

# 法の適用に関する通則法の不法行為準拠法に関する規定

奥田安弘  
おくだやすひろ

中央大学大学院法務研究科教授

- 1 はじめに
- 2 立法の範囲
- 3 原則規定
- 4 生産物責任の特例
- 5 名誉・信用毀損の特例
- 6 例外条項
- 7 当事者自治
- 8 特別留保条項
- 9 おわりに

## 1 はじめに

わが国の国際私法の基本法たる法例の改正については、2005年3月29日、国際私法の現代化に関する要綱中間試案（以下では「中間試案」という）および同補足説明（以下では「補足説明」という）が公表され<sup>(1)</sup>、同年5月21日および22日、国際私法学会第112回研究大会において、「法例改正について」と題するシンポジウムが開催された<sup>(2)</sup>。研究企画委員会からの報告依頼は、中間試案を直接的に取り上げるのではなく、より広い視点から、将来の日本における国際私法のあり方について問題提起をしてほしいとのことであったので、筆者は、契約外債務および債権譲渡の準拠法について、依頼の趣旨に沿った報告をしたつもりであるが、フロアーからの反応は、残念ながら、この研究委員会の趣旨とは大きくかけ離れたものであったように思われる。

その後、2005年7月12日に国際私法の現代化に関する要綱案、同年9月6日

に国際私法の現代化に関する要綱(以下では「要綱」という)が採択され<sup>(3)</sup>、翌2006年2月14日、法の適用に関する通則法案が国会に提出され、同年6月15日に可決成立し、同月21日に法律第78号として公布された<sup>(4)</sup>。本稿の執筆時点では、法の適用に関する通則法(以下では「通則法」という)は、成立から間がなく、国会および法制審議会の議事録を十分に検討する時間もないが、本稿では、紙幅の関係上、不法行為の準拠法に関する規定に絞って、その立法論的妥当性および解釈上の問題点を考察したい<sup>(5)</sup>。

なお、以上のような時間の制約から、法制審議会の議事録は、原則として中間試案に関する意見照会以降のものだけを取り上げることにする<sup>(6)</sup>。ただし、意見照会の結果には<sup>(7)</sup>、原則として言及しない。これは、個々の論点毎に数の多少を問題としても無意味であるからである。また筆者のような部外者は、議事録に掲載された情報に依拠するほかに、議事以外の場で関係者がどのような議論をしたのかは知るよしもないが、そもそも議事録が絶対的な権威をもつはずもなく、法解釈の基本は、あくまで条文であるから、以下では、なるべく多様な解釈の可能性を示すよう努めたい<sup>(8)</sup>。

## 2 立法の範囲

通則法は、17条から22条において、不法行為の原則規定、生産物責任の特例、名誉・信用毀損の特例、例外条項、当事者自治、特別留保条項を定めているが、知的財産権に関する明文の規定は置いていない。この点については、2006年4月18日の参議院法務委員会において、次のような答弁がなされているが<sup>(9)</sup>、疑問が残る。

○国務大臣(杉浦正健君)(前略)

知的財産権の侵害等に関する準拠法の問題が積み残しになったのは先生御指摘のとおりでございます。法制審における審議の中でも規定を設けることも検討されたというふうに伺っております。しかしながら、この問題に関しましては我が国の学説上の議論が十分に蓄積されておらず、また国際的な知的財産権の保護をめぐる法的問題については今後、WIPO、世界知的所有権機関等の専門機関において検討される可能性があることなどから、

現時点で準拠法を確定してしまうことは時期尚早であるとの意見が大勢を占めたと伺っておりまして、そのため特段の規定を設けないこととされたものでございます。

当面、この問題については解釈にゆだねられることになりますが、今後の重要な検討課題として認識しながら専門機関における検討状況、諸外国の立法動向等を見守り、また我が国における裁判例及び学説等の積み重ねを待ちまして、関係省庁とも協力し適切に対処したいと考えております。

この答弁は、要するに、知的財産権に関する学説の蓄積が十分でないので、国際機関や外国の動向を待って立法したいという趣旨のようである。その結果、知的財産権の準拠法は解釈に委ねられるというが、たとえば、いわゆるカードリーダー事件に関する最高裁判決は<sup>(10)</sup>、大いに疑問が残るのであるから、立法によっては是正する必要性があった。すなわち、同判決は、実質法上の区別にもとづき、同一の特許権侵害について、差止めおよび廃棄請求と損害賠償請求とを相異なる単位法律関係と性質決定し、前者は特許権の効力の問題として条理により登録国法によるが、後者は不法行為の問題として法例11条によると判示した。しかし、同じ知的財産権侵害について、請求の趣旨により準拠法が異なるのは、明らかに不当である。そもそも知的財産権が当該権利の保護を認めた国の領域内でのみ効力を有するという、属地主義の原則からみれば、その保護を求められた国の法によるとする保護国法主義を原則とすることが妥当であり、通則法17条以下によるべきではない<sup>(11)</sup>。したがって、知的財産権侵害は、通則法の適用範囲に含まれない特殊な不法行為として、条理により原則として保護国法によるべきであり、その準拠法の適用範囲は、損害賠償請求にも及ぶとする解釈の可能性が認められてよいであろう<sup>(12)</sup>。

### 3 原則規定

通則法17条は、不法行為準拠法の原則を定めており、不法行為債権の成立および効力は、加害行為の結果発生地法によるが、「その地における結果の発生が通常予見することのできないものであったときは」、加害行為地法によるとされている。すなわち、原則は結果発生地法であるが、例外的に加害行為地法に

よる可能性が認められており、通常の見込み可能性が原則と例外の区別の基準とされている。この通常の見込み可能性について、2006年4月18日の参議院法務委員会では、次のようなやり取りがなされている<sup>(13)</sup>。

○築瀬進君（前略）

この通常ということ、例えば中国でいわゆるばい煙が出た、NOxが出た、それが流れて日本で酸性雨になったと。中国の人は、例えばばい煙が出た、それが雨と一緒にあって酸性雨になるという、そういうふうな認識は普通はないかもしれませんね。だから、この通常見込みというものの通常性の判断基準をいわゆる原因結果のその地に求めるという形になると、ほとんど意味がないことになるのではないのかなと思うんですが、この通常の意味、その判断基準はどこに置くのか、これについてのお答えをお願いします。

○政府参考人（寺田逸郎君）　ここは、実は法文上表現するのも非常に難しいと思ったところでございます、これはポイントは、その地における、ここに本当はゴシックか傍点を打ちたいところというような気持ちでございますが、その結果の発生が通常見込みできないというところにポイントがあるわけでございます。

つまり、結果の発生自体が見込みできるかどうかというのは、これは不法行為そのものの問題でございますけれども、ここでポイントになりますのは、まさか煙があんなところに行くとはなということ念頭に置いたわけでございます。とんでもない異常気象があつて、通常ですと中国のおっしゃるようなばい煙はニュージーランドには届かないのに届いたというようなことを想定してここは通常見込みできないということを申し上げているわけで、酸性雨の発生原因そのものは、これは実質法の方の不法行為の成否の問題でございます。

ここでは、通常見込みできない場合として、異常気象により汚染物が通常の範囲を越えて飛来したケースが取り上げられているが、いかにも苦しい答弁である。そもそも隔地的な不法行為は、一般に企業活動にもとづいており、結果が国境を越えてどこで発生するのかが、原則として加害者たる企業が見込みできる

はずであるし、予見すべきであったと言える。加害者たる企業が通常予見できない外国において結果が発生するような事態は、ほとんど起こりえないであろう<sup>(14)</sup>。法制審の議論によれば、被害者の利益と加害者の利益のバランスを図ったというような見解も述べられているが<sup>(15)</sup>、本当のところは、全面的な結果発生地法主義を採用することに漠然とした不安があったのではないかと推測される<sup>(16)</sup>。

ところで、典型的な隔地的不法行為として、生産物責任および名誉・信用毀損については、明文の特例が設けられているので、通則法17条の適用を受けるべき隔地的不法行為としては、環境汚染および競争制限などを考えておけば足りるであろう。その他の大多数の不法行為では、加害行為地法と結果発生地法は通常一致するであろう<sup>(17)</sup>。結果発生地とは、直接的な損害の発生地であり、2次的な損害の発生地を含まないことは言うまでもない<sup>(18)</sup>。結果発生地がどこの国であるか、加害行為地がどこの国であるか、および通常の見込み可能性の有無は、すべて連結点の確定の問題であるから、裁判所が職権で認定すべきである。法制審では、加害者のみならず被害者も、結果発生地法より加害行為地法が自己に有利であると判断すれば、通常の見込み可能性を争い、訴訟が遅延するという懸念が表明されているが<sup>(19)</sup>、裁判所としては、通常の見込み可能性が否定されるのは、極めて例外的な場合に限られるという解釈を、なるべく早く判例において定着させるべきであろう。

#### 4 生産物責任の特例

通則法18条は、生産物責任の特例を定めており、生産物の瑕疵による不法行為債権は、「被害者が生産物の引渡しを受けた地の法」によるが、「その地における生産物の引渡しが見込まれることのできないものであったときは」、生産業者等の主たる事業所所在地法によるとされている。すなわち、原則は生産物引渡地法であるが、例外的に生産業者等の主たる事業所所在地法による可能性が認められており、不法行為責任の原則規定と同様に、通常の見込み可能性が原則と例外の区別の基準とされている。

この規定は、すでに法制審の議論において、事業者寄りとの批判が起きるこ

とが予想されていたが<sup>(20)</sup>、2006年4月13日の参議院法務委員会では、かかる批判に対し、次のような答弁がなされている<sup>(21)</sup>。

○参考人（櫻田嘉章君） 製造物責任につきましては、通常不法行為とはちょっと異なりまして、これは一定の製品の瑕疵に基づく責任でございますので、メーカーといいますか、製造者がございます。その被害者保護だけを念頭に置きますと、これはひょっとするといろんなところで結果が発生して過大な製造物責任、まあアメリカの場合は懲罰的損害賠償がございますので非常に過大になっておりますけれども、そうでなくても、過大な損害賠償をしなければいけないという結果が出ないとも限らない。そうなりますと、これは安んじてメーカーが製造するということが阻害されるわけがございますから、被害者の利益と、それからそういうメーカーの利益、製造者の利益というものを、これ調整しなければいけない。

それはどこでやるかということで、従来の通説によりますと、通説といえますか有力な考え方によりますと、それは両者が会う市場地ではないか。つまり、流通に製品を置いて、その法律によって責任を負うのはこれは仕方がないと。消費者の方も、そういうものを取得した、その市場で取得するわけですが、その法律によって責任を追及するしかないんじゃないかということで、こういう考え方がとられたわけです。

被害者保護の観点からは、生産物引渡地法もしくは生産業者等の主たる事業所所在地法の選択権を被害者に与えるか<sup>(22)</sup>、または端的に被害者の常居所地法によることが考えられるが<sup>(23)</sup>、被害者と直接の契約関係のない生産業者等に責任を負わせる趣旨からみれば、両者の接点たる生産物の引渡地を連結点としたことは、予見可能性の観点から正当化できるであろう<sup>(24)</sup>。また生産物責任については、生産業者等が予想できない地において生産物が流通し、被害者に引き渡されることがあるので、例外的に生産業者等の主たる事業所所在地法による可能性を認めることもやむを得ないであろう。

ただし、不法行為の原則規定である通則法17条と同様に、通常の見可能性を原則と例外の区別の基準としたことには、疑問を感じる。前述のように、通則法17条における通常の見可能性は、よほどの異常事態がない限り肯定され

るべきであるが、生産物責任においては、生産業者等の同意なしに当該取得地で流通したことの証明があれば、例外を認めてよいと思われる。したがって、通則法17条と18条とでは、原則と例外の区別の基準を異なる文言で規定すべきであった<sup>(25)</sup>。今後の解釈論においても、結果発生地の見込みと引渡地の見込みとは、難易度が異なるので、通常の見込み可能性は、通則法17条と18条の間で異なって解するべきであろう。

また、バイスタンダーが被害者となった場合は、当該被害者は生産物の引渡を受けていないのであるから、「被害者が生産物の引渡しを受けた地の法」は存在しないことになる。この点については、2006年4月18日の参議院法務委員会において、カリフォルニアの航空機メーカーがロサンゼルスで日本の航空会社に対し旅客機を引き渡し、その後、航空機の欠陥によってインドネシアで墜落したという例を挙げて質問がなされたところ、次のような答弁がなされている<sup>(26)</sup>。

○政府参考人(寺田逸郎君) 大変難しい問題を簡潔にということでございますが、基本的にこの生産物責任、製造物責任の特別連結と申しますのは、完全な不法行為というよりも一歩契約責任に近付いたような、そういう混合的な性格のものだという理解でどこの国もやっているわけでございます。

したがって、その市場というものが連結として認められているわけですが、その考え方から申し上げますと、この場合、日本の航空会社が航空機製造会社を生産物責任で訴える場合には当然のことながら今の規定がそっくりそのまま当てはまるわけでございまして、引渡しのロサンゼルスでの生産物責任の法律、その他の法律が適用されるわけでございます。

これに対しまして、乗客の方は基本的にマーケットと全く関係がない被害者でございますので、この生産物責任の準拠法の指定のものには当てはまりませんので、これは一般の不法行為の準拠法を適用されるという関係に立つように思われます。

ただし、そうはいいましても、しかしこのインドネシアが必ずその結果

発生地ということで準拠法になるかどうかは分かりませんが、より密接な関係がある地の法律が適用される可能性もございますので、なおもちろんアメリカ法あるいは日本法が適用になる余地も全く否定はできません。しかし、基本的には一般の不法行為の問題だというように連結上は理解していただければと思います。

この答弁は、バイスタンダーに対する生産物責任を通則法18条の適用範囲から除外しているが、同条の単位法律関係は、「生産物（生産され又は加工された物をいう。以下この条において同じ。）で引渡しされたものの瑕疵により他人の生命、身体又は財産を侵害する不法行為によって生ずる生産業者（生産物を業として生産し、加工し、輸入し、輸出し、流通させ、又は販売した者をいう。以下この条において同じ。）又は生産物にその生産業者と認めることができる表示をした者（以下この条において「生産業者等」と総称する。）に対する債権の成立及び効力」であるから、バイスタンダーに対する責任は、なお適用範囲に含まれており、単に「被害者が生産物の引渡しを受けた地」という連結点が欠けているにすぎないと解する余地がある。この解釈によれば、問題は、連結点の欠缺であるから、条理によって補充すべきであろう<sup>(27)</sup>。たとえば、航空機事故においては、航空会社の契約責任および航空機製造会社の生産物責任の両方が追及されることが多いのであるから、航空会社の事業所所在地法により統一的に処理されたほうがよいと考える<sup>(28)</sup>。上記の答弁も、例外条項によって、同様の処理の可能性を認めているが、同時に航空機製造会社の事業所所在地法による可能性も認めている。後述6のように、例外条項に頼りすぎることへの疑問だけでなく、例外条項には不確実性が伴うのであるから、むしろ条理により、新たなルールを創造することが望ましいであろう。

なお、陸上運送および海上運送においても、旅客ないし荷主の損害について、運送用具の生産物責任が問題となる場合は、航空運送と同様に、運送会社の事業所所在地法による統一的処理が望ましい。これに対して、自動車事故の際の好意的同乗者や歩行者などについて、自動車の生産物責任が問題となる場合は、通則法17条の原則規定によるしかないのであろうか。今後に残された課題である。



## 5 名誉・信用毀損の特例

通則法 19 条は、名誉・信用毀損の特例を定めており、他人の名誉・信用の毀損による不法行為は、「被害者の常居所地法（被害者が法人その他の社団又は財団である場合にあっては、その主たる事業所の所在地の法）」によるとされている。

仮に原則規定である通則法 17 条をそのまま適用した場合、名誉・信用毀損の結果が複数の法域において発生する拡散型の不法行為については、すべての結果発生地法を適用しなければならなくなり（いわゆるモザイク理論）、外国法の調査が裁判所の職権調査事項であるという建前とは裏腹に、現実には当事者（より具体的には訴訟代理人である弁護士）に委ねられていることなどを考慮すれば、被害者の常居所地法を最も重要な結果発生地と考え、不法行為債権全体をこの法によらせる通則法 19 条の規定には、合理性が見出される<sup>(29)</sup>。ただし、表現の自由との関係では、若干の疑問がないわけではない。たとえば、2006 年 4 月 13 日の参議院法務委員会では、日弁連の参考人が次のような発言をしている<sup>(30)</sup>。

○参考人（手塚裕之君）（前略）

最後に、名誉・信用毀損の特例ですが、名誉・信用毀損については日弁連としては特段の規定を置く必要がないという意見でございました。これは、各国ごとに名誉・信用毀損が成立するといういわゆるモザイク理論はインターネット時代においては余りにも現実離れしておりますので、統一した準拠法が望ましいという点では一致するのですが、被害者保護とは別に報道の自由という観点も考える必要がございます、特別留保条項が削除されても公序によって報道の自由の保護が考えられるところであるという中でどのような連結点にすべきかということですが、日弁連としては、被害者の常居所地が侵害結果発生地と重なることも多いと思われまけれども、例外として予見不能場合もあり得るわけがございますし、被害者の名誉・信用侵害の中心地を一つに確定するという作業によって具体的、妥当な結果は図られたのではないかとこのように考えておりまして、この点については意見の異なるところでございます。

この発言は、被害者の常居所地が名誉・信用毀損の最も重要な結果発生地であるとは限らないのであるから、特別を置かずに通則法17条の原則規定によるべきであり、かつモザイク理論ではなく個別事案毎に最も重要な結果発生地を探求すべきであるという趣旨に解されるが、通則法17条によりながら、結果発生地をひとつに限定する根拠が乏しいだけでなく、明確なルールの定立を否定する点において、賛成しかねる<sup>(31)</sup>。しかし、被害者保護とは別に報道の自由も考慮すべきであるとする点は注目すべきである。たとえば、反論公表請求権などは通則法19条の適用範囲外の問題とし、条理により加害者の常居所地法（事業所所在地法）によらせるという解釈は、全く否定されるべきではないであろう<sup>(32)</sup>。

## 6 例外条項

通則法20条は、以上の原則および特別に対する例外を定めており、「不法行為の当時において当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと、当事者間の契約に基づく義務に違反して不法行為が行われたことその他の事情に照らして、明らかに前三条の規定により適用すべき法の属する地よりも密接な関係がある他の地があるときは、当該他の地の法による」とする。いわゆる個別の例外条項である。この規定は、国会の審議では、とくに議論がなされていないが、極めて問題が多いと思われる。

第1に、中間試案でも、「不法行為によって生ずる債権の成立及び効力について、前記1から3までの各(1)により適用すべき法律が属する法域よりも明らかに密接な関係を有する他の法域がある場合には、その法域の法律によるものとする」という規定が提案されていたが、その補足説明によれば、原則連結の柔軟化を図るために、細かな例外規定の代替物として機能することが期待されていた<sup>(33)</sup>。その後も、法制審の議論では、条文案の不備が指摘される度に、例外条項による救済の可能性が示唆された<sup>(34)</sup>。しかし、そもそも例外条項を置くとしたら、細かなルールを十分に作成し、例外条項が真の意味での例外としてのみ発動する態勢を整えるのでなければ、予見可能性を害することになるであろう<sup>(35)</sup>。

第2に、中間試案では、同一常居所地法への連結および附従的連結は、それぞれ独立の規定とする案があったが<sup>(36)</sup>、通則法20条では、これらは、例外条項を発動する際に考慮すべき要素とされている。法制審の議事録によれば、その理由としては、加害者や被害者が複数いる場合、同一常居所地法を適用することが常に適切であるとは限らないこと、および不法行為による損害賠償が認められにくい法律を準拠法として指定するという濫用の危険があることなどが挙げられている<sup>(37)</sup>。しかし、前者の理由は、いずれにせよ当事者による法選択があった場合は(通則法21条)、当事者毎に準拠法が異なること、および不法行為準拠法はそもそも当事者毎に決定されるべきであることなどから疑問である<sup>(38)</sup>。また後者の理由は、通則法11条および12条などの契約準拠法の弱者保護規定によって、濫用の防止は図られることなどから<sup>(39)</sup>、やはり疑問である。したがって、立法論としては、同一常居所地法への連結および附従的連結は独立の規定とすべきであった<sup>(40)</sup>。

以上の立法論は、通則法20条の解釈に反映されるべきであろう。すなわち、当事者間に同一常居所地法がある場合、および契約上の義務違反による不法行為の場合は、原則として同一常居所地法への連結および附従的連結が認められるべきであり<sup>(41)</sup>、よほどの事情がない限り<sup>(42)</sup>、通則法17条ないし19条の規定によったり、その他の法が準拠法とされるべきではないと解するべきであろう。また通則法20条では、同一常居所地法への連結および附従的連結が単なる考慮要素とされているので、両者の優先順位が必ずしも明らかでないが、一般に附従的連結のほうが同一常居所地法への連結に優先すべきであると考えられる<sup>(43)</sup>。なぜなら、当事者の同一常居所地法よりも当事者間の法律関係の準拠法のほうが事案との関連性を個別具体的に示しているからである。

これに対し、その他の場合は、通則法17条ないし19条の明文規定に不備があっても、直ちに例外条項によるべきではなく、まずは条理による不文規定の探求が試みられるべきである<sup>(44)</sup>。そのうえで、どうしてもルールになじまないような例外的事案についてのみ、①原則的な準拠法と事案との関連性が極めて少ないこと、②より密接な関連を有する法が別に存在すること、③これらが事案全体から明白であることを要件とし、通則法20条を慎重に運用することが望

まれる<sup>(45)</sup>。

## 7 当事者自治

通則法 21 条は、当事者自治を認めており、「不法行為の当事者は、不法行為の後において、不法行為によって生ずる債権の成立及び効力について適用すべき法を変更することができる。ただし、第三者の権利を害することとなるときは、その変更をその第三者に対抗することができない」とされている。すなわち、不法行為における当事者自治は、不法行為の発生後に制限されるが、選択できる法の範囲は制限されておらず、また第三者の権利保護が図られている。この規定も、国会の審議では、とくに議論がなされていないが、極めて問題が多いと思われる。

第 1 に、そもそもわが国の裁判実務の現状からみて、不法行為における当事者自治を認める実益があるのかという点に疑問がある<sup>(46)</sup>。通則法 21 条の解釈としては、準拠法の変更について、合意とまで言えなくても、少なくとも当事者の意思の合致が必要であると解されるが、変更しようとしている法と本来の準拠法との間で適用結果が明らかに異なる場合は、当然のことながら、当事者の意思が合致しないであろう。また、適用結果の相違が一見したところ明らかでない場合も、当事者は、あえてリスクを犯してまで準拠法の変更をすることは無いと思われる。当事者が準拠法を変更するとしたら、たまたま外国で事故が発生しただけであって、当事者が双方とも日本に常居所を有する場合に、両当事者とも日本法の適用を望むというケースが予想されるが、そうであれば、同一常居所地法への連結のほうが処理しやすく、かつ実際上もそれで足りるのであろう<sup>(47)</sup>。

第 2 に、当事者自治については、当事者間の情報格差や交渉力の格差から、弱者である被害者が自己に不利な準拠法への変更で同意してしまうというリスクがあるが、法制審の議事録によれば、かような弱者保護が検討されたものの、法廷地法への変更に限定するという量的制限は採用されず、不法行為発生後の変更に限定するという時間的な制限のみが採用された<sup>(48)</sup>。しかし、わが国の裁判実務における外国法調査能力の不備をみれば、加害者が企業であり、被害者

が個人である場合は、被害者が自己に不利な準拠法への変更に同意してしまうリスクは、極めて大きいと思われる。かようなリスクを放置したまま、広く準拠法の変更を認めることは、立法論として疑問である。しかも法制審の議事録によれば、黙示の意思による準拠法の変更を認めるべきではないという意見もあったが、結局のところ、この点は、十分な審議がなされないまま、契約準拠法の変更に関する通則法9条と同様の規定が採用されてしまった<sup>(49)</sup>。相違点は、不法行為の発生後への時間的制限のみである。契約準拠法と不法行為準拠法との間で、そのように同一の取扱いをすることが妥当であったのかは疑問である<sup>(50)</sup>。

以上の立法論は、通則法21条の解釈に反映されるべきであろう。すなわち、条文の文言は、通則法9条と21条とで類似しているが、不法行為準拠法の変更は、契約準拠法の変更よりも慎重に認定されるべきである。とくに日本法から外国法への変更および訴訟開始前の変更は、当事者の明確な意思および合理的な理由の存在を確認する必要がある<sup>(51)</sup>、そのために裁判官による求釈明が望まれるところである。かような制限的解釈は、通則法21条の文言からは明らかでないが、規定の趣旨から認められてよいと思われる。

なお、法制審の議事録および要綱の注意書きによれば、変更が遡及効を有するか、それとも将来効のみを有するのかは、当事者が決定できるとされているが<sup>(52)</sup>、むしろ原則的には、遡及効を認める意思であったと推定され、将来効への限定は、とくにその旨の意思が明らかであった場合にのみ認められるべきであろう<sup>(53)</sup>。

## 8 特別留保条項

通則法22条は、法例11条2項・3項の特別留保条項をそのまま温存した。すなわち、外国法が不法行為の準拠法となる場合、成立要件について、「当該外国法を適用すべき事実が日本法によれば不法とならないときは、当該外国法に基づく損害賠償その他の処分の請求は、することができない」(1項)とされ、効力についても、「当該外国法を適用すべき事実が当該外国法及び日本法により不法となるときであっても、被害者は、日本法により認められる損害賠償その

他の処分でなければ請求することができない」(2項)とされている。

かような特別留保条項の全面的存続は、立法論として最大の疑問であり、かつ解釈論としても大きな疑問点を残すことになった。たとえば、2006年4月13日の参議院法務委員会では、次のような説明がなされているが、釈然としない<sup>(54)</sup>。

○参考人(櫻田嘉章君)(前略)

先ほど来手塚参考人がおっしゃっている現行法例の11条の2項のところでございますが、要するにいわゆる特別留保条項と呼ばれるものでございます。この点につきましては、学説は従来このようなものは不要であると、それはそういうことをしなくても現行法例の33条の公序の規定がございますので、甚だしい場合はそれではねることができるわけだから、特別留保条項のようなものは不要であるというふうに考えていたところであります。

しかし、まあ現在でもこの立法例も少数ながらこういうものはございませし、それから、何よりもこの新たな特別留保条項を設けるのではなくて、既存のものを、その削除を見送るかどうかという消極的な判断でございますので、その点については積極的に設けるよりはやや程度が、何と申しますか、決定の程度が低いと申しますか、それで割るかどうかということについて議論があったわけでありませけれども、先ほど触れました名誉棄損の問題については、例えばこの法制のモデルになりましたイギリスなんかにおいても、1995年に法律によりこういう特別留保条項というのは廃止されているわけですね。ところが、名誉棄損については、これは表現の自由もあるということで、これは残されております。

それから、さらに、先ほどちょっとカードリーダー事件でお触れになりましたけれども、アメリカの特許侵害について日本で適用する場合に、アメリカの特許法では、要するに外国からそういう特許侵害を幫助するといひますか、そういうものも適用対象にしているという、そういう意味で一種の域外適用になろうかと思ひませけれども、そういうものも認めておりましたので、そういうものをやはりこれでたしかけていたわけですね。

ですから、ほかに時効期間について、これは公序に反するとまでは言えないけれども、日本法の考え方と違うということで、時効期間についてそういうものを排除しているものもありまして、大村参考人の方から御指摘がありましたように、実際に使う産業界の方でお多くのところで不安があるとおっしゃるものですから、それだったらまあ当面は存続させる以外はないのかなということで、ある意味でそんなに賛成をしていたわけではございませんけれども、消極的な判断としてはやむを得ないのかなということでこの特別留保条項が残ったのではないだろうか。確かに問題はございます。

この発言は、消極的理由として、特別留保条項を残している立法が存在しないわけではないことなどを挙げているが、積極的理由としては、わずかに経済界から不安の声があるという程度のことを述べているにすぎない。しかし、法制審の議事録によれば、通則法 17 条が結果発生地法を原則としたこと、および通則法 18 条が生産物責任について特則を定めたことは、特別留保条項の存続と引き換えに経済界からの理解を得られたという疑いがある<sup>(55)</sup>。仮にこれが事実であるとすれば、かようなバーターには、大きな疑問が残る。なぜなら、通則法 17 条および 18 条は、法例 11 条の不法行為地法主義を精緻化したにすぎないのに対して<sup>(56)</sup>、特別留保条項は、不法行為地法主義自体を大幅に制限し、実質上無意味にするものと言えるからである。特別留保条項を残すくらいであれば、むしろ隔地的不法行為について、加害行為地法主義を採用する方向で議論すべきであったといっても過言ではないであろう。

さらに、法制審の議事録によれば、法例 11 条 2 項・3 項を残す場合、「それは単純な現代語化ということになる」ので、その解釈も引き継がれるであろうとされているが<sup>(57)</sup>、現実には、従来からの解釈上の疑義が残っただけでなく、通則法のもとで新たな解釈上の疑義が生じることになった。

第 1 に、通則法 22 条の体系的位置の問題がある。この規定は、不法行為準拠法の末尾に置かれているから、体系的解釈によれば、通則法 17 条から 21 条までのすべての規定について、日本法の累積適用を定めていると解されることになるであろう。しかし、通則法 17 条ないし 19 条はともかく、20 条の例外条項

および21条の当事者自治については、累積適用に疑問がある。たとえば、通則法20条により附従的連結がなされる趣旨は、同一の当事者間における契約上の義務違反が、ある時は通則法7条以下により、ある時は通則法17条以下によるというのでは、当事者間の紛争を統一的に解決できないという点にあると思われるが、それにもかかわらず、不法行為と法性決定される限りは、通則法22条により、つねに日本法が累積適用されるとしたら、結局のところ、附従的連結の趣旨は没却されることになるであろう。また通則法21条は、当事者自治について量的制限をしていないのであるから、当事者は、全く自由に任意の外国法を選択することができるはずである。しかし、この場合にも、通則法22条により日本法を累積適用することは、当事者自治を認めた趣旨に反するであろう。法制審の議事録によれば、通則法20条および21条についても、日本法の累積適用があると解されているが<sup>(58)</sup>、かような解釈は、再検討を要するであろう<sup>(59)</sup>。

第2に、すでに法例11条2項・3項の解釈について、不明な点があり、これらは、すべて通則法22条に引き継がれることになった。たとえば、法制審や国会の審議では、カードリーダー事件に関する最高裁判決がしばしば引用され、特別留保条項により妥当な結論が得られた例であるとされているが<sup>(60)</sup>、この判決は、米国家法の適用範囲が広すぎることを理由として、法例11条2項を適用した点において疑問がある。法例11条2項は、外国法の実質的な内容を問題としているのであるから、特許権侵害の勧誘行為が日本法上の不法行為の成立要件を満たさないというのであれば、日本法の累積適用が肯定されるであろうが、実際上は、日本法においても、不法行為の教唆は共同不法行為として取り扱われるのであるから、法例11条2項を発動すべきではなかったとも考えられる<sup>(61)</sup>。通則法22条1項の条文は、法例11条2項とほとんど同じであるから、かような解釈上の疑義は、今後も残ることになる。また、前述の参議院法務委員会での発言によれば、時効についても、日本法の累積適用が認められるとのことであるが、法例11条3項は、その立法経緯によれば、時効や除斥期間を含める趣旨ではなかったと解される。条文上も、法例11条3項および通則法22条2項は、いずれも日本法の認めた「損害賠償その他の処分」でなければ請求できないというのであるから、時効や除斥期間が含まれないと解する余地は十



分にある<sup>(62)</sup>。これも、今後の課題として残されている。

## 9 おわりに

通則法の不法行為準拠法に関する規定を全体としてみると、国際私法立法の難しさが伝わってくる。国際私法の理念、とくに国際私法のレベルにおける弱者保護を実現しようとしても、経済界からの反対があったり、また明確なルールを定めようとしても、極限的な状況を挙げて、例外を認めるべきであるという主張がなされる。これらは、すべて国際私法の基本理念について、コンセンサスが成立していないことによるものであろう。現に通則法では、結局のところ、総則規定の充実が図られず、法例28条ないし34条がほとんどそのまま「補則」として口語化されるに留まった(通則法38条～43条)。たとえば、絶対的強行法規の適用、国際私法の指定の対象、一般例外条項などの総論的問題がもう少し議論されていれば<sup>(63)</sup>、各論の議論も違う形になったのではないかと思われる。

また、通則法の立法作業では、しばしば学説の蓄積が十分でないとか、他国や国際機関の立法動向を見極めたいという理由によって、明文の規定を置くことが見送られたが、かような方針は疑問である。各国は、わが国がいかに進歩的な立法を行うのかを注目しており、今後、通則法の内容が他国の言語で紹介され、それが控えめな立法であることが分かった際は、失望を招くであろう。通則法の国会審議では、なぜか日本法の国際的な地位を高めるために、英語への翻訳が促進されるべきであるという関連の少ない発言が何度もなされているが<sup>(64)</sup>、問題は、むしろその内容であろう。知的財産権に関する規定が置かれなかったことは、その実際上の必要性からみて明らかに疑問であるし、また特別留保条項を全面的に存続させたことは、驚きをもって迎えられるであろう<sup>(65)</sup>。その他の規定も、従来と比べれば、大幅な改正と言えるのかもしれないが、最近の諸国の立法と比べれば、控えめであったと評価されるであろう。

今後、学界および実務界がともに解釈論的努力を積み重ね、次の改正の機会に備えることを期待して、本稿を終えたい。

- (1) <http://www.moj.go.jp/PUBLIC/MINJI57/refer01.html> ; <http://www.moj.go.jp/PUBLIC/MINJI57/refer02.pdf> 参照。さらに、民事月報 60 巻 5 号 279 頁および 293 頁 (2005 年) も参照。
- (2) [http://wwwsoc.nii.ac.jp/pilaj/112\\_j.html](http://wwwsoc.nii.ac.jp/pilaj/112_j.html) 参照。
- (3) NBL 814 号 84 頁, 817 号 51 頁 (2005 年) 参照。
- (4) <http://www.moj.go.jp/HOUAN/houan35.html> 参照。
- (5) とくに中間試案ないし要綱案における不法行為準拠法に関する規定を考察したものとして、奥田安弘「国際私法の現代化に関する要綱中間試案について」中央ロー・ジャーナル 2 巻 2 号 12 頁以下 (2005 年), 西谷祐子「不法行為—特集・新国際私法の制定に向けて」ジュリスト 1292 号 35 頁 (2005 年), 同「新国際私法における不法行為の準拠法決定ルールについて」NBL 813 号 35 頁 (2005 年), 中野俊一郎「国際私法の現代化に関する要綱中間試案と国際取引(下)—国際私法の将来像と準拠法選択の自由」JCA ジャーナル 52 巻 9 号 2 頁以下 (2005 年), 野村美明「国際私法の現代化に関する要綱案について」判タ 1186 号 70 頁以下 (2005 年) 参照。
- (6) 法制審議会の議事録は、法務省のウェブサイト (<http://www.moj.go.jp/>) からテキストファイルの形式でダウンロードできる。
- (7) 小出邦夫ほか「『国際私法の現代化に関する要綱中間試案』に対する各界意見の概要」NBL 812 号 64 頁 (2005 年) 参照。
- (8) 以下の注では、比較のために各国の立法例を引用するが、それらの日本語訳については、奥田安弘訳「1987 年のスイス連邦国際私法」戸籍時報 374 号 2 頁, 375 号 18 頁, 376 号 43 頁, 377 号 51 頁, 378 号 54 頁, 379 号 58 頁 (1989 年) = 奥田安弘編訳『国際私法・国籍法・家族法資料集—外国の立法と条約』(2006 年・中央大学出版部) 2 頁以下, 奥田安弘=桑原康行訳「イタリア国際私法の改正」戸籍時報 460 号 56 頁 (1996 年) = 奥田編訳・同書 70 頁以下, 笠原俊宏訳「ベルギー国際私法 (2004 年) の邦訳と解説(上)」戸籍時報 593 号 20 頁 (2006 年), 青木清訳「改正韓国国際私法」国際私法年報 5 号 288 頁 (2003 年) 参照。さらに、ドイツ民法施行法の関連条文については、国友明彦『国際私法上の当事者利益による性質決定』(2002 年・有斐閣) 63 頁, いわゆるローマⅡ委員会提案 (2003 年 7 月 22 日) については、アンドレア・ボノミ=奥田安弘「ヨーロッパ国際私法の動向と法例改正—契約・不法行為を中心として」比較法雑誌 38 巻 3 号 71 頁以下 (2004 年), 佐野寛訳「契約外債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則 (ローマⅡ) 案について」岡山大学法学会雑誌 54 巻 2 号 37 頁 (2004 年) 参照。ただし、ローマⅡについては、その後、2006 年 2 月 21 日に変更提案がなされている。Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außer-

tragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“) (Vorlage der Kommission gemäß Art. 250 Abs. 2 EG-Vertrag), Brüssel, den 21. 2. 2006, KOM (2006) 83 endg. 2003/0168 (COD); abgedruckt in: IPRax 2006, 404. 以下では、2003年の提案を「ローマⅡ第1提案」、2006年の提案を「ローマⅡ第2提案」として引用する。

- (9) 第164回国会参議院法務委員会会議録第11号15頁以下。寺田逸郎・政府参考人の答弁も参照。同12頁。
- (10) 最判平成14年9月26日民集56巻7号1551頁。
- (11) とくに、当事者自治を認めた通則法21条の適用は疑問である。奥田・前掲注(5)19頁参照。たとえば、スイス国際私法110条2項は、法廷地法の選択のみを認めるが、ローマⅡ第1提案10条1項および第2提案9条3項は、法選択自体を否定している。
- (12) かような保護国法主義は、スイス国際私法110条1項、ローマⅡ第1提案8条1項および第2提案9条1項などに定められている。これに対して、イタリア国際私法54条は、使用地国法によるとする。なお、知的財産権については、物権・契約・不法行為とは別に独立の節において規定すべきである。詳細については、奥田・前掲注(5)18頁以下参照。
- (13) 第164回国会参議院法務委員会会議録第11号9頁。
- (14) 奥田・前掲注(5)16頁、西谷・前掲注(5)(NBL)38頁参照。たとえば、スイス国際私法133条2項は、行動地法主義を採用する一方で、加害者の予見可能性を要件として結果発生地法の適用を認めるが、ローマⅡ第1提案3条1項および第2提案5条1項は、無制限に損害発生地法主義による。ここでいう損害発生地とは、直接的な損害の発生地と解されているので、実質的には、結果発生地と異ならない。Vgl. Gerhard Wagner, Internationales Deliktsrecht, die Arbeiten an der Rom II-Verordnung und der Europäischen Deliktsgerichtsstand, in: IPRax 2006, 372, 376.
- (15) 法制審議会国際私法(現代化関係)部会第26回会議議事録(2005年6月14日)参照。
- (16) たとえば、法制審の第26回会議議事録・前掲注(5)には、次のような発言がある。「金融に特殊な事情なのかもしれませんけれども、一つの行為が一つの結果を一つの場所で生むというケースと、一つの行為が玉突きのようにいろいろなところで結果を生むというようなことがあろうかと思うんですが、特に後者の場合、金融の場合はお金を瞬時に移動させるという事情がございますので、どこで侵害結果が発生したかということが非常に見えづらいというような事情がございます。そうした中で、やはり侵害の結果が発生したと一言で言うのが、なかなか心配な部分があるなというのが、私がいの方が適切であるというぐあいに考える事情でございます」。

- (17) それゆえ、立法論としては、「不法行為債権の成立および効力は、不法行為地の法律による」旨の原則規定を置き、隔地的不法行為については、「不法行為の行動地と結果の発生地が相異なる国にある場合は、結果発生地の法律による」旨の規定を別に置くことが妥当であったと考えられる。奥田・前掲注(5) 13 頁参照。
- (18) 前述注(4)のローマⅡ提案の解釈参照。
- (19) 第 26 回会議議事録・前掲注(5)参照。これに対し、西谷・前掲注(5) (ジュリスト) 38 頁、中野・前掲注(5) 3 頁は、加害者が加害行為地法の適用を主張するケースのみを念頭に置いているようである。
- (20) 第 26 回会議議事録・前掲注(5)参照。
- (21) 第 164 回国会参議院法務委員会会議録第 10 号 13 頁。寺田逸郎・政府参考人の答弁も参照。同第 11 号 11 頁 (2006 年 4 月 18 日)。
- (22) スイス国際私法 135 条 1 項、イタリア国際私法 63 条参照。
- (23) ローマⅡ第 1 提案 4 条および第 2 提案 6 条、ベルギー国際私法 99 条 2 項 4 号参照。
- (24) 奥田・前掲注(5) 17 頁参照。これに対し、中野・前掲注(5) 6 頁は、立法論として被害者の選択権を主張するが、他国の立法を引き合いに出す点には、疑問を感じる。たとえば、イタリア国際私法は、原則規定および生産物責任の両方において被害者の選択権を認めているのであって、単に選択肢が異なるにすぎない (62 条・63 条)。ドイツ民法施行法 40 条も、原則規定として被害者の選択権を認め、それが生産物責任にも適用されるにすぎない。しかも選択権を認めた場合、隔地的不法行為の被害者が他の事件の被害者よりも有利な地位を与えられる点にも疑問がある。Vgl. Wagner, a.a.O., Anm. (14), S. 377. 中野・前掲注(5) 2 頁も、原則規定については、被害者の選択権を主張しないのであるから、とくに生産物責任についてのみ選択権を認める理由を明らかにすべきであろう。
- (25) 奥田・前掲注(5) 18 頁参照。たとえば、前掲注(22)(23)の立法例においても、生産者の同意の有無を原則と例外の区別の基準としている。ただし、ベルギー国際私法は、被害者の常居所地法主義のみを定めている。
- (26) 第 164 回国会参議院法務委員会会議録第 11 号 10 頁。
- (27) これに対し、補足説明 86 頁以下は、パイスタンダーに対する責任を特別の対象とするか否かは解釈に委ねられるとのみ述べている。
- (28) 奥田・前掲注(5) 17 頁以下参照。
- (29) 奥田・前掲注(5) 17 頁参照。
- (30) 第 164 回国会参議院法務委員会会議録第 10 号 6 頁。
- (31) 法制審議会国際私法 (現代化関係) 部会第 27 回会議議事録 (2005 年 7 月 5 日) によれば、イタリアに常居所がある日本人サッカー選手について、「日本の新聞・

雑誌で、日本語で日本の読者を相手として、彼の日本における行動について名誉を毀損したという例を挙げ、被害者の常居所地と名誉侵害の中心地はしばしば異なりうるので、特則を置くべきでないという主張もなされているが、明確なルールを置かないことによる不都合とのバランスが考慮されていない。

- ㉔ 奥田・前掲注(5) 17頁, 西谷・前掲注(5) (NBL) 44頁も参照。たとえば, スイス国際私法 139条2項およびローマⅡ第1提案6条2項においても, 反論公表請求権は, 独立の単位法律関係として, 名誉・信用毀損一般の準拠法とは異なる準拠法が定められている。ただし, ローマⅡ第2提案では, 人格権侵害に関する規定全体が削除され, メディアによるプライバシーないし人格権の侵害はローマⅡの適用範囲から除外されている(1条2項h号)。
- ㉕ 補足説明 80頁。
- ㉖ たとえば, 第26回会議議事録・前掲注(5), 第27回会議議事録・前掲注(3)参照。
- ㉗ 奥田・前掲注(5) 3頁以下参照。さらに, ポノミ=奥田・前掲注(8) 58頁, 奥田安弘「スイス国際私法典における若干の基本的諸問題(1)」北大法学論集 40巻2号 20頁(1989年), 同「スイス国際私法典における若干の基本的諸問題(2・完)」北大法学論集 40巻3号 174頁以下(1990年)参照。
- ㉘ 中間試案第7の2(1)A案および第7の3(1)A案。
- ㉙ 第26回会議議事録・前掲注(5)。
- ㉚ スイス国際私法 140条参照。
- ㉛ すなわち, 消費者契約および労働契約では, 当事者の法選択による準拠法が消費者の常居所地法ないし労働契約の最密接関係地法と異なる場合は, 消費者ないし労働者が後者の法の強行規定を適用すべき旨の意思表示をすることが認められている。なお, 第26回会議議事録・前掲注(5)によれば, 契約準拠法が分割指定された場合の不都合も指摘されているが, 成立と効力に分けて相異なる準拠法が指定されることが多いであろうから, その場合は, 効力の準拠法に附従させることになるであろう。
- ㉜ ちなみに, 法制審の第26回会議議事録・前掲注(5)によれば, 「諸外国の法制を見ても, 例外条項の中で附従連結を処理している立法例が多かったんじゃないかなという点もございませう」との発言があるが, 疑問である。たしかに, ドイツ民法施行法 41条, ローマⅡ第1提案3条3項および第2提案5条3項は, 附従的連結を例外条項の考慮要素としているが, スイス国際私法 133条3項, 韓国国際私法 32条3項, ベルギー国際私法 100条などは, 独立の規定としている。しかもドイツ民法施行法 40条2項, ローマⅡ第1提案3条2項および第2提案5条2項では, 同一常居所地法への連結は独立の規定とされているのであるから, 他国の立法例を引き合い

に出して、通則法 20 条を正当化する発言には疑問を感じざるを得ない。

- (41) たとえば、カナダへのスキーツアーに参加した日本人間の接触事故、米国に語学留学に来ていた日本人同士のドライブ中の事故などのケースは、同一常居所地法によるべきである。また労働災害について、日本の実質法上は、会社の責任は契約上の安全配慮義務違反、代表取締役の責任は不法行為を理由とするが、後者についても、労働契約の準拠法への附従的連結が認められるべきであろう。奥田・前掲注(5) 13 頁以下参照。なお、労働災害の場合、労働者と代表取締役との間には、直接の契約関係がないので、厳密には、通則法 20 条にいう当事者間の契約義務に違反した不法行為とは言えないが、これに準ずるものと解してよいであろう。
- (42) たとえば、米国に語学留学に来ていた日本人が歩行中に車にはねられたところ、たまたま運転者も語学留学中の日本人であったケースが考えられるが、かようなケースは、極めて稀であろう。
- (43) 中間試案第 7 の 3 (1) A 案の注、奥田・前掲注(5) 15 頁参照。かような優先関係が明らかとなる点でも、独立の規定とするほうが優れている。同旨、中野・前掲注(5) 3 頁参照。なお、通則法 15 条は、事務管理・不当利得についても、同様の例外条項を置いているが、同一常居所地法への連結は不要であったと考えられる。奥田・前掲注(5) 20 頁参照。解釈論としても、事務管理・不当利得については、附従的連結は積極的に認められるが、同一常居所地法への連結は、よほどの事情がない限り認められず、むしろ原因事実発生地法が維持されるべきであろう。
- (44) たとえば、知的財産権侵害および名誉・信用毀損における反論公表請求権については、すでに条理による解決を示唆した。前述 2・5 参照。
- (45) 奥田・前掲注(5) 4 頁、スイス国際私法 15 条 1 項、韓国国際私法 8 条 1 項、ベルギー国際私法 19 条 1 項参照。法的安定性を確保するために、かような何重もの制限が必要であることについては、Max Keller/Daniel Girsberger, Züricher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., 2004, Art. 15 N 48.
- (46) 奥田・前掲注(5) 15 頁参照。ただし、公海における異国籍船舶間の衝突について、加害船舶の旗国法と被害船舶の旗国法が累積適用されると解する場合には（仙台高判平成 6 年 9 月 19 日高民集 47 卷 3 号 173 頁）、法廷地法（日本法）の選択を認める実益があると思われる。なお、法制審の第 27 回会議議事録・前掲注(4)によれば、「実務的な感覚から言うと、不法行為の当事者自治というのは非常にニーズがあって双方が同じ法律でやりたいと言っているのを拒む必要はないし、例外条項でも賭い切れない部分を何とかできるというので必要な部分だと思います」との発言があるが、具体性に欠ける。
- (47) 中野・前掲注(5) 4 頁以下は、国際取引における当事者自治の必要性を強調するが、

契約準拠法への附従的連結および契約準拠法における当事者自治を認めることで十分に対応できると思われる。これを不十分とする論拠は明確でなく、またそこに挙げられた様々な例も、現実性に乏しい。

48) 第26回会議議事録・前掲注⑤。

49) 第26回会議議事録・前掲注⑤, 第27回会議議事録・前掲注⑧)。

50) 奥田・前掲注⑤)15頁参照。すなわち、契約では、当事者の利害が一致して、一見したところ事案と関係のないような法が選択されることもあるであろうが、不法行為事件では、一般に当事者の利害が厳しく対立しており、また契約のように客観的に準拠法を決定することが困難であるような事例は、少なくともわが国については生じていないように思われる。したがって、ヨーロッパなどの他国の傾向に追随する必要はないであろう。ちなみに、スイス国際私法132条および韓国国際私法33条は、法廷地法の選択を認め、ドイツ民法施行法42条、ベルギー国際私法101条、ローマⅡ第1提案10条1項および第2提案4条1項は、かような量的制限を伴わない法選択を認めているが、イタリア国際私法は、法選択に関する規定を置いていない。

51) たとえば、当事者が和解交渉をしていた場合、直ちに損害賠償額などを交渉するであろうから、後に交渉が決裂して、訴訟になったとしても、和解交渉の経緯から黙示的意思による準拠法の変更を認定することは、差し控えるべきであろう。

52) 第26回会議議事録・前掲注⑤, 要綱第6の3(1)の注2, 第4の2の注。

53) 将来効への限定は、極めて特殊なケースにおいて行われるにすぎないと考えられる。法制審の第27回会議議事録・前掲注⑧)も参照。なお、西谷・前掲注⑤) (NBL) 41頁は、「責任保険の保険者などは準拠法の事後的変更によって直接不利益を被るおそれがあること」などから、第三者の権利を害することができない旨の規定を設ける必要があるとし、現にその旨の規定が設けられている。しかし、一般に責任保険が付いている場合、実質的には、保険者が被害者との対応にあたるであろう。仮に加害者が保険者のアドバイスにより準拠法の変更に応じたとしたら、保険者は、信義則上、通則法21条ただし書を援用できないと解するべきであろう。

54) 第164回国会参議院法務委員会会議録第10号9頁以下。

55) 第26回会議議事録・前掲注⑤)によれば、「それよりも、例の最後の特別留保条項はパッケージでございまして、特別留保条項はぜひ維持するという前提で原因事実発生地というところから離れて、結果発生地は原則だということにするということについて理解が得られたというのが実情でございまして」とか、「それから、これと関連いたしまして、生産物責任に関する規定を設けることに関し、特別留保条項が現行法どおり維持されることを条件として賛成する意見もございましたし、名誉

毀損または信用毀損に関しまして、11条2項を含む日本の不法行為法の累積適用は不可欠であるとの意見もございました」とされている。なお、名誉・信用毀損については、仮に特別を置かなくても、特別留保条項の存続を求めるといった趣旨のようである。現に同議事録によれば、「それから、今回のパブコメでは上がってきませんでしたけれども、マスコミの方から連絡がございました。名誉毀損、信用毀損についての特別を設けるか否かにかかわらず、11条2項の存否は不可欠であるという意見が来ておまして、いずれ書面で提出させていただくということでございますので、そういった方面からもそういう要望があるという点でございます」とされている。

56) 奥田・前掲注(5) 13頁参照。

57) 第27回会議議事録・前掲注(3)。

58) 第26回会議議事録・前掲注(5)によれば、「当事者自治を認めて準拠法が選択されたという場合にも、11条2項、3項がかかってくることになりましても、これは準拠法選択を認めている趣旨を没却することになると思われませんが、この点はいかがですか」という発言に対し、「それは、不法行為に関する法制が公序法であるという、そういう理由で合理化するしかないのであればということでございます」と回答されている。また第27回会議議事録・前掲注(3)によれば、「1点お聞きしたいのですけれども、例外条項のところに移りましたけれども、請求権が競合するような場合には契約準拠法と一致するように、当事者間の法律関係に基づく義務に違反して不法行為が行われた云々とありますけれども、これはそういう趣旨だと思うのですが、これは2項、3項とかがある場合には成り立たないと思うのですが、どうやって説明するのですかね。契約でいけばあれなんですけれども、不法行為になった途端に日本法が累積適用されるというふうなのは、どういうふうになるのか、2項、3項残しておいては説明がつかないと。残すことには反対なんですけれども、そういう問題とか、何か議論されたのですか」という発言に対し、「連結政策について、詳細化していろいろな考慮をして例外条項とかいろいろな特別を設けることと、特別留保条項の関係はどうかと言われると痛いところだと思いますが、やはり観点が違うというふうにしかならざるを得ないわけでございまして、そのように最密接関係地法で厳選された連結点に従って判断して、不法行為が成立しなければ、そもそも特別留保条項というのは出てこないわけでございますし、不法行為法の公序法的な性格というのも何回も申し上げておりますが、それを考えるときにはそのような連結点によって一たん適用された準拠法であっても日本法の枠内、2項についてはどの範囲でというのは解釈に争いはありますけれども、日本法の枠内でということに、という結論自体についてはやむを得ないのじゃないかというふうな考え



64 国際私法年報 第8号 (2006)

ております」と回答されている。

- ㉟ すなわち、通則法 20 条および 21 条の趣旨からみて、22 条の適用が全面的または部分的に排除される、という解釈の可能性も認められるべきであろう。
- ㊱ 第 26 回会議議事録・前掲注⑤、第 164 回国会参議院法務委員会会議録第 10 号 10 頁 (2006 年 4 月 13 日)、同第 11 号 8 頁 (2006 年 4 月 18 日)。
- ㊲ 山田鎌一『国際私法〔第 3 版〕』(2004 年・有斐閣) 392 頁参照。
- ㊳ 詳細については、奥田安弘「国際私法からみた戦後補償」奥田安弘ほか『共同研究中国戦後補償—歴史・法・裁判』(2000 年・明石書店) 158 頁以下参照。なお、法制審の第 27 回会議議事録・前掲注⑧によれば、米国法上の懲罰的賠償のようなものだけを制限する規定を置くべきであるという提案がなされている。その意味で、立法論的には、「不法行為の成立および効力の準拠法が外国法である場合には、加害者が支払うべき金銭的給付は、日本法によれば認められるべき金額を越えてはならない」というような規定のみを置くべきであったと考えられる。奥田・前掲注⑤) 20 頁参照。同旨、野村・前掲注⑤) 70 頁参照。
- ㊴ 奥田・前掲注⑤) 3 頁以下参照。
- ㊵ 第 164 回国会参議院法務委員会会議録第 10 号 7 頁 (2006 年 4 月 13 日)、同第 11 号 12 頁 (2006 年 4 月 18 日)、第 164 回国会衆議院法務委員会会議録第 31 号 7 頁以下 (2006 年 6 月 14 日) 参照。
- ㊶ 第 164 回国会参議院法務委員会会議録第 11 号 16 頁以下 (2006 年 4 月 18 日) によれば、附帯決議として、「特に、不法行為に関する特別留保条項については、本法の運用状況を注視しつつ、国際的調和及び利用者のニーズの観点から、その必要性について更なる検討を行うこと」が求められている。

〔追記〕 本稿は、2006 年 8 月 18 日に脱稿したものであり、その後に刊行された図書および雑誌掲載論文は、編集の都合により引用参照を控えざるを得なかった。