

国際的な契約準拠法選定の一断面

——当事者の主観面からの小論——

植 松 真 生*

目 次

1. はじめに
2. 主観的連結
 - (1) 当事者による準拠法の選択
：合意が必要か？意思の一致で足りるか？
 - (2) 明示の選択と黙示の選択
3. 客観的連結
 - (1) 特徴的給付に基づく推定
 - (2) 最密接関係法
4. おわりに代えて

1. はじめに

一般的に、人には、自然人であれ、法人であれ、「自由権」が認められている。表現の自由、行動の自由、財産権などが挙げられる。したがって、複数の人は、自由にお互いの行動や財産処分について取り決めをすることができる。「契約自由の原則」は、このような前提に根ざしていると考えられる。とはいえ、当事者間の契約を巡っては様々な問題が発生し得る。おそらく、当事者は、一方または双方が負担する義務の内容、そしてその義務が果たされなかった場合の処理について、完全に網羅して取り決めることはできないであろう。そのため、当事者間に紛争が生じた場合、ある

* うえまつ・まお 立命館大学大学院法務研究科教授

いはその紛争に備えて、法が契約に関する規定を有する必然性がある。当事者の一方による他方に対する「自力救済」は、原則として認められない。そのため、国家機関（主に裁判所）によって、当事者の義務内容が判断され、それに基づいて、当事者間の紛争の解決が図られることになる。

さらに、国家機関（立法機関）はその権限の範囲内で、当事者間の衡平を図るために、契約自由の原則を修正する法を制定し得る。加えて、当事者の衡平の観点とは別に、国家機関の設定した一定の政策実現のために、契約自由の原則に介入することもできる。本稿は、次の3分類を前提としている。すなわち、契約自由の原則を補完する規定を、「任意規定」、当事者の衡平の観点から契約自由の原則、すなわち、任意規定を修正する規定を「強行規定」、さらに、国家機関自体の政策に基づいて契約自由の原則に介入する規定を「介入規範」とする分類である。

このように、契約に関しては3つに分類され得る法規が少なくとも潜在的には適用される。「法のない契約はない」と言われる所以である¹⁾。

さて、契約に関する任意規定あるいは強行規定は、主に国内での契約を規律するために制定あるいは策定されていると捉えることができる。CISGが国内裁判所に適用される場合には、その例外にあたるとも言えよう。

国家がある限り「法のない契約」を観念し得ないとすれば、国際的な、国境を越える契約に（少なくとも潜在的に）適用されるべき法は何か？が問題となる。日本においては、法の適用に関する通則法（平成18年法律第78号、平成19年1月1日施行；以下、通則法と略称）の7条以下の規定が、契約の準拠法を選定する²⁾。この法律は、法例（明治31年法律第10号、同年7月16日施行）を改正したものである。法例はその7条の規定において、契約の準拠法を選定していた³⁾。

1) 例えば、横山潤『国際私法』（三省堂2012年）164頁、中西康「法律行為」『注釈国際私法第1巻』（有斐閣2011年）181頁。

2) 通則法7条以下の規定は「法律行為」を対象としているけれども、本稿においては、主に契約を対象として検討する。

3) 本稿においては、通則法に別個の規定のある、行為能力および方式については検討しない。

法例7条は次のように規定していた。すなわち、「法律行為の成立及び効力については当事者の意思にしたがいそのいずれの国の法律によるべきかを定む」(1項)、「当事者の意思が分明ならざるときは行為地法による」(2項)と。これに対して通則法は、いわゆる「当事者自治の原則」(実質法における契約自由の原則と区別する意味で、使用される)を維持しながら(7条, 9条)、「消費者契約」(11条)および「労働契約」(12条)については、特則をおいている。これらの契約類型に入らない契約について「当事者自治の原則」により得ない場合には、当該契約に「最も密接な関係のある地の法」が適用される(8条1項)。ただし、不動産を目的とする法律行為(契約)については、当該不動産の所在地が最密接関係地法と推定される。そして、この推定が当てはまらない場合には、特徴的な給付を契約当事者の一方のみがおこなう契約については、その給付を行う者の常居所地または事業所の所在地が、最密接関係地と推定される。

法例の施行中には、「……たとい準拠法選定に関する当事者の意思がそれとして明確に表示されていなかったとしても、そのゆえをもってただちに一律的・定型的な準拠法の決定方法に赴くべしとするのは、かならずしも法例七条の基本的趣旨に沿うものとは思われぬ……」⁴⁾と言われていた⁴⁾。すなわち、当事者による準拠法の明示の指定がない場合には、「黙示の意思」が探求されるべき、とも主張されていた⁵⁾。この黙示の意思の把握について、学説の見解は必ずしも一様でなく、いわゆる「仮定的意思」をも黙示の意思に入ると捉える見解もあった⁶⁾。このような「仮定的意思」をも含めた「黙示の意思」による法例7条1項の規定における当事者の意思の探求には、次のような意図があったと説明される。すなわち、いわゆる客観的連結により行為地法(契約締結地法)を契約の準拠法とす

4) 折茂豊『国際私法(各論)』[新版](有斐閣1990年)129頁以下。

5) 中西・前掲注1)191頁以下、およびそこに掲げられている文献も参照。この点に関する判例の態度は必ずしも明らかでなかったように観察される。当時の学説・判例については、例えば、櫻田嘉章「契約の準拠法」『国際私法年報2』(2000年)1頁以下を参照。

6) 例えば、松岡博『国際取引と国際私法』(晃洋書房1993年)231頁。

るのは硬直的に過ぎ、明示の合意がなくてもいわゆる主観的連結の問題として、柔軟に準拠法を決定できるようにすべき、という意図である⁷⁾。

法例7条1項の規定の解釈としても、当事者の意思を認定する必要はあったと思われる。そのため、有していなかった意思を仮定的に認定することには問題があったであろう。とはいえ、仮定的意思に基づいて当事者の「意思」を認定することは、その意思が「行為地法」の適用を排除するものと捉えることができたかもしれない。そうだとすれば、主観的連結の範囲内で、法例7条2項が規定していた行為地法の適用を排除することにも理由があったとも評価し得よう⁸⁾。

通則法の施行により、当事者の現実的な意思ではない仮定的な意思を「黙示の意思」として探求することは許されない、あるいは、その必要はなくなったとする見解が多数になっていると観察される⁹⁾。通則法7条は「当事者が……選択した法による」と規定している。そのため、当事者が準拠法に明示的であれ黙示的であれ、合意している必要があるのか？、それとも、当事者の内心の意図が同じ法を選択するもので足りるのか（結果的に同じ法の適用を意図していればよい）？、理解は必ずしも一致していない¹⁰⁾。

通則法の規定は、客観的連結の規準を最密接関係地（以下、最密接関係地法を最密接関係法と略称する）としている（8条1項）。法例の規定していた行為地が、客観的連結の単一の規準としては適切でないと考えられたためである¹¹⁾。契約が客観的に最も密接に関係する法を単一の連結素に固定することは放棄された。とはいえ、それぞれの契約について個別具体的にそのつど準拠法を選定することになると、法的安定性および当事者の予見可

7) 中西・前掲注1) 192頁以下、長田真里「国際契約の準拠法について」渡辺惺之・野村美明（編）『論点解説 国際私法』（法律文化社2002年）6頁など。

8) 例えば、実方正雄『国際私法概論（再訂版）』（有斐閣1958年）216頁以下参照。東京地判昭和58年3月15日・判時1075号155頁も参照。

9) 中西・前掲注1) 193頁以下、およびそこに掲げられている文面も参照。

10) 例えば、中西・前掲注1) 187頁参照。

11) 例えば、小出邦夫『逐条解説・法の適用に関する通則法』（商事法務2009年）104頁以下。

能性に反することにもなり得る。そのため、不動産については、その所在地法を最密接関係法と推定する(8条3項)。そして、特徴的給付を觀念し得る契約については、その給付を行う者の常居所地法または(主たる)事業所の所在地法を最密接関係法と推定する(8条2項)。

特徴的給付に基づく連結素は、最密接関係法を推定するものにすぎないため、どのような場合に推定が当てはまり、あるいは覆されるのか?問題となり得る。さらに、特徴的給付がなぜ契約の最密接関係地を推定する機能を有するのか、説明も必要になるとと思われる。

本稿が、おもに当事者の内面(主観的連結の場合には、意思、客観的連結の場合には、準拠法適用の予見可能性)の観点から、通則法における契約準拠法の選定に関する解釈のたたき台の、わずかなりとも一助となれば幸いである。

2. 主観的連結

(1) 当事者による準拠法の選択: 合意が必要か? 意思の一致で足りるか?

法例7条1項は「当事者の意思」にしたがい契約の準拠法を選定すると規定していた。これに対して、通則法7条は「当事者が……選択した地の法による」と規定する。このような文言の変更が、主観的連結による準拠法の選定になんらかの影響を与えるのか、必ずしも明らかでない。上述のように、当事者による準拠法の合意を必要とする見解¹²⁾と当事者の同一の準拠法によらせる意思(の一致)で足りるとする見解¹³⁾がある。

契約準拠法を選定する連結素としての意思は、次のように捉えることができると思われる。すなわち、特定の法(分割指定が認められる場合には、複数あり得る)の適用を認識かつ少なくとも認容している主観状況¹⁴⁾、と。

12) 中西・前掲注1)187頁など。

13) 澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門(第8版)』(有斐閣2018年)179頁、小出・前掲注11)79頁。

14) 特定の法の適用可能性を認識しているだけでは足りないと考えべきように思われる。国際的な契約について適用される可能性のある法は様々あり得、当事者によってその認

そして、その意思が連結素としての意味を持つためには、外部に表示されている必要がある（通則法は、準拠法選択の意思表示の方式について明文の規定を有していない¹⁵⁾）。準拠法の合意を必要とする見解は、このような意思が契約当事者間で表示され、相互に了承されていることを必要とするものと捉えることができる。これに対して、準拠法によらせる意思の一致で足りるとする見解は、表示されたものが一致すれば、準拠法の選択となるものと捉えられる。

主観的連結による契約準拠法の選定、すなわち、当事者自治の原則の根拠の1つとして、抵触法における「私的自治」の尊重が挙げられる¹⁶⁾。すなわち、契約関係に最も適切な法を知っているのは他でもない当事者自身であり、当事者間に存する個別的な事情に適合する法を指定することができると同時に、当事者は準拠法を予見することができる¹⁷⁾。当事者間の契約内容の確定が準拠法に基づくものであるとすれば、その法の適用を当事者が相互に別個に認識・認容していれば、足りると考えるべきように思われる。当事者の特定の準拠法に関する予見があることになり、連結素としての適格性を認めるのに十分と考えられる。当事者がそれぞれ別個に同一の法が適用されると認識・認容していれば、当該契約がそもそも有効か、それぞれがどのような権利・義務を負うか、を当該法の適用を前提に予見していることになる。にもかかわらず、合意がないため客観的連結によることになると、かえって当事者の一方または双方に不測の事態も生じ得よう。抵触法における当事者の公平の要請にも反することになる。

さらに、準拠法の合意の「表示」が要求されるとすれば、黙示の合意を

ㄨ 識可能性の範囲は異なり得る。そのため、特定の法の適用の認容を要求しなければ、当事者間の公平の要請が損なわれてしまう。さらに、特定の法の適用の認容を要求しなければ、「付合契約」における準拠法の選択の有効性に問題も生じ得る。

15) 国際裁判管轄の合意に関する、民事訴訟法11条の規定も参照。

16) 例えば、中西康・北澤安紀・横溝大・林貴美『国際私法（第2版）』（有斐閣2018年）216頁以下など。

17) 横山・前掲注1）163頁。

探求する必要もなくなるのではないか、と思われる。それは、そもそも「明示の準拠法の選択」と評価し得るからである。さらに、契約に関する事実関係から合意の存在が認定され得ない場合にも「黙示の合意」を探求するとすれば、それは「仮定的な合意」の探求になってしまうおそれもある。

(2) 明示の選択と黙示の選択

講学上、明示的な法選択と黙示的な法選択に言及される¹⁸⁾。上記(1)の観点からすると、当事者がそれぞれ特定の法の適用を認識・認容していると認定されれば足り、黙示か明示かを区別する必要性は実務的には低いように思われる。とはいえ、このような区別によって、当事者の法選択を評価する必要性も否定できないように思われる。

(a) 明示の法選択

明示の法選択の例として、「本契約は、甲国法により規律されかつ解釈される」という契約中の準拠法条項が挙げられる¹⁹⁾。このような条項は、まさに当事者が契約に適用される準拠法に合意している例と言える。言うまでもなく、契約書に準拠法条項がない場合でも、当事者が口頭あるいは行動によって、準拠法の合意をしたと認定することも可能である²⁰⁾。

このように当事者が準拠法に合意していることが明らかでない、つまり、明示されていないと考えられる場合に、黙示の法選択が認められるべきか、認められるとすればどのような範囲でか、が問題となる。

(b) 黙示の法選択

上述のように、当事者の「仮定的な」意思是、通則法7条の規定におけ

18) 例えば、樋爪誠「連結点の挙証責任」木棚照一(編)『演習ノート・国際関係法〔私法系〕』(法学書院2010年)29頁以下。

19) 中西・前掲注1)191頁。このような条項も、いわゆる実質的な準拠法の指定とも捉えられ得る。抵触法的な意味での準拠法の選択と、実質的な準拠法の指定(incorporation)については、本稿では検討の対象外とする。実務的な意義については、横山・前掲注1)162頁以下。

20) 例えば、知財高判平成28年6月22日判時2318号81頁。

る連結素とされるべきではない。とはいえ、当事者が現実には、特定の法の適用を認識・認容している場合には、合意の存在が認められなくとも、当事者の意思は連結素としての適格性を有していると考えられる。明示されていない以上、なんからの事実（徴憑）を手がかりに、当事者の意思を認定することになる。

その際、とくに、次が徴憑としてあげられる²¹⁾。国際裁判管轄の合意、仲裁条項、手続中における当事者の行為、特定の法秩序の参照、契約慣行などが挙げられる。これらは、当事者による準拠法の合意を直接目的としたものとは認められない。しかし、その他の事情と相まって、当事者の準拠法適用に関する意思があったと認定することを可能とする重要な要素になるとは考えられる。とくに、専属的国際裁判管轄の合意は、当事者の意思を認定する際に、強い徴憑となり得ると考えられる。手続中に当事者が特定の法を前提に行動している場合には、当事者間に準拠法の合意（変更とも言える）があったと認定し得よう。手続的に可能である場合には、裁判所は「釈明権」を行使して、当事者間に準拠法の合意（変更の合意）があるか確認することが望ましい。

3. 客観的連結

通則法 8 条の規定は、当事者による準拠法の選択がない場合には、（消費者契約をのぞき）最密接関係法を準拠法とする（1 項）。最密接関係地のみを連結素とすると、契約の類型および当事者の意図は様々であり得、法的に確実な処理を犠牲にすることにもなり得る。法的確実性、当事者の予見可能性および国際的な判断の調和の要請に応えるために、通則法 8 条 2 項・3 項は推定規定を設けている²²⁾。通則法 8 条 3 項の規定は、不動産を目的とする契約については、当該不動産の所在地を最密接関係地と推定す

21) 例えば、横山・前掲注 1) 171 頁以下。

22) 横山・前掲注 1) 175 頁など。

る。当事者が準拠法の選択をしていない場合には、不動産所在地法の適用を当事者は予見してしかるべきと言え、法的確実性にも資すると考えられる。そのため、その推定が覆される状況は例外的となるであろう²³⁾。労働契約については、労務提供地（その地が特定し得ない場合には、雇い入れ地）が、最密接関係地と推定される。ここでは、不動産を目的とする契約および労働契約をのぞく、契約の客観連結について、最密接関係法と特徴的給付の関係について考察をしたい²⁴⁾。

通則法7条の規定する当事者による準拠法の選択がない場合として、様々な状況が想定し得る。そもそも当事者（の少なくとも一方）が特定の法の適用を認識していない場合、当事者が特定の法の適用を認識・認容していても、その特定の法が異なる場合、などが考えられる。そのため、通則法7条の規定による主観的連結にはよりえず、客観的連結によるほかない。とはいえ、上述のように、客観的連結の規準は最密接関係地とされている。と同時に、特徴的給付に基づく推定規定が置かれている。通則法8条1項の規定する最密接関係地は、特徴的給付に基づく推定的な連結素によって、一応は定まるという構造になっていると捉えることができる。そうだとすれば、この特徴的給付に基づく連結が、最密接関係法を確定するための重要なポイントになると考えられる。

(1) 特徴的給付に基づく推定

特徴的給付に基づく推定は、比較法的な観点も考慮して、通則法に導入されたものと考えられる²⁵⁾。

さらに、法例施行時代においても、実際には同様の処理がなされるか、あるいは、提唱されていたと評価することも可能かと思われる。上述のよ

23) 例えば、当事者が不動産所在地とは別の国に常居所を有し、契約締結地も不動産所在地と異なる場合が考えられる。

24) 特徴的給付に基づく指定の本旨が、むしろ契約の類型化にあるとすれば、これらの契約も消費者契約も、通則法における契約の類型化政策を示している、と評価できよう。

25) 例えば、中西・前掲注1) 201頁参照。

うに、通則法7条2項の規定は、客観的連結の規準を行為地（契約締結地）としていた。この連結が硬直的にすぎるとして、当事者の仮定的な意思を探求し、主観的連結の枠内で準拠法を選定し、契約締結地を唯一の連結素とすることを回避する見解もあった²⁶⁾。主観的連結と客観的連結の関係は異なるけれども、このような見解は、次のように評価することも可能かと思われる。すなわち、契約締結地は不文の最密接関係地法を推定するものにすぎず、客観的な要素から当事者の意思を推測あるいは仮定して、適切な契約準拠法を選定しようとするもの、と捉えることも可能かと思われる。法例制定当時には、契約締結地を契約準拠法選定の客観的な連結素とすることは必ずしも特異なことではなかった。さらに、当事者の準拠法に対する予見可能性を念頭におくとすれば、少なくとも契約当時に予め定め得るものとしては、契約締結地は明確かつ安定的な連結素、と言い得たかもしれない²⁷⁾。

とはいえ、通則法は法例とは異なる規定を有している。仮に法例が契約準拠法を選定する推定的な連結素を契約締結地としていたと評価し得るとしても、それは特徴的給付に基づくものにとって代わられている。

特徴的給付による契約準拠法を選定（推定）は、上述のように比較法的な観点からも根拠づけられ得る。このような客観的連結の推定は、時をほぼ同じくして立法作業がなされた1987年スイス国際私法（117条）および当時の EC の1980年契約債務の準拠法に関するローマ条約（ローマ条約）に実定法的な端を発すると考えられる²⁸⁾。スイス国際私法の当該規定の文言は、現在においても変わっていない。これに対して、ローマ条約は、EUの発足にともない、間接的にローマ I 規則に受け継がれ、さらに改正を経ている。そして、スイス国際私法もローマ条約も、特徴的給付に基づく推

26) 例えば、櫻田・前掲注 5) 5 頁以下に挙げられている学説を参照。

27) 道垣内正人「契約——当事者自治をめぐって——」『法学教室』234号（2000年）94頁参照。

28) F. Vischer, The Concept of the Characteristic Performance Reviewed, in: RECHT IN WANDEL (Schulthess 2013), pp. 185-.

定について、契約を例示している(いた)。現在の2008年ローマI規則は、契約準拠法の客観的連結の規準について、特徴的な給付に基づく推定の規定を置いてはいるけれども、特定の契約については、それぞれに設定された連結素によることが原則とされている²⁹⁾。さらに、掲げられている契約には、特徴的給付に基づいているか疑問となり得るものもある³⁰⁾。

さて、特徴的給付に基づく最密接関係地の推定には、2つの側面があると考えられる。

① 契約の類型化

契約の様子は様々であり、当事者の意図も多様と言える。そのため、画一的に1つの要素を連結素とすることは妥当でない。しかし、様々な契約を類型化することができるのであれば、その類型に応じた連結素を選定あるいは推定することが可能となる³¹⁾。

そもそも特徴的給付に基づく推定は、スイスの学説および判例の集大成と言われる³²⁾。かつてのスイス判例は、契約の準拠法の客観連結につき、契約の有効性については契約締結地法、契約により成立する債務については、その履行地法を連結素としていた。双務契約については、契約の準拠法が3つに分割されることになり得た³³⁾。とくにこの点に種々の批判があった³⁴⁾。このような問題を受け、Schnitzerをはじめとする学者の見解の影響を受け、スイス連邦裁判所は、特徴的給付に基づく準拠法の推定によることになったと言われる³⁵⁾。

ECのローマ条約の立法作業においても、スイスの判例・学説が検討の

29) 4条

30) 4条1項c, e.

31) 例えば、横山・前掲注1)175頁以下。

32) 例えば、Keller/Kostkiewicz, Art. 117 Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. (Schulthess 2004), n. 1 ff.

33) Keller/Kostkiewicz, op. cit., n. 2 ff.

34) Keller/Kostkiewicz, op. cit., n. 6 ff.

35) 例えば、K. Sieher, "Der Internationale Privatrecht der Schweiz", (Schulthess 2002) S. 251 f.

対象となった。そして、種々の反対があったものの³⁶⁾、条約において採用されるに至った。

スイスの学説においては、特徴的給付による推定の利点として、契約当事者の予見可能性（契約前から契約中そして契約締結後まで）も、その根拠として挙げられている³⁷⁾。そして、契約が属すると考えられる社会的経済的環境に応じて契約を類型化することができ、その環境で行われている法が、当事者による準拠法の選択がない場合には、もっとも適切なものと推定され得る、と考えられた³⁸⁾。そして、契約が属すると考えられる社会的経済的な環境は、特徴的な給付をする者の常居所（会社の場合には事業所）にあるとされた³⁹⁾。

このように、契約は、それを特徴づける給付により、類型化され得る。そして、当該類型に入る契約の最密接関係法は、それを特徴づける給付、すなわち、特徴的な給付をする者の法と推定されることとなった。

特徴的給付を規準とする場合には、その給付をする者ではなく、むしろ履行地を推定的な連結素とすることも考えられなくはない⁴⁰⁾。しかし、契約時に、履行地は必ずしも定まっていない点で、この考えは採用し得ないであろう。

② 法的安定性と予見可能性

特徴的給付をする者の常居所または事業所の所在地は、契約準拠法を推定する連結素として、理由があるものと考えられる。とはいえ、それは推定にすぎない。そのため、推定が覆される余地があり、その意味では、法的安定性および当事者の予見可能性が害される危険もある。法的安定性と予見可能性を損なわない解釈が必要となる。

36) F. Vischer, *op. cit.*, pp. 189-.

37) F. Vischer, *op. cit.*, p. 189.

38) F. Vischer, *op. cit.*, p. 189.

39) A. F. Schnitzer, "Handbuch des Internationalen Handels-, Wechsel- und Checkrechts, 2. Aufl. (1944), p. 645.

40) 長田・前掲注 7) 8頁も参照。

契約の成立により、範囲や程度の差こそあれ、当事者（の少なくとも一方）が義務を負う。そのため、当事者の予見し得ない法が準拠法とされてはならない。他方で、当事者の契約準拠法に対する意図は様々である⁴¹⁾。法的安定性が害され得ることは甘受し得る場合があるとしても、当事者の予見可能性が無視される連結は許容されないと考えられる。推定とその反駁の関係をどのように捉えるべきか？ 主に当事者の予見可能性の観点から、次のように考えたい。

上述のように、特徴的給付による契約準拠法の推定は、当事者の契約前（とくに契約交渉）、契約締結時、そして、契約締結後の、準拠法に対する予見をかなえようとすることに1つの根拠を有する。その意味で、いわば契約準拠法のデフォルトルールと言い得るかもしれない。特徴的給付をする者の法の適用を当事者が排除したければ、契約時あるいは契約後に準拠法の選択あるいは変更をすればよい。

この観点からすると、特徴的給付によるよりも、むしろ契約締結地の方が、推定的な連結素として適切と考えられるかもしれない。しかし、契約の締結地は、準拠法の予見とは別の事情によって決まることもあり、独立の連結素としては適切でないと考えられる。特徴的給付をする者の常居所・事業所が契約締結地であることも多いであろう。

特徴的給付による推定がどのような場合に覆されるべきか、は、当事者の予見の衡平という観点から検討されるべきように思われる。

国際的な売買契約を例に考えてみよう。経験則的に、売買契約の前提として、売主が広告などをうつことにより、契約の申込を待つ、という場合が多いと考えられる。すなわち、一般的には、売買契約の場合、売主の常居所・事業所を、(潜在的な)買主は予見することができるし、予見した上で申込をすることもできる。そのような場合には、他方で、売主は、買主そして買主の常居所・事業所を予め特定することができない。このような

41) 例えば、G. Moser, "Rethinking Choice of Law in Cross-Border Sales", (Eleven International Publishing 2018) は、契約準拠法を選定する当事者の動機などの主観面を分析する。

経験則が、特徴的な給付に基づく推定の基礎にあると捉えるべきように思われる。そのため、契約交渉中、おそくとも契約締結時に、当事者の予見の衡平の観点から別の法が準拠法として適切と評価されるべき場合もある。典型的には、売主が、買主に対して契約の申込みをする場合である。あるいは、当事者の契約における関心もっぱら債務の履行にある場合には、当該履行地が契約に最も密接関係する地と捉えられ得るかもしれない⁴²⁾。

(2) 最密接関係法

最密接関係法は、特徴的給付を観念することができない契約および特徴的給付による推定が覆される場合に意味を持つ。

特徴的給付を観念し得ない契約の場合にも、特徴的給付が推定の基礎となっている根拠を手がかりにし得ると思われる。基本的には、申込を受けた者の常居所あるいは事業所が第一次的な連結素の候補となり、その地の法とは異なる法が当事者の予見の衡平という観点から最も密接に関係する場合には、その候補としての適格性はなくなる、と考えることができる。

特徴的給付による推定が破られる場合には、まさに、当事者の予見の衡平の要請に最も資する法が、最密接関係法となる。個別具体的には、裁判所や仲裁廷などの認定によることになる。

4. おわりに代えて

契約当事者の主観（意思および予見可能性）の観点から、国際的な契約の準拠法の選定について若干の考察を行った。

この考察による通則法7条以下規定の解釈は次のようにまとめられ得る。

42) インターネット上でのみ締結される契約が例として挙げられるかもしれない。

通則法7条の規定する「当事者による法選択」は、当事者間で準拠法に合意がある場合のみならず、同一の法の適用を認識・認容している場合にも認められる。

通則法8条2項の規定する、特徴的給付による最密接関係地の推定は、当事者の予見可能性に基づく、いわばデフォルトルールと捉えることができる。契約交渉中おそくとも契約時の事情により、当事者の予見の衡平がむしろ異なる法によることを命じる場合には、推定が覆され、その法が適用される。

特徴的給付を観念し得ない契約についても、当事者の予見可能性の観点から、契約の申込みを受けた者の常居所・事業所が、契約の最密接関係地の候補となる。しかし、当事者の予見の衡平がむしろ別の法を指し示す場合には、その法が最密接関係法となる。