

# 国際私法における弱者利益の保護について

—若干の比較立法的考察—

## The Conflict Rules Protecting Weaker Parties in Private International Law

笠原 俊宏

- 目次
- 1 前書き
  - 2 国際私法立法における弱者利益の保護
    - (1) 子の保護
    - (2) 被後見人等の保護
    - (3) 要扶養者の保護
    - (4) 消費者及び労働者の保護
    - (5) 被害者の保護
  - 3 若干の考察
    - (1) 序説
    - (2) 最密接関係法の優先的適用
    - (3) 段階的連結の規則
    - (4) 択一的連結の規則
    - (5) 当事者自治の原則
    - (6) 反致の活用
    - (7) 公序則の発動
    - (8) 総括
  - 4 後書き

### 1 前書き

近代私法における三大原則として挙げられているのは、所有権絶対の原則、契約自由の原則、過失責任の原則である。しかし、第二次世界大戦後における趨勢として、それらの何れの原則も修正を受けるに至っていることは周知の通りである。先ず、所有権絶対の原則については、公共の福祉のために制限することができることとされ（民法第1条第1項参照）、また、契約自由の原則については、経済的弱者に不利な立場を強いる契約は制限され（消費者契約法、借地借家法等参照）、更に、過失責任の原則については、特別法における無過失責任の法理の導入により、被害者の保護が図られている（製造物責任法等参照）。これらの修正は何れも民法の範疇において行なわれているものであるが、弱者利益の保護の理念は、今日、国際私法においても、益々、有力な指導理念となっている。例えば、契約自由の原則は、国際私法上においては当事者自治の原則、

すなわち、契約当事者による準拠法選択を原則的に許容する立場として、また、過失責任の原則は不法行為地法主義の立場として発現していると思われるものであるが、民法上におけると同様に、近時、それらの立場も、国際私法的な観点及び方法をもって修正を受けていることが看取される。そのような傾向の推進力となっている弱者利益の保護の思想の国際私法の分野への導入は、大戦後、間もなく、シャルル・クナップ（Charles Knapp）によって唱えられ、その後、契約や不法行為の財産法分野に止まらず、子や要扶養者の保護等、家族法の分野にまで及んでおり、既に確立した考え方として定着している<sup>1</sup>。

国際私法における弱者利益の保護も、結局、弱者とされる者の利益に寄与する解決の確保を目指している点において、民法の場合と同様である。しかし、本来、国際私法が準拠実質法を決定するための法であり、当面の法律関係を直接的に規律する民法等のような実質法とは異なる次元に位置付けられる規則（抵触規則）をもって構成されているため、従来、抵触規則に見られる弱者保護の実現のための方法は、基本的には、それに固有の間接的な方法をもって図られることが多く、また、その後、弱者利益の保護へ向けて大改正が断行された諸国国際私法において採用されている規則の態様も多様であり、そして、いまだ流動的である。そこで、この小稿は、とくに比較国際私法立法的観点から、近時の諸外国国際私法立法を概観し、それらを分析した結果を踏まえて、国際私法上における弱者利益の保護のあり方について、若干の検討を試みようとするものである。

## 2 国際私法立法における弱者利益の保護

### (1) 子の保護

国際私法上における子の利益保護は、子の属人法の適用による保護の他、具体的には、実質的な嫡出保護、準正保護、認知保護の可及的な実現を目論んだ連結規則の採用、及び、認知や養子縁組等における保護条項（セーフ・ガード

1 バウル・ハイニリッヒ・ノイハウス（桑田三郎訳）「ヨーロッパ国際私法上新たな道は存在するか」法学新報81巻9号133頁以下、とくに144頁参照。  
2 松岡博「国際私法における子供の権利保護」澤木敬郎＝舛場準一編『国際私法の争点（新版）』（有斐閣、1996年）40頁以下参照。

条項)の導入をもって表明されている<sup>2</sup>。それとして、早くから、より一般的・総括的な規定として知られているのは1979年のハンガリー国際私法第46条である。同条は、「ハンガリー国民、又は、ハンガリーに居住している子の家族法上の地位、ないしは、その者とその親との間に存在している関係、並びに、子に対する扶養へは、ハンガリー法が子にとってより有利であるとき、これが適用される。」と定めるものである<sup>3</sup>。これと同様な立場をとっている立法として、余り知られていないが、すでに、1964年のアルバニア「外国人による民事上の権利の享有及び外国法の適用に関する法律」第9条が、父性又は母性の認知又は否認、並びに、他のあらゆる親子間の関係は、子の本国法に依るとして上で、子の利益に合致する場合には、アルバニア法に従って規律することができるという立場を表明していた<sup>4</sup>。1998年11月27日のチュニジア「国際私法の公布に関する法律」第50条は、子の監護について、婚姻解消の準拠法、子の本国法、子の住所地法の中から、また、同法第52条は、親子関係の創設について、被告の本国法若しくは住所地法、子の本国法若しくは住所地法の中から、「子にとって最も有利な法律」を適用することを裁判官に命じている<sup>5</sup>。同様に、子の血統(認知、父子関係又は母子関係の確定又は争訟)について、子にとって最も有利な法の考慮の下に、択一的連結の規則を定めているのが、2000年7月18日のリトアニア共和国民法典第1条の31第1項である<sup>6</sup>。2005年5月4日のブルガリア「国際私法に関する法典」第83条第1項は、親子関係の確定について、子の出生当時の国籍国法に依ることを本則とするが、同第2項は、「子にとってより有利であるときは」、親子関係確定当時の子の国籍国法若しくは常居所地法、又は、出生当時の父母の身分関係の準拠法の何れかの法の適用を規定している。さらに、同第3項は、第三国法への送致に言及し、当該法が子の親子関係の確定を認めている場合にのみ肯定する<sup>7</sup>。

わが国際私法上、まず、嫡出保護の立場については、平成元年に改正された

3 拙編訳『国際私法立法総覧』(富山房、1989年)309頁以下参照。

4 拙編訳・前掲書24頁以下参照。

5 拙稿「チュニジア国際私法の法典化について」東洋法学44巻2号79頁以下参照。

6 拙稿「リトアニア国際私法の改正について—新旧立法の比較—」東洋法学52巻2号211頁以下参照。

7 拙稿「ブルガリア国際私法の法典化について」東洋法学54巻1号187頁以下参照。

法例（以下、「改正法例」とする）第17条第1項において、「夫婦ノ一方ノ本国法ニシテ子ノ出生ノ当時ニ於ケルモノニ依リ子ガ嫡出ナルトキハ其子ハ嫡出子トス」と定められ、その規定は、平成18年6月21日法律第78号により、改正法例が改正され、そして、改称された「法の適用に関する通則法」（以下、「通則法」とする）第28条第1項に受け継がれている。この規定は、夫又は妻の何れか一方の本国法に依れば嫡出性が認められる限り、同法が必須的に適用されなければならない、それにより、可及的に、子は嫡出子とされること（嫡出保護）を定めるものである。子が嫡出子であるか否かは、夫及び妻の本国法である実質法の内容に従って判断された結果であるから、当然に、準拠法の決定に先立ち、実質的判断をなすことが求められている。同様の立場としては、1978年のオーストリア国際私法典第21条、及び、それに倣っている1996年のリヒテンシュタイン国際私法第22条が、子の嫡出性について、子の出生の当時の夫婦の属人法に依るとしながら、夫婦の属人法が異なるときは、子の嫡出性にとってより有利な属人法が適用されるべきことを定めている<sup>8</sup>。2011年2月4日のポーランド国際私法は、第55条第1項において、子の出生当時の本国法を本則としながら、同条第2項において、それによって父子関係の確認がえられないときは、血統確認の当時の子の本国法の適用を補則としている<sup>9</sup>。それに対して、1984年のベルギー共和国民法典第2083条は、子の嫡出性にとってより有利な法に依るべきことを端的に定めている<sup>10</sup>。

同様のことは、改正法例第19条第1項についても言うことができる。同項においては、「子ハ準正ノ要件タル事実ノ完成ノ当時ノ父若クハ母又ハ子ノ本国法ニ依リ準正ガ成立スルトキハ嫡出子タル身分ヲ取得ス」と定められており、父の本国法、母の本国法、子の本国法の3つの法の中、何れかの法が準正の成立を認める限り、当該法が必須的に適用されなければならない、それにより、同項は、可及的に、非嫡出子が嫡出の身分を取得すること（準正保護）を定めるものであり、この規定は、通則法第30条第1項に受け継がれている。何れの

8 拙編訳・前掲書70頁、拙稿「リヒテンシュタイン国際私法の法典化とその特質」東洋法学41巻2号315頁以下参照。

9 拙稿「ポーランド国際私法の改正について」東洋法学56巻1号203頁以下参照。

10 拙編訳・前掲書348頁以下参照。

法が準正の成立を認めるかは、3つの実質法の内容に従って判断された結果であって、同項もまた、当然に、準拋法の決定に先立ち、実質的判断を求めるものである。同様の立場としては、前出オーストリア国際私法第22条及び前出リヒテンシュタイン国際私法第23条が、準正について、父母の属人法に依るとしながら、それが異なるときは、子の準正にとってより有利な属人法に依るべきことを定めている。1999年のスロベニア「国際私法及び手続に関する法律」第45条第1項も、「父母が同一の国籍を有しないときは、準正が有効である父母の一方の法に従うものとする。」と規定している<sup>11</sup>。

また、認知についても、親子関係の成立により、子の扶養料請求権や相続権等の親との関わりにおける子の諸権利が認められることとなることから、一般的には、認知保護は子の保護に帰するものとして考えることができる。そのような観点から、改正法例第18条第2項前段も、父による認知について、子の出生の当時の父の本国法、また、母による認知については、その当時の母の本国法による他、「認知ノ当時ノ認知スル者又ハ子ノ本国法ニ依ル」と定めており、そのまま、通則法第28条第2項前段へ受け継がれている。これは、連結の多元化により、認知による親子関係の可及的な成立に配慮したものである。法文上、一定の法の適用は義務付けられてはいないが、やはり、準拋法の決定に先立ち、上に列挙された個々の実質法の内容が検討されるべきこととなるであろう。前出ポーランド国際私法第55条第3項は、より具体的に、認知当時の子の本国法の適用を本則としながら、認知が認められないときは、出生当時の子の本国法を適用することを規定して、認知保護の立場を表明している。

しかし、また、子の意思に反した認知が行なわれることを避けるため、改正法例第18条第1項後段は、「子ノ認知ニ因ル親子関係ノ成立ニ付テハ認知ノ当時ノ子ノ本国法ガ其子又ハ第三者ノ承諾又ハ同意アルコトヲ認知ノ要件トスルトキハ其要件ヲモ備フルコトヲ要ス」として、子の本国法が部分的に父の本国法ないしは母の本国法と累積的に適用されるべきことを求めており、同条第2項後段においても、「認知スル者ノ本国法ニ依ルトキ」について、同様のこと

11 拙稿「スロベニア国際私法の法典化について」東洋法学48巻2号257頁以下参照。

が定められている。そして、それらの規定は、通則法第29条第1項後段及び同条第2項後段において受け継がれている。一般的に、累積的連結という抵触規則は身分行為の成立を困難にするものであり、従前の法例に見られたそのような連結規則は、平成元年の法例改正において排除されているが、現行法においては、「子の利益保護」という新たな理念の下に、制限的された範囲をもって、寧ろ、積極的に導入されている。このような立場が前記の保護条項(セーフ・ガード条項)と呼ばれるものであり、養子縁組における養子の保護を顧慮した改正法例第20条第1項後段においても採用されていた。すなわち、「若シ養子ノ本国法ガ養子縁組ノ成立ニ付キ養子若クハ第三者ノ承諾若クハ同意又ハ公ノ機関ノ許可其他ノ処分アルコトヲ要件トスルトキハ其要件ヲモ備フルコトヲ要ス」とするのがそれであり、その規定も、そのまま、通則法第31条第1項後段の規定に受け継がれている。2000年6月1日発効のアゼルバイジャン共和国家族法第155条第3項も、「アゼルバイジャン共和国の領域におけるアゼルバイジャン共和国国民による外国国籍を保有する子の養子縁組のためには、法定代理人、及び、子が保有する国籍が帰属する国家の所轄官庁、並びに、同国法が定める限り、子自身の同意を必要とする。」と定め、また、同条第4項は、「アゼルバイジャン共和国法、及び、それによって締結された国際法上の条約によれば、子の権利が養子縁組によって侵害されるとき、養子縁組は、養親の国籍を考慮することなく、実行されてはならないか、又は、既に実行されているときは、法律上、もとへ取り消されるものとする。」と定めている<sup>12</sup>。

上述の親子関係の創設に関する諸国立法に関しては、前述のように、前出のチュニジア国際私法、リトアニア国際私法、ブルガリア国際私法の他、1991年のカナダ・ケベック州民法典第3091条が、子の出生の当時の子又は両親の一方の住所地法又は本国法であって、子にとって最も有利である法律に依って規律されることを定めている<sup>13</sup>。

親子の権利及び義務については、2005年6月23日のウクライナ「国際私法に

12 拙稿「アゼルバイジャン共和国の国際私法—『国際私法に関する法律』及び『家族法典』中の国際私法規定—」東洋法学51巻2号67頁以下参照。

13 拙稿「ケベック民法典中の国際私法規定について」東洋法学42巻2号121頁以下参照。

関する法律」第66条は、子の属人法、又は、個々の関係と最も密接な関係を有する法が子にとってより有利であるときに、それによって決定されるべきことを規定している<sup>14</sup>。前出ブルガリア国際私法典第85条における親子間の法律関係の規律は、親子の共通常居所地法を本則とした上で、それがないときに、子の常居所地法と本国法との中、子にとってより有利である法の適用を優先するという立場をとっている。

## (2) 被後見人等の保護

改正法例第24条第1項は、「後見ハ被後見人ノ本国法ニ依ル」と定めていた。この規定については、本国法に依るべきではなく、寧ろ、生活に密着した常居所地法に依るべきであるというように指摘されることがある。しかし、常居所地法の内容によっては、被後見人の保護が重視されていない場合も考えられる。従って、単なる被後見人の常居所地法主義によっては、被後見人の利益保護が常に確保されるとは言えない。しかし、いずれにせよ、被後見人の属人法が準拠法とされている点に限ってみれば、確かに、弱者である被後見人の利益保護が顧慮されていると見ることができる。従って、その保護は、弱者により密接な法の適用を優先させるという意味での保護、すなわち、形式的保護であり、実質的保護と異なるものである。そして、同項上の立場は、通則法第35条第1項の規定に受け継がれている<sup>15</sup>。

解釈上、被後見人の実質的保護が顧慮されていると考えられるのは、改正法例第24条第2項においてである。すなわち、わが国に住所又は居所を有する被後見人について、後見の事務を行う者がいないときには、日本法に従って後見が開始されることになるが、そのような属地的後見の必要性の観点から、実効的な後見が確保されないような場合についても、後見の事務を行う者がいないと考えるべきとする見解に被後見人保護の立場を垣間見ることができる<sup>16</sup>。単に、属地的後見であることをもって被後見人の保護とせず、より実質的に判断

14 拙稿「ウクライナ国際私法の法典化について」東洋法学55巻3号131頁以下参照。

15 拙著『国際家族法新論（補訂版）』（文真堂、2010年）90頁以下参照。

16 鳥居淳子「法例二四条二項の属地的後見」澤木=畑場編・前掲書191頁参照。

した上で、その立場に拠るべきことを表明しているのが前出ハンガリー国際私法第48条である。すなわち、同条第3項は、後見人選任官庁が帰属する国の法の適用を原則としながらも、被後見人がハンガリーに居住しているときは、ハンガリー法が被後見人にとって有利である限り、同国法が適用されるべきことを定めている。また、後見人（保佐人）と後見（保佐）の下にある者との間の法律関係について、後見人（保佐人）を任命した官庁が帰属する国の法に服することを原則としながら、後見の下にある者がキルギスタン共和国において生活するときは、キルギスタン共和国法がその者にとってより有利である限り、同国法が適用されると規定しているのが、1998年のキルギスタン共和国民法典第1183条第3項であり、また、2001年11月26日のロシア民法典第3部第1199条第3項の立場も同様である<sup>17</sup>。より近時において、前出ウクライナ国際私法第24条第3項の場合には、後見人と被後見人との間のみならず、受託者と信託者との間における関係についても同様の立場がとられている。更に、親権、後見及び無能力者の保護について、2004年のベルギー国際私法典第35条は、被保護者の常居所地法による規律を本則としながら、同法によれば必要な保護が確保されないとき、被保護者の本国法が適用されることを定めている<sup>18</sup>。

### （3） 要扶養者の保護

「扶養義務の準拠法に関する法律」第2条第1項は、「扶養義務は、扶養権利者の常居所地法によって定める。ただし、扶養権利者の常居所地法によればその者が扶養義務者から扶養を受けることができないときは、当事者の共通本国法によって定める。」と規定し、更に、同条第2項は、「前項の規定により適用すべき法律によれば扶養権利者が扶養義務者から扶養を受けることができないときは、扶養義務は、日本法によって定める。」と規定している。これらの規定が、要扶養者（扶養権利者）が可及的に扶養を受けられることを目した段階的連結の規則であることは明らかである。しかも、そこにおいては、形式的保

17 拙稿「キルギスタン共和国民法典（1998年）中の国際私法規定」東洋法学51巻1号235頁以下参照。  
拙稿「ロシア連邦民法典第三部中の国際私法規定について」東洋法学46巻1号69頁以下参照。

18 拙稿「ベルギー国際私法（2004年）の邦訳と解説（上）、（下）」戸籍時報593号20頁以下、594号57頁以下参照。



護と実質的保護の両方が顧慮されていると言うことができる。すなわち、扶養権利者の常居所地法主義が本則とされている点において形式的保護が図られており、また、扶養を受けることができるか否かを判断した上で、準拠法を決定すべきとしている点において実質的保護が図られている。前出ブルガリア国際私法典第87条第1項においても、扶養権利者の常居所地法と本国法との中、その者にとってより有利な法の適用が優先されている。

因みに、同じく段階的連結の規則であっても、子の法を軸としたそれは、親子間の法律関係に関する改正法例第21条においても採用され、そして、それが通則法第32条に受け継がれているが、そこにおいては、形式的保護が顧慮されているに過ぎない。同様のことは、夫婦の同一法主義に立って両性平等の原則を実現したと言われる改正法例第14条、第15条第1項、第16条、及び、それらの条項に相当する通則法第25条、第26条第1項、第27条についても言うことができる。すなわち、そこに見られる両性平等原則を実現しようとする立場は、あくまで形式的なものであり、それらの諸規定によって指定された準拠法は、必ずしも実質的な両性平等原則の実現までをも保証するものではない。

前出チュニジア国際私法第51条もまた、扶養権利者の本国法又は住所地法、扶養義務者の本国法又は住所地法の中、「裁判官は扶養権利者にとって最も有利な法律を適用するものとする。」というように、明らかに扶養権利者を優遇する立場を定めている。1995年のロシア連邦家族法典第163条は、両親と子の権利及び義務につき、子に対する両親の扶養義務を含め、共通住所地法、子の本国法の段階的連結を規則としながら、原告の要求に従い、子の住所地法に依ることもできることを定めている<sup>19</sup>。前出カナダ・ケック州民法典第3094条は、扶養権利者の住所地法と扶養義務者の住所地法の段階的連結の規則である。更に、より緩やかには、1994年のエストニア国際私法第150条が、制限的当事者自治の立場を採り入れて、請求者の住所地法及び被請求者のそのの中から、請求者による選択を認めている<sup>20</sup>。

19 拙稿「ロシア国際私法の改正とその特質について」比較法35号139頁以下参照。

20 拙稿「外国国際私法立法に関する研究ノート(6)―エストニアの国際私法規定―」大阪国際大学紀要国際研究論叢11巻4号87頁以下。尚、その後の改正法については、拙稿「エストニア共和国国際私法の改正について―新旧法の比較検討―」東洋法学56巻3号(近稿)参照。

#### (4) 消費者及び労働者の保護

改正法例第7条第1項は、契約のような法律行為に関する原則として、「法律行為ノ成立及ヒ効力ニ付テハ当事者ノ意思ニ從ヒ其何レノ国ノ法律ニ依ルヘキカラ定ム」と規定し、そして、同条第2項は、補則として、「当事者ノ意思カ文明ナルサルトキハ行為地法ニ依ル」と規定していた。従って、契約当事者間に準拠法の合意が存在するときは、本来、契約は同法に従って規律され、また、準拠法の合意がないときは、行為地法、すなわち、契約締結地法が準拠法となり、それに従って規律されるべきこととされていた。このように、改正法例においては、契約当事者が合意した準拠法の適用が原則であったが、改正法例が施行されていた当時、諸国の立法上、消費者や労働者の保護について、一致した立場が採られていたわけではなく、その保護の内容及び程度にも相違が見られるのが実情であった。しかし、そうした中であっても、例えば、消費者契約、労働契約、借地・借家契約等においては、経済的強者である一方当事者が、経済的弱者である他方当事者の弱い立場に乗じて、自己に有利な契約内容を迫ることが懸念されるため、前述の通り、今日、近代私法の三大原則の一つである契約自由の原則は、弱者利益保護の理念の下に修正されている。もとより、国際私法における当事者自治の原則は、契約自由の原則に由来するものであるが、弱者利益保護の理念の優勢は、国際私法の分野においては、契約準拠法の選定における指導理念として発現していることも前述したところである。そのような理念に則った準拠法の選定を目論んだ幾つかの理論的構成として、「公法理論」<sup>21</sup>、及び、「公序説」<sup>22</sup>、そして、特に、以下において言及されるように、「強

21 これは、労働者保護や消費者保護を目的とするわが国の法規を公法に準ずるものと捉え、公法の属地的適用の立場から、わが国においては常に日本法が適用されるべきであるとする考え方である。確かに、今日、労働法や消費者保護法は単に私人間の権利義務を規律するに止まらず、寧ろ、社会全般の秩序に関わる法規としての色彩が強く、それらが公法的側面をも有していることは否めない。しかし、この理論の主眼とするところは、労働法や消費者保護法が公法であるという点にあるのではなく、むしろ、公法的規制が行なわれたとしたならば、わが国の法令が法廷地法として基準とされるところにある。従って、わが国の労働法や消費者保護法が保護しようとすると同程度の労働者保護や消費者保護の実現が意義あるものになるためには、当事者が合意した準拠法に比して、わが国の労働法や消費者保護法が労働者保護や消費者保護のためにより優れていることが前提とされる。逆の場合には、却って、労働者保護や消費者保護を損ねることになるという危うさをも有しているのがこの理論の特徴である。木村照一＝松岡博＝渡辺惺之『国際私法概論（第5版）』（有斐閣、2007年）120頁以下（松岡）参照。

行法規の特別連結理論」が有力に提唱されていた。

即ち、同理論は、連結の多元化を促進し、弱者保護を図るため、当面の契約との密接な関連性を有すると見られる「第三国の法」が存在する場合、同国法上、弱者利益の保護のために強行的に適用すべきとする法規は不可避的に適用されなければならない。この考え方に拠るならば、「第三国の法」が、消費者保護や労働者保護の点において、当事者が合意した本来の準拠法及び日本法に比してより優れている場合、同法が優先的に基準とされるべきことになり、消費者や労働者は最も手厚い保護を受けられることとなる。換言すれば、3つの法の中、消費者保護や労働者保護の理念に最も適った法が適用されることを可能とするのがこの理論である。そして、平成18年における改訂法例の改正以前においても、同理論を支持する学説は少なくなかった<sup>23</sup>。しかし、同理論のその骨子における重要な要素となる「第三国の法」の確定は必ずしも容易ではなく、当事者が合意した本来の準拠法の適用を排してまで適用されるための根拠となる最密接関連性の存在の認定は如何になされるべきか、そして、わが実定国際私法上、同理論の導入の根拠をいずこに求めることができるか等、解決を要する幾つかの問題が残されていた。その意味において、同理論は十分に実現可能性を有する規則を提供するまでには至っていないと考えられ、その段階においては、わが実定国際私法の範疇において対処しうる構成として、「公序説」が、当面、無理のない立場であると見られていたが、平成18年における改訂法例の改正により、消費者契約に関する特別規定が通則法第11条として規定され、また、労働契約のそれが同第12条として規定されて、現行実定法としての効力を確立するに至っている。

22 これは、当事者が合意した準拠法の適用の結果が、わが国際私法上の公序良俗に反することになる場合には、公序則を定めた法例第33条（通則法第42条に相当）に従い、その適用を排し、結局、わが国の法の立場に従って解決すべきとする考え方である。この立場に立てば、当事者が合意した準拠外国法と法廷地法であるわが国の法との二つの法の中、労働者保護や消費者保護の観点からより優れている法の適用が可能となる。つまり、「公法理論」に拠るならば、何れにしてもわが国の法しか判断基準となりえないのに対して、「公序説」に拠ったならば、二つの法からより望ましい結果を導く法を選択できることとなる。この立場は、現代国際私法がより柔軟な準拠法選択規則の定立を目指し、その方策の一つとして採用している連結の多元化に沿った考え方に立脚するものとして理解することができる。木棚＝松岡＝渡辺・前掲書120頁以下（松岡）参照。

23 木棚＝松岡＝渡辺・前掲書120頁以下（松岡）参照。

因みに、通則法第11条及び第12条の諸規定が倣っているのが、先ず、消費者保護及び労働者保護について定めていた1980年6月19日の「契約債務関係の準拠法に関するEC条約」（いわゆるローマ条約）である。同条約に依れば、当事者に依る法選択は、一定の場合に、消費者の常居所地法上の強行法規が認める保護をその者から奪ってはならず（同条約第5条）、また、当事者による法選択がない場合に適用される特定の国の法の強行法規が認める保護を労働者から奪ってはならない（同条約第6条）。そして、「強行法規の特別連結理論」を導入していると見られる同条約の表現に従えば、「第三国の法」とは、当事者による法選択がない場合に適用される消費者の常居所地法であり、そして、常時労務提供地ないし雇用者の営業所所在地の法である<sup>24</sup>。同様に、1980年10月25日の「ある種の消費者売買の準拠法に関するハーグ条約」第6条第1項は、条約の定める消費者の常居所地国の強行法規によって消費者に認められた保護を奪うものではないと定めている<sup>25</sup>。更に、諸国の国内立法を見れば、例えば、前出口シヤ連邦民法典第3部第1212条も、一定の条件の下に、消費者が住所を有する国の法の強行法規がその者に保障する権利の保護を剥奪する結果になってはならないと定めている。これらの諸立法は最密接関連性を有する地を例示していると考えられる。

以上の他、1987年のスイス「国際私法に関する連邦法」第19条は、「本法によって指定される法の代わりに、強行的に適用されることを主張する他の法の規定が、スイス法の理解によって保護に値し、かつ、当事者の明らかに重要な利益がそれを要求し、かつ、事実関係がその法と密接な関係を有するときは、考慮されることができる。」と定めている<sup>26</sup>。前出口シヤ連邦民法典第3部第1192条第2項において、「準拠法が何であるかに拘わらず、規律すべき関係と密接な関連性を有する他の何れかの外国法に従い、同法上の強行法規がその関係に必要であるときは、その強行法規を考慮することができる。」と定める総則規定の他、契約に関する同第1210条第5項において、「準拠法の選択の当時

24 出口耕自「国際私法と消費者・労働者の保護」澤木=煇場編・前掲書42頁以下参照。

25 山田鎌一「当事者自治の原則の現代的意義」澤木=煇場編・前掲書121頁以下参照。

26 拙編訳・前掲書131頁以下参照。

における事情の全体から、契約が現に何れか一つの国と関連性を有することとなるときは、契約当事者に依る他の何れかの国の法の選択は、契約が現に関連性を有する国の強行法規を侵害しない。」と定められている。更に、前出カナダ・ケベック州民法典第3079条は、「正当かつ明らかに優勢な利益が求められるときは、事情が密接な関係を呈示する他の国家の法律上の強行法規に効力を付与することができる。」と表現している。労働者の権利保護については、前出スロベニア「国際私法及び手続に関する法律」第21条第4項が、「当事者は、法選択に関する契約をもって、当事者の法選択がなかったならば適用されるべきであった国の法が含む労働者の権利保護に関する強行法規を排除してはならない。」とし、また、同第22条第5項が、「前諸項の場合において、当事者は、法選択により、消費者がその住所を有する国の法が含む消費者の権利保護に関する強行法規を排除することができない。」として、労働者及び消費者の権利保護の立場を明確にしている。前出ブルガリア国際私法典第95条第2項及び第96条第1項も、それぞれ、選択された準拠法の適用の結果が消費者、労働者に認められた保護を剝奪することとなる場合を制限する規定である。2007年11月27日のトルコ「国際私法及び国際民事手続法に関する法律」中の消費者契約に関する第26条第1項、及び、労働契約に関する第27条第1項の諸規定の内容も同様である<sup>27</sup>。それに対して、前出ウズベキスタン民法典第1195条は、一定の規定の特別連結としてではなく、消費者保護のため、消費者の居所地法、業者の居所地若しくは営業所所在地の法、商品購入地若しくは作業遂行地若しくはサービス供給地の法の中から、消費者が準拠法を選択することを認めることにより、消費者の利益を保護する立場を定めている。これとほぼ同一の内容を規定しているのが、1999年7月1日施行のカザフスタン民法典第1118条である<sup>28</sup>。そして、一定の場合に、消費者の常居所地法の強行規定によって消費者に付与される保護を剝奪してはならず、また、日常労務提供地法、さもなければ、雇用者の営業所所在地法によって労働者に付与される保護を剝奪してはならないという2001年の韓国国際私法第27条及び第28条も、また、前出ローマ条約に倣って

27 拙稿「トルコ国際私法の改正について」東洋法学53巻3号233頁以下参照。

28 拙稿「カザフスタンの新しい国際私法」東洋法学46巻2号97頁以下参照。

いることは明らかである<sup>29</sup>。

### (5) 被害者の保護

一般不法行為の準拠法として、通則法第17条において新しい規則が導入される前の改正法例第11条第1項は、「……不法行為ニ因リテ生スル債権ノ成立及ビ効力ハ其原因タル事実ノ発生シタル地ノ法律ニ依ル」と規定し、基本的には、通則法上の規則と同様に、不法行為地法主義の立場を採っていたが、この規定においては被害者保護の理念は全く表明されていなかった。しかし、解釈上、行動地と結果発生地とが異なる場合に限り、その何れの地の法をもって不法行為地法とすべきかの考慮において、被害者利益の保護のための理論的構成が導かれていた。すなわち、加害者の立場に立てば、その者の行動地法上における過失がなければ、損失賠償の責めを負わされることはないと考えるのが妥当である。それに対して、被害者の立場に立てば、損害発生地法上における無過失責任の法理をも視野に入れた損害賠償請求に重点が置かれるのが望ましい。従って、不法行為の類型に従い、過失責任主義が貫かれるべき偶発的な日常の不法行為については、行動地をもって不法行為地とし、他方、無過失責任の法理の妥当性が認められる余地のある場合における不法行為については、結果発生地をもってそれとすとか、或いは、反倫理的行為による責任については行動地が不法行為地であり、損失補填に重点が置かれるべき場合には、結果発生地がそれであるという基準が提唱されていた<sup>30</sup>。しかしながら、かように、一面において、被害者利益の保護が顧慮されたとしても、実際には、何れの地の法が実質的に被害者の保護という観点からより手厚いものであるかは、それぞれの実質法の内容を見ることなくしては、適正な結論に到達し得ないことであり、形式的な基準は余り意味がないというべきである。正しく、前出スロベニア国際私法第30条第1項は、行為地法主義を原則として、それと同時に、損害の惹起人が結果発生地を予見することが可能であり、かつ、予見すべきであ

29 青木清「韓国国際私法の改正」国際法外交雑誌100巻6号1頁以下参照。

30 丸岡松雄「不法行為地」澤木=煖場・前掲書136頁以下、木棚=松岡=渡辺・前掲書145頁以下（松岡）等参照。

たときに限定しているが、「それに代えて、結果が発生している地の法が被害者にとって有利であるときは、同法が適用されるものとする。」とも規定している。恐らく、そのような観点から、1999年5月21日のドイツ「契約外債務関係及び物についての国際私法のための法律」第40条も同様である<sup>31</sup>。前出チュニジア国際私法第70条第2項においても、損害惹起事実の発生地と損害発生地とが異なるとき、被害者の要求に従い、後者の国の法が適用されることが認められており、また、同国国際私法第73条は、交通事故から生じる責任について、事故地法の適用を原則としながら、被害者が損害発生地法を援用することを認めている。生産物責任についても、前出チュニジア国際私法第72条は、被害者による制限的当事者自治を認めている。これらはいずれも、連結の多元化により、被害者保護を図ることを顧慮した立場である。前出リトアニア共和国民法典第1条の43、及び、第1条の45も、それぞれ、違法な行為に因る債務関係の準拠法、人格権の侵害の際の損害賠償債権の準拠法について、被害者の選択による制限的当事者自治を認めている。人格権侵害の責任の準拠法については、前出ブルガリア国際私法典第108条、前出トルコ「国際私法及び国際民事手続法に関する法律」第35条も、被害者による制限的当事者自治の規則を定めており、後者は、それとともに、生産者の契約外債務の責任の準拠法についても、被害者による制限的当事者自治を認めている（同第36条）。

かように、現行実定法における被害者保護は、単純な結果発生地法の適用のみをもってしては、上述のような限界を有しており、より徹底した被害者保護のためには、明文規定による踏み込んだ解決を俟たなければならない。尚、不法行為の準拠法の選定における当事者自治の導入について言えば、必ずしも、被害者利益の保護の観点にのみ立脚して、被害者のみに準拠法の選択を認めるものばかりではない<sup>32</sup>。例えば、不法行為の後における準拠法の変更に関する通則法第21条も、それについて、当事者双方による合意に拠らしめている。しかし、前出キルギスタン民法典第1204条は、商品の購入、労務の遂行（作業の

31 拙稿「ドイツ国際私法における契約外債務および物権の準拠法—1999年5月21日法の概要—」東洋法学43巻2号187頁以下参照。

32 中野俊一郎「不法行為準拠法と当事者の意思」澤木=煥場編・前掲書140頁参照。

給付)、又は、サービスの給付に関連して消費者に生じる損害賠償請求権について、一定の法から準拠法を選択することを消費者に認めている。前出アゼルバイジャン共和国「国際私法に関する法律」第26条、前出口シヤ民法典第3部第1221条第1項も同様の内容を有する規定である。何れにせよ、一定範囲の法の中から、被害者の意思を優先させる準拠法選択を認めることが、今後における諸国立法の趨勢になるものと見られる。

### 3 若干の考察

#### (1) 序説

前述の通り、国際私法における弱者利益の保護が唱えられたのは、必ずしも近時のことではない。しかし、かつて考えられていたその保護と最近の諸立法に見られるその保護との間に、明らかな相違が存在していることは容易に見て取ることできる。すなわち、かつては、保護されるべき弱者本人の属人法（本国法、住所地法、常居所地法等）の適用をもって、直ちに、その者の利益の保護が行なわれていると考えられたのに対して、近時における弱者利益の保護は、より徹底され、寧ろ、実質的な観点からその保護が行なわれているかが重要な基準とされている。子にとって馴染みが深く、従って、密接関連性があると考えられる法として、その者の本国法や常居所地法に依っても、実質的な意味における子の利益の保護が、十分に実現されるかは疑わしいからである<sup>33</sup>。このように、かつての形式的利益の保護から実質的利益の保護への視点の転換は急速に進んでおり、そして、そのより一層の徹底に向けられた実定法の改革が、今日における趨勢となっている。そのような観点から言えば、例えば、改正法例第21条、そして、それに相当する通則法第32条において、何ら実質的判断も行なわれることなく、子の法（本国法、常居所地法）が段階的に適用されるとか、また、改正法例第24条第1項、そして、それに相当する通則法第35条第1項において、被後見人等の本国法が基準とされるという規則は、それだけでは、決して現代的な意義における弱者利益の保護にはなっていないと言わねばならな

33 松岡博『国際家族法の理論』（大阪大学出版会、2002年）70頁参照。



い<sup>34</sup>。それでは、現在の国際私法の構造において、いかなる構成をもって、現代的な意義における弱者利益の保護、すなわち、その実質的保護の確保を保証する準拠法の決定が可能であるか。前出カザフスタン共和国民法典第1091条第1項は、カザフスタン共和国の強行法規が、「国内にある関係者の権利の保障及び法律上の利益の保護に対するその特別な配慮」の下に、抵触規則に基づいて適用すべき法に拘わらず、優先的に適用されることを総則中において明言している。以下においては、そのための構成について整理し、そして、若干の考察を試みることにしたい。

## (2) 最密接関係法の優先的適用

保護されるべき何れかの者を基準とした法として、その者の属人法（本国法、住所地法、常居所地法）の適用をもって、その利益の保護が図られているとする考えは、従来から支配的であり、今、なお、払拭されることなく、通則法を含め、多くの立法例に見ることができる。サヴィニー（Savigny）が国際私法の本質として唱えた法律関係の本拠（Sitz）の法の探求は、換言すれば、法律関係の最密接関係法の探求であり、それが、弱者に対する優遇主義の下にあっては、当然に、一方当事者である弱者の属人法の適用へと導くものとなるであろう。確かに、そのような当事者利益もまた、国際私法的利益の一つであることは否定できない。しかし、それが、論理必然的に、当事者の実質的利益の確保までも保証するものでないことは、既に述べてきたところである。従って、ここにおいて重視されるのは、弱者と考えられる者の属人法の適用そのものではなく、当該法がその内容として有している弱者利益の保護に向けられた実質規定の優先的適用にはかならない。かくして、最密接関係法としての属人法の適用の場合における弱者利益の保護とは、端的には、弱者とされる当事者の属人法中の保護規定への強行的な連結を意味することとなるであろう。父母の本国法に対する子の本国法の部分的な累積的適用を定める通則法第29条第1項後段、及び、養親の本国法に対する養子の本国法の部分的な累積的適用を定める

34 拙稿「わが国際私法における利益衡量」東洋大学通信教育部紀要東洋34巻3号18頁以下参照。

同第31条第1項後段における保護条項、本来の準拠法に対する消費者の常居所地法、及び、労働者の労務提供地法上の強行規定への連結を定める通則法第11条第1項及び第12条第1項における特別連結条項が、正に、そのよう役割を担われた弱者利益保護のための規定であると言えることができる。

また、前出チュニジア国際私法第38条第2項において、「抵触規則によって指定されない法が、当面の法律関係と密接な関連性を有すること、及び、追求された目的を考慮して、当該法の規定の適用が不可欠であることが明白であるときは、裁判官はその法の規定に効力を与える。」という規定が、最密接関係法と弱者保護との関係を的確に定めている。更に、1997年のウズベキスタン民法典第1165条において、「何れかの国の法律を適用するに際し、関係と密接な関連性を有する他の国の法律に依れば、強行規定がそれぞれの関係を規律しなければならないとき、裁判所は、準拠法に拘わらず、その国の法律のかような規定を適用することができる。」と定めている規定も同旨であろう<sup>35</sup>。これらの諸規定は、前出カザフスタン民法典第1091条第2項の内容と同一である。2001年4月11日のオランダ不法行為抵触法第8条において、「第3条ないし第7条の諸規定は、交通及び安全の諸規則、並びに、不法行為、違法行為及び準違法行為の地において施行されている人身又は財産の保護のための他の相当する諸規則を顧慮することを妨げないものとする。」とする規定は、強行規定として表現されていないが、その基本的な姿勢において、やはり、それに準ずるものであると言えるであろう<sup>36</sup>。

### (3) 段階的連結の規則

次に、より明確に連結の多元化による弱者利益の保護の意図をもった規則の一つとして、段階的連結の規則が挙げられる。この規則は、先ず、最善の法を定める本則に依るが、それに依って、弱者利益の保護が確保されないときは、次善の法を定める補則の適用へと移行するというように、幾つかの連結可能法

35 拙稿「中央アジア諸国の国際私法立法に関する研究ノート—カザフスタン及びウズベキスタンを中心として—」東洋法学45巻1号77頁以下参照。

36 拙稿「オランダ国際不法行為法に関する研究ノート—不法行為抵触法を中心として—」東洋法学47巻2号101頁以下参照。

を併有し、それらに序列を付けた上で使い分けるという構造を有した連結規則である。わが国際私法においては、ハーグ条約に基づく「扶養義務の準拠法に関する法律」第2条が、その具体例として既に挙げられた。弱者とされる要扶養者（扶養権利者）に対する扶養義務者の扶養義務を定める法の適用を目して、扶養権利者の常居所地法、扶養権利者と扶養義務者との共通本国法を経て、最終的には、日本法（法廷地法）へ至るまでの三段階に亘り、それぞれの資格において適用される法の内容を確認した上で、弱者（要扶養者）利益の保護に適用法を探求することを認める規則である。同条は、それが実質的利益をも考慮している点において、同様に、段階的連結の規則をもって、子の保護が顧慮されているとされる通則法第32条の規定に比して、決定的に相違している。弱者利益の保護のための段階的連結の規則において、連結の対象となる法の範囲、及び、それらの法の間における序列の如何は、必ずしも決定的なことではない。扶養義務に関する前出ウクライナ「国際私法に関する法律」第67条も、最終的に、扶養義務者の住居地法に依るべきことを定めている以外は、ハーグ条約上の立場を踏襲している。

段階的連結の規則をもって、子の利益（親子関係の成立）を保護しているのが、前出トルコ「国際私法及び国際民事手続法に関する法律」第16条第1項である。同項は、親子関係の成立について、出生当時の子の本国法を本則として、子の常居所地法、子の出生当時の父又は母の本国法、子の出生当時の父又は母の常居所地法、そして、子の出生地法という補則によって構成された段階的連結の規則である。それらの補則の適用へ移行する事由となっているのは、親子関係が基礎付けられないという実質的判断である。

#### （４） 択一的連結の規則

また、択一的連結の規則は、多元的連結の規則である点において、段階的連結の規則と同一であるが、後者が、連結可能な法に序列を設定した上で、弱者利益の保護に適用法を探求する規則であるのに対して、適用可能な幾つかの法に序列を設定することなく、何れも同等の序列において、その内容を比較し、弱者利益の保護により適用法を優先的に適用することを定める規則である。よ

り端的に、弱者利益の保護の目的のために最善の法を決定することができる規則であるが、裁判官に対して、その法の決定のため、各実質法の内容をすべて確認しなければならないという負担を強いることが前提として求められることとなる。子の嫡出保護を顧慮する通則法第28条第1項、及び、準正保護を顧慮する同第30条第1項、更に、法文の表現は前二者の規定とは異なるが、認知保護に関する同第29条第2項もそれと同類の規則として位置付けることができるであろう。既に、例を挙げるまでもないが、前出チュニジア国際私法第50条のように、離婚後における子の監護について、婚姻関係の解消が依拠した法律、または、子の本国法若しくは住所地法の中、子にとって最も有利な法律を適用すべきことを定める択一的連結の規則は、周到な弱者利益の保護を目指す今後の抵触規則のあり方として、最も厳格な規則と言えるであろう。

#### (5) 当事者自治の原則

更に、適用されることが可能な法の範囲における制限があるにせよ、また、それが無いにせよ、弱者たる当事者の意思に依って準拠法を決定することも、明らかに、弱者利益の保護に適った準拠法の選定の一態様である。そこにおいて、理論的には、適用される法の実質的な内容との関わりは存在しないが、準拠法の決定を全面的に弱者たる当事者の意思に委ねることの前提において、当然に、弱者たる当事者の利益保護に適った法への連結を想定することができる。しかしながら、通則法第7条は、消費者契約及び労働契約の準拠法の選択における消費者ないし労働者の意思の優位を認めておらず、また、当事者による準拠法の合意がない場合についても、同第11条第2項及び第5項、並びに、同第12条第3項は、ともに最密接関係法に依るべきことを定めると同時に、それぞれ、消費者の常居所地法、労働者による労務提供地法をもってそれとすることを規定しており、消費者及び労働者の意思の優位は規定されていない。また、不法行為についても、それぞれ、一般不法行為、生産物責任の特別規定、名誉又は信用の毀損の特別規定に関する通則法第17条、第18条、第19条においては、結果発生地法、生産物引渡し地法、被害者の常居所地法を定めてはいるが、実質的な利益保護は顧慮されておらず、また、事後における準拠法の変更につい

ても、通則法第21条が被害者たる当事者の意思の優位を規定していないことについては、すでに言及されたところである。

不法行為に因る責任については、加害者とされる者に対する配慮も必要である。従って、被害者による準拠法の選択についても、不当に加害者を不意打ちすることがないように、適用可能な法の範囲の設定がなされなければならない。既に引用されたチュニジア法、リトアニア法、ブルガリア法、トルコ法等の規則は、そのための参考とされるものである。

#### (6) 反致の活用

総則の活用による弱者利益の保護のための方策の一つとして、反致条項の弾力的な運用が考えられる。すなわち、反致の成否の判断において、それを弱者利益の保護の如何と関わらしめることにより、弱者を実質的に保護する法の適用を優先させる構成もまた、実定法として考慮される余地があるであろう。狭義の反致の場合であれば、法廷地国際私法に依って指定された外国法が、何らかの資格として法廷地法を指定する場合において、当該外国法と法廷地法との何れが弱者利益の保護に適うものであるかを実質法の次元において判断し、そして、法廷地法がより優れているときは、反致の成立を肯定し、さもなければ、反致させることなく、法廷地国際私法が送致する外国法に従うとする立場である<sup>37</sup>。また、転致の場合には、法廷地国際私法に依って指定される外国法と当該外国法上の国際私法規則に依って指定される第三国法について、その何れがより弱者利益の保護に適うかを実質法的観点から比較し、当該第三国法がより優れているときは、転致の成立を肯定し、さもなければ、転致させることなく、法廷地国際私法によって指定された法に従うとする立場である。反致に関する通則法第41条は、狭義の反致に限り、実質的判断を行なうことなく、機械的な反致の規則を規定しており、但書における反致の制限においても顧慮されているのは、夫婦や親子の同一法の適用の徹底という形式的な平等である。

37 石黒一憲『国際私法の解釈論的構造』（東京大学出版会、1980年）41頁以下、169頁以下、186頁以下も、基本的に同様の趣旨であろう。しかし、反致の積極的な活用において、外国法が日本法を指定していないときは、日本法がより望ましいと考えられる場合であっても、日本法へ反致させることは、そのための実定法上の根拠を見出すことが困難であり、実定法の解釈としては無理であろう。

それに対して、弱者利益の保護を反致の場面において実現している立法として参考となるのが、1966年のポルトガル民法典第19条第1項、及び、その流れを汲む1999年のマカオ民法典第17条第1項である<sup>38</sup>。前者は、狭義の反致または転致により、嫡出となる身分の非嫡出をもたらすときは、その成立を認めず、また、後者は、より一般的に、元来正当な身分状態を不当なそれにすることとなるときは、その成立を認めないことを規定している。

### (7) 公序則の発動

いま一つの総則の活用による弱者利益の保護の方策は、積極的な公序則の発動であろう。法廷地国際私法規則によって指定され、準拠法として決定された外国法の内容と法廷地法のそれとを実質的に比較し、後者の法の適用がより望ましい結果へ導くと見られる場合に、積極的に公序条項を根拠として、外国法の適用を排除し、法廷地法である日本法を適用すべきとする学説が、いわゆる機能的公序論と称されて、1980年代初頭に提唱された<sup>39</sup>。その主張の骨子は、実定法の根拠として、公序条項を利用することにより、事実上、硬直なわが国国際私法規定を修正して、準拠外国法と日本法との二国の実質法の内容を比較し、解決の結果において、弱者利益の保護をも含めた実質法上の一定の利益の確保を可能とすべきことを内容とするものであった。しかし、その後、平成元年（1989年）には、従前の法例が大幅に改正された結果、従来の単一的連結の規則に代えて、多くの多元的連結の規則が導入されて、国際私法規則の柔軟化が促進され、また、個々の規定の解釈における弾力化も可能となったため、例外的発動を原則とする公序則の本来的役割の趣旨に反する機能的公序論は、その存立の基盤を失ったと見られる。しかしながら、弱者利益の保護の理念が普遍化している現在、準拠外国法の適用の結果がそれに反すると見られる場合に止まらず、法廷地法である日本法に依ることが弱者利益の保護に寄与することとなる場合には、日本法上の公序（国際私法上の公序）に反するものとして、

38 拙編訳・前掲書362頁以下、拙稿「マカオ新国際私法（上）、（下）」戸籍時報538号13頁以下、539号17頁以下参照。

39 松岡博『国際私法における法選択規則構造論』（有斐閣、1987年）275頁以下参照。

当該外国法の適用を排除することは、今なお、実定法の運用として可能な構成であると思われる。但し、その場合には、当然に自働適用説に拠って日本法が補充法とされるべきではなく、寧ろ、連結の多元化に適った連結規則に依拠して、弱者利益の保護へ導く法の選定を可能とする補充的連結説の立場から、補充法を探究すべきであろう<sup>40</sup>。

2001年1月11日施行のベトナム社会主義共和国婚姻及び家族法第103条（渉外的要素を有する婚姻）第2項が、「女性に対する性的虐待の取引のため、又は、他の利己主義な目的のために渉外的要素を有する婚姻を利用することは厳格に禁止される。」とし、また、同第105条第1項第2段が、「子の労働力を搾取するか、子に対して性的に虐待するか、若しくは、子を取引するか、又は、他の利己主義な目的のために、子の養子縁組を利用することは厳格に禁止される。」とする規定は、国際私法的観点から見れば、女性及び子の保護のための特別公序を定める規定として位置付けられるものであろう<sup>41</sup>。

## （8） 総括

国際私法的利益を考慮する多様な抵触規則についても、それを次の二つに区分することができると言われている。すなわち、「内容志向の抵触法規則」（content-oriented choice-of-law rules）と「結果志向の抵触法規則」（result-oriented choice-of-law rules）がそれらである<sup>42</sup>。確かに、上述の改正法例ないし通則法の諸規定について見ても、明確に一定の解決を指示している改正法例第17条第1項及び第19条第1項ないし通則法第28条第1項及び第30条第1項、「扶養義務の準拠法に関する法律」第2条等に比して、同じく、弱者（子）の利益保護が目されながらも、認知の準拠法に関する改正法例第18条第2項前段ないし通則法第29条第2項前段において、明確な認知保護は表現されていない。また、被害者保護のため、諸国国際私法立法が被害者に認めている準拠法

40 拙稿「わが国際私法における公序概念について」大東ロージャーナル7号11頁以下参照。

41 拙稿「ベトナム国際家族法立法に関する研究ノート」東洋法学47巻1号141頁以下。

42 Symeon C. Symeonides, General report, in: Symeon C. Symeonides (ed.), Private international law at the end of the 20<sup>th</sup> century: Progress or regress?, 2000, p. 37 et seq. さらに、拙稿「国際家族法における当事者自治」比較法40号259頁以下参照。

の選択は、正確には、被害者の実質的保護へ通じる可能性と云うべきである。それら両者の抵触法規則の差異は、価値衡量において客観的に優劣を付けることに馴染むか否かということにあると考えられる。今後、弱者利益の保護のための抵触規則は、押し並べて、弱者たる当事者の意思に拘わらず、その利益を保護しようとする規則、及び、適用の結果の如何に拘わらず、その意思の優先を顧慮しようとする規則という二つの規則に統合される方向へ進むこととなるものと見てよいであろう。

#### 4 後書き

かつて、拙稿において、平成元年の法例改正に触れつつ、実現されるべき実質的利益が表現されていない抵触規則は、近い将来において再び改正が求められるべきであると論じられたことがある。そして、その場合におけるあり方として、まず、一つには、一定の実質的利益の実現を多元的連結の規則を通じて行ない、いま一つには、当事者意思を尊重するという意味における当事者自治の規則の採用の拡大が図られるべきであるとするのが、その内容であった<sup>43</sup>。この小稿の随所に引用された諸外国の最近の立法の多くは、その見通しがほぼ誤っていなかったことを明らかにしているのではないと思われる。少なくとも弱者利益の保護を実現する規則として見る限り、抵触規則はその二種類の規則によって整理・統合される時代になりつつあると言えるであろう。従って、また、実質的利益の考慮に不可欠な外国法の内容についても無関心ではられない時代になったとも言わねばならない。

しかし、何よりも優先的に適用されるべきは法廷地の強行法規であろう。最密接関連法上の強行法規が絶対的であるか、相対的であるかが問題とされるが<sup>44</sup>、それは、その次の問題である。

43 拙稿・前掲「わが国際私法における利益衡量」27頁。

44 野村天明「契約の準拠法Ⅰ——当事者による法選択と強行法規」日本国際経済法学会編『国際経済法講座Ⅱ—取引・財産・手続』（法律文化社、2012年）19頁以下参照。