



HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|------------------|---|
| Title | サヴィニーの国際私法理論（４・完） 一殊にその国際法的共同体の観念についてー |
| Author(s) | 櫻田, 嘉章; SAKURADA, Yoshiaki |
| Citation | 北大法学論集, 35(3-4), 1-48 |
| Issue Date | 1984-11-30 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/16456 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | 35(3-4)_p1-48.pdf |



サヴィニーの国際私法理論(四・完)

——殊にその国際法的共同体の観念について——

櫻 田 嘉 章

目 次

はじめに

- 一 近時の国際私法をめぐるサヴィニー論と国際法的共同体の観念
- 二 サヴィニーの一般法理論(以上三三三卷三号)
- 三 サヴィニーの国際私法理論(以上三三三卷四号)
- 四 国際法的共同体の観念(②まで三三三卷六号)
- 五 おわりに(以上三五卷三・四号)

(3) (i) サヴィニーの牴触法における国際法的共同体の意義やその評価を論じる為には、それが組み込まれている牴触法論の枠組自体の検討が必要であることは既にふれ、予備的な考察も紹介した。しかし国際法的共同体自体の体系上の機能や意味を考える為には尚、不充分なところが多いので、必要な限りで更にその牴触法の特徴をとりあげ、若干の分析を補うことが必要となる。

その為にはまずサヴィニーの牴触法論が登場した当時における二つの規定的な事情が注目されなければならない。第一に牴触法自体の現実的必要性である。即ち特にフランス革命を決定的契機とする身分からの人々の解放とその自由の保証への動きは、資本主義経済の発展、輸送技術等の発展と相まって殊に通商や移動の自由においても結実し、ヨーロッパ諸国における人及び財貨の移動は極めて活発なものとなつて¹⁾いた。必然的にそれに伴い発生する法問題も渉外的要素を多く内包するものであつたのである。しかしながら第二にそのような現実²⁾に有効に対処しうる法的装置も充分に存在しているとはいへ難かつた。即ちオランダ学派による新たな基礎付けを得た条例理論も、多様化する現実と多数の主権国家の一層の増加と独立性の確立の前にはその普遍的効力と充分な解決能力を發揮しえなくなり、更にその具体的内容において論者による理解の対立が甚しくなるにつれてその実用性、体系性においてもはや維持しがたいものとなつていたのである。各国の国内法においても充分な法発展は未だ認められていなかった。殊にドイツにおいてはナポレオン戦争後においてもその内部における法の分裂が固定され、しかも政治的・法的に統一的な基礎が失われていたので、ヴェヒター³⁾によって決定的にその息の根をとめられた条例理論に代えて新しい牴触法の体系の成立が要請されていた。クルークのまとめた一九世紀半ばまでの渉外法関係に関するドイツ諸国間の条約も、一八二一年のバイエルン・ヴュルテンベルクの南ドイツ型、一八二四年のプロイセン・ワイマールの北ドイツ型、一八三九年のプロイセン・ザクセンの新しい型を祖型とする多くの渉外法条約の存在と内容的・形式的推移を示しており、この間の事情を間接的に明らかにし

ているように思われる。サヴィニーが構築すべきであった⁽²⁾ 抵觸法は、従つて条例理論が長年に亘り培つてきた長所はうけつぎながらも、それが内包していた諸欠陥を克服し、ドイツの一国内の法抵觸のみならず少くともドイツ内部の問題とドイツの對外的關係を有効に処理しようとするような普遍的性格と、當時の抵觸法の実定法的欠缺を補填し、条例理論に代わる新しい体系的基礎を提供しようものでなければならなかつたのである。サヴィニー自身はこのような状況の中で自らに課せられた役割りを十分に認識しながらも、自らの私法体系の完成という作業の中で、伝統的な抵觸法の發展として成立しつづつある欧米各国及びドイツ内部における彼のいう新しい慣習法又は學問的共同体の動向に即し、当時一般的に承認されつづつあつた涉外法における内外人平等の実現にふさわしい体系を模索することとなつた。彼の私法体系と、在來の國家の主權原則の擴張という現実から出發する抵觸法の在り方、或いは条例理論に代わつて登場した彼のいう實質的原則による新しい抵觸法の体系との習合も必要とされてゐた。かような所与の諸條件をサヴィニーが具體的に如何にうけとめそれに解答を与へたのかは、パラダイムの崩壊と變換の時代における法政策的決定と法的解決の在り方を考へる上で一つの典型を示しており、その検討は現時においても緊要であらう。以下においてはまずその外國法の内國における適用の可能性について、次いで外國法適用の理論に則してサヴィニーの理論を概観した後、國際法的共同體の意義・價值を論じたい。蓋しこれらの問題において國際法的共同體の觀念はその必然性と可能性の基礎を与へられてゐるからである。

(ii) 既にみたようにサヴィニーの抵觸法は外國法の適用を広く認める体系を有しているが、それが可能となつたのはいかなる理論的枠組によるのであらうか。ここではまず外國法適用を可能とする法的論理について検討を加へる。これが双方向的抵觸法の基礎をなすからである。

近代國際法の基礎をなす主權理論からすれば、各國は平等の主權を有しておりその權限の及ぶ範圍においては對外的

対内的に絶対の主権を原則として行使しうる。これを政治的形式主義の立場からいえば相互に国家Ⅱ国家、法Ⅱ法の公式が妥当する。即ち法の制定権限からいえば内外の法は相互に平等であり、その効力に本来優劣はない。しかしこのような平等性からは自国領域内における外国法の効力を当然に承認すべき国際法上の義務は帰結されえない。しかもサヴィニーが確定したように現代において法が基本的に領土法的性格を有するものとすれば、法の効力は原則として属地的に限定されざるをえないことになる。それ故各国国家が主権理論から法の効力を問題とする限りで、各国は厳格な内国法適用の原則を採用することも可能である。しかし法廷地法を適用しようとする実際の傾向の存在にもかかわらず、現実には厳格な法廷地法主義を宣明する制定法は存在せず、国際法においても伝統的に種々の考慮から例外を認めるのが常であったことも明らかである。後述のようにサヴィニーはその牴触法を全く別の観点から基礎づけるのであるが、その理論的基礎はその体系的形式性のうちに既に認められる。この点を検討してみよう。

サヴィニーも厳格な主権原則の帰結として(1)領土内における自国法のみを妥当、(2)領域外における自国法の妥当の要求をなしえないこと、を承認しており (System VIII S. 24 f.)、その結果係争法律関係の外国領土との関連性に従って裁判すべき可能性も否定しない。しかしヨーロッパ各国間の相互交流の実際上の必要性と内外人平等の達成という目標からそのような原則の採用を否定し (a. a. O. S. 26 f., 127 f.)、従って「係争法律関係の帰属する場所の法を裁判官は、その場所の法がその裁判官の自国法であろうと外国の法であろうと関わりなく、適用すべきである (a. a. O. S. 32)」という。以上の手掛りだけでは必ずしも自明とはいえないが、法廷地法主義の立場を立法者の法の妥当意思の問題と捉えている点からみても (Vgl. S. 127 f.)、サヴィニーは一般に牴触法の問題を係争法律関係に対する適用法規の決定問題として捉え、他方では主権理論を法の効力の属地性、或いは法の妥当の問題として位置付けているように思われる。果たしてそうであれば法の妥当の問題とその適用の問題が技術的に区別され、前者においては主権理論が妥当し、

従つて抵觸法問題をかような問題として理解すればその結果として原則として主権理論から出發する抵觸法問題の解決がなされ、従つて法廷地法主義の立場も肯定されるのであるが、抵觸法が事案に対する法の適用關係の決定であると解されるのであれば、論理必然的に法廷地法主義が結論されるわけではなく、適用すべき法の決定上必要な考慮に従い判断すれば足ることとなる。ここに双方的抵觸法の可能性の基礎がいれば國際法上の關係と抵觸法上の關係を區別する為の理論的基礎として用意されるとみることが可能であろう。従つて内國の土地所有權の相続が外國人により外國法上認められていることが國家の尊嚴と獨立性を損うという主張も排除されなければならないことになる (S. 116 f.)。かようにして現代抵觸法においても主張される法の妥当と適用の區別(區別)という発想の端緒が既にサヴィニーにおいても認められ、それ故に一方で主権原則を肯定しながらも合目的な抵觸法原理の採用が可能になったともいえよう。

かくて少くとも抵觸法が法の適用關係であるという認識が、既に理論的に抵觸法の主権原則からの解放を可能とする基礎を提供していたと思われるが、これは彼の法的構成にいかん反映していたといえるのであろうか。

サヴィニーは現代ローマ法体系第八卷においてその抵觸法の体系に取り組むに當つて、まずこの問題を彼の私法總論の最後に位置するものとして、即ち実定法の生成、法規の成立根拠、法律關係の分析に続き法規と法律關係の結合關係を確立するものとして扱っている (S. 1)。そしてこれが彼の民族法論から必然的に帰結される獨立の國家の併存とその実定法の抵觸の問題を解決すべきものとされている。しかし法規と法律關係の結合關係と法の抵觸という觀念は必ずしも論理必然的に結びついているものではない。伝來的な法抵觸問題をこのような結合問題として扱えようとした点にサヴィニーの主張の特色があるのであるが、これは一体どのような意義と目的を有しているのであろうか。

この結合關係は具体的には法規と法律關係の支配・服従の關係として現われるのであるが、この關係自体は形式的体系的性格を有しうるのみであつて、それ自体には何ら内容も目的も与えられていない。サヴィニーの一般私法体系にお

いて既に法律関係から法規をみるのもその又逆の見方も体系からみる限り全く等価的に成立しえたのと同様に、この関係も理論的形式性格しか有していないのである。即ち法の妥当関係から法規と法律関係の結合関係を考えることを放棄したサヴィニーはこれを法の適用関係に限定して把え、法の妥当に関わる内容上の原理的制約を極力排除しようとしたのである。サヴィニーのいわゆる形式的原則はかような体系的形式性のみに依存する抵触法原理の構成の試みであり、その意味での抵触法の「非政治化」を語ることはあながち誤りであるとはいえない。そしてこのような結合関係として抵触法を把えることからは、更にその強行性、一義性が基礎付けられる。即ち法規と法律関係の結合関係は、それが一義的に確定されべきものであり、しかも確定された場合には恣意的変更をばや許さないものとなり、⁽³⁾ 抵触法の規範性が及ぶ範囲においては法的拘束力を付与される。サヴィニーの「本拠」の確定の仕方を見る限り、類型的法律関係に対しその「性質上」認められる結合関係が単一の関係として固定され、その限りでいわば強行的となり単一の準拠法が確定される。このような構造はサヴィニーの抵触法方法論自体にも由来するが、その私法体系の形式的性格からまた基礎付けられているといえよう。

しかし他方では法規への法律関係の服従という観念は、その法律関係の中心をなす人の自由との調整を必要とする。蓋し、人は本来倫理的・法的に自由であるにもかかわらず、法の適用関係においても結局いずれかの領土法に「服従」するのであって、法の妥当における服従とは異なる基礎付けをこの場合に必要とするからである。サヴィニーはここに従来も殊に裁判管轄権の基礎として用いられてきた任意の服従という観念をもちだし、公法上の服従関係とは別にある法規への服従を基礎付けようとする。(人と実定法共同体の關係は公法的關係として成立しうるが、サヴィニーはこれを極力排除する形で、オリゴではなくドミキリウムによつたと考えられる。)人は「任意」又は「自由な」服従によりある領土の法規への服従を余儀なくされる。しかしこの服従は具体的な人のそれではなく、サヴィニーの法体系が基礎と

する抽象的人格としての人が一般的に措定される服従として認められている。このような自由の働きうる限界、即ち国際法的共同体の限界については後にふれるが、連結の基礎としての任意の服従は、いわば実質的な自由を必ずしも問題にするのではない。

それでは、内国において外国法が適用され、それが内国の国家的尊厳や独立性を損うものでないとして、そのような準拠法たる外国法の法的性質はいかなるものであろうか。まず、サヴィニーは、その「体系」第一巻において外国法の法的性質について次のように述べている。「裁判官は、一方当事者がそれを提出するのでない限り事実を決して補ってはならない。しかし慣習法は偶然にそれについて知っていたにすぎないにしても顧慮してよいし、またすべきものである。事実は法的紛争の特定の時点に提出されねばならず、しかも特定の訴訟の規則と方式に従って証明されねばならない。しかし慣習法は法的紛争のいかなる状態においてもその判断に影響を与えるのであり、しかもその立証の態様について裁判官は完全に自由な権能を有しているのである。従ってこの点において慣習法は、多くの法的紛争の解決がそれに依存していることのある外国の法律に極めて類似している。その知識は裁判官には要求されない。従って当事者がそれらを提出し証明しなければならぬが、それは、ここで慣習法について述べられたのと全く同様に、即ちそれらがそのことによって本来の事実と全く同列となることもなく、そうなのである (S. 109 f.)」これはミッターマイアの「即ち裁判官は外国法を知っているべき義務はなく、従って裁判所は正当にも外国法の証明を当事者に、当事者が依拠する慣習法の例におけるのと同様に、課しているのである」(一八三五年)⁶⁾ という主張を想起させるのであるが、サヴィニーは直接的にはプフタに依拠して外国法を内国において適用することを認め、しかもその場合に証明において特殊な取り扱いをうけるものの外国法は法律としての性質を失わないことを明らかにしている。⁷⁾ その意味で「自国裁判所が幾多の法律関係の判断をそこから創造すべき源泉として本来外国の法を許容すること」が主張されているのである。

(iii)かくてサヴィニーの抵触法理論の出発点は、その体系的形式性にあり、それをより貫徹するものとして主権理論の否定があり、同時に抵触法の私法的性格を基礎付けうる理論的根拠が与えられていたことが看取される。それでは抵触法体系を内容的に規定しているものは何であつたのであろうか。

第一に本来可能な法廷地法主義を宣明する制定法規が存在⁽⁸⁾であり、しかも積極的な抵触規定も欠缺しているので、制定法不存在の場合の処理に関するサヴィニーの一般法理論がここでも適用をみるに至る。既に述べた類推の系統に従い実定法の一般的性質に鑑みその有機的統一な諸原則の探究が必要となるのである。抵触法においては、正にこの意味での学問にその法発展が委ねられ、法源として形成され、それ故にこそヴェヒターの裁判官的視点と立法者的視点に関する警告が、サヴィニーの立場において後者に有利に解消され、しかも概ね個別的結論においてヴェヒターとの一致がもたらされうるのである。⁽⁹⁾即ち若きサヴィニーの厳格な制定法実証主義の克服が、当時の制定法の不備の中で決して矛盾することなく彼の法状態の観察—理想と結びつきえたのである。かくて彼の学問法の内容の形成上、当時の実定法の観察とその望ましい法発展への見通しは、主権理論に固執しない柔軟な渉外的事案の取り扱いと内外人平等の保証をその出発点として措定する。これらはいずれも当時の私人及び財貨の自由な移動を前提として、独立の諸国家間における相互交流の確保の必要性に由来する。これを単なる利益のレベルから法的レベルに投影するに当って国際法上は国家間の権利・義務の規律の必要性として相互主義原則に立つ法共同体の構成をもたしたのであるが、サヴィニーはこれとはほぼパラレルに同様の構成を導入する。即ち厳格な法廷地法主義を内容的に批判する、しかも当時の一般的慣習法上次第に広く承認されつつあつた(従つて仮に法廷地法主義を定める制定法が存在していても、外国人の無権利状態を生み出す限り、それは望ましくないものとして批判されるべきであつた)内外人平等や主権の乱用の自制という前提に立ちながらも、そのみでは提示されることのない抵触法上の法原理を構成する。既に彼の私法体系において人自体か

らその法的活動の範圍としての法律關係へその中心が移行したのと同様に、この場合においてもまず國際的な人の權利、法的活動の場としての法律關係に着目し、その法律關係の平等な取り扱い、即ち内外の法律關係を原理的に平等に規律する相互性が望ましいものとして要求される。そしてこの人の活動自体の法的な平等取り扱いが認められれば、その中心をなす人の平等が實現され、外国人の差別が解消される。⁽⁹⁾ それによって従って諸國の相互交流の必要性と個人の自由の保証に資するものである。しかもこの平等性は、単に一国内における内外法律關係の取り扱い上の平等を意味するにとどまらず、それが各國で同一の判断をうけることを理想とする。蓋しそのことによって人の國際的活動の法的自由が確保されるからである。換言すれば、外国人の取り扱いに立ち返れば、各國における単なる内外人平等、即ち内國標準主義にとどまらず、國際標準主義に連なる内容的な同一の取り扱いをも要請するものである。いわゆる國際的判決の調和の理想は、勿論サヴィニーの意図の本来の形においては何よりも判断基準、即ち、抵觸法原則の各國における同一性を意味しており、現代のような抵觸法の分裂を前提していないが、それが發展すれば、やがてはこのような内容を有すべきものとなる点に注意されねばならない。更に相互に平等な法律關係を支配する法をその内外性を問わず適用することが判決調和を形式的にも規定している。かくてこのような前提の上に立つて初めて、國際的に統一的な、いわゆる形式的原則としての法律關係の「本拠」の探究が、抵觸法の基本原理として成立しうるのである。

かような構成を可能とする為にサヴィニーは更に一國の内部における法抵觸と國際的關係における法抵觸を同一の原理によらしめる。更にドイツの内部においても諸國の法の分裂が存在し、その間の法抵觸の解決が必ずしも統一に行われていなかっただにもかかわらず諸條約に認められるように共通の解決の志向が存在していたのと同様に、一般的に國際的な法抵觸においてもそのような動向が認識され、原理的に三者を区別すべき理由がないというのである。⁽¹⁰⁾ そして主權原則を抵觸法原理から排除する為に、更に主權國家間の友好的許容という概念が導入される。蓋し本来主權原則の嚴

格さの故に基本的にその法的構造を異にするものと考えられるこれらの牴触を同一原理に服せしめること、即ち国際法的主権原則の下における外国法の内国における適用根拠を明らかにする必要があるからである。ヒューバーやストーリのコミタスに由来すると思われるこの概念は、しかし今少し説明を要するであらう。

サヴィニーはいう。「ただこの許容は、同時に偶然的に移ろい、しかも一時的なものと考えられるような単なる寛大さや恣意の結果であると考えられてはならない。むしろその中には、同一国家の個別法間の牴触の取り扱いと同一の歩調を保つ、独自かつ進展する法発展を認めるべきである(528)。」伝統的コミタスの観念との異同関係を明らかにすることには立ち入らないが、この主権国家間の友好的許容は、国家の義務としての外国法の適用を意味していないように思われる。しかしながら単なる恣意的・偶然的な許容ではない点からいえば、一定の拘束力、或いは規範性も予定されているともいえる。正にこの点にこそ従来「国際法上の義務」をめぐる論争が生じえ、また国際法の法的性格をめぐる理解の相違が認められたのであるが、一見あいまいかつ矛盾したサヴィニーの言明も彼の牴触法の有しえた学問法的性格からは分かりやすいものとなる。即ちサヴィニーは厳格な制定法実証主義を脱したとはいうものの国内における制定法の効力は承認する、従って制定法の命じる牴触規則には従わなければならないのであるが、その解釈や法規欠缺に際して援用される学問法の成立からは、牴触法はほぼ全面的な支配をうける。このような学問法たる牴触法の体系が当時の国境を超えた人・物の交流の安全を確保しえたのである。従って国際法の立場からは外国法の適用の義務を負わない各国も、その相互交流の必要性からは外国法適用の可能性を全く否定することは許されなかったのである。かくて各国は、法学にその規律を委ねた限りにおいては法源たる法学の拘束力の及ぶ範囲において完全な裁量の自由を失うのであってその限りでの「義務」が語られうる。国際法的共同体は、この「義務」を基礎付けている存在であったといえよう。

(iv) かようにして外国法適用の法的根拠、ならびにその適用原理を概観することから國際法的共同体なる觀念の法的性質が次第に明らかになる。第一に、國際法的共同体は、獨立諸國家間の共同体であり (S. 29)、各國における法牴触事案の解決を内国における法牴触と同一の原理によらしめることを可能とする。即ち主權國家間の共同体でありながらもその主權原則を援用することなく、各國の利益と当事者の利益に支えられて法律關係をその内外性にかかわらずこにおいて同一の判断に服せしめることを可能とする。それでは主權國家の共同体であるという性質は、既に見たような國際法理論における共同体といかなる關係に立ちうるのであろうか。即ち國際法において要請された共同体は、正にその「公法」としての性格において國際法の実定性を基礎付けうるものであったのであるが、それは國家間の權利・義務を規律すべき基盤であつて、直接に個人の權利・義務に関わるものとはいへなかつたからである。サヴィニーは、正にこのような意味における主權原則から國際私法を解放しようとしたと考えられるのに対して、他方ではこのような共同体を彼の牴触法の基礎として措定するのであるから、そこに矛盾の發生が感ぜられるからである。サヴィニーは牴触法問題の解決にあつては法律關係の本拠の確定といういわゆる形式的原理を中心にするのであつて、明らかに國際法の原則にかえて私人から出発しており、それを基礎付ける望ましい相互主義も本来は國家間レベルの原理であるものが個人の利益の爲にも援用されたものとして認められる。内国における法牴触と國際的それとの同視もこの觀點を裏付ける。かくて一方では公法上の共同体の觀念と、他方でのいわば私法上の法的取り扱い、換言すればピュッタ¹³の指摘する、内容上は私法であるが法的原理としては公法上の分野に適合するような説明が必要とされる。外国における破産や判決の内国における承認の基礎たる國際法的共同体と形式的原理採用の基礎たるそれとの關係が問題となりうるのである。

ここにおいてはサヴィニーの実定法理論を想起しなければならない。即ち実定法はその實質的主体である民族の現実

的形態としての国家を本拠として生成し、従って私法も基本的には国家法として成立し、その国家目的が無視されていくわけではないが、既にみたように、その任務からみて内容的には国家性が一般的に極めて稀薄なものとならざるをえなかったのである。従って私法の本質、或いはその性質の説明において国家という公法的主体を一方で措定しながら、他方では私法において支配すべき原理については、人及び法律関係がその中心的考察対象となっていた。既に「体系」第一巻でふれられた国際法の本質に関する叙述は、国際法の創造主体として国家とパラレルに想定される国家間の精神共同体の存在を指摘していたのであるが、サヴィニーが一国を超える統一的な私法の立法機関を想定せず、原則として一国の牴触法というものを考えながら異なる法域との関連性を示す法律関係という意味での涉外的私法法律関係の解決に対しても国際法的共同体という構成を援用しているのも、同じような意義を有するものと理解することが可能であろう。即ち、異なる法域と関連する法律関係は、本来公法としての国際法及び国内公法の規律対象ともなりうるが、サヴィニーは個人の活動としての法律関係についてはそのような視点を排除して、むしろ（勿論サヴィニーの、という限定付ではあるが）私法的視点から問題を解決しようとし、従ってそれを対象とする「国際私法」の存在を独自に基礎付けようとしたのである。法学に依拠する牴触法は一国的性格を必ずしも有さず、しかも各国に共通の慣習法が成立・発展していく限りでは、その法創造の主体として各々の国家を超えた存在を必要とし、彼の実定法論上当然措定されるべき共同体は、公法的に成立する国際法の基礎としての共同体であり、しかしそのいわば私法的问题是独自の私法的原理に服すべきものとされたのである。彼の私法「体系」は一国を超えた私人の活動の法的規律の為に、法源論上も国家を超えた精神的共同体の成立・存在を要請し、ここに国際法的共同体が援用されたのである。各国における新しい牴触立法の国際的受容可能性の検討の要求、条約による国際法的共同体の実定性の裏付けは、やがては国際的に統一的な牴触制定法の成立までも予想させる。実定法の民族法性と同時に牴触法における「民族性」の強調をサヴィニーは極度に嫌

い、普遍的解決の可能性を擁護している。抵触法事案の法的解決の統一性を理想とする立場からは、この分野における國際法的共同体の觀念の尚一層の發展を促し、同時にその最終目標として提示することが必要となる。そして既にふれた國際法における共同体の觀念の意義を想起する時には、現実には存在しない共同体をその法的基礎として措定しなければならなかった、当時のヨーロッパ諸國家の相互關係の狀況がここにおいても反映していることが認められるであろう。普遍的な抵触法を志向し、その基礎を法源論上提供しながら、各國独自の制定法の成立の可能性も否定できないのであつて、その場合にも共同体の存在を無にしない構成、即ちそれらの國際的受容可能性を求めることによってそれらを國際法的共同体の立場から基礎付けようとする。この点において各國國家は獨立の主權國家でありながら同時に國際法的共同体の構成部分であることをも内包するという二重機能性を頭にする。國際的判決調和の現代へ向つての機能分化的端緒がここにある。かくて國際法的共同体の觀念は、サヴィニーの一般的事定法論の首尾一貫性を涉外的事案についても貫徹する為に是非とも必要なものであつた、と同時に、当時のヨーロッパ抵触法の実定性を基礎付けうる法的構成の試みであつた。即ち先にみた形式的体系性との關係でいえば涉外的法律關係の適用法規はサヴィニーの法学理論に従いそれが性質上当然服すべき法域の探究により見出されるが、この考え方自体からは一般的にどのような法規が適用されるべきかについての内容的規定はない。しかしこの形式的原則も、内外人平等、抵触法の統一による國際的交通安全の自由的法的保証という抵触法の目的と矛盾するものではなく、ただサヴィニーはこの原則の具体的内容にこれらの目的をもちこむことなくこの原則とそれによる抵触法の枠組自体によつてこれらの目的を充足せしめようとする。内外法を問わずその性質上妥當な準拠法を決する、つまり「自由な」法律關係の取り扱いを許す枠組を保証する抵触法を構成し、この抵触法がその事物の本性の力、サヴィニーの法学の普遍性により統一的性格をかちうるものが、抵触法の目的を達成することになるのである。従つて準拠法の具体的確定の基準は別箇の対象として把えられねばならない。そして

以上のような「形式性」を可能とした枠組を提供し、この構成を可能としたのが国際法的共同体の観念である。ここにサヴィニーは、伝統的主権理論をも形式的に満足させ、かつ体系的に私法の成立の理論的基礎を提供した。今日必ずしも適切とは思われない「国際私法」という名称の体系的基礎がここに築かれ、その実定性の危い分だけ抵触法の現実の担い手としての各国の機能的二重性が発生しえたのである。⁽¹⁶⁾

以上において、少くともサヴィニーにとってその体系上国際法的共同体の観念が必要とされていたこと、即ち仮にこれを無用とするのであれば、サヴィニーの認識した抵触法の現実の状況と目標からみて、国内実定私法においても国家の観念を無用とするに等しいことが明らかであろう。そしてこの観念によってサヴィニーはむしろ国際私法の私法的性格を体系的に基礎付け、内容的には主権原則からの解放を行った点が、当時の抵触法の状態に照して偉大な功績であったことも理解されうるであろう。私法がその成立の基礎である国家から帰結しうべき諸結論を内容的にひきだしていいからといって彼の一般的私法理論を内在的に批判することは意味がないであろう。従って次に問題となるのはこの抵触法の法的拘束力であるが、サヴィニーが当時のドイツ内部における私法の統一を法学の力、具体的には「彼の」法学の力に求めたのと同様に、抵触法も法学による各国の統一が期待され、かつこのような学問的共同体の形成によってはじめて当時の現実的要請にみあった有効な法的規律がなされたのである。その意味ではドイツにおいて法学＝法曹法が法源となりうる限りにおいて、少くとも法学にその規律が委ねられた範囲において抵触法に関する彼の法理論が法源たりうる。即ち国際法上の各国の義務を構成するとはいえないとしても、その法的規範性は、彼の法源論を承認する限り各国でも否定しえなかつたといえる。かくて理論上サヴィニーの抵触法理論は、学問的共同体と国際法的共同体の重なる部分において、彼の法学に与えられた使命と同様に、いわば法的な定言的命令として妥当すべきものとなる。⁽¹⁶⁾ここに友好的許容の意義の一端が明らかかなものとなろう。

プーファーはサヴィニーの法学の内容上の國際性、即ちその私法理論の普遍的性格により彼の抵觸法理論の普遍的性格、國際的受容可能性を根拠づけていた。⁽¹⁷⁾しかし彼の抵觸法論の國際的 성격が、その方法・内容にのみ由来するものでないことは、彼の法学に与えられた使命からみても明らかであろう。國際法的共同体の觀念は、國際法自体によらずに國家を超えた抵觸法の成立基盤を構成した点で、先に紹介した諸批判にかかわらず彼の抵觸法学の國際性を充分に基礎付けえたのであった。サヴィニーの「本拠法説」がその後の各國の國際私法のうちに定着したのに対して、國際法的共同体の觀念がほぼ無視されたということから、國際法的共同体は何らサヴィニーの抵觸法論の必然的基礎でなかったという評価もなされている。しかしそもそも「本拠法説」が各國で形こそちがえ採用されたものとすれば、その限りで法抵觸事案の統一的な取り扱いに対する基礎が提供された、即ち彼の考えていた学問的共同体、國際法的共同体の形成と実定性が認められるのであって、自覚的にそのような用語をもって表現するか否かを別にすれば、サヴィニーが考えた理想と必ずしも一致しないものとしても、彼の國際法的共同体の觀念はその後も部分的には抵觸法の基礎として生き続けているという他あるまい。國際私法の法源とその目的の矛盾の存在はまさにこの事実を例証するものであるといえよう。

國際法的共同体の觀念と密接に関連して援用される「相互性」の觀念も以上の觀察をほぼ確証するであろう。現代の実定法においても相互性はなお特定の法制度において一定の法的効果發生の爲の前提要件として用いられ、当時の条約中においても例えば外國判決の執行の要件として(バイエルン・ヴェルテンベルク条約第三条他)⁽¹⁸⁾規定されていた。その目的において相互の法の均衡による法形成が考えられていても實際には二國間における自己防衛的、消極的な機能しかもたなかったこのような觀念は、サヴィニーにおいてはより積極的意義を与えられていた。即ち「望ましい相互性」は、主權國家間の相互交流の中であって、形式的な主權原則による各國家の對外的な獨立性の強調、換言すれば主權の

「利己的」な行使ではなく、内外人平等、ひいては法律関係の同一の判断を要求する。既にふれた内国の土地の外国相続法の適用に基く外国人による相続が自国民の利益と国家の利益と抵触しかねない点について、サヴィニーは逆の場合もあるとして望ましい相互性による国際法的共同体への発展をもって答える。国際破産や外国判決の承認における国際法的共同体の援用も、結局諸国の相互の協力、同一の援助の供与を前提とする¹⁹。従って相互性はこの場合に、主権国家の独立性を尊重しながらも、その相互の、殊にその国民による私的交流の保護を望ましいものとして、何らかの共通の法的基盤の形成を積極的に促進すべきものであった。相手が与えるから与えるというより、相手の態度にかかわらずまず自分から譲歩して相互の協力関係を促す、相互不信の放棄の主張である。国際法における共同体と相互性原則の関係を顧みれば、この場合においても相互性の原理が共同体の形成・維持の為の原理であり、同時に更に内容的な規定にまでふみこんでいることが示されている。その意味で相互性原理は、サヴィニーの国際私法を基本的に規定する構成原理であり、同時にその目標原理であったといえよう。いわゆる国際的判決調和は、内容的には単なる形式的な内外法律関係の平等な取り扱いにとどまらず、それが更に発展せしめられた場合にはその判断の同一性を求めていたのである。私的法律関係における主権原則の排除―国内法抵触との等置の実現の上に、更に二国間の関係を越えて多元的な実質的相互主義の立場に通ずる判断基準の同一化にまで進まねばならない。即ちサヴィニーにおいては本来各国抵触法の内容的統一性により担保されねばならなかったのである。抵触法は国家の威信や面子ではなく、各法律関係がその性質上属する法域の法律を適用することで実現される、学問的方法に依拠して成立する。国際法的共同体は、法的構成としてそのような法原理の働きの基盤を形成すると共に「望ましい相互性」の援用の下、サヴィニーのいう形式的原理の採用の規範化、あるいはその正当性をも保証しようとするものであった。ここにおいても彼の法学による法統一の達成が意図されていることが明らかであり、従って相互性が法的分野における「定言的命令」であったということも首肯し

うるのである。⁽²⁰⁾

次に以上のような法的性格を有する国際法的共同体の内容あるいは実質について考えてみよう。既にサヴィニーは、国際法的共同体の形成を促進する契機として、共通のキリスト教文化と全関係当事者(国家及び個人)がそれに対して有する真の利益をあげているが、彼の実定法理論そのものが、精神的共同体、しかもその発展の歴史的必然性から見たそれに基礎をおいていたのであって、国際法的共同体がキリスト教とキリスト教諸国家の相互交通の必要性に規定されるのは当然であった。⁽²¹⁾従ってその及ぶ範囲は、地域的・文化的にはヨーロッパを中心とするのであり、それ故にこそ国際法の法源性の説明において、種族的類縁性・キリスト教ヨーロッパの国家集団のシェーマが成立しえたのである。主権国家の併存、サヴィニーのいう法の「民族性」強調の傾向の中で、歴史的にローマ法とキリスト教が法的類縁性を規定・促進し、そしてまた今後もあるべきものだとするれば、その共同体の性格も自ずと明らかであろう。その意味で当時の状況においてキリスト教ヨーロッパ諸国の相互交流の(私法的)法としての国際私法の歴史的性格が顕著である。その個別的理論の運命と必ずしも関係なくサヴィニーの牴触法理論が、ドイツ並びにヨーロッパ文化圏において基本的承認を見出しえた根拠は恐らくこの点に認められるであろうし、サヴィニー学説を否定しようとする者も、このような当時のいわばヨーロッパ・イデオロギーを法的に反映しうる構成を全く無視し難かったのであり、それによってはじめて当時の需要に応じ、しかも法的混乱を收拾し相互関係の安定を企図しようこととなったといえよう。

(v)しかしながら共同体概念の類用にもかかわらずその積極的な規定は、必ずしもサヴィニー自身の主張の中に多くを見出しえない。⁽²²⁾従って消極的に、しかも具体的に国際法的共同体の内容を反映していると思われる、いわゆる「例外」に注目すべきこととなる。サヴィニー自身も、国際法的共同体の性質を明らかにするものとして「例外」の重要性を認めていたからである。「例外」にみられるその内容を検討しながら国際法的共同体の性格をも更に考えてみよう。

既述のようにサヴィニーは法律関係の取り扱いに関する本拠法説に例外を認め、即ち特定の種類の制定法の特別な性質が諸国間の法共同体の自由な取り扱いに反するというのである。この場合には「裁判官はかの原則が認めている場合より内国法をより排他的に適用すべきであり、他方ではかの原則がその適用を正当化する場合であろうともその外国法を不適用としなければならない(S. 32)。」この例外の範囲を画定することは抵触法上最もむずかしい課題であるが、これにより原則自体が明瞭なものとなる。即ち現代の公序に相当する考え方であり、法律関係の本拠の所在するとは必ずしもいえない内国の法律が適用されるのである。²³ そのような例外的法律としては、第一に「強行的、かつ厳格に実定的な性質の法律」、第二に「内国で全く承認されていない法律制度」で内国での法的保護が認められないもの、があげられている。これらの例外に共通する点は、第一にそれが国際法的共同体の自由な取り扱い、即ち各国の相互協調の対象とならないということ、第二にそれを決定するのはその法律又は法律制度の性質であること、である。これらについては内国法が「裁判官の所属するラントの場所的法」が適用される。その根拠は、国際法的共同体からみて「アノーマル(変則的)な性質を有すること以外には、各々の類型を個別にながめる必要がある。第一の厳格に実定的な強行的性質の法律は、「体系」第一巻で問題とされたいわゆる強行法規たる絶対法規に相当するが、その中でも「純粹な、その抽象的存在に根ざす法領域外に根拠と目的を有し、権利者の為にだけ制定されていないもの」、即ち倫理的、公的利益の、政治・警察的・国民経済的性質を有する絶対的法規だけがこれに該当するものとされている(S. 36)。往々この事実からこの法律は「体系」第一巻でふれられた原則法と例外法(又は変則法)の区別に従えば本拠法説は前者にのみ妥当し、後者には公序法的性格が認められる、つまり前者の法の全てが各国で全く同質的性質を有する、とか、この場合に法律の目的をもちだすのは条例理論にならうものであり、この点に原則として認められた国際私法の非政治的性質が破られるとか、或いはこのような純法領域外にその根拠と目的を有する法律を全て「厳格に属地的に適用しようとするのは行きす

ぎである²⁴」とかいふ論評が加えられる。しかし何故この場合にのみ法規の性質が問題とされるのか、また何故このような法律が国際法的共同体になじまないのか、またいわゆる例外法の全てがこれに属すべきものかは検討の余地がある。ここではサヴィニーが何故ここに至って「厳格に実定的で強行的な法律」という表現を使ったのかを問題とする。ここで、これらの疑問の一端を考えてみることにしよう。第二のグループの法制度についても一体第一のグループの場合とどのような違いがあるのか、また第一グループと同じ根拠により国際法的共同体になじまないのか、を検討する必要がある。

第一に「厳格に実定的」とは一体何を指しているのであろうか。もしこれらの法律の性質がサヴィニーの述べているように純法領域外にその根拠と目的を有する例外(変則)法であることにつきるのであれば、例外(変則)法の説明において用いられている「純実定的」という表現とはいかなる関係を持ちうるのであろうか。

サヴィニーの一般法理論によれば、制定法の根拠は本来法の構成部分ではなく従ってその拘束力に関係しないものとされたのであるが、法規の分類に当っては援用されていた。即ち法はその発生根拠において²⁵又は衡平という純法領域に発生するか、それに法と異質な要素が入り法の理性に反するかで区別され、前者を原則法と呼べば後者は例外法と呼ばれる。原則法の目的は一般的で特別のものではなく、従って既存の法規の実現にすぎないのであるが、例外(変則)法は更に将来に達成されるべき関係を前提としており、制定法の目的・意図が重要な要素となる。そして例外(変則)法はローマの「特別法」と重なるが、これは「純粹に実定的」であるという。従って前述のサヴィニーの説明に従えば第一グループの法律がこの意味で例外法であれば、同時に「純粹に実定的」であり、あえて「厳格に実定的で強行的」という表現を用いる必要はないといわなければならない。この両表現の用語法の完全な検討は尚後日に留保しなければならぬし、そもそも彼の「体系」の諸概念が必ずしも厳密な定義を有していないが故にこのような検討をどこま

で厳密に行いうるかという点に疑問は残るが、目下のところは差し当り次のようにいって差し支えないであろう。

純実定的という表現は「体系」第八巻では「厳格に実定的」と比べて極めて稀にしか用いられていないが、内国人又は取引保護のための行為能力の例が示すように「純実定的」な法規は必ずしも原則の例外をなすものとは考えられていない。従って例外法が純実定的であるとしても、抵触法における例外法の抽出の爲の基準とはなりえないことが明らかであろう。「純実定的」と「厳格に実定的」という表現は既に「体系」第一巻において用いられてはいたが、サヴィニーは第八巻に至ってはじめてこれらの概念がいわば解釈論的にも大きな意味を持ちうることを認識したように思われる。特に「厳格に実定的」という概念は、時際法を含めた第八巻において多用され、しかも重要な意味を持たされるに至った。「体系」の後に著されたその各論としての性格を有している「債務法」においても「厳格に実定的」な法規が「体系」第八巻を引用しながら一定の自然債務の発生に決定的機能を有していることが強調されている。例えば自然債務と暴利契約或いは賭博債務を禁止する制定法との関係にふれて、これらの制定法を「純実定的であり、ユース・ゲンティウムには全く存在しない」として次のように述べている。「しかしながらそのような制定法により禁止された契約について、*naturalis obligatio* を認めることは全く不当であるかもしれない。むしろこの場合には *jus civile* が *jus gentium* の効力を無力とするような形でこれに介入するのである。なぜなら実定的制定法の承認自体が *jus gentium* の原則に属するからである。しかしこの命題は更に詳しい規定を必要としよう。実定法の全ての規則がそれと矛盾する場合に *naturalis obligatio* が存続しないという効果を伴うわけではなく、従ってそのような形で（勿論不完全ではあるが）有効でありうるという効果を伴っているわけではない。むしろこの効果は厳格に実定的、強行的な性質をそれ自体が帯有している法律へ限定されるべきである。このクラスの法律をより詳しく規定することは、既に別の箇所での別の目的の為に試みている。従って以下の叙述においてもその存在と効力が民事法の矛盾する規則によって排除されていない

い場合には、即ちその規則がかの強行的性格を有していない場合には、*naturalis obligatio* の個別の事例が認められる (*Das Obligationenrecht*, Bd. I (1851) S. 43 f.)。更に、「しかしながら更にはるかに重要であるのは、多くの者により認められた *naturalis obligatio* の多数の場合における否定である。それらにおいては、債務の成立が強行的性質の実定的法律によって禁止されているのである。つまりそのような禁止は *jus gentium* にそぐわないので、ここでふれた種類の全ての法律が *jus gentium* によっても各個の国家で承認されねばならないということを考慮することなく多数の者が *naturalis obligatio* の存在と効果を認めていたからである。この点に存する錯りは既に論じたところである (第七節 f. e)。これに属するものは、暴利契約、賭博債務、浪費者のした契約等から生じる債務、アリメントに関する裁判外の和解等である。この重要な原則の適用は、上述の種類の法律に対する正当な限界画定に依存する。勿論大いの場合にはその限界は明らかであろう。それに反して当然限界上にある疑わしいケースも存在し、その場合には実定的法律や絶対的法律の概念もこの目的にとって充分とはいえないので当該法律の特別の意図を精確に調べることに全てがかかっているのである。…… (a. a. O. S. 108 f.)」と述べる。従って「純実定的」とは成立根拠からみた表現であつてそれが形式的実定法性を濃厚に有していることを示すにすぎず、その意味では「厳格に実定的」な法も「純実定的」たりうるのであるが、「厳格に実定的」では「強行的」という修飾語の付加が示すように、むしろ法の適用上の効力、国家の効力意思の強さを問題にしているといえよう。単なる個人の為の絶対法は外国においても効力を認められる (S. 35) とか、「がような強行的法律の性質上それがその力と効力を他の法律より拡張しなければならぬ、…… (S. 517)」との表現はこのことを示している。しかし単なる強行法であるだけでは足らず、更に法の担っている法外の目的の実現に対する国家の強い意思又は必要性、即ち各国間の相互協調を無視させるに足るだけの根拠を有するものでなければならぬ、即ちその法律が純粹の法目的を有していたとしてもその効力が強力に保証されなければならぬ

いのであって、そのことは既に国家又は公の利益が強く関わっていることになる。「厳格に実定的」が、抵触法においてはじめてその必要性が意識されたものであるにしろ、それにとどまらず国際的協調と必ずしも関わることのない時際法や債務法においても基準として用いられている理由がここに明らかである。この概念は本来抵触法上の概念であるというよりも、法の効力に関するより一般的な、むしろ実質法上の概念である、即ち本来個々の実質法規の性質の吟味により確定される概念であるというべき点が注目される。

抵触法上の概念としてこれを見る場合には、自然債務におけるユース・ゲンティウムとユース・キヴィーレの関係が国際法的共同体の性質を考える上で手がかりとなりそうであるが、ここでは既に「体系」第一巻でみた以上に立ち入らず問題の指摘だけにとどめたい。ローマ法の理解をめぐる詳論の準備がまだないからである。ただ「体系」第一巻の原則法、例外法の区分と第八巻における「厳格に実定的な強行法」か否かの判断の関係は重要である。たしかにサヴィニは第八巻における例外事例に属すべき種類の法律の特徴として「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その根拠と目的を有する」点をあげているが、それなら第一巻にいう例外法（変則法）に尽きるのであって、更に「厳格に実定的な強行法」たる性格を強調するには及ばない。従って前述のところを合理的に理解すれば、むしろ第八巻における「例外」は確かに第一巻の例外法であるが、逆に第一巻の例外法の全てが第八巻の例外であるというよりもむしろより狭い範囲に限定される、即ち「厳格に実定的な強行法」は単に強行法としても第一巻よりも限定的であるにとどまらず、更に本則である「本拠法」原則の例外たるべき限定性を帯有していると考えべきではなからうか。即ち例外法たるべきか否かという判断にとどまらず更に国際法的共同体の「自由な取り扱い」に親しむものか否かの判断が基準となるというべきであろう。かようにしていえば、少くとも理論的には第一巻の例外法のうちにも第八巻の「厳格に実定的」強行法とまでいえるべきではない種類の法律が存在しうることになり、例外法の全てが公序に相当するのは広

きに失するという批判は正当とはいえないものとなろう。これが純実定的と厳格に実定的の対応関係、例外法と厳格に実定的な強行法、ユース・ゲンティウムとユース・キヴィーレの関係に則した理解であるように思われるが、更に今後の検証を要する問題であるといえよう。

以上のように解すると類型的な法律関係について一見その本拠が定められるがそれを支配する個別的法規のうちに本来このような国際協調を可能とするような一般性をもたず、個別の法共同体がその適用を固執する法規が存在する場合に、それを法廷地法によらしめるといふ判断があるということになる。⁽²⁹⁾しかし「厳格に実定的」という概念自体は特定共同体への一定法律関係の規律の留保を意味しているにすぎないことは、たとえば婚姻障害の問題が、本来妻の能力の問題とされるのであればその者の住所地法によるべき場合に、それが倫理的理由に基づく法律であるが故に「厳格に実定的性質」を有し、従って「夫の住所地法」のみに従うべきであるとされていることから明らかであろう (S. 326)。

(但し管轄規定からみて結局法廷地法によるべき可能性があることはここでは一応度外視する。) 従ってこれは夫の住所地法にのみ留保されるのであって、それが法廷地法自体か否かを必ずしも問題としていない。と同時にこの例は、「厳格に実定的な」法律の画定が、今日の公序のように一定の連結点により指定された準拠法が特定の個別の場合に排除されることを意味しているのと比べると、いわゆる性質決定かそもそも連結点の画定自体に際して働いていることを示している。つまりその限りでは一定の法律関係に新しい「本拠」が法規の性質に従い決定されるのである。国際法的共同体からの必然的排除は必ずしも妥当しない。

更に「厳格に実定的な法律」か否かの判断で注目すべきであるのは、その消極的な適用が認められている点である。「裁判官は債務の本拠に妥当していない場合といえども、自らに妥当する強行的法律を適用すべきである、と同様に、自らにとってそれが法律としては存在しない場合には他地に(債務の本拠に)妥当する強行的法律を適用するには及ば

な(S. 276)。例えは暴利禁止法が存在しない法廷地では、準拠法上そのような法律が存在していてもそれに違反する利息の請求を認めなければならない。フランス法上の父性搜索の禁止の問題は法廷地法によって決めれば足るのである(S. 279 f.)。前者の例は積極的事例の帰結としてのみならず、当事者の任意の服従が指定されえない場合としても説明されており、その限りで連結点の確定の問題である。後者については父性搜索を認めるのも認めないのも強行的「厳格に実定的性質」のものであるというのであって、一旦このような性質を有するものと分類された法律は、常に形式的原則の例外をなし、国内における積極的な法規制の存在(特に禁止法)を必ずしも必要としない。つまり法廷地にそのような規定のないことが既に「厳格に実定的な」立法者の判断であり、その遵守が要求される。かくて一見個別の法律の性質を問題とするように見えながら、この分類自体が一般化されており、必ずしも法廷地が一国の立場で「公序」に該当すると判断するか否かよりも、抵觸法上一般的に「公序」に当る性質の法問題であるか否かが重要なのである。この判断がいずこにおいても妥当する限りにおいては国際的に統一的な「公序」、あるいは公序法か否かの判断が問題とされており、サヴィニーの抵觸法が普遍的性格を志向していることがここでも認められる。即ち法廷地毎に結果が異なるという意味では内外法律関係の普遍的平等取り扱いは崩れているが、少くとも例外たるべきものの性質決定の統一性、抵觸法の統一性は放棄されていない。そしてサヴィニーが一見法律関係の本拠を求めるといふ原則を例外的場合に放棄しているように見えながら、特定の種類の部分的又は個別的法律関係(例えば暴利契約、賭博契約、非嫡出親子関係発生等)についてその性質上支配する法律を認める、即ちそこに新たなる「本拠」の成立を認めているという風に解することも可能であろう。²⁰ ちょうど法律関係の性質が本拠、即ち支配する法の発見に必要であったのと同様に、法規の性質がその支配する法律関係の発見に必要となる。それは通常の法規がその性質上必ずしも常に「本拠」を有しえないのに対して(この点に条例理論の出発点の誤りがあった)、この場合には「本拠」の発見が容易であるということになる。

少くとも法的構成の観点だけをみれば、兩方法は等価的であり、抵觸法の理想にそぐわない点だけが「例外」となる。コペルニクスの転回を強調する立場からは否定的な評価を受けるとしても、少くともサヴィニーにとって、特に彼の私法体系の立場からは、不自然な帰結でなかったことだけは確かであろう。

さてサヴィニーの挙げる例外の第二は、内国に存在しない法制度の不承認である。第一のグループが一見積極的に法廷地制定法の適用を命じているように思われるのに対して、このグループにおいては本来の準拠法上の法制度が本質的に法廷地法にそぐわない、即ちその法的保護を求めえないものであるが故に、単にその外国法制度を排斥することに意義があるように見えるからである。勿論第一グループにもその消極的な適用があり要は国内に積極的な制度が存在するか否かではなくそのような法制度や法規の性質により国内法の採用している考え方に従う点にその本旨を求めれば両グループの間に大した違いはないともいえる。従つて国内に民事死や奴隸制の禁止法令が存在すればこれは第一グループに転換し、逆に国内にそれに関する規定が存在しない場合にも外国準拠法上の民事死や奴隸制を定める法令の効力は国内では認められないことになる。しかし民事死はサヴィニーのみるところでは全く非倫理的であるとはいえないので「厳格に実定的」で強行的な性格を有さず、又プロイセンの特有の物権の例では単に法的保護が与えられない点のみ重点がある。そうすると第一グループの法規は「強行的、厳格に実定的」か否かという必ずしも抵觸法的な基準とはいえない、いわば体系的・客観的基準により画一的に定まり、その結果法廷地は常に自国の実質法上の判断により問題を処理すれば足る、つまり抵觸法が統一的であればその判断も統一的になされるのに対して、第二グループの法制度の取り扱いは各国の極めて個別的な、その限りで統一的抵觸法の下でも不統一な判断に服するのである。その意味では現在の公序理論に近い内容を示す。本来法規か法制度かという相違はそれほど決定的であるとはいえないが、後者がより広法的関係を対象としてその内国における承認の結果内国の法觀念にそぐわないか否かを問題とする点においても公序

に近いであろう。他国（民族）の決定的法制度が内国に不存在であるという徴表の下に、単に各民族が独自の実定法を形成することを前提とする建前をこえて、その異質性・特有性の本質を明らかにする、換言すれば法制度の基本的な共通性の存在の欠除がその例外性のメルクマールになる点は、逆に原則自体のメルクマールの所在を示すものといえる⁽³¹⁾。いずれにしろ一見外国の法制度の排除を主要な機能とするかに見えるこの第二のカテゴリも、結局は実定法の個別共同性の貫徹に由来するものであり、民事死や奴隷制の例が示すように、当然に内国法への留保が前提となるものといわねばならない⁽³²⁾。

かようにして以上の二つの例外は国際法的共同体の相互協調にそぐわないのであるが、実定法の性質上当然に認められるのであるから、仮にその範囲が広きにすぎるといふ批判を浴びるとしてもサヴィニーの実定法論の立場からは決して不当な存在であるとはいえず、その意味では国際法的共同体の成立と同じ働きに服するものであるといえる。即ち共同体の中にもより緊密な有機的部分が存在する限りその法が共同体の法の統一性を打破するのであって、これ自体はサヴィニーにとって必ずしも望ましくない現象であるとはいえない。ただ法の発展という観点から歴史的にみた場合には共同体の同質性（そのレベルを異にするが）が強まっていくにつれて将来縮減していくべきものにすぎない。その意味ではこの例外とは一般的法目的（倫理的観点の強い）からみた例外であり法の現実からみて必ずしも否定的に評価されるべきものとはいえず、むしろそれは有機的共同体の生成発展する生ける証しのように、それが生き続ける限りやがて同化され、健全な作用により中和されてゆくべきものである。具体的に例外とされるものの中味をみると、確かに国家的又は倫理的目的において各国の法発展の不ぞろいによる共同体維持の為の最低限の妥協と見られる例外がないわけではない（婚姻障害、妻の自由、父性搜索禁止、農業財産の長子相続、夫婦財産制、教会婚、ユダヤ人の能力等）が、ポリガミー禁止、奴隷制の禁止のように当時のヨーロッパでかなり普遍的に認められていたと思われる例外もあり、共同

体の(法的)異質性自体を根拠とする第二のグループはごく少数しか存在しない。キリスト教や当時の慣習法という國際法的共同体の成立基盤からみれば、例外とされるものの中には正にそれらを助長しようとするものも少くない(民事死、暴力や賭博の禁止もこれか)。サヴィニーが望ましいとする法の普遍的使命たる人間の倫理的自由と平等の法的保証という観点、当時のヨーロッパ主義的傾向を考慮するならば、むしろこれらの例外中にはサヴィニーが達成しようとする積極的な価値を示すものもあり、内容的に國際法的共同体の構成部分(國家)の力を利用して全体の同質的發達を促す作用をも営みえたのである。かくて留保は、個別國家に顯現する國際法的共同体自身への留保、換言すれば國際法の共同体とその外部との關係に發展すべき要素を内包し、その限りでは例外法が法の發展に應じて(ここでも相互主義が働いて)原則法へとりこまれていく過程を示しているといえる。⁽³⁴⁾ 各國國家の全く特有の個別的要素にのみ基く例外は、かくて減少せざるをえない。

またこれらの例外については従來法規の性質・目的を問題とすることが条例理論への回帰であると批判されていたが、そもそもサヴィニーは私法の國家法性を否定していないし、法規から出發するアプローチを否定していない。ただ私法において人から出發する限りその生活範圍たる法律關係から出發するもの自然であるし、説明の仕方としてはいわずの側から出發しても問題の本質に影響はない。しかも一般にいわゆる原則法においては既にみたように一般的な目的以外の特別の法目的は存在しなかつたのであるから、その意味で法規の性質から問題の解決を図るべき実益はない。従つて「例外」の場合、即ち特に國際法的共同体の國際的協調になじまない場合についてそれが國家との関わりの強さに由来する場合に特にその法規の性質・目的を問題とするのも不自然ではない。サヴィニー法学の体系自体が法規、權利、法律關係、法制度の性質の實際的評價(即ち形式論理的でなく、まして量的判断でもない)によって構成されており、法規の性質が特に問題とされなかつたのは、軋触法において単に特にその必要性がなかつたにすぎない。

(vi)かくてサヴィニーの國際法的共同体の觀念は彼の抵觸法理論の全分野を支える必須の基礎であり、その形式・内容に対して何ら必然的影響を与えていなかったという批判の正当でないことが看取しうるであらう。いわゆる形式的原則もそれに対応する内外法平等、即ち國際法上の主権平等のコロラリーとしてのそれとは區別される法適用上のそれに純化された原則、それ故体系的にそれを可能とする構成としての國際法的共同体ぬきでは成立しえなかつたであらう。そして彼の一般私法体系の中に取り込まれた抵觸法は必然的にその本拠の所在する國際私法共同体を指定しなければならなかつたのである。その意味ではこの共同体は既定の現実としての存在であるというよりは、サヴィニーの法学自体が担っていた性格と同様に、「あるべきもの」であり、實質的意味における法の統一を担保すべきものであつた。各国(民族)の自由な主権的自治は望ましいとしても、それに拘束されることなく生ずる個人の活動を他方で保障する、抵觸法の担う積極的性格が現実の必要性を背景として相互協調という基礎の上に個人の自由、任意の服従、つまり個人側の立場から問題の解決を企てうる構成に結実し、個人の任意の服従の働きうる基礎たる國際法的共同体の觀念を生み出したのであつた。主権理論から内容的に解放された私法理論の構築とその公法的基礎との適合、そしてその國際的場面への投影とその貫徹に必須の基礎となつた國際法的共同体の觀念は、皮肉なことにその中で公序の觀念を新たな光の下に、しかも確固たる体系的基礎の上に積極的機能を与えられて、一方の國際法的共同体と民族法論による実定法理論とをつなぐ役割りのものとして定着せしめたのであり、基本的には従来多くの者が發展させてきた成果、事例を理論的に説明し基礎付け、それに体系的な形で将来への展望を開いたのであつた。かようにサヴィニーの抵觸法理論における原則も例外もともに國際法的共同体の觀念ぬきには考えられない存在である。既にみたように國際法的共同体はその形式的必然性のみならず、内容的必然性においてもヨーロッパにおける将来の可能な体系となりうる基礎を包含していたのであり、それによつてはじめて当時の混乱を止揚し収束せしめたのであつた。

法の分裂と實際上の交流の必要性の矛盾は、現代にあっては法統一によって克服されるべきもの、その限りでは抵觸法の機能は消極的に抑えられる傾向があるが、その特有の事項を最も適切に規律しうるのは通常その地方であるという自治の観点からは法の分裂もあながち不当な状況であるとはいえない。抵觸法は従ってその間の調整の問題として積極的機能を有し、その理念の形成に努めなければならないが、サヴィニーの体系によって確立された抵觸法自体は、その体系化による多くの成果と同時に、その体系が担っていた又は担わなければならない意義や内容によって逆にくびきを課せられている。その解明は尚今後に残されている。

(一) 既にふれたように当時の法学者もこのような認識を明らかにしていたのであるが、それを実証的に検証することは極めて困難である。そこでここではとりあえず比較的信頼しうるマクミランの世界歴史統計から読みとられうる事実だけを紹介しておこう。まず年間の人口移動統計であるが、オーストリアについては一八一九年に一三〇〇人流出、四九〇〇人流入(ライン川以西・イタリア諸州への公認の出入国者)、一八三〇年に一三〇〇人又は二〇〇〇人流出(同上)、八〇〇人流入(同上及び訴追をうけた非公認移住者。以下も同じ)、一八四〇年一三〇〇人流出、九〇〇人流入、一八五〇年一三〇〇人流出、九〇〇人流入。ドイツは一八三二年一万三〇〇〇人流出(ブレイメン經由の全出国移住者)、一八四〇年一万四五〇〇人流出(ブレイメンとハンブルク經由の全出国移住者)、一八五〇年三万三二〇〇人流出(同上)。連合王国は一八一五年二〇〇〇人流出(香港經由の大陸間渡航者)、一八二〇年二万五七〇〇人流出(同上)、一八三〇年五万六九〇〇人流出(同上)、一八四〇年九万七〇〇〇人流出(同上)、一八五〇年二八万八〇〇〇人流出(因みに一八五五年一七万六八〇〇〇人流出に対し二万二八〇〇〇人流入となっている)。ベルギーでは、一八四一年三八〇〇〇人流出(各地方住民登録簿の記録による植民地又は外国への出発数以下同じ)、二九〇〇〇人流入(同上到着数以下同じ)、一八五〇年六四〇〇〇人流出、四二〇〇〇人流入となっている。統計の不完全さ、当時の人口からすれば、かなりの割合の移動が推測されうる(ベルギーでは一八四六年四三三万七〇〇〇人、オーストリア一八一八年一三三万八〇〇〇人、一八四〇年一六五万五〇〇〇人、ドイツ一八一六年二二三万七〇〇〇人等)。石炭輸出入ではベルギー一八三一年三〇〇〇トン輸入、四七万トン輸出、一八四〇年三万三〇〇〇トン輸入、七十七万九〇〇〇トン輸出、一八五〇年九〇〇〇トン輸入、一九八万七〇〇〇トン輸出。オーストリアは一八四二年二万九〇〇〇トン輸入、二万一〇〇〇トン輸出、一八五一年八万五〇〇〇トン輸入、五万九〇〇〇トン輸出。フランス一八二七年五四万二〇〇〇トン輸入、五〇〇〇トン輸出、一八四

○年一二九万一〇〇〇トン輸入、三万七〇〇〇トン輸出、一八五〇年二八三万三〇〇〇トン輸入、四万二〇〇〇トン輸出。連合王国一八一六年二四万二〇〇〇トン輸出、一八三〇年五一万二〇〇〇トン輸出、一八四〇年一六一万八〇〇〇トン輸出、一八五〇年三二六万四〇〇〇トン輸出。对外贸易総額(名目価格)では、オーストリア・ハンガリーで、一八三一年一億三七〇〇万クロネ輸入、一億六〇〇〇万クロネ輸出、一八四〇年二億二〇〇万クロネ輸入、二億一七〇〇万クロネ輸出、一八五〇年三億三四〇〇万クロネ輸入、二億二〇〇万クロネ輸出。ベルギーでは、一八四六年二億一七〇〇万フラン輸入、一億四九〇〇万フラン輸出、フランスは、一八〇〇年三億二三〇〇万フラン輸入、二億七二〇〇万フラン輸出、一八二〇年三億三五〇〇万フラン輸入、五億四三〇〇万フラン輸出、一八三〇年四億八九〇〇万フラン輸入、四億五三〇〇万フラン輸出、一八四〇年七億四七〇〇万フラン輸入、六億九五〇〇万フラン輸出、一八五〇年七億九一〇〇万フラン輸入、一〇億六八〇〇万フラン輸出。連合王国一八〇〇年六二〇〇万ポンド輸入、三八〇〇万ポンド国内輸出、一五〇〇万ポンド再輸出、一八二〇年五四〇〇万ポンド輸入、三六〇〇万ポンド国内輸出、一〇〇〇万ポンド再輸出、一八四〇年九一〇〇万ポンド輸入、五一〇〇万ポンド再輸出、一八五〇年一億三〇〇万ポンド輸入、七一〇〇万ポンド国内輸出、一二〇〇万ポンド再輸出。フランスの主要貿易相手国のうちでは、一八四二年に対ベルギーで九九〇〇万フラン輸入、五二〇〇万フラン輸出、対ドイツで九〇〇〇万フラン輸入、七六〇〇万フラン輸出、対イタリア一億二七〇〇万フラン輸入、一億一〇〇万フラン輸出、対連合王国一億五四〇〇万フラン輸入、一億五九〇〇万フラン輸出、対アメリカ合衆国一億七六〇〇万フラン輸入、八二〇〇万フラン輸出、という次第である。交通機関としては鉄道営業キロ数について、オーストリア・ハンガリーでは一八三七年一四キロメートルが、一八四〇年一四四キロメートル、一八五〇年一三五七キロメートル、ベルギーでは一八三五年二〇キロメートルが、一八四〇年三三四キロメートル、一八五〇年八五四キロメートル、フランスでは一八二八年一七キロメートル、一八四〇年四一〇キロメートル、一八五〇年二九一五キロメートル、ドイツでは一八三五年六キロメートル、一八四〇年四六九キロメートル、一八五〇年五八五六キロメートル、連合王国では一八二五年四三キロメートル、一八三〇年一五七キロメートル、一八四〇年二九〇キロメートル、一八五〇年九七九七キロメートルであった。その貨物輸送量は、オーストリア・ハンガリーについて、一八三四年二万六〇〇〇トン、一八四〇年一万八〇〇〇トン、一八五〇年一四四万二〇〇〇トン、ベルギーでは一八三八年四〇〇〇トン、一八四〇年一〇万二〇〇〇トン、一八五〇年一二六万一〇〇〇トン、フランス一八四一年一〇六万トン、一八五〇年四二七万トン(因みにドイツは一八五〇年で二万三〇〇〇トン/キロ)であった。旅客輸送量では、オーストリア・ハンガリーについて一八三四年二〇〇〇人、一八四〇年三万三〇〇〇人、一八五〇年六五〇万人、ベルギーでは一八三五年四二万一〇〇〇人、一八四〇年二二〇万人、一八

五〇年四二〇万人、フランスでは、一八四〇年六四〇万人(一億二二〇〇万人キロ)、一八五〇年一八七〇万人(この年ドイツでは五六〇〇万人キロ)、連合王国では、一八三八年五四〇万人、一八四五年三〇四〇万人、一八五〇年六七四〇万人であった。登録商船ト
ン数では連合王国について一八〇〇年には一万五七三四隻、一八二〇年帆船二万一九三五隻、蒸気船三四隻、一八四〇年帆船二万一八
八三隻、蒸気船七七一隻、一八五〇年帆船二万四七九七隻、蒸気船一一八七隻と圧倒的な数をほこっているが、オーストリア・ハンガ
リーも、一八三〇年には帆船二九二七隻、一八四〇年には帆船三二二八隻、蒸気船一〇隻、一八五〇年帆船三五六四隻、蒸気船三二
隻、フランスは一八三八年帆船一万五五四六隻、蒸気船七一隻、一八五〇年帆船一万四二二九隻、蒸気船一二六隻、ドイツも一八五〇
年に帆船三六五五隻、蒸気船二二隻を保有していた。以上の極めて大雑把な資料では不十分ではあるが、一九世紀前半のヨーロッパ諸
国間の相互交流の一端、殊にその年を追う急激な増大が明らかとなる(ミツチエル編・中村宏監訳『マクミラン世界歴史統計(I)ヨー
ロッパ篇八七五〇—一九七五』原書房一九八三年に依る)。

(2) Vgl. August Otto Krug, Das Internationalrecht der Deutschen — Übersichtliche Zusammenstellung der zwischen verschiedenen deutschen Staaten getroffenen Vereinbarungen über die Leistung gegenseitiger Rechtshilfe, mit Anmerkungen und Erläuterungen, Leipzig 1851. ヴルークは一八二一年から一八四八年に至る三九の涉外法条約、若干の法令等を紹介し比較対照しており、サヴィニーのいう当時の「一般慣習法」を知る上で参考になる。裁判管轄及び外国判決の承認・執行に關する司法共助の推移、当時の主要な抵觸法規則についての興味深い資料である。

(3) Vgl. K. Th. Pütter, Das praktische europäische Fremdenrecht, Leipzig 1845, S. 2.

(4) Vgl. Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht, Berlin 1981, S. 71f.

(5) Vgl. System VIII, S. 248. 債務関係の裁判籍の確定が当事者の一定の選択を許すのに対して準拠法の確定が一律確定的になされるべきことについて「その適用可能な場所的法は、そのような一方的選択権に服しえず、専ら確固と定められた履行地、それが欠如している場合には事案の相連に応じて債務の発生場所又は債務者の住所によって定められねばならない」という。

(6) ACP 18 (1835) S. 68.

(7) Vgl. Puchta, Gewohnheitsrecht Bd. II S. 169, 176, 186 ff. 及び S. Sass, 16 Am. J. Comp. L. (1968) pp. 349, 357 ff. 参照。

(8) 或いはその基礎となる理論の不充分、不完全なことによる (System VIII, S. 130)。

- (6) Siehe System VIII, S. 28 (g). Vgl. noch, Sandemann, a. a. O. S. 223 f.
- (10) サウヰニーは考察の出発点としては内外人平等を選びながら、抵觸法の法的構成の出発点としては内外法律関係の同等の取り扱いをすえる。従つて内外法律関係の平等が内外人の平等をもたらすことになる。
- (11) このことによつて当時ドイツ諸國間の關係において尚妥当力をもちえた条例理論の普遍的性格を國際的關係においても生かせることとなる。中世的普遍的國家觀、あるいはホース・ゲンティウムの効力における再興といふべきであらうか。
- (12) かような意味でサウヰニーの抵觸法の基礎が「正義」であつたというのもあながち不当ではない。しかしサウヰニー自身は「正義」という自然法的ひびきをもつ概念をほとんどもちたすことなく、しかも「事物の本性」についてみたように自然法的概念とは區別されるべき用法に従つてゐる。サウヰニーが正義を語るときには宗教的背景をも顧慮する必要がある。
- (13) Putter, a. a. O. S. 1.
- (14) サウヰニーの抵觸法への彼の法の一般的理解の投影、従つて國際法的共同体の法源としての精神的共同体性を強調する者にマリダキスがある。マリダキスの卓見はその意味で本稿の基本的方向を先取りするものでもあるといえるが、マリダキス自身は両者の關係を必ずしも充分に分析しえていないように思われる。従つてたとえ私法の國家法性をも指摘しながら、何故に法律關係からの出發がサウヰニーの考察の主たる対象たらざるをえなかつたか、即ち國際法的共同体の公法的性格と私法的性格の關係によれるところがない (G. S. Maridakis, Die internationalprivatrechtliche Lehre Savignys im Lichte seiner Rechtsentstehungstheorie, in: Festschrift Hans Lewald, Basel 1953, S. 309-315)。なおノルメンタは民法法学者たるサウヰニーが國際法学者と並んで國際法的共同体を承認した旨述べたこと、の共同體自体の意義を述べたこと。Vgl. N. von Bulmerincq, Das Völkerrecht oder das internationale Recht, in: Handbuch des öffentlichen Rechts Bd. 1, 2 (1884), S. 179.
- (15) 現代の國際私法は「國際」法ではなく國內法でありながら内容的には一國の國境をこえた關係を内包する事案を対象とする点で「國際」的であり、實質「私法」ではなくその適用關係を規律する法であるにもかかわらず個人間の諸關係の法的規律を最終的な目的としてゐる点で國際公法ではなく「私法」である、というその名称が時にイメージさせる内容と實際の機能との矛盾をはらんでゐる。國家は普遍的目的を個別主体としての性格を維持しながら追求せざるをえないことになる。
- (19) Hepting, Die Gegenseitigkeit im IPR und internationalen Zivilprozessrecht, Diss. jur. München 1973, S. 183-189 はサウヰニーが國際公法との關係で伝統的ロミタス理論を離れ、その意味で私法化した点を次のように述べてゐる。「彼の國際私法体系

の中枢に位置するのは、諸国の権力範囲を相互に画定する政治的問題ではなく、具体的事例に最も正義に適った法秩序を見出すというザッハリッヒな問題であった。それ故抵觸法は公法から私法となったのである。従って、法規の支配領域の問題も背後に退き、検討の本来の出発点が今や正に人となるのである、ここにコミタス理論の国際法的な基本的構想をサヴィニーは打破し、それ故、ドイツ国際私法の今日一般に承認されたメルクマールである、抵觸法の私法的性格を基礎付けたのである。彼の私法的に構成された抵觸法においては、主権、それ故にコミタス理論の中枢の出発点がその意義を失ったのである (a. a. O. S. 184 f.) と。かくてヘプティンクもサヴィニーの功績として抵觸法の「私法化」をあげているが、サヴィニーは国際私法のみならず私法全体の体系的基礎付けを企図したのであり、何故また「国際法的共同体」が必要とされたのかを明らかにしない点で、マリダキスの主張を充分に顧慮していないという憾みがある。従って彼のサヴィニーの相互主義に関する理解、即ちサヴィニーが相互主義にふれてはいるが、「しかし外国法適用の抵觸法上の前提としてではなく、努力して達成すべき理想的最終状態としてである。諸国の抵觸法立法に対するその影響は、その理想状態についていえば単に「定言的命令」たる性格を有するにすぎず、従って真の相互性条件とするならばその体系における異物とならう (a. a. O. S. 186 f.)」という論述は、本稿で述べたその機能と内容という点からみて極めて不満足な評価という他あるまい。たしかに相互主義はその法的にネガティブな機能において一般に完全な相互信頼をなしえずしかも交流を絶ちえない諸国家間の最低の平等関係の主権的創出を内包しているのだが、サヴィニーが主張する相互主義には、「真の相互主義条件」以上にその「整序作用」、共同体の維持・形成の作用を営む積極的機能が含まれ、そこに「国際法的共同体」との密接な関係と、従って「友好的許容」も単にキリスト教による「倫理的・国際的道德的要請 (a. a. O. S. 186)」にとどまらない、法的・規範的意義を有している点が看過されていると思われるからである。尚、Schmid, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen (1865) S. 2 以下に国際私法を公法で風すべきものと云う。

- (17) A. Bucher, Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht, Basel und Stuttgart, 1975, S. 9 ff. 乃至 Schurig, a. a. O. S. 81, 274 は法律関係の同質性が国際化の基礎となるのでなく、単にパラレルであるにすぎないことを説いている。しかしこれは私法の本質論と私法の内容論という見方のちがいであろう。後述のように抵觸法上の例外事例については再び法の「本質論」或いはその存在の説明原理が必要とされるが、その具体的適用上は私法内容が問題とされる。抽象的存在と具体的存在の区別もこの点に由来する。

- (18) 一八二一年五月七日のバイエルン・ヴュルテンベルク条約第三条「管轄権ある裁判所により下された確定判決 (Erkenntnis) は

相手国の裁判所において同一の効力を有する確定判決の抗弁 (*exceptio rei iudicatae*) を、その抗弁が主張される国の裁判所でその判決が下された場合であるかのように、理由あらしめるものとする。同様にそのような判決は相手国に所在する敗訴者 (*Sachfälliger*) の財貨に対して次の場合に必ず執行される。1) その裁判所によって裁判された他国自身において時間その他の事情に従っても何ら直ちに整った充分の執行手段が存在しない旨の裁判所による文書による証明がなされている場合、2) 他国の裁判官により下された判決の執行の対象とされた物に關してその請求權について自國臣民に有利な又は同一の權利が法律上認められているような請求を自國臣民が申立てていなかつた場合」 (*Krug, a. a. O. S. 14*)。

(19) *System VIII S. 260* (承認された外國判決の効力は判決國のそれと同一)、288 (相互に同一の司法共助を与えるという判決の執行や破産の⁽¹⁹⁾)。

(20) *Vgl. Hepting, a. a. O.*

(21) サウイニーは既述のように「体系」第一巻においてヨーロッパにおける法の形成に対するキリスト教及びローマ法の果たした役割、法の使命に対するキリスト教の影響を重視しており、従つて実定法の成立基盤たる精神的共同体の形成・構成原理としてのキリスト教の重要性は無視しえない。國際法の成立基盤としての共同体もキリスト教の影響によりはじめて共通の地盤をえ、肯定されたのであつた。

ヨーロッパ國際法のかような性格については、たとえばブルメリンク (*a. a. O. S. 185 f.*) 及び同所掲の文献が示すように、少くとも一八五六年頃までは疑問の余地がないものといえようし、またヨーロッパ的共同体的性格も否定しえない。抵觸法に關するサウイニーのこのような基礎付けがヨーロッパ全般におけるその一般的影响力に対していかなる効果をもたらしたのか、はより実証的検討を必要とするが、少くともその「公序理論」においてはヨーロッパの価値観が濃厚に残存していたといえる (さしあたり多喜寛『近代國際私法の形成と展開』九二頁以下参照)。

(22) そもそも國際法的共同体の觀念自体は、何よりも彼の國際私法理論の法的基礎の説明として重要であつたのであり、その内容的実質が具體的理論の中に基礎付けられ保証される限りは、必ずしもそれについて多言をろうする必要もはやなかつたものといえよう。

(23) このような意味では、ローレンツの指摘したコントロール的機能が認められるのである。

(24) *Vgl. Neuhaus, Savigny, S. 369.*

(25) 例え⁽²⁵⁾ *S. 63, 144, 537 (vgl. Obligationenrecht I S. 43)*。

(26) System VIII S. 142 ff. 人的資格は、単にそれ自体のみならずその法的効果までも含んでいること、従って、外国人との契約上その住所地法の不知による危険を回避し契約の有効性を維持しようとする各国の法定法上の解決は、「抵触の判断における望ましい法共同体は、そのことにより決して侵されるものとはいえない (S. 144)」として、民法の二一才、プロイセン法の二四才、ローマ法上の二五才の成年年齢において、二一才のフランス人がベルリンで契約を結ぶとすればフランス法上有効であり、二四才のローマ法地区の人がベルリンで契約する場合には住所地法ではなくプロイセン法に従いその契約を有効とする旨定めることは、決して不当ではない、というのである。

(27) System VIII S. 33 ff. においてサヴィニーは第一巻における分類は「現在の目的の爲には充分ではなく、むしろ法規の相異なる性質を更に厳密にみなければならぬ」と述べている。

(28) 第一巻で既にふれられていたように市民法の万民法への移行の一般的可能性にもかかわらず、一定の「厳格に実定的」な法律についてはそれが起こりえない。そこで条例理論のように万民法としての抵触法を考えるとすれば国際法的共同体の法に抵触法に万民法と考えられ、それが個別共同体の法で打破される点では第一巻の万民法・市民法の関係と同様であろう。自然債務の発生可否に厳格に実定的な法か否かが問題とされるのもこの意味では不自然ではない。蓋しサヴィニーはその問題を市民法と万民法の関係で論じているからである。

尚国際私法が万民法に属すべきものとすれば、その内容的な国際性即普遍性と同時にその国内法性の理論的説明、市民法の万民法へのインパクトという意味での留保が理解しやすくなる。と共に主権国家体制の進展により構造的変化を上げた一九世紀の中で、中世的発想の再評価、その法的構成の積極的側面の新たな基礎による継承ということがいえるのかもしれない。国際的判決調和の思想も、ローレンツの指摘にもかかわらず、このような観点から検討することも可能であろう。逆にいえば一九世紀前半の法学は、このような全体の把握、公私法の分離にもかかわらず客観と主観の合一的把握を基礎とする法理解をなお可能としていたのである。

(29) 「厳格に実定的」な法か否かという基準は、実質法的、抵触法的（公序として）、連結点画定の要素として）に合計三つの相異なる機能が認められうる。しかし法の効力の強度が問題とされている点では共通である。

(30) この場合法規からの見方も法律関係からのアプローチを否定しておらず、単にその自由な取り扱いが許されない結合関係の特殊な事例であるということにならう。勿論サヴィニーにあつては現代的意義における抵触法と実質法の峻別は成立しておらず、その意味で本文で述べるところもそれほど厳格な意味ではない点が注意されるべきである。

- (31) 実定法は各個別民族の法として成立するが、その法としての普遍的課題からいえばその抽象的存在において共通の目的を有するのであり、その限りにおいてその個別共同体法性は無視しうる。しかしそれが無視しえない限りでは「例外」を形成するのであって、例外とされるものをみれば必ずしも具体的に叙述されていなかった共通の要素が明らかにならう。なお Vgl. Schurig, a. a. O. S. 119.
- (32) Sturm, a. a. O. S. 104 はポリガミーも第二の例外に属するかの主張を行うが、サヴィニーは第一の例外の例としてこれをあげている (VIII S. 36. Vgl. System VIII S. 160)。各国が積極的にある法制度を排除する法律を制定する場合と、明示的に排除はしていないがそれを全く承認しない場合とは、「例外」としての共通の性質にもかかわらず、「公序」の分類上区別すべきであろう。しかしこの分類はサヴィニーの論述の示すようにその成立根拠からする説明に重点があり、その適用上はさして明確なものとはいえず、まして實際上その効果に差がない。ただ第二のカテゴリーでは補充法が問題となる余地をばらんでいる。
- (33) Vgl. System VIII S. 534. なおエヌダヤ人については一八四八年以降オーストリアではその権利能力上の制約がなくなった (Vgl. J. V. von Puttlingen, Handbuch des in Oesterreich geltenden IPR, Wien 1860, S. 108 ff.)。
- (34) なお抵触法に関するサヴィニーの慣習法上の基礎に批判を加える者に R. Schmid, a. a. O. S. 8 u. 23 ff. がある。そして平等と相互性の原則よりも各国の特別の利益がより決定的であり、私人の国際的交流への必要性に対する態度を基準として抵触法を構成しようとするが、ドイツの状況から結局いわばモデル原則とでもいうべきものに到達するのであり、その心理的態度においてサヴィニーより主権理論に近いが、結論的にはサヴィニーの主張を無視しえない結果となっている。
- 折茂豊『国際私法の統一性』(有斐閣・昭30年)三八〇頁は、サヴィニーの例外を単純に「ドイツ国家に固有の立場に立つ」ものとして、正当ではあるまい。

おわりに

(1) 最近の西ドイツにおいてはサヴィニー研究が再び活発になされはじめた。それは一つには一九七九年の生誕二百周年を契機とするものであるが、更にサヴィニー遺稿類が一般的に利用可能な状態になったという事情にも由来する。

しかし何よりも最近の法学界における伝統的法学の適応力に対する疑問が、一般的な歴史主義とも呼ばれるべき機運の中で、従来「近き過去」として法史学者からは十分な注目を浴びることなく、実定法学者からは「遠き過去」として忘れられつつあった一九世紀法学の研究を促進した点が看過されえない。最近の法学教育、ひいては大学制度、教育制度全般の改革に関する活発な議論もこれらの動きと決して無縁ではあるまい。伝統的な制度、ほぼ完成されたものと看做されていた法技術が、今や大衆社会、テクノロジ―社会をはじめとする新たな局面、問題群に直面して、新たな理念とそれにふさわしい制度、技術を要請しているのであり、一般的な政治的変革と相まって今や一つの変革期を迎えつつあるからである。このような状況の中で一つはその従来の形式の中の「精神」に着目し、その認識と継承的發展をもくろむ立場と、何らかの全く新しい価値を標榜する立場が存在し、それらの相克の上に時代の精神を規定しようとしているのが現状であろう。その点にこそ現在までの法發展を、その基本的骨組みにおいて規定してきた一九世紀法学、とりわけプロイセンの政治的立場を反映しかつベルリン大学の創建、パンデクテン法学の確立に大きな影響を与えたサヴィニーの意義の再認識が重要な課題となりうる契機が潜むように思われる。

サヴィニーの果たした、或いは果たしえた役割りのトータルな評価は、必ずしも本稿の対象とするところではなく、又それは目下分析の進められている未公刊資料の研究の成果をふまえてはなしえないことである。國際私法をめぐる諸問題のみに限定しても、当時の社会において抵触法の果たしえた機能、又その実状を知ること、國際私法の歴史の中でサヴィニーがいかなる意味をもちえたかを実証的に明らかにすること、私法の体系的成立に関する実証的研究、個別問題におけるサヴィニー理論の意義等々、未だ残された多くの問題をかかえている現在、一時代を画しうるような研究は、その蓄積の点からも望むべくもない。しかしながら、一般に知られた当時の状況を想起することによっても一応のおぼろげな像を結ぶことが全く不可能であるともいえない。著名な法典論争の結果は、内にフランス革命の遺産をは

らみながらも、三月革命に至るまでの比較的平穏な時代の中で、ドイツにおける政治的・文化的体制の新たな形成又は建て直しの時期でもあった。従って新たな刺激を受けた法学も、過去の豊かな遺産の総括と発展的吸収、時代の要請に即しうる新たな体制の基礎作りを使命とする。ここに一般的な歴史主義と（殊に実務との関係における）法学の理念をめぐる活発な争いが生じたのであり、サヴィニーはその中であつてヘーゲル主義に対抗しながら法学の熟成とそれによる整序作用により、未だその全体像を露わにしていないう新時代に備えてその全般的革新を志向したのであった。かくして時代の背景、殊に社会的構造や社会的価値の相違にもかかわらず、法学の直面していた問題状況は、現代の状況と多くの類似点を示しているように思われる。殊に過去の豊富な素材とその枠組をなす体制をいかに取り扱うべきか、これは現代においては更に法政策的・法社会学的検討を経てはじめて解決すべきものであるにしろ、歴史というものに対する自らの態度決定をぬきにしては解決しえないものである。かくて当時においても統一的ヨーロッパ像が、神聖ローマ帝国の最終的崩壊により決定的に整理され、独立主権国家のナショナルリズムの中で、その両者の止揚をその分裂した外面にかえてその内的本質の統一性に求めようとしたのは当然の動きでもあった。先に述べた国際法や抵触法、或いは一般法学の動向もこのような系譜につながるものであったといえよう。しかしまたそれがその後において完全な成功を収めえなかつたことは、世界の拡散と拡大により当然のことでもあった。

サヴィニーの功績は、機能不全に陥りヴェヒターにより決定的に否定された条例理論に代えて、彼の帶する一般的「権威」もさることながら新たな理論の内包すべき諸条件に添いかつ私法全体に亘って機能しうる形式と方法——開かれた体系——を与えた点にあり、それ故にこそその個別的解決の運命にもかかわらず全体としてその後の抵触法の基礎としての地位をかちえたのであった。（彼の「体系」の目的自体が「過去の豊かな遺産を学問的共同体への統一に向けて総括する」ことであつたこと、そしてその第八巻はまさにそのような一般法学の体系に即しながらしかも抵触法固有の

需要に応えるべき課題を担っていたことが想起されるべきである。) 現代においてもまさにこのような意味での作業、即ち現状の全体的把握とその将来への見通しをもつことにより、危機に瀕している伝統的な体系を止揚しうる方向を見出すべきことが要請されているといえるであろう。そしてこれは単にヨーロッパとアメリカの間における新たな統一的方向の模索にのみ委ねられるべき問題ではなく、更により世界的な視野でなされねばならないといえる。冒頭にふれた「危機」は、その意味で状況化した現代にあつて南北・東西問題等のより質的に深い「危機」をも内包するのである。

シュリーヒは最近国際私法の「危機」の内容に立ち入って検討を加え、その危機は国際私法体系自体の危機というよりその運用の危機であると結論する。従つて古典的国際私法の構造ではなくその現象形態と適用が批判の対象である、という。⁽¹⁾ 確かに現代国際私法の諸問題はその形式技術的性格に由来し、実際の運用上の困難に派生する。そしてこの實際上の危機と一般法学上の危機の反映が現代国際私法の「危機」の全てであるという主張もあながち不当であるとは思われない。その意味では我々の直面する問題の解決に当つては、単に危機をさげふのみならずまずその内容の検討から始めて自らのおかれている立場を確認することから出発せざるをえないであろう。そしてまたここにおいて全ての問題を即座に解決しうる革命的な国際私法の新しい構成を發明しようということもわかに信じがたいことである。しかしながら現代を支配する不安のうち少くとも学界におけるそれは、単にその運用上の困難に限定されるものではなく、むしろ従来の体系の基礎をなす諸価値を強調してみても、また従来の体系批判の再批判によつても、あるべき理想像、理念が必ずしも明らかとならないことに由来するのである。シュリーヒの現実的かつ総合的検証の試みは、その意味でこのような不安が根拠をもたないものとする確信の形成に資すべきものであり、歓迎すべきものであるが、単にパラダイムの変更を促すべき徴候が欠けているという消極的証明は説得的ではない。むしろ今求められているのは、前述したような現状の客観的把握とそれに対する対策とそれを規定する理念の形成であり、そこからその手段としての国際私

法の構造の積極的在り方が規定されることである。それは、ア・プリオリに一つの原則を形成・標榜するというのも、また単に法的技術を精緻化するということでもなく、行く未来し方を見つめながら現在我々のとるべき方向、より具体的にいえば法政策的な価値決定を行うことに帰着する。そこに将来への展望とその為の手段が与えられ、我々の試行錯誤に方向が与えられることになる。個別的問題解決の努力は必要不可欠でありまた全体を内包する個を知るといふ観点からも貴いものではあるが、そのみでは人間的な価値につながる不安は解消されえないもの、といえよう。サヴィニーは、当時の時代的要請の中で、このような作業を模範的な形で我々に示したのである、というのは言いすぎであらうか。

(2) さて、本稿の脱稿後にも、若干の新しいサヴィニー研究の存在が指摘しうるが、そのうちで特に取り上げるべきは、ノイハウスの「サヴィニーからの別離か」と題する論文であろう。⁽³⁾もはや充分に顧慮しえなかつたその論文の簡単な紹介を通じて、本稿のしめくりを試みたいと思う。

ノイハウスは、最近のサヴィニー批判が歴史的文脈の中でなされていることに鑑み、学説史的に、(一)サヴィニーの学説は新しくはなかつたのか、(二)その後の発展により克服されたのか、(三)何が残されているか、の三点を中心に検討し、彼の「ヨーロッパ国際私法における新方法」論文を補充しようとする。本稿においてその対象から意図的に評価を避けた最近の多くの研究が、ノイハウス流に批判されていて極めて興味深いが、ここでは本稿のテーマに即して関連する部分のみに焦点をあてる。

第一点は、シュトルム及びサンドマンによるサヴィニー理論の否定的評価に関わるのであるが、「本拠」はイメージ的表現であり、人及び法律関係とある法域の結合関係を表現上も明らかにするものにすぎず、必須の存在であるといえない点で彼の発明になるとはいえない、しかしながらいわゆる発想のコペルニクスの転回は、法律関係から出発する方

法が既に條例理論に存在したにもかかわらずサヴィニーの功績といえる、ローレンツの主張は、現代抵觸法的発想の歴史的投影であり、シュエリッヒのいう事実からの出発の優先(サヴィニー自身も自己の方法の意義を自覚していなかった)というテーゼも維持しえない、「論理的にはこのこと」「二つの出発点」はサヴィニーが強調するように同一である、しかしながら心理的には相違が存在する」「法律関係から出発する者は、條例理論とは反対に『その三分法の強制的発想から自由であり』、叙述に際しては法律家であれば熟知し便宜でもある実質私法の体系に従いうる」(ケーゲル)からである、法律の妥当意思から出発するのではなく、それにどの領域を割り当てるべきかという観点からみてはじめて事実関係からと法律からの出発の論理的等価性がいえるのであるが、サヴィニーはその際に「典型的にも人の服従ほどには制定法の内容に依らないのであり、つまり彼は主体から、従ってやはり事実関係から出発するのである(S. 8)」、純粹私法においては法内容は問題にならず、政治的介入規定においてのみその妥当意思が問題となる、純私法の外に目的を有する規定を排除した点に彼の功績があり、結局事実からの出発が優先することになったのであり、彼の保守的発想にもこれが適していたのである、従って発想の転換はサヴィニーの功績である、という。更に判決調和は中世にも存在したというが、普通法から各国の国法化への動きの中では全くその意義を異にし、また個別的解決の当否も、サヴィニーの目標が総括にあつた点で問題とならない、と。⁽⁴⁾ノイハウスはここに住所への連結を例としてあげている(S. 6-10)。

さて以上の第一点が事実関係からの出発と國際的判決調和がサヴィニーの功績であることを確定したので対して、その後の法発展におけるサヴィニー学説の意義を説くのが第二点である(S. 10-22)。諸般の事情は変わったが、法発展は一直線に行なわれるのではなく「行きつ戻りつ」であつてサヴィニー学説の何が維持されているかは現代的問題である、第一に法律関係の本拠を探究する方法は、正当な連結点の探究という観点からみれば各国で今尚維持されている、⁽⁵⁾第二に事実関係からの出発は、ヴェングラーやシュエリッヒの批判にもかかわらず強行法以外については正当であり、強行

法の特別連結論により補充されたといえるにすぎない、第三に、判決調和を抵触法の目標として基礎付ける為にはサヴィニーの「諸国家の国際法的共同体の観念」は充分なものとはいえないとする批判を検討する。即ち民族性の昂揚はサヴィニーの期待に反した推移をたどり、また国際私法の基礎としての国際法的共同体からはサヴィニーは何一つ結論をひきだしておらず、またその観念から法律関係の本拠の探究という方法を導き出していない、しかしこれに代わるものと主張されているローレンツのネガティブな平等原則、ヴェングラーの内外事案の等置も国際法的共同体より堅固な基礎であるとはいえず、また各国国際私法の独立性によりその普遍主義的ユートピアが克服されたというシュエリッヒの主張も、超国家的思考という意味での普遍主義が、決して国際法的主権思想、従って各国の独自性のみが妥当な利益衡量の為に解放しうるその強制と同一のものではないという点で正當ではない、逆に一方的国家的評価からの解放が問題であり、現在の抵触の回避よりも、サヴィニーのいう各国抵触法制定上の国際通用性の存否という将来志向の検討が問題なのである、更にシュトルムのようにサヴィニーの国際的判決調和の目標に対する単純なあきらめも危険である、条約の締結が国際法的共同体により促進されるとサヴィニーがいつても、統一的制定法が学問上の一致より望ましいというのではなくて、むしろ抵触法立法上そのような制定法のモデルとして基準となるにすぎないのである、サヴィニーの理想は、外国による優れた国家法の継受によって、実現はみなかったとしても促進されたことは間違いない、と。

ノイハウスはその個別的解決をサヴィニー学説の評価上重要でないとしながらも、尚注目すべきものとし、二点の批判に答える。第一に、シュニッツァーの、個別法律関係の内的本質の探究という原則にもかかわらず現実にはア・プリオリに個別債務の本質をみることなく履行地を連結点としているという批判、即ち充分な個別化がなされていないという批判に対しては、シュニッツァー自身が大まかな原則を用いたように、一般的原則と個別的事案の間には類型が存在することを指摘する。第二に、サヴィニーにおける政治的観点の欠如に対する批判について、法の国家性が承認されて

いたのであるからこれは当らないが、更に法律關係の本拠探究上はその必要がなかったので政治的視点は排されていたのである、という。更に、シュリーッヒの指摘するようにケーゲルにより利益法学が導入されたのであるというが、ケーゲル自ら認めるように利益は抵觸法の一般の法原則と異なるのであり、抵觸法レベルにおいても利益衡量がなされてお^り、その意味では既にサヴィニーにおいて利益法学の端緒が認められている、とい^う。いづれにしるその実用性からみて事案毎に立法者の意図による利益衡量をなすべきものではなく、抵觸法に影響するであろう典型的利益を顧慮すれば足るのであつて、むしろイデオロギーを異にする諸国との國際的合意に際しては形式主義が必要とされるのである、と結んで^いる。

最後に、サヴィニーの國際私法がもはや使用に耐えないとして提案される代替的法制度、即ち涉外特別実質法、國際手続法、法廷地実質法の各々について、いづれも代替的機能を充分に果たしえないとして伝統的抵觸法の体系の存続を主張し、以上の結果サヴィニー學説のうちで残されるべきものの検討に移る。

「彼の時代に対しては、サヴィニーはそのロマニストかつ歴史法学の首魁としての權威、その超然としたスタイルやその伝來的な思想的遺産の考えぬかれた総括によつて、混乱と広まりつつあつた国毎の法分裂の時代にあつて國際私法に新たな、その道を示す刺激を与えたという争ひ難い功績を誇つている(S.23)」。問題は彼の試みが現実に役に立つたのか否かである。長期的には条例理論やヴェヒター、シェフナーの一方的理論を超えて「実質的な個別分析を要求し、それに着手した」点、連結基準を問題に即して解決しようとした点に功績が認められるが、これは今日では当然にすぎず最早や問題とならない位である(S.23)。他方現在並びに将来についていえば、超國家的視點、殊に國際的判決の調和が重要である。これは既に述べたように國際私法の國際法への依存、或いはまた現実の抵觸最小にすぎないものではないし、この理想の故に前述の代替的法制度を排除すべきものでもない。しかし抵觸法上はともすると忘れられがちな

パティフォルのいう体制の調整 (coordination des systèmes) が常に意識的に追求されるべきであり、普遍的抵触法の理想が忘れられてはならないのである。「サヴィニー理論の以上のような維持はある時代に規定された体系の絶対化とそれによる硬直化(例えば精神的ゆるみによる)を意味するものではない。蓋し我々は国際私法の根本的な二律背反を自覚しており、そこでは全く問題をはらまない解決は認められず、その克服はこれからの世代にその課題として残されているからである。即ち、問題の立て方については、規律を要する事実関係からの出発と法政策的目標を有する制定法からの出発の対立があり、技術については、新種の制定法に対する一方的抵触規定の定立の始まりと外国法をも極力平等に適用しようとする双方的抵触規定という遠い目標の間の対立であり、評価については、一方のフォーラム・ショッピングの否定と他方の完成された事実の不可避の承認の対立、更に正義に関する内国の観念と判決の国際的調和の理想の対立が残されているのである (S. 24)。」

以上紹介したノイハウス論文は、既に明らかであるように従来彼の主張の敷衍と新たな総括であつて、その点からいえば新鮮味に乏しい。しかし自ら述べているように、より学説史的に、内容的にサヴィニー学説の成立から現代にいたる姿、あるべき運命について述べるものである点で、本稿の締めくくりとして是非紹介しなければならぬものであつた。それは一つにはサヴィニーをめぐる最近の論議が総括され批判されていることにもよるが、何よりもサヴィニーの国際私法理論の現在における取りあげ方の特徴が顕著に認められるからである。即ち伝統的立場に立つにしろ新しいテーゼに依拠するにしろ、サヴィニーの学説を自己の立場と一旦切り離して歴史的に分析することよりも、自らの主張の基礎として取り上げることに重点がある為、幾多の重要かつ正しい指摘を含むにもかかわらず、ザッハリッヒなどというよりも往々むしろ情緒的な響きを含んでいるからである。ノイハウスも自らの年来の主張と絡んで、学説史に立ち入りながらもサヴィニーの学説の擁護をその第一の課題とし、批判の批判という消極的肯定が多く、従来サヴィニー

理解が正しいとして、何故サヴィニーがそのような立場にたどりついたのか、全体として何を主張していたのかという説明に乏しい。本稿の課題は多くの限定を付し、しかも尚不完全なものではあるがまさにこの点にあり、その第一歩をふみ出すことであつたのであるから、ノイハウスの主張が現状の徹底した分析として概ね是認しうるものであらうとも若干の補足を要することとなる。サヴィニーの本拠をめぐる國際私法方法論については尚別稿に譲るものとして、國際法的共同体、サヴィニーの法律關係からの出發をめぐる論議にふれておこう。

第一に、ノイハウスは私法の国家法性をサヴィニーについても承認し、同時に法律關係からの出發をサヴィニーの功績としながらも、純私法については制定法の内容を抵触法上問題とすることが必要でないこと、条例理論の法規分類の方法を脱し実質私法の体系に従いうるといふ心理的效果をその方法のメリットとしている。ここでは論理的な両方法の等置と法律關係からの出發のメリットが問題なのであるが、そのような構成の根拠自体は充分に問われることがない。従つて政治的侵害規定のみが、国家の私法としては同質性を有するにもかかわらずなぜ純粹私法とは異なる取り扱いを受けねばならなかつたのか、それが國際法的共同体といかなる關係に立っているかの説明が従來の主張を出していない。実定法の成立(及びその本質)に関する説明原理(民族法—國家法)と、私法の体系の確立(權利、法律關係からの出發)に関する本稿の説明が想起されるべきであらう。⁹⁾

第二に、従つて國際法的共同体からは何らの結論も導き出されておらず、本拠探究の方法もそれとは必ずしも関連していないことになり、國際法的共同体の觀念の果たした機能について充分な反省がない。更に、國際的判決調和の有しえた意義も、本來中世と一九世紀の決定的相違という正当な指摘にもかかわらず充分に評価されていない。¹⁰⁾ 主權を離れた普遍主義が國際法的共同体、國際法といかなる關係に立ちうるのか、またその根拠、その内容が判決調和といかに関連しうるのかは、単に歴史的興味に屬する事柄ではなく、正にサヴィニーの意図した普遍主義の性格と機能に関わる

問題であり、その法的拘束力―規範力の本質を規定するのである。国際的判決の調和が国内立法に際してもその国際的受容可能性という形で現われるという指摘も、それ自体は正当でありながらその根拠がサヴィニーの体系上必ずしも明らかになされておらず、サヴィニー学説を基礎とする限りにおいては説得力に乏しいという他あるまい。国際法的共同体と公序の關係も、あまりに軽く取り扱われすぎていると感ずるのは独り筆者の主観的印象にすぎないのであろうか。

勿論ノイハウスの分析は最近の批判に答えることを主眼とするから、その点からいえばそれと直接に關係しない部分は視野に入っていないといえる。しかし正にノイハウスが正当に指摘するように、サヴィニーの功績は、当時の法的分裂と伝統的方法の崩壊という法的混乱の中にあつて、即ち我々の直面する危機と同一といえないまでもより深い意味で共通する事態に直面して、時代の方向を見極めながら過去の遺産を将来の使用に耐える形で再構成し体系化するという態度のうちに認められるのであり、サヴィニーの「精神」の継承を語るのであれば、歴史法学派の方法自体についてもなくとも何故そのような方法がとられ、それがいかなる功績（とその反面の弊害）をもたらしたのかを、今一度内在的に検討すべき必要性が認められる。ノイハウスは、サヴィニー理論の絶対化とそれによる硬直化を否定するものの、何故サヴィニー理論が当時において有効たりえたのかという問題を従来の主張以上に充分検討することがない。それを知ることもなくしては現代という一つの変革の時代の中にあつて、何が必要とされており、それに対応すべきかについて、単に過去の遺産を實質的に継承すべきであると主張しても（ノイハウスの主張はこれよりはるかに具体的であるとしてもこのような情緒的響きを常に伴うのである）、あまり多くを語ったことにはならないからである。

抵触法等の若干の例外を除いてサヴィニーの法理論の多くはその実際の意義を失っているのであるが、サヴィニー自身はこのようにいわば形式として形成された体系の根底に、彼のいわば核ともいべき「精神」を認めていたのであり、現実化したものよりもその根源の重要性を夙に認識していた。そこに現実（但し彼の認識した）――本質＝本質↓現実

という彼の基本的発想が成立するのであって、現実のその本質に従った体系化においてもこの根源を把握する能力が常に重視される。それを言語化すれば、それは *Natur der Sache* となり *Anschauung* となるのであるが、このような現実の背後に存する「真の」動き、「自然な力の流れ」を見通しうる透徹した眼を養うことがない限り、いかなるすぐれた体系もその生の力を失い「死ぬ」ことになる。そこに教育における、知識の伝達よりもそのような能力を啓発するという意義が認められるのであった。

この点に西欧的文化における学問的教育のユマニスト的核心が存在し、同一の現象を前にして「本質」の見える者、見えない者の存在の基礎がある。一般に普及している問題の「核心」を把握する能力という考え方もこれに連なる。かくてかような能力が存在する、換言すれば現象にはその核となる本質が存在しうるという思想、そして「真理」はその能力の涵養により一定の手続の下に理解しうるという思想は、西欧的思想の「本質」にふれる問題であってここでは深入りしえないのであるが、少くともサヴィニーにおいてはこのような思想を前提としてのみ彼の問題解決に際する「精神」を理解し、それ故継承しうる対象として把握しうるのであって、彼の抵触法理論の理解にもこのような構造を当然前提としなければならない。彼の「技術」の生み出された背景を知ることからはじめて、その機能と現代における意義を論じうる共通の基盤が形成しうるのである。この点にこそ歴史法学派の活動の一分肢としての彼の抵触法の特徴があるという他あるまい。サヴィニーの体系を訪れた「危機」は、極言すればその理解を通じてのみ脱しうるのである。

(一) Schurig, a. a. O. S. 350-356. 尚今回は同書に引用されているウィートヘルターの論文の評価をなしえなかった。現代の国際私法の危機の総合的評価は他日に待ちたいと思う。

(二) 多くのうちで特にとり上げるべきは、たとえば H. Kiefener, *Das Rechtsverhältnis, Zu Savignys System des heutigen Römischen Rechts: Die Entstehungsgeschichte des § 52 über das „Wesen der Rechtsverhältnisse“* in: *Festschrift f. H. Coing zum 70. Geburtstag* (Hrsg. v. N. Horn) München 1982, S. 149-176 及び同記念論文集所収の諸論文、更に Quaderni

Florentini 9 (1980) 所掲の論文である。これらの内容は直接・間接に本稿の叙述に影響を与えうるものであるが、入手が遅れたりあるいは未入手であるが為に、本稿ではもはや顧慮しえなかつた。いずれ何らかの形でとり上げる機会をもちたいと思う。

(c) P. H. Neuhans, *Abschied von Savigny?*, *RabelsZ* 46 (1983) S. 4-25. (以下 Neuhans, *Abschied* として引用。本文中では頁数のみを示す。)

(4) この点においてノイハウスの主張は正当である。つまり歴史的事実はその全体の脈絡の中で評価すべきであつて、表面的な一致や相違はその根拠にまで遡ってはじめてその意義が明らかになるといふべきであらう。

(5) この点はサヴィニーの方法論にかかわっているが、シュトルムの、ドイツにおいてはもはや本拠地法説が放棄されたという主張の批判は正当であらう。

(6) サヴィニー自身は国際的關係においてのみならず国内關係においてもこのような協調的態度を法学において強調していたのである。従つてノイハウスの主張は正当であるが、サヴィニーがこの主張を如何様に構成し基礎付けえたのが必ずしも明らかとはいへない憾みがある。

(7) サヴィニーと利益法学の關係は極めて興味深いものである。当事者の利益(国家及び個人)のような個別的なものから、實際的需要という抽象的なものでサヴィニー学説中には様々に出現するのであるが、連結点の画定に際して論じられているものについては、たしかにノイハウスの指摘が妥当するであらう。しかしヘックによつて批判されたようにサヴィニーの国際私法が利益法学と対立するものとして後に考えられていたように、利益法学の方法・思想との対比においてサヴィニーの方法論を検討する必要がある。サヴィニー自身は、いわば「方向のない利益」を必ずしも好まなかつたのであり、その実質を問題とする限り後の概念法学の中で特定された接触法上の「利益」とどこまで対応しうるかは疑問である。典型的利益、統治利益を含めてその検討は他日にゆずる他ない。

(8) このような政策的な形式主義がサヴィニーの法学といかに関連しうるかも問題である。

(9) ノイハウスは以前の論文においてはサヴィニーの法律關係の法的性質について尚検討を要すべきものとして断定を避けていたが、本稿においては法律關係を事実關係とほぼ等置しているようである。批判に答えるという目的からみてこのような点は必ずしも重要ではないのかもしれないが、その為にザッハリッヒな議論も望めなくなるであらう。

(10) § 23 の国際法に依存していない旨の主張もその意味は必ずしも明らかではない。

△追記▽ 本稿の一部は昭和五八年度文部省科学研究費一般研究(C)の助成に負うことを記して謝意に代える。

《Summaries of Contents》

Zur IPR-Theorie von Savigny (4)

—Insbesondere über seinen Gedanken
der völkerrechtlichen Gemeinschaft—

Yoshiaki SAKURADA*

Einleitung

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

*Ordentlicher Professor an der Universität Hokkaido