

# 国際私法における性質決定理論の再構成(一)

——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 性質決定の理論状況とその批判的考察

#### 第一節 わが国における普遍主義の強調と *Rabel* の性質決定理論

##### 第一項 序 論

##### 第二項 *Rabel* の性質決定理論について

##### 第三項 国際私法規範の法廷地実質法に対する独自性について

##### 第四項 日本における教科書的記述についての疑問

#### 第二節 実践論としての法廷地国際私法独自説

##### 第三節 現在の状況

##### 第四節 各国の状況(学説を中心として)

##### 第五節 現在の世界的な理論状況とわが国における今後の課題

(以上、本号)

## 第三章 性質決定理論の再構成と国際私法の適用過程の分析

## 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

## 第一章 問題の設定

一 わが国の現行国際私法の大部分をしめる法例において、性質決定のカテゴリーは大まかで包括的なものとして規定されている。そして、学説上もそうした立法政策は基本的に支持されていたと思われ<sup>(1)</sup>。その根拠としては、法例の条文内で「百般の渉外的生活関係は悉く」<sup>(2)</sup>規律される必要があるとの考え、すなわち国際私法規範は自己完結的であるべきであるとする考え<sup>(3)</sup>と、不必要な分断とそれから生じる複雑な適応問題を避けるため<sup>(4)</sup>という少なくとも二つの考えが存在している。

しかし、こうした大まかな性質決定によって実現される大まかな法適用は、今日では多くの問題の出現により実現が困難になってきている。すなわち、

### (i) 分割指定 (dépécage)

特に契約準拠法の決定に関し、今日 *dépécage* を許容する立場が支配的になりつつある<sup>(5)</sup>。

### (ii) *Loi de police*: 強行法規の特別連結

また、法廷地のある種の強行法規が準拠法の如何を問わず適用されるという現象が広く認識されてきており、それは理論的段階に留まらず実定的な形に定着しつつある。さらに、それが第三国に属する場合にすらその適用を考えようとする立場も力を得つつある<sup>(6)</sup>。

### (iii) 様々な種類の統一法の成立による状況の変化

更に、特にハーグ国際私法会議による細目化された範囲での多くの統一国際私法の成立や、実質法統一における多

くの万民法型統一法の成立が、従来の国際私法システムとそれにしたがって適用されるべき準拠実質法との関係において、法適用の状況を非常に入り組んだものへと変化させてきている。

(iv) (iii)による条約の抵触問題の浮上

そうしたことの結果、更に、条約<sup>(7)</sup>どうしが抵触するという状況も生じており、その解決のために理論的<sup>(7)</sup>手当を試みる研究が新たに注目を集めつつある。

二 本稿においては、こうした状況の変化をうけて、これまでわが国の国際私法学においてとられてきた性質決定に関する理論が、新たな状況に対応するには最早十分なものとはいえないとの認識に立ち、性質決定理論の再構成を試みる。しかし、それは既存の理論を否定することから新たな出発をなすことを企図することによってではなく、日本の学説が性質決定理論として論じてきたところのものを再吟味し理論の純化と精密化を押し進めることで、その発展的な継承を目指すことを意味する。もちろん、これまでの議論において見過ごされてきた事実認識の過ちや理論的な矛盾に対しては、鋭い批判を向ける必要がある。しかし、これまでに積み上げられてきた真摯な議論が到達した価値のある共通認識は最大限に尊重されるべきであり、それは理論の未来を開くために最も信頼できる視点と技術を提供してくれるであろう。

今日その姿を明らかにしてきた前述のような諸現象が、すべて国際私法の問題として捉えられるべきであるとの考えが広く承認されているとするならば、そこには必ず次のような前提が存在しなければならぬ。すなわち、そうした現象の目新しさにもかかわらず、国際私法学は、これまでに構築してきた理論体系を根本的に変更することなしにそれらを自己の理論体系の中に包摂し理論的対応をなすことによって、しかるべき法的規律を及ぼすことのできる潜

在的能力を有しているという確信である。

以上のような認識から、理論的検討は次の順序で行う。第二章においては、性質決定についての日本における理論的状况を明確にし、受け継ぐべき点と修正すべき点を分析する。第三章においては、そうした考察により、これまでの理論の成果を承継しつつ再構成された性質決定についての一般理論を明確な形で提示する。第四章においては、そうした性質決定の理論が、これからの国際的私法の適用において特に多くの場面で困難な理論的問題を生ずると思われる「性質決定の競合の問題としての抵触規範の競合」の問題に、具体的にどう対応できるのかを、各論的考察の一例として取り上げる。第五章においては、本稿が国際私法学全体に対して行った個別的な問題提起を、総論的立場から再度自己批判的に考察することにより、あらたな進路を探ることとしたい。

## 第二章 性質決定の理論的状况とその批判的考察

### 第一節 わが国における普遍主義の強調と Rabel の性質決定理論

#### 第一項 序 論

一 日本の国際私法の教科書的記述においては、(1) Rabel が性質決定に関する理論としての国際私法独自説を提唱し、(2) わが国においてそれが通説的地位を占めていると説明されることが多い<sup>(8)</sup>。特に(1)については、ほとんど異論なく承認されているようである。しかし、これについては二つの点で非常に疑問である。一つは、国際私法独自説を「法律関係の性質決定は、法廷地の実質法から独立して、国際私法自体の立場において独自になされなければならない<sup>(9)</sup>」とする理論的立場であるとするならば、Rabel 説をそのような理論であると既定してしまうことへの疑問であ

り、二つ目はそうした意味での国際私法独自説を明確に提唱した最初の人として、あるいはそうした立場の代表者として、Rabelの名をあげることにしている疑問である。<sup>(10)</sup>

## 第二項 Rabelの性質決定論について

一 Rabelの性質決定に関する理論の核が、「国際私法と実質法の峻別」つまり国際私法規範の実質法規範に対する独自性の強調にあるとするのが、現在の日本の学説の通説的理解である。<sup>(11)</sup>しかし、この点については疑問が多い。まず、Rabelの主張の主眼についてであるが、私見は、これをむしろ「比較法に示唆を得て探究されるべき全ての国家法に対して有効なより抽象的な概念」<sup>(12)</sup>を性質決定のカテゴリーとすることの提唱にあると考えている。

国際私法規範の実質法に対する独自性は、当時、すでに多くの学者により承認されていたものである。確かに、この考えがRabelの学説を展開する基礎になっていることは疑いないが、しかし、それをRabelによる新たな指摘であり彼の説の主眼であるとするのは誤りであると思われる。以下では、この点について論証を試みる。

二 Rabelの主張の主眼がどこにあるのかを知るには、彼自身の意見によるのが最も正確であろう。Rabelは一九三一年Rabel雑誌に「性質決定の課題」と題する論文<sup>(13)</sup>を発表している。更に、一九三三年に同趣旨の論文をフランス語で発表しているが、その際に、彼はその冒頭の部分で彼自身の見解の特徴をまとめていたので、この部分を訳出することにより彼自身の主張の主眼を探ることにしたい。

彼が主張の特徴として第一に強調するのは、どの内国実質法秩序からも解放された、性質決定のための抽象的概念を形成するために、比較法的方法を用いることである。

「1. これまで性質決定問題について特に二つの理論が存在していた。第一は、法制度の性格を、抵触規範のため

に存在するところの法廷地法 (lex loci) に従い決定することにより、抵触規定を解釈しようとする。これが支配的な意見である。第二は、支持者はより少ないが、抵触規定により定まる準拠法を優先する。私は、この二つの考えは正しくないと考ええる。まず、将来の、望ましい国際私法に關しては、抵触規定により用いられている概念の定義を汲み取るのは一つの定められた法制度であつてはならない。むしろそれとは反対に、法廷地の内国法の概念やどの内国法  
の概念とも同じでない特別の概念を形成しなければならぬ。そして、その国の国内法制における通常  
の概念と密接に結びついている規定を有する現実の国際私法においてすら、こうしたことを認めないわけにはい  
かない。それどころか、比較法の成果から示唆を得なければならぬ。それは、文明国の諸制度が非常な多  
様性を有しているにもかかわらず、全ての国家法にとつて有効なより抽象化された概念を形成するの  
に十分なほど集合していることを、われわれに示している。比較法の方法は、實際、全ての性質決定の問題を解決するほど十分ではない。その問題が、法廷地の法制度と抵触規範により適用される法制度との違いが大変大きく、相反する見解の間の和解が全く不可能に思えるような場合においては正にそうである。しかし、そうした事実にも関わらず、私が提案したい方法〔比較法的方法―筆者〕に失望する必要は少しもない。何故なら、これから形成されるべき抵触法は、社会生活における不均質な現象を支配するために、立法者が用いる全ての方法を利用できるからである。抵触法は、原則を定めると同時に例外を認めることができる。そして、まさにこの方法の選択における自由さこそ、抵触法の最も望ましい性質、すなわちその実践に役立つ性質を確立し保証する唯一のものであると私は思う<sup>(15)</sup>。

そして、次にそうした見解をとるための基本的な前提としての内国実質法と抵触法との明確な区別の必要が示される。「2. このような見解をとるためには、抵触法が法廷地の内国法制度と厳密に区別されることは明らかである。学

説は、再三再四、内国法と抵触法との機能の違いを強調してきた。特にドイツにおいては、この点についての混乱を避けるために用語法が工夫されてきた。最も広義での法廷地法という用語は、裁判官が適用すべき国家法の全てである。しかし、それは、明確に区別すべき二つの要素から成っている。一つは内国立法 *legislation interne*、すなわち、民法典に含まれるいろいろな法律制度についての諸規定である。ドイツではこの種の規定を「実質法 *Sachnormen*」と呼ぶ。この表現は多分 (*normes matérielles*) とフランス語に翻訳できるであろう。なぜなら、その規定の目的はある分野についての異なった法律の管轄を定めるのが目的ではなく、その規制の最終結果自体を定めるのが目的である。他方は、ドイツでは (*Kollisionsnormen*) あるいは時として (*Grenznormen*) と呼ばれる抵触規定である。それは、法律関係を決定的に規律するのが目的ではなく、裁判官が下すべき解決のために適用される実質規定を提供する準拠法を定めることのみが目的である。

条文の解釈において今日とられている目的論的解釈の方法により、この二種類の規範の機能の違いが、たとえ立法者が同じ表現をそこに用いている場合であっても、法廷地法のこの二つの分野のために解釈によってそれぞれに特別の概念を形成することを要求する。人や財産の国際的の交通の特別な必要に導かれる抵触規範の解釈が、法廷地内国法の概念の継承に留まることはできない。何故なら、吟味すべき事実によって問題となる、準拠法とされる他国の法律制度を考慮にいれる必要があるからである」<sup>(16)</sup>。

そして、彼の法規範の構造についての考えと、理論の展開の順序が示される。

「3. 最後に、私の考えを示した方法をよりよく理解してもらうために、法規範の構造に対するドイツの学者の考えを知ることが更に必要である。法規範は、言葉の論理的な意味における一つの結論である。それは、諸前提、その

適用が依拠するところの諸要件（第一の要素）を有しており、法規範はそこから効果（第二の要素）を導き出す。それは、訴訟過程において、裁判官が行うのとほとんど同様の操作である。裁判官は事実を与えられ、そこから効果を引き出すことよって判決を下す。ドイツにおける用語が、ある規範の「構成要件 [Tatbestand]、つまり文字通りに翻訳すれば *état de fait*（この表現は判決における理論から借用した）」と、「法律効果」つまり議論の帰結として規範あるいは裁判官によつて表明された法的な結果とを区別するのとも同様である。規範の第一の要素を、規範の対象、又は規範の規律対象と呼ぶこともできる。何故なら、それは、規範の範囲を画するところの適用の条件であるからである。抵触規範の意味を捉えるために、そしてその機能をよりよく理解するために、この法規範の分析方法の利用を私は試みた。

4. 従つて、私の研究の第一部（1. 抵触規範に含まれる規律の対象）において、私は抵触規範の諸前提は本当に様々な法制度であるのか、例えば抵触規範がその規律のもとに思われる「婚姻、不動産、債権、相続」といった法制度であるのかという問題を調べる。規律の対象である前提は社会生活における事実であると思われるが、それは法的な刻印を押されたものと過大評価してはならない。性質決定の問題と題された第二章において、より詳しく批判される法廷地法説を扱い、私の理論との違いを示す。第三の部分の目的は、「支配的な学説のそれ自身による修正の試み」である。実際、支配的な学説はすでに抵触規範の法概念の中に法廷地の制度だけではなく、外国の法制度におけるその制度に対応するものや類似するものを包摂する必要性を感じている。私が証明したいのは、法廷地法説の弁護者がよく対応する制度や類似の制度をも、彼等によれば法廷地法と同一であるところの抵触規範の概念に含ませていることは、彼等の基本的な概念と両立しないということであり、国際私法の要求を満足させるに十分ではな



い。第四の部分（抵触規範の目的と外国法制度の概念との関係）において、抵触規範の対象の決定についての外国法における概念の役割をより詳しく探求する。続いて、「抵触規範がある法を適用せよ」ということの中に含まれる命令」という題の下に、私は抵触規範により外国の法制度のどの部分が援用されるのかという問題に取り組む。それは、その抵触規定がそのために存在する特定の対象に関する準拠法の部分のみではなくて、公法をも含む外国の法制度全体であると信じる。私が抵触規範の対象の決定に関して強調したのと正に同じ視点である。国際私法の理論と実践に過度の制限を課してはならない。その任務は非常に異例でそして非常に広範であるので、その条文の形成と解釈において大きな自由を要求せざるを得ない。特にIV章及びV章において、この主題に関して扱われてきた様々な種類の例を調べる。最後に、最終章において私の主要な成果の小さなまとめと抵触法の完成についてのいくつかの指摘を行う。<sup>(17)</sup>

以上の部分から明らかのように、Rabelの性質決定論における主張の重心は、性質決定のための特別な概念を形成するために比較的方法を活用するという点の方におかれていたと思われる。そして、そうした方法論を採用することの前提として、すでに当時ドイツの学説において明らかにされていた法廷地実質法と抵触法の明確な区別の必要性すなわち、わが国の学説の表現によるところの「国際私法の独自性」<sup>(18)</sup>があらためて強調されたに過ぎないと考えるべきであろう。Rabel説が、性質決定について比較的方法の導入を目指していた点を抜きにして語れないことは、多数の諸外国の国際私法に関する書物が示すところでもある。

### 第三項 国際私法規範の法廷地実質法規範に対する独自性について

一 日本における現在の国際私法の教科書によれば、国際私法独自説により痛烈に批判される立場として「法律関

係の性質決定は法廷地法、すなわち法廷地の実質法によるべきである」とするいわゆる法廷地法説が取り上げられ、その主張者として Kahn と Barin の名がほとんど例外なしにあげられている。<sup>(19)</sup>しかし、この点についても、問題があると思われる。

二 抵触規範上の概念が法廷地実質法のもの異なることがあることについては、すでに法廷地法説の始祖とされる Kahn 自身も認めているところであり、Rabel 自身も自説のこの部分を補強するものとして Kahn の見解を援用している。<sup>(20)</sup>Kahn は、この点について以下のように述べている。

「我々は、外国の国際私法規範を問題にすべきではない。我々は、我々の法秩序において見出される国際私法規範を、専ら適用すべきである。我々の、外国における法規範及び法律関係の検討は、従って、それらの本質 Wesen が、見出される国際私法規範の範囲内に包摂されるか否か、についてののみ展開されるべきである。それゆえ、国際私法規範の発見とその適用は区別されなければならない。発見のためには、我々は、内国法秩序と、我々の法規範の意味と内容とを調べなければならない。適用のためには、考慮の対象となる外国の法規範の意味と性格を調査しなければならない。しかし、それは、その法規範自身が適用されたいと欲しているか否かに基づいてではなく、ただ、我々の当該国際私法規範が、我々の立法者の意思として対応していると認識したところの法律関係にとって、外国の当該法規範が内的に同質であるか否かのみを検討すべきである。内的に同質であるとは、外国の当該法規範が、その核 Kern において同様の法律関係に妥当しうることである。このことは、実行可能であり、それは、法律関係の外国における相違の状況、すなわち外国の法規範の傾向から、その法的関係にたいして我々が導くのは別の「座席 Sitz」が導かれるかもしれない場合においてすら、そうである。<sup>(21)</sup>」

Kahnのこの部分の見解は、国際私法規範の独自性を十分認識した上で、さらに準拠法中の法制度上のラベルにこだわらず、その「核」における同質性を要求するのみで十分であるとする。この見解は、後で取り上げる久保教授の見解や現在のフランス等における法廷地法説とほとんど同じ段階にすでに到達していたと見ることが出来る。

三 Bartinも、Kahnと比較すれば不十分ではあるが、すでに彼の主張中において一定の国際私法の独自性を認めたいと思われる点がある。

これまでBartin説が法廷地実質法説として整理されてきた際に、彼の著名な論文である「法抵触の完全な消滅に至ることの不可能性」<sup>(22)</sup> (二八九七)において、取り上げられた二つの例を引合いに出した上でそれが法廷地実質法によった解決を採用していることから、彼の性質決定に関する理論を単純に法廷地実質法に基づく立場であるとしてきたようである。<sup>(23)</sup>

Bartinは、国際私法規範は国家の主権の制限から生まれるが、その制限は国家が欲したからではなくて、それを正しいと信じたから受け入れたとする。ただ、それを課するような超国家的な存在が実在しないので、「国家自身が、その国と同等で同じ性質であると判断するところの主権を与えられた全ての国家にとって理想的であるように国際私法規範をその国自身のために定める」<sup>(24)</sup>。国際私法を単に一国の国内法に過ぎないとBartinが考えていたとするのは、単純化しすぎである。<sup>(25)</sup>

更に、彼は以下のような注目すべき見解を述べている。

「法廷地法による性質決定の定式とそれが表明する規則は、結局、外国の法律がある制度に対して無理な性質決定をなすことにより、自国抵触法の規定を表明することの自由原則の制度を恣意的に利用することを防ぎ、そのことによ

り何等関係のない法律關係にその領域を広げることが防止することを目的とする。その時、法廷地法は、意図的に不明確になされたであろう性質決定を修正するため介入し、争点となつてゐる当該制度に法廷地法自身が与えている概念と比較することに拠つてのみ明確にそれを修正することができる。しかし、もし、反対に外国法がその制度を正しく性質決定したとしたらどうか？より正確に言えば、もし外国法が法廷地法と同様の理解に従つてその制度をそれにふさわしく性質決定したならば、法廷地法による性質決定の定式は、法廷地法が自らが定める国際私法の規則の利益において、自国国際私法の利益のために当該制度を恣意的に排除する目的でその性質決定を拒絶するなどということとは全く意図していない。もし、私が擁護する公式がその結果を必然的に導くとしたなら、私は善を悪に置き換えたことを自ら認めざるを得ないであろう。おそらく、外国法はその範圍を悪意で拡張するにあたり乗り越え難い障害物にいつも突き当たるであろう。しかし、同時に法廷地法も自らが認める国際私法の規則の意義を悪意で制限するためにそして法廷地法がひとまとめにして外国に対してなした委譲の各々について部分的に引き下げるために、適した手続を常に利用することが可能となるからである。

私が擁護する公式の意味についての、まさにこの恣意的な拡張に対してこそ、いま私は反論しなければならぬ。私の考えにおいて、法廷地法が規律する領域で生じた紛争が生ぜしめた法律關係について、法廷地法にそれを気の向くままに性質決定する権利を認めるべきだなどということが含意されていないのは、明白である。そのようなことの許容は、国際私法の否定に等しい。何故なら、国家は、自ら採用した抵触規則と自身固有の主權に課した制限の効果を回避しようと望めば、そこに尽きることのない繁殖の源泉をみいだすであろうからだ。性質決定の理論は、幸にも、國家にその義務から逃れるための手段を供給するものではない」<sup>(26)</sup>

つまり、Batlinは、法廷地国際私法による自国法の適用領域拡張のための身勝手な性質決定を明確に否定しているわけである。なぜなら、それは彼が国際私法の根拠とする「法の理性 *raison de droit*」<sup>(27)</sup>に反することになるからである。彼は、国際私法が実質法とは別のレベルにあることは十分に理解していたと思われるし、法廷地実質法による性質決定を絶対の基準としていたわけではないことは、以上の著述からも明らかである。彼が法廷地実質法が性質決定の基準であると考えたのは、国際私法を自国実質私法の適用範囲を画する基準であると考えたことの帰結であり、それに尽きるといえよう。<sup>(28)</sup>

四 さらに、国際私法の独自性を強調する点については、Rabelとはほぼ同じ時期に性質決定についての見解を表明しているAgo<sup>(29)</sup>、Beckett<sup>(30)</sup>、Falconbridge<sup>(31)</sup>、Raapee<sup>(32)</sup>等の名前を無視して、Rabelのみを国際私法独自（自体）説の創唱者とするのは公平な見方とは思われない。

#### 第四項 日本における教科書的記述についての疑問

一 以上から明らかなように、Rabel説は国際私法独自説という言葉で整理するのは不当であり、その主張の重要な部分を逃しているといえよう。あえて、彼の説を名付けるのなら「比較的方法より得られた国際私法独自の普遍的な概念による性質決定理論」ということになろう。彼の主張は、国際私法は本来世界的に統一されたものであるとする普遍主義の立場を基礎とするものであり、決して法廷地の法秩序の中における国際私法と実質法との区別を認める立場に尽きるものではない。法廷地法秩序内におけるこの区別は、すでにKapp自身も明確に認めていたことは前述のとおりである。

Rabelの性質決定理論は、日本の国際私法学界の主流をなしてきた普遍主義の立場に大きな影響を与えた。わが国

において普遍主義の立場に立つ代表的な著作としてその後の学説に絶大な影響を与えた田中耕太郎の『世界法の理論第二巻』（一九三三）と折茂豊の『国際私法の統一性』（一九五五）が、性質決定に関してRabel説を支持していることがこのことを示している。<sup>(34)</sup>

しかし、RabelのDas Problem der Qualifikation（一九二一）<sup>(35)</sup>は、その中で明確に述べられているように、当時のドイツにあつて制定法による拘束がまだ少ない生成段階にある国際私法においては、立法論上の目標は裁判官にとつても導きの星として役立つ<sup>(36)</sup>という前提で書かれたものであり、解釈論にとどまらず立法論的色彩を強くおびた主張であつた。同様に、『世界法の理論』及び『国際私法の統一性』の二著も、それ自体、日本における現行国際私法の実践的な解釈論を超えて立法論的・理論的側面に及ぶ主張であると考えられる。

## 第二節 実践論としての法廷地国際私法独自説

一 しかし、こうした普遍主義を強調する性質決定論の流れが、わが国の国際私法学において主流となる一方で、若干色合いの違う見解が有力に主張されてきた。すなわち、久保岩太郎『国際私法構造論』（一九五五）及び三浦正人『適応問題の研究』（一九六四）に代表される立場である。

久保教授は、性質決定に関して次のように述べている。

「要するに、法律関係性質決定（間接性質決定）の標準となる法律概念は訴訟地の法律概念である。しかしながら、それは訴訟地の民法（直接法）上の法律概念ではなく、国際私法（間接法）上の法律概念である。換言すれば、法律関係の性質決定（間接性質決定）は訴訟地法による。しかしながら、それは訴訟地の民法（直接法）によるのではな

く、国際私法（間接法）によるのである。されば本説は訴訟地法説に属する。しかしながら、それは訴訟地の民法上の法律概念と国際私法上の法律概念を峻別せざる訴訟地法説ではなく、これを峻別する訴訟地法説である。即ち国際私法上の法律概念はその国際私法自体よりして構成せんとする訴訟地法説である。故に前の意味の訴訟地法説と區別せんとすれば、新訴訟地法説または修正訴訟地法説といふべきであらう。<sup>(37)</sup>

この立場は、性質決定はどこかの国の実質法に拠つてなされるとは考えず、国際私法規範の解釈の一場面として捉え、国際私法独自の問題としてなされるべきであるとする点では、確かに国際私法の実質法に対する独自性を承認しているといえる。しかし、この意味における国際私法の独自性は、すでにKahnも認めていたことであり、むしろ、純粹に法廷地の実質法の概念のみに従つて性質決定をなす見解の方が極めて稀であるといえよう。久保説においては、解釈の対象となるのはあくまで「訴訟地の国際私法規範」でそれに尽きており、むしろこの点にこそ、その特徴がある。

従つて、久保教授の理論においては、Rabelの理論や田中教授、折茂教授にみられるような普遍的な国際私法へと少しも近づぐことへの熱望は、基本的に存在していない。久保教授がここで提示しているのは、日本の現行国際私法についてのクールな現実論としての性質決定理論である。この点は、久保教授自身が、次のように認めているところでもある。

「新訴訟地法説という意味では前述の世界法学的概念説も形式上一応この中に包含される。それは、その学説が法律関係性質決定の問題は一国国際私法の解釈の問題にして国際私法の包含する諸概念はその国際私法自体よりして発見せられなければならぬとしているからである。しかしその概念構成の現実を見るときは一国の国際私法を超越してい

るから、これは実質上別個のものとして取扱うべきものと思う<sup>(38)</sup>。

この一国の国際私法を超越している部分こそが、普遍的国際私法への憧憬を示す理想主義のあらわれであり、正に Rabat 説や田中、折茂説の核である。その点において立場を異にする久保教授の説は、これらの説とは明白に異なる立場として位置付けるのが、むしろこれら主張者の主旨に沿うものというべきではなからうか。

二 三浦教授の見解も久保教授と基本的に同じである。三浦教授は、性質決定について次のように述べる。

「もちろん、事案の法性決定のために、抵触規定のかかげる法的カテゴリーはあらかじめ概念としての内容を持たねばならない。法的カテゴリーは、すべての涉外的事実関係から発生する法律問題に対応し得る内容を持たねばならない。抵触規定の立法者は、自国法の概念を用語として使用するそのカテゴリーにおいて、国際私法が各国実質法の上位に立ちそれらの類似目的をもつ法概念を一括的に捉えて、各国の類似概念に共通なる広い上位概念としての意味内容を付与したであろうことは容易に想像しうることである。それらカテゴリーが大まかで不明確なものであるとしても、事案を抵触規定にむすびつけるに足れば充分である。その際右のカテゴリーの意味を構成するための参考資料として実質法上の概念が問題となる。これが今日議論のある諸説を生み出している。法廷地抵触規定上のカテゴリーは法廷地の立法主旨によって法廷地裁判官が決定すべきことは言う迄もないが、その概念構成の参考資料として、法廷地実質法概念や準拠実質法概念あるいは国際共通概念が利用されることはいずれも可能であろう。そのいずれによるのが最も妥当であるかは議論の岐れるところであり、概して法定地実質法が中心的資料であることは否定できない。それに比較法的資料を加味して現実の概念構成（法性決定）が行われているとみるべきで、全く抽象的に比較法一本で概念構成することは、理想としては望ましいが現実にはそこまで行っていないと思われ<sup>(39)</sup>」。



三 最近のわが国の教科書レベルの説明においては、久保教授の見解は国際私法独自説の一類型として整理されていることが多い。<sup>(40)</sup>しかし、基本的に、超国家的なあるいは普遍的な国際私法規範というものを性質決定理論がめざす最終目的として明確に意識する田中教授や折茂教授の立場と、この立場が明らかに異なることは前述の通りである。日本の教科書における国際私法独自説という用語は、この点を曖昧にしてきたといえよう。

普遍的な国際私法規範の存在を現実論の中にもなんとかして取り込んで行こうとする学説が、性質決定において「比較法から得られた法の世界的な共通概念」や「世界法概念」<sup>(41)</sup>を基準として考えるのは論理の自然な流れである。

そこにおいて、現行国際私法が法廷地法の一部をなすものとしてそのことから受ける偏差は、もはや普遍的な国際私法規範を目指す上で消極的な価値しか与えられず、可能なかぎり捨象すべきものと考えられるからである。法廷地国際私法があるがままに受け入れ、その趣旨を尊重して解釈することを目指す久保教授や三浦教授の立場は、そうした意味において「法廷地国際私法独自説」と呼ぶべきである。このことは、久保教授の以下の *Parole* 説批判の著述からも明らかである。

「惟うに、衝突規則の性質及び機能に鑑み、内外実質法の比較方法により、衝突規則を内外実質法、殊に内国実質法より解放し、「思想的には自足的であり内容的には網羅的なもの」(ein gedenklich geschlossenes und inhaltlich erschöpfendes System)とすることは、方法として真に正当であるといわねばならない。また氏のいう如く、創造的解釈方法(method of creative interpretation)や融通的な豊かな(versatile and fecundating)解釈技術の用いられることは望ましいことであり、理論的には理想的である。しかし、このままでは、現在では現実の問題への適用が不可能であり、自らそこに限界があり、特定国の衝突規則全体の構想から来る制約を免れないことを忘れてはならない。ある国、

例えば独逸の不法行為に関する衝突規則は準契約をも含むものと解せられるのが正当であるとしても、他の国の衝突規則については必ずしも同様に論ずることはできない。例えばわが国の衝突法（国際私法）における如く、不法行為の外に、事務管理及び不当利得についての衝突規則を有する国においては、準契約を不法行為に関する衝突規則の中に含ましめることはできないであろう。法律関係の性質決定の問題が特定国の衝突規則の適用問題であるとする限り、このことは当然なことである。衝突法の解釈上最も重要且つ困難な問題は、この一つの衝突規則（上の法律概念）と他の衝突規則（上の法律概念）との範囲乃至限界の決定問題である。次に国際私法上の概念は内外実質法上の概念から解放され、自己固有のものであり、また国際私法が衝突法（間接法）たる性質上、内外実質法上の概念の根底の上に構築されてはいるが、法律関係の性質決定の問題が将来のあるべき統一国際私法の適用問題ではなく、現存の特定国の衝突法の適用問題であるかぎり、衝突法上一般的な統一概念が得られず、部分的統一概念の対立が生ずる場合には、内外実質法の等価論では解決不能に陥る。例えば比較方法により衝突法上の失踪宣告概念として失踪者の死亡を推定乃至擬制するものと、これをなさないものとの二つの部分的統一的の失踪宣告概念が対立する場合の如くである。かかる場合においては、通常はある国の衝突規則はその国の実質法を、他の国の実質法よりもより一層強い根底とするものと解せられるから、通常は本国の実質法上の法律概念の属する部分的統一的の失踪宣告概念によって性質決定すべきこととなることを看過してはならない。<sup>(42)</sup>

以上のように久保教授の見解は、*forum*とは異なり、法廷地の国際私法全体の構想からくる制約を性質決定問題の実践論として正面から受け止めようとしているのである。

四 なぜ、この二つの立場が不当に同一視されてきたのかは、以上の分析からすでに明らかになったと思われる。

それは、実質法と国際私法を区別すること、すなわち、性質決定の問題が国際私法規範独自の解釈問題であることへの着目、という両説の共通点が、特に教科書的な記述において、Rabelの学説の理解における若干の不正確さ及び、法廷地法説を法廷地実質法説として単純化することにより過度に強調される一方で、Rabelや田中、折茂説の理論の核である普遍的な国際私法規範形成への情熱が不当に無視されてきたことに起因すると私見は考える。

### 第三節 現在の状況

一 それでは、日本における現在の学説は、現行の国際私法における性質決定に関してどのように考えているだろうか。客観的状况としては、大まかにみて、少なくとも二つの点でコンセンサスが形成されていると考えられる。

第一に、性質決定の問題を国際私法規定の解釈の一場面と考えることについての基本的合意であり、この点についてはほとんど異論はないようである。<sup>(43)</sup>

第二に、そうした解釈は、法廷地の国際私法規範の趣旨・目的及び国際私法的利益、すなわち法廷地国際私法の独自性を特に重視してなされる必要があるとする点である。<sup>(44)</sup>

しかし、こうした立場は、法例を中心とする日本の現行国際私法規範をその趣旨目的から解釈しようとするものであって、Rabelの理論ように普遍的な国際私法へと少しでも近づこうとする明確な意図はなく、従って世界的な法の共通概念を決め手として用いる創造的解釈を目指しているわけではない。

Rabelの理論が日本において基本的に承認されているとの表面的な共通認識にもかかわらず、実際において現在のわが国の学説の多数は、むしろ、久保教授や三浦教授の見解の流れに属する考えを採用しているものと思われる。こ

うした見解は、久保教授が自ら認めておられるように、<sup>(45)</sup> 学説の分類としてはむしろ法廷地法説のなかに位置付けられるべきものと思われる。それは、以下で詳しく分析するように、今日でも法廷地法説を維持していると自他共に認めている現在のフランスの学説が、現在の日本における支配的な学説と理論においてほとんど異なるところがないことから明らかである。

#### 第四節 各国の状況（学説を中心として）

一 それではまず、現在のフランスの学説の状況はどうなっているであろうか。

標準的な教科書では、現在でも *Bartin* や *Kahn* の法廷地法説を承継していると明言されていることが多い。<sup>(46)</sup> *Batiffol et Lagarde* の第七版（一九八一）においては、*Bartin* 説を法廷地法による性質決定論とした上で、それを正当であると評価する。<sup>(47)</sup> そして、内国法においても法分野によつて同じ言葉でも定義が異なることがあるように、<sup>(48)</sup> 抵触規範上の概念が内国実質法のそれと常に同じである必然性はないとして、法廷地法における抵触規範と実質規範の峻別を承認する。これは、わが国の現在の学説が「国際私法の独自性」として表現している考えと同様のものである。そして、實際上、実質法概念のデフォルメが抵触規範において行われることは希であるが、それが正当化されるのは、<sup>(49)</sup> (1) 国際的関係を規律するという抵触規範固有の目的から、あるいは (2) 外国の法制度を法廷地抵触規範のカテゴリーに包摂する必要から、<sup>(50)</sup> であるとされる。この見解と現在の日本の学説との間に、基本的な違いは見あたらないどころか、両者は非常に似通っていると言うべきであろう。

また、*Mayer* の第三版（一九八七）も、基本的に *Kahn* と *Bartin* を支持した上で、性質決定の過程を三段階に分析す

る。すなわち、(1)性質決定の対象の確定、(2)法廷地国際私法のカテゴリへの分類、(3)準拠実質法の中での実質法上の性質決定、である。<sup>(51)</sup>従来、性質決定として議論されたところの中心的問題は(2)であるが、それは、あくまで法廷地の国際私法規範のカテゴリへの分類であるので、結局、抵触規範立法者の意思解釈の問題として捉えられる。<sup>(52)</sup>そして、それは国際私法独自の問題であるから、それぞれの連結政策の存在理由の探求が概して決定的な議論となるとした上で、国際私法と実質法は目的が違うので、内国実質法における分類の過度の考慮は非常に危険であるとする。<sup>(53)</sup>彼の説においても、法廷地の抵触法と実質法の目的の違いが明確に意識されており、そのままでも日本で違和感なく受け入れられるものとなっている。

その他、Lousouarn et Bourelの第三版(一九八八)でも、ほぼ同様の理解が示されている。<sup>(54)</sup>

三 次に、連合王国の学説の状況を概観する。Cheahineの「第二次法性決定の理論」が一時注目を浴びたが、それ以降は基本的に法廷地法説が支配的である。しかし、法廷地法説といってもわが国の教科書的記述において一般化しているような法廷地の実質法概念を基準とする考えではなくて、法廷地の国際私法独自の目的から、内国実質法とは異なる分類に拠ることをはっきりと認めている。<sup>(55)</sup>なお、スコットランドのAntonは、後述するFalconbridge達の説に近いが、法廷地における抵触法と実質法を明確に区別する点は同様である。<sup>(57)</sup>

四 アメリカ合衆国の抵触法第二リステイトメントの七条は、わが国においては法廷地実質法説をとるものであると説明されることが多い。<sup>(58)</sup>しかし、この理解が誤りであることは、七条のコメントにおけるイラストレーション2及び3から明らかである。<sup>(59)</sup>

「2. 被告は、X邦において原告を過失により傷つけた。F邦において提起された訴訟で、寄与過失に関する証明

責任が問題となった。X邦の法によれば、原告がそのような過失の不存在を証明する責任を負う。F邦の制定法は、しかし、原告に寄与過失があることの証明責任を被告に課している。この制定法は、F裁判所において、手続的なものであり、憲法上、その施行以前に起きた出来事にも適用することができる判決されていた。他方、F裁判所は、また、法選択の目的に関して、証明責任の問題は性質上実質法の問題であり、最も重要な関係を有する邦の内国法が適用されるべきであるとしていた。その邦は、この場合Xである。F裁判所は、Xの内国法に従い、原告が彼自身に寄与過失がないことについての証明責任をおうと判断するであろう。

3. F裁判所が法選択の目的において証明責任が実質法の問題かを手続法の問題か以前に判断したことがない点を除き、イラストレーション2と事実と同様であるとする。F裁判所は、F邦の内国法のコンテキストにおいてこの問題を手続問題であると性質決定したというのみを理由として、この問題を手続法問題であると判決してはならない。F裁判所は、実質と手続との区別に内在する、法選択におけるポリシーがそうした結論を命じていると確信しない限り、そのように判決してはならない。」

以上のように、リステイトメント七条は、法廷地実質法説ではなく、法廷地抵触法と実質法のポリシーを明確に区別している。

なお、カナダの *Castel* も、法廷地国際私法の独自性を認めている。<sup>(60)</sup>

ベルギーの *Rigoux* も同様であり、オランダの判例も法廷地国際私法の独自性を認めているようである。<sup>(62)</sup>

五 *Falconbridge* 及び *Rape* の学説は、かなり以前に示されたものであるにも関わらず、性質決定の理論構築において世界的に非常に高い評価を得ており、現在でも最高の水準を保ち続けているといっても過言ではない。しかし、

こうした立場が、日本において必ずしも十分な評価を受けているわけではない。<sup>(63)</sup>

Falconbridge が自ら認めるように、両者の理論は基本的には同じである。<sup>(64)</sup> 以下に Falconbridge の性質決定理論の概略<sup>(65)</sup>を示す。

彼は、抵触規範の対象は、事実的状况から生じる法的な問題 (legal question) であるとした上で、性質決定の目的は、その法的問題が法廷地の抵触法の個々の規定に定められている法的問題に包摂されるかどうかを決定することであるとす。潜在的な準拠実質法中の規定は、その規定が一部をなすところの法のコンテキスト、つまり準拠法秩序全体から吟味されなければならない。しかし、その具体的な法的問題を抵触規定において特定された法的問題へと包摂する最終的な過程は、抵触規範を含めた法廷地法に従って解決しなければならない。ただ、抵触規範は、外国の実質法規定の適用を可能にするために、コスモポリタンな視点から解釈されなければならない。

彼は、おそらく、現実の裁判において性質決定がなされる過程を、極めて忠実にフォローしていると思われる。そのため、具体的事件において適用が問題となっている特定の準拠外国実質法中の法規が、性質決定の結果如何によっては適用されないこともあるという暫定的な状況を正確に示す意味で、潜在的な準拠国内法規 (potentially applicable domestic rule)<sup>(66)</sup> という言葉を用いる必要があった。しかし、この緻密さが、かえって彼の理論を一見複雑なものに見せてしまい誤解をうむ原因となつていられると思われふしがある。しかし、前述のように、彼の見解は実質的に Rape の見解と一致するとすれば、それは、それほど難解な理論ではない。

Rape は、自身の見解を要約して次のように述べる。

「外国がその国の法規定を性格付ける、そして法廷地がそれを分類 (性質決定) する。前者は、規定の意味、目的、

性質に關すると同時に、その国家により与えられた法の実質、目標、根拠に關するものである。——それに反して後者は抵觸規定のもとへの包摂に關する。<sup>(67)</sup>」

これらの見解が、法廷地の國際私法の独自性を明確に意識している点においては、現在の日本の學說との理論構造上の差異はない。ただ、準拠実質法中における規定の性格づけについて、より精密な考察がなされている点に特徴があるといえよう。

六 その他の諸外国の立法例について、Overbeckの見解に従い、整理しておく。彼によれば、性質決定問題は、Neuhansがいうように「法廷地抵觸規範への包摂」という抵觸規定の適用問題と考えるべきであるとする。すなわち性質決定を國際私法独自の問題であると考えざるわけである。そして、彼は、Batiffol et LagardeやRape und Sturmの採用する性質決定理論を特に法廷地法説の拡張としての「機能的性質決定(qualification par la fonction)」と呼ぶ。<sup>(68)</sup>

諸国の立法において、性質決定に關する一般的な明文の規定がおかれることはそれ程多くない。スペイン民法二二条は、スペイン法による性質決定の原則を定めるが、多くの例外が見られることから、學説は、機能的性質決定理論を認めているようである。<sup>(69)</sup>ケベックの民法草案三条一項も、法廷地の法体系による性質決定を定めているが、コメントリによりれば、Overbeckのいう機能的性質決定を採用している。<sup>(70)</sup>なお、ケベックと同様、フランス法系に属するルイジアナの國際私法典は性質決定について規定をおいていない。<sup>(71)</sup>ハンガリー國際私法三条は、一項でハンガリー法上の規定および概念についての解釈規則に従った性質決定を定めるが、二項では、ハンガリー法上知られていない法律制度については、準拠外國法をも考慮に入れなければならないとされており、同様の機能を果たす制度をも性質決定のカテゴリーに含める機能的性質決定の理論を採用している。<sup>(72)</sup>ポルトガル民法一五条は、「ある法に与えられた管轄



は、その法が与えた内容と機能にしたがつて、抵触規定により指定された制度に属するところの諸規則のみを含む」と定め、準拠実質法の取り扱いの問題のみを定めるように見えるが、起草の過程から、国際私法規範の適用の問題としての性質決定については、Ferrer-Correiaによれば、法廷地法説と準拠法説との区別を克服したものとされている。この学説は、国際私法のどの規範を適用すべきかを決する過程、すなわち多くの学説が性質決定問題の中心としてきた過程を意図的に排除する特殊なものであり、評価は困難であるが、Overbeckが指摘するように、裁判実務がこの学説に忠実に動くとは考えられない。オーストリア国際私法三条は、「外国法が基準とされるときは、外国法は職権により、その本来の施行領域におけると同様に適用されるものとする」と定めている。この条文は、外国法の職権による適用を定めたもののように見えるが、起草過程から性質決定に関するオーストリアの学説である段階的性質決定(Stufenqualifikation)に影響を受けたものであると説明される。第一段階の性質決定は、法廷地国際私法の解釈の問題であるが、第二段階においては第一段階の性質決定により決定された準拠法所属国の裁判官がその法を適用するのと全く同じ様に適用し、同様の結果を得なければならないとする考えである。<sup>(75)</sup> なお、プエルトリコの国際私法草案も、ほぼ同趣旨の二段階の性質決定理論を採用しているようである。<sup>(76)</sup> スイス国際私法典は、性質決定についての一般的な規定を有していないが、OverbeckやFischer / Planiaの学説によれば、国際私法の独自性自体は当然のこととして受け入れられているようである。

非常に大雑把な概観ではあるが、全く純粹の法廷地実質法による性質決定論を採用する立法は、見当たらないようである。もちろん、性質決定に関しての一般的な規定をおかない立場が多いが、性質決定が国際私法の性格を考慮して独自の立場から為されるべきだとする考えは、実定的な解決においても徐々に定着しつつあるといえよう。

## 第五節 現在の世界的な理論状況とわが国における今後の課題

一 以上の検討から明らかなことは、法廷地の国際私法規範が法廷地の実質法に対して有する独自性を承認することについては、世界的にみても、今日ほとんど異義がない。そうすると、日本の教科書における標準的な説明において、法廷地法説を法廷地の実質法上の概念にしたがって性質決定をする立場であると決めつける点は、KahnやBartinの理論の説明としても正確であるとはいえない。まして、今日のフランスにおいても、法廷地実質法説が支配的であるとするのは誤りである。リステイトメントの理解についても同様である。更に、Raeが国際私法独自説の創唱者とされることについて誤解があることは、前述した。

二 性質決定の中心部分であるところの「法廷地国際私法規定のカテゴリーへの法的問題の包摂」が、法廷地国際私法の解釈問題の一つとしてそれ自身の独自の基準で行われるべきであるとする点については、今日では、世界的な共通認識となつていると考えてよい。しかし、私見は、それだけではまだ性質決定の過程全体を理論に把握できないと考えている。

三 準拠法の取扱について、前述した各国の学説のほとんどが、何等かの検討を加えていることがわかる。なかでも、最も精緻な議論をなしているのが、Falconbridge及びRaapeである。

わが国でも、準拠法の取扱について、いくつかの学説が以前より指摘してきている。すなわち、性質決定の第二の局面としての「送致又は指定の内容限界」<sup>(79)</sup>「限界確定問題」<sup>(80)</sup>「具体的送致範囲」<sup>(81)</sup>「送致範囲」といった言葉で呼ばれてきた問題である。以下では、国友助教授の表現に従い、「送致範囲」<sup>(82)</sup>という言葉を用いる。この用語の定義は、国友助教授に従えば、次のとおりである。

「事実関係から生ずる法的な問題が抵触規則の指定概念に包摂され(すなわち性質決定され)、その連結素によつて準拠法が決定された後において、準拠実質法上、指定(送致)を受ける規範の範囲を画すること、すなわち、送致範囲の画定が必要となるといえる。」<sup>(83)</sup>

私見も、基本的にはこれと同意見である。この問題については、次章で詳しく扱うこととしたい。

(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) 一九九〇年の法例改正においても、単位法律関係は、子の準正についての条文が新設されたことを除いては、基本的に改正前と変っていない。
- (2) 久保岩太郎『国際私法構造論』一七四頁(一九五五)。
- (3) こうした考えは、日本特有のものではない。(例えば、Mayer, P. *Droit international privé*, 3e ed. (1987), p. 105) しかし、近時、法例の規定にも欠缺があることを認める立場が、特に製造物責任に関して有力になりつつあることは注目に値する。(佐野寛「生産物責任の法選択に関する一考察(三・完)」法政論集九九号三三五—三七七頁(一九八四)なお、法例の欠缺を認めていこうとする新しい傾向についての指摘として、松岡博「国際私法における法選択規則構造論」一六三頁(一九八七)参照。
- (4) この考えは、筆者の感触では、原則論としては多数に支持されていると思われる。(特にこの立場を強調するものとして、石黒一憲『国際私法「新版」』七〇—七三頁(一九九〇)しかし、学説及び実務において再考する動きがあることも明白である。(この点について、松岡・前掲注(3)・二三九—二四五頁参照)。
- (5) 巴〇契約準拠法条約(一九八〇)三条一項、ハーグ動産売買準拠法条約(一九八五)七条一項など。
- (6) 巴〇契約準拠法条約(一九八〇)七条一項、スイス国際私法・九条。こうした点については、佐藤やよひ「設問九「二七」強行法規の特別連結」山田鎌一・早田芳郎編『演習国際私法・新版』一八一—一九頁(一九九二)一二五—二二九頁参照。
- (7) Volken, V. P. *Konventionskonflikte im internationalen Privatrecht* (1977), Majoros, F. *Les conventions internationales en matière*

*de droit privé* I (1976), II (1980).

- (8) 澤木敬郎『国際私法入門「第三版」』三三—三四頁(九九〇)、三浦正人(編)『訂・国際私法』四〇頁(九九〇)、欧龍雲『国際私法講義(補正版)』一九九—二〇三頁、木棚昭一・松岡博・渡辺惺之『国際私法概論「新版」』三三—三三頁(九九一)、山田録一『国際私法』五〇頁(九九二)、溜池良夫『国際私法講義』二二七—二八頁(九九三)。ただし、池原教授は、この点に関しラール説が比較的方法を重視している点を見逃しておらず、従ってより緻密な理解を示しており注目に値する。(池原季雄『国際私法(総論)』一〇七—一一頁(一九七三))。
- (9) 溜池・前掲注(8)・二二八頁。その他、三浦(編)前掲注(8)・四〇頁も、法廷地法内における抵触法と実質法の区別という点で国際私法の独自性を捉えているが、後述するように、Rabelの議論は法廷地法内の問題に限定されているわけではない。
- (10) 溜池教授は、ラールを「国際私法自体説の創唱者」であると(溜池・前掲注(8)・二二九頁)。その他、前掲注(8)のほとんどの教科書がこの点について同旨である。
- (11) 澤木・前掲注(8)・三三頁、三浦(編)前掲注(8)・四〇頁、欧・前掲注(8)・三三頁、木棚・松岡・渡辺・前掲注(8)・三三—三三頁、山田・前掲注(8)・五〇頁、溜池・前掲注(8)・二二八頁。
- (12) Rabel, *Le problème de la qualification*, *Rev. dr. int. priv.* (1933), p. 1 at p. 2.
- (13) Rabel, *Das Problem der Qualifikation*, *Rabelz*, 5, J.G., (1931), pp. 241—288. 本論文については、桑田教授による日本語訳がある。(桑田二郎(翻訳)エルンスト・ラール「性質決定の課題」『国際私法の諸相』五〇八—五八四頁(一九八六))。
- (14) Rabel, *supra note* (12), at p. 1.
- (15) Rabel, *supra note* (12), at p. 1.
- (16) Rabel, *supra note* (12), at pp. 1—3.
- (17) Rabel, *supra note* (12), at pp. 3—5.
- (18) 例えば、インゲランドの国際私法の代表的な体系書である *Dacey and Morris on The Conflict of Laws* によれば、ラールの立場は、法廷地法説や準拠法説に対比して“Analytical jurisprudence and comparative law”(分析法学と比較法)による性質決定理論であると考えられる。(Collins, L. (ed), *Dacey and Morris on The Conflict of Laws* 11th ed. (1987) Volume 1, p.

国際私法における性質決定理論の再構成(一)

40) なお、Mayer, *supra* note (3), at p.106 も、ラーベルの理論の特徴として比較法的方法の使用と普遍的な概念の構成を、法廷地法からの独自性と並んであげている。

また、この点に關してはラーベル自身が、自分の見解を「比較法的方法 (comparative method)」と名づけていることが何よりも喚起されるべきであろう。(Rabel, *The Conflict of Laws - A Comparative Study* (1958) Volume1, p.54)

(19) 澤木・前掲注(8)・三二頁、三浦(編)・前掲注(8)・三八頁、欧・前掲注(8)・三三頁、木棚・松岡・渡辺・前掲注(8)・三二頁、山田・前掲注(8)・四八頁、溜池・前掲注(8)・一一三―一二四頁。

(20) Rabel, *The Conflict of Laws - A Comparative Study* (1958) Volume1, p. 58.

(21) Kahn, F., *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht* (1928), Band I, p. 112

(22) Bartin, E., De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois, *Journal de droit international privé* (1897), pp. 225-255, pp. 446-495, pp. 720-738.

(23) 例えは、山田・前掲注(8)・五一頁、溜池・前掲注(8)・一一三―一二三頁。

(24) Bartin, *supra* note (22), at p. 237.

(25) 折茂教授は、普遍的國際私法の実存性を論じる中で、Bartinの説を肯定論の立場(國際慣習法説)として位置付けるが、正當な理解だと思われる。(折茂豊『國際私法研究』四一―四七頁(一九九二))。

(26) Bartin, *supra* note (22), at pp. 240-241.

(27) Bartin, *supra* note (22), at p. 236.

(28) Bartin, *supra* note (22), at pp. 238-239.

(29) Ago, 『性質決定の問題を、國際私法規定の解釈の問題であるとする立場をめぐって』(Ago, R., *Règles générales des conflits de lois, Recueil des cours* vol.58 (1936), pp.320-321.)

(30) Beckett は、「性質決定は具体的な事件に対する國際私法の規則の単なる解釈または適用であり、従って、國際私法の規則の概念は、必ず概括的な性格のものでなければならぬ」としている。(Beckett, W.E., *The question of Classification("Qualification")*, *British Year Book of International Law* (1934), p49, at p. 59.)

(31) Falconbridge も、「性質決定の第一段階を、法廷地の抵触規範の解釈により、法的问题を性質決定することであるとす。

- (Falconbridge, J. D., *Essays on the Conflict of Laws 2nd ed.* (1954), p. 52.)
- (32) Raape も、性質決定の第一段階を、法廷地の抵触規範の解釈問題にすぎないとする。(Raape, L., *Les rapports juridiques entre parents et enfants. Recueil des cours* vol. 50 (1934), p. 518.)
- (33) 溜池・前掲注(8)・一一九頁。
- (34) 田中耕太郎の『世界法の理論 第二巻』二七五頁(一九三三)、折茂豊『国際私法の統一性』二四四—二六六頁(一九五五)。
- (35) *Supra* note (13).
- (36) Rabel, *supra* note (13), at p. 263. (桑田・前掲注(13)・五四三頁参照)
- (37) 久保・前掲注(2)・一〇五—一〇六頁(一九五五)。
- (38) 久保・前掲注(2)・一〇九頁注(15)。
- (39) 三浦正人『適応問題の研究』一七四—一七五頁(一九六四)。
- (40) 池原・前掲注(8)・一〇八頁、山田・前掲注(8)・五〇頁、溜池・前掲注(8)・一一三—一一三頁。
- (41) 田中・前掲注(34)二七五頁。
- (42) 久保・前掲注(2)・九四—九五頁。
- (43) 池原・前掲注(8)・一一五頁、山田・前掲注(8)・五一頁、澤木・前掲注(8)・三二頁、欧・前掲注(8)・三三頁、木  
 棚・松岡・渡辺・前掲注(8)・三三頁、三浦編・前掲注(8)・三五頁、国友明彦「設問「四」法律関係の性質決定」山田録  
 一・早田芳郎編『演習国際私法・新版』一八一—一九頁(一九九二)。
- (44) 池原・前掲注(8)・一一五頁、石黒・前掲注(6)・七三頁、山田・前掲注(8)・五三—五四頁、欧・前掲注(8)・三三頁、  
 溜池・前掲注(8)・一三七頁。
- (45) 久保・前掲注(2)・一〇六頁。
- (46) Batifol, H. et Lagarde, P., *Droit international privé 7e ed.* (1981) Tome I, p. 299.
- (47) Batifol, H. et Lagarde, P., *supra* note (46), at pp. 341—342.
- (48) Batifol, H. et Lagarde, P., *supra* note (46), at p. 346.
- (49) Batifol, H. et Lagarde, P., *supra* note (46), at p. 347.

- (50) Batifol, H. et Lagarde, P., supra note (46), at p. 348.
- (51) Mayer, P., supra note (3), at p. 100.
- (52) Mayer, P., supra note (3), at p. 104.
- (53) Mayer, P., supra note (3), at p. 108.
- (54) Loussouarn, Y. et Bourel, P., *droit international privé 3e ed.* (1988), pp. 283-284.
- (55) 上の理論の詳しく紹介は山田教授によつてなされてゐる。(山田録「いわゆる第二次法性決定について」『国際私法の研究』一〇三九頁(一九六九))。
- (56) Dicey and Morris (Collins ed.), supra note (16), at pp. 38-39, Jaffey, A. J. E., *Introduction to the Conflict of Laws* (1988), pp. 252-254, North, P. M., and Fawcett, J. J., *Cheshire and North's Private International Law 12th ed.* (1992), p. 45, Khan-Freund, O., *General Problems of Private International Law, Recueil des cours* (1974-III), pp. 375-377.
- (57) Anton, A. E., with Beaumont, P. R., *Private International Law 2nd ed.* (1990), pp. 65-72.
- (58) 山田・前掲注(8)・四八頁、溜池・前掲注(8)・一三六頁。
- (59) *Restatement of the Law Second: Conflict 2d*, Volume, 7 (1971), p. 19.
- (60) Castel, J.-G., *Canadian Conflict of Laws 2nd ed.* (1986), p. 61.
- (61) Rigaux, F., *Droit international privé 2e ed.* (1987) Tome I, pp. 326-330.
- (62) van Rooij, R. and Polak, M. V., *Private International Law in the Netherlands* (1987), p. 241.
- (63) 三浦・前掲注(39)・一四一注(1)参照。ただし山田・前掲注(55)・三八頁は、その見解を評価する。
- (64) Falconbridge, J. D., *Essays on the Conflict of Laws 2nd ed.* (1954), p. 62.
- (65) Falconbridge, supra note (64), at pp. 69-70
- (66) Falconbridge, supra note (64), at p. 70. なお、潜在的な準拠法の問題につき、その具体的な適用過程における説明は、pp. 59-61 参照。
- (67) Raape, L., *Les rapports juridiques entre parents et enfants, Recueil des cours* (1934-IV), p. 521.
- (68) Overbeck, A. E., *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents, Recueil*

*des cours* (1982-III), p. 9, at p. 92.

- (69) Overbeck, *supra* note (68), at p. 105.
- (70) Overbeck, *supra* note (68), at p. 106.
- (71) Symeonides, S., Les grand problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Louisiane, *Revue critique de droit international privé* (1992), p. 81, at pp. 274-275.
- (72) Overbeck, *supra* note (68), at p. 106.
- (73) Overbeck, *supra* note (68), at p. 112.
- (74) Overbeck, *supra* note (68), at p. 113.
- (75) Overbeck, *supra* note (68), at p. 114.
- (76) Symeonides, *supra* note (71), at p. 275.
- (77) Overbeck, *supra* note (68), at p. 92.
- (78) Vischer, F. / von Planta, A., *Internationales Privatrecht* 2., erw. Aufl. (1982), at pp. 15-17.
- (79) 久保・前掲注(2)・一八〇—一八一頁注(10)。
- (80) 三浦・前掲注(39)・一八三頁。
- (81) 石黒・前掲注(4)・一五六頁。
- (82) 国友明彦・「契約と不法行為の抵触法規則の競合問題——法性決定の一特殊問題として——」(一)法学雑誌三二卷四号二一八頁。
- (83) 国友・前掲注(82)・一一八頁。