

不法行為地法主義の限界とその例外

横山 潤
よこ やま じゆん

一橋大学大学院法学研究科教授

- 1 不法行為制度の目的・機能と不法行為地法主義
- 2 責任保険と不法行為地法主義
- 3 例外的な連結の必要性とその範囲
- 4 提 案

法例11条の実質的起草者である山田三良は、社会秩序の維持を第1次的な目的とする制度として不法行為制度を理解していた。その後の学説は、不法行為制度のもつ損害填補という機能を軽視していない。とはいえ、損害填補が含意する不法行為の抑止とか潜在的加害者にたいする自由活動領域の保障という機能に適合するものとして不法行為地主義は説明されてきた。けれども、責任保険の登場によって損害填補的機能が強化されるようになると、抑止とか自由領域の保障を損害填補が含意するという関係は崩れてこざるをえない。こういった不法行為の機能変化は抵触法の平面にも投影させなければならない。いわゆる事故損害については、“原因たる事実が発生した地”ではなく“損害負担が実行される地”こそが重要性をもつと考えられる。そのため、これに対応する例外的処理が必要となる。これが、本稿の骨子である。

日本の旅行業者の主催するスキーツアーに参加していた日本人間でスキー事故が発生したとしよう。この事故が外国のスキー上で発生したとしても、日本の裁判所はおそらく不法行為地たる外国の法律ではなく日本法を適用しようと試みると思われる。第1に、外国へのスキーツアーに参加した当事者の動機が北海道でのスキーツアーよりも経済的であったことにあるとすれば、当該スキー場の選択は偶然に定まったとの印象は否めない。かりにスキー場の選択が偶然ではなかったにせよ、被害者と加害者はいわば“本国”を共有しているため、日本に位置づけられるべき事故が問題となっているとの感を与えよう。第

2に、加害者たる日本人が海外旅行傷害保険に責任保険の特約さえつけておけば、被害者への保険金の支払によりこの事案は裁判所の外で解決されていたとみられるからである。本稿は、この後者の点との関連で、不法行為地法主義の例外的処理を提案しようとする。第1点もそういった例外的処理を導く契機とはなる。しかし、“不法行為地”は連結素の偶然性を鮮明にするけれども、偶然性の問題は程度の差こそあれすべての連結素について言いうることであり、法例11条に固有の問題ではない。これはより一般的な枠組の中で考えなければならない問題である。

製造物責任のように、不法行為地が意味のある連結素とはみられない状況が一個の単位法律関係として把握できる場合、それに固有の抵触法的処理を与えるという提案が行われている。他方で、“不法行為”という事項からの切り離しが困難とみられる状況については、法例11条の規定する不法行為地法主義によらざるをえない。こういった態度が学説上一般的であるかのようなところほとんどなかったようにみえる。その理由は次の2点にあるかと思われる。まず、国際的裁判管轄権の基礎が被告の住所地または不法行為地に求められるため、多くの事案において、不法行為準拠法は法廷地法たる日本法であった⁽¹⁾。そしてなによりも、渉外的な交通事故に関する事案は日本の地理的条件からめったに発生しない。交通事故から生ずる損害の填補は責任保険によってまかなわれる。そのため、この種の事案では損害の填補に焦点を合わせた連結の必要性を認識させるけれども⁽²⁾、そういった機会が日本の裁判所にはほとんどといってよいほどなかったのである⁽³⁾。

しかし、日本においても、不法行為地が外国であってかつ責任保険のカバーする事案は発生する。冒頭に掲げたようなスキー事故の場合である⁽⁴⁾。当事者がともに日本に常居所を有している場合、日本法の適用を認めるべきではないか。一般的な不法行為について例外的な処理が可能ではないか⁽⁵⁾。本稿は、このような問題意識の下に、今後の学説のたたき台となることを希望しつつ、1つの提案を示そうとするものである⁽⁶⁾。この目的のために、まず法例11条の規定する不法行為地法主義の根拠を検討した後⁽¹⁾、責任保険の登場が抵触法にもたら

した影響を明らかにする(2)。そして、例外的処理の必要性に言及し(3)、解釈論上の提案を行いたい(4)。

1 不法行為制度の目的・機能と不法行為地法主義

実質法上の制度がもつ目的・機能は抵触法上の連結政策に反映する。たとえば、成年年齢という制度は本人の保護と取引の安全とを目的としている。前者の目的は法例3条1項の規定を、後者のそれは同条2項の規定を導く。

不法行為制度もいくつかの目的・機能を有している⁽⁷⁾。不法行為制度は、損害発生によってもたらされた損失を被害者から加害者に転嫁するものであり、損害填補をその目的としている。それだけでなく、不法行為制度には抑止という目的・機能も認められている。損害の填補は加害者にとって不利益となるため、潜在的加害者がこの不利益を避けようとするれば不法行為の抑止につながるからである⁽⁸⁾。これらの目的・機能とは別に、必要な注意を払うかぎり潜在的加害者は自由に行為できるという意味において、過失責任主義は、潜在的加害者にたいして自由活動領域の画定基準を提供するという機能を持っているといわれる⁽⁹⁾。この機能も抑止的機能を含意する。潜在的加害者の注意深い行動が期待できるため、抑止という効果が生まれるからである⁽¹⁰⁾。国際私法の学説史上興味深いのは、損害の填補、抑止そして自由活動の領域画定という3つの目的・機能がすべて、時代とともに、法例11条の規定する不法行為地法主義を説明するために援用されてきたという点である。

今日における不法行為制度の目的・機能と不法行為地法主義の関係を明らかにするために、まず、この主義が当該制度の目的・機能との関連において学説上いかに説明されてきたかをみてみたい。

(1) 山田三良と法例11条

山田三良が法例11条の規定の実質的起草者である、といっても誤りではあるまい。そして、不法行為制度の目的・機能に関する彼の理解が当該規定のあり方を決定したと言っても過言ではないように思われる。

(a) 山田三良の見解

山田三良が法例 11 条の規定を立法論的に擁護する際、次の 2 点がその立論の基礎にあるように見える。第 1 に、不法行為制度の目的・機能は不法行為の抑止と自由領域の画定にある。第 2 に、違法な行為の抑制による社会秩序の保護という点において、刑罰と損害賠償との間には類似性が認められる、という点である。法例 11 条の規定に関する山田三良の説明は次のように要約できるかと思われる。

① 国際的な不法行為の問題を処理するためには、内外国法を平等の地位においてその適用範囲を画定するのではなく、むしろ、刑法の適用範囲を画定するのと同様に、内国不法行為法の適用範囲は何かという観点から問題を捉えなければならない。

② 内国不法行為法は、その社会秩序維持のために、内国において発生した不法行為につき属地的に適用される。内国で発生した不法行為について法の選択の問題はそもそも生じない⁽¹¹⁾。

③ 外国において生ずべき不法行為にたいして、当該外国がその不法行為法によって自国の社会秩序を維持するのは当然である。

④ 外国において生じた不法行為について内国不法行為法はみずから損害賠償を命ずることはしない。潜在的加害者が外国法の下で享受していた自由を内国法に従って否定・制限すべきではないからである。それゆえ、純粋な法廷地法主義は妥当ではない⁽¹²⁾。

⑤ このことは、しかし、外国における不法行為にたいして内国不法行為法が無関心であることを意味しない。内国社会の秩序維持の観点から損害賠償が不要と判断された行為は、内国からみれば、本来自由な行為のはずである。潜在的加害者にたいして内国不法行為法の与える自由領域は外国での行為であっても保障されなければならない。11 条 2 項および 3 項の規定は立法論的に正当である⁽¹³⁾。

(b) 評 価

法例 11 条の規定にたいして山田三良が与えた説明にはいくつかの問題点が

ある。

① 法廷地法による自由領域の保障

内国不法行為法の与える自由領域を外国での行為についても保障しようとする2項および3項の連結政策には一般的な妥当性において疑問が生じよう⁽¹⁴⁾。たしかに、特定の不法行為については、こういった連結政策を完全に否定し去ることはできない。事実、不法行為に関する抵触規定を定める英国のPrivate International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995は、名誉毀損の問題については第3編の抵触規定を適用することなく、コモン・ロー上のルールつまりdouble actionability ruleの維持を表明する⁽¹⁵⁾。法例11条2項、3項の規定といわば共通のルーツ(The Halley事件)⁽¹⁶⁾をもつdouble actionability ruleが名誉毀損につき維持されたのは、メディアによる表現の自由を確保するためであったといわれている⁽¹⁷⁾。

しかし、潜在的加害者にたいして行為の自由領域をいわば域外的に確保するという政策が特定の不法行為について意味をもちうるとしても、損害填補という側面が一般的な形で軽視されてはならない。山口弘一が正しく指摘するように、2項および3項の規定が適用される結果、不法行為の準拠法が被害者に損害賠償請求権を認めていても、たまたま法廷地となった日本の法律がこれを否定・制限していると、被害者は全部または一部救済を受けられないことになるからである⁽¹⁸⁾。

② 刑法との類似性

山田三良が想定している不法行為制度は、今日理解されている不法行為制度とはやや趣を異にしている。“不法行為”があたかも「犯罪被害者等給付金支給法」2条1項にいわゆる「犯罪行為」つまり「日本国内又は日本国外にある日本船舶若しくは日本航空機内において行われた人の生命又は身体を害する罪に当たる行為」のようにみられている。

たしかに、山田三良は「私法上の犯行」と「刑法上の犯行」とを区別している⁽¹⁹⁾。しかし、違法な行為の抑制による法秩序の保護という目的の上で、刑罰と損害賠償とを似通ったものとみていたことは否定できないように思われる。刑罰と損害賠償の機能的な類似性を主張する von Liszt の言葉を引用し、「其ノ

行為者ヲシテ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スヘキ義務ヲ負担セシムル所以ハ単ニ被害者ノ蒙リタル損害ヲ填補スルノミヲ以テ目的トスルニ非スシテ之ニ依リテ不法行為ノ発生ヲ抑制シ社会ノ秩序ヲ維持センカ為メ」としていることから窺い知れよう⁽²⁰⁾。

もっとも、抵触法上、刑法に類似するものとして不法行為法を捉える考え方は山田三良に固有のものではなく、19世紀後半における諸外国の学説もそういった理解にたっているように見える⁽²¹⁾。Laurent案をベースにして作成された旧法例にたいして、現行法例はその後に作られたベルギー草案を参考している。この草案にコメントを加えたLainéもまた、絶対的な不法行為地法主義を採用する当該草案8条の規定につき、刑法との類似性を無視するものとして批判的である⁽²²⁾。さらに、Gebhardも不法行為法と刑法の類似性を認めている。外国における不法行為の当事者がともに内国人である場合に内国法を適用する考え方に反対する理由として、刑法典が国外犯につきそのように措置をとらないかぎり、民法においてもまたそのような措置を差し控えなければならない、としているのである⁽²³⁾。

③ 外国不法行為法の適用根拠

内国不法行為法の適用範囲という観点から、山田三良は国際的な不法行為の問題にアプローチする。そのため、不法行為地たる外国がその不法行為法を属地的に適用することは当然であるとしても、なぜ内国において外国不法行為法が適用されなければならないのかという点が説明されていない⁽²⁴⁾。

(2) その後の学説

不法行為の連結を考える場合、損害の填補(とその枠組で認められる抑止)という観点にこそ第1次的な重要性が与えられるべきである。この前提の下に、後の学説は、2項および3項の規定を立法論として批判すると同時に、これを縮小して解釈しようとした。それだけでなく、1項の規定が表明する不法行為地法主義を新たに説明し直そうとした。より正確には、山田三良の見解は(不法行為地法主義と法廷地法主義の折衷というよりも)弱められた法廷地法主義であるため、後の学説にいたって初めて不法行為地法主義の根拠が問われることになっ

たといえる。いわゆる公序説と予測可能性説である。

(a) 公序説

上に言及したように、山口弘一は、矯正的観点を軽視するものとして法例11条2項、3項を立法論の観点から批判する。他方で、不法行為地法主義の根拠については、「不法行為地の公の秩序は他国に比して最も多く害せられたのであるから之を保護する為に不法行為地法を適用するのである」とする。損害の填補というよりは抑止的機能・目的に視座を置いて不法行為地法主義が説明される⁽²⁵⁾。久保岩太郎の見解はやや首尾一貫しない。「不法行為に対する損害賠償の場合は社会防衛は第2次目的にして損害填補に重点が存する」との認識を示しながら⁽²⁶⁾、「不法行為に関する問題は不法行為の為されたる国の公益に関し、その地の公益を保護することを正当とするから不法行為地法に依らしむべきである」とする説に佐袒する⁽²⁷⁾。

(b) 予測可能性説

予測可能性説は、不法行為地国の公益ではなく、当事者の予測可能性という観点から不法行為地法主義を説明しようとする。責任を問うためには潜在的加害者の側にあらかじめ行動の選択が可能でなければならず、当事者は、国際的な状況においてはいかなる国の基準に従って行動すべきかの問題に直面する。予測可能性説は、不法行為地国がそういった行動の基準を提供する点で最も適切であるとする。折茂豊はこの説に一定の説得力を認めている⁽²⁸⁾。

(c) 評 価

たしかに、損害賠償という不利益を負わなければならないとすれば、注意深い行動を潜在的加害者はとるはずであり、不法行為の抑止という結果を得ることができる。その意味で、損害の填補は不法行為の抑止を含意している。抑止力なき損害賠償はないといってよい。このことは、過失責任であれ無過失責任であれいいうることである⁽²⁹⁾。そうだとすれば、抑止にたいする不法行為地の公序または公益の観点から不法行為地法主義を説明することに理由がないでは

ない。もっとも、この説によれば、ローマに入ればローマ人のように行動しなければならないが、それはローマの平和のためであることになり、ローマ人のように損害を填補するのはローマの平和を回復するためだということになる。不法行為の抑止という機能は損害の填補という枠組の中で働き、その意味で第2次的なものにすぎないとすれば、なぜ不法行為地の公序によって不法行為地法主義を説明しなければならないのか疑問なしとしない。この点、当事者の観点を導入することにより、予測可能性説はより直接的な形で損害の填補または過失責任主義の機能を抵触法の平面に反映させている。この説によれば、ローマに入った者はすべてローマ人のように行動しなければならないが、それは、隣人たるローマ人の行動が模範にし易いからということになる。もちろん、不法行為の抑止という観点が予測可能性説にとって無縁というわけではない。模範とすべき者がローマ人に限定される以上、ローマの平和は保たれるからである。

2 責任保険と不法行為地法主義

しかし、責任保険の登場によって損害填補的機能が強化されるようになると、損害の填補はかならずしも抑止的機能を含意しなくなる。同時に、当事者の予測も（行動や結果と区別される）損害填補に向かうことになる。

前述のスキー事故において、日本の保険会社が商品としている海外旅行傷害保険に責任保険の特約を加害者がつけていたとしよう。すなわち、契約で定められた事故の発生により、加害者つまり被保険者が被害者にたいして賠償責任を負担することによって被る損害を填補する保険である。この種の保険がカバーする最も典型的な事故は、海外旅行中ホテルの浴槽から水をあふれさせたため、ホテルに損害を賠償するような場合であるけれども、旅行中であるかぎり、日本人が他の日本人に損害を負わせたような場合もカバーされる⁽³⁰⁾。

以下では、日本に常居所を有する加害者と日本において営業する保険会社との間で責任保険契約が締結され、外国で事故が発生した場合を想定して論を進めよう。

(I) 責任保険と不法行為地法主義

(a) 抑止的効果

まず、不法行為地たる外国の法律は抑止的に働くまい。現実の損害負担は加害者ではなく保険会社が肩代わりするため、不法行為地法の定める損害賠償は加害者にとって不利益を強いるものではないとみられるからである。他方で、自国内を旅行する外国人が注意力を弛緩させるとしても、不法行為地国たる外国がこのことに痛痒を感じているとも思えない。少なくとも、自国の不法行為法をそういった注意力を喚起する道具とはみていないであろう。

損害負担という観点からしても、不法行為地の社会が不法行為の抑止にたいして最も利害関係をもっているとはいえない。責任保険は加害者による損害負担にかえて、損害を保険契約者という集団の負担とし、その契約者集団の中で損害を分散負担させる。そのため、不法行為の抑止にたいして利害関係のあるのはむしろそういった契約者集団の現在する地、上の設例では加害者の常居所地国（保険会社の営業所所在地）とみられるからである。抑止の観点から、公序説によって不法行為地法主義を十分に説明することは困難のように思われる。

(b) 予測可能性

法の予測という場合には、次の2つの法を区別しなければならない。交通法規などの“考慮”されるべき規定と“適用”されるべき不法行為法である。

① 交通法規など

当事者には、不法行為地において通用している交通法規やスキー場のルールなど、行為準則の遵守を期待することができる。しかし、予測可能性の観点から準拠法としての適格性が問われているのは、損害賠償の成否とその程度を決定する不法行為地の規定である。その地の交通法規など行為準則を定める規定ではない。後者の規定は、“適用”されるべき不法行為法のたとえば過失概念の枠組の中でこれを“考慮”すれば足りるはずである⁽³¹⁾。

② 不法行為法

準拠法としての不法行為法そのものの予測可能性については、事故発生前と事故発生後に区別して論じなければならない。

(i) 事故発生前における予測可能性

事故が発生する前、不法行為地の法は潜在的な加害者にたいして責任保険加入を動機づけるという意味において、行為の指針となっている。しかし、事故をおこせば損害を賠償しなければならないということは知っていても、当事者は、通常、不法行為地法の内容を知っているわけではない⁽³²⁾。保険会社も、旅行者が滞在する国の不法行為法の内容を明確に知っているわけではない。外国の不法行為法を調査し、その内容に応じて保険料率を算定しているわけではない。保険料率は現実には生じた事故を経験しながらアップダウンを繰り返して落ち着くところに落ち着くべき性質のものであるからである。

(ii) 事故発生後における予測可能性

事故が発生した後つまり損害の填補との関係では、準拠すべき不法行為法は保険金支払の有無およびその額を算定するためのルールとしての意味をもっている。事故発生後において当事者の予測する法は、被害者が不法行為地たる外国に居住する場合と日本に居住する場合とで異なる。

被害者が不法行為地たる外国に居住する場合、被害者は当該外国法に従い算定された保険金額を期待すると考えるべきであろう。責任保険は被害者にとって確実な救済手段であることを想起しなければならない。さらに、損害賠償額が不法行為地たる外国の法律に従って算定される可能性があるからこそ、加害者は責任保険に加入したといえよう。その意味で不法行為地法の適用は加害者にとっても不測の事態とはいえない。こういった状況では、不法行為地は連結素としての適格性を保持している⁽³³⁾。

外国において発生した事故であっても被害者が日本に居住するときは事情が異なる。純国内的事案において同じような傷害を負った隣人が保険会社から受けとるであろう保険金に相当するものを被害者は期待するはずである。加害者もまた日本法に従って算定された保険金の支払いを覚悟すると思われる。保険実務の上に置いても、損害が軽微な場合には、日本の自賠責保険や自動車の対人賠償保険の基準に準拠して示談が行われているといわれている。日本の保険会社との間で契約を締結した加害者と被害者がともに日本に常居所を有するときには、予測可能性説は不法行為地法主義をうまく説明できないのではないか

と考えられる。

3 例外的な連結の必要性とその範囲

公序説や予測可能性説による説明は不法行為地法主義の根拠をそれなりに説明する。しかし、責任保険の登場によって損害填補的機能が強化されると、損害の填補が抑止的機能を含意するという関係は崩れる。責任保険がカバーする事故との関係においては、公序説は維持できないように見える。予測可能性説についても同様である。損害填補機能が強化されると、不法行為地(行動地と結果発生地)よりも損害発生地の法律にたいする当事者の期待が重要性をもつからである。

責任保険が提起する問題は不法行為地法主義の根拠にとどまらない。連結にあたって視野に入れるべき者と法適用者について、責任保険は国際私法上無視できない問題を提示する。さらに、不法行為地法主義に対する例外を認める必要性は、無過失責任だけでなく過失責任についても、肯定されなければならない。

(1) 不法行為に関係する者

(a) 保険者

不法行為地が連結素として適格性をもつ理由の1つは、損害負担が加害者から被害者への損害の移転によって行われるという点に求められるよう。加害者と被害者という1対1の個別関係の連結が問題であるため、不法行為地は両者がともに関連する地という意味をもつからである。他方、責任保険がカバーする事故損害については、損害の負担との関係において保険者の存在は無視できない要素となる。保険者の存在は、被害者が保険者を直接請求できる場合には明確となる。しかし、直接請求が認められない場合にも、保険者は当事者の紛争の背後にあって解決に実質的影響を与えている。責任保険契約の下では、保険者の承諾がなければ加害者が自らの責任を認めることができないからである。

保険者の存在は抵触法上も無視すべきではない。その意味で、被害者と加害者という二当事者だけを視野に入れた不法行為地という連結素はかならずしも

つねに適切な準拠法を導かないであろう。

(b) 法適用者

責任保険に基づく保険金の支払のためには、加害者の責任とその程度がその前提要件として確定されなければならない。留意すべきは、責任保険によって事故がカバーされる場合、事件の多くは裁判外において示談で処理されるという点である。その場合、保険金支払いの有無・程度は保険会社の保険金支払い担当社員が決定する。保険会社の社員の事務処理が裁判所の活動に代わることを考慮すれば、その事務処理能力に配慮した準拠法の決定が必要と考えられる。

(2) 責任の種類

わが国の学説上、責任保険の存在を抵触法の平面に反映させようとする見解もないではない。折茂説である。その見解は次の2点の主張によって特徴づけられる。第1に、過失責任か無過失責任かに応じて、抵触法上異なった処理を与えようとする点。第2に、責任保険が抵触法に含意する影響につき、その視野を無過失責任、とくに加入が義務づけられる責任保険と結びついた無過失責任に限定している点である。この見解には賛同できない。

(a) 過失責任と無過失責任

過失責任主義は潜在的加害者のためにその行為の自由領域を画定する。この画定基準についての予測可能性は抵触法上考慮されなければならない。他方で、この意味での予測可能性は無過失責任との関連では問題とならない⁽³⁴⁾。折茂説は、この点に、過失責任と無過失責任とを抵触法の平面で区別する理由を求めているようである。解釈論の平面においては、隔地的不法行為ついて、過失責任については行動地が、無過失責任については結果発生地が、各々不法行為地とされる⁽³⁵⁾。しかし、無過失責任が妥当する領域においても、潜在的加害者の予測可能性が抵触法上無視されてよいわけではない。当然のことながら、無過失責任を定める規定においては、加害者の主観を標準として行為の自由領域が画定されるわけではない。しかし、自由領域の画定が問題とならないというわ

けではなく、それらの規定にあっては客観的な法律要件によって責任の存否が決定される⁽³⁶⁾。たとえば、日本の「原子力損害の賠償に関する法律」は「原子炉の運転等の際、当該原子炉の運転等により原子力損害を与えたとき」に、「当該原子炉の運転等に係わる原子力事業者」が賠償責任を負う、と定める。抵触法上、こういった法律要件についての予見可能性は保障されなければならない。

(b) 過失責任と責任保険

たしかに、歴史的に、責任が厳格化されてもなお行為の自由を保証するために案出されたのが責任保険であり、責任保険は無過失責任とともに生まれたとすることができる。「不法行為ノ発生ヲ抑制シ社会ノ秩序ヲ維持」する点に損害賠償の目的が求められた時代にあつては、責任保険が過失責任について否定されるのは当然であつた⁽³⁷⁾。保険者が損害填補を肩代わりするため、潜在的加害者の注意力の弛緩が懸念されるからである。事実、米国においても1930年代あたりまでこういった観点から責任保険の効力が裁判所において問題とされたようである⁽³⁸⁾。しかし、今日では、責任保険はそのような無過失責任における潜在的加害者の保護手段としての色彩を希薄にしている⁽³⁹⁾。むしろ、責任保険が被害者の確実な救済手段となるため、今日では、責任保険の目的は過失責任をも含めた被害者保護へと移行しているといえる⁽⁴⁰⁾。もしこのような背景がなければ、Babcock判決は生まれなかったと推測される。それゆえ、責任保険による損害填補機能の強化が抵触法の平面で及ぼす影響は、無過失責任だけでなく過失責任についても認めなければならないのである。

4 提 案

過失責任か無過失責任かを問わず、責任保険による損害填補的機能の強化は、不法行為地法主義が妥当しない不法行為の存在を現出させたようにみえる。このことを受けて、今後の学説のたたき台なることを希望しながら、次のような提案をしたい。すなわち、法例の解釈論として、「不法行為地とは異なる地と事案がより密接に関連する場合には、その地の法による」との法規を、法例11条1項の規定に付加して導入すべきではないかというものである。以下、若干の

説明を加えたい。

(1) 例外的連結と“社会学的埋め込み”

冒頭に述べたように、前述のスキー事故の例が例外的処理の必要性を感じさせるとすれば、それは次の2点に起因していると思われる。第1に、被害者と加害者がともに日本で生まれたスキーツアーのメンバーであり、そのため両当事者が不法行為地国とは異なる“本国”を共有しているという点。第2に、責任保険の対象となりうる事故のために、不法行為の成立よりも損害の填補という局面が重要性をもつという点である。Binderによる不法行為準拠法の“柔軟化”という考え方は第1の点を視座においた提案といえよう。この提案の特色は、不法行為の効果だけでなくその成立をも標準にしながら、当事者に共通する社会環境への“行為の社会学的埋め込み”(Soziologische Einbettung der Tat)を試みようとする点にある⁽⁴¹⁾。

ここで提案されている例外的処理は、不法行為地とは別の地への“社会学的埋め込み”を目指すものではない。日本の団体旅行客の一員がパリのレストランにおいて他の日本人の名誉を毀損する発言をしたため生じた損害賠償請求につき、フランス法ではなく日本法を適用しようとするものではない⁽⁴²⁾。海外旅行のための責任保険約款は名誉毀損をカバーせず、そのため、損害の填補に重心が移動した不法行為のタイプには属さないからである。もしこういったケースにも日本法の適用を解釈論上肯定しようとするれば、不法行為制度の機能変化とは別の理由が必要となろう。

他方で、責任保険がカバーできる事案に関するかぎり、被害者と加害者が同一のグループに属していたか否かという事実は決定的意味をもちえない。同一のグループには属せず、たまたま日本に常居所を有していた者であったという場合においても、第II章で述べたように、日本法による損害填補は合理性を有するからである⁽⁴³⁾。

(2) 準拠法の予測に関する公平

責任保険による損害填補機能の強化は、不法行為地とは区別される損害発生

地の重要性を示唆する。しかし、損害発生地をそのようなものとして例外的な連結素とすることはできないと考えられる。不法行為制度は、加害者側に非難可能性があった場合にのみ損害を負担させることにより、公平な損害負担をはかろうとする。被害者と加害者間の公平は、国際私法上、準拠法の予測可能性について公平を要請しよう。不法行為地は、この点の中立性を確保するという意味で、連結素としての適格性を有している⁽⁴⁴⁾。学説上も、準拠法の予測可能性についての公平は、隔地的不法行為に関する議論が示すように、とくに重要とみられてきた。行動地法や結果発生地法といった中立性をかならずしも含意しない法が準拠法とされる場合には、そのための正当化理由が必要とされてきたのである。本稿で提案されている例外的な処理との関係でも、準拠法の決定につき公平の要請は貫かれなければならないであろう。“損害発生地”が事故後において後遺症の発生した地などを含むかぎり、この要素そのものを連結素とすることはできないと思われる⁽⁴⁵⁾。したがって、保険者の存在を連結にあたって考慮するとしても、加害者と被害者間の公平の要請を満たす範囲においてのみ肯定されるべきである⁽⁴⁶⁾。

(3) 一般条項の必要性

公平の要請を満たす基準としては、まず、被害者と加害者の共通常居所地をあげることができよう。潜在的加害者は、通常、その常居所地において営業する保険者との間で海外旅行傷害保険などの契約を締結する。被害者もまた同じ国に常居所を有している場合には、その地の損害負担のルールを期待するとみられるからである⁽⁴⁷⁾。なお、保険契約の準拠法は事故発生前に固定されるから、その後における常居所の変更は抵触法上考慮されるべきではあるまい⁽⁴⁸⁾。さらに、海外旅行中に破損したスーツ・ケースがレンタル業者から借りたものであるような場合には、賃貸借契約の準拠法も重要性をもつものと考えられる。

「不法行為地とは異なる地と事案がより密接に関連する場合には、その地の法による」との例外条項はそれじたい不確定であり、法的安定性や予測可能性の観点から望ましいものではない。しかし、不法行為地法主義の射程外にある不法行為の状況と「事案がより密接に関連する地」をあらかじめ想定することは

困難であり、このことはやむをえない。とはいえ、例外条項によるべき場合というのは、責任保険が一般的に利用できる事故損害が問題となる場合であり、わが国で問題となる事案では共通常居所という基準によってほとんどの場合準拠法は定まるとみられるから、実際的な不都合はないと思われる⁽⁴⁹⁾。

(4) 例外条項の射程範囲

例外条項は責任保険が利用できる事案に適用され、現実に保険契約が締結されているか否かは問うべきではない。まず、責任保険によって一般的にカバーされる事故損害については、不法行為法のもっていた抑止的機能は希薄なものとなっており、このことは責任保険契約が締結されているか否かにかかわらず、認められることである。第2に、抑止的機能が後退しているかぎりかぎりにおいて、不法行為の成立に関する予測ではなく事故発生後における当事者の期待つまり損害の填補にたいする期待が重要であることも、責任保険の締結いかに左右されることではない。第3に、なによりも、潜在的加害者が保険料を支払う経済的能力を有するか否かによって準拠法が異なるという結果は妥当とはいえないからである⁽⁵⁰⁾⁽⁵¹⁾。

- (1) 離婚にたいする慰謝料の問題がこのことを例証するかもしれない。この問題はしばしば裁判実務において不法行為と性質決定されているけれども、そういった事案において不法行為地は日本であったとってよい。
- (2) Gerhard Hohloch, Auflockerung als Lippenbekenntnis? Zur Konsolidierung der Tatortregel im deutschen internationalen Deliktsrecht-BGH, NJW 1977, 496, JuS 1980, 19.
- (3) しかし、大阪地判昭和62年2月27日判時1263号32頁のような事案もある。
- (4) 千葉地判平成9年7月24日判時1639号86頁の事案はまさしくスキー事故に関するものであった。
- (5) ドイツにおいても、不法行為地法主義にたいする例外的処理の必要性は交通事故とスキー事故との関連から生ずるようである (Hohloch, op.cit. (n.2) 19)。
- (6) 同じ問題関心は、すでに、中野俊一郎「渉外的道路交通事故と共通属人法の適用—ドイツの判例理論の展開」神戸41巻1号129頁以下(1991)によって表明されている。
- (7) 不法行為法の機能変化を抵触法の平面に反映させようとするアプローチをとるものとし

- ては, Gerhard Hohloch, Das Deliktsstatut (Frankfurt am Main, Alfred Metzner, 1984) 229 et seq.
- (8) 参照, 藤岡康宏「私法上の責任——不法行為責任を中心として」『岩波講座・基本法学5 責任』214頁(岩波書店, 1984)。
- (9) 藤岡・前掲(8)213-214頁。
- (10) 藤倉皓一郎「不法行為責任の展開」同法107号5頁(1968)。
- (11) 山田三良「国際私法上ニ於ケル不法行為」内外論叢1巻4号61頁(1902)。
- (12) 山田・前掲(11)63-64頁。
- (13) 山田・前掲(11)67頁。
- (14) 法例11条2項および3項の規定が立法された背景には次のような事情があったのではないかと推測される。よく知られているように, 法例の規定はゲーブハルト(Gebhard)草案をもとに作られている。しかし, 法例11条2項および3項の規定は, 後述するように, 英国の判例(The Halley)についての解説書の記述を参考にしたものである。その理由は, おそらく, 次の3点にあったものと推測される。すなわち, まず, いかなる不法行為事件が国際的状況において典型的な形で発生するかにつき, ドイツの学説および判例は十分な情報を提供できなかったという点である(当時のドイツの学説・判例の状況については, 中野俊一郎「ドイツにおける不法行為地法主義の形成過程」神戸40巻2号415頁以下(1990), とくに426頁を参照)。第2に, The Halley事件における不法行為地たるベルギー法の規定がとくに損害の填補というよりは公益に関係する目的・機能をもつものであったことが挙げられよう。ベルギー法の関連規定は水先案内人の使用を強制し, その過失についても船舶所有者は責任を免れえないとするものであった。これは, 港湾内の衝突防止という目的をもっていたものと推測される。第3に, 法例の制定当時, 隔地的不法行為につき不法行為地とは行動地か結果発生地かという問題設定が想定されていなかったのではないかと推測される。
- (15) この英国の法律について, 参照, 西賢「英国1995年国際私法(雑規定)法」姫路23・24合併号37頁以下(1998), 齋藤彰「連合王国における不法行為抵触法の改正——不法行為準拠法についての国際私法を改正する制定法の成立について」関法4巻3号195頁以下(1996)。
- (16) (1868) L.R. 2 P.C.193. 法例11条2項および3項の規定が定立された際にこの判例が参照されたことについては, 参照の法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会・法例議事速記録』123頁(商事法務研究会, 1986)。
- (17) Morse, Torts in Private International Law: a New Statutory Framework, 45 ICLQ 1996, 891.
- (18) 山口弘一「不法行為の準拠法」商学研究7巻2号12頁(1928)。
- (19) 山田・前掲(11)63頁。
- (20) von Liszt, Die Deliktobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1898,

1, 3.

- (21) 参照, Rohe, *Zu den Geltungsgründen des Deliktsstatuts* (Tübingen, J.C.B. Mohr, 1994) 168-169.
- (22) Armand Lainé, *Étude sur le titre préliminaire du projet de révision du Code civil belge*, 19 *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1889-1899, 554-555.
- (23) 参照, Theodor Niemeyer, *Zur Vorgeschichte des Internationalen Privatrechts im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch* (München/Leipzig, Duncker & Humblot, 1915) 158.
- (24) 参照, 山口・前掲(18) 284 頁。
- (25) 参照, 山口・前掲(18) 284 頁。
- (26) 久保岩太郎『国際私法論』427 頁 (三省堂, 1935)。
- (27) 久保・前掲(26) 407 頁。
- (28) 折茂豊『涉外不法行為法論』96 頁 (有斐閣, 1976)。
- (29) この点については, Rohe, *op. cit.* (n.21) 220.
- (30) その他, 国際的な不法行為に関する責任保険としては, (海外でのレンタカー使用に伴う事故をカバーする) “自動車運転者損害賠償責任危険担保特約条項” や (海外駐在員とその家族が加害者となる事故をカバーする) “家族総合賠償責任危険担保特約条項” のついで “海外旅行傷害保険普通保険約款” などをあげることができよう。しかし, 個人の賠償責任をカバーする保険に個人国外危険担保特約条項をつければ国外で生じた事故も対象となり, “海外旅行傷害保険” 以外にも多種多様な責任保険が存在する。
- (31) そういった行為準則が公法上の制裁を伴う場合には, 当事者に遵守が強制されるため, “考慮” の対象となりやすいけれども, 公法的な性質が “考慮” すべき法規とその他の法規を区別する基準となるわけではなからう (Hans Stoll, *Die Behandlung von Verhaltensnormen und Sicherheitsvorschriften*, in: *Erst von Caemmerer (hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse* (Tübingen, J.C.B. Mohr, 1983), 174)。たとえば, スキー場のルールも “考慮” される資格を有する (Peter Kleppe, *Die Haftung bei Skiunfällen in den Alpenländern* (München/Berlin, C.H. Beck, 1967), 257)。さらに参照, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13. Aufl. (Berlin, de Gruyter, 1998) EGBGB Art. 38 (von Hoffmann) Rdnr. 153)。
- なお, ドイツにおける議論については, 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 (3)」法雑 38 卷 3・4 号 84 頁 (1992) 以下を参照。
- (32) 国際的な交通事故の場合, 当事者がどの国を通過するかは, 通常, 通過国の不法行為法を基準にして選ばれるわけではない (Rohe, *op. cit.* (n. 21) 224)。スキー事故についても, スキー場の選択は候補地の不法行為法の内容いかんによって決定されるわけではないであろう。

- (33) より一般的な説明を提供するものとして, Jan Kropholler, *Ein Anknüpfungssystem für das Deliktsstatut*, 33 *RabelsZ*, 1969, 620.
- (34) 参照, 折茂・前掲(28) 98-99 頁, 237-238 頁。
- (35) 折茂豊『国際私法(各論)(新版)』(有斐閣, 1972) 180 頁。
- (36) 参照, Walter Bröcker, *Möglichkeiten der differenzierten Regelbildung im internationalen Deliktsrecht* (München, LEIDIG-Drug, 1967) 86.
- (37) von Lisztの理解する不法行為制度の目的と責任保険との関係について参照, Christian von Bar, *Das Trennungsprinzip und die Geschichte des Wandels der Haftpflichtversicherung*, 180 *AcP*, 1981, 312.
- (38) 参照, Mary Coate McNeely, *Illegality as a Factor in Liability Insurance*, 41 *Col. L. Rev.* (1941) 26 et seq.
- (39) 伊澤孝平「責任保険の発展と過失の付保」法学 20 卷 4 号 1 頁以下を参照。
- (40) 西島梅治「責任保険」『岩波講座 基本法学 5—責任』297-298 頁(岩波書店, 1984)
- (41) Heinz Binder, *Zur Auflockerung des Deliktsstatuts*, 20 *RabelsZ*, 1955, 481 et seq.
- (42) 折茂・前掲(28) 345 頁の例。
- (43) Hohloch, *op.cit.* (n.2) 22-23は, 第1の視座からの連結を“Ereignisbezogene Anknüpfung”といい, 後者の視座からの連結を“Folgenorientierte Anknüpfung”という。こういった解決に異論を唱えるものとして, Lorenz, *Die allgemeine Grundregel betreffend das auf die außervertragliche Schadenshaftung anzuwendende Recht*, in: von Caemmerer (hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse* (Tübingen, J.C.B. Mohr, 1983) 145 et seqを参照。この点について, 国友・前掲(31) 72-73 頁も参照。
- (44) Thomas Schönberger, *Das Tatortprinzip und seine Auflockerung im deutschen internationalen Deliktsrecht* (München, Florentz, 1990) 10-11.
- (45) 参照, Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 3. Aufl. (Tübingen, J.C.B. Mohl, 1997) 458.
- (46) 前掲(4)の千葉地裁判決の評釈たる森田博志「判批」ジュリ 1155 号 281 頁(1999)は, 当事者の公平を視野に入れながらも第2次的な損害をも含めて“損害発生地”を“原因事実発生地”の1つに入れようと示唆する。しかし, 今日, なぜ損害発生地が連結に際して重要な要素をもつにいたったのかを想起すべきであろう。
- (47) 参照, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3. Aufl., Bd.10, *EGBGB Art.1-38/IPR* (München, C.H. Beck, 1998) Art. 38 (Kreuzer) Rdnr. 90. 交通事故との関係で, 参照, Rohe, *op.cit.* (n.21) 193-194.
- (48) Staudinger/von Hoffmann, Rdnr. 133 zu Art. 38.
- (49) なお, 前掲(4)の千葉地判平成9年7月24日判時1639号86頁は, 当事者が日本法の適用を前提として主張・立証していることから, 日本法を準拠法として選択する意思があるとし

ている。このような推論それじたいの妥当性はともかくとして、事故発生後に行われるかぎり、当事者による法選択の可能性を解釈論として排斥することはできない。被害者と加害者の常居所が異なる事案では実際的に有用かと思われる(そのような事案として、東京地中間判決昭和54年3月20日判時925号78頁)。さらに、法選択は準拠法を明確に特定できるという利点を有している。ただ、法選択を認めるには、その要件・効果が明確でなければならない。中野俊一郎「不法行為に関する準拠法選択の合意」民商102巻6号78頁以下(1990)はこの点につき示唆に富んでいる。今後の検討課題としたい。

- (50) 参照, Rainer Deville, *Der gewöhnliche Aufenthalt als ausschließliches Anknüpfungsmerkmal im internationalen Verkehrsunfallrecht*, IPRax, 1997, 410.
- (51) さらに付言するならば、加害者が責任保険に加入している場合ではなく、被害者が傷害保険に加入している場合にも、保険者の存在を考慮しなければならない。被害者に保険金を支払った保険者は、次に、支払い額を限度として、加害者にたいする損害賠償請求権を取得するにいたるとみられるからである。

(2000年2月脱稿)

The Exception to *Lex Loci Delicti* in Japanese Private International Law

Jun YOKOYAMA

Professor, Graduate School of Law, Hitotsubashi University, Tokyo

A skiing accident took place in a state of Canada. The parties were both habitually resident in Japan and on the same organised tour. The choice of law rule stipulates the principle of the *lex loci delicti commissi* (Article 11, paragraph 1 of Horei). Nevertheless, a Japanese court applied Japanese law to the tort liability. It seems likely that the two factors drove the court to displace the *lex loci delicti commissi* in favour of Japanese law. The one is that the case had a closer connection with Japan. The other is the likelihood that, if the accident had been covered by the liability insurance, the case could have been resolved by means of the out-of-court settlement under Japanese law. The first factor is not peculiar to the international tort, although the accidental nature of the *locus delicti commissi* is more obvious than other connecting factors. More important is the second factor.

In 1898, when the present choice of law rule on tort was enacted, the legislator probably adopted the principle of the *lex loci delicti commissi* on the assumption that the compensation played much the same role with the punishment. Academic writers who disclaimed such affinity between them tried to explain the principle in terms of the deterrent nature of the tort law or of the parties' expectations. The experience shows us that these explanations do not seem valid after the liability insurance has become common among Japanese tourists going abroad. The foreign *lex loci delicti* has little deterrent effect upon them, because compensation should be sought only from the insurer. The expectations of the parties shifted from the harmful event itself to its effects. Thus, the *lex loci* lost most of its value in respect to accidents to be covered by the liability insurance. It may be added that we should bear in mind the insurer who is expected to have influence upon the process of compensation. Further, employees of insurance companies usually arrange out-of-court settlements when victims received minor injuries. They are hardly expected to make such arrangements under foreign laws.

We propose that the provision set out in Article 11 of Horei should be interpreted to contain the following general rule: the *lex loci delicti commissi* may be displaced in favour of the law of another country where it appears from the circumstances as a whole that the tort liability is more closely connected with the latter country. In finding such a country, the court has to maintain neutrality of the applicable law in terms of the parties' predictability. Thus, the above rule is likely to lead to the law of the country of the parties' common habitual residence where the tortfeasor usually enters into the contract with the insurer. It is to be noted that it is immaterial whether a tortfeasor has insurance in a concrete case, because the applicable law should not depend upon whether the tortfeasor can afford it financially.