

# 債権契約の「成立」と「効力」の準拠法基準時： 法律行為の構造と国際私法

根本 洋一

## 第1章 本稿の課題

### 第1節 本稿の課題

債権行為（債権契約）<sup>1)</sup>は、国際私法上、身分行為および物権行為と並ぶ重要な法律行為である。法適用通則法（平成18（2006）-6-21法律78号、平成19（2007）-1-1施行）が債権行為に関して詳細な規定（7条～9条、11条、12条）を設けているのはこのためである。法適用通則法の規定の中で債権行為に関する基本的な規定は7条、8条および9条である。この3か条が定めているルールは次のとおりである。

まず、債権契約の当事者が債権契約の「成立及び効力」に関して契約時に準拠法合意<sup>2)</sup>をしたか否かに分け、契約時に準拠法合意をした場合はそれを以っ

---

1) 法適用通則法7条、8条及び9条の単位法律関係は「法律行為の成立及び効力」であるが、同条は物権行為と身分行為には適用されず債権行為にしか適用されない。櫻田・道垣内〔2011（H23）〕（1）7条183頁（中西康）。また、債権行為の中で最も重要なのは債権契約であるので、本稿では主として「債権契約」という用語を使う。

2) 法適用通則法7条は「当事者が〔……〕選択した地の法」という言葉を使う。法選択の様態は、基本的には、申込みと承諾により成立する合意（特定法域の法を契約準拠法と

て連結点とし(同法 7 条), 準拋法合意をしなかった場合は契約時において「法律行為に最も密接な関係がある地」(以下「最密接関係地」という。)を以って連結点とする<sup>3)</sup>(同法 8 条 1 項)。

次に, 債権契約の当事者が債権契約の「成立及び効力」に関して契約時に準拋法合意をしたか否かを問わず, 契約後に準拋法合意をした場合はそれを以って連結点とする(同法 9 条)。契約後の準拋法合意は, 同法 7 条または 8 条により定まった準拋法を変更するので, 契約後の準拋法合意は「準拋法変更合意」とぶことができる。準拋法変更合意は何度してもよい。準拋法変更合意は, 従来の学説によれば, 裁判時まですることができる<sup>4)</sup>。

債権契約の成立と効力の準拋法を左右する時間的要素に関して法適用通則法

---

すべき旨を一方当事者が他方当事者に提案し, 後者がその提案に同意する)である。櫻田 [2020 (R2)] 221 頁は「準拋法選択の合意」という言葉を使う。櫻田・道垣内 [2011 (H23)] (1) 7 条 187 頁 (中西康) は「当事者の合意」という言葉を使う。そこで, 本稿では, 「準拋法合意」という用語を使う。なお, 契約の場合, 法選択の様態は, 申込みと承諾により成立する合意に限定する必要はないと思われる (奥田 [2019 (H31)] 63 頁, 小出 [2014 (H26)] 79 頁, 澤木・道垣内 [2018 (H30)] 179 頁参照)。この点は, 実質法上, 契約成立の様態が申込みと承諾による意思表示の合致に限定されない (例えば, 民法 527 条) のと同様に考えることができよう。

- 3) 準拋法合意は連結点である。山田 (鎌) [2004 (H16)] 314-315 頁, 溜池 [2005 (H17)] 350-351 頁参照。

なお, 国際私法は, 法律関係を, その法律関係にも最も密接な関係がある法域 (最密接関係地) の法に送致する法であり, そのための基準になる法律関係構成要素 (当事者の国籍・目的物所在地・原因事実発生地など) が連結点であるから, 最密接関係地と (国籍等の) 連結点は存在の段階を互いに異にする。佐藤 [2006 (H18)] 48 頁注 6, 櫻田・道垣内 [2011 (H23)] (1) 8 条 202 頁 (中西康) 参照。しかし, 規定の体裁 (「法律行為に最も密接な関係がある地の法」は「本国法」, 「目的物の所在地法」, 「原因となる事実が発生した地の法」などの語に対応する) に鑑み, 本稿では最密接関係地を連結点と呼ぶ。要綱中間試案補足説明 [2005 (H17)] 33 頁には「最密接関係地という連結点」という言葉が見える。

- 4) 後出注 35 参照。本稿で「裁判時」という言葉を使う理由については, 後出注 15 参照。

の定めるルールは以上のとおりであり、極めて明瞭なルールであるといえよう。しかし、以上のルールを基礎づける実質的根拠が何であるかに関しては、従来の学説は十分には検討していないように思われる<sup>5)</sup>。それは以下の諸点である。

第1に、債権契約の「成立」に関しては契約後に準拠法変更合意をすることができる（法適用通則法9条）。国際私法では要件完成時（例外的に、要件完成前の時点）を以って準拠法基準時とするのが基本原則である（後出第2節第1款第4目参照）から、この基本原則によれば、「成立」に関して契約後に準拠法変更合意をすることはできないはずである。ところが、従来の学説は、債権契約の当事者が「成立」の準拠法を合意により決めることができる以上は契約後の準拠法合意を禁止すべきではない、という理由で上記のルールを基礎づける<sup>6)</sup>。しかし、そのような理由では不十分であろう。

第2に、債権契約の「効力」に関して当事者が準拠法合意をしなかった場合は契約時の最密接関係地法が準拠法になる（法適用通則法8条1項）。債権契約の「効力」の基礎となる事実は契約後に発生する事実（解除の意思表示など）<sup>7)、8)</sup>である。それゆえ、上記のルールは、国際私法は要件完成時（例外的に、

---

5) 竹下〔2006（H18）〕14頁、櫻田・道垣内〔2011（H23）〕（1）9条218頁（竹下啓介）はこの点を指摘する。

6) 後出注31参照。

7) 日本民法上、債権契約の「効力」（という権利変動）の要件の例は次のとおりであり、その多くは意思表示である（売買契約に限定する。また、民法典の規定の順序に従って挙げる。）。消滅時効（166条）、履行遅滞（412条）、履行不能（413条）、受領遅滞（414条）、「債務者が任意に債務を履行しない」（414条。履行の強制）、債務不履行等の場合の債権者の過失（418条）、弁済（473条）、弁済の場所及び時間（484条）、相殺（505条）、免除（519条）、「当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなった」（536条。危険負担）、解除（540条）、催告（541条。解除の要件）、「債務者がその債務の全部の履行を拒絶する意思を明確に表示した」（542条1項2号。催告を経ない解除）、履行追完請求（562条）、代金減額請求（563条）、「売主が履行の追完を拒絶する意思を明確に表示した」（563条2項2号。催告を経ない代金減額請求）、代金の支払場所（574条）。

要件完成前の時点)を以って準拠法基準時とする, という基本原則(後出第 2 節第 1 款第 4 目参照)には反しない。しかし, それだけでは不十分であろう。

第 3 に, 債権契約の「効力」に関しては契約後に準拠法変更合意をすることができる(法適用通則法 9 条)。上述したように, 債権契約の「効力」の基礎となる事実は契約後に発生する事実(解除の意思表示など)である。では, それらの事実が発生した後に準拠法変更合意をした場合は, 第 1 に, 準拠法変更合意の前に発生した事実(に基づく効力変化)に関しても準拠法変更合意の効力は及ぶのか(遡及効の有無), 及ぶのであればその根拠は何か(上述したように, 国際私法は要件完成時またはそれ以前の時点をもって準拠法基準時とし, 要件完成後の連結点変更を考慮しないから。)という問題がある。第 2 に, 遡及効はない, という解釈をすることはできるかという問題がある。これらの問題についても, 従来<sup>8)</sup>の学説は, 債権契約の当事者が「効力」の準拠法を合意により決めることができる以上は契約後の準拠法合意も認めるべきであり<sup>9)</sup>, 遡及効の有無は当事者が決めることができる<sup>10)</sup>, と解している。しかし, その

---

8) 債権契約の「効力」に関する特約は債権契約の「効力」を左右するから債権契約の「効力」と性質決定すべきである。日本民法上の例を挙げれば, 約定利率(404 条 1 項にいう「別段の意思表示」, 419 条 1 項), 賠償額の予定(420 条), 損害賠償の予定(421 条), 弁済の場所の特約(484 条), 約定解除権(540 条), 担保責任を負わない旨の特約(572 条)である。債権契約の「効力」に関する特約は, それ自体が債権契約の「効力」(という権利変動)の要件であるとともに, その特約(特約の多くは, どんな事実が発生すればどんな権利変動が生ずる, という形の法命題である。)に定めた条件(例えば, 約定解除権の発生原因)もまた債権契約の「効力」(という権利変動)の要件である。債権契約の「効力」に関する特約は契約締結と同時に進行することが多いと思われるが, その場合であっても, 債権契約の「効力」に関する特約の成立は債権契約の「成立」の準拠法ではなく「効力」の準拠法による, と考えるべきであろう。折茂〔1972 (S47)〕146-147 頁は「賠償額の予定ないし違約金の約定がみとめられるべきか」は「契約の効力」である, とする。

9) 後出注 31 参照。

10) 後出注 43 参照。

ような説明では不十分であろう<sup>11)</sup>。

第4に、債権契約の「成立」と「効力」に関して、法適用通則法は、当事者が契約後にした準拠法変更合意を考慮する(9条)のに対して、契約後の最密接関係地の変更を考慮しない(8条)。準拠法合意と最密接関係地との間でのように取り扱いを区別する理由を従来の学説は十分には説明していない。

本稿の検討課題は以上のとおりである。これを簡単にいえば、債権契約の「成立」と「効力」の準拠法決定基準(連結点)は準拠法合意と最密接関係地であるところ、その各々について、基準時はどの時点であるか、また、その時点を基準時とする実質的根拠は何か、ということに尽きる。

## 第2節 検討の方法

本節では、債権契約の「成立」と「効力」に関する準拠法基準時を検討するための準備作業をする。まず、どんな時点が準拠法基準時になり得るかを考え(第1款)、次に、法適用通則法9条に関しては準拠法基準時を考えることが必要であり、可能であることを見る(第2款)。次に、債権契約の実質法上の構造にかかわる事項として、債権の存在とその内容(効力)の区別(第3款第1目)、および、債権契約の「成立」と「効力」の持つ意味の二面性(第3款第2目)について簡単に触れる(最後の2点は後出第2章で検討する。)

### 第1款 国際私法における準拠法基準時

法律行為は、一方では財産行為と身分行為に分けることができ、他方では「成立」と「効力」に分けることができる。このうち、「身分行為」の「成立」の準拠法基準時に関しては、法適用通則法は基本的には明文の規定により定めて

---

11) 竹下〔2006 (H18)〕15頁は準拠法変更合意の遡及効の「理論的根拠」の解明の必要性を説く。佐野〔2007 (H19)〕10-11頁注30も準拠法変更合意の遡及効に関して「さらに理論的な検討が必要であろう。」という。

いるし、学説の議論の蓄積も多い。そこで、債権契約の「成立」と「効力」の準拠法基準時を検討するための基礎作業として、以下では、身分行為の「成立」を例に取り、どの時点が準拠法基準時になり得るか——或る時点が準拠法基準時になるための条件——を考える<sup>12)</sup>。

### 第 1 目 裁判時<sup>13)</sup>

法律行為（婚姻、養子縁組など）の「成立」に関して裁判時を以って準拠法基準時とすることはできるか。

法律行為の「成立」に関して裁判時を以って準拠法基準時とした場合は、第 1 に、法律行為後、裁判が行われるまでは、法律行為の「成立」の準拠法は存在しないこととなり（この結果、当事者などは裁判が行われるまでは法律行為の「成立」を私的に判断することができなくなる<sup>14)</sup>。）、第 2 に、法律行為の「成立」に関してどの法域の法が準拠法になるかはどの時点に裁判が行われるかにより左右される（法定安定性の欠如）。第 1 点により、当事者は、法律行為後にどのように行動してよいかわからなくなるし、第 2 点が社会（当事者、第三者）に混乱をもたらすことは明らかであろう。

裁判時を以って準拠法基準時とすることの本質的な問題点は、裁判時は判断対象である法律問題とは全く関係がない、ということにある。国際私法上重要な視点は法的判断行為と法的判断の対象（法律問題）の区別である。空間に

---

12) この問題については、根本 [2019 (H31)] 42 頁以下、根本 [2020 (R2) a] 49 頁以下、根本 [2022 (R4)] 15 頁以下参照。

13) 後出注 15 参照。

14) 横山 [2012 (H24)] 162 頁は「選択された法は、契約において合意された権利義務の内容を測定する尺度を当事者にたいして提供すると同時に、契約に関連して当事者間に紛争が生じたときに紛争解決の基準を提供する。」という。当事者が私的に法的判断をする場合にも裁判所が法的判断をする場合にも準拠法が必要であることを示すといえよう。

関しては、一方では裁判所が法的判断をする法域（法廷地）があり、他方では判断対象である法律問題を構成する要素（当事者、目的物、権利変動要件）に関係がある法域（当事者の本国、目的物所在地、原因事実発生地など）があり、両者を区別する必要があるのと同じく、時間に関しては、一方では裁判所が法的判断をする時点（裁判時）があり、他方では判断対象である法律問題を構成する事実（権利変動要件）の発生時があり、両者を区別する必要がある<sup>15)</sup>。空間の点で法廷地法には準拠法になる根拠がないのと同じく、時間の点で裁判時には準拠法基準時になる根拠はない<sup>16)</sup>。

## 第2目 要件完成後の時点

では、法律行為と関係のある時点であれば準拠法基準時になり得るか。すなわち、法律行為の「成立」に関して法律行為後の時点（ここでは、単に、法律行為後の時点にして法律行為と関係のあるもの、と考えれば足りるであろう。）を準拠法基準時とすることはできるか。

この立場では、法律行為後、準拠法基準時が到来するまでは準拠法が存在しないこととなる。ところで、一般的には、要件が完成すれば「この事実に基づいて権利変動は生じたか。」という問題が生ずる<sup>17)</sup>から、その判断基準（準拠法）が必要になる。それゆえ、法律行為の「成立」に関して法律行為後の時点（にして法律行為と関係のあるもの）を以って準拠法基準時とすることはできないといえよう<sup>18)</sup>。

---

15) この理由により、本稿では、裁判手続（訴えの提起から判決の確定まで）におけるどの時点かを特定しない用語である「裁判時」という用語を使う。

16) 後出注 35 参照。

17) 要件完成前には法的判断をする必要は決して生じないのか、という問題には立ち入る余裕はない。

18) しかし、法適用通則法 9 条は債権契約の「成立」の準拠法基準時を契約後の時点とする。後出第 2 章第 3 節第 3 款参照。

### 第 3 目 要件完成以前の時点 (要件完成の時点, 要件完成前の時点)

法律行為 (婚姻, 養子縁組など) の「成立」に関して法的判断をする必要性が生じるのは, 基本的には, 要件完成以後においてであるから, 遅くとも要件完成時には準拠法が存在する必要がある。従って, 法律行為の「成立」に関して或る時点が準拠法基準時になるためには, その時点が法律行為時 (要件完成時) であるか, または, 法律行為の前 (要件完成前) の時点であることが必要である。日本の国際私法も基本的にはこの立場に立っている<sup>19)</sup>。

法適用通則法中, 法律行為の「成立」の準拠法基準時に関しては, 「法律行為時」を準拠法基準時とする規定は「法律行為前の時点」を準拠法基準時とする規定より圧倒的に多い<sup>20)</sup>。その理由は何か。

この問題は, 《法律行為の「成立」に関して当事者の本国法を準拠法とする場合, 法律行為の「成立」に最も密接な関係がある本国法はどの時点の本国法であるか。》という問題である。しかし, この問題に対して《それは法律行為時の当事者の本国法である。》と回答しても実質的根拠の説明にはなっていないであろう。

法律行為の「成立」に関して法律行為時を以って準拠法基準時とすることの根拠として, 《法律行為の成立の要件は法律行為成立の時に存しなければなら

---

19) 法適用通則法の規定はつぎのふたつに分けることができる。

(1) まず, 法律行為の「成立」に関して法律行為時を以って準拠法基準時とする規定の例は次のとおりである。債権行為の成立 (法適用通則法 7 条, 8 条, 法律行為時), 物権行為 (同法 13 条 2 項, 原因事実完成時), 認知による非嫡出親子関係の成立 (同法 29 条 2 項前段, 認知時), 養子縁組の成立 (同法 31 条 1 項前段, 養子縁組時), および, 遺言の成立 (同法 37 条 1 項, 遺言成立時)。

(2) 次に, 法律行為の「成立」に関して法律行為前の時点を以って準拠法基準時とする規定の例は次のとおりである。認知による非嫡出親子関係の成立 (同法 29 条 1 項前段, 子の出生時。ただし, 子の出生時と認知時は択一的関係に立つ。), 養子離縁 (同法 31 条 2 項, 養子縁組時)。

20) 前出注 19 参照。

ないから》という説明<sup>21)</sup>はどうか。この説明は、事実と法に基づく権利変動があたかも自然界における現象（化学反応など）であるかの如く考えている。すなわち、この説明は、《裁判所は、法律行為の「成立」について、さまざまな時点（法律行為時、および、法律行為時以外の時点）の中から、なぜ法律行為時を選んでその時点の本国法を準拠法とすべきなのか。》という質問に答えていない。

そもそも、基準時問題の本質は、《事実とどの時点の本国法の協働により権利変動が生ずるか。》という問題ではなく、《裁判所は事実に基づく権利変動に関してどの時点の本国法を基準として判断すべきか。》という問題である。前者の形の問題は《権利変動は客観的事実である。》という思想に立つのに対して、後者の形の問題は《権利変動は客観的事実ではない。》という思想に立つ。法が客観的事実ではない<sup>22)</sup>以上、権利変動もまた客観的事実ではあり得ないから、後者の形の問題を考えるべきであろう。

結局、法適用通則法が法律行為の「成立」に関して原則として法律行為時を以って準拠法基準時とする根拠は人々の心理に求めざるを得ないように思われる。すなわち、国際私法が《法律行為の「成立」は「当事者の本国法」による。》旨を決めれば、人々は、通常は、《法律行為は「法律行為時」の「当事者の本国法」により成立する。》と考える。それは、人々が、事実と法に基づく権利変動を以って自然界における現象（化学反応など）と同じく考えているからで

---

21) 山田（鎌）〔1987（S62）〕399頁は改正前法例18条1項に関して「認知は婚姻外の親子関係を成立させるものであるから、その要件は親子関係成立の時に存しなくてはならないのはいうまでもない。したがって、法例は認知の当時における各当事者の本国法によるべきものとした。」という（この引用文については、根本〔2022（R4）〕42頁参照）。これを改変して本文のようにした。また、債権契約に関する準拠法合意につき契約時（法律行為時）を基準時とする根拠に関する学説については、後出注28の項目1参照。

22) 法解釈が既存の法規範の発見・認識ではなく、法規範の創造であることについては、根本〔1995（H7）〕、根本〔1996（H8）〕参照。

ある<sup>23)</sup>。法が人々の関係を規律するルールである以上は人々の心理を尊重することが必要であろう。法適用通則法の多くの規定が法律行為の「成立」に関して法律行為時を以って準拠法基準時とすることの実質的根拠はここに求めるべきであると思われる<sup>24)</sup>、<sup>25)</sup>。

#### 第 4 目 準拠法基準時に関するルール

以上の検討により次の結論を得ることができる。すなわち、法律行為の「成立」に関しては、原則として、法律行為時を以って準拠法基準時とすべきであること、および、特別の理由がある場合は、法律行為の前の時点をもって（法律行為時と並んで択一的に、または、法律行為時を排斥して専属的に）準拠法基準時とすることができることである。そして、このことは、法律行為の「成立」

---

23) 折茂 [1972 (S47)] が改正前法例 13 条 1 項本文に関して、「当事者が婚姻当時と現在——訴訟当時——とにおいてその国籍を異にしているとき」につき、「当面の問題が、身分関係の形成——たとえば婚姻なり養子縁組なりの成立のごとき——に関するものであるときは、旧属人法——たとえば婚姻なり養子縁組なりの当時における当事者の属人法——が基準とせらるべく（準拠法の不変更主義）[……]。けだし、一方において、もしも身分関係形成の問題にたいして当事者の訴訟当時における属人法を適用すべきものとすれば、たとえばすでに婚姻当時におけるその属人法によって有効に成立した婚姻であっても、のちにいたってその有効性を否認せられる可能性があることとなり、渉外的身分関係の法的安定性はいちじるしく損われざるをえない[……]。」というのも、人々（法律行為の当事者であるか否かを問わない）は事実と法に基づく権利変動を以って自然界における現象（化学反応など）と同じく考えている、という前提に立っているといえよう。

24) 前出第 2 目で述べた視点、すなわち、《要件完成時以後には「その要件完成により権利変動が生じたか。」という問題が発生する可能性があるからその判断基準（準拠法）が必要になる。それゆえ、遅くとも要件完成時には準拠法が存在する必要がある。》という視点は、要件完成後の時点が基準時になることを排斥するのみであり、要件完成時が基準時になることを基礎づけるわけではないと思われる。

25) 結局、《要件発生時に客観的事実として権利変動が生じた。》ということとはできず、要件発生時に権利変動が生じた旨の法的判断のみが存在するのであろう。

以外にも——すなわち、私法上の権利変動一般に——拡張することができると思われる。すなわち、《権利変動に関してはその要件完成時を以って準拠法基準時とすべきである。ただし、特別の理由がある場合は、要件完成前の時点を以って、要件完成時と並んで（択一的に）、または、専属的に、準拠法基準時とすることができる。》というルールを考えることができるであろう<sup>26)</sup>。特に重要なのはこのルールの前半、すなわち、《権利変動に関してはその要件完成時を以って準拠法基準時とすべきである。》というルールであり、このルールは国際私法上の基本原理ということができるであろう。本稿ではこのルールを手掛かりとして、法適用通則法7条、8条および9条の各規定が債権行為の「成立」と「効力」の準拠法基準時をどのように定めているのか、また、その実質的根拠は何か、を考える。

## 第2款「準拠法合意の基準時」の思考の必要性

法適用通則法7条は準拠法合意に関して基準時を明示的に定めるのに対して同法9条は準拠法変更合意に関して基準時を明示的に定めているわけではない。しかし、同法9条を理解するためには準拠法基準時の思考が不可欠である。

準拠法基準時は、継続的に存在する連結点（当事者の国籍、目的物の所在地など）に関して、どの時点における連結点が準拠法決定基準になるかを示す。例えば、養子縁組の成立に関しては、養親が養子縁組前に取得した国籍が養子縁組時まで存続している場合にはその国籍が連結点になる。

準拠法の合意に関しても同様に考えることができる。まず、或る時点（契約時、または、契約後の或る時点）に準拠法合意をした場合は、その合意の効力は、その後、存続する、と考えることができる（この点で、準拠法合意の効力

---

26) 前出注19参照。

は、当事者の国籍・目的物所在地などと同じく、継続して存在する連結点である.)。次に、債権契約の「成立」と「効力」における権利変動要件(債権契約の「成立」の要件の中核は意思表示であり、債権契約の「効力」の要件は多種多様である<sup>27)</sup>。)の発生時を考えることができる。この結果、当事者の国籍等の連結点に関して、どの事実の発生時の国籍等が連結点であるか、という問題を立てることができるのと同じく、準拠法合意に関して、どの事実の発生時に効力を持っている準拠法合意が連結点であるか、という問題を立てることができる。

このようにして、本稿では、債権契約の「成立」と「効力」に関して、最密接関係地だけでなく準拠法合意に関してまた、どの時点が基準時であるか、その根拠は何か、を検討する。

### 第 3 款 債権契約の構造と国際私法

債権契約の「成立」と「効力」の準拠法を考える際には法律行為が実質法上どんな構造を持つかを考える必要がある。ここでは債権契約の準拠法基準時を考えるために必要な 2 点について簡単に説明する。

#### 第 1 目 債権の存在と債権の効力

債権契約により生じた債権の内容(効力)の変化に関しては、ふたつの説明が可能であろう。

ひとつは、債権契約の成立により具体的な請求権が発生し(例えば、買主は目的物引渡請求権を取得し)、その請求権はその後に事実が発生するたびに別の請求権に変化し(例えば、買主の目的物引渡請求権は解除により原状回復請求権に変化し)、最終的に請求権は消滅する、という思考である。すなわち、

---

27) 前出注 7 参照。

具体的な請求権のみを考える思考である。

もうひとつは、債権契約の成立により、特定内容の債権が発生し（例えば、買主は目的物引渡請求権を内容とする債権を取得し）、その債権の内容は、その後に関係が発生すれば別の内容に変化し（例えば、買主の目的物引渡請求権は解除により原状回復請求権に変化し）、最終的に債権は消滅する、という思考である。すなわち、債権の存在と債権の内容を区別する思考である。

国際私法上、債権契約の準拠法基準時を考える場合は、後者の思考（債権の存在と債権の内容を区別する思考）が必要である（後出第2章第2節参照）。

## 第2目 債権契約の「成立」と「効力」の二面性

法律行為（物権行為、債権行為、身分行為）の「成立」は法律要件と法律効果から構成される権利変動であり、法律行為の「効力」も法律要件と法律効果から構成される権利変動である。しかし、《法律行為の「成立」は法律要件であり、法律行為の「効力」は法律効果であり、それゆえ、法律行為の「成立」と「効力」はひとつの権利変動を構成する。》と考えることもできる（後出第2章第3節参照）。特に、債権契約の「成立」と「効力」にはこのような二面性があるため、債権契約の「成立」と「効力」の準拠法基準時を考える際にはこの二面性を考えることが必要である。

## 第2章 債権契約の「成立」と「効力」の準拠法基準時

債権契約の「成立」と「効力」はそれぞれ権利変動であり、また、債権契約の「成立」と「効力」から構成される大きな権利変動を考えることもできる。そこで、本章では、債権契約の「成立」(第1節)、「効力」(第2節)、および、「成立」と「効力」から構成される権利変動(第3節)に分けて、それぞれの準拠法基準時を検討する。

## 第 1 節 債権契約の「成立」：契約時<sup>28)</sup>

債権契約の「成立」は法律要件と法律効果から構成される権利変動である。

---

28) ここで、債権契約の「成立」に関して「契約時（法律行為時）」を準拠法基準時とする根拠に関する従来の学説を見る必要があるが、従来の学説は、債権契約の準拠法基準時を検討する際に、通常は、「成立」と「効力」を分けないので、以下では、債権契約の「成立及び効力」に関して契約時（法律行為時）を基準時とする（法適用通則法 7 条と 8 条はこれを定める）ための根拠に関して従来の学説の説くところを見る。

### 1. 準拠法合意

債権契約に関する準拠法合意について契約時を基準時とする根拠に関する学説は次のとおりである。

#### (1) 法例時代

木棚・松岡 [1994 (H6)] 7 条 44 頁 (佐野寛) は「契約の準拠法は、契約の成立を支配するものであるから、理論上は契約締結時において一応確定しているものと考えられる。」という。高杉 [1995 (H7)] 73 頁は「契約締結後に当事者が準拠法の指定・変更を行うことは可能か。[……]。契約準拠法が契約の成立を規律する以上、理論上、契約締結時に契約準拠法が確定している必要がある。」という。

#### (2) 法適用通則法 7 条

法適用通則法 7 条が準拠法合意について法律行為時を基準時とする根拠に関する学説は次のとおりである。神前 [2006 (H18)] 52 頁は 7 条にいう「法律行為の当時」について「準拠法の事後の変更を明文で認める適用通則法 9 条が置かれることとなり、条文化する段階において、同条と対比する形で、7 条における意思是当該法律行為の当時の意思であると明文化されたものと推測される。」という。早川 (吉) [2007 (H19)] 16 頁は法適用通則法 7 条と 8 条 1 項の定める基準時の根拠として「近代法の原則の下ではそもそも、契約の締結の時点で、その契約が有効に成立したか否か、その契約がどのような効力を有するものか、潜在的には決まっている。そして、それらを定めるための準拠法も、契約の締結の時点で決定しているはずである。」という。横山 [2012 (H24)] 161 頁は「自己が義務を負うべき相手方を選択する自由と義務負担の任意性という 2 つの要素が 7 条の「法律行為」概念のメルクマールである。これらの要素を具有する権利義務関係であるからこそ、事後的にはなくその関係の発生の時点において当事者の権利義務を測定する基準を定める法秩序を自由に当事者は合意することができるのである。」という。櫻田・佐野・神前 [2016 (H28)] 65 頁 (高杉直) は 7 条の基準時の根拠について「契約締結時に準拠法が定まっていなと、当事者の義務の具体的な履行内容が決まらないからである。」という。

## 2. 最密接関係地

### (1) 契約後に発生した事実を考慮し得ない、と解する説

法適用通則法 8 条 1 項が最密接関係地の基準時を法律行為時とする根拠について、小出〔2006 (H18)〕55 頁は「最密接関係地法の認定に当たって法律行為後の事情を排除する理由は、ある法律行為が行われ、当事者間の権利義務関係が発生したと考えられる時点において、その権利義務関係に関する準拠法が観念され、当該法律行為後に問題となる法律問題であっても、法的安定性の観点から法律行為の当時に定まった準拠法により処理すべきであって、最密接関係地法が法律行為後の事情により変動すると考えることは適当でないと考えられるからです。」という。次の学説は、契約後に発生した事実は最密接関係地の判断の際に考慮してはならない、と解する。横山〔2012 (H24)〕174 頁、奥田〔2019 (H31)〕69 頁、79 頁。

### (2) 契約後に発生した事実を考慮し得る、と解する説（後出注 36、39 参照）

(ア) 同法 8 条の基準時の定め（ないしは、最密接関係地の判断に際して契約時に存在する事実のみを考慮すること）に疑問を示す学説等がある。要綱中間試案補足説明〔2005 (H17)〕33 頁は「最密接関係地の決定に当たっては〔……〕法律行為に関するあらゆる要素を考慮の対象とする〔から、〕法律行為がされた後に発生した事実等の要素についても考慮できることとなる。」という。神前〔2006 (H18)〕62-63 頁は要綱中間試案補足説明と同旨と思われる。佐野〔2007 (H19)〕8 頁は「実際の事例では、紛争が発生するまで当事者は準拠法を意識していないことが稀ではなく、契約締結時の事情のみによって最密接関係地法を決定すると当事者が予期しない法が準拠法とされるおそれがある。訴訟手続上、準拠法に関する裁判所の判断が予め示される機会のない現行のシステムの下では、「法律行為の当時」の事情を厳密に解することは慎重であることが望ましい。」という。石黒〔2007 (H19)〕319 頁は法適用通則法 8 条 1 項の「当該法律行為の当時において」という語を「無用の時点の限定」と評する。櫻田・道垣内〔2011 (H23)〕(1) 8 条 202 頁（中西康）は「当該法律行為締結以後の事情も考慮に入れた上で、締結当時に最密接関係地法はいずれであったかという形の判断をすることはできるであろう。」という。村上〔2020 (R2)〕33 頁注 22 は「連結時である契約締結時の当事者の予見可能性を確保するためにも、最密接関係地法は、その当時の事情に基づいて決定される。とくに継続的法律関係においては、事後的に事情が変更して当初の最密接関係地法の適用が当事者の予見に反することもあろう。このような場合には、最密接関係地法の変更を認めなければなるまい」という。また、村上〔2017 (H29)〕141 頁参照。

(イ) 法適用通則法 12 条 3 項（法適用通則法 8 条 1 項の最密接関係地を推定する規定）に関して、契約後の労務提供地の変更を考慮し得る・考慮すべきである、と解する説が

債権契約の「成立」における法律要件は、意思表示とそれ以外の要件（例えば、要物契約にあっては目的物の引渡し）が満たされることであり、その法律効果は債権の発生（双務契約にあっては一方当事者の債権の効力と他方当事者の債権の効力は相互に関連しつつ変化する<sup>29)</sup>から、むしろ両当事者の債権から構成される債権債務関係が発生する、と考えるべきであろう。）である。

債権契約の「成立」という権利変動の要件完成時は契約時（法律行為時）である。それゆえ、債権契約の「成立」という権利変動に関しては、準拠法合意という連結点に関しても、最密接関係地という連結点に関しても、《権利変動に関してはその要件完成時を以って準拠法基準時とすべきである。》というルール（前出第 1 章第 2 節第 1 款第 4 目参照）に従い、契約時（法律行為時）を以って準拠法基準時とすべきであろう。法適用通則法 7 条および 8 条が債権契約の「成立」に関して法律行為時を以って準拠法基準時とする根拠はここにある（「効力」については、後出第 3 節第 2 款参照）<sup>30)</sup>。

---

ある。神前〔2006 (H18)〕109 頁は「労務を提供すべき地が変更された時点以降については、新たな労務提供地法を最密接関係地法と推定する解釈も考えられよう。」という。櫻田・道垣内〔2011 (H23)〕(1) 12 条 288 頁（高杉直）は「労働契約の途中において労務提供地が変更された場合にはそれ以降については新たな労務提供地法を最密接関係地法と推定することも可能であろう。」という。奥田〔2019 (H31)〕98 頁は「契約上の労務提供地が変更された場合は、実質上契約の変更があったか否かにかかわらず、最密接関係地法を新たに認定しなおすべきである。〔……〕。労働契約のような継続的法律関係では、労務提供地が変更された以上は、その後の契約の効力については、新たな労務提供地法が最密接関係地法と推定されるべきである。」という。

29) 例えば、一方当事者による債務不履行と他方当事者による解除の意思表示により両当事者の債権の効力は原状回復請求権に変化する（民法 540 条, 541 条, 542 条, 545 条）。

30) 債権契約の「成立」（と「効力」）に関しては債権契約時を以って準拠法基準時とする、という思考に立てば、法適用通則法 7 条は契約成立前の準拠法合意を排除するものではない、と解すべきであろう。例えば、契約の交渉過程で準拠法合意が成立した場合である。小出〔2006 (H18)〕44 頁、小出〔2014 (H26)〕7 条 81 頁、神前〔2006 (H18)〕53 頁、奥田〔2019 (H31)〕62 頁参照。

## 第2節 債権契約の「効力」：《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》<sup>31)</sup>

債権契約の準拠法基準時を考える際に最も大きな困難を提起するのは債権行

31) ここで、債権契約の「効力」に関して「契約後の準拠法合意（準拠法変更合意）」を認める根拠に関する従来の学説を見る必要があるが、従来の学説は、債権契約の準拠法基準時を検討する際に、通常は、「成立」と「効力」を分けないので、以下では、債権契約の「成立及び効力」に関して「契約後の準拠法合意」を許容する（法適用通則法9条はこれを定める）ための根拠に関して従来の学説の説くところを見る。

なお、債権契約の「成立及び効力」に関して「契約後の最密接関係地の変更」を考慮すべきかに関する学説については、前出注28の項目2(2)参照。

1. 国際私法上の当事者自治の原則を根拠として契約後の準拠法合意（準拠法変更合意）を許容する学説は次のとおりである。

(1) 法例時代の学説は次のとおりである。川又〔1978 (S53)〕250頁「当事者自治の原則」（川又〔1986 (S61)〕71頁、川又〔1995 (H7)〕75頁も同じ）、高桑〔1992 (H4)〕124頁「法例が契約準拠法の決定を当事者の意思に委ねていることから」、高杉〔1995 (H7)〕73頁「当事者自治の原則」、山田（録）〔2004 (H16)〕326頁「当事者に準拠法の選択を許す当事者自治の趣旨」（山田（録）〔1993 (H5)〕293頁は契約後の準拠法合意を許容するが、その根拠は述べていない）、松岡〔1990 (H2)〕568頁は「契約締結後に当初の準拠法選択の有効性について疑問が生じた場合や、当初の準拠法の内容が当事者の意図した効果をもたらさないことが後になって判明した場合などのように、なんらかの事情で契約締結時の準拠法を当事者が変更しようと欲した場合には、その当事者の意思を尊重し、準拠法の変更を承認することがむしろ当事者の正当な期待の保護とか国際取引の安全と円滑という、当事者による法選択を認める立法の趣旨に合致する。」（松岡〔1993 (H5)〕175頁も同じ、松岡〔1996 (H8)〕124頁も同旨であるが、「契約締結時に準拠法を指定しなかったために、紛争が生じたときに〔……〕準拠法を指定したいと欲する場合」を加える。）という。横山〔2012 (H24)〕167頁は「事後の法選択」の「必要性」に関して、「契約締結後になって別の法が当事者の契約関係にとって都合のよいことが判明するかもしれない。」などの場合を挙げる。

なお、石黒〔1978 (S53)〕141頁は法例7条にいう「当事者ノ意思」につき「少なくとも原則としては、契約締結当時の意思を問題とすべきであろう」という。

(2) 法適用通則法9条に関する学説は次のとおりである。小出〔2006 (H18)〕61頁「準拠法決定に関する当事者自治の趣旨」、櫻田〔2006 (H18)〕211頁「当事者の意思を尊重し」（櫻田〔2020 (R2)〕225頁も同じ）、澤木・道垣内〔2006 (H18)〕206頁「当事者自治の

為の「効力」である。それは、債権行為の「効力」という権利変動の法律要件が何であり、法律効果が何であるかがわかりにくい——その結果、どの時点が要件完成時であるかがわかりにくく、従って、《権利変動に関してはその要件完成時を以って準拠法基準時とすべきである。》というルール（前出第 1 章第 2 節第 1 款第 4 目参照）をどのように適用すべきかがわかりにくい——からである。そこで、債権契約の「効力」という権利変動の準拠法基準時を検討するに先立って、債権契約の「効力」という権利変動の法律要件と法律効果が何であるかを考える。まず、法律効果を考える。

### 第 1 款 債権契約の「効力」の法律効果

契約成立後は、種々の事実（履行追完請求、代金減額請求、契約解除の意思表示など）に基づいて債権の効力が次々に変化する。そこで、債権契約の「効力」の法律要件と法律効果が何であるか——そして、債権契約の「効力」という権利変動の要件完成時はどの時点であるか——について、次の思考例を手掛かりに考えてみよう。

.....

---

原則は、準拠法決定を当事者に委ねることである [から] (澤木・道垣内 [2018 (H30)] 185-186 頁も同じ)、神前・早川・元永 [2006 (H18)] 135 頁「当事者による準拠法指定を認めた以上」(神前・早川・元永 [2019 (H31)] 134 頁 (神前禎) も同じ)、青木 [2007 (H19)] 11 頁「基本的には、当事者自治を認める以上は、準拠法の事後的変更も認められてしかるべきであろう。」、小出 [2009 (H21)] 120 頁「当事者自治の趣旨」(小出 [2014 (H26)] 120 頁も同じ)、松岡 [2009 (H21)] 96 頁 (高杉直)「当事者自治の原則の趣旨」、松岡 [2021 (R3)] (松永詩乃美)「当事者自治の原則の趣旨」、櫻田・佐野・神前 [2016 (H28)] 65 頁 (高杉直)「当事者自治の趣旨」。

2. 法例時代の学説として、澤木 [1986 (S61)] 69 頁は「契約当事者は、契約締結後においても、契約内容変更の自由を持つものであり、同様に準拠法の変更もなしうるものと考えたい。従って少なくとも明示の準拠法指定の場合については、何時でも準拠法指定がなしうることになる。」という。これについては後出注 52 参照。

【思考例】債権契約の成立（これを事実①とする。）に基づいて各当事者は、具体的な請求権（これを請求権①とする。）を内容とする債権を取得し、請求権①は、その後、「存続し」、その後、請求権①は事実②の発生に基づいて請求権②に変化する。請求権②は、その後、「存続し」、その後、請求権②は事実③の発生に基づいて請求権③に変化する。請求権③は、その後、「存続し」、その後一方当事者が給付の訴えを提起した場合は、裁判時における給付請求権（権利③）の存否が判断される。それゆえ、裁判時に給付請求権が存在するための要件は、第1に、契約が成立したこと（事実①）であり、第2に、契約成立後に発生した、債権内容を変化させる事実（事実②、事実③）である。それゆえ、裁判時における給付請求権の要件完成時は事実③の発生時である。

.....

この【思考例】は理論的に重大な問題を抱えている。すなわち、この【思考例】は、事実①、事実②および事実③に基づく債権の内容の変化（すなわち、請求権①、請求権②および請求権③の発生）を時間の経過に沿って判断しているから、請求権①、請求権②および請求権③はいずれも同一契約に基づき発生した債権の内容であることを表現しているかのように見える。しかし、この【思考例】は《事実①に基づき基本権たる「債権」が発生して、その後、「存続する」とともに、事実（事実①、事実②および事実③）に基づき請求権③が発生して、その後、「存続する」。》と考えるから、この【思考例】においては、「債権」と「請求権③」は互いに別の権利であり、単に両者が並行して「存続する」に過ぎず、後者が前者の内容であるとはいえない。同様に、この【思考例】は《請求権②は事実①と事実②に基づき発生し、その後、「存続し」、請求権③は事実①、事実②および事実③に基づき発生し、その後、「存続する」。》と考えるから、この【思考例】にあつては、事実③に基づき請求権②が消滅して同時に請求権③が発生したに過ぎず、請求権②と請求権③は同一の債権の内容として連続的であるとはいえない。要するに、この【思考例】においては、基本権たる債権と具体的な請求権（請求権①、請求権②、請求権③）が《債権とその内容》の

関係に立つとはいえないし、また、請求権①、請求権②および請求権③が同一の債権の内容として連続的であるともいえない<sup>32)</sup>。

では、どのように考えるべきであろうか。

債権が存在すれば、その内容（効力）が存在しないことはあり得ない（債権が存在する限り、その内容（効力）が必要である。）。また、債権の内容（効力）は債権が存在しなければ存在し得ない。簡単にいえば、債権の存在と債権の効力は一体不可分であり、また、両者間の関係は対等の関係ではなく、《債権が主であり、債権の効力が従である。》という主従関係がある。そこで、債権が「存在」する限り、必ず、その効力が「発生」する——そして、発生した効力は存続しない——と考える必要がある。すなわち、債権契約成立により発生した債権が「存続」する限り、その効力が連続的に「発生し続ける」——発生した効力は存続しない——と考える必要がある。それゆえ、債権契約の「効力」という権利変動における法律効果は、契約成立後のどの時点においても（解除などの事実の発生時であるか、あるいは、そのような事実の発生後であるかを問わない。）債権の効力が発生することである、と考える必要がある。なお、このように考える場合、事実（解除の意思表示など）の発生に基づく効力変化をどのように説明するのかという問題がある。これについては、債権が発生してから連続的に発生している効力は事実の発生時を境として変化する（つまり、事実の発生時に新たな効力が連続的発生を開始する）、と考えるべきであろう。

---

32) 本文に挙げた【思考例】に立って《権利変動に関してはその要件完成時を以て準拠法基準時とすべきである。》というルール（前出第 1 章第 2 節第 1 款第 4 目参照）を適用すれば、各事実（に基づく債権内容変化）についてはその個々の事実の発生時が準拠法基準時になり、準拠法が時間的に分断される。これは、法適用の困難を政策考慮の枠の中でどう評価すべきかという問題ではなく、債権契約の「効力」の法律要件と法律効果が何であるかという理論的な問題である。

## 第2款 債権契約の「効力」の法律要件

債権契約により発生した債権が存続する限り債権の効力が発生し続けるから、債権発生後は——債権が消滅しない限り——どの時点においても債権の効力が発生する。そこで、債権発生後の任意の時点（以下、これを、「tの時点」ということがある。）に発生する効力の要件が何であるかを考えよう。

上述したように、債権が存続する限り債権の「効力」が発生し続けるとともに、債権が存在しなければ債権の「効力」は発生しないから、tの時点に債権が存在することがその時点に債権の「効力」が発生するための要件である。しかし、これだけでは、債権の効力の具体的な形（目的物引渡請求権か、原状回復請求権か、など）は決まらない。

或る時点（tの時点）に発生する「効力」の具体的な形を決めるのは、その時点までに発生したすべての事実である。例えば、上記の【思考例】にあつては、事実③の発生後の任意の時点に発生する「効力」の具体的な形を決めるのはその時点までに発生したすべての事実（すなわち、事実①、事実②および事実③）である。

なお、債権契約の成立により発生する債権の最初の効力は何により決まるのかという問題があろう。債権契約の成立とは債権契約の成立要件のすべてが満たされて債権が発生することをいう（前出第1節参照）。ところで、債権契約に基づき発生した債権の最初の「効力」が何であるかは法適用通則法7条、8条および9条にいう法律行為の「成立」ではなく「効力」である<sup>33)</sup>。それゆえ、第1段階として、債権契約の成立により無内容の債権が発生し（＝法律行為の「成立」）、第2段階として、債権契約の成立により債権が発生したことを要件

---

33) 従来の学説は、債権契約の成立により最初に発生する効力が何であるかという問題を債権契約の「成立」ではなく「効力」と性質決定していると思われる。久保〔1935 (S10)〕355頁、實方〔1953 (S28)〕222-223頁、江川〔1970 (S45)〕219頁、折茂〔1972 (S47)〕147頁、山田（鎌）〔2004 (H16)〕334頁参照。

として直ちに債権の最初の効力 (例えば, 買主の目的物引渡請求権) が発生する (= 法律行為の「効力」), と考えるべきであろう。

以上をまとめれば次のようになる。債権契約成立後の任意の時点 (t の時点) における債権の「効力」の法律要件は, 第 1 に, t の時点に債権が存在すること, 第 2 に, 債権契約時から t の時点までに発生したすべての事実 (履行追完請求, 解除の意思表示など) である。

### 第 3 款 債権契約の「効力」の準拠法基準時

#### 第 1 目 債権契約の「効力」の要件完成時: 準拠法基準時の理論的基礎

上述したように, 債権契約の「効力」という権利変動における法律効果は, 契約成立後の任意の時点における効力の発生であるから, 国際私法が債権契約の「効力」として実質法に送致する権利変動は特定時点における効力発生であり, すなわち, 特定時点における「効力」は何かという問題である。例えば, 契約解除による原状回復請求権に基づく給付の訴えにおいては, 国際私法による送致の対象は, 《契約解除により各当事者の債権の効力は何に変化したか, 原状回復請求権に変化したか。》という問題ではなく, 《裁判時における各当事者の債権の内容は何であるか, 原状回復請求権であるか。》という問題である。そして, 国際私法は法律問題 (権利変動問題) を実質法に送致するから, 債権契約の「効力」として国際私法が実質法に送致する問題は, 《特定時点 (t の時点) における債権の存在, および, 債権契約時から t の時点までに発生したすべての事実に基づき, t の時点にはどんな効力が発生するか。》という問題である。

では, この問題に関する準拠法基準時はどの時点であるか。

債権契約の「効力」にあって国際私法が実質法に送致する権利変動は《特定時点 (t の時点) における債権の存在, および, 債権契約時から t の時点までに発生したすべての事実に基づき, t の時点にはどんな効力が発生するか。》という問題であるから, この権利変動の要件完成時は t の時点——これは, 《そ

こにおける効力が何であるかが問われる時点》<sup>34)</sup>と呼ぶことができる——である。従って、《権利変動に関してはその要件完成時を以って準拠法基準時とすべきである。》というルールに従えば、上記の問題に関してはtの時点が準拠法基準時になる。すなわち、《或る時点における債権の効力が何であるかを問う場合はその時点が準拠法基準時になる。》ということができる。例えば、契約解除による原状回復請求権に基づく給付の訴えにおいては、国際私法による送致の対象は《裁判時における各当事者の債権の内容は何であるか。原状回復請求権であるか。》という問題であるから、裁判時<sup>35)</sup>が準拠法基準時になる<sup>36)</sup>。そして、かく選ばれた実質法は、国際私法により実質法に送致された問題、すなわち、《特定時点 (t の時点) における債権の存在、および、債権

34) この表現については、根本〔2020 (R2) a〕69頁注48参照。なお、或る時点における「効力」の発生原因はその時点における債権の存在であるから、正確には、《そこにおける債権の存否が問われる時点》というべきであるが、契約をめぐる訴訟は給付の訴えが多いので、本稿では《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》という言葉を使う。

35) 従来の学説は準拠法変更合意は事実審の口頭弁論終結時までとすることができる、と解する。横山〔2012 (H24)〕167頁「事実審の口頭弁論終結時まで」、奥田〔2019 (H31)〕80頁「事実審の口頭弁論終結時まで」、ただし、櫻田・道垣内〔2011 (H23)〕(1)9条220頁(竹下啓介)は「口頭弁論終結時まで」とするが、「一定の時点において準拠法の変更を制約」することの必要性を説き、「制約等を解釈論上認める必要があろう」という。

契約に基づく給付の訴えにおいては事実審の口頭弁論終結時における給付請求権の存否が審判の対象である(既判力の標準時については、新堂〔2019 (H31)〕693頁参照)から、その限りでは《事実審の口頭弁論終結時が準拠法基準時になる。》ということ是可以する。しかし、事実審の口頭弁論終結時が準拠法基準時になる根拠は、《裁判所は事実に関する資料を事実審の口頭弁論終結時まで収集することができるから》ではなく、《事実審の口頭弁論終結時における債権の「効力」が何であるかが判断されるから》である。

36) 従って、法適用通則法8条1項にいう最密接関係地の判断に際して契約後に発生した事実を考慮し得るとする学説(前出注28の項目2(2)参照)は理論的に成立し得る。また、それゆえ、同法8条1項にいう最密接関係地について——同法9条、32条における基準時と同じく——《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》を基準時とすることは立法論として検討の余地はあろう。

契約時から  $t$  の時点までに発生したすべての事実に基づき、 $t$  の時点にはどんな効力が発生するか。》という問題の判断基準になる。

しかし、以上に述べたのは、債権契約の「効力」に関する準拠法基準時として基礎づけることができるのはどの時点であるか（理論的な基礎づけ）の問題である。これに引き続いて、その時点は債権契約の「効力」に関する準拠法基準時として適格であるか（政策考慮）を検討する必要がある。

## 第 2 目 政策考慮

ここでは、債権契約の「効力」に関するふたつの連結点（最密接関係地、準拠法合意）のそれぞれについて、《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》が準拠法基準時として適格であるかについて検討する。

### 第 1 項 最密接関係地

まず、最密接関係地について。

債権契約の「効力」の変化の要件たる事実（解除の意思表示など）<sup>37)</sup> が発生した場合は、当事者は、通常、その事実に基づく効力変化が何であるかについて準拠法を見て判断する（特に、債権契約の「効力」の要件の多くは当事者の意思表示である<sup>38)</sup> から、当事者は、意思表示をする直前にも、その意思表示による債権効力変化が何であるかについて準拠法を見て判断する。）。そして、その事実（解除の意思表示など）の発生後に、最密接関係地が変更し、その後に給付の訴えが提起された場合、最密接関係地変更の前に発生した事実（に基づく債権効力変化）に関して裁判所が新準拠法を基準として判断すれば事実発生時にした当事者の判断が覆される可能性がある。従って、債権契約の「効

---

37) 前出注 7 参照。

38) 前出注 7 参照。

力」の連結点としての最密接関係地については、《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》を以て準拠法基準時とすることはできない<sup>39)</sup>、<sup>40)</sup>。法適用通則法が債権契約の「効力」に関して契約後の最密接関係地の変更を考慮しない（同法8条）のはこのためであろう（「成立」については後出第3節第3款第2目参照）。

## 第2項 準拠法合意

次に、準拠法合意について。

債権契約の「効力」の要件たる事実（解除の意思表示など）の発生後に債権契約の「効力」の準拠法変更合意をするのは当事者の意思に基づくから、これを禁止する（＝無効とする）いわれはない。すなわち、債権契約の「効力」の準拠法決定基準（連結点）としての準拠法合意に関しては、《或る時点における債権の「効力」が何であるかを問う場合はその時点が準拠法基準時になる。》というルールを採用に支障はない。それゆえ、或る時点（tの時点）における「効

---

39) 佐野〔2007（H19）〕は当事者の「予期」の観点から法適用通則法8条に疑問を示す（前出注28の項目2（2）参照）。これは、どんな人のどの時点における「予期」を保護すべきかという問題であり、本文のように考えるべきであろう。なお、法がたとえ「法律行為に最も密接な関係がある地」という一般的基準を使っている場合であっても、当事者が事実発生時にした私的な判断を覆すことが許されないことには変わりはない。

40) 法適用通則法32条の親子間の法律関係に関してはどうか。親権変動の要件は、子の出生、認知・養子縁組の成立、父母の婚姻・離婚、父母の協議（民法819条1項、3項、4項）などである。これらの要件の発生時に父母等は準拠法を見て誰が親権者であるかを私的に判断するから、この判断を保護する必要性は小さくないであろう。それにもかかわらず、法適用通則法32条においては、親権変動の要件発生時に父母等がした私的な法的判断の事後的保護は図られない。この理由は、親権には公益的な面があるところ、親権者と取引をする第三者は取引前の父母子の国籍を知らないことが多い（これに対して債権契約は契約当事者間の関係に限られる。）という点にあり、親権変動の準拠法基準時については、根本〔2021（R3）〕100頁以下参照。

力」が何であるかを問う場合は、その時点 (t の時点) までに行われた準拠法合意のうち最後に行われたものが連結点になる。例えば、契約解除後に当事者が準拠法変更合意をし、その後に、当事者の一方が契約解除による原状回復請求権に基づき給付の訴えを提起した場合は、裁判時が準拠法基準時になるから、契約時から裁判時までには発生したすべての事実 (解除など) に関して、契約解除後の準拠法変更合意が連結点になる。法適用通則法 9 条が債権契約の「効力」に関して契約後の準拠法合意を許容する実質的根拠は以上のように解すべきであろう<sup>41)</sup> (「成立」については後出第 3 節第 3 款第 2 目参照)。

### 第 3 目 準拠法変更合意の遡及効

上述したように、債権契約の「効力」にあつては、《特定時点 (t の時点) における債権の存在、および、債権契約時から t の時点までに発生したすべての事実に基づいて、t の時点にはどんな効力が発生するか。》という問題に関して、準拠法合意については、t の時点が基準時になる (前出第 2 目第 2 項参照)。すなわち、t の時点までに行われた準拠法合意のうちの最後のものが連結点になる。そして、かく選ばれた実質法は、送致された問題の判断基準になるから、連結点たる準拠法合意の前に発生した事実 (に基づく効力変化) に関しても判断基準になる。その意味で、準拠法合意には遡及効がある<sup>42)、43)</sup>。法

---

41) 契約後の或る時点に準拠法変更合意をすれば、それが、その時点以後のすべての時点における効力 (効力変更の基礎となる事実ではない。準拠法合意は、準拠法合意の前に発生した事実に対しても遡及効を持つ。後出第 3 目参照) の準拠法決定基準 (連結点) になるから、従来の用語を使えばこれは準拠法の「変更主義」である。しかし、或る時点における効力が何であるかという問題の準拠法は時間の経過により変更するわけではないから、むしろ、「不変更主義」である。なお、準拠法基準時を「変更主義」、 「不変更主義」という限られた用語で検討することには限界がある。根本 [2020 (R2) a] 61 頁以下、根本 [2021 (R3)] 105 頁以下参照。

42) 準拠法合意の「遡及効」と「将来効」について。

(1) 債権の「効力」に対する遡及効・将来効

これまでに述べたように、或る時点における債権の「効力」が何であるかを問う場合は、準拠法合意については、その時点において効力を持つ準拠法合意が連結点になるから、準拠法変更合意の効力は、その後（の或る時点）における債権の「効力」に対して及ぶのに対して、その前（の或る時点）における債権の「効力」に対しては及ばない。前出注 41 参照。

(2) 事実（に基づく効力変化）に対する遡及効・将来効

或る時点における債権の「効力」が何であるかを問う場合は、準拠法合意については、その時点において効力を持つ準拠法合意が連結点になるから、契約後の準拠法合意（準拠法変更合意）の効力は準拠法変更合意の前に発生した事実に対しても及ぶ。しかし、これは遡及効であろうか。

時間的に前後して発生する複数の要件（例えば、F①とF②）に基づくひとつの権利変動に関してそのうちの最後の要件（すなわち、F②）の発生時（＝要件完成時）を準拠法基準時とする場合、準拠法は、その複数の要件の全体（に基づくひとつの権利変動）に関する判断基準になるし、普通は、これを「遡及効」とは呼ばない。例えば、子の出生後、認知前に認知者の国籍（本国法）が変更したとき、《認知者の血縁上の子が出生すること、および、認知というふたつの事実に基づき非嫡出親子関係が成立するか。》という問題について認知時の認知者の本国法が準拠法になり得る（法適用通則法 29 条 2 項前段）が、このとき、認知者の本国法の変更が子の出生に対して遡及効がある、とはいわない。なお、この事例では、時間的に前後して発生する複数の要件はいずれも権利変動の直接の要件であり（換言すれば、そのうちの最後の要件が発生するまでは権利変動は生じない。）、その結果、準拠法を基準として判断される問題は、《それらの複数の要件が全部満たされた場合にはどんな権利変動が生ずるか。》という問題である。

債権契約の「効力」の連結点たる準拠法合意に関しては、本文中既に述べたように（前出第 2 目第 2 項参照）、法適用通則法 9 条によれば、《債権発生時から或る時点（t の時点）までに発生したすべての事実（F①、F②……）に基づき t の時点における効力は何になったか。》という問題に関しては t の時点が要件完成時であるから準拠法基準時になり、その結果、F①の発生後、F②の発生前に行われた準拠法合意により選ばれた実質法は F①（に基づく効力変化）と F②（に基づく効力変化）の判断基準になる。これは、上述した認知の事例と同じであり、準拠法変更合意の効力が F①に遡及するわけではない。なお、債権契約にあっては F①に基づいて効力が変化するため、F①発生後にした準拠法合意の効力が F①（に基づく効力変化）に遡及しているように見える。債権契約の「効力」の準拠法変更合意の「遡及効」という言葉が使われるのはこのためであろう。

将来効はどうか。上記の認知の事例では、認知者の本国法変更がその後の認知行為に対して将来効がある、とはいわない。これと同じく、債権契約の「効力」の準拠法変更合意の後に F ②が発生し、その後に契約に基づいて給付の訴えを提起した場合——この場合、債権の「効力」の準拠法基準時は裁判時である——、準拠法変更合意が F ②に対して将来効がある、という必要はない。

(3) 準拠法合意の「遡及効」、「将来効」という用語は便利な用語であるが、以上の点を意識することが必要であると思われる。

43) 準拠法変更合意の遡及効に関する従来の学説等は次のとおりである。

1. 法例時代の学説は次のとおりである。

(1) 準拠法変更合意は将来効のみを持つが、当事者が別段の意思表示をすれば遡及効をも持つ、と解する説は次のとおりである。国際私法立法研究会〔1995 (H7)〕277 頁 (読案 1 条 4 項)、澤木・道垣内〔2004 (H16)〕168 頁。

(2) 中野〔1998 (H10)〕38 頁は準拠法変更合意の遡及効の有無は「当事者の意思解釈の問題に帰着しようが、〔……〕、とりわけ準拠法の事後の合意の場合について、遡及効を否定することが当事者の合理的意思解釈に適うかどうかは疑問というべきであり、スイス国際私法 116 条 3 項も、準拠法の事後の合意や変更は契約締結時に遡及するものと規定している。」という。

2. 要綱中間試案〔2005 (H17) 0322〕第 4-4-A 案 (別冊 NBL110 号 95 頁) は「当事者は、法律行為の準拠法を遡及的又は将来的に変更することができる〔……〕旨の規定を設ける。」とする。要綱案〔2005 (H17) 0712〕第 4-2 (別冊 NBL110 号 86 頁) には「(注) 準拠法の変更の効力を遡及的なものとするか将来的なものとするかは、当事者がその変更の際に選択することができるものとする。」という注記があり、要綱〔2005 (H17) 0906〕第 4-2 (別冊 NBL110 号 69 頁) にも同じ注記がある。これによれば、当事者は、準拠法変更合意の効力につき、遡及効のみとする、将来効のみとする、遡及効および将来効とする、の 3 通りのうちから選べることとなる。

3. 法適用通則法 9 条に関する学説は次のとおりである。

(1) 遡及効の有無は当事者が決めることができる、と解する学説は次のとおりである。小出〔2006 (H18)〕61 頁、神前〔2006 (H18)〕72 頁、櫻田〔2006 (H18)〕212 頁(櫻田〔2020 (R2)〕226 頁も同旨)、佐野〔2007 (H19)〕8 頁、北澤〔2009 (H21)〕126 頁、横山〔2012 (H24)〕167 頁、澤木・道垣内〔2018 (H30)〕185 頁 (ただし、「特段の合意がない限り将来に向かっての効力しがなく、遡及効はないこととするといった制約を立法上課することも考えられる」という。同 185 頁)、中西・北澤・横溝・林〔2022 (R4)〕234 頁、櫻田・道垣内〔2011 (H23)〕(1) 9 条 223 頁 (竹下啓介) (ただし、「将来効の変更は準拠法の

適用通則法 9 条はこの趣旨と解される。

法適用通則法 9 条は、当事者が契約後に「効力」に関して準拠法変更合意をするとともにその遡及効を排除する合意をした場合に関しては規定していない。これについては次のように考えるべきであろう。債権契約の「効力」にあつては、或る事実（例えば、代替物引渡請求）の発生に基づき効力が変化し、その後、その効力と別の事実（例えば、解除の意思表示）の発生に基づいて効力がさらに変化し、これが積み重なって最新の効力を形成する。或る時点における効力を起点にしてその要件が何であるかを考えれば、或る時点における効力は、契約後、その時点までに発生したすべての事実の積み重ねの上に形成される。それゆえ、或る時点に発生した事実（に基づく効力変化）と別の時点に発生した事実（に基づく効力変化）を相異なる法域の実質法に送致することはできない、と解すべきであろう。従つて、当事者が契約後に債権契約の「効力」に関して準拠法変更合意をした場合はその合意は将来効と遡及効を生ずる（当事者は将来効または遡及効を排除する合意をすることはできない）、と解すべきであろう<sup>44)</sup>。

---

分割を招来するものであり、スイスの立法例のように、遡及効のみを認めることも考えられよう。」という。同 223 頁注 40。「将来効と遡及効を持つ準拠法変更のみ」という意味か。).

(2) 準拠法変更合意は将来効のみを持つが、当事者が別段の意思表示をすれば遡及効をも持つ、と解する学説は次のとおりである。小出〔2014 (H26)〕9 条 120 頁。

(3) 準拠法変更合意は将来効と遡及効を持つが、当事者が別段の意思表示をすれば遡及効は生じない、と解する学説は次のとおりである。奥田〔2019 (H31)〕82 頁。

(4) 法適用通則法 9 条の意義について、早川 (吉)〔2007 (H19)〕16-17 頁は「〔法適用通則法 9 条を〕新設したことには〔……〕近代法の原則の下では本来認められないはずである契約準拠法の遡及的な変更を、立法の力により認めたという大きな意〔以下、17 頁〕味があると言える。」という。

44) 櫻田・道垣内〔2011 (H23)〕(1) 9 条 223 頁注 40 (竹下啓介) (前出注 43 の項目 3 (1)) 参照。

### 第 3 節 債権行為の「成立及び効力」：ふたつの基準時

これまで、或る時点為準拠法基準時とすることの理論的根拠は何かという問題について、債権契約の「成立」という権利変動と「効力」という権利変動を分けて検討した。しかし、法適用通則法 7 条、8 条および 9 条を理解するためにはこれだけでは十分ではない。それは、同法は、以上の検討結果からは説明できないルールを含んでいるからである。例えば、債権契約の「成立」という権利変動の要件完成時は契約時であるから契約後の時点為準拠法基準時とすることはできない（前出第 1 章第 2 節第 1 款第 3 目参照）にもかかわらず、同法 9 条は債権契約の「成立」に関して債権契約後の準拠法合意を許容する。また、或る時点における債権契約の「効力」を問う場合、「効力」という権利変動の要件完成時はその時点——そこにおける効力が何であるかが問われる時点——であるにもかかわらず、同法 7 条と 8 条は債権契約の「効力」に関して契約時を以って準拠法基準時とする。これは、同法 7 条、8 条および 9 条の規定——いずれにおいてもその単位法律関係は「法律行為の成立及び効力」である——が、《債権契約の「成立」と「効力」はひとつの権利変動を構成する。》という思想に立脚しているからである。そこで、次にこの点を検討する。

---

この問題は債権契約の「効力」の分割指定の問題の一環である。債権契約の分割指定に関しては、藤川〔1997 (H9)〕、櫻田・道垣内〔2011 (H23)〕(1) 分割指定 292 頁以下（竹下啓介）、増田〔2021 (R3)〕参照。

なお、債権契約の「成立」も「効力」もそれぞれひとつの権利変動であるから、「成立」の準拠法と「効力」の準拠法を相異にするに至る準拠法合意（「成立」と「効力」のそれぞれにつき相異なる実質法を準拠法とする合意をすること、「成立」と「効力」の一方のみに関して準拠法合意をすること）は許容すべきであろう（法例 7 条に関して結論同旨、山口〔1910 (M43)〕162-163 頁、山口〔1929 (S4)〕364-365 頁、山田（鏡）〔2004 (H16)〕334-335 頁、溜池〔2005 (H17)〕364-365 頁）。従って、契約後の準拠法合意に関しても同様に解すべきであろう（例えば、当事者は契約後に契約の「効力」のみに関する準拠法変更合意をすることができ、その場合は「成立」の準拠法は変更しない。).

## 第1款 債権契約の「成立」と「効力」から構成される権利変動

ここでは、《債権契約の「成立」と「効力」はひとつの権利変動を構成する。》という思想<sup>45)</sup>が成り立つか否かを考える

---

45) 従来の学説等の中にも、法律行為の「成立」と「効力」の関係を以って原因と結果の関係と同視する説、あるいは、法律要件と法律効果の関係と同視する説がある。以下のとおりである。

(1) 法例議事速記録（第5回、明治31（1898）-12-8開催）によれば、法典調査会では「契約ニ因リテ生スル債権ノ成立及ヒ効力ニ付テハ当事者ノ意思ニ從ヒ其何レノ国ノ法律ニ依ルヘキカラ定ム」という案が審議された。まず、重岡薫五郎が債権の消滅に関して質問したのに対して穂積陳重は「消滅ノコトモ本条ニ勿論依ル積リデアリマス既ニ「成立」トアリマス何時マデハ成立シテ居リ何時ハ消滅スル斯ウ云フコトデアリマスカラ消滅ト云フコトガ極マレバ成立ガ無ク為ル「成立」ト云フ中ニ含ンデ居リマス」と発言した（118頁）。次に、土方寧が「消滅」の文字を入れる旨の提案をしたのに対して穂積（陳）は「成立ノ準拠法ガ定マリマスレバ消滅モ其準拠法ニ依ルト云フコトハ言ハヌデモ是デ足リルト思ツテ居リマス」と発言した（121頁）。

(2) 山田（三）〔1931（S6）〕158頁「法律行為の成立の結果として当然発生すべき効力に付ては成立問題の準拠法と異なる法律に依ることを得ざるは勿論である。」（山田（三）〔1934（S9）〕588頁も同じ）

(3) 久保〔1935（S10）〕332頁「私は法律行為の成立とその効力とは原因結果の関係に於て結合するものなれば、国際私法が特別の理由により之を分別してその準拠法を定めたるもの〔……〕を除く外は法律行為の成立及び効力を一体としてその準拠法を決定すべきものなりと信ずる〔……〕。」（久保〔1953（S28）〕169頁も同旨）、久保〔1935（S10）〕345頁「法律行為の効力とは法律行為の法律効果を指称する」（久保・同355頁も同旨）。

(4) 江川〔1950（S25）〕231頁「成立と効力とは本来、原因と結果との関係において結合し不可分の関係にあるものである。この点は身分上の法律行為とちがうところである。身分上の法律行為のように特に両者をちがう法律によらしめていない以上は〔……〕、成立も効力も同一の法律によるべきであって、当事者は成立と効力につきそれぞれ別の準拠法を指定しえないと解すべきである。」（江川〔1970（S45）〕219頁も同じ。江川〔1939（S14）〕231頁も概ね同旨）

(5) 實方〔1942（S17）〕160頁「法律要件としての法律行為の成立と法律行為の効果とは条件・帰結の関係に於て結ばれてゐるが故に、両者は之を同一の国法をして定めしむるのが適當〔である〕。」（實方〔1953（S28）〕160頁も同じ）

既に述べたように (前出第 2 節第 1 款参照), 債権契約の成立に基づき無内容の債権が発生し, その債権は, その後, 存続し, 債権が存続する限り債権から効力が発生し続けるとともに, 債権が消滅すればもはや効力は生じない. 簡単にいえば, 債権の存在と債権の効力の発生は不可分の関係に立つ. そこで, 債権契約の「成立」と, その後の任意の時点 (t の時点) における「効力」の間の関係は, 直接的な関係であり (すなわち, 「成立」から「効力」が, 解除の意思表示などの事実の発生を介さずに, 直接に発生する), かつ, 同時の関係である (すなわち, 「成立」するのと同時に「効力」が発生する), と考えることができる. すなわち, 《債権契約の「成立」と「効力」は法律要件と法律効果の関係に立つ. 債権契約の「成立」と「効力」はひとつの権利変動を構成する。》と考えることができる<sup>46)</sup>. これは法理論的には正確ではないが, 債権の存在と債権の効力が不可分の関係に立つことに鑑みれば, 成り立ち得るであろう.

この考え方に立てば, 債権契約がいつ「成立」するのか, および, 「効力」がいつ発生するのかについてはふたつの思考が成り立つ. すなわち, 第 1 は,

---

(6) 折茂 [1972 (S47)] 62 頁「或る法律行為が, いかなる要件を満たした場合に有効に成立するか, またそれにいかなる効果があたえられるかという問題の準拠法」(折茂 [1959 (S34)] 44 頁も概ね同旨)

(7) 以上の学説等をまとめると次のようになる.

第 1 に, 《法律行為の「成立」と「効力」は原因と結果の関係に立つから同一実質性に送致する必要がある。》と述べる学説がある (山田 (三), 江川, 久保).

第 2 に, 法律行為の「効力」を「効果」と呼ぶ学説がある (久保, 實方, 折茂).

第 3 に, 穂積 (陳) は契約成立により発生した債権が存続する状態を「成立」と呼んでいるものと思われる. これについては後出注 47 を付した本文参照.

46) 債権契約に関してこのような思想が成り立つのは, 契約成立により発生する債権が具体的な内容 (買主の売主に対する目的物引渡請求権など) を持ち, 契約後に発生する事実はその内容を変化させるに過ぎないからであろう. この点は債権行為と身分行為との間の大きな違いである. 江川 [1950 (S25)] 231 頁 (前出注 45 の項目 (4) 参照).

債権契約後の任意の時点における「効力」は債権契約「成立」時に発生する、という思考であり、第2は、債権契約後の任意の時点（ $t$ の時点）における「効力」との関係では債権契約は $t$ の時点に「成立」する<sup>47)</sup>、という思考である。債権契約の「成立」と「効力」から構成される権利変動の要件完成時は、第1の思考に立てば債権契約時である（法適用通則法7条と8条はこの思考に立つ。）のに対して、第2の思考に立てば、《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》である（同法9条はこの思考に立つ。）。このように、或る時点（ $t$ の時点）における「効力」を問う場合、債権契約の「成立」と「効力」から構成される権利変動に関しては、債権契約時と $t$ の時点のいずれも要件完成時であるから、理論的には、いずれも準拠法基準時とすることができることとなる。

そこで、次の問題は、債権契約の「成立」と「効力」から構成される権利変動に関して、このふたつの時点のそれぞれは、ふたつの連結点（最密接関係地、準拠法合意）のそれぞれに関して、準拠法基準時として適格であるかという政策考慮である。以下で見てみよう。

## 第2款 債権契約の「成立及び効力」：契約時

まず、債権契約の「成立」と「効力」から構成されるひとつの権利変動に関して、《契約時》は基準時として適格であるか否かを検討する<sup>48)</sup>。しかし、このうち、「成立」に関しては既に検討した（前出第1節参照）。そこで、ここで検討すべきなのは、「効力」に関してである。

これについては、債権契約の「成立」と「効力」がひとつの権利変動を構成するという思想に立てば、その権利変動の要件完成時（のひとつ）は債権契約の「成立」時であるから、これに《権利変動に関してはその要件完成時を以つ

---

47) 前出注45の項目(1)に掲げた穂積（陳）発言参照。

48) 従来の学説については、前出注28参照。

て準拠法基準時とすべきである。》というルールを適用すれば、契約時を以って準拠法基準時とすることができることは明らかである。法適用通則法 7 条と 8 条が債権契約の「成立及び効力」に関して債権契約時を以って準拠法基準時とする根拠はここに求めるべきであろう。

### 第 3 款 債権契約の「成立及び効力」：《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》

次に、債権契約の「成立」と「効力」から構成されるひとつの権利変動に関して、《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》は基準時として適格であるか否かを検討する<sup>49)</sup>。しかし、このうち、「効力」に関しては既に検討した（前出第 2 節参照）。そこで、ここで検討すべきなのは、「成立」に関してである。

#### 第 1 目 「成立」に関する最密接関係地と《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》

まず、債権契約の「成立」に関する《最密接関係地》について《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》が基準時として適格であるかについて<sup>50)</sup>。

債権契約の「成立」に関して最密接関係地を連結点とする場合に契約後の時点をもって準拠法基準時とすれば当事者が契約時にした法的判断（契約が成立するか否かに関する法的判断）を覆す可能性が生ずる。従って、「成立」に関して最密接関係地を連結点とする場合は《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》は基準時として適格ではない（これは、債権契約の「効力」に関して最密接関係地について述べたことと同じ理由である。前出第 2 節第 3 款

---

49) 従来の学説については前出注 31、前出注 28 の項目 2 (2) 参照。

50) 従来の学説については、前出注 28 の項目 2 (2) 参照。

第2目第1項参照)。法適用通則法8条が同法9条と異なり債権契約の「成立」に関しても「効力」に関しても契約後の最密接関係地の変更を考慮しない根拠はここにある。

第2目「成立」に関する準拠法合意と《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》次に、債権契約の「成立」に関する《準拠法合意》について《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》が基準時として適格であるかについて<sup>51)</sup>。

債権契約の当事者が契約後に「成立」に関して準拠法変更合意をするのは当事者の意思に基づくから、これを禁止する(=無効とする)いわれはない(債権契約の「効力」に関する準拠法変更合意について述べたことと同じ理由である。前出第2節第3款第2目第2項参照)。法適用通則法9条が債権契約の「成立及び効力」に関して契約後の準拠法合意(準拠法変更合意)を許容する根拠はここにある<sup>52)</sup>。

### 第3目 法適用通則法9条の実質的根拠

以上に述べたように、法適用通則法9条が契約後の準拠法合意を許容する根拠については、理論的根拠(債権契約の「成立」と「効力」から構成される権利変動の要件完成時はどの時点であるか、という視点。前出第1款参照)と政策的根拠(前出本款第1目、第2目参照)に分けて考えるべきであろう。従って、契約後の準拠法変更合意の許容性は国際私法上の当事者自治の原則により基礎づけることはできないと思われる。

---

51) 従来の学説については、前出注31参照。

52) 澤木 [1986 (S61)] (前出注31の項目2参照)は、《実質法上、契約成立後の或る時点(tの時点)までに発生した事実はtの時点における「効力」を左右するからtの時点が要件完成時であり、それゆえ、tの時点が準拠法基準時である。》という趣旨に読むこともできなくはない。

#### 第 4 目 法適用通則法 9 条の定める基準時の特色

法適用通則法にあっては、債権契約の「成立」と「効力」に関する準拠法合意についての基準時は、実質的には、同法 9 条の定める時点——《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》——である(後出第 4 款参照)。そこで、同法 9 条の定める基準時の特色を見てみよう。

債権契約の当事者が契約時に「成立」と「効力」に関する準拠法合意をし、契約後に「成立」と「効力」に関して準拠法変更合意をし、その後に当事者の一方が契約上の権利に基づく給付の訴えを提起した場合は、裁判時が——《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》の資格で——基準時になり、その結果、裁判時までにした準拠法合意のうちの最後のものが連結点になる。準拠法合意を起点としてこれを見れば、最後の準拠法合意の後に訴えが提起されれば裁判所は必ずその準拠法合意を連結点とする。すなわち、債権契約の「成立」と「効力」に関して当事者が準拠法合意をした場合は、第 1 に、《それは基準時後の準拠法合意だから裁判所はそれを考慮しない。》という事態はあり得ない(これに対して、養子縁組の「成立」に関しては、裁判所は養子縁組後の養親の本国法変更を考慮しない。法適用通則法 31 条 1 項前段)。第 2 に、《それは基準時前の準拠法合意だから裁判所はそれを考慮しない。》という事態もあり得ない(これに対して、養子縁組の「成立」に関しては、養子縁組をまだしていない状況で養親の本国法が変更した場合は、変更後の本国法が準拠法になるか否かは養子縁組成立時まで決まらない。)。これは、債権契約の「成立」と「効力」に関する準拠法合意については——裁判時における「効力」が判断される場合は裁判時が準拠法基準時であるから——、裁判が行われることそれ自体が基準時到来を意味することに起因する。このように、契約債権に基づく給付の訴えにあっては準拠法合意に関しては法適用通則法 9 条の定める基準時——《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》——は基準時としての機能を果たしていない<sup>53)</sup>。従来の学説が債権契約に関する準拠法合意について基準時を必ずしも十分には論じなかったことの原因はここにあると思われ

る。

#### 第4款 法適用通則法7条、8条および9条の関係

##### 第1目 法適用通則法7条と9条の関係：段階的連結

法適用通則法7条と9条の関係を考える。第1に、両規定はいずれも準拠法合意を連結点とする。第2に、同法7条の対象とする時間的範囲は「法律行為の当時」であるのに対して、同法9条の対象とする時間的範囲は、法律行為時を含まず、法律行為後、《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》までの期間であるから、両規定の対象とする時間的範囲は重複しない。第3に、9条における基準時に準拠法合意が存在する場合は（＝同条の対象とする期間内に準拠法合意が行われ、それが基準時まで効力を失っていない場合は）、それが準拠法決定基準（連結点）になり、それが存在しない場合において、契約時に準拠法合意が行われたときは、それが準拠法決定基準になる。最後の点（第3点）のゆえに、9条の定める連結点と7条の定める連結点は段階的連結の関係にあらう<sup>54)</sup>。法適用通則法7条が解釈論上持つ意味は、段階的連結の

---

53) 法適用通則法9条の定める基準時が基準時としての役割を果たしていないのは同条が《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》を基準時としているからであり、同条が準拠法合意を連結点としているからではない。それゆえ、親子間の法律関係（法適用通則法32条、根本〔2021（R3）〕100頁以下参照）に関しても本文に述べたことが妥当する。

54) これとは別の問題ではあるが、準拠法合意（法適用通則法7条、9条）と最密接関係地（同法8条）の関係も段階的連結である。両者の関係については次の学説がある。竹下〔2006（H18）〕15頁「主観連結と客観連結の2段階の連結政策」、佐藤〔2006（H18）〕48頁「段階的連結方法」、佐野〔2007（H19）〕3頁「通則法の規定は〔……〕当事者による法選択がない場合について客観的な補充的連結によることを明示した」、北澤〔2009（H21）〕122頁「第一順位〔……〕第二順位」、櫻田・道垣内〔2011（H23）〕(1)8条199頁（中西康）「段階的」。

従って、法適用通則法は債権契約に関しては3段階から成る段階的連結を定めているといえよう。

第 2 段階を定めているところにある。

## 第 2 目 法適用通則法 7 条の存在意義

法適用通則法 7 条と 9 条はいずれも準拠法合意を連結点とし、両規定の対象とする時間的範囲は連続し、9 条の定める連結点——《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》において効力を持つ準拠法合意——は 7 条の定める連結点——法律行為時にした準拠法合意——に優先して準拠法決定基準になる (前出第 1 目参照) から、両規定は実質的にはひとつの規定——契約時から《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》までの期間を対象とし、《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》を基準時とする規定<sup>55)</sup>——である。それゆえ、法適用通則法 7 条が定める基準時に意味はない。さらに、準拠法合意に関する規定をひとつにまとめる場合とふたつ (法適用通則法 7 条と 9 条のように) に分ける場合を比較すれば、ひとつにまとめた方が理解しやすいのは明らかである。それにもかかわらず法適用通則法が準拠法合意に関する規定をふたつ (7 条と 9 条) に分けたのは、債権契約の「成立」と「効力」から構成される権利変動には要件完成時がふたつ——契約時と《そこにおける効力が何であるかが問われる時点》——あるからいずれも準拠法基準時とすることができる、という思想に立っているからであると思われる<sup>56)</sup>。この結果、同法 7 条と 8 条は、債権契約の「成立」と「効力」から構成される権利変動に関して——前者は準拠法合意について、後者は最密接関係地について——、ともに、契約時を以って基準時とする規定として互いに対応関係に立つことと

---

55) このような規定の例を挙げる。国際私法立法研究会〔1995 (H7)〕277 頁の試案 1 条 1 項は「契約は、当事者が選択した法律による。」と規定し、同条 4 項は「第 1 項に定める選択は、いつでもこれを行い、又は変更することができる。〔以下省略〕。」と規定する。

56) 法適用通則法 7 条の立法趣旨について、神前〔2006 (H18)〕52 頁 (前出注 28 の項目 1 (2)) 参照。

なった<sup>57)</sup>。結局、法適用通則法7条、8条および9条の単位法律関係である「法律行為の成立及び効力」とふたつの基準時は、日本の国際私法学説上古くから存在する《法律行為の「成立」と「効力」は、「成立」を法律要件とし、「効力」を法律効果とするひとつの権利変動を構成する。》という思想<sup>58)</sup>に由来するといえよう。

### 第5款 債権契約の「成立」の準拠法変更合意と方式準拠法

最後に、債権契約の「成立」に関して準拠法変更合意（法適用通則法9条）をした場合に方式はそれにより影響を受けることはない旨を定める法適用通則法10条括弧書きを検討する。

法適用通則法10条1項は法律行為成立準拠法を以って方式準拠法とする。当事者が契約後に成立準拠法を変更し、その後に裁判所が方式を判断する場合、方式準拠法としての成立準拠法とは、同法7条または8条により決まる実質法であり、当事者による成立準拠法変更後の成立準拠法ではない（同法10条1項括弧書き）。この結果、当事者の実行した方式が変更前の成立準拠法によれば有効な方式であり、かつ、変更後の成立準拠法によれば瑕疵ある方式である場合には、その方式は有効であると判断される。同様に、当事者の実行した方式が変更前の成立準拠法によれば瑕疵ある方式であり、かつ、変更後の成立準拠法によれば有効な方式である場合には、その方式は瑕疵ある方式と判断される。

従来の学説の中には、この点につき疑問を示すものがある<sup>59)</sup>。では、どう

---

57) 法適用通則法7条の基準時と8条のそれが同じであることについては、佐野〔2007（H19）〕7頁参照。

58) 前出注45に挙げた学説である。

59) 法適用通則法10条1項括弧書きに関する学説は次のとおりである。

1. 小出〔2014（H26）〕107頁は法適用通則法10条1項括弧書きについて「法律行為の

考えるべきか。

法適用通則法 9 条が債権契約後に成立準拠法を変更することを許容するのは次のような根拠に基づく。まず、債権契約の「成立」により発生した「債権」が存続する限り債権の「効力」が発生し続ける（債権の存在と債権の効力は不

---

方式は法律行為の形式的な成立要件であり、その有効・無効は法律行為の当時において確定すべきであって、その後の準拠法変更により影響を受けるべきでないとの理由に基づくものである。」という。これに対して、神前〔2006 (H18)〕76 頁はこの問題は「理論的な問題ではなく、立法政策の問題と解すべきであろう。」という。

2. 法適用通則法 10 条 1 項括弧書きに立法論として疑問を示す学説は次のとおりである。

(1) 櫻田〔2006 (H18)〕211 頁は「方式は、この場合、契約の外面的形態であるとしても第三者に対する関係ではなく、契約当事者間でその成立を争わないがためのものであること、また、方式は一般にその有効性を確定することを契約時の事情を基礎に事後的にも認めていることなどからみれば、むしろ当事者の便宜からみて当事者双方の合意により決まる準拠法により、方式上無効な契約を有効とする手段を与えることには理論的にも実際的にも不都合はない。」という。なお、この引用文は櫻田〔2012 (H24)〕および櫻田〔2020 (R2)〕では削られている。本注の後出項目 4 参照。

(2) 櫻田・道垣内〔2011 (H23)〕(1) 10 条 247 頁 (神前禎) は「本条 1 項括弧書きは、立法論的には疑問の余地のあるところである。」という。神前・早川・元永〔2019 (H31)〕136 頁 (神前禎) は法適用通則法 10 条 1 項括弧書きについて「方式の有効性については法律行為の成立の時点で確定的に判断されなければならないと考えられたのであろうが、方式についてのみこのような規定が置かれたことについては疑問もあろう。」という。

(3) 中西・北澤・横溝・林〔2022 (R4)〕235-236 頁は「実質的成立要件と異なり方式だけがなぜ契約締結時点で確定的でなければならないかは明らかではなく、また、当初の準拠法では無効であった方式が新たな契〔以下、236 頁〕約準拠法の下では有効となる場合に、新たな準拠法の遡及効を方式に及ぼすことが当事者の意思に反するとは思われないので、その合理性には疑問がある。」という。

3. 澤木・道垣内〔2018 (H30)〕188 頁は「方式については当事者の思わぬ結果が発牛するおそれが大きいとの判断から、当事者の意思がどうであれ、準拠法変更の遡及効を認めないという強行規定を政策的に置いていると解するべきであろう。」という。

4. この他、法適用通則法 10 条 1 項括弧書きについては次の学説がある。櫻田・道垣内〔2011 (H23)〕(1) 9 条 228-229 頁 (竹下啓介)、櫻田〔2012 (H24)〕228-229 頁、櫻田〔2020 (R2)〕225 頁 (本注の前出項目 2 で引用した櫻田〔2006 (H18)〕の記述は削られている。)

可分の関係にある.) から、債権契約の「成立」と「効力」は直接的な関係（法律要件と法律効果の関係）に立つ（換言すれば、ひとつの権利変動を構成する）、と考えることができる。それゆえ、《或る時点（tの時点）における「効力」との関係では「成立」と「効力」から構成される権利変動の要件はtの時点に完成した。》と考えることができるから、その権利変動に関してはtの時点が準拠法基準時になり、この結果、当事者はtの時点までは「成立」と「効力」に関して準拠法変更合意をすることができる。これが法適用通則法9条の根拠である（前出第1款、第3款第2目参照）。

しかし、方式に関しては、このように考えることはできない。すなわち、方式が成立すれば（そして、意思表示の他の要件も満たされれば）意思表示が成立し、意思表示が成立すれば（そして、債権契約の他の実質的成立要件も満たされれば）債権契約が成立し、これにより債権が発生する<sup>60)</sup>から、方式の成立と債権の発生は直接的な関係に立っていない（換言すれば、方式の成立と債権の発生はひとつの権利変動を構成する、と考えることはできない。）。それゆえ、《或る時点（tの時点）における「効力」との関係では方式要件はtの時点に完成した。》と考えることはできないから、tの時点における「効力」との関係でtの時点を方式準拠法の基準時とすることはできない。この結果、方式の準拠法基準時は、《権利変動に関しては、その要件完成時を以って準拠法基準時とすべきである。》という国際私法上の基本原理（前出第1章第2節第1款第4目参照）に従い、方式成立の時点とするほかはない。法適用通則法10条1項括弧書きはこの趣旨の明文化であろう。

### 【参考文献】

青木清「平成18年国際私法改正：契約および方式に関する準拠法」国際私法年報8号（2006）  
 [2007（H19）] 石黒一憲「[判批] 東京地判昭和52（1977）4-22」ジュリスト668号139頁

---

60) 根本 [2023（R5）a] 72頁以下、根本 [2023（R5）b] 220頁以下参照。

[1978 (S53)]

石黒一憲『国際私法』〔第 1 版 1994 (H6), 第 2 版 2007 (H19), 新世社〕

江川英文「国際私法 (5・完)」末弘巖太郎編輯代表『新法学全集第 36 回配本』[1939 (S14)-5-1, 日本評論社]

江川英文『国際私法』〔第 1 版 1950 (S25), 第 2 版 1957 (S32), 第 2 版増補版 1970 (S45), 有斐閣〕

奥田安弘『国際財産法』〔2019 (H31), 明石書店〕

折茂豊『国際私法 (各論)』〔第 1 版 1959 (S34), 第 2 版 1972 (S47), 有斐閣〕

川又良也「〔判批〕東京地判昭和 52 (1977) 4-22」ジュリスト 666 号 (昭和 52 (1977) 年度重要判例解説) 248 頁 [1978 (S53)]

川又良也「〔判批〕東京地判昭和 52 (1977) 4-22」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選 (第 2 版)』70 頁 [1986 (S61)]

川又良也「〔判批〕東京地判昭和 52 (1977) 4-22」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選 (第 3 版)』74 頁 [1995 (H7)]

神前禎『解説法の適用に関する通則法——新しい国際私法』〔2006 (H18), 弘文堂〕

神前禎・早川吉尚・元永和彦『国際私法』〔第 1 版 2004 (H16), 第 2 版 2006 (H18), 第 3 版 2012 (H24), 第 4 版 2019 (R1), 有斐閣〕

北澤安紀「国際契約の準拠法」須網隆夫・道垣内正人編『国際ビジネスと法』119 頁 [2009 (H21), 日本評論社]

木棚照一・松岡博編『基本法コンメンタル国際私法』[1994 (H6), 日本評論社]

久保岩太郎『国際私法論』[1935 (S10) 4-25, 三省堂]

久保岩太郎『国際私法概論』〔訂正第 5 版 1953 (S28), 巖松堂書店〕

小出邦夫『一問一答新しい国際私法』〔2006 (H18), 商事法務〕

小出邦夫『逐条解説, 法の適用に関する通則法』〔第 1 版 2009 (H21), 増補版 2014 (H26), 商事法務〕

国際私法立法研究会「契約, 不法行為等の準拠法に関する法律試案 (1), (2・完)」民商法雑誌 112 巻 2 号 276 頁, 3 号 483 頁 [1995 (H7)]

櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法』〔2011 (H23), 有斐閣〕

櫻田嘉章『国際私法』〔第 1 版 1994 (H6), 第 2 版 1998 (H10), 第 3 版 2000 (H12), 第 4 版 2005 (H17), 第 5 版 2006 (H18), 第 6 版 2012 (H24), 第 7 版 2020 (R2), 有斐閣〕

櫻田嘉章・佐野寛・神前禎『演習国際私法 Case30』〔2016 (H28), 有斐閣〕

- 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 47頁〔2006 (H18)〕
- 實方正雄『国際私法概論』〔第1版 1942 (S17), 再訂版 1953 (S28), 有斐閣〕
- 佐野寛「法適用通則法における契約準拠法の決定」民商法雑誌 136巻 1号 1頁〔2007 (H19)〕
- 澤木敬郎『国際私法入門』〔第1版 1972 (S47), 第2版 1984 (S59), 第3版 1990 (H2), 有斐閣〕
- 澤木敬郎「〔判批〕東京地判昭和 52 (1977) -5-30」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選 (第2版)』68頁〔1986 (S61)〕
- 澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門』〔第4版 1996 (H8), 第4版補訂版 1998 (H10), 第5版 2004 (H16), 第6版 2006 (H18), 第7版 2012 (H24), 第8版 2018 (H30), 有斐閣〕
- 高杉直「〔判批〕東京地判昭和 52 (1977) -5-30」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選 (第3版)』72頁〔1995 (H7)〕
- 新堂幸司『新民事訴訟法』〔第6版 2019 (H31), 弘文堂〕
- 高桑昭「契約 (2) ——口頭弁論時における準拠法の合意」山田鎌一・早田芳郎編『演習国際私法』〔第2版 1992 (H4), 有斐閣〕
- 竹下啓介「法律行為に関する準拠法」法律のひろば 2006 (H18) 年 9月号 13頁〔2006 (H18)〕
- 道垣内正人『ポイント国際私法』〔第1版 2000 (H12), 第2版 2014 (H26), 有斐閣〕
- 中西康「契約に関する国際私法の現代化」ジュリスト 1292号 25頁〔2005 (H17)〕
- 中西康・北澤安紀・横溝大・林貴美『国際私法』〔第1版 2014 (H26), 第2版 2018 (H30), 第3版 2022 (R4), 有斐閣〕
- 中野俊一郎「法例 7条をめぐる解釈論の現状と立法論的課題」ジュリスト 1143号 36頁〔1998 (H10)〕
- 根本洋一「〔判批〕長野家審昭和 57 (1982) -3-12」池原季雄・早田芳郎編『涉外判例百選 (第3版)』28頁〔1995 (H7), 有斐閣〕
- 根本洋一「準拠外国法の内容不明の場合の処置——外国法の解釈と裁判所による法創造——」横浜国際経済法学 4巻 2号 113頁〔1996 (H8)〕
- 根本洋一「国際私法上の離婚の準拠法の基準時——変更主義・不変更主義の意味と根拠——」横浜法学 28巻 2号 1頁〔2019 (H31) -12〕
- 根本洋一「国際私法上の親子関係の準拠法の基準時——継続的法律関係の準拠法の基準時——」横浜法学 29巻 1号 1頁〔2020 (R2) -09,a〕
- 根本洋一「離婚による親権変動の効力と準拠法変更——親権変動の準拠法の基準時——」横浜法学 29巻 2号 133頁〔2020 (R2) -12,b〕

横浜法学第32巻第3号(2024年3月)

根本洋一「親子関係の準拠法と抵触法理論——親権変動の構造と国際私法・時際法・時際国際私法——」横浜法学29巻3号91頁〔2021(R3)-03〕

根本洋一「非嫡出親子関係の成立の準拠法の基準時——国際私法における原因事実発生時——」横浜法学30巻3号1頁〔2022(R4)-03〕

根本洋一「法律行為の方式準拠法としての成立準拠法：法律行為の構造と国際私法」横浜法学31巻3号45頁〔2023(R5)-03a〕(横浜国立大学学術情報リポジトリ)

根本洋一「場所は行為を支配する。」の原則：法律行為の構造と国際私法」横浜法学32巻1号179頁〔2023(R5)-09b〕

早川吉尚「通則法における契約準拠法」国際私法年報9号2頁〔2007(H19)〕

藤川純子「契約準拠法の分割指定について」国際公共政策研究1巻1号87頁〔1997(H9)〕  
『法例議事速記録』：法典調査会『法例議事速記録』(法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書26』)〔1986(S61), 商事法務研究会〕

増田史子「〔判批〕東京地判平成14(2002)-2-26」道垣内正人・中西康編『国際私法判例百選(第3版)』56頁〔2021(R3)〕

松岡博「国際契約と適用法規——当事者による明示の法選択のある場合を中心に——」阪大法学39巻3・4号559頁〔1990(H2)〕

松岡博「国際取引と国際私法」〔1993(H5), 晃洋書房〕

松岡博「契約準拠法の事後的変更」澤木敬郎・坪場準一編『国際私法の争点(第2版)』123頁〔1996(H8), 有斐閣〕

松岡博編『国際関係私法入門』〔第1版2007(H19), 第2版2009(H21), 第3版2012(H24), 第4版2019(R1), 第4版補訂版2021(R3), 有斐閣〕

村上愛「〔判批〕東京地判平成25(2013)-12-18」ジュリスト1512号139頁〔2017(H29)〕

村上愛「法の適用に関する通則法の下での契約準拠法」国際私法年報21号(2019)2頁〔2020(R2)〕

山口弘一『日本国際私法論』〔1910(M43)-9-28発行, 発行所：三書楼, 発元元：巖松堂書店〕

山口弘一『日本国際私法論』〔下巻第1分冊1929(S4)-01-10, 巖松堂書店〕

山田三良「国際私法(6・完)」末弘巖太郎編輯代表『現代法学全集第39巻』99頁〔1931(S6)-08-20, 日本評論社〕

山田三良『国際私法』〔第1分冊1932(S7)-06-10, 第2分冊1932(S7)-09-20, 第3分冊1934(S9)-11-5, 有斐閣〕

山田鎌一『国際私法(第1版第5刷)』〔1987(S62), 筑摩書房〕

- 山田録一『国際私法』〔第1版第2刷1993（H5）、第2版2003（H15）、第3版2004（H16）、有斐閣〕
- 要綱中間試案：「国際私法の現代化に関する要綱中間試案」（2005（H17）-3-22法制審議会国際私法（現代化関係）部会決定）『法の適用に関する通則法関係資料と解説（別冊NBL110号）』91頁〔2006（H18）、商事法務〕
- 要綱中間試案補足説明：「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」（2005（H17）-3-29法務省民事局参事官室）『法の適用に関する通則法関係資料と解説（別冊NBL110号）』105頁〔2006（H18）、商事法務〕
- 要綱案：「国際私法の現代化に関する要綱案」（2005（H17）-7-12法制審議会国際私法（現代化関係）部会決定）『法の適用に関する通則法関係資料と解説（別冊NBL110号）』84頁〔2006（H18）、商事法務〕
- 要綱：「国際私法の現代化に関する要綱」（2005（H17）-9-6法制審議会決定）『法の適用に関する通則法関係資料と解説（別冊NBL110号）』67頁〔2006（H18）、商事法務〕
- 横山潤『国際私法』〔2012（H24）、三省堂〕