

## 原論

担当 横溝 大

## 一 抵触法の存在意義

## (1) 抵触法とは何か

- ・ 私人間、或いは私人と国家との間の国際的法律関係を規律する法。
- ・ 抵触法の 3 分野: ①外国国家行為承認制度、②国家管轄権理論、③外国法適用制度。
- ・ 名称: 従来、国際私法→③。対象分野の拡大(①や②)に伴い、それらを包摂する呼称が必要になる。→広義の国際私法、狭義の国際私法。
- ・ 対象分野の拡大。私法に限られない。ここでは、①～③を含むものとして「抵触法」<sup>1</sup>、それ以外は①から③で呼ぶ。

## (2) 抵触法の目的

- ・ 国際社会における異なる実質法を有する複数の法秩序の法秩序の存在(対象の国際性)。→同一私人間の同一の法問題につき、法秩序毎に異なる評価が下される可能性。→そのような相違を調整する抵触法の必要性<sup>2</sup>。
- ・ 嘗ては、国際的判決の調和を実現することが抵触法の目的とされて来た。だが、抵触法が国内法であることが所与の前提となった現在(法源の国内性)、このような目的を実現することは困難(①)。寧ろ、ある法秩序の規範が適用されることについての当事者の(合理的な・正当な)予測を尊重することにこそ抵触法の目的がある(②)。

## ① 国際的判決の調和?

- ・ 「国際的判決の調和(Entscheidungsharmonie)」→各国が同一の抵触法を有していれば、ある国際的な法問題につき、いずれの国の裁判所においても同じ国の法が適用される。
- ・ だが、各国が固有の抵触法を国内法として有している現状において、国際的判決の調和を図ることは不可能。

## 【例】 フランス在住のイギリス人の相続

- ・ フランス裁判所＝フランス抵触法: 相続→被相続人の本国法→イギリス法。
  - ・ イギリス裁判所＝イギリス抵触法: 相続→被相続人のドミサイルのある地の法→フランス法。
- 各国が抵触法を持つことは、国際的判決調和を齎さないばかりではなく、却って事態を複雑に

<sup>1</sup> 石黒一憲『国際私法 第 2 版』(新世社・2007 年)25 頁の用法に依拠する。これに対し、例えば、澤木＝道垣内 10 頁は、「国際民事手続法を除く狭義の国際私法」の同義語として「抵触法」という語を用いている。

<sup>2</sup> 例えば、池原季雄『国際私法(総論)』(有斐閣・1973 年)1 頁以下。

させるという批判を齎す。→抵触法の存在意義に対する疑問に<sup>3</sup>。

【参考】 普遍主義から個別主義への変化

- ・ 何故このようなことになったのか？→19 世紀半ばまで、抵触法は国際法の一部として考えられてきた。→① 19 世紀半ばからの各国による抵触法の法典化<sup>4</sup>(←国民国家の形成)。②国際法領域からの漸進的排除:実証主義による国際関係と国内関係との厳密な分割。国際社会の存在の否定、個別国家意思の産物及び反映としての国際法。抵触法→国内問題、各国の裁量事項。
- ・ 抵触法の統一化の動き<sup>5</sup>: ハーグ国際私法会議(1893)。日本は第 4 回(1904)から加盟。→二度の大戦による挫折。抵触法の包括的統一から個別事項の統一へ(例:口座管理機関によって保有される証券についての権利の準拠法に関する条約[2002 年採択])<sup>6</sup>。

② 当事者の(合理的な・正当な)予測の尊重

- ・ 国際的に活動する当事者は、自らの行為を規律する規範について一定の予測を有している。→そのような予測を尊重し、一定の法秩序の規範を適用することで、当事者の利益を保護。
- ・ どのようなやり方で?→各国法秩序の多様性の尊重、各国実質法の権威を高めるようなやり方で<sup>8</sup>。
- ・ 個別当事者の主観的期待ではない。→法秩序間の秩序づけに関する<sup>9</sup>。国際システムとしての抵触法<sup>10</sup>。

【参考文献】

- Alex Mills, *The Confluence of Public and Private International Law* (Cambridge, 2009)
- Alex Mill, "The Private History of International Law", 55 *ICLQ* (2006), 1.

<sup>3</sup> 沢木＝道垣内 6 頁は、「準拠法決定という方法で秩序を築こうとする場合、いずれの地で問題となろうとも、同一の問題には同一の準拠法が適用される必要がある。異なる内容の国際私法が各国に併存していたのでは、どの国際私法が適用されるかによって準拠法は異なることになり、ひとつの事案にはどこの国でも同じ法律が適用されるようにするという国際私法の目的が台無しになってしまうからである。ところが、...現実には、一部の例外を除き、国際私法は各国で内容が異なる国内法として存在している。このような根本的矛盾をはらんでいるのが今日の国際私法の姿なのである。」と述べるが、根本的矛盾の指摘だけでは上記批判を避らすことは出来ない。

<sup>4</sup> 川上太郎『国際私法の法典化に関する史的研究』(有信堂・1963 年)。

<sup>5</sup> 尚、川上太郎『国際私法の国際的法典化』(有信堂・1967 年)。

<sup>6</sup> 国際私法学会の HP(<http://wwwsoc.nii.ac.jp/pilaj/hague0.html>)にハーグ条約の締結状況についての一覧がある。

<sup>7</sup> Alex Mills, *The Confluence of Public and Private International Law* (Cambridge, 2009), p. 10.

<sup>8</sup> バンジャマン・レミィ(横溝大訳)「効率性と国際私法」吉田克己＝ムスタファ・メキ編『効率性と法・損害概念の変容』(有斐閣・2010 年)115 頁、140 頁以下。

<sup>9</sup> Mills, *supra* note (7), p. 18.

<sup>10</sup> 拙稿「抵触法と国際法との関係に関する新たな動向－抵触法と国際法との合流について」法律時報 85 巻 11 号(2013 年)26 頁、30 頁。

- Klaus Schurig, *Kollisionsnorm und Sachrecht* (Berlin, 1981), at 51-57.
- Kegel/Schruig, *Internationales Privatrecht* (9.Aufl. 2004), at 5-7.
- J. G. Collier, *Conflict of Laws* (3<sup>rd</sup> ed. 2001), at 377-385.
- Pierre Mayer, “Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé”, *Recueil des cours de l’académie de droit international*, Tome 327 (2007), 9, at 116-118.
- ・ 拙稿「抵触法と国際法との関係に関する新たな動向—抵触法と国際法との合流について」法律時報 85 巻 11 号(2013 年)26 頁
- ・ バンジャマン・レミイ(横溝大訳)「効率性と国際私法」吉田克己＝ムスタファ・メキ編『効率性と法・損害概念の変容』(有斐閣・2010 年)115 頁

## 二 抵触法の歴史

- ・ 中世: 属人主義(配分的な色彩)<sup>11</sup>から属地主義へ(←部族の定住、混合という社会背景の変化)。→抵触法の発生。
- ・ 抵触法が生まれたのは、12 世紀イタリアと言われている(独立都市間の法適用関係。注釈学派)。
- ・ 現代抵触法体系: サヴィニー型抵触法体系。単位法律関係毎に連結素に基づき適用される準拠法を決定するという方法を採用。→サヴィニー以前と以後で区別。

### (1) サヴィニー型抵触法体系以前: 法規分類説

- ・ 国際的に適用される各国実質法規の抵触をどのように調整するかという方法。
- ・ 特に、16 世紀の主権概念成立後: 各国法の抵触→基本的には国家の立法管轄権行使という公権力行使の側面から把握されている(主権の抵触)。矢張り公権力行使の一形態と把握されていた判決等他の国家行為と区別されない。

#### 【例】 17 世紀 フベルス

「一国の法は、当該国家の領域内において、その効力を保持し、その臣民のすべてを拘束する。ただし、それ以外には及ばない」

- ・ 判決等の具体的国家行為の存在を重視することなく、他国の法規の効力の承認を裁判の結果の効力の承認と同様に扱う(外国法適用制度、外国国家行為承認制度、国家管轄権理論の未分化)。また、民事判決とその他の国家行為も区別されてはいない。→外国国家行為承認制度とは、外国が対象事項に対し公権力を行使するための管轄権を有していることを承認する制度。

<sup>11</sup> 属人主義が、初期の段階ではローマ人に対してのみ認められ、他の部族に対しては寧ろ属地主義が採用されており、フランク王国の拡大と共に完成していった点を指摘するものとして、久保正幡「フランク時代における属人法主義の成立について」杉山教授還暦記念論文集 51 頁。

- ・ その法源は、国際法→外国主権尊重・国際礼讓<sup>12</sup>。

## (2) サヴィニー:ローマ法体系第8巻(1849)

- ・ 二つの前提:

- ① 国家権力から独立した存在としての私法(国家と市民社会との対立)
- ② キリスト教とローマ法を基盤とした国際的法的共同体の存在(普遍的国際私法)

→国家から独立して存在する交換可能な私法に関して国際法としての各国共通の抵触法が成立する(「主権の抵触」から「私人の利益の抵触」へ)。

→法規分類説が、各法規の適用範囲に着目していたのに対し、法律関係に着目し、一定の類型毎にその本拠(Sitz)を探求し準拠法を決定(“コペルニクスの転回”?注意が必要:サヴィニー自体は、「法規からのアプローチ」も「法律関係からのアプローチ」も同様と述べていた。寧ろ、立法意思等法規自体に着目するのではなく、法律関係と法規を連結する方法として抵触法を捉えた点にサヴィニーの独創性があるのでは)。

## (3) サヴィニー以降

- ・ サヴィニーの採っていた二つの前提が崩壊。

- ① 国家法としての私法。←国家の役割の増大、実証主義。
- ② 19世紀末からの各国による国際私法の法典化(←国民国家の形成)。→国内法としての国際私法。

→にも拘らず、各国は「サヴィニー型抵触法体系」を採用。サヴィニーと所謂サヴィニー型抵触法体系は似て非なるもの<sup>13</sup>。→抵触法の意義・目的が不明確に。

## (4) アメリカ抵触法革命

- ・ 硬直的なサヴィニー型抵触法体系に対する疑問(←リアリズム法学の影響)。特に不法行為。  
→裁判を中心とした具体的妥当性重視の解釈論。ルールではなく、アプローチ:適用される法の趣旨や政府利益等、様々な要素を総合衡量。  
→法規の適用範囲という発想への回帰←私法と公法の区別が曖昧なアメリカ。  
→法的安定性を害するものとして批判される。アメリカ抵触法の混迷。ヨーロッパや日本への影響(最密接関連法の探求、個別具体的事情の総合衡量、実質法的法政策の抵触法への混入)。

### 【参考文献】

- ・ Rodolfo de Nova, “Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws” *RCADI*, Tome

<sup>12</sup> 国際礼讓につき、折茂豊『国際礼讓の理論—特に英米国際私法に於けるそれについて』法学10巻12号(1941年)1頁。

<sup>13</sup> Etienne Pataut, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Etude de droit international privé)*(LGDJ, 1999), at 20-22; Andreas Bucher, “L'ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *RCADI*, 1993-2 (tome 239), 9, at 64.

- 118 (1966), at 435-622.
- Alex Mill, "The Private History of International Law", 55 *ICLQ* (2006), 1.
  - Lea Brilmayer, "The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules", *RCADI*, Tome 252 (1995), 9.
  - Symeon C. Symeonides, *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future* (2006).
  - ・ 川上太郎「国際私法の歴史」国際法学会『国際私法講座 第一巻』(有斐閣・1953年)86頁
  - ・ 久保正幡「フランク時代における属人法主義の成立について」杉山教授還暦祝賀論文集 51頁
  - ・ 同「フランク時代における属人法主義続考(1)―属人法の適用及び決定について―」国家学会雑誌 54巻 10号(1940年)1243頁
  - ・ 秋場準一『ウルリクス・フェルス『法抵触論』註解』(尚学社・1996年)
  - ・ ジェラルド・ルネ・デ・フロート(山内惟介訳)「国際私法における『オランダ学派』について」法学新報 93巻 3・4・5号(1986年)139頁
  - ・ 田中耕太郎「サヴィニーに於ける國際主義と自然法思想」山田教授還暦祝賀論文集(1930年)1頁
  - ・ 多喜寛『近代国際私法の形成と展開』(法律文化社・1979年)第1章
  - ・ 丸岡松雄『アメリカ抵触法革命―アメリカ国際私法の基礎理論』(木鐸社・1997年)
  - ・ 石黒一憲「現代国際私法の歴史的位相をめぐって―ヨーロッパ国際私法の危機的諸状況」法学協会百周年記念論文集(有斐閣・1983年)561頁
  - ・ 浅野有紀＝横溝大「抵触法における権利と政策―アメリカ抵触法革命に対する批判の我が国への示唆」金沢法学 45巻 1号(2002年)91頁
  - ・ 同「抵触法におけるリアリズム法学の意義と限界」金沢法学 45巻 2号(2003年)247頁

### 三 法源

- ・ 抵触法の法源： 条約、国内成文法、判例、条理。

#### (1) 条約

- ・ ハーグ国際私法会議による個別分野に関する条約の制定作業<sup>14</sup>。また、国連などの国際機関により成立した多国間条約がある<sup>15</sup>。さらに、ヨーロッパにおいては、財産関係事件、身分関係事件のそれぞれについての国際裁判管轄及び外国判決承認執行に関する理事会規則、また、契約に関するローマ条約や近時の契約・不法行為に関する理事会規則等、この分野に関する条約・規則作りが進行中<sup>16</sup>。

<sup>14</sup> ハーグ条約締結状況 (<http://wwwsoc.nii.ac.jp/pilaj/hague0.html>) 参照。

<sup>15</sup> 日本が批准している条約例として、為替手形及約束手形ニ関シ法律ノ或抵触ヲ解決スル為ノ条約、小切手ニ関シ法律ノ或抵触ヲ解決スル為ノ条約、外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約(ニューヨーク条約)、国家と他の国家の国民との間の投資紛争の解決に関する条約、難民の地位に関する条約等。

<sup>16</sup> 最新の状況につき、参照、”European Judicial Network in civil and commercial

- ・ 日本が批准している条約：民事訴訟手続に関する条約、子に対する扶養義務の準拠法に関する条約、遺言の方式に関する法律の抵触に関する条約、外国公文書の認証を不要とする条約、民事又は商事に関する裁判上の文書の外国における送達及び告知に関する条約、扶養義務の準拠法に関する条約、国際的な子の奪取の民事面に関するハーグ条約。→日本において条約の有する意味は現在のところ少い。

## (2) 国内成文法・判例

- ・ 法の適用に関する通則法(これまでの法例を改正。2007年1月1日施行)、民事訴訟法等に新設された国際裁判管轄規定、民事訴訟法118条・民事執行法24条、平成18年改正後民法35条、手形法94条、小切手法80条8号[喪失時の救済方法]等。
- ・ 明文規定が少い。→判例が相対的に重要に。だが、我が国においては、最高裁判決が他分野・他国に比し非常に少い。

## (3) 条理

- ・ 他の分野と異なり、抵触法においては条理に言及される機会が多い。国際裁判管轄、法人、船舶・飛行機、輸送中の物、債権質や法定担保物権、船舶衝突による法定債権、製造物責任、代理、債権者代位、債権者取消権、相殺、氏名、特許における差止請求権の準拠法等。

[例]

- ① 最判昭和56年10月16日民集35巻7号1224頁(国際裁判管轄)

「この点に関する国際裁判管轄を直接規定する法規もなく、また、よるべき条約も一般に承認された明確な国際法上の原則も未だ確立していない現状のもとにおいては、当事者の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念により条理にしたがって決定するのが相当であり・・・」

- ② 最判平成14年9月26日民集56巻7号1551頁

「特許権の効力の準拠法に関しては、法例等に直接の定めがないから、条理に基づいて、当該特許権と最も密接な関係がある国である当該特許権が登録された国の法律によると解するのが相当である。」

- ・ 学説上は、新たな単位法律関係を設定し独自の抵触規則を提唱する際に、条理を主張する例が多く見受けられる。
- ・ このように、抵触法においてのみ条理が多用される理由は何か？<sup>17</sup>

---

matters”, [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/whatsnew\\_en.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/whatsnew_en.htm).

<sup>17</sup> 山本克己「準拠外国法不明の場合の処理—ドイツ法の素描—」法学論叢134巻5・6号(1994

- ・ 田中耕太郎<sup>18</sup> :

「条理は多数人が承認する所の共同生活に於ける原理であり、例へば、正義、衡平、目的観念、利益の衡量、法律感情の如く、是れ畢竟するに、自然法の根本原理に帰着するのである。然しながら、国際私法的規範は・・・其れが如何なる国の法律に服するやを規律するものであり、従って法律技術的、法律学的のものである。此の故に、国際私法の範囲における条理は、その根本観念に於ては、世界人類的法律関係を正義及び合目的性の理念に従ひて規律するに在るも、然し其の具体的内容に於ては、専門的、技術的たらざるを得ない。是に於てか、国際私法上に於ける条理は学説と事実上区別することを得ない。本来、学説は条理より演繹せられ、具体的場合に適合せられたものである。然るに国際私法に於ける条理は、国際私法の性質上、既に技術化されているのである。条理は学説と不可分の関係に在る。而して学説は国際私法の他の淵源たる国家的法、及び条約の基礎を為すこと上述の如くである。又一般に慣習法の形成は条理に発し、其れは条理に依りて説明し得らる。此の故に、条理は単独に国際私法の淵源たるのみならず、国際私法全体は条理に依って潤されているものと認むるを得る」

→国際私法の根本原則を「自然法の如きもの」：自然法的法律観がその前提←国際法としての抵触法観(各国法典化は普遍的にあるべき抵触法の鏡)<sup>1920</sup>

- ・ だが、抵触法をどのようなものとするかを完全に各国法政策の問題であるとする私見からは、

---

年)197頁、208頁は次のように述べる。「我が国の私法学においては、...いわゆる解釈論を扱う実作において、『条理に基づいて法の欠缺を補充した』などと説かれることは非常に稀である。しかし、国際私法学においては、準拠外国法不明の場合に止まらず各所で、『条理』という言葉が用いられており、その頻度は私法学の他の分野には全く見られない程度のものである。しかも、...国際私法学で『条理』と呼ばれるものは欠缺の補充(ないしそれに類する場面)に際して働く基準ではなく、欠缺補充の結果として定立された規範命題が『条理』と呼ばれているようである。更には、『[条理]による裁判』と言われるとき、それは一般性を持った法規範による正当化とは無縁な『衡平裁判(Billigkeitsjustiz)』をも連想させる場合もあるように思われ、『条理』という言葉は他の表現が可能であればできるだけ避けた方が望ましいのではなかろうか。国際私法は、残念ながら、現在のところは民事法学に携わる者にとっても、馴染みの薄い法分野である。その馴染みの薄い法分野で、ジャーゴン(隠語)が頻出しているとなると、そのことはいよいよ他の法分野との交流を阻害するように思われるのであるが、いかがであろうか。

<sup>18</sup> 田中耕太郎『世界法の理論 第2巻』(1954年)124頁。

<sup>19</sup> 尚、杉山直治郎博士も太政官布告における条理についての論稿において、「法例の規定が当該事件に対して欠缺し、結局形式法源の欠缺を認むる場合に於ては、条理裁判たる中間判決として国際私法上の解決が自然法の適用として与えられねばならない。この意味に於ける国際私法的自然法は国際私法に関する世界法的原理精神に外ならないと考える」(現代表記に改め強調を除外した)と述べ、田中博士に賛同する。杉山直治郎『法源と解釈』(有斐閣・1957年)106頁以下。

<sup>20</sup> さらに、(条理=事物の本性としてその起源を田中博士のように von Bar に求めるとすれば、)条理による連結素の設定は、演繹的・観念的な思考方法を採用する。澤木敬郎「国際私法上の連結点について」立教法学1号(1960年)171頁、179頁。

このような意味での条理を法源として認めることは出来ない(現代の研究者や裁判例は、このような条理の前提に無自覚なのではないだろうか<sup>21)</sup>。

- ・ 我が国法体系上の構造や他分野の法制度との整合性から、ある事項につき黙示の法規範が導かれるとしても、それは条理とは(運用面は兎も角少なくとも理念的には)全く異なるものであるように思われる。
- ・ このような、法源性の問題とは他に、運用面での恣意性という問題もある。仮に自然法的前提から、或いは自由法学的前提から(「法の欠缺」)条理に法源性を認めるとしても、ルール選択の恣意性という批判を免れるためには、当該法律関係につき従来の準拠法選択規則により対応出来ない特殊性が存在していることを明確にする必要がある。

#### 【参考文献】

- ・ 多喜寛『国際私法の基本問題』(中央大学出版部・1999年)47-79頁

#### 四 抵触法の構造

- ・ 抵触法の三制度:外国国家行為承認制度・国家管轄権理論・外国法適用制度。
- ・ 国際民事紛争においては、これらの3つの分野は相互に絡み合っている。→動態的把握の必要性(国際的訴訟競合の発生を念頭に、それぞれの訴訟地で国際裁判管轄が認められるか、準拠法がどうなるか、外国民事判決の承認執行可能性を考える必要がある。例として、宮越対グールド事件、円谷プロ事件)。
- ・ 三分野の関係:これらの三分野がどのような関係にあるかを解明することは、実は極めて困難な問題。外国法適用制度と外国国家行為承認制度との関係:線引きのメルクマールはどこにあるのか(例:離婚立法・国有化法等)。外国国家機関が既に存在する法律関係に断定的に介入してきた場合→外国国家行為。将来に対し一般的・抽象的に要件効果を規定している場合→外国法。だが、区別が難しいものもある(例として、資産凍結措置)。

#### 【参考文献】

- P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé* (Dalloz, 1973).
- E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Etude de droit international privé)* (LGDJ, 1999).
- S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales* (Economica, 2004).
- ・ 石黒一憲『国際私法と国際民事訴訟法との交錯』(有信堂・1988年)

---

<sup>21</sup> 尚、江川・全書 23 頁は、「当該国際私法秩序の基調としている限度の国際主義の立場」から、「何れの国の法律を適用すべきかを条理によって決定すべき」とし、また、条理を学説法として田中博士を引用する池原季雄『国際私法(総論)』(有斐閣・1973年)38頁も前提部分は最早引用していない。