

任意的抵触法の理論について

佐 野 寛

- 一 はじめに
- 二 抵触規定・外国法の適用に関する諸国の状況
- 三 任意的抵触法の理論
- 四 若干の検討
- 五 むすびに代えて

一 はじめに

わが国においては、涉外事件が提起された場合、裁判所は、まず、わが国の国際私法規定——一般には、法例の規定——に従って準拠法を決定し、さらに、外国法が準拠法とされた場合には、裁判所が職権でその内容を調査し、これを適用すべきであるとされている。つまり、涉外事件に関しては、裁判所は、まず国際私法規定を適用して準拠法を決定しなければならないとされているわけである。¹しかし、実際の裁判例をみると、その事件の事実関係からは涉外性があると思われるにもかかわらず、当事者も裁判所も、もっぱら日本法を前提として裁判を行っているものが少なからず見受けられる。たとえば、東京地判平成四年九月三〇日（判例タイムズ八二五号一九三頁）のケ―

スは、マレーシアおよびシンガポール国内の競馬場で活躍していた日本人騎手に関して、日本のスポーツ新聞社が八百長行為を行っているなどと報じたために名誉を毀損されたとして、その騎手が新聞社に損害賠償と謝罪広告を求めたものであるが、裁判所は「日本国内においてはもとより、マレーシア、シンガポール等においても、原告が八百長レース等の不正行為にかかわっているのではないかとの疑惑が広まり、原告は、これによってその社会的評価を著しく害された」との判断をしているものの、法例の規定や準拠法の問題には一切触れることなく、原告に対して損害賠償と謝罪広告を認めている。また、東京高判平成八年六月二六日（判例時報一五七三号一三三頁）は、商用でしばしば来日するパキスタン人が、日本の証券会社の支店長らの勧めにより行った株取引で損失が生じたとして、証券会社の善管注意義務違反を問うた事件であるが、当事者も裁判所も準拠法を一切問題にしていない。

これらの判決に対しては、法例を明示的に適用していない点に問題はあるものの、法例を適用しても日本法が適用されるケースであつたから——前者の場合には、不法行為地法として日本法が、後者の場合には、黙示的な契約準拠法として日本法が適用される可能性がある——、裁判所はあえて準拠法を問題としなかったと評価することができるとは思えない。また、とくに後者の事例については、当事者は裁判手続中に契約準拠法として日本法の適用に合意したものと見ることもできるかもしれない。しかし、実際には、これらの事例では、当事者は、もつと單純に、法廷地法である日本法が紛争解決の基準となると考えていたとも考えられる。

このように、涉外事件について、当事者がともに外国法の適用を主張しない場合、あるいはもつと積極的に日本法の適用を主張して攻撃・防御を行った場合でも、少なくともわが国の学説上は、冒頭で述べたように、必ずまず国際私法規定を適用して準拠法を決定すべきであると考えられている。しかし、涉外事件に対して国際私法規定を絶対的・強行的に適用するといふような考え方に對しては、一九七〇年に、ドイツのフレスナー（A. Flessner）が、裁判所は当事者が国際私法を援用して外国法の適用を望んだ場合にはじめて国際私法規定を適用すべきである

とする、いわゆる「任意的抵触法 (fakultatives Kollisionsrecht)」の理論を提唱して以来、ヨーロッパではこの問題が多様な形で議論されている。もともと、フレスナーの理論は、それが主張されたドイツにおいても「国際私法の否定」の論として学説上強い批判を受けており、またわが国でもこれに批判的な立場が一般的であるように思われる。しかし、このような学説における批判にもかかわらず、とくに外国法の適用に伴う諸困難を理由として、実務家や訴訟法学者の間には、この理論に対する根強い関心をうかがうことができる。近時、ヨーロッパにおいて、任意的抵触法に関する研究が相次いで公表されたのも、そのような事情を背景としているといえよう。

周知のように、フレスナーの任意的抵触法の理論に関しては、すでに丸岡松雄教授の壮大な研究が存在しているが、本稿は、そのような任意的抵触法に関する近時の議論の一端を紹介し、それに対して若干の検討を加えようとするものである。

(1) 海老沢美広「国際私法の強行性と民事訴訟」民商法雑誌六四卷五号七八二頁(一九七一年)、最高裁判所事務総局編『涉外家事事件執務提要(上)』六頁(一九九一年)。このように、国際私法は、当事者が適用を欲するか否かにかかわらず適用されることから、一般に強行法と解されている。海老沢・前掲七八二頁、溜池良夫『国際私法講義(第二版)』一八頁(一九九九年)、澤木敬郎『道垣内正人『国際私法入門(第四版)』八頁(一九九六年)。

なお、道垣内教授は、理念的には、涉外的法律関係だけでなく、いかなる法律関係であれ、法例を通じて常に準拠法を決定しなければならぬとされる。道垣内正人『ポイント国際私法 総論』一頁以下(一九九九年)。

(2) 新聞や放送機関等のマス・メディアによる名誉毀損に関しては、国際私法上も被害者の保護が重視されるべきであり、そのような観点からは、被害者により密接に関連する結果発生地を不法行為地と解すべきであると考えられる。したがって、本件の場合には、わが国においても原告の名誉が毀損されていることから、結果発生地法として日本法を適用することが考えられよう。なお、道垣内教授は、本件について、「マレーシア、シンガポールでの社会的評価を失ったことの損害賠償を求めるのであれば、そのような社会的評価(名誉)が存在している地が法例一条の原因事実発生地であるというべきであり、マレーシアでの損害についてはマレーシア法、シンガポールでの損害についてはシンガポール法を適用すべきであった」とされる。道

垣内・前掲『ポイント国際私法』一一頁―一二頁。また、名譽毀損の準拠法について詳しくは、出口耕自「国際私法上の名譽毀損」上智法学論集三八巻三三―三五頁以下（一九九五年）、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（二）」民商法雑誌一一二巻三三―三九頁（一九九五年）など参照。

(3) 道垣内教授は、前述のようにすべての法律関係に法例が適用されるとの立場を前提として、法例を適用して日本法が準拠法となるときは、ほとんどの場合、法例の適用に言及する必要はないとされる。道垣内・前掲『ポイント国際私法』一二頁。また、わが国の学説上、一般に、いずれの国の法を適用しても結果が異ならず、しかも法の選択に大きな困難が伴う場合には、裁判所における具体的事件の解決として、あえていずれかの法を選択するには及ばないとされていることから、日本法を適用しても外国法を適用しても結果が異なる場合には、あえて準拠法を問題にしなかったと考える余地もある。池原季雄「国際私法（総論）」二二九頁（一九七三年）、山田録一「国際私法」一一頁（一九九二年）参照。

(4) A. Flessner, *Fakultatives Kollisionsrecht*, RabelsZ. 34 (1970) S. 547 ff. 以下では「Flessner, Fakultatives Kollisionsrecht」として用いる。Vgl. K. Zweigert, *Zur Armut des internationalen Privatrechts an sozialen Werten*, RabelsZ. 37 (1973) S. 435 ff.; F. Strum, *Fakultatives Kollisionsrecht : Notwendigkeit und Grenzen*, Festschrift für K. Zweigert zum 70. Geburtstag (1981) S. 329 ff.

(5) たとえば「ノイハウスは「フレスナーの理論を『国際私法の否定』論に分類している。P. H. Neuhäus, *Neue Wege im europäischen internationalen Privatrecht* 2; RabelsZ. 35 (1971) S. 411. なお、この論文には桑田三郎教授の翻訳がある。桑田三郎訳「ヨーロッパ国際私法上新たな道は存在するか」法学新報八一巻九号二三三頁以下（一九七四年）。また、わが国では、後述する丸岡教授の見解を初めとして、反対説が大勢を占めている。溜池・前掲（一）一九頁、澤木「道垣内・前掲（一）九頁など参照」。

(6) たとえば、山本克己「外国法の探査・適用に伴う民事手続上の諸問題―（西）ドイツ法の素描―」法学論叢二二〇巻一―二頁（一九九一年）。

(7) 近時、任意的抵触法の問題を論じる文献としては、次のようなものがある。D. Koerner, *Fakultatives Kollisionsrecht in Frankreich und Deutschland*, 1995.; D. Reichert-Facitides, *Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht*, 1995.; Th. M. De Boer, *Facultative choice of law : The procedural status of choice-of-law rules and foreign law*, *Recueil des cours* t. 257 (1996) pp. 223-427. (以下では「De Boer, *Facultative choice of law*」として引用する) ; B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droit et conflits de lois*, 1996.

(8) 丸岡松雄「フレスナーの任意的抵触法（一）」（四）岡山大学法学会雑誌二〇巻一―一頁以下、二二―二七頁以下、三三―三八七頁以下、四四―四一七頁以下（一九八〇年―一九八一年）。丸岡教授の研究は、世界的にみても、任意的抵触法の理論を最

も包括的に検討したものといつてよいと思われる。したがって、本稿はその多くを教授の研究に負っている。

二 抵觸規定・外国法の適用に関する諸国の状況

ところで、先に掲げたわが国の判決のような事例に関して、諸外国ではどのような対応がなされているのであろうか。任意的抵觸法の理論の検討に入る前に、まずその点をみておくことにしたい。⁹⁾

(1) まず第一に、わが国と同様、裁判所が抵觸規定および外国法を職権で適用すべきとしている諸国がある。ドイツは、明文の規定は存在しないものの、通説・判例がこの立場を採用している。¹⁰⁾ また、オーストリア国際私法三条・四条、スイス国際私法一六条一項、イタリア国際私法一四條一項、スペイン民法一二条六項（ただし、外国法の証明は当事者による）、トルコ国際私法二条は、抵觸規定あるいは外国法は職権で適用されると規定している。¹¹⁾

(2) これに対して、コモン・ロウ諸国では、伝統的に、外国法は事実とみなされ、当事者が主張・立証すべきものとされている。たとえば、イギリスにおいて最も権威ある教科書の一つとされるダイシー・モリスのテキストブックによれば、「規則一八(1)外国法が適用されるべき場合には、外国法は、裁判官の満足のために、専門家による証拠または事情によつては特定のその他の方法により、事実として主張され、かつ証明されなければならない。¹²⁾ 外国法が十分に証明されないときは、裁判所は当該事件にイギリス法を適用する」とされている。¹³⁾ したがって、前述したわが国の事例のような場合、結局、当事者が外国法の内容を主張・立証しなければ、たとえそれが涉外性を帯びた事件であっても、イギリス裁判所は法廷地法であるイギリス法によつて裁判を行うことになる。このように、外国法の内容につき当事者の主張・立証が要求されている場合には、抵觸規定の適用自体は裁判所が職権で行うとし

ても、なお外国法の適用は当事者の意思に左右されることになる。なぜならば、裁判所が職権で抵触規定を適用し、外国法が準拠法となると判断した場合でも、当事者が外国法の内容を立証しない場合には、結局、裁判所は、その外国法を適用することができず、法廷地法によって裁判することになるからである。このような意味で、コモン・ロウ諸国の外国法適用の過程は、後述する任意的法選択の理論に近似した側面をもっている。¹³⁾

(3) 裁判所による職権適用の立場とコモン・ロウ的な立場との中間にあるとされるのが、フランスの判例の立場である。¹⁴⁾ フランスでは、一九五九年に破毀院がいわゆるビスバル判決 (Parrêt Bisbal) を下して以来、事実審裁判所は、当事者の態度にかかわらず、外国法を適用する権限はあるが義務はないとされてきた。つまり、裁判所は、当事者が外国法の適用を主張しない場合には、職権で抵触規定を適用する義務は負わないが、他方で、当事者が外国法の適用を主張している場合でも、職権で抵触問題を取り上げ、外国法を適用することができるとされてきたのである。しかし、このような判例の立場に対しては、学説の強い批判もあり、一九八八年の破毀院判決 (一九八八年一月一日第一民事部判決 (ルブール判決 (Parrêt Reboul)))、一九八八年一月一日第一民事部判決 (シュール判決 (Parrêt Schule))¹⁵⁾ において判例が変更され、裁判所は職権で抵触規定を適用すべき義務があるとされることになった。しかし、このように一般的に抵触規定の職権適用義務を認める判例の立場は、その後、一九九〇年と一九九一年に下された二つの破毀院判決 (一九九〇年二月四日第一民事部判決 (コヴェコ判決 (Parrêt Soc. Coveco)))、一九九一年十一月一日第一民事部判決 (サルキス判決 (Parrêt Sarkis))¹⁶⁾ によって揺り戻しを受けるに至っている。すなわち、右の判決によって、事実審裁判所は、次の二つの場合を除いて、職権で抵触規定を適用する義務はないとされたのである。すなわち、一つは、争われている法律関係がフランスが締結国となっている抵触法条約によって規律される場合であり、もう一つは、当事者に自己の権利について自由な処分が許されていない分野の法律関係が争点となっている場合である。¹⁷⁾ これらの例外事由のうち、とくに権利の自由処分性 (libre

disponibilité des droits) という要件は、後述するように、任意的抵觸法の問題を考える上でも、一つの重要なポイントとなるように思われる。

なお、フランスでは、外国法の内容の証明は当事者が負担するとされてきたが、最近の判例（一九九三年一月一六日破毀院商事部判決²⁰⁾）によって、当事者に権利の自由な処分を許す領域にそれは限定されることになった。

(4) さらに、抵觸規定および外国法を裁判所が職権で適用すべきとしている国においても、外国法の適用について当事者に一定の積極的役割を認めているものがある。

たとえば、スイス国際私法一六条は、外国法の内容の証明は裁判所の職権による旨を規定しているが、同条一項第三文で、財産法上の請求に関しては当事者に証明の義務を負わせることができるとしている。そして、当事者が外国法の内容を証明できない場合には、裁判所はスイス法を適用すると解されている²¹⁾。この規定は、外国法の調査についての裁判所の負担を緩和するために、外国法の証明につき当事者に対して強度の協力義務を課したものとみることができる²²⁾。

一方、ハンガリー国際私法は、当事者が共同して準拠外国法の不適用を申し立てた場合には、ハンガリー法²³⁾もしくは、選択の自由が認められている場合には、選択された法²⁴⁾が適用される²⁵⁾として（九条）、抵觸規定によって指定される準拠法についてその不適用を合意することを当事者に認めている。しかも、この規定の適用される範囲は、財産法のように実質法上当事者に処分の自由が認められている領域に限られていない。したがって、当事者が抵觸規定の定める準拠法を排除できるという意味で、この規定は、抵觸規定の任意法規性を一般的に認めたものと考えられる²⁶⁾。

また、オランダでは、離婚に関する抵觸規定において、離婚準拠法につき、当事者が法廷地法であるオランダ法を選択することが認められている。しかも、当事者が裁判所に出廷しないような場合には、当事者の一方による選

扱も許されるとされている。これは、離婚をできるだけ容易に認めようとする独特の政策に基づくものであるが、当事者の一方の申立によって法廷地法の適用が導かれるという点に特色があるといえよう。

このように、抵触規定および外国法の適用に関する諸国の国際私法の立場には様々なタイプがあり、涉外事件に關して裁判所が職権で抵触規定を適用する義務があるということは、比較国際私法的にみれば、必ずしも自明とはいえないように思われる。もっとも、大多数のヨーロッパ大陸諸国では、抵触規定および外国法の職権による適用が認められており、前述したわが国の事例のように当事者が外国法の適用を主張しない場合にも、裁判所は職権で抵触規定を適用し、準拠法として外国法が指定される場合には、やはり職権で外国法を適用しなければならないとされている。いうならば、抵触規定の適用を決定する段階では、当事者の意向は問題とならないわけである。そこで、このような絶対的・強行的な抵触規定の適用に疑問を投げかけ、「質の高い裁判」に関する当事者の利益という観点から、フレスナーが提唱したのが任意的抵触法の理論である。

そこで次に、フレスナーの任意的抵触法の理論とそれに対して主張された反対論を概観した上で、さらに、最近、ハーグ・アカデミーのジェネラル・コースにおいて、「任意的法選択の理論」を詳細に展開したドゥ・ブール (Th. M. De Boer) の見解を紹介することにした。

- (9) 以下の分類については、ドゥ・ブールの研究を参考にした。De Boer, *Facultative choice of law*, pp. 255-270.
- (10) ドイツにおける通説・判例は、裁判所は職権で準拠法を決定し、外国法の内容を確定すべき義務を負っていると解している。Vgl. Koerner, a. a. O. (Ann. 7) S. 42 ff.; Reichert-Faciles, a. a. O. (Ann. 7) S. 1 ff.; Soergel-Kegel, in: *Kommentar zum BGB*, Bd. 10, 12. Aufl. (1996) Rz. 166, 174 Vor Art. 3 EGBGB; Sonnenberger, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 10, 3. Aufl. (1998) Rz. 564 ff., 570 ff. Einl. EGBGB. また、外国法の探査に関しては、山本・前掲 (6) 四頁以下参照。
- (11) オーストリア国際私法三案「外国法が準拠法とされる場合には、外国法は職権により、その本国におけると同様に適用され

- るものとする」(四)「外国法は、職権によって調査される。(略)」(スイス国際私法二六条一項「適用されるべき外国法の内容は、職権によって確定される。(略)」(イタリア国際私法一四条一項「外国法の確定は、裁判官が職権により行う。(略)」(スペイン民法二二条六項「裁判所及び官庁は、スペイン法の抵触規定を職権により適用する。(略)」(トルコ国際私法二条「裁判官は、職権により、トルコ抵触法規定および同規定により準拠法とされた外国法を適用する。(略)」
- (12) Dicey & Morris, *The Conflict of Laws*, 13th ed. (2000) p. 221. もっとも、外国法は単なる事実とまったく同様に取り扱われているわけではない。たとえば、一部のコンモンウェルス諸国の法については、制定法(British Law Ascertainment Act 1859)により裁判所の職権確知が認められている。また、外国法の証明についても種々の例外が認められており、その意味で、外国法は事実問題ではあるが、「特殊な事実問題」であるとされている。Dicey & Morris, *op. cit.* pp. 221-225; Cheshire and North, *Private International Law*, 13th ed. (1999) pp. 99-100; R. Fentiman, *Foreign Law in English Courts* (1998) pp. 3-6.
- アメリカにおいても、伝統的に外国法は事実問題とみなされてきたが、制定法(Uniform Judicial Notice of Foreign Law Act (1936) [現在、「二十四州が採用」]、Uniform Interstate and International Procedure Act (1962) [現在、「六州が採用」]、連邦民事訴訟規則四四・一条)によって裁判所の職権確知(judicial notice)が認められるようになっていく。もっとも、現在でも、他州法と外国法とは区別され、多くの州が、他州法については職権確知を認めるが、外国法にまではそれを拡大していない。
- R. A. Leflar, L. L. McDougal III, R. L. Felix, *American Conflicts Law*, 4th ed. (1986) pp. 356-361; E. F. Scoles, P. Hay, *Conflict of Laws*, 2nd ed. (1992) pp. 418-426; S. C. Symeonides, W. C. Perdue, A. T. von Mehren, *Conflict of Laws* (1998) pp. 107-108.
- (13) ドウ・ブールは、法選択の問題は職権で処理されなければならないとしても、外国法が当事者によって主張・立証されなければならない場合には、当事者はなお準拠法の問題を支配しているとして、コモン・ロウのアプローチを任意的法選択の一形態ととらえている。De Boer, *Facultative choice of law*, pp. 266-270.
- (14) De Boer, *Facultative choice of law*, p. 265. なお、フランスにおける外国法の適用に関しては、早川眞一郎教授の詳細な研究がある。早川眞一郎「フランスにおける外国法の適用—フランス国際私法の現在・その1—」(一)「(四)」名古屋大学法政論集一五九号一頁以下、一六〇号八三頁以下、一六一号三六五頁以下、一六二号一九三頁以下(一九九五年—一九九六年)。
- (15) Cass. Civ. 1^{re}, 12 mai 1959, Rev. crit. 1960. 62, note Batifol, Clunet 1960. 810, note Sialelli, Dalloz 1960. 610, note Malaurie, J. C. P. 1960. II. 11733, note Motulsky.
- (16) Cass. Civ. 1^{re}, 11 octobre 1988, Cass. Civ. 1^{re}, 18 octobre 1988, Rev. crit. 1989 368, Clunet 1989. 349, note Alexandre.
- (17) Cass. Civ. 1^{re}, 4 décembre 1990, Rev. crit. 1991. 558, note Niboyet-Hoegy, Clunet 1991. 372, note Bureau.

- (18) Cass. Civ. 1^{re}, 10 décembre 1991, Rev. crit. 1992, 314 (2^e espèce), note Muir-Watt.
- (19) 早川・前掲(14) 一五九号三三頁。De Boer, *Facultative choice of law*, pp. 264-265 ; P. Mayer, *Droit international privé* 6^e éd. (1998) p. 101 ; Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé* 6^e éd. (1999) p. 282. むぐとむ' 学説は' のよ
うな抵觸法の職權適用義務の制限に總じて反対のようである。早川・前掲(14) 一五九号五三頁。H. Batiffol et P. Lagarde,
Droit international privé, 8^e éd. tome I (1993) pp. 534-537.
- (20) Cass. Com., 16 novembre 1993, Rev. crit. 1994, 332, note Lagarde, Clunet 1994, 98, note Donnier.
- (21) スイス国際私法一六条「1適用されるべき外国法の内容は、職權によって確定される。右の目的のために、当事者の協力を
求めることができる。財産法上の請求に関しては、当事者に証明を義務づけることができる。2適用されるべき外国法の内容
が確定されないときは、スイス法が適用される。」Vgl. A. Heini et al., *IPRG Kommentar* (1993) S. 156 ff. [Keller / Girsberger].
- (22) 一六条一項第三文は、草案段階では存在せず、国会における審議の過程で新設されたものである。IPRG Kommentar, S. 151. むぐとむ'
法を職權で適用する義務を非財産法上の請求に限定することが意図されたようである。IPRG Kommentar, S. 151. むぐとむ'
裁判官は、当事者に証明を義務づける権限はあるが、そうしなくてはならない義務があるわけではなく、また、一方の当事者
をとくに保護する必要がある場合や、外国法の確定にコストがかからない場合、あるいはすでにそれを裁判官が知っている
場合には、裁判官の外国法調査義務が認められるべきであるとする見解が有力である。IPRG Kommentar, S. 158.
- (23) De Boer, *Facultative choice of law*, p. 267.
- (24) 一九八一年三月二五日の「婚姻の解消及び別居についての抵觸規則およびそれらの承認に関する法律」一条は、婚姻解消お
よび別居の準拠法を、当事者の共通本国法、共通常居所地法および法廷地であるオランダ法の順に段階的に決定するのを原則
とした上で、第四項において、「前三項の規定にかかわらず、当事者が共にオランダ法を選択したとき、または当事者の一方が
したオランダ法の選択に異議が唱えられなかったときは、オランダ法が適用される」と規定している。この規定は、一条二項
(共通本国法の選択を認める)とともに、離婚準拠法につき当事者自治を認めたものと解されているが、相手方が異議を唱え
なければ一方当事者の選択だけで準拠法が決定される点に特色がある。De Boer, *Facultative choice of law*, pp. 267-268 ; R.
van Rooij, M. V. Polak, *Private International Law in the Netherlands* (1987) pp. 216-217.

三 任意的抵触法の理論

(1) フレスナーの見解

一九七〇年に公表されたフレスナーの「任意的抵触法」の理論については、丸岡教授がきわめて的確にその内容を要約されているので、まず、丸岡教授の要約によって、フレスナーの見解を概観することにした。

「フレスナーは、この論文であらましつぎのごとく主張している。すなわち、これまでの国際私法理論のもとでは、涉外的事案の裁判において、当該の抵触規範により外国法が指定されているときは、裁判所は当然にこの外国法を基準として判決をおこなわなければならない、そのさいには、当事者が実際にこの外国法の適用を要望していたかどうかということは、まったく考慮のそとに置かれている。しかし、このような伝統的観念は、当事者にたいしけつして最良の解決をあたえるものではない。一般に、裁判官および弁護士は、こと外国法に関しては内国法に關するがごとくには精通していないがゆえに、外国法が抵触事案の裁決のために判決規則を提供すべきときは、その裁判の質は、内国法が適用される国内事案のそれよりもおのずと拙劣なものとならざるをえず、それによって、わけても、当事者が質的に価値の高い裁判に有する利益が大きく侵害されざるをえないことになる。したがって、外国法の適用は当事者がこれを申し立てていたときにはじめてみとめらるべく、この意味において、抵触規範そのものもまた、もはや強行的ではないむしろ任意的な性質の法として把握しなおされるのでなければならない。」と。²⁵⁾

この要約からも明らかなように、フレスナーの出発点は、現在の裁判官および裁判所をめぐる諸状況の下では、外国法を適用した場合の裁判は自国法を適用する場合に比べて質の劣るものとならざるをえないとする現実主義的な認識にあるといえる。²⁶⁾そして、フレスナーの見解の特色は、そのような外国法の適用に伴う諸困難を、

裁判所の負担や訴訟経済といった観点からではなく、むしろ裁判官自らが熟知している自国法を適用して行われる「より質の高い裁判 (qualitativ hochwertige Justiz)」を期待する当事者の利益という視点から問題にした点にあるといえよう。²⁷ フレスナーは、次のように結論付けている。すなわち、「単に任意的にのみ指定規定を援用することだけが、いずれにせよ、関係者の見地からは最善の解決であろう。なぜならば、その場合、信頼できる裁判に対して有する彼らの利益を、ほんらい基準となる法秩序の適用を支持する他の観点と比較考慮するのは彼ら自身だからである」²⁸と。

ところで、このように「質の高い裁判」に関する当事者の利益という視点から抵触法の任意的性質を導き出していることから、フレスナーは、単に財産法の分野にとどまらず、家族法・相続法の分野にまで広くその適用範囲を及ぼすことができるとしている。すなわち、家族関係や相続から生じる財産法上の請求、たとえば相続分や遺留分、夫婦財産制などに関する裁判では、当事者が請求の放棄や認諾ができることから、抵触規定の援用を当事者に委ねることができるのである。²⁹ もっとも、家族法や相続法から生じる財産法上の請求であっても、それが第三者の法的地位を害するおそれのある場合には、³⁰当事者のみで法廷地法の適用を合意することは許されないとしており、また、当事者に処分自由が認められない事項（身分に関する事項、婚姻締結の要件、嫡出性の要件、養子縁組の要件など）に関する請求については任意的抵触法が妥当しないとしている。³¹したがって、フレスナーの理論においても、当事者による処分可能性と第三者の権利保護の問題が任意的抵触法の適用範囲を画する上で重要なポイントとなっているとみることができであろう。もっとも、フレスナーが、諸国の実質法上、当事者の協議による離婚や親権者の変更が許されるようになっていたことを挙げて、離婚や離婚の際の親権の帰属についても任意的抵触法の適用範囲に含めていることからみると、³²フレスナーの説く「処分可能性」はかなり緩やかな概念であると考えられる。

フレスナーが挙げる任意的抵触法のもう一つの例外は、当事者が外国法の適用を申し立てないことが法律の回避につながるような場合である。³³ フレスナーは、任意的抵触法は、当事者に法廷地法による「質の高い」裁判を提供するためのものであつて、特定の裁判結果を求めたり、それを回避したりするためのものではないとして、そのような場合におけるドイツ法の援用は、たとえ当事者が一致して行つたものであつても裁判所は拒絶すべきであるとしているのである。

このように、フレスナーの見解は、「質の高い裁判」に関する当事者の利益という観点から抵触規定の適用のあり方を見直そうとしたものであり、少なくともその点に関しては一貫性をもつた理論と評価することができるものと思われる。

(2) フレスナーの理論に対する批判

右のようなフレスナーの任意的抵触法理論に対しては、ツヴァイゲルトやシュトルムのようにそれに賛意を表する一部の見解もあるものの、³⁴ ドイツにおいても、とくに伝統的な国際私法理論の立場から厳しい批判が投げかけられている。前述のように、ノイハウスは、フレスナーの見解を「伝統的な国際私法の否定」論に分類していたし、クロフォラーは、任意的抵触法によって可能となる法廷地法の優先は、様々な理由がそれが妥当でないことを証明しているのだ、ドイツにおいても圧倒的に拒絶されると述べている。³⁵ そこで、そのようなフレスナーの理論に対する批判について、この点に関しても最も詳細にその検討を行っている丸岡教授の研究を参考にしつつ、その内容を簡単にしておくことにしたい。

第一に、フレスナーが自らの理論の主要な根拠とする「質の高い」裁判に関する当事者の利益に対しては、次のような反論が加えられている。すなわち、外国法の適用の際に、裁判官は、決して人間業ではできないことを要求

されているのではないから、外国法の適用が困難であるからといって、直ちに、それが裁判官の良くなしえないところであると見ることはできない。⁽³⁶⁾そして、フレスナーのように、涉外事件の裁判が拙劣である点を強調しすぎると、かえって裁判官を萎縮させ、当事者の訴訟上の利益を保護するためというよりも、もっぱら自らの外国法の適用上の諸困難を免れるために法廷地法を適用するという結果を大幅に促進するのではないかが懸念されるというものである。⁽³⁷⁾こうした批判の背景としては、ドイツにおいては、外国法の調査について、国際私法学者やマックス・ブラUNK研究所を初めとする多くの研究所あるいは裁判所自身が多大な努力を払ってきたことがあるといえよう。⁽³⁸⁾

また、フレスナーが、「質の高い」裁判に関する当事者の利益といった、いわば当事者の訴訟手続上の利益を重視することに對しては、かえって当事者が得ることができたであろう実質法上の利益をも奪う結果になると批判される。すなわち、当事者が外国法の適用を申し立てていないときに法廷地法を適用するというのは、涉外的事案について、抵触法的正義を無視して、その実質法的判断に適格を欠く法の適用を強要することに他ならず、当事者がその外国法の下で享受しうべき実質法上の利益を踏みにじってしまうとされるのである。そのような具体的な例としては、たとえば、ドイツに居住する外国人労働者の身分関係について、当事者が外国法の適用を申し立てていないというだけで、法廷地法であるドイツ法を適用することは、その本国への復帰意思を喪失していない外国人労働者にとつては、その本国法の適用によって得られる実質法上の利益の喪失を意味すると指摘されている。⁽³⁹⁾

さらに、任意的抵触法によれば、結果として法廷地法の適用が優先されることになる。この点に関して、フレスナーは、これは外国法の平等な適用という理念に見かけ上矛盾しているに過ぎないとしている。なぜならば、彼によれば、内外法平等の理念は、裁判官が、意識的または無意識的に、自国法の内容的な優越や優先適用から出発すべきではないということの意味しているのに対して、任意的抵触法は、法廷地法がそれ自体として優れた解決と推定されるからではなく、通常国内事件で提供されるのと同程度の質の裁判を当事者に保証するための唯一の方法と

して法廷地法を適用するにすぎないからである。⁽⁴⁰⁾しかし、このような「内外法平等の理念」の理解はフレスナー独自のものであり、裁判所は外国法を内国法と対等の資格で適用しなければならないとする伝統的国際私法理論の立場からは、フレスナーの理論は「内外実質法の本質的平等を否認する」議論とみなされるのである。⁽⁴¹⁾

最後に指摘すべき点は、任意的抵觸法といっても、その適用される範囲について、フレスナーがいくつかの例外を設けていたことである。とくに、フレスナーが適用範囲を確定するための一つのメルクマールとした「当事者による処分可能性」という要件に対しては、ある法律問題について当事者による処分が認められるか否かという問題それ自体、涉外事件においては、常にいずれの国の法秩序によってそれが決定されるべきかという先決的な判断を欠くことができないとの批判が提起されている。⁽⁴²⁾また、このような種々の例外を設ける必要があること自体、いかに当事者の訴訟上の利益が保護されるべきとはいっても、やはりそうした利益が、抵觸法に固有の正義ないし当事者の抵觸法上の利益の前に譲歩せざるを得ないことを認めたものといえるのではないかとの批判もある。⁽⁴³⁾たしかに、抵觸規定の任意性がどのような法律問題について認められるかは、この理論の実用性にかかわる重要なポイントであると思われる。

(3) ドウ・ブルの見解

右にみたように任意的抵觸法理論に対してはヨーロッパにおいても批判が少なくないにもかかわらず、ある意味では、その理論をフレスナー以上に徹底させていると思われる最近のドウ・ブルの見解を次に見ることになろう。

ドウ・ブルによれば、任意的な法選択の実際的な長所は、次の二つの点にあるとされる。すなわち、一つは、フレスナーが唱えた裁判手続の質に関する問題である。この点について、ドウ・ブルは、外国法の適用が裁判の質を危うくするか否かは個々の事案に左右される面があることを認め、⁽⁴⁴⁾フレスナーよりは慎重な態度をとっている

ものの、一般的にはフレスナーの主張は彼の経験からも支持することができるとしている。すなわち、「国内事件では、訴訟当事者は、十分な訓練、経験および判決の有効性を保証する権威をもった十分な資格のある裁判官によって彼らの争いを解決してもらう権利を有するということは、誰も否定しないであろう。しかし、裁判官は、外国法を適用する訓練を受けていないし、たまたま適用されることになるかもしれないすべての外国法について経験があるとは思われない。また、彼らの権威は、彼ら自身の調査の結果に自信がないことによって、あるいは外国法の鑑定人に依存することによって著しく低下させられることになる。したがって、次のことは明らかであろう。質の高い裁判に関する当事者の利益は——きわめて単純な事件は別として——事件が外国法に服する場合には、いくら控え目にいっても、危険な状態に置かれている」⁴⁶と。もともと、ドウ・ブルは、この結論が直ちに任意的法選択理論の採用を正当化するかどうかについては態度を留保しており、むしろ、もう一つの利点とされる手続的な効率性 (procedural efficiency) の促進という面の方をより重視している。⁴⁷

ドウ・ブルはこの手続的効率性の問題を多様な点から論じているが、まず第一に、涉外訴訟は、抵触規定による準拠法の指定と、指定された準拠法の適用という二段階の過程からなっており、そのことが国内事件では必要とされない裁判所の努力を求めることになる。とくに、反致や法性決定といった国際私法独自の問題は、実務家にとっては抵触法学者が想像するよりもずっと複雑であり、任意的法選択は、当事者のいずれもが法選択の争点を提起しなければ、そのような問題を省略できるという利点があるとしている。⁴⁸また、抵触規定を職権で適用しなければならぬとすると、当事者が法選択の問題を想定していないような場合には、当事者に不意打ちにならないように、外国法が準拠法となる旨を裁判所が当事者に知らせる手続が必要となる。しかし、そのような手続は当事者と裁判所の双方にとって負担を増やす結果となる。⁴⁹これに対して、任意的法選択の理論が採用されるならば、当事者が法選択の争点を予想していなかったために、実質的な争点に関する証拠はすべて提示したけれども、涉外性

の問題に関する事実については証拠が不足しているという場合であっても、裁判所は、追加的な証拠を求めたりする必要はなく、直ちに実質的な判断を下すことができる⁵⁰とされるのである。これらの主張からも明らかのように、ドウ・プールの見解は、フレスナー以上に訴訟法上の観点を重視している点に特色があるといえよう⁵¹。

それでは、ドウ・プールは、任意的法選択の理論的根拠をいったい何に求めているのであろうか。ドウ・プールは、まず、任意的法選択と当事者自治との関係について次のように述べている。すなわち、任意的法選択と当事者自治とは、そのいずれもが当事者によって準拠法が選択されるという点で、密接に関係していることは疑いがない。したがって、理論的には、抵触法上選択の自由が認められる領域では、任意的法選択が拒否されるべき理由はない⁵²。しかし、その一方で、任意的法選択を当事者自治の一態様として扱うことは、当事者が抵触法上選択の自由をもつ分野にその理論の適用範囲を狭めてしまうことになり、妥当ではない。また、当事者自治は法廷地法以外の法を選択する余地を認めていることから、任意的法選択を当事者自治と同一視することは明らかに不合理である⁵³。と。むしろ、ドウ・プールが、任意的法選択の理論的基礎として主張するのは、「手続的な処分の自由(procedural freedom of disposition)」という考え方である。この点について、彼は、次のように述べている。すなわち、「任意的法選択は、彼らの争点から国際的な側面を取り除き、当事者間では争点となっていない法選択と外国法という厄介な問題を避けることを当事者に許す。もしも当事者が彼らが関連すると考える事実だけを述べることで、裁判所は自動的に他の事実を証拠として取り上げることが許されないとすれば、法選択の判断に関連する事実を省略することも同様に容認されるべきである。そして、訴訟の範囲を決めるのは当事者の特権であるという理由から、もしもそのような事実を無視することが許されるとすれば、なぜ裁判所が、当事者が省略したか、あるいはまったく別の目的で証拠として挙げた事実に基づいて、法選択の争点を提起し、それを解決することを主張すべきなのかを理解することは困難である⁵⁴」と。

このように、ドウ・ブルは、任意的法選択の理論的な根拠に関しても、抵触法上の当事者自治よりも、むしろ手続的な処分自由という考え方に親近性を見いだしており、その意味でも、彼は任意的法選択の問題を手続的問題と考えているように思われる。⁵⁵⁾

以上のような実際の根拠および理論的根拠に基づいて、ドウ・ブルは、次のように自らの任意的法選択論を展開している。すなわち、まず第一に問題となるのが任意的法選択論の適用範囲である。ドウ・ブルの見解は、手続的な処分自由を基礎にしていることから、そのような処分の自由が認められる範囲の画定が問題となる。この点については、前述したフレスナーの理論に対する批判にもあつたように、手続的な処分可能性の範囲を対象とする法律問題の実質的な自由処分可能性に依存させる場合には、その基準となるのは法廷地実質法か、あるいは当該法律問題の準拠法（効果法）かといった難解な問題が生じることが予想される。しかし、ドウ・ブルは、法選択規定が自由な処分の対象となるか否かは、対応する実質法の目的や当該法選択規定によって指定される実質法によって決定されるのではなく、法選択規定それ自体の目的によって決まるとする。つまり、法選択規定の自由処分可能性は、法選択規定それ自体によって決まるとするのである。そして、このような観点から見るとき、国際私法は、何よりもまず私的当事者の利益に向けられており、法選択規定それ自身は公けの利益を保護するものではないから、それらの規定のいずれについても公序規定に分類することはできない。その結果、法選択規定は「絶対的強行(imperative)」規定の資格を欠くことになるが、そのことは、当事者の手続的な処分自由が、係争事項とは関係なく、法選択の争点に関して制限される必要のないことを意味している、と論じている。⁵⁶⁾したがって、このような抵触規定の理解から、ドウ・ブルは、フレスナーとは異なり、抵触規定一般について広く任意規定性を認めるものと解される。

次に問題となるのは、任意的法選択を認めるとしても、法廷地法を適用することについて当事者間に明示の合意

が必要とされるか否かという点である。任意的法選択を当事者自治の一環としてとらえた場合には、このような合意の必要性が問題となると考えられる。しかし、ドウ・ブルは、とくに欠席裁判の場合を念頭において、このような要件は不要であると解している。すなわち、もし仮に裁判所が当事者に対して法選択の争点について釈明を求める必要があるとすると、欠席手続の場合には、原告にのみ有利な結果となる可能性があるからである。⁵⁷

さらに、ドウ・ブルは、任意的法選択によれば、消費者保護や扶養権利者の保護などの抵触規定の基礎にある政策が挫かれることになるのではないかとの批判を想定し、それに対する反論を試みている。彼によれば、実際には、この批判はそれほど重要ではない。その理由は、一つには、抵触規定が弱者の利益を保護しているような場合には、同じような政策は裁判管轄権の決定に関しても採用されており、法廷地法の適用は、通常、そのような抵触規定によって指定される法と一致するであろうからである。たとえば、消費者については、諸国の国際民事訴訟法上、その住所で訴訟を提起することが認められるようになっており、法廷地法と消費者の住所地法は通常一致することが多いからである。⁵⁸ また、当事者の一方を保護する政策はその者の利益となるのであるから、そのような保護に訴えるか否かは、結局、彼ら自身に委ねられるべきであるとしている。⁵⁹

ところで、これまで見てきたように、ドウ・ブルの見解は、フレスナーに比べてもかなり徹底して法選択規定の任意性を主張している。これは、彼の見解が、法廷地法の適用をむしろ原則と考える彼の国際私法観を前提としていることによるものといえる。すなわち、彼は、民事訴訟の出発点としては、法廷地法の一応の適用(*prima facie applicability*)が前提となるとする。⁶⁰ その上で、外国法を適用して法選択問題を解決するためには、当該外国法によって法廷地法を置き換えるやむにやまれぬ理由が存在しなければならぬとするのである。彼によれば、「自分は、法選択が裁判の調和や国際的な体系の調整、あるいは『抵触的正義』を達成することができるとは信じていないから、これらの理想の追求は、私見によれば、法廷地法を取り替えるための説得的な理由としては問題とならない」。

また、実質的正義の促進という理念も、外国法を適用すれば法廷地法によって達成される以上の結果となると先験的に仮定できるという理由はないから、法廷地法を置き換えるやむを得ない理由ではない。結局、残されたものは、外国法の適用が彼らの訴訟原因にとってより有利であるからとか、その適用が承認・執行を促進するから、あるいは彼らがある法律関係に入る際にその法に頼っていたという理由に基づく、外国法の適用に関する両当事者、またはその一方当事者の利益である。そして、それが外国法を適用する唯一のやむにやまれぬ利益であるとするならば、抵触規定が適用されるためには、その利益を得たいと願う当事者によってそれが主張されることを期待するのも不合理なことではないとするのである。⁶¹⁾

(25) 丸岡・前掲(8)三〇巻一三二頁。

(26) この点に関して、フレスナーは、裁判官の訓練、鑑定を初めとする外国法調査システムの問題点、外国法解釈の困難など多様な面から、この「質的な相違」を論証し、その上で次のように述べている。「ある事件が外国法に従って裁判される場合、与えられる裁判は、ドイツ法が適用されるときとは質の異なるものであり、しかも——それは先に詳述した詳細のすべてから推論されることだが——より劣悪な質のものである。その手続は、時間がかかるし、より多くの費用が必要である。また、裁判の質は通常の国内基準を満たしておらず、当事者の手続法上の地位も悪化し、法廷の審級も制限されている」と。Flessner, Fakultatives Kollisionsrecht S. 549 ff.

(27) 外国法の適用に伴う困難を、裁判所の負担や訴訟経済の観点から論じたものは少なくない。たとえば、ランドーは、外国法の適用に伴う訴訟コストを問題にしていたし、O. Lando, Länderberichte Skandinavien, in Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht (1968) S. 128 ff. わが国の三ヶ月教授は、主として司法制度論的観点からこの問題を論じている。三ヶ月章「外国法の適用と裁判所」澤木敬郎・青山善充『国際民事訴訟法の理論』二五〇頁—二五五頁(一九八七年)。なお、このようなフレスナーの理論の評価については、丸岡・前掲(8)三〇巻二二八頁—二二九頁、山本・前掲(6)二二頁参照。

(28) Flessner, Fakultatives Kollisionsrecht S. 555.

(29) Flessner, Fakultatives Kollisionsrecht S. 573 ff.

- (30) フレスナーは、そのような場合の例として、ドイツ民法上の相続証書手続（ドイツ民法二三三条以下）を挙げている。相続証書は、相続人の相続権に関し、遺産裁判所が発行する証明書であるが、この場合に抵触規定の援用を当事者に委ねると、本来の相続準拠法に従い、この手続に関与していない相続人の法的地位が害されるおそれがあるからである。Flesner, *Fakultatives Kollisionsrecht* S. 573.
- (31) Flesner, *Fakultatives Kollisionsrecht* S. 574.
- (32) Flesner, *Fakultatives Kollisionsrecht* S. 574.
- (33) Flesner, *Fakultatives Kollisionsrecht* S. 575.
- (34) Zweigert, a. a. O. (Anm. 4) S. 445; Strum, a. a. O. (Anm. 4) S. 344 f.
- (35) J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 3. Aufl. (1997) S. 45. クロフォラーは、解釈論としては、ドイツにおいては、任意的抵触法のための法的基礎は現在のところ何ら存在しないと明言している。Ebenda, S. 46.
- (36) 丸岡・前掲(8)三〇巻三三三九頁。外国法の適用について、ケーゲルも次のように述べている。「もちろん、裁判官に超人的な判断(Übermenschliches)を要求することはできない。したがって、裁判官は、単に、縛束された裁量に従い、彼が利用できる認識可能性を用いて外国法の内容を調査しなければならないに過ぎない」(G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, 7. Aufl. (1995) S. 363.
- (37) 丸岡・前掲(8)三〇巻三三三九頁。
- (38) 丸岡・前掲(8)三〇巻三三三九頁—三三八頁参照。
- (39) 丸岡・前掲(8)三〇巻三三三九頁—三三八頁。クロフォラーも、任意的抵触法の提案は、抵触法的正義および判決調和に比べて、あまりにも一方的に価値の高い裁判に関する手続上の利益を強調しすぎていると批判している。Kropholler, a. a. O. (Anm. 35) S. 45.
- (40) Flesner, *Fakultatives Kollisionsrecht* S. 562. 同様の理由から、フレスナーは、任意的抵触法の理論が、アメリカにおいて有力な法廷地法優位の思想とは異なることを強調している。Ebenda, S. 559.
- (41) 丸岡・前掲(8)三〇巻三三三九頁—三三三頁。
- (42) 丸岡・前掲(8)三〇巻三三三九頁。
- (43) 丸岡・前掲(8)三〇巻三三三九頁。ノイハウスも、フレスナーは彼のモデルの限界がどこにあるかを述べていないので、さしあたって実際に使うことはできないとしている。Neubaus, a. a. O. (Anm. 5) S. 411.
- (44) ドゥ・プールは、一九四三年オランダ生まれ、現在はアムステルダム大学の国際私法・比較法の教授である。主要な業績と

しては、Th. M. De Boer, *Beyond Lex Loci Delicti* (1987) などがある。短期間ではあるが裁判官としての実務経験もあり、その体験が彼の主張の基底にあることは、彼自身が論文の中でしばしば述べている。

(45) たとえば、オランダ裁判所にとって、イギリスの離婚法を適用することは必ずしも困難ではないと述べている。De Boer, *Facultative choice of law*, p. 320.

(46) De Boer, *Facultative choice of law*, pp. 321-322.

(47) De Boer, *Facultative choice of law*, p. 322.

(48) De Boer, *Facultative choice of law*, pp. 322-324.

(49) De Boer, *Facultative choice of law*, pp. 324-325.

(50) De Boer, *Facultative choice of law*, pp. 325-328.

(51) 「S. J. A. B.」 The procedural status of choice-of-law rules and foreign law という彼の論文のサブタイトルに端的に現れている。

(52) De Boer, *Facultative choice of law*, pp. 330-332.

(53) De Boer, *Facultative choice of law*, pp. 338.

(54) De Boer, *Facultative choice of law*, pp. 336-337. したがって、このような手続的な処分の自由は、広い意味での弁論主義を指すものと思われる。id. p. 347.

(55) ドゥ・ブールは、次のようにも述べている。「任意的法選択の理論は、それが当事者が最終的に訴訟の範囲を支配するという原則を表現しているという限りにおいて、手続上の処分の自由と同一の根拠で、同一の条件の下に、そして同一の制限に服することを前提として受け容れられるべきである。」と。De Boer, *Facultative choice of law*, p. 338.

(56) De Boer, *Facultative choice of law*, pp. 356-358.

(57) ドゥ・ブールは、さらに次のように述べている。「任意的法選択は当事者による擬制的な法選択に基づいているという反対論にはとくに感銘を受けない。たとえ合意が擬制であるとしても、いずれの当事者も法選択の争点を提起する必要があるとは感じていなかったことは否定できない。たとえ当事者の一方が、外国法の適用を多分保証したであろう当該事件の外国的側面を見落としていたとしても、その争点を自発的に提起することが一単に当事者に警告するだけだとしても——裁判所にふさわしいとは思わない。それは、時効規定や、当事者による援用が必要であり、裁判所が自発的に適用しないその他の法規に注意を引くことが考えられないのと同じである。」と。De Boer, *Facultative choice of law*, pp. 362.

(58) たとえば、民事及び商事に関する裁判管轄並びに判決の執行に関するEEC条約（一九六八年）一四条。

- (5) De Boer, *Facultative choice of law*, pp. 370-371.
- (6) ドゥ・ブルは「このような法廷地法の一応の適用という考え方に關して、カリーの見解に依拠している」De Boer, *Facultative choice of law*, p. 404. See, B. Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws* (1963) p. 9.
- (19) De Boer, *Facultative choice of law*, p. 406.

四 若干の検討

以上のようなドゥ・ブルの見解は、とりわけ法廷地法の適用を原則と考えるという点において、われわれにとつては、おそらくフレスナーの理論以上に受け容れがたいように思われる。したがって、彼の説く任意的法選択理論に対しても、これににわかには左袒することには躊躇を覚えることになる。しかし、他方で、諸国の国際私法の動向や実際の涉外事件における諸困難を直視した彼の主張には耳を傾けるべき点も少なくないように思われる。そこで、以下では、右に概説した議論を参考に、任意的抵触法の理論について若干の検討を加えることにしたい。

(1) 任意的抵触法と当事者の利益

フレスナーの見解に端的に明らかなように、任意的抵触法の理論は、涉外訴訟の解決における当事者の利益を重視している点に特色があるということが出来る。ドゥ・ブルも、裁判の効率という点を挙げる一方で、法廷地法を外国法に置き換えることが認められる唯一の説得的根拠は当事者の利益であるとしていた。

このような主張との関連で注意すべき点は、任意的抵触法の理論が、あくまでも、抵触規定の絶対的、あるいは

強行的な適用を否定し、抵触規定の適用の判断を当事者に委ねるにとどまっているということである。⁶² たしかに、任意的抵触法によれば、法廷地法の適用の可能性が増大することは否定できない。また、その主張の背景として、法廷地法の優先という考え方があることも先に見たとおりである。しかし、任意的抵触法の理論は、あくまでも抵触規定の適用を当事者の判断に任せるというものであり、当事者が抵触規定の適用、あるいは外国法の適用を主張した場合には、裁判所は抵触規定に従って準拠法を決定しなければならないのである。⁶³ その意味で、任意的抵触法の理論を直ちに国際私法否定論と断ずることは正鵠を射たものとはいえないように思われる。⁶⁴

ところで、任意的抵触法の理論で重視されている「当事者の利益」とは、「質の高い裁判」に関する利益とか当事者による「手続的な処分の自由」といった、いわば「訴訟手続上の利益」である。この点については、クロフォラーが、任意的抵触法の理論は、「抵触法的正義および裁判の調和に比べて、あまりにも一方的に、価値の高い裁判に関する手続上の利益を強調している」と批判している。⁶⁵ また、前述のように、丸岡教授も「当事者の訴訟手続上の利益を重視しすぎることが、かえって当事者から実質法上の利益を奪うことになる」と厳しくこれを弾じている。たしかに、このような訴訟手続上の利益を他の抵触法上の利益（たとえば、いわゆる取引利益や秩序利益、抵触法上の当事者利益など）と同列に扱うことができるか否かという問題に対しては、従来の国際私法理論上必ずしも十分に検討がなされてきたとはいえない。⁶⁶ しかし、冒頭に掲げたわが国の裁判所の事例をみても、当事者があえて外国法の適用を問題としない場合にも、常に「抵触法的正義」のために裁判所が職権で抵触規定を適用しなければならないことに対しては、やはり素朴な疑問が湧くのを禁じることができない。そして、そのような場合、もし仮に当事者が紛争解決の方法として法廷地法に頼ることが許されるとすれば、その根拠となるのは、抵触法上の利益ではなく、プレスナーやドゥ・ポールが説くような「訴訟手続上の利益」ということになるであろう。

(2) 任意的抵触法と「当事者による処分可能性」

前述のように、任意的抵触法の理論が仮に認められるとしても、問題となるのはその適用範囲であった。この点について、フレスナーは種々の例外を設けていたが、ドウ・ブルは、訴訟については、一般に抵触規定の任意性を肯定している。⁶⁷このような任意的抵触法の適用範囲の一つの鍵となるのが「当事者による処分可能性」という基準である。この「処分可能性」の基準は、先に見たように、フランスの判例においても、裁判所の職権による抵触規定適用義務を制限する基準として用いられている。この基準について、ドウ・ブルは、「法選択規定が自由な処分の対象となるか否かは、対応する実質法の目的やその規定が指定する実質法によって決定されるのではなく、法選択規定それ自体の目的によって決まる」としていた。そして、国際私法規定は、私的な当事者の利益に向けられた規定であるから、公序規定ではないとして、その絶対的強行規定性を否定していたのである。ドウ・ブルが説くように、抵触規定の適用が当事者の処分の対象になるかどうかは抵触規定の目的自体によって決定されるべきであるとする考え方には、抵触規定自体が独自の法目的をもっていることから合理性があるように思われる。⁶⁸しかし、ドウ・ブルのように、国際私法規定がもつばら私的な利益に向けられたものであるというだけで、全面的にその任意的適用性を認めてしまう点には疑問がないとはいえない。この点の判断については、先に述べた当事者の「訴訟手続上の利益」と抵触規定によって定まる準拠法の適用を支持する抵触法上の利益とが比較検討されるべきではないかと思われる。

ところで、冒頭に掲げたわが国の判例のような場合、当事者はたして自分たちの事件が涉外事件であることを認識していたかどうか、あるいは外国法の適用可能性を知っていたかどうかが問題となる。また、もしも、そのような認識が当事者でない場合、任意的抵触法の立場をとると、抵触規定に従って外国法が適用されたならば有利な判決を得た可能性のある当事者にとっては実質的な不利益が生じるのではないかという点が問題となる。これは、

先に見た、フレスナーの見解に対しても投げかけられていた批判である。とくに、そのような不利益を受ける当事者が経済的な弱者である場合、任意的抵触法は、情報をより多く入手できる金持ちを優遇することになるとの批判もある。⁶⁹この点、法廷地法の適用については、当事者の合意を要求するということも一つの方法として考えられる。前述したハンガリーの立法がその一つの例といえよう。しかし、ドウ・ブルが述べていたように、欠席手続などを考えた場合、果たしてそのような要件がうまく機能するかどうかは疑問があるといえよう。⁷⁰また、経済的な弱者の問題については、ドウ・ブルが次のように述べている。すなわち、「概していえば、私はもはや任意的法選択が『弱者』を不利な立場に置くとは信じていない。まったく逆である。任意的法選択は、裕福であれ貧しくあれ、両当事者に法廷地法に頼るか外国法に訴えるかの選択権を与えるのである。両当事者は、『貧しい』当事者の代理人でさえも熟知しているはずの法廷地法に基づいて自己の手続的な成算を評価できるのであろう。法廷地法を扱うのであるから、涉外事件であっても、国内事件における以上の努力と費用を必要としないであらう。もしも『貧しい』当事者の弁護士が法廷地法がほとんど勝訴の見込みを含んでいないという結論に達したならば、彼はいつでも法選択の争点を提起することができるのである」と。⁷¹

(3) 任意的抵触法と当事者自治

さらに、任意的抵触法の理論は、当事者に法廷地法の選択を許すという点で、抵触法上の当事者自治との関係が問題となる。この点については、ドウ・ブルもフレスナーも、任意的抵触法は抵触法上の当事者自治とは別個のものである点を強調しており、任意的抵触法が当事者の「訴訟手続上の利益」を根拠としていることから、両者はその理論的基礎を異にするものと考えられる。もっとも、この点について、クロフォラーは、「任意的抵触法は、抵触法上の当事者自治の熟慮された要件とその限界の裏をかき、その効果を失わせる」として、むしろ任意的抵触

法が抵触法上の当事者自治の妨げになることがあることを指摘している。⁷² また、ヨーロッパの国際私法を中心として、今日、国際私法の様々な分野で当事者による準拠法の指定を認める傾向が広がりつつあるが、このように当事者自治の範囲が拡大すれば、とくに任意的な抵触法を認める必要はないとも考えられる。しかし、逆に、そのように準拠法の決定につき広範に当事者自治が認められるとすれば、抵触規定の任意的適用性を頭から否定してしまう理由も乏しくなるのではないであろうか。とりわけ、わが国のように、抵触法上の当事者自治が限定的にしか認められていない国際私法の下では、任意的抵触法の理論は実質的な意義を持ちうるように思われる。

(4) 任意的抵触法と法廷地法

ところで、伝統的な国際私法理論から見ても、任意的抵触法の最大の問題点は、それが内外法の平等という前提を否定し、法廷地法に優越的な地位を認めていることにあると思われる。丸岡教授は、キューネの言葉を引きながら、フレスナーは「当事者自治により仮装された法廷地法主義を提言しているものにほかならない」と弾じている。⁷³ たしかに、とりわけ、ドゥ・プールの見解は、その論文にも引用されているように、アメリカのカリーの影響を強く受けていることは明らかである。彼の「法廷地法の一応の適用」という主張自体、カリーの考えに基づいたものであり、渉外的な法律問題の全般にわたって法廷地法の適用を原則と考えるドゥ・プールの立場は、外国法の適用可能性を大前提とする国際私法規定の下では、そのまま受け容れることはできないものと思われる。これに対して、フレスナーのように、法廷地法の適用に関する当事者の利益を考慮して抵触規定の適用の有無を決定するという立場は、それが法廷地法の適用を優先することになるといっただけで直ちに拒絶されるべきか否か、この点はさらに検討の必要があるように思われる。渉外事件に関して、法廷地法の適用によって紛争を解決するという「訴訟手続上の利益」を抵触法上の諸利益との間で比較考慮する余地は十分にあると考えられるからである。

また、先にドウ・ブルが説いていたように、実際の事例では、「法廷地法」は、いわばまったく無色な意味での法廷地法として存在するのではなく、それは、通常、被告や原告の住所地法であったり、不法行為地法であったりすることも見過ごすことはできないように思われる。⁷⁴ 伝統的な国際私法理論では、諸国の国内裁判所は、あたかも超国家的性質の裁判所として裁判をなすべきであると考えられてきた。しかし、現実には、それらの裁判所は、国際的裁判管轄のルールによって、何らかの合理的な管轄事由に基づく裁判所である。その意味では、今日のように裁判管轄ルールが次第に整備されつつある状況の下では、法廷地法に一定の優先を認めることも、あながち不当とまではいえないように思われる。⁷⁵

(5) 任意的抵触法と「最も密接な関係をもつ法秩序」

最後に、任意的抵触法によれば、国際私法規定が、抵触法的正義に基づいて、当該法律問題と「最も密接な関係をもつ法秩序」であるとして指定した法の適用が排除され、当該事案と実質的な牽連関係のない法廷地法が適用されることになるとの批判について触れることにしたい。

伝統的な国際私法理論が抵触規定の絶対的・強行的な適用を認める主要な根拠は、それが当該事案と最も密接に関連する法秩序を指定するからであり、その法を適用することが当該事案の解決として最も適切であると考えられるからである。たとえば、溜池教授は、「国際私法は、国際的私法交通の円滑と安全の見地から、各種の法律関係について、これに適用するに最も適当な法律を内外の私法の中から選択指定する法律であるから、公法的性格をもち、公の秩序に関する法律である。したがって強行法と解さなければならない」とされている。⁷⁶ このように抵触規定が、内外の私法秩序の中から当該法律関係と「最も密接な関係をもつ法秩序」を選び出しているとすれば、その法秩序に属する法以外の法の適用を認める必要はないといえるかもしれない。しかし、近時の諸国の国際私法に見られる

ように、今日の抵触規定においては、準拠法が必ずしも「事案との最密接関連性」のみによって決まるのではなく、それ以外の抵触法上、さらには実質法上の諸利益までも考慮して、準拠法が決定されるようになっていく。様々な法律関係への当事者自治の拡大や、選択的指定を認める規定の増加などはその代表的なものといえよう。このような現象をどう評価すべきか、あるいは「最密接関連性」という基準を今日の国際私法理論上どのように位置づけるかは、それ自体、論者の国際私法観にかかわる根本問題であり、本稿の守備範囲を超える問題である。しかし、少なくとも近時の抵触規定が種々の抵触法上の利益を考慮した上で準拠法を決定しているという現実を考えれば、その考慮の中に、任意的抵触法の論者が主張するような「法廷地法を適用して紛争を解決する当事者の訴訟手続上の利益」を加えることもまったく不合理とまではいえないのではなからうか。

- (62) 抵触規定の強行性と任意性の意味については、野村美明「国際私法の強行性と任意性」澤木敬郎・塚場準一編『国際私法の争点(新版)』五五頁—五六頁(一九九六年)参照。
- (63) フレスナーもドゥ・プールも、ひとたび当事者が抵触問題を提起した場合には、裁判所は国際私法の定める準拠法を適用しなければならず、その際外国法が指定されたときは、裁判所は職権でそれを適用すべきであるとしている。Flessner, *Fakultatives Kollisionsrecht* S. 563; De Boer, *Facultative choice of law*, pp. 413-415.
- (64) この点については、フレスナー自身が次のように述べている。「従来の理論の立場からは、利害関係のある当事者が外国法の適用可能性を援用しなければならないという命題は、抵触法を排除する可能性があると思われるに違いない。しかし、この考えに習熟しさえすれば、その命題も抵触法上のものであるとして考えられるようになるであらう」と。Flessner, *Fakultatives Kollisionsrecht* S. 557.
- (65) Kropholler, a. a. O. (Anm. 35) S. 45.
- (66) 最近におけるその試みについて、A. Flessner, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht* (1990) がある。同書については、中野教授の紹介を参照。中野俊一郎・国際法外交雑誌九〇巻二号一〇四頁—一〇七頁(一九九一年)。
- (67) ドゥ・プールも、非訟事件に関する分野については、その実質規定の多くが公の政策に関係していることから、任意的法選

扱が制限されると解している。De Boer, *Facultative choice of law*, pp. 346-347.

(68) この問題に関するフランスでの議論については、早川・前掲(14)一五九号四九頁一五三頁参照。

(69) P. Lalive, *Tendances et méthodes en droit international privé*, *Recueil des cours* t. 155 (1977) p. 174.

(70) De Boer, *Facultative choice of law*, p. 411.

(71) De Boer, *Facultative choice of law*, p. 379.

(72) Kropholler, a. O. (Ann. 35) S. 45.

(73) G. Kühne, *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht* (1973) S. 18. 丸岡・前掲(8)三〇卷三三二八九頁。

(74) 同趣旨のことはすでにドゥ・ブルも述べていたが、フレスナーは、涉外事件について、ある国の裁判所が他国の法を適用することから生じる特別な利益状況についてはこれまで十分な検討がなされてこなかったとして、裁判官が準拠法につき習熟していることを抵触法上考慮することは当然のことであり、それは国際私法と国際民事訴訟法との間に広がっている未踏の地を抵触法的に占有することになっている。Flessner, *Fakultatives Kollisionsrecht* S. 561.

(75) このように国際裁判管轄との関連で準拠法を考えるという方法は、内容の当否は別としても、平成元年の法例改正の際に、離婚準拠法に日本人条項が導入されたときの議論の中にも見ることができる。南敏文『改正法例の解説』九四頁(一九九二年)参照。

(76) 溜池・前掲(1)一九頁。

五 むすびに代えて

以上、最近の任意的抵触法に関する議論を、とくにドゥ・ブルの見解を中心に紹介・検討してきた。かつて、丸岡教授は、外国法の調査方法が充実されることによって、当事者の訴訟上の利益もほぼ理想的なまでに保護されるようになるであろうから、当事者が外国法の適用を申し立てていないことを口実として、法廷地法を適用することが姑息な手段が選ばれる必要はもはや存しなくなる、と評された⁷⁷。このような努力は今日も営々と続けられ、

各国の裁判実務の状況は少しづつではあるがその理想に近づきつつあるといつてよいであろう。しかし、一方で、涉外事件と国内事件とでは、フレスナーやドゥ・ブルの指摘するような裁判の質の違いが存在することもまた否定できないように思われる。その意味で、前述の検討では、そのような裁判実務の現実を直視した任意的抵触法の理論にも肯定的に評価すべき面があることを指摘することになった。もっとも、どのような法律関係について抵触規定の任意性が認められるべきか（任意的抵触法の適用範囲）、任意的抵触法と訴訟法上の弁論主義との異同、⁽⁷⁸⁾ 抵触規定の行為規範性と任意的抵触法との関係、⁽⁷⁹⁾ 当事者の同意や法選択の時期など任意的抵触法を具体化する上での諸問題など、多くの問題について十分な検討を加えることができなかった。任意的抵触法の理論について最終的な評価を下すためには、これらの問題の検討が不可欠であろう。本稿では、それらの検討は将来の課題とせざるをえない。

二一世紀を間近に控えて、新たな世紀の国際私法を考える場合、これまでの伝統的な国際私法理論が前提としてきた諸理念を今一度確認し直す作業は避けて通ることができない。⁽⁸¹⁾ その意味で、抵触規定の絶対的・強行的な適用という理念の意義を問い直すことも、そのような作業の一つと位置づけることができるであろう。⁽⁸²⁾

(77) 丸岡・前掲（8）三〇巻四号四四八頁。

(78) 先に見たように、ドゥ・ブルは、任意的法選択理論を実質的に訴訟法上の弁論主義と共通の基盤に立つものとして理解している。しかし、一般に、弁論主義は、判決の基礎をなす事実の確定に必要な資料の蒐集に関するものであり、確定した事実に対する法の適用に関するものではないとされている。もっとも、外国法を国内法と同じ意味で「法」として扱うべきか否かについては、わが国においても議論がある。これらの点については、海老沢・前掲（1）七九八頁―八〇七頁、三ヶ月・前掲（27）二五〇頁―二五五頁、煥場準一「家庭裁判所における外国法適用の一断面」家庭裁判月報四〇巻一―三三五頁（一九八八年）など参照。

(79) 任意的抵触法の理論は、もっぱら裁判における抵触規定の適用を問題としているが、そのことと抵触規定の行為準則として

の役割とを切り離して考えることができる否かは一つの問題となろう。この点については、丸岡・前掲(8)(三〇卷三三三〇六頁—三〇七頁参照)。

(80) 抵触規定の採用はいつの時点まで許されるかについて、ドウ・ブルは、第一番の手続終了時を一つの区切りとしている。

De Boer, *Facultative choice of law*, p. 382.

(81) 櫻田嘉章「改正前法例第三〇条について」法学論叢二三八卷一・二・三三〇—三三九頁以下(一九九五年)、同「日本における国際私法研究の発展」国際法外交雑誌九六卷四・五号二二三頁以下(一九九七年)等の櫻田教授の一連の業績はそのような意味をもつものと思われる。

(82) 任意的抵触法を肯定するか否かはともかく、野村教授も同趣旨の立場に立つものと思われる。野村・前掲(62)五六頁。

〔付記〕

本稿は、平成九年九月一五日に京都大学において開催された第九七回国際私法学会での著者の報告に加筆・修正を加えてなったものである。今回御退官となる植松秀雄、神山敏雄両教授と親交の深かった故丸岡松雄先生が精力を傾注されたテーマでもあり、まことに拙いものではあるが、本論集に掲載させていただくこととした。