

外国手続法の適用に関する一考察

岩本 学
いわもと まなぶ

富山大学経済学部経営法学科准教授

はじめに

- 1 外国手続法の適用可能性と必要性
 - 2 学説の整理
 - 3 検 討
- おわりに

はじめに

国際私法学においては「手続は法廷地法による」の法格言が、普遍的に妥当する原則として知られてきた。すなわち、「手続」と性質決定されるものについては、狭義の国際私法を経ることなく、一方的抵触規則の理論ないし公法の直接適用の論理を用いて端的に法廷地法が適用されるとされてきた⁽¹⁾。わが国ではこの原則は明治23年に公布された旧法例13条において「訴訟手續ハ其訴訟ヲ爲ス國ノ法律ニ從フ」と規定されており⁽²⁾、裁判例においても、東京地判昭和37年7月20日⁽³⁾は「訴訟法上の問題は、常に法廷地法によって判断せられなければならないということが、国際法上の大原則である」とし、また、東京高判昭和43年6月28日⁽⁴⁾は「司法作用は国家権力の発動であるから、民事訴訟については原則として訴訟の行われる地の法律すなわち法廷地法を適用すべきである」と述べ、旧法例13条が明示していたものと同様の立場を示している。もっとも手続に何を包摂させるかによって、同原則の適用範囲は異なるのであって、その確定を俟たずしては同原則を論じることはできない。

この点、いわゆる「手続」の捉え方については大陸法系と英米法系において歴史的な経緯からは若干の差異が指摘される。すなわち大陸法における「手続は法廷地法による」の歴史的端緒としては、一般には⁽⁵⁾手続に関する条例と実体に適用される条例の区別を生み出した Balduini に求められる⁽⁶⁾。この区別は、

「実体」問題について法廷地法の適用を離れ、外国法の適用を認めることに意義を有するものと評価されるが、他方「手続」問題の扱いについては依然として法廷地法による点で注目すべきものである。この区別は、Bartolusの言明を経て、手続については法廷地法による点といった原則としての位置付けがなされることとなった。一方、英米法におけるこの原則の萌芽としては、1705年の衡平裁判所の“Dupleix v. De Roven”事件において、手続と実体の区別が問題とされていることが確認されている⁽⁷⁾。そして英国は手続問題の法廷地への服従を、独自の解釈で運用してきた。かつて英国においては、法的権利は抽象的な存在として認められず、執行可能な訴訟という枠組みの中でのみ認められる、という点において、訴訟が法体系の中で最高位の位置を占めており、実体と手続とは未分化であった。すなわち、権利(Right)により得られる救済(Remedy)の執行が實際上、権利そのものよりも重視されていたとされる。そしてこの救済の優位性を背景に、Balduiniが想定していた手続を越えた形で、「訴訟における救助と執行のあらゆる観点を含んだもの」を手続と解するようになった。そして“Robinson v. Bland (1760)”事件での「Remedyは英国法に従わなければならない」と言明を経て、18世紀末にはこの区別は明確に公式化され、法の抵触のケースで適用されるに至ったとされる⁽⁸⁾。ここから、両法系には、手続に包摂されるものに対する差異が見いだすことができる。もっとも後述する通り、出訴期限なども包摂していた英米における手続の概念は近時、大陸法のそれに近接してきており、その差異は強調できるほどではないと解される。そこで本稿では、特に法系で区別することなく「手続」と「実体」を分化して把握する動きと、「Right」と「Remedy」を分化して捉える動きを、同様のものと理解することとする。そして、このうち、「手続」及び「Remedy」に関する事項以外については、外国法の適用が想定された反射として、「手続は法廷地法による」と呼ばれる一方的な準則が確立しているものと考えたい。

さて、「手続は法廷地法による」の原則の法格言が各国に存在するとしても、「手続」をどのように捉えるかについては、国際法的な制約が存在するわけではなく、各国に委ねられている。この点、議論の蓄積を有するドイツでは、いわゆる手続と実体の性質決定論を用いて、国内実質法上は手続に位置づけるこ

とも可能である事項についても、これを抵触法上「実体」と位置づけることで、間接的に外国法内部の手続法の適用認めてきた⁽⁹⁾。更には、訴訟能力について、手続的抵触規則 (die zivilprozessuale Kollisionsnorm) との概念を用いて外国手続法を直接指定するといった議論が登場し⁽¹⁰⁾、本国の訴訟法を直接適用させることで、この原則を破ることが模索されてきた。前者の手法がいわゆる「手続」と「実体」の性質決定と呼ばれるものである⁽¹¹⁾。後述するようにこれは単なる振り分け手法にとどまらず、法廷地手続法の排他的な適用範囲の縮小を目指すものとして意義を有していた。一方、後者は、外国手続法を直接準拠法とするものである。その際には、手続的抵触規則といった法規範が媒介する⁽¹²⁾。

これらの見解は、外国法内部の手続法の適用の必要性が認識されるにつれ、その説明をいかなる根拠ないし手法で行うかについて検討を加え、手続は法廷地法によるの原則のドグマと対峙する形で発展してきたものといえる。但し、これらの見解も各国で一致をみないところであり⁽¹³⁾、また主として法廷地法以外の適用可能性がある手続事項を、実体に振り分けるか手続に振り分けるかについての各論的な検討が先行している分野であった。その一方、総論的な検討は未だ完遂をみず、不十分な分野であったといえる。以上を踏まえ、本稿では、わが国における外国手続法の適用について、以下、主として総論的な立場から検討したい。

1 外国手続法の適用可能性と必要性

ここでは、外国手続法の適用可能性と必要性について概観する。先に可能性について言及するのは、いかに必要性が認識されようとも原理的に不可能というのであれば、適用を考慮する余地はなくなるためである。その後、根拠論について若干の検討を加えた上で、外国手続法の適用自体の可能性ないし必要性について明らかにする。

(1) 適用可能性

まず上記で示した歴史的経緯から不可能性を根拠付けうるか。この点、手続

と実体が分化した背景には、単に、紛争の解決は単一の法によってなされなければならないわけではない、との発想があったに過ぎないことがうかがえる。またそもそも、Balduiniの時代に既に訴訟に関する能力の問題について外国法の適用を考慮していたとされており⁽¹⁴⁾、歴史的な経緯から外国手続法の適用不可能を導くことは適切では無いだろう。そして各国の法制度として、外国判決の承認執行が認められる現状においては、承認国法に支配されない手続に関する外国法の適用ないし考慮は自由であって⁽¹⁵⁾、このことも外国手続法の適用を拒絶していないことを示している。更に、手続法は各国固有の歴史風土に根付いたものであることを理由に、外国での適用は困難との主張もなされる⁽¹⁶⁾が、一国の手続規定と他国の手続規定は、「被告の権利の尊重、法的な処理の公平性、司法行政の促進を保障するために、外的形式の統一性と透明性の確保を保証する」機能を有する点で、共通項を見いだすことが可能であり⁽¹⁷⁾、実体法同様に交換可能である点是否定できない。この点、ALI（アメリカ法律協会）とUNIDROIT（私法統一教会）は涉外民事訴訟手続原則を採択しており⁽¹⁸⁾、普遍主義のポテンシャルを有していないとは認められないであろう。以上の点に鑑みれば、外国手続法の適用可能性自体を否定することは適切ではない⁽¹⁹⁾。その上で、外国手続法の適用の必要性についてはどのように考えるべきか。

(2) 必要性

第1に、外国手続法の適用が意識されるのは、国際私法で指定された外国法に基づく権利の実現の貫徹の要請からである。法廷地手続法の貫徹は国際私法の存在を無に帰してしまうおそれがある⁽²⁰⁾。この点については、従来いわゆる適応問題で処理することで権利の貫徹を図るという方策も取られている。例えば、準拠外国法上の別居制度が判決を要求するが、そのような手続を法廷地手続法が知らない場合につき、法廷地の手続を適応させることで、権利の実現を図るような場合であり、わが国では現在多数説とされる⁽²¹⁾。この問題について、かつては、別居制度はわが国に同様の制度がないことから手続規定の欠缺が指摘され、それを理由にわが国での判決可能性を否定する見解が有力であった⁽²²⁾。これに対して、折茂教授は、別居判決を認めることが「わが国際

私法の精神に合致する」とし、これに積極的な態度を示し⁽²³⁾、上記多数説の基礎となっている。現在の多数説にみられるのは、実体法の貫徹に際しては、手続について必ずしもわが国の手続法に従う必要はないという態度であろう。しかし適応問題は準拠外国法上の権利が確定した後に、その実現のために内国法の視点から手助けする方法に過ぎず、権利実現過程における法廷地法の絶対的適用で生まれる不都合を解消するものではない⁽²⁴⁾。そこで、外国法に基づく権利の実現に向けて外国手続法の適用を認める必要性が主張できよう。

加えて、当事者の予測可能性の確保の要請も看過できない⁽²⁵⁾。国際私法の発展に伴い外国法の適用範囲が広がり、法廷地如何に関わらず、自らが行使できる権利の予測が可能となってきた。すなわち、実体法については、国際私法により適用法規について当事者は予測可能性が担保されつつある。当事者の合意で準拠法を定めた場合はもとより、不法行為地や不動産所在地などの連結点を事前に理解することで、原告・被告双方にとって法廷地如何に関わらず当該事件に適用される法規を知ることができる。この点に鑑みれば、実体権の実現と当事者の予測可能性の確保のため、実体法と適合する外国手続法の適用の必要性が説かれる自然の成り行きと考えられる⁽²⁶⁾。

そして、外国手続法の適用は各国の国際私法の理念とされる国際的判決調和にも資する。すなわち、各国で相違がある法廷地法が適用される場合には、準拠実体法で同様の処理がなされても手続法部分の差異により、結論が異なることがありうる（同様の事案でも訴訟能力の法規が異なることで、本案まで行く判決と却下される判決が出てくる）⁽²⁷⁾。国際私法の理念を実現するためには、準拠実体法の実現に必要な程度の外国手続法の適用は必要とされよう⁽²⁸⁾。

(3) 根拠論

適用可能性と必要性が認識されたとしても、内国手続法に積極的な適用根拠がある場合には、多くの外国法は排除されることになる。この問題は、「手続は法廷地法による」の根拠論として議論が展開されてきた。上記の必要性の要請を凌駕するほどに法廷地法を絶対的排他的に適用する要請があるのであれば、外国手続法の適用はそもそも認められないことになる。

従前学説が主張してきた根拠のうち、手続事項は積極的な公序規定であるとするもの⁽²⁹⁾、あるいは、手続事項は公法的性格を有すると主張するもの⁽³⁰⁾が代表的なものとして挙げられる。しかし前者については、手続事項は訴訟を整序する役割のみを果たすものもあることに鑑みると、公序相当の重要原則が手続事項に一律に存在するとはいえない。また後者についても、必要性の箇所而言及したように、手続法の目的の一部は実体法の実現である。また民事訴訟は当事者支配が妥当する領域を有するゆえ、裁判所の構成や審級構造については、国家性を有する公法的性格を見いだすことはできたとしても、手続一般に法廷地法によるべきとする絶対性は公法的性格からは導かれない、との反論がなされてきた⁽³¹⁾。結局、現状においては公序法あるいは公法の資格において法廷地法が外国手続法を排除しうる事項のうち、実体法上の権利実現を直接規律しない手続事項⁽³²⁾については、法廷地法の適用が肯定されようが、その境界線にある部分については、根拠論から法廷地手続法の排他的な適用を導くことは困難な状況にあるといえる。

もっとも、このこと自体は既に認識され、一見手続事項であっても実体法の貫徹にとって重要であって公序や公法的要請が強くない場合には実体に包摂し、外国手続法を適用すると困難が伴う事項については手続に包摂するといった、個別具体的に抵触法的な利益衡量で準拠法を決する方法が模索されてきた⁽³³⁾。その適用手法については、前述のドイツの議論において紹介した通り大きく2つの考えがあり、わが国では近時はそれらの止揚する見解も登場している。以下ではこれらについて検討する。

2 学説の整理

(1) 立場の整理

まず、「外国手続法の適用」の用語について整理したい。この用語は「手続」と「実体」の性質決定の文脈では⑦準拠実体法における当該国の手続法の適用⁽³⁴⁾という意味で用いられてきた。一方、手続的抵触規則との関係では①直接の準拠手続法の適用との意味でも用いることも可能である。よって、以下では、「⑦の意味の外国手続法」等と表現することで両者を使い分けることとす

る。

外国手続法を⑦の意味で用いる場合、「手続は法廷地法による」の原則が妥当している前提では、手続と実体の性質決定論が重要な意味をもっている。すなわち、「手続は法廷地法による」を一種の抵触規則と捉え、手続に分類されたものは法廷地法が規律し、実体事項のみが外国法に委ねられる、と解しても、準拠実体法国における手続法は適用の可能性がある。例えば、英国法上では手続と考えられている損害賠償の算定について⁽³⁵⁾、わが国通説は不法行為準拠法の適用範囲と考えており、仮に不法行為について英国法が準拠法となった場合、それが当該国で手続と位置づけられていたとしても、わが国で英国の制度を適用することに問題はない、と説明できる⁽³⁶⁾。一方、④直接の準拠手続法の適用の意味で外国手続法を用いる場合には、一度手続と分類された事項であっても、手続的抵触規則の媒介によって、更に抵触法的な処理を認め、外国法が適用される場合には当該国の手続法の適用も認める。ドイツのPagenstecherが提唱した訴訟能力における本国訴訟法説に端を発する⁽³⁷⁾。さらに近時は手続的抵触規則を用いず、また「手続と実体の性質決定」も経ることなく、手続に関連する個別事項毎に法廷地法と外国法のいずれが妥当かを検討すれば足りるとする見解も主張されている。この見解では広義では手続的抵触規則を認めたものとも解されるが、同規則を積極的に認める見解と区別して、ここでは「手続事項個別処理説」と呼ぶ。

(2) 手続と実体の性質決定と外国手続法

前述の歴史的経緯に鑑みれば、手続と実体の二分化が性質決定の手法によって可能であれば、それが維持されることには意義を有する。しかしながら、その概念確定は単純では無い。すなわち、前述の通り「手続は法廷地法による」の原則、が存在するとしてもそこでいう「手続」をいかにとらえるかが、問題となる。仮に「手続とは自国法における手続事項である」とするならば⁽³⁸⁾、「手続」は各国において区々の範囲を有することになる。現状、このように解することは、「手続は法廷地法による」の原則を維持する見解においても妥当とは考えられておらず、国際民事訴訟法独自からの性質決定が主張されてい

る⁽³⁹⁾。そして、性質決定を国際民事訴訟法自体からの立場で行うとすれば、自ずと準拠実体法国の法体系において手続とされているものであっても、「実体」の送致範囲と扱って適用することが可能となる。すなわち、⑦の意味における外国手続法の適用がこの性質決定から実現されることになる。

この前提において、ドイツでは、法廷地法の体系から「手続」と理解すべきとするものであっても、実体と手続の制度的結合を重視し、性質決定に疑問があるときには、準拠実体法によらしめるべきとする流れで議論がなされてきた⁽⁴⁰⁾。例えば、実体と手続の制度的結合性が強いとされる証拠法についてはこの性質決定手法を用いることで、多くの証拠法規は準拠実体法により処理されうるという主張がなされている⁽⁴¹⁾。Basedowはこのような「実体法的性質決定の繁栄は長年に及ぶ法学の努力のたまものであり、このことは訴訟法を奉仕機能へと追いやった」と評するなど⁽⁴²⁾、ドイツにおいては長年維持されてきた発想といえる。そして、この立場を基に、実体と手続の機能的関連性を重視する見解⁽⁴³⁾や、当事者の予測可能性を重視する見解⁽⁴⁴⁾、そしてそれらを前提にして手続事項の類型化を図る見解⁽⁴⁵⁾が主張されてきた⁽⁴⁶⁾。

一方英国においても、前述の通り、RemedyとRightの二分論とパラレルに、法廷地法が絶対的に適用される場面（Remedyとされるもの）と抵触法的処理が許される場面（Rightとされるもの）を画定するのが通説であった⁽⁴⁷⁾。しかし、近時はとくにRemedyの広範な定義への非難が、それがフォーラムショッピングの助長に繋がるとの理由からなされてきた。英国では1984年の制定法において出訴期限を外国法に委ねることを認め⁽⁴⁸⁾、近時では不法行為に基づく損害賠償の算定について、Harding事件⁽⁴⁹⁾において貴族院は手続としてこれを法廷地法によるとしたにも関わらず、その原審たる控訴審が示した不法行為の損害賠償の算定をRemedyの問題ではないとの位置付けを支持する見解も登場している⁽⁵⁰⁾。なお、このような性質決定方法の議論をEUレベルで体系化したローマII規則が適用されるようになったため、英国においてRemedy事項とされていたものが、不法行為準拠法の適用範囲となったこともあり⁽⁵¹⁾、英国における法廷地法への適用範囲は狭められてきている⁽⁵²⁾。畢竟、それはドイツ同様に手続に含まれるものを狭く解する潮流といえる⁽⁵³⁾。

(3) 手続的抵触規則

手続的抵触規則の用語は、前述の通り Pagenstecher が始めて用いたものとされるが、Pagenstecher は訴訟能力につき外国手続法の直接的適用を導くためにこの用語法を使ったにすぎず、それ以上の定義をしたわけではない。この点、手続事項に特化した包括的な抵触法的処理を初めて検討したのは、ハンガリーの Szászy である⁽⁵⁴⁾。Szászy は、国際民事訴訟法の体系書において⁽⁵⁵⁾、英米独仏伊スイス、の学者の見解を引用しつつ、法廷地法の絶対的適用には根拠が欠乏していることを主張した⁽⁵⁶⁾。その上で、手続と実体の分離の議論については、人工的かつ演繹的な議論で、決定的な基準は示されていなかったと評し、自らは、実体問題との境界を実証・帰納的に画定するとする⁽⁵⁷⁾。そして、手続事項についての抵触法的処理の重要性を強調した。国際民事訴訟法の目的は、国際私法と同様に、ヒト・モノの国際交通の円滑化にあるといい、手続法についても法廷地毎に適用法規が異なる事態を避ける必要があるとする。このことから、原則として手続事項についても「最密接関係地」を探求すべきであり、国際私法同様に法廷地法の適用は理論的には例外と位置づけるべきとし⁽⁵⁸⁾、実証的な観点から網羅的に各論の考察を行っている。もっとも Szászy も繰り返し述べるが、実際には手続事項の最密接関係地法は法廷地法となることが多いことは認めており、各論の検討においてその傾向が見られる⁽⁵⁹⁾。

このほか、ドイツにおいても包括的な観点で手続的抵触規則との表現を用いる立場が Roth である⁽⁶⁰⁾。準拠実体法に依拠する手続事項及び絶えず法廷地法となる手続事項、を決定する際には、手続と実体の性質決定論をベースとしつつ、Roth は、第三の類型として、両者の境界事項を設定し、この分野において手続的抵触規則による処理をなす、と表明している。Roth は境界事項の抵触法的処理の基準として「重心」がどこにあるかを問題とする。そこで、それが準拠実体法にある場合、法廷地法にある場合、両者を累積適用すべき場合があるという。そして累積適用すべき具体例として、確認の利益、将来給付の訴え、外国判決変更の訴えにおける変更要件、を例示列挙する。これらは双方に重心があるため、決定的な基準は見いだせないが、ドイツ法の規定の基準より外国法が厳格な場合には、外国法に従い、ドイツ法のほうが厳格な基準の場合

にはドイツ法に従う、という説明をする⁽⁶¹⁾。

次に、わが国において、包括的な手続的抵触規則の提案をした山本和彦教授の見解を紹介する⁽⁶²⁾。山本教授は、Szászy 同様に法廷地法原則には多くの例外が生じることを指摘した上で、手続法規定には実体法上の権利実現に密接な関連性を有するものがあること、及び涉外訴訟における予測可能性の確保を重視し、一定事項の外国手続法の適用を認めるべきとする。その上で、手続と実体の性質決定論は、手続と実体の分類が内国と離れること、多くの問題について内国法上の「手続」という分類に縛られ外国手続法適用に消極的になりがちになるおそれもあること、手続と実体を分けるに際して暗黙のうちに行われている利益衡量のファクターが明確にされにくい結果、一定の手続事項をいずれに含めるかについての議論が主観的になること、を問題視し、これを採用せず手続的抵触規則によることとする。その基準について、「当該手続問題が実体法上の権利実現に密接な関連性を有し、手続法が実体権の貫徹に深く関与している場合、またはその問題が訴訟開始前の当事者の行為の前提となりうるものであり、提訴前に適用法規が明らかになっていないと当事者に不意打ちとなるような場合」には外国手続法が適用できるとし、その他の場合には、裁判所その他訴訟関係者の便宜および手続法の一体性を考慮して、原則として内国手続法が適用されるべきとする⁽⁶³⁾。そして外国手続法が適用される場面であっても手続的公序に反する場合には、法廷地手続法による⁽⁶⁴⁾、との一般的基準を立てつつ、各論的検討を行っている。

これらの見解は、実体と手続の性質決定を人工的なものとし、手続事項の最密接関係地や重心を考慮要素とせずなされてきた外国手続法の適用（⑦の意味）よりも適切なものとして、権利の密接関連性と当事者の不意打ち防止の趣旨に合致した部分について、外国手続法の適用（④の意味）を認めるといった手法を採用する。そして、その他の部分については、内国手続法が適用され、また消極的な形で手続的な公序則の発動も可能とするものであって、内外の手続法を対象とする抵触規則の存在を前提とするものである⁽⁶⁵⁾。

(4) 手続事項個別処理説

これに対し、手続と実体の性質決定を困難ないし不可能と評価しつつ、かつ手続的抵触規則の概念は不要とし、渉外事案で問題となる手続事項毎に検討しようとする見解がある。この立場にたつ論者は、「それがいかなる機能を持つかによって直接的に、つまり実体と手続との性質決定を経ることなく、決定されるべきであるとの方法も考慮の余地がある」としつつ、手続的抵触「規則を定立する意義はそれ自体としては乏しい」と述べる⁽⁶⁶⁾。あるいは、訴訟能力の「理論的な位置付けはともかく、実は訴訟能力については手続か実体かという法性決定そのものが不要であり、しいていえば訴訟能力は訴訟能力の問題であるという法性決定がなされれば十分であるといえようか」とする⁽⁶⁷⁾。これらは事案に応じてある法律問題を設定した上で、それが法廷地法か外国法かを問えば足りるとする見解といえる。

3 検 討

(1) 諸説の検討

上記三種の見解のうち、第一の見解である従来の手続と実体の性質決定論は、狭義の国際私法により決定された準拠外国法上の法体系上の位置づけとは無関係に、⑦の意味の外国手続法を送致範囲とした上で、準拠外国法を決定する、という手法である。しかし、手続事項を送致範囲に含ませられるとしてもなぜ一定範囲（実体と手続の交錯部分）のみにそれが及ぶかについては説得的な説明はない。すなわち、準拠外国法の中でどの範囲の手続が準拠法適格を有するかかの基準が判然としない。前述のドイツや英国の議論からは、実体と手続の制度的結合やフォーラム・ショッピングの防止といった、各国のおかれた法制度・事情により、異なる基準で外国法が適用されうる範囲が画定されることになるが、このようにして画定された範囲の事項が手続の対照としての「実体」と呼ぶに相応しいものかは疑問である。更に、内国手続法上、外国手続法の適用が認められる規定（外国における証拠収集規定など）が存在すること⁽⁶⁸⁾や、前述した通り「手続は法廷地法による」の原則の絶対性がその原則としての地位を失っている点に鑑みると、あえてこの立場に拘泥する必要はないように思わ

れる。

よって以下では、後者2つの見解についてその適否を検討する。まず第三の見解である「手続事項個別処理説」は事項毎に法廷地法か外国法かの選択をなすものであり、仮に手続的抵触規則を否定する場合には、狭義の国際私法の条理での処理が想定される⁽⁶⁹⁾。しかし、狭義の国際私法の総論部分は準拠法を実体法とすることが前提として構築されていると解される。例えば公序については、「既に生じた事実に対して適用された外国法の適用結果」の異常性を問うものである以上、手続事項に準用ないし類推適用できるかは疑問が残る。また性質決定に際しても、実体のみを前提とした議論と実体と手続の性質決定の議論においては、法廷地法の利益考慮という観点で差異がみられる⁽⁷⁰⁾。となると、結局国際民事訴訟法上の抵触規則のような概念が必要となろう。これを手続的抵触規則と呼ぶかはともかくとして、あえて個別処理に対して独自性を認めることは不要と思われる。

最後に第二の見解である手続的抵触規則について検討する。提唱者である Pagenstecher は、ドイツにおいて不文の抵触規定が存在することを強調したが、Kralik の研究において⁽⁷¹⁾、少なくともドイツの訴訟能力の起草過程まで遡って検討してもこれは同論文まで見いだせないとされ、ドイツにおいては訴訟能力につき Pagenstecher は本国訴訟法説の立場に立つものとして理解されているとどまる。よって、この規則自体はアプリオリには存在していたものとは解されない。もっとも、その後 Szászy が、明確にこれを手続的抵触規則や同等の表現を用いてはいないものの、従来の手続と実体の分離についての見解を批判し、国際民事訴訟法上の抵触法的処理を指向した点⁽⁷²⁾は評価されよう⁽⁷³⁾。一方、手続的抵触規則自体についてはつとにその不明確さが批判として指摘されている⁽⁷⁴⁾。但しこの点については、今後の具体化を指向することが肝要であり、決定的な批判とはならないだろう。特に、山本教授が示した、「当該手続問題が実体法上の権利実現に密接な関連性を有し、手続法が実体権の貫徹に深く関与している場合、またはその問題が訴訟開始前の当事者の行為の前提となりうるものであり、提訴前に適用法規が明らかになっていないと当事者に不意打ちとなるような場合」には外国手続法が適用できる、とする基準は、「手続は法

廷地法による」の原則が存在しており法廷地手続法の適用自体は一部生じることを勧案しても支持できるものと思われる。以上から、本稿では手続的抵触規則概念の有用性を支持した上で、その体系的な位置づけを検討していく。なお、ここでは Roth が示した累積適用の議論が参考になるとと思われるため、これを参照する。

(2) 若干の体系化の試み

(a) 性質決定

体系的には、狭義の国際私法の適用範囲と国際民事訴訟法の一分野たる手続的抵触規則の棲み分けをどこに設定するかが問題となろう。従来の手続と実体の分離困難性は既に指摘されているが⁽⁷⁵⁾、それは法廷地法の排他的適用を認めない場面を明確にする線引きが困難であることを意味していた。私見においては、この分離困難な領域については後述するように法廷地手続法と準拠外国法（手続法の場合もあれば実体法の場合もある）の双方を考慮した適用方法を用いることで、手続的抵触規則において処理されることが望ましい場合があることを想定している。線引きの問題については二分論ではないとするならば、従来に比して容易となると考える。この検討に際しては、従来の手続と実体の議論及び個別事項検討説の議論も参照されよう。私見の結論において、手続的抵触規則は、外国法を準拠法としうる双方向的抵触規則、及び、法廷地法の原則的適用を認める規則、そして法廷地法と外国手続法の双方を考慮する規則、の3種の規則を扱うものと理解することになる。

まず、外国法を準拠法としうるものとしては、従来の学説では「実体」に取り込まれていた証明責任の問題や法律上の推定などがここに属することになる。このうち、証明責任について、準拠外国法の適用の前提となる事実についての真偽不明の場合の当事者の不利益の問題は、実体準拠法によらしめるとするのが多数説といえる。それゆえ、証明責任については準拠実体法に従う、との説明がなされてきた⁽⁷⁶⁾。私見においても、実体権の貫徹や当事者の予測可能性の観点からはこの結論については首肯できる。もっとも、外国法や連結点を確定する事実の証明が問題となったケースにおいて、裁判官の心証が確信

に至らずこれらの問題につき真偽不明に陥った場合、国際民事訴訟法の立場から、補充的連結が唱えられているなど、国際民事訴訟法において証明責任が問題となる場面は、上記のほかにも観念される⁽⁷⁷⁾。よって、一概に証明責任は単に実体の問題との表現は適切ではなく、手続的抵触規則を出発点としつつ、準拠外国法の適用法文等の要件事実の問題につき、準拠実体法によるとするのが妥当と考える。

一方、法廷地法の原則的適用の範囲としては、「手続は法廷地法による」が未だ貫徹される場面となる。それゆえ、ここでは、1(3)で示した根拠論が考慮要素となろう。すなわち一部の事項のみ公序法ないし公法としての観点から、法廷地手続法が排他的に適用されることが認められている。そのため、実体法上の権利実現を直接規律しない公法的、公序的な訴訟運営に関する規定のほか、実体権の実現と関連はするが当該手続法を外国法に委ねることが、實際上の権利保護に欠けるような場合がこれに妥当することになる。

私見によれば、それ以外の手続事項については以下のような法廷地法と外国手続法の双方を認識した上で、個々に適用方法を決すべきと考える。すなわち、既に述べた通り手続と実体の分離は困難であって、二分法には限界がある。よって、二分法は放棄した上でいかなる適用方法が妥当かを考慮する必要がある、以下の通りいくつかのバリエーションが想定される。①選択適用：例えば証言拒絶権または秘匿特権が挙げられる。原則として法廷地法としつつも、米国法が準拠法となる場合に、米国法の広い範囲の特権をわが国で認めるべきである⁽⁷⁸⁾。②累積適用：例えば、任意的訴訟担当の許容性については、外国手続法上任意的訴訟担当が許容されているか⁽⁷⁹⁾を考慮しつつ、わが国でこれを認めることが妥当かを判断すべき⁽⁸⁰⁾である。③国内民事訴訟法の特別留保条項的適用：例えば、実体と手続が交錯していることで「証拠法分野で最も性質決定が困難」と評される⁽⁸¹⁾証明度については⁽⁸²⁾、二分法ではなく、因果関係につき高度の蓋然性を必要とするという一般論は原則としつつも、準拠外国手続法上、より高い証明度を要求しているときはその法を適用するなどの処理方法も考えられる。このように証明度の規範を特別留保条項的に機能させることで硬直した二分化ではない柔軟な対応が可能となる⁽⁸³⁾。

(b) 公序

手続的抵触規則の公序については、もとより明文の規定を有しないが、わが国の基本原則に反する結果を招来する外国手続法の適用を認めることは許容することはできない。この点、山本教授は、「手続法規の適用が日本の裁判所に不当とってよいほどの過大な負担を課す結果となる場合や、その問題が日本の手続法にとって根底的に重要な位置を占め、その点をくずせば多くの他の問題にも波及的な効果を及ぼし日本法にとって受け入れがたいような結果をもたらす場合など」に公序条項を発動するとする⁽⁸⁴⁾。通則法同等に消極的公序のみが機能すると解するのであれば、このような場面で公序が適用されると解するのが相当であるが、私見の手続的抵触規則においては限定的にのみ機能すると解される。すなわち、累積適用や特別留保条項の場面では法廷地法の縛りがかかっており、あえて消極的公序を持ち出すまでもなく、法廷地の秩序を保つことが可能であるためである。

(c) 反致

ドイツではかつて、英米法上は手続事項とされた消滅時効との関係で反致の可能性が議論された⁽⁸⁵⁾。現在においては前述の英米法独自の議論やローマII規則もあり、消滅時効については実体に取り込むとしてこのような反致の議論が回避されているが、今なお国際民事訴訟法上の反致の可否について議論がある。というのも、情報開示請求権 (Auskunftsanspruch) について、米国法上はこれをディスカバリー手続の中に取り込んでおり手続事項とされるのに対し、ドイツでは実体事項とされる⁽⁸⁶⁾。Schackは、この問題について法廷地法の適用を導く論理として、以下の説例を用いて説明する。法廷地がドイツで実体問題が米国法になる事案において、情報開示請求権が問題となった場合、通説によれば、ドイツ国際民事訴訟法上はこれを実体と性質決定し、米国のディスカバリー法上手続であっても、そのうちの実体関連規定のみをピックアップしこれを適用する、と。しかし、これらの規定の要件などは複雑であり、ドイツの裁判所では処理が難しい場合、(米国法上はこの問題を国際民事訴訟法上手続とし法廷地法によるとしているのだから) 反致によってドイツ法が適用される、とす

る⁽⁸⁷⁾。ドイツにおいても多数説とはいえない⁽⁸⁸⁾が、国際民事訴訟法上の反致をどのように位置づけるかは、手続的抵触規則の総論の問題であって検討に値するものといえよう⁽⁸⁹⁾。この問題は、公序によって処理できる可能性もあるが、総論的な問題として、このような目的での反致の理論を利用することの可否については、実際上の困難性といった論拠から法廷地法の適用を肯定する構成をとりうるならば、今後精緻化すべき課題であろう。

おわりに

以上、外国手続法の適用に関する問題について総論的な観点から検討を行った。1及び2では外国手続法の適用の必要性の議論の整理及び外国手続法を適用させる学説の整理を通じて、従来の性質決定の手法は、「手続は法廷地法による」の原則から生ずる二分法に固執し、外国手続法を「実体」の枠にはめ込むものであったが、その基準は曖昧であり、また各国の法制度・事情から外国法の適用を欲する事項を「実体」と位置づけてきた点に、この二分法の限界があることを指摘した。そして、手続的抵触規則の発想で外国手続法を処理すべき、と結論づけた。その上で、3において総論的には、手続的抵触規則の適用範囲を明確化にし、外国法に基づく権利の実現と法廷地手続法の価値が重なる場面においては、二者択一的な発想を廃し、累積適用ないし選択適用あるいは公序の手法を用いて、両者を融合的に用いることを積極的に認めるべきであるとした。これによって、従来緊張関係にあった法廷地法と外国手続法の適用関係が、実体権の実現という目的に適った妥当なものに整理できたのではないだろうか。

既に言及した通り、本稿で扱った問題については各論的から考察を行うべきという潮流が強かったように思える⁽⁹⁰⁾。確かに、各論の検討のないまま総論を構築することに危険がつきまとう。しかしながら、本稿のような一定の体系的な位置づけを提示しつつ、今後演繹的に個別事項を検証し、不具合があれば帰納的な検討から体系に修正を加えるという手法も、本問題を発展させる上では意義を有するのではないだろうか⁽⁹¹⁾。このような発想の基、本稿で示した総論的立場をベースに、個別の手続事項毎の検討を今後の研究課題としたい。

(本研究は、科学研究費補助金(挑戦的萌芽研究、課題番号JP26590009)による研究成果の一部である)

- (1) 澤木敬郎「[「手続きは法廷地法による」の原則について—国際民事訴訟法上の証拠を中心として—」立教法学13号(1974年)31頁以下、櫻田嘉章「[「手続きは法廷地法による」の意義」澤木敬郎=畑場準一編『国際私法の争点〔新版〕』(有斐閣、1996年)216頁以下など。わが国における近時の学説のうち、手続を一律に公法と位置づけ国際私法の埒外とする見解として、道垣内正人『ポイント国際私法各論〔第2版〕』(有斐閣、2014年)19頁以下。強行的適用法規の枠組みでの処理を提案する見解として、櫻田嘉章=道垣内正人編『注釈国際私法 第1巻』(有斐閣、2011年)32頁以下〔横溝大〕。
- (2) その後施行された法例では、同条の規定は削除されたが、起草者は、削除理由について比較法的視点から訴訟法が公法に位置づけられていることを理由として、これを自明の法理としている。当時の経緯については、櫻田嘉章「渉外的法律行為における証拠・証明方法の制限規定の取扱いについて」法学論叢132巻4・5・6号(1992年)138頁以下参照。
- (3) 下民集13巻7号1493頁以下。
- (4) 高民集21巻4号362頁以下。
- (5) 1265年のフランス高等法院の裁判やPierre de Bellepercheの著作を起源として示す研究もある。Edgar H. Ailes, Substance and procedure in the conflict of laws, *Michigan Law Review*, Vol. 39 (1940-1941), p. 396.
- (6) Peggy Carlier, *L'Utilisation de la Lex Fori dans La Resolution des Conflits de Lois* (doctoral thesis, Universite de Lille 2 2008), para 41.
- (7) Richard Garnett, *Substance and Procedure in Private International law* (Oxford University press, 2011), pp. 5. 同書は英国では大陸法的な手続と実体の分離は採用されず独自の二分法を発展させたとして理解している。これに対し、英国における独自性を強調しないものとして、Ailes, *supra* note (5), pp. 39.
- (8) Ailes, *supra* note (5), pp. 39.
- (9) Jürgen Basedow, Qualifikation, Vorfrage und Anpassung im Internationalen Zivilverfahrensrecht, in: Peter Schlosser (Hrsg.), *Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung* (Bielefeld 1992), pp. 136.
- (10) Max Pagenstecher, Zur Prozessfähigkeit der Ausländer nach deutschen internationalen Zivil-

prozessrecht, in: *Festschrift für Leo Raape zu seinem siebzigsten Geburtstag, 14. Juni 1948* (Hamburg 1948), pp. 249.

- (11) 澤木敬郎「実体と手続の性質決定」澤木=塚場編『前掲書』(注1) 214頁。
- (12) 「手続的抵触規則」の用語については、Pagenstecherの論文と共に同規則をわが国で詳細に紹介した山田教授の用語法に従った。山田録一「外国人の訴訟能力」同『国際私法の研究』(有斐閣, 1976年) 286頁以下(初出:『国際私法の基本問題—久保岩太郎先生還暦記念論文集』(有信堂, 1962年) 413頁以下)。なお、いずれも詳細に論じたものではないが、手続的抵触規則という表現については既に塚場録一「判批」ジュリ 195号(1960年) 60頁以下に見られ、またPagenstecherの説への言及は、桑田三郎「判批」ジュリ 203号(1960年) 84頁に見られる。わが国では、直訳である訴訟的抵触規則の用語も用いられるが、訴訟外の家事事件についても同規則の適用対象となりうることから、手続的抵触規則の用語法を支持する。
- (13) 本稿で主として検討する英独日のほか、フランスにおいても、実体と手続を明確に分離する見解と手続的抵触規則に親和的な見解に二分される。この点については、Marie-Laure Niboyet/Géraud de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé* (5^e éd., L.G.D.J 2015), p. 431.
- (14) Carlier, *supra* note (6), para 43.
- (15) Henri Batiffol/Paul Lagarde, *Droit international privé* (tomeII, 7^e éd., L.G.D.J. 1983) , p. 697.
- (16) 例えば、石黒一憲「外国人の訴訟能力」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座7』(1982年) 81頁。
- (17) Niboyet/Geouffre de la Pradelle, *supra* note (13), pp. 434.
- (18) 同原則についての日本語での紹介について、小島武司=清水宏「ALI/UNIFROIT 涉外民事訴訟手続の策定」小島武司編『日本法政の改革：立法と実務の最前線』(中央大学出版, 2007年) 816頁。同制度は渉外的な訴訟における実質民事訴訟規定をおいている。よって、例えば、証明責任は、「原則として、各当事者は、自己に有利な主張の基礎となるすべての重要事実について証明責任を負う」(同制度 21. 1) といった規定であり、準拠法の適用を予定していない。なお、同原則は2016年現在 ELI (ヨーロッパ法律協会) と UNIDROIT において検討が続けられている。
- (19) 代替可能性を外国手続法の適用の根拠しうとするものとして、Dagmer Coester-Waltjen, *Internationales Beweisrecht* (Ebelsbach 1983), pp. 107.
- (20) Rolf A. Schütze, *Deutsches Internationales Zivilprozessrecht* (Berlin/New York 1985), p. 14.

- (21) 櫻田嘉章＝道垣内正人『注釈国際私法 第2巻』(有斐閣, 2011年) 64頁〔青木清〕。
- (22) これらの見解は, わが国が別居に関する手続制度を有しないことをもって別居判決ができないとしているにすぎず, 裁判によらない協議の別居は許容している。久保岩太郎『国際私法概論』(巖松堂書店, 1948年) 328頁以下, 江川英文『国際私法〔改訂・増補版〕』(有斐閣, 1970年) 276頁参照。
- (23) 折茂豊『国際私法〔各論〕初版』(有斐閣, 1954年) 262頁以下。
- (24) この点, 非訟事件においても「手続は法廷地法による」の原則が妥当し, 実体と手続の性質決定をなすという見解が多数説といえる。澤木敬郎「涉外家事事件手続の概要」岡垣學＝野田愛子編『講座・実務家事審判法(5)涉外事件関係』(日本評論社, 1990年) 2頁以下参照。もっとも, 非訟事件においては実体法に対してオーダーメイドに作られた手続法が存在する場合, 手続と実体で分離すべきかについては慎重であるべきであろう。この点を指摘するものとして, 山本和彦「国際非訟事件における手続上の諸問題」判タ 1361号 (2012年) 72頁。
- (25) 小室直人編『注解民事訴訟法(5)』(第一法規出版, 1991年) 399頁以下〔山本和彦〕。
- (26) Wolfgang Grunsky, *Lex fori und Verfahrensrecht, Zeitschrift für Zivilprozess*, Vol. 89 (1976), pp. 251.
- (27) 更に, 手続事項について各国において結論が異なることは, フォーラムショッピングを招来するため, 外国(手続)法の適用範囲の拡大が望ましい場合がある。cf. Garnett, *supra* note (7), pp. 261.
- (28) この点, 出口耕自「判批」私法判例リマークス8号(1994年) 180頁は「例えば, 当該外国の訴訟法上, 任意的訴訟担当は一律的に禁止されており, 任意的訴訟担当者に対する外国判決は, 権利主体との関係では承認されないような場合, この点を度外視して, もっぱら日本法上の観点から涉外事件における任意的訴訟担当の許容性を考えることは妥当ではないのではなからうか。外国訴訟法の適用可能性をも視野に入れた議論が必要なように思われる」とし, 承認を意識した国際主義的な立場を強調する。また, イスラエルにおける議論であるが, 自国判決の不承認を避けるために, イスラエル法は手続として定義される要件でも効果法において実体であり, 承認されない場合には, イスラエルの裁判所はこの点を考慮して外国法に従うべきとする。Talia Einhorn, *Private international law in Israel* (Wolters Kluwer 2012), p. 389.
- (29) cf. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, (tome II, 2^e éd, L. Larose

& Forcel 1913), p. 473.

- (30) cf. von Craushaar, Die internationalrechtliche Anwendbarkeit deutscher Prozessnormen (Heidelberg 1961), pp. 21.
- (31) Coester-Waltjen, *supra* note (19), pp. 83 ; Anne Kathrin Arnold, *Lex fori als versteckte Anknüpfung* (Berlin 2009), pp. 47 ; 森勇「適用手続法の決定」石川明=小島武司『国際民事訴訟法』(青林書院, 1994年)174頁, 井之上宜信「国際私法における外国手続法の適用について」大学院研究年報(中央大学)15号(1985年)28頁以下。これらの文献では, そのほか属地主義, 主権, 「場所は行為を支配する」の原則, などを根拠とする見解も紹介されている。しかしこれらの根拠についても, 手続事項すべてがその妥当する場所と強固な結びつきがあると確定した場合に, 更に当該地の法との連結を説明するものにすぎず, 手続事項全般について場所法が優位する説明とはいえないとされる。さらに理論的には法廷地法の絶対的適用を維持しがたい部分についても, 実務上の便宜ないし実効性の観点から「手続は法廷地法による」を維持できるとする主張もなされている。確かに, 外国手続法が適用されないことで訴訟経済に資する場合, 訴訟の迅速性の確保など訴訟法の正当な利益を確保できる場合もありうるが, 訴訟経済は, 不公正な裁判を根拠付けるものではない。訴訟法と実体法の結びつきを分断し, その実現を阻害する場合にまで法廷地法の絶対的適用を導くべき理由にはやはりならない(実効性への批判については, 上記文献のうち, 特に, Arnold, *supra* note, pp. 52)。
- (32) 越山和彦「判批」判例評論489頁(1999年)218頁が挙げる, 訴え提起の方式や判決書の形式などといった中立的規定, 及び弁論準備手続といったわが国の手続保証の内実を表現した規定が, この例となろう。
- (33) この点で従来議論がなされてきたのは, 当事者能力, 訴訟能力, 当事者適格(但し, 以下の事項に分けて個別に検討すべきとの見解が有力である。A. 職務訴訟当事者: 破産管財人や遺言執行者, B. 法定訴訟担当: 係争物の譲渡, 債権者代位, 団体訴訟, C. 任意的訴訟担当: 選定当事者, 取立訴訟, 法的譲渡), 証明度, 証拠制限, 等について外国手続法の適用を認めるかである。これらについては, ドイツにおいては国際民事訴訟法の教科書は各論毎に検討を加えるのが近時のスタンズといえる。Haimo Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht* (6. Aufl., München 2015), Reinhold Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht* (7. Aufl., Köln 2015) など。わが国においては, 訴訟能力についてはいずれの国際民事訴訟法の教科書も扱うが, わが国実質法に存在しない制度の扱い(例えば, 口頭証拠排除法則などの各国が独自に有する証拠制限)については, ほとんど対象としていない。そのような中,

包括的に扱っているものとして、小室編『前掲書』(注25)399頁以下〔山本〕がある。

- (34) この場合、「手続は法廷地法による」の原則の妥当性を一応認めるとしつつ、実体と性質決定することで、英米法上手続法とされる出訴期限・消滅時効規定のわが国での適用を認める、といった説明がなされる。例えば、多喜寛「国際私法における債権の消滅時効」法学37巻1号(1974年)37頁以下。
- (35) 後述の通り、ローマⅡ規則が適用される場合には、この立場は英国でも維持されない。
- (36) 櫻田=道垣内編『前掲書』(注1)458頁以下〔西谷祐子〕。
- (37) Pagenstecher, *supra* note (10), pp. 249.
- (38) わが国でもかつて旧法例13条については「我国法カ訴訟手續ト看做ス所ノモノコソ本條ニ所謂訴訟手續ナリト云ウ外ナシ」との理解もみられた岸本辰雄『法例正義』(新法註釋會, 1891年)112頁以下。
- (39) 澤木「前掲論文」(注11)214頁。
- (40) Stein/Jonas/Schumann, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* (Bd. 1, 20. Aufl., 1984 Tübingen), Einl. XV D Rn. 738.
- (41) Coester-Waltjen, *supra* note (19) pp. 66.
- (42) Basedow, *supra* note (9) p. 135.
- (43) Paul Heinrich Neuhaus, *Internationales Zivilprozeßrecht und Internationales Privatrecht, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 20 (1995), pp. 237.
- (44) Grunsky, *supra* note (26), pp. 246.
- (45) Manfred Radtke, *Der Grundsatz der lex fori und die Anwendbarkeit ausländischen Verfahrensrechts* (Münster 1981), p. 44.
- (46) その他、手続と実体の性質決定に関する学説の詳細については、井之上「前掲論文」(注31)31頁以下。
- (47) わが国でも英米法についてはそのような理解がなされてきた。澤木敬郎「前掲論文」(注1)39頁。
- (48) “Foreign Limitation Periods Act 1984” 同法については、高桑昭「英国の「一九八四年外国出訴期間法」——国際私法における消滅時効・出訴期限の性質決定——」国際法外交雑誌83巻6号(1985年)66頁以下参照。なおカナダでは、*Tolofson v. Jensen Case* ([1994] 3 S.C.R. 1022, 120 D.L.R. (4th) 289.)において、出訴期限に準拠実体法を適用する余地が認められた。また米国も原則は法廷地法としつつ、準拠実体法上の出訴制限規定の適用を認めている。樋口範雄『アメリカ涉外裁判法』

(弘文堂, 2015年) 128頁以下参照。

- (49) 同判決については、不破茂『不法行為準拠法と実質法の役割』（成文堂, 2009年）187頁以下。
- (50) Geroge Panagopoulos, Substance and Procedure in private international law, *Journal of private international law*, Vol. 1 (2005), p. 92.
- (51) ローマⅡ規則 15条は、「この規則に基づいて契約外債務に適用される法は特に以下の問題を支配する」とし、c号において「(c) 損害賠償あるいは請求された救済の成立、性質、算定」と規定しており、英国でもEU法の適用場面においては、同ルールが同国国内法に代わる。
- (52) なお、契約に関するローマⅠ規則は「手続」の問題については、各論的に証明責任と消滅時効の規定をおくが、その他については、法廷地の国際民事訴訟法のルールに従うとする。Staudinger/Magnus, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch IPR; Einleitung zur Rom I-VO* (Berlin 2011), Art.1 RomI-VO, Rn. 100.
- (53) ドイツの学者からは、ローマⅠ規則及びローマⅡ規則における実体の性質決定の範囲についてはドイツにとっては、真新しいことはない、と評されている。Rauscher/von Hein, *Europäisches zivilprozess- und Kollisionsrecht Kommentar* (Berlin 2011), Art I Rom I-VO, Rn. 63.
- (54) 概要については、後掲の体系書に先行する論文で示されている。Stephen Szászy, The Basic Connecting Factor in International cases in the domain of civil procedure, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 15 (1966), pp. 436.
- (55) Stephen Szászy, *International civil procedure* (Leiden 1967).
- (56) Szászy, *supra* note (55), p. 214.
- (57) Szászy, *supra* note (55), p. 222.
- (58) Szászy, *supra* note (55), p. 223.
- (59) Szászy, *supra* note (55), pp. 225.
- (60) Herbert Roth, Die Reichweite der lex-foi-Regel im internationalen Zivilprozessrecht, in: *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag* (Heidelberg 1993), pp. 1057.
- (61) Roth, *supra* note (60), p. 1060. Rothの手法については、岩本学「ドイツにおける外国判決変更の訴えについて：変更要件の性質決定問題を中心に」富大経済論集 59巻 2号（2013年）80頁以下。
- (62) 小室編『前掲書』（注 25）399頁以下〔山本〕。
- (63) 小室編『前掲書』（注 25）400頁以下〔山本〕。

- (64) 小室編『前掲書』(注25)402頁以下〔山本〕。
- (65) このほか、手続的抵触規定を用いた処理に好意的な学説として、春日偉知朗「証拠収集・証拠調べ」石川明＝小島武司編『国際民事訴訟法』(青林書院, 1994年)177頁。
- (66) 井之上「前掲論文」(注31)36頁。
- (67) 松岡博「涉外事件における当事者」新堂幸司編『講座民事訴訟③当事者』(弘文堂, 1984年)161頁。村上正子「涉外訴訟の当事者」新堂幸司監修『実務民事訴訟講座第6巻』(日本評論社, 2013年)415頁以下も同旨。
- (68) この点については、小杉丈夫「外国での証拠調べ」高桑昭＝道垣内正人編『国際民事訴訟法(財産法関係)』(青林書院, 2002年)226頁。
- (69) 松岡「前掲論文」(注67)172頁参照。
- (70) Cf. Arnold, *supra* note (31), p. 51.
- (71) Winfried Kralik, Die Prozeßfähigkeit des Ausländers, *Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*, Vol. 11-3 (1970), pp. 161.
- (72) Szászy, *supra* note (55), pp. 222.
- (73) 但し、ノイハウスが指摘するように、結論として、法廷地法の適用範囲の変化はそれほどみられない。パウル・ハインリッヒ・ノイハウス(櫻田嘉章訳)『国際私法の基礎理論』(成文堂, 2000年)407頁。
- (74) 石黒「前掲論文」(注16)81頁、山本克己「訴訟能力」高桑＝道垣内編『前掲書』(注68)178頁、高桑昭「外国人及び外国の社団、財団の当事者能力」同『国際民事訴訟法・国際私法論集』(東信堂, 2011年)74頁など。
- (75) Cookが既に固定的なラインを引くことは困難であり、抵触法の文脈、目的、発展の段階で変化するもの、と主張していた。Cook, “Substance” and “Procedure” in the conflict of laws, *Yale Law Journal*, Vol. 42 (1932), p. 352. 実際に、英国の立場からは出訴期限についてラインの変更が生じており、この主張は今なお意義を有するだろう。
- (76) 小室編『前掲書』(注25)418頁以下〔山本〕。
- (77) 櫻田＝道垣内編『前掲書』(注21)358頁以下、372頁以下〔山本和彦〕。
- (78) 従来、この分野については、単純に法廷地法と効果法の累積適用とするもの(澤木敬郎「判批」ジュリ574号(1974年)125頁)のほか、米国手続法の適用を正面から認めるわけではなく、「アメリカ法に基づく特権の援用があったことを調書に記載するのみで、手続を進行させるべき」とするものがあつた。小杉丈夫「アメリカの「ディスカバリー」の日本での実施をめぐる問題点」高桑＝道垣内

『前掲書』(注 68) 247 頁。

- (79) 任意的訴訟担当を許容しない外国のケースについては, Schack, *supra* note (33), Rn. 627.
- (80) 山田恒久「渉外訴訟における任意的訴訟担当の許否」杏林社会科学研究 10 巻 1 号 (1993 年) 32 頁以下参照。もっとも渉外事案である以上, 法廷地法を適用したとしても, 必ずしも, わが国の国内民事訴訟法の判例に従う必要まではないだろう。
- (81) Schack *supra* note (33), Rn. 775. なお, 交錯を認めつつ Schack は, 証明度を外国法にすると, 客観的基準ではないため, 毎回鑑定をする必要性が出てくることから, これは実効性(効率性)の観点から望ましくなく, 端的に法廷地法によらしめるのが妥当とする。Haimo Schack, *Beweisregeln und Beweismaß im Internationalen Zivilprozessrecht, Zwischenbilanz - Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag* (Bielefeld 2015), p. 731; しかし, 証明度は証明責任の所在と密接に関与しており, 証明責任を効果法によらしめる立場に立てば客観的な基準も自ずと効果法により設定される必要があることに鑑みると, 実効性を加味したとしても, 一律に法廷地法によるべきとすることが妥当かは疑問である。
- (82) 証明度の抵触法上の扱いについては, 実体問題とする説と手続問題とする説に二分している。わが国とドイツの議論状況につき, 田村陽子「証明度の法的性質—実体法と手続法の交錯」立命館法學 2008 年 5・6 号 (321・322 号) 303 頁以下参照。
- (83) わが国訴訟能力の規定を特別留保条項的に用いる点に言及するものとして, 塚場「前掲論文」(注 12) 61 頁, 山田録一=澤木敬郎編『国際私法講義』(青林書院, 1970 年) 236 頁〔早田芳郎〕がある。
- (84) 小室編『前掲書』(注 25) 402 頁〔山本〕。
- (85) 1882 年のライヒ裁判所判決 (RGZ 24 383) に端を発する議論である。詳細は, 桑田三郎「国際私法における債権の消滅時効」同『国際私法研究』(文久書林, 1966 年) 291 頁。
- (86) Cf. Horst Eidenmüller, *Discovery und materiellrechtlicher Auskunftsanspruch im deutschen Unterhaltsprozeß: Anpassung durch Qualifikation?*, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (1992), p. 357.
- (87) Haimo Schack, *Zur Qualifikation des Anspruchs auf Rechnungslegung im internationalen Urheberrecht. Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (1991), p. 350.
- (88) 他には, Geimer が Schack を引用する形でこの手法に言及している。Geimer, *supra*

note (33), Rn. 57b.

- (89) なお、ドイツでは、扶養における情報収集に関しては実体問題とされており、わが国のようにこれを職権探知事項とする国が準拠法となった場合の扱いについて議論がなされている。Basedow, *supra* note (9), p. 151. は、適応問題での処理を主張する。
- (90) 例えば、「わが国で手続問題と考えられている個別の問題ごとに自国法廷地法適用の正当性を分析した上で、法廷地法原則の妥当領域を決するという近時の国際民訴法学において有力な分析方法に従うのが実践的ではないかと考えている」との言明にみられる。越山「前掲論文」(注32) 218頁。
- (91) また、私見のような手続的抵触規則における特別留保条項を想定する以外の立場にとっても、効果法と法廷地法の累積適用の検討は意義のないものとはいえないと考えている。例えば、詐害行為取消権においては、手続と実体の性質決定を前提とした議論においても、準拠外国法の同制度を手続とするか否かはともかくとして、日本の手続法秩序に反するものは実質的に日本法の累積適用が考えられる。この点、公序を利用する余地を示すものとして、西谷祐子「判批」平成27年度重判(2016年) 297頁参照。