



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	国際私法の基礎理論（5）
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, 34(1), 183-214
Issue Date	1983-07-29
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16432">https://hdl.handle.net/2115/16432</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	34(1)_p183-214.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(五)

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

(以上第三三卷六号)

## 第九節 比較法

## 第一〇節 歴史

## 第二章 抵觸規定の構成要件

## 第一一節 抵觸規定

## 第一二節 類型化か個別化か

(以上本号)

## 第九節 比較法

比較法は国際私法にとって二つの形において重要である。即ち抵觸法の比較として、実質法の比較として、である。<sup>255</sup>

Ⅰ 抵觸法の比較——即ち相異なる国内的な或いはその他の抵觸法体系の比較——は若干の特殊性を伴うが一般的な比較法の一分野である。<sup>236</sup>

1. 抵觸法の比較の意義は、本質的に他の種類の各比較法のそれに照応する。即ち(a)それはその特殊性と其の隠れた共通性をきわ立たせることによって相互に比較される法秩序のよりよき理解に役立つ。(b)それは特定の問題についての他の解決の可能性、また国際的に認められた解決方法の水準について教え、かくて(c)それが裁判官

による法発見によるか立法により行われるかして) 自国法の絶えざる発展を促す。(c)それはまず最適のしかも最も早く一般に受け入れられうる解決方法を見出すことを可能にし、その後統一された法の一様な適用を監視することにより法統一を準備しそれに随伴するのである(前述第二節Ⅱをみよ)。(d)それは国家的実証主義の精神的狭隘さから解放する。

実定的国内国際私法の適用が外国抵觸法の参酌をもたらす場合には(後述第三五節反致、第三八節優先適用、第四六節先決問題)、抵觸法の比較には更に特別の任務が付け加わる。勿論この場合になお外国抵觸法と内国抵觸法の比較を云々しうるかは疑わしい。更に涉外弁護士も、若干の国際的に管轄権を有する諸国の間からその國

際私法が自分に最も有利な法の適用をもたらず国を探する場合に抵触法の比較を行っているのである。

2. 世界の四大法圏<sup>(237)</sup>——宗教的法圏、ローマ・ドイツ法圏、アングロ・アメリカ法圏及び共產主義法圏がそれらであるが、ここでは(大まかに単純化していえば)法が、宗教の一部として、国家による命令として、裁判官による判決として若しくは支配している政党の闘争手段として認められている——のうちここでは最初のもものと最後のものが比較対象としては脱落する。

宗教的な法はせいぜい人際抵触法を生み出すにすぎず(後述第四二節をみよ)、何ら空間的それを生み出さない。それが空間的抵触法のようなものを必要とする場合には、特に国際的な商取引の領域においてはヨーロッパ国際私法を直接に継受するか模倣するかしたのである。

オーストリアの法哲学者であるルネ・マルチツク(Rene Mar-  
CO)が「東洋の没落」——即ちその生活様式の——と述べ<sup>(238)</sup>、国際的  
法曹会議において今日アジアとアフリカの代表者達が殊にその大陸  
ヨーロッパ法とアングロ・アメリカ法における教育に従って相互  
に区別される場合には、それは過渡的段階の頭れでありうるであら  
う。ゲルマン人がその文化の繁栄をローマ派を経過した後になつて

はじめて達成したように、恐らく有色諸民族もヨーロッパ文化との対決の後にはじめて国際的法発達への固有の寄与をもたらしうる  
のであらう。<sup>(239)</sup>

しかし共產主義諸国は「共存」のきざしの中で西側の抵触法に對する以前のその批難を次第にひっこめ西側の抵触法に適應してきた。殊にソヴェートの抵触法は一九六一・六八年の法典化の後<sup>(240)</sup>においても極めて未発達なものである。東側の他のいかなる国も大  
ていの適切なオーストリアの一九一三・一四年草案に影響をうけた  
自らの中部ヨーロッパ的法伝統をそれによって放棄しようそら  
れるという感じを持ちえないのである。<sup>(241)</sup>——大陸ヨーロッパ  
制定法とアングロ・アメリカ判例法の対立も、詳細な制定法が——  
特に国際的な債権・物権法について——ほとんどどこにもないとい  
う限りでは国際私法においては何ら大きな役割りを果たしていな  
い。

ところで判例の立法に對する優位がアングロ・アメリカ經驗主義  
にのみ対応し、大陸ヨーロッパの体系的思考にとつては制定法と特  
に法典化がより適切であるということが広く流布されているが、そ  
れは誤りである。判例の優越は純哲學的・体系的演繹においても主張  
される。<sup>(242)</sup>特に抵触法の領域では制定法がそれをまれに押しつけてい  
る場合には、英國判例は制定法を文言に忠実に適用し、たとえば一  
八六一年の遺言法(Lord Kingsdown's Act)の personal estate

と real estate というしばしば批判をうけた區別を movables と immovables という英國抵觸法上その他の場合に一般的な區別に転換していこうとはしなかつた。<sup>(243)</sup>一九六三年の Wills Act (G. 44) がはじめてこの問題の根を断つたのである。たとえばフランスの判例が不完全な民法第三条から行つたこと、或いはドイツ判例がカズイステイッシュな民法法第二七条から反・再致の一般原則を展開し、又オランダの判例が法の文言に反して相続財産の統一性の原則を不動産に対しても貫いたことは、ずっと高く評価されるべきである。

今日の國際私法の重要な内容上の対立の境界線、たとえば国籍主義と住所主義、属人法の支配と所在地法、外国法の多かれ少なかれ同等の適用と法廷地法の優先の間の対立の境界線は、法圏の境界と幾重にも重なりあつているのである。

3. 残つたのは方法の伝統的な相違、即ち、大陸のより理論的・演繹的思考とアングロサクソンの帰納的・實際的処理の間のそれである。そこでは両者の側で地理的な支持グループの急進化が生じている。即ち純粹の理論が南ヨーロッパ及びラテンアメリカで支配的であり、そこでは國際私法及び外国法適用のドグマティックな分析の方が實際的任務の解決より大いの著述家達の興味をひくように思われる。それに対して合衆国においては普くプラグマティズム (interest approach, policy weighing) が支配している。その間にあつて中部ヨーロッパと英國においては、その両極端と批判的

に対決することによつてむしろ調整を求めようとしている。

單純化して定式化すれば、<sup>(244)</sup>ヨーロッパ並びにアメリカの南においてはそれからできる限り國際私法の閉鎖された体系を構築しようとする諸原理のためにより多くの学問的努力が払われている。合衆国においては少なくとも國際債權法において、即ち契約・不法行為・危険責任に対しては、利益の体系抜ききの衡量が好まれる方法となつた (家族・物權・相続法においてはずっと尚伝來的規則が妥当しているのであるが)。ドイツにおいては一方では國際私法の一般原則及びその抵觸に関しての、他方では國際私法における「利益 (Interessen)」に關しての議論が開かれた体系をもたらず傾向があり、それは再三再四変遷する具体的事実に即して吟味されるが、やはり個別の解決をより大きな関連の中へ組み入れようとするのである。エールンスト・ラーベル (Ernst Rabel) は既に一九三五年に適切にも「下からの体系構築」を要求していたのである。<sup>(245)</sup>

より緊密な法家族の内部においてはまさに抵觸法領域において、疑問のある問題については他国からの主張や權威を懸念することなく引用することが示しているように、<sup>(246)</sup> 國境を越えた素朴な法共同体が時に支配しているのである。しかしそれはもう単なる法比較以上のものである。

4. 法比較を行う者の道は、(外國法の異質性に直面して) 驚がくから (自國法を知らなければ知らない程それだけ強いものであるの

を常とする) 陶酔と(より仔細にみると外国法の制约性と弱点が認められる場合の) 失望を超えて(多くの者がそれに屈するよう) なあきらめの危険をくぐって、ついには熟考を経た外国法と自国法の特別の所与性を尊重するような評価にいたるのである。

その地の抵触法において作用しアメリカの経験と理論を直接にヨーロッパへ持ち込むことを拒んでいる合衆国の実質法の若干の所与性は既にジーア(Siehr)の指摘するところである。これに恐らく心理的要因が加わる。即ちずっと細やかにニュアンス付けられた最近のヨーロッパ国際私法をほとんど知らないままになされた、実際の法慣行をあまり斟酌することなく一方的に既得権の保護に向いた概して全く硬直化していた第一リストメント(一九三四年)に表わされたビールの国際私法に対する反乱である。<sup>(243)</sup>——外国の模範のより賢明かつ適度の利用の積極的な例をなすのが、たとえば一九六三・六五年国際私法のヴェネズエラ草案である。その理由書において既にヴェネズエラにおいては「このテーマにおいては判例の真の伝統が欠如している」こと、従って「根本的な原理をあまりに単純かつ一般的に立てると」同様に「あまりに技術的、厳格かつ詳細に定式化すること」も役に立たない旨を指摘している。従ってその草案は簡潔な確かな規則を得ようと努めるが、その際には勿論時に規則の言葉の上での簡潔さ、たとえば全ての契約外債務(不法行為、事務管理、不当利得)に対する原因発生国への統一の連結が、精確さ——たとえば不法行為において行為地が意図されているのか

結果発生地か、のような——や正に実質的精緻化と比べてもより重要だとされることがあるのだが。

5. 比較法的な国際私法の現状認識によれば、国内抵触規定が明らかに強度に相違しているにもかかわらず、ペンシズムには何らの根拠も認められない。<sup>(236)</sup> たとえば法的構成が全く相異なっていくような同等の文化的、経済的事情においては相異なる法秩序がほぼ同一の結果に至るというのが、あらゆる比較法の主要な結論である。この経験は国際私法においても確認される。

連結の最も良く知られた対立、即ち国籍主義と住所主義のそれについてみてもこれは分る。蓋し、一方では特にイギリスの住所概念の構成は(それによれば決して帰らないという意思(*animus nunquam revertendi*)も住所変更となる)、往々にして国籍主義と同一の法秩序に至るのである。他方では国籍主義の枠内では、二重国籍者や政治的難民について、ただ一つの「実効的」国籍だけを顧慮することによって益々住所主義への接近が果たされる。——外見上相異なる連結の機能の同一性に対する他の例が、国際契約法上の当事者意思と客観的連結について認められる。ドイツにおいては「仮定的当事者意思(*hypothetischer Parteiwille*)」の名称の下で実際には「契約のプロパー・ロー」という英国の定式やスイスの「特徴的給付の法」の探究におけるのと同様に重点への客観的連結が行われている。逆に、厳格に客観的な響きをもつ連結素の中には、實際上当事者自治に近付き、国際私法を「私的支配のフットボ

ール」<sup>(25)</sup>となす操作を受けやすいそれが存在する。——第三の極端な例をなすのが、イタリア及びオーストリアにおける動産に対する権利の取り扱いである。即ち、法の文言によればそのような権利はイタリアでは所在地法に服し（民法前加篇第二〇条）、オーストリアでは「所有者の人格と同一の法律」に服する（一般民法典第三〇〇条）のであるが、実際には両国では同様の区別がなされている。つまり物権法上は所在地法が、家族・相続法上は属人法が妥当するのである。

しかし、連結の内部においてのみならず、外見上は全く相異なる国際私法の法的形態 (Rechtsfiguren) の間にも機能の同一性が認められる。既にマルティン・ヴォルフ (Martin Wolff) の指摘するように、国際的に広まった「自国法志向」が、フランスにおいては特に公序の助けを借りて、イギリスにおいては訴訟法という性質決定の方法で、ドイツでは一方的抵触規定によって行われている<sup>(26)</sup>。同様に強行的債務法の分野では多くの諸国においては、ドイツで外国為替法や対敵通商取引法等々の規定を明示的な特別連結によって達成している通常の債権法的連結規則の打破の為に公序が用いられるのである。

最後に同一の現象が、国際私法とその隣接法領域との関係においても認められる。かくして若干の法秩序を同時に適用する場合における抵触法的「適応」は、実際には、他の場合には外人法として生み出され、或いは国際的法統一の場合にも絶対的に国際的な事実関係に対する特別法 (Spezialrecht) として生み出されると類似の

混合法 (Mischrecht) 又は特別法 (Sonderrecht) の適用をもたらすのである。大陸ヨーロッパの人間にとつては準拠法の問題が前面に出てくる場合に、英米法が「ジュリスディクション (Jurisdiction)」の問題を前面に出す（そして管轄権ある裁判官にその法廷地法に従い解決せしめる）ように、国際私法と国際訴訟法の間においてさえ同様の代替性がみとめられる。

このような現象の分析に際しては、まず、形式的に、真の妥協、即ち二つの法秩序が相矛盾する原則から出発しながら例外制度の方法で極めて大巾に接近するので両者がその中間で出会うことになる場合と、他方での本来の機能の同一性の事例、即ちそこでは全く相異なる、いわば同一とはいえないレベルで作用する制度が同一の実際の需要を満たす場合とを区別することができる。妥協の例をなすのが、前に第一にあげられた連結であり、真正の代替可能性は、たとえば「自国法志向」や適応において認められる。

しかしながら法政策的には、機能の、あるいは結論の同一性を単に確認することで満足すべきではなく、どのような法的構成が、各々実質的により適切で、より単純な、従って一般的に受け入れられるに適していると考えられるかを確かめるべきであろう。

(25) Vgl. Makarov, IPR und Rechtsvergleichung (1949) - その要約は in: Rotovdu, Inchieste di diritto comparato

II : Duts et méthodes du droit comparé (1973) 465 ff.

国際私法における比較法の歴史についての特色を参照のこと。

(236) この点についてはたゞはたゞは拙稿「比較法」の項 in: Staatslexikon<sup>6</sup>, VI (1961) 732 ff. を参す。

(237) (個々の制度を比較する) 制度的方法を (ある実際的な個別問題から出発する) カスニスマティックな方法と対立する。比較法の系譜学的方法をカトリック的とするのが Grave, Law and State 10 (Tübingen 1974) 80f.

(238) MARCIC (前田社(註)) 5; Vgl. 15: 「今日東洋では、自由法国家、民主制、報道の自由と思想の独立性の為に人が死ぬのである。」彼の本の書誌 RabelsZ 24 (1959) 160 ff. を参照せよ。

(239) 衆議 "Der Widerspruch gegen das Recht": AcP 150 (1948/49) 514 ff. は恐らくは現在の現実を失ったのであるが、しかし基本的には無用なではないだろう。

(240) Siehe RUBANOV, Fragen des IPR in den Grundlagen für die Zivilgesetzgebung der Union der SSR und der Unionsrepubliken: RabelsZ 27 (1962-63) 698 ff. (邦文はドイツ語で書かれた ebd. 719 ff.); MAKAROV, Kollisionsnormen in den "Grundlagen für die Zivilgesetzgebung der Sowjetunion und der Unionsrepubliken": OER 15 (1969) 1 ff.; ders., Kollisionsnormen in den sowjetischen "Grundlagen" des Ehe- und Familienrechts, in: Fs. Rheinstejn (前田社(註)) I. 363 ff.

(241) 中国のドイツ Rheinstejn, Am. J. Comp. L. II (1962) 639 ff. (特に国際私法についての注) 一般の法源及び法源としての注を参す: 「共産主義を受け入れるまでにその過程としての」中国は西歐文明の一部を形成するに際した。

(242) Vgl. MARCIC (前田社(註)) の書評を a. a. O. 161.

(243) たゞは Dicey, Conflict of Laws<sup>7</sup> (1958) 605 を参す。

(244) 以下の注についての拙稿 "Prinzipien oder Interessen als Grundlage des IPR?", in: Akrothimia Valindas (この点についての注を参す) Thessaloniki 1971 のドイツ文を参す。

(245) RABEL, in: 25 Jahre Kaiser Wilhelm-Gesellschaft III (1937) 109=Aufsätze III. 220.

(246) 専断な例をたゞは BGH 22. 11. 1962, BGHZ 38, 254 (256) =IPRSpr. 1962-63 Nr. 35 (租税の準拠法についての) : 「前提として、その限りには結論及びその理由に於いてドイツ連邦裁判所の判決 BGE 77 II 189 以後のものである(それ以外の引用は同所)」であるが、この判決は「ドイツの裁判法と共にドイツ人の文献だけを引用してはならない」。

(247) SIENR (前田社(註)) 587 ff.: アメリカ合衆国の連邦構造、アメリカ法の「統一性」、アメリカ民事訴訟法。特別の思考様式についての六二六頁を参照せよ。

(248) 比較法コンメンタールの註を参す(註)。

(249) República de Venezuela, Ministerio de Justicia, Exposición de motivos y proyecto de ley de normas de

derecho internacional privado (Caracas 1963 und 1965), 各々三頁の点でよく抽繹 Observaciones de derecho comparado, in: Libro-Homenaje ... Herrera Mendoza I (Caracas 1970) 53 ff. 更に La actualidad de la codificación de d. i. p., in: Libro Homenaje ... Sánchez-Covisa (Caracas 1975) 217 ff.

(250) 極めて誇張して述べらるゝが、C. Jones, The Irish Jurist 3 (1968) 320: 「条約の助けなしでは現代抵觸法においては: ... そのような統一性は一角獣同様神話的に見えはじめ。」

(251) KRONSTEIN, 後出注(523)をみよ。

(252) 前出注(198)。

## II 国際私法にとって実質法の比較は、三重の意味を持ちうる。

1. 直接的には、それには国際私法にとって実質法に対する法事実研究と類似の役割りが認められる。蓋し、国際私法は、「法上の法」として、いわばその「原素材」としての、その適用範囲を画定すべきである個々の実質法秩序と関わっているからである。抵觸規定の定立に対しても、また個別事案におけるその解釈と適用に対して、外国法の知識——しかもまさにそれを内国実質法と比べてみた場合の相違と一致におけるそれ、即ち比較法——が、単に役立つのみならず、まさに不可欠なのである。その点に関する詳細は、国際私法の個々の制度においてふれるべきであろう(後掲第一三節以下

性質決定、第二〇節連結の原則、第二九節常居所、第四七節適応、第四九節公序、第五二節補充法をみよ)。ここでは方法だけについて一般的にふれるとすれば、それは裁判官が、個別事案においては、内国法と特定外国法の間の方的比較法で満足しなければならぬのに対して、多面的、或いは普遍的でさえある比較法が、学問ならびに立法者の任務でありつづけるという点であろう。

2. 間接的には、比較実質法は、時折国内法秩序の代りに適用され従って国際私法の任務を著しく軽減する共通の法原則が、その助けを借りなければ確かめられないという限りでのみ国際私法にとって重要なのである(この点については前掲第二節II 4 参照)。

3. 最近議論をよんでいる学説によれば、比較法は、国際私法に対して補充的に——いわばその代用物として——働くべきだという。ツヴァイゲルト(ZWIGERT)によれば、裁判官は、個々の事案において「特定問題について抵觸規則が存在せず、或いは相当の疑問を生ぜしむる場合においては」、各々参酌に至る法秩序相互を比較し、「より適切な」規則を適用する、即ちその裁判官の見解によれば当該法益を最も有効に保護する、或いは幾つかの法益の抵觸の場合にはその抵觸を最も釣り合いのとれた方法で解決する規則を適用すべきであるという。しかし裁判官が、「相当の疑問」の度毎に抵觸法的解決を放棄するものとすれば、それでは新しい抵觸規定の裁判官に

よる形成、古い抵触規定の精緻化、或いは係争問題の解明による国際私法の継続的發展は一体なお可能なのであろうか。その上この法秩序が「参酌に至る」のかも極めて不確かでありうるのである。即ちこれは、伝統的連結素が指示する法秩序だけを指すのか、或いは事実関係が場所的又はその他の関連性をそれに有しているものを用いるのか、(一方当事者又は裁判官の偶然の知識に従い)「進歩的」解決を提示するいずれの法秩序でさえも指しているのであろうか。最後にツヴァイゲルトにより勧められた裁判官による評価の基準——「進歩的法思考……、というのも進歩的思考によってのみ法の發展が、社会問題の急速な変化についてゆけることになるだろうからである」<sup>(254)</sup>——は一義的とはいえない。社会的現実は、しばしば波状或いはジグザグに進むのであり、進行性の墮落の可能性を度外視してもそれによって「進歩」も相対的な概念となる。国際的法的交通においては——経済的競争におけるより良い商品のように——より適切な解決が長期的には国際私法の全ての形式主義に抗して自らの目的を達する、という見解を主張することもできよう。<sup>(255)</sup>しかしそれを個々の事案に対する法的原則とすることはできないのである。

(253) ZWEIFERT, *Rabels Z* 37 (1973) 444, 446 f.

(254) ZWEIFERT, a. a. O. 447.

(255) 家族法については例えば JEMOLO, *FamRZ* 1972, 473 ff. の

「異端の思想」を参照せよ。

(256) EUGEN LANGEN, *International Commercial Arbitration Most Energetically Supports the Development of Supranational Law and Thus World Peace Through Law*, in: *World Peace Through Law, The Washington World Conference* (1967) 311 (318).

## 第一〇節 歴史

I フリードリッヒ・リスト (FRIEDRICH LIST) 達の経済理論風にいえば、**理念型的段階説**は、相異なる空間及び時代における社会的、文化的發展が、ある内的法則性に従って起こるのを常とし、従ってどこでも同一又は類似の段階を示すということから出発している。その価値は、**歴史的**それ——「現実はどうであったか」という認識に対する——というより体系的それである。涉外関係を伴う事案の取り扱ひの様々の可能性のうち以下の整理もそのようなものである。特にそれには何らの価値判断も結びついてはいない。どの時代にもその独自の法——その独自のその他の文化と同様に——が認められるにとどまらず、同じ時代のある国において若干の事案に対してある方法が、他の事案に対しては又それとは別の方法が並んで用いられるという根拠も又存在しているのである。原始的経済段階(採集・狩猟民、牧畜民、農耕民、手工業民等々)が、高度に発

展した産業社会においてもなお存続しているように、国際的事実関係の法的取り扱いにおいても相異なる「段階」が相並んで生存権を有するのである。

以下においては、訴訟的解決と実質法的解決が六通り並べられており、各々最初のものが最も原始的なものといわれうるが、直ちに最も悪いものとしてではない。

1. 渉外的関係を伴う事実関係の取り扱いの最も古い形式をなすのが、他所者の無権利状態と外国の法行為及び法律関係の無視である。即ちそれは、内国の裁判管轄権の否定、或いはそれに相当する実質的規定によって行われる。

最も最近において尚みとめられたそのような見解の例としては次のものがあげられる。即ち内国法秩序に存在しない外国の法制に対する裁判の為の内国裁判所の無管轄、たとえ英国の裁判所の婚姻事件における“christian marriages”（即ち絶対にモノガミーであり、原則的に終生結ばれた婚姻）への管轄権の制限<sup>(25)</sup>、その以前の峻厳さは当然ながら失ったものの、外国「公」法不適用の原則（後掲第二三節Ⅱ 2 参照）、特に英国で行われている外国“penal laws”の不適用（たとえばフランスの浪費者の禁治産宣告の不承認<sup>(26)</sup>、或いは何か別の具体的場合に不利な後見の効果の不承認<sup>(26)</sup>、“all disabilities caused by religious vows, religious belief, race, or cast”

の不承認<sup>(26)</sup>を含む）である。

2. その対極をなすのが、内国法を専ら適用することで訴訟及び実質私法については内外事実関係を完全に等置することである。この場合に外国の人と法行為は確かに法的に承認されるが、その特色は重んじられない。

現行法上これに属するのは、いわゆる「特別留保条項」であり、民法法第七条第三項のように完全に行爲能力のない外国人を若干の内国取引に対しては内国人同様に取り扱うか、或いは（有力な見解に従えば）その第一二条であり、外国でなされたあるドイツ人の不法行為を行爲者に有利に内国の不法行為と等置するのである。（特別留保条項に関する詳細は後掲第五一節 1 参照）

内国の管轄権が内国と事案の密接な関係が存在する場合にだけ認められる場合には、特に、法廷地法をそれ自体として専ら適用することも正当たりうるのである。<sup>(26)</sup>

3. それ以外の可能性が存在するのは、渉外関係を伴う事案の特別な取り扱いであり、しかもそれがローマの外人掛法務官（praetor peregrinus）風の特別裁判所や特別実質法の創設による場合である。この段階においては、純内国的事案と比べての渉外関係を伴う事案の特殊性は、恐らく考慮に入れられているのであるが、しかしその外国法とその外国裁判所は未だに無視されているのである。

かような特別法の例は前掲第三節 11b をみよ。

4. 外国の法高権尊重の第一歩は、外国判決その他の形式的法行為（文書、証拠調べ等）を、これらの行為に対して何らの内国管轄権が存在していなかった、又は存在していない場合においても、いわゆる承認を行うこと、である。内国法上の効果の許容、殊に給付判決の執行による、これらの行為と相当する内国の現象との等置が問題なのである（詳細は後掲第五八節 V）。この場合に通常の当該外国規定に従った問題の判決の形式的合法性の審査は、同時に外国法適用の開始を意味している。それに続くのが、外国で生じ内国で単に偶然に問題とされたその他の完結した事実関係への外国規定の適用である。

先決問題の取り扱いについては、後掲第四六節をみよ。

5. 次の段階は、国内又は超国家的な管轄規則により内国管轄権を犠牲にした外国管轄権の是認である。その対極をなすのが、内国裁判所による外国実質法の多かれ少なかれ平等な適用である。これは、どのような法的事例に対しても自国法、或いは特定の外国法の適用を定めている、特別の法適用法——即ち技術的意味における国際私法——を必要としている。この場合のさう勢は、単なる法認識の過程（確認・給付判決）における外国法の適用から、外国法に従

った形成的行為（禁治産宣告、離婚、非訟事件の裁判行為）の行使に移っている。

6. 純内国的でない事案の特殊性への更に広い適応を意味しているのが、混合裁判所（或いは混合仲裁裁判所）の形成である。これは必ずしもあれこれの内国法秩序の適用を決定するには及ばず、——まず「自然的正義」、「衡平」等の一般条項に基づいて——事案毎に、或いは一般的にも（*auf weite Sicht*）固有の混合法を展開しうるのである。事案毎に作られた混合法は、典型的には、唯一の法秩序の領域をこえて及ぶ事案に対する共通の特別法の始まりである。

共通の特別法の最も新しい例をなすのが、統一売買法である。<sup>(263)</sup> 過去の（一九四九年以来廃たれた）例をなすのが、エジプトの「Codes mixtes」であり、これは相異なる諸国の国民の関与した事案に妥当したのであった。個々のにはそのような特別法は、第二節で扱われた「国際的レベルにおける私法」の全ての形態で発生する。

かような特別法が当事国の法秩序の一般法へはねかえる（統一売買法がその実現の場合にはきつとさうなるであらうように）場合には、我々は、もはや国際的事案に限られることのない絶対的に妥当する統一法への移行段階にあるのである。

結局、渉外的関係を有する事実関係に対して我々の目前にあるの

は、即ち二掛ける三個の解決の可能性である。即ち、二つは——訴訟的にみると——その道は無管轄から自らの管轄権の肯定を超えて特別管轄権へと至り、従つてその各場合に同時に一つの新しい実質法上の解決が得られる、つまり無権利、平等、内国特別法である。そして管轄権ある外国機関の法行為の承認、法適用法、共通特別法である。

(257) かようして Riezler, Internationales Zivilprozessrecht und processuales Fremdenrecht (1949) 233 ff. しかも形成的行為に對してのみならず(その限りでは後掲第五七節 III 参照)、どうやら確認判決に對しても、たとへばイタリヤの affi-azione 下で認め得るであろう (a. a. O. 234)。

(258) かようして Sowat v. Sowat, [1961] p. 70 (C. A.); こゝにそれ以来の Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972 (C. 38) = Matrimonial Causes Act 1973 (C. 18), sec. 47 をみよ。

(259) 外国規定の主な目的に従つて區別する、即ちそれが私的利益の保護に奉仕しておれば、適用すべきである、とするリーディング・ケースが BGE 80 (1954) II 53 (61 ff.) である。

(260) たとへば In re Langley's Settlement Trusts, Lloyds Bank, Ltd. v. Langley, [1962] Ch. 541 (C. A.) をみよ。

(261) M. Wolff, Priv. Int. I, 173.

(262) 前掲第三節 12 b 注(74)以下、ならびに後掲第五七節 I 参照。

(263) 両世界大戦後の私的な戦前の契約の全く裁判所外の(しかも

法外でもあろうか) 規律については、本書第一版一二頁とその注(28)(29)参照。

(264) 前出注(32)。

II 眞の国際私法の歴史の知識は、殊に、現代国際私法の語彙が部分的にはこの歴史からだけ理解されうるといふ限りで現在にとつて重要である。更にその客観的な正しさはたしかに現行法にとつて全くとるに足らないものではあろうが、しかし軋触法の文献においてとにかく一度はふられる一連の歴史的伝説が存在する。最後に正に最近(法制度の何らの機能変化がないかのように)変化した現在に對してそれが役に立たないことを示す為、特定の歴史的由来が現代の(サヴィニエ的)国際私法に帰せられる<sup>(265)</sup>。要するに、考える法律家は、それを用いて仕事をしている術語や法制度の歴史的由来を自覚すべきであらう。しかし——それが現行制定法の成立史を超えてまで遡る限りでは——過去から現在に對して、或いは法の将来に對してまで必然的結論をひき出すことができる、というような過ぎに陥るべきではない。ヤコブ・ブルクハルト (Jacob Burckhardt) が、「歴史は人生の師である (Historia vitae magistra)」といふ諺について述べているよつた、「我々は経験によつて賢くも (Klug) (次に生じる場合に對して)、又賢明にも (weise) (永久に) なるうとは思わぬ」のである。

(265) 前出注(87)参照。

(266) Jacob Burckhardt, Weltgeschichtliche Betrachtungen (1905), Einleitung.

III 歴史の時代区分を行うことは、必然的にそれに力づくでのぞむことになる。なぜならそれによって生活の継続性と共にどの時代にも相互に作用する諸力と人物達の多様性がないがしろにされるからである。特に当時現在の定式においては未だ存在しなかった問いに對する以前の著作者の答えを採そうとするのは、極めてやっかいである。このような留保付で以下の叙述を試みよう。

1. 古代には今日の意味での私法は、ほとんど知られていなかったものであり、せいぜい自国規定の適用範囲の画定、地際法、外人法や訴訟上の特別法の不安定な端緒があつたにすぎない。ローマ人は、主としてユース・ゲンティウム、即ち全ての諸民族の共同財産と彼らが考えていた自らの法のかの部分で間に合せていた。<sup>(267)</sup>それ以外では當時はまだ法秩序の完全性の觀念、従つて「権利拒絶(Rechtsverweigerung)」の禁止も何ら存在しなかつたのである。裁判所はどのような生ずる法問題についても裁判しなければならなかつた。

2. 中世初期においては、ヨーロッパ——特にフランク王国——においては、主としていわゆる人の法(die persönlichen Rechte)の原則が妥当していた。それによると各人がその「種族法(Sta-

mmesrecht)」に從つて判断されるべきであつた。„professio iuris (法の宣言)”。——文書の冒頭、又は訴訟の開始に當つてのある人の種族帰属性、従つて法帰属性の告白——が、常に事実と一致していたのか、自由な法選択に帰したのか、は未解決にしておく。相異なる法秩序への帰属者が関与していた事実関係の取り扱いに對する確固たる規則は、出来ていなかった。その体系は、人々の混交と純領域的に妥當している法の進出につれて衰退した。

3. 中世盛期から一九世紀までは「条例理論」が問題とされるが、それはまずイタリア都市共和制のスタチュータ(地方制定法)に對して、それからフランスの慣習法(地域的慣習法)に對して、最後に多かれ少なかれ独立の(souverain)近世の領邦國家の制定法に對して各々の適用範囲を思弁的に定めたものであつた。statuta personalia (全てのその領域住民に妥當する)、statuta realia (領域内に所在する不動産に對する)及び statuta mixta (領域内の法的行為に對する)へのスムーズな三分は、このような純粹さにおいては恐らく決して妥當しなかつたのである。

条例理論の内部では以下の主要学派が区別される。

(a) イタリアとフランスのグロッサトーレン(Glossatoren)(即ちコルプス・ユーリスの解釈者)は、その學說を特にユスチニアヌス法典の第一の規定に關して展開したのであり、それによれば「我が

慈悲深い支配の下に立つ」全ての民族がカトリックの教えに帰依すべきなのである——即ち臣民のみであつて外国人は服さないののである。マギスターのアルドリクス (Aldricus) (一一八〇年頃) の述べるところによると、裁判官は「より優れより有用だと思われる („quae potior et utilior videtur”）」法律を各々適用すべきであつた(内容と事実関係への密接さを区別することなく)のであつたが、アックルシヌス (Accursus) (一二五〇年頃) の標準註釈書 (Glossa ordinaria) においては、あるボロニア人がモデナで訴えられるとすれば、彼はその地の法に従つて判断されてはならない、「なぜなら彼はそれに服していないからである」と述べられている。

(b) 一四・一五世紀の後期グロッサトーレン、或いはコメンタトーレン (Kommentatoren) は、グロッサトーレンの説を分類の定評あるスコラ的方法で精緻化した。彼らのうちで最も著名なのが、バルトルス (Bartolus) (一三五〇年頃のボローニアの教授) であり、その弟子のバルドゥス (Baldus) である。イタリアの法律家達と競い合ったのがトゥールズからオルレアンまでのフランスの法律家達であつた。

(c) 一六世紀のフランス人の間ではデュムーラン (Dumoulin (Moulinus)) とモルジャントーン (D'Argentré) が卓越して

る。前者は土地と結びついたレーン法の敵であり、従つて法律の属人性の主張者であつた。彼が婚姻その他の契約に関する解説の中で当事者による自由な法選択の原則(当事者自治)を考へ出したのかは争われている。<sup>(269)</sup> 後者はレーン法の遅れた擁護者であり、それ故全ての土地にとって重要な法律を物法として分類することに傾いており(法の属地性)、それによつて結論においてより大きな影響力をもち得たのであつた。

(d) 一六五〇年以降のオランダ人は、特にその国の主権の保持に腐心し、従つて外国法の適用を「コミタス」、即ち外国に対する友好的対応の問題とだけ考へたのであつた。その卓越した代表者がウルリクス・ヒューバー (Ulricus Huber) であり、英国や北アメリカにおいても随分尊重されたのであつた。<sup>(270)</sup>

(e) ドイツにおいては、条例理論は一方では一六世紀から一八世紀に至るまで若干の有能な支持者を見出し(一六九〇年頃のそのうちにはハート (Hart)、或いはヘルティウス (Hertius))、<sup>(271)</sup> 他方ではカルル・ゲオルグ・ヴェヒター (Carl Georg Wächter) (一八四〇年・四二年) にその破壊者を見出した。即ち彼は最も徹底的にその不充足さを証明し、前に述べた(第七節Ⅱ)三通りの意味での法廷地法の準拠性以外には何も積極的に勧めることがなかつたのであつた。<sup>(272)</sup>

4、一九世紀の第二・三半期以来初めて現代国際私法が発展してきたのである。

(a) その創始者としては、三人の著述家が認められている。即ちアメリカ人ストーリー (Story) (Commentaries on the Conflict of Laws, 1834) は判例の詳細な分析をし、ドイツ人フリードリッヒ・カール・フォン・サヴィニー (Friedrich Carl von Savigny) (System des heutigen Römischen Rechts VIII, 1849) は問題の立て方における「ユネルニクスの転回」即ち法律から事実関係、「法律関係」という、その各々について「本拠」を定めようとしたものへの変更を行った発案者である。最後にイタリア人マンチーニ (Mancini) は民族性原則の闘士として成功を収め(一八五〇年以來)、また抵触法上の条約の推奨者であった。<sup>273</sup>

問題の立て方におけるサヴィニーの展開の帰結として「スタチュート」という語の用法もまた変った。即ち以前はそれは個々の法律(抵触法的見方の出発点として)を指していたが、——今日では各々準拠される法秩序(即ちこの見方の最終点)を指す。つまり行為能力のスタチュートは行為能力について準拠される法であり、債権のスタチュートは債権関係についてのそれであり、物のスタチュートは物権法の問題についての、相続スタチュートは相続について準拠される法等々である。

(b) 一九世紀全体の共通の特徴は、それまで——相異なる国内学派

にもかかわらず——原則として普通ヨーロッパ法として妥当していた国際私法の国内化である。この国内化は、まとまった統一国家への時代の動きに相応するものであり、大法典化(一七九四年のプロイセン一般ラント法、一八〇四年のフランス民法典、一八一一年のオーストリア普通民法典)と共に始まったのであった。しかし、国内法の部分としての国際私法の一貫した取り扱いには、世紀末に至って初めて(一八六五年の民法典へのいわゆる前加篇への国際私法のイタリアの法典化後に)、そしてほぼドイツ民法施行法の準備の当時に実証主義的「ナショナルリスト」によって行われたのである。国家的対立の融和をはかる為に、マンチーニは、——既述のように——条約の締結を推奨した。(最初のハーグ国際私法会議は一八九三年に催された)。相異なる抵触法の併存により生ずる個別問題が次第に自覚されるに至り、かくて反致(一八七八・八二年のフォルゴール事件)<sup>275</sup>、性質決定問題(一八九一年カイン(Kahn)、一八九七年バルタン(Bartın)によりに発見された)、先決問題(メルヒオール(Melchior)が一九三一年、ヴェングラー(Wengler)が一九三四年)が生じた。

一九世紀初期に至るまでのヨーロッパ抵触法の感銘深い時代区分とそれ以来の諸動向の特徴付けをしているのがニーデラー(Niederer)であり、常に属人性、普遍性、属地性という標語を用いて

いる。<sup>(276)</sup>しかしこれらの基準は明らかに相異なるレベルに属している。<sup>(277)</sup>即ち属人性はこの場合には実質法の妥当又は適用範囲を指し、普遍性は国際私法の妥当性を、属地性は或いは一方を、或いは他方を指している。

(c) 二〇世紀においては新しい国際主義が発達した。国際法的諸前提、若しくは対人高権と領土高権の原則から普遍的国際私法を展開しようとしたチーテルマン<sup>(278)</sup>(TITELMANN)とフランケンシュタイン<sup>(279)</sup>(FRANKENSTEIN)の挫折、また条約による国際私法統一に失望を味わった後には国家的国際私法体系の土壌の上で「体系の協調」を達成しようと努めてきた。<sup>(279)</sup>それは、反致の拡張、比較法的性質決定、先決問題の從属的連結、公序の抑制、國際的管轄権の条約による規制、外国判決のより緩和された承認を通じる努力であった。ドイツ人学者の中ではエルンスト・ラーベルが特筆に値するが、彼は、その実質法上実証済みの比較法による法発見の方法——即ち既に一九世紀に存在した立法や一般法理論の僕としてのみならず、判例に奉仕する比較法——を国際私法へも応用したのであった。<sup>(280)</sup>更にウィルヘルム・ヴェングラーは、「強行債務法」の特別連結をもつて、<sup>(281)</sup>サウィニー以来押しやられていた法律からする国際私法の見方を(前掲第四節Ⅱ参照)再びその体系に位置付け——それを絶対化することもなく——、それによって国際行政法の諸問題についても

超国家的に構成された双方向的抵触規定で対処する見通しを開いたのである(前掲第四節Ⅳ)。

今世紀の今一つの傾向は、大なり小なり抽象的な抵触規則の動きの彼方に、それに従った準拠法の実際の適用とその具体的結果をより明確に視野に捉えようとするものである。個々の事案に対して満足のゆく実質的結果を適応や公序という「第二段階」においてはじめて達成しようとするのではなく(前掲第五節Ⅱ参照)、出来る限り最初から達成しようとする試みは、勿論これまでどころ何ら満足のいく体系的な解決方法をももたらしていない。

全体としては、最近好んで「古典的」と称される現代国際私法の終焉を告げるべき何らの根拠も存在しない。今日死滅するものは、せいぜい若干の条例理論から伝えられてきた硬直した原則(契約及び不法行為に対する行為地法の一般的妥当のような)にすぎず、既得権の過剰な保護や国籍主義にすぎない。大陸ヨーロッパの国際私法は、その機能範囲が國際的事実關係の処理の他の形式により——管轄法制、特別実質法や法統一のような——著しく狭められるとしても、時代の更に幾多の変遷を切り抜けるに充分な柔軟性を有している。

本第一章の基礎となる叙述を終えて、その個々の問題にとりかかると、しかもまず抵触規定をその構成要件から(第二章)、その次に

その法効果、即ちある法の「連結」と称される適用の為の援用(第三章から第五章)、最後に外国法の本来の適用(第六章)をみる。最終章(第七)は手続法であてられている。

- (267) 外国人と、又外国人間の法交通についてのみ妥当した「外人法」としてのユース・ガンナムとどう流布されたか、これを対して「H. P. Dopfer, Die Wurzeln der Regel locus regit actum im römischen Altertum (Diss. Hamburg 1966) 50 N. 77」をみる。Kaser, Das römische Privatrecht I (1971) 202 ff. 参照。
- (268) Codex I, 1 : Cunctos populos.
- (269) 特定のなごの Gamillscheg, Der Einfluß Dumoulin's auf die Entwicklung des Kollisionsrechts (1955) 110 ff. であり、肯定的なごの Wiccki, Zur Dogmengeschichte der Parteinomomie im IPR (Winterthur 1965) 17 f. の書評を Dierr Müller, Rabelsz 32 (1968) 557 f.
- (270) 前出注(18)参照。
- (271) 前出注(18)参照。
- (272) Wächter, Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten : ACP 24 (1841) 230 ff.; 25 (1842) 1 ff., 161 ff., 361 ff. 及び Wächter, Pandekten I (1880) 146 ff. は「本来単なる立法原則」を明らかにしたところから「サイニエー」を対決した。しかし一方では「サイニエー」をまた強硬事案に対する制定法規の優越を承認しており(二五頁以下)、他方

では「ウェヒター」自身も(補充的の)「関係の性質」に依つてゐる(一四七頁)。其の対立は、絶対的「属地原則」(前掲)——後掲第二三節、特にII—参照——と「国際法の共同体」(SAVIGNY 27)のそれである。

- (273) 前掲第四節I並びに後掲第一二節I、更に KOLLEWIN, Quelques considerations à propos de la doctrine de Savigny : Ned. T. Int. R. 15 (1968) 237 ff. をみる。接触法の連結が「性質」或は任意の「服従」からのも出されたか、或は「当事者の利益」からかは、何の本質的な相違を生じないならば。サヴィニエーは三つの根拠付なを全用する (Belege bei Neuhaus, Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache : Rabelsz 15 [1949-50] 364 [365 f., 373 ff., 379])。
- (274) 彼の一八五一年の著名な「論議 „ Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti “ は、勿論國籍法及びその下に「言及するべき」である。ACP 160 (1961) 498 N. 21 をみる。より重要なものは「エントマン」の一八六五年の「国際私法の法典化に対する彼の影響」であり、Clunet 1 (1874) 221 ff., 258 ff. (短編)及び Rev. dr. int. lég. 7 [1875] 329 ff.; エントマン論議は Dir. Int. 13 [1959] I, 367 ff.) の「國際法統」の爲の条約の効用に関する論定書である。
- (275) 前出注(20)をみる。
- (276) Niebauer, Einführung in die allgemeinen Lehren des IPR? (1961) 18-74.

(277) A. a. O. 72.

(278) ZITTMANN, IPR I und II (1897; 1912); FRANKENSTEIN,

IPR (Grenzrecht) I-IV (1926-1935).

(279) 前出注(10)参照。

(280) RABEL, Qualifikation 267 f., 287 f. (後掲第一五節II参照)。

(281) 前出注(103)。

## 第二章 抵触規定の構成要件

### 第一節 抵触規定

I 「抵触規定 (Kollisionsnormen)」 という名称は、一般的用語法に従えば時に自ら適用しうる旨明らかにしている若干の法秩序間の眞の抵触、衝突を前提している規定に対してだけ用いられるのではない。(この狭い意味での抵触規定は、たとえば属人法に対する所在地法の優先についての民法法第二八条であろう。)むしろその用語を法適用・指定・連結規則に対する同意語として、同様に「抵触法」を法適用・指定法に対する同意語として用いている。

より広い意味においては抵触法の単なる補助・補充規定(從属的(unselbständig) 抵触規定)もこれに属する。これらは或いは原則として全ての自立的抵触規定に対して妥当しうるか(民法法第三

〇条の公序の爲の一般的留保条項)、或いは自立的抵触規定のあるグループに加わるか(特定の家族・相続法上の規定に加わる前述の民法法第二八条のように)、或いはそれらの個々のものにだけ加わる(たとえば民法法第七条第三項第二号及び第一一条第二項の制限の規定であり、それに従えば第七条第三項第一号又は第一一条第一項は特定の法律行為へは何らの適用をもみないのである)ことがある。

「抵触規定 (Kollisionsnorm)」 (règle de conflit) という言葉はある問題を欠缺なく完全に規律することに限ることはまずない。<sup>(282)</sup> それに対しては「規制 (Regelung)」 という言葉を用いるのがよいであろう。

即ち抵触規定とよぶのは、全ての抵触法的規定である。その反対は、実質法的、或いは実質的規定であり、「事項規定 (Sachnormen)」とも又「実質法の規定 (Normen des Sachrechts)」(民法第三篇の意味での「物権法 (Sachenrecht)」と混同すべきではない)ともよばれている。

「materiell」という言葉は、それ以外では「formell」(方式に関連する)又は「prozessual」に對立するものとして用いられるが、ここでは第三の最も広い意義をもつに至る。即ち抵触法に対しては方式・訴訟規定も「materielles」な法である。他方では法律

行為の方式の爲の抵觸規定や訴訟的抵觸規定（特に管轄権・承認規則）と反対に「実体的抵觸法 (materielles Kollisionsrecht)」と云ふところもある。——ノモンヌ人は実質法 (das materielle Recht) を「国際法 (droit international)」と対立する「国内法 (droit interne)」とよび、イギリス人は “substantive” 又は “municipal” 又は “domestic law” とよぶ。(domestic law はそれ故にドイツの「内國 (heimisch)」法とまり外国法に対する国内法と同じではない。) それに対してイタリア人は “norme interne di diritto internazionale privato” によつて内國抵觸規定を指す。——様々な通称のうちのとれが他のものより誤解を招かないか、については争いがあるのである。

抵觸規定と事項規定の限界上にあるのが、国際的事実関係に対する(国内又は国際的な)特別法の適用範囲に関する規定である。即ちこれらの規定は一般的国内法の特別法の限界画定をする限りでは事項法 (Sachrecht) に属する(そこで外国の構成要件要素を問題とする)が、それに対してそれらが一般的国際私法による準拠法の適用を排除する場合には抵觸法に属する。しばしばそれらは両機能を同時に満たしている。<sup>(282)</sup>

(282) そのよび TrAMMER, Rabels Z 22 (1957) 401, 404 und in: Law and International Trade, Festschrift Schmitt-hoff (Frankfurt a. M. 1973) 367.

(283) field-of-application provisions のこのフィンランドに ついてはたまたま Sussy, Spertige Lovkonflikter (Diss. Kopenhagen, 1965), Summary, 378, 387 f.; KROPHOLLER, EinheitsR 189 ff. mit weiteren Nachweisen をよむ。

II 明文の抵觸規定と共に他の規定中に含まれている「隠れた抵觸規定 (versteckte Kollisionsnormen)」も存在している。「隠れた」といふのは意識的な隠匿という意味ではなく、客観的に隠れているという意味においてであるにすぎない)。

1. 特にそれらは管轄規定の中に隠れていることがある。一九〇三年には既に、ニーマイヤー (Th. Niemeyer) は、合衆国においては離婚に対する管轄権の前提要件が、「そのうちに抵觸問題の重点が存在し、実体的抵觸規定がまさにその背後に隠れている」という風に定められていた旨を述べている(後掲第三七節隠れた反致参照)。<sup>(284)</sup>

2. 更にある事項規定のうちには付属した抵觸規定が隠れていることもある。たとえば民法第二四四条——外国通貨による債務は明示の別段の合意がなければ内國ではドイツの通貨により履行される——は、無言のうちこの規定が債務準拠法を顧慮することなく妥当することを欲する旨の抵觸規定を含んでいる。<sup>(285)</sup> 或いはある法律が本来強行的な (unabdingbar) 規定が特定の内國関連性の欠如し

ている場合に義務的 (verbindlich) でない旨述べている場合には (商事代理人に関する商法第九二条 C、同様に船主責任に関する一九三九年一月二五日の条例 RGBl. 1 2501 の第二条第一号参照)、そのうちには当該内国関連性が存在する場合には無条件に内国法が適用されるべき、即ち当事者による他の法の選択を排除する、という趣旨の抵触規定が隠れているともいえる。<sup>(286)</sup> 一般的には外国的構成要件要素を示す規定には——たとえば外国人に対してのみ妥当する外人法規定においては——、この構成要件要素が存在する場合に<sup>(287)</sup>常にそれが準拠されるべきであるという抵触規定が通例含まれているのである。しかし反対例もある。即ち、外国的構成要件要素を伴う純粹の事項規定である。

民法第一九四四条第三項、第一九五四条第三項 (被相続人の外国住所又は相続人の外国居所に際しての放棄及び取消期間) は、ドイツの相続準拠法の場合にのみ妥当する。民法第二二五一条 (内国港灣外におけるドイツ船上での海上遺言) も同様に趣旨に即して法律行為の方式に関する民法第一一条の基準に従<sup>(287)</sup>てのみ適用される。即ち外国領水内での外国人には適用されえないのである。そのような事例においては無条件の特別法に対して国際的事実関係に対する条件付特別法と呼ぶこともできる。この意味では統一売買法

(前出注<sup>(32)</sup>) はたしかにその第二条によれば無条件の特別法ではあるが、既存の国際私法条約の爲の留保が妥当する場合 (枠協定の

第四条に従い) には、単に条件付の特別法であるにすぎない。

3. 最後に抵触規定は他の国際私法規定のうちに、特に一般的抵触規定が特別 (例外) 規定のうちに隠れていることがある。たとえば民法第一二条が「外国で行われた不法行為からは、ドイツ人に対してはドイツの法律に従って理由のある場合以上に広い請求権は主張されえない」と定めている場合には、それによって、一般に不法行為から生ずる請求権は行為地法に従い判断すべきである旨が間接的に述べられているのである。

(284) Theodor Niemeyer, *NiemZ* 13 (1903) 448.

(285) この通説に対しては民法第二四四条の実定的性質も働かない (Birk, *AWD* 1973, 433 は別)。即ち内国通貨の通用性は当事者の明らかな意思によって排されるにすぎず、直ちに外国契約準拠法に後れるのではない。

一方的抵触規定の双方的それへの拡張は、ここではたとえば各支払地通貨の通用を意味するものではなく (かように主張すると思われるのが F. A. Mann, *Kollisionsnorm und Sachnorm mit abgrenzendem Tatbestandsmerkmal*, in: *Funktionswandel des Privatrechts*, Festschrift L. Raiser [1974] 499, 504) 各支払地法の妥当を意味するのである。

(286) かような規定の存在を商法第九二条 C について肯定するのが Makarov, *Grundriss des IPR* (1970) 16 であり、本書第

一版(四九頁注(21))であった HANS JAKOB MAIER はその間に SchwYZ 1972, 355 N. 9 において彼の以前の見解を放棄した。そして一九三九年条例についてはその文言に従えばそれが可能だと述べらるゝのが NECKER, Der räumliche Geltungsbereich der Haager Regeln (1962) 60 である。それに対して両事案において否定面的なのが BGH であり、また

オ BGH 30. 1. 1961, IPRspr. 1960-61 Nr. 396 ぞ、他方 BGH 26. 9. 1957, BGHZ 25, 250 (265) = IPRspr. 1956-57 Nr. 57 a (S. 212) 及び 21. 12. 1970, IPRspr. 1970 Nr. 112 b (S. 372) をみよ。

(287) 最後の例に於て RAAPE, IPR 4. 参照。その内容が締約国に対してのみ妥当するのではない条約における無条件の特別法の導入に批判的であるのが、Hubert BAUER, Les traités et les règles de d. i. p. matériel: Revcrit. 55 (1966) 537 ff. (書誌 Rabels Z 31 [1967] 769 ff.) auf S. 569 ff. 敵しく否定するが、F. A. MANN (前田注(28))。

Ⅲ 自立的抵触規定の構造は他の自立的法規のそれと同じである。後者同様に前者は「一又は若干の前提要件(その規定の構成要件により書き換えられる)を法的効果(法律効果)と結びつけているのである。これは、或いは「具体的事実関係が法律による構成要件を実現する(場合には、(法律中で示された法律効果が生ずる)」という周知の図式に従って行われるか、或いは逆に特定の法律効果に

対して前提要件が固定されるという形で生じる。

1. 抵触規定の法律効果が——この側面を簡潔に先取りすれば——直接的に実質法的種類のものでないことについては争いはなく(たとえば支払義務や解雇権のようなものでない)、特定法秩序の準拠性にとめられるのである。

より詳しくは、この準拠法秩序は、或いは具体的にあげられ「本法」「ドイツの法律」又は「内国の法律」、或いは事実関係のある要素を引合いに出して一般的に言い換えられる。この要素がいわゆる連結基準又は要素であり、また連結根拠又は事実とも呼ばれる(たとえば「その者の属する国の法」という風に、——どの國がそれであるかは次に事案毎に確定されねばならない)。

このような構成の相違は抵触規定に特殊であるわけではない。実質法の規定においても法的効果は或いは精確にあげられ(「生存配偶者は遺産の半分を相続する」)、或いは事実関係の一要素を持ち出すことによって言い換えられている(「子供達は等分に相続する」、即ち各々その数に応じて)。

抵触法においてはただ一つの法秩序(通常国内の)の適用のみを述べている規定を「一方的」抵触規定(画定規定 (Abgrenzungsnormen))ともいう(とよび、それに対して内国法秩序と同様にあれこれの外国法秩序もそれに従ってルートにのりうる今一つの規定を

「双方的 (allseitig)」および、「双方的」と同義的にしばしば用いられる用語である「双面的 (zweiseitig)」又は「多面的 (mehreseitig)」は真に二つ若しくは限られた数の法秩序に対してのみ妥当する条約中の抵触規定に留保すべきであろう。<sup>(28)</sup> 双方的抵触規定の中では「不完全双方的」規定は、特定の場合に対してのみ準拠外国法をあげている (民法法第一三条第一項。それは婚約者の一方がドイツ人であるか、その婚姻が内国で締結される場合に限って婚姻の成立 (Einscheidung) を規律している)。それに対して「完全双方的 (vollkommen allseitig)」(つまり、完全な (vollständige)) 抵触規定は何らのそのような制約を含んではいない (たとえば人の行為能力に関する民法法第七条第一項)。

形式上一方的な抵触規定がしばしば直ちに完全なそれへと拡張される (かように民法法第一四條以下、第一八條自至第二〇條、第二二條の一方的な冒頭の文言が拡張される)。しかしながら立法者が確固たる原則に従っていたわけではなく、それが内国法の適用だけを優先せしめるべきか (いわゆる特異 (singular) 規定、或いは排他的規定 (Exklusivnormen))、或いは相当の事情の下では外国の法律の適用をも是認するものであるかが明瞭に認め得ないような例外をくみ込んでいたが故に、時にこれには困難が伴った。たとえば、民法法第一四條第二項、第一九條第二段、第二〇條第二段についてはその拡張可能性について争いがある。これらによれば、ある種の

家族法上の問題に対して、その中心人物はたしかにドイツ帝国籍を喪失してはいても他の者がそれを保持していた場合には、ドイツの法律がやはり準拠されることとされている。<sup>(29)</sup> 同様に準正又は養子縁組の為のドイツ人子供とその親族の同意に関する第二二條第二項についても争いがある。

「消極的に一方的な」抵触規定としては、内国法の適用を排除するだけで、それに相当する事案において外国法秩序の適用を制限するものをあげたい。これは、外国人への特定の法律の適用が一般抵触法の原則に反して認められない (本法は外国人がその余においては内国法に服する場合といえども外国人に対しては妥当しない) という風に生じることがある。他の形式、つまり「二段階の」抵触規定については、後掲第一六節 III 2 b をみよ。

2. 補説 (Ergänze)。ドイツにおいて民法法がそうであるように、抵触規定が主として一方的に定められているがその適用上は双方向的に拡張される場合だけではなく、外国法の適用範囲もまたその固有の抵触規定に従って定められるという場合にも「一方的抵触規定の体系」について語ることができる。<sup>(29)</sup> 積極的、消極的管轄抵触 (規範重複と規範欠缺) がそれ程危険でないいわゆる介入規定だけについてはその否否両論の衡量の後に、前述のところで (第四節 II) この体系を推奨しておいた。他の分野に対しては一方的抵触規定の体系上は更に特別の追加規則 (前掲 I で述べられた狭い意味における抵

触又は衝突規定)がなくてはならないだろう。<sup>(283)</sup>これは或いは内国実質法の優先に帰するか(国際的判決の調和の負担において)、或いは最後の手段としての内国の一方的抵觸規定の類推適用に帰する。

外国国際私法を全く斟酌せずに自己の双方的抵觸規定を専ら適用する、現行イタリヤ、ギリシヤ国際私法により特に主張されている、それとは反対の体系よりは、かような体系の方がより中庸を得、しかも現実的だと思われるかもしれない。<sup>(284)</sup>外国抵觸法のある程度の斟酌と双方的で事実関係から出発する抵觸規定を結合することの方が、いずれの方法よりも優先すべきであろう(前掲第六節Ⅲ参照)。

3. 抵觸規定の構成要件は、概ね対象の全体的複合体を包摂するものであり、それはいわゆる粹・体系・集合・法・指定概念、また連結・指定対象ともよばれるものにより言い換えられている(たとえば民法法第七条の「行為能力」、第一条の「法律行為の方式」、第一三条の「婚姻の成立」<sup>(285)</sup>)。

法律効果が双方的抵觸規定においてよりもより具体化された一方的抵觸規定については、構成要件もまたそれに応じてより具体性に富んだものであることを要する。即ち双方的抵觸規定がたとえば土地取引に対して「所在地」法によると述べており、その際に黙示的にその法交通に関わるどの土地も特定法秩序の妥当領域に所在すると前提しうる場合には、対応する一方的抵觸規定は、どの領域内に

その土地が所在しなければならぬか(たとえばドイツの土地法が適用されるべきだとすればドイツ)を明らかに述べていなければならぬのである。

各抵觸規定の黙示の前提であり、それ故特に構成要件中にあげえないのが準拠法秩序の中に意図された種類の実質的規定がそもそも存在しているという事実である。

たとえばある外国人が遺言なくしかも確認しうる親族なく死亡した場合には、彼のドイツの財産をその本国法に服せしめうるのは、この法秩序が相続人なき当該国に存在しない遺産についての規定を有している場合<sup>(286)</sup>だけである。

個々の事案におけるこの前提の存在は、外国法秩序の内容の調査の可能性同様に自明とはいえない。しかしいずれの問題の重要性も明らかであり、それ故抵觸規定の定義においては何ら強調するに及ばない。(本来適用に付された法秩序に適用しうる規定が欠如している場合にいかに対処すべきかについては、後掲第五二節補充法をみよ。)

同様に、どの抵觸規定も使用された連結素の具体的な存在を前提しているということ(たとえば被相続人がその死亡の時点にある国籍を保有していたということ)は何らの強調も要しない。それが欠

如しておれば、補助連結(たとえば住所又は居所)による補助抵触規定が必要である。

それに対して抵触規定の構成要件が一般に何を包摂しているかという疑問はより問題性をはらんでおり、従って争われている。即ち、それが対応する事項規定と同一の対象、つまり典型的生活関係を有しているのか、或いは、その対象がこの種のごとの生活関係が特定の実質的法律効果と結合しているかという法律問題であるのか、というのである。それについての詳細は後掲第一四節性質決定の対象参照。

(288) たとえば LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>3</sup> (1975) 238: 各法命題は言わば、「具体的事実関係(S)が構成要件(T)を実現する場合は常にこの事実関係に対して法律効果(R)が妥当する」参照。

(289) 「連結概念」という表現は、それによって構成要件の決定的部分、大方は概念的に把握された「連結対象」とも理解されうるので、むしろ避けた方がよいだろう。

(290) DROBNIG, Die Kollisionsnormen in den Rechtshilfeverträgen der Staaten des Ostblocks: OER 6 (1960) 154 (165). LÜCHTEN, Internationale Rechtshilfe in Zivil- und Handelssachen (Ost-Berlin 1969) 65: 「言葉の狭く意味での双面的抵触規定」参照。

(291) これについて AUBIN, *Rebels Z* 23 (1958) 676ff.

(292) この体系のより古い代表者は WERTHÖLTER (前出注(13)) 4-42。今日の主唱者は QUADRI, *Lezioni di d.i.* p.5 (1969) 238ff.

(293) 統一の利益法学的取り扱いを妨げるという国際私法のごのような分割を主たる理由として一方的抵触規定の体系を非難するのが WERTHÖLTER (前出注(13)) 121 である。

(294) その限りでは一見いさやか混乱した EYRIGENS, in *Fs. Weingler II* (前出注(16)) 278 N. 31 の解説も正しい。即ち「一方的抵触法主義者の資格は伝統的に双方向的とよばれた抵触規則の長所と一致している。……後者は一方的に、つまり法廷地国の意思のみによって、内国、外国を問わず全ての法の適用範囲を定める規則であるのだから。」

(295) KROPHOLLER, *Das Haager Abkommen über den Schutz Minderjähriger* (1966) 56 は、この条約中で用いられた連結対象たる「保護的措置」を、「体系概念」に対する「機能概念」とよんでいる。

(296) この点については後出注(37)参照。

IV 抵触法の適用範囲は、その国内的、国際的性格にかかわらず、論理的には全ての私法的事実関係に及んでいる。これは純内国法的事案についてはその結果、つまり法廷地実質法の適用が最初から確定しているが故に、単に自覚されないにすぎない。<sup>(29)</sup> 通常の明らかに

内国法的事案は抵触法の包摂にまず服するのではなく、むしろ問題のある事案においてのみそれが要請される、という対立する見解は、「明らかな (eindeutig)」と「問題のある (problematisch)」の間に、即ち全く懸け離れていて明らかに足りない涉外関係と場合によると重要なそれとの間にはっきりした限界を引くことが不可能であるが故に挫折するのである。

たとえばある相続事件においては中部ヨーロッパの法律家は、被相続人の父のある外国からの出自や被相続人独自の宗教的信仰を明らかに注目に値しないと考えるのに対して、第一の事情は英国抵触法によれば動産たる相続財産に対しては決定的なドミナイル連結を基礎付けうるのであり、第二の事情は東洋的見解によれば全相続準拠法の規程をなすのである。他方ではドイツ法圏外の法律家にとってはその非嫡出子に対する父の扶養義務を、民法法第二一条の定めのように出生当時の母の国籍へ連結することは全く考慮に入っていないように思われる。特にその母が正式には「母性を承認」していなかった場合にはそうである。

従って国際私法の本来の素材をなすのは涉外関係を伴う事実関係であるにすぎないにもかかわらず、抵触規定は必然的に原理的には全ての事案を把えているのである。

たとえば契約上、契約外の債務関係の準拠法に関する (EC) 条約の予備草案 (第一条第一項) におけるように、「国際的」事実関

係に明文で限定することが条約上の抵触規定では行われる。<sup>(298)</sup> 国際的事実関係の定義が欠けているのでその条約によってたとえば英国の裁判所が二人の外国人の内国での事故を、一般的な英国の不法行為に対する連結——行動地と法廷地——のいずれもが英国へ送致しているが故に、純内国の事実関係とみなすということも起こりうる。しかし条約は場合によってはその場合に共通本国法の適用を認めるであろう (第一〇条第二項、第三項)。

(297) 従って誇張して述べているのが W. GOLDSCHMIDT, Zur ontologisch-logischen Erfassung des IPR: Ost ZöfR 4 (1952) 121 (122): 「国内私法は単に国際私法の特別な適用事例にすぎないことが……分る。」

(298) 以下に引くのは Sinner, Zum Vorentwurf eines EWG-Ubereinkommens über das Internationale Schuldrecht: AWD 1973, 569 (571 f. unter b), sowie in European P. I. L. of Obligations (前出注(215)) 43 f. の批判を参照せよ。

V 抵触規定、事項規定と並ぶ第三のものは存在しない。たしかに両態様の規定の区別はしばしば困難である。<sup>(299)</sup> しかし最近頻繁に実体的国際私法、又は国際私法における事項規定<sup>(300)</sup>、或いは「直接適用規定 (règles d'application immédiate)」を問題としてくる場合には、<sup>(301)</sup> より適切にはいれられず、leggi con apposita delimitazione

della sfera dell'efficacia" (つまり狭い(明示又は黙示の)一方的抵觸規定を伴う事項規定とよぶのがよい。これらの規定は抵觸法の適用を直ちに排斥するものではなく特別抵觸規定により通常抵觸規定を単に代替しているにすぎない。従ってそれらは、各実質規定又は事項規定の適用が、多くの事例においてそれに気付いていないとしても対応する法適用又は抵觸規定に依存するという原則をいささかも変更するところがないのである。

この特別抵觸規定は、個々の規定にだけ関わりうるのではない点においても一般的抵觸規定と同じである。ドイツカルテル法(GWB)——後出注(91)——第九八条第二項はこの法律の全ての規定に妥当する。しかも「直接的適用」の個別事例のうちから一般的規則を抽出するのが学問の任務である。即ちどの種類の事項規定に対して一般に特別の適用規則が妥当するのか、従ってまたその適用が認められる為に様々な類型の事項規定についてどのような内国関連性が存在しなければならないかを我々は知りたいと思うのである。それによってこれらの規則は更に一般の抵觸規定に近付くのである。

最後に適用範囲に関する一方的規則と共に民法の大方の一方的抵觸規定も双方向的規定と解釈される。かくて前記GWB第九八条第二項からは、競争制限的合意が当該の外国で効力を及ぼす場合にはドイツにおいて外国カルテル法が適用される、という結論を導

きう。<sup>(305)</sup>

個々の事案において内国規定の一方的適用から外国規定の平等の適用への一步が踏み出されるかは、個々の法分野における国際性の発展段階に依存している。即ち純私法においてはこの第一歩は個別的な留保装置の例外を伴いながらもずっと以前からふみ出されていた。外為法、税法、交通刑法については様々の条約によりその実現が努力されている。逆の場合に双方向的抵觸規定の技術が法廷地法への一般的指定(たとえば手続問題について)を妨げないのと同様に、一方的抵觸規定の技術は外国法適用の為のこの処置を排除するものではない。

国内法へある一方的抵觸規定を付加することによっては直ちにそれと関連する国際私法条約から解放されるというものではない。むしろ——ボル・ケース<sup>(306)</sup>で行われたように——その法律がたとえばその内容の故に条約にふれないか、或いはその条約が国内公序の留保を許しているのか(後掲第五一節IV条約上の留保条項参照)、またその法律がこの留保に相当しているのかを、各々検討しなければならない。

結局、従って、「直接適用規則」は、あらゆる点で抵觸法体系にとり込まれる。

一九六五年のハーグ養子縁組条約作成に際して問題となっていた「実質的国際私法規則 (règles de droit international privé matériel)」はまさに何らの困難をもたらすものではない。<sup>(307)</sup> 主として国際私法であつてられた条約へ取り込まれるべき国際的統一的事項規定をめぐつてゐるのである。

(299) 従つて Slesby(前出注(86))14 N. 12 は、<sup>(308)</sup> かなり無慮で特定の音に訓練をされているのでその音のわずかな時間的ずれによつても全く落着きを失うロミンの生物学者マツロン (Pawlow) の大に国際主義者を比較してゐる。即ち「典型的な実質規則又は典型的な抵触規則を扱う法律家は、通常全く幸せかつ自信に満ちてゐる。これらのいずれのグループにも分類されなない人々。」前掲一未参照。

(300) たとへば H. BAUER (堀田邦(82)) 538 mit Nachweisen in N. 2 を参照。

(301) かつては FRANCESCOAKIS, La theorie du renvoi et les conflits des systèmes (1958; 書誌 Rabelsz 24 [1959] 587ff.) 11-16<sup>(309)</sup> それ以来頻りに特に出 Conflits de lois (Principes généraux), in: Rép. dr. int. I (1968) 470ff. (書誌 Rabelsz 33 [1969] 194ff.) nos. 69ff.

(302) De NOVA, Dir. Int. 13 (1969) 13ff. (フランス語を in: Mélanges Maury I [1960] 377ff.) 以下の補遺 ebd. 500ff. — ANDREAS HELDRICH, Internationale Zuständigkeit

und anwendbares Recht (1969) 43 にあけるドイツ語化「自己制約的事項規定」は誤解を招く。蓋し、これらの規定はこれより永久に「自己制限」してゐるわけではなからである。

(303) MAURY, Rev. crit. 48 (1959) 603: 「つむぎを直接的適用規則は、一方的な……特別の連結規則であるように思われる。」—— VERHEUL, Ned. T. Int. R. 18 (1971) 347 は、「法廷地法を指示する不文の「組み込まれた」抵触規則、一般の規則を損なう特別規則」という。

(304) この場合には英語では、localising “又は” spatially conditioning rule “を問題とする。——たとへば、KELLY, Int. Comp. L. Q. 18 (1969) 251 を参照。

(305) Rabelsz 33 (1969) 195 N. 5 にあげられたもの以外に、HASCHEID, Territoriale Grenzen der staatlichen Rechtsetzung, in: BerGesVölker 11 (1973) 47 (62) 参照。

(306) 前出邦(82)参照。

(307) Act. Doc. 10 II (1965) 97f.

VI しばしばそれと関連してゐるにもかかわらず本来の国際私法に属さないのが、ケーゲルがいうところの位階抵触法である。<sup>(310)</sup> たとえば国際法と国内法、国家法と教会法、普通法と個別法、近代的规定法と伝統的慣習法の関係に、即ち、同種でない源から生ずる法規定間の関係にこれは妥当する。その場合何らかの態様の法命題が「」では場所的、人的又は時間的な「連結要素」によつて定められるの

ではなく、全く一般的に「都市法はラント法を破る」という古いドイツの原則のように、或いは——国家法と宗教法の關係においてしばしばそうであるように——対象分野により区別されるのである。

かくて多くの諸国は（中部ヨーロッパと共產主義法圏を除く）、婚姻締結の方式を少なくとも自由選択的に宗教法に委ねている。逆にカノン法は婚姻の財産法上の効果については世俗的立法並びに裁判権の管轄を承認している。<sup>(30)</sup>

時には「水平的」<sup>(30)</sup> 抵触（国際的、地際的又は人際の種類）は、たとえば個別法と（補充的又は優先的に妥当する）普通法の間の、或いはいわゆる「植民地的抵触」の場合には「土着人」法とヨーロッパ人法の間の、同様な位階抵触と重なり<sup>(31)</sup> 存在している。この実態を見誤ると外国又は内国の抵触法の検討に際して誤解を生みやす<sup>(32)</sup> こととなる。

(30) Kegel, IPR 20.

(31) 一方では Neuhäus, Staatliche und Kirchliche Eheschließung in rechtsvergleichender Sicht: Fam RZ 1955, 305 (307ff.); 後注(30)参照)とその点に関する法政策的な Ders., Zur Reform (前出注(30)) 63ff. を、他方では can. 1016 Halbs. 2, 1961 C. I. C. を参照。後者については Neuhäus,

Zum Kollisionsrecht des C. I. C.: Rabels Z 30 (1966) 40 (41).

(31) 勿論、たとえばアルジェリアのフランス判例は、いわゆる植民地的抵触 (condit colonial) におけるフランス法の優位を相対的にカムフラージュしている。Peter-Paul Schuster, Das Kollisionsrecht Algeriens (1970) の書評 Rabels Z 35 (1971) 343.

## 第一二節 類型化か個別化か

I 国際私法においては、類型化がなされるべきか或いは極力各個別の事案に対してそれにふさわしい法秩序（「プロパー・ロー」）が定められるべきかという問題提起は、全ての抵触事案に対して「様な統一」的解決方法が決して存在していない<sup>(31)</sup> ことを前提としている。

サウイニーによれば国際私法の任務は、たしかに「いずれの法律關係についてもその法律關係がその特有の性質に従ってそれに帰属し、或いは服している法領域（即ち法秩序の場所的妥当領域）（それがその本拠を有しているところ）が探究されるといふ風に」という一文により定められる。しかし彼自身は各法律關係の「本拠」が探られるべきであるという命題を「形式的原則」と名付けている。<sup>(32)</sup> 蓋し、彼は「本拠」という言葉を確定されるべき「特定の場所、個

々の法領域との結合」<sup>(314)</sup>に対する別の表現として持ち出したにすぎなかつたからである。生じる全ての抵觸問題の解決の爲の(統一的な)實質的原則を見出すことは、「実に個々の法律關係が極めて多様な性質を有するが故に、その住所について共通の徹底した原則へはほとんど遡源されえないが爲に」<sup>(315)</sup>頭から疑わしいように思われたのであった。正に法律關係の「性質」を用いることで他方では完全に個別事案それぞれ事情を規準とさるべきでないことが明らかとなる。むしろサヴィニーは國際私法の任務を「法律關係の各クラスに対してそれが帰屬している特定の法領域、即ちいわば法律關係の本拠、を探究する」<sup>(316)</sup>と具体化している。

現代抵觸法の大部分は、——各類型に対して特別の連結基準を確定することによって——「法律關係」の「クラス」又は類型を形成するというサヴィニーの原則に依拠している。しかしそれに代えて各個別的法律關係、各具体的事実關係に対してその個別的「本拠」、即ちそれぞれ個別的事案の事情に従えば最も密接な關係を有している法秩序を探究すべきとはいえないのであろうか。

この意味においては、たとえ英國の判例はずっと以前から國際契約法において締結地、履行地及び(海上運送契約について)旗國への連結の争いを事案毎に特別事情を斟酌して定めるべきであるという「契約のプロパー・ロー」の定式によって相対化してきた<sup>(317)</sup>。同様にアメリカにおいては契約に対して「重点」又は「連結点の多数」

(center of gravity 又は grouping of contacts)の理論が開発されたのであるが、それによれば当事者の意思でも締結地又は履行地でもなくて、「硬直した一般的規則」から離れた「係争案件へ最も特徴的な關係を有している」場所が規準となるべきなのである。同一の見解がイギリスやアメリカの理論とは独立に、大陸ヨーロッパにおいても、國際私法の問題性が「極めて紛糾しかつ包括的であるので、その解決について予め一般的規則を立てようとするものが全く不可能である」ということを理由に主張されるに至<sup>(318)</sup>た。

(311) 國籍法においては別で、そこでは専ら唯一の(双方的)抵觸規定が存在している。即ち國籍の取得と喪失は常に当該國の法によるのである。後出注(573)をみよ。

(312) SAVIGNY 27f.

(313) A. a. O. 120.

(314) A. a. O. 108.

(315) A. a. O. 121.

(316) A. a. O. 118. 従つて正當にも COING, Rechtsverhältnis und Rechtsinstitution im allgemeinen und internationalen Privatrecht bei Savigny, in: Erman Maridakis II (1964) 19ff. 註「サヴィニーの國際私法理論は、結局法律關係の本拠の理論というよりもはるかに個別具体的法律關係を法制度又は法律關係のクラスへ分析する理論である」という結論に到達してゐる(28)。

(317) たゞせば *The Assunzione*, [1954] p. 150, 170, 180 (C.

A.)における(あるチャーター契約についての)事情全体の明示の参酌を参照せよ。

「プロバー・ロー」の適用を主張するのは不法行為については Morris (後出注(67))があり、婚姻の有効性についてはたゞ Sykes, *The Essential Validity of Marriage: Int. Comp. L. Q.* 4 (1955) 159ff. があつて。

(318) リーディンタなのは、ノールド (Fuld) 判事の *Auten v. Auten*, 124 N. E. 2d 99 (N. Y. 1955) 判決である。この理論は第四節Ⅲで与れた関連法秩序の内容的衡量と同じではない。

(319) かようにデンマーク人 GEORG COHN, *Existenzialismus und Rechtswissenschaft* (Basel 1956) 119.

Ⅱ 類型化が個別化かか問の決定に際しては、正に国際私法においてこそ事案の多様性が厳格な類型化の規制になじまないという、後者に有利な事実を斟酌しなければならない。更に多種多様な資料のうちで比較的わずかのものしか公刊されていないことに由来する、学問及び立法における現実の見通しの貧しさの故に、純概念的にえられた、或いは伝統的に硬直し真に事理に即しているわけではない連結規則の危険性が極めて高いこととなる。個別化を行っているイギリス及びアメリカの判例が、契約法の領域において、様々な契約態様を顧みることのなかった純機械的な(締約地又は履行地への)

連結に対する反動として成立したことが特徴的である。最後に従来は正義を一般に恐らくあまりにも「同等のものが同等に取り扱われる」というのうちに求めすぎてきたのだといえよう。<sup>(320)</sup>

他方で看過してはならないことは、少なくとも民事法においては——刑法では又別なのもかもしれないが——しばしばただ単に同等の(全く類似の)事案にとどまらず同一の(*derselber identischer*)事案、たとえば特定の人の成年又はその相続の問題が、様々な機関により判断を受けなければならない、そこで取り扱いの同等性(*Gleichmässigkeit*)、つまり国内的、国際的な判決の同一性が、最大の誠実さと専門知識をもってしてもなお主観的要素をはらむ裁判官の事案の妥当性を得ようとする努力より更に重要なものとなる点である。法的安定性とは単に恣意を防ぐということにとどまらず、評価における善意に基づく(*gutgemeint*)主観性の防止でもある。裁判官はそのような外観をきたすことさえも避けるべきなのである。それが故に彼は、厳格な拘束力がない場合においても立法者や先例の認識しうる評価に依拠するのであり、従って「信頼しうる理論と伝統」に従うべきなのである(「スイス」民事法第一条第三項)。国際私法においてこそ強度に個別化を行う判例において極めて容易に「自国法志向」(前掲第七節Ⅲ)と実質法的考慮が判決の同一性を損いがちなのである。

その上訴訟經濟は個別事案毎に全ての考慮される事情の衡量に際して要求される程までの配慮を払うことを禁じている。民事法上の事件というものは——又もや刑法或いはその著名な理由を伴う國際法においても別であるのかも知れないが——個々の裁判官、官吏等が立法者の往々にして錯綜している考慮をその度にもう一度やり直すことなく簡単な規則に従って解決できなければならぬ<sup>(32)</sup>。それに加えて、特に訴訟の回避をもたらして従って法的平和に資する解決の予見可能性という利益がある。

従って争点毎の事案の妥当性を犠牲にする一般化が國際私法を含む私法にはある程度つきものなのである。即ち確固たる規則を形成することにより典型的的事案を規準としなければならず、それに対して非典型的の例外事案においては個人にある種の不衡平を一般的秩序の為に甘受することを期待し、安全弁としてだけ回避条項を定めておかねばならないのである。頻用されるスイス民法第一条第二項は正当にも制定法中の欠缺については裁判官に「裁判官が立法者であれば制定するであろう規則に従って裁判する」、即ちたとえ個別事案において直ちに衡平に従うことなく裁判する旨求めている。

しかし以下の区別をすべきである。即ち既述のイギリス及びアメリカの判決が関わっていた契約法の分野においては、準拠法の問題

は概ね直接の契約当事者間の唯一の訴訟においてだけ意味をもつ。従って契約準拠法の確定をむしろ裁判官の（事後の）決定に委ねることができる。またここでは——契約自由の原則と類推的に——当事者の一義的法選択が存在しない場合においてさえその推定的又は仮定的意思とその期待が正当な役割りを演じている（後掲第三四節）。それに反して**人事・家族・相続法の領域**においては、主として強行法と、固定的で一義的な規制を必要とする絶対的で全ての者に対してずっと将来にまで作用する法律関係が問題となっているのである。

他方では**人事・家族法**は、不当な純機械的な連結により定められた決定に対して特に敏感である。取引においてはある決定の内容はしばしばその決定の**事実**（即ち法的安定性）ほどには重要ではないが、**人事・家族法**においては結果の適切さが最優先される。ドイツ民法法における国籍主義がしばしば制定法により破られること、公序の留保条項のより頻繁な適用、判例による法律回避の克服がこのことを示している。従ってまさにこの場合にこそ同時に確実かつ妥当な解決を求めて努めねばならない。

一方の硬直した機械的連結規則と事案毎の裁判の間に、ある程度の類型形成から出発し、個別事案の特殊性を適度に勘案するにやぶさかでない**低触法**の中道を見出すことが重要である。——即ち回避条項を伴う規則作りである（詳細は後掲第二四節末及び第四九節）。たとえ債務関係の契約債務と契約外債務（又は契約、不法行為、

法定債務)への粗い分類がこのグループの内では細分することを通じて精緻化される場合、或いは相続法において婚姻している被相続人(その財産は夫婦財産法上の拘束を受けているかもしれない)と婚姻していないそれに区別する場合については、既に随分と成果があがっている。<sup>(323)</sup>更にその分類は純演繹的に国内の法概念に従い行われるべきではなく、<sup>(324)</sup>具体的法比較に基づいて、最も適切には事実関係又は訴えの請求権に従って行われるべきである。換言すれば、国際私法規定(管轄のそれも)の構成については出来る限り事実概念(Sachbegriff)が「体系概念」にとって代るべきである。

(320) 平等原則の限界については後掲第四九節IIをも参照せよ。

(321) KROPHOLLER, JZ 1971, 694 (不法行為の準拠法について): 「多くの裁判所が、それぞれの個別事案の事情の非経済的衡量によつてその抵触法的正義を実現すべきものとすれば全く荷が重すぎるることとなる。……しかし国際私法における精緻な規則の適用という要請には挑まねばならぬ」(太字は原文による)を参照。

(322) 「完全はこの世に望むなら」というのが REESE, Choice of Law—Rules or Approach?: Cornell L. Rev. 57 (1971/72) 315 (322)。

(323) Vorschläge ... Erbrecht I (SA), 6ff. 参照。その点について NEUHAUS, Um die Reform des deutschen Internationalen Erbrechts: Fam RZ 1970, 12 (13) ならびに後

出注(319)未参照。

(324) RAU, Qualifikation 258: 「健全で前途有望な動向は、帰納的方法で法的類型毎にそれに対応する抵触規定を見出すという方向を指している。」参照。