

「法の適用に関する通則法」中の 最密接関連法について

笠原 俊宏

目次

1. 緒言
2. 「改正法例」中の最密接関連法
 - (1) 婚姻の身分的効力の準拠法
 - (2) 夫婦財産制の準拠法
 - (3) 離婚の準拠法
 - (4) 重国籍者の本国法
 - (5) 場所的不統一法国の国民の本国法
 - (6) 人的不統一法国の国民の本国法
3. 「法の適用に関する通則法」中の最密接関連法
 - (1) 契約一般の準拠法
 - (2) 労働契約の準拠法
 - (3) 事務管理および不当利得の準拠法
 - (4) 不法行為の準拠法
 - (5) 生産物責任の準拠法
 - (6) 名誉または信用の毀損の準拠法
4. 若干の考察
 - (1) 最密接関連法の意義
 - (2) 最密接関連法の決定基準
 - (3) 総括
5. 結語

1. 緒言

1960年代半ば、当時西ドイツのケーゲル (G. Kegel) 教授によって「国際私法の危機」と呼ばれて、解決の具体的妥当性を優先させるアメリカ型国際私法との対比により、大陸型国際私法の硬直性が指摘され、その改革の必要性が叫

ばれた¹⁾。それ以来、大陸型国際私法上の規則、すなわち、解決の予測可能性ないし安定性の確保を優先する「明確な抵触規則」は、その基本的立場を維持しながら、アメリカ型国際私法が有する「柔軟な抵触規則」へと接近すべく、様々な努力が重ねられてきた²⁾。元来、大陸型国際私法が準拠法の選定規則として依拠したのは、19世紀のプロイセンのサヴィニー (F. C. von Savigny) により、その著書「現代ローマ法体系第8巻」において提唱された法律関係本拠説であるが、その主張するところによれば、個々の法律関係にはその性質上帰属する本拠 (Sitz) があり、その本拠が存在する法域の法を適用すべきであると考えられた³⁾。わが国際私法の主たる法源であった「法例」(明治31年6月21日法律第10号) も、ドイツ国際私法を母法として制定されており、その準拠法選定規則は、サヴィニーの立場に由来するものであった。その後、「法例」は、幾度か改正されているが、最も大きな改正は、「法例の一部を改正する法律」(平成元年6月28日法律第27号) による総則および家族法事項に関する規定を主とする改正である。それによって新しく導入されたのは、両性平等の原則を反映した段階的連結、当事者意思を尊重した制限的当事者自治、子の保護のための択一的連結の規則であるといわれているが、いずれも、連結の多元化を図った「柔軟な抵触規則」である⁴⁾。しかし、それらばかりではなく、最密接関連法(最も密接な関係を有する地の法)への連結が明文をもって規定されるに至ったことも、注目すべき大きな改正点であったというべきであろう。

しかし、上記法律関係本拠説に対する批判の一つとして、法律関係の本拠という概念が曖昧であると指摘されたと同様に、最密接関連法が基礎とする最密接関連性という概念もまた曖昧であり、従って、最密接関連法が抽象的で具体性に欠けていて、一概には確定できず、そして、一般的な予想が難しいことは、すでに指摘されてきたところである⁵⁾。もとより、わが国際私法を含む大陸型国際私法は「密接関連性」の原則をもってその基本原則としていると考えられる余地もあり、そうであるとする、個々の準拠法選定規則に掲げられた準拠法は、最密接関連法の具体的例示であるとも考えることも可能である。いずれにせよ、最密接関連法をもって準拠法とすることが明文をもって定められている

規定の適用に際しては、それを具体的な決定基準に基づいて選定しなければならない。しかし、平成元年の改正法例（以下、改正法例とする）には、そのための決定基準は明示されておらず、その結果、時には一般的・抽象的に、そして、時には個別的・具体的に、解釈・決定されて、現在に至っているのが実情である。それに対して、改正法例を改正するものとして平成19年1月1日に施行された「法の適用に関する通則法」（以下、通則法とする）において新たに導入された最密接関連法については、原則的な決定基準が明示されるに至っており、この点が通則法の大きな特徴の一つとなっている。その意味において、通則法は改正法例よりも、一步、改善された内容の規定を有していると評することができる⁶⁾。しかし、なお、最密接関連法については、いくつかの不明確な点も残されており、それらの検討が必要であるように思われる。そこで、この小稿においては、通則法によって導入された新しい規定を整理するとともに、今後の解釈・適用のあり方について、若干の考察を試みることにしたい。

- 1) Gerhard Kegel, The crisis of conflict of laws, Recueil des cours 1964- II, p.237 et seq.
- 2) Symeon C. Symeonides, General report, in: Symeon C. Symeonides(ed.), Private international law at the end of the 20th century: Progress or regress?, 2000, p.21 et seq.
- 3) かような国際私法の沿革については、例えば、川上太郎「国際私法の歴史」国際法学会編『国際私法講座第1巻』（有斐閣、昭和28年）105頁以下参照。
- 4) 拙著『国際家族法要説（新訂補正版）』（高文堂出版社、平成16年）7頁以下参照。
- 5) 舛場準一「準拠法選定規準としての最密接関連性」澤木敬郎=舛場準一編『国際私法の争点（新版）』（有斐閣、1996年）57頁参照。
- 6) なお、通則法において一見される最密接関連法の採用の拡大に拘わらず、最密接関連法を導く連結点を設定するサヴィニー型国際私法の衰退として通則法を捉える見解として、道垣内正人「法適用通則法の成立と国際私法の新展開」法学教室314号6頁以下参照。

2. 「改正法例」中の最密接関連法

(1) 婚姻の身分的効力の準拠法

婚姻の身分的効力の準拠法について、改正法例第14条は、「婚姻ノ効力ハ夫婦ノ本国ガ同一ナルトキハ其法律ニ依リ其法律ナキ場合ニ於テ夫婦ノ常居所地法ガ同一ナルトキハ其法律ニ依ル其何レノ法律モナキトキハ夫婦ニ最モ密接ナ

ル関係アル地ノ法律ニ依ル」と定めていたが、この片仮名文語体を平仮名口語体に改めたのが通則法第25条であり、両者の定める内容は全く同一である。従って、通則法第25条の解釈について、改正法例第14条と特に異なる点は存在しない¹⁾。そこにおいては、段階的連結の最後の補充法として、最密接関連法の適用が定められている。このような場合、まず、問題となるのは、本則である夫婦の同一本国法、および、上位の補則である夫婦の同一常居所地法が、密接関連法の例示として定められているのか、それとも、属人法における本国法主義を原則とし、常居所地法を補則とする立法政策に従い、それらの法が「密接関連性」の原則の支配とは無関係に定められているのかは、必ずしも明らかではない。しかし、少なくとも、夫婦の同一本国法も同一常居所地法もないときは、それら以外の法に、夫婦の「密接関連性」の存在が求められているということになるであろう。果たして、何をもって、その判断基準と考えられているのであろうか。

まず、改正法例の立法作業に関わった南敏文判事によれば、「これまでの共通の本国法、これまでの共通の常居所地法」などがその最密接関連法として考えられ、また、「夫婦の一方がその夫婦の子と居住している場合は、その居住している地の法律が密接関連法と認められる場合もある。」が、要するに、「具体的な事件に応じて判断することとなる。」といわれている²⁾。山田教授もまた、「過去の共通本国法とか共通常居所地法というように画一的に決定すべきではなく、夫婦の双方または一方の国籍、常居所、居所等、当事者と関係のある種々の要素を過去のものも含めて、総合的に考慮しつつ、具体的な事件に応じて判断するほかはないであろう。」といわれている³⁾。木棚教授によっても、「何が密接関係法にあたるかは個別的に事例毎に考えなければならない。」とされ、やはり、過去の共通本国法や過去の共通常居所地法が挙げられるほか、「事実上の婚姻生活地、婚姻締結地、法廷地などが問題となるが、これを機械的に決定するのは妥当でない。」といわれている⁴⁾。しかし、道垣内教授によれば、「夫婦の婚姻共同生活の中心地を求めるべきであり」、「過去のことである婚姻挙行地などよりは、最後の同一常居所地や夫婦の一方が未成年の子と同

居している地といった要素を重視すべきである」と考えられている⁵⁾。それに対して、櫻田教授によっても、やはり、「同一夫婦について、婚姻の個別効力ごとに密接関係地法が異なるのか、あるいは統一的に認定されるのかという問題が残る。」という指摘もされている⁶⁾。そのような問題の他にも、一般的・抽象的に、個々の連結素の間に一定の序列の存在を想定すべきか、それとも、具体的事件に応じて、個別的・具体的にいずれかの連結素を重視するとか、または、個々の連結素の集中の程度の如何をもって「密接関連性」を判断すべきかという問題もあるであろう⁷⁾。溜池教授が、「密接関連法が、段階的連結の一段階として規定されるものであり、他の段階の準拠法が、共通本国法、共通常居所地法などとして、すべての婚姻の効力の問題につき統一的に適用すべきものとされる趣旨にかんがみると、密接関連法も統一的画一的に決定すべきものと考えられる」とするのは、最密接関連法の明確化が望ましいことを強調するものであろう⁸⁾。

(2) 夫婦財産制の準拠法

夫婦財産制の準拠法について、改正法例第15条第1項本文は、「前条ノ規定ハ夫婦財産制ニ之ヲ準用ス」と定めていたが、この片仮名文語体を平仮名口語体に改めたのが通則法第26条第1項であり、両者の定める内容は全く同一である。従って、改正法例第15条第1項本文と通則法第26条第1項との解釈については、特に異なる点は存在しない。また、段階的連結について、婚姻の身分的効力の準拠法の場合と基本的に同一であるが、最密接関連法の認定における重心の置き方が異なる身分的効力との差異を考慮して、婚姻の身分的効力に関する規則が「準用」されている点も同じである⁹⁾。しかし、「夫婦財産制の場合には、婚姻の効力の場合とは別に独自に夫婦の密接関連法を決定することを認めるのが適当」¹⁰⁾と考える立場が支配的である。最密接関連法の決定に際し、夫婦財産制という法律関係の特性が考慮された結果は、「婚姻生活を実質的に営んでいる地、ビジネスを営んでいる場合にはそれに関係する地、財産所在地」などの要素が重視されるべきであると指摘されている¹¹⁾。財産所在地のほか、

婚姻挙行地が特に考慮されるべきとする見解もある¹²⁾。なお、ここにおいても、婚姻の身分的効力の場合と同様に、一般的・抽象的に、個々の連結素の間に一定の序列の存在を想定すべきか、それとも、個別的・具体的に、夫婦財産の所在地を中心として、個々の連結素の集中の程度如何をもって「密接関連性」を判断すべきかという問題があるであろう¹³⁾。

(3) 離婚の準拠法

離婚の準拠法について、改正法例第16条本文は、「第14条ノ規定ハ離婚ニ之ヲ準用ス」と定めていたが、この片仮名文語体を平仮名口語体に改めたのが、通則法第25条を準用することを定める同法第27条本文であり、両者の定める内容は全く同一である。従って、改正法例第16条本文と通則法第27条本文との解釈については、特に異なる点は存在しない。また、段階的連結について、婚姻の身分的効力の準拠法の場合と基本的に同一である。しかし、婚姻の身分的効力と離婚とは重点の置くべき事情が異なり、その結果、最密接関連法も異なることがありうるため、身分的効力の準拠法が「準用」という形で定められていることは、夫婦財産制について指摘されたごとくである¹⁴⁾。従って、「ここにいう密接関連法とは離婚に関して夫婦と最も密接な関係のある場所の法」¹⁵⁾ということになるであろう。そして、最密接関連法の決定にあたっては、夫婦にとって共通の地である過去の婚姻生活地の中、直近のものに重きを置くべきと考えられている¹⁶⁾。しかし、ここにおいても、婚姻の身分的効力や夫婦財産制の場合と同様に、一般的・抽象的に、個々の連結素の間に一定の序列の存在を想定すべきか、それとも、個別的・具体的に、離婚原因発生地、離婚地等の連結素をも視野に入れた上で、いずれかの要素を重視するとか、または、個々の連結素の集中の程度の如何に注目して「密接関連性」を判断すべきかという問題があるであろう¹⁷⁾。

上述のような二つの観点を踏まえつつ、ドイツの裁判例および学説の検討の結果、次のように、夫婦の最密接関連法の可及的な類型化を提唱する見解もある。すなわち、「個別具体的な事案における諸事情の総合的な衡量に基づいて

判断がなされることを前提としつつも、共同生活の実態のあった婚姻の解消については、夫婦の最後の同一常居所を、さもないければ夫婦の最後の（一時的な）同一居所を最初の手がかりとして、共同生活の実態が一度もなかった婚姻の解消については、夫婦の居住計画を、さもないければ婚姻締結地を最初の手がかりとして判断する」というのが、それである¹⁸⁾。

(4) 重国籍者の本国法

重国籍者の本国法について、改正法例第28条第1項本文は、「当事者が二箇以上ノ国籍ヲ有スル場合ニ於テハ其国籍ヲ有スル國中当事者が常居所ヲ有スル国若シ其国ナキトキハ当事者ニ最モ密接ナル関係アル国ノ法律ヲ当事者ノ本国法トス」と定めていたが、この片仮名文語体を平仮名口語体に改めたのが、通則法第38条第1項本文であり、両者の定める内容は全く同一である。従って、改正法例第28条第1項本文と通則法第38条第1項本文との解釈については、特に異なる点は存在しない。ここにおいて問題となるのは、最密接関連国の決定基準の如何である。

まず、立法の趣旨として、「改正法例が14条（婚姻の効力）等で段階的連結方法による場合、密接関連法よりも常居所地法の方を優先させているので、その思想的・一貫性から常居所地国を優先させるのが適当であること、この方が本国法の決定が明確となること、法的安定性の点で優れていること、（ドイツ民法施行法第5条のように、常居所地国と密接関連国とを並列的に置くべきであるとする考え方もあるが）並列にすると最後に取得した国籍と常居所のいずれを優先させるべきか判断に困難を伴うこと等を理由に優先劣後を定めた」と説明されている¹⁹⁾。そこにおいて、最密接関連法からは常居所地法が排除されていること、仮に常居所地法も密接関連法の一つであるとしても、密接関連法としてよりは、常居所地法というように特定する方が決定が明確であり、法的安定性の要請に適うと考えられていることが明らかにされている。しかし、その一方、基本通達「法例の一部を改正する法律の施行に伴う戸籍事務の取扱いについて」（平成元年10月2日法務省民二第3900号）第一の一の（一）の（イ）の②

の ii においては、「いずれの国籍国からも居住証明書の発行が得られない場合は、その旨の申述書の提出を求めた上で、婚姻要件具備証明書を発行した国を当該外国人に最も密接な関係がある国と認定し、その本国法を決定する。」とされている。当事者はその者にとって最も密接な関係がある国に要件具備証明書の発行を求めるのが通常であり、また、本人側の意思とそれに対応する国家の行為という要素があることから、典型的に密接関連性があると判断されるからであると説明されている²⁰⁾。さらに、これらの証明書が得られない場合は、個別の判断を要するものとし、この場合は、国籍取得の経緯、国籍国での居住状況、国籍国での親族居住の有無、国籍国への往来の状況、現在における国籍国との関わり合いの程度等が参考となる要素であるとされている（平成元年12月14日民二第5476号法務省民事局第二課長通達参照²¹⁾）。同様に、学説も、考慮される要素として、それぞれの国籍取得の経緯、取得の先後、過去の常居所、父母の常居所等が挙げられている²²⁾。国際法上における二重国籍者の外交的保護に関する国際司法裁判所のノッテボーム（Nottebohm）判決において採用された実効国籍（effective nationality）の基準、すなわち、個人と国家との間のより強固な結合関係を示す重要な要素として、本人の住所、財産関係の中心地、家族との結びつき、公的生活への参加、その国家への帰属意識等が、この場合にも有用であるとする見解²³⁾も見られる。結局、最密接関連国の認定は、それらの諸事情を総合的に勘案した上で決定されることになり²⁴⁾、何らかの基準によって一律的に決定することはできない²⁵⁾ というのが支配的な立場であると見られる。

(5) 場所的不統一法国の国民の本国法

場所的不統一法国の国民の本国法について、改正法例第28条第3項は、「当事者が地方ニ依リ法律ヲ異ニスル国ノ国籍ヲ有スルトキハ其国ノ規則ニ従ヒ指定セラルル法律若シ其規則ナキトキハ当事者ニ最モ密接ナル関係アル地方ノ法律ヲ当事者ノ本国法トス」と定めていたが、この片仮名文語体を平仮名口語体に改めたのが通則法第38条第3項であり、両者の定める内容は全く同一である。

従って、改正法例第28条第3項と通則法第38条第3項との解釈については、特に異なる点は存在しない。ここにおいて問題となるのは、最密接関連地方（地域）の決定の基準の如何である。

多くの見解に共通して見られる最密接関連地方（地域）の決定の基準は、当事者の出生地、現在の常居所地、過去の常居所地、親族の常居所地、生育地等である²⁶⁾。なお、英米国民の場合には、原則として、英米法上の本源住所（domicile of origine）が基準とされるべきであろう²⁷⁾。

(6) 人的不統一法国の国民の本国法

人的不統一法国の国民の本国法について、改正法例第31条第1項は、「当事者が人的ニ法律ヲ異ニスル国ノ国籍ヲ有スル場合ニ於テハ其国ノ規則ニ従ヒ指定セラルル法律若シ其規則ナキトキハ当事者ニ最モ密接ナル関係アル法律ヲ当事者ノ本国法トス」と定めていたが、この片仮名文語体を平仮名口語体に改めたのが通則法第40条第1項であり、両者の定める内容は全く同一である。また、改正法例同条第2項は、「前項ノ規定ハ当事者が常居所ヲ有スル地ガ人的ニ法律ヲ異ニスル場合ニ於ケル当事者ノ常居所地法及ビ夫婦ニ最モ密接ナル関係アル地ガ人的ニ法律ヲ異ニスル場合ニ於ケル夫婦ニ最モ密接ナル関係アル地ノ法律ニ之ヲ準用ス」と定めていたが、この片仮名文語体を平仮名口語体に改めたのが通則法第40条第1項である。後者は、人的不統一法が属人事項に限って適用されることを法文上明確にしているが、それ以外、両者の定める内容は実質的に同一である²⁸⁾。したがって、改正法例第31条第1項および第2項と通則法第40条第1項および第2項との解釈については、特に異なる点は存在しないといえるであろう。ここにおいて共通の問題となるのは、最密接関連法の決定の基準の如何である。

最密接関連法の決定の基準としてまず考えられるのは、当事者が帰属する人種、宗教籍、社会的階級等である²⁹⁾。しかし、人的不統一法国の場合、その国の法が準拠法として指定されれば、あくまで、その国の法の中での問題であり、その国の人際法が見出されない場合は、外国法不明の場合に相当するという異

説も唱えられている³⁰⁾。つまるところ、適用法が人的に異なる国の場合、当該法律自体にすでに適用されるべき人的対象が明確にされるのが必定であり、従って、一律的に最密接関連法の決定の基準を考慮し、設定する必要はないということであろう³¹⁾。そして、結局は、前述のように、当事者が帰属する人種、宗教籍、社会的階級等が基準とされることになるということであろう。

- 1) 神前禎『解説・法の適用に関する通則法』（弘文堂、2005年）170頁。
- 2) 南敏文『改正法例の解説』（法曹会、平成4年）67頁。
- 3) 山田鎌一『国際私法（第3版）』（有斐閣、2004年）424頁。
- 4) 木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之『国際私法概論（第4版）』（有斐閣、2005年）186頁。
- 5) 澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門（第6版）』（有斐閣、2006年）111頁。
- 6) 櫻田嘉章『国際私法（第5版）』（有斐閣、2006年）256頁。
- 7) 拙著・前掲書67頁。
- 8) 溜池良夫『国際私法講義（第3版）』（有斐閣、2005年）443頁。
- 9) 南・前掲書72頁、櫻田・前掲書260頁以下。
- 10) 溜池・前掲書449頁。
- 11) 澤木＝道垣内・前掲書113頁。
- 12) 山田・前掲書432頁。
- 13) 拙著・前掲書69頁。
- 14) 南・前掲書92頁、木棚＝松岡＝渡辺・前掲書194頁以下（木棚）、櫻田・前掲書268頁以下参照。
- 15) 山田・前掲書444頁。
- 16) 澤木＝道垣内・前掲書123頁。
- 17) 拙著・前掲書78頁参照。
- 18) 佐藤文彦「離婚準拠法における『夫婦ニ最モ密接ナル関係アル地』の具体化について——ドイツ民法典施行法第14条第1項第3号の理解と対比させつつ」名城ロースタイル・レビュー創刊号129頁。
- 19) 南・前掲書179頁以下、さらに、櫻田・前掲書81頁参照。
- 20) 南・前掲書181頁。
- 21) 南・前掲書同所。
- 22) 澤木＝道垣内・前掲書91頁。
- 23) 溜池・前掲書115頁。
- 24) 山田・前掲書102頁。
- 25) 溜池・前掲書115頁。
- 26) 例えば、南・前掲書183頁、澤木＝道垣内・前掲書42頁。
- 27) 拙著・前掲書32頁。
- 28) 小出邦夫編著『一問一答・新しい国際私法』（商事法務、2006年）154頁、神前・前掲書189頁以下参照。

- 29) 拙著・前掲書34頁以下。
- 30) 澤木=道垣内・前掲書43頁以下。
- 31) 山田・前掲書89頁参照。

3. 「法の適用に関する通則法」中の最密接関連法

(1) 契約一般の準拠法

契約の成立および効力について、通則法第7条は改正法例第7条第1項と同様、当事者自治を原則とする立場を採用している。しかし、当事者による準拠法の選択がない場合については、改正法例同条第2項が行為地法、すなわち、契約締結地法をもって補充法としていたのに対して、通則法第8条第1項は、「当該法律行為の当時において当該法律行為に最も密接な関係がある地の法による。」として、最密接関連法の適用の立場へと改正している。そして、同条第2項は、その場合の最密接関連法について、「法律行為において特徴的な給付を当事者の一方のみが行うものであるとき」、すなわち、契約に特徴的な給付を特定できるときは、「その給付を行う当事者の常居所地法」ないし「その当事者が当該法律行為に関係する事業所を有する場合」には「当該事業所の所在地法」、また、「その当事者が当該法律行為に関係する二以上の事業所で法を異にする地に所在するものを有する場合」には「その主たる事業所の所在地の法」をそれぞれ「推定する」と定めている。さらに、同条第3項は、「不動産を目的物とする法律行為」については、「その不動産の所在地法」を当該法律行為に最も密接な関係がある地の法として「推定する」と定めている。

以上における立場を整理すれば、契約の準拠法については、次のごとくなるであろう。すなわち、まず、明示の準拠法の選択に依存し、それがなければ、最密接関連法により、そして、最密接関連法の認定のために推定される基準が適格性に欠くと判断されれば、さらに、別途、最密接関連法を確定するということになる。それらに加えて、明示の指定がない場合に、従来から学説上で支配的な「黙示意思探求の理論」¹⁾を顧慮すべきであるとなると、最密接関連法の適用の前に、その意思の如何についても検討しなければならないこととなる²⁾。

このように、黙示の意思がないときに、最密接関連法を適用することとなるが、最密接関連法の認定に際し、「当事者意思」をも考慮すべき要素とすると、それが黙示意思の探求の際のそれといかように異なるのか、という問題の存在が指摘されている³⁾。この点については、当事者意思が端的に準拠法選択を目指すものであるか否かが、その相違点として認められるであろう。

しかし、この小稿において問題とされなければならないのは、むしろ、具体的な事案において、「特徴的給付の理論」に基づく最密接関連法の推定の当否に関する判断がいかにあるべきかという問題であろう⁴⁾。それについては、何よりも、「特徴的給付」の概念が曖昧であり、しかも、現代の複雑な契約に対応しないことが多いと指摘されている⁵⁾。そうであるとする、曖昧な「密接関連性」の概念の明確化に寄与すべきはずの「特徴的給付」が、それ自体の概念の曖昧さのゆえに、却って、最密接関連法の確定を一層混乱させることとなるといわざるをえない。従って、各個契約の特性に着目するとしても、「特徴的給付」という概括的な概念を有する基準ではなく、より具体的で明確な基準を導入すべきであろう。現代の契約の多くが金銭的給付を対価として、また、それ以外の給付が反対給付としてなされることに着目し、金銭的給付は契約の個別的特徴を示さないので、その反対給付が各契約の特徴を示すものと解されている⁶⁾。「特徴的給付」を行う者として、例えば、売買契約であれば売主側、保険契約であれば保険者、保証契約であれば保証人、消費貸借や賃貸借であれば貸主、請負契約であれば請負人、委任契約であれば受任者、物品運送契約であれば運送人等がそれに該当するとされている⁷⁾。そして、より包括的な客観的基準は、すでに、多くの諸外国の国際私法立法において採用されていることが看取される。その一例として、規則の構成上、通則法と酷似するロシア連邦民法典第3部第1211条第3項が規定する「契約の特徴的給付を履行する当事者」とは、次のごとくである⁸⁾。すなわち、①売買における売主、②贈与における贈与者、③賃貸借における賃貸人、④使用貸借における貸主、⑤請負契約における請負業者、⑥運送契約における運送業者、⑦運送取扱における取扱業者、⑧貸付契約における貸主、⑨債権買取契約における仲買人、⑩銀行預金および

銀行口座開設における銀行、⑪寄託契約における受託者、⑫保険契約における保険業者、⑬委任における受任者、⑭仲買における取次業者、⑮代理店契約における代理人、⑯営業権譲渡における譲渡人、⑰質における債権者・質権者、⑱保証における保証人、⑲ライセンス契約における許可人、とするのがそれらである⁹⁾。

推定が覆される場合については、具体的な事情により、動産の売買契約であっても、目的物の引渡地が最密接関係地である場合、主たる事業所所在地ではなく、取引に関係した従たる事務所の所在地が最密接関係地である場合等がその例として挙げられている¹⁰⁾。しかし、その判断のための基準が明確にされていない現状においては、相当に見解の対立が生じる可能性があることも指摘されている¹¹⁾。

(2) 労働契約の準拠法

労働契約の成立および効力に関する特別規定は、通則法第12条において新設された規定である。まず、同条第1項は、「労働者が当該労働契約に最も密接な関係がある地の法中の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を使用者に対し表示したとき」は、その強行規定の定める事項については、労働契約当事者によって選択された準拠法の如何に拘わらず、その強行規定をも適用すると定めている。そして、最も密接な関係がある地の法については、同条第2項が、「当該労働契約において労務を提供すべき地」、そして、その労務を提供すべき地を特定することができない場合には、「当該労働者を雇い入れた事業所の所在地の法」を当該労働契約に最も密接な関係がある地の法として「推定する」と定めている。さらに、労働契約当事者による準拠法を選択がないときは、契約に特徴的な給付を行う当事者の常居所地法の適用を定める第8条第2項に拘わらず、「当該労働契約において労務を提供すべき地の法」を当該労働契約に最も密接な関係がある地の法と「推定する」と定めている。

最密接関連法として労務提供地法等が推定されるとする「推定規定」に関連する問題は、ここにおいても、契約一般の場合について上述されたと同様に存

在するといわねばならない。労働契約の場合には、その問題に加えて、さらに、最密接関連法中の強行規定の特別連結に関する問題が存在する。消費者契約の準拠法に関する通則法第11条第1項においても、同様に、当事者によって選択された準拠法に対して消費者の常居所地法上の強行規定の適用を優先させることができることが定められている。しかし、それらの規定に対しては、強行規定の適用が消費者や労働者の主張に依存するという任意的な立場がとられていることについて、抵触法における強行法規の適用の理論とは相容れないものであると指摘されている¹²⁾。このような立法には、1980年の「契約債務の準拠法に関するEC条約（ローマI条約）」の「つまみ食い」的な感があるという指摘があるが¹³⁾、その率直な指摘は、通則法第11条および第12条の規定の全体を通じて抱かれる違和感の核心を突いているといえることができるであろう。

(3) 事務管理および不当利得の準拠法

事務管理または不当利得によって生ずる債権の成立および効力について、通則法第14条は改正法例第11条第1項と同様、原因たる事実が発生した地の法に依るべきことを定めている。しかし、通則法第15条は、原因たる事実が発生した地よりも密接な関係がある他の地があることが明らかであるときは、当該他の地の法に依るべきとして、密接関連法の適用の立場へと改正している。そして、同条は、その場合におけるより密接な関係がある地の法については、「その原因となる事実が発生した当時において当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと」、または、「当事者間の契約に関連して事務管理が行われ又は不当利得が生じたこと」、または、「その他の事情」に照らして判断されるべきものと定めている。

上記例外条項についていえば、当事者が共通常居所を有する場合には、当事者との「密接関連性」、当事者間の公平等から、原因事実発生地法に対する共通常居所地法の優先的適用について、また、事務管理もしくは不当利得が契約に関連している場合には、契約の準拠法との一致を図る余地のある密接関連法の適用について、ともに、正当であると考えられる。しかし、それらが具体的

に「密接関連性」を明確にしているのに対して、「その他の事情」は、上記の二つの場合に限定されるものではないことを示してはいるが、いかなる事情が原因事実発生地法の適用を退ける密接関連法の適用を導く「密接関連性」であるかについては、準拠法の決定における柔軟性ととも曖昧さをも残している。

(4) 不法行為の準拠法

不法行為によって生ずる債権の成立および効力については、改正法例第11条第1項が「其原因タル事実ノ発生シタル地ノ法律」に依るべきと定めていたのに対して、通則法第17条は、「加害行為の結果が発生した地の法」に依るべきことを原則とし、また、例外として、「その地における結果の発生が通常予見することのできないものであったときは、加害行為が行われた地の法」に依るべきことを定めている。しかし、通則法第20条は、それらの結果発生地または原因事実発生地よりもより密接な関係がある他の地があることが明らかであるときは、当該他の地の法に依るべきとして、密接関連法の適用の立場へと改正している。そして、同条は、その場合におけるより密接な関係がある地の法について、事務管理および不当利得に関する規定と同様、「不法行為の当時において当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと」、または、「当事者間の契約に基づく義務に違反して不法行為が行われたこと」、または、「その他の事情」に照らして判断されるべきものと定めている。

密接関連法の決定がそれらの事由に拠ることの当否については、まず、当事者の常居所地が同一の場合に関して、当事者との「密接関連性」、当事者の予見可能性、当事者間の公平等から、共通常居所地法の適用は正当であるとされる一方、当事者間の契約に基づく義務違反である不法行為の場合に関しても、不法行為準拠法を契約準拠法に一致させること（付従的連結）は、請求権競合や法性決定等の困難な問題の発生を防ぐという利点を有し、また、当事者の予見可能性を損なうものではないとして支持されている¹⁴⁾。しかし、それらの事情以外の「その他の事情」に拠る密接関連性については、必ずしも明確ではない。やはり、学説には、その運用に際し、慎重を求める見解が見られる。この

規定の存在によって、不法行為となるかどうか、その場合にどのような責任が発生するかが不明確になり、個別の訴訟の審理が長期化したり、訴訟外での和解交渉が前提とすべき準拠法について見解が対立し、円滑な交渉が妨げられることが懸念されることから、「その他の事情に照らして」別の準拠法が適用されることはあくまで例外に止めるべきであるといわれている¹⁵⁾。

(5) 生産物責任の準拠法

生産物の瑕疵による不法行為から生ずる債権の成立および効力の準拠法に関する特別規定は、通則法第18条において新設された規定である。同条本文は、「被害者が生産物の引渡しを受けた地の法」に依るべきことを原則とし、また、例外として、「その地における生産物の引渡しが通常予見することのできないものであったときは、生産業者等の主たる事業所の所在地の法」に依るべきことを定めている。しかし、通則法第20条は、それらの生産物引渡地法または生産業者等事業所所在地法よりもより密接な関係がある他の地があることが明らかであるときは、当該他の地の法に依るべきとして、密接関連法の優先的適用の立場を定めている。そして、同条は、その場合におけるより密接な関係がある地の法について、不法行為一般の場合と同様、「不法行為の当時において当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと」、または、「当事者間の契約に基づく義務に違反して不法行為が行われたこと」、または、「その他の事情」に照らして判断されるべきものと定めている。

ここにおいても指摘されるべき問題点は、「密接関連性」の判断を「その他の事情」に依存せしめていることによる予見可能性の後退である。この点については、不法行為一般との関連において論及したところが同様にあてはまる。

(6) 名誉または信用の毀損の準拠法

他人の名誉または信用を毀損する不法行為によって生ずる債権の成立および効力の準拠法に関する特別規定は、通則法第19条において新設された規定である。同条は、「被害者の常居所地法」ないし「被害者が法人その他の社団又

は財団である場合」には「その主たる事業所の所在地の法」に依るべきものと定めている。しかし、通則法第20条が、それらの結果発生地または原因事実発生地よりもより密接な関係がある他の地が存在することが明らかであるときは、当該他の地の法に依るべきとして、密接関連法の優先的適用の立場を定めている。そして、同条は、その場合におけるより密接な関係がある地の法については、「不法行為の当時において当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと」、または、「当事者間の契約に基づく義務に違反して不法行為が行われたこと」、または、「その他の事情」に照らして判断されるべきものと定めている。

しかしながら、「不法行為の当時において当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと」に基づき、被害者の常居所地法ないしその主たる事業所所在地法を密接関連法として例外的に適用することは、実践上、あまり実益はないであろう。蓋し、原則である被害者の常居所地法ないしその主たる事業所所在地法と同一の法が準拠法となると考えられるからである。なお、「密接関連性」を「その他の事情」に照らして判断することが予見可能性を後退させるものであることは、すでに前述した通りである。この点については、不法行為一般との関連において論及されたところがそのまま妥当する。

- 1) 例えば、木棚＝松岡＝渡辺・前掲書127頁以下（松岡）、櫻田・前掲書212頁参照。
- 2) 佐藤やよひ「契約——法適用通則法適用に当たっての問題点」ジュリスト1325号48頁。
- 3) 佐藤・前掲48頁注(9)。
- 4) 「最密接関係地」の立証責任の所在との関わりにおける問題点を指摘するものとして、佐藤・前掲同所参照。
- 5) 佐藤・前掲53頁。
- 6) 櫻田・前掲書213頁参照。
- 7) 澤木＝道垣内・前掲書204頁。
- 8) 拙稿「ロシア連邦民法典第三部中の国際私法規定について」東洋法学46巻1号95頁以下。
- 9) 同様の明文規定を有する国際私法立法としては、ベラルーシ国際私法第1125条（1997年）、ウズベキスタン国際私法第1190条第1項（1997年）、カザフスタン国際私法第1113条第1項（1999年）、モンゴル国際私法第549条第4項（2002年）等が挙げられる。
- 10) 澤木＝道垣内・前掲書205頁。

- 11) 澤木=道垣内・前掲書205頁以下。
- 12) 佐藤・前掲53頁以下。
- 13) 佐藤・前掲54頁注(34)。
- 14) 高杉直「法適用通則法における不法行為の準拠法」ジュリスト1325号57頁参照。
- 15) 澤木=道垣内・前掲書248頁以下。

4. 若干の考察

(1) 最密接関連法の意義

まず、最密接関連法に関する若干の考察に先立ち、些か長文に亘るが、国際私法の基本的観念としての最密接関連法に関する櫻田教授による次のような叙述を引用することとしたい。すなわち、「対象となる生活関係と最も密接な関連を有する法域の法を準拠法とするのが、国際私法の基本的方法である。最密接な関連（関係）ある地の法の選択は、対象となる生活関係と関連する地の中から最も関連性が強いと認められるものを選ぶことによってなされる。この方法によると内外法平等を前提に、実質法に対して価値中立的に連結点を選択できるのであり、各国がこの方法に従う限り抵触規則が国際的に一致する可能性が高く、当事者による準拠法に対する予見可能性も高まる。ただし、大陸法の伝統的方法によると具体的法律関係について最密接関連地法を定めると法的安定性が損なわれるので、実際には包括的、類型的法律関係について、その性質に従って定型的に連結点を定めることになる。わが国の国際私法もサヴィニーに由来するとされるこの方法を採用しており、個別の抵触規則が最密接関連地法を準拠法としているものと考えられてきた。」¹⁾ というのがそれである。教授の説明によって明らかにされているように、わが国際私法は、その成立から今日に至るまで、一貫して、「密接関連性」を基本原則としてきた。そして、個別の抵触規定に定められている準拠法は最密接関連法と考えられる法が具体的に示されたものに他ならないということもできる。しかし、抵触規定上において、「最も密接な関係がある地の法」とか「より密接な関係がある地の法」のように特定されておらず、準拠法の決定に際し、「密接関連性」に関する判断が求められる場合に、一体、何を基準とすべきかについては、通則法の制定前、

一切、明文をもって明らかにされたことはなかった。

「密接関連性」の概念、ないし、最密接関連法の決定基準を明確にすることがないまま、最密接関連法を準拠法として適用すべきことを規則として定めることが、その規則の運用に携わる者に困難を強いることになることは、立法者によっても知悉されていたと見てよいであろう。離婚に関する改正法例第16条但書において導入され、そして、通則法第27条但書においてもそのまま受け継がれているいわゆる日本人条項が、それらの本文において定められている最密接関連法の決定のための判断が困難であることを認識した上での規定であることは、すでによく知られているところであり、そして、形式的審査を前提として離婚の届出の処理にあたる戸籍吏による実質的審査の必要性を除去するという意味における戸籍実務の便宜のために、日本法の適用が優先されているが²⁾、その点が多く批判を浴びていることについても改めて述べるまでもない³⁾。「密接関連性」の判断基準が明確にされない限り、最密接関係地法は、単に「立法指針」でしかありえないはずのものであるという見解⁴⁾はその本質をよく突いているというべきであろう。改正法例の時代における危うい「密接関連性」の判断を経て、ようやく、通則法において、「密接関連性」の推定に関する諸規定が導入されるに至り、最密接関係地法の適用の規則は実定法としての実効性を有するに至ったといっても過言ではないであろう。しかし、その一方、密接関連法を統一的・画一的に決定することに対しては、反対論も少なからず見られる。山田教授によれば、「具体的な事件ごとに密接関連法を判断するのが具体的正義の実現に資する」とされ、そして、「密接関連法というのは、ほんらいそういう趣旨の法であると考える。」と喝破されている⁵⁾。それでもなお、場当たり主義に不安を覚えるのも、大陸型国際私法の宿命であることを認めざるをえないであろう。従って、許される範囲内において可及的に明確な基準を設定することは退けられるべきではないと思われる。

(2) 最密接関連法の決定基準

それでは、最密接関連法の具体化のために、一体、いかなる決定基準を設定

することができるか。その点について考察するに際し、最密接関連法が準拠法となる場合について、それを次のように二つの場合に分けることができるであろう。すなわち、その一つは、密接関連法が補充法として準拠法とされる場合であり、そして、いま一つは、最密接関連法が、端から本則として準拠法とされる場合である。具体的にいえば、前者は、婚姻の身分的効力、夫婦財産制、離婚の準拠法として、夫婦の同一本国法およびその同一常居所地法がないときのそれらの補充法とされる場合とか、さらには、重国籍者に常居所がないときの「密接関連性」が問題とされる場合である。他方、後者は、場所的または人的不統一法国民の本国法の決定において、その国に準国際私法または人際法がないため、直接指定が行われる場合である。

これらの中、前者の場合には、本位ないし上位の準拠法選定規則に倣って最密接関連法を決定すべきことが考えられる。すなわち、共通法を軸とした段階的連結においては、やはり、婚姻挙行地法や離婚地法のような共通法がそれとして決定されるべきであろう。また、当事者の常居所がないときは、その居所が基準となる要素として検討されるべき余地もあると思われる。他方、後者の場合には、人的なそれについては、自ずから「密接関連性」は明白であり、また、場所的なそれについても、殆んどがドミサイル (domicile) を基準とすることが妥当な英米法が本国法である場合であろう。

それらに対して、契約の準拠法が選択されず、特徴的給付を行う者の常居所地法ないし事業所所在地法によるべき場合に、それよりも「密接関連性」があるとの判断がなされるのは、やはり、特徴的給付が実行される地の法が重視されるべき場合であろう。逆に、労働契約の場合には、時として、その特徴的給付とされる労務提供の地に代えて、契約当事者の共通常居所地がより「密接関連性」があると考えられる余地があると思われる。消費者契約の場合には、消費者の常居所地に代えて、消費者が商品を購入したか、サービスを提供された地がより「密接関連性」があると考えられるべき場合もあるであろう。そして、一般不法行為、生産物責任、名誉・信用毀損の準拠法については、より「密接関連性」を有する法の決定において、より一層の被害者保護の観点を強調することの当

否が検討課題となるであろうと思われる。

(3) 総括

従来、「密接関連性」の判断において、当事者の属人性に着目するにせよ、また、行為ないし目的物の属地性に着目するにせよ、「密接関連性」の要素として考慮されたのは、一定の地との結びつきを念頭に置いた「地域的密接関連性」であった⁶⁾。例えば、前者としては、当事者の国籍、住所、常居所、居所がそれであり、後者としては、婚姻挙行地、契約締結地、原因事実発生地、物の所在地等がそれである。「密接関連性」の判断において考慮されるべき要素は必ずしもいずれか一つに限られるものではなく、従って、それらの優劣関係を整理した上で、それらの中から優先すべき要素を決定することが容易でない場合は少なくない。その結果、「密接関連性」の概念が曖昧であるとか、その判断が極めて困難であるといわれる原因となっていたように思われる。

しかし、近時、準拠法の選定において、一定の指導理念の下に、実質的価値衡量が行われるようになってから、例えば、両性平等を趣旨とする改正法例第14条のような段階的連結の規則、ならびに、子の保護を顧慮する第17条第1項や第19条第1項のような択一的連結の規則が登場するに至り、抵触規則は大きく様変わりしている。このような利益考慮の観点が大幅に取り入れられた抵触規則こそは、「国際私法の危機」以後の現代国際私法の特徴となっている⁷⁾。改正法例の場合も、原則として、「密接関連性」を地域的に捉えているが、それのみが準拠法選定の原理ではなく、それに加えて、他にも、より実質的な準拠法選択規準が存在していることはいうまでもない⁸⁾。かようにして、わが国際私法を取り巻く状況の変化を顧慮し、「密接関連性」の判断においても、その観点を反映させることは、極めて有益であると思われる。多くの地域的要素が「密接関連性」の要素として存在するのに対して、上記のような一定の指導理念は、その理念に適った法を特定するものであり、いずれの法をもって、そのような意味における最密接関連法であると決定するかの規準となりうるものであると思われる。

- 1) 櫻田・前掲書16頁以下。
- 2) 南・前掲書92頁以下。
- 3) 鳥居淳子「内外人の婚姻と離婚——いわゆる日本人条項について」『講座現代家族法第2巻』（日本評論社、1991年）309頁、同「国際離婚におけるいわゆる日本人条項」澤木=焯場編・前掲書167頁以下。
- 4) 道垣内正人『ポイント国際私法総論』（有斐閣、1999年）159頁。
- 5) 山田・前掲書425頁(5)。
- 6) 焯場・前掲57頁。
- 7) 松岡博『国際家族法の理論』（大阪大学出版会、2002年）29頁以下、特に、「当事者の利益・正当な期待の保護」に関する37頁以下、「具体的妥当性の確保」に関する41頁以下、「実質法の基礎にある法目的」に関する42頁以下参照。
- 8) 焯場・前掲58頁。

5. 結語

通則法は消費者契約の特例にも見られるように極めて複雑で難解な規定を導入するに至っており、それと同時に、「推定規定」によって裁判の判断基準が決められる等、解決の予測可能性を高めるものではなく、果たして、このような規定が本当に実効的な準拠法を決定することができるものか、大いに疑問があるとの批判¹⁾が見られる。しかしながら、ひとまず、「密接関連性」の判断基準を例示している点において、改正法例よりも予見可能性を前進させていると評すべきではないかと思われる。

一方、かつて、改正法例の成立とともに導入された最密接関連法ないし「密接関連性」の基準については、通則法において何らの新たな配慮は施されていないが、特に婚姻関係の諸規定についていえば、両性平等や離婚保護（favor divortii）等の明確な指導理念がほぼ確立されているため、それに適う法を最密接関連法である準拠法として選定するという解決に途が開かれたといえるであろう。確かに、最密接関連法はその選定の規準が抽象的であり、個別の事案において、具体的にいずれの法が準拠法となるかは不明である。一概には確定できず、一般的な予測も難しく、確実性に乏しい。しかし、その不確実性が正義の実現に資する柔軟性を生む余地を保障しているとも考えられる²⁾。従って、実定法上、最密接関連法が採用されている以上は、「密接関連性」の概念の曖

味さのみを強調することなく、その基準を肯定的に捉えて、積極的に最密接関連法をわが国際私法中に位置づけることが、やはり、国際私法の今日的動向にも適うものであることを認識しなければならないであろう。

- 1) 佐藤・前掲54頁。
- 2) 畑場・前掲57頁。