

スイス国際私法における債権移転の準拠法

植松真生
うえまつ まお

香川大学法学部助教授

- 1 はじめに
- 2 債権譲渡
- 3 複数債務者間の求償関係
- 4 法律による債権の移転
- 5 おわりに

1 はじめに

スイスの1987年12月18日国際私法に関する連邦法（以下、スイス国際私法と略称）は1989年1月1日から発効している。このスイス国際私法は全200条からなり、広汎かつ細目的に規定を有している。「世界で最も整備された国際私法というべき」とも評されている⁽¹⁾。

本稿においては、債権移転の準拠法選定に関するスイス国際私法の規定を取り上げたい。

債権の移転は債権譲渡と法律による移転とに大別される。スイスの国際私法は債権譲渡および法律による債権の移転の準拠法選定につき144条ないし146条の規定を有している。145条は債権譲渡について規定している。スイス国際私法は法律による債権の移転をさらに二つにわけて規定している。その一つは、求償権者が債権者の法的地位に入る、いわゆる代位求償による債権の移転である。この事項については、144条が次の求償とあわせて「複数債務者間の求償」として規定している。すなわち、債権者に対して弁済した複数債務者の一人が他の債務者に対して法律の規定に基づいて独自に求償権を取得する、いわゆる独立求償である。もう一つは代位求償の範囲に入らない法律による債権の移転である。この事項にはスイス国際私法146条の規定が適用される。

スイス国際私法のこれらの規定による規律には比較法的にみて独特のものが見受けられる。例えば、スイスの近隣国において広く行われている1980年のEEC契約債務準拠法(ローマ条約)と比べると、債権の移転に関する規律はかなり異なっている⁽²⁾。その意味で、スイスの当該規定は、債権譲渡に関する法例の規定を改正する場合には、参考資料の一つになるかと思われる。

なお、スイス国際私法の当該規定の立法に際しては、ローマ条約も参考にされたと考えられる。これらの立法作業は時期的に重なる部分があったからである。スイス国際私法が債権の移転についてローマ条約と異なる規律によって追求している目的は何か。この点も興味深いと思われる。

本稿は次のことを目的としている。すなわち、スイス国際私法の債権の移転に関する3つの規定の内容を確認し、それぞれの規定の立法趣旨およびそれらの適用に関して議論されている主な問題を紹介することである。以下、債権譲渡(2)、複数債務者間の求償⁽³⁾(3)そしてその他の法律による債権の移転(4)の順番で紹介していきたい。最後にスイス国際私法の特徴的な規律に関する問題点(5)について言及することで結びに代えたい。

2 債権譲渡⁽⁴⁾

(1) 145条の規定

145条4項(以下とくに断らない限り、条文はスイス国際私法のそれを指す)は次のように規定している。すなわち、「譲渡契約の当事者間の関係のみに関する問題は、譲渡の基礎となった法律関係の準拠法による」と。譲渡契約当事者のみに関わる問題⁽⁵⁾には債権譲渡の準拠法ではなく、いわゆる原因行為の準拠法が適用される。

145条1項は次のように規定している。すなわち、「契約による債権の譲渡は当事者の選択した法による。それが無い場合には、債権の準拠法による。法選択は債務者に対してはその同意がないと有効でない」。145条1項1文前段の規定は、上記原因行為が適用されない事項についても、債務者の同意を要件として⁽⁶⁾⁽⁷⁾当事者による準拠法の指定を認めている。法選択がなされていない場合または法選択が有効でない場合には、譲渡される債権の準拠法が債権譲渡の

それとなる（同条1項1文後段）⁽⁸⁾。

145条2項は次のように規定している。すなわち、「被用者の債権の譲渡については、法選択は、121条3項がそれを労働契約について許容している限りで有効である」。被用者の債権が譲渡される場合には、労働契約の準拠法の指定について認められる範囲（121条3項）でのみ法選択が認められる。

145条3項は次のように規定している。すなわち、「譲渡の方式は排他的に譲渡契約に適用される法による」。145条3項は、一般的な契約の方式の準拠法選定に関する124条の規定とは別に、債権譲渡契約の方式について規定している。124条1項の規定は、契約の方式について、契約準拠法または契約締結地の選択的連結を認めている。これに対して、145条3項は、債権譲渡の方式については債権譲渡の準拠法のみ適用を規定している。規定の文言は債権譲渡契約に適用される法を準拠法としているけれども、これは1項の規定が指定する債権譲渡の準拠法を意味すると解されている⁽⁹⁾。

(2) 145条の規定の立法趣旨

(a) 当事者による準拠法の指定

スイス国際私法は債権譲渡の当事者のみに関する事項だけでなく、債務者の同意を条件として、債権譲渡について当事者による準拠法の指定を認めている。この点について立法時にどのような議論がなされたのか、必ずしも明らかにされていないように見える。もっとも、現在までの議論を参考にすると、当事者による準拠法の指定を認める趣旨は次の3つの観点から説明できるように思われる。すなわち、第1に、スイス国際私法はその104条1項および105条1項の規定において、動産物権の移転および債権を対象とする担保権の設定について当事者による準拠法の指定を一定の範囲において認めている⁽¹⁰⁾。それゆえ、債権の譲渡についても、当事者による準拠法の指定を認めない理由はない⁽¹¹⁾。第2に、債務者の法的地位は債権譲渡によって悪化させるべきではないため債務者の意思を無視することはできない⁽¹²⁾。しかし、債務者が合意するかぎり、当事者自治を妨げる理由はない。そして第3に、いわゆる客観的連結によった場合、債権譲渡の当事者のみに関連する事項については原因行為の準拠法が、そ

他の事項には譲渡される債権の準拠法が適用される。主観的な連結を認めることで、債権譲渡について統一的な準拠法の適用を望む当事者の要請に応えることができる⁽¹³⁾。

(b) 客観的連結

債権譲渡の当事者が準拠法を選択していない場合には、債権譲渡は譲渡される債権の準拠法による。債務者を保護するためである⁽¹⁴⁾。国際私法制定前の連邦裁判所はこの連結によっていた⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾。

(c) 債権譲渡の方式

債権譲渡の方式については、債権譲渡の準拠法だけが適用される。これは「意外な規定」とも評される⁽¹⁷⁾。選択的連結を排除する3項の規定の根拠は、債務者および譲渡に直接関与していない第三者を保護することにあるといわれる。すなわち、譲渡が方式的に有効とされるかどうかを、迅速かつ一義的に知るべき者達である⁽¹⁸⁾。この点を顧慮して、債権譲渡の準拠法を契約締結地法に優先していると説明される⁽¹⁹⁾。さらに、次のことも根拠として挙げられている。すなわち、債権譲渡の準拠法とその方式が一致するため、方式と実質の間の困難な画定問題の発生が回避されることである⁽²⁰⁾。国際私法上の根拠としては、この画定問題の回避が重要と説明されることもある⁽²¹⁾。

(3) 145条の規定の適用に関する問題

145条1項1文は「契約による債権の移転」についてのみ規定しているけれども、145条の規定は一方的な法律行為による譲渡ならびに譲渡当事者および債務者による三面的な法律行為による譲渡にも類推適用されると解されている⁽²²⁾。145条の規定は債権譲渡に関するすべての問題に適用されると一般に説明されている⁽²³⁾。スイスの多数説は、原因行為の準拠法の適用範囲を狭く解しているように観察される⁽²⁴⁾。その他の事項については、いわば一般条項的に145条1項の規定の指定する準拠法が適用されると捉えられているようにみえる⁽²⁵⁾。もっとも、次のような見解もある⁽²⁶⁾。すなわち、原因行為の準拠法を原則的に適用し、債務者保護の問題についてだけ、債権譲渡の準拠法を適用すべき、という見解である。

(a) 債権譲渡契約の有効性

債権譲渡が有因か無因かを判断する準拠法については争いがあるけれども、スイスの多数説は債権譲渡の準拠法の適用を支持しているように見える⁽²⁷⁾。もっとも、原因行為の準拠法の適用を原則とする見解は次のように主張している⁽²⁸⁾。すなわち、債務者が債権譲渡の準拠法に基づく債権譲渡の有効性を信頼し、すでに新しい債権者に対して弁済しているような場合にのみ債権譲渡の準拠法を考慮すべきである、と。

(b) 債権の譲渡可能性

実質法のレベルでは、譲渡を禁止する様々な規律があり得る⁽²⁹⁾。例えば、当事者の特約による譲渡禁止が認められたり、債務者の一身専属的な権利の譲渡が禁止されたり、貸金債権や社会保障給付債権の譲渡が禁止または制限され得る⁽³⁰⁾。将来発生する債権の譲渡や担保目的の債権譲渡も禁止または制限され得る⁽³¹⁾。債権の譲渡可能性の問題を判断する準拠法選定についても、スイスの見解は必ずしも一致していないように見える。債権譲渡の準拠法によるとする見解⁽³²⁾と譲渡される債権の準拠法それ自体によるとする見解⁽³³⁾がある。前者の見解による場合、譲渡される債権の準拠法が債権の譲渡可能性の問題に適用されない可能性が残る。もっとも、その場合でも、17条ないし19条の規定の適用が考えられる⁽³⁴⁾。すなわち、スイスの公序ならびにスイスの強行規定の適用が留保され、第三国の強行的な規定が考慮され得る。

(c) 債権譲渡の当事者による準拠法指定と第三者

債務者ではない第三者と債権譲渡の当事者による準拠法の指定の対抗関係については、見解が必ずしも一致していない。三つの見解が主張されている。すなわち、①国際私法による特別な処理は必要ないという見解⁽³⁵⁾、②債務者ではない第三者を保護しない見解⁽³⁶⁾、そして③譲渡される債権の準拠法によるという見解⁽³⁷⁾である。

国際私法上特別な処理を不要とする①の見解は次の点をよりどころとしている。すなわち、当事者による準拠法の指定の制限には、債務者のみならず債権譲渡契約に直接関与していない他の第三者をも保護するという目的もある点である。当事者による準拠法の指定を認めつつ、その効果を第三者に対して

は制限する105条1項⁽³⁸⁾の規定(104条)⁽³⁹⁾との近似性が理由として挙げられている⁽⁴⁰⁾。もっとも、債務者でない、これらの第三者の権利・義務は抵触法上債権譲渡とは別の準拠法に服する。そのため、法律による特別の留保は必要ないとされる。

他方で、債務者ではない第三者の保護を不要とする②の見解は、①説のあげる145条1項の規定と105条(場合によっては104条)の規定との近似性を否定する⁽⁴¹⁾。さらに、当事者が準拠法を指定していない場合に適用される債権の準拠法をしばしば第三者は知り得ないため、債権譲渡について具体的で正当な予見可能性がないといわれる。これに加えて、145条の規定が「債務者」だけを挙げており、立法者がその他の第三者をとくに保護しようとしたという資料もないことが理由として挙げられている。この見解によると、債権譲渡当事者の指定した準拠法が、債務者がそれに同意していない場合でも、債務者でない第三者との関係では適用される⁽⁴²⁾。

譲渡債権の準拠法による③説は次のように主張する。すなわち、当事者によって選択された法の適用は、たとえ債務者が準拠法の指定に同意していても、第三者の予見可能性の観点からみて適切な解決法とはなりえない。むしろ、債権を対象とする担保権設定に関する105条1項の規定を類推適用し、譲渡の債権の準拠法によるべきではないか、と。

3 複数債務者間の求償関係

複数債務者と債権者の関係は様々な法的原因に基づいて発生し得る。例えば、次の者達の関係が考えられる。すなわち、共同不法行為に基づく被害者と複数の加害者、不法行為に基づく被害者と加害者および被害者の保険者、債権者と主債務者および保証人などである。このような場合、債権者と債務者それぞれの関係(外部関係)は各自の関係についての準拠法によって判断される(143条)。例えば、債権者と主債務者の関係は、それが消費貸借に基づく場合には、消費貸借契約の準拠法により、債権者と保証人との関係はその保証契約の準拠法によることとなる。債務者の一人が債権者に対して自己の債務の全部または一部を弁済した場合、次の内部関係が問題となる。すなわち、その債務者が他の債

務者に対して請求権を取得するか、するとすればいかなる範囲においてか、といった問題である。このような問題について、144条がその準拠法を規定している。もっとも、次の場合には、144条の規定は適用されないと考えられる⁽⁴³⁾。すなわち、求償が問題となる複数債務者の間に契約関係などの法律関係が存在する場合である。例えば、保証人と主債務者の間に委任契約が存在する場合である。次の場合にも同じことが問題となる。すなわち、被害者から直接請求された責任保険者が被保険者に対して求償する場合である⁽⁴⁴⁾。これらの者の間の求償の問題は当該法律関係の準拠法に服すべき単なる内部関係に関する、と説明される⁽⁴⁵⁾。

(1) 144条の規定

144条1項は次のように規定している。すなわち、「債務者は他の債務者に対して、それぞれの債務が服する法が許容する限りで、直接または債権者の法的地位に入ることによって求償権を取得することができる」と。複数債務者間の代位による求償および法律の規定に基づいて直接・独立に発生する求償の成否および範囲⁽⁴⁶⁾については、次の二つの法が累積的に適用される⁽⁴⁷⁾。すなわち、弁済した債務者と債権者の関係に適用される法（原因行為の準拠法）および求償義務者と債権者の間の債権の準拠法（債権の準拠法）である。二つの準拠法が累積的に適用される範囲は求償の成否および金額といった量的な範囲に限られている。それゆえ、現実に適用されるのは、常に、求償に対して厳格な法にという結果となる⁽⁴⁸⁾。

144条2項は次のように規定している。すなわち、「求償権の行使の方法は求償義務者の債務と同一の法による。債権者と求償権者の間の関係だけに関する問題は、求償権者の債務に適用される法による」と。144条1項が求償権の成否と範囲を規定しているのに対して、2項は求償権の行使の方法を規定していると説明される⁽⁴⁹⁾。債権者と求償権者の関係のみに関する問題には原因行為の準拠法が適用される⁽⁵⁰⁾。

なお、144条3項の規定は「公的な任務をになう組織」の求償権について規定している。この点については、本稿においては紙幅の都合上触れることがで

きない⁽⁵¹⁾。

(2) 144条1項および2項の規定の立法趣旨

(a) 求償の成否および範囲 (1項)

144条1項は求償の成否および範囲について原因行為の準拠法と債権の準拠法の累積的適用を規定している。スイス国際私法においても準拠法の累積的適用を認める規定は例外的といえる⁽⁵²⁾。さらに、弁済した債務者が不利に扱われ、それが弁済しなかった債務者の利益となる可能性もある⁽⁵³⁾。それは典型的には次の場合にあらわれる。すなわち、原因行為の準拠法は求償を認めているけれども、債権の準拠法はそれを認めない場合である。それでも、例外的に累積的適用が認められた根拠は次に求めることができると考えられる。すなわち、①原因行為の準拠法または債権の準拠法のいずれか一方のみへの連結が妥当でないこと、および②求償義務者たる債務者の保護である。

① 単一の準拠法によることの問題

かつてのスイスの判例⁽⁵⁴⁾は複数債務者間の求償の問題を原因行為の準拠法に連結していた⁽⁵⁵⁾。この処理に対しては強い批判があり、それが144条の立法に強い影響を与えたように見える⁽⁵⁶⁾。その批判は原因行為の準拠法のみ連結することに対してだけでなく、債権の準拠法のみ連結することにもあてはまる。いずれか一方の準拠法のみによることに対する批判は次のように要約することができる。

(i) 複数債務者間の求償の問題は債務者それぞれが債権者に対して有している債務の反射的な効果といえる。複数債務者一人の求償権またはその者に対する求償の問題には、原因行為の準拠法および債権の準拠法の双方が関連している⁽⁵⁷⁾。

(ii) 複数債務者間の求償関係はそれぞれの債務の債務者間での清算の問題と捉えられる⁽⁵⁸⁾。これは債権者に対する債務の命運といった債権者との外部関係の問題とは切り離されなければならない。このような債務者間の清算といった問題の準拠法が、債権者からの請求といった偶発的な要因によって決定されるのは望ましくない⁽⁵⁹⁾。

(iii) 債務者それぞれは自らが服する債務の準拠法によって求償すること、またはされることを想定している。いずれか一方の債務の準拠法によって求償関係が判断されると、その適用を予見していない債務者の法的地位が害されることになる⁽⁶⁰⁾。この点がとくに立法に際して重視されたように見える⁽⁶¹⁾。

② 求償義務者たる債務者の保護

原因行為の準拠法と債権の準拠法の累積的適用は求償を困難とすることとなり、求償権者に非常に不利な結論となり得る。それでも、予見することができない法の適用から求償義務者を保護するためには⁽⁶²⁾、この結論はやむを得ないと説明される⁽⁶³⁾。求償義務者のみを保護する政策が採用されている。

(b) 求償権の行使の方法（2項）

求償権の行使の方法については、原則として、債権の準拠法が適用される（1文）。例えば、求償が独自の求償権に基づくのか、それとも代位によるのか、といった問題である。この事項について債権の準拠法のみに関連する理由は主に求償義務者の保護にある⁽⁶⁴⁾。たしかに、求償義務者の保護という観点からは、原因行為の準拠法と債権準拠法の累積的適用の方法も考えられないではない。しかし、求償権の成否や範囲と異なり、方法の問題に二つの法を累積することは実際的には困難であり、債権準拠法にのみよることになった、と説明されている⁽⁶⁵⁾。なお、求償義務者の利益に関しない問題については、債権の準拠法による必要はない⁽⁶⁶⁾。そのため、このような問題については、原因行為の準拠法によるとされている。

(3) 144条の規定の適用に関する問題

144条の規定は次のことを前提として説明される⁽⁶⁷⁾。複数債務者の一人が自身で債権者に対する自己の債務と経済的に関連性のある弁済をしたことである。したがって、例えば次のような場合の代位には144条の規定は適用されないこととなる⁽⁶⁸⁾。すなわち、物上保証人が自己の物権上の担保を解消するために債権者に弁済した場合、債務者でない第三者が債権者に対して弁済した場合である。同様に、フランス民法1250条の規定する「subrogation conventionnelle」のような代位も144条の規定の意味での代位とは捉えられていない⁽⁶⁹⁾。

損害保険法の領域においてしばしば行われるといわれる、次のような債権の移転形態も144条の規定の意味での求償とはされていない⁽⁷⁰⁾。すなわち、被害者が加害者に対する債権を保険者に譲渡し、その債権に基づいて保険者が加害者に請求するような形態である。

いわゆる、責任保険における保険者に対する被害者の直接請求は144条の規定の意味での求償とは捉えられていない⁽⁷¹⁾。141条がこの直接請求の問題について規定している。これに対して、次の求償には144条の規定が(少なくとも類推的に)適用されるとされる⁽⁷²⁾。すなわち、被害者からの直接請求が認められた保険者による他の共同債務者に対する求償である。次の求償も同じことがあてはまる。被害者に弁済した債務者による他の共同債務者の責任保険者に対する求償である。

(a) 144条1項の規定の適用を制限する見解

スイスの学説においては、144条1項の規定による原因行為の準拠法と債権の準拠法のその累積的適用に懐疑的な見解もある⁽⁷³⁾。債権の準拠法の適用を求償当事者が予見でき、原因行為の準拠法との累積的適用の必要がないような場合には、債権の準拠法のみによると示唆されるのである⁽⁷⁴⁾。たとえば、運送保険の場合、運送契約の当事者および内容を保険者は通常知っており、このような場合には、求償関係が明白であるため、スイス国際私法15条の規定による連結が考えうる、とされる⁽⁷⁵⁾。

4 法律による債権の移転

146条の適用範囲は、求償に関する144条の規定があるため、それほど広くないといわれる⁽⁷⁶⁾。主に念頭におかれているのは、次の二つの場合の債権の移転と考えられる。すなわち、当事者間に委任関係のような法律関係が存在し、移転が問題となる債権が当該法律関係と関連する場合および第三者が債権者に弁済したような場合である。前者の場合の典型的な問題として、例えば次のようなものがある。すなわち、受任者が委任者の勘定において自己の名前で取得した債権が委任者に法律上当然に移転するかどうか⁽⁷⁷⁾、である。後者の例としては、第三者が債務者の指示に基づいて債務を代位弁済した場合や、物上保証人

が担保権を消滅させるために債権者に弁済した場合が挙げられている。裁判所の命令による債権の移転も法律上の移転と捉えられている⁽⁷⁸⁾。

(1) 146条の規定

146条1項は次のように規定している。すなわち、「法律による債権の移転は、旧債権者と新債権者の間の基礎にある法律関係の法により、それがなくときには、債権の準拠法による」。その2項は次のように規定している。すなわち、「債務者を保護する債権の準拠法の規定が留保される」。146条1項の規定は新債権者と旧債権者の間に法律関係が存在する場合としない場合とで区別をしている。法律関係が存在する場合には、当該法律関係の準拠法（原因関係の準拠法または移転の準拠法と呼ばれる）が法律による債権の移転に適用される。法律関係がない場合には、移転する債権の準拠法による。2項の規定によって債権の準拠法における債務者を保護する規定の適用が留保されるのは、前者の場合に限られる。

(2) 146条の規定の立法趣旨

(a) 新債権者と旧債権者の間に法律関係が存在する場合

次の場合の規律には各国実質法によって相違がある。新債権者（委任者）と旧債権者（受任者）の間に委任契約が存在し、その契約に関連して受任者が委任者の計算において自己の名で第三者に対する債権を取得した場合である。スイス債務法401条の規定のように、一定の要件を満たすと法律上自動的に当該債権が受任者から委託者に移転する法制もある。これに対して、債権譲渡によってはじめて、当該債権が受任者から委任者に移転とする法制もある。このような場合の法律による債権の移転は、債権譲渡の請求に代替する機能を果たし、新債権者の利益を保護しているといえる⁽⁷⁹⁾。このような法律による債権の移転は完全に新債権者と旧債権者の間の法律関係に基づいている⁽⁸⁰⁾。さらに、準拠法の選定についても、新債権者の利益を保護する必要がある⁽⁸¹⁾。そのためには、当該債権者が適用を予見している、原因となった法律関係の準拠法が適用されている。

ただし、新旧債権者間に法律関係が存在する場合でも、債務者は通常新旧債権者間の法律関係もその準拠法も知らない。それゆえ、債務者が適用を予見している債権準拠法の、債務者を保護する規定の適用は留保されなければならない、といわれる⁽⁸²⁾。

(b) 法律関係が存在しない場合

新債権者と旧債権者の間に法律関係が存在しない場合には、通常、法律による債権の移転は非債務者が債権者に弁済するという事実に基づくと考えられる⁽⁸³⁾。このような事実に基づく債権の移転の問題は、最も密接な関連性を当該債権の準拠法との間に有すると説明される⁽⁸⁴⁾。例えば物上保証人による弁済の場合のように、移転が問題となる債権に関連する理由に基づいて、非債務者は債権者に対して通常は弁済することにも言及されている⁽⁸⁵⁾。

(3) 146条の規定の適用に関する問題

(a) 当事者による準拠法の指定

例えば、委任契約について当事者が準拠法を選択する場合に、法律による債権の移転についても(部分的に)準拠法を選択することができるかについては争いがある。この問題を否定する見解は次のように主張する⁽⁸⁶⁾。すなわち、すべての法律による移転は一定の法律関係の機能と捉えられる。それゆえ、当事者による部分的な法選択を認めると適用される準拠法の内的な関連が損なわれる、と。この見解にたいして当事者による法選択を肯定する見解は、法律による債権の移転に関する準拠法につき当事者による指定を認めたとしても誰の利益も害されることはなく、債務者は2項の規定による準拠法によっていずれにせよ保護されるとする⁽⁸⁷⁾。

(b) 債務者を保護する債権準拠法の規定

債権者の保護に資する実質規定が何かは当該債権の準拠法の解釈問題とされている⁽⁸⁸⁾。債務者保護として問題となる例として次のものが挙げられている⁽⁸⁹⁾。すなわち、債権者の真正に関する規定⁽⁹⁰⁾および新旧債権者間の争いがある場合の供託に関する規定⁽⁹¹⁾などである。争いがあるのは法律による債権の移転を禁止する規定についてである。このような禁止規定が146条2項の意

味で債務者を保護する規定に入るとする見解は次のことを理由とする⁽⁹²⁾。すなわち、法律による債権の移転は旧債権者が第三者とともにした法律行為に近い事実行為の間接的な効果といえる。それゆえ、法律上の移転禁止についても、債権譲渡と同様に次の原則があてはまると主張される。予見することができない法の適用によって債務者の法的地位は悪化すべきでないという原則である。反対説は次のことを理由とする⁽⁹³⁾。すなわち、債権譲渡の場合と異なり、法律による債権の移転は新債権者の保護のための制度といえることである。法律による債権の移転が禁止されるかどうかは、債務者の保護のためではなく、新債権者の保護にのみ関係するという趣旨と考えられる。

5 おわりに

債権準拠法の下で享有していた保護を債務者から奪ってはならない。この意味における債務者保護をスイス国際私法は重視している。その一方で、他の利害関係人に対する配慮に欠けている点も指摘できよう。債権譲渡の準拠法選定について当事者による指定を認めている点⁽⁹⁴⁾(145条1項) および求償の許容性および範囲について原因行為の準拠法と債権のそれを累積的に適用する点である(144条1項)。

(1) 債権譲渡当事者による準拠法の指定

スイス国際私法は、当事者のみに関する事項だけでなく、債権譲渡のその他の事項についても、債務者の同意を要件として、当事者による準拠法の指定を認めている。

債権譲渡当事者による準拠法の指定を認めることは、債権譲渡の成立を助長すると考えられる。当事者は当該債権譲渡を認める法秩序を自由に選択することができるからである。いわゆる債権の流動化にも適した連結と考えられる。大量債権の譲渡にも同一の準拠法を選択することができ、将来発生する債権の譲渡についての処理も比較的容易と思われる。

もっとも、債権譲渡の第三者に対する効力をどのように処理するのかは必ずしも明確ではない。まず、同一債権が複数の譲受人に譲渡された場合の優先関

係について問題があると考えられる。場合によっては、複数の法がこの優先関係の問題について競合することがあり得るからである。例えば、複数の譲受人と譲渡人がそれぞれ異なる準拠法を指定し、それぞれの準拠法の指定について債務者が同意をした場合である。このような場合の処理につき、スイスの議論は必ずしも明らかでない⁽⁹⁵⁾。さらに、スイスにおいても見解が分かれているように、譲渡人または譲受人の債権者や破産管財人との対抗関係の処理が必ずしも明確にならないように思われる。この対抗関係についても当事者によって指定された準拠法が判断するとの解釈をとると、第三者の不利益は過度に大きいように思われる。当事者は自己に有利な法を自由に選択することができる。それに比して、第三者は当事者が指定した法を知ることが困難だからである。

(2) 複数債務者間の求償

複数債務者間の求償の許容性および範囲については原因行為の準拠法と債権の準拠法とが累積的に適用される。求償義務者の保護という観点からすると、この規律は望ましいといえる。誰が債権者に弁済したかによって結論が異なることも利点として挙げられよう。自身が求償権者あるいは求償義務者となることを事前に予期していない、自然人の間の求償の問題については、やむを得ない処理なのかもしれない。もっとも、例えば、求償を業務の一つとして考えると考えられる保険会社が求償権者になる場合には、この処理が妥当とは必ずしもいえないように思われる。保険会社が債権の準拠法の適用および内容を予見することができるときには、二つの準拠法を累積的に適用する必要はなく、予見することができない場合でも、債権の準拠法の適用が保険会社にたいして不測の事態を惹起するとは考えにくいからである⁽⁹⁶⁾。

(1) 道垣内正人「ポイント国際私法・各論」(2000年)17頁。

(2) その相違は次のようにまとめることができる。

ローマ条約はその12条において債権譲渡について規定している。債権譲渡の当事者相互の義務は当事者間の契約の準拠法による。次の事項には譲渡される債権の準拠法が適用される。すなわち、債権の譲渡可能性、譲受人と債務者との関係、債務者に対する譲渡の対抗関係、および債務者による弁済である。ローマ条約12

条において明文にて規定されていない事項については、締約国間あるいは締約国の中でも見解に相違があるように観察される（例えば、F. Vischer/L. Huber/D. Oser, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl. (2000)（以下、Vischer/Huber/Oser, IVRとして引用）、483 ff.; Staudinger-Hausmann, Art. 33 EGBGB (2001), N. 8 ff.を参照）。スイス国際私法は「債権譲渡の準拠法」について規定している。当事者が準拠法を選択し、それに債務者が同意していれば、当該選択された準拠法が適用される。当事者による準拠法の実行がない場合には、その事項については譲渡される債権の準拠法による。債権譲渡の当事者間にのみに関わる問題は譲渡の原因となった法律関係の準拠法による。スイス国際私法は債権譲渡の方式についても、特別な規定を有している。

ローマ条約は13条において法律による代位について規定している。その1項の規定によると、代位する者と債権者の間の法律関係の準拠法が代位の許容性について判断する。この準拠法が複数債務者間の求償のための代位にも適用される（同条2項）。これに対して、スイス国際私法は代位求償を含む求償とその他の法律による債権の移転とを区別して、それぞれ別個に規定している。求償の成否および範囲については、次の二つの準拠法が累積的に適用される。すなわち、求償者と債権者の間の法律関係の準拠法および求償義務者と債権者の間の法律関係の準拠法である。求償権の行使方法については、債権の準拠法のみが適用される。その他の法律による債権の移転については、ローマ条約と同様な規律を有している。すなわち、新債権者と旧債権者の間に法律関係が存在する場合には、その法律関係の準拠法による。もっとも、債務者を保護する、移転する債権の準拠法の規定の適用は留保される。これに対して、新債権者と旧債権者の間に法律関係が存在しない場合には、移転する債権の準拠法による。

- (3) 独立求償は債権の移転と呼ぶことはできない。スイス国際私法は債権の移転と捉えられる代位求償と独立求償を求償として一括して規定しているので、本稿においては独立求償をも含めて紹介したい。
- (4) 資金調達を目的とする債権譲渡に関するスイス実質法についてここで簡単に触れたい。スイスにおいては、いわゆる担保のための債権譲渡（Sicherungscession, cession à fin garantie）が債権担保のためによく行われているように見える（B. Stauder/H. Stauder-Bilicki, Wirksamkeitsvoraussetzungen für Forderungsabtretungen, insbesondere zu Sicherungszwecken, in der Schweiz, in: W. Hadding/U. H. Schneider (Hrsg.), Die Forderungsabtretung, in ausländischen Rechtsordnungen, 1999, 768）。銀行業務においては、いわゆる包括的債権譲渡（Global Zession, Cession globale）が最も普及している担保形態の一つといわれる（A. Bonomi, Transmis-

sion des créances dans le monde des finances modernes, in: Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit compare, 1998 (以下 Bonomi, Transmission des créances として引用), 109)。ドイツと異なり, いわゆる延長された所有権留保 (Verlängerter Eigentumsvorbehalt) および拡張された所有権留保 (Erweiterter Eigentumsvorbehalt) は行われていないといわれる。いわゆる Factoring も資金調達的手段としてもちいられることもあるといわれる (M. Müller-Chen, Internationales Factoring, BJM 1999, 177 ff. Factoring に関する実質法および国際私法のスイスを含む比較については, D. L. Girsberger, Defenses of the Account Debtor in International Factoring, AmJCompL Vol. 40 (1992), 467 も参照)。2001年12月12日の債権譲渡に関する国連条約とスイス法の関係については, H. Kuhn, Zur Neuordnung der grenzüberschreitenden Forderungsabtretung im Einheitlichen UN-Abtretungsrecht, SZW 2002, 129 ff. を参照。スイスにおいては, 担保目的の債権譲渡の国際私法上の問題について判断した連邦裁判所の判例は今のところ見あたらない。

- (5) 債権譲渡の内部関係と呼ばれることもある。
- (6) もっとも, 債務者の同意がない場合でも, 次のように説明される。すなわち, 第三者の同意がない場合でも, 法選択自体が無効となるのではなく, 債権譲渡の当事者だけに關わる問題, つまり4項の規定の適用範囲については当該法選択は有効である, と (Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 10. November 1982 (以下 Botschaft として引用) Ziff. 285. 3; Keller/Girsberger, Art. 144 A. Heini/M. Keller/K. Siehr/F. Vischer/P. Volken (Hrsg.), IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989, 1993 (以下 IPRG-Kommentar として引用), N. 13; F. Dasser, Art. 145 H. Honsell/N. P. Vogt/A. K. Schnyder (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Internationales Privatrecht, 1996 (以下, IPR-Kommentar として引用), N. 11; Dutoit, Art. 145, Droit international privé suisse: commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 3. éd (2001) (以下 Dutoit, Commentaire として引用), N. 4)。
- (7) 145条の規定は債務者による同意について特別な要件を掲げていない。債務者の保護のため, 116条の規定が類推適用されると説明される (例えば, Dutoit, Art. 145 Commentaire, N. 3)。すなわち, 同意は明示的になされるか, 状況から一義的に判明するものでなければならない。同意の申込に対する沈黙の効果について, 123条の規定によって債務者はその常居所の法を引用することができる (Dutoit, Art. 145 Commentaire, N. 3)。同意に関するその他の問題については, 見解に相違がある。その一つは, 116条2項2文をそのまま類推適用する。つまり, 債権譲渡の同意に

- 関するその他の問題については、債権譲渡の当事者が選択した法による (Duttoit, Art. 145, Commentaire, N. 3; Keller/Girsberger, Art. 145 IPRG-Kommentar, N. 15)。別の見解は、債務者の保護のため、譲渡される債権の準拠法によるとする (F. Dasser, Art. 145 IPR-Kommentar, N. 10)。債務者は債権譲渡契約の当事者ではないので、そもそも選択された法について予見可能性を有してないからと説明される。
- (8) 債権譲渡の外部関係の準拠法と呼ばれることもある。
 - (9) A. Bucher/A. Bonomi, Droit international privé, 2001 (以下 Bucher/Bonomi, DIP として引用), 299; K. Siehr, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, 2002 (以下 Siehr, IPRS として引用) 335.
 - (10) これらの当事者による準拠法の指定は第三者には対抗することができない (104 条 1 項, 105 条 1 項 2 文)。物権の得喪については、準拠法の指定について量的な制限がある (104 条 1 項)。
 - (11) 145 条の規定と 104 条または 105 条の規定の共通性には、とくに第三者と債権譲渡の関係についてしばしば言及されている。
 - (12) Bucher/Bonomi, DIP, 488.
 - (13) F. Dasser, Art. 146 IPR-Kommentar, N. 8 を参照。
 - (14) Botschaft Ziff. 285.3.
 - (15) スイス国際私法制定前の判例については、Keller/Girsberger, Art. 145 IPRG-Kommentar, N. 9 ff; Dutoit, Art. 145 Commentaire, N.2; Beuttner, La cession de créance en droit international privé, 1971, 122 ss. を参照。
 - (16) Botschaft Ziff. 285.3.
 - (17) C. v. Bar, Zessionstatut, Verpflichtungsstatut und Gesellschaftsstatut, IPRax 1992, 22.
 - (18) Botschaft Ziff. 285.3; Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf, 1979 (以下, Schlussbericht として引用), 245. Bucher/Bonomi, DIP, 299 も参照。
 - (19) Keller/Girsberger, Art. 145 IPRG-Kommentar, N. 31.
 - (20) K. Siehr, Gemeinsame Kollisionsnormen für das Recht der vertraglichen und ausservertraglichen Schuldverhältnisse, in: FS Moser, 1987 (以下, Siehr, FS Moser として引用), 112.
 - (21) Vischer/Huber/Oser, IVR, 489.
 - (22) Siehr, IPRS, 334; F. Dasser, Art. 145 IPR-Kommentar, N.6
 - (23) F. Dasser, Art. 145 IPR-Kommentar, N. 7.
 - (24) 債務者の利益に影響しない、債権譲渡の問題として、例えば次のものが挙げられ

る。すなわち、譲渡人が譲受人に債権の存立および債務者の支払能力または協力に責任を負うか、負うとしたらいかなる範囲においてか、と言う問題である (Botschaft Ziff. 285.3; Dutoit, Commentaire Art. 145, N.6; I. Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, 2. Band, 2. Aufl.(1998) (以下, Schwander, Einführungとして引用), 267)。Bucher/Bonomi, DIP, 298; A. Schnyder/M. Liatowitsch, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 2000 (以下 Schnyder/Liatowitsch, IPZRとして引用), 215も参照。

②) 例えば、主なものとして次が適用範囲に入るとされている。

いかなる時点において債権が譲受人に移転するか (Fischer/Huber/Oser, IVR, 486; Dutoit, Art. 145 Commentaire, N. 7; Keller/Girsberger, Art. 145 IPRG-Kommentar, N. 27),

債務者が債権額を供託しえるか、しえるとすればいかなる範囲でか (Keller/Girsberger, Art. 145 IPRG-Kommentar, N. 27. もっとも、供託の態様 (供託所, 営業時間, ただし, 利息高は異なる) は125条の規定によるとされる (Vischer/Huber/Oser, IVR, 487)),

債権譲渡が有効でない場合の債権の善意取得の可否およびその要件 (Keller/Girsberger, Art. 145 IPRG-Kommentar, N. 27),

譲受人に対する抗弁の問題 (Bucher/Bonomi, DIP, 299; Schnyder/Liatowitsch, IPZR, 215),

いわゆる *lex Anastasia* が適用されるか、すなわち、譲受人は債務者に、自らが譲渡人に支払ったよりも多くは要求することができないのかどうか (Keller/Girsberger, Art. 145 IPRG-Kommentar, N. 27),

債権譲渡が無効なときに債権の善意取得が可能か、可能とすればその要件は何か、(Keller/Girsberger, Art. 145 IPRG-Kommentar, N. 27),

譲渡人または第三者に対する給付が免除効を持つ要件の問題 (Bucher/Bonomi, DIP, 299; Vischer/Huber/Oser, IVR, 486; Siehr, IPRS, 336),

譲渡される債権に関する裁判管轄の合意および仲裁条項も移転するか (Vischer/Huber/Oser, IVR, 488; Keller/Girsberger, Art. 145 IPRG-Kommentar, N. 27; Handelsgericht des Kantons Zürich 13.09.2001, ZR 101 (2001), N.10),

債権の保証, 担保権, 配当金および利息といった付随的な権利が移転するか, 移転するとしたらどのような範囲か (Siehr, IPRS, 215 もっとも, これらの問題は原因行為の準拠法により, 保証および物上保証については, 第三者の保護のため保証契約の準拠法が累積的に適用されるとする見解もある (Vischer/Huber/Oser, IVR, 488)),

債務者への通知に関する問題も債権譲渡の準拠法の適用範囲に入る。例えば、債務者への通知が必要かどうか、通知がないときの法的効果は何か (Dutoit, Commentar Art. 146, N.7; Vischer/Huber/Oser, IVR, 486), などである。

同一債権が複数譲渡された場合の譲受人の優先関係については、債権譲渡の準拠法によるとする見解がある (Keller/Girsberger, Art. 145 IPRG-Kommentar, N. 27; Vischer/Huber/Oser, IVR, 486)。これに対して、当事者の準拠法の指定に債務者が同意している場合でも、譲渡される債権の準拠法によるべきとする見解もある (Bucher/Bonomi, DIP, 299; Bonomi, Transmission des créances, 126) もっとも、将来発生する債権の譲渡が問題となる場合には、譲渡人の常居所、場合によっては本拠に連結すべきとも主張される (Vischer/Huber/Oser, IVR, 487)。

- ②⑥ Vischer/Huber/Oser, IVR, 483ff.
- ②⑦ Botschaft Ziff. 285.3; Siehr, FS Moser, 112; Keller/Girsberger, Art. 145 IPRG-Kommentar, N. 24; Dasser, Art. 145 IPR-Kommentar, N. 23; Dutoit, Art. 145 Commentar, N.7; Bucher/Bonomi, DIP, 299; Schwander, Einführung, 268; Schnyder/Liatowitsch, IPZR, 215.
- ②⑧ Vischer/Huber/Oser, IVR, 485.
- ②⑨ 例えば、スイス債務法 164 条 1 項は次のように規定している。すなわち、債権者は自己に帰属する債権を債務者の同意がなくとも、法律、当事者の合意または法律関係の性質に反しない限り、他者に譲渡することができる、と。
- ③⑩ Siehr, IPRS, 336.
- ③⑪ 担保目的の債権譲渡の諸国の実質法については、例えば、W. Hadding/U. W. Schneider (Hrsg.), Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnung, 1999; E-M. Kieninger, Das Statut der Forderungsabtretung im Verhältnis zu Dritten, RabelsZ 62 (1998), 685 を参照。
- ③⑫ Dutoit, Art. 145 Commentaire, N. 7; Bucher/Bonomi, DIP, 299; Vischer/Huber/Oser, IVR, 487; Schnyder/Liatowitsch, IPZR, 215; F. Dasser, Art. 145 IPR-Kommentar, N. 7.
- ③⑬ Siehr, IPRS, 336.
- ③⑭ Keller/Girsberger, Art. 145 IPRG-Kommentar, N. 23 を参照。そこでは為替管理法や倒産法だけに言及されている。
- ③⑮ Keller/Girsberger, Art. 145 IPRG-Kommentar N.14. 債務者ではない第三者として、債権譲渡契約の当事者および債務者の債権者および債務者、譲渡される債権の担保権者および保証人などが挙げられている。
- ③⑯ Dasser, Art. 145 IPR-Kommentar N.12 f.; F. Strum, Die Parteiautonomie im schweizerischen IPR-Gesetz, in: Habscheid/Hoffmann-Nowotny/Linder/Meier-Hayoz

(Hrsg.), FS Giger 1989, 683.

- 37) Bonomi, *Transmission des créances*, 126; Bucher/Bonomi, *DIP*, 299. 譲渡人の債権者に対する債権譲渡の対抗問題および同一債権の複数の譲受人間の優先問題が主に念頭におかれている。
- 38) 105条1項の規定によると、債権、有価証券およびその他の権利を対象とする担保権設定は第一次的には当事者の選択した準拠法による。ただし、その準拠法の指定は第三者に対抗することができない。
- 39) 104条1項の規定によると、動産物権の得喪について、当事者は発送地法、仕向地法または得喪の原因となった法律行為の準拠法のなかから準拠法を選択することができる。同条2項は、当該準拠法の指定は第三者には対抗しえないと規定している。
- 40) Siehr, *IPRS*, 334 も参照。
- 41) 105条の規定は、債権を対象とする担保権の設定については、当事者の選択した準拠法または担保権者の常居所地法を第三者が選択することを許容することになると説明される。
- 42) もっとも、第三者の地位を悪化させることのみを目的とした法選択の場合には、この結論は留保される (F. Dasser, *Art. 145 IPR-Kommentar*, N. 13)。
- 43) BGer. 05. 04. 02 (BGE 128 III 29) およびスイス国際私法制定前のものとして、BGer. 26. 11. 1981 (BGE 107 II 489) も参照。判例の引用はドイツ語圏の様式に従う。
- 44) F. Dasser, *Art. 144 IPR-Kommentar*, N.2. 他にも、生産物責任を求められた輸入業者と生産者の関係などが挙げられている。
- 45) F. Dasser, *Art. 144 IPR-Kommentar*, N.2. Vischer/Huber/Oser, *IVR*, 503 も参照。
- 46) 「債務者は……の限りで求償権を取得することができる」という144条1項の規定の文言が次のことを示しているとされる (Keller/Girsberger, *Art. 144 IPRG-Kommentar*, N. 17)。すなわち、当該規定が求償の成否だけでなく範囲をも規律することである。

そうだとすれば、144条1項の規定する「求償の範囲」とその2項の規定する「求償権の行使方法」の範囲を画定する必要があるとされる (Keller/Girsberger, *Art. 144 IPRG-Kommentar*, N. 17)。なぜなら、求償権の具体的な範囲は最終的には求償義務者の異議の種類および範囲に依拠するからである。1項の規定は一般的な法律上の範囲、すなわち、許容性および量的な問題にだけ関わりと説明される (Keller/Girsberger, *Art. 144 IPRG-Kommentar*, N. 17; Dutoit, *Commentaire Art.144*, N. 4; Schwander, *Einführung*, 266)。144条1項の規定の適用に際しては、求償の種類と

実行は顧慮されない。例えば、いかなる付随的権利が債権者に移転するか、債務者の抗弁・意義が移転するかといった問題は顧慮されない。

141条1項の規定の意味での求償の許容性および範囲の累積的適用に際しては、次のことが問題となるといわれる。すなわち、比較可能性の問題および外国の求償制度の一般的な範囲の問題である。もっとも、これはIPRG 16条2項の規定によって緩和されると説明される (Keller/Girsberger, Art. 144 IPRG-Kommentar, N. 17)。この規定によると、財産法的な請求に際しては、外国法の内容証明は当事者に義務づけられ得る。

(47) BGer. 23.10.1992 (BGE 118 II 502); BGer. 05.04.2002 (BGE 128 III 295); Siehr, IPRS, 331; Bucher/Bonomi, DIP, 297; Schnyder/Liatowitsch, IPZR, 213; Schwander, Einführung, 266; F.Dasser, Art. 144 IPR-Kommentar, N.6; Keller/Girsberger, Art. 144 IPRG-Kommentar, N. 15, N. 17などを参照。

(48) Siehr, FS Moser, 110; Schwander, Einführung, 266.

(49) Keller/Girsberger, Art. 144 IPRG-Kommentar, N.20. 求償権行使の方法とされるものとして、例えば次が挙げられている。

求償が直接の求償権の取得か、代位かその組み合わせによるのか (F. Dasser, Art. 144 IPR-Kommentar, N. 10),

担保権や利息請求権または加害者の責任保険者に対する直接請求権といったいかなる付随的権利が求償権者に移転するか (Keller/Girsberger, Art. 144 IPRG-Kommentar, N. 23),

時効消滅または権利濫用といった、いかなる抗弁が求償義務者に認められるか (Bucher/Bonomi, DIP, 297),

求償債務者が償還後の債権者への支払によって免除されるかどうか (Keller/Girsberger, Art. 144 IPRG-Kommentar, N. 23),

例えば、なお請求されていない共同債務者の一人の破産といった、人的な状況が求償債権にどのように作用するか (Keller/Girsberger, Art. 144 IPRG-Kommentar, N. 23),

求償債権を譲渡することができるか (Botschaft Ziff. 285. 2)。

(50) 債権者と求償権者の間だけに関するものとして、例えば次のものが挙げられている。債権者による、求償債権の侵害 (例えば、債務免除、和解、債権譲渡、求償義務者の債務のために設定された担保の放棄) に関する問題 (Keller/Girsberger, Art. 144 IPRG-Kommentar, N. 26), 債権者が、完全には弁済を受けていないために、残存債権を有する場合に、残存債権と求償権を発生させた債権の間の抵触の問題 (Bucher/Bonomi, DIP, 298.) などである。

51) 144条3項は次のように規定している。「公的な任務をになう組織に求償権が帰属するかどうかは、当該組織の準拠法によって判断される。求償の成否・範囲および求償権の行使方法については、1項および2項の規定が適用される。」

健康保険や社会保険といった公的な社会保障を担う組織には次の社会的な任務が委託されていると考えられる。すなわち、被害者が被った損害の埋め合わせを一定の限度まで保証し、その損害賠償請求の実行を省くという任務である。このような組織による被害者に対する給付は私法上の債務に基づくわけではない。つまり、この組織が加害者に対して求償する場合には、原因行為の準拠法にあたるものが存在しない。その代わりに、組織の設立準拠法によることを明らかにするために、3項は規定されたと説明される (Siehr, FS Moser, 111.)。

52) Siehr, IPRS, 331; Keller/Siehr, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, 1986, 279.

53) Dutoit, Art. 144 Commentaire, N.3. 下の *Swissair* 判決も参照。

54) 例えば、いわゆる *Swissair* 判決 (BGer. 22. 09. 1959, BGE 85 II 267)。事案を概略すると次のようになる。*Swissair* はスイスの銀行のために金の延べ棒が入ったケースをパリからジュネーブに運送する契約を結んだ。この運送については、スイスの銀行の計算において、ベルギーのブリュッセルの銀行とブリュッセルの保険会社との間で保険契約を締結されていた。金の延べ棒の入ったケースの一つが *Swiss* のパイロットによって盗まれ、そのまま行方不明になった。スイスの銀行はベルギーの保険会社から保険金を受け取った。そこで、ベルギーの保険会社が *Swissair* に対して求償を求めた。

この判決の事案においては、*Swissair* の銀行に対する責任には、運送者の本拠の法 (スイス法) およびワルシャワ条約が適用された。保険契約の準拠法はベルギー法とされた。

この判決が保険代位について原因行為の準拠法に連結した理由として、次が挙げられる。① 保険代位はその契約に基づく債務の履行の效果にすぎない。② 保険代位の問題に債権の準拠法を適用すると、保険者の保険契約に基づく義務が求償に際しては縮減されたり、逆に伸長され得ることになってしまう。③ 保険代位を保険契約の準拠法に連結したとしても、債務者の法的地位は害されない。保険者は債権者に代位するにすぎないからである。

この判決は以降の連邦最高裁判所の判例にも踏襲されている (例えば, BGer. 27. 11. 1962, BGE 88 II 403)。M. Keller, *Die Subrogation als Regress im Internationalen Privatrecht*, SJZ 1975 (以下, Keller, *Subrogation* として引用), 308 も参照。

55) もっとも、スイス国際私法発効前から判例はすでに変更されていた (BGer. 26.

11. 1981, BGE 107 II 489; BGer. 08. 03. 1983; BGE 109 II 65)。

- 56) Schlussbericht, 252 を参照。
- 57) Keller, Subrogation, 311 ff., 326f.
- 58) D.M. Meyer, Der Regress im Internationalen Privatrecht, 1982, 3, 16.
- 59) Keller, Subrogation, 312 f., 327. Siehr, IPRS, 331; F. Dasser, IPR-Kommentar, N.7 も参照。
- 60) Keller, Subrogation, 312 ff., 327; D.M. Meyer, Der Regress im Internationalen Privatrecht, 1982, 16, 18.
- 61) Schlussbericht, 252 f.; Botschaft Ziff. 285. 2.
- 62) もっとも、そうだとすれば債権の準拠法の適用が妥当ではないかともいわれる (F. Dasser, Art. 144 IPR-Kommentar, N. 7)。
- 63) Schlussbericht, 252 f.; Botschaft Ziff. 285. 2.
- 64) Botschaft Ziff. 285.2; Schlussbericht, 253.
- 65) Keller/Girsberger, Art. 144 IPRG-Kommentar, N. 24; F. Dasser, Art. 144 IPR-Kommentar, N. 10.
- 66) Bucher/Bonomi, DIP, 298; Keller/Girsberger, Art. 144 IPRG-Kommentar, N. 25.
- 67) F. Dasser, Art. 144 IPR-Kommentar, N.3.
- 68) Keller/Girsberger, Art. 144 IPRG-Kommentar, N. 3. スイス債務法 110 条が規定しているような場合として例示されている。
- 69) 「Subrogation conventionnelle」のような債権の移転をどのように取り扱うかについて、スイスの見解は必ずしも一致していないようにみえる。145 条の規定による見解が多いように観察される (例えば, Vischer/Huber/Oser, IVR, 491)。もっとも、次のような見解も主張されている。すなわち、法律行為の部分には 145 条の規定が、法律上の部分には 146 条の規定が適用されるとする見解である (Keller/Girsberger, Art. 146 IPRG-Kommentar, N. 4)。
- 70) Keller/Girsberger, Art. 144 IPRG-Kommentar, N. 8. スイス国際私法制定前のものとして、M. Keller, Subrogation, 306 f.; R. Karrer, Der Regress des Versicherers gegen Dritthaftpflichtige, 1965, 14 f. も参照。
- 71) Keller/Girsberger, Art. 144 IPRG-Kommentar, N.9; Siehr, FS Moser, 113.
- 72) F. Dasser, Art. 144 IPR-Kommentar, N. 4. は 144 条の規定の適用と説明している。Keller/Girsberger, Art. 144 IPRG-Kommentar, N. 11 は少なくとも類推的に適用されるとする。144 条の規定が類推適用されるのか、適用されるのかは、次に依拠するようになる。すなわち、責任保険者に対する直接請求権が 143 条の規定が予定している「請求権」にあたるかどうか、である。この問題は 141 条の規定する準拠

法によって判断される (D. M. Meyer, Der Regress im Internationalen Privatrecht, 1982, 41 を参照)。

- (73) F. Dasser, Art. 144 IPR-Kommentar, N. 7 f.; Dutoit, Art. 144 Commentaire, N. 3. Bucher/Bonomi, DIP, 297 を参照。
- (74) F. Dasser, Art. 144 IPR-Kommentar, N. 7; Vischer/Huber/Oser, IVR, 503f.
- (75) Vischer/Huber/Oser, IVR, 504.
- (76) Siehr, IPRS, 336f.
- (77) スイス債務法 401 条は次のように規定している。すなわち、「受任者が委任者の計算において自己の名前で第三者に対する債権を取得した場合には、委任者が委任関係から生じるすべての義務を果たしている場合には、当該債権は委任者に移転する」。これに対して、例えば、ドイツ商法 392 条 1 項は次のように規定している。すなわち、「委任者は、委託売買人 (Kommissionär) が締結した法律行為から生じた債権を債権譲渡の後にはじめて債務者に対して主張することができる」。その 2 項は、次のように規定している。すなわち、「ただし、そのような債権は、譲渡がなされていない場合でも、委任者と委託売買人およびそれらの債権者との関係においては委任者の債権とする」。日本民法 646 条 2 項の規定も参照。
- (78) Dutoit, Art. 146 Commentaire, N. 1.
- (79) Botschaft Ziff. 285. 3.
- (80) Botschaft Ziff. 285. 3; Keller/Girsberger, Art. 146 IPRG-Kommentar, N. 8; Schnyder/Liatowitsch, IPZR, 215.
- (81) F. Dasser, Art. 146 IPR-Kommentar, N. 4.
- (82) Botschaft Ziff. 285. 3. Dutoit, Art. 146 Commentaire, N. 3; Bucher/Bonomi, DIP, 299 も参照。
- (83) Keller/Girsberger, Art. 146 IPRG-Kommentar, N. 9.
- (84) Keller/Girsberger, Art. 146 IPRG-Kommentar, N. 9.
- (85) F. Dasser, Art. 146 IPR-Kommentar, N. 7.
- (86) Keller/Girsberger, Art. 146 IPRG-Kommentar, N. 6; F. Dasser, Art. 146 IPR-Kommentar, N. 8.
- (87) Vischer/Huber/Oser, IVR, 492.
- (88) F. Dasser, Art. 146 IPR-Kommentar, N. 6.
- (89) Botschaft Ziff. 285. 3. 他にも、旧債権者への善意の弁済が免除効を持つとする規定、抗弁および相殺の可能性を新債権者に対しても主張できるとする規定、二重払いの危険および新旧債権者間の争いから債務者を保護ための債務者への通知に関する規定、債務者の抗弁および相殺可能性の存続に関する規定が挙げられている。

- ⑩ Schnyder/Liatowitsch, IPZR, 215; Dutoit, Art. 146 Commentaire, N. 3 も参照。
- ⑪ Dutoit, Art. 146 Commentaire, N. 3 も参照。
- ⑫ Vischer/Huber/Oser, IVR, 491 f. Siehr, IPRS, 337f. も参照。
- ⑬ F. Dasser, Art. 146 IPR-Kommentar, N. 6.
- ⑭ 当事者による準拠法の指定への債務者の同意という要件に関しても、問題があるように思われる。債務者は、同意をする際に、当事者の指定する法と債権の準拠法の内容を比較する必要があり得るからである。この比較は、債務者にとってかなりの負担と思われる（スイスにおいては消費者契約に関する 120 条の規定する保護を債務者が受ける可能性はあろう）。
- ⑮ ただし、Bonomi, Transmission des créances, 126; Bucher/Bonomi, DIP, 299。
- ⑯ 逆に、保険会社が予見できない利得を得ることがあり得る。すなわち、債権の準拠法は求償を認め、原因行為の準拠法は求償を認めない場合、または債権の準拠法の方が原因行為の準拠法よりも多額の求償を認める場合である。このような場合でも、債権の準拠法を知っている求償義務者にとって不測の事態とはなるまい。