

# 国際私法における性質決定理論の再構成(四)

—法適用の現状に対する理論的対応—

齋藤 彰

## 第一章 問題の設定

## 第二章 性質決定の理論的状況とその批判的考察

(以上四三卷四号)

## 第三章 性質決定理論の再構成と国際私法の適用過程

### 第一節 性質決定の二つの局面

#### 第一項 序論

#### 第二項 Re-Cohn 判決の概要とその理論

#### 第二節 性質決定の第一段階——具体的法的問題の法廷地国際私法のカテゴリ——(単位法律関係 への包摂)

#### 第一項 性質決定の対象としての法的問題

#### 第二項 性質決定理論における国際私法の独自性の貫徹

#### 第三項 性質決定理論における普遍主義的考慮

#### 第三節 性質決定の第二段階——準拠実質法内における対応する範囲の規定の切り取り(送致範囲の画定)

#### 第一項 送致範囲画定の必要性

#### 第二項 法概念の核 (core) における同一性

#### 第三項 送致範囲の画定作業における比較法学の重要性

#### 第四項 適応問題と送致範囲の画定

#### 第五項 比較法による機能的アプローチとその限界

#### 第四節 性質決定が実際において問題とされる場面

#### 第一項 イングランド及びフランスの判例に現れた例

#### 第二項 日本の教科書で取り上げられている例

#### 第五節 まとめ (以上 四三卷六号)

#### 第六節 国際的私法関係を規律する法のタイプとその適用過程の分析

#### 第一項 序論

#### 第二項 国際私法

#### 第三項 統一国際私法

#### 第四項 万民法型統一法

#### 第五項 世界統一私法

第六項 小括 (以上、四四卷一号)

第四章 性質決定理論の各論的考察としての抵触規範競争問題

第一節 序論

第一項 日本の実質法の状況

第二項 国友助教教授による問題設定とその疑問点

第二節 フランスにおける理論状況

第一項 実質法上の状況と抵触規範競争の議論

第二項 Bourielの理論について

第三項 Bourielの理論についての若干の誤解

第三節 イングランド法における理論状況

第一項 イングランド実質法における特殊事情について

第二項 イングランド国際私法上の問題

第三項 性質決定の競争に関する Kahn-Freundの見解

第四項 The Law Commission (Working Paper 1984と

Report 1990)の立場

第五項 EC契約準拠法条約のインパクトについて  
第四節 ドイツの理論状況

第一項 ドイツ実質法における請求権競争問題の特殊性

第二項 わが国民法学とドイツ法学説の影響について

第三項 ドイツ国際私法における附従的連結論について

第五節 結論

第一項 序論

第二項 不法行為の準拠法選択における当事者自治導入論  
に対して

第三項 附従的連結論の評価について

第四項 本章における私見からの結論  
(以上、本号)

第五章 抵触規範競争問題再論—統一法のインパクトについて

第六章 結 論

第四章 性質決定理論の各論的考察としての抵触規範競争問題

第一節 序論

第二項 日本の実質法の状況

一 日本民法における請求権競争問題は、四宮和夫教授によれば次のように定義される。

「請求権の発生に関する伝統的な理論によれば同一給付に向けられた複数の請求権が同一当事者間に併存すること

国際私法における性質決定理論の再構成(四)

になる場合に、はたして請求権規範の数に対応する請求権の成立を認めるべきであるか（請求権の単複の問題）、また、権利者・義務者間の法律関係はどのような規範によって処理されることになるのか（適用規範の問題）、といった問題である。たとえば、ハイヤーの乗客が運転手の過失による衝突事故で負傷した場合に、債務不履行に基づく損害賠償請求権と不法行為に基づく損害賠償請求権とが成立する（二重にとれるわけではないが）のか、それとも単一の請求権が成立するにすぎないのか、という問題であり、また、不法行為による債務を受働債権として相殺することはできないとする民法五〇九条の適用はどうなるのか、ハイヤー会社と利用者のあいだにかりに責任制限の特約があったとして、その特約は、被害者が不法行為を主張するときは無視されることになるのか、といった問題である。そして、同じような問題は、物権的請求権ないしその付随的請求権と不当利得・不法行為に基づく請求権あるいは契約上の請求権とのあいだ、不当利得返還請求権と不法行為に基づく請求権とのあいだ等々においても、生ずる。<sup>①</sup>

この請求権競合の定義は、裏面から見れば「ひとつの生活事実が不法行為と債務不履行の要件とともに充たす場合には、二個の請求権が競合的に発生する」場合<sup>②</sup>とも言えるが、現在の日本の判例の主流はそれを認める立場である。一般に理解されている。<sup>③</sup>そして、星野教授のように「債務不履行の場合ほとんど不法行為の要件をも充たしているといつてよい」とまで言い切る見解があるように、そうした事態を生じ得る法的问题の潜在的範囲は非常に広いといえる。具体的には、家屋の賃借人の失火責任、運送人・湯屋の主人の高価品紛失・盗難に関する責任等が判例で争われた古典的な事例と言えるが、広く売買契約などにおいても生じ得る「積極的債権侵害」が問題となるような事例（これには製造物責任の多くの場合が入ると考えられる）、医療契約などのいわゆる「なす債務」の不履行、近時判例等で注目を浴びている「安全配慮義務違反」が問題となるような事例などが考えられる。<sup>④⑤</sup>

二 しかし、判例が比較的一貫して「請求権競合」を認める立場であるとされているのに対して、今日の学説はかなり異った立場を採用しつつある。以前から、請求権競合説に対して異議を唱える「法条競合説」が有力説として存在していた。<sup>(6)</sup>この説は、「契約責任は特定者間の特殊的・具体的な結合関係たる契約関係において生ずべき責任であるのに対し、不法行為責任はそのような特殊な結合関係にない単純な一般市民相互の間において生ずべき責任であつて、両責任は、同じく損害の填補を目指すとはいへ、それぞれの社会的機能を分担すべきものであるから、契約関係の存在するところでは契約責任のみが問題になるとみるべきで、不法行為責任の発生を考へる余地がないことは、あたかも特別法によつて一般法の適用が排除されると同じような関係にある」とするものであり、有力な見解により現在数「むしろ数において優勢」とまで評価されている。<sup>(8)</sup>法条競合説は、フランス民法学における確固たる通説であり、判例もそれを支持している。

三 ドイツにおいて、請求権競合説に限らず契約責任の領域をできる限り拡大しようとする方向で学説を促してきた実際のな動因の一つが、ドイツ民法の不法行為法制度の欠陥にあることは、今日、ほとんど異論がないものと思われる。

潮見助教は、Stampの「積極的債権侵害論」について次のように指摘する。

「……シュタンプが、BGB第八二三条による保護の可能性を示して自説に反論するのは誤りであるとし、その根拠として、第一に、単なる過失行為を理由として一般的損害賠償義務が発生するのではなくて、現実の権利が侵害されたところでのみBGB八二三条で保護が図られるのであるから、単なる過失による義務違反については同条による保護はたいいていの場合に拒絶されるであろう点、第二に、BGB第八三一条（使用者責任）では使用者が補助者を選

任する際に過失がなかったことを証明することによって免責されるのに対して、BGB第二七八条（履行補助者の過失）では既存の債務の履行において過失があれば適用される点を挙げていることである。右の指摘は、シユタウプが積極的契約侵害の本質を完全性利益の侵害に見ていたこと、そして、これを不法行為責任で扱うのが不当なのは、不法行為責任の本質に由来するものではなくて、むしろ、BGBの不法行為責任規定での保護の技術的不十分さ——しかも、被侵害利益と使用者責任での免責証明の可能性という、今日のドイツにおいても説かれている両観点——に起因するものであると把握していたことを明らかにする意味において、注目に値する。<sup>10)</sup>

すなわち、請求権競合をドイツにおいて積極的に推進することの主たる動因となったドイツ不法行為法における制度的欠陥は、基本的にフランス型の不法行為規定を有しているわが民法には存在していないことになる。現時点では、<sup>11)</sup> 数の上では法上競合説の方が優勢であると同様に評されるに至っている。そして、その後民事訴訟法学上の新訴訟物理論からの示唆をも得て、新たに台頭してきた「規範統合説」と呼ばれる一連の学説も、<sup>12)</sup> 論者によりその細部の構成は異なるものの、一つの事象に対して別個独立の請求権が併存することを否定し合理的な調整・統合を考えようとする点では、正に「非競合」の立場を採るものであるといえよう。

四 さらに、この点に関してはドイツにおける債務法改正の鑑定意見において、Schlechtriemが、「契約責任秩序と不法行為責任秩序の二分法をとることを前提」とし、「限界事例とされる契約類型についていずれの責任秩序によって規律されるのが妥当か」を検討した上で、これを基礎として「各責任の具体的規範の適用範囲の決定・明確化や規範の平準化、あるいは一方の責任規範の他方の責任規範に対する優先的適用」といった方法を用いて競合問題を整理する方向での提案を行っている。<sup>13)</sup> また、ドイツにおいてはこの問題をめぐる判例の動向が安定していないという

指摘も、日本の判例が請求権競合説でほぼ固まっていると理解されていることに比較すれば、非常に興味深いものがあろう。

## 第二項 国友助教授による問題設定とその疑問点

一 国際私法の平面にこの問題が投影されたものが、正に本章において筆者が扱おうとする問題である。それでは、国際私法の平面においてこの問題は具体的にどのような形態で顕在化するのであろうか？ ここで、国友助教授の見解を再度引用することとしたい。

国友助教授は、性質決定の対象を私見と同じく、渉外的な生活関係から生じる「法的问题」<sup>(15)</sup>とする立場であり、それが「いずれの抵触規則の適用範囲に属するかの決定」<sup>(16)</sup>をする問題が「法性決定」<sup>(17)</sup>であるとす。そして、「運送中の事故によって（契約当事者たる）乗客が負傷した場合の、その乗客から運送人に対する損害賠償請求」<sup>(18)</sup>のような場合に生じ得る抵触規則の競合問題を次のように説明する。

「そこで、前述のように、契約に関連して生じた損害賠償請求権が問題となる場合には、実質法上、請求権競合問題が生ずるのに対応して、国際私法上、契約の抵触規則（法例七条）と不法行為の抵触規則（法例一条）のいずれをも適用することが考えられる。そして、法例七条と一一条の双方を適用し、契約法上の請求権の問題と不法行為法上の請求権の問題を、それぞれ異なる連結素（七条一項「当事者の意思」、一一条一項「其原因タル事実ノ発生シタル地」）によらしめ、契約準拠法と不法行為準拠法を別々に指定する（これを準拠法指定並立説と呼ぶことにする）か、あるいは、実質法上契約請求権と不法行為請求権の両者が成立する場合であっても、国際私法上はそのような区別に従わず、一個の損害賠償問題として一括して、「契約」と法性決定し、単一の連結素（「当事者の意思」）により

単一の準拠法を指定する（これを一体的法性決定と呼ぶことにする）かが問題となる。この問題、すなわち、法例七条と一一條の双方を適用するか、又は、七条のみを適用するかという問題を、ここでは、『抵触規則の競合問題』と呼ぶこととする。

二 まず、国友助教の議論の前提である「実質法上、請求権競合問題」が生じるとする見解自体が、日本の実質法上必ずしも当然とされているわけではないことは前述した。「請求権競合問題」が生じるか否かという正にそのことが、現在、わが民法学において激しい論争の対象となつていたのであり、この問題を国際私法のレベルで考えるときに、仮に実質法との対応関係において考えるにしても、その際に「請求権競合説」を出発点としなければならぬ必然性はないというべきである。従つて、「抵触規範の競合問題」を、そうした範囲の問題に限定する必要はないし、もしそう限定するとすればそのこと自体がすでにこの問題に対する民法解釈論上の一見解に強くコミットしていることを示すことになる。

本稿において「抵触規範の競合問題」とは、正に、国際私法レベルのみにおける問題で、性質決定の対象たる国際的生活関係から生じた法的问题が、同時に二つの性質決定のカテゴリーに包摂されることの可否とすることから生じうべき諸問題を意味するのみであり、実質法上の特定の立場と必然的に関連する議論ではないと考える。確かに、実質法と全く無関係ではあり得ないが、こうした問題を性質決定に関する一つの問題であるとするのは、それが国際私法の法目的を最大限に尊重して為されるべきであると筆者が考えていることを意味する。

三 国友助教の見解が、一応、日本の判例の立場を基準とした議論であると考えて、実質法上二つの請求権が成立するにしても、国際私法独自の立場から性質決定を為すべきであるとすれば、そのやり方の選択肢が、助教が提

案する「準拠法指定並立説」と「一体的法性決定説」の二つに限定されることも理解に苦しむ。わが国の裁判所において、国際的な法的問題に最初に適用されるべきは、日本民法ではなく法例を中心とした日本国際私法である。<sup>(19)</sup>従つて、一つの法的問題に二つの準拠法が指定されるか否かは純粹に法例適用上の問題であつて、民法で請求権競合問題となるか否かとは無関係のはずである。更に、「一体的法性決定説」と呼ぶ場合の「一体」とは、何を指すのであろうか？ 何かと何かが「一体」になるわけであるが、そもそも一つの法的問題に一つの性質決定を行うことを何故わざわざ「一体」と呼ばなければならないのであろうか。あえて直裁に批判すれば、まず、民法を適用した上で「請求権競合問題」を確定し、そこからそれに迎合する形で国際私法上の性質決定の方法を考へるといふのが、国友助教授のアプローチであると思われる。国友助教授の意味する「国際私法独自の立場」とは、せいぜいその程度の『独自』性なのであろうか？ 仮に裁判における現実がそのようなものであつたにせよ、学説として、その論理的な不明確さは許されないといふべきであらう。更に、「一体的」に性質決定する場合に常に「契約」へと一体化し、「不法行為」へと一体化する可能性を顧みないことは、そこにドイツ国際私法で論じられている「附従的連結」の理論導入へのあらゆるさまざまな意図が見えたと共に、論理的整合性に欠けると言わざるをえない。<sup>(21)</sup>

四 理念論としての「国際私法の独自性」は誰もが当然のこととして承認しているにもかかわらず、具体的問題を考へるに当たつては、このように実質法の強い呪縛を受けてしまつてゐる。これは、国友助教授の見解に限定されたことではないであらう。従つて、この問題を探求していく際に、われわれは、「実質法の呪縛」に対して常に鋭い批判を向けていくべきである。そのことが、正に「国際私法の独自性」を貫徹し純化していくのに欠くべからざる視点であると思われるからである。



しかし、それは、国際私法レベルでの性質決定の競合の問題を考へる場合に、実質法上の「請求権競合」の問題についての議論を無視しても良いということの意味するものではない。何故なら、理想は現実を踏まえたその先に存在するからこそ理想と言へるからである。「国際私法の独自性」の貫徹が理想であるとする本稿の視点は、現実において実質法レベルの議論が何らかの影響力を国際私法上の議論に対して及ぼしているのではないかとの疑念をもつてこの問題に取り組もうとしている。各国におけるこの問題の扱いの現状を分析するに当たっては、なおさらである。こうした問題にこそ十分に意識されないうちに「実質法の呪縛」がしっかりと浸透している可能性が極めて強いと考えられるからである。従つて、各国の実質法の状況を正確に捉へることが、この問題に対する各国の国際私法上の扱いについての理解を確かなものにすると同時に、わが国の法例の解釈として、この問題における国際私法の独自性貫徹の指針を示してくれるに違いないと考へるわけである。

## 第二節 フランスにおける理論状況

### 第一項 実質法上の状況と抵触規範競合の議論

一 フランスにおいては、実質法上、契約規範は特別法として不法行為規範に優先するために請求権競合の問題は生じないとする立場（わが国の民法学説が法条競合説とよぶ立場）が、学説・判例上確立している。このためか、国際私法上も抵触規範の競合を否定する立場が強いように思われる。あるいは、こうした問題自体がほとんど意識されないために国際私法の学説がこうした問題を扱うことは極めて少ないと言つた方が正確かもしれない。

従つて、教科書レベルでこうした問題に対する言及がなされていることは、むしろ希であるように思われる。筆者

の目に止まったものとしては、フランスの代表的な国際私法の教科書である Batiffol et Lagarde の『国際私法（第七版）』におけるごく簡単な著述がある。それは、性質決定に関して述べられた脚注の中において「内国法における例えば一つの交通事故に対して生ずる責任が契約上のものか不法行為上のものかといった性質決定のような、内国法における多かれ少なかれ技巧的なある種の性質決定を国際的秩序に適用する事に対しても、同様に、批判を加える事ができる<sup>(22)</sup>」として、こうした問題についての国際私法の独自性を強調しているが、それ以上に踏み込んで論じてはいない。また、不法行為の準拠法に関して著述した部分の脚注の中で、「不法行為責任と契約責任との間の境界の問題は、準拠法についての諸問題を引き起こしうる。民法の性質決定が承認されることが必然ではない。しかしながら、この問題が有益に提起されるためには、それらの性質決定がかなりの程度の確実さを有していることが必要である」と述べている。こうした記述から窺えることは、不法行為責任と契約責任との性質決定の競合は考えられておらず、専ら関心は契約と不法行為との間の、国際私法の立場からの明確な線引きにあるようである。

## 第二項 Bouriel の理論について

一 フランスにおいて、抵触規範の競合問題が実質法上の状況を反映してかあまり論じられることがないという状況の中で、この問題に對しかなり詳しい議論を展開したものととして、Bouriel の『契約外債務における法抵触 Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles』(一九六一)の存在は忘れることはできない<sup>(24)</sup>。Bouriel がこの問題について論じている部分を以下において訳出した上で、彼の理論の構造について、分析を試みることにする。

「国際私法においてこのように展開された不法行為責任と契約責任との間の区別は、性質決定の問題を生ずる。〔傍点は筆者による〕民事上の責任が実際にその過失の由来にしたがって、二つの異なった法の下におかれるので、

救済が求められている損害が不法行為から生じたのか契約から生じたのか決定する必要がある。ここに、まさに準拠法を決定する前提としての眞の性質決定があると思われる。<sup>(25)</sup> 何故なら、この性質決定により当事者自治の原則が適用されるか不法行為地法原則が適用されるかが決まるからである。従つて、性質決定について一般的に承認された解決に適合するように、法廷地法を参照するのが当然であろう。

この解決は、しばしば反論されてきた。実際、不法行為責任と契約責任のと區別は、不法行為と契約のそれぞれを規律する法律に拠るのであり、それらの法のみが不法行為や契約の存在を決定すると指摘されてきた。

ここに、法抵触の問題と性質決定の抵触の問題との混同がある。性質決定は、法的な關係を所与の法律上のカテゴリーに包摂するという観点から、定義することを目的とする。民事責任の訴訟において、裁判官は、まず最初に、争われている事実が不法行為または契約のカテゴリーに包摂されるか否かを調べなければならない。このために、彼は彼の固有の法からしか示唆を受けてはならない。しかし、一度法廷地法に従つてこの第一の問題が解決されたら、不法行為責任あるいは契約責任の要件が充たされているか否かは、準拠実質法として認められた法が決定する。この段階において、法廷地法が活躍する余地はない。何故なら、法廷地法は契約又は不法行為法の適用の前提問題にのみ関係するからである。

しかしながら、法廷地法と準拠法のそれぞれが適用される範囲の區別が常に明確ではないように思われる例が存在する。不法行為が契約の不履行に際して生じたとき、裁判官は実際の状況から出発して、契約的要素を一方に、不法行為的要素を他方に分けなければならぬ。それらを、その適切な法制度の下におくために。ところが、抵触法による解決の前提となるその作業は、契約法を参照することを含意する。これこれの事実が契約不履行と独立した不法行

為を構成するか否か決定するには、實際上、契約上の義務の範囲をあらかじめ確定することが必要である。その範囲において、不法行為の性質決定は法廷地法よりも準拠法すなわち契約法に依存する。

性質決定の抵触における通常の規則から離れたこの解決は、不法行為と契約の責任についての二つの請求が、いくつかの外国の法制度において認められた競合の原則に従って、損害を発生させた一つの同じ事実に基礎づけられる時により強い必用性を有することは明白である。

しかしながら、抵触法の領域においては、不法行為責任は、契約規範に対して独立性を保持しなければならない。当事者間の関係の存在は、不法行為の位置付けに影響を与えるに過ぎない。<sup>(26)</sup>〔傍線は筆者による。〕

### 第三項 Bourai の理論についての若干の誤解

一 Bourai の学説についてのわが国におけるこれまで示された理解には、幾つかの誤解があると思われる。国友助教授の外国における学説の分類においては、フランス・ドイツ・スイス・イングランド・アメリカ合衆国など様々な国における学説が、それらの国の実質法のあり方とは関係なく全く同等に扱われ分類されている。<sup>(27)</sup> 抵触規範の競合問題を性質決定問題の一場面と考える国友助教授の基本的立場からすれば、この点には若干の疑問を感じる。何故なら、性質決定問題についての対応は各国で異なっているはずであり、しかも、日本の一般的理解によれば、特にフランスやアメリカ合衆国は法廷地の実質法を性質決定の基準とする立場であるとされているからである。<sup>(28)</sup> 従って、実質法上の扱いは、そうした理解を前提とすれば、各国のこの問題に対する学説の上にも強い影響を与えていると当然に予測されるはずであるからである。この点について、各国の対応を特に実質法上の扱いと対比させることにより以下で明らかにして行きたい。国友助教授は、Bourai 説について準拠法指定並立説の一つのバリエーションとして位置

付ける。<sup>(29)</sup>しかし、この分類には、以上において訳出した部分からも解るように、疑問がある。契約と不法行為は別々の単位法律関係を形成し、両者は重なることがないとするのがBourelの学説の前提であり、それはフランス実質法の基本姿勢に合致していると考えられる。従って、準拠法の決定後の法適用の問題は法廷地法とは無関係なもの(その点に関し、本稿の視点からはBourelの理論は、性質決定における送致範囲は準拠実質法の概念に従うとする立場であるといえる)とするため、まず、契約準拠法所属国の契約法秩序の適用範囲が先に決せられなければならない、その秩序においてカバールされないものについてののみ不法行為準拠法の指定がなされるという構造になっている。従って、彼の学説はフランスの実質法における「契約法秩序が不法行為法秩序に対して優先する」という立場を色濃く反映したものであり、それを国際私法上の契約と不法行為の性質決定において綿密に反映した理論であると理解できよう。契約準拠法をまず決定することにより、その受け持ち範囲の確定を契約準拠実質法により定まる契約法秩序の範囲を検討する作業によって優先的に行い、そのことの結果により不法行為の問題であるか否かを確定するのであるから、両準拠法が重ねて指定されることは基本的には考えられていない。Bourelは、契約を優先しその後で不法行為を考へる立場、つまり両責任を峻別する立場を国際私法においても堅持していると考えられる。(ただし、後述するように、契約準拠法秩序が当該問題について請求権競合を承認するという例外的な場合には、Bourelの理論によっても、重ねて不法行為準拠法が指定されることはあり得る。)従って、Bourelの説を単純に準拠法指定並立説(同一の事実関係から生じる契約法上の請求権の問題と不法行為法上の請求権の問題を別個の法的问题と考え、それぞれ別々に法性決定するという構成)と国友助教授は定義する<sup>(30)</sup>であるとするのは、国友助教授の誤解であると思われる。

二 また、浜上則雄教授も<sup>(31)</sup>国友助教授も<sup>(32)</sup>Bourelはこの問題を「真の性質決定問題」ではないとしているとする

が、以上に訳出したように Bourel は、この問題を明確に「性質決定の問題」であると断定している。<sup>(33)</sup> 何故このような誤解が生まれたかについてを説明するために、浜上教授が引用されている Bourel の前掲著書中の部分を彼の理論の流れの中で再検討することにする。

まず、Bourel のこの問題に関する記述が、どういった文脈でなされているかである。彼は、この著書の中で契約外債務について行為地法原則<sup>(34)</sup> (Le principe de la loi locale) に修正を加えながら適用していくことを主張している。<sup>(35)</sup> それは、この著書の冒頭の部分における彼の著述からも明らかである。

「国際私法における契約外債務の現在の法制度において、二つの傾向が支配的であるように思われる。行為地主義に忠実な伝統的な学説に対して、不法行為地または準契約地の概念の柔軟化に好意的な最近の傾向が対立している。この二つの意見の対立は、われわれの視座を指示する。もし、伝統的な解決の再検討をすべきであるならば、それは単に法律関係の位置付け localization の平面においてのみである。抵触規範としての、属地性の原則 principe de territorialité の放棄は、われわれには、それどころか全く不当であると思われる。」<sup>(36)</sup>

そして、彼の著書の第二部 Deuxieme Partie 「さまざまな発生原因の契約外債務に対する行為地法の適用」の Titre I, Chapitre Premiere 「民法における不法行為」の中の Section III 「契約法」の中で述べられている箇所が、前述訳出の部分であり、浜上教授が引用している部分もこの同じ Section の中で述べられている。前者は、その Paragraphe I 「不法行為責任と契約責任との区別の必要性」において述べられた箇所であり、後者は同 Paragraphe II 「契約関係の中でおかれた不法行為の位置付け localisation」において述べられている箇所である。Bourel は、この著書において一貫して契約外債務を扱っているのであり、この後者の冒頭部分ではっきりと不法行為地法主義を擁護している。

「不法行為者と被害者との間に契約関係が存在することは、不法行為地法主義に打撃を与えるものではない。それは、ただ、不法行為の位置付けの特殊な要素としてのみ考慮されるべきである。従つて、この要素の機能によつて、行為地法の原則の権限の意味と範囲を決定することが適當である。」<sup>(37)</sup>「こうした契約関係の中でおかされた不法行為の行為地法 *loi locale* を決定するに当たつては、厳格な不法行為地法の原則に代えて、契約法に不法行為が介入する様々な状況に応じたより柔軟な解決が、確かに、好ましい<sup>(38)</sup>とする。

そして、請求権競合の問題については次のように述べる。なお浜上教授はこの部分を中心に *Duval* 説を紹介される。

「契約の履行の中でおかされた不法行為についてのこれらの諸原則の適用は、責任の競合又は非競合に関して幾つかの困難を生じる。ドイツやスイスのような幾つかの国では、契約不履行の被害者は不法行為責任規範と契約責任規範を競合して援用することが認められるが、フランスのような他の国々ではそのような競合を禁じる。抵触法の次元においては、契約の分野における不法行為法の適用は、競合の原則の予めの許容に依存することになる。

この問題を、責任に関する訴訟の受訴可能性についての手続法に関するものと見ることにより、あるいは準拠法決定に必要な性質決定の問題と見て、法廷地法に連結することも考えられるかもしれない。

実のところは、競合問題の規則は形式の規則 *regle de forme* ではない。それは、責任制度における不可欠な一部分をなすものである。それは、他方、眞の性質決定の問題を生じない。それは、準拠法決定についてはなくて、準拠法の適用についての単なる前提問題を生じるにすぎない。「傍線は筆者による。」<sup>(39)</sup> 実際は、不法行為の準拠法がそれ自身の適用の条件を決定するのであり、すなわち不法行為準拠法内において定められる規則が契約から生じた訴訟と

競合して企図された不法行為訴訟を提起する根拠を与えることができるか否かを明確にするのである。<sup>(39)</sup>」

Bonnetは、フランス実質法の基本的な立場と同様に、契約責任と不法行為責任の区別の必要性を前提とした上で、請求権競合問題への対応を考えている。彼は、多くの学説を検討した後、この区別が国際私法上も尊重されるべき理由を次のように説明する。

「契約外債務は、一般に法定債務として、すなわち法的事実である不法行為や準契約に起源を持つ債務であると定義され、立法者は、当事者が現実に義務づけられることを欲することなしに強行的に制裁を与える。

この定義は、ごく自然に、国際私法の平面において、その義務の発生原因たる事実を規律することの権限をもつ法体系、つまり行為地法の適用を要求する。この定義は、従って、契約外債務の連結の自律性と統一性を強調する。」<sup>(40)</sup>

以上のように、Bonnetの主張は、行為地主義という従来の枠組みを維持しながら、その中において位置付けlocalizationにおいてよりきめ細かな要素を考慮に容れることにより、さまざまな態様の不法行為や準契約に対応することを目指している。<sup>(41)</sup> 彼の出発点は、法廷地における性質決定の問題としては、あくまで契約責任と不法行為責任の峻別である。<sup>(42)</sup> この段階で、契約と性質決定された問題にたいしては契約準拠法のみ探求が行われるにすぎない。そして、この段階で不法行為として性質決定された問題については契約準拠法のみ探求が、不法行為地法原則に従って、しかも彼によるところの多様な要素を考慮に入れながら柔軟になされる。そして、請求権の競合は、契約準拠法として法廷地の国際私法によって指定された実質法秩序がこの競合の原則を当該事実関係において予め許容しており、そうした前提のもとに更に指定された不法行為準拠法秩序がさらに競合を容認する場合にのみ許されるといふ結論が導かれる。だから、この段階において登場する請求権競合の問題は、性質決定の問題としての性格を有しな



い。それは準拠実質法における責任制度の一部をなす問題であり、彼がいうところの、「準拠法適用の前提問題」に過ぎないわけである。これが、Bourelの学説の私見による理解である。浜上教授及び国友助教が、Bourelは請求権競合の問題を「真の性質決定」ではないとする立場であると解したのは、Bourelの理論の全体の流れを十分に把握せずに、最後の不法行為準拠法適用の段階における彼の議論の部分の記述を重視しすぎたためであると思われる。<sup>(43)</sup> なお、この議論の前提としては、フランス法においては、契約責任の成立する範囲がはっきりと限定されていることを再確認しておく必要がある。<sup>(44)</sup> 更に、フランスにおいては、当事者が求める救済に対して裁判官がかなり大きな裁量権を有していることについても注意を払う必要がある。<sup>(45)</sup>

三 国友助教が指摘されている乗客輸送について請求権競合が問題となり得るフランスの判例について述べたBourelの判例評釈中の引用箇所<sup>(46)</sup>における彼の論理の展開は、従って、やや複雑ではあるが次のように理解できよう。法廷地法たるフランス法によりある事実が契約か不法行為かに性質決定され、この段階では競合は有り得ない。しかし、契約規範が優先されるために不法行為の適用範囲は契約の範囲を明確に限定した後には明らかにならない。ここでBourelは、契約の準拠実質法にその範囲を限定する役割を与える。そして、契約の準拠実質法の内部において競合が認められる場合には、更に不法行為の準拠法が指定されることとなる。そして、最終的に当事者が選択できるか否かは、こうして選ばれた、すなわち性質決定の段階を終えて選択された、二つの準拠実質法の適用の段階の問題ということになる。この二つの法が共に競合を肯定しなければ、当事者は選択を認められないことになる。<sup>(47)</sup> Bourelの論理はかなり入り組んでおり、単に契約・不法行為双方の準拠法を自動的に選択して、その双方が競合を認める時に競合を認める立場とするのは、かなり不正確である。彼は、あくまで法廷地法による性質決定の前提とし

て契約優先のフランス実質法の立場を国際私法における性質決定においても基本的に維持し、その結果、不法行為法の範囲の決定を契約の準拠実質法に委ね、それがその実質法により、不法行為の問題とされるか、契約の問題ではあるが不法行為との競合を承認する場合にのみ、改めて不法行為準拠法が指定されるという構造をとっている。

これは、フランス実質法において確立している契約責任の不法行為責任に対する優先性を忠実に国際私法のレベルで維持しようとしたために、このように交錯した議論となつてしまつたものと思われる。ただ、實際上、フランス国際私法における契約法の範囲は実質法の影響によりかなり限定的であると考えられるので、そこにおいて契約と性質決定されたならば、外国法たる契約準拠実質法がその問題を自己の契約法の範囲外であるとすることはほとんど考えられないし、請求権競合が認められるとされることもそれ程多くはないであろう。

### 第三節 イングランド法における理論状況

#### 第一項 イングランド実質法における特殊事情について

一 この問題について、イングランド法においては、かなり特殊な環境が存在しているように思われる。最近、大陸法系の研究者がこのかなり特殊な問題を比較法的に分析した貴重な研究を得ることができた。ルーバン大学の Herbot 教授による「連合王国における民事責任と契約法との間の流動的な関係 <sup>(48)</sup> Les relations mouvementées entre de la responsabilité civile et le droit des contrats au Royaume-Uni」である。以下では、この論文を主として参照しながらイングランドの実質法における請求権競合の問題を見ていくことにする。

二 イングランドの契約法は、侵害訴訟 *trespass* という訴訟形式から出発したとされており、一九世紀になつて

初めて契約法（すなわち侵害訴訟の場合訴訟 *trespass on the case* としての引き受け訴訟 *action of assumpsit*）が姿をあらわす。Gillmore は、彼の著名な論文である「契約法の死 *The Death of Contract*」の中で、「起こりつつあることは、契約法の不法行為法の主流の中への再吸収であると言えるかもしれない」といったが、学説の理解は分かれてい<sup>(49)</sup>る。Furnston は、両責任の区別がむしろはつきりしてきたという見解をとっており、Herborts 自身もこの考えを支持している。<sup>(50)</sup> Junior Books 判決は確かに Gillmore の指摘する方向を向いていたが、一九八二年以来、判例は契約・不法行為峻別に固執していると彼は指摘する。<sup>(52)</sup> Junior Books 判決は例外的なルールとされ、それ以外の場合においては、純粹に経済的な損失は不法行為の場合には認められていないと。

三 現在、判例によって請求権競合が認められている国は、ドイツ・スイス・イタリア・ギリシャ・ケベック等であるが、フランスは一八九〇年以來、競合を認めない立場を採っている（ただし、例外として刑法違反となる *faute*）の場合。<sup>(53)</sup> ベルギーも基本的には競合を認めない立場であるが、フランスの場合と若干違つて、過失 *faute* と損害のどちらともが、「純粹に契約上のもの」ではないときに例外を認める。<sup>(54)</sup> しかし、イングランドにおいては、学説さえ請求権競合に關して十分な議論をしておらず、更にはそれを表現する正確な英語の用語さえ存在しない。<sup>(55)</sup> 手続法においては「訴訟原因の結合 *joinder of causes of action*」と呼ばれ、実体法においては、「重なり合う責任 *overlapping liabilities*」<sup>(56)</sup>「複雑な責任 *complex liabilities*」<sup>(57)</sup>「競合する責任 *concurrent liabilities*」等と呼ばれる。

「歴史的な観点から、イギリスでは契約責任と不法行為責任の制度間の選択は、一八五二年に制定法によつて訴訟形式 *forms of action* が姿を消すまでは、不可能であつたということを思い出そう。それ以前は、原告は可能な訴訟形式の中から他を犠牲にして、唯一の適切なものを選ばなければならなかつた。競合の問題は、従つて、考える余地が

なかつた。<sup>(57)</sup>」

すなわち、同一の事実は唯一の訴訟しか生み出すことができないとされていたのである。<sup>(58)</sup>

この問題に関するイングランドの判例は変遷を重ね、競合・非競合どちらの論理を取るものも存在しており、一貫した姿勢はみられない。<sup>(59)</sup>「判例は、この問題に非常に実践主義的に取り組んでおり、そのことが体系化の全ての可能性を排除しているように思われる。」<sup>(60)</sup>また、当然といえば当然であるが、不法行為責任を拡張する判例と競合を認める立場が、そして反対に不法行為責任の拡張に歯止めをかける立場と非競合の立場がそれぞれ関連しているように思われるとの指摘がなされている。<sup>(61)</sup>何れにせよ、契約責任と不法行為責任との関係はイギリスにおいてこれからもホツトな問題であり続けるであろうとされている。このような請求権競合にたいする判例の不安定な対応は、国際私法においても何らかの影響を及ぼすことが考えられよう。

四 しかし、この *Herbos* の見解については、国際私法との関係で注意を要する点がある。それは、ここでなされている議論は、イングランドの実質法における契約責任と不法行為責任の重なり方の度合いについての議論であるということである。つまり、競合を容認する立場とはドイツのように両責任が重なって発生する場合が多くなることをむしろ好意的に考える立場であり、非競合の立場とは両者の重なりをできるだけなくしようとする立場であるということである。従って、現実的には非競合の立場でも両責任が完全に重なることはないままで断定するのではなく、重なる範囲では原告はどちらかを選択する権利を有するものと理解できよう。つまり、*Herbos* がここで結論としているのは、契約・不法行為の両責任の範囲の関係についてのどちらかの方向を、明確に採用しようとするはつきりとした動きはイングランドの判例には見いだせないということに留まる。従って、*IECL* における *Weir* の次の指

摘は依然として有効であると考えられる。

「競合の問題をしばしば引き起こす、契約上の請求と不法行為上の請求の場面との間にはかなりの違いが存在する。この論点についての学説はイングランドにはほとんどない。しかし、イングランド及びコモンウェルズの判例の結論は、不法行為ともなりうる契約違反の被害者である原告は、不法行為及び契約のどちらかに属する付随的な利益を享受できることである。」<sup>(62)</sup>

## 第二項 イングランド国際私法上の問題

一 イングランド国際私法において、不法行為の準拠法については *Phillips v. Eyre*<sup>(63)</sup> により採用されたダブルアクシヨナビリティーのルールが、長く支配力を保っている。Dicey and Morris の一版の Rule 204 によれば、次の通りである。

「外国でなされた行為が不法行為（すなわちそれに対してイングランドにおいて訴訟を提起できるような非行 *wrong*）であるか否かは、その行為がなされた国の法（行為地法）と、イングランド法（法廷地法）又は例外的な状況においてはその出来事及び当事者と最も重要な関連を有する国の法との、累積的な効果による。」<sup>(64)</sup>

しかし、このルールに対する見直しが法律委員会 *The Law Commission* において進められ、法廷地法による訴訟の可能性の要件がはずされべきであるとの（つまり伝統的な *Phillips v. Eyre* のルールが捨てられるべきであるとの）提言がなされている。<sup>(65)</sup>

また、従来から抵触規範の競合に関連しては、「不法行為訴訟にたいする契約上の抗弁」<sup>(66)</sup> がかなりの重点において論議されて来ている。さらに、後述するように E.C 契約準拠法条約との関連で、抵触規範の競合の問題がかなり詳し

く、Dicey and Morrisの最新版（一九九三）で議論されている。

このように、イングランド国際私法のこの問題をめぐる立場はかなり流動的であることが指摘できる。

二 イングランドにおける請求権競合に関連する性質決定の問題を論じたものとしては、Kahn-Freundの重要な業績が存在する。以下において、非常に詳細な彼の議論をを整理することにした。

### 第三項 性質決定の競合に関するKahn-Freundの見解

一 まず、Kahn-Freundは、損害賠償請求が不法行為、契約の何れに基づくものかは性質決定の問題であり、裁判所が自国の法に従って決定する<sup>(67)</sup>。従って、契約違反であると性質決定されれば、不履行地がどこであるかは準拠法の決定について無関係であることになる<sup>(68)</sup>。

彼は、スイスの判例を基礎にして二つの例を設定し、それをもとにしてこの問題についての理論的対応を分析する<sup>(69)</sup>。

〔第一の例〕

イングランドで起きたバスの事故。フランス会社のバスが、カレーから日帰りでイングランドに小旅行に来ていた。全ての乗客と運転手はフランス人であり、バス会社もフランス会社であり、更に乗客とバス会社との契約の準拠法はフランス法であった。二人の乗客が負傷し一人の乗客が死亡した。全ての証人がイングランドにいたので、負傷した乗客と寡婦が、イングランドでバス会社と運転手を訴え、誰も管轄について争わなかった。

### 〔第二の例〕

ドーバーから出発したイングランドの観光バスが、フランスで事故をおこし、その他の事実もイングランドとフランスとの関連において第一の例と対照をなすものとする。

この二つの例を基礎に、Kahn-Freund は、次のような議論を展開する。

「第一のケースにおいて、乗客と寡婦は、イングランド法によって得られる金銭的損害賠償はイングランド不法行為法においては、(寡婦の場合は Fatal Accident Act であるが) フランス法によつた場合より、有利であり得ると伝えられた。しかし、イングランド法は、フランス法と違つて、彼等の精神的苦痛に対しては何も与えない。更に、イングランド法は過失の証明責任を被害者に課すのに対して、フランス法は被告に《force majeure, cas fortuit, 又は cause étrangère》の証明責任を課す。このことは、いくつかの問題を生じる。彼らが、フランス会社をフランスの契約に基づいて訴えた時(寡婦にとって stipulation pour autrui として援用できる)、裁判所はそれにもかかわらずイングランドの不法行為法による損害賠償を与えることができるであろうか? これは手続の基本的な問題である。しかし、手続の問題であるから、抵触法の問題についての解答は簡単である。すなわち、これは全く法廷地法の問題である。これは、基本的な問題である。何故なら、誰が性質決定の責任と権限を有するかという問題だからである。事実を提出するのが当事者の唯一の役割であり、それらが請求を生じるか否かを見分けるために分類するのが裁判所に残された役割であるのか? それとも、当事者が彼が起こそうとしている法律上の請求を選択できるのか? 誰が事件の法的な内容を決定するのか? イングランド法では、それは当事者であり裁判所ではないとされている。これは、<sup>(70)</sup> 全ての法系に当てはまるわけではないが。〔傍線は筆者による。〕」

つまり、イングランド法においては、性質決定を行う権利は、当事者にあることが示されている。これは、われわれの国際私法観からすれば、かなり奇異な扱いであると言えよう。

二 Kahn-Freund は、続いて請求権競合の問題に関して議論を進める。

「しかし、次の問題を考えて見よう。両当事者が会社をフランスの契約によって訴えたとしたら、彼らは、イングランド法によれば、会社は運転者の過失にたいする責任に代位して不法行為責任を負うにもかかわらず、契約に基づく判決を得ることができるであろうか？ どちらの法が、この問題に回答を与えるのであろうか？ これはフランスにおいて『競合 cumuli』または『非競合 non cumuli』の問題として知られているが、代表的な体系書において指摘されているように、実際上は選択権の問題である。不法行為責任と契約責任は互いに排他的であるのか、あるいは、運送人や雇用者等の契約の他方当事者により引き起こされた事故の被害者は、二種類の救済から選択することができるであろうか？ どちらの法が、できるできないを決めるのであろうか？ 私は、これは実質法の問題であると思う。不法行為の〔準拠〕法が、契約（どこの法システムの下におかれる契約であろうと）上の請求の可能性が不法行為請求を排除するか否かを決定し、そして契約の準拠法が、不法行為上の請求が契約における請求を排除するか否かを決定する。従って、このケースにおいては、イングランド法が不法行為準拠法となり、そして、イングランド不法行為法は、被害者は不法行為、契約の救済の中から選択できるとしている。従って、傷害をうけた乗客は、もし彼がそう望めば、フランスの契約に拘らず、イングランドの不法行為法により請求することができる。彼は、更にフランスの契約によって訴えることもできる。何故なら、両方の法において、一方（フランス）の法によれば排他的に契約上のものであって、他方（イングランド）の法によれば契約的でも不法行為的でも有り得る場合、その請求を排除するのはどちらの法にもないからである。訴訟がフランスで行われても、結果は同じであつたらう。フランス不法行為法は非競合の規則に基礎を置いており、従って、契約上の請求が存在する場合に不法行為上の請求を排除されるが、それはイングランド法が準拠法となる不法行為には適用されないからである。しかし、もしイングランドかフランスの



裁判所が不法行為の抵触法について新しい原則に立ちこの不法行為にはフランス法が準拠法となるとすれば、この負傷した被害者からの請求は、フランスの契約によつてのみ提起できることになつたであらう。しかし、寡婦は、事故で死亡した乗客の被扶養者の利益のために非競争の原則の例外を形成した破棄院のルールによつて選択権を有するとされるかも知れない。この方が、より合理的な解決であつたかもしれないとする理由はある。<sup>(71)</sup>

ここにおいて、Kahn-Freundは、イングランド法上請求権の競合は当然に認められるとの見解を採っており、Herbotsの見解と若干異なる。これは、Herbotsが契約責任と不法行為責任とはそもそも重複することがあるか否かという実質的な分析を行い、それぞれの責任の範囲をどのように考えるかの問題を扱っているのに対して、Kahn-Freundは、両者が実質法上成立する場合における当事者の請求の選択に關しての分析であるからであると思われ。

「私の二番目のケースにおいては、イングランドのパスがフランスで事故を起こしたのであるが、負傷した乗客は、フランスの裁判所において、イングランドの契約によつてのみ訴えることができる。なぜなら、フランス不法行為法は（もしフランス法が不法行為準拠法であるとすれば）当事者が契約上の訴えができる場合に不法行為請求を排除するからである。もし、イングランド法が不法行為準拠法であるとされれば（これは乗客—運送人間のケースにおいては、よりよい見解であると思ふことについて前述したが）、原告の選択により、フランス又はイングランドの裁判所においてどちらの請求もできたであらう。<sup>(72)</sup>」

この部分においては、実質法上の議論と国際私法上の議論との明確な区別の視点が存在していないが、それはKahn-Freundがこの問題を前述のように手続の問題として捉えたことの帰結であると思われる。

三 「第三の問題は、原告が契約上の要素と不法行為法上の要素をミックスして両システムの彼又は彼女に最も有

利なものを、例えばイングランド法により経済的損害を請求しフランス法によって精神的損害 *domage moral* を請求するといったように利用できるか否かという点である。これは、確かにそのケースに関連する全てのシステムがそれを認める時のみ可能であるが、関連するシステムは法廷地法に従って決定されなければならない。これは、實際上、同じ結果を導くどの法が適用されるのかという問題であるとも言えるかもしれない。」

この部分は、日本民法の学説がいうところの『規範統合』に対応する論理の展開であるが、前述の立場を前提とすればこうした結論に至るのが自然な流れであると考えられる。

「こうした高度に抽象的で理論的な言説は、契約に関する抵触法の柔軟な原則によることが不法行為の法における『機械的な』判例を克服することへの助けとなり得るか否かという問題の実践的な重要性によって正当化される。コモンロー諸国の経験は、ある程度までこれが可能であることを示している。しかし、コモンローにおいて『非競争の規則』がないことによつてはじめて可能なのである。すなわち、契約を締結した乗客は、彼が好むところにより契約によつても不法行為によつても、負傷による損害賠償を得るために訴えることができる。これは、工場での事故によりけがをした労働者にも当てはまる。これはまた、(ここではこれ以上論じないけれども) 積み荷や委託貨物の持ち主が、海陸空の運送人に対する場合にも可能である。」

ここにおいて、抵触法上の不法行為準拠法の決定に関する不法行為地方主義の硬直性の緩和のために、抵触法上の請求の競合の容認が役立つとの指摘がある。しかし、これはあくまで当事者に請求の性格の決定すなわち性質決定を行う選択権が保障されていることと、抵触法上一つの事件が二つの性質決定を受けることがあることの許容とに依存している議論であるといえよう。

四 以上のように Kahn-Freund の理論は、かなり複雑である。イングランドでは、当事者が性質決定の選択権を持つていることが大前提となっている。従つて、こうした見地からは当事者の予測がきわめて重要な問題となるので、イングランド実質法上の契約責任・不法行為責任間の扱いと、イングランド抵触法上のこの問題の扱いを大きく変えることは、この点から極めて難しくなる。なぜなら、通常の当事者は、渉外的な事件についても、イングランド実質法における請求の扱いを基礎として訴えの起こし方を考えるであろうからである。このことが、性質決定の問題に關し、国際私法の独自性についての明確な認識を鈍らる一つの要因となることは、十分に推察できよう。

そして、Kahn-Freund が、イングランド法においては「非競合」の原則はないとしていることから、一応、契約と不法行為の二つの準拠法を選ぶことが可能となる。その後の処理としては両方の準拠法について『送致範囲』というものが漠然とではあるかもしれないが考えられているものと思われる。つまりそれぞれの準拠法が他の責任との『競合』を承認する場合のみ、当事者は、どちらかの準拠法を選択することができることになる。そして、この議論の延長線上において、規範統合の問題は、両準拠法上そうした処理が認められている場合にのみ可能であるとの結論がさらに付加されている。

五 思うに、Kahn-Freund の議論には、性質決定の二重性を認めたことによる議論の混乱と複雑化が見られる。端的にいえば、こうした錯綜は抵触法上の問題と実質法上の問題との区別が十分になされていないことから生じたものと考えることができよう。その主たる原因は、イングランド法において性質決定についてのイニシアチブが当事者にあると断定したことにあり、それはそのことからの当然の帰結であろう。

わが国においては、性質決定は裁判所が職権で行うべきものとされているのであるから、これほど複雑な議論をす

る必要性は存在しないといえる。なお、Kahn-Freundの学説については、すでに折茂教授によるかなり詳しい紹介がなされている。<sup>(73)</sup>しかし、折茂教授がKahn-FreundとBourelが請求権競合問題の扱いについて同趣旨であるとする<sup>(74)</sup>ことには疑問がある。前述のように、Bourelはフランス国際私法の問題として契約責任を優先した性質決定を行った上で、その契約準拠法の適用の問題として競合を考える立場だからである。

#### 第四項 The Law Commission (Working Paper 1984) Report 1990 の立場

一 一九八四年の法律委員会「The Law Commissionの「国際私法—不法行為における法選択」と題されたWorking Paper No. 87」は、連合王国法の現状を著述する部分において、不法行為と契約との関係については、(a)その行為が不法行為と契約違反の両方に当たる場合、と(b)不法行為請求に対する契約上の抗弁、の主として二つの問題があると指摘<sup>(75)</sup>した後、本稿と特に関連の強い前者の問題については次のように指摘する。

「ここにおける問題は、連合王国においては被害者が彼の請求を契約か不法行為かに構成しなければならぬか否かである。しかしながら、イングランドとウェールズにおいては原告が彼の請求の構成のしかたを選択でき、被告は選択の余地なく原告によって選ばれた構成において防御をしなければならぬ。このことは、不法行為がフランスのように契約上の請求の存在が不法行為における請求を起すことを排除するような国の場合でさえも通用すると考えられている。なぜなら、Philip v. Eyreの第二の要件は不法行為地法においてその訴訟の対象となる不正な行為が民事責任が生じることのみを要求しており、それは契約責任で十分であるとされているからである。<sup>(76)</sup>」

二 そして、このWorking Paperの立場が次のように示される。

「前述したように、われわれの現時点での法においては、契約違反と不法行為のどちらにもあたる不正な行為の被

害者は、彼の請求を契約と不法行為の双方あるいはその何れかに構成することを選択することができる。しかし、このことは、例えばフランスのように、契約上の請求の存在が不法行為上の請求を排除する幾つかの法廷地には当てはまらない。現時点において、このことは、イングランド、ウェールズ、又は北アイルランドにおける訴訟においては問題を生じないであろう。何故なら、Phillip v. Eyreのルールの現状においての唯一の『外国的なforum』要件は、訴えられた不正な行為がその行為地において民事責任を生じなければならぬということであり、それは契約責任で十分であるからである。<sup>(77)</sup>」

「われわれの改正された法選択規則において、連合王国における原告は彼の請求を不法行為又は契約に関するものとして構成する選択権を有するが、前者を選択し不法行為に関する請求として構成し、例えばフランス法が準拠法であると判明したとする。裁判所は、それから、不法行為による訴訟を禁じているフランスの規範を適用するか否かを決定しなければならないであろう。もしその規則が適用されるべきだとされれば、原告の請求は構成されたままでは功を奏しないであろう。そこで、彼は彼の請求を契約上のものとして再構成しなければならぬであろう。<sup>(78)</sup>」

「われわれは、この現象は実際上は一つを除いて特別な問題を生じないという暫定的な結論に到達した。もし、原告が、不法行為の代わりに契約によって請求することを強いられ、契約の準拠法によればフランス法とは反対に不法行為請求が認められる場合には契約上の請求は排除されることがわかった場合、問題が理論上生ずる。実際にこうしたことが起こるかどうかは不明である。われわれは、こうしたことが起こりうるか否かについて、そしてもし起こりうるとしたら、立法においてこの可能性に対応すべきか否か、そしてどのような解決が採用されるべきかについて、コメントを懇請する。<sup>(79)</sup>」

三 しかし、その後こうした問題についての法律委員会 The Law Commission の見解は、一九九〇年の報告書において、かなり慎重な態度へと変更されている。すなわち、この性質決定の競合 (Concurrent Classification) への直接の言及は避けられ、「不法行為請求に対する契約上の抗弁」との題目の下に次のようなコメントがなされているに留まる。

「この問題は、われわれにかなりの困難を引き起こした。熟慮の末、われわれは、この問題は立法において明示すべきでないということをお勧めする。政策的な問題について見解の違いが存在する。われわれのうちの何人かは、Consulting Paper の『(a) 不法行為における抗弁を規定する契約条項の解釈と有効性は、法廷地の法選択規則により定まる契約の準拠法により、決定されるべきである—(b) 準拠法上有効であるそのような条項の、不法行為請求に対する抗弁としての効力は、不法行為の準拠法により決定される』とする見解を支持する。この見解の支持者は、不法行為請求に対する契約上の抗弁に関しての現在の法が不明確で不満足なものであるとの理由により、適切な条項を立法に含めるかもしれない。他の者は、準拠法上有効な契約上の抗弁の効果には、不法行為準拠法よりもむしろ契約準拠法が適用されるべきであるとする見解を採る。このアプローチは、契約の自由を強調するが、他方のアプローチはそのような条項を無効とする不法行為準拠法の自由を保護する。

われわれは、この見解の違いを解消することは不要であると結論した。不法行為上の請求と契約上の抗弁との関係は、明らかに性質決定についての困難な問題を提起する。この問題はもっぱら契約上のものであるとも、もっぱら不法行為上のものであるとも、それに特有の問題としてみることも、契約と不法行為の法選択規則がそれぞれ異なった役割を果たす問題としてもみることができる。性質決定の問題はその特有の事実的な文脈と同時に政策的な判断に大

大きく依存し得る。この問題に関連して立法を行うことは、それが実際上の問題となる範囲についての、そしてなにか実際の解決であるかについての精密な事実的分析を要求するであろう。われわれの意見では、このような困難な領域における抽象的な抵触法の問題を、提案された勧告に従って適用が要求されそうな諸外国の実質規定の調査や知識なしに扱うことは賢明ではないことである。こうした意見により、そしてこの領域における契約と不法行為の役割の違いについての意見の不一致により、われわれは立法的介入を勧告することはできない。立法者は、この問題をめぐる主として理論的な議論よりも、提案を基礎づける実際的な資料をもっと持たねばならない。<sup>(80)</sup>

このように、イングラントにおいて、不法行為と契約との性質決定に関する問題は、すでに判例及び学説においてかなりの蓄積を有する「不法行為請求に対する契約上の抗弁」<sup>(81)</sup>の問題をも含めて、立法化は見合わされることになった。この報告書のコメントにおいて、コンセンサスが形成できなかったということの他に、より実際的な各国の実質法の調査がなされるべきことが指摘されているのは興味深い。特に、この問題についての実質法との緊密な関係が、こうしたことの必要性についての認識を明確にさせたものと考えることができる。

#### 第五項 E C 契約準拠法条約のインパクトについて

一 一九八〇年契約準拠法条約は、周知のように当初は契約外債務をもその適用範囲として考えられていた。しかし、その後の起草過程において範囲を契約に限定することとなった。このため契約と不法行為の性質決定における線引き(性質決定の競合を認めるか否かを含めて)は、依然不明確なままにされている。この点については、すでに Dicey and Morris の第十二版(一九九三年)がかなり詳しい論及をなしており、注目に値する。<sup>(82)</sup>しかし、具体的な結論としては製造物責任や雇用契約に関する事件の性質決定について一九六八年のブラッセル条約の解釈として欧州裁

判所が示した性質決定の競合を否定するように解される判断が指摘<sup>(83)</sup>されており、結局、次のような見解が述べられるにとどまっている。

「ローマ条約一条は、本条約の規則は契約債務に『適用される shall apply』と規定している。そして、(あまりありそうにはないが)それは、契約と不法行為の競合する請求の場合において不法行為に関連する法選択規則を排除するものと解釈することは可能である。しかし、そのことはイングランドについては現実的な重要性を持つこととはなさそうである。イングランドでは、現在、不法行為の法選択規則は被告に非常に有利に傾いており、原告が渉外的な要素を持つ事件において、彼の請求を不法行為により基礎づけることはほとんど何の利益もたらさないからである。」

三 ブラッセル条約(一九六八年)とローマ条約(一九八〇年)における性質決定を全く同列に扱うことはできないが、欧州裁判所の対応はローマ条約の解釈に対しても何らかの影響を持ちうる<sup>(84)</sup>と考えるのが現実的であろう。そして、それは法適用の統一という観点から、ここで論じている法選択規則の適用における契約と不法行為の扱いについても、新たな局面を展開させるインパクトを有するものと思われる。ローマ条約をめくり、すでにそうした問題は意識され、新たなしかも重要な「論点」を形作りつつある。この点の詳細については、稿をあらためて論ずることとしたい。

#### 第四節 ドイツの理論状況

一 ドイツ法系の国々における議論に関しては、国友助教教授をはじめ多くの方々による紹介がある<sup>(85)</sup>ので、そうした業績に依拠しつつ、私見からの若干の疑問点を示すことにしたい。



国友助教の議論は、ドイツにおける附従的連結論に重点が置かれている。しかし、ドイツ法系においてのみなぜこの立場が強く押し出されざるを得なかったのかについては分析がない。ここで一つ指摘できることは、ドイツにおける契約責任の不法行為責任との重なりの大きさであると思われる。これは、前述のように、主としてドイツ不法行為法の欠陥の緩和のために行われてきたことである。

### 第一項 ドイツ実質法における請求権競合問題の特殊性

一 ドイツの不法行為についての一般規定であるBGB八二三条は、フランス不法行為法の一般規定であるCode de Commerce一三八二条と比べて適用範囲はかなり限定されている。そして、判例および学説は、従来から原則として請求権の競合を認めている。

こうした請求権競合による処理は、確かに不法行為法において当事者間の関係に考慮したよりきめ細かな対応がなされることにより、目立った害をドイツ法体系に与えていないと評価することも可能であろう。しかし、本来、契約責任と不法行為責任との間に存在する原則的な役割分担を承認するのであれば、ドイツ債務法の立法上の欠陥を補うために、このように入り組んだ複雑な対応を進めていくことは賢明な方法とは言えないであろう。むしろ、立法的対応により両責任規範を二分し、構成の明確化をはかる方が望ましいと考えられる。Schubertは、この点につき次のように述べる。

「競合する請求を援用することにより、ある責任体系を迂回すること、すなわちその事により他の体系に対して事実上の優位を得ることは、歓迎されるかもしれないし、従って全く問題視されないかもしれない。これは、地位を奪われた責任規範が古めかしくて、不適切で、修正を必要とする場合には特に当てはまる。ドイツにおいて、契約法上

の責任の發展と当事者間や第三者のための契約又は契約前の拘束力の存在の寛大な仮定は、ある程度までは、伝統的な不法行為法の欠陥を克服する必要性によって鼓舞されてきた。『競合』と救済の『選択』の可能性は、問題 *problem* ではなくて天恵 *casus* であった。しかしながら、一つの責任体系の規範が適切でバランスがとれており理にかなっているとみなされる場合には、それらの規範は競合する請求によって押しつけられることから守る必要が存在する。これは、不法行為法が幅広い寛大な条項を用いており、純粹に経済的な利益までも保護されそして契約違反による侵害された全ての利益を不法行為請求について（理論的に）認めるような場合には特にそうである。契約違反のための特別な責任規範、そしてそれらの前提条件と制限は、当事者がいつも不法行為法へと転じることができたならば、不要となってしまう。これが、フランス法において、当事者間に契約関係が存在すれば、ほとんど常に不法行為法の適用を排除してしまう『非競合』の規則の主たる理由である。従って、この葛藤には、契約責任体系に不法行為責任体系に対しての優先を与える判例法により決着が付けられる。<sup>(87)</sup>

二 そして、こうした方向で、現在ドイツ債務法の改正が進行中である。<sup>(88)</sup> *Schlechtriem* の鑑定意見は「契約責任秩序と不法行為責任秩序という二分法」を前提として原則的な役割配分を行い、限界事例とされる契約類型についてもいずれの責任秩序に規律されるのが妥当かを検討する。そして、従来よりわが国でも議論的となっていた「保護義務」についても、それに対して立法的措置を講ずることなく、二分法を堅持し、「従来保護義務違反という構成で完全性利益の保護をはかっていた場面を不法行為責任秩序によって規律しようとする」<sup>(89)</sup> 姿勢であると評価されている。つまり、保護義務が主張されるようになった最大の原因である「不法行為法の不備を除去」することにより、保護義務構成の必要性はなくなり不法行為法秩序による規律が行われることになるわけである。

## 第二項 わが国民法学とドイツ法学説の影響について

一 わが国の民法学は、北川善太郎教授も指摘されるように、日本民法典施行以後第一次世界対戦後の一九二〇年頃までドイツ法学の圧倒的流入による「学説継受」とよばれる現象のため、本来の日本民法典に多くの非ドイツ的要素が多く存在しているにもかかわらず、大正の初め頃までにはわが民法学自体はほとんどドイツ民法学と等質である<sup>(90)</sup>とまで自らを評するようになっていた。そして、債権法の分野にとくにこうしたことを示す典型的なケースが多く指摘されており、請求権競争に関する大審院判決について、北川教授は次のように評している。

「かかる判決のスタイル自体、きわめてドイツ的な『学者的判決』の印象を与えるが、請求権競争の理論のたて方にドイツ理論の影響がみられる。」<sup>(92)</sup>

日本民法における不法行為法制度は、幅広い適用範囲をもち救済されるべき利益についても制限の少ない一般不法行為の条文である七〇九条を有しており、フランス法型の立法となっている<sup>(93)</sup>。従って、民法学上の対応としてはドイツのように請求権競争をどうしても認めなければならぬほどの必然性は有していないと言える。

### 二 性質決定の競争についての国友助教の論文の問題設定は、次の通りであった。

「本稿において検討するのは、次のような損害賠償請求問題の準拠法をいかにして決定するかという問題である。すなわち、一般的法義務への違反であるとみられると同時に、当事者が契約によって結ばれていることに由来する義務への違反であるともみられる渉外的事実関係にもとづく、その当事者間の損害賠償請求である。例えば、運送中の事故によって（契約当事者たる）乗客が負傷した場合の、その乗客から運送人に対する損害賠償請求などが、こゝでとりあげる事例の代表的なものである。」<sup>(94)</sup>

従つて、前述の通り、国友助教授の議論の出発点自体がすでに日本の民法学説を介してドイツ民法学説に染まってきたといえよう。こうした前提が成り立つかどうかは、どこの国の実質法を基準とするかによつて変わつてくるとし、日本においてさえも、学説によつて結論が分かれる問題であるわけである。

### 第三項 ドイツ国際私法における附従的連結論について

一 ドイツ国際私法の学説及び判例において、硬直した不法行為地法主義を緩和するために様々な手だてが講じられてきたことは多くの文献の指摘するところである。

しかし、そうした方法の一つとして指摘される、いわゆる附従的連結論の射程範囲についてのわが国での議論は必ずしも明確でない。それは、ドイツにおける理論である以上、いくら国際私法の独自性を認めるとはいえ、その理論を採用したことにより契約準拠法に連結されるべき不法行為の正確な範囲の提示がなくては、わが国がその理論を導入することの当否を論ずるのは非常に困難であるといわざるをえない。特に、契約関係を非常に広く考えるドイツ民法の議論を前提とする限りにおいては、端的にそれは、ドイツにおいて請求権競合が生じ得るような問題についてのみを対象として、それをすべて国際私法上は契約の準拠法に寄せるという、ドイツ法内部における実質法上の解決のある種の特殊性をカバーするための方便にすぎないとも考えられるからである。

二 ドイツ民法における契約責任の受け持ち範囲の広さについては、すでにわが国においても広く知られているところである。<sup>95</sup>この点についてのパリ第二大学比較法研究所の『契約責任の定義と範囲』と題されたEU各国の比較調査<sup>96</sup>から、当時の西ドイツに関する報告を見ても、ことにする。

まず、「契約の存在」について、「契約が締結されていることが必要であるか？」という質問に対しては、次のよう

な回答が示されている。

「原則として、契約責任が生じるためには契約が締結されていることが必要である。この原則は、しかしながら、例外を有する。すなわち、一つは契約締結前の局面において損害が生じた場合に、他方で、その最も重要なものは好意同乗であるが、無償の関係において損害が生じた場合に課せられる責任は契約責任である。後者において、契約責任を結果としてもたらす『法の鎖 vinculum juris』は、当事者間の『客観的な』意思による。『純粋に』無償の関係に関しては、損害を生ぜしめた好意者は、不法行為責任規範によつてのみ責任を負う。反対に、付与された援助の重要性が、契約関係に匹敵するような内々の関係の存在を客観的に推測させる視点を許容する場合、『契約締結上の過失 culpa in contrahend』の規範の類推により損害を賠償する義務が生ずる。<sup>(97)</sup>」

次に、「それが原則であるとして、損害がいつ生じてもそれを契約責任だと性格付けることができますか？」との質問にたいしては契約締結前と契約終了後に分けて回答がなされている。

「(a)「契約締結前」の期間中——つまり、契約が既に締結されたので、当事者の一方が契約締結前に他方当事者によつて受けた損害について訴えることができるか。

ドイツ法において、契約締結前の局面、すなわちそこにおいて将来の契約当事者が接近を開始し、既にある種の義務を確立しており、その義務の違反は契約締結上の過失と呼ばれ、損害賠償義務を生ずるそうした局面を承認している。

いくつかの条文(一一二条、一七九条、三〇七条、三〇九条、四六三条二項、六六三条)は、契約を締結する前に、不法行為を必ずしも構成しないが有効な契約もまた想定していない、過失ある行為による責任を課している。このこ

とから、交渉に入ることは将来の契約当事者間に契約から生じるのに類似の信頼関係を生じる。それは、彼らに対し契約債務者に課される注意義務を課すが、それはその交渉が契約の締結にいたらなかった場合においてさえも同様である。

『契約締結条の過失』の理論は、不法行為責任の不十分さの結果であり、このことのため、契約前の交渉のような活動を契約責任の下においてるのである。<sup>(98)</sup>

三 従って、少なくともドイツ実質法における契約責任の範囲の広さを前提とすれば、Kropholler<sup>(99)</sup>が附従的連結においてその対象として予定している「全ての、特別の法律関係に関連のある不法行為法上の賠償請求権」<sup>(100)</sup>は、少なくとも契約に関連する限りではドイツ実質法の解釈上は、契約法上のものとも性格付けることが可能であるように思われる。Krophollerの不法行為についての段階的連結の第一順位である「当事者による準拠法選択の合意」のインパクトは極めて大きいとしても、少くとも附従的連結に関する限りでは、それはドイツの実質法上の対応を考えればこれといって驚くに値する見解ではないように思われる。なお、その後のドイツにおける国際私法改正の進行過程においても、Lorenzの鑑定意見は、不法行為地法原則は基本として維持した上で、大幅にトーンダウンした当事者による法選択と、通常居所地法への連結、附従的連結などによりルールの硬直化を避けているようである。<sup>(101)</sup>しかも、このうち、当事者による法選択は当事者間に「法律関係の準拠法を選択することが許されている場合」<sup>(102)</sup>に、「将来それと関連して生じうべき侵害事実に関して」のみ法選択できることになっており、これは読み方によればドイツ実質法における契約責任の範囲よりかなり縮減した範囲でのみ当事者自治の有効性を再確認した性質決定についての注意規定と読むこともあながち的外れではないように思われる。同様のことは、附従的連結を定めた部分についても当てはま

る。すなわち、加害者と被害者との間に「契約又は法律に基づく法律関係」がある場合において、「侵害事実がその法律関係より生じた特別の義務への違反」に基づくときにはその法律関係の準拠法によるとされいる。こうした程度でドイツ国際私法の改正が収まることは、他の国の国際私法上の対応との関係でいえば、無難な線に抑さえられそうであるとの予測を可能にする。さらに、国友助教が指摘するように、一九八〇年の契約債務準拠法条約が一定の線において当事者自治を制限している場合にLorenz草案が対応したとすれば、それは明らかに抵触規範の競合問題を避ける意図であると言えよう。<sup>(10)</sup>

契約準拠法条約の尊重が、EUの各締約国において統一的な適用を促す方向で進むとするならば、抵触規範の競合を避け、その適用範囲も統一される方向で事が進むと基本的には考えられる。そのときに、抵触規範の競合の問題は、条約の優先という見地からにせよ、契約と不法行為の国際私法上における峻別という見地からにせよ、何れにしても契約準拠法条約の適用範囲の画定により決着がつくことにならざるを得ないのではないだろうか？

四 ドイツにおいて性質決定の二重性を放置しておけば、附従的連結とか不法行為準拠法の決定における法選択について当事者自治を認める必要性がなぜでてくるのかは、素朴な疑問として当然に残る。イングランドでは、「契約準拠法へのエスケープ」が指摘されて久しい。<sup>(11)</sup> すなわち、イングランドでは契約・不法行為双方の訴権が成立する場合には、当事者の選択により、契約が選択される場合が多いということである。しかし、ドイツにおいてはまず性質決定は当事者の選択権に委ねられるべき事項ではなく、裁判所が法選択規則の適用の一環として行うべきこととされているから、こうした当事者の判断に流れを任すことは不可能である。さらに考えられることは、ドイツにおいて請求権競合が押し進められてきた事情とも関連するが、ドイツ民法の条文の構成上は契約責任と不法行為責任はきわめ

て明確に区別されたものとして規定されていることである。むしろ、土台におけるこの峻別が現実への適合を困難なものとしたため、それを修正するために学説が過剰なまでに緻密な解釈論を展開してきたと見るのがドイツ債務法の実態の客観的な把握に近いと思われる。従って、核において両責任は区別されており国際私法においてもこの姿勢は基本的に維持されているが、実質法上競合を認めて契約責任の拡張をはかった部分について、契約の準拠法に取り込むことを確認するのが附従的連結論の趣旨であると考えられないであろうか？

## 第五節 結 論

### 第一項 序 論

一 フランス、イングランド、そしてドイツのこの問題に関する法理論の状況を特に実質法における議論とのかねあいという視点から概観してきた。この問題について、やはり、実質法における各国の対応が法選択規則上も大きな影響力を持つていることが確認できたように思われる。この問題に対応する上で、わが国際私法の理論としてはどのような立場が採用されるべきであろうか？ 本稿の基本的な立場である「性質決定における国際私法の独自の貫徹」という視点からこの問題を考えてみたい。

性質決定は、確かに国際私法規範の適用過程における一つの「解釈問題」にすぎない。しかし、解釈であればその方法について総論として議論することが不要であるとか無意味であるとかいった結論に必然的に結びつくものではない。法解釈論全般において、何らの論理的前提や方法論的一貫性も不要であるということにはならないであろう。つまり、契約と不法行為との国際私法上の性質決定を考えるに当たっても、性質決定についての総論的議論の成果は当



然に維持されるべきであるとするのが私見である。

## 第二項 不法行為の準拠法選択における当事者自治導入論に対して

一 最近、ドイツ法系の国際私法において見られる現象に示唆を受け、不法行為の準拠法選択に関して、当事者自治を認めようとする立場がある。この立場の主張者である中野俊一郎助教授の議論によれば、当事者自治を認める論拠は①不法行為請求についても当事者の処分権がある、②不法行為は当事者間における公平な損害填補を目的とする私法上の制度であるから公序法と見て当事者自治の枠外に置く必要はない、③不法行為地法主義は多くの困難な解釈論的問題を生じており、その改善に当事者自治が大きなメリットをもつ、④当事者が自らの紛争を解決する法を知るといふ契約において当事者自治を認める理由は不法行為にも妥当する、⑤選択される法はほとんど法廷地法であるので、迅速、簡易、安価かつ内国の基準に合致した規制が安定的にもたらされる、の五点があげられている。<sup>(106)</sup>これは、ドイツの判例・学説が論拠としてあげているものの紹介として述べられているが、そのあとで法例の解釈論を展開している部分<sup>(107)</sup>からも窺えるように、中野助教授はこれらの論拠を基本的に支持しているものと理解することができる。

二 しかし、こうした理由にほとんど説得力は感じられない。①の議論からは、ほとんどすべての民事訴訟の対象となる問題に当事者自治が採用されるという結論が導かれそうであるが、それは理由として妥当なのであろうか？②についても①に対するのとはほぼ同様の疑問が当てはまる。③について、不法行為地法主義が嚴格に運用される限りそれは硬直化しすぎて現状に対応するのに十分ではないという認識は広く承認されているものの、その改善のために当事者自治を持ち出すという点にはいまだ十分な合意はない。改善策としてそれが唯一のものではなく、他に色々な選択肢が考えられるのに、あえてその中から当事者自治というこれまでと全く異質な連結政策に切り替える必要性を

より説得的に提示する必要がある。④に関しては、契約の準拠法を当事者が選択すれば、それは契約関係という相互の協力を必要とする法的関係の構築あるいは利害の調整においての行為規範の選択として極めて有益であろう。しかし、不法行為は当事者間で偶発的に発生した事故の事後処理の問題であり、その準拠法を知ることが法選択規則が明確であれば、特に当事者自治の原則が認められてなくても十分に可能であると思われる。むしろ、不法行為の当事者間に利害の対立があるのが常であるとすれば、スムーズな合意を期待することにそもそも無理があり、客観的な連結点を採用する方が、それが明確である限り、迅速かつ的確に準拠法を知らせることができるであろう。⑤にいたっては、せっかく当事者自治のメリットを特に公序法的発想を批判する立場から説きながら、結局は法廷地法の適用のメリットを解くという初歩的な論理矛盾に陥っていると評せざるをえない。もしこの⑤を重要なメリットであると考えるのであるならば、それは不法行為地法主義よりさらに時代を遡ったものと思われる公序法的発想を強力に支持していることになるのであり、私見からは、この五つの理由が同列に並べられること自体極めて奇異なものに見える。

三 むしろ、ドイツの当事者自治を認める判例においては、「当事者の訴訟における行態からそのような法選択が推定される場合にも法廷地法たるドイツ法適用の合意があるとされるのが通例であった。そこから、事後の法選択を許容している理由は手続きの容易化・迅速化にあるということがいえる」とする<sup>(108)</sup>国友助教の説明の方が率直で理解しやすい。

不法行為の法選択における一般的当事者自治導入の議論は、思うに、一般論としては国際私法のほとんどすべての分野に当事者自治の導入を認めることにつながらざるを得ないであろう。<sup>(109)</sup>それは、これまでのわが国の国際私法に対する考え方からは、全く受け入れる余地のないもののように思われる。実質法上の扱いとの対比でこの立場を正当化

するのは更に不可能である。なぜなら、私法の実体法レベルですべての法分野において当事者の意思を最優先させるなどという立場は、強行法をいっさい否定するということになり、それはこれまでの法秩序観からはまったく支持されようのない暴論につながるからである。あえてこの理論の正当性を考えるとすれば、それは最早、国際私法という法律の性格についての根本的な見直し、あるいは涉外訴訟の性格の捉らえ直しという根本問題に立ち戻らなくてはならないのではないだろうか？ そうした根本的な革新を従来の国際私法学の構造の内部で小手先の解釈論として行おうとすることは、現実の要請に対応することを優先せざるを得ない実務レベルではともかく、論理的整合性を重視すべき学説の立場として真摯な姿勢であるとは思われない。

四 さらに、中野助教授が、ドイツの附従的連結論に示唆を受けつつ請求権競争問題を結局は契約として一括して性質決定する国友助教授の学説の批判として展開する以下の議論には承伏できない。

「附従的連結理論の要点は、不法行為準拠法の連結方法〔傍点は原文通り〕そのものを柔軟化させることにあり、それによって不法行為準拠法と契約準拠法が結論的に一致すれば、いわば副産物として、請求権競争の処理が、不要なる〔傍点は原文通り〕、というにすぎないからである。処理が不要になるとは、そのままの抵触規則をそのままの形で適用すればよい、ということである。そのままの形で適用するとは、契約なら契約準拠法、不法行為なら不法行為準拠法に連結する、ということである。つまり、準拠法指定の並立でよい、ということである。」<sup>(10)</sup>

中野助教授は、国友説に対し「なぜ契約と不法行為の抵触規定が、全く同一の事実関係を、二つの異なる準拠法に連結せねばならないのかという、より根本的な問題への省察が見られない」とこの直前の部分で批判しているが、この議論はさらに「なぜ全く同一の事実関係が二重に性質決定されなければならないのか？」という基本的な考察へと

向かうべき筋のものであったと思われる。そして、附従的連結は不法行為の何パーセントについて連結方法を柔軟化させることができるのかについても、議論を尽くすべきではなかったであろうか？ 不法行為と契約のそれぞれの受け持つ範囲とその重なりについての精確な検討なくして附従的連結論のインパクトは測りようがない。また、附従的連結論が不法行為の一部を契約の連結に従わせるという処理であるならば、なぜ同一事実に対し指定が並立されていることになるのかは全く理解不能である。附従的連結論という構成は、むしろ指定が並立しないからこそ可能な理論であろう。もし、「債務不履行の場合ほとんど不法行為の要件をも充たしている」ような状況がわが民法において存在するとまで考える立場さえあることを考慮すれば、むしろ実質法上請求権競合とされうる問題は国際私法上はすべて契約と性質決定するといった方が明解である。どうしても本来は不法行為としか性質決定できない部分を、あえてそれと緊密な契約の連結政策へとすり寄せるというのが附従的連結の理論であると理解しなければその存在意義すら成り立たないと思われるからである。<sup>(12)</sup>

### 第三項 附従的連結論の評価について

一 また、「附従的連結」論の内在的評価においても、結局、どの範囲のものが本来の契約準拠法の問題であり、不法行為と従来性質決定されていたどの範囲のものを契約準拠法に拠らしめるのかということの正確な確定なくしては、その議論の射程範囲はつかめないということである。従って、一国の国際私法の問題としてこうした方法を導入することは、それまでの性質決定を前提としつつもそれに微調整を加えることに過ぎず、それほど困難はないといえるかも知れないが、わが国でこの理論（あるいは国友助教授のようにこの理論が実質的にもたらず結果）を導入しようというのであれば、わが国における契約準拠法と不法行為準拠法の精密な範囲の確定と、こうした操作により不

法行為のどの部分が附従的に連結されるのかということの具体的な検討が必要なはずである。そもそも、性質決定をわが法例の解釈問題であるとするならば、そこにおける契約準拠法のカバーする範囲はドイツやスイスと異なることは当然であると思われる。この点についての十分な論証なしには、この議論は机上の空論にすぎない。従って、国友助教授が附従的連結論に示唆を得た「一体的法性決定説」<sup>(11)</sup>をせっかく提唱されても、肝心の国際私法の性質決定としての契約の範囲と不法行為の範囲を「その基準の明確化は今後に残された課題である」としている点は、無責任である<sup>(12)</sup>と評するしかない。なぜなら、国友助教授の論文においては、日本の国際私法上これまでに性質決定の競合といえる問題が存在していたことが議論の出発点とされているにも関わらず、どの範囲でそうした問題が生じるのかも明らかにされていない。そもそもそういう問題は国際私法においては生じないか、生じさせないという立場も十分に有力なわけである。生じるという前提であるならば、どういう範囲でそれが生じ、その不都合はどのように解決されるべきであるかというように論旨は展開すべきであると思われる。出発点も明確でなければ、最終的に調整されるべき解決すらも明確に示されていない——というのが、国友論文であると批判せざるを得ない。

#### 第四項 本章における私見からの結論

一 それでは、この問題をどのように解決すべきか？ 私見からの一応の結論を述べることにしたい。

まず、国際私法の性質決定の問題として、一つの事実が二つの性質決定を受けることを認めるべきか否かについては、否定するのが望ましいと思われる。これは、Kahn-Freundの理論が陥るような複雑な準拠法適用を行うのは一般論として好ましくないし、イングランドと異なりわが国の裁判所は自ら性質決定を行うのでそうすることの必然性も存在しないと思われるからである。さらに、この点については本来一つの事実に対して複数の種類の法制度が重ね

て適用されるということは、少なくともどちらか一方の法制度の有する法的規律のシステムを崩すことを意味するのであり、他にそうした弊害をおかしてでも、推進されるべき明確な利益があることがそのことを是認するのに必要であると思われる。ドイツ実質法上の問題としては、不法行為法制度の欠陥を修正することが、請求権競合を推進する重要な理由の一つとなった。日本では民法自体の解釈論としての請求権競合論は、その必要がドイツに比較すればそれほど強くなかったにも関わらず、内在的必要性というよりはむしろドイツ学説の無批判な継受としてそうしたものを持ち込んだことに現在では、むしろ反省の目が向けられてきているといえる。国際私法上の性質決定の問題としても、<sup>(16)</sup>二重の性質決定をあえて承認するだけの強い理由がない以上、契約・不法行為の二分法を維持すべきであると考えられる。

二 そうなると、契約の範囲と不法行為の範囲の線引きが重要な論点として、当然に浮上してくることになる。ここにおいて、私見は、あくまでも精密な線引きを行うことが必要である<sup>(17)</sup>と考える。

この点について、現時点でも、最も優れた論及は折茂教授のものであると思われる。すなわち、請求権競合の問題は「国際私法におけるかの法律関係性質決定のそれに帰着するものにほかならないとおもわれる」とし、その解決は「「ここでも、国際私法に独自の立場から、いわゆる『請求権競合』問題に関する諸国の実質私法の在り方の比較法的考察を踏まえた上で、あくまで自主的にここらみられるべきであろう」とする。そして、次のような一応の結論が示される。

「もしも今日、これまでかの請求権競合説が支配的であった諸国においても、その説の合理性にたいする疑いが次第に強められつつあるという趨勢を窺いうるものとすれば、国際私法上、次のとき解釈態度をみとめることも、あながちその根底に欠けるものではないであろう。すなわち、或る損害賠償請求事件の当事者間に、特殊的結合関係た

る契約が見いだされる場合にあっては、当面の損害がその契約の通常予想せられうる不履行から生じているものである限り、国際私法上はこれを「契約」に関するものとして、その賠償関係の準拠法も、右の契約のそれにもとめられるべきである、と。かような見地からすれば、たとい或る損害が特定の契約の履行に関連して生じたとしても、それが右の契約の目的範囲を逸脱するとき行為により生ぜしめられたものであるとき—たとえば、或る食品の売り手がそれに故意に毒物を混入して買主を発病させたときのごとし—においては、その賠償関係は、国際私法上これを『不法行為』に関するものとして扱うべきこととなるであろう。<sup>(118)</sup>

三 私見も、基本的には折茂教授の解決と軌を一にするものであるが、若干の補足的な意見を附加させていただきたい。性質決定の問題は、国際私法独自の立場からなされるべきことは勿論であるが、そのときの解釈の指針としてもつとも重要なものは連結政策の在り方であり、諸国における比較法的な趨勢は副次的なものであると考える。従って、わが国際私法上の解釈問題としては、「当事者自治の原則」を採用する契約と、「不法行為地」を連結点とする不法行為とでその連結政策の在り方の妥当性から、両者の性質決定の切り分けが考えられるべきであろう。

ところで、契約上の義務とそれが保護すべき利益の根拠は実質法上はどのように説明することが適切であろうか？<sup>(119)</sup> Schlechtriem によれば、当事者の合意に基礎を置き、そこから生じたものが契約上のものであるとされる。すなわち、そうした義務の形態や範囲は当事者の合意によって形成される。物品の引き渡し時期や適合性に関する義務などがこれにあたり、その違反は契約上の責任を生じる。それに対して、ドイツ法上の保護義務、つまり他人の身体や財産を害しないようにする義務は、当事者の意思とは独立に生ずるものであり、通常は当事者の意思によっても排除することはできない。<sup>(120)</sup> 実質法における、この、当事者の意思による義務かそれ以外の根拠から課された義務かという切

り分けの基準は、国際私法上の基準としても有効であると思われる。「当事者自治の原則」が当事者の意思を基準とした連結を行うのは、当事者の期待や予測を保護するという連結政策に基づくものであると理解して誤りでないとすれば、意思以外の根拠で課される義務については「当事者自治」ではなく、何らかの客観的な連結点が基本的に考えられるべきであると思われるからである。

四 中野助教授の論文のように不法行為地法主義すなわち「悪」であるとするがごとき印象を与える批判をするときには、議論の飛躍があるように思われる。現代における不法行為には多様なものがあるから、硬直化した不法行為地法主義だけでは十分に対応できなくなったという点は確かにその通りであろう。しかし、きわめて素朴な「一私人が他の私人の所有物を過失で壊してしまった」という不法行為に対しても不法行為地法主義は不都合な連結政策なのであるか？ もしそうでないならば、不法行為地法主義を厳格に貫くことが不都合なのであって、何らかの客観的な連結政策を考えること自体が不都合であるということにはならないから、「当事者自治」を不法行為の連結政策として採用することにも直接につながるとは思われない。多様な性格の不法行為が現れてきたからといって、その核においてそうしたこれまでの連結政策が妥当性を有しているのであれば、求められるのは革新ではなく調整であるはずである。不法行為全般の連結の問題としても、基本的には、Bourel<sup>1)</sup>が示唆したような方法で、行為地を不法行為の類型ごとに考えていくことで対応ができると思われる。わが法例の解釈としても、とりあえずは「原因事実発生地」の概念を、柔軟に解釈することで対応できる問題であろう。ただし、将来の立法論としては、類型ごとの細かな規定をおく方が明確性という点から望ましいことは疑いないことは論をまたない。

五 なお、近時、製造物責任という点から望ましいことは疑いないことは論をまたない。



有力である。<sup>(10)</sup>しかし、製造物責任の範囲が、ここにおいても明確に議論されていない恨みがある。例えば、山田教授は「製造物責任とは、製造者が生産して市場に出した生産物の隠れた欠陥のために、その最終の買主、利用者などが身体、財産に損害を被ったとき、製造者に負わせる賠償責任である」<sup>(11)</sup>とする。しかし、まず「隠れた欠陥」に限定することにも疑問があるし、最終の消費者のみが権利主体とされる点も制限的すぎるのではないかと思われる。さらには、流通業者の責任は入らないという点も大いに疑問である。また、加害者と被害者の間に契約関係があった場合は、製造物責任とされないのかどうかも明確にしておく必要がある。また、佐野寛教授は「本稿において涉外的生产物責任とは、生産物から生じた損害に対する生産者および当該生産物の流通に関与した者の責任に関する事件であつて、当事者の国籍や住所、生産地、販売地、損害発生地等の当該事件と関連を有する何らかの要素が、二つ以上の法域にわたつて存在する場合をいう」<sup>(12)</sup>とする。そして、当事者間に契約関係がある場合にも「生産物責任に基づく損害賠償請求権は、それが不法行為と構成されるものであつても、当該契約の準拠法によつて規律される」とする。「附従的連結」の理論には拠らずに、「生産物責任」自体の準拠法に拠ることを示唆する。<sup>(13)</sup>しかし、契約関係のある当事者間における生産物責任から生ずる損害の中には、元来純粹に契約上のものと考えられるべき性質のものが存在するであろう。例えば、外国から直接メールアドレスで購入したパソコン用のディスプレイが爆発したとき、そのものの自体の滅失による損害は、実質法上は契約によるものであるとされることが多いと思われる。更に、その爆発のために家の絨毯が燃えたとか買主が火傷をして治療費がかかったとかいいたいわゆる拡大損害も、実質法上は契約責任に属するものであるとされることも十分あり得る。どういった範囲の損害を国際私法上は生産物責任とするのか否かを明らかにしなければ、議論の射程範囲はつかめないといえよう。

六 こうした損害の範囲の切り分けについても、私見は、当事者の意思がその責任の根拠であるか否かという視点からなされるべきであると考ええる。従って、その物自体の毀損による損害は当事者の意図したことが実現されていないという契約上の利益の侵害と当然に考えられるべきであり、これは契約の準拠法により処理されるべき問題と考える。しかし、拡大損害に関しては、むしろこれを「他人の身体や財産を害してはいけない」という一般人に対してその意思とは無関係に課される義務の違反でありいわゆる「完全性利益」の侵害であると捉えて、不法行為に関する準拠法を適用すべきだと考える。ここで、不法行為といったのは契約当事者間においても製造物責任は不法行為の一種であると考ええるからである。連結政策が従来の不法行為地法主義でよいか否かについては議論の余地があるが、私見は基本的に法例一条を適用して、「原因タル事実ノ発生シタル地」の法として被害者が欠陥のある商品を購入した地の法律を適用すればよいと考える。なぜなら、その購入が後の損害発生の基本的原因であると考えられるからである。

七 次に、送致範囲の問題に関して検討する。Borielは、最初に法廷地国際私法の立場から契約か不法行為かの性質決定をなし、契約の問題とされたならば法廷地国際私法の連結政策に従って契約準拠法を確定する。そして、次にその準拠実質法の内部において契約とされているものの範囲を確定し、現在解決を迫られている問題がその内部にあればそのままその実質法を適用して解決するが、その準拠法中の契約責任に関する規範がその問題について請求権競合を認めているか、あるいはその問題は不法行為責任上の問題であるとしている場合には、改めて不法行為の準拠法を法廷地国際私法の連結政策によって定めることになる。そして、不法行為準拠法もその問題について請求権競合を承認するのであれば、当事者にそうした処理を行うことを認める。

しかし、この Bourel の考えには従えないところがある。法廷地国際私法の性質決定は、正確に準拠実質法の切り取りに反映されるべきであると考えらるからである。従つて、私見からは、法廷地国際私法の立場として契約と性質決定された問題に関しては、その性質決定の範囲とされている法廷地国際私法上の「契約」概念に相当する機能を果たすと考えられる準拠実質法上の制度が、その準拠実質法内部において契約に分類されていようと不法行為やその他の制度に分類されていようと、その問題に潜在的に適用されるべき準拠法の範囲（送致範囲）を画すると考える。つまり、法廷地国際私法上、契約と性質決定されたものは必ず契約準拠法を適用することによつて解決することになり、またそのことは送致範囲をこのように確定すれば常に可能であると考ええる。Bourel の説を意地悪く追求すれば、(そのような具体例があるか否かは別として)、契約準拠法に拠れば不法行為の問題とされ、不法行為の準拠法に拠れば契約の問題とされているような場合には解決不能に陥ることにならう。あえて、このような事態を招くような理論を採らなくても、法廷地国際私法による性質決定を準拠実質法中の送致範囲に対応させれば、こうした問題は解消できると考えるわけである。(未完)

(本研究は日本証券奨学財団・平成四年度研究調査助成による研究成果の一部である。)

(1) 四宮和夫『請求権競合論』一頁(一九七八)。

なお、四宮教授が正確に指摘されているように、請求権競合の問題は、請求権の単複の問題に尽きるわけではない。特に、不法行為請求に対する契約法上の免責約款による抗弁の効力の問題は、連合王国の国際私法判例及び学説において重要な争点を形成している。(特に North, P. Contract as a Tort Defence in the Conflict of Laws, in *Essays in Private International Law* (1992) 参照。)

- (2) 四宮和夫『不法行為』六五八頁(一九八七)。
  - (3) 幾代通・徳本伸一『不法行為法』一〇頁(一九九三)、前田達明『民法Ⅱ(不法行為法)』四一五頁(一九八〇)、澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為』二三九頁(一九九三)等参照。
  - (4) 星野英一『民法概論Ⅲ』四四頁(一九七八)。
  - (5) 潮見佳男『契約規範の構造と展開』九〇頁(一九九二)。
  - (6) 特に川島武宜「契約不履行と不法行為との関係について」法協五二卷一、二、三号(一九三四)が、この説を強く推進した。
  - (7) 幾代・徳本・前掲注(3)・一〇頁。
  - (8) 幾代・徳本・前掲。
  - (9) Le Tournau, P., *La responsabilité civile* 3e ed. (1982), at pp. 93-99.
  - (10) 潮見・前掲・注(5)・九〇—九一頁。
  - (11) 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』八一—三頁(一九九二)参照。
  - (12) 各説の詳細について前田達明『民法Ⅱ(不法行為法)』四一四—四一九頁(一九八〇)参照。
  - (13) 辻伸行「契約責任と不法行為責任との関係について(一)」四七六—四七七頁・下森・Schlechtriem他編著『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(一九八八)。
- なお、この考え方はSchlechtriemがCISGと従来の準拠実質法それぞれの適用範囲の割り振りを考える際の基本的な立場ともなっている。(Schlechtriem, P., "The borderland of Tort and Contract—Opening a New Frontier?", 21 *Cornell International Law Journal* 467 (1988)).
- (14) 辻・前掲・四六九—四七〇頁参照。
  - (15) 国友明彦「契約と不法行為の抵触規則の競合問題(一)」法学雑誌三三卷四号七二頁(一九八六)。
  - (16) 国友・前掲。
  - (17) 国友・前掲。
  - (18) 国友・前掲注(15)・七一—七二頁。

- (19) この点は、いみじくも国友助教自身が同論文の中で述べていることである。(国友・前掲注(15)・七二二頁)
- (20) 国友・前掲注(15)・七二〇頁。
- (21) この問題点については、論文発表後、筆者との口頭の議論において国友助教ご自身が、それを認めた上で「不法行為」への一体的法性決定の理論的可能性を認められた。
- (22) Baffioli, H. et Lagarde P., *Droit international privé* 7e ed. Tome I, (1981), at p.347, Note (6).
- (23) Battifol et Laagrd, supra note (22), Tomell, pp. 251-252, Note (6).
- (24) Bourel, P., *Les conflits de lois en matière d'obligations extraccontractuelles* (1961)における学説の紹介はすでに、西賢教授、折茂豊教授、浜上則雄教授、国友明彦助教等によってなされているが、本稿の問題関心からはまだ十分なものとは思われな  
い点もあるので、あえてもう一度ここで取り上げることとした。
- (25) 従来、Bourelの学説のこの部分の記述に充分注意が払われてなかったためか、Bourelが契約と不法行為の抵触規範の競合の問題を性質決定の問題でないと考えているかのように説明されているものが散見される。
- (26) Bourel, supra note (24), at pp. 146-147.
- (27) 国友明彦「契約と不法行為の抵触規範の競合問題(二)」法学雑誌三三卷一号三〇頁(一九八七)参照。
- (28) この点についての日本の通説に対する疑問については、拙稿「国際私法における性質決定理論の再構成(一)」関法四三卷四号(一九九三)参照。
- (29) 国友・前掲注(27)・三四一三五頁。
- (30) 国友・前掲注(15)・七一九頁。
- (31) 浜上則雄「生産物責任の準拠法問題(六)」一一七頁(判例評論二二七号)(一九七七)。
- (32) 国友・前掲注(27)・三四一三五頁。
- (33) Bourel, supra note (24), at p. 146 は、"qualification"の部分をやわやわイタリックにして次のように述べている。  
"La distinction ainsi opérée en droit international privé entre la responsabilité délictuelle, d'une part, et la responsabilité contractuelle, d'autre part, fait naître un problème de qualification."
- (34) その概念は、後述のようにわが国でいう不法行為地に比べればはるかに柔軟に構成されている。

- (35) 折茂豊『涉外不法行為法論』一二八頁(一九七六)は「la loi local」を「地域の法律」と訳している。
- (36) Bourel, supra note (24), at p. 1 (TITRE I : Le principe de la loi local).
- (37) Bourel, supra note (24), at p. 148.
- (38) Bourel, supra note (24), at p. 149.
- (39) Bourel, supra note (24), at p. 150.
- (40) Bourel, supra note (24), at p. 46.
- (41) 折茂・前掲注(35)・一三三頁は次のように述べる。  
 「ブールルの学説は、不法行為の準拠法の決定に関し、伝統的な不法行為地法主義の妥当性は、ひとまず原則的にこれをみとめ、しかる後に、その主義の硬直のないし形式的適用を避けるために、係争の行為につきその行為地の如何を定める段階において、然るべき調整を考慮すべしとするところに、その基本的構想をもつものとみられえよう。」
- (42) Bourel, supra note (24), at p. 145.
- (43) Bourel, supra note (24), at p. 150. なお、浜上・前掲注(31)・一七頁、国友・前掲注(27)・三四—三五頁参照。
- (44) Jauffret-Spinosi, C., "The Domain of Contract 2 : French Report" in Harris, D., and Tallon, D. ed. *Contract Law Today* (1989), Institut de Droit Compare de L'universite de Paris II. *Définition et Domaine de la Responsabilité contractuelle* (1981) 参照。
- (45) Jauffret-Spinosi, supra note (44), at pp. 285-288.
- (46) Bourel, P., note, Rev. crit. d. i. p., tome 56, p. 117 (1967).
- (47) Bourel, supra note (24), at pp. 117-118.
- (48) Rev. Dr. Int. et Dr. Comp. (1993), p. 205.
- (49) Gilmore, G., *The Death of Contract* (1974).
- (50) Herbots J. H., "Les relations mouvementées entre la droit de la responsabilité civile et le droit des contrats au ROYAUME-UNI", Rev. Dr. Int. et Dr. Comp. (1993), at p. 207.
- (51) [1983] A. C. 520.
- (52) Herbots, supra note (50), at p. 207-208.

- (53) Herbots, supra note (50), at p. 212.
- (54) Herbots, supra note (50), at p. 212.
- (55) Herbots, supra note (50), at p. 212.
- (56) Herbots, supra note (50), at p. 212.
- (57) Herbots, supra note (50), at p. 212.
- (58) Herbots, supra note (50), at p. 213.
- (59) Herbots, supra note (50), at p. 218.
- (60) Herbots, supra note (50), at p. 218.
- (61) Herbots, supra note (50), at pp. 218-219.
- (62) Weir, T., "Complex Liabilities", *HECL*, XI Torts, Ch. 12, p. 36 (1983).
- (63) (1870) LR 6 QB 1.
- (64) Collins, L. with Special Editoro ed., *Dacey and Morris on the Conflict of Laws*, 11th ed., at p. 1358 (1987).
- (65) The Law Commission and The Scottish Law Commission, (Law Com. No. 193), *Private International Law : Choice of Law in Tort and Delict* (1990), p. 35.
- (66) 本浪章市「不法行為に基づく請求と国際契約上の抗弁——不法行為と契約の交錯と Coupland v. Arabian Gulf Petroleum ——」関法三八卷一・三合併号(一九八八)四一三頁以下参照。
- (67) Kahn-Freund, O., "Delictual Liability and the Conflict of Laws", *Recueil des cours* II (1968), at p. 130.
- (68) Kahn-Freund, supra note (67), at p. 130.
- (69) Kahn-Freund, supra note (67), at p. 131.
- (70) Kahn-Freund, supra note (67), at pp. 131-132.
- (71) Kahn-Freund, supra note (67), at pp. 132-133.
- (72) Kahn-Freund, supra note (67), at p. 133.
- (73) 折茂・前掲注(65)・一四一頁。

- (74) 折茂・前掲注(35)・一六四頁・注(∞)。
- (75) Law Commission Working Paper No. 87 and The Scottish Law Commission Consultative Memorandum No. 62, *Private International Law - Choice of Law in Torts and Delict* (1984), at p. 56.
- (76) Law Commission Working Paper, supra note (75), at pp. 56-57.
- (77) Law Commission Working Paper, supra note (75), at pp. 242-243.
- (78) Law Commission Working Paper, supra note (75), at p. 243.
- (79) Law Commission Working Paper, supra note (75), at pp. 242-243.
- (80) Law Commission Working Paper, supra note (75), at p. 25-26.
- (81) North, P., Contract as a Tort Defence in the Conflict of Laws, in *Essays in Private International Law* (1993) 参照。
- (82) Collins, L. with Special Editors ed., *Dicey and Morris on The Conflict of Laws* 12th ed. (1993), at pp. 1198-1200.
- (83) この問題については Beaumont, P., Jurisdiction under the Brussels Convention in Contract, Tort, Delict and Quasi-Delict, in *The Option of Litigating in Europe* (1993), at pp. 13-30, 西賢「ルガーノ条約と欧州共同体」国際法外交雑誌九二巻三号一頁以下(一九九三)参照。
- (84) North & Fowcett, *Cheshire and North's Private international Law* 12th ed., at p. 467.
- 契約債務の内容を各国が異なつて解釈する可能性はかなり強い。ブラッセル条約に関しては、欧州裁判所の労働契約や製造物責任に関する判例があり、EC法の自律性を重視し、競合を認めない方向で解釈を行っている。今後、こうした方向で解釈の統一性が確立されていくことは間違いないと思われる。(Beaumont, supra note (83), at pp. 26-27.)
- (85) 例えば、折茂・前掲注(35)／国友・前掲注(15)／同・後掲注(10)／中野・後掲注(99)／佐野・後掲注(11)・(12)等。
- (86) Weir, supra note (62) at p. 33.
- (87) Schlechtriem, *The Borderland of Torts and Contract - Opening a New Frontier?*, 21 *Cornell Int'l L. J.* 467 (1988), at p. 468.
- (88) 辻・前掲注(13)参照。
- (89) 辻・前掲注(13)・四七六頁。



- (90) 北川善太郎『日本法学の歴史と理論』二四—二八頁(一九六八)。
- (91) 大判明四五・五・二一民録一八輯一三五頁。
- (92) 北川・前掲注(90)・二四八頁。
- (93) この点につき、平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』八一—三頁(一九九二)参照。
- (94) 国友・前掲注(15)・七一—七二二頁。
- (95) この点に関する先駆的な業績として、北川善太郎『契約責任の研究』(一九六三)がある。なお、最近のものとして潮見佳男『契約規範の構造と展開』(一九九一)参照。
- (96) *Institute de droit comparé de l'Université de paris II, Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marche commun : Definition et domaine de la reponabilité contractuelle* (1981).
- (97) Kneip, A. *Rapports nationaux : Allemagne*, in *supra note* (96), at p. 118.
- (98) Kneip, A. *supra note* (97) at p. 118-119.
- (99) 学説の紹介として折茂・前掲注(35)・一五—一五三頁、国友・前掲注(15)・四—四四頁、中野俊一郎「不法行為に關する準拠法選択の合意」民商一〇二卷六号七六八頁以下(一九九〇)参照。
- (100) 国友・前掲注(27)・四二頁。
- (101) 国友明彦「契約外債務に關するドイツ國際私法の改正準備(二)」法学雜誌三八卷二号三三四—三六頁(一九九二)。
- (102) 国友・前掲・二三—三五頁。
- (103) 国友・前掲注(10)・契約外債務(三)法学雜誌三八卷三号六六六頁(一九九二)。
- (104) North, P. *Private International Law Problems in Common Law Jurisdictions*, (1993), at pp. 159-164.
- (105) 同旨「三浦正人『國際私法における適応問題の研究』一七四—一七九頁(一九六四)。
- また、Brenzwegが、性質決定無用論を唱えたかのごとき指摘(例えば松岡博『國際私法における法選択規則構造論』一六二頁(一九八七))があるが、これには若干疑問がある。Brenzwegは、性質決定を「すべての法的理由付け legal reasoning に共通の解釈過程の一面面にすぎない」とした上で、それは特別の解釈規則によって規律されない限りは、法廷地の解釈規則によるのは当然であるとしそれを特別扱いすることを批判したのであって、國際私法においてそうしたプロセ

ス自体が無用であるとしたのではないと思われる。(Ehrenzweig, A. A., *Private International Law : General part* (1967), at pp. 114-118 参照。)

- (106) 中野・前掲注(99)・七七二頁。
- (107) 中野・前掲注(99)・七七三―七七六頁。
- (108) 国友・明彦「契約外債務に関するドイツ国際私法の改正準備(三)」法学雑誌三八卷三・四号六六五頁(一九九二)。
- (109) 中野助教教授の理由付けからはそれが必然であると思われる。特に、それを当事者の処分権と法廷地法の適用の便宜性におくときはなおさらである。
- (110) 中野・前掲注(99)・七八八頁。
- (111) 中野・前掲注(99)・七八八頁。
- (112) スイスの附従的連結論の紹介は、佐野寛「スイス国際私法における不法行為の準拠法(一)——製造物責任の準拠法を中心に——」岡法四二卷一号(一九九三)八二―八六頁参照。ただし、佐野教授にもこうした視点は欠落している。
- (113) 国友明彦「契約と不法行為の抵触規則の競合問題(3・完)」法学雑誌三三卷四号四九一頁(一九八七)。
- (114) 国友・前掲・四九八頁。
- (115) 支持する学説としては、海老澤美広「国際私法事件における訴訟物」青山法学論集七卷一号三三頁(一九六五)、石黒一憲『国際私法(新版)』一五七―一五八頁(一九九〇)。反対に近時の学説で準拠法指定並立説を支持するものとして、溜池良夫『国際私法講義』三七六頁(一九九三)、中野俊一郎『基本法コンメンタル・国際私法』六八頁(一九九四)。
- (116) したがって、石黒教授のように国際私法上の利益衡量を加味した柔軟な性質決定(石黒一憲『国際私法(ライブラリー)』一七〇頁以下(一九九四)参照)を行うという立場は採用しない。性質決定は、あくまで客観的基準で行われるべきであると考ええる。
- (117) 折茂豊『涉外不法行為法論』一六五―一六六頁(一九七六)。
- (118) 折茂豊・前掲・一六六頁。
- (119) Schlechtriem, *supra note* (13), at p. 473.
- (120) Schlechtriem, *supra note* (13), at pp. 473-474.

国際私法における性質決定理論の再構成(四)

- (121) 例えば、池原季雄『国際私法(総論)』九四頁(一九七二)、山田鎌一『国際私法』五五頁(一九九二)等参照。
- (122) 山田・前掲・三二七頁。
- (123) 佐野寛「生産物責任の法選択に関する一考察(二)」名法九一号五頁(一九八二)。
- (124) 佐野寛「生産物責任の法選択に関する一考察(三)完」名法九九号三三一—三三二頁(一九八四)。