

渉外的民事訴訟の審理に関する諸問題

井上 泰人
いのうえ やすひと

東北大学大学院教授 (前名古屋地方裁判所部総括判事)

はじめに

1. 渉外的民事訴訟と処分権主義 (民訴法 246 条)
2. 渉外的民事訴訟における連結点の認定と弁論主義

おわりに

はじめに

著者は、かねてより国際私法規則 (準拠法選択規則) の適用が問題となる民事訴訟 (以下「渉外的民事訴訟」という。) の訴訟物及び既判力の客観的範囲は、準拠法ごとに異なると論じている⁽¹⁾。

しかし、渉外的民事訴訟における訴訟物や、これに関連する論点が生じるのは、審理の結果少なくとも 1 個の判決が確定し、既判力を生じている場合に限られない。そこで、本稿では、これらの論点のうち、特に日本の民事訴訟の審理過程において生じる、準拠法の指定をめぐる当事者と裁判所の判断の齟齬について検討することとしたい。

本稿では、まず、当事者と裁判所の間の上記の判断の齟齬と処分権主義、特に民訴法 246 条との関係 (1.) について考察する。ここでは、処分権主義に基づき訴訟物を特定すべき原告と審理判断に当たる裁判所とで、請求を規定する準拠法の指定についての判断が齟齬した場合に裁判所はどうすべきかが、検討の対象となる。

次に、これと類似するが次元を異にする形で現れるものとして、裁判所が、渉外的民事訴訟において準拠法を指定する連結点をどのように認定すべきかを検討する (2.)。従来、特に財産事件における連結点の認定には弁論主義が適用されるとする学説が有力に主張されていたが、それが渉外的民事訴訟の審理に当たって不都合な帰結をもたらすことがないのかが、ここでの課題と

なる。

なお、本稿で挙げられる設例は、いずれも訴えが日本の裁判所に提起されており、日本の裁判所には国際裁判管轄が認められることを前提としている。

1. 渉外的民事訴訟と処分権主義（民訴法 246 条）

(1) 問題の所在

民訴法 246 条は、「裁判所は、当事者が申し立てていない事項について、判決をすることができない。」と規定しているが、これは、民事訴訟における処分権主義を反映したものであって、裁判所に審判を求める対象・限度が原告の自由に任せられ、原告の決定が裁判所を拘束することを意味しているとされている⁽²⁾。すなわち、ここにいう「申立事項」とは、「①原告の被告に対する一定の権利ないし法律関係の存否の主張と、②そのような権利ないし法律関係について原告の求める判決内容とから成る。」⁽³⁾とされるが、ここには当然に訴訟物①が含まれており⁽⁴⁾、最高裁判所も、その旨を判示している⁽⁵⁾。そして、事実関係について実体法が適用されない限り「一定の権利ないし法律関係」、ひいては訴訟物の存否は観念できないから、原告は、民訴法 246 条が適用される前提として、何らかの実体法の適用を申し立てているといえるが、民訴法 246 条は、裁判所が、原告がこうして特定した訴訟物を独自に変更して審理判断することを許していない。すなわち「申立事項に包含される訴訟物と異なった訴訟物について判決することは、246 条違反となる。」⁽⁶⁾とされ、訴訟物の変更を含む「請求又は請求の原因」（民訴法 143 条 1 項本文）の変更、すなわち訴状における「請求の趣旨及び原因」（民訴法 133 条 2 項 2 号）の記載によって特定される請求の変更は、請求の基礎に変更がない場合に限り、原告の訴えの変更によってすることができるにとどまる⁽⁷⁾。

もつとも、当事者及び裁判所は、純粋な国内事案であれば、原告が適用を申し立てているのは日本法であることを当然の前提とできる。しかし、渉外的民事訴訟においては必ずしもそうではなく、原告が訴状で記載した「請求の趣旨及び原因」（民訴法 133 条 2 項 2 号）に変更がないにもかかわらず、原告と裁判所との間で、それを訴訟物と呼ぶかどうかはともかくとして、原告の請求を規

定する準拠法に関する判断が齟齬することがある。

例えば、Xが、「X及びYは、B国に所在する動産Mの売買契約を締結したが、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）7条に基づき、その締結時に準拠法としてA国法を選択した。」と主張して、Yに対して売買契約に基づく代金の支払を請求する訴えを提起したとする。この場合、Xは、その請求を規定する準拠法としてA国法の適用を申し立てているのだが、裁判所は、審理の結果、売買契約の締結時に準拠法の選択はなかったという心証に達した上で、売買契約の最密接関係地法（通則法8条1項）はB国法であると判断し、あるいは、Yは消費者であるから、Xの請求を規定する準拠法はYの常居所地であるB国法であるという判断に至ることもある（通則法11条2項）（以下、これらを併せて「設例①」という。）。

また、Xが、動産Mが日本に所在していることを前提として、占有者のYに対し、所有権に基づく物権的返還請求権を行使してその引渡しを請求する訴えを提起したが、口頭弁論終結時までに、動産Mの所在地がA国に変動していることもある。Xは、訴え提起時点では物権的返還請求権について日本法の適用を想定していたはずだが、動産Mの所有権に関する準拠法は、判決段階においてはA国法である（通則法13条1項）（以下「設例②」という。）。

さらに、A国に常居所を有する国際的に著名な芸能人Xが、「Yは、日本においてXの過去のプライバシーを暴露する記事をインターネット上で公表したため、A国及び日本の2か国で公演が中止される損害が発生した。」と主張して、Yに対して不法行為に基づく損害賠償を請求する訴えを提起したとする。しかし、プライバシー侵害による不法行為について通則法17条と通則法19条のいずれを適用すべきかについては学説上争いがあり⁽⁸⁾、指導的な裁判例も存在しない。そのため、Xが、通則法19条が適用されるとの解釈に基づいてA国法の適用を申し立てたととしても、第一審裁判所が通則法17条本文に基づいてA国法及び日本法をモザイク的に連結させる⁽⁹⁾適用が正当であると判断し、さらに控訴審裁判所が通則法17条ただし書に基づいて専ら日本法を適用すべきであると判断することもあり得る（以下「設例③」という。）。

このように、純粋な国内事案とは異なり、渉外的民事訴訟においては、請求

を規定する準拠法に関する原告の申立てと裁判所の判断が齟齬する事態として、差し当たり、原告と裁判所の間で、(1) 連結点の認定が齟齬する場合(設例①及び②)、(2) 国際私法規則の解釈が齟齬する場合(設例③)が考えられる。

設例①ないし③の訴状に記載された「請求の趣旨及び原因」(民訴法133条2項2号)は、後述するようにいずれも口頭弁論終結までに変更されたとはいえない。そうであるにもかかわらず、上記のような準拠法の指定に関する判断の齟齬が発生した場合に、原告による訴えの変更(民訴法143条1項本文)を経ずに、裁判所が独自の判断に従って準拠法を指定してこれを適用することは、原告が申し立てていない事項について判断するものとして、民訴法246条違反となるのであろうか。また、仮にこのような準拠法の適用が民訴法246条に違反しないとしても、裁判所は、原告の申立てとは無関係に、自らが正しいと判断する準拠法を適用して判決をすることが許されるのであろうか。

(2) 渉外的民事訴訟における訴訟物と民訴法246条

権利ないし法律関係は、実体法(準拠法)なしに観念できないから、原告と裁判所の間で請求を規定する準拠法に関する判断に齟齬が生じるということは、民訴法246条の観点からすると、原告の「申立事項」のうち、訴訟物である「原告の被告に対する一定の権利ないし法律関係の存否の主張」に関する判断に齟齬が生じているとみることもできる。そうすると、裁判所が独自に準拠法を指定できるか否かという問題を検討するに当たっては、前提として、まず渉外的民事訴訟の訴訟物は何かを確定する必要があるようである。

しかし、渉外的民事訴訟の訴訟物をどのように把握するのかについては、我が国において必ずしも共通の理解があるわけではない⁽¹⁰⁾。また、我が国が訴訟物理論を学んだドイツにおいても、準拠法の相違が訴訟物の相違をもたらすか否か、すなわち準拠法が異なれば訴訟物が異なるといえるのか否かについては、議論が分かれているところである⁽¹¹⁾。

そこでまず、「請求権が根拠とする個々の立法規定は訴訟物を構成しない。したがって、訴訟物は、どの法秩序が適用されるのかによって定まるものではない。」⁽¹²⁾、すなわち、訴訟物を個別の実体法(準拠法)から切り離し、事実関

係が同一であるならば準拠法が異なっても訴訟物は同一であるとの考え方を想定してみよう。この立場を徹底させると、原告は、事実関係を主張すれば訴訟物の特定としては足りるから、請求を規定する準拠法を指定する原告の申立ては、訴訟物の特定に関する限り必要ではなく、これに拘束力を認める理由はないことになる。その結果、裁判所は、設例①ないし③において独自に連結点を認定し、あるいは国際私法規則を解釈して準拠法を指定・適用すれば足り、訴えの変更手続を経なかったとしても、そこに民訴法246条違反の問題が生じる余地はないことになる。

しかし、この見解の下では、当事者は、判決に至って初めて、請求について予期しない準拠法を適用されるという不意打ちを受けるおそれがある。また、我が国の民訴法学説では、訴訟物は、例えば、「原告の訴え、具体的には訴状の請求の趣旨および原因によって特定され、裁判所の審判の対象となる権利関係を指す。」⁽¹³⁾(旧訴訟物理論)、あるいは給付訴訟について、「相手方から一定の給付を求めうる法律上の(実体法上の)地位があるとの権利主張である。」⁽¹⁴⁾(新訴訟物理論)などとされているから、渉外的民事訴訟においてのみ、上記のように訴訟物を実体法(準拠法)から切り離して把握する理論的根拠が問われることになる。また、このような切離しを渉外的民事訴訟に限るとなると、特定の事案の審理に当たって、それが渉外的民事訴訟に該当するか否かそれ自体が、大きな争点となってしまうかねない。

他方、渉外的民事訴訟の訴訟物は準拠法ごとに異なるとの見解もあり、この考え方は、我が国の民訴法学説における訴訟物理論とは整合的であるといえる⁽¹⁵⁾。

しかし、この立場には、特に民訴法246条の適用に関して、次のような批判がある。すなわち、「準拠法が特定されずに訴えが提起された場合、訴訟物が特定されていないことになる(最終的には訴えが却下される可能性もある)。」ばかりか、例えば、「外国法の内容が不明であった場合の処理として、補充的連結説(とくに法廷地法説)によれば、当事者が申し立てない事項(訴訟物)について判決することとなり、処分権主義に反する結果となる(民訴246条)。」、「準拠法について争いが予想される場合には、原告は、訴えを併合提起する必

要に迫られる。」「原告が準拠法を日本法として提訴した場合、たとえ原告・被告の間で準拠法について争われ、両国の法内容についても弁論が尽くされたとしても、裁判所が韓国法を適用して、請求を認容することは、処分権主義に反する。」というものである。この批判は、渉外的民事訴訟の訴訟物に関する上記の立場は学説の議論の前提を崩しかねないとした上で、さらに訴訟物概念から演繹的に問題を処理することの問題を指摘し、渉外的民事訴訟における訴訟物の相対的理解を主張するものである⁽¹⁶⁾

この批判は、その説示からすると、渉外的民事訴訟の訴訟物は準拠法ごとに異なるとの考え方を採用すると、その帰結として、①原告は訴訟物を特定するため、訴え提起に当たって特定の実体法（準拠法）の適用を申し立てる必要があることになり、②上記申立ては民訴法246条に基づき裁判所に対する拘束力を有する、との理解を前提としているとみられる。

実際、訴訟物が準拠法により異なるとの見解に立てば、上記①及び②の帰結を維持する限り、設例①において、裁判所は、原告が申し立てていない準拠法（B国法）を適用できなくなる。しかし、このような考え方は、通則法7条と通則法8条及び通則法11条2項の間の段階的連結⁽¹⁷⁾という適用順序と整合しない。さればといって、設例①ないし③で、適用されるべき準拠法が原告の申立てとは異なるという理由で裁判所が訴えを却下することは、訴訟経済に合致せず、何より原告に対して他の準拠法に基づく再訴を許す結果⁽¹⁸⁾、被告に生じる応訴の煩を無視し難い。また、裁判所が、設例①で原告の請求をB国法に基づいて棄却しようとしたとしても、原告は、請求を棄却してもらうためにわざわざ訴えを変更する動機を持ち合わせていない。原告が訴えの変更を踏み切るのには、そうすることが自らの有利な状況に限られる。

しかも、設例②において、前訴裁判所が日本法に基づく訴えを却下したため、XがA国法を準拠法として再訴を提起したが、後訴裁判所が口頭弁論終結時に動産Mが再び日本に所在していると的心証に達したり、あるいは設例③において、前訴裁判所が原告の申し立てた通則法19条によるA国法に基づく請求を却下したため、原告が改めて通則法17条に基づいて再訴を提起したが、後訴裁判所が、今度は通則法19条の適用が正当であると判断することもあり得る。

これらの場合に、後訴裁判所が原告の再訴を改めて却下するようなことになれば、原告の救済の途が閉じられることになりかねない。

以上をまとめると、原告と裁判所とで請求を規定する準拠法についての判断に齟齬が生じた場合、渉外的民事訴訟における訴訟物を実体法（準拠法）から切り離して把握すれば、民訴法246条違反は生じないが他の問題が生じるばかりか、そもそも渉外的民事訴訟の訴訟物をそのように把握する理論的根拠が明らかではない。他方、訴訟物を準拠法ごとに観念すると、訴訟物に関する民訴法學説とは整合的だが、民訴法246条との間に抵触が生じ、裁判所は、不自然ないし不合理な審理や判断を迫られることになりそうである。

(3) 請求を規定する準拠法の指定について

しかし、渉外的民事訴訟の訴訟物は準拠法ごとに異なるとの考え方を採用した場合、①原告は、訴訟物を特定するため、訴え提起に当たって特定の実体法（準拠法）の適用を申し立てる必要があることになり、②上記申立ては、民訴法246条に基づき裁判所に対する拘束力を有する、という帰結が当然に導かれるのであろうか。

(i) まず、我が国の民訴法は、純粋な国内事案においても、原告の実体法（日本法内部の特定の法規）の適用に関する申立てに対して強い拘束力を認めているわけではない。

民訴法133条2項2号は、訴えの提起に当たって、訴状に「請求の趣旨及び原因」の記載を求めているが、ここにいう請求の原因とは、「請求を特定するのに必要な事実」（民訴規則53条1項かっこ書）、すなわち訴訟物の特定に必要なとされる事実（狭義の請求原因）であって⁽¹⁹⁾、原告の請求がいかなる権利又は法律関係の主張であるかを他の請求から識別させ、その同一性を明らかにする事実にとどまる（識別説）。その具体的内容は、訴訟物理論により若干の異同があるが、給付訴訟を例にとると、物権的請求権であればその由来する権利の内容（所有権など）、目的物件及び侵害の態様等であり、債権的請求権であれば当事者、債権の発生原因及びその内容であって、特に新訴訟物理論にあっては、これらのうち少なくとも一つを記載すべきであるとされる⁽²⁰⁾。そして、訴状

却下命令によって訴訟係属が拒絶されるのは、この限度の事実の記載さえない場合に限られる（民訴法137条2項）。

「このように、請求の趣旨及び原因によつて、原告の請求が客観的に特定の法律的主張として明確になればよいのであつて、その際その権利等の性質をば、法律的な述語呼称をもつて表現し、或は適用法条を示すことは、必要でもなければ、決定的でもない。請求の当否をどの法条を適用し、どのような権利関係として判断するかは、紛争解決規範としての実体法を適用する裁判所の職責であつて、これに関する当事者の主張や意見に拘束されない。」⁽²¹⁾ばかりか、「広義の法律上の主張は、外国法を含む法規の存否、内容、解釈、適用についての主張を含む。「裁判官は法を知る」の法諺に示されるように、法規の発見・解釈・適用は、裁判所の責任に属するものであり、当事者の主張は、その参考とされるに過ぎない。」⁽²²⁾、「旧訴訟物理論の立場に立っても、原告が訴訟物たる権利について法律上の性質決定をすることは、訴訟物の特定のために必要ではなく、また、かりに特定の権利を主張したとしても、それが裁判所に拘束するものでもない。」⁽²³⁾とされているのである。

実際、例えばXが、自分が賃借している土地の一部にYが建物を無断で建築して占拠していると主張して、Yに対して賃料相当額を請求する場合、その請求の根拠が事務管理（民法702条）、不当利得（民法703条）又は不法行為（民法709条）のいずれであるのかは、この事実の記載だけでは判別するのが難しい。また、Xが、Yの欺罔行為により金員を詐取されたと主張して、当該金員相当額の支払を請求している場合、金員交付の原因となった契約の詐欺取消し（民法96条1項）を前提とする不当利得返還請求権（民法703条）を行使しているのか、不法行為に基づく損害賠償請求権（民法709条）を行使しているのかは、これだけの事実の記載では分からない。しかし、上記のとおり当事者、債権の発生原因及び内容が特定されている以上、新訴訟物理論によれば訴状の記載として欠けるところはなく、旧訴訟物理論を採用したとしても、複数の訴訟物を併合提起していると理解する余地があるから、この記載にとどまる訴状を直ちに却下することはできず、裁判実務の扱いも、そうなっているのが実状である。

以上は、請求を規定する準拠法が日本法であることを念頭に置いた議論であるが、国際私法規則が後記のとおり強行規範であることを踏まえつつ、このような実体法の適用及び解釈に関する裁判所の権限と責任を渉外的民事訴訟に敷衍して考えると、裁判所が原告に対して訴え提起段階で請求を規定する実体法(準拠法)の特定を求める必要や、あるいは原告による当該申立てに拘束力を認める根拠があるのかどうかは、いずれも疑問といえる。

(ii) 原告が訴状に記載を求められる狭義の請求の原因とは、前記のとおり、日本法が準拠法となることを念頭に置いた場合に訴訟物を特定するのに必要とされる事実として説明されている。しかし、そこで挙げられている事実は、いかなる実体法(準拠法)に基づく請求にも共通してみられる事実であって、実体法上の要件事実である「請求を理由づける事実」(民訴規則53条1項)⁽²⁴⁾とは異なり、いずれかの実体法(準拠法)を指定しないと主張できない事実ではない。

他方、民訴法133条2項2号が求める事実関係が明らかになったからといって、それが渉外的民事訴訟であるのか否かは、必ずしも明らかにならない。例えば、設例①における動産Mの所在地は、債権的請求権に関して訴状に記載が求められる狭義の請求原因(当事者、債権の発生原因及びその内容)に含まれない。設例②は、純粋な国内事案として出発した事案であって、審理を進めない限り、それが渉外的民事訴訟であるか否かが判明しない⁽²⁵⁾。

次に、訴状に記載された事実関係だけから、請求について正確な法性決定ができるとは限らない。例えば、訴状に狭義の請求原因として法律行為に基づく債権の発生原因事実が記載されていても、それが消費者契約(通則法11条)、労働契約(通則法12条)又はそれ以外の法律行為(通則法7条、8条)のいずれであるのかは、常に明らかであるとはいえない(設例①参照)。同様に、法定債権の発生原因事実として一定の事実関係が記載されていても、前記のように、それが事務管理若しくは不当利得(通則法14条以下)又は不法行為(通則法17条以下)のいずれに該当するのかが判然としない場合もあり得る。

しかも、民訴法133条2項2号が訴状に記載を求められる事実関係には、必ずしも連結点が含まれない。例えば、設例①における当事者による準拠法の選択

(通則法7条)及びYの常居所地(通則法11条2項)は、狭義の請求原因には含まれない。設例③のXの常居所(通則法19条)やYの加害行為地(通則法17条ただし書)も、同様である。また、同一の目的物件に同時に複数の準拠法に基づく物権が生じる事態は容易に想定できないから、設例②では、動産Mに関する物権は、動産Mが実在する以上、いずれかの特定の準拠法によって成立しているはずであり、それ以外の準拠法で発生することはない。したがって、権利の内容(所有権など)、目的物件である動産Mの特定及びYの占有という侵害の態様等が特定されていれば、渉外的民事訴訟の訴訟物をどのように把握するにせよ、Xの請求を他の請求から識別させ、その同一性を明らかにするのに十分であるというほかない。そうすると、そこで主張されている所有権がいずれの準拠法に基づくものであるか、換言すると動産Mの所在地(通則法13条1項)は、識別説によった場合の物権的請求権に関する狭義の請求原因(権利内容、目的物件及び侵害の態様等)に含まれるとはいえない。そして、設例②では、所有権に基づく請求であること、目的物件及び侵害の態様等は、いずれも判決段階まで何ら変動がないから、動産Mの所在地の変動は、結果として所有権に関する準拠法の変動をもたらす(通則法13条1項)ものの、「請求の趣旨及び原因」(民訴法133条2項2号)に変動をもたらすものではない。

以上のとおり、国際私法規則の観点からすると、民訴法が訴状に記載することを要求する「請求の趣旨及び原因」(民訴法133条2項2号)だけでは、それが渉外的民事訴訟であるか否かが必ずしも明らかにならないばかりか、裁判所が正確な法性決定を行って国際私法規則を適用し、連結点の認定を通じて請求を規定する準拠法を具体的に指定することを期待できない。そうであるにもかかわらず、民訴法は、単位法律関係や連結点の特定がない訴状を訴状却下命令(民訴法137条2項)の対象としていないのである。

このように、民訴法は、原告に対し、訴状に国際私法規則の適用を前提とする事実の記載を求めている以上、訴え提起段階で国際私法規則に基づく準拠法の特定まで原告の責任としているとは思われず、そうだとすると、仮に原告によるこの点の申立てがあったとしても、当該申立てに裁判所に対する拘束力を認めているとは直ちに考え難い。

(iii) 以上によれば、民訴法は、訴え提起段階では原告に対して請求を規定する実体法（準拠法）の特定を求めているとは思われず、また、原告による特定の実体法の適用の申立てに拘束力を認めているとも考え難い。

他方、民訴法 246 条は、直接には裁判所が判決をする段階で、訴訟物を含む「申立事項」を逸脱する判断をすることを禁止しているものであり、その適用場面は、訴え提起段階ではなく、訴訟が裁判をするのに熟した状態になっていること（民訴法 243 条 1 項）が前提である。

そして、民訴法 246 条にいう「申立事項」は、「原告の被告に対する一定の権利ないし法律関係の存否の主張」を含み、「権利ないし法律関係」を成り立たせる実体法（準拠法）は、国際私法規則の適用によって指定されるのだが、連結点の認定の齟齬の可能性や国際私法規則の解釈の多様性のため、請求を規定する準拠法がいずれであるのかは、判決に至るまで必ずしも確定的ではない。しかも、国際私法規則は、公の秩序に関する強行規範として「当事者が適用を欲すると否とにかかわらず適用される。」⁽²⁶⁾から、渉外的民事訴訟における準拠法は、国際私法規則がその指定について当事者自治を認めている（通則法 7 条、9 条、16 条、21 条、26 条）のでない限り、当事者の意見ないし要望とは関わりなく決定されなければならないはずである⁽²⁷⁾。

このように、国際私法規則は、判決段階で強行的に適用されるものであるから、原告は、それ以前の段階で、請求について最終的にいずれの実体法（準拠法）が適用されるのかを正確に予測できず、「一定の権利ないし法律関係の存否の主張」を準拠法まで含めて具体的にできる立場にはない。しかし、原告は、訴えを提起している以上、主張に係る事実関係に対して何らかの実体法の適用を求めていることが明らかである。

そうすると、民訴法 246 条にいう「申立事項」のうち訴訟物を意味する「原告の被告に対する一定の権利ないし法律関係の存否の主張」が、請求を規定する準拠法の指定に関する原告の申立てを含むとしても、当該申立ては、判決段階において訴訟の経過を回顧的に見た上で、原告が申し立てていたと客観的に評価されるものを指すのであって、裁判所が判決に当たって、当該準拠法に関する連結点を認定し、あるいは国際私法規則の適用について特定の解釈を示す

ことは、まさにこの評価の一環であるというべきなのではないか。換言すると、民訴法 246 条は、請求を規定する準拠法に関する原告の主観的な申立てに拘束力を認めるものではなく、その限度で、原告の「申立事項」に関する処分権には制約があるというべきである。

したがって、「請求の趣旨及び原因」(民訴法 133 条 2 項 2 号)に変動がない(設例①ないし③)以上、裁判所は、連結点の認定及び国際私法規則の解釈を通じて X が客観的に申し立てていたと評価される準拠法を探索し、請求について当該準拠法を適用して判決することができるのであって、このことは、直ちに民訴法 246 条に違反するものではないと考えられる。

このように考えるならば、仮に渉外的民事訴訟の訴訟物は準拠法ごとに異なるとの考え方を採用したとしても、①原告は、訴訟物を特定するため、訴え提起に当たって特定の実体法(準拠法)の適用を申し立てる必要があるということにはならず、②仮に上記申立てがあったとしても、それは、民訴法 246 条に基づく裁判所に対する拘束力を有しないから、原告が適用を想定していた準拠法と判決段階で裁判所が適用すべきであると判断した準拠法に齟齬が生じたとしても、裁判所は、自らが正しいと判断する準拠法を適用して判決することができるのであって、前記のような不自然ないし不合理な審理や判断を迫られることはないといえる。

(4) 裁判所の審理の在り方について

しかし、渉外的民事訴訟において、裁判所が、判決段階において請求について原告が主観的に申し立てたものとは異なる準拠法を適用することができるすると、渉外的民事訴訟の訴訟物を実体法(準拠法)から切り離して把握した場合と同様、当事者は、判決段階に至って初めて、予期しない準拠法に基づく判断をされて不意打ちを受けるおそれが生じる。例えば、裁判所が自らの判断で原告の主観的な申立てとは異なる準拠法を適用してしまうと、設例①の Y は、B 国法に基づき主張することができた短期消滅時効を援用する機会を失い、同じく X は、B 国法の消費者保護法規の適用除外事由を主張する機会を逸してしまうことになる。このように、当事者は、請求を規定する準拠法が何国法であ

るのかを正確に認識していない限りの確な訴訟活動ができない。

国際私法規則が強行規範である以上、これによって請求を規定する準拠法を指定し、これを適用して原告の請求の当否を判断するのは、最終的には裁判所の役割である。しかし、その判断に至る過程は、裁判所と当事者の共同作業なのであって、紛争に対して適用される準拠法という、訴訟の最も基礎的な前提において当事者（特に原告）と裁判所の間に判断の齟齬があり、その齟齬が埋められないままに審理が進むことになれば、当事者に対して十分な手続保障の機会が与えられたと評価し難くなり、その結果言い渡された判決の既判力を正当化することも困難となる。

この問題を考えるに当たって示唆的なのは、当事者に不意打ち的な判断がされることのないように、職権調査の結果が手続の追行に重要な変更を生じうるものと認める場合に、裁判所がこれを当事者に通知する義務を負わせる非訟事件手続法52条及び家事事件手続法63条や、裁判所に対して当事者が主張しない事実について当事者の意見を聴く義務を負わせる人事訴訟法20条後段である⁽²⁸⁾。国際私法規則の強行規範としての性質に鑑みこれらの規定の掣に倣うならば、原告と裁判所とで請求を規定する準拠法についての判断に齟齬が生じた場合、それは、紛争に対して適用される実体法がいずれであるかという民事訴訟の最も基礎的な前提に関するものである以上、裁判所には、当事者に手続保障の機会を保障するため、釈明権（民訴法149条1項）の行使としてこのような法的観点を指摘する義務が生じているというべきである。そして、これを怠って判決に至った結果、当事者が適用された準拠法に基づく手続保障の機会を実質的に奪われることがあれば、それは、釈明義務違反として違法の評価を免れないであろう（民訴法312条3項、318条1項）⁽²⁹⁾。

なお、最高裁判所の裁判例の中には、適用される準拠法がいずれであっても控訴審の判断の結論が変わらない場合に、準拠法を明らかにせずに上告を棄却したものもある⁽³⁰⁾。しかし、これは、控訴審の判断を回顧的に評価した結果に問題がなかったというにとどまり、事実審理に当たる裁判所は、事案に適用される準拠法によっては訴訟の帰趨が変わる可能性がある以上、安易にこのような判断に傾くべきではないであろう。

2. 渉外的民事訴訟における連結点の認定と弁論主義

(1) 問題の所在

当事者に自由な処分が許されている財産事件をめぐる連結点の認定については、かねてより国際私法学説上、弁論主義の適用があるという根強い主張がされてきた。しかし、そこで言われている「弁論主義」という用語の内容は、必ずしも明確ではなく、その理解の仕方は、これらの学説の間でも一様ではないのが実情である⁽³¹⁾。

他方、現在の裁判実務及び民訴法学説においては、「弁論主義」の意義について一定の共通理解があるといえる。すなわち、「弁論主義とは、訴訟物たる権利関係の基礎をなす事実の確定に必要な裁判資料の収集、すなわち事実と証拠の収集を当事者の権能と責任に委ねる原則である。」⁽³²⁾とされ、その内容は、①権利関係を直接に基礎付ける事実すなわち主要事実については、当事者による主張がされない限り、裁判所は、これを判決の基礎とすることができないこと（第1テーゼ）、②主要事実について当事者の自白に拘束力が認められること（民訴法179条。第2テーゼ）、③職権証拠調べの禁止（第3テーゼ）として整理されており⁽³³⁾、その根拠については争いがある⁽³⁴⁾ものの、人事訴訟、非訟事件手続及び家事事件手続で採用されている職権探知主義（人事訴訟法19条1項、20条、非訟事件手続法49条1項、家事事件手続法56条1項）と対立するものとして、事実の主張立証について当事者自治を認めるものであり、その主要な機能は、当事者に対する不意打ちの防止にある⁽³⁵⁾と理解されている。

いずれにせよ、財産事件の当事者は、民訴法学説にいう弁論主義により実体法（準拠法）が定める要件事実（主要事実）の主張について当事者自治が認められているのであるから、その前提となる実体法（準拠法）を指定する連結点の認定について当事者自治が認められても違和感は少ないばかりか、当事者が予期しない連結点を裁判所が認定することを許すことになれば、当事者は、いかなる準拠法に基づきいかなる事実を主張すればよいかを判然としない中で主張立証活動を行わなければならない。このような現象が起り得ることを踏まえると、準拠法指定に関する予測可能性ないし透明性を高めるため、連結

点の認定について弁論主義ないし当事者自治の適用を認めるという主張には一定の意味があり、この見解によったとみられる裁判例も存在した⁽³⁶⁾。

しかし、連結点の認定に当事者自治を認めることは、実際の渉外的民事訴訟の審理及び判断に当たって、妥当な結論をもたらすのであろうか。以下では、特に訴訟要件や3者以上の当事者が事案に関与する場合、更に共同訴訟を題材として検討してみたい。

(2) 弁論主義と連結点の認定について

(i) まず、民訴法学説上、弁論主義が妥当すると考えられているのは、前記のとおり、訴訟物たる権利関係の基礎をなす事実であって、具体的には、本案審理において主張される要件事実（主要事実）である。そして、渉外的民事訴訟においても、例えば法律行為や不法行為といった権利関係の発生原因となる事実や、債権譲渡や相続、あるいは更改などといった、権利関係の主体や内容の変動をもたらす事実は、いずれも訴訟物たる権利関係の基礎をなす事実といえるから、これらの法的問題の連結点を認定するに当たって当事者自治を認めることには、違和感が少ないといえる。

しかし、渉外的民事訴訟において国際私法規則の適用、ひいては連結点の認定が問題となるのは、これに限られない。例えば、Xが、「X（A国人）は、Yに対して消費貸借契約に基づく金銭債権（被保全債権）を、Yは、Zに対して消費寄託契約に基づく金銭債権（被代位債権）をそれぞれ有しており、当事者は、これらの各契約の締結時に準拠法としていずれもA国法を選択した（通則法7条）」と主張して、Zを被告として、債権者代位権を行使して金銭の支払を求める訴訟を提起したとする。Zは、「XがA国人であり、当事者がこれらの各契約の締結時に準拠法としてA国法を選択した事実は認めるが、これらの各契約に基づく債務は、いずれもA国法に従った弁済又は返還により消滅している。」と主張してXの請求を争っているが、訴訟資料として提出されたXの旅券は、B国発行のものでXが現在満17歳であることを示しており、証拠申出がされた上記各契約の契約書には、いずれも「準拠法はB国法とする。」旨の条項があるとする（以下「設例④」という。）。

裁判所は、設例④の本案審理に入る前提として、まずXの訴訟能力や法定代理人の有無といった訴訟要件の有無を検討しなければならない⁽³⁷⁾。この点を等閑に付した判決は、再審事由という重大な瑕疵を帯びることになるからである（民訴法338条1項3号）。

次に、債権者代位権の準拠法については、かねてより見解が多岐に分かれているところである⁽³⁸⁾が、そのいずれを採用するにせよ、被保全債権と被代位債権の準拠法を特定することは、原告の請求の当否を判断する上で不可避である。そして、現在の裁判実務や民訴法学説では、債権者代位権（民法423条以下参照）の行使は、法定訴訟担当の一つであり、被保全債権の存在は、原告の当事者適格（原告適格）を基礎付ける訴訟要件であって、訴訟物は、被代位債権であるとするのが一般的な理解である⁽³⁹⁾。

このように、渉外的民事訴訟では、当事者の訴訟能力や未成年である当事者に対する法定代理権のほか、当事者適格といった訴訟要件の有無の判断に当たっても、連結点の認定が必要となることがあるのだが⁽⁴⁰⁾、このような訴訟要件に関する事実弁論主義を適用することについては、民訴法学説では一般に慎重な姿勢が取られている。

すなわち、訴訟要件は、ある事件について本案判決をする要件であって公益性が要求されることが多いことから、妨訴抗弁（仲裁合意の存在）など特定の場合を除き、その事実認定は、職権調査事項とされており、公益性が高い要件については職権探知主義が妥当すると理解されているのである⁽⁴¹⁾。実際、設例④のXのように、当事者の訴訟能力の有無や、未成年の当事者に関して法定代理権を有する者が誰であるのかといった訴訟要件について外国法の適用が問題となる場合に、本人の行為能力（民訴法28条、通則法4条1項）や親子関係（通則法28条以下）又は未成年後見（通則法35条）に関する連結点の認定について当事者自治を認め、あるいは職権証拠調べを禁止することは、これらの規定の適用の潜脱を許すことになりかねず、その公益性に照らすと問題があるといわざるを得ない。

また、民訴法学説上、設例④のXの当事者適格（原告適格）については、訴訟要件であるものの職権探知主義が妥当せず、その判断の基礎となる事実は当

事者の弁論に現れたものに限られるべきであると主張されている⁽⁴²⁾ものの、これが職権調査事項であることに変わりはない。そして、X Z間の判決効が第三者であるYにも及ぶこと(民訴法115条2号)を考えると、X及びZによる当事者自治を、Xの原告適格を基礎付けるX Y間の被保全債権の発生原因である消費貸借契約の連結点の認定に妥当させることには、躊躇が感じられる⁽⁴³⁾。

次に、それでは当事者自治の適用を、訴訟物たる権利関係の基礎となる本案審理で主張される法的問題の連結点の認定に限定したとしても、なお不都合な事態は発生する。例えば、設例④で、Yが被代位債権を自ら行使してX Z間の訴訟に参加し(民法423条の5参照。民訴法47条1項又は民訴法52条1項⁽⁴⁴⁾)、「消費寄託契約(被代位債権)の当事者は、契約締結時に、準拠法としてC国法を選択した(通則法7条。)」と主張したとする。この場面で、訴訟物である被代位債権の連結点について当事者自治に基づき民訴法学説のいう弁論主義を文字どおりに適用すると、裁判所は、X Z間では連結点の認定に争いのないA国法を適用する一方、Y Z間では、連結点について主張が相違しているものの、証拠によればそのいずれも採用できないからそもそも連結点を認定できず、実体法(準拠法)を適用できないことになる。仮にY Z間では証拠に基づき被代位債権(訴訟物)についてB国法を適用すると、同じ訴訟物について、X Z間ではA国法が、Y Z間ではB国法が請求を規定する準拠法となる。しかし、同一の訴訟における同一の訴訟物について同時に異なる準拠法が適用されるという事態が、果たして発生してよいのであろうか。このような事態は、審理をいたずらに混乱させるばかりでなく、判決にも無理を生じさせる。例えば、ZがA国法によれば勝訴するがB国法によれば敗訴した場合、債権者代位権の準拠法の内容にもよるが、Yは、X Z間のX敗訴判決による既判力に拘束される(民訴法115条2号)と同時に、Y Z間のY勝訴判決による既判力にも拘束される(民訴法115条1号)という、矛盾した地位に置かれることになりかねない。

しかも、設例④のXとZは、いずれも消費貸借契約(被保全債権の発生原因)及び消費寄託契約(被代位債権の発生原因)のせいぜい一方当事者であるにとどまり、通則法9条によってこれらの債権の準拠法を事後的に変更できる立場にはない。そうであるのに、連結点の自白を通じてこれらの債権の準拠法を事

後的にコントロールすることができるとするのは、準拠法の事後的変更の主体を法律行為の当事者に限定した通則法9条との関係で正当化が困難なのではないか。

(ii) 設例④に限らず、連結点の認定について当事者自治を認めた場合、3者以上の当事者が関係するごくありふれた訴訟の審理及び判断にも問題が生じやすくなる。

例えば、Xが、Pとの間で日本法を準拠法として選択した上で300万円の金銭を貸し付けたと主張して、Pに対してその返済を求める訴訟を提起し、消費貸借契約書にも日本法を選択する旨の記載があるのだが、訴訟係属の直後にPが死亡し、その妻であるY₁及び子であるY₂が訴訟手続を受継したとする(民訴法124条1項1号)。ところが、Y₁が病気で長期間の療養を必要としたことから、裁判所は、日本法(民法900条1号)の適用を前提としてXY₁間の訴訟(150万円の支払請求)とXY₂間の訴訟(150万円の支払請求)に弁論を分離し(民訴法152条1項)、XY₁間の訴訟について期日を追って指定することとして、XY₂間の訴訟について審理を先行させたとする(以下「設例⑤」という)。なお、設例⑤の訴訟は、同一の事実上及び法律上の原因に基づく数人に対する訴訟であるから、共同訴訟(民訴法38条)であったが、合一確定が求められる必要的共同訴訟(民訴法40条)や同時審判申出共同訴訟(民訴法41条)ではないから、通常共同訴訟(民訴法39条)であるにすぎず、弁論を分離すること自体に差支えはないはずである⁽⁴⁵⁾。

そして、XY₂間ではPが死亡時に日本人であることについて争いがなかったことから、裁判所は、Pの国籍について証拠調べをすることなく、Y₂に対して150万円の支払を命ずる判決を言い渡し、これが確定した。しかし、その後に審理が行われたXY₁間の訴訟では、Pの死亡時の国籍が争いとなり、証拠調べによってPがA国人であったことが判明し、A国法では妻であるY₁の相続割合が3分の2であったとする。この場合にXが請求を拡張し、その主張に理由があるとなれば、裁判所は、Y₂に対して200万円の支払を命じなければならなくなるから、Xは、結果として合計350万円について債務名義を取得してしまうことになる。

P死亡後にX₁Y₁間の訴訟とX₂Y₂間の訴訟が別々に提起された場合もそうだが、同じ結果は、これらの訴訟でPの死亡時の国籍をめぐる証拠状態が異なることによって生じ得るから、完全に防止することはできない。しかし、Pの国籍の認定を当事者自治に委ねず、この点について職権での探知が必要であるとされていれば、裁判所が安易に請求を各150万円に分ける形で弁論を分離するという不適切な事態は、発生しにくくなるといえる。

(iii) さらに、共同訴訟の在り方をめぐって検討を要する事案も考えられる。

Wが、「XYZは、組合を成立させており、Wは、XYZの組合から売買契約により動産Mを購入した。」と主張して、そのうちX及びYを被告として売買契約に基づき動産Mの引渡しを求める訴訟を提起したが、売買契約の準拠法について、WX間ではA国法が、WY間ではB国法が締結当時に選択されたことについて自白が生じたとする。しかし、A国法では組合との売買契約に基づくこのような不可分債務（共同債務）は債務者である組合員全員に対してのみ行使できると解釈されている結果、この訴訟は、A国法の適用を前提とすると固有必要的共同訴訟（民訴法40条）である⁽⁴⁶⁾のに、B国法の不可分債務にはそのような制約がない（民法430条、436条参照）ため、B国法の適用を前提とすると通常共同訴訟（民訴法39条）になる⁽⁴⁷⁾という事態が発生する（以下「設例⑥」という。）。

そうすると、Zを欠く設例⑥の訴訟は、A国法の適用を前提とすると不法法として全部却下を免れない一方、B国法の適用を前提とすると通常共同訴訟として適法であり、WX間とWY間の各訴訟の弁論の分離も可能であるという、説明困難な帰結をもたらしかねない。また、A国法の立場からすると、この訴訟は、固有必要的共同訴訟なのだから、そもそもの始まりにおいて、XとYがWとの間で別個に売買契約の連結点について自白を生じさせてよいのかどうか疑問があるが、この訴訟が固有必要的共同訴訟であるか否かは、国際私法規則によって事案に適用される実体法（A国法）が指定された上で、その解釈が判明しないと明らかにならないという矛盾を抱えている。

また、仮に設例⑥でZも被告となっていたため、A国法を前提としてもこの訴訟が適法であるとしても、その審理を進めるに当たって、XYZについて民

訴法 40 条が定める必要的共同訴訟の規律が妥当するののかも明らかではないことになる。しかも、A 国法と B 国法とでは攻撃防御方法が異なる結果、裁判所が、W は X に対して A 国法に基づき敗訴するが Y Z に対して B 国法に基づき勝訴するという心証に至った場合、A 国法の立場からすると、この心証に従った判決は、共同訴訟人の全員について合一に確定したものとはいえないことになる。そうすると、裁判所がこのような判決をしてよいのかどうか、疑問が残る。

他方、売買契約の連結点の認定を裁判所の職権によることとすれば、設例⑥において、当事者ごとに準拠法が異なり、ひいては上記のような混乱した事態が発生する余地はなくなるはずである。

(iv) 理論的な観点からみても、国際私法規則は、前記のとおり公の秩序に関する強行規範であり、準拠法の指定について当事者自治を限定的にしか認めていない（通則法 7 条、9 条、16 条、21 条、26 条）のだから、その適用の一プロセスである連結点の認定に当たって当事者自治を認めることについては慎重でなければならない。そして、民訴法 246 条との関係で、原告には請求を規定する準拠法を拘束力をもって指定する権限がないとするならば、準拠法を指定する連結点の認定について当事者自治を認めるのは、首尾一貫しない。

また、連結点の認定を通じた準拠法の指定と、指定された実体法（準拠法）の要件事実（主要事実）が生じさせる法律効果の発生は、属する次元を異にしている。例えば、特定の要件事実の主張を看過し、あるいは不利益な要件事実を自白することは、その当事者の敗訴という帰結を導くから、これを当事者の判断に任せることは、当事者自治の表れといえるが、当事者が特定の連結点を主張せず、あるいはある連結点を自白したとしても、裁判所は、どのみち何らかの実体法を適用せざるを得ず、その実体法の適用が直ちにその当事者の敗訴という帰結を導くとは限らない。そうだとすると、連結点の認定について当事者自治を認める意義があるのかどうか疑問であり、財産事件における攻撃防御方法について当事者自治が認められていることは、連結点の認定についてもこれを認める根拠とはならないように思われる。

(v) なお、大判明治 38 年 12 月 20 日民録 11 輯 1806 頁は、連結点の認定に弁

論主義の適用を認めた裁判例として言及されることがある⁽⁴⁸⁾。

この事件は、米国法人（荷主・原告）がドイツ法人（運送人・被告）に対して米国紐育（ニューヨーク）市で締結した運送契約の債務不履行に基づき損害賠償を請求した事案であり、運送契約書では当事者による準拠法の選択（法例7条1項、通則法7条）が明示的にされていなかったようである。控訴審判決（東京控訴院。明治38年9月19日判決言渡し）で敗訴した米国法人（上告人）は、要旨、控訴審判決は運送契約書の意味解釈だけで結論を導いているが、上記運送契約の成立及び効力については法例7条2項により行為地法（紐育州法）を適用すべきであったのにこれをしていない、控訴審判決が認定した事実に基づいて権利関係を確定するには準拠法を定める必要がある、と主張して上告した。

しかし、大審院は、「依て審按するに法例第7条を適用する場合に於て法律行為の成立及び効力に付き何れの国の法律に従ふ可きかを定むるには契約当事者の意思如何を審究せざる可からず而して之を審究するは事実問題に属するものなるか故に事実裁判所たる原院に其問題を提出せずして当院に提出し上告の理由と為すを得ざる筋合なるに上告人か之を原院に提出したる形跡なきを以て本論旨は上告の理由と為すを得ず以上説明する如く本件上告は適法の理由なきを以て民事訴訟法第439条第1項に依り棄却すべきものとす」と判示して、上告を棄却した。なお、当時の民訴法439条1項は、「上告裁判所は…第434条の規定に依らざるときは判決を以て棄却す可し」と、同じく民訴法434条は、「上告は法律に違背したる裁判なることを理由とするときに限り之を為すことを得」とそれぞれ定めていた。

当事者が運送契約に当たって準拠法を明示的に選択していなかった以上、控訴審裁判所は、まずは国際私法規則である法例7条1項に基づき当事者の黙示の選択の有無を検討し、その認定ができない場合には法例7条2項を適用して準拠法を指定し、これを適用すべきであったはずである。だが、大審院判決及び上告理由からすると、控訴審裁判所は、運送契約書の文言の意味解釈のみで結論を導いているようであり、国際私法規則の適用を検討した様子がうかがえず、いずれの実体法の適用を前提として判断をしているのか不明なのである。事案に対して結論を出す上で、例えば運送契約書に規定されていない責任制限

や消滅時効といった実体法の適用も問題となり得る以上、控訴審判決は、審理を尽くした上でされたものとはいいい難いであろう。

そうであるにもかかわらず、大審院判決は、上告を棄却しており、その判断の直接の根拠を、法例7条1項（通則法7条）による当事者の準拠法の選択という連結点の認定が事実問題であって、当時の民訴法434条が定める上告理由である「法律の違背」に当たらないことに求めているように読める（「事実問題に属するものなるか故に事実裁判所たる原院に其問題を提出せずして当院に提出し上告の理由と為すを得ざる筋合」）。そうだとすると、当事者は、仮に控訴審判決が特定の連結点を認定したとしても、その認定（事実問題）に関する不服を理由として上告できないことになり、このことは、認定された連結点が当事者の主張によるものであるか裁判所により職権で探知されたかを問わないことになる。すると、大審院判決の説示のうち、上告人が連結点に関する問題を控訴審裁判所に提出しなかったことを咎める部分（「原院に其問題を提出せずして」、「上告人が之を原院に提出したる形跡なきを以て本論旨は上告の理由と為すを得ず」）は、それ自体あまり意味のある説示とはいいい難く（特に、上記各引用部分のうち後者には傍点が付されていない）、傍論であるとみるのが自然である。したがって、上記説示部分から、「連結点については当事者の主張を要する。」との判例法理を導き出すことは困難であると思われる。

しかも、控訴審判決及び大審院判決は、いずれも法例（明治31年法律第10号）制定からわずか7年後にされたものであることを踏まえると、大審院が、連結点に関する当事者の主張の要否や、さらには現在の民訴法学説にいう弁論主義の適用をどの程度意識していたのか甚だ疑問であり、当事者による連結点の問題の不提出を咎める上記説示部分は、先例の価値が乏しいものと思われる。このように、大審院判決は、連結点について当事者の主張が必要であると判断したものとまでは評価し難く、この判決を根拠としてそのような判例法理が存在するとはいえないと思われる。

(3) 連結点の認定の在り方について

以上のとおり、設例④ないし⑥を通覧すると、渉外的民事訴訟における連結

点の認定について当事者自治を認めることは、訴訟要件の公益性を軽視し、3者以上の当事者が関与する事案や共同訴訟において解決困難な事態をもたらし得るばかりか、国際私法規則の強行規範としての性質に照らすと理論的にも難点があるといえる（少なくとも、ここで民訴法学説上確立している弁論主義という術語を用いるのは、ミスリーディングである。）。むしろ、国際私法規則が公の秩序に関する強行規範である以上、連結点の認定は、それ自体に公益性があるものといえるから、職権探知主義によるべきであり⁽⁴⁹⁾、このように考えることで、上記のような事態の発生を抑制することができる。

もっとも、連結点の認定を裁判所の専権とした場合には、民訴法246条について検討した場合と同様、当事者に対する不意打ちを生じ、手続保障の機会を奪う恐れを生じる。したがって、連結点の認定について当事者と裁判所の間で判断の齟齬が生じている場合、裁判所には釈明権（民訴法149条1項）を行使する義務が生じており⁽⁵⁰⁾（職権調査事項に関する非訟事件手続法52条、家事事件手続法63条、人事訴訟法20条後段参照）、そのような法的観点の指摘を怠った結果、当事者に手続保障の機会を実質的に与えずにされた判決は、釈明義務違反として違法の評価を免れないであろう（民訴法312条3項、318条1項）。

おわりに

渉外的民事訴訟の審理過程において生じる諸問題については、なお議論が整理されていないものが少なくないと思われる。本稿が、今後の議論の活性化の一助となれば幸いである。なお、本稿では、当初、国際訴訟競合と民訴法3条の9及び人訴法3条の5をめぐる論点も検討する予定であったが、この点については紙幅も尽きたばかりか更に検討を深める必要があると考えるので、その発表は他日を期することとしたい。

- (1) 井上泰人「準拠法と既判力の客観的範囲について」国際私法年報20号(2018年)149頁、151頁、153頁参照。
- (2) 坂田宏「民事訴訟における処分権主義」(有斐閣、2001年)1頁、高橋宏志「重点講義民事訴訟法(下)(第2版補訂版)」(有斐閣、2016年)233頁、新堂幸司

- 『新民事訴訟法（第6版）』（有斐閣，2019年）239頁，伊藤眞『民事訴訟法（第7版）』（有斐閣，2021年）223頁など。
- (3) 高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法 第4巻』（有斐閣，2017年）949頁 [山本和彦]。
- (4) 兼子一原著『条解民事訴訟法（第2版）』（弘文堂，2011年）1336頁 [竹下守夫]，秋山幹男・伊藤眞・加藤新太郎・高田裕成・福田剛久・山本和彦『コンメンタール民事訴訟法V』（日本評論社，2012年）43頁，前掲注(2)伊藤 646頁など。
- (5) 最判昭和33年7月8日民集12巻11号1740頁（民訴法246条の前身である当時の「民訴法186条にいう「事項」とは訴訟物の意味に解すべきである」とする。），最判昭和35年5月24日裁判集民事41号723頁。
- (6) 前掲注(2)新堂333頁。同高橋237頁も同旨。
- (7) 秋山幹男・伊藤眞・垣内秀介・加藤新太郎・高田裕成・福田剛久・山本和彦『コンメンタール民事訴訟法Ⅲ（第2版）』（日本評論社，2018年）188頁，前掲注(4)兼子原著830頁 [竹下守夫・上原敏夫]。
- (8) 通則法19条の適用に消極的なもの（限定説）として，小出邦夫編著『逐条解説法の適用に関する通則法（増補版）』（商事法務，2014年）224頁 [和波宏典]，積極的なもの（拡大説）として，例えば櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法第1巻』（有斐閣，2011年）485頁 [出口耕自]，澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門（第8版）』（有斐閣，2018年）227頁，中西康・北澤安紀・横溝大・林貴美『国際私法（第2版）』（有斐閣，2018年）244頁。なお，羽賀由利子「国際私法における人格に関する諸権利についての予備的考察」金沢法学61巻1号（2018年）59頁，86頁以下は，有益な示唆に富む。
- (9) モザイク的連結については，前掲注(8)櫻田・道垣内編 [出口] 481頁参照。
- (10) 前掲注(1)井上148頁以下。
- (11) 芳賀雅顯「国際訴訟競合における“事件の同一性”を判断する法——同一性問題に関する序論的考察——」石川明・永田真・三上威彦編『ボーダーレス社会と法オスカー・ハルトヴィーク先生追悼』（信山社，2009年）67頁，108頁。
- (12) 前掲注(11)芳賀109頁に引用されたガイマーの見解（Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 5 Aufl. (2005年) 2693頁，2644頁）。
- (13) 前掲注(2)伊藤214頁。
- (14) 三ヶ月章『民事訴訟法』（有斐閣法律学全集，1959年）101頁。
- (15) 前掲注(1)井上148頁。
- (16) 本間靖規・中野俊一郎・酒井一『国際民事訴訟法（第2版）』（有斐閣，2012年）

105-106 頁 [酒井一]。

- (17) 通則法 8 条につき前掲注(9)櫻田・道垣内編 199 頁 [中西康]。通則法 11 条 2 項は、その通則法 8 条の例外として位置付けられる。同 263 頁 [西谷祐子]。
- (18) 訴え却下判決の既判力は、本案判断に及ぶことができない理由、すなわち特定の訴訟要件の不存在について生じる。秋山幹男・伊藤眞・加藤新太郎・高田裕成・福田剛久・山本和彦『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ (第2版)』(日本評論社, 2006年) 442 頁。
- (19) 前掲注(2)新堂 216 頁, 同伊藤 217 頁。
- (20) 前掲注(4)兼子原著 765 頁以下 [竹下], 前掲注(7)秋山ほか 45 頁以下。
- (21) 兼子一『新修民事訴訟法体系 (増補版)』(酒井書店, 1965年) 166 頁。
- (22) 前掲注(2)伊藤 341 頁。
- (23) 前掲注(2)伊藤 215 頁。
- (24) 前掲注(4)兼子原著 766 頁 [竹下], 前掲注(8)秋山ほか 55 頁。
- (25) そのため, 前掲注(8)澤木・道垣内 352 頁のように, 渉外的民事訴訟において日本の民訴法学説とは異なる, 国際私法レベルにおける訴訟物概念を構想した場合, 設例②では, 審理過程において事案の渉外性が判明した時点で, 訴訟物概念が変更される可能性があり, ここで訴えの変更 (民訴法 143 条 1 項本文) の要否が改めて問題になる。
- (26) 溜池良夫「国際私法の性質」澤木敬郎・秋場準一編『国際私法の争点 (新版)』(有斐閣, 1996年) 6 頁。
- (27) 櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法第2巻』(有斐閣, 2011年) 369 頁 [山本和彦]。
- (28) 金子修編著『逐条解説非訟事件手続法』(商事法務, 2015年) 195 頁, 同編著『逐条解説家事事件手続法』(商事法務, 2013年) 210 頁, 松本博之『人事訴訟法』(弘文堂, 2006年) 69 頁。
- (29) 前掲注(2)新堂 496 頁, 同伊藤 320 頁, 327 頁, 高橋宏志『重点講義民事訴訟法 (上) (第2版補訂版)』(有斐閣, 2013年) 451 頁。
- (30) 最判昭和 34 年 12 月 22 日裁判集民事 38 号 583 頁。
- (31) 田中徹「渉外判例研究 (第53回) 準拠法の確定と弁論主義—国家賠償法 6 条と弁論主義」ジュリスト 265 号 (1963年) 178 頁 (ただし, 同「渉外判例研究 (第62回) 当事者間に争いのない, 準拠法確定の前提たる事実」ジュリスト 283 号 (1963年) 96 頁及び同「連結素の確定責任」澤木・秋場編『国際私法の争点 (新版)』(1996年) 68 頁では, 弁論主義の適用を認めつつ, 裁判所が当事者の自

白に拘束されず、あるいは当事者が連結点に係る事実を主張立証しない場合には提出された証拠からこれを認定できる旨を説く。)、海老沢美広「国際私法の強行性と民事訴訟」民商64巻5号(1971年)802頁、805頁(ただし、弁論主義か職権探知主義かという突き詰め方をするのではなく、個別の問題を実際目的に検討すべきであるとする。)、池原季雄『国際私法(総論)』(有斐閣、1973年)227頁、川又良也「外国法の内容の証明」澤木・秋場編『国際私法の争点(新版)』(1996年)70頁(ただし、裁判所は連結点に関する当事者の主張に制約されないとする。)、山田録一『国際私法(第3版)』(有斐閣、2004年)130頁、木棚照一・松岡博・渡辺惺之『国際私法概論(第5版)』(有斐閣、2007年)42頁[木棚照一]、前掲注(8)中西ほか62頁(ただし、裁判所は当事者の主張がなくても連結点を認定できるとする。))。

32 前掲注(2)伊藤 314 頁。

33 前掲注(8)秋山ほか 165 頁、前掲注(2)新堂 469 頁、同伊藤 315 頁、前掲注(29)高橋 404 頁など。

34 前掲注(8)秋山ほか 160 頁、前掲注(2)新堂 467 頁、同伊藤 316 頁、前掲注(29)高橋 409 頁など。

35 前掲注(2)新堂 469 頁、475 頁、前掲注(29)高橋 404 頁、419 頁など。

36 神戸地判昭和 34 年 10 月 6 日下民集 10 巻 10 号 2099 頁、大阪地判昭和 35 年 4 月 12 日下民集 11 巻 4 号 817 頁。

37 外国人の訴訟能力について、例えば青山善充「外国時の当事者能力および訴訟能力」澤木敬郎・青山善充編『国際民事訴訟法の理論』(有斐閣、1987年)201頁、220頁、秋山幹男・伊藤眞・垣内秀介・加藤新太郎・高田裕成、福田剛久・山本和彦『コンメンタール民事訴訟法 I (第3版)』(日本評論社、2021年)、461頁以下、最判昭和 34 年 12 月 22 日裁判集民事 38 巻 583 頁参照。

38 例えば前掲注(8)櫻田・道垣内編 565 頁 [北澤安紀]。

39 司法研修所編『10訂民事判決起案の手引(補訂版)』(法曹会、2020年)別冊「事実摘示記載例集」17頁、同別冊「事実摘示記載例集—民法(債権関係)改正に伴う補訂版—」20頁、潮見佳男『新債権総論 I』(信山社、2017年)652頁、前掲注(2)新堂 292 頁、同伊藤 196 頁、前掲注(29)高橋 250 頁など。

40 ただし、本文に後記の設例⑤のように、金銭債権の給付訴訟における当事者の死亡という事実は、訴訟の受継(当事者の確定)という訴訟要件に係る事実であるが、同時に、請求に係る債権の相続割合に応じた分割という本案審理に係る要件事実(主要事実)でもある。このように、一つの事実が同時に訴訟要件と本案

の双方に係る事実であることもある。

- (41) 前掲注(2)高橋7頁, 同新堂235頁, 493頁, 同伊藤323頁, 高島義郎「訴訟要件の類型化と審理方法」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟②訴訟の提起』(弘文堂, 1984年)105頁以下。
- (42) 前掲注(2)高橋7頁, 同新堂235頁, 同伊藤176頁。
- (43) 前掲注(41)高島114頁。
- (44) 債務者(Y)は, 被保全債権の存在を争わない場合には, 「訴訟の目的が当事者の一方及び第三者について合一にのみ確定すべき場合」に当たることから共同訴訟参加(民訴法52条1項)となるのに対し, 被保全債権の存在を争う場合には, 「訴訟の目的の全部もしくは一部が自己の権利であることを主張する」場合に当たることから, 独立当事者参加(民訴法47条1項。権利主張参加)をすることになるものと解されている。前掲注(39)潮見700頁。債権法改正前の事案であるが, 最判昭和48年4月24日民集27巻3号596頁は, 後者の場合に債務者による独立当事者参加(権利主張参加)を認めている。
- (45) 前掲注(2)伊藤301頁, 前掲注(7)秋山ほか346頁参照。前掲注(2)新堂759頁は, 「弁論の分離は主要な争点を共通にしない各請求が単純に併合されている場合にかぎるべきである。主要な争点が共通である場合には, 前後して別々に提起されれば後訴が二重起訴に当たる場合であり, 二重の審判や裁判の不統一を避けるために別個の手続で審理すべきではない。」とされるが, XY_1 間の訴訟と XY_2 間の訴訟とで, 主張な争点が共通になるとは限らない。
- (46) 「訴訟の目的が共同訴訟任の全員について合一にのみ確定すべき場合」(民訴法40条1項)のうち固有な必要共同訴訟となる場合については, 「訴訟の目的となっている権利または法律関係が, 権利者または法律関係の当事者全員によってのみ, または全員に対してのみ行使できる性質のものである場合においては, 当該法律関係の当事者全員が訴訟手続においても当事者となることが必要であり, 全員が当事者となって共同訴訟が成立した場合には, 共同訴訟人全員の間で合一確定の必要が生じるということが出来る。」とされている。前掲注(37)秋山ほか524頁。
- (47) 前掲注(2)伊藤675頁。
- (48) 前掲注(31)木棚ほか42頁[木棚], 出口耕自『論点講義国際私法』(法学書院, 2015年)31頁。
- (49) 前掲注(27)櫻田・道垣内編368頁[山本], 前掲注(8)澤木・道垣内32頁。
- (50) 前掲注(31)田中ジュリスト265号179頁及び同『国際私法の争点(新版)』68頁, 同海老沢803頁, 同池原227頁, 同川又70頁。