



Title	国際私法の基礎理論（3）
Author(s)	ノイハウス, パウル・ハインリッヒ; NEUHAUS, Paul Heinrich; 櫻田, 嘉章//訳 他
Citation	北大法学論集, 33(5), 87-119
Issue Date	1983-03-26
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16417">https://hdl.handle.net/2115/16417</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	33(5)_p87-119.pdf



〈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 (三)

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)

(以上第三〇卷二号)

第二節 統一法

第三節 決定法と指定法

(以上第三〇卷三号)

第四節 国際私法の問題の把え方

第五節 国際私法における正義

第六節 判決の調和

(以上本号)

第四節 國際私法の問題の把え方<sup>\*</sup>

國際私法については、今日、本質的な法政策的決定がその基底に横たわる、三つの相異なる問題の把え方が主張されている。事實關係からの(Ⅰ)、法律からする(Ⅱ)、あるいは具体的な法律抵觸の立場からのアプローチ(Ⅲ)がそれである。

Ⅰ 事實關係からすれば、各々存在する事案に対してどの法秩序が準拠されるべきかが問題とされる。言い換えれば、その事實關係から生ずる法問題(たとえば、特定の人の行為能力、契約の方式の有効性、ある物権の存否、の問題)に対して、——通常は一つであり、また一つに限られている——どの法秩序が答えを与えるべきか、ということになる。

F. C. von Savigny によって抵觸法の任務が「各法律關係について、その法律關係がその固有の性質に従い帰属し、あるいは服している法域(つまりその国の法が準拠されると表明している)」が探究されること<sup>(85)</sup>と定められてこのかた、以上のアプローチが現代抵觸法上支配的である。サヴィニーはたしかにその國際私法の卷(現代ローマ法体系第八卷)のタイトル、ならびにその二つの章のいずれの表題においても、逆の、法規への諸關係の服従という代りに、「法律關係に対する法規の支配」について語っており、従つてその本文において幾度も双方の見方が同等のものであると述べている。しかしながら、実際には、概ね——上述のその課題の定式に則して——

各々問題となつている法律關係あるいは權利から出發している(その例外については後述Ⅱ参照)。

國家的主權の観点からは、このアプローチと結びついている内外法の原則的な平等の取り扱いは、理解しがたい。内国の裁判官にとつては内国規範の適用が自明であり、外國法の適用は特に根拠を要すべき例外であるとはいえないのであろうか。その固有の妥当意思をあるいは顧慮することなく外國法の適用範圍を定め、同時に内國法の適用性を相対化することの正当根拠を、内國國際私法はいずから得ているのであろうか。以前においては、國際私法の國際法的(つまり超國家的)機能<sup>(86)</sup>が好んで云々された。近時は、「前國家的(vorstaatliches)」法としての私法の理解が、一九世紀における國家と社會の市民的な分離の効果であると説明されている<sup>(87)</sup>。しかしながら一般的法理念と個別國家的顯現の間の緊張關係の意識は、やはりはるかに古いのである。いずれにしろサヴィニーのアプローチの實際的価値は否定しがたい。なぜなら逆の、法律の適用範圍による問題の把え方に対して、事實關係から出發するアプローチは、三つの長所を有しているからである。即ち、

1 まずこの場合には心理的契機が作用する。つまり法律の適用範圍を問題にすると、規律されるべき私的法律關係を犠牲性にして、個々の法律とその各立法者の意思を抵觸法上前面におしだそうとする誘惑

にかられることとなる。誇張していえば、法律から出発しその推定の妥当意思を確定しようとする者は、あまりにも安易に、立法者に一方的に国家的 (Gegensich-national) 立場をあてがい、その規定の適用範囲を第一に国家の政治的、経済的、或いは体面の利益に従って定めるきらいがある。<sup>(48)</sup> それに対して個別法律関係から出発する者は、まず法律関係の中心に立つ人間を視野におき、それ故とりわけこの人間の利益と意思を顧慮するのである。<sup>(49)</sup> そのことは、関連する内外法規の典型的諸目的をも斟酌することを排除することにはならない。

2 次に法律から出発する抵触規定の構成は、**実質的**に (sachlich) 疑わしい。なぜならば、法律には、極めて多様な程度において、その内容からその適用範囲を、いわば「独自 (autonom) に」定めることができるからである。純論理的には、その為に制定されたその「目的 (Destinatate)」の指定がいずれの規定にも本質上とめられるということもいえず。<sup>(50)</sup> 従って、ある規定の場所的—人的 (同様に時間的) 適用範囲の表示が、単なる構成要件要素として現われる。しかしながら実際には、その確定 (Fixierung) は、——明示に定められていない限り——往々極めて困難である。<sup>(51)</sup> たとえばイスラム法のような宗教的法秩序が、その性質上全ての信者に、しかもそれらの者だけへの妥当を欲するのに対して、現代の世俗的法

秩序にはそのような厳しい限定は一般にそぐわない。即ち、一方ではごくわずかの規定だけが、はっきりと認識しうる最低適用範囲を有するにすぎない (例外については後述 II 1 をみよ)。他方では、適用の最大限は存在せず、むしろ自国法の遠隔の諸国における継受のみならず、内国裁判官によるその出来る限り幅広い適用が是非とも望ましいものと思われる。<sup>(52)</sup> ある私法規定の法政策的目標及びその相当する適用範囲を画定し、衡量することがほとんど不可能であるというのも、稀であるとはいえない。

民法第一条を想起すれば足る。それは、人の権利能力を出生の完了により発生せしめているが、フランス民法は、その子の生存能力を要求している。抵触法上の利益衡量の為にそこから何がでてくるというのであろうか。

特定の内国の事実 (Gegebenheiten) を前提としているが故に、外国における適用が最初から全くできないのは、ごく稀な法律であるにすぎない (詳細は第四四節 II 2)。従ってこれらの場合には、その抵触法が真に実質法に適用されるべきであるのか、或いは逆に実質法が抵触法に適応されるべきかが問題となる。

たとえばドイツの婚姻締結の方式の構成は、ドイツにいるドイツ人に対してのみならず、(場所は行為を支配するの原則に従って) ドイツにいる外国人に対しても、またやむをえない場合には (notfalls)

外国にいるドイツ人に対しても（即ちその地の地方的方式（*Ortsform*）の遵守が、たとえば宗教的理由によりドイツ人には期待されえない場合には）適合すべきものである<sup>(85)</sup>。

3 最後に、法律からの見方によれば、望ましい国際私法の国際的統一（後述第六節判決調和参照）は、多くの場合むずかしいものとなる。なぜなら実質法上の法律は、国々で相異なるのであり、従ってその法律に関係づけられた国際私法規定の創出に際しては、当然ながら各国はその特別の構成（*Prägung*）をもった自国法から出発するからである。それに対して、事実関係からの見方は、個別化が最も強い場合においても、結果の国際的統一性を危くしないですむ。なぜならば、具体的法律関係は、——どの法律により判断されるかにかかわらず——常に同一であるからである。

(85) SAVIGNY 28, 108.

(86) 既に SAVIGNY 27「相互に交流する諸国（Nationen）の国際法の共同体の……立場」参照。詳細については後掲第八節國際法。

(87) 最初にそのように述べたものは、KLAUS VOGEL, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm* (1965. 書評は FamRZ, 1966, 327f.) 215ff.

(88) 誤った「法政策的」見方の極端な例をなすのが、他人の生命を保険にかけることをアメリカ合衆国の若干の州が禁止してい

ることが（これは明らかに保険金殺人を防止すべきものであるが）、これらの州の州民の保護に役立つ、という主張である。CURRIE, *U. Chi. L. Rev.* 27 (1959/60) 346 (=Selected Essays on the Conflict of Laws [1963] 437) N. 26. 外国人の生命に関する同様の契約は、それ故認められるべきであるというのだ。

(89) EDUARD WAHL, *Rvgl. Hwb. IV* (1933) 340 の「サイエニーの定式においては「抵触する規定の妥当意思が排除されていること。そのことによつて、その説は、国際法的な権限（Kompetenz）が視野から消え去るといふ意味で、同時に強度に私法的な要素を強める」という適切な指摘をも参照された」。

(90) これはたとえば、SPERDUTI, *Théorie du d. i. p.*: *Rec. des Cours* 122 (1967-III) 173ff., 書評 *Z. f. Rvgl.* 11 (1970) 219f. の基本的テーゼである。

(91) Thöl, *Einführung in das deutsche Privatrecht* (1851) の説、この特定の法問題に対してどの法律が決定を下そうと欲しているかを調査すべきであるというのに対しては、「しかしながら、この見解は、全ての、若しくはいずれにしろ大方の法律の制定に當つてこの問題が明示的に留意されていたという前提に基づくものである。しかし通常は、これら或いは大方の他の支配領域に関わる諸問題に対する答えは与えられずにおかれており、それ故通例個々の法律は、この点について何ものをも定めようとは欲していない」（太字はゲルバーによる）という

Gerber, System des Deutschen Privatrechts<sup>8</sup> (1863) §32 N. 5 (S. 74) を参照せられた。

(92) 従つて反致は(後掲第三五節)「とりわけ既にケーブハルト(Gebhard)の民法の第一予備草案において(1861. Theodor Niemeyer, Zur Vorgeschichte des IPR im Deutschen BGB. Die Gebhardtschen Materialien, 1915 に公表されてゐる)「それによつて「ドイツ法により広き支配圏が与えられる」ということによつて正に正当化されているのである。全文引用は後掲注七五〇参照。

(93) Neuhäus, Zur Reform des deutschen formellen Eheschließungsrechts: FamRZ 1972, 59 (61) 参照。

〈訳注〉

\* 1 北大法学論集第三〇巻第二号に從つてそのまま残してあるが、文中においては問題の立て方、あるいは場合によればアプローチという語を用いた。特に根拠があるわけではないが意味の通り易いことを重視した。

Ⅱ 法律からその適用範囲を問うことは、人とその諸関係の事理に即した規律、まさに国際的な法の統一性(Rechtseinheit)ではなく、立法する国家の特定の法政策的利益がその立法の焦点をなしている場合にはじめて意味があるのである。サヴィニーも既に、その内外法平等の原則の例外として、「正にその性質の故に、かの自由

な取り扱ひに適していない厳格に実定的・強行的性質の法律」をあげている。更に続けて、当該クラスの法律は、「その根拠と目的を、純粹の、その抽象的存在において把えられた法領域の外に」有しており、「従つて、それらはその権利の主体である人の意思の爲にだけ制定されるのではない」と述べている。<sup>(94)</sup> サヴィニーの意味での「純粹な」私法は、私法の一般の政治化、或いは社会化(Sozialisierung)に道を譲る、そして後の場合には、もはや主として私的利益の調整の手段としてではなく、社会的形成の手段とみなされる、ということが今日ではよく云われている。しかしながらそのことからは、国家的私法法規の国際的代替可能性(Fungibilität)の互換性、それ故それら法規の原則的な平等取り扱ひの可能性が失われる、ということが決してでてくるものではない。蓋し、人及び財貨の国際的交通がその間で特に行われている、国際私法にとつても重要な諸国こそが、その法政策においても広く一致をみているからである。

従つて、法律からのアプローチは、本質的に、公的(國家的、あるいは經濟的政策上の)利益において私的法律関係に作用し、あるいは、何らかの方法で人格的自由を制限する、いわゆる侵害規範に限られうる。ここでは例として特に給付の禁止をあげよう(外国爲替規定、輸出入並びに自由取引の禁止)し、更に契約自由の制限

(価格停止、金約款の禁止、カルテル禁止)をあげるべきであらう。

1 そのような法律の適用範囲については、容易に二つの原則が立てられる。即ち、内国法は、それが——明文で、あるいはその精神と目的によつて——妥当することを欲する場合に限つて、しかしその場合には常に適用されねばならない。いずれにしる外国法は、——またその明示の定め、あるいは精神と目的に従つて——それが妥当することを欲する場合に限つて適用しうるのであるが、必ずしも適用するには及ばない。それに対して、外国法が、そのみとめられた固有の妥当意思の枠内において、実際に適用されるべきか、いかなる範囲において適用されるべきかは明らかではない。

内外規定の相異なる取り扱いを避ける為、かの二つの原則からの侵害規定もそれ自身により要求されている適用範囲を与えらるべきであるという一般原則をひきだすこともできよう。しかしこれには重みの異なる幾多の疑問が存在する。

(a) そのような体系は、**実際上の傾向において**、その内国法が適用されることを欲しない事案については、特定の法へ送致する内国抵触規定の確固たる出発点の放棄を意味している。むしろ「開かれた送致 (Offene Verweisung)」によつては、裁判官は、単にわずかの関係しかもたない法秩序の全てを、更に極めて異例な連結に基づいて、そのうちの一つが自らが権限を有するものと明らかにしてい

るか否か、という観点から検討すべき義務を負うことになるのである。<sup>(95)</sup>

たしかに、各国は、その国籍の取得と喪失だけを規律しうるのである。外国の国籍の存在も、原則として全ての関連諸国の国籍法の検討によつて調査されなければならない。しかしながら、国籍は、準拠法のように個別法律関係毎に、新たに定めるには及ばず、従つて基準となる連結の発生と共に、しばしば証明書類 (パスポート及びそれ相当のもの) によつて証明されるのである。<sup>(96)</sup>

いずれにしる法発見のこの負担は、実務上大ていは最初から内国法以外にはある一つの特定外国法が競合しているにすぎないので、それほど大変なものではない。

(b) 前述の体系は、**その結論において**、思い上つた法秩序に出しやばることをゆるすという点において、その本来全く正当に追求されている目標を、部分的には疑わしい方法で達成することとなる。

部分的にはこの目標は全く達成されず、積極的、又は消極的な権限の抵触 (Kompetenzkonflikten) をもたらす。つまりいずれの法律にもそれ自体によつて要求された適用範囲が認められるということであれば、個々の場合には、全くいかなる法律の適用もないか、あるいは内容的には一致しない多数の法律が準拠されるということが生じうる。マルティン・ヴォルフの言に従えば、規範欠缺、ある

いは規範重複が生じうるのである。<sup>(98)</sup>しかし、通常は、一つの私法的事実関係に対しては、常に一つの、しかもただ一つだけの法秩序が準拠さるべきである。これが、法秩序の完全性という現代の原則に合致する（これは、たとえば限られた数の訴求しうる請求権のみを有していた法律訴訟 (Legisaktionen) におけるローマ的思考に對立するが）。従って、規範欠缺あるいは規範重複に際しては、内国国際私法は、通常自らの責任によりやはり一つの解決を与えねばならないのである。——それが一般原則によらない場合には、事案毎に内国裁判官の判決によるのである。

しかし、ここで問題にする侵害規定については正に、事情が異なっている。それらの法律は、租税と比べうる。個々の事実関係からみれば、これらは一方ではなくても済むものであり、他方では、その侵害が重複する場合においても、大抵は解決不能の抵觸をもたらすものではない。勿論、「この貴重な人間乳牛が虐待されたり、あるいは食い物とされることを避ける為にも、納税者を互いに分割することは、国家の利益である」の<sup>(99)</sup>だけども、同様に連綿たる侵害規定の国際的な同調は勿論望ましいのであろうが、しかし個々の場合にとつてそれは通常必ずしも必要でない。即ち、ある侵害規定の欠如は、法交通を損わないのであり、従つて異なる法秩序の幾多の侵害規定間の直接の矛盾は、それが一般的規律にそぐわないのでこ

こでは無視されうる全く異例の例外的事例なのである。

考えられるのは、ある給付の基準——たとえば私的補償の額——、あるいは期限について、ある法秩序が上限を、他の法秩序がそれより高い下限を定めている場合である。しかしそのような抵觸の具体的な例を、私は知らない。

(c) 政治的立場からは、その目標が内国の法政策に合致しない場合には、内国は、その外国侵害規定を直ちに受け入れるというわけではない。(a)、(b)で提起された疑問を仮に不問にすることとしても、

この観点からみれば、内外侵害規定の一般的な同等視は、可能とはいえない。いずれにしろ、これらの法律については、それ自らが選択した適用範囲の問題を、出発点にすえうるのである（詳細は後述第二〇節連結の公理 II 2 a (1) 参照）。

2 その適用範囲が「法律から」定められる侵害規定を精確に限界画定することは、通常の「事実関係から」出発する「純粹の」私法規定に比べると、時に困難である。

運送、あるいは保険契約における、約定利息の最高限度、あるいは免責禁止の定めは、国民経済的考慮によるのと同様に、私的な契約上の正義の爲になされう。婚姻障害又は扶養義務の設定は、一方では人口政策的な、あるいは財政的諸目的を追求し、従つてその国民、内国に限定されうが、又他方では、当事者の保護にも資す

るのである（そこで一般的抵觸規則に服する）。一義的な基準は、こ  
 ころでは今までのところ、見出されていない。<sup>(100)</sup>

特に、その限界の歴史の変動は、否定しがたい。たとえば、今日  
 尚不正競争の制限は、——あれこれの——何らかの法命題に従い解  
 決さるべき問題とはみなされておらず、従って将来には、恐らく異  
 なる判断が下されよう。

眞の私法、あるいは侵害規定としての疑わしい分類の例を最近提  
 供しているのが、従属会社の株主ならびに債権者保護の為の規定を  
 伴うドイツコンツェルン法である（一九六五年株式会社法二九三条  
 以下）。これらの規定は主として会社の地位を規律しているのであ  
 ろうか、それとも過度の企業集中に対する経済政策的な目的を有した  
 措置が問題となっているのであろうか。それによつては、ドイツ外  
 の裁判所はそのドイツ会社への適用を肯定し、あるいは否定するか  
 もしれない。<sup>(102)</sup>

ある規定について公的利益が優っていることの確かな徴憑（In-  
 diz）をなしているのが、それと結びついた刑罰の威嚇である。し  
 かしながら純社会的規定もまた刑罰制裁を伴いうるし、逆にたとえ  
 ば経済政策的法律がそれを放棄していることもありうるのである。

3 侵害規定の理論的位置付け（die dogmatische Erfassung）  
 にも困難が生じる。

実質法上においても、「公法的背景を伴つた私法（Privatrecht  
 mit öffentlich-rechtlichem Hintergrund）」<sup>(103)</sup>とどうべきか、あ  
 るいは「私法的効力を伴う公法（öffentliches Recht mit privat-  
 rechtlicher Wirkung）」<sup>(104)</sup>とどうべきか、或いはまた「恐らく最  
 も精確であろうが——「公法的禁止規定」の「私法上のサンクシ  
 ョン」といふべきかについて、既に争いがあるのである。

国際私法の枠組の中においても、侵害規定は、——いずれにしろ  
 「古典的な」サヴィニーに立脚する理論の立場からは——事実関係  
 からのアプローチが望ましい、単に整序付け、私法上の生活関係を  
 事理に即して規律する為の規定と対立するものとなる。事実関係は、  
 多かれ少なかれ類型化され、従つて限られた数の一般的に構成され  
 た抵觸規定によつて解決されうるのに対して、侵害規定は、——法  
 政策的に争われ一般的に普及していない間は、少なくともその最初  
 の時期において——その特別の目的に應じてそれぞれより強度の個  
 別化を要する取り扱ひを必要とするのである。

社会政策的志向を有する保護規定が、古典的私法のように互換性  
 をもつものとされるには——内容とそれぞれの要求する妥当範囲に  
 よつて——国毎にあまりにも違いがあり、同時にそのそれぞれの制  
 定国（Herkunftsland）をどうしてあまりにも重要であるので、最近で  
 は、それらの規定についても、法律からのアプローチ、それに依つて

特別連結論が主張されている。<sup>(106)</sup>しかしながら、ここではまさに今日的な現象の特性が過大視されていないであろうか。学問の役割りは、いわゆる私法の社会化の、国により相異なる形態の根底にある実質的な需要の共通性を何とか取り出し、従って個々の法律からするマンローナを出来る限り不要のものとするところであるべきであろう。

- (94) SAVIGNY 33, 35f. (大字は原文による) 同様に(単独相続法について) 307.
- (95) 相違並びに扶養法における異例な連結の例については、後掲第一一節Ⅳ参照。
- (96) 後出注(93)をよ。
- (97) 詳細は MAKAROV, Allg. Lehren 351-370 (「国籍に関して」発給された証明書)参照。
- (98) M. WOLFF, IPR 58. オランダ人のオットマール・ハウス (OFFERHAUS) は「それについて『貧者と大富豪(ヨブとタルームス Job en Croesus)』という『このようにして発生しうる途方もない数の矛盾と調和の妨げ』というのが、WENGLER, in: Festschrift M. Wolff (1952) 372 である。
- (99) Stessy, Some Aspects of the Legislative-Technique in the Conflict of Laws (カーボード大学一九五二年の未公開博士論文) 21.
- (100) BYDLINSKI, Z. f. Rygl. 2 (1961) 28 は正当にも言う、「私的利益が優っているか公的利益が優っているかによる区別は、決定的な観点を述べてはいるが、何ら完全に精確な線引きを可

能とするものではなからう。

- (101) たとえば WENGLER, IntRDipl. 1 (1956) 63f. 並びに特に(暗示的ではあるが) JOERGUS (後出注(11)) 466f. und passim 参照。

- (102) たとえば IMENGA/KLOCKE, Konzernkollisionsrecht: ZSchwR 92 (1973) 27 (49ff.) をよ。

- (103) 以上G. H. WENGLER, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im IPR: ZVglRW 54 (1940/41) 168 (187 N. 2).

- (104) HANS STOLL, Rabelsz 24 (1959) 635.

- (105) KARL H. NEUMAYER, Rabelsz 25 (1960) 651.

- (106) たとえば von HOFFMANN, Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen: Rabelsz 38 (1974) 396ff.

Ⅲ 幾人かの革新者は、**各々の場合の具体的な法律抵触から**——即ち所定の場合に、この又はあの法秩序の当該法規が適用をみるべきかという問題から——**全ての「機械的な」**実際上の結果に対して「首目の」**「抵触規定の代りに、その都度適用されるべき法を定めるとい**う**単なる方法でおきかえようとしている。**今世紀前半のアメリカで特に**支配的であったように、あまりにも硬直した抵触規定に対する**反応については、**「カード判、つまり事案毎に多かれ少なかれ非**

合理的な決定を行うという非難がなされた。<sup>(108)</sup> しかしながら、以前の規則にとって代るべき新しい方法は、厳格に合理的な、従って検証しうるものとしてもくろまれうる。<sup>(109)</sup> その場合に、二つの方向が區別されるべきである。即ち、

一つの方向はそれぞれ**実質的により適切な法** (das materielle bessere Recht) を適用しようとする。<sup>(110)</sup> そのような解決の基準としては、予め定められた諸目標(たとえば、「弱者の保護」、法律行為を極力広く有効とすること、婚姻結合の自由、子の福祉)と共に、その解決がより事理に即した、つまり問題とされている諸利益の調整に役立つものであるか、或いは端的に「より進歩的」なものである、單純に比較法的確認が顧慮される。

又今一つの方向は、更により細かく衡量する、即ち、その目標設定に従えば、**抵触する語法制のうちのどれが、最も強くかつ最も正当な利益** (das stärkste und legitimste Interesse) をその**事案**に適用されることに有しているのかを衡量しようとするのである。<sup>(111)</sup>

その際に前提されるのは、いずれの実質的規定(侵害規定だけに限らず)の精神と目的から、それが個別事案にその適用を欲しているかが明瞭に定められうるということ、従って幾つかの規定が適用を欲している場合に裁判官が、それらの間に、客観的な、原則として他のいずれの裁判官によっても同様に実行されうる、それ故当事者

にとつて予見しうる決定を行いうるということである。

しかしながらより詳らかにみれば、各々相争う法律を裁判官が衡量するいずれの形態も、平均的事案についてはあまりにも煩瑣にすぎるといふのも、それがそもそも実行不能でない場合には(前掲I 2参照)、幾つかの実質法秩序を試みに適用し、それから更に見出された解決の評価を必要とするからである。しかもそのような衡量は、——客観化への全ての努力にもかかわらず——やはり必然的に主観的となり、従つて法の明瞭性を欠くという意味で法的不安定をもたらすのである。従つて新しい諸方法は、北米各州の比較的同質的法秩序の関係においてさえ何ら説得力ある結果をもたらさなかつたのである。<sup>(112)</sup> 南北、東西の間のはるかに敵しい対立を伴い、しかもアフリカ、アジアと活発な関係を有しているヨーロッパにとつては、まさにそれらの方法のうちにはほとんど期待しうるものはない。疑わしい場合には裁判官は、どれが最も適切な実質的解決であるかの決定を内國の基準により行い、それ故その都度その法廷地法を適用する。なぜなら選択に供されている外国規則の資格と長所を充分に知ることができないからである。<sup>(113)</sup>

いずれにしる「革命的」諸見解には、従来の國際私法に対する注目に値する反感が存在することは明らかである。特に再三再四にわたり、硬直化し機械的かつ盲目的であり、同時に没価値的な形式主

義という非難、つまり妥当な結果を犠牲にした法的安定性の強調であるという非難がなされている。実務はそのような硬直化した規則に従うことを拒否し、従って完全な法的不安定に立ち至るのであるから、そのことによって結局は法的安定性は自ら帳消しになる恐れがあるのである。(この点については以下の諸節を参照されたい。)

- (107) このような発展のヨーロッパにおける典型 (JITTA 1890, KOLLEWIN 1917, FRÄNKEL 1930, HUMANS 1937) 及びそのアメリカにおける始まりにひびいて述べらるる De NOVA, *Soluzione del conflitto di leggi e regolamento confacente del rapporto internazionale*, in: *Studi giuridici in memoria... Ciapesoni* (II *Studia Ghisleriana* I/1: 1948) 115 ff.

- (108) 本書初版においても同旨 (六四頁注(152) ならびに二七五頁注(651))。
- (109) 更に、単なる感覺的決定という意味での「カーディ裁判」という表現は、それがイスラム法文化の輕視に基づくこととすることによつても既に避けられるべきである。たとへば SCHAHN, *Islamic Law in Contemporary States*: *Am. J. Comp. L.* 8 (1959) 133 (134) 「カーディ裁判」という用語にそのようなニュアンスを与えたのは、政治権力の恣意的介入であり、イスラム法の代表者達の彼らへの予見しがたい追従である。——なぜならば、いかなる判決もイスラム法の問題と関する権限あ

るカーディの決定ほど確実かつ予見しうるものでは通常あるはずがないからである」。

- (110) この「スター・ルール・アプローチ」は、その主唱者たるレフラー (LEFLAR) さえもがより適切な法を優先させることを五つの「選択に影響を与える考慮」のうちの一つとしてしか扱っていない理論においてよりも、実務においてもつと大きな役割りを果たしているように思われる。LEFLAR, *American Conflicts Law* (1968) 259. ——「スター・ロー」の「二次的」選択 (ZWEIGERT) については、後掲第九節比較法 II c を参照せよ。

- (111) 準拠法選択に關連する諸要素としてあげている *Restatement*? § 6 (2) 「……(b) 法廷の關連する政策、(c) その他の利益を有する諸邦の關連する政策及び個別的争点を決定することに有するそれら諸邦の關連する利益」をいずれにしる参照の点と。

- (112) *Babcock v. Jackson*, 191 N. E. 2d 279 (N. Y. 1963) 以来の不法行為抵觸法に關する完全に混乱を隔つたアメリカの判決を参照せよ。典型的なのは *Neumeier v. Kuehner*, 286 N. E. 2d 454 (N. Y. 1972) である。即ち、上級裁判所の判決 *Tooker v. Lopez*, 249 N. E. 2d 394 (N. Y. 1969) による新判例を恐らく分析する為になされた暫定的な要約が、第二審により誤つて理解されたといわれ、従つてその判決は新しい分析に基づき上級審により取消されたのである。

- (113) 「新しい自由」が法定地法のくびきへ涉外的法律關係をなお一層強固に閉じ込めることになることを既に早くも警告して、たのが *De NOVA* (前出注(107)) 144 N. 72 である。

IV 最終的結論においては、それが困難と混乱の絶えざる源泉を意味するものであろうとも、我々は国際私法の二極性に甘んじなければならぬ。ここに二つの相異なる構造を有する部分に分ける、現代国際私法を走る亀裂が存在している。即ち、本来的私法の領域においては事実関係からする準拠法へのアプローチがある。それに対して侵害規定の領域においては、法律からその適用範囲を問うのである。この対立が、一方又は他方のカテゴリーの規定の消滅によって解消することは、見通しうる将来においては期待されえない<sup>(14)</sup>。一方では「私法の社会化」の中であって、侵害規定が「純粹の私法の犠牲」において疑いもなく増加している。他方では当初侵害規定と考えられた法制が、世界交通の当事者の間ではあまりにありふれたものとなり、ついには、今日のたとえ利率最高限度や法定解雇期間と同様に国際的に代替的に妥当することとなった。実にツヴァイゲルトがいうように、「まさに私法と公法の間の限界領域において——たとえば労働・社会・経済法、実に刑法においてさえ——真の抵觸法が「生成中」であることはもはやほとんど争いえない。刻々と……外関連性を伴う行政法上の事実関係についても、どの国がその事実関係を規律するについて最も密接であるかという一般的な問いが許されるのである<sup>(16)</sup>」。この政治的というよりは実質的な問題の立て方は、まず国際的管轄に関わるであらうが——どの国の官庁が活動す

べきか、として——、しかしそれからは、どの実質的社会・税・外国為替法を権限ある官庁が適用すべきかという決定についても当てはまるのである。その際に参考になるのは、(無論それ自体不十分な発達しかとげていないが) 涉外非訟事件法であろう。なぜならこれは、まさに行政法同様直接的な国家活動に関わっているからである。

いずれにしろ個々の法律からする「政治的な」問題の立て方は、原則として例外をなきべならぬのである。

(11) Joerges, Die Klassische Konzeption des IPR und das Recht des unlauteren Wettbewerbs: Rabelsz 36 (1972) 421ff. の叙述は、不正競争の涉外法に、経済政策的に規定された解決の傾向がみとめられる場合には、国際私法全体にとつて「模範的な意義」が与えられるという点に就いて説得的な言及。ECKARD REHINDER, Zur Politisierung des IPR: JZ 1973, 151ff. が、「社会的な、また経済・企業を規律する私法に就いては単に補充的な抵觸法体系だけを」推奨している(15)ことをも参照せよ。

(15) ヴンデツヴァイゲルトは、STAUBACH, Die Anwendung ausländischen Strafrechts durch den inländischen Richter (1964) を参照しよう。その書評は、DIERK MÜLLER, Rabelsz 30 (1966) 559ff.

(16) ZWEIFERT, Rabelsz 31 (1967) 368. その彼の講演「国

際私法と公法」 in: Fünfzig Jahre Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel (1965) 124ff., その私説(一部誤解を招くものがある) Rev. crit. 54 (1965) 645ff. を要約している。—— 共產主義諸国がこのような発展をともてせずその相互の交流においてもむしろ「主権、平等の尊重及び内部事項に関する不干渉の原則」に退くのであれば—— A. MANNERT / LÜBCHEN, Der Rechtshilfevertrag zwischen der DDR und der SRPJ [Jugoslawien]: NJ 1967, 47 (ついでにつづいては後出注(69)参照)—— それは「社会主義陣営」内部においてさえ、兄弟的信頼よりもより慎重さと不安が支配しているという事実によるものであり、「社会主義」と「資本主義」の対立により) イデオロギー的に制約されるものが少ないことをよめ。

第五節 国際私法における正義

今日の抵触法(並びに比較法)学においては、法の社会学・政策的な考察方法が「社会学上 (social engineering)」や利益政策としてしばしば推疑されているのであるが、国際私法の価値的内容の問題は、古くからの、より奥深い正義の概念の下で取り扱うこと(17)しよう。

正義は—— 概念史及び言語史的にみれば—— 何よりも社会的秩序の客観的基準であるというよりもまず、人格的徳性である。(18)即ちそれは正しい秩序の追求である。それと並んでこの言葉は第三の意味

において、つまり単なる形式的な法的安定性に対立する内容的法理想(19)として用いられている。以下にそのように用いる。

(17) GRAVASON, Conflict of Laws<sup>2</sup> (1974) 11: 外国法の適用は、「法に従って正義を行う裁判所の主要な義務に」奉仕するものであり、「……いかなるそれ以下の正当化も充分とはいえず、いかなるそれ以上の正当化も存在しない」を参照せよ。

(18) REUR-NICLUSST, Jur. Bl. 1954, 155 参照 (KELSEN, Was ist Gerechtigkeit? 反対論) ULRICH, D. J. 1. 10 pr.: 「正義とは各人にその権利を配分する恒常不変の意思である (Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi)」に従っている。—— それと違うのは DARRANDORF, Die Idee des Gerechten im Denken von Karl Marx<sup>2</sup> (1971) 21ff. である。それは正義の規定に際して「ある物又は人間を」正当に評価する」という表現から出発している。

(19) 徳性及び法理想としての正義についてはたとえば JZ, 1955, 61. の報告(一方は A. HARTMANN, 他方は E. FEHNER の)を見よ。全体にうづつは MARCIC, Vom Gesetzestat zum Richterstat (1957) 175ff. も参照のこと。実質的正義と形式的法的定安性間の緊張を、後者の「正しい」法の貫徹の保証として何度も用いられる言い換えで否定することは、有益であるとは思われない。

I 法秩序の特有な部分として、国際私法はその固有の正義を有し

ており、法理念の実現の為に他にかけがえない寄与を果たさねばならない。

これは国際私法に特有のことではない。たとえば、民事・刑事法及び行政法は、被害者に対する損害賠償や有責者の処罰、また公的秩序の保護という全く相異なる観点から同一の交通事故を捉えることができる。実体法と手続法も、たとえば実体上正当であっても瑕疵を伴って成立した判決の場合や、逆に形式的には正しいが原告の誤った申立てに基づいた欠席判決の事例に示されるように、相異なる指導価値を有している。手続法が結局は実体法の実現だけに奉仕しているにもかかわらず、実体法上のカテゴリーは、<sup>(120)</sup> いずれの個別の訴訟問題の決定をも左右すべきものではないのである。

国際私法が最終的には実質的に満足していく決定に至るべきであるにもかかわらず、その正義の内容が実質法と最初から同一のものであるのではない。他方では国際私法が——よくいわれるように——「専ら形式的」とか「価値中立的」なものであるわけでもない。即ち「何らかの外的秩序を有することではなくて正しい秩序を有することが問題なのである。」<sup>(121)</sup> 手短かにいしかも全く暫定的にということというならば、国際私法の核心をなす思想は、次のようになる。

即ち、内国法は、通例内国法律関係に合わせて作られている。そこで外国関連性が圧倒的な事案へは外国法、しかもその事案に最も密

接な法を適用するのがより適切である」と。

(120) 英国では(法的安定性に対するその意義についてのみならず)手続法の正義内容の意識が極めて強く現われているので、たとえば「自然的正義(natural justice)」の表現が、ほぼ専らある訴訟上の原則に対して用いられることにもなる。たとえば KERON, *Natural Justice in English Law*; Cur. Leg. Probl. 8 (1955) 24ff.; H. H. MARSHALL, *Natural Justice* (1959); 同様ニ MILLER, *Problems of Natural Justice*; Jur. Rev. 5 (1960) 29 (36):「その範囲が何であれ自然的正義は、訴訟的側面に限られている」; 最近では PAUL JACKSON, *Natural Justice* (1973) 1ff. 参照。その反対例を示しているのが *Manning v. Manning*, [1958] P. 112 (122) における「自然的正義」の基準による外国離婚判決の理由の検討である。それに対して *In re Meyer*, [1971] P. 298 (308-310) ケースにおいて再び現れた BAGWALL, J. の主張: 外国判決の承認に際しては、自然的正義はその手続のみに関わるのであり本案にはない、をみよ。

(121) BEITZKE, GG und IPR (後出注(80)) 15.

II この正義の実現に際しては、前節で述べた二つのアプローチに従い区別をなすべきである。

国際私法が法律からその適用範囲を問題としている限りは、明らかに法律の目的が支配的要素となる。たとえば当事者にとって義務

の抵触の惧れがある場合のように、他の法秩序の時に応じた作用 (Das etwaige Hereinspielen) をある程度顧慮するのは、限界的場合においてにすぎない。

それに対して事実関係から具体的解決をそこで与えるべき準拠法を問題にする限りでは、内容的正義は二段階にわたって表現される。

1 第一の本来的に抵触法的段階においては、その都度、まずその事実を規律するに「最も密接である」、「適切な」(angemessen)「やむをしい」(passend)法を確定しなければならぬ。その際に決定的であるのは、個別事案でどの法律が実質法的に、即ちその内容により最善の——妥当かつ目的に合致した——実質的解決を与えているかということではない。むしろ国際私法はこの第一の段階においては問題となっている諸法制の等価性から出発しなければならぬ(上掲第四節Ⅲ参照)。問題となっているのはまず、どの法律が状況に鑑みある事案に最も密接であるのか(実質的にであって必ずしも場所的とは限らない)、それ故その事実を最も適切に規律するであろうと推定されること、換言すればどの法が問題である「要件事実」(Tatbestand)に最もよく合っている<sup>(122)</sup>かということである。正当かつ「事案に即した」(fallangemessen)ということはその限りでは特定の実質的解決であるのではなく、特定法秩序の適用である。その際に国際私法はある範囲においては既に実質的な (sub-

stantiel) 価値決定を行っており、しかも部分的には既に問題の立て方において——たとえばドイツ民法施行法が嫡出子と非嫡出子を区別し、後者については母に対する関係、父に対する身分的關係 (die persönlichen Beziehungen zum Vater)、父に対する扶養請求権を分離して取り扱っている場合に(一九九ないし二二一条)——、また特に準拠法選択、いわゆる連結に際して(後掲第二〇節連結の公理参照)もそうなのである。

従来この場合には単純に外国に対する国内的利益が勘案されたのである。

たとえばこれが生ずるのは、典型的な債務国が一方的債務契約(殊に借款)を、外国との自国の取引交通を出来る限り内国法により判断する為に、債務者の住所地法によらしめる場合である<sup>(123)</sup>。海外からの移民受入国が、形式上は未だ帰化していない移民の急速な文化的同化の利益の為に全ての人的法律関係を住所地法によらしめるのが一方であり、他方ではヨーロッパ大陸の移民流出国が、逆の理由により国籍に連結する<sup>(124)</sup>のも、同様である。

しかし他の事案においては純国内的価値決定が問題なのである。

従って債権法における私的自治の限界をめぐる争いにおいては、個人の自由と国家の權威の緊張関係が反映している。国籍、あるいは住所への連結をめぐる争いの背後には、前述の諸利益以外にも、

安定性と取引の利益の原則的な対立が存在している。国際家族法においては以下の婚姻、家族、親子 (Kindschaft) についてのそれその見解が現われる。男女いづれかの優位性か平等か、家族の一体性を強調するか個々人の自由を強調するか、両親の権利が優越するか子の福祉か、等々。

お気付きのように上述の指定法による諸価値は、実質法の態様によって実現されるのではなく、特殊な方法によるのである。従って国際私法における「契約当事者の自由 (Freiheit der Vertragsschließenden)」は、好みの約束をする権限を意味するものではなくて、単に準拠契約法を自由に定めることを意味するにすぎない。

「妻の平等」は直接の共同決定権ではなくて、その本国法又は住所地法をも共に勘案することにはすぎない。「子の福祉」とは特定の給付又は処置の請求権ではなく、何よりもまず出来るだけ全ての子の法関係を同一の法秩序に従って定めるといふことなのである。ここで行われる決定は、実質法上の決定と同一ではないし、また単純にそこからひき出されるものでもないが、それと類推のあるいはパラレルな関係に立っている。ちょうど公法と私法の価値決定、民法と民事訴訟法のそれが相互に完全に独立ではないのと同様にである。我々は、「民法典のくびき」からの原則的な「抵触法の解放」についてエルンスト・ラーベルに感謝しなければならぬのは

たしかであるが、<sup>(125)</sup>しかし国際私法の決定とその他の国内法のそれとの間にある関連性も見逃してはならない。国際私法は、その固有の法律性にのみしばられているだけでなく、全体としての内国法秩序の価値決定にも拘束されているのである。

国際私法がある程度政治的に影響を蒙っていることは、時々その法規制 (Normierung) の形式的構造のうちに既にあらわれている。即ち啓蒙専制国家においては制定法による規制の傾向がみとめられ、市民的・自由国家は国際私法を (同時に存在する法的安定性への待望と矛盾しながらも) 広く判例と学説に委ねていたのである。また共產主義国では裁判官と当事者の自由は、再び明瞭な制定法規により制約されている。<sup>(126)</sup>——他方では個別的には機能変遷の可能性も看過しえない。つまり国際家族・相続法における本来封建的な土地所有権の特別の取り扱いが、今日では一斑は判決の国際的な貫徹可能性の利益の為に維持されており、家族法における夫又は父の人格への「家長尊重的 (Patriarchalische)」連結が、部分的にはただ抵触法的な家族の統一性の利益の為にのみ維持されているのである。契約法における当事者による法選択の「自由な (liberal)」承認は、若干の者により少なくとも窮余の策としてみとめられている。

抵触法上の価値或いは利益の承認された体系、或いはしかも確固たる階層秩序はこれまでのところ存在していない。特に当事者・取引・秩序利益へのケーゲルの三分法は、<sup>(127)</sup>論理的に必然的なもので

も、實際上重複を免れているものでもない。そのような体系のありうべき効用自体が疑問であるので、ここではそのような体系を放棄し、一連の「連結の公理」のみを紹介しよう(後掲第二〇節)。

2 第二の実質法上の段階においては国際私法の国内価値決定への結合がなお緊密である。つまり準拠法秩序が確定されている場合には、裁判官はたしかにまずその制定国で適用されるようにそれを適用しなければならぬ。しかしながら裁判官はその後の結果を検討し、必要とあらば訂正を施さねばならない。一方ではいわゆる「適応」あるいは「調整」の方法で、一涉外事実関係の個別部分或いは側面への様々の法秩序の同時適用によって生じうる緊張を調整するべきである(後掲第四七節適応参照)。その場合に裁判官は、いかなる制定法規も欠缺しているので、疑わしき場合には国内的価値観念に従って決定する傾向をおのずから有している。次には結果全体を内国の公序の諸原則に則して検討するべきである(後掲第四九節公序)。この両安全弁が、国際私法の従来の方法の批判に際しては看過されてはならない。

国際私法はここで今一度荷立たいし複雑さをあらわす。「五調号を伴うエチュード」と呼ばれるのも理由なしとしない。<sup>(123)</sup>従って根本的な単純化を約束する声がどこかで出されると我々は再三それに注目して耳を傾けるのである。しかしながらこれまでのごとく一つの統

一的な根本思想からより適切な国際私法をひきだそうとする試みは、いつも失望を味わわせてきたのである。そこで複雑な、多くの妥協に基づいた「古典的」体系のめんどろを更にみなければならぬのである。

(122) Dölle, in: Festschrift Rape (1948) 151.

(123) 一九四七年の国際私法に関する法律のハンガリー草案 §§ 58 Nr.1 についての(未公刊の)審議録中における Szaszny, S. 9 参照:「その草案は、更に、ハンガリーが債務国であり、債務者の住所地法が涉外的関係を伴う債務関係の判断に際して出来るだけ広い程度に適用されることがその非常に重要な利益をなしている」というハンガリーの特殊事情を特に勸案しているのである。」(但し一九六八・六九年のハンガリー国際私法法案の第四九条はそれと異なっている。そのドイツ語訳は PrAPf, Die Außenhandelschiedsgerichtsbarkeit der sozialistischen Länder ..... [1973] 874; 債権者法)。

(124) 既述 Nussbaum, Deutsches IPR (1932) 108 同前。  
 (125) Rabel, Qualifikation 283, vgl. 287; 同様に既述 Rabelsz 3 (1929) 755 = Aufsätze II 246. 後掲第一五節 II c. c. を参照。

(126) 社会主義国際私法の内容的独自性は、勿論これまでのごとく確認しえなす。Neuhäus, Sozialistisches IPR? : Rabelsz 31 (1967) 543ff.; 同様に Ehrenzweig, Am. J. Comp. L. 13

(1964) 633 (Szaszzy, Private International Law in the European People's Democracies による書評) 参照。

(127) KEGEL, IPR 44ff.; それを批判的なのは NEUBAUS, Rabelsz 25 (1960) 377.

(128) DE WINTER, De maatschappelijke woonplaats (1962) 26 より引用された MAX GUTZWILLER の言。

(129) KRONSTEIN, CHARLES KNAPP, GREGO COHN, PLENKO 等による諸提案の Rabelsz 15 (1949/50) 358f., 17 (1952) 509ff., 20 (1955) 577ff., 597ff. und 28 (1964) 793ff. による批評参照。更に「ステッカー (Stöcker) に基づく WM 1966, 134ff.; ヨーロップ; 国際私法におけるその他の革新者達に 基づく Rabelsz 35 (1971) 401; フレックスナー (Flessner) 及びツヴァイゲルト (Zweigert) に基づく後出注 (103) 及び (28) (29)。

III 国際私法と憲法の関係については、ドイツにおいては一九五〇年来多くが書かれてきた。

殊に国際私法における男女平等の問題については、一九五〇年一五二年の間にその四人の研究員が四つの相異なる基本的見解を展開した後に、**研究所は**、一九五三年五月妥協として、「暫定的な見解」において次のように宣言している。即ち当研究所は、「従来<sup>(129)</sup>の国際私法・訴訟法の」これらの規定のいずれの中にも平等原則に対する極めて明瞭な違反をみとめるが故に、一九五三年四月一日「基

本法一七条に定められた決定日」にそれが失効したものとみる<sup>(130)</sup>」。**民事裁判所は**、従来の抵触規定をほぼ全く変更することなく更に適用し、**留保条項の枠内**だけでしばしば基本法にふれたにすぎないのであった。<sup>(131)</sup>**立法者は**、一九五三年男女同権法制定に際しては、外国離

婚判決の承認に関する規定を変更したにすぎず(旧民法第六〇六条第二項、現行第六〇六条のa)、民法の、殊に家族法部分に加えられたその後の改正に際しても、その沈黙によって、ドイツ国際私法の基本法の価値決定への適応は、ドイツ国際私法委員会の子備作業により一九五三年に開始された全面改正の枠内でより適切に行いいうるという支配的な見解を確認したのであった。<sup>(132)</sup>**連邦憲法裁判所は**、一九七一年初めて国際私法について態度を表明する機会を得、従って次のように原則的に表明したのである。即ち「ドイツ国際私法の規定は、**国家の国内法として全面的に基本権に則して評価**さるべきである<sup>(133)</sup>」。しかし具体的には民法施行法第一三条第一項の基本法違反を否定すること、その余においては外国法の適用を、それが基本権の侵害をもたらすような場合に限ってのみ排除することに自制したのである(この点については第五〇節基本権)。それに対して未解決のまま残されているのは、婚姻締結に関する前記第一三条以外の抵触規定がいかなる範囲で変更されねばならないのか、また、それが個々のにどのようになさるべきかという点である。<sup>(134)</sup>**それ以来の判例は**、大旨自制しているが、これは、当惑するような多数の提案された解決、既存の条約による複雑さ、また殊に個々の場合に法的紛

争の当事者に対する不利益が見通しえない場合において、国際私法上憲法に則した基本権を援用する特別な危険（後掲第五〇節参照）に直面しては、充分に理解しうるのである。<sup>(136)</sup>

創造的革新の権限を有すると認めることなく（たとえは子の法への移行による父及び母の法の対立の克服の為に）、従ってある悪（憲法違反の法状態）を他の悪（争いのある、あまり事理に即していない規制）によっておきかえることを惧れてゐる。従来の法を特定の憲法命令に適合させるべき判例のジレンマ——このジレンマは何ら国際私法に特殊なものではない。<sup>(137)</sup> それは、大方の裁判官の、この不慣れた法領域に対する特別のおぼつかなさによって当然尖鋭なものとなるのである。<sup>(138)</sup>

- (130) Dölle, Makarov, Neuhaus und Neumayer の関連論文の出版と共に Rabelsz 18 (1963) 119f. —— 基本法からの広範な帰結については Bertzke, Grundgesetz und IPR (1961) 10f. の書評 Rabelsz 26 (1961) 751f. 参照。
- (131) Kroppholler, Gleichberechtigung durch Richterrecht (1975) 81f. 参照。現行国際私法の利益をおおて意識的その他の憲法規定を制限的に解したものは BGH 11. 6. 1956, BGHZ 27, 375 = IPR<sub>app.</sub> 1958-59 Nr. 5: 基本法第一一六条第二項（移民の再帰化の適及効）は、民法施行法第一三一条の枠内では適用がなく、従って当時の属人法上無効だが、ドイツ法上有効な婚

姻の治癒をもたらさない。

- (132) 委員会の構成については Rabelsz 18 (1963) 597. その家族・相続法委員会（＝第二委員会）のドイツ国際私法改正準備草案については FamRZ 1962, 415ff.; 1967, 22ff.; 1967, 12ff.; 1973, 81f. の批評論文を参照のこと。
- (133) BVerfG 4. 5. 1971, BVerfGE 31, 58 = Rabelsz 36 (1972) 145 (それに関する九論文は「掲 2-140」 = IPR<sub>app.</sub> 1971 Nr. 39, unter C III 3 Abs. 1.
- (134) A. a. O. unter C IV.
- (135) 連邦憲法裁判所のこの自制は歓迎すべきである。ただし純憲法上の視点からは克服しえない脈絡に、裁判所はここで陥つてしまふからである。Juenger, The German Constitutional Court and the Conflict of Laws: Am. J. Comp. L. 20 (1972) 290 (297) はアメリカの経験を警告の意味で参照している。即ち「ドイツの抵触法と方法論を再考するに機が熟しているように思われるとしても、憲法裁判所がこの任務を行うに適當な機関か否かを更に問うことが必要である。」
- (136) JAYME / von OLSHAUSEN, FamRZ 1973, 283f. に従つた、特徴的な LG Hamburg 18. 7. 1973, IPR<sub>app.</sub> 1973 Nr. 143: 「基本法と国際私法・訴訟法の関係は、きわめて多層的であるので、法制定を求められている機関による修正をみるまでの間は現下の法状態から出発することが公平かつ望ましい。この点に関する委託が、連邦憲法裁判所の判決で与えられたのである。」——裁判官がそれを回避する為に即座に従来の抵触法

から離れるであらう具体的な(抵触法及び実質法上の)欠点が存在するのは、夫が住所の変更、あるいは帰化の拒否によって妻にあまり有利でない法の適用を強行しようと試みる場合であろう。その前提は、「平等に適合した」とされる解決の一つが(たとえば夫の法と妻の法の累積)、具体的には同一の結論をもたらさない場合である。

(137) 一九五三年から一九五八年までのドイツ実質民法における両性平等の裁判官による実現についての全くさまざまな経験(KROPHOLLER, 前出注(131))の後では、「足跡が私を恐れしむ(Vestigia terrent)」といいたくならう。

(138) 特にハンブルクの判決(前出注(136))を「あまりにも狭すぎる」と呼んだ(85 N. 307)クロボラー(前出注(131) 86, 89;)は、暫定的な裁判官法の見込みをより慎重に評価している。

IV 総体的には、国際私法の「価値盲目的形式主義」を語ることは出来ない。しかし常に第一の段階つまり既に連結に際して実質的正義の公理を追求しようとするのであれば、かたよりが生じがちである。むしろ望ましいのは全ての抵触法的事案については、まず体系に則した解決を探すことである。それが実質的にあまりにも不十分であるということが分れば、それからでもなお第二段階のより内部的実質法に規定された命令の助けを借りた修正の可能性が残されている。裁判官が内国法に根ざしているということが、そのような

必要な修正が忘れられないことの保証となる。逆に実質的法廷地法の適用を国際私法の根本原則とみとめ、いわゆる国内的利益を第一のものとなし、従って適応及び公序の補助手段をいわば先取りする場合には、外国法がそもそも視界から消失するという危険が存在する。このようにして恐らく内国ではもっともらしく思われる結果を求めるのであろうが、渉外的事実関係の外國的要素には適合しない。まさに国内の実質法上の主張が、当然のことながら外国法の尊重や国際的判決調和の理想よりより強くひびくのであるから、実質的な主張を早い段階でくりだすべきではないのである。国際的に結びつけられた事実関係のもつれば、内国の実質的価値判断という刃によっても両断してはならないのであって、根気づよい忍耐で解きほぐす努力をすべきなのである。

#### 第六節 判決の調和 (Entscheidungseinklang)

判決の調和は——以前には不正確に法律調和 (Gesetzesharmonie)<sup>(39)</sup>あるいは判決調和 (Entscheidungsharmonie) と呼ばれ、最近は判決の同一性 (Entscheidungsgleichheit) (以下において概ねこのように呼ぶ) あるいは抵触最少 (Konfliktminimum) と呼ばれるが——国際私法の形式的理想である。ここでは同一国の幾つかの判決の間で存在すべき「内的」判決の調和(実質

的調和とも呼ばれる) に対して、「外的」又は国際的な判決の調和が問題なのである。サヴィニーも既にその共通の理想を「法律抵触の事案において、ここあるいはかしの国家でその判決が下されるかの区別なく、法律関係は同一の判断を期待すべきである」という言葉で略述してゐるのである。<sup>(40)</sup>

(139) 最初に用ゐたのは恐らく KANN, Über Inhalt, Natur und Methode des IPR: Jher. Jb. 40 (1898) 1 (68, 76ff.) = Abhandlungen I 254 (310, 316 ff.), それでつづけば M. WOLFF, IPR 9 N. 3: 「音楽的に奇妙な描写 (調和をいうのであり、噪音 (Mehrklang) とはなご)。」

(140) SAVIGNY 27: vgl. 129: 「諸国における抵触事案の解決の、望ましくかつ歩みよりたよつて達成せるべき一致。」

1 この理想を根拠付ける為に特にいうべきことは、即ち、ある法的紛争の結果が手続的に、つまり「偶然や当事者の手腕に依存しない」ということである。<sup>(41)</sup> 既述のように(上掲第三節12)、多くの管轄規定は対応する抵触規定の事情に結びついている。<sup>(42)</sup> しかしそれと並んでドイツ法上の財産の裁判籍(民訴法第二三条)やアングロ・アメリカ法上の裁判区域内での訴えの送達の裁判籍のように、一最近「過剰(exorbitante)」と呼ばれる<sup>(43)</sup>一著しく「関連性に乏しい(beziehungsarm)」裁判籍が存在している。<sup>(44)</sup> 更に「原告は被告の

裁判籍に従う(actor sequitur forum rei) (民訴法第二二条)の原則が適用されるが、それは、当事者の役割りの分配に管轄を依らしめ、背後にある事実関係の判断の為に被告の現在の裁判籍を指示するのである。結局若干の管轄ある裁判所の間原告の選択の可能性がある。異なる裁判籍における相異なる抵触法の適用は、従つて、偶然的又はまさに原告により計算されて選択された訴訟遂行の土地によつて(アメリカ人は後者の場合につづいて「法廷地漁り(forum shopping)」という)相異なる実質法が適用され、別の解決が下されることになる。

訴訟遂行国に依存しない判決の同一性の理想は、一つの事件の当事者が他の事件の当事者とは別な取り扱いをうけないように、同種(gleichartig)事案が問題とされている場合についてもあてはまる。しかし、同一(derselbe) (同じ)(identisch)事実関係が異なる諸国で判断されるべき場合にこそまさにそれが考慮されねばならない。つまり国毎に同一の事案が相異なる判断をうける場合には、法の体面とその国際的な不可侵性への信頼が特に損われるにいたるからである。<sup>(45)</sup> それのみならず、往々にして具体的な期待が裏切られる。最悪の場合には、まさに義務の抵触が生じる。つまりある判決が認容することを、別の判決が禁止する場合(たとえばモラトリアムにかかわらず契約の履行を命ずる場合)、いずこにおいても承

認をうけているとは限らない婚姻について婚姻共同体を設定すること、他の法によれば解消された財産管理の継続<sup>(146)</sup>、である。

従って判決の同一性は、原則として国際的法共同体の利益のためにも、また同様に各々関係している人間の為にも追求されるべきである。それは一般的には外国立法者に政治的に配慮することとは無縁である。残念なことに若干の抵触規定は判決調和に何らの配慮を示さないが（たとえば、民法施行法第一三三第三項は内国における婚姻締結に対して専ら内国の方式を適用している）、しかしその他の場合においても——抵触規定の解釈やその欠缺補充に際して——その理想を一般的に放棄すべき何ら説得的な根拠がない。勿論これまでは、相容れない評価の対立が認められる場合、特に外国法の適用が結果において我國の公序に反するような場合（後掲第四九節参照）には、判決の不調和は止むを得なかつたのである。

その他にも国際的な判決の同一性に対する利益があまりにも微々たるものであり、まともに問題とならなかつたような状況がある。特に、判決時に全く外国裁判所に管轄がなく、一度下された判決が十中八九外国で承認されるが故に、何らのパラレルな外国判決が予期されえない場合にそういえるのである。

たとえばアメリカ夫婦がアメリカ的意味での住所をずい分前からドイツに有し、かつ「善意に (bona fide)」滞在（即ちたとえば

裁判籍をうる目的での詐欺的な移転によるものでない）しており、離婚をドイツで訴えた場合には、離婚法の選択に当っては、アメリカ法上そのような場合にはドイツの裁判所が専属的に管轄権を有し、ドイツで下された判決がドイツの裁判所がいかなる実質法を適用したかと全く関わりなくアメリカにおいて承認されるであろうから、判決の同一性の観点が不要なのである。

しかし内外の管轄権の競合する事案においても（たとえばドイツに住所を有するドイツ人子供の、アメリカに住所を有するアメリカ人による養子縁組についても）、いくつかの裁判籍が、意識的に当事者を有利に扱おうという観点からみとめられており、従って有利と考えられる裁判籍、それ故その法秩序の選択が疑惑のまつわるような法律回避とか、判決騙取とはみられない（後掲第三七節Ⅱ3）場合には、判決の同一性の観点は無用となる。

それに対して注意を要するのは、一見内国で裁判さるべき事案が外国の裁判の対象とは決してならないというような外見を呈しておりながら（たとえば当事者が政治的難民としてその本国へ帰国する見込みが何ら存在しない場合）、しかしその将来の効果について何らの保証も存在しない場合である。政治的状況は人が予見する以上に急速に変わらうるのであり、従ってそうでなくとも既に若干の判決が予期に反して外国法との抵触に至ることがあるのである。たと

えば相続紛争や外国滞在、あるいは後の外国人との婚姻に端を發する場合である。<sup>(46)</sup>従って一見実質的に妥当であると思われる結果の爲に国際的な判決の同一性を侵す場合には常に、当事者のその時点での利益、あるいはまた判決のいわゆる客観的正義なるものが将来の抵触の可能性と真に均衡を保っているか否かを真摯に衡量すべきである。特に、たとえば関係当事者の一人の本国法の婚姻・準正・養子障害要件を無視することによって、<sup>(49)</sup>「跛行的」即ち全ての国で承認されるとはいえない婚姻又は親子の関係を設定する場合には、以上のことがいえるのである。たしかにさる偉いフランス人裁判官の「現実には無数の人々が、跛行的な家族法律関係においても全く楽しく生活している」といふ言葉が好んで引用されている。しかし「悪い行いの呪い (Fluch der bösen Tat)」もまた幾世代に亘って国籍、氏名、監護・扶養・相続法その他の問題に及びるのである。

- (11) GAMILLSCHEG, Int. ArbeitsR. 6.
- (12) この点に関する詳細については Rabelsz. 20 (1955) 251.
- (13) ZWIEGERT, Rabelsz. 14 (1942) 289.
- (14) 主として MARTHA WEISS, Rev. crit. 48 (1959) 618. 以下は A. BILLOW, Rabelsz. 29 (1965) 481 mit N. 22 f. zu Art. 3 II des späteren EG-Übereinkommens

vom 27. 9. 1968 (前出注(48))、それ以前にもたとえば Court Bastia 13. 5. 1913, Clunet 41 (1914) 935 (937).  
 (15) 個別の事案に関連して(前掲第一節IIIで擁護した客観的法秩序の多様性への批判としてではなく)、ハメカンの類案に引用される言葉 (Penses, éd. LARUMA, Paris 1951, no. 108)、「即ち「こつけない正義、それは一本の川によって限られるのだ。ピレネー山脈のこちらの真理がその向こうでは誤りなのだ」が正当である。

(16) この点の詳細については M. WOLFF, IPR 89.

(17) 例外については後出注(91)及び(90)(外国の警察的法律の適用)をみよ。

(18) 特に慎重なのは Beck, [Bernert] Kommentar zum Schweiz. ZGB V/2 (1932) Art. 7h NAG Rdz. 14 (第三回の離婚判決の承認について):「正しくはここでは本国を優先しなればならない、なぜならば、人々はやむを得ない場合には本国にだけ強制送還されるからである。」

(19) (民法施行法第一七条第三項に従って)そのドイツ人妻と当地で離婚したイタリア人のドイツで認められた再婚の有難くない結末——即ち重婚のことでよるイタリアでの禁錮刑並びに損害賠償請求権について述べられているのが Ferris, FamRZ 1961, 401である。外国法を顧慮するに際してわずかの努力で避けることの出来た抵触を「外国法の軽率な適用が再三もたらさうな」婚姻・準正法については JAYME, StAZ 1972, 227 und 247 ff. における指摘を参照せよ。

(51) Georges Holleaux, Die Grundbegriffe des IPR, Ein Bericht.....: FamRZ 1963, 635 (637).

II 判決の同一性の実現は、これまでも既に内国実質法の枠内で追求されたのである。

養子縁組の管轄権が、子の福祉に合致することにかかっている場合には、特に養子法において判決の調和がある役割りを果たしている。裁判官は、それから当事者の一人(たとえば実親の一方の)の本国又は住所地で承認されないような内国の養子縁組が、その結論においてその子供にとって役に立つ以上に害を与えうるのではないかを検討しなければならない。更に、——それが本来内国裁判所によって貫徹されえないものであるにもかかわらず——外国公法に反した判決は一方当事者には承服しえないものであり、それ故耐え難いものとなるか、あるいは公的秩序に違反しさえしうる(特に友好國の法が問題とされている場合<sup>(52)</sup>)のである。

内国の補てんを要する規定に基づいて外国法をそのように間接的に勘案することは、いわばその直接の、抵触法上定められた適用の前段階である。

(51) Re B. (S.) (養子縁組), [1968] Ch. 204; RANDIZIO, Verfahren und Zuständigkeit im internationalen Adoptionsrecht (Diss. Kiel 1969) 218 f. 及び所掲の引用; MENDE,

ZBJuR 1963, 104: 「破行的」養子縁組は、「国際的な社会事業の体験の範囲からみれば受忍しうる解決」とは思われぬ; JAYME, StAZ 1971, 71 f. 参照。

(52) たとえば RG 28. 6. 1918, RGZ 93, 182 による英国の敵対的通商の禁止の顧慮、ならびに一九五〇年以來の西ドイツ裁判所によるソウイェト地区の外国為替規定の顧慮 (DROBNIG, NJW 1960, 1088 ff. 所掲引用参照) を参照せよ。

(53) BGH 21. 12. 1960, BGHZ 34, 169 und 24. 5. 1962, NJW 1962, 1436 (アメリカの禁輸規定の回避)、並びに BGH 22. 6. 1972, BGHZ 59, 82 (外国の文化財輸出禁止の違反: 善良な風俗への違反が常にみとめられた、を参照。(この表現については後出注(109)参照) )

III 抵触法の枠内では、国際的な判決の同一性は、まず国内抵触規定の制定に際して顧慮されねばならない。<sup>(54)</sup> この点が実行され、立法者がたとえば、——東欧圏でよく行われるように——友好諸国との関係ではどのみちずっと寛大な条約が適用されることを考えて、外国法に敵対的な抵触規定を制定したりしないということが正に切に望まれるのである。そのような友と敵の区別は抵触法的正義とは相容れないものである。

しかしながら以下の点に配慮すべきである。

1 判決の同一性の理想は、「何ら内容的に」義的な観点とはいえない

い。たとえば、それは、ある人の人的關係がその者の属する国の法によるか、或いはその住所地法により判断さるべきかを意味するものではなく、単に出来る限りいづれにおいても同一の法によるべきであることを示すものにすぎない。

その場合に内国の立法者は、同一の事実關係について、そこにおいて競合する判決が既に下されたかあるいはそれが予期される国の法を特に尊重すべきであろう。第二の基準は勿論きわめて不確実なものである。蓋し、当事者又はその子供が後にいづれの国に行こうとしてゐるか、また執行の対象物となりうる財産をどこで所有するに至るかはしばしば確実には予見しえないからである。従つて理想的には判決の調和は世界の全ての諸国との間で追求さるべきである。

2 更に判決調和は、全ての勸案される諸国の抵觸法の現在の状況によればどの解決が最も頻繁に現われるのか、あるいは他の何らかの方法で最も抵觸の少ないのは何かという、たとえば算術的調査の意味で統計的に扱えられてはならない。蓋し、かようにして判決の同一性の觀念は、更に抵觸法の硬直化、ある伝來的で法秩序の多数においてかつて承認された規則への固定化をもたらすことになるだろうからである。<sup>(15)</sup> 判決の同一性の理想はむしろ抵觸法の形成に際して生じうる将来の調和の意味で、即ちカントの定言命題「汝の意思の格率が常に同時に普遍的立法の原理として妥当しうるように行

為せよ」<sup>(16)</sup>の意味で理解さるべきである。

たとえば不法行為責任がこれまでほばいづれにおいても *lex loci delicti commissi* によつて判断されてきたとしても、判決の同一性の理想は、新しいそれと異なる規則の制定(たとえば当事者の行った法選択の尊重、特別の法律關係と関連を有する請求権をその法律關係に適用される法による付從的連結、当事者の共通の常居所への連結)<sup>(17)</sup>を禁じてゐるものではない。

それに対して意識的に一方的で自国民の利益の爲にのみなされた規律で、最初から一般に承認をうける何らの見通しを有しないものは(たとえば労働災害を、逆の場合よりも内国人労働者が外国でより多く働いてゐるといふので、負傷した労働者の本国法によつて判断すること)、判決の同一性の觀念に反してゐるといえる。この意味で国際法学会は一九五二年に次の原則を立てたのである。

「国際私法の規定は、国際化されうる基準、即ち具体的事案が様々な諸国で一致しない解決をみることを避ける為に國際的条約へ採用されうる基準を一般に使用すべきである。」<sup>(18)</sup>

より慎重にいえば、現下の状況の下で伝統的に別の原則を奉ずる諸国でその規定の受容が当初は期待されえないものであるとして

も、少なくとも原則として一般的な承認をうけうる、そして意識的に一方的にその国の利益に資することのないような抵觸規定のみを、いずれの国も制定すべきなのである。このようにすれば判決調和は少なくともブロックされることはない。

(154) 法典制定の原則としての判決の同一性と、法適用原理としてのその明瞭な区別（並びに「他国の同意」と「具体的に裁判する法との調和」の間の区別）は、R. JOCHEN, *Das Erbrecht*……（後出注(104)）90 bzw. 145 N. 25 f. に負っている。

(155) 正當にも *Secreti, Gleichberechtigung von Mann und Frau und IPR: Rabelsz 24 (1959) 54 (73)* は「国際私法において一般の時代思潮の尊重が生み出されるべきだとすれば、まずは個別の国家又は国家グループがこれまで支配的であった解決を放棄すること、そして一時的にはある種の不調和を…受忍するということは避けがたいのである」という。BRAGA, *Rabelsz 23 (1958) 439* によっても、個別国家の立法者は「あまりに強く他の諸国を顧慮するあまり、伝統に偏した、あるいは静観するような態度をもたらすのではなくて、場合によっては全く新しい方策をとり、それが皆に受け入れられうるものであれば新しい連結を導入すべきなのである」という。

(156) 実践理性批判（一七八七年）第七章のよく引用される部分である。しかしかような一致はその趣旨においてにすぎず、「カテゴリリッシュ」な（無条件の）結合においてではない。従っ

て「国際私法の定言命題」としての判決調和の名称は、不正確である。

(157) KROPHOLLER, *Ein Anknüpfungssystem für das Deliktstatut: Rabelsz 33 (1969) 601 ff.* ならびにそのような規則の他の諸例について同六一頁参照。

(158) *Resolution von Siena unter Nr. 2, Ann. Inst. Dr. int. 44 (1952) II 423 = Institut de Droit International, Tableau général des résolutions (Basel 1957) Nr. 84.* そのマイン語訳は *Rabelsz 17 (1952) 519*.

IV 内国抵觸規定の適用に際しては、特に外国抵觸法との関係について判決の同一性の観念は同様に重要である。ある國が、——歴史的に又は利害關係によりもたらされた——全ての國家的な一方性を排除し、國際化されうるような抵觸規定だけを定めることによって、その抵觸法を全ての國にとって承認しうる法制に近づけようとより多くの努力を払えば払うほど、その後その抵觸法を絶対的となし、その適用に際しては外國のそれ程理想的とはいえない抵觸規定に何らの讓歩をもとめない、という誘惑がより大きいものとなる。<sup>(159)</sup>しかしながら真に國際的な判決の同一性を求める者は、抵觸法の國際的統一がなされていない間においては、国内抵觸法の不一致に配慮し、協調を得る為に外國抵觸法との協力に努めないではおかないのである。<sup>(160)</sup>

手掛りは、この場合しばしば内国抵触法により準拠される外国法秩序だけである（たとえば反致、先決問題、並行）。しかし本来権限があるとはいえない法秩序を顧慮することもある（いわゆる優先適用の場合）。

個々のタイプについては以下に問題とする（第三五節以下、第四六節、第五七節又は第三八節）。ここではその問題をとりあえず指摘するにとどめる。

勿論その場合に問題たりうるのは、常に、限定的な成果を伴う臨機の方策であるにすぎない。純論理的にみれば、原則として相矛盾する各国抵触法規から矛盾の全くない完全に統一的な結果をうることは不可能である。特に普遍的な「抵触法の抵触法」、二乗する超抵触法又は法適用法の観念は幻想にすぎない。それが意味するのは、そこでもより容易に克服されえないようなより高いレベルへ、抵触法の統一の問題を単に持ちこすことに他ならないのである。

他方では「厳しい愛想づかし」によって法律の不調和を強調するところ<sup>(15)</sup>も実りがなく、ともかくも相異なる抵触法のある種の典型的抵触に対しては、実際の妥協の方法で実用的な打開策が見出されるからである。当該法共同体が活発な通商と縁組を維持しようとして充分に密接な関係を有している場合にだけ一般に協調への欲求が存在

するという場合に比して、これらの手段の方がずっと可能性が高いのである。これらの妥協策から偶然的な性格をぬぐい去り、明瞭かつ扱いやすい形にするのが学問の真摯な任務であり、それは何ら単なる思考の遊びではないのである。<sup>(16)</sup>

(15) たとえばイタリヤ「モデル」の「普遍的任務 (funzione universale)」の G. P. BALLARINO, *Dir. Int.* 25 (1971) 325 参照。

(16) 「体系の協調 (Coordination des systèmes)」のロマンな思想を特に強調するのは BATTIROLI, *Aspects philosophiques du d. i. p.* (1956) nos. 46 ff.; D. i. p. I (1974) no. 304. HEUERLL, *Normbildungs- und Normausbildungstechnik im IPR* (Diss. Basel 1973) 90 以下は「法定地法は、その「外国で貫徹をせえなむ」前提条件のハルソーが、國際的に承認をうけた妥協的解決より望ましいかを決しなければならぬのである」。

(17) そのようなものを主張するのは ECKSTEIN, *Die Frage des anzuwendenden Kollisionsrechts: Rabelsz 8* (1934) 121 ff.; GAMILLSCHEG, *Internationale Zuständigkeit und Entscheidungsharmonie im IPR: BerDGVsVölkR 3* (1959) 29 (38-41); BRAGA, in: *Festschrift Schnorr von Carolsfeld* (1973) 104 N. 12 und in: *Multitudo legumius unum*, *Festschrift Wengler II* (1973) 203 N. 34.

(162) 正則と RABEL, Qualifikation 288 (gegen KAHN, BARTIN und W. BURCKHARDT, vgl. 246) はさういふ。ツヴァイゲルトの論述によれば、ブルクハルトのいわゆる「不可能性の証明」(後出注(181)参照)は、その可能な限りの個別的協定という提案が満足のゆくものではなかったたので、——国際私法の比較法的統一の意味で——その解決を推進するまさに誘因となつたのである、と。

(163) 正当にも過剰な複雑さに警告しているのが DUTOIT, Z. f. Zivilstandsw. 1971, 292: 「過剰な複雑さは国際私法自体を裏切ることにならう」。

V 判決の調和は、**国際的に統一的な国際私法**により実現されるのが最適である。

1 国際私法の**統一の型**については、原則として真に国際的な法の源泉について上述したこと(第二節II)があてはまる。<sup>(164)</sup> 実際には同所で第一にあげられた条約(Konventionen)による一致した法制が優位を占めている。

しかしながら判決の同一性を達成する為には、単に条文上一致していることでは充分ではない。蓋し、そのような一致は、たとえば最初に本案に携った裁判所の法が起こりうる他の(並行又は補充)訴訟においても準拠される、という予防原則への一般的な拘束によつても行われうる。その場合には、第一の手續が後に他のどこかで

有効と承認されない場合(たとえば管轄権の許取、法的審問権の拒否)又は第二国の公序の侵害を理由として)、やはり實際上の不一致が生じうる。あるいは各々の原告又は被告の本国(又は住所地)法が準拠されるべき旨一般的に定めることもできよう。そうすると異なる国々における異なる当事者による同時的訴えの提起の場合においては、やはり此地ではある法が、彼地では別の法が適用をみることになる。幾つかの裁判籍が選択に供されている場合には、特に外形上統一的な条文は、各々の裁判籍への何らの参照をも含んでいなければならないのである。蓋し、異なる諸国における手続においてはそこから異なる法の適用も又結論されるだらうからである。このことは各々の法廷地法の明示の援用に対してのみならず、内外法や内外人のあらゆる区別にもあてはまるのである。<sup>(165)</sup>

個々的には抵触法の一致した制定は、幾つかの道により達成される。

(a) 私法の統一においては、ナーデルマン(NADELMANN)の適切な指摘によれば「取引」を行うことではなく最適な解決を見出すことが問題であるのにもかかわらず、<sup>(166)</sup> 一九世紀の幾十年来外交的会議がその努力の重点をなしていた。しかも条約により合意された抵触規則の適用はしばしば締約国相互間の関係に限定されており、従つて同一国が幾種もの抵触規定をもつこととなり、それは(特別の地際抵触規定の存在と同様に、後掲第四一節参照)限界的事案では交

錯をもたらしうるのである。<sup>(16)</sup>

不可欠なのは実際の・技術的協力の領域での、即ち手続法の為の条約である。そしてここではこれまでのところ特にハーグ國際私法會議が最も大きな成果をもたらしたのである。蓋し、この場合にのみ政府代表間の真に外交的交渉を要するのに対して、本来の國際私法は主として判例・学説の問題たるにとどまるべきだからである。

たしかに正当にもフェリット (Ferrit) は次のように述べる、「國際委員會の大きな価値は、共通の諸問題を共同で論ずることにある」と。<sup>(168)</sup> 問題はただ、不都合なほとんど改正のむずかしい条約の締結が、恐らく他の枠組においても行われうるそのような討論に対するあまりにも高価な犠牲ではないかということにすぎない。

抵触法統一の為の會議の成果は、以下の三つの理由からなお注文をつけうる。第一に外交官又は法律の専門家も國家間の會議ではその國の代表として自國のそれまでの法を模範として推奨するか、國內では政治家や実務家に対して比較法や法統一の擁護者としてふるまっている場合でさえも、いずれにしろ自國の法の継続的適用を守ろうとする感情にしばしばかられる。<sup>(169)</sup> それ故一律的解決の代わりに往々複雑な妥協——それも多数の批准を望む幻想によつて部分的にはなおもつと複雑である——が成立するのである。<sup>(170)</sup> 第二に、各國議會は、往々にして、それが関与することなく取り決められた条約を

全体として受け入れる体質にはない。(条約の個々の模範的規則は、ともかくその全体的承認をうけなくともみとめられるのである。<sup>(17)</sup>) 第三に条約はその性質上柔軟ではないので、従つて後に発生する困難については破棄以外何らの打開策がないというのがままあるのである。

(b) 他の諸國で多かれ少なかれその文言通りに採用された、たとえばドイツ民法施行法案、一九一三・一四年のオーストリア國際私法法案、一九三八・四二年のイタリアの法典化、一九四八年のエジプト民事法典の規定のような、<sup>(172)</sup> 国内の法律又は法律草案が、國際私法の國際的統一に随分貢献してきた。(國家的法典制定についての詳細は補遺参照)

(c) 國際私法統一への學問の関与も見逃しえない。一九世紀においてサヴィニーやマンチーニの思想が國境を遠くこえて及んだように(後掲第一〇節歴史Ⅲ 4 参照)、その後半の数十年においてはたとえは國際法学会は、(個別的な実行に至らなかつたとはいふものの) 國際契約法の類型化により(一九〇八年フローレンス決議)<sup>(173)</sup> 國際化に適した規定の形成を督促することによつて(シエナー一九五二年)<sup>(174)</sup> 更にシュニツァーの「特徴的給付」への連結やとりわけモリス(Morris)の主張した不法行為の準拠法の緩和<sup>(175)</sup> によつて影響を与えたのである。専ら學者により(たとえば國際法学会で)、あるいは

実務家との協力を通じて（たとえば国際法協会の枠内で）作成される統一法への完全な草案の価値は疑わしいのである。<sup>(177)</sup>

(d) 国際的裁判所が統一的国际私法の形成を促進するであろうという希望はこれまで裏切られてきた。

ハーグの国際司法裁判所は、一九四五年以来ただ一度だけしか国際私法条約を取り扱わなかった。即ちボル（Boll）・ケースの一九〇二年のハーグ後見条約であり、そこでは、オランダ人の子に対するスウェーデン人の監護教育の許容性が問題とされた。しかしこの手続では、特筆すべきことに条約の実質的内容についてよりも（政治的響きをもつ）公序の留保について語られたのである。第一次世界大戦後ヴェルサイユ条約に従い、私的な戦前の契約の後始末をしなればならなかった混合裁判所は、事案毎に可能な限り関係諸国の共通の実質的法原則、あるいはせいぜい共通の抵触原則を適用することで、固有の抵触規則を形成するという創造的任務を全く回避したのである。<sup>(178)</sup> 仮にヨーロッパ共同体の統一国際財産法が成立するとして、解釈問題の先行判決のためのヨーロッパ裁判所への提示は、<sup>(179)</sup> 裁判所の特別私法部を創設するという条件の下では望ましいといえるだろう。

2 国際私法統一の障害は、様々の態様を示す。

(a) 部分的には、個々の法共同体の構造と、従ってその法秩序の自然の適用範囲が一致しないという事実から障害が生じる。たとえば

一方で（イスラム法のような）宗教的法秩序を、他方で特にコモン・ローでなお残存している強度に土地と結びついた中世的レーン法を考えてみればよい。現代国際私法はたしかにそのような区別に聞く耳をもたず、世界を場所的に境界付けられた国民・国家の体系とみなし、従っていずれの土地、いずれの間も特定の国家に帰属し、各法秩序の適用範囲は属地的、属人的に画定されうるのである。ところがこのようなアプローチをくまなく貫徹することはできない。即ち国家から自由な領域（特に公海）、無国籍者や重国籍者、ならびに時に純属人的な法秩序の原則に反した適用が存在するのである（後掲第四二節一）。

(b) 更に前述の侵害規定について（第四節Ⅱ）、またそれ以外のこれまでの国により異なる法制度の形成も又その適用範囲を国際的に統一して定めることはむずかしい。

たとえば戸籍史による婚姻締結は典型的に属地的なものであり、教会による婚姻締結は属人的である。<sup>(180)</sup> 相続法における国家の帰属権（*Staatliches Heimfallrecht*）と国庫の相続権、更に非嫡出子法における不法行為による請求権と家族法による請求権も同様の関係に立つ。同様に相手と死別した配偶者の婚姻財産法による扶養（*Versorgung*）を相続法上のそれとは別様に取り扱いたいののである（後掲第一五節Ⅲ参照）。

属地法と属人法への二重送致をもつても（たとえば行為地法と本国法）消極的な管轄抵触の事案では——その援用された双方の法秩序のいずれもが準拠されることを欲しない場合には——救済しえない。日本における外国人の婚姻締結は、以前は、それが日本の家への帰属を前提していたが為に、挙行地法によってもできず、また日本には何らの戸籍吏も存在しなかったので本国法によってもできなかったのである。従つて妥協策に頼つていたのであった。

(c) 最後に、異なる価値決定は、相異なる抵触規定をもたらしうる。勿論国際私法の「第一段階」においては（上掲第五節Ⅱ）、その決定は通例実質法の決定ほど具体的かつ細部に亘るものではない。従つて抵触規則の統一は、実質法の統一が存在し肯定された自然的、文化的相違に直面して不可能である場合においてもしばしばありうるのである。しかし国際私法の決定は、——それを繰り返す為に——実質法のそれとの関連性がやはりみとめられるのである（再び上掲第五節Ⅱ参照）。純形式的基礎に立つた普遍的国際私法——関連法秩序の間の最少の内容的な一致を伴わない——は、従つてありえない。特に争いのない諸点へ逃がれることによって対立を「中立化すること」が常に可能とは限らない。その悪意のない点では全ての者が一致するが、全ての者がそれを一致して副次的なものとみなしているような全く外形的契機を規準としているが故に、全ての

法秩序にとつて受け入れうる法制が、最後には全てにとつて受け入れ難いものとなりうるのである（たとえば契約については常に「締結地」を規準としようとするので、従つてそれが飛行機が合意の間にもちようどその上にいた土地である場合、あるいは婚姻事件について各々夫又は妻のより高い年齢を規準としようとする場合であろうとも）。

全体としていへば国際的判決の調和——特に国際私法の国際的統一——の最適条件はまだ久しうかなえられていないのである。

(164) ヨーロッパ共同体における国際私法の統一の種々の態様（固有の法の制定、差別禁止、公序のヨーロッパ化、条約）については、たとえば DROBNIG, *Cahiers dr. europ. 6* (1970) 526 頁参照。

(165) 一九三〇年六月七日及び一九三一年三月一九日の国際的手形及び小切手私法の領域における規定に関するジュネーブ条約第二條第三項、第三條第三項（＝手形法第九一條第二項第二段、第九二條第三項）又は第二條第三項、第四條第三項（小切手法第六〇條第二項第二段、第六二條第三項）に最後の種類の例がみとめられる。

(166) NADLERMAN, *Conflict of Laws—International and Interstate, Selected Essays* (The Hague 1972) 93.

(167) 署名者の相異なるグループについて異なる適用範囲を伴う混

- 乱をもたらし多数の条約による「法不統一」を「法典化の狂気 (furor codificandi)」に警告するものが MAJORS, Zur Krise der internationalen Kodifikationspolitik: Z. f. Rpol. 1973, 65 ff. 後掲第八節 III 注 (29) 参照。
- (161) FERD, Die 9. Haager Konferenz: Rabelsz 27 (1962-63) 411 (455). Vgl. JESSURUN D'OLIVEIRA, Rev. crit. 55 (1966) 385: 「……ローマの議論は、『ハーグ』会議の好ましく付帯現象である。」
- (162) 勿論、予期される条約への出来る限り多くの自由の観念を盛り込むようにしなければならぬということが、ハーグ会議参加の爲の論拠として時に主張されるのであれば (Rev. int. dr. comp. [1957] 738 の「ローマ」参照)、それが正に真面目にいわれたのか、あるいは単に各国の抑制を克服する為であるのかを自問するのである。
- (170) ケーゲルの提案 Sinn und Grenzen der Rechtsangleichung, in: Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa (1971) 9 (43, 46) に従って——準備委員会の草案が大ていはずぐに審議にかけられるのではなく、大きな国家的法典化の場合にそうであったように、まず著作上の議論に委ねられその結果を待つものであるとすれば、恐らく実質的観点に對して戦術的な観点がいくらか抑えられることとなる。
- (171) それ以外では非常に争いのあるハーグ有体動産売買国際私法条約 (前出注 (144)) による契約当事者の法選択の原則的承認は、従って一般に当事者自治の観念の決定的な勝利とみなされ
- る。
- (172) 実質法 (環境保護の) における同様の経験についてはローマ条約が BLANC-JOUVAN / ZAITAY, Rabelsz 39 (1975) 333: 「これまで国際条約のしばしは困難な締結が主として……注目されてきた。しかしこれまでの経験によれば隣接諸國の国内法の継受又は同化によって往々より簡単に多くの困難が除去されるのである。」——オーストリア草案の由来については一方では Rabelsz 7 (1933) 756 を、他方では MATSCHER, JBl. 1961. 61 参照。
- (173) Ann. Inst. Dr. int. 22, 28 ff. = Tableau (前出注 (85)) Nr. 107.
- (174) 前出注 (85)。
- (175) 「ヨーロッパにおけるシュニッツラー的連結原則の勝利が条約及び法統一をもたらしたのである」: PFAFF, Internationale Lizenzverträge im europäischen IPR: AWD 1974, 241 (254)。
- (176) 後掲第三〇節 II とその注 (376) 参照。
- (177) この点に G. WENGLER, in: Iustitia et pax, Festschrift zum 100 jährigen Bestehen des Institut de Droit International (Berlin 1974) 9: 「……即座に解決策を提案する以上に、ある問題をまず分析しその利害関係ある団体への分析を呈示することの方がはるかに重要である」ということ」を参照せよ。

- (178) オランダ対スウェーデン、一九五八年一月二八日判決  
Rec. des arrêts 1958, 55. 後出注(220)及び(104)参照。
- (179) たんねん M. GUTZWILLER, Das IPR der durch die Friedensverträge eingesetzten Gemischten Schiedsgerichtsstöfe, in: IntJSchiedsG. 3 (1931) 123 ff. (besonders 135): 「唯一の機会を……逃したのを悔む」。SEIDL-HOHENVELDERN (前出注(55))をみよ。
- (180) そのような定めをおくのが一九六八年二月二九日の法人の承認に関する条約と、一九七五年九月一日施行された(BGBI. II 1138) 国際的裁判管轄に関する一九六八年九月二七日の条約(BGBI. 1972 II 858 bzw. 846)の議定書である。
- (181) WALTER BURCKHARDT, Über die Allgemeingültigkeit des IPR, in: Festgabe E. Huber (Bern 1919) 261 (293): 「国民的又は宗派的に特徴付けられる結婚 (Trauung) を外国人に強制するのは好ましくない」参照。
- (182) 勿論従来は全く逆であった。即ち、実質上の、特に技術上の可能性に基づく合意は、昔の抵触法上の対立を架橋することよりはそうすると容易であるように思われていた。例えば国際的海上交通の法についてのよう。