



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	サヴィニーの国際私法理論（２） 一殊にその国際法的共同体の観念についてー
Author(s)	櫻田, 嘉章; SAKURADA, Yoshiaki
Citation	北大法学論集, 33(4), 1-69
Issue Date	1983-03-23
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16409">https://hdl.handle.net/2115/16409</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	33(4)_p1-69.pdf



## サヴィニーの国際私法理論（二）

——殊にその国際法的共同体の観念について——

櫻 田 嘉 章

はじめに

- 一 近時の国際私法をめぐるサヴィニー論と国際法的共同体の観念
- 二 サヴィニーの一般法理論（以上第三三卷三号）
- 三 サヴィニーの国際私法理論（以上本号）
- 四 国際法的共同体の観念
- 五 総 括

## 三 サヴィニーの国際私法理論

(1) 既に再三ふれたように、サヴィニーの国際私法理論は、彼の「現代ローマ法体系」第八巻に由来する。その意味ではサヴィニーの国際私法理論の検討は、この「体系」第八巻に始まり第八巻に終るといつても過言ではない。ところが、従来この第八巻の成立史についてはほとんど知られるところがないのみならず、サヴィニーがそれ以前にそもそも国際私法についてみるべき研究を残していない点が指摘されていた<sup>(1)</sup>。実際においても現在、この事実を決定的に覆えしうるに足る証左は存在していないが、従来知られることのなかったサヴィニーの国際私法研究について、ここで新たに確認された彼の思考の跡を紹介するのも無駄ではないであろう。

サヴィニーが私法に関する総論の問題を、「体系」刊行にいたるまで決まっていなかったがしろにしていたわけではなく、少くとも彼の講義の中において取り扱っていたことは周知の事実であるが、同時にこの総論は、ハイゼのパンデクテン講義・普通民法の体系に従っていたこともサヴィニー自身の書簡によつて既に明らかにされている<sup>(2)</sup>。ところがハイゼは、その第一章法源 I、実定法の D において抵觸法に相当すると思われる制定法の適用を論じているので、サヴィニーのパンデクテンの講義においても抵觸法に関する論及が予想される。果たして、サヴィニーは、遅くとも彼の最終講義の一年前、即ち一八四〇／四一年冬学期のパンデクテン講義において、「人・時間及び対象による実定法の適用」の章を設けていた<sup>(3)</sup>。この詳細は別稿に譲るとして、ここで注目されるのは、一、時際法と国際私法を同一の性質の問題として扱っていること（しかもこの時点では時際法に圧倒的に多くの紙幅が割かれている）、二、実定法の性質からこの問題を解決しようとしているが、未だ「本拠」原則も、国際法的共同体の観念もあらわれていないこと、三、後の「体系」で

扱われている、領土法の重視、オリゴとドミキリウムについての論述はほど完成していること、四、法規分類学派を理由を付さずに、しかしその法規分類の方法を明瞭に拒否していること、特にそれがヴェヒター論文公刊前であることが注目に値する。<sup>(7)</sup> 五、同一国内の法規の抵触と、異なる国家間のそれとを区別しない態度がみとめられること、<sup>(8)</sup> である。各論においては、①人の絶対的状态(住所地法)、②行為の方式(*locus regit actum* 但し任意的)<sup>(9)</sup>、③個別の物(所在地法。動産にも適用)<sup>(10)</sup>、④行為から生ずる権利(行為地法。しかし隔地契約は、申込の受領者の住所地法による<sup>(11)</sup>)。またその他の若干の例では当事者の推定的意思として履行地法や、住所地法による)、⑤財産全体に関わる行為(住所地法。例えば、子の処分能力、婚姻財産、一般的債務、無遺言相続)、⑥訴訟法(訴訟地法)、警察(行政)法(滞在地法)、刑法(滞在地法)が簡略に論じられている。かくて不十分ながら、当時の國際私法の地位ならびに講義全体に占める量的割合からみて、サヴィニーが自らの過去の研究の成果を基礎に若干の思索を行っていたことがうかがわれるであろう。勿論、バンデクテン講義というものの性質上詳細な論究は未だなされておらず、また第八巻の基本原則の後世に与えた影響力を思えば、この講義と第八巻の間には、未だ決定的な思考の飛躍が存在し、彼の國際私法理論が尚熟成を要したことは明らかであろう。目下のところ我々は、彼の第七巻の叙述に到るまで、彼がそもそも國際私法に関する研究に本格的に携っていたという証左を見出すことはできない。この時期は、彼の大学人としての生活の終了した後の、彼の政治的活動の時代に当り、実質的な宰相としての地位が彼の精力を極度に枯渇せしめ、しかもその性格と学問的方法論の故にほど失政と評価されうる実務生活を中心とした時代であった。従って彼には充分な学問的思索の時間的余裕がなかったであろうことは容易に想像される。この講義と第八巻の間の空白を埋め、かつサヴィニーの國際私法の大意その意味とその背景をほのかに垣間みるためにも、本格的な研究は後日に留保するとして、当時の國際私法の状況即ち、第八巻誕生直前の状況を簡略にみることにしよう。

いわゆる法規分類学派、あるいは条例理論が、近代国際法理論発生と時を同じくして、ヒューバーを初めとするオランダ学派によって新たな基礎付けを得たこと、そしてまたこれが後の米國牴触法理論に大きな影響を与えたことは夙に知られた事実であるが、そのドイツへの影響も決して無視しうるものではない。この間の事情は比較的最近の若干の研究により次第に明らかとされるに至っているが、<sup>(12)</sup>要するに、いわゆるドイツ学派は、コクツェーイ (Henricus Coccej) とハート (Hart) に代表されるように、オランダ学派とは独自の理論を立てることを企てながらも充分なその展開をとげざるに至らなかつたといえるが、さしあたりは以下の特徴を確認すれば足るであらう。第一に、中世以来の条例理論は、常に条例の効力の問題をめぐって形成され、ローマ法に依拠しつつ、法の階層的効力の問題と法の場所的効力の問題とが密接に絡みあうものであるとして取り扱っていたのであるがドイツ学派においてもこの事情は変わらないこと。第二に国際私法は法の牴触の問題として把えられ、実質的にみてある法律がその領域外で効力を有しうるかという問題と並んで、その法律がその領域内においてその市民以外の者に対しても効力を有しうるかという伝統的な問題設定に従っていたこと、そこでは従ってローマ法源の取り扱いにおいて、特定の法への服従の觀念が検討されると共に、外国人の取り扱いが意識されていたこと。これらはウェストファリアの和約以来のキリスト教国家間の主権平等の基礎の上に、<sup>(13)</sup>新たに外国法適用の根拠を理論的に提供したオランダ学派の影響をうけて、主権の対外的・対内的意義を中心に牴触法を論じたのである。従って、外国人の法的地位、国際的司法管轄権の問題と絡んで、牴触法問題は、当時の国際法の教科書においても論じられたのであり、<sup>(14)</sup>プフタは、一八三八年において、なお法牴触問題を公法の文脈の中で把えていた。<sup>(15)</sup>従って、ここに自然法思想の介入する素地があった。<sup>(16)</sup>しかし、既に法の重視から権利の重視への動きが認められ、後の国際私法理論の主流へとつながっていく。<sup>(18)</sup>法規分類学派から、既得権理論、住所地主義というヴェヒターの批判対象はこのような文脈の中で生成していったのである。第三に、牴触法問題の解決に当り、法規を分類する方法が中心的課

題とされたのであるが（ドイツでは三分法よりは、混合法を疑問視する傾向が強いようであるが<sup>19</sup>）、単なる文法的分類から脱して主として法規の内容及び対象を基準としていたのである。かくてドイツにおける一八世紀抵触法は、ドイツ学派の伝統の中で若干の個別的創造性を発揮し、従来の方法にそれを付加しながらも、結論的には見るべき大きな成果を挙げることなく推移した<sup>20</sup>。ドイツにおけるパンデクテンの現代的慣用の集大成たるモニュメントとしての、*Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* (1756) も、従来の法規分類の方法に従い<sup>21</sup>、その後の一連の法典化の中での、プロイセン一般ラント法（一七九四年）、フランス民法典（一八〇四年）、オーストリア一般民法典（一八一一年）も、外人法的発想を超えるものとはいえず、結論において決定的な革新をなしているとはいえない<sup>23</sup>。しかしながらヴェヒターがいみじくも指摘するように、一八世紀末にはこの法規分類の手法とその根拠については混乱が生じており、多数の小国家に分裂していたドイツの内部においてのみならず、ヨーロッパ諸国間の人・物の交流の増大に伴い、実際上の必要性にそぐわない学説・実務上の法的混乱が抵触法の分野で強く意識されはじめた<sup>26</sup>。それと共に、たとえば、法規を三分類する手法も変容を余儀なくされ、法の対象・内容によるのではなくて、法律の土地的関連性を基準とする区別となった、即ち、たとえば人法とは人の住所地法を指すのであって、人を対象とする法ではないということとされた<sup>27</sup>。かくて一九世紀初頭にかけて、新たな抵触法理論が模索されだしたのである<sup>28</sup>。制定法実証主義のこの分野における影響も忘れられてはならないであろう。

しかしながら、このような新しい法理論を求める胎動は、既にサヴィニーとチポールの法典論争についてふれたように、抵触法の分野だけに限定された事情であるわけではなく、当時の法学一般に通ずる現象であった。その中でサヴィニーの歴史法学は、プロイセン、フランス、オーストリアの理性法時代の所産たる三法典を批判し、法学の確立による新しいドイツの統一法を志向したのであるが、これらの法典の長所を認めながら、ドイツにおける実際に即した法学の形成

を企てる動きも存在した。<sup>(29)</sup>即ちドイツ個別法を素材としながら、ドイツ私法を見出そうとするゲルマニスト達の試みである。ここに、バイエルンの法典に媒介されたアイヒホルンの、更に彼に啓発をうけたミッターマイアーの抵触法理論への基礎が存在する。<sup>(30)</sup>しかし、抵触法については、ロマニストとの決定的な対立という要素は、稀薄であった。

以上のような一九世紀前半の抵触法の状況についてグッツヴィラーは次のように述べている。<sup>(31)</sup>「それは、古い諸形式から新しい精神への過渡期である。即ち、条例理論的形式主義、厳格な属地主義、しかし、時と共に国際法的外観を獲得するに至ったコミタス・ゲンティウムもまた、それに基礎を与えている。新潮流と共に、古い基礎の代わりに新しいそれを創り出そうとする動向が生じた。その過渡期においては、ドイツは正に「諸体系に満ちた世界」であった。この一般的な動きと共に並行して、もう一つの少なからず重要な動きが存在した。即ち、立てられた諸原則の実定的価値への、漸増する、一層明らかとなる回帰、理論を単に論理的に正しく、「事物の本性」や一般的正義に即して示すのみならず、特にその妥当性を証明しなければならないという意識であった。この最後の発展は、サヴィニー以前においてはヴェヒターの論文をもってその最高潮を迎える。公然たる、純粹な条例理論をまだ守ろうとする者の数は、もう全く少なくなっていた。<sup>(32)</sup>他の者達は、伝統からの解放を試みながらも、実際の結果においてはやはり伝統にしばられていた。<sup>(33)</sup>はるかに多くの者は、しかし、伝来的なものに代えて、様々な出发点から独自の原則を樹てようとして企てた。<sup>(34)</sup>ところが、この混乱の中にも容易に若干の共通の観点が見出される。即ち、国際法により規定された特色、当事者の任意の服従の観念、ある事案の原則的取り扱いからの排除等々である。これらのすべてが、サヴィニーの眼にした、そして利用しえた諸要素なのである」と。

このような叙述自体は、当時の歴史的状況の中から今少し立ち入った分析を要するのであるが、グッツヴィラーの指摘するように、一九世紀ドイツ国際私法は、ヴェヒターの論文を境にその様相を一変する。それ故サヴィニーの国際私

法を考える上でも、このヴェヒターの果たした機能を等閑視することは許されない。しかし特に國際私法に情熱を燃やしていたとも思われないヴェヒター<sup>(35)</sup>が、その時代の分水嶺をなす画期的論文を書くに至った新しい動き自体は既に始まっていたのである。当時の國際私法をめぐる法的環境、法社会学的背景その他については、今後の研究に委ねるとして、國際私法学をめぐる現象面を眺めても、当時の抵觸法への實際的需要が認められる。第一に、一八三〇年代に入ってから、の抵觸法研究の増加には注目すべきものがあり、シェフナー、ヴェヒターの著作の参照するドイツ並びにヨーロッパの國際私法文献がこれを傍証するであろう(但し、ヴェヒターは語学の關係でドイツ語、ラテン語文献のみ)<sup>(36)</sup>。一般体系書(既にふれたアイヒホルン、ミッターマイアーの新版を中心に、マウレンブレヒター(一八三二年)、チポル、ゾイフェルト(一八三六年)、ゲッセン(一八三八年)、フィリップス(一八三八年)、リンデ(一八三八年)、キールルフ(一八三九年)、ミューレンブルフ(第三版・一八三九年)等)、ストルーヴェの著書(一八三四年)、プリンクマン(一八三一年)、コーリー(一八三三年)の解説、ホーフアッカーの草案(一八三九年)もこの時期に発表されている<sup>(37)</sup>。後にヴェヒター論文の登載されたACP雑誌を例にとっても、ミッターマイアーの國際民訴に関する三論文<sup>(38)</sup>(一八三〇年、一八三一年、一八三五年)、ヴェヒターの隔地契約に関する論文(一八三六年)、ドゥンカー(一八三八年)等の論文がこの時期に眼につく。更にミッターマイアーの比較法的研究に認められるように、各国独自の法発展が進行している中で、しかも共通言語(ラテン語)の消失にもかかわらず、ドイツにおいてもフランス、イタリア、英米の法発展の動向が次第に注目を浴びるに至ったのであり、殊に抵觸法においては、ブルノワ(一七三二年)、ストリー(一八三四年)、ロッコ(一八三八年)、バージ(一八三八年)等が著名であった<sup>(40)</sup>。このような基礎の上に、一八四〇年代のシェフナー、ヴェヒター、コーリー、ピュッター、ペーゼラー等<sup>(41)</sup>による新しい基礎を求める抵觸法論争がくりひろげられたのである。従っていわゆる比較法的な抵觸法の検討は、シェフナー以降当然のことだったのである。第二に、判例

の増加が認められる。この点は今後の研究に待つべきところが大きい、ゾイフェルトの判例集に従えば、(一八四七年刊行開始という判例収集能力の影響を無視しえないが) 大ざっぱにいって、三〇年代で一三件、四〇年代で三〇件ばかりの上級審判決が報告されている。現代の日本の国際私法判例を考えれば、この数は、当時の実際的な牴触法への需要を推測させるに十分であろう。他方、それにもかかわらず「全ての牴触事件に満足のいく解決をひき出しうる命題の提示 (Schäffner S. 14)」をなした学説も存在しなかったのである。

このような実際の状況の下で発表された、シェフナー、ヴェヒターの牴触法理論は、当時の全ての対立を総括し、その統一的基础を生み出すことに成功したとはいえず、従って、その牴触法に関する固有の基礎づけにおいては必ずしもその後大きな影響を及ぼしたとはいえないが、殊にヴェヒターの論文は、その研究の徹底性の故に従来のドイツ牴触法の批判的検討としては、その後のスタンダード・ワークとなった。従って、ヴェヒター論文以降の牴触法研究は、少くともサヴィニエの「体系」第八巻の発刊に至るまでは、各自によるその評価の相違を別にしてほぼ全てこのヴェヒターの現状認識を基礎として展開されたのである。従って<sup>(43)</sup>もはやヴェヒター以前の理論は特にそれ自体として重視されることはなく、ヴェヒターのフィルターを通して顧慮されるに至ったのである。このような文脈の中でサヴィニエの国際私法理論も扱えられなければならない。

さて、次に、サヴィニエが、このような状況をいかに認識したかを知る手がかりに、彼の参照した文献について、ふれておこう。彼はその第一章を始めるに当り、若干の主要な文献を掲げている。<sup>(44)</sup>バルトルス、ダルジャントレ、ローデンプルク、オランダ学派のパウル及びヨハネス・フート、ヒューバー、ドイツ学派のハートが古い学説の代表者であり(ブルノワについては、ローデンプルクの翻訳に補充を加えたもの、という彼のコメントがあるので、ここに入れてもいいかもしれない)、その他はマイアー、ストルーヴェ以下年代順に、ストーリー(一八三四及び一八四一)、バージ

(一八三八)、シェフナー(一八四一)、ヴェヒター(一八四一、四二)、ロッコ(一八四二)、フェリックス(一八四七)が挙げられている。本文の中には書名からみて当然に予想されるように、歴大な数のラテン語法文(ユスチニアヌス法典)の引用があるのは勿論であるが、ここに挙げられていない、主として抵触法を主たる対象としない著作も多数引用されている。その抵触法に関する著作の主なものには後にふれるとして、引用の頻度からいえば、ヴェヒター論文が圧倒的に多く、ついでストーリー、フェリックス、シェフナー、更にハート、アイヒホルン、ヨハネス・フート、リンド、ボルネマン、コッホ、ベートマン・ホルヴェーク、ミュレンブルフ、マイアー、ヒューバー、パウルフととなっている。バルトルス(一度だけ)、ダルジャントレ、ローデンブルクはごくわずかにしか引用されていない<sup>(45)</sup>。従ってシュトルムの指摘するように、古い学説の叙述はヴェヒター、シェフナーに依拠しているという印象は免れない<sup>(46)</sup>。しかしながら既にバイエルンの民事法典の取り扱いにも認められ、条例理論の評価にも示されるように、これは、実際上益々機能しなくなっていた従来の抵触法理論を決定的に批判し克服しようとしたシェフナー並びにヴェヒターの立場を彼が基本的に肯定した当然の結果であるにすぎない。彼の「現代ローマ法体系」第八巻にとって重要なのは、従って、一八四〇年代の文献であったというのも、けだし、当然であろう。またこれは熟慮の後に権威をもって決定的評価を下すという彼の若年からの方法をここでも示すものであって、脚注をみれば、彼の評価においてごく重要な文献のみが引用されている。条例理論の諸学説も、必要とあれば、単にそのようなものだけが参照されるのである<sup>(48)</sup>。

更に特筆すべきことは、シュトルムも指摘するように判例が引用されていることである。既にふれたように、第六巻以降この傾向は強くみられたが、第八巻では、これが顕著であったといえるであろう。

いわゆる三月革命による大臣辞職の年である一八四八年八月に書かれた「体系」第七巻の序文において、サヴィニーは、当時の激動する政治状況についてふれ、ローマ法を尚対象とすることの正当性、意義、殊に祖国愛との関係を論じ

ながら、次のように締めくくっている。「本体系の総論の中では、法規の法律関係への適用を含む第三篇、殊に土地的、空間的な実定法源の牴触、或いはいわゆる涉外法 (internationales Recht) と、法律の遡及的効力に関する理論 (Lehre) だけが残されている。この重要な理論は、恐らく第八巻において述べらるであらう。」<sup>(49)</sup>これは第一巻において当初予定されていた第三篇「法規の法律関係への適用」を指しているが、結局そのタイトルは、実際には第八巻において「法律関係への法規の支配」と変更されるに至った。ハイゼの体系に従っていたパンデクテン講義の時代からの、彼の牴触法に関する思索の変化を示すものといえよう。いずれにしろその翌年にこの予告に従って実現された「体系」第八巻が以下の検討の対象となるのである。

第八巻を始めるに当って、サヴィニーは、その序文において以下の指摘を行っている。まず、第八巻が対象において「体系」中では異った性格を有すること、即ち、ローマ法の影響が比較的小さく、更に「本巻に叙述する学説が、他に比して未だ生成中の、未完のもの」であること、そしてこれは彼の力不足に起因する主観的な告白であるというよりも、対象の「特有の性質」に由来するものである、という (S. III)。その「特有」性とは何か。まず、法規の場所的牴触については、学説のみならず、「裁判所の判決」の混乱が著しく、ドイツ、フランス、イギリス、アメリカの間にも往々鋭い対立が認められる。しかしながら、この法分野に関する共通の活発な関心が、以上の諸国には存在するのであり、更に他に見られない程の相互の接近・調整・理解の為の努力が払われている。これは既に文明諸国民の共有財産 (ein Gemeingut der gebildeten Nationen) となっているのである。しかもそれが一般的に承認された確実な既存の諸原則の所有によるものではなくて、「その所有を志向する、学問的研究の共同体」に負っているのが特徴であって、ストーリーの著作は、この未完ではあるが将来性のある分野の状態を示している。そして法理論の発展にとどまらず、法意識・法生活の普遍化しつつある実際的共同体の壮大な将来性が認められる、というのである。シェフナー、ミッターマイ

アー等の著作に既に認められるように<sup>(50)</sup>、サヴィニーは、ここで抵觸法のヨーロッパ文化性にふれ、また理論のみならず判例の在り方をもその意識にのぼせているのは注目に値する。また夙にミッターマイヤーによって紹介され、ドイツにおいても高い評価を受け、サヴィニー自身も著者からその寄贈をうけたといふ<sup>(51)</sup>ストリー<sup>(51)</sup>の著作の評価にも、既に後の叙述の特徴が頭われているといえよう。サヴィニーは、次いで当時の抵觸法の状況を次のように概観する。即ち、当時のドイツのゲルマニストとロマニストの対立は、抵觸法においては余り鋭く感じられないこと、そして重要な諸問題については凡その一致が認められるのであり、ローマ法も実定法上の影響も比較的小さい。しかしながら、学説・判例は往々にしてローマ法に左右されがちなので、その源たるローマ法を正確に知ることが要請される、という。シェフナー、ヴェヒターをもつて既に条例理論が克服された点においては一致をみていた当時の状況の中で、このようにして更にローマ法と抵觸法の関係、なかならずローマ法研究の必要性を強調するのは(ゲルマン法の立場から抵觸法に関与しようとする動きも強い中で)、当時の彼の立場を示して余りあるものがある。

次に、当時高まった民族性の強調に対して、彼は自らの抵觸法の基礎を明らかとする。即ち、「その性質上、国民的対立を、相異なる諸国民の承認された共同体のうち<sup>(52)</sup>に解消することへ向けられねばならない理論においては、このような方向は主張されえないのである」と。そして、この一方では豊かな将来性を有しながら、他方では研究者の能力と関わりなくその課題の即座の実現を期待しえない分野においては、各自は勇氣と共に謙讓を必要とするのであり、発展する精神的プロセスを「本来の諸原則への還元」によって促進することが出来れば、後にそれがたとえ準備的なものとされたとしても、それは各自の榮譽としなければならぬのである、ともいう。ここに当時の抵觸法の状況と、それに対するサヴィニーの研究者としての年来の態度が余すことなく示されている。

更にサヴィニーの指摘するのは、第八巻の対象である。彼によれば、従来の研究の欠陥は、法規の場所的限界と、時

間的それを全く切断して取り扱った点にあるのであり、従って第八巻では、両者の表面的結合に終らず、両者の原則の内的関連性の探究によりまとめ取り扱う、という。両者の内的関連性の叙述は、彼の「体系」の一貫性を示すと共に、既述のように、時間的抵触問題の場所的抵触問題解決への影響を想わせるが、この点は尚今後の検討を要する。

かくて本巻により「総論」が完結する。「私は今や、目下存在する八巻をそれ自体存在する完結した作品とみなし、従って、各巻のタイトルは、付加されるべきことは、総論、でもって補われる」。ここに、第八巻を「体系」の一部として叙述することの根拠が示されると共に、以上の紹介の中で既に本巻の諸観念の概要、また抵触法における法学の位置、体系の意義が明らかとなるのであるが、未だ彼の構想の具体的な方向と方法は述べられていない。国際私法の問題がなぜ彼の「体系」の中に位置するのか、なぜ前述の二つの抵触問題が同じ取り扱いをうけるべきなのか、両者の限界はいずこに求められるべきか。これらの諸点については、続く「序論」を待たねばならない。いずれにしろ彼の抵触法論が既に紹介したその一般法理論を前提にしてはじめて理解しようとするというこの意味が次第に明らかとなってくるはずである。

(2) (i) 序論においては、「法律関係に対する法規の支配」という第三篇の表題に関して、法抵触問題についてとるべき基本的な態度、ローマ法との関係、法の場所的抵触と時間的抵触の諸点について叙述が加えられている。即ち、「体系」の第三篇を構成する本第八巻は、先行する第一篇「法規の生成根拠」、第二篇「法律関係の一般的性質」の検討をうけて、「体系」の総論に残された法規と法律関係の結合関係の確定を対象としていること、この結合関係については二つの相異なる把え方、即ち法律関係への法規の支配と法規への法律関係の服従という見方が成り立つが、この支配と服従という結合関係の意味の確認を要する、という。ここに彼の実定法に関する理論が登場し、この問題のもつ私法総論的意義を確定するのである。それによれば、まず前者の見方に従えば、実定法は、人類全体に同一のものであるわけでは

なく、個別民族毎に普遍的な人間的力、あるいは特有の法形成力に応じて、民族及び国家毎に特別でありしかも相異っているものであり、この多様性から、各実定法につきその支配領域を定める、即ち「相異なる実定法相互間に限界を引く」必要性が生じ、この限界画定によってのみある法律関係の判断に際して生じうる実定法間の抵触を解決しうるのである。後者の逆の見方によれば、まず判断対象としての法律関係が存在し、相異なる実定法に属する多数の法規のうちからその判断に必要な、その支配に服する一つの法規を見出すべきことになり、結局前述の各実定法の限界の問題に逢着する。従って二つの見方は出発点を異にするにすぎず、問題自体は同一であり、かつ両者で解決が異なるわけではない。ここに、「体系」で示された彼の実定法生成論から、抵触法理論の基礎が明らかにされる。そしてこの二つの見方の等価性は、彼の法現象の理論的把握の方の特徴、即ち有機的現象の文化的客観的把握への志向と、客観的法と権利（主観的法）というその二元的構成に即応するものである。この最後の点を従来の抵触法理論に即して、彼は次のように説明しようとする。

即ち、斯学においては、法規の抵触の概念から出発し、その解決のみを真の、かつ唯一の任務としていたのが従来の通例であったが、結果は思わしくない。「自然な」思考の流れに従えば、法規がどの法律関係を支配すべきか、法律関係がどの法規に服従若しくは帰属すべきかが問題となるのであって、支配・帰属の限界と従ってその限界について生ずる境界に関する争い、或いは抵触という問題は、「その性質上派生的かつ副次的」問題となるという。現代の法学者が多く指摘するように、以上の点にサヴィニーの國際私法理論の基本的出発点が認められるのであるが、要は後にも述べるように、法規と法律関係の結合関係が彼の検討の対象なのであり、従って、法規から出発しても法律関係から出発してもその結論は異なるわけではない。つまり現代流に言えば、いささか次元は異なるが憲法ならびに民法における私法法規の効力の限界の問題の解決（法の属地的・属人的効力）と、國際私法における問題の解決とが異ならない、ということ

にならう。この考え方は、サヴィニーにあってはヴェヒターに由来するもののようにであり、彼の主張が引用されている(9.3b)。ただヴェヒターが、ここで同時に内外人平等にふれている点が注目に値するであらう。<sup>53</sup>

かくてこのような観点に立てば、法規と法律関係の結合関係の場所的限界と共にその時間的限界も同等の取り扱いを要するのは、サヴィニーによれば、少くとも体系的・形式的には極く当然の発展でなければならぬ。ここでも法の時点変更性と共に、法律関係の発生根拠としての法事実の時的変更性が問題とされる。ただ、後者においては上述の場所的限界と時間的限界相互の関係が問題となりうる。即ち、法律関係の事実の変更(たとえば行為能力が人の住所地法により判断される場合に、その者が住所を変更する時)が、その以前の法に服すべきか後の住所地の法に服すべきか、つまりいつの時点を基準とすべきかという点で法の場所的抵触と時間的抵触を共に含んでいるからである。しかしこの場合には場所的要素が支配的(vorherrschend)であるので、支配の場所的限界において取り扱うのが「合目的でかつ當を得ている」こととなる。この点にも彼の方法の特徴が認められる。

更に、サヴィニーはローマ法を対象とする「体系」の立場と本巻の関係を論ずる。「第一に、我々がローマ法に何らかの実際上の効力を確保しようとするのであれば、他の実定法との関係で、特定の諸国・諸民族へのローマ法の適用に對してかの問題に立ち入らねばならない。この必要性は、仮にローマの法律家がその問題について考えることがなく、決してそれに携わったことがなかったにせよ避けられない。」<sup>54</sup>第二に、しかし、ローマ人はこの問題を実際に取り扱ったのであり、従ってそれに関する言説を探し出し確定せねばなるまい。これらの言説が部分的には一方的で不備があり、ローマ法の適用を一般的に認めうる場合についてさえ、常に直接の適用を要求しえないにもかかわらず、その確定はやはり非常に重要である。近時の学者の学説、それと結びついた実務が大部分ローマ人の言説に、しかも往々その不当な見解に依拠しており、従って近時の学説・実務の正当な理解とその浄化が、ローマ法の中に培かれた見解に関する

る徹底的研究によつてのみ行われうるがためにそうなのである (S. 511)。ここに牴触法におけるローマ法研究の必要性が説かれている。

以上のような前置きの後に、サヴィニーは愈々第一章「法律關係に対する法規の支配の場所的限界」について論じているのであるが、彼の論述は次のような道程をたどる。第一に彼の法の一般的理解から出発して法牴触問題をいかに取り扱うべきか、何故に法規の場所的限界をここで問題とすべきかを論じ、ついで第二にその法規の場所的牴触の生じうる場合としての同一国家内における牴触と主権國家間における牴触を区別し、その各々における問題解決の基本的指針を明らかにしようとする。何故、いかなる根拠に基づいて自国以外の法の適用が可能であるのか、その適用されるべき外国法の決定基準は何か、そしてその限界は何か、がその主要な内容である。第三に、法律關係の中心である人の法律状態に適用されるべき法律の決定基準が何かを検討した後に、第四に、個別的な法律關係の判断に適用されるべき法律を順次検討している。即ち、一、二において本章を通貫する基本原理・觀念を明らかにし、三、四においてそのより具体的な適用を順次検討し、各々について解決を示すというのが第一章の基本的構想である。従つて以下においては、これらの諸点を順次紹介することにしてしよう。

(ii) サヴィニーは、「体系」第一巻以下で展開した一般的法理解を、ここにおいても貫徹することから牴触法の問題を解決しようとする。即ち、権利は人に属する権能でありその特性である。法規が支配する「最も密接した、直接の対象 (S. 135)」は人であり、第一にその一般的存在においては権利の主体として現われ、次いでその自由な行為によつてその屬性としての法律關係を創出する者として法規の対象となるのである。そこで、どの人を法規は支配するのか、逆にいえば、人が服し、あるいは帰属する法規とはどれかが問題となる。しかし、取得権の領域においては、人は自ら自身とは別の対象へ自らの存在を人為的に拡張するのであつて、そこから更に本来その者には知られていない法規の領域へ入

っていくことができる。そして取得権が固有の領域を支配している法規に服している他人をも対象とするので、一つの法律関係を服するこれらの人が同一の法領域に属するか否かは極めて偶然的に定まることとなり、法律関係を支配する法規の抵触が新たに発生しうることとなる。法規の対象は、人自身か法律関係であり、後者は物権、債権、相続法、家族法であるから (S. 12)、相異なる法域の実定法の抵触の多様性も容易に理解しうるであらう。しかしこの拡張はその中心をなす人の自由な行動、即ち、特定法域への服従により生ずるのであるから、各々の場合に「適用さるべき法規 (die anzuwendende Rechtsregel) (S. 13)」は、まずその行為者の服従により定まり、ついでその活動により特定の物、行為、生活関係が他の法域 (Rechtsgebiet) と関連することにより修正をうけることとなる (従来の人法・物法・混合法の区別もこれと関連していた)<sup>(56)</sup>。従って、まず人の特定法域への一般的帰属から順次検討を深めてゆくべきことになろう、と。

以上の叙述は、彼の一般的法理解からする抵触法への投影であつて、そのこと自体には特にふれるべきこともない。ただ、彼の抵触法の出発点である、法規の法律関係の支配、あるいは逆の服従が、人について敷衍され、従来<sup>(57)</sup>の抵触法の伝統の延長としての人の一定法域への服従の観念がもちだされたことは注目に値するであらう。ここにおいて、サヴィニーは、次に今まで自らあまりふれることのなかつた、即ち、人、法、実定法共同体相互の関係においてそれまで当然のこととして措置してきた、人と実定法共同体の結合関係の基準へと論理を展開してゆく。そして、この問題は結局法規の本拠 (Sitz) (S. 14) が何であるかにつき当るのである。即ちサヴィニーによれば、実定法の本拠は、民族 (又はその民族に即した全体の一部) 又はその現実体としての国家 (或いは国家の有機的個別的部分) に認められるが、それは、そこにおいてのみ真に個人の意思が全体意思の一部となりうるからであつた。従って、実定法の構成部分としての法規が本拠を有する全体を形成しその統一性を制約するものが何かを知ること、個人が同一の実定法共同体に結合さ

れる紐帯が何かが分る。そして、この目的の為に歴史をみれば、その紐帯、即ち個人の実定法共同体への帰属の根拠としては、種族 (Volksabstammung (Nationalität)) と領土 (Landgebiet (die Territorialität)) が存在していた。法共同体の根拠かつ限界としての前者は、全く人的で不可視のものであり、大移動時のゲルマン人や今日のトルコ帝国の属人法の体系にみとめられるが、今日のキリスト教ヨーロッパ諸国ではその意義はもはや全く衰退してしまったといえる。<sup>57)</sup> これと類似する、人の特別のクラスの特有な市民関係に基づくものに、ローマ法上の *cives*, *Latini*, *peregrini* の区別とそれと関連する *jus civile* と *jus gentium* の区別があるが、軋触法の分野では、種族及び領土に代わるほどの影響を与えなかった、という。この最後の点については、サヴィニー自身彼の「体系」第一卷二二節、ならびに「中世ローマ法史」第一卷第一節を参照しているが、「体系」第八巻においても更にふれられている。<sup>58)</sup> 次に領土は、それに対して、種族より人的性質に乏しく、外的に認識しうる眼に見える国境と結びついているが、種族に比しその適用上人間の恣意の影響を広く直接的に蒙る性質を有している。この紐帯こそが、諸民族の相互交流の活発化に伴う種族間の対立を回避しうるために、またキリスト教の普及により諸民族の精神生活の共通性が承認され、その相違の側面が背後に退くと共に、種族に代って人の法共同体への帰属根拠とされるに至った、というのである。<sup>59)</sup> 従って現代における法規の軋触とは、キリスト教の普及につれて、より法の普遍性に近いその場所的軋触を意味することとなったのであり、属人主義から属地主義への法発展に即すると共に、当該法律関係と関連性を有するいずれの領土法を適用すべきかが、ここで検討すべき対象をなすこととなった。

以上のようなサヴィニーの国際私法の歴史的発展に関する認識自体は、現代の我々の有する知識とほぼ一致するのであって、往々引用される中世ローマ法史という彼の大業を前提として初めて考えうるものである。既に指摘したように、彼のパンデクテン講義から、少くともこの点において大きな飛躍はないし、彼の実定法理論の当然の発展の結果である

といえる。しかしながら、属地主義への転回が牴触法にもたらした大きな意義を考える時には、現代からみて、この二基準の交代の時期・意味は十分に明らかにされておらず、とはいえない。と共に、後にみるようなローマ法の詳細な検討と比べて、一応の理由はあげられているもののそれ以降の社会的制度と法の関係、あるいはそもそもその法的発展の検討が未だ充分なされていない点が注目に値するであろう。

(iii) サヴィニーにより次に検討の対象とされた領土法の牴触には、既にふれられたように実定法発生の基礎たる共同体の相異に応じて二種類のものが考えられる。(i)同一国家内における相異なる領域の法の牴触と、(ii)相互に独立の諸国の間のそれである。<sup>(60)</sup>以下これについての彼の論述を追おう。

(i) 同一国家内における様々の領土法の存在は、既に早くから気付かれており、普通法と対立する個別法 (*particuläre Rechte*) として知られていた。これは制定法或いは慣習法の形をとるのであるが、歴史的には種々の形態において発生した。ドイツ・ライヒ当時には、個別ドイツ諸国とライヒとの関係で生じたが、更にライヒ崩壊後に於てもライヒ所屬諸国内で同様の関係が認められる。その妥当範囲は様々であるが、特に都市、その一部において顕れる。<sup>(61)</sup>プロビンツやプロビンツ内の地区においては、以前は独立であったり、外国の一部であったものが、後にある国に属することになった。個別法は発生し、都市においてはその領主や都市官庁の制定による。普通ローマ法に対する特別都市法の発生は、既にローマ帝国におけるように、併合前に固有の立法をしていた場合に認められ、この問題がローマの法律家にここで問題とする研究を促したのであるが、より重要なのは中世イタリアにおける普通法に対立する都市法 (*statuta*) の問題であった。これが他の諸国にも受容され *statuta personalia, realia, mixta* の区別を生み出したのである。

普通法に至るまでのランクの異なる個別法の牴触は、しかし、並存する個別法間の牴触とはその意義を異にし、絶対的に支配する性格の法を例外として、最も妥当範囲の制限された法が優先することで解決される。それに対して相互に

独立の、從屬・下位關係に立たない法の牴触については、以下における詳細な検討を要する。<sup>(63)</sup> 勿論これは普遍的立法法により解決しうるが、これまでいずこにおいてもそのような充分な立法的解決をみていないのであって、概ね學問にその解決が委ねられているのが現状である (S. 19-23)。

(四) それに対して、相互に独立の諸国の法の対立は、「その基礎をなす事実 (たとえば契約締結の、あるいは係争物の所在する地) によって我が実定法と相違する外国の法と関連性を有する係争法律關係について、我が国の裁判官が判決を下すべき」場合に問題とされる。他に当事者が外国人である場合にも問題とならう。<sup>(64)</sup> 「全く同一の問題が、偶然にもその法紛争が我が国ではなく外国で発生した場合には、その外国の裁判官の解決を求めることもありうる (S. 24)。」<sup>(65)</sup> サヴィニーによればこの問題については、従来多くの者は独立の國家權力 (主權) の原則のみに従って解決を見出そうとしていたのであって、即ち、(一) 各国はその領域内では専ら自國法のみを適用を要求しうる、(二) 各国は領域外での自國法適用を要求しえない、という原則に従っていたのである、<sup>(65)</sup> ということとなる。既に見たように、法規の領域外、あるいは外国人に対する効力の問題から出發する條例理論の發想は、主權理論の確立と共にそれと容易に結びつくこととなるのであるが、サヴィニーは法規の側からの出發と、法律關係からの出發を基本的に同一の現象へのアプローチの相違として把え、従って結果においていづれから出發しても同一の解決に到達すべきことを説いていた。従って國法学或いは國際法から民法總則に至る解決と、法律關係 (或いは生活關係と換言してもよい) を支配する準拠法發見による解決の一致が求められる。従って「私は、これらの命題の眞理性を認めないわけではなく、その外延を考えうる最も広い限界までさえ承認するものであるが、しかし、それらが我々の課題の解決にとってほとんど助けとならないと思うので (S. 25) あ」<sup>(66)</sup> り、主權理論のみから私法の牴觸問題を解決すべきものではない。この点は、しかし基本的には既にヴェヒターの主張にみとめられるが、いづれにしる、主權理論から出發する限り、容易に想像しうるように牴觸法の學問的獨立性と、い

わゆる主権原則の例外たるものの範圍の広がりには望むべくもなく、私法の全事項に及ぶ一貫した体系にとって以上の認識がまず必要とされるに至ったのである。いずれにしる、この点において主権理論、即ち、法規の側からみるいわゆる客観的観点からのみ出発する方法よりも、サヴィニーは主観的観点、即ち人及びその延長としての法律関係、権利から出発する方法をも重視する二元的構成をここでも強調するのであり、國際私法の私法性をここでも確認することとなる。國際法、国法学に基礎をおく構成の一面性が否定されると共に、いずれからみても同一の結果、即ち主権理論からみても是認されうる帰結の模索がここから始められる。

それでは、いずれから出発しても達成さるべき、望ましい結果とは何であろうか。それは内外人の権利平等と法廷地法主義の排除である。この二つの問題について主権理論は不当な結果をもたらさず、という。第一に、「外国人 (Fremde)」に関して独立の國家權力を最も広く擴張することは、外国人の完全な無権利をもたらさしうるのであろう。かような見解は、ローマの國際法には存在したのであり、従ってローマ人がそれを外國に対して主張しない場合においても、ローマ人と外國人間における権利能力の大きな差別が常に維持されていたのである。——それに対して現代の法は、内外人間の完全な権利平等の承認へと漸次發展してきたのである (S. 38)」。サヴィニーは民事法の体系として、従来私法の中で論じられることの多かった國籍法や外人法の取り扱いを極力排除したのであるが、内外人平等の問題が國際法あるいは國法上の問題であることは意識していたといえよう。サヴィニーは、当時における原則としての内外人平等をヴェヒター、プフタ、アイヒホルンにより確認しようとするが、その引用からみてヴェヒターが中心となろう。なるほどヴェヒター自身は、アイヒホルン、ミッターマイアー、ミュレンブルフの参照と共に、サヴィニーの「体系」第一卷一二〇頁、第二卷一四八頁、即ち、ローマ法における外國人の取り扱いを敷衍して当時の外國人の権利にふれた部分を引用している。従って、その評価は別として、サヴィニー自身においてもこの法制度自体は知られており、当時の外國人の取り扱

いについても若干の思索がめぐらされていたことであろう。しかし、これを抵触法の基本的前提にすえるについては、直接的には抵触法と国法学・国際法上の結論の同一性を主張していたヴェヒターの影響が大きいのではないかと推測される。

この点で注目すべきは、一八二八年の「使命」第二版の付録に収録されたプファイファー批判である。一八一五年のプファイファー「ドイツ諸国の為の新民事立法への理念」<sup>(70)</sup>は、身分法、殊に外国人の権利についてローマ法及び昔のドイツ法における外国人の差別を批判する。「それに代えて、むしろ報復の原則をおいた。しかしそれは、フランス法が示すように、またバーデン及びバイエルンの立法にも持ちこまれたように非常に絶對的なものであったので、それだけ公平を欠いていた。その原則が、それに常に伴う個々人に対する苛酷さに際して、自然的及び単に実定的法律関係の多様性と関連することによって、適用上最も大きい困難を招いたのみならず、それが見出される場合に法の哲学に全く反するようには扱えられているからでもある。外国が、外国人と内国人との権利不平等を固定する場合には、ある程度報復も正当化されるが、二国の制定法の相違があるだけの場合にはそうではない。」報復は外国立法による被害を蒙る国民の保護の為にあるのであって、国内で内外人に同一の規定で、外国人に内国人と同一の権利を与えても、それは、「一般的法原則上、不当をなすものではない(S. 136)。」内外人の権利不平等の撤廃が、「人道性(Humanität)と公平(Billigkeit)」から望ましいとしても、立法者は各国の状態に應じ、国家の利益の為に個別的権利を外国人に認めないことが認められている。たとえば土地の取得等がそれである。そして外国人とは何かについては、ドイツ人は一民族なのであるから、外人法の適用はない(S. 137)。……「全ての国民(Staatsbürger)の法の前の平等(Gleichheit vor dem Gesetz)はずばらしい原則であり、それがどのような基礎から生じたにしろ、偏見ではなく法に携わる者は誰も、確信をもってそれを信奉するのである。そしてこの原則が、まさに他のものより私的法律関係へ働くことの少ないある観

点、即ち宗教的相違のために破滅すべきなのであろうか。「特にキリスト教徒とユダヤ人の間に私権の相違を定める」ことは決して認めらるべきではない(§. 138)と主張していた。サヴィニーは、これに対して次のように述べている。「同様にその一三五頁、一三八頁は、内国人と外国人、更にそれ以上にキリスト教徒とユダヤ人との間に、若干の区別をなそうとすることが、野蛮の遺物として批難されている。——これは、我々が既に久しく、市民(Bürger)の概念を本来全く失っており、それ故人間とか臣民という概念だけを用以ようとしていることと関連している。この見解は一面では、誤解され、誤って用いられた人道性に阿諛するものであり、他方では、政府にとって、臣民といういすこにおいても同一形式の、消極的概念の方がはるかに便利で好ましいものであったのである。しかしながら、本来の、真の市民なしで、健全な力強い国家がいかに存在しうるかは、認め難いのであって、それ故、この事実を認める者は、市民と外国人の間のより明確な限界を設けることもまた絶対的に批難することは出来ないはずである。たしかに苛酷と非人間性は、決して許さるべきではない。周知のようにローマにおいても外国人(He Peregrius)を故殺することは禁じられていたのであり、彼等は相当早い時期に、固有の執政官を有したのであった。たしかに直接の模倣はここでは全く問題にならないし、キリスト教ヨーロッパ諸国相互の關係も、もう全く固有の性質のものである。しかしこの場合においても全ての限界を撤廃することは不自然である。更にユダヤ人はその内的本質上他所者(Fremdlinge)であり、またそれにとどまるので、それを見誤ったことが、政治的概念の最も悲しむべき混乱をひきおこしたのである。それがいかに博愛に出でたものであれ、この市民的、政治的な平等の取り扱いは、その結果からいえば、ユダヤ人の不幸な民族的存在を維持し、なるべく更に広めることに役立つだけであって、全く慈善どころのものではないことはいうまでもなく(Beruf S. 175)」。問題の実質からいえば、サヴィニーはユダヤ人問題を論じたのであるが、同時に内外人の完全な平等を無条件に承認しているわけではない。そこでは国家の本来的構成員たる市民と非市民の政治的差別のみならず

それに基づく私権の制限も一定の範囲で容認されているのである。勿論単なる内外人平等の問題と、牴触法の基礎としてのそれは若干ニュアンスの違いを有しているが（ユダヤ人に対する見解は別異に考慮の余地があるが）、二〇年の歳月がサヴィニーの見解に変更をもたらしたとも考えられる。<sup>(7)</sup> いずれにしろこの内外人平等を牴触法上承認すること自体は、少くともヴェヒター以降既に共通の認識とはなっていたのである。<sup>(8)</sup> 従って問題は、むしろこのような結論に至る牴触法の構成であつたといえよう。

ところで、そうはいつても、サヴィニー自ら承認するように、國際法から直接に牴触法の体系を導き出すのでない限り、この人の権利平等の原則自体から、即座に内外法の牴触問題を解決するわけにはいかないし、内国法上法牴触に関する法規が存在すれば、その内容のいかんにかかわらず、裁判官はそれを適用しなければならぬ。ところが、当時においては問題の全面的解決に充分な制定法は（特にドイツ普通法諸国においては）存在しておらず、従って、この点においては個別法の牴触の場合と事情は変わらないことになる。ここに後述のように、サヴィニーの一般法理論が彼の牴触法に大きな影響力を行使しうる基礎が用意されることとなつた。第二に、「勿論最高権力の厳格な法は、殊に係争法律關係がその領土と関連性を有するやもしれない何らかの外国法上の、恐らくそれと相異なる規定と関わることなく、その国の全ての裁判官に、その関与する法律關係を専ら内国法に従つて解決すべき旨定めることはできよう。しかしそのような規定は、いかなる既知の国家の立法にも認められないし、従つて以下の考察によつてもまた妨げられる」、として、サヴィニーはその牴触法に関する基本的態度を次に説く。彼の考察が人間を中心として始まり、その人の平等から次に法律關係の平等へと発展していく過程が、ここでも注目に値するであろう。

サヴィニーはいう。「相異なる諸民族間の交流が多様かつ活発になればなる程、その厳格な原則に固執するのではなく、むしろ反対の原則をもつて代えるのが當を得ているということが、一層首肯するべきである。そのような帰結をも

たらずのが、法律関係の取り扱いにおける望ましい相互性 (Gegenseitigkeit) であり、それに由来する内外人の取り扱いにおける平等性であつて、これは大体において諸民族と個人の共通の利益によって命ぜられるのである。蓋し、この平等性は、それが完全に形成されれば、単に各個別国家において外国人が自国人に比して軽んじられることが生じないのみならず (その点に人の平等な取り扱いが認められるのであるが)、法律の<sup>173</sup> 抵触の場合においてその判決がいずれの国で下されるかの区別なく、その法律関係も同一の判断を期待すべきことを結果するのである。

我々がこのような考慮によつて到達する立場は、相互に交流する諸国民 (Nationen) の国際法的共同体 (eine völkerverrechtliche Gemeinschaft) のそれであり、この立場は時の進展と共に、一斑は共通のキリスト教的文明 (die christliche Gesittung) の、一斑はそこからすべての当事者に生ずる真の利益の影響の下に、常により一般的な承認を見出ししてきたのである」と (S. 26 f.)。そしてサヴィニーは、これを同一国家内における法抵触と同一の原則に立つものであるとした上で、両者に共通の課題として以下のように述べる。「法律関係毎に、その法律関係がその固有の性質上帰属する、或いは服している法域を探究する」べきなのである。このように両種の抵触を同一に取り扱うことは、「上述の厳格な原則とは反対に、主権国家間の友好的許容 (freundliche Zulassung)」、即ち自国裁判所が数多の法律関係の判断をそこから創造すべき源泉として本来外国の法を許容すること、と称しよう (S. 28)<sup>174</sup>。ただ、この許容は、偶然の、一時的な単なる寛大さ (Großmuth)、あるいは恣意なものではなくて、その点に同一国内の個別法の抵触同様の、固有かつ進展する法発展が認められるべきなのである、と<sup>175</sup>。

このようにして提示されたサヴィニーの抵触法の基本原理は、しかしその基礎において本来同一に取り扱われるべき同一国家内の個別法の抵触よりは一点において危ういものを含んでいる。即ち、同一国家内の法抵触においてはその固有の立法権に基づいて画一的な解決が可能であるのに対して、独立諸国間の法抵触においてはそのようなものが存在しな

いので、上述の友好的許容と国際法的共同体の基礎が更に問われねばならないからである。サヴィニーはこれらの観念を必要とするに至った事情について次のように述べている。「相異なる実定法の牴触の取り扱いにおける相互平等への接近がそこから生じる、独立諸国間の国際法的共同体というこの立場は、ローマ人には知られていなかった。必要性がそのような諸原則を承認せしめ、完成せしめるためには、諸民族の交流が、まず我々が近時認めるようなすさまじい飛躍をみなければならなかったのである(§ 29)」。しかしながら、このような立場は必ずしも当時の学者に周知のものではなかったので、サヴィニーは、これを当時の学者の援用する一般慣習法で基礎づけようとする<sup>(26)</sup>。彼にとっては、ドイツ普通法地域に認められるこの慣習法は、学説・判例でその内容・限界が争われていたとしても、その存在については争いはなく、その共通の内容を探究しようとする点についても一致が認められる。「しかし、動揺かつ対立する見解は、ここに存在するような、未だようやく生成中の法理論 (Rechtslehre) においては、決して奇異であるとはいえない(§ 30)<sup>(27)</sup>」。そしてこのような、領土法の牴触の取り扱いにおける可能かつ望ましく、期待さるべき国際法的共同体に関する諸原則は、法牴触の最も頻繁に生ずる隣接諸国間で結ばれる条約によって特に促進されるのであるが、このような条約は、学者が望むばかりではなく、以前から夙に存在しており、その条約において全く新しいことが確立されるのではなくて、それらは上述の「一般的法共同体」の顕れであり、その共同体をより完全に承認させようとする試みなのである。最近ではプロイセンがこの種の条約を多く締結し、そこでは上述の観点が認められている、というのである。

しかしながら、各法律関係がその性質上帰属する法を、それが内外法のいずれであるかを問わず適用する(§ 32)というサヴィニーの基本原理には、一定の限界が認められている。即ちその特別な性質上、諸国の法共同体の自由な取り扱いに適しない法律については、専ら自国法の適用を認め、その原則上認められた外国法の適用は否定されねばならない。以上の限界を定めるのは、牴触法の最も困難な課題であるが、原則の例外は次の二つのクラスに要約される。こ

の例外事例が無意識に顧慮されていた為に叙上の原則自体の承認が阻害されていたと思われるので、この例外を納得のいく形で確定することができれば、原則自体の承認が促進される、というのである。

A その性質上国境を無視した上述のような自由な取り扱いに適用していない、厳格に実定的な (streng positiv)、強行的な (zwingend) 性質を有する法律、 B その存在が我国で全く承認されていない、従って我国の法的保護を何ら要求しえない外国の法制度、がそれらの例外である (S. 33)。サウィニーの説明に従って今少しく詳細にこれをみてみよう。

#### A 厳格に実定的な、強行的な性質の法律

このクラスの法律の検討の中心は、既に紹介したような「体系」第一巻で問題とされたその規定の性質と由来にあるが、絶対的法規のすべてがこれに属するわけではないのであるから新たな考察を必要とする。<sup>(76)</sup> たとえば、成年の開始に関する法規は、絶対的法規ではあっても、外国において効力を有するのである。従って、立法者の意図により決まるのであるから、立法者が明文でこの例外事例について定めている場合には、それは「抵触に関する法律」であるので、それを遵守すべきは当然であろうが、そのような場合は稀である。第一に絶対的法規のうちでも、権利行使を確たる規則によって確保することのみをその目的・根拠とするものは、権利主体の為にのみ制定されているのであるから (たとえば年齢・性による行為能力の制限、所有権譲渡の方式に関する法律)、外国においてもその効力が認められるのである。ここでいう例外に属するものではない。しかしながら、第二に純粋な、その抽象的存在に根ざす法領域外にその根拠と目的を有し、権利者のためにのみ制定されたとはいえない絶対的法規は、倫理的根拠を有していたり (例えば、ポリガミーを排除する婚姻法)、あるいは公共福祉 (das öffentliche Wohl (publica utilitas))、政治的・警察的 (行政的)・国民経済的資格を有する。

これらの法律は、上述の例外であり、「従って、その適用上各国がそれ自体完全に閉鎖されたもの (abgeschlossen) と

して現われる (§ 36)」。従つてドイツ法でポリガミーを禁止すれば、それを認める外国の国民についても、ドイツの裁判官はポリガミーの法的保護を禁じられているのであり、ユダヤ人に土地所有権の取得を禁止するドイツ法についても同様に、内国のユダヤ人のみならず、そのような禁止の存在しない外国に居住するユダヤ人にも、権利能力・行為能力の住所地法主義の原則に反して、これを認めてはならない。「同様に、しかし、逆に、その制定法がユダヤ人をそのように制約する定めをもたない外国は、その人の (personlich) 住所の制限的法律を顧みることなく、我国に帰属するユダヤ人にその土地所有を認めるのである (§ 38)」。ユダヤ人の土地所有の問題が、サヴィニーのいう例外法に属する限り、外国もまた同一の原則に従つて判断するのである。

B その存在が我国で全く承認されていない外国の法制度

たとえば、フランス法・ロシア法上の民事死 (der bürgerliche Tod) の存在しない国においては、人の状態に関する抵触法の一般原則——住所地主義にもかかわらず、それを認める住所地法に服属する者の民事死と結びついた権利無能力は適用さるべきではない。奴隸制についても同様のことがいえる。特に奴隸制については、AとBの両者の観点が合致するのであって同一の目的に到達する。即ちその制度が単に我国に存在しないというだけではなくて、人間を物として取り扱うことが同時に非倫理的であるからである。民事死については前者の理由しか妥当しないのであって、奴隸制との相違が認められる。さて、以上のA・Bの絶対的法律は、場所的法の抵触について一般的に要請される法共同体にはなじまないものであり、変則的 (anomal) 性質を有するのである。しかしながら、この例外的事例は、諸民族の自然な法発展につれて次第に減少することが期待される<sup>(80)</sup>。

以上の例外事例は、同一国家内における個別法の抵触については、通常そのような法律が一国全体に制定されているので稀ではあるが、プロイセン領ラインプロビンツのような領土の併合に際しては発生しえないものではない (§ 39)。

このようにしてサヴィニーの国際私法に関する基礎理論が提示されたのであり、正にこの点にこそ彼の国際私法理論の研究の核心が存在するのであるが、本稿の主たる対象である国際法的共同体の觀念については後にふれるところもあるので、ごく一般的に次の諸点を指摘するにとどめよう。第一に、当時の多くの学者にその固有の牴触法理論の展開を許した制定牴触法の欠缺から出発して、サヴィニーは、後にもふれる法廷地法主義の否定を内外人平等、あるいはその基礎としての相互性から帰結する。その結果自国人が外国でその法廷地の法により不当な取り扱いをうけないように、実質的相互主義の立場から外国人の内国人と平等の取り扱いを保障するのが、各当事者にとつても、各国にとつても望ましいという。従つてサヴィニーの主張する内外人平等は、法廷地法主義、即ち、外国人差別の規定を含めた内国法の一律適用という形式的な、いわば法適用における平等主義ではなく、内容的にも内外人を差別しないということが原則となつてゐる。しかも單純な国内標準主義ではなく、ヨーロッパキリスト教國に普遍的な、国際標準主義にまで至るのが特徴であるが、ヨーロッパ諸國間の相互性の尊重自体は、既に当時の学者達の要求するところでもあつた。<sup>(81)</sup> サヴィニーの特徴は、この当時の「国際法的原理」を基礎としながらも、更に一見それと正反對の観点から出発して人の延長としての法律關係の平等な取り扱いを要請する点にある。今日の国際私法の大原則たる内外法平等の原理的根柢は尚一考に値するが、サヴィニーにおいては、この法律關係の平等な取り扱いを、逆の観点、即ち法規の側からみれば当然要請されるものとして措定されることになる。彼自身も次のように述べてゐる。「我々の検討がこれまでもたらしたのは、相異なる独立諸國と関連するような法律關係の解決に際しても、裁判官は、その係争法律關係が帰属する場所的法を、その場所的法がその裁判官の内国法であれ、外国の法であらうと関わりなく、適用すべきである」と(82)。そして、この形式的意味における内外法律關係の平等から、更に内容的な同等の取り扱いが要請されている点が注目に値する。今日我々のいう国際的判決調和がそれであり、同一の法律關係は、判断國のいかんにかかわらず(即ち法廷地のいかんにか

かかわらず) 同一の判断に服する必要があることとなる。その基礎として要請される國際法的共同体については後にふれることとしよう。第二に、当時多くの学者によって特に區別されることなく取り扱われた前述の兩種の法牴觸を、意識的に本来同一原理に従わせるべきものとして解決する。そしてその結果、共通の課題として各法律關係の「固有の性質上」属する法域の探究が提示される。この点は彼の國際私法方法論に属するので、本稿においては立ち入らないが、<sup>(83)</sup> 牴觸法原理の基礎たる共同体の觀念、彼の一般的理論(殊に法律關係論、私法)と彼の方法論の密接な結びつきがここに示されている。その若干の敷衍は更に彼自身により後に述べられている。次に第一、第二の点から、彼の基本原則の限界たる例外が、その原則自体を明らかにし補充するものとして説明される。しかしこれは國際法的共同体の觀念と深く絡みあっているので後述に譲るのが適當であろう。いずれにしろ、以上の諸点に彼の牴觸法の基礎(外國法の適用根拠、牴觸法の理想、方法論)を理解する鍵がひそんでいる。

しかしながらサヴィニーの牴觸法理論はこれで終ったのではない。彼は以上の論述をふまえて、更に牴觸法の具体的基礎特に当時の牴觸法上争いの多かつた諸原理にふれる。第一に、人自身の法律状態が領土法により定められるという形式的理解から、更に個人とその法律状態を特定の土地に結合する紐帯の基準とその根拠を問ひ、第二に、その人の實際の自由な活動の範圍を示すものとしての法律關係を個別的に検討して、それと特定の領土法の紐帯の基準を具体的に検討することとなるのである。理解に必要な限りにおいてその各々を以下に紹介する。

(3) 人を領土法に結びつける紐帯が何であるかという問題の検討に際してサヴィニーのあげる基準は、*origo* と *dominium*、即ち、出自 (*Herkunft*) と住所 (*Wohnsitz*) に相当するローマ法上の概念である。サヴィニーによれば、これらの概念がローマ法に根拠を有することに疑問の余地はないので、現代におけるそれらの意味が全く異なるものとなっているにもかかわらず、まずローマ法自体についてその意味と法的効果を確定することが、その誤った使用を回避するた

めに必要である。しかしその検討に際しては、牴触法にのみ問題を局限しない。蓋し牴触問題の解決は、「より大きな連関の中の単なる一個の部分」にすぎないので、それだけを切り離して取り出すことは、ローマ法における牴触問題の意義を考えるには不十分だと思われるからである。かくて、彼は、公法上の各人の従属・義務関係の基礎として、第一に全体としての国家に対するものと、第二にその全体の有機的部分を構成する狭い場所的区画に対するそれとを区別し、後者に結びつけられた三つの結果、即ち、(一)都市負担を分担すべき義務、(二)都市の公権力に対する服従、特にそれを基礎とする人的裁判籍、(三)人の属性として人に適用される固有の都市法について、それを基礎づける基準としての *origo* と *domicilium* の関係を明らかにしようとする。しかしながら、この全体としての *origo* と *domicilium* の意義は、現在の我々の直接の関心事ではないので、以下においてはサヴィニーの分析の流れを明らかにする範囲の説明にとどめて、サヴィニーの、いわゆる各人の人的法 (*das persönliche Recht*) の決定基準の問題に入ることしよう。

サヴィニーによれば、ローマ法の基礎をなすローマ帝国は、ほぼその全域が多数の都市領域によって構成されており、この都市共同体への人の従属関係の基準として *origo* と *domicilium* が用いられた。前者が市民権 (*Bürgerrecht*) であり、後者が住所 (*Wohnsitz*) である。市民権は、出生・養子縁組・解放・帰化によって取得され、その生来取得と伝来取得の相違によって重複的取得が生ずる一方、他方では全く市民権を認められない事例も生じた。そしてローマ市民権のユリヤ法による拡大においても、このことは基本的に変更されなかった。住所は、人が永続的滞在の為に、従って同時に法律関係と業務の中心 (*Mittelpunkt*) として自由に選択した場所である。即ち住所を基礎付けうるのは、永続的・継続的に居住しようとする現在の意思と、それに即応する居住の事実である。かくて公法上の制約を度外視すれば、この自由意思が私法上制限を蒙ることはない。ただ、他の人との関係で設定される相対的住所は考えられうるので、たとえば、妻・子・被解放者・雇人の住所は他の者に依存する。この場合には自由意思は制限されるのであるが、それ以外

の場合には、住所は自由意思により設定され、かつ消滅せしめられる。住所の消滅の場合には通常は新しい住所が設定されるので、ローマ法上は転移と称されている。かくて、この住所においても、叙上の要件の下に、同一人について住所が複数存在する場合と、全く存在しない場合が生じうる。後者の例としては、例えば、旧住所の放棄の後で新住所設定前の期間、旅行を生業とし、しかも故郷を業務中心地としない場合、浮浪者等が考えられる。法人については、人と同様の住所は存在しないが、主として裁判籍を決定する為に擬制住所が認められている。

さて、*origo* と *domicilium* という二基準は、権利よりも義務についてのみ語られており、具体的には、(1)都市負担、(2)裁判籍、(3)領土法との関係において問題となるが、そのうち(1)はいずれの基準によってもほぼ同様に基礎づけられる。それに対して(2)については、原則的には(1)と同様の結論が、一切の訴訟は被告の裁判籍で提起されるべきであるという原則の適用上認めらるべきであるにもかかわらず、実際上は *domicilium* のみが問題とされていた。ただし、裁判制度の普及の遅れも一因であると共に、通常はそれが原告の利益に合致していたからである。しかし本来の検討課題は(3)である。ローマ法源においてはこの点についてふれるところが極めて限られているが、若干の法源からは概ね次のことがいえる。

A 相異なる国に属する二人の市民の間の契約には、両者と無関係な国の実定法によるのではなく、万民法が適用されるべきである。但し、政策的理由により個別の反対の規定を定めることはさしつかえない。B 原則として、特定都市の市民権によって、各人の服し、かつそれにより判断するべき実定法が定められる。

なおローマ法には法律行為の解釈・適用について場所的慣習法を指定する法源や、個人の権利能力に重要な意味を有する自由民の三分類 (*cives*, *Latini*, *peregrini*) があるが、これらは各人に適用されるべき実定領土法と関連するものではない。かくて、ローマ法源にこの点について多くを望むことはできないのである。

それでは、(1)(2)(3)の相互の関係はいかなるものであるのだろうか。これらはいずれも都市共同体への帰属により生ず

る効果であるが、(ロ)と(イ)は全体の場所的な法律状態の異なる側面にすぎないという点では強い内的関連性を有しているが、(イ)と(ロ)が決定的に相違するのは、(イ)において同一人が重複的に異なる諸都市に服従しうるのに対して、(ロ)においては同一人は矛盾する二以上の場所的な法に服従しえないのであって、競合する諸都市の中から唯一つのみが決定的に選定されねばならない点にある。「同一人は、原告の選択により相異なる裁判所で訴えられることがありえたが、相異なる、恐らく全く矛盾するような法規によって判断されることはありえなかった。即ち唯一の場所的な法への服従のみが可能であったのであり、従ってこの目的のために、相異なる、他の点で競合する諸都市の間で、ある決定的な選択がなされねばならなかった(S. 86 f.)」。従ってそのような場合の具体的検討が必要とされる。即ち第一に、相異なる都市に市民権と住所を有する者については、市民権が恣意・気まぐれに左右されうる住所と比べてより緊密かつ本来高次の紐帯であること、出生によりそれが基礎付けられる点でより早くからの紐帯であることから、市民権が住所に優先し、ローマ法源もこのことを裏付けている。第二に、重複する市民権の間では先に取得された出生による市民権が優先し、更に、第三に、市民権が存在せず住所のみがある場合には住所地の都市法に服従する。それ以外の場合については、後述に委ねるものとされている。以上の点は「人の法」について単一の準拠法のみが決定されるべき旨をローマ法について述べており、大いに注目をひくところである。

さて、以上のようなローマ法の諸原則は、サヴィニーの人の属すべき法の決定においていかなる効力を有するのであるろうか。この点について、サヴィニーは、ローマ法源から全く自由な態度で臨んでいる<sup>(8)</sup>。即ち、前述のローマ法の体系は、その基礎にローマ帝国を余すことなく覆っていた都市共同体を措定してはじめて成立しえたのであるが、サヴィニーの当時あってはもはやこの前提自体がほぼ全面的に崩壊しており、従ってそれに基礎をおくローマ法自体もはや維持しえない、というのである。そしてこの事實は、実質的には当時の学者の認めるところでもあり、せいぜい *domicilium*

というより抽象的な性質をもつものが、その基礎としての都市共同体に関わらない部分と形において、その限りで残存するにすぎない。従って、彼によれば、例えば住所の発生・消滅に関する原則はそのまま存続するが、裁判籍に関する考え方は、都市共同体の地域ではなく裁判管轄区域 (Gerichtssprengel) を単位として存続し (Forum domicilii) また、それとパラレルに考えられる、場所的法の成立単位としての法域 (Gesetzsprengel) を基礎とする lex domicilii が各々認められるにすぎない。勿論、ローマ法にいう都市市民権に基づかないしろ、一定の共同体 (都市又は国家) の Heimatrecht、あるいは市民権に基づく人の法の決定基準としての origo 類似の法律状態が、ヨーロッパの小国、例えばドイツ領スイスの多くのカントンにおいて存在しているし (S. 94f.)、また多数の大国においても国家市民権 (Staatsbürgerrecht) の取得・喪失に関する法律が制定された結果、場所的法を住所ではなく国家紐帯 (der Staatsverband) 臣民関係 (die Unterthanenverhältnis) により決すること、origo への修正的復帰を肯定することも可能である (S. 98)。

しかし、前者は古い慣習或いは州間の協定に基づくものであり、後者においても、フランス法は確かに外国に居住するフランス人の身分・能力をフランス法によらしめ、フランス人には一切の私権の享有を認めているが、同時に外国人にもフランス人とほぼ同等の権利を認めているのであるから、フランス人概念の実際的意義は小さいし、プロイセンにおいては、臣民の資格は公法上のものであって私法上の個人の人的法は住所により定められており、そのような origo 類似の基準は意味がないのである。英米法においても国家紐帯の觀念が認められているようであるが、ストーリーは、住所を基準として採用している。更に補助的に origo 類似の関係を裁判籍について承認する者も、私法関係においては住所を基準としているのである。このようなサヴィニーのフランス法、英米法の理解に注目されたい。

残されたのは、裁判籍におけると同様に、住所を基準とする場合に生ずる問題、即ち今日尚我々が重住所、無住所の問題とする困難の処理である。サヴィニーは、前者について最初の住所を優先させ、後者については旧住所がある場合

にはそれを、しかも場合によっては出生にまで遡って探究し（これが現代の *origo* だという）、それによっても解決できない場合には、その時の居所の法（即ち相続においては死亡地の、捨て子には発見地の）を適用する。<sup>(85)</sup>

ここに、サヴィニーのローマ法の取り扱いの実際が明らかになったものと思う。

(4) (i) かくて以上に示された一般原理が実際の生活に即して展開されねばならないのであって、「人」と共にサヴィニーのいう理論篇は終わり、その具体的適用とも称すべき実際篇が始められる。即ち、人と領土法の紐帯が明らかとなったので、抽象的存在としての自由な人の、実際の活動により発生する各法律関係についてもその特定領土法との紐帯を確定する、即ち、その特定の「本拠」を探究すべきこととなる。サヴィニーはここで既にふれた定式を再度提示し（但し本拠という用語がこの定式について初めて用いられるのであるが）、その具体的適用を検討しようとする。しかしサヴィニーは、その具体的作業に先立って、尚若干の法律関係の取り扱いに関する一般的論点にふれ、ついで従来主張されてきた抵触法に関する諸見解の批判的検討を行う。要約的に概観しよう。

第一点は、当事者の領土法への「任意の（或いは自由な）服従」の観念である。これは裁判籍への基礎としても認められ、前述のように複数の服従を許すか否かという点で決定的相違は存在するものの、人についてはその領土法への従属、自らを超えた二つの権力への従属の基礎として承認されていたものであり、更に人の拡張たる法律関係についてもその領土法との結合を基礎付けるのである。即ち法律関係の準拠法の決定は無制限にはないが当事者の自由意思に服する、特定の法域への任意の服従により定まる。<sup>(86)</sup> 従って特定領土法の内容が、これにより基準として自由を選択される（特に債権契約では選ばれた領土法が契約の構成部分と看做される）、また特定法域における権利自体の取得の基礎となるのである。勿論、それは無条件ではなく、(一) 往々生じるその点についての表示の欠缺、(二) 絶対的法律との関係における許容範囲が問題となる。しかし、人の特定土地法への依存性が、人の自由意思に関わらない出生により定まる都市

市民關係に規定されていたローマ法と異り、現代法上は、自由な選択の認められた住所により規定されるのであって、各法律關係に關しても特定土地法への自由な服従が認められる点には疑いはない、という。更にいう。この任意の服従は、一方的にも（物權の取得）、多數人に一致しても（債權契約）存在しうるのであり、後者については黙示の服従を指定する者もあるようであるが疑問である。蓋しここにいう任意の服従とは、契約があくまで当事者の特定の意識を伴った積極的意欲を前提としているのと異り、そのような意欲の存在を必ずしも常に前提することなく、内的必要性に依するものが、それと明らかに矛盾する意思の存在が認められない限りは一般的法規により、意欲されたものとして予め認められることなのである（S. 112f.）。たとえば婚姻財産法の準拠法については、婚姻當時の夫の住所地法が適用されるのであるが、その根拠として夫婦の黙示の契約を指定することなく、即ち当事者にその点に關する特定の意識が不在であってもそれに異議を唱えないという消極的形での領土法への任意の服従が存在すれば足り、それがまた實際に合しているのである（S. 328ff.）。更にこの服従は、往々用いられる自治（Autonomie）とは區別されねばならない。なぜなら、この用語はドイツ法上は、ドイツ貴族やコルポラチオンがその固有の關係を一種の内部立法で独自に定めうる權能に對して用いられてきたのであって、ここでこれを用いることは概念の明瞭性・特定性に資することなく、また、住所の自由な選択をもつて「自治」の効果であると呼ぶ者がないように、当事者が既存の法に服することから法律を定めることになるという意味でこの概念を用いることにも意味がない。従つて、土地法への任意の服従・住所選定等の自由な行為により、そこから法的効果を生じる場合について、この名稱の使用を避けるのが望ましいのである（S. 112f.）。この任意の、或いは自由な服従の觀念は、伝統的な抵觸法理論上常に援用されてきたものであり、當時の諸理論においても外国法適用の基礎として重視されてきたものである。従つてサヴィニーもこれにふれざるをえなかつたのであるが、彼の以上の論述は、従来の國法の外國人・外國法律關係への支配という観点に止まらず、彼の抵觸法の基礎にふれ

る特徴を示すものである。即ち、この服従の観念は、サウィニーにあっては、法規の支配に対応するものであり、裁判管轄権の基礎付けを媒介に「自由な服従」が法律関係の特定土地法との結合関係を基礎付ける。ノイハウスは、一般に自由な人が特定の土地法に服する根拠としてこの観念が要請された旨指摘しているが、これは若干の説明を要する。何故なら人自身はいずれかの実定法に当然に服するのであって、この個人間の自由の画定にこそ実定私法の本質と、人の窮極的な倫理的自由の実現が認められているからである。ここでサウィニーが「自由な服従」の観念を用いたのは、伝來的なこの観念を説明するためにローマ法の分析にみられる裁判管轄の基礎との関係を敷衍し、(人の側からみて) 涉外法の基礎としての人の自由な(法域を超えた)活動と準拠法の画定を基礎付けようとしたがためであるように思われる。自由意思は、単にその人の活動の面(即ち法律関係の発生)に認められ(従って連結点の対象たる事実には働いても)、抵触法上の連結点の決定自体には働かない。抵触法自体はその意味で強行法なのであり、また当事者自治(連結点たる自由な当事者の意思)も認められていないのである。管轄規定は当事者の自由な選択を許す一方で、強行法規的性質を有するのであってこの点での両者の対比にも意味が認められよう。

第二点は、当時既に指摘されつつあった、ヨーロッパ国際私法における同調的傾向である。サウィニーはいう。「ここに存在する諸問題の取扱いが、数世紀の間に、相異なる諸国民の著述家の間や裁判実務において、更に立法においてさえいかに現れてきたかを全体としてみれば、その点に見紛うことのない一つの変革、しかも同一の方向への進歩が認められる。以前においては個別諸国の鋭い孤立が相互に支配していたが、時と共にそれに代えて、常に増大する接近が生じた。それと一致して、相異なる諸国の著述家の間においても、以前の見解の相違の顕著な減少が示されている」と。彼によれば既述の二事実が、更にこれを促進する。即ち、(一)常に一層一般的に承認をみるに至っている内外人の権利能力の平等、(二)抵触問題に関する一般慣習法規について一致が認められること、である。このような法発展は、予期

しえない外的障害が生じない限り、最後には全ての国での完全に一致した取り扱いをもたらすであらう。そしてそのような一致は、学問や判例によっても達成されうるが、場所的法の抵触に関する全ての諸国の合意に基づく制定法によっても実現されるはずである。そのようなことが生じそうだとか、単なる学問上の合意より望ましくかつ有益であるというつもりはないが、そのような制定法の思想は、我々の抵触法規の検討に際する基準としても役立つ。即ち、その原則がすべての国民 (Nationen) に共通の制定法に受容されるに適しているか否かが常に問われねばならないからである (S. 114f.)。

勿論抵触法規に関する激しい対立が存在しないわけではない。その最たるものは、古のゲルマン法の伝統に従う不動産とその他の財産の峻別であるが (物権、相続法、婚姻財産法)、今日の取引・財産関係の現実からみれば、当事者の利益を考えてこの立場を放棄すべきであって、事実両者を峻別する建前は (英・仏は別にしても)、ドイツにおいては次第に学説・判例上放棄されつつあるのである。峻別の立場を支持する者も、このような峻別が実行上の困難をはらんでいることを認めながら、正しい原則の維持のためにはその不便をしのぶべきだと主張している。しかし、裁判官の直面する困難についてはいざしらず、法規の適用をうける当事者の蒙る不利益についてはそのようにはいえない。蓋し、当事者の真の、かつ等しい利益を促進するのが法規の目的であり、法規が当事者に奉仕し、その逆ではないからである。この原則を放棄した場合に生じうる不都合としては、自国の不動産所有権が外国法規による相続によって、自国人ではなく外国人に帰すに至り自国民の利益を損う可能性があること、自国の不動産所有権の相続へ外国の法規が適用されることによって自国の尊厳と独立性が損われることがあげられている。しかし前者の場合には、外国法規の適用によって全く逆に自国民の有利に働くこともあるのだし、いわれるような危険があるとしても、それは、「我々の前提する相互性によって完全に除去される」<sup>(89)</sup>。又後者の場合にも、それは「みとめられた相互性即ちより一般的に捉えれば我々の学説

全体の基礎であり最終的目的としての国際法的共同体に解消される相互性によって除去される（三四八節）<sup>(98)</sup>」のである（S. 116 f.）。

この論述は、彼の国際法的共同体、相互性の観念に極めて貴重な示唆を提供しているが、サヴィニーは、次に、全てのクラスの法律関係についてその本拠を探究するに先駆け、その前提として、既にふれた「体系」の基礎観念に従って法律関係のリストを作成する。即ち、法律関係の中心たる人の法律状態からはじまり、次に人の取得権として財産法と家族法が区分され、財産法は、更に物に関する物権と、個々の行為を定める人の権利たる債権、抽象的な全体財産を対象とする相続法に、家族法は、継続的生活形式としての純家族法と、財産と関連する応用家族法、具体的には、婚姻、父権、後見に分かたれる<sup>(99)</sup>。全ての法律関係はこのいずれかのクラスに帰属するのであって、その各々に土地法抵触のための解決規則を確定するのが、サヴィニーの以下における課題となるのである。その際顧慮される事実関係としては、

(1) 法律関係と関連する人の住所、(2) 法律関係と関連する物の所在地、(3) 行われた、或いは行わなければならない行為の地、(4) 紛争を解決すべき裁判所の地が挙げられる。これは一見して明らかのように対象のみに着目すれば従来の条例理論の変形にすぎない。

(ii) さて次にとりあげられるのは、サヴィニーの説く準拠法発見のための形式的原則と対立する形で従来存在していたいわゆる実質的原則の批判的検討である。サヴィニーは、従来の諸見解についても、彼の形式的原則、即ち、各法律関係毎にその本拠を探究するという方法に照らして、それらが相当の成果を収めているか否かをもって判断基準とする。そして各法律関係の性質が極めて多様で共通の一原則をもってその「住所」を探ることの困難なこと、従って従来の実質的原則発見の試みを否定的に紹介するのである。ここにサヴィニーの当時の抵触法理論に対する態度が余すことなく示されているが、彼の主張を要約的に紹介するにとどめる。

(イ) 人法・物法・混合法の区別 (Die Unterscheidung der Statuta personalia, realia, mixta)。

バルトルスに始まり一六世紀末に完成されたこの区別は、どの法律が立法者の領土外においても適用されるかという問題に由来している。人法 (Personalstatuten) は主として人とその状態を対象とする法律で、財産関連規定をも包含するのであり、物法 (Realstatuten) は主として物を対象とする法律であるが、人とも関連しえ、混合法 (Gemischte Statuten) は、人と物に及ぶ他人の行為を対象とする法律である。そして人法は立法者の領土内にその者が住所を有する場合には外国においてもその適用が認められ、物法は領土内に所在する土地について内外を問わず常に適用され、混合法は領土内でなされる全ての行為につき、訴訟地の如何を問わず適用されるのである。このような区別とその結果自体は、全くの誤りとはいえず正当なものを含んでいるが、その区別の不完全さ・多義性の結果、目下の実際上の使用に耐えないのである。またこの区別を一般慣習法であると看做す主張も存在しているが、同一の用語を用いる点において一致は認められるとしても、これに関する学説・判例の見解の不一致は著しく一致した慣習と呼べるものは存在していない点では認しがたい。前述の不動産と他の財産の峻別もこの区別に負うところが多いので、サヴィニーはこの区別を放棄すべきものと断じる。この点にサヴィニーの功績の出発点が認められているが、このような認識自体は既に当時の抵触法理論に共通のものであったことは既に述べた。むしろ彼の叙述がこの点において新鮮味のないあまりにステレオ・タイプのである事実が注目し値しよう。

(ロ) 原則としてそれと関連する人の住所地法の推定に依り各法律関係を判断する立場 (アイヒホルン、ゲッセン、プフタ)。但しプフタは一国内の法抵触についてのみ論じ、と指摘しつゝ (S. 124 (3))。

サヴィニーの人と特定の領土法の結合関係についての見解に類似するこの立場は、法律関係一般にまで人の住所地法を適用する点で、サヴィニーによれば、誤っている。勿論結果的にはこの立場に従っても各法律関係の本拠と一致する

法律の適用が認められることもあろうが、それは偶然の所産にすぎず、更に多数人と関連する法律関係について一義的解決を導き出しえないからである。また、原則として、或いは疑わしい場合にこの方法に従うというのであるから、他の領土法の適用可能性が完全に証明される場合には、その妥当性が認められないこととなり、結局、民事訴訟の立証責任の原則に従って準拠法の決定がなされることになるが、全ての個別的な法律関係について、その性質上帰属する法域の独自の探究・確定が重要なのであって、このような何らかの一般的推定（促進的であれ、阻害的であれ）をもちこむことは許されない。このような批判は、以下の主張についてもあてはまる。

(イ) 原則として各法律関係を訴訟地法により判断すべし、との立場。

この立場は、同一国内の個別法の抵触について主張されたものではないが、それが正当である限りでは、あえてそれに限定するに及ばないはずである。この立場の根拠は、立法者がその国については排他的支配をなしうること、即ち、何らかの外国法の介入を受忍するに及ばない、従って裁判官は自国法のみを適用すべきである、とする点にあるものとみられる<sup>(93)</sup>。しかしこのような考え方は、立法者が自らの権威を執拗に行使する場合にのみ成り立つのであって、問題は、自国法がその精神と志向によれば、多数の法域と関連する法律関係へいかなる外国法の適用をも原則として排除しているか否かである。最近の傾向は、むしろ前述の真の法共同体の促進、つまり、抵触事件を国境やその法域と無関係に個々の法律関係の内的本質と必要性に応じて判断する点に求められるのであるから、法廷地法主義の立場は、諸国における抵触事件の判断に際しての望ましい一致を妨げるものとして是認しがたい。これは法抵触に関する全ての諸国の共通の制定法の採用を不可能にするからである。更に、この原則に従えば、自由な服従に基礎をおく裁判籍の競合の下では、原告に一方的な裁判所の選択の自由が認められるという結果となり、準拠法が恣意的に定められ、また偶然の事情により定まるといふ不当な事態が招来される。かくてこの立場を肯認することはできないが、この主張を構成する次の基本

的要素を検討すれば、我々の主張の承認に資するであろう。即ちそれらはA 裁判官は自国の牴触法規に絶対に拘束される、B 既述の法共同体にとって適用を排除された外国領土法を裁判官は適用してはならない、C 実体法ではなくて裁判上の権利追求に関しては、裁判官は自国法による、である。

サヴィニーは、これらについて以下のような評価を下している。即ち、牴触制定法は不完全な理論の現れであるのが通例なので、Aに従っても実りは少く、また後に述べる実例で示されるようにBの実際上の結果は、我々の主張とそれほど大きく隔たるものではないし、Cには、本来の訴訟を規律する方式と規則のみならず訴権の規則も一部含まれるが、個々の法制度の性質・規定から実体法とこの規則を区別するのは困難である、外見上権利追求に関わるものでも法律関係自体に属している規則も多いからである、と。尚シェフナー、コーリーがこの見解を批判している旨指摘している(S. 127 (1))。

(一) 法律関係は、それが成立するに至った(existent geworden)法域の領土法により判断すべしとする説(シェフナー)。成立地自体が準拠領土法を定めるということは可能ではなく、恣意に流れるのみならず、法律関係が法的意味において成立した場所が、各法律関係の個別の性質を綿密に検討することで定まるので、成立地を予め考えることはこの目的を阻害するのであって、本来は形式的原則にすぎないものである。<sup>95)</sup>

(二) 既得権(wohlerworbene Rechte)を保持する領土法を適用する立場。  
どの権利が既得であるかは、まずその「取得」を判断すべき領土法を前提とするのであって、この主張は循環論に陥り、採用できない。

以上の諸説の論評の後に、サヴィニーは、ヨーロッパ諸国の諸法典、即ちプロイセン一般ラント法、フランス民法典、オーストリア一般民法典の牴触法規定を概観し、彼の牴触法の出発点たる内外人の権利平等の承認が一般的に普及して

説 いることを確認している(S. 132 f.)

論

ここに当時の代表的見解の中における彼の立場が明らかとされるのであるが、彼が視野に入れている諸見解はシュルトムの指摘するように概ね一九世紀の三〇、四〇年代のものであり、しかもヴェヒターの見解に多くを負っていることも明らかである。しかしサヴィニーの意図したのは、当時の抵触法理論の混乱を、その共通の認識を極力助長すること  
で新たな基礎の上に解決する、即ち対立をより高次の統一に解消することであり、そこに彼の実践的意図と、彼の法学による法統一という大目的が窺われるのである。その意味で、一八四〇年代以前の文献の多くが引用されずに終ったのは、シェフナー、ヴェヒターの当時の画期的意義にみて当然のことであるといえよう。

さてここでサヴィニーは彼の抵触法の一般的理論を終え、彼の類型的体系に従って、愈々「各論」ともいべき部分に移るのであるが、ここでは全体として紹介する紙幅がない。そこでこれは、彼の方法論に関する別稿に譲り、ただ、国際法的共同体の観念が各論の中で如何様に出現するかをとりあげるにとどめよう。

(5) 抵触法各論においては、国際法的共同体の観念自体は極めて消極的な、即ち、その形式的原則の例外との関係で主として現われる点に注目し値する。たしかに、破産に関する普遍主義・統一主義的取り扱いを主張するに際して、「独立諸国が相互に同等の法的扶助を与えるのが、上述のはるか以前から常に発展しつつある、それら相互間の法共同体に属する(S. 288)」のであって、プロイセンの多数の条約がこれを認めているのも、「決して新しい恣意的発見とみなされてはならないのであって、それはいずれにしろ最近常に成長している法共同体の表出にすぎないのである(S. 367)」と述べている部分がないわけではないが、圧倒的にこの共同体の存在は、その例外とのかかわりあいであらわれている。たとえば、行為能力に関する住所地主義を内国取引のために制限するに当って、この純実定的規定が「抵触の判断における望ましい法共同体」を損うことがないのである(S. 144)。従って、既にサヴィニー自身が認めているように、国際

法的共同体の各論的検討は、その例外の部分に向けられねばならない。そのような例外を最も端的に取り扱っているのはサヴィニー自身の予告するように行為能力の住所地法主義の例外である。サヴィニーはこれらを二つの類型に分けている。第一に、「その変則的な性質によって独立諸国の法共同体の限界の外にある絶対的法律」については、人の住所地法ではなく、「裁判官の属する国の領土法」を適用しなければならない。そして、その例が挙げられている。①キリスト教国の裁判官は、ポリガミーの法制の下の第二、第三の婚姻をする能力を認めず、自国法を適用する、②異端者に権利能力を認めない住所地法は、そのような法を非倫理的として認めない国においては適用されず、国内法による、③教会の取得能力を制限する法律は、他国に存在する教会にも適用され、逆に、そのような法律のない他国にある教会は、その本国 (Heimath) にそのような法律があってもそれに従わない、その教会の住所地法でなく訴訟地法による、④ユダヤ人の土地所有権の取得能力を制限する法律は、すべてのユダヤ人に適用されるが、内国ユダヤ人が、そのような法律のない他国で土地を取得することを妨げない、従って住所地法は適用されないのである<sup>95)</sup>、⑤フランス法がユダヤ人についてその西部地方において債権取得能力を制限している場合にも同様である。内国で承認をうけない法律制度の例として、⑥民事死による権利無能力、⑦黒人奴隷の権利無能力をあげている。第二に、その外見にかかわらず権利能力・行為能力が本来問題とされていない場合がある。①貴族の土地所有権の取得や相続に関する特有の権利、②教会・僧院・国庫の有する破産上の特権、③未成年者の回復請求権 (後見人にまで拡張されており、法律行為の取消理由と同等に取り扱うべきである)、④訴権時効に対する未成年者の保護、がそれらである。以上の如き例外は、他にも、所有権の取得能力に関する、厳格に実定的、強行的法律で、「警察的 (行政的) 性格」を有する法律についても (S. 1821)、プロイセン法上の賃借人等の物権のような全く特異な法律制度についても論じられ、更に、債権に関する特別裁判籍の基礎としての債務者の特定の場所的法への任意の服従の例外として、強行的かつ厳格に実定的な法規が、当事者の自由な意思を全く認

めないものとして挙げられている。<sup>(88)</sup> 債権の準拋法に関する原則の例外は、しかし注目に値する。<sup>(89)</sup> ここでは強行法の適用性に関する原則の積極的適用と消極的適用が区別されているからである。即ち、積極的には裁判官は債務の準拋法と異なる場合においても、その訴訟地強行法を適用すべきであると共に、消極的には準拋法上の強行法は、裁判官にとって法律として存在しない場合には、適用すべきでないのである。そしてこの例外は、契約のみならず不法行為に関しても認められる。その例として契約については暴利法 (Wuchergesetz) が挙げられているが、利息債務の請求については、それが訴訟地法と矛盾する場合には、裁判官は、準拋法上それが存在しなくとも訴訟地の暴利禁止法を適用しなければならない。ない。裁判官は、暴利契約のような非倫理的かつ *gemeinschädlich* な行為の実行のために職権を用いてはならない、というのがその法律の趣旨だからである (S. 276)。逆に、その職務領域内にそのような禁止が存在しない場合には、債務の (本拠の存する) 準拋法上の禁止にかかわらず、その訴求を認めねばならない。ところで前述した消極の場合には、積極の場合の当然の帰結であるのみならず、以下の理由によっても基礎付けられる。即ち、特定の土地法を債権へ適用することは、自由な服従により基礎づけられるが、その服従の結果その債権の効力を制限するような法律が適用されるべき場合には、そもそも自由な服従が認定されたいからである。賭博債務や名目的価値の下に売買される債務に関する請求権についての *Lex Anastasiana* についても以上のことが当てはまる。<sup>(90)</sup> 不法行為上の債務については、不法行為に関する法が常に強行的で、厳格に実定的な法であることから、同様のことがいえる。従って常に訴訟地法によるべきで、不法行為地法によらず、また契約におけると同様、その積極的、消極的適用がみとめられる、即ち、不法行為債務を承認する制定法の適用にも不利にも働くのである。特に婚外同きんから生ずる債務については頻繁に争いが生じたのである。フランス民法三四〇条は父性搜索を禁じているが、この倫理的確信に基づく規定は他の立法例が必ずしも認めるものではなく、この問題は強行的かつ厳格に実定的性質を有している。従って同きん自体が父性搜索を認める地域

でなされても、フランス法域でのその請求は認められず、逆にフランス法域における同きんに基づく請求も、訴訟地でそれを認めている場合には認容される。しかし判例は一致をみていない<sup>(10)</sup>。一見外国での犯罪の我國における処罰と類似するが、刑法は公法であり問題が異っている。以上のように強行法を取り扱うと、原告に準拠法の選択権を認めることになろうが、この種の法律の性質上これは不可避であり、債務の特別裁判籍を認める要件を厳格にすることによって被告の保護を図る他あるまい、というのがサヴィニーの結論である。裁判管轄権規定によりフォーラム・ショッピングを防止しようという態度が認められる。

次に相続の一般原則（被相続人の住所地法）の例外をみよう。農業財産の長子相続のラントの定めは、「政治的で、純粹の法領域外に存する目的を有し、従って強行的、厳格に実定的性質を有する法である(S. 307)」ので、物法である。即ち現在の所有者の住所地のいかんにかかわらずそのラント所在の全ての農業財産に及び、またそれに尽きる。通常の相続法が死者の財産の運命を定めるのと異り、この規定は、特定の種類の土地の運命を定めることによって、或る国家目的、富裕な農民身分の保護を促進しようとするのである。同様のことは、貴族の財産に関する法律についてもいえる<sup>(11)</sup>。いずれにしても、特定の財産を問題にする点で、全体財産を問題とする人法と異り、物法に属している<sup>(12)</sup>。

家族法は、外的な、恣意的に選ばれた対象と人とを結びつける財産関係とは本質的に異なるが、「他方では、一斑は倫理的宗教的な、一斑は政治的観点<sup>(13)</sup>がそれへ大きな影響を及ぼし、従って主にこの領域において、強行的な、厳格に実定的な性格を有する法律が顕れるのである(S. 324)」。例えば、婚姻障害に関する法は、倫理的観点に基づいており、厳格に実定的な性質を有し、従って妻については本来適用さるべき妻の住所地法ではなく夫の住所地法によるべきであり<sup>(14)</sup> (S. 326)。また婚姻財産に関する不変主義にかかわらず、新住所地の「厳格に実定的で、排他的内容」の婚姻財産法が適用さるべき場合の可能性が認められる(S. 334)。妻の自由の制限に関する法律も、「婚姻の倫理的純粹性の維持を目

的とし、従つて嚴格に実定的性格を本来担っている」ので、ローマ法上この問題に含まれている夫婦間の贈与の禁止は、夫婦の従わねばならない純粹な自由の制限であり、「自由な服従により婚姻の中へ持ち込まれた法制度」ではないのである (S. 335)。従つて、本来の住所地法ではなくて行為当時の住所地法が適用されねばならない。離婚に関する法律は、財産と関係した以上の法律と異り、「婚姻の倫理的性質に基づく、即ち嚴格に実定的性格をそれ自体が担っている」ので、裁判官は自国法のみを適用しなければならない (S. 337)。これは裁判籍の原則からみて夫の住所地法である。更に、彼の本来の法律関係のクラスのリストに属さない特別の原則として特に付加された、法律行為の方式 (場所は行為を支配する) の第三八一節において、婚姻締結の方式への *locus regit actum* の原則の適用上、教会婚を定める国内法は、<sup>(15)</sup>「倫理的に宗教的な根拠、即ち強行的な性格」を有するので、その原則の例外をなすことを指摘している (S. 357)。

各論における国際法的共同体に基づく彼の抵触法原則の例外は、ほぼ以上に尽きるのであるが、これを一見すれば、これらの例外が主に彼の第一の例外、殊に倫理的理由に基づく法律であることが分るのである。これは本来適用されるべき外国法の適用を単に排除するに止まらず、自国法の適用を命ずるものである。しかしそれが各事例について問題とされるよりも、むしろ連結点決定に際して強く働いている点が注目し値するであろう。一般論は後にふれる。

(6) とところで、「体系」第八巻には、既にふれたように法規と法律関係の結合関係に関する今一つの課題としての、法的時間的抵触の問題が収められている。両者を統一的に扱うこと自体は必ずしも彼の独創ではないが、サヴィニーは、この二つの法抵触問題の間に内的関連性を認めるのであり、この点を次に簡単に紹介しておく。

サヴィニーによれば、同一の法律関係を支配する法規の改変には、(一)個別的新法の施行、(二)新規定を含む新法典の制定、(三)従前の法に代えた外国法典全体の受容、(四)領土変更による法規変更が考えられるが、これらは同一に取り扱うことができない (S. 370E)。しかしながら従来認められてきた一般原則「新法に遡及効はない。新法は取得権を侵さない

(S. 373)は、全ての種類の法規を包括するものではなく、そのような事態を例外として処理することは原則自体の恣意的混乱を招くのであって認め難い。従ってサヴィニーは、法規を、(一)権利の取得に関するもの、つまり権利と個人の結合、抽象的法制度の人的法律関係への轉換に関わるものと、(二)権利の存在、即ちその前提としての法制度一般の承認に関わるもの(法制度の存否と、その態様・内容)に分類し、その各々についてその支配の時間的限界を画定しようとする(S. 375f.)。前者においては、「各法律関係は、むしろその性質に従って(naturgemäß)帰属する法域の法律により判断されるべきである」という第一章の基本原理同様に、新法の時間的効力については、それに性質上帰属する支配の領域を画定しなければならないのである(S. 389)。そうすると諸般の理由から、この種類の法規については在来の一般原則によるべきこととなる。しかし第二種の法規については、逆に、新法に遡及効が認められ、取得権をも変更するのである。大抵の、最も重要な第二種の法は、概ね「厳格に実定的、強行的性質」を有し、純粹の法領域の外にその根を持っている上に、倫理的・政治的・国民経済的な根拠と目的を有しているからである(S. 517)。かくてこの種の法規は、第一章で述べたのと同様に、その力と効力が他の法律より拡張されるべきであり、その際には、その法目的、内容を厳密に検討しなければならぬ、のである(S. 521)。サヴィニーがここでこのような結論をローマ法に依ることなく導き出している点が注目されるが、第二種の法律に関する叙述は、彼のいう強行法規の性質を知る上に有益であるので今少しく詳しく紹介しておこう。

サヴィニーによれば、当時の通説上は、第二種の法律は単に非遡及原則の例外をなすにすぎないものとされていたのであるが、これはこの法律の性質に反するものであって、原則をそもそも受け入れる余地がない上に、原則の例外としての制約(判決・和解の対象として解決された法律関係は、本来の原則に服す(S. 519(510)))を蒙る点で実行に難く、結局法的構成を困難にするにすぎない。従って、第二種の法律には、前述の別異の原則が妥当すべきなのであるが、両

原則の適用上要請される兩種の法律の區別の基準は、大かたの場合にはその「嚴格に実定的な、強行的な性質」にある。それが存在すれば、その法律は確實に第二種の法律であるといえるからである。

ところでこの第二原則の適用上、サヴィニーは更に三種の法律関係を区分している。第一のものは、「その性質上、個々の人間生活をこえる」(S. 523) 終ることのない法律関係である。これは人的自由の制限、あるいは土地所有権の自由の制限とよばれる。これらは歴史的な存在であり任意に創設されうるものではない。「そのような法律制度がそれにより廢止、或いは改変される法律は、常に嚴格に実定的な、強行的な性質を有する、蓋しそれらは、純粹の法領域の外にその根を有するからである (S. 523)」。その例として、ローマ法上存在したが、「現代ヨーロッパ」には消滅した奴隷制の他に、いまだに存続する制度として、体僕制、貨幣、果実、また召使い (Frohnden, Roboten) の給付に存続する全ての種類の物的負担、特に *Zehentrecht*、*レーエン*、家族の *フィディコミッセ*、*Prädialservituten*、*Emphyteuse* があげられている。<sup>(16)</sup> 第二種のもものは、若干の两性関係に関わる法制度である。これらの制度に関する法律は、「それらが、純粹の法根拠に基づかず、倫理的な(部分的には倫理・宗教的な)根拠に依るがために」この分類に属するのである。具体的には、以下のものがあげられる。一、離婚。離婚に関する法律は、「倫理的根拠と目的、従つて強行的性質を有し、それ故に婚姻の存在に関する法律に属している (S. 525)」。離婚を困難にする新しい法律は、「その主な価値を、婚姻の純粹さと神聖さの維持におき」、それを容易とするものは、「個人の自由の無制限な維持」を目的とするのであって、共に、「倫理的原則であつてその相対的価値、或いは無価値は、それと関連する法律の性質を定めることのみが問題となる場合には、ここでは全くふれないでおかねばならないのである (S. 525)」。婚姻無効に関する法律もこれと同じ性質を有する。二、配偶者に対する自由 (*Liberaltät*) (S. 526 f.)。これに関する法律の目的は、「自分本位な影響力により婚姻の純粹さを危うくすることを、防ぼうとする点にあり」、強行的性質を有する。第一章でもこの点についてはふれた。

三、婚外子 (S. 527 ff.)。これは私法上、立法政策上最も困難な問題であるが、これに関する法律は、「それが倫理的の」と関連するが故に、強行的性質を有する。婚姻における排他的両性共同体が、倫理的にも、また国家の福利 (Wohl) にとっても極めて望ましいことについては意見の相違はほとんどないのである (S. 528)」。子供の請求権の拡大により、事態を救いかつ男の軽率さを抑止することも、また逆にそれを制限することで女の軽率さを抑止すると共に、婚姻の平和を乱すことを防ごうとすることも、共に倫理的の目的を有している。従って、父性搜索禁止のフランス法も、強行的性質の法律である。さて、最後にサヴィニーのあげる第三番目のクラスを成すのは、法律により全廢、あるいは根本的改変を蒙る純法律的な制度であり、ユスチニアヌス法典における所有権の一本化等々があげられる。

以上のような第二種の法律の説明は、第一章の原則の例外を成す法律について、更に詳しい説明を我々に与えてくれるのであるが、次に注目すべきは、最終節で特にふれられた、第二種の法律の合法性に関する論述である (第四〇〇節、S. 532 ff.)。それは、この法律が、既得権をその権利者の意思にかかわらず侵害することの正当性に関わっている。サヴィニーは、第一に彼の法理解から、第二に既得権者の性質から、第二種の法律の制度の正当性を主張する。

第一に、法は、その根を民族の共通の意識の中に有しており、これは一方では個々人の意識ほど「容易にかつ急速に変更し、偶然で、変化」するものではないと共に、他方「変革する發展の法則に服するので、それ故休止し、停滞するもの (S. 533 ff.)」とは考えられない。「それ故に我々は、その固有の法意識によって全ての将来の時代を拘束し支配する力を何らかの個別の時代に認めることはできないのである。」たとえば、奴隸制は古代では民族に不可欠であったが、「現代キリスト教ヨーロッパにおいては、全く不可能かつ法意識にそぐわないものである。これはキリスト教の風儀 (Sitten) と状態の極めてゆるやかな影響の結果生じたものである。力による精神的な民族意識の急激な変化だとしたら、新時代に絶対の力を認めることはできないであろう。今一つの例たる *Zehnenrecht* は、農業の未発達な時代にこそ

「單純、自然かつ合目的な法制度」であつたが、今では農業の進歩を妨げるものである(S. 535 ff.)。そしてこれは国家全体の利益に関わるので権利者の意思をこえており、権利者には、完全な補償が与えられれば足るのである。第一に、権利者の同意が存在しても必ずしも侵害の正当性は保証されない。それは、取得権の担い手としての個々人に関わっている。「取得権は個々人の拡張された力として現われ、従つて常に多かれ少なかれ偶然的性質を有している。しかし個々人は、制限された、或いは暫定的な存在である。それ故、法制度を廃止又は変更する法律に対して、取得権の侵害を理由に絶対的反対が提起されるとすると、その反対は、少くとも取得権の担い手の制限された性質の故に、二方面において限界につきあたりねばならない(S. 536 ff.)」第一に、取得権者の生存中のみこの反対は妥当しうるが、死後にはあたらぬ。「すべての相続権は、純実定的で、従つてそれが新法により特定の条件、制約に服せしめられたとしても、そこには決して取得権への侵害は認められえないのである。」第二に逆に、また各人は、自らの出生時の法状態も承認しなければならぬ。

しかしながら、サヴィニーによれば第二種の法律の合法性自体はかくて認められたとしても、それが望ましいか否かは「その真の本拠のある、そして、多くの有害な過ちが慎重、熟慮及び中庸への真摯な要請により防がれうる立法政策」の問題である。この際考慮すべき点は、軽率をさげ、必要性が認められないのに単に理論に従い、或いはいわゆる世論に支持された、公共の福祉(das gemeine Wohl)が革新を要求するという主張にまどわされて、必要性なくそのような法律を制定することは許されぬし、また最高の寛容(Schonung)と衡平(Billigkeit)を実現しなければならぬ(S. 538) といふのである。

以上の概観が示すように、彼の第二章における法律の時間的抵触の問題は、第一章と同じく当時の時代的必要性に基づくものであると共に、彼の実定法理論、即ち民族精神による不断の法の生成・発展からも当然に帰結さるべきもので

あった。そしてその解決も、「体系」の一般的法理解の延長として処理されようとしていることが分るであろう。しかしながら、この章においては、サヴィニーは、彼の立法大臣としての経験にも多くふれているように思われる。彼の立法政策に関する論述や、三権分立にふれた箇所は、政治的立場の学問的投影である。殊に、強行法の問題が、彼の第一章・第二章を貫く、法律関係の性質に従った解決という大原則にとって、常に重大な障害であったことを示すものであり、法の時間的抵触における叙述が、法の場所的抵触における彼の樂觀的立場を逆に対照的に明らかにしているように思われる。

- (1) Vgl. F. Sturm, Savigny und das internationalen Privatrecht seiner Zeit, Jus Commune VIII (1979), S. 96.
- (2) Vgl. z. B. L. Enneccerus, F. C. v. Savigny S. 46 ff. Vgl. noch Rückert, a.a.O., S. 30 ff. (ders., Der unbekannte Savigny, Quaderni Fiorentini 9 (1980), S. 407 ff.) サヴィニー自身は一八一二年に総論を特に重視しながらの書簡を残している(註(9)) ein Brief an Heise v. 26. 10. 1812: 「第一篇を最も私に少し短縮するのが常です。どういふのも私は総論の友では全くなへ、各論は非難を蒙るべきものではない(Lenel, infra S. 129)」。
- (3) Vgl. die Briefe an A. Heise v. 27. 11. 1805; v. 13. 4. 1810 (ハンヤの草案に於いた講義をした旨の報告とその体系の変更への忠告); v. 26. 10. 1812 (ハンヤの講義の仕方・構成、引用は自分の主張の証拠としてでなく、どの点に注目すべきかを明かにした旨の報告); v. 19. 11. 1813 (ハンヤの報告、Westenbergを併用する旨の記述); v. 11. 10. 1814 (O. Lenel, Briefe Savignys an Georg Arnold Heise, SavignysZ. RA. 36 (1915) S. 96-156). Vgl. Gagnér, a.a.O., S. 58; K. W. Nörr, Rudolf's Nachschrift der Pandektenvorlesung Savignys, SavignysZ. RA. 96 (1979) 316. ハンヤのハンヤの体系が、チボロ以降のハンヤの標準となつたのである。尚、ハンヤ自身もその序文においてもその体系にサヴィニーの忠告が影響を及ぼしたことを明言している(A. Heise, Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts zum Beruf von Pandecten-Vorlesungen, 3. Aufl. (1834) S. VII, XIII.)
- (4) 第一篇総論第一章(法源)の構成は以下の通りである。

I. Vom positiven Rechte A. Begriff und verschiedene Arten §1, B. Vom jus scriptum: 1. Eigentliche Gesetze (edicta) §2, 2. Privilegien (personales consit.) §3, 3. Interpretation der Gesetze: a. Begriff und Arten §4, b. Legale Interpretation §5, c. Doctrinale Interpretation: α. Kritik §6, β. Grammatiche Interpretation §7, 7. Logische Interpretation §8, C. Vom jus non scriptum: 1. Eigentliche Gewohnheit: a. Grund und Arten derselben §9, b. Verbindende Kraft §10, c. Erfordernisse §11, d. Beweis §12, 2. Gerichtsgebrauch §13, D. Von der Anwendung der Gesetze: 1. In Ansehung der darunter stehenden Personen §14, 2. In Ansehung der darnach zu beurtheilende Fälle: a. Anwendung auf frühere Fälle §15, b. Analoge Anwendung §16, c. Beschränkung ex ratione legis §17, 3. Im Verhältniss zu andern Gesetzen: a. Desselben Districtes §18, b. Verschiedener Districte: α. Allgemeine Grundsätze §19, β. Deren nähere Anwendung §20, 4. Von dem Aufhören der Anwendung §21, II. Vom Einfluss rationeller Principien im positiven Rechte: A. Vom Naturrechte §22, B. Von der Moral §23, C. Von der Billigkeit §24 (aa.O., S. 12-15).

ハイゼの概説というのは、単にこのような項目の叙述にすぎないが、I.D.3のaには Thibaut *Civilist. Abhandlungen. No. 7* が、bには J. N. Hert, Cocceji 及び C. Martin, *Rechtsgutachten des Spruch-Collegii zu Heidelberg. Heidelb. 1808. 8. Th. 1. No. 2 §9-13; Vinnii select. Quaestion. lib. 2. Cap. 19.* が挙げられており、ここで接触法が論じられたものと推測される。

- (5) Kuckuck の手になる講義筆記録による。これは、ミュンヘン大学レオポルト・ヴェンガー研究所に所蔵されている。その存在については、リネツケルト氏の教えをうけた。尚、クッククの人物その他については、目下のところ不明であるが、グリムの筆記録等と比べると、ドイツ語その他の点で必ずしも卓越した記録とはいえない。しかし内容的には、概ね信頼に値するに思われる。国際私法の部分だけは、既に北大法学論集三三巻三号九五頁以下に掲載されている。この問題については更に若干の新しい資料も存在するのでいずれ改めて紹介することとした。
- (6) „Anwendung des positiven R(echt)s je nach Personen, Zeit(-en) u(nd) Gegenständen“.
- (7) 但し当時既にアイヒホルン(多喜寛『近代国際私法の形成と展開』八頁参照)、ミッターマイヤー(Mittermaier, *Die Lehre von der Collision der Gesetze, mit einer Darstellung der Ergebnisse der neuesten wissenschaftlichen Forschungen darüber*, Krit. Z. Bd. XI (1839) S. 268) のように、当時の状況に不満を述べる者はいたのである。
- (8) 後述のようにこれは当時あまり意識されていなかった。

- (9) この歴史の研究は、目下諸款の事情から緊要であろうが（当時既に若干の論文がこの点について存在していたのでもある）、ここではミッターマイアーのみをあけておこう（a.a.O., S. 274）<sup>o</sup> locus regit actum の意味に関する一致は、ドイツには未だない、と述べている。
- (10) Vgl. Mittermaier, a.a.O., S. 269 ff.
- (11) Vgl. Wächter, Ueber Auslegung der unter Abwesenden geschlossenen Verträge, AcP 19 (1836) 114-125.
- (12) Vgl. Günter Herrmann, Johan Nikolaus Hert und die deutsche Statutenlehre, Berlin 1963 (Rezension v. E. Lorenz, *RebelsZ* 29 (1965), 433 ff.); Egon Lorenz, Das Dotalstatut in der italienischen Zivilrechtslehre des 13. bis 16. Jahrhunderts, Köln und Graz 1965; Franz Gamillscheg, Der Einfluss Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts, Berlin u. Tübingen 1955; Horst Müller, Der Grundsatz des wohl erworbenen Rechts im internationalen Privatrecht, Geschichte und Kritik, Hamburg 1935; Max Gutzwiller, Der Einfluß Savignys auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts, Freiburg 1923; ders., Geschichte des Internationalprivatrechts, Von den Anfängen bis zu den großen Privatrechtskodifikationen, Basel u. Stuttgart 1977.
- (13) Vgl. Carl Theodor Pütter, Die Collision zwischen den Partikularrechten eines Staats und zwischen den Gesetzen verschiedener Staaten, nach allgemein europäischem und gemeinem deutschen Rechte, AcP 37 (1854) S. 411.
- (14) Vgl. Horst Müller, a.a.O., S. 129 ff., 165 ff.; Max Gutzwiller, *Geschichte* S. 177 ff.
- (15) 国際法理論については後述するが、たとえば G. F. von Martens, Einleitung in das positive Europäische Völkerrecht auf Verträge und Herkommen gegründet, Göttingen 1796, S. 101 ff.; J. L. Klüber, Europäisches Völkerrecht, Stuttgart 1821, S. 96 ff. Vgl. Schöffner, a.a.O., S. 31 ff; Schmalz, Das europäische Völkerrecht, Berlin 1817, S. 148 ff.
- (16) G. F. Puchta, Lehrbuch der Pandekten, Leipzig 1838, S. 25. 法の適用範囲（人的）について、その註9において「何ら民事上のものではないこの学説について、Eichhorn, Einleitung ins deutsche P.R. §34-37 参照」と述べている。アイヒホルンはまさにこの箇所でも、彼の抵觸法理論を展開していたのである（後述）。実際にも、たとえば古くシユナウベルトの国法学の教科書は、抵觸法問題を扱っていた（Schnaubert, Anfangsgründe des Staatsrechts der gesammten Reichslande, Jena 1787, S. 80 f.）
- (17) 注(15)の文献並びに Müller, a.a.O., S. 180 ff. 参照。この点は本文で後にふれる。

- (18) Vgl. Müller, aa.O. 既得権思想がこのような流れの中で、時際法と密接に関係している旨を説く。
- (19) 混合法の扱ひについては、vgl. Wächter, I S. 256; Gutzwiler, Geschichte S. 50. 前三分説は「ガイウスの実質法の分類に由来するところ」(vgl. Herrmann, aa.O., S. 99) 吉野恒一「提要システムからパンモンテ・システム」(『市民法学の形成と展開』上)所収)一頁以下を一般的に参照せよ。
- (20) Vgl. Gutzwiler, Einfluß, S. 36.
- (21) Vgl. Kegel, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. (1977) S. 83. (Vgl. noch Gagnier, aa.O., S. 32 ff. その意味では「サイウニーがこの法典を無視したのは当然であつたのである」)
- (22) So F. Korkisch, in: Hartwig/Korkisch, Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts, Tübingen 1973, S. 9 ff.
- (23) Kegel, aa.O., S. 86; Korkisch, aa.O., S. 5 ff.; Herrmann, aa.O., S. 166 ff.
- (24) Wächter, I S. 232 ff. 但し「たゞせばパンモンテは次のとおり」一八二九年当時既に述べていた。(一般的な法規の三分類について)「しかしながら、この理論の支持者達において、術語あるいは、その理論の上述の概観から期待される一致を見出しうると考えるのは誤りであろう。その理論の元をなしている基本概念について、既にその支持者達のうちで、若干の者は、かのスタチエートの分類に際して単にスタチエートの内容のみを顧慮し、他の者は、その文言(Wortfassung)のみ、あるいはその両者を顧慮するので、了解が存在するというところではないからである。個々の抵触事案の解決においては、更にお互いの一致はないのである。一人がこう解決し、他の者がちがった解決をしないような、ある程度むずかしいといえるような事案さえ、ほとんどないのである」(Zachrä, Über die Rechtsregel: Locus regit actum, Elvers Themis, Bd. 2 (1829) S. 115 f.) また「国際法との関係(グロッチウス以来)にもよつて」(aa.O., S. 117) Vgl. Pütter, Ueber das praktische europäische Fremdenrecht, Eberty's Z. Bd. II (1844) S. 200.
- (25) Vgl. von der Nahmer, Von der Kompetenz inländischer Gerichte über einen Ausländer und von der Vollstreckbarkeit auswärtiger Urtheile, Elvers Themis, Bd. II (1829) S. 137: 「ドイツは、その領域が住々入り乱れる三〇の概ね小さい諸国に分裂している。それ故、相異なる諸国の住民間で締結された、多数の法律行為が裁判所による検討をうけるに至るのである」。更に、「このにおいては国家権力の配慮が二重の関連において、即ち外国人へ請求する内国人の爲と、外国人に債務を負う内国人の

為に、要請されるのである。「この内容として、あげられる二つの問題、(1)他国への移住による住所に基づく裁判籍変更の容易であること、内国人債権者の外国人に対する請求の保護、(2)外国で内国人債務者に対して下された判決が、外国人との関係で不利とならぬこと、をあげ、フランス民法一四条を説明する。そして次のように述べる。「比較的国境を接する国が少く、大きな当時の世界を制する国家においてはその実行がそれほど都合の多くなかった原則も、友好のきずなで結ばれたより小さな、多数の国境を有するドイツ國の諸國においては、主張しえないのである (S. 138)」と。ここに当時の認識の一端が明らかとなる。

(26) 注(24)参照。抵触法の実際上の必要性はヴェヒター以前にも強く認識されていた。たとえば Mittermaier, *Collision der Gesetze verschiedener Staaten*, Krit. Z. VII (1835) S. 228 ff.; ders., Krit. Z. XI (1839) 267 ff. 参照。

(27) Wächter, I S. 256 f., Schäffner, aa.O., S. 27 参照。

(28) ドイツの文献を総合的に検討したヴェヒターの論文に引用される文献表をみれば、一八世紀に発表されたことが明らかなもの一六のうち一〇はその後半に、一九世紀に入ってから二一にのぼる論文数が認められる(特に三〇年代が多い)。論文の質量は、更に検討を要するが、とりあえずの指標にはなる。尚、後述参照。

(29) Vgl. Gagnér, aa.O. 一般的には vgl. J. Schröder, aa.O.

(30) Vgl. Gagnér, aa.O., S. 64 ff. ミッターマイアーはサヴィニーの歴史学派に当初加担したが、ウンターホルツナー (Unterholzner) の成功と共にサヴィニーを離れた (Gagnér, aa.O., S. 44 ff.)。サヴィニーは「ミッターマイアーをハイデルベルクからの照会に際して低く評価してゐる (ein Brief an Heise v. 19. 11. 1813 in: Lenel, aa.O., Nr. 35: 「非常に有能な人間となったウンターホルツナーは『Usucaption』について仕事をしている。彼は『ハイデルベルクでは、少しみあやまられているように思う。ミッターマイアーが、いつかひとかどの者になることはほとんどないだろう。』)。ミッターマイアーの、比較法のみならず国際民法における意義は、後日にその検討を留保したい。

(31) Gutzwiller, *Einfluß*, S. 37 f.

(32) チボーとキールルフを例としてあげる (aa.O., S. 37, Fn. 20)。

(33) マウレンブレック、シャフナーが引用される (aa.O., Fn. 21)。

(34) マイエホルン他 (aa.O., S. 38 Fn. 22)。

(35) Nikolaus Sandmann, *Diss. jur. Münster* 1979, S. 1 ff.

- (36) Schaffner, *Entwicklung des IPR*, Frankfurt a.M. 1841, S. 8-13; Wachter, I S. 230-234. オランダ学派、フランス学派、ドイツ学派の文献が(殊にラテン語の)多く含まれているのは当然のことであるが、二人の理論構築に当り、それらが与えた影響は大々くなじ。
- (37) ここではこれらの引用を一々行わない。いずれ別稿において、詳しく取り扱うつもりである。
- (38) ミッターマイアーは、この他に紹介論文として国際私法を論じていることは後述(注(39))。尚国際民訴にふれているものとしてはマッシュ(一八三六年)ノロス(一八三〇・三一年)の論文がAOPに登載されている。
- (39) スターリーに引いて *Krit. Z.* Bd VII (1835), マーシ、ロコロに引いて *Krit. Z.* Bd. XI (1839)。
- (40) これよりも後に発表されたドイツ人フェリックスの論文(一八四〇年)及び著作(一八四三年)も、高く評価されていた。尚、シフナーは、バージに彼の著書を献じている。
- (41) 概略は、多喜・前掲書参照。尚、ビュッターは、国際法を中心とする自らの抵触法を展開した。Vgl. K. Th. Pütter, *Ueber das praktische europäische Fremdenrecht*, Eberty's Z. (1844), S. 199; ders., *Das praktische europäische Fremdenrecht*, Leipzig 1845. オーストリアの外人法に引いて J. V. von Püttinger, *Die gesetzliche Behandlung der Ausländer in Oesterreich*, Wien 1842. 参照。
- (42) *Seuffert Archiv* Bd. 1 以下を集計した。民訴関係(証拠、破産)、外国法の証明)も多くみられる。
- (43) 注(41)であげたビュッターも、批判しながらもヴェヒターを基礎とするし、その他の批判者についても同様であった(多喜・前掲書参照)。本文ではとりあえず割愛したサヴィニーとヴェヒターの関係についてはおしあたり Sturm, a.a.O. 参照。
- (44) *System VIII*, S. 8-10.
- (45) プロイセン法の占める割合が、やはり少し大きいように思われる。またゲルマニストとロマニストの峻別は特になされていないようであるし、外国人の著作も引用されている。比較法的方法は、少くとも抵触法については既にふれたように当然のこととなつてゐた。
- (46) F. Sturm, a.a.O., S. 97.
- (47) たゞ *Zeitschr.* S. 122 (c), 136 (d) だけ。
- (48) Sturm, a.a.O., S. 97.

- (49) 尚、Stölzel II, 610-614 は「時際法」(國際刑法への大臣としてのサヴィニーの関与に於ける)。「更に」Eberhard Lorenz, Friedrich Carl von Savigny und die Preussische Strafrechtsgebung, Diss. jur. Münster (1958), S. 11 ff. があるが、本来的抵觸法に直接関係したか否かは明らかでない。今後の検討を要するであろう。
- (50) Schäffner, aa.O.; Mittermaier, Krit. Z. VII S. 228, XI S. 267.
- (51) Cf. K. H. Nadelmann, Bicentennial Observations on the Second Edition of Joseph Story's *Commentaries on the Conflict of Laws*, Am. J. Comp. L. 28 (1980), pp. 72 ff.; W. Story, *Life and Letters of Joseph Story*, Vol. II (1851), p. 378 (サヴィニーからの「公文」)。筆者の確認したところによればボン大学所蔵のサヴィニー文庫では「To Mr de Savigny Privy Counsellor of His Majesty the King of Prussia & c. with the highest Respects of The Author Joseph Story August 5, 1841」なる献辞付の *Commentaries on the Conflict of Laws*, 2nd ed. が存在している。
- (52) 注(18)参照。サヴィニーにおいて「既にパンダクテン講義において並列的に取り扱われていた。サヴィニーの時際法一般については」vgl. H. Coing, *Savignys Lehre vom intertemporalen Privatrecht*, in: *Jus Commune VIII* (1979) S. 78 ff.
- (53) サヴィニーは引用しているのが「Wächter, I. S. 237 Fa. 10」は「抵觸」の観念を取り扱っている。既にふれたように当時の公法的アプローチ、あるいは「法」からのアプローチを、決定的に逆のアプローチに對置させ、國際私法の私法性を明らかにするのである。サヴィニーの私法の概念については、既に本文でふれた。
- (54) 後述のように、ヴェヒターは「外国人は内国人と同一の私権を享有しうる」という原則を述べているが(II. S. 253)。再び「外国人は、我が私法が認めるものから、通例は排除されることはない」と述べ、その註(II. S. 33 Fn. 239)において次のようにいう。「外国人は、(報復(Retorsion)が問題とならない限りは)我が私法が認める権利から、原則として排除されない」という原則は、斯学の本質的構成部分をなしている。ただし、それゆきでは、その諸原則は大部分別様に形成されねばならないであろうから、である。従って、民法体系の内々々、斯学においてはではなく、身分法(Personenrecht)においてはじめてかの原則にふれられるのは、認めがたい。——更に、多数の体系においては、未だに我が制定法がいかなる人と關係にまで及び、適用されるべきかという問題を、いわゆる相異なる諸国の制定法の抵觸の問題とは全く切り離し、それ故兩者を相異なる箇所で開催するということが認められる。ただし、いわゆる相異なる諸国の抵觸の理論は、制定法の適用に関する理論の一部に他ならない。というのもそれが外国で我國の市民が行った行為、その外国に所在する物、また外国人及びその諸關係へも我國の制定法が適用されるか、どこまで適用されるべきかとい

う問題、あるいは、我國の裁判官がここで他の制定法を適用すべきか、その範囲はいかんといい問題に単に解答を与えるのであるからである。若干の者は、いわゆる相異なる諸国の制定法の牴触の問題と、制定法の適用及び結合力 (*Verbindungskraft*) の理論を区別することによって、我國制定法の結合力に関する諸原則を、後に述べる制定法の牴触に関する原則と部分的に正に矛盾するような形で定めることもなる。たとえば、チボー、ペンダクテン……、シュヴェツペ・ローマ私法だけを参照さればよい。」

- (55) Vgl. VIII S. 11 (c). 第一巻第五三節が参照されている。
- (56) S. 13 (e).
- (57) サヴィニーは人際法には、ここではふれない旨を明らかにして置く (S. 18 (e)).
- (58) サヴィニーの、この中世法史の研究は、ヴェヒター (S. 253) も参照するが、ストーリーの基礎とするところでもあり (cf. *Nadclmann, op. cit.*) 国際的にもサヴィニーの權威の最も端的な例である。尚、トルコ及びユダヤ人の民族法を例としてあげていよ (S. 16).
- (59) 領土法の牴触の例として次のようにいう。「特定の場所において、契約の履行、あるいは物の所有権に関する法的紛争を決すべきものとする。しかしながらその契約が、裁判所の地と異なる場所で締結され、また係争物が、裁判所の地とは別の場所に所在し、双方の土地に相異なる領土法があるものとする。それと共に、両係争当事者が、その人に従えば裁判地に属するか、あるいは両者ともそれ以外の土地に属するか、両者とも相異なる土地に属していることもある。係争法律関係が何らかの関係を有する、相異なる土地法のうちのどれが、争いの解決に際して適用をみるべきなのだろうか。これが、領土法の適用に関する牴触問題の意味なのである (S. 18).」
- (60) 後述のように、当時の国際法では、ドイツ圏内とそれ以外との関係を区別していたが、牴触法上は両者を並列して扱ひ、充分に区別しないのが一般的であった。サヴィニーも基本的にはこの一般的傾向に従っているのである。
- (61) Vgl. VIII S. 20 (b). 「第一巻第二節。——類似のしかし完全に同一ではない関係が、ドイツ諸国と共通のより高次の国家権力と立法により結合されていなかった連合オランダを構成する主権小国家の間で認められる。そこにおいて非常に頻繁に生じた牴触事案によって、特にオランダの法律家達 (ローデンブルク、P・フット、J・フット、ヒューバー) は、今のこの対象への注意を喚起されたのである。北アメリカ自由諸国の関係もまた同様である。」
- (62) VIII S. 20 (c): 「さうだとせば、その適用が管轄区域 (*Jurisdiktionsbezirke*) によって境界づけられていた、相統法、婚姻財

- 産法等々に関する五つの個別制定法及び慣習 (Observanz) が、プレスラウにおいては一八四〇年一月一日まで併存していた。そこでは、家毎に法が異なっているということも稀ではなく、実に、ある家が相異なる法の境界上に所在し、それ故一部分ずつそれらに帰属するということが生じたのである。一八三九年五月一日法参照 (制定法集一八三九年一六六頁)。」
- (63) VIII S. 23(h): 「固有の個別法の上に同一の共通法 (ein und dasselbe gemeine Recht) が存在するか否か (ちょうどプロイセンにおいてブランデンブルク、ポメルン、東・西プロイセン等々の地方法 (Provinzialrechte) の上に一般ラント法があるように) と無関係にこのことは考えられた。なぜなら、たとえばプロイセンのライン地方とその余の地方の間で生じたような共通法の存在しない事例においても、プロイセンのラント制定法が、これらの相異なる諸法の抵触を完全に規律していたということがやはり考えられるからである。」
- (64) ここでは、前述の (注(59)) 例を前提としている。
- (65) S. 25(a) は、Huber § 2, Story § 18-21 のみを引用している。前者は、幸いにも煇場教授の翻訳があるので (煇場準一「ウィールリクス・フーベルス『法抵触論』註解」一橋大学研究年報、法学研究八、一二五頁以下)、アクセスの困難を考えそのまま附録として本稿末に収録しておく。ストーリーは、ヘンリー、フベルスにより国内の排他的主権と管轄権から、国法の拘束力をひきだし、ついでブルノワによって一般原則を確定し、更に国家の対外的権力の行使の問題から、法の域外的効力を論じる。サヴィニーの発想の基礎を明らかにする為に、これも再録しておく。<sup>\*2</sup>
- (66) 注(54) 参照。
- (67) S. 25(b): 「ローマ法は、この無権利性を、相互の効果と共にではあるが、その概念が布告された戦争を前提としていた hostes のみならず、ローマが foedus も amicitia をも結んでいなかった諸国の全市民にさえも適用する。L. 5 § 2 de capt. (49. 15)。」
- (68) S. 25(c): „Wächter I S. 253, II S. 33-34, 181. Puchta Pandekten § 45. 112. Eichhorn Deutsches Recht § 75.“
- (69) 尚エネケルスは、一般にバンデタテン講義においてキールルン、プフタのサヴィニーの学説への影響を説く (Ennecerus, aa.O., S. 48)。この点は今後検討の余地があるが、とりあえずはヴェヒターの影響のみをここではとりあげておく。
- (70) B. W. Pfeiffer, Ideen zu einer neuen Civil Gesetzgebung für Deutsche Staaten, Göttingen 1815.
- (71) この点は今後尚検討を要するが、サヴィニーの法思想が晩年内容的に著しく自然法へ接近していった傾向とも関係があるのかもしれない。彼の国際主義的傾向も、このことを裏書きするようにも思われる。但しユダヤ人の特殊な取り扱いは彼の抵触法においても

なお残存している。

(72) Vgl. Pütter, Eberly's Z. Bd. II (1844), S. 214 f.

(73) Vgl. S. 140: 「それ故私の見解は、むしろ、各人がその人的状態においては、常にその住所地の法により判断されるべきであるということになる。そしてそれは、それについて内国で判決されようと外国で判決されようと区別なしにである。しかし同様に、また、人の性質 (Eigenschaft) 自体が判断されるべきか、あるいはその法的効果であるのかの区別もなしにである。」

(74) その根拠として、サヴィニーは、ヒューバー、ヨハン・フート、ストリーをあげる (S. 28 (f)). 従って外国法を国内で適用すること自体は、このような学者の伝統的見解に従っているのである。

(75) S. 28 (g): 「従って、ヴェヒターが (I S. 240, II S. 12-15) この点において、裁判官的立場と立法的立場の混同を非常に警戒したことは同意しかねる。彼が立法的立場に算えたものは、立法がとにかく学問的發展に大部分委ねた対象において、たしかに大部分裁判官的立場に含まれるのである。ヴェヒターが、そのラント制定法の方向、意味と精神 (Richtung, Sinn und Geist) を指示した他の箇所においては (I S. 265) ここで述べられた見解への接近もみとめられる。」かくて、ここでサヴィニーの制定法に対する態度と同時に、制定法の存在しない場合における学問的地位、その法形成に果たす役割が如実に顕わとなる。制定法の存在しない抵触法においては、裁判官が法形成を行わざるをえないのであり、ヴェヒターの法解釈上の方法と近づくのである。この点は、既に述べた彼の一般的法理論を参照されたい。

(76) サヴィニーは、Wächter, I S. 255-261, II S. 175-177, S. 195, S. 371—Schäffner § 29 を引用する。サヴィニーが当時の一般の認識を前提として、それをただ新たに基礎づけようとしたにすぎないという事実がここでも顕著にみとめられよう。

(77) ゾイフェルトも、彼の著書の第二版において、サヴィニーのこの見解にふれて次のように述べる。第二版の編者には、ブラーターの見解が\*印では付加されているが、「その固有の困難さが一連の見解の相違をもたらすスタチュート抵触論においては、かの印の付加はなされなかった。動揺し、混乱する見解は、サヴィニーの述べるように (体系第八卷三〇頁)、斯学のようにまだようやく生成中の法理においては、そぐわないものとなりうるからである」(Seuffert/Brater Kommentar über die bayerische Gerichtsordnung, 2. Aufl. Bd. I (1855) S. IX-X) (但し、第三版へのゾイフェルトの序文は、一八五四年三月とされている)。

(78) ただ媒介的法規が決してこのクラスの法規とならないという意味では既述の法規の分類はそのまま妥当する。Vgl. S. 34 (b): 「無遺言相続に関するいづれの法も、最後の意思の欠除においてのみ効力を有するのであるから、媒介的法である。それ故、そのような

- 制定法が、その為に定められた領域の外においても効力を有することは一般に承認されている。ただし、往々それと異なる見解も、その制定法自体ではなくて、土地所有権へのその適用にかかわるにすぎない。この点は後に詳しく論じられる(第三七六節)。」
- (79) S. 37(e) はヴェヒター(II S. 172)及びシェフナー (§ 34)を引用している。
- (80) S. 38(f) では、この原則の適用について、権利能力・行為能力の項(第三六五節)で取り扱う旨、また「ここで恐らくあまりにも抽象的な形で現われたものは、そこではより明らかとなり、それ故、それによって確信をうるにはより適したものとなるらう」と述べられている。
- (81) Vgl. Putzer, Eberly's Z. Bd. 2 (1844) S. 209, 214 f.; Mittermaier, Krit. Z. XI (1839), S. 269: 「従って真の国際法上の関係として全ての国民の外国法の適用に関する一種の黙示の合意が、必要性に基づいて形成され、相違は、国が相互性原則をまだ基礎におくに應じてのみ生じるにすぎず、従って問題とされる国の臣民がその外人の祖国が扱うのと同様にその外国人がその国で取り扱われるのである。」; Roghnt, Ueber den status civilis und ..., Z. f. Civil- u. Criminalrecht Bd. 3 (1839), S. 337.
- (82) Neuhans, aa.O. は「政治的平等」という。
- (83) 「本拠」概念は、彼の有機体論の中から、それを学問的に把える、つまり実体の根幹をとらえる原理として要請されるのであって、単に発見原理に止まるのではない。従って前述のように、実定法の本拠が国家にあるのであるから、国際私法の本拠は国際法的共同体にあり、人の本拠が住所にあるとすれば、法律関係の本拠が、適用すべき法の基礎たる共同体に認められる。国際的關係でこれを見れば、準拠法の本拠がここに所在することになる。
- (84) ここにサヴィニーのローマ法の取り扱いの方法の特徴(即ちその制度を支える基礎との関係で法を把えようとする、つまり内的法史の)が端的に認められる。
- (85) 尚、本国法主義とサヴィニーの關係からいえば、更に検討の余地がある。属人法の概念と共にいずれ取り扱いたい問題である。
- (86) サヴィニーにおいてはそもそも人の自由が法の前提をなす。殊に国際私法においては、国境という公法的關係を超えた人の自由な移動と活動が承認されてはじめてその存在が認められるのであるから、当時の国際法及び国際私法理論との關係においても、充分に調和しうる理論の形成には、任意の服従の觀念となりえたのである。
- (87) S. 112(a) は自治という表現についてヴェヒター、アイヒホルン、ミッターマイアー、フェリックスをあげている。
- (88) Neuhans, Savigny S. 373 ff. 尚自由な服従の実質の意味は、各論的検討をも要請する。ノイハウスの「倫理的に責任を負う人格

としての人間にとって、その意思の、立法者の意思への服従は、この不自由が自らの自由な行為によって条件付けられてのみ道徳的に正当化されるといふ見解が、サヴィニーにおいては、言明されることなく、恐らく無意識のうちに」とられている (S. 375) というのは、それ自体としてはあながち誤りではないが、人の自由な活動範囲としての法律関係のうちでのみ正当ではあっても、その自由の範囲の画定は、人の意思にかかわらず全体意思によりなされているのである。物権においては人の意思は、重要な要素ではない (Vgl. System VIII S. 363)。

(89) これが外国人に自国の財産の相続を認めない可能性の承認であるのかは、不明。

(90) この相互性は、現在我々が法的条件として構成する相互性要件ではなく、法的な制度の基礎として認められている。

(91) 但し、法律行為の方式が更に付加される。いずれにしるサヴィニーのいう具体的法律関係は、これらの典型的法律関係へ包摂されるのであって、彼の本拠も主にこの典型的関係を中心に構成される。この点に於て D. Nörr, Savignys Anschauung und Kants Urteilskraft, Festschrift f. H. Coing (1982) Bd. I, S. 620 f. は法律関係概念が、サヴィニーにおいて類型でありかつ個別事例であった点を指摘している。

(92) S. 127 (i): ヴェヒターの論文が、相異なる諸国の制定法のみを問題にした点を指摘している。

(93) S. 127 (k): 「同時にこの原則は外見上前に主張された (第三六〇節)、裁判籍と土地法との親近性と関係している。ただこの親近性がその支持者達によって誤って真の同一性にまで形成されるにすぎない。」

(93 a) 「ベヒターは "existent" や "verwirklicht", "wirklich geworden" のあげきをやを批判している (Putzer, (注18), S. 208 f.)。サヴィニーが引用しなかった著作を彼が全く読んでいなかったのか否かは目下のところ明らかとはいえないが (たとえばベヒターの著作)、一般的なサヴィニーの作業の方法からみれば、このことは疑わしい。むしろ、ヴェヒター以降の法状態を前提として、当時の抵触法理論における一般的理解 (外国法適用の肯定、基本的体系の創出、内外人平等々々) を自らの法理解により基礎付けようとしたが為に、特に彼が障害と目さなかつた見解にふれなかつたにすぎないのではないかと推測される。更に検討してみたい。

(95) Vgl. S. 155 ff. 手形行為と内国取引保護を論ずる。尚当時においては、手形法の領域における法抵触が極めて実質的な意義を有していたのである。

(96) 尚二九八頁参照。

(97) Vgl. S. 190 f. 他人の物の占有者 (賃借人等) は、プロイセン法上、引渡しをうけておれば、自らの使用の為に第三占有者に対し

て *in rem* の訴えを伴う物権を有しているが、これは動産・不動産を問わず、引渡し時にプロイセン国内にその物が存在すれば発生する。しかし、賃借動産の引渡しがプロイセン国内でなされることによりこの物権が発生した後に、占有者がその物をローマ法ラントへ持ち込んだ場合に、既得権として第三占有者に主張しうるか、という問いをサヴィニーは否定する。それは、そのラントで全く承認されていない全く特有の法制度だからである、ことを理由とする。ヴェヒターも質権について同旨を述べている、とする。

質権について再度この点にふれ (S. 196 f.)、ローマ法ラントで契約により動産に質権が設定され、後にプロイセンへ持ちこまれた場合に、引き渡しによらない偶然によって占有を得た質権者がそれを売却し、また各占有者 (債務者、第三者) に訴求しうるか、という問題について、既得権が土地の変更により侵されないといい見解に反対する。それは、多数のラントで相異なる方法で取得されるような (たとえば、物の交付によるのと単なる契約による所有権の取得) 同一の質権が問題ではなくて、単なる契約による質権は引渡しによってのみ成立しうるそれとは「全く別の法制度」であり、名称及びその一般的目的が共通であるにすぎず、従ってプロイセンでは上述の自称質権者は、プロイセンで承認されていない法制度に依るのであるから、訴えは認められなく、といふ (S. 197p. (98) S. 248. 「その限りでは、場所的法を定めることは、裁判籍を定めることと一致する。ただ債務の特別裁判籍と共に、住所の一般的裁判籍も更に、原告の自由な選択権により有効である点のみ、重要な相違が認められる。準拠される場所的法が、そのような一方的選択権に服しえないのではなく、事案のちがいに応じて債務の発生地、あるいは債務者の住所によりその欠除が定められねばならないという代りにそのようなのである。

特定の場所的法への債務者の推定される自由な服従からここで立てた原則を導き出すことは、ここでまとめられる若干の実際的効果を伴う。

A この場所的法は、判断を下す裁判官の地に妥当する強行的な、厳格に実定的な法規と矛盾する場合には (第三四九節)、そのような場合に当事者の自由な意見が何らの影響力をもちえないので、退く。<sup>(b)</sup>

B 定められた場所的法は、自由な服従の推定が、明示のそれと異なる意思表示によって排除される場合にも、同様に退くのである。<sup>(c)</sup>

C 若干の者は、多数の本来考えられる場所的法のうちで、それによれば当該法律行為が最も良く維持されうる法が常に適用されねばならないと主張する。<sup>(d)</sup> この命題は、おそらく現存の法からそのような一般性においてはほとんど基礎付けられることがなく、それに反してそれを新しい実定制定法とすることが問題となりえよう。しかしながら、以下の趣旨ではその命題もやはり正当化される。上に立てた原則の適用が、その契約を、住所地上有効であるのに対してそれによれば無効 (*ungültig*) であるような場所的法 (たと

えは履行地の( )に服せしめる結果となる場合には、当事者が自らの意図と全く矛盾するような場所的法に服せうとするということは、たしかに推定されえないのである。<sup>(9)</sup>問題は勿論Aである。その注(11)は、Wachter, II S. 397-405, Foelix p. 145を参照するが、ウエヒターは、そこで内国で承認され主張される権利に内国の強行法の適用を認めるので、外国で成立した契約についても(たとえは賭博債務や暴利)その主張を認めないのである。なおBにおいて「自由な服従」についての前述の問題の一端が明らかとならう。

(99) Vgl. S. 275 ff. 債務が服した地の法によりその効力が判断されるべきである、という原則の例外としての法廷地法たる「嚴格に実定的な、強行的性質の制定法」について述べる。これは、「強行的制定法の適用に関する一般原則(第三四九節、第三七二節A)」の一例にすぎないとする(S. 275 ff.)。

(100) Lex Anastasiana は、債権の売買の横行に対して、債務者が支払い義務を負う限度を譲受代金に限定したものである。この売買を「非論理的かつ gemeinschädlich」とすることに基づく(Vgl. S. 277)。この法律の適用は、それが訴訟地法か否かにより定まる。この点についてサヴィニーは、これと異なる一八四五年ミュンヘンの最高裁の判決を挙げる(債権の本来の成立地法による)。

(101) Vgl. S. 280(b): 「訴えの土地に属して(それは概ね被告の住所と一致するが)、Obertribunal zu Stuttgart, Seuffert Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten B. 2 N. 4.——同様の土地に属して O.A.G. zu München, und zwei Urtheile aus Jena, Seuffert B. 1 N. 153, B. 2 N. 118.」

(102) S. 308(m) 及び 309の判決を参照せよ。 Graf Bochoitz c. Freifrau von Benningen, in: Ulrich und Sommer neues Archiv B. 6 S. 476-512.

(103) ウエヒター(II S. 364)が全く同意である旨 S. 308(n)は述べる。いわゆる例外法についてウエヒターの意見にはぼサヴィニーは同調しており、同一の結果を彼の独自の異なる構成により基礎づけようとしていることがここでも明らかである。

(104) 殊に禁止された近親婚の範囲並びに宗教的関係に基づく障害、をあげる。ウエヒター、ストーリーを引用する。

(105) 従つて内国では教会婚をやり直す必要を認めるが、それは法律回避という意図に対する制裁ではない。また、外国人の既存の婚姻が国内で問題とされることはない。この強行法は、婚姻の締結と関連するにすぎず、既存のそのの継続を問題としないからである(S. 357)。

(106) Vgl. S. 523(b): 「最後の二態様は、先に並ぶもののように、歴史的な、過去の状態を示す性格を有さない。しかしながら、それ

に關連する、変更を行う制定法は、その根拠と目的において、*Zehenten* や *Dienste* に關する制定法と全く同種類のものである。」  
 (107) *Vgl. S. 532(c)*. ここでは、婚姻の純人格的權利、特に婚姻中の人格的權利・義務にこのような性格を認めず、離婚にのみこれを認めるのを一方的で理由がないという批判について、「しかしながら、その相違は、後者〔婚姻の人格的權利——筆者注〕へは、立法者及び裁判官はせいぜい極めてわずかの影響を与えうるにすぎないのに対して、婚姻の存在、あるいは不存在（即ち離婚）に關する請求は、極めて十分に成功を取めて実行されうる点にある。」と述べている。

(108) *Vgl. S. 534(c)*. サヴィニーは、ここで古代奴隸のゆるやかで友好的でもある状態と、きびしい懲役の状態とを比較してその本質をあいまいにする学説を批判し、その純粹かつ鋭い対立を明らかにする為に二つのことを考へるべきだという。「第一に、出生による奴隸の發生、第二に、売買しうる商品としての權利において奴隸の家畜と全く同一の地位 (*Uipian. XIX. 1*) である。——現代の東洋における奴隸制が、アメリカにおける全く異なるそれと同様に、ここでは全くふれずにおける。」

△附 録▽

\*1 ウールリクス・フーベルス『法抵觸論』註解

2 この（法抵觸）理論の基本原則。

ところで、その三つの公理とは、以下の如きである。(一)「およそ一國の法は、當該國家の領域内において、その効力を保持し、その臣民のすべてを拘束する。ただし、それ以上には及ばない。 *per 1. ult. ff. de Jurisdic. s.*」(二)「およそ當該國の領域内に在る者は、永住者たると一時的滞在者たるとを問わず、すべて當該國の臣民である」と看做される。 *per 1. 7, s. 10. in fn. de interd. et releg. s.*」(三)「およそ一國の法が、當該國の領域内で、施行されている以上、その効力が如何なる場所においても承認されるように、各國の為政者は、友好的配慮・讓歩の精神をもって、努力するものとする。ただし、他の國および其の市民の主權あるいは權利の侵害を招く場合は、この限りではない。」以上、の、ところ、から明白なとおり、右のことは、單なる國家法からではなく、諸國家間の便宜と默示の合意とから、導き出さるべきものである。けだし、ある國家の法は、他の國において、直接的には効力を持ちえないものではないが、ある場所の法に従い有効なるものが、後に、他の場所において、法が異なることのために、無効とならざるをえない、というが如きことは、各民族の間の通商と交流にとりて、何にもまして不便なことだからである。これこそ第三公理の存在理由であつ

て、これまで未だ何人も疑念を表明せざるところと、目される。第二公理については、異なつた見解をもつ者もあると考えられるが、それに依れば、外人が、その行為地法に、従うことを否認するもようである。いかにも、ある種の場合には、後に述べるとおり、それも是認できよう。しかし、ある國の領域内で行為をなすすべての者は、当該國の臣民であると看做さるべきであるとする立場は疑問の余地なく確立している。この点は、國家家というものの性質と、自國の領域内に在るすべての者を其の統治權のもとに服せしめんとする慣行、とりわけ、人身の拘束に関しほとんどすべての民族において認められているところに明示されている。グロチウス・第二巻第一一章第五節「ある場所において契約を締結する者は、そのことにより、当該の場所の一時的臣民として、その場所の法に従うものである。」たしかに、外人をして、その者がその領域内に居るということだけを理由に、中間拘束によつて、当該地の法に従わしめらるゝとするためには、統治權が、その領域内に在るすべての者に、及ぶものである、と考えるこの根拠において他にない。

\*2 Commentaries: CHAPTER II.

GENERAL MAXIMS OF INTERNATIONAL JURISPRUDENCE.

§17. BEFORE entering upon any examination of the various heads, which a treatise upon the Conflict of Laws will naturally embrace, it seems necessary to advert to a few general maxims or axioms, which constitute the basis, upon which all reasonings on the subject must necessarily rest; and without the express or tacit admission of which, it will be found impossible to arrive at any principles to govern the conduct of, nations, or to regulate the due administration of justice.

§18. I. The first and most general maxim or proposition is that, which has been already adverted to, that every nation possesses an exclusive sovereignty and jurisdiction within its own territory. The direct consequence of this rule is, that the laws of every state affect, and bind directly all property, whether real or personal, within its territory; and all persons, who are resident within it, whether natural born subjects, or aliens; and also all contracts made, and acts done within it<sup>1</sup>. A state may, therefore, regulate the manner and circumstances, under which property, whether real, or personal, or in action, within it, shall be held, transmitted, bequeathed, or transferred, or enforced; the condition, capacity, and state, of all persons within it; the validity of contracts, and other acts, done within it;

1 Henry on Foreign Law, P. 1, ch. 1, §1, p. 1; Huberus, Lib. 1 tit. 3, §2; Hall v. Cambell, Cowper R. 208; Ruding v. Smith, 2 Hagg. Consist. R. 383.

the resulting rights and duties growing out of these contracts and acts; and the remedies, and modes of administering justice in all cases calling for the interposition of its tribunals to protect, vindicate, and secure the wholesome agency of its own laws within its own domains.

§ 19. Accordingly, Boullenois has laid down the following among his general principles, (*principes généraux*.) He says, (1.) He, or those, who have the sovereign authority, have the sole right to make laws; and these laws ought to be executed in all places within the sovereignty, where they are known, in the prescribed manner. (2.) The sovereign has power and authority over his subjects, and the goods, which they possess within his dominions. (3.) The sovereign has also authority to regulate the forms and solemnities of contracts, which his subjects make within the territories under his dominions; and to prescribe the rules for the administration of justice. (4.) The sovereign has also a right to make laws, to govern foreigners in many cases; for example, in relation to property, which they possess within the reach of his sovereignty; in relation to the formalities of contracts, which they make within his territories; and in relation to judiciary proceedings, if they institute suits before his tribunals. (5.) The sovereign may in like manner make laws for foreigners, who even pass through his territories; but these are commonly merely laws of police, made for the preservation of order within his dominions, whether they are perpetual or temporary.<sup>1</sup> The same doctrine is either tacitly, or expressly, conceded by every other jurist, who has discussed the subject at large, whether he has written upon municipal law, or upon public law.<sup>2</sup>

---

1 1 Boullenois, Des Statuts, p. 2, 3, 4. 2 Vattel, B. 2, ch. 7, § 84, 85.

§ 20. II. Another maxim, or proposition, is, that no state or nation can, by its laws, directly affect, or bind property out of its own territory, or persons not resident therein, whether they are natural born subjects, or others. This is a natural consequence of the first proposition; for it would be wholly incompatible with the equality and exclusiveness of the sovereignty of any nation, that other nations should be at liberty to regulate either persons or things within its territories. It would be equivalent to a declaration, that the sovereignty over a territory was never exclusive in any nation, but only concurrent with that of all nations; that each could legislate for all, and none for itself; and that all might establish rules, which none were bound to obey. The absurd results of such a state of things need not be dwelt upon. Accordingly Rodenburg has significantly said, that no sovereign has a right to give the

law beyond his own dominions; and if he attempts it, he may be lawfully refused obedience; for wherever the foundation of laws fails, there their force and jurisdiction fail also. *Constat igitur extra territorium legem dicere licere nemini, idque si fecerit quis, impune ei non pareri, quippe ubi cesset statutorum fundamentum, robur, et jurisdictio*<sup>1</sup>. P. Voet speaks to the same effect: *Nullum statum sive in rem, sive in personam, si de ratione juris civilis sermo instituat, sese extendit ultra statuentis territorium*.<sup>2</sup> Boullenois, (as we have seen,) announces the same rule: *De droit étroit, toutes les loix, que fait un souverain, n'ont force et autorité que dans l'étendue de sa domination*; and, indeed, it is the common language of jurists.<sup>4</sup> Mr. Chief Justice Parker has recognised the doctrine in the fullest

1 Rodemb. de Stat. ch. 3, § 1, p. 7. 2 Voet de Stat. § 7, ch. 2, § 7, p. 124. 3 1 Boullenois, Des Statut. Princip. Gén. 6, p. 4.—Id. ch. 3, Observ. 10, p. 152. 4 Id. (編纂州一邦の法は其文に認められざるべし。)

manner. "That the laws," says he, "of any state cannot by any inherent authority be entitled to respect extra-territorially, or beyond the jurisdiction of the state, which enacts them, is the necessary result of the independence of distinct sovereignties."<sup>1</sup>

§ 21. Upon this rule there is often engrafted an exception of some importance to be rightly understood. It is, that although the laws of a nation have no direct, binding force, or effect, except upon persons within its territories; yet every nation has a right to bind its own subjects by its own laws in every other place.<sup>2</sup> In one sense, this exception may be admitted to be correct, and well founded in the practice of nations; in another sense it is incorrect, or, at least, it requires qualification. Every nation has hitherto assumed it as clear, that it possesses the right to regulate and govern its own native born subjects everywhere; and consequently, that its laws extend to, and bind, such subjects at all times, and in all places. This is commonly adduced as a consequence of what is called national allegiance, that is, of allegiance to the government of the territory of a man's birth. Thus, Mr. Justice Blackstone says, "Natural allegiance is such as is due from all men, born within the king's dominions, immediately upon their birth." "Natural allegiance is, therefore, a debt of gratitude, which cannot be forfeited, cancelled, or altered, by any change of time, place, or circumstance. An Englishman, who removes to France, or to China, owes the same allegiance to the king of England there, as at home, and twenty years hence, as well as now."<sup>3</sup> And he proceeds to distinguish it

---

1 Blanchard v. Russell, 13 Mass. R. 4. 2 Henry on Real and Personal Statut. P. 1, ch. 1, p. 1. 3 1 Black. Comm. 369, 370; Foster, C. L. 184.

from local allegiance, which is such as is due from an alien, or stranger born, for so long a time as he continues within the dominions of a foreign prince. The former is universal and perpetual; the latter ceases the instant the stranger transfers himself to another country;<sup>1</sup> and it is, therefore, local and temporary. Vattel, on the other hand, seems to admit the right of allegiance not to be perpetual even in natives; and that they have a right to expatriate themselves, and, under some circumstances, to dissolve their connexion with the parent country.<sup>2</sup>

---

1 Black. Comm. 369, 370; Foster C. L. 184. 2 Vattel, B. 1, ch. 19, § 220 to § 228.

《Summaries of Contents》

Zur IPR-Theorie von Savigny (2)

—Insbesondere über seinen Gedanken  
der völkerrechtlichen Gemeinschaft—

Yoshiaki SAKURADA\*

Einleitung

- I. Die neuere Entwicklung des Streits um Savignys IPR-Theorie
- II. Savignys allgemeines Recetsverständnis
- III. Savignys IPR-Theorie
- IV. Der Gedanke der völkerrechtlichen Gemeinschaft
- V. Fazit

\* Ordentlicher Professor an der Universität Hokkaido