

国際私法における性質決定理論の再構成(三)

——法適用の現状に対する理論的対応——

齋 藤 彰

- 第一章 問題の設定
 - 第二章 性質決定の理論的状況とその批判的考察
 - 第三章 性質決定理論の再構成と国際私法の適用過程 (以上四三卷四号)
 - 第一節 性質決定の二つの局面
 - 第一項 序論
 - 第二項 Re. Com. 判決の概要とその理論
 - 第二節 性質決定の第一段階——具体的法的问题の法廷地 国際私法のカテゴリー (単位法律関係) への包摂
 - 第一項 性質決定の対象としての法的问题
 - 第二項 性質決定理論における国際私法の独自性の貫徹
 - 第三項 性質決定理論における普遍主義的考慮
 - 第三節 性質決定の第二段階——準拠実質法内における対応する範囲の規定の切り取り (送致範囲の画定)
 - 第一項 送致範囲画定の必要性
 - 第二項 法概念の核 (nexus) における同一性
 - 第三項 送致範囲の画定作業における比較法学の重要性
 - 第四項 適応問題と送致範囲の画定
 - 第五項 比較法による機能的アプローチとその限界
 - 第四節 性質決定が実際において問題とされる場面
 - 第一項 イングランド及びフランスの判例に現れた例
 - 第二項 日本の教科書で取り上げられている例 (以上、四三卷六号)
 - 第五節 まとめ
 - 第六節 国際的私法関係を規律する法のタイプとその適用過程の分析
 - 第一項 序論
 - 第二項 国際私法
 - 一 一般国際私法とは
 - 二 一般国際私法の適用過程
 - 三 二段階の性質決定について

- 四 一般国際私法と反致の必要性について
 - 五 一般国際私法における性質決定の特徴
 - 六 小括
- 第三項 統一国際私法
- 一 統一国際私法とは
 - 二 「世界統一私法」としての統一国際私法
 - 三 統一国際私法の適用過程
 - 四 小括
- 第四項 万民法型統一法
- 一 万民法型統一法とは
 - 二 万民法型統一法の適用について
- 第五項 世界統一私法
- 一 世界統一私法とは
 - 二 世界統一私法の現状について
 - 三 世界統一私法の適用における理論的な問題
- 第六項 小括
- 第四章 性質決定理論の各論的考察としての抵触規範競合問題
- 第五章 結 論

第三章 性質決定理論の再構成と国際私法の適用過程

第六節 国際的私法関係を規律する法のタイプとその適用過程の分析

第一項 序 論

一 ここで取り上げるタイプの法律は、全て国際的な生活関係から生じる法的問題を規律することを目的とするものであり、その点で適用の対象は、抽象的レベルでは同一であるといえる。本来、こうした問題を分析する場合において、狭い意味での法律だけでなくモデルロー、援用可能統一規則、一般条項、統一契約書式、なども視野に入れて考えて行くべきであることは、これまで筆者が強調してきたことである。更に、国際的な法の調整という観点からは、ヨーロッパ共同体の「製造物責任法統一のための指令」⁽¹⁾のような方法も新しい技術として評価していく必要がある。

しかし、こうした広い視点からの分析が望まれるのは勿論のことであるが、これまで、ここで取り上げられるような狭義の法律に属し、しかも同種の適用対象を持つものが、横並びの比較という視点から検討されることが、わが国においてほとんどなかったのは不思議なことである。単純な理念論としての国際私法・統一法峻別の論理が所与のものとして受けとられる一方で、統一法と国際私法との具体的な関係についての実証的な研究が不当に怠られることにより、統一法（ここでは特に統一実質法）と国際私法（法選択規則）との間に、理論的側面において深い溝を作ってしまったこれまでの日本国際私法学の態度には、大きな問題点があるといえよう。しかし、この峻別論は、純粹に理論的な側面において問題があるだけではなく、国際的な私法関係を統合的に規律するための現実的場面における実践的な理論の整備を遅らせることにもつながっていると考えられる。筆者が危惧するのは、むしろこの後者の問題である。フランス等ではかなり以前から、こうした統一法をも広義の国際私法の一つの場面と捉えることが行われており、その理論的な連続性の探求のために多くの努力がなされてきていることは注目に値する。

日本において、こうした問題を的確に捉え総合的な視点からの分析の必要性を指摘したのは、塚場教授が最初であると思われる。⁽³⁾ 教授の指摘するように、国際的な生活関係を規律する方法は今日ますます多様化してきている。国際私法学がそうした現状を前にして、終始狭い意味での「法選択規則」のみを扱いつづけるとしたなら、理論法学としてはともかくも実用法学としての使命を充分に果たすことが不可能となる日は近い。わが国における個別的な統一法を扱ったいくつかの論文の中にも、法選択規則と統一法との理論的な接合を探索する視点が示されてきたが、⁽⁴⁾ 残念ながら、それらは国際私法学の中核である総論的構造の中に食い込むことはできず、むしろ国際私法学の外延的な議論としてしか評価されていないと感じているのは筆者だけであろうか？

二 規律対象の性格の多様性が、その規律方法の多様性を導くことは間違いない。それはまた、これまで等しく實際的生活関係という漠たる概念で捉えられていたものが、より精密な分類によって捉えられるようになってきたことを意味するともいえる。そうした緻密な分類とその性格にきめ細かく対応した規律方法が考えられるようになった原因としては、私的な生活関係における著しい国際化の進展が見られることは指摘するまでもない。しかし、規律対象と規律方法の関係に関する各論的な検証を行うことは、本稿における目的ではない。ここでは、もう少し抽象度の高い理論的な立場から、従来の国際私法と統一法の適用における理論の連続性を、本稿の目的に即して、特に性質決定という側面から探ることに重点を置いて分析を試みることにしたい。

三 抽象的にせよ同じ種類の適用対象を有するということは、そのことだけです。そこに何等かの共通の問題があるはずであるとの推定を促すであろう。そして、私見による結論を先取りすれば、それが最も明確な形で現れるのが、特に規律対象たるべき国際的な私法的問題を他の問題から選り分ける技術、すなわち性質決定の第一段階として、国際性を帯びた具体的な私法的問題を適用規範の単位法律関係へと包摂する過程であり、さらに第二の局面としてそれを再びどこかの国の実質法へと結び付ける過程において生じる問題であると思われる。つまり、特定の国際的な生活関係において生じた私法的問題に何らかの規律を及ぼすためには、そうした規律の対象を選り分ける技術という意味での性質決定の技術が、国際的な統一法においても当然用いられざるをえないはずである。そうした方法が用いられている過程を明確に認識することにより、統一法の適用過程が狭義の国際私法における性質決定の理論との連続性を保って、明確に理解されるはずだと考えるわけである。

従って、以下ではこのような視角から、こうした意味における性質決定に関する技術が、各種の国際的私法関係を

規律する法律によってどのような偏差を伴って利用されているのかを分析する。ここでの分析は、あくまで一般論の域に留まる。法律のタイプごとの内部における具体的な法律の個別的な偏差の各論的考察は、本稿の延長線上で行われる別の研究の機会に譲ることにする。

第二項 一般国際私法

一 一般国際私法とは

ここで一般国際私法と呼ぶものは、日本の法例のように各国がそれぞれ独立した立場から定めた、自国の裁判所においてのみ適用されることを原則的に予定して作られた法律を指す。もちろん、各国の立法者はその国の国際私法を起草するに当たって、自国のことのみを考えて起草しているわけではない。Barin⁽⁵⁾も指摘しているように、起草者は一国の国際私法を起草するに際しても、その国際的な性格を十分に尊重した上で、「すべての国家にとって理想的であるように」との配慮をできうる限りしているものと思われる⁽⁵⁾。しかし、それとて各国起草者の思い描く「理想」であつて、その理想が世界中の国々で現実に共有されているものであるという保証はない。現世においては、一国の家法に過ぎない一般国際私法の中に、できうる限りその本来の姿であるべき普遍的性格を盛り込みたいという切ない片思いを込めて作られたのが、現存する一般国際私法の隠すところのない姿であろう。その思いが、どこまで相手方すなわち他の世界のすべての国々に伝わっているかについてほとんど確証のないままに、普遍性の追求を、少なくとも建て前としては第一に掲げてきたのが現在の国際私法であり国際私法学であるといつて大過ないであろう。

二 一般国際私法の適用過程

これまで、本稿において扱ってきた二段階の性質決定論は、こうした現実の一般国際私法を念頭において、その目

的を最もよく実現できるように、理論的側面から考えだされたものである。すなわち、繰返しになるが、性質決定の第一段階は、国際的な生活関係において生じた法的问题を、法廷地の国際私法の立場から、その個別的な連結政策の単位（単位法律関係）のカテゴリへと包摂する過程である。そして、それに続く第二段階は、その包摂された単位法律関係についての連結点を通じて指定された準拠外国実質法の規範の中から、法廷地国際私法の単位法律関係の範囲の規定とその社会において同等の役割を果たす規定を、比較法的・機能的方法を用いることにより、切り取る作業であると考える。その切り取られた範囲（送致範囲）内の外国実質法規範が、その法的问题に、最終的な解決を与えるために適用されることになる⁶と考えるわけである。

三 二段階の性質決定について

石黒教授が、最新の国際私法の教科書において、二段階の性質決定論を高く評価している。若干議論の本筋から逸れるが、本稿がこれまで主張してきた立場との比較の意味を込めて、簡単にではあるが、以下で検討を試みることにする。

まず、石黒教授は、ドイツ法圏における性質決定論の現在の状況について分析を加える。教授は、そこにおいて議論の中心とされてきたのは、わが国の学説とは異なり、むしろ性質決定の第二段階つまり送致範囲画定の問題であると⁷する。そして、Wolffの見解に特に着目した上で、日本のほとんどの教科書において「準拠法説は循環論に陥る」との理由で一蹴されていた彼の学説を、具体的送致範囲という新たな視点から、再評価する。すなわち、Wolffの学説は、送致範囲画定において生じるべき厄介な問題を、準拠実質法の基準により解決しようとする点に、むしろその意義があったとするわけである。確かに、Wolffが、何らの明確な意図もなく大きな論理的難点を

抱えた学説を唱えたとは考えられない。送致範囲の問題の処理という視点からの Wolff 説の再評価という点において、石黒教授の指摘は正鵠を得ていると思われる。この点に関し、更に注目すべきは、Rabel 自身も Wolff の学説から非常に大きな示唆を得たと自ら書き記しており、多くの論点について同一の見解に有していたとまでいっていることである。⁽⁷⁾従って、Rabel が Wolff の理論のアンチテーゼとして彼の学説を構築したかのごとき石黒教授の指摘には若干の疑問を留保するが、Wolff 説の積極的な功績に眼を向けるべき点であるとすると点では賛成である。

石黒教授は、更に、一九七八年のオーストリア国際私法三条一項は、性質決定の過程を二段階に分ける「段階的性質決定」論を採用し、その二段階目では、Wolff 的な処理（すなわち準拠実質法による送致範囲の確定）が採用されているとする。こうした考えはドイツにおいては、必ずしも好意的な評価を受けてはいないようであるが、スイスでも大きな影響力を持ち、一九八七年のスイス国際私法一三条一文にもその主旨が実現されていると指摘する。石黒教授自身もこうしたスイス国際私法における主義を徹底していくべきであるとするとする。

そして、結論的には、送致範囲画定の問題は、法廷地国際私法の個々の準拠法指定規範と、その保護する抵触法上の利益によって示された、準拠外国実質法規範の範囲に限定されることになる。ここにおいて石黒教授の強調されるのは、送致範囲の画定も「法廷地国際私法独自の立場から行うべき」との理論が、厳格に貫かれねばならないということである。⁽⁸⁾ここまでの、性質決定論の理論的組み立ては、本稿において私見が展開してきた立場と基本的には一致するといつて差し支えない。⁽⁹⁾しかし、石黒教授が国際私法的な利益として特に強調される、送致範囲をできるだけ緩やかに画定して「分断」を最小限に抑えるべきであるとの主張が、法廷地国際私法独自の立場から性質決定を行うべきである主張と当然に結びつくものであるとは、私見からは思われない。性質決定の第一段階、すなわち法

廷地国際私法独自の単位法律關係に當該法的问题を包摂する過程が、第二段階である送致範圍の画定にも厳密に反映されるべきであるとするのであれば、法廷地国際私法の単位法律關係の範圍は、厳密に準拠外国実質法の送致範圍に投影されなければならないはずである。性質決定のカテゴリーの枠自体を柔軟化することによる「分断」回避論自体は、それとはまた別のレベルで議論すべき問題であり、法廷地国際私法の主体性を強調することは、その議論の前提条件とはなるがその直接の根拠とはなり得ないと思われるからである。

四 一般国際私法と反致の必要性について

本稿では、これまで敢えて「反致」の問題に触れずにきた。性質決定の問題を総論的構造の中で捉えることを主題とする本稿において、そのことは片手落ちであるとの批判も成り立つであろう。反致に対して、筆者は、暫定的にはあるが、将来の国際私法からは姿を消すべきものであるとする考えを暗黙に採用した上で、これまで議論を進めてきたし、この姿勢は本稿の最後まで維持されるであろう。⁽¹²⁾ここでは、国際的な私法關係を規律することを目的とする様々なタイプの法について比較を試みるのに必要とされる最小限度で、以下において、反致についての若干の指摘を行うこととする。

統一国際私法が、今日、原則としてほとんど未練なく反致を放逐しているのに対して、⁽¹³⁾一般国際私法においては、反致の可能性が、全体として退潮の傾向にあることが明らかとしても何らかの形で論じられることが多いのは何故であろうか？ 少なくともその一つの理由は、一般国際私法がその起草において一国の独善的な国際私法政策に依存せざるを得ないことへの後ろめたさ、あるいはそのことによる自信の欠如にあるように思われる。法廷地であるA国の国際私法は、その法的问题にB国法が適用されるべきであると考えるのに、B国の国際私法がそれをA国の法によっ

て解決すべきであると考えるときは、結局B国法の判断を優先させるといふのが(狭義の)反致である。しかし、いくら自信がないにしても、A国法とB国法は少なくとも国際私法の建前である「内外国法平等」の理念から考えて、互角であるはずである。まして、法廷地がA国なのであるから、A国の裁判所がA国よりB国の国際私法を優先させるといふ解決は、極めて自己不信で弱気な態度という他ない。国際私法の適用という場においてのみ、どうしてこのような自国法への不信が大きく顕在化するのであるか? それはやはり「国際私法の国際性に対する片思い」に皆が無意識にせよ気付いているからではないであろうか。¹⁴ 本来、理論的にも実践的にも、国際私法は国際的に統一されてこそ、その使命を全うできるのであり、各国区々の状態にある現在の国際私法は、それを正当化しようとするのに巧みに理論を展開してみても、この不安全感は拭いようのないものであるといえよう。

性質決定における準拠法説もpage説も、この現存する国際私法の不安全感を強く自覚している点では共通性がある。と見ることも不可能ではない。そうした議論は、つい現実の国際私法の状況をこえて理想論に走る傾向を持つことは容易く予測できるところである。それに対して、結局、現実の一般国際私法が一国の法制度に留まるものであることは一番リアルな認識を持っているのが法廷地国際私法独自説であるといえる。従って、そこでは逆に、議論が実践性において優れたものになる反面、本来の国際私法の大目的が霞んでしまう危険性を孕んでいることは否定できない。

五 一般国際私法における性質決定の特徴

それでは、一般国際私法における性質決定の過程の特徴は、どのようなものであろうか?

(1) 性質決定の第一段階について

性質決定の第一段階は、法廷地国際私法の定める単位法律関係のカテゴリーへの法的问题の包摂である。そして、

法廷地国際私法における単位法律関係の概念は、理論的には法廷地の実質法の概念と完全に独立して構成されるべきではあるが、立法者は、基本的に法廷地実質法の法概念を主に参照して構成せざるを得ない現実を考えれば、第一段階の作業自体は法廷地実質法に慣れ親しんでいる者（特に法廷地の裁判官）にとって、さほど困難な過程ではないと思われる。

(2) 性質決定の第二段階（送致範囲の確定）について

それに対して、法廷地国際私法規範が規定する連結点を介して外国法が準拠法として指定された後に、準拠外国実質法内の、法廷地の単位法律関係に対応する範囲の規定の切り取り（送致範囲の確定）は、もちろん具体的などの国の法が指定されたのかにもよるが、特に法体系の大きく異なる国の法が指定されたような場合には、困難なものとなることが多いであろう。すなわち、第一段階が法廷地実質法の概念に近い単位法律関係に具体的な法的問題を当てはめるのであるから困難は少ないのに対して、第二段階は外国法の知識及び比較法の知識を要する極めて高度な作業とならざるを得ないからである。⁽¹⁶⁾

六 小 括

現在の一般国際私法は、他の国際的な私法関係を規律する各種の法律の中において、性質決定の第二段階において多くの困難な問題に遭遇する可能性が強い。特に、国際私法の本来の役割である外国実質法を適用する場合にそれが顕在化するといえよう。日本では、この種の困難を、「適応問題」という概念を肥大化させることで、いわば性質決定論の周辺のな問題に置き換えることにより、本質的な議論を避けてきた。⁽¹⁶⁾しかし、こうした問題は、一般論として、外国実質法を適用する通常の過程において生じ得ることが論理的に予測できる問題であり、性質決定の本論としての

議論に取り込まれるべきであると私見は考える。こうしたわが国の国際私法学の対応が、性質決定における議論の深化を妨げてきたことは疑いないと私見は考える。

第三項 統一国際私法

一 統一国際私法とは

ここにいう統一国際私法とは、法選択規則のみの統一をめざす統一法のことであり、実質法部分の統一を目的とするものは入らない。その代表例としては、ハーグ国際私法会議の起草による数多くの統一法条約⁽¹⁷⁾や、一九八〇年のECの契約準拠法条約等をあげることができる。

こうした統一法条約の締約国において統一国際私法の規則が適用されるに当たり、本稿の基本的立場である二段階の性質決定の分析が当てはまる点では、一般国際私法の場合となら変わりはない。つまり、その規則の具体的な内容をめぐる解釈問題についてはさておくとして、裁判官にとつての適用における技術的な側面は、従来の一般国際私法を適用する場合と異なるところはない。つまり、第一段階として、その統一国際私法の定める単位法律関係のなかに、現在問題となつている国際的生活関係から生じた法的問題が包摂されるか否かを、裁判官はまず確定するわけである。そして、包摂されると判断された後は、その統一国際私法の定める連結点を介して決定される準拠法所属国の実質法を適用することになる。

二 「世界統一私法」⁽¹⁸⁾としての統一国際私法

それでは、なぜ法適用に構造的な変化がないのであろうか。それは、現時点において統一国際私法を形成するためのほとんどの条約は、すでに相互主義的な考慮を脱却しており、いったん締約国がその統一国際私法を採用すれば、

その規則は締約国間の問題だけでなく全ての国際的な私法関係を適用の対象として考えると考えられているからである。すなわち、現在の統一国際私法は、締約国においてそれまでの国際私法にその範囲において完全に取って代り、旧来の国際私法はその限りで廃止されることになるわけである。その意味で、統一国際私法とは世界的に統一された国際私法本来の姿を目指すものであつて、国際私法のレベルにおけるいわば「世界統一法」なのである。この点では同じ「統一法」であつても、統一法がその国で採用された後にも、従来の内国実質法との関係では、特別法と一般法という形で併存状態を継続させることを最初から予定している「万民法型統一法」とは、大きく性格が異なる。相互主義的な制約を背負った統一国際私法というものがなぜ比較的容易に克服されたのかについてであるが、それは、やはり国際私法は国際的に統一性されてこそはじめてその完成を迎えることができるという議論が、法律の性格上、極めて強い説得力を持ったためであると考えることができると、従つて、相互主義的な国際私法の統一ということは、実質法の統一の場合に比較して、極めて不本意なものとして自覚されたということであろう。

この、統一国際私法がその範囲で従来の締約国の一般国際私法に取って代わるという性格は、そのことによりいくつかの傾向をもたらず。まず、そのことにより、各国の法制度内において統一法に起源を持つルールであつたのか否かが、国内的な立法の方法によつては非常に解り辛くなることがあり、統一法本来の目的である国際的に統一的な解釈を確保することへの注意が、疎かになる危険がある。これは、通常の世界統一私法の場合にも共通して見られる傾向である。そして、ハーグ国際私法会議起草の統一国際私法についてよく指摘されることであるが、統一国際私法が本来予定していた適用範囲を拡張して締約国がそのルールを適用するという現象がかなり見られる。⁽¹⁹⁾ こうしたことが、統一国際私法の場合に躊躇なく行い得る一つの理由は、その趣旨を生かすような拡張的適用は、これまでの各国区々

の国際私法の状態を悪化させる懸念がないどころか、統一国際私法の理念を広く浸透させていくことの一助ともなり得るといふことである。つまり、滑らかに、各国の従来的一般国際私法の中に溶け込んでいくことによつても、統一国際私法は役立つといえる。そうした点で、まさに、国際私法における世界統一私法を目指す方法であるといえるわけである。統一国際私法の解釈に関し、たとえ、各締約国間で若干の偏差が生じたとしても、万民法型統一私法に比較して、そのことに対し直ちに過敏になる必要はそれ程強くないことも多い。何故なら、適用対象となる事件は、その法廷地となつた締約国と通常は強い関連性を有しているわけであり、従来は一般国際私法により各国区々に解決されてきたわけであるから、そのことから受ける偏差は締約国との関連性の程度にもよるがある程度許容する余地があると考えられるからである。⁽²⁰⁾

従つて、統一法条約に批准をせずに、実質的に同内容の規則を立法化するといった方法も、世界的な法政策の協調が素直に法状態の改善へと向かうこの分野においては、推奨されるべきことであるとさえいえるわけである。わが国が、法例の国際家族法の部分の改正に当たり、ハーグ国際私法会議起草の統一法で広く採用されている「常居所」の概念や「夫婦財産制の準拠法に関する条約」において採用されていた連結政策を、条約に批准せずに改正に取り入れたことは記憶に新しい。⁽²²⁾

三 統一国際私法の適用過程

統一国際私法の法適用の構造自体は、一般国際私法と異なるところはない。しかし、その具体的な適用においては、統一国際私法に特徴的な点がいくつか指摘できるように思われる。

(1) 統一国際私法の法的カテゴリーへの包摂

性質決定の第一段階に関して、特に統一国際私法の特殊性が顕著であると思われる。統一国際私法を作成するに当たって、その統一法のカバーする範囲（各国の国際私法でいえば単位法律関係）の設定についての合意を形成することは、非常に困難な問題となることが多い。従って、起草に加わった国々のコンセンサスが得られ易いように、統一国際私法の単位法律関係は、各国実質法における法概念の最大公約数的な妥協の産物となりやすい。また、統一国際私法に期待される第一の役割である「国は異っても同一の事件については、同一の法が適用されるべきである」という目的は、当然に、統一国際私法における性質決定のカテゴリーについては、各国裁判所による解釈の余地の少ない極めて詳細な規定を定める方向へと向かう。例えば、英米法に特徴的な制度である「信託」について定めたハーグ国際私法会議の「信託とその承認に関する準拠法条約」第二条は、法体系とは中立な事実的概念に基礎をおく「信託」の性質決定についての詳細な定めを定めている。こうした方法は、ハーグ国際私法会議の他の統一法条約にもよく見られるものである。⁽²³⁾

また、各国の国際私法の理論において争いのあるような問題について扱うことは、統一法においては回避される傾向が強い。そのため、統一法の範囲が中途半端なものとなり、重要な点について、結局、国際的な解決が先送りされることも多いといえよう。例えば、「交通事故の準拠法に関する条約」の第一条や「製造物責任の準拠法に関する条約」の第一条二文は、本稿第四章で扱う性質決定のカテゴリーとしての契約責任と不法行為責任との競合の問題をどう扱うかについて、その解決を明文で回避している。また、「夫婦財産制の準拠法に関する条約」において第一条(2)で生存配偶者の相続権の問題が適用範囲から排除されているのと同様に、「死者の財産についての相続に関する準拠

「法条約」においても、性質決定に関して各国で見解が対立し得る夫婦財産制の問題は、第一条二項(c)で明文で排除されている。実は、こうした問題にこそ明確な国際的解決が望まれるところであるが、それが回避されざるを得なかつたのは統一法条約の作成という形でのコンセンサスを起草の時点で形成することは不可能であると判断されたためである。また、こうした観点とは少しずれるが、「国際動産売買の準拠法に関する条約」に見られるように、第二条(c)が「個人的な、家族のための、又は、家庭に於ける、使用の為に購入された物品の売買」すなわち消費者売買をその適用範囲から除外しているように、最近において新しく重要な論点として登場してきたような問題が、取り敢えず可能な範囲での合意形成のために除外されることもある。

こうした統一国際私法の性質決定の単位は、松岡教授の指摘の通り、法例の単位法律関係との比較でいえば、確かに「適用範囲の狭い精緻で詳細な法選択規則」⁽²⁴⁾を形成しているとはいえるが、それでも万民法型の統一実質法の多くものものに比べれば、その適用範囲は、なお、十分に大まかであるといえよう。このことは、むしろ、法選択規則という国際的な私法的生活関係を規律する技術の性格にある程度は由来していると考えられる。つまり、国際的な生活関係から生じた法的问题をどこかの法領域に送付するという方法自体が、きわめて抽象的かつ大まかな方法なのであり、詳細な規則を形成するにも、例えば法的な問題に対して最終的な具体的解決を与えることを使命とする民法などの実質法を起草する場合と比較すれば明らかのように、実体的な諸利益間の調整をめぐるような、緻密で具体的な議論をするべき基礎を欠いていると考えられる⁽²⁵⁾。

また、松岡教授の性質決定に関しての以下の議論についても、筆者は疑問なしとしない。

「このような個別的で詳細な法選択規則の形成は、法性決定の必要性を減少させるといふ効用をもつ。個々の法選

扱規則の適用範囲が広く包括的であればあるだけ、特定の法選択問題の解決が、いずれの法選択規則の適用範囲に属するかという法性決定の必要性和重要性は高くなる。従来わが国の学説において法性決定に高いウエイトが、ときに過大といえるほどのウエイトが与えられてきたのは、法例の概括的な規定のあり方をはなれて考えることはできない。

すなわち、法例の法選択規則が概括的で適用範囲がきわめて広いから、ある問題がどの法選択規則の適用範囲に入るかという問題が民商法などの実質法と比べてはるかに頻繁に生じることになる。これに対して、法選択規則の各々が適用範囲の狭い、詳細で個別なルールであれば、それだけ法性決定の必要性は少なくなる。

たとえば、法性決定をめぐる学説・判例の対立の一つに、離婚の際の親権者・監護権者の指定の問題は、離婚または親子関係のいずれに法性決定すべきかという問題がある。この論争も、かりに「離婚の際の親権者・監護権者の指定は、父の本国法による」というような、個別的で詳細な法選択規則が形成されれば、消失することは明らかである。²⁶⁾

まず、法選択規則が個別的か包括的かで性質決定の問題が影響を受けるかであるが、それはむしろ適用範囲の広さ狭さに関する議論ではなく、その境界線が明確であるか否かの議論であると思われる。つまり、いくら適用範囲が広くとも、その中に入るものと入らないものが明確に区別できれば、性質決定に関する問題は生じにくい。それとは反対に、いくら個別的な適用範囲しか持たないルールであっても、境界線が不明確であれば、あるいはどこを境界線とするかについて解釈論上激しい対立があれば、性質決定をめぐる問題は多発すると考えられる。また、民商法などの実質法においても、ある特定の規定を適用すべきか否かという問題は、解釈論として非常に多く生じる問題である。

といえよう。⁽²⁷⁾この点は、松岡教授の誤解であると思われる。さらに、国際私法における離婚の際の親権者・監護権者の指定の問題であるが、これは単にこうした問題が法例の単位法律関係としての「離婚」という概念に含まれるのか「親子間の法律関係」という概念に含まれるのかという表面的な問題として捉えられるよりも、むしろどちらの連結政策がこの問題を規律するのにより適切であるのかをめぐる論争と捉えるべきであると私見は考へる。従って、松岡教授の提案されるような形の条文(旧法例二十条と同じ連結政策を採用する)を作ることにについて、正にコンセンサス自体の形成が困難な問題であると思われるのである。もし、こうした解決について学説判例に十分なコンセンサスがあれば、たとえ単位法律関係は大まかなままであっても、性質決定に関してこの問題が浮上することはないのでないだろうか？

統一国際私法を締約国が採用する場合、それはその統一法の範囲で従来の一般国際私法を完全に消し去ることを意味するから、その後の残された一般国際私法と、新たに締約国の一般国際私法に編入された統一国際私法のルールとの間に不整合が生じることは十分考えられる。これは、特に統一国際私法の適用範囲に関して生じることが多いと思われる。しかし、統一国際私法が比較法的検討の上に十分に練られたものであればあるだけ、こうした点に関して深刻な問題が生じることは減少するといえよう。

従って、性質決定の第一段階に関し、法廷地の裁判所が統一国際私法に起源を持つ規則を適用する場合において、論理的には、従来の一般国際私法を適用する場合に比較して、若干の困難が生じる余地は多いであろうと予測される。何故なら、統一国際私法の単位法律関係たるカテゴリーは、それを構成するにあたり法廷地実質法概念に特別に配慮して作られているわけではないので、統一国際法上の性質決定のカテゴリーを正確に理解するために若干の余分な

努力を要求されることが多いと考えられるからである。しかし、統一国際私法上の概念が比較法的に完成度の高いものである限り、これはそれほど過重なものとはならないことが期待できるといえよう。

(2) 連結点を介しての準拠外国実質法への連結

一般国際私法の適用において連結点自体の概念の確定も、各国国際私法規定独自の解釈問題であるといえる。連結点概念は、ほとんど解釈の余地など生じない事実的な概念であることもあるが、たいていの場合なんらかの解釈の余地のある概念であるといえる。⁽²⁸⁾「連結点概念の確定」の問題を性質決定の一種と捉えることも可能であるが、議論の混乱を招かないため、筆者は別の用語を使う方が適切であると考える。⁽²⁹⁾ここでは、統一国際私法を形成する場合、その採用する連結点概念の内容についても、各国の合意を形成することの重要性を強調しておきたい。たとえ同一の用語を連結点として用いても、その内容が各国で区々に解されるのなら、統一の意義は大幅に減せられることになるからである。このことは、また、統一法にとつて最も基本的かつ重要な合意である連結政策に関するコンセンサスの不成立を隠蔽する危険さえ有する。こうした問題に関しては、ハーグ国際私法会議が各国の法的伝統の手垢に塗れた概念を敢えて避けるために「常居所」という事実的な概念を用いていることが象徴的である。また、統一国際私法における連結点は、できる限り一義的な内容を持つ事実的な概念を基礎として構成されることが、こうした連結の過程での問題の発生を減じるのに役立つであろう。

また、連結の過程で考慮されることのある反致の問題は、統一国際私法においては、基本的に考慮される必要はない。統一国際私法の場合、世界的に統一された国際私法の成立を目的としており、各国の合意に基づいて起草されたものであるので、それだけその存在自体について国際的にしっかりした基盤を有しているといえる。現在、ハーグ国

際私法会議の起草による統一法は基本的に反致を否定しているが、その根底にこうした考えが存在していることは否定できない。すなわち、反致の最も有力な正当化の根拠が「国際的な判決の調和」であるとすれば、締約国にとっては、統一国際私法に従うことがまさに国際的な判決の調和を導くための最良の手段であって、その方針の方が優先的に貫かれる。確かに、実際において、統一国際私法によって指定された準拠法所属国がその締約国ではない場合には、同一事件についてその国で訴えが提起されたなら、別の準拠法が指定されたであろう事態は起こりうる。しかし、その際でも、反致は考慮されることはない。統一国際私法の目的と国際性が、その非締約国の国際私法の方針よりも優先されるべきものであると考えるわけである。

(3) 性質決定の第二段階（送致範囲の画定）

統一国際私法の起草過程において比較法的研究の成果が十分に生かされていれば、この送致範囲画定の過程は、一般国際私法の場合に比較すればかなり容易になると考えられる。それは、抽象的な言い方をすれば、統一国際私法における性質決定のカテゴリーは、理念的に全ての国家法の概念から等距離に位置するものとして形成されると考えられるからである。従って、性質決定の第一段階が従来的一般国際私法の場合に対して若干難しくなった分だけ、第二段階の送致範囲の画定は、逆に、やり易くなっているはずであるといえる。

しかし、送致範囲の画定における困難な問題が、統一国際私法の場合には完全に消滅すると考えるのは、明らかに誤りである。やはり、そこにおいても統一国際私法の性質決定の概念と準拠実質法における法的概念との擦り合わせ作業を行うことの必要性は、厳然として存在しているのである。ただ、比較法的な成果が生かされている分だけ、その擦り合わせ作業が実際上やり易いことが多いという期待が持てるという程度のことであって、どこの国の法が準拠

法とされるかなどの具体的な状況に係る問題であることに変わりはない。

四 小 括

統一国際私法の利点は、性質決定に関する限りでは、適用過程に変化をもたらずわけではなく、従って適用構造自体を改良するものとはいえない。しかし、性質決定の概念が比較法的に洗練されたものとなることが期待できるため、特に第二段階の送致範囲の画定の作業がより容易になることへの期待は持てるといえよう。

しかし、そうした直接的なメリットに比べてより大きいのは、国際私法が国際的に統一されたものとなるための具体的な歩みを統一国際私法は現実に進めている点にある。ここでは、この点を明確に指摘している、今は亡きわが国際私法学の巨星・折茂豊教授の以下の著述を引用することとしたい。

「ところで、法の存在目的のひとつが、社会生活における秩序の維持にあるものとみるかぎり、かくのごとく、国際私法の規則が、国によつてかならずしも同じでないという現状は、いわば、法がありながら実は法がない状態である、といわなくてはならないであろう。実際において、カーンの指摘するように、国際私法の諸規則が、各国立法者の自由な樹立に委ねられ、たがいにその内容をことにしているくらいならば、むしろはじめから国際私法をみとめることなく、すべて、渉外的事案についても、一律に法廷地実質法を適用することとしてしまつても、渉外的私的交通における安定の維持という見地からみるかぎりには、その結果においてかならずしもことなるところはない、といつても差支えないであろう。まことに、プレーも指摘するとおり、国際私法においては、諸体系の相違は、『法そのもの不在に匹敵するものであり、現在のところ、文明諸国民の間には、国際私法は存在しないといつても、あえて過言ではない』という状態なのである。(中略)

かくのごとくにして、国際私法の規定が、諸国において、それぞれにその内容をことにしていること、いいかえれば、私法の地域的適用範囲の如何が、国によつてそれぞれべつべつに理解せられているということは、おそらく国際私法そのものの存在意義を全うせしめうる所以ではない。同一の渉外的事案が、諸国において、異別の法的評価に服するということは、もしも法の抵触とか、その衝突とかいう比喩的表現を用うべきものとすれば、これを指してこそいふべきものとおもわれるのである。

ところで、もしもこのような状態から脱却しようとするならば、結局において、私法の地域的適用範囲に関する諸国の見解を統一すること、いいかえれば、国際私法規定を統一することよりほかには、その途があるとはおもわれない。⁽³⁰⁾ 各国区々の状態にある国際私法が必然的に陥る「国際私法としての存在意義そのものについての不全感」を癒す唯一の道が、国際私法の世界的な統一であり、統一国際私法の形成は、それが十分な締約国を得られずに未完成の段階に留まっていたとしても、少なくともそのための積極的で具体的な第一歩としての、何よりも理論的な正当性を獲得するものであることに違いはない。

第四項 万民法型統一私法

一 万民法型統一私法とは

万民法型統一私法とは、国際的な性格を有する私法的關係にのみ適用されることを当初から予定して形成される実質法的統一法をさす。従来は、事項的な適用範囲の非常に狭い断片的なものが多かつたが、最近⁽³¹⁾は、国連国際動産売買統一法条約(一九八〇)に代表されるような非常に事項的な適用範囲の広い万民法型統一私法が成立してきており、⁽³²⁾注目を集めるにいたっている。

ここでは本稿の目的から、性質決定という側面に絞って、適用構造についての議論を進めることにする。万民法型統一私法に関しては、その適用方法自体をめぐりすでに学説上鋭い対立があるが、⁽³³⁾そうした議論の詳細については別稿に譲り、ここでは私見に従った整理をしておく。⁽³⁴⁾

二 万民法型統一私法の適用について

万民法型統一私法を定める条約に批准した場合、それまでのその締約国の国際的な私法関係をめぐる法秩序にどのような変化が生じるであろうか？ この点についての学説の理解は、かなり錯綜しているといえる。ここでは、あくまで私見からの一般論を提示するに過ぎないことを断った上で、一応の説明を試みる。

まず、当該統一法の適用範囲に含まれるような国際的な生活関係から生じた法的問題が、締約国の裁判所に持ち込まれたと仮定する。統一法の適用範囲にその具体的法的問題が包摂されるか否かの判断は、国際私法（法選択規則）の定めた単位法律関係にその法的問題が包摂されるか否かの判断と、基本的には同種のものといえる。つまり、その法的問題に具体的な最終的解決を与えることのできる実質法へとその問題を送付する前提として、その適用範囲に包摂されるか否かが判断されるわけである。

三 適用の前提としての「国際性」と「事項的適用範囲への包摂」の判断について

しかし、ここで注意を要するのは、万民法型統一私法の適用範囲に入るか否かの判断には、実は、二種類のものが混在していることが多いという点である。すなわち、第一はその統一法の締約国と当該法的問題との結び付きについての判断であり、第二は当該問題が統一法の事項的な適用範囲（統一法の単位法律関係といってもよい）に包摂される⁽³⁵⁾得るかの判断であって、これまで述べてきた国際私法における性質決定と全く同じ性格の判断である。

第一の判断については、国際私法の場合には、要するに、当該法の問題が抽象的な資格として国際私法の適用を受けることが認められるべき「国際性」を有しているか否か、という問題であり、具体的にどのような「国際性」を備えればよいのかについてあまり詰めた議論は、少なくともわが国ではあまりなされていないようである。しかし、万民法型統一私法の場合には、特に締約国との関係をも含めて法的问题の国際性についての具体的な判断基準が示されていることが多い。⁽³⁶⁾ 第二の判断については、統一法の規定する事項の範囲と一致するが、その範囲に当該法の問題が包摂されるかが問題となる。

万民法型統一私法の場合、以上の二つの適用基準を充足した法的问题のみが、その適用の対象となるわけである。従って、本稿における基本的視点である二段階の性質決定論の立場に即していえば、第一段階では、国際性という問題が法選択規則の場合に比較してよりクローズアップされることが多いものの、基本的には法選択規則における性質決定の第一段階と大きくは違わないと判断して大過ない。

しかし、第二段階の送致範囲の画定に関しては、万民法型統一私法の適用においては考える必要はない。上記二つの判断基準を充足すれば、後は、原則として、統一法の実質法部分が直ちに適用されることになり、その結果として当該法の問題に最終的な解決がもたらされるからである。

このように、万民法型統一私法のメリットは、一般の法選択規則に見られる連結点を介しての準拠実質法の確定とそれに続く厄介な送致範囲の確定の問題をスキップできる点にあるとすることができる。連結点の判断については、それが統一法適用の第一の判断の中における「締約国と当該法的问题の関連性」の要求のなかですでに処理が済まされているともいえる。また、送致範囲の確定については、第二の判断基準である事項的適用範囲内に当該法的问题が

包摂されるか否かを判断する過程が送致範囲確定の過程を兼ねていたとも考えられるわけである。なぜなら、万民法型統一私法の場合には、当該事項的適用範囲がそのまま統一実質法の範囲でもあるからである。

このように、法選択規則に比較して万民法型統一私法の適用構造は簡素化されており、一見、国際的私法関係の規律にとつてより望ましいものであるとの印象を与えるであろう。しかし、果たして、そう単純に結論を出してしまつてよいのであろうか？

四 万民法型統一私法の問題点

(1) 法廷地の一般国際私法との併存状態について

万民法型統一私法が成立しても、締約国の従来の一般国際私法が消滅してしまふわけではない。このことは、様々な面で複雑な問題を生じる。

万民法型統一私法適用の第一の判断基準である「当該法的问题の国際性と、締約国との関連性」に関して、その基準を充たすことのできない法的问题は、それが一般国際私法の適用対象資格としての国際性を依然有しており、更に第二の判断基準すなわち「万民法型統一私法 of 的適用範囲」には包摂され得るものであるとしても、当該統一私法の適用を受けることは基本的にはない。従つて、そうした問題は、依然として、従来の一般国際私法の適用を受け、二段階の性質決定に服した上で、解決がなされることになる。このことの不当性が、最も強く自覚されるのは、当該法的问题が国際性においては第一の判断基準を充たしながら、締約国との関連性の基準のみを充たすことができない場合である。⁽³⁷⁾

つまり、こうした締約国と当該法的问题との関連性を強く意識する万民法型統一私法においては、いまだ広い意味での相互主義的な発想から十分に解放されたものとはなっていないとの批判の可能性が有り得る。しかし、

万民法型統一私法は、締約国との関連性を判断基準から除去したとしても、なお、その適用判断は複雑であり、当事者にとつての適用の予測可能性という見地から、締約国との関連性による適用範囲の限定が、かえって望ましいことがあることに注意しなければならないといえよう。⁽³⁸⁾ 何れにしても、従来的一般国際私法との併存状態が、国際的私法(関係を総体的にながめた法的規律の構成を、全体として非常に入り組んだものへと導く危険性を、万民法型統一私法は有しているといわざるを得ない。

(2) 事項的適用範囲と法廷地実質法との擦り合わせ

また、万民法型統一私法適用の第二の判断基準である事項的適用範囲の問題についても、多くの議論の余地がある。統一国際私法を形成する場合においてさえ、各国の合意を得るのが決して容易でないことは前述した。国際私法は、法的問題に対して最終的な解決を用意する実質規範とは異なり、適用規範というきわめて抽象度の高い性格を有するので、そこにおいて国際的な合意を形成することは実質法を統一する場合に比較して容易であると一般には考えられている。しかし、その統一国際私法ですら細分化された範囲でしか起草し得ないのが現状である。まして、実質法を統一する場合には、各国の基本的な法体系の違いや実質法における法政策の違いは、より先鋭な形で顕在化することは、たやすく予測できるところである。つまり、万民法型統一私法の事項的適用範囲の画定は、現実には理論的な分析の産物というより、むしろ各国の政治的な妥協の産物としての色合いを示す傾向がかなり強いといえよう。⁽³⁹⁾ 従つて、この点でも、従来締約国の一般国際私法との関係で複雑な問題を、数多く生じる可能性がある。まず、一般国際私法の単位法律関係の範囲と万民法型統一私法の事項的適用範囲の関係であるが、両者がびたりと一致することはほとんど考えられない。⁽⁴⁰⁾ 従つて、両者が重なる部分については、万民法型統一私法が優先して適用されることになるが、⁽⁴¹⁾

その範囲からこぼれた法的问题については、依然、一般国際私法による処理が行われることになる。一般国際私法の第一段階の性質決定において単位法律関係への割り振りに際して問題が起こり得ることは前述したが、これと類似の問題は万民法型統一私法の事項的適用範囲とそれと境界を接する一般国際私法の単位法律関係との割り振りをめぐっても生じ得る。しかも、この場合、問題はより鋭い形で提起されることになる。何故なら、万民法型統一私法は統一実質法の適用に非常に強いインタレストを有するからである。こうした問題を適切に処理できないこと、つまりこうした問題に対して国際的に統一された立場で対応できないことは、直ちに万民法型統一私法の面目を台無しにするといえるわけである。とくに、その事項的適用範囲が多くの場合非常に狭いものであることを考えれば、このことの重大さは容易く理解できよう。実質法を統一する使命を有する万民法型統一私法は、その事項的適用範囲（統一法の単位法律関係）を定めるに当たり、一般国際私法との関係においてその外延を明確にしておくことが極めて厳格に要求されるのである。⁽⁴²⁾

また、万民法型統一私法の実質法部分の適用が、従来の一般国際私法の適用を通じて指定された準拠実質法と何等かのコンビネーションを組む必要が生じるような場合、非常に困難な問題が生じる可能性がある。それは、法選択規則における適応問題として指摘されるものより困難な問題となることも十分に予測される。国際私法の性質決定の単位より万民法型統一私法の事項的適用範囲の単位の方が通常は細かいと考えられるので、そのパッチワークは、一方で万民法型統一私法の優先により融通の効かないものとなる同時に、他方において非常に細かなモザイクを形成することが要求されるからである。

五 小 括

実質法レベルでの統一法の種類である万民法型統一私法は、統一国際私法に比較して、当該法的问题に対する最終的な解決という具体的なレベルでの法統一を成しうる点では確かに優れている。⁽⁴³⁾しかし、法統一の一技術としては、その評価はまだ十分には定まっていなと考えるべきである。万民法型統一私法は、近時になって多用される傾向を示してきている。しかし、論理的にはまだ議論が尽くされていない多くの問題点を抱えているにも拘らず、それを十分に認識しないままに現実が先行することに對しては、私見は強い不安を感じる。

第五項 世界統一私法

一 世界統一私法とは

ここでいう世界統一私法は、実質法の統一を目指す点では万民法型統一私法と同様である。しかし、万民法型統一私法のように国際的な性格を有する私法関係のみを最初から適用の対象とする統一法を形成することを目的とするのではなく、国内的私法関係への適用をも対象とする、例えば日本における民法典や商法典の規定に相当するものを、世界中の国において同一にしようことを目的とするものである。

現存する例としては、一九三〇年の手形法統一条約や一九三二年の小切手法統一条約、一八八六年の文学及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約、一八八三年の工業所有権の保護に関するパリ条約などをあげることができる。手形・小切手法統一条約は、比較的多くの批准を集めたが、それでも英米法圏の国々の批准は得られなかつた。⁽⁴⁴⁾締約国の法制度の根幹にまで影響を及ぼす可能性の強いこのタイプの統一法は、目的としてはまさに理想的であるが、現実における成功はかなり困難であるといわなければならないであらう。

こうした統一法が成立した場合、性質決定に関してはどのような対応がなされることになるのであろうか。理念的には、非常に明解である。すなわち、各国が同一の実質法を有するのであるから、国際私法的な処理の発生基盤自体が最早存在しないことになり、従って各国の裁判所は、その統一法の事項的な適用範囲に包摂される法的問題の解決を要求される場合には、最早その法的問題のもつ国際性や締約国とのつながりを意識することなく、直ちに、今や法廷地実質法の一部となったその世界統一私法に起源を持つルールを適用して、その問題に最終的な解決を与えればよいわけである。これが、これまでの国際私法の教科書のレベルで説明されてきた統一法の理念型であり、まさに国際私法的な解決とは対極に位置する解決として過度に強調されてきたものであるといえよう。⁽⁴⁵⁾

二 世界統一私法の現状について

しかし、この理念論が実践論としてほとんど無力であることは、これまで私見が何度となく強調してきたところである。⁽⁴⁶⁾ 詳論には踏み込まないが、何より強調されるべき点は、実際にこうした理念論が前提としている状況、すなわち世界中のほとんどの国が同一の世界統一私法を採用するという状況は、歴史的現実としては、いまだ実在したことがない。たしかに、世界統一私法を目指すべき統一法はこれまでにかなりの数が起草され、ある程度の成功をおさめたと評価できるのもいくつか存在するが、前述の理念論が現実性を帯びるほどの成功を人類が獲得したことは未だないものである。

そして、日本の学説の主流がこうした理念論にとどまる傍らで、現実において、真に世界統一私法になり得なかつたこうしたタイプの統一法に起源をもつ規則の扱いをめぐって、理論的に対応すべき多くの問題が、十分な対応もなされないままに沈澱してきており、混乱の中に放逐されたままであるとさえいえる。

まず、日本の手形・小切手法を想起すれば容易に理解できるように、こうした法律が裁判官や研究者にとつて、実は世界的な統一私法を形成することを理念として作られたというその起源が、今日どれほど意識されているであろうか？ 忘れ去られていることが多いであろう。また、意識はされていたとしても、そのことが現実的な場面における具体的な解釈などの問題に関して、なにか統一法としての特異性を意識した特別な取り扱いを導いているであろうか。世界統一私法型の統一法は、時の経過とともに、締約国内において、いつしかその起源を忘れられ、他の一般実質法と区別されずに扱われることになり易い。実際に、フランスと旧西ドイツにおいて、こうした点をめぐり判例の対立⁽⁴⁷⁾があつたことは指摘されている。この議論に、いまだ決着は着いていないと見るべきであろう。

三 世界統一私法の適用における理論的な問題

以上に述べたことは、二つの面での問題を提起している。すなわち、一つは同じ国際的統一法に起源を持つ条項であつても、時の経過とともに各国で解釈が分岐することが起こり得ることを必然のものとして承認した上で、各国間で法の抵触が存在している場合と同一視して一般国際私法(法選択規則)を適用するという考えを採用するか否かという問題である。

もう一つは、国際私法を介在させて準拠法を決定することを承認したとして、その結果適用することとなつたある準拠外国実質法上の規定が、統一法に起源を持つ場合に、その解釈は、その具体的な準拠法所屬国の中での主流をなす解釈に従うべきか、それともあくまで統一法独自の立場からその趣旨を生かすような解釈を法廷地の裁判所が試みるべきであるかと考へるかである。⁽⁴⁸⁾

第一の問題に関しては、筆者は、国際私法を介して適用を決める立場を支持する。何故なら、その統一法は、通常

は、空間的な適用範囲についての規定を定めておらず、その点に関しては、締約国の内国実質法と同じ立場におかれたものと考えることができる。締約国と非締約国が混在する現状の中で、統一法の適用を決定するには、統一法の、締約国と解決を迫られている国際的私法関係における法的問題との間の空間的な関連性を無視することは、やはり、不当であると思われるからである。従って、統一法の適用には、国際私法における連結政策の判断を介在させるべきであろう。しかし、第二の問題については、統一法の趣旨を生かした解釈が法廷地の裁判所により採用されるべきであると考えるべきである。確かに、世界統一私法型の統一法の場合、他の実質法と適用形態を区別することは不当であるが、だからといって各締約国における法的問題の解決の統一性を確保する努力が怠られてもよいということにはならない。法統一の目的は、具体的な法的問題の解決を統一することに他ならないからである。

確かに、世界統一私法型の統一法が多くの国で批准されれば、その適用範囲に包摂されるべき問題の解決について、大幅な法政策の協調が果たされたことを意味するわけであり、その点だけでも統一法の意義は大きい。しかし、ここで議論している世界統一私法は条約という国家間の約束に基礎をおくものであるから、統一的な解決の追求という点でより厳格であつてしかるべきであろう。法政策の協調という目的に留まるのならば、例えばモデル・ローの作成などの方が、はるかにスムーズに事が進と思われ⁽⁴⁹⁾る。あえて、条約という硬い形式を採用したことの趣旨に配慮が払われるべきであろう。

四 小 括

世界統一私法型の統一法の場合は、作成においてもその後の締約国の獲得においても、成功することが非常に難しい。しかし、特に国際私法との関係においては、過渡的な段階においても、国際的私法関係の法的規律の根幹構造に

影響を及ぼすことはないと思われる。そして、本当に世界中の国がその締約国となれば、その分野での国際私法判断は不要となるという理想的状态が実現する可能性もないとはいえない。ただ、現時点での状況を見る限りでは、むしろ締約国の従来の実質法の中に埋没してしまい、その起源さえ忘れ去られてしまう可能性がかなり強い。そうした場合に、こうした統一法に残された存在意義は、その分野における法政策の協調を推進したということに尽きる。そうした事実を直視すれば、この統一法は、むしろモデル・ローなどのようなより拘束力が弱い国際的な合意の取り付け易い方法に、将来はその座を譲っていくことになると思われる。

第六項 小 括

一 性質決定の側面から、今日、国際的私法関係を規律している各種の法の適用過程を、一般論として分析した。このことから、特に万民法型統一私法が、従来の国際私法がもつ法適用構造との関係で様々な複雑な問題を提起することが明らかとなった。近時、勢力を増しつつあるこのタイプの統一法に論理的な手当をすることが、国際私法学総論における一つの急務であることは間違いないであろう。

石黒教授の統一法悲観論は、現状の認識としてはうなずける点が多いことを認めないわけにはいかない。しかし、石黒教授は、世界統一私法型の統一法に当てはまる議論を、そのまま万民法型統一私法に無理して当てはめようとするもののように思われる。⁽⁵⁰⁾ 万民法型統一私法という形態の統一法を、これからのように評価して行くかは、ひとつの大きな問題であるし、筆者もこうした形態の統一法を安易に作成することには懐疑的である。⁽⁵¹⁾

さらに、石黒教授が精力的に批判される国際私法的処理の「分断」(あるいはモザイク化)についても、それがよい方向であるのか否かについては大いに疑問を感じるところでもある。しかし、現実には、すでに法適用のモザイク化

の方向へ雪崩を打って向かっているというのが筆者の認識である。この勢いに敢えて立ちはだかることは現実的ではない。それは、最早学問的制御の枠組を超えた存在となってしまうように思われる。そうした現状に対し実践論としてできる限りの理論的手当を試みるのが、本稿の目的である。

(本研究は証券奨学財団・平成四年度研究調査助成による研究成果の一部である。)

- (1) Council Directive of 25 July on the approximation of the law, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products.
- (2) Rigaux, F., *Droit International privé*, Tome I, 2e éd. (1987), pp. 165-204, Mayer, P., *Droit international privé* 4e éd. (1991), pp. 63-102, Batifol, H., et Lagarde, P., *Traité de droit international privé*, Tome I, 8e éd. (1993), pp. 31-86, 等参照。
- (3) 塚場準一「抵触法と外人法との関係再考」一橋論叢五二巻四八頁、同「涉外実質法・直接適用法」『国際私法の争点』一九一二頁(一九八〇)。
- (4) 例えば石黒一憲「統一法による国際私法の排除とその限界」海法会誌復刊二四号三頁(一九八〇)、同『現代国際私法』[上]二〇一四九頁(一九八六)、同『国際私法』一〇三一一二〇頁(新生社・一九九四)、奥田安弘「国際海上物品運送法の統一と国際私法の関係」香川二巻二二頁(一九八三)、同「統一私法と国際私法の関係——いわゆる涉外実質法の涉外実質法の観点から——」香川法学五巻三号(一九八六)、同「国内裁判所における統一法の解釈」国際法外交雑誌八六巻五号(一九八七)、同「国際取引法の理論」一一一五七頁(一九九二)、高桑昭「船荷証券に関する一九八六年議定書と統一法の適用」国際法外交雑誌九〇巻五号五七五頁(一九九二)、拙稿「国際動産売買法統一の現状」(二二五)「六甲台論集三〇巻三号五四頁(一九八三)、三二巻二七五頁(一九八四)、同「国際動産売買における実質法的統一と国際私法」国際商事法務一四巻七・八・九号(一九八六)、同「国連国際動産売買統一法条約の意義と限界——私法統一の一特殊形態である任意法的統一の視角から」[上]・[下]「国際商事法務二〇巻八・九号(一九九二)等。
- (5) 拙稿「国際私法における性質決定理論の再構成(一)」関大法学論集四三巻四号一六六頁(一九九三)参照。
- (6) 石黒一憲『国際私法』一六三一一七二頁(新生社・一九九四)参照。

国際私法における性質決定理論の再構成(三)

五九 (五九)

- (7) Rabel, Das Problem der Qualification, *RabelsZ.* 241 (1931), at p. 242, Note (2).
- (8) 石黒・前掲注(6)・一七一頁。
- (9) 拙稿「国際私法における性質決定理論の再構成(二)」関大法学論集四三卷六号(一九九四)。特に第二章二節・三節参照。
- (10) この指摘は随所でなされており、石黒国際私法学における一つの基本的な姿勢を形成しているといっても過言ではないと思われる。例えば、石黒・前掲注(4)(一九八〇)海法会誌、同「国際私法〔新版〕」七三頁(有斐閣ブリマ・一九九〇)、同・前掲注(6)一七一―一九三頁等。
- (11) 石黒・前掲注(6)・一七二―一七三頁はそうした性質決定論への傾斜を示している。
- (12) この点については、稿を改めて詳しく論ずることとしたい。(特に、折茂豊「国際私法の統一性」(一九五五)、石黒一憲「国際私法の解釈論的構造」(一九八〇)参照)。
- (13) Groude, E. D. Rück- und Weiterverweisung (renvoi) in den Hagger Abkommen, *RabelsZ.* 22 (1993) 参照。
- (14) 折茂豊「国際私法の統一性」一三六―一五四頁(一九五五) 参照。もちろん、それだけで反致が行われる根拠を説明するのは、十分ではない。特に、実務家サイドにおける自国実質法の適用への執着も、現実的なファクターとして見過ごすことはできない。
- (15) Mayer, *supra* note (2), at p.111.
- (16) 石黒・前掲注(6)・二二二―二二三頁もこうした点を指摘している。
- (17) ハーグ国際私法会議の起草による統一法の中には、法選択規則に関しないものも多いが、ここでは法選択規則の統一を目的とするものだけについて論じることとしたい。第二次世界大戦後に作成された法選択規則の統一に関するものとしては、国際有体動産売買準拠法条約、国際有体動産売買に於ける所有権移転の準拠法条約、子の扶養義務準拠法条約、未成年保護に関する準拠法条約、遺言の方式に関する準拠法条約、交通事故準拠法条約、製造物責任準拠法条約、扶養義務準拠法条約、夫婦財産制準拠法条約、代理の準拠法条約、信託の準拠法及び承認に関する条約、国際物品売買準拠法条約、相続準拠法条約をあげるべきである。(Conférence de la Haye de droit international privé, *RECUEIL DES CONVENTIONS* (1951-1988) 参照)。
- (18) その意味としては「すべての私法的法律関係に対して、国内的であると涉外的であるとを問わず、実質的に同一な私法を

適用する方法」の統一法ということである。(山田録一「国際私法」四頁(有斐閣・一九九二))論者によって呼び方が異なるが、筆者は、私法に関するものであることが明確になっている点を重視して、山田録一教授の用法である「世界統一私法」という用語に従う。ただし、国際私法が「私法」であるか否かについては議論のあるところであるが、ここでは深く立ち入らない。

(19) ハーグ国際私法会議の統一国際私法に関する各国の判例を整理した資料である Sumampou, M., *Les nouvelles conventions de la Haye*, tomel, II, III (1976, 1980, 1984) には、そうした例が数多く紹介されている。例えば、五五年の国際有体動産売買準拠法条約に関して、条約の適用範囲を拡張する判例や仲裁判断が紹介されている。(tomel, pp. 36-40, tomelII, pp. 22-28, tomelIII, pp. 17-20.)

(20) ハーグ国際私法会議の起草による統一国際私法が、法統一を阻害する危険性を孕んでいることが明らかであるにもかかわらず、結局、最近の条約においても一般公序条項を外すことができないのは、このためであると思われる。(例えば八六年の国際物品売買契約準拠法条約一八条、八九年の相続準拠法条約一八条等。)

(21) 「常居所」の概念自体は、遺言の方式の準拠法条約の批准により制定された「遺言の方式の準拠法に関する法律」により以前からわが国の実定法にも導入されていたが、改正により法例の本体において連結点として広く活用されることとなった。(山田・前掲注(17)・一〇七一〇八頁参照。)

(22) 「特集」「法例」の改正「ジュリスト九四三三号(一九八九)(特に「座談会・法例改正」二七―二八頁(池原・南発言)参照。)

(23) その他、特徴的なものとして、例えば生産物責任準拠法条約二・三条、国際物品売買準拠法条約一・三・四・五条等。

(24) 松岡博「国際私法における法選択規則構造論」二四四頁(一九八七)参照。

(25) もちろん、そのことが国際私法の欠陥を常に意味するわけではないが、そこで用いられる方法が、抽象的であり、詳細な規定に馴染みにくいものであることは否定できない。この点が、アメリカ力抵触法革命において、現実主義的な立場から、伝統的なヨーロッパ型国際私法が、嫌悪にも匹敵するような批判を浴びることになった根本であると筆者は考えているが、ここでは深入りしない。

(26) 松岡博「国際私法における法選択規則構造論」二四二―二四三頁(一九八七)参照。

(27) そうした代表的な例としては、民法四一六条が、損害賠償額算定の基準時の問題に適用さえるのか、あるいは、不法行

為における損害賠償の範囲確定の問題に適用されるかといった問題がある。(平井宜雄『損害賠償法の理論』(一九七二)、拙稿「契約不履行における損害軽減義務」石田・西原・高木還暦記念『損害賠償法の課題と展望』(一九九〇)等参照) また、本稿の四章において扱う契約締結上の過失や積極的債権侵害から発生する損害賠償義務は、そもそも契約責任か不法行為責任かといった議論(北川善太郎『契約責任の研究』(一九六三)、潮見佳男『契約規範の構造と展開』(一九九二)等参照)は、国際私法上の性質決定理論と何等かの共通性をもっていると思われる。実質法においても、条文の適用範囲についてはつねに論争があり、それはむしろ法解釈論の典型をなすものといっても差し支えないように思われる。

(28) 法例の採用する連結点としての、本国、常居所、住所、当事者の意思、行為地等も客観的・一義的に内容の確定できる概念ではない。また、「目的物の所在地」のように、純粹に物理的な内容しか有しないような連結点でさえ、解釈の対象となり得る(たとえば、船舶の所在地につき山口地裁柳井支部判決昭和四二・六・二六・下級民集一八卷五・六号七一頁は、船舶に法例一〇条の所在地法原則は適用がないとした)。婚姻挙行地についても、婚姻届の外国からの郵送について、新舊法例で解釈が変わったことが指摘されている。

(29) 国際裁判管轄についての問題も、性質決定類似の問題が生じる。しかし、性質決定の概念を広く解すると、法規または法的ルールの適用範囲の画定に関する問題をすべて性質決定に関する問題と呼ぶことも可能であり、ほとんど議論の限定を行う機能を失う虞さえある。従って、ここでは、国際的な性格を有する法的問題との関係で法選択規則の適用範囲を画定する問題に限定して、「性質決定」という用語を用いることとしたい。

(30) 折茂豊『国際私法の統一性』九六一―九八頁(一九五五)。

(31) 一九一〇年船舶衝突統一条約、一九二四年船荷証券統一条約、一九二九年ワルソー条約、一九五六年国際道路運送条、一九七八年ハンブルグ・ルールズ、一九八〇年国際鉄道運送条約他多数。

(32) この条約の基礎となった一九六四年のUNITED ROITの起草による二つの国際売買に関する条約(ULF及びULIS)や、その他にも、最近の一九八八年国連国際手形法条約などが注目に値する。

(33) 拙稿「国連国際動産売買統一条約の意義と限界——私法統一の特殊形態である任意法的統一の視角から(下)」国際商事法務二〇巻九号一〇八九頁注(67)(一九九二)参照。なお、石黒・『国際私法』一〇八一―一七頁(新生社・一九九四)参照。

(34) 理論的な説明(特に特別抵触法という概念を用いること)については批判を受けてはいるが、適用過程の理解自体については、基本的に多数の支持を得ていると考えている。万民法型統一私法の適用においてもまず一般国際私法を適用する立場に対しては、統一法自体の有する適用規範のなかで法的问题の国際性と、統一法と締約国との関連性がすでに考慮されている以上、法廷地の国際私法による同種の判断がこれに先立ってなされなければならないとするのは理論的におかしいとの批判が成り立つ。

(35) この分析は筆者が独自に至ったものであるが、すでにドイツの Kropholler がこれと非常に近い分析を示していることを知った。(Kropholler, J., *Internationales Einheitsrecht*, (1975), pp. 183-212.)

(36) 例えば、船荷証券統一一条約一条、国際航空運送統一一条約一条、国連国際動産売買統一一条約一条、国際手形法条約一条、二条等。

(37) 例えば、国連国際動産売買統一一条約において、第一条一項の「異なった締約国間に営業所を有する」当事者の要件は充たさないが、異なった国に営業所を有する当事者間の売買のような場合。

(38) この点に関しては、ULISとCISGの適用範囲の比較が、好例を示すといえよう。詳しくは、拙稿「国際動産売買法統一の現状(一)・(二)」六甲台論集三〇巻三五四頁(一九八三)参照。なお、あまりに適用範囲が広すぎると国際法的にも国家管轄(特に規律管轄)との関連で問題が生じる可能性が、いくら私法に関するものとはいえ、存在すると思われる。

(39) こうした議論については、道田信一郎「国際物品売買条約と国連会議」ジュリスト六六一―六六九号(一九七八)、曾野和明「変容した国際社会と条約至上主義への疑問―新モデルを求めるUNCITRAL」国際法外交雑誌八四巻六号(一九八五)等参照。

(40) たとえば、法例七条の解釈において契約準拠法の範囲とされるものと、国連国際動産売買統一一条約では、契約の有効性(錯誤、詐欺、脅迫等)、時効、その他日本民法九〇条のような一般条項の欠如があげられる。こうした問題が生み出す困難については、特に本稿第4章で扱う。なお、拙稿「国際動産売買における実質法的統一法と国際私法」国際商事法務一四巻九号六八九―六九〇頁(一九八六)参照。

(41) もちろん、適用のための第一の判断基準を充たした上の話である。しかし、このあまりにも当然と思われる適用場面に就いてすら、学説が混乱状態にあることは、前述した。注(32)の文献参照。

- (42) しかし、常に明確になっているわけではない。この点に関して、具体的な問題を指摘する興味深い文献として、Schlechtriem, P., "The Borderland of Tort and Contract—Opening a New Frontier?", 21 *Cornell International Law Journal* 467 (1988) をあげるべきである。
- (43) 統一国際私法の場合、統一的な解決はまだ抽象的なレベルに留まっており、それを確実に実現することの保障は論理上のものに過ぎない。現実では、まだ法廷地の違いによる色々な偏差のため、それが具体的ににならないことは十分に考えられるといえよう。
- (44) ヨーロッパを中心とする大陸法系の二十ヶ国が締約国になっているに過ぎない。(詳しくは、Schmitthoff, C., *Strict Law and Equity in the Law Relating to Negotiable Instruments*, Newman, R.A.ed., *The Unity of Law*, vol II (1978), pp. 17-33)
- (45) 例えば溜池良夫『国際私法講義』五頁(一九九三)。
- (46) 例えば、拙稿「国際私法と統一法」山田・早田編『国際私法演習(新版)』一一頁以下(一九九二)。
- (47) 奥田安弘「国内裁判所における統一法条約の解釈」国際法外交雑誌八六巻五号三六頁(一九八七)。
- (48) 石黒教授は、第一、第二の点とともに国際私法的な処理で一貫させる立場である。すなわち、一旦締約国の内国実質法に取り込まれた世界統一私法型の統一法は、完全に従来の内国実質法の中に吸収され、その積極的意義を失うと考えるわけである。(石黒『国際私法』一一〇—一一七頁(一九九四) 参照。)
- (49) 例えば、合衆国の州法の統一に関するものであるが統一商事法典や、UNCITRALの仲裁規則、またモデル・ローではないがE.Cの製造物責任に関する指令の大きな成果には法統一という目的を推進する上での技術的側面において学ぶべき点が多いように思われる。
- (50) 石黒・前掲注(6)・一〇八—一一七頁参照。
- (51) 拙稿「国連国際動産売買統一法条約の意義と限界——私法統一の一特殊形態である任意法的統一の視角から」(上)・(下)『国際商事法務二〇巻八・九号(一九九二)』参照。