HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	国際私法の基礎理論（２）
Author(s)	ノイハウス, パウル・ハインリッヒ; 櫻田, 嘉章//訳
Citation	北大法学論集, 30(3), 71-91
Issue Date	1979-12-27
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16293
Type	bulletin (article)
File Information	30(3)_p71-91.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資料

〈翻訳〉

パウル・ハインリッヒ・ノイハウス著「国際私法の基礎理論」第二版（二）

櫻田嘉章

目次

第一章　基本観念
第一節　国際私法（概念、特質、名称）
（以上第三〇巻二号）
第二節　統一法
第三節　決定法と指定法
（以上本号）
第二節　統一法

国際的統一法[25]は、統一実質法か統一抵触法のいずれかである。後者については後に述べるものとし（後述第六節V）、本節においては実質的統一法のみを対象とする。

I、**世界私法**（Welt-Privatrecht）、即ち世界的に妥当し包括的な内容を有する法秩序は、―多くの素人の予想に反して―今日までのところ存在していない。

1、全世界に妥当している一般**国際法**は、私法をほとんど含んでいない（後述第八節参照）。

2、その支持者達によって同じく普遍的妥当性がみとめられている、いわゆる**自然法**は、たしかに国際法とは対照的に公法に劣ら

ず私法に関わりを有しているが、――今日では諸方面で大旨見解の一致がみられるように――法の最上位の原則（私的所有権、婚姻等々）を包含しているにすぎない。従って詳細な個別規定によって諸国の実定法を無用とする任務を有するものではなく、あるいはまた、それを補充する任務を有しているものでもない。

3、最後に法規類集の**ローマ法**は、まさに私法の領域で何世紀にも亘ってヨーロッパの大部分とその海外植民地において、補充的普通法として、その土地の個別法と並んで妥当していたのであるが、一七八六年のオーストリア・ヨゼフ法典―一八一一年のＡＢＧＢの先駆[25]―以来、国家的法典化によってほとんどいずこにおいても廃止され、非常に限られた実際的妥当力を保有しているにすぎない。

ローマ法は、**ドイツ**においてはラント法中に散見される諸問題について、**スコットランド**においては支配的なケース・ローと並んで、効力を有するというよりは名目的に、**スペイン**の幾多の地方では地方法として、**イタリア**をはじめとするロマンス系諸国では「法の一般原則」（イタリア民法典前加編第一二条第二項参照）の名称によって解釈補助手段として、**南アフリカ**と**セイロン**においては、オランダの植民地時代以来一部は英国のコモン・ローによって排除され、あるいはより新しい判例法にとってかわられたローマ・オランダ法として、**オリエント**においては部分的にギリシャ正教徒の属人法として、妥当しているにすぎない。とりわけドイツ民法典施行以来ローマ法には法学と判例が存在しなくなったのであるが、それらが、ローマ法を大きなラントの妥当力のある普通法として培い、変わりつつある実際上の必要に適応させていたのである。

つまり国際法も自然法もローマ法も普遍的私法を提供するものとはいえない。

(25) この点については KROPHOLLER, EinheitsR をも参照のこと。勿論クロフオラーは、国際的統一法としては、その統一性が意図されている法（一頁以下）、言い換えれば企図された法統一に基づいているような法のみをみとめているのであるが（一七頁）。

(26) たとえば KORKISCH, Die Entstehung des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs: RabelsZ 18 (1953) 263 (280 f.) 参照。

Ⅱ、それに代って**真に国際的な私法の萌芽**が、地域的・事項的に制約されながらも存在しており、しかもこの「国際的レベルにおける私法[27]」は四通りの形態をとって成立する。

1、幾多の国々の**一致した法制定**によって国際的に統一的な制定法が創設される――以前は、統一的法源から湧き出る「普通」法に対して「共通（„gemeinsames"）」法、あるいは「一般

(„allgemeines")」法とよばれたものであるが、今日では好んで英語あるいはフランス語で „uniform law" あるいは „loi uniforme" と称される。[28] そのような制定法が存在するのは、とりわけ**ツヴァイゲルト**がしばしば「世界にわたる („weltläufig")」とよんでいる、国際的取引関係の諸分野（手形・小切手法、海上・航空・鉄道・道路交通法、工業所有権法、[*4] 営業所法）、労働法の分野についてであるが、往々「典型的に国内的に制約されており」、「土着」であるとみなされている家族法を含めた民法領域においても存在する。[29]

度々同じ様な経過をたどる国内的、国際的発展については、まさに「**法統一の定数**」ということがいわれ、その際に、その統一化が常に最初にふれた諸分野ではじまり、後に至ってはじめて民法にも及ぶという。[30] しかしながらそのことは、—あらゆるそのような「合法則性」にみられる様に—あまりに文字通りにうけとられるべきではない。[31]

一部においては法統一は固有に国際的な事実関係だけについてなされるが（「国際的」売買にのみ適用される統一売買法[32]のように）、また一部においては—既にふれたように—純内国的事象にも及んでいる（たとえば統一手形・小切手法）。[33] 法統一のための努力にとって決定的なのは、あるいは相異なる国内法の間の（しばしば困難な）決定を排除することによって促進される法的安定性の利益であり（手形・小切手法について典型的であるように）、あるいは一定の法原則が単に自国法の適用領域内においてだけ実現されるよう望むのではない（たとえば国際運送のために）、関係諸国の一致した法政策的利益である。[34]

個々にとりあげるべきは以下の点である。

(a) 法統一の**準備**は、徹底した法の比較によって最もよくなされる。これによって現存する解決方法の可能性とそれについてなされた経験に関する概観がえられる一方、他方ではある統一制定法が個々の関係諸国にどの程度の変革を求めるものかを認識させるのである。前者の観点からみても、準備としての法比較は、たとえば若干の「指導的な」法、あるいは「母」法についてなされるだけに限られうるものではない。なぜなら経験に照せば、それ以外では高度に発展したものとはみなされない法秩序の中に、往々にして特に心をそそるような特別の法制が見出されることがあるからである。[35]

(b) 統一法の**創設**は、主に条約による合意に基づいてなされる。これらの合意においては、個々の特に争いのある諸点についての締約国の留保がしばしば明文でみとめられている。それは、多数

派がその点を断念することもなく、また譲歩しない少数派がその条約から完全に締め出されるということが生じないことを目的とする[36]（条約に関する詳細は後述第八節Ⅲ参照）。しかしながら法統一は一部においては（特に北欧諸国間のように）拘束力のない共通の審議に基づいて何らの形式的取り決めなしにも行われる。法統一のためには—統一法制定後に生じる困難の克服のためにも—、関係者すべての断固たる意思の方が、どのみち大ていは廃棄通告によって脱せられ、実務の怠慢によって守られない条約による拘束よりは重要である。

法統一（特に連邦国家におけるそれだが、超国家的領域においてのそれについても）に対する対外威信に由来する**障害**の克服のための論拠としていえることは、各国がより早く任意の法統一に賛同すればするほど、それだけ、後になって中央集権的、あるいは超国家的な急進的強制統一への傾向によっておびやかされる恐れが少ないということである。

統一法の**開発コスト**に属するのは—各国内制定法のと同様に—多義的規定の解釈をめぐる初期の訴訟をも含めた実務におけるテストである。新法の利益が顕著なものでない場合には経済企業体はそのようなコストを喜んで分担しないものであり、従って、たとえば統一売買法（注(32)参照）施行後にはその適用を制限し（第三条）、さしあたり熟知した国内法にとどまりうる可能性を好んで活用するというのも当然である。

(c)　条約の国際的に一様な**解釈**が容易になる—逆にいえば**バルタン**（Bartin）[37]のいわゆる「条約テキストの国内的歪曲」が制限される—のは、正式な条約用語としては認められていない条約当事者の国語への国際的テキストの翻訳が全くなされない場合か[38]、あるいはそれが少くとも同一言語の諸国について特有な法律用語の食い違いを差し支えないものとするほど広く共通に行われる場合である[39]。（翻訳に際しておこりうる多くの誤りの源の一つは、ある条約規定が他の条約の対応規定と意識的に同調して条文化されている場合にそれがみのがされやすいことにある[40]。）

ヨーロッパ審議会の条約のために一九五七年から一九六六年の間だけで**更に**次のような統一的解釈確保のための**十の方法**が提案された[41]。即ち、一定の法律基本概念の予めの統一化、起草上の準備の一般的改善、統一解釈に関する条項の挿入、解釈に関する定期的報告、関連判例のインフォーメーション機関の設置、条約改訂のための組織の創設、解釈問題のための審議委員会の設立、訴訟前の調停手続の導入、特別裁判所の創設、既存の裁判所への必要な権限の授与、である。詳細はここでは煩瑣に過ぎるであろう。

テキストの欠缺が、それ自体の基礎をなしている諸原則によって補充さるべき場合（たとえば統一売買法一七条参照）には—それがたとえば特定の国内法秩序への優先的な依拠であれ、幾多の法秩序の比較法的考量であれ[42]—、その起草者のとった**方法論的**諸原則もまた守らるべきである。[43]

(d) 統一制定法の解釈、あるいはそのテキストの意図されなかった欠缺の補充が、相異なる関係諸国の不断の判例において不統一に行われている場合には、**不手際な法統一**とよびえよう。その場合には幾多の解釈が、相異なる国内制定法同様に、国際私法の原則に従って取り扱われるべきである。このようにすれば、同一の事実関係がどこにおいても統一法の同一の稿本に従って判断されることによって、少くともまだ個々の場合に対する国際的な解決の同一性をうることができる。[44] しかしながら、実質的法統一の頑固な支持者は、この打開策を拒否し、統一的解釈が目ざされねばならないと主張するのである。[45]

それ以外でも実質的法統一のための条約と並んで国際私法の**一時収容機能**(Auffangfunktion)が、明らかに未解決のままに残された附随的問題について、またしばしば非当事国との関係について、働いている。従って実質法統一のための条約と同時に抵触法統一のための条約が当該専門分野において結ばれることには非常に意味がある。[46] その限りでは実質的法統一は抵触法の統一をも促進しうるのである。

(e) 警戒されるべきは、蒙昧な**地域主義**、特殊な場合にはより密接な共通性への喜びにおぼれ、それ以外の世界における発展を無視する双方主義(Bilateralismus)[47]である。それはより広い範囲に亘る法の比較によれば容易に時代おくれとみとめられうるような、あるいは他者の負担においてより狭い利益共同体をしかも意識的にうみだすような規定を、条約によって固定したり、法として適用するという結果をもたらすのである。[48]

2、国際的、あるいは超国家的(supranational)法制定によって国際的組織の法（いわゆる「国家共同体内部法」[49]）が成立する。

その現下の例としては、ヨーロッパ共同体の私法をあげることができる。即ち、せいぜい（その職員の法律関係を含めた）自己の私法上の活動を規律しうるにすぎなかった以前のすべての国家共同体とは反対に、ヨーロッパ共同体の競争・コンツェルン法は、問題たる企業の取引関係に対する私法規定を含んでおり、これらの規定は、閣僚理事会(Ministerrat)および委員会の立法によって、またヨーロッパ裁判所の判決によって一層の発展をみることが可能である。[50]

しかしながら、ヨーロッパ共同体の私法の**全て**がこの範疇に属

するわけではない。一部では、法統一条約という伝統的方式も用いられる。[51]

3、**国家外的機関による法典化**の方法で統一法が成立するのは、特に国際取引の領域においてであり、即ち普通取引約款や船荷証券その他の条項に対する規則（たとえば国際法協会の「ヨーク・アントワープ規則」、国際商業会議所の「インコタームス」）の形においてである。[52] 勿論その際に各々区別すべきであるのは、これらの規則が国家の裁判所によって適用されうることが、単に契約当事者の（明示あるいは黙示の）合意の結果にすぎないのか、あるいは「商取引において行われている慣習および慣例（Gebräuche）」に依らしめている商法三四六条のような国内規定に基づいているのか、あるいは最後に、原則としてそれ自体妥当力を有しているが、国内制定法あるいは当事者の申し合わせによって排斥されうる真に自治的な世界取引法としてであるのか、[53] である。

これらの規則はすべて、主として私的な仲裁裁判所の判断によって具体化される。残念ながらこれらの判断は大部分公刊されていない。[54] 従って、どのような高度な法文化にも不可欠ともいえる実務の継続性と学問的処理は、国家外の世界取引法においては確保されていない。

4、**国際的な裁判所の慣行**と、**一般的法原則の確定**によっては、たしかに一般的には全く新しい法制度が何ら生みだされるものではない。しかし、これらの事象が、個別的な国内法からの形式における解放を許しているのである。そのような発展の最も重要な主体が国際的裁判所である。たとえばハーグの国際司法裁判所、ヴェルサイユ条約の混合仲裁裁判所、および第二次世界大戦後の同様の組織であるが、[55] 将来はきっとヨーロッパ共同体裁判所もそうなることであろう。更に著名な仲裁裁判所、あるいは個別仲裁裁判官および特に比較法学もそうである。ヴォルテール（VOLTAIRE）が神について述べたこと、即ち「神がもし存在しないとすれば、それは作り出されねばならない」は、この種の超国家的法についてもいえる。

この現象について適切に述べているものがある。[56] 即ち「種々の理由によって一つの国内法に服しえない、あるいは服そうとはしない一連の契約が存在する。第一にそれに属するのは、国際法主体と私法主体間の契約、殊にいわゆる開発契約であり、更に異なる法秩序に基礎を有する国際会社（たとえば SAS や Air Afrique）の契約である。一部では関係する国際法主体はその対外的威信から、また国際会社はその構成員の対等性の故に特定の国内法に服そうとはせず、また一部では客観的に最も密接な国内法が、複雑な法関係を適切に規律するには十分ではないのではないか、あるいは、その法では国際法上の契約当事者に対して十分に保護が与

えられていないのではないかと当事者は恐れるのである。[57]」

この法群（Rechtsmasse）[58]には確実さが不足している、あるいは体系性が欠如しているという批判は、効を奏しない。なぜならどの国内法も多かれ少かれ「開かれて（„offen"）」いるからである。高度の文明をもつスイス法体系ですら、欠缺補充のための民法第一条において、裁判官に何らの純客観的に定められた方法を与える術を知らないのである。[59]従って、その法に従って解決すべき裁判官（または仲裁人）が各場合に存在することで満足しなければならない。厳密な法理論的分類はそれに対して二次的である。[60]

伝統的な表現である「文明諸国が認めた法の一般原則」（国際司法裁判所規程第三八条）は、たしかにその一語一語が時代遅れとなった。即ち、これまで個別の規定以上に争われていた一般原則へ限定されている点において、また継続的発展を妨げる、既になされた一般的承認という要件において、最後に、「文明」諸国の概念においてである。なぜなら、今日ではせいぜい個別的部族のみがまだ非文明とみなされるにすぎず、もはや国全体がそうみなされることはないからである。特に各場合に適用された「一般法原則」が当該の法秩序において原則として定式化されているか否かは問題ではない。決定的であるのは個別的法の実際上の結果がそれによって表明されうるということなのである。

以下の区別にふれておこう。

あるテキストにおいて限られた数の国の共通の法原則が指示されている場合には、ある法原則が適用されうるためには、それが少くとも萌芽としてはそれら諸国のいずれにおいても妥当していなければならないだろう。それに対して、上記の「文明諸国の承認する一般法原則」の定めの場合には、指導的な、あるいは当該領域において最も活発な法秩序の多数の一致で十分である。[61][62]後の場合にはただ**一つ**の共通の「母法」だけを参照し、たとえばイスラエル－カナダの契約には端的に英国コモン・ローを、レバノン－オランダの契約にはフランス法を適用するのも無意味ではない。一般国際法においてもやはり地域的に相異なる型がありうるのである。[63]――ヨーロッパ共同体の枠内においては、加盟諸国に共通の法原則は、共同体法に固有の原則とは区別さるべきである。[64]後者の継続的形成は、加盟国に共通の最低基準に従ってではなくてそれがその都度**最良の**解決か否かによって方向が定められるべきものである。[65]

一般法原則の実際的意義については、後述第三十三節私的自治、更に第五十二節補充法Ⅲ4を参照されたい。

いずれの態様の法統一においても決定的な契機は、関係者のすべてが、自らの慣れ親しんだ特別の（国内、地域、あるいは人的）

法をこえて外を見るという態度である。このような態度が最もよくはぐくまれるのは、新進の法曹がその養成期間中に外国法に接し、幅広い思考を教育される場合である。残念ながらそれはどこにおいてもまだ非常に不充分である。

(27) ラーベルの表現、in: Um Recht und Gerechtigkeit, Festgabe für E. Kaufmann (1950) 309=Aufsätze III 369.

(28) 国際私法においては、単に他の当事国に対してだけ、つまり相互性の条件の下でのみ妥当するのではなくて、全面的に、しかもそれによって相当する国内抵触規定を完全に排除するような統一法のみが、しばしば loi uniforme と称される。

(29) 家族法の統一については、たとえば NEUHAUS, Europäisches Familienrecht?, in: Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift Dölle II (1963) 419 ff.; DERS, Europäische Vereinheitlichung des Eherechts, Ein Gutachten für den Europarat: RabelsZ 34 (1970) 253 ff. 参照。

(30) LIMPENS, Les constantes de l'unification du droit privé: Rev. int. dr. comp. 10 (1958) 277 ff.

(31) たとえば、一九六二年一二月一〇日の婚姻意思の表示、婚姻最低年齢および婚姻締結の登録に関する国連条約 BGBl. 1969 II 162=ZWEIGERT/KROPHOLLER I Nr. 108、ならびに、一九六七年四月二四日の子の養子縁組に関するヨーロッパ(=ヨーロッパ理事会)条約 ZWEIGERT/KROPHOLLER I Nr. 112 参照。両条約は、取引法の統一のための当該機関の努力の先駆となるものである。

(32) 動産の国際的売買に関する統一法、および国際的売買契約の締結に関する統一法。両者とも一九六四年七月一日のものである。BGBl. 1973 II 886 bzw. 919=ZWEIGERT/KROPHOLLER I Nrn. 137 f.

(33) 一九三〇年六月七日の統一手形法および一九三一年三月一九日の統一小切手法、RGBl. 1933 II 378, 538=ZWEIGERT/KROPHOLLER I Nrn. 180, 183.

(34) LEMHÖFER, Kritische Übersicht der Gegenstände, für die bisher eine internationale Rechtsvereinheitlichung erreicht oder versucht worden ist, in: Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung (1962) 151 (160–164).

(35) ZWEIGERT/KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung I (1970) 40 f. において当初の概括的原則が軟化している点を参照のこと。

(36) ヨーロッパ養子縁組条約(前注(31))はその第二五条において、特に調和を考えた規定をおいている。即ち、その第二部にある条約の「本質的規定」のうちから、どの条約当事者も最高二つまで(任意の)規定を留保の対象となしうるので

ある。この条項のモデルは明らかに一九六一年一〇月一八日のヨーロッパ社会憲章の第二〇条第一項である。即ちいずれの締約国も最も重要な七箇条のうち五箇条を採択し、合計一九箇条中一〇箇条、あるいは七二項中四五項を採択しなければならない。

(37) BARTIN, Rec. des Cours 31 (1930-I) 614.

(38) これを海法の条約について推奨しているのがグレナンダー (GRENANDER) である、in: Liber amicorum .... Bagge (Stockholm 1956) 88。なぜならこの条約の利害関係者においては英語、あるいはフランス語の知識が予定されうるからであるという。

(39) ドイツ連邦共和国、オーストリア、スイスはブローダ (BRODA, ÖJZ 1963, 479) によれば、翻訳会議によってできる限り統一的な国際条約のドイツ語訳を求めて努力している。FRHR. VON SCHWIND, Z. f. Rvgl. 9 (1968) 161: Übersetzungskommission für ein Übereinkommen der C. I. E. C. 参照。最近では RabelsZ 39 (1975) 343 N.*、一九七五年二月には翻訳会議へドイツ民主共和国も参加。

(40) MAKAROV, Betrachtungen zum Europäischen Niederlassungsabkommen, in: Mélanges Andrassy (La Haye 1968) 165 (177 N. 2). 一九五五年一二月一三日の条約のドイツ語訳は (BGBl. 1959 II 998)、一九五四年三月一日のハーグ民事訴訟条約 (BGBl. 1958 II 577) との一致を看過している。

(41) WIEBRINGHAUS, L'interprétation uniforme des conventions du Conseil de l'Europe: Ann. fr. dr. int. 12 (1966) 455 (459 f.) による。

(42) ここにおいても比較法学が準備作業をしなければならない。ERMACORA, Probleme der europäischen Rechtsvereinheitlichung: Z. f. Rvgl. 9 (1968) 99 (106):「法学が、実務の幾多の誤りの源泉に対して予防的機能を有するものとすれば、裁判官の判決は修正的機能を有すであろう」。

(43) DÖLLE, Bemerkungen zu Art. 17 eines Einheitsgesetzes über den Internationalen Kauf, in: Festschrift Ficker (1967) 138 (144 f.) 参照。

(44) 実質統一法と共に統一国際私法が存在する場合に特にこれがいえる。たとえば、ジュネーヴ統一手形・小切手法 (前出《33》) とならんである相応する牴触条約 (RGBl. 1933 II 444 bzw. 594=ZWEIGERT/KROPHOLLER I Nrn. 181, 184)、あるいは、統一売買法 (前出《33》) とならんでの一九五五年六月一五日のハーグ有体動産売買国際私法条約。

(45) 全体について PAUL LAGARDE, Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois?: Rev. crit. 53 (1964) 235 ff.; KROPHOLLER, EinheitsR 204 ff.

(46) 再びジュネーヴ手形・小切手条約 (前出《44》) 参照。

(47) 抵触法における双方的条約については、後述第八節Ⅲ一をも参照せよ。

(48) 後者の種類の例をなしているのが、一九六八年九月二七日の民事および商事事件における裁判管轄権ならびに判決の承認に関するヨーロッパ共同体条約 (BGBl. 1972 II 774) である。それは成程締約国の内部関係においては、差別的な、いわゆる過度の (exorbitant) 裁判籍（この点は後出(144)参照）を締め出すが、外部者に対しては条約当事者の承認を確保する（第三条第二項、第二六条第一項、第二八条第三項）。

(49) VERDROSS, Völkerrecht[5] (1964) 4, 222. この問題については既に VON DER HEYDTE, Jusgentium und jus inter gentes: Jur. Bl. (Wien) 1933, 33 ff. 最近は、BERNHARDT/MIEHSLER, Qualifikation und Anwendungsbereich des internen Rechts internationaler Organisationen (BerD GesVölkR 12; 1973)。

(50) ヨーロッパ共同体法の欠缺補充については H. C. FICKER, „Hilfsweise geltendes Recht" für „Europäische Aktiengesellschaften"?, in: Quo vadis, ius societatum?, Liber amicorum .... Sanders (Deventer/Den Haag 1972) 37 ff.

(51) たとえば、共同体市場に対するヨーロッパ特許に関する条約 (Gemeinschaftspatentübereinkommen vom 15. 12. 1975, ABl. EG 1976 Nr. L 17) ならびに準備中のヨーロッパ商標法に関する条約（一九七三年の委員会予備草案）を参照せよ。

(52) ZWEIGERT/KROPHOLLER II Nr. 229 bzw. I Nr. 144. 一九五三年以降のE・C・Eの一般引渡条件、および一九五七年の北欧諸国のそれをも参照せよ。ZWEIGERT/KROPHOLLER I Nrn. 150 bzw. 162. それに対して一九六二年・六八年のRGWの一般引渡条件は (ebd. I Nrn. 153–155)、条約により合意された法である（一九七五年の最新のテキスト: GBl. DDR II 277)。

(53) 第三の意味ではたとえば一九六一年四月二一日の国際仲裁裁判権に関するヨーロッパ（E・C・E）条約第七条第一項第三段における「商慣行」の、また、統一売買法（前出(32)）第九条第二項の「合理的人間が同一の状態において、その契約へ適用すべき旨通常考えるような慣行」の規定を参照。

(54) 仲裁裁判所の好まれる理由が大旨その裁量性にある限りはこの状態はほとんど変らないだろう。

(55) たとえば、SEIDL-HOHENVELDERN, General Principles of Law as Applied by the Conciliation Commissions Established under the Peace Treaty with Italy of 1947: Am. J. Int. L. 53 (1959) 853 ff.（より詳しいイタリア語テキストは Dir. Int. 13〔1959〕I 227 ff.）参照。

(56) 詳しくは SUMAMPOW, Rechtswahl im Vertragsrecht (Anm. zu BGE 91 II 44): RabelsZ 30 (1966) 334 (346 f.) 参照。

(57) 最後の点について LIPSTEIN, Camb. L. J. 1963, 315:「選

択された国内法の不意打ち的変更からの継続的法律関係の保護」、参照。

(58) 一般的法原則の注意深い表現である「法群」は「法秩序」や「法体系」にかわるものだが BÖCKSTIEGEL, Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen (1971) 144 に由来する。

(59) SIMITIS, Jus 1966, 214:「信義・誠実も、善良の風俗も、より精確なることを、それ自身要求することはできない」をも参照。

(60) 再度 SUMAMPOW (前出《56》) 347 f. 参照、「国内法の一般法原則は国際法の補充的源泉としてみとめられている（国際司法裁判所規程第三八条）。しかしこの継受によってそれが国際法の一部となるというよりも、むしろ、その種類と形式によれば、私法の比較と国際的判例によって展開されるべき、国内法と国際法の間にある独立の第三分野たるを失わないのである」。同様に STREBEL, ZaöRV 28 (1968) 508:「一般法原則は、国際法から明らかに分離される自らの自己存在性を有している。」——後述第八節国際法I末をも参照。

(61) GENTINETTA (前出《8》) 149.

(62) この区別が明瞭になるのは、たとえば、一九五四年のペルシャと国際石油会社グループの間のコンソーシアム協定はその第四六条によれば「イランと、本協定の他方当事者が設立された数カ国に共通の法原則により、そのような共通原則不存在の場合には文明諸国の一般にみとめる法原則により、それに従って」解釈さるべきものとされている (F. A. MANN, in: Ius et lex, Festschrift Gutzwillen [1959] 484 の引用による。規定のフランス語訳は Rev. arbitr. 1956, 69)。

(63) しかしながら個別の国内法が「一般原則」を生み出しうるわけではない。せいぜいは国際的原則の個別事例での適用について、特定の国内的具体化を選択しうるにすぎない。GENTINETTA. (前出《8》) 146 f., 150, 194 参照。

(64) LECHELER, Der europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze (1971) 55 ff.

(65) H. C. FICKER (前出《50》) 46 f.; PESCATORE, Le problème des libertés dans l'ordre juridique des communautés européennes: Ius gentium 9 (1973) 1 ff. (9):「最も高度の保護の基準」参照。

III、法統一の限界は、単に固執の契機と、これまで有機的に発展してきた法秩序への外的要素の導入による「体系崩壊」[66]の危険のみによって規定されているのではない。なぜなら大多数の実質法の併存は、それらが不本意の、従ってできる限りの短期的なものであるにしろ（たとえば新しく異なる法領域から形成された国民国家や、併合による場合のように）、あるいは寛容をもってする長期的なものであるにしろ、必ずしも瞞着と恣意の結果として克

服される必要も、せいぜい不愉快な歴史的所与として受忍されたりする必要もないものであるからである。むしろこの相異なる法秩序の併存は三つの視点からみて意味深く、まさに奨励に価するもののように思われる。

1、まず、各国の発展段階をも含めた自然的、文化的な事情の相違が考慮さるべきである。[67] その際には勿論法史的な偶然性も見すごされてはならない。

たとえば、気候・人種の制約をうける法制度の典型として好んであげられる（特に偶然な住所の法、あるいは婚姻挙行地の法に対しての国際私法上の本国法主義（Heimatprinzip）の擁護に際してだが—後述第二十六節以下参照）成年年齢および婚姻適齢については、既に一八八四年にあるイタリア人著者が、[68] 当時成年年齢が、寒いイギリスでは二一歳だが南国スペインでは二五歳であり、男子の婚姻可能年齢が北国のイギリスでは一四歳であるのに対して、暑いシシリーでは一八歳である旨の指摘を行っている。[69] 他方では、外国法の継受は—ローマ法がアルプスの北側で、そして西ヨーロッパ法がバルカンから極東にまでなされたように—法の環境被制約性に対する何ら完全な証明を与えているわけではない。というのも周知のように、ローマ法はドイツにおいて、まず内容上現代的慣用において、ついで方法論上パンデクテン学において相当な変形を蒙ったのであり、西ヨーロッパ法の東方諸国における継受は、西欧の生活様式の意識的な受容と共に（東アジアでは）、自国文化を守ろうと望んだ家族法の領域における相当な留保つきで行われたのであった。

2、次に、民主主義のために、即ちできる限り多くの人々を国家的責任へ参加させるために、立法と司法の意識的な**地方分権化**が行われうる。いわゆる補充原則（Subsidiaritätsprinzip）も同じ方向を示している。それによれば、その場合により大きな共同体は、より小さな共同体（あるいは個人も）によっては果たされえない任務のみを引き受けるべきこととなる。そのような地方分権化においては、同様の生活関係においてすらその土地の法形成の単なる偶然性、たとえばそのどこにおいても必要性を感じられる改革の、時点あるいは技術的構成について相異が生じうるのである。

この種の法連邦主義[70]の最もよい例をなしているのが、アメリカ合衆国である。そこではしかも統一的に規律さるべき法律問題が、連邦立法者の権限を拡張するよりはむしろ個別州すべての一致した立法（ユニフォーム・ロー）によって定められている。

3、最後に、新しい法制度が一般的に妥当するようになるまでは、相異なる法域の存在によって、限られた空間における一定の**実験**が可能である。

それで多数の法秩序の併存が意義深いものであり、一般的法統一が決して望ましいとは思われない場合には、外国法への関係を伴う事実関係の正しい取り扱いは、単に暫定的な課題であるのみならず永続的な課題である。[71] それらの問題にとりかかることにしよう。

(66) BRODA, Z. f. Rvgl. 4 (1963) 201.

(67) たとえば、イギリス人の思考様式、従ってその法発見の方法が非常に大陸のそれとは異っているので、ルイール カ (LOUIS-LUCAS), Rev. crit. 46 (1957) 182 が、イギリスの判決について次のように述べることができたのである。即ち「パスカルが、心は理性の知らないその根拠をもつといっているのは、大陸の真理を表明したものに他ならない」。Rvgl. Hwb I (1929) のはしがきにおける、不健全な水準化と法観念に敵対的な発展の促進の危険に対する警告をも参照せよ。

(68) FUSINATO, Il principio della scuola italiana nel d. i. p.: Arch. Giur. 33 (1884) 521 (564=Estratto〔1885〕46).

(69) 第二例においてその相違が、英国におけるローマ・カノン法の継受、およびゲルマン・フランス法のシシリーにおける継受の偶然性によっていることが了解される。しかし、スペインの成年年齢については、ローマ法が、より氏族に結びついたゲルマン法より個人の意思力をより強く構成し、従って成年との限界 (D 4, 4, 1) をより高く定めたという事情が恐らく後に影響を及ぼしたのであろう。

(70) 「連邦主義」という言葉は、ここでは以前のアメリカや今日のヨーロッパの連邦主義者のいう、進行する連合という意味に解されるべきものではなく、またできるだけ広範な解体としての第二次世界大戦後の連合軍のドイツ政策の意味でもなく、古典的、静的・均衡のとれた意味において、つまり連邦制の強化や緩和のための特定の傾向を伴わないものとして理解されたい。

(71) FEBRES POBEDA, Lo Sociológico en el D. I. P.: Comp. Jurid. Rev. 5 (1968) 57 (60): 「国際私法は人類の思いつくことのできた今日までで最も有用な結合手段である、なぜならそれは人類にその国の特性を維持しながら同時にその国際的コンタクトを保証することを許しているからである。」

第三節　決定法と指定法

涉外関係を伴う事実関係の取り扱いについては、昔から一連の法的可能性が存在している。今日の論議の前面にあるのは、決定法と指定法の対立である。[72]

I、国際的事実関係を直接に規律するのか、あるいは間接に規律するのかを規準とする場合に、これら二種類の規定の区別がなされる。

1、涉外関係を伴う私法上の事実関係を直接に規律するという意

味での**決定法**として、一般的な、純国内事案に対しても妥当する法、あるいは特別法が適用される。

(a)　同時に問題とされる外国法が、明らかに国内法と多かれ少なかれ一致している場合、あるいは、その適用が不相当に困難である場合には、特に（抵触法を介在させることなく）**内国一般法**の適用が考えられる（この点については第四十三節外国法適用の過程、参照）。

(b)　渉外関係を伴う事例に対する実質**特別法**は、国際的統一法、あるいは国内特別法のいずれかである。国際的事実関係に対する統一法については前節で述べた。国内特別法は多様な形をとって成立する。つまり、内国の「一般法原則」に従った解決に関する一般条項、「事案毎の衡平」による一般法の修正、国際私法に従い準拠される法の裁判官による「適応」（後述第四十七節参照）（民法第一九四四条第三項、第一九五四条第三項におけるような、たとえば当事者が外国に居住する場合の期間の延長についての）、個別特別規定の一般法への挿入、外国通商に関する特別法、またはその上に法典自体を制定すること（一九六三年の国際取引に関するチェコスロヴァキア法）によっても生ずるのである。特別法の歴史上の例としては、まず外国人との、また外国人間の法交通に適用されたというローマの万民法（ius gentium）があげられる（後述第十節Ⅲ1参照）。

人の事項に関する特別法（たとえば外国人の取得制限に関する）に対する**名称**としては、「外人法」という呼称が普通に用いられている。それ以外の、外国関連性（Auslandsberührung）を伴う事例の、**場所的**に（räumlich）制約された特別法に対しては――これにはたとえば婚姻締結や遺言書作成の方式に関する、外国にある内国人のための特別規定も入るが――市民権をえた名称がない。

指定、あるいは間接規定に比した場合にいかなる決定法、あるいは直接規定であっても、が有している長所は、そのより顕著な具体性と明白性にある。それに反して、外国関連性（Auslandsbeziehung）が圧倒的な事実関係について、内国の立法者、または裁判官が、その外国の事実の特殊性に充分に気付かないという危険性が存在している。その特殊性とは係争法律関係の事実面、あるいは法上の前提要件のちがいであることもあるし、特に内国判決が外国でその拘束力を承認されない場合には、その判決の外国において生じうる効果であることもある。内国人の間で内国において発生したものではなく、外国において、あるいは外国人の関与の下に生じた、外見上同一の事実関係は、専ら内国的な事実関係とは異った取り扱いをしばしばうけるものである。国際的事実

関係に対する国内特別法といえども、なおあまりにも強く内国にしばられていることがあるのである。

2、**指定法**は、圧倒的な外国関連性を伴う事例に対する責任を、まず第一にその外国に委ねる。その場合に非常に異った二つの可能性が存在している。

(a) **国際私法**は、国際的内容を伴う事実関係については、関連法秩序のうちの一つを指定し、つぎに（実質特別法を含めての）この法秩序から解決をひきだすことができる。上述第一節Ⅰ3参照。

(b) それと並んで、特に英法圏で好んで用いられる訴訟上の方策としての、純然たる**国際的（裁判）管轄権の画定**がある。ここでまず第一に定められるのは、どの国の裁判所がある事実関係について決定を下すべきか、ということであり、それをみとめられた裁判所は各々自らの実質法を（またその実質特別法をも含めて）適用して差し支えないこととなる。

この種の指定法が最近は増えつつあるように思われる。かくして一九六一年一〇月五日の未成年者保護に関するハーグ条約、一九六五年一一月一五日の養子縁組に関するハーグ条約、一九七三年一〇月二日の遺産管理に関するハーグ条約は、まず国際的裁判管轄権を規定し、それから準拠法として、原則として管轄裁判所の法廷地法を規定している。[73]

この解決法の利点は、国際的裁判管轄権の審査が何ら付加された負担であるわけではなく、いずれにせよどの外国関連性を伴う争訟においても行われなければならない一方で、外国法適用上の困難――準拠法の特定からその内容調査をへて具体的事実関係への裁判官による適用に至るまでの――がなくなるという点にある。勿論この方式が認められるのは、その裁判管轄権が厳格に限定される場合に限られる。[74] なぜなら、何人といえども、訴えを多かれ少なかれ実質にそぐわない裁判籍において提起することによって、自らに有利な法の適用を図りうるようなことがあってはならないからである。そこでいずれかの国の裁判所の裁判管轄権の規準とされる事情は、通例、国際私法により当該実質法の適用を正当なものとする根拠と全面的に一致しているのである。従って、人の身分事項についてはしばしば本国の、あるいは常居所の裁判籍と法が、不法行為については通例行為地の裁判籍と法が、土地に関する権利については一般にその所在の裁判籍と法が適用される。しかしこの並行性は完全なものではなく、またそうではありえない。なぜなら裁判所は、純粋の「思考の産物（Gedankending）」としての法律ほどには、場所と時間から充分に独立しているわけ

ではないからである。[75] たとえば、入植者（Einwanderer）が以前にその者の昔の本国で締結した契約の有効性は、一般には内国裁判所の判断に委ねられるのに対して、解決の基礎としてはその異国の法が使われるべきである。従って国際的裁判管轄権の規定による国際私法の完全な排除が、本気で問題とされることはないのである。

しかしながら指定法の両形式―国際私法と裁判管轄規定―は、外国事案の解決に対する責任を、完全に外国の法又は裁判所に転嫁することはできない。第一に、それが主として関係を有しているからということで、その特定の外国の法体系や裁判所体系を指定することが既に一つの決定である。第二に、外国**実質法**を指定する場合には、内国の裁判官は自らその法の解釈・適用をしなければならないし、外国**裁判所**へ送致された争訟といえども、場合によってはその外国で下された判決の執行（またはその他の承認）を求めて、やはり再び内国裁判所へ持ち込まれるのである。いずれの場合においても内国裁判官は、その指定の結果をも甘受するつもりなのか、あるいは例外的に後から修正を施すのかの決断を下さなくてはならないのである。（詳細は後述第五節正義Ⅱ2参照。）

(72) この対概念は DÖLLE, 5. Beiheft zur DRZ (1948) 5 N. 10 に由来する。英語での „dispositiv law" と „indicative law" については既に TAINTOR, La. L. Rev. 1 (1938/39) 696 にみられる。

(73) ドイツの文献で、国際不法行為・契約・家族法に対する「自国裁判所における法廷地法（lex fori in foro proprio）」を支持するのは、SIEHR, Ehrenzweigs lex-fori-Theorie und ihre Bedeutung für das amerikanische und deutsche Kollisionsrecht: RabelsZ 34 (1970) 585 (628-630); DERS, Vateschaftsfeststellung durch deutsche Gerichte und anwendbares Recht: FamRZ 1971, 292 (295).

(74) 同旨（離婚について）KOLLEWIJN, Het beginsel der openbare orde in het IPR (1917) 87 ff.; EYL（後出《一二六》）4 参照。

(75) この点の詳細は後述第五十七節 Forum causae-Forum legis Ⅰ参照。関連性の乏しい裁判籍についての後述第六節Ⅰも参照のこと。

Ⅱ、**指定法**のための**適用分野**としては、まず、大旨唯一つの外国実質法秩序の枠内におさまっておりながら、偶然に内国、あるいは第三国において問題となるような、いわゆる「相対的に国際的な（relativ international）」（つまり、裁判官にとって国際的な）事実関係がある。この事実関係については、一番関連の深い法秩

序の裁判所の解決、あるいは少くともその実質規定に委ねるのが、通例は適切である。それに対して、**決定法**は、最初から幾多の法秩序と強度の関連性を有している「絶対的に国際的な(absolut international)」事実関係(混合事例《die Mischfälle》)により適している。この場合については、唯一つの法秩序へ送致することは明らかに問題が多い。即ちそのような事実関係の「国内化(Nationalisierung)」、つまり純国内的な(内国、あるいは外国の)関係とそれを同等に扱うことは、その特別な独自性にそぐわないだろう。

しかしながら実務上この二つの対照がはっきりとつらぬかれているわけではない。一部においては指定法と決定法は互いにからみあっている。つまり指定される法秩序が、そこで当該事案について実質特別法を規定しているような場合である。更に指定法と決定法は往々にして相互に「代わりをつとめ」なければならない。即ち、一方では、実質特別法が存在もせず、また裁判官によってそれが直ちに創造されることも可能でない場合には、「絶対的に国際的な」事案に対しても、あれこれの純内国法への指定が避けられないのである。しかもそのような特別法が、問題たる事案の多様性に鑑み不相当に複雑なものとならざるをえず、従って法的安定性が危くされるような場合には、それは立法論として最上の解決策である。他方では、裁判官による特別法に従う実質的解決が時には実際上要請される。つまり、本来援用される外国法が不詳であるか、または何らかの理由で適用されえない場合でありながら、通常の内国法も第三国法もその補充として適用さるべきでないような場合である(後述第五十二節補充法、参照)。

Ⅲ、決定法へのたしかなすう勢が、今日間接、直接にみとめられる。

1、**間接的に**決定法の適用がなされるのは、裁判官が外国法を正しく適用することができないか、あるいはしようとしない場合である。問題となるのは以下の点である。

第一に、外国法適用の困難が増大するのは、法文の参照が、外国規定の確定には一層頻繁に充分でなくなってきているというその程度においてである。古典的な判例法諸国——ハンガリー、イギリス、北アメリカ——においては、従来の法体系があまりに見通しのきかないものとなったために、ずっと以前からたしかに法典化の傾向がみとめられはしている。[76] しかし他方では、フランスにはじまる西・中部ヨーロッパの法典法諸国においては、規定の

文言よりも目的に従って決まる、より自由な解釈方法の浸透がみとめられる。しかも、制定法においても、本来当該国の裁判官のみが正当に、つまりその法秩序の精神に即して適用しうるような一般条項や裁量規定が増加している。

この成文法の緩みは偶然のものとはいえず、**法理念の変遷**、即ち法の社会的機能の観念に即応するものである。一九世紀には「権利のための闘争」として主としてその主張のためには各自がそれを精確に知るを要した権利の擁護と貫徹が考えられていたのに対して、[77]それ以来は客観的に正しいものの観念が前面に押し出されてきた。それが倫理―社会的、社会学的、あるいは政治的考慮に基因するものであるとしても―いずれにしろ法を守ることがいよいよ個々の法主体から奪われることとなり、あまりに多すぎる規定によって制約さるべきではない裁判官の責任に全く委ねられることとされた。この場合に考えられうるのは、個人に何ら訴求しうる請求権を与えることのない社会的基本権の躍進である。更に極端ではあるが特徴的な例としては、ありうべき離婚理由を何ら確定することなく離婚を再び判決にかからしめることとした、一九四四年のソヴィエト家族改正法をあげておこう。[78]外国の裁判官は、――その訴訟法がはじめからそれらの事案の裁判管轄権を拒否しない場合にであるが――いかにして個々の場合にこの法律に従った離婚申立ての判定に充分なようにソヴィエト法の精神の立場に立てばよいのであろうか。[79]そのような場合には、その裁判官はその外国法を正当に適用することは**できない**のである。

他方では、「原則に従った」（倫理による、世界観による等々）考慮によると称して、外国法が拒否され、あるいは内国法が優先さるべきだという主張による、外国法適用の明示的**拒絶**がある。

ヨーロッパ文明の普及と親族法の一般的世俗化によって、国内法秩序のあらゆる原則上の相違点が次第にならされてゆき、それによって原理上の疑念が外国法の適用と対立することが一層稀になるものと、長い間考えられていた。しかし数十年来、新たな対立が生じてきている。たしかにその間に民族社会主義とイタリアのファシズムは再び衰退し、当初はヨーロッパ法共同体の外にあるとみなされていた[80]ソヴィエトの体制は、スターリンの死後西側の人々の思いの中で恐怖感をおこさせなくなった。しかし、イスラムやその他のヨーロッパ外の民族の自意識の増大は、ヨーロッパ法典の全地球的な継受の時代（上述第二節Ⅲ1参照）を終息せしめ、世界法交通にとっての原則上の困難が生ずるという危惧を再びいだかせる。かくして、外国法適用の拒絶の増大は、政治理念の変遷、即ち、単なる国家利害の対立の深化から政治・社会的イデオロギーの対立へ、いいかえれば、国家イコール国家、法秩序イコール法秩序という政治的形式主義からの転向に応ずるものである。法規とはやはり圧倒的に技術的性格を有するものであり、従ってイデオロギー上の争いと無関係な表面的な領域に属するものである、という便利な考え方は既に述べた一般条項や裁量

規定によって否定される。それらはたいてい量的な評価（たとえば損害の）だけではなくて、評価的判断の余地を残している。何が「期待できない（unzumutbar）」、あるいは「倫理的に正当でない」ものなのか、また「事情による衡平」や「婚姻の本質」、あるいは「公共の福祉」に何がそうものであるのかの判断について、裁判官はその国では原則的に拒否される外国の政治・社会体制の価値基準に従おうとはしないのである。

2、このような法理念と政治的観念の変遷の進行と共に、実質法秩序の上に位置する、内容的な価値決定から多かれ少なかれ抽象化を行う指定法の、外見上純粋に形式的な理想が、益々問題とされていることから、従って**直接的**に決定法への傾向が生じる。いかような概念法学も、また、微妙な構造の模造真珠遊びを自己目的としているような法形式主義も論駁されている。牴触法の密教的専門語彙も今日では（そもそも理解されるとして）感嘆より懐疑の念をいだかせる。それがまさにあてはまるのが、古典的国際私法の雑多に技巧をこらした法観念とそのまさに抽象的な正義の理想についてである（この点は後述第五節正義参照）。

抽象に対するこのような敵意の**根拠**は、恐らく概念による思考に対する一般的ないや気にのみあるのではなくて――これは視覚的コミュニケーションの増大により促進されるが――、現代の「イデオロギー批判」によりひきおこされた不信にも基づくものである。伝来のヨーロッパ国際私法の背後にとくに何らかの資本主義的利益の存在をかぎつけたわけでない者でさえも、作り上げられた理論的体系の固定的効果と、それにより生ずべき変化の欠除を恐れている。多くの者の間に世紀半ば以来みとめられる動的な、従って非体系的で反ドグマの立場は、同時代のアメリカ牴触法の影響によって更に尖鋭化される。そしてアメリカ牴触法を学ぶことが殊に若いヨーロッパの法律家を魅了すればするだけ、それだけまずヨーロッパ国際私法を根本的に習得するということがなくなるのである[81]（詳細は後述第九節比較法Ⅰ4）。

かくして指定法の理想は、より「実存的」なあるいは―最近好んでいわれるように―政治的な見解にとって代わられる。それは、あらゆる法規も制約されているということとそれが決定を行うという性格をより鋭く認識し肯定するものであり、従ってむしろ問題となる事案の直接的解決を請け合う覚悟を有しているのである[82]。

(76) 一九五九年の（一九六〇年五月一日施行の）民法典によるハンガリーにおける最終的な法典化については、たしかにその戦後期の政治的発展が規定的であるが、それにもかかわらず、法典化への傾向はずっと以前から存在していたのである。英国については、今日では特に法律委員会（Law Commis-

sion）の活動が（ZWEIGERT/KÖTZ,《前出35》I 263 f. 参照）、アメリカ合衆国については統一商法典他の統一法、またアメリカ法律協会の「リステイトメント」即ち、後の法典化の先がけとみなされうる私的な法集成（vgl. a. a. O. 307 f., 306 f.）が、参照さるべきである。

(77) JHERING, Der Kampf um's Recht (1872) を参照すれば足る。

(78) 一九四四年七月八日のロシア・ソヴィエト連邦共和国最高ソヴィエト幹部会令第二三条以下。この規則はそれでも約二五年間即ち、一九六九・七〇年の各共和国の新しい家族法典の施行にいたるまで妥当した。

(79) あるいはより甚しい例として、照会に対してボンのアフガニスタン大使館により「アフガニスタンにおいては非嫡出子は存在しない。なぜなら、婚外子をつくることはイスラム法により死刑に処せられるからである」との回答をうけた場合には、ドイツの裁判官、あるいは官吏はいかにアフガニスタンの非嫡出子法を適用すべきなのであろうか（GRUNERT, StAZ 1961, 204）。

(80) たとえば BARTIN, Principes de d. i. p. I (1930) 68 f.

(81) アメリカ抵触法における新しい萌芽の簡潔かつ適切な批判を（ドイツ語文献表と共に）ZWEIGERT, RabelsZ 37 (1973) 438 ff. がしている。

(82) 裁判官が「政治的に」解決をすべきか否かをめぐってドイツにおいて数年来情熱をもってなされている争いの一部は、ひとえにことばの理解のちがいにもとづくものである。年とった世代は「政治」ということばで、第一に権力、威信や選挙民の投票をめぐる、国家、政党や利益集団の闘争を想い浮べるのであって、彼等にとっては「政治的」というのは、「意識的に一方的」で、従って「事理に即した（sachgerecht）」に対立するものを意味している。それに対して若い者達は、「政治的」を「法政策的」つまり目的的、価値意識的、価値決定的と同じように用いている、――即ちある解決の法政策的、あるいは権力政治的内容がその背後にかくれがちな、全く形式的、文法的、あるいは論理的な法解釈に対立するものとしてである。少数派だけが、権力問題と価値問題とのどのような相違をもみとめないにすぎない。

Ⅳ、裁判に対する新傾向の**実際的意義**は、あきらかにとるに足りないものである。裁判官による特別法の可能なものとして勧められる種々の例を詳しく検討するに際しては、まず第一に従来の国際私法（と国際的手続法）の枠内にとどまっている、あるいはせいぜいその洗練に帰着するような解決策は除外さるべきである。この点については後述する（後述第二十二節Favor negotii、第四十六節Ⅳ代用、第四十七節適応、第四十九節公序、第五十二節補充法を参照せよ）。それで残るのは、第一に、契約上の金約款、仲裁の合意、あるいは裁判籍の合意に関する国による制限を、国

(83)

際法交通においては適用しないと宣言した幾多の大胆な（特にフランスの）判決であり、今一つは、請求権を全面的に肯定するか、あるいは否定する幾多の国法秩序間の衝突においては、それらの法秩序との関連性の強度に応じて中をとるような結果をとるべきであるという今までほとんど実行されたことのない提案である。[84] 前者の解決は当該実質規定の（意味および目的の顧慮に基づく制限たる）「目的論的縮少（teleologische Reduktion）」として是認されうるのであるが、しかし、ごく稀に用いられるにすぎない。それに対して後者の解決は、その明白な不確実性の要素のために、少くともヨーロッパ大陸の裁判官の間で支持を見い出すのはさしあたり困難である。

（83）最も最近の VON MEHREN, Special substantive Rules for Multistate Problems — Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology: Harv. L. Rev. 88 (1974/75) 347 ff. を参照せよ。

（84）この意味では既に FRÄNKEL, Der Irrgarten des IPR: RabelsZ 4 (1930) 239 ff.

V、国際的事実関係のための決定法も国際私法に加えらるべきか、あるいは指定法のみがそうなのか、という**体系的帰属関係**の問題は、単に名辞上重要であるにとどまらず、心理上、従って実際上も重要である。

ドイツにおいては普通であるように、狭義の国際私法を特別に取り扱うことは、指定法の方法上の特色が十分な展開をみるという長所を有している。他方ではそれには国際私法の過大評価と、他の解決の可能性を無視するという危険性がある（この点のより詳しくは、後述第十節Ⅰ参照）。それに対して、国内および国際的な「渉外関係を伴う事案のための特別法」を国際私法理論にとりこむことは、他の私法からのこの特別法の疑問のある切断と、それによる学問上の孤立という結果をもたらす。特に、国際私法が——大ていのドイツ以外の大学におけるように——一般私法よりは国際法の総体とより強く結びつけられているところでは、それがいえる（後述第八節国際法参照）。

もう一つの極——私法の各論との関連においてのみ国際私法（および特別法）を取り扱うこと——は、それに対してその総論の軽視を来たしやすい。

従って、指定法としての国際私法には原則として固有の教科の性格を維持すべきではあるが、その際には特別法を見失うべきではない。

〈訳注〉*4 Gewerblicher Rechtsschutz には著作権も含まれているが、ここでは広義の工業所有権をもって訳語とした。