としては、オーストリア国際私法三八条一項およびハンガリー国際私法二五条j号がある。

(67) 松岡博・涉外判例百選(増補版) 六八頁参照。

(68) 西賢・ジュリスト五四二号一四五頁、西賢・ジュリスト五六五号二一一頁、山本敬三・判例評論一七〇号一四八頁参照。

(69) 三浦正人・涉外判例百選(増補版) 二三四頁、木棚照一・ジュリスト六一五号二二四頁参照。

(70) 道垣内正人・涉外判例百選(第二版) 一〇四頁、道垣内正人・法学協会雑誌九七巻七号一〇一〇頁、松岡博・民商法雑誌八〇巻五号三五頁、松岡博・判例タイムズ三九〇号五〇頁、牧山市治・ジュリスト六七三号八六頁、牧山市治・法曹時報三三巻一一号一七二頁、櫻田嘉章・判例評論二四一号一四四頁、早田芳郎・ジュリスト六九三号二七〇頁、越川純吉・中京法学一三巻三号五四頁、洪川満・金融法務事情八九五号一六頁参照。

(71) 岡本善八・涉外判例百選(第二版) 一〇六頁、岡本善八・涉外判例百選(増補版) 二三八頁、畑口紘・ジュリスト四〇九号一二四頁参照。

(72) 松岡博・涉外判例百選(増補版) 六九頁参照。

(73) 岡本善八・涉外判例百選(増補版) 一三八頁、松岡博・涉外判例百選(増補版) 六九頁、畑口紘・ジュリスト四〇九号一二五頁、西賢・ジュリスト五四二号一四八頁、山本敬三・判例評論一七〇号一五〇頁参照。

(74) ECの契約債務準拠法条約の解釈としては、Giuliano/Lagarde, op. cit., note (33), p. 374.

六 消費貸借契約

渉外的な消費貸借契約に関する判例においても、明示の準拠法合意が認定されたものは見当たらない。ここでは、黙示の意思を推定したものの、法例七条二項により行為地法を適用したもの、および準拠法判断を示さないで、日本法を適用したものに分かれる。

まず、黙示の意思を推定したものとしては、①在米の日本人間で締結された消費貸借契約について、貸借成立の日時および返済期日に日本の年号を用い、かつ借主の住所を日本の住所とした点を考慮して、日本法を準拠法とする意思を推定した甲府地判大正八年三月三日新聞一五五七号一九頁⁽⁷⁵⁾、②日本において、ハワイ居住者を貸主とし、日本居住者を借主として締結した消費貸借契約について、それが日本で事業を行うことを目的としていたこと、日本で返済する約束であったことなどから、日本法によるという黙示の意思を推定した東京地判昭和四四年三月四日判タ二三五号二三六頁、③戦前に中国に設置された日本の行政機関が、中国人から融資を受けた契約について、契約当事者の一方が国の行政機関である場合には、特段の事情がない限り、日本法を準拠法とする意思であったとする東京地判昭和四五年四月八日判タ二五三号二七九頁がある。

つぎに、行為地法を適用したものとしては、④法例施行前の明治二五年に、在米の日本人間で締結された消費貸借契約について、行為地法として米国法を適用した大判大正六年三月一七日民録二三輯三七八頁⁽⁷⁶⁾、⑤米国カリフォルニア州

において日本人間で締結された消費貸借契約について、法例七条二項により行為地法を適用した大判大正七年八月九日新聞一四七四号一六頁および東京控判大正一〇年一月九日新聞一九二六号一七頁、⑥日本において英国人と日本人の間で締結された消費貸借契約について、契約締結地法として日本法を適用した東京控判大正一〇年七月一日新聞一九一二年二〇頁、⑦中華民国駐日代表団が中華民国人経営の会社および設立中の会社に対して行った借款供与について、法例七条二項により行為地法として日本法を適用した東京高判昭和三年七月一八日下民八卷七号一二八二頁がある。また、⑧中国の天津において日本人間で締結された消費貸借契約について、当然に日本法によるという意思が認められな
いとして、原判決を破棄した大判大正一一年七月七日新聞二〇二四号一五頁がある。

さらに、準拠法判断を示さなのまま、日本法を適用したと思われるものとして、⑨終戦当時、中華民国青島において、在留邦人から青島総領事に対して行われた貸付に関する東京高判昭和四二年三月三〇日下民一八卷三・四号二九四頁がある。

以上の概観により、次のような問題点が明らかとなる。まず、ほぼ同様の事案と思われる判例においても、黙示の意思を推定するのか、それとも法例七条二項により行為地法を適用するのによつて、準拠法が全く異なっている。たとえば、在外日本人間の消費貸借契約について、日本法を適用した①の判例に対して、行為地法である外国法を準拠法とした④⑤の判例がある。また、準拠法判断を示さなのまま、結果的に日本法を適用した⑨の判例は、前者に属するし、逆に、当然に日本法によるべきではないとした⑧の判例は、後者の趣旨に解される。もちろん①の判例は、当事者双方が日本人であることを理由としているわけではないが、日本の年号の使用および日本の住所の記載が準拠法の決定において重要であると思われる。むしろ行為地法を適用した④⑤の判例の結果は、当事者の常居所地法と一致しており、結果として妥当であつたと思われる。

また③の判例は、日本の行政機関が一方の当事者である場合には、原則として日本法によるという黙示の意思を推定しているが、⑦の判例は、中華民国駐日代表団を一方の当事者とする消費貸借契約について、行為法を適用している。思うに、たとえ国や国の行政機関が一方の当事者であったとしても、内容的に私人間の契約と異なる場合には、特別な推定を行うべきではない。⁷⁸むしろ行為法を適用した⑦の判例の結果は、機関の所在地法および相手方の常居所地法と一致しており、結果的に妥当であったと思われる。

それでは、②の事案のように、貸主の常居所と借主の常居所が相異なる国にある場合には、どちらの常居所地法を準拠法とすべきであろうか。特徴的給付の理論によるならば、貸主の給付が特徴的であるから、原則として貸主の常居所地法が準拠法になるであろう。⁷⁹しかし、貸付から返済までのすべての履行行為が借主の常居所地国で行われた場合には、例外的に借主の常居所地国法を準拠法とすることが考えられる。その点で、②の判例は、結果的に妥当であったと思われる。

なお、消費貸借契約について、当事者による法選択がない場合、貸主の常居所地法を原則的な準拠法とする立法例としては、ハンガリー国際私法二五条1号およびユーゴスラビア国際私法二〇条八号がある。

(75) 土井輝生・涉外判例百選(増補版)七二頁参照。

(76) 沢木敬郎・涉外判例百選(増補版)二八頁、沢木敬郎・続判例百選二〇二頁参照。

(77) 林脇トシ子・ジュリスト一六三号六七頁参照。

(78) 折茂・前掲注(51)一三六頁も参照。

(79) スイス国際私法の解釈としては、Borschart, a. a. O., Anm. (66), S. 148.

七 雇用契約

渉外的な雇用契約においても、明示の準拠法合意が行われることは稀である。わずかに、①設立準拠法不詳の会社が英国人らしい被用者と締結した雇用契約について、英国法の解釈に従うべき旨の約定があると認定した大判明治四一年一月二日民録一四輯一〇八五頁、②欧州共同委員会と日本人の間で締結された雇用契約について、現地職員との紛争および就業条件は職務遂行地法による、という旨の欧州共同理事会規則があり、本件契約に適用される欧州共同委員会駐日代表部の就業規則は、これにしたがって作成された、と認定した東京地判昭和五七年五月三十一日下民三三卷五—八号八七五頁⁽⁸⁰⁾があるにすぎない。さらに、日本法を準拠法とする旨の合意があったことについて、当事者間に争いがないとした判例も、③フランスの航空会社の日本支社と日本人の間の雇用契約に関する東京地判昭和四八年一月二二日判時七二六号二五頁、東京高判昭和四九年八月二八日労民二五卷四・五号三五四頁⁽⁸¹⁾、東京地判昭和五〇年二月二八日判時七七二号九五頁しか見当たらない。

つぎに、黙示の合意を認定した判例も、それほど多いとは思われない。たとえば、④米国カリフォルニア州において、同州法人と米国人の間で締結された労働契約について、これによると、日本の航空会社に派遣されることになっていが、雇用条件について、米国以外の政府の管轄から逃れるために、被用者が本籍を米国内に置くことを拘束的条件としていることなどから、カリフォルニア州法を準拠法とする意思を認定した東京地決昭和四〇年四月二六日労民一六卷二号三〇八頁⁽⁸²⁾、⑤米国ニューヨーク州において、ニュージャージー州法人と米国人の間で英語により締結された雇用契約について、これによると、被用者は日本支社のゼネラル・マネージャーという監督的地位において勤務することになったが、報酬その他の諸手当がドルで表示され、その一部がニューヨークで支払われる旨の約定があったことなどか

ら、アメリカ連邦法およびニューヨーク州法を準拠法とする意思であったと認定した東京地判昭和四二年八月九日労民一八巻四号八七二頁（＝東京地判昭和四二年七月九日判タ二一〇号一七四頁⁽⁸³⁾）および東京地判昭和四四年五月一四日下民二〇巻五・六号三四二頁⁽⁸⁴⁾、⑥米国会社の日本営業所に勤務する日本人の雇用契約について、同会社は、日本の商法四七九条により、日本における代表者および営業所を定め、その登記を行っているから、日本法による意思が推認されるとした東京高判昭和五七年七月一九日労民三三巻四号六七三頁⁽⁸⁵⁾、⑦英国において、英国法人と英国人の間で締結された雇用契約について、日本の労働基準法に従った解雇予告手当が支払われたこと、被用者の職種が東京事務所の代表者であつて、労務提供地のみが予定されていたこと、契約が英国で締結されたのは、被用者がたまたま所用でロンドンを訪問していたためであること、これらの事情から、日本法を準拠法とする意思を推認した東京地決昭和六三年一二月五日労民三九巻六号六五八頁⁽⁸⁶⁾がある。

さらに、法例七条二項により行為地法の適用を明言した判例も、きわめて少ない。たとえば、⑧米国カリフォルニア州において、同州法人と米国人の間で締結された、極東方面のセールスマンとして雇用する旨の契約に関する東京地判昭和三四年六月一日下民一〇巻六号一二〇四頁⁽⁸⁷⁾、⑨中華民国政府の許可を受け、日本法により設立された教育機関が、日本において在日中華民国人と締結した雇用契約に関する東京地決昭和五八年三月一五日判時一〇七五号一五八頁⁽⁸⁸⁾があるにすぎない。

最も多いのは、準拠法に関する明確な判断を示さないまま、日本法を適用したと思われる判例である。このような判例は無数にあるが、たとえば、⑩パナマ会社の日本営業所に勤務する日本人被用者の解雇に関する東京地決昭和三十一年七月五日労民七巻六号一〇四四頁、⑪日本の会社の米国における営業活動および現地法人設立のために、米国へ派遣された日本人被用者の滞米中の給与等の支払義務に関する東京地判昭和四三年一二月一四日判時五四八号九七頁、⑫ベト

ナム勤務中の日本会社被用者の無断帰国を理由とした解雇に関する東京地判昭和四四年四月三〇日労民二〇卷二号三八四頁、⁸⁹⑬米国ニュージャージー州法人の日本支店勤務の日本人被用者による退職金放棄に関する東京高判昭和四四年八月二一日判時五六八号八五頁および最判昭和四八年一月一九日民集二七卷一号二七頁、⁹⁰⑭米国会社による日本人被用者の解雇に関する東京地判昭和五〇年三月二八日判時七八六号八九頁、¹⁵⑮米国会社の日本支店に勤務する日本人被用者の国内転任禁止の仮処分申請に関する千葉地佐倉支決昭和五四年五月三〇日労判三二五号四一頁、¹⁶⑯英国営会社の日本営業所に勤務する日本人被用者の解雇に関する東京地判昭和五四年一月二九日労民三〇卷六号一一三七頁、¹⁷⑰シンガポール会社の日本支店に勤務する日本人被用者の解雇に関する東京地判昭和五五年二月二九日労判三三七号四三頁、¹⁸⑱日本⁹¹の会社からタイの子会社へ出向した日本人被用者に対する親会社の賃金支払義務に関する大阪高判昭和五五年三月二八日判時九六七号一二二頁、¹⁹⑲米国会社の日本支店に勤務する日本人被用者に対する解雇予告に関する千葉地佐倉支決昭和五七年四月二八日判時一〇四七号一五四頁、²⁰⑳日本会社の米国における業務の統括責任者として雇用された、米国カリフォルニア州在住の日本人被用者の解雇に関する大阪地判昭和五七年七月二六日労判三九一三三頁、²¹㉑ECの現地職員の地位保全等に関する東京高判昭和五八年一月一四日労民三四卷五・六号九二二頁、²²㉒フランス会社の日本営業所に勤務する日本人被用者の解雇に関する東京地判昭和五九年一月二七日判時一一〇六号一四七頁、²³㉓米国ニューヨーク州において、日本の会社と米国人の間で締結された、日本で勤務する旨の雇用契約に関する東京地判昭和五九年五月二九日労判四三三一号五七頁、²⁴㉔スイス会社の日本支店で勤務する日本人被用者の解雇に関する東京地判昭和五九年五月三〇日労判四三三三三二二頁、²⁵㉕米国銀行の日本支店に勤務する日本人被用者の雇用契約に関する大阪地決平成三年四月一二日判タ七六八号一二八頁がある。なお、²⁶㉖サウジアラビア法人の東京事務所に勤務する日本人被用者の解雇について、日本法を適用しながら、サウジアラビア法によっても同じ結論になるとした東京地決平成四年三月四日労判六

以上の概観により、次のように判例をまとめることができる。まず、渉外的な雇用契約において、明示の準拠法合意が行われることは稀である。事案が不明確である①の判例はともかくも、②③の判例のように、欧州共同体委員会駐日代表部や外国航空会社の現地採用職員の雇用契約は、使用者の特性による例外的なケースに属するのであろう。明示の準拠法合意が少ない理由は、憶測の域を出ないが、幾つか考えられる。第一に、②③の判例のように、明示の準拠法合意による採用地法の適用は、法例七条二項による行為地法すなわち契約締結地法の適用と一致することになり、明示の準拠法合意がなくても、結果は同じことになる。第二に、仮に会社の本店所在地法を指定する合意を行ったとしても、労務給付地の強行法である労働法などの適用を免れることができないのであれば、結局のところ、明示の準拠法合意を行うことの意味は、あまり多くないと考えられるであろう。

後者の点については、「法例第七条の採用した準拠法選定自由の原則は属地的に限定された効力を有する公序としての労働法によって制約を受ける」とした④の判例がある一方で、「法例七条にいう準拠法指定自由の原則により一旦外国法を適用すべきものとされた場合に、継続的労務給付地が日本であり、日本に独自の強行法規たる労働法規があるという一般的な理由にもとづき法例三〇条を根拠として法例七条の適用を排斥すべきではない」とした⑤の判例（東京地判昭和四四年五月一四日。同旨、東京地判昭和四二年八月九日）がある。すなわち、わが国の判例を見るかぎりでは、外国会社の本店所在地法を準拠法とする合意が、実質上無意味であるとは思われない。しかし、わが国の学説においては、公法の属地的適用の理論により、あるいは強行法規の特別連結の理論により、労務給付地がわが国である場合、労働契約の準拠法が外国法であっても、わが国の労働法を適用すべきである、とする見解が有力である。⁽⁹⁵⁾また、ECの契約債務準拠法条約も、労働契約における準拠法合意について、労務給付地法などの強行規定により、労働者に与えられ

た保護を奪う結果になつてはならない、と規定している（六条一項）⁽⁹⁶⁾。

つぎに、黙示の準拠法合意を認定した判例も、それほど多くはないが、次のような問題点を提起している。すなわち、④⑤⑦の判例は、いずれも外国において、外国の会社と外国人の間で締結された雇用契約に関するものであったが、④⑤の判例が契約締結地法の適用と同じ結果になったのに対して、⑦の判例は、労務給付地法である日本法を適用する結果になつている。もちろん、後者においても、日本の労働基準法に従つた解雇予告手当が支払われたこと、および英国における契約締結が偶然的であつたことが、併せて考慮されているが、④⑤⑦の判例に共通しているのは、労務給付地が日本に限定されていた点である。これに対して、④の判例がいうような、被用者が本籍を米国内に置くことを拘束的条件としていたこと、また⑤の判例がいうような、報酬などがドルで表示され、その一部がニューヨークで支払われる旨の約定があつたことなどは、準拠法の決定において重要であると思われない。また、⑥の判例は、外国会社の日本営業所に勤務する日本人の雇用契約に関するものであり、日本法の適用は、契約締結地法および労務給付地法のいずれとも一致する結果になつているが、商法四七九条による外国会社としての登記は、これもまた準拠法の決定において重要であると思われない。なお、ECの契約債務準拠法条約は、当事者による法選択がなく、かつ労働者が通常、一國で労働を行つている場合には、原則として、その労務の給付地法を準拠法とする（六条二項a号）⁽⁹⁷⁾。

さらに、法例七条二項により行為地法の適用を明言した判例も、きわめて少ないが、その適用結果を見ておくと、⑨の判例は、労務給付地法の適用と一致しており、問題がないであろう。これに対して、⑧の判例では、労務給付地が数カ国にまたがっていた可能性があり、契約締結地法の適用は、結果的に妥当であつたと思われる。なお、ECの契約債務準拠法条約は、労働者が通常、複数國で労働を行つている場合には、原則として使用者の営業所所在地法を準拠法として（六条二項b号）⁽⁹⁸⁾。

最後に、準拠法に関する明確な判断を示さないまま、日本法を適用したと思われる判例をまとめてみる。第一に、これらの判例の中で、最も多いのは、外国会社の在日営業所において現地採用された日本人の雇用契約に関するものである。すなわち、⑩⑬⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖である。これらのケースでは、通常の労務給付地が日本に限定されているので、日本法の適用は結果的に妥当であった。もっとも、⑬の最高裁判決では、使用者が外国の会社であることを考慮すべきである、という旨の少数意見があるし、㉖の判例では、使用者の本拠地法であるサウジアラビア法によっても、適用結果が日本法と異なることが付け加えられている。しかし、原則として、現地採用の被用者については、使用者が外国会社であるかどうかを考慮する必要はない、と思われる⁽⁹⁹⁾。

第二に、もともと日本の会社に勤務していた日本人が外国へ派遣されたために、涉外的要素が発生した事案が数件ある。すなわち⑪⑫⑬である。もちろん、外国派遣といつても、単なる出張から、在外支店における継続的勤務、さらには海外の子会社への出向など、様々な形態がある。しかし、当初から特定の外国における勤務を条件として、雇用契約を締結した場合はともかくも、それ以外の場合には、数年以内に日本へ帰国することが予定されており、通常の労務給付地は依然として日本にある、と言えるであろう⁽¹⁰⁰⁾。したがって、⑪⑫⑬の判例は結果的に妥当であった、と思われる。

第三に、米国において、日本の会社と米国人の間で締結された雇用契約に関する㉗の判例がある。この事件は、法例七条二項によるならば、契約締結地法である米国ニューヨーク州法が適用されていたであろう。しかし、契約は日本における勤務を目的としており、現実に、通常の労務給付地は日本であるから、日本法の適用は結果的に妥当であった。なお、このような事案は、使用者が日本の会社か外国の会社かという相違はあるが、④⑤⑦の事案と同一に取り扱ってよい、と思われる。なぜなら、⑪⑫⑬の事案と異なり、当初から契約締結地国以外の国における勤務が予定されており、通常の労務給付地は、このような国にあると言えるからである。

最後に、米国在住の日本人と日本の会社の間の雇用契約に関する②の判例がある。この事案においては、日本法の適用に疑問がある。なぜなら、もともと米国に居住していた者が、米国における勤務を目的として、契約を締結したのであるから、通常の労務給付地は米国内にあった、と見るべきだからである。逆にいえば、日本における勤務は予定されていなかった。したがって、日本の会社と日本人の間の雇用契約とはいえ、米国法の適用が妥当であったと思われる。

- (80) 小寺彰・ジュリスト七九二号二六八頁、野田進Ⅱ椿原史子・阪大法学一二九号一一頁参照。
- (81) 田村精一・ジュリスト五八六号一六三頁、澤木敬郎・ジュリスト五九〇号三三一頁参照。
- (82) 桑田三郎・涉外判例百選(増補版)七六頁、喜多川篤典・ジュリスト三四九号二二〇頁、澤木敬郎・判例評論八五号七頁、安屋直人Ⅱ田村精一・法と政治一七卷一号六九頁参照。
- (83) 田中徹・ジュリスト三九九号一三九頁参照。
- (84) 佐野寛・涉外判例百選(第二版)七六頁、山田録一・涉外判例百選(増補版)一二八頁、沢木敬郎・ジュリスト四五六号一九八頁、山崎良子・ジュリスト四五七号一四四頁、畑場準一・判例評論一三四号二五頁参照。
- (85) 尾崎正利・三重法経六七号二二頁参照。
- (86) 佐野寛・ジュリスト九五七号二八三頁、高桑昭・ジュリスト九六一号二三七頁参照。
- (87) 久保田穰・涉外判例百選(増補版)一七〇頁、岡本善八・ジュリスト一八九号七一頁参照。
- (88) 田中徹・ジュリスト八六二号二六三頁、尾崎正利・三重法経六一号五五頁参照。
- (89) 林脇トシ子・ジュリスト四四三号一五六頁参照。
- (90) 鈴木康之・法曹時報二六卷一二号一五一頁参照。
- (91) 尾崎正利・三重法経五六号五九頁参照。
- (92) 尾崎正利・三重法経五九号四五頁参照。
- (93) 折茂・前掲注(51)一三五頁、溜池・前掲注(2)三五八頁、澤木・前掲注(2)一九二頁参照。

- (94) 桑田三郎・渉外判例百選(増補版) 七七頁、塚場準一・判例評論一三四号二五頁。
- (95) さらに佐野・前掲注(2) 四九頁、佐野寛・渉外判例百選(第二版) 七七頁、山田隼一・渉外判例百選(増補版) 二二九頁参照。
- (96) 同様の立法例として、オーストリア国際私法四四四条三項がある。
- (97) 同様の立法例として、スイス国際私法一一二条一項およびオーストリア国際私法四四四条一項がある。
- (98) 同様の立法例として、スイス国際私法一一二条二項およびオーストリア国際私法四四四条二項がある。
- (99) 結果同旨、佐野・前掲注(2) 四九頁。
- (100) 税制との関係から五年以内に帰国するのが一般的である、とするのは、南敏文『改正法例の解説』(一九九二年・法曹会) 一九八頁。ただし、これは、法例における常居所の認定に関連して述べられたものである。

八 その他の契約

(1) 委任契約

①在日の英国人夫からカナダ人妻に対して、物上保証を委任した契約の準拠法を日本法とすることについて、当事者間に争いが無いとした京都地判昭和三二年一〇月一七日下午民八卷一〇号一九四〇頁、②米國銀行のパリ支店からフランスの銀行に対して、取立を委任した契約について、フランス法による意思の下に締結したとする東京地判昭和四五年三月二七日下午民二二卷三・四号五〇〇頁、③米國ニューヨーク州において、日本の会社が同州の弁護士に法律業務を委任した契約について、法例七条二項により行為地法であるニューヨーク州法を適用した徳島地判昭和四四年一二月一六日

判タ二五四号二〇九頁、⁽¹⁰⁸⁾④米国在住者から日本在住者に対して、相続税の納付を委任した契約について、特に準拠法に関する判断を示さないまま、日本法を適用したと思われる東京地判昭和四七年五月一〇日行裁集二三巻五号二九九頁がある。

(2) 代理契約

⑤設立準拠法不詳の当事者間における船舶代理店契約および船舶サービス供給契約の準拠法を日本法とすることについて、当事者間に争いがなかった東京地判昭和五年一月二十九日下民二七卷一〇四号二三頁、⑥ドイツの会社と日本の会社の間で、お互いに相手方の代理店として事業活動を行い、その利益を折半すること等を内容とする契約について、行為地法（契約締結地法）としてドイツ法を適用した東京地判昭和三年二月二十五日下民七卷二四二九頁、⁽¹⁰⁹⁾⑦日本において、米国の保険会社と日本人の間で締結された総代理店契約について、行為地法として日本法を適用した東京控判昭和一〇年八月五日新聞三九〇四号五頁がある。

(3) 不動産貸借契約

⑧米国ニュージャージー州法人の被用者である米国人が、使用者から日本所在の家屋を無償で借り受ける契約について、契約締結地および目的物所在地が日本であることを理由として、日本法を準拠法とする意思であったと推認した東京地判昭和四四年五月一四日下民二〇卷五・六号三四二頁、⁽¹⁰⁵⁾⑨インドネシア法に準拠して結成された組合の組合員が、組合のために、日本の会社から、日本所在のビルの一室を賃借した契約について、事案の性質上、日本法に従って契約を締結する意思であったことは明白であるとした大阪高判昭和四四年八月廿日高民二二卷四号五四三頁、⁽¹⁰⁶⁾⑩在日中華民国人間における日本所在の土地の使用貸借契約について、特に準拠法に関する判断を示さないまま、日本法を適用した東京地判昭和六二年八月二八日判時一二七八号九七頁がある。

(4) 知的財産権に関する契約

①米国法人から日本人に対して、特許権の専用実施権を設定する契約について、「本件契約は日本における特許の実施についての契約であり、基本契約も付随契約もその契約書は日本語で記載されており、基本契約は東京で締結されたものであることからすれば、本件契約の準拠法は日本法とすることに当事者の黙示の合意があったものと認められる」とした東京高判平成二年九月二六日無体例集二二巻三号六一三頁⁽¹⁰⁷⁾、①日本人から米国法人に対して、日本に登録された意匠権を無償で譲渡する契約について、特に準拠法に関する判断を示さないまま、日本法を適用したと思われる東京地判昭和三十九年四月二一日判タ一六一号一五一頁⁽¹⁰⁸⁾がある。

以上の判例においては、契約締結時に明示の準拠法合意があったことを、明白に認定したものは見当たらない。しかし、日本法を準拠法とすることについて、当事者間に争いがなかったものとしては、委任契約に関する①の判例および船舶代理店契約などに関する⑤の判例がある。また、明示の準拠法合意がない場合における準拠法の決定を、契約類型毎に見ていくと、次のようになる。

まず、委任契約については、黙示の準拠法合意を認定した②の判例、法例七条二項により行為地法を適用した③の判例、明確な準拠法判断を示さなかった④の判例がある。②の判例においては、委任者と受任者が同一国に営業所を有する銀行であるから、その結論には、問題がないであろう。③④の判例においては、結局のところ、受任者の常居所地法が適用されているから、これらも結論的には問題がなかったと思われる。なお、ECの契約債務準拠法条約における特徴的給付の理論によっても、受任者の給付が特徴的とされるし、⁽¹⁰⁹⁾当事者による法選択がない場合、受任者の常居所地法を原則的な準拠法とする立法例としては、スイス国際私法一一七条三項c号、ハンガリー国際私法二二五条f号、旧ユーゴスラビア国際私法二〇条三号、ポーランド国際私法二七条一項二号、旧チェコスロバキア国際私法一〇条二項e号が

ある。また、オーストリア国際私法三八条一項は、特に銀行間取引について、受任銀行の営業所所在地法を指定する。

つぎに、代理契約については、法例七条二項により行為地法を適用した⑥⑦の判例がある。⑦の事案においては、結局のところ、代理店となる者の常居所地法が適用されているので、問題はないであろう。これに対して、⑥の事案では、お互いに相手方の代理店として事業活動を行い、その利益を折半するのであるから、どちらの営業所所在地法が契約により密接な関連を有するのかを決定することは困難である。したがって、契約締結地法を適用した⑥の判例は、結果的に妥当であったと思われる。なお、ECの契約債務準拠法条約における特徴的給付の理論によっても、代理人の側の給付が特徴的とされるし、⁽¹⁰⁾当事者による法選択がない場合、代理人の常居所地法を原則的な準拠法とする立法例としては、ハンガリー国際私法二五条h号、ポーランド国際私法二七条一項二号、旧チェコスロバキア国際私法一〇条二項イ号がある。

さらに、不動産貸借契約については、黙示の合意を認定した⑧⑨の判例、および明確な準拠法判断を示さなかった⑩の判例がある。これらのうち、⑧の判例は、契約締結地および目的物所在地が日本であることを理由として、日本法による意思であったと認定している。しかし、契約締結地を理由とするのであれば、法例七条二項によっても、同じ結論が導かれるし、単なる目的物所在地を理由とするのであれば、目的物が動産である場合にも、その所在地が重要視されることになる。むしろ、これらの事案においては、目的物が不動産であるからこそ、その所在地法である日本法の適用が結果的に妥当であったと思われる。なお、前述二のように、不動産に関する契約一般について、当事者の法選択がない場合、不動産所在地法を原則的な準拠法とする立法例としては、ECの契約債務準拠法条約四条三項、スイス国際私法一一九条一項、ハンガリー国際私法二六条一項、旧チェコスロバキア国際私法一〇条二項b号がある。⁽¹¹⁾また、オーストリア国際私法四二条一項は、特に不動産の使用に関する契約について、不動産所在地法を指定する。

最後に、知的財産権に関する契約については、黙示の準拠法合意を認定した①、および特に準拠法判断を示さなかった②がある。そして、①の判例は、実施権者の常居所地法を適用したのに対して、②の判例は、譲渡人の常居所地法を適用する結果になっている。特許実施契約について、明示の準拠法合意がある場合には、実施許諾者側の法が指定されることが多い、とも言われているが、このような準拠法合意がない場合には、どちらの当事者の営業所所在地法ないし常居所地法を適用すべきかを決定することは困難である。外国の立法例においても、スイス国際私法一二二条一項は、譲渡人ないし実施許諾者の常居所地法を指定しているのに対して、オーストリア国際私法四三条一項は、譲渡または実施許諾の対象となった国の法を指定し、このような対象国が複数ある場合には、譲受人ないし実施権者の常居所地法を指定する。また、著作権とその他の知的財産権を区別する立法例もある。たとえば、ハンガリー国際私法は、著作権の実施に関する契約については、実施権者の住所地法を指定し(二二五条c号)、工業所有権などの実施に関する契約については、実施許諾者の住所地法を指定する(二二五条d号)。これに対して、旧ユーゴスラビア国際私法は、著作権に関する契約については、著作権者の住所地法を指定し(二〇条一四号)、技術移転契約については、技術の譲受人の本拠地法を指定する(二〇条一八号)。なお、ポーランド国際私法二七条一項四号は、著作権の譲渡契約について、譲受人の本拠地法を指定する。

(101) 三井哲夫・涉外判例百選(第二版) 一一〇頁、沢木敬郎・林脇トシ子・ジュリスト一八三号六九頁参照。

(102) 後藤明史・ジュリスト五四三号一四一頁参照。

(103) 田辺信彦・涉外判例百選(第二版) 一一〇頁、畑口紘・涉外判例百選(増補版) 二四〇頁、塚場準一・ジュリスト四八二号二二二頁、山崎良子・ジュリスト四八五号一七〇頁参照。

- (104) 西賢・ジュリスト一八五号六四頁参照。
- (105) 前掲注(84)参照。
- (106) 松岡博・涉外判例二百選(第二版)七四頁参照。
- (107) 石黒一憲・判例評論三九五号四三頁、木棚照一・特許四二卷一〇号一三五三頁参照。
- (108) 土井輝生・ジュリスト三八〇号一四〇頁参照。
- (109) Giuliano/Lagarde, *op. cit.*, note (33), p. 374.
- (110) Giuliano/Lagarde, *op. cit.*, note (33), p. 375.
- (111) 前掲注(31)も参照。
- (112) 澤木・前掲注(2)一九三頁参照。

九 おわりに

以上は、契約類型毎に、わが国の判例を分析したのであるが、最後に、これらの判例全体の分析を試みたい。

第一に、明示の法選択は、たしかに全体としてみると、それほど多くないが、海上物品運送契約、とりわけ船荷証券が交付された簡品運送契約においては、むしろ明示の準拠法約款の存在が通例であった。その際に、必ず運送人の本店所在地法が選択されるのは、これらの約款が専ら運送人によって作成される、という附合契約の性質にもとづくものと思われる。すなわち、運送人は、船積地および荷揚地の双方が自己の本店所在地国以外の国にある三国間運送であっても、自己が熟知した本店所在地法を選択することにより、紛争解決を有利に進めることができるのである。しかし、こ

のような準拠法選択の傾向は、すべての附合契約に共通のものとは思われない。たとえば、銀行取引契約においては、明示の準拠法約款の例が見当たらないし、保険契約においては、異なった基準で準拠法が選択されている。すなわち、とりわけ海上保険契約においては、様々な理由から、少なくとも保険者の填補責任については、英国法を選択する傾向があった。したがって、同じく附合契約といっても、個々の取引形態や伝統の違いなどから、準拠法約款の有無および準拠法選択の基準が異なってくるものと思われる。

第二に、このような明示の法選択がない場合には、黙示の法選択が認定されるのか、法例七条二項により行為地法が適用されるのか、それとも明白な準拠法判断を示すことなく、日本法が適用されるのかによって、結果が異なっており、法的不安定が著しいように思われる。このような不都合を再び契約類型毎にまとめ直すと、次のようになる。

売買契約については、ほとんどの判例において、結果的に売主の営業所所在地法が適用されているが、隔地的な契約に関する②および③の判例は、買主の営業所所在地法を適用する結果になっている。②の判例は、法例七条二項および九条二項により、申込発信地法を適用したものであり、③の判例は、明白な準拠法判断を行っていない。しかし、これらの二つの判例において、買主の営業所所在地法が適用されたのは、全くの偶然的な事情にすぎず、売主の営業所所在地法を適用した他の判例と比べて、それほど大きく事案が異なるわけではなかった。

海上物品運送契約については、明示の法選択がなかった事案自体がそれほど多くないので、一般的な傾向を見出すことは困難であるが、とりわけ三国間運送に関する①の判例は、結果的に運送人の本店所在地法を適用したのに対して、同じく三国間運送に関する④の判例は、船積地法を適用した結果になっている。前者は、黙示の法選択を認定したものであり、後者は、法例七条二項により行為地法を適用したものである。しかし、これらの二つの事案は、いずれも三国間運送に関するものであり、特に結果を異にする事情は存在しなかったように思われる。

保険契約についても、明示の法選択がなかった事案はそれほど多くないが、とりわけ海上保険契約に関する⑤の判例が、一般的に英国法によるべき旨の慣習を認定したのに対して、同じく海上保険契約に関する⑥⑦の判例は、結果的に保険会社の営業所在地法を適用している。前者は、黙示の意思を認定したものであり、後者は、明白な準拠法判断を示すことなく、日本法を適用したものである。たしかに契約の相手方は、前者の事案では、インド商人であり、後者の事案では、保険者と同じ日本人であった。しかし、これが特に結果を異にする事情とは思われない。

銀行取引契約については、当事者の共通本国法とも思われるような「イギリス法系に属する契約法理」を準拠法とした①の判例と、銀行の支店所在地法を適用した他の判例が対立している。とりわけ、③④の事案は、銀行の本店所在地の国民ないし会社との取引であり、これらの事案において、共通本国法ではなく、支店所在地法を適用した結果は、①の判例と対比して注目される。なお、①の判例が黙示の法選択を認定したのに対して、③④の判例は、法例七条二項により行為地法を適用したものである。

消費貸借契約についても、当事者の共通本国法を適用した①の判例と、結果的に当事者の常居所地法を適用した④⑤の判例が対立している。前者は、黙示の法選択を認定しており、後者は、行為地法を適用したものである。しかし、事案は、いずれも在米日本人間の消費貸借契約であり、①の事案において、日本の年号および日本の住所を記載した、という事情は、特に重要とは思われない。また、当事者の一方が国の行政機関である、という事情を考慮した③の判例と、このような事情を無視した⑦の判例が対立している。前者は、黙示の意思を認定しており、後者は、法例七条二項により行為地法を適用したものである。

雇用契約については、ほとんどの判例が結果的に通常の労務給付地法を適用しているが、④⑤⑧②⑩の判例は、使用者の本店所在地法ないし契約締結地法を適用した結果となっている。これらのうち、⑧の事案では、労務給付地が複数の

国にまたがっていたようであるから、他の事案と異なった結果になることは合理性がある。しかし、④⑤⑥の事案は、他の事案と異なった結果になるような特別な事情は見当たらない。すなわち、④の判例は、被用者が本籍を米国内に置くことを拘束的条件としていることを重視し、⑤の判例は、報酬の支払通貨および支払地を重視しているが、これらの事情が準拠法の決定にとって重要であるとは思われない。また、⑥の判例は、明白な準拠法判断を示さないまま、日本法を適用しているが、おそらく契約当事者が日本の会社および日本人であった、という事情を考慮したのであろう。しかし、通常の労務給付地および契約締結地は、米国内にあったようである。

その他の契約のうち、知的財産権契約に関する①および②の判例は、一方が特許権の実施権者の常居所地法を適用し、他方が意匠権の譲渡人の常居所地法を適用した結果になっている。前者は、黙示の準拠法合意を認定し、後者は、明白な準拠法判断を示していない。しかし、いずれも知的財産権契約に関する事案であり、特に結果を異にするような事情は見当たらない。

以上のように、明示の準拠法合意がない場合には、裁判所がどのような基準で準拠法を決定するのかを予測することは困難である。その原因は、次の諸点に見出される。まず、黙示の法選択を認定した判例においても、特定の事情だけを考慮したものと、諸般の事情を総合的に考慮したものがあり、しかも、準拠法の決定にとって重要とは思われない事情も考慮されることがある。つぎに、ほとんど同一の事案においても、黙示の法選択が認定されたり、法例七条二項により行為地法を適用したり、明白な準拠法判断を示さないまま、日本法を適用している。たしかに、学説は、当事者による明示の法選択がなくても、直ちに法例七条二項により行為地法を適用するのではなく、当事者の黙示的意思を探究すべきである、と主張しているが、判例は、これに従うものと、そうでないものとが混在している。また、涉外的事案においては、当事者の主張立証をまつまでもなく、裁判所は準拠法判断を示す義務があるが、依然として、これを無視

するものがあつたり、国内事件と同様に扱うものがある。

そこで、これらの不都合を除去するために、次のような法例七条の解釈論を提起したい。第一に、黙示の法選択と客観的連結は明白に区別すべきであり、黙示的意思に仮託して、客観的連結を行うべきではない。たとえば、E.C.の契約債務準拠法条約三条一項によると、「法選択は、明示的であるか、または十分な確実性をもって、契約の諸規定もしくは事案の諸事情から明らかでなければならぬ」とされている(同旨、スイス国際私法一一六条一項)。これによるならば、本稿で取り上げた判例のうち、黙示の法選択を認定しうるのは、わずかに海上物品運送契約に関する⑫くらいであろう。そこでは、一九三六年米国海上物品運送法に準拠する旨の約款が船荷証券に記載されていた。

第二に、客観的連結においては、直ちに法例七条二項によるのではなく、契約類型毎の不文の連結規則を見出すべきである。従来は、このような契約類型にもとづく考察が黙示的意思の探究として行われていたが、むしろ客観的連結として行われるべきである。それによって、結果の予測可能性および法的安定性が確保される。たとえば、売買契約においては、売主の営業所在地法、保険契約においては、保険者の営業所在地法、銀行取引契約においては、銀行の営業所在地法、貸借契約においては、貸主の営業所在地法、委任契約においては、受任者の営業所在地法、代理契約においては、代理人の営業所在地法を原則的な準拠法とすることができるといえる。これらの連結規則は、本稿で取り上げた判例の傾向および外国の立法例とほぼ一致するであろう。とりわけE.C.の契約債務準拠法条約などにおける特徴的給付の理論と一致する結果になる。

もちろん、このような特徴的給付の理論は限界がある。まず、若干の契約においては、類型的に例外が認められる。たとえば、海上物品運送契約においては、特徴的給付の理論によるならば、運送人の本店所在地法が準拠法になるが、三国間運送においては、むしろ船積地法または荷揚地法が最も密接な関連の法と言えるであろう。また、雇用契約にお

いても、特徴的給付の理論によるならば、被用者の常居所地法が準拠法になるが、むしろ通常の労務給付地法を原則的な準拠法とし、労務給付地が複数の国にまたがる場合には、使用者の営業所所在地法を準拠法とすべきであろう。さらに、不動産の売買や使用に関する契約においては、特徴的給付のいかんを問わず、不動産所在地法によるべきである。なお、知的財産権に関する契約においては、特徴的給付の理論によるならば、実施許諾者ないし譲渡人の営業所所在地法が準拠法になるが、逆に実施権者ないし譲受人の営業所所在地法を準拠法とする可能性もある。

つぎに、事案の諸事情を総合的に考慮した結果、例外が認められることもある。たとえば、消費貸借契約に関する②の事案は、特徴的給付の理論によるならば、貸主の常居所地法が準拠法になるが、貸付から返済までのすべての履行行為が借主の常居所地国で行われることになっていたようであるから、例外的に借主の常居所地法を準拠法とすることが考えられる。また、特徴的給付の理論に対する契約類型毎の例外規則においても、さらに個別の事情を考慮した結果、再度の例外が認められる可能性がある。

最後に、特徴的給付を認定することができない契約がありうる。たとえば、「その他の契約」のうち、代理契約に関する⑥の事案は、お互いが相手方の代理店として事業活動を行い、その利益を折半すること等を内容とする契約に関するものであるから、いずれの当事者の給付が特徴的であるかを決定することはできない。この場合には、その他のすべての事情を考慮して、準拠法を決定するしかないが、本件においては、とりわけ契約締結地以外に、準拠法を決定する要素がなかったようである。

以上のように、特徴的給付の理論を中心とした契約類型毎の連結規則は、法例七条の解釈論としても導入することが可能である。そして、適度な柔軟性をもった連結規則を採用することによって、法的安定性と結果の妥当性の両方を追求することができるように思われる。

* 本稿は、日本証券奨学財団の平成四年度研究調査助成金による研究成果の一部である。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. XLV No. 5 (1994)
SUMMARY OF CONTENTS

The Law Applicable to the Contract According to the Japanese Case Law

Yasuhiro OKUDA*

- 1 Introduction
- 2 Sale Contract
- 3 Carriage of Goods by Sea
- 4 Insurance
- 5 Banking Contract
- 6 Loan Agreement
- 7 Labor Contract
- 8 Other Types of Contract
- 9 Conclusion

The art.7 of the *Horei* provides the freedom of choice of the law applicable to the contract (the party autonomy) and in the absence of choice refers the law of the place of the contract (*lex loci contractus*), while the European conflict rules restrict the freedom of choice in certain types of contract and in the absence of choice provide detailed rules depending on the types of contract. This paper is concerning a survey of the Japanese case law on the application of the art.7 of the *Horei* and its comparison with the European conflict rules.

The express choice is very rarely found in other types of contract than the

*Professor of Law, Hokkaido University

carriage of goods by sea. In this type the law of the country in which the carrier has his principal place of business is chosen, because he alone decides the contents of contract unilaterally (adhesion contract). But this is not the same in other types of adhesion contract. In the marine insurance the English law is often chosen for the matter of the liability of the insurer, whether or not the contract has any connection with England. In the banking contract there was no express choice in the here mentioned cases.

In the absence of choice the Japanese courts decide variously the law applicable to the contract. Some courts decide that there is an implied choice of the parties, others apply the law of the place of the contract according to the art.7 al.2 of the *Horei*, and others apply the Japanese law without reasoning. So the parties cannot know the law applicable to the contract before the court decision. I propose the following rules for the purpose of the legal certainty:

(1) The implied choice must be demonstrated with certainty by the terms of the contract or the circumstances which are directly connected with the choice. In most cases the Japanese courts consider also less important circumstances.

(2) The implied choice of the parties and the objective localisation of the contract must be clearly decided. Especially the consideration of the types of contract must serve for the objective localisation, not for the finding of the implied choice.

(3) The principle of the characteristic performance which is legislated in the European conflict rules must be introduced as a not written rule into the interpretation of the *Horei*. The most Japanese cases can be justified by the means of this principle and as its exceptions.