涉外事案における裁判官による損害額の認定

岩　本　　学

富山大学紀要.富大経済論集　　第62巻第2号抜刷（2016年12月）

富山大学経済学部

涉外事案における裁判官による損害額の認定

岩　本　　学*

キーワード：損害額の算定・認定，手続と実体の性質決定

一　はじめに
二　問題の所在
三　ドイツの裁判例・学説
四　検討
五　おわりに

一　はじめに

わが国において，涉外事案における損害賠償額の基準や算定方法については，国際私法を介して適用される準拠法の適用範囲とされる[1]。すなわち，例えば不法行為の準拠法が外国法となった場合には，当該外国法の算定方法について，当該外国で行われている通りの適用をわが国が実現すべきことになる。よって，例えば，不法行為事案においてアルゼンチン法が準拠法となる場合には，アルゼンチンにおいて適用される不法行為に基づく損害賠償額の基準や算定方法がわが国でも実現されるべきとされる[2]。一方，準拠法の適用範囲という用語は，

* 本稿は，2016年9月16日の北陸国際関係私法研究会（金沢大学）における筆者の報告を基にしたものである。参加の先生方からは種々有益な示唆をいただいた。ここに感謝申し上げる。

1　不法行為については効力に関する問題と位置づけられている。山田鐐一『国際私法〔第3版〕』（有斐閣，2004）363頁，櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法　第1巻』（有斐閣，2011）457頁以下〔西谷祐子〕など参照。

2　東京高判平成21年2月10日判時2043号89頁参照。

そこに含まれる問題については法廷地法の排他的ないし絶対的適用はない，という意味にも理解され，外国法の適用の余地がある部分にのみ，この用語は用いられる。よって，ある問題が準拠法の適用範囲に含まれるべきか否かは，法廷地法の排他的な適用を要求される問題か否かの検討と隣合わせということになる。

本稿は，この境界部分に当たる問題に位置づけられる損害賠償額の算定方法とその訴訟における裁判官の認定の問題に焦点を当てる。前述の通り，前者については外国法がわが国でも適用されてきた。一方，後者についてもその延長として外国法が適用されるのか否か，この点についてはわが国ではそれほど議論がなされてこなかったように思われる。その背景としては，裁判官の具体的な額の認定は法廷地法の排他的な適用がなされる「手続」と性質決定されるものとして理解されてきたことが推察される。具体的な額の認定自体のプロセスについては裁判官による経験則の適用によってなされるものであって，自由心証主義の問題と解し，法廷地法によるべき事項になると考えられてきたためであろう[3]。もっとも，わが国を含め各国実質法においては，証明が困難な場合に裁判官による裁量に基づく損害額の認定を認める制度（以下，「損害額認定制度」とする場合がある）がおかれていることがある。この制度は，裁判官が損害額を裁量的に認定できるか否か，できるとすればどの範囲においてか，といった問題を扱うものであるが，一概に「手続」の問題と扱うことには躊躇を覚える制度である。すなわち，自由心証主義の採否のような問題と異なり，前述の損害額認定の規定は，後述のように比較法的にみると実体法におかれている場合と手続法におかれている場合ある。更に，抵触法上の評価としても，純粋な算定方法の問題とは異なり，損害認定の問題は証拠法における証明度ないし表見証明とも密接な関連性を有すると考えられる。抵触法上の証明度自体，手続問題であるか実体問題であるか議論があるところである。これらの背景に鑑みる

3　この点，損害の金銭的評価について，法廷地法によらしめる事項の具体的確定が必要との指摘をするものとして，石黒一憲『金融取引と国際訴訟』（有斐閣，1983）190頁。

と，損害額認定制度は，実質法的側面においても抵触法的側面においても両者の境界線上に位置づけられる。

前述の通り，従来この問題はわが国においては意識的に論じられてはこなかった。しかし，損害額の基準や算定方法については準拠法の適用範囲によるとし，それ以降の損害算定ないし認定プロセスの扱いはいかなる法によるべきかについては，アプリオリに損害額認定制度が法廷地法と位置づけられるのでなければ，検討すべき価値のあるものであろう。以下，本稿ではその検討に際して，主としてドイツの議論を参照する。その理由は，ドイツ民事訴訟法（以下，「ZPO」とする）上の損害額認定制度はわが国の同制度の制定に際して参照されてことが知られており（但しドイツでは損害自体の認定も裁判官の裁量判断が認められている。この点は二参照），議論の土壌に大きな差異がないこと，更に，ドイツにおいても従前，抵触法上はこの問題はそれほど明確に論じられてこなかったが，近時，損害額認定制度を外国法によらしめるとする学説や裁判例が登場するにあたり，議論の深化がみられること，以上から，わが国においても参照しうるものと考えたためである。

以下では，検討の前提として問題の所在の明らかにしつつ，ドイツの関連規定である ZPO287 条の渉外的適用を巡る裁判例，学説を紹介した上で，わが国での，渉外事案における損害額認定制度の処理について検討する。

二　問題の所在

1. 算定と認定

わが国の実体法における損害賠償については，金銭賠償を認めるか否か，認める場合の損害の概念や，どの範囲・項目の損害が賠償の対象か，具体的な損害額の算定方法といった問題が議論される[4]。このうち算定とは，わが国においては，金銭的評価の議論とされる（民法 417 条）。具体的には，金銭債権の不

4　中田裕康『債権総論（第三版）』（岩波書店，2014）144 頁以下。

履行については民法419条1項によること，金銭債権の不履行以外については，例えば物や権利を引き渡す債務の不履行に対しては市場価格が基準とされること，人身損害については判例の基準を用いること，が「実体法上の基準」として位置づけられている[5]。なお，慰謝料額の算定については，わが国においては，裁判所が自由心証をもって量定すべき，とされており，上記の例外とされる。そして，この損害額が裁判所で争われる場合，原則として損害賠償を請求する者が損害額を立証する義務を負う[6]。よって，損害自体があることが証明された場合でも，損害額が真偽不明の場合には，証明責任の分担に従って，請求者が不利益を被ることになり，請求は棄却されることになる[7]。かくして，損害額の認定に際しては，裁判官は当事者から提示された主張・立証に基づいて，実体法上の基準を用いて，具体的な賠償額を導くことになる。

2. 損害額の裁量認定と実体と手続の交錯

以上，一見すると算定と認定は実質法においては実体法と手続法の問題として峻別されうるように見える。しかし，本稿で問題とする裁判官の損害額認定制度が関与する場合，両者の区別は明確ではない。すなわち，損害の性質上，その額の立証が困難な場合などに，原告保護の観点から，裁判所は，口頭弁論の前主し及び証拠調べの結果に基づいて，相当な賠償額を認定することができる，という制度がおかれている場合，上記峻別は困難を伴う。

実体と手続の双方に関与している問題であることは，以下の通り，この制度が法体系上，実体法におかれる国と手続法におかれる国に分かれていることからも理解されよう。まず，実体法に規定を有する法制度として，スイス，イタリアがある。スイス債務法42条2項は「額を証明できない損害については，物事の通常の経過及び被害により講じられた措置を考慮して，裁判官の評価に

5　中田・前掲書（注4）172頁以下。
6　新堂幸司『民事訴訟法〔第五版〕』（弘文堂，2011）606頁注2参照。
7　最判昭和28年11月20日民集7巻11号1229頁参照。

よって，算定されうる」と規定し，イタリア民法1226条は「もし損害が，正確な額で証明できない場合には，裁判所は公正に基づきこれを決することができる」[8]と規定する。一方，手続法に規定がある国としては，まず，ドイツがある。ZPO287条は，「(1) 当事者間に，損害発生の有無及び損害額あるいは賠償されるべき利益がどれほどであるのかについて争いがあるとき，裁判所はこれについて自由な確信に従ってあらゆる状況の評価に基づいて判断することができる。申請された証拠調べを命じるか命じる場合にはどの程度命じるか，あるいは，職権で鑑定人を通じて鑑定を命じるか命ずる場合にはどの程度かについては，裁判所の裁量に委ねられている。裁判所は証明者に損害または利益に関して尋問することができる。その場合には452条1項1文及び2ないし4項の規定が準用される。(2) 当事者間に債権の額について争いがあって，そのために決定的となる事情を完全に明らかにすることが，債権の争っている部分の意義と不均衡な困難を伴う場合，1項1文2文の規定は，財産に関する紛争においても他の場合に適合的に適用できる」と規定する[9]。このほか，オーストリア民事訴訟用法273条[10]も類似の規定を有する。わが国でも手続法である民事訴訟

8　この規定については，中村壽宏「民訴法改正要綱試案第七の二とイタリアの損害額の裁量的算定制度」法学政治学論究（1994）117頁以下。

9　この規定については，坂本恵三「ドイツ民事訴訟法287条について－民事訴訟法改正議論と関連して－」『木川統一郎博士古稀祝賀民事裁判の充実と促進』（判例タイムズ社，1994）126頁以下。

10　オーストリア民事訴訟法273条は，「(1) 当事者が損害若しくは利益を有すること，あるいは，当事者がそれ以外であっても債権を請求することが明らかではあるが，争いのある賠償すべき損害若しくは利益あるいは債権の額に関する証明が，全くできないか，あるいは不均衡な程度の困難さが伴う場合には，裁判所は申立てあるいは職権で当事者の申請した証拠を顧慮せずに，この額を自由な心証に従って，確定することができる。この額の確定は，額の決定について決定的となる事情についての当事者の一方の宣誓尋問をも優先することができる。(2) 同一の訴えにおいて主張されている複数の請求のうち個々の請求が，全額との関係では重要ではないが争われ，決定的となる事情を完全に明らかにすることが，争われている債権の重要性と不均衡な困難さを伴う場合，裁判所はこれについても（1項と）同じ方法で自由な心証に基づいて判断しうる。同様のことは，要求されている額が各々1000ユーロを超えない場合にも，個々の請求についても妥当する」。この規定については，坂本恵三「オーストリア民事訴訟法273条について」鈴木重勝ほか編『民事訴訟法額の新たな展開中村英郎教授古稀祝賀上巻』（成文堂，1996）665頁以下。

法 248 条に「損害が生じたことが認められる場合において，損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは，裁判所は，口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき，相当な損害額を認定することができる」と規定されている。

かくしてこの制度を，損害の算定の基準に裁判官の裁量を加えたものと考えるならば実体に近接し，他方，裁判における当事者の損害額の証明軽減を認めた規定と考えるならば手続に近接する。

3. 国際私法平面における算定と認定

以上を踏まえ，国際私法平面における算定と認定についてみていきたい。ここでは，上記各国の差異を超えて，ヨーロッパではどのような対応がなされたのかについて，EU 国際私法である「契約債務に適用される法に関する 2008 年 6 月 17 日欧州議会及び理事会規則」[11]（以下,「ローマⅠ規則」とする）及び「契約外債務の準拠法に関する 2007 年 7 月 11 日欧州議会及び理事会規則」[12]（以下,「ローマⅡ規則」とする）の議論を主として参照する。その理由としては，EU 加盟国の利害関係の調整を図る際に，損害額の算定について準拠法の適用範囲に含まれるか否かが比較法的見地から議論されており，当該議論は算定と認定の位置づけの議論に有意義であると考えたためである。両者とも実体準拠法の決定のための規則であって，これらの規則に含まれる事項は，EU 域内における渉外事案においては，外国法が適用されることで統一が図られている。

このうち，ローマⅠ規則では，同規則 12 条 1 項 c 号に債務不履行における損害の算定に関する規定がある。同項柱書は「本規則により契約に適用される法は，特に次の事項を規律する」とした上で，c 号に「係属中の裁判所におい

11　Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 117/6.

12　Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJ L 119/40.

てその訴訟法上許容されている権限の範囲において，法規で規定される損害額の算定を含む全部又は一部の債務不履行の効果」と規定されている。一方，ローマⅡ規則には，同規則 15 条 1 項 c 号に契約外債務に関する損害の算定に関する規定がある。同項柱書は，「本規則により適用される契約外債務の準拠法は，特に次の事項を規律する」とした上で，c 号に「損害あるいは求められる救済についての，存在，性質，算定」と規定されている。ローマⅠ規則では，損害額の算定は主として当事者の意思を離れた法規の作用によって決せられるとして，価値の損失が市場価格で評価されるのか等も含め契約の準拠法による，と説明されている[13]。そして，法規の作用に関連しない損害額の数量化の問題については，同規則 12 条 1 項 c 号の適用範囲ではなく，法廷地たる締約国法によるとする[14]。これに対して，ローマⅡ規則は，2003 年の規則案においては，15 条 f 号に「法規で規定される損害額の算定」との文言があったが，c 号に統合された[15]。結果，両者の規定の関係については，その解釈に疑義が生じることとなっている[16]。すなわち，法廷地法の留保がないローマⅡ規則においては，広く算定の中に裁量認定を含む余地を与えているように読める点である[17]。し

13　Calliess/Schulze, Rome regulation, Kluwer Law International, 2011, p.253.

14　Calliess/Schulze, op.cit.(13), p.254. この例として「法のルールによって支配されない損害額の評価や算定」"assesment or computation of damages that are not governed by rules of law" を挙げている。

15　2003年の規則案においては，同条f号に「法によって規定されている範囲での損害の評価」との文言があったが，c号に統合されている。同提案の日本語訳として，佐野寛「契約外債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則（ローマⅡ）案について」岡山大学法学会雑誌 54巻2号（2004）320頁以下。

16　Bücken, Internationales Beweisrecht im Europäischen internationalen Schuldrecht, Baden-Baden 2016, S.204.

17　Eickel, Die Anwendbarkeit von § 287 im Geltungsbereich der Rom I- und der Rom II-Verordnung, IPRax 2014, S.156.

かし，この解釈については，ローマⅠ規則12条1項c号の起草過程の分析[18]から，そのような理解が適切ではない点が指摘されている。なお，英国が算定について法廷地法によるとの立場をとっていることに鑑みて，少数説ではあるが，ローマⅡ規則12条c号は算定についても同規則に指定される準拠法によると言っているにも関わらず，ローマⅡ規則の起草過程の議論に依拠して「不幸にも算定の語は使われているが」とした上で法廷地法によるとする見解もある[19]。

以上に見たとおり，英国を踏まえた議論はあるものの，算定という文言を用いている以上は，両規則共に，少なくともいわゆる算定基準については準拠外国法の適用範囲であることを示している。もっとも，それを超えて裁判官による損害額の認定についてこの算定に含まれるかについては明確ではない[20]。そこで，学説においては，むしろローマⅠ規則18条及びローマⅡ規則22条との関係を論じるものがある[21]。両規則では，手続と証拠の問題については，ローマⅠ規則18条及びローマⅡ規則21条と22条の例外を除き，法廷地法に委ねられる（ローマⅠ規則1条3項及びローマⅡ規則1条3項参照）。そしてこの例外的に適用される証拠法領域に，損害額の裁量的な認定が含まれるか否かが

18　ローマⅠ規則の前身である「1980年6月19日にローマにおいて署名のため開放された契約債務の準拠法に関する条約」（OJ L266 1980：以下，「ローマ条約」とする）における制定過程から，両者を分かつ立場は否定されるとする。すなわち，ローマ条約10条1項c号は，債務不履行の法に準拠されるべきものとして損害額の評価を挙げた規定である。この起草過程においては，英国の立場が大きな役割を果たした。すなわち，当時，英国の裁判所が外国実体法の適用を通じて，契約上の特定履行の判決を下しうるかということが問題となった，金銭賠償が原則である英国の国内手続法においては，その執行は全くできないものであったという背景があるためである。この背景からローマ条約10条1項c号には，「これらは裁判所がその訴訟法を通じて与える権限の範囲内に限る」との規定がおかれたに過ぎない。Bücken, a.a.O.(Fn.16), S.206ff.

19　Hay, Contemporary Approaches to Non-Contractual Obligations in Private International Law(Conflict of Laws) and the European Community's "Rome II" Regulation, Chinese yearbook of private international law and comparative law, 2009, p.78.

20　Eickel, a.a.O.(Fn.17), S.157.

21　Bücken, a.a.O.(Fn.16), S.211.

検討されるのである。特に，いわゆる表見証明と類似性が強調される。ローマⅠ規則及びローマⅡ規則においては，表見証明は両規則で決せられる準拠法の適用範囲であると理解されているため，損害額認定制度が同様の性質をもった制度であれば，上記規定から実体準拠法の適用が導かれうるためである。これらの制度の類似性が強調される背景には，両制度が典型的事象経過を立証することで，裁判官が特定の原因を推論するという機能を有するとの理解にある。これらは事実上の生活における経験則の考慮を基礎としつつ，証明できないことによる実体権の実現が図れないことへの抑止と過度の訴訟上の浪費を避けることにあるという目的も同様であるとする。更に，法的効果についても，ZPO287 条についての通説である証明度の軽減という考えに立てば，証明責任の転換をせずして，証明責任を負っている当事者に対して，当事者への証明軽減を伴う点でも類似性が指摘される [22]。しかし，学説は，両者は区別すべきものであるとする。まず実務的観点からこの差異を強調し，損害の確定の規則と表見証明は，契約準拠法によるべきであるが，「訴訟経済という目的からローマⅡ規則 12 条 1 項 c 号のための損害認定の権限については，ドイツの手続法によらしめるのが適切であろう」と述べる [23] ものや，ローマⅠ規則 18 条 1 項及びローマ II 規則 22 条 1 項の適用範囲として表見証明が含まれる理由につき，表見証明が，典型的・定型的な事件の場合には，決まった経過が想定されるという抽象的な経験則の原則である，といった点を強調し，事実上あるいは法律上の推定と同様に処理されるべきとし，ここに裁判官による個々の事案毎の評価である損害額認定制度との差異がみられるとするものがある [24]。そして，表見証明は，ドイツ民事訴訟法において証明度の原則を規定する ZPO286 条による自由な証拠評価の原則を変更させるものでは無いのに対して，ZPO287 条

22　Bücken, a.a.O.(Fn.16), S.211.

23　Spellenberg, Münchener Kommentar zum BGB, Band 10, 6. Auflage 2015, Art. 12 Rom I-VO, Rn. 97.

24　Eickel, a.a.O.(Fn.17), S.158.

は，ZPO286 条が設定した完全な証明での厳格な要求を緩やかにすることで，その法的範囲自体を修正するものである点の差異も強調されている[25]。結局，ZPO287 条は表見証明に比較しうる，損害額を決定するため法原則を定立するものではなく，裁判所に対して，個々の損害認定の場面で，広範な自由を認めるものである，とするのである。

以上，EU 国際私法平面においては算定の文言にこれを含めることには慎重であり，かつ証拠法における類似制度である表見証明との関係においても，パラレルに論じることには懐疑的である点が窺える。もっとも，損害額認定制度をどのように扱うかについては，EU 国際私法は，法廷地手続法によらしめることまでも意図しているのではなく，その抵触法的処理も含めて法廷地に判断を委ねたと解されている[26]。よって，国内法上の議論の参照が必要となる事項であることは，EU 国際私法の観点からも同様といえよう。これまでの検討を踏まえて以下では，ドイツが法廷地となった渉外事案において ZPO287 条の適用が問題となった裁判例及びドイツの学説を中心に，国内抵触法レベルでの議論を確認していきたい。

三　ドイツの裁判例・学説

1. 裁判例

（1）従来の裁判例

ドイツにおける従来の裁判例では，損害額認定制度を規定する ZPO287 条は，外国法が準拠法の場合でも直接的に適用されるとされてきた。

① 1987 年 7 月 7 日ハム高裁判決（FamRZ1987, 1307）

〔事案の概要〕

原告はポーランドで自らの子たちと暮らす女性であり，被告はドイツに移住

25　Bücken, a.a.O.(Fn.16), S.213.

26　Dickson, The Rome II regulation, Oxford University Press 2010, pp.591.

したその元夫である。原告は被告に対して，ドイツの裁判所で，ポーランドで生活する子たちの扶養料として，1986 年 4 月からの養育費を請求した。

原審は，被告に対して，1986 年 12 月から 175．33 マルクずつ支払うように命じた。額の算定については，ポーランド法に従い，ポーランドで子たちに対する手当の受取りがあることを根拠に，デュッセルドルフ算定表に準拠しつつ，その 3 分の 2 で評価した。これに対して，被告が控訴したのが本件である。被告の主張は，デュッセルドルフ算定表の参照は誤りであるとし，本件の扶養の必要性は，ポーランドでの生活を想定すべきであって，区裁判所の判断は余りに高額であるというものであった。

〔判旨〕

扶養の準拠法はポーランド法によるとした上で，被告の控訴を大部分で容認し，原審から減額した扶養料の支払いを命じた。

デュッセルドルフ算定表は，常居所がドイツではない場合，使うべきではないとし「具体的な評価の根底にあるのは最終的には，必要額の総合的な認定 (Schätzung) である（ZPO287）」と述べ ZPO287 条に依拠した額の認定を行った。そして，子たちへの必要額は，ポーランドの生活費，必需品以外に必要な経費などから個別具体的に判断すべきとしている。

② 1990 年 9 月 26 日ハンブルク地裁判決（IPRax1991, 403）

〔事案の概要〕

原告は，イタリア法により設立された衣料品を製造・販売している株式会社であって，被告は，原告との契約をイタリアで行った自然人である。上記売買契約に基づいて，原告は被告に対して，料金の支払いと共に 13％の利息の支払うことを求めた。

〔判旨〕（利息債権の部分のみ）

利息債権については，契約準拠法であるイタリア民法 1284 条 1 項によれば，法定利率は 5％であり，5％を超える利息は，損害賠償のほか利息を請求でき

るとするウィーン売買法条約 78 条に従うとする。そして，原告は 1988 年 9 月 15 日以来契約破棄に基づく売買代金の不払いによって，利率 13％の損失を被った。この額は，裁判所は ZPO287 条に従って原告の損失損害を算定した，と述べる。

この点について裁判所は「ZPO287 条に従う損害認定は利息債権の額の決定においても許される。なぜなら，ZPO287 条は，手続として性質決定され，効果法が外国法の場合でも適用されるべきものである」と述べている。

③ 2010 年 1 月 21 日ボルケン区裁判決（NZV2010, 252）

〔事案の概要〕

原告は，自転車の所有者であり，オランダで起きた交通事故の被害者である。被告は，当該事故のオランダの交通事故の加害者が加入する保険会社である。加害者が全責任を負うことについては両者に，争いはない。

原告は，鑑定人の鑑定に基づいて，（A）自動車の損害，（B）事故による市場価値の低下（評価損），（C）鑑定費用，（D）代替車費用，を被告に請求した。

被告は，このうち，B と D については，不法行為準拠法であるオランダ法上は算定されないとして，支払を拒否した。原告は被告に対し，1587 ユーロを請求した。

〔判旨〕

支払のあった 624.75 ユーロを控除した上で，D の代替車費用の請求は認め，B の評価損についてはこれを否定した。実体問題はドイツ民法施行法（以下「EGBGB」とする）40 条 1 項またハーグ交通事故準拠法条約[27] 3 条においても，オランダ法であるとした。そして B の評価損については，オランダ法を適用し，年月が経ちすぎているので，認められないとする一方，代替者費用の「標準料

27　Convention of 4 May 1971 on the Law Applicable to Traffic Accidents. 同条約は 1975 年に発効した。事故地であるオランダは締約国である。なお，2016 年現在ドイツは加入していない。

金」の算定については，原告の現実の支払の主張は顧慮せずに，ZPO287 条による，とした。

このように，従来の裁判例においては損害額の算定について外国法が準拠法となった場合でも，ZPO287 条は適用されてきた。②判決のように手続であると明示するものもあったが，基本的には準拠外国法の適用の余地は考えられてこなかったといえよう。

以上の状況において，抵触法的処理を意識して検討を行い，渉外事案における ZPO287 条の適用排除を明言したのが，2011 年のハナウ区裁判決である。一方，同様に抵触法的処理を明言しつつローマⅡ規則が初めて適用された 2012 年のザールブリュッケン地裁判決では，ZPO287 条について，再び手続の問題と位置づけた。

以下，両判決についてみていく。

(2) ハナウ判決及びザールブリュッケン判決

④ 2011 年 6 月 9 日ハナウ区裁判決（Juris, 4 O 28/09）

〔事案の概要〕

原告は，旅行会社である。被告は，当該旅行会社のバスとフランスのグラースで交通事故を起こした加害者が加入していたフランスに本拠を有する保険会社である。

本件事故については，加害者側が全責任を負うことについて争いはないが，損害額について争いがあった。原告は，発生した損害として，(A) 燃料費及び通行料，(B) 代替バスのレンタル費用，(C) 宿泊費，食費を主張しこれらを請求した。

〔判旨〕

裁判所は不法行為の準拠法を規律する EGBGB40 条に基づいて，準拠法を行為地と事故発生地であるフランス法を適用するとした上で，A については，

原告は証拠を提出し証明したとしたが，その他の請求は証明がないとして棄却した。

その際に，ZPO287 条のような制度については，手続的側面と実体的側面の両者を有するが，請求する者に有利な実体上の証明度の要求の軽減をする「証明軽減規定」であって，単なる手続規定ではないとして，準拠実体法に従うとした[28]。そして鑑定結果によれば，フランス法には ZPO287 条に比較しうるものはないとし，結論として本件は，損害の具体的な証拠によって証明された場合のみ賠償請求が可能とされるフランス法が適用されるのであって，ZPO287 条の規定は適用されないとした 。そして，本件では具体的な損害資料がない部分については，原告の請求を排除している。

⑤ 2012 年 3 月 9 日ザールブリュッケン地裁判決（IPRax2012, 181）

〔事案〕

原告はドイツ人であって，被告は，フランスで原告の自動車と交通事故を起こした加害者が加入していた保険会社である。

被告から原告へは，800 ユーロが支払われ，事故にあった車は 100 ユーロで売却された。原告は，事故当時の車の再調達費用は 2100 ユーロであったとし，1200 ユーロの差額を被告に請求すると共に，レンタカー費用，それらの利息，

28　なお，フランス法は，類似の規定を全く有していないというわけではなかった。フランス民法 1369 条（④判決当時：2016 年 2 月 10 日公布の民法改正オルドナンスによって同条は真性証書（L'acte authentique）に関する規定に置き換えられた。なお，宣誓については，同改正後，1384 条 -1386 条に置かれている）は，「要求している事項の価値への宣誓は，別の手段ではその価値を表すことが不可能である場合であるときに限って，裁判官により要求者に命じることができる。この場合，裁判官は，当事者がその宣言において信じている額に達するまでのうちで総額を決定しなければならない」と規定している。それにも関わらず，④判決におけるフランス法の鑑定意見においては，同条を ZPO287 条と並び立つものとしていない。その理由は明示されていないが，同鑑定結果が，同条が現実的にはフランス法で実務上適用されていない形骸化した規定である，あるいは現在のフランス法上の宣誓制度自体がドイツ法秩序と相容れないものである，と理解した上での結論だとすれば，わが国においてもフランス法に対しては同様の立場を取る可能性が高いと思われる。

裁判外での弁護士任命費用を請求した。被告は，現在の手持ちの情報では，これ以上調査はできないとした。また被告は，フランス法上は，主張している損害の証明責任を負うべき原告はその主張している損害ついて関連する事実を告げていない旨主張した。原審は，原告の訴えを棄却した。原告控訴。

〔判旨〕

控訴には理由があるとして原告の請求を認めた[29]。

本件は，2009年1月11日以降に発生した不法行為に関するものであるとして，適用される準拠法については，ローマⅡ規則18条及び4条1項から，交通事故地であるフランスの法であるとした。その上で裁判所は，フランス法の解釈について鑑定意見を参照し，それによれば，全損の場合には被害者に再調達費用に関する請求が認められること，レンタカー代の請求が可能であると，算定基準を示した上で「原告が交通事故から生じた損害賠償の請求をする際にフランス法によった場合，みなければならない手続規定を看過したとしても，原告の損害賠償請求は排除されない」と述べ，ZPO287条が証明度の問題である点を強調する。「証明責任は実体問題とされるが，証明度は説が分かれている。これを外国法によらしめることができるとする見解もあるが，本裁判所は法廷地法を適用する」とし，その理由は，規定の性質から法廷地法の適用を導くことができるとする。証明度の軽減を規律しているこの規定については，ZPO286条の証明度規則が判例によっても手続規則とされていることから，手続の規則といえる。よって，実体関係や主張・証明責任の問題に外国法が適用されようとも，論理的に，ZPO287条は適用される。と述べた。

そして具体的な資料なしでも損害の認定が可能であるとして，原告の請求を認めた。

29　なお本件は，ドイツに国際裁判管轄を認めるに際して，ブリュッセルⅠ規則11条2項及び9条1項b号（当時）の解釈につき，2007年12月13日欧州司法裁判所裁定（C-463/06:FBTO Schadeverzekeringen NV v Odenbreit [2007] ECR I–11321）に従って，直接請求権を有する交通事故被害者の住所地であるドイツに管轄を認めている。

(3) 小括

以上，ドイツの裁判例では，算定基準までは実体準拠法によるとしつつ，原告が証明度を超える証明が困難ないしそれをしていないとみなされる場合に，裁判官による裁量的な認定が可能か否かについては，従前，法廷地法であるZPO287条によるとするものが趨勢であったといえる。この点は，算定との関係を明確にしたものではなく傍論といえるが，オーストリア法が実体準拠法となったケースにおいて，連邦通常裁判所1987年3月24日判決（NJW1988, 648）により，原審が怠った同法の内容及び実務の調査の必要性を説示する部分において，認定については手続としてZPO287条による，との言及がなされている点からも窺える。近時の⑤判決においても結論は同様であった。これに対し，⑤判決と相当程度類似の事件であった④判決において，損害認定制度も準拠実体法によるべきとしている点が注目されよう。

2. 学説

前記④判決と⑤判決にみられる通り，ドイツにおいて，損害額認定制度の抵触法の位置づけは議論の余地を残している。

これまでドイツでは，抵触規則中に，損害額認定制度に直接関連する規定はおかれてこなかった。このような中，学説においてはZPO287法が渉外事案に適用できるか，それともそこに外国法の介入の余地があるか，といった観点で議論がなされてきた経緯がある。

ZPO287条1条2文と3文は，賠償請求訴訟における「証拠調べの軽減」を図るものでとされ，裁判所は額のみならず，責任根拠の原因も認定できる。よって，国内法上の通説は，ZPO287条はZPO286条の証明度の軽減を目的とする規定と考えている[30]。但し，この規定が手続のみならず，実体の結果にも影響を与える規定であることも認識されていた[31]。

30 Stein/Jonas/Leipold, Kommentar zur ZPO, Band 4, 22. Aufl., Tübingen 2008, § 287 Rn. 43.
31 Geimer, Internationles Zivilprozessrecht, 7. Neubearb. Aufl., Köln 2015, Rn.2237f.

抵触法上も，従来の通説はこの問題は証明度に包摂されるものであるとした上で，証明度は手続問題であるとして，ドイツ法の排他的な適用を主張してきた。ZPO287 条の抵触法上の扱いを明確に扱った Riezler は，損害賠償訴訟で損害の存在や額について，提出された証拠あるいは専門家の鑑定の指示に基づいて認定するのか，といった問題，及び，これについて裁判官が自由な心証であらゆる状況を評価して決定することができるのか，といった問題，さらに，この特殊性は，別の財産訴訟においても妥当するのかといった問題については，「証拠評価」の問題であるとして常に法廷地法によるとする[32]。この理解は現在，上記のように証明度の問題として扱われているが，法廷地法によるとする点では多数説として維持されている[33]。そこで挙げられる根拠は，実務的便宜が主といえる[34]。

一方，これに対する少数説として，von Hoffman は，「証明軽減を被害者に与えることが，この諸規定の機能であり，それと共に，個々の必要な証明の強さを低下させることは，賠償請求の拡張を意味するのであって，この問題も不法行為準拠法に支配されるのが妥当であろう」とする[35]。

3. まとめ

以上見てきたとおり，裁判例①②③判決及び従来の学説は当然に ZPO287 条の排他的な適用を意図していた。その背景にはドイツ国内法上は，ZPO287

---

32 Riezler, Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht, Tübingen 1949, S.466. なお，この問題の対象制度として，オーストリア民事訴訟法 273 条を挙げている。

33 Looschelders, Internationales Privatrecht Art.3-46 EGBGB, Heidelberg 2004, Art.32 Rn.16; Westermann/Grunewald/Reimer/Hohloch, Erman Bürgerlies Gesetzbuch, 14.neu bearb. Aufl., Köln 2014, EGBGB Anh Ⅲ Art 26 Rn.11; Geimer, a.a.O.(Fn.31), Rn. 2237;Eickel, a.a.O.(Fn.17), S.156.;Bücken,a.a.O.(Fn.16), S.213f.

34 Geimer,a.a.O.(Fn.31), Rn.2237.

35 von Hoffmann, Staudingers Kommentar zum BGB, 13. Bearb., Berin 2002, EGBGB 34, Rn. 204.

条が証明度を規定するZPO286条の例外規定と位置づけられている点が大きな意味を持っていたと思われる。抵触法上の議論においても，⑤判決においてはこのことが明示されており，証明度規定であることをもって手続と位置づけている。もっともドイツの学説においては，証明度は必ずしも手続説が通説とまではいえず[36]，損害認定制度の問題を証明度と位置づけること自体が，必ずしも法廷地法に従わなければならないということを意味するわけではないだろう。これに対し，④判決やvon Hoffmanの見解は，いわば算定基準とその認定制度の連続性を重視する。特段証明度自体の議論に触れていない点に鑑みれば，この問題を証明度の問題と切り離して考察しているものと考えられよう。

四　検討

1．わが国における渉外事案における損害損害額の算定と認定

わが国ではドイツのように，渉外事案において損害額認定規定である民事訴訟法248条の適用を明示した裁判例は見当たらない[37]。

そこで，損害額の算定が問題となった裁判例をみていきたい。損害額の算定について検討した裁判例のうち，外国法が準拠法となったものとしては，アルゼンチン法を不法行為準拠法とした前掲東京高判平成21年判決[38]がある。アルゼンチンで発生した交通事故に基づく被害者・加害者となった日本人及びその相続人同士のわが国での訴訟において，アルゼンチン法を不法行為の準拠法

36　この点，⑤判決も言及している。ドイツの学説については，田村陽子「証明度の法的性質－実体法と手続法の交錯」立命館法学321号・322号(2008)303頁以下参照。近時の学説については，Schack, Beweisregeln und Beweismaß im Internationalen Zivilprozessrecht, in:Lugani/Jakob/Mäsch/Reuß/Schmid(herg.), Zwischenbilanz-Festschrift für Dagmar Coester-Waltjenzum 70. Geburtstag, Bielefeld 2015, S.730ff.

37　もっとも，民事訴訟法248条自体は平成9年改正において導入された規定であり，古くから規定を有していたドイツとは事情をやや異にする。ドイツZPO287条の制定史については，宮里節子「損害賠償訴訟における立証軽減：ZPO二八七条の意義について」琉大法学28巻(1981)449頁以下。

38　前掲（注2）参照。

とした上で，アルゼンチンの裁判所の採用する法によるべき」と判示しつつ，本件について，「アルゼンチン法を適用して損害賠償額を算定することはわが国の公序に反する」としたものである[39]。この判決は，具体的な金額を一度認定した上で，その金額が低額であることをもって，適用結果が公序違反であり，日本の不法行為における損害賠償の範囲によるのが相当であると述べている。アルゼンチン法においては，裁判官の裁量を要することが指摘されてるが[40]，仮にそうであれば，裁判官が行う裁量における損害額の認定の部分にも効果法であるアルゼンチン法が踏み込んでいるものとも解される。

そのほか関連するものとして，外国法が準拠法となったケースではないが，最高裁判例である平成9年1月28日民集51巻1号78頁のいわゆる改進社事件も挙げられよう。実体準拠法が日本法となった本件において，いわゆる不法滞在者の就労不能に伴う逸失利益の算定をいかにして行うかが問題となった。本件では民事訴訟法248条施行前のケースであり，これに直接言及することはなかったが，本件の算定基準となった日本での三年間の予測収入で計算し，その後のパキスタンでの予測収入で計算されるとの命題とその証明は，原告によって証明度を超える程度になされているとは言い難いケースであり，裁判官の裁量によったと解しうる可能性が高い[41]。なお，外国人労働者の逸失利益自体は，既に国内法である民訴法248条の適用範囲との指摘もある[42]が，わが国法が準拠法になったケース（今回の最高裁のようなケース）にのみ適用されるのか，外国法が準拠法となった場合でも適用されるのか，については踏み込ん

39　これに対し原審は，アルゼンチン法の翻訳をしたのち，同条文を日本法から解釈している。高裁はこれを批判する。学説においてもこの原審の判断には批判が強い。種村佑介「判批」ジュリ1378号（2009）205頁，櫻田＝道垣内編・前掲書（注1）459頁注134〔西谷〕参照。

40　横溝大「判批」平成21年度重判（2010）322頁。

41　そもそも，わが国における就労可能判断の判断については，線引きが困難なことが指摘されており，個々に判断していくものであると指摘されている。中野俊一郎「判批」民商法雑誌117巻3号（1997）439頁参照。

42　竹下守夫など編『研究会新民事訴訟法－立法・解釈・運用』ジュリ増刊（1999）322頁〔福田剛久発言〕。

でいない。

既に述べたように学説においては，わが国では一般に，損害額の算定基準については，実体準拠法によるとするのが通説の立場といえる[43]。しかし，算定基準が外国法によらしめることができるとしても，証明責任を負う者はノンリケット状態の解消のために立証活動を行う必要がある。ここで立証が困難なものについて，裁判官が裁量であるいは当該要証事項の証明度を下げることで，当事者の証明を軽減しうるか否かについては，当該準拠法によるのか，それとも法廷地法によるべきであるのかについて言及するものはほとんどない[44]。唯一，上記平成9年判決に関連する外国人労働者の災害補償に関連して，損害の証明方法は手続の問題であるとして，損害額について「裁判官の裁量を認める規定（ドイツ民訴法287条など）は，当該規定の所属国に係属する訴訟にだけ適用される」とする見解[45]が見受けられる程度である。

2. ドイツの議論からの示唆

以上のようなわが国の状況において，ドイツの議論からはどのような示唆が

43　前掲注（1）参照。もっとも，裁判例おいては，日本人同士の交通事故に基づく損害賠償請求において，不法行為地である米国サウスダコタ州法を不法行為の準拠法としつつも，サウスダコタ州法及び判例上弁護士費用及び遅延損害金が「不法行為による損害として肯定されているのか否かにつき証拠上明らかでないけれども」，これらの費用は「不法行為制度の根幹にかかわる部分であって我が国の公序に属するものであるといってよいことからすると，右の遅延損害金の支払義務を肯定するのが相当であると解される」と判示したものがある。適用結果の異常性を問うという公序の理解を超えて，不法行為訴訟における費目として弁護士費用と遅延損害金については法廷地法によるとの趣旨にも読めるが，これは不法行為の準拠法を認める趣旨に合致しない判断であろう。この点，森田博志「判批」ジュリ1226号（2002）118頁。

44　渉外訴訟における証明度に関する検討を行った文献においても，この問題は論じられていない。渉外訴訟における証明度のわが国の議論状況については，田村・前掲論文（注36）303頁以下。わずかに損害額認定制度の国際私法上の性質決定問題に言及するものとして，高橋宏志『重点講義民事訴訟法〔下〕補訂第二版』（有斐閣，2010）57頁注42。

45　奥田安弘「外国人労働者の災害補償」澤木敬郎・烏場準一『国際私法の争点（新版）』（有斐閣，1995）144頁。また，石黒・前掲論文（注3）189頁以下も参照。

得られるだろうか。まず，ドイツにおいては，抵触法上，算定の問題と認定の問題を峻別しようとしてきた点が示唆的である。①②③⑤判決や通説においても，算定基準自体と損害認定には抵触法上は別の性質決定を要することを意識してきている。④判決や実体法説も，それを前提とした上で，それに抗う形で準拠外国法の適用範囲の拡大を図ったものといえる。この点，わが国で示した裁判例においては，この点を明確に意識しているとは思われない。もっとも，わが国民事訴訟法248条の適用範囲は，損害額のみに限られている点でドイツZPO287条より適用場面は狭く，また国内法上の議論においてもその適用はかなり慎重といえ[46]，上記で示した裁判例においては，その適用範囲とされなかったと解する余地はある。しかし，損害額認定制度に外国法の適用が認められるか否かは，その該当条文の適用に誤りがある場合には，外国法の適用違背となるのか，それとも国内民事訴訟法のそれか，といった違いが生じるのであって，この峻別を明確化しておくことの意味は大きいと考えられる。前述のように，外国人労働者の災害補償についてこの点に言及する見解を敷衍した形で，一般的な議論が必要と思われる。

以上を踏まえて，損害認定制度の渉外訴訟への適用であるが，まず民事訴訟法248条自体の強行性について検討する。ドイツでは，強行性という言葉は用いてこなかったが，ZPO287条の適用範囲という観点で考えるならば，そこには抵触法的な余地が指し挟まる余地は無いため，自ずと適用されるという結論が導かれることになる。ドイツの①判決や②判決にはこのような理解がうかがえる。わが国においても，手続は法廷地法によるの原則について，「法廷地の民事訴訟法の適用範囲を決する」ことで，同原則の意図を実現しようとする見解があり，この理解に立った場合，民事訴訟法248条が渉外事案においても適

46　裁判例においては，談合行為による損害の認定に際して，民事訴訟法248条が適用される場面が多い。これらの裁判例については，草野芳郎「判批」民事訴訟法判例百選〔第四版〕（2010）124頁参照。その他，滅失動産の損害額，投資者の損害などがある。これらについては，秋山幹男＝伊藤眞＝加藤慎太郎＝高田裕成＝福田剛久＝山本和彦『コメンタール民事訴訟法Ⅴ』（日本評論社，2012）135頁以下参照。

用されうるほどの強い強行法規性を有するかが問われることになろう[47]。

民事訴訟法248条につき，最高裁は平成20年6月10日判決裁判集民228号181頁にて，不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において，原告に損害が発生したことが認められる場合，損害額の立証が極めて困難であったときは，裁判所は，民事訴訟法248条により相当な損害額を認定しなければならないという意味における強行規定と解している[48]。それゆえ，その国際的な強行性も検討しうるものといえる。もっとも，民事訴訟法248条制定前からこのような立場がわが国の根幹の秩序として存在していたならば格別，そのような状況とはいえなかったのであって[49]，現行法の解釈論としては上記の立場は妥当するとしても，わが国の手続法秩序の根幹に関わるような国際的な強行性まで見いだすことは困難ではないだろうか。また実質的にも，わが国では明文規定はおかれていない損害自体の認定についてZPO287条に規定を有するドイツ法が，不法行為の準拠法となった場合，損害額の部分のみ民事訴訟法248条のみが強行的に適用されるとすれば，損害認定の部分のみが抵触法の適用対象となりそうであるが，このような分離は適切ではないだろう。よって，実体法と手続法が交錯する本問題については，公法的な強行法規性は見いだせないものとして，ZPO287条が包摂する損害の認定及び損害額の認定は一体として抵触法的処理を行う必要があろう。

すなわち，結局のところ，裁判官による損害額の認定の問題を機能的な側面から国際民事訴訟法の立場で性質決定し，その上でこの問題は不法行為に関する準拠外国法に委ねるべきであるのか，それとも法廷地法が適用される事項な

47　例えば，櫻田＝道垣内編・前掲書（注1）32頁以下〔横溝大〕。

48　加藤新太郎「判批」平成20年度重判152頁以下参照。また，最判平成18年1月24日判時1926号65頁も同旨。

49　従前，裁量認定は，明文の規定がない状況で幼児の死亡した場合の逸失利益についてなど算定が困難な場合に，実務上なされてきた処理であって，民訴法248条はその明文化であると説明されている。この点については，法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法（商事法務研究会，1996）287頁以下。

のか，について検討するのが妥当であると思われる。

この点，わが国の学説では，民事訴訟法 287 条制定前の議論であるが，渉外事案における損害額の金銭的評価という問題設定でこの点に触れるものがある[50]。そこでは外国法が準拠法となる場合であっても，具体的算定については，「法廷地裁判官独自の裁量の余地を正面から認めてよい」のではないか，と述べられている。但し，その上で，準拠外国法は十分参照されるべき，との手法を提唱する。この見解は一見，算定基準につき法廷地法の介入を認めるもののようみえるが，外国法の参照の意味について，外国法に定型的な算定基準があればそれに従うべきとの表現を用いている点で，両者の住み分けは必ずしも必要なく，法廷地法によった裁判官が上記参照をわが国法の立場からなすべきとの主張といえる[51]。同見解は，ZPO287 条及びスイス民法 42 条への言及もみられ[52]，本稿で検討している問題を意識した上で，上記のような結論を示している点で注目される。しかし，この立場は，ドイツの④判決が示したようなフランス法のごとく，損害額認定制度を認めない制度が含まれる法が準拠外国法になった場合については，どのような処理が想定されるのであるか定かではない[53]。

結局，ローマⅠ規則及びローマⅡ規則の議論でもみたとおり，損害額認定制度は算定という枠組みで捉えるのは難しいといえるのではないだろうか。そうであれば，むしろ証拠法上の問題と捉えるのが適切であろう。証明責任規定については，わが国においても，当事者これを準拠外国法によらしめるとする

50　石黒・前掲書（注3）187頁。

51　横溝・前掲論文（注40）332頁も同旨。

52　石黒・前掲書（注3）188頁。

53　但し，石黒教授は，証明責任について外国法は，参照されるべき，とする。よって，準拠外国法がフランス法となった場合であっても，損害額についての証明責任規定は，実体の問題と必ずしも捉える必要がないとの立場ともいえる。この点については，石黒・前掲書（注3）192頁以下。

立場が有力である[54]。損害額の認定制度は証明度と捉えるにせよ，裁量ととらえるにせよ，証明責任を負う当事者の立証困難さを救済する制度であって，むしろ証明責任の問題に連なるものである点が強調されよう。確かに，表見証明のような法規範に相当するものといえるかは疑問であるが，いかなる場合に証明責任が減少ないし転換するかは，準拠外国法によらしめることが当事者の予測可能性に適うものといえるだろう。よって，原則として本問題は証明責任同様に，準拠外国法によらしめるべきと考える。但し，わが国の前述の最高裁の立場を一定のわが国の公序とみなすならば，事案においてはフランス法が準拠法となった場合には，法の適用に関する通則法 42 条の公序によって，フランス法が排除される余地は出てくるかもしれない。もっとも，その金額が極めて僅少な場合など，適用の結果が必ずしも日本の法秩序に相容れないとまではいえないケースも考えられる。このようなケースではあえて公序違反とすべきではない。なお，現在の民事訴訟法 248 条の適用に際しては，「控えめな額」の認定を行うものと解されている。この点，東京高判平成 25 年 8 月 30 日判時 2209 号 10 頁は「被告に対し損害賠償義務を負わせる以上，当該賠償額の算定に当たってはある程度謙抑的かつ控え目に認定することを避けられない」との表現がみられる。このような認定方法は，わが国の法体系で完結する場合であればともかくも，外国実体法の貫徹の点からは望ましいとはいえず，このような問題も準拠外国法によらしめるべき事項といえよう。

以上に鑑みると，原則として，損害額認定制度は法廷地法の排他的適用を受けるべきものとはいえず，原則として準拠外国法に委ねうると解するのが相当であろう。

五　おわりに

以上，本稿では損害額の算定とその裁判官による裁量認定の渉外事案におけ

54　わが国における抵触法上の証明責任に関する議論については，斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法（５）』（第一法規出版，1991）418頁以下〔山本和彦〕。

る処理について，EU 及びドイツの議論を参照しつつ，検討してきた。EU 国際私法においては，その性質決定基準についてはローマⅠ規則，ローマⅡ規則における算定及び証拠といった範疇では処理しないものであるとされ，この問題が結局国内法に委ねられている点を確認した上で，ドイツ法における裁判例・学説を概観した。その上で，算定と損害額認定制度の抵触法レベルでは峻別して捉えるべきことを確認し，わが国における処理について証明度の議論からは切り離した形で，原則として準拠外国法に委ねるべきとしつつ，現状においては民事訴訟法 248 条を公序条項的に機能させうる可能性を示した。なお，本稿においては，あくまで裁判官による裁量の可否の部分に焦点を合わせた検討を行った。その裁量が認められる場合の処理については，ドイツの裁判例にみられる通り，わが国で議論がされていた外国人の労働災害における損害額の認定や，交通事故における渉外的不法行為における損害額の認定の場面（③④⑤判決[55]）のみならず，利息の認定の場面（①判決参照[56]），扶養料請求の場面（②

55　なお，③④⑤判決はいずれも，被害者から保険者への直接請求訴訟であった。ドイツ及び EU においては，不法行為準拠法と保険契約の準拠法のいずれかが直接請求を認めれば足りるとする明文規定を有しているが（EGBGB40 条 4 項；ローマⅡ規則 18 条），わが国にはこのような規定はない。学説においては，保険契約の準拠法説が多数である。土井輝生「渉外保険契約における国際私法問題」早法 38 巻 3 = 4 号（1963）164 頁，溜池良夫『国際私法講義（第 3 版）』（有斐閣，2005）398 頁，櫻田 = 道垣内編・前掲書（注 1）457 頁〔西谷〕，増田史子「判批」早法 91 巻 2 号 67 頁（2016）注 24。かくして，わが国の多数説の立場によれば，不法行為の準拠法のみが直接請求を認める場合には，わが国では③④⑤の請求自体が認められない可能性がある。

56　民事訴訟法 287 条の射程に②判決で問題となった利息債権が含まれるとする議論はわが国にはないように思われる。準拠法如何では渉外事案においては考慮しうる可能性はあろう。

判決参照[57]）においても，問題となりうる。また，交通事故における不法行為においては，成立のほか，損害額の認定に関連する過失の認定におけるローカルデータの扱いなど[58]，具体的な損害の認定プロセスについては，それが渉外性を有した場合には検討すべき点も多い。これらについては今後の研究の課題としたい。

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

提出年月日：2016 年 10 月 3 日

57　②判決は，具体的にはドイツで扶養料算定の基準となっているデュッセルドルフ表を用いることはできず，ポーランドでの生活費や扶養権利者たる子供達の事情などを加味して，扶養料が認められるとした。これも，わが国における民訴法248条の範疇とは従来されていないものである。なお，外国法が準拠法の場合には扶養義務の準拠法に関する法律8条2項において法廷地法たるわが国の観点から同項にある事情について外国法を排除し，扶養権利者の需要及び扶養義務者の資力を考慮して定める，との定めがあって，準拠外国法にわが国法が介入する場合があり，これに基づいて裁判官は額の認定することになろう。もっとも，この状況での扶養料の請求における裁判官の認定についてであるが，渉外訴訟における考慮につき関連する裁判例として，大阪高判平成18年7月31日家月59巻6号44頁は日本に住所を有する妻が，タイに住所を有する妻に対して，婚姻費用分担を請求した事案であるが，家裁は，扶養義務者の生活指数について，日本で通常用いられる標準的算定方式を参考にしつつも，扶養義務者がタイ王国にいることを加味して，二分の一とした。この考慮は②判決のように物価や社会保障に差異がある外国からの扶養料請求においても検討に値する事項であろう。この点については，大谷美紀子編『最新渉外家事事件の実務』（新日本法規，2015）266頁以下参照。

58　これらの認定に，ローカルルール（交通規則など）を用いるいわゆるデータ理論の扱いに関する近時のドイツ及びEUの議論については，Pfeiffer, Datumtheorie und „local data“ in der Rom II-VO - am Beispiel von Straßenverkehrsunfällen, in:Michaels/Solomon(herg.), Liber Amicorum Klaus Schurigzum 70. Geburtstag, München 2012, S.229ff:わが国でもデータ理論については，通則法の不法行為の準拠法を巡る解釈論でもこれを考慮しうるとする見解として，櫻田＝道垣内編・前掲書（注1）459頁〔西谷〕。