

Title	反致論をめぐって
Sub Title	On the theory of renvoi
Author	林脇, トシ子(Hayashiwaki, Toshiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1955
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.28, No.6 (1955. 6) ,p.30- 67
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19550615-0030

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

反致論をめぐつて

林 脇 ト シ 子

目次

- 一 序——問題の所在、形式的意義
 - 二 實質的意義——その一、理論的考察
 - 三 批判
 - 四 實質的意義——その二、實際的考察
 - 五 批判
- あとがき

一

ここで反致論を取り上げるに當つて、先ず明かにしておくべきことは、論述が、一定の實定法に根據をおいているのでもなく、又必ずしも解釋論の立場に終始しているのでもないことである。

次に、ここで反致という場合に、如何なる關係を指しているかを、規定しておかねばならない。「反致」という言葉で指示されている問題は、一般に述べられているように、「内國(甲國)の國際私

法規定に依ればある涉外私法關係は乙國法に依るべきものとされてゐる場合に(送致・指定)、乙國の國際私法規定はその法律關係は却つて内國法(甲國法)に依るべきものとなしてゐることあり(反致・反定)、或は丙國法に依るべきものとなしてゐることあり(再致・轉定・轉致)、更に後の場合に於て丙國の國際私法規定はその法律關係は或は内國法(甲國法)に依るべきものとなしてゐることあり(間接反致・間接反定)、或は丁國法に依るべきものとしてゐることがある(再々致・間接轉定・間接轉致)。かかる場合に於て、内國裁判所は内國國際私法規定の指定せる法律たる外國の實質法(乙國法)を絶対に適用すべきか又は乙國丙國等の外國の國際私法規定をも考慮に入れて準據法を決定すべきかの問題^(一)であり、ここで反致とは、廣義における反致、即ち狹義の反致、轉致、間接反致、及び再々致を含む。

(一) 久保教授・國際私法概論六九、七〇頁。

この反致の問題の説明から、次の二つの考え方が引き出されう

る。その一つは、「内國裁判所は内國國際私法規定の指定せる法律たる外國の實質法を絶対に適用すべきか」(林銑)というところから導き出される形式的な觀點、即ち單に國際私法上の指定——このように「指定」と考へること自體、問題となりうるのだが——を、實質法指定とみるか、總括指定とするか、という考へ方である。したがつて、ここでは、反致主義は、いづれにしろ、總括指定という概念構成をとるものと考へられることになる。他の一つは、「外國の國際私法規定をも考慮に入れて準據法を決定すべきか」(林銑)という、單に國際私法上の指定の形式的な性質から、外國の國際私法規定を適用することになるのではなく、國際私法の實質的な性質から、外國の國際私法規定が考慮される、という考へ方であり、ここに、より實質的な觀點に途が拓かれる。

(二) フランケンシュタインは、彼の獨自な限界法(Grenzrecht)體系から、外國法の指示を指定と解することに反對する。彼によれば、正しく把握された限界規定の課題は、自己の國籍をもつ者に對する支配の要求に限界を引くことであつて、その他の言及は餘計なもの、目的のないものである。例えば、フランスで生活するイギリス人の行爲能力が判断されるべき場合に、一般に、國籍國の法の適用を宣言するフランス法の規定の中に、イギリス法への「指定」を見出してきた。しかし、このような指示は、法及び國家の本質から導き出される歸結、學問的公理(wissenschaftliches Axiom)の表明であつて、固有な法命題、「外國法への指定」ではない。この不合理を體系の中へ持ち込むことが、直ちに、困難を惹起する。これが、反致の問題

反致論をめぐつて

において長い間論議されてきた困難である(Ernst Frankenstein, Internationales Privatrecht (Grenzrecht), Bd. 1, 1926, SS. 46-49).³⁾

この二つの考へ方の妥當性、及び兩者の關連は、後の問題として、先ず、最初に述べた出發點、即ち形式的觀點に立つ反致論を考察する。これが、いわゆる總括指定論である。

總括指定(Gesamtverweisung)論は、國際私法規定による準據法としての——「準據法として」という意味は、別に検討されねばならない問題である——外國法の指定を、外國實質法の指定として理解せず、その國の國際私法規定をも含めた、いわばその國の法秩序全體を指定したものとみようとす⁴⁾。したがつて、この理論による反致が、形式論理的に、認められることになる。この見解に對しては、實質法指定論、即ち、國際私法規定による準據法としての外國法の指定を、單に外國實質法の指定として理解する理論によつて、次の批判がなされている。國際私法上の指定を總括指定と考へるならば、外國の國際私法規定がいずれかの準據法を指定しているのも、やはり總括指定であるのみなればならないはずである。こうして、結局、一つの果しない循環(circulus inextricabilis)に陥ることになり、ついに準據法を決定することができない⁵⁾。この批判に對しては、解釋論の立場からすれば、およそ法規は合理的に解釋しなければならぬから、例えばわが法例二九條のような反致の原則を規定する國際私法規定の解釋として、それが循環論に陥り、結局において適用すべき法を發見しえない、という結果

を認めることはできない、とする反致が成り立つ。この反致は、反致の原則を規定する國際私法規定の解釋論の見地からは正當である。しかし、解釋を離れて純粹理論的には、總括指定論は、循環論である、との非難を免れない。又、解釋論の場合に必要に迫られて、内國の國際私法規定が、内國法の適用を宣言するならば、これを實質法への指定として把握し、それが、外國法の適用を宣言するならば、國際私法規定への指定として把握することの不合理性は、覆うことができない。

(三) Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 18-21 Aufl., 1923, Bd. 1, S. 142. エンネクツェルスは「外國法へのドイツの指定」の項目で、ドイツ衝突法規定の解釋論として、民法施行法のいくらかの規定は、明文上、外國を指定しているが、これらの指定は、總括指定と解されねばならない、とし、その根據として、衝突規範も實質規範と同じく全くその國の法であること、實質規範とそれを限界づける規定、即ち衝突法規定との合一性 (Zusammengehörigkeit) 等を擧げている。その前に「指定の意味」のところでは、内國の國際私法規定によつて指定される國の現に效力をもつ法の全體に指定されることが説かれてゐる (Enneccerus, a. a. O., SS. 142-143, 138.)。

(四) エンネクツェルスは、「いわゆる再致及び反致」の項目の下で、再致は前述の根據から當然承認される、と述べている。そして、反致については、難點があり、疑が存するが、これは、二七條 (ドイツ民法施行法) によつて、このような場合にはドイツ

ツ法が適用されると宣言され、したがつて反致が有效であると承認されることによつて、解決された、とする (Enneccerus, a. a. O., SS. 143-144.)。

(五) 實質法指定論を採る殆んどすべての學者がこの批判をしていゝ、といつてよからう。例えば我が國では、江川教授 (國際私法・有斐閣全書六五、六九頁)、實方教授 (國際私法概論八五頁)、折茂教授 (反致・國際私法講座一卷一九三頁) 等、明示的に、この批判を擧げておられる。

(六) この點について、江川教授は、チーテルマンの言葉「凡そ法規は合理的に解釋しなければならぬことは一般に認められた原則であつて、たとひ法律が反致を認めても再々致は認めていないものと解釋するのが合理的である」を引いておられる (江川教授・若干の反致論について・法學協會雜誌六八卷八號八〇五頁)。

(七) 後に言及するエックシュタインの反致主義に對する特殊な (と考えられる) 意見をきこう。彼は、反致承認の意味を説明して、「準據實質法を、自國の衝突法規が指定する法 (秩序) の衝突法規定に依據せしめる」(林勝雄) としてゐる (Eckstein, Die Frage des anzuwendenden Kollisionsrechts, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1934, S. 121.)。若し、彼が「これを總括指定の意味でいつていると假定すれば、——彼がこれを總括指定と考えているか否かは、彼が反致論について述べている、」あらゆる指定は總括指定、より正しくは外國衝突法への指定として把握さ

れる」(傍註)(Eckstein, a. a. O., S. 126.) という言葉から明かになる——このような意味における總括指定論は、循環論とはならない。何故ならば、準據實質法の決定を、自國衝突法規定により指定される外國衝突法に依據せしめるのであるから、この外國衝突法にしたがつて適用しうべきものとなる法による再度の反致は、顧慮されないことになるから。この見解が、現在反致の解釋論として認められているところであらうし、又、テートルマンが、「反致を認めていても再々致は認めていないものと解釋するのが合理的である」といつているのとも符合する。しかし、このようなものとして認められる反致も、次のような不合理性をもつてゐることを、同じく、エックシュタインが認めている。「若し、衝突規定が具體的な事件において外國法の適用を宣言する限り、それを外國衝突法への指定として把握するならば、制定法上の衝突規定にまで形成した準據衝突法に關する規定を、準據實質法を決定する制定法上の規定の下におく」こととなる」と(Eckstein, a. a. O., S. 122)。

以上の論議において中心問題となつてゐる國際私法上の指定が總括指定であるか否か、即ち内國國際私法規定により指定される外國法中に國際私法規定が包含されるか否かは、一應實質に眼を閉じた單なる形式的論法にすぎず、したがつて、いずれの主張も決定的根據を擧げえない水掛論に終始せざるをえないのである。實質を離れた形式はありえず、その形式によつて表現されている實質が、そしてこの實質と形式との關連が、探求されねばならない。何故、内國國際私法規定により指定された法の中に國際私法規定が包含される

反致論をめぐつて

のか、という問題自體が、この場合、解決を要するものとして提出されているのである。

(八) この點を、田中耕太郎博士が、早くから注意しておられる。

田中博士・世界法の理論二卷一八六頁参照。

二

前述の總括指定論が、學說として生まれきたのは、より根源的な理論的及び現實的要請の形式上の足場としてである、と考えられる。この結果、次に、反致論の實質的意義の解明に向うことになる。したがつて、以下、「反致」という言葉の意味も、より廣義に解して、準據法決定に當り、内國國際私法規定以外のなんらかの外國國際私法規定が、なんらかの意味で——單に内國國際私法規定がそれを指定する、という理由からのみでなく——考慮される事實を指すもの、として用いる。本節では、先ず、この實質的意義の理論的な考察から始める。

(一) この事實を反致と考へ、これを認める見解を反致論と呼ぶことは、妥當性を缺き、或は、これを反致と同じ結果に到る事實と考へ、反致と同じ結果を認める理論と呼ぶ方が、より適當であるかもしれない。

この理論的考察に當つて、以下で問題とする實質的意義の反致論は、それぞれの學說の探る國際私法本質觀と極めて密接に結びつてゐることに注意しなければならない。したがつて、ここでの論述も、それぞれの學說が反致をどのように考へてゐるかを、それらの國際私法本質論の構成に關連せしめるものでなければならぬ

い。

ここで如何なる反致論を取り上げるかは、およそ、すべての反致論を取り上げることができない以上、問題とならざるをえない。この取捨選擇は、選擇者のいまだ反致觀乃至國際私法觀によつて制約される。ここでは、本節の傳來的意味における反致の下に、如何なることが問題となりうるかを知るために、先ずニボワイエにおける反致論を、又、それに對蹠的であるという意味、及び今日の國際私法觀に最大の影響を及ぼしているという意味で、サヴィニーの國際私法觀^(三)を取り上げることとする。

(一) 後にも述べるように、ここでサヴィニーの國際私法觀といつてゐるのは、サヴィニー自身がそれを國際私法の論議と考へていた、ことを意味するのではない。今日我々がそれを國際私法に關するものと考えうる、という意味である。

一 ニボワイエにおける反致論^(四)

ニボワイエにおいては、いわゆる反致(renvoi)^(一)の問題は、「外國による管轄の拒否」(récusation de compétence)^(二)として、把えられてゐる。彼によれば、問題の所在は、(a)フランスにおいて、外國管轄に效力を興えるためには、その外國が、この管轄を受け容れ、自ら管轄ありと表明することが、必要であるか否か、(b)若しこれが必要であるとするれば、外國が管轄を認めない場合には、如何に處理するか、その外國による反致が認められるか、(c)若し反致が理由づけられないならば、もはや、他の根據から、フランスの管轄が正當化されることもないのか、ということである。^(五)

(一) 本項におけるニボワイエの所論は、J.-P. Niboyet, Cours

de Droit International Privé Français, 2^e éd., 1949, 2^e 據した。

(二) ニボワイエが「反致」という言葉の意味を如何に解してゐるかは、次の彼自身の言葉から知られる。彼が論じるに、若し反致の問題を抽象的な方法で公式化すれば、それは、「外國の法が管轄ありとされる場合に、その國の國內法規 (règle de droit interne) のみに據るべきか、或は等しく、その國際私法規定にも據り、この規定が反致する國の管轄を受け容れるべきか」の問題である (Niboyet, op. cit., pp. 468-469.)。そして、彼は「外國の衝突解決規定 (règle de solution des conflits) の適用の結果起る反致を受け容れる學說に、反致論 (doctrine du renvoi) という名前を與えることを許容してゐる (p. 469.)。彼が「renvoi」といわれている場合と、(三) 〇形式 renvoi simple ou au premier degré 及び renvoi au second (troisième...) degré が含まれている (p. 468.)。本項でただ「反致」と譯してゐる場合には、この包括的な意味での renvoi を指してゐる。ここで注意すべきことは、彼が renvoi とつてゐるのは、固有な意味での反致、即ち前節で述べた反致であつて、本節以下でいう擴張された意味での反致を含んでいない。したがつて、後にみるように、彼は反致主義を否定してゐるが、これは固有な意味での反致を批判するのであつて、彼の立場自體、傳來的な意味での一種の反致論といつてゐるものと考ええる。

(三) ここで彼が「管轄の拒否」という觀念を用いてゐるのは、

彼が、諸衝突——法・官廳・裁判權の衝突 (*conflicts de lois, d'autorités et de juridictions*)——の問題を、國際的關係における管轄の限界づけの問題と考へている (Niboyet, *op. cit.*, p. 331.) ことと由來する。

(四) 彼は、前掲書第三章の表題を、「外國による管轄の拒否に *refus de compétence* の問題」としてづる (Niboyet, *op. cit.*, p. 467.)。

(五) 彼は自己の反致觀を述べ、判例に現われた反致の現象、及びこれに對する批判論の検討の形をとつてゐる。以下、本文に掲げた問題點を、(a)(b)(c)の順にみていくことにする。

(a) 反致のすべての體系が基いてゐる原理は、次のことである。即ち、フランスにおいて、外國管轄に效力を與えるためには、フランスの衝突規定が、或る外國に、それが本國である等種々の名目で、管轄を附與することでは足りない。その外國が、彼に提供されてゐる管轄を受け容れることが必要である。この原理に對しては、一般に、次の批判がなされてゐる。即ち、フランスの國際私法規定が、なんらかの外國法を管轄あるものとするならば、國際私法の問題は終結し、もはや、國內法の問題、即ち外國の衝突規定を顧慮することなしに外國實質法を適用する問題しか残らない、と。更に、諸法の衝突は諸主權間の衝突である、という觀點に立つ批判が存する。即ち、これは、現在なお或る一定の方法で諸法の衝突を規整することを義務づける國際的機構は存せず、したがつて、フランス法が、諸法の衝突を或る一定の方法で解決するときには、外國の主權によつて修正されえない主權の作品 (*oeuvre*) でなければならぬ

反致論をめぐる

い。或る外國がその領域で如何に主權の作業をなそうともそれに對しては彼の權利がある。しかしその外國がフランスにおいて如何なる法が適用されるかを決定しえたとすれば、その外國の主權はフランスの主權を損つてフランスの領域で行使されることにならう、と批判してゐる。

(六) Niboyet, *op. cit.*, p. 475.

(七) Niboyet, *op. cit.*, p. 476.

(八) Niboyet, *op. cit.*, p. 476.

この批判に對して、ニボワイエは、次のように答へてゐる。彼によれば、この問題についてすべては衝突解決規定に與えられる基礎のものにかかつてゐる。即ち、それは、衝突解決規定が一方的 (*unilatéral*) であるか、双方的 (*double*) であるかの問題である。若し衝突解決規定が一方的であるならば、それは單に自國法が管轄ある場合だけを規定し、外國が管轄ある場合を規定しない。外國は自ら管轄を要求するときに管轄あるものたりうる。これに反して、若し衝突解決規定が双方的であるならば——これが通説であり、前述の批判もこの前提に立つてゐる——、それは先ずフランスの管轄を規定し、フランスの管轄のない場合には、世界の諸國の中でいづれが管轄あるものかを規定する。ニボワイエは、國際私法規定の性質についてこのような問題を提起しながら、前述の批判は、衝突規定が双方的である、という前提に基いており、この出發點を許容するという條件のみ異論なきものである、としてゐる。この批判の構成の弱點は、この前提にあるのであり、したがつて、衝突規定が眞に双方的であるか否か、言い換えれば、フランスの衝突規定が眞に

外國の管轄を規定すべきであるか否かを知ることが重要である、とし、この點について、彼は、次のように説いている。一國における國內法規定と衝突規定とは分離しえない。衝突規定は、一國の法規の全體の一部である。したがつて、例えば動産相續の問題にイギリス法を適用する、⁽¹⁰⁾ということは、單に相續に關するイギリスの國內法規定をとることではなくて、イギリスの立法が、自らその法の支配力を決定しているその方法を顧慮することである。若し、我々が動産相續事件にイギリス法を適用するとき、イギリス法自身、その事件に適用されないことを言明しているならば、我々が適用するであろうものは、イギリス法自体ではない。法を制定した國のみがひとりその法の範圍を決定しうるのであるから、と。そして、彼は、この状態において、次のような憲法の一規定を許容しなければならぬ、とする。即ち、それは、一國の法は、その國自らがその法に附與する管轄より他の管轄をもちえない。時に關する衝突規定と全く同様に、場所に關する衝突規定は、外國法に附着せるものである。これらの規定は、法の二つの押伍 (*serre-filles*)⁽¹¹⁾であり、法を配屬し、その内容を決定する、⁽¹²⁾ということである。

(九) Nihoyet, *op. cit.*, p. 467. 更に、彼は、別の箇所で、衝突規定は双方向的である、という説を紹介し、一般にこの説には、次の理由が與えられている、としている。即ち、管轄の範圍を決定する衝突解決規定は、主權の規定 (*régles de souveraineté*)⁽¹³⁾である。外國が具體的事件を解決する目的で、フランスにおいて適用される衝突解決規定は何か、を決定することは可能でない。何故ならば、その時には、外國がその主權を我々の

それに代えることにならうから。したがつて、各國の衝突規定が自らが管轄ある場合のみを確定することに限られるならば、それは、その仕事の一部しか果さない。その時にはフランスの見解では如何なる外國が管轄あるものかを知らねばならないようなすべての場合に、白紙が残されることにならうから。これを決定するのはフランスである。それ故、フランスの管轄規定は、双方向的でなければならぬ (Nihoyet, *op. cit.*, pp. 349-350).⁽¹⁴⁾と。衝突規定が一方的である、⁽¹⁵⁾ということの意味、及び後に述べるような衝突規定は混合的 (*mixte*)⁽¹⁶⁾である、⁽¹⁷⁾という見解も又、これと共に説明されているが、後に譲る。

(一〇) ここで彼は、一八七八年のフランス破毀院の判決、したがつて、ポオルム事件 (*l'affaire Forgo*) を念頭においている (Nihoyet, *op. cit.*, p. 476.)⁽¹⁸⁾

(一一) Nihoyet, *op. cit.*, p. 476. 理論的に、彼は、衝突規定は一方的である、⁽¹⁹⁾という見解を支持している。彼によれば、衝突規定は一方的である、⁽²⁰⁾というのは、次のような意味である。即ち、フランスの管轄を決定しうるのは、明かにフランスのみである。これは主權の問題である。しかしこの要求はそれ以上に出ない。フランスは、自己の管轄のない場合に、外國管轄を決定してはならない。フランス主權の役割は、フランスがこのようにして、その管轄若くは無管轄を決定したときに満足し、そして終結する。それ以上を行うことは外國の主權を代行することである。彼は、更に、この關係を國籍の場合と比較している。フランス法は、誰がフランス人であるか、如何にしてフラ

フランス國籍を取得するか、又喪失するかを決定する。しかしフランス法は誰がベルギー人であるか、イタリア人であるか等を決定しなかつた (Niboyet, op. cit., pp. 350, 467.) と。この外國法適用の問題と外國國籍取得、その條件の問題との類似性の指摘に對しては、江川教授が反駁を加えられた (江川教授・前掲論文八〇九頁參照)。

(11) Niboyet, op. cit., p. 476. 本文の説は、法、官廳、及び裁判權の管轄の適用の範圍を決定する衝突規定は、法の理論 (théorie des lois) の一部をなす、と、かう立場に基づいて (p. 350.)。この點についての彼の説は次の如くである。古典的理論にしたがへば、諸法の衝突の事項は、この衝突が私權に關する諸法をその對象にもつてゐるといふ理由で、私法の部分をなす、としていた。しかし、衝突が私法に關してゐる範圍において、その對象たる諸法と、その解決のために必要な方法、そのもの及び技術とを、混同してはならない。この觀點から、諸法の衝突は、公法の部分にしかなしえない。これは時に關する諸法の衝突と同様である。時に關する諸法の衝突の理論は、諸法の支配力の理論である。ここでは諸法の對象は重要ではなく、重要なのは、舊法と新法との衝突の解決の技術である。これは、法の理論と呼ばれるものの部分をなし、私法の一学科ではなく、公法の一学科である。場所に關する諸法の衝突の理論も、諸法の衝突の一般理論の二つの空中架線 (arctennes) の一つに過ぎない (pp. 61-62.)。この基本的な觀點から、彼は次のようにいつてゐる。フランスは、フランス法の適用範圍を決定

反致論をめぐる

しうるが、外國法の適用範圍に關してそうすることはできない。外國において、當該事件にその外國法が適用しうべきものでないときに、フランス法がその外國法を適用することは、もはや、眞に外國法を適用するのではなく、外國法の一種の更改 (novation) をなすことである (p. 351.) と。又、江川教授がヒロワイエの *Revue critique de Droit international* における所論を紹介しておられるのによると、「外國の管轄の承認」と「存在しない外國管轄の虚構 (invention)」とを混同すべきではないとし、權利の國際的效力論 (théorie de l'efficacité internationale des droits) が一〇のよい指針を提供するものであるとして、次のように論じてゐる。「外國法の管轄に基く權利の存在…中略…は權利の國際的效力論の一局面にすぎない。外國法はそれがみずからの條件において…中略…適用されない場合には、…中略…適用されることはない。一國の法律が何に適用されるかは、その國の法律のみが言ひうることである。これを越えることは架空の外國法を創造することであつて、それはもはや外國法を適用することではない。それは權利の基礎を法律的無 (neant juridique) の上に置くものである。」と (江川教授・前掲論文八〇八頁)。この觀點からすると、いわゆる外國法の適用は、如何なる意味をもつのであろうか。或は國際私法の機能は、外國法上の權利の存在なる事實を國內法上の權利附與の條件とすることを定めるもの、とてもみるのであろうか。

このようにして、前述の批判は、その力を失ひ、判例の立場がその

力を得ることとなる。ニボワイエによれば、その基礎づけは、衝突規定の混合的性格 (*caractère mixte*) の觀念である。即ち、フランスの衝突規定は、外國に管轄を提供する、しかしそれは管轄を提供することしかできない。フランスは、その外國が自らそれを許容するならば、外國の管轄を受け容れる用意ができてゐる、とする。

(一三) *Niboyet, op. cit., p. 476*. 彼は、衝突規定の混合的性格にふれて、次のように論じてゐる。即ち、衝突規定を一方的とする體系は、最も正確なものと思われる。しかし、混合的體系は、正反對の二つの概念の間で一つの妥協的地盤 (*un terrain de transaction*) を提供する利益をもつてゐる。この混合的體系によれば、①我々は、外國の管轄を、フランスの衝突規定がそれを許容する場合にのみ、許容しうる。したがつて、我々はこの問題に無關心ではない。②外國は自らこの管轄を許容するときにのみ、管轄あるものとなる。そこで、我々は、外國に或る方法で管轄を與えるのである。しかしその外國自らがこれを受け容れるという留保の下で。そして若しその外國がこれを受け容れないならば、我々は新に無國籍の法律關係に面するであらう、と (*Niboyet, op. cit., pp. 352-353*)。

ニボワイエによれば、これまで論じてきた第一の命題に關して、次のように結論づけることができる。外國は自ら管轄を受け容れるのでなければ管轄あるものたりえない。そしてフランスの衝突規定は管轄を提供する規定であるに過ぎない。それ故外國の管轄の拒否の前に屈服するという事實には、なんら國際私法に反するものはない、と。

(一四) *Niboyet, op. cit., p. 476*.
 (b) 次に、ニボワイエは、外國が管轄を欲しなかつた場合に、その外國による反致を受け容れるべきか、という問題を取り上げてゐる。彼は、反致承認論の主要なものを擧げ、一々批判し、反致に好意的である法的技術に基く如何なる論據も反致を正當化することはできなう、とし、その理由として、すべてフランスの國家主權に反する、というこの決定的な觀念にぶつかることを説いてゐる。即ち、フランスが外國に管轄を命ずることができないと同様に、外國によつてフランスの管轄が命ぜられるわけにはいかない、と。

(一五) 彼は、フランスが或る外國に管轄を提供し、その外國がこの管轄を許容するならば、二國の國際私法の二つの規定の輻合 (*convergence*) が存し、お互に一つの法の適用を許容してゐるから、困難は存しない、と云ふ (*Niboyet, op. cit., p. 468*)。しかし、このようにして適用されることになつた外國法が、如何なる名目で適用されるかについては、論及してゐない。

(一六) 國內法規定と國際私法規定との不可分性、フランスの裁判官は外國の裁判官がなすであろうように裁判しなければならぬ、人の身分 (*statut personnel*) に限られた反致の論據を擧げてゐる (*Niboyet, op. cit., pp. 477-480*)。

(一七) この點については、餘りにも周知な一般的論議であるので紹介しなかつた。

(一八) 彼は、反致に好意的な主要な論據を、衝突規定の技術 (*technique*) 自身から引き出されたものと、解決の便宜 (*op-*

portuñicé) から引き出されたものとに分けて説明し、批判し
てゐる (Niboyet, op. cit., p. 477)。本節では、反致の實質
的意義の理論的な面を問題としてゐるので、後者にはふれな
い。

(一九) Niboyet, op. cit., p. 480.

(六) ニボワイエは、固有名意味での反致主義を否定した後、しか
も、フランスの裁判所が、或る外國を管轄あるものと宣言した後に、
フランス法をフォルトゥ事件 (Fortune Soulie) 等にお
けるように適用することになるこの現象は惜しむべきことであり、
判例の解決は一つの誤りに基いてゐるといふわけはならない⁽¹⁰⁾。と
問題を提起してゐる。そして、この問題において、反致の觀念は、
全く辯護しうる他の解決を正當化することに到達するための一つの
口實に過ぎなかつたものと⁽¹¹⁾、「反致の構成によらずして反致の結
果を正當化する試み」のあることを擧げて、最後に、屬地主義の觀
點に立脚する自己の説をもつて、フランス管轄の正當化を説く。

(二〇) Niboyet, op. cit., pp. 480-481.

(二一) Niboyet, op. cit., p. 481.

(二二) ルルノール・ユシチエキエール (Leroubours-Pigeonni-
ère) の「主規定 (règle principale) と從屬的第二次的衝突規
定 (deuxième règle de conflit subsidiaire) との一種の擇
一的 (une sorte d'alternative) な體系」の理論が擧げら
れてゐる (Niboyet, op. cit., pp. 481-482)。

(二三) 江川教授は、ニボワイエの所論を評して、理論上はなお
反致主義に反対しながら、獨特な理論構成によつて、反致の到

反致論をめぐつて

達する結果と同一の結果を認めてゐるもの、とし、「これも一
種の反致論とゆうことができるであらう」とされる (江川教
授・前掲論文八〇四頁)。

ニボワイエの説は次の如くである。我々が先ず管轄あるものと宣
言した外國がその管轄を拒否し、しかもその外國による反致は認め
られないことになつた。そこで、問題の事件を規律するための法
は、ならん存しない。これは、「無國籍の法律關係」(rapport de
droit anatrique) と呼ばれうるものである。ここに、そのための準
據法が存しない離婚、相續、契約の問題が存することになる。この
法律關係をならん法的規整なしに放置することはできない。このよ
うに述べた後、彼は、自己の見解を次のように表現してゐる。「と
ころで、このような場合に、國際關係における管轄の出發點を思
起す必要がある。主管轄 (compétence principale) は、少くとも
我々の學說である屬地性 (territorialité) の學說においては、一國
は、先ず主として且つ可能である限り、自己の法を適用しなければ
ならない」といふことである。一國は、涉外性 (extra-territo-
rialité) と呼ばれるものを對象とするならんかの事項においては、
この態度を放棄してゐる。しかし、これは國際的な法的交渉 (com-
merce juridique international) の利益において、一國が諸外
國に對してなす犠牲 (sacrifice) である。我々は、一國がその領域
上で自己の法を適用しないことによつて、一國にとつての犠牲とな
うこの觀念に基づくことを主張する。何故ならば、正規な觀念は、や
はり一國にとつて先ず自己の法の尊重を確保することであるから。
若し外國が回避し、この犠牲を無益なものとするならば、原則に反

る。この原則を屬地性から創り出している我々の採用した體系において、例外は一定の場合に適用されるに過ぎない。これらの場合のほかは屬地性たる原則に戻り、したがってフランスの管轄に戻る。外國が管轄を欲しなかつた場合に、決定的且つ最終的にフランス法を適用する、ということは、全く正規なことである。かようにして、フランスの管轄を決定するために外國主權者の命令を受けるということに存する鉤 (crochet) なしに、判例と丁度同じ結果に到達する。確かに、——これは爲すべき唯一の留保であるが——フランスの法を適用するべく、なんらかのフランスの利益が存在しなければならぬ。フランスの利益がなく、フランスに財産が存せず、フランスに人がいるのでもない、と假定しよう。我々は、フランスの法を適用する理由をもたない。しかし、これは全く教壇的な假設である。フランスでフランスの裁判所に訴訟が繫屬する以上、フランス秩序のなんらかの利益が存することを確信しうる。常に、當事者の一方の國籍、契約地、或は或る財産の所在によつて、かくの如くであつた。そして、問題の利益が存するから、この利益に満足^(二五)を興えるためにフランス法を適用することは正規なことである。」

(二四) 彼は、他の個所で、斯學における用語を説明する際に、*territorialité* と *extra-territorialité* とを一つの對句 (*antithèse*) として立てている。これによれば、彼は、フランスにおいて生起する事實が、フランス法によつて、即ちそれが生起する國の法によつて規律されるとき *territorialité* が存する、としい、フランスにおいて生起する事實が、フランス法に服せしめられないとき、又反對に、外國において生起する事

實が、フランス法に服せしめられるならば、一國の法がその領域上で惹き起されるのではない事實に適用されるのであるから *extra-territorialité* が存する、と述べている。そして、屬地的 (*territorial*) 法の好模範 (*prototype*) は刑法であり、不動産法も等しく本質上屬地的法である、としている。更に注意すべきは、彼においては、*extra-territorialité* は、少くともフランス法體系にとつては、例外であつて、*territorialité* と同じ強さ、同じ效力、及び同じ範圍をもつ第二の原則ではない、ということである (*Niboyet, op. cit., pp. 323-325*)。彼のこの所論は、一般に屬地主義といわれているが、それは眞に如何なる意味にとられるべきか。本註でみた彼の見解によれば、事實發生地法主義乃至行爲地法主義、及び(不動産法を *territorialité* の *prototype* としていることから) 所在地法主義の意味にとれるが、本文の彼の見解によれば、フランスで訴訟が繫屬している場合にフランス法を原則として適用するのであるから法廷地法主義の意味にとれる。この間に矛盾はないのか。この「屬地主義」という術語の多義性については、折茂教授・屬地主義理論について・法學一四卷一號六九頁以下参照。

(二五) *Niboyet, op. cit., pp. 482-483*。本見解については、江川教授・前掲論文八一二、八一三頁に紹介及び批判がなされている。

このようにして、ニボワイエの見解は、次のように方式化される。フランスの衝突規定によつて管轄あるべきものであつた外國が、自ら無管轄であると言明し、そして利益がフランスの領域で凝

滞している (*être en soufrance*) 場合には、つゞでも、フランスの管轄によるのが宜い。これは、外國管轄の缺如に際しての、フランスの管轄への復歸、つまり涉外性の屬地性への復歸、例外の原則への復歸である。

(二六) Niboyet, op. cit., p. 488.

以上、ニボワイエの所論を、その特殊などと思われる點に著眼しながら、考察してきた。その批判は後として、ここでは、ニボワイエただ一人の説をみただけでも、如何に深い考究を必要とする點が數多く現われているか、ということを描するに止める。即ち、國際私法規定は管轄規定か。國際私法規定は一方的か双方的か或は混合的か。國際私法規定は私法か公法か、或はこのように考えることに意味があるのか。法の衝突は主權の衝突なのか、これに關連して法の效力範圍の問題、更に法の衝突といわれるが果して衝突があるのか、衝突の觀念、又觀點を變えて屬地主義と法の效力。總括的にいつて、いわゆる外國法の適用とは如何なる意味か、個別的にいえば、外國法の適用に當つて當該外國法所屬國の意向を考慮しなくてよいのか、又この場合に外國法の適用といえるのか、更に、一國の法は絶対に不可分なのか、この場合に外國法の適用、といいうるのか、なお、前節から留保されている問題、指定、準據法としてという觀念はこの外國法適用理論との關連において嚴格な意味で使用しうるか。涉外性における犠牲の觀念とは單に事實的な慣行、禮讓か、或は法的構成に足る義務か、等。

これらの疑問を念頭において、次へ進みたいと思ふ。

二 サヴィニーの國際私法觀

反致論をめぐる

今日通説的ときえいわれる國際私法觀は、サヴィニーのそれに由來している、^(一)ということが、一般的に認められている。したがつて、今日の國際私法觀に基く反致論議の中核を探究するためには、サヴィニー自身反致についてふれうる事情になかつたとはいへ、^(二)彼の國際私法觀を知り、類推的に反致觀に及ぶことは、必須のことと考ふる。

(一) このことの當否は検討を要する。しかし、検討の餘地があるということは、それを無視してよいという意味ではなく、却つて、問題として取り上げる理由を與える。殊に、サヴィニーの國際私法觀に據つているとして、今日の學者が、或る結論を引き出しているときに、そこに論理の飛躍がありはしないか。この點は、後に取り上げる。

(二) 本項で問題とするサヴィニーの著書は、一八四九年に發行されている。これに對して、反致の現象が注目をあびるようになったのは——それ以前にも反致現象そのものは存在したが——一八七八年のフォルゴ事件を契機としている、とされる。更に、前にもふれたが、サヴィニーは彼自身の理論を「國際私法」の名稱の下に考えていたのではない。彼の著書における今問題とする章の表題は、「法律關係に關する法規の支配」(*Herrschaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse*) となつてゐる。因に「國際私法」という名稱は、メーロー (Story) の *Commentaries on the Conflict of Laws* (1841) 中で用ゐられてゐる *Private International Law*——*ノットリックス* (Fœlix) の *Traité du droit inter-*

national privé (1843) における採用、シヤムナー (Schäffner) の Entwicklung des internationalen Privatrechts (1841) における使用——に始つていふ、とされる(江川教授・國際私法・日本評論社版三二二、三三三頁参照)。

(三) 本項におけるサヴィニーの所論は、Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 8, 1849. に據いた。

サヴィニーは、その著「現代ローマ法體系」第一篇において、法源、即ち法規の成立原因 (Entstehungsgründe) を示し、第二篇では、その規定によつて支配されるべき法律關係の一般的性質を説明している。ここに取り上げる彼の國際私法觀は、その第三篇「法律關係に關する法規の支配」にみられるものである。^(四)

(四) 第一篇及び第二篇、したがつて第一卷より第七卷までを讀まずに、第三篇、即ち第八卷を論じることが、許されないことであり、理解を妨げることであるが、事實上、他の機會に譲るより途がない。

ここに、サヴィニーによつて提起された問題は、法規の法律關係との結付 (Verbindung) を確立するところである。即ち、現在我々が面している國際私法の問題は、彼においては、根本的に法規と法律關係との結付の問題として把握されている。彼によれば、この結付は、一面「關係に關する規定の支配」(Herrschaft der Regeln über die Verhältnisse)、他面「規定への關係の服從」(Unterwerfung der Verhältnisse unter die Regeln) として現われ

る。彼は、先ず、この課題が正しく把握されるためには、この結付(支配・服從)が如何なる意味に考えられるべきかが正確に確定されねばならない、として、次の考察を行う。先ず、法規は法律關係を支配しなければならぬ。しかし、その支配の領域如何、それは如何なる法律關係を支配すべきか。この問題は、實定法が次のような性質のものであることによつてその決定的な意味をもつ。即ち、實定法は全人類について同一ではなく、民族及び國家の異なるにしたがつて特殊なもの異つたものである。——實定法は各民族において、一部は普遍人類的、一部は特殊な法形成力に由来している。この實定法の多様性が、各々のためにその支配領域を決定する、言い換えれば異つた實定法相互間に限界を引くことの必要性和重要性を惹起するところのものである。この限界決定によつてのみ、或る具體的な法律關係の判斷において、異つた實定法間に生じうべき考へうるあらゆる衝突を解決することが可能となる。次に、ここに提出された問題及び解答に到達するために反對の道をとることができる。今、我々の判斷の對象として一つの法律關係を想定する。我々は、この法律關係のために、これがその支配の下に立ちそれによつて判斷されるべき一つの法規を求めらる。そこで、我々は、異つた實定法に屬する複数の法規の中で選擇しなければならぬ。このことによつて、再び、既に言及された各實定法の支配の限界、この限界にかかわる衝突の問題に戻つてくる。問題を把握するこの二つの方法は、ただ出發點において異なるのみである。問題自身はいずれにおいても同じものであり、解決は二つの場合において異つてなされえない。^(五)このように自家の方法論を立てた後、彼は、この對象に向う殆んど

すべての學者が衝突の觀念から出發し、この解決をその眞の且つ唯一の課題として取り扱うことに反對している。彼は、むしろ、法規に對しては如何なる法律關係を支配すべきか、法律關係に對しては如何なる法規に服従し、若しくは所屬するかが問われることが、思想の自然の順序であり、支配若しくは所屬の限界の問題、及びこの限界について生じる限界紛争若しくは衝突の問題は、その性質上派生的的 (abgeleitete) 及び從屬的 (untergeordnet) な問題である、とす^(六)。

(五) 以上において、サヴィニーは、自家の國際私法學の方法論を明かにしている。彼が、法規の側から出發するも、法律關係の側から出發するも、解決は同じであり、又同じであるべきである、と論じているのは、注目されるべきである。この論の直接の基礎は、彼の根本的立場が法規と法律關係との具體的結付の考察にある、ということであるが、更に、このような方法論を支える根本思想は、後に考察する彼の國際法的共同體の思想の中に見出されねばならない。彼によれば、涉外的事件の規律は、國際法的共同體の立場からなされるべきであるから、法律關係の涉外性と國際法的共同體における規律の世界性が矛盾なく對應する。

(六) Savigny, a. a. O., SS. 1-3. サヴィニーの脚註 b (B. 3) について、川上教授は、ウエヒターを引いて註解しておられる。「法律衝突の本來の問題は法の支配範圍の問題である。故に法の適用せらるべき法律關係の範圍如何、又は法の拘束力の及ぶ範圍の問題と數國の法律衝突の問題とは分離せらるべき別

反致論をめぐつて

個の問題ではない。後者は、內國法は如何なる程度に外國にある內國人、外國にある物及外國人に適用せらるべきか、又內國裁判官は外國法を適用すべきかの問題に答を與へるもの故、法の適用の理論の一部を爲すものに外ならぬ。多くの學者：中略：は法律衝突問題と法の適用及拘束力の理論とを分離した爲に、內國法の拘束力に付ての原則を法律衝突に付ての原則と不調和に決定するの誤に陥つておるのである。」(川上教授・サヴィニーに於ける國際私法論の構成・國際法外交雜誌四八卷三號三一、三九三頁註三)。

この法規と法律關係との結付の問題を解決するための出發點として、サヴィニーは、次のような考察をめぐらしている。

(a) 先ず、彼は、法規の對象となるものを考究し、それを人自體及び法律關係に見出す^(七)。したがつて、現在の課題を中心に考察するならば、各具體の場合に、適用しうべき法規は、第一次的に且つ主として權利能力ある人 (berechtigte Person) の一定の法域への服従によつて決定され、限界づけられる。しかしこれと並んで、そこにおいて一定の物、一定の行爲、或は生活關係が他の法域に立つてゐる關係によつて、極めて多様且つ重要な變更 (Modification) が生じうる、ということが明かになる。そこで、次に、最も密接な關心は、如何なる理由から、人の一定の法域への一般的所屬が導かれるべきか、ということに向けられることになる。

(七) 彼によれば、法規の對象は、次の如し。I、人それ自身。その權利能力及び行爲能力、或は人が權利をもち又得うる諸條件 (Bedingungen)。II、法律關係。1、確定物に對する權利。

2、債権。3、不確定の範圍の觀念的對象としての全體の財産に對する權利(相續權)。4、親族權。

(八) Savigny, a. a. O., SS. 10-14.

(b) サヴィニーは、人がそれへの所屬によつて一定の實定法と結び付けられてゐるその關連を認識するために、この實定法自體が、大きな自然的全體としての (als einem großen Naturgenzen) 民族の中に、若くはこの全體の民族的區分の中に、その所在 (Sitz) を占めてゐること、を思い起さねばならぬ、としてゐる。ところが、何によつてこの全體が形成され、この統一が限界づけられるのか、したがつて、どこに實定法の構成部分としての法規がその所在を占めるのか、これが解決されねばならない。何故ならば、これによつて、我々は、如何なる紐帶 (Band) によつて個人が同一の實定法共同體 (Gemeinschaft eines und desselben positiven Rechts) に結合されてゐるかを認識するであらうから、と述べてゐる。彼は、こゝで歴史的な方法により、二つの根據、即ち民族血統 (Volksabstammung) 及び地域 (Landgebiet) を見出し、この法共同體の後の根據は、諸民族間の活潑な交通——民族性の鋭い對立を變更せしめる——及びキリスト教の影響——精神生活の共通の紐帶として諸民族を結合する——の下に、漸次前の根據を驅逐してゐる、とする。こうして、彼によれば、この法共同體の後の根據から出發するならば、問題の衝突は、法の場所的差異 (örtliche Verschiedenheit) に關係するものと認められることになり、こゝでの課題は、生じうるすべての衝突の場合について、如何なる地域的法 (Territorialrecht) が各具體の場合に適用されるべきか、という

ように把握されることになる。即ち、サヴィニーによれば、國際私法の問題は、如何なる地域の法が各場合に適用されるかの問題となるのである。

(九) 彼は、實定法が民族の中に所在を占めてゐる、といつた後に、若し、我々が、法はその所在を國家の中に、若くは國家の個々の組織的部分の中に占めてゐる、というならば、それは、この同じ事實の他の表現にほかならない、とし、その理由を、まさに國家においてのみ個人の意思が全體の意思に眞に移行し、このことによつて、民族は眞の實在性をもつのである、と説じてゐる。

(一〇) 民族血統 (Volksabstammung; Nationalität) は、先ず全く人的な (persönlich) 且つ不可視的な性格をもつてゐる。これに對し、地域 (Landgebiet, Territorialität) は、その人的性格の少さによつて前者から區別される。これは何か外的に認識しうるもの、可視的な土地境界に結び付けられてゐる。以上、サヴィニーの説明の一端。

(一一) Savigny, a. a. O., SS. 14-18. 彼は、すでに序文において、二つの問題、法規の場所的限界、及び支配の時間的限界の問題を提示し (S. 5.) 第一章の表題を、豫め、「法律關係に關する法規の場所的限界」(örtliche Grenzen der Herrschaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse) と云ふ (S. 8.)。

サヴィニーは、この場所的法の衝突に、二つの種類、即ち、同一國における矛盾せる地域的法 (widerstreitende Territorial-

rechte in demselben State) 及び異つた國における矛盾せる地域的法の (widerstreitende Territorialrechte in verschiedenen Staaten) の衝突のあることを示し、この問題解決のための基本原理を探索する。今ここでは、國際私法學の問題に直接の關係をもつ後者についてみよう。彼は、これまで多くの者が、この問題を單に獨立の國家權力 (主權) の原則 (Grundsatz der unabhängigen Staatsgewalt [Souveränität]) から解決しようと試みた——彼等によれば、1、各國はその領域内において自己の法律のみが效力をもつことを要求しうる、2、如何なる國もその法律の效力をその領域外で要求しえない——ことを指摘し、この命題の眞實を認めてはいるが、しかし、これは我々の課題の解決のために餘り助けにならない、としている。そして、次のような考察をめぐらしている。即ち、今日の法が、人について、漸次内國人と外國人との間の完全な法的平等 (Rechtsgleichheit) を承認するに至つたやうに、法律關係の取扱においても、⁽¹¹⁾ 相互主義 (wünschenswerthe Gegenseitigkeit) が認められるべきである。これによつて、單に各國において外國人が内國人に對して蔑視されないのみならず、又法律關係は、法律の衝突の場合に、如何なる國において裁判されるかに差異なく同一の判斷を期待しうることになるから、と。彼は、この考慮から導かれる自己の立場を、相互に交通する民族の國際法的共同體「(völkerrechtliche Gemeinschaft der miteinander verkehrenden Nationen) の立場であるとし、この觀點は、時の進展につれて、或は共通のキリスト教的道徳、或はすべての當事者に齎される眞の利益の影響の下に、次第に一般的承認を見出して

反致論をめぐつて

きた、としている。この立場からは、現在の問題、即ち獨立の諸國家の地域的法の衝突は、本質的に、同一の國家の異つた地方法の衝突について妥當すると同じ原理にしたがつて處理される、といふことに到る。

(11) Savigny, a. a. O., S. 19 ff.

(12) Savigny, a. a. O., SS. 23-27. この點に於て、サヴィニーの國際私法理論の立脚點が、形式的に國家主權の對立でおかれてはゐるのではなく、實質的に法律關係の規律におかれてゐることが注目される。

前述の立場からして、サヴィニーは、以後、この二種の衝突に共通の次のような課題を與えている。即ち、「各法律關係において、この法律關係が、その固有の性質にしたがつて、所屬し、若しくは服従する法域が探求される」(daß bei jedem Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältnis seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist.) とつて課題を⁽¹²⁾。彼は、他の箇所でも既に學説を批判し、その中で殊にウェヒターの法廷地法説に對して、次のように論じている。即ち、法廷地法説によれば、各個の法律關係は原則として法廷地法にしたがつて、即ちそれを判斷すべき裁判官が屬する國の法律にしたがつて判斷されるべきである。ところでこの原理の外見的な眞實性は、新立法の主要な觀點が自己の權威の嫉妬的な行使にあるならばその時のみ決定的なものである。しかし、新立法及び判例の支配的な觀點は、自己の排他的な支配權の嫉妬深い行使には存せず、むしろ全く反對に、眞の法

共同體の促進に向けられている。それ故、國家及びその法域の限界を顧慮することなく、各個の法律關係の内的な本質及び必要にしたがつてなす衝突の場合の判断に向けられている。と。更に、彼は述べて、人は、この同視を主權國家間の友誼的許容と呼びうる。ただこの許容は、單なる寛容 (Großmuth) 或は恣意の流出物と考えられるべきではなく、むしろここに固有の且つ進歩せる法の發展が認識されるべきである、とする。

- (一四) Savigny, a. a. O., SS. 27-28. 同書一〇八頁には、「そのものが所在 (本據) をもつて居る」(wohin dasselbe seinen Sitz hat.) という言葉が括弧の中に挿入されている。又一二〇頁では、更に、「各法律關係の本據 (故郷) (人の住所から區別されねばならない) が探求されねばならない」(das der Sitz [die Heimath] jedes Rechtsverhältnisses [wohin zu unterscheiden von dem Wohnsitz der Person] ermittelt werden müsse;) という語句がある。
- (一五) Savigny, a. a. O., S. 120 ff.
- (一六) Savigny, a. a. O., SS. 126-129. このウエヒターの所論の批判において、サヴィニーの國際法的共同體の思想の具體化を見ることが出来る。

(一七) 友誼的許容、即ち、内國裁判所が多く法律關係の判断をそれに基づいて創造しなければならぬ淵源の下への根原的には無關係な法律の許容を意味する。サヴィニーによれば、この友誼的許容は單に恩惠ではなく、一般的慣習法 (allgemeines Gewohnheitsrecht) の形において法的義務として認められて

いる。これに續いて、彼は、次のように論じている。ここに提示された可能の望ましい期待されるべき場所的法の衝突の取扱における國際法的共同體に關する原理は、異つた國の間に、特に衝突の場合が最も屢々生じる隣接の國の間に、この對象に關して條約が締結されるならば、特別の促進を獲得しうる。しかし、このような條約が見出される場所で、何か全く新しいものが實定的に確立されるのだ、又、これを除いてその時代の前に、全く反對のことが妥當していたに違いない、というように把握されることは、正しくないであろう。むしろそれは、殆んど常に、右に示された共通の法共同體の表現とみられるべきであり、したがつて、この法共同體を常により完全に承認せしめることの努力とみられるべきである、と。

(一八) Savigny, a. a. O., SS. 28-31.

(一九) 以上、サヴィニーの所論を通じて、注意すべき次の諸點が存する。即ち、

I、サヴィニーは、實定法が大きな自然的全體としての民族の中にその所在を占めている、ということによつて、法の民族的性質を強調する彼の姿を見せている。彼が法の民族性を意識すればする程、しかも彼が渉外的な法的交通を念頭におくならば、或る法律關係が如何なる法に服するかの問題が重要性を帯びてくる。これ、法の民族的性質の強調が國際私法の必要を感じしめる所以である。しかし、又、彼は、場所的法の衝突の解決に關して、普遍的な理論の成立を樂觀している。ここに、我々は、法の民族的性質の強調にも拘らず、普遍的なものを志向

する彼を見る。この民族的なることと普遍的なることは、如何なる關係にあるのか。彼自身の言によれば、「民族性の完全な強調が新時代の支配的な傾向に屬するとはいへ、この見解は、直ちに、その性質上、種々の民族の一つの認められた共同體における民族的對立を解決することを企てるべき理論においては、*「妥當しえない」* (Savigny, a. a. O., Vorrede VI.) のである。この點について、田中博士によれば、パウンドの見解が指示されている (田中博士・前掲四五八頁)。今これを参照するに、「民族主義は、この (サヴィニーの—註林脇—) 歴史學派の綱領において、必須の條項でもなければ重要な條項でもなかつた。サヴィニーの民族主義は、…中略…大部分、フランス革命の理念 (ideas) 及び法律上の方法 (juristic methods) からの反動による一つの出來事 (incident) であつた。人權宣言における代數學上の公式に表現された自然法の抽象的な諸命題に反對しただけ、なおそれは、民族の奥底から汲み出された理念を要求した。…中略…それは、フランス革命の抽象的理念及び公式の輸入——この理念及び公式と一緒に、これがその中にそしてそこから生じた諸事實條件を輸入する能力なしに——に對する抗議であつた。しかし、サヴィニーはロマニストであつた。そして彼の歴史的に發見されたローマの理念への信頼は、彼の法學を自然法の主張者のそれと全く同様に普遍的なものとした。理念を専ら古ゲルマン法の中の探求によつて見出したゲルマニスト達が、彼の學派の民族主義的グループであつた。」とされる (Roscoe Pound, Law and History, in:

反致論をめぐって

Interpretations of Legal History, 1928, p. 19)。更に、この法思想史的に興味のある問題、及びそれとサヴィニーの國際私法觀との關連については、田中博士・サヴィニーに於ける國際主義と自然法思想・山田教授還曆祝賀論文集三一—頁以下参照。

Ⅱ、國際私法學上より重要であり、より興味を惹く問題は、サヴィニーが法律關係の性質にしたがう所在 (本據) を基準とすることを主張したときに、その根柢に彼の國際法の共同體の思想が伏在していることである。この點を、田中博士が強調しておられる (田中博士・前掲書四七三、四七四頁参照)。これに對して、川上教授は、サヴィニーの國際私法學說の特色として、「法律衝突問題の設問の仕方」、「各個の法律關係を夫々その本據の法律に據らしめる方法」、及び「國際法共同體の見地に立つこと」の三つを挙げ、その最後の點について、次のように述べておられる。即ち、「彼は (サヴィニーは—註林脇—) 國際的な立場に基いて各個の法律關係に夫々その本據地の法律を適用すべしとの根本原則を導き出してゐる。併しこの基本的立場と實際的な衝突解決規則との關係は上述したところに止まり、彼がそれ以上に何等かの歸結をこの基本原則から導き出すといふことはない。従つて彼の主張する國際法共同體の立場は諸國に特有なる國內法の見地を離れて一般的に妥當する見地から國際私法問題を解決すべき基礎を提供するに止まるのである。斯の如く彼の國際法共同體の基本原理と法律關係の本據なる考方とは密接なる關聯にはあるが、不可分なるが如くに結付

けられては居ない。さればこそ、後の國際私法學者にして何らの論理的矛盾なしに彼の國際法共同體の基本的立場は之を採らずに法律關係の本據なる考方（法律關係性質説）だけを採用する者を生ずることとなるのである。」（川上教授・前掲四〇八頁）。しかし、今日の通説的ともいえる見解たる國際法的共同體の思想の裏付けのない法律關係の本據説は、一步譲つて論理的矛盾はないとしても——嚴格には、理論的首尾一貫性を保ちえないのではないか——それは、眞の理由を缺いた單なる方法論に終り、必ずや實際面においてその缺陷をあらわすものではないか、と疑う。

Ⅲ、サヴィニーの國際法的共同體による法的規整における本據説で、「法律關係」とは、生活關係を意味するものと考え。彼の法律關係という語をとつて、その説を循環論である——一定の事實が法律關係であるか否かは特定の法を準據法として適用した上でなければ分らない。ところでこの法が不明なのであるから、問題を解決するのに、法律關係の概念から出發するのは循環論理である——とする攻撃が加えられてきたが、この法律關係とは勿論法的意味を有してはいるが、なんらかの準據法によつて法律關係と認められた意味ではなく、むしろ素朴に生活關係とみられる。この點に對し、田中博士は次のように答えておられる。即ち、「サヴィニーの所謂法律關係が：中略：超國家的なる法律秩序、即ち國際的私法交通、従つて國際私法自體が成立する爲めに必要なる法律秩序に於ける概念」であり、「或はサヴィニーが法律關係と云つたのは法律的意味を有する

國際的生活事實 (internationale Lebensverhältnisse) 或は Tatbestand 自體であると見ても差支ない。」（田中博士・前掲書四七一頁）と。

Ⅳ、彼の國際法的共同體の思想は、國際法的共同體といわれているが、實質は、世界人類的法、共同體の立場と考へうる。といふのは、彼は、主權本位の國際私法理論を採らず、又法の衝突に派生的及び從屬的意義しか認めず、法規と法律關係の具體的な結付を重視しているのであるから。このようにして、國際私法の分野において、國際法は、國際私法の實現の手段たる意味を有するに過ぎない。

Ⅴ、但し、右の國際法的共同體の立場にも拘らず、過渡的現象として、二種の制限が認められていることも同時に注意されねばならない。即ち、①その性質上、異つた國家の限界にかかわりない自由な取扱に適さない「嚴格に實定的・強制的な性質を有する法律」(Gesetze von streng positiver, zwingender Natur) ②その存在がドイツの法制度においては全く認められず、したがつてドイツにおいて法的保護の請求權をもたない外國の法制度の二つは、普遍的規整の例外である。これについては、s. Savigny, a. a. O., S. 32 ff.

三

ここでは、前節の二つの所論、及びそれらに關係づけられる種々のモディフィカチオンの批判を意圖していたのであるが、若し、形式論議に終始せず、それらの理論のよつて立つ根據を理解し、批判

することを欲するならば、ことは國際私法の本質、ひいては法の本質に遡る問題なので、今、それらの根本的立場の正當、不當までを見極めることは、到底不可能である。したがつて、今後の研究の手がかりを設けるという意味で、疑問點をひろつていくことに止まらざるをえないことを、豫めおことわりしなければならぬ。

先ず、前述のサヴィニーの立場、即ち法律關係の本據說によれば、現在我々が國際私法學で問題としてゐる反致は、認められる餘地がない。何故ならば彼によると、或る法律關係が或る一定の法規に服するのには、それが、この法律關係の固有の性質に、したがつてゐる——少くもしたがつてゐると考えられる——からであり、これに加之、彼においては、この法律關係の法規への所屬は、國際法的共同體——この現實的構成は明かにされてゐないが——の中で思考されてゐるのであるから。ここに、彼の普遍主義的といわれる立場が存する。

(一) ニーデラーは、彼の著書の序「國際私法の歴史における教義的根本思想 (die dogmatischen Grundgedanken)」において、近代國際私法の發展史上の三つの最も重要な根本思想、即ち、法の屬地性 (Territorialität des Rechts)、法の屬人性 (Personalität des Rechts) 及び衝突規定の普遍性 (Universalität der Kollisionsnorm) の教義を、とつて象徴的な學者の名前として、ストーリー、マンチニ (Manchin) 及びサヴィニーを擧げてゐる。そして、サヴィニーに基く普遍主義學派について説く際に、サヴィニーを次のように論じてゐる。即ち、サヴィニーは、國際私法の領域における個別國家の自治の觀念

反致論をめぐつて

との別離を行つた。彼は、近代普遍主義の眞の創始者である。この偉大な學者は、國際法の成立を、種々の民族の間に存在する「法的意識の共同體」(Gemeinschaft des Rechtsbewußtsein) をもつて説明した。この根本原則の上に——ここに、彼の理論の新奇性が存するのであるが——彼は又、國際私法を建ててゐる、と。更に論じて、サヴィニーの理論の指導思想は、次の三つの根本命題に總括される。①國際私法は——法律上規制されない限り——超國家的法である (普遍主義) ②各法律關係は、その性質に對應する本據をもつてゐる、そしてその法に服せしめらるべきである (分析的方法) ③人は、第一に、その住所地の法に服する (屬地的連結の優位) としてゐる (Werner Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, 1954, SS. 18, 60-62)。

これが、今日サヴィニーの立場を承け繼ぐと稱する學者達が、外見上この根據から、反致は認められるべきではない、とする所以である。確かに、彼等は、サヴィニーの法律關係の本據說を踏襲してゐる。しかも、彼の國際法的共同體の立場を採ると否にかかわらずなく、若し、彼等の立場が、一方、法律關係の本據說をとり、他方、國際法的共同體その他同様の思想を根柢とするのでない、とすれば、より具體的には、サヴィニーの國際法的共同體の主張にとつて代るに、國家主權の立場、國家主義の立場に立つとすれば、この法律關係の本據理論と國家主權の觀點との複合から、理論的一貫性がえられるであらうか。又、この立場から、反致主義を全面的に否定することが正しいであらうか。

(二) 我が國において、大多數の學説が法律關係の本據説を採つてゐることは争いが無い。例えば、江川教授(前掲論文八〇七頁)は、反致論を批判して、「國際私法上の指定をかくの如く解することはそもそも抵觸規定の指定そのものの本質に反するとゆうべきである。凡そ國際私法の立法において、…中略…それぞれの法律關係の準據法を定めるのは、それが事物の性質上妥當であると考えられるからである」(林彪)とされる。又、久保教授は「わが國際私法は法律關係の本據説乃至は事物の性質説に立脚する」(久保教授・前掲一六頁)と明言される。しかし、これらの國際私法學説が——後に述べる世界主義の學説を除いて——如何なる根本的思想を背景にしているかは必ずしも明かでない。例えば、江川教授が前述の論述に引き續いて、「これに關する超國家的組織の存在しない現在においては、各國家が自己の判斷に基いて各種の法律關係を規律する法律を決定するものである。しかるに、一國の立法者が一旦みずから決定した準據法をさらに他國法いかによつて左右することは全く意味をなさないといわなければならない」(林彪)(江川教授・前掲論文八〇七頁)、と論じられるのは、如何なる立場からであらうか。若し、この立場が、一應世界社會の觀點に立ちながら、現實の各國國際私法が理念として唯一の國際私法秩序の現實具體的變容を受けているものと考えられているならば、ここでの疑問には當らないが、果して如何なる立場に立つものか、明言されてもいなければ、又、推測の餘地もない。又、これは、自らサウイーの説を承繼するものと唱えるのではないから、この例

に引くには適さないが、國家主權の立場に立つものとして、先にニボワイエの所論を述べる際にふれた次の説がある。即ち、現在なお或る一定の方法で諸法の衝突を規整することを義務づける國際的機構は存在しない。一國が諸法の衝突を或る一定の方法で解決するときには、外國の主權によつて修正されえない主權の作品でなければならぬ。國家の主權及び獨立の概念自體、各國は専ら良かれ悪かれ自己の衝突規定を優先せしめることを含んでいる。そして外國がこの點について他の解決を主張していても、各國は自己の衝突規定を修正する必要はないのである、と。これ、ニボワイエが、普遍主義(universalisme)に對立せしめている特殊主義(particularisme)——事の現狀においては、諸衝突の解決は、なお各國の獨立に委ねられている。即ち諸衝突解決規定の國家的性格(caractère national)を意味する——の立場である(Niboyeh, op. cit., p.336)。このような純粹に國家主義的立場からは、國際私法規定は、事物の性質に基いて設定される、ということではできず、それは、獨立の國家主權に由來している、といわねばならない。というのは、始めから個別性、特殊性を豫定している「事物の性質」は存しえないから。確かに、現在、各個の國際私法規定は、それぞれに固有な二重の性格をもつていえるといえる。即ち、國際私法は、その意義及び精神(したがつて課題)は超國家的であり、しかも、その具體的な規律(淵源)は國家法的である。この點を、ニードラーが指摘してゐる。s. Niederer, a. a. O., SS.

78-79. この現實は争うべからざるものであり、法律關係の本據理論と國家主權の觀點との複合的な立場は、この國際私法の性質を暗示するものである。しかし、この現實と、これを如何に理論づけるかとは、別の問題であり、若し論理性を得ようとするならば、ここでの國家主權の立場は、嚴格な排他的國家主義の立場ではなく、世界社會における國家的機能の直視と解さねばならないことになる。

彼等は、一國主權が自己の見地から——いわゆる事物の性質に基いて——國際私法（純一國國內法）を立法し、その國の裁判官はこの法の命ずるところにしたがつて自國實質法或は外國實質法を適用する、と説く。しかし、若しこの説が眞に外國法を適用する、と考へ、しかも、國際私法は一國主權の國內立法であることを前提とするならば、この説の矛盾は、純粹な一國國內立法によつて外國法の適用を規定しうるか、という點にある。ここではむしろ、いわゆる外國法の適用は、内國法の適用であるか、或は外國法の顧慮であるかに歸着せねばならない。

(三) 國家主權の立場からいへば、法は一國の立法權の發動である。したがつて、一國の法は、自國の領域内においてしか法としての效力をもちえない（屬地主義）か、或は、自國の領域内において及び自國民に追隨してしか效力をもちえない（領土主權・對人主權の立場）かである。この場合に、一國國家法としての國際私法によつて或る場合には外國法の適用に到るといふことは、如何なる意味をもつのであろうか。これを純粹に外國法の適用とは考えられない、として次の立場をとるものがある。

反致論をめぐつて

る。I、外國法は内國法として適用される。或る規範が特定の法秩序において法としての效力を發揮しうるためには、この法秩序がその規範に法としての效力を附與しなければならぬ。したがつて、一定の事項を外國法に依らしめる國際私法は、外國法に内國法としての效力を與えるために、その外國法を内國法秩序に組み入れる作用を督むものと解さねばならない。この外國法の内國法秩序への組入については、次の二つの立場が分れている。①國際私法は外國法規を國內法に受容し、これと同一内容の法規を國內法として定立する法律である。そして國際私法の定める國內法は白地法規にすぎないのであつて、その内容は具體の場合に適用されるべき外國法規によつて自ら定められる。この説によれば、國際私法は涉外私法關係に適用される實質私法ということになる。この説に論理上の矛盾はないが、このようにして一國國內法に受容された外國法規は、その國內法秩序の法規範として解釋適用されねばならないことになる。かくしては、國際私法上外國法に依る——實質上外國法秩序によつて事を決すると同一に決定すること——、という目的が達成されないことになる。②國際私法が一定の事項につき外國法に依る、というのは、この事項を規律する外國法秩序の一部たる外國法規を内國法秩序の法源とすることを意味する。この説によれば、國際私法は、内國立法者が涉外事項を規律する實質私法を直接に定立する代りに、その規律を外國立法權に委任することによつて、當該外國立法權の定立する外國法規をその儘内國法秩序の法源とすることになる。しかし、法理上、

國際私法という法律が、このような立法行爲を行うことは、許容されることであろうか。Ⅱ、國際私法は外國法上の權利の存する事實を國內法上の權利附與の條件とすることを定めるものである。したがつて、國際私法において一定の事實につき外國法によるということは、内國において外國法を法として適用することを意味せず、内國法たる國際私法適用の條件として、法の適用をうける事實を確定するために、事實たる外國法を基準として、内國法の適用をうける事實を判断することを意味する。——以上、川上教授・外國法の適用・齋藤博士還曆記念・法と裁判一七一、一七二、一七六—一八一頁参照。更に、折茂教授・國際私法の機能について・國際法外交雜誌四七卷二號、四八卷二號、及び同教授・外國法の適用について・國際法外交雜誌四九卷四號参照。

この理論的缺陷を意識し、それを矯正するものとして登場するものが、さきにもたニボワイエ一派の考え方である。これは、純粹に國家主權に基く考え方であり、この説にとつて、原則は、あくまでも屬地主義、即ち自國領域内では専ら自國法を適用することである。ただ涉外性と呼ばれる事項について例外が認められ、自國法の適用の制限がなされる。これは涉外性における一國の諸外國に對する犠牲の觀念に基いており、少くとも相手方——諸外國、世界社會等——に對する法的義務とは考えられない。このようにして、國際私法學は、自國法の適用の制限の理論であり、國際私法は、理論的について、自國法の適用範圍のみを規定する管轄規定である。したがつて、それは、法の適用に關する法の理論の一部であり、それ故

公法である。もともと國際私法は自國法の適用範圍にのみ關してゐるのであるが、具體的事件が裁判所に持ち出された以上、適用すべき自國法がないからとして放置しておくわけにはいかない。又、折角涉外性のために認めた例外を直ちに撤回し、自國法を適用するのも意味がない。といつて個々の裁判官のとする條理に委ねるのは法的安定性を損う。そこで、ニボワイエのいう國際私法の混合的性格が效力を發揮することになる。即ち、國際私法は外國法に管轄を提供する。しかしそれは管轄を提供するだけであつて、もともと法の適用範圍は、その法律定立國のみが定めうるものであるから、その國によつてこの管轄が認められないときには、その法は適用されえない。又更に、外國がこの管轄を認めたとしても、外國法は内國にとつては當然には法としての效力を有するものでないから、ここでは、外國法を適用する、というよりは、むしろ、外國法によつて取得された權利の承認という考え方に近くなる。この説によれば、外國が内國國際私法の提供する管轄を受け容れるか否かが關心事となるので、必然的に、前節で述べた擴張された意味の反致が認められることになる。この説の根本觀念を考へてみるに、一方國家主義的立場に立脚していると同時に、というよりは法のこの國家的性格から、ここに立法する法律は我が國において適用せらるべし、とする命令的性格、裁判官のその所屬國の法に對する被拘束性が強調されている^(四)。この説は、法の國家性の前提が承認される限り、理論そのものとしては一貫性があり、内在的な批判は免れる。しかし、より根本的に、法の國家性は、法一般にとつて、殊に涉外的規律を目的とする國際私法にとつて、許容されるべきであらうか。外國法が一

つの事實と考えられたり、又内國法に變ずると考えられたりするとは、國際私法の精神に合致するであろうか。外國法は外國法規範として直ちに妥當性をもつのではないか、という疑問が生まれる。

(四) ニーデラーが屬地主義について述べている二重の意味(Doppel-sinn)は、ニボワイエについてもいえる。即ち、法の屬地性という表現は二重の意味をもっている。それは、或は實質法の地域的效力を、或は又、衝突規定の地域的發生(Ursprung)を示す。言い換えれば、屬地主義とは、一方、次のようにいえる。連結は場所的基準(住所、居所、物の所在地、法律行為の場所)にしたがうべきである。何故ならば法は場所的效力をもつてゐるから(„Toutes les coutumes sont locales.“)。しかし又屬地主義は次のような意味でありうる。衝突法的規定の制定は個々の地域的法秩序(國家、地方等)の仕事である。何故ならば、各國はその領域において自治的であり、外國法を顧慮することもしないことも隨意であるから(禮讓説(Comitas-Theorie)及び近代實證主義)。さうして、連結の面において、Personalität gegen Territorialität、の對立が、國際私法の性質の面では、Universalität gegen Territorialitätの對立が存在する(Niederer, a. a. O., SS. 73-74)。(五) ここでは、國際私法は國際法である、とする説を度外視してきた。この理論によれば、一國が國際私法の原則に依り或る法律關係に外國法を適用するのは外國法の規定の内容が該法律問題を服従せしむるに適當であるとして之れを爲すのではなくして、該法律關係は正に其の外國法の支配管轄に屬すべきも

反致論をめぐつて

のなるが故に之れを適用するのである。…中略…此の故に外國法を適用するのは外國法の規定を採りて内國法と爲す意義ではない。要するに國際私法は各國私法の適用範圍を定むるもの、從つて各國の私法に關する立法權の行動範圍を限定するものであり從つて此の範圍に於て國家間の關係を定むるものと云はなければならぬ。」(本説明は、田中博士による跡部博士の説の紹介によつた。田中博士・前掲書二三、一二四頁)。この説によれば、根源的には國家的立場があるとはいへ、反致は認められないこと當然である。

この點に著眼して、サヴィニーの國際法的共同體の思想を強調し、それを押し進め、世界法の立場から、又世界法とまではいかなくとも世界社會的規整の立場から、國際私法の性質を論ずる理論が現われる。これ、我が國では田中博士、折茂教授の立場である。次に、田中博士の所論をみよう。田中博士は、先ず、國際私法をもつて各國主權又は法律の衝突を解決するものと解することに反對される。何故ならば、元來各國の法律間に衝突は理論上存在しえず、ただ法が主權の羽翼に乗るものとして考えられる場合にのみ各國の法の間に衝突が生じうるのであるから。そこで、田中博士によれば、從來衝突規則と呼ばれていたところのものはその本質は獨立な法ではなくて、裁判官が事實において、涉外的法律關係に關し如何なる法が支配するかを知りえないため、國家が公權の解釋(authentische Interpretation)を下したものと認めることをうる。一國は涉外的關係に適用せらるべき諸法(内外國法)に關し、法的安定性の要求より解釋を一定するために國際私法を制定する。國際私

法は法の解釋であるが、それは一國のみの法の解釋ではなく、渉外法的法律關係に適用せらるべきすべての法、即ち、内國法、外國法、國家法、國家外の法その他すべての法の解釋である。このようにして、この理論の歸結は、世界人類の法律關係に或る國の法が適用される場合には、その國の法は、「國際私法の運河を通して其の儘世界人類の私法たる機能を營む」ことになる。そして、その根據は、一國の立法者は世界人類團體の機關であるから、國際私法を設定し、これによつて外國の國內法の公權的解釋をなす權限を當然に賦與されている、ということである。この立場からすると、理論的には反致は認められない。というのは、内國の裁判官は内國國際私法の見地から外國の實質規定をその儘適用することが、當該外國の實質規定を正當に解釋する所以であるから。即ち、一國は安んじてその國の國際私法の原則に信頼し、外國の實質規定のみを適用して支障なく、且つ適用すべきであり、こうすることによつて外國の管轄を侵犯することには決してならないのである。

(六) なお、實方教授の所論をもこの立場に入れることが許されるようか。實方教授は、例えば反致主義を批判されて、國際私法の根本觀念に反する、とされ、「由來、國際私法は萬民的生活關係の法律的規整を爲すことを以て本質的機能と爲し、國際主義の精神よりして、特定の渉外的生活關係の性質に最も適合する實質法を選択する規範を裁判官に對して設定することを目的とする」(實方教授・前掲八七頁)、と論じられ、又「國際私法の原則は、理論上より見れば普通妥當的でなければならぬ」(同教授・前掲八三頁)とされる。

(七) 田中博士は主權の衝突、即ち對人主權と領域國の領土主權との衝突を否定されない。しかし、「民法は、わが國の人民主權の效果として、すべての日本人に——その居住する場所を問わずに——適用されるものであり、また、その領土主權の效果として、日本の領土内にいるすべての人に——外國人にも——適用されるものである」(我妻教授・民法總則二二頁)とする説に對しては、私法上の問題に關しては主權は無關係である、と反對される(田中博士・前掲書六〇一頁参照)。更に別の箇所では、法の衝突という觀念は、法の實質からみれば、純形式的觀念であるとされ、「主權の觀念より自由にせられて純粹に法のみを観察するとき、世界に存在する無限に多數なる法は各其の支配の分野を有し各の法は其の持前の分野を守り互に侵犯することなく、相調和し合つて並存するものである。各の社會は其れに固有の法を作り出す。社會より遊離したる法は意味を爲さぬのであり、其の發生したる社會を離れ他の社會に效力を及ぼすが如きことは全然考え得られざる所である」(田中博士・前掲書一六〇頁)と説かれる。ここに、田中博士の根本思想の明瞭な主張がみられ、田中博士の國際私法論は、この基礎の上に立つているのである。田中博士によれば、法の本質は社會規範であつて、なによりも先ず規範であり、國家によつて附與される命令的性格は、形式的第二次的なものに過ぎない。更に、この點について、意見を述べておられる。即ち、「從來の法は國家主權に依る法の實現と云ふこと即ち司法權と關聯して考へられて來た。是れ訴訟の眼を以てする法の觀念の仕方である。然し

ながら法あつての訴訟であり、訴訟は法を前提としてのみ考へ得らるる。訴訟的の解決を待たずして幾多の法律關係が平常生起消滅しつゝある。又從來は法を國家の立法權と關聯してのみ考へて來た。…中略…裁判官及び國家は法の内容、其の實質には無關係であり、單に法の外部に附着する形式及び手段を供するに過ぎぬ」(田中博士・前掲書五九八、五九九頁)と。通常の意味で、訴訟は法——即ち制定法——を前提とする、ということとは誤りであるが、田中博士が形式上同じ表現をとられても、ここで法とは、制定法を意味せず、事物の在るべき姿というものが指示されているのであるから、このような法は、前訴訟的存在である、と認められる。

(八) 田中博士・前掲書五九九、六〇〇頁。田中博士のこの所論の思考過程は次の如きものである。即ち、世界人類相互の間に國家的立場を離れて、私法的交通が存在する——このことは何人とも承認せざるをえない事實である——これに對する法律的基礎如何。先に擧げたように、法は國家主權から解放され、その基礎たる社會と結びつかねばならない。又當事者の意思からいうも、當事者は一つの法則——その法則はいずれの國のものであるかは知らないが——にしたがつて合理的に判斷されることを豫定している。そこで、裁判官が國際私法の原則にしたがつて或る國の法を特定の事項に適用するというのは、世界人類の私法交通の精神よりみて、當事者が事實準據した、又は合理的に考へて準據すべき法を發見する作用でなければならぬ。何故ならば、當該法律關係は世界人類の社會に根據し、

そしてその中に支配する法が法律關係の基礎となつてゐるから、裁判官はその法を發見し、いずれの國の法であるかを明瞭にする役目をもつに過ぎない(ここでいずれの國の法といつておられるのは、或る法が世界人類のものであり、しかも形式的に或る國の國內法たることは妨げない、という前提がある)。(田中博士・前掲書一〇四、一〇五、一六〇、一六一、一六七頁參照)。

(九) 以上、田中博士・前掲書五九三—六〇三頁、「國際私法學に於ける國際主義の發達——結論」より。

(一〇) 田中博士・前掲書一八九頁。更に「反致論の理論は、要するに國際私法を以て單に主權相互の關係に關するものと觀念し、内容たる實質的法規を無視する誤りに出づるものと認めなければならぬ。」(前掲書二〇一頁)とされ、それは、結局は、屬地主義又は國際禮讓に墮落すると論じられる。

この理論も、世界法の立場を承認するという條件で、それ自身論理的整合性をもつている。問題は、その前提たる世界法の存在にある。すべては、この點を認めるか否かにかかつているのであるから、この前提自身が検討されねばならない。この立場にあつては、法の效力範圍は、國家主權の支配範圍からは別に考えられている——例えば、折茂教授が、外國法は内國裁判所を拘束する力をもたない、という論述に對し、「外國法は、その固有の適用範圍内に關するかぎりは、いずれの裁判所をも拘束する力をもつものである」と反駁されるように——が、この基礎は、法は社會規範であり、それ固有の社會において、規範——當爲の命題——として安當する、

ということ、より標語的には、「社會あれば法あり」ということに存する。田中博士は、世界法の理論中、「國際私法と世界法」の緒論において「*Ubi societas ibi ius* の格言が眞なりとし且つ世界社會が存在し、世界社會に付て世界法が存在するものなることが論結せられ得るとするも^(一三)」と、假言的ではあるがこれを承認されている。確かに、法は、人間の社會生活の維持及び發展に關する秩序である。人間の社會生活は共同の基準にしたがつて行われねばならぬ限り、社會生活の如何なる部面においても、人間の行動或は態度を規制する法的規範が常に存在する。したがつて、法という言葉は廣義の法的規範或は社會規範の意味に解する限り、社會あれば法あり、ということとは是認される。しかし、單なる社會規範を直ちに法といふるか。又、社會規範のうち特に法といわれるものの本質的事態を究明しようとすれば、法と社會規範との區分と同時に、法規範の場としての社會の概念を検討しなければならない。

(一一) 折茂教授・外國法の適用について・國際法外交雜誌四九卷四號三九、四〇頁。

(一二) 田中博士・前掲書九六頁。

(一三) 峯村博士・法哲學一五四頁以下。

先ず、この立場における、法は規範である、ということの検討がなされねばならない。確かに、法は規範(Norm)の一種である。そして法が規範であるのみでは人の行爲の準則であるに過ぎない。

しかし、社會生活において法は超越的且つ抽象的な規範として存在するのみであるか。法は經驗的且つ具體的な形において存在するのではないか。即ち、法は規範、一つの實爲(Sollen)であるのみ

ならず、經驗的な意欲(Wollen)として社會生活の中に強行されることを要求する。規範は經驗的な世界に下り實定的な命令(Imperativa)の形を採るのである。ここで次に、法と社會との構造的連關の問題に當面する。即ち、法を純粹に規範として把握するならば、あらゆる社會に法ありということを承認しようが、他方、法に命令的性質を附與しよう、又法は命令的要素をもたねばならないとすれば、このような法を生ぜしめうる社會は、或る程度高度に組織づけられた社會に限定されねばならない^{(一四)(一五)}。

(一四) ラートブルッフは、「法規範は、その原形(Urgestalt)において、それに基づいて諸個人の共同生活が測られる基準の性質をもつており、諸個人に向けられる命令の性質をもつてゐるのではない」「しかし法は、人間の態度を單に評價するのみでなく、又それに適合せる人間の態度を惹起し、それに矛盾せる人間の態度を妨げようと欲する。それ故、法的基準は、命令(Imperative)即ち人間の意思を決定する禁止及び命令に變化する。」と述べている。そして續いて規範と命令との差異を詳述し、人は、命令において「時空に決定された因果的に惹き起されるお働き續けている存在の形象」を受け取り、規範において「超時的・超空的・超因果の意味内容、道義的必然性」を受け取る」としてゐる(Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 4 Aufl., SS.136-137)

(一五) マイヤーは「共同生活の意識的規制」ということを述べ、これによつて、法の獨自化(Verselbständigung)への決定的な歩みがなされる、とする。「意識的な規制は組織を要求す

る。組織化された社会にのみ法は考えられる。」(傍點)更に、「法の定義において、廣義の法、狹義の法、社會、國家の意義及び關係を次のように述べている。「廣義の法は、組織づけられた社會を前提とし、規範の權威、存在、及び理性によつて保障される。狹義の法は、國家を前提とし、窮極的には力によつて確保される」(Max Ernst Mayer, Rechtsphilosophie, 1922, SS. 51-53, 更に s. SS. 26-27.)」

(一六) 以上の點について態度決定が迫られるわけであるが、これにはなお時間を要する。一應、その問題性を認識して先に進む。

根本問題についての態度決定を留保しながら、最小限度に承認することは、法の世界にとつて世界法は望ましい價値である、ということであり、殊に國際私法の分野においては然りである。しかしこれを、現實に内在し現實を規制する力をもつ理念とみるか、(一七) 單に理想——導きの星——と考えるかは、再び自己の態度決定にかかつてくるのである。

(一七) 田中博士は、世界法の現實の存在を説かれる。即ち「世界法は將來に於て存在するであろう所の理想的の法を意味するものではなくして、往昔より今日に至るまで人類が超國家的の交通を爲し來つた所に必ずや現實の法として存在し來つたものである。」と(田中博士・前掲書九六頁)。

これまでに述べてきた種々の立場を通して反致論を検討するに、先ず國家法的立場に立てば、國際私法規定に實質的内容をもたせる理論、或は國際私法規定に外國法を内國法に變ぜしめる機能を認め

反致論をめぐつて

る理論を採るのでなければ——これらの理論をとれば、理論上反致は認められない——、一國の立場から外國法を適用することはできないから、一國國際私法における外國法に依るといふ規定の意味は、外國ではその生活關係はどのように取り扱われるかを考慮することへの指示とみられ、外國國際私法規定への考慮は、理論的要請となる。(一八) これに對し、世界主義に立脚する限り、少くとも理論的には反致を許容する餘地はない。しかし、この立場については、次に、現實的要求からの検討が必要となるのである。

(一八) 但し、國家的立場を根柢としながらも、國際私法を國際法とみる立場からは、反致は認められない。

四

以上、反致の實質的意義について、その理論面を考察してきた。しかし、反致論が次々と主張されるのは、むしろ、ここに検討されるべき實際面において、即ち現實的要請からであるといわれる。先ず、一般に、現實的要請の下に、如何なることが問題とされているかを知らねばならない。後述するエックシュタインは——彼は、法廷地衝突法の原理的適用に反對して、次の立論をなしているのであるが、それは、ここでの問題にも妥當する——、次のように述べている。即ち、(a) 法廷地衝突法の適用は、法律の一致(Gesetzesharmonie)に導かない。各國の衝突法の差異に應じて、同一の事實關係は、異つた國で異つた法によつて裁判される。このことから、法的不安定(Rechtsunsicherheit)が生じる。(b) 法廷地衝突法の適用は、折々、たとえその衝突規定についてのみであるとはいへ、裁

判せられるべき事實關係となら關係のない法の適用を意味する、^(二)と。一般に、これらの點を解決することが、現實的要請である、と考えられている、と解して誤りない。^(三)

(一) 前節までは、或る一定の實定法に基かず、又解釋論を離れて論じてきたが、ここでは、専ら、國際私法の現實を問題とする。

(二) *Eckstein, a. a. O., S. 124.* このエックシュタインの論説の正否自體は検討を要する。殊に、第二の命題において然り。彼は、後に考察するように、裁判官とその所屬國の衝突法との間の必然的羈絆を否定するところから、法廷地衝突法の原理的適用は、裁判されるべき事實關係と關係のない衝突法の適用を意味するという結論を引き出すのであろうが、この前提は、なお疑問を残す。というのは、裁判官とその所屬國の衝突法とのつながりの分離は理論的に如何なる理由から可能であるか、又、これが理論的に許容されるとしても、そのためには現實の實定的規整が必要ではないか、これは存在するか、若くは存在しうるか、等の點が検討されねばならないから。若し、この前提に對して反對の立場をとり、法廷地の衝突法が適用されるのは、その裁判所に管轄があることの結果である、とみるならば——訴訟法上管轄があるために必要な要件と、實體法的に法と事實關係との密接な結付のために必要な要素とでは、その性質が異なる點において留保を要するが——、この法と裁判されるべき事實關係とは全く關係がない、といえるであらうか。更に、引用された本文に續いて、彼は次のような例を引いてい

る。「オーストリアで死亡した日本人の相續について、ドイツの衝突法が適用されねばならないということは、およそ不合理なことと思われる。何故ならば、ドイツの裁判所がこの事件を取り扱うことになるのは、偶然に、なのであり、合理的には、日本若くはオーストリアの衝突規定が適用されねばならない。そうでないと、この事實關係がそれに對して場所的關係をもっているどの衝突法にしたがつても適用しうべきものではない實質法の適用に到ることがあり、そして價値のない判決が下されることががちである。というのは、判決は若し訴訟物に關して事實上の支配力をもつ國においてこの請求が見出す裁判と矛盾するならば、價値がないのであるから。」(*Eckstein, a. a. O., S. 124.*)と。しかし、このような例は現實に認めうるであらうか。ここでは、ドイツの裁判所に如何なる理由から訴訟が繫屬するかが明かにされていないので、確實な結論を導くわけにはいかないが、この場合、ドイツ裁判所に管轄は否定されるのではないか。これ、いわゆる直接的な一般管轄權 (*compétence générale directe*) の問題であり、別に研究されねばならない。又、本註において引用された所に「價値のない判決」といわれているが、判決の效力如何が問題となる。英米において、實効性の原則 (*principle of effectiveness*)——裁判官は自國領土内において強制しえない判決を宣告する權利を有しない——が主張されているが、これは考慮されるべきか。これらの點は、現在の國際私法規定の相違から生ずる不都合という實際的結果を検討するに當つて、その考察方法も自ら涉外

私法事件の裁判という現實的全體的なものでなければならぬことから、當然考慮の對象となつてくる。即ち、國際私法乃至國際私法學の世界は、理論的には、それ自體獨自な自己完結的な世界でありながら、國際私法は、現實的作用の面において、裁判規範たる機能を通して涉外的私法事件の裁判にあつて作用しているから、却つて、この現實面から理論構成が再批判されねばならない。ここにおいて、實體規範と訴訟規範との獨自性自主性を認めながらも、それが裁判という全體的综合の場に働くものであることを注意しなければならぬ。この實體規範と訴訟規範との關連、及びそれに基づく國際私法理論の再構成は、直接本稿の範圍内に入らないので、一つの課題として殘し、専ら本文における(a)の點を取り上げることとする。

(三) 折茂教授は、「同一の涉外的生活關係が、各國において、かならずしも同じ法によつて規律されることになるとかざらぬ。…中略…同一の涉外的生活關係が、訴訟地をことにするに應じて、異なる準據法をもつにいたる」ことを、現實的不都合と考えられ、かくては國際私法そのものの存在意義が殆んど没却されてしまうことになるう、といわれる。そして、その理由を、國際私法の主要な目的は、「涉外的生活關係に、ひとつの法的安定性を維持してゆく」ことに見出されるのに、右の状態では、關係當事者の權利義務は究極的には決定されがたく、法的安定性が保證されるに至つていない、という點に見出される(折茂教授・反致・國際私法講座一卷一八九頁)。若し權利が實現されることにおいて始めて權利たりうるならば、普遍主義

反致論をめぐる

者の唱える法の世界性と並んで、この權利義務が世界的に認められることが考慮されねばならぬであらう。

エックシュタインのいう *Gesetzesharmonie* が理論上如何に構成されるかは別として、現實に裁判の結果の不一致が存在することは認められねばならない。というのは、現實に、各國の國際私法規定は、それが明文であると否とを問わず、相違することが認められており、且つ複數國の裁判所に同一訴訟が繫屬しうるとすれば、^(四)それらの裁判の結果は異らざるをえない。次に、専ら裁判の一致をえようとするとする試みを考察する。

(四) 複數國の裁判所に同一の事件が繫屬しうるか否かが問題とされねばならない。①國內法上、再起訴は禁止されていなくても、既判力の及ぶ範圍において、同一事件に對し矛盾する判決が下されることは、その既判力自體により妨げられるが、國際的には、現實において、一國の下した判決の效力は、當然に、他國によつて承認されるものでないことを、認めねばならぬ。このように、外國判決の效力を承認するか否かが、各國に委ねられているとすれば、これを承認するか否か、如何なる場合に承認するかについて、一國の態度決定がなされねばならない。これ、外國判決承認の問題である。この問題中、とりわけ、如何なる場合に外國裁判所の管轄を認めるか、或は如何なる場合に外國裁判所の裁判權を否認しないか、という點が問題となる。これ、間接的一般管轄權 (*compétence générale indirecte*) の問題と呼ばれており、その検討は後の機會に譲らねばならない。このように、一國が外國裁判所の裁判權を否認し、したがつ

てその外國のなした判決の效力を認めず、自ら裁判するような場合が起りうる。そして、そこから、複数の裁判の結果の不一致が惹き起されうる。②更に、同時的な場合について附言すれば、國內法上、二重訴訟の禁止が働き、同一事件が複数の裁判所に繫屬し、したがって矛盾した判決の下される虞れは妨げられるが、國際的に二重訴訟の禁止の原則は認められるか。又、これが認められるとしても、同一事件か否かの判断の基準が異なるのではないか。これが認められず、且つ、各國において直接的な一般管轄権の原則が異るとすれば、或る國の裁判所に管轄があるからといって他國に裁判権なしということはできないから、同一事件も複数の裁判所に繫屬しうるといわねばならない。

一 二重反致論 (foreign court theory) ⁽¹⁾

チェンシャイヤーによれば⁽²⁾、いわゆる二重反致論は、自國法によつて外國の法體系に指定された場合、裁判官は、若しその外國がこの事件にたずさわるとすれば、適用するであろう法(如何なる法と雖も)を、適用しなければならぬ、ということである。彼の述べるところにしたがえば、この解決は、Sir H. Jennerによつて百年以上も前に敘述されたように、裁判所に『それ自身の事件の特別な状態の下で、ベルギー(自國法によつて指定された外國の意⁽³⁾註林騰⁽⁴⁾)に坐しているものと考慮することを要求している』⁽⁵⁾。そして、若しこの解決が正しいとすれば、この⁽⁶⁾は、⁽⁷⁾それぞれの國內法(municipal law)が準據法となるかは、いわゆる反致の理論⁽⁸⁾が外國において承認されているか否かにかかっている。チェンシャイヤーは、この關係を示すために次の例示を行つてゐる。例えば、イギ

リスにおける争點(issue)が、イタリアに住所をもつイギリス國民によつて作成された遺言の intrinsic validity であるとす。裁判官がイタリアに想像上の法的な旅をするとすれば、次のように理由づけるであろう。イタリアの裁判官は、事件を問題の人(Gruppo S. C. S.)の本國法であるとしてイギリス法に指定する。イギリス法は住所地法であるとしてイタリア法にこの事件を反致する。イタリア法はこの反致を受け容れない。何故ならば、イタリアにおいては通常の反致の理論は否認されているから。こうしてイタリアの裁判官はイギリスの國內法を適用するであろう。これに對し、フランスに住所がある場合には反對の結果を生ずるであろう。というのは、フランスにおいてはいわゆる反致の理論が承認されているから、フランスの裁判所はイギリスからの反致を受け容れ、最終的にフランスの國內法を適用するであろうから。このような例から知られるように、イギリスの法選擇規定(rule for the choice of law)は、⁽⁹⁾チェンシャイヤーの表現にしたがえば「氣紛れな案内者」(capricious guide)である。というのは、その仕事は、外國の法律家の意見——屢々豫想しえない——にからしめられているから。

(一) 二重反致論という呼稱は、折茂教授・反致・國際私法講座 一巻一九三頁に使用されているのに據つた。Foreign court theory という名は、次註に掲げる Cheshire の著書中、The foreign court theory may be adopted" (p.86.) から採つた。

(二) この点の説明は Cheshire, Private International Law, 3rd. ed., 1947. に據つた。

(三) 「その事件の特別な状態の下で」ということの意味が、新説で論議されており、この解釋にしたがつて、一概に二重反致論 'foreign court theory' というのも、學說に種々のヒューマンズの差がある。例えばチェンシャイマーは *op. cit.*, p. 99 seq., "Supporters of the theory disagree upon its formulation" であつてこれを論じている。

(四) いわゆる反致——形式的にいつて、國際私法上の指定を外國國際私法規定への指定と解することより生じる反致——は、イギリス法の部分ではない、ということをも、チェンシャイマーは主張しており、これは正しい。しかし、若し、裁判官が事件をあたかも彼が外國に坐しているかのように裁判しなければならぬならば、彼は、なにかんぞく (*inter alia*) その外國における反致に關する見解を考慮すべきであるから、この點で外國の國際私法規定が考慮されるという觀點から、この見解は、一つの反致論といふことができる。これは、この意味で、二重反致論といわれ、又、ファルコンブリッジによつて、前者、即ち *partial renvoi* に對して、これが *total renvoi* と呼ばれてゐる (*John Delatre Falconbridge, Essays on the Conflict of Laws, 2nd. ed., 1954, p. 170 seq.*)

(五) したがつて、イギリスの裁判官は、最終的に、イギリス法を適用することとなる。In re Ross, 1930.
 イタリア
 ————
 イギリス エック
 シュタインは、この事實を「これは二重の反致が顧慮される」としてゐる (*Eckstein, a. a. O., S. 127.*)

反致論をめぐって

(六) したがつて、イギリスの裁判官は、結局、フランス法を適用する。In re Amesley, 1926.
 フランス
 ————
 イギリス エックシュタインは、これを「若し反致をする法が、その側で反致を承認してゐるならば、全然反致 (*Rückverweisung*) は存在しない」と述べてゐる (*Eckstein, a. a. O., S. 127.*)

(七) 以て (*Cheshire, op. cit., pp. 96-98.*)

この二重反致論に對しては、エックシュタインが次の批判をしてゐる。即ち、反致に對する外國法の態度を顧慮するあらゆる解決は、若し外國法が同じ態度を採るならば、役に立たない。そのときには、最初の反致或は再度の反致は、指定する法に戻つてくる。何故ならば各法は互に、予は汝の如く裁判する、というが、しかし、いづれも如何に裁判すべきかを知らないから。それ故、このときには、なんらか他の原理が、救助のために採用されねばならない。例えば法廷地實質法或は又衝突法の優遇の原理が。このことは、法律の一致に到達する試みの放棄を意味する、と。この批判が示しているように、この解決は、普遍的體系としては採り入れられえない。これは、ファルコンブリッジが呼んでゐるように、或る状態における便法 (*expedient*) であつて、すべての状態についての原理 (*principle*) ではない。そして論理的なことに、この二重反致論は、反致について異つた理論を有してゐる二カ國間のみ解決を齎すことができないのである。

(八) *Eckstein, a. a. O., S. 127.* これに續いて、エックシュタインは、この解決の不明瞭さは、この解決にしたがつて如何な

る衝突法が適用されるべきであるか、を方式化しようとするときに示される、として、次のように論じる。即ち、人はこの答えを次のようにしか方式化しえない。「法廷地法が指定する國の法が基準と考ふる衝突法が基準である」と (Eckstein, a. a. O., S. 127)。

(九) Falconbridge, op. cit., p. 141. 彼は, Renvoi an expedient in some situations, not a principle for all situations^(二)、と云う表題の下に、反致の問題への正しい一般的理解の道は、反致の理論は全的に (in toto) 肯定され或は否定されるべきではないことである、と論じ、この理論は、或る状態において及び或る事件に關しては、有益な、いや必要でさえある便法若くは仕組であるが、それは、すべての状態及びすべての事件に適用しうる一般的原理として採用されるべきではない、と述べている。

(一〇) ここでは、二重反致論を裁判の調和という實際的な面から取り上げているので、批判もこの面のみ限り、理論的に、如何にして一國裁判官が他國の裁判官のするように裁判しなければならないのか、ということに向けられていない。

二 エックシュタインの所説^(三)

エックシュタインは、裁判の調和を普遍的な方法で成し遂げようとする。彼は、先ず、諸實質法の差異が衝突法を不可缺のものとしたように、この衝突法の差異から、更に「裁判官は如何なる衝突法にしたがつて準據法を探し出さねばならないか。如何なる衝突法が適用されるか」の問題が提起される、とする。彼によれば、この問

題は、これまで自國の法律への裁判官の被拘束性 (Gebundenheit des Richters an die Gesetze seines Landes) のために提起されなかつた。しかし、彼は、これに對し、内國實質法の適用範圍に限界を置く内國實質法の上に立つ衝突規定が存するように、又内國衝突規定の適用範圍に限界を置く内國衝突法の上に立つ内國の規範が存在することを認めねばならないであらう、と問い、現實に、これまでの反致主義も、これを行つていたのであるが、反致主義においては、ただ、この規範をその適用が問題となつてゐる當の衝突規定の中に見出そうとすることが特有なことである、とする。こうして、彼は次々と反致主義及びこれと同様の結果をもつ理論を批判した後^(三)に、自己の立場を述べる。彼自身の解決は次の如くである。即ち、我々の根本的な問題である裁判官は如何なる衝突法を適用すべきかが出發點であり、目的は、あらゆる事件をすべての國の裁判所によるも同様に、最も適用にふさわしい法にしたがつて裁判せしめることである。この目的のためには、準據法は、あらゆる場合において、それが如何なる裁判所で裁判されるとに拘らず、同一の衝突法によつて決定されるべきである。かくして衝突法の效力範圍が相互に限界づけられねばならない。それ故、衝突法の差異ということが提起する課題は、かつて實質法の差異から生じ、そして國際私法によつて原理的に解決された課題と同様なのである。そこで、彼は、國際私法の原理を尋ね、それが、各法律關係はそれと最も密接に連結されている法にしたがつて裁判されるべきである、ということであれば、これに對應する我々の問題の解決は、準據實質法は各法律關係のためにそれと最も密接な關係にある衝突法にしたがつ

て決定されるべきである、ということであるとする。ところで問題は、或る法律關係を或る一定の衝突法に連結する本質的な關係は、如何なる點に見らるべきか、ということである。彼は、反致主義においては、或る實質法との連結を理由づける同一の要因が或る衝突法との連結を理由づけると考へるが、この見解は、準據實質法に關する見解におけるすべての對立を、準據衝突法に關する諸法命題 (Rechtsätze) の中に持ち込み、それを超克しえない、という理由でその目的に到達しない、と批判する。又、衝突法の效力範圍の限界づけは、國法的連結に依存するという方法でも可能でないとする。こうして、衝突法の效力範圍は、實質民法のそれとも、國法のそれとも一致しない。彼によれば、衝突法の限界づけのための原理は、ただ一つ最後の可能性たる裁判權 (Gerichtsbarkheit) の限界づけから導かれねばならない。彼は、勿論裁判權のこのような限界づけが存していないことを認めるが、この限界づけの原理を見出すことは難しくない、とし、若し複数の國において裁判のための管轄が基礎づけられるならば、その裁判所が最も裁判に適していると思われる國の衝突法に優位が與えられるべきである、とする。彼は、この解決方法を探ることの理由を説明して、この解決は、諸他の解決が不可能であると證せられたからという理由でのみ採られるのではなく、それは、最も自然なのであり、且つ又衝突規定の性質に合致する、としている。即ち、衝突規範は實質規範よりも遙かに自國の裁判官に向けられている。國際私法が發展した場合には、直ちに實質規範は根本的にはもはや國家の限界 (Staatsgrenzen) に結合されたものとは考へえられず、むしろその限界を越えつつ、衝突規範

反致論をめぐって

によつて、他の諸國の實質規範に對して限界づけられたものと觀念されるであらう。しかし、衝突規範は自國裁判官への指示として考へられ、したがつて、衝突規範の效力範圍は、自己の裁判權の範圍と一致していた。それ故、若し、法廷地となるためにその法が適用される偶然性を排除し、法律の一致に到達しようとするならば、したがつて、外國衝突法の適用をもちや拒否しえないならば、衝突規範の效力範圍の限界づけを、裁判權の限界づけによつてえようと試みることは、全く自然である、と。このようにして、エックシュタインは、裁判の調和を、法廷地衝突法の原理的適用を排除し、裁判權の限界づけから導かれる最も適當な衝突法を基準とする、という普遍的な方法によつてえようと試みている。

(一) エックシュタインの所論に關して、ゴッペは Felix Eckstein, Die Frage des anzuwendenden Kollisionsrechts, in: Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1934 に據つた。なお、右は、エックシュタインの所論の紹介及び批判をなされている桑田助教・準據抵觸法の問題、法學新報五八卷一一號に教えられつつ讀了した。

(二) ここで、エックシュタインは、"inländischen" という言葉を用いている。これを文字通りに解すると、衝突規定は、ニボワイエのいうような一方的規定となるが、エックシュタイン自身、様々な諸實質法を相互に限界づけようとすることは、そもそも衝突規定として國際私法の本質をなす、といつている (Eckstein, a. a. O., S. 122) とらるから、この場合、inländischen とはいながらも、内國法の限界のみを劃するといつて

とを意味するのではなく、内國のより高次の規範が存すること、強調的に示したのである。

(三) 彼は、この反致主義の批判において、二重反致論及びバール (Rabel) の理論について次のようにいつている。即ち、内國の裁判官は外國の裁判官がなすように裁判しなければならぬ、という考え方は、その法が本國主義をとる裁判官にも同様に妥當するものではありえない。これによれば、相互的な「予は汝の如く」(Ich wie du) の立場に到るであろう。むしろ本國主義をとる國の裁判官は反致の問題に對して獨自に立場を決定しなければならぬ。そしてこの態度決定は、住所が本國主義をとる國に在るときには、住所地主義をとる國の裁判官にとつて拘束力をもつ。ここで重要なことは、本國主義及び住所地主義の精神が尊重されることである、とし、外國裁判官の判斷への依存は、本國主義をとる法におけるよりも住所地主義をとる法において遙かに親しみ易いものである。というのは、住所地主義は、種々の國の諸裁判所の管轄の限界づけという訴訟法的思考に近づいており、このことは、本國主義についてはいいえなから、と説いている (Eckstein, a. a. O., SS. 130-131)。ここに、彼自身の立場の理由づけの動機が明かに現れている。

(四) 彼の原理的立場に基いて行われる具體的解決は、次の如くである。主要なもの概要のみを挙げれば、(a) 人の身分及び親族法の諸法律關係は、準據衝突法に關して、住所地主義に服する。(b) 物權關係は、物の所在地の衝突法に服する。(c) 法律行為の債權關係は、原則として契約締結の時における主債務者の住

所地の衝突法に服する。(d) 不法行為に基く諸請求權は、行為地の衝突法に服する。(e) 相續法關係及び請求權は、不動産財産のために特別規定 (Sonderstatut) が存しない限り、一個の統一的な法^(七)、即ち被相續人の最後の住所地の衝突法に従う (Eckstein, a. a. O., SS. 140-141)。

(五) Eckstein, a. a. O., SS. 121-134.

以上のエックシュタインの見解に對しては、理論上、先ず、法廷地衝突法の原理的適用の排除の主張と、自國法に對する裁判官の被拘束性の問題との關係が——彼自身の説明にも拘らず——なお、問題となりうるし、又、裁判權乃至管轄という訴訟法上の概念を實體法上の問題に持ち込む點に、概念の混同があるのではないか、が問われねばならない。しかし、今ここでは實際面に視點をおいているので、これらの點は一應視野の外にあるとして、實際に、この解決によつて裁判の調和が齎されることになるであろうか。というのは、ここに示された先驗的にして普遍的な解決方法が、實際上、一般的に採用され難いことは、國際私法統一事業に比すことができる程であろう。一般に、裁判の調和を普遍的に體系づけられた方法によつて得ようとすることは、問題の解決を別異の次元に求めることであつて、結局、解決を一步先に遷延したことに過ぎないといわねばならない。

(六) 國際私法學上、「管轄」という言葉は、往々にして、訴訟法的意味を含まずに用いられる。そこで、エックシュタインが、この語を如何なる意味に用いているか、を知らねばならない。彼が *Zuständigkeit* の語と並へて *Gerechtheit* の

語を使用し、又、衝突法規範及び訴訟法規範に對するそれらの法所屬國の裁判官の被拘束性における兩者の類似性を殊更擧げてゐること、などから、彼が、この語を、訴訟法上の意味において用いてゐるものと解する。若しこのように理解しうるならば、彼が、國際私法という實體的規範の場において、管轄という訴訟法概念を直接基準として採用したことは、明かに概念の混同であつた。しかし、この誤りは、別の意味で、即ち、涉外的私法事件の解決の正しい考察のためには、訴訟法的考察方法、殊に管轄についての考察を要することを指摘するものとして、示唆に富んでゐる。

(七) エックシュタインのこの理論をここで取り上げることがは、或は場違いであるかもしれない。彼は、ここで現實論を試みてゐるのではなく、むしろ方法論として先驗主義に立つてゐるのであるから。しかし、この方法の底にある目的は、裁判の調和ということであるから、ここで問題とすることが可能となるのではないか。

五

エックシュタインの示唆にうながされて、これまで考察してきた理論を、今一度裁判の觀點から見直さねばならない。即ち、國際私法の不統一から生じる實際的不都合が、前述した各理論において如何に解決されてゐるかが考察されねばならない。先ず、純國家法的立場からは、國際私法も一國により立法された國家法であれば、これにより或は適用されることになる外國法も内國法として適用さ

れ、若くは事實上基準とされるのであり、これらに基いてなされる涉外的事件の裁判も一國の裁判所によつて行われる國家的なものである。したがつて、一國の裁判所の下す判決の効力は、場所的にいつてその國の外には及ばない。それ故、裁判の衝突ということは理論上考えられない。次に、普遍主義、世界主義の立場からすれば、裁判は一致するべきであり、法廷地がどこであろうと結果は同じになるべきである。この立場にしたがえば、一國は涉外的な事項について世界社會の機關として立法し、又裁判するのであり、そこで適用される外國法は、外國法規範そのものとして適用されるのであるから、一國の——形式上——下す判決の効力は、世界的に、少くともその適用せられる外國法所屬國においては、當然行われねばならない。それ故、この立場に立つても理論上裁判の衝突はない筈である。しかし、この立場は、現在における國際私法の實情を如何に見るのであろうか。國際私法は各國において異つてゐる。したがつて法廷地が異なるにしたがつて裁判の結果が異らざるをえない。この現實と、普遍主義の理論上必然の歸結とを考慮するときに、まさしく裁判の衝突が生じる。若し、この缺陷を避けるために、國際私法は一國內法の形をとつてゐるのであり、又涉外的事件の裁判も一國の裁判所がなすのであるから、その判決の効力は、一國內にしか當然には——外國判決を承認するかしないかは別として——認められない、とすれば、先に自らが批判した形式にとられた議論に墮するのではないか。ここに普遍主義の立場自體の矛盾が顯われているのではないか。即ち、普遍主義は、法の本質との關連においても、少くとも現實論とはいえないのではないか。そして、若しこれを理念

ということができるとすれば——この検討は留保されている——、國際私法は理念的に普遍性を標榜しながら、一國の國內立法たる點に、その現實的構成的被制約性をもつていことが認められねばならない。又一方、普遍性を理念とする限り、裁判の不一致を眼前にして、國際私法は、或る渉外的私法的生活關係について、國際主義的立場から或る外國實質法を準據法として指定するものであるから、その外國の國際私法が同一事案に對し如何に考えているかは全く問うところではない、といつて満足するわけにはいかない。そこで、須藤助教が、「それは（右の見解は——註林脇——）國際私法の國際主義に關する理念的性格にことかりて、一國國際私法の機構的偏見を普遍的なものとして押しつける虞れのある獨斷的論議を含んではないであろうか。」と批判を下され、「かかる問題の發生は、實に現下の實定國際私法がすべてその機能の本質において一元的な解決を目指そうとする普遍的な使命を共通に擔いながらも、一國の立法としてそれぞれに特殊な制約と相對性の下に存在するといふ事實の中に胚胎するのである。したがつて反致は、このような實定の國際私法が、それぞれ特殊的に制約された立場に置かれながらも各々が、多元的に並存する實質私法の中から所與の渉外的私法生活關係に對し、最も妥當すべきものを選べ決定することを可能ならしめるに必要な機能的媒體であるといわなければならぬ。」という立場をとられるのは、重要な考慮の出發點となる。若し、この見解のように、反致が、普遍性を理念として、國際私法の現實的被制約性の具體的個別的救濟手段として、承認されるべきであるとすれば、このような反致は、如何にして國際私法理論の中に組み入

れられるべきか。これは後の研究に委ねられねばならない問題であるが、このような反致は、目的論的解釋としての意味をもち、これにより、國際私法のもつ普遍主義の理念を現實に生かすものたりえないか。

(一) 本節では現實的考慮が理論に含まれることを念頭に置いてゐる。

(二) このことは、現實に裁判の結果の不一致の存在することを否定するものではなく、又、この不都合に無關心であることを許容するものではない。

(三) 田中博士は、國際私法は法の解釋であるとされ、この解釋が各國において異りうることを認めておられる。

(四) 須藤助教・反致論に關する一考察・法學研究二五卷七號二一、二二頁。

あとがき

結局、反致は、國際私法が理念論乃至將來論として考えられる限り、認められないものとなる。何故ならば、國際私法の體系は、理念的には、國際主義乃至世界主義を標榜するものであり、他方、反致は一般的普遍的規定として採用されるならば、避け難い循環に陥るからである。これに反し、現實論としては、現在の國際私法の被制約性を考えるとき、普遍的規定としてではない具體の場合における關係國間の調和的救助手段としての反致、殊に、二重反致の機能が注目されるに至る。ここに殘される問題にとつて、根本的には、國際私法の本質、ひいては法の本質——國家或は組織的社會に對す

る關係において——に關する立場自體、即ち、國家主義と世界主義との間で自らを如何に位置づけるか、の問題が、常に底流をなしている。具體的には、更に、現實において裁判の不一致による不都合という問題を考察するに當つては、涉外的事件の裁判という見地に立ち、關係分野に視野を廣めることが重要である。又、反致を國際私法の理論に組み入れるべきか、又如何に組み入れるか、という問題に關して、この問題の解決がそれに依據しているところの問題たる、國際私法の統一、涉外事件の國際的機構による裁判への國家間の協力がどの程度實現の可能性があるか、その反面、理論の進展にも拘らず、どの點については統一が不可能か、等を知るための比較法的研究の必要性が明かになる。

(一) ここでは純然たる國家主義の立場は除外されている。たとえ根據は國家主義的とはいへ國際法的解釋をとるものも、ここに含まれる。

(二) この意味で、田中博士が「この主義(反致主義——註林脇——)は自國の國際私法的原則の妥當性を否定し外國の國際私法的法規に盲從するの誤謬、即ち自國の設定せる國際私法の原則に對する確信の缺乏、國際主義に對する不忠實を示すものである。」(田中博士・前掲書一九五、一九六頁)とされるのは、正當である。

(三) 實際面において、現在の國際私法の不統一から生じる不都合回避の手段として、反致が考慮され、要請されること。

(一九五五年一月)

附記 本稿は、大學院修士課程の學位論文として、提出したものである。