



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	国際私法の基礎理論（４）
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(6), 175-191
Issue Date	1983-03-30
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16425">https://hdl.handle.net/2115/16425</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	33(6)_p175-191.pdf



ハ翻訳

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(四)

櫻田嘉章

## 目次

## 第一章

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握方

第五節 国際私法における正義

第六節 判決の調和 (以上第三三卷五号)

第七節 法廷地法—自国法志向

第八節 国際法 (以上本号)

第七節 法廷地法—自国法志向

I、法廷地法 (Lex Fori)——裁判籍の法——と我々が称するのは、個々の場合に裁判所の代わりにそれ以外の官庁又は公職者 (Antiperson) (たとえば公証人) を指している場合であつても、また当該部署 (Stelle) が何ら固有の統一的な法を持たず、たとえば相異なる法領域や法共同体に対する共通の上級裁判所としてケース・バイ・ケースにあれこれの法秩序から出発すべき場合であろうとも、各々涉外的事実關係を管掌する部署固有の(指)定又は決定(法)法である。

國際法により創設された裁判所の法廷地法とみなすべきものは、その規程又は各仲裁契約の他には國際法がある。——ある特定国により(共產主義諸国の外国取引仲裁裁判所のように)設置されたものでない國際商事仲裁裁判所として法廷地法として適用されるのは、單純にその多かれ少なかれ偶然的な「本拠」の法律<sup>(183)</sup>ではなくて、文明諸国の一般的な法の諸原則(前述第二節 II 4 をみよ)、世界取引慣習法並びに当該の經濟分野の特別規定又は慣行 (Bräuche)<sup>(184)</sup>であり、補助的には、その又はそれらの仲裁人自らの法觀念<sup>(185)</sup>である。この法廷地法の統合は、「仲裁裁判所

が、……その絶えず變化する構成において法の見解の予見可能性と継続性を与えない」<sup>(186)</sup>だけに尚更ありそうもないのである。

(183) GENTINHTTA (前出注(∞)) 114ff. 192f./91ff.

(184) 上の定では特に DERAINS, Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales (A la lumière de l'expérience de la Chambre de Commerce International): Rev. arbit. 1973, 122ff.

(185) 最後にあげた觀念は「一九六一年四月二日の國際商事仲裁裁判に関するヨーロッパ (E.C.E.) 条約において、第七條第一項第二段により、仲裁裁判所が疑わしき場合には自ら「適当 (angemessen)」(appropriate; 英文では applicable) と思われる抵觸規定を適用すべきである」という形づくられる旨明らかになつてゐる。

(186) PraFf, in: Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Wirtschaftsrecht-Mitarbeiter-Festschrift Umer (1973) 478.

II、外国法に対する法廷地法の優先は、三重の意味で促進される。

1、自らの抵觸法の優先。——いずれの裁判所も自らの抵觸法から出発すべきことは、今日ではほぼ争いのないところである。いかなる範圍で外国抵觸法をもまた斟酌すべきかという問題につい

ては前述第六節IVをみよ。

国際的法原則や非国家的な生活領域(家族、経営や国際的経済交通)の独自のルール又は国際的(仲裁)裁判所の抵触法のために内国の抵触法を完全に排除することを促すこと——そのように極端に促進することは、制定法実証主義のくびきからの法の解放という本来共感をよぶ考え方にとって役に立つよりは害になりやすい。様々な世界観が併存している多元的社會において裁判官が確定に困難な法原則の適用を広く命ぜられている場合には、社會の側でまた実証主義的反応をひきおこす一方性や法的不安定のおそれがあるのである。

2、内国の法原則(Rechtsgrundsätze)、特にその根本的な価値決定の優先。——内国抵触法の欠缺。——補充や補填に際して明らかでないのは、自國の実質法の原則や或いは国際的基準がどの範圍で参酌さるべきかということである。この点については前述第六節IIIをみよ。

3、内國実質法の優先。——ここで問題なのは、抵触法を否定するものとしての法廷地というよく引用される名称が部分的にしかな当にはあたらぬ四つの相異なる現象である。

a) 抵触法の枠内ではいわゆる「自國法志向」が蠢めいている。後述III参照。

b) 国際私法の抵触法から國際手續法(より詳しくは國際的管轄権の規制の項参照)への転位が生じるのが、國際的合意により、或いはいずれにしても國際的基準により定まる裁判籍の法廷地法の適用に際してである。<sup>(198)</sup>

c) 抵触法の機能停止(Versagen)に際しては法廷地法が「補充法」として適用されることがある——後述第五二節補充法参照。

d) 抵触法を排除して若干の場合には法廷地法が直接に適用されるべきである。

(1) まずここでは法廷地法として國際的統一法が適用される場合を考えることができる。一九六四年のハーグ統一売買法は——批准によって各々の法廷地法の一部となるのであるが——その第二条で次のように明文で述べている。「本法に別段の定めがない限りその適用においては國際私法規則は排除される」と。確かに、統一実質法がどの抵触法に比べても極めて優れているのであるから、その適用が原則として抵触規定による制約を蒙ってはならないのであって、条約によって第三國と合意された抵触法によっても決してそうあってはならないという見解も主張されているのである。<sup>(199)</sup>

この最後の見解は、實際上全ての他の、抵触法によりあるいは

準拠される実質法に対する統一法の絶対的優先を意味している。ハーフ統一売買法は数十年來の普遍的な法比較に基づいているので、その内容上そのような優先に値するかもしれない。しかしながら全ての地域的な、或いは単に二国間の法統一が同一の地位を要求しうるものではない。場合によっては抵觸法により準拠される外国法がまさにそれとして統一法なのである。更に國際的に合意された規定については、事案に即した解決を犠牲にする、専ら戰術的な妥協の危険が小さいとはいえないのであり、國際的制定法の場合よりも更に大きいともいえる。——締約國相互の關係においてのみ真に統一法の適用が抵觸法を不要とするのである。

(2) いわゆる直接適用規定 (règles d'application immédiate) については後述第一一節抵觸規定Vをみよ。

(3) 一般的には法廷地法の直接の適用が、外国法の調査の困難とコストがそれに見合わないと思われるような財産法上の訴額の低い手続については望ましい<sup>(193)</sup>。しかしながらそれは、訴訟的観点においても訴訟經濟を理由に若干の特別規定に服する(たとえば手続の形成、その判決の理由付け、法律上の不服申立ての許容についての)些細な事案についてせいぜいゆるされるにすぎない。その他の場合には、富者と貧者の為の二様の法が存在するかのよ  
うな印象は絶対に避けるべきである。

(4) 緊急の場合又は一時的措置に対しては、同様に良く外国法の適用の放棄が勧められる。しかしそれが正当であるのは、この適用が個々の場合に極めて簡単であるとはいえない場合に限られる。この場合には法廷地法は、従つて特別の原則に基づいてではなく急場の補充法として適用される——即ちこれらの事案の特別の事情に鑑み、やむを得ない場合の存在が通常の訴訟におけるよりもいくらかより迅速に認められるようにすべきでない。

(5) 最後に提案されたのは、一方訴訟当事者の明らかな申立てが欠けている場合には、質的に価値の高い司法に対する当事者利益を顧みて、必然的によりひどい外国法の適用を概ねとりやめよう<sup>(194)</sup>ということである。この提案は、「単に補充的な利益衡量しか」<sup>(195)</sup>含んでいないのでドイツにおいては現行法上行わるべきだといふ。しかしこのモデルの(原則として認められる)限界がどこに生じるべきかが述べられていないので、差し当りは実際には使えない。許されない法律回避の意図の明らかな場合以外の<sup>(196)</sup>どのような場合に、強行法を貫徹する為に或いは高くつく私的鑑定なしに外国法の適用のもっているかもしれない長所をのみがしえないような人々の保護の為に、やはり裁判所が職権により國際私法に従つて裁判しなければならぬのであろうか。<sup>(197)</sup>

- (187) VERHEUL, Rechtsvinding in het IPR (Calvinistische Juristen-Vereining 1973), 巻誌 4 Rabels Z 39 (1975) 393 f.
- (188) RABEL, RabelsZ 3 (1928) 754 = Aufsätze II 245.
- (189) 一九六一年以来の相当なるハーグ諸条約については、前掲第三節一に参照。
- (190) 前出注(187)。
- (191) ZWEIFERT/DROBNIG, Einheitliches Kaufgesetz und IPR: RabelsZ 29 (1965) 146 (148, 161), その中文字通り「わけてくるのは」「統一された事項規定は、原則として(統一的な或いは統一されていない)抵触規定を放逐する。……いずれの競合する抵触規定に対しても統一された事項規定が絶対的に優先することは、一見競合する国際法上の条約の規範階層関係のうちに着している。しかもそれは、実質的条約に、はるかに重要なものとしての優位が与えられるという風である。」
- (192) 同出はたしなげ LANDO, in: Die Anwendung ausländischen Rechts im IPR(1968) 131 f.; 下の点についてはその一八六頁の討論レポート参照。
- (193) FLESSNER, Fakultatives Kollisionsrecht: RabelsZ 34 (1970) 547 ff.
- (194) FLESSNER, a. a. O. 579. \*
- (195) FLESSNER, a. a. O. 575.

(196) KEGEL, IPR 200 及び JAYME, FamRZ 1971, 228 N. 65 Abs. 4 以下に定めてある。同意するに ZWEIFERT, Rabels Z 37 (1973) 445. 彼はある種の favor legis fori である同一の法問題の国内的解決に対する「praesumptio similitudinis」によって、即ち、相異なる法的構成にもかかわらず外国法と内国法の結果の類似性(一)の推定をもって理由づけようとするが(後述第九節一五)、「個々の紛争においてはそれは何ら当てにならないのである。」

III 「ヌスバウム (Nussbaum) のいうようにドイツにおいて「自国法志向」と呼ばれるのは、<sup>(197)</sup>可能な限り頻繁にその郷土の法(法廷地法)の適用を達成しようとする——決してドイツに限られることのない——若干の著述家、制定法、殊にまた多くの裁判所の傾向である。<sup>(198)</sup>「故郷の鐘の音は……恐らく常に特別な魔術を行うであらう」とマイリ (Meili) が一八九九年にはもう記していたのである。<sup>(199)</sup>」<sup>(200)</sup>」には国際的判決の同一性の理想の対極があるように思われる。

1. 本国法志向の根拠が、バルタンがそれを恐らくもつともはつきりと明らかにしたように、以下の法律的な国粹主義にあることはごく稀である。即ち、「国際私法は私にとつては、私法関係における祖国の観念の法的形式にすぎない」と。<sup>(200)</sup>むしろ他の諸理由

料が存在しているのである。

a) 立法においては内国法の優先が、一部は外国の法制と比べた内国法の優秀さに対する素朴な信仰に基づいている。実際どの制定法もその制定の瞬間には最新かつ最も進歩的で最も熟した法律であるというある種の推定を伴っているものである。しかしこの推定が時の経過と共に維持しえないものとなることにはほとんど思い至らない。次に立法による内国法の優先のうちには内国の利益の一方的な顧慮がみとめられる。<sup>(20)</sup>

典型的な例をなしているのが民施第七条で、それはプロイセン一般ラント法(序章第二三条、第三五条)に既に範をとっており、しかも国際的条約によつて(前出注(44)・各第二条)国際的承認をみるに至つた。即ち外国における内国人の行為能力はその本国法に従い判断するが、それに対して内国取引の利益の要請がある限り、内国における外国人の行為能力は内国行為地法によるのである。

b) 判例においても同様に、自国法志向は、部分的には自己の法の優秀さへの真摯な信念に基礎を有する(前述第四節Ⅲの注(113)の前の部分)。<sup>(21)</sup>これに外国法適用上の当然の不安定が付け加

わる。適切にもマルティン・ヴォルフは、「極力自国実質法の適用をしようとする良心的な裁判官(ここでは怠慢は問題とならない)の「いたるところでみとめられうる「傾向」について述べている。<sup>(22)</sup>

時には、勿論、困難な事案ではまさに反対のこともまたおこりうる。即ち外国法が適用されるという熱意ある確定である。それはそうすると鑑定書を求めらるのであり、更に自らの判決が「上告に強い」ものとなるからである。<sup>(23)</sup>内国法が不公平だと感じられる場合には、一般に外国法適用への志向はより強まる。<sup>(24)</sup>

2、その評価は分れる。それが国際私法の正義、国際的判決調和、或いはまた法発見の公正さを犠牲にしてなされる場合には自国法志向は拒否さるべきである。他方自国法志向は国際私法の発展にとつてこれまで積極的意義を有している。<sup>(25)</sup>蓋し、若干の抵触規定の不当性は、実務上それが具体的に外国法の適用を定めている場合にはじめて意識されるに至るか、或いは少なくともその場合にはじめて抵抗が生じるからである。国際主義者の理想のように裁判所が内国法と外国法に同一の公平さで対するのであれば、裁判所は不当な抵触規定もよく忍耐して承認することになる。他方今や抵触規定が外国法の適用をもたらす場合には、それに対する批判的精神が外国法の適用に対する嫌悪を鋭くするのである。しかし個々の場合に内国法の優先があまり正当でなかった場

合においてさえ、そのことが時には、後に「全面的に」——即ち外国法の適用に有利にも——新しい考え方を刺激したのである。従って特定の問題に関する司法の評価に際しては、法廷地法をもたらす全ての決定をはじめから「不審なもの」として排除することは正当ではない。本来内国法の適用に対する非難にすぎなかったものが、長い間には双方向的規則となりうるからである。

明らかな例は反致(後掲第三五節)である。有名な最初のフォルゴアのケースにおいて、それはフランスで財産を取得しそこで子供がなく死亡したババリア人の無遺言相続を、単純にフランス国際私法によってババリア相続法(それによれば彼の婚外の母の傍系親族が相続することとなる)によらしめるのではなくて、ババリア国際私法に従ってフランス法に服せしめる(そしてそれにより遺産をフランスの国庫に帰属せしめる)に役立つものであった。しかし長い間には反致の觀念は疑いもなく判決の同一性を促進する転致にまで拡張されたのである。

裁判所の法廷地法への自国法志向を、いじ悪くも自らのきゅう舎への馬の殺到と比較してきた。今やその「きゅう舎への殺到」が、馬たちにその道程の最後の部分を克服する為のより強い力を与える場合には、法廷地法への自国法志向は国際私法においてしばしば新しい発展の為の最初の刺激を与えたのであった。

勿論自国法志向の積極的側面は単に慰めとなるにすぎず、推奨

に値するものではない。

(197) NUSBAUM (前出注(124)) 43.

(198) 自らの法の適用は M. WOLFF, Priv. Int. L. 18 の決して網羅的とはいえない列挙に従えば、以下のものによって促進されるのである。(1) 反致理論(後述第三五節をみよ)、(2) 内国法と外国法の一致の推定、(3) 公序の留保条項の過度の適用、(4) 可能な限り多数の法制度を訴訟と性質決定すること、(5) 制定法による特別規定、による。そのうち第三の形はフランスで、第四は英法領域で、第五はドイツ民施で特に頻繁に用いられる。——この点についての詳細は BISCHOFF, La compétence du droit français dans le règlement des conflicts de lois (1959).

WERNER GOLDSCHMIDT, Derecho internacional privado (Buenos Aires 1970) 20 によれば国際私法に関するフルゼンチンの判例は、唯一のテーマに関する一連の果てしないバリエーションとして扱えられうる。即ち外国法の適用を回避することである。

(199) Meili, Die internationalen Unionen……(1899) 76

(KEGEL, 前出注(170) 三七頁の引用によろ)。

(200) BARTIN, Principes (前出注(80)) の序文末。W. GOLDSCHMIDT, in Festschrift M. Wolff (1952) 214 N. 8 チャ「政治家は外国法の運用によって会戦が失われると常に信じてきたのである」参照。

- (201) 前出注(123)参照。
- (202) OLG Hamburg 19. 2. 1932. IPRspr. 1932 Nr. 59 (S. 128) 「各国の正当な自己尊重はその法に依りてのみとせられ、外国法の適用を、有力な理由が要求するのでない疑わしい場合には、裁判官に内国法に優位を与えることを許していいのである」参照。
- (203) M. WOLFF, IPR 76. — 個々の場合に、法廷地法の適用が、誤解された外国法の誤った適用よりもしかも国際的判決調和によりよく資することがあることを示すのが *DOPPEL, Rabelsz 23* (1958) 317 unten (英国人のドイツにおける離婚)及び *SLUYTERS, Ned. T. Int. R. 13* (1966) 310.
- (204) 第一版(四六頁注(113 a))で与れたスイス連邦裁判所の判例は放棄された: BGE 92 (1966) II 111. その判決によれば、判決は裁判官が準拠されると表明された外国法の代りにスイス法を、外国法秩序の内容の調査が裁判官に期待しえないという理由でスイス法が適用された場合であつてさえも(最近の同旨 BGE 88 [1962] II 195 [203])<sup>7</sup> 上告すべきないところのものであつた。
- (205) 法律回避の公式の促進にまでいたる。後出注(527)をみよ。
- (206) 自国法志向がいかに阻害的に作用しうるかの反対の例については、後出注(390)をみよ。
- (207) Cass. 24. 6. 1878 und 22. 2. 1882. D. 1879. I. 56 bzw. 1882. I. 301.

(208) *DAHM* (後出注(211)) 85 が国際法について述べたこと、即ち「新しい法はしばしば不純な手により作られる」ということが、国際私法についても若干の誇張を含むが、いえよう。まず一方的に適用された法は、「将来の法確信の先導者となりうるのである」。

IV、自国法志向の明らかな帰結としては、「国許に留まること」つまり明らかでかつ無条件の指示に基づいて外国法を適用すべきでない全ての場合に法廷地法を適用することが推奨されうる。<sup>(209)</sup> それは、まず外国法への原則的送致を明らかにし、しかる後にそれによつてやはり撤回するのが稀ではない場合よりもより単純かつ真摯であるように思われる。しかしその自制的な表現により、全ての例外を頭から余計なものとしてしまふ一義的かつ決定的な指示規定を立てることはむずかしい。——同様に逆に当初明らかにした法廷地法の準拠性が、時々特別の事案において(優先、後出第三八節参照。例外的には特別の申立てによる外国訴訟法の適用、後述第五三節II 4 参照)放棄されねばならない。いかなる精緻化していく法秩序においても原則と例外のかけあいは避けがたいのであり、従つてその場合に——特に比較的長期の間には——「例

外」が實際上は根本原則の適用より頻繁に起こるといふことも生じうる(たとえば、許可の留保付の禁止について許可が次第に頻繁に与えられるような場合)<sup>(20)</sup>。

國際私法上の度のすぎた保守主義が古くさくなつた規則をはつきりと放棄するよりも、次第により多くの例外によつて空洞化する方が望ましくないかという疑問は勿論正当である(たとえば、国籍主義又は契約の履行地への補充的連結。後出第二七節V又は第三〇節IIをみよ)。

しかしながら全体としては、國際的判決の同一性をもたらそうとし、それ故法定地実質法に何らの原則的優位性をみとめない抵触法の理想は、今日においても尚有効である。

(20) A. A. EHRENZWEIG の著ける „tend to stay at home“ の特別の意味については、つまり実質的基準 („forum policies“) による抵触法的観点の代置は、SIEHR (前出注 (73)) 569 をみよ。

(21) そのような展開が制定法上定着したのは、たとえば婚姻法第四条第三項及び第六条第二項である。即ちそこであげられた免除しうる婚姻障害の解除は、「重大な理由が婚姻の成立に反する場合に」(のみ)「否定される」べきである。

## 第八節 國際法

國際法は、國際私法、殊に國際的統一抵触法に対していかなる意義を有しているのであろうか。

I、國際法の概念は、古典的学説によれば西洋の若しくは今日では普遍的な國家共同体の法を包摂している。即ちそれは主權諸國家や若干の他のそれと同等の國際法主体(特に國際組織)の相互關係を規律している。それに対して國際法は一般的には私人の諸關係を含むものではない。たしかに現代においては國際法の直接的妥当性を私人に対しても認めようとする、即ち私人を國際法上の請求権や義務の担い手にしようとする動きはある(たとえば國際外人法、少数民族保護、人權保護、國際刑法によつて)<sup>(22)</sup>。しかしながらその場合に問題とされているのは大部分國家がその高權の担い手として参加している公法上の諸關係であり、従つて純法的關係ではないのである。いずれにしる國際法の重點は „droit international public“ にあり、従つて直ちに全ての „droit international“ を包含するものではないのである。

特に今世紀において國際法上も不明確となつた「主權 Sou-

「*verantwoordelijk*」の理念は、<sup>(213)</sup> いずれにしろ国際私法上何ら役に立つものではない。蓋し、各国の主権はその国境の杭のところ  
で終わるのであって、その法律の適用やその領土上の境界の外における高権行為の域外的効力の承認に対する何らの請求権をみとめるものではないからである。他方外国主権の尊重は、内国の法律を外国の事実関係へ適用することをも一般的に禁ずるものではなく、外国における高権的強制の行使を禁止するにすぎない。

時に政治的動向が国際私法の地域的統一の為にどの程度寄与したのか、たとえばラテンアメリカの一九二八年の *Código de derecho internacional privado* (Código Bustamante) 成立への汎アメリカ運動や、一九五一年五月一日／一九六九年七月三日の協定における参加諸国の統一国際私法草案の為にベルネックス同盟の創設、或いは最近のヨーロッパ共同体の固有の抵触法の為のある「Europa-Sog」<sup>(214)</sup> は、又別の問題であらう。

最後に国際的裁判所が国際条約に基づいて私的紛争の解決の為に用いられるという単なる事実は、その裁判所により適用され、若しくはまた自由に創造された法に国際法の刻印を押すことはできない。たとえばハーグの国際司法院裁判所がその規程第三八条により「文明諸国に承認された法の一般原則」を適用すべき場合に、<sup>(215)</sup> これらの原則はそのことによつて直ちに国際法となるのではない。<sup>(216)</sup>むしろ本来私法上の原則(たとえば有責の加害に対する責任)の適用に際しては、事案毎にこの原則が私法上の争いにおいて私法として働くのか、或いは国際法上の争いの解決の為に国際法で

より継受されたのかを区別しなければならない。

(211) この点にすぎたたとえば DARM. Die Stellung des Menschen im Völkerrecht unserer Zeit (1961) 参照。

(212) 最近の見解によれば国際法の内国私法への間接的影響はたとえは攻撃的戦争の禁止が、各国に攻撃的戦争の為の武器供給に関する私法上の契約をも無効と取り扱うべきよう義務付け、或いはある国の主権がその外交的代表的雇傭者を接受国の解雇保護法に服するべく義務付けることによる)と共に、又直接に国際法的(「涉外法的」*internationellrechtlich*「*es*」)私法が、特にその担い手がある国の法に服することなく私法的形態において国際法的機能が行使される場合(たとえば国際赤十字委員会の援助行為)に存在している。たとえば KRAUSE-ARLASS, Das Internationalrechtliche Privatrecht: RabelsZ 38 (1974) 614 (616 f., 618 f. mit weiteren Nachweisen) をみよ。

(213) HALLSTEIN, Mitt MPG 1963, 134: 「……かくて主権は専らそれによつて濫用する為にだけ人間が創み出した概念に属するといいたる位である。」参照。

(214) その詳細は BONNICHON, La notion du conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois: Rev. crit. 38 (1949) 615 ff. sowie 39 (1950) 11 ff. その書評 GAMILLSCHEG, RabelsZ 17 (1952) 496 ff. 参照。更に VANDER ELST, Con-

fits de lois et conflits de souverainetés : Rev. Inst. belge  
31 (1954) 85 ff.

(15) DROBNIG, Das EWG-Übereinkommen über die Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen: Die AG 1973, 90, 125 (131) 参照。彼は、「将来はこれまで一種の法的ヨーロッパ熱のうちに行われてきたよりはるかに厳しくEECにおける法統一計画の必要性を検討すること」を要求している。「……即ちまず第一に完成した草案が存在すると、これが実質的疑念がもはや何も物を言わなくなる(それ自体喜ばしい) 政治的なヨーロッパのうずにあまりにも安易にひきこまれてしまうのである。」恐らく(EEC諸国)の契約上ならびに契約外の債務関係の準拠法に関する条約の予備草案はより肯定的評価をうけることだろう。この点についてはたとえば Rabalcz 38 (1974) 6 ff., 211 ff. (LANDO 及び VON OVERBECK/VOLKEN の論文及びドイツ語テキスト) ならびに European International Law of Obligations, Acts and Documents of an International Colloquium…… (Tübingen 1975) を参見。

(16) 前出注(6) 参照。  
II. 普通国際法は、私法的に意味のあるわずかの規定を含んでい  
るにすぎず、それはしかも外人法——ここではこれ以上立ち入  
らないが——についても法適用法についても同様である。

国際手続法においては、国際法と国内法との間の交渉が無  
数にある。ここでは、裁判権免除(後述第五四節II)、民事  
手続における国際法上の請求権の主張、訴訟上の人権(いわ  
ゆる最低基準)及び外国の国際法違反行為の承認という諸問  
題だけをあげておこう。

1、原則として国際法共同体のいずれの構成員も、他の構成員を  
それ自体として承認しなければならないのみならず(いかなる条  
件によってか、ここでは述べえない)、その法秩序をも尊重し  
なければならぬ。それ故、いかなる国家も外国法を斟酌するこ  
とを、原則として、あるいは個々の場合に恣意的に拒絶してはな  
らないこととなる。更に進んで国際連合の時代においては恐ら  
く国際的協力の義務を問題として、従ってその国際私法によつて  
国際的法交通に役立つべき各国の義務を問題にすることもでき  
る。しかしそれは、その自らの利益の維持という枠内において  
である。それに対して国際法上の平等原則から、外国法と内国法  
の完全な平等取扱いの為の諸国の義務をひき出すことはゆきすぎ  
であろう。

2、一般国際法が、国内抵触法の内容に対して具体的な個別規定  
をも含んでいるか、には争いがある。その点については恐らく次

のことがいえよう。即ち特定法秩序の適用は、その事実関係がその法秩序だけへの連結を示している場合には国際法上要請されており、その事実関係が内国へ唯一の連結をも全く示していない場合には自国法秩序の適用は禁じられている<sup>(217)</sup>。いずれの場合にも前提をなすのは、政治的かつ倫理的に中立的な問題をめぐっているということである<sup>(218)</sup>。

更に他の内容的に特定の抵触法命題が全ての世界で妥当しているような場合には（たとえば土地物権に対する所在地法の準拠性、債務法上の行為の方式に対する所在地法の準拠性の妥当性、国際的商事取引契約に対する準拠法の合意の原則的な許容性）、又別の定めをおく為にこれらの原則から逸脱しないよう諸国に義務付け<sup>(219)</sup>る意識が、それを国際法と性質決定する為には欠如しているのである。そのような原則は、超国家的、共通（あるいは普通といえるであろうか）慣習法と呼ばれうるであろうが、国際法ではないのである。

それ以外においては、場合によっては外国法を適用すべき国際法上の義務は三重の訴訟法上の留保に服している。即ちそのような法の適用は、当事者が手続においてそれを援用しなかった場合（後述第四三節Ⅱ）、或いはこの法の内容が国内手続法により

規定されている方式において証明されない場合（第四三節Ⅱ参照）、或いはその適用が裁判所その他の官庁又は職務行為者に異質の活動を要求するような場合（たとえば職権による事実関係の調査、後述第五四節Ⅲ）には行われなことがある。更に公序による実質法的留保及び相互性又は報復の政治的留保（後述第四五節）がつけ加わる。これらがそれとして国際法上どこまで制約を受けているかは後に論じるべきである（前掲）。

3、諸国が、その国際私法の適用に際して、国際法上承認された基本的諸価値、殊に人権を保護すべき義務を負う国際法上の公序は、これまでのところ実定国際法の構成部分としては証明されえない<sup>(220)</sup>。

国際法に対する国際私法の独自性については後述第二七節Ⅲ3（国籍）及び第四四節Ⅱ1b(2)（承認されていない政府の法の適用）参照。

4、国際法上の条約に関する一般的原则は、原則として国際法の領域における条約についても妥当する<sup>(221)</sup>。その際に勿論注目すべきであるのは、それらが国際的に統一的な私法を含んでいる限りにおいて全ての条約の解釈について特殊性が認められるということである。勿論その限りにおいても国際的に統一的な解釈が求められねばならない。しかしたとえば各国主権の最大限保持の原

則、即ち疑わしき場合には拘束力が否定されるべきことは、施行、加盟、解除、留保等に関するいわゆる議定書による、或いは最終の条項に關してのみいえるのである。それに対して内容上の規定は民事法上の原則の遵守によって、つまり法秩序の無欠缺性と内の完結性の意味で解釈されるべきである。<sup>(217)</sup>

「*pacta sunt servanda*」という国際法上の原則は、ドイツ連邦共和国ではたしかにまさに憲法のランクを有しているが（基本法第二五条）、国際私法においては大抵の抵觸法条約が明示又は黙示の内国公序の留保に服していることよって、大巾にその価値を減じている（後述第五一節IV）。その他に、条約が絶えず遵守されない場合には運用停止（*desuetudo*）により無効となる。<sup>(218)</sup>

国際私法条約の妥当性に対する戦争の意義も又国際法上の問題である。即ち何らの国境を超えた官庁の交流を前提していない純粹の法適用条約が継続しているか（いわゆる區別説）<sup>(219)</sup> また戦争による停止の後に再適用が明示に合意されねばならないか、或いは再適用の障害がなくなったということ（そして遅くともいかなる時点からそうかということ）を適當な宣言が確認すれば足るのか、また停止の終結の後に——また可能である限りは——以前の事實関係も再び条約上の抵觸法に従って取り扱われるべきかとい

うことである。<sup>(220)</sup>

(217) Makarov, *Völkerrecht und IPR*, in: *Mélanges Streit*

I (Athen 1939) 535 (552 f.) 以下。

(218) 上の追加に *von* Gamlischer, *RabelsZ* 37 (1973) 810 の批判、即ち不法行為及び離婚事件における法廷地法の一般の適用が、国際法違反とみるものであるが、それに答えることとした。

(219) Makarov (前出注 (217)) 548 f. sowie DERS., *IPR und Völkerrecht*, in: *Skrupp (-Schlochauer), Wörterbuch des Völkerrechts* II (1961) 129 (130) 参照。

(220) 個別的には私の書評 *SAUVEPLANNE, International private recht-International recht?* (1962): *RabelsZ* 28 (1964) 172 (173) 参照。ラウターマンはそのボル事件（前出注 (178)）における *separate opinion* において各国内公序の留保だけを国際司法裁判所規程第三八条の意味における *general principles of law* とみなしているが、国際的に統一的な公序をそうはみていない（九二頁）。

(221) ドイツ連邦共和国の公式用語は最近「上位概念として」國際的合意（*internationale Vereinbarungen*）を用いており、それに対して「条約（*Vertrag*）」を國家元首により締結された合意について、「協定（*Abkommen*）」または「協定（*Übereinkommen*）」を政府間で締結されたものに対して用いている。

19. ZaöRV 30 (1970) 650 及び後田田(223) 及び。

(222) 基本法及び F. W. Bayer, Auslegung und Ergänzung international vereinheitlichter Normen...: RabelsZ 20(1955) 603 (629 ff.). 最近 G. Kropholler, EinheitsR 236 f., 285 ff. 及び。

(223) Baechler, Z. f. Vormunds. 1975, 13 及び、スミスとノーレニブ、スモンソンに対する関係の一九〇二年の「後見条約」が、そのものである。

(224) 恐らくこの趣旨を述べているのが Aubin, Ist das Hager Zivilprozessbkommen heute in Deutschland anwendbar?:

5. Beiheft zur DRZ (1948) 10 (18), und seine Ann. „Kriegseinfluß auf Staatsverträge über Fremdenrecht“: RabelsZ 16(1951) 133 (134).

(225) 第二次大戦後の「不統一」で占領軍の介入により尚更複雑となったドイツ実務の分析に際して「反対の結論に達したのが HOENICKE, Die Fortgeltung von Verträgen des Deutschen Reiches in der BRD und der DDR (1972) 92—95, 137—168, und BLECKMANN, Die Wiederanwendung deutscher Vorkriegsverträge: ZaöRV 33 (1973) 607 ff.——議會の同意を伴わずに再適用に関する合意の効力の国法上の問題として WENGLER, Völkerrecht I(1964) 207 N. 1 und 805 N. 2 及び。

(226) (詳細な理由をあげず) 否定的なのが KG (West) 28.

10. 1967, FamRZ 1968, 324 mit Zweifelder Ann. Neu-Haus ebl. 463 = IPRspr. 1966—57 Nr. 99.

III ‘条約國際法をなすのが、それにより当事諸国が特定の國際私法統一規定を制定すべき、或いはある手統法的措置をとるべき義務を負う國際的協定’、更に広義の國際私法問題に対して國際的裁判所や仲裁委員会の設置及びそれへの提訴に関する協定である。その数と意義は、第二次大戦後特に西ヨーロッパで非常に増加したので、若干の法分野においてそれに匹敵する国内抵触規定より類繁に適用されることとなった。

それらの協定を付録に於いてだけ、また恐らくは小活字で取り扱うという、ドイツのコンメンタール及び教科書の古くからの慣行は、従って誤解を招く可能性がある。個々の場合に国内（「独自」）抵触規定の適用の前に、常に条約に依ることがないのかをまず検討すべきである。

個々の点においてはまた若干の区別が生じる。<sup>(227)</sup>

1. 条約当事者の数に応じて双面的（双面的）と多面的（多面的）条約を区別することができる。<sup>(228)</sup>

“Convention double” は、それに対していさゝか別のことを意味している。即ちそれは、内國裁判所（その固有の活動に対して）並びに外国官庁（その裁判の承認の為の前提問題として）の國際的管轄権を規定している条約である（後述第五節 III）。

そして「Convention triple」とは更に加えて各々の準拠法をも定めていた条約を指す。

二国間条約は東側ブロックで支配的であり、そのヨーロッパのメンバーは一方では相互に国際私法及び国際的手続法に関するそのような条約の完全な網により結び合わされており、他方では若干の西側諸国と同様の協定を締結したのである。これらの条約が細部で相違している限りでは、当然ながら各裁判所所属国にとっては、二つの相異なる締約国と関連性を有する事実関係が、ある国に対してはこの法により、他の国に対してはかの法により判断されるべき場合に抵触の可能性が存在している。

西ヨーロッパで支配的であるような多辺条約については、このような危険はより小さいように思われる。しかしながら多数の国際的委員会は、相互の協調なく今日国際私法に関する条約を生み出すのであるが、同じ様に紛争をもたらすに到るか、或いは少なくとも裁判官をまどわすことになりうる。<sup>(28)</sup>かくてドイツ連邦共和国の裁判所にとって、今日ではハーグ国際私法会議、国際民事戸籍委員会(C.I.E.C.)及びヨーロッパ共同体の諸条約が併存して考慮されるのであり、それと並んで国際連合、そのヨーロッパ経済審議会(E.C.E.), ストラスブルクのヨーロッパ審議会のそれら、

並びに国際連盟時代からの若干の古い条約も考慮される。その混乱は、非加盟国に対する条約の相異なる適用可能性によっても、(少なくともドイツにおいては)新しい条約の発効と更に既存の条約の実施をしばしば遅きに失するようになってはじめて公示するといふ昔からの悪習によってもひどくなるのである。<sup>(29)</sup>

混合形態をなすのが双方の付属協定により補充される多辺条約であり、たとえば一九七一年のハーグ承認・執行条約は、その内容が多辺的に合意されているが、その実施は各々双面的にのみ行われるべきこととなっている。<sup>(30)</sup>

2、加入の可能性に応じて閉鎖的、開放的、半開放的条約が区別される。<sup>(31)</sup>閉鎖的条約には、せいぜい特定の諸国が事後的に加入しうるにすぎない(たとえばその条約が締結された会議への参加、或いはある種の国際的組織の構成員)が、開放的なそれへはそれに対して全ての諸国が加入しうるのである。半開放的条約については新しい諸国の加入が、全てのそれまでの当事国により許諾されねばならないか、或いは許諾した諸国に対してのみ有効となるか、逆に明示的に反対した諸国に対してのみ効力を持たないか、がまた区分される。

3、有効範囲によつてい、いわゆる「lois uniformes」——より適切に

は全面的又は無条件の統一法に関する条約——であり、それまでの国内抵触規定に当該領域において直ちにとつて代わり全ての抵触事案において適用されるものと、単純な条約で事実関係が締約国の一つに対して特定の関連性をもつ場合にのみ適用すべきものとが区別される<sup>(228)</sup>。第二の態様の条約においても、常に他の締約國への関連性が要求されるわけではなく、一部は条約と縁のない國家の法が決して適用されるには及ばない<sup>(229)</sup>ということを、消極的に定めているにすぎない。

単純な条約法と独自法の間には、しばしばわずかの違いが認められる(たとえば昔の一九〇二年—一九〇五年のハーグ条約と民法法のそれに相当する諸規定の間で)。しかしながら単純な条約と並んで、特別に外国人・外人法に敵対的な一般的国際私法も存在しうるものであり、それは、それらと何ら条約による合意が存在しない諸国に対するいわば戦闘法である(前述第六節III序参照)。全体として国際法は、統一的国際私法の理想にとつて注目すべき意義を有するが、決して決定的意義を有するものではない。

(227) 類型論については KROPHOLLER, EinheitsR. 98—104 をも参照。

(228) ドイツ連邦共和国の公式用語法においては最近は前者のみが „Abkommen“ と称され後者は „Übereinkommen“ とよ

ばれる。日常の用法ではしかしながら二番目の語は——特に合成語では——いさゝか重苦しく、従つて古い条約の引用は外来の名称をむしろ維持してゐる。

(229) 前出注(167)参照。

(230) Vgl. KROPHOLLER, RabbeLZ. 33 (1969) 172.

(231) J. G. DE VRIES, Majoros, Systeme der „Bilateralisaton“ von multilateralen Konventionen: Z. f. Rvgl. 14 (1973) 4ff.

(232) 「この場合に結局は政治的性格を有する解決が問題とされる」ので、「加入条項についてはハーグ會議の總會ではほとんど全く議論されないのであつて舞臺裏で解決される」のである。かように KIEVEL, Bewahrung und Reformbedürftigkeit des Haager Ernuntigungsabkommens (Diss. Bonn 1973) 223.

(233) 第一の種類の条約に対してはハーグ會議は以前は次の定式を用いた。即ち「締約」諸国はその各国の国内法において……その諸規定を制定するべく合意する。」最近はそれに代えていわく「その適用は、相互性のいかなる条件にも依存しない。条約は、その準拠法が締約國のそれでない場合といふことも適用される。」

(234) かようにたとへばハーグ扶養条約第六条はいう。この点にCf. DÖLLE, NJW 1967, 2250 参照(同意するものはBGH 5. 2. 1975, FamRZ 1975, 272)。同様にして一九〇二年ハーグ

離婚条約第九条第二項。従つてこれは趣旨に即していはば——「締約国の一における全ての訴え」へその適用可能性があるにもかかわらず(第九条第一項)——非締約國に有利に管轄権排除をもちたらしめなざらざる：MOSCONI, Rev. Dir. Int. Priv. Proc. 11 (1975) 5ff., vgl. BGE 40 (1914) I 418.