

国際私法における特徴的給付の理論について —密接関連性原則との関係を中心として—

徐 瑞 静

密接関連性原則と特徴的給付の理論のいずれも法律関係の本座理論に遡って論及することができる。両者はそれぞれの発展経路を歩んで来たが、密接関連性の柔軟性と特徴的給付理論の確実性とを結びつけることは、当事者の意思自治が欠缺するとき、契約の準拠法に関する適切な選択肢と思われる。かような結合は、特徴的な給付の方法を通じて密接関連性原則を具体化するか、若しくは密接関連性原則を利用することにより特徴的給付理論を修正することとなる。しかし、法の適用に関する通則法第8条第2項において重視されているのは、契約当事者の属人法、すなわち、常居所であり、そこにおいて、特徴的給付の理論は、単に、一方当事者の常居所の決定のための役割を担わされているに過ぎない。

keywords：国際私法、契約の準拠法、特徴的給付、密接関連性の原則、法律関係の本拠

目 次

- 1 はじめに
- 2 特徴的給付の理論の生成と内容
- 3 特徴的給付の理論と密接関連性の原則との関係
- 4 特徴的給付の理論と法律関係本拠説との関係
- 5 立法例における特徴的給付の理論
- 6 若干の考察
 - (1) 特徴的給付の理論の位置付け
 - (2) 家族法関係の密接関連法
- 7 おわりに

1 はじめに

平成元年における法例の改正の特徴の一つは、(最)密接関連法への連結を規則とする規定が多く導入されたことである。現代国際私法が、(最)密接関連法への連結、及び、弱者利益の保護の理念に基づく規則によって主導されていることの共通した認識は、近時、益々、強いものになっている¹。

密接関連性の原則は、平成元年における法例の改正において、婚姻及び親子に関する法律関係について導入されたが、(最)密接関連法が、一体、いかようにして決定されるものであるかについては、何ら基準は規定されていない。しかし、その後、平成18年に改正された「法の適用に関する通則法」(以下、「通則法」とする)においては、財産的法律関係のそれとして、次のような決定基準が導入されている。すなわち、法律行為(契約)の成立及び効力について、当事者による準拠法の選択がない場合において最密接関連法によるべきものとし(通則法第8条第1項)、同法として、当事者の一方のみが特徴的給付を行なうものであるときは、その給付を行なう当事者の常居所地法ないし事業所所在地法をそれと推定し(通則法第8条2項)、又、不動産を目的とする法律行為(契約)について、当該不動産所在地法をそれと推定すること(通則法第8条3項)が定められている。そして、労働契約について、労務提供地法ないし労働者雇入事業所所在地法と推定することが定め

¹ ドイツのヤイメ(Erik Jayme)教授が、例年、ドイツ国際私法実務雑誌(Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts)の前年の国際私法の回顧において、「密接関連性の原則」及び「弱者利益の保護」の理念の趨勢について指摘していることは、よく知られるところである(拙稿「ドイツ国際家族法における当事者自治の新たな傾向」東洋法学58巻1号204頁以下)。

られている（通則法第12条第2項及び第3項）。更には、事務管理又は不当利得の成立及び効力について、当事者間における同一常居所、契約の存在、その他の事情に照らして、より密接な関係地の法、又、不法行為について、同一常居所、契約の所在、その他の事情に照らして、より密接な関係地の法を優先的に適用することが定められている（通則法第15条及び第20条）。

これらの諸規定の中、当事者による準拠法の選択が行われなかった場合の補充法の選定について注目すれば、前記改正法例の第7条第2項は、行為地法、すなわち、契約締結地法をもって補充することを定めていたのに対して、通則法第8条は、まず、「前条の規定による選択がないときは、法律行為の成立及び効力は、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」（第1項）として、最密接関係地法に依るべきこととし、続いて、「前項の場合において、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は、その給付を行う当事者の常居所地法（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あっては当該事業所の所在地の法、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あってはその主たる事業所の所在地の法）を当該法律行為に最も密接な関係がある地の法と推定する。」（第2項）として、最密接関係地の判断基準に供するため、新たに、「特徴的給付の理論」（Doctrine of Characteristic Performance or the Typical Performance）を採用していることが知られる²。

それならば、特徴的給付の理論と密接関連性原則とはいかなる関係にあるのか。また、特徴的給付の理論が導入された目的の達成のため、いかなる内容をもって構成されるべきであるか。以下においては、まず、密接関連性の原則の本質について若干の論及を試みた後、それとの関連において、特徴的給付の理論の位置づけを明確にして、諸国

国際私法について、比較立法的観点から特徴的給付の理論の実定法上における具体化の例を概観し、そして、特徴的給付の理論について、若干の考察を試みることにしたい。

2 特徴的給付の理論の生成と内容

特徴的給付の理論は、特徴的債務の理論（Doctrine of Characteristic Obligation）とも呼ばれて、契約につき、その契約を特徴づける給付を行う側の常居所地や営業所所在地の法律を基準とするというものである。欧州連合ローマⅠ規則第4条、スイス国際私法第117条以下、ハーグ物品売買準拠法条約第8条などが採用している考え方であり、当該地の法が一般にその契約に最も密接な関係を有すると考えられることを根拠としている。すなわち、特徴的給付を有する側の反対側の当事者は通常金銭の支払いをするだけであり、特徴的給付をする者が当該契約を特定の地と結びつける行為をし、その地が、通常、特徴的給付をする者の常居所地・営業所所在地であるとの考え方に基づくものである³。すでに、20世紀前半の東ヨーロッパやスイスにおいて生成された制度であり、スイスのシュニッツァー（Schnitzer）によって初めて提唱され、その後、フィッシャー（Vischer）が理論の形成に多大な寄与をした⁴。

特徴的給付の理論は、従来、各国で主張されていた契約締結地や履行地などの連結点を、契約の本質に関係のない契約の外形的要素による画一的な連結として退け、契約が属する社会経済的環境との連結を目指し、契約において契約当事者の一方により通常行われる金銭給付ではなく、物の引渡しやサービスの提供といった他方当事者による反対給付を重視する考え方である⁵。このように、当該理論は、国際契約の当事者が契約の準拠法の適用を選択しなかった場合に、契約の特殊性に応じて契約に適用する法を決めるべきとする理論や方法を主旨としており、契約の機能を考察するこ

² 笠原俊宏『国際私法原論』（文真堂、2015年）144頁参照。

³ 澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門（第7版）』（有斐閣、2012年）190頁参照。

⁴ Friedrich K. Juenger, Choice of Law and Multistate Justice, 1993, p.59.

⁵ 中西康＝北澤安紀＝横溝大＝林美貴『国際私法』（有斐閣、2014年）225頁参照。

とにより、契約の特徴を確定したうえで、特徴的な債務履行者と密接関連性を有する法を最終的に適用することをもって、結果的に、特徴的な債務履行者の特殊的な利益を保護することとなるものである。

それでは、特徴的給付が、具体的に何を意味しているか。一般に、契約は片務契約と双務契約とに分類することができる。前者の契約の場合には、給付義務を負う当事者は一方に限られるため、当然に、その者が特徴的給付を行なう者として特定されることとなる。例えば、贈与契約において、贈与者による贈与行為がそれに該当する。それに対して、後者の契約の場合には、当事者双方がそれぞれの給付義務を負っているため、いずれの給付義務が当該における特徴的給付であるかを確定しなければならない。しかし、上述のように、殆どの有償契約の場合には、一方の当事者は、相手方の給付に対して、金銭の支払いという形式をもって給付を行なうものであり、その給付行為が多くの有償契約に共通の給付となるため、各個契約に特徴的な給付とはなりえない。その逆に、何らかの給付に対する金銭的対価を受領する他方の当事者による給付は、当該契約における特徴的給付であるということとなる。典型契約の場合を例にあげれば、売買契約における売主、消費貸借契約における借主、使用貸借契約における貸主、賃貸借契約における賃貸人、請負契約における請負人、委任契約における受任者、寄託契約における受寄者、終身定期金契約における終身定期金債務者等が特徴的給付を行なう者に該当することになる。そして、それらの契約における準拠法は、特徴的給付が行なわれる地の法ではなく、それを行なう者の常居所地法（事業所所在地法）である⁶。

しかし、「特徴的給付の理論」を基準として決定された法は、あくまで、最密接関係地法として推定される法であり、それよりも密接関連性が認められる法が他に存在する場合には、当該他の法が、通則法第8条第1項が規定する最密接関連法

として、契約準拠法を補充することとなる。また、交換契約のように、そもそも、当事者のいずれの一方が特徴的給付を行なう者であるか、一概に決しがたい契約もある。そのような契約の場合には、契約の全体的状況を勘案して、契約の最密接関係地法を採求しなければならないこととなる⁷。このような推定規定を設けたのは、「最密接関係地法」の適用という準拠法決定方法があまりにアドホック的で柔軟に過ぎ、法的安定性、予見可能性を欠き、その決定が裁判官の恣意に流れる危険性があるから、これをチェックする必要があると考えられたためであろう。その意味で法的安定性・予見可能性と具体的妥当性の確保との妥協と調和が図られている⁸。

上述の通り、特徴的給付とは、当該契約を他の契約から区別する特徴を示す給付のことであり、その給付を行なうべき者に着目して、自然人についてはその常居所地、団体についてはその営業所所在地（複数存在する場合には、その主たる事業所所在地）を契約と最密接関連地として特定しようとするものである。しかし、類型的な特定であることから、通則法第8条第2項は、密接関連性を推定するに止めている。そして、個別具体的な契約により、密接関連性を別のところに求める方がよい場合には、それを基準とすることとされ、例えば、不動産を目的とする契約については、その所在地との密接関連性が推定され（通則法第8条第3項）、また、消費者契約及び労働契約の密接関連性についても、特徴的給付の理論によらないこととされている。いずれにせよ、特徴的給付による推定は、契約との最密接関係地の存在を証明することで破れることとなる。推定の当否について、当事者の主張によるべきか、裁判所の職権調査事項であるかは解釈に委ねられることとされている⁹。そして、特徴的給付の理論によって最密接関連法が推定されない場合には、別の基準から、同法を採求しなければならないこととなる。

⁶ 笠原・前掲書 144 頁以下参照。

⁷ 笠原・前掲書 145 頁参照。

⁸ 木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之『国際私法概論（第5版）』（有斐閣、2007年）140頁（松岡）参照。

⁹ 櫻田嘉章『国際私法（第6版）』（有斐閣、2012年）231頁以下参照。

3 特徴的給付の理論と密接関連性の

原則との関係

それでは、特徴的給付の理論と密接関連性の原則 (Doctrine of the most significant relationship, Theory of the closest connection) とは、一体、いかなる関係にあるか。その点について論及するに先立ち、まず、密接関連性の原則の生成に関し、その系譜を辿ることとしたい。

密接関連性の原則の始原を辿れば、それがいわゆる「法律関係本拠説」を源流としていることは明らかである。「法律関係本拠説」は、ドイツのサヴィニー (Friedrich v. Savigny) の著書『現代ローマ法体系第8巻』において論及された法律抵触理論であり、当該理論は、法律関係 (案件) の性質に基づき、制限または所属する法律問題を確定することであると論じた¹⁰。すなわち、異なる独立主権国家と関連性を有する案件 (法律関係) を審理するとき、本国法か外国法にかかわらず、裁判官は案件が所属する地の法を適用すべきとした¹¹。サヴィニーは世界諸国の法を平等に扱う国際主義の立場から、事件の処理については、単に外国法の適用であるか、それとも、本国法の適用であるかという問題ではなく、平等関係の国際社会の中で形成された法律関係と一定の地域との係わり、すなわち、それぞれの法律関係の本拠 (Sitz) という考えを唱え、自然人の住所のように、自然人が当該住所との関連性を有することと同様、法律関係もその本拠と密接な関係を有している。従って、涉外私法事件は本拠の所在地法を適用す

ることによって解決されるべきである。かような考えは、それまでの伝統な法規区分説、すなわち、法律の性質により、それぞれの空間の適用範囲を確定するという立場を覆し、国際私法理論の構成において、新たな時代を切り開いたといえることができる¹²。

一般的に、Babcock v. Jackson 等の事件の準拠法決定のためのアプローチにおいては、必ずしも明確に密接関連性の原則は含まれてはいないが、密接関連性の原則に関する理論の形成に示唆を与えている。準拠法を選択するとき、それぞれの法律関係の軽重に応じて、特定問題における事件と密接関連性を有する国家または地域を確定し、かつ、その実質法上のいずれかの方法ないし原則を適用することが当該理論の趣旨である¹³。

当初、密接関連性の理論は、関連性を有する地域の政策や利益ではなく、空間上の関連性ばかりに頼っていた。確かに、事件及び当事者と重要な関連性を有した場所は紛争の中心地であるため、その地の法を適用することには正当な根拠が存在する¹⁴。しかし、事件の密接関連性を確定するとき、空間上の関連性を考慮した上に、その他の関連する要素を総合的に分析し、空間以外の関連性の他に、法廷地及びその他の地域の関連政策という要素についても、アメリカ合衆国抵触法第2リステイメント第6条には明文をもって規定されている¹⁵。

従って、密接関連性の原則は、それぞれの事件について、事件と密接関連性を有する国家ないし地域の法律を適用すべきことを強調するものであり、また、サヴィニーが主張する法律関係本拠説

¹⁰ サヴィニー (小橋一郎訳) 『現代ローマ法体系第八巻』 (成文堂、2009年) 95頁以下参照。

¹¹ サヴィニー (小橋訳) ・前掲書 95頁以下参照。

¹² 櫻田・前掲書 43頁以下、澤木＝道垣内・前掲書 68頁以下、中西＝北澤＝横溝＝林・前掲書 18頁、木棚＝松岡＝渡辺・前掲書 15頁以下 (木棚) 等参照。

¹³ 櫻田・前掲書 47頁、中西＝北澤＝横溝＝林・前掲書 19頁等参照。

¹⁴ Symeon C. Symeonides, *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future*, 2006, p. 99.

¹⁵ 1971年アメリカ合衆国抵触法第2リステイメント第6条の法律選択の原則は、「裁判所は、憲法の制限の他に、州の法律選択に関する立法規定に従い」 (第1項)、そして、「かような規定がない場合には、法律選択の規則と関連性を有する要素は、次の内容を含む。即ち、(1) 州際、即ち、国際体系の需要に応じること。(2) 裁判所地の関連政策。(3) その他の利害関係を有する州の関連政策及び特定問題を判断する時にこれらの州に係わる利益。(4) 期待利益に対する保護。(5) 特定領域における法律による政策。(6) 結果の確定性、予見性及び一致性。(7) 適用となる法の確定と適用の便利性であること」 (第2項) と定めている。笠原俊宏編訳『国際私法立法総覧』 (富山房、1989年) 3頁以下参照。

における本拠も、事件との実質的な関連性の反映を基盤としている。そのため、密接関連性の原則は、サヴィニーが主張する法律関係本拠説と実質的に相同する趣旨を有する立場であると言えることができる。しかしながら、法律関係が割合と簡明なサヴィニーの時代においては、裁判官が本拠の所在地を容易に確定できたのに対して、民商事交流の隆盛が民商事法律関係の複雑化をもたらした20世紀に至り、裁判官がその自由裁量の範囲において密接関連地を確定することの難しさが際立つようになっている。それにもかかわらず、密接関連性の原則における密接関連地の確定においては、相変わらず、従来からの特定の法律関係によって確定されており、サヴィニーが主張する国際主義に合致した準拠法の選定が行われてきたように見られる。その意味において、密接関連性の原則の理論的基礎は、サヴィニーの法律関係本拠説に由来したものであるということが、共通認識として抱かれていると言えることができる¹⁶。

4 特徴給付の理論と法律関係本拠説

との関係

それならば、特徴給付の理論と法律関係本拠説とはいかなる関係にあるか。

サヴィニーが債権に関する準拠法について分析したとき、まず、債権の目的物が無形である点において、物権と異なる点を認識した¹⁷。その結果、債権関係の本拠を確定するためには、債務者の関係に依拠すべきであり、そして、債権の本質を構成するのは債務者の身上行為であると判断した¹⁸。しかし、債務者の行為のうち、契約成立のための行為と契約内容の履行行為とのいずれが債権の本質を成すものであるかについて、サヴィニーは、契約の成立、すなわち、債権の発生は、偶然

的かつ瞬時的なものであり、債権の実質的な内容及びその効力等とは関連性を有しないと考え、債務の履行地をもって、債権関係の本拠と看做している¹⁹。そして、サヴィニーは、債権関係の準拠法に関する問題について、次のように整理している。すなわち、①当事者が意図的に指定した債務の履行地は、口頭によって指定されたか、または、債権によって発生した行為については、それが特定された場合に確定される。②履行地を有しないときは、管轄権は債務者のいずれかの特定の業務過程という事実によって確定されることができる。③債務の発生地が債務者の住所地と同じである場合には、債務の発生地によって確定されることができる。④債務の発生地で履行する状況が発生した場合には、債務の発生地が債務者の住所地法でなくとも、管轄権を有することができる。⑤これらの条件のいずれも存在しない場合には、受理裁判所が債務者の住所地法となる²⁰。サヴィニーにあっては、債権関係への当事者自治による法の適用を採用することを拒否していないように見られるが、当事者の意思自治が、明示的若しくは黙示的のいずれであるか、また、履行地法のかんについてしか選択することができないと考えられていることから、履行地の重要性が強調されている。そして、当事者の意思自治が欠けているとき、サヴィニーは、上記②、③、④、⑤に関し、次のような可能性を導いている。すなわち、(i) 債務が確定な履行地である場合には、当該履行地を指定する。(ii) 債務が債務者の継続的な業務過程において生じた場合には、当該業務行為の本拠の所在地となる。(iii) 債務が債務者の住所地において生じた場合には、住所地の変更にかかわらず、行為地を指定する。(iv) 債務が債務者の住所地において生じたが、同一地で履行する状況を発生した場合には、当該行為地を指定する。(v) 債務が債務者の住所地以外の場所において生じた

¹⁶ 笠原・前掲書 19 頁参照。

¹⁷ サヴィニー（小橋訳）・前掲書 159 頁参照。

¹⁸ サヴィニー（小橋訳）・前掲書 159 頁以下参照。

¹⁹ サヴィニー（小橋訳）・前掲書 163 頁以下参照。

²⁰ サヴィニー（小橋訳）・前掲書 178 頁参照。

が、同一地で履行する状況を発生した場合には、債務者の住所地を指定する、というものである²¹。

従って、特徴的給付の理論は、個々の契約の特質を有する履行を強調することによって契約に適用する法を選択し、最終的には、特徴的履行者の常居所地法または営業所所在地法を適用することとなる。一方、サヴィニーの理論における法律関係の本拠説は、法律関係の本拠の所在地法の適用を強調することにより、様々な種類の契約につき、それに応じた準拠法の適用の可能性を分析している。その点において、特徴的給付の理論もまた、法律関係本拠説が有する特徴を有している。従って、特徴的給付の理論が法律関係本拠説に由来するか、または、サヴィニーの理論から示唆を得ているということが指摘されている²²。そうであるとすれば、特徴的給付の理論は、ヨーロッパ国際私法における伝統的理論、すなわち、サヴィニーの国際私法理論から誕生したものであるということになるであろう。換言すれば、特徴的給付の理論は法律関係本拠説の現代的な表現であると言うことができるであろう。

5 立法例における特徴的給付の理論

今日、諸国の国際私法立法例において、特徴的給付の理論は、契約に関し、当事者による準拠法選定を欠く場合の代表的な準拠法決定の基準として確立されているが、それらの立法を整理すれば、特徴的給付の理論は、いわゆる概括型及び列举型の二つの形式に分類することができる。

まず、概括型の規定について言えば、特徴的給付を行う者の属人法、すなわち、その者の住所、常居所、居所、営業所所在地の法を適用することを定めるに止まるものである。契約当事者の何れの者が特徴的給付を行う者であるかは、最終的に

は、裁判官の判断に従うべきこととなる。立法例としては、例えば、1996年のリヒテンシュタイン国際私法第40条の一般契約分野の規定があり²³、類似の規定としては、1998年のチュニジア国際私法典第62条がある²⁴。その他に、1987年のスイス連邦国際私法第117条²⁵を始めとして、2010年の中華民国涉外民事法律適用法第20条3項²⁶、2005年のブルガリア共和国国際私法に関する法典第94条²⁷などの例がある。これらが、何れも、1980年の契約債務の準拠法に関するEC条約（いわゆるローマ条約）第4条に倣ったものであることはいうまでもない。

次に、列举型の立法例については、以下のような諸規定を挙げることができる。例えば、より早くから、1964年のチェコスロバキア国際私法第10条は、(1)当事者による準拠法の選択がないとき、その契約関係は、適用が当面の関係の合理的な規律に適合する法律に依って支配されるものとする。(2)そのため、特定の立法が別段に定めていない限り、次に掲げる原則が一般的に適用されるものとする。(a)売買契約及び請負契約は、売主又は請負人が、契約締結当時、その本拠（居所）を有する地の法律に依って支配されるものとする。(b)不動産に関する契約は、不動産が所在する地の法律に依って支配されるものとする。(c)運送に関する契約（運送契約、発送契約、その他）は、契約締結当時、運送取扱人又は発送人がその本拠又は居所を有した地の法律に依って支配されるものとする。(d)不動産保険に関する契約を含め、保険契約は、契約締結当時、保険者が本拠（居所）を有した地の法律に依って支配されるものとする。(e)委任契約及び類似の契約は、契約締結当時、委任を遂行する者がその本拠（居所）を有した地の法律に依って支配されるものとする。(f)代理店契約及び仲介契約は、契約締結当時、代理

²¹ サヴィニー（小橋訳）・前掲書193頁以下参照。

²² Friedrich K. Juenger, Choice of Law and Multistate Justice, Special Edition, 2005, p.59.

²³ 笠原俊宏「リヒテンシュタイン国際私法の法典化とその特質」東洋法学41巻2号315頁参照。

²⁴ 笠原俊宏「チュニジア国際私法の法典化について」東洋法学44巻2号79頁参照。

²⁵ 笠原編訳・前掲書131頁参照。

²⁶ 笠原俊宏「中華民国国際私法（涉外民事法律適用法）の改正（上）」戸籍時報659号63頁参照。

²⁷ 笠原俊宏「ブルガリア国際私法の法典化について」東洋法学54巻1号187頁参照。

人又は仲介人が代わって行為する者がその本拠（居所）を有した地の法律に依って支配されるものとする。(g)多边的商品交換取引を含む契約は、適用が相互関係の全体的規律に最も適する法律に依って支配されるものとする。(3)その他の契約は、一般に、特定の立法が別段に定めていない限り、当事者双方がその本拠（居所）を有する国の法律に依って支配されるものとする。それらの者の本拠（居所）が同一国に所在せず、かつ、契約が当事者双方の立会いの下に締結されたとき、契約はそれが締結された地の法律に依って支配されるものとする。契約が不在の当事者間において締結されたときは、それは、申込を承諾する当事者の本拠（居所）の法律に依って支配されるものとするとしており²⁸、また、1966年のポーランド国際私法第27条²⁹、それに続く1979年のハンガリー国際私法第25条³⁰、及び、1982年のユーゴスラビア社会主義連邦共和国国際抵触法第20条³¹も列举型である。さらに、1992年のルーマニア国際私法第78条は、「特徴的給付とは、次に掲げる給付を意味するものとする。(a)売買のような譲渡契約又は他の同様のものに依って、動産を譲渡する当事者の給付。(b)賃貸借契約又は他の同様のものに依って、一定の期間、財産の利用を人の自由にさせる当事者の給付。(c)受任者、受託者、請負人、及び、一般的に、労務契約に従い、それを履行する当事者に依って実行される給付。(d)保証、担保又は他の同様のものの契約における保証人の給付。関係当事者が、状況から、契約の他の国家の法律とのより密接な関係が存在することとなることを立証するとき、前項に定められた推定は排除されることができる。」と規定していた³²。

2001年のロシア連邦民法典第1211条は、「準拠法に関する合意がない場合における契約の準拠法は、1、契約の準拠法に関する当事者の合意がない場合には、契約が最も密接な関連性を示す国の法が適用される。2、立法規定、契約の条項もしくは性質または事情の全体の留保のもとに、特徴的給付を履行する当事者がその住所またはその主たる活動の本拠を有する国の法が、契約が最も密接な関連性を示す国の法と見なされる。3、立法規定、契約の条項もしくは性質または事情の全体の留保のもとに、契約の特徴的給付を履行する当事者とは、とくに次に掲げる者とする。(1)売買における売り主。(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し主。(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)運送取扱いにおける取扱業者。(8)貸付け（貸付け契約）における貸し主。(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。」と規定している³³。同じく、独立国家共同体の諸国の国際私法立法に、同様の規定が散見される。例えば、1999年のベラルーシ共和国民法典第1125条等がある³⁴。さらに、2002年のモンゴル民法典第549条においては、「当事者による法選択は、1、契約上の権利および義務、契約の内容、債務の履行、契約の終了または無効、並びに、不完全履行または履行遅滞の法的効果は、適用が当事者によって合意され

²⁸ 笠原編訳・前掲書 208 頁参照。

²⁹ 笠原編訳・前掲書 355 頁参照。

³⁰ 笠原編訳・前掲書 309 頁参照。

³¹ 笠原編訳・前掲書 384 頁参照。

³² 笠原俊宏「外国国際私法立法に関する研究ノート（1）—ルーマニア国際私法（1992年）上」大阪国際大学紀要国際研究論叢 8 巻 1 号 89 頁参照。

³³ 笠原俊宏「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 69 頁参照。なお、その改正法として、同「ロシア連邦国際私法の改正（2013年）の解説（上）」戸籍時報 720 号 8 頁以下参照。

³⁴ 笠原俊宏「外国国際私法立法に関する研究ノート（10）—ベラルーシ民法典中の国際私法規定（1999年）—」大阪国際大学紀要国際研究論叢 14 巻 4 号 65 頁参照。

た地の法に従って支配される。2、契約に適用すべき法は、契約の締結後においても、当事者の合意によって変更されることができる。3、他のいずれかの法が合意されたものとして根拠付けられる場合には、契約は無効とされる。4、当事者が第一項に従って適用すべき法の選択を行なわなかった場合には、次に掲げられた当事者がその住所を有するか、または、主として活動している地の法が適用される。(1)売買契約に際しては、売り主。(2)賃貸借契約に際しては、賃貸人。(3)寄託・倉庫契約に際しては、倉庫管理人。(4)委託契約に際しては、取次業者。(5)委任契約に際しては、受任者。(6)運送契約に際しては、運送業者。(7)保険契約に際しては、被保険者。(8)クレジット契約に際しては、信用供与者。(9)贈与に際しては、贈与者。(10)保証に際しては、保証人。(11)担保契約に際しては、担保権設定者。5、当事者によって別段に合意されない場合には、産業上の共同作業、専門化および協力、大型建築計画、並びに、類似の製造請負契約に際し、労務が行なわれるか、または、契約の結果が達成される地の法が適用される。6、外国法人または外国市民の参加を伴う共同事業（企業）の設立に関する契約については、事業（企業）が設立されるべき領域が帰属する地の法が適用される。7、証券取引または競売の範囲において締結される契約の際には、証券取引または競売が行なわれた地の法が適用される。8、本条第1項、第2項、第3項、第4項において言及されなかった契約の際には、当事者の権利および義務は、契約において契約を形付ける役割を有する一方当事者がその住所を有するか、または、その主たる活動を行なう地の法から明らかにされる。9、当事者によって別段に合意されなかったときは、履行については、契約上の給付が受領された地の法が適用されるものとする。」と規定されている³⁵。

それらの諸規定は、現在、2008年欧州議会及び閣僚理事会規則第593号（ローマⅠ規則）第4条に集約されている。そこにおいて、法選択がな

い場合の適用法については、1、契約適用法が第3条により選択されなかった場合に限り、また第5条から第8条の適用を妨げることなく、契約の準拠法は次のように決定される。(a)物品売買契約は、売主の常居所地国法が準拠法となる。(b)役務提供契約は、役務提供者の常居所地国法が準拠法となる。(c)不動産の物権的権利に関する契約、不動産賃借権についての契約は、不動産所在地国法が準拠法となる。(d)(c)号にかかわらず、6ヶ月以下の期間の一時的な私的使用のために締結される不動産賃貸借は、家主の常居所地国法が準拠法となる。ただし賃借人が自然人で、その常居所地が同じ国であること。(e)フランチャイズ契約は、フランチャイザーの常居所地国法が準拠法となる。(f)販売店契約は、販売店の常居所地国法が準拠法となる。(g)競売による物品売買契約は、競売が行われる地が確定できる場合、競売地法が準拠法となる。(h)EC指令2004年第39号第4条第1項(17)号で定義された金融商品を売買する複数の第三者をまとめて処理するか、又はまとめて処理することを促進する多角的なシステムの中で、強行規則に従って締結された契約で、準拠法が単一法である場合、その法が準拠法となる。2、契約が第1項にあたらない場合、または契約の要素が第1項の(a)号から(h)号の一つ以上に入る場合、契約の特徴的な給付を行う当事者の常居所地国法が準拠法となる。3、個別のすべての状況からみて、契約が第1項または第2項で示された国以外の他の国とより明らかに密接に関連していることが明白なときは、その他の国の法が適用される。4、適用法が第1項または第2項で決定できないときは、最も密接に関連している国の法が契約の準拠法となる、と規定している³⁶。

さらに、中国においても、2013年4月8日まで実施されていた最高人民法院「涉外民事又は商事契約紛争案件を審理する際法律適用に関する若干問題の規定」の司法解釈（2007年第14号）第5条には、「当事者が契約紛争に適用する法律を選択していない場合には、契約と密接関連性を

³⁵ 笠原俊宏「モンゴル民法典中の国際私法規定（2002年）」東洋法学48巻1号69頁参照。

³⁶ 高橋宏司「契約債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則（ローマⅠ規則）：ローマ条約からの主要な変更点を中心に」同志社法学63巻6号2653頁以下参照。

有する国家又は地域の法を適用する。人民法院は密接関連性原則に基づき契約紛争に適用する法律を確定する時には、契約の特殊性質、及び一方当事者の履行義務がもっとも契約の本質的な特殊性を表す因素に基づき、契約と密接関連性を有する国家又は地域の法律を契約の準拠法と確定する。(1)売買契約は、契約締結時の売主の住所地法を適用する。契約が買主の住所地において交渉かつ締結されたか、又は売主の交付義務の履行が、買主の住所地においてなされなければならない旨、明確に規定している場合は、買主の住所地の法律を適用する。(2)委託加工、委託組立及びその他の加工請負契約は、加工請負人の住所地法を適用する。(3)セット設備供給契約は、設備の据付地の法律を適用する。(4)不動産売買、賃貸借又は抵当契約は、不動産所在地法を適用する。(5)動産の賃貸借契約は、賃貸人の住所地法を適用する。(6)動産の質権設定契約は、質権設定者の住所地法を適用する。(7)金銭貸借契約は、貸主の住所地法を適用する。(8)保険契約は、保険人の住所地法を適用する。(9)ファイナンスリース契約は、賃借人の住所地法を適用する。(10)建設工事契約は、建設工事所在地法を適用する。(11)倉庫・保管契約は、倉庫・保管人の住所地法を適用する。(12)保証契約は、保証人の住所地法を適用する。(13)委託契約は、受任者の住所地法を適用する。(14)債券の発行、販売及び譲渡契約は、それぞれ債券の発行地法、債券の販売地法及び債券の譲渡地法を適用する。」と規定されていた³⁷。但し、本解釈の規定は、2010年に施行された涉外民事関係法律適用法の規定と矛盾する理由で、2013年4月8日をもって、最高人民法院によって廃止されている。

6 若干の考察

(1) 特徴的給付の理論の位置付け

特徴的給付の理論と密接関連性の原則との関係に関する認識のあり方を論じるための一つの素材として、2011年4月1日に施行された中華人民

共和国涉外民事関係法律適用法第41条においては、当事者は協議により契約の準拠法を選択でき、当事者が選択しなかった場合、義務履行が当該契約の特徴を最も反映できる一方当事者の常居所地の法律又はその他当該契約と最も密接に関係する法律を適用すると定められている。本条後段は、当事者自治が欠けた場合の法の適用基準として、その場合には、特徴的履行者の常居所地法、又は、契約と最も密接関係を有する地の法を選択するという基準を規定している。しかし、本条は、「又は」という接続詞を使用し、特徴的履行者の常居所地法は、密接関連法と同列に扱われ、裁判官によって選択され、適用されるものとして位置づけられている。この点について言えば、特徴的給付の理論の正しい解釈から見て、その妥当性には疑いがあるように思われる。蓋し、契約の準拠法適用の問題に関し、特徴的給付の理論と密接関連性の原則は並列の関係ではなく、特徴的給付を行う者の常居所地法や営業所所在地法は、密接関連法の一つとなるものであり、前者は後者の一つの具体的表現に過ぎないものである。従って、前者が後者としての役目を果たすことができない場合には、特徴的給付の理論は放棄されて、別観点から、後者を決定しなければならないのである。

(2) 家族法関係の密接関連法

家族法関係の(最)密接関連法の探求においては、特徴的給付の理論に代わるものとして、属人法の理論を援用することができる。すなわち、「人の身分及び能力は属人法による」という命題は、密接関連法の具体的表現であるということになるであろう。その場合において、本人の本国法、住所地法、常居所地法の中のいずれが最密接関係法とみなされるべきかという問題について、契約における特徴的給付の理論を参考として言えば、当面の問題となる属人法事項、すなわち、身分及び能力との関係において、それが本国法、住所地法、常居所地法の中のいずれと最も良く馴染むか、言い換えれば、それらの法のいずれが最も強い利害関係を有するかが基準とされるべきであろう。そ

³⁷ 笠原俊宏「中華人民共和国の新しい国際私法『涉外民事関係法律適用法』の解説(10)」戸籍時報681号2頁以下参照。

の意味において、通則法が、おしなべて、本国法主義を原則として、常居所地法を補充法とする立場は、再考されるべきである。さもないれば、2004年のベルギー国際私法におけるように、本国法主義、住所地法主義、常居所地法主義のいずれも本則とはせず、それらを並列的關係にあるものとして、当事者による選択を認めることが、現代国際私法における有利性の原則ないし優遇主義に最も適う法の選択を可能とすると言うことができるであろう³⁸。

7 おわりに

密接関連法、または、より密接な関連性を有する法、さらに、最も密接な関連性を有する法が準拠法として指定される場合、準拠法の指定において、それが具体的にいずれの国ないし地域の法であるかを決定しなければならない。その場合において考慮されるべき要素として挙げることができるものは少なくない。属人法に限って言っても、本国法主義を採用する通則法の立場からすれば、

当然、本国法が最も密接な関連性を有する法であるということになるであろう。通則法は、本国法主義を本則として、常居所地法を補充法として位置付けている。しかし、密接関連法の決定基準として援用されている特徴的給付の理論が、個々の契約に最も特徴的な要素を探索しながら、結局、その給付行為の主体の常居所地ないし営業所所在地の法へ連結している点に着目すれば、最も密接な関連性を有する法が常居所地法（ないし営業所所在地法）であること否定できない。従って、契約という複数当事者が関与する法律関係において、何れの当事者のそれを優先させるべきかという点において、特徴的給付の理論はその役目を果たすものではあっても、常居所法（ないし営業所所在地法）の指定を退けるまでの作用を発揮するものではない。そのように解するならば、現行実定法における特徴的給付の理論は、現代国際私法における常居所の位置付けにおいて、国籍や住所に対する優位を証明するものであることを否定することはできないであろう。

³⁸ 笠原俊宏「ベルギー国際私法（2004年）の邦訳と解説（上）、（下）」戸籍時報593号20頁以下、594号57頁以下参照。