

イタリア国際私法における当事者自治の原則(1)

桑原康行

I 序

契約債務の準拠法については、2つの立法主義すなわち客観主義と主観主義がある。このうち、今日諸国の国際私法上広く採用されているのは、主観主義の原則すなわち当事者自治の原則である。当事者自治の原則は、契約の成立および効力の準拠法決定を当事者の意思にゆだねるものであるが、これまでさまざまな批判にさらされてきた¹⁾。そして最近の国際私法立法においては、当事者自治の原則を何らかの形で制限していこうとする傾向がみられる。

その第一は、特定の種類の契約を当事者自治の原則から除外しようとする立法であり、その第二は、強行法規の特別連結理論を採用する立法である²⁾。これらの立法は、わが国の国際私法の立法論にとって特に参考となるのであろう。

ところで、16世紀フランスのデュムーランによって初めて提唱された³⁾ 当

本稿は、平成4年度科学研究費奨励研究(A)「イタリア国際私法における当事者自治の原則」による研究成果の一部である。

注1) 当事者自治の原則一般については、折茂豊『当事者自治の原則』(昭和45年)参照。本原則に対する批判については、特に同書53頁以下参照。

2) これらの立法例については、例えば溜池良夫『国際私法講義』(平成5年)338頁以下参照。なお、笠原俊宏編『国際私法立法総覧』(平成元年)も参照。

3) 溜池・同上331頁、山田鑠一『国際私法』(平成4年)281頁。もっとも折茂教授はデュムーランではなく MANCINI が本原則の提唱者であるとされる。折茂・前掲注1)11頁。

事者自治の原則は、19世紀に至り、イタリアの MANCINI によって、新たに理論づけられることとなった。イタリアでは、MANCINI の強い影響のもとに、旧民法典前加編（以下、1865年法と略称）の第9条で、契約債務の準拠法に関し、当事者自治の原則が採用された。この規定は、実質的に、新民法典前加編（以下、現行法と略称）第25条に受け継がれた。

このように、MANCINI の母国であるイタリアにおいては、ドイツ・フランス等の諸国とは異なり、⁴⁾ 古くから、成文法を有し、これに関する学説・判例も少なくない。したがって、同様に古くから成文法上当事者自治の原則が承認されているわが国の法例第7条の解釈論にとって参考となるところが存在しえよう。

本稿は、イタリア国際私法上の当事者自治の原則を現行法規定を中心として、紹介・検討することを目的とする。まず、本原則のその後の展開に著しい影響を与えた MANCINI の学説を紹介し（Ⅱ(1)）、続いて、MANCINI の強い影響のもとに成立した1865年法がどのような議論を経て改正されるに至ったかを、改正草案および改正理由書を中心として概観する（Ⅱ(2)）。その後で、現行法第25条第1項に関する主として解釈論上の問題をいくつか紹介・検討することとする（Ⅲ）。

Ⅱ 旧法下の状況

(1) MANCINI の学説

当事者自治の原則は、イタリアにおいては、MANCINI によって理論づけられた⁵⁾。MANCINI によれば、自由の原則が、国籍の原則とならんで、国際私法上の基本原則の一つとされる⁶⁾。このことは、彼の次の叙述からも理解することができる。

4) 現在では、ドイツにおいては、ドイツ民法施行法の改正（1986）によりその第27条で当事者自治の原則を明定している。またドイツ・フランス等を含む EC 諸国においては、当事者自治の原則を承認する契約債務の準拠法に関する条約（1980）が既に発効している。

「《法的秩序》は《私的および個人的自由》と《社会的権力の行使》との調和、いいかえれば、《国家の法律》と《個人の特権》との間の、また政治的秩序と家族的および私的関係の民事的秩序との間の関係の中に存する。社会的権力の作用は、個人の無害な、したがって、正当な自由と衝突する所においてその機能を停止する。したがって、社会的権力は、過度の不正を犯すことなしに、この無害な自由の支配する不可侵の領域に踏みいることはできないのである。」

「およそ、個人の自由は同一の社会的権力の下に社会生活を営む同様な他の個人の権利の承認による不当な制限を受けえないものとすれば、同様に、この自由は、その社会の外に出て他の民族または国民の下に及ぶときといえども、その活動を中止することはない。まさに、かかる私的秩序の法律は、政治的社会の一員としてでなく人類としての人間に属するものであり、すべての人間は生来、当然に、国、領土的限界および政治形態の如何にかかわりなく、平等である……⁷⁾。」

当事者自治の原則は、この自由の原則から導き出される。

ところで、MANCINIによれば、外国人の私権は、必要的なものと任意的

5) MANCINI, UTILITÀ DI RENDERE OBBLIGATORIE PER TUTTI GLI STATI SOTTO LA FORMA DI UNO O PIÙ TRATTATI, ALCUNE REGOLE DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO PER ASSICURARE LA LEGISLAZIONE UNIFORME TRA LE DIFFERENTI LEGISLAZIONI CIVILI E CRIMINALI, in DI 12(1959) I.p.367 この論文は、当初フランス語で発表された論文のイタリア語版である。

フランス語版からの翻訳として、早田芳郎訳『種々の民事および刑事立法間の抵触の統一的解決を確保するため、若干の一般的国際私法規定を、一個または数個の国際条約の形式のもとに、すべての国家に対して拘束力あるものとする事の有用性』パスカレ・スタニスロ・マンチーニ」比較法第4号(昭和41年)45頁以下、第5号(昭和42年)68頁以下。

6) MANCINIの3つの原則すなわち国籍の原則、自由の原則、主権および政治的独立の原則については、折茂豊『国際私法の統一性』(昭和30年)345頁以下。このうち国籍の原則については、特に桑田三郎「Mancini, Della nazionalità come fondamento del diritto delle gentiの研究」中央大学八十周年記念論文集(昭和40年)所収263頁以下、自由の原則については、特に折茂・前掲注1)22頁以下参照。

7) MANCINI, 前掲注5) p.387; 早田・前掲注5) 第5号79頁。MANCINI論文の訳は、早田訳によっている。

なものに分けられる。必要的部分は、人の身分すなわち家族的秩序および関係を規律するものである。かかる必要的部分は、その人の本国の法律によることになる。これに対して、私権の任意的部分においては、当事者自治の原則が承認される。この点について、MANCINIは次のように論じている。

「……外国人の私権部分として、財産、その享有、契約の形成、債務その他に関するものがある。これを私権の任意的部分と呼ぶことができる。—また実際にそう呼ばれている—。これらの関係の領域においては、人はみずからそれを欲するならば、その本国の法律にしたがうことができる。また、人は、なんら公序に関しないこれらの事実に関しては、その行為をその本国法の定めるところと異なる他の法律によらしめることもできる。

これらの規則は当事者の沈黙を補充するにすぎないものである。当事者はまた外国法の定める規定にもよることができる。この場合には、国際私法は、きわめてしばしば当事者の意思を補充し、時としてこれを推定するにとどまるのである。

しからは、外国人に対して、何故、その本国法のかかる私権部分に服する権能を認めなければならないのか。その理由は、外国人についても、それが無害にしてかつ国家としてその行使を妨げるべきなんらの利益を有しない限り、その自由を尊重しなければならないからである⁸⁾。」

MANCINIは、当事者自治の原則がイタリア民法典のために1865年立法委員会によって作成された前加編第9条第3項⁹⁾に法文化されているとし、次のコメントを残している。

「同様に、《契約》および《すべての生前行為》についても、イタリアの立法者は外国人の自由を尊重し、契約者に債務の内部的実質とその効力を選択した立法的規定によらしめる全権を与えている。

これについて契約者が沈黙をまもっている場合にのみ、当事者の意思は《契約がなされた国の法律》にしたがうことにあったと推定され、また契約者がす

8) MANCINI, 同上p.389; 早田・同上84頁。

9) 本項については、II(2)参照。

べて同一の国に属するときは、反対に、当事者はその本国の法律に服する意思を有したものと法律上推定される¹⁰⁾。」

このように、MANCINIは当事者自治の原則に絶対的価値を付与したのであるが、彼以降の論者は、概して、本原則に対して制限を加える傾向にあると言われる¹¹⁾。

(2) 1865年法改正の経緯

契約債務の準拠法について、イタリア国際私法は2つの規定を設けていた。一つは、1865年法第9条であり、もう一つは商法典(1882)第58条である。

1865年法第9条はその第3項で次のように規定していた。

「その他の債務(贈与および終意処分以外の—筆者注)の《実質および効力》は行為地の法律によるものとみなされる。また、契約者たる外国人が同一の国籍に属するときは、その本国法によるものとみなされる。いかなる場合にも、当事者が文書によりこれと異なる意思を明らかにしたときは、その意思にしたがう¹²⁾。」

本条は、契約債務の準拠法として、3つの法すなわち行為地法、本国法とならんで当事者が指定した法を規定していたのである。

ところが、これに対して、商法典第58条が、商事債務の準拠法として行為地法および本国法を認めているにすぎなかったことから両規定の関係をどのように解すべきかという困難な問題が生じた¹³⁾。商法典の廃止、現行法の制定は、この問題を解決することを目的としていたのである¹⁴⁾。

1931年にイタリア政府が公表した改正草案は、契約債務の準拠法について、第13条で次のように規定していた。

10) MANCINI, 前掲注5) p.394; 早田・前掲注5) 93頁。

11) MANCINI 以降の学説の展開については、VITTA, DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO III (1975) p.234 ss.

12) 早田・前掲注5) 90頁訳による。

13) この問題に関しては、さしあたり DE NOVA, Obbligazioni (diritto internazionale privato), Enc. dir. XXIX (1979) p.456 s. 参照。

14) DE NOVA, 同上 p.456.

「契約ニ因ル債権ハ當事者ノ選擇シタル法律ニ依ル

當事者ノ意思カ明示セラレサル場合ニハ契約ノ約款並ニ凡テノ状況ヨリ當事者カ暗黙ニ依ラントシタル法律ヲ適用ス

契約ノ成立ニ必要ナル要件ハ契約締結地法ニ依リテ之ヲ定ム¹⁵⁾」

改正草案も、契約債務の準拠法について、1865年法と同じように、当事者自治の原則を採用している。しかし、本草案は、当事者の意思が不分明な場合の準拠法如何については、1865年法とは著しい差異を示している。1865年は、この場合、推定意思主義をとり、当事者の意思を推定して、行為地法または本国法を適用すべきものとしている。これに対して、本草案は、絶対意思主義をとり、あくまで当事者の意思を探究して準拠法を決定すべきものとしている。

では、本草案において、なぜこのような規定が設けられたのであろうか。この点につき草案理由書は、次のように述べている。「債務に関する問題は、内容的には、現行法（1865年法—筆者注）によって既に規制されており、このことは通説も認めているところである。最近の立法も、この分野において当事者自治の原則を尊重している。すなわち、私法上の契約関係が問題とされるのであり、当事者は、自分たちが望ましいと考えるように契約関係を規律することができるのである。公序による制限は、当然のことである。それゆえ、そのことを明らかにするために、形式を変更する必要がある。

当事者が契約のなかでいずれかの国の規定に準拠することを明示的に表示することもありえよう。この場合には、疑問は全く存在しない。というのは、明示的意思が問題とされており、当事者自治の原則がただちに適用されねばならないからである。さらに、当事者の意思が明示的には表示されなくとも、諸規定の全体から明らかとなることもありえよう。この場合には黙示的意思が問題とされるのであり、かかる意思が立証された場合には、明示的意思と同じ効力を有すべきものなのである。さらに、次のような場合もありえよう。すなわち、当事者が何ら意思表示しなかったとはいえ、ある行為がなされた事情、契約の

15) この訳は齋藤武生「伊國新國際私法草案」法学論叢第28巻第4号（昭和7年）166頁以下によっている。

性質、契約目的物の所在地、当事者の相互関係等から、当事者が特定国法に準拠する意思を有していたと合理的に推定される場合である。この場合には、推定的意思が問題とされるのであり、かかる意思も効力を有すべきである。

例えば、当事者の意思は以下の如く推定されるべきである。市または公開市場で締結される契約にあつては契約地法、請負契約にあつては契約履行地法、無償契約にあつては給付提供者国法、生命保険契約または損害保険契約にあつては保険会社の所在地法による等と推定される。

若干名の委員は、いくつかの外国立法例にならい、法律に若干のケースを例示的に規定する方が適当であろうとの見解であったが、大多数は一般規定を設けるにとどめた方がよいとの考えであった。ケースごとに検討されるべき状況が問題とされるわけであり、ちょっとした事情の違いによって類似のケースとは異なる解決がもたらされることもありうるので、裁判官に完全な自由を与える方が適当であろう。

さらに、若干名の委員は、明示的意思、黙示的意思、推定的意思のいずれも認定することができない場合には、法律が準拠法を決定する方が適当であろうとの意見を表明した。例えば、当事者の共通本国法、共通住所地法、契約地法である。しかし多くの委員は異なる意見であった。その理由は、採用された条文が適用範囲のきわめて広いものであるので、当事者が少なくとも推定上準拠した法律を、裁判官がつねに決定するというにある¹⁶⁾。」

改正草案は、次に、契約の成立要件について—1865年法がこの点に関し特に規定を置いていなかったのとは異なり—第2項で特別な規定に置いている。本項によれば、契約の成立要件は契約締結地法によることとなる。

本草案に、このような規定を設けた理由を、草案理由書は次のように述べている。

「契約の存在自体について争いが生じた場合には、当事者の意思に基づいて準拠法を決定することはできない。というのは、その存在自体が検討の対象と

16) VITTA, 前掲注11) p.548.

なっているからである。この場合には、準拠法を決定しなければならない。契約締結地法が適当と思われた。副次的に、当事者が同一国籍を有する場合に、共通本国法を指定することも可能であったであろうが、きわめてまれなケースであろうと思われたので、立法規定を単純化する方が適当であると考えられた¹⁷⁾。」

1931年草案は、活発な議論の対象となった。本草案には賛否両論存在していたが¹⁸⁾、反対論者は、特に契約の有効性およびその内容を別個の準拠法によらしめる点に批判を向けていた。かかる議論を踏まえて、イタリア政府は1936年に最終草案を発表した。契約債務の準拠法について、本草案第18条第1項は、次のとおり規定していた。

「(債権ノ依ルヘキ法律)

契約ニ因ル債権ハ當事者カ同國人ナルトキハ其ノ本國法ニ依リ然ラサルトキハ契約地ノ法律ニ依ル但シ何レノ場合ニ於テモ當事者ノ意思之ニ反スルトキハ此ノ限ニ在ラス¹⁹⁾」

本項は、1931年草案第13条第1項第2項とは大きく異なり、1865年法第9条第2項とほぼ同じ内容となっている。その理由を、Guardasigilliは、草案理由書のなかで次のように記している。「王立委員会が作成した第13条の規定は、特定立法に準拠する契約当事者の具体的意思を認定することはいずれにせよ可能であると考えて、当事者自治の原則のみを承認していた。

当事者が明示的または黙示的に自らの意思を表示した場合には、本原則の適切さについて全く疑問は存しない。しかし、一たとえ黙示的とはいえ—意思表示が欠けている場合に、推定的意思を探究することは、結局、当事者に多少とも恣意的に不存在の意思を押しつけることを意味するように私には思われた。かかる場合には、意思の探究は全く不自然なものであろう。というのは、実務上、当事者がまさに締結しようとする契約の準拠法に関する問題を検討す

17) 同上。

18) かかる議論については、VITTA, 同上p.231s. 参照。

19) この訳は齋藤武生「伊太利國際私法確定草案」法学論叢第37巻第2号(昭和12年)146頁以下によっている。

ることはまれであるからである。

それゆえ、若干の人々の見解に従って、当事者の異なる意思が明らかでない場合に適用すべき法律を決定する方が適当であると、私には思われた。必要であったので、私は、現行法第9条によって定められている原則を援用した。そして、(第18条で)当事者の共通本国法、共通本国法が存在しない場合には契約締結地法が適用されるべきことを規定した。新条文は、契約の効力のみならずその有効性の要件にも関係している。但し、—もちろん—第9条によって規律される能力および第18条によって規律される方式は除外されることになる。

本条第1項が修正されたので、絶対意思主義が惹起しうる困難を回避するために、一度採用した第1項の規定を私は削除した²⁰⁾。」

現行法は、その第25条において、契約債務の準拠法につき次の如く規定する至った。

「第25条(債務関係を規律する法律)

契約から生じた債務関係は、それが共通である場合は、契約者の本国法により、そうでない場合にはその契約が締結された場所の法律によって規律される。そのすべての場合において当事者のこれと異なる意思を妨げない²¹⁾。」

現行法第25条第1項は、最終草案第18条第1項と全く同じである。Guardasigilliは、立法理由書のなかで、第25条について次のように述べている。「同様に、契約債務の準拠法決定にあたり、当事者の異なる意思が明示的なものでも黙示的なものでもよいということを第25条に明示しようとする提案は、承認されなかった。かかる明示は不要であるように思われる。一般原則によれば、法律が意思表示について特定の方式を定めていない場合には、いかなる方式も認められると考えるべきである。他方、ここで要求された明示を付加することにすると、解釈上の疑義を避けるため、意思表示を指示する全ての場合に、類似の明示が不可欠とされよう。しかし、立法規定上より明らかとす

20) VITTA, 同上 p.556.

21) この訳は、風間鶴寿訳『全訳イタリア民法典〔追補版〕』(昭和52年)5頁によっている。

るために、「当事者のこれと異なる意思を妨げない」を独立した一文とすることに留意した。その理由は、この一文に含まれる規則が第25条第1項に規定されているすべてのケースに関係していることを示すためであった²²⁾。」

1865年法第9条は、以上のような経過をたどって改正され、現行法第25条にとって代わられたのである。

Ⅲ 現行法上の諸問題

(1) 3連結点の相互関係

現行法第25条第1項は、契約債務の準拠法を決定するために、3つの連結点すなわち当事者の共通国籍、契約締結地ならびに当事者の意思を採用している。これら3連結点の相互関係について、学説・判例は対立している。このうち、共通国籍と契約締結地との関係については、争いは存しない。本規定の文言から明らかなように、この両者のなかでは共通国籍が主たる基準であり、契約締結地が従たる基準であるとされる。

これに対して、これら2つの連結点と当事者の意思との関係については、学説・判例は対立している。

第1説は、当事者の意思が主たる基準であり、共通国籍、契約締結地は従たる基準にすぎないとする²³⁾。例えば、MONACO教授は、第25条第1項の沿革²⁴⁾および当事者の意思が連結点であることから、この説を根拠づけている。

しかし第1説に対しては有力な異説が対立している。この第2説は、共通国

22) VITTA, 同上p.558 s.

23) BALLALINO, DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO (1982) p. 853 ss. ; MONACO, L' EFFICACIA DELLA LEGGE NELLO SPAZIO (DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO) (1954) p.234 s. ; MORELLI, ELEMENTI DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO ITALIANO (1986) p.163.

24) この点については、II(2)参照。

25) BALLADORE PALLIERI, L' AUTONOMIA DEI CONTRAENTI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO, DI 18 (1963) I, p.178 ss. ; Id. Diritto Internazionale Privato Italiano (1974) p.323 ss. ; VENTURINI, DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO (1956) p.120 ss.

籍、契約締結地が主たる基準であり、当事者の意思は従たる基準にすぎないとする²⁶⁾。

この説を主張する BALLADORE PALLIERI 教授は、2つの論拠を挙げている²⁶⁾。まず第1に、教授は、当事者の意思が連結点であることを否定して、次のように言う。第25条は、準拠法を直接に指示する2つの連結点— 共通国籍および契約締結地—の他に、第3の基準— 当事者の意思—をも定めているが、この基準は実は連結点ではない。法律が、準拠法決定を放棄し— 当事者が自らの契約に適切な連結点を決定することができるよう— 彼らの意思に委付したのである。それゆえ立法者が直接定めた2つの連結点が主たる基準であることは当然である、と。

BALLADORE PALLIERI 教授は、第2に、次のように論じている。第25条第1項がまず第1に共通本国法、第2に契約締結地法、第3に当事者の意思を掲げていることに加えて、第1項の文言 (*è salva …… …… を妨げない*) は、立法者が任意規定を設けるために通常使用する文言であることから、本項は任意規定に他ならないと考えられる。この任意規定というのは、特定の問題について例外を許容する規定である。本項で言えば、かかる例外に該当するのは、共通本国法または契約締結地法以外の法によるとの当事者の意思が存在する場合であることになるとされる。

ところで、第25条第1項が採用している3連結点がそれぞれ相異なるケースを対象としていることから、相互に独立しているとの説も最近有力に提唱されている²⁷⁾。この説を支持する VITTA 教授は次のように述べている²⁸⁾。第25条の3つの連結点は3つの異なるケースを対象としている。換言すれば、共通本国法は同一国籍を有する当事者が準拠法につき意思表示をしなかったケースを、契約締結地法は異なる国籍を有する当事者が意思表示をしなかったケー

26) BALLADORE PALLIERI, *L' AUTONOMIA ……* pp. 153, 178 ; Id, *Diritto ……* pp. 245, 252.

27) UDINA, *OBBLIGAZIONI (DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO)*, *Noviss. Dig. it.*, XI (1955) p.617.

28) VITTA, 前掲注11) pp.243, 252.

スを、当事者が指定した法は当事者の国籍・契約締結地の如何を問わず、当事者が準拠法につき意思表示をしたケースをそれぞれ対象している。それゆえ、3者の相互関係を検討しても、実際的重要性は少ない、と。

第25条に定められている3連結点の相互関係に言及している判例は必ずしも多くはない。破毀院は、当初共通国籍および契約締結地が主たる基準であるとする説を支持するかのようであった。例えば1948年6月28日判決第758番²⁹⁾において、破毀院は、異なる国籍を有する当事者間で外国で締結された契約に関して、契約当事者は契約締結地法以外の法を指定する権限を有すると判示した。同様に1957年9月12日判決第3474番³⁰⁾で破毀院は、第25条に定められている規則は任意的性質を有するにすぎず、当事者の異なる意思によって有効に変更されうると判示している。

しかし、破毀院はその後態度を改めるに至ったように思われる。1968年8月3日判決第2795番³¹⁾において、破毀院は次のように判示している。契約債務の準拠法決定の連結点として第25条によって採用されている国籍は、当事者が自らの関係を異なる規律に服せしめる意思を表示した場合には、重要でないとみなされるべきである、と。

本判決の評価をめぐっては、学説の対立がみられる。CARBONE教授は、本判決が当事者の意思を主たる基準とし、他2者が従たる基準とするとの考えをとっていると主張している³²⁾。これに対して、VITTA教授は、本判決が最近提唱された説に類似する考えをとっていると主張している³³⁾。

下級審判例においては、当事者の意思が主たる基準であって、共通国籍、契約締結地は従たる基準にすぎないとする第1説をとるものが多いようであ

29) Cass. 28 giugno 1946, n.758 (VITTA, 同上 p.244による)。

30) Cass. 12 settembre 1957, n.3474, RDI 1958, p.251.

31) Cass. 3 agosto 1968, n.2795, RDIPR 1969, p.777.

32) CARBONE, L' AUTONOMIA PRIVATA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO DELLE OBBLIGAZIONI, Dir. comunit. e scambi internaz. 21 (1982) p.17.

33) VITTA, 前掲注11) p.244.

34) 下級審判例の概観として、VITTA, 同上 p.245 s. 参照。

る³⁴⁾。

ところでこれまで検討してきた3連結点の相互関係という問題は、実際には重要性を有しないであろう³⁵⁾。というのは、第2説をとるとしても、当事者の意思が表示された場合にはいずれにせよ第25条が定める2つの一般的連結点に優先することになるからである。さらに、立証責任についても、第1説をとるか第2説をとるかで、その転換がなされるとは思われない。意思表示がなされたことを主張する者が、その立証責任を負担しなければならないからである。

(2) 契約(債務)の涉外性

第25条第1項の当事者自治の原則に関する第2の問題は、契約(債務)の涉外性に関する問題である。換言すれば、当事者自治の原則が適用され、当事者が契約準拠法を指定することができるのは、国際契約の場合に限定されるのか、それとも国内契約の場合をも包含するのかという問題である。

少数説は、当事者自治の原則が適用されるのは、国際契約の場合に限らないと主張している。その根拠は本原則を採用する第25条第1項が—海上労働契約の準拠法に関する航行法典第9条³⁶⁾とは異なり—その文言上何ら制限を加えていないことにある³⁷⁾。

しかし多数説は、当事者自治の原則は国際契約にのみ適用されるものであると主張している³⁸⁾。その理由は次のように要約されよう³⁹⁾。もしイタリア法上契約当事者が国内契約をいずれかの外国法に服せしめることができるなら

35) 第2説をとる BALLADORE PALLIERI 教授も以下に述べる理由でこの問題の実際的重要性を否定している。前掲注25) L' AUTONOMIA……p.178 ; Diritto…… p. 324.

36) 航行法典第9条は次のように規定している。「海員・内水航行の乗組員および搭乗員に関する労働契約は、船舶または航空機の旗国法によって規律される。但し船舶または航空機が外国籍である場合には、当事者の異なる意思を妨げない。」

37) MORELLI, 前掲注23) p.62 s.

38) DE NOVA, 前掲注13) p. 463 ; Id. QUANDO UN CONTRATTO È 《INTERNAZIONALE》? RDIPP 1978, p.665 ss. ; BALLARINO, 前掲注23) p.862s. ; CARBONE, 前掲注32) p.20 s. ; MENGOZZI, Diritto Internazionale Privato Italiano (1987) p.153 ss.

39) 特に DE NOVA 教授の2論文参照。QUANDO……, p.666 ss. ; Obbligazioni……, p.463.

ば、イタリア法上強行法規性を有しかつ名宛人によって変更されえないものとされている契約に関する法律規定が、同様の性質・内容を有する法律規定を含まない外国法を契約準拠法として当事者が指定することによって、潜脱されることになってしまう。

このような結果を避けるためには、契約がイタリアの契約（イタリアとのみ関連性を有する契約）である場合には、当事者による外国法指定は認められないと考えるべきことになる。さらに、イタリア国際私法上、法廷地法も外国法も平等に取り扱われていることから、契約がいわばフランスの契約、ドイツの契約であると言える場合にも、外国法指定は認められないと考えるべきことになる。

それでは、国際契約とは何であろうか。どのような要素が存在する場合に、契約に涉外性が備わっていると言えるのであろうか。

国際契約概念を詳細に検討している DE NOVA 教授は次のように論じている⁴⁰⁾。国際私法に関する成文法を有しない諸国においては、実際の考慮すなわち経済的・商業的考慮に基づいて国際契約概念を決定することもできよう。フランスでは判例が国際的支払概念をこれらの考慮に基づきつつ ad hoc に定義し金約款の有効性を肯定している⁴¹⁾。またドイツにおいても実際の考慮に基づいて国際契約概念を決定すべきことを主張する論者が存在している。

これに対して、国際私法に関する成文法を有するわが国においては、国際契約概念を経済的・商業的考慮に基づいて決定するのではなく、わが国の実定国際私法の検討から導き出さなければならない。

契約に涉外性を付与しうる要素は、まず現行法の契約に関連する諸規定から得られる。契約債務の準拠法に関する第25条第1項は、3つの要素すなわち国籍、契約締結地、当事者の意思を定めている。このうち、当事者の意思を契約

40) DE NOVA, 同上 QUANDO……, p.665 ss. ; Obbligazioni……p.463 s.

41) これらのフランス判例について簡単には、拙稿「国際取引法における Lex Mercatoria の理論(1)― Bonell 氏の所説を対象として―」商学討究第38巻第1号（昭和63年）131頁、参照。

の涉外性決定の要素であるとする、循環論に陥ってしまうことになる。2人のイタリア人がイタリアで外国法を準拠法として指定せずに契約を締結したとすると、この契約は国内契約であることになるが、2人のイタリア人がイタリアで外国法を準拠法として指定した契約を締結したとすれば、この契約は国際契約であることになってしまう。すなわち、契約の涉外性・外国法指定の正当性が、当事者が外国法を準拠法として指定したか否かという事実によらしめられることになってしまう。しかし当事者の意思によって契約の涉外性を決定させることは、当事者による内国強行法の潜脱を容認することになるので、妥当でない。それゆえ当事者の意思をかける要素の一つであるとみなすことはできない⁴²⁾。

第25条第1項で採用されている他の2つの要素すなわち国籍および契約締結地は、契約の涉外性決定の要素であると考えられる。それゆえ以下の契約は国際契約であることになる。外国でイタリア人間に締結された契約、イタリアで外国人間に締結された契約、イタリアでイタリア人・外国人間に締結された契約、同様にA国で非A国人間に締結された契約、A国以外でA国人間に締結された契約、A国でA国人・非A国人間に締結された契約。これらの契約は、当事者による準拠法指定が可能である。

ところで、現行法第29条は、無国籍者の場合には本国法に代えて居所地法が適用されると定めている。このことから以下のように結論づけられよう。イタリアに居所を有する無国籍者同士が締結する契約は、国内契約であるが、その他の無国籍者が締結するすべての契約は国際契約である。さらに現行法が無国籍者についてだけであるとは言え、居所をも連結点としていることから、契約の涉外性決定にあたって居所地法により大きな重要性を付与しえよう。そこで、契約当事者たるイタリア人がイタリア国外に居所を有することも契約に涉

42) イタリアが締約国となっている以下の条約においても、当事者の意思は契約に涉外性を付与する要素たりえないことが明示されている。「国際的物品売買契約の準拠法に関する条約(1985)」第1条第1項、「契約債務の準拠法に関する条約(1980)」第1条第1項。

外性を付与させるし、逆に契約が国内契約であるためには、イタリアでイタリアに居所を有する者（イタリア国籍を有する者か無国籍者）が締結した契約でなければならないことになる。居所という要素が實際上重要であることおよび国際契約概念をあまり限定すべきでないことから、この要素を涉外性決定の一要素とすることは正当であろうとされる。

さらに、契約に関連する第17条（人の能力を規律する法律）、第26条（行為の方式を規律する法律）の規定を考慮しても、契約に涉外性を付与しうる要素は、結局のところ契約当事者の国籍、契約当事者（無国籍者）の居所および契約締結地の3つの要素であるにすぎない。

その実際的重要性および国際契約概念をあまり限定すべきではないことから、考慮されるべき要素が他にも存在している。かかる要素は契約に関連する規定以外の規定から導き出される。第22条は物権の準拠法としての目的物の所在地法を定めている。また本条は動産・不動産を対象とする契約につき履行地法を重視している⁴³⁾。したがって目的物の所在地および履行地も契約涉外性決定の一要素とされよう。

ところで、DE NOVA 教授によれば、これらの要素の他にも考慮すべき要素がある。それは、立法者が他の要素を優先するために現行法上採用しなかった要素である⁴⁴⁾。具体的には、まず第1に住所（domicilio）であり、次に履行地である。住所は、国籍の原則が国際私法上の基本原則の一つであるとの MANCINI 学説の影響ゆえに立法上採用されなかった。また、履行地法も、現行法上契約締結地法が優先されたため、履行の態様を規律すべき役割を付与されるにとどまっている。

住所および履行地をも契約涉外性の決定にあたって考慮すべき根拠は次の通

43) DE NOVA 教授によれば、履行地法がかかる要素であることは、すぐ次に述べる理由によっても正当化されると言う。

44) これに対し VITTA 教授はかかる要素をも契約涉外性判断の一要素とすることに疑問を呈している。VITTA, *Memoriale e progetto di legge*, in *PROBLEMI DI RIFORMA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO ITALIANO* (1986) p.255 nota (256).

りである。ここで検討しているのは、契約に涉外性を付与する要素を決定することであって、立法者が採用した要素を探究することではない。それゆえ立法者が特に採用しなかった要素も、ここで検討している問題を解決するために役立つのである、と。

DE NOVA 教授は、結論として、イタリア法上国際契約概念決定にあたって考慮すべき要素は、以下の通りであるとする。すなわち契約締結地、履行地、国籍、住所、契約の目的物の所在地である。このうち一つの要素でも外国に関係していれば契約に涉外性が付与されることになる。

しかし、この結論は、DE NOVA 教授自身も認めているように、必ずしも満足できるものではない。契約締結地は偶然決まったということもあれば、逆に契約に涉外性を備えさせるために決定されることもありえよう。また、国籍は契約関係の成立にあたって重要性を全く有しないこともある。さらに他の要素も必ずしも妥当であるとは言えない。そこで、DE NOVA 教授は、一般論にとどめ、国際契約概念・国内契約概念を今後の判例の展開にゆだねた方がよいとしている。

これに対して、CARBONE 教授は、契約の涉外性は準拠法指定が有効であるための形式的要件にすぎず、この他にその実質的要件をも考察しなければならないと主張する⁴⁵⁾。同教授によれば、かかる実質的要件は準拠法指定が善意でなされたことにあるとされる。DE NOVA 教授も準拠法指定の有効性を判断するためには、契約の涉外性以外の問題をも検討する必要があることを指摘している。そこで、次にかかる問題について検討しよう。

(3) 当事者自治の原則に対する制限

それでは、契約当事者による準拠法指定が有効であるためには、契約の涉外性以外の要件をも充足することが必要なのであろうか。契約当事者はいかなる国の法をも準拠法として指定できるのであろうか、それとも当該契約と何らかの関連性のある国の法のなかからしか準拠法を指定することができるにすぎない

45) CARBONE, 前掲注32) p.21 s.

いのであろうか。この問題は既に検討した問題すなわち当事者は契約に外国的要素が存在しない場合にも準拠法を指定することができるかという問題と類似している。後者のケースにおいては、当事者が法廷地法の適用を回避することができるか否かが問題とされるとも言えるのに対し、前者のケースにおいては、当事者が契約と関連性を有する国の法の適用を回避することができるか否かが問題とされるとも言えるからである⁴⁷⁾。

多数説は—契約が涉外性を備えている限り—当事者はいかなる国の法をも準拠法として指定できるとしている。ところで、契約の涉外性を不要としても、当事者は契約と何らかの関連性のある法しか準拠法として指定することができるにすぎないとの説をとるならば、多数説と実質的に同一の結論に達しよう⁴⁸⁾。

BALLADORE PALLIERI 教授はかかる立場をとっている。同教授によれば、当事者がいかなる法をも指定できるとすると、不当な結果をもたらすことになる。イタリア国際私法上、イタリア法の適用範囲と外国法のそれとの間に差異はなく、全体として一つの規定が設けられているにすぎない。第25条の規定は、すべての契約すなわちイタリア法によって規律される契約にも外国法によって規律される契約にも適用される。第25条が適用されない契約は存在しない。イタリアでイタリアに居住するイタリア人間にイタリアで履行さるべき契約が締結された場合にも、この契約は第25条によって規律されることになる。イタリア法への服従は契約がイタリアでイタリア人の間に締結されたことから導き出される。もし当事者が契約を全く関連性のない法に—無制限かつ例外なしに—服せしめることができるとするならば、イタリア法と関連性を有するにすぎない契約にあっても、当事者は外国法を指定しうるとの結論を引き出す必要がある。このことは不当である。

46) DE NOVA, 前掲注13) p.465.

47) LUCA RADICATI DI BROZOLO, OPERAZIONI BANCARIE INTERNAZIONALI E CONFLITTI DI LEGGE (1984) p.99 nota (46).

48) DE NOVA, 前掲注13) p.465.

これに対して、かかる場合に外国法の指定は無効であるとする、この結論は以下の論法によって正当化されよう。すなわち、問題の契約はイタリア法以外の法とは関連性を有していないこと、当事者は契約と何らかの関連性を有する法しか指定できないこと、したがってかかる場合にはこの前提が欠けているすなわち契約と複数の法との関連性が欠けているので、当事者の意思はいかにしても表示されえないことである。しかし、このように言うと、異なる複数の法との関連性が存在する場合でも、当事者の指定は関連性のある法のなかからしかできないということにならざるを得ない。かかる結論は、外国の学説・判例においても多くの支持を得ているところであるが、わが破毀院によって否定されたが、イタリア法上も承認さるべきように思われる、と⁴⁹⁾。

BALLADORE PALLIERI 教授は、自説を根拠づけるためさらに次のように論じている。契約の法的効力が生ずるためには当該契約を規律する法が必要である。当事者が私法上享受する自治は、準拠法指定権限と全く関連性を有しない。もしある国の国際私法が当事者にかかる権限を付与していても、このことが意味するのは当該国際私法が契約に関する一般規範を設けることをあきらめ、一当事者が契約とより関連している法をよりよく決定することができると期待して一ケースバイケースに当事者の定めるところにまかせたのである。これらのことを前提とするならば、当事者自治は恣意的かつ気まぐれな行使にあたる場合には認められないと考えざるを得ない。複数の法と関連性を有する契約に関しては、ある法を優先する当事者による選択には異議を唱えることはできない。というのは、イタリア国際私法規範がこの問題を彼らの意思にゆだねているからである。

これに対し、フランスに居住しているフランス人とイタリアに居住しているイタリア人がミラノで履行地をスイスとする契約を締結した場合に、たとえ当事者がトルコ法を準拠法として合意したとしても、彼らの意思は考慮されえない。

49) BALLADORE PALLIERI, 前掲注25) L' AUTONOMIA……p.174 s. ; Diritto……p.318 s.

国際私法上の問題を解決するために、当事者の意思に効力が付与されているのである。国際私法上の問題というのは、準拠法を決定することである。準拠法を決定することは、当該の関係に何らかの関連性のある法のなかから最も適切な法を決定することである。当事者は、かかる関連性のある法のなかから契約に適切な法を決定することができるにすぎない。かかる制限の範囲内で当事者の意思に決定がゆだねられているのである。その範囲外では、当事者の意思は機能せず、あたかも表示されなかったかの如くである⁵⁰⁾。

BALLADORE PALLIERI 教授の説は、まず第1に契約の涉外性の問題をも当事者自治の原則に対する制限一般の問題に包含させて検討していることに特色が存する。教授の説は、さらに—既に述べたように—当事者の意思が連結点であることを否定する点にも特色が存する。

しかし、多数説は、契約当事者はいかなる法をも—たとえその法と契約との間に関連性がなくとも—準拠法として指定できるとする⁵¹⁾。

下級審判例のなかには、当事者が指定できるのは当該契約と何らかの関連性のある法に限定されるとするものもある⁵²⁾。しかしこれに対して、破毀院は、1960年12月2日判決第3173番で、次のように判示し、間接的にこのような説を否定する。「当事者の意思という連結点が国際私法規定で定められている他の客観的連結点の存在する場合にのみ機能しうる(……)とすることは、解釈者には認められていない付加的要件を当該規定(航行法典第10条、現行法第25条—筆者注)に加重することになる⁵²⁾。」

契約当事者が契約と何らかの関連性を有する国の法しか選択することができ

50) Id, L' AUTONOMIA……p.173 s. ; Diritto……p.318 s.

51) DE NOVA, 前掲注13) p.466 ; CARBONE, 前掲注32) p.22 s. MORELLI, 前掲注23) p.62ss. もっとも、MORELLI 氏は—既に指摘したように—契約の涉外性の要件をも不要としている。この他契約の涉外性の問題を特に検討していないが、涉外性の必要性を当然の前提とした上で契約と当事者が指定した法との関連性を否定していると思われる論者として、VITTA, 前掲注11) p. 261ss. ; MONACO, 前掲注23) p.232.

51) 下級審判例の概観については、VITTA, 同上 p.264 参照。

52) Cass., 2 dicembre 1960, n.3173, Giust. civ., 1961 I p.643.

ないのか、それともいかなる国の法をも選択することができるのかという問題は、準拠法を選択する当事者の意思にどのような役割を付与するのかにかかっているように思われる⁵³⁾。BALLADORE PALLIERI 教授のように、当事者の意思それ自体が連結点であることを否定すればともかく、多数説のように当事者の意思が連結点であることを肯定するならば、当事者による準拠法指定の範囲を限定することはできないであろう。当事者の意思が連結点としてその効力を生ずるために契約と当事者が指定した法との間に何らかの関連性を必要とすることは、準拠法決定のためにあたかも2つの連結点を必要とするに等しいことになってしまい、不当であるように思われるからである⁵⁴⁾。

さらに、契約と当事者が指定した法との間に何らの関連性が存在しない場合であっても、当該契約をかかえる法によらしむべき必要性があることもある⁵⁵⁾。例えば、当事者はいずれかの第三国の法を両当事者にとっていわば中立的意味をもつものであることを理由として指定することもありうる。また当事者は国際取引の特定分野においてよく利用される法であることを理由としてかかえる法を準拠法として指定することもありうる。

それゆえ多数説の主張するように、当事者はいかなる国の法をも準拠法として指定することができるものと考えべきであろう。

ところで、CARBONE 教授は、準拠法指定が有効であるためには、かかる指定が善意でなされたものでなければならず、かつ法律回避のためになされたものであってはならないとの実質的要件をも充足しなければならないと主張する⁵⁶⁾。CARBONE 教授によれば、この要件は準拠法指定に正当な理由が存在すれば充足されると言う。例えば、たとえ契約と指定された法とが全く関連性をもたないとしても、国際取引の特定分野で一般に利用される法を当事者が

53) VITTA, 前掲注11) p.264 s.

54) VITTA, 同上.

55) DE NOVA, 前掲注13) p.465 s.

56) CARBONE, 前掲注32) p.22.

57) より具体的には、船舶利用契約の分野におけるイギリス法の指定。正当な理由が存在するその他のケースについては、同上 p.22 参照。

指定した場合は、かかる指定には正当な理由が存在する⁵⁷⁾。

しかし、CARBONE 教授の言う実質的要件には疑問が存する。というのは、法律回避論はイタリア国際私法においては一般的に否定すべきものとされており、このことは当事者が指定した法に対してもあてはまると考えられるからである⁵⁸⁾。

したがって、これまでの検討から明らかなように、現行法第25条第1項の解釈論としては、準拠法指定が有効であるためには、契約が涉外性を備えていることで十分であろう。

(4) 準拠法指定時期

契約当事者は、契約締結時において準拠法を指定しうるにすぎないのか、それともそれ以外の時期においても準拠法を指定することができるのであろうか。

この問題は、破毀院1966年6月28日判決第1680番を契機としてさかんに議論されるに至った。

本件の事実関係は次の通りである。エジプトに居住するイタリア人とアメリカに居住する無国籍者との間の金銭消費貸借契約から紛争が生じた。債務者であるイタリア人は、当該契約がエジプト以外では履行されえないことおよびエジプト法が契約締結地法として当該契約を規律する限り適用されることとなるエジプト為替管理法規に基づき、支払地をエジプト以外の地にしようとするいかなる合意も不法なものとみなされるべきであることを主張した。これに対して、債権者である無国籍者は、当事者の意思が Genova を支払地として指定するつもりであったことおよび支払地のかかる決定からイタリア法が準拠法として指定されたと推定されるべきことを立証しようとした。

地方裁判所では、債権者の主張が完全に認められたが、高等裁判所では、Genova を契約履行地として指定したとみなされたものの、かかる指定が契約

58) MONACO, 前掲注23) p.231s. ; SERRA, IL PROBLEMA DEI LIMITI ALLA LIBERTÀ DI SCELTA DELLE PARTI NELLA DESINAZIONE DELLA 《LEX CONTRACTUS》, Comunicazioni e studi (1950) p.190 s.

締結時になされたものではなく、その後の追加的合意のなかでなされたものであり、それゆえ有効な準拠法指定とはみなされないと判示された。破毀院は高裁判決を支持し、次のように述べている。「立法者が準拠法秩序を指定する権限を当事者に付与しているとはいえ、準拠法を契約締結後指定することによって、遡及効をもちその時点まで当該契約を支配していた法の適用を停止するような規則を設定する権限をも当事者に付与し当事者の全くの気まぐれに身をゆだねようとするのは、否定されなければならない⁵⁹⁾。」

破毀院によれば、第25条第1項に基づく当事者による契約締結時以後の準拠法指定は本項に規定されている契約締結時から既に有効な他の連結点を遡及的に変更することになり、いかなる場合にも認められないとされる⁶⁰⁾。

この問題に関する学説は3つに分けることができよう⁶¹⁾。

第1説は、—破毀院判例と同じように—当事者は契約締結時に準拠法を指定しうるとどまるとし、契約締結前または締結後の指定を認めない⁶²⁾。

第2説は、当事者は契約締結時に限らず締結前または締結後でも準拠法を指定することができるとする⁶³⁾。

第3説は、第2説に加えて、将来の契約の準拠法を事前に指定することをも認めている⁶⁴⁾。

第1説を主張する VITTA 教授は次のように論じている⁶⁵⁾。連結点は具体

59) Cass., sez. un., 28 giugno 1966 n.1680 RDIPP 1967 p.126 ss.

60) Id. p.134.

61) この問題に関する議論は、当事者が契約締結時に指定した準拠法をその後変更しうるかという問題にもあてはまる。TREVES, SULLA VOLONTÀ DELLE PARTI, DI CUI ALL' ARTICOLO 25 DELLE PRELEGGI E SUL MOMENTO DEL SUO SORGERE, RDIPP 1967 p.316 s. ; ALBERTO DE DONATIS, L' AUTONOMIA DELLE PARTI E LA SCELTA DELLA LEGGE APPLICABILE AL CONTRATTO INTERNAZIONALE (1991) p.16 s.

62) VITTA, 前掲注11) p.266.

63) BALLADORE PALLIERI, 前掲注25) L' AUTONOMIA……p.176 ss. ; Id. Diritto……p.320 ss. ; DE NOVA, 前掲注13) p.474 ss.

64) TREVES, 前掲注61) p.321 ss.

65) VITTA, 前掲注11) p.266 s.

的な事案に関して機能するにすぎないものであり、当事者の意思も連結点であるので具体的事案から切り離されえないのである。それゆえ当事者の意思は特定の契約に関連して表示さるべきものであり、かかる意思は契約自体の本文、当事者の契約締結時の行動さらに補足的にその後の行動から導き出されることになる。

この解決は、さらに契約の确实性という要請をも満たすように思われる。というのは当事者だけでなく第三者も準拠法につき不确实性が存しない方がよいからである。このことは別としても、指定時期に関する明文規定は存在しないことから、破毀院の見解は強い説得力をもつと言えよう、と。

これに対して、第2説および第3説は、いずれも契約締結前および契約締結後の準拠法指定を肯定している。その根拠は次の3点に要約されよう⁶⁶⁾。第1の根拠は、このような準拠法指定が論理的に可能であることである⁶⁷⁾。第2に、第25条第1項が明示的に準拠法指定の不変性を定めていないので、その内在的可変性が必然的に肯定さるべきことである⁶⁸⁾。第3に、当事者が紛争発生後契約締結時に指定した法を適用せず、その解決を仲裁判断にゆだねることができるならば、当初指定した法とは異なる法によって仲裁人が判断する権限を当事者が付与しうるとしても、問題はないことである⁶⁹⁾。

これらの根拠のうち、第1の根拠は第1説を支持する VITTA 教授自身も認めているところである⁷⁰⁾。国際契約が2つの別個・独立した法律行為すなわち準拠法指定行為および契約内容の具体的決定行為とから成るとの通説的見解に従う限り⁷¹⁾、当事者が契約締結時以外の時期においても準拠法を指定しうることは当然であると考えられる⁷²⁾。

66) MENGOZZI, 前掲注38) p.159.

67) TREVES, 前掲注61) p.321 ss.

68) DE NOVA, 前掲注13) p.475.

69) CARBONE, 前掲注32) p.25.

70) VITTA, 前掲注11) p.266.

71) 異説として、例えば VENTURINI, 前掲注25) p.129 ss.

72) TREVES, 前掲注61) p.324 s. ; ALBERTO DE DONATIS, 前掲注61) p.

これに対して、第2・第3の根拠は批判にさらされている。第2の根拠に対しては、このような考えは現在ではもはや妥当しない自由主義思想を前提としていると批判される⁷³⁾。また第3の根拠に対しては、訴訟と比較すると例外的紛争解決手段である仲裁に関する議論を一般化することはできないと批判される⁷⁴⁾。

第2説・第3説に対しては、さらに第三者の権利を害するおそれがあるとの批判がなされよう⁷⁵⁾。これに対して、第3説を主張する TREVES 教授は次のように反論している⁷⁶⁾。ここで言う第三者とはある契約の当事者ではないものの、当該契約と何らかの点で関連する法律関係の主体であると理解されよう。まず第1に、かかる第三者が当事者である法律関係は、固有の準拠法を有する。第2に、第三者が当事者である法律関係が何らかの点で主契約の準拠法にかからしめられているなら、当該法律関係の主体である第三者は債務負担時から主契約の準拠法変更の可能性を予想すべきであるし、そうすることができたはずである。それゆえこれらの説が第三者の権利を害することになるとは必ずしも言えない、と。

第3説は一既に指摘したように一将来の契約についても事前の準拠法指定を認める点で第2説と異なっている。かかる指定を認める理由を TREVES 教授は次のように述べている⁷⁷⁾。当事者は、契約締結時に、事前に指定した法と異なる法を準拠法として指定したいならそうすることができる。しかし、そうしなければ、事前に指定した準拠法を当事者がその時点で締結した具体的契約を規律するのにふさわしいと考えていると結論できるであろうからである。

BALLADORE PALLIERI 教授は TREVES 教授に対し次のような批判

73) MENGOZZI, 前掲注38) p.159 s.

74) 同上 p.160.

75) VITTA, 前掲注11) p.266. ; ALBERTO DE DONATIS, 前掲注61) p.20 s.

76) TREVES, 前掲注61) p.328 s.

77) 同上 p.324 s.

を加えている⁷⁸⁾。契約準拠法を指定する当事者の権限は具体的契約を考慮して付与されたにすぎない。すなわち当事者の異なる意思が存在する場合に第25条に定めている他の2つの連結点を考慮しないこととしたのは、当事者自身が契約の具体的内容を認識して指定した法によって、多くの場合当該契約がよりよく規律されることになると考えたからである。それゆえ「その内容が既に決定されているか、少なくとも基本的条項が定まっている特定の契約と関連させずに抽象的に準拠法を指定することは否定されなければならない⁷⁹⁾。」

第2説の論者のなかには当事者による準拠法指定に制限が存することを主張する者もいる。BALLADORE PALLIERI教授は次のような制限を設けている。まず第1に契約の履行がはじまっていないこと、第2に契約に関する紛争が生じていないことである。契約の履行開始または紛争発生は契約の特定国法への準拠を含意することから、かかる制限が必要とされるという⁸⁰⁾。

BALLADORE PALLIERI教授の上記制限に対しては、TREVES教授による批判が存する⁸¹⁾。契約を締結しただけで特定国法への準拠が含意される。準拠法が当事者の意思に基づき変更されうることを認めるならば、準拠法変更を履行開始後や紛争発生後に否定すべき理由は存在しないように思われる。もっとも実際にはこれらの事態が生じかつ準拠法が一方当事者に利益をもたらすような場合には、変更によって不利益を被る当事者はまずかかる変更合意しないであろう。しかし合意した場合にはかかる変更を否定すべき理由は存しない、と。

以上検討してきたように準拠法指定時期に関して学説は分かれているが、最近の学説は一般的に契約締結後の準拠法指定には肯定的である。TREVES教授が正当に指摘しているように、当事者が契約締結時以外の時期に準拠法を指定することは論理的に可能である。それゆえ契約締結後の準拠法指定は、たと

78) BALLADORE PALLIERI, 前掲注25) L' AUTONOMIA……p.177 ; Diritto……p.321.

79) 同上。

80) 同上, L' AUTONOMIA……p.177 ; Diritto……p.322.

81) TREVES, 前掲注61) p.327 s.

え契約の履行開始後、紛争発生後であっても第三者の権利を害さない限り認められると考えるべきであろう。また契約締結前の準拠法指定も可能であるが、BALLADORE PALLIERI 教授が批判しているように、基本的条項すら未定の将来の契約についてまで準拠法指定を認めることは第25条の法意に反し行きすぎであろう。(未完)