

# Wengler 特別連結論における「国際的管轄権」

—— Zweigert による理論的変容を含めて ——

榑 崎 みどり

- 一 はじめに
- 二 Wengler の特別連結論の構成
- 三 Zweigert による理論的変容
- 四 国際的管轄権についての理解
- 五 結びに代えて

## 一 はじめに

(1) いわゆる特別連結は、渉外的契約債務関係に関する外国の強行法規の適用について、契約債務関係の準拠法とは異なる第三国の法規であつても、当該契約準拠法の選定とは別に、法廷地における適用の可能性を模索するための国際私法上の技法である。特別連結の要件としては、第一に、強行法規がその渉外的契約債務関係に対して適用され

る妥当意思を持つこと、第二に、強行法の発令国が当該法律関係に対して真に緊密な関係を持つこと、さらに第三に、法廷地法公序に反しないこと、という三条件が挙げられる。

特別連結論は、ドイツの Wengler によつて一九四一年の論文<sup>(1)</sup>により創唱され、わが国では最初に桑田三郎教授によつて紹介された。<sup>(2)</sup>その後、折茂豊教授により当事者自治の制限の観点から取り上げられ、<sup>(3)</sup>この間に多彩な分析に付されている。<sup>(4)</sup>しかし、右にあげた第二の条件のなかで Wengler が「国際的管轄権」に触れていることは、わが国ではこれまでほとんど注意を向けられてこなかったように思われる。たしかに、桑田教授の紹介においては、「他国の立法者が法律関係を強行規定によつて規律するための、<sup>(5)</sup>国際的管轄権」(傍点ママ)は、国際裁判管轄権の判断と同じく「各国自身が決定する」ものとされ、裁判所による「国際的な法の援助 (internationale Rechtshilfe)」<sup>(6)</sup>(桑田教授の訳では「国際的司法共助」)の理念から導かれるものとして説明されている。<sup>(7)</sup>しかし、ここでは、国際的管轄権とは「第三国によつて自国の強行法が適用せられるために充分なる関係である」と第二の条件との反復が示されているにとどまり、管轄権の概念内容についてのそれ以上の説明はなされていない。なお、折茂教授による Wengler 理論の説明には管轄権という言葉は一切使われていない。

ドイツでは、特別連結論は、Wengler が創唱した説を Zweigert が一九四二年の論文<sup>(8)</sup>で発展させた理論として理解されており、両名が提唱者として並列的に挙げられることが多い。しかるに、Zweigert は、一九四二年の論文では、Wengler の「国際的管轄権」の用語を避けており、「法の援助」の理念も「裁判の調和 (Entscheidungsharmonie)」の原則に言い換えている。むしろ、Zweigert は、Wengler の説には「指針となる思想 (Leitidee)」が欠けていると批判し、「裁判の調和」を強調しつつも、それを限界付けるための考えとして、当該の強行法規が自国を

含めた関係諸国にとって「親和的 (sympatisch)」かそれとも「異質的 (atfremd)」かにより、適用の可否を決しようとする。こうした基準は後に Mann<sup>(10)</sup> によって厳しく批判されることになる。

(2) 特別連結論は、発表後すぐに受け入れられたわけではなく、一九五八年に Neumayer<sup>(11)</sup> が取り上げ、一九六五年に Zweigert<sup>(12)</sup> が再説するまで、学界からは放置されていた<sup>(13)</sup>。これには当時の経済社会的背景とさらに理論的理由があるように思われる。

まず、Wengler が特別連結論を提唱したのは戦間期の状況を背景としている。当時のドイツは第一次世界大戦の多額の賠償金の返済に苦しみ、ドイツ国内企業も外国からの対内投資すなわち借入金の返済に立たされていた。変動する貨幣価値を担保するため、当時の国際契約の中には債務額を金価値で約定した金約款 (gold clause)<sup>(14)</sup> を入れるのが商慣習であった。しかし、自国通貨の為替の下落を抑えるため一九三〇年代初頭にドイツははじめ各国で外国為替管理法が制定され、外貨による支払や金本位が停止された。さらに、ドル貸発行国のアメリカが一九三三年に国際契約中の金約款を無効とする決定<sup>(15)</sup> をなした。Wengler が強行法規の例として挙げるのはとりわけ金約款の禁止や制限を命じる禁止法令である。当時はドイツ企業が契約中の金約款に従った支払債務の履行をドイツ以外の国で訴えられる可能性があった。そのため、内外の法廷地を問わず強行法の統一的な適用を確保するための法的スキームへの実務的要請が特別連結論の背景にあったことを、Mann が指摘している<sup>(16)</sup>。特別連結論が実務的要請により提唱されたとすれば、第二次世界大戦を経て、戦後、外国法とくに経済法の強行的法規の適用に関する訴訟が生じるまで、かかる理論の再登場する幕が無かったとも言えよう。

さらに、理論的問題として、現代型の国際私法と接合する際の難点があったと考えられる。Wenglerの国際私法は、法の場所の妥当領域の確定を国際私法の任務とする学説の流れを汲むものであり、人がなす法律関係についてそれと最も密接な関係を持つ法を選定するという Savigny による転回後の「人間中心的」な国際私法<sup>18</sup>ではな<sup>17</sup>。Wengler のいう「連結 (Anknüpfung)」は、それを通じてただちに準拠法に送致されるといった、いわゆる「暗闇への跳躍」として機能する「連結」ではなく、あくまで法の支配領域の場所的限界を確定するための「連関」である。Wengler のいう「特別な連結」とは、契約債務関係の準拠法については契約の私的自治から自然的に当事者自治を認めるが、特定の債務履行を禁ずるような強行法の適用については、債務関係の準拠法とは別に、その妥当の根拠となる「連関」を探るべきことを述べたものであった。「特別連結 (Sonderanknüpfung)」は、Zweigert により付された名称である。<sup>19</sup>現代型の国際私法との接合の困難は、その後の学説による理論的發展においても解消されたわけではなく、現在に至るまで、特別連結は国際私法上の通常の連結とは別の規律体系ではないかとの疑問が付いて回ることになる。<sup>20</sup>

(c) Neumayer は、一九五七年の講演 (刊行は一九五八年)<sup>21</sup>で、私法の強行法規には国際的に妥当するいわゆる絶対的強行法規とそうではない国内的強行法規との二種があるとし、<sup>22</sup>前者の法規が他国の法廷地により顧慮されることを確保するには、特別連結が有用であると説いた。Neumayer は、特別連結が認められるための第二の要件を「立法管轄権」(「介入権」として表現している。<sup>23</sup>これにより、Wengler の「国際的管轄権」には、戦後の国際法の下での国家管轄権の名称が与えられた。第二次世界大戦後、通貨と為替の安定が IMF など国際組織の下ではかられるようになり、国家の「規制権」概念が国家主権概念から発達して、Ehrer のように、<sup>24</sup>国際的な組織的取決めと国家の規制権の

緊張関係を捉える学説が現れるようになった時期である。経済法のような私法関係を統制する国家法が、他国の法廷地でその効力を争われるという場面では、私法関係から切り離して、経済法の介入法規の適用可能性を考える必要が生じていた。一九六四年には Zweigert も特別連結論を再説した。<sup>(25)</sup>

しかし他方で、「国際的管轄権」を国家機関の手続法上の管轄権として指向する議論も現れるようになる。たとえば、Heidrich は一九六八年の著作<sup>(26)</sup>の中で、「国際的管轄権」を、裁判管轄権 (Gerichtszuständigkeit) と法の管轄権 (Rechtszuständigkeit) とが未分化であった頃に一六・一七世紀のスタテュート (法規分類) 学派が準拠法の問題を裁判管轄権の問題と混同して扱っていたことに根源を持つ、いわゆる裁判 (forum) と法 (ius) の管轄権の「並行 (Gleichlauf)」に由来する概念として説明している。そして「国際的管轄権」をむしろ裁判所の手続法上の管轄権に収斂させていうとした。

(4) 以上のような流れを見るに、Wengler の「国際的管轄権」の概念は、その理解について二つの方向性を孕んでいたといえる。一方では、国際法上の国家管轄権 (立法管轄権ないし規制権) として、国際社会の利益状況を加味して法廷地における外国法の妥当を判断するための基準としての理解であり、他方は、訴訟手続法上の裁判所の管轄権として、法廷地裁判所の手掛ける法的问题の範囲を確定する基準としての理解である。債務準拠法とは異なる外国強行法の適用に関して、前者は双方向的な抵触法規律を、後者は一方的な抵触法規律を後押しすることとなる。

現在ドイツやEU法で普及している「特別連結」は、Wengler の理論から離れて、冒頭で述べた三条件を前提とする外国強行法を適用するための国際私法上の法的技術として独り歩きしているように見られる。EUREベルの立法で

も、契約債務準拠法に関する一九八〇年のローマ条約七条<sup>(27)</sup>、ローマI規則九条<sup>(28)</sup>、国内法では、スイス国際私法典一九条<sup>(29)</sup>などに法文化されている。

以下では、Wenglerの特別連結論の理論構成を——とくに「国際的管轄権」の概念について——再検証し、Zweigertにより受けた理論的変容も合わせて考察することとしたい。

## II Wenglerの特別連結論の構成

### 1 起点となる問題意識

特別連結の考え方は、Zweigert<sup>(30)</sup>によれば、古くから既にNubbaum<sup>(31)</sup>によって主張されていたとする。同所で引用されているNubbaumの文献では、しかし、特別連結という語は用いられてはおらず、次のように述べられているにすぎない。すなわち、国家がその領域のなかで特定の行為を禁止するのは国家主権の範囲内であり、そのため、行為地法 (lex loci actus) が定める禁止の効果 (不法の効果) としての契約無効を国際私法上も認めるのが自然であり、当事者自治もそのかぎりでは制限されるとする<sup>(32)</sup>。

Wenglerもまた、強行法の適用による当事者自治の制限を前提とするが、議論の出発点としては、諸国の裁判例から、法廷地法の強行法の適用と外国の強行法の適用とは明らかに異なる原則がとられているとして、これを問題視するところから始めている。法廷地の強行法は債務準拠法でなくとも適用されるのに、外国の強行法は債務準拠法でないかぎり適用されない。Wenglerは、こうした対応の違いが「裁判所の判断の国際的相違 (internationale Divergence der

gerichtlichen Entscheidungen)」をもたらず原因であるとしている。<sup>(33)</sup> Wengler は、司法の態度を变革するには、二つの方向があるとしている。すなわち、「強行法は債務準拠法から取り出す」という原則を外国の強行法のみならず法廷地の強行法についても徹底させるか、あるいは、法廷地法だけではなく外国法の適用範囲をも「別個にかつ債務準拠法を考慮せずに (gesondert und ohne Rücksicht auf das Schuldstatut)」決定させるかであるとする。

## 2 債務準拠法からの分離

強行法の適用は債務関係の準拠法とは別に決定されるべきであることを、Wengler は次のように主張している。

「そもそも何が『債務準拠法』なのかという自生的問題に対して、人はたいてい次のような答えを持っている。債務関係に適用される法秩序、すなわち、債務の成立、内容、消滅を決定する法秩序であると。ほとんどすべての国が持っている積極的な国際私法 (das positive internationale Privatrecht) に少し目をやれば、このような意味における債務準拠法はどこにもないことがわかるであろう。方式 (Form)、行為能力 (Geschäftsfähigkeit)、そして錯誤 (Irrtum) や脅迫 (Drohung) 等によって影響されていない意思 (Wille) は、債務が完全に有効に成立するための要件である。しかし、ほとんどどこにおいても、これらの要件は別個に連結されており (gesondert angeknüpft)、債務準拠法からは取り出されていない。少なくとも法秩序において債務の履行 (Erfüllung) の問題は別個に連結されており、『契約準拠法 (proper law of the contract)』が決定するのは、当事者が義務を負うか、何についてかという点にすぎない。債務準拠法は、『その債務関係を支配する』法秩序ではなく、むしろいずれか特別な連結 (eine spezielle Anknüpfung) に基づいてすでに他の特定の法秩序に服している問題を除外した後で、債務関係の規律に関するすべての諸問題を扱う法秩序である。」<sup>(34)</sup>

### 3 強行法についての特別な連結の要件

#### (1) 法の場所的妥当領域に関するその法自身の意思

強行法の適用について債務準拠法から分けて特別に決定するためには、まず、法の場所的妥当領域についての当該法自身の妥当意思が必要とされる。そのために、裁判官は、立法者を補助する役割を果たし、法の妥当意思を解釈する任務を持つという。

「強行的法規のもつ独自の場所的な妥当意思をその法規の目的から見定めることは必ずしも容易ではない。むろん時折、そうした強行法が自ら、望まれる妥当範囲を明白に区切っていることがある。為替管理法はたいがい非常に詳細に規定している[∴]。一般的な民法に含まれている強行規定においては、しかし、その場所的な妥当意思はたいがい当該の法からは取り出すことができない。ここでは立法を補完する『解釈』により、その趣旨や目的に合った場所的な妥当領域を検証することが、裁判官の任務である」<sup>(35)</sup>

法廷地の強行法規は、その政策的目的に沿った妥当領域の内部でのみ (nur innerhalb ihres zweckgemäßen Geltungsbereiches)、逸脱する当事者の取決めや他の法の法規を許容しない「公序法 (loi d'ordre public)」<sup>(36)</sup>となる。外国の強行法規についても、法廷地法の強行法規と同じく、債務準拠法にかかわらずに法廷地裁判所により適用されるためのスキームを設けるべきとする。そのために持ちだされる理念が、「法の調和 (Gesetzesharmonie)」<sup>(37)</sup>であり、「国際的な法の援助 (internationale Rechthilfe)」<sup>(38)</sup>である。



「それぞれの国は自国の強行法の通用領域について一般的には債務準拠法に顧慮を払わずに決定していると確認されることから、また、国際私法の諸々の一般原則から、裁判所がどのように外国の強行法に対峙すべきかという問題について、解決策はおのずと現れる。法の調和すなわち、あらゆる国においてできるかぎり一致した判断がなされるとする原則からは、外国の強行法もその国の法秩序が『債務準拠法』であれば單純に適用されてよいわけではなく、また、その場合にのみ適用されればよいわけでもない、ということが導かれる。外国の強行法がその自らの妥当意思 (Gehungswille) に従って、その他の点ではその国の法に服していない法律関係に対して適用され得るとするならば、内国「法廷地」でも、より詳細に論じられるべき一定の制限の範囲内で、当該外国の強行法の妥当意思が承認されるべきである。それにより内国「法廷地」の判断は、その強行規定を下した国の裁判所の判断から、できるだけ逸脱しないようになる。国際的な法援助の思想からもまた同じ結果が導かれる。すなわち、強行的法規を自ら発布した国は、同国で裁判される可能性が常に十分にあるとは考えていないであろう、すべての事案においてこの強行法を妥当するためには、この国はむしろ、外国の裁判所もまたこの強行規定を場合によって適用することを、期待しているはずである」<sup>(39)</sup>

## (2) 「十分に密接な関係」の存在

さらに、その強行法規を発令した外国について、その債務関係に関して十分な関連性(真に密接な関係)をもつことが必要とされる。

「いかなる外国の国家がそのような強行法規を立ててよいのか」<sup>(40)</sup>。つまり必要なのは第一に、外国が、その国の強行法がいずれかの債務関係に適用されることになっている場合には、いずれかの真に密接な関係をその法律関係に対して示していることである。そうした密接な関係があることは、他の国々がこの強行法を貫徹する際の『法の援助』を正当化する」<sup>(40)</sup>

Wengler は、十分な関連性があるか否かの判断は、法廷地裁判所が外国判決の承認において当該外国裁判所に裁判管轄権(間接管轄)があるか否かを判断するのと同じように行えばよいとする。ここで初めて、強行的法規を発令し

て当該の法律関係を律するための「国際的管轄権」について言及されている。

「その強行法の場所的妥当領域を決定する際には、外国判決の承認の際とまったく同じように (ganz ähnlich wie bei der Anerkennung ausländischer Urteile) 為される。各国が自ら決定するのは、いつ自国の裁判所が用いられるかであり、また、いつ自国の強行法を適用させようとするかである。さらにまた、各国は、外国の裁判所が判決を下すための『国際的』管轄権 ("internationale Zuständigkeit) を持つかを自ら定め、それに該当する場合にのみ、その外国判決が内国において『承認される』か定める。相応のやり方で、各国は、他国の立法者が強行的法規により法律関係を律するための『国際的』管轄権を有するかを定め、それに該当する場合にのみ、その強行規定が内国において適用されるかを定める。」<sup>(41)</sup>

したがって、強行法を發布するための「国際的管轄権」は複数の外国に認められる可能性があり、管轄を持つ複数の外国の強行法が累積的に適用される可能性もあるとされる。<sup>(42)</sup> その際、複数の強行法規がともに約款の禁止や無効を定める場合、もしくは一方の法規が約款の無効を定め他方の法規が契約全体の無効を定める場合には、前者の場合は約款のみを無効とし、後者の場合はより厳しい制裁を基準として契約全体を無効とすればよいとする。<sup>(43)</sup>

問題は、十分な関連性の判断基準である。この点について、Wenglerは、「常に一致した原則が形成されることはない」と述べながら、しかし「国際的に統一的な解決策に到達することは見込みがある」とする。<sup>(44)</sup> また、外国法の制定国が考える妥当領域を画する基準と、法廷地裁判所が考える関連性の基準とは、一致することもあれば、相違するときもあるという。

「いずれかの法律関係に関する強行的規定を發布するための外国の『権限 (Berechtigung)』を基礎づけるために、法廷地法が基準としてみなす基準 (Kriterium) は、むしろ、外国自身がこれらの諸規定の妥当領域を画する (begrenzen) ための標

準と同一であり得る (identisch sein kann)。たとえば、その国がその金約款「禁止」立法を、その国の通貨におけるすべての債務関係に対して適用させようとしており (angewendet wissen will)、その国には同時に債務者の居住地があるとす。いずれか他の国は、通貨と債務者住所地 (Währung und Schuldnerwohnsitz) が、存在しているにちがいない密接な関係——かかる関係に基づきその国の裁判所が外国の金約款法を適用する——を基礎づけるといふ見解に立つかもしれない。しかし、別の国は、例えば通貨と履行地 (Währung und Erfüllungsort) を、外国の金約款法の適用可能性について決定的な基準としてみなすことはよくあるであろう。こうした基準と、外国の強行法自身により打ち立てられたその妥当領域の限界との累積 (Kumulierung) は、むしろ、強行的法規の妥当 (Geltung) を二重に限定すること (zweifache Einengung) になる。<sup>(45)</sup>

もつとも、具体的にどのような場合に強行法の制定国に十分な関連性が認められるかについては、複数の例が挙げられているにとどまる。たとえば、まず、(i) 履行地の法が一定形態の債務履行を禁止する場合など、強行法の制定国がその強行法を実行できる状態にある場合である。<sup>(46)</sup> また、(ii) 債務の支払がアメリカ合衆国の外でなされる場合には、通貨発行国というだけでは不十分であるが、債務者か債権者の業務上の本拠が合衆国内にあれば十分であるとす。<sup>(47)</sup> さらに、(iii) 当該法律関係と「最も密接な関係」にある国 (例えばポーランド) の国際私法が、外国 (例えばアメリカ合衆国) の強行法 (金約款禁止法) を通貨準拠法として適用することで、同国の法秩序に当該外国の強行法を「取り込んでいる」場合には、強行法の制定国が当該法律関係とは弱い関連しか持っていないくとも、十分な関連性が認められるという。<sup>(48)</sup>

### (3) 法廷地法の公序の考慮

Wengler は、法廷地法の公序との両立が検討される際には、国際的管轄権を持つ外国との密接関連性と、法廷地における内的牽連性とのいずれかが選択的に認められると述べている。

「外国法の妥当領域は、先の章において扱ってきた諸事案におけるように当該外国法と法律関係との間の多少なりとも密接な関係を考慮に入れて限界づけられるのではなく、このたびはむしろ法律関係と法廷地法との間の多少なりとも密接な関係を考慮に入れて確定される。つまり、強行的な外国法規の内容が法廷地法の公序と対立する場合には、外国の『国際的管轄権』のほかに、法廷地法への妨害的な (störend) 内的牽連が欠けていることが証明されねばならない。この場合には、外国の『国際的管轄権』と、法廷地法への『内的牽連』との間に、内的な連関 (innere Verknüpfung) が次のような範囲において存在する。すなわち、その外国強行法の適用が内国裁判所において拒否されたとしても当該規定の事実上の貫徹が予想されるほど、国際的に管轄のある外国とその法律関係との結び付きが密接である場合には、判例では、外国の強行法を排除するための十分な内的牽連の存在を否定する傾向が見て取れる。<sup>49)</sup>」

また、法廷地法の公序との両立を考慮する際に、場合によって検討すべきとされるのは、ほかの関係諸国による、当該外国の強行法規（またはそれと類似した強行法規）の適用状況である。

「ある外国法が公序に反するかは、原則的には、特定の法廷地法の観点からのみ評価される。[...] しかしながら一連の諸規定の場合は、それらの規定がおそらくは他の国によって適用されないことが推定される。そのような法的規範としてここで取り上げられるのは、まぎれもない好戦的措置 (die ausgesprochene Kampfmaßnahmen)、とりわけ経済的好戦的措置で、外国に対して打ち立てられる措置、または外国人の地位を不利にする措置である。ある国が例えば、内国の債務者に対する外国の債権者の債権を強制的に縮小する (Verabsatz) とし、他の国ではこの法を妥当しようとはしない。しかし国内経済の保護のために定められ、外国との通商を困難にする措置は、時のたつうちに、より多数の諸国の共有財 (Gemeingut) となり得る。これらの国との関係においては、そのような諸規範はおそらくは最初の制定国 (Ursprungsland) 以外でも適用される。例えば、他国の外国為替管理法の適用は、ほとんどすべての国において、次のような理由ではじめて排斥された。すなわち、当該外国の外国為替管理法がとくにその施行直後に、既に存在している債務の遂行を困難にし、実務的に何よりもまず外国の債権者に該当する、という理由である。しかし、大多数の国がそのような措置をとるかぎり、特に自ら外国為替管理法を持つ諸国は——

少なくとも外国為替管理法が既存の義務の履行ではなく新たな義務の引受けに該当するかぎり——他の国の外国為替管理法を考慮に入れることが考えられる。<sup>(50)</sup>

法廷地法の公序との兼ね合いでは、裁判所は、外国強行法の消極的な妥当意思を考慮せずに、当該外国法の妥当領域を拡大することもあり得るとする。<sup>(51)</sup>

#### 4 債務準拠法の公序の考慮

さらに、Wenglerは、法廷地法の公序のみならず、契約債務関係の準拠法（「債務準拠法」）の公序との両立にも考慮を払うべきかという点を問い、これを否定している。<sup>(52)</sup>

たとえば、債務準拠法が、当該契約または契約条項が外国強行法に反していることを、その国の法の公序に照らして「反良俗（*unsittlich*）」であるとか、または当該外国の強行法が履行地の法であるため債務の履行が「不能（*unmöglich*）」であるというように評価する場合がある。そのような場合に、法廷地裁判所が、債務準拠法による評価を考慮して、当該の契約を無効と判断した例があるとされる。Wenglerによれば、しかし、判例においてそのような考慮がなされたのは、その外国強行法について、法の妥当意思、法律行為との密接な関係、法廷地公序との両立といった条件を満たす（つまり特別連結が可能な）場合にかぎられているという。<sup>(53)</sup> また、法廷地法の強行法を適用する際には、強行法に反する契約はたんに違法（*rechtswidrig*）と判断されるだけであり、強行法に反する債務の履行が債務準拠法により「反良俗」ないし「不能」と評価されるかはとくに考慮されない。そうした考慮がなされるのは、外国強行法規の適用を検討する際にかぎられる。また、かかる考慮においては、強行法のうち特定の法律行為の締結や内

容を禁ずる禁止法規のみが対象とされ、違反の効果として契約全体の無効が導かれる。そのため、契約の一部（例えば金約款）のみを無効として債務を縮小させるといった処理は得られない。これらの点から、Wenglerは、外国強行法の適用にあたり、債務準拠法の公序との両立についてまで法廷地裁判所が考慮することに対して疑問視しており、考慮の必要性を否定している。<sup>(54)</sup>

## 5 当事者自治による強行法の排除ないし選択

最後に、Wenglerは、当事者自治による強行法の選択や排除の可能性について述べている。

「当事者は、彼らがそのように望むのであれば、別の強行規定を適用可能なものとして（法廷地法の公序の枠内で）宣言できる。つまり当事者は例えば金約款の有効性についてのアメリカ法のすべての将来的な規律を契約に適用することを合意できる。たとえ、これらの規律自身が当該契約に対して適用されることを欲してしなくても、または、アメリカ法が全く密接な関係を当該契約に示していなくても、そうである。[...]当事者が『債務準拠法』として合意した当該の法秩序のなかの、いずれか特定の強行法規の適用を当事者が明示的に排除することは、これと矛盾しない。こうした排除により、当事者は、裁判所により後から、あたかも当事者らは債務準拠法のすべての法規を彼らの契約の内容としたというように言われることを妨げる。当事者はしかし、次の場合には当該法規の適用を妨げることができない。すなわち、上述された諸原則によれば、法自身が適用を（欲し、かつ、その法を発布した国と法律行為との間に（他の諸国の観点から見ると）十分に密接とみなされる関係が存在しているために、その法規が準拠規定である場合である。<sup>(55)</sup>」

## 6 小括

以上を小括すると、Wenglerによれば、法廷地裁判所が外国強行法の場所的妥当領域を決定するには、まず、①外

立法者による法の妥当意思（強行法規の主観的妥当領域）の承認、さらにその上で、②法廷地裁判所から見た間接的な「国際的」管轄権（法廷地裁判所において貫徹される強行法規を發布する管轄権）の判断、という二つの段階を経ることを述べている。②においては、いずれか十分に密接な関係が当該法律関係との間に認められること、複数の国に重複して密接な関係が認められる可能性があることが述べられている。さらに、③法廷地法の公序との両立が検討されねばならないが、その際には、法廷地法たる内国法の公序をこえて、他の諸国の国際私法における同種の強行法規の受容状況が考慮される可能性が示唆されている。

とりわけ、②および③の判断においては、関係諸国の国際私法、そしてこれらの国の裁判所による外国強行法の適用を考慮することが示されている。

### III Zweigert による理論的変容

Zweigert は、Wengler が特別連結論を発表した後ただちに、一九四二年の論文<sup>(56)</sup>でこれを取り上げている。Zweigert は、当初はそれほど Wengler の説を支持してはいたわけではない。<sup>(57)</sup>むしろ、諸国の裁判例から経験的に判断基準を導き出すとする Wengler の方法論に批判の矛先を向けている。

「外国の禁止規定の独自の妥当意思がどのような基準によって制限されるべきかという、利用可能な抵触規定を獲得するための問題は、国際的な裁判例をたんに調べるといった——英米の方法に依拠する抵触法の調査において今日あまりに一方的なやり方でみられる——経験的 (empirisch) 方法だけで回答を出されるべきではない。古い学派がほとんどもっぱら依拠して

いる演繹的方法と、選り抜かれた裁判例についてそうした方法を試みることとの健全な折衷が、正しい道を示すであろう。むしろ多種多様な試みはこれまで成功したとはみなされ得ない。すなわち、造形のあふれる可能性のなから、一面では、ある国がその規律について一般に国際法上、(völkerrechtlich)「管轄権をもつ (zuständig)」とされる要件事実を、そして他面では、その規律についてその国は管轄をもたないとされる要件事実を、作り出そうとする試みのことである。国際的な共通の見解 (communis opinio) はこの点については全く達成されていない。こうした試みにおいていったん——マスター・キー (Passpartout) としてあらゆる可能性を把握するかのように見える——ある定式 (Formel) が見つけれられたとしても、さらなる考察をなすと、その定式にはさまざまな評価が可能な価値概念がたくさんあって、その解釈をめぐる争いが実際にはその定式が発見される前にそこにあつた場所と同じ場所に字説全体をとどめてしまふ、といったことが明らかになるのである」<sup>(58)</sup>

Zweigert 氏、Wengler のいう「国際的管轄権」を国際法上の管轄権概念として捉えながらも、しかし、国際法上の概念に基づく基準の形成には成功例はないとして、この概念を捨ててしまつてゐる。また、Wengler の述べる「法の援助」の思想も、Zweigert においては、「裁判の調和」としてまとめられてしまつた。<sup>(59)</sup>そして、「十分に密接な関係」の判断については、指針となる思想 (ライト・イデー) の追加を要すると述べてゐる。

『十分に密接な関係』というこの概念によつては、実際の法適用にとつてのみならず、原則としても、あまりにわずかしか述べられてゐない。なぜなら指針となる思想 (ライト・イデー) が欠けているからである。ライト・イデーによつて事実関係の詳細が十分か不十分かの必要な基準を測ることができぬ。」

「抵触規範というものを求めるあらゆる探究は、二つの思考の流れによつて支えられねばならない。一方では、国際的な裁判の調和という考え方によつて素描される思考の流れであり、他方では、裁判の調和が法廷地国の利益を害して行われてはならないという考え方である。こうした『法廷地国の利益確保 (Interessenwahrung des Forumsstates)』によつてライト・イデーがひとまず与えられており、裁判調和の原則についての制限がどのような性質でまたどの程度までなされるかは、このライト・



イデーを基準として考量されねばならない。このような法廷地国の利益確保は、二重の意味において理解され得る。<sup>(60)</sup>

Zweigertによれば、ライト・イデーとは、国際的な裁判調和の原則に対する法廷地国の利益確保のバランスであるという。そして、つねに法廷地国の利益確保を優先するのは国家主義的と批判しながらも、しかし法廷地国が特定の強行法規に対して国際社会で普及している典型的な利益を他の諸国と共有する場合には、法廷地国の利益を保護しよとす。そのかぎりでは国際的な裁判調和の原則も制限されるとする。こうした配慮は、国際的な礼讓 (comitas) について述べたものとされる。<sup>(61)</sup>

「なぜなら、ある特定のタイプの外国の禁止法に対し国際的に広まっている拒絶反応 (der international verbreiteten ablehrenden Reaktion) は、あきらかに強固な国家的利益に基づいたものではなく、むしろ、そうした外国の禁止法令の適用について国内で問われるすべての国に通じる、国際的に典型的な利益 (international-typische Interessen) に基づいているからである。このような国際的に典型的な利益の状況を証明することができれば、その力をかりて、いずれの国も、そうした外国の禁止法のいずれかを評価する際に、判断の調和という原則を元に戻し、外国の禁止法を法文として顧慮することはしないであらう。」<sup>(62)</sup>

具体的に、「裁判の調和」の原則を、法廷地国の「国際的に典型的な利益」を考慮するという原則に対して衡量する際には、次のような抵触規範がもたらされるとする。すなわち、債務履行を成す財貨移転の全部ないし一部が、当該債務履行を禁止する国の領域内で生じる場合には、その禁止法規が (債務準拠法にかかわらず) 適用されるとしている。実務的には、このことは、たいいてい債務者の住所地の法の適用可能性に行き着くといふ。<sup>(63)</sup>

「履行を禁止する外国の法規が適用され得るのは、その法規が自らの妥当領域に従って適用されることを欲し、かつ、履行とこう事象 (Leistungsvorgang) を成立させる財貨の移動 (Wertbewegung) が完全にまたは部分的に (ganz oder zum Teil)

禁止国の領域内で行われる場合である<sup>(64)</sup>]

以上から、Zweigertは、外国強行法の適用に関する抵触規範を次のように構成できるとする<sup>(65)</sup>。すなわち、原則としては、第一に、外国の強行法規が適用を求めるときは、法廷地国でもその法の要求をいれて法規として適用される。しかし第二に、例外的に、法廷地国が当該強行法を拒絶する国際的に典型的な利益を他の諸国とともに有するとき、法廷地国の利益（この場合には国際的な利益と一致する）を優先し、当該外国法規は適用されない。さらに、第三に、外国強行法の適用によつて具体的な法廷地国の公序が害されるときは、当該外国法規は適用されない。

#### 四 国際的管轄権についての理解

##### (一) 国家の「立法管轄権」

国際的管轄権を国際法上の「立法管轄権」と表現したNeumayer<sup>(66)</sup>においては、特別連結は、二つの次元から成る構造において描写されている。すなわち、契約当事者らがその法律関係を主観的に張り渡している空域（空間的平面）が、幾つかの諸々の国家の支配領域（主権領域）の上に重なっている、という二元的構造である。

「残された問題は、絶対的強行的な私法規範の管轄権 (die Zuständigkeit konfliktloser Privatsätze) をどのように画定するかである。答えは、まず（凸面として）(konkav) その法の妥当意思から、次に（凹面として）(konvex) 当該法を制定した国家の立法管轄権 (competence legislative legislative jurisdiction ≡ 介入権 (Eingriffshoheit)) から導かれる。立法管轄権の境界は、国際法上の諸々の観点にしたがつて (nach völkerrechtlichen Gesichtspunkten) 定められる<sup>(67)</sup>」

「国際的絶対的強行 (international unachgiebig) 諸規範の特別連結 (Sonderanknuepfung) は、私法上の契約関係を二元的に (zweidimensional) 観念することにより、よりよく描写される。この法律関係は、境界のない、さしあたり法的に中立的な空域 (Raum) を、その主観的な実体によって (mit ihrer geistigen Substanz) カバーしており、かつ、幾つかの部分 (Segment) については諸国家の支配領域 (Machbereich) に該当する。これらの諸国家は、絶対的強行的な債務法の適用のために空間的に固定した法圏 (Kreis) を張りわたしている。法律関係によって占められた平面 (Flaeche) がこれらの法圏に重なっているときは、強行法規が適用されなければならない。想起されるのは、国際的な不法行為規範 (Deliktssnorm) との対比 (Parallele) である。すなわち、そこでも、法的に中立的な行為の、いずれかの行為要素 (ein Verhalenselement) がいずれかの空域において実現し、その空域では地域的に管轄権をもつ (lokal zuständig) 不法行為規範の要件事実 (Tatbestand) のもとに「当該行為要素が」包摂され得る (submitiert werden kann) と、行為全体がただちに、特殊な法律効果を伴った不法行為 (unerlaubte Handlung) となるのである」<sup>(98)</sup>

また、国際法に基づく国家管轄権の限界付けについて、Zweigert の定式を発展させて、次のように述べている。すなわち、国際的絶対的強行法規の規範目的の対象を成す要件事実の全部ないし主要部分が当該法規の制定国の社会勢力圏内で生じる場合には、その国の立法管轄権が認められるとしている。

「Konrad Zweigert が標準的な履行禁止の分野について決定的として打ち立てたのは、履行事象を成立させる財貨の移動が完全にまたは部分的に禁止国の領域内で行われているか」という基準であった。このような、彼によって特定された適用領域のために非常に有用な定式 (Formel) を一般化するならば、たとえば次のように言うことができる。すなわち、国際的絶対的強行法規が適用されるのは、その規範目的 (Normzweck) から見て取れる要件事実 (Tatbestand) が、これらの法規の立法者により律される社会勢力圏 (Sozialsphäre) 内で完全にまたは主要部分について (ganz oder zum wesentlichen Teil) 絶えず生じている場合である、というようにである」<sup>(99)</sup>

これらの説明に鑑みれば、Wengler が特別連結論においてなぜ「国際的管轄権」に言及したかという点も、不法行為法に関する古典的な国際私法学説<sup>(70)</sup>に由来する着想として理解できるように思われる<sup>(71)</sup>。

すなわち、Wengler は、その『国際法』<sup>(72)</sup>の著作のなかで、「法秩序」は、規範強制 (Normenzwangung) のための鎖状につながった法規範群として捉えられ得るとし、同じ法秩序にある法規群は、他の法規に違反する結果として自らの定める法律効果が実現しない可能性があることを了承している関係にあり、逆に言えば、強行的な禁止法規とその禁止効果 (「不法の効果 (Unrechtsfolge) 」) を甘受する他の法規との連関から成るのが規範強制のための「法秩序」であるとされる<sup>(73)</sup>。国際法もそのような「法秩序」の一つであるという。

外国の強行法規 (禁止法) を適用することは、当該法規が定める「不法の効果」(禁止効果) を、法廷地国の国際私法上で認め、受け入れることである。その際、法の強制という観点からは、当該外国強行法規は、法廷地法と同じ法秩序になった (法廷地法の法秩序に「組み込まれた」とみなされ得る<sup>(74)</sup>)。

そのように不法行為法に関する国際私法学説との類推において考えると、Wengler のいう (他国の法廷地で貫徹される強行法を発令するための) 「国際的管轄権」は、不法と評価される原因行為 (の全部または一部) が行われる国に認められることになる。たしかに、Wengler は、債務の履行地、または債務者の事業上の本拠がある国が履行の禁止を定める場合を、「十分に密接な関係」または「国際的管轄権」が認められる例として挙げている。また、Wengler の挙げている例によれば、これらの国の国際私法が外国強行法規の適用を認めているときは、(そうした強行法規はその国の法秩序に取り込まれているものとして) 当該法規の制定国にも—法律行為との関係性が希薄でも—「国際的管轄権」が認められるものとされる。そのように考えると、Wengler のいう「国際的管轄権」は、不法行為の準拠法を定める国際

私法の連結と同じ機能を果たし、かつ、かかる連結の決定基準と同じ基準でもって判断されることを想定されていたものと思われる。

なお、Wengler においては、強行法を発令した国の「国際的管轄権」が、いずれかの法律行為に対する法の適用をめぐって「抵触」するとは考えられていない。むしろ、『国際法』の著書では、法規範が相互にその効果を貫徹すると矛盾をきたす状態において初めて「衝突」が生じる、と述べられている。<sup>(75)</sup> 複数の国の強行法規を累積適用する場合<sup>(76)</sup> について述べているのも、国際的管轄権をもつこれらの国の法規が抵触するとは考えられていないためである。

## (2) 手続法上の国家機関の管轄権

他方で、「国際的管轄権」を、いずれか特定の国の国家機関がもつ手続法上の権限として、とくに法廷地の裁判所が内外国の裁判所などの国家機関の権限について判断する基準として理解する見解がある。例えば、Heldrich は、「国際的管轄権」を、一六・一七世紀のスタチュート理論が準拠法の問題を裁判管轄権の問題と混同して扱っていた等、裁判管轄権と法の管轄権とが未分化であった頃に由来する概念であり、双方の管轄権の「並行」に根源を持つとして<sup>(78)</sup> いる。Wengler の「国際的管轄権」も、裁判所の管轄権の局面にかぎって取り上げられている。<sup>(79)</sup>

とくに国家機関の管轄権に関する外国の公法や手続法を、法廷地の裁判所が顧慮できるか、<sup>(79)</sup> という問題について、Heldrich は次のように述べている。

「それぞれの国家は独立的にその国の裁判所の国際的管轄権 (internationale Zuständigkeit seiner Gerichten) によって判断するため、外国の法秩序を顧慮すること (Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen) は、こぼした顧慮が自国法秩

序の明白な意思 (dem erklärten Willen der eigenen Rechtsordnung) に相応する (entspricht) かぎりでのみ、考慮に入れられる。つまり、外国の国際私法を顧慮するときと同様に、とくに裁判所の管轄権 (Gerichtszuständigkeit) に関する外国の諸規範を適用するときにも、内国の法廷地法 (inländische lex fori) の相応した命令 (entsprechende Anweisung) を必要とする。そのような命令は、基本的には、いずれかの外国の法秩序への抵触法上の送致 (hollisationsrechtliche Verweisung) から生じるのではない。国際私法が判断するのは、ドイツ法学におけるその従来の理解によれば (nach seinem herkömmlichen Verständnis) によれば、どの実質私法が特定の事実関係に適用されるべきかという点にかぎられる。内国の裁判所が外国の公法 (ausländisches öffentliches Recht) とくに外国の手続法をどの範囲まで考慮しなければならぬかという問題については、国際的な公法 (internationales öffentliches Recht) とくに国際手続法の諸々の特別規則が判断する。<sup>(80)</sup>

現在のドイツの国際私法学では、「国際的管轄権」は、手続法上の裁判所などの国家機関の管轄権として捉えられることが多いようである。<sup>(81)</sup> Wengler 自身、その後の『国際法』および『国際私法』の著作の中では、「国際的管轄権」については、もっぱら手続法上の内外国の裁判所の権限として言及している。<sup>(82)</sup>

## 五 結びに代えて

Jayne によれば、Wengler は現実主義者 (Realist) であったといふ。<sup>(83)</sup> 決して「国際的な判決調和」といった抽象的原則の希求ではなく、各国の国際私法の違いにより法廷地により異なる法適用結果が導かれ、それにより私人の義務が食い違うようになることを避けるべきと考えていたとされる (衝突の最小化 (Konfliktminimum))。<sup>(84)</sup>

Wengler が「国際的管轄権」に言及したのは、法廷地裁判所が外国の強行法規の妥当を支援するための基準として

であった。ここには、国家を超えた国際法の見地からの管轄権の限界付けを、法廷地裁判所が考慮して判断する、という構図が示されている。また、そのために、裁判官は、法の強行にあたり、内外の立法者を補助する役割を担うとされた。すなわち、立法者が他国の法廷地における当該法の適用を期待している場合は、立法者の考える当該法規の妥当領域と可能なかぎり近くなるように、法廷地裁判所が協力するのが、「法の援助」であるとした。その際には、国際社会から格別の反発や是認を受けている強行法規に対しては援助を拒むことができるように、国際的管轄権あるいは「十分に密接な関連」の条件、さらには法廷地法公序が用いられることが考えられていた。

Zweigert は、Wengler の考える国際法の見地からの管轄権の限界付けを抹消し、「国際的な裁判の調和」の原則に言い換えた。代わりに追加したのが、「国際的に典型的な利益」への配慮である。法廷地国の利益が国際社会の利益と合致する際には、その利益確保が「国際的な裁判の調和」に優先される。こうした配慮は、国際的な「礼讓 (comitas)」とも評価される<sup>(86)</sup>。しかし、他方で、外国の強行法規の適用可能性について、場合によっては当該外国と法廷地国との政治的關係から、差別的な取扱いを生むとも批判されている<sup>(87)</sup>。

Zweigert によって特別連結の要件から消された「国際的管轄権」は、Neumayer によって「立法管轄権」との名称を付され、再び特別連結の要件の中に据えられた。しかし、Neumayer のいう国際法の見地からの管轄権の限界付けは、Zweigert と同様、一定の行為を不法として規制する強行法規の制定国が規律を及ぼす領域内で、当該不法行為を成す要件事実の全部ないし主要部分が生じる場合に、その国に国際的絶対的強行法規の立法管轄権（特定の態様の履行を禁ずる法令による規制権）を認定するというものである。かかる基準が、不法行為に関する国際私法上の行為地主義または国家管轄権の行使に関する属地主義にどのように関連付けて理解されるべきかは、別途検討を要しよう。他

方、国際的管轄権を手続法上の国家機関の管轄権と捉える立場においては、国際的管轄権が国際法の定める枠内でのみ認められるとしても、国際法による限界付けがどのようになされるか Wengler 自身も詳細に規律できていないと指摘されている<sup>(88)</sup>。

国家主権ないし国家管轄権の概念の位置づけは、これまでも今も国際私法学の課題であり続けている<sup>(89)</sup>。国際私法が「各国家の主権（立法権）の及ぶ範囲を確定する」とする見方は既に支持を失ったとしても、これらの問題が失われたわけではない。今後、特別連結の果たす現代的意義を模索するのであれば、Wengler にならって、現実にかなる利益の衝突が救済されるべきかを根本に考えるべきかもしれない。国際社会における利益衝突の回避や調整のために国際私法の果たし得る役割についての山内惟介教授<sup>(91)</sup>の提言に、本稿が幾ばくかの寄与となることを願う。

- (1) Wilhelm Wengler: Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie. Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (Z. f. vergl. Rwiss.), Bd. 54, 1941, S. 168.
- (2) 桑田三郎「国際私法における強行的債務法の連結問題」法学新報五九巻一一号（一九五二年）五〇頁（同『国際私法研究』（文久書林一九六六年）一三五頁以下所収）。
- (3) 折茂豊「強行的法規の特別連結論について（一）（二完）」国際法外交雑誌六四巻三号一頁（五頁）、同六五巻五号四三頁（同『当事者自治の原則』創文社一九七〇年一八六頁以下所収）。
- (4) Wengler の特別連結論を取り上げた文献は多いが、とくに理論的検討として、佐藤やよひ「ヴェングラーの『強行法規の特別連結論』について」甲南法学三七巻四号（一九九七年）一三九頁、同「ヴェングラーの『強行法規の特別連結論』の理論的構造」国際法外交雑誌九七巻三号（一九九八年）四三頁（五一頁）、西谷祐子「ドイツ国際消費者契約法上の諸問題——強行法規の特別連結」に関する一考察」法学六三巻五号（一九九九年）六一七頁（六四二頁）、嶋拓哉「法体系における介入規範の適用問題について——実質法と抵触法の協働という視点から」国際私法年報一四号（二〇一二年）一二二頁、外国裁判



例の検討を通じた特別連結論の検証として、横山潤「国際契約と官庁の許可」『現代契約大系第八巻』（有斐閣一九八三年）一四五頁、同「外国公法の適用と考慮——いわゆる特別連結論の検討を中心として——」国際法外交雑誌八二巻六号（一九八四年）四一頁（六二頁）、同「外国の輸出管理と国際私法」国際法外交雑誌九二巻五号（一九九二年）五五一頁（五五二頁）、佐野寛「国際取引の公法的規制と国際私法——西ドイツにおける判例を中心として——」（松井芳郎・木棚照一・加藤雅信編『国際取引と法』名古屋大学出版会一九八八年）一六七頁。個別法分野における特別連結の検討として、沢木敬郎「労働契約における当事者自治の原則と強行法規の連結問題」立教法学九号（一九六七年）一四五頁（一五五頁）、西谷祐子「欧州における国際消費者契約法」NBL七四四号（二〇〇二年）四三頁、同「消費者契約及び労働契約の準拠法と絶対的強行法規の適用問題」国際私法年報九号（二〇〇七年）二九頁、村上愛「国際私法上における消費者契約・労働契約の連結方法」一橋法学五巻三号（二〇〇六年）八九九頁、嶋拓哉「国際的な不正競争行為を巡る法の適用関係について——抵触法上の通常連結と特別連結を巡って——」知的財産法政策学研究三七巻（二〇一二年）二五三頁。なお、井之上宜信「国際私法における特別連結論について」高岡法学一卷一号（一九九〇年）二六七頁。

(5) 桑田・法学新報五九巻一一号五七頁。

(6) 「Rechtshilfe（法の援助）」については、わが国では「司法共助」という訳語があてられて久しい。しかし、とくに「国際的司法共助」は裁判事務等についての各国司法機関の間での国際協力を想起させることから、特別連結論にはあまり相応しくないように思われる。Wenglerは、外国強行法の定める法律効果（禁止効果）を法廷地において貫徹させるのを援助するところ意において用いている。Wengler, IPR, Teilband 1, 1981, S. 40f.

(7) 桑田・法学新報五九巻一一号五四頁、五六頁。

(8) Konrad Zweigert, Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote, RabelsZ 14 (1942), 283.

(9) 「親和的」法は『異質的』法の間の (zwischen „sympatischen“ und „artfremden“ Gesetze) による表現は、Mann は、Mann は、Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht IV, 1936, S. 243 ff. による (Frederick Alexander Mann, Eingriffsgesetze und Internationales Privatrecht, Festschrift für Wahl 1973, S. 157, Fn. 69)。Bernhard Großfeld, Multinationale Korporationen im Internationalen Steuerrecht, in: Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen, Berichte der Deutscher Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 18, 1978, S. 73, 154 における同様の表現は、Zweigert の主張を説明している。

- (10) Mann, FS Wahl, 1973, S. 139, 158. 批判の詳細については、後注(80)参照。
- (11) Karl Neumayer, Die Notgesetzgebung des Wirtschaftsrechts im internationalen Privatrecht, in: Verhandlungen der Tagung der Gesellschaft in Heidelberg am 4. und 5. April 1957, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 2, 1958, S. 35. 折茂教授は「同じ講演の仏語版」(Neumayer, Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations, Rev. crit. d. i. p., t. 46, 1957, 579-604)に依拠されている(折茂・国際法外交雑誌六五巻五号四三頁以下)。
- (12) Zweigert, Internationales Privatrecht und Öffentliches Recht, in: 50 Jahre Institut für Internationales Recht, 1965, S. 124.
- (13) Ulrich Drobnig, Die Beachtung von ausländischen Eingriffsnormen - eine Interessenanalyse, Festschrift für Karl Neumayer, 1985, S. 159 (「Wengler & Zweigert の理論をたんに復活させたにすぎず、(weit mehr als eine bloße Wiederholung)」: Mann, FS Wahl, S. 157 (「Wengler により一九四一年に提唱され、Zweigert により一九四二年に発展され、かつ一九六五年に復活された理論」)。
- (14) 實方正雄『金約款論』(有斐閣一九三九年)には、金約款をめぐる当時の法事情につき、欧州各国の裁判例を含めた詳細な説明がある。金約款とは、「金銭債務の債務者が、これによって、金貨を或は特定数量の価値に相当する金額を弁済すべき義務を負担する契約上の合意」であり、「貨幣価値担保約款 (Valutarschutzklausel)」の一つであるとされる。「国際的統一貨幣なき実情の下にあつては、金約款は国際的信用制度を保持し信用獲得に成功する為には甚だ重要な要素である。とりわけ世界大戦前にあつては、外債の募集を容易ならしめること甚大であつた。」(七三頁)
- (15) 一九三三年六月五日のアメリカ合衆国両院共同決議(金貨約款および金価値約款の無効を宣言した決議)。實方『金約款論』五五三頁以下参照。
- (16) Mannによれば、Wenglerによる外国強行法規に関する「特別な準拠法 (Sonderstatut)」の議論は、「ドイツの産業界が直接に第二次世界大戦の勃発前に置かれていた状況に帰せられると推測してよからう」とされる。具体的には、「ドイツ企業がその債務履行の義務についてアメリカ法に服しており、しかし、そうした履行はドイツの外国為替管理法によって阻まれていたこと、また、確固たる国際実務「『契約中の金約款』に従い外国で訴追されることを考慮に入れなければならない」(Mann, F. A., Eingriffsgesetze und Internationales Privatrecht, FS für Wahl, 1973, S. 139, 157)。
- (17) Wengler の国際私法 (IPR, Band 1, und 2, 1981) および国際法 (Völkerrecht, Band I und II, 1964) の著作では、国際法が

「国家の立法権 (Gesetzgebungsbedgnis der Staaten) に対して限界を画する」役割を果たし、「国際私法の前提 (Prämisse)」をなすられる。上記した Wengler の視点については、Leible/Ruffert, Völkerrecht und IPR, 2006, S. 19; Jayme, IPR und Völkerrecht 2003, S. 22 ff.; ders., JZ 1995, Nachruf: Wilhelm Wengler, S. 1058 を参照。なお、Zweigert, Die Dritte Schule im Internationalen Privatrecht, Festschrift für Leo Raape, 1948, Fn. 76.

(18) Savigny の理論の「人間中心主義」については、桑田三郎「サウイニーの国際私法理論に関する一研究」(同『国際私法研究』文久書林一九六六年)一頁以下所収。とくに一〇頁。また、Savigny の理論の背景にある民族共同体の考えにつき、櫻田嘉章「サウイニーの国際私法理論—殊にその国際法的共同体の観念について—」(一)(四・完)北大法学論集三三卷三号、同三三卷四号、同三三卷六号、同三五卷三・四号三一九頁以下。

(19) Zweigert, RabelsZ 1942, S. 283, 289.

(20) 例えは、Schurig は、特別連結を、「別の標準により構成されかつ基礎付けられた第二の抵触法上のシステム (das normative anderes strukturierte und begründete zweite kollisionsrechtliche System)」と捉えている。Klaus Schurig, Zwingendes Recht, "Begriffsnormen" und neues IPR, RabelsZ 54 (1990), S. 217, 236 f.

(21) 前注(11)参照。

(22) Neumayer の主張の紹介として、前注(11)に掲げた文献のほか、山本敬三「国際契約と強行法規」『現代契約法大系 第八巻』(有斐閣一九八三年)一一二頁(一一六頁)。

(23) Neumayer, aa.O. (前注(11)), S. 50 f.

(24) Georg Erler, Grundprobleme des internationalen Wirtschaftsrechts, 1956, 同書の翻訳書として、ゲオルク・エルラー／佐藤和男訳『国際経済法の基本問題』(嵯峨野書院一九八九年)。Neumayer は経済法規についての Erler の学説を引用している。(Neumayer, aa.O. (前注(11)), S. 37)。

(25) Zweigert, Internationales Privatrecht und Öffentliches Recht, 1965, S. 124. Zweigert は(11)では外国の「公法 (öffentliches Recht)」を(12)「公法的规定 (öffentlich-rechtliche Normen)」の適用のための理論として、特別連結を説いている (S. 127, 141)。特別連結は、「伝承されてきた国際私法を侵食し、これまで通常の抵触法の扱いがなされ、かつ公序が頻繁に発動されていた領域に、その方法論を及ぼしている」(S. 141)。

- (26) Andreas Heldrich, *Internationale Zuständigkeit und Anwendbares Recht*, 1969, S.9.
- (27) 一九八〇年六月一九日の契約債務関係の準拠法に関する欧州共同体（EC）条約七条一項「本条約の下でいずれかの国の法を適用する際には、当該状況と密接な関連を有している別の国の法の強行法規が当該国の法の下で契約準拠法にかかわらず適用されなければならないときは、そのかぎりにおいてこれらの法規の効果を認め得る。これらの法規の効果を認めるかを判断する際には、それらの法規の性質、目的およびその適用不適用の結果について考慮を払わなければならない。」
- (28) 二〇〇八年六月一七日の契約的債務関係の準拠法に関するEC規則 593/2008（ローマI規則）第九条一項「いずれかの国により、当該法規を尊重することがその国の政治的・社会的・経済的秩序といった公共の利益を安全に保つために重大であるときみなされるような優先的強行法規は、その適用範囲に該当するあらゆる状況に対して、本規則の下でその他の点で適用される契約準拠法にかかわらず、適用されるものである。」第九条三項「契約債務の履行地国の法の優先的強行法規は、これらの法規が当該契約の履行を違法とみなしているかぎりにおいて、その効果を認め得る。これらの法規の効果を認めるかを判断する際には、それらの法規の性質、目的およびその適用不適用の結果について考慮を払わなければならない。」
- (29) 一九八七年一月二八日のスイス国際私法典第一九条一項「スイス法の見地から明らかに支配的である立法利益が、本法によって指定される法とは異なる法の強行法規の適用を要求している場合には、当該事案がその法と強い関係を有するとき は、その法の強行規定を適用できる。」
- (30) Zweigert, RabelsZ. 1942, S. 289, Fn. 2.
- (31) Nulbaum, *Deutsches internationales Privatrecht*, 1932, S. 244 f.
- (32) Nulbaum, *Deutsches internationales Privatrecht*, S. 244.
- (33) Wengler, Zf.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 171.
- (34) Wengler, Zf.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 172.
- (35) Wengler, Zf.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 176.
- (36) Wengler, Zf.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 175.
- (37) この「法の調和」という表現は、後に「ミスリーディングな概念」として使用を避けつつ（Wengler, *Die allgemein Rechtsgrundsätze des internationalen Privatrechts und ihre Kollisionen*, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 23

- (1944, 473, 501)。代わりに「裁判の同等 (Entscheidungsgleichheit)」原則と表現している。
- (38) Wengler, Z.f.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 181.
- (39) Wengler, Z.f.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 181.
- (40) Wengler, Z.f.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 185.
- (41) Wengler, Z.f.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 189 f.
- (42) Wengler, Z.f.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 190 f. 「国家間取引の法律関係の際にはまさしく密接な関係が一つの法秩序のみならず複数の法秩序に対して存在していることがよくある。そのため契約が有効であるためには、契約内容がこれらすべての法に従って許容されなければならない。」(S. 191)
- (43) Wengler, Z.f.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 195. 「より難しいのは、一つの法律行為が複数の国と連関 (Anknüpfungen) を持つ場合である。すなわち、これらの国のいずれもが契約中で定められた金銭債務を自国通貨建てで表示することを求めているとする。当事者はA国の禁止に反し、他の国の通貨を選んでいた。A国法によれば契約締結日のレートに従って計算されるA国通貨での金額が合意されていると『される』。しかし他方で、B国通貨への相応した『転換』(Umdeutung)を、B国の法は定めている。この場合、双方の法が累積されると、有効な契約というものが成り立ち得ない。」
- (44) Wengler, Z.f.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 188.
- (45) Wengler, Z.f.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 189.
- (46) Wengler, Z.f.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 185. 「決定的ではないが重要な意味をもつのは、外国がこうした密接な関係に基づき、自身の発布した法を貫徹できる状況にあると考えられることである。」
- (47) Wengler, Z.f.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 187. 「例えば、次のような事案が考えられる。いずれかドル建ての支払債務がアメリカ域外で履行されることになっており、かつ合衆国と全く関係をもたない場合には、「…」アメリカの金約款法を外国の裁判所が適用するにはそれだけでは十分ではない。しかし、例えば債権者なり債務者なりがその業務上の本拠をアメリカに持っている場合には十分となろう。外国がその法律関係に対して弱い関係しか示し得ないときは、その国の強行法が適用を求められても考慮されない。その外国の立法者は、法廷地法の国際私法の観点から見ると『権限踰越 (ultra vires)』である。」
- (48) Wengler, Z.f.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 187 f. 「例えば、ポーランドで締結・履行される契約に関して、ポーランド在住の

ポーランド国籍者である契約当事者がドル建てで契約を締結し、ポーランド国際私法によれば金約款の有効性はアメリカ法により評価される場合に、そのような契約に関してドイツで判断がなされる、といった例である。ここではドイツの裁判官はポーランドの見解に従わなければならない。すなわち、当該法律行為のポーランドに対する関係が密接である（そのためポーランドでは金約款の禁止が本来なら適用されなければならない）場合には、ポーランドの立法者が金約款法をいわずにポーランド法に取り込んだ（inkorporiert）として、アメリカの金約款禁止もまた適用され得る。」

- (49) Wengler, Z.f.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 199.
- (50) Wengler, Z.f.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 199 f.
- (51) Wengler, Z.f.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 200 f. 「例えば、ある国が内国の通商では金約款を事後的に無効と宣言し、しかし国際的な支払に関しては金約款を存続させるとき、当該の国がまされもない債権国であるならば、たいてい外国の債務者をわざと不利な地位におくことになる。[...] 債務国がこのことを望まないときは、次の立場に立たざるを得ない。金約款の破棄は、公序に反しないが、内国関係に制限された外国の金約款廃止法の場合的妥当意思は、債務国の公序に反している、という立場である。」
- (52) Wengler, Z.f.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 202 f. なお、準拠外国法の国際私法の公序を法廷地でも適用するという構成は、ドイツでは「以前から肯定されていたとされる。この点は、山内惟介「外国公序条項の適用——準拠法決定過程の間隙——」同『国際私法の深化と発展』信山社二〇一六年二四九頁以下。
- (53) Wengler, Z.f.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 203.
- (54) Wengler, Z.f.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 204 f. 「なぜ法廷地法の積極的規定に反する法律行為のみが違法のために無効となり、他方で、外国の規定に反する法律行為はただか反良俗という理由のために無効となるのかは、まったくもってわかりかねる。」(S. 205)
- (55) Wengler, Z.f.vergl.Rwiss. 54 (1941), S. 207.
- (56) Zweigert, RabelsZ 14 (1942), S. 283, 289f.
- (57) Zweigert 一九四八年の論文 (ders., Die Dritte Schule im IPR, FS Raape) だが、Wengler を称賛している。
- (58) Zweigert, RabelsZ 14 (1942), S. 289.

- (59) Zweigert, RabelsZ 14 (1942), S. 290, 296. Wengler が「法の援助 (Rechtshilfe)」として述べている箇所 (ders., Z. f. vergl. Rwiss., S. 185) や Zweigert はていつ「裁判の調和 (Entscheidungsharmonie)」と述べている。
- (60) Zweigert, RabelsZ 14 (1942), S. 290.
- (61) Mann, FS Wahl, 1973, S. 157; Grossfeld, aa.O. (前注(60)), 1978, S. 155; Anton Heini, Ausländische Staatsinteressen und internationales Privatrecht Zeitschrift für Schweizerisches Recht 100 I (1981), S. 65, 75.
- (62) Zweigert, RabelsZ 14 (1942), S. 291.
- (63) Mann, FS Wahl, 1973, S. 157.
- (64) Zweigert, RabelsZ 14 (1942), S. 295.
- (65) Zweigert, RabelsZ 14 (1942), S. 291. 「そのような利益状況が証明されるとき、それにより、求められていた外国の禁止法の適用に関する抵触規範が見つけれられたことになる。こうした抵触規範は、二つの要件事実マルクマールから成るであろう。すなわち第一に、外国の禁止法が、その法自身が適用されることを欲している空間的領域において適用されること、第二に、外国の禁止法が自身で定めたその適用領域が、いづれか任意の (beliebig) 法廷地の国のもつ国際的に典型的な利益がそうした適用により損害を受ける範囲においては、制限を受けること。国際的に典型的な利益——これにはなお証明を要する——に抵触しないならば、外国の禁止法はつまり法規として適用され得る。しかし、これらの要件が備わったとしても、具体的な法廷地の公序がそうした適用によって損なわれるときは、やはり適用できない。なぜなら、公序は、事案に応じて、国際的に典型的な利益を上回るからである。」
- (66) Neumayer, aa.O. (前注(61)), S. 50f.
- (67) Neumayer, aa.O. (前注(61)), S. 50.
- (68) Neumayer, aa.O. (前注(61)), S. 51.
- (69) Neumayer, aa.O. (前注(61)), S. 54.
- (70) Neumayer, aa.O. (前注(61)), S. 51, Fn. 52. 同所では、不法行為法についての国際私法學説として、Nußbaum, Deutsches PR, 1932 S.244 を挙げている。Zweigert も同様 (前注(60))。
- (71) Zweigert もまた、行為地の法が定める「不法の効果」による当事者自治の制限が、特別連結の考えであったとしている。

本文二一および前注(30)参照。

- (72) Wengler, *Völkerrecht*, Band I, 1964, S. 44 ff.
- (73) Wengler, *Völkerrecht*, Band I, S. 48 f.
- (74) Wengler, *Völkerrecht*, Band I, S. 47. 「いずれかの法秩序の諸規定はまた、自らにより規律された行為について他の法秩序がなした評価を『顧慮する (berücksichtigen)』ことができる。それにより、たとえば、その法は、自らの法秩序の視点からは不法とされる行為が他の法秩序の視点からは許されるときなど、自らの不法の効果 (Unrechtsfolge) を緩和する。しかし、ある法秩序が、本来その秩序により創出される法状況に対立するいずれかの行為を原則的に承認し、かつ妨げようとなし、というようにまで広く受け入れるとき、そして、その行為は他の法秩序の規定によって生じた効果であるとき、このことは次を意味する。すなわち、当該他の法秩序の諸規定は、このような方法で同時に、先の法秩序の構成部分 (Bestandteil) となる。つまり、先の法秩序は、その法における命令ないし禁止の例外的な諸規定として他の法秩序の諸規定を組み入れる (eingliedert) ことになる。」
- (75) Wengler, *Völkerrecht*, Band I, S. 52.
- (76) Neumayer もまた、複数の法秩序に由来する複数の強行法規が、重複して適用される可能性があることに言及している (Neumayer, aaO (前注(11)), S. 52)。
- (77) Heldrich, aaO (前注(27)), S. 9f, 65 ff.
- (78) Heldrich, aaO (前注(27)), S. 143.
- (79) Heldrich, aaO (前注(27)), S. 148.
- (80) Heldrich, aaO (前注(27)), S. 148 f.
- (81) 現在の国際私法では「国際的管轄権」は、訴訟手続法上の一般的な管轄権として扱われる傾向がある。最近の文献では MünchKomm/Martiny, Band 10, IPR I, 6, Aufl., 2015, Vor Art. 1 Rom-I-VO, Rdnr. 33 (「Internationale Zuständigkeit\*」)。出口耕自『論点講義 国際私法』(法学書院二〇一五年) 一一頁(「一般管轄権 (国際的管轄権)」)。
- (82) Wengler, *Völkerrecht*, Band II, S. 936, 947 N. 4; ders., IPR, I, Teilband, S. 230, 326 f.
- (83) Jayme, JZ 1995, S. 1058; ders., IPR und Völkerrecht, 2003, S. 22.



(84) 「衝突の最小化 (Konfliktsminimum)」に regarden, s. vgl. Wengler, Die allgemeine Rechtsgrundsätze des internationalen Privatrechts und ihre Kollisionen, Zeitschrift für öffentliches Recht 23 (1944), 473, 483, 495, Zweigert 11, Wengler の功績として「衝突を最小限にする」という考え方を挙げ、この論文における Wengler の見解を称賛している。また「衝突の最小化」を「国際的な判決の調和」と言い換えて同列に扱っている。Zweigert, Die Dritte Schule im IPR, FS Laape, 1948, Fn. 79.

(85) Wengler の国際私法の著作 (Wengler, IPR, 1. Teilband, S. 37) では、法廷地国で適用される外国の法について、その国の法に本来備わる「中核的適用範囲 (Kernanwendungsbereich)」と「法廷地国が涉外的事案の範囲でその外国法に割り当てる」追加的な適用範囲 (zusätzlicher Anwendungsbereich)」とが区別されている。また、外国自身が涉外事案について自らの法に求める「周縁的適用範囲 (Randanwendungsbereich)」があるとする。なお、内国法廷地の裁判官が外国裁判官と同様に裁判すべきとする考えが、法廷地国の立場によっては妥当しない場合があることにつき、桑田三郎「準拠抵触法の問題——エックシュタインの所説——」同「国際私法と国際法の交錯」(中央大学出版部昭和四一年) 九七頁、一一一頁。

(86) 前注(85)参照。

(87) Mann, FS Wahl, S. 158, 「国際的な判決の調和は、判断基準として寄与し得るためには、あまりに一般的すぎる観点である。こうした観点は、国際私法を解体させることとなり、必ずや、禁止法 (Prohibitivgesetze) に限定されないであろう。また、法廷地法や契約準拠法がそれら自身の法や自らの利益を、他の諸国の法や利益に対して下位に置かねばならない理由が明らかではない——それらがそれほども『共感的 (sympatisch)』であるか、または保護の価値がある (schutzwürdig)』としてもである。例えば、ドイツ法が契約準拠法であるときにも、英国の為替法規は十分な関係があれば適用されるとされているが、それは「たんに、我々『ドイツと英国』が西側の世界において経済的に(さらには政治的にも)一つの船に乗り合わせるから、という理由による」という。しかし、債権者の利益が債務者の利益より保護の価値に劣るわけではない。つまりこのところ、Zweigert によって求められている査定は、裁判官の精神的な姿勢 (Gesinnung) や任務 (Aufgabe) に反する。これらは、Zweigert のいう政治的干渉から自由であることを求めている。」

(88) Heldrich, aaO, (前注(27)), S. 143, Fn. 62.

(89) 多喜寛「国際私法と国家主権」同「国際私法の基本的課題」(中央大学出版部平成二一年) 四〇頁以下、同所で検討されている国家主権を扱った学説として、跡部教授『国際私法論上巻』四八—四九頁、跡部見解への批判として、折茂豊「国際

私法の機能について(二・卷)「国際法外交雑誌四八卷二号三五頁。国家管轄権(立法管轄権)に着目した抵触法理論の構築を提案するのが、道垣内正人「法適用関係理論における域外適用の位置づけ―法適用関係理論序説」松井/木棚/加藤編『国際取引と法』(名古屋大学出版会一九八八年)二二三頁、最近の検討として、横溝大「抵触法と国際法との関係に関する新たな動向―抵触法と国際法との合流について」法律時報八五卷一―号二六頁。

- (90) 川上太郎「国際私法の法源」『国際私法講座 第一卷』(昭和二八年)四九頁、五一頁(たとえば、チーテルマンは、国際私法が各国私法の適用範囲を限定するものであり、国際法でなければならぬということを前提として、国際法上の管轄権の原則から、論理的に国際私法の規範を導き出すことができると論じた。しかるに：今日では、国際私法の全部に亘って各国私法の管轄範囲を確定的に限定するが如き国際慣習法の実在は認め得ない)。また、多喜・前掲『国際私法の基本的課題』四一頁。

- (91) 山内惟介『国際私法の深化と発展』中央大学出版部二〇一六年(とりわけ国際的利益の考慮の可能性について、同「憲法との対話―外国法の位置付け」―同書第五章所収)。