

準拠法の選択と「公法」の適用

早川吉尚

はやかわ よしひさ

立教大学法学部助教授

はじめに——本稿の目的と問題の所在——

- 1 様々な分野における問題の発生
- 2 一連の問題が発生する背景
- 3 伝統的な準拠法選択手法の対象範囲に関するこれまでの理解とその問題点
- 4 「公法の属地的適用」と二重の法性決定
- 5 二つの手法の境界線と対象範囲の画定の必要性

おわりに——国際私法学の今後の課題——

はじめに——本稿の目的と問題の所在——

本稿は、準拠法の選択と「公」的な法規制、すなわち、国家が強い関心を有する法目的の達成のために強制性が非常に高いものとして定立された実質法上の規制との適用関係を明確化することを目的とするものである。その背景には、かかる関係の不明確性が、様々な分野において、以下で紹介するような混乱を現実に生じせしめているという問題意識が存在している。そこにおいては、一方に、国際私法の伝統的な手法に基づいて選択される準拠法が存在し、他方に、かかる手法に基づかずに絶対的な適用を欲する「公」的な法規制が存在している。そのような場面、すなわち、当事者が何れの法に従えばよいのか惑わざるを得ないような場面が、現代の我国においては、そこかしこに見出されるようになっているのである。

なお、以下において展開される本稿における論述は、あくまで現行法の解釈論としてなされているものであることを、最初に明確にしておきたい。解釈すべきテキストの該当部分が将来の立法改正により変わるのであれば、以下の論

述はその依拠すべき根拠を失わざるを得ない。また、以下の論述は、いかなる意味でも何らかの立法論的な提言を意図するものではない。

また、以下の論述が、契約準拠法の領域において当事者自治が認められていることから生ずる弊害の解消といった問題に限定されるものではないことについても、強調しておく必要があるかもしれない。すなわち、国際私法の伝統的な手法に基づいて選択される準拠法とは異なる国の法が絶対的な適用を欲するような場面は、契約準拠法の領域以外にも当然に存在し得るからである。

1 様々な分野における問題の発生

それでは、上述したような混乱は、どのような分野において具体的にどのように発生しているのであろうか。

(1) 消費者保護法

最近、我国においても消費者保護のための法制度が様々に整備されるに至っている。すなわち、「消費者契約法」、「特定商取引に関する法律」、「金融商品の販売等に関する法律」、「電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特則に関する法律」などの制定や改正である。こうした新しい法規の中の多くは、一方で、民法の特則として位置付けられながらも、他方で、消費者保護という「公」目的を達成するための極めて強行性の高いものと整理されており、そのためにそうした法規の中には行政制裁規定や刑事罰規定をも併有しているものさえある⁽¹⁾。

問題は、インターネットを通じた電子商取引の爆発的な拡大にともない、外国の業者と日本の消費者の間における取引（あるいは日本の業者と外国の消費者の間における取引）が増加する中で、そうした我国の「公」的な消費者保護のための法規制が国際的にどのように適用されるのかが不明確であるという点である。契約準拠法として外国法を指定しているのであれば、当該外国法上の消費者保護のための法規制を遵守すれば足り、上記のような我国の消費者保護法の適用を免れることができるのか。それとも、「公」的な法規制である以上、そのような場合にも我国の消費者保護法が適用されるのか。その際には、我国の消

消費者保護法の適用のみを考えればよいのか、それとも、当該外国と我国の双方の消費者保護法が適用される可能性を考えなければならないのか。かかる点における不明確さは、一方で、インターネットを通じた国際的な購買行動に出ようとする消費者を戸惑わせるし、また同時に、インターネットを通じて国際的に商品を販売しようとする事業者をも困惑させている⁽²⁾。

(2) 会社法

他方、同様の混乱は会社法の分野においても発生している。例えば、近年、日本法人が外国市場において社債を発行する場合、あるいは、外国法人が我国市場で社債を発行する場合において、我国の商法における社債権者集会に関する規定（商法319条以下）や社債管理会社の設置強制的規定（商法297条以下）が適用されるか否かが実務的に問題とされている⁽³⁾。

問題は、かかる規定がどのような場合に適用されるかにつき学説が分かれており、実務的に極めて不明確な状況が発生しているという点である。すなわち、学説の中には、設立準拠法が日本法である場合にのみ適用されるとする立場⁽⁴⁾、社債契約の契約準拠法が日本法である場合にのみ適用されるとする立場がある他⁽⁵⁾、選択される準拠法の如何にかかわらず我国の市場で社債が発行される限りにおいては絶対的に適用される性質の「公」的な法規制であるという見解も有力に主張されているのである⁽⁶⁾。このような状況下においては、国境を越えて社債を発行しようとする企業は、いかなる基準に従えばよいのかにつき、やはり困惑せざるを得ない。

(3) 倒産法

また、同様の混乱は、国際倒産における倒産実体法を巡る問題に関しても見出すことが出来る。すなわち、国境を越えて活動する企業の国際的な倒産処理の必要性は、近年における「外国倒産処理手続の承認援助に関する法律」の制定や破産法、民事再生法、会社更生法における国際倒産関連規定の整備を促したが、しかし、国際倒産状況下での倒産実体法の規律に関しては法整備がなされなかった。そのため、例えば、否認の準拠法といった問題一つをとっても、

どのような基準に従えばよいのか実務的に極めて不明確な状況が発生している。そして、例えば、否認の準拠法に関して、学説上、詐害行為取消の準拠法の問題と性質決定されるとする立場⁽⁷⁾、倒産手続開始地国法によるとする立場等⁽⁸⁾、伝統的な準拠法選択手法を前提にする場合でも様々な見解が存在する他⁽⁹⁾、伝統的な手法とは別の方法、すなわち、倒産手続開始地国法が特別に連結されるといった立場⁽¹⁰⁾、あるいは、倒産手続における「公」権力性の強さから絶対的強行法規として介入させるといった立場が存在していることが⁽¹¹⁾、かかる不明確性にさらに拍車をかけているといえよう。

(4) 知的財産法

さらに、近時においては知的財産法の分野においても同様の混乱を見出し得る。すなわち、外国で成立した特許権や著作権の侵害を根拠に我国で訴訟を提起するような事件が、近年、登場している⁽¹²⁾。そうした事件に対して下された裁判例においては、外国の知的財産権の侵害に関する事項であるからといって、当該外国に専属管轄があるといった理由により我国の国際裁判管轄が否定されることはないことが共通の前提とされているが、しかし、かかる前提の下で我国に管轄が認められた事案においては、外国の知的財産法を我国においてどのように適用するかを巡って混乱が生じているようにみえる。

例えば、いわゆるカードリーダー事件の外国特許法に基づく差止及び廃棄請求に対する判示に関し、原審たる東京高判平成12年1月27日判時1711号131頁は、「特許権については、国際的に広く承認されているいわゆる属地主義の原則が適用され、外国の特許権を内国で侵害するとされる行為がある場合でも、特段の法律又は条約に基づく規定がない限り、外国特許権に基づく差止め及び廃棄を内国裁判所に求めることはできないというべきであり、外国特許権に基づく差止め及び廃棄の請求権については、法例で規定する準拠法決定の問題は生じる余地がない」として、伝統的な準拠法選択の手法ではなく、外国特許法がいかなる地理的範囲にまで適用されるかという（刑法や行政法、競争法、証券取引法といった）「公法」の領域で用いられてきた手法で問題を解決しようとした。

ところが、最高裁による最判平成14年9月26日民集56巻7号1551頁は、

「米国特許権に基づく差止め及び廃棄請求については、その法律関係の性質を特許権の効力と決定すべき」であり、「特許権の効力の準拠法に関しては、法例等に直接の定めがないから、条理に基づいて、当該特許権と最も密接な関係がある国である当該特許権が登録された国の法律によると解するのが相当である」とする。その上でしかし、準拠法たる米国特許法が域外適用を認めていることは「我が国の採る属地主義の原則に反する」こと等から、「法例三三条にいう我が国の公の秩序に反するものと解する」と判示したのであった⁽¹³⁾。

「条理」を根拠に準拠法を選択し最終的に公序違反と判示した当該最高裁判決は、一見すると、原審で採用された「公法」的な手法を拒絶し、特許権侵害に基づく差止め及び廃棄請求の問題を伝統的な準拠法選択の手法により解決しようとしているように見える。しかし、準拠法選択に入る前から「米国特許権に基づく差止め及び廃棄請求については」と論じている点、「特許権が登録された国」という奇妙な連結点を採用している点⁽¹⁴⁾、さらに、公序の枠組の中で当該外国法の地理的適用範囲に関する意思を問題にしている点などを勘案すると⁽¹⁵⁾、実は、背後にある実質的な論理は、登録によって権利が発生した特許権ごとにその地理的範囲を考えるという（原審と同じ）「公法」的な手法であるが、そこに無理に伝統的な準拠法選択の装いを纏わせようとしているだけであるようにみえてくる。

また、このような混乱は、かかる裁判例の前後に提示された学説についても同様に見出される⁽¹⁶⁾。そして、そのような混乱の中で、知的財産法の分野における実務上の対応の不明確性はますます増大しているように思われる。

(5) 不法行為法

他方、国際民事手続法上の問題として実際には発現したが、不法行為法の分野においても同様の混乱を見出し得る。すなわち、懲罰的損害賠償を命じた外国判決の承認執行が問題となった近年の事件においてである⁽¹⁷⁾。同事件における一つの大きな問題は、懲罰的損害賠償を命じた外国判決が、我国の民事訴訟法・民事執行法に設置された外国判決承認執行制度における「外国判決」に該当するか否かという点であり、これにつき、東京高判平成5年6月28日判時

1471号89頁は、「我が国の法制度の下では、その実質において、むしろ刑事法の領域に含まれるものとみるのが相当」とした上で、「民事執行法、民事訴訟法の右各条が予定する外国裁判所の判決といえるかどうか自体が疑問である」と判示した（但し、仮に「外国裁判所の判決」にあたと解しても公序違反であるとも判示している）。これに対し、最判平成9年7月11日民集51巻6号2573頁は、公序違反と判示した部分を不服とする上告理由に対して「我が国の公の秩序に反する」と答えるのみで、「民事執行法、民事訴訟法の右各条が予定する外国裁判所の判決といえるかどうか」については明文では一言も触れず、この問題に関する明確な解を与えなかった⁽¹⁸⁾。また、学説もこの問題については、見解が分かれているといえる⁽¹⁹⁾。

かかる事件は国際民事手続法上の問題として発現したが、法適用の場面でも、かかる懲罰的損害賠償をどのように位置付けるかは問題になり得る。すなわち、我国の裁判所で外国法に基づく懲罰的損害賠償が認められるべき旨が主張された場合に、法例の射程範囲内の問題として伝統的な準拠法選択手法により処理されることになるのか、それとも、その射程外の問題として外国の刑事法、あるいは、「公法」と同様の扱いを受けるのかという問題であり、その解は依然として明確でないといわざるを得ない。

2 一連の問題が発生する背景

それでは、何故このような混乱が、この10年ほどの期間において、様々な分野で同時多発的に生じてしまったのであろうか。

その理由の一つは、もちろん、20世紀末から急速に進展した経済のグローバル化の影響であろう。すなわち、世界規模での競争を強いられる時代において、日本を含めた各国の企業は、一つの製品を作るにも、安価な燃料・原料・部品を海外から供給する、安価な土地・人件費を狙って海外に生産拠点を移す、さらには、国内市場のみをターゲットにしていたのでは製品一つあたりの生産コストがかかりすぎてしまうため、海外市場をもターゲットにするといった努力を余儀なくされるようになった。その結果、我国においては大企業のみならず中小企業もグローバルな活動展開をみせるようになり、他方で我国の市場に外

国企業が多数参入してくることもなった。さらに、近時におけるインターネットの爆発的な拡大がそうした傾向を助長した上に、そのようなグローバル化の動きに消費者すらも巻き込むようになった。そうした状況の下で、国際消費者保護法、国際会社法、国際倒産法、国際知的財産法、国際不法行為法といった問題が、急速に現実味を帯びてきてしまったのは、むしろ必然ともいえるであろう。

他方、混乱のもう一つの理由は、法の適用関係をめぐる従来の理論枠組の方にもある。すなわち、より大きな視点に立つと、法の適用関係を規律するための理論枠組としては、大きく二つの異なる手法が存在している。一つは、国際私法が伝統的に準拠法選択の手法として用いてきた「法律関係からのアプローチ」、すなわち、ある法律関係に適用される法は何れの国の法であるかを探るという手法であり、民法や商法といった「私法」の領域に伝統的には用いられてきた。これに対し、もう一つのアプローチは「法規からのアプローチ」、すなわち、ある法の適用範囲は地理的にどこまで及ぶのかを探るという手法であり、刑法や行政法、競争法、証券取引法といった「公法」の領域において伝統的に用いられてきた手法である⁽²⁰⁾。

両者の違いは、実質法規が有する地理的適用範囲に関する意思の取扱いにおいて顕著に現れる。すなわち、「法律関係からのアプローチ」においてなされているのは、国際私法独自の観点からの当該実質法規の地理的適用範囲の再設定作業なのであり、国際私法によって準拠法として指定された実質法規については、当該実質法規自身がどのような地理的適用範囲に関する意思を有していたとしても、その点は無視されてしまう、すなわち、当該部分はそもそも送致されてこないのである。これに対し、「法規からのアプローチ」においては、当該実質法規の地理的適用範囲に関する意思こそが最も重要となる。例えば、競争法については、米国の競争法は米国市場の公正のために適用され、日本の競争法は日本市場の公正のために適用される。その適用範囲については、かつては、それぞれの国の地理的領域に制限されると考えられていたものの、近年に至っては、それでは市場の公正は守れないという観点から、双方ともその地理的範囲を越えて適用を行う、すなわち、かかる意味における「属地的適用」は放棄

され、「域外的適用」が行われるようになっている。その際に発生する法の抵触を極力回避するために講じられている手法は、例えば、「効果理論」と呼ばれる方法論に代表されるように、当該実質法規が有している地理的適用範囲に関する意思を考慮することを前提とするものである。そして、それがある一線を越えるようであれば、許されざる過剰な域外適用として糾弾されることとなる。

他方、両者の違いを、対象とする実質法規の中に外国法が含まれるのか、それとも、対象となるのは我国の実質法規のみなのかという点に見出すことも出来る。すなわち、「法律関係からのアプローチ」においては内外法を平等な地位に置いた上で当該法律関係に適用される法が決定されるのに対し、「法規からのアプローチ」においては日本の刑法や行政法、競争法、証券取引法の適用範囲のみがもっぱら問題にされるのである（外国公法不適用の原則）⁽²¹⁾。そして、そのことが国際裁判管轄のレベルで評価されると、「法規からのアプローチ」がとられるような「公法」的な問題については、例えば、日本の刑法に違反する行為に関しては日本の裁判所で専属的に訴訟が行われるということになる（逆に米国の刑法に違反する行為に関しては米国の裁判所で専属的に訴訟が行われる）。

問題は、このように「私法」の領域に用いられてきた法の適用関係の規律手法と、「公法」の領域に用いられてきた手法が全く異なるものであるにもかかわらず、その規律対象である実質法規の側では「私法」「公法」の区分が意味を失いつつあるという点にある。例えば、悪質な事業者から消費者を守ることを目的とする特定商取引に関する法律においては、そのための手法として、連鎖販売取引に関しては、事業者が書面交付義務を課している（37条）。そして、その違反につき、一方で業務停止命令（39条）や刑事罰（71条）を課しているが、他方で、クーリングオフ（40条）の起算点とすることで契約そのものへも影響を及ぼしている。このように現代の消費者保護法は、法目的の達成のために効果的な手段であれば、「私法」的なものであろうと「公法」的なものであろうと、その点には拘泥せずに利用しようとしているのである（特に、インターネット取引のように事業者が補足し難い形態の取引においては、業務停止命令や刑事罰よりも、契約そのものを無効とする方が、事業者の取締りという観点からは、むしろ効果が高いともいえる）⁽²²⁾。

かかる現象を、「私法の公法化」という言葉で置き換えることも可能であろう。特に近時においては、会社法、倒産法、知的財産法、さらには、不法行為法においても、それらの多くは国家の競争力や産業政策といった問題とは切り離せない問題と考えられており⁽²³⁾、また、そもそも「私法」と「公法」といった画一的な分類自体がそもそも自明なものではなかったとの疑問すら呈されているのである⁽²⁴⁾。

ところが、このように法の適用関係を規律するために対象とされる実質法規の側で「私法」「公法」の境界線が相対化しているのに対し、これを規律する側においては二つの手法が存在し、しかも、その境界線が旧態依然のままなのである。そして、以下に述べるように、ここに上述の混乱のもう一つの原因があるのである。

3 伝統的な準拠法選択手法の対象範囲に関する これまでの理解とその問題点

これまで我国の国際私法学は、法例が採用する「法律関係からのアプローチ」という手法を基本的な前提とした上で、高い価値を有する様々な研究の蓄積を生み出してきた。しかし、その手法の規律対象が何であるかという問題に関していえば、「公法」ではなく「私法」であると漠然と捉え、厳密には詰めていなかったきらいがある⁽²⁵⁾。では、そこにおける「私法」とは何なのか。詰められてはこなかったものの、例えば、「私人による損害賠償請求」、「罰則規定」、「排除措置命令および課徴金納付命令」といった3種類の規定を有する我国の独占禁止法の適用関係につき、これまでになされてきた分析などを参照すると、原則として、「私人による損害賠償請求」であればかかる「法律関係からのアプローチ」の対象になると考える、あるいは、「私法」的な効果を有する限りにおいては「法律関係からのアプローチ」の対象になるというのが、これまで理解の大勢であったと思われる⁽²⁶⁾。

このように「私法」的な効果を有するものであれば全て「法律関係からのアプローチ」の対象になるというように、その対象範囲が広く設定された場合には、例えば、法例7条1項により当事者自治が認められる事項に関しては、

「公」的な法目的による設置されている強行的な法規制からの潜脱を簡単に許してしまうことになる。その弊害は明白であり、そのため、かかる前提の下でも、一定の種類の契約に関して、あるいは、全面的に、当事者の意思による選択を許さず、別の客観的な要素に連結することによって一定の解決を与えようとする立場が唱えられることになる⁽²⁷⁾。また、(立法論的な議論の側面も強いが)ローマ条約5条や6条にあるように当事者自治を認めた上で、さらに、消費者契約については消費者の常居所地国法の強行規定、労働契約については労務供給地国法(一つでない場合は雇用された営業所の所在地国法)の強行法規により与えられた保護は奪われないという二重の保護を図ろうとする立場にも一定の支持が集まることになる⁽²⁸⁾。

他方で、かかる弊害を除去するために、第三国をも含めた強行法規の特別連結理論も説かれることになる⁽²⁹⁾。もっとも、このレベルになると、その範囲で当該実質(強行)法規の地理的適用範囲に関する意思が考慮されるということになるため、それはもはや「法律関係からのアプローチ」という伝統的な手法の中に「法規からのアプローチ」を部分的に導入したものととの評価が相応しいということになる。すなわち、「私法は公法化し、法規の側に地域的な適用範囲についての明確な意思が認められるようになってきている」という状況の下、伝統的な準拠法選択の手法が「その動揺を隠すかのように、その基本的枠組みを維持しつつ『強行法規の特別連結理論』を導入することは、結局は、自己防衛を図りながら、その実、敵を陣地内に引き入れているようなもの」であるとの評価である⁽³⁰⁾。

しかし、以上の学説上の見解、あるいは、弊害の除去策については、現行法例の解釈論という観点からは限界があるといわざるを得ない。実際、以上のような学説上の見解は長らく説かれているところではあるが、我国の裁判例において採用された例がないというのが現実なのである。

4 「公法の属地的適用」と二重の法性決定

それでは、上述したような問題に対して、裁判例は現実にどのように対処してきたのであろうか。

これに関しては、東京地決昭和40年4月26日労民集16巻2号308頁が参照されるべきであろう。すなわち、米国法を準拠法とする労働契約に関し、日本に居住する外国人被用者が解雇の無効を主張した事案につき、同裁判例は、「かかる解雇の効力は、労務の供給地であるわが国の労働法を適用して判断すべきであって、この点に関するかぎり法例第七条の適用は排除されるものと解すべきである。けだし、労働契約関係を律する労働法はひとしく労使の契約関係を規律する一般私法法規と異なり、抽象的普遍的性格に乏しく各国家がそれぞれ独自の要求からその国で現実に労務給付の行われる労使の契約関係に干渉介入し、独自の方法でその自由を制限し規整しているので、労働契約に基づく現実の労務供給地が本件の如く継続して日本国内で行われるようになった場合には、法例第七条の採用した準拠法選定自由の原則は属地的に限定された効力を有する公序としての労働法によって制約を受けるものと解するのを相当とする」として、我国の労働組合法に基づき解雇を無効とした。

同裁判例の評価、特にその「属地的に限定された効力を有する公序としての労働法」により法例7条の適用は排除されたとした部分の評価については、「公序」という言葉を使いながらも、その意味するところは法例33条にいう「公序」ではなく、「法規からのアプローチ」によって我国の労働法規を適用したものと理解されている⁽³¹⁾。そして、より具体的には、「属地的に限定された効力を有する公序としての労働法」という語義からも、労働法規を他の「公法」的な法規と同様に扱い、「公法の属地的適用」の原則に基づいて、我国の労働法規の適用を認めたものと理解するのが自然であろう⁽³²⁾。なるほど、現行法の解釈として導く限りにおいては、上述したような様々な弊害除去のための提言に比して、(刑法や行政法の領域では当たり前のように用いられてきた)かかる原則を根拠に我国の「公」的な法規制の適用を認めることは、裁判所にとっても最も受け入れやすい自然な方法といえるであろう。

ただ、かかる労働法規が対象としている問題を、「法規からのアプローチ」が適用される「公」的な事項とすることにより、以下のような問題が生じてくるように思われる。すなわち、かかる労働法規が対象としている問題は、損害賠償を認める、あるいは、意思表示や契約を無効にするといった「私法」的な効

果を有する事項であり、これまでの理解を前提にする限り、「法律関係からのアプローチ」、すなわち、伝統的な準拠法選択手法の対象としての「私法」の範囲内にも同時に当てはまってしまう。つまり、労働法上の解雇の有効性という一つの事項が、二つの手法の対象範囲それぞれに同時に当てはまってしまうのである。そして、かかる二重の法性決定こそが、「公」的な法目的を有しているにもかかわらず、「私法」的な効果を有する事項について、国際消費者保護法、国際会社法、国際倒産法、国際知的財産法、国際不法行為法の分野で、どのような規律がなされるべきかにつき議論の混乱を生じせしめる、まさに問題の源泉なのである。

このように二重の法性決定がなされた場合、例えば、上記の裁判例のような事案における労働法上の解雇の有効性という事項、あるいは、消費者保護という事項につき、「法律関係からのアプローチ」により適用される米国法と、「法規からのアプローチ」により適用される日本法というように、二つの法が適用されることになってしまう。しかし、そのままでは、二つの法の内容があい矛盾するものであった場合に、当事者は、一方の規制に従えば他方の規制に違反してしまうという困難な状況に直面させられてしまう。その解決のために、例えば、ローマ条約5条、6条が採用する優遇性の比較、すなわち二つの法規制のうち、消費者保護や労働者保護により厚い方が採用されるという方法も考えられないわけではない⁽³³⁾。しかし、かかる方法には、何故にそのような二重の保護を与える必要があるのかという点に根本的な疑問が呈されている他⁽³⁴⁾、優遇性の比較という作業が現実には極めて困難であるという観点からの批判も根強い⁽³⁵⁾。それは裁判官の負担を過大なものにするという問題を生じせしめると同時に、いかなる法規制に従って行動すればよいのかという当事者の予測可能性を失わせしめ、これまでに述べてきたような混乱を生じせしめてしまう。

そうしたこともあって、現実には、例えば前掲の裁判例が「法例第七条の採用した準拠法選定自由の原則は属地的に限定された効力を有する公序としての労働法によって制約を受ける」と述べているように、「法律関係からのアプローチ」により適用される「私法」が、「法規からのアプローチ」により適用される「公」的な法規制により排除される、すなわち、前者に比して後者が優先すると

いう単純な序列を定めることにより、かかる意味での二重の法性決定から生ずるある種の「適応問題」が実際には解決されている。

5 二つの手法の境界線と対象範囲の画定の必要性

しかし、そのように伝統的な準拠法選択手法の結果選択された「私法」の中のある部分が、「公」的な法規制によって結局は排斥されるというのであれば、かかる部分を伝統的な準拠法選択手法によって送致されるべき範囲に含める意味はどこにあるのであろうか。すなわち、「私法」的な効果を与えられているかもしれないが、その目的の「公」性が高い法規に関しては、むしろ伝統的な準拠法選択手法による対象範囲から外して、その適用の規律を「法規からのアプローチ」にもっぱら任せるべきではないであろうか。

このように伝統的な準拠法選択手法により規律される対象範囲の区分を法規の外形ではなく法目的といったその性質に求め、公権力性が高い法規に関しては「私法」的な効果をもたらすものであったとしても準拠法として送致されてくる範囲には含めず、そのような法規についてはもっぱら「公法の属地的適用」の原則によって適用される対象範囲とするという立場においては、二重の法性決定は発生しない。すなわち、二つのアプローチの規律対象は一つの境界線によって重なり合はなく住み分けられるのであり、その結果、国際消費者保護法、国際会社法、国際倒産法、国際知的財産法、国際不法行為法において見出された上述の議論の混乱のほとんどは、問題となっている実質法規がどちらの領域に属するものなのかを決定すれば足りるということになる⁽³⁶⁾。そして、問題は、かかる決定の際に重要となる当該実質法規の性質、すなわち、その公権力性の高さの判断という点に収斂されることになるのである。

そもそも、このように伝統的な準拠法選択手法の対象たる「私法」の範囲をその性質に着目して厳密に画定していくという作業は、実質法規の側で「私法」「公法」の境界線の相対化が急激に進行してしまったという時代の流れの中で、必然的になされるべきものであるようにも思われる。すなわち、実質法レベルで「私法」と「公法」が外形で容易に区別がついていた時代においては、「私法」とは国家の関与がほとんどない領域で、むしろ、(国家と切り離された存在

としての) 民族や文化、社会との関係が深い問題につき規律するものであった。したがって、国家の側からすれば、何れの国の「私法」が適用されるかについての関心はそれほど高くはなく、各国の「私法」につき相互に入れ替えを行ったとしてもそれほど問題はない。だからこそ、実質法規自身が有する地理的適用範囲に関する意思などはおよそ考慮することなく、当該法律関係に密接に関連する国の法を複数の選択肢の中から選ぶという準拠法選択の手法を用いることが可能であった。これに対し、「公法」については、当該国家の国家政策そのものであり、相互の入れ替えがおよそ不可能なものであって、だからこそ、実質法規自身が有する地理的適用範囲に関する意思こそが重要であった。しかし、前述のように、現代においては「私法」的な効果を有しつつも国家の経済政策(そこには産業育成策と消費者・労働者保護の調和点をどこに見出すかという問題も含まれる)といった「公」的な目的を強く有する法規、あるいは、本来的には「公法」的な存在であったが、刑事罰や行政制裁では法目的の達成に十分でないために「私法」的な手段を用いるに至った法規が存在するに至った。そのような場合に、伝統的な準拠法選択手法が妥当すべき対象範囲はどこまでなのかを、その外形にはとらわれずに性質に応じて画定していく作業が必要になるのは、当然の流れともいえる⁽³⁷⁾。

他方で、そのような作業を怠って二重の法性決定を放置した場合には、ある問題について二つの手法それぞれが適用を命じている二つの法のうち、どちらが最終的に適用されることになるのかが不明確になるため、これまで紹介してきたような混乱を招いてしまう上に、ある国家の経済政策に深く関与した法規であるにもかかわらず、「私法」的效果を有したものであるという一事をもって、伝統的な準拠法選択手法が用いられてしまうというのでは、当該国家が有している当該実質法規の地理的適用範囲に関する意思が全く無視されてしまうという問題が生じてしまう。逆に言えば、例えば、知的財産法に関する前掲最高裁判例は、そのような実質法規の地理的適用範囲に関する意思を無視することへの違和感が根底にあったからこそ、準拠法選択の枠組を採用しながらも、結局は、米国法の地理的適用範囲に関する意思を問題にしてしまったのではなからうか。

また、一国の経済政策は、例えば、産業育成策と消費者・労働者保護策の調和点をどこに見出すかという問題など、各国ごとに大きく異なるものである。そうであるにもかかわらず、準拠法の選択次第で他国の経済政策が自国内に容易に入ってくるということでは、その国で独自になされた政策判断が簡単に歪められてしまうという問題をもたらす。その観点からは、公権力性の高い、国家関心の度合いが強い事項に関しては、自国の「公法の属地的適用」をすることに合理性があるといえる。

もっとも、「公法の属地的適用」とはいえども、現代においては、競争法や証券取引法の現在の運用に現れているように、その適用範囲がそれぞれの国の地理的領域に制限されるという意味での「属地的適用」に固執する必要はなく、一定の範囲での域外適用も考えなくてはならないことに注意が必要である。

また、第三国をも含めた強行法規の特別連結理論に関して説かれるように、外国の「公」的な法規制の我国における適用を認める、すなわち、「外国公法不適用の原則」を放棄すべき必要性が一定の場合にはあることも、また、事実であろう⁽³⁸⁾。しかし、そのためには、外国の「公」的な法規制を適用することから生じ得る以上のような問題、あるいは、それ以外の問題を考慮した上で、意識的にそのような立法政策を採用するという明示の判断が必要であろう。すなわち、外国の「公」的な法規制の適用に関しては、立法論としては別段、現行法の解釈論として導くのは困難であるということである⁽³⁹⁾。

おわりに——国際私法学の今後の課題——

本稿の目的は、現行法の解釈論として、準拠法の選択と「公」的な法規制との適用関係を明確化することにあった。そして、以上のような検討の結果、実質法のレベルで「私法」「公法」の境界線が相対化してしまった現代においては、伝統的な準拠法選択手法の対象範囲を「私法」的效果を有するもの全てに及ぼすということには問題があり、その対象範囲は、公権力性あるいは国家関心の程度が低い事項あるいは法規に限定されるべきであるとの結論が導かれた。また、その境界線は同時に、「公法の属地的適用」(但し域外適用の可能性を含む)がなされる対象範囲を画するものであり、そのことによって二重の法性決定が

回避されることになる。とすると、国際消費者保護法、国際会社法、国際倒産法、国際知的財産法、国際不法行為法において見出される近時の議論の混乱のほとんどは、問題となっている実質法規がどちらの領域に属するものなのかの決定により解消されることになり、最終的な問題は、かかる決定の際において重要な各々の分野で問題とされる実質法規の公権力性の高さの判断という点に収斂されることになる。

このような見地からは、準拠法の選択と「公」的な法規制との適用関係を明確化するために次なる作業として必要なのは、「法律関係からのアプローチ」と「法規からのアプローチ」の境界線の画定作業、すなわち、当該問題や法規にどの程度まで公権力性あるいは国家関心の強さが認められることになるのかという分岐点の画定作業である。かかる境界線は当然のごとく国際私法独自に設定されるものでなければならないが、しかし、現実には、かかる境界線のあり方を抽象的に論じて決せられるような類のものではない。とすると、結局は、前述したような様々な分野において現在に生じている事案を個々に分析していく中で、あり得べき境界線を浮かび上がらせていくという工程をしばらくは経ざるを得ないであろう⁽⁴⁰⁾。

他方、かかる境界線を前提に、実質法規の中で、どの規定が「法律関係からのアプローチ」の対象となるものであり、どの規定が「法規からのアプローチ」の対象となるものなのかを、「法性決定」という作業も必要になる。そのためには、実質法規の各規定の目的や機能が何であるかを深く探求する作業が必要になる。

さらに、「法規からのアプローチ」の対象となる法規に関しては、現代においては「属地的適用」だけでは済まされない。すなわち、当該法規が域外適用される類のものなのか、そうであるとすればその地理的適用範囲はどこまで及ぶのかを探求する作業も重要になる⁽⁴¹⁾。

以上のような課題は、もちろん、国際私法の研究者が単独で達成可能なものではない。すなわち、現代の国際私法学においては、各分野における実質法の研究者との連携こそが重要なのであり、そうでなければ実質法レベルで「私法」と「公法」の境界線が相対化したこの時代において、新たに生じている問題に

対処することは不可能である。これまで国際私法学は、その研究対象領域の特殊性から、時に「閉ざされた」学問分野であると誤解されることが少なくなかった。しかし、21世紀を迎えた現在において、国際私法学は、どれよりも「開かれた」学問分野として、変貌すべき時に来ていると思われる。かかる方向性において、今後、さらなる研究が蓄積されていくことが強く望まれる。

- (1) 例えば、特定商取引に関する法律70条以下、金融商品の販売等に関する法律9条を参照。
- (2) かかる混乱に関しては、国際取引と消費者保護調査研究会・国際取引と消費者保護法調査研究報告書(平成13年度経済産業省委託・電子商取引適正化調査)(商事法務研究会2002年)を参照。また、野村美明「インターネット取引の越境性と消費者保護法の適用」渡邊=野村編・論点解説・国際取引法24頁(法律文化社2002年)、35頁も参照。
- (3) かかる規定を巡る実務上の混乱に関し、外国法人が我国市場で社債を発行する場合については、原田晃治「社債をめぐる法律関係とその準拠法(上)(下)」商事法務1356号8頁、1358号8頁(1994年)を、また、外国法人が我国市場で社債を発行する場合については、瀬越雄二=吉川純「サムライ債に関する社債権者集会について」公社債月報433号15頁(1992年)を参照。
- (4) 社債権者集会に関して、濱田邦夫「外国発行体の円貨債券(サムライ債)に関する債権者集会の開催に関する諸問題(上)(中)(下)」商事法務1295号28頁、1297号20頁、1298号18頁(1993年)、1295号30頁。
- (5) 社債権者集会の規定に関しては、石黒一憲「円建て外債とわが商法(会社法)規定の適用関係(上)(下)」貿易と関税41巻4号126頁、5号54頁(1993年)、4号131頁、江頭憲治郎・株式会社法・有限会社法(第二版)595頁(有斐閣2002年)。社債管理会社の規定に関しては、原田・前掲(注3)1358号10頁。
- (6) 社債権者集会の規定に関しては、松井秀征「国際的な社債発行をめぐる法的問題」商事法務1675号59頁(2003年)、66頁が、「日本市場で社債が発行され、社債管理会社の設置が強制されている場合、その権限行使に必要な範囲で」準拠法の如何にかかわらない強制的な適用を示唆する。他方、社債管理会社の規定に関しては、同63頁の他、江頭憲治郎「社債法の改正」ジュリスト1027号36頁(1993年)、石黒一憲「社債管理会社の設置強制とユーロ市場(上)(下)」貿易と関税42巻12号56頁(1994年)、43巻1号72頁(1995年)、42巻12号64頁。
- (7) 拙稿「国際倒産の国際私法・国際民事手続法的考察」立教法学46号155頁(1997

年), 167 頁。

- (8) 学説上, 倒産手続開始地国法を説く見解は, 山戸嘉一「破産」国際法学会編・国際私法講座 3 巻 882 頁 (有斐閣 1964 年), 904 頁以来, 多数であるが, しかし, かかる議論の多くは, (破産法 3 条が存在していたということもあって) 我国が倒産手続開始地国で, かつ, 否認訴訟が行われる地でもあることを前提にしたものであり, 結局, 法廷地法説と異なるものがほとんどであったと思われる。だが, 現在においては, 外国が倒産手続開始地国である場合に我国で否認訴訟が提起される事態も十分に考えられる。その場合にまで, かかる立場を標榜していた者が, 倒産手続開始地国である当該外国法上の否認の規定を我国で適用すると主張するかについては必ずしも明確ではなく, その点も混乱の一因といえよう。なお, 最近の「倒産開始地国法」説に関しては, 河野俊行「倒産国際私法」国際倒産法の新展開 (金融・商事判例増刊 1112 号) 147 頁 (2001 年), 貝瀬幸雄「倒産国際私法」高桑昭＝道垣内正人編・新裁判実務体系 3 国際民事訴訟法 (財産法関係) 526 頁 (青林書院 2002 年) を参照。
- (9) 例えば, 高木新二郎「否認権の準拠法」白川和雄先生古稀記念・民事紛争をめぐる法的諸問題 559 頁 (信山社 1999 年), 591 頁は, 倒産手続開始地国法を原則としながらも, 例外的な事情がある場合には, 関連のあるすべての法の中から準拠法を選択できるとする。
- (10) 故意否認に限っての議論であるが, 山本克己「涉外性のある内国倒産手続の諸問題」民商法雑誌 113 巻 2 号 1 頁 (1995 年), 40 頁。
- (11) 横溝大「否認・双務契約・相殺 (上) (下)」NBL 663 号 43 頁, 666 号 37 頁 (1999 年), 666 号 40 頁。なお, 上述の倒産開始地国法説は, 伝統的な準拠法選択手法の下での議論のようにもみえるが, その根拠を手続の一体性や緊急的な処理の必要性に見出しているのであれば, 結局は, かかる「公」的な法規制の介入という立場とほとんど同じものということになる。
- (12) 外国特許権に関しては, いわゆるカードリーダー事件において, 第一審から最高裁に至るまで, 東京地判平成 11 年 4 月 22 日判時 1691 号 131 頁, 東京高判平成 12 年 1 月 27 日判時 1711 号 131 頁, 最判平成 14 年 9 月 26 日民集 56 巻 7 号 1551 頁が下されている他, 最近, 別の事件においては, 東京地判平成 15 年 10 月 16 日判例集未登載 (執筆時時点) が下されている。他方, 外国著作権に関しては, いわゆる円谷プロ事件において, 第一審から最高裁に至るまで, 東京地判平成 11 年 1 月 28 日判時 1681 号 147 頁, 東京高判平成 12 年 3 月 16 日民集 55 巻 4 号 778 頁, 最判平成 13 年 6 月 8 日民集 55 巻 4 号 727 頁が下されている。
- (13) かかる論理は, 基本的に東京地判平成 11 年 4 月 22 日判時 1691 号 131 頁で採用

された論理と同様である。したがって、同東京地裁判決に対しても、以下の分析は基本的に当てはまるということになる。

- (14) 本件では米国でしか特許権の登録をしていなかったため、「特許権が登録された国」という連結点により米国法が「準拠法」ということで終わったが、仮に、複数国で登録していた場合には、かかる連結点の下では、結局、(登録により)各国ごとに成立した権利の数だけ「準拠法」が存在し、それぞれごとに侵害の有無をみるということになってしまう。
- (15) 後述のように、国際私法の伝統的な準拠法選択手法の特徴は、実質法の有する地理的適用範囲に関する意思は無視して、その地理的適用範囲を国際私法独自に再設定するという点にある。にもかかわらず、同最高裁判決は、送致されていないはずの当該実質法規の地理的適用範囲に関する意思を問題にし、公序違反としているのである。
- (16) 学説においても同様の混乱があることに関しては、拙稿「国際知的財産法の解釈論的基盤」立教法学 58号 188頁 (2001年)を参照。
- (17) 東京地判平成3年2月18日判タ760号 250頁, 東京高判平成5年6月28日判時1471号 89頁, 最判平成9年7月11日民集51巻6号 2573頁。
- (18) 同判決の位置付けについては、拙稿・判例批評・民商法雑誌 119巻1号 78頁(1998年)を参照。
- (19) 学説の対立については、同上、拙稿「懲罰的損害賠償判決の承認執行」本郷法政紀要 1号 257頁 (1993年), 及び、拙稿・原審批評・ジュリスト 1050号 193頁 (1994年)を参照。
- (20) かかる二つの手法に関する分析については、以下に論じる問題点をも含め、道垣内正人・ポイント国際私法(総論) 59頁以下(有斐閣 1999年)に詳しい。
- (21) もっとも、第三国の強行法規の特別連結を認める立場を視野に入れると、「法規からのアプローチ」の中にも外国法を対象とするものがあることになるが、学説上の評価は別段、かかる立場は我国の立法や裁判例で明確に採用されているものではない。
- (22) 以上につき、あるいは、特定商取引に関する法律に関しては、川口貴史「特定商取引に関する法律の概要」NBL 742号 56頁 (2002年)を参照。
- (23) このことは、近時の頻繁な会社法改正、倒産法改正、特許法改正の改正の動きに顕著に現れており、また、制裁的な損害賠償制度の導入の是非が様々な法改正作業の中で検討課題として挙がってくることにも伺えるといえよう。なお、かかる「私法の公法化」については、道垣内・前掲(注20) 73頁以下も参照。
- (24) 松井・前掲(注6) 66頁は「そもそも商法を端的に『私法』として扱う考え方に

きわめて懐疑的である。とりわけ、株式会社法に関しては、歴史的に見ても、『公』・『私』に関するパラダイムが常に変動してきたのであり、注意を要する」とする。また、松本直樹「クロス・ボーダー・インジャンクションについて」清水＝設楽編・現代裁判法体系④ 46頁（新日本法規 2000年）、62頁が「現代の特許権は、私権として成立していることに」疑問の余地がないとしている一方で、茶園茂樹「特許権侵害に関連する外国における行為」NBL 679号 13頁（1999年）、16頁は「知的財産権法を公法的色彩を帯びたものにとらえている」としている。さらに、懲罰的損害賠償については、「公法」「私法」の二分論が希薄な英米法系諸国でそもそも成立し、発展したものであることについて、詳しくは、拙稿「懲罰的損害賠償の本質」民商法雑誌 110巻 6号 1036頁（1994年）を参照。

- ②5 山田録一・国際私法 16頁（有斐閣 2003年）は、「私法の抵触問題の解決が国際私法の主要課題」であり、「公法の抵触、すなわち、行政法、税法、刑法の抵触問題は」「範囲から除外するのが妥当である」とするのみである。また、溜池良夫・国際私法講義（第2版）31頁（有斐閣 1999年）も、行政法や刑法は、「公法に属するので、国際私法とは区別すべき法律であることは当然である」とするに止まる。
- ②6 奥田安弘・国際取引法の理論 192頁以下（有斐閣 1992）。もっとも、折茂豊・当事者自治の原則 289頁以下（創文社 1970年）は、強制という要素を「私法」と「公法」の区分に求めている点で注目されるが、横山潤「国際私法における公法」畑場＝澤木編・国際私法の争点（新版）（ジュリスト増刊）22頁（1996年）、23頁により狭きに失する旨の批判をうけている。もっとも、同頁は、「法規の役割・機能が当事者の利害関係の調整とは無縁の法規、とくに国際契約に介入する（輸出管理法のような）法規」については国際私法の対象にはならないとしている。
- ②7 例えば、久保岩太郎・国際私法 164頁（有信堂全書 1954年）は、「一方当事者のみが内容決定権を有する附合契約」について「業務の本拠地法によるべき」とする。また、折茂豊「労働契約の準拠法について」法学 30巻 2号 1頁、4号 1頁（1966年）、4号 18頁は、労働契約については「労働地」を連結点とすべきであるとする。さらに、出口耕自「国際私法上における消費者契約」民商法雑誌 92巻 4号 40頁、5号 1頁（1985年）、5号 36頁は、消費者契約については、「消費者の保護の観点」から「消費者の常居所地」を連結点とすべきであるとする。これに対し、石黒一憲・国際私法（新世社 1994年）263頁以下においては、契約準拠法一般につき客観的連結が希求されている。
- ②8 法例研究会・法例の見直しに関する諸問題(1)（別冊 NBL 80号）50頁以下、及び、60頁以下（2003年）を参照。
- ②9 その内容については、既に様々に詳論されているため再論しないが、詳しくは、

桑田三郎「国際私法における強行的債務法の連結問題」新法 59 卷 11 号 50 頁 (1952 年), 折茂豊「強行法規の特別連結論について」国際法外交雑誌 64 卷 3 号 1 頁, 5 号 43 頁 (1966—1967 年), 佐藤やよひ「ヴェングラーの『強行法規の特別連結論』について」甲南法学 37 卷 4 号 139 頁 (1997 年) を参照。

㉔ 道垣内・前掲 (注㉒) 79 頁。

㉕ 澤木敬郎「労働契約における当事者自治と強行法規の連結問題」立教法学 9 号 145 頁 (1967 年), 同・判例評釈・判例評論 85 号 7 頁 (1965 年), 山田・前掲 (注㉒) 322 頁, 溜池・前掲 (注㉒) 359 頁, 道垣内・前掲 (注) 77 頁。

㉖ 例えば, 道垣内・前掲 (注㉒) 77 頁も, 「『属地的に限定された効力を有する公序』という文言からは, 外国の労働関係法規は当該国で属地的に適用されるだけであって, 日本での適用はありえないと読むべきであろう」とする。

㉗ ローマ条約 5 条, 6 条に関しては, 最近のものとして, 法例研究会・前掲 (注㉒) 50 頁以下, 及び, 60 頁以下における紹介を参照。

㉘ 石黒・前掲 (注㉒) 87 頁以下。

㉙ 例えば, 一方の法制度では瑕疵担保における解除権の制限条項を有効とするが, 代わりに債務不履行における追完請求権を求めているのに対して, 他方の法制度では瑕疵担保における解除の制限条項は無効とするが, 債務不履行における追完請求権を認めていないような場合, あるいは, 一方の法秩序では緩やかな解雇制限しかないが最低賃金は高く, 他方の法秩序では解雇制限があるが最低賃金は低いような場合に, 全体としてどちらが消費者や労働者を優遇する法制度なのかの判断は困難である。もっとも, かかる困難性は, 個別の事項や規範群ごとに優遇性の高い方を採用していくという方法である程度は軽減されるかもしれないが, そうすると今度は, 緩やかな解雇制限しかないからこそ最低賃金を高くしているというように, 各国の法制度が全体のバランスを考えて制度設計されているという点が全く没却されてしまうことになる。以上につき, 野村・前掲 (注㉒) 33 頁, 米津孝司・国際労働契約法の研究 65 頁以下 (尚学社 1997 年), 法例研究会・前掲 (注㉒) 54 頁, 及び, 62 頁を参照。

㉚ かかる解決方法は, (伝統的な準拠法選択手法の内部において) 複数の単位法律関係に同一の問題が二重に法性決定されることが起こらないように, 単位法律関係 (あるいは送致範囲) の外延を厳密に画定し, 重なり合いがないように設定しようとする近時の法性決定論における見解と, 方法論という点において同じものである。かかる見解に関しては, 国友明彦・国際私法上の当事者利益による性質決定 70 頁以下 (有斐閣 2002 年) を参照。なお, 道垣内・前掲 (注㉒) 134 頁以下は, かかる見解に従うと, 二重の法性決定により生じていた「適応問題」と従来いわれてい

- た問題は「処理済」のものであり、「違和感」以外に問題は存在しないと説いている。
- (37) 以上につき、道垣内・前掲（注⑳）79頁、また、折茂・前掲（注㉑）289頁以下を参照。
- (38) 例えば、第三国の輸出入管理規制に反するために債務不履行に陥ったような場合において、当該契約が履行不能であったというためには、当該第三国の強行法規が我国でも適用される必要がある。もっとも、これに対しては、横山潤・前掲（注㉒）24頁は、当該準拠法上の一般条項等にかかる第三国の法規制を考慮することで、「法規として適用しなくとも、ほぼ同じような結果を得ることができる」としている。また、そのような考慮をした裁判例として東京地判平成10年5月13日判時1676号129頁がある。
- (39) なお、例えば、外国特許権に基づく差止・廃棄請求に関する前掲の最判平成14年9月26日民集56巻7号1551頁を、実質的には「法規からのアプローチ」を採用したものと理解すると、その限りでは、外国強行法規の特別連結を行ったものと評価することも不可能ではないかもしれない。また、前述のように、知的財産権の侵害に関しては、近時の裁判例が全て国際裁判管轄につき専属管轄的に考えていないことを、「外国公法不適用の原則」が部分的に崩れていることの現れとみることも全く不可能とはいえないかもしれない。しかし、そのように外国知的財産権が我国の裁判所で手続的にも実体的にも取り扱われるに至ったのは、（無意識に「法規からのアプローチ」を採用してしまった裁判例があるとはいえども）これらの裁判例があくまで知的財産権を「私法」として捉える建前を採用しているからであり、そのことを前提にする限り、かかる位置付けは困難であるといえよう。
- (40) かかる作業はもちろん困難であるが、しかし、よく考えれば、伝統的な準拠法選択手法の内部における単位法律関係相互間の境界線も、同様の工程を踏むことで一歩一歩浮かび上がってきているのであり、作業の困難性という点では実はどちらも同様といえよう。
- (41) かかる作業は、国際私法という概念を伝統的な準拠法選択という手法を研究する学問というように限定するのであれば、その範疇を越えるものであると評価されるかもしれない。しかし、道垣内・前掲（注㉓）79頁がいうように、強行法規の特別連結理論等によって、現代の国際私法学は「既に、敵を陣地内に引き入れている」のであり、同理論の研究が現代の国際私法学において重要であると同様に、「公」的な法規制に関する「法規からのアプローチ」の研究も国際私法学において重要であるといえよう。なお、かかるアプローチの基礎付けを「公法の属地的適用」に求めていることが、国際「私法」学という名称と馴染まない、あるいは、国際「私法」学の研究の射程を狭めることにつながるといった議論がナンセンスであることは言

